

大学病院の医師でもある一般開業医の 診療所において要求される医療水準 —眼科医療をめぐる裁判例を素材として—

野田和裕

1 はじめに⁽¹⁾

医師の過失責任の判断において、「注意義務の基準となるべきものは、診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準である」⁽²⁾。すなわち、医学の先端知識（学問水準としての「医学水準」）ではなく、診療行為の時点における実践医療の現場において妥当している技術水準が、過失の有無の判断

-
- (1) 本稿は、平成29年10月18日に公益社団法人金沢市医師会主催で開催された金沢市医師会学術研修会における特別講演（日本眼科学会専門医制度生涯教育事業 No.28238：2単位、日本医師会生涯教育講座 CC6〔医療制度と法律〕：1単位、CC7〔医療の質と安全〕：1単位に該当）の内容を加筆修正し、最小限の注を付したものである。当日、座長として司会を務めていただいた金沢市医師会理事・石川県眼科医会理事の宮内修先生（みやうち眼科院長）には、ここに記して感謝の意を表します。また、ご出席の医師の先生方には大変活発な議論を展開していただき、医療の専門家としての知見あるいは医療現場の実情を踏まえた多くの貴重なご意見・ご示唆を賜りましたことを心よりお礼申し上げます。
- (2) 最判昭和57年3月30日判タ468号76頁（未熟児網膜症に関する日赤高山病院事件）。昭和44年12月出生した未熟児の観護療養が行われた昭和45年初めにおいては、光凝固法は、未熟児網膜症についての先駆的研究家の間で漸く実験的に試みられ始めたという状況であって、光凝固治療を一般的に実施することができる状態ではなく、患児を光凝固治療の実施可能な医療施設へ転医させるにしても、転医の時期を的確に判断することを一般的に期待することは無理な状況であったなど、当該事実関係のもとにおいては、未熟児の観護療養を担当した眼科医師には光凝固治療についての説明指導義務及び転医指示義務はないとされた。

基準となる。もっとも、臨床医学の実践における医療水準は、全国一律に絶対的な基準として考えるべきものではなく、診療にあたった当該医師の専門分野、所属する医療機関の性格、その所在する地域の医療環境の特性等の諸般の事情を考慮して決せられるべきものである。したがって、たとえば、新規の治療法が開発された場合に、その治療法の普及に一定の時間を要するときは、ある時点において当該治療法が、先進的研究機関を有する大学病院等においては要求される医療水準になっていても、小規模病院や一般開業医の診療所においては要求される医療水準になっていないこともありうる。

こうした考え方が現在の最高裁の判例法理の基本となっているが、なお簡単には判断できない微妙な事例もいくつか考えられる。そこで、本稿では、大学病院の医師でもある一般開業医の診療所において要求される医療水準は、大学病院と同様の高度な水準となるのか否かが問題となった裁判例を素材としながら、若干の検討をおこなうこととする。

2 本判決（東京地判平成 25 年 1 月 31 日）について

医師の注意義務（過失の前提となる行為義務）の基準としての医療水準は、診療上の注意義務違反のみならず、説明義務違反の有無に関する判断においても同様に妥当する。次にみる東京地判平成 25 年 1 月 31 日⁽³⁾（以下、「本判決」という）では、医師の説明義務違反の有無が興味深い形で争点となっている。すなわち、新規の知見や治療法が普及していく過程において、既に眼科医の常識レベルになってはいたものの、ガイドラインに記載される前の時期にあたる平成 13 年当時において、①緑内障予防のためのレーザー虹彩切開術（Laser Iridotomy 以下、「L I」という）による合併症として水疱性角膜症があることについての説明義務があったといえるか否か、②L I の実施に際

(3) 東京地判平成 25 年 1 月 31 日（平 21（ワ）24737 号 損害賠償請求事件）Westlaw Japan 文献番号 2013WLJPCA01318002。

