

医事紛争における手術承諾書の 意義と書式

平出 公仁 支倉 逸人

信州大学医学部法医学教室

Validity and Forms of Written Consent for Surgical Operation in Malpractice Cases

Kimihito HIRAIDE and Hayato HASEKURA

Department of Legal Medicine, Shinshu University School of Medicine

Key words: written consent, malpractice

手術承諾書, 医事紛争

I はじめに

近年, ますます医療紛争が多発し, 医師側にとってその診療行為とそれから発生する注意義務をさらに厳しいものとしているが, このため医師は日常の診療行為も保身的, 消極的な傾向になりがちであるといわれる¹⁾。

1 昨年来, 埼玉県所沢市におきた富士見産婦人科病院の事件は全国的に衝撃をあたえ, 医療のあり方が問われた。それがよくいわれるようにマスコミや政治の利用に供されたといわれるにしても, 医師側は, 医療の原点にかえって誤りがあれば反省すべきではある。とくに患者側は, 日本国憲法第13条に「すべて国民は個人として尊重される」という生命権, 身体権などの基本的人権, さらに第14条に「すべて国民は法の下に平等であって社会的身分や経済の状態などに差別されない」ことを保障し, また第25条で「すべて国民は健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する」という生存権を内容とした「健康権」を背景に, 年々強い姿勢でこの問題にのぞんでいることを見逃してはならないのである。

II 診療契約

医師と患者の診療契約は準委任契約である(民法第

656条)というのが有力である。すなわち, 民法第643条「委任ハ当事者ノ一方カ法律行為ヲ為スコトヲ相手方ニ委託シ相手方カ之ヲ承諾スルニ因リテ其効力ヲ生ス」と規定され, 診療は法律行為以外の委任契約に基づくものとしてこれを準用するというのである²⁾⁻⁹⁾。準委任契約は委任契約とほとんど区別がない。

一般に医師が患者にする診療は, 患者が医師に自己の疾病について診療を行うことを委託し, 医師はこれを承諾して診療に入るわけである。契約の成立は患者が窓口で診療の申込みをしたときであると説く立場があるが³⁾⁴⁾⁹⁾, 事務室受付は主として保険業務の一環として患者の提出された保険証の確認, 給付期間の確認さらに保険証の記入および保管, あるいは診療報酬の1部または全部の徴収などを行うのであり, 医師の代理として事務員が診療行為をするのではない。しかし, 事務員が医師の代理として契約を結ぶことは不可能ではないが, 医師の診療のまえに万一事故がおきた場合に, 債務不履行責任を医師が負うことは不相当であると考えられる。したがって契約の成立は医師が患者に対して問診または視診をはじめたときからとした方が妥当である。ここでしばしば問題となるのはいわゆる応招義務に関連した場合である。たとえ窓口で初診患者の診療の申込みがなされても, 正当な事由があれば医師はこの求めを拒否できるのである⁹⁾¹⁰⁾。すな

わち、診療契約は成立しないと解される。

さて、委任契約ではこれを解除する場合に民法第651条1項に「委任ハ各当事者ニ於テ何時ニテモ之ヲ解除スルコトヲ得」とあり、その前提として第2項で相手方に不利ならぬように規定されている。

民法第651条をそのまま医師と患者の契約にあてはめてみると、医師は、当然、その職業上の倫理感からも、また、医師法第19条「診療に従事する医師は、診療治療の求めがあった場合には、正当な事由がなければ、これを拒んではならない」という、いわゆる応招義務の規定にしばられて一方的に契約を解除しえないが、患者は容易に解除しうる。すなわち、患者は、医師に通告することなく一方的に通院を止め、治療をうけなくても違法ではない。したがって、民法第651条は医師と患者との診療契約のなかに適用でき難い規定である。また、診療契約はとくに契約書を取りかわすわけでもなく、医師は、保険医療の範囲内で通常の水準で良心的に診療を行うのが普通であり、たとえその結果が治癒されずともただちに契約違反として責任を追及されることはないのが原則であり、患者も、どの程度まで医師の診療行為を特定するか明示しないなど、診療契約を民法第656条の準委任契約とすることに無理があると考えられる。

