



Title	民事判例研究
Author(s)	今野, 正規
Citation	北大法学論集, 55(5), 191-207
Issue Date	2005-01-31
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15330
Type	bulletin (article)
File Information	55(5)_p191-207.pdf



[Instructions for use](#)

民事判例研究

今野正規

乳がんの手術にあたり事件当時医療水準として未確立であった乳房温存療法について、同療法がある程度普及し、実践されており、また当該患者の乳がんが乳房温存療法の適応可能性のあること及び当該患者が乳房温存療法について強い関心を有することを医師が知っていたなどの事情の下においては、乳がんの

専門医である医師には患者に同療法の適応可能性のあること及び同療法を実施している医療機関の名称や所在を自らの知る範囲で説明すべき診療契約上の義務があるとされた事例

最高裁平成一三年一月二七日第三小法廷判決

民法四一五条

平成一〇年（オ）第五七六号、損害賠償請求事件
民集五五卷六号一一五四頁

〈事実〉

被告（以下、Y）は、外科、整形外科、胃腸科、内科、理学療法科を診療科目とする医院（以下、被告医院）を営む開業医であり、被告医院は看板に「乳腺特殊外来」と表示していた。

Yは乳がんの専門医からなる乳癌研究会の準会員であり、被告医院は同研究会の正会員であった。

平成三年一月中旬ころ、原告（以下、X）は、右乳房右上部の腋の下に近いところに、小さなしこりを発見し、同月二八日、Yの診察を受けた。YはXに対し、触診、乳房のレントゲン検査（マンモグラフィ）を行い、Xのしこりが悪性であるとの疑いを持ったため、平成三年一月三〇日に、乳房の超音波検査（エコー）としこりに注射針を刺して細胞を吸引する吸引細胞診を行い、さらに同年二月一二日には、メスを入れてしこりを取り出す生検（バイオプシー、試験切除）を行ったうえ、同月一四日までにXのしこりが乳がんであると診断した。

平成三年二月一六日、Yは検査の結果をXに伝え、入院して

手術する必要があること、手術生検を行ったので手術は早く実施した方がよいこと、手術日は同月二八日が都合よいこと、乳房を残す方法（以下、乳房温存療法）も行われているが、この方法については、現在までに正確には分かっておらず、放射線が黒くなったり、再発したら再び手術を行わなければならないこともあることを説明した（なお、YはXの手術までに一例だけ乳房温存療法を採用して手術したことがあったが、当該事例は乳がんか否かについて判断が難しい限界事例であった。また、乳房温存療法では、乳房に対する手術のほか、放射線治療を併せて行うことが多いが、被告医院は放射線科を設置しておらず、Yが同療法を実施した際にも、放射線治療は行っていない）。

平成三年二月一五日、Xは新聞記事において、乳がんの治療が乳房を可能な限り残す方向へ変わってきたことを知り、当該記事は乳房温存療法および同療法の問題について触れていた。平成三年二月二〇日、Xは、Yから乳房を全部切除するが、筋肉を残す療法（以下、胸筋温存乳房切除術）を実施する旨の説明を受け、その後の同月二六日にYに手紙を交付し、乳がんと診断され、生命の希求と乳房切除のはざまにあって、揺れ動く女性の心情を伝えた（なお、当該手紙は保存されていない）。

平成三年二月二八日、Yは胸筋温存乳房切除術による手術を

行い、Xの右側乳房は全部切除され、右乳房の周辺部分の脂肪も広範囲に取り除かれた。

以上の事実関係に基づき、Xは(i) Yに療法(術式)の選択(Xに乳房温存療法を実施しなかったこと)につき過失があること、または自らが実施しない場合には、乳房温存療法を実施する他の医療機関へXを転送すべき義務を怠ったこと、(ii) YにはXが乳房温存療法を選択できるように、同療法について説明すべき義務があったにもかかわらず、これを怠った等として、Yに対し一一九一六八五二円(治療費五三万六八五二円、慰謝料一〇三〇万円(内、三〇万円については守秘義務違反に係る損害)、弁護士費用一〇八万円)を債務不履行(民法四一五条)または不法行為(民法七〇九条)に基づく損害賠償として請求した(なお、XはYの守秘義務違反・填補されるべき損害についても争っているが、これらについては以下では立ち入らないこととする)。

第一審判決(大阪地判平成八年五月二九日判例時報一五九四号一二五頁)は、まず(i)について事件当時、乳房温存療法については、わが国でも一定の成果が報告され、関心が高まりつつあったことを認めつつも、「同療法は、乳癌研究会に参加する乳癌の専門医の間においても、再発のおそれ、併用放射線

