

Nursing Facility's Treatment and Family Support at the Change of Condition of the Long Cared Senior.

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2022-03-25 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 石尾, 賢二 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.14945/00028816

入院・入所中の高齢者の状況変化への

病院・施設対応と家族関与の問題について

—終末期前の治療・介護における自己決定と家族支援のための説明義務—

石 尾 賢 二

はじめに

拙稿では、老人医療負担増加に対する介護保険制度創設、措置制度の硬直性等に対する民間化の流れ（措置から契約、地域包括支援）があり、事業の拡大化、多様化とともにそれが責任問題にどのような影響を与えるのか考察した（インフラの民間化では福島第一原発事故で見られるような責任主体が不明確になる問題がある）。医療、介護共に地方自治体が実施すると共に一定の公的監督の下にある民間団体（医療法人、社会福祉法人）が運営主体である状況から民間化により多様な民間団体が運営主体、責任主体となる場合が増え、業務自体も多様化される。自治体が主体としてかわる局面は減少し（助言者としての役割は増える）、責任も監督責任に限定される（医療・介護については公

的保険制度を伴う税支出での運用がある)。医療行為・介護行為は基本的に民間事務とされる(公立病院も国賠責任ではないとされるので、監督自体も会計中心であり、実質面については形式的なものと解される)。またその際に施設サービス、短期入所、デイサービス、訪問介護・看護などがあり、在宅・予防が重視され、地域の役割、看護師の役割が強化される(地域包括ケアシステム)。病院・施設入所の減少が企図されていると考えられ、専門間の連携に基づく緻密な配慮が要求されると共に、契約の意義が強調され、扶養義務としての家族の関与が問われることにもなる。⁽¹⁾

本稿は、高齢者が病院・介護施設に入院・入所後一定期間経過後に死亡した事案について、入院・入所後の状況・容態の変化、終末期の過ごし方等に対する家族の関与を問題とする。長期間入院・入所する者の状況・容態の変化について施設側でどのような対応がなされるのか、家族はどのように関わるのかである。⁽²⁾主として医療過誤の問題であるが、治療行為以外の問題もある。治療方法については医師の裁量による場合と本人の自己決定の場合がある(いずれの場合も説明義務はある)。終末期前の過ごし方の判断(延命治療か自然経過か、緩和ケア選択)は自己決定の問題であり、治療方法等はそれに基づき判断される。家族の現実の支援も終末期前の過ごし方を決定する上で重要な要素である。自己決定問題については本人の判断能力が不十分である問題と共に時の経過による意思の変化の問題がある。その際、家族と病院・施設のどちらが中心となるべきかという問題も存する。また、家族の現実の支援内容のために具体的な容態変化についての家族に対する説明義務も認められる。介護には治療行為を含め広範な介護行為が含まれ、総合的な対応が問題とされる(施設に応じて入所条件が異なると共に長期入院・入所の減少が企図されている)。

医療過誤・介護事故については不法行為責任と契約責任が競合すると考えられる。病院・施設側の過失について、専門知識に基づく詳細な判断が必要な場合がある(医師は厳しい行為義務が課される)一方、終末期前の過ごし方に

ついでに自主的判断を基礎とする契約内容の問題が重要と考えることもできる。専門性を重視すべきか意思を重視すべきかの問題である（治療行為においては緊急性、難解性のために合意が図られない場合もありうる）。家族の現実の支援も本人の選択にとって重要な要素である。契約責任と考える場合、過失判断は合意に基づく義務の判断となるが、判断能力の問題がある。また、高齢のための事故・容態変化などは施設側の予測しうる事項であり、本人・家族の準備・対応可能な範囲も広く認められる事項と考えられる。施設側の結果回避可能性について人員の問題から厳しい判断が下される点について、当初から予測できる問題として合意による対応可能な問題とする、あるいは、免責条項の範囲の問題とすると考えることもできる。この場合に当初合意のその後の変更の問題、家族の現実的支援に基づく契約の変更の問題がある。さらに、入院・入所後の事故、状況・容態変化について立証の困難性がある（医療事故報告制度があるが、家族の関わりが少なければ確認も困難である）。そもそも医療行為の結果自体不確定である。

本人が事故等の後も生存している場合は施設の過失に対して当然に本人が損害賠償を請求しうるのであるが、本人自身高齢や疾病のために判断能力が十分ではない場合がある。施設との契約内容の理解が不十分である、その後の契約内容の変更についての理解が不十分である、診察の結果の判断が不十分である、治療方法の理解が不十分である等である。そもそも本人自身が責任追及するのが困難である。また、入院・入所中の事故で死亡した場合についてはそれらの問題に加えて家族の関わり方の少ないときは事実認定が困難であるという問題もある。これらを総合判断し、施設の行為義務を厳しく認定することは論理的ではない。説明義務は医師の責任を転嫁する可能性があるものでもあ
るが、自己決定の必要性のために要請されるものでもある。医療・介護行為については定型的行为と裁量的行為の区別が存すると考えられる。責任問題から定型的行为でよいとするのではなく、定型行為は避けられるべきである（個

人個人に応じた行為がなされるべきである)。自己の判断に基づく裁量行為については施設側の過失を厳しく認定するのではなく、契約責任を基礎として、一定の自主的判断事項を認め、本人・家族の了解に基づく裁量行為の尊重が図られなければならない、その意味でも家族支援を求める説明義務が重視される(家族への説明と了解)。施設側が最善と考えることと家族側が最善と考えることが異なる場合に施設側の専門性に基づく判断を優先すべき場合と本人の自己決定を優先すべき場合があると共に家族支援を求めるべき場合があるのである。家族支援は不十分な判断能力の補充に限られず、そもそも本人の自己決定内容が家族の現実の支援態様に左右される。重要な点が家族の協力姿勢である。家族の協力姿勢は、本人が積極的な生活を送るために必要である。入院・入所者の様子は刻一刻と変化し、それに合わせて対応も変化させなければならないが、病院・施設側の把握も限界があり、その変化の認識と対応についてインシアティブを持たなければならないのが、病院・施設側であるのか、本人・家族側であるのか問題となる。このように様々な意味から家族支援が求められなければならない。

また、この問題を考えるについて、地域包括ケアシステムの下での予防・在宅介護中心への移行とアドバンス・ケア・プランニング等における家族の関与形態が関わる。基本的に市町村を中心とする当事者の連携を企図するものであるが、家族の関わり方が中心とされうる。^③

高齢者問題は古くから重要な問題として考察され(近時は少子高齢化問題)、政治的にも積極的な施策が実施され、介護保険、健康保険という社会的な補助が存するのであるが、医療、介護共に契約であり、責任問題についてもこの点が第一に意義を持つものである(契約責任)。介護と医療では生活と治療という目的自体の相違が存するが、重なり合う面も存し、高齢者医療についても生活側面が重視されるべきと考えられる(緩和ケア)。地域包括ケアとしての他

業種連携、専門性増加は好ましいものの、公的負担増をもたらすものであり、相変わず、国家による福祉を重視すべきか（高齢者の単身生活を支援すべきか）、家族扶養が中心であるべきか（同居扶養を重視すべきか）の問題が残る。本稿では、地域包括ケアシステムとアドバンス・ケア・プランニングは、専門家を交えた話し合いを繰り返すことによる家族の役割の重視するものと捉え、入院・入所における状況・容態変化の問題を当初合意とその後の改定のあり方、その際の家族関与のあり方に基づき考察する。医療過誤・介護事故の責任問題を契約責任とし、合意形成と実際の説明義務が重要となるのであるが、本人の意思決定は家族の現実の支援に左右され、施設側が家族支援を求めることも、扶養義務のあり方に基づき考察されなければならない。少子化のために家族介護が期待できないことから、施設の責任を重くすることによる事故等の抑止効果をもたらすべきとも考えられるが、意思決定支援、生活支援としての具体的な家族関与を扶養義務として重視すべきである。家族側からの積極的な関与が望ましいのであるが、施設側からも家族の積極的な関与を求めるべきである（説明義務）。

限界のある状況で関与者それぞれが最善を尽くすために、家族の関与を中心とする継続的合意形成が重要であると考えられる。家族の扶養については消極的な事例（家族が放置・虐待する事例）が多く存するが、この消極性が重要な問題である施設側の家族への働き掛けも重要となる（消極的な家族にとって都合の良い病院・施設であってはならない）。介護の過重負担は分担されるべきであるが、引取扶養が実現できない場合でも、金銭扶養だけでなく現実に支援する扶養義務もあり、また、厳格な責任をもたらしものではないとしても監督義務は存すると考えられる。望ましい介護の実現のために地域包括ケアシステムが企図されたのであるが（介護医療院も創設される）、単身在宅生活が望ましいわけではない。自治体に依存するのではなく、本人・家族を中心に多くの関与者の合理的なかかわりが重要で

あり（地域単位を小規模にすることによって地域全体の相互把握が可能となる等）、本人の最善の生活を支援する扶養義務として家族の負担が認められるべきである。本人のために家族が中心となることを明確にすることによって関係者それぞれの自主的な判断が促進され、本人にとって最善の介護とは何かについての決定が促進される。⁴⁾

一 医療過誤、介護事故における責任と説明義務

1. 医療過誤概観

医療契約とは、医師を履行補助者とする医療機関と患者の契約（準委任契約）であり、医療機関は適切な医療を提供する義務を負い（善管注意義務は医療水準を基準とする）、患者は報酬支払義務を負う（多くは保険診療）。医療過誤については不法行為責任と契約責任が競合すると解されている。⁵⁾ 過失の立証と義務違反の立証は同様とされる。

医療過誤について、医療従事者の医行為と非医行為が区別される。医療従事者とは、医師、歯科医師、看護師、保健師、助産師等であり、介護士も含まれうる。資格が必要とされる医行為（ここでは法律用語としての医行為を用いる）は絶対的医行為と相対的医行為に区別される。医行為は侵襲性のある行為（注射、レントゲン照射、聴診、触診、医薬品の塗布、湿布、内服薬の用法説明、病名の診断等）で、非医行為は侵襲性のない行為であり（補助行為）、例外として、緊急時や日常業務で慣習的に行われている医行為は、非医行為にあたる。介護保険の適用される病院であれば介護保険適用行為がある。⁶⁾

医療過誤が問題となる医行為は、診察による病気判断、治療方法判断、治療実施があり、最善の注意義務が課され

る（最判昭和三六年二月一六日民集一五卷二号二四四頁）。医師の最善の注意義務の客観的基準としての医療水準（診療当時の臨床医学の実践における医療水準）は、医療機関によって異なるとされる（最判平成七年六月九日民集四九卷六号一四九九頁）。また、過失のない場合と結果が異ならないと思われる場合も相当程度の生存可能性に基づく慰謝料が認められうる（行為義務⁷）。また行為義務という点は、輸血感染事件において、問診を適切に行ったとしても問題点が認識できたとは限らない事例で賠償責任を認める、個々の病院に努力義務を課すような医療水準を設定する点においてのみみられる。この点で医師の責任は厳格なものと解されている。

説明義務については、医師に厳格な責任を課すことになる治療に関する問題について、あらかじめ患者に了解を得ておく方法として、いくつかの治療方法のある場合に方法選択を委ねる方法として、また延命治療か自然経過の選択を求める方法として用いられる（がん告知などの問題は事実告知の上での本人ケアが重要とされている⁸）。自己決定権の問題か否かが重要となる。その際に家族への説明も問題となる。

これらの場合に医師の裁量によって判断する場合がある（輸血拒否事件は自己決定権を尊重するが、判断能力の問題はある）。説明内容については「診療情報の提供等に関する指針の策定について（二〇〇三年）」で示している事項が目安となり、「①現在の症状及び診断病名、②予後、③処置及び治療の方針、④処方する薬剤名、服用方法、効能及び特に注意を要する副作用、⑤治療方法が複数ある場合には各々の内容とメリット・デメリット、⑥手術方法、執刀者及び助手の氏名、手術の危険性・合併症、手術しない場合の危険性、⑦臨床試験の場合はその旨及び内容等」とされる⁹。

終末期においては特に緩和ケア、延命の可否をめぐる、医師の判断か患者の判断か問題となる。真実告知の問題

も自己決定の問題も基本的には家族の協力姿勢が重要な意義を持つ。その上で医師の裁量判断を優先させるべきかという問題となる。¹⁰⁾

医療について厳しい義務が課される(行為義務)と共に、医療に対する公的支援・医療経営の合理化(入院から在宅へ)等の政策的な事柄が過大な義務をもたらすことにもなる。治療方法について医師の裁量判断で実施する場合と説明義務に基づく了解が必要な場合がある。医療水準の高度な基準を回避するために説明義務が用いられる危険性があると共に医療機関の治療行為を中心の措置に対する患者ケアの観点からの説明義務が認められうる。正確な情報に基づき結果が明白な場合には裁量判断で問題がないと思われ(ただし結果に対する責任が生じる)、結果が不明確な際に患者が判断すると考えられる(医師の責任回避としてではなく、自らの生活判断のための自己決定として)。終末期にはさらに延命治療の選択が患者側に委ねられる。¹¹⁾

平成二七年に医療事故調査制度が実施され、遺族報告・院内調査を経て医療事故調査・支援センターの調査がなされうる。

2. 介護事故概観(入院中の高齢者の日常生活上の事故等もこれに準じて考えられる)

入院患者は要介護状態でない場合もあり、介護施設の入所条件は施設によって異なり、要介護状態の介護施設入所者は要介護度による相違が存する。特養は要介護三以上の終身利用可能な施設、介護老人保健施設は在宅復帰を目指す施設(原則三か月)、介護医療院は医療を要する方が長期利用できる施設である(病院での長期入院の削減は意図されておらず)、介護療養型医療施設は廃止予定である)。入院患者、入所者の具体的な状態に応じた看護師、介護士等の看

護・介護義務が生じうる。介護職員には有資格者と無資格者があり、食事、排泄、入浴、看護師の補助、食事・移動の介助等の介護行為の他にも、体温や血圧測定、服薬の介助、床ずれ以外の軟膏塗布、湿布を貼る等の医療行為について、できることが異なる（治療行為は医師、看護師等）。介護福祉士（指定養成施設卒業・三年以上の介護業務従事者等の国家試験合格）は介護や介護指導を行う。ケアマネージャー（長期従事者の国家試験合格）は、介護保険制度において、要介護者や要支援者の状況を把握し、さまざまな介護支援やサービスが受けられるようケアプランを作成し、理学療法士等他職種との連携を図る。地域包括ケアシステムでは地域包括センターが他業種連携を図る。

介護事故とは、例えば、「ベッドから車いすへの移乗を職員が介助している際に転落し、医療機関を受診した事例、職員がそばにいない時間帯にベッドから転落し、内出血した事例、原因は不明だが、利用者にあざができていた事例、自殺未遂を繰り返していた利用者の自殺など、予測可能であった自殺の事例」等であり、事故報告基準として、「介護サービス提供中（送迎などを含む）に発生した、利用者に身体的被害（怪我または死亡）のあった事例のうち、医師の診察または入院加療を要したもので受診・入院したが診察・検査のみで処置・処方を行わない事例、処置・処方を伴うが軽微な治療のみの事例、老衰等による自然死または病死の事例を除くものとされる^⑬。損害の程度の区分として、○、ヒヤリハットしたが事故にはならなかった、一、実害はないが影響を与えた可能性があり、要観察、二、施設内で対処、処置した、三、受診や検査、物品修理が必要であった、四、治療が必要、物品使用不可となったとされる。事故の評価基準としての所見の区分は、一、ルール違反で起きる事故、二、ミスが原因で起きる事故、三、基本的な事故防止策、標準的な技術で防止可能な事故、四、事故防止のために高度な知識と技術が必要な事故、五、不可抗力な事故とされる^⑭。

