HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	医師の患者及び家族等へ対するがん告知義務の検討 ： 説明義務論の再構築を前提として
Author(s)	小島, 愛美
Citation	北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル, 14, 175-202
Issue Date	2007-12-21
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/30325
Type	departmental bulletin paper
File Information	14_P175-202.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

医師の患者及び家族等へ対するがん告知義務の検討

－説明義務論の再構築を前提として－

小島愛美（こじまめぐみ）

目　次

第１章　はじめに …… 177
第２章　説明義務一般に関する議論 …… 178
　第１節　説明義務の実質的根拠 …… 178
　第２節　従来の説明義務論の構造 …… 178
　　１　分類の整理 …… 178
　　２　分類の実益 …… 179
　第３節　従来の説明義務論の構造に対する批判 …… 180
　第４節　自己決定権を基本に据えた説明義務論の再構築 …… 181
　　１　出発点 …… 181
　　２　損害と因果関係、賠償の範囲 …… 181
　　３　説明義務範囲画定基準 …… 182
　　４　説明義務の例外 …… 184
　　５　家族等への説明 …… 185
　第５節　新説明義務論におけるがん告知の位置付け …… 185
第３章　がん告知判例 …… 186
　第１節　判例の動向 …… 186
　　１　視点 …… 186
　　２　判例 …… 186
　第２節　判例の評価 …… 191
　　１　本人に対する告知について …… 191
　　２　家族等に対する告知について …… 191
第４章　がん告知に関する学説 …… 192
　第１節　従来の学説 …… 192
　　１　本人に対する告知について …… 192
　　２　家族等に対する告知について …… 193

第２節　新説明義務論における整理 …… 193
第５章　検討 …… 194
第１節　患者の意思確認義務 …… 194
第２節　説明後のケア体制 …… 195
第６章　結びに代えて …… 195

第１章　はじめに

今日、医療訴訟において、説明義務は、本来的な診療上の過誤と並び、大きな論点とされるようになった[1]。医師が患者に対して一定の範囲で説明義務を負うことについては、現在、医療界・法学界共に異論のない状況にある。説明義務が重視されるに至った背景には、後述するように、従来のパターナリズムに基づく医療の現場に、患者の自己決定権を重んじるインフォームド・コンセント（以下「ＩＣ」という）法理が徐々に浸透してきたという経緯がある[2]。医療における利益主体はあくまで患者本人であり、医師には、患者が納得して医療を受けるために必要な情報を提供すべき義務があると考えられるようになったのである[3]。

ところが、これが命に関わる重篤な疾患である場合、殊に、病状が末期段階にあって治癒の見込みのない患者に対して病状・病名等を告知すべきかという問題となると、自己決定権の尊重のみを声高に叫ぶことは難しくなる。慢性疾患であり、治癒が困難とされてきたがんは、告知が問題となる重篤な疾患のうち、中心的地位を占めてきた。厚生労働省の調べによれば、我が国における昨年のがんによる死者は過去最多の３２万人に達し、死亡原因の３割を占めるに至っており、我々にとってますます身近な疾患となってきている[4]。がんに関する研究の進展や医療技術の向上に伴い、種類やその進行度によっては有効な治療を受けられるものも今日少なくないが、死を連想させる恐ろしい病としてその存在感を増していることも事実である。それゆえ、がんの場合には、未だに他の病気とは異なり、医師や患者の家族が本人への告知を躊躇するという現実がある。

先日発表された厚生労働省研究班によるアンケート調査の結果は、このことを如実に表すものとなっている。本調査は、2006年11月から12月の間に、末期がん患者等が入院する全国の4911の病院を対象に実施され、1499の病院から回答を得たものである。がん患者の終末期の治療方針を決める際、誰に確認するかとの問いに対しては、「患者のみに確認する」としたのは０.８％に留まったのに対し、「患者の意思と家族の意思の双方を確認する」としたのは48.７％、「患者より先に家族の意向を確認する」との回答は46.６％に上った。また、家族の意向を確認する理由（複数回答）としては、「患者だけで判断すると、家族から不満が出る可能性がある」が70.６％と最も高く、その後に「本人に説明しないことを家族に懇願された」（64.８％）が続き、「患者の意思を直接聞くことは終末期という状況になじまない」（24.３％）との回答もあった[5]。

患者本人の預かり知らないところで、本人にとって最も重大な自らの生命・生き方に関わる決定がなされることをいかにして正当化できるのであろうか。また、その家族等への告知はどのような位置付けにおいて考えられるべき問題なのか。本稿では、説明義務論の実質的根拠である患者の自己決定権から導かれるべき「がん告知」の在り方について考えていく。そのためには、まず、従来の説明義務論ではなく、新たな説明義務論に拠るべき必要性を示した上で（第２章）、がん告知に関する従来の判例・学説の議論について検討を加える（第３章・第４章）。そして、理想的な説明義務の履行のために必要な医療現場の取り組みを紹介し（第５章）、最後に、本稿が掲げた課題について振り返る（第６章）。

なお、「がん告知」という特殊領域を設定することへの批判[6]や権威的なニュアンスをもつ「告知」という用語を用いることに対する批判[7]も散見される。それらの見解に筆者も異論はないが、本稿では、末期段階における説明義務が問題となる代表的な病として「がん」を取り上げると共に、これまで特別視されてきた説明義務（「告知」の問題）は、本来一般的な説明義務（説明義務論）の中に位置付けられるべき問題であることを示す過程において、両者の区別のために、前者を「告知」と表現することとする。また、その対象は、世間において言われるところに従い、断りのない限り、「がんの病名・病状告知」を意味するものとする。

第２章　説明義務一般に関する議論

第１節　説明義務の実質的根拠

医師に一定の説明義務が課されることについて今日争いのない状況にあり、その背景には「ＩＣ法理」が存在したと先に述べた。かかる法理は、「正しい説明を受け理解した上での自主的な選択・同意・拒否」という意味であり[8]、人体実験における被験者の人権を擁護する法理として登場した後、欧米において医療全般に広げられたものである。我が国においても、従来のパターナリズムに基づく医療（医師の独善的判断や権威主義的態度）に対する不信の高まりや、新たな医療技術の社会問題化（脳死、遺伝子治療等）等を通じて、医療の問題は、医師＝患者間の個人的関係を越えた社会制度の問題として議論されるようになった。まさに、「医療は医師が患者に施す愛の行為ではなく、患者にも人権があり、また医療を享ける権利があるというように変わってきて、パターナリズムは風前の灯となってきた」のである[9]。

かかる法理の実質的根拠は、患者の自己決定権にある。すなわち、人は生来、自身の生き方について自ら決定する権利を有しており、これは医療の分野においても妥当する。治療方法―より広くは、その後の生き方―の選択を行うためには、医師から自身の身体等に関する情報について説明を受ける必要があり、医師がかかる義務を果たさなければ、患者は自身で判断する機会を失う、換言すれば、患者の自己決定権という人格権を侵害することとなる[10]。

この点、自己決定権の法的位置付けについては、憲法上の人権とする説（憲法13条）と、憲法上の権利と見る必要はなく、私法上の権利として検討すべきとする説[11]に大別でき、前者はさらに、私法上にも当該人権を直接適用すべきとする説（直接適用説）[12]と、私法における一般条項を解釈する際に、人権としての価値を充填すべきとする説（間接適用説）[13]に分けることができるが、いずれによっても、患者の自己決定権を私法上の権利（あるいは人格的利益）として承認すること自体に争いない。また、自己決定権の保障が及ぶ範囲についても、個人の人格的生存に不可欠の利益に限るべきとする説（人格的利益説）[14]と、より広く一般的行為の自由を含むべきとする説（一般的行為説）[15]が対立しているが、生命・身体という人間にとって核心的な利益が問題となる患者の自己決定権が、その保障範囲に含まれることについても争いない。

もっとも、患者の自己決定権が尊重されるべきとしても、その反面において、医師に過度の負担がかかることは回避されなければならない。また、医療上の決定をなすにあたっては、専門的な知識・経験に基づく考慮が不可欠であるから、この意味において、医師に一定の裁量が認められることに疑いない。患者にしても、医師には、単なる情報提供者としてではなく、専門的立場に立つ良き助言者として自己の決定をサポートしてほしいと願うのが通常であろう。本稿では、このような医師＝患者関係を理想として、これを実現するために必要なことは何かという視点から、両者の権利（裁量）と義務の内容について考えていく。このような立場に立つ時、患者の自己決定権と医師の裁量は、共に理想の医療を実現するための手段として捉えられ、「対立関係」から「協同関係」へと転換される[16]。

次節では、従来の説明義務論における当該権利義務の位置付けと内容を概観し、当該分類の実益を確認する。

第２節　従来の説明義務論の構造

１　分類の整理

これまで判例や学説において、説明義務が問題とされる場面（目的）として指摘されたものには、ⅰ承諾の前提としての説明（ＩＣにおける説明）、ⅱ療養方法の指導としての説明（悪しき結果を避けるための説明）、ⅲ転医勧告としての説明、ⅳ不本意な結果が発生した場合の事後の説明等があり[17]、学説においては、ⅰとⅱのみの分類で足りるとする見解（二分説）、ⅰ、ⅱにⅲを加えて三分類とする見解（三分説）[18]、ⅰ、ⅱにⅳを加えて三分類とする説（新三分説）[19]等が唱えられているが、三分

説については、iiiはiiの問題に解消されてしまう[20]、あるいは、ⅰ、iiの説明義務に接合されてしまう[21]との批判があり、本説を支持する論者は少ない。他方、新三分説は、ⅰ及びiiとivの性質の違いを指摘するものであり[22]、この点で従来の二分説をさらに発展させたものといえるが、本稿はがん告知問題についての検討を課題とするため、以下、二分説にしたがって、その内容を見ていくこととする。

この立場によると、ⅰ承諾の前提としての説明とは、自己決定権に由来するものであり、医的侵襲（治療や手術）を行う際に患者に行われるべき説明をいう。患者の同意と医師の説明義務の捉え方によって、ⅰはさらに同意無効説と注意義務説に分かれる[23]。前者は、患者の同意は医的侵襲の違法性阻却事由であるという従来からの定説を前提に、説明を患者の同意の有効要件と解するため、説明不足の場合には同意は無効となり、治療行為の違法性が阻却されず、医師は不法行責任（または債務不履行責任）を負うとする立場である。一方、後者は、医師の説明義務違反が患者の同意を無効にするかどうかを問題とすることなく、説明義務を端的に法的義務として認め、その説明義務違反がある場合、そのことを理由に損害賠償責任を肯定する説である。この注意義務説は、さらに義務発生根拠をどこに求めるかによって、①不法行為法上の注意義務として位置付ける説（不法行為責任説）[24]、②診療契約上の義務として位置付ける説（契約責任説）[25]、③不法行為法上の注意義務としても、診療契約上の義務としても位置付けることができ、その性質にこだわる必要がないとする説（両責任併有説）[26]に分かれるが、このうち、③が現在の通説とされている。なぜなら、医師＝患者関係は、通常、準委任契約たる診療契約に基づいて発生するため[27]、医師は受任者による報告義務や善管注意義務（民法656条に準用される同法645条、644条）を負うこととなり[28]、その診療契約上の善管注意義務の内容は、不法行為の成立要件である「過失」（民法709条）と同一のものと考えられているからである[29]。この立場に立つと、医師の説明義務違反を理由とする損害賠償請求訴訟を提起する際に、債務不履行責任としても不法行為責任としても責任追及を成し得ることになる。その根底においては、立証責任等の点において一概にどちらが患者側（原告）に有利とはいえない以上、その法的根拠を一方のみに固定する必要がないとの実際上の考慮が働いており、現実の訴訟の場においても双方を理由として請求を立てるのが一般である[30]。

これに対して、ii 療養方法の指導としての説明とは、治療の一環として治療効果の維持獲得（結果の実現ないし悪しき結果の回避）を目的として行われる説明のことであり[31]、その根拠は、医師法23条に求められる[32]。かかる規定は行政法上のものであるが、医師と患者の私法上の関係についてもこの規定は妥当するものとして、診療行為としての医師の説明義務を認める[33]。なお、ⅰ及びiiによっても、医師の説明義務が阻却される場合があるが、それについては後述する（本章第４節４）。