療法による障害の可能性をめぐり、いまだ評価が定まっていたとはいえず、本件要綱(乳房温存療法の適応範囲と残存癌細胞に対する照射放射線量などに関する乳房温存療法実施要綱:評釈者)に基づく適応にあると判断される場合であっても、それが同医師らの間で、広く原則として施行されていたわけではなく、いまだ安全性が確立された術式ということではできなかつた」とし、たとえXが乳房温存療法の適応にあつたとしても、Yには乳房温存療法を実施すべき義務はなく、またXに同療法を受けさせるべく、他の医療機関に転送する義務もないとした。しかし、(ii)については、手術のような侵襲的な医療行為を行う場合には、一定の説明義務が課され、乳がん手術については「①乳癌であること、及び乳癌の進行程度、性質、②実施予定手術の内容、③他に選択可能な治療方法とその利害特質、予後について説明すべきこととなる」とする。そのうえで、特に③については、乳がん手術が患者に外観上の変貌をもたらすことによる精神、心理面への影響を考慮して、患者の自己決定の機会を失わせることのないように説明すべき義務があるとし、このような場合には、「説明義務の対象とされるべき術式は、手術の時点において、一般的に広く知れ渡って有効性、安全性が確認されつつあるもののみならず、専門医の間において一応の

有効性、安全性が確認されつつあるもので、当該医師において知り得た術式も包含されると解するのが相当である」とし、本件で問題となっている乳房温存療法は、本件手術が行われた時点で、患者が適応基準を充たす場合には、一応の有効性、安全性が確認されつつあり、また実際にY自身も当該療法を手掛けたことがあり、同療法に関する情報を知り得たことに加え、Xから交付された手紙によって、Xの意向を知っていた以上、Yには本件手術の療法（術式）と同時に、乳房温存療法の実施状況、評価およびXが同療法の適応にあること、また同療法にはがん細胞の残存、局所再発の不安、及び併用される放射線療法について放射線障害の不安があるとする見解があること、そして、X本人が希望すれば同療法を行う他の医療機関へ転院することも可能であることを説明し、胸筋温存乳房切除術と乳房温存療法のいずれを選択するかの機会を与え、Xの意思を再度確認すべき診療契約上の義務があったといふべきであるとし、Yには説明義務違反に基づく債務不履行責任があるとして、二五〇万円（慰謝料二〇〇万円、弁護士費用五〇万円）とそれにかかる遅延損害金の支払いを限度としてXの請求を認容した。

原審判決（大阪高判平成九年九月一九日判例時報一六三五号六九頁）は、(i)の実施義務・転医義務については第一審判

決と同様に否定し、(ii)についてはYがXに対し「乳房を残す方法があること、しかし、その方法によると放射線で乳房が黒くなる可能性があること、また、再度乳房を切らねばならないことがあることを伝えているから、一応、他に選択可能な治療方法、その利害特質^{（イ）}、予後のいずれについても言及している」と認定し——この点については第一審判決とは異なり——Yの説明義務は履行されていると判断した。さらに、Xが乳房温存療法の適応基準を充足することに鑑みて、ヨリ積極的にXに対し「乳癌の状態が一応乳房温存療法の適応にあることを告げた上、乳房温存療法を受けてみるかどうかについて具体的な質問をするなどして、Xの意思を確認する必要があった」かどうかについて検討し、「同療法は実施割合も低く、未だその安全性が確立された術式であったということではできないことからすれば、Yにおいて、同療法実施における危険を犯^{（マ）}してまで同療法を受けてみてはどうかとの質問を投げかけなければならぬ状況には未だ至っていないかつと認めるのが相当である」として、この点については説明義務の存在を否定し、Xの請求を棄却した（なお、XからYへ宛てた手紙については「YのXに対する胸筋温存乳房切除術が好適であるとの判断を変えさせるほどのものではなかった」ので、それによって「Yが新たに本

件手術に対する説明をしなければならぬ義務が生じたということではできない」とする)。

XはYの説明義務違反を否定した原審判決を不服とし、上告した(なお、Xは説明義務の判断のみを争っており、その他の点については争っていない)。

《判旨》破棄差戻し

最高裁は「医療水準として確立した療法(術式)が複数存在する場合には、患者がそのいずれを選択するかにつき熟慮の上、判断することができるような仕方それぞれの療法(術式)の違い、利害得失を分かりやすく説明することが求められるのは当然である」としつつ、「本件における胸筋温存乳房切除術と乳房温存療法のように、一方は既に医療水準として確立された療法(術式)であるが、他方は医療水準として未確立の療法(術式)である場合、医師が後者について常に選択可能な他の療法(術式)として説明すべき義務を負うか、また、どこまで説明すべきかは、實際上、極めて難しい問題であり、「一般的にいうならば、実施予定の療法(術式)は医療水準として未確立のものである場合には、医師は後者について常に説明義務を負うと解することはできない」が、「このような未確立の療法(術

