

治療行為における医師の説明義務の意義

西 元 加 那

医療の領域で、医師は、さまざまな法的・倫理的義務を負う。それは、ヒポクラテスの誓いでも謳われるように、患者の生命・身体を保護する義務、診療する義務、秘密保持義務等々、多岐にわたる。そのなかでも、重要かつ議論が尽きないのが、説明義務である。治療が行われる際、意識不明の場合や緊急を要する場合等を除き、通常、患者はこれから行われる治療行為に対して同意を与える。しかし、この同意は、必要な情報を与えられたうえでなされることが原則とされている。これが、インフォームド・コンセントと呼ばれるものであり、そのために医師には「患者に対して、治療に関し必要な説明をする」という義務が課される。

本稿では、患者の同意を得るために必要とされる「情報を与えるということ」に焦点をあて、医師の説明義務は患者の同意の前提となるものとし、患者の自己決定権の範囲内でのみ医師の裁量を認めるべきであると結論づける。

keywords：インフォームド・コンセント(IC)、説明義務、治療行為、患者の意思、患者の同意

目 次

- I. はじめに
 - i. 説明義務の定義
 - ii. 説明義務の根拠
 - iii. 検討対象と問題の所在
- II. 不十分な説明と患者の同意
 - i. 舌ガン事件
 - ii. 輸血拒否事件
- III. 検討
 - i. 検討対象
 - ii. 自己決定のための説明義務
 - iii. 説明の範囲と医師の裁量
 - iv. 推定的同意との関係
 - v. 説明義務と医学的適応・医術的正当
- IV. 結びに代えて

I. はじめに

i. 説明義務の定義

治療行為について、それ自体が傷害の構成要件

に該当するかどうかについては見解が分かれているが¹、一般的に、適法な治療行為は、①医学的に適応しており、②医術的に正当で、③患者の同意を得たものでなくてはならないとされている²。この③につき、「情報を得たうえでの同意」でなくてはならないとするのが、いわゆるインフォームド・コンセントである。医師から患者に対し必要な情報が与えられること、すなわち医師から患者に対し治療についての説明がされることが、このインフォームド・コンセントの前提となり、説明義務はこの文脈で論じられる。治療の正当化要件のひとつである同意の前提としての説明義務については、日本では民事判例の中でしばしば取り扱われ、民事法の分野において議論されるものも多いが、刑法における傷害罪の成否に関しても、この議論は有益である。

¹ 治療行為傷害説にたつ論者として、金澤文雄（「治療行為」木村亀二編『現代法律学演習講座刑法（総論）』青林書院新社（1955）255頁以下）等、治療行為非傷害説に立つ論者として、町野朔（『患者の自己決定権と法』東京大学出版会（1986）87頁以下）等が挙げられる。

² わが国では、治療行為の意義について、「治療の目的で、医学的に一般に承認された手段・方法をもって、人の身体を傷つけること」で、「原則として本人、または、少なくともその保護の任にある者の承諾を得ることを必要とする」と解されている。木村亀二『新刑法読本（新全訂版）』（1968）218頁、福田平『注釈刑法（2）-1』（1968）117頁等。

ii. 説明義務の根拠

インフォームド・コンセントを必要とする法的根拠は、いくつかの判例からみてとれる。説明義務に関する民事判例として、最高裁平成13年11月27日第三小法廷判決（判時1769号56頁、判タ1079号198頁）では、説明義務が生じる根拠につき、以下の通り述べられている。

「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」。

このように、説明義務は診療契約に力点が置かれた義務であると判示しているものもあるが、説明義務の根拠として「患者の自己決定権」に焦点を当てる次のような判例（最高裁平成12年2月29日第三小法廷判決〔後出〕）もある。

「患者が、……医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合、このような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない。」

本稿では、前節で述べた③患者の同意を得るための説明義務に焦点を当て、平成12年判決が示すような「自己決定権を根拠とする説明義務」について検討を行う³。

iii. 検討対象と問題の所在

本稿での検討対象は「自己決定権を根拠とする説明義務」と限定したが、それでもなお、医師の患者に対する説明には、その目的・内容の点からも、また、患者との対話の中においても、種々のものがみられる⁴。裁判例にあらわれた事例を整理分類すると、患者の有効な承諾を得るための