して、アルゴンレーザーとYAGレーザーの存否及び相違等についての説明義務があったといえるか否か⁽⁴⁾、という点が主要な争点となり、どのような医療水準に基づき判断されるべきか、事案の特殊性も踏まえて判示されている。以下では、医師の説明義務違反を中心に、本判決について詳しくみていくこととする⁽⁵⁾。

(1) 事案の概要

X(事故当時55歳の女性患者)は、Y医師の開設する診療所において、平成13年3月に右眼、同年4月に左眼について、緑内障予防のために本件LIを受けた。本件LIに際し、Y医師は、Xに対して、水疱性角膜症に関する術前の説明を行っていなかった。また、Xは、手術を受けるなら大学病院で受けるように他の医師から勧められたことをY医師に伝えたところ、Y医師は、自身がA大学病院に通っている医師であり、A大学病院に紹介してもY自身が診療(手術)を実施することになること、A大学病院でも同じ手術を受けることになること等を説明した上で、Y医師の診療所においてXに対してLIを実施していた。

Xは、その後も診療を継続していたが、平成17年1月26日、右眼に水疱性角膜症の診断を受け、その後、両眼の白内障及び視力低下の診断も受けた。

(4) LIの術式とその合併症である水疱性角膜症の症状については、講演の際、司会の宮内修先生からスライドを用いて詳細にご解説いただきました。また、現在のガイドラインには、水疱性角膜症の発症には、角膜内皮の状態、レーザー照射の総エネルギー量などが関連するため、過剰照射を避けなければならないことが記載されており、水疱性角膜症の発症等を回避するためには、アルゴンレーザー単独法に比較して総エネルギー量が小さいので、YAG(Yttrium Aluminum Garnet)レーザーが推奨される方法であること等を、実際の症例も交え、ご説明いただきました。ここに記して感謝申し上げます。

(5) 医師が説明義務に違反して、必要な説明をしなかった、または、不十分な説明のみしかなかった場合には、自己決定権の侵害を理由とする不法行為となる。その場合、医師は、患者が自己決定をすることができなかったことによる精神的損害(慰謝料)の賠償責任を負うことになる。

そこで、Xは、Y医師には、手術前の説明義務違反、その他の注意義務違反があり、これらの義務違反の結果、合併症として水疱性角膜症及び視力低下が生じた等と主張して、診療契約上の債務不履行に基づき損害賠償を求めた。

（２）本判決の判旨（一部認容）

①平成13年当時の東京の一般開業医において、L Iによる合併症として水疱性角膜症があることについての説明義務があったといえるか否か。

「平成19年に発行された医学文献…には、『90年代前半には国内外を問わず水疱性角膜症の症例報告が相次ぐようになり、遅くとも90年代後半には眼科医の常識レベルになった。それ以降は、L I施行時に水疱性角膜症のリスクが予見できなかったとはいえないことになる。』との記載があり、実際に、Y医師は、水疱性角膜症のリスクを認識していたこと自体は、その供述の中でも自認している。

もっとも、水疱性角膜症の発症が認知されていたとしても、そのことから直ちに説明義務が生じると即断することは相当ではなく、実際、上記文献の記載によれば既に眼科医の常識レベルになっていたとも思われる1997年（平成9年）12月作成のB製薬会社のインフォームド・コンセント用の資料…を見ても、合併症についての記載はない。

また、本件ガイドライン1版（平成14年9月発表…）においては、合併症の1つとして、水疱性角膜症と記載されているのみであり、本件ガイドライン2版（平成18年10月発表）に至って初めて、『レーザー虹彩切開術には以下の合併症があるが、なかでも水疱性角膜症は重篤であり、我が国の合併例が多く報告されている。水疱性角膜症の発症には、角膜内皮の状態、レーザー照射の総エネルギー量などが関連すると推測されている。術前に角膜内皮の状態を把握すること、過剰照射を避けることを心がけなければならない。』と追加して記載がされ…特に注意が必要とされたのは、本件L I実施後のことと思われる。

そのほか…『角膜学会調査結果を見ると、L I後に水疱性角膜症に至る例

が多発しているような印象を受けるが、分母としてのL I施行例数が相当大きいことを考えると稀な合併症とは言えるだろう。』との記載があり、平成19年当時においても、依然として稀な合併症であると認識されていたことがうかがわれる。