式)であっても、医師が説明義務を負うと解される場合があることも否定できない」とし、次のように判示する。すなわち、

「少なくとも、当該療法(術式)が少なからぬ医療機関において実施されており、相当数の実施例があり、これを実施した医師の間で積極的な評価もされているものについては、患者が当該療法(術式)の適応である可能性があり、かつ、患者が当該療法(術式)の自己への適応の有無、実施可能性について強い関心を有していることを医師が知った場合などにおいては、たとえ医師自身が当該療法(術式)について消極的な評価をしており、自らはそれを実施する意思を有していないときであっても、なお、患者に対して、医師の知っている範囲で、当該療法(術式)の内容、適応可能性やそれを受けた場合の利害得失、当該療法(術式)を実施している医療機関の名称や所在などを説明すべき義務があるというべきである。そして、乳がん手術は、体幹表面にあって女性を象徴する乳房に対する手術であり、手術により乳房を失わせることは、患者に対し、身体的障害をもたらすものであって、患者自身の生き方や人生の根幹に関係する生活の質にかかわるものであるから、胸筋温存乳房切除術を行う場合には、選択可能な他の療法(術式)として乳房温存

療法について説明すべき要請は、このような性質を有しない他の一般の手術を行う場合に比し、一層強まるものといわなければならぬ。

本件についてこれを見ると、Yは、開業医であるものの乳癌研究会に参加する乳がんの専門医であり、自らも限界事例について一例ながら乳房温存療法を実施した経験もあつて、乳房温存療法について、同療法を実施している医療機関も少なくないこと、相当数の実施例があつて、同療法を実施した医師の間では積極的な評価もされていること、Xの乳がんについて乳房温存療法の適応可能性があること及び本件手術当時乳房温存療法を実施していた医療機関を知っていたことは、前記のとおりであり、原審の認定によつても、本件手紙は、乳がんと診断され、生命の希求と乳房切除のはざまにあつて、揺れ動く女性の心情の機微を書きつづつたものというのであるから、本件手紙には、上告人が乳房を残すことに強い関心を有することが表明されていることが明らかであつて、Yは、本件手紙を受け取ることによつて、乳房温存療法がXの乳がんに適応しているのか、現実を実施可能であるのかについてXが強い関心を有していることを知つたものといわざるを得ない。そうだとすれば、Yは、この時点において、少なくとも、Xの乳がんについて乳房温存療法

法の適応可能性のあること及び乳房温存療法を実施している医療機関の名称や所在をYの知る範囲で明確に説明し、Yにより乳房温存乳房切除術を受けるか、あるいは乳房温存療法を実施している他の医療機関において同療法を受ける可能性を探るか、そのいずれの道を選ぶかについて熟慮し判断する機会を与えるべき義務があつたというべきである。もとより、この場合、Yは、自らは乳房温存乳房切除術がXに対する最適の術式であると考えている以上は、その考え方を變えて自ら乳房温存療法を実施する義務がないことはもちろんのこと、Xに対して、他の医療機関において同療法を受けることを勧める義務もないことは明らかである」。

以上のように判示し、最高裁はYによつて手紙の交付前になされた説明が、乳房温存療法の消極的な説明に終始しており、説明義務が生じた場合の説明として十分なものとはいえず、Yには手紙の交付後に、Xに対して乳房温存療法の適応可能性のあること及び乳房温存療法を実施している医療機関の名称や所在を説明しなかつた点で、診療契約上の義務違反があるとし、原判決を破棄し、事件を控訴審に差戻した。

なお、差戻し後の控訴審判決（大阪高判平成一四年九月二六日判例タイムズ一一一四号二四〇頁）は、最高裁の説示に依拠

しつつ、Yの説明が乳房温存療法について消極的な説明に終始し、Xの乳がんが同療法の適応可能性のあること及び同療法を実施している医療機関の名称や所在を説明しなかつた点で、Yに説明義務違反があり、これによってXは乳房温存療法を受けるか否かについて意思決定する権利を奪われたとした。しかしながら、損害額については、Xが乳房温存療法についての説明を明確に求めたものではないこと、Yが説明義務を尽くしたとしても、Xが同療法を選択したかは定かではないこと、手術生検を終えた患者を他の医療機関が受け入れたのかも明らかではないこと等を考慮し、一二〇万円（慰謝料一〇〇万円、弁護士費用二〇万円）とそれにかかる遅延損害金の支払いを限度として認容するにとどまった。

