

治療方針の決定における医師の裁量と患者の意思決定

一医師の説明義務に関する二つの最高裁判所判決を契機として一

栗 田 晶

1 問題の所在

本稿は、診療契約における医師の説明義務に関する二つの最高裁判所判決を契機として、治療方針の決定に関する医師の裁量と患者の希望との関係について検討するものである。

診療契約の性質は、通説及び裁判例によれば、準委任契約とされ、診療の内容によっては請負契約となることもあるとされる¹⁾。準委任契約の受任者は、委任事務の処理につき広範な裁量を有するとされるが、診療契約は、準委任契約の中でも受任者に特に広範な裁量の認められる分野であると考えられる。即ち、医師は、診療に際して広範な裁量を有することが認められており、特に医学水準の枠内に同等の治療効果を持つと認められている療法が複数存在する場合に、そのいずれを採用するかは「医師の裁量」に委ねられるとされている²⁾。もっとも、医師に裁量が認められる一方で、インフォームド・コンセントに関する理論の定着の下で、特に侵襲を伴う治療行為を行うには医師の適切な説明に基づく患者の同意が不可欠であることも異論なく認められている。それでは、治療方法の決定の過程において、医師の裁量と患者の自己決定とはいかなる関係に立つのであろうか。

¹⁾ 診療契約の性質については、野田寛『医事法中巻（増補版）』（青林書院、1994年）393頁以下、菅野耕毅『医療契約法の理論—医事法の研究Ⅱ—』（信山社、1997年）89頁以下。野田は、「医療契約は、特約のない限り、準委任に類似する無名契約」であり、「特に支障のある場合を除き、委任に関する規定の趣旨に従って、その内容を定むべき」としている（399頁）。

²⁾ 稲垣喬『医事訴訟と医師の責任』（有斐閣、1981年）35頁。

こうした問題を考察するに際して、明らかにする必要があるのが、インフォームド・コンセントの際に患者の決定は何に向けられているのかという問題である。患者の承諾には、従来、自己の身体への侵襲行為の受入れに関する自己決定としての性質と治療行為に伴う侵襲の違法性を阻却する事由としての性質が与えられており³⁾、それに伴い、裁判所も、患者の意思決定を、治療方法の決定それ自体ではなく、治療行為を自己の身体に受入れることに向けられたものとして把握してきたと考えられる⁴⁾。そして、こうした決定対象の把握の仕方は、同時に、医師は治療方法の決定について裁量を有するとする理解との整合性を維持する役割も果たしてきたように見える。患者の決定が何に向けられるのかが特に問題となるのは、診療の過程で複数の選択肢が顕在化した事案である。2000年頃より、複数の治療方針の間での選択が問題となった事案が現れているが、特に医療水準に従い確立された治療方法が選択肢の中に複数現れているものとして、最判平成17・9・8判タ1192・249と最判平成18・10・27判タ1225・220をあげることができる。最判平成17・9・8判タ1192・249は、患者が帝王切開術による出産を希望していたのに対し、医師が経膈分娩を推奨し、患者の承諾とともに処置を行った事案において、患者の自己決定を重視しつつも、患者の決定の対象を「経膈分娩を受け入れるか否か」の点に留めており、治療方法の決定自体は医師の裁量に委ねられるという理解との整合性を維持していたと考えられる。しかし、その後、最判平成18・10・27判タ1225・220は、脳動脈瘤の治療に際して開頭手術、コイル塞栓術、経過観察という3つの選択肢の間での選択が問題となった事案において、患者の自己決定を当該診療契約における治療方法の決定自体に対しても及ぼそうとしているようにも見える。

以下には、この二つの最高裁判所判決を契機として、治療方法の決定にお

³⁾ 菅野耕毅『医療過誤責任の理論—医事法の研究 I』（信山社、1996年）173頁以下、河原格『医師の説明と患者の同意』（成文堂、1998年）58頁以下。

⁴⁾ 東京地判昭和46・5・19判時660・62、東京地判昭和63・12・26判時1328・58、広島地判平成元・5・29判時1343・89他。

ける医師の裁量と患者の意思決定との関係について考察することにした。患者の承諾を既に医師が裁量を通じて決定した治療行為を受入れることに対する意思決定であるとする見方と、患者の意思決定が治療方法の決定にも及ぶことを前提にその限りで医師の裁量を限定することを認める見方が対比される。医師は、自己の医学的見解に反して患者の要求する治療行為を行う義務を負うのか。負わないとした場合、医師の裁量はどのようにして依頼者の要求に対して確保されるのか。この点が本稿の関心事となる。

2 医師の説明義務に関する二つの最高裁判所判決

(1) 分析の視点

わが国におけるインフォームド・コンセントに関する議論は、1960年代に唄が同理論に関する西ドイツの判例学説を紹介したことに始まる⁵⁾。その後、法解釈学上の問題としてインフォームド・コンセントに関する議論が展開され、患者が医師の適切な説明に基づき自発的に同意しない限り、医師は治療行為を実施することはできないとする原則が確立され、2000年頃には、医療現場においてもインフォームド・コンセントが定着していたとされる⁶⁾。

医師の裁量に関する理論との関係で重要なのは、この医師の説明に基づく患者の意思決定は何を決定するものなのかという問題である。医師が治療方法を決定することを前提に患者の意思決定を自己の身体への侵襲の受入れに向けられたものと把握するのか、あるいは患者の意思決定の対象が治療方法の決定にも及ぶことを認め、その限りで治療方法の決定における医師の裁量を限定することを認めるのが対比されるように思われる。

こうした患者の意思決定の対象を治療行為の受入れに留めるか、治療方法の決定自体にも及ぶのかという対比が問題として顕在化するの、診療の過

⁵⁾ 唄孝一『医事法学への歩み』（岩波書店、1970年）3頁以下。初出は、唄「治療行為における患者の意思と医師の説明—西ドイツにおける判例・学説—」（『契約法体系』〔有斐閣、1965年〕所収）。

⁶⁾ 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『インフォームド・コンセントと医事法』〔信山社、2010年〕所収）5頁。

程で治療方法に関する複数の選択肢が現れた場合であると考えられる。診療の過程で治療方法について複数の選択肢が現れた場合に、患者の希望や自己決定権がいかなる範囲で保護されるべきかについては、2000年以降、複数の事案において問題となっている。まず、最判平成12・2・29民集54・2・582が、信仰上の理由から輸血を伴わない手術を希望する患者に対して輸血を伴う手術を実施した事案において医師の説明義務違反を認め、続いて、最判平成13・11・27民集55・6・1154が、乳癌の患者に対する治療方法として乳房温存療法と乳房切除術との選択肢が存在していたところ、医師が乳房切除術による手術を患者の承諾を得て実施したという事案において医師の説明義務違反を認めている。平成12年判決の絶対的な無輸血の下での手術が医療水準として確立された療法とは言えないことはもとより、平成13年判決で問題となった乳房温存療法も、治療の時点では術式が未だ医療水準として未確立であったと認定されているため、この二つの判決は、医療水準として確立した療法と未確立の療法との間での選択が問題となった事案と見ることができる。これに対して、この二つの判決に続いて現れた、最判平成17・9・8判タ1192・249と最判平成18・10・27判タ1225・220は、医療水準として確立した療法間での選択が問題となった事案である。以下には、この二つの判決を素材として、患者の意思決定の対象に関する二つの捉え方を対比してみることにしたい。

