

# 医師の説明義務と鑑定

長 屋 幸 世

## 医師の説明義務と鑑定

長屋 幸世

### 目次

#### はじめに

##### 一 医師の説明義務

- 1 説明義務の種類と範囲
- 2 説明義務が問題となる具体的事例
- 3 検討

##### 二 説明義務と鑑定

- 1 説明義務における鑑定の関わり
- 2 鑑定の対象
  - (一) 具体的治療方針
  - (二) 医療水準
- 3 鑑定の意義
- 4 説明をめぐり鑑定が実施された裁判例
- 5 説明義務をめぐる鑑定事項
  - (一) 鑑定事項の具体例
  - (二) 検討

#### むすびにかえて

### はじめに

近年、医療過誤訴訟においては、技術上の過誤の主張の他、医師の説明義務違反の主張が展開されることが多い。これは、両者を同時に主張することにより、医師への責任を訴訟上も多方面から捉えようとする姿勢の表れであると考えられる一方で、実施される医療行為は患者の意向に配慮したものであるべきという期待を反映させようとするものであり、医療に対する患者の自己決定権という側面を重視する志向の一端が表れているともいえる。このような傾向は、最高裁が平成12年2月29日判決民集54巻2号582頁(いわゆるエホバの証人輸血事件)において、輸血可能性につき患者に対し事前の説明をしなかったこ

とは、患者による意思決定の権利を奪ったものであり「人格権」を侵害すると判示されたこととも相俟って、今後も増加する可能性は高いものと思われる<sup>(1)</sup>。

また、医療過誤訴訟の困難さを生じさせる代表的な一因として指摘される、訴訟上の証明責任の問題を考慮して、説明義務違反を検討する議論も存在する。医療過誤訴訟においては、通常原告が証明責任を負担しなければならず、患者が医師の過失や債務の本旨に従った履行がなされなかった事実を証明しなければならない。しかし、違法性阻却事由という視点から説明義務を把握した場合、その履行についての証明責任は医師側が負担すると理論上は考えられるため、患者の証明困難に起因して裁判官の心証形成が充分でない場合には、説明義務違反から医師の責任を肯定するという傾向、すなわち、説明義務の「受け皿的構成要件」化と呼ばれる現象がドイツでは発生している<sup>(2)</sup>。このような現象は日本においては<sup>(3)</sup>はまだ顕著ではないが、技術上の過誤の認定が困難であることが見込まれる場合など、これと類似の考慮が説明義務違反の判断に何らかの影響を与える可能性も指摘できよう。

ところで、医療過誤訴訟において医師の技術上の過誤が争われる場面では、専門的知見を得るために鑑定が実施されることが多いが、他方で医師の説明義務をめぐる場面において鑑定が実施されることは稀である。その理由として、説明義務違反の有無は法的評価であるということが指摘できるが、果たしてそのことにより、説明義務違反における鑑定の実

施は本当に排除されるのであろうか。特に、先に述べたよう医師の説明義務違反を問う事例が増加する中で、患者が納得のいく紛争の解決を求めるに当たって、当該事案における説明が専門的見地からしても正当なものであったか否かの客観的な判断を求めたいとする強い要請が生じる場面も予想され、そのことが患者の自己決定権行使という観点から主張される可能性もあるのではなかろうか。このような場面における鑑定の実施に関する議論は、未だなされていない。

そこで本稿は、まず医師の説明義務の範囲や種類をめぐる既存の考え方を整理し鑑定が問題となる場面を明らかにした後、それらめぐってはどのような鑑定を実施することが望ましいのかを検討することとする。

## 一 医師の説明義務

### 1 説明義務の種類と範囲

医師の説明義務の内容は、個別の事案や具体的な場面により様々に異なるが、その種類を抽象的にまとめると二種類あるいは三種類に大別できる。<sup>(4)</sup>二種類説では、患者の有効な承諾を得るための説明義務、療養方法等の指示・指導としての説明（治療行為の内容としての説明）義務<sup>(5)</sup>であるとし、三種類説ではこれに加えて、転医勧告としての説明義務があるとされる<sup>(6)</sup>が、この転医勧告義務は先の二種類の説明義務の両者あるいはどちらかに含まれるという指摘がなされており、二種類説が多数である。<sup>(8)</sup>

また、二種類説において示される説明義務について、患者の承諾の有効要件としての説明義務とは、手術のように患者の身体に対する医学的侵襲を行うにあたり患者の承諾を得る前提として病状、手術内容、その危険性を説明することであり、後者の説明義務は結果回避義務の一態様であって、診療中あるいは診療後において発生が予見される危険ないし

悪い結果（医療目的に反した生命身体への侵害）を回避するために患者にその対処方法を説明することであるとされている。<sup>(9)</sup>

以上のような説明義務の内容を、医師はどの程度まで患者に告げるべきなのか、すなわち医師の説明義務の範囲はどこまでかという問題については、合理的医師説、合理的患者説、具体的患者説、二重基準説（または複合基準説）という四つの具体的基準により決せられる。<sup>(10)</sup>合理的医師説は、善良なる管理者としての医師また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るべきであると説く。これに対して合理的患者説は、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るべきであると説き、さらに具体的患者説ではこれを押し進め、個別具体的な患者が重要視する情報が説明されるべきであるとする。最後に、二重基準説は、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るべきであると説く。このように、合理的医師説を除く三説は、説明義務の範囲の基準について患者の視点を含めることを求めるのである。

これらの判断基準は、医療行為における医師の裁量との関係で問題となることが指摘されてきたものであり、患者の自己決定権との関係から議論されている<sup>(11)</sup>が、医師の裁量が一定程度認められるとしても、医療水準を満たした治療法等についてはあまねく説明をする必要があるとされ、ここから説明義務の内容・範囲を判断する材料として、医療水準という観点が作用することが看取できる。

### 2 説明義務が問題となる具体的事例

前述したよう、医師の説明義務の種類としては(1)患者の有効な承諾を得るための説明と、(2)療養方法等の指示・指導としての説明（治療行為の内容としての説明）があるが、実際の紛争としてはどのような形で問題とさ

れてきたのであろうか。<sup>(14)</sup>

まず、(1)の類型では、療養方法の実施にあたり患者の承諾を得たか否かという点が判断されてきた。例えば、最判昭和56年6月19日判時1011号54頁（頭蓋骨陥没骨折の傷害を受けた患者に対して開頭手術を実施した事案。医師には説明義務があることを認めた事例）や、東京地判昭和46年5月19日下民集22巻5-6号626頁（患者に対し右乳房切除の説明を行い手術を実施したが、左乳房にも腫瘍があったことから、患者の同意なくして左乳房切除を行った事案。医師の説明義務違反を肯定）、広島地判平成元年5月29日判時1343号89頁（開腹後に子宮筋腫が判明し、患者本人（やその法定代理人）の承諾を得ずに子宮全摘手術を行った事案。医師の説明義務違反を肯定）等が挙げられる。これらの事案は、治療行為の実施の際、実施という行為自体に対して患者の承諾を得ないことは説明義務違反であるとするもので、この点自体を否定する裁判例は当然見受けられない。

また、実施予定の治療が、その目的や効果、危険性等の説明を欠いたまま実施されたような場合は、やや杜撰な医療行為がなされた場合であるとも評価できよう。<sup>(15)</sup>そのような判断がなされたものとしては、東京高判昭和57年6月21日判時1051号89頁（左頸部腫瘍摘出手術に際して、即日帰宅が可能で入院の必要がない旨を告げたのは、説明と承諾の取り付け方が杜撰であるとして医師の説明義務違反を肯定）や、名古屋地判昭和59年4月25日判時1137号96頁（糖尿病性網膜症患者に対し、唯一視力の残る右目の硝子体手術をめぐりその危険性を十分説明しなかったとして説明義務違反を肯定）、大阪高判昭和61年7月16日判タ624号202頁（不妊手術にあたり術後の再妊娠の可能性を十分に説明しなかったとして説明義務違反を肯定）、大阪地判平成14年11月29日判時1821号41頁（人工透析中の糖尿病患者が心臓カテーテル検査を受けるにあたり、当

該患者に対し、検査の方法や検査にまつわる危険性とその発生確率等について詳細に説明しなかったことは、患者が検査を受けるか否かを決定するために十分な説明ではなかったとして説明義務違反を肯定）等の事案がある。

以上のように、(1)においては、医学的侵襲を伴う治療を行なうために患者の承諾を得ることを目的としており、その要件として治療自体についての具体的な説明を要求している。ここから、説明すべき内容としては①実施予定である当該治療行為の目的・効果・内容についての説明であるといえる。

