

論 説

韓国における医師の説明義務（二・完）

—その法理形成過程と発展状況—

李 庸 吉

- I 序説
- II 説明義務の意義と根拠
 - 1 説明義務の意義と沿革
 - 2 説明義務の認定根拠
 - (1) 憲法上の根拠
 - (2) 医療法上の根拠
 - (3) 民法上の根拠
 - (4) 判例の態度
 - 3 説明義務の法的性質
 - (1) 学説
 - (2) 判例の態度
 - 4 説明義務の類型
 - (1) 安全説明（療養上の説明・医療上の説明）
 - (2) 同意のための説明
- III 説明義務の範囲と限界
 - 1 序説
 - 2 説明義務者と同意権者
 - (1) 説明義務者
 - (2) 説明の相手方
 - (3) 判例の態度
 - 3 説明義務の形式
 - (1) 口頭説明と手術同意書
 - (2) 判例の態度
 - 4 説明の範囲を決定づける事項と基準
 - (1) 重要事項
 - (2) 主観的基準
 - (3) 客観的基準
 - 5 説明義務の免除
 - (1) 緊急事態
 - (2) 患者による説明の放棄

- (3) 治療上の特権
- (4) 仮定的同意（推定的承諾）

6 小括

IV 説明義務と立証責任の問題

- 1 説明義務履行に対する立証責任
 - (1) 患者負担説（原告負担説）
 - (2) 医師負担説（被告負担説）
 - (3) 判例の立場（以上、47巻2号）
- 2 説明義務違反・過失と損害との間の因果関係（以下、本号）
 - (1) 立証責任軽減（緩和）理論
 - (2) 立証妨害
 - (3) 近時における過失と因果関係をめぐる大法院の態度
 - (4) いわゆる「多汗症事件」判決
 - (5) 大法院2004.10.28.宣告2002다45185判決
 - (6) 小括

V 説明義務違反の効果

- 1 学説
 - (1) 身体侵害説
 - (2) 人格権侵害説（自由侵害説）
- 2 判例の態度と動向
 - (1) 財産的損害と精神的損害の全損害を認めた事例
 - (2) 精神的損害のみ認めたもの
 - (3) 棄却事例
 - (4) 対象判決全体の整理とまとめ
- 3 説明義務と慰謝料
 - (1) 慰謝料に関する議論状況
 - (2) 慰謝料賠償額の算定基準

VI 結語

2 説明義務違反・過失と損害との間の因果関係

(1) 立証責任軽減（緩和）理論

医療過誤訴訟においては、原則的に原告である患者側が医療過失の存在、損害の発生、過失と発生した損害との因果関係を立証しなければならないが、医療行為が高度な専門的知識を必要とする分野であり、専門家ではない一般人としては、それを明らかにするのは極めて難しく、多大な

困難を強いられることになる。そこで医療過誤訴訟においては、訴訟当事者間のいわゆる「武器平等の原則」に立脚し、医師に「不当な被害」を被らせることのない範囲で⁹²、患者の立証困難を軽減するための理論が活発に展開されている⁹³。

i) 事実上の推定

「事実上の推定」理論とは、立証責任を負担する者が主要事実の証明に代えて一般的な経験則により間接事実を証明した場合に、その間接事実から主要事実を推認することをいう⁹⁴。つまり、証明された間接事実(前提事実)より証明されていない主要事実(推定事実)を経験則により推理・認定するのであるが、この過程で利用される経験則には高度の蓋然性を有するものとそうでないものがあり、その経験則が高度の蓋然性を有する場合には、前提事実が証明されれば、推定事実の心証も一挙に確信に達することになるが、そのような場合のものは、次に述べる「一応の推定」とされる。

「事実上の推定」は、これを争う相手方が間接事実の存在自体を争う証拠を提出したり、間接事実の存在を認定しつつもその間接事実を経験則を適用するとしても主要事実を推定することのできない特別な事情、すなわち別個の間接事実を立証し、主要事実の認定を妨げることができ、その反証により推定力が反覆される⁹⁵。

92 김민중 (キム・ミンジュン)・前掲注2・p.548.

93 김민중 (キム・ミンジュン)・前掲注2・p.548; 주호노 (チュ・ホノ)・前掲注42・p.718; 金善中・前掲注18・p.378.

94 주호노 (チュ・ホノ) 前掲注42・p.723; 이정환 (イ・ジョンファン) [2012], 의료과오소송에서의 증명책임경감론-일종의 추정이론을 중심으로- (医療訴訟における証明責任軽減論—一応の推定理論を中心に—), 의생명과학과 법, 7권 (医生命科学と法7巻), p.155.

95 이정환 (イ・ジョンファン)・前掲注94・p.155; 신은주 (シン・ウンジュ) [2008], 의료과오소송 입증책임론의 전개와 발전 (医療過誤訴訟における立証責任

ii)「表見証明 (Anscheinsbeweis)」と「一応の推定」

ドイツの判例において発達した理論であるが、経験則上ある事実があれば他の一定の事実が生じる定型的事象経過が認定される場合に、ある事実(間接事実)から他の事実(要証事実)を推定する証明方法である。日本の判例により承認されている「一応の推定」理論と類似の構造を有している⁹⁶ことから対で論じられることが多い。

表見証明は、間接事実による推定が反覆されない限り、具体的な立証を要せず、間接事実の証明だけで足り⁹⁷、「定型的事実経過 (typische Geschehensablauf)」が存在することだけを証明すれば過失や因果関係を証明したこととして扱われる法理をいい、立証責任の軽減ないしは緩和の一形態となる。

一方「一応の推定」理論は高度の蓋然性を有する経験則による事実上の推定をいい、「特別な事情がない限り」または「被告より過失がなかったという反証がない限り」等の表現が付加されるのが一般的である⁹⁸。

「一応の推定」は「高度の蓋然性を有する経験則の適用による推定」と呼ばれることもあり「事実上の推定」の一例に属し、「一応の推定」の法理での「特別な事情」はあくまでも「反証の対象」であって「証明の対象」ではない⁹⁹。

よって、「一応の推定」が「高度の蓋然性」を要件とするのに対し、「表見証明」は「定型的事実経過」を要件とし、両者は「事実上の推定」の法理を実現する手段であるという点において同一といえる¹⁰⁰。

論の展開と発展), 의료법학, 9권1호 (医療法学9巻1号), p.22.

96 주호노 (チュ・ホノ) 前掲注42・p.720; 신은주 (シン・ウンジュ)・前掲注95・p.21.

97 주호노 (チュ・ホノ)・前掲注42・p.721.

98 金敏圭[1998], 醫療事故에 있어서 因果關係에 관한 立證責任 (医療事故における因果関係に関する立証責任), 外大論叢18輯2巻, p.245.

99 金敏圭・前掲注98・p.245.

100 金敏圭・前掲注98・p.245.

そして「一応の推定は日本の判例法において、表見証明はドイツの判例法において各々発達した理論で両者は非常に類似しており、英米法のRes Ipsa Loquiturの法理と同様の機能を有する」¹⁰¹とされている。

iii) 蓋然性説

蓋然性説は、公害訴訟において因果関係に対する被害者に対する被害者の証明責任の緩和の方法として最初是利用されていた理論であるが¹⁰²、医療行為の精密性、技法の裁量性、閉鎖性等により原告である患者側の証明活動が困難を強いられることが顕著であることから因果関係の証明の軽減を図るために導入されたもので、公害事件や医療事故のような場合、事実的因果関係の存在の有無を蓋然性（probability）程度で判断しようとする見解であり、したがって因果関係の蓋然性が存在する場合には被告の原因行為と発生した損害との間の因果関係を認定し、反対に被告側が因果関係がないことを立証できなければ責任を免れることはできないと解釈し、因果関係に対する立証責任を緩和しようとするものである¹⁰³。

したがって、被害者である原告が高度の蓋然性ではなく、相当程度の蓋然性を有する証明で足り¹⁰⁴、加害者が反証によって因果関係の不存在を証明しない限り責任を免れないということになるもので、蓋然性説は証明と疎明との中間的な程度の心証で事実認定がなされるものと捉えられており、またそういった点につき批判もあるが、大法院判例は蓋然性理論を採択した事例が決して少なくなく、増加趨勢にあるとみる見解もある¹⁰⁵。

101 이정환 (イ・ジョンファン)・前掲注94・p.155.

102 이정환 (イ・ジョンファン)・前掲注94・p.158は、その判例として大法院 1974.12.10.宣告72다1774判決をあげている。

103 金敏圭・前掲注98・p.245.

104 주호호 (チュ・ホノ)・前掲注42・p.719; 이정환 (イ・ジョンファン)・前掲注94・p.158.

105 이정환 (イ・ジョンファン)・前掲注94・p.158.

(2) 立証妨害

i) 立証妨害の意義

立証妨害とは、証明責任を負わない一方当事者が、故意または過失により証明責任を負担する相手方当事者に対して、証明ができなくなるよう妨害する行為、または証拠方法を行使できないよう（故意・過失・作為・不作為により）証拠の使用を不可能ならしめることとされている¹⁰⁶。

そして、立証行為が相手方の帰責事由ある妨害により、困難ないしは不可能となった場合、その相手方に一定の不利益を与えることで公平を図ろうとする理論が立証妨害の理論で、これは証拠の構造的偏在の中で情報の歪曲を防止しようという趣旨であるが、医療訴訟において立証妨害が最も問題となる場面は、診療録の作成がおろそかであったり、事後において改ざんをしたような場合である¹⁰⁷。

ii) 立証妨害の効果

民事訴訟法に定める規定に違反し、立証妨害行為が認められた場合、どのような訴訟上の不利益を、どの程度分配すべきかについては見解が分かれており、①立証を妨害した者に立証責任を転換すべきという立証責任転換説、②立証者が主張することの真偽を自由に評価する自由心証説、③裁判官の自由裁量により立証者の主張を推認する自由裁量説等があるが、通説及び判例は法院の自由心証によって妨害者側へ不利な評価を下すことができるという自由心証説の立場をとっている¹⁰⁸。

106 채순 (チェ・スン)・前掲注5・pp.301-302.

107 김만오 (キム・マノ)・前掲注37・p.313. それ以外には、「鑑定に対する立証妨害」「証人に対する立証妨害」が考えられる (채순 (チェ・スン)・前掲注5・pp.305-306)。

108 김만오 (キム・マノ)・前掲注37・p.313.

iii) 判例の態度

大法院2010.7.8선고2007다55866判決：【28】は、「医師側が診療記録を事後に加筆・訂正した行為は、その理由に対し、相当かつ合理的な理由を提示できない限り、当事者間の公平の原則、または信義則に反する証明妨害行為に該当するが（大法院1995.3.10.宣告94다39567判決参照）、当事者一方が証明を妨害する行為を行ったとしても法院としては、これを一つの資料と捉え、自由な心証によって妨害者側に不利な評価をすることができるというだけで、証明責任が転換されたり、ただちに相手方の主張事実が証明されたとみるべきものではなく（大法院1993.11.23.宣告93다41938判決、大法院1999.4. 13.宣告98다9915判決等参照）、その内容が虚偽か否かは医療陣が診療記録を加筆・訂正した時点とその事由、加筆・訂正部分の重要度と加筆・訂正前後の記載内容の関連性、他の医療陣や病院が作成・保有している関連資料の内容、加筆・訂正時点での患者と医療陣の形態、疾病の自然経過等、諸般の事情を総合し合理的自由心証によって判断しなければならない。」としており、自由心証主義を採用していることが見て取れる。

(3) 近時における過失と因果関係をめぐる大法院の態度

韓国においては、大法院において1995年2月10日に下された、いわゆる「多汗症事件判決」を嚆矢として、医療訴訟における患者側の証明困難を解消しようと、その立証の負担を軽減させる論旨として因果関係の立証責任を緩和する判断、つまり「・・・医療行為が高度の専門的知識を必要とする分野であり、その医療の過程は大抵の場合、患者本人がその一部を知り得る以外、医師のみが知ることができ、治療の結果を達成するための医療技法は医師の裁量に委ねられているので、損害発生の直接的な原因が医療上の過失か否かは専門家である医師ではない通常人では到底明かせない特殊性があり、患者側が医師の医療行為上の注意義務違反と損害発生との

間の因果関係を医学的に完璧に立証するというのは極めて困難で、本件のように患者が治療途中で死亡した場合においては、被害者側で一連の医療過程においてなされた一般人の常識を基にした医療上の過失ある行為を立証し、その結果との間に一連の医療行為以外に他の原因が介在されていない点、いうなれば、患者に医療行為以前にそのような結果の原因になるだけの健康上の欠陥がなかったという事情を証明した場合においては、医療行為を行った側がその結果が医療行為によるものではなく、まったく別の原因によるものであることを立証しない限り、医療上の過失と結果との間の因果関係を推定し、損害賠償責任を負わせるように立証責任を緩和することが損害の公平・妥当な負担をその指導原理とする損害賠償制度の理想に適う」との説示が提示されて以来、これが定着・確立されていった。これによれば原告は、①医療行為の過程において医療上の過失ある行為（医学的・専門的な知識に照らしての「過失ある行為」である必要はなく、一般的・常識的水準によって「過失ある行為」といえばそれで足りる）の存在、②患者が既往的に悪結果に結びつくような健康上の欠陥がなかった点、の2つを立証すれば、そのような「過失ある行為」と結果との間の因果関係が推定されるというものである¹⁰⁹。

上記「多汗症事件判決」以前の大法院の態度は、審理の結果認定される間接事実を認定した後、過失と因果関係を同時に推定するいわゆる「事実上の推定」に近かったとされている¹¹⁰。そしてこのような従前の判例は、「多汗症事件判決」以降においても上記の同事件判決の判示と混用されな

109 閔裕淑[2005], 의료과오로 인한 손해배상소송에 있어서 인과관계·과실의 추정과 설명의무 (医療過誤による損害賠償訴訟における因果関係・過失の推定と説明義務), 대법원판례해설, 51호 (大法院判例解説51号), p.283; 朴永浩[2005], 의료과실과 인과관계의 입증에 관한 대법원판결의 태도 (医療過失と因果関係の立証に関する大法院判決の態度), 의료법학6권2호 (医療法学6巻2号), p.241.

110 閔裕淑・前掲注109・p.284.

が引き継がれてきたという経緯がある¹¹¹。

そのような大法院の態度の中で間接事実による過失と因果関係の推定に関して、判決の中で明示的に示したのが大法院2004.10.28宣告2002다45185判決：[20]である。ここにおいては、その態度に若干の変化が現れているようにも見え、これは過失を推定する上で「2つの方式」の存在を明確に示したものと評価されている¹¹²。

111 韓国においては、医療過失と因果関係の立証責任に関する問題も説明義務論同様、やはりドイツと日本の影響も強く受け、「表見証明（Anscheinsbeweis）」または「一応の推定」、「事実上の推定」、「蓋然性説」などが紹介され（たとえば、朴一煥[1990]、醫療訴訟에서의 立証責任（医療訴訟における立証責任），민사법학8권（民事法学8巻），p.371以下；채순（チェ・スン）・前掲注5・p.290以下；김민중（キム・ミンジュン）・前掲注2・p.544以下など）、議論が展開されたが、殊に、従来の「相当相当因果関係」概念に対する平井宜雄教授、石田稔教授の指摘は、韓国においても衝撃的に受け入れられ、その影響で、韓国においても特に事実的因果関係と保護範囲の相互関係に対する論議が登場した（金敏圭・前掲注98・p.227）ことで、さらにホットな議論が展開されてきた重要課題であることから、その蓄積されてきた議論と判例の変遷をトレースし、よりきめ細かく詳述する必要があるが、本稿においては、これ以上深く立ち入らないことにし、主に上記の2つの大法院判決を素材に韓国における判例・学説の現況につきスケッチできるように努めることにする。

112 朴永浩判事は、このような2つの方式がみられるのは最近の傾向であるが、医療過失及び因果関係の立証と関連し、大法院判例が異なった態度を採っており、一部大法院判例や大多数の下級審がこのような傾向を没却したまま、過失と因果関係を間接事実によって同時に推定しながらも、それとはまったく相違する大判1995.2.10, 93다52402の判旨を引用するのは問題がある旨を指摘され、また2002年11月に開催された医療訴訟コミュニティ発表会の場でソウル地方法院医療専担裁判部のイ・サンファ判事が93다52402判決と同様の態度と間接事実によって過失を推定する2つの異なった態度にわかれている旨の発表等を通じて医療訴訟を専門に研究する判事らの中でも感知されはじめたと説かれる。そして、端的な例として大法院が発刊する裁判実務マニュアルである『医療裁判実務便覧』を見ても2001年に発刊された旧版には医療過失の立証という部分につき別段かような言及がなされていないが、2005年に改定された同便覧にはその53-57頁において「こういった傾向を過失の立証責任を緩和する方法の2つとして紹介しつつ、一つは間接事実を立証することで過失を推認するが、このとき必然的に因果関係の認定がなされるようにする方式であり、もう一つは、過失の立証の程度を緩和し厳格な注意義務違反の立証ではない一般人の常識の水準で抽象的に過失と判断される

以下、これら注目すべき判決につき、少し詳しく紹介しつつ検討を加えてみたい。

(4) いわゆる「多汗症事件」判決（大法院1995.2.10宣告93다52402判決：【8】）

i) 事案の概要

患者亡Aは、手の平や足裏に汗を多くかく症状を治療するために1990年7月28日、被告Y1病院に入院し、手術に先だって事前検査を済ませ、手術後極まれに下肢麻痺や気胸などが起きることがあり、その他顔にまったく汗をかかなかつたり、まだ医学的によくわからない副作用がありうるといった内容の説明を被告Y2医師より受けた。そして同被告医師の執刀により、同月31日9：40より14：30まで、第1胸椎及び第2胸椎から手に向かう交感神経切除術が行われた。ところが、術後16：45頃、口に泡を吹いて脚に痙攣があり、21：00頃、全身痙攣の症状が出現した。同年8月1日0：30頃に集中治療室に移され、気管内挿管し、人工呼吸器装着。その後継続して集中治療を行ったが、同月3日CT撮影の結果、脳幹及び小脳間において脳梗塞が確認され、それにより同月17日1：50頃、死亡に至った。

ii) 原審の判断¹¹³

原審（ソウル高等法院 1993.9.2.宣告 93나 7886判決）は、「・・・亡Aが手術を受けた後、回復室を経て一般病室に入った16：15以来、意識を回復することがなく、同日16：47頃からは口に泡を吹き、痙攣が始まり家族が担当看護師に症状を訴えたにもかかわらず、21：00頃になってようやく措置を取ったもので、被告Y2（担当医）も、23：00頃になってようやく連

基礎事実だけ立証すれば足りるようにする方案等があると説明している」とする（朴永浩・前掲注109・pp.235-236.）。

113 当該事件原審であるソウル高等法院 1993.9.2.宣告 93나 7886判決の判決文は直接入手できなかったため、この部分に関する記述は、金敏圭・前掲注98・pp.216-217に依拠し引用。

絡が取れ、病院に来て亡Aの状態をチェックしたのは適時の対処とはいえず、被告Y2は手術後、患者を適切に観察し、その後遺症に対し、適切な措置を取ったものとはいえず」、さらに「本件手術は、気胸、下肢麻痺等の後遺症があり得るもので、全身麻酔下において手術時間が3ないし4時間程度所要し、核心部分の手術は、常に担当科長等、経験豊かな専門医が行わねばならない相当な高難度の手術であって、出血がひどく起こった場合、重篤な低血圧による脳の低酸素症または中枢神経系に合併症が起こりうる危険な手術であるにもかかわらず、被告Y2らは亡Aに手術過程において発生可能な実質的な危険性を真摯に誠意をもって説明せず、完治の側面だけを強調し、説明不足であったし、亡Aの病状は身体や生命に影響を及ぼす病態ではなく、被告Y2の手術に臨む姿勢も精一杯、全力をあげて取り組むというより、容易な手術といった態度で臨んだ事実が垣間見られるなど、諸般の状況に照らし、本件手術の危険性は、上記亡Aが患者として当然に予測できる危険性を超越したものであり、結局、本件手術は、患者に対する説明義務を尽くさず、患者の承諾権を侵害してなされた違法な手術」と判示し、担当医師の観察義務違反（診療上の過失）と説明義務違反も同時に認定した。

さらに同法院は、医師の観察義務違反という「診療上の過失」と手術の危険性に対する説明不足による患者の承諾権の侵害という「説明義務違反」に対する相互の関連性につき、「亡Aのように脊椎部位を切開し交感神経を切除する手術を受けた後、脳梗塞が発生する原因として推定しうる塞栓は、心疾患に起因する場合、頸動脈内に形成された血栓や動脈硬化部の塊がとび、脳動脈を塞ぐ場合、脂肪塞栓、空気塞栓等と推断することができるが、亡Aが脳梗塞にいたった正確な原因物質ははっきりと断定できない状態ではあるが、本件手術と亡Aの死亡との間に他の原因が介在した可能性は見当たらず、亡Aが本件多汗症以外には特別な疾病もなく、通常の生活をしてきたもので、術前の事前検査においても特異的な異常な症状

は現れなかった点、手術中、骨を通じた塞栓（筆者注：骨髓中の脂肪が血中に流れ出て上記の脂肪塞栓となる）が極めて稀に発生することもありうるが、本件の場合、被告Y2が手術の一部分を他の医師に任せ、食事をとっていて遅れて手術に合流し、手術途中、皮膚及び筋肉を切開しておき待機した状態で時間がそれなりに経過したもので、亡Aが長引いた手術時間のため、抵抗力が多少低下せざるを得なかった点、術後の対処が完璧であったとみることができない点等、諸般の状況に照らしてみると、本件手術過程と亡Aの死亡との間には相当因果関係があると判断し、被告Y2には手術後、事後対処をおろそかにし、説明義務を怠った過失があるものとして、被告Y1大学は被告Y2の使用者として、医療過誤による不法行為責任がある」として責任を認定した。

このような原審の判決に対し、被告ら上告。

iii) 大法院判旨

上告棄却。

「元来、医療行為において注意義務違反による不法行為または債務不履行による責任があるというためには、他の場合と同様に医療行為上の注意義務違反、損害の発生及び注意義務違反と損害の発生との間の因果関係の存在が前提とならねばならない。しかし医療行為が高度の専門的知識を必要とする分野であり、その医療の過程は大抵の場合、患者本人がその一部を知り得る以外、医師のみが知ることができ、治療の結果を達成するための医療技法は医師の裁量に委ねられているので、損害発生の直接的な原因が医療上の過失か否かは専門家である医師ではない通常人では到底明かせない特殊性があり、患者側が医師の医療行為上の注意義務違反と損害発生との間の因果関係を医学的に完璧に立証するというのは極めて困難で、本件のように患者が治療途中で死亡した場合においては被害者側で一連の医療過程においてなされた一般人の常識を基にした医療上の過失ある行為を