事故発生時の対応として、職員の初期対応は、家族・施設長(管理者)への第一報、事故状況の概要整理であり、施設長(管理者)は、法人への報告、行政への報告、事故対策会議の開催、家族への説明、事故状況の調査、法的責任の判断等をなすとされる¹⁴⁾。

また家族への案内文として、協力を求める以下の記載例がある。一人でトイレに行こうとする入居者に、ご家族から遠慮しないで介護職員を呼ぶようにお話し下さい、入所されてしばらくはご家族からもベッド上の動作に関して注意を喚起して下さい、自宅で安全に歩行できた方でもしくは自重されるようにお話し下さい、認知症や健忘があり転倒などの危険を忘れてしまう入居者様はご家族の協力が欠かせません、歩行補助具があっても転倒する危険が高いことをご家族からお話し下さい、転倒の危険が高くなる薬を服用された場合はご相談させて頂きますのでご協力下さい、ベッドからの立ち上がりよきの転倒を防ぐために家族からもベッドの高さにご注意をお願いします¹⁵⁾。

施設側は厳しい義務が課されるのであるが、あずみの里事件(誤嚥にかかわる死亡事例の際に看護師の引継ぎ等の対応が問題となった)の影響のように業務間の消極的な対応をもたらすべきではなく、積極的に自己の判断に基づく対応がなされるべきである。また、介護保険制度自体も予防・在宅重視と変遷し、地域包括ケアシステムの下で多様な専門家が関わり、病院との連携も図られ、連携の問題も生じる。

二 入院・入所中の病院・施設の責任問題に関する近時の事例(判決文の要約)

1. 入院・入所後の状況・容態変化に基づく介護行為・医療行為の過失判断と説明義務

(1) 入院・入所後、繰り返し転倒事故のあった事例

京都市判令和元年五月三十一日LLI/DB(Xら(亡父の子ら)が、Y運営の介護老人保健施設に入所していた亡父Aが、Yの職員の見守り等の注意義務違反により負傷し死亡したとして、Yに対し、(一)使用者責任等に基づく慰謝料、(二)①入所利用契約上の債務不履行に基づき、②Yの職員による二回目以降の転倒事実の隠蔽等に対し、不法行為等に基づき損害賠償の支払を求めた事案⁶⁾

(A) 事故前の状況

X₂(入所までフルタイム勤務しながら介護する)は、AのケアマネージャーであったGに相談し、平成二七年七月二二日、Yに対し、G作成の同年六月五日付け日常生活動作確認表及びF医師作成の同月二〇日付け介護サービス共通健康診断書等を添付した京都府介護老人保健施設共通申込書を提出し、本件施設の入所利用を申し込んだ(特養は順番待ちであり他の介護老人保健施設は心身状態の不安から断っていた)。申込書については、「要介護三」、「他施設への申し込み」の欄、現在申請中の施設として、「老健」及び「特養」の欄にチェックがされている(在宅復帰)の欄にチェックがされず)。また、日常動作確認表について、移動は「自立」、移動手段は「独歩」、転倒歴は「なし」、行動障害は「徘徊」及び「介護への抵抗」、日常生活自立度として、障害自立度は「A2」(外出の頻度が少なく、日中も寝たり起きたりの生活をしている)、認知症は「IV」(日常生活に支障を来たような症状・行動や意思疎通の困難さが頻繁に見られ、常に介護を必要とする)の欄にチェックがなされている。さらに、介護サービス共通健康診断書には、Aが平成二二年二月一九日からアルツハイマー型老年認知症を患っていること、最近その進行が著しく常に介護が必要であること、同人が過去に肺結核で左上葉を切除したこと等が記載されている。

Yの職員は、本件施設の入所利用申込みを受け、平成二十七年七月二十七日、A及びX₂と面談し、結核治療後片肺となり、片方の肋骨が切除されたこと、短期記憶障害及び見当識障害が見られること等を聴取した。Yの職員は、平成二十七年八月五日、入所検討会議を開き、要介護三の認定を受けていること、障害高齢者日常生活自立度がA2、認知症高齢者日常生活自立度がIVであること等を踏まえた上で、入所利用を承諾した。

Aは、同月一五日入所利用契約を締結し、本件施設に入所した。本件約款には、要介護状態と認定された利用者に対し、介護保険法令の趣旨に従って、利用者が可能な限り自立した日常生活を営めるようにするとともに、在宅生活への復帰を目指した介護保険施設サービスを提供することを目的とし(一条)、利用者及びその家族に対し、利用者の病状、心身状態等が著しく悪化し、本件施設での適切な介護老人保健施設サービスの提供を超えると判断された場合には、入所利用契約を解除・終了することができ(四条③)、利用者に事故が発生した場合は、速やかに利用者の家族に連絡し、必要な処置を取り(一二条一項)、本件施設の医師の医学的判断により協力医療機関等での診療を依頼する旨(一二条二項)定められている。

X₂は、同日Yに対し、Aの足が弱っている気がする旨、肺活量が少なく、運動負荷は気にしてほしい旨を申告した。長谷川式簡易知能評価スケール検査では三〇点満点中二点であった。Yの職員は、Aの認知症高齢者日常生活自立度をIVと判定した上、認知症の周辺症状・行動として、「見当識障害」、「理解・判断力の低下」、「介護への抵抗」、「徘徊」欄をチェックした。立ち上がり時は見守り、移動は独歩で遠位見守りレベル、所在確認は必要である、転倒歴はないものの内出血があり、ふらついている可能性があるなどと評価した(一七日歩行時、左側へのふらつきが見られた)。八月一八日当時、GはXらが他の施設の申し込みをしていること、認知症進行のため、区分変更をすれば、要介護

四程度は出る可能性があることを申告した。

Yの職員は、同月二〇日、Aが夜間に起きた場合でも歩行が安定していると判断し、離床センサーを解除した。同月二八日、Aの日常生活動作確認表を作成し、室内移動「見守り」、移動手段「独歩」、転倒「なし」の欄にチェックをしたほか、動作能力特記事項として「少し左肩上がりで歩行。遠位で見守り。歩行状態常に確認している」、身体特記事項として「歩行安定しているも徘徊時の他者トラブルに注意」、その他特記事項として「徘徊まではいかないがよく歩く」と記載した。九月八日、施設サービス計画書を作成し、短期目標として「転倒しないで過ごす」、サービス内容として「常に居場所、歩行状態を確認する。状態に合わせて着座見守り、付き添うなど行い、安全に過ごしていた。ベッドから起きた時には、すぐに駆けつけられるようコールを設置、転倒を防ぐ」ことを掲げた。同月二一日の一月ケア会議では歩行等動作での問題はないこと、夜間たまに本件ソファーで話すること等が確認された。

(B) 一回目の転倒事故

Aは、一〇月二六日午後二時二〇分頃、本件施設三階から手すりを使用し一段一足で降り、公園の手前のベンチまで、リハビリ担当職員の付添いを受けながら歩行し、屋外の坂道ではふらつきが見られた。Aは、同日午後三時五〇分頃、膝を床についた後、前かがみに転倒し、左頬を打った。Yの職員はX₂に電話をかけたが、つながらず、二七日に折り返しの電話を受けたYの職員は第一転倒について謝罪し、医師の診察を受けて様子を見る旨報告した。

(C) 二回目の転倒事故

L介護士は、十一月八日午前四時四〇分頃、三階の三〇四号室前でのAの歩行確認後、三階の洗濯室でおむつの洗浄をしていたため、約一〇分間、Aの動向を確認していなかった。Lは、午前四時五〇分頃、音を聞き、ソファー付

近を見に行ったところ、Aの左側臥位での転倒を発見したため、声をかけて意識を確認した上で、看護師Hに報告し、二人でソファに座らせた。Yの職員はX₂に電話をかけたがつかならず、折り返しの電話を受けたKは、第二転倒について謝罪し、左頬をかなり強く打った旨報告した。

(D) 三回目の転倒事故と死亡

M介護士は、同月一三日午前一時頃、本件施設三階で、Aが牛乳を飲みながら歩行しているのを確認した。Mは新規入所の準備、N介護士は洗濯物のチェック、O介護士はフロアでレクリエーション、Hはサービステーション内で新規入所の書類整理を行っていた。Mは、同時刻頃、ドゴンという音を聞き、確認すると、Aが仰向けに転倒しているのを発見した。Mは、Aの反応がなかったため、Hに報告し、静養室に運んだ。Aは意識レベル低下、後頭部の腫脹、嘔吐が見られた。本件施設の医師がAを診察し救急搬送を指示し、D病院に搬送された。Yの職員は、X₁に連絡し、第三転倒前後の事情を説明した上、D病院に向かうよう伝えた。X₂から折り返しの電話を受けた際にも上記説明を行った。Aは、十一月一日午前一〇時三〇分頃、両側前頭葉脳挫傷により死亡した。

(E) 第一転倒事故の際の過失判断

第一転倒前において転倒リスクは抽象的なものにとどまり、危険な態様で転倒することが具体的には予見できなかった。第一転倒前の時点では、Yの職員としては、Aが転倒する可能性を意識して、同人を自己の視野に入れておくべき義務は有するものの、常にAに付き添う、近位で見守る等の義務までを負うものではない。詳細な報告書を作成するJは第一転倒事故を目撃していたものと認められ、Yの職員にAを自己の視野に入れておく義務の違反はない。

(F) 第二転倒事故の際の過失判断

第一転倒を目撃したJが、ヒヤリハット報告書を作成し、再発防止策として、ケアスタッフの見守り強化の記載があり、Yの職員はAがソファア付近で着座する際の危険な態様での転倒可能性を当然に十分予見できた。Yの職員としては、同人の歩行を確認した場合、同人の動向を注視し、同人がソファアに座ろうとする際には、同人に付き添い、介助すべき義務があった。Lは約一〇分間Aの動向を確認することを怠り、介助すべき義務の違反があった。

(G) 第三転倒事故の際の過失判断

Aについては左側にふらつくことがあり、第一転倒後、歩行距離が延びると体幹の傾きが強くなっており、第二転倒後、歩行時にふらつきも見られ、歩行時にバランスを崩して転倒する危険性が一定程度あったところ、重度の認知症であるAが牛乳を飲みながらの歩行という二つの行為を同時並行で行うことからバランスを崩しやすくする可能性は相当程度高く、目撃していたMはAに付き添う義務の違反があった。

Yの職員がAの転倒防止のため常時付き添うことは不可能であり、転倒を回避することはできなかったと主張する(本件施設は、厚生労働省の定める人員配置基準を満たし、本件フロアでは、合計五名の職員が、三〇名を超える転倒リスクのある入所者の介護を行っていた)が、Yの職員はAの転倒リスクが高まっていたこと、Aが転倒した場合に、死につながる重大な傷害を負うおそれも十分に認識し得たことから、Aを発見した際に、職員が従事中の作業を中断すれば、Aに付き添い、介助することは十分に可能であり、期待可能性がなかったということではできない。

また、Aに対し、上記のような対応を継続することは、本件施設の職員に一定の負担を課すことになるが、転倒リスクがどの程度高い者を、何人受け入れるかは、当該施設の人的態勢等を踏まえた施設の判断事項と考えられ(実際、Aの心身の状況を考慮し、同人の入所を断った介護老人保健施設が複数存在しており、本件約款には、Yは、利用者

及びその家族に対し、利用者の病状、心身状態等が著しく悪化し、本件施設での適切な介護老人保健施設サービスの提供を超えるると判断された場合には、本件約款に基づく入所利用を解除・終了させることができる旨の規定(四条③)も存在している)、Yが、少なくとも一〇名の入所者について、Aよりも転倒リスクが高いと評価しつつ、第三転倒時には、本件フロアの定員三四名に迫る三一名の入所者を受け入れていたことからすると、人的態勢が厳しい状況であったことは、これらの入所者を受け入れ、継続的に介護していたYの判断の結果であり、Aの特別養護老人ホームへの入所が順番待ちであったため本件施設に入所した事情を考慮しても、Yの責任を否定する理由ということではできない。

(H) 検討

裁判所は介護老人保健施設での第二、第三転倒事故についての予見可能性、結果回避可能性を認める。また、施設は人的体制が厳しいことを認識しながら、歩行困難者を受け入れたとする。

一回目の介護事故による被害の責任問題については事業者の通常の対応の際の予見可能性の問題とされるが、複数回事故が生じた場合の責任問題は予見可能性は認められるものの結果回避可能性の問題となると共に人的体制についての説明義務の問題ともなる。一回目の転倒時点ですでに容態の変化がみられると考えられるが、その後の事故について人的体制から結果回避困難な場合には、あえて受け入れた事業者の責任となるか、家族側でそれを了解の上で入所を求めたのが問題となる。施設の対応が困難と思われる場合には施設側からの家族への説明によって家族の積極的な対応を求める等話し合う必要があると考えられる。

(2) 病院入院中の転倒事故事例

広島地三次支判平成二六年三月二六日判時二二三〇号五五頁(Aは平成二二年六月二三日、慢性腎不全、胸腔水の

加療のため、Y病院に入院したが、平成二二年八月二六日、同病院内で死亡した。Aの相続人であるXらが、民法七一条に基づいて、AはYの運営に係る病院に入院していたが、ベッドから転落し、またはベッドの傍で転倒して死亡した、Yには転落又は転倒防止義務違反があった等として損害賠償の支払を求めた)

(A) 事実の概要

Y病院における転倒転落アセスメントは、一五項目(二四要素)の診断結果の合計点数で判定している。危険度I(五点以下)―転倒・転落の可能性はほとんどない。危険度II(六―一点以下)―転倒・転落の可能性がある。危険度III(一二点以上)―転倒・転落の可能性がかなり高い。入院患者のうち約三分の一が危険度IIIと判定されている。Aは、入院前から足が悪く、入院後の人工透析には車いすを利用していた。六月二四日、Aの転倒転落アセスメントが実施され、合計二点で危険度Iと判定された。

七月二一日、Aは、心臓カテーテル手術を受け、人工透析が可能になった段階で四人部屋入室し、廊下から最も近いベッドの一つに移った。Aは、パンツのはきかえ(八月五日)、ベッド上で座って過ごすこと(同月六日)ができ、食事は介助なく摂ることができた。他方、Aはナースコールを利用することは多くなく、便が床や椅子、Aの手に付着していたり(同月一日、一五日)、おむつが脱ぎ捨てられていたこともあった(同月二二日)。八月二一日、担当医師は、Xに対しレントゲン検査の結果、胸水の減少傾向から、いつでも退院できる旨説明し、退院予定であった。八月一三日午前四時三十分ころ、Aは、トイレに行こうとして廊下で転倒し、後頭部及び尾てい骨を強く打った。この初回事故を受けて、転倒転落アセスメントが実施され、合計八点で危険度IIと判定された。八月一七日、Y病院は、Aに筋力低下による転倒の危険性を伝え、リハビリ計画が立案され、見守りで歩行訓練が実施されることになっ

た。同日ころ、X₁に、その後X₃にも初回事故の説明がなされた。Aはベッド上で横になっていることも多く、今後のADL(日常生活動作)の低下が懸念されていた。Aは、人工透析時や透析後に酸素吸入していたが、倦怠感や頭痛を訴えることがしばしばあり、夜間は睡眠剤を服用していた。

