

Title	医師の実践的な説明義務について
Sub Title	Physician's practical duty to inform
Author	近藤, 昌昭(Kondo, Masaaki)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2025
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.54 (2025. 2) ,p.[97]- 113
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	片山直也教授・鹿野菜穂子教授・本郷亮教授退職記念号
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20250225-0097

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

医師の実践的な説明義務について

近 藤 昌 昭

本稿の目的

第 1 医師の説明義務の法的根拠

第 2 終末期医療等の場合の説明義務の内容の検討

第 3 まとめ

本稿の目的

私見では、医師の説明義務の根拠は診療契約に求められ、医師の説明義務の内容も医師及び患者双方のコミュニケーションにより決定されと考えている。診療契約に付随する債務として、医師は説明債務を負うとするものである。説明債務の内容は、診療契約締結の経緯や患者の状態、患者の関心、理解力等によって定まるものであり、説明義務違反は、法律的には、債務不履行ないし不法行為となる。かかる理解を前提とすると、説明義務は、治療行為前に事前に説明をして同意を得るという場面だけではなく、また、医師が医療情報を正確に提供すれば足りるとするものでもない。医師は、その場面、その場面で最善の注意義務を負うという見地から、説明内容も検討されなければならない。このことからすると、医師が説明して患者の同意を得るというインフォームド・コンセントと重なる部分もあるが、そうでない部分も存在する。それらについて、具体的な設例を通じて検討することが本稿の目的である。具体的な設例としては、終末期医療¹⁾ ないし終末期医療に準ずるような場合（以下「終末期医

療等」という。)及び小児に対する治療行為を行う場合を扱う。

実践的医療現場における説明義務を理論的に位置づけることができるのは契約説による説明義務であると考えている。本稿の内容について、法律関係者はもとより、医療関係者からの批判的意見も期待したい。それによって、さらに、医師の説明義務の内容の深化及び医療現場における正しい説明義務の普及に資すればと思う。

第1 医師の説明義務の法的根拠

まず、本稿の問題提起の前提として、説明義務の法的根拠について概観しておく。

1 説明義務²⁾の根拠に関する学説

説明義務の根拠については、大きくは次のような考え方がある。

① 説明義務は、法的問題ではなく、医師の倫理の問題であるとする考えである。この考え方の背景には、患者には医療を理解することができないこと、医療については専門家である医師が最適な治療を行うことが義務付けられており、医師の裁量があることのほか、悪い結果を知らせるのは無益であることを前提としている。そして、説明義務は、法的義務の問題ではなく、医師の倫理の問題として、できるだけ患者に情報を与えることを求めるが、どのような情

1) 終末期医療とは、回復不能で、死が直近に不可避である場合の医療のことであるが、医学の目覚ましい進歩とともに、回復不能と断定できるかどうかとも複雑となっている。また、直近かどうかについても、様々な見解があるようである。

2) 説明義務とインフォームド・コンセントを同義と捉える見解が多数と思われる。ただ、厳密には、インフォームド・コンセントは、医師が治療行為の危険性や選択肢等の情報を提供し、それを受けて患者が同意するという構造で捉えるもので、説明義務の典型的な一つの類型と捉えるべきではないか。後記のように、治療行為についても、患者が最終的には決定するとしても、医師と患者とのコミュニケーションの中で協働意思決定をするべきものとして捉えると、医師も客観的な説明を患者に丸投げして、患者が決定するというような関わり方は相当ではないと思われる。

報を与えるかは当該医師が倫理の問題として判断されるものとする考え方である³⁾。この立場でも虚偽の説明をするような場合に法的責任を負うことがある。

② 説明義務の根拠は、患者の自己決定権にあるとする考えである⁴⁾。前田和彦「医事法講義（新編第2版）」（信山社2014）225頁は、「医師が患者に対する医的侵襲行為を行う場合には、事前に十分な説明をし、その承諾を得なければならないことは、わが国における判例・学説の確立を見るものといえよう。この場合の医師の説明は、患者の自己決定のために必要不可欠のものであり、患者の承諾を有効にならしめ、かつ、その承諾によって正当化される治療行為の範囲、程度を確定する機能を営むとされる」⁵⁾。基本的に、医療が患者の生命・身体・健康への侵襲行為であり、生命・身体・健康については自らが決定できるという患者の自己決定権があり、これが医師の説明義務の根拠であるとする⁶⁾。この考え方は、医師が治療行為実施前に、患者に対して、どのような治療をすべきかの選択に関する情報提供をし、患者が決定するという構造を前提とする。

