

医師の説明義務違反事例における因果関係と賠償範囲

松原孝明

第一章 問題の所在

第二章 説明義務違反の法的効果をめぐる学説

- (1) はじめに
- (2) 賠償範囲を限定的に捉える見解（限定説）
- (3) 賠償範囲を限定的には捉えない見解（非限定説）
- (4) 既存の見解に対する検討と評価

第三章 裁判例の概観と分析

- (1) はじめに
- (2) 裁判例における治療行為傷害説
- (3) 説明義務違反の法的効果として手術の結果として生じた損害の賠償を認めるもの
- (4) 説明義務違反の効果として慰謝料のみを認めるもの
- (5) 小括

第四章 医療訴訟における説明義務違反構成の機能

- (1) はじめに
- (2) 技術過誤と説明義務違反の両方が認められる場合における説明義務違反の意義
- (3) 副次的救済手段としての自己決定権侵害構成

第五章 まとめ

医師の説明義務違反事例における因果関係と賠償範囲

第一章 問題の所在

医師の説明義務に関して、わが国においては唄孝一教授の先駆的研究を嚆矢とし、その後、多数の業績が発表され、また活発な議論がなされてきた。しかし、その関心の多くは、説明義務の内容や範囲または、説明義務違反の成否にあり、その法的効果に関する議論はかならずしも十分なものではなかったといえる。説明義務違反における効果の問題とは、具体的にいえば次のようなものである。すなわち、医師が説明義務に違反した場合に、患者に生じた損害のどの範囲においてまで責任を負うのか、より具体的にいえば、医師はその治療行為によって生じた(逸失利益などを含む)全損害についてまで責任を負うのか、それとも、賠償されるべきは患者の自己決定権を侵害したことによる精神的損害(慰謝料)にとどまるのかという問題である。当該問題については、説明義務に関する各論稿において、少なからず触れられてはきたが、それを詳細かつ、総合的に論じるものは少ないといえる。そこで、本稿においては、以下の視点から、医師の説明義務違反事例における賠償範囲の問題について検討を加えていくものとする。まず、当該問題についてのがわが国における見解を限定説と非限定説の二つに分類し、とりわけ限定説の立場が、なにを根拠に医師の賠償範囲を限定しようとするのか、また、非限定説にあっても、医師の賠償範囲を無限定に認めるものではないから、同様になにをメルクマールに賠償範囲を限定するのかについて検討する。そのために、まず、わが国の学説を概観し、その後、わが国の裁判例が、説明義務違反の際の賠償範囲についてどのような判断をしているのか、また、そこに一定の傾向や整合性があるのかを探る。そして最後に、わが国における医療事故を扱う裁判例において、そもそも説明義務違反構成がどのような役割を有しているのかを検討することにした。

第二章 説明義務違反の法律効果をめぐる学説

(1) はじめに

説明義務違反の際の賠償範囲の問題については、概ね、(1) 医師の賠償範囲を限定的に捉え、自己決定権が侵害されたことによる慰謝料に限定されるべきとする見解と、(2) 医師の賠償範囲を限定的には捉えず、その後の治療行為の結果（必ずしも治療行為が介在するわけではないが）として生じた損害についても責任を負うべきであるとする見解とに分けることができる。ただし、わが国においては、ドイツにおいてのように、説明義務違反の法律効果をめぐっては、それほど活発な議論がなされてきたわけではない。そのなかでも、とりわけ限定説は少数説であるといえるが、本稿において注目すべき点は、それらの限定説がいかなる根拠で唱えられているかという点である。また、後に詳細は述べるが、非限定説とはいっても賠償範囲を慰謝料のみに限定しないというだけであり、なんら賠償範囲に限定を加えないというものではない。そこで、もう一つの注目すべき点は、非限定説がなにをもって賠償範囲を限定するのかという点である。以下では、わが国において説明義務違反の法律効果に関する見解を限定説と非限定説とに分けて右の点につき検討を加えることにする。

(2) 賠償範囲を限定的に捉える見解（限定説）

賠償範囲を限定的に捉える見解（以下、限定説とよぶ）は、わが国においては少数説であるといってもよい。それらの説の代表的なものとしては、まず、粟屋教授の見解が挙げられる。粟屋教授によれば、患者の自己決定権保護のための説明ないし承諾取得と治療行為そのものとは、切り離して考えるべきであり、その両者は結果に対する条件であるこ

とはかわりない（事実的因果関係を有している）けれども、結果を惹起することが「相当な」条件のみを法的な原因であるとするならば、説明ないし承諾取得義務違反は原因とはいえないから、医師は、その後の結果についてまで責任を負わないとされる⁽³⁾。また、別の角度からの根拠として、結果的に患者に生じた死亡や重篤な後遺症といった損害は、説明ないし承諾取得義務違反の射程距離内ないとされる⁽⁴⁾。次に廣瀬教授の見解をみることにしよう。廣瀬教授は、まず、説明義務違反による「損害」を差額説的に捉える見解に反対され、自己決定権の侵害自体を説明義務違反により生じた「損害」であると捉えるべきであるとされる⁽⁵⁾。そのように考えると、説明義務違反と損害との間の因果関係は必ず認められ、因果関係を問題とする必要がなくなる。一方で、説明義務違反による損害を差額説的に捉えると、説明義務違反と結果との因果関係が証明されない場合には医師に損害賠償責任を課することができずに、患者の保護に悖る結果になるとされる⁽⁷⁾。

右に紹介した二つの限定説は、医師による説明義務の保護領域を人格権（自己決定権）に限定して捉えているが、このような考え方は、ドイツにおける人格権侵害説の考え方に近似するものといえる。ドイツにおける人格権侵害説とは次のような経緯で主張されたものである。すなわち、ドイツにおける通説・判例は、医師の説明がなく、患者の同意の得られていない状態での医的侵襲（ärztliche Eingriff）は、それが医療上適性であるか、または医術準則（lege artis）にしたがっているかにかかわらず、違法なものであり、身体的傷害（Körperverletzung）となるから、それによって生じたすべての損害について当該医師は責任を負わなければならないという治療行為傷害説を採用している⁽⁸⁾。同説にしたがえば、説明義務違反の際には、治療義務違反と同一の法律効果が認められることになり、治療行為の結果、患者が死亡もしくは患者になんらかの健康被害が生じたときには、患者側により説明義務違反が積極的に主張されるようになった。というのも、被害者側に証明負担のある治療行為における技術過誤（Behandlungsfehler）の場合とは異なり、

説明義務違反の場合は、医師の側が患者に説明を尽くしたこと及び患者の同意を得たことを証明しなければならないため、説明義務違反構成のほうが被害者たる原告の側にとって訴訟上有利であったためである⁽⁹⁾。その結果として、説明義務違反構成が治療義務違反構成の受け皿的構成 (Aufgangstandbestand)⁽¹⁰⁾ となっているとの批判が投げかけられた⁽¹¹⁾。そのような批判をうけて主張されたのが、人格権侵害説である⁽¹²⁾。右に述べたように、ドイツ法においては、判例が治療行為傷害説の立場を堅持している以上、説明義務違反の場合には、医師は生じたすべての損害につき責任を負わねばならず、また説明義務違反の際の証明義務が医師側に課され、そのために、技術過誤追及の代替的手段として説明義務違反構成が用いられたという特殊な事情があったからこそ、その反動として、賠償範囲を自己決定権侵害による慰謝料に限定するという見解が有力に主張されるようになったと思われるが、わが国においては、後に述べるように、裁判例も明確に治療行為傷害説を採っているわけではなく、また、説明義務違反構成の濫用という、ドイツ特有の事情もない以上、限定説のように、なぜ説明義務違反の場合においては、その賠償範囲が画一的に自己決定権侵害による慰謝料にのみ限定されるべきかの説得力に欠けるように思われる。

まず、第一説 (粟屋説) は、説明義務の保護射程とは別の視点で、因果関係のレベルから説明を試みるが、一概に、説明義務違反ないし承諾取得違反とその後の治療行為の結果生じた損害との間には相当性がないとすることに對しては疑問がある。説明義務違反とその後の損害との間に、事実的因果関係があることを前提としつつ、どこまで賠償すべきかを相当性によって限定していくことになるのだが、因果関係の相当性判断については、説明義務違反の態様は一樣ではないことから、その事案ごとに個別具体的に検討すべきであり、医師の説明義務違反の義務射程が、治療行為によって生じた損害には及ばないと画一的に捉えるのは問題があると思われる。たとえば、十分な説明を受けていたならば患者が当該治療を受けることを回避していたということが高度の蓋然性をもって証明可能である場合においても、説明義務

務違反と当該結果との因果関係が否定され、被害者は自己決定権侵害を根拠とする慰謝料しか賠償されないという結果となるのであろうか。

また、第二説（廣瀬説）についても、第一説と同様に因果関係のレベルでの説明を試みるが、次のような疑問が生じるのである。すなわち、廣瀬教授は説明義務違反による損害を差額説的に捉えた場合には、説明義務違反と結果との間の因果関係がかならずしも認められず、被害者の保護に悖るが、損害を自己決定権侵害と捉えた場合には、かならず因果関係が存在するといえるから、被害者保護に資するという根拠で限定説を採られる。たしかに、廣瀬教授が述べられるように、自己決定権侵害による慰謝料請求においては、説明義務違反それ自体が自己決定権侵害であるから、因果関係の問題は生じない。しかし、だからといって説明義務違反が生じた際の賠償範囲を自己決定権侵害による慰謝料に限定する必要はないように思われる。もし、損害を差額説的に捉えたうえで、その損害と説明義務違反との因果関係が認められる場合においても、その賠償範囲は慰謝料に限定されてしまうのであろうか。自己決定権侵害を根拠とする慰謝料額があまり高額ではないことに鑑みると、説明義務違反による賠償範囲を自己決定権侵害による慰謝料だけに限定してしまうならば、本来得られるはずの患者の逸失利益やその他の損害が慰謝料とは並存的には得られないことになり、かえって被害者保護につながらないのではないかと疑問が生じるのである。第二説は、第一説とは異なり、被害者救済の視点から、限定説を根拠付けようと試みるが、その試みは右にみたように必ずしも説得力を有するとはいえないのである。