〔評釈〕

1. はじめに

本判決は、乳がんの手術にあたり事件当時医療水準として未確立であった乳房温存療法について、同療法がある程度普及し、実践されており、また当該患者の乳がんが同療法の適応可能性のあること及び当該患者が同療法について強い関心を有することを医師が知っていたなどの事情の下においては、乳がんの専

門医である医師には患者に当該療法の適応可能性のあること及び当該療法を実施している医療機関の名称や所在を自らの知る範囲で説明すべき診療契約上の義務があるとし、説明義務違反を否定した原判決を破棄し、差戻したものである。

医療水準として未確立の療法についての説明義務が争われた事案としては、後述するように未熟児網膜症に関する最高裁判昭和六一年五月三〇日判決（判例時報一一九六号一〇七頁）があり、最高裁は、問題となった療法が医療水準として確立していなかったことを理由に説明義務違反を否定していた。また、本判決以前に乳房温存療法に関する説明義務が争われた事件としては、①東京地判平成五年七月三〇日判例タイムズ八五九号二二八頁（被告病院が昭和六二年当時既に乳房温存療法を実施していたため、原告にも乳房温存療法を実施する義務があったかどうか及び当該手術に先立ち、乳房温存療法が存在し、実施する病院・医師が存在することを説明すべき義務があったかどうか）が争われた事案について、乳房温存療法について、患者の腫瘍が被告病院の基準に照らして適応を欠いていたこと、同療法が一部の医療機関で実施された例があるにとどまり、その適応方式、安全性、有効性について定着した見解があつたわけではなく、療法として未確立であつたことを理由に、実施義務・説

明義務を否定する」、②京都地判平成九年四月一七日判例タイムズ九六五号二〇六頁〔診断の結果の誤りを認定しつつも、診断方法の選択や乳房切除術の実施及び他の療法を選択しなかったことについての過失は否定し、平成元年当時、乳房温存療法については非過剰とのみ述べ、その意義等について説明しなかったことについての説明義務違反を肯定する〕、③大阪地判平成八年五月二九日判例時報一五九四号一二五頁（本件第一審判決）、④大阪高判平成九年九月一九日判例時報一六三三三号六九頁（本件原審判決）があり、医師の療法選択上の過失やその実施義務違反については否定するものが一般的であったが、説明義務違反については判断が分かれていた。その際には、療法が医療水準として未確立であるために、実施義務が否定される帰結として当該療法に関する説明義務の存在を否定するもの（①、④）と、医療水準として未確立であるため、実施義務が否定される点までは同様であるが、説明義務については乳房の喪失によってもたらされる患者の生活への影響を考慮し、患者の自己決定を尊重する観点から乳房温存療法の説明義務違反を認定するもの（②、③）がみられる。本判決は、未確立の療法は、医療水準として確立した療法が存在する場合において、なお一定の条件のもとに未確立の療法についても説明義務があ

るとし、医師の説明義務違反を認めた最高裁の新判断である。最高裁が従來說明義務の争われた事案一般において、必ずしも積極的な態度を示していたわけではないことに鑑みれば、本判決が医師の説明義務違反を認定した意義は大きいように思われる（なお、説明義務違反を肯定した最近の事案としては、宗教的信条から絶対的無輸血の意思を示していた患者に対し、患者が輸血拒否の意思決定や輸血を伴う手術を受けることについての意思決定を行うための説明義務があるとし、それを行わなかったことが意思決定を行う権利によって構成される人格権侵害の不法行為にあたるとした最判平成一二年二月二九日民集五四卷二号五八二頁が注目される）。もっとも、後述するように、本判決は医師の説明義務違反を認定しつつも、実施義務等については極めて慎重な態度を示しており、また療法に関する医師の説明義務の範囲・内容について興味深い説示を行っている。この点は、医師に課される診療債務一般の問題とも関係し、多くの検討課題を提供するものである。以下では、個別の論点につき検討を加えることにしたい。

2. 療法選択と患者の自己決定

本件のように選択しうる療法が複数存在する場合における療

法の説明義務については、学説においても「患者の医療参加に關する価値の重要性に鑑みると、原則として代替的治療についての情報は開示されるべきだと言えそうであるが、それがまだ医療界に確立されていない場合、あるいは複数療法間でどちらが良いかは客観的にも甲乙つけ難くしかも当該医師は提案する治療の方が良いと確信している場合には、デリケートであり、開示義務から免れるとする余地がある」（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（二・完）——日本の医療現場の法政策的考察を中心として——」民商法雑誌一一〇巻三号（一九九四）四二四頁〔同』契約法・医事法の關係的展開』〔有斐閣・二〇〇三〕三二二頁）とされていた。近時の下級審裁判例においては、医療水準として確立した療法の複数存在する場合については、積極的な判断をするものが増加しているものの、療法選択の前提となる説明義務が争われた下級審裁判例の大勢は、医師の裁量的判断を優先する傾向にあるといわれている（吉田・前掲（一）民商法雑誌一一〇巻二号（一九九四）二六六頁〔同・前掲書二九〇頁〕）。この点に關し学説には、「説明義務違反の判断に關しては、当該実施する療法（非定型乳房切除術）については、当該医療機関に求められる医療水準を基準として説明の限度を決するべきであるが、医療の進