(2) 最判平成17・9・8判タ1192・249

(a) 事実の概要

事案は、XがY₁病院において出産を行ったところ、子は仮死状態で出生し、その後死亡したため、XがY₁病院に対し債務不履行又は不法行為、Y₂医師に対し不法行為に基づき損害賠償を請求したというものである。Xは、Y₂の診察により胎児の胎位が頭部を子宮底に、臀部を子宮口に向けた状態（骨盤位）にあることが判明したため、帝王切開術による分娩を強く希望したが、Y₂は経膈分娩が可能であり、分娩中に問題が生じれば帝王切開術に移行可能であること、帝王切開術には次回出産の際に子宮破裂を起こす危険

性があることなどから経膈分娩による旨を説明した。Xは、これを承諾した後も、帝王切開術によることを希望していたが、Y₂らがXの希望に応じることにはなかった。その後、妊娠予定日を過ぎても分娩を生じなかったため、Y₂は、過産期に入る前の週に分娩誘発のための処置をとった。分娩の際に卵膜が強靱で自然に破膜しなかったため、Y₂が人工破膜を施行したところ、破水後の臍帯陰内脱出により、胎児の心拍数が急激に低下した。Y₂は、臍帯を子宮内に還納しようとしたが奏功せず、骨盤位牽出術を開始したが、胎児の上肢が挙上するなどして時間を要した。その後、胎児は重度の仮死状態で出生し、数時間後に死亡するに至った。

なお、本件胎児の出産時体重は3730グラム程度と推定されるが、出産時の体重が3500グラム以上の場合には帝王切開を行うべきであるとする見解もあった。しかし、Y₂は、出産予定日が近づくと胎児の発育は鈍化し、一般的に体重の増加は1週間に約100グラム程度とされていたことから、予定日の2週間程前に胎児の推定体重が3057グラムであることを確認した後は測定していなかった。また、出産当日の早朝、Y₂は胎児が経膈分娩のリスクを高める複数位にあることを認識したが、Xにその旨を伝えなかった。

第一審判決は公刊されていないが、Xらの請求を慰謝料150万円および弁護士費用15万円の限りで認容し、残部を棄却したところ、Xらが控訴を申立てた。控訴審（東京高判平成14・3・19訟務月報49・3・799）は、Xらの控訴を棄却したが、その際、Y₂らの説明義務違反の存否、及び患者の自己決定権は医師の裁量権に優先するため医師は患者の選択した治療法の施行を拒むことはできないとする主張の当否について判示した。

まず、(1)説明義務違反については、「医師には、患者が、ある療法を受けるかどうかについて、正確な知識に基づいて決定することができるようにするために、診療契約に基づいて、特別の事情のない限り、患者に対し、患者の状態、実施予定の療法の内容、これに伴う危険性、他に選択可能な療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ものと解される。」とする。尤も、説明を要する範囲や内容については、患者が既

に知っている内容について改めて説明する必要はなく、また、生起する可能性が極めて僅かな事柄について事細かに説明することで患者に無用な不安感を抱かせることは避けなければならないとする。本件ではY₂らに説明義務違反はないとした。

続いて、(2)自己決定権侵害の点については、医師は「医療水準に適合する範囲内で医療行為を行うべき責任」を負っており、患者に対し、「自己の正当と信ずる医療行為」を説明し、患者に同意を求めることができ、患者がこれと異なる医療行為を求める場合には、患者を説得することが許されるのみでなく、求められるとする。そして、「患者がなおも医師が正当と考える医療行為を拒否して、これと相違する医療行為を求める場合」には、原則として、医師は患者の意思に反する医療行為を行ってはならないが、「自己が不適当と考える患者の選択した医療行為を行うべき義務」を負うものでもないとする。患者は、複数の療法の中から特定の医療行為を選択し、これを医師に要求することができるという意味での自己決定権を有しておらず、Y₂らによるXの自己決定権の侵害は存在しないとされた。これに対して、Xらが上告を申し立てた。

(b) 判旨

最高裁判所は、Xらの上告受理申立てを受け、原判決を破棄し、事件を差戻したが、その際、以下のように示した。即ち、「帝王切開術を希望するというXらの申出には医学的知見に照らし相応の理由があったということができるから、Y₂医師は、これに配慮し、Xらに対し、分娩誘発を開始するまでの間に、胎児のできるだけ新しい推定体重、胎位その他の骨盤位の場合における分娩方法の選択に当たっての重要な判断要素となる事項を挙げて、経膈分娩によるの方針が相当であるとする理由について具体的に説明するとともに、帝王切開術は移行までに一定の時間を要するから、移行することが相当でないと判断される緊急の事態も生じ得ることなどを告げ、その後、陣痛促進剤の点滴投与を始めるまでには、胎児が複数胎位であることも告げて、Xらが胎児の最新の状態を認識し、経膈分娩の場合の危険性を具体

的に理解した上で、Y₂医師の下で経膣分娩を受け入れるか否かについて判断する機会を与えるべき義務があったというべきである。ところが、Y₂医師は、Xらに対し、一般的な経膣分娩の危険性について一応の説明はしたものの、胎児の最新の状態とこれらに基づく経膣分娩の選択理由を十分に説明しなかった上、もし分娩中に何か起こったらすぐにでも帝王切開術に移れるのだから心配はないなどと異常事態が生じた場合の経膣分娩から帝王切開術への移行について誤解を与えるような説明をしたというのであるから、Y₂医師の上記説明は、上記義務を尽くしたものであるということとはできない。」とする。

(c) 治療方針の決定に関する医師の裁量と患者の意思決定

医師の説明は患者の何に関する意思決定を担保するものかという視点で見ると、原審は、医師の説明義務を「患者が、ある療法を受けるかどうか」について決定することができるようにしており、患者の決定は治療内容の決定にではなく、医師が決定した療法を受入れるか否かに向けられているという理解を明らかにしている。この点は、本件最高裁判所判決も同様であって、医師には、自らの下で「経膣分娩を受け入れるか否かについて判断する機会」を与える義務があったとしている。勿論、患者には、当該医師の下での治療を終了させ、他の医師の下で帝王切開を受けるという選択肢も存在するため、この意味では治療方法を決定することが可能である。しかし、当該診療契約内で見ると、患者の決定は、医師の提案する療法を受入れるか否かの点に限られることになる。このように裁判所は、患者のインフォームド・コンセント時の決定の対象を特定の療法を受け入れるか否かの点に限定することで、治療方法の決定自体は医師が裁量により行うという理解との整合性を維持してきたと考えられる。

