

主 文

原判決を破棄する。

本件を大阪高等裁判所に差し戻す。

理 由

上告代理人斎藤ともよ，同太田真美，同西村陽子，同高瀬久美子の上告理由第一ないし第四について

1 本件は，被上告人に乳がんと診断されてその執刀により，乳房の膨らみをすべて取る胸筋温存乳房切除術による手術（以下「本件手術」という。）を受けた上告人が，上告人の乳がんは腫瘤とその周囲の乳房の一部のみを取る乳房温存療法に適しており，上告人も乳房を残す手術を希望していたのに，被上告人は上告人に対して十分説明を行わないまま，上告人の意思に反して本件手術を行ったとして，被上告人に対し診療契約上の債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償を請求した事案である。原審において上告人は，被上告人には，乳房温存療法を実施すべき義務の違反，被上告人において同療法を実施しない場合には，それを実施している他の医療機関へ上告人を転医させるべき義務（転送義務）の違反，本件手術を実施するに当たって説明すべき義務の違反などを主張したが，原審は，の各義務違反の主張については被上告人にはそのような義務はないとし，の義務違反の主張については被上告人は説明義務を尽くしたとして，それらをいずれも排斥して，上告人の請求を棄却すべきものとした。これに対して，上告人は，上告を提起したが，上告理由では原審のの義務違反の主張についての判断に関する違法のみを主張している。そこで，被上告人が本件手術を実施するに当たって説明すべき義務を尽くしたか否かの点について，当裁判所の判断を示すこととする。

2 原審の確定した事実関係等は，次のとおりである。

（1）被上告人は，大阪府泉佐野市で医院を開設している医師であり，同医院

の診療科目は、外科、整形外科、胃腸科、内科、理学療法科であるが、同医院は乳がんの専門病院ないし専門医からなる乳癌研究会の正会員であり、その診療科目に乳腺特殊外来を併記して乳がんの手術を手掛けていた。被上告人自身も、本件手術の前に、乳がんか否かの限界事例について乳房温存療法を1例実施した経験があるが、放射線照射は行っていない。

(2) 上告人(昭和23年生)は、平成3年1月28日以降被上告人の診察を受け、手術生検等の結果、同年2月14日までに乳がんと診断された。

(3) 被上告人は、上告人の乳がんについては胸筋温存乳房切除術適応と判断し、平成3年2月16日、上告人に対し、入院して手術する必要があること、手術生検を行ったので手術は早く実施した方がよく、手術日は同月28日が都合がよいこと、乳房を残す方法も行われているが、この方法については、現在までに正確には分かっておらず、放射線で黒くなったり、再手術を行わなければならないこともあることを説明した。また、被上告人は、同月20日、上告人に対し、乳房を全部切除するが、筋肉は残す旨説明した。

(4) 上告人は、平成3年2月15日、乳房を失うのが当然とされてきた乳がんの治療が乳房を可能な限り残す方向へ変わってきたとの新聞の紹介記事に接しており、同記事は乳房温存療法に触れていた。上告人は、同月26日、被上告人の医院に入院し、被上告人の診察を受けた際に、上告人の心情をつづった手紙(以下「本件手紙」という。)を被上告人に交付した。本件手紙は、現存していないが、乳がんと診断され、生命の希求と乳房切除のはざまにあって、揺れ動く女性の心情の機微を書きつづったものであった。

(5) 被上告人は、平成3年2月28日、上告人に対し、本件手術を行ってその乳房を切除した。

(6) 本件手術当時の乳房温存療法についての評価、実施状況等は次のとおり

である。

ア 乳房温存療法は、それが奏功した場合には概ね患者の満足を得ており、同療
法は、外科的侵襲が少ないため、術後の患側上肢の運動障害が少ないことのほか、
美容的側面や患者の精神的側面及び生活の質の観点では、医療水準上確立した療法
(術式)である乳房切除術に比べて優れていると評価できるものである。