２　分類の実益

ところで、それぞれの分類ないし説が対立すること［A｛ⅰ承諾の前提としての説明とii療養方法の指導としての説明の分類｝、B｛ⅰ内における第１説（同意無効説）と第２説（注意義務説）の対立｝、C｛ⅰ内の第２説内における①不法行為責任説②契約責任説③両責任併有説の対立｝］の実益はどこにあるのであろうか。

まず、B及びCの議論が持つ実際上の意義は、把握する情報量の点等で医師よりも劣る患者にいかなる手段を与えることが公平に適うかという点につき争われた債務不履行構成と不法行為構成の対立、なかでも立証責任の所在をめぐる議論にあった[34]。

それでは、分類Aの実益は何か。第１の指摘は、ⅰとiiの損害と因果関係の相違に関するものである。具体的には、ⅰは自己決定権に由来するのに対し、iiは医師の本質的義務であり、その説明自体が診療行為となるから、説明が不十分であった場合にはそのことが過誤になるとする見解（以下「実益１－１」とする）[35]、ⅰが不十分な場合には

医師の説明義務違反による責任を生起せしめるが、適切であった場合には患者による危険の引受を意味し、一方、ii が不十分な場合には医師の治療上の過失を一体として惹起し、右説明に従わない患者に関する過失評価と相接続することになるとする見解（以下「実益１－２」とする）[36]、そして、ｉにおいて、十分な説明を受けていればこの治療法を選択しなかったという場合には、逸失利益その他の損害の賠償が認められるが、十分な説明を受けていたとしてもこの治療を選んでいたという場合には、因果関係が否定され、機会喪失に基づく慰謝料のみとなる一方、ii では、結果として身体障害が生じることが必要であるという見解（以下「実益１－３」とする）[37]がある。

第２の指摘は、ii においては、患者はこの説明に従うことを拒否できないという点に両者の相違があるとするものである[38]（以下「実益２」とする）。

また、第３の指摘は、ｉと ii における医師が負うべき説明義務の範囲を決する基準（以下「説明義務範囲画定基準」とする。）の相違についてのものである。これは、医師が患者に説明すべき内容とされるもの、すなわち、ア.現状認識に関わる情報（罹患している疾病の種類・程度）、イ.実施予定の治療行為から期待される結果（当該治療行為の性質、当該治療行為の侵襲の性質・程度・範囲、期待される治療効果の性質・程度・確率、当該治療行為に付随する危険ないし合併症の性質・程度・確率等）、ウ.代替可能な治療行為に関する情報（代替可能な治療行為の存否、代替可能な治療行為の性質、代替可能な治療行為の侵襲の性質・程度・範囲、期待される治療効果の性質・程度・確率、代替可能な治療行為に付随する危険ないし合併症の性質・程度・確率等）、エ.実施予定の及び代替可能な治療行為のいずれをも受けない場合に予想される結果に関する情報（罹患している疾病の進行についての予測、予想される転帰）[39]のうち、説明すべき事項とその程度をいかに解すべきかという議論である。これについては、ｉにおける説明義務範囲画定基準として、①合理的医師説、②合理的患者説、③具体的患者説、④二重基準説の対立があり、近時、③や④が有力となっている[40]。これに対して、ii は、治療の一環としての説明と位置付けられているため、かかる説明義務の範囲を画定する基準としては、本来の医療過誤における責任の範囲確定基準と同じ「医療水準」が用いられている（以下「実益３」とする）。

第３節　従来の説明義務論の構造に対する批判

以上、従来、学説が構築してきた説明義務論の構造について見てきたが、このような説明義務の把握の仕方に対しては、そもそも患者の自己決定権の妥当領域を医的侵襲の場面に限定するという出発点（本章第２節２における分類Ａ）からして、患者の自己決定権を狭く解し過ぎており、妥当でないとの批判が樋口教授より有力に唱えられている[41]。

同教授は、上記の分類に対して、「このような区分は、そもそも自己決定権の対象を、手術等のいわゆる医的侵襲を伴う治療に関する承諾の場面に限定することから生ずる。そうであって初めて、その他の医療の場面で、医師に対しなお何らかの説明を義務付けた方が良い場面を設定することになる。だが、手術の場合でなくとも、医師の説明が患者に何らかの行為を求める内容（例えば、薬の服用の仕方）であってその通りに従うのも、自己決定権の一態様であり、さらには説明が何らかの作為不作為を求めるものではなく、情報提供である場合ですら、それをただ聞いておくだけという判断自体がすべて自己決定だとすれば、説明義務を二つに区分することは維持できなくなる」ことを指摘される。また、本章第２節２における分類Ａの実益１及び実益２については、前者はＡ分類と論理必然の関係にあるものではなく、「損害と因果関係論に還元される問題」であり、後者は「（患者が自己責任において医師の推奨する治療方針に従わないという選択をすることも許されている）今日（においてはもはや）…支持できまい。」[42]と述べられている。もっとも、かかる後者についての指摘が、樋口教授の解釈のように文字通り患

者に拒否するという選択権が与えられていないことを意味するのではなく、「患者が説明に従わずに身体的損害が生じた場合には、患者側の過失評価（過失相殺の対象）となりうるので、患者には説明に従うことを拒否する誘因がない」ことを意味しているのであれば、それはすでに患者の選択権の有無の問題ではなく、前者についての指摘同様、損害と因果関係論に還元される問題であるから[43]、同教授もこれを否定するものではなかろう。

以上見たように、従来の説明義務論は、自己決定権の妥当領域を医的侵襲の場面のみに限定する点で問題があるだけでなく、かかる議論を維持する実益があるかどうかについても疑問である。本章第１節において述べた「理想の患者＝医師関係」を実現するためには、これを破棄して、自己決定権を根本に据えた説明義務論の再構築を行うことこそが重要となろう。もっとも、樋口教授は、実益３が述べるところの説明義務範囲画定基準の相違については一切触れられていない。従来の説明義務論に異議を唱えるためには、新たな説明義務論においても妥当な基準を設定しうることを示す必要があるだろう。この点については、次節で検討する。

第４節　自己決定権を基本に据えた説明義務論の再構築

１　出発点

本稿が提唱する説明義務論（以下「新説明義務論」とする）は、自己決定権を説明義務の根幹をなすものとしてその出発点に置く。これにより、従来の分類Ａにおいて自己決定権の妥当領域が限定されていたことの違和感を解消し、本章第１節で述べた「理想の患者＝医師関係」を日常的な診療から根付かせるための誘因とする。もっとも、このように、患者の自己決定権に基づく説明義務の領域を広げることについては、患者にいちいち選択・決定の機会を与えなければならず、医療現場の実態にそぐわないとの指摘がなされるかもしれない。しかし、先に紹介したように、薬の服用の仕方に関する説明をただ聞くという決定も自己決定権の一行使と解すれば、積極的な確認が常に要請されるわけではない。医師の負担の調整は、説明義務範囲確定基準において図られるべきであり、何よりもまず、患者の自己決定権の重要性を確認することから出発すべきである。また、法的構成については、医師は患者の同意に関係なく診療契約上及び不法行法上の注意義務として説明義務を負うものと解することで（本章第２節１の③両責任併有説を採用）[44]、実際の訴訟において不法行為構成と債務不履行構成を選択することを可能にすべきである。以上のことを出発点として、説明義務の範囲画定基準や賠償の範囲（内容）について論じていくが、便宜上、後者から始めることとする。

２　損害と因果関係、賠償の範囲

まず、医師の説明義務違反との関係で問題となる損害としては、「患者の自己決定権侵害」とそれに起因する「身体損害」がある。この点、本稿が拠るところの注意義務説（本章第２節１の②両責任併有説）においては、医師の説明義務違反は、直ちに「患者の自己決定権侵害」を意味し（以下、本章で「医師の説明義務違反」という場合、「患者の自己決定権侵害」も同時に意味するものとする）、これを理由とする債務不履行責任（または不法行為責任）に基づく慰謝料等の賠償責任が生じることになる。一方、「身体損害」までの賠償を医師に課すためには、医師の説明義務違反と「身体損害」との間に「説明義務違反がなければ、身体損害は生じなかった。換言すれば、説明義務に違反したために、身体損害が生じてしまった。」という因果関係の存在が必要となる[45]。なお、ここでいう「身体損害」とは客観的事実的判断によって認定される身体機能の低下及び喪失のことであり、そのことと自己決定権が侵害されたかどうかという問題は区別して考える。問題となる損害（自己決定権侵害と身体損害）の組み合わせにより、①自己決定権の侵害もなく、身体損害も生じなかった場合（自己決定権○・身体○）、②自己決定権の侵害はなかったが、身体損害が生じた場合（自己決定権○・身体×）、③自己決定権が侵害されたが、

身体損害は生じなかった場合（自己決定権×・身体○）、④自己決定権が侵害された上に身体損害も生じた場合（自己決定権×・身体×）に分けることができる。

このうち、①は両損害が生じておらず、説明義務違反の問題は生じ得ない。②は、結果として身体損害が生じてしまったが、医的侵襲を受ける前に医師から十分な説明を受け、自己決定したという場合であり、①と同様、説明義務違反の問題は生じない[46]。他方、③は、医的侵襲の結果、病状が改善されたが、事前に説明義務違反があった場合であり、例えば、輸血によって患者の病状は改善されたが、輸血は信仰する宗教の教義に反するとの理由から、患者はこれを希望していなかった場合等である。この場合においては、身体損害が生じていないため、因果関係の有無は問題とならない。端的に説明義務違反が問題となり、これが認められれば、医師は慰謝料の賠償責任を負う。最後に④は、説明義務違反（自己決定権侵害）と身体損害の双方が発生している場合である。身体損害に対する逸失利益等を含む賠償責任が生じるためには、両者の間に因果関係が認められなければならず、その前提として延命利益が必要である。具体的には、実際は危険な手術であったのに、医師から簡単な手術である旨説明されたために手術に応じたが、失敗して後遺症が残った場合（作為による身体損害発生事例）や医師が患者に病名・病状の説明を行わなかったために、患者が自己の病状を軽視して治療を止めてしまい、死亡した場合等をいう（不作為による身体損害発生事例、いわゆる期待権侵害）。反対に、因果関係が否定されるのは、医師の病状等の説明義務違反により、延命利益のない末期患者が充実した余生を過ごすことができなくなったような場合等である。このような患者の延命利益の有無によって説明義務違反の損害賠償の対象が異なることを認める結論に対しては、患者の自己決定権が人格権の一種であることからは問題があり、損害賠償は原則として慰謝料に限られると解すべきとの批判がある[47]。しかし、生じた損害の性質が異なる以上、これはやむを得ないことであり、生じた損害に応じた賠償を認めることは、医師・患者の双方から見てむしろ公平な解決といえよう。

３　説明義務範囲画定基準

では、医師が患者に説明すべき情報（本章第２節２のア.～エ.）のうち、その対象と程度を決するための説明義務範囲画定基準については、どのように考えるべきであろうか。まず、従来自己決定権に由来するとされていたｉ承諾の前提としての説明における議論がそのまま妥当する。すなわち、判例は医師の裁量を尊重する傾向にあり、本章第２節２における説のうち、①合理的医師説が定着したとの評価もあるが[48]、自己決定権が説明義務の根幹をなす重要な権利であることに鑑みれば、③具体的患者説の実現を目指すべきであろう。もっとも、患者の希望や意思は内心に留まることも多く、医師に過度な負担がかかることは回避されなければならない。学説においては、このような利益衡量から、②合理的患者説が通説とされるのであるが、常に個人の希望を離れて「合理的患者」を念頭に置いて説明すればよいと解することも首肯し難い。このような葛藤を克復しようと提唱されたのが④二重基準説である。本説は、「医師が患者との相互間のコミュニケーションによって知りまたは知りうべき全事情に基づけば、当該患者がその自己決定権の行使において重要視するであろうことが認識可能であったその情報が説明されたか」を基準とするものである。このような医師の過度の負担回避と患者の希望の実現との調和を図ろうとする姿勢は、「理想の医師＝患者関係」（本章第１節）への接近を試みる点で本稿と同じ方向性を志向しているものと解せられるが、個々のケースに応じた妥当な結論を追及するあまり、基準とはいえないほどに曖昧化している点で問題がある。そこで、以下では、④説の基準を現実に機能させるために必要な方策を考える。

まず、本説は、医師が現に患者の希望等を「知っていた」場合には、医師は患者の当該意思等に照らして必要となる情報について説明しなければならないとしており（この点において③説の基準