もっとも、本件事案に限定した問題として、医師に患者の希望に応じる義務を課すことの是非については評価が分かれる。本判決は必ずしも明示していないが、原審は、医師に患者の希望に応じる義務を課すことを否定した。学説上も、例えば、峯川は、医師が自ら「最適の療法」があると考える以

上は、自己の見解を変えて患者の選択した他の療法を実施する義務を負うものではないこと、医師が「その専門的立場から正当と信ずる療法」の受入れを患者に説得することは患者の自己決定権を侵害する違法なものとはならないことを指摘して、医師には患者の希望に応じる義務はないとする⁷⁾。これに対して、本件では、医師に患者の希望に応じる義務を課す余地があるとする指摘も見られる。例えば、河内は、本件は先行する平成12年判決、平成13年判決と異なり、患者の希望する療法も確立した療法であること、裁判所が医師に課している説明義務の内容も経膈分娩から帝王切開術に変更する機会を患者に与えようとするものであることを理由として、本件では、医師に患者の希望に応じる義務を基礎づける余地があるとしている⁸⁾。

(3) 最判平成18・10・27判タ1225・220

(a) 事実の概要

事案は、患者 A が左内頸動脈分岐部に未破裂脳動脈瘤があると診断され、Y が運営する病院でコイル塞栓術による手術を受けたところ、脳梗塞を生じ、意識を回復することなく死亡したため、A の相続人 X らが、Y に対して不法行為に基づく損害賠償として計9600万円余りを請求したというものである。A の脳動脈瘤に対する対応方法としては、保存的に経過を見るといふ選択肢、開頭手術を行う選択肢（開頭して動脈瘤の基部をクリップして閉じ、瘤に血液が流入しないようにする術式）、コイル塞栓術（動脈瘤内にカテーテルでコイルを挿入して留置し、瘤内を塞栓する術式）の選択肢とがあり、いずれも医療水準に適うものであったとされる。

医師は、①脳動脈瘤は、放置しておいても6割は破裂せず、治療をしなくても生活を続けることはできるが、4割は今後20年の間に破裂するおそれがあること、②治療するとした場合には、開頭手術とコイル塞栓術の方法があること、③開頭手術により95%は完治するが、5%は後遺症の残る可能性が

⁷⁾ 峯川浩子「判批」別冊ジュリスト219号（2014年）71頁。西田幸典「判批」別冊ジュリスト258号（2022年）67頁、小池泰「判批」民商134巻3号（2006年）492頁も同様。

⁸⁾ 河内宏「判批」私法判例リマークス34号（2007年）25頁。

あること、④コイル塞栓術の場合には後にコイルが患部から逸脱して脳梗塞を起こす可能性があることを説明した。医師が、保存的経過観察、開頭手術、コイル塞栓術の何れを選択するかは患者次第であり、何年か後に決めることもできる旨伝えたところ、Aは、開頭手術を希望したため、担当医師も開頭手術による治療を予定していた。しかし、カンファレンスにおいて、動脈瘤が開頭手術には困難な場所に位置しており、コイル塞栓術を優先的に試み、困難な場合には開頭手術を行う方針が打ち出された。そこで、担当医師はこれをAに伝え、Aの承諾を得て、翌日に手術を実施したが、コイルの一部が瘤外に逸脱して塞栓することができなかった。そこで、担当医師は手術を中止し、コイルの回収を試みたが、コイルの一部が頸動脈内に移動するなどして除去することができず脳梗塞を生じ、Aは術後意識を回復することなく死亡したとされる。

第一審（東京地判平成14・7・18）では、コイル塞栓術を選択したことについての過失の存否、手術手技についての過失の存否、説明義務違反の存否などが争われた。裁判所は、医師には、コイル塞栓術を選択したことやその手技には過失はなかったが、説明義務違反の過失があるとしてXらの請求を6600万円余りの範囲で認容した。その際、説明義務違反の点について以下のように示している。即ち、「一般に、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いうべきである。殊に、本件のように患者の生死に係わる選択を迫る場合には、当該手術による死亡の危険性について当該患者が正確に理解し、当該手術を受けるかどうかをその正確な理解に基づき決定することができるだけの情報を提供する義務を負っているというべきである。」とする。そして、本件においては、医師らはコイル塞栓術に伴う手術中の死亡の危険性についてAに「十分に且つ

正確に認識させることができなかった」とし、医師らに説明義務違反の過失があったとした。

控訴審（東京高判平成17・5・25）は、Yの控訴を認容し、Xらの請求を棄却したが、説明義務違反の点については、以下のように判示した。即ち、「患者の身体に向けられた侵襲行為を含む医療行為を実施する場合には、その医療行為にあたる医師は、緊急性がある場合や選択の余地のないといった特別の事情がない限り、患者において当該医療行為を受けるかどうかを判断、決定することができるようにするために、患者の現症状とその原因、当該医療行為の内容、それを採用する理由、それによる危険発生の有無、内容（特に死の危険を伴うものか）、可能性の程度、それを行った場合における現在の症状の改善の見込み、程度、当該医療行為をしない場合の予後等について、具体的に説明すべき義務があるというべきである。」とする。本件では、医師らはコイル塞栓術には術中を含め脳梗塞等の合併症の危険があることや、合併症により死に至る頻度が2から3%とされていることについても説明しており、説明義務違反は存在しないとされた。これに対して、Xらが上告を申立てた。

(b) 判旨

最高裁判所は、「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り、また、医療水準として確立した療法（術式）が複数存在する場合には、患者がそのいずれを選択するかにつき熟慮の上判断することができるような仕方で、それぞれの療法（術式）の違いや利害得失を分かりやすく説明することが求められると解される（最高裁平成13年11月27日第三小法廷判決・民集55巻6号1154頁参照）」とする。

そして、「医師が患者に予防的な療法（術式）を実施するに当たって、医療水準として確立した療法（術式）が複数存在する場合には、その中のある

療法（術式）を受けるといふ選択肢と共に、いずれの療法（術式）も受けずに保存的に経過を見るという選択肢も存在し、そのいずれを選択するかは、患者自身の生き方や生活の質にもかかわるものでもあるし、また、上記選択をするための時間的な余裕もあることから、患者がいずれの選択肢を選択するかにつき熟慮の上判断することができるように、医師は各療法（術式）の違いや経過観察も含めた各選択肢の利害得失について分かりやすく説明することが求められるものというべきである。」という。本件については、カンファレンスの翌日にコイル塞栓術による手術が実施されているが、コイル塞栓術のリスクやカンファレンスで判明した開頭手術に伴う問題点について分かりやすく説明し、いずれの手術も受けずに保存的に経過を見るとする選択肢について改めて熟慮する機会を与える必要があったとし、これらの点について審理を尽くさせるために原判決を破棄し、事件を差戻した。