そして、患者の自己決定権を根拠とする考え方からは、説明内容の決定基準について、次のような見解がある。㊦合理的医師説（合理的な医師を基準として、

3) 水野肇『インフォームド・コンセント——医療現場における説明と同意』（中公新書1990年）。

4) 浦川道太郎「医師の説明義務」（浦川道太郎ほか編集『医療訴訟』（民事法研究会2010年）39頁以下及び山本賢昌「説明義務」加藤良夫編著『実務医事法』（民事法研究会2014年）158頁以下も、患者の自己決定権を根拠としている。手嶋豊「インフォームド・コンセント法理の歴史と意義」（甲斐克則編『医事法講座第2巻 インフォームド・コンセントと医事法』（信山社2010年）所収）も明言はしていないが、同22頁で「患者の自己決定権の承認」との表現等から、同様と思われる。

5) 片野正樹「自己決定権と医師の義務、医師の裁量論」秋吉仁美編『医療訴訟』（青林書院2009年）228頁以下は、患者の自己決定権のみが根拠となるものではなく、患者ごとの個別事情に応じた患者の人格的利益の確保も実質的根拠となっているとされるが、これも広い意味で自己決定権を根拠としたものと理解できる。

6) 潮見佳男「説明義務・情報提供義務と自己決定」（『説明義務・情報提供義務をめぐる判例と理論』判タ臨時増刊1178号2005年）9頁以下、手嶋豊「医療と説明義務」（同号）185頁。

患者に対する説明内容が決定される)、④合理的患者説(合理的患者を基準として、合理的患者であれば、通常重要視する情報を説明すべきであり、この観点からその内容が決定される)、⑤具体的患者説(具体的患者を基準として、具体的に個々の患者がいかなる情報を重要視するかについて、医師が予見可能な情報を説明すべきであり、この観点からその内容が決定される)、⑥一次的には、合理的医師説により、二次的には具体的患者説(患者からの具体的要望に応じるべき)によるとの段階的説明義務説⁷⁾ないし二重基準説⁸⁾(具体的患者説を前提に合理的医師説を重畳基準とする説)の考え方などがある。患者個人の自己決定を前提として、他の共同体構成員たちにその権利を擁護すべき措置を課すことが正当化されるかという観点から考えるべきであるとする見解⁹⁾もこの範疇に属すると整理できると思われる。

③ 説明義務の根拠は、診療契約の付随的義務として、診療債務から当該医師に求めるべき内容が決定されると理解する考え方(契約説)である¹⁰⁾。私見ではこの考え方が相当であると考えている。この見解では、医師と患者とで診療契約が締結されるので、両者の関係性から説明内容も決定されるものであり、通常の場合には、医師が一般的な医療水準に応じた説明義務を負うものであるほか、当該患者が求めた内容の説明にも応じることが要請される。ただ、患者側が即時に合理的な決定ができない状況にある場合には、医師の側の説明内容

7) 前田和彦『医事法講義(新編第2版)』(信山社2014年)229頁。

8) 森富義明「説明義務違反」(高橋譲編『医療訴訟の実務第2版』(商事法務2019年))310頁。

9) 前掲注6) 潮見論文13頁。なお、インフォームド・コンセントの中に後述のSDMも内在されるとする手嶋豊「医療における共同意思決定について」(神戸法学雑誌60巻3・4号2011年)や石田瞳「インフォームド・コンセントからSDM(意思決定の共有)へ」(小賀野晶一先生古稀祝賀『民法の展開と構成』(成文堂2023年)所収)は示唆に富む論考である。ただ、患者の自己決定権を根拠としている点で私見とは異なる。

10) 近藤昌昭・石川紘紹「医師の説明義務」(判時2257号)4頁以下、近藤昌昭・鈴木和彦「診療契約」(『現代の契約法 各論2』(青林書院2019年))88頁以下、林道晴「医師の説明義務と患者の自己決定権——胎児(逆子)の経産分娩に関する医師の説明義務違反を認めた最高裁判決を素材として」(ジュリ1323号2006年)127頁。