右のように因果関係の相当性という観点からでは説得力のある根拠付けが行なわれない以上、結局、限定説の根拠付けは、説明義務の保護法益、すなわち説明義務はそもそもどのような法益を保護するための義務なのかという点に求められることになる。右の点に依拠する見解は、説明義務違反における賠償範囲の問題が、説明義務の保護法益の問題で

あると捉えた上で⁽¹³⁾、説明義務の保護法益は患者の自己決定権のみに及ぶとする。たとえば、限定説に立たれる稲垣弁護士によれば、「説明義務違反による賠償の範囲については、それが患者の自己決定権という法益の侵害である点を勘案し、それに続く診療の適否とは無関係に、説明を欠く診療の結果それ自体に基づき慰藉されるべきであるとして、精神的損害についての評価の問題として処理するのが一般であり正しい」とされる⁽¹⁴⁾。また金川教授も「自らの身体に対して何がなされるか自ら決定する権利ないし自己の生命身体に重大な影響を及ぼす治療行為について選択する権利を保障するために、かような医師の説明義務が認められ」ているのであるから、自己決定権ないし機会の喪失それ自体が損害である⁽¹⁵⁾とされるのである。

しかし、右のような根拠付けに対しても、やはりこれまでと同様の疑問が生じる。つまり、右の見解は医師の説明義務の保護領域は患者の自己決定権にしか及ばないとの説明をするが、すべての場合の医師の説明義務に関してそのように画一的に判断してよいのかという疑問である。説明義務については、様々な分類が試みられている。たとえば野田教授の分類に従った場合、説明義務は①承諾の有効要件としての説明義務、②結果回避義務としての説明義務、③報告義務に分類される⁽¹⁶⁾が、②の場合においてもなお、自己決定権だけが保護法益となるのであろうか。②が身体的な損害（結果）を回避するための説明義務であるならば、その保護法益は患者の自己決定権にとまらず、自己決定権を通じて、その先にある患者の身体および財産的損害が保護領域と考えるべきではないだろうか⁽¹⁷⁾。それゆえに、医師の説明義務の保護領域が一概に患者の自己決定権のみに及ぶとする見解には賛同できない。

(3) 賠償範囲を限定的には捉えない見解（非限定説）

次に、説明義務違反の際の賠償範囲を限定的に捉えない見解（非限定説）をみていくことにしよう。ここでいう、

「限定しない」という意味は、あくまでも説明義務違反の際の損害賠償の範囲を自己決定権侵害に基づく慰謝料のみに限定しないという意味であり、なんら無限定に損害賠償を認めるというわけではない⁽¹⁸⁾。そこで、重要な問題となるのは、なにをメルクマールにして説明義務違反の際の賠償範囲を限定するのかという点である。この点について、ドイツにおいては、判例が治療行為傷害説の立場を採り続けているので、説明義務違反の際の医師の賠償範囲をいかに限定すべきかが活発に議論されている。この議論は、いわゆる人格権侵害説とは少し次元を異にする議論である。すなわち、人格権侵害説の場合は、説明義務違反により侵害されるのは、患者の自己決定権であるという前提から、医師の賠償範囲を自己決定権侵害による慰謝料に画的に限定するというラディカルな側面を有しているのに対して、当該議論は判例の立場である治療行為傷害説を前提としつつも、説明義務違反構成の濫用を防ぐべく、治療行為傷害説をいかに修正し、損害賠償範囲を限定していくかというものである⁽¹⁹⁾。一方でわが国においては、(後に詳しく説明するが)判例はドイツにおいてのように治療行為傷害説を明確に採っているわけではなく、また、説明義務違反構成の濫用という事態も生じていないために、非限定説に立ったうえで、なにをもって賠償範囲を限定するかという点については、あまり意識的な議論がなされていないかったように思われる。ただ、治療行為自体にはなんら過失はなかった、すなわち医学的には適切な処置であったにもかかわらず、死亡や後遺症などの悪結果が生じた場合に、医師が十分な説明を行わなかったり、患者からの承諾を得なかったことを根拠に、患者に生じた悪結果に対する損害賠償が認められるのかという形での議論が行なわれている。これは、別の見方をすれば、医師の説明義務違反と患者に結果として生じた損害との間に、過失のない適切な治療行為が介在する場合には、説明義務違反と生じた結果との間の相当因果関係が遮断されると考えるのか、それとも因果関係が肯定されると考えるのかという問題であるといえよう。いしかえるならば、医師による説明義務違反は、その後の悪結果と因果的には連続性を有している(事実的因果関係がある)と考えられるが、果たして悪結果に

ついでまで因果関係を認めるのが相当性を有するののかという議論である。

右の点についていくつかの見解がみられるので、概観してみることにしよう。まず、中村哲判事は右の点につき因果関係を否定する立場に立たれるが、その根拠として「右悪しき結果との間で直接因果関係が認められる原因行為は、説明義務違反行為ではなくて、医師の採った右医療行為そのものであるが、それは医師の自由意志に基づく行為であって、しかも、医療水準に従った適切な行為で、それ自体が適法といふべきものである。そして、医師の採った右医療行為は、当該事件の中で医師が説明を尽くしていた場合であったとしても、通常、採られた行為と思われる以上、右医師の行為が介在する場合に、同行為の適切、不適切な区別をすることなく、同行為によって悪しき結果が発生した場合、悪しき結果について責任を負うとすると、医師に酷な責任を負わせることになる」⁽²⁰⁾からであると説明される。また、稲垣弁護士も「説明義務違反のほかに診療上の義務違反があるときは別として、これがない場合にまでも結果についての全部的責任を認めるのは、説明義務違反の捕捉性の限界を超える」⁽²¹⁾とされる。

一方で、医学的に全く過失のない医療行為が介在する場合にも、説明義務違反を根拠に患者に生じた損害の賠償を肯定する見解もある。たとえば金沢教授によれば、そのように医師に治療行為上の過失がないにもかかわらず、医師の責任を認めることは結果責任の一種であると考えられるものの、それは肯定されてもよいのではないかとされる。⁽²²⁾金沢教授はその根拠をあまり明確には述べられていないが、「違法な状態で行えば、因果関係などはなければなりません、過失行為がなくても結果に対しては責任を負うことがある」とされる。また、淡路教授も、手術等が失敗に終わり、病状が悪化したり、患者が死亡するに至った場合は、医師は承諾なき手術による不法行為責任を負い、その際には、手術の過程において過失があったかどうかを問う必要はないとされる。⁽²³⁾すなわち、過失があったかどうか問う必要はないということは、過失がない治療行為が介在する場合にも、医師は生じた損害についての責任を負うということなる。淡

路教授は、ドイツの治療行為障害説に近い立場に立たれているといえようか。

私見としては、適正な治療行為の介在を因果関係否定のメルクマールとすることには以下の理由から疑問がある。第一に、適正な治療行為が介在する場合に、因果関係を否定するというならば、説明義務違反と損害との間の因果関係が認められる場合には、過誤ある治療行為が介在しているということなる。しかし、そもそも過誤ある治療行為が介在する場合には、治療行為の過誤を根拠に財産的損害に対する賠償請求をすればよいのであり、説明義務違反を根拠に治療行為により生じた損害の責任を追及する意味がなくなる。それゆに、そのような場合においてもなお、説明義務違反を主張する場合には、逸失利益に並列して自己決定権侵害を根拠とした慰謝料を請求することになり、結局は説明義務違反の法的効果として治療行為の結果による損害を認められる余地はなくなってしまうのではないだろうか。第二に、右のように、医学的に正当な行為の介在を根拠に因果関係を否定しようとする見解の根底には、医師は患者の健康を保護するために治療義務を負い、医学的に正当な治療行為を行なうことが求められるわけだが、逆にいえば、医学的に正当な治療行為を行なう限りにおいては、その治療行為から危険（悪結果）が生じたとしても、自ら医学的には支配をすることができない危険についてまで責任を負う必要がないとの考えがあるものと思われる。しかし、そのような危険を医師と患者のどちらに負担させるかを考えると、当該治療行為に、医学的には支配不可能な危険性が付随しているからこそ、患者にその危険を引き受けさせるためには、医師の医学的専門知識に基づく判断だけでは足りず、当該治療行為のリスク、成功率、予後などを詳細かつ十分に説明し、患者にそれを選択する十分な環境と機会を与えたりえでの承諾を伴わなければならないと考えるべきではないだろうか。そして、そのような環境や機会が与えられない状況での患者の承諾は適正な承諾とはいえず、適正な承諾がなされていない以上、治療行為に伴う医学的に支配不可能な危険を患者が引け受けたとはいえないのであり、当該治療行為が医学的正当性を有しているとしても、説明義務が尽くされていたな

らば、患者が当該治療を拒否した可能性が高いのであれば、説明義務違反と治療行為により生じた結果との因果関係は認められるべきである。

(4) 既存の見解に対する検討と評価

まず、限定説の根拠付けについての論理的な問題点は既に述べたが、ここでは限定説の実質的な問題点について触れてみたいと思う。限定説の最大の欠点は、その賠償範囲を自己決定権侵害による慰謝料に限定することにより、被害者が得られうる損害賠償額が少額になってしまうという点である⁽²⁴⁾。事実、一部高額な慰謝料を認容した裁判例を除いて、ほとんどの裁判例においては、自己決定権侵害を根拠として認容される慰謝料は当該患者の逸失利益等が認められた場合に比べて極めて少額であるといえる⁽²⁵⁾。ただし、この点については、原告の勝訴率の極めて低い医事訴訟において、慰謝料という名目的金額ではあっても、損害賠償が認められること自体を評価する見解もみられる⁽²⁶⁾。たしかに、医師の治療行為における過失とそれによって生じた結果との因果関係が高度の蓋然性をもって証明できないようなケースにおいて、本来ならば損害の賠償がまったくなされないと、説明義務違反が予備的に主張され、それにより少額ではあっても慰謝料が認容される場合がある。この点をどう評価するのかについては、そもそも、説明義務違反構成それ自体の機能をどのように捉えるのかという問題であり、後に詳しく検証することにする。