を採用)、この点の基準は明確である。また、「知りえなかった」場合については明確に述べられていないが、②説の基準と③説の基準との葛藤を克復しようと提唱されたのが本説であることからして、この場合においても「合理的患者」であれば必要とする情報の説明は最低限必要とされよう（この点において②説の基準を採用)。日常的な診療の多くはこの場合に該当するので、医師の負担も過度に重くならない。しかし、問題は、「知りうべき」場合をいかに考えるかである。この点、④説の基準のように「患者は、はっきりと希望を言わなかったが、その他の事情等を含めて考えると医師に伝わっていたであろう場合」等とすると、双方の理解に隔たりが生じやすくなり、紛争が生じる原因となろう。法的基準は、第一義には事後的な評価基準であるとしても、医療現場に両者の理解を一致させる誘因を与えることが望ましい。そこで、医師に説明を行う前に患者の特別な希望等を確認するための一定の取り組みを行うことを説明義務の一内容として認め、当該義務を履行したが、知ることができなかった場合には、原則に戻って、②説の基準によるが、逆に、当該義務の履行を怠り、患者の特別な希望等を把握することができなかった場合には、「医師が知りうべき場合」に該当するものとして、③説の基準に変更されると解する。もっとも、当該義務を懈怠した後者の場合においては、基準の変更が直ちに説明義務違反を意味するので、当該義務を怠った場合には、端的に説明義務違反が生じることとなる。

以上のことを整理すると、医師は、説明義務の一内容、すなわち、説明すべき内容・範囲を画定するための前提として、患者の希望を確認するための一定の取り組みをなすべき義務（以下「患者の意思確認義務」という）を負っている。当該義務を懈怠すれば、説明義務違反となるが、履行したが患者の特別な希望を知りえなかったという場合には、②説の基準により、「合理的患者」が必要とする説明を行えば説明義務は果たされたことになる。他方、当該履行の結果もしくは患者からの申し出等によって、患者の特別な希望を知っていた場合には、③説の基準により、当該患者の希望に照らして必要となる情報について説明しなければならない。また、患者は「説明を受けたくない」との自己決定もなすことができ、この意思を確認するためにも事前の患者の意思確認は要請される（本節４の例外④の場合)。このように、医師に「患者の意思確認義務」を説明義務の一内容として課すことにより、両者の理解を一致させる誘因を与えると共に、医師の過度の負担回避と患者の意思実現の調和を図るべきと考える（以下「⑤説」という)。もっとも、医師に要求される「患者の意思確認義務」の内容が重要となることはいうまでもない。この点は、医療界の実際の取り組みを参考にして、後に改めて検討したい（第５章第１節)。

以上は、誰を基準として説明義務の内容（対象事項とその程度）を確定するかという問題であったが（主観的範囲の問題)、いくら患者が希望したところで、治療法にはある時点における限界が常に存在し、治療法の中にも確立されたものとそうでないものがある。当然ながら、医師が全ての治療法の知識を有し、対応できるものではない。そのような意味において、医師が治療行為を行う際に負うべき注意義務の程度を決するための基準である「医療水準」との関係がさらに問題となる（客観的範囲の問題)。その内容は、一般に、診療当時の臨床医学の実践における医学的知見とされ、かかる基準は、医療機関の性格や地域性等の特性により異なる相対的なものとされる[49]。この点、患者の自己決定権の観点からは、例えば、病状の改善には適するが、容姿への侵襲が大きい治療法と、病状の改善という点では未確立な治療法であるが、容姿への侵襲が少ないという利点がある治療法の二つがある場合に、後者を選択したいという決定や、また、医療水準に合致している治療法が奏効せず、残された選択肢として実験的段階に留まる治療法に賭けたいという決定等が想定される。したがって、「未確立の治療方法であっても、相当の実施例があり、実施した医師の間で積極的な評価がなされているものについては、患者が当該治

療方法の適応・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ていた場合、医師の知っている範囲でこの治療法を患者に伝えるべき義務があると解する」[50]ことで、客観的範囲の問題である医療水準との調整が図られるべきである。以上のように解することにより、従来の分類A（本章第２節２）においてｉとⅱにおいて別々に議論されてきた基準を「患者の自己決定権」という観点から統一的に理解することが可能となる。かかる検討をもって、A分類の実益として挙げられた第三見解（実益３）に対する批判としたい。

なお、従来の説明義務の例外に関する議論は、本稿が提唱する新説明義務論においても同様に問題となるため、次に述べる。もっとも、従来は各例外事由を並列的に列挙するのみであったが、新説明義務論においては、これらを「自己決定権」という視点からより体系的に把握することができるので、この点にも実益があるといえよう。

４　説明義務の例外

以上見てきたように、患者の自己決定権を説明義務の根幹をなすものとして位置付けると、自己決定権の限界ないし放棄の場面において、医師の説明義務が阻却されることになる[51]。まず、自己決定権は、他者の利益と衝突する場面で一定の制約を受けることがあり、①公共目的に基づく行政上の即時強制はその典型である。また、②患者が意思能力を有しない場合や、③緊急事態の場合等、患者の事情・状態により自己決定権を問題とすることができない場合がある。さらに④患者自身が説明・承諾を不要なものと決定することがあり得る。この点、アメリカにおいては、患者の自己決定権を義務的に捉えて、当該権利の放棄は認めるべきではないとの見解もあるようであるが[52]、当該権利を行使することと放棄することの間に価値の優劣はなく、また、同一人であっても、行使を望む場面と望まない場面がありうるであろう。決定権の放棄は認められるべきである。これまで述べた例外事由は、やむを得ない場合もしくは患者の希望による場合であり、従来の学説においても、これらに異を唱えるものは見当たらない。説明義務の例外として位置付けるべきか否かが最も問題となるのは、いわゆる⑤「治療上の特権」についてである[53]。これは、病状・病名の説明や治療行為に伴う危険の説明が、患者に大きな心理的悪影響を及ぼし、病状の悪化や治療遂行上の障害となることが懸念される場合には、医師の説明義務は阻却ないし軽減されると解すべきかという議論である。判例は、かかる場合は医師の裁量に委ねるべきとし、学説においては、医師に慎重な態度を要求しながらも、その裁量に委ねるべき一定の場合を認めるのが一般である。自己決定権を尊重する本稿の立場としては、例えば、取り乱して自殺等を図りかねない等の不可逆的不利益が生じる蓋然性が高いというごく例外的な場合には、②や③の場合に準じて医師の説明義務が阻却されるが、当該義務の阻却は一時的なものに留まると解する。なぜなら、医師の説明義務は患者に自己決定権を適切に行使させるためにあるのであるから、環境（時期や場所、伝え方等含む）が調わない段階での説明は、むしろ有害であり、医師は説明義務を履行しうる環境にあるか否かについても、専門的立場から注意を払うべき義務を負っているものと解せられるからである（民法656条、644条、645条）[54]。また、このように解する以上、かかる義務が阻却されるのは環境が調うまでの一時的なものと解するのが妥当である。このように解すると、医師は際限なく当該義務の履行を試みなければならないことになるのではないかとの指摘がなされそうであるが、前述のように②や③の場合には、かかる状況が続く間、医師の説明義務が阻却されるのであるし[55]、④の場合においても患者の決定の範囲において説明義務は阻却されるのである。さらに本稿が提唱する新説明義務論においては、医師には「患者の意思確認義務」が課されているので、患者の希望はすでに把握されていることが通常であるから、例外をこのように狭く解することで不都合が生じるとは考えにくい。したがって、本稿は、⑤の場合が認められる場面をごく例外的なものに限定し、かつ、その義務の阻却は一時的なものに留まると解する。

５　家族等への説明

以上のような説明義務の例外（本節４の①～⑤）に該当する場合、さらに、患者の家族等に対する説明の問題が生じる。①の場合は、法律上の強制措置であるため、家族等に対する説明によって代諾の問題は生じず、あくまで状況説明に留まる。もっとも、患者が感染症を理由として隔離された等の場合には、家族等自身の隔離の必要性の判定のために説明を行うことも考えられる。②及び③の場合については、本人の自己決定権を問題にできないことから、家族等に対しては、状況説明に加えて、代諾を得るための説明が行われうる[56]。では、④及び⑤の場合はどうか。本稿の立場からは、前者については、患者に、家族等に対する説明を望むか否かについても事前に確認すべきであり、後者については、一時的な説明義務の阻却しか認められないので、直ちに家族等に対して説明を行う必要性は通常認め難い。しかし、この点についても、万が一の場合に備えて、患者に説明することができない場合に家族等に対する説明を希望するか、希望するとして誰に説明してほしいか等についても確認しておくべきである。その際、「単なる家族への事実説明」と「家族による代諾」を分けて説明し、前者のみを希望するのか、それとも後者についても希望するのかについての確認も必要となろう。

この点、従来の判例・学説においては、⑤の場合を広く認め、かつ、その義務の阻却を一時的なものに限定しないことから、「家族（等）に対する説明」の問題について様々な見解が交錯していた（判例については第３章第２節２、学説については第４章第１節２）。本稿では、「がん告知」義務の検討を主眼とするため、この問題を網羅的に検討することはできないが、本稿が提唱する新説明義務論においては、「家族に対する説明」についてもなお患者の自己決定権がその根拠とされるべきことに変わりはない。

第５節　新説明義務論におけるがん告知の位置付け

それでは、前節で述べた新説明義務論において、がん告知は、いかなる位置付けにあるか。「がん告知」の実質的根拠が患者の自己決定権に求められること及びその実定法上の根拠については先に述べた通りである（本章第４節１）。

生じうる損害との関係で問題となりうるのは、一般的な説明義務同様、本章第４節２の②、③、④の場合であり、その因果関係の有無により、医師の賠償責任の範囲が定まる。延命利益のない末期がん患者に対する説明義務違反の場合には、初期段階のがん患者に対するそれとは異なり、因果関係が否定され、慰謝料のみの賠償責任が生じるに留まる。

また、「告知義務違反によって自己決定権侵害が生じた」といいうるためには、本章第４節３の⑤説の基準により、医師の説明義務の範囲に含まれていた情報の説明がなされなかった（もしくは不十分だった）ことが必要である。病名・病状の説明は、第２節２のア.現状認識に関わる情報（罹患している疾病の種類･程度）に属するものであり、通常の場合、合理的患者であれば必要とする情報であろう[57]。しかし、これが「がん告知」であった場合はどうか。この点、治癒率の高い初期がんの場合には「合理的患者」であれば「がん告知」を必要とするものと解する。なぜなら、治癒に向けた積極的な治療が行われる場面においては、「病名・病状」は、患者の置かれている状況について医師の認識を端的に示すものであると同時に、治療方針等を決定する上で最も基本的な情報である。それゆえ、その後に医師と患者が協同して、第２節２のイ.からエ.の情報について選択・決定を行っていくためには、病名を速やかに患者に伝え、両者の間で共有される必要があるからである。また、告知による精神面・肉体面への影響という点においても、治癒率が高い初期がんを他の病気と区別する必要もない。では、末期の場合はどうであろうか。当該段階においては、積極的治療から疼痛対策を中心とした末期医療へと移行するが、鎮痛剤の投与、残された選択肢として未承認の薬や治療法を試すこと、さらには近い将来問題となる延命行為を希望するか等についての選択・決定がな

おも必要となる点で、告知の重要性に変わりはない[58]。しかし、治癒可能性が限りなく小さいという点で、精神面・肉体面への影響が大きく、初期がんや他の病気とは様相が異なるという特徴がある。したがって、末期がんの告知は「合理的患者」の希望を超えた特別な希望であり、医師による「患者の意思確認義務」等により医師に把握されなければ、説明義務の範囲内に含まれないものと解する。また、治療法等に関する説明については、医療水準による一定の限界が存在することも先に述べたとおりである。

さらに、がん告知の例外としては通常、本章第４節４の④患者の希望による場合と⑤治療上の特権が考えられるが、前者については、自己決定権行使の結果である以上、尊重されるべきことに変わりない。本稿の提唱する新説明義務論において後者の場合が問題となりうるのは、通常、医師が患者の意思確認義務の履行等によって患者が告知を希望していることを把握したが、何らかの理由によって取り乱し、自殺を図りかねない等の状況が生じた場合である。医師が専門的見地から告知を控えるべきと判断した場合は、環境が調い次第、再度、告知の履行が試みられなければならない。また、例外が認められた場合には、さらに家族等への告知の問題が生じる。我が国の医療現場においては、従来、がんの告知を⑤の場合として位置付け、本人告知に代えて家族等への告知を行うという慣行が長きに亘り受け継がれてきた。患者の病名・病状等に関する情報を本人の同意なく家族等の第三者に伝えることは、プライバシー権の侵害や個人情報保護法の観点からの今日的な問題があるばかりでなく、家族の代諾による患者の自己決定権侵害へと発展する契機となる。このような流れを断つためには、医師による患者の意思確認義務の履行に加え、患者が告知を希望しているが⑤に該当するという場合における説明義務の阻却を一時的なものに留めることが重要となる。次章においては、以上のような視点から、これまでのがん告知判例の動向を探り、問題点を指摘したい。