説明と、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）に分類できるとされる⁵。本稿では、患者の承諾との関係で、インフォームド・コンセントの有効性について検討を行うため、前者に焦点を当てて議論をする。

説明義務を検討する文脈で、患者の承諾を得るために説明を必要とすることは、患者の承諾を得ずにその身体に（侵襲的）治療行為を施すことは違法であるという前提をとることになる⁶。これは、医療過程において患者の主体性を重視し、その権利を尊重するという意味で望ましいといえよう。しかし、詳細に検討すると、問題もある。実際の医療現場では、診療や治療の際、個別具体的な事情の全てを余すところなく患者に説明しているかという、そうではないし、また、不可能でもある。したがって、「何について」「どこまで」説明すれば、医師は説明義務を果たしたことになるのかは曖昧なままである。このことは、医師の治療行為の違法性を判断する要素となり、専断的治疗行為の問題でもある。医師の説明義務の範囲・程度は、患者の権利を含んで医師と患者の関係をどう捉えるかということと関わるものであるが、これを明らかにするためには、そもそも説明義務が「なぜ」「何のために」医師に課されるのかを明らかにしなくてはならない。そのために、患者の同意がないにもかかわらず治療を行った場合の違法性について、判例の検討を中心に考察する。

II. 不十分な説明と患者の同意

医師の説明義務違反が問題とされるのは、不十分または虚偽の説明に基づいて患者の同意を得て治療が実施される場合である。このような事案において、わが国の裁判所はどのような判断を下してきたのだろうか。わが国に、治療行為に対

³ 一方で、説明義務を契約締結上の問題として扱う民法上の議論について、山川一陽「説明義務の法的根拠、全体像」根田正樹編『説明義務の理論と実際』新日本法規出版株式会社（2017）9頁以下等を参照。

⁴ 松倉豊治「医療行為における裁量の特質——とくに説明義務に関連して」判タ415号（1980）9頁以下。

⁵ 金川琢雄「医療における説明と承諾の問題状況——医師の説明義務を中心として——」日本医事法学会編『医事法学叢書（第3巻）医事紛争・医療過誤』日本評論社（1986）226頁等。

⁶ たとえば、町野・前掲注（1）71頁、同196頁、野田寛『医事法（中巻）〔増補版〕』青林書店（1994）441頁、金川・前掲注（5）226頁等。

する患者の同意や拒否が問題となった刑事判例は現在のところないが、医師による説明が不足しているとされた民事判例のうち、重要な意味をもつ二つの判例について、事実の概要と判旨を簡単に紹介したうえで、検討を行う⁷。

i. 舌ガン事件⁸

①事実の概要

原告（患者）は、舌に異常を感じるようになり、被告（医師）の病院で診察を受けた。その際、舌ガンであることが判明したので、被告は原告に舌を切り取る外はない旨を伝えたが、その病名については告知しなかった。被告と主治医による説得にもかかわらず、原告は舌を切り取るのは嫌だの一点張りであった。しかし、被告らは、病巣部分を摘出する以外の方法はなく、かつ、それも急を要すると判断したため、何とかして手術にこぎつける必要から、原告に対し、舌を切り取るのではなく潰瘍の部分焼き取るだけだからと説明したところ、原告は、その程度ならと不承不承納得した。一方、主治医は、手術の数日前に、患者の近親者に会い、患者の潰瘍は悪性のものであり、切除しなければならない旨を告げて、その承諾を得ようとしたが、患者は家族の言うことをきかず、また、被告も、手術当日、原告の娘に父親を説得するよう依頼したが、とくにその反応も確認しないまま手術を行い、舌の三分の一を切除した。

②判旨

秋田地裁大曲支部は、次のように述べ、本件手術を違法なものと判断した。

「右認定事実によれば、原告が自分の舌を三分の一切除する本件手術に同意していたとは到底認められないという外はない。のみならず、《証拠略》によれば、舌ガンの手術は舌の約半分を切除するのが普通であり、その結果言語および咀嚼機能が減退するのであるが、原告に対しそれらのことについての説明はまったくしていないことが認められるので、以上のことを併せ考えれば、原告は本