も変化せざるを得ない。説明義務は、診療契約に付随する医師の説明義務（債務）であるから、債務内容は、社会通念によって規定されるべきものである。具体的な要素としては、医療に対する社会的要請、診療契約の目的や治療の経緯、患者の状態及び患者の意向のほか、患者を取り巻く状況（看護する家族の存在など）などによって債務内容が決定されるべきものである。通常の場合には、医師が説明をして、患者がそれに同意するということが多いであろうが、患者が疑問を呈した場合には、原則として、それに対しても説明すべき義務がある。医師の説明義務は、医師と患者との契約にその基礎があるからである。

2 最判平成 13 年の紹介

最判平成 13・11・27 民集 55 巻 6 号 1154 頁も、乳がんの手術に当たり、当時、乳房温存療法は医療水準とされる手術方法ではなく、当該医師は、当時の医療水準であった乳房切除術を実施しようとしていたが、乳房温存療法を実施している医療機関も少なくなく、相当数の実施例もあって、乳房温存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状況であったこと、患者から自己の乳房を温存したいとの強い関心を持っていることを知らされていたことを前提として、当該医師は、患者に対し、患者に対する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その知る範囲で説明すべき診療契約上の義務があると判断した。この判例は、乳房温存療法が一般的な医療水準による手術ではなかったが、かなり広く実施されていたことや当該医師自身が過去に乳房温存療法を実施したことがあるなど一定の知見を有していることを前提として、説明義務が診療契約の付随義務であることから、当該医師と当該患者の具体的なやり取り等（コミュニケーション）を踏まえて、説明義務の内容が決定されると判断したものとして評価できる¹¹⁾。

なお、医療の現場においては、SDM（シェアド・ディシジョン・メイキング）」のプロセスを採用するべきであると言われるようになってきている¹²⁾。これ

11) 最判平 17・9・8 集民 217 号 681 頁も患者の強い希望の表明を受けて説明義務違反を認めたものである。

は、医師と患者とを対等な立場にあることを前提として、医師は可能な選択肢を患者に情報提供し、患者の価値観、意向、希望を確認しながら、医師と患者とで協働して意思決定するものと理解されている。このような考え方も、契約説から基礎づけることができる。そして、医師による説明義務の理解が十分ではない現状を踏まえると、SDM が積極的に推進されるべきと強調することには意義があると思われる。

第2 終末期医療等の場合の説明義務の内容の検討

1 説明義務の法的根拠との関係

医師の説明義務について、診療契約に根拠を求める立場では、終末期医療等をも念頭に置いて考えると、診療契約において患者が求めているものは何かを問題とすべきである。通常の治療を目的とする医療の場合には、前記の最判平成13・11・27が次のように判示している点が参考となる。「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」¹³⁾。これは、診療契約締結の目的は、治療によって治癒することが前提となり、治癒を目的として診療契約が締結される場合である。終末期医療等の場合には、必ずしも

12) 日本透析医学会の「透析の開始と継続に関する意思決定プロセスについての提言」（日本透析医学会雑誌53巻4号173頁以下）は、SDMに基づく医師患者の協働意思決定であり、事前に患者から価値観や要望などの情報を共有する方策であるACP（アドバンス・ケア・プランニング）の実施をも前提としている。また、令和6年医師国家試験出題基準（令和6年版）の必修の基本的事項（医師のプロフェッショナリズム）にもSDM（協働意思決定）が掲載されている。なお、同基準では、インフォームド・コンセントは、医師が専門家の立場で説明し、それを患者が同意するもので、協働意思決定とは異なるものと整理されている。私見では、診療契約の状況や具体的な患者の知識、要望等の医師と患者の関係性によって、説明義務の債務内容は異なることになるのであって、インフォームド・コンセントも説明義務の一内容と考えている。

治癒が前提とならない。病気による苦痛の除去を目的とする緩和医療の合意がされている場合には、問題は多くない。客観的には治癒は困難であるが、患者としては治癒に望みをかけている場合に問題が深刻化する。そのような場面において、医師としてはどのような説明をすべきかが問題となる。結論的なことを先取りすると、診療契約から導かれる説明義務の内容は、医療に対する社会的要請、診療契約の目的や治療の経緯、患者の状態及び意向のほか、患者を取り巻く状況（看護する家族の存在など）などを考慮して、社会通念に従って決定されるものである。虚偽の事実の説明は原則として許されないが、患者のQOLを考慮して説明義務の内容も決定されるべきであると考えられる。ただ、患者のQOLを考慮しての説明内容も、一つしかないとは断定することは難しい。法的な責任（説明債務の債務不履行）は、事後的見地から判断されるべきではなく、診療段階においてどのような説明が最善であるかの問題である。そうすると、医師に対して、事後的にみて最善の説明をしなかったとして結果責任を問うことはできない¹⁴⁾。