そうすると、平成13年当時、東京の一般開業医にとって、水疱性角膜症のリスクを認識できたものであったとしても、具体的な危険性や予後についての詳細な説明義務を認めてもよいかについてはなお疑問があるといわざるを得ない。」と判示し、説明義務を否定した。

②平成13年当時の東京の一般開業医において、L Iに関しアルゴンレーザーとYAGレーザーの存否及び相違等についての説明義務があったといえるか否か。

「この点については、上記本件ガイドライン1版・149頁には…アルゴンレーザーとYAGレーザーによる合併症発生についての違いを比較した記載はなく、推奨の程度に差があるとも見られない（他方、本件ガイドライン3版・26頁には、本件ガイドライン1版の2つの方法に加え、『アルゴンレーザー・Nd-YAGレーザー併用法』が記載されており、『アルゴンレーザー単独法に比較して総エネルギー量が小さいので推奨される方法である。』とあり、また、合併症の項目には『水疱性角膜症の発症には、角膜内皮の状態、レーザー照射の総エネルギー量などが関連すると推測されている。』との記載があり、水疱性角膜症の発症等を回避するためにYAGレーザーが推奨されていると読むことができる。）。

そのほか、〔本件L Iから3～6年後に発行された医学文献には、いくつかの記載が見られるが〕いずれも、水疱性角膜症の危険因子を有する場合にYAGレーザーを実施するないし実施可能な施設に紹介することが相当であるとするものであり、水疱性角膜症の危険因子を有しているとは認められていない患者についてYAGレーザーの利用を推奨しているものとはいえない。

また…平成13年当時の知見に照らせば、L Iによる水疱性角膜症の発症は

稀であり、このような合併症の存在について説明する義務があるか否かについても疑義があると言わざるを得ないのであるから、本件L I実施時に、このような合併症の発生の危険性に着目してY A Gレーザーに関する説明を行う義務についてはなおさら認め難いといわざるを得ない。

そうすると、少なくとも、平成13年当時、東京の一般開業医において、本件L I 当時に水疱性角膜症の危険因子を有しているとは認められていない患者に対してまで、アルゴンレーザーとY A Gレーザーの存否や相違について説明したり、Y A Gレーザーを実施することが可能な施設を紹介したりする義務は認め難いというべきである。」と判示し、説明義務を否定した。

③特に本件（大学病院の先端的な設備や安全性の高い医療を希望する患者との関係）において、上記①および②の説明義務が認められるか否か。

「Y医師としては、Xは、大学病院における先端的な設備やより専門に特化した医師による安全性の高い医療を希望しており、手術の危険性や合併症の発生について通常の患者以上に強い関心や懸念を有していることを認識したうえで、Xに対し、自分がA大学病院の医師であること等を告げ、積極的に、A大学病院におけるのと同等の診療（手術を含む。）を受けられるとの期待をさせ、Y医師の診療所において手術を実施することにさせたものである以上〔なお、本件L I後に掲載されたというY医師のホームページ…にも、『手術及び入院を要する全身管理を除けば、大学病院と同等の病態把握や加療が可能』との記載があり、A大学病院の医師であることを積極的に誘引として用いている様子が見ええる。〕、A大学病院の医療水準に基づき、Xの関心や懸念を十分に踏まえて、本件L Iの安全性や合併症ないし副作用の発症可能性、レーザーの選択等について、必要と思われる事項を説明すべき義務を負うというべきである。」

そして、「大学病院における先端的な設備やより専門に特化した医師による安全性の高い医療を希望しており、当然に合併症や副作用についても強い関心や懸念を有していたXとの関係においては、そのような事情を知っていた

Y医師には、水疱性角膜症の危険性や予後、YAGレーザーの存在や特質について説明すべき義務があるというべきであり、これを怠った注意義務違反がある。」と判示し、本判決は、Y医師について、稀な合併症のリスクやレーザーの選択等に関する説明義務の違反があったことを認めている⁽⁶⁾。