件手術を拒否していたと認めるのが相当である（原告の近親者も、手術を承諾していたとは認められない）」。

「……本件のような舌ガンの場合は、一般に転移しやすいがまだ転移していない時期ならば、舌を十分に切除することによって根治する可能性があることを認めることができる。従って被告が、前記認定のとおり、原告の舌ガンに対する治療法はこれを切除する外にないと考え、而もそれは急を要すると判断したことは正当であったと思われる。そのうえ、ガンの治療に当る医師は、患者にその病名を告知すべきでないと一般に考えられており、現在における医師界ないしは医学界における実情もそうであることは、前記前多証言により認められるところであるので、被告が、原告に舌ガンであることを秘したうえでその手術の必要性を納得させることが至難であったことも十分に理解できる」。

しかしながら、「前記のとおり原告は、舌を切除する手術を拒否していたのである。患者の意思が拒、諾いずれとも判断できない場合ならともかく、拒否していることが明らかな場合にまで、右の医学上の立場を強調することは許されないといわなければならない」。

「結局、被告のなした原告の舌半側切除の手術は、原告の同意なしに行った違法なものであったというべきところ（原告の意思を排斥して手術しなければならなかった理由も、緊急性も認められないことは、叙上認定事実に照らして明らかである）《証拠略》によれば、原告は手術後しばらくの間食物を一口食べるにも汗を流すほどの状態が続き、また発声に苦しみ、会話が十分にできず、その年の夏ころ、再入院していることを認めることができるので、原告が肉体的、精神的苦痛を受けたことは容易に推測されるところである」。

③論点の整理

舌ガン事件は、医師が「虚偽の説明」を行った場合の取扱いについて、問題提起するものである。

⁷本文中に挙げたもののほか、特殊な事例ではあるが、いわゆるロボットミイ事件（札幌地裁昭和53年9月29日判決、判時914号85頁）も説明義務違反とされた重要な民事判例として挙げることができる。

⁸秋田地裁大曲支部昭和48年3月27日判決（下民衆24巻1～4号154頁）。

⁹札幌地裁昭和53年4月18日判決（判時916号61頁）。

これについては、「説明を行うことが医療効果に悪影響を及ぼす」場合には、「説明を省略し、あるいは悪影響を与えない範囲で虚偽の説明を行うことも、場合によっては許される」⁹とするのが判例の主流である¹⁰。「悪影響を及ぼす」事柄が何かについては時代的変遷もあるが、原則的に、判例の見解に対し異論はない。問題は、(本人と家族に対して異なる説明が行われていることから導かれる)説明の相手方の問題と、「(治療上の悪影響)」を根拠とする病名の不告知等ではない)施術内容そのものに関わる説明の不足や虚偽についてである。

ii. 輸血拒否事件¹¹

①事実の概要

原告¹²である患者Mは、昭和38年から「エホバの証人」の信者であり、その宗教上の信念から、自己の血液を含むいかなる血液も輸血されることを拒否する「絶対的無輸血」という強固な意思を有していた。平成4年に悪性の肝臓血管腫と診断され、無輸血での手術を求め、東京大学医科学研究所付属病院(以下、医科研)へ転院した。しかし、医科研も、できる限り輸血をしないという方針(相対的無輸血)を採るのみであった。同年、Mは、医師・病院側に自身の絶対的無輸血の信念を説明し、無輸血によって生じた結果について医師・病院側の責任を問わないとする「免責証書」を交付した。その後手術が行われた際、2245mlの出血があり、輸血しなければ患者を救命できないと考えたU医師らは、1200mlの輸血を行った。手術自体は成功したが、退院時に輸血の事実を知らされたMは、債務不履行による損害賠償および不法行為による損害賠償を請求した。

第一審は、「手術中に、輸血しなければ救命の策がない事態に至った場合に輸血しないとする特約は、公序良俗に反する」としたうえで、被告医師らが「原告の意思を認識した上で、原告の意思に従うかのように振る舞って、原告に本件手術を