次に具体例を前提として検討してみたい。

13) 最判昭和 56・6・19 集民 133 号 145 頁は、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行う医師は、患者又はその法定代理人に対し右手術の内容及びこれに伴う危険性を説明する義務を負うが、そのほかに、手術による改善の程度、手術をしない場合の具体的予後内容、危険性についての説明義務はないと判断している。最高裁において、医師の説明義務を認めた最初の判例であるが、この判断は、上記最判平成 13 年時点において実質的には変更されているとみるべきであろう。

14) 知念兒子「医師の説明義務根拠をめぐる課題」（鳥谷部茂先生・伊藤浩先生古稀記念『民事法改革の現代的課題』（信山社 2023 年））299 頁以下では、説明義務の根拠を契約説で考える場合には、患者の個別具体的状況を踏まえて説明義務の内容が決定されるとすると、患者のQOLを考慮してよいのか、また、患者のQOLを考慮して医療行為を選択することが医師の義務となるのかが課題であると指摘する。なお、同論文において、契約説によると医師の側から任意解除（民 651 条）されるのではないかと懸念が表明されているが、医師法 19 条 1 項の応召義務があり、応召義務自体は私法上の義務ではないものの、医師の側からの診療契約の解除は制限されると解することができると思われる。

2 具体例の検討（その1）

設例 1

患者には、ステージ4の肺がんがあり、第3段階の化学療法を受けていた。第2段階の化学療法は失敗に終わったが、治癒の可能性が1パーセントでもあれば、治験を実施したいとの患者からの強い要望により、研究段階の治験による化学療法を受けることになった。患者はこの治験に多大な期待を寄せていた。この治験の副作用により、患者は衰弱を続けており、元々治験による回復の見込みは極めて低いと見込まれていた。そのような中で、新たに甲状腺がんが発見され、このがんは、頸部リンパ節にも広がっている。この二つのがんは無関係で、甲状腺がんの切除自体は可能である。ただ、甲状腺がんは致死に至るまで数年かかる見込みであり、たとえ甲状腺がんを手術しても、手術できない肺がんによって致死に至る蓋然性が非常に高い。この患者の甲状腺がんの手術をすべきかについて、客観的な医学的知見では、甲状腺がんについては何もしないことがベストであると考えられる。しかし、他方、患者は、インターネットによる情報で、甲状腺がんの治療予後が良好であることを知っており、手術日をいつにするかに関心があった。

このような場合、次の二つの説明のうち、どちらが相当であろうか。①患者には客観的に正確な情報を与えるべきであるとの観点から、「甲状腺がんは手術可能であるが、手術方法等、その予後及び合併症の可能性のほか、肺がんについて、現在の治験による回復の可能性が極めて低く、甲状腺がんの手術を受けても、現在の肺がんの状況から肺がんによって死亡する見込みが極めて高く、さらに甲状腺がんの手術によって体力が奪われ、死亡時期が早まる可能性が高い。したがって、甲状腺がんについては何もしないのが最も合理的な選択である」との説明（説明①）。

または、②「甲状腺がんは、進行が遅く、治癒可能である、今の優先順位は、肺がんの治療にある」との説明（説明②）。

説明②の場合、肺がんの治療を優先させるというだけでは、客観的状況の情報を正確に提供しておらず、結論部分のみを伝えており、正確な情報提供という点では問題となりうる。

説明義務について自己決定権から考える立場では、説明①の説明が正確な情報であり、甲状腺がんの手術をするかどうかの説明としては説明①の説明をするべき義務があるとの結論に親和性があると思われる¹⁵⁾。自己決定権を根拠とする考え方は、患者に最終的決定権があり、そのために患者には正確な情報を与えられるべきであると考えからである。そうすると、設例の説明②では、医師は、甲状腺がんの手術によって、肺がんによる死亡の時期が早まる可能性が高くなることについて正確な情報を提供していない。このことから、患者の自己決定権を侵害したものとして説明義務違反を問うことができるということになりそうである。