第３章　がん告知判例

第１節 判例の動向

１　視点

主ながん告知判例は以下のとおりである（Ⅰ］～XII］）。このうち、Ⅳ］及びX］は患者に告知をしたことの医師の責任が問題となった事例（告知事例）であり、その他は、患者に告知しなかったことが問題となった事例（不告知事例）である。また、不告知事例のうち、家族には告知済みであったために本人に対する不告知だけについて争われたという事例はⅠ］だけであり、その他は、患者とその家族に対する不告知についてそれぞれ争われた事例である。さらに、末期段階で延命利益がない場合の告知が問題となったものは、IX］及びその控訴審XI］と上告審XII］だけであり、その他は、延命利益がある告知が問題となった事例である。

２　判例

Ⅰ］秋田地大曲支判昭和48年３月27日（判例時報718号98頁）

舌がん患者が、舌の切除手術を明確に拒否していたため、医師は、患者には病名と舌の３分の２を焼き取るという手術内容を伝えずに潰瘍を焼き取ると説明し、家族に病名を告知して同意を取り付けてから、当該手術を行った。そこで、患者は本人に対する不告知が不法行為に当たると主張して損害賠償請求訴訟（以下「訴訟」という）を提起した。

裁判所は、昭和45年当時のがん治療においては、本人への不告知が一般的な認識であったと認定し、この点の主張については請求を棄却したが、患者が舌切除手術を予め明確に拒否していたことから、かかる手術は同意を欠くものであり、この点の違法があるとして、請求を一部認容した。

Ⅱ］東京地判昭和56年12月21日（判例時報1047号101頁）

脳腫瘍の患者が、その剔出手術を受けて一時退院したが、その後再発し、他の病院において死亡した。そのため、医師が当該手術に際して患者の

真の病名告知をしなかったことが、早期の適切な処置を受ける機会を喪失させたとして、遺族が債務不履行を理由に訴訟を提起した。

裁判所は、医師が患者の家族に対して真の病名を告知しなかったことが結果的に妥当であったかは問題があるとしながらも、患者に与える不安等に鑑みると、患者及び家族に対して告知するか否かは医師の裁量に属するものとして、請求を棄却した。

Ⅲ］大阪地判昭和57年９月27日（判例時報1074号105頁）

医師は、早期がんの疑いがある患者に対して告知をすることは相当でないと判断し、代わりに家族に告知して手術を勧めた。そして、患者の腹部にある病巣切除手術を行ったが、患者は腹膜炎に罹り死亡した。そこで、遺族は、患者及び家族等に対して早期がんであることやその病状、手術の必要性・危険性等について十分な説明をせず、当該手術は有効な承諾を欠く違法な手術であり、患者または家族に対する不告知が債務不履行または不法行為にあたるとして訴訟を提起した。

裁判所は、診療契約上の義務または医的侵襲に対する承諾の前提として、医師は、患者またはその家族に対して、病状、治療方法の内容及び必要性、発生の予想される危険等について当時の医療水準に照らして相当と思われる事項に関する説明義務を負うとしたが、患者本人への不告知については、がんに対する一般の認識や医療の現況、患者本人に及ぼす心理的影響等を考慮すると、病名を患者本人に告知するのが妥当であるかは疑問であり、家族に対してなした説明は手術前に要求される説明義務を十分尽くしたものであるとして、請求を棄却した。

Ⅳ］名古屋地判昭和58年５月27日（判例時報1082号91頁、判例タイムズ507号282頁）

患者は、上顎がんの手術を受けて退院し、その後も当該病院に通院していたが、同病院の被告医師からは胸部Ｘ線撮影を受けるよう指示されたことはなかった。その頃、患者は、自宅近くの他の病院の検査において両肺に異常が発見されたため、再度被告医師を受診したところ、「手術をする。内科で診てもらいたいのならがんセンターに行きなさい。」と言われ、自身が肺がんであることを知った。患者はがんセンターにて治療を受けたが、その後、衰弱死した。遺族は、Ｘ線検査懈怠による延命利益の喪失と共に不用意ながん告知が患者に精神的ショックを与えたことが不法行為にあたるとして訴訟を提起した。

裁判所は、本人告知は、精神的打撃から治療等への深刻な悪影響が懸念される一方で、自ら医療上の選択ができるという利点もあることから、患者に告知すべきか否かについては、医師の合理的裁量に委ねるのが相当とした上で、告知によって患者が精神的悪影響を受けたからといって、それが医道上の配慮を無視した患者に精神的打撃を与えることだけを目的としたような場合を除き、直ちに医師に何らかの法律上の義務違反があったとすることはできず、本件のがん告知による精神的ショックは不法行為を構成しないとして請求を棄却した[59]。

Ⅴ］名古屋地判平成１年５月29日（判例時報1325号103頁、判例タイムズ699号279頁）

患者は、検査の結果、胆嚢がんの疑いがあると診断された。医師は、入院させて精密検査を行い、確定診断及び治療方針の決定が必要であると判断したが、患者の性格、家族関係、治療方針に対する家族の協力の見込み等が不明であり、本人告知による精神的悪影響を懸念して、行わないことにした。家族告知については、入院後の精密検査を実施してからそのうちの適当な者に行うことにし、患者には、「胆石がひどく、胆嚢も変形しているため、早急な手術が必要である」旨説明をした。患者が海外旅行や家庭の事情を理由に入院を拒んだため、医師は、患者から旅行後の入院予約を取り付けたが、その後、患者から入院を延期する旨の連絡が入った。結局、患者は、本件病院に入院することなく、後に入院したがんセンターにて死亡した。そこで、遺族は、胆嚢がんの疑いがあることを患者または家族に説明しなかったのは債務不履行または不法行為責任を構成するとして、訴

訟を提起した。

裁判所は、患者は自己決定権を有することから、医師は患者及びその家族に対して病状等を説明することは診療契約上の債務の一内容であるとしたが、説明の相手、時期、内容及び程度については、説明が治療に影響を与えるため、病状の内容、程度に応じて医師が判断することが相当であり、原則として患者の右権利を侵害しない限度において、医師の裁量の範囲内にあるとした。そして、難治疾患については、患者に与える精神的打撃を排除する慎重さが望まれるとして、真実と異なる病状の告知をしたことは説明義務違反とはならない旨判示し、請求を棄却した。

Ⅵ］名古屋高判平成２年10月31日（高等裁判所民事判例集43巻３号178頁、判例時報1373号68頁、判例タイムズ744号182頁、Ⅴ］の控訴審判決）

事案は、Ⅴ］の通りである。裁判所は、難治疾患における病名の告知が患者にとって有益なものとなるか否かは、医師と患者の置かれた状況（患者の病状、患者の意思、精神状態、受容能力、医師と患者の信頼関係の程度、家族の協力態勢の有無や程度等）に左右されるため、病名を告知すべきか否かに関する医師の合理的裁量は尊重されなければならないが、病名の不告知または告知の態様が、医師の合理的裁量を逸脱し、説明義務の不履行と評価される場合があることを認めた。しかし、当時の大多数の医師が相当としていた考え方に従って説明を行った場合（本件は真実でない病名の告知を行っていた）には、特段の事情のない限り、これを違法ということはできないとして、控訴を棄却した。

Ⅶ］東京地判平成６年３月30日（判例時報1522号104頁）

進行性胃がんと診断された患者に対し、医師は、胃の出口にかなり大きな腫瘍がある旨の真実とは異なる説明をして入院と手術を勧めたが、患者はこれを拒否した。同居している夫が心臓病を患っていたことから、医師は夫に対して告知を控えることとし、その代わりに患者の実弟に対して告知した。弟は、医師に「患者に告知して欲しい」旨伝えたが、医師は、本人には告知すべきでないので、病名を患者や家族に話さないように頼んだ。その後、医師は患者のがんが進行していることを確認し、再度患者及び同道した夫に胃下垂のようだと説明して入院を勧めたが、患者はこれを拒否した。その後も患者の通院時に、度々入院と手術をするよう勧めたが、患者は通院を止めてしまった。まもなく患者は、他の病院に入院して検査を受けたが、１年以上前に手術をしていたら助かったのではないかと医師に言われた。患者の死後、遺族等は、本人と家族に対する不告知を理由に訴訟を提起した。

裁判所は、医師は診療契約上の義務として、患者が適切に判断し得るように、患者に病状を説明すべき義務を負うが、その中には、何らかの事情で、患者本人に対する病状等の告知が適当でない場合には、その家族等の近親者に病状等を説明し、その協力の下に患者が適切な治療を受けることが可能となるような措置を取るべき義務が含まれるとした。そして、治癒可能性の低いがんの場合には、患者に病名告知をすべきか否かは病状の重篤さ、患者本人の希望、その人格、家庭環境、医師と患者の信頼関係、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医師の合理的裁量によるべきであるところ、本件においては、患者の実父が同病で死亡していることや家庭環境に照らすと、患者に真実の病名を告げなかった点については、説明義務違反はないとした。一方、家族への告知に関しては、患者に関する情報収集源として、また、患者に対して治療を受けるよう働きかけるために家族その他の近親者に告知し、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必要であるとして、本件においては、心臓病を抱える夫に対する不告知も相当の理由があるとしたが、近くに住む娘に対しては、医師は告知すべきであったとして、かかる不告知は患者との間に締結した診療契約上の債務不履行にあたり、延命利益を侵害したとして、この点の請求を認めた。

Ⅷ］最判平成７年４月25日（最高裁判所民事判例

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、Ⅴ］及びⅥ］の上告審判決）

事案はⅤ］の通りである。裁判所は、およそ患者として医師の相談を受ける以上、十分な治療を受けるためには医師の意見を尊重し治療に協力する必要があるのは当然であるとの考慮の下で、次のように判示した。患者に対する告知については、医師が患者の精神的打撃と治療への悪影響を考慮し、重度の胆石症と説明して入院させた後に精密な検査を行おうとしたことは、患者が初診でその性格等も不明であり、当時の医師の間ではがんについて患者に真実と異なる病名を告げるのが一般的であったことからしても医師としてやむを得ない措置であり、不合理とはいえないと示した。家族に対する告知については、医師にとって、患者は初診で、その家族関係や治療に関する協力の見込みも不明であり、患者に対して手術の必要な重度の胆石症と説明し、入院させた後に患者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ったということはできないとして、上告を棄却した。

Ⅸ］秋田地判平成８年３月22日（判例時報1595号123頁）

患者は、以前から心臓疾患のため通院していた総合病院において、肺の進行性末期がんであると診断された。当該診断を行った非常勤医師にとって、患者は初診であったが、この時点で、すでに治癒・延命の可能性はなく、余命は長くて１年程度とあろうと予測していた。医師は、その後の診療時に、カルテに末期がんであろうと記載し、患者に鎮痛剤を投薬していた。また、患者からの「肺の病気はどうか」との質問に対して、医師は、患者に告知することは相当ではないとの判断から、「以前からある病気が進行している」旨返答していた。医師は、家族告知を行うべきと考えていたが、当該病院における勤務を終える可能性があったことから、カルテに「家族への何らかの説明が必要である」旨記載した。その後、一人で通院してきた患者に対して、家族の同行を求めたが、患者がこれを拒んだため、医師もそれ以上家族について尋ねることをしなかった。結局、患者の最終通院時まで、当該医師や後継の医師は、患者に対して疼痛治療を施すのみで、告知をせず、家族への連絡をとることもしなかった。患者は、当該病院で治療を受けても胸の痛みが治まらなかったため、訴外病院を受診したところ、受診から２週間後に、患者の長男に対して告知が行われた。その後患者は死亡している。患者には、同居の妻と、別居する３人の成人の子供がおり、患者は健康保険において同市内に住む長男の扶養家族となっていた。遺族等は、当該病院に対し、がん発見の遅延と発見後の適切な治療の懈怠が債務不履行にあたること（発見の遅延とその後の懈怠についての主張は一審、二審においてのみなされた）、また、当該病院の医師等が患者が余命一年の末期がんであるとの診断をしていながら、その旨を患者または家族に告知しなかったことが債務不履行ないし不法行為にあたるとして、訴訟を提起した。