また、一方、民法第632条にみられる請負契約とする考え方がある。民法第632条は「請負ハ当事者ノ一方カ或仕事ヲ完成スルコトヲ約シ相手方カ其仕事ノ結果ニ対シテ之ニ報酬ヲ与フルコトヲ約スルニ因リテ其効力ヲ生ス」とある。医師の診療によって患者の疾病を治癒させることを目的として契約するというので、一般の手術などはそれにあてはまると考えられる。しかし、通常の土木工事や家屋の建築などの完成と異なると、疾病を完全に治癒させることは医学的な限界があり不適当である。したがって、医師と患者のする診療契約に請負の規定を適用することは妥当ではないと考えられる。

以上、診療契約が準委任でも、請負も不適当であるとすれば、如何なる規定に適用されるのだろうか。そこで、診療契約は現在の民法には適用すべき規定がないとする考え方がある。すなわち、すでにできあがった民法上の契約のなかに無理にあてはめずに、医師と患者との契約は通常のほかの契約にはみられない特殊性があるから、診療契約という特別な契約であるという考え方である⁵⁾。私らはむしろこの考え方が妥当であると考えられ、この面での一層の研究がまたれ

る。

診療契約が成立し、万一、患者に損害が生じた場合はその医師は損害賠償責任を負う立場になる。患者側の医学的知識の向上、権利意識、診療件数の増加、あるいは医師と患者間の信頼関係の崩壊などから裁判にもちこまれることが多くみられる¹⁰⁾。医師の損害賠償責任は、民法では第709条不法行為責任の追及として「故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ権利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス」と規定がある。わが国の裁判は証拠主義をとっているので、不法行為責任を追及して訴訟¹¹⁾がなされたときは被害者（患者側）に挙証責任がある。しかし、患者は医療という高度な専門的知識に欠けているので、その立証には困難なことが多く不利な立場となる。近年、医師への損害賠償責任の追及を債務不履行に基づいて行う傾向があるが⁶⁾⁹⁾¹⁰⁾¹²⁾¹⁵⁾、債務不履行責任によればその挙証責任は加害者（医師側）となる。それ故、医師側は積極的に証拠をそろえて過失を否定しなければならず、患者側は不法行為責任の追及にくらべてはるかに有利な立場となる。「立証責任あるところに敗訴あり」の法諺があるように、患者側は、債務不履行責任を追及する傾向がよくなるのが容易に想像される。しかし、債務不履行に基づく場合は、診療契約がきちんと成立していなければならぬ。医師と患者の診療契約がなおアイマイな現状で、債務不履行責任の追及を主体として裁判上の審議進行がなされるところに疑問を抱かざるをえない。さらに、医療過誤事件における不法行為訴訟で、医師の「過失の一応の推定」がなされ、医師側に立証責任を転換させる試みがみられるが⁹⁾¹⁰⁾¹²⁾¹⁴⁾、医療紛争において医師側の立場を益々不利なものに追いこんでいるのである。なお民事上の責任ばかりでなく、同時に違法な行為として刑事責任を負わされるのである。

本論文は患者側が手術について要請しなかったか、不承諾であったときに法を越脱した専断的医療行為とみなされ、不法行為として損害賠償責任を医師が負わなければならない症例を紹介して手術承諾書の意義を考察する。

III 手術承諾が関係した判例

A 第1の判例³⁾⁴⁾¹⁶⁾ (昭和42.5.24東京国保K中央病院乳房別出事件)

患者は左右乳房の腫瘍を主訴として外科医の診察をうけた。その結果、右側乳房の腫瘍は病理検査で乳腺

癌と判明され、医師は父親に右側乳房全摘除の必要があると説明し、父娘ともに手術の承諾をした。ただちに右側乳房全摘除術が行われたが、手術中に左側乳房の腫瘍を1部切除し病理検査を行ったところ、乳腺症であると判明し、左側乳房の腫瘍が将来癌になるおそれがあると判断して、引続き左側乳房の全摘除術を施行した。術後患者は左側乳房の手術については承諾を与えていないから、それは違法な手術であるとして損害賠償請求の訴をおこし、損害賠償ならびに慰謝料として1,013万円の支払いを要求したのである。