立証し、その結果との間に一連の医療行為以外に他の原因が介在されていない点、いうなれば、患者に医療行為以前にそのような結果の原因になるだけの健康上の欠陥がなかったという事情を証明した場合においては、医療行為を行った側がその結果が医療行為によるものではなく、まったく別の原因によるものであることを立証しない限り、医療上の過失と結果との間の因果関係を推定し、損害賠償責任を負わせるように立証責任を緩和することが損害の公平・妥当な負担をその指導原理とする損害賠償制度の理想到うなものといわねばならない。（下線は筆者）

「一方、医師は患者に手術等人体に危険を加える行為を行うにおいて、それに対する承諾を得るための前提として患者本人またはその家族に、その疾病の症状、治療方法の内容及び必要性、発生が予想される危険等に対し、当時の医療水準に照らし相当と考えられる事項を説明し、その患者が必要性及危険性を十分に比較しその医療行為を受けるか否かを選択できるようにする義務があり、医師が上記義務に違反したまま手術を行い、患者に死亡等の重大な結果が発生した場合において患者側で選択の機会を失し、自己決定権を行使できなくなったことに対する慰謝料だけを請求する場合には、医師の説明欠如ないし不足により、選択の機会を喪失したという事実だけを立証すれば足り、説明を受けたならば、死亡等の結果は生じなかったという関係まで立証する必要はないというべきであるが、その結果による全損害を請求する場合には、その重大な結果と医師の説明義務違反ないし承諾取得過程における落ち度との間に相当因果関係が存在せねばならず、その場合、医師の説明義務違反は、患者の自己決定権ないし治療行為に対する選択の機会を保護するための点に照らし、患者の生命・身体に対する医療的侵襲過程において要求される医師の注意義務違反と同一視できる程度のものでなければならない（大法院1994.4.15.宣告 93다60953判決）。」

「よって、慰謝料だけでなく、全損害の賠償を求める本件の場合、被告

医師の説明義務違反が具体的治療過程で要求される医師の注意義務違反と同一視される程度のものであればならず、そのような違反行為と患者Aの死亡との間に因果関係が存在することを立証されるべきであるが、原審はその判決理由でみられるように、このような説明義務違反が患者Aの死亡にいたった唯一の原因になったと判断したのではなく、手術にいたるようになった過程でそのような落ち度もあるという趣旨であり、これを患者Aの死亡の原因の一つとしてみたといってこれを誤りとはいえず、上でみたように患者Aの死亡が被告側の医療上の過失に基づくものと推定される以上、原審の判断は結局のところ正当である。」

iv) 考察

上にも述べたように、この「多汗症事件判決」を嚆矢として、因果関係を緩和する判断が定着し確立されていくことになるが、その論旨は、原告である患者側は、①「一連の医療過程において引き起こされた一般人の常識に基づいた医療上の過失ある行為」(専門的知識による必要はなく、一般人の常識レベルでよい)と、②その結果との間に一連の医療行為以外の他原因の不介在、いうなれば、既往症、つまり「健康上の欠陥がなかった」という、これら2つの点を立証すれば、過失ある行為と因果関係が推定されるというものである。そしてこの論拠は、その後、多数の医療事件の判決の中で反復して援用されながら、判例要旨として確立されていくことになった¹¹⁴⁾ものである。以下、医療訴訟における因果関係推定の一般論

114 石熙泰[2007], 의료과오소송원고의 증명부담경감 (医療過誤訴訟原告の証明負担の軽減), 의료법학8권2호 (医療法学8巻2号), p.195は、「1995年に大法院の最終判決を通じて『因果関係の推定』に関する1つの理論モデルを形成されることとなり、それは以後の大法院判決文に公言されているように『大法院の確立された見解』(大法院2002.8.27.宣告2001다19486判決)ないし『大法院の確立された判例』(大法院2006.10.27.宣告2004다2342判決)に位置づけられるにいたった。」とし、また、安法榮[2005], 의료사고소송상인과관계추정-대법원판례의 요지에 관한 소견- (「医療事故訴訟上の因果関係推定—大法院判例の要旨に関する所見—」),

としてその法理の意味¹¹⁵を見てみることにするが、すでに示したように当該判決は医師の説明義務違反の問題を扱った判例でもあるが、それ以上に過失と因果関係の立証責任という命題において特に重要な意味を有するもので、論点も多岐にわたるが、差し当たり本稿では、上記論拠として示された①②（過失の証明という点から①「一般人の常識に基づいた医療上の過失」、因果関係の証明という点から②「結果との間に医療行為以外の他原因の不介在」）に加えて、③判断構造上の特徴という点に焦点を当て、まとめてみることにする。

iv-1) 「一般人の常識に基づいた医療上の過失」の意味

大法院が「多汗症事件」判決で導入したこの「一般人の常識に基づいた医療上の過失」ある行為の立証という概念をめぐることは、従来の不法行為要件としての過失の有無は加害者の職業における平均人（ここにおいては平均的医師）を基準に判断されるというのが大法院判例の一貫した態度

의료법 학6권2호 (医療法学6巻2号), p.249は、その注2)において、大法院 2003.11.27.宣告2001다20127判決を例にあげ、「・・・医療上の過失と結果との間の因果関係を推定し損害賠償責任を負わせるよう立証責任を緩和するのが当院の確立された判例であるが（大法院1995.2.10.宣告93다52402判決参照）」という表現も登場している点をあげている。

- 115 安法榮教授は、因果関係推定の一般法理としての意味の検討で重要なことは、その趣旨と目的で、つまり医療行為の中の誤謬によって患者死亡等の悪結果が発生したという因果関係の証明をなすことができない事案（事実的な原因関係が究明されないため、たとえ低い可能性ですら明らかにできないまま因果関係が原因不明となるような場合など）においては、この「多汗症事件判決」の要旨で明示しているように医療の特殊性、つまり当該判決が示す「医療行為が高度の専門的知識を必要とする分野で、その医療過程は大抵の場合、患者本人がその一部を知り得る以外、医師のみが知ることができ、治療の結果を達成するための医療技法は医師の裁量に委ねられているので、損害発生の直接的な原因が医療上の過失か否かは専門家である医師ではない通常人では到底明かせない特殊性」に照らし、「医療上の過失と結果との間の因果関係を推定し、損害賠償責任を負わせるように立証責任を緩和」する点であると説かれる（安法榮・前掲注114・pp.249-252.）。

で、通説の立場でもあるが、この「多汗症事件」判決が導入した「一般人の常識」という概念は、平均的医師ではなく、一般人 (layperson) の常識 (common knowledge) に基づいて過失を判断するようにし、医療過失の判断基準を職業的平均人から一般人へ変更したのではないかとの疑問のみ提起する見解¹¹⁶、「一般人」とは「平均的医師」を意味するとする見解¹¹⁷、判例が一般人の常識を注意義務判断の基準として設定したものと解釈する見解¹¹⁸、またアメリカで認定される 'common knowledge' と 'Les Ipsa Loquitur (the thing speaks for itself)' の原則から基本精神を類推したものであるとの見解¹¹⁹も有力に主張されている¹²⁰。

116 朴永浩・前掲注109・pp.241-242において紹介され、その出典として同論文の注) 3において梁彰洙[1997], 의료과오에 관한 재판례, 민법연구3 (「医療過誤に關する裁判例」『民法研究3』), 博英社, p.445が挙げられている。

117 朴永浩・前掲注109・p.242; 閔裕淑・前掲注109・p.285にて紹介され、その出典として、최재천 (崔載千) [1997], 의사의 의료행위에 있어서의 주의의무의 기준 (医師の医療行為についての注意義務の基準), 판례월보, 323호 (判例月報323号), p.14があげられている。

118 安法榮[1997], 의료사고의 불법행위책임 (医療事故の不法行為責任), 법학논집 (法学論集), 33輯, pp.271-272. 安法榮教授は、医学非専門の一般人の常識に照らしても医療上の過失ある行為と判断できる医師の診療行為は、医師に要求される注意を顕著に欠いた重過失を意味するとしている。

119 朴永浩・前掲注109・p.237; 閔裕淑・前掲注109・p.284.

120 朴永浩判事は、上記「多汗症事件」判決が因果関係の立証責任の緩和を認定した最初の判決であることを参酌すると、アメリカのRes Ipsa Loquitur法理やCommon Knowledgeをそのまま引用したのではなく、その基本的な趣旨だけを導入したものとみる。この事件以後、最近にいたって医療訴訟における因果関係と関連した立証緩和が理論的に、また実務的に相当定着段階にいたり、裁判所の実務家も次第に医療過失の立証緩和に目を向けはじめ、上記判決で投げかけた「一般人の常識に基づいた過失」という概念に光を当て始めたということから、従来、この概念自体が何を意味するのか判例は明示的な立場を示していないため論争が継続したのは事実であるが、この表現が過失の立証責任の緩和を図るため用いられたことだけは紛れもなく明らかなことで、結局は今後大法院の判決等の中で政策的に決定されていく事項であろうとされつつ、現在においては、この「一般人の常識に基づいた過失」という概念は、医療過失は間接推定ではない方式によっても、つまり医学書やその他医療鑑定以外の方法による過失立証方式によって専

以上のように過失の判断基準が平均的医師なのか、一般人なのか解釈論が分かれているが、患者側の過失の立証の程度を軽減したという点に関しては自明で¹²¹、すると、この要件は立証責任緩和の延長線上において理解するべきであるから、医療の門外漢である一般人の常識に立脚し、納得しえない点を主張・立証することで医師側の診療上の過失が一応認定されるように図ったのが判例の態度であるという見解が多数説のようである¹²²。

たとえば、一般人の立場から常識的に指摘し表現できる医療過失の状況や行為等を原告側が主張すれば足るというもので、この事件に関していえば、①手術の一部分を他の医師に任せて食事をしていて遅れて手術に合流した点、②皮膚及び筋肉を切開した状態で待たせ、それなりに長時間経過した点、③手術後の対処が疎かであった点でもって過失を推定している¹²³。

iv-2) 「健康上の欠陥がなかったという事情」

この部分は解釈が分かれて議論になるような余地はあまりないようであるが¹²⁴、立証緩和の法理からして、問題となる有害事象という結果に対し、患者側の要因が介在していないこと、そしてその結果発生は医師の排他的支配領域下において発生したことを意味するものである¹²⁵と捉えられる。

また、結果に影響するような「健康上の欠陥がなかった」ことを証明すれば、「因果関係」が推定されるもので「過失」が推定されるものではない。

門家である医療人の鑑定や証言がなくても他の方法を通じて一般人の常識を基礎に直接立証することが可能であるということを示したものと解釈するのが妥当とする。

121 安法榮・前掲注114・p.255.

122 閔裕淑・前掲注109・p.285.

123 石熙泰・前掲注114・p.198; 閔裕淑・前掲注109・p.285.

124 閔裕淑・前掲注109・p.289.

125 閔裕淑・前掲注109・p.289.

い¹²⁶ことにも留意する必要がある。

一方、判例は、医療上の過失行為に関して「一般人の常識に基づいた程度」の主張・証明でよいとしているが、過失行為に限定せず、内容上実質的には因果関係の主張・証明も含まれると捉える見解もある¹²⁷。その理由としては、判例が因果関係の存在を「他原因介入の可能性がないこと」の証明を通して認定することになるが、その認定がなされるための証明内容と水準が過失行為の場合と同程度であると説く¹²⁸。

iv-3) 大法院が是認した原審判決にみる判断構造上の特徴

すでに上に示したように、大法院は、原審の次のような判断を是認し、診療上の過失としての術後の経過観察義務違反と説明義務違反を並列的に認め、全損害の賠償を認めている。すなわち、「亡Aのように脊椎部位を切開し交感神経を切除する手術を受けた後、脳梗塞が発生する原因として推定しうる塞栓は、心疾患に起因する場合、頸動脈内に形成された血栓や動脈硬化部の塊（筆者注：プラーク）がとび、脳動脈を塞ぐ場合、脂肪塞栓、空気塞栓等と推断することができるが、亡Aが脳梗塞にいたった正確な原因物質ははっきりと断定できない状態ではあるが、本件手術と亡Aの死亡との間に他の原因が介入した可能性は見当たらず、亡Aが本件多汗症以外には特別な疾病もなく、通常の生活をしてきたもので、術前の事前検査においても特異的な異常な症状は現れなかった点、手術中、骨を通じた塞栓（筆者注：骨髓中の脂肪が血中に流れ出て上記の脂肪塞栓となる）が極めて稀に発生することもありうるが、本件の場合、被告Y2が手術の一部を他の医師に任せ、食事をとって遅れて手術に合流し、手術途中、皮膚及び筋肉を切開しておき待機した状態で時間がそれなりに経過し

126 関裕淑・前掲注109・p.283.

127 石熙泰・前掲注114・p.200.

128 石熙泰・前掲注114・pp.200-201.

たもので、亡Aが長引いた手術時間のため、抵抗力が多少低下せざるを得なかった点、術後の対処が完璧であったとみることでない点等、諸般の状況に照らしてみると、本件手術過程と亡Aの死亡との間には相当因果関係があると判断し、被告Y2には手術後、事後対処をおろそかにし、説明義務を怠った過失がある（下線は筆者）」とした部分を認定し、「・・・結局亡Aの死亡は被告Y2の本件手術過程における落ち度であると推定せざるを得ず、医療専門家ではないのみならず、手術過程に参加したこともない原告らが被告Y2の過失を正確に指摘し、専門的な知識を動員し亡Aの死亡原因を明らかにできなかったからといって被告らの損害賠償責任を否定することはできない」と判示している。

金敏圭教授は、ここにおいては術前の患者にとって死亡の原因になり得る「仮定的原因」を提示した後、因果関係の存在可能性を検討し、優先的に排除（捨象）し手術過程における医師の経過観察義務違反を過失と認定している点を指摘される¹²⁹。

つまり、蓋然性のある原因となりうるものとして「心疾患に起因する場合」、「頸動脈内に形成された血栓や動脈硬化部の塊がとび、脳動脈を塞ぐ場合」、「脂肪塞栓」、「空気塞栓」といった蓋然性のある原因となりうるものを取り上げ、さらに本件多汗症以外の「特別な疾病」、「術前の事前検査においても特異的な異常な症状」をあげている。つまり、種々の蓋然性ある（医療行為以外の）他の原因行為を排除（捨象）し、その上で、「被告Y2が手術の一部分を他の医師に任せ、食事をとって遅れて手術に合流し」、「手術途中、皮膚及び筋肉を切開しておき待機した状態で時間がそれなりに経過した」がために「亡Aが長引いた手術時間のため、抵抗力が多少低下せざるを得なかった点」、「術後の対処が完璧であったとみるこ

129 金敏圭・前掲注98・pp.219-220. そして同教授は、いわゆる捨象法とも称すべきこの手法は、この「多汗症事件」判決以前のものも含めて他の複数の大法院判決で見られることを判例分析を通じて明らかにされている。

ができない点等」、残りの蓋然性ある原因行為と患者に発生した悪結果間の因果関係を推定することで事実的因果関係を認定する手法である。すると、被告である医師側がこれに対し、その因果関係を否定するためには当該原因行為と患者に発生した悪結果との間に因果関係がないことを立証しなければならない¹³⁰。

このように見ると、大法院の態度は「医療事故の特殊性」ということに鑑み、被害者である患者側には「結果に影響を及ぼす因果的経過に対する原因がないこと」を立証させ、加害者側である医師には「結果発生が自身の医療上の過失と無関係であること」を立証すべしという論理構造を採っている。上記のように、蓋然性のある原因行為の中で、他の原因をまず判断の上で捨象し、残りの原因行為と結果との間における因果関係を推定しているが、この「推定」も因果関係判断に事実的因果の流れのみならず、裁判官の価値判断が介在することを意味する¹³¹。

ところで、医療事故の特殊性を考慮し、被害者側の患者ないしは原告には因果関係に対する「消極的立証」を、医師側には自身の医療上の行為と結果との因果関係は存在しないという「積極的立証」を賦課している¹³²といえるこの判例の立場は立証責任を転換したものと評価することができるであろうか。

実質的にはそれに近いといえなくもないが、立証責任が完全に転換したとまでいうには少し無理があり、この判例の論旨は因果関係に対する証明の程度を軽減した論理構造とみるのが妥当のようである。なぜなら、医師側に、一方的に事実的因果関係がないことを立証させることで敗訴の責任を直接帰属させる訴訟法的危険負担を負わせているとはいえず、原告である患者側からも因果の流れを主張させ裁判官が確信を有する程度の心証を

130 金敏圭・前掲注98・p.246.

131 金敏圭・前掲注98・p.246.

132 金敏圭・前掲注98・p.246.

形成した場合に、はじめて因果関係を推定しており¹³³、仮に上に述べた程度に達せず、「その程度」の主張・証明に失敗すれば敗訴することになる¹³⁴からである。

そうだとすると、この判例の立場は、因果関係の立証責任を患者側にそのままおきながら、その証明の程度を低く設定したものといえ、また、立証責任を医師側に転換したのではないというのが通説的立場である¹³⁵。

(5) 大法院2004.10.28.宣告2002다45185判決（【20】判決）

i) 事案の概要

1998年1月14日午前9時10分ごろ、亡患者A（43歳、以下「亡A」）は、頭痛、眩暈、吐き気を訴えて被告法人傘下の病院の救急外来を受診し、その日から入院となり、脳CT撮影の結果異常は発見されなかったが、MRIの結果では右小脳に多発性小脳性脳梗塞が見られ、眩暈検査においても中枢神経性眩暈が疑われた。

主治医B（当時神経科レジデント）は、脳梗塞と診断し、抗血小板剤等を投与し症状は好転した。主治医Bは亡Aの血管異常の有無等を調べるために科長と協議し、脳血管造影検査を施行することとした。同年1月21日、検査開始後、左椎骨動脈の病変の疑いのため写真撮影をしている最中に急に頭痛を訴え、カテーテルを引き抜き、検査を中断したが、亡Aは意識を失い、同日、追跡CT撮影の結果、脳幹と小脳の梗塞が確認され、その後Aは昏睡状態となり、回復しないまま同年2月5日、1時45分に死亡した。

ii) 原審の判断

原審は、脳血管造影術検査の必要性に関しては「・・・脳梗塞の治療方

133 金敏圭・前掲注98・p.246.

134 石熙泰・前掲注114・p.200.

135 閔裕淑・前掲注109・p.283.

法は、薬物治療のみならず手術を要する場合（血管の奇形、狭窄等）もあり、脳梗塞の場合、その原因と正確な発生部位及びその程度を知ってこそ、それにより投与する薬の種類及び手術の要否を決定することができ、したがってそのためには脳血管造影術が必要な検査である事実が認定される」とし、その必要性を肯定（したがって裁量ミスは否定）しつつ、説明義務に関しては、「主治医Bが施術過程で起こりうる合併症、特に血栓がとび脳血管を塞ぐことで死亡にいたる危険性の程度に対して正確に認識できておらず、よって亡Aに上記検査の必要性や本件のように血栓により脳血管が塞がれ死亡にいたることもある点を適切に説明せず、亡きAがその施術の必要性や危険性を十分に比較し、その医療行為を受けるか否かを選択する機会を剥奪し亡Aや家族らの承諾権を侵害」したとし、説明義務違反を認めた。

他方、施術上の過失についても、「・・・亡Aのように脳血管造影術を受けていて脳梗塞が発生する原因として推定することができるのは、動脈内に形成された血栓や動脈硬化による塊（筆者注：ブランク）がはがれていき脳動脈を塞ぐ場合と推断することができ、上の血栓や動脈硬化の塊がはがれていった原因をはっきりと断定できない状態であるが本件施術と亡Aの死亡との間に他の原因が介在された可能性は全く見当たらない点、先にみたように1998.1.14.頃、多少の眩暈と吐き気を訴え被告病院に入院しCT、MRI撮影等を通じて右側小脳に多発性・小索性脳梗塞があるのを確認し、輸液療法や抗血小板等の治療を受け、状態がほとんど好転し、一人で食事をし、トイレ、洗面室等に入出入りするなど退院を待っていたところ、発病原因の正確な究明と今後の治療方法のために脳血管造影術が必要である趣旨の説明を聞き、これに応じて同月21日、上の施術を受けていた最中（C（筆者注：放射線科医）の警察陳述¹³⁶によれば、右側椎骨動脈に

136 本件は刑事告訴もなされていたようであるが、検察捜査の結果も嫌疑なしで処理されている（関裕淑・前掲注109・p.295記載の指導医Dの捜査機関での陳述

病変があることを確認した瞬間、意識が亡くなったという）脳血管の血栓がとび基底動脈を塞いだことで死亡にいたった点等、諸般の状況に照らしてみれば、結局亡Aの死亡は、訴外Cの本件施術過程の落ち度によるものと推定せざるをえないというものである。これに対し、訴外Cが本件脳血管造影術を施術する過程で血栓がはがれるのを防止するために造影剤投与機器（インジェクション）を使用せず注射器で少量の造影剤を注入するなど最大限の注意を払い施術したと主張するが・・・注意義務を果たしたと認定するには足り」ないとし責任を肯定しつつ「本件諸般の事情を参酌すれば、亡Aの死亡による損害を被告側に全部負担させるのは公平の原則上不当であるから、被告法人の損害賠償責任を70%程度と制限するのが相当」とした。

iii) 大法院判旨

① 施術上の過失について

「医療行為は高度の専門的知識を必要とする分野で、専門家ではない一般人では、医師の医療行為の過程に注意義務違反が存するのか、また、その注意義務違反と損害発生との間に因果関係が存するのかを明らかにすることは極めて困難であるという特殊性があるため、手術途中、患者に死亡の原因となった症状が発生した場合、その症状発生に関し、医療上の過失以外の他の原因があるとは言い難い、間接事実を立証することでそのような症状が医療上の過失に起因するものと推定することも可能ではあるが（大法院2000.7.7宣告99㉔66328判決）、その場合においても、医師の過失による結果発生を推定することができる程度の蓋然性が担保されない事情をもって、漠然と重篤な結果から医師の過失と因果関係を推定することにより、結果的に医師に無過失の立証責任を負わせることまで許容するものではない。」