八月二一日、転倒転落アセスメントが実施され、合計一二点で危険度Ⅲと判定された。八月二四日には軽度の認知症も疑われていた。本件病室のある六階では、午後九時から翌朝まで、二名の宿直看護師が勤務し、夜間は概ね各自五回程度、各病室を見回っている。八月二六日、転倒を原因とする脳出血により死亡。

(B) 予測可能性

八月二六日の転倒が、ベッド廊下側からベッド奥側まで移動した際に転倒したか、普段は利用していないベッド奥側から床に降りようとしたか、一義的に認定することはできない。Aは、日中にベッド周囲を歩くことはあったものの、ベッド上で過ごすことが多く、ADLが低下気味で、また、二か月以上にわたる入院中、夜中に目を覚まして歩いていたような様子は窺えず、しかも、就寝時に睡眠剤を使用していた。Aが転倒したのは八月一三日午前四時三〇分ころの一回に限られるし、同月二五日は昼に身体のだるさを訴えるとともに、入浴を拒んでもいる。

他方で、当直看護師は六階に二名しかおらず、四六時中Aを観察し続けることが不可能であり、過疎地域であるY病院の所在地に照らすと、そのような当直の人的態勢が直ちに不適切であったとも言い難い。加えて、歩行訓練の際には見守りを実施し、ベッド周囲の障害物は除去していた。そうすると、Y病院においては、危険度Ⅲの判定を受けたAが歩き始めた場合の転倒の予測可能性はあったとしても、本件事故発生時刻である午前三時ころを含む深夜に目を覚まして歩き始めることまで具体的に予測可能であったとはいえない。

(C) 様々な転倒防止のための具体的義務の有無

離床センサー等使用義務について、Aの様子から、離床センサーの使用を検討した上で、使用しないと判断したことが不合理とはいえない。歩行補助具について、消灯時間中にベッド傍で転倒したという事故態様に照らすと、歩行補助具があってもこれを使用した可能性は相当に低い。

巡回義務について、当直看護師は夜間、各自概ね五回ほど巡回していたところ、その回数が明らかに少ないが故に不合理であるとはいえない。上、四六時中Aを観察し続けることは不可能であるから、さらに巡回を強化したところで本件事故を防止し得るとは限らないことは明らかである。

転倒の危険性の説明による付添機会提供義務について、Xらは、親族全員が協力していれば二四時間付添いが可能であった旨主張するが、入院前から歩行の不安定さを分かっていたのだから、初回事故の件から、転倒の可能性が高いことは容易に認識できるはずであるのに、初回事故の件を聞かされても親族の誰かが一度でも泊まり込んだ様子は窺えない。これに加えて、X₁の年齢、X₂やX₃の家族構成のほか、同人らの従前の見舞いの頻度や滞在時間、Aが四人部屋に移っていたこと、九月に退院予定であったこと、XらはY病院が完全看護であると誤解していたことも併せ考えると、Xらの主張は抽象的な可能性を指摘するにとどまる。

他方で、Y病院においては、本件病室のドア及びカーテンは常時開けられており、比較的低床なベッドが使用され、ベッド周囲の危険物は除去されていたほか、初回事故を受けて、リハビリ計画が立案されて、Aの歩行訓練の際には見守りが実施されていたし、また、Aには退院可能の診断も下されていた。

さらに、危険度Ⅲの患者はY病院の入院患者の約三分の一を占めるところ、Aの危険度Ⅲの点数は同カテゴリーの

うち最低点である一・二点であり、また、Aが危険度Ⅱから同Ⅲとなったのは、酸素吸入と認知症又は見当識障害の要素が加わったもので、Aが頻繁に転倒していたからというわけではない。

以上の諸事情を総合考慮すると、Y病院において、転倒防止義務違反を認めることはできない。

(D) 検討

治療入院患者の転倒事例である。一回転倒しており、認知症の傾向もあり、病院側は転倒の危険性を認識していた事例であるが、実際に生じた夜間の転倒について予見可能性はなく、転倒防止措置実施義務違反もないとする(施設の過度の転倒対応(拘束)は虐待となる)。早期の対応が可能とも考えられる事案であるが、避けられない事故と認定されている。その場合には家族への説明と家族に対応を考える機会を与えることが必要となる。本件では転倒に関する家族への説明もなされており、付き添い対応は可能であったと考えられるが、より早期の説明も可能であったと思われる(完全看護の誤解があったとされる)。

(3) 入所後の事業所・医師の対応に問題があると主張された事例

東京地判平成三〇年二月二六日LLI/D B(遺族Xが一・社会福祉法人Y₁は、①Aに両胸の内出血・両足首下の腫脹・左足第三指の爪の剥離等の傷害を負わせ、②傷害等に対する適切な対応を怠り、③Aに食事を誤嚥させ、④誤嚥発生後に適切な処置を怠り、これらによってAを誤嚥性肺炎及び急性心筋梗塞の発症により死亡させたほか、⑤虐待行為及びその隠蔽を行い、⑥傷害等及び誤嚥の発生原因等につき顛末の報告を怠ったと主張し、また、二・一般社団法人Bが開設・運営していたC病院に雇用され、本件病院に勤務していた医師であるY₂は、①Aの両胸の内出血の診察を行わず隠蔽し、②顛末の報告を怠ったと主張し、Y₁とBのXに対する債務を免責的に引き受けた独立行政法人

Y₃機構に共同不法行為による損害賠償を請求した事案である。Aが事業所と契約を締結し、特養に入所したのは平成二四年五月一八日である)

(A) 社会福祉法人Y₁に対して

① Aには両胸の内出血・両足首下の腫脹・左足第三指の爪の剥離等の傷害があったが、Xは、Y₁に入所者に対する安全配慮義務として身体に傷病が生じないよう適切な看護・介護を行う義務を怠り、Aに通常の看護・介護の過程においては生じ得ない本件傷害等を負わせたのであるから、注意義務違反があると主張する。裁判所は介護の過程での傷害の発生の可能性は否定できないが、それに対する事業者の不適切な行為を認定できないとする。

② Aが罹病・負傷等により治療を必要とする場合には、Y₁が必要な措置を講じ、近隣医療機関又は利用者の選択による医療機関で必要な治療が受けられるよう協力する義務、治療等に当たってA及びその家族の意思を適切に確認する義務を負っていたが、本件傷害等が発生した事実を適切に把握せず放置し、必要な治療を受けさせなかったことに加えて、AやXの意向を確認せず、Xの意向に沿った医療機関での治療に協力しなかった注意義務違反があると主張した点について、裁判所は、あざについては六月二日に発見し、六月四日に受診させ、左足爪について五月二六日に発見し、措置を行い、五月二八日に受診させた事業所の行為を不適切ではないとする。早期対応について、五月二一日及び二八日にAを診察したI医師は、二八日の診察レポートに、Aの状況変化について、家族と方針を確認する機会を早急に設けてほしい旨記載したことが認められるが、この記載を根拠に不適切な看護・介護を認めることはできない。また、Xは、入所日以降、D相談員に対し、Aの診察を何度も求めたが、応じなかったと主張しているが、D相談員がこれを否定し、本件施設記録にも記録はなく、Y₁が本件右胸あざ及び本件左足爪症状に対して、いずれも発

見後速やかに必要な処置を行っていることに照らすと、このXの供述部分は信用することができないとする。かかりつけ病院の診察希望についても、Xは脳神経の問題以外については事業所指定の病院でもよいとしている。

③ 誤嚥について、XはY₁が本件入所契約上の義務又は安全配慮義務としてAが誤嚥しないよう、見守りや声掛けなど必要に応じて適切な介助を行う義務を怠り、本件誤嚥事故を発生させたと主張するが、六月五日の誤嚥事故発生以前、Aの誤嚥の兆候が認められず、Y₁には、Aが誤嚥しないよう見守りや声掛けを行う義務はなかった。職員は、入所者が安全に食事できるように見守り、食事終了後も体位に注意し、一般的な見守りや声掛けを行っている。本件誤嚥事故は、職員が少し目を離れた隙に発生し、職員がAの昼食及び口腔ケアを終了した後であり、職員の食事介助によるものでもない。また、口内の食物残渣を誤嚥したのではなく、体調不良が原因で嘔吐し、その吐瀉物を誤嚥したものと考えられる。したがって、Y₁が注意義務を怠ったために本件誤嚥事故が発生したのではない。

④ Aが誤嚥を起こした際に、Y₁が直ちに吐き出させるなど適切な態勢及び措置を講じる注意義務を負っていたと主張するが、裁判所は、本件誤嚥事故はAが嘔吐しているところを発見された午後一時一〇分の直前に発生したと考えられ、職員は、嘔吐しているAを発見した後、マニュアル等に従い、すぐにタッピングや吸引、酸素投与等の適切な措置を実施した上で、救急車を要請しており、注意義務違反はない。

⑤ 顛末報告義務について、Y₁が入所者に対する善管注意義務として、本件傷害等及び本件誤嚥事故の発生原因について調査し、Xに対し、発生原因や将来の具体的な対処方法について報告を行う義務を負っていたと主張するが、Y₁はXからの照会を受けて職員にヒアリング調査を行い、発見状況、対応を記載したむ回答書を二通作成し、送付している。Y₁のXに対する法的義務として、上記回答書の作成・送付を超えて、本件右胸あざ、本件左足爪症状及び本件

誤嚥事故が発生した原因についての更なる調査の実施義務、具体的な原因・将来の対処方法の報告義務はない。

(B) 医師Y₂の責任

Xは、六月四日の診察の際にY₂が本件問診票の記載を十分に確認せず、あざについて問診・視診・触診を行わず、レントゲン撮影を行ったのみで、求められた診療及び治療を行わなかった過失がある、また、八月二三日、Aの診察・治療について説明を求めた際、あざの治療等について適切な説明を行わなかった過失がある、さらに、Y₂は、本件診療録や診療報酬明細書に「皮下血腫」、「皮下出血」等の診断名、具体的な症状を記載せず、「明らかな骨傷なし」とだけ記載し、あざの存在を隠蔽した、X代理人が平成二五年にカルテ開示の請求をしたのに対して、Y₃は、傷病名記録の一部を開示しなかったと主張するが、Y₂は、問診及び右胸あざの視診を行った上、レントゲン撮影を実施し、明らかな骨傷がないことを確認・説明し、右胸あざについては介助の時等の圧迫等が原因と考えられる旨の説明を行ったことが認められ、求められた診療を行わなかったということはできない。Y₃は、後日、Xからの請求を受けて、本件診療録を開示している。八月二二日時点での説明には不十分な点がみられるが不法行為を構成するものではない。

(C) 家族との関係

Y₁が入所者に対し、一般的な安全配慮義務及び善管注意義務を負う以上に、Aが罹病・負傷等により治療を必要とする場合に必要な措置を講じ、近隣の医療機関又は利用者の選択による医療機関で必要な治療が受けられるよう協力を要する義務や、治療等に当たってA及びその家族の意見を聴く義務を負うという主張については判示されていない。

(D) 検討

特養でのあざ・爪の傷害の発生・治療についての事業者の責任、医師の責任、誤嚥の発生・治療についての事業者

の責任が問題となり、事業者の不適切な行為は認定されず、医師の不適切な行為も認定されない。家族による当初からの情報、事業所の当初の状況把握に基づく行為をすれば適切な行為となるが、入所後、短期間での死亡事故であるので、家族の伝達ミスか、事業者の対応ミスか、どちらかにミスがあることが疑われる事例である。事業者側の責任が否定されているが、立証の点では入所者側が不利であるために事業者としては常に状況説明しない限り、不利益を課されると解すべきではないのか問題となる(立証責任の転換)。ただし、家族側がイニシアティブをとらなければならぬと考えることもできる。家族側が無関心であったのか、施設側の説明不足の問題か、それぞれの対応問題が検討されなければならないが、基本的には個々の問題発生について施設側から積極的な説明をなすべきである。治療法の最終的判断は医師が行うのであるが、本人・家族への説明は必要となる。当初対応において事業者が家族との連絡、話し合いに基づく適正な対応をとっていた場合には誤嚥事故も生じなかった可能性も認められうる。終末期の過ごし方については本人意思の明確化のために家族との話し合いも重視されることになる。

2. 終末期前の医療行為・緩和措置と終末期の判断

(1) 終末期前の医療行為と終末期判断

甲府地判令和元年一月二六日判時二四七二号二五頁、東京高判令和二年八月一九日判時二四七二号一八頁(特別養護老人ホームA荘に入所中の平成二八年二月一〇日に死亡したBの相続人であるXらが、Bが死亡したのは、同日にBを往診した社団医療法人Y₁の経営する病院の医師であるY₂が、Bに適切な医療行為をすべき義務を怠ったことなどが原因であり、Xらは、Y₂に対する七〇九条に基づく不法行為損害賠償請求権及びY₁に対する民法七一五条一項に

基づく損害賠償請求権を相続により承継したと主張した事案)

(A) 事実経緯は一番判決に詳しい

平成二十七年一月二日Bは、X₁を代理人として、A荘に入所した。入所当時のBの状況は、耳が遠く、軽い認知症で、要介護認定三であったが、X₁と自宅で自立した日常生活を送っており、デイサービスに週三日通っていた。

B及びBの身元引受人であるX₁は、A荘への入所に際して、「終末期についての事前確認書」と題する書面を作成し、A荘に提出した。Bの署名欄は、X₁が代理人として署名を行った。①当施設では老衰、重篤な疾患等により終末期を迎えた方にA荘での看取りを行っている。医師が利用者の状態を終末期だと判断した時又は回復の見込みがない状態と判断した時に、利用者本人の意思・家族の意向、要望を聞きながら、利用者の生きる力を尊重し自然の経過で(経管栄養・高カロリー輸液・気管内挿管等をしな)人生の最後を迎えてもらっている。②「最期を迎えたい(迎えさせたい)場所はどこですか。」との質問に「A荘」にチェック、③「終末期のケアは、どのような形を望みますか。」との質問に「A荘での看取りを希望。」「A荘で可能な医療(日中の点滴、低濃度の酸素吸入等)を行い自然の経過による死」にチェックがされ、「病院での医療を希望。」「経管栄養・高カロリー輸液・酸素吸入・気管内挿管等」にチェックがされていない。④「ご意向は変更出来ませんので、いつでもお申し出下さい。」との記載がある。

平成二十八年一月七日、BがH医師の診察を受けた際、多少の貧血、胸部心雑音、軽度から中等度の下腿の浮腫及び慢性腎不全が確認された。同月一日、Bが痛みを訴えたところ、原因不明の左足背部全体の内出血が確認された。同月一五日、A荘の職員は、Bに不穏、不眠が続くので、I医師に相談し、薬が処方された。同月一九日、A荘の職員は、Bの左足背部に内出血が見られたので、カテーラーを貼布した。同月二二日、A荘の職員は、Bが連日不眠で、