これに対して裁判所は患者の生命の危険がさしせまっています承諾を求める時間的余裕のない場合など特別の事情がある場合を除いては、医師はその手術の承諾を確認すべきであり、承諾ないまま手術を実施したときは患者の身体に対する違法な侵害である。かつ、乳腺症を前癌状態として手術すべきか否か見解がわかれる場合は、この事情を患者に十分説明したうえでその承諾をえて手術をなすべきであった。などの理由で150万円の慰謝料の支払いを命じている¹⁶⁾。

B 第2の判例²⁾³⁾(昭和45.2.6秋田M病院舌癌剔除事件)

昭和45年1月下旬、舌癌と診断された患者は主治医から癌とはきかされず、潰瘍のため焼きとることをすすめられた。同時に、主治医は患者の妻と娘には舌癌であることを説明し、ただちに舌切除術をうけるべきをすすめた。患者はあくまでも舌を焼きとることに反対したが、2月2日入院後患者の不承諾のまま手術を施行してしまった。術後、患者は食事も会話もできない状態で、手術を拒否したにも拘らず舌の $\frac{1}{3}$ を切除したことを不満として、不承諾のまま手術したことは身体への違法な侵害であると、昭和45年8月地方裁判所に提訴し慰謝料100万円を賠償するよう要求した。これに対して裁判所は、患者が拒否の判断ができない状態でない限り、たとえ医学上妥当な立場(生命・健康の維持・増進)を強調しても本人の承諾がなく手術を強行したのは許されない。として慰謝料30万円の支払いを命じた²⁾。

C 第3の判例⁴⁾¹⁶⁾(昭和43.7.16気管支成形手術事件、最高裁)

昭和32年9月13日、患者は結核性左主気管支狭窄症と診断され手術のため入院し、同年12月3日外科医長らによって気管支成形手術をうけた。術中、気管支と肺動脈とを剥離する際、左肺動脈本管に亀裂を生じ出血をおこしたので、ただちに止血縫合を試みたが肺動

脈自体が脆弱化しているため完全に止血できず、やむなく肺動脈本幹を結紮し左肺葉を上下とも全部を剔出した。術後、患者は術中の過失と、肺全剔だけは絶対に行わないよう、万一全剔すべき状態であればそのまま閉胸することを術前に強く要望し、医師もこれを了解していたなどを主張して、不法行為責任に基づき損害賠償を請求し500万円の支払いを要求した。これに対して、医師は患者が術前に「右手術によりいかなる事態を生じて一切異議を述べない旨の誓約書」を差し入れていると抗弁した。第一審(静岡地裁昭37.12.26)、第二審(東京高判昭42.7.11)では原告(患者)の請求を認容した。すなわち、過失責任では①当時医学上成功率の乏しい危険な気管支成形手術を選んだことについて「右狭窄症は成形手術以外の方法を以てしてはこれを根治しうる見込みがなかったこと」(第二審判決)として過失を否定したが、②肺動脈本幹を損傷したことは「最も脆弱化が予想されるべき狭窄部に接する箇所について無事剥離することが可能であろうと即断し、介助の医師らと剥離の難易性につきことさらに検討を加えることなく、漫然と剥離操作をすすめたことを窺知するに十分であり、……この点に深く留意しつつ剥離操作を行ったとすれば、あるいは右箇所の剥離を思いとどまり肺動脈本幹の損傷という重大事態は避けられたであろうと想料される」(第二審判決)として過失を認定した。また、術前の患者の要請について「血管損傷後において緊急事態に対処する医師の措置として一応是認し得べく患者の生命安全の確保を第一義とする医師としては、必ずしも術前の患者の明示の意思に拘束されるべきいわれはない」(第一審判決)として原告(患者)の主張を棄却している。誓約書の効力については「右誓約書は単なる『例文』の類と認めるのが相当であって急迫した病苦に喘ぐ患者から斯かる誓約書を徴して自己の過失の責を免れんとするのは失当である」(第一審判決)、または「これを以て当該手術に関する病院側の過失を予め宥恕し、あるいはその過失に基づく損害賠償請求権を予め放棄したものと解することは、ほかに特別の事情がない限り、患者に対して酷に失し衡平の原則に反すると解せられる」(第二審判決)として、医師は誓約書を理由に損害賠償責任を免れることはできない。と50万円の支払いを命じた(第一審)。最高裁では「医師に過失があったとした判断は正当として是認でき、原判決には所論の違法はない」として医師側の原告棄却となった¹⁶⁾。