では、(2)の類型にはどのような事案が含まれるのであろうか。この類型における説明のタイプとしては、実施予定である当該医療行為そのものについての説明ではなく、それ以外の医療行為が存在するような場合や、当該医療行為自体の説明ではあるが、その医療行為が通常臨床現場で実施される医療行為には該当せず、その実施を選択するに当たって患者当人の意思がより重視されるような場合の説明が考えられる。これらを事案別に分類すると、おおむね②他の治療上の選択肢に関する説明、③転医・転送をめぐる説明、④試行的医療・先駆的医療についての説明、⑤医療水準上、治療法が未確立である治療についての説明に分けられる。以下では、これらを順に見ていくことにする。

## ② 他の治療上の選択肢に関する説明

既に知られた療養方法等が複数存在する場合、術式選択等に際して患者の自己決定権と医師の裁量とが衝突する場面が予想される。例えば、浦和地判昭和56年7月22日判タ451号119頁（義歯治療においてブリッジと挿し歯のいずれを選択するかは患者の重大な関心事であり、挿し歯とするにはそれについて説明義務を負うとされた事例。患者への説明自体はなされていないものの、患者の発言等からしてブリッジを望まないことが認められたため、説明義務が免除される場合にあると

判示して、医師の説明義務違反を否定)、最判平成17年9月8日判時1912号16頁(帝王切開による分娩を強く希望していた夫婦に対し、胎児の最新の状態とそれに基づく経膈分娩の選択理由を十分に説明せずにそれを勧めた事例。医師の説明義務違反を肯定)などが挙げられる。

### ③ 転医・転送をめぐる説明

転医・転送をめぐることは、診療上他の医療機関で治療を施すことが必要であると認められる場合の説明と、代替治療に関する情報を患者に提示し、その上で自院での診療行為の実施につき同意を得るための説明が考えられることが指摘される<sup>(16)</sup>。すなわち、前者は、当該医療機関では適切な治療を実施できない場合であると考えられるのに対し、後者は、当該医療機関でも治療は可能であるが、他の可能性として何らかの選択肢を提示する場合と考えることができよう。さらに言う、前者は主に開業医(あるいは一般の病院等)と高次の医療機関との間の転医・転送という場面で生じる。判例は、最判平成9年2月25日民集51巻2号502頁(風邪の症状により開業医を受診した患者に薬剤投与が行われたところ、症状の悪化が見られたため他院へ転送したが、薬剤過剰投与による顆粒球減少症を発症し結果的に患者が死亡したことから、開業医に対し本症罹患が予見できたことを前提とする転送義務違反が争われた事例)において、一般的説示として「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」としている。

### ④ 試行的医療・先駆的医療についての説明

このような医療に対する説明が問題となる事例としては、例えば、脳動脈奇形(AVM)をめぐる東京地判平成4年8月31日判時1463号102頁(患者が当該治療行為を受けるか否かを判断・決定する前提として、患者の現症

状とその原因、当該治療行為を採用する理由、治療行為の内容・危険性の程度、それを行った場合の改善の見込・程度、当該治療行為をしない場合の予後等についてできるだけ具体的に説明すべき義務があるとされた事例)、新潟地判平成6年2月10日判時1503号119頁、東京地判平成8年6月21日判時1590号90頁(いずれも、手術の危険性や必要性についての説明が不十分であったとして説明義務違反を肯定)、ロボットミ手術をめぐる札幌地判昭和53年9月29日判時914号85頁、名古屋地判昭和56年3月6日判時1013号81頁(いずれも、他の療法を尽くしておらず、また患者本人の同意がないとして医師の説明義務違反を肯定)等がある。

試行的医療・先駆的医療は、人々の健康、そして、難治性の疾病などの治療やその克服のため必要なものであるが、それを受ける当該患者にとっては、本来の診療・治療という側面を超えて少なからず人体実験的な側面を有しているとされる<sup>(17)</sup>。よって、このような治療を受ける同意を得るため、療法や危険性等についてより詳細な説明を要求する必要があるものと考えられる。

### ⑤ 医療水準上、治療法が未確立である治療についての説明

代表的な事案としては、未熟児網膜症をめぐる裁判例が挙げられる。最判昭和57年3月30日判時1039号66頁、最判平成7年6月9日民集49巻6号1499頁等、多くの裁判例が数えられるが、いずれも光凝固法につき、当時の臨床医学の実践における医療水準として確立されていたかどうかを判断し、説明義務の有無を検討するものである。

その他、乳房温存療法をめぐる判決もこの類型に分類されよう。東京地判平成5年7月30日判タ759号228頁では、同療法は当時の医療水準に照らして確立された療法であったとはいえないとして説明義務違反を否定しているが、大阪地判平成8年5月29日判時1594号

125頁においては、同療法は当時の医療水準に照らして確立された療法ではないとしつつも、それらの実施状況、評価等を患者に説明する義務を肯定しており、最判平成13年11月27日民集55巻6号1154頁では、手術における一般的な説明義務の内容として、「医師は、患者の疾患の治療のために手術を実施するに当たっては、診療契約に基づき、特別の事情のない限り、患者に対し、当該疾患の診断（病名と病状）、実施予定の手術の内容、手術に付随する危険性、他に選択可能な治療方法があれば、その内容と利害得失、予後などについて説明すべき義務があると解される。」と判示されている。

### 3 検討

以上のように、医師の説明をめぐっては種々の形で争われるが、まとめると以下のようなになる。

まず、医学的侵襲を行なうにあたっては(1)の類型が問題となり、問題とされる説明の具体的内容としては①のようなものが当てはまる。次に、当該治療法の他にも選択肢として別な治療法が考えられる場合のように、患者の自己決定権という側面をより重視する必要が生じるような場面として、(2)の類型が問題となり得る。この治療上の選択という観点を通して眺めたとき、③は②から派生する問題であるとも捉えられる。つまり、③にあっては、当該医療機関においても治療が可能ではあるが他の選択肢も存在する場合に、それを説明しなければならないかどうかという点で②と通じるからである。また、④にあっては、少なからず人体実験的要素を含むという前述の理由から、それを選択するか否かということは熟考を要するし、このことは⑤においても妥当する。既存の治療法との比較にあって④や⑤が検討されるのであれば、やはり治療上の選択肢という観点が持ち込まれることとなり、結果としてこれらも②類型の一種の

バリエーションと捉えることが可能となる。

他方で、②～④は⑤に吸収される側面も存在する。すなわち、患者に対して選択肢を提示するに際し、どのような基準をもってその提示を決するかを検討しなければならず、1で述べたよう、その取捨選択には医療水準が機能し得る。このように考えると、結果として②の類型は⑤の類型の検討なくしては結論が出せないこととなる。同様の議論は③にも妥当する。④の類型にあっては、試行的・先駆的医療であるがゆえに、そもそも治療法が未確立である場合も考えられる。そうであるとすると、やはり⑤の類型の検討を行う必要が生じることとなる。

このように、医師の説明義務違反を問う事例にあっては、説明内容やその範囲を決する基準の一つとして医療水準が指摘できるわけだが、では、このような医療水準をめぐっては裁判上どのように判断されるのであろうか。また、その判断に当たって、鑑定が実施される可能性はあるのだろうか。次章では、この点につき検討を進める。

## 二 説明義務と鑑定

### 1 説明義務における鑑定の関わり

医療過誤訴訟において鑑定が実施されるのは、事実の認定に際して医学的知見を必要とする場合であり、医師の診療行為上の過誤の有無や、診療行為と結果との関係などをめぐって鑑定が行われることが多い。このように、鑑定の対象となるものは具体的事実であることから、医師の説明義務違反そのものが鑑定対象となることはない。つまり、説明義務の範囲についての判断は、優れて法的・規範的な判断で、裁判所が行うべき判断事項であり鑑定人に判断を求めるべき事項ではないと指摘されるとおり、説明義務違反の有無自体については法的判断であるから鑑定対象となる事項ではないのである。

しかし、そのような法的判断を行うに当たっては、その前提として説明義務を構成する個々の具体的事実を検討する作業が必要であり、それら具体的事実が医学的知見を必要とするものである以上、それら事実はむしろ鑑定に馴染むものであると考えられる。ここから、技術上の過誤ではなく説明義務を争う場面であっても、鑑定を実施する余地があるものと考えられる。

では、鑑定の余地があるとするならば、具体的にはどのような場面が鑑定実施の場面として考えられ、さらに、どのような事柄が鑑定の対象となり得るのだろうか。この点について、前章において示した説明義務の種類から、およそ以下のように考えることができよう。