受けさせたことが違法であるとは解せられないし、相当でないともいうことはできない」とした。

これに対し、控訴審は、絶対的無輸血について両者の間で「合意が成立している場合には、これを公序良俗に反して無効とする必要はない」ものの、本件ではその合意の成立は認められないとする一方で、医師らが「相対的無輸血の治療方針を採用していることを説明しなかったことにより」、患者は、「絶対的無輸血の意思を維持して医科研での診療を受けないこととするのか、あるいは絶対的無輸血の意思を放棄して医科研での診療を受けることとするかの選択の機会(自己決定権行使の機会)を奪われ、その権利を侵害された」とした。

②判旨

最高裁は、次のように述べ、原判決を支持した。

「患者が、輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合、このような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない」。そして、Mが、宗教上の信念から絶対的無輸血の意思を有しており、輸血を伴わない手術を受けることができると期待して医科研に入院したことをU医師らが知っていたという本件の事実関係の下では、U医師らは、Mに対し、手術の際に輸血以外には救命手段がない事態が生ずる可能性を否定し難い事態に至ったときには輸血するという医科研の方針を説明して、「医科研への入院を継続した上、U医師らの下で本件手術を受けるか否かをM自身の意思決定にゆだねるべきであったと解するのが相当である」。

ところが、U医師らは、Mに対して医科研が採用していた右方針を説明せず、同人及び被上告人らに対して輸血する可能性があることを告げないまま本件手術を施行し、右方針に従って輸血をした。「そうすると、本件においては、U医師らは、右説明を怠ったことにより、Mが輸血を伴う可能

⁹ 札幌地裁昭和53年4月18日判決(判時916号61頁)。

¹⁰ たとえば、最高裁平成7年4月25日判決(判時1530号53頁)等。

¹¹ 最高裁平成12年2月29日第三小法廷判決(民集54巻2号582頁、判時1710号97頁、判タ1031号158頁)。

¹² なお、本件の原告は、控訴審継続中に死亡し、夫および子らが訴訟を承継した。

性のあった本件手術を受けるか否かについて意思決定をする権利を奪ったものといわざるを得ず、この点において同人の人格権を侵害したものとして、同人がこれによって被った精神的苦痛を慰謝すべき責任を負うものというべきである。そして、また、上告人は、U医師らの使用者として、Mに対し民法715条に基づく不法行為責任を負う」。

③論点の整理

輸血拒否事件は、あらかじめ「必要な場合には輸血をする」という病院の方針に関する説明が、患者に対して行われなかったため、「患者が輸血を伴う可能性のある本件手術を受けるか否かについて意思決定する権利」が奪われたとして、最高裁が、「人格権」という言葉を用い、その侵害を認めた事件である¹³。

III. 検討

i. 検討対象

患者の自己決定権に対する侵害は、医師の説明義務の観点から考察した場合、どのような基準で判断されるのだろうか。自己決定権は、その行使にあたってその意味と効果が予測できるよう、自己決定の基礎となる十分な情報が与えられていなければならない（情報提供の原則）¹⁴。医療は高度な専門性を有しているため、その専門家である医師は、本来的に説明についても裁量の余地をもつ。そもそも、説明は、医療の専門的知識に基づき、当該治療に関して患者の理解に役立つ範囲に限定してなされるもので、それに関わる全てを説明することは、そもそも不可能である。したがって、どのような基準を充たせば患者の自己決定権は保障されたと解され、「十分に説明を受けた同

意」という意味でインフォームド・コンセントを肯定することができるのかを明らかにする必要がある。

ii. 自己決定のための説明義務

説明義務の中には、自己決定のための説明義務（Selbstbestimmungsaufklärungspflicht）が存在する¹⁵。このことは、ドイツ法の影響を受けて発達したわが国の医事法学説においても採り入れられている¹⁶。この「自己決定のための説明義務」こそが、本稿第1章にて検討の中心に設定した③患者の同意を得るための説明にあたる。

説明義務が、患者の自己決定にかなった同意を得るためのものであるとすると、上記舌ガン事例のような、本人と家族で説明された内容が違うような場合、家族の意思が患者本人の意思と必ずしも合致するとは限らない以上、患者本人が意思能力を有している場合は、患者の配偶者や近親者等の患者以外の者に説明を行うだけでは十分でないことも明らかである¹⁷。