手術承諾書

住所 ○○市○○町○○番地

氏名 ○○

昭和○年○月○日生

右者今般手術を御願いしました上は手術中は勿論其後に至りどのような事ができましても異議は申しません依つて後日の為め保証人連署の上此の証書を差入れます

昭和○年○月○日 住 所 ○○市○○町○○番地

右 保 証 人 ○○

院長 ○○ 病院 ○○ 殿

図1 従来用いられてきた手術承諾書

手術検査承諾書

住所 ○○市○○町○○番地

氏名 ○○

昭和○年○月○日生

胆嚢切除手術検査を受けることを承諾致します

昭和○年○月○日 病 院 において

患者本人 ○○

保証人 ○○

○ ○ 病院 ○ ○ 長 殿

図2 現在多く用いられている手術承諾書

IV 手術承諾書の法的効力

第1, 第2の判例のように, 手術に際しては緊急性のない限り(そして, その緊急性にも種々争われる余地があるが), 医師の説明と患者の承諾がまず前提とされることが重要である。また, 第3の判例は手術承諾書について争われた有名な事例であるが, その判決文にみられるように手術承諾書または誓約書は法的には無意味であるとされている。その第1審判決文のように単なる「例文」にすぎないとする説と²⁾³⁾¹⁶⁾, 第2審判決文にみられる衡平の原則違反説がその法的根拠であるが, 公序良俗に反したものとして説明されることが多い⁸⁾¹⁶⁾。患者は入院時または手術前に, 不安と緊張のため医師に対してはなほだ弱い立場にあり, 医師から手術承諾書を差し入れるよう要請があれば拒みきれないことは容易に推察できる。これは公の秩序善良の風俗(民法第90条)に違反する行為であるというのである。しかし, 手術承諾書は患者が手術を受けることを承諾するのみという軽い扱いを意味する考え方もあり, 万一, 故意または重大な過失によって損害をうけた場合は損害賠償責任の追及の余地が残されているのである。

なお, 患者の側から積極的に手術承諾書を差し出すことを申し出て自由に書かせた場合は, 通常と異なり法的に価値あるものと考えられる。

いずれにしても, 手術に際して手術を承諾した旨の何らかの書面はうけとっておいた方がよいと考えられる。

V 手術承諾書の書式

手術前の医師の説明と患者の承諾について, 現状をしらべてみると次のような結果であった。

個人病院および多くの診療所では, 図1のように手術承諾書のなかに「手術中はもちろんその後に至りどのようなことができましても異議は申しません」という免責事項をいれていた。

公的病院では, 図2のように医師の免責事項を削除して同意のみの内容にしていた。

一方, ある公的病院と診療所では手術承諾書が法的に無効であるからとの理由でほとんどつかわれず, 手術はもっぱら医師と患者の信頼関係のもとに, 口頭で説明し承諾をうけて文書にはのこしていないと答えていた。

しかし, 手術承諾書は医師の過失などに対する免責

(手術検査) 承諾書

私は、あなたの現在の症状が 胃体部腫瘍 であると考えられますので、胃切除術 の (手術検査) について必要なことを、あなたに説明いたしました。

昭和〇年〇月〇日
〇〇病院
担当医師 〇〇〇

患者 〇〇 殿
(配偶者) 親権者、その他の親族 ()
〇〇 殿

私は、胃切除術 の (手術検査) が必要なことについて、医師から説明をうけましたので、それを受けることに同意いたします。この説明をうけ、承諾しましたことについては、のちに異議の申し立てはいたしません。

なお、この度の (手術検査) に関連して、緊急の場合または医学上の立場から、処置の変更をする必要がある場合には、その処置を受けることについても同意いたします。

昭和〇年〇月〇日

本人 現住所 〇〇市〇〇町〇〇番地
氏名 〇〇 〇〇

(配偶者) 親権者、その他の親族 ()
現住所 〇〇市〇〇町〇〇番地
氏名 〇〇 〇〇

〇〇 病院
院長 〇〇 殿

図3 今後用いられるようになってと思われる手術承諾書

のみの趣旨で行われるわけではない。手術に際し特別の事情がない限り患者の同意をうることが大原則であるから、書面にて手術を承諾した意味の同意書だけとはって保存すべきである。全身麻酔後の健忘症はしばしば経験されることであり、患者本人の口答による手術承諾だけではまったく不十分なものである。