しかし、医療の現場でそのような割り切りでよいのか疑問がある。患者の生に対する執着によって何とかがんになり患していながらも前向きに日々生活しているのに、その意欲に冷水をかけるような説明をすることになってしまうのではないか。医師と患者の診療契約の目的自体が一致しているわけではないものの、診療契約の最終的な目的は、患者のQOLの確保にあると解される。患者のQOLは患者自身が決定することであって患者ごとによって異なるものである¹⁶⁾。医師としては、患者の自主的な決定を尊重すべきであり、治験によるかなりの副作用があるにしても、日々目的をもって前向きに生活ができていたのであれば、それを尊重するべきではなかろうか。患者の客観的状況からして、甲状腺がんについて手術等を実施すると体力が落ち、ますます治験成功の可能性が低くなることを踏まえると、患者に対して更なる苦痛を与え、死期を早める結果となる可能性が高い、甲状腺がんの手術等については、実施しないこと

15) 自己決定権を根拠とする見解の中にも、合理的医師の考え方から、カウンセリングの役割を考えることも不可能ではないかもしれないが、患者の自己決定権と整合的かの問題があるのではなかろうか。

16) 最判平成12・2・29民集54巻2号582頁（エホバの証人事件）は、宗教上の信念からいかなる場合にも輸血を拒否するとの固い意思を有している患者に対して、輸血をする方針を採っていることを説明しなかったことが説明義務違反と判断されたものである。これは、診療契約からすれば、単に治療をするという目的よりも、患者自身のQOLの確保という観点から説明義務の内容を考えることを示したものとみえる。

がベストである。加えて、肺がんの治験によって生への希望をもっている患者の気持ちを尊重することも必要というべきではなかろうか。この患者について、肺がんの治療と甲状腺がんの治療とを別々の診療契約による説明義務とみるべきではなく、診療契約に基づく一連の説明の問題と把握すべきである。そして、診療契約全体として患者の治療による回復を目的とするものであり、その観点から考えると、肺がんの治験の実施の継続が患者の意向にも沿うものであり、医学的見地からも相当である。そうすると、この段階で、甲状腺がんの治療をしても肺がんで死亡する可能性が極めて高いことや甲状腺がんの手術によって死期を早めるだけであるという情報を提供する義務があると解することには疑問がある。

説明義務について契約説に立脚する立場からすれば、説明内容が債務不履行となるかは、債務内容について、社会通念に従って判断することが前提とされている。甲状腺がんの進行が遅いこと及び肺がんの治療を優先させるべきであるということ自体に虚偽はない。患者から肺がんの治療結果の可能性や見通し等を詳しく尋ねられた場合には、正確な情報提供をしなければならないことは言うまでもないものの、治験を利用するかどうかの決定時においては、患者は、正確な情報を基に1パーセントの可能性でもあるのであれば治験を利用したいとの確固たる意思を表明していたのである。そして、甲状腺がんの発見時にも、治験による副作用に耐えながら生への執念を持ち続けていたのであって、そのような患者からの再度の問いかけがないときに、甲状腺がんの治療をしても結局肺がんで死亡する蓋然性が高いから甲状腺がんの治療は無駄であると、重ねて治験によって効果がでる可能性が極めて低いと説明すべきかは疑問が残る。生への執着をもっている患者にかかる説明をすべきとまでは言えないであろう。もとより、治験の副作用により状況がかなり悪化しているなどの具体的な状況変化があった場合に、患者に対し治験成功の可能性が極めて低いと説明することを否定すべきではなく、むしろ、そのように説明すべき義務がある。設例における説明では、医師と患者との診療契約に基づく信頼関係の中で、医師にどの程度、どのような説明をするかは、裁量が認められる余地がある。②の説明

について債務不履行の「違法」の問題とされるまでのことはなく、むしろ相当な説明であろう¹⁷⁾。

この点について、最高裁の判例として参考とすべきものに、最判平7・4・25民集49巻4号1163頁がある。事案は、医師が、患者に胆のうの進行がんの疑いがあり入院の上精密な検査を要すると診断したのに、患者に与える精神的打撃と治療への悪影響を考慮して手術の必要な重度の胆石症であると説明したが、その後、患者が医師に相談せずに入院を中止して来院しなくなったというものである。「重度の胆石症である」との説明によって検査入院の同意を得ていたこと、患者が初診でその性格等も不明であり、当時医師の間ではがんについては患者に対し事実と異なる病名を告げるのが一般的であったことを前提として、医師が患者に対して胆のうがんの疑いがあると説明しなかったことを診療契約上の債務不履行に当たるといえることはできないと判断した。客観的真実と異なる説明も適法とされる余地を認めている。