とりわけ問題となるのは、もし医師に十分な説明をされていたならば、当該治療を回避もしくはその他の治療を選択したことが高度の蓋然性をもって証明されうるようなケースにおいても、賠償範囲は慰謝料に限定してしまうという点である。この点につき、限定説を唱える論者はなにも言及をしていないが、限定説の理屈からいえば、このような場合にも、認容されるのは自己決定権侵害による慰謝料のみということになる。しかし、そのような場合においても慰謝

料しか認められないのであれば、それは患者にとって酷な結果になりえないだろうか。そのように考えるならば、限定説のように、一概に医師の賠償範囲を自己決定権侵害に基づく慰謝料請求に限定してしまうのではなく、むしろ、非限定説を基本にしつつ、いたずらに医師の賠償範囲を拡大しないように、厳格なメルクマールのもとに賠償範囲を限定し、右のように、もし医師から適切かつ十分な説明をされていたならば、当該治療行為を回避していたことが高度の蓋然性をもって証明できるような場合においては、当該説明義務違反と、治療行為の結果として生じた損害との相当因果関係を認め、当該結果についての賠償の余地を認めるべきではないかと思われる。既に述べたように、説明義務違反の態様は、その事実ごとに大きく異なるわけであり、それを医師の説明義務という大きな枠で捉えて、その義務に違反した場合には自己決定権侵害に基づく慰謝料のみが認められるとする限定説は、実質的には柔軟性を欠く理論であるように思われるのである。

第三章 裁判例の概観と分析

(1) はじめに

説明義務違反の際に、その賠償の範囲や因果関係が正面から論じられた事例は、説明義務違反の事例全体からすればそれほど多くはないが、それでも、これまでに相当数の下級審裁判例の蓄積がある。しかし、それらの裁判例の判断には当然ながら相当なばらつきがあり、それらの判断に整合性を見出すのは容易ではない。しかし、それらの裁判例を詳細に分析して、ある一定の方向性を見出すことは可能ではないかと思われるし、また意義のあることだと思われる。

ところで、これまでの説明義務違反の法的効果をめぐる論稿においては、裁判例を治療行為の類型ごとに分類し解説をすることが多いようである。しかし、本稿においては、説明義務違反が認められる事例において、その後の治療行為

により生じた損害の賠償を認容する裁判例については、どのような根拠のもとにそれを認め、認容しない裁判例においては、どのような根拠でそれを否定しているのかという点に関心の中心である。そこで、以下では説明義務違反が認められる事例において、その後の悪結果の損害賠償を認容した裁判例を中心に、他方でそれを否定した裁判例と比較しながら、説明義務違反事例における賠償範囲および因果関係の問題について分析をすすめていくことにしたい。

(2) 裁判例における治療行為傷害説

ドイツにおいては、治療行為傷害説が少なくとも判例において維持され、それゆえに学説において人格権説が有力に主張されるにいたった経緯はすでに述べたところである。わが国における学説においては、明確に治療行為傷害説に立つと思われるものは見られないが、裁判例においてはどうかであろうか。

【裁判例1】 広島高判昭和五二年四月一三日判時八六三号六二頁

〔事案〕 副鼻腔炎手術に際して局所麻酔薬塩酸プロカインを注射したところ、たまたま患者が胸腺リンパ体質でありショック死した事案である。

〔判旨〕 「本件患者の前記疾患は重篤ではなく、手術が相当とはいえ、その時機を争うようなものではない。したがって、手術及び術前処置に伴う危険につき、本件患者がこれを的確に認識した場合でもなお、被控訴人による手術を選択したか否かは疑わしく、控訴人として右手術を延期ないしは取止めにし、または他の救急設備の完備した条件の下での手術を選んだであろうことも十分に考えられるのである。そして、そうであるとすれば、被控訴人としては本件患者に右手術及び術前処置とこれに伴う危険に関し、一切の細目に及ぶ教示を要求されるわけではないが、右危険すなわち、副作用たるショックないしこれに因る死亡

の結果の重大性に照らし、右ショック発現の可能性はその頻度がさほど大きくないにしても患者が右手術を承諾するか否かを決するに重要な要素とみられるべき範囲に属し、医師として事前にこれを説明すべきものといわねばならない。(中略) 本件患者の死亡は、手術のために施用した麻酔薬の注射に起因するものであって、右手術ひいてはそのための本件注射は本件患者の有効な承諾を得ない点において違法であり被控訴人は不法行為者として、本件患者の死亡により生じた損害を賠償すべき義務がある」として、逸失利益五〇〇万円及び慰謝料二〇〇万円、計七〇〇万円の支払いを命じた。

本件において注目すべきは他の裁判例とは異なり、説明義務違反とその後の治療行為によって生じた損害との相当因果関係についてなんら述べることなく、患者に生じた全損害の賠償を認めている点である。むしろ、なぜ患者の死亡についての損害を賠償すべきかについての根拠が明確に示されていない。「本件患者の死亡は、手術のために施用した麻酔薬の注射に起因するものであって、右手術ひいてはそのための本件注射は本件患者の有効な承諾を得ない点において違法であり被控訴人は不法行為者として、本件患者の死亡により生じた損害を賠償すべき義務がある」との判示から推測するに、本件判決は治療行為傷害説的な見解、すなわち、患者の有効な承諾のない治療行為それ自体が違法行為であり、医師は患者に生じたすべての責任を負うべきであるとする見解に立っているのではないだろうか。本件は、右に挙げた点のみを根拠に、医師に全損害の賠償を認めているが、本件においては、説明義務が尽くされたとしても、患者が当該手術を拒否したかどうか、かならずしも明確ではなかったからともいえよう。それでは、患者の有効な承諾がなく、また、説明義務が尽くされていたらば、当該治療行為を回避していた可能性が高いという両方の事情が存在する場合はどうであろうか。

【裁判例2】新潟地判平成六年二月一〇日判タ八三五号二七五頁

〔事実〕 XはY病院において診察を受けたところ、小脳付近に脳動静脈奇形（AVM）が発見されたため、バルーンカテーテルを用いた塞栓術を受けることとなった。その後Xは同手術を受けたが、その最中に昏睡状態となり、その後意識を回復したものの、身体障害者一級の後遺症が残存した。Xらは、Yが塞栓術の適応の判断を誤ったこと、手術の危険性唐について説明義務を怠ったこと、手技ミスがあったことなどを主張して一億三千万円余を請求した。

〔判旨〕 まず当該塞栓術の適応については、医師らの判断に誤りがあったとは認められないといたうえて、説明義務については以下のように判示した。「担当医らは、業務上、患者である原告の診療・治療に際し、その診療当時の臨床医学の実践における医療水準に従い、適切な治療を行い、その生命・身体を保護すべき注意義務があるところ、前記のとおり本件手術の有効性や必要性については検討の余地が大きいかかわらず、担当医らは、説明義務を尽くさず、原告の適法な同意を得ることなく、本件手術を実施したものであるから、本件手術により原告に生じたすべての損害を賠償しなければならない。また、前述の通り本件手術の有効性や必要性には重大な疑問があったのであるから、担当医らが説明義務を尽くしていれば、原告が本件手術を受けなかった可能性が高く、本件手術を受けなければ原告に本件後遺症が生じることもなかったことが認められ、いずれにしても担当医らは原告に生じたすべての損害を賠償する責任があるといわなければならない」として、入院雑費、介護費用、家屋改築費、逸失利益、慰謝料相当額から身体的素因を考慮して二〇パーセントを減額したうえて七七〇〇万円余の損害賠償を命じた。

【裁判例2】においては、「担当医らは、説明義務を尽くさず、原告の適法な同意を得ることなく、本件手術を実施したものであるから、本件手術により原告に生じたすべての損害を賠償しなければならない」と述べ、【裁判例1】よりも明確に治療行為傷害説の立場を表しているといえる。しかし、その後には、もし、医師が説明義務を尽くしていれば、

本件手術を受けなかった可能性が高いという理由により、医師の説明義務違反と後遺障害との相当因果関係を認め、その両方の根拠から、患者に生じたすべての損害の賠償を認めているのである。本件判決は「いずれにしても」と述べていることから、患者の有効な承諾がなのままに手術が行なわれたこと、また、説明義務が尽くされていれば、当該手術を回避できたことのどちらの根拠でも、医師は患者に生じた全損害について賠償責任を負うということになるか。

【裁判例1】【裁判例2】においては、治療行為傷害説的な立場をとりつつ、その結果として医師に患者に生じた全損害についての賠償を認めている。しかし、裁判例のなかには、治療行為傷害説的な立場を表明しつつも、【裁判例1】【裁判例2】とは異なる結論を導くものもある。次に【裁判例3】をみてみることにしよう。

【裁判例3】 広島地判平成元年五月二十九日判時一三四三号八九頁

〔事実〕 Xは下腹部痛のためY₁病院においてY₂医師の診察を受けた。Y₂は虫垂炎の疑いをもち、Xに手術の必要性につき説明をしたところXはこれに承諾した。医師Y₂、Y₃は、虫垂切除手術のため麻酔をかけたところ、触診によって、下腹部痛の原因が虫垂炎ではなく左右両側の卵巣嚢腫であることが判明したため、Xに左右卵巣を摘出するかもしれないと説明し、その承諾を得た。その後、開腹手術を開始したところ、左卵巣には嚢腫があったが、右卵巣には嚢腫がなく子宮筋腫であることが判明したため、Y₂、Y₃はXの姉の承諾を得て、子宮摘出の手術を行なった。そこでXは、手術の適応がないのに子宮全摘出をした点に過失があり、Xの承諾のないままに行なわれた手術は違法であるとしてY₁、Y₂、Y₃に損害賠償請求をした。

〔判旨〕 判決はまず、手術の適応については、それ自体の適応は認められたものの、子宮の全部摘出については、その筋腫が一般的な大きさであったことから、筋腫核手術を行なうべきであり適切ではなかったとした。次に患者の承諾については、「開腹後、はじめに子宮筋腫が発見され、しかも右卵巣には嚢腫も認められなかったのであるから、少なくとも右卵巣を摘出する必要のな