裁判所は、末期がんの告知は、一義的な基準を設けることが困難な性質のものであり、他の医療行為に比べ、担当医師には広範な裁量が認められるとして、本人、家族のいずれに対する関係においても、告知がなされなかったことは医師の裁量権を逸脱するものではなく、また、がん発見の遅延及びその後の適切な治療の懈怠も共になかったとして、患者家族らの請求を棄却した。

Ⅹ］大阪地裁平成８年４月22日（判例時報1585号66頁）

患者は、医師から、悪性リンパ線腫であるとの告知を受けた。その後、同医師の下で、抗がん剤の投与を受けていたが、この期間中に同医師から「（斎場及び墓地の所在地である）瓜破へ行くか」と繰り返し言われたり、新興宗教の護符を勧められたりした。そこで患者は、悪性リンパ線腫は誤診であること及び不当な言動を伴ういわれなきがん告知を受けたとして訴訟を提起した。

裁判所は、誤診の主張の点については否定したが、不当な告知であったかの点については、医師が患者に告知する場合、殊に悲観的状況の場合には、特に患者の病状や精神状態を考慮し、恐怖感

等の不要な精神的ショックを与えないよう、告知内容、程度を慎重に検討すべき注意義務を負うとした上で、医師は患者の心情を考慮せずに余命が幾ばくもないとの示唆を不用意に与えたものであり、護符を勧めたことは、患者に残された手だては神頼みしかないと思わせるに十分な不当な言動であったといえるから、医師としての注意義務に違反するとして医師の告知責任を認めた[60]。

XI］仙台高裁秋田支部判平成10年３月９日（判例時報1679号40頁、IX］の控訴審判決）

事案はIX］の通りである。裁判所は、がんの発見の遅延及びその後の治療の懈怠についての主張は一審と同様に退けたが、告知義務の主張については、医師が患者にがんを告知すべきではないとしたのは、当時の医療水準に照らせば医師の合理的裁量の範囲内であるが、その場合には家族に関する情報を収集し、必要があれば直接家族と接触する等して、家族への告知の適否を速やかに検討すべき義務を負うところ、被告病院の医師等は同義務を懈怠したとして、この点の請求を認容した。

XII］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、IX］及びXI］の上告審判決）

事案はIX］の通りである。裁判所は、次のように判示して控訴審判決を維持した。すなわち、医師は診療契約上の付随義務として、患者に対し、診断結果、治療方針等の説明義務を負担するが、患者が末期的疾患に罹患して余命が限られている場合において、医師が患者本人に告知すべきではないと判断した場合には、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、同人または同人を介してさら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場合には、その診断結果等を説明すべき義務を負う。その根拠は、告知を受けた家族等は、医師側の治療方針を理解した上で、物心両面において患者の治療を支え、また、患者の余命がより安らかで充実したものとなるように家族等としてのできる限りの手厚い配慮をすることができ、適時の告知によって行われるであろうこのような家族等の協力と配慮は、患者本人にとって法的保護に値する利益であり、診療契約に付随する義務として認められる。本件においては、当初の担当医であった医師は、患者のカルテにおける家族関係の記載や保険証の内容から、家族に容易に連絡をとることができたにもかかわらず、かかる措置を講ずることをしなかった[61]。また、後継の医師等も、当初の担当医による「家族への何らかの説明が必要」である旨のカルテの記載があったにもかかわらず、家族等に対する告知の適否を検討するために患者の家族等に連絡をとる等して接触を試みることもなかった。仮に、医師らが接触を図り、家族告知の適否を検討していれば、当該家族等が告知に適する者であることが判断でき、患者の病状等について告知することができたものといえる。当該病院の医師らのこのような対応は、上記の義務に反しており、その結果、家族等は患者の余命が充実したものとなるような手厚い配慮をすることができなかったものといえ、患者は、病院に対して慰謝料請求権を有するとした。

なお、本判決には、「平成２、３年当時における末期がんの告知に関する医療水準がどのようなものであったかを検討するにあたっては、（平成元年に厚生省・日本医師会により発行された）「がん末期医療に関するケアのマニュアル」を十分に斟酌するべきである（が）（なお、この場合、医療機関側において、末期がんの告知につき患者の家族に受容能力があるかどうか、医師及びその他の医療従事者と患者の家族との関係が良いかどうかを判断するにあたっては、家族の状況等を承知する必要があるわけであるが、そのためには患者側において家族を医療機関へ同道する等医療機関に対し協力することが必要となると解すべきである。）、…原審はこの点に関する検討が不十分であるため、平成２、３年当時における末期がんの告知につき、診療医契約上、医療機関側がどのような債務を負うのか、あるいは医療機関側にどのような注意義務が課されるのかを明らかにしていないが、これは、重要な法律問題についての解釈を誤ったものと言わざるを得ない。」との上田裁判官

の反対意見が付されている。

第２節　判例の評価

１　本人に対する告知について

これまでの判例を概観すると、古い判例（Ⅰ］、Ⅱ］）を除いて、医師が患者に対して説明義務を負うことを否定するものは見当たらないが、本人へのがん告知については、医師の合理的裁量を広く認めて消極的な態度を貫いている。その理由として挙げられるのは、主に、当時の医療界の一般的認識（Ⅲ］、Ⅵ］、Ⅷ］）と患者への精神的悪影響（Ⅲ］、Ⅴ］）であるが、両者は独立したものではなく、「医療界においては、本人告知は精神的悪影響を与えるものと一般的に考えられていた」という一体の理由として解すべきであろう[62]。そして当該理由付けから、「医師がそのような医療界における一般的な認識に従った以上、責めることができない」という判断と「患者にとっても告知を行う方がよいとは言い切れない」という判断が導かれているものと思われる。近年になって、当該理由付けを構成する諸事情を細かく列挙するものも登場したが（Ⅶ］）、実際上の判断に影響を与えるような変化ではない[63]。もっとも、今から10年ほど前の判例においては、医師の裁量を広く認めるという従来の形式を維持しつつも、患者が自己の病状を軽視し、その後の治療を続けなくなる等の弊害が生じないよう相当な配慮を行わなければならないとするものがある（Ⅶ］）[64]。真実を知らされない患者に対しては、通常、告知した場合以上に医師の関わり・働きかけが必要となるはずであるから、不告知を選択した医師には、患者に不利益を与えないための措置を講じることが要求されているのである。このような考慮は、延命利益がない場合においても同様になされており、そこでは、余命の充実のために家族告知をなすことが不告知による不利益回避の措置として必要とされている（Ⅻ］）。なお、患者の協力態勢を考慮に入れて医師の告知義務違反を否定したものもあるが（Ⅷ］）、これは、患者が常に医師に対する協力義務を負うという意味ではなく、事例的判断において、治療を円滑に進めるためには、患者の協力が必要となる側面があることを指摘したに過ぎない[65]。

２　家族等に対する告知について

家族への告知は、まず、患者への告知を原則とするか、初めから家族告知を考えるかという形で問題になる。この点について、これまでの判例を見てみると、古くには患者と家族を同列に扱うものも見られたが（Ⅲ］）、第一に患者本人に対する告知を検討し、それができない場合に補充的に家族に対して告知すべきとするものが近時の中心を占めている（Ⅴ］、Ⅶ］、Ⅺ］、Ⅻ］）。後者への変遷は、患者の自己決定権が徐々に浸透してきたためと思われる。

では、本人告知の検討を原則としても、本人への告知を控えるべき場合において、家族に対する告知は義務とされるか。この点、古くは、患者に対する告知同様、家族に対する告知も医師の裁量に委ねられるとされていたが（Ⅱ］）、近年では、「もはや延命しか期待し得ない患者について、医師が不告知を選択した場合には、特段の事情のない限り近親者に対する告知を行い、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及び患者本人に適切な決断を促すという観点から要請されるものと解すべき」とするものや（Ⅶ］）、「本人への告知を控えた場合には、家族に関する情報を収集し、家族と接触する等して、家族への告知の適否を検討し、適当と判断される場合には、その診断結果等を説明すべき義務がある」とするもの（Ⅺ］、Ⅻ］）が登場している[66]。後者の立場からは、患者本人への告知同様、医師に家族に告知すべきか否かの判断について一定の裁量を認めることとなる[67]。それは、「告知によって可能となる家族等の協力と配慮は、患者本人にとって法的保護に値する利益」であると解する以上（Ⅻ］）、そのような働きを期待できない家族等に対する告知は意味がないからである。もっとも、このように、医師に、「告知にふさわしい家族」を探索し、（不）告知決定を行うべき義務を課すことは、医

師に過大な負担を課すことになるとの指摘がなされている[68]。また、本判決の反対意見においては、「医師等が患者の家族の状況等を承知するためには患者側において家族を医療機関へ同道する等医療機関に対し協力することが必要となると解すべき」旨の言及がなされたが、それぞれの義務の範囲は明確にされなかった。この点、本稿においては、第２章第４節３の⑤説の基準を採用することによって、医師に過度の負担をかけることなく、両者の権利・義務の範囲を画定しうることを先に示した。

家族等に対する告知の法的根拠及び構成については、近年になって徐々に言及されるようになった。実質的な根拠について述べるものとしては、「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及び患者本人に適切な決断を促すという観点から要請される」と解するもの（Ⅶ］）の他に、「患者の期待権」にその根拠を求めるものがある（Ⅺ］）。しかし、後者においては、実際の慰謝料の算定において家族の慰謝料も含まれるとされている点に注意が必要である。診療契約の当事者関係にない家族の患者に対する思いを酌みたいという心情は理解できるが、法的構成としては矛盾である[69]。その他に、「適時の（家族）告知によって行われるであろう家族等の協力と配慮は、患者本人にとって法的保護に値する利益であり、これは診療契約に付随する義務である」としたものがある（Ⅻ］）が、ここで想定される家族が果たしうる機能や付随義務構成とすることの意味が明らかでなく、様々な評価がなされている[70]。

以上、本人及びその家族等への告知に関する判例の動向をまとめるならば、本人告知を行うか否かについての医師の裁量は広範なものであり、例外的な場合を除いて法的責任を問われることはない。もっとも、近時、本人への不告知を選択した場合には、延命利益の維持のために、あるいは余命の充実のために必要な措置をとることが要求されるようになり、「家族等に対する告知」は当該措置の主要な一つとして位置付けられた。そのため、医師は、「家族（等）告知」の適否を検討すべき法的義務を負うものとされたのである。もっとも「家族（等）告知」は従来から当然のように行われてきたものであり、目新しいものではない。自己決定権を重視した判決の登場や[71]個人情報保護法の制定へと向かう時勢の中で、初めてその法的根拠を示す必要に迫られたのではないか。そして、それは、「家族等自身のため」ではなく「患者のため」としなければならなくなったのではないか。そうだとすれば、何よりもまず「患者の意思」を確認することから始めなければならない。患者が本人告知を望むか否かに始まり、家族（等）告知についての希望の有無、望むとしてその程度、さらには、告知すべき家族等についても患者の意思に導かれるべきである[72]。患者のために家族告知検討義務を医師に課すべきとする判例の立場においても、家族の多様化が進む今日、患者の意思の確認なくしてその実現を図ることは、医師の負担の面からも、患者のための告知という面からも、非常に困難であろう。次章では、従来のがん告知に関する学説を概観し、第３章で述べた新説明義務論との関係について触れる。

第４章　がん告知に関する学説

第１節　従来の学説

１　本人に対する告知について

患者本人への告知の是非について、学説は五つの見解に分けることができる。第１に、がん告知が大きな治療効果を伴う場合には、告知による不利益を無視してでも告知すべきであり、これを怠れば医師の法的責任が肯定されるとする見解（利益考量説）[73]、第２に、患者本人へのがん告知を法的義務としない現状を踏まえた上で、医師の助言義務を発展させ、医師に患者の近親者へ説明し、患者の病状を悪化させない措置をとるべき義務を肯定すべきとする見解（代替措置説）[74]、第３に、告知すべきか否かは患者の意思に従うべきとする見解（患者希望説）[75]、第４に、がん告知の適否は、時代と共に変化する一般人の意識や当該患者の周