まず、(1)有効な承諾を得るための説明と(2)療養方法等の指示・指導としての説明(治療行為の内容としての説明)のうち、前者で挙げた①当該治療行為の目的・効果・危険性等について、すなわち具体的治療方針等については、専門的な具体的事実であるゆえ当然鑑定の対象となる。そこで、後者の場合において鑑定の可能性があるかどうかの問題となる。

(2)の各説明類型のうち、③転医・転送をめぐる説明、④試行的医療・先駆的医療についての説明、⑤医療水準上、治療法が未確立である治療についての説明は、前章から②他の治療上の選択肢に関する説明と相互に関連する部分があり、その場合には、最終的に医療水準という一つの基準を検討することに帰着することを指摘した。したがって、(2)について鑑定の可能性を検討することは、医療水準という観点について鑑定を実施することが可能かどうかを検討することといえる。

よって、以下ではこれらが鑑定の対象となり得るか否か、鑑定の対象となり得るとして、それらを鑑定対象とすることの意義という点につき考察を進める。

## 2 鑑定の対象

### (一) 当該治療行為の目的・効果・危険性(具体的治療方針等)

具体的治療方針等を構成する内容としては、実施予定の治療は何を目的としており、どのようなものであるかといった基本的な事項に始まり、当該治療の危険性や治療を実施した場合の予後(実施しなかった場合の予後も含まれよう)、あるいは代替の治療法がある場合には、その治療の目的や実施方法、危険性や予後など様々である。具体的な治療方針が患者に対して十分説明されることは、患者の自己決定権行使にとって必要なものであり、同意の対象たる治療方針の説明自体に誤りや不適切な表現、あるいは不十分な箇所が見られるような場合、自己決定権行使に当たっての情報が適切に与えられていないと評価でき、結果としてそのことが一定の法的判断の基礎となり得るであろう。中でも、治療方針に基づき実施される医療行為(手術、投薬など)にまつわる危険性がどれくらいあるのかは、患者にとってそれを選択するか否かを決する重要な情報であり、特に複数の選択肢が考えられるような場合、それを比較検討する上でも当該情報の果たす役割は大きい。したがって、実施予定の医療行為にどれくらいの危険が見込まれるのかはもちろんのこと、他に提示し得る選択的療法がある場合には、それらについても—それが確立したものであれ未確立のものであれ—どれ程の危険性が予測されるかを明らかにする必要があるものといわなければならない。

このように見ると、当該医療行為の目的・効果・危険性等についての説明を構成する各具体的事実の評価には専門的知見を要すると考えられるが、その医療行為が確立した療法であるような場合には文献による把握も可能であろう。しかし、実際の医療現場にあっては、医療慣行に従った医療行為の実践が行われることもあり、それを斟酌する必要が生じ

ることも否定できないのではなかろうか。つまり、治療行為の目的・効果・危険性等についての情報自体は文献から収集可能であるにしても、例えばそれらのうちどの情報を臨床現場ではより重視しているのか、文献に記載はないが一般的に留意すべき点があるのかどうかなど、“生きた”情報が必要とされることも少なくない。あるいは、療法等が未確立であるがゆえに、その実施に当たっての一般的な手順等が成立していない状況にあっては、行為の適否を医療慣行等に依拠して判断せざるを得ないような場面も考えられる。そのような場合、文献のみによる事実の把握が必ずしも機能するとは限らず、当該医療慣行についての検討という側面を考慮する必要がある。

医療慣行とは、臨床医療の現場において平均的医師によって広く慣行的に行われている方法をいうものと解されている<sup>(19)</sup>。つまり、具体的な制約的諸条件の中で医学・医療技術を駆使した医療行為を実現するために、医師界や個々の医療機関においてそれまで蓄積された経験などを基礎にして一定の「やり方」が種々に形成されており、医学・医療技術に内在する法則的な規則以外に存在するそのようなやり方は、高度の専門的職業人として養成されていく過程で伝承され、医師界内部における経験の蓄積の中で新たなものが順次付加され、内容を豊富化しながら社会的に形成されていくものであるとされる<sup>(20)</sup>。医療慣行について、裁判所は、最判昭和36年2月16日民集15巻2号244頁（東大輸血梅毒事件）において「それは唯だ過失の軽重及びその度合を判決するについて参酌されるべき事項であるにとどま」として、当該事案において慣行に従った行為の存在という事実をもって、法的判断である注意義務違反は直截に否定されるものではないと判示しており、以降同様の判断<sup>(21)</sup>がなされてきた。

確かに、判例の指摘する点はもっともであ

るが、このことが医療慣行の評価の際に専門的知見の供給を求めることを否定することにはならない。すなわち、医療慣行への評価は過失の程度を図るための材料であるが、その評価自体は具体的専門的事実の評価と同一であるから、鑑定の対象とすることになら問題はないであろう。さらに、医療行為や療法が未確立であるうちは、それらに対する経験が積まれておらず知識や技術の蓄積がないため、平均的医師により平均的行為として広く認識されるところの医療慣行を形成するには至らない段階であると認識できる。特に、未確立療法であるがためにそれを実施する医療機関が限られているような状態であれば、その医療機関における「やり方」が一つの基準となるものと考えられよう。そのような場合、実際の臨床現場で一つの「やり方」として認識されている医療慣行という指針が考慮されることは回避できず、また医療の専門性や医師の裁量性に鑑みると、そのことを排除すべきでもないのではなかろうか。このような場面で、医療慣行という行為規範が実際の医療現場では一種の評価規範として作用し得るのであれば、それを明らかにして当該行為の適否を判断することも一つの方法として検討する必要がある。

医療慣行は、医療水準との関係から議論されることが多いが<sup>(22)</sup>、いずれにせよ、当該治療行為の具体的方針にあつて医療慣行を斟酌しなければならない場合も存するのであり、その評価に当たっては、具体的専門的事実として鑑定の対象とする場面が生じるものと考えられる。

## (二) 医療水準

次に医療水準であるが、これが鑑定対象たるやという命題に関連して二つの問題が指摘できよう。第一に、(一)と同様、医療水準は鑑定に依拠せずとも、文献による把握が可能ではないかという問題であり、第二に、そもそも医療水準は性質的に法的概念であるがゆえ

に鑑定に馴染まないのではないかという問題である。

まず第一の点についてである。確かに、治療行為と紛争発生の間にかかなりの時間的な隔りがあり、超回顧的に治療行為時の医療水準を考慮するような場合や、治療法が既に確立しているような療法をめぐって医療水準を検討するような場合であれば、文献による把握も可能であろう。しかし、文献として知見が普及するまでには一定程度の時間的な空白期間があること、殊に未確立療法をめぐり紛争が生じているような場合は、当該知見の普及はおろか知見自体が発展段階にあることも考えられ、紛争と同時進行的、もしくは紛争よりもかなり後れて知見の普及が進行することも容易に予想される。医学的知見の普及は、一朝一夕でなるものではない。新規の治療法であれば、研究や実験による裏づけ、さらに他の研究者による追試、実験等による確認が行われた後、それらの成果が文献や学会等で発表・報告され議論される。そこで有効性及び安全性が是認されると、その治療法が医療機関に知見として普及していくのである。知見の普及につきこのようなプロセスを認めるならば、問題となっている治療行為がまさに発展途上にあるような場合、既知の医療水準は存在しないことから、むしろ(一)で見た医療慣行の議論と結びつきやすくなる。

また、最判平成7年6月9日民集49巻6号1499頁(姫路日赤病院事件)において、最高裁は、まず新規の治療法の開発から、有効性と安全性が確認された治療として医療機関へ普及するまでの医学的知見の具体的な浸透過程について分析し、その新規の治療法の存在を前提にした検査・診断・治療等の実施が医療機関に要求される医療水準であるかどうかを決定するには、「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」とし、さらに「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。」として、「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。」と判示している。ここで明らかになるのは、医療機関の性質や地域による医療環境の差異といった特徴を考慮して、全医療機関に画一的な医療水準を設定しないということであって、このことから当該医療機関に求められる医療水準をめぐり問題は事案に応じて個別に検討されるべきものとも解される。

このように見ると、「何が医療水準であるか」をめぐってはもはや文献のみによる把握は可能ではなく、その点について鑑定をする必要が生じるものと思われるが、そのように考えるとき、第二の問題、すなわち医療水準の一般論(それ自体)は法的判断の規範となるもので、鑑定事項とすることは適切ではないのではないかという点が指摘されよう。<sup>(23)</sup>