3 一般開業医の診療所において要求される医療水準

(1) 医療水準に関する判例法理

冒頭に述べたように、臨床医学の実践における医療水準は、全国一律に絶対的な基準として考えるべきものではなく、診療にあたった当該医師の専門分野、所属する医療機関の性格、その所在する地域の医療環境の特性等の諸般の事情を考慮して決せられるべきものである。この点、最判平成7年6月9日民集49巻6号1499頁(日赤姫路病院事件)⁽⁷⁾も「当該疾病の専門的研究者の間でその有効性と安全性が是認された新規の治療法が普及するには一

(6) また、本判決は、説明義務違反との因果関係及び損害に関して、次のように判示した。

すなわち、本件においては、Xの水疱性角膜症の発症原因が本件L Iによるものである可能性は相当程度高いと言い得る。もっとも、Xの眼は、L Iを受ける必要性が相当程度高いものであったこと、水疱性角膜症は現在においても稀な合併症と言えること等から、「平成13年当時、水疱性角膜症のリスクについて具体的な説明を受けていた場合には、本件L Iを受けていないであろうという高い蓋然性を認めることはできない。

同様にレーザーの選択等に関する説明についても…本件L I当時、A大学病院においてすら、YAGレーザーが優位であった状況にもかかわらず、YAGレーザーの有用性が広く認められていたとはいえないのであるから、YAGレーザーに関する説明を受けていれば、Yによる本件L Iを受けておらず、また、YAGレーザーによるL Iを受けた場合には、水疱性角膜症に罹患することはなかったであろうという高い蓋然性を認めることはできない。」と判示し、説明義務違反との因果関係を否定した。

しかしながら、他方で、「Yが水疱性角膜症についての説明やレーザー選択等に関する説明をしなかったことにより、Xは、L Iの実施に関する自己決定権を侵害されたものと認めるのが相当である。」として、Xの自己決定権侵害は肯定し、慰謝料(10万円)と弁護士費用(10万円)に限って、Xの請求を一部認容した。

定の時間を要し、医療機関の性格、その所在する地域の医療機関の特性、医師の専門分野等によってその普及に要する時間に差異があり、その知見の普及に要する時間と実施のための技術・設備等の普及に要する時間との間にも差異があるのが通例であり、また、当事者もこのような事情を前提にして診療契約の締結に至るのである。したがって、ある新規の治療法の存在を前提にして検査・診断・治療等に当たることが診療契約に基づき医療機関に要求される医療水準であるかどうかを決するについては、当該医療機関の性格、所在地域の医療環境の特性等の諸般の事情を考慮すべきであり、右の事情を捨象して、すべての医療機関について診療契約に基づき要求される医療水準を一律に解するのは相当でない。そして、新規の治療法に関する知見が当該医療機関と類似の特性を備えた医療機関に相当程度普及しており、当該医療機関において右知見を有することを期待することが相当と認められる場合には、特段の事情が存しない限り、右知見は右医療機関にとっての医療水準であるというべきである。」と述べている。

(2) 本判決の判旨①および②（当時の一般開業医の診療所について）

本判決も、こうした判例法理を前提として、判旨①を示している。すなわち、

(7) 昭和49年12月に出生した未熟児が未熟児網膜症に罹患した場合につき、その診療に当たった甲病院においては、昭和48年10月ころから、光凝固法の存在を知っていた小児科医が中心になって、未熟児網膜症の発見と治療を意識して小児科と眼科とが連携する体制をとり、小児科医が患児の全身状態から眼科検診に耐え得ると判断した時期に眼科医に依頼して眼底検査を行い、その結果未熟児網膜症の発生が疑われる場合には、光凝固法を実施することのできる乙病院に転医をさせることにしていたなど判示の事実関係の下において、甲病院の医療機関としての性格、右未熟児が診療を受けた当時の甲病院の所在する県及びその周辺の各種医療機関における光凝固法に関する知見の普及の程度等の諸般の事情について十分に検討することなく、光凝固法の治療基準について一応の統一的な指針が得られたのが厚生省研究班の報告が医学雑誌に掲載された昭和50年8月以降であるということのみから、甲病院に当時の医療水準を前提とした注意義務違反があるとはいえないとした原審の判断には、診療契約に基づき医療機関に要求される医療水準についての解釈適用を誤った違法があるとした。