内容）。

記録によれば、①死亡原因は脳梗塞で、亡Aの体内の血栓や動脈硬化性物質が基底動脈を塞いだことで発生したもので、その原因が、訴外Cが造影剤を投与時の圧力によるものか明らかな事実、②訴外Cは造影剤投与時、注射器を使用し、画面で血管の状態を確認しながら慎重な方法で行っていた事実、③亡Aは入院当時肥満の上、過度の喫煙・飲酒の生活習慣を有し、診察と精密検査の結果すべて亡Aが重症の脳梗塞であることと一致する事実、④血管疾患を患う患者が造影検査の合併症で死亡に至る確率は研究ごとに違いはあるが、大体1%前後であるところ、造影術直後に患者の状況が悪化した場合、それが造影術の合併症なのか既存疾病の悪化であるのか判明し難いことが多く、造影術を受けた患者と造影術を受ける予定でいて直前に日程上の理由で取り消された患者を比較しても、合併症の頻度は同様であるという研究結果が報告されている事実、⑤脳梗塞は状態が好転しても再発可能性が高い事実を認定できるとしたあと、「亡Aの既存の病歴、脳血管造影術の施術方法及び上の施術と合併症としての脳梗塞の相関関係等を考慮するとき、原審としては訴外Cが本件施術で行った措置以外に血管造影術の実施において血栓がはがれていくのを防止するために、より安全な造影剤の投与量と方法があるのか等に関して審理しないまま、漠然と訴外Cが造影剤を投与するにおいて最大限の注意を払ったと認定するには足りない等の理由で、施術上の過失を推定することはできないというべきで（大法院1997.7.22. 宣告96다37862判決等参照）、また本件において訴外Cの施術上の過失でなくとも、すでに重症の脳梗塞症状を有する原告の体内から血栓等がはがれて血流によって基底動脈を塞ぐ可能性が排除できない以上、亡Aが入院治療を受けた数日間、症状が好転したという事情だけで訴外Cの施術と死亡との間の因果関係は推定し難い」とした。

②説明義務に関して

「医師の説明義務は、その医療行為に伴う後遺症や副作用等の危険発生

可能性が稀であるという事情のみをもって免責されるものではなく、その後遺症や副作用が治療行為に典型的に発生する危険であったり、回復が不可能な重大なものである場合においては、発生可能性の稀少性にもかかわらず、説明の対象となるというのが大法院の確立された判例であり（大法院2002.10.25.宣告2002다48443判決等）、この場合、医師が施術前に患者の状態及び施術による合併症で死亡する可能性の程度と予防可能性等に関し、具体的に説明をしなければ、説明義務を尽くしたとはいえない（大法院1999.12.21.宣告98다29261判決）。記録の中の証拠を、上の法理に照らしてみてみると、原審が本件において施術前に訴外Bが亡Aに説明義務を尽くさなかったと認定したのは正当」とした上で、「医師が、説明義務に違反したまま手術を施行し、患者に重大な結果が発生したということを理由として、結果に対するすべての損害を請求する場合は、その重大な結果と医師の説明義務違反ないし承諾取得過程における過失との間に相当因果関係が存在しなければならず、そのときの医師の説明義務違反は、患者の自己決定権ないし治療行為に対する選択の機会を保護するためといった点に照らし、患者の生命、身体に対する具体的治療過程で要求される医師の注意義務違反と同一視できる程度のものでなければならぬところ（大法院2002.10.25.宣告2002다48443判決等）、記録によっても重症脳梗塞で入院し、正確な治療方法を模索するために脳血管造影術を受けることになった亡Aにとって説明義務違反と重大な結果との間に因果関係を認定すべき事情は見当たらない」として、原審判決を破棄し事件を大邱高等法院に差戻した。

iv) 考察

まず、原審は、因果関係推定法理が本件でも適用が可能であることを前提として、亡Aの死亡という悪結果と本件造影術検査の間に他の原因が介在した可能性がない点と、亡Aが造影術検査を受ける前は症状が好転して

いたという点に鑑みて「本件の死亡は放射線科医師であるCの造影術施術上の過失によるものと推定される」と説示した。

この場合は、医療行為と結果との間に他原因の不介在につき、すでに脳梗塞が存在するこの事案では、「多汗症事件」判決でのロジック、つまり「健康上欠陥がないこと」を認定することはできないので、間接事実を総合し過失と因果関係を事実上推定する方法を採ったものと見受けられるが¹³⁷、その場合、既往の病歴と悪結果との間の相関関係をどう見るかという点が問題となってくる¹³⁸。

「多汗症事件」の場合、多汗症以外は「健康上の欠陥がなかった」ことから、交感神経切除術による死亡との関連性（他原因の介在）は容易に否定できたのに対し、本件では、既往の病歴である脳梗塞と発生した悪結果がやはり脳梗塞と「同種ないしは類似の病態」であり、その関連性は容易に否定しがたい事情があるものと思われる。

したがって、本件のように既往的に健康上の欠陥があるケースでは、「多汗症事件」判決での同じロジックは使えないことになる。しかしながら、上記立証緩和の法理を適用し難いそのような事案においても類似の結果を導く可能性を付与するための過失推定法理、つまり、「・・・手術途中、患者に死亡の原因となった症状が発生した場合、その症状発生に関し、医療上の過失以外の他の原因があるとは言い難い、間接事実を立証することでそのような症状が医療上の過失に起因するものと推定することも可能」であることを明らかにしている。

ただし、「その場合においても医師の過失による結果発生を推定することができる程度の蓋然性が担保」されることを要求するという手法を採ることで、むやみに「医師の過失と因果関係を推定すること」を避け、「結果的に医師に無過失の立証責任を負わせること」がないようにし、衡平の

137 関裕淑・前掲注109・p.294.

138 関裕淑・前掲注109・p.289.

見地を堅持しようとしているものと見受けられる。

ところで、「多汗症事件」判決以前の従来の大法院の判決は、審理の結果認定される間接事実を認定した後、「このような事情の下においては、本件事故は医師の…過失により招来されたものと推定せざるを得ない」という形で過失と因果関係を同時に推定する判示がなされている¹³⁹。朴永浩判事によれば、「多汗症事件」判決以前においては、医療過失の概念は概ね因果関係から未分化な状態で、大法院判例は専ら因果関係の立証及びその立証責任の緩和が主な関心事であったため、他の訴訟でのように原告の過失を確定した後、その過失と損害との因果関係を問うという論理展開方式を採らないまま医療過失と因果関係認定段階を区別することなく種々の間接事実に経験則を適用し、上記のように過失と因果関係を同時に推定する説示を行ってきた経緯があり、間接事実としては主に時間的近接性と他原因の介入可能性の不存在等が論拠として持ち上がる形で、判例の態度としては過失と因果関係の事実上の推定に近いものであったとする¹⁴⁰。

このように大法院は、「多汗症事件」判決で示した立証責任の緩和の法理と別途に間接事実を通じて過失と因果関係を事実上推定する場合があり、これに対しては少なくとも蓋然性までは立証しなければならないとい

139 朴永浩・前掲注109・p.237.

140 朴永浩・前掲注109・pp.237-238；閔裕淑・前掲注109・pp.283-284も同旨。さらに、朴永浩判事は、大法院1998.2.27.宣告97다38442判決では具体的に「実質上推定」という用語を使用していることを指摘され、また立証責任軽減のための方法は、日本におけるそれとよく似た構造であることも説かれ、「従来日本と我が国は医療訴訟において、医療行為の過失自体の立証とその立証責任の緩和問題は別々に論議されてきておらず、因果関係に関する立証責任の緩和問題と関連し、併せて論議されてきただけに、因果関係に関する立証責任を緩和する論理はそのまま過失の立証と関連して適用される理論と考えて、そのように説明されている点等を参酌すると我が国の大法院判例は、医療過失と因果関係の両者に対して事実上の推定の方法でその立証責任を緩和しているとみるのが妥当である」とされる（朴永浩・前掲注109・p.240.）。

う批判的見解を有している¹⁴¹。

現に、当該事件原審は、悪結果といくつかの間接事実を併せて医師の過失を推定し、医師に無過失の立証責任を賦課したことで、事実上「立証責任の転換」となったものとされており、このような原審判断は現在の判例とは符号するのか疑問¹⁴²であることから破棄差戻し判決となったものと思われる。

また、説明義務に関しては、亡Aは、3日間酷い眩暈症状のため車椅子を使用する状態で入院となり、CT、MRI等の検査と診察の結果、脳梗塞がすでに観察されており、脳梗塞病変の正確な位置と治療方法の確定のために本件造影術検査を実施せざるを得ないような状況であったともいえるし、一方、血管造影術の合併症で脳梗塞が発生し死亡にいたる確率は1%程度に過ぎないとのことであったので、説明義務違反と死亡との間の因果関係までは認定しがたく、説明義務違反による慰謝料のみ認めたもの¹⁴³といえる。

(6) 小括

i) 大法院判例の法理上の意味をめぐる見解

以上にみた大法院判決にみられる傾向は、たとえ低い程度でも「過失の立証」を要求しているものと「過失の推定」を許容するものと首尾一貫しない曖昧さを有している面もみられるが、過失を推定しようとする判例は、主に健康上欠陥が存在し、「多汗症事例方式」の適用が難しいような事案において類似の結果を導くためにこのようなロジックを採っているものと推測されるところの見解¹⁴⁴がある。

141 関裕淑・前掲注109・p.298.

142 関裕淑・前掲注109・p.298.

143 関裕淑・前掲注109・p.304.

144 関裕淑・前掲注109・p.284.

判例が、医療側に要求する「その結果が医療上の過失によるのではなく、まったく別の原因によるものであるとの立証」もまた、事実上不可能である¹⁴⁵が極めて困難である。これに鑑みて、「多汗症事件」判決では、「一連の医療行為過程において引き起こされた、一般人の常識に基づいた医療上の過失ある行為を立証」するようにした論旨に従って、因果関係の推定起点とする「診療上の過失行為」を判断するにおいて、一連の「状況的間接証拠」を通じて、そして説明義務違反を追加で含め、患者側の証明負担を緩和ないし軽減することで具体的妥当性ある判決結果を企図したものの¹⁴⁶とする評価もなされている。

しかしながら、上記のような判断は「責任を設定するための因果関係として医学的に究明された『存在的原因関係』を前提としているが、実質的には規範的評価による責任帰属の判断を下して」おり、「大法院は、患者が治療の途中で死亡したという個別の事件状況の特殊性を前提としているところ、上のような証明緩和を医療事故一般に適用することができるかは疑問が残る」¹⁴⁷ともされている。

他方、「大法院が、患者に「常識的過失」を立証させるようにすることで立証責任を軽減した点に対しては肯定すべきであるが、これに対しては『一般人の常識に基づいた医療上の過失』という判例の基準設定があまりにも抽象的でその内容が曖昧であるという批判は避けられない」との批判もある¹⁴⁸。つまり、「『手術待機時間が長引いた点』や『患者を長時間放置した点』を『一般人の常識に基づいた医療上の過失』の一例としてあげているが、常識的過失が何を意味するのか明らかでない」ため「具体的基準

145 安法榮・前掲注114・p.253.

146 安法榮・前掲注114・p.252.

147 安法榮・前掲注118・p.252.

148 全炳南[2001], 의료소송에서의 입증책임의 완화 (医療訴訟における立証責任の緩和), 의료법학2권2호 (医療法学2巻2号), p.349.

が必要」¹⁴⁹である旨を説く。

ii) 日本における類似例との比較を交えて

ところで、日本の因果関係をめぐるこの種の類似例をあえて提示するならば最判平成8年1月23日民集50巻1号1頁をあげることができる。

原告X1（7歳の男児）の虫垂切除術を実施するに際し、腰椎麻酔を行ったが、執刀開始5分後チアノーゼが認められ意識をなくし心停止。蘇生はしたものの重度の脳機能低下症の状態になったという事案である。なお、使用した麻酔剤の添付文書（能書）には、副作用とその対策として麻酔剤注入前に1回、注入後10～15分まで2分間隔で血圧を測定すべきことが記載されていたが、当時の医療慣行である5分毎の血圧測定を指示したY2（被告医師）の管理・監視義務違反が争われた。ここでは医療水準と医療慣行との関係が注目すべき一つの論点であったが、過失と因果関係につき最高裁は、「・・・医薬品の添付文書（能書）の記載事項は、当該医薬品の危険性（副作用等）につき最も高度な情報を有している製造業者又は輸入販売業者が、投与を受ける患者の安全を確保するために、これを使用する医師等に対して必要な情報を提供する目的で記載するものであるから、医師が医薬品を使用するに当たって当該文書に記載された使用上の注意事項に従わず、それによって医療事故が発生した場合には、これに従わなかったことにつき特段の合理的理由がない限り、当該医師の過失が推定される」とした。

次いで、「本件麻酔剤を投与された患者は、ときにその副作用により急激な血圧低下を来し、心停止にまで至る腰麻ショックを起こすことがあり、このようなショックを防ぐために、麻酔剤注入後の頻回の血圧測定が必要となり、その趣旨で本件麻酔剤の能書には昭和四十七年から前期の記載がなされて」おり、「他面、二分間隔での血圧測定の実施は、何ら高度の

149 全炳南・前掲注148・p.349.

知識や技術が要求されるものではなく、血圧測定を行い得る通常の看護婦を配置してさえおけば足りるものであって、本件でもこれを行うことに格別の支障があったわけではないのであるから、Y2が能書に記載された注意事項に従わなかったことにつき合理的な理由があったとはいえない。」とし、また、二分間隔での血圧測定がなされていてもX1の血圧低下とそれによる低酸素脳症の症状を発見しえなかったとは到底いい得ない筋合いで、「X1の血圧低下を発見していれば、Y2としてもこれに対する措置を採らないまま手術を続行し、虫垂根部を牽引するという挙に出ることはなかったはず」で、そうであれば、それに続く一連の事態は防ぎ得たとし、過失と脳機能低下発症との因果関係も肯定した。

医療慣行に従っただけでは規範としての医療水準に適ったものとはいえないとした当該事件であるが、この事件でいう過失の基準となる医療水準の内容としては、「血圧測定を二分間隔で行うこと」で、これ自体は「何も特別なことが求められるわけではなく、看護婦にその旨の指示をすることで容易に実現し得る」ことであり、そうすることで「血圧低下による低酸素症やショックを未然に防ぐために血圧の異常をできるだけ早い段階で発見する手段」¹⁵⁰となるのである。

そしてこの「二分間隔での血圧測定は、担当医である被上告人Y2や血圧測定を指示されたA看護婦にとって、何ら高度の知識や技術を要求されるものでなく」¹⁵¹、その性質上、一般人でも判断が可能なものであるという点が注目に値し、大法院のいう「一般人の常識に基づいた医療上の過失」にすっきり無理なく当てはまるように思われる。

ただ、「多汗症事件」判決では、上に示したようにかなり緩やかなレベルの「間接事実」を示しただけで過失と因果関係を同時に推定してお

150 大橋弘[1999]「最高裁判所判例解説」曹時51巻2号177頁。

151 民集50巻1号17頁（可部恒雄裁判官補足意見）。

り¹⁵²、この点はユニークでここまでの事例は日本の判例では見当たらない。

ただ、この「多汗症事件」の方式は、その後約10年間にわたって多くの判例で引用され¹⁵³、定着していったが、すでに述べたように、2000年代半ば頃より大法院の態度に変化が見られはじめる。

この変化を、「立証責任の領域で患者に対して寛大な立場を堅持してきた法院も上で検討した大法院2004.10.28.宣告2002다45185判決を通して因果関係が究明されない事案においては、却って、一般人の常識水準で、他の状況的間接事実による過失行為の証明だけで因果関係を推定することに歯止めをかけ、悪結果を招来したといえる蓋然性のある注意義務違反が介在したのかを判断しなければならないことを判示し『立場の変化』を示している」¹⁵⁴とする見解もある。これは、この間判例が、医療訴訟において患者側の立証責任の負担を軽減し、患者側を保護しようとした傾向が、医療を過度に萎縮させ、その上、責任を果たすことができない医師が経済的に破産したり、命まで断つ事件が発生したことで、患者側に対する立証責任軽減に制動をかけたものであるとする¹⁵⁵。

最後に、近時における韓国の判例上の新傾向を1つ示しておく。韓国の近時の判例の傾向では、医師の注意義務違反についても、細分化し判断する傾向にあり、たとえ一部に注意義務違反が認定されても因果関係が断絶される場合には、責任は否定してきたが、「大法院2006.9.28.宣告2004다

152 安法榮教授は、このような因果関係の推定は「訴訟上医師側に証明責任の事実上の転換を通じた無過失の証明責任を負わすことで事実上の結果責任に近接し、医療事故の法的責任帰属の根幹をなす過失責任主義に反する結果を招来」し妥当でないとする（安法榮・前掲注114・p.256.）。

153 たとえば、大法院1995.3.10.宣告94다39567判決；大法院1995.12.5.宣告94다57701判決；大法院1996.6.11.宣告95다41079判決；大法院2001.3.23.宣告99다48221判決など。

154 백경희（ベク・キョンヒ）[2007], 의료과오소송에 있어서 인과관계의 판단과 입증책임에 관한 판례의 최근 경향（医療過誤訴訟における因果関係の判断と立証責任に関する判例の最近の傾向）, 의료법학, 8권1호（医療法学8巻1号）, p.204.

155 백경희（ベク・キョンヒ）・前掲注154・p.205.

61402判決を通じて、このような場面でも、その注意義務違反の程度が、一般人の受忍限度を超える程度に、顕著に不誠実な診療を行った場合には、患者側が被った精神的苦痛に対する慰謝料を賠償させ¹⁵⁶ようとするものが登場してきた。すなわち、「医療行為の属性上、患者の具体的症状や状況により危険を防止するために要求される最善の措置を採るべき注意義務を負担する医療陣が、患者の期待に反して患者の治療に全力を尽くさない場合には、その業務上の注意義務に違反したものというべきであるが、そのような注意義務違反と患者に発生した悪結果との間に相当因果関係が認定されない場合には、それに対する損害賠償を求めることができない。ただし、その注意義務違反の程度が、一般人の立場から見て、受忍限度を超えるほどに、顕著に不誠実な診療を行ったものと評価される程度に至った場合であれば、それ自体が不法行為を構成し、それによって患者やその家族が被った精神的苦痛に対する慰謝料賠償を命じることができるが、このとき、受忍限度を超える程度、顕著に不誠実な診療を行ったという点は、不法行為の成立を主張する被害者らがこれを立証しなければならない」と判示しているが、これに関しては患者に対する保護義務の領域をより強化したものとする見解¹⁵⁷や、日本の判決例や機会喪失論の延長線上に位置づけようとする見解¹⁵⁸などがある。

大法院は、これまで日本の判例との比較から、特に環境訴訟の領域で使われてきた「受忍限度」という尺度を追加的に使用した¹⁵⁹が、「大法院はもちろんのこと、破棄差し戻された高等法院においても当該事件が強制調

156 백경희 (ベク・キョンヒ)・前掲注154・p.206; 김용빈 (キム・ヨンビン) [2008], 의료과오소송에 있어 입증책임 완화에 따른 의료과실의 의미와 판단기준 (医療過誤訴訟において立証責任緩和に伴う医療過失の意味と判断基準), 의료법학, 9권1호 (医療法学9巻1号), p.123.

157 김용빈 (キム・ヨンビン)・前掲注156・p.124.

158 백경희 (ベク・キョンヒ)・前掲注154・p.206.

159 백경희 (ベク・キョンヒ)・前掲注154・p.207.

停により終結したことにより、医療過誤訴訟での『受忍限度』の立証方法と判断基準に対しては、当該事件でどのように解釈されるのかに関しては具体的に判示されることがない」¹⁶⁰としており、今後において議論が深化していくのを注視していきたい。

V 説明義務違反の効果

1 学説

説明義務違反による損害賠償責任の範囲に関しては、韓国では、説明義務を不法行為上の義務とみなながらも、その不法行為に対する効果上の差異によって全損害を賠償しなければならないとする見解（いわゆる「身体侵害説」と通称されているので本稿もこの名称を使用する）¹⁶¹と慰謝料のみ賠償すれば足りるとする見解（「人格権侵害説」または「自由侵害説」とされるものである）¹⁶²の対立がある。

(1) 身体侵害説

医療行為の適法要件として、医術的適正性と医学的適応性以外に患者の同意を包含する医療観に根拠をおいているこの説は、説明義務を履行しない専断的医療行為の場合には身体侵害に該当するため、全損害を賠償しなければならない。

そして患者の自己決定権に対する侵害があれば、医師の医療行為がたと

160 백경희 (ベク・キョンヒ)・前掲注154・p.207.

161 たとえば、権五乗[1993], 민법의 쟁점 (『民法の争点』), 법원사 (ボボンサ), p.527, 김민중 (キム・ミンジュン) [1993], 의사책임 및 의사법의 발전에 관한 최근의 동향 (医師責任及び医師法の発展に関する最近の動向), 민사법학 (民事法学) 9・10号, p.340.など。

162 金天秀[1988], 의사의 설명의무 (医師の説明義務), 민사법학7호 (民事法学7号), p.278.

え医術的・医学的適応性を備えたものであったとしてもそれにより惹起された生命、身体上の損害に対し賠償責任が認定されるとする。

この見解は、医療侵襲の適法要件として医療技術的正当性と医学的適応性以外に患者の承諾を包含させる医療観と相通じるもので¹⁶³、韓国国内の多数説となっている。

（2）人格権侵害説（自由侵害説）

自己決定権の侵害は、患者の身体に対する侵害ではなく、単に一般的人格権の侵害にすぎず、患者に権利侵害による慰謝料請求権のみが認められ、身体侵害及びそれによる全損害の賠償請求権は認められないとする。

この学説の基本思想は、身体侵襲が医療技術的正当性と医学的適応性が備わっているとすれば、それだけで適法で、患者の承諾を別途の適法要件として要求しないというものである¹⁶⁴。

2 判例の態度と動向

韓国大法院は、説明義務違反において医師が負担しなければならない責任範囲につき、基本的に全損害を賠償請求できるとの立場をとっている。すなわち、大法院1994. 4.15. 宣告,93다60953判決において「医師が上の説明義務に違反したまま手術等を行い、患者に死亡等の重大な結果が発生した場合、患者側において選択の機会を失くし、自己決定権を行使できなくなったことに対する慰謝料のみ請求する場合においては、医師の説明欠如ないし不足によって選択の機会を喪失したという事実のみ立証すれば足り、説明を受けていたならば、死亡等の結果は生じなかったという関係まで立証する必要はないというべきである。しかし、その結果による全損害を請求する場合には、その重大な結果と医師の説明義務違反ないし承諾取

163 鄭淇雄・前掲注10・p.463.