いことは明らかであるというほかなく、被告Y₂及びY₃としては、原告に対し、新たに右状況、術式の方法及び予想される危険性等を十分説明する義務があり、そのうえで子宮全摘術を実施することの承諾を得る必要があるものというべきである」として、当該子宮全摘術の実施は、原告の適法な承諾を得ないでなされた違法な医療行為であるとした。そして、その損害としては、原告Xが子宮を喪失したことによる精神的、肉体的慰謝料として一二〇〇万円を認容した。

【裁判例3】においても、【裁判例1】【裁判例2】と同様に、治療行為傷害説的な立場が採られている⁽²⁷⁾。しかし、本件においては、前の二判決とは異なり、認容されているのは子宮を喪失したことによる精神的な慰謝料のみである。しかし、純粹に治療行為傷害説の立場に立つならば、本件において認められるべきは、前二判決のように、子宮を喪失したことによるすべての財産的損害⁽²⁸⁾であると思われる。その意味では、前二判決との整合性が保たれていないし、⁽²⁹⁾このことは、わが国おいての裁判例の治療行為傷害説に対する立場の不明瞭さを浮き彫りにしているといえよう。

(3) 説明義務違反の法的効果として手術の結果として生じた損害の賠償を認めるもの

・説明義務違反と事後の悪結果との間の因果関係を認めるもの
ここでは、説明義務違反が認められる場合において、当該説明義務違反と、その後の治療行為によって生じた損害との間の因果関係を認めた裁判例をみることにする。

【裁判例4】宮崎地判平成六年九月一二日判タ八八〇号二五八頁⁽³⁰⁾

〔事実〕 Aは緊急入院先の病院において、くも膜下出血と診断され、医師YはAの夫であるXらに対して病像、原因、予後、

医師の説明義務違反事例における因果関係と賠償範囲

今後の治療方針を説明した上で、通常行なわれるクリッピング手術ではなく、準備等に二週間ほどの期間を要するバイパス・頸動脈結紮術を行なうことになった。Aに対しては、手術までの間保存療法が施されていたが、数日後突然昏睡状態になり、Xらの要請により急遽、クリッピング手術が行なわれ、手術自体は成功したものの、一六日後に皮下血腫による脳ヘルニアが直接の原因で死亡。Xらは、Yの誤った不十分な説明によりバイパス・頸動脈結紮術を選択したのであり、Yが的確な説明をしていればAに早期のクリッピング手術を受けさせており、Aがかなりの高い確率で社会復帰していたとしてAの逸失利益および慰謝料を請求した。

〔判旨〕「本件においては、被告による説明義務が尽くされていたならば、原告Xらが早期クリッピング手術を行なうことを拒否したとは考え難い。(中略)被告によって早期クリッピング手術がされていれば、Aは八〇パーセントの確率で他人の介助なく生活できるまでに回復し、死亡或いは植物状態となる確率は一〇パーセント程度であったと認めることができ。(中略)手術の困難性を根拠として右回復可能性の確率を修正する必要はない。そうすると、被告の説明義務違反とAの死亡との間には相当因果関係を肯定することができる」としてAの逸失利益一三〇〇万余、慰謝料一〇〇〇万円等の支払いを命じた。

本件判決においては、もし医師により説明義務が尽くされていれば、患者はバイパス・頸動脈結紮術ではなくクリッピング手術を選択したとして、医師の説明義務違反と患者の死亡による逸失利益との間の因果関係を認めているのである。その他に、同様に説明義務違反を根拠に、当該治療行為により生じた結果⁽³¹⁾についての賠償を認容している裁判例では、いずれも同様の因果関係の認定の仕方を行なっている。本件判決の特徴としては、右のように説明義務違反と死亡との間の相当因果関係を認めながら、損害の算定の部分において「早期のクリッピング手術が行なわれた場合であっても、大学病院等の主要施設において一〇ないし二〇パーセントの患者が死亡または社会復帰できない程度の後遺障害を

残していること」等を勘案して全損害の七〇パーセントを賠償すべき損害としている点が挙げられよう。たしかに、医師が説明義務を尽くしていれば、その他の治療法を選択していたとしても、その治療法によりかならずしも健全な状態に復帰できるとは限らないため、そのような処理は仕方ないものといえようか。⁽³²⁾ただし、本件事案では、社会復帰できない可能性は一〇パーセントから二〇パーセントと比較的低いものであったが、それが非常に高くなるような場合には、後に述べるようにそもそも因果関係が否定されることにもなりえよう。

【裁判例5】名古屋地判昭和五六年一月一八日判時一〇四七号一三四頁

〔事実〕 二七歳の女性が、脱毛治療のため被告病院に通院。通院中の施術はすべて医師ではなく看護婦が行っていたが、ノールコロナの方法による脱毛治療の効果はまったく現れず、両足に火傷を負った（火傷は三か月で治癒し焼痕も消滅）という事例である。

〔判旨〕 判決は、まず脱毛施術自体には過失はなかったとしつつも、説明義務に関しては「本件においては、治療が一種の美容整形であって、身体の保全に必要不可欠なものではなく、しかも世間では脱毛の治療の効果があまりにも期待できないことについては知られていないうえ、治療に際しては軽微とはいえ身体への侵襲を伴うものであることからすれば、治療にあたる医師は最小限永久脱毛は困難であること、ノールコロナの方法による場合は治療部位に一時的ではあるが焼痕が残ることを説明する義務があった」として説明義務違反を認めたらうで、もし被告の説明義務が尽くされていれば、原告は被告病院の治療を受けなかったと認められるとして、原告が治療費として被告に支払った約二〇万円と長期間にわたり無益な治療を受け続けたことによる精神的苦痛に対する慰謝料三五万円、計五五万円の支払いを命じた。

本件における脱毛手術は、判旨が述べるように身体の保全に必要な不可欠なものではない。それゆえ患者としては、十分な説明を受けていけば、手術を選択しなかった可能性は十分にある。当然のことながら、手術を受けなければ、本件のような火傷や無駄な治療を受けることはなかったわけであるから、【裁判例4】とは異なり損害が割合的に認定されることはないであろう。本件の事案においては、治療行為による直接的な怪我（火傷）はすでに完治しているため、治療に要した費用そのものが損害とされた。本件のような美容整形の事案においては、自己決定権侵害による慰謝料や、体に醜状が残存したことに對する慰謝料を認容するものは多く見られるが、本件のように説明義務違反が尽くされていないならば、患者は本件治療を受けなかった旨を明確に述べ、治療費相当額の賠償を認めており、本件匿名コメントが述べるように医療過誤事件としては異色のものであるといえよう。

(4) 説明義務違反の効果として慰謝料のみを認めるもの

以下では、説明義務違反が認められる場合において、治療行為により生じた損害の賠償は認容せずに、慰謝料のみを認める裁判例について、その根拠ごとに概観することにする。

- ・説明義務違反と治療行為により生じた損害との因果関係を否定するもの

【裁判例6】 東京地判平成四年八月三十一日判タ七九三号二七五頁

〔事実〕 Aは、Y設置の病院において診察を受け、脳動静脈奇形（AVM）と診断され、医師からその摘出をすすめられたため、AVMの摘出手術を受けたが、AVMの完全な摘出には至らず、第二回目の手術において脳腫脹を引き起こして死亡。原告は、治療上の過誤とともに、医師による説明義務違反として、本件手術は危険かつ適応性がなく、緊急性もないにもかかわらず、

本件手術以外の治療法についての説明や手術をしなかった場合の状況についての具体的な説明がなかったと主張した。本判決は、治療上の過誤については否定したものの、医師の説明義務違反は認め、当該説明義務違反と患者の死亡との因果関係について以下のよう判示した。

〔判旨〕 本判決は、医師が手術の危険性について十分な説明をしていればAが手術を承諾しなかった可能性をまったく否定することはできないとしながらも「手術を受けず保存的治療に委ねた場合の予後については、前述のとおり、出血して死亡する可能性は一パーセントの確率であり、しかもAの余命は長く、死亡に至らずとも相当な後遺症を残す危険性もかなりの確率で存在した：しかも証拠によればAは入院当初から手術をすることを覚悟していた形跡がある。：また、本件は、実際に開頭して手術を進めてみると予想外に癒着が強く、手術が困難を極め、結果的には不幸な帰結に至ったものの、被告病院の設備とスタッフを考えれば、手術前にはそれほど高度な危険性を伴う手術とみることはできなかった。これらの事実を併せて考えると、Aが担当医から十分な説明を受け、手術にある程度の危険性を伴うことを具体的に知らされたとしても、手術を承諾した可能性を否定することはできない」として当該医師による説明義務違反とAの死亡との間の相当因果関係を否定した。

これまでみてきたように、説明義務が尽くされていれば当該治療を拒否または他の治療法を選択したということが、説明義務違反と逸失利益等治療行為により生じた損害との間の相当因果関係を肯定する根拠とされていた。そうすると、説明義務が尽くされていたとしても、当該治療を拒否した、または他の治療法を選択した可能性が低く、当該治療法を選択した可能性が否めない場合には、相当因果関係が否定されるということなる。【裁判例6】においても、当該手術の危険性が極めて低く、また患者も入院当初から手術を覚悟していた形跡があることから、たとえ十分な説明がなされたとしても「手術を承諾していた可能性を否定することはできない」として説明義務違反と患者の死亡との相当因果

関係を否定したのである。本件判決のような根拠で、説明義務違反と治療行為によって生じた損害との相当因果関係を否定する裁判例は多い(このような因果関係の否定の根拠はドイツの仮定的同意の問題に近似する)⁽³³⁾

しかし、もし医師による説明が十分になされれば、当該治療行為が回避されたとしても、他の有効な治療法が存在しない場合や、他の治療法を選択していた場合でも同様の結果を防げた可能性が低い場合には、どのような判断がなされるのであろうか。次の【裁判例7】をみてみることにしよう。