歩により、同一の治療効果に向けた改良療法（乳房温存療法）が専門医等の間で是認され、当該医療機関にその情報の取得が期待できる状況にあるときは」他の療法が存在することを同時に説明すべきであるとし、予定すべき処置との關係において説明義務の限度を医師の裁量とすべきとする見解がみられたもの（稲垣・後掲書二八六頁以下）、本格的に議論がなされていないというわけではない。そのため、医療水準として未確立の療法について医師の裁量を考慮するとすれば、どのような場合に医師の裁量が認められ、反対にどのような場合に認められないのかが問われなくてはならず、この点に關する医師の説明義務の範囲や内容の検討が促されることになる。

本判決に關する学説の理解には、本判決が患者の「生活の質」を説明義務の補強要素としてあげている点に着目し、術後の生活の質を考慮して術前の患者の自己決定権を保障するものとして説明義務を位置づけるものがみられる（手嶋・後掲①九一頁、山口・後掲八一頁、石田・後掲一一二頁）。しかし、その際に「自己決定」が何に關する自己決定を意味するかについては、論者によって理解が分かれている。従来、診療契約における「自己決定」については、まず医師が患者に対し実施しようとしている療法に關して十分に説明がなされたかどうかというレベル

で問題とされ、その際に、医師が選択した療法に同意するかどう

うかについて患者の自己決定が問題とされてきた。これに対し、本件で問題となったのは、医師が患者に対し実施しようとしている療法のみならず、その他の療法についても同様に説明がなされたかどうかであり、この場合に患者の自己決定は、医師が選択した療法に同意するかどうかについてののみならず、患者が他の療法を選択できるかどうかという療法選択についても問題とされる。したがって、「生命、身体に軽微ではない結果を発生させる可能性のある療法を実施する場合、患者の同意を得る必要があることは従来からほぼ異論がない」（中村・後掲一七二頁）としても、その場合に想定されているのは、療法を受けるかどうかに関する患者の同意である以上、本判決をこれと混同することはできない。また、患者が自ら療法を選択できるかどうかは、それ自体検討されなければならないひとつの問題であり、とりわけ本件のように医療水準として未確立の療法については——医療水準として確立した他の療法があることを考慮すれば——その選択を患者の自己決定に委ねるべきかどうかについてはさらに慎重に検討されなければならない（水野・後掲一九七頁は、患者が自己決定をなしうる環境を整えることが、患者にすべての判断を任せなければならないというこ

とまでは含意しないとする）。

本判決は、手術前の段階で医師が選択した療法とは異なる他の療法の存在を患者が知っており、かつXが手紙によって乳房を残すことに強い関心を有することをYに表示していたという事実を前提になされたものであるため、この点で他の療法の存在を患者が知らなかった事案又は事後的に知った事案及び患者が何ら医師に意思表明を行わなかった事案とは区別される。そのため、少なくとも医療水準として確立していない療法一般について、患者が他の療法の存在を知らず、かつその療法についての説明を求めなかった場合についても、療法選択に関する患者の自己決定権を尊重する立場から、本判決が医師に説明を義務づけたものなのかどうかは、必ずしも明らかでなく、医師に存在する他の療法の情報を積極的に開示する義務があるかどうかについてはブランドとみるべきであろう。また手紙の交付前に行った消極的な説明が、手紙が交付されなかった場合であっても説明義務違反となるかどうかについては、なお検討の余地がある（第一審・原審両判決と異なり、最高裁が自己決定という語を用いていない点にも注意すべきである。なお、傍論ではあるが、医療水準として確立した療法〔術式〕が複数存在する場合については「患者がそのいずれを選択するかにつき熟

慮の上、判断することができるような仕方です。それぞれの療法〔術式〕の違い、利害得失を分かりやすく説明することが求められるのは当然である」としており、他の療法についても積極的に開示する義務を認めるかのようでもある。