辺事情にも大きく依拠するものであり、正面から何らかの画一的基準を打ち立てることは相応しくないとする見解（基準否定説）[76]、第５に、告知が患者に不可逆的不利益をもたらすと判断される場合並びに患者が予め告知を拒否している場合以外は、本人への告知を原則とすべきとの見解（告知積極説）[77]がある。

２　家族等に対する告知について

次に、家族等への告知に関する学説について見ると、当初から患者への告知と家族等への告知を同視し、いずれかに告知すれば足りるとするものは現在見受けられない。判例と同様、患者に告知しない場合には家族等へ告知すべきとするのが多数説であるが、その法的根拠についてはいまだ議論が煮詰まっているとはいえない。学説の中にはかかる根拠の不明を理由に家族等に対する告知について疑問を呈する見解や診療契約の主体ではない家族等を告知義務の客体とすることはできないとする見解等の否定的な見解も存在するが[78]、その一方で、医療の現場において家族等に対する告知が必要とされてきたという現実に法的根拠を与えようとする見解も存在する。第１に、患者が判断能力及び自己決定能力を有しない場合に、これに代わって家族を代理人とするという見解[79]、第２に、医師・患者間には、診療契約上家族には告知する旨の黙示の合意があるとする見解、第３に、家族に患者の有する自己決定権を代位行使しうる権限を認める見解[80]である。

第２節　新説明義務論における整理

このような本人及び家族等に対する告知の是非とその根拠に関する従来の学説は、一般的な説明義務論における明確な位置付けを与えられてこなかったがために、様々な見解が乱立している。本稿が提唱する新説明義務論においては、それらを対立する個々の見解として扱うのではなく、各見解の根底にある問題意識を「患者の自己決定権」という視点から体系的に取り込むことができる。このことを以下で示すことによって、新説明義務論の構造の中において、がん告知をすべきか否かという理念的な問題とそのがん告知に関してどのような場合に医師に法的な責任を負わすことができるかという法的問題の統一化を図りうることを確認したい。

まず、告知による精神的な悪影響は一時的で、確実に乗り越えられるものであるならば、患者の自己決定権という観点からも、告知積極説のいうように告知を原則とすることが望ましい。しかし、殊に末期段階の告知となると、患者に与える精神的影響は甚大であろうことは容易に想像され、告知を原則とすべきとは言い難い。告知を予め拒むという選択権を患者に与えるためにも、やはり患者希望説のいうように、患者の意思確認が必要となろう。それにより、基準否定説の論拠となっている個々の患者の考え方や事情に沿った対応が可能となる。もっとも、患者の意思に従うべきといえども、その意思確認及び自己決定権の行使は、実効性確保の観点から、医師の法的責任の下においてなされる必要がある。その際、医師が単なる情報提供者に堕することは患者としても望まないであろう。専門的見地からのアドバイスを受けつつ自己決定権を行使したいと考えるのが通常であり、その点で、利益考量説的な立場から治療方針の提示等が必要とされるのである。以上のような立場からは、家族等に告知する旨の黙示の合意を診療契約のうちに認めることはできない。家族等に対する告知についても患者へ意思確認を行うことを原則とするが、自身への不告知を選択して家族に自己決定権行使の代行を希望することも認められる。それにより、代替措置説のいうように、患者へ告知しない場合の不利益回避の方策をとることも可能となる。また、例外の一場面として患者が判断能力を有しない場合には、監護権者である家族等が代理人となることも認められる。

以上のように、それぞれの見解は、「理想の医師＝患者関係」（第２章第１節）の実現にはどの視点も欠くことができないものであり、本稿が提唱する新説明義務論においてすでに検討した事情であった。「がん告知問題」は一般の説明義務論の構造の中で検討されるべき問題であることをここ

で再度確認し、以下においては「がん告知」は「一般の説明義務」に統合したものとして論じる。次章では、「理想の医師＝患者関係」を実現するために必要となる医療現場における取り組みについて検討する。

第５章　検討

第１節　患者の意思確認義務

本稿においては、医師に「患者の意思確認義務」を説明義務の一内容として課すことで、患者と医師の理解を一致させる誘因を与えると共に、医師の過度の負担回避と患者の意思実現の調和を図るべき旨主張してきた（第２章第４節３）。ここでは、当該義務の履行方法に関して、医療界の見解等を踏まえながら「患者の意思確認アンケート」の有用性について検討したい。まず、患者の意思確認は、診察前、すなわち初診時から行われることが望ましい。患者に説明を受けたくないとの自己決定権行使の機会を確保する必要があること、また、早い段階での説明が可能になれば、治療の選択・決定の幅が広がると共に、医師も説明し易く、患者の精神的悪影響も軽減されるからである。実際の医療現場で使用されている初診時アンケートの項目を紹介すると、「(1) 前医までの説明と患者自身の病状認識、(2) 疾患の内容を良悪性・治癒可能度から３段階に想定した上で希望する告知の程度、(3) 家族が患者へ告知に反対する場合の告知方法に関する希望、(4) 治癒が困難な場合の治療方法に関する希望、(5) キーパーソンに関する質問」等である[81]。第１章で紹介した末期がんに関する近時のアンケート結果を見ても、家族から不満が出ることを恐れて、患者より先もしくは同時に家族に対して告知を行うというのが大半であり、医療現場においては非常に根深い問題である[82]。もっとも、当該病院においては、初診時の患者の意思確認アンケートの導入によって、本人の希望に添ったＩＣが可能となったばかりでなく、家族等が本人への告知を反対するという事態においても解決が図りやすくなったという[83]。家族といえども、いざという時に「本人のその時点における真の希望」を推測することは容易でない。この取り組みによって本人の希望を知る必要があるのは医師だけではないだろう。ある病院においては、患者のみならず、家族への希望確認のアンケートを実施して、両者の希望を確認し、その後の治療方針等の方向性を確認する取り組みがなされているという[84]。家族は患者にとって心強い支援者となる反面、自己決定権行使の障害ともなりうる存在であることに照らせば[85]、非常に意義のある取り組みといえよう。なお、本稿の立場からは、上記のアンケート項目（上記（1）～（5））に追加して、新説明義務論において述べた説明義務範囲確定基準についての説明が必要となる。すなわち、「合理的患者」に対して原則的に説明が行われる内容を列挙し、特別な希望は医師に申し出る必要があることを明記する。また、説明を受けたくないとの決定も可能であること、説明を希望しても例外的場合には説明できない場合があること、その時は、家族等への説明を希望するか、その程度はどの程度を望むか等である。「希望に変更があれば申し出てください」との一筆を添えることも必要であろう。

もっとも、このような質問用紙による希望調査の方法については、患者の心境の変化に対応できないとの批判や[86]、訴訟に備えて証拠を残して置くという本来の主旨から離れた運用になるのではないかといった意見も聞かれる。確かに、このような意思確認は一度で果たされるべき性質のものではなく、初診時、入院時等のアンケート記入に加えて診察時の会話等により、経過に沿って意思の把握に努めることは当然望まれるところであろうが[87]、医師が一定の取り組みをした場合、それによって「患者の意思確認義務」は履行されたと認められなければ、医師に過度の負担を強いることになる。また、当初から訴訟対策としてアンケートを取っておくという姿勢は無論問題であるが、当該アンケート等の患者の意思確認書類が医師の義務履行の証明手段となることを他の契約関係におけるそれと異に解する必要はないであろう。これ

らの点について、ガイドライン等の早期策定が望まれるところである。

第２節　説明後のケア体制

がん等の重篤な疾病の患者に対する説明が躊躇されるもう一つの理由として、説明後のケア体制の整備の遅れが患者への精神的悪影響の懸念を強めているとの指摘がある[88]。事前の患者の意思確認が原則的になされていない現状においてはやむを得ないことかもしれない。

この点、告知後のケアが特に必要となるのは、末期の場合であり、そこでは、肉体的な疼痛コントロールのための諸設備や精神的ケアを行う体制作りが必要とされる。この点を踏まえて考えると、告知は医師から行われるべきとしても、「理想の医師＝患者関係」（第２章第１節）を支える医療チームの形成も必要となる[89]。しかし、これらのケア体制が可及的速やかに整備されるべきとしても、現段階においても告知を希望する患者は存在するのであり、状況が調うまで患者の自己決定権行使を猶予させることを正当化できない[90]。ケア体制の構築の重要性は認めつつも、まずは「患者の意思確認義務」の履行が先決である。このことは、平成16年に施行された個人情報保護法との関係においても妥当する。病状等自らの身体に関する情報は、プライバシーの核心に位置する情報であり、家族といえども、患者本人の同意を得ずにこれを知ることは、同法に抵触するおそれがあるからである[91]。この点を踏まえて、同年、厚生労働省からもガイドラインが指針として示されており[92]、ここでは、家族等への病状説明は、予め本人の同意を得ることが原則とされている。また、同法においては、カルテ等の原則開示を認めた個人情報保護法第25条に関して、非開示とした場合に、その理由を説明するよう努めなければならないとする第28条や苦情に対処しうる体制の整備に努めなければならないとする第31条が存在する。これらの規定は、これまで述べてきた「患者の自己決定権に導かれるべき説明義務」という観点から捉えることも可能であり、両者を一体として、患者への対応を行う窓口等を創設することも検討されるべきではなかろうか。すなわち、患者の身体情報のみならず、意思確認に関する情報も一元管理し、患者や家族等、さらに医師からの問い合わせに対応することで、理想の医療実現のためのチーム医療の一翼を担わせるのである。しかし、これらのことを現実のものとするには、説明に対する診療報酬を認める等、医療保険制度全体の見直しが必要であり、今後の医療の在り方を含めて多角的視点から再検討がなされる必要があるであろう[93]。

第６章　結びに代えて

以上、本稿においては、がん患者とその家族に対する告知の在り方の検討を通じて、従来の「がん告知」議論における二つの大きな問題の提示とその解消を試みた。具体的には、①一般的な説明義務論の構造に問題があったという問題、そして、②そのためにがん告知に関する議論がその中に位置付けることが困難となり、がん告知をすべきか否かという理念的な問題とそのがん告知に関してどのような場合に医師に法的な責任を負わすことができるかという法的問題とが乖離していたという問題について、説明義務論の再構築を行うことでその中に後者の問題を一体的に位置付けようと試みた。そして、各場面における議論が「患者の意思の尊重」という視点から貫かれるように努めた。それは、私自身が身内のがん闘病時に感じたいくつかの疑問を解消するための方策でもあった。私が感じた疑問とは、一言で言うと、周囲の者と医師が共謀して患者をだまし続けるということの違和感・苦しみである。患者の精神的悪影響を懸念してのことだったが、人生は患者自身のものであるのに、その本人に知らせないことの罪悪感に苛まれ、周りの者が患者に知らせることが耐え難いというこちら側の勝手な都合ではないかとも考えた。また、残された大切な時間に嘘をつかなければならないことが残念でならなかった。代諾の重さは今でも時折よみがえる。仮に、同じような状況であったとしても、それが患者自身の自己決

定権の放棄によって生じたものであったならば様相は180度違っていただろうと思う。これらの違和感・苦しみは、患者のために本当に良い選択であるとの自信がないこと、すなわち患者の意思に合致しているという確たる自信がなかったために生じたものである。医師もこのような苦しみを味わうことが幾度となくあると思う。また、患者も、自己の病状の変化に気がつきながら、周囲の者に話すことができず、孤独を感じることがあると思う。本稿が、このような医療を変えるための一端となれば幸いである。

1　熊代雅音「医療訴訟における説明義務について」『ジュリスト』1315号2006年138頁では、『医療訴訟ケースファイル』（東京・大阪医療訴訟研究会編著、判例タイムズ社、2004年）において掲載されている事案中、全136件のうち57件が説明義務違反の主張であったとする。

2　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1990年149頁以下では、我が国にＩＣ法理の普及を提唱する一方で、我が国と欧米諸国とでは、伝統的文化の在り方が異なり、同じ形での『説明と同意』を我が国に導入することには多くの難点があるとする箇所や「説明と同意」を推進するためには、昔からの「知らしむべからず、依らしむべし」という雰囲気を取り除く必要があるとする箇所があり、医療の在り方について大きな転換期を向かえていた当時の様子を知ることができる。医療法においては、1997年の改正の際に、１条の４第２項においてＩＣ法理が採用されたが、本規定は努力義務に留まる。