164 宋榮琨・前掲注88・p.233.

得過程においての過失との間に相当因果関係が存在しなければならず、その場合、医師の説明義務違反は、患者の自己決定権ないし治療行為に対する選択の機会を保護するための点に照らし、患者の生命、身体に対する医療的侵襲過程において要求される医師の注意義務違反と同一視できる程度のものでなければならない。」と判示した。

この判例の態度は、慰謝料賠償の原因としての説明義務違反に対しては、「医師の説明欠如ないし不足によって選択の機会を喪失したという事実のみ立証すれば足り」、そしてその結果による全損害を請求する場合には、「その重大な結果と医師の説明義務違反ないし承諾取得過程においての落ち度の間に相当因果関係が存在しなければならず、その場合、医師の説明義務違反は患者の自己決定権ないし治療行為に対する選択の機会を保護するための点に照らし、患者の生命、身体に対する医療的侵襲過程において要求される医師の注意義務違反と同一視できる程度のものでなければならない」とし、慰謝料請求の原因としての説明義務違反の場合と、財産的損害賠償の原因としての説明義務違反の場合を区別し、立証責任を別立てにするという法理を採用し、二元的に論じており¹⁶⁵、韓国における判例法理の一つの特徴の現れと見受けられ、注目に値する。

しかしながら、実際の判例における説明義務違反は、精神的損害のみを認定した事例が圧倒的に多い。以下、具体的事例を見ていくことにする。

(1) 財産的損害と精神的損害の全損害を認めた事例

説明義務違反と死亡との相当因果関係を認め、全損害の賠償を認めたものは大法院1996.4.12.宣告95다56095判決：【10】1件のみで、あと、診療上の過失と説明義務違反を並列的に認めつつ全損害の賠償を認めたものとして、大法院1994.11.25.宣告94다35671判決：【6】、大法院1995.2.10.宣告93다

165 金敏圭[1997], 醫師의 説明義務違反과 그 效果 (医師の説明義務とその効果), 外大論叢17輯, pp.523-524.

52402判決：【8】の2件がある。

i) 説明義務違反と死亡との間の相当因果関係を認めたもの

上にも述べたように、今のところ説明義務違反を理由に全損害を認めた唯一のものが 大法院1996.4.12.宣告95다56095判決：【10】である。以下、事実関係を含めやや詳しく紹介することにする。

i-1) 事案の概要

高校3年に在学中の患者Aは尾骨痛を訴え、被告Y医師の診察を受け、尾骨切除術を受けることになった。Aは尾骨痛以外は他に疾病はなく健康体で、本件手術を受けるときも自分で歩いて行ける程度の状態であったし、上記尾骨痛はそれ自体としては生命に支障をきたす重大な疾患ではなかったが、Y医師は術前、患者に手術以外に他の治療法があるのか、手術は避けられないものであったのか否かに対して何ら説明をしなかった。

また、術前、肝機能検査等の基本検査はしたものの麻酔剤であるハロテインが使用できない場合（禁忌事項）に照らし、調査すべきAの病歴等に対し、事前調査をすることなく手術に及んだ。一般的にこの麻酔剤は、黄疸、劇症性肝炎、肝壊死等の副作用が引き起こされることが知られていたが、実際、Aは本件手術で、ハロテイン麻酔剤を使用した結果、劇症型肝炎等により死亡に至ったという事案である。

i-2) 判旨

「…原審が適法に確定した事実によれば、麻酔剤であるハロテインは、1956年頃から臨床において患者に使用されはじめたが、1963年頃より10,000人当たり1人程度の比率で手術後黄疸、劇症肝炎、肝壊死等の副作用を引き起こすことが知られ、その発生頻度は高くはないが、一旦劇症肝炎や肝壊死を惹起した場合には、その程度により死亡率が50～100%に達す

るものであり、訴外亡Aは実際に上記麻酔剤を使用した結果、劇症肝炎等により死亡したものでその危険の程度が生命を侵害するという重大なものであることが知り得るところ、かような場合…副作用発生の危険を亡Aとその父母である原告X1, X2に説明する義務がある」とし、また「…亡Aは大学入学試験の準備中である高校3年生で、判示の尾骨痛以外には他の病気はなく健康で、本件手術を受けに行くにも自分で歩いていく程度の状態であり、上記尾骨痛は、それ自体は生命に支障を来す重大な疾患ではなく、亡Aの叔母である訴外亡Bが、被告らよりハロティン麻酔剤を使用し判示のような手術を受けた後、高熱等異常な症状を見せ始めた直後であったにも関わらず、被告らは亡Aやその父母である原告らに上記尾骨切除術が不可避な手術であったのか要否を説明しなかっただけでなく、先に見たように、ハロティンの副作用に対する説明も行わなかったもので、このような場合、亡Aや原告らとしては、被告らより上記のような説明を受けたならば上記手術を受けなかったか、上記麻酔法に同意しなかったこともありうるので、被告らが上記のように説明を尽くさなかった過失と亡Aの死亡との間には相当因果関係があると見るのが相当である。(下線は筆者)」と判示し、説明義務と死亡との間の因果関係を明示的に認めたものである。

ii) 医療過失（診療上の過失）と説明義務違反を並列的に認めたもの

①大法院1994.11.25宣告94다35671判決：[6]

事案は、次の通りである。

交通事故により10週間の治療を要する脳挫傷、右肩関節及び腰椎挫傷、左上腕骨骨幹部粉碎骨折等の傷害を負った亡Aは被告病院に入院し、上腕部の骨折に対する手術を受けることになったが、訴外B（麻酔医）が全身麻酔導入のため麻酔剤を注入し、次いで気管内挿管のため喉頭鏡で喉頭蓋を観察したところ、上気道喉頭蓋が小さく、曲型喉頭鏡で持ち上げる形で

気管内挿管を試みたが、体型も肥満型で頭部後屈、下顎挙上法を採ろうにも不十分であったことから失敗し、結局挿管チューブを、通常使用する7.5 mmから6.5mmに交換し、ようやく挿管を終え、酸素を供給したが、そのころ（手術室に入室し麻酔準備を始めた時から20分程度経過した時間）から亡Aの脈拍数が50回/分、100/60に低下しチアノーゼ等の異常症状が出現し、結局心停止により死亡。国立科学研究所で解剖の結果、亡Aの心筋には高度の脂肪浸潤がみられ、直接的な死因は脂肪心による急性心不全と推定されたものである。

大法院は、原審認定事実を確認したあと、「（訴外B（麻酔医）は）亡Aの身体が肥満型で特に首が短く後頭蓋が突出し挿管に障害になることもあり得るから、上気道検査を実施し、挿管経路の状態を観察し、上にみた様々な挿管法の長所短所と副作用を十分比較検討し、亡Aに最も適切で安全な挿管法を選択しなければならぬところ、これを怠り、全身麻酔後に挿管を開始し途中で喉頭鏡を通じて喉頭蓋の異常を発見し、曲型喉頭鏡にて挿管を試みて失敗してからようやく挿管チューブを交換し、挿管を試行したものでその過程で多くの時間を費やしたことで自力呼吸が不可能な亡Aに酸素供給が一時中断されたり、正常な呼吸状態より少量の酸素しか供給されない状態にした過失があり、このような麻酔医の過失が脂肪心で心肺機能が円滑ではない亡Aに作用したことで急性心不全を惹起させ亡Aを死亡させた事実を推認することができる」とした原審の判断を支持し、医療上の過失を認定し（下線は筆者）、さらに説明義務に関しては、「亡Aの小舅である訴外Cが『本手術を行うにあたり、医師の（病気の）内容説明を熟知し、自由意思で承諾し、手術中及び手術後の経過に対し、医師と病院当局に何ら民・刑事上の責任を問わないものとし、手術施行を承認する』という内容の不動文字で印刷された手術承認書に署名・捺印した事実は認定されるが、その認定事実だけをもっては、患者に対する手術及びその準備としての麻酔を行うにあたって上記病院の医療チームや訴外B（麻

酔医)が患者である亡Aやその家族に、本件手術、特に全身麻酔がもたらす危険性や副作用に対し、説明義務を尽くしたとみることはできず、亡Aが成人としての判断能力有する以上、姻族にすぎない訴外Cの承諾をもって患者の承諾に代えることは許容されないというべきで、患者に対する治療行為として訴外Bの麻酔は患者に対する説明義務を尽くしておらず、併せて患者の承諾権を侵害した違法な行為であるとの判断は正当」として原審の判断を是認した。

②大法院1995.2.10.宣告93다52402判決：[8]

すでに上(Ⅳ-2)で検討したいいわゆる「多汗症事件」である。

上においてもみたように、大法院は、「よって、慰謝料だけでなく、全損害の賠償を求める本件の場合、被告医師の説明義務違反が具体的治療過程で要求される医師の注意義務違反と同一視される程度のものでなければならず、そのような違反行為と患者Aの死亡との間に因果関係が存在することを立証されるべきであるが、原審はその判決理由でみられるように、このような説明義務違反が患者Aの死亡にいたった唯一の原因になったと判断したのではなく、手術にいたるようになった過程でそのような落ち度もあるという趣旨であり、これを患者Aの死亡の原因の一つとしてみたといつてこれを誤りとはいえず、上でみたように患者Aの死亡が被告側の医療上の過失に基づくものと推定される以上、原審の判断は結局のところ正当である(下線は筆者)」として、医療上の過失と説明義務違反を並列的に認め、財産的損害も含めた全損害の賠償を認めた原審の判断を是認した。

③大法院2006.11.23宣告2005다11688判決：[22]

事案は次の通りである。原告Aは被告Bが経営する産婦人科医院で出産したが、胎盤が自然に排出されず、被告Bは胎盤羊水除去術を施行。ところがその後も腹痛と膣出血が継続したので、全北大学病院を受診した結

果、残留胎盤及び子宮内膜炎と診断され、炎症治療と残留胎盤除去術を受けるにいたった。

原審は、胎盤羊水除去術を施行する場合にも、約3%程度の産婦には子宮内に胎盤片が残り残留胎盤除去術を受けるようになり、約1.8%程度の産婦には子宮内膜炎が発生する点等をあげ、被告が本件胎盤羊水除去術を施行する上で、過失を認定することはできないとし、また、残留胎盤及び子宮内膜炎は本件手術によるものではなく、胎盤が自然に排出されなかったために惹起した点、原告は分娩直後胎盤羊水除去術以外に他の治療法を選択できたとはうかがえない点等に照らし、被告の説明義務違反が問題となる余地はないとした。

これに対して大法院は、「医師が診察・診療等の医療行為を行うにあたって、人の生命・身体・健康を管理する業務の性質に照らし、患者の具体的症状や状況によって危険を防止するために要求される最善の措置を取らなければならない注意義務があり、医師のかような注意義務は、医療行為を行った当時の医療機関等臨床医学分野において実践されている医療行為の水準を基準とはするものの、その医療水準は通常の医師に医療行為当時、一般的に知られており、また、是認されているいわば医学常識を意味するもので、診療環境及び条件、医療行為の特殊性等を考慮し、規範的な水準として把握しなければならない（大法院2005.10.28.宣告2004다13045判決等）」とし、さらに「一般的に、医師は、患者に手術を施行する過程及びその後に悪結果発生の蓋然性を有する医療行為を行う場合においては、応急患者の場合や、その他、特別の事情がない限り、診療契約上の義務として、または、手術に対する承諾を得るための前提として、当該患者や法定代理人に疾病の症状、治療法の内容及び必要性、発生が予想される危険等に関し、当時の医療水準に照らし、相当と考えられる事項を説明し、当該患者がその必要性や危険性を充分比較し、その医療行為を受けるか否かの選択ができるようにする義務があるだけでなく、その診療目的の

達成のために患者またはその保護者に対し、療養の方法、その他健康管理に必要な事項を詳細に説明し、後遺症等と対比できるようにする義務がある（大法院1997.7.22.宣告95다49608判決等）」と一般論を述べた後、「産褥期にみられる発熱、陰出血、腹痛等は残留胎盤の重要な症状であるという産婦人科専門医間の一般的な医学知識と、上に見たように胎盤羊水除去術を行った場合、胎盤片が子宮内に残留することが稀なことではないという点に鑑みたとき、胎盤羊水除去術を受けた産婦が産褥期に上のような症状を訴えたとすれば、医師としては、当然に残留胎盤の可能性を疑い、それに見合った適切な措置を取る義務がある。

しかしながら、記録によれば、被告は本件胎盤羊水除去術を施行する当時、原告1やその保護者に上記手術を施行したとしても、子宮内に胎盤片が残留する可能性や、それに伴う合併症につき、何ら説明をしなかった事実、本件胎盤羊水除去術施行後、原告1に対し、二度にわたり超音波検査を行い、その結果約8.6cmの肉塊様の陰影を発見した事実、原告1は、本件胎盤羊水除去術施行後、被告らに継続して陰出血と腹痛を訴えていた事実、しかし被告らはそれ以上の精密な確認検査を経ないまま上の肉塊様のものを子宮筋腫と診断し、残留胎盤である場合も想定した措置を講じたり、原告1に残留胎盤の可能性を説明し、適切な検査及び治療を受けるよう勧奨しなかった事実、結局原告1は、残留胎盤によって子宮内膜炎に罹患した事実を認定することができる。」

「上の認定事実によれば、被告としては、上記肉塊様のものが残留胎盤であることを十分に予見できる状況であったにもかかわらず、子宮筋腫と診断を誤ったせいで、残留胎盤である場合を想定したいかなる措置も取らなかっただけでなく、本件胎盤羊水除去術施行当時はもちろん、その後の検査時においても、上のような診断上の過誤がなかったならば、当然に説明しなければならぬ残留胎盤に対する検査及び治療法等を原告1に説明しなかったことで、原告1としても胎盤羊水除去術に伴う後遺症である症

状、それに対する迅速で適切な検査及び治療、治療が遅延した場合に起こりうる結果等に備える機会を喪失することになったもので、それにより子宮内膜炎という予期せぬ結果に遭遇する苦痛を被ったものであり、原告1の家族である原告2にもそれによる精神的苦痛を与えたことがうかがえ、結局被告には、上のように、診断上の過失と説明義務を尽くさなかった過失すべて認められるというべきである」とし、原審判決を破棄し、事件を原審法院に差し戻した。

iii) 若干の検討

【10】では、亡Aの親族で叔母にあたる亡Bが、1990年7月9日に同じ麻酔剤であるハロテインによる手術を受け、その副作用による悪寒、発熱等が同月20日より出現していたのにその翌日の21日にこの手術が行われている。また、亡Bの肝機能検査で異常を示した結果が同月23日に発見されているにもかかわらず、亡Aが上記亡Bと同様の症状が約1週間後の同月29日に発生しているのにこれを腸チフスと見立て治療を行い、同月31日に至ってようやく肝炎の症状を疑ったという事実も、原審が事前病歴調査義務違反の点で判断し、一方で説明を受けたならば本件手術を急いで受けなかったものとしているが、違う見方をすれば術後の治療上の過失と判断できる余地もあるという指摘もある¹⁶⁶。

【8】判決は、まず、慰謝料のみを請求する場合には「医師の説明欠如ないし不足により選択の機会を喪失したという事実だけ」を立証すれば足り、全損害を請求する場合、説明義務違反は、「患者の生命・身体に対する医療的侵襲過程において要求される医師の注意義務違反と同一視できる程度のもの」が要求されるという従来の大法院判決とその態度を同じくし

166 朴永浩[2009], 손해배상액산정에 관한 최근 10년간 판례의 동향 (上) (損害賠償額算定に関する最近10年間の判例の動向 (上)), 의료법학10권2호 (医療法学10卷2号), p.13.

ており、特に独自の過失判断を行っていないという点に注目する必要があるとの指摘がある¹⁶⁷。

すると、大法院の論旨は「説明義務違反」と「医療上の過失」が併存する場合、「説明義務違反」は「医療上の過失」に埋没することになると解釈しているものであると評価してもいいのか不明確¹⁶⁸であるとする。

それゆえ、本判決は説明義務違反と死亡との因果関係を認めるには無理があり、むしろ医療上の過失と患者Aの死亡との因果関係のみを認定したものと見るのが妥当であるとの見解¹⁶⁹もある。

(2) 精神的損害のみ認めたもの

i) 説明義務違反と財産上の損害との間の因果関係を否定したもの

①大法院1995.1.20宣告94다3421判決：【7】

すでにここまでの論述の過程で例示している重度の心疾患のため開胸手術を要した事例で、国立医療院の胸部外科科長が開胸手術に際し、患者であるX本人に、術後に脳梗塞等の副作用が伴うこともある点につき説明せず、手術に着手したが、脳栓塞により重篤な障害が残ったという事案である。

当時、原告の病状は速やかに開胸手術を受けなければならない程度のもので、手術を受けなかった場合、3年ないしは5年程度の間に死に至る危険があった。

原審は、「・・・原告の承諾権を侵害してなされた違法な手術」であるとし、賠償の範囲については、銀行員としての定年までの逸失利益、積極

167 金敏圭・前掲注165・p.537.

168 金敏圭・前掲注165・p.537. また、金教授は、「万一、このような理解が可能であれば、説明義務違反も全損害の賠償請求において医師の注意義務の一種であることと同時に一つの請求原因になるという点を示唆する判例と理解してもよい」とされる。

169 朴永浩・前掲注166・p.15.

損害として今後の治療費と介護費を慰謝料と共に賠償する義務があるとしたのに対し、大法院は、説明義務違反により原告の承諾権が侵害された点に関しては認定しつつ、「原告の病状を本態性高血圧（動脈硬化症）、大動脈弁膜閉鎖及び心不全、左側主冠状動脈狭窄等と診断し、手術の必要性を確診するために十分な事前検査を実施後、その結果を総合判断し、原告の心疾患の程度が大動脈弁置換、上行大動脈拡張及び左側主冠状動脈入口拡張等の開胸手術が必要な状態であると判断し、その手術を施行したことは、その説示のように原告の具体的な症状や当時の臨床医学の実践としての医療水準に照らし合わせても相当と認められ、また、本件開胸手術の施術過程において訴外人等に医療上の過失はなく、原告の心疾患に対する根源的な治療のためには、近い将来上記のような開胸手術を施行するしかなく、また原告としてもかような開胸手術を受けるつもりで上記国立医療院に入院したということであろうから、このような事情の上に、すでにみたように生じた脳栓塞の後遺症は開胸手術に伴う典型的な副作用の一つではあるが、その発生頻度が大きくはない点等に照らし、医師訴外人らが上の開胸手術に先立ち原告に説明義務を尽くしたとしても、原告が本件手術を拒否したとは断定できない点を併せると、医師訴外人らの上記説明義務違反と本件手術後に生じた脳栓塞との間には相当因果関係があるというのは困難」であるとして慰謝料部分を除く原審判断を破棄し、審理を原審法院に差し戻した。

②大法院1997.7.22宣告96다37862判決：【12】

上の【7】事件の再上告審である。

差し戻し後の控訴審では「原告が成人として判断能力を有している以上、親族である原告の兄訴外Aの承諾でもって原告の承諾に代えるのは許容されないというべきで・・・患者である原告に本件手術前に上のような合併症が生じることもある点につき十分に説明し、原告より、そのような

合併症を承知の上で手術を受けるという承諾を得た後に本件心臓手術を施行しなければならないにもかかわらず、原告に対し、事前に手術に対し、何の説明もしなかっただけでなく、原告より承諾も得ていないまま本件心臓手術を実施したのは、手術が必要であったとしても医師Bらの本件手術は患者に対する説明義務を果たしていないと共に、原告の承諾権を侵害した違法な手術である」とし、因果関係に関しては「患者の治療直後に脳栓塞が発生した場合においては、患者側で、一応、一連の医療行為の過程においてなされた一般人の常識を基にした医療上の過失ある行為を立証し、その結果との間に一連の医療行為以外に他の原因が介在されていない点、いうなれば、患者に医療行為以前にそのような結果の原因になるだけの健康上の欠陥がなかったという事情を証明した場合においては、医療行為を行った側が、その結果が医療行為によるものではなく、まったく別の原因によるものであることを立証しない限り、医療上の過失と結果との間の因果関係を推定し、損害賠償責任を負わせるように立証責任を緩和することが損害の公平・妥当な負担をその指導原理とする損害賠償制度の理想に適用」としたあと、「・・・心臓手術直後に原告に脳栓塞が発生した本件において、原告に本件心臓手術以前に特別に脳栓塞が発生させるような原因はなく、本件心臓手術と上の脳栓塞との間に他の原因が介在した可能性も見当たらない点、医師Bらは本件心臓手術の前に原告に対し、心臓カテテル検査を行うにおいて、原告に検査方法や危険性等に対し、まったく説明せず、原告の承諾も得なかったし、本件心臓手術においても説明義務に違反し、手術後患者を観察する等の事後措置も疎かであった点、脳栓塞が発生後、B医師らが手術により滓（筆者注：血液の塊であることが多い）が飛びその原因となった可能性が最も大きいと言及した点等、本件心臓手術の経過と手術後の諸般の状況に照らせば、原告の脳栓塞は、B医師、C医師らの過失によるものと推定される」とし、しかしながら、原告の兄であるAを通じて「自身の心臓疾患に対する根治手術でどのような内容の手

（龍法 '15）47 - 3, 84（570）

術を実施するののかに関して、概略的に伝わっているものと推認され」、そのような状況なら、手術を承諾するか否か決めることもできるところ、自分から医師に説明も求めず、手術の承諾につき表明することもないまま手術を受け、本件医療事故に遭遇したことから損害賠償の範囲を全損害の85%とするのが相当であるとした。

これに対し、大法院は説明義務違反は認めながら、因果関係に関してはB医師らが脳栓塞の発生につき「手術により滓が飛びその原因となった可能性が最も大きい」と言及した点につき「不可抗力である趣旨」でいったその言葉を根拠に過失の推定をするのは困難で、また、「術後の観察や適切な対処を疎かにした点」を過失と因果関係推定の根拠にしている点につき、「手術後副作用が生じるや否やD医師らが即時応急措置を取った後、二次手術を行い、その手術には何の落ち度もなかったもので、B医師が退勤したことで術後の処置や二次手術に何らかの支障を招いたことが明らかでない以上、一次手術を担当したB医師が退勤した事実だけで本件脳栓塞の結果に対し相当因果関係があるというのは疑問である」として説明義務違反と脳栓塞との間の因果関係を否定した。