なお、差戻控訴審（東京高判平成19・10・18判タ1264・317）は、医師らはAに、コイル塞栓術では動脈瘤が破裂した場合の救命の困難さについて分かりやすく説明したとは言えないこと、開頭手術とコイル塞栓術のいずれを選択するのか、いずれの手術も受けずに保存的に経過を見ることとするのかを熟慮する機会を改めて与えられたともいえないことから、医師らには説明義務違反があったとした。もっとも、担当医師らに説明義務違反がなければAがコイル塞栓術の実施に同意しなかったとまでは認められず、説明義務違反とAの死亡との間の因果関係を欠くとする。裁判所は、Aが「十分な情報と熟慮の機会を得られなかったことによる精神的苦痛」について慰謝料の賠償を認めた。

(c) 治療方法の決定に関する医師の裁量と患者の意思決定

患者の意思決定の対象についてみると、本判決には、既述の最判平成17・9・8判タ1102・249とは異なる理解が現れている。即ち、平成17年判決は、医師の説明義務を「経膈分娩を受け入れるか否かについて判断する機会」を与える義務として構成しており、患者の決定は特定の療法の受入れの可否に向けられるものと理解している。本判決の第一審判決や原審判決にも同様の

理解が見られる。即ち、第一審の東京地判平成14・7・18は、「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、医師は一定の事項について説明義務を負うとし、本件事案においても医師が「当該手術を受けるかどうかをその正確な理解に基づき決定することができるだけの情報を提供する義務」を負うことを認めている。原審の東京高判平成17・5・25も同様であり、原審は、「患者において当該医療行為を受けるかどうかを判断、決定することができるようにするため」に医師は説明義務を負うとしている。

これに対して、最高裁判所は、平成18年判決では、医療水準として確立した療法が複数存在する場合には、医師は、患者が「そのいずれを選択するかにつき熟慮の上判断することができる」ように説明すべきであるとしており、患者の承諾が治療方法それ自体の決定に及ぶことを認めるもののように見える。患者の決定対象が治療方法に及ぶと捉えたとしても、医師に自らの専門的な見解に反して患者の希望通りの治療を行う義務が生じることにはならないが、医師の説明義務の範囲は拡張される可能性がある。患者の意思決定の対象を治療の受入れの可否と捉えた場合には、他の療法に対する説明も自らの提案する治療方法を受入れるか否かを判断するために必要な範囲で要求されるに留まるのに対し、患者の意思決定を治療方法の決定に及ぼすとする場合、医師は自ら提案する診療方法以外の療法についても、医療水準上確立している療法については、それ自体として、説明義務を負うことになる可能性がある。

(4) 小括

複数の療法の間での選択が問題となった事案としては、本稿で取上げた平成17年判決、平成18年判決に先行するものとして、最判平成12・2・29民集54・2・582や最判平成13・11・27民集55・6・1154が出ている。この両者は、前述の通り、医療水準として確立した療法と未確立の療法との間での選択が問題となり、患者は未確立の療法を希望していたが、医師は患者の承諾を得て医療水準に従った療法を実施したという事案である。患者の意思決定

の対象という視点でみると、最判平成12・2・29は、輸血を伴わない手術を希望する患者に対して輸血を伴う手術を実施した事案において、「本件手術を受けるか否か」を患者の意思決定に委ねるべきであったとし、患者の意思決定を特定の治療の受入れの可否に向けられたものとするものと評価し得る。その後の最判平成13・11・27も、乳房温存療法を希望する乳癌の患者に乳房切除術を実施した事案で、担当医師の下で「胸筋温存乳房切除術を受けるか、あるいは乳房温存療法を実施している他の医療機関において同療法を受ける可能性を探るか」を判断する機会を問題としており、同様の捉え方をしている。

もっとも、最判平成13・11・27は、傍論として、「医療水準として確立した療法（術式）が複数存在する場合」には、患者が「そのいずれを選択するかにつき熟慮の上、判断することができるような仕方それぞれの療法（術式）の違い、利害得失を分かりやすく説明すること」を要するとしており、医療水準として確立した複数の療法の間での選択の場合には、患者の意思決定は治療方法にも及ぶことを認める余地を残していたように見える。こうした経過を経て、平成17年判決は、確立した療法の間での選択についても患者の意思決定の対象を特定の療法の受入れの可否の問題に限定したのに対し、平成18年判決は、平成13年判決の傍論部分を引用しつつ、患者の意思決定を治療方法の決定にも及ぼそうとしたものと考えられる⁹⁾。

平成17年判決の枠組みは、患者の決定対象を治療の自己の身体への受入れの可否に限定することで、治療方法の決定に関する医師の裁量を確保するものと見ることができるが、患者の意思決定を治療方法の決定に及ぶと捉えた

⁹⁾ もっとも、平成18年判決が平成13年判決を引用したことについては、米村慈人「批判」年報医事法学23号174頁以下による批判がある。即ち、①平成13年判決は直接には医療水準に適合しない治療方法についての説明義務を判令したものであり、医療水準に適合した治療方法に関する判令は傍論にあたるため、平成18年判決は平成13年判決の傍論部分に依拠するものであり、その実質的根拠についても明らかにしていないという。また、②平成13年判決は、乳癌の手術治療を意識した表現を採用しており、その他の治療の先例となるか否かには疑いがあるとする。

としても、医師が自己の専門的な見解に反して患者の希望する治療を実施する義務を負うことにはならない。患者が治療方法を一方的に決定し得るわけではなく、むしろ治療方法を医師と患者の合意に決定を委ねるものと見ることができる。もっとも、この枠組みの下では、医師は自ら提案する診療方法以外の療法についても、医療水準上確立している療法については、それ自体として患者に説明することを要することを通じて、医師の説明義務の範囲が拡張される可能性がある。

3 診療契約における医師の裁量

(1) 医師の裁量に関する議論状況

医師の説明義務に関する判例の中に、治療方法の決定を医師に委ねつつそれに伴う侵襲について患者の承諾を求める枠組みと、医師と患者の合意を通じて治療方法を決定しようとする枠組みとの対比を見てきたが、こうした対比について分析を加える前提として、治療方法の決定を医師の裁量に委ねる従来の枠組みはどのように形成されてきたのか。以下には、この点について見る。