声出しによる他の利用者への影響があるため、G医師に相談し、いくつかの薬が処方された。同月二十九日、左足背部の血液の貯留を除去した。その部分が潰瘍化していたため、処置が行われ、継続対応とされた。同月三十一日、左足背部の創部が一部黒色になっていたため、ブロメラインの処置がされた。二月二日、A荘の職員は、Bが連日不眠で他者への影響があるため、I医師に相談し、いくつかの薬が処方され、リスパダール細粒の継続使用を可能にした。左足背部の創部の不良肉芽部分を除去すると、コアグラが貯留し、ポケットを五×五cm形成し、欠損部は、三×二cmであった。血流障害により壊死しているため、創部の洗浄予定であり、しばらく点滴実施の指示があった。A荘の職員が、左足背部の創部について、X₁に電話で説明したところ、「おかしいな、水虫はあつたけど、今までそんなことなかった。」と訴えた。同月五日、Bは、外科の診察を受け、改善傾向であると診断された。左足背部の生食洗浄後、ソフラチュールが貼用され、ガーゼ保護がされた。血圧は、一一八／六〇であった。また、G医師は、末梢動脈疾患に対し、抗血小板薬を処方した。G医師は、左足の状態は悪いと認識していたが、心臓の症状は認識しておらず、その前兆も確認していなかった。同月六日、左足背部から血性の浸出液が多量に出いたので、ガーゼで固定等し、包帯で固定した。また、Bは、軽い喘鳴があり、時間をかけて自力で朝食を摂取するが、生気なく、ぼんやりとした様子であった。同月七日、夕食時、食事を自力で摂取できなかったため、介助され食事をした。また、喘鳴及び顔の浮腫がみられた。同月八日、Bは、外科の診察を受け、創部からやや浸出液があるが、皮膚色は改善してきた。同月九日、一日中眠気が強く、覚醒が見られず、昼食、夕食を欠食した。夜間には喘鳴が生じていた。同月一〇日、午前七時三五分頃の朝食時、車椅子に移乗し離床したが、反応がなく肩呼吸のため、再度臥床した。A荘の職員は、午前七時四〇分頃、病院に電話連絡し、当直をしていたY₂にBの状態を説明し、A荘への緊急往診を要請した。Y₂は午前七時五〇

分頃、往診のためA荘に到着し、職員のエから、Bが前日から食事が摂れず、夜間に喘鳴があり、朝離床したが肩呼吸であったことなどのBの前夜から同日朝までの様子や、バイタルサインの数値（血圧五四／三一、脈拍三八、酸素飽和度七〇％）について口頭で報告を受けるとともに、ケース記録の同月八日及び同月九日の各記載を確認し、病室においても、心音、呼吸及び脈拍の状態を認識するとともに、痛覚反応及び呼びかけによる知覚反応が全くないことを確認したものの、ケース記録に記載されたとおり「カルテがなく適切な診断ができない為様子見」し、Bの家族に連絡するようEに指示した際も、Bの容態変化を伝えるように要請したものであり、同日午前八時頃に当直を終えた後も、当直録に「A荘 B 嘔気 血圧低下 意識低下 痛覚反応（一） 家族連絡指示」とのみ記載して、血圧や酸素飽和度等の具体的な数値及び呼吸の状態は記載せず、また、カルテへの記載や、特段、他の医師に直接の引継ぎを行うことはなかった。Y₂は、午前八時一〇分頃、病院から帰宅し、午前九時頃別の病院に出勤した。Y₂は、G医師に対し、Bの病状等についての直接の引継ぎは行わなかった。午前八時四〇分頃、Bの容態が急変しバイタルの測定が不可能になった。Jは、午前八時四五分頃、X₁に対し、「容態が急変したのですぐに来てもらいたい。」と電話連絡するとともに、G医師に電話し、来所要請を行った。X₁は、すぐにA荘に向かい、午前九時頃、到着した。その際、Bは、普段着のまま横向きに寝ていて、布団もかけていない状態で、呼吸をしていない様子だった。その後、G医師が来所し、午前九時七分、Bの死亡を確認した。

(B) 一審では医師の過失が否定されている

Bには、二月六日から喘鳴及び意識レベルの低下が生じ、同月七日には食事の自力摂取ができないという死が迫っていることを示す兆候が生じ、死亡前日である同月九日には覚醒がなく、昼食及び夕食を欠食して夜間喘鳴するなど、

その兆候が強まり、死亡当日に下顎呼吸という晩期死亡前徴候が起きていた。また、Bの同月一〇日の血圧の値は、同月五日の一一八／六〇から五四／三一へ大幅に低下し、酸素飽和度の値は九〇%を大きく下回っており、それに加えて痛覚反応及び知覚反応がなく、動脈の脈が微弱であった。Bの死因については、G医師は「心筋梗塞」とし、Y₂は「心不全及び呼吸不全」とし、両者の見解は同一ではないが、心臓の機能の著しい低下による死亡で一致している。Bは、老衰によって心臓の機能を含めた全身の状態が不可逆的に著しく悪化し、Y₂の診察時に、死亡直前の状態であったと認められる。また、Y₂は、長年の高齢者医療の経験を有し、Eからの聴取、Bのケース記録の確認及びBの診察によって、Bの死亡前日からの一連の状態を認識していたと認められ、Bに対して何らかの治療をしても改善が見込まれることは基本的になく、延命措置を希望していない患者に対しては、これらの措置を実施することそのものが苦痛となる。以上の事情を総合すれば、Y₂が、Bを診察した時点において、行うべき医療措置があったとは認められず、Y₂が、Xらの主張する酸素療法や補液治療等の医療措置をとる義務を負っていたと認めることはできない。

(C) 二審は過失を認定する

Y₂においては、二月一〇日、Bの前夜から朝までの様子や、Bの脈拍、血圧及び酸素飽和度の具体的な数値の報告を受け、診察により、Bの心音、呼吸及び脈拍の状態を確認し、呼びかけ及び痛覚の反応がないこと、血圧低下及び酸素飽和度の低下の状況にあることなどBの重篤な容態を認識したので、少なくともBのカルテを閲覧して従前の診断及び治療の経過を確認し、バイタルサインの数値等に基づき、必要に応じて酸素吸入等の応急処置を行い、心電図等検査の要否を含む病態の把握と疾病の診断、疾病に応じた治療について検討したり、隣接する病院にストレッチャーで移送して他の医師に迅速な引継ぎを行い、対応を依頼するなど、適切な医療処置を施すべき義務があった。Bの力

ルテを閲覧すれば、一月一日以来左足背部の治療が判明し、抹消動脈疾患のあることが分かり、心筋梗塞を疑診し、循環動態の安定化を図ることも可能であった。しかし、Y₂は従前の診断及び治療の経過を確認せず、必要に応じた酸素吸入等の応急処置をせず、病態を把握するための検査や疾病の診断、疾病に応じた治療についての検討をせず、他の医師に迅速な引継ぎを行わず、「カルテがなく適切な診断ができない為様子見」としたのであるから、Bの診察時に適切な医療処置を施すべき義務に違反した過失がある。

また、Y₁はもはやBの状態は治療を施す状態ではなく、延命措置を実施するか否かの段階であり、適切な医療処置をすべき義務違反はないなどと主張する。Bの衰弱は認められるが、同月一日のY₂の診察時点で、下顎呼吸の状態は認められず、一月以降のBの左足背部や不眠等の症状に対する治療の経緯において、Bの死亡は予測されず、Y₂は二月一日当時、Bの診察が初めてであり、当日の報告、診察でBの状況を認識したものであるが、カルテ等により従前の病状及び治療経過を確認することはなく、「適切な診断ができない」として「様子見」をすることとし、Eに対し、Bが終末期にあることを家族に連絡するよう指示することもなく、Bの容態が急変したのは、診察後四〇分以上後であることからすれば、Bの病態が不可逆的な状態で改善の見通しが無い状態にあったとまで認められない。

もともと、Bの死因は急性心筋梗塞と診断され、発症から死亡まで約二時間とされ、D医師も、Bの救命の可能性については肯定的でなく、Y₂がBに対して適切な医療処置を行った場合に、Bを救命し得たであろう高度の蓋然性まで認めることは困難である。しかしながら、Y₂においても医療処置による延命の可能性を否定しておらず、適切な医療処置により死亡時点での生存の相当程度の可能性はあったと認められる（Y₂に適切な医療処置を施すべき義務違反が認められるために説明義務違反についての判断は不要とする）。

(D) 検討

特養入所者に対して医師が終末期と判断し、手の施しようがないと判断したのであるが、診断時に終末期であることの証明がなされず(記録がない)、医療過誤があったと判断された事例である(問題となった診察を行ったのは担当医ではない)。ただし、適切な治療行為によって改善の見通しがあるが、救命の可能性については肯定的ではなく、延命の可能性のみ認める。家族は終末期治療のアンケートについては自然経過と回答している。本件では不可逆的な状態で改善の見通しがない状態にあったとまで認められなかったのであるが、医師としてはできる限りのことをした上で家族の判断を仰ぐべきだったのであろう(行為義務を強調する判断である)。

終末期を厳格に判断することは妥当な場合が多いと考えられるが、延命に傾くことになる(生存の相当の可能性判断は延命を導くものである)。また、終末期において自然経過を広く認める場合は安楽死判断が関連する。積極的安楽死について、患者本人の明確な意思表示がある、死に至る回復不可能な病気・障害の終末期で死が目前に迫っている、心身に耐えがたい重大な苦痛がある、死を回避する手段も、苦痛を緩和する方法も存在しない場合に違法性が阻却される。治療中止(消極的安楽死)は、患者本人の明確な意思表示がある、患者本人が事前意思表示なしに意思表示不可能な場合は、患者の親・子・配偶者などの最も親等が近い家族の明確な意思表示がある場合に可能とされる。

終末期の判断は困難であり、衰弱していった容態の変化について、医師側が説明し、家族の意見を聞くべきと考えられるが、家族側で積極的に状況把握に努めるべきと考えられることもでき、家族側から容態変化に対する対応変化を要請すべきと解することもできる。

(E) 終末期判断についての在宅事例

在宅事例である東京地判令和三年一月一日L L I / D Bは、被告診察後翌々日に救急搬送され、死亡した事案について、以前医師が高次医療機関の受診を勧めていたが、受診せず、往診時点の状況では、本件患者が高次医療機関の受診に同意しないだろうと考え、とりあえず血液検査及び在宅酸素療法を実施し、その時点では高次医療機関に本件患者を搬送させる旨の判断をしなかったことが被告の裁量の範囲を逸脱するものではないとする。患者は適切な判断ができない状態ではなく（往診時に家族は立ち会っていない）、家族への説明は不要であるとされた。

(2) 終末期前の医療行為と緩和措置についての家族の要望

那覇地判令平成三一年四月一六日判時二四二九号五頁（Xの妻であるAは、Y₁が開設するY病院において、膠原病等の治療を受け、ペインクリニック担当の麻酔科医Y₂から、経皮吸収型麻薬性鎮痛剤であるデュロテップMTパッチ（P）を断続的に処方され、その後、がんで死亡した。Y₂は三叉神経痛による激痛に苦しむAにPの使用を継続する義務、Pの使用を取りやめる際にA及び家族であるXに対してその理由を説明して同意を得る義務に違反してPの使用を取りやめたことから、Aは死亡する直前まで耐え難い身体的、精神的苦痛を被ったと主張して、Y₂に対しては不法行為、Y₁に対しては使用者責任又は診療契約上の債務不履行に基づき損害賠償の支払を求めた事案）

(A) 事実の概要

Y₂は、平成二三年三月一〇日、Aに対し、モルヒネに代えて、Pの処方を開始した。使用開始に当たり、Y₂は、A及びXに対し、パンフレットを交付して、Pは副作用のある医療用麻薬であり、医師の指示によらずに使用量を調整することはできない旨などを説明し、A及びXは、Pが医療用麻薬であることの確認書に署名した。また、この頃、Aの嚥下障害に対処するため、胃ろうが造設され、経管栄養が行われるようになった。

Aは、五月三〇日までY病院に入院し、同日以降は介護施設調整待機等のためにC病院に入院していた。P₄医師は、同年六月一三日、Pの使用が中止されれば調整施設が増える可能性があるとして、Y₂にPの処方中止又は減量を要請した。Y₂は、同月一五日、Pの処方量を半減させ、同月二九日、Pの処方を終了したところ、疼痛は同年七月一日夕刻までに一回しか出現しなかったため、カルテにPは使わなくてよさそうである旨を記入した。

平成二五年一〇月一日、介護施設に入所していたAは、二週間前からの左顔面痛のためY病院を受診し、XはPの処方を要望した。その際、Xは、Pがよく効き、転院調整の関係で中止したが、今は麻薬管理できる介護施設にいるので大丈夫である旨を述べた。Y₂が診察したところ、Aの症状は、触ると痛がる以前の症状とは異なり、群発頭痛の様相を呈する血管性頭痛が疑われ、血管性頭痛薬を勧め、処方したが、効果が得られなかった。Y₂は、Pの適応は疑わしいと考えていたが、同年一月七日、XからPの使用再開を強く要望され、再び試してみることにした。

Aは、一月一五日Y病院を受診したところ、肺炎と診断され、入院し、一月二二日の退院後も微熱と下痢が持続して体重も減少し、平成二六年一月六日に再びY病院を受診した際、血圧低下、電解質異常が認められ、脱水状態で衰弱しており、重症腸炎が疑われたため、集中治療室に入院した。Aは全介助状態であった。同月九日、Y₂は、Aの衰弱ぶりを見て、Pの副作用の可能性を疑い、使用を取りやめて経過観察する必要があると判断した。同月一七日には症状がやや安定し、翌一八日のパッチの処方をしなかった(本件措置)。同月三〇日、医療チームに対し、AにはPの貼替えをせずに経過観察しているとし、Aの家族から問合せや要望があったときは連絡するよう指示した。

本件措置後のAのカルテ上、一月二六日、二月一日に左顔面痛の訴えがあったほかは、約二か月間、顔面痛の訴えはなかった。同年三月一九日に胃ろうが抜去されたところ、翌二〇日及び同月二六日以降継続的に、主としてゼリー

薬の内服時に左側を中心に顔面痛が現れるようになり、同月二〇日にはXと思しき家族から内科医にPの再使用の要望が申し入れられた。三月二七日、XからPの再使用を要望されたY₂は、Aの疼痛について、Xの評価と看護師の印象とが乖離する状況にあると判断して、認知症患者用の疼痛行動評価ツールPAINDを用いて、がん性疼痛認定看護師による経過観察を行い、数日間の評価で、Aの疼痛が確認されたため、Y₂は、Pを試用してみる必要があると判断して、Xに来院を求める連絡をするよう指示した。Xは、四月二日、C病院を訪ねてY₂と面談し、本件措置前のP再使用時の経験から、Pを一枚(二・一mg)では駄目だが二枚(四・二mg)使用すればAの疼痛は間違いなく治まる旨を力説した。Y₂は、Xに対し、四・二mgで再開すると、嘔気や傾眠の副作用による誤嚥のリスクが高まるため二・一mgで再開したい旨を説明したが、Xに食い下がられ、四、五日後に副作用の状態観察が必要である旨を念押しした上で、AにPを二枚(四・二mg)を処方し、四、五日目の眠気や嘔気が多ければ二・一mgに減量するよう指示した。

Aは四月一日に介護施設に移っていたところ、本件面談後にPの使用が再開されたが、同月六日深夜にY病院の救急外来を受診して、そのまま翌七日から急性腎盂腎炎で再び入院する事態となり、その後もPが貼付されていたが、頻回に疼痛を訴える状態が続いた。Xは、同月一六日、C病院にY₂を訪ね、Pの増量を要望したが、Y₂は、眠気や呼吸抑制があると増量できないし、疼痛が強くなる原因がないので、増量はY病院でAの状態を見て決定する旨説明した。翌一七日に予定されていたAのY病院からの退院は、Aの身体症状から延期されたが、一八日、Xは、Aに訊いたら痛みが良いようなので、Pの量は維持してほしい旨をY病院側に伝えた。内科医の判断により同年五月一〇日からは三枚(六・三mg)に増量されたが、その前後を通じて、Aの顔面痛が治まる様子は確認されなかった。