医療水準という概念を初めて提唱された松倉豊治教授は、「学問としての医学水準」と「実践としての医療水準」とを区別し、前者は「将来において一般化すべき目標の元に現に重ねつつある基本的研究水準」であるとするのに対して、後者は「現に一般普遍化した医療としての現在の実施目標」であり、医師の法的な注意義務の基準としては医療水準に拠るべき旨指摘された。以降、医療水準概念は一連の未熟児網膜症訴訟を通じて定着してきたが、<sup>(24)</sup>このような医療水準を裁判所が判定するに当たっては、その判断の前提として医療の見地から判断した医療水準についての専門的評価が存在するのであり、それに基づいて法的な医療水準の判断を行うものである。すなわち、判決において判断すべき医療水準は法的判断であるとしても、それを構成する

個々の具体的専門的事実を把握するためには、やはり専門的知見が不可欠なのであり、それらが明らかではない場合には、鑑定によって当該知見を補充する必要があるものと考えられる。したがって、医療水準論をめぐって鑑定事項とすることは適切ではないという指摘は、法的な医療水準の判断材料となる実践医療上の医療水準を構成する医学的具体的事実を鑑定対象とする限りにおいては、妥当しないものといえる。

よって、医療水準を判断するに当たり、基礎となる医学的知見が普及段階であったり、医療の地域的特質あるいは医療機関の性質等の考慮が求められるような場合には、当該医学的知見を文献から把握することは不可能となる場面が生じ、その際には、法的概念である医療水準を構成する個々の具体的専門的事実に対する知見を入手するために、それらをめぐって鑑定を行う余地があるものと思われる。

### 3 鑑定の意義

説明義務を問う事例にあって鑑定対象として考えられるものとして、具体的治療方針自体や医療水準を構成する具体的専門的事実、あるいは医療慣行といった事項が挙げられた。さらに付言するならば、これらが鑑定対象となる場面としては、特にその選択肢が医療水準上治療法として未確立であるような場合に顕著であると考えられる。このような場面も含め、上記のような事項をめぐり鑑定を実施することの意義は、主に以下の点に見出すことができよう。

第一に、原告側である患者の、紛争解決に対する納得を引き出すという点である。医療過誤訴訟においては、争点が専門的事項であるがゆえに、原告である患者側にとってはまず訴訟を起こすこと自体への心理的ハードルが高い。加えて、患者側は訴訟の始めから相手方医療機関に対する不信感を有しているた

め、相手方から提示された情報に対しても、同様に不信感を克服することは容易ではない。医学的な専門事項に対する客観的な知見の供給という点においては、専門委員の活用という方法によって代用することも可能ではあるが、争点となる専門的事項をめぐっては訴訟上の証拠方法により明らかにすべきであるし、その過程が相手方医療機関以外の専門家によることで、原告である患者に対しては一定の客観性を担保することが可能となる。そのようにして得られた専門的判断に基づく訴訟の結論であれば、患者側においてもそれに対して幾ばくかの妥当性を見出すことができるものと思われる。

他方で、被告である医療機関にとっても、鑑定によって他の専門家の意見を提示することは、自らに対して不信感を有する原告を得心させる材料ともなり得るものである。さらに、実施した医療行為に対する他の専門家による正当性の判断をもって、自身が実施した行為の正当性を明らかにし得ることは、他の患者（潜在的患者も含めて）が同様に有するかもしれない不信感を払拭することにも役立つといえよう。このような医療行為の正当性の提示という側面も、鑑定を実施することの意義、あるいは鑑定実施による効果として把握できる。

第三に、ある種の行為規範の提示が可能になるという点も考えられる。当該治療法が医療水準上未確立である間は、先に指摘したよう、その治療法を実践する医療機関におけるやり方や医療慣行といったものが、同様の治療法を実践しようとする他の医療機関にとっての医療実践上の指針となり得る。このような指針が実際の医療現場では一つの評価規範として作用することから、指針である行為規範について鑑定を通じて吟味しその妥当性を議論・検討することは、結果として、当該医療行為の臨床現場における評価規範の妥当性を吟味することになり、さらには、それに対

する判断・評価が臨床現場へフィードバックされることによって、当該規範の質的な充実や新たな行為規範の定立へと繋がるであろう。このような過程を繰り返すことによって、当該療法が医療水準上確立されるまでの間、同療法の実践に当たっての行為規範を形成することが可能となる。

第四に、個別の事案に即してであるが、医師に過剰な責任を負担させることを防止するという点である。近年はクオリティオブライフの観点から患者の自己決定権行使と医師の説明義務を把握する向きもあり、例えば、乳房温存療法という新規の治療法をめぐる争われた事案である前出(一2⑤)の最判平成13年11月27日では、医師の注意義務の内容について条件付ながら新たな見解を提示すると同時に、クオリティオブライフの観点から説明義務の範囲につき検討がなされている。このような場面においては、医師の説明義務の範囲をどのように把握するかという問題が生じ得る。

本判決では、本件における注意義務の内容につき「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る」とし、一般的には医療水準上未確立な療法について常に説明義務を負うことはないとしつつも、「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。」として、未確立の療法であっても医師が説明義務を負う場面が存在すると説示する。他方、クオリティオブライフの観点からは、「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、身体的障害を来すのみならず、外観上の変ぼうによる精神面・心理面への著しい影響も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も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ない。」と述べているのである。

実施予定の医療行為が既に医療水準上確立しているが、代替的な医療行為は未だ確立されていない場合、その代替的医療行為について医師は一般的には説明義務を負わないとするのが従来の判例の立場であり、これに対して、患者の自己決定権行使の機会を保障するという観点から、このような場合にも説明義務があるとする学説<sup>(26)</sup>の見解が寄せられていた。本判決に対しては、乳房温存療法につき「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って、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」とする絞りが不明確であることや判定基準が曖昧で不明瞭であること等から、そのような判断を下すこと自体が困難であると指摘し、結果、確立していない積極的評価に基づき説明義務を課すことになり、医師の専門

家としての立場を否定することに繋がりがねないとする見解もあり、未確立の療法につき説明義務が生じる場面の要件が明確にされたわけではなく、あくまで事例判決に止まることに留意する必要がある<sup>(29)</sup>。しかし、乳房温存療法のような場面<sup>(30)</sup>にあつては、治療目的の外、患者自身の生き方や人生の根幹に関係する人生（生活）の質への考え方が当該治療法の選択にも反映されるであろうし、同時に個としての価値観を尊重するのであれば、当該患者が熟慮を重ねた上で決断する機会を十分に確保すべきということになるであろう。そして、このような人生の質に対する価値が昨今重視される状況となっているため、その範囲で患者の意思を治療方法の選択・実施に当たってより尊重すべき程度が高くなると指摘される点も否定できないものと思われる<sup>(31)</sup>。

患者が自己に対して行われる医療行為について熟慮し吟味した上で、どの治療を選択するかを自身で決定するという機会を最大限確保することにより、その治療の結果如何にかかわらず、患者は実施された医療行為全体に対して納得することができるであろう。しかし一方で、無限定に医師の説明の範囲を拡大することは、医師に対して過剰な負担や責任を負わせることにもなるため、そのような事態を防ぐためにも、どの範囲までの説明を要求すべきなのか線引きをする必要があるものと考えられる。医師がどのような事項を説明すべきであったかということは、当然当該事案に限って判断されるものではあるが、鑑定によって具体的専門的事実を明らかにし、それに基づいて説明範囲を確定するという作業を経ることにより、個々の紛争に対するより適切な解決が期待でき、全体として裁判の質を向上させることにも繋がるのではないかと。また、医療過誤訴訟における患者の自己決定権と医師の裁量の衝突という場面にあつて、裁判所が不合理な判断を下さないということを担保すること自体、医療過誤訴訟の審理が

機能不全に陥ることを防止することに一定程度寄与するものと考えられる。

説明義務をめぐって鑑定を実施することには以上のような意義が認められるが、それでは、実際の裁判例において説明義務に関わる点で鑑定が実施されているケースにはどのようなものがあるのだろうか。以下ではこの点につき検討する。

#### 4 説明をめぐり鑑定が実施された裁判例

医学的な具体的事実をめぐって鑑定が斟酌されたであろう事例においては、鑑定書の内容や鑑定事項については必ずしも全て明らかではない場合もあるが、判決文から鑑定を参考にしたことが推測される裁判例を挙げると、以下のようなものが散見される。