医師が裁量を有することは古くから指摘されており、既に明治期に、診療契約の法的性質論との関係で言及されていたのを見ることができる¹⁰⁾。その後、丸山正次は、医師に診療を委託する際に依頼者が診療方法を指定する場合、医師はその方法が「甚だしく現下の醫術に違背せざる限り」これを遵守すべきであるが、通常、依頼者は、「その醫師の醫學的知識、経験、技倆等を信頼して、其の醫師が適當だと信ずる診療方法に従ってやって貰ふ意思」を有しており、依頼者が診療方法を指定することは少なく、この場合、医師は、「自己の醫學上相当なりと信ずる知識、経験、技倆等に訴へて診療を施

¹⁰⁾ 市村光恵『醫師之權利義務』（寶文館、1906年）285頁以下。市村は、医師が患者の指図を受けないことを理由に診療契約を準委任契約として性質づける見解を紹介し、その当否について論じている。市村は、医師が患者の指図を受けないことは診療契約が雇用契約であることを否定する理由とはならないとするが、診療契約の性質については準委任契約としている。

行する義務」を負い、この義務を果たす限り、結果的に患者が治癒しなくても、契約違反の責任は負わないとしている¹¹⁾。

医師の裁量について詳細な検討が行われるようになったのは、1960年頃からであると考えられる。その契機となったのは、加藤一郎の「医師の責任」である。加藤は、医師は人命を尊重すべき一方で、人命を救うために、「ある程度の危険を冒して思い切った処置をとる必要のあること」もあり、「かりに、放置すれば九〇%は死亡するのに対して、外科手術をすれば一〇%はすぐに死亡する危険があるが九〇%は助かるという場合に、手術をして死亡したとしても、そのこと自体に過失があったとはいえない」と指摘する。そして、このように医師の過失を軽減する根拠として医師の処置の「裁量性」をあげており、「患者が医師の自由裁量にまかせている範囲はかなり広く、「甲乙二つの可能な治療法があり、たまたま甲をとって失敗したとしても、それは医師の裁量の範囲内」のことであり、治療方法の選択につき医師は過失を問われなかった¹²⁾。その後、東京高判昭和35・10・31判決時報11・10・275、大阪地判昭和39.2.3判時369・33、東京地判昭和46.3.31判タ264.355、高知地判昭和47.3.24判タ277・199等の裁判例において医師の裁量を根拠に医師の過失を否定する判断が示され、医師の注意義務違反や過失を限定する概念としての裁量の機能が明確にされたと考えられる。最高裁判所も、最判昭和54・11・13判時952・49において医師の裁量を認めている。

その後、稲垣が、診察と治療に着目して医師の裁量の範囲と限界について詳細に述べている。稲垣は、「医療行為の特殊性」の故に、医師に裁量を認める必要がある一方で、裁量の限界も問題となるとする¹³⁾。医療行為の特殊性というのは、医療が身体に対する侵襲であり、常に危険を伴うことに加えて、対象である生体の病的変化や反応は複雑多様であり、医学自体も完全で

¹¹⁾ 丸山正次「醫師の診療過誤に就て」司法研究18巻4号(1933年)48頁以下。

¹²⁾ 加藤一郎「医師の責任」(『我妻先生選暦記念一損害賠償責任の研究(上巻)』〔有斐閣、1957年〕所収)521頁以下。

¹³⁾ 稲垣・前掲注2)2頁。

はないことをいい、こうした特殊性の故に、診療について医師に裁量の余地を認める必要があるという¹⁴⁾。そして、医師に裁量が認められるのは、医療行為の特殊性の故に医師の医学的判断が重要であり、問題の裁定が個々の場合の具体的事情に依存する場合であり、診断と治療に限定されるという¹⁵⁾。

稲垣によれば、診断については、早急な治療の実施が必要な場合や多くの検査を行うことが患者の肉体に無益な負担を課す結果となる場合には、医師は実施する検査を選別する必要があり、医師による検査方法の選択が医学水準に準拠した合理的なものか否かが問題となる¹⁶⁾。また、診断それ自体についても、検査結果が矛盾する場合や診断の基礎理論が確立されていないなどの事情がある場合には医師の裁量による判断に委ねる必要があり、ここでも医師の診断が医学の水準に準拠した合理的なものであるか否かが審査される必要があるという¹⁷⁾。

他方、治療については、医学は常に進歩すること、患者も医学の発展に期待して医師に治療を委ねることから、治療時の医学水準が重要であり、その枠内においてのみ医師は処置の自由を有することになるという¹⁸⁾。もっとも、処置の妥当性については見解が対立していることもあり、医学水準の枠内に同等の治療効果を持つと認められている療法が複数存在する場合に、そのいずれを採用するかは医師の裁量に委ねられるという¹⁹⁾。また、医師は、治療を実施することによる疾病の治癒と治療の副作用による障害の危険とを比較考量して治療を実施するべきであり、治療に結びつくことが常であり顧慮しておかなければならない類型的な危険が存在するときには厳格な比較考量と患者への説明が必要となるのに対し、非類型的な危険については厳格な比較考量は必要ないが、病状と処置との間に著しい不均衡がある場合には裁

¹⁴⁾ 稲垣・前掲注2) 23頁。

¹⁵⁾ 稲垣・前掲注2) 24頁。

¹⁶⁾ 稲垣・前掲注2) 30頁。

¹⁷⁾ 稲垣・前掲注2) 30頁。

¹⁸⁾ 稲垣・前掲注2) 34頁。

¹⁹⁾ 稲垣・前掲注2) 35頁。

量の濫用となるという²⁰⁾。

(2) 治療方法の決定に関する医師の裁量と患者の意思決定

医師の裁量は、これまで見てきたように、従来、患者に対する独立性の問題として以上に、医療過誤における医師の注意義務違反ないし過失を限定する概念として論じられることが多かったように見える。しかし、インフォームド・コンセントの導入とともに、患者の自己決定と医師の裁量との関係についても検討されるようになってきている。インフォームド・コンセントの際の患者の承諾には、自己の身体への侵襲行為の受入れに関する自己決定の実現としての性質と侵襲行為の違法性を阻却する事由としての性質が与えられており²¹⁾、これと関連して、患者の意思決定も治療方法の決定それ自体ではなく、治療行為を自己の身体に受入れることに向けられたものとして把握してきたように見える。また、患者の自己決定権がいかなる範囲で保護されるかという問題は、医師はいかなる範囲で説明義務を負うかという問題として論じられてきたところであり²²⁾、患者の意思決定の対象を限定することは説明義務の範囲を限定することにも繋がっていたと考えられる。

医師の裁量と患者の自己決定との関係については、当初、日本医事法学会のシンポジウムにおいて議論が蓄積されてきたが、患者の意思決定の対象の把握の仕方により説明義務の範囲が限定されることについては、第22回大会（1992年）における浦川道太郎の報告に見ることができる。浦川は、インフォームド・コンセントにおける医師の説明は、「一患者の現在の身体的状況に物理的・化学的变化を加える一医療行為に向かう患者の自己決定（コンセント＝承諾）に関連するものであり、その意味では、主として、医療行為