Xは、平成二七年四月のAの末期がんの判明後、五月一日付けで、Y病院長に宛てて「同意の撤回並びにデューロ

テップパッチの使用中止について（「ご通知並びにご照会」）と題する文書を送付し、現在、Aは、再発した三叉神経痛に苦しんでいるとして、Y₂が、①三叉神経痛の再発が十分に予見できたのに本件措置に及んだ理由、②本件措置後にXがPの再使用を求めた際、速やかに再使用しなかった理由、③本件措置について事前にXに説明しなかった理由、④本件措置について事前にXの同意を得ようとしなかった理由等を尋ねた。Aは平成二七年五月に死亡。

（B）P使用中止判断（本件措置）

本件措置時点において、Pの使用の効果が不確かである一方、副作用も疑われる状況にあり、既にPの使用継続期間には合理的な理由があったと解されること（本件措置後の平成二九年七月に改訂されたものではあるが、本件ガイドラインの第二版においても、非がん性慢性疼痛に対するオピオイドの投与期間は三か月以内にとどめることが望ましいとされている）、しかも、当時のAの症状が、QOLの改善よりも生命維持を優先すべき状況にあったといえることに照らすと、Pの効果あるいは副作用の有無等を判断するためにその使用を取りやめ、経過を観察するとしてY₂の本件措置の判断は、医師として合理的で適正なものであったといえるべきである。

（C）Y₂の説明義務違反の有無

平成二三年三月一〇日のPの最初の使用時、Pは医療用麻薬であり、医師の指示によらずに使用量を調整することはできない旨などが説明された。平成二三年六月一五日、Aの移転先の調整目的でPが減量され、同月二九日に使用終了。Xもこの使用終了の際の上記の目的を理解していた。平成二五年一月七日の使用再開は、Xからの強い要望に沿う形で、試験的にとられた措置であった。Pの貼替日に当たる平成二六年一月一八日に、比較経過観察を目的と

した本件措置は、AやXに説明せずにとられたが、遅くとも同月三〇日までに、Aの家族から問合せや要望があったときは、Y₂に連絡するようとの指示が医療チームに伝達されていた。平成二六年三月二七日、XからPの再々使用を要望されたY₂は、PAINADによる数値化評価の導入を決定し、数日間の経過観察後、必要と判断して、四月一日に自らXに対する連絡を指示し、翌二日にC病院を訪れたXとの間で本件面談の場を持ち、最終的にXの要望を容れる形で、四・二mgを処方する本件再処方の措置がとられた。四月一六日、再びC病院にY₂を訪ねたXは、Pの増量を要望したが、Y₂はY病院でAの状態を見てから決定する旨をXに伝え、同月一八日、Xは増量は必要ない旨をY病院側に伝えた。このY₂と主にXとのやり取りの経過によれば、Y₂は、Xとの話合いの結果、複数回にわたってその要望に沿った処方もするなど、Xにも真摯に向き合っており、医師としての責任上許容される可能な限りの範囲においてその意向を尊重する形で、投薬の方針を決定する態度をとっていた。このような応接態度をとっていたY₂が、本件措置に際してのみ、その説明をXに対して避ける理由はない。本件措置に際して、A及びXに対して方針が説明されなかった理由は、生命維持を優先すべき危急状態にあったAの症状に対処するために緊急を要し、Aの疼痛症状も比較的落ち着いていて、AやXからも疑問を呈される機会がなかったためである。そして、Aに献身的に付き添う時間が長かったものと認められるXもPが処方されていない事実を知りながら、少なくとも共時的にはPを使用する必要性を感じておらず、これを容認していたと解される。本件措置がとられた際の状況、その後これをXが黙示に容認していたとみられる事情、本件措置後にY₂とXの間で初めて話合いが持たれた本件面談時の説明内容に照らせば、Y₂について、本件措置に際して、A及びXに対する説明義務に違反する行為はない。

Xは、一般に医師は、患者の自己決定権のために、患者からインフォームド・コンセントを得ることが要求され、

Y₂は、本件措置に先立って、A及びその家族に対してPの使用を取りやめる理由や激痛再発時の対処方法、代替措置の有無等を十分に説明した上で、中止の同意を得る義務を負っていた旨主張する。しかし、Pは麻薬・劇薬であり、患者にその使用を選択する自己決定権は存在しないというべきであるから、Y₂が、本件措置に先立ってA及びその家族に対して本件措置の理由を説明する義務を負っていたということはできない。本件ガイドラインに照らせば、オピオイド鎮痛薬の減量時には、患者及びその家族に対して十分な説明がされることが望ましいとされるが、それは減量時に退薬症候が現れ得ることを患者側に認識させるためであり、自己決定権のための説明ではない。

(D) 検討

医療用麻薬である鎮痛剤の入院患者への使用中止について、緩和ケア医師の一般的な家族対応と家族による措置の容認から説明義務は果たされていた、副作用を伴う薬剤の使用の判断は医師に委ねられるために自己決定のための説明が不要であるという判断がなされている（家族の黙認が認定されている）。医師の決定事項と説明義務の関係については、医療用麻薬のような医師の専権事項についても説明は必要と考えられ（本件のような苦痛の緩和）、本人が判断できる状況であればできる限り説明し、そうでなければ家族に説明する必要が生じる。麻薬であっても苦痛回避のための使用判断に本人の意見は必要と考えられる。延命判断と同様に苦痛回避（緩和ケア）も基本的には自己決定の問題と考えられる（副作用の危険性についての医師の専門的判断事項は存するが）。また緩和ケア（自己決定事項）について、判断能力の問題から家族が判断しなければならぬ場合に承諾が得られないときは本人の利益のために医師判断が優先しうる場合もあると考えられる。

3. 終末期前における退院の際の説明義務と家族の関与

(1) 本人が退院を求めている事例（家族支援と本人の意思の関係が問題となる―家族への説明義務が争点となる）

東京地判平成二七年七月三一日LLI/DB（Aが、アルコール性肝硬変に罹患し、Y₁組合の運営するY病院において肝不全により死亡したことについて、Aの損害賠償請求権の相続人であるXが、担当医Y₂には、①Aの肝硬変の病状が重篤で禁酒の必要があり、Aの退院を許可しないか、入院加療を継続するよう強く説得すべき義務にもかかわらず、漫然と退院を許可した過失、②退院に当たり、Aが肝硬変の最重症に至っており飲酒は厳禁であること等、Xに療養指導すべき義務を怠った過失、③Aの重篤な症状についてXに説明すべき義務を怠った過失がある旨主張して、Y₂に対しては不法行為、Y₁組合に対しては使用者責任又は不法行為による損害賠償を求める事案）

(A) 事実の概要

病診連携システムとは、患者の近医であるかかりつけ医と地域医療支援病院とが地域の中で医療の役割を分担するシステムである。患者は、普段はかかりつけ医において健康状態の管理、相談等の継続的な診療を受け、必要があれば、かかりつけ医の紹介で地域医療支援病院において専門的な医療や救急医療を受ける。そして、急性期の治療が終了した患者は、地域医療支援病院からかかりつけ医へと逆紹介を受け、再びかかりつけ医を受診することとなる。Y病院は、平成二三年六月二二日付けで地域医療支援病院の承認を受けている。

Aは、平成二三年一月二九日、黄疸、アルコール性肝硬変、高アンモニア血症との診断を受け、精査及び加療のためY病院を紹介され、三一日受診し、以前は焼酎を一日二ℓくらい、現在は一日七五〇mlくらい飲んでゐる旨述べた。Aは九月一四日、Y病院を受診し、Y₂から肝不全の疑いがあると診断され、同日、Y病院に入院した。Xは、同月

一六日、入院診療計画書、造影剤・抗菌剤使用問診票、造影検査に関する説明文書に署名をした。入院診療計画書は、Y₂が同月一五日に作成したもので、病名として「アルコール性肝硬変」、患者及び家族への説明として、「肝硬変に伴う合併症(高アンモニア血症・高ビリルビン血症・出血傾向等)」を認めます」との記載があり、Xは、看護師の求めに応じて、署名した。Aは、同月二一日、前記各CT検査の結果、肝硬変、胆嚢炎、門脈栓、心外膜腫瘤との画像診断がされ、門脈栓については、腫瘍塞栓(肝臓がん)か血栓の可能性があるが、肝臓がんを疑う明らかな所見は指摘できないとされた。腫瘍マーカー(AFP)は正常値の範囲内であった。

Aが退院を強く希望したため、Y₂は血液検査を行った。総ビリルビン値は七・八mg/dl、アンモニア値は五一μg/dl(正常値)であり、むくみ及び全身の黄疸も軽減したため、Y₂は、急性期は脱したと判断した。また、Aは、同月一八日昼頃以降意識レベルは清明となり、同月二〇日には、一人で歩いて階下まで行けるようになった。Aは、本件退院時には、食事、排泄、歩行などADL(日常生活動作)はほぼ元に戻り、自立した状態であった。Y₂はY病院の肝臓専門外来のI医師の受診を予約した上で(二八日)、Aの退院を許可し、退院予定を同月二二日午後四時とした。退院後、Aは、一〇月二〇日、朝からぼーっとするととの主訴でY病院の救急外来を受診した。Y₂は、血液検査の結果、Aを肝性脳症と診断し、アミノレバンの点滴等の治療を行った。平成二四年一月一三日、Iは、CT検査の結果、Aには典型的な肝臓がんの所見は認められず、門脈栓は血栓の可能性が高いとの放射線科医の意見もあるが鑑別がない、肝硬変の重症度からすると現状ではがんの治療適応はないと診断をし、Aに説明した。

Aは、平成二四年三月九日、I医師の診察を受けた。Aは、二週間前の飲酒で黄疸が出た旨Iに伝えた。Iは、Aの肝硬変が、以前と変わらずグレードCの最重症期にあると診断し、Aに説明した上で、薬剤の内服継続と飲酒は厳

禁である旨強く指導した。三月二三日、Aは前回診察の後の二回の飲酒をIに伝えた。Iは、血液検査の結果、Aを肝不全と診断し、Aに対し、飲酒は急変を引き起こす一番のリスクであり、厳禁である旨の指導を行った。

Aは、三月二十九日、Y病院を受診したところ、著しい黄疸が認められ、入院となった。その際、Aは、二三日前からお腹が張っている、一〇日前に飲酒した旨述べた。Y₂は、同日、Xに対し、Aの症状について、黄疸が増悪して肝不全の兆候があり、改善しなければ、肝不全で死亡する危険がある旨の説明をした。

J医師は、四月四日、Xに対し、Aの状況が非常に厳しいことを説明し、Xとの間で急変時は延命措置など積極的な治療を行わないことを確認した。Aは、四月七日、肝硬変による肝不全を直接の原因として死亡した。

(B) 退院時にAの病状、退院に付随する危険性、予後等についての説明はなかったとの主張

九月一六日のY₂のXに対する説明について、診療録には、「家族にムンテラ・腹部エコーにて肝門部に腫瘍を疑わせる所見あり。二〇日にCTを行います。肝不全の疑いもあり、黄疸が進行するようならば命に関わることも。」との記載があり、記載の正確性に疑義を差し挟むべき事情は見当たらない。Y₂がXを呼び出して説明を行う機会を用意したことから、診療録記載のような肝不全についての説明も行ったと考えるのが合理的かつ自然である。

九月二二日の本件退院時の説明について、Y₂がF医師宛に作成した「診療情報提供書(控え)」には「内視鏡所見、CT所見については、ご本人、妻にムンテラしました」との記載があり、Y₂が入院継続が必要であったにもかかわらず、血液検査の結果を踏まえ、症状の改善を確認した上で退院を許可したことに照らせば、本件退院に当たり、相応に詳しい説明を行うのが自然である。

(C) 退院判断

改善傾向にあるAが、強く退院を希望する以上、Yらにおいて、Aの意思に反して入院を強制することは困難であり、A及びXに対し、入院継続を強く説得すべき法的義務があったとはいえない。

Y₂は、肝臓専門外来の担当医師と協議して診療計画をたてる為には入院の継続が必要と考えていたが、Aが強く退院を希望したため、再度血液検査を実施したところ、Aは急性期の治療を要する状態を脱し、自宅で生活することが可能であると判断して本件退院を許可したものである。その上、Y₂は、本件退院に当たり、Y病院の肝臓専門外来の診察を予約し、併せて、病診連携システムに基づき、かかりつけ医であるEクリニックに対し、診療情報提供書を作成して逆紹介して今後の経過観察と診療を依頼するとともに、A及びXに対し説明をし、禁酒するよう指導したものである。Y₂の退院判断に注意義務違反があったとはいえない。

(D) 退院後の療養指導説明義務

療養指導としての説明は、第一次的には患者本人に対して行えば足りるものである。Aはその判断能力に欠けるところは無い。加えて、Aは、複数の医師から飲酒が厳禁であることの説明を受けており、退院時に、診療契約に付随する義務として、Xに対し、Aの療養指導に係る説明をすべき義務があったと解することは困難である。

仮に、Xに対する説明義務の存在を前提としたとしても、Y₂は、九月一日、Xに対し、Aの肝臓の状態が重症で肝不全により死亡する危険性もあることを説明したほか、本件退院の日である同月二二日には、A及びXに対し、腹部エコーで肝門部に塞栓が見られ、腫瘍塞栓か血栓かの診断のためにY病院の肝臓専門外来を受診すること、アルコール性肝硬変については、かかりつけのF医師から生活指導及び服薬指導を受け、禁酒を続けること等の指導を行ったことが認められる。このように、Xに対しても、Aの現在の病状、今後の治療方針等について説明がされ、生活面に

についても指導がされているのであるから、Xに対する療養指導に係る説明義務違反があったとはいえない。

(E) 病状が重篤であることの説明義務

Aの病状に係る説明についても、第一次的には患者本人であるAに対して説明を行えば足り、Xに対してもその症状に係る説明をしなければならぬような事情はうかがわれない。

仮に、Xに対する説明義務の存在を前提としたとしても、Aの肝硬変は、本件退院直後の九月二八日時点においてチャイルドピュー分類でグレードCの最重症の状態であったところ、Aは、従前から肝硬変として禁酒の指導を受けており、Y病院受診後も、G医師、Y₂及びI医師から継続してアルコール性肝硬変の治療、禁酒の指導を受けていた。また、Xも、Aが禁酒しなければならぬことは認識していた。Xは、同月一六日に、Y₂から、Aに肝不全の可能性があり、黄疸が悪化したら命にかかわる旨の説明を受けるとともに、「病名…アルコール性肝硬変」との記載がある入院診療計画書に署名しており、同月二二日の本件退院時には、Aの肝門部の塞栓が腫瘍の可能性もあることを説明され、禁酒の指導を受けている。そうすると、Xは、Y₂からAの重篤な肝硬変について必要な説明を受けていた。

(F) 検討

退院判断、療養指導に義務違反はないとする。家族への説明が必要か問題となるが、本人判断が可能な場合に本人への説明があれば家族への説明は不要とする。本人意思を尊重したのであるが、判断能力について不明確な可能性のある、あるいは家族の支援が必要な状況である限り、家族に説明すべきである（本件では病状療養について家族への説明はあったとされる）。特にアルコール中毒についてはその他の支援の必要な場合がある。介護施設における終末期前の過ごし方についても同様の問題となる。地域連携の場合はこれに複数の主体が関与し、専門的な判断がなされる