3. 説明義務と医療水準論

次に、医師の説明義務としばしばその基準とされる医療水準の関係を検討することにした。

先述したように、医療水準として未確立の療法を前提に説明義務が争われた事案としては、未熟児網膜症に関する最高裁判昭和六一年五月三〇日判決（前掲）があり、この判決は光凝固法が医療水準として確立されていなかったことを理由に眼底検査の結果を告知・説明する義務を否定したものである。そのため、まずこの判決と本判決との整合性が問題となる（山口・後掲八〇頁は、本判決によって最高裁判昭和六一年五月三〇日判決が否定されたとする）。医師に課される説明義務は、従来から①患者の自己決定のための判断資料を提供し、患者の有効な同意を得るための説明義務と②患者の健康回復・病状悪化防止等のために診療の一環としてなされる結果回避義務としての説明義務に区別されている（野田寛『医事法・中巻（増補版）』（青林書

院・一九九四）四四六頁以下）。本判決についても、最高裁判昭和六一年五月三〇日判決が②の場合のみを射程にした判決であり、本判決は①の場合であることを理由に、本判決と従来の判例とを整合的に説明しようとするものがみられる（中村・後掲二二九頁注〔22〕）。

もっとも、同意を得るためになされる説明の内容と結果を回避するためになされる説明の内容が、具体的な場面でのように異なるものなのかについては必ずしも明らかではなく、その内容については個別の事案に即して確定していく必要がある。

まず本件の事案と対比してみると、確かに説明がなされなかったことよって患者が医療水準として未確立の療法を選択し、受ける機会を失った点で、本件と最高裁判昭和六一年五月三〇日判決の事案とは類似しているといえる。しかし、最高裁判昭和六一年五月三〇日判決の事案では、問題となった療法は光凝固法に医療水準として確立した療法は存在せず、また光凝固法についても事件当時には実験段階にあり、医療水準の高い医療機関ですらほとんど実施されない状況にあったのであり、本件とは療法の未確立の程度にかなり差のある事案であった（水野・後掲一九六頁も、最高裁判昭和六一年五月三〇日判決の事案では、医師が疾病の治癒に別の療法の実施を考えていたわけではなく、

また眼底検査を依頼した両親も、失明の心配を訴えていただけで、光凝固法について具体的な関心を抱いていなかった等の点で、本件と事案が異なるとする。本判决では、医師に課される説明義務の内容を「乳がんについて乳房温存療法の実施している医療機関の名称のあること及び乳房温存療法を実施している医療機関の名称

や所在をYの知る範囲で明確に説明」することとしている以上、少なくともYが適応可能性や実施している医療機関の名称を説明できる程度には同療法が普及していることが前提となっている。また、Yの説明義務違反を判断する際には、「乳房温存療法について、同療法を実施している医療機関も少なくないこと、相当数の実施例があつて、同療法を実施した医師の間では積極的な評価もなされていること」という事情が考慮されており、この点で事件当時にまだ実験段階にあり、医療水準の高い医療機関ですらほとんど実施されない光凝固法を対象とした最高裁判昭和六一年五月三〇日判決との区別が設けられている（下級審裁判例においては、最高裁判昭和六一年五月三〇日判決の事案（昭和四五年出生の未熟児）よりも後の昭和四八年に生まれた未熟児の事案について、医療水準として未確立であることを理由に光凝固法を実施しなかったことについての過失を否定しつつも、光凝固法の存在が「当時の一般的知見」であつたとして、医師

が転医又は両親に連絡・説明しなかったことを過失とし、治療機会を喪失させたことについて慰謝料の請求を認めたものがある（札幌地判昭和六一年六月五日判例タイムズ六〇三号六三頁）。

もっとも、ここで基準とされている医療水準は、あらゆる医療機関で一律に理解されるわけではない点に留意すべきであろう。医師に要求される医療水準については、「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」とするのが判例である（最判平成七年六月九日民集四九卷六号一四九九頁）。本判决では、Yが「開業医であるものの乳癌研究会に参加する乳がんの専門医であることが重視されており、そのことが説明義務を基礎づける事情のひとつとして考慮されている。その意味で、Yは開業医であるにもかかわらず、その専門性ゆえに通常の開業医よりも高い義務が課されているということができ（手嶋・後掲②八八二頁）、たとえ医療水準に達していない療法であつても、医療機関のみならず医師の専門性によつても——もちろん、そのみでは説明義務の根拠としては不十分であるとしても——高度の説明義務が課される可能性があることを本判决は示唆しているように思われる。

なお、本件は患者の乳がんが乳房温存療法への適応にあった事案であるが、仮に患者が乳房温存療法への適応になかった場合には、説明義務が否定されるのかどうかも問題となりうる。この点は、説明義務違反によって侵害された利益をどのように理解するかによって判断が分かれるように思われる。すなわち、侵害された利益を治療機会の喪失として理解すれば、患者が適応になかった場合には、——いずれにせよ患者は治療を受けることができないので——説明義務も問題とならないことになりそうであるが、患者の乳がんが同療法への適応にあるかどうかを知ることそれ自体が患者の利益であるとすれば、患者の乳がんが適応になかった場合にも説明義務違反を認める余地がある。