【裁判例7】熊本地判昭和五二年五月一日判時八六三号六六頁

〔事実〕 被告Y₁病院によって僧帽弁狭窄症であると診断されたAは、被告Y₁病院の担当医師により、僧帽弁置換手術を勧められた。Aらは、友人が治療を受けたB病院において手術を受けることを望んだが、担当医師らは、当該手術の死亡率は一五パーセント程度であること、また、Y₁病院において同手術の成功例がある(実際はない)、Y₁病院の設備はB病院に劣らないなどと述べた結果、Aらは手術を承諾。その後、手術が実施されたが、手術後に当該手術に起因する腎不全によりAが死亡した事例である。Aの両親Xらは、担当医師らの欺罔行為により手術を承諾させられ、その結果Aが死亡するに至ったとして、Y₁に対して二五〇〇万円余の損害賠償を請求。

〔判旨〕 本件判決は、担当医師らがY₁病院において、当該手術の成功例があるなどと述べたことに対して、実際は成功例は存在しなかったことを認め、その事実をAらが知っていればAらは手術を承諾したとは認められず、故意に虚偽の事実を述べてAから承諾を得たものであるから、そのような承諾は真摯かつ有効な承諾とはいえないとして、そのような有効な承諾なしに当該手術を行なったことにつき不法行為による責任を負うとした。Aの逸失利益と当該不法行為(説明義務違反)との因果関係については、「B病院での治療によりAの余命が延びかつ通常の健康人と同程度に働き得たというのはあくまでも仮定の問題である」

こと、Aはもし手術を受けずにそのままの状態であれば、余命は二年から三年であったこと、また、本件手術自体にはなんら過誤がないことなどに鑑みて、当該不法行為とAの逸失利益には相当因果関係がないとし、「手術をしないで余命を生きるかあるいは他の病院で手術を受けるか等選択の余地を有した」のに担当医師によってその機会を奪われたとして二〇〇万円の慰謝料を認容した。

本件判決においては、医師が十分な説明を虚偽なく行っていれば、患者が手術を承諾したとは認められないとしており、説明義務違反と死亡との間の因果関係が認められそうであるが、以下の理由により否定している。すなわち、①Y₁病院での当該手術を拒否し、B病院において手術を行なったとしても患者の余命が延び、健康人と同様に働ける状態になるというのは仮定にすぎない、②当該手術を受けなかった場合は余命は二〜三年であった、③本件手術には過失がないという三点である。ここから、読み取れることはY₁病院での手術を拒否したとしても、他病院で同様の手術を受けるか、そのままの状態にいるかの二つの選択肢しかないわけだが、どちらにしても患者の病気が完治し、健康人と同様に働ける状態になる可能性は低いといえる。そうすると、たとえ医師に説明がなされていれば手術を承諾しなかった可能性が高くても、当該説明義務違反と患者の死亡との因果関係は否定されることになる。⁽³⁵⁾この点は、ドイツの説明義務違反事例における医師側の抗弁事由とされている仮定的因果関係(Hypothetische Kausalität)⁽³⁶⁾の考え方に近似性を有すると思われる。医療訴訟においての不作為の因果関係の場合には、結果回避義務が尽くされていたならば、という仮定の事象としての因果の流れを推測し、当該結果を回避できた蓋然性をもって因果関係を判断することになるわけだが、やはり説明義務違反の場合にも当然に、説明義務を尽くしたならば他の治療法が選択されたという事情だけでは足りず、その治療法により当該悪結果が回避された蓋然性が高くなければ因果関係が認められないのは当然であろう。

ところで、右のように当該手術を回避して、他の治療法を選択していたとしても、救命可能性がそれほど高くない場合には、自己決定権侵害を根拠とする慰謝料のみが認容されることになるわけだが、本件判決においては自己決定権という言葉は用いられずに、機会の喪失という言葉が用いられている。本件と同様に、機会の喪失という言葉を用いる裁判例は複数あり、また、説明義務が尽くされ、他の治療方法が選択されていれば「その死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性は認められる」として、いわゆる「相当程度の可能性」が侵害されたことを根拠とするものもある（大阪高判平成一三年七月二六日判時一七九七号五一頁⁽³⁸⁾）。自己決定権侵害と機会の喪失とは、完全に同義であるとはいえないが、「自己決定権が侵害された」というコンテクストも「自己決定する機会が失われた」との言い換えが可能であることから、少なくとも説明義務違反が問題とされる裁判例においては、ほぼ同義で用いられ、厳密な意味での使い分けがなされているわけではないと思われる。

これまでは、不作為不法行為の原則に従い、もし説明義務が尽くされていたならば当該治療が回避されたかどうか因果関係の存否をわけるメルクマールとされてきた。以下では、それ以外のメルクマールによって因果関係の存否を決めている【裁判例8】【裁判例9】を見てみることにしよう。

【裁判例8】高松地判平成九年三月一日判時一六五七号一一〇頁⁽³⁹⁾

〔事実〕 右肩に腫瘍ができ、その検査と手術のために入院していたAは、当該腫瘍の検査のため血管造影検査を受けた。検査後Aは、頭痛と嘔吐を訴え、翌日心停止と呼吸停止に陥り意識を失い、一旦蘇生したものの、一ヶ月後に死亡。Aの遺族らは担当医師に、①適応のない検査を実施した点、②説明義務違反、③カールテール操作上の過失、④造影剤選択の誤り、⑤造影剤の過剰使用、⑥造影の中止義務違反、⑦造影剤の副作用に対する治療措置の誤りなどの過失があると主張し、損害賠償を請求した。

〔判旨〕 本件判決はまず、患者の腫瘍が悪性か良性であるか、血管造影検査の実施目的に関する説明は、医師の説明内容として欠くことのできないものであり、この点について十分情報提供しなかった担当医師は説明義務を尽くしたとはいえず、このような状況の下でなされた当該検査はAの自己決定権を侵害するものとして違法性を帯びるとした。しかし、説明義務違反と検査の結果生じた損害との因果関係については、「このような場合でも、Aの腫瘍の治療及び診断の目的で腫瘍の摘出手術を行なうこと及び右手術を前提として本件血管造影を施行すること自体に客観的な医学的相当性があり、それが医学的にみて適切な方法で実施された場合には、右手術または検査から生じた結果との間には因果関係がない」とした（結果的には、カテーテルの操作上の過失及び造影剤の使用過誤と逸失利益との因果関係を認めている）。

【裁判例9】東京高判平成一一年五月三十一日判時一七三三三三七頁

〔事実〕 Aは左半身麻痺の症状により、A V Mと診断され以後五年間のA V Mの経過観察と投薬治療を受けてきた。その後、国立病院のB医師によりA V Mの全摘手術受けたところ、手術後に片麻痺など重篤な後遺障害が残った。Aは本件第一審継続中に死亡したため遺族Xらは、不法行為または診療契約に基づく債務不履行を理由として国を相手に損害賠償請求を提起した。

〔判旨〕 本件判決は、まず医師がA V M治療を選択したことについては、誤りであったとまでは認められないとして医師の過失を否定した。一方で、説明義務については、医師の説明は抽象的なものとどまり、A V Mの摘出手術に関する当時の一般的な医学的知見や、本件病院においての手術の成功実績を踏まえた当該手術の危険性と予後についての厳しい側面についてかならずしも明らかにしていないとして、医師の説明義務違反を認めた。しかし、右説明義務違反と後遺障害の残存及びその後の死亡との因果関係については「手術適応の判断や手術前検査の実施に関し担当医師らに過失責任や債務不履行責任を認めることができないう以上、本件手術によって生じた障害（及びその後の死亡の結果）を前提とする損害と控訴人の右説明義務違反の間に相当因果関係を認めることはできない」としたが、右説明義務違反により、Aが治療法を選択する機会が奪われ、自らの人生を真摯に決定する機会を喪失したとして、一六〇〇万円の慰謝料が認容された。

【裁判例8】においては、説明義務違反と検査により生じた損害との因果関係を否定する根拠として、適切な治療行為の介在を挙げている。学説においては、医学的に適切な治療行為が介在する場合には、説明義務違反と治療行為により生じた損害との間の因果関係を否定すべきとの見解が多く見られたが、本件判決はそのような立場に立つものである。本件においては、医師が説明義務を尽くしていたならば、本件検査を回避しえたかどうかの判断は行なわず、当該検査に医学的相当性があること、それが医学的に適切に実施されたことをもってただちに相当因果関係を否定している。しかし、注目されるのは、その後「このような場合には右手術または検査が患者の適法な承諾に基づかずに行なわれる医療行為であることから、その実施方法に関する医師の裁量の範囲は自ずから狭いものになると解するべきであり、医師はその当時の医学的水準に照らして患者に対し加えられる侵襲が最小限のものとなるような方法を選択すべき職務上の注意義務を負い、かつ、医療行為の実施にあたり負う注意義務も通常の場合に比べて高度のものとなるべきで」とあると述べている点である。その文言にしたがうならば、適法な承諾なく治療行為が行なわれた場合、当該治療行為に過誤があったかどうかの判断に際しては、注意義務が通常よりも高くなるということであろう。そして、結果として本件判決においては、医師のカーテル操作上の過誤および、造影剤の使用過誤を認め、それらの過失と患者の死亡による逸失利益等の損害との因果関係を肯定している。本件判決をどのように解するかは、四章からの、説明義務違反構成の機能と関連する問題でもある。すなわち、本件事案では、説明義務違反と死亡との相当因果関係を認めなくとも、技術上の過誤を根拠に死亡による逸失利益を認容することができるとする事案である。もし、説明義務違反構成を副次的なものとして捉えるならば、あえて説明義務違反を根拠にするのではなく、技術過誤を根拠に死亡による逸失利益を認め、説明義務違反の法的効果としては、自己決定権侵害による慰謝料を逸失利益とは別に認めるということになろう（ただし、財産的損害が填補される場合にもなお、自己決定権侵害を根拠とする慰謝料が認められるかは第四章におい

て検討する)。そのように本件判決を捉えるならば、本件判決が医学的相当性のある治療行為の介在を根拠に、説明義務違反と死亡との間の相当因果関係を否定していることには、それほどの意味がないのではないかと思われるのである。それゆえ、本件判決の判断は、医学的に適切な治療行為が介在する場合には説明義務違反と治療行為により生じた損害との間の因果関係を否定すべきという見解にしたがったものとは考えるべきではない。