③大法院2002.1.11.宣告2001다27449判決：【16】

被告が経営する薬局で、薬剤師が調剤した風邪薬を服用し、ステイブン・ジョンソン症候群を惹起し死亡した事案であるが、原審が認定した事実によれば被告である薬剤師が風邪薬を調剤するのにその容量を守らなかったことを認定する資料もなく、「・・・訴外1（死亡した患者）としては、他の薬局で調剤した風邪薬があまり奏功せず、翌日が大学面接試験日で風邪薬を服用する必要性はあったものと認定されるところ、ステイブン・ジョンソン症候群は、特異体質者にだけ発生するものであるが、そのような特異体質であるか否かを事前に検査する方法がなく、その発生頻度が極めて低い点等に照すと、被告の説明義務違反が具体的治療過程におい

て要求される医師の注意義務違反と同一視する程度のものであるとか、説明義務違反行為と患者Aの死亡との間に相当因果関係があるとみるのは困難である」として全損害を認めた原審判断を破棄した。

④大法院2007.5.31.宣告2005다5867判決：[23]

亡患者Aは、黄疸症状の原因を調べるために被告病院に2週間の予定で入院し、肝エコー検査、肝臓の組織検査等を行ったが、原因が発見されることなく一旦退院後、しばらくして多発性臓器不全状態で救急搬送され応急処置を受けたが、被告病院では黄疸の原因がはっきりしないまま総ビリルビン等、生化学検査の数値が正常値を超えた点から、肝、胆道に異常があるとみて内視鏡的逆行性胆膵管造影術（Endoscopic Retrograde Cholangio-Pancreatography:ERCP）検査が必要との判断を下し、亡Aに説明しようとしたが、被告病院では当時医業分業問題で専攻医らがストライキをしていた状況等により検査前に亡Aの同意を得ることができず、結局は同意のないまま検査を実施したが、亡Aは、検査の後、急性膵臓炎となり、これが壊死性出血性膵臓炎に発展し、結局死亡に至った事案において、大法院は、「医療行為は、高度の専門的知識を必要とする分野で、専門家ではない一般人としては、医師の医療行為の過程に注意義務違反があるか否か、その注意義務違反と損害発生との因果関係の有無について明らかにすることは極めて困難な特殊性があるため、手術の途中、患者に死亡の原因となった症状が発生した場合、その症状発生に関し、医療上の過失以外に他の原因があるとはいえない間接事実を立証することで、そのような症状が医療上の過失によるものと推定するのも可能であるというべきであるが（大法院2000.7. 7. 宣告99다66328判決参照）、その場合でも医師の過失による結果発生を推定できる程度の蓋然性が担保されない事情をもって漠然と重大な結果から過失と因果関係を推定することで、結果的に医師に無過失の立証責任を負わせることまで許容するものではない」と

した上で、具体的な事案との関係では、「・・・被告病院医療陣の説明義務違反により亡Aが選択の機会を喪失したことが認定されるこの事案において、・・・亡Aに対しERCP検査が必要な状態であると判断し、これを施行したのは、亡Aの具体的な症状や当時の医療水準に照らし相当である点、上の検査の過程や急性膵臓炎が起こった後の措置等において被告病院の医療陣に過失がなかったという点、急性膵臓炎はERCP検査に伴う典型的な副作用ではあるが、その発生頻度が高くない点、亡Aが黄疸の正確な原因を確かめるために被告病院に2週間の予定で入院した点に照らし、被告病院の医療陣が本件ERCP検査に先立って亡Aに説明義務を尽くしたとしても亡Aが必ず上の検査を拒否したものと断定はし難いものと判断し、被告の損害賠償の範囲を亡Aの死亡による全損害ではなく、説明義務違反による慰謝料に限定した措置は正当なものとして首肯しうるし、原審が認定した慰謝料が自己決定権侵害に対する損害のみならず、亡Aの死亡による精神的苦痛まで慰謝した金額であると断定する根拠もな」いとして原審の判断を是認した。

ii) 財産的損害に対して言及することなく慰謝料賠償のみ命じたもの

①大法院1979.8.14.宣告78다488判決：【1】

医師の説明義務に関する最初の大法院判決であるいわゆる「喉頭腫瘍切除術事件」である。事案は、回帰喉頭神経鞘腫の患者で、放置すると、1年ないし1年半で気道の圧迫が進み発声・嚥下障害や発作的に止まない咳のため窒息すらありうるかと予想されたため、被告B病院において喉頭腫瘍切除術を受けたが、その後遺症で発声機能障害となったというものである。

大法院は、「原告の喉頭腫瘍除去手術を行った執刀医らが、手術後、患者の喉声が囁れることがあるということを行ったとしても、それだけでは手術後、同原告に原審認定のような発声機能障害の後遺症をもたらした本

件で説明義務を尽くしたとは言えず」、また、「同原告は上記のような後遺症に対してはまったく予想することができない者であり、緊急を要する事態でもなかったならば、そのような後遺症が随伴する事実を承諾したものであることはできないとみるのが相当というべきで、執刀医らが説明義務を果たさなかったと同時に、同原告の承諾権を侵害した違法な手術を実施した」として同趣旨の原審判決を支持し説明義務違反を認め、「原告の承諾権を剥奪したまま手術を行った結果、同原告に予期しえない後遺症により精神的苦痛を被らせた点に対して慰謝料請求を認容」した。

②大法院2002.10.25.宣告2002다48443判決：[19]

ビューティコンテストに参加しようと考えている原告は、額と顎を高め、目を二重にする手術を希望して、被告に美容整形手術の相談をし、額と顎にシリコンを挿入し、まぶたを二重にする手術を受けた。その後、国際ビューティコンテストに韓国代表で出場するなど特に支障なく活動していたが、被告に再手術を要求し、希望する追加手術を受けたが、後にあごの部分に挿入したシリコンが対角線上に移動し、シリコンの補綴物が口内に一部突出し、シリコン挿入のため生じた頭部の瘢痕に部分的に頭髮が再生しない事態になった事案で、「整形手術の場合、その性質上緊急を要せず、整形手術をしたとしても外観上多少の好転が期待されるだけで、術後の状態が患者の主観的な期待値と異なる場合があり得るため、医師は患者に治療の方法及び必要性、治療後の改善状態及び副作用等に関し、具体的な説明を行い、患者がその医療行為を受けるか否かを選択できるようにする義務があるところ、被告が原告に上のような程度の説明を行い原告が手術を決定したということを認定するだけの証拠がなく、かえって原審の被告本人尋問結果等によれば、被告は上記整形手術当時、原告に上記手術の副作用として出血、炎症、補綴物の大きさが本人が望むものでない場合があり得るし、頭部の切開部位は頭髮が再生し回復するが一部微細に再生

しない部分があり得ることを説明したのみで、上記補綴物が動くこともあるといった点については、十分な説明がなく手術した事実が認定されるという理由で、被告は、上記手術を行うにあたり、説明義務に違反し、原告が手術を受けるか否かを決定する権利を侵害したというべきで、これにより原告に与えた精神的損害を賠償する責任がある」とした原審判断を正当とした。

iii) 若干の検討

【7】と【12】は同じ事件で、心臓手術によって重度の後遺症が残存した事案であるが、【12】は再上告審である。【7】は、すでに複数回紹介しているように、同意権者の問題（Ⅲ-2）、危険の重大性と稀少性（Ⅲ-4）、仮定的同意（Ⅲ-5）等、論点は多岐にわたる重要な判例である。また、この事件は、すでに示しているように、再上告がなされて争われており、【7】においても、【12】においても、原審と大法院の判断が分かれている点も注目に値する。

また、【7】判決の直後（翌月）にいわゆる「多汗症事件」判決があったことが影響し、【12】の原審では、この「多汗症事件」判決のロジックが展開されている点も見逃せない。

【23】は、薬剤師にも医師と同様に説明義務が課されることを示したという意味で意義を有する判決でもあるが、大学の面接試験前日であったということから、風邪薬を服用する必要性はあったと認められる点、副作用により惹起したスティーブンス・ジョンソン症候群が、特異体質者にだけ発症する極めて稀なものであり、事前に検査する方法もないといったところから不可抗力ともいえる点に鑑みると、原審、大法院共に説明義務と死亡との結果に因果関係を認めるのは困難との判断を示している。

【1】は、医師の説明義務違反を韓国の判例上はじめて認めた点で重要な意義を有し、【19】は美容整形に関するものであるが、整形手術も治療行

為の範疇に属する医療行為であるから、整形手術過程で医師が患者に侵襲を与える行為を行う場合にも医師の患者に対する説明義務法理が適用されるとしたものである。類似のケースとしては皮膚移植による形成手術事件である【2】があるが、美容整形や形成外科領域においては、他の分野とは違い手術の緊急性や必要性が相対的に低いため、医師の裁量は縮減し、患者の選択余地は広く、自己決定権はより尊重される必要性から説明義務の範囲も拡大されて捉えられ¹⁷⁰、結果発生の重大性によっては、典型的な危険であっても、また発生可能性が稀なものといえども説明を要し、「自己決定のための説明」を認定するのが判例の支配的傾向¹⁷¹のようである。

(3) 棄却事例

①大法院1995.4.25.宣告94다27151判決：【9】

患者亡Aは、貨物トラックを運転中の追突事故により救急搬送されたが、軽い下肢痛と腹痛を訴える以外に外傷もないにもかかわらず、最高血圧が60と極めて低い状態で、被告病院医師らは内出血を疑い、血液検査を経て輸血を開始し、一旦正常状態に回復したものの、結局下大静脈と総腸骨動脈の破裂による出血多量により死亡したという事案である。詳細な経緯としては、当直医らは、患者の状態が一旦回復後のAM 2:30頃、外科科長の自宅に患者の状態を電話で報告し、その指示で腹腔内出血確認のため腹腔穿刺するも陰性であったが、血尿が確認されたため、外科科長は自宅にいた泌尿器科科長に膀胱・腎臓の特殊検査を依頼。泌尿器科科長はすぐ病院に駆けつけ、検査を実施したが、膀胱には異常なく、腎臓に軽度の損傷があるのが確認されたので、再度穿刺したが、陰性で、AM 5:30頃外科科長の指示で精密検査を実施するため患者をICUに移し超音波検査の準備中に患者の弟が患者の血液型と輸血中の血液型が違うとの抗議によりやむ

170 申鉉昊・前掲注15・p.208,217; 김민중 (キム・ミンジュン)・前掲注2・p.495.

171 金敏圭[2002], 説明義務違反斗(と)慰藉料, 比較法學13輯, p.197.

なく血液型の検査のため輸血を中断し、その後血液型に異常がないことを確認し、AM 7:25頃から輸血を再開したが、AM 9:30頃から呼吸困難を呈し、検査をする間もなく出血原因をつきとめるため、開腹手術に踏み切ったところ下大静脈が破れ、総腸骨動脈が破裂していた。

大法院は、「医師の患者に対する説明義務が、手術時に限られず、検査、診断、治療等、診療のすべての段階で各々発生するといえども、説明義務違反により、医師に慰謝料等に支給義務を負担させるのは、医師が患者にろくに説明しないまま手術等を施行し、患者に予期しえない重大な結果が発生した場合に、医師がその行為に先立って患者に疾病の症状、治療や診断方法の内容及び必要性和それにより発生が予想される危険性等を説明したならば、患者が自ら自己決定権を行使し、その医療行為を受けるか否か選択することで重大な結果の発生を回避できたにもかかわらず、医師が説明を行わなかったことにより、その機会を喪失したことによる精神的苦痛を慰謝しようとするもので、このような意味での医師の説明はすべての医療過程全般を対象とするのではなく、手術等、侵襲を加える過程及びその後の悪結果発生の蓋然性がある医療行為をする場合、または死亡等の重大な結果発生が予測される医療行為を行う場合等のように、自己決定による選択が要求される場合だけを対象としなければならない、よって患者に発生した重大な結果が医師の侵襲行為によるものではなかったり、または患者の自己決定権が問題とならない事項に関するものは慰謝料支給対象としての説明義務違反が問題となる余地はないものとみるのが相当」とした。

②大法院1999.9.3宣告99다10479判決：[15]

眼科手術後、急に出現した予測不可能な視神経炎により患者の視力が喪失した場合、それに対する医師の説明義務及び医療過失を否定した事案であるが、大法院は、「原審判決が引用している第1審判決によれば、・・・医師が当時の医学の発展程度に照らし、具体的に知りえない、あるいは予

見できなかった視神経炎等を詳細に説明しなかった事情だけでは、説明義務の前提となる原告の本件手術において自己決定権を侵害したものとみることはできない」として原告の主張を排斥しているが、これを首肯した原審の判断も正当として上告を棄却した。

上記【9】判決は、「患者に発生した重大な結果が医師の侵襲行為によるものでない場合」と「患者の自己決定権が問題とならない場合」は慰謝料の支給対象としての説明義務違反の枠組みから外れる旨を明示している点に特徴があり、【15】では医療水準に照らし予見できない事情についてまで説明義務を負うものではないということを説示しており、説明義務違反によって損害賠償責任を負う場合の外縁を画していることが確認できる。

(4) 対象判決全体の整理とまとめ

この度の30件の対象判決を、原審・上告審毎の責任判断と各診療科目を明示して一覧にまとめたのが[図表-1]である。全30件の対象判決の内、

[図表-1] 賠償範囲に関する判断類型

賠償範囲		件数	判決番号と診療科目
原審	上告審		
◎	◎	4	【6 (麻)】【8 (整)】【10 (麻)】【29 (心)】
×	◎	1	【22 (産)】
◎	○	7	【5 (心)】【7 (心)】【12 (心)】【16 (薬)】 【20 (検)】【25 (検)】【30 (美)】
○	○	8	【1 (外)】【2 (形)】【3 (産)】【11 (眼)】 【13 (輸)】【19 (美)】【23 (検)】【24 (薬)】
×	○	1	【4 (薬)】
×	△	2	【14 (検)】【21 (薬)】
×	×	7	【9 (外)】【15 (眼)】【17 (検)】【18 (薬)】 【26 (産)】【27 (産)】【28 (薬)】

*◎：全損害、○：慰謝料のみ、△：有責（賠償範囲判断せず）、×：排斥

※麻：麻酔、整：整形外科、心：心臓外科、外：外科、産：産婦人科、眼：眼科
美：美容外科、形：形成外科、検：検査・検診、薬：薬剤

大法院において有責判断がなされたものが23件、無責とされたものが7件である。

有責と判断されたものを診療科毎に見ると、心臓外科、薬剤、検査に関するものがもっとも多く各々4件で、次いで麻酔、産婦人科、美容外科が各々2件となっている。またそれらの内、原審と大法院の判断が分かれたものが11件で約半分を占めるが、中でも原審では悪結果との間の因果関係も肯定し財産的損害の賠償も認めたが大法院においては慰謝料に限定して責任を認めた破棄事例が7件で、これらの内、心臓外科領域が3件となっており目を引く。

麻酔事例は2件あるが、両方とも原審、大法院共に全損害を認めている。

注目されるのは、原審では無責判断であったのが、大法院では財産的損害まで認めているケースが1件あることである。この【22】は出産の際、胎盤が自然に排出されず、胎盤羊水除去術を施行したが、結局、残留胎盤及び子宮内膜炎と診断され、炎症治療と残留胎盤除去術を受けるにいたったケースである。原審は、約1.8%程度の産婦には子宮内膜炎が発生する点、残留胎盤及び子宮内膜炎は本件手術によるものではなく、胎盤が自然に排出されなかったために惹起した点、原告は、分娩直後胎盤羊水除去術以外に他の治療法を選択できたとはうかがえない点等に照らし、説明義務違反が問題となる余地はないとしたのに対し、大法院は、被告が二度の検査の上でも残留胎盤を子宮筋腫と誤診し、残留胎盤の可能性も念頭においた措置と説明をしなかった裁量ミスと捉えており、この着目点の違いが説明義務違反を捉える上で「患者に発生した重大な結果が医師の侵襲行為によるものでない場合」、「患者の自己決定権が問題とならない場合」、「医療水準に照らし予見できない事情」の解釈の差を生むことになり判断が両極に分かれたものと見受けられる。

また、対象判決30件の内、産婦人科領域が4件あり、その内半分の2件は原審、大法院共責任否定の判断がなされている点も目を引くが、産婦人科

領域においては不可抗力的な要素が多分に含まれることも事実で、これもその表れとしたならば、他の解決策が求められるところである。

3 説明義務と慰謝料

(1) 慰謝料に関する議論状況

一般的不法行為に関する日本民法第709条にあたる規定は、韓国民法では第750条に定められており、ここにおいては「故意または過失による違法行為で他人に損害を加えた者は、その損害を賠償する責任を有する。」とされている。

そして学説においては、この750条にいう「損害」とは財産的損害のみならず、精神的損害も含むものと理解するのが一般的見解であり、財産的損害であれ精神的損害であれ、その責任根拠は上の750条において包括的に規定されているものと解釈されている¹⁷²が、殊に、慰謝料の責任法上の機能に対しては様々な見解が対立している¹⁷³ようである。

学説上、慰謝料の機能に対する議論としては、損害に対する填補としての機能するといった点を強調する見解（損害填補説）があれば、違法行為に対する私的制裁として把握しようとする見解（私的制裁説）もあり、損害に対する填補機能に加え制裁機能も内包されていると説く見解（填補機能＋制裁機能）、それらの上に満足機能をも併せ持つとする見解（填補機能＋制裁機能＋満足機能）、さらには、慰謝料は金銭に評価するのが困難な無形の損害に対し裁判官の裁量に委ねられた賠償であり、今日、利益侵害に対し、人々が普遍的に認識している感情に社会が付与する価値を社会の代弁者である裁判官がその自由な判断によって一定な金額に表象化したものと捉える見解（感情価値表象説）などがある¹⁷⁴。

172 金敏圭・前掲注171・p.203.

173 金敏圭・前掲注171・p.203.

174 金敏圭・前掲注171・pp.203-204.

また、韓国社会においても英米法の懲罰的損害賠償制度に示唆を受け、加害行為抑止の性質を要請せざるを得ない社会的基礎があるという事実から慰謝料の制裁的機能を強調する見解もあるという¹⁷⁵。

上のように慰謝料の損害填補的機能以外にも制裁的機能、補完ないしは調整的機能等が強調されている現実に目を向けると、慰謝料の機能的変貌現象も排斥する方向ではなく、ましてや近年裁判実務では慰謝料が定額化していることからして裁判官の中で慰謝料算定につき、不均衡と恣意を排除しながら、慰謝料が有する現代的意義を生かす方向での対策の研究にも重要な課題として目を向けられており¹⁷⁶、慰謝料の法理的機能に対する深度ある研究が必要と説かれている¹⁷⁷。

(2) 慰謝料賠償額の算定基準¹⁷⁸

i) 医療過失がある場合

医療過失が認定され、慰謝料を認定する場合に、通常は交通事故や労災事故における場合と同様に6,000万ウォンないし8,000万ウォン（近年ソウル中央地方法院においては増額された基準額¹⁷⁹）を基準として以下のような算式によって慰謝料を算定し、適切に家族構成員別に分配しているという。

$$\text{慰謝料額} = 6\text{千万ウォン（または8千万ウォン）} \times \text{労働能力喪失率} \times (1 - \text{被害者側の過失} \times 60\%)$$

ii) 機会喪失や説明義務違反のみを根拠に慰謝料を認定する場合

175 金敏圭・前掲注171・pp.204-205.

176 金敏圭・前掲注171・pp.205.

177 金敏圭・前掲注165・p.526.

178 この基準に関しては、朴永浩・前掲注166・pp.17-18に依拠。

179 2008年6月1日以降発生した交通事故、労災事故に適用。

説明義務違反だけを根拠に慰謝料を認定したり、機会喪失を根拠に慰謝料を認定する場合には、上記6,000万ウォンや8,000万ウォンの基準を適用せず、それよりかなり少ない額を事案に応じて認定しており、通常、説明義務違反や機会喪失の場合、主に2,000万ウォンないし3,000万ウォンを超えない範囲の金額を慰謝料として認定しているという¹⁸⁰。

医療過失による被害という点に考えを及ぼすとき、その保護法益は生命、身体、健康であるということに鑑みると、ある程度高額な慰謝料が担保されてもいよいに思われるが、実際の実務において説明義務違反を根拠に慰謝料賠償を命じる場面では、大抵の場合、さほど多くない慰謝料を認定するに留まっている¹⁸¹とのことである。

Ⅵ 結語

医師の説明義務は、韓国の判例上においても「一般的に医師は、患者に手術等、侵襲を与える過程及びその後において悪結果発生蓋然性を有する医療行為を行う場合、または、死亡等、重大な結果発生が予測される医療行為をする場合において、応急患者の場合や、その他、特段の事情がない限り、診療契約上の義務ないし上記侵襲等に対する承諾を得るための前提として、当該患者、またはその家族に疾病の症状、治療方法の内容及び必要性、発生が予想される危険等に関して当時の医療水準に照らし、相当と思われる事項を説明し、当該患者が、その必要性や危険性を十分に比較し、その医療行為を受けるか否かを選択できるようにする義務がある」と

180 たとえば、①3,000万ウォン：ソウル東部地方法院2008.9.25.宣告2006가합15982判決、テグ地方法院2009.8.18.宣告2006가합5257判決、②2,000万ウォン：ソウル高等法院2009.9.3.宣告2008나74156判決、ウルサン地方法院2008.6.11.宣告2004가합6029判決、③1,200万ウォン：大法院2009.7.23.宣告2009다31901判決、④700万ウォン：全州地方法院2009.9.23.宣告2009가합1435判決等があげられている。

181 朴永浩・前掲注166・pp.17-18.