まず、治療方針そのものをめぐって鑑定意見が参照されたであろう事例として、福岡地判平成15年6月26日判時1864号124頁が挙げられる。本件は、プロラクチン産生腺腫に罹患した患者が外減圧開頭手術を受けたところ、呼吸不全及び循環不全を来して死亡した事例である。未確定で不十分な病状把握を前提に開頭手術を行うという治療方針を立て、患者（及びその家族）に対して開頭手術を受けるか否かを熟慮し、決断する前提として必要な説明をせず、それに基づいた有効な同意を得なかった点が争われている。鑑定では、治療方法の選択、決定段階における医師の判断をめぐって「血中プロラクチン値の検査結果が判明する前に開頭手術が決定されたことにつき、頭部MRI検査で、原告の疾患が下垂体腺腫であることが判明し、腫瘍伸展度も把握できているので、その腫瘍がプロラクチンを産生しているか否かによって、視力を救うために早急に開頭による可及的多量腫瘍摘出を行うという治療方針及び手術方法は変わらなかったであろう」旨述べられた（なお、結論として裁判所は、原告の腫瘍がプロラクチンを産生しているか否かによって治療方針が変

わらない可能性があることをもって、被告において確定診断に基づいて治療方法を慎重に検討しなかったことが正当化されるものではないというべきであるとしている)。

また、徳島地判平成16年10月25日判時1945号46頁は、肺疾患により死亡した患者の妻である原告が、被告病院の医師は適切な検査や治療をすべき義務、専門医へ転医させる義務、疾患の予後等について説明すべき義務を怠ったと主張した事例である。裁判所は、患者に対する治療方針や予後の説明時期について、「鑑定結果において指摘されているとおり」として、「第一回入院時やできる限り早期において、亡患者や原告に対し、肺線維症との疾患名だけでなく、肺線維症の具体的内容、原因不明の特発性肺線維症であった場合、ステロイド剤等の投与も予後を改善する治療法であるとの確認がなく、肺移植以外に有効な治療法が確立されていないので、予後が不良である可能性があることなどを説明すべき義務があったというべきである」と判示している。

次に、治療方針の中でも医療行為の危険性をめぐり鑑定意見が検討されたものとして、岡山地判平成12年10月25日判タ1056号227頁がある。本件は、神経ブロック治療を受けた患者が、その直後に細菌感染による硬膜外膿瘍を原因とする両下肢麻痺等を発症させた事故につき、麻痺の原因についての説明及び麻痺治療のための椎弓切除術や穿針除法の危険性についての説明が争われた事案である。裁判所は、当該手術の危険性につき鑑定意見を参照し、当該鑑定意見から、手術の危険性に加えて「椎弓切除自体はそれほど難しい操作ではないが脊椎を圧迫から解放する作業は相当に神経を使うもので、さらに、脊椎レベルでの穿針除法については、逆に麻痺を強くする可能性も高いため、「禁忌」であるとしていることが認められる」ことを認定し、危険性についての医師の説明はこれに照らして相

当なものであったと判示している。

さらに、福岡地判平成19年8月21日判時2013号116頁は、浅側頭動脈—中大脳動脈吻合術及び中大脳動脈瘤トラッピング術並びに脳動脈瘤体部クリッピング術を受けるにあたり、医師は必要な説明をしなかったとして争われた事案である。問題となった未破裂動脈瘤に対する治療方針は、破裂率が種々報告されていることから未だ確立していないものであり、手術にあたりどのような説明が必要だったか、とりわけ、その危険性の説明をめぐって鑑定意見が検討されている。鑑定意見においては、術前に行うべき説明につき、「動脈瘤がどのような経過をとるかは不明であるから、手術を行うか、手術をせずに経過を観察するかは、手術の危険性すなわち後遺障害が残る可能性と将来動脈瘤が破裂し状態が悪化する可能性とを対比して考えるほかない」とし、無症候性脳動脈瘤の破裂率と手術による避けがたい後遺障害合併率の報告に照らした、具体的な数値を挙げた例示的な説明が述べられており、裁判所も、医師はかような説明をすべきであるとして鑑定意見に依拠した判断を行っている。

その他、患者に対する説明の具体性をどこまで要求するかをめぐって鑑定意見が参照されているものも見られる。東京高判平成14年9月11日判時1811号97頁は薬剤の副作用につき具体的な説明がなかったとして医師の説明義務違反が争われた事例で、鑑定意見では「重篤ではあるが極めてまれな副作用のある薬の処方の際してどの程度の説明をすべきかについては一定の基準はない」と述べられており、裁判所はこれを「臨床の現場の判断にゆだねる趣旨<sup>(33)</sup>と受け取ることのできる意見」としている。

中でも注目すべきものとして、横浜地判平成19年3月22日判時1987号50頁がある。本件は、真珠腫性中耳炎に罹患した患者がその除去手術を受けた後、肺炎を併発して死亡した

事案であり、その病態、進行度合、手術の必要性の有無、手術をした場合としない場合の各リスク等についての説明義務が問われたものである。本判決では、説明義務の判断をめぐって、二名の鑑定人によりそれぞれ説明すべき内容について鑑定意見が提出されているが、一方の鑑定意見を引用するに際して、「A鑑定は、説明義務について、以下のとおり述べている。」(傍点筆者)と述べている。判決自体、説明義務の判断に際して直接同鑑定を引用しているわけではないが、説明義務の内容が明示的に鑑定事項となっていたことが推測される<sup>(34)</sup>。

以上の裁判例においては、どのような鑑定事項が定立されていたかについて判決文からは不明であるため詳細な検討はできない。したがって、これらの結論が「当該事案における治療方針として説明を要する事項にはどのようなものが考えられるか」を求めた結果得られた鑑定意見に基づくものなのか、それとも、「当該事案における説明義務の内容として何が考えられるか」を問うた結果得られた鑑定意見に基づくものなのかは明らかではなく、それに対する回答如何によっては、その評価は分かれるものと思われる。また、前述の横浜地判の例に見られるように、説明義務自体を鑑定対象とすることには問題があることは既に述べた。このように考えるとき、説明義務をめぐる鑑定を実施する際にあつては、どのような鑑定事項を立てるべきなのかについて検討する必要があることが指摘できる。

## 5 説明義務をめぐる鑑定事項

### (一) 鑑定事項の具体例

医療事故情報センター<sup>(35)</sup>の発行する鑑定書集によると、これまで検討してきた鑑定対象となり得る事柄をめぐって、実際に鑑定事項として挙げられているものが見受けられる。これらの全てが、医師の説明義務が直接争われた事案において実施された鑑定というわけで

はないが、具体的にどのような鑑定事項が設けられているのかを探ることは、説明義務が問題となり得る事案における望ましい鑑定事項を検討するに当たっても有用であると思われる。よって以下では、実際の訴訟上現れた具体的な鑑定事項をいくつか紹介する<sup>(36)</sup>(なお、同一の裁判例には同一の番号を付して簡単な事案を記し、関連する鑑定事項のみをそのまま抜き出している)。

(ア) 当該治療行為の目的・効果・危険性等(具体的治療方針等)に関するもの

① 左下腿の扁平上皮癌の切除手術後、植皮手術をする前に放射線照射をしたことから、放射線障害をきたし、左下腿の切断を余儀なくされた事例

鑑定事項 2：右 1 (筆者注；鑑定事項 1，証拠からみた症状及び発生原因の診断)の診断に基づく適切な治療方針

鑑定事項 3：腫瘍部の切除手術中に骨膜への癒着を発見した後の治療方針

② 出産のための入院後、急激な血圧上昇により脳内出血を起し、死亡した事例<sup>(38)</sup>

鑑定事項 (五) 2：スワングンツカテールによるモニタリングを施行することによって亡Aに対しどのような危険性があったか。

③ トルコ鞍上型の頭蓋咽頭腫の患者に対して、軽蝶形骨洞法による腫瘍摘出手術を実施したところ、術後意識回復せず後に死亡した事例<sup>(39)</sup>

鑑定事項 6：本件患者に対して、腫瘍摘出手術を行わなかった場合、どのような予後が予想されるか。

(イ) 医療水準の視点が関与するもの

医学の臨床現場における医療水準が何であったか、どのようなものであったかを直接問う鑑定事項は見当たらないが、「当時の医療水準に照らして」という条件を付し、

実施された医療行為につき判断を求める鑑定事項は多く見受けられる。

- ④ 重症黄疸となった児に交換輸血の転医措置が遅れ核黄疸後遺症となった事例<sup>(40)</sup>

鑑定事項4：昭和49年8月ごろの一般産婦人科開業医の医療水準において

- 1 (1) Kの重症黄疸ないし核黄疸の発生はいつ予測できたと考えられるか。(以下略)

- ⑤ 頚椎の進行性狭窄と診断され後頭下減圧開頭および第1頚椎椎弓切除の手術直後から、四肢不全、自発呼吸の機能低下等になった事例<sup>(41)</sup>

鑑定事項2：A氏の手術が行われた当時の国立大学附属病院の医療水準に照らして次の点に不適切なところがなかったか。(以下略)