当時の一般開業医にとって、医学の先端知識として医学文献に掲載されるようになり、水疱性角膜症のリスクを認識できたとしても、そのことから直ちに説明義務が生じると即断することは相当でなく、ガイドライン⁽⁸⁾の記載や学会調査結果によっても、依然として稀な合併症であると認識されていた場合には、当時の一般開業医に対して、具体的な危険性や予後についての詳細な説明義務があるとは認められないとしている。同様に、判旨②でも、稀な合併症のリスクに着目してYAGレーザーに関する説明を行う義務は認められていない。

医療機関に要求される医療水準であるかどうかを判断する際に、一般開業医の診療所という「医療機関の性格」や「医療環境の特性」等を考慮する判例法理に従ったものであり、このような判断枠組みにおいては、「当該医師の具体的認識」は、考慮要素として前面には現れてこないことになる。実際、

(8) 医療事件では、医療水準を判断する材料の一つとして、医療ガイドラインが証拠として提出されることが少なくない。裁判例の多くも医療ガイドラインを重要な証拠資料として用いるが、医療ガイドラインのみによる医療水準の認定を行わず、その他の医療文献による認定を踏まえた上で、医療事故当時の医療水準を認定している。医療ガイドラインは、EBM (Evidence-based Medicine 科学的根拠に基づいた医療) の考え方に基づいて、一定の方向性を示し現場の判断を支援することを目指すものであるから、一般的にはより高い信頼性が期待できるスタンダードな指針を示すものといえるが、全ての患者をカバーするようなものではない。それゆえ、診療を行うにあたっては、当該患者の適応の有無等も考慮した上で、具体的な治療法を選択していく必要がある。したがって、「医療行為上の注意義務における医療水準」に関してみると、医療ガイドラインの内容は、直ちに診療当時の医療水準と結びつくものとはいえない。

これに対して、患者の有効な同意を得るための「説明義務における医療水準」は、診療当時の医療水準によって定まるのが原則であるが、後述するような一定の場合には、この医療水準よりは加重された医療水準が認定される。医療ガイドラインは、一定の基準となる治療方針を示すものであることからすれば、当該医師が認識しているか否かにかかわらず、ガイドライン記載の内容は、「説明義務における医療水準」の最低ラインとなると考えられる(藤倉徹也「医事事件において医療ガイドラインの果たす役割」判タ1306号60頁(2009年))。

本件のY医師は、稀な合併症のリスク自体は認識していたと認定されているが、この事実のみでは、判例法理によれば、判断に影響を及ぼすものでないことになろう。

4 「特別の合意」に基づく医療水準の高度化

(1) 医療水準の高度化に関する判例法理

それでは、一般開業医の診療所において要求される医療水準が、通常と異なっており、特に高度化される場合として、どのような場合が考えられるであろうか。

この点に関しては、昭和47年9月出生の未熟児の未熟児網膜症の治療法としての光凝固法は、当時の医療水準としては未だその治療法の有効性が確立していたとはいえないから、これを採らなかった医師に直ちに注意義務違反があったと認めるべきではないと判示した最判平成4年6月8日判時1450号70頁⁽⁹⁾が参考となる。

上記最判平成4年の原審は、「医師と患者との間の医療契約の内容には、単に当時の医療水準によった医療を施すのみでなく、そもそも医療水準のいかんにかかわらずち密で真しかつ誠実な医療を尽くすべき約定が内包されているというべきであり、また、医師は本来そのような注意義務を負うものと解するのが相当であり、医師がその義務に反して著しく粗雑、ずさんで不誠実な医療をした場合において、疾病によって生じた結果が重大で患者側に医療