が、家族支援に基づく本人判断が重要となる。

(2) 説明不足のために退院を希望した者が再入院後死亡した事案

大阪地判平成二七年五月一日判時二三〇四号六二頁(Aが、Yの経営する病院(Y病院)に入院中、播種性血管内凝固症候群(DIC)と感染性心内膜炎発症が明らかになり、多臓器不全及び敗血症性ショックにより死亡したことについて、Aの相続人であるXらが、Yに対し、感染性心内膜炎等が判明していない時期にあっても、少なくとも重大な疾患の可能性を認識していたにもかかわらず、その旨説明することなく、必要な検査を実施せず、退院させ、その後の再入院以降においても適切な検査を行わず、的確に病態を把握しなかったことにより、DICや感染性心内膜炎の診断及び治療の開始が遅れ、上記診断後の処置も不適切であったと主張して、配偶者X₁、長男X₂、次男X₃、三男X₄、四男X₅が診療契約上の債務不履行ないし使用者責任(七一五条)に基づく損害賠償の一部の支払を求める事案)

(A) 前医までの事実の概要

Aは糖尿病の持病があり、血液検査において白血球数、血小板数、CRPが高かったのであるが、平成二〇年九月一九日Y病院に入院した。Bは、消化器系の感染性疾患や潰瘍、悪性腫瘍等の疾患、白血病等の血液疾患、心疾患等の疾患を疑いながら、鑑別診断に向けて各種検査を順次実施することとし、入院期間は約二週間を計画し、院長に報告した。血液検査の結果は、白血球数が一万六一〇〇、血小板数が二五万八〇〇〇、CRP値が三・一であり、何らかの炎症が生じていることが窺われたほか、体温は三七度であり、血液中の酸素飽和度(SpO₂)は八五%であった。

X₁は、九月二〇日夕方頃、今までと同様に紙おむつ内とシートへの便の付着から、適切な看護が行われていないと感じ、院長に苦情を述べた。院長は、Y病院は二四時間体制の完全看護ではないので、看護に不満があれば退院する

よう求めた。 X_1 が、Aは退院可能か尋ねたところ、血液検査の結果等からAの全身状態を悪化させている何らかの病態が窺われるにもかかわらず、腹部・胸部のX線検査、胃・十二指腸検査や頭部CT検査において特別異状が認められず、カルテや入院計画書における記載から、Aの症状は精神的な原因により、退院して差し支えない旨述べた。

X_1 は、この説明に納得できなかったが、Y病院に対する不信感が強くなり、同日、Aを退院させた。なお、主治医であるBが、重大な疾患を有している可能性が高いと判断していたことや、鑑別診断に向けて各種検査の実施を予定ないし計画していたことを説明することなく、他の病院を受診して検査を受けるよう勧めることもなかった。

X_1 が、九月二二日、医療費の精算にY病院を訪れたところ、Bから、Aの病状が心配なので、注腸造影検査だけでも受けるよう求められ、 X_1 は検査予約した。Aは、九月二五日、血液検査、尿検査、胸部X線検査を行った上、翌日までの検査として、ホルター二四時間心電図検査を実施することとした。Aの帰宅後判明した血液検査の結果、血小板数の著しい減少があり、明らかな血液凝固反応が認められた。Bは、 X_1 に対して、原因は不明である（感染症、悪性腫瘍等が疑われるものの、病名を断定できる段階ではない）が、AはDICの状態にあつて生命の危険があること、入院して継続的に点滴治療を実施し、改善する必要があることを説明し、Aに対しては、抗凝固療法としてFOYの投与と、感染症を考慮した抗生剤としてフルマリンの投与を開始した。

Bは、九月二七日、Aに聴診を行った際、心臓部の血流の逆行を確認し、感染性心内膜炎の可能性を指摘し、口腔内の歯槽膿漏から、Aは敗血症を伴う感染性心内膜炎を発生している可能性が高いものと判断した。Aは、九月二九日、心エコー検査を受けたところ、左心部の僧帽弁に疣贅が認められ、僧帽弁閉鎖不全症（IV度）を伴う感染性心内膜炎を発生していることが確定的に診断された。また、Aが入院当初から訴えていた著しい倦怠感等に変化はなく、

呼吸状態も悪化していたなど、全身状態は依然として不良であった上、肝機能障害を示す総ビリルビン値が、同月二七日から同月二九日にかけて、いずれも三を超えているなどD I Cが臓器障害を引き起こしている可能性も窺われた。Bは、上記心エコー検査の結果、Aの感染性心内膜炎は、重度の僧帽弁閉鎖不全症を伴うものであることからすると、外科手術を検討すべき段階にあり、敗血症とD I Cを併発し、全身状態が悪いので、状態が改善された際の外科手術に対応可能な心臓血管外科を有するB病院に転院を求めたこととした。

Aは、九月二九日、Y病院からB病院に転送され、F医師らによる診察・検査を受けたところ、左心房が拡大し、僧帽弁からの逆流が高度に認められ、同部位付近に約1cmの疣贅が認められ、重度の僧帽弁閉鎖不全症を伴う感染性心内膜炎を発症していることが再確認された。九月三日以降も、Aの全身状態は依然として不良であり、F医師は引き続き、ペニシリンとゲンタシンの投与を行うとともに、Aが発症した感染性心内膜炎の原因として著しい歯槽膿漏による口腔内からの菌の侵入が考えられ、同日、Aに対し、保存不可能な歯を全部抜歯する処置を実施した。

その後もAの症状は改善せず、一〇月二日には、Aの痰内からM R S Aが検出された。一〇月八日、B病院の入院時に実施した血液培養検査の結果が明らかになり、Aの血液から検出された細菌は、緑膿菌類縁菌とM R S Aであった。Y病院において同年九月二九日に実施した血液培養検査の結果によると、Aの血液からは、表皮ブドウ球菌が検出された。Aに対してD I C及び感染性心内膜炎を引き起こした原因菌については、結局、特定することはできなかつた。F医師は、上記血液培養検査の結果を踏まえ、一〇月一〇日、抗生剤を一部変更するなどしたが、Aの不良な全身状態や腎機能、肝機能の異常数値を改善するには至らず、消化管出血も収まらないまま、多臓器不全の状態になり、同月一五日、敗血症性ショックにより死亡した。

(E) Aの退院時における院長の対応

Aが最初に退院した九月二〇日の時点において、Y病院としては、Aが訴える著しい倦怠感等の自覚症状については、具体的な病名は不明であるが、何らかの重大な疾患がその原因である可能性が高く、その鑑別診断には順次検査が必要であり、実際にも具体的な検査（注腸造影検査）を予定しており、Aが自ら退院を希望することはなかった。

Yは、院長が、X₁に対し、Aの症状を精神的な原因によるものと説明をした事実はなく、様々な検査の実施予定をX₁が拒否してAを退院させたと主張する。しかし、院長は説明について記憶がないという。深刻な病態にあるかもしれない患者が予定されている検査を拒否してまで退院するという異常な事態にもかかわらず、同日の診療録や看護記録にも「病状を説明もしてくれないので退院する」「家族とともに退院する」と記載されているにすぎない。Yの主張は根拠に乏しい。また、B病院の看護記録によれば、一〇月二日、Aの四男であるX₅の発言「前の病院では『大丈夫』と言われて、僕たちはそんなことないやろって思ってたんですが信じるしかなかったんです。」が記載され、発言をしたのは院長であった可能性が高い。以上によれば、院長の説明についてのX₁の供述は十分に信用することができる。このような院長から説明を受けたX₁は、Aの病態や原因疾患の鑑別診断に向けて各種検査が予定されている状況にあることを理解することなく、また、Aの症状が重大な疾患による可能性が高いにもかかわらず、その原因を明らかにする必要が有ることについての認識を欠いたまま、Aを退院させた。

医師ないし医療法人は、患者との間で診療契約を締結した以上、当該患者に対する診療行為を終了させるにあたっては、当該患者あるいはその家族が、当該患者の有する病態の現状や治癒に至っていない場合の将来的な治療の必要性及び治癒の可能性等について、既に十分に理解しているとか、それらに関する説明を患者が明確に拒否したとか、説

明をしないことについて法令上の根拠その他正当な理由があるなどの特段の事情のない限り、当該患者に対しては、それまでの診療経過をもとに上記説明をする(高次医療機関等に対する転送時には必要な情報提供としての申し送りをする)義務があるというべきである。なぜなら、医師による治療行為による結果として、治癒等の利益を受けることも、治癒に至らなかった場合の不利益が生じることも、すべては患者が受け入れなければならないことからすると、医師による治療行為の結果が自らの合理的な判断によるものとして患者自身が受け止めるためには、診療行為の終了時において、当該患者の有する病態の現状や治癒に至っていない場合の将来的な治療の必要性及び治癒の可能性等を踏まえ、その時点において診療行為を終了させることの可否を自ら検討するに足りる程度の情報提供を受ける必要があるであつて、そのような情報を欠いた状況の下で何らかの意思決定をしたとしても、その後の不良な結果を自らの合理的な判断によるものとして受け止めることは著しく困難だからである。したがって、医師が、患者に対して上記のような情報を提供することなく診療を終了させることは、特段の事情のない限り、診療行為による結果を自らの合理的な判断によるものとして受け止めたいという人格的な利益を確保するための自己決定権を侵害する行為として、不法行為ないし診療契約上の債務不履行に該当するといふべきである。

(F) 検討

治療行為の過失は認められないが、退院の際の院長の本人家族への説明義務違反により、本人の自己決定権が侵害されたとして慰謝料請求を認める。患者が医師による治療行為の結果を自らの合理的な判断として受け止めるためには、診療行為の終了時において、当該患者の有する病態の現状や治癒に至っていない場合の将来的な治療の必要性及び治癒の可能性等を踏まえ、その時点において診療行為を終了させることの可否を自ら検討するに足りる程度の情報提

供を受ける必要があるとする。この点についての家族への適切な説明がなかったことから本人の自己決定権侵害を認める（末期症状と認められるために、違反と死亡とが必ずしも直接関係せず、自己決定権侵害による慰謝料のみ認めらる）。家族支援のための家族に対する説明義務も認められうる。

4. 震災時の施設の対応と家族の過失

仙台地判平成二七年三月二六日LLI/DB（高次脳機能障害を有するVが、Yが運営する自立訓練通所施設内で東日本大震災に遭い、その後、親族の迎えが来なかったため、Yの本部において職員に付き添われて避難生活をしてきたが、約一〇日後にYが運営する別の施設に移されて一人で宿泊したところ、その日の夜間に外出して河川で溺水し死亡したことに付き、Vの子であるX₁及びX₂並びに義兄であるX₃が、Yに対し、主位的に、YがVを一人で宿泊させたことが安全配慮義務に違反すると主張し、予備的に、Vを一人で宿泊させることを原告らにあらかじめ告げなかったことが説明義務に違反すると主張して、債務不履行又は不法行為による損害賠償の支払を求める事案である）

(A) 事実の概要

Vは、X₁及びX₂の父であり、平成二二年七月二七日、脳出血を発症し、その後遺症として、失見当識、記憶障害、注意障害、左半側失認等の高次脳機能障害を残した。X₃らの母Wは、平成二二年六月二〇日、死亡した。

Yは、高次脳機能障害者の自立支援事業等を行う特定非営利活動法人であり、仙台市に主たる事務所（Aの本部）を置き、複数の施設を設置、運営している（自立訓練通所施設である「甲」（Bの施設）、就労支援B型通所施設である「乙」及び共同生活援助のためのグループホームである「丙」（Cの施設））。

Wの兄であるX₃は、平成二二年七月二日、VとともにBの施設の施設長であるD所長と面談し、Vの代理人として、Yとの間で、Bの施設に通所して自立訓練(生活訓練)事業及び就労継続支援(B型)事業に係るサービスの提供を受けることを目的とする本件利用契約を締結した。X₃とYは、事故時の対応等としてVに急変があった場合、Yが、医師や家族への連絡その他適切な措置を迅速に行うこと、Vに事故、病気等があったなどの場合における緊急時連絡先をX₃とすることを合意した。その際、X₃は、Dに対し、一回目の徘徊の件を伝えた。X₃は、Bの施設のD及びE職員に対し、七月十日の二回目の徘徊の件をその数日後に伝えた。

一〇月二二日、仙台市障害者更生相談所(身体障害者、高次脳機能障害者の支援を業務とする仙台市の機関であり、現在の名称は仙台市障害者総合支援センター)の担当者、D及びX₃によるケア会議が実施され、X₃は、診断書を持参してVの症状等を説明した。また、同月頃、X₃は、本件自宅の玄関ドアの内側にダイヤル錠を取り付け、玄関ドアの外側にチェーンロックを取り付けたことを、Dに対して伝えた。Dは、X₃に対し、上記の措置はVの人権を侵害であり、常に誰かがVに付き添うように指導したが、従われなかった(年末に一人で一泊過ごさせた)。

Vは、平成二三年一月二二日、仙台市から要介護二の認定を受けた。その際、「長期間にわたり審査判定時の状況が変化しないと考えられる」として、認定有効期間が二四か月に延長された。

同年三月一日東日本大震災が発生した。Bの施設が被災し、同施設の職員三名(F職員)は、Vを含む通所者約一名を連れて仙台一高に避難した。同日夜にEがX₁に電話をした際、X₁はP中学校に避難しており、Vを預かってほしい旨を伝え、Eは、「お父さんと一緒にいるからね。大丈夫だよ。」と述べてVの状況を知らせ、当夜はVとともに宿泊する旨を伝えた。震災翌日の同月一二日、Aの本部から来た職員らが、Vほか一名の通所者を連れて、Aの本

部に移動した。Aの本部は一軒家であり、職員、通所者等を合わせて十数名が避難し、毎日数名の職員らが同泊して避難中の通所者らをケアしていた。Vは、Aの本部では、具体的に指示しないと行動できないが、問題行動を起こすことはなかった。また、X₁とYは、Vに関し、直接連絡を取り合って協議することはなかった。

X₁X₂は、同月一九日、本件自宅に戻った。その頃には、本件自宅の電気及び水道は復旧し（ガスが復旧したのは同月二五日頃である）、X₃が、生活ができる程度に本件自宅を片付けており、Vの食料の調達等に不便が残ることを除けば、本件自宅にVを引き取ることは可能な状況であった。

仙台市障害者相談所は、同月二二日、X₁に対し、Vを本件自宅に引き取る見通しを聞いた。X₁は難色を示したが、利用料負担を気にしていた。仙台市障害者相談所は、同日、Y代表者に対し、親族からVの一時的な預かりや引き取りについて了解が得られなかった旨を伝えた。Y代表者は、仙台市障害者相談所に対し、同月二三日にVをAの本部からCの施設に移す意向を伝えたが、Cの施設において職員がVに付き添うか否かについては言及しなかった。

Vは、同月二三日、職員に付き添われて、一旦本件自宅に戻り（この時、X₁X₂も本件自宅において、Vと顔を合わせている）、身支度をしてX₁の卒業式に参列し、その後、Aの本部に戻って食事をしてから、同日午後七時頃、職員に付き添われてCの施設に到着した。この時、Vに付き添った職員は、Cの施設の職員に対し、①Vは、Aの本部の生活ではおとなしく皆と一緒に活動参加ができていたこと、②Vは、朝起きるのが苦手なことの二点について申し送りをした上で、Aの本部に戻った。Cの施設の職員は、Vに施設の内部を案内し、Vを一階の部屋に一人で寝かせた上で、帰宅した。当夜、Cの施設では、V以外にグループホームの利用者一名が二階に居住していたのみであり、職員が同泊する措置は執られなかったほか、法令上、利用者を拘束できないことを理由として、施設措置は執られな

かった。なお、Yは、Xらに対し、VをCの施設に移して職員が付添いなしで宿泊させることをあらかじめ伝えなかった。Vは、同月二三日の深夜頃、Cの施設から外出し、同月二四日午前〇時頃(その時間帯の仙台市の天気は晴れ、気温は一〇℃前後であった。)、Cの施設から南東方向に直線距離にして約一・五km離れた場所にある川において、溺水により死亡した。X₃は、平成二三年六月二〇日、X₁X₂の未成年後見人に選任され、同月二三日、就職した。