- ⑥ 不適切な陣痛誘発・促進剤の投与とクリステレル圧出術、新生児管理の注意・転医義務違反で脳性・痙性両麻痺に至った事例<sup>(42)</sup>

鑑定事項1～4 (注)：1, 2項については鑑定時点における最新の医学水準において、3, 4については当時の一般医療水準を前提として、本件全記録を資料として鑑定されたい

- ⑦ 妊婦が出産後大量出血を起こし、死亡した事例<sup>(43)</sup>

鑑定事項7：右2ないし6あるいは本件につき鑑定人が気付いた点を総合して、当時の臨床医学の実践における医療水準に照らし、本件においてA医師のなした措置は適切であったといえるか。

- ⑧ 糖尿病で入院中の患者が脳梗塞を発症し四肢麻痺の後遺障害を負った事例<sup>(44)</sup>

鑑定事項1：平成3年9月当時の被告病院と

同種の一般開業内科医の医療水準に照らし、

- (1) 被告の原告に対する初診時及び入院後の検査措置は適切だったか。(以下略)

- ⑨ 肝癌の検査及び診断の遅れにより早期死亡にいたったケース<sup>(45)</sup>

鑑定事項1 (2)：右(1)(筆者注；亡Aの平成元年8月から12月にかけての血液検査の結果につきいかなる疾患がどの時点で疑われるか)で疑われる疾患の有無を診断するための検査にはいかなるものがあるか。その中で、いわゆる開業医として実施できるものはなにか、開業医の医療水準では実施できないものがあるか。

鑑定事項2 (2)：右(1)(筆者注；亡Aの平成2年1月から6月にかけての血液検査の結果につきいかなる疾患がどの時点で疑われるか)で疑われる疾患の有無を診断するための検査にはいかなるものがあるか。その中で、いわゆる開業医として実施できるものはなにか、開業医の医療水準では実施できないものがあるか。

- ⑩ 脊髄腫瘍をALS(筋委縮性側索硬化症)と誤診した事例<sup>(46)</sup>

鑑定事項1：原告Aの病状につき、B病院が昭和50年の外来受診時及び入院時において行った諸検査は、当時の臨床医学の実践における医療水準に照らし、原告Aの疾患を鑑定する上で適切なものであったか。ミエログラフィーを

実施しなかったことは、当時の原告Aの病状、他の検査所見、検査技術の水準・安全性等に照らし相当であったか。

鑑定事項2：原告Aの病状につき、昭和50年の外来受診時及び入院時における同原告の病歴、症状及び前項の諸検査の所見から、脊髄腫瘍と診断をせず、筋委縮性側索硬化症が最も疑わしいと考えたB病院の判断は、当時の臨床医学の実践における医療水準に照らし相当であったか。

鑑定事項4：昭和50年当時の原告Aの頸髄上部から中部にかけての頸髄腫瘍は、当時の臨床医学の実践における医療水準に照らして摘出が可能であったか。(以下略)

⑪ 三叉神経痛に対する神経血管減荷手術の施行後死亡について、医師側が過失を認めた事例<sup>(47)</sup>

鑑定事項第二1：本件患者の上錐体静脈は1本であったところ、本件手術に際し、上錐体静脈を切断したことは、本件手術当時(平成6年5月)の医学水準に照らし、適切であったか否か。

⑫ 気管切開施行の女兒が、術後まもなく気管切開カニューレの閉塞乃至逸脱により呼吸停止し、死亡した事例<sup>(48)</sup>

鑑定事項3：本件気管切開後、患者の前記呼吸及び心停止に至るまでの医師及び看護婦の呼吸管理は、当該医療機関における医療水準に照らして適切であったか。特に、看護婦の吸引及び吸引中に生じた患者の呼吸状態の悪化に対する措置は、当該医療機関における医療水準に照らして適切で

あったか。

鑑定事項5：患者が呼吸及び心停止に至った後の医師の措置は、当該医療機関における医療水準に照らして適切であったか。

(ウ) 医師の説明に関係するもの

② 出産のための入院後、急激な血圧上昇により脳内出血を起こし、死亡した事例

鑑定事項(五)3：スワングアンツカテテルによるモニタリングを実施するに際して、亡Aにどの程度の説明が必要だったか。

⑩ 脊髄腫瘍をALS(筋委縮性側索硬化症)と誤診した事例

鑑定事項3：昭和50年の退院後、(一)昭和54年9月27日における原告A及び家族の来院時、(二)昭和54年10月27日における家族の来院時、及び、(三)昭和57年7月1日における原告A及び家族の来院時におけるB病院の原告A又は家族に対する説明、療養及び受診の指示等の対応は、原告Aらの来院目的等に照らし適切であったか。

⑪ 三叉神経痛に対する神経血管減荷手術の施行後死亡について、医師側が過失を認めた事例

鑑定事項第一2：本件手術に関する事前の説明には問題があったか否か。

⑬ 気管支ファイバースコープによる経気管支肺生検中に大出血を起こし、大脳機能喪失の後遺障害を負った事例<sup>(49)</sup>

鑑定事項4：経気管支肺生検時の危険性につき患者及び家族への説明について

⑭ 冠動脈疾患の患者に対するPTCA(経皮的冠動脈拡張術)施行中、ショック状態<sup>(50)</sup>から、死亡に至った事例

鑑定事項1：PTCA（経皮的冠動脈拡張術）  
実施に当たり、医師が患者に対し説明すべき内容は何か。

(エ) 医師が義務を尽くしたかに関するもの  
⑮ 注腸検査を行ったが大腸がんに罹患していることを見落としした事例<sup>(51)</sup>

鑑定事項三(6)：仮に、糞塊と判断したことに誤りがなく、また、被控訴人が控訴人に対して「経過を観察する。肛門科へ行くように。」と口頭で告げたと仮定すれば、医師としての診察義務ないし精密義務を尽くしたと言えるか

## (二) 検討

(ア) において見られる治療方針についてや危険性、予後等といった事柄は、専門的知見を要求する具体的事実であるから、鑑定事項として挙げることに問題はない。また、このような鑑定事項を定立することによって医師の診断過程を追思考し検証することが可能となり、前述した鑑定実施の意義のうち、患者の納得や医師の医療行為の正当性の提示という点にも資するものであろう。同時に、かような鑑定事項に関しては、どのような説明をすべきであったかを明らかにするに際しても役立つものと思われる。

これに関連して、(ウ)の鑑定事項を見てみよう。これらはいずれも、「何を説明すべきか」ということを問うものであるが、(ア)はそのうちの治療方針や危険性など具体的・個別的な事項を問うのに対して、ここではそれよりも包括的あるいは漠然とした質問のされ方がなされている点が特徴として指摘できる。しかし、このような鑑定事項の立て方は、何を目的として鑑定を行うのが曖昧になるおそれがある。例えば、⑪の鑑定事項のような場合、「事前の説明」の“具体的内容”を問題として質問しているのか、それとも“説明の方法”に問題があったのか、どちらを問

うているのかがはっきりしていないし、見方によってはその両者について鑑定意見を求めているようにもとれる。また、⑬の鑑定事項も同様で、説明の対象は「危険性」であることは理解できるが、その対象をめぐる説明の“内容”について鑑定を要求しているのか、それとも“方法”についてであるのか、あるいはその両方について意見を求めているのかわからない。したがって、鑑定の対象をめぐることは、少なくとも②や⑭に見られるような説明の「程度」や「内容」等具体的に何について意見を求めているのかを明記して鑑定事項を定立すべきである。

また、⑭を除く(ウ)の鑑定全般に見られる傾向であるが、当該事案における説明の妥当性という視点から鑑定事項を定立している点、もう少し改善する余地があるものと考えられる。例えば、⑩は当該患者らの来院目的に照らした説明等の「適切さ」について鑑定を求めているが、本来であれば当該事案においてその説明や指示が適切であったか否かを判断するのは裁判所の役割ではないだろうか。この場合、純粋に医学的見地からの妥当性についての判断を求めているものと理解されるが、そうであるならば、むしろ⑭の鑑定事項の設定のように、「当該症例において考えられる説明の内容や診療上の指示は何か」という質問の方が、鑑定により裁判官の専門的知識を客観的に補充し、それを基にして当該事案に対する法的な判断を下すという、鑑定実施の本来の図式に適うように思われる。

次に、(イ)についてである。先述したように、ここに見られる鑑定は医療水準とは何ぞやということ自体を対象としているものではない。しかし、現実に実施された医療行為について、当時の医療水準との比較の下では妥当な行為であると医学の見地から評価できるかを問うことから、必然的に当時の医療水準について触れることとなるであろうし、そのような検討をすることが望ましいのではない