(9) 「本症に対する光凝固法は、当時の医療水準としてその治療法としての有効性が確立され、その知見が普及定着してはいなかったし、本症には他に有効な治療法もなかったというのであり、また、治療についての特別な合意をしたとの主張立証もないのであるから、Y医師には、本症に対する有効な治療法の存在を前提とするち密で真しかつ誠実な医療を尽くすべき注意義務はなかったというべきであり、Xらが…あきらめ切れない心残り等の感情を抱くことがあったとしても、Y医師に対し、Xに光凝固法等の受療の機会を与えて失明を防止するための医療行為を期待する余地はなかった」とし、眼科医師に注意義務違反を認めた原審の判断を違法とした。

に対する心残りやあきらめ切れない感情が残存することが無理からぬと思われる事情が認められるときは、医師のその作為・不作為と右結果との間に相当因果関係が認められなくても、医師は、その不誠実な医療対応自体につき、これによって患者側に与えた右精神的苦痛の慰謝に任ずる責任があるというべきである。」と判示して、医療水準を超えた医療行為を前提とした緻密で真摯かつ誠実な医療を尽くすべき注意義務の存在と、その義務違反を認めていた⁽¹⁰⁾。

これに対して、上記最判平成4年は、「医師は、患者との特別の合意がない限り、右医療水準を超えた医療行為を前提としたち密で真しかつ誠実な医療を尽くすべき注意義務まで負うものではなく、その違反を理由とする債務不履行責任、不法行為責任を負うことはないというべきである。」と判示して原審を破棄した。ここでは、「医師と患者との特別の合意」があれば格別、そうでない限り、医療水準を超えた医療行為を行うべき注意義務は存在しないとの立場が示されている。

（2）医療水準の高度化に関する学説

ところで、本判決の事案は、単なる「一般開業医」ではなく、「大学病院にも通う開業医」の説明義務違反の有無が問題となっている。この点、もし仮に、一般的な医師である「一般開業医」よりも、「大学病院にも通う開業医」の方が、高水準の能力・特性を持った医師であるとすればどうなるであろうか。「大学病院にも通う開業医」には、より高度の医療水準が要求されることになり、説明義務違反の有無も、より高い水準を前提に判断することになるであろうか。

このような問題は、学説において、合理人の能力・特性を超えた行為者に

(10) この点、原審がいうような「医療水準を超えた医療行為を前提としたち密で真しかつ誠実な医療を尽くすべき注意義務」をもしも観念する場合、当該義務の履行がなされたかどうかの判断基準が明確であるとはいえないとの批判が向けられている（窪田充見編『新版注釈民法（15）債権（8）』（有斐閣、2017年）572頁（手嶋豊））。

ついでに過失判断の問題として議論されている。すなわち、過失判断の基準となる人は、合理人であり、あくまでも合理人の能力・特性が基準となるのであり、当該具体的な行為者自身の（高度・低度の）能力・特性は基準とならない、と解するのが通説である。これによれば、合理人の能力・特性を超えた行為者についても、原則として、過失の上限は、合理人の能力・特性を基準とすべきことになる。

そうすると例外的に、より高い水準を前提に過失を判断するためには、上記最判平成4年が述べるように「医師と患者との特別の合意」により、医師がより高い水準を前提として医療行為を行うことを引き受ける必要があることになる⁽¹¹⁾。

(3) 本判決の判旨③について（大学病院の先端的な設備や安全性の高い医療を希望する患者との関係）

本判決は、Y医師の診療所に、より高度の医療水準が要求され、説明義務違反の有無も、より高い水準を前提に判断することになるとの立場を示している。しかしながら、上記最判平成4年が述べるような「医師と患者との特別の合意」を本件事案において認定したわけではなかった。