²⁰⁾ 稲垣・前掲注2) 36頁-37頁。

²¹⁾ 菅野・前掲注3) 医事法の研究I 173頁以下、河原・前掲注3) 58頁以下。

²²⁾ 唄・前掲注5) 医事法学の歩み 73頁注(5)、浦川道太郎「説明義務と医師の裁量」年報医事法学8号(1993年)83頁以下。また、小谷昌子「悪性腫瘍の療法決定における患者の希望と医師の裁量」神奈川法学52巻3号(2020年)153頁にも同様の考え方が現れている。唄が、「説明義務の程度の限界」が「患者の自己決定する領域と医師の固有の責任領域との境界標の設定」としての役割を担うことを指摘し、この理解がその後の学説に承継された。

を受けるか否か、また、医療から生じる危険を引受けるか否かの決定に意味ある情報に限られる」としており、患者の自己決定が、特定の医療行為を自己の身体に受入れるか否かの点に向けられていることを明確にしている²³⁾。そして浦川は、①医療行為を受けるか否かにとって重要なものとして、侵襲の種類・範囲・効果（治癒の程度・可能性）、医療を施さない場合の病状経過、患者にとって選択の意味のある代替的方法がある場合にはその方法が説明の対象となるとし、②医療から生じる危険を引受けるか否かの決定に重要な情報として、実施する医療行為に潜在する副作用・合併症その発生の頻度などが説明の対象となっている²⁴⁾。このように浦川は、患者の自己決定を治療行為の受入れの可否に向けられたものと捉える見方と結びつきつつ、説明義務の範囲についても限定を加えている²⁵⁾。

もっとも、当初の議論は、必ずしも診療の過程で患者に適応する治療方法の選択肢が複数生じた場合を想定して展開されたものではない。診療過程で治療方法について複数の選択肢を生じ、さらに、医師の推奨する選択肢と患者の希望する選択肢に不一致を生じた場合、医師は患者の希望に反する裁量を有するのかが問題となる。この点については、2000年以降、最高裁判所判決の中に、患者が治療方法について医師の提案とは異なる希望を述べた事実が複数現れており、これを契機として、特定の治療方法についての患者の希望はいかなる範囲で保護されるのか、医師は患者の希望に反する裁量を有するのかが検討されるようになる。既に示したように、裁判所は、基本的には、患者の意思決定の対象を既に医師により決定された治療方法の受入れの

²³⁾ 浦川・前掲注22) 82頁以下。

²⁴⁾ 浦川・前掲注22) 83頁。

²⁵⁾ 浦川以前にも、新美育文が、医事法学会第6回研究大会（1975年）における渡辺治生の報告に関する質疑において、「医師はテクニカルな面では、裁量権を十分行使すべきであるが、それを受け入れるか否かについては、患者に決定権を与えるのが妥当ではなからうか」と発言している（日本医事法学会編『医事法学叢書1 医師・患者の関係』〔日本評論社、1986年〕100頁）。その他、河原・前掲注3) 54頁は、同意の法的性質について、患者の同意は効果意思を含むものではなく、「医師による事実行為への着手（たとえば手術）を認めようとする事」に向けられているとする。

可否の点に限定することを通じ、医師の裁量が患者の希望に反する治療方法の決定にも及ぶことを認めてきたように見える²⁶⁾。

その後の学説においては、患者の意思決定の対象を何に求めるかについて二つの見方が示されている。治療法を選択について患者の意思決定を認めるものとしては、半田吉信の「医師の説明義務の種類と範囲」をあげることができる²⁷⁾。半田は、インフォームド・コンセントにおける説明義務は、「その治療をするかしないかを含めて複数の治療方法の選択の可能性がある場合に、医師が患者の意向を無視してある治療方法を選ぶのではなく、医師が患者に複数の治療方法の各々についてそのリスク、患者の肉体的、精神的負担、治療に要する期間、経費などを説明し、患者にいずれの方法によるかを選ばせる」ものであるとしており²⁸⁾、患者の意思決定が特定の治療方法の受入れにとどまらず、治療方法の決定にも及ぶことを認めているように見える。

これに対して、患者の意思決定の対象を特定の治療行為の受入れの可否に限定するものとして、小谷の「悪性腫瘍の療法決定における患者の希望と医師の裁量」をあげることができる²⁹⁾。小谷は、治療方針の決定における患者の希望の位置づけについて考察を行い、裁判所は、患者が医師に対し診療方針に関する希望を明示していても、医師は患者が希望する通りの医療を実施する義務を負わせるものではないことを指摘している³⁰⁾。他方、患者は、医師が決定した診療方針に対して、同意又は拒否することが可能であり、医師は、患者が十分理解したうえで同意するか否かを決定することができるように、説明義務を負うとする³¹⁾。その際、説明義務の範囲が問題となるが、実

²⁶⁾ 最判平成18・10・27判タ1225・220は、患者の意思決定が治療方法の選択にも及ぶことを認めており、こうした判例の主流とは異なる枠組みを採用したものといえるが、患者が単独で治療方法を決定し得ること示したものではない。他の判決と同様、医師に自らの見解に反して患者の希望通りの治療を行う義務を負わせるものではない。

²⁷⁾ 半田吉信「医師の説明義務の種類と範囲」(古村=野田編集『医事法の方法と課題』[信山社、2004年]所収)141頁以下。

²⁸⁾ 半田・前掲注27)146頁。

²⁹⁾ 小谷・前掲注22)103頁以下。

³⁰⁾ 小谷・前掲注22)123頁以下。

施予定の医療のほかに代替可能な治療法がある場合には、代替手段についても説明義務が及ぶとするのが一般的であるが、医師が説明義務を負うのは確立された療法に限られ、実施可能性のない新規治療法についてまでは説明義務を負うものではないとする³²⁾。さらに悪性腫瘍の治療については、その療法や術式が高度に専門的であることを背景に、患者の希望は治療方針（治療するか否か、標準的療法によるかどうか、手術をするかどうかなど）に向けられることが多く、治療法や術式の詳細について希望を持つ事案は見られないと指摘する³³⁾。そのうえで、患者が診療方針について希望を明示した場合、医師の専門的判断と合致するか否かが問題であり、合致しない場合、医師は患者に説明し、再考の機会を提供する必要があるが、それでも患者が同意しない場合には、当該医師の診療を受けないことになるとする。患者の希望する方針等が標準的なものでない場合には、患者の希望と医師の専門的判断とが合致したとしても、医師は、当該療法のデメリットについて十分に説明することが必要であると指摘している³⁴⁾。