さらに公立病院の1部では、図3のように医師の免責事項を削除した手術承諾書に次のようなことが加えられている。まず、診断名、術名をかき、その手術が必要でありそれに伴う合併症および術中の所見状態により術式の変更もありうる。と説明したことを記し、この説明に同意した旨の患者側の署名捺印がある。しかし、重症患者、とくに癌患者に真実を告げて手術の承諾を求めることは一般には行われ難いものである。なお、癌患者本人への説明では胃癌を胃潰瘍、直腸癌を直腸ポリープなどとして家族には正直に説明し、その旨をカルテなどにそのまま記録しておくことが一般的である。患者が公私に不利益を受けることがないように正しい病名を知る権利を主張することは次第に認

められるようになっているので、いずれは癌を本人に知らせるのが当然とされるようになるだろう。また、手術の危険性や苦痛について説明していなければ、医師の義務違反とされるが、かといってあまり深追いで極端に説明するとかえって手術すれば全治するものを、患者本人ばかりか家族まで手術を拒否してしまうことも考えられ、この点、手術の危険性の説明を避けて説明し手術を強行することもありうることである。これに対し危険のなかで手術をうけるよりも楽に死なせたいという患者側の願望もあり、患者の自己決定権として認められるようになっていることもあり、時間をかけて手術の承諾にとりかかる必要がある。

医療事故は必ずしも訴訟になるというわけではないので、医師と患者側との話し合いの上で免責事項を記載した手術承諾書があれば、心理的にも効果が期待でき解決が早まることが推察される。しかし、信州など地方においては、在来医師と患者が地縁・血縁を通して長い信頼関係にあるので、医師の免責事項を手術承諾書のなかに入れると、それを読んだ患者側が医師に対して急に遠い冷めた感情を抱くことも確かなようで

術前説明：手術計画用紙

患者氏名 〇〇 〇〇 〇〇 氏名： 膵頭部腫瘍 (癌疑診)
 予定月日 8月14日 必要血液 3,000cc 予定術式 胃膵頭十二指腸切除術
 予定手術内容：

切除出来れば幸い。術後2週間が大変だが、それ乗り越えれば良好。つまり再発→延命の果は大い。抗癌剤も使用する。

合併症
 胃腸炎、術後肺炎、心腎の状態の悪化
 ↓可能性あり→その程度対策を立てる。

医師 〇〇

手術承諾書

本日、受持医師より、現在の病状と手術の必要性、それに伴う合併症や、今後の見込み等について、詳しく説明を受けよく理解出来ました。つきましては、麻酔や手術を含め、治療に必要な全ての処置をお願い申し上げます。

なお、老人でもあり、癌に対する大手術で、術後の死亡率も2~3割くらい可能性があり、種々の合併症の危険もあるが治療のためやむを得ないと云うことについても十分承知いたしました。

市立〇〇病院 股 患者署名 〇〇 〇〇 印
 昭和〇〇年8月8日 家族署名 〇〇 〇〇 印
 立命館大学 医学部 〇〇 〇〇 姓 名 李

図4 手術説明書と組み合わせた承諾書

ある。医師と患者との信頼関係が結ぶとすれば手術承諾書は同意のみの趣旨にするか、1～2行の非常に簡単なものにした方が適当である。患者本人または家族が自由意思で自分なりの文章で作成された直筆による承諾書が紛争の鎮静や裁判官の心証にとって一層効果があると考えられる²⁾⁸⁾。

患者が普通の医師の識見と人となりをよく知り、良心的な医療行為をしていることがよく理解されているから、医師と患者とが密接な信頼関係にあるのであるが、その医師をほとんど知らない第三者が政治的宣伝や自己の利益とか売名などのために医療事故を利用して患者側を不必要に扇動し介入してくると、たちまち医師と患者の信頼関係がくずれ去ることがあるので、現実には予期しないむずかしい問題が多いのである。