(11) 潮見佳男『不法行為法Ⅰ〔第2版〕』（信山社、2009年）284頁は、合理人以上の能力・特性を要求することで、発生した結果を当該行為者に帰責するためには、契約や先行行為等により、行為者の主體的判断による責任加重の引き受け（平均を超える能力・特性の引き受け）がされていなければならないとする。これに対して、窪田充見『不法行為法〔第2版〕』（有斐閣、2018年）296頁は、医師と患者の関係において、当該医師の高い水準を前提とした医療を受けるという関係があるからこそ、こうした義務の高度化が認められるということになり、上記最判平成7年が「当事者もこのような事情を前提にして診療契約の締結に至る」と述べているのも、このような文脈の中で理解されるべきではなかろうかとする。そして、不法行為責任についても、当事者間の個別具体的な事情を無視して一般的な水準のみによって前提となる義務が決まるわけではなく、やはり具体的な当事者間の個別的な事情（当該医師が高度の能力を有しており、患者はそれゆえにこそ当該医師の治療を選択したといった事情）が義務の水準に影響を及ぼすものと考えらるべきであろうとする。

本判決は、まず、(ア) Y医師が「Xは、大学病院における先端的な設備やより専門に特化した医師による安全性の高い医療を希望しており、手術の危険性や合併症の発生について通常の患者以上に強い関心や懸念を有していることを認識」していた事実を指摘する。そのうえで、(イ) Y医師が「Xに対し、自分がA大学病院の医師であること等を告げ、積極的に、A大学病院におけるのと同等の診療(手術を含む。)を受けられるとの期待をさせ、Y医師の診療所において手術を実施することにさせた」事実を指摘している。そして、これら(ア)(イ)の事実がある以上、(ウ) A大学病院の医療水準に基づき、説明義務を負うべきことを結論づけている。すなわち、大学病院での診療に強い関心を抱く患者との関係において、医師が(ア)患者のそうした希望等を認識したうえで、(イ)患者にそれと同等の効果を積極的に期待させたことを手がかりとして、医療水準の高度化を導き出している。とりわけ、本判決では、(イ)医師による患者への積極的な働きかけが重視されていると思われる。というのも、本件L I後の事情は、直接にはY医師の過失責任の判断に影響を与えないはずであるにもかかわらず、本判決の判旨③では、わざわざ括弧書きで、「[なお、本件L I後に掲載されたというY医師のホームページ…にも、『手術及び入院を要する全身管理を除けば、大学病院と同等の病態把握や加療が可能』との記載があり、A大学病院の医師であることを積極的に誘引として用いている様子がうかがえる。]」として、大学病院での診療に強い関心を抱く患者への積極的な働きかけを補強する事実が指摘されているからである。

「医師と患者との特別の合意」にまで至らなくても、医師による患者への積極的な働きかけの結果、患者が受診したとの関係があれば、医師による責任加重の引き受けとしての側面も認められ、医療水準の高度化を導き出すことは可能であるとの考え方であり、本判決の事案との関係でも正当なものと評価することができよう。

5 医療水準の高度化と説明義務の内容の変容

(1) 説明義務の基準

説明義務が患者の自己決定権の前提となるものであることからすると、当該患者が自己決定をするにあたって必要と考えられる内容を説明すべきである。したがって、医師としては、通常一般の患者が必要とする情報のほか、特にその患者が関心を持っている情報については、その希望に相応の理由があり、医師においてそうした患者の関心を知った場合には、当該患者が自己決定をするうえで必要なものとして、その情報も提供すべきであるといえる。この点、最判平成13年11月27日民集55巻6号1154頁⁽¹²⁾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る…ここで問題とされている説明義務における説明は、患者が自らの身に行われようとする療法（術式）につき、その利害得失を理解した上で、当該療法（術式）を受けるか否かについて熟慮し、決断することを助けるために行われるものである。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すべての療法（術式）の違い、利害得失を分かりやすく説明することが

(12) 乳がんの手術に当たり、当時医療水準として確立していた胸筋温存乳房切除術を採用した医師が、未確立であった乳房温存療法を実施している医療機関も少なくなく、相当数の実施例があって、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こと、当該患者の乳がんについて乳房温存療法の適応可能性のあること及び当該患者が乳房温存療法の自己への適応の有無、実施可能性について強い関心を有することを知っていたなど判示の事実関係の下においては、当該医師には、当該患者に対し、その乳がんについて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した。