だろうか。ある鑑定書によると、医療水準そのものが鑑定事項として挙げられていたわけではないが、医療水準に関して触れる記述がある。<sup>(52)</sup>そこでは「医療水準について」と題し、「鑑定を通じて、乳腺疾患ないし乳腺腫瘍の治療とは異なり、形成手術における医療水準の変化速度は早いと感じられた。(略)医療水準を判断する場合に留意すべきは、医師にとって概説書は他の領域がどの程度進歩しているかの参考となるのがせいぜいで、専門医が特定の疾患の診療・手術の参考としようという場合には、概説書の内容は不十分である、ということである。特定の疾患の診療・手術を行う場合には、十分な教育・訓練を受けるか、あるいは医学専門誌上の論文を検索・参照して先端知識の確保につとめるべきなのである。概説書しか読んでいない医師は専門医とはいえないし、そういった医師の診療・手術を受けたいと思う者はいないだろう。」と述べられている。このような意見を勘案すると、2(二)で指摘したとおり医療水準を文献によって把握することが難しくなる場面はやはり生じ得るものであり、特に変化の早い分野にあっては、鑑定によって明らかにすることが望まれるケースも発生するであろう。したがって、当時の医療水準に照らした判断を求めるのであれば、その前提として当時の臨床現場の医療水準はどのようなものであるか、という問いを加える方が、ヨリ正確に事態を把握することが可能となるのではなかろうか。

このような点は、以下の問題とも関連する。すなわち、(ウ)においても述べたことであるが、鑑定事項として当該医療行為の適切さや相当性の判断（つまり事案における結論そのもの）を求めている点である（⑤，⑦，⑧，⑩，⑪，⑫等）。これらの鑑定は、当時の医療水準に照らして“医師の技術上の過誤”の評価を問うに近いものであり、説明義務の対象を構成する具体的事実そのものについての鑑定ではない。しかし、当該事案における医

療行為の適切性については裁判所の判断事項であることは（ウ）の議論と同様であって、鑑定を技術上の過誤について判断する材料とするとしても、本来であれば「当時の医療水準の下で考えられる医療行為はどのようなものか」という点をめぐって鑑定を実施すべきではないだろうか。つまり、技術上の過誤をめぐる判断であろうと説明義務をめぐる判断であろうと、土台となる鑑定対象事項は共通であると共に上記のように設定すべきであり、その結果をもって、技術上の過誤の有無や説明すべき事項の検討へと分岐し、裁判所が最終的な法的結論を導いていくものと思われる。したがって、鑑定事項の定立の仕方としては⑨のようなものが望ましいものと考えられ、このことは、結果として当時の臨床現場の医療水準を尋ねることと繋がるであろう。そうであるならば、臨床現場の医療水準は具体的にどのような判断材料によって構成されているのかを問うということも、一つの鑑定事項として考えられるのではないだろうか。

最後に（エ）であるが、このような鑑定事項を設けることは望ましくないことは1で述べた。すなわち、「義務を尽くしたか」というのは法的判断事項であって、具体的専門的事実に属するものではなく、鑑定の対象とすべきではないという理由によるものである。この鑑定事項を定立した趣旨としては、仮に当該条件下においてそのような指示を与えることは、臨床医療の現場であり得るものかどうかを問うものと推察されるが、そうであるならば表現上改善すべきであろう。

さて、ここまで具体的な鑑定事項をめぐり検討を進めてきたが、以下で改めて整理する。

説明義務をめぐり鑑定を実施するに当たっては、その対象として、当該治療をめぐる治療方針そのものや危険性、予後といった個別の具体的事実、それらをすべて含めた、説明内容を構成する具体的な諸事実であったり、通常臨床現場において説明される範囲・程度

あるいは説明の方法や具体的指示（これらは医療慣行と呼ぶことも可能であろう）、臨床現場における医療水準等が該当する。しかし、これらは全て当該事案において考えられる事実を問うだけのものでなければならず、鑑定事項としても、当該事案において実施された行為の適切さや妥当性を尋ねたり、当該医療行為に対する評価を求めるものであってはならないと考える。したがって、具体的な鑑定事項の定立の仕方としては、「(当該事案において) 治療方針は適切か」「(当該事案で) 説明すべき内容は何か」といった表現は極力避けるべきであり、「(当該事案において) 考えられる治療方針にはどのようなものがあるか」「当該症例で（一般的に）患者に対する説明を検討する具体的な事柄は何か」というような鑑定事項を設定することが望ましい。また、医療水準をめぐっては、「当時の医療水準に照らして…」との文言だけでは不十分であると考えられる場合には、当時の医療水準を明らかにする旨付言することが必要であろう。このようにして得られた鑑定結果を基に、当該事案における説明義務の内容を裁判所が最終的に判断し評価するべきであり、それがまた鑑定本来のあり方でもあると言えるのではないだろうか。

## むすびにかえて

説明義務をめぐる事案における鑑定の役割としては、まず、当該治療の具体的な治療方針としてはどのような内容を構成するのが通常であり、臨床医療の現場ではそれをめぐってどのように説明されるのかを明らかにすることが挙げられる。そして、その治療自体が当時の医療水準と比して妥当か否かの判断をしなければならない場合には、その当時の医療水準を明らかにするという目的で鑑定が実施されることになる。このことは、当該治療が確立された療法であろうと未確立療法であ

ろうと変わることはない。次に、確立された療法と未確立療法がある場合には、説明義務違反の事例としては、主な争点は未確立療法について説明しなかったこととなるため、このような場面では、鑑定は未確立療法を説明しなかったことの妥当性を吟味するために用いられることになる。つまり、当該事案において求められる具体的な医療水準が問題となるため、臨床上の医療水準を明らかにするために鑑定の利用が考えられるのである。以上のように考えると、確立された療法の場合については、その療法自体をめぐりどのような説明をすべきだったかを判断するために鑑定が活用され、未確立療法の場合には、それを説明しないことの妥当性を判断するという点をめぐって鑑定が必要とされる類型と、未確立療法自体についてどのような説明をすべきだったのかという点をめぐって鑑定が必要とされる類型という二つが考えられる。

このように、説明義務の事例においても鑑定の活用を視野に入れることが考えられ、鑑定を活用することにより、最高裁平成7年判決の示したところの医療環境の特性や医療機関の性格を考慮した医療水準の判断が可能となるであろう。しかし、医療水準そのものを対象とした鑑定の実施をめぐってはその実施例があまり見られないことから、どのような活用の仕方をするべきなのかという点についてはもう少し検討すべき点もある。この問題については、医療水準につき専門家証人の証言との関係から詳細に論じられているアメリカの議論が参考になると思われる。この点については今後の検討課題としたい。

## 〔注〕

- (1) なお、このような自己決定権の過度の追及に対する危惧や、説明義務を強調することに対する懐疑的な見解も提唱されている。例えば、吉田邦彦『契約法・医事法の関係的展開』（有斐閣、2003年）278頁以下、351