もっとも、判決文でも指摘されているように、ガンの告知を行うべきかについては時代背景や医療における一般的な実情を考慮する必要があるが¹⁸、その説明が治療行為の合法性に意味を持つ限りにおいて、当該治療行為について患者本人に説明をし同意を得ることが重要であろう。

また、施術内容そのものに関わる説明不足や虚偽については、本判決で裁判所も述べているように、「仮りに、患者にその病名を告知することが治療上適当でない場合であっても、病名を告知せずにその侵襲の本質、意味、射程の範囲を説示することは可能であるというべきである」¹⁹。した

¹³ 本判決は、医師の裁量権よりも患者の自己決定権を尊重すべきとした初めての最高裁判決であるとする見解もある。野口勇「エホバの証人無断輸血訴訟とインフォームド・コンセントの法理」法セ549号(2000)66頁。

¹⁴ これは、生命倫理の分野でも主張されている。伏木信次・樫則章・霜田求『生命倫理と医療倫理(改訂2版)』金芳堂(2008)22頁以下。

¹⁵ ガイレンは、説明義務を、自己決定のための説明義務と治療のための説明義務(therapeutische Aufklärungspflicht)に分類する。Geilen, Ein- willigung und ärztliche Aufklärungspflicht [1963], S.71ff.

¹⁶ 野田寛「最近の医療過誤訴訟の動向」『医療事故と法』新有堂(1982)235頁以下、饗庭忠男「医療水準と説明・転送義務」判タ415号(1980)61頁以下等。

¹⁷ 町野・前掲注(1)243頁。

¹⁸ ガン告知につき本人と家族への告知が問題となった事件として、最高裁平成14年9月24日判決(判時1803号28頁)がある。

¹⁹ 秋田地判・前掲注(8)。

がって、舌の腫瘍部分を焼き取ることと舌を切断することが異なる治療であると認められるのなら、上記舌ガン事例では、有効な同意を得るための説明がされたとすることはできないと考えられる。

iii. 説明の範囲と医師の裁量

前節では、医師の説明義務を、治療行為の合法性を判断する文脈で、患者の同意と関連づけ、その有効性を判断するためのものとしたが、これとは異なる理解に基づく見解もある。たとえば、医師が患者から法律上顧慮すべき同意を期待しえない場合であっても、侵襲を受ける場合には、患者は医師から侵襲の内容等については説明を受けることができるし、受けなければならないとし、医師には、患者の同意能力の如何にかかわらず患者に説明しなければならない義務があるとする見解や²⁰、同意の有効・無効からは一度離れて、端的に民事的な不法行為法上の注意義務あるいは診療契約上の注意義務であるとする見解²¹である。しかし、患者の同意を得たうえでの治療行為でなければ違法とされることが一般に認められている以上²²、医師による説明は、適法な治療のために患者の瑕疵なき同意を得るための前提であると解することができる²³。同意能力のない患者の場合は例外とするべきだが、原則的に、説明は患者本人にされるべきであり、患者の有効な同意を得るためになされるものであると考えるべきだろう。

そうすると、説明は「当該治療について、患者本人が、自己決定にかなった判断を下すことができる」程度に具体的かつ十分な範囲で行われるべ

きという結論に至ることができる。むしろ、治療に関するすべての情報について説明することは不可能であり、また不要でもあることはすでに述べたとおりである。説明の範囲については具体的な事案の事情によるうえに、専門性・技術性のゆえに医師に一定の裁量が認められるべきである²⁴。これに対して、「いかなる医療措置を採るかを一般に患者の『自己決定』ないし選択に委ねるべきことを前提として、そのために医師が患者に対する説明義務を負うということは考えられない。何となれば、医療はまさに医師の職責で、高度の専門性があり、医師は医療水準に従い、正当と信ずる医療を行うべきものであって、もし患者の選択に従って医療をしなければならないとすれば、医師は常に患者の意向を確認すべきことになって混乱し、専門技術としての適正な医療は到底行われないからである」とする判例²⁵もある。しかし、医療が個人に即してオーダーメイドで行われるようになった現代において、医師の裁量の余地は、説明義務を排除し、そこから逸脱するような広い範囲では認められず、患者の自己決定権の範囲内においてのみ認められるべきであろう²⁶。