求められるのは当然である。」と述べている。

(2) 医療水準として確立していない療法(術式)についての説明義務

では、医療水準として確立していない療法(術式)についての説明義務はどうであろうか。

上記最判平成13年は、「一般的にいうならば…他の療法(術式)が医療水準として未確立のものである場合には、医師は…常に説明義務を負うと解することはできない。」として、原則として、医師の説明義務を否定している。

しかし他方で、例外的に医師が説明義務を負う場合もあり得る。上記最判平成13年は、「少なくとも、当該療法(術式)が少なからぬ医療機関において実施されており、相当数の実施例があり、これを実施した医師の間で積極的な評価もされているものについては、患者が当該療法(術式)の適応である可能性があり、かつ、患者が当該療法(術式)の自己への適応の有無、実施可能性について強い関心を有していることを医師が知った場合などにおいては、たとえ医師自身が当該療法(術式)について消極的な評価をしており、自らはそれを実施する意思を有していないときであっても、なお、患者に対して、医師の知っている範囲で、当該療法(術式)の内容、適応可能性やそれを受けた場合の利害得失、当該療法(術式)を実施している医療機関の名称や所在などを説明すべき義務があるというべきである。」と述べている。

本判決の判旨③は、前記の通り、Y医師が「積極的に、A大学病院におけるのと同様の診療(手術を含む。)を受けられるとの期待をさせ、Y診療所において手術を実施することにさせたものである以上…A大学病院の医療水準に基づき、Xの関心や懸念を十分に踏まえて、本件L Iの安全性や合併症ないし副作用の発症可能性、レーザーの選択等について、必要と思われる事項を説明すべき義務を負うというべきである」と述べているが、さらに、「大学病院における先端的な設備やより専門に特化した医師による安全性の高い医療を希望しているXとの関係では、仮にY医師自身は、当時、YAGレーザーの有用性を高く評価していなかったとしても、少なくともA大学病院にはY

A Gレーザーが存在していること，Y A Gレーザーの特質はどのような点か程度のことは説明する義務を負うと解するのが相当である。」とも述べており，レーザーの選択等に関する説明義務に関して，本判決は，上記最判平成13年と同様の考え方を示していると評価できる。

（3）稀にしか生じない合併症や副作用についての説明の程度

手術や薬品の投与に際して，稀にしか生じない合併症や副作用について，どこまで説明するべきか問題となる。この点，一般的には，発生確率の高いものは説明義務を肯定する方向へ，低いものは否定する方向へ，発生する合併症や副作用が重大であれば説明義務を肯定する方向へ，軽微であれば否定する方向に傾くといえる。

本判決において，平成13年当時，水疱性角膜症は稀な合併症であったと認定されている。したがって，本判決の判旨①が述べるように，当時の一般開業医の診療所においては，稀な合併症のリスクを認識できたものであったとしても，具体的な危険性や予後についての詳細な説明義務は認められない方向に傾くことになる。

しかしながら，本判決の判旨③が述べるように，Y医師の診療所に要求されるのがA大学病院の医療水準ということになると，稀な合併症のリスクやレーザーの選択等に関する説明義務が認められることになる。すなわち，医療水準の高度化に伴って，説明義務の内容が，より広範（術式の選択肢の幅）かつ精緻（発生確率が低く稀なリスク）なものへと変容することにも留意する必要がある。

6 おわりに

本判決は，上記最判平成4年6月8日のいう「医師と患者との特別の合意」が存在しない場合においても，大学病院での診療に強い関心を抱く患者との関係において，医師が（ア）患者のそうした希望等を認識したうえで，（イ）患者にそれと同等の効果を積極的に期待させたことを手がかりとして，医療

水準の高度化を導き出したものである。

医師と患者との合意のほか、先行行為や個別的な事情なども、医療水準の高度化に影響を及ぼす可能性があることには、留意しておく必要があるだろう。