- 頁以下。
- (2) 蒔立明＝中井美雄編『医療過誤法』（青林書院，1994年）54頁。
  - (3) 蒔＝中井編・前掲注(2)。
  - (4) 稲田龍樹「説明義務」根本久編『裁判実務体系17』（青林書院，1990年）189頁。
  - (5) 稲垣喬『医療過誤訴訟の理論』（日本評論社，1985年）51頁。
  - (6) 金川琢雄「医療における説明と承諾の問題状況」医事法学叢書3（日本評論社，1986年）225頁。
  - (7) 稲垣・前掲注(5)52頁，野田宏「医療契約」法律時報59巻3号（1987年）35頁等。
  - (8) その他，説明義務を医療過程の各段階に応じて検討するものや（蒔＝中井編・前掲注(2)50頁以下），ドイツとの比較より検討するものなどもあるが（半田吉信「医師の説明義務の種類と範囲」古村節男＝野田寛編『医事法の方法と課題 植木哲先生還暦記念』（信山社，2004年）141頁），これらはいずれも二種類説が示すところの説明義務を具体的に表したものと見えるであろう。
  - (9) 稲田・前掲注(4)190頁。
  - (10) 新美育文「医師の説明義務と患者の同意」民法の争点Ⅱ（有斐閣，1985年）230頁以下，細川清「医師の開示義務（下）」判時818号（1976年）11頁，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（1980年）9頁等。
  - (11) 新美・前掲注(10)232頁，同「医師と患者の関係」加藤一郎＝森島昭夫編『医療と人権』（有斐閣，1984年）113頁以下。
  - (12) 裁判例は，合理的医師説をとるものとして最判昭和56年6月19日判時1011号54頁，具体的患者説や二重基準説をとるものとして京都地判昭和51年10月1日判時849号93頁，広島地判昭和52年4月13日判時863号62頁，名古屋地判昭和56年11月18日判時1047号134頁，名古屋地判昭和59年4月25日判時1137号96頁，東京地判平成4年8月31日判時1463号102頁，福岡地判平成5年10月7日判時1509号123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頁等があるが，近時の最高裁判決としては最判平成12年2月29日民集54巻2号582頁が二重基準説を採用している。学説においては，患者の自己決定権を考慮すると，説明を受けるのは具体的患者であって抽象的な意味での合理的患者ではなく，患者の必要とする情報の提供を前提として患者の自主判断の機会を確保しない限り医師の説明責任は果たされたとはいえないとして，個々の具体的な患者（あるいはその家族）を基準とするべきであるという見解（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1』（青林書院，2000年）72頁以下）や，医師の説明は，患者の自己決定のための判断資料の提供である，という原則を貫こうとする以上，具体的患者説が妥当であるとする見解（金川・前掲注(6)228頁）などがあり，合理的医師説から患者を基準とする説への移行が見受けられる。
  - (13) 長野弁護士会編『説明責任—その理論と実務—』（ぎょうせい，2005年）87頁。
  - (14) 説明義務をめぐる諸々の裁判例のうち，比較的最近のものを集めて分析するものとして，藤山雅行編著『判例に見る医師の説明義務』（新日本法規，2006年）がある。
  - (15) 参考として，吉田・前掲注(1)282頁。吉田教授は，患者の承諾を得ずになされた手術を含め，このような事案についての裁判例を紹介している。
  - (16) 古川俊治「診療上の医師の注意義務と「医療水準」」慶應法学第7号（2007年）454頁以下。古川教授は，後者のような転医義務を「転医提示義務」と呼び得るとしている。
  - (17) 中村・前掲注(12)76頁。
  - (18) 中本敏嗣＝西岡繁靖＝鈴木紀子＝片田真志＝中村修輔＝奥山雅哉「医事事件における鑑定事項を巡る諸問題—よりよい鑑定事項を目指して—」判タ1227号（2007年）26頁。
  - (19) 西野喜一「医療水準と医療慣行」太田編・前掲注(12)114頁。
  - (20) 蒔＝中井編・前掲注(2)41頁以下。
  - (21) これに対し，医療慣行の持つ意義について再検討を要するとの指摘もある。飯田隆「注意義務(2)—医療水準の重層構造と注意義務」根本久編・前掲注(4)164頁。医療慣行が医療水準の認定にいかなる影響を与えるかという点につき問題提起をなし，医療慣行として形成されていること自体が，平均的行為として合理性および現実の臨床医療

の現場における合理的な実現可能性に裏打ちされているからであって、一般的標準的な医師の注意義務を設定するに際しては極めて重要な影響を与えるものであり、したがって、医療慣行は、医療水準を認定するにあたっての極めて重要な間接事実との評価を受けるものであるとする。

- (22) 例えば、最判平成8年1月23日民集50巻1号1頁は、虫垂切除実施の際の麻酔剤投与にあたり、添付文書(能書)に記載されていた使用上の注意とは異なる医療慣行の下で手術が実施されたところ、手術中に容態が急変し患者に障害が残った事例において、医療水準と医療慣行の関係につき「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」としている。
- (23) 小山稔=西口元他編『専門訴訟大系1 医療訴訟』(青林書院、2007年)228頁。
- (24) 松倉豊治「未熟児網膜症による失明事例といわゆる『現代医学の水準』」判タ311号(1974年)64頁。
- (25) 初めて「医療水準」という語を用いて医師の過失判断の基準を検討した最判昭和57年3月30日判時1039号66頁(日赤高山病院事件)を皮切りに、最判昭和57年7月20日判時1053号96頁、最判昭和61年5月30日判時1196号107頁、最判昭和63年1月19日判時1265号75頁、最判昭和63年3月31日判時1296号46頁、最判平成4年6月8日判時1450号70頁等、多くの判決が出されている。
- (26) 例えば、最判昭和61年5月30日判時1196号107頁(未熟児網膜症の事例)、東京地判平成5年7月30日判タ859号228頁、大阪高判平成9年9月19日判タ972号251頁(いずれも乳房温存療法に関する事例)。
- (27) 例えば、中村哲『医療訴訟の実務的課題』(判例タイムズ社、2001年)72頁、同・前掲注(12)86頁、手嶋豊「医療と説明義務」判タ1178号(2005年)187頁等。
- (28) 新美育文「医療水準論—再度の混迷を回避するために—」司法研修所論集110号(2003年)127頁。新美教授は、自己決定権の尊重

のために、医師に対して不当に重い負担を強いるものであってはならないとして、安全性や有効性が是認されていない未確立療法の説明義務に疑問を呈される。

- (29) 山口齊昭「判批」別冊ジュリスト183号(2006年)125頁。中村也寸志「判批」ジュリスト1229号(2002年)61頁。
- (30) なお、患者自身の生き方や人生の根幹に関わる要請は乳がん手術に特有の問題かどうかは、本判決からは必ずしも一義的に導かれるものではないが、子宮切除の場合なども含めて、ライフスタイルに重大な影響を及ぼす治療については本件と同様に考えうるとする指摘がある。手嶋豊「医療水準として未確立の治療方法についての説明義務」民商法雑誌126号6巻(弘文堂、2002年)884頁。
- (31) 中村・前掲注(12)86頁。
- (32) また、治療上考え得るあらゆる選択肢を提示することは、専門家である医師から提示された専門的情報を専門家ではない患者が取捨選択することになり、常に患者の利益に適うとは言い切れず、同時に、医療行為のすべての結果を患者の自己責任の結果として結論づけることにも繋がり得る。
- (33) なお、本判決においては、被告医師が原告たる患者に薬剤を処方するに際して、具合が悪くなったら服用を中止するように注意していることを認定しており、「中毒性表皮壊死症という重篤な副作用が報告されている薬剤を同時に複数処方する場合、患者にその副作用等を説明することは望ましいことであると考えられるが、上記のような事情に鑑みると、被告医師による前記のような注意がされている以上、薬剤の副作用について具体的な説明がなくとも違法とまでいうことはできない。」と判示している。
- (34) 金田健児「判批」民事法情報265号(2008年)76頁。
- (35) <http://www3.ocn.ne.jp/~mmic/>
- (36) なお、判決年月日が明らかにされていないため、事案の詳細や鑑定意見に対する裁判所の判断との比較検討ができないものもある点付言しておく。
- (37) 松山地判昭和63年12月21日判時1341号128頁。鑑定書集第6集(1995年)169頁以下。
- (38) 鑑定書集第7集(1996年)1頁以下。

- (39) 鑑定書集第10集（1999年）109頁以下。
- (40) 鑑定書集第1集（1988年）53頁以下。
- (41) 鑑定書集第5集（1994年）221頁以下。
- (42) 前掲注（38）147頁以下。
- (43) 鑑定書集第8集（1997年）21頁以下。
- (44) 鑑定書集第9集（1998年）99頁以下。
- (45) 前掲注（39）197頁以下。
- (46) 鑑定書集第11集（2000年）85頁以下。
- (47) 前掲注（46）89頁以下。
- (48) 前掲注（46）177頁以下。
- (49) 前掲注（46）101頁以下。
- (50) 前掲注（39）185頁以下。
- (51) 前掲注（44）163頁以下。
- (52) 適応及び術式等について虚偽の説明をして  
陥没乳頭手術を承諾させた事例（福岡地判  
平成5年5月10日判時1509号123頁，別冊ジュ  
リスト140号（1996年）184頁。説明義務違  
反を認めた事例。）における鑑定書である。  
前掲注（44）47頁以下。

[Abstract]

## The Use of Expert Opinions in Cases that Evaluate Doctors' Responsibility to Explain

Yukiyo NAGAYA

Patients have the right to ask for an explanation of medical treatments they will get or of possible medical choices. On the other hand, doctors have discretion to make a medical decision. It is obvious that doctors have to explain the treatments they give, but if another choice is still under development, do they also have to tell their patients about it? Whether doctors have a responsibility to mention it is a legal matter considered by judges. Common law says that not to explain is under a doctors' discretion if the choice is less developed than the medical standard. Even in that case, how can a judge evaluate that the choice is "undeveloped"?

According to Japanese civil procedure law, judges can only use experts when they need to understand about professional facts before they make a decision. This paper analyzes the situation when experts can be used in cases that controvert doctors' explanation and examines what restrictions should be set when judges ask expert opinions.