(3) 医師の指図遵守義務と裁量

治療方針についての患者の希望は、通常、医師の裁量を限定する意思で表明されているわけではなく、直ちに、委任契約上の「指図」となるわけではない。しかし、患者が医師の裁量を限定する意思を有することが明らかな場合や意思確認を通じて明らかにされた場合には、こうした希望は「指図」となると考えられる。それでは、医師は、患者が指図を行った場合に、自己の医学的見解に反して患者の指図に従った治療を行う義務を負うか。この問題については、判例はこれを否定しており³⁵⁾、通説も同様と考えられる³⁶⁾。患

³¹⁾ 小谷・前掲注22) 124頁。

³²⁾ 小谷・前掲注22) 124頁以下。

³³⁾ 小谷・前掲注22) 148頁。

³⁴⁾ 小谷・前掲注22) 148頁以下。

³⁵⁾ 最判平成17・9・8判タ1192・249の原審は、医師に患者の希望する治療行為を実施する義務を課すことを否定しており、最高裁判所平成17年判決もこれを前提としていると考えられる。

者の意思決定を医師が裁量を通じて決定した特定の治療方法の受入れに向けられたものとする見方も、医師の提案と患者の承諾を通じて治療方法が決定されるとする見方も、いずれも医師に医学的見解に反して患者の希望する治療行為を実施する義務を負わせるものではない点では共通している。

もっとも、医師が医療水準として確立していない治療方法を実施する義務を負わないことについては争いないが、患者の希望する治療方法も医療水準として確立したものであったという場合については、学説上、医師が患者の希望する治療を施す義務を負うことを認める見解もある。例えば、住本は、医師と患者との間の合意により「その時点の医療水準に応じた適切な治療行為を医師の判断で行うという裁量」が生じるとしつつ、「患者が診療行為について希望を医師に伝えた場合には、患者の希望に反さない範囲内の医師の裁量が発生」し、「患者の希望が医療水準から判断して許容される内容であれば、その診療行為が当該医師としては最適ではないと考える場合であっても、患者の希望が優先されるべきである」とする³⁷⁾。住本によれば、「その際に医師が患者に再考を促すために説明をすることは法的にも許容されるし、政策的にも好ましい」が、「医師の説明にもかかわらず、患者の意思が変わらない場合には、医師はその患者の希望に沿った診療行為をなす債務が発生することとなる」。「患者の希望が医療水準に照らして許容される範囲内であれば、患者の希望が優先される形で医師の裁量が制約されることとなる」とする³⁸⁾。

診療契約は準委任契約又は準委任契約類似の無名契約であるとする通説の

³⁶⁾ 峯川・前掲注7) 71頁、西田・前掲注7) 67頁、小池・前掲注7) 492頁は、平成17年判決の評釈において、医師は、自己の医学的見解に反して患者の希望する治療行為を実施する義務を負わないとする。また、患者の希望する治療行為を実施する義務を課すことに否定的なものとして、小谷・前掲注22) 123頁以下。

他方、河内・前掲注8) 25頁は、平成17年判決の事案においては医師に患者の希望する治療行為を実施する義務を課す余地があったとする。

³⁷⁾ 住本靖「医師の裁量と診療契約」(古村=野田編集『医事法の方法と課題』〔信山社、2004年〕所収) 137頁。

³⁸⁾ 住本・前掲注37) 137頁。

理解からすれば、医療機関は、受任者として指図遵守義務を負うはずである。医師の説得にもかかわらず患者の意思が変わらないのであれば、住本の指摘する通り、医師の裁量は制約されざるを得ないようにも見える。従来の学説は、医師は医学的見解に反して患者の希望する治療行為を実施する義務を負わないと説くときに、このことを特に患者が明確な指図を行っている状況下においてどのように基礎づけるのかという点に課題を残すと考えられる。治療方法は医師が裁量を通じて決定するとする枠組みの下では、医師が裁量により決定可能な治療方法の選択肢は潜在的には当初の診療契約の内容に含まれることになる。委任者である患者が委任事務の範囲内で指図をしているにもかかわらず、受任者である医師又は医療機関が遵守義務を免れることをどのように基礎づけるのかが問題となるように思われる。

(4) 小括

患者の承諾は、治療方法の決定に向けられるのか、治療行為の自己の身体への受入れに向けられるのか。この問題について、わが国の判例の主流は、患者の意思決定の対象を治療行為の自己の身体への受入れに求めてきたように見える。こうした理解は二つの役割を担ってきたと考えられる。一つは、医師の説明義務の範囲を限定するという役割である。即ち、患者の決定対象には、治療方法それ自体に対する決定をも含むとした場合、医師は自ら提案する診療方法以外の療法についても、医療水準上確立している療法については患者への説明が必要となる可能性がある。これに対して、患者の決定対象を治療行為の自らの身体への受入れに限定することで、医師の説明義務の範囲も患者が特定の治療行為を受入れるか否かを判断するのに必要な範囲に限定されることになる。他の一つは、医師は治療方法の決定について裁量を有するとする医師の裁量に関する理解との整合性を維持するという役割である。即ち、インフォームド・コンセントの定着とともに、治療行為の実施には患者の承諾も必要とされるようになり、医師が裁量をもって決定する領域と患者の自己決定に委ねられる領域の境界が問題となる。この点につき、治療方法の決定については医師の裁量に、決定された治療方法の患者の身体へ

の受入れについては患者の自己決定にというすみわけを行うことで、従前の理解との整合性が維持されることになる。

これに対して、最判平成18・10・27判タ1225・220は、患者の意思決定が治療方法の決定にも及ぶとしており、治療方法の決定を医師と患者の合意に委ねる可能性を示している。こうした枠組みは、医師はあくまで治療方法についての提案を行うに留まり、治療方法の決定を医師の提案と患者の承諾からなる合意に委ねる点で、医師の裁量に関する従来理論に対する修正を含むと見る余地がある。同判決は、医師が適応性を認めた3つの選択肢のうちから患者が選択することを認めたものであるため、患者が治療方法を一方的に決定し得るとしたのではなく、医師が自己の専門的な見解に反して患者の希望する治療を実施する義務を負うことにはならない。しかし、医師は、自ら最も推奨する診療方法以外の療法についても、患者が治療方法を決定するに際して必要となる範囲では説明義務を負うことになる結果、医師の説明義務の範囲が拡張される可能性がある。もっとも、仮に患者の意思決定を治療方法の選択に及ぼすとしても、選択肢にあがるのは、当該患者に適応する治療方法に限られるため、医師の説明義務の過剰な拡張に対する歯止めを設けることはできるように思われる。各治療方法にはそれが妥当するための条件がそれぞれ存在しており、一般的に医学水準として確立されている治療方法の全てが選択肢にあがるわけではない。そして、ある治療方法が適応性を有するか否かについては医師の専門的判断に委ねられざるを得ないとするので、治療方法の選択肢の範囲を医師の裁量を通じて限定することができると思われる。