されており、医師責任法上において確固たる地位を占めるようになっていく。このような説明義務の範囲は、すべての医療現場・医療行為において一律に定まるのではなく、個別的医療行為の特性によって説明の範囲も増減する動態的なものであるといえる。つまり、一般的には患者の性格や希求度、その他の事情を考慮し、医師の合目的な判断に委ねられると解すべき¹⁸²であるが、整形・形成手術のように必ず処置を受けなければならない必要性や緊急性が乏しい医療行為の場合には、医師の説明義務は拡張される。そして、予想される結果の重大性如何によっては、その発生可能性が極稀な場合でも説明を要し、患者自身がその医療行為を受けるか否かの選択をできるようにしなければならないというのが大法院判例の立場であることが確認できた。

また、医師の説明義務は、医師責任法上においては、医療上の注意義務と共に医師の過失を判断するための対等な価値を有する注意義務の一環であり、財産的損害を認めるのが困難な場合に迂回的に慰謝料賠償に帰結させるための「キーワード」ではない¹⁸³という点、つまり誤診や裁量ミス、手技上における過失の問題を「説明義務」で代替し割合的解決に委ねるためのものではないということに留意する必要がある。

〔付記〕

1. 本稿執筆のための資料収集においては、韓国東亜大学校法学専門大学院金敏圭教授よりご高配を賜った。またご多忙な中、時間を割いてご面談いただき、数々の示唆に富むご教示をいただいた。ここに記し感謝申し上げます。
2. 本研究はJSPS科研費25285005（2013年度基盤研究（B）、研究代表者：渡辺千原教授）の助成を受けたものである。

182 金敏圭・前掲注171・p.208.

183 金敏圭・前掲注165・p.553.

<資料>大法院判決一覽

【1】	大法院 1979.8.14 宣告 78 다 488 判決 <事実の概要> 原告Aは、回帰喉頭神経腫で放置すると1年ないし1年半で気道の圧迫が進み発声・嚥下障害や発作的に止まない咳のため窒息するありうると予想されたため、被告B病院において喉頭腫瘍切除術を受けたが、その後遺症で発声機能障害となった。 <大法院の判断> 「執刀医らが、手術後、患者の喉声が暖れることがあるということと言ったとしても、それだけでは手術後・・・発声機能障害の後遺症をもたらした本件で説明義務を尽くしたとは言えず、また、執刀医らが・・・病状、手術内容に関して、事前に適切な説明をしたものとはいえない」。「同原告は上記のような後遺症に対してはまったく予想することができないものであり、緊急を要する事態でもなかったならば、そのような後遺症が随伴する事実を承諾したものであるということとはできないとみるのが相当」で、「原告の承諾権を剝奪したまま手術を行った結果、同原告に予期しえない後遺症により精神的苦痛を被らせた点に対して慰謝料請求を認容するところにより理由の矛盾や不備があるとはいえない」とした。
【2】	大法院 1987.4.28 宣告 86 다카 1136 判決 <事実の概要> 被告Y法人の病院の勤務医Cは原告Xに対し、Xが乳児期に負った火傷による頭部毛髪欠損部分に対する形成手術のために頭皮移動術、毛髪移植術、植皮術の処置が必要であるとの説明を行い、これに対する手術及び処置の同意を取得後、被告Y病院形成外科医師Kの執刀にて、原告の頭皮移動術と共に欠損部位を修復するために原告の両大腿部の皮膚を移植したのであるが、これにより、原告の大腿部に約18×10cm、右大腿部に約26×10cm程度の創が発生し、術後相当期間疼痛があり、将来的にも改善が困難な色素異常及び皮膚癢痕等の後遺症が残存した。 <大法院の判断> 「形成手術がその性質上、緊急性を有さず、形成手術を行うとしても外観上多少の好転が期待できるのみで、他方では、皮膚移植術のための皮膚採取箇所に対応の傷による後遺症が発生する可能性があることを考慮し、術前に十分な検査を経て、患者に手術中、皮膚移植に必要、もしくは必要となる皮膚の部位及び程度とその後遺症に対し、具体的な説明を行った後に、その事前同意を得て手術に臨まなければならない業務上の注意義務があるにもかかわらず、それを踏まえて漫然と頭皮移動術及び植皮術等の手術に関する同意のみを得ただけで、両大腿部の皮膚移植に対する内容及びその後遺症等に対し、具体的に説明せず手術に及んだ以上、原告の当該侵害は上に見た注意義務を尽くさなかった過失によるもの」とした。
【3】	大法院 1992.4.14 宣告 91 다 36710 判決 <事実の概要> 原告Xは2か月前から生理がなく、悪阻、下腹部痛、下血等が続き、被告Y病院を受診。産婦人科専攻医AはXを診察した結果、一旦、子宮筋腫と判断し、Xにこれに対する治療は、子宮摘出術以外にないと言及、Y病院院長である外科医B医師と共に手術に着手。開腹後、肉眼で確認したが、病名を確実に判断することはできず、ただ瘤状の部分で子宮筋腫、あるいは卵巣腫瘍、骨盤腫瘍等と判断し、左右の卵巣、子宮をすべて摘出した。その後、C大学病院に依頼し、実施した組織検査の結果、慢性頸部炎症、子宮内膜の増殖後期の状態、卵巣嚢腫、卵巣周囲に子宮外妊娠による腫瘍があった事実が明らかになった。 <大法院の判断> 「過失判断における説明義務の内容として、子宮外妊娠の場合、手術の必要性の有無及びその部位、子宮摘出術以外、他の治療法の有無を包含させたのは、子宮摘出術を施行したA医師、B医師が子宮外妊娠であることを知りえなかったもので、適切ではないにしろ、これは、仮定的判断に過ぎないだけでなく、記録によれば当時子宮外妊娠による症状とみられるべき事情があったし、B医師も子宮外妊娠の可能性を想定してはみても、・・・子宮筋腫と診断し、それ以上の精密な確認検査をしなかった落ち度により、子宮外妊娠を知るべきであったにもかかわらず、当然、説明を受けたはずの・・・内容の説明を受けることなく手術の承諾を行わせた過失があった」とした。

[4]	大法院 1994. 4. 15. 宣告 92 다 25885 判決 <事実の概要> 原告Xは、交通事故で脳に重度の外傷を負い、被告Y大学病院に入院。A医師は緊急処置の後、ソルメドロール（脳圧下降と脳機能保護のための重傷ショック治療剤）をXやその家族の同意を得ることなく独断で注射したが、Xの重症脳浮腫及び顔面神経麻痺症状に著効し退院に至った。ところが、Xが退院の1年5か月後、上記薬剤の副作用で、大腿骨頭無痛性壊死の症状が出現した。 <大法院の判断> (1)「医師は必ず疾病を完治させなければならない義務を負担するのではないとしても、最善の注意として、治療のための十分な措置を講じる義務があり、患者に対する手術はもちろん、治療のための医薬品の投与も身体に対するものでもあるから、医師は、緊急の場合、その他の特別な事情がない限り、その侵襲に対する承諾を得るための前提として患者に対し、疾患の症状、治療方法及び内容、その必要性、予後及び予想される生命、身体に対する危険性と副作用等、患者の意思決定のための重要な事項につき事前に説明することで、患者としても手術や投薬に応じるべきか否かを自ら決定する機会をもてるようにする義務があり、このような説明をすることなく、承諾なしに侵襲を与えた場合、たとえ医師に治療上の過失がない場合でも、患者の承諾権を侵害する違法な行為となる」。 (2)「・・・副作用の範囲が広範で、その投薬時、この事件のような副作用がすでに医学界において報告されている状況でその製造販売会社である被告韓国〇〇株式会社もこれを警告していたことは原告が認定している通りであり、上記原告のような入院患者は通常、医師を通じ、間接的に医薬品に関する説明を聞かざるを得ない点、上に見た副作用は、回復不可能な重大なものであるだけでなく、原告には予想外のことでありという点に鑑みると、上記副作用が非典型的なものであるとはいえず、原告の頭部損傷治療後にその副作用や合併症の徴候がなかったとしてもその後の投薬のために、その発生可能性の稀有性のみをもって説明義務が免除されるとはいえず、原告の頭部損傷治療後にその可能性に関する事前の説明が必要であり、原告判示のように、それに関する事前検査や予防方法が具体的に医学界に知れ渡っていなければ、その知られた副作用の重大性に照らし合わせ、よりその説明の必要性がある」。
[5]	大法院 1994. 4. 15. 宣告 93 다 60953 判決 <事実の概要> 糖尿病を有する患者Aはと激しい胸痛を訴え、被告S病院で診療を受けた結果、不安定性狭心症と診断され、被告B医師から冠状動脈迂回術を受けることとなった。当時、当手術は術後過程での死亡率が外国の場合2～8%、韓国国内においては約5%程度とされていたが、本件のように患者が女性で、糖尿病、肥満症、高脂血症、手術前心筋梗塞がある場合は、術中、心臓麻痺等による死亡率がさらに高まることが知られていた。B医師は、S病院胸部外科科長として患者A及びその家族に本件手術の後遺症として心臓麻痺が発生することもあるという事実を説明することなく、本件手術に対する承諾を得て手術に臨んだ。術後当初、経過良好であったが、その回復過程で心臓麻痺の症状が出現。約10分間心停止となり、心肺蘇生術を施行しながら投薬を試みたが好転しないため、再開胸にて約100cc程度の血腫を除去し、出血が疑われる部位を縫合する手術を施行。心臓機能が一旦回復したが、結局、低酸素性脳機能障害を惹起し、心不全等の合併症により死亡した。 <大法院の判断> (1)「一般的に医師は、患者に手術等、侵襲を与える過程及びその後において悪結果発生する蓋然性を有する医療行為を行う場合、または、死亡等、重大な結果発生が予測される医療行為をする場合において、応急患者の場合や、その他、特段の事情がない限り、診療契約上の義務ないし、上記侵襲等に対する承諾を得るための前提として、当該患者、またはその家族に疾病の症状、治療方法の内容及び必要性、発生が予想される危険等に関して当時の医療水準に照らし、相当と思われる事項を説明し、当該患者が、その必要性や危険性を十分に比較し、その医療行為を受けるか否かを選択できるようにする義務がある」。 (2)「医師が上の説明義務に違反したまま手術等を行い、患者に死亡等の重大な結果が発生した場合において、患者側より、選択の機会を失くし、自己決定権を行使できなくなったことに対する慰謝料のみ請求する場合においては、医師の説明欠如ないし不足によって選択の機会を喪失したという事実のみ立証すれば足り、説明を受けていなければ、死亡等の結果が生じていなかったという関係も立証する必要はないというべきである。しかし、その結果による全ての損害を請求する場合には、その重大な結果と医師の説明義務違反ないし承諾取得過程においての落ち度等の間に相当因果関係が存在しなければならず、その場合、医師の説明義務違反は患者の自己決定権ないし治療行為に対する選択の機会を保護するための点に照らし、患者の生命、身体に對

	する医療的侵襲過程において要求される医師の注意義務違反と同一視できる程度のものでなければならない」。 (3)「患者Aのように冠状動脈において多発的に狭窄がみられる場合、薬の服用だけではその治療に限界があり、・・・患者Aのように4か所に狭窄がある場合には・・・結局胸部外科で施行するバイパス手術を施行するしかなく、患者Aが当時、糖尿病患者であったが、心筋梗塞等による強い胸痛を訴えており、いつ心臓麻痺が起ころかわからない状況」であったことからすると「患者Aの多発性冠状動脈狭窄症の施術過程においても医療上の過失はなく」、説明義務を尽くしたとしても、Aとしてはいつ道ってくるかもしれない死を待つ以外は冠状動脈迂回術を選択する以外になかった点に照らし、「説明義務違反とその手術後に惹起した心臓麻痺及びそれによる脳低酸素症による脳損傷との間には相当因果関係がないとみるのが相当」とした。
【6】	大法院 1994.11.25 宣告 94 다 35671 判決 <事実の概要> 交通事故により脳挫傷、右肩関節及び腰椎挫傷、左上腕骨骨折、肋骨骨折等の傷害を負った亡Aは被告Y病院に入院し、上腕部の骨折に対する手術を受けることになった。訴外B（麻酔医）が全身麻酔導入のため麻酔剤を注入し、気管内挿管のため喉頭鏡で喉頭蓋を観察したところ、上気道喉頭蓋が小さく、曲型喉頭鏡で持ち上げる形で気管内挿管を試みたが、体型も肥満型であったことから失敗。挿管チューブを通常使用する7.5mmから6.5mmに交換し、ようやく挿管を終え酸素を供給したが、そのころ（手術室に入室し麻酔準備を始めた時から20分程度経過した時間）から亡Aの脈拍数が低下しチアノーゼ等の異常症状が出現し、結局心停止により死亡。国立科学研究所で解剖の結果、亡Aの心筋には高度の脂肪浸潤がみられ、直接的な死因は脂肪心による急性心不全と推定された事案である。 <大法院の判断> (1)「（訴外B（麻酔医）は）亡Aの身体が肥満型で特に首が短く後頭蓋が突出し挿管に障害になることもあり得るから、上気道検査を実施し、挿管経路の状態を観察し、上にみた様々な挿管法の長所短所と副作用を十分に比較検討し、亡Aに最も適切で安全な挿管法を選択しなければならぬところ、これを怠り、全身麻酔後に挿管を開始し途中で喉頭鏡を通じて喉頭蓋の異常を発見し、曲型喉頭鏡にて挿管を試み失敗」後にチューブを交換し再挿管を試行したことによって多くの時間を費やし、十分酸素が供給されなかった状態にした過失があり、この麻酔の過失が脂肪心で心臓機能が内滑ではない亡Aを死亡させた事実を推認することができる」とした原審の判断を支持し、医療上の過失を認定した。 (2)説明義務に関しては、「亡Aの小舅である訴外Cが『本手術を行うにあたり、医師の（病気の）内容説明を熟知し、自由意思で承諾し、手術中及び手術後の経過に対し、医師と病院当局に何ら民・刑事上の責任を問わないものとし、手術施行を承認する』という内容の不動文字で印刷された手術承認書に署名・捺印した事実は認定されるが、その認定事実だけを以ては、患者に対する手術及びその準備としての麻酔を行うにあたって上記病院の医療チームや訴外B（麻酔医）が患者である亡Aやその家族に、本件手術、特に全身麻酔がもたらす危険性や副作用に対し、説明義務を尽くしたとみることにはできず、亡Aが成人としての判断能力を有する以上、姻族にすぎない訴外Cの承諾をもって患者の承諾に代えることは許容されない」とした。
【7】	大法院 1995.1.20 宣告 94 다 3421 判決 <事実の概要> 原告Xは、患っている心疾患の根本的治療のために、被告Y病院において、大動脈弁置換術等の開胸手術を受けたが、Y病院胸部外科科長Aは、手術に先立ち患者であるX本人に、本件手術後に脳栓塞等の副作用が惹起されることがあることを説明しなかった。入院当時のXの心疾患の程度は、速やかに手術を受けなければならないほど重篤で、手術を受けなければ病状が悪化し、3年ないしは5年以内に死に至る可能性もある状態ではあった。結局（兄の承諾の下、手術を行ったが）、その後遺症による脳栓塞を発症し、右上肢不全麻痺、失語症、知能低下、性格変化等の障害を惹起した。 <大法院の判断> (1)「医師の説明義務は、その医療行為に伴う後遺症や副作用等の危険発生の可能性が稀少であるという事情だけでは免責されず、その後遺症や、副作用が当該治療行為に典型的に発生する危険であったり、回復不可能な重大なものである場合には、その発生可能性の稀少性にもかかわらず、説明の対象になるとみななければならない。」 (2)「本件のような大動脈弁置換等の開胸手術後、後遺症として生じる脳損傷の頻度は、明白な神経学的障害がある場合には、0.5%ないし1%であるが、混沌（意識混濁）や知的機能の障害まで含めると8%ないし10%に至るなど、患者に現れた脳栓塞

	の後遺症はその発生頻度が高くはないとしても開胸手術に伴う典型的副作用の一つで、患者が実際に手術の結果右側上下肢不全麻痺、失語症、知能低下、性格変化などの改善不可能な障害を負うことになったもので、その危険の程度も回復困難な重大なものであるならば、このような後遺症発生の危険はその手術を受けなかった場合に生じると予見される結果と、代替可能な改善の治療方法などとともに患者本人に真摯かつ詳細に説明すべき事項であると見ないわけにはいかない。」 (3)「本件の場合、・・・原告の病状を本態性高血圧（動脈硬化症）、大動脈弁膜閉鎖及び心不全、左側主冠状動脈狭窄等と診断し、手術の必要性を確認するために十分な事前検査を実施後、その結果を総合判断し、・・・その手術を施行したことは、・・・具体的な症状や当時の臨床医学の実践としての医療水準に照らし合わせても相当と認められ、また、本件開胸手術の施術過程において訴外人等に医療上の過失はなく、原告の心疾患に対する根源的な治療のためには、近い将来上記のような開胸手術を施行するしかなく、また原告としてもそのような開胸手術を受けるつもりで被告Y病院に入院したであろうし、」脳梗塞の後遺症は開胸手術に伴う典型的な副作用の一つではあるが、その発生頻度が大きくはない点等に照らし、訴外医師Aらが上の開胸手術に先立ち原告に説明義務を尽くしたとしても、原告が本件手術を拒否したとは断定できない点を併せると、訴外医師Aらの上記説明義務違反と本件手術後に生じた脳梗塞との間には相当因果関係があるというは困難である」とした。
[8]	大法院 1995.2.10 宣告 93 다 52402 判決 < 事実の概要 > 患者Bは、手の平や足裏に汗を多くかく症状を治療するために1990年7月28日、被告Y1病院に入院し、手術に先だって事前検査を済ませ、手術後極まれに下肢麻痺や気胸などが起きることがあり、その他顔にまったく汗をかかなかったり、まだ医学的によくわからない副作用がありうるといった内容の説明を被告Y2医師より受け、Y2医師により、同月31日9:40より14:30まで第1胸椎及び第2胸椎から手に向かう交感神経切除術を受けた。ところが、術後16:45頃、口に泡を吐いて脚に痙攣があり、21:00頃、全身痙攣の症状が出現した。同年8月1日0:30頃に集中治療室に移され、気管内挿管し、人工呼吸器装着。その後、継続して集中治療を行ったが、同月3日C T撮影の結果、脳幹及び小脳間において脳梗塞が確認され、それにより同月17日1:50頃、死亡に至った。 < 大法院の判断 > 「・・・医療行為が高度の専門的知識を必要とする分野であり、その医療の過程は大抵の場合、患者本人がその一部を知り得る以外、医師のみが知ることができ、治療の結果を達成するための医療技法は医師の裁量に委ねられているので、損害発生の直接的原因が医療上の過失が否かは専門家である医師ではない一般人では到底明かせない特殊性があり、患者側が医師の医療行為上の注意義務違反と損害発生との間の因果関係を医学的に完璧に立証するというのは極めて困難で、本件のように患者が治療途中に死亡した場合においては被害者側で一連の医療過程においてなされた一般人の常識を基にした医療上の過失ある行為を立証し、その結果との間に一連の医療行為以外に他の原因が介在されていない点、いうなれば、患者に医療行為以前にそのような結果の原因になるだけの健康上の欠陥がなかったという事情を証明した場合においては、医療行為を行った側が、その結果が医療行為によるものではなく、まったく別の原因によるものであることを立証しない限り、医療上の過失と結果との間の因果関係を推定し、損害賠償責任を負わせるように立証責任を緩和することが損害の公平・妥当な負担をその指導原理とする損害賠償制度の理想に適うものといわねばならない。」

【 9 】	大法院 1995. 4. 25 宣告 다 27151 判決 < 事実の概要 > 患者 亡 A は、貨物トラックを運転中の追突事故により救急搬送されたが、軽い下肢痛と腹痛を訴える以外に外傷もないにもかかわらず、最高血圧が 60 と極めて低い状態で、被告病院医師らは内出血を疑い、血液検査を経て輸血を開始し、一旦正常状態に回復したものの、結局下大静脈と総腸骨動脈の破裂による出血多量により死亡した。 (当直医らは状態回復後 AM 2 : 30 頃、外科科長の自宅に患者の状態を電話で報告し、その指示で腹腔内出血確認のため腹腔穿刺するも陰性であったが、血尿が確認されたため、外科科長は自宅にいた泌尿器科科長に膀胱・腎臓の特殊検査を依頼。泌尿器科科長はすぐ病院に駆けつけ、検査を実施したが、膀胱には異常なく、腎臓に軽度の損傷があるのが確認されたので、再度穿刺したが、陰性で、AM 5 : 30 頃外科科長の指示で精密検査を実施するため患者を ICU に移し超音波検査の準備中に患者の弟が患者の血液型と輸血中の血液型が違うとの抗議によりやむなく血液型の検査のため輸血を中断し、その後血液型に異常がないことを確認し、AM 7 : 25 頃から輸血を再開したが、AM 9 : 30 頃から呼吸困難を呈し、検査をする間もなく出血原因をつきとめるため、開腹手術に踏み切ったところ下大静脈が破れ、総腸骨動脈が破裂していた。) < 大法院の判断 > 「医師の患者に対する説明義務が、手術時に限られず、検査、診断、治療等、診療のすべての段階で各々発生するといえども、説明義務違反により、医師に慰謝料等の支給義務を負担させるのは、医師が患者にろくに説明しないまま手術等を実施し、患者に予期しえない重大な結果が発生した場合に、医師がその行為に先立って患者に疾病の症状、治療や診断方法の内容及び必要性和それにより発生が予想される危険性等を説明したならば、患者が自ら自己決定権を行使し、その医療行為を受けるか否かを選択することで重大な結果の発生を回避できたにもかかわらず、医師が説明を行わなかったことにより、その機会を喪失したことによる精神的苦痛を慰謝しようとするものではない。このような意味での医師の説明はすべての医療過程全般を対象とするのではなく、手術等、侵襲を加える過程及びその後の悪結果発生が蓋然性がある医療行為を要する場合、または死亡等の重大な結果発生が予測される医療行為を行う場合等のように、自己決定による選択が要求される場合だけを対象としなければならない。よって患者に発生した重大な結果が医師の侵襲行為によるものではないか、または患者の自己決定権が問題とならない事項に関するものは慰謝料支給対象としての説明義務違反が問題となる余地はないものとみるのが相当である。」
【 10 】	大法院 1996. 4. 12 宣告 95 다 56095 判決 < 事実の概要 > 高校 3 年生の患者 A は、尾骨痛を訴え被告 B 医師の診察を受け、尾骨切除術を受けることになった。A は尾骨痛以外には他に疾病はなく健康体で、上記尾骨痛はそれ自体としては生命に支障をきたす重大な疾患ではなかったが、B 医師は術前、患者に手術以外に他の治療法があるのか、手術は避けられないものであったのか否かに対して何ら説明をしなかった。また、術前、肝機能検査等の基本検査はしたものの麻酔剤であるハロチンが使用できない場合(禁忌事項)に照らし、調査すべき A の病歴等に対し、事前調査をすることなく手術に及んだ。一般的にこの麻酔剤は、黄疽、劇症肝炎、肝壊死等の副作用を引き起こされることが知られていたが、実際、A は本件手術でハロチン麻酔剤を使用した結果、劇症型肝炎等により死亡に至った。 < 大法院の判断 > 「…亡 A は大学入学試験の準備中である高校 3 年生で、判示の尾骨痛以外には他の病気はなく健康で本件手術を受けに行くにも自分で歩いていく程度の状態であり、上記尾骨痛は、それ自体は生命に支障を来す重大な疾患ではなく、亡 A の叔母である訴外亡 B が、被告らよりハロチン麻酔剤を使用し判示のような手術を受けた後、高熱等異常な症状を見せ始めた直後であったにも関わらず、被告らは亡 A やその父母である原告らに上記尾骨切除術が不可避な手術であったのか要否を説明しなかっただけでなく、先に見たように、ハロチンの副作用に対する説明も行わなかったもので、このような場合、亡 A や原告らとしては被告らより上記のような説明を受けたならば上記手術を受けなかったか、上記麻酔法に同意しなかったこともありうるもので、被告らが上記のように説明を尽くさなかった過失と亡 A の死亡との間には相当因果関係があると見るのが相当である」と判示し、説明義務と死亡との間の因果関係を明示的に認めた。