4. 実施義務・転医義務と説明義務の関係

なお、本件第一審・原審両判決では、Yの実施義務・転医(ないし転医勧告)義務が問題とされており、最高裁もこれらの義務について言及している。ここで未確立の療法に関する説明義務とそれらの義務の関係について、若干検討しておくことにしよう。

まず実施義務については、未熟児網膜症に関する一連の判例・裁判例が、医療水準として確立したとされる時期(昭和四

九年度厚生省特別班の報告が公表された昭和五〇年三月以降とするのが一般的見解である)以降の事案について医療水準に即した措置をとらなかつたことを過失としており、医療水準として確立した療法については事実上の実施義務が認められている。これに対し、医療水準として未確立の療法について、本判決はYが「自らは胸筋温存乳房切除術がXに対する最適の術式であると考えている以上は、その考え方を変えて自ら乳房温存療法を実施する義務がないことはもちろん」であるとしており、実施義務を否定しているかのようなのである。もつとも、本判決は実施義務を否定する反面、説明義務は認めている。したがって、説明を受けたXが、Yに他の療法による治療を求めた場合やXが他の療法による治療を求め転院した場合にも、論理的には医療水準に達していないことを理由に、他の療法による治療を拒否される可能性があり、このように理解するならば、説明義務の機能は、他の療法の存在についての情報を患者に提供することのみに帰することになる。そのため、患者が医師の説明によって他の療法の存在を知った場合に、医療水準に達していない療法を受ける機会が保障されないとすれば、そのような説明義務が課されることの意義が問われることとなる。この問題について、患者の療法選択の自己決定を強調する立場からは、患者

の意思を尊重するために、患者が選択した場合には、医師は医療水準として未確立の療法についても実施する義務を負うと解する方向性が考えられよう。しかし、これについては、療法選択に関する医師の裁量との兼ね合いというデリケートな問題があり、また療法選択について慎重な判例・裁判例の方向性とは相容れない（寺沢・後掲三四五頁は、本件第一審判決について、医師に「告知説明義務が医師に課せられることになる」と、医師は同療法実施〔または転医義務〕をも患者に保証することを意味し、結局は、医療水準にない療法につき、医師は実施義務〔または転医義務〕をおうことになる」とし、実施義務〔または転医義務〕と説明義務の一体性を指摘し、批判している）。また、この場合には自己決定の論理が、未確立の療法に内在するリスクを患者へ転嫁するための論理として作用する恐れがあることに加え、自己決定権を過剰に強調する場合には、患者は療法選択によって、実質的に生命・身体を自由に処分することが認められることになりかねず、この点については生命・身体への処分可能性をも踏まえた綿密な検討が要求されることとなる。

もっとも、判例を前提とする限り、実施義務と患者の意思の尊重の問題について留意しなければならないのは、仮にYにおいては医療水準として未確立であるとしても、他の医療機関で

は医療水準として確立されていると考えられる余地があることであり、したがって、患者の入院する医療機関次第では、実施義務が認められる可能性があることである（石田・後掲一二二頁）。つまり、たとえYにおける実施義務が否定されたとしても、他の医療機関で自らの希望する療法を——医療水準として確立した療法として——受けることができる以上、Xが乳房温存療法を受ける可能性自体は否定されないであり、その意味で実施義務を否定しつつ、説明義務を肯定するという解決には矛盾がないといえる。そのため、以上の実施義務の議論と関連して、次にYに課される説明義務を検討するならば、Yに説明義務が課される場面は、かなり限定されているように思われる。すなわち、本判決ではYの知っている範囲でYに対して医療機関の名称や所在の説明義務が課されているが、これは乳房温存療法が少なくともYの医院よりも医療水準として確立していると認められるような医療機関を説明の対象としているものであると解するのが妥当であろう。これによってXは転院先において乳房温存療法を医療水準として確立した療法として受けることができる可能性があり、またそのような実施義務が転院先には課されることになる（もっとも、医療水準として確立した療法が複数存在する場合について、療法の選択をすべて患

者に任せるべきかどうかについてはさらに検討の余地がある)。このように、いわば「医療水準の相対化」により、実施義務・転医義務・説明義務を捉える立場は、医療水準について「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」とした最高裁判平成七年六月九日判決(前掲)の理解に合致するものであると同時に、患者の意思を尊重することを可能とするものである。他方、他の医療機関においても医療水準として認められないような療法は、そもそも説明義務の対象とならないこととなり、この点で最高裁判昭和六一年五月三〇日判決(前掲)と本判決の整合的な説明が可能となることは既に述べたとおりである。ここでは先に述べた医療水準としての確立の程度が考慮されることとなる(その意味で、本件が乳房温存療法という医療水準としてある程度確立した療法が問題となった事案であることに留意すべきであろう)。なお、本判決の一般論にしたがえば、医療水準として確立した療法については「患者がそのいずれを選択するかにつき熟慮の上、判断することができるとするやうな仕方ですれぞれの療法(術式)の違い、利害得失を分かりやすく説明する」義務が課されることになる。