次に【裁判例9】についてであるが、本件も説明義務違反と障害および死亡との因果関係について、「手術適応の判断や手術前検査の実施に關し担当医師らに過失責任や債務不履行責任を認めることができない」という理由で否定をしている。これは、医学的に適切な治療行為の介在を根拠に因果関係を否定していると捉えてもよいであろうか。本件においても、医師が説明義務を尽くしていたならば、本件検査を回避しえたかどうかの判断は行なわず、右の点のみを根拠に因果関係を否定している。しかし、説明義務違反と本件手術により生じた損害との因果関係を考えるのであれば、説明義務が尽くされていたならば本件手術を回避できたかどうかの問題として判断されるべきものと思われる。本件事案においては、患者の母親が手術の重大性、危険性を認識していたとの認定を行っており、説明義務が尽くされたとしても、当該手術回避できた可能性は少ないものと判断されていた⁽⁴⁰⁾のであろうし、また、仮に説明義務が尽くされ本件手術が回避されたとしても、あとは保存的治療が行なわれるほかはなく、保存的治療が継続されたとしても、もともと生じていた障害が完治する可能性はない。このことから、説明義務違反と後遺障害との因果関係を否定する根拠となりえる。つまり、本件判決においては、右の様々な事情から説明義務違反と後遺障害との相当因果関係が否定されうる⁽⁴¹⁾ところ、それらの事情を総合的に勘案して、相当因果関係を否定しているものと思われる。それゆえに、【裁判例9】における判断も、単純に医学的に適切な治療行為が介在する場合には説明義務違反と治療行為により生じた損害との間の因果関係を否定すべきという見解にしたがったものとは考えるべきではないと思われる。

(5) 小括

これまで、いくつかの裁判例を紹介し、説明義務違反と治療行為により生じた損害との因果関係の存否を決めるメルクマールについて概観してきたが、一部の例外的な裁判例を除いては、説明義務が尽くされたならば、当該治療行為が回避されえたかどうか大きなメルクマールとされている（仮定的同意の問題）。ただし、説明義務が尽くされたなら、他の治療法が選択されていたとしても、その治療法によっても完治した可能性が低い場合や、そもそも患者の病状が進行していたため、余命が限られたものであるような場合には、因果関係が否定される（仮定的因果関係の問題）。

また、学説においては、説明義務違反と治療行為により生じた損害との因果関係を否定する根拠として、医学的に適切な治療行為の介在を挙げるものが多くみられ、実際に、それを根拠に因果関係を否定する裁判例が散見される。しかし、それらの裁判例においては、既に分析したように、単純に医学的に相当性のある治療行為が介在しているということとを根拠に、因果関係を否定しているのではなく、様々な事情から、それが根拠の一つとして挙げられているにすぎないのではないかと推察される。それゆえに、学説において主張されるように、医学的に適切な治療行為が介在する場合には、説明義務違反と治療行為により生じた損害との間の因果関係を否定すべきとの見解を肯定する根拠とはなりえないものと思われる。

第四章 医療訴訟における説明義務違反構成の機能

(1) はじめに

この章では、実際の医療過誤訴訟において、説明義務違反構成が、どのような機能を果たしているのかを分析することにする。ドイツにおいては、既に述べたように、いくつかの事情により、説明義務違反構成が濫用されているとの指

摘がある。わが国においては、ドイツにおいてのように濫用という事態は生じていないが、多くの医療訴訟において、医師の技術的な過誤に並列して説明義務違反が主張されている。このようなわが国の状況において、説明義務違反構成が果たしている、または、期待されている機能はどこにあるのであろうか。それを探るためには次のような問題について考える必要がある。つまり、説明義務違反と技術過誤の両方が認められる場合には、説明義務違反の法的効果はどのように考えられるべきかという問題である。すなわち、技術過誤が認められる場合においては、技術過誤を根拠に患者に生じた逸失利益等の損害を賠償させればすむことになる。その場合において、説明義務違反はどのように扱われるのであろうか。説明義務違反により生じた損害は、技術的過誤により生じた損害に吸収されてしまうと考えるのか、また、技術過誤により生じた損害とは独立した損害として認容されるのか、それとも、その事情がなんらかの増額事由として斟酌されるのであろうか。

以下では、右に挙げた問題について検討を加えていくことにする。

(2) 技術過誤と説明義務違反の両方が認められる場合における説明義務違反の意義

説明義務違反と技術過誤が同時に認められる場合に、説明義務違反の法的効果はどのように考えられるべきであろうか。

まず、裁判例の傾向をみることにしよう。この点につき裁判例の立場は明確ではない。裁判例の中には、①説明義務違反により生じた損害は、技術過誤により生じた損害に吸収されるとするもの（東京地判平成六年一月二二日判時一五三四号五九頁）、②治療行為の技術的な過誤と説明義務違反をそれぞれ認めた上で、それらの過失として、一纏めにして、それらの過失と相当因果関係のある損害として死亡等による逸失利益を認めるもの（福岡地判平成一五年六月二

六日判時一八六四号一二四頁⁽⁴²⁾、福岡地判平成一一年七月二九日判タ一〇五三号一九九頁⁽⁴³⁾、静岡地判平成三年一〇月四日判時一四〇五号八六頁、札幌地判昭和五三年九月二九日判時九一四号八五頁、札幌地判昭和五三年九月二九日判時九一四号八五頁など)、③技術過誤と死亡との因果関係を認めたらうえで、説明義務違反による自己決定権侵害に言及するもの(高松地判平成三年一二月九日判時一四三五号一一六頁、ただし、損害額の算定においてどのように斟酌されたのかは不明)、④技術過誤と患者に生じた死亡等の損害との因果関係を認めた上で、説明義務違反が慰謝料の算定の増額事由になるとするもの(大阪地判平成一四年一〇月三十一日判時一八一九号七四頁など)、⑤法的効果については言及されていないが患者の承諾を得ていないことが技術過誤の過失認定に影響するといふもの(高松地判平成九年三月一日判時一一〇頁)などがあり、その判断には整合性を欠く。

自己決定権侵害構成は、患者が意思決定を行なう環境及び機会を与えられなかったことそれ自体を損害と捉えるわけであるから、もし技術過誤を根拠として財産的損害の賠償がなされたとしても、そのことにより人格的利益に生じた損害が填補されたとはいうことにはならないため、概念的には逸失利益を中心とした財産的損害の賠償の有無とは関係なく、自己決定権侵害による慰謝料が認容されなければならないということになる。それゆえに、自己決定権侵害による損害は身体的に生じた損害や逸失利益とは一応、別個のものとして概念されるべきものである。しかし、裁判例の傾向をみるに、自己決定権侵害に直接言及し、その損害を逸失利益等の財産的損害と明確に区別しているものは極めて少ない。一方で、自己決定権侵害について言及していないその他の裁判例の立場も、説明義務違反により生じた損害は、①のように技術過誤により生じた財産的損害に内包されてしまうとする立場と、説明義務違反の存在が慰謝料増額事由になるとする立場などに分かれている(直接の言及はないが、説明義務違反の態様を勘案し、高額な慰藉料を課すものも②類型の裁判例の中にはある)。

(3) 副次的救済手段としての自己決定権侵害構成

説明義務違反が認められる事例を総合的に見ると、説明義務違反と治療行為により生じた損害との間の因果関係が認められない場合、すなわち身体に生じた財産的損害が填補されない場合は、ほとんどの事例において自己決定権侵害による慰藉料が認容されている一方で、右にみてきたように、技術過誤もしくは説明義務違反とその結果により生じた身体的な財産的損害との間の因果関係が認められ、財産的損害が填補されるときには、自己決定権侵害への言及がなくなるという傾向がある。

同様の傾向は、医療過誤訴訟におけるその他の被害者救済法理においても見られる。たとえば、医師に医療行為上の過失があるにもかかわらず、当該過失と損害との間の因果関係が高度の蓋然性をもって証明できない場合に、つまり、本来的な財産的損害の責任追及から漏れる部分につき、いわゆる、期待権侵害や治療機会の喪失、または相当程度の可能性侵害を根拠に慰謝料を認容することで被害者の救済が図られている。医師の治療行為上の過失と損害との因果関係が明確に認められる場合においても、患者の期待権侵害や機会の喪失による損害は概念でできるはずであるが、そのような場合において、期待権侵害や治療機会の喪失に言及され、それによる損害の賠償が別個に認容されるということはない。つまり、そのことは、期待権侵害や治療機会の喪失などを根拠に認容される慰謝料が、本来の財産的損害の代替物、すなわち副次的な救済手段であり、財産的損害の賠償が認容される場合においては、その中に吸収されることを如実に示しているといえよう。

つまり、説明義務違反における自己決定権侵害を根拠に認められる慰謝料についても同様のことが言えるのではないだろうか。医師の技術過誤がある場合でも、ない場合でも説明義務違反が主張される場合、当該訴訟において本来的に目指されているのは、身体に生じた財産的損害の填補であると思われる（財産的損害がないにも関わらず、説明義務違

反や承諾取得義務違反のみが主張されるのは、エホバの証人輸血拒否事件〔最判平成一二年二月二九日民集五四卷二号五八二頁〕⁽⁴⁴⁾などを除き、極めて稀であろう。そこで、まず技術過誤が存在する場合においては、直接的に身体に悪結果を生じさせたのは、医師の身体的侵襲行為たる治療行為であるから、第一次的に技術過誤を根拠に財産的損害の填補が図られ、技術過誤が存在しないか、存在するとしても損害との間の因果関係が認められない場合においてはじめて、説明義務違反を根拠に財産的損害の填補が図られる傾向にある。そして、説明義務違反と治療行為の結果として生じた悪結果との間の因果関係が認められない場合に、自己決定権侵害が問題とされるのである。つまり、説明義務違反を根拠として認容される慰藉料は、概念的には財産的存在と並存しうるが、実際の裁判例においては、副次的な救済手段であると捉えられているのである。