(B) 契約に基づく義務

本件利用契約の内容に鑑みれば、震災より本件サービスが中断された場合、Yには、高次脳機能障害のため、自力では帰宅できず、自らの生命、身体の安全を図るための状況判断ができないVを保護し、緊急時連絡先であるX₃又は同居家族であるX₁X₂に対し、必要な連絡を行い、速やかにVを引き渡すべき本件利用契約上の義務(本件利用契約上の被災時義務)があった。Bの施設の職員らが、震災後、Vを保護して仙台一高に避難し、X₁に電話で連絡してVの状況を伝え、Vに付き添って仙台一高に宿泊したことは、本件利用契約上の被災時義務に基づいた措置であった。

本件利用契約上の被災時義務は、その内容からみて、Yが、X₃又はX₁X₂に対し、速やかにVを引き渡すことを前提としたものと解され(扶養義務者であるVの直系血族及び兄弟姉妹には、Vを震災時に保護すべき本来的な義務がある。民法八七七条参照)、XらがVを引き取るために要する合理的な期間を超えてVを引き取らない場合には、Yの本件利用契約上の被災時義務は消滅する。

Xらは、震災後、Y及び仙台市障害者相談所に対し、Vを引き取る意向を示さず、むしろ引き取りに難色を示し、同月二三日に至ってもVをYに預けたままにしていたところ、X₃は同月一九日には、生活ができる程度に本件自宅が片付き、X₁X₂も避難先から本件自宅に戻り、ガス以外のライフラインは復旧し、Vは、同月二三日、X₁の卒業式に参

列するため、本件自宅に一時帰宅していることからすれば、遅くとも同日には、Xらは、Vを本件自宅に引き取るこ
とが可能な状況にあったと認められ、Yが本件利用契約に基づきVを保護すべき義務を負うということはできない。

(C) 事務管理の管理者としての善管注意義務

自らの生命、身体の安全を図るための状況判断ができないVを事実上の保護下に置いていた管理者(民法六九七条)
としてYは、Xらなど他にVの安全に責任を負うべき者に同人を引き渡すまで、善管注意義務(同法六九八条参照)
をもってVの保護を継続すべき義務を負っていた(Yの緊急事務管理の主張は否定される)。

YがVを単独で宿泊させたことが注意義務違反にあたるか問題となる。予見可能性①Yは、高次脳機能障害者の
自立支援事業等を行う法人であって、一般に失見当識のある高次脳機能障害者が一人で外出すると目的地に到着でき
ないことがあることを知っていた、②Vには、高次脳機能障害である失見当識、記憶障害、注意障害、左半側失認の
症状があり、Bの施設の職員は、Vの二回の徘徊の件をX₃から聞かされて知っていた、③X₃らが施設措置を講じたり
して、Vの外出を防がなければならぬ状況にあったことを、Bの施設の職員は知っていた、④Vは、Bの施設にお
いて、職員や家族の付添いなく一人きりにしておけない通所者の一人であると認識されていた、⑤Vの状況は、Bの
施設以外の職員に対しても情報提供され、施設長クラスの職員であれば知っていたと推認され、本件決定には、施設
長クラスの職員が関与していた、⑥Yは、Aの本部に応援に来ていたBの施設のD、Fから、Vを夜間に職員の付添
いなしでCの施設に宿泊させることについて意見を聞くことができたことが認められる。そうするとVが初めて訪れ
るCの施設において職員の付添いなしにVを宿泊させた場合、Yは一人で夜間外出すれば戻れなくなり、生命、身体
に危険を及ぼし得る場所(Vが死亡していた河川周辺もこれに含まれる。)で事故に遭遇することは予見できた。結果

回避可能性―Yが本件決定をした平成二三年三月二二日頃、Aの本部においては、本来の業務の再開に向けた作業が行われており、Aの本部を避難所として使用する状況を次第に解消する必要があったことが認められるが、他方、VがAの本部からCの施設に移された同月二三日以降も、同月二九日までは通所者であるM氏がAの本部に引き続き宿泊して避難しており、その間、複数の職員が宿泊していたのであるから、同月二三日の段階で、直ちにVをCの施設に移して職員の付添いなしに同施設に宿泊させる以外に採るべき方法がないという状況であったとは認められない。

(D) 過失相殺

本件利用契約は、VがYの運営する施設に通所してサービスの提供を受けることを内容とするものであって、VがYの施設に宿泊することは前提とされていなかった。Yは、震災後、本件利用契約上の被災時義務に基づいて、XらがVを引き取るために要する合理的な期間はVを保護する義務を負ったものの、遅くとも平成二三年三月二三日には上記義務は消滅していた。その後は、Vを事実上保護下に置いていたことから事務管理としてVを保護していたことが認められる。上記の事務管理は、XらがVの速やかな引き取りに協力しないため、自立訓練通所施設を運営する事業者としての社会的責務及びVに対する好意関係に基づいてVの保護を無償で継続せざるを得なかったことに基づいて生じた。Vを保護すべき本来的な義務を負うXらは、震災発生直後の混乱によってVを引き取ることが物理的に不可能な状態が解消され次第、VをYから引き取る義務があった。また、Vを引き取ることが物理的に不可能であった間においても、Xらには、信義則上、Yに対し、直接連絡し、自らの避難状況を伝えるとともに、Vをいつどのような方法により引き取るかについてYと積極的に協議し、Vの保護についてYが見通しを立てられるように適切に配慮すべき義務があった。Xらは、Yに対し、一度も直接連絡をせず、平成二三年三月二三日には、Yの職員と協議すべ

き機会があったのにこれをせず、遅くともその頃には引き取ることが可能であったが、Vの保護を漫然と委ね続けた。このようなXらの対応が、震災後でVに対する十全な対応が難しい状況下において、Yの注意義務違反を招来した側面を否定し難い。以上の諸点を総合考慮すると、損害の公平な分担の観点から、民法七二二条二項を適用ないし類推適用し、Vの死亡によって生じた全損害について五〇%の減額をすることが相当である。

(E) 検討

自立支援訓練所において契約上の被災時保護義務は家族が引取り可能となった時点で終了する。事実上保護下にある者に対する事務管理上の善管注意義務である一人にしてはならない義務違反による被害発生についての予見可能性、結果回避可能性がみとめられ、家族には家族が引き取ることが可能であったのに引き取らなかった過失、状況把握し対応に協力する義務違反が認められるとする。問題は二つある。施設の被災時の義務内容と家族の義務内容である。施設は家族からの連絡がなくとも平時と同様に保護し続ける（あるいは他施設に移す）義務があるのかという問題（事務管理であるのかも問題となる）と施設被災の際には家族側が主となって対応を考えなければならぬのかという問題である（どちらにも困難な状況がある）。この事例の引取者は未成年子である（叔父が援助する）。判決は震災後、自宅居住可能な認知症高齢者について、施設の保護義務、家族の引取義務を認める。引取義務は一般的な引取義務であるのか、震災後の特殊事情の下での引取義務であるのかも問題となる（高齢者の扶養義務については一般論として金銭扶養でよいとされる）。また引取義務を認定したとしても強制困難である。さらに、複数施設を運営するため、一定の場合の引き取りを前提とした契約と考えることもできる。地域包括システムは高齢者の一人暮らしを他業種支援の下でセンター主体で図るものでもあるが、現実的な検討が必要となる。

三 終末期前の自己決定問題と家族の支援

1. 入院入所中の状況・容態変化に対する注意義務違反と説明義務(自己決定問題かどうかの区別と終末期問題)

入院・入所中の容態変化への対応について、施設職員等の行為、医師等の行為が問題となる事例がある。従来から医師の医療行為について最善の注意義務、高度の蓋然性、生存の相当の可能性など高度の行為義務を設定するかのような特色ある判断がなされ、インフォームドコンセントが患者の自己決定という側面でも、医師の責任回避という側面でも重要な問題とされてきた(治療方法の確認としての承諾、患者の自己決定事項としての承諾の区別が重要である)。近時、終末期に近い高齢者の入院・入所の際の容態変化に対する対応事例をめぐり、これらの問題の整理が必要となる。医師の医療行為における注意義務問題、病院・施設関係者の医療行為・日常業務行為の際の注意義務問題があり、自発的な裁量判断を尊重すべきである。また、治療方法、過ごし方(特に終末期前)について自己決定が優先する場合、単に了解を求める場合の説明義務の問題があり、その区別が重要となる。

前提として余命告知を本人にするのかどうかの問題があり、家族への告知は必要と考えられる。最判平成一四年九月二四日判タ一一〇六号八七頁は、医師は、診療契約上の義務として患者に対し診断結果、治療方針等の説明義務を負担することを前提として、患者が末期的疾患にり患し、余命が限られている旨の診断をした医師が、患者本人への説明、告知が相当ではないと判断した場合には、その診断結果の重大性に照らし、診療契約に付随する義務として、少なくとも連絡が容易な患者家族への接触を試み、接触できた家族への告知の適否を検討し、告知が相当と判断したときは、説明、告知をする義務を負うとする(基本的に本人告知すべきであり、告知後の対応が重要とされる¹⁷)。それ

に対して、名古屋地判平成一九年六月一四日判タ一六六号二七一頁は、患者の疾患についてどのような治療を受けるかを決定するのは患者本人であり、医師が患者本人に対する説明義務を果たし、その結果、患者が自己に対する治療法を選択したのであれば、たとえそれが最適な治療法ではない場合でも医師はその選択を尊重すべきであつて、かつそれに従つて治療を行えば医師としての法的義務を果たしたといえるとした上で、そうであるならば、医師は、患者本人に対し適切な説明をしたのであれば、更に近親者へ告知する必要はないとする。

余命に関する本人告知の有無にかかわらず、延命治療を選択しない、緩和ケアを選択する等一定の明白な自己決定事項は認められる。ただし、自己決定事項か否かの区別はあいまいである。緩和ケアとは、病気が診断されたときから終末期を経て死別まで疼痛を含む身体症状の緩和と精神的およびスピリチュアルな支援を提供することで、生命を脅かす疾患に直面している患者・家族の生活の質（QOL）を改善する医療ケアである（ターミナルケアも含まれる¹⁸）。諸状況から本人・家族の意思よりも治療を優先すべき場合があると共に治療優先すべきと考えられる際でも生活に対する希望を認めるべき場合もある（臨床倫理四分割法では医学的適応、本人の選好、QOL、周囲の状況が検討される）。介護施設においても職員等の介護行為、医師の医療行為等についての注意義務の問題と自己決定の優先する場合等の説明義務問題があり、同様に裁量判断を尊重すべきである。また、同様に自己決定のための説明と単なる了解事項の説明との区別の問題がある。介護施設、要介護度の相違による対応の相違も問題となる（その際、定型行為にとらわれない裁量行為は尊重されるべきである）。

自己決定事項についても本人の判断能力の問題、時間の経過による変化の問題があり、不十分な判断能力に対する家族支援が重要となる。また、積極的な家族支援を求める説明義務も措定しうる（家族の現実の支援に応じて治療方

法も異なる)。問題は家族がいる場合の家族の関わり方であり、家族としての決定事項が存在するのである。

2. 終末期前の家族支援の観点からの近時の事例の整理

終末期前は緩和ケアを実施する状況にない限り、通常業務(医療は治療を目指す)となり、治療行為について医療水準から過失判断される。治療行為選択の余地があるとき、自己決定事項とされる。終末期に近くなる、治療に苦痛を伴う等、緩和ケアを実施するか否かは医師の説明に基づく自己決定事項である(家族支援のために家族にも説明される)。終末期に延命措置を実施するのか、自然経過に委ねるのは自己決定の問題である。終末期前の個々の治療、介護措置の妥当性を判断する場合にこの過ごし方についての自己決定判断が基準となる。ただし、終末期の認定は困難であると共に個々の事項ごとの説明と判断が必要となる場合、時間の経過と共に判断が変化する場合も考慮しなければならぬ。さらに、家族がいる場合には、判断能力を補充するために、家族関与を求めるために、家族に説明しなければならぬ(家族決定事項)。家族の現実の支援のあり方によって本人の判断内容も異なる。苦痛の緩和を選択する場合等については、家族の現実の支援が重要な考慮要素となる(チーム医療、包括ケアも実施される)。

何度が転倒したが対応できない場合に介護施設の過失を認める事例と病院の過失を認めない事例がある。当日までの様子から予見可能性がないとされる場合もあるが、予測される場合でも人員の点から対応不能な場合として責任を認めないとするのか、不能を知りつつあえて引き受けた施設の責任を認めるのか問題となる。病院についてはその点の本人・家族の一般的な了解があると考えられ、介護施設についてはその点の説明が不足していたという相違点が考えられるが、対応困難な問題についての両者の責任は同様の問題として考えるべきである。予測しうる事項について

結果回避困難な状況がある場合に、施設としては対応について家族と話し合う必要があると考えられる（付き添いなどの現実の支援を求める必要がある場合もある）。この点、施設状況から対応不能な場合があることの一般的了解を認定すべきではない。こうして施設の人的対応の限度の問題は了解の問題となり、説明義務の問題となり、付添い等の家族対応に関する判断を求めることになる。いずれの事案も家族の対応を求める説明が不足していたと考えられるが、この点も家族側からの積極的な関与を前提とすると考えることもできる。

入院・入所中に病気になった場合、容態が変わった場合に介護施設、医師の過失を認めない事例がある（対応を変える必要がない、対応に不備がないと判断する）。施設の定型的対応は当初施設が把握した状況に基づくものでよいとするものと考えられる。容態変化の際の施設側の対応について基本的に従来通りの対応でよいと考えられるが、裁量判断が必要となる場合もある。容態変化に伴う医療対応の変化については医師等の裁量判断が重要となり、施設と医師の連携も重要となる。これらの場合に家族が常に様子を把握している場合には家族の意見をもとに考察される。この事案も容態変化を本人・家族に説明し、家族対応を求めることは可能であったと考えられ、説明に不十分な点があったと考えられるが、ここでも、施設側がイニシアティブをとるのか、家族側からの積極的関与が前提であるのかという問題がある。一般的には入院入所中の容態変化への家族の対応は困難であり、施設側から家族への説明義務が重要となる（家族に積極的な対応を求める意味でも）。入院・入所中の状況・容態変化については付き添いによる家族介護の可能性、転院の可能性が認められなければならない（震災事例のように家族の引取り義務が優先すべき場合もある）。入院入所中の容態変化はまず施設側から説明すべきであり、このことが施設側の裁量行為の正当化ともなる。

これらのことから、入院・入所中の事故対応について、施設の人的状況に基づく対応の限界による事故が施設の責

任となるのか本人・家族の負担すべき事項であるのか問題となり、容態変化対応は当初の状況に基づく定型行為(現状での日常介助行為)かその後の変化に対応する裁量行為(状況に応じて対応を変化すべき行為―医療行為はこの場合が多い)か区別され、それぞれ自己決定事項については説明が必須であり、判断能力が不十分な場合は家族に説明すべきとなり、その他、柔軟な現実的家族対応の可能性がある場合も家族に説明がなされるべきである。施設側にとっても過度の負担は認められないと共に硬直的な対応を回避すべきであり、自由で柔軟な裁量を認めるべきである。いずれも家族関与を求める説明義務が重要となる。転院転施設が困難であり、施設としては人的対応が困難な場合も退所してもらうことができないときに家族支援を積極的に求めなければならない(引取を含む積極的支援義務)。