5. その他の特色

以上のように、本判決はかなり限定された状況を前提に医師に説明義務違反を認めたものである。確かに本判決が、実質的に乳房温存療法を医療水準として確立していると認めるのと大差ないという印象を与えることは否定できないものの(手嶋・後掲②八八二頁)、未確立の療法一般について本判決と同様の結論を肯定することは困難であろう。したがって、本判決はあくまで前述の如き特殊性を有した事例判決として理解されるべきである。最後にこれまで述べてきた点を踏まえ、これまで述べてきた点以外に注目される本判決の特色について検討を加えておくことにしたい。

まず、本件が乳がんに関する事案であることを踏まえ、本判決は乳がん手術が女性の生き方や人生の根幹に係る「生活の質」に影響を及ぼすことを強調し、他の手術よりも説明の要請が一層強まるとしている。その意味で、本判決の射程は、乳がんのほかにも「生活の質」に影響するものである場合(たとえば、子宮がんなど)には、本判決と同様の考慮が働く可能性がある。ただし、既に述べたように、「生活の質」に直結させるかたちで安易に自己決定の論理を強調し、その帰結として患者へリスクを負担させるような結果を導くことの不都合には注意しなければならない。

また、患者が術前に乳房温存療法について手紙によって強い関心を有することを医師に示していた点で、本件が特殊であることについては、既に述べたとおりであるが、この点に關しては本判決が契約責任構成を採用している点にも注目すべきである。不法行為責任の過失要件の基礎となる注意義務と債務不履行の基礎となる契約上の債務は、今日あまり区別して理解されることはないが、本判決ではXが乳房温存に関する強い関心を示した手紙をYに交付していることが重要視されており、事前の關係におけるより具体的な状況がYの説明義務違反の根拠のひとつとなっている（ちなみに、先述した京都地裁平成九年四月一七日判決（前掲）は、説明義務違反を「診療契約に基づく被告病院の契約上の義務にとどまらず」、「乳癌手術を行う医師の一般不法行為上の注意義務に基づくもの」とし、「その義務違反は不法行為上の過失を構成する」とする）。このことは不法行為責任では義務の存在ないしその違反が認められない場合であっても、契約責任では事前の關係を考慮して認められる場合がありうることを示唆しているともいえよう（これに対し、本件と異なり、事前に手紙が交付されていない場合にも説明義務違反が認められるとすれば、契約責任と不法行為責任の区別は、曖昧なものとなろう）。もつとも、本判決は説明義務を契

約上の債務として位置づけているが、その際には事前の具体的な關係に基づいてYが負担する説明義務と診療契約の關係が問題となる。とりわけ診療契約を「病気の治癒・改善等を指向して最善の処置を行うことを内容とするもの」（中村・後掲一七三頁）として理解する場合、本件では患者が他の療法によって一応完治している以上、診療契約の目的は達成されているのであって、その目的から完全に独立した説明義務の性質が問題となる（また、本判決が説明義務と実施義務を完全に区別している点にも留意する必要がある）。とりわけ近時では、末期医療のように、医療への期待が必ずしも病気の治癒・改善のみを集約されないケースもあり、このような観点から本判決をみるならば、本判決は診療契約の目的とは別に医師が患者の求めるコミュニケーションへ対応しなかつたという事実それ自体に対する責任としての側面を有するものであるともみることができよう。

本判決の評釈としては、手嶋豊①・平成一三年度重要判例解説九〇頁、同②・民商法雑誌二二六卷六号八七四頁、山口齊昭・民法法情報一八八号七六頁、塩崎勤・民法法情報一八九号五七頁、水野謙・法学教室二二三号一九六頁、石田剛・法学セミナー

五六六号一一二頁、新美育文・私法判例リマークス二六号二六頁、中村也寸志・法曹時報五五卷四号一一八二頁、岡林伸幸・名城法学五二卷一号一二一頁等がある。

また本件第一審判決の評釈としては、寺沢知子・撰南法学二〇号三三七頁があり、原審判決の評釈としては、稲垣喬・判例評論四七八号（判例時報一六五二号）一九〇頁（同『医師責任訴訟の構造』（有斐閣・二〇〇三）二七九頁以下）、岡林伸幸・名城法学四九卷一号一四三頁、廣瀬美佳・年報医事法学一四号一三二頁がある。