3　町野朔『患者の自己決定権と法』（東京大学出版会・1994年）23頁以下においては、説明義務が重視されてきたその他の大きな要因として、「立証の困難な医療過誤の主張が崩れた場合に、なお医師の責任を追及する手段として、これが持ち出されるという事情があ（り）」、「説明義務違反が医療過誤の受け皿構成要件となっている」との指摘がある。同様の指摘をするものとして、稲垣喬『医療過誤訴訟の理論』（日本評論社・1985年）41頁以下。

4　日本経済新聞2006年６月２日。

5　読売新聞2007年２月26日、日本経済新聞2007年４月15日。

6　植木哲『医療の法律学〔第２版〕』（有斐閣・2003年）334頁。

7　星野一正『インフォームド･コンセント　患者が納得し同意する診療』（丸善株式会社・2003年）88頁以下、三木知博「シンポジウム/医療上の意思決定の代行　告知と決定における家族の役割」『年報医事法学』15号2000年89頁。

8　浅井登美彦＝園尾隆司編『現代裁判法体系　医療過誤』（新日本法規出版・1998年）136頁（中山博之執筆）。

9　森岡恭彦『インフォームド･コンセント』（NHKブックス・1994年）21頁。

10　森岡・前掲書（注９）10頁、稲垣喬『医事訴訟理論の展開』（日本評論社・1992年）333頁。

11　樋口範雄「患者の自己決定権」岩村正彦編『自己決定権と法』（岩波新書・1998年）63頁以下。

12　山本敬三「契約関係における基本権の侵害と民事救済の可能性」田中成明編『現代法の展望－自己決定権の諸相』（有斐閣・2004年）３頁以下。

13　伊藤正巳『憲法〔第３版〕』（弘文堂・1995年）28頁以下、宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版再版〕』（有斐閣・1974年）等。但し、通説は、全てを間接適用とするのではなく、直接適用される規定があることも認め、個々の問題の性質（基本権の種類や私人の行為の性質）に応じた検討が必要であるとするのが一般である。例えば、中村睦男『憲法30講〔新版〕』（青林書院・1999年）51頁以下等。

14　佐藤幸治『憲法〔第３版〕』（青林書院・1995年）448頁。

15　戸波江二『憲法〔新版〕』（ぎょうせい・1998年）161頁。

16　同様の指摘をするものとして、会沢恒「判例研究　最高裁判所民事判例研究」（本文後掲Ⅷ］判決の評釈）『法学協会雑誌』117巻11号2000年

1681頁、植木・前掲書（注６）305頁、樋口・前掲論文（注11）87頁。

17　西野喜一「説明義務、転医の勧奨、患者の承諾、自己決定権」『判例タイムズ』686号1989年80頁及び本論文における引用論文。

18　金川琢雄「医療における説明と承諾の問題状況」日本医事法学会編『医事法学叢書　第三巻　医事紛争・医療過誤』（日本評論社・1986年）239頁。

19　手嶋豊「医療と説明義務」『判例タイムズ』1178号2005年185頁。

20　中山・前掲書執筆部分（注８）132頁、野田寛「医療契約」『法律時報』59巻３号1987年35頁。

21　稲垣・前掲書（注３）52頁。

22　熊代・前掲論文（注１）140頁、中山・前掲書執筆部分（注８）132頁。

23　分類は、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』1985年230頁以下に従った。因果関係否定説を加えて３説とするものとして、金川琢雄「インフォームド・コンセント取得義務違反と損害賠償額の算定」『賠償科学』25号2000年95頁以下。他に、「説明は、診療契約上の義務のみならず、同時に…医的侵襲の違法性を阻却するための前提（不法行為における違法性阻却要件）でなければならない」とする見解（植木・前掲書（注６）338頁）や「説明義務の根拠には両方の趣旨を具備しているものというべきであり、かかる義務は･･･診療契約･･･に基づく付随義務として負うものと解すべき」とする見解（中村哲『医療訴訟の実務的課題　患者と医師のあるべき姿を求めて』（判例タイムズ社・2001年）51頁）等、両者を一体と解すべきとする説もある。

24　菅野耕毅「医師の説明義務」『岩手医科大学教養部研究年報』12号1977年４頁。

25　大谷実『医療行為と法〔新版補正第２版〕』（弘文堂・2004年）71頁。

26　稲垣喬「診療に関する医師の裁量と限界」『判例タイムズ』294号1973年29頁。

27　医療契約について詳しくは、野田・前掲論文（注20）129頁以下。

28　久々湊晴夫「医事判例研究」『北海道医療大学人間基礎科学論集』29号2003年65頁。

29　熊代・前掲論文（注１）139頁。

30　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」『（ジュリスト増刊）民法の争点Ⅱ』1985年228頁以下。医療訴訟におけるその他の点（契約の当事者、消滅時効等）についての両構成の長短については、平林勝政「医療の契約的構成」奥田昌道編『不法行為の重要問題』（1975年・有斐閣）29頁以下。

31　稲垣・前掲書（注３）51頁。

32　医師法第23条は、療養規則第13条～第15条においてさらに具体化されている。

33　新美育文「医療関係の法的性格」莇立明＝中井美雄編『医療過誤法入門』（青林書院・1973年）。ここでは、一般公衆等の利益保護のための取締法規の違反は、それにより利益の侵害があれば「違法性」があり、かつ「過失」があるものとして不法行為が存在するものと解されること、また、医療契約においても、このような療養指導も含めて契約を結んでいるというべきとされている。町野・前掲論文（注３）240頁では、我が国の判例学説は、医師法23条あるいは民法645条に根拠を求めていると指摘されている。医師法23条に根拠を求める見解に対しては、「同条は医師に向けられた倫理的規定であって、医師＝患者間において直ちに民法上の義務を発生させる根拠にはならない」との批判がある（熊代・前掲論文（注１）139頁）。

34　同意無効説の主眼は、医的侵襲を行う際に患者の承諾を得たことについての立証責任を医師に課すことで、患者側の負荷を軽減しようとした点にある。これに対して、注意義務説は、患者の権利性の向上を目指し、説明義務を端的に医師の法的義務として認めるべき旨主張したのであるが、その注意義務の発生根拠の捉え方如何―契約責任とするか不法行為責任とするか―によって、立証責任の所在が異なる。どちらの構成が、原告となる患者にとって有利な構成であるかをめぐって生じたのが、Ｃの対立（①不法行為責任説、②契約責任説、③両責任併有説）であった。

35　西野・前掲論文（注17）84頁。

36　稲垣・前掲書（注３）52頁。

37　手嶋・前掲論文（注19）188頁以下。

38　西野・前掲論文（注17）84頁。

39　新美・前掲論文（注23）231頁。

40　具体的には、①は合理的な医師ならば説明するであろう情報が説明されたかを基準とする説（最判昭和56年６月19日『判例時報』1011号1981年54頁等）、②は平均的ないし合理的な患者ならば重要視するであろう情報が説明されたかを基準とする説（細川清「医師の開示義務－アメリカ法の場合（下）」『判例時報』818号1976年11頁）、③は個別具体的な患者が重要視する情報が説明されたかを基準とする説（金川・前掲論文（注18））、④は具体的な患者が重要視し、かつ、そのことを合理的医師ならば認識できたであろう情報が説明されたかを基準とする説（新美・前掲論文（注23）343頁、浦河道太郎「説明義務と医師の裁量」『年報医事法学』８号1993年82頁）である。

41　樋口・前掲論文（注11）81頁。同旨の指摘をするものとして、杉山勇男＝平山正実編著『インフォームド･コンセント　共感から合意へ』（北樹出版・1994年）51頁以下（第３章・内山雄一執筆）。ここでは、「療養指導義務としての説明が、説明義務としての医師法23条に根拠を求めて、インフォームド・コンセントの原則としての説明義務と区別され、関連付けがなされていない」が、全人的医療の確立のためには「新たな患者の権利法やインフォームド・コンセント法の制定が必要である。これによってインフォームド･コンセントの原則としての説明義務は事前的な制度的な説明義務と日常的な診療中の診察経過、療養のための説明義務が一体となったものとして定着するはずである」とされている。

42　括弧内は筆者が補筆した。

43　このように解すると、実益２は、実益１－２に同化する。

44　本稿は注意義務説内における③両責任併有説を採用するが、沿革的及び観念的に同意無効説を基礎に置くことを否定するものではなく、この意味において、注23の一体説には共感を覚える。金川・前掲論文（注23）においては、注意義務説について「同意は言語的表現の上では、省略されているが、観念的な思考上、その存在が予定されている。説明義務の存否は.同意の存否と一致しているのではないか･･･。つまり、説明が尽くされておれば同意があり、説明が不足していれば同意はなく、無効同意と考えられているのであるから、説明義務違反のなかに同意無効が包含されていると考えられる」との指摘がなされている。

45　この点、同意無効説に立つと、説明と同意の間の因果関係（「意思決定上の因果関係」）と同意無効と医療行為の結果との間の因果関係（「傷害の因果関係」）の二つが必要となるが（金川・前掲論文（注23））、前者の因果関係を省ける点に、注意義務説をとる実益がある。

46　この場合、生じた身体損害が事前の説明とそれに基づく自己決定権行使の範囲内に存する限り、両者の間に因果関係が認められる。ここにいう「因果関係」とは、生じた身体損害を患者に帰責するための要件（いわゆる「危険の引受」の問題（稲垣・前掲書（注３）52頁））であり、先に述べた「因果関係」とは異なることに注意が必要である。因果関係が肯定される場合、医師は身体損害について責任を負わないが、否定された場合は､本来の医療過誤の問題となり、身体損害を理由とする逸失利益等の賠償責任が問題となる。当該因果関係が肯定される例としては、医師から未承認の新薬の危険性について説明を十分に受けた上で、これを服用し始めたところ、予想されていた副作用が現実化した場合等がある。

47　金川・前掲論文（注23）99頁。ここでは、ＩＣ取得義務違反による損害賠償について述べられている。

48　新美・前掲論文（注23）232頁、岡林伸幸「判例評論534号」（本文XII］判決について）『判例時報』1821号2003年180頁。

49　医療水準が全国一律のものか否かという点につき争われた最判平成７年６月９日民集49巻６号1499頁。

50　乳がん温存療法について争われた最判平成13年11月27日民集55巻６号1154頁。

51　菅野耕毅『医療過誤責任の研究』（岩手医科大学教養部法学教室・1982年）181頁。

52　カール・シュナイダー著樋口範雄訳「アメリカ医事法における患者の自己決定権―その勝利と危機」『ジュリスト』1064号1995年88頁以下。

53　新美・前掲論文（注23）233頁。

54　葛生栄二郎＝河見誠『命の法と倫理』（法律文化社・1996年）118頁では、「通常の意思能力があると判断しうる人であっても、強度の抑鬱状態にある患者などの場合に‥‥治療的見地からする不告知は、患者の冷静で自律的な決定権を尊重するがゆえに正当化されるものであって、自己決定権の法理とも矛盾するものではない」としており、本稿と同様の考え方に立つものと思われる。専門家である医師が高度の注意義務を負うことの論拠については、道垣内弘人「善管注意義務をめぐって」『法学教室』305号2006年37頁以下。

55　もっとも、回復後は、その間に行った治療等につき、本人に説明されなければならない。

56　家族による代行判断の詳細は、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』（弘文堂・1995年）48頁以下。

57　この点、現代医学には限界があり、臨床診断で正確な病名が診断される保証はないことを理由に「病名」ではなく、「病状」の説明に留めるべきであるとする見解が医学界から唱えられているが（星野一正『インフォームド･コンセント　患者が納得し同意する診療』（丸善株式会社・2003年）90頁以下。）、説明義務において説明されるべき病名とは、病理学上最終的に確定されたものを指すのではなく、医師が現段階において診断し、その後の治療方針を決定する基礎として措定した病名をいうのであるから、かかる見解は説明義務の趣旨から導くべき「病名」の内容について理解を誤っており妥当でない（新美育文「癌の告知をめぐる医師の責任とその限界」伊藤進教授還暦記念論文集編集委員会編『民法における「責任」の横断的考察　伊藤進教授還暦記念論文集』（第一法規出版・1997年）441頁。）。患者に予測可能性を与え、その後の個々の治療等における説明を体系的に理解させるためには、暫定的であっても、病名を伝えておくことはなお重要といえる。