以上のように、医師の裁量と患者の意思決定との関係については、患者の意思決定を医師が裁量を通じて決定した特定の治療方法の受入れに向けられたものとする見方と、医師の提案と患者の承諾を通じて治療方法が決定されるとする見方とが対比される。特に、学説及び判例の主流は、患者の意思決定の対象は治療行為の自己の身体への受入れの可否に限定されるとする理解の下で治療方法の決定は医師の裁量に委ねられるとする前者の見方を採用し

てきた。もっとも、こうした見方は、治療方針の決定に関する医師の裁量を確保する一方で、現実には患者が医師の裁量を限定する意思を形成してしまった場合に、医師が患者の希望する治療行為を実施する義務を免れることをどのように基礎づけるのかという点に課題を残す。治療方法は医師が裁量を通じて決定するとする枠組みの下では、医師が裁量により決定可能な治療方法の選択肢は潜在的には当初の診療契約の内容に含まれることになるはずであり、委任者である患者が委任事務の範囲内で指図をしているにもかかわらず、受任者である医師又は医療機関が遵守義務を免れることをどのように基礎づけるのかが問題となるように思われる。

4 結語

本稿では、医師が治療方法を決定することを前提に患者の意思決定を治療行為の自己の身体への受入れに向けられたものと把握する見方と、患者の意思決定の対象が治療方法の決定にも及ぶことを認め、その限りで治療方法の決定における医師の裁量を限定する見方とを対比してきた。

患者が一定の治療方法の採用について明確な指示を行った場合に、医師は、自己の医学的見解に反する治療行為を行う義務を負うかという点で見ると、治療方法の決定を医師の裁量に委ねる見解は、医師に広範な裁量を付与するものであるが、患者の明確な指示に反する医師の裁量をどのように基礎づけるかという問題を残すようにも見える。即ち、医師の治療方法決定における裁量は、その選択可能な複数の治療方法が、いずれも潜在的には、当初の診療契約の範囲に含まれていることを前提とすると考えられる。診療契約を準委任契約又は準委任契約類似の無名契約として性質づける以上、患者が、特定の治療方法の採用について、診療契約に含まれている範囲内で指図を行った以上、医師はこれを遵守する義務を負うのではないかという問題を生じるように思われる。

こうした治療方法の選択に関する委任契約上の指図遵守義務から医師を解放し、医師を自己の専門的見解に反する治療行為を行う義務から解放する説

明としては、診療契約の特性上、患者の指図権限が制限されるとする説明も考えられるが、個別の治療方法の枠内で具体化された治療義務は当初の診療契約を通じてではなく、インフォームド・コンセントと同時に行われる医師と患者の合意を通じて設定されると捉えることによっても説明することができるように思われる。受任者は、特約のない限り、委任事務に含まれる範囲において原則として指図を遵守する義務を負う。そのため、当初の診療契約の委任事務の範囲には個別の治療行為の実施は含まれておらず、診断後の医師と患者の合意を通じて特定の治療方法の実施義務が設定されると見ること、医師を治療方法の選択に関する患者の指図を遵守する義務から解放することができる。

もっとも、本稿が着目した最判平成18・10・27判タ1225・220は、不法行為法上の説明義務に関する判例であり、患者の意思決定の契約法上の性質について示したものではない。この意味で、本稿は、平成18年判決を契機として、一つのモデルとして、患者の意思決定を治療方法の選択に及ぼす枠組みを示したものに留まる。また、患者の意思決定は治療方法の選択にも及ぼす見方には、次のような留保が必要となる。

一つは、仮に患者の意思決定を治療方法の選択に及ぼすとしても、これと併存して、患者の意思決定が自己の身体への治療行為の受入れに対する承認としての意味を持つことは否定し得ないように思われる。例えば、未成年者の患者にも承諾能力が認められる場合があるが³⁹⁾、こうした扱いは、インフォームド・コンセントが侵襲行為の違法性を阻却する役割を担っていることを前提としており⁴⁰⁾、これは患者の承諾対象を治療行為の自己の身体への受入れと捉える理解と結びつく。患者の承諾が治療方法の決定に向けられるとしても、これと併存して、インフォームド・コンセントが、従来と同様、

³⁹⁾ 日本医師会『医師の職業倫理指針（第3版）』（2016年）5頁は、患者が「判断能力のある未成年者の場合には、診療内容によっては本人の同意だけでもよいが、侵襲性の強い治療、高度の合併症を伴う治療などの場合、親権者の同意が不可欠とされる診療内容もあるので、慎重に対応する必要がある」としている。

侵襲行為の自己の身体への受入れに対しても向けられていることは否定し得ないように思われる。

他の一つは、患者の自己決定を治療行為の自己の身体への引受けのみでなく、治療方法の決定自体に対しても及ぼすことで、医師の説明義務の範囲が拡張し、医師に過大な説明負担を負わせることになるのではないかという問題である⁴¹⁾。従来は、患者の承諾対象を治療行為の受入れに限定することで医師の説明義務の範囲にも限定が加えられていたのであり、患者の意思決定を治療方法の決定にも及ぼすとすると、医師の説明義務の範囲をどのように合理的に限定し得るかが問題となる。もっとも、患者が治療方法の選択を行うとしても、医学水準に従い確立したものと一般的に認められている治療方法の全てが選択肢となるわけではなく、適応性の存否の観点から、医師の裁量を通じた絞りかけられる。この意味では、説明義務の範囲に対して医師の裁量を通じて限定を加える余地は残される。

〔付記〕本稿は、JSPS 科研費22K01228の助成を受けたものである。

⁴⁰⁾ 寺沢知子「未成年者への医療行為と承諾—『代諾』構成の再検討—」民商107巻1号（1992年）61頁は、「我が国の裁判実務は、未成年者が患者である場合は、『患者側の承諾』の有無により侵襲を伴う医療行為の違法性を阻却し得るか否かを判断しているため、患者自身の自己決定権の問題や『代諾』そのものに存する問題については、ほとんど視野の外においてしまっている」として、裁判所が承諾能力の判断基準や代諾権者の範囲を明確にしていないことを問題としている。なお、寺沢は、14歳程度から承諾能力を認め得る場合があるとする。

⁴¹⁾ 米村・前掲注9）169頁は、最判平成18・10・27の評釈において、本判決の射程が直接及ぶものではないと断りつつ、「一般的に、投薬等の内科的治療をも含める場合に、医療水準に適合する治療法は膨大な種類数に及び、そのすべてにつき常に説明義務を課す」ことには問題があるとする。米村は、「技術的進歩等により医薬品・医療機器の著しく多様化した今日、作用機序も副作用等も異なる多数の治療法が存在することから厳密な医学的議論としては複数治療間の優劣を論じうる場面が増えているが、その差異に関する事前説明を遍く必要とすることは医療の現状に照らし過剰な要求であろう」と指摘している。