上記最判の事案では、重度の胆石症であると説明したことによって来院しなかった可能性もあることから、少なくとも「がんの疑いがある」と告知すべきではなかったかの問題があるものの¹⁸⁾、説明義務違反となるかどうかについて、不正確な情報の伝達それ自体で債務不履行となるとは判断していない点が重要である。また、患者の病状、精神状態、受容能力、医師と患者との信頼関

17) 緩和ケアの第一人者である山崎章郎氏は、その著書である『「在宅ホスピス」という仕組み』（新潮選書2018年）69頁の中で、「患者さんの求めに応じて、適切な情報を伝えていくことが求められるのである。しかしながら、適切な情報を伝えていくということは、必ずしも、すべての情報を伝えることと、イコールではない。患者さんに関わる情報の多くは、悪い情報であり、患者さんによっては、一度にそれらの悪い情報を受け止める準備がない場合もある。少しずつ、段階的に、患者さんにお伝えした方がいいこともある。また、その情報がそのままの真実でなかったとしても、自分の置かれている状況が認識できて、その状況の中を、どう生きるのかを、自分で判断し決定できる情報であれば十分な場合もあると思う。」と記述している。

18) 上記最判について、入院の指示が胆石症という病名を聞かされて安心したためである可能性があるとの指摘があるが、がんの告知が一般的でなかったことを前提としていると理解できる。

係などから患者自身に告知することができないような事情がある時に、患者の家族の協力態勢などを考慮する必要があるとされる¹⁹⁾。ただ、医療現場においては、例えば、苦痛緩和のための麻酔投与について、患者が希望しているが、家族が患者の意識が朦朧となることから残された時間を有意義に過ごさせるために投与に反対するような場合など、家族と患者本人との意向の相違が問題とされることもあるようである²⁰⁾。最終的には、診療契約を締結している患者本人を基本に考えるべきであるが、患者と家族との意思疎通がよくできるようにカウンセラー的な役割が要請されているといえよう。

3 具体例の検討（その2）

設例 2

設例 1 を前提として、その後、治験により、衰弱がますます進み、胸部に埋め込まれた排水チューブに加えて 2 週間に一度、腹部にも針を刺し、がんによる腹水を抜いて腹圧を下げなければならない事態となっていた場合に、このような状態の患者に対して、どのような説明をするべきか。患者の視点からすると、わずかな可能性にかけて治験を受けることは何ら問題もないが、そのわずかな可能性のために、残された時間を有意義に過ごすことが奪われたと言えないか。もし、患者が終末期は家で静かに過ごしたいという希望を持っていた場合はどうか。

この設例は、患者の意向（治験の継続による治癒ないし延命）の実現が客観的

19) 患者本人には真実を告げない場合に、患者の家族には真実を伝えているべきであるとされている。それによって、告知を受けた家族等の側では、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ることになり、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るというべきであるからである（最判平成 14・9・24 集民 207 号 175 頁）。

20) 森田達也・田代志門『臨床現場のもやもやを解きほぐす緩和ケア×生命倫理×社会学』（医学書院 2023 年）1 頁以下。

に極めて困難になってきた場合（治験開始時とは状況が大きく変化している状態の場合）に、医師は、どのような説明をすべきかという問題である。一度、インフォームド・コンセントを得ているので、そのまま治験続行することに問題がないかである。結論から言えば、この場合には、根治治療をあきらめてホスピスを選ぶか否かの情報提供をすべきであると思われる。診療契約における治癒の目的達成が困難となってきたのであるから、その治療を継続することにより目的を達成しないのであれば、その治療を中止すべきであるとの説明義務もあるといえる（契約内容から説明債務が導き出される）。説明義務について自己決定権に根拠を求める見解において、どのように理論づけるかは難しい問題があると思われるが²¹⁾、結論としては同様となるのではないか。