VI 今後の承諾書のあるべき形

今後は医事紛争に際して脅迫や事実と反する説明に基づいて書かされた承諾書は無効であり、手術はたとえ結果が良好でも傷害罪に当たるとい主張が出されることが予想される。

したがって、承諾書も単に印刷された例文だけでは

なく、現実にとどのような説明を行ったかを記録に残すことが必要になる。それには1枚の紙に医師が病状、予定手術、予後の見通し、危険性などを説明しながら患者の目の前で書き込み、患者、家族、立合看護婦などに署名をさせることがよい。医師によっては、このようなプロセスはきわめて面倒で意義がとぼしいと感ずる人も多いだろうが、事故というものは医師も患者も比較的簡単に思っていた手術等に際してよくおこるものであり、長期にわたる紛争の負担を予防するためには、説明を記録するという労をおしむわけにはゆかない。さらに、「エホバの証人」信者による輸血拒否が増加しつつあるので、説明書にはどのような輸血や麻酔が必要になるか、どの位の副作用の危険があるかも加えておくのがよいだろう。このような方向に進んだ形式の手術承諾書は、図4のようにすでに1部の公立病院では実際に使用されている¹⁷⁾¹⁸⁾。

謝辞

手術承諾書の書式を御提供下さった諸先生ならびに種々の資料と御助言を頂いた杏林大学穴田秀男客員教授、市立美咲病院浅井登美彦外科医長に深く感謝する。

文 献

- 1) 加藤良夫：医療過誤訴訟が医療に及ぼす影響について。ジュリスト医療争訟の現代的諸相。pp.48-55、有斐閣、東京、1981
- 2) 穴田秀男：手術に対する患者側の承諾と手術承諾書の法的効力について。今日の臨床外科、9。pp.47-51、メジカルビュー社、東京、1978
- 3) 穴田秀男：医療事故防止のための法律知識。pp.3-7、17-25、39-44、188-191、ぎょうせい、東京、1980
- 4) 穴田秀男：医師のための法律。pp.1-35、95-96、122-125、金原出版、東京、1957
- 5) 稲本洋之助、中井美雄、水辺芳郎、上井長久、田山輝明、能見善久、伊藤進：民法講義5、契約、pp.349-353、有斐閣、東京、1978
- 6) 医療判例研究会：判例医療過誤。pp.135-137、151-152、194、新日本法規、東京、1974
- 7) 富田功一、上山滋太郎編：標準法医学。医事法制。pp.237-241、医学書院、東京、1980
- 8) 病院・医院経営管理研究会編：病院・医院経営管理質疑応答集。pp.241-245、248、302-303、307、第一法規、東京、1975
- 9) 筋立明、中井美雄編：医療過誤入門。pp.29-48、58-62、64-90、青林書院新社、東京、1979
- 10) 穴田秀男編：口語医事法。医師法（穴田秀男・中村敏昭）。pp.211-230、自由国民社、東京、1976
- 11) 高木多喜男、加藤雅信、石田稔、国井和郎、潮海一雄、能見善久、藤岡康宏、前田達明、伊藤高義：民法講義6。不法行為等、pp.119-182、有斐閣、東京、1977
- 12) 加藤一郎、鈴木潔編：医療過誤紛争をめぐる諸問題。pp.83-119、法曹会、東京、1976
- 13) 鈴木俊光：診療過誤訴訟についての一考察。ジュリスト、医師・患者一訴訟と背景、pp.18-31、有斐閣、東京、1976
- 14) 中野貞一郎：医療裁判における証明責任。ジュリスト、特集医療と人権、308、pp.300-307、有斐閣、東京、1973
- 15) 森泉章、中井美雄、森孝三、三和一博、石外克喜、伊藤進、新田孝二：民法講義4。債権総論。pp.75-78、有斐閣、東京、1977

医事紛争における手術承諾書の意義と書式

- 16) 唄 孝一・成田頼明編：承諾なき乳腺摘出手術事件（新美育文），気管支成形手術事件（野田 寛）。ジュリスト別冊50, pp. 62-63, 82-83, 有斐閣，東京，1976
- 17) 浅井登美彦：臨床医のための医事紛争の予防と対策。pp.92-97, 金原出版，東京，1979
- 18) 浅井登美彦：過失認定の一環としての説明と承諾について。ジュリスト。745, pp.39-43, 有斐閣，東京，1981

(57. 11. 5 受稿)
