

開業医は、患者について自ら診療をすることができない特定の重大な疾患である疑いがあると判断した場合には、その診療をすることができるより高度の医療機関に転送する義務があることはもちろんであるが、特定の重大な疾患の疑いがあるとまでは判断できない場合であっても、自ら検査や診療をすることができない何らかの重大な疾患の可能性のあることを認識することができた場合には、その検査や診療をすることができる高度医療機関に転送すべき義務がある。

この点について判断したものとして、最判平15.11.11民集57巻10号1466頁がある。

—最判平15.11.11—

#### 事案

急性脳症により重い脳障害の後遺症を残したXが、最初にXを診察したかかりつけの開業医であるYに対し、①Yが適時に総合医療機関に転送すべき義務(転医義務)を怠ったため、Xに重い脳障害を残した、②仮に、Yの転医義務違反とXの重い脳障害との間に因果関係が認められないとしても、重い脳障害を残さない相当程度の可能性が侵害された旨を主張して損害賠償を求めた(後者の点は因果関係の項目で触れる)。

#### 判断

初診から5日目の時点で、初診時の診断に基づく投薬により何らの症状の改善がみられず、輸液を実施しても、前日の夜からのおう吐の症状が全く治まらないこと、同日の点滴中も、おう吐の症状が治まらず、軽度の意識障害等を疑わせる言動があったことなどからすると、Yとしては、その時点で、Xが、その病名は特定できないまでも、Yの医院では検査及び治療の面で適切に対処することができない、急性脳症等を含む何らかの重大で緊急性のある病気にかかっている可能性が高いことをも認識することができた。この重大で緊急性のある病気のうちには、その予後が一般に重篤で極めて不良であって、予後の良否が早期治療に左右される急性脳症等が含まれること等にかんがみると、Yは、診療中、点滴を開始したものの、Xのおう吐の症状が治まらず、Xに軽度の意識障害等を疑わせる言動があり、これに不安を覚えた母親から診察を求められた時点で、直ちにXを診断した上で、Xの上記一連の症状からうかがわれ

る急性脳症等を含む重大で緊急性のある病気に対しても適切に対処し得る、高度な医療機器による精密検査及び入院加療等が可能な医療機関へXを転送し、適切な治療を受けさせるべき義務があったものというべきであり、Yには、これを怠った過失がある。

#### 5 まとめ

転医義務は、患者が最初に診療を求めた医療機関を通じて、最終的に高次の医療機関においてその医療水準に応じた医療行為を受けることを法的に保障するものであり、その機能は非常に重要なものであるといえる。

各医師が転医義務を十分に果たすためには、医療機関における連携や、救急医療体制の整備・充実などの、医療システムの充実が不可欠である<sup>63)</sup>。

#### V 説明義務

##### 1 説明義務の根拠と種類

###### (1) 説明義務の根拠

医師の患者に対する説明義務は、従前、医療行為が患者の身体に対する侵襲行為であり、患者の同意があることによって違法性が阻却されることから、違法性阻却事由として患者の同意が必要であり、その前提として説明義務があると捉えられていた。これに対し、最近では、患者は、自らの生命・身体・健康については自ら決めることができるという自己決定権を権利(法益)として認め、この患者の自己決定権の実現を保障するために、医師に説明義務があると解されている<sup>64)</sup>。この患者の自己決定権は、患者の人格権から派生するものである。

今日、インターネット等の普及によって、患者も調べようと思うと、自己の疾病等についてある程度調べることは可能であるが、調べてもあくまでも一般論にとどまり、自己の疾病等が具体的にどのようなものであるのかは医師から聞くほかない。つまり、患者に自己決定権があるといっても、医学に素人の患者として、医師から適切な情報の提供を受けなければ、自己決定権を適切に行使することはできないのであり、説明義務と自己決定

63) 西岡・前掲61) 318頁参照。

64) 説明義務については、手嶋豊「医療と説明義務」判タ1178号(2005)185頁、熊代雅音「医療訴訟における説明義務について」ジュリ1315号(2006)138頁、藤山雅行編者「判例にみる医師の説明義務」(新日本法規, 2006)、甲斐克則「ブリッジブック医事法」(2008、信山社)、29頁、土井文美「医師の説明義務」判タ1260号(2008)18頁等参照。