欧米では、乳房温存療法は乳房切除術に比べて、乳がんの再発率、生存率の点で
劣っていないか、むしろ優れていることが確認されていた。日本では、乳房温存療
法の普及が比較的遅れており、乳房切除術が主流であった。平成4年7月にまとめ
られた乳癌研究会の調査によれば、その会員である236施設で行われた乳がん手
術中乳房温存療法を実施した割合は平成元年度が6.5%、平成2年度が10.2
%、平成3年度が12.7%であり、また、平成5年1月に公表された別の団体によ
る調査によれば、平成3年に全国の129施設で乳房温存療法が実施され、その
中には、大阪府下では、大阪府立Dの外7病院が含まれていた。日本で実施された
乳房温存療法の報告でも再発例はなく、同療法を実施した医師の間では同療法が積
極的に評価されていた。また、平成元年2月に第49回乳癌研究会で「乳房温存術
と放射線治療」というテーマについてシンポジウムが行われ、同年7月に第50回
乳癌研究会で乳房温存療法の術式がテーマの一つとして採り上げられた。同年4月
、乳房温存療法について安全性、有効性を立証し、その統一的基準を作成するため
に、厚生省の助成により、E付属病院F外科部長であるGを班長とする「乳がんの
乳房温存療法の検討」班(いわゆるG班)が設置され、G班は、同年10月には「
乳房温存療法実施要綱」を暫定的に策定し、大阪府立Dを含む10施設を参加させ
て臨床的研究を開始した。

イ しかし、本件手術当時、G班による臨床的研究成果も未発表であり、日本に
おける同療法の実施報告例は少なく、経過観察期間も短期間であって、同療法の術

式も未確立であった。同療法によるがん細胞残存率や局所再発のおそれの問題について確定的な結論も出ておらず、同療法を実施してもリンパ節に転移していた場合等には他の術式を再度実施する必要があった。同療法の実施に伴って放射線照射を行う必要があるところ、その必要な放射線照射の程度、放射線照射による障害の有無についても研究途上にあった。以上のとおり、同療法の実施にはなお解決を要する問題点も多く、同療法が専門医の間でも医療水準として確立するには臨床的結果の蓄積を待たねばならない状況にあった。

(7) 上告人の乳がんは、G班の定めた「乳房温存療法実施要綱」の適応基準を充たすばかりではなく、本件手術当時乳房温存療法を実施していたほとんどすべての医療機関の適応基準を充たすものであった。

(8) 被上告人は、本件手術当時、乳房温存療法について、同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り、同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、上告人の乳がんが上記G班の定めた「乳房温存療法実施要綱」の適応基準を充たし、乳房温存療法の適応可能性があること及び乳房温存療法を実施していた医療機関を知っていた。

3 原審の判断は、次のとおりである。

医師は、乳がん手術を行う場合には、患者の自己決定権を尊重し、その同意を得るために、診療契約に基づき、乳がんであること及び乳がんの進行程度、性質、実施予定手術の内容、他に選択可能な治療方法とその利害得失、予後について説明すべきであるが、他の術式の選択可能性の説明に関しては、乳房が体幹表面にあって女性を象徴するものであり、本件手術のように手術によりこれを喪失することは、当該患者にその外観上の変ぼうによる精神、心理面への著しい影響を及ぼすものであることを考慮すると、手術の時点において、一般医師に広く知れ渡って有効性、安全性が確立しているもののみならず、専門医の間において一応の有効性、安全性

が確認されつつあるもので、当該医師において知り得た術式も説明義務の対象に含まれると解するのが相当である。

被上告人は、上告人に対し、乳房を残す方法があること、その方法によると放射線で乳房が黒くなることがあり、再度乳房を切らねばならないこともあることを伝えているから、一応、他に選択可能な治療方法、その利害得失、予後のいずれについても言及しているというべきである。

もっとも、上告人の乳がんはG班の定めた「乳房温存療法実施要綱」の適応基準や本件手術当時同療法を実施していたほとんどすべての医療機関の適応基準を満たすものであったから、上告人に対し、その旨の事実を告げた上、同療法を受ける意思があるかどうか確認する必要があったのではないかとの疑問が生じる。しかし、本件手術当時、同療法を実施するには、従来の術式を実施しないことにつき十分なインフォームド・コンセントが必要とされていたこと、本件手術当時、乳房温存療法は、欧米や日本での比較試験や実施例の報告により、その予後等について一応の積極的評価がされており、また、同療法の実施を開始した医療機関も多くあり、その一応の有効性、安全性が確認されつつあったといえるが、同療法は、その実施割合も低く、その安全性が確立されていたとはいえないことからすれば、被上告人において、同療法実施における危険を冒してまで同療法を受けてみてはどうかとの質問を投げ掛けなければならない状況には至っていなかったと認めるのが相当である。したがって、被上告人の上記説明は、他に選択可能な治療方法の説明として不十分なところはなかった。

なお、本件手紙は、その内容が被上告人の上告人に対する胸筋温存乳房切除術が好適との判断を変えさせるほどのものではなかったから、被上告人が上告人から本件手紙の交付を受けたことにより、本件手術に関する説明義務が被上告人に新たに生じたということとはできない。