この場合の問題の核心は、むしろ説明の仕方にある。説明義務が患者の自己決定権に根拠があるとする立場からすると、①治験が奏功していないことを説明の上、②ほとんど治験が成功する可能性がないこと、それでも化学療法（今の治験ないしさらに別の治療）を継続するか、③終末期に心肺蘇生を希望するか否か、④ホスピスを選択するか、というような説明をすることにならないだろうか。事実を告げたうえで、患者に自己決定権があることから、その選択肢を示して、患者に決定させるというものである。

しかし、医師には、専門家として最善の注意義務（最判昭和36・2・16民集15巻2号244頁）を果たすべき義務があるとされており、このような説明が最善の注意義務を果たしたものといえるのか疑問がある。もともと知見がない患者に対し、しかも終末期に差し掛かっている患者にそのような選択を迫ることは、患者の圧倒的な不安をなるべく軽減し、それを乗り越える手助けをすることが求められている終末期医療等の診療契約上の債務としては、相当とはいえないと思われる。そうであるとする、患者が必ずしも認識していない患者自身に残された時間が少ないことを認識させ、残された時間をどのように有効に活用できるかについて、患者の意識を向けさせることが重要である。医師のカ

21) 当初の同意について条件付きの同意であったと構成することになるであろうか。

ウンセラーとしての役割が非常に重要な場面と思われる。上記のように患者に情報を提供して選択を迫るような説明では、患者の生への執着がある状況を前提とすると、これを頭から否定することになり、患者の受けるショックは計り知れない。アトゥール・ガワンデの『死すべき定め』（みすず書房・2016年）199頁には、医師の役割としては、患者に対し、自分が何を望んでいるのかを患者自身が決めることを援助することが重要であると指摘し、「もし、残された時間があまりないとしたら、何があなたにとって一番大切ですか。」²²⁾ というような質問をすべきとする。患者の意向を否定するのではなく、患者自身に状況を冷静に認識させて、自ら決定できるように働きかけるべきであるからである。その際には、カウンセリングの手法として、「繰り返し」や「要約」などの手法を駆使することで患者自身に気づきの機会を与えることも必要であると思われるが、この点については専門外なので立ち入らない。要は、患者自身に残された時間がわずかであるという認識をさせ、どのように過ごしたいのかを決定させるようにすべきである。このために医師と患者は、常日頃コミュニケーションを重ねる必要がある。最終的には、患者自身がホスピスの選択も含めて選択するべきであるが、その段階に至るまでに、カウンセリングをするような手法や体制が確立されるべきではなからうか。説明義務の根拠を契約に求める立場からコミュニケーションによる説明をすることによって、患者のQOLの確保を図るべきであるとするものである。このように解すると、医師と患者との関係で、医師の指導的役割を認めるもので相当でないとの意見が予想される。しかし、医師は専門家として重い責任を負っており、最終的には患者自身が決断すべき事柄であるとしても、専門家の知見に照らして相当と思われる方向に誘導するような説明をすることも法的な義務の一内容であるというべきである。前記のように、医師の専門的知見を前提として正確な情報を開示して患者に選択を迫るような説明の仕方も、現段階では違法とは断じることができないと思われるものの、そのような説明の仕方がよいかは十分に検討しな

22) アトゥール・ガワンデ『死すべき定め』（みすず書房 2016 年）180 頁。

ければならない問題である。設例のように、ACP（アドバンス・ケア・プランニング）の実践を通じて、患者が終末期は自宅で過ごしたいと考えていたことが分かっているような場合には、医師としては、緩和治療をして自宅で過ごすという選択肢も提示するべきであると思われる。ホスピスというと、モルヒネで苦痛を緩和するが意識が朦朧とするイメージがあるが、必ずしもそうではないようである。化学療法による苦痛から解放されることによって平均余命がむしろ長くなるという調査結果もあるようである。

設例のような場面における医師の説明の仕方についても、今後、法律的観点からもさらに具体的な検討がされるべきであろう。

4 具体例の検討（その3）

設例3

小学校5年生の小児に対して心房中隔欠損症のための手術を行う場合の説明を考えてみる。心房中隔欠損症は、心房中隔に穴が開いている状態であり、左心房から右心房へ血液の漏れが生じており、治療の必要がある。治療の方法として外科手術を行う場合には、心臓をいったん止め、人工心肺を用いて、右心房を切開して、欠損孔を直接閉鎖する外科手術と、閉鎖栓を用いた経カテーテル閉鎖術による治療方法があること、この小児に対してはカテーテル治療が適合しないことから、外科手術によることになる予定である。診療契約を締結している当事者である両親に対しては、そのような説明をすることになる。この場合に、手術を受ける小児に対してはどのような説明がされるべきかが問題である。