58　この点、草野類「民事判例研究」（本文Ⅻ］判決の評釈）『法学新報』110巻第９・10号2004年259頁においては、末期段階においては、「余命いくばくもない患者がいかなる終末期を送るかにつき自ら決するという、いわば広義の自己決定権が問題になる場面として位置付けることが考えられよう。」と指摘されているが、本文において述べたように、終末期においても医療行為の選択・決定の重要性は認められるのであり、積極的な治療を止めて退院することも、医療上の判断に基づいて行われる生命・身体に関する決定と捉えれば、「広義の自己決定」とする必要はない。このように解することで、初期段階の告知同様、その重要性に変わりがないことを明確にすべきである。

59　Ｘ線検査懈怠の過失については肯定し、慰謝料を認めている（請求一部認容）。

60　その他の告知事例としては、大阪高裁平成８年６月25日（『判例時報』1590号77頁）も挙げられるが、かかる判決は、医師ではなく、肉親による不当ながん告知および家庭生活への過度の干渉が不法行為を構成するとされたものであるので、本稿では省略した。

61　患者のカルテには、自宅の電話番号や健康保険の被保険者である長男の氏名及び患者との父子関係が記載されていた。平沼髙明「シリーズ医療過誤　重要判例紹介」（本文Ⅻ］判決の評釈）『民事法情報』196号2003年92頁。

62　「医療水準」を診断・治療に限らず、「がん告知」のような本来の医療技術とは異なるものも含めて解する立場（本文Ⅻ］判決の上田反対意見等）に立つと、このような医療界における一般的認識も医療水準ということになる。詳細は、中村哲也「末期がんの家族等への告知と個人の尊厳」『法政理論』38巻４号2006年122頁以下。

63　不告知事例では、告知の悪影響が強調される

一方、告知事例においては、医師の告知責任を否定する要素として、「自分で医療措置を決定できること」が告知のメリットとして挙げられており（Ⅳ］）、考慮要素について明らかな偏りが見られる。また、告知の結果、患者に精神的悪影響が及んでしまったという場合においても、「事前に十分な検討を行っていたのか」等の点につき検討をすることなく、「告知が医道上の配慮を無視した患者に精神的打撃を与えることだけを目的としたような場合」（Ⅳ］）や、「明らかに不当な言動を伴う告知であった場合」（Ⅹ］）のような例外的な場合を除いて、医師が法律上の義務に違反するとはいえないとされており、医師に広範な裁量を認める。

64　岡林・前掲論文（注48）179頁では、本判決は、「告知義務の理論構成については医師の裁量によるとしているが、その具体的な判断基準については患者側の事情をかなりの程度斟酌している点が注目される」とする。また、本判決の３年後（平成９年）に示された国立がんセンター中央病院の「がん告知マニュアル」においては、「がん告知に関して、現在は、特にがん専門病院では『告げるか、告げないか』という議論をする段階ではもはやなく、『如何に真実を伝え、その後どのように患者に対応し援助していくか』という告知の質を考えていく時期にきているといえる。」と指摘されており、本判例もそのような時代の変化を汲んで、がん告知に対する医師の裁量の尊重という形式は維持しつつも、患者の不利益回避の方向性を示したのではなかろうか。

65　野山宏「時の判例」（本文Ⅷ］判決の評釈）『ジュリスト』1073号1995年318頁。樋口範雄『（別冊ジュリスト）医療過誤判例百選』1996年28頁（本文Ⅷ］の評釈）は、この点を不要なものと批判する。

66　確定判断前の事案においては、「家族告知」の検討・実施をすべきかという点について消極的に解している（Ⅷ］）。もっとも、本件は、本人には真実とは異なる病名を伝えていたという事案であったことから、本人への不告知によって生じる不利益の回避のためには、本人への説得だけでは限界があったのではないだろうか。

67　この点、学説においても、家族等に対する告知につき医師の裁量を認めるのが一般である。その理由として、患者へ伝わる可能性、告知を受ける家族自体に相当な影響が生じる可能性を挙げるもの（新美育文『私法判例リマークス』2004年<上>29頁（本文Ⅻ］判決の評釈））、医師の判断に委ねて患者にとって利益となる状況を配慮できるようにすべきとするもの（岩嵜勝成「地方行政判例解説」（本文Ⅻ］判決について）『判例地方自治』267号2005年113頁）等がある。もっとも、後者は、家族等への説明義務は原則として肯定すべきとする。

68　平沼・前掲論文（注61）96頁。五十川直行「時論　末期癌患者に対する医師の告知義務－医事法の動き①」（本文Ⅻ］判決の評釈）『日本醫事新報』4139号2003年57頁。

69　本文Ⅻ］判決についての座談会における野村発言（「判例診断」『賠償科学』32号2005年125頁）、Ⅺ］判決の評釈として、大塚直「民法判例レビュー」『判例タイムズ』1016号2002年66頁。なお、飯塚和之教授は、「取引法判例研究」（本文Ⅻ］判決の評釈）『ＮＢＬ』761号2003年76頁において、大塚教授の指摘に同感するとしつつも、家族を診療契約の当事者と構成し得ない以上、契約当事者である患者に対する診療契約上の付随義務とせざるを得なかったものと指摘される。

70　本判決のいう「家族の機能」の理解については、家族告知によって患者本人に告知されるという機能を期待しているとする見解（伊澤純「判例研究」『成城法学』69号2002年317頁）、末期医療における家族の果たす役割の重要性を重視しているとする見解（古積健三郎「判例紹介」『法学セミナー』582号2003年115頁）等がある。本判決の「付随義務構成」については、家族は患者の補助的な位置付けに置かれるべきことを確認する意味に他ならないとする見解（五十川・前掲論文（注68）56頁）、本旨契約である治療債務との関係において説明義務は付随義務とされているという見解（平

沼・前掲論文（注61）95頁）等がある。

71　最判平成12年２月29日民集54巻２号582頁。

72　新美育文『私法判例リマークス』1996<下>39頁（本文Ⅷ］判決の評釈）では、「緊急事態において、患者による指定を確認することが不可能である場合には、法律上の親族の規定に従い、配偶者、親子、兄弟の順で告知すれば、医師は法律上の義務を果たしたものと解すべきである。また、同居の近親者が存在しない場合には、倫理委員会の判定に従うか、セカンド・オピニオンを得た上で、担当医の判断で告知せずに治療を行うことを認めるべき」との指摘がある。

73　稲垣喬『医事訴訟と医師の責任』（有斐閣・1981年）219頁以下、清水兼男「診療過誤と民事責任」『民商法雑誌』52巻６号1959年812頁。

74　手嶋豊「判例批評」（本文Ⅷ］判決について）『判例時報』1385号1991年180頁。 もっとも、新美・前掲論文（注57）462頁においては、手嶋教授も、家族等への説明を患者本人への説明と同視することについての疑問を指摘されるにいたっており、代替措置説をそのまま維持しているとは思われないと指摘されている。

75　加藤一郎＝水口公信＝高久史麿＝新美育文（編）『ガンを告げる　討論　家族＋医師＋法律家』（有斐閣・1988年）146頁（加藤発言）。

76　安部正和「死に結びつく病気の告知」『医学のあゆみ』150巻５号1989年403頁。

77　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1989年41頁、藤岡康宏「判例批評」『判例タイムズ』893号1996年58頁。

78　河原格「判例紹介」（本文Ⅻ］判決について）『法学教室』271号2003年115頁。

79　新美育文『私法判例リマークス』13号1996年36頁。

80　第２及び第３の見解については、廣瀬美佳「癌の不告知と診療契約上の債務不履行」（本文Ⅷ］判決の評釈）『法学教室』182号1995年86頁。

81　藤本肇＝望月英隆「特集癌告知とインフォームド・コンセント　終末期癌患者に対する告知とインフォームド・コンセント―癌縮小治療から緩和医療への移行を伝えるには」『臨床外科』60巻９号2005年1120頁以下。

82　医療における家族の役割についての詳細は、唄孝一「家族と医療・序説―個の再生産と種の再生産―」前掲書（注56）10頁、宮地尚子「医療における真実告知と家族―日米医師の比較調査より―」『日本醫事新報』3737号1995年29頁。

83　「特集がん告知をめぐって　シンポジウムがん告知をめぐって」『日本医師会雑誌』113巻７号1995号970頁（鈴木発言）。鈴木医師は、患者と家族の意思が異なる場合に、患者の意思を尊重し、家族を説得するよう努めると述べられており、患者の自己決定権の尊重の観点から、支持し得るものである。加藤他・前掲書（注75）66頁（高久発言）は、「日本では意外と（家族の方が非常に強く反対される）場合多い。…そうなると対応が難しい」と医療現場の実際を指摘する。

84　厚生省健康政策局監修　柳田邦男編『元気が出るインフォームド・コンセント』（中央法規出版・1996年）163頁では、名古屋記念病院での取り組みとして、初診時の告知希望アンケートを患者のみならず、家族に対しても行う取り組みが紹介されている。

85　加藤尚武＝加茂直樹編『生命倫理学を学ぶ人のために』（世界思想社・1998年）315頁（河野勝彦執筆部分、Ⅲ－７「生命倫理と家族」）。においては、「近さは利害を含むのであ（り）、公平な観察者という点では、むしろ家族は失格と言わねばならない。」とされ、手嶋豊（本文Ⅷ］判決の評釈）『重要判例解説平成７年』ジュリスト1091号1996年62頁においては、「家族が本人の意向を取り上げることができるかという問題や家族と本人とを同様視するわが国の慣行をそのまま認めてよいかという疑問もありうる」と指摘されている。また、畔柳達雄『医療事故と司法判断』（判例タイムズ社・2002年）37頁注18においては、より具体的に、相続等に関して利益相反となりうる可能性について指摘されている。

86　武田文和「特別企画インフォームド・コンセ

ント　がんの告知　真実をどのように伝え、どう支援すべきか」『体の科学』181号1995年33頁。この問題は、当該アンケートのみならず、尊厳死に関する意思表示であるリビング・ウィルにおいても妥当する。佐伯仁志「末期医療と患者の意思・家族の意思」『ジュリスト』1251号2003年104頁では、このような限界を認めつつも、患者の自己決定権を尊重するためには、特段の事情のない限りリビング・ウィルに従うべきとの指摘がある。

87　他方、葛生＝河見・前掲書（注54）124頁以下においては、がんの疑いがあり検査をしたが、なお結果が出ていないという時期が、患者の告知の希望を確かめる時期として適切であるとした上で、「まだ検査がはじまったばかりで、結果が出るには（もう少し）かかります。（あなたは、）検査結果については、全部はっきりと聞きたい方ですか。それとも、医者に任せておいて、一番良い治療をしてくれさえすれば良いというお考えですか。」という会話による方法を参考に挙げる。

88　野村発言・前掲シンポジウム報告（注83）。また、角田明良＝渋沢三喜＝草野満夫「特集緩和ケアの現状と今後　当院における緩和ケア－外科医の立場から－」『昭和医会誌』60巻３号2000年325頁。なお、澤口祐二「無差別に癌と告げることの意義と実際」『日本消化器外科学会雑誌』29巻10号1996年73頁では、「患者の背景を理解し信頼関係ができてから病名を告げるというものもいるが、筆者は信頼関係は正しい病名病状を話してから、それ以降に何をするかで築き上げられていくものと考えている」と述べられている。本稿は、患者の「知りたくない」との自己決定権も尊重するため、無差別に告げるという点は支持しえないが、医師＝患者間の信頼関係の構築にとって、告知後のケア体制が何よりも重要であるとの点については賛同する。

89　本文Ⅷ］判決につき、医療チーム体制の問題点を指摘するものとして、樋口・前掲論文（注65）28頁。江口研二編『がん治療・臨床試験のインフォームド・コンセント』「７　チームとしての医療スタッフのインフォームド・コンセントへの関わり」（江南堂・1997年）189頁以下は、現体制の問題と今後の課題について述べる。

90　この点、本文Ⅶ］判決では、告知の適否判断において「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」としており、妥当でない。

91　平沼・前掲論文（注61）95頁以下。その他、プライバシー侵害の可能性を指摘するものとして、富田清美『（別冊ジュリスト）医療過誤判例百選［第二版］』140号1996年27頁。

92　厚生労働省「医療・介護関係者における個人情報の適切な取り扱いのためのガイドライン」（2004年12月24日通達）。

93　同様の点を指摘するものに、平沼・前掲論文（注61）92頁。吉田邦彦『契約法・医事法の関係的展開』（有斐閣・2003年）304頁以下においては、医療的資源の希少性・医療コスト抑制という現実的な政策的要請が存在することを前提として、医師が患者およびその家族等へ十分な説明することの困難性が指摘されている。

（こじま　めぐみ　北海道大学法学研究科修士課程修了）