一定の範囲内で医師の裁量が認められるとしても、患者が有効な同意を与えたと判断されるためには、どのくらいの説明をしておかなければならないのか、その範囲や程度を明らかにする必要がある。患者は、「さしあたり、治療の種類や目的および選択肢について知らされなければならない」²⁷というのが最低限の原則である。ドイツから示唆を受けるわが国の医事法研究²⁸も、基本的には同様の態度をとっており、その具体的指針と

²⁰ 河原格「精神病患者の同意と医師の説明」『慶應義塾創立125周年記念論文集・慶應法学会・法律学関係』(1983)250頁。医師の説明義務は人間を尊重するためであると捉える見解とされる。

²¹ 大谷實『医療行為と法(新版補正第二版)』弘文堂(1997)71頁。

²² 唄孝一『医事法学への歩み』岩波書店(1970)8頁以下等。

²³ 山中敬一「医師の説明義務と患者のいわゆる仮定的同意について」神山敏雄先生古稀祝賀論文集(第1巻)成文堂(2006)253頁以下、278頁以下。

²⁴ 金川琢雄『医事法の構想』信山社(2006)14頁以下、片野正樹「患者の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)225頁以下。

²⁵ 東京高裁判昭和60年4月22日判決(判時1159号86頁)。

²⁶ 山中敬一『医事刑法概論I』成文堂(2014)238頁。

²⁷ Hilgendorf, Einführung in das Medizinstrafrecht[2016], S.22.

²⁸ 半田吉信「医師の説明義務の種類と範囲」『医事法の方法と課題』信山社(2004)141頁以下、163頁、また、前掲注(16)の諸文献を参照。

しては次の民事判例がある。すなわち、いわゆる東大脳動脈奇形（AVM）事件判決²⁹であるが、そこでは「治療行為にあたる医師は、緊急を要し時間的余裕がない等の格別の事情がない限り、患者において当該治療行為を受けるかどう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、それによる危険性の程度、それを行った場合の改善の見込み、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」と判示された。重要なのは、当該治療につき、どれくらい具体的かつ網羅的に説明が行われたかよりも、患者がその治療について判断する際、自己決定権を適正に行使することができたか否かであり、自己決定に必要（ないしは十分）な説明を与えたうえで、医師が専門性に基づく裁量を行うことができるとするべきであろう。

iv. 推定的同意との関係

それでは、医師が説明を全くあるいは十分に行わなかったが、もし医師が説明していたとしても患者が同意を与えていたであろうとされる場合は、医師の責任はどうなるだろうか。

判例は、説明がなされていれば患者は同意しなかったと認めさせる積極的な証拠がない以上医師は免責されるとするもの³⁰も、説明を受けたうえで同意するという患者の権利が侵害されたことのみで医師に責任を負わせるとするもの³¹もある。

これについては、推定的同意が認められれば医師に義務違反はないとする見解が適切であると考えられる。すなわち、医師が説明をしても患者は同意したであろうという事情は、患者がそれを知って

いたのなら治療行為に同意したであろうという推定的同意を認めるべき事情を意味しており、患者が治療行為を受けるか否かを決定する際に意味を持ちえない（影響を及ぼさない）事柄については、医師に説明義務はないとする見解である³²。推定的同意は、基本的に、現実的同意を得ることが不可能であることが前提とされており（「補充性（Subsidiarität）」の原則）³³、その前提を充たしていない場合には「仮定的同意」として区別する理解もある³⁴が、医師の説明義務との関係においては、結論に大きな差はないと考える。というのも、重要なのは、「説明をしようと思えば（現実的同意を得ようと思えば）できたか否か」ではなく、「その説明がされていたとしても患者が同意したか否か」であり、それが肯定されるならば、その説明は患者が判断を下す際の材料となりえないということであり、そもそもその事柄について説明する義務が認められないからである。したがって、患者の推定的意思は、現実的同意を得る可能性の存否にかかわらず、医師の説明義務の範囲を画することができる効果があるという結論に至ることができる³⁵。

v. 説明義務と医学的適応・医術的正当

説明義務の内容について考察する際、医療水準との関係についても検討しなくてはならない³⁶。適法な治療行為は、一般的に、①医学的適応を有し、②医術的に正当で、③患者の同意を得たものでなくてはならないことについてはすでに述べたとおりであるが、これらは、互いにどのような関係にあるのだろうか。これについて、ドイツに次のような興味深い判例がある³⁷。すなわち、何年