説明義務の根拠を契約に求める立場でも、当該診療契約の債務として、社会通念上、手術を受ける小児にも一定の説明をしておくことが必要である。問題は、どのような説明をすべきかである。小学校5年生くらい的小児では、ある程度の理解力があることから、親と同様の説明をすべきであるとする見解もある。しかし、小児に対する説明は親に対する説明と全く同じである必要はな

いと思われる。小児の理解力や受容力などを勘案して決定されるべきである。小学生の小児に対しては、実際の手術を実施される本人であるから、手術を行うことを了承してもらう必要があるものの、どのような治療方法の選択肢があるのか、本来であればカテーテル治療の選択肢もあるが、該小児にはカテーテル治療の対象とはならないことや、外科的手術では一旦心臓を止めて手術することになることなど、あまり不安を抱かせる情報を提供することはかえって治療の妨げになる可能性があると思われる。医療の実践の場でも、同意できる能力がない小児や精神病にり患している者を対象とした説明について、インフォームド・アセントという概念がある。インフォームド・コンセントの場合には、患者に対し、正確な情報提供がされ、それを理解して、メリット・デメリットを考えて治療行為を同意するかどうかであるが、理解力が十分ではない小児に対して、親権者の同意があることを前提として、治療行為を行うことへの了解を執るものがインフォームド・アセントと説明されている。このような医療現場における実態も、説明義務が診療契約から導かれるものであるという考え方によって、法律的に説明が可能であると思われる。ただ、どのような説明をすべきか、その場合に考慮すべきファクターは何かについて、法律学の分野においても細かく検討すべきであると思われる。

第3 まとめ

本稿においては、いくつかの設例を通じて、説明義務を法的にどう解釈すべきかを検討した。医師が専門家として正確な情報を提供し、患者がそれに同意するという構造だけでは処理できないのではないかと、という問題提起をしたものである。説明義務の問題は、医師の全人格的判断にかかわる問題であること、また、患者側の意向や状態等を前提として、医師の説明義務の内容を確定すべきであり、基本的には、最終的に患者に対して適切な情報を提供して診療契約を解除するか否かの機会を与えることが必要であるが、情報提供にあたって医師に求められる適切な対応が存在すると思われる²³⁾。この意味で、説明義務

については、診療契約の相手方である具体的な患者を前提として、医師の説明債務として、最善を尽くすことが前提となっている。インフォームド・コンセントによって、医師が医療水準にある情報を正確に提供する場面が多いと思われる。これも医師と患者との協働意思決定である。さらに、患者の状況等によっては、医師と患者との協働意思決定に向けられたコミュニケーションが必要となる場面もある。また、診療契約における説明義務として、小児に対しても説明すべきではあるものの、親に対してする説明とは同じものでないこともありうる。この意味で、医師の説明義務の内容を患者側の自己決定権だけから規定することはできないものであると思われる。ただ、現実の医療の現場では、医療側において、未だに医師に任せておけばよいという、目の前の患者の存在を無視した医療が実践されている状況も存在する。このことから、患者の自己決定権を強調する見解にも政策的に意味があるといえる。しかし、医療の現場では、すでに ACP や SDM が推奨されている。法律論としても、このような医療現場における実践の状況を踏まえて具体的状況ごとにきめ細やかな理論構成が検討されるべきものと思われる。

〔後記〕

本稿は、片山直也先生、鹿野菜穂子先生の退職をお祝いするために執筆したものである。両先生には、ロースクールの必修科目である民法総論の科目をご一緒させていただき、お世話になった。実務家研究員である私にとっては、両先生の深い学識から学ばせていただくことが非常に多かった。両先生の退職のお祝いに当たって、不十分な論稿しか捧げられないことには内心忸怩たる思いもあるが、筆者のお祝いの気持ちをお汲み取りいただければ幸いである。

以上

23) 診療契約の説明義務と診療契約の解除との関係については、前掲注 10) の近藤昌昭・石川紘紹「医師の説明義務」参照。