

1 次の文章は最近の判決の要点をまとめたものである。これを読んで、わが国における説明義務違反をめぐる法と医療の現状と、そのあるべき姿について述べてください。

本件は、大動脈弁閉鎖不全のためA大学医学部附属病院に入院して大動脈弁置換術を受けたBが手術の翌日に死亡したことについて、Bの相続人である被上告人らが、チーム医療の総責任者であり、かつ、本件手術を執刀した医師である上告人Y教授に対し、説明義務違反があったこと等を理由として、不法行為に基づく損害賠償を請求する事案である。

原審である高裁判決では、説明義務違反が認定された。いわく、「チーム医療の総責任者であり、かつ、実際に本件手術を執刀することとなった上告人Yには、B又はその家族である被上告人らに対し、Bの症状が重症であり、かつ、Bの大動脈壁がぜい弱である可能性も相当程度あるため、場合によっては重度の出血が起こり、バイパス術の選択を含めた深刻な事態が起こる可能性もあり得ることを説明すべき義務があったというべきであるにもかかわらず、Yは、大動脈壁のぜい弱性について説明したことはなかったことを自認しているものであり、信義則上の説明義務違反があったというべきである」。

しかしながら、このような原審の判断は是認することができない。その理由は次のとおりである。

一般に、チーム医療として手術が行われる場合、チーム医療の総責任者は、条理上、患者やその家族に対し、手術の必要性、内容、危険性等についての説明が十分に行われるように配慮すべき義務を有するものというべきである。しかし、チーム医療の総責任者は、上記説明を常に自ら行わなければならないものではなく、手術に至るまで患者の診療に当たってきた主治医が上記説明をするのに十分な知識、経験を有している場合には、主治医に上記説明をゆだね、自らは必要に応じて主治医を指導、監督するにとどめることも許されるものと解される。そうすると、チーム医療の総責任者は、主治医の説明が十分なものであれば、自ら説明しなかったことを理由に説明義務違反の不法行為責任を負うことはないというべきである。また、主治医の上記説明が不十分なものであったとしても、当該主治医が上記説明をするのに十分な知識、経験を有し、チーム医療の総責任者が必要に応じて当該主治医を指導、監督していた場合には、同総責任者は説明義務違反の不法行為責任を負わないというべきである。このことは、チーム医療の総責任者が手術の執刀者であったとしても、変わることはない。

なお、原審段階で、主治医（本件では助手）ではなくY教授が執刀医となった点について説明がなかった点は、次のような理由で訴えが退けられている。

「控訴人らは、執刀医が誰であるかは患者自身が手術を受けるか否かを決定をするにあたっての重要な情報であるから、患者や家族は、執刀医が変更になったことを知った上で、再度本件手術に同意するか否かについて考慮する機会を与えられるべきであった旨も主張する。

しかしながら、チーム医療を行っている大学病院については、患者が執刀医について強い関心を有していることを病院側に伝えていたなどの特段の事情がない限り、病院側に、患者ないしその家族に対して、執刀医が誰であるかや執刀医の変更を説明すべき義務があると認めることはできないから、この点に関する控訴人らの主張は採用することができない」。

#### 【解答のポイント】

この判決は、授業でもふれた最高裁判所第一小法廷（上告審）平成20年4月24日の判決です。一般的にはチーム医療の総責任者の説明義務が問題になった事件としてとらえられますが、ここではより広く、説明義務に関する訴訟を一般的にどう見るべきかが問われています。そこで、大阪高裁平成18年6月8日の控訴審判決も一部を引用しています。

この問題は難しい問題です。この最高裁判決自体が、問題の難しさを示しています。し

たがって、解答も、どのような意味で難しいのかを解明することが第一、そのうえで、それにどう対処すべきかを考える姿勢を見せることが大切です。

以下、本件でふれるべき、あるいはふれてもよい論点を列挙します。

①授業でも説明したように、本件では、手術自体の過失は認定されていません。そこで、診療に関する過失（あるいは債務不履行）と、本件のような説明義務違反とがどのような関係にあるかを示すこと。

・前者は、過失か否かが専門家証言によらざるをえない問題で立証が難しいのに対し、後者は、患者がどのような情報をえるべきか、それが患者の自己決定に資するか、という観点が入ってくるので、前者よりも患者に有利だと考えられること。

・ただし、アメリカでは、説明があっても同じ治療になるのであれば損害なしとしてインフォームド・コンセント訴訟が実際には張り子の虎であるのに対し、日本では、少なくとも自己決定権侵害だけで精神的損害に対する慰謝料が取れること。

・そのため、本来は治療の失敗が最も重要な問題であるのに、説明義務のところで争う事例が少なくないこと。

②その結果、わが国において、説明義務のあり方が法（裁判）によって論じられ決められることが多くなった点について、その是非を論ずること。

・説明義務の根拠としての契約、信義則、そして条理。

・どこまで説明するのが適当かについて法で定めることの影響。そもそもそれが可能であり現実的なことか否か。

・法によっていわば「強制された説明」のマイナス効果。

③一般論ばかりでなく、せつかくこの判例が紹介されているので、そこでの論点にもふれる必要があります。

・チーム医療における説明義務の主体。

・誰が執刀者になるかという情報について、それをどの程度重視するか。その場合、それを説明義務に入れ、さらに手術経験などの情報も必要だとすると、誰も「最初の手術です」という医師の執刀を受けない可能性があり、結果的に、当該手術に習熟した人材を養成できないことにもなる（患者全体には不利益となる）というディレンマ。