²⁹ 東京地裁平成4年8月31日判決（判時1463号102頁）。

³⁰ 神戸地裁昭和50年9月4日判決（判時810号67頁）。

³¹ 京都地裁昭和51年10月1日判決（判時848号93頁）。

³² 町野・前掲注(1)244頁以下。

³³ Roxin, Strafrecht AT Band I 4. Aufl.[2006], § 13 Rn.80.²⁴ 金川琢雄『医事法の構想』信山社(2006)14頁以下、片野正樹「患者の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)225頁以下。

³⁴ 仮定的同意については、武藤貞朗「医師の説明義務と患者の承諾：『仮定的承諾』序説」東洋法学49巻2号(2006)5頁以下、同「いわゆる仮定的承諾について——医師の説明義務と患者の承諾——」刑法雑誌47巻3号1頁以下。

³⁵ 町野・前掲注(1)246頁。

³⁶ 医療水準との関係に関する判例を通じた研究として、山口齊昭「説明義務の前提となる医療水準と治療行為自体に関する医療水準」年報医事法学20巻(2005)132頁以下。

³⁷ BGH, Urt. v. 22. 2. 1978; NJW 1978, 1206.

もの間頭痛に苦しみ、自らの頭痛の原因は充填した歯であると思い込んで抜歯を希望した患者から、上顎の全ての歯を抜いたという事案である。被告人（歯科医）は、歯の状態と頭痛に関係はなく、歯が頭痛の原因でないことを伝えたが、患者は抜歯を唯一の救済策と信じ、詰め物をした歯を抜くよう懇願したため、上顎の歯を全て抜歯したというものである。これに対して、連邦通常裁判所は、患者は、歯と頭痛に関係がないことを何度も確認されたにもかかわらず、無知と困惑に基づく自己の見解に固執し続け、知的な医学的議論を妨げるような精神状態にあったといえるため、身体の完全性への侵害（抜歯行為）に対する有効な同意は存在しないと見て、傷害罪の成立を認めた。

問題は、患者の同意が無効とされた根拠である。本件で、抜歯は客観的には何の医学的効果も有しないのに、患者はそれに意味があると考えていた。それについて、連邦通常裁判所は、「決定的なのは、患者の表象（Vorstellung）を、現実的な医学判断に一致させることができなかった」ことであり、「被告人が、医学的適応の欠如を隠していないことは、法的には意味のないことである」とし、本件で医師が当該治療に医学的適応がないことを説明したというだけでは、そのことに患者の同意の有効性に対する法的意義は認められないとした。むしろ、当該治療に医学的適応がないことを医師の側が秘したまま得た同意が、はたして有効と認められるべきかについては疑問とすべきである。しかし、それは、患者の同意は、侵襲を正当化の枠組みに入れる意味を有するのみであり、医学的適応のない医的侵襲は、同意のみで正当化することはできない³⁸ということであろう。一般に治療行為を適法とする要素とされる①医学的適応と②医術的正当性と③患者の同意は、別個独立するものであり、③患者の同意の有効性を判断する際に、①医学的適応や②医術的正当性が持ち出されることはない³⁸と解するべきである。

IV. 結びに代えて

医療行為による侵襲に対する患者の同意は、その侵襲の意味等に関する医師の説明を前提として、初めて正当化効力を有する。適法な治療のためには、医師には患者の「有効な同意」を得るために必要な情報を提供する義務が負われ、それが「説明義務」とよばれるものである。医師は、患者の症状について診察・診断をし、それを患者に伝える。このことは、良好な医師—患者関係を維持するためにも必要不可欠であり、適切な治療の実現にもつながる。医師の説明義務の範囲は、最低限の保障はされなくてはならない。しかし、説明が「自己決定権」を実質的に保障するのに十分な範囲に限定することによって、医療側に不必要な負担を強いないよう配慮することが重要であろう。

³⁸ 山中・前掲注(26)205頁。