[11]	大法院 1997. 7. 22 宣告 95 다 49608 判決 < 事実の概要 > 原告 X は、1991 年 10 月 7 日、被告 Y 病院眼科を受診し、右眼は白内障が酷く視力が 0.1 で、左眼は白内障ではないが視力が 0.15 で両眼とも中等度近視との診断を受けた。X は同年 12 月 12 日、被告 Y 病院で右眼白内障手術（人口水晶体挿入術）を受け、退院時である同年 18 日には視力が 0.5、翌年 1992 年 2 月 6 日には、0.9 とほぼ正常に回復した。ところが約半年後（同年 8 月 31 日）飛蚊症の症状を訴え、同年 9 月 17 日には飛蚊症の増加と共に視力低下が見られ、牽引性網膜剥離があるので入院を勧められ、翌 9 月 18 日、ソウル大学病院眼科を受診。右眼前方に人工水晶体（眼内レンズ）があり、網膜剥離と網膜の中間部位に裂孔があるため手術を勧められたが、これを拒否。X は同年 9 月 25 日、アメリカのロサンゼルスにある病院を受診し、右眼の網膜と脈絡膜が離脱しているとの診断を受け、同月 28 日に手術を受けたが、術後も継続的に炎症が生じる等の状態のまま帰国。その後、訴外 A 病院で網膜剥離矯正のための手術を受けるも網膜剥離の状態は残り、数回の手術により角膜混濁が発生し、角膜移植が必要状態となった。 < 大法院の判断 > (1) 「一般的に医師は、患者に手術を施行する過程及びその後において悪結果が発生する蓋然性のある医療行為を行う場合においては応急患者の場合やその他の特別の事情がない限り、診療契約上の義務として、または手術に対する承諾を得るための前提として、当該患者やその法定代理人に疾病の症状、治療方法の内容及び必要性、発生が予想される危険等に関し、当時の医療水準に照らし、相当と考えられる事項を説明し、当該患者がその必要性や危険性を十分に比較してみて、その医療行為を受けるか否かを選択できるようにする義務があるだけでなく、その診療目的の達成のために、患者またはその保護者に対し、療養の方法、その他、健康管理に必要な事項を詳細に説明し、後遺症等に備えるようにする義務があり、一方、医療行為によって重大な結果が発生し、患者が医師の説明義務違反による慰謝料を請求する場合でも、患者に発生した重大な結果が医師の医療行為によるものでなければならぬ。」 (2) 「白内障治療とその治療に伴う後遺症及び手術治療を受けなかった場合に惹起される結果を説明せず、また上記手術前後に、白内障手術も網膜剥離を引き起こすことがあるといった点と特に本件では手術の途中に水晶体眼内レンズが破裂し、その可能性がさらに増大したのみならず、原告のような中等度以上の近視である人が社会的に激しい活動をする場合でも網膜剥離を起こす可能性があるといった点等を説明し、原告としてもこれに備えるようにすべきところ、このような説明を行わなかった」ことで白内障手術の後遺症である網膜剥離の症状と予防・診断方法等、結果に備える機会を喪失したと判断した。
[12]	大法院 1997. 7. 22 宣告 96 다 37862 判決 ※【7】の再上告審である。 < 大法院の判断 > 「原告が成人として判断能力を有している以上、親族である原告の兄、訴外 A の承諾をもって原告の承諾に代えるのは許容されないというべきであるから、医師 B は本件手術の執刀医として患者である原告に、その手術前に上のような合併症が生じることもあるといった点に対し、十分に説明し原告より上のような合併症の危険を冒してでも手術を受けるという承諾を得たあとに本件心臓手術を施行しななければならないにもかかわらず、原告に対して事前に手術に対する何の説明もしなかっただけでなく、原告から承諾を得ずに本件心臓手術を実施したのは、必要だったとしても医師 B の本件開胸手術は患者に対する説明義務を尽くしていないと共に原告の承諾権を侵害してなされた違法な手術というべきである」とした原審判断を認定し、その因果関係に関し、B 医師が脳栓塞の発生につき、不可抗力によるもので責任を否定する趣旨でいったその言葉を根拠に、過失を推定するのは困難で、術後の観察を適切な対処を確かにした点を過失推定の根拠にしている点につき、「手術後副作用が生じるや否や B 医師が直ちに応急措置を取った後、二次手術を行い、その手術には何かの支障もなかったもので、B 医師が退勤したことで術後の処置や二次手術に何事支えで本件脳栓塞の結果に対し相当因果関係があるというのは疑問である」として説明義務違反と脳栓塞との間の因果関係を否定した。

【13】	大法院 1998.2.13 宣告 96 다 7854 判決 <事実の概要> 原告Xは1989年5月16日、膀胱尿道癌と子宮ヘルニアの治療のため、被告Y学園が運営するK大学病院に入院し、膣式子宮摘出術を受けたが、手術時の出血のため被告大韓赤十字社より供給された濃縮赤血球2単位(全血640ccに該当)を検査実施後に輸血した。この赤十字社から供給された血液は訴外Bより同年5月15日に献血を受けたものであるが、HIV感染有無に関しては酵素免疫測定法という方法で検査し、異常なしと判定されたものであったが、実際には、判定結果とは違い、エイズウイルスに感染(即ち、偽陰性であった)したものであった。訴外Bは、同年11月2日にも街頭にて献血を行い、被告大韓赤十字社はこの血液に関して同様の検査法による検査の結果、訴外Bが感染者であると判明。同人が過去に献血歴があるか調査し、同年5月15日その血液がXに輸血された事実を確認し、K大学病院に通告。同病院は追加的な血液検査を通じてXがエイズウイルスに感染している事実を確認し関係機関に通報。Xは保健社会部(現在の保健福祉部)所属の公務員より自身がエイズウイルスに感染しているという事実の通報を受けた。 <大法院の判断> 「・・・このような医師の説明義務は、この予想される生命・身体に対する危険と副作用等の発生可能性が極めて高いという事情だけでは免責されず、危険と副作用等が当該治療行為に典型的に発生する危険であったり、回復不可能な重大な場合には、その発生可能性の稀少性にもかかわらず、説明の対象となるとみるべきで」、「輸血によるエイズウイルスに感染した場合、現代医学では治療方法がなく、結局死亡に至るのである、この被害は回復することができないものである上、医学的に門外漢である患者としては予想することができないもので、危険発生可能性の稀少性にも関わらず、医師の説明義務が免責されないといえなければならない。手術後、術中の出血により輸血する場合に、輸血によるエイズウイルス感染の危険は、当該手術とは別個の、輸血それ自体に特有な危険で、当該手術自体による危険に劣らず重大なものであるため、医師は患者にその手術に対する説明・同意とは別途、輸血による危険等を説明しなければならない。」
【14】	大法院 1998.3.27 宣告 97 다 56761 判決 <事実の概要> 原告は、子宮癌検査に際し、簡単な細胞診検査だけを依頼し、被告大学病院を受診したにもかかわらず、当病院産婦人科専門医訴外Iは、原告の同意もなく膣鏡大鏡検査と組織検査を行い、長時間、掻爬手術時に使う器具で原告の子宮を広げたため、出血が起き、また、後に全身が冷えて気力がなく、足腰に疼痛を感じるなど、出産後のような後遺症が発生した。なお、このような検査に関する十分な説明を原告にしなかった。また、これによって発生する可能性のある後遺症についても予め告知しなかった。 <大法院の判断> 「人間の生命と健康を担当する医師は、その業務の性質に照らし、治療に先立って実施される検査が特に身体に損傷をもたらす恐れのある場合においては、不必要な検査を実施しないようにする注意義務があるというべきで」、「定期検査の時期に合わせ子宮鏡検査を依頼するために訪ねてきた依頼人に細胞診検査と膣鏡大鏡検査を実施しただけでなく、組織検査により発生するかもしれない後遺症に対し何の説明もなく組織検査まで実施した医師の行為が過剰診療ないし説明義務違反による不法行為に該当する余地がある」とした。
【15】	大法院 1999.9.3 宣告 99 다 10479 判決 <事実の概要> 原告は、眼科手術後、既存の多発性神経性線維腫症が原因となり偶然の一致で静脈血管のうっ血が起り、脳内の視交叉部が圧迫されたことで、急に視神経炎が出現し、これにより原告の視力が喪失したという事案である。 <大法院の判断> (1)「医師に、当該医療行為に伴って予想される危険ではなかったり、当時の医療水準に照らし予見できない危険に対する説明義務まで負担させることはできないものである。また、説明義務の主体は原則的に当該処置医であるべきであるが、特別な事情がない限り、処置医ではない主治医または他の医師を通じた説明でも十分というべきである。」 (2)「医師が当時の医学の発展程度に照らし、具体的に知りえない、あるいは予見できなかった視神経炎等を詳細に説明しなかった事情だけでは、説明義務の前提となる原告の本件手術において自己決定権を侵害したものとみることはできない。」

【16】	大法院 2002.1.11 宣告 2001 다 27449 判決 <事実の概要> 被告Yが経営する薬局で、薬剤師が調剤した風邪薬を服用し、ステイブーン・ジョンソン症候群を惹起し死亡した事案。被告Yは、従業員の訴外Bに訴外Aの症状と特異体質の有無を聞き、問診カードにその症状等をチェックしてもらったところ、症状として発熱、頭痛、悪寒、咽喉痛、扁桃炎があり特異体質はないものとチェックされていたことに基づいて別段問診することなく風邪と判断し、消炎鎮痛剤、抗生剤等複数の薬剤を販売したというものである。 <大法院の判断> 「・・・訴外Aとしては、他の薬局で調剤した風邪薬があまり奏功せず、翌日が大学面接試験日で風邪薬を服用する必要性はあったものと認定されること、ステイブーン・ジョンソン症候群は特異体質者にだけ発生するものであるが、そのような特異体質であるか否かを事前に検査する方法がなく、その発生頻度が極めて低い点等に照らすと、被告の説明義務違反が具体的に治療過程において要求される医師の注意義務違反と同一視する程度のものであるとか、説明義務違反と患者Aの死亡との間に相当因果関係があるとみるのは困難である」。
【17】	大法院 2002.3.29 宣告 2002 다 61947 判決 <事実の概要> 原告Xは、1996年10月14日、被告Y1病院で、妊娠の診断を受けて以来、同年12月3日から翌1997年5月27日まで約10回にわたり、被告から定期的な産前検査と診療を受けた。Xは、定期健診の際、被告Y2に奇形児出生可能性を心配し、事前検査を依頼し、トリプルマーカー検査を受けた結果同年4月13日、胎児に異常はないと告げられた。奇形児出生可能性を確認する検査法中、トリプルマーカー検査法は、一般的な検査方法ではあるが、正確性は劣り、一方、羊水（穿刺）検査法は、正確性は担保されるが、胎児や母体に危険性が伴う検査法であるところ、Xは、被告Y2よりこれら検査法につき、具体的に説明されたことはなく、羊水検査の実施もしなかった。Xは、同年6月1日、被告病院で、帝王切開により、出産したが、新生児に先天的なダウン症候群の徴候があり、胎児は小児病院で治療中、ダウン症候群に由来する白血病等により同年7月1日死亡した。 <大法院の判断> 「医師の患者に対する説明義務違反に起因する慰謝料は、患者が自ら自己決定権行使し、その医療行為を受けるか否かを選択することで、重大な結果の発生を回避できるにもかかわらず、医師が説明をしなかったことでその機会を喪失したことによる精神的苦痛を慰謝しようとするものであるから、このような意味で医師の説明はすべての医療過程全般を対象とするのではなく、手術等侵襲が加えられる過程及びその後の悪結果発生との蓋然性がある医療行為を行う場合、または死亡等の重大な結果発生が予測される医療行為を行う場合等、患者に自己決定による選択が要求される場合のみを対象としなければならない。したがって、患者に発生した重大な結果が医師の侵襲行為によるものでなかったり、または患者の自己決定権が問題とならない事項に関するものは慰謝料支給対象としての説明義務違反は問題となる余地はない」。
【18】	大法院 2002.5.28 宣告 2000 다 46511 判決 <事実の概要> 原告X1は、手が震え、言葉がうまく発せない等の症状が見られたため、1994年10月24日、被告ソウル大学病院で検査を受けたところ、Wilson病との診断を受け、入院治療を受けた。同年11月17日、同病の唯一の治療薬であるD・ペニシラミンを9日分処方され退院。同月23日、再診を受け、同薬を3か月分処方してもらい1995年2月15日の再診予約をしたが、X1は同薬の服用で状態が悪くなるとの理由で、自分の判断で服用を中止し、予約した診療日にも受信しなかった。同年5月2日、症状の悪化により被告病院に再入院し、同病院の各科の協力を通じた専門的な治療を受けたが、上記病気が進行し日常的な活動が不可能な状態となった。 <大法院の判断> 「医師は、緊急の場合やその他、特別な事情がない限り、医薬品を投与する前に患者に疾病の症状、治療方法の内容及び必要性、予想される生命・身体に対する危険性と副作用等、患者の意思決定のために重要な事項を説明することで、患者としても投薬に

	応じるかどうかを自ら決定する機会を与えるようにしなければならないが、患者に発生した、重大な結果が投薬によるものではなかったり、または患者の自発的な決定が関連していない事項に関するものであるときには、説明義務違反は問題とならない。」「原告がこのような法理に従い、原告X1のWilson氏病による神経症状が悪化したのは、D-ペニシラミンの副作用のためではなく、原告Xが医師の処方を見直し、薬を服用せず、指定された日に診療も受けず症状を悪化させる等、効果的に治療が行われなかったことでWilson氏病の症状が進行したもので、被告らが原告らにWilson氏病の治療過程とD-ペニシラミンの投薬に関し、詳細な説明をなさなかったことを落ち度とみることはできないとした原審判断は正当」であるとした。
【19】	大法院 2002.10.25 宣告 2002 다 48443 判決 <事実の概要> 原告は1993年10月7日に被告運営の病院を訪ねビューティコンテストに参加しようと思うが、額と頸を高め、目を二重にする手術を希望して、美容整形手術の相談をし、同年11月17日、600万ウォンを被告に支払い、額と頸にシリコンを挿入し、まぶたを二重にする手術を受けた。その後、国際ビューティコンテストに韓国代表で出場するなど特に支障なく活動していたが、被告に再手術を要求し、1994年12月13日頃、二重の大きさを若干縮め、額と頸の補綴物の大きさを、やや薄手のものに交換する追加手術を受けたが、1997年12月頃から、原告のあごの部分に挿入したシリコンが対角線上に移動し始め、1998年10月頃にはシリコンの補綴物が口内に一部突出し、シリコン挿入のため生じた頭部の5cmの瘻痕に部分的に頭髮が再生しない事態になった。 <大法院の判断> 「整形手術の場合、その性質上緊急を要せず、整形手術をしたとしても外観上多少の好転が期待されるだけで、術後の状態が患者の主観的な期待値と異なる場合があり得るため、医師は患者に治療の方法及び必要性、治療後の改善状態及び副作用等に関し、具体的な説明を行い、患者がその医療行為を受けるか否かを選択できるようにする義務があるところ」、「被告は上記整形手術当時、原告に上記手術の副作用として出る、炎症、補綴物の大きさが本人が望むものでない場合があり得るし、頭部の切開部位は頭髮が再生し回復することが一部微細に再生しない部分を説明したことを説明したのみで、上記補綴物が動くこともあるといった点については、十分な説明がなく」「上記手術を行うにあたり、説明義務に違反し、原告が手術を受けるか否かを決定する権利を侵害したというべきで、これにより原告に与えた精神的損害を賠償する責任がある」とした原審判断を正当とした。
【20】	大法院 2004.10.28 宣告 2002 다 45185 判決 <事実の概要> 1998年1月14日午前9時10分ごろ、亡患者A（当時43歳）頭痛、眩暈、吐き気を訴えて被告法人傘下の病院の救急外来を受診し、その日から入院となり、脳CT撮影の結果異常は発見されなかったが、MRIの結果では右小脳に多発性小線形脳梗塞が見られ、眩暈検査においても中枢神経性眩暈が疑われた。主治医B（神経科レジデント）は、脳梗塞と診断し、抗血小板剤等を投与し症状は好転した。主治医Bは亡Aの血管異常の有無等を調べるために科長と協議し、脳血管造影検査を施行することとした。同年1月21日、検査開始後、左椎骨動脈の病変の疑いのため写真撮影をしていて最中に急に頭痛を訴え、カテーテルを引き抜き、検査を中断したが、亡Aは意識を失い、同日、追跡CT撮影の結果、脳幹と小脳の梗塞が確認され、その後Aは昏睡状態となり、回復しないまま同年2月5日、1時45分に死亡した。 <大法院の判断> (1)「医療行為は高度の専門的知識を必要とする分野で、専門家ではない一般人では、医師の医療行為の過程に注意義務違反が存するの、また、その注意義務違反と損害発生との間に因果関係が存するのを明らかにすることは極めて困難であるという特殊性があるため、手術途中、患者に死亡の原因となった症状が発生した場合、その症状発生に関し、医療上の過失以外の他の原因があるとは言いがたい、間接事実を立証することによってそのような症状が医療上の過失に起因するものと推定することも可能ではあるが（大法院2000.7.7宣告99 다 66328判決）、その場合においても医師の過失による結果発生を推定することができる程度の蓋然性が担保されない事情をもって、偶然と重篤な結果から医師の過失と因果関係を推定することによって、結果的に医師に無過失の立証責任を負わせることまで許容するものではない。 (2)「医師が、説明義務に違反したまま手術を施行し、患者に重大な結果が発生したということとを理由として、結果に対するすべての損害を請求する場合は、その重大な結果と医師の説明義務違反ないし承諾取得過程における過失との間に相当因果関係が存在しなければならず、そのときの医師の説明義務違反は、患者の自己決定権ない

	し治療行為に対する選択の機会を保護するためといった点に照らし、患者の生命、身体に対する具体的治療過程で要求される医師の注意義務違反と同一視できる程度のものでなければならぬところ（大法院2002.10.25.宣告2002다48443判決等）、記録によっても重症脳梗塞で入院し、正確な治療方法を模索するために脳血管造影術を受けることになった亡患者Aにとって説明義務違反と重大な結果との間に因果関係を認定すべき事情は見当たらない。それにもかかわらず、原審は慰謝料を超え、説明義務違反による亡患者A及び原告らのすべての損害を賠償しなければならないと判断したのであって、かような原審の判断には説明義務に関する法理の誤解により判決に影響を及ぼした違法がある。」
[21]	大法院 2005.4.29 宣告 2004 다 64067 判決 <事実の概要> 原告Xは、ブヨ郡保健所で肺結核の判定と結核薬の処方を受け、同保健所結核室担当診療員訴外Bより、一般的に処方されるイソニアジド(INH)、エタンプドール(EMB)、ピラジナミド(PZA)、リファンピシン(RFP)の4種の薬剤を1か月単位で交付され服用し始めたが、視神経炎による視力障害を惹起した事案。上記の薬剤の内、EMBは結核患者に一般的に使用されるものであるが、稀に視力減退が発生することがあることは結核関連医療従事者に広く知られていた。Xは、1999年2月24日から同年6月28日まで保健所の処方通り最初の2か月は23.5mg/kg、その後は15.7mg/kgを服用した。6月28日、原告から視野が曇るということで眼科を受診すると視神経炎の診断（視力は右0.5、左0.6）を受けたという事実を聴き、即時EMBの投与を中止し、他の薬剤で調剤する措置を採り、1999年9月頃結核は完治判定を受けたが、EMBの服用を中止したにもかかわらず視力は漸次低下し服用前は両眼とも1.0であった視力が、2001年9月5日、右0.02、左0.01と悪化した。一方、Xは、1999年4月及び同年5月の各定期健診予定日にも保健所に訪れず妻を通じて薬だけ受領したり、薬の服用中にも頻繁に飲酒し、夜遅くまで電燈の下で野菜栽培作業を行っていた。 <大法院の判断> (1)「・・・その服用過程において典型的に見られる重大な副作用を招来する憂慮がある薬品を投与するにあたって、そのような副作用の発生可能性及びその場合の症状の悪化を防いだり、原状に回復させるのに必要な措置に関する事項を患者に告知することは、薬品の投与にともなう治療上の危険を予防し、治療の成功を保障するために、患者に、安全のための注意としての行動指針の遵守を告知する治療上の説明義務として診療行為の本質的構成部分に該当するといふべきで、このとき要求される説明義務の内容及び程度は、たとえその副作用の発生可能性が高くなるとも、一旦発生すると、それによる重大な結果を未然に防止するために必要な措置が何なのかを患者自ら判断、対処できるよう、患者の教育程度、年齢、心身状態等の事情に合わせ具体的な情報の提供と共にこれを説明、指導する義務がある。」 (2)「原告に発生した視力弱体化及び視神経炎のような症状は、エタンプドール服用による典型的で代表的な副作用として医療界に広く知られており、事実であるのみならず、保健所の保健医療業務に関する指針上においても結核患者に対する投薬及び管理において留意しなければならない項目の一つとして明文化されており、・・・その投薬に際し、上のような副作用の発生可能性及び具体的な症状と対処方法を説明すべき医療上の注意義務が存在すると見るべきで、さらにこのような説明をするにあたっては原告が上の副作用の症状を自覚すれば即時服用を中断し、保健所に來て相談する措置を取れるよう具体的に示されなければならないところ、原審の認定事実のように漠然として『異常な症状があれば保健所に來て相談、検診するよう』と伝えたり、或いは被告らの抗弁のように、上記薬品に添付された製薬会社の薬品説明書にその副作用に関する一般的な注意事項が記載されているということだけでは、必要な説明を行った」といふことはできないとした。
[22]	大法院 2006.11.23 宣告 2005 다 11688 判決 <事実の概要> 原告Aは被告Bが経営する産婦人科医院で出産したが、胎盤が自然に排出されず、被告Bは胎盤羊水除去術を施行。ところがその後も腹痛と體出血が継続したので、全北大学病院を受診した結果、残存胎盤及び子宮内膜炎と診断され、炎症治療と残留胎盤除去術を受けるにいたった。 <大法院の判断> 「産褥期にみられる発熱、體出血、腹痛等は残留胎盤の重要な症状であるという産婦人科専門医間の一般的な医学知識と上に見たように胎盤羊水除去術を行った場合、胎盤片が子宮内に残留することが稀なことではないという点に鑑みたとし、胎盤羊水除去術を受けた産婦が産褥期に上のような症状を訴えたとき、医師としては、当然に残留胎盤の可能性を疑い、それに見合った適切な措置を取る義務がある」にもかか