4 しかしながら、原審の上記判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

(1) 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と解される。本件で問題となっている乳がん手術についてみれば、疾患が乳がんであること、その進行程度、乳がんの性質、実施予定の手術内容のほか、もし他に選択可能な治療方法があれば、その内容と利害得失、予後などが説明義務の対象となる。

本件においては、実施予定の手術である胸筋温存乳房切除術について被上告人が説明義務を負うことはいうまでもないが、それと並んで、当時としては未確立な療法（術式）とされていた乳房温存療法についてまで、選択可能な他の療法（術式）として被上告人に説明義務があったか否か、あるとしてどの程度にまで説明することが要求されるのかが問題となっている。

(2) 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が求められるのは当然である。

しかし、本件における胸筋温存乳房切除術と乳房温存療法のように、一方は既に医療水準として確立された療法（術式）であるが、他方は医療水準として未確立の

療法（術式）である場合、医師が後者について常に選択可能な他の療法（術式）として説明すべき義務を負うか、また、どこまで説明すべきかは、實際上、極めて難しい問題である。

一般的にいうならば、実施予定の療法（術式）は医療水準として確立したものであるが、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、医師は後者について常に説明義務を負うと解することはできない。とはいえ、このような未確立の療法（術式）ではあっても、医師が説明義務を負うと解される場合があることも否定できない。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。そして、乳がん手術は、体幹表面にあって女性を象徴する乳房に対する手術であり、手術により乳房を失わせることは、患者に対し、身体的障害を来すのみならず、外観上の変ぼうによる精神面・心理面への著しい影響ももたらすものであって、患者自身の生き方や人生の根幹に係る生活の質にもかかわるものであるから、胸筋温存乳房切除術を行う場合には、選択可能な他の療法（術式）として乳房温存療法について説明すべき要請は、このような性質を有しない他の一般の手術を行う場合に比し、一層強まるものといわなければならない。

（３） 本件についてこれをみると、被上告人は、開業医であるものの乳癌研究

会に参加する乳がんの専門医であり、自らも限界事例について1例ながら乳房温存療法を実施した経験もあって、乳房温存療法について、同療法を実施している医療機関も少なくないこと、相当数の実施例があって、同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、上告人の乳がんについて乳房温存療法の適応可能性があること及び本件手術当時乳房温存療法を実施していた医療機関を知っていたことは、前記のとおりである。そして、上告人は、本件手術前に、乳房温存療法の存在を知り、被上告人に対し本件手紙を交付していることは前記のとおりであり、原審の認定によっても、本件手紙は、乳がんと診断され、生命の希求と乳房切除のはざまにあって、揺れ動く女性の心情の機微を書きつづったものというのであるから、本件手紙には、上告人が乳房を残すことに強い関心を有することが表明されていることが明らかであって、被上告人は、本件手紙を受け取ることによって、乳房温存療法が上告人の乳がんに適応しているのか、現実に実施可能であるのかについて上告人が強い関心を有していることを知ったものといわざるを得ない。【要旨】 そうだとすれば、被上告人は、この時点において、少なくとも、上告人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被上告人の知る範囲で明確に説明し、被上告人により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、そのいずれの道を選ぶかについて熟慮し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。もとより、この場合、被上告人は、自らは胸筋温存乳房切除術が上告人に対する最適の術式であると考えている以上は、その考え方を変えて自ら乳房温存療法を実施する義務がないことはもちろんのこと、上告人に対して、他の医療機関において同療法を受けることを勧める義務もないことは明らかである。

(4) 以上の点からみると、被上告人が本件手紙を受け取る前に上告人に対し

てした前記2(3)の説明は、乳房温存療法の消極的な説明に終始しており、説明義務が生じた場合の説明として十分なものとはいえない。したがって、被上告人は、本件手紙の交付を受けた後において、上告人に対して上告人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説明しなかった点で、診療契約上の説明義務を尽くしたとはいえない。

5 以上によれば、原審の判断には、診療契約上の説明義務の解釈を誤った違法があり、この違法は判決に影響を及ぼすことが明らかである。論旨はこれと同旨をいうものとして理由があり、その余の上告理由について判断するまでもなく、原判決は破棄を免れない。そして、本件については、更に審理を尽くさせる必要があるから、これを原審に差し戻すこととする。

よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

(裁判長裁判官 奥田昌道 裁判官 千種秀夫 裁判官 金谷利廣 裁判官 濱田邦夫)