私見は、非限定説に立ち、説明義務違反構成の本来的な目的が身体に生じた財産的損害の填補にあるとする考えに立つため、右のような裁判例の傾向は妥当であると考ええる。ただし、④の裁判例のように、説明義務違反の態様によっては、それが慰謝料の増額事由として考慮されるべきであろう。また、⑤の裁判例のように、説明義務違反、承諾取得義務違反が、技術過誤の過失認定に影響を及ぼすという考え方は、大変興味深く今後の検討課題としたい。

第五章 まとめ

これまで、説明義務違反の法的効果について、わが国の学説、裁判例を概観し、検討を加えてきたが、最後に、その検討の帰結をまとめることにする。

(1) 説明義務違反の法的効果をめぐる見解は、大きくわけて、限定説と非限定説に分類することが可能であるが、限定説の立場には以下の理由から反対である。ドイツでは、判例において治療行為障害説が堅持されており、そのために

医師責任の無限定な拡大と説明義務違反構成の濫用という事態が生じたため、それに対するアンチテーゼとして、人格権侵害説というラディカルな説明義務違反における医師責任の限定方法が提唱された。しかし、既にみてきたようにわが国においては、判例において治療行為障害説が採られているわけではなく、また、説明義務違反構成の濫用という事態も生じていない以上、医師の説明義務違反の効果を画一的に慰謝料に限定する必要はないのではないか。むしろ、医師の説明義務が結果回避の説明義務としての性質を帯びている場合においては、その保護法益は患者の自己決定権を通して、その先にある身体的侵襲にあると捉え、非限定説を前提としつつ、何らかのメルクマールにより説明義務違反の際の医師責任を限定するほうがより柔軟な処理が可能であると思われる。

(2) 次に、非限定説に立ちつつ、なにをもって医師の責任を限定するかであるが、基本的には仮定的同意と仮定的因果関係の問題に帰結しよう。すなわち、まずは、医師により説明義務が尽くされていたならば、当該治療行為が回避されたのかどうかの判断が行なわれるべきである。その際に、当該治療行為が医学的に適正であったか否かは問題とならない。また、説明義務が尽くされ、当該治療行為が回避されたとしても、他の代替的治療方法が存在しない場合や、他の治療行為が選択されたとしても、同様の結果が生じていたと考えられる場合には、医師の説明義務違反と治療行為により生じた結果との相当因果関係は否定される（仮定的因果関係）。そして、そのような限定手段により、説明義務違反と治療行為により生じた結果との間の因果関係が否定される場合には、自己決定権侵害を根拠とする慰謝料が認容される。

(3) 裁判例の傾向をみるに。まず技術過誤が存在する場合においては、第一次的に技術過誤を根拠に財産的損害の填補が図られ、技術過誤が存在しないか、存在するとしても損害との間の因果関係が認められない場合においてはじめて、説明義務違反を根拠に財産的損害の填補が図られる。そして、説明義務違反と治療行為の結果として生じた悪結果との

間の因果関係が認められない場合にはじめて、自己決定権侵害が問題とされるのである。それゆえに、自己決定権侵害を根拠に認容される慰謝料は、概念的には財産的損害と並存しうるが、期待権侵害や治療機会の喪失及び相当程度の可能性侵害を根拠とする慰藉料と同様に、本来的な財産的損害の填補がなされなかった場合の副次的救済手段であると捉えるべきである。

- (1) 唄孝一『医事法学への歩み』（岩波書店、一九七〇年）三頁以下。
- (2) 当該問題を最初に詳細に論じたのは栗屋教授の論稿であると思われる（栗屋剛「医師の説明ないし承諾取得の瑕疵に起因する損害」西南学院大学大学院法学研究論集一号二七頁以下（一九八二年）。その後、当該問題について詳細に論じるものとしては、河原格『医師の説明と患者の同意』（成文堂、一九九八年）一八六頁以下、小池泰「説明と同意―医師の責任の合理的範囲をめぐって（一）（二・完）」法学論叢一四一巻三三九頁以下（一九九八年）、一四三巻一号八九頁以下、松井和彦「医師の説明義務違反の法的効果に関する一考察」修道法学二二巻一・二号二七七頁以下（二〇〇〇年）、中野希世子「医師の説明義務違反による損害賠償の範囲」福岡大学大学院論集三六巻二号九一頁以下（二〇〇四年）がある。
- (3) 栗屋・前掲注（2）四九頁。
- (4) 栗屋・前掲注（2）四九頁。
- (5) 廣瀬美佳「患者の承諾と医師の説明義務」早稲田大学大学院法研論集一五九頁（一九九一年）。
- (6) 新美育文「医療契約と医療過誤」谷口知平∥加藤一郎編『新版・民法演習4』（有斐閣、一九八〇年）一六五頁以下。
- (7) 廣瀬・前掲注（2）一六〇頁。
- (8) Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse §§ 823-825, Rn I 76 (S. 763f.): Katzenmeier, Arzthafung, 2002, S. 322f.: Laufs/Ubenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., 2002, S. 533f.: Ehlers/Brogie, Arzthafungsrecht, 3. Aufl., 2005, S. 229f.: Geiß/Greiner, Arzthafungspflichtrecht, 5. Aufl., 2006, S. 201f.などを参照。また治療行為傷害説がドイツにおいて採られる経緯につき、町野朔『患者の自己決定権と法』（東京大学出版会、一九八六年）四七頁以下を参照。
- (9) 小池・前掲注（2）七一頁。

(10) 山下登「医師の説明義務をめぐる最近の議論の展開(1)」六甲台論集三〇巻一号一〇五頁以下(一九八三年)。その他に、説明義務違反構成は、診療過誤の立証が成功しそうでない場合の「くるしまぎれの訴訟原因(Notlagegrund)」とよばれていることが紹介されている。

(11) Uhlenbruck, *Ärztliche Haftung bei Erweiterung oder Abänderung des Operationsplane*, VersR 1968, S. 1102.

(12) Staudinger, a. a. O., S. 764f.

(13) 河原・前掲注(2)一七四頁。

(14) 稲垣喬『医師責任訴訟の構造』(有斐閣、二〇〇二年)一五〇頁。

(15) 金川琢雄『診療における説明と承諾の法理と実情』(多賀出版、一九八八年)二〇頁以下。

(16) 野田寛「医療事故」『法学セミナー増刊 不法行為』(日本評論社、一九八五年)二一六頁。

(17) ドイツにおける学説は治療行為障害説と人格権説に純然と分類されるわけではない。たとえば、Deutschによれば、患者からの適法な同意のない治療行為は、第一に患者の決定の自由、すなわち一般的人格権を侵害することになるが、一般的人格権を通してその人格権の背後にある肉体的不可侵性をも侵害することになるから、身体侵害に伴う財産的損害がその保護領域であるとする(Deutsch, *Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriffs in Zivilrecht*, NJW 1965, 1985. 河原・前掲注(2)一八一頁、小池・前掲注(2)七七頁)。

(18) 松井論文・栗屋論文などでは、説明義務違反により認められる賠償範囲を自己決定権侵害による慰謝料に限定しない見解を「非限定説」としてカテゴリー化しており(松井・前掲注(2)二七八頁以下)、本稿においても同じカテゴリー化を行なうことにする。

(19) ドイツにおいて、説明義務違反による身体的損害の賠償をめぐる問題について、説明義務違反の濫用に対応するため、また、治療行為障害説に修正を加えるために判例により用いられた理論を簡単にまとめておく。嚙矢となる連邦裁判所判決である、いわゆる腸穿孔事件(BGHZ 90, 96)においては、患者の同意がない医師の検査行為は違法であるとしつつも、①患者が適切な治療を受けていたとしたら当該治療を受けていたかどうかは明らかでない(仮定的同意の問題)こと、また、②説明が不要な危険から生じた損害については医師の説明義務の保護範囲内にはないことを根拠として医師の責任を否定した。しかし、腸穿孔事件判決において示された②の点はいわゆるコーチゾン注射判決(BGHZ 106, 391)において、医師が基本的説明(Grundaufklärung)を欠いた場合においては、たとえ説明義務のない危険が患者に生じた場合であっても侵襲によって生じたすべての損害について責任を負わなければならないとされたことにより、その射程が相当に狭いものになったといえる(BGHZ NJW 1991, 2346; BGHZ 1996, 777; BGHZ, 2001, 2798なども同旨)。ただし、BGHZ, 144, 1によれば「説明されなくてはならず、事実、説明された危険が(…)実際に起きた場合、規則によれば、説明に際して他の危険についても述べる必要があったかどうかは関係ない。むしろ患者は、実際に起こった危険を承

知して同意したのだから、したがって賠償責任をこの手術から引き出すことはできない。さらに、他の危険についてコメントされていれば、場合によっては同意を拒否していたかもしれないかどうかの考察は、必然的に推測によらざるを得ないので、損害賠償請求権の根拠とはなりえない」としている (Katzenmeier, a. a. O. S. 347)。①の仮定的同意については注(34)を参照。

(20) 中村哲「医師の説明と患者の判断・同意について」判タ七七三号一九頁(一九九二年)。

(21) 稲垣・前掲注(14)一五〇頁。

(22) 日本医事法学会「医療における説明と承諾の問題状況〈討論〉」(金沢文雄発言)法時五五卷四号八六頁(一九八三年)

(23) 淡路剛久「医療契約」谷口知平・加藤一郎編『新民法演習4』一八五頁(有斐閣、一九七五年)。

(24) この点については Deutsch による同様の指摘 (Deutsch, *Arztrecht und Arzneimittelrecht* 2. Aufl., 1991. S. 133f) がある。

(25) この点については、手嶋豊「医療における同意の前提としての説明義務に違反したために認められた慰謝料額の算定に関する考察」ジュリー一九九号一八頁以下(二〇〇一年)が詳細である。

(26) 手嶋豊「医療と説明義務」判タ一一七八号一八九頁(二〇〇五年)。

(27) 本件判決の匿名コメントも「医師の行う手術等の医的侵襲は、患者の身体の一部に損傷を生じさせることから、原則として患者の身体に対する違法な侵害行為であり、患者の承諾はその違法性阻却事由であるとされていることからみて、本件判決は当然の結論である」として本件が、治療行為傷害説に立つことを認めている。