終末期に自然経過を希望する患者の終末期判断が問題となる事例があり、終末期でなく、医師の過失が認定された事例がある。終末期認定と治療中止が結びつくので判断は困難である。この点について安楽死判断も影響すると共に医療の高度な注意義務(行為義務)も影響する。このことから終末期判断は延命治療に傾く可能性がある。

終末期前に痛みを緩和する麻薬の使用を家族が希望する場合に医師の判断を優先する事例がある(家族の黙認があるとされるが、治療行為に家族の承諾がとられる場合は多い)。麻薬使用は医師判断であるが、苦痛の緩和(緩和ケア)と副作用問題について本人判断が優先すると考えられうる。本人の判断能力が不十分な場合に医師の判断と家族の判断のどちらを優先させるのかにおいて、医師の役割を重視する事例である。医師の裁量判断は優先すべき場合が多いと考えられるが、延命に傾く可能性がある。終末期前の過ごし方は自己決定問題であり、家族支援が重要となる。

終末期前に本人が退院希望する場合、適切な説明の実施によって本人判断での退院が可能と考えられるが、判断能力が問題とされる場合に、アルコール中毒のように特別の支援を要する場合もあり、適切な家族支援等が問題と

なり、いずれも家族への説明義務が問題となる。

3. 終末期前の自己決定問題における説明義務、家族支援のための説明義務とアドバンス・ケア・プランニング

終末期前の過ごし方について本人判断が優先しうるが、継続的確認が必要であり、個々の場合には再度、病院・施設の説明に基づく本人の判断が必要となる（本人の判断内容も家族の現実の対応によって異なる）。判断能力が不十分な場合は従前の本人意思に基づき個別の説明に基づく家族判断が必要となる。また、家族の支援を求める説明義務も措置しうる（家族決定事項）。家族側の延命判断、緩和措置実施判断と医師の終末期判断、副作用判断の優劣が問題となりうるが、本人意思の尊重とそれに基づく家族支援の判断が基本となる（家族が放置する場合は医師の裁量判断が優先しうる）と共に家族の関与も求められなければならない（家族に都合の良い病院・施設であってはならない）。

自己決定事項か否かの区別が重要であり、終末期前の医療についての説明義務（治療）の問題とケアについての説明義務（生活）の問題が区別される。本人の自己決定事項判断のための説明義務と医師等の行為に対する了解のための説明義務があると共に家族の支援を求める説明義務がある。専門的な問題は施設側が中心となるのであるが、生活面に影響する問題は自己決定の問題となる。終末期前の治療行為については医師側の裁量が優先する余地もあり、自己決定の問題との区別が重要となる。終末期については延命措置か自然経過かの自己決定に基づき（時間経過による変化もある）、その後の措置が考察される。いずれも個々の措置についての説明が必要となる。また、その判断に家族の支援が重要な要素となり（家族決定事項）、そのための説明も必要となる。

終末期前の過ごし方は本人が決定するのであるが、本人の真摯な意思決定がなされたのか、その後の意思の変化は

ないのか、その後の個々の状況について説明が必要となるのか、終末期かどうか適切な判断がなされたのか、家族の支援は積極的なもの(同居、付き添い等)であるのか等の問題がある。

高齢者、特に終末期近くにある高齢者について、本人が意思決定を行うのは原則であるが、家族が意思決定支援する必要がある場合、現実の家族支援が必要となる場合が多い。¹⁹⁾入院・入所において終末期に関する事前の真摯な本人意思が尊重されるべきであるが、その後の状況・容態変化について個々の説明と本人判断、本人の判断が不十分な際の家族判断が重要となる。これらの意思決定は病院・施設側の適切な説明の下で可能である。本人意思が確認できる場合は本人と話し合い、方針決定する。本人意思が確認できないが、事前指示書がある場合は家族に確認し、方針決定する。事前指示書がない場合、家族による本人意思の推定が可能なときは、それに基づき家族と話し合い、方針決定する。意思推定できないときは家族と話し合い方針決定する。家族が判断を医療チームに委ねるとき、または家族がないときは医療チームが方針決定するとされる。²⁰⁾本人が成年後見制度を用いている場合で家族が後見人のときは後見人が判断することになり、任意後見制度を用いている場合も後見人が関与しうるが(任意後見人の場合はどの事務に設定されているのか、いつから職務が開始するのかが明確に認識しうるのか問題となる)、後見人が家族外であり、財産管理を主たる任務とする場合、後見人その他の意思決定者が指名されていないときで本人の判断能力が不十分な場合に家族の関わり方が問題となる。基本的に本人が誰に自己の終末期の生活についての判断を委ねているのが重要である。指定されていないときには、実際に介護する家族の意思が優先すると解され、実際に介護する者がいないときは扶養義務を負う家族全員の意思的支援が必要となると解される。²¹⁾

また、現実の家族支援を求めるための合意が形成されなければならず、合意のない場合も一定の現実的支援が扶養

義務として認められる。そして、これらの場合に家族に対する説明義務の内容も問題となる。入院・入所中に家族の支援を求めることに困難な場合もあるが、施設側が支援を求めるべきなのか、家族側が積極的に関与すべきなのかは責任問題にも影響する。病院・施設の裁量判断を優先させるべき場合もあるが、入院・入所中の病院・施設側の家族に支援を求めるための説明義務の存在は重視すべきである。

またアドバンス・ケア・プランニング、人生の最終段階における医療・ケアの決定プロセスに関するガイドラインも検討されている。このガイドラインでは終末期前の意思決定における家族の関与が必要とされている（繰り返し話し合う²²⁾）。人生の最終段階を迎えた本人・家族等と医師をはじめとする医療・介護従事者が、最善の医療・ケアを作り上げるプロセスを示すガイドラインで、できる限り早期から肉体的な苦痛等を緩和するためのケアが行われるために医療・ケア行為の開始・不開始、医療・ケアの内容の変更、医療・ケア行為の中止等について適切な情報に基づく本人による意思決定に基づくものであり、その後の本人の意思変化、判断能力低下状況にも対応し、家族等の信頼できる者を含めて話し合いが繰り返しなされていく²³⁾。家族の現実の支援がかかわる問題となる。

家族の義務については震災後の施設の不注意による認知症者の死亡事故について、施設対応ができない場合の家族の引取義務を認め、過失相殺する事例がある。震災の場合のように受け入れ先のないときで扶養義務者のいる場合には引取義務が認められなければならない。その他、柔軟に現実的な支援義務が認められなければならない。従来の扶養義務の考え方、認知症者のJ.R事故の際の家族の責任問題等との整合性が問題となるが、本人支援について積極的な扶養義務を認める必要性はあると考えられる。金銭支援に限られない現実の支援義務としての扶養義務が認められるべきであり（実際に施設に入れない場合も扶養義務は存する）、認知症者に対して家族（配偶者と子）が監督義務者で

あることが認められるべきである(注意義務は軽減されうる)。精神保健福祉法の保護者制度も廃止されているが、この点も問題となる。また、判断能力が不十分な者、未成年者の医療問題について親権者などが判断しない医療シグナクト問題も同時に考察されなければならない。これらの問題については以前から問題であった家族の過重負担の問題が少子高齢化社会において一層問題となることへの対応が必要となる。核家族社会の問題である。

4. 地域包括ケアシステムの下での自己決定問題と私的介護・公的介護

延命からケア⁽²⁴⁾、措置から契約へと自主的判断が重視されていき、地域包括ケアシステムの下でセンターを中心とする介護支援の多様化、複雑化により、看護師、ケアマネなどの専門家の役割も大きくなり、本人・家族と医療・ケアチームとの意思決定支援においても専門家の役割が強調されるが、現実的な本人支援の意味における家族の役割も、より重要となる。終末期の過ごし方について、自治体を中心とする専門家集団の裁量を重視するのか、家族を中心とし、本人の希望を中心とする自己決定問題とするのかの問題でもある。家族が放置している場合には病院・施設に頼らざるを得ないのであるが、それが原則ではなく、あくまでも家族による扶養を一義的に考えるべきである(扶養義務の考え方として公的介護の進展を促すべきという考え方と、家族が一次的に介護すべきという考え方がある⁽²⁵⁾)。地域包括ケアシステムは介護予防、在宅支援を意図し、在宅介護を強調するものであるが、一人での在宅を念頭に置くのか、家族と同居での在宅を念頭に置くのかで内容は異なる。介護資格者、医療資格者、施設、病院、公務員の統合的な関与が図られ、より専門的な対応が企図されており、介護については在宅を中心とし、一人での在宅でも十分な対応ができるようにすべきとも考えられるが、単身生活はやむを得ない場合に限られるべきであり、家族の役割の重要

し、家族との同居の下での在宅を原則と考えることもでき、家族扶養を原則とすべきである。そして施設入所においても同様の連携が必要であると共に同居在宅の場合と同様の家族的な積極的な関与が必要と考えられる。

政策的にも、介護保険、予防重視、地域包括ケアシステム、アドバンス・ケア・プランニングの流れを公的保護の重視とみるのか、家族関与の重視とみるのかについては、後者とみるのが一般的と考えられるが、労働政策と合わさった総合的な公的保護と考えることもできる。公的負担の問題としても少子高齢化における財源をどこに求めるのか問題となる（在宅・予防重視は公的負担減を意図するものとも考えられるが、施設側の現実の負担は増加する）。病院での介護療養型と医療療養型の区別の不明確さから、介護医療院が創設され、療養型病棟が廃止されたが、依然として医療療養型での入院と施設入所という病院と施設の両面での長期支援は継続する（医療中心か否かの区別は存する）。

こうして病院・施設側の義務を重視すべきか、家族の関わりを重視すべきかの問題となる。施設側の義務を重視すべきである、介護保険・税という国民負担の制度で利益を上げている施設は厳しい義務を課されるべきであるという考え方は公的負担の重視となり、他の福祉医療制度と合わさって公的財政負担の増加をもたらず（増税（消費税、法人税、相続税、所得税、市民税等）か、保険料の増加）家族の積極的なかわりを重視すべきということは、扶養義務を金銭扶養に限らず、現実化・具体化すべきという考え方となるが、強制することが困難であると共に少子化、核家族化の進展において家族に重い負担を課すことになり、さらに虐待等の問題を引き起こすものである。施設状況から見守り困難であり、家族の支援も困難な場合に公的負担を増やし施設サービスの充実を目指すのか家族支援に対する援助を目指すのかである。依存的な社会を目指すか自立的社会を目指すかである。公的介護にすべてを求めることはできず、私的介護がすべてを行うこともできないが、あくまでも中心は家族の現実的な支援である。そのもとで専門

家には広範な裁量の尊重が認められるべきである。病院・施設側の行為義務に過度の義務とそのため公的施策を求めるのではなく、本人・家族側の決定を中心として考えるべきである(自己決定事項、家族決定事項を広くとらえる)。この点で説明義務が重要な役割を果たし、適正な合意形成が図られなければならない。特に終末期前の本人の意思決定は当初の状況の適切な理解に基づく真摯な意思決定、その後の状況変化に対応して意思決定の変化が認められなければならない。また家族支援も求められなければならない。この点で施設側の本人・家族への適切な説明義務が必要となる。そして、本人の判断能力が衰えた後の容態変化において当初の意思決定に従うことと医師の判断(終末期かどうかの判断―家族への説明で判断を委ねることができるのか)、家族の判断の關係が問題となる。自然経過の本人の意思決定に対して家族の延命の要望は優先するのか、医師の判断と異なる家族の判断は可能かについては、家族支援の下で可能となると解される。終末期治療とケアの際に苦痛のために自然経過より死期を早めることは可能かも問題となる(安楽死問題)。総じて、家族判断が優先すると考えられるが、双方の事情の理解が重要となる。

地域包括支援に基づき家族の役割が重視されていき、介護サービス契約の当初合意とその後の改定のあり方、説明義務の考え方、意思決定プロセスの考え方が扶養義務のあり方に基づき考察されるべきである。家族のなすべきこと、医師のなすべきこと、施設等の支援すべきことについて、それぞれの自発的判断の尊重について、少子化の下での制度面の考察が必要となる。

〈注〉

- (1) 拙稿「公共サービスの民間化と公的責任の私的責任への移行(二)」法政研究二四卷三・四号八五頁、「福島第一原発事故の責任に関する一考察」静岡法務雑誌一二号一頁。
- (2) 報酬支払いの大部分が保険で填補される場合も契約責任は通常の理論で追求できると考えられる。
- (3) アドバンス・ケア・プランニングについて、https://www.mhlw.go.jp/stf/newpage_02783.html、<https://www.mhlw.go.jp/stf/houdou/0000197665.html>、参照、樋口範雄「続・医療と法を考える」(二〇〇八年)七九頁以下。
- (4) 公的扶養と私的扶養の関係について、多くの文献がある。参照、山脇貞司「高齢者介護と扶養法理」石川恒夫・吉田克己・江口隆裕編「高齢者介護と家族」(一九九七年)七八頁、利谷信義「家族法と社会保障」沼田稲次郎・小川政亮・佐藤進編「現代社会と社会保障」(一九八二年)三五頁。
- (5) 米村滋人『医事法講義』(二〇一六年)九四頁、一〇六頁。
- (6) 医行為について、米村滋人前掲書四〇頁
- (7) 大島眞一「医療訴訟の現状と将来」判タ一四〇一号一五頁。
- (8) 丸山英二「医事法判例百選(第二版)」三〇事件、国立がんセンター病院「がん告知マニュアル」平成八年。
- (9) <https://www.jmedj.co.jp/journal/paper/detail.php?id=3761>
- (10) 治療中止と延命の問題について、多くの文献があるが、参照、佐伯仁志「末期医療と患者の医師・家族の意思」ジュリスト増刊ケース・スタディ生命倫理と法八六頁。
- (11) 説明義務について、治療方法の選択、療養指導、転医勧告の説明、治療後の説明、終末期における延命等の説明義務があるとされ

る。米村滋人前掲書一六頁以下が詳しい。

- (12) 鳥海房枝「高齢者ケア施設における介護事故への考え方」コミュニティケア二〇二〇年三月一二頁。
- (13) 海老根典子「認知症の理解と適切なケアが事故防止につながる」前掲コミュニティケア二二頁。
- (14) 海老根典子「認知症の理解と適切なケアが事故防止につながる」前掲コミュニティケア二二頁。
- (15) 山田滋「防ぐべき事故の明確化と実情に応じた対策が重要」前掲コミュニティケア二〇頁。
- (16) 住田浩史・賃金と社会保障一七五〇号四二頁
- (17) https://www.hospat.org/practice_manual-3.html
- (18) https://anesho.or.jp/users/common/palliative_care
- (19) 代諾権者の問題について、参照、樋口範雄・関ふさ子編『高齢者法』(二〇一九年)四七頁以下(小野太一・樋口範雄・川久保寛)。
- (20) 日本クリティカル看護学会・日本救急看護学会監修『救急・集中ケアにおける終末期看護プラクティスガイド』(二〇二〇年)四四頁。
- (21) 参照、上山泰「医療行為の同意と自己決定」二宮周平編集代表『現代家族法講座第四巻後見・扶養』(二〇二〇年)一三五頁。
- (22) https://www.med.or.jp/doctor/rini/i_rini/006612.html
- (23) <https://www.jmedj.co.jp/journal/paper/detail.php?id=3761>
- (24) 参照、会田薫子『長寿時代の医療・ケア』(二〇一九年)六七頁以下。
- (25) 山脇貞司前掲論文。
- (26) 参照、三輪まどか「高齢者・障害者虐待と保護のあり方」二宮周平編集代表前掲書一九一頁。