	わらず、「上記手術を施行したとしても、子宮内に胎盤片が残留する可能性や、それに伴う合併症につき何ら説明をしなかった事実」、「本件胎盤羊水除去術施行後、原告1に対し、二度にわたり超音波検査を行い、その結果約8.6 cmの肉塊様の陰影を発見した事実」等が認められ、「被告としては、上記肉塊様のものが残留胎盤であることで十分に予見できる状況であったにもかかわらず、子宮筋腫と診断を誤ったせい、残留胎盤である場合を想定しないことになる措置も取らなかっただけでなく、本件胎盤羊水除去術施行当時はもちろん、その後の検査時においても、上のような診断上の過誤がなかったならば、当然に説明しなければならない残留胎盤に対する検査及び治療法等を原告1に説明しなかったことで、原告1としても胎盤羊水除去術に伴う後遺症である症状、それに対する迅速で適切な検査及び治療、治療が遅延した場合に起こりうる結果等に備える機会を喪失することになったもので、それにより子宮内膜炎という予期せぬ結果に遭遇する苦痛を被ったものであり、原告1の家族である原告2にもそれによる精神的苦痛を与えたことと過失がうかがえ、結局被告には、上のように、診断上の過失と説明義務を尽くさなかった過失すべて認められるというべきである。」
【23】	大法院 2007. 5. 31 宣告 2005 다흐 5867 判決 <事実の概要> 2000年10月4日、亡患者Aは、黄疸症状の正確な原因を調べるために被告法人が運営する大学病院に2週間の予定で入院し、肝エコー検査、肝臓の組織検査等を行ったが、原因が発見されることなく一旦退院。同年10月17日、多発性臓器不全状態で救急搬送された亡Aは、応急処置を受けたが、被告病院では黄疸の原因がはっきりしないまま総ビリルビン等生化学検査の数値が正常値を超えた点から肝、胆道に異常があるとみて内視鏡的逆行性胆膵管造影術（Endoscopic Retrograde Cholangio-Pancreatography: ERCP）検査が必要との判断を下し、亡Aに説明しようとしたが、被告病院では当時医業分業問題で専攻医らがストライキをしていた状況等により検査前に亡Aの同意を得ることができず、結局は同意のないまま翌10月18日に検査を実施。ところが、亡Aは検査の後、急性膵臓炎となり、これが壊死性出血性膵臓炎に発展し、結局死亡に至った。 <大法院の判断> (1) 「医師は診療を行うにあたり、患者の状況と当時の医療水準、そして自己の知識経験に基づき適切と判断しうる治療方法を選択する相当な範囲の裁量を有するといふべきで、それが合理的な範囲を逸脱したものでない限り、診療の結果をもって、その内いずれか一つのみが正当で、それと異なる措置を取ったことで過失があるということとはできない（大法院 1992. 5. 12. 宣告 91 다흐 23707 判決参照）。」 (2) 「説明義務は、侵襲的な医療行為となる過程で、医師に必須的に要求される手続上の措置であり、その義務の重大性に照らし、医師としては少なくとも患者に説明した内容を文書化し、これを保存する職務遂行上の必要があるとみられるだけでなく、応急医療に関する法律第9条、同法施行規則第3条及び[書式]1によれば、通常の医療行為に比し、むしろ緊急を要する救急医療の場合にも医療行為の必要性、医療行為の内容、医療行為の危険性等を説明しこれを文書化した書面に同意を得る法的義務が医療従事者に課せられている点、医師がそのような文書により説明義務の履行を立証するには容易なる反面、患者側より説明義務が履行されなかったことを立証するには性質上極めて難しい点に照らし、特別な事情がない限り、医師側に説明義務を履行したことに対する立証責任があると解釈するのが損害の公平・妥当な負担をその指導原理とする損害賠償制度の理想及び法体系の統一的解釈の要求に符合するといえる。」 (3) 「・・・被告病院医療陣の説明義務違反により亡Aが選択の機会を喪失したことが認定されるこの事案において、・・・亡Aに対しERCP検査が必要な状態であると判断し、これを施行したのは、亡Aの具体的な症状や当時の医療水準に照らし相当である点、上の検査の過程で急性膵臓炎が起こった後の措置等において被告病院の医療陣に過失がなかったという点、・・・亡Aが黄疸の正確な原因を確かなるために被告病院に2週間の予定で入院した点に照らし、被告病院の医療陣が本件ERCP検査に先立って亡Aに説明義務を尽くしたとしても亡Aが必ず上の検査を拒否したものと断定はし難いものと判断し、被告の損害賠償の範囲を亡Aの死亡による全損害ではなく、説明義務違反による慰謝料に限定」して認定した。
【24】	大法院 2007. 9. 7 宣告 2005 다흐 69540 判決 <事実の概要> 無菌生骨壊死という深刻な副作用を招く恐れのあるステロイド剤を投与するにあたって、説明義務に違反し、患者がその投与を受けるか否か決定することができる権利を侵害したという理由で、医師の損害賠償を認定した原審の判断を是認した事例

	（原審判決等、事実害に関する資料を入手できなかったため、事実関係の詳細は割めていない） <大法院の判断> 「乙1号証（診療録）の記載のみでは、被告らが、原告にステロイド剤処方と関連した副作用等に対し、その説明義務を果たしたと認定するには足りず、他にこれを認めるに足る証拠がないとした後、被告らが、無癌生骨壊死という深刻な副作用を惹き起こすことがあるステロイド剤を投与するにあたり、説明義務に違反し、原告がその投与を受けるか否か決定できる権利を侵害した」とし、慰謝料の支給を命じた原審の判断を是認した。」
[25]	大法院 2009.1.15 宣告 2008 ㄱ 60162 判決 <事実の概要> 原告 X は乳房にしこりを触れたため、被告 Y 医師を受診したが、初診時(2004.2.16)のカルテには、①マンモグラムの映像で石灰沈着を伴う結節の陰影があり、②超音波検査では左側乳房の左側に分化した底エコー陰影の多発性腫瘍が観察されたとの趣旨と共に、「線維腺腫(FA)＞悪性腫瘍(CA)」と記載されており、また原告の左側腋窩より分化した底エコー陰影の腫瘍が観察されたとの趣旨と共に「脂肪腫(lipoma)＞線維腺腫」との記載、③今後、一部の腫瘍については切除術(excision)、一部の腫瘍についてはマンモトームを計画したものとの記載があるが、X に対し、組織検査を行い、それが良性なのか悪性なのか確定診断が必要であるとの趣旨の説明まではしなかった。Y 医師は、同年 6 月 12 日、原告に 2 回目の超音波検査を実施したが、腫瘍が大きくなっている状態であった。ここで Y 医師は、X に切除術と腋窩リンパ管切除術(6/18)。摘出した腫瘍に対する検査を依頼したところ、「浸潤性乳管癌、一部リンパ管浸潤の疑い」との結果を受け、X を上級医療機関に転送した。同年 6 月 29 日、乳癌 3 期と診断を受け、抗癌剤による治療後、左腋窩リンパ節に対し、広めの局所切除術を受けた。(2006 年 2 月肝臓に転移した 4 期の状態である。) <大法院の判断> 「医師は、患者を診療する過程において、疾患が疑われる症状があるか詳細に診察し、そのような症状を発見したときは、特別な事情がない限り、その疾患の発生可能性及びその程度等を明らかにするための措置や検査を受けるよう患者に説明、勧告する注意義務があるところ(大法院 2003.12.26. 宣告 2003 ㄱ 13208, 13215 判決等)・・・Y 医師が一旦悪性腫瘍を認識したのであれば、X に悪性腫瘍の可能性を説明し、確定診断のための追加的な検査方法で、組織検査を積極的に勧めるとともに原告としても、その後、乳癌の有無に関して引き続き留意し、検査を受けることができるよう、乳癌の発病及び転移の速さ、治療方法、療養方法等に対する十分な説明をすべき注意義務があるところ、このような事項に対し、説明をせず、それ以上の検査を行わなかった結果、乳癌の診断及び治療の遅延を招いた過失があると判断したのは正当であるとして、説明義務違反を認めたが、それにより乳癌の病気が 2 期から 3 期に進行したと評価することはできないとした。」
[26]	大法院 2010.5.27. 宣告 2007 ㄱ 25971 判決 <事実の概要> 被告 Y 1 病院の医師である被告 Y 2 は、妊娠 35 週 6 日目の原告 X 2 を診察し双子の内、一方の胎児が死亡しているのを確認し、X 2 に生存胎児の観察のため入院するよう勧めた。Y 2 および Y 病院スタッフ(医師、助産師、看護師等)は交代しながら、少なくとも X 2 が入院直後から食事時間を除いて、翌日の 8:50 頃まで胎児監視装置を装着の上、持続的に X 2 と胎児の状態を観察するようにしたが、結局、胎児仮死により生まれてきた X 1 は脳性麻痺という重大な結果となった。 <大法院の判断> (1)「医療行為における過失を原因とする不法行為責任が成立するためにも、一般不法行為の場合と同様に、医療上の注意義務違反と損害の発生があり、その間に因果関係があることが証明されなければならない。患者が治療を受ける過程において損害が発生したならば、医療行為の特殊性を勘案しても、まず患者側から一般人の常識に基づき一連の医療行為の過程に医療上の過失ある行為が存在し、その行為と損害の発生との間に他の原因が介在しなかった点を証明しなければならない。たとえ当事者一方が証明を妨害する行為を行ったとしても法院としては、これを一つの資料と捉え、自由な心証によって妨害者側に不利な評価をすることができるというだけで、証明責任が転換されたり、たまたに相手方の主張事実が証明されたとみえるべきものではない(大法院 1999.4.13. 宣告 98 ㄱ 9915 判決、大法院 2003.12.12. 宣告 2003 ㄱ 50610 判決等参照)。」 (2)「X 2 が入院し、被告病院医療陣より検査・診断・治療等を受ける過程で X 1 に

	脳性麻痺という重大な結果をもたらす蓋然性がある医療行為を行ったとはいえず、ましてX2に対する被告病院医療陣の帝王切開術、その他の治療行為等により、X1に対する脳性麻痺が発生したと見ることができない以上、被告らがX2に双子の胎児の内、一方の胎児が死亡した場合、胎児ジストレス、または生存胎児に対する脳性麻痺の発生可能性等に対し、具体的に説明しなかったとしても、それによる慰謝料支給義務があるとはいえない」として原審判断を支持し、上告を棄却した。
[27]	大法院 2010.6.24 宣告 2007 ㉔ 62505 判決 < 事実の概要 > X3は、人工授精により三つ子妊娠し、選択流産を行い、双子を出産することを選択した。妊娠30週4日目に早産の徴候が見られ、被告Y病院の医師訴外Aは、超音波検査の結果、胎児の位置も正常で羊水、胎児心拍動数も正常で、原告ら(X3と夫のX2)に状態を説明した後、経膈分娩を行うこととし、緊急状態に備え、帝王切開の準備も行いつつ同時に早産となる新生児の治療のため小児科医も分娩室に待機させた。X4を分娩後、再度超音波検査を行った結果、X1が経膈分娩には適さない位置に変化したことが確認され、胎盤早期剥離の所見まで出現したため、緊急帝王切開手術を実施し、X1が1.46kgの未熟児で、さらに呼吸困難を起こしていたので、気管挿管及び心臓肺蘇生術を実施し、新生児保育器で酸素供給、体温維持の措置をとったが、結局脳性麻痺による脳病変障害Ⅰ級の診断を受けるに至った。 < 大法院の判断 > (1)「①訴外Aが経膈分娩を実施する前に二胎児の体位が双方とも正常で羊水が適度で、胎児心拍数も正常であり、このような状況では経膈分娩を実施するのが医学会で一般的に受け入れられている原則である点、②経膈分娩中、胎盤早期剥離等の緊急事態が発生する場合に備え、帝王切開術の準備をしておくことはできるが、上記のような可能性だけをもって最初から帝王切開術を実施することは医学会で一般的に分娩方法ではない点、③訴外Aは経膈分娩を実施する前に予め帝王切開術の準備を行っていたし、X4の分娩後、胎盤早期剥離の所見が見られるや否やすぐに帝王切開術を実施し25分でX1を娩出したもので、これは一般的な緊急帝王切開術に比し、速やかに分娩が行われている点、④脳性麻痺はその原因が明確に究明されておらず、胎盤早期剥離等により胎児に対する酸素供給が十分に行われない場合のみならず、双生児の出産の場合、早産により、脳・肺等の器官が成熟していない状態で発生する場合等、多様な原因で発生することがあるところ・・・X1の先天の障害により発生する可能性も排除できない点等に照らし合わせると、原審判断は正当とした。 (2)「経膈分娩を行うと産婦または胎児の生命・身体等に重大な危険を招く蓋然性があり、帝王切開手術を実施する必要があると判断される場合に、医師は特別な事情がない限り、産婦としても帝王切開手術を受けるか否かを自ら決定できるように、経膈分娩を実施した場合に予想される危険、代替的な分娩方法として帝王切開手術があるという点及び帝王切開手術を実施した場合、予想される危険等を説明する義務があるというべきであるが、上のように、帝王切開手術を実施する状況でなければ、経膈分娩が最も自然で、原則的な分娩方法であるので、医師が産婦に経膈分娩を実施する場合に発生しうる危険等を説明しなかったと説明義務に違反し、産婦の自己決定権を侵害したということとはできない。」
[28]	大法院 2010.7.8. 宣告 2007 ㉔ 55866 判決 < 事実の概要 > 原告に発生した緑内障がステロイドによる治療に起因したものが問題となったもので、ステロイドによる緑内障を誘発させた過失、手術前の検査、緑内障を診断できなかった過失、診療録を事後に加筆訂正した場合、その内容の真偽を判断する方法、説明義務違反が争点となった事例(原審判決等、事実害に関する資料を入手できなかった)ので、事実関係の詳細は網めていない < 大法院の判断 > (1)「医師側が診療記録を事後に加筆・訂正した行為は、その理由に対し、相当な合理的な理由を提示できない限り、当事者間の公平の原則、または信義則に反する証明妨害行為に該当するが(大法院1995.3.10. 宣告 94 ㉔ 39567 判決参照)、当事者一方が証明を妨害する行為を行ったとしても法院としては、これを一つの資料と捉え、自由な心証によって妨害者側に不利な評価をすることができるというだけで、証明責任が転換された、ただちに相手方の主張事実が証明されたとみるべきではなく(大法院1993.11.23. 宣告 93 ㉔ 41938 判決、大法院1999.4. 13. 宣告 98 ㉔ 9915 判決等参照)、その内容が虚偽か否かは医療陣が診療記録を加筆・訂正した時点とその事由、加筆・訂正部分の重要度と加筆・訂正前後の記載内容の関連性、他の医療陣

	や病院が作成・保有している関連資料の内容、加筆・訂正時点での患者と医療陣の形態、疾病の自然経過等、諸般の事情を総合し合理的自由心証によって判断しなければならない。」 (2)「医師が診察・治療等の医療行為をするにあたっては、人の生命・身体・健康を管理する業務の性質に照らし、患者の具体的症状や状況により、危険を防止するために要される最善の措置を取るべき注意義務があり、医師のこのような注意義務は、医療行為の当時、医療機関等臨床医学分野で実践されている、医療行為の水準を基準とするが、その医療水準は、通常の医師に医療行為当時一般に知れ渡っており、または認められているいわゆる医学常識を意味するもので、診療環境及び条件、医療行為の特殊性等を考慮し規範的な水準として把握されなければならない、また診断は問診・視診・触診・聴診及び各種臨床検査等の結果に基づき疾病の有無を鑑別し、その種類、性質及び進行程度等を明らかにする臨床医学の出発点として、これに沿って治療法が選択される重要な医療行為であるから、診断上の過失の有無を判断するにあたっては、その過程において、たとえ完全無欠の臨床診断の実施は不可能とはいえ、少なくとも臨床医学分野で実践されている診断水準の範囲内でその医師が専門職業人として要求される医療上の倫理と医学知識及び経験によって慎重に患者を診察し、正確に診断することで、危険な結果発生を予見し、その結果発生を回避するために必要な最善の注意義務を果たしたか否かを問わなければならない（大法院 2004.4.9. 宣告 2003 ㉔ 33875 判決等参照）。」 (3)「医療行為における診療上の過失を原因とした損害賠償責任が成立するためには、医療上の注意義務違反と損害の発生がありその間に因果関係があらねばならず（大法院 1999.4.13. 宣告 98 ㉔ 9915 判決参照）、一方、患者に発生した重大な結果が医療行為によるものではない場合、説明義務違反の責任を負わない（大法院 2002.5.28. 宣告 2000 ㉔ 46511 判決参照）。」
[29]	大法院 2010.7.22 宣告 2007 ㉔ 70445 判決 <事実の概要> 弁膜症のため、機械弁を使用した僧帽弁置換術を受けた患者が、退院後に機械弁に血栓ができ、呼吸困難、ショック症状が出現し死亡した事案である。 原告は、抗凝固剤の管理を怠り（国際血液標準委員会が経口抗凝固剤療法のための血液凝固時間を国際的に標準化した単位である INR（International Normalized Ratio）を低いレベルで維持した）、機械弁に血栓形成を誘発させそれにより死亡したものと推定できるとし、患者が死亡直前に施行した超音波検査の結果、患者の弁膜機能と心機能が良好であったもので、被告病院の医療上の過失ではない他の原因で死亡にいたったとする被告らの主張を排斥した。 <大法院の判断> 「医師が診察・治療等の医療行為をするにあたっては、人の生命・身体・健康を管理する業務の性質に照らし、患者の具体的症状や状況により、危険を防止するために要求される最善の措置を取るべき注意義務があり、このような注意義務は、患者に対する手術等、侵襲行為が終了することで終えてしまうものではなく、その診療目的の達成のために患者が医師の業務範囲以外の領域での生活を営むにつき、予見しうる危険を回避できるように患者に対する療養方法、その他健康管理に必要な事項を指導説明するところにも及ぶというべきで（医療法第 24 条参照）、医師は手術等の当該医療行為の結果として後遺疾患が発生したり、あるいはその後の療養過程において、後遺疾患の発生可能性があれば、たとえその可能性が小さくとも、それを抑制するための療養方法や、一旦発生した後遺疾患により、重大な結果がもたらされるのを防ぐために必要な措置が何であるかを患者自ら判断・対処できるよう、そのような療養方法、後遺疾患の症状とその悪化防止や治療のための対処方法等を患者の年齢、教育程度、心身状態等の事情に応じて具体的に情報提供と共に説明・指導する義務がある（大法院 2005.4.29 宣告 2004 ㉔ 64067 判決参照）。そしてこのような指導説明義務は、その目的及び内容上診療行為の本質的構成部分であるから、指導説明義務違反と相当因果関係があるならば、それによる生命・身体上の損害に対し、賠償する責任を免れない」とし、具体的事実案との関係においては「・・・被告らは、亡Aに抗凝固剤の効果、INR 数値を一定に維持しなければならない理由、抗凝固剤の副作用及び危険性等を明確に説明することで、亡Aとして胸痛等、説明文書に記載された一定の状況が発生した場合、その深刻性を正確に認識し、すぐに救急室を受診できる措置を取ることで、このような指導・説明義務は、単純に説明文書の交付だけをもって代替することはできないところ、被告らは上のような説明・指導義務をまったく履行せず、それにより亡Aが胸痛等の深刻性を正しく認識できなかったもので、痛みを感じながらも約 2 時間 30 分も遅滞した関係で適切な応急処置等を受けることができず、死亡に至ったもので、結局、被告らの指導・説明義務違反と本件事故の間には相当因果関係

	が認められる」とした。
【30】	大法院 2010.8.19 宣告 2007 다 41904 判決 <事実の概要> 原告 X は 1980 年頃、二重瞼の手術を、2000 年頃、両眼に真皮移植手術を受けたことがあるが、上記各手術の後遺症で両眼の眼瞼下垂症状が発生し、これを矯正し、自然な二重のラインを作るため 2003 年 2 月 26 日、被告 Y より二重瞼再手術（本件 1 次手術）を受けた。ところが、1 次手術後、右眼が腫れ、開けることができず、痛みもあったことから 2003 年 3 月 6 日と同年 3 月 12 日に癒着除去、浸出液の排出等の手術を行ったが、結局、複数回に渡る手術による癒着組織の発生及び収縮、眼周囲筋の機能低下により重瞼と露出性角膜炎の後遺症が惹起された事案である。 <大法院の判断> 「説明義務は、侵襲的な医療行為となる過程で、医師に必須的に要求される手続き上の措置であり、特別な事情がない限り、医師側に説明義務を履行したことに対する立証責任があると解釈するのが損害の公平・妥当な負担をその指導原理とする損害賠償制度の理想及び法体系の統一的解釈の要求に符合するといえるところ（大法院 2007.5.31.宣告 2005 다 5867）、原審がその判示のような事情をあげ被告がこの手術と関連し、説明義務に違反したと判断したことは上の法理と記録に照らし、正当な判断として首肯できる」としながらも「本件において原審は、被告の手術上の過失と説明義務違反の点をすべて包括して単一の慰謝料を算定したことが明らかで、先に見たように被告の手術上の過失に関する原審判断に誤りがあり、それによる財産的損害及び慰謝料部分を破棄する以上、被告の説明義務違反による慰謝料部分もそのまま維持することはできず、結局、原審判決中、被告敗訴部分の全部を破棄せざるを得ない」とした。