権はいわば表裏の関係にあるといえる。

したがって、医師の説明義務は、患者の自己決定権を保障する観点から検討する必要がある。つまり、医師の説明義務は、患者が自らの意思で当該医療行為を受けるか否かを決定するという人格権の一内容としての自己決定権と直結したものであり、医師は、患者が自らの意思でいかなる医療行為を受けるかを決定することができるように、当該疾患の診断、実施予定の療法の内容、危険性など必要な情報を説明すべき義務がある。

もっとも、後に述べるとおり、説明義務の範囲は、自己決定権の前提としての説明に止まらないので、それらも含めて医師の説明義務を根拠づけるものとしては、診療契約に基づく義務ということになる。診療契約は、準委任契約（民656条）と解されているので、受任者である医師に報告義務がある（民645条）。つまり、患者が債務不履行に基づく損害賠償を請求する場合には、診療契約上の義務（最判平18.10.27判タ1225号220頁等）に違反していることを根拠とすることになる。患者が不法行為に基づく損害賠償を請求する場合には、患者の人格的利益の侵害が根拠になると解され、それを侵害しないようにすることは、診療を実施する者として負担する信義則上又は条理上の義務であるといえる<sup>65)</sup>。

医療訴訟において、説明義務違反は、医療行為上の過失と並ぶ責任成立要件として大きな地位を占めている<sup>66)</sup>。

## (2) 説明義務の種類

説明義務としては、①患者が自己決定するための説明義務、②療養方法の指導としての説明義務、③治療等が終了した時点における説明義務（顛末報告義務）、④末期がんの患者のように、自己決定を前提とせずに状況を報告する説明義務に分けることができる（④は①に含まれると考えることもできる）。

①は、説明義務の中核をなすものである。

②について、例えば、退院時にどのような症状が生じると病院を受診すべきかというような患者に対する指示であるが、これは、診療行為の一環としてすべき義務であり、その注意義務に違反した場合は、医療行為上の過失と同じ範疇に属する

ものであるといえる。すなわち、療養方法の指導としての説明が不十分であったために患者が適切な行動をとらなかった場合には、医師が自ら不適切な行為をしたり、観察を怠ったと評価できるものであり、侵害の対象は、患者の自己決定権ではなく、患者の生命・身体・健康であり、医療行為上の過失といえることができる。

③は、治療等が終了した場合に、その結果を報告するものである。診療契約は準委任契約と解されているため、医師は顛末報告義務を負う（民645条）。

④は、治療等が終了したわけではないが、かといって、何らかの治療を必要とするという場面でもないという、顛末報告義務でもなく、自己決定権の前提でもない場面での説明義務の問題である。末期がん患者について既に治療方法がないという場合に、末期がんであることを告知するかという場面で問題となる。

上記説明義務のうち、中心となるのは、①の自己決定権の前提としての説明義務であり、もっぱら説明義務というのは、この説明義務を指すことが多い。

## (3) 説明義務違反の主張立証責任

説明義務違反については、不法行為による損害賠償請求でも、債務不履行による損害賠償請求でも、医療行為上の過失（注意義務違反）の主張立証責任と同様に、患者側が説明義務違反があったことについて、主張立証責任を負っていると解される<sup>67)</sup>。説明義務についても、ある商品の説明をするというように一義的に説明内容が決まるものではなく、個々の患者に応じた具体的個別的な説明内容が問題となるのであって、医療行為上の過失と同様に、説明すべき義務内容の特定とそれに違反したことは、患者側が主張立証すべきであると考えられる。

## 2 自己決定権の前提となる説明義務

### (1) 自己決定権とは

患者はいかなる医療行為を受けるかを自分で決めることができる。患者には「自己決定権」があるといわれる。その自己決定権を行使する前提としての説明義務は、アメリカにおける医療事故を

65) 最判平20.4.24民集62巻5号1178頁、稲垣喬『医事訴訟入門【第2版】』（有斐閣、2006）253頁参照。

66) 手嶋・前掲64）185頁。

67) 説明義務について、不法行為に基づく請求では患者側が立証責任を負うが、債務不履行による請求では医師側が立証責任を負うとして、法的構成によって立証責任を分ける見解として、藤山・前掲64）15頁、秋吉・前掲18）346頁〔藤山雅行〕がある。