(28) ただし、子宮の喪失を財産的にどのように評価するのかという問題は残る。

(29) 河原教授も、本件判決の評価として、「首尾一貫していない」と述べられる(河原・前掲注(2)一七五頁)。

(30) 本件評釈として、塚本恭司「判例紹介」年報医事法学一一号一二二頁(一九九六年)。

(31) その他に同様の判断をする裁判例として、東京高判平成一六年一〇月二八日判例集未登載(肺がん治療のため右肺葉切除手術中に、手術前に炎症と判断していた部位が、がんの肺内転移であることがわかり、がんの臨床病期が判明した場合において、家族に対して判明した事実を説明することを怠り、そのため手術が続行され、患者に合併症が生じた結果、長期間の闘病の末死亡した事案において、説明義務違反と患者の死亡との因果関係を認めた)、福岡地小倉地判平成一五年六月二六日判時一八六四号一二四頁、福岡地小倉支判平成一五年一月九日判タ一一六六号一九八頁、東京地判平成一四年七月二八日判例集未登載(未破裂脳動脈瘤の患者に対してコイル塞栓術を実施したところ、患者が死亡。技術上の過誤は認められなかったが、手術の危険性に関する説明義務違反があり、説明義務違反と死亡との因果関係が認められた。また、代替的治療措置を受けたとしても五パーセントの後遺症の残存および死亡の可能性があったとして損害額が三割減額された)、新潟地判平成六年二月一〇日判タ八三五号二七五頁(本稿【裁判例2】)などがあるが、その数は少ない。また、最判平成一七年九月八日判時一九一二号一六頁(分娩方法に関する説明義務違反の事例)においては、

破毀差戻しのため、結論は差戻審を待たねばならないが、医師が説明義務を尽くしていれば、最初から帝王切開が選択された可能性が高く（帝王切開を強く希望していた）、帝王切開を選択していれば胎児の死亡は避けられたから、医師の説明義務違反と経膈分娩を選択したために生じた胎児の死亡の結果との間に相当因果関係が認められるものと思われる（小笠豊・医事法判例百選〔別ジュリ一八三号〕一三〇頁〔二〇〇六年〕）。

(32) ただし、統計上の数値をそのまま賠償額の算定に反映させてよいのかは別に検討すべき点であろう。

(33) その他に同様の判断を行なうものとして、東京地判平成一六年二月二三日判タ一一四九号九五頁（評釈として加々美光子「判批」民法情報二二一号八六頁〔二〇〇五年〕千葉華月「判批」横浜国際経済法学一四卷三号二六九頁〔二〇〇六年〕）、名古屋地判平成一五年一月二八日判時一八八四年一〇七頁、仙台高判秋田支判平成一五年八月二七日判タ一一三八号一九一頁、東京地判平成一四年一月二五日判例集未登載、大阪地判平成一四年二月八日判タ一一一〇号一六三頁、東京高判平成一三年七月一八日判時一七六二号一一四頁、東京高判平成一一年九月一六日判時一七一〇号一〇五頁（本件評釈として、吉井隆平・平成一二年一度主要民事判例解説〔判例タイムズ臨時増刊一〇六五号一〇〇頁〕〔二〇〇一年〕）、岡山地判平成一〇年四月二二日判時一六七二号一〇〇頁、高松地判平成八年二月二七日判タ九〇八号二二三二頁（評釈として、別府宏園・医療過誤判例百選〔第二版〕八〇頁）、仙台高判平成六年一二月一五日判時一五三六号四九頁など。

(34) 仮定的同意とは、患者からの説明義務違反責任の追及に対して、医師が十分な説明を尽くしていたとしても患者は当該治療行為に同意していたとする、医師側からの抗弁である。仮定的同意の抗弁は、当初、裁判所はこれを容れたことがなかったが、説明義務違反構成の濫用という事態をうけて、徐々に立証仮定の精密化が行なわれ、ホジキン病判決（BGHZ 90, 103）により以下のような処理が定着している。すなわち、単に患者側が、医師の説明があっても拒絶したとすることは十分ではなく、とりわけ当該治療行為が医学的に必要な措置であった場合には、拒絶に至ったであろうことを患者側が積極的に主張しなければならぬ。その場合には、患者は説明を受けて、実際行われたような手術を受けるかどうか、決定の葛藤（*der echten Entscheidungskonflikt*）にあったという、説得力のある理由を詳しく説明しなければならない（*Katzmeier, a. a. O., S 348*）。しかしこの範囲を超えて、患者はどのように決心したであろうかを説明する必要はない。また、医師が仮定的同意の抗弁をしない限り、患者には供述する機会はなく、被告側の抗弁がない場合、裁判官が患者が拒否する説得力ある理由について、質問することは禁じられている。その他、裁判官はこの場合にも、患者の個人的決意の葛藤の供述に対する立証義務において、過度の要求を課してはならないとされている（BGHZ, NJW 1991, 1543）。

(35) 同様の判断を行なっている裁判例として、東京地判平成一二年三月二七日判タ一〇五八号二〇四頁（乳がん患者に対して、自然治療を実施した医師の説明義務違反が問題となったケースにおいて、医師が説明義務を尽くしていたとしても患者が自然治療を選択し

た可能性が小さくないことのほかに、もし一般的治療を受けていたとしても自然治療により生存した四年間より長く生存できたかどうかは不明であるとして因果関係を否定した。大阪地判平成一〇年一月一八日判タ一〇二一〇二〇一頁（総胆管がん切除のため手術を受けた患者が死亡したケースにおいて、医師の説明義務違反が認められたが、説明がなされ患者が保存療法を選択したとしても延命の可能性は低く、延命期間が認められないため説明義務違反と逸失利益等との間の因果関係は否定されるが「人生のあり方を決定する機会」が奪われたことによる慰謝料三〇〇万円が認容された）など。

- (36) 仮定的因果関係とは、原告側の説明義務違反責任の追及に対して、医師側より主張される抗弁事由の一つである。具体的には、説明義務違反が問題となっている当該治療行為が行なわれなかった（他の治療手段が選択されていた）としても、患者に同程度の悪化であろうと抗弁することができると主張することができる。また、医師側は、他の医師でも同じ治療行為を選択し、同じように失敗したであろうと抗弁することができる。しかし、医師の行為がない場合にくらべて、行為により傷害を蒙る時期が早まった傷害に対しても、医師は責任を負う（Staudinger, a. a. O., S. 792f.）。「ずれにしても医師側に証明責任があるが（ZPO二七八条）ただし、医師の経験や能力の違い、具体的手段の違い、患者の状態の違いに基づく関係者の個性のために、結局まったく異なる結果になる可能性がある。この証明を行うのは非常に難しいとされる（Katzenmeier, a. a. O., S. 350）。なお、仮定的因果関係についての一般的議論については、梶見由美子「不法行為における仮定的因果関係な原因競合と責任の評価—ドイツ法の仮定的因果関係をめぐる議論等を参考にして（一）—」（五・完）「法時一一二四号一七頁以下、同一一二七号一七頁以下、同一一三四号一二頁以下、同一一五三号一七頁以下、同一一六六号一八頁以下（一九八四年—一九八六年）参照。

- (37) いわゆる、「相当程度の可能性」の法理は、最判平成一二年二月二五日民集五三卷二号二三三頁、最判平成一二年九月二二日民集五四卷七号二五七四頁において用いられたものである。その後の同法理の適用状況については、拙稿「開業医に患者を高度な医療を施すことができる適切な医療機関へ転送すべき義務があるとされた事例」大東法学一五卷一号一八九頁以下（二〇〇五年）を参照されたい。

- (38) その他に、判タ一〇九五号二〇六頁、本件評釈として、平沼高明「判批」月刊民事法情報一九八号七六頁（二〇〇三年）。

- (39) 本件評釈として、岡林伸幸「判批」判例評論四八七号「判時一六七九号」二一四頁（一九九九年）がある。

- (40) 本件原審（東京地判平成八年六月二一日判時一五九〇号九〇頁、評釈として金川琢雄「判批」判例評論四六三号一九七頁）においては、十分な説明がなされていたとしても患者が当該手術を選択していた可能性は低くないと明示的に判示している。

- (41) 限定説に立たれる稲垣弁護士によれば、本件の判断は正統的理解であるとされる（稲垣・前掲注（14）一五一頁）。

- (42) 本件においては、説明義務違反と患者の死亡との因果関係についても個別に検討された結果、説明義務違反と死亡との間の因果関係が認定されており、結果として損害については一纏めにされている。

- (43) 本件評釈として、平沼直人「判例紹介」民事法情報一七六号五三頁(二〇〇一年)。
- (44) 本件評釈として、岩坪朗彦「判批」ひろば五三巻七号六四頁(二〇〇〇年)、新美育文「判批」法教二四八号一一頁(二〇〇〇年)、岡田信弘「判批」判例セレクト86〜90(2002)一七二頁(二〇〇二年)、吉田邦彦「判批」判時一七八二号一八一頁(二〇〇〇年)、吉田克也「判批」判例セレクト86〜90(2002)三六一頁(二〇〇二年)、野口勇「判批」法セミ五四九号六五頁(二〇〇〇年)、同「判批」年報医事法学一六号一四二頁(二〇〇一年)、樋口範雄「判批」法教二三九号四二頁(二〇〇〇年)、潮見佳男「判批」ジュリ平成一二年度重要判例解説六六頁(二〇〇二年)、同「判解」医事法判例百選別ジュリ一八三号九六頁(二〇〇六年)、関智文「判批」ジュリ一一五三号一二〇頁(一九九九年)、西野喜一「判批」判タ九五五年九七頁(一九九八年)、星野一正「判批」時の法令一六一四号六六頁、山田卓生「判批」年報医事法学一六号二九二頁(二〇〇一年)、梶木純二「判批」藍野学院紀要一五巻一二三頁(二〇〇二年)、澤登文治「判批」南山法学二五巻四号一五三頁(二〇〇二年)などがあるので詳細については参照されたい。