このような事件のポイントは、仮に本件手術が成功していれば、誰も説明義務違反を問わないという点です。失敗に対し「納得できないこと」をこのような形で訴えていることになります。しかし、（高額になりえない）慰謝料がとれれば患者・遺族は「納得」するのかどうか。訴える側にも訴えられる側にも「納得」できない結果となって、しかも裁判所も苦勞するだけという状況になっていないか。

そもそも医師と患者のコミュニケーションのあり方の改善が、損害賠償請求訴訟という手段で達成できるのか、そうでないとなれば他に別の道があるのか、あるとなればそれは何か、これが最大の難問です。

★以下は、答案の域を逸脱していますが、個人的なコメントです。

1) わが国の説明義務違反訴訟は、手術における過失の立証ができない場合の補完手段となっている側面がある。だが、それによって何が達成されているかといえば、「説明が丁寧に行われて、患者・家族の納得感がえられている」という結果になっているとは必ずしもいえない。まず、どこまでどのように説明すべきかの基準が依然として曖昧である。その結果、説明が後の訴訟の防御のためとなり、文書による同意書を取得することに焦点が置かれるようになり、医師にとっても、患者・家族にとっても、満足のいかないルールとなっている。

2) 本件のように、今手術しないで放置してリスクをとるか、今手術をしてそれに伴うリスクをとるかという選択が問題となる場合、誰が説明をするかや、誰が執刀するかは、本来の問題ではなくあえていえば枝葉末節の問題であり、それらについて説明義務を課すことは、本来何が問題かから焦点をそらす可能性がある。「誰が」ではなく、本来の問題は次の2つである。第1に、今手術をする選択をしたことが医学上妥当だったか。第2に、

それによる手術で過失がなかったか。ただし、第1点について多くの場合「絶対」がなく、相対的な判断が求められる以上、選択には「賭け」の要素が伴い、患者・家族はそれを覚悟して選択したということでない、「納得」できないことになる。

3) ところが、あまりにリスクを過大かつ詳細に説明すると、相対的に妥当でない「放置」という選択をする可能性があり、それは患者・家族にとっても医師にとっても（社会にとっても）望ましくない。法の目的は、医学上妥当な措置が行われるのを妨げないようにすることと、医学上妥当な措置だったことを患者・家族も納得することでなければならない。だが、それは本来、まさに医療の任務であり、法が先頭を切ってそれを実現することはできない。細かなルールを決めてマニュアルを作れば、それが実現するということができない。そこで、法は最低限度の明確なルールで、しかも適切な医学的判断による医療を阻害しないようなものでなければならない。

4) そのためのルールとしては以下のようなことが考えられる。

①法律上のインフォームド・コンセントの内容としては、医学上の判断により、当該措置に伴い通常予想される重大なリスクについて説明する義務を課す（それはすでに実現しています）。通常予想されないリスクについては、「一般的に手術に伴い死亡するリスクもある」程度の説明で十分とする。また、放置した場合のリスクと今手術する場合のリスクを比較して、後者の方が小さいという説明が必要である（一般的には代替措置の可能性についての説明である）。

②死亡や重大な障害の可能性のある措置のケースでは、どちらをとるか「選択」の契機があるので、セカンド・オピニオンの機会を勧めることも説明の中に入れるべきである。

③患者が死亡した場合、家族が「説明」を聞いていない場合や、間接的にしか聞いていない場合では、「納得」できないとされる可能性が高くなる。原則として、患者と家族とに説明するというにすべきであり、それができなかった場合は、それができなかった理由を明らかにしておく必要がある。

④ただちに法律上の義務にはできないと思われるが、説明の際に、患者・家族を助けて医学上のことも質問できる（患者のための）助言者を病院側で用意し、同席させることも一案である。

⑤説明義務違反が認定された場合で、しかし、説明義務違反しかないとされた場合には、慰謝料は一律としてたとえば50万円とする。法律上、それ以上の責任はないとして、本来のインフォームド・コンセントが医療の問題であり、法は最低限度の介入しかしないことを明らかにする。ただし、民事賠償が認められた場合、行政処分として、医療機関に対し、説明の改善措置を求め、説明についての患者満足度を調査するなどの行政介入を行うことにする。

## 2 わが国における医師の行政処分のあり方について論じなさい。

### 【解答のポイント】

少なくとも次のような点にふれる必要があります。

#### ①従来のわが国の行政処分のあり方

・処分類型が2種類に限定され、件数も少なく、主として刑事事件になったものだけが処分されていたこと。

#### ②2006年法改正の内容

・処分類型の増加 ・調査権限の付与 ・再教育の新設 ・処分の公表など

③医療過誤の事件について、調査権限があるとしても、現状ではそれを行う仕組みができていないこと。刑事処分と民事訴訟が主たる手段となって、行政処分（医療の改善のためには主たる手段であるべきもの）が機能する基盤がまだできていないこと。

行政処分は、医療行政の専門家による処分であり、言い換えれば、医療専門家の処分であるべきだが、そのような仕組みがないこと。

処分という名前だが、制裁することに主眼があるのではなく、医療安全のための手段であること。そうだとすると、制裁的要素と支援的要素をうまく組み合わせる必要があるこ

と。

④アメリカとの比較、弁護士との比較を交えて論ずるのもよい。  
(なお解答の順番は問わない)