論　　説

韓国における医師の説明義務（一）

—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、本号）
2 説明義務違反・過失と損害との間の因果関係
Ⅴ 説明義務違反の効果
1 学説
2 判例の態度と動向
3 説明義務と慰謝料
Ⅵ 結語

Ⅰ 序説

医師の説明義務に関する問題は、韓国における医師責任法の中でも、いわば牽引車の役割を担ってきたといえるほど[1]、これまで最も熱い議論が展開されてきた課題の一つである。

かつては韓国でも医療は施恵的なもので、「医は仁術」という考えに基づく、伝統的な医師—患者間の信頼関係が存在したとされるが、それが20世紀後半からの急速な医療技術の進歩と発展に伴い、その慣習的な「人間対人間の医療行為」といったことに根差す、伝統的信頼関係は破壊され[2]、漸次、紛争が増加するようになった。

韓国においても「現代の医療現場においては加速的に医師と患者間の信頼関係は破壊されており、その信頼関係は、場合によっては法的手段にその解決を依存する『冷え切った』当事者関係に変貌を遂げているのが近時

1　金敏圭 [1997], 醫師의 說明義務와 그의 免除（医師の説明義務とその免除）, 耕嚴洪天龍敎授華甲紀念論文集, p.655.

2　김민중（キム・ミンジュン）[2011], 의료의 법률학（『医療の法律学』）, 신론사, p.462.

の実情」[3]であるとするが、ただ、法的救済を求めるにしても、医療過失の立証責任が患者側にある関係上、韓国ではこれが大変困難な問題[4]であったことが、説明義務と患者の同意権の問題が沸き起こる背景であったようである[5]。

そのような中、まずアメリカやドイツの議論の影響を多く受け[6]、1970年代末頃から医師の説明義務に関する議論の萌芽がみられるようになり[7]、殊に1980年代以降は活発な論議の対象となっていった[8]。

そして近年にいたっては、日本法に多くの関心が寄せられ、研究も盛んに行われており、韓国の判例・学説に与えている影響も決して小さくないことが文献からも垣間見られる状況である[9]。

3　김민중（キム・ミンジュン）・前掲注2・p.462.

4　過失鑑定のための鑑定を依頼できる信頼水準は、医師の同僚意識（conspiracy of silence）により、大変低いレベルにあり、立証が極めて難しい問題となっていた。

5　채순（チェ・スン）[2008]，의료과실과　법（『医療過失と法』），신지서원，p.208.

6　たとえば、1914年アメリカのSchloendorff v Society of New York Hospitals事件においてのCardozo判事の説示、つまり「成年でかつ健全な精神を有するすべての者は、自身の身体に対し、いかなることがなされるべきかを決定する権利を有する。そして医師は、その患者の同意を得ないまま手術を実施すれば、暴行の着手（assault）となり、これによる損害賠償責任を負う。」としたこの言葉は、人身の不可侵性の権利を侵害した場合、その治療が医学的に問題なくとも、承認のない身体侵害として暴行（battery）となるという命題（proposition）に多くの関心を集め、また、ドイツでも1950年代より本格的な論議がなされており、近時においては医療訴訟で、医師の治療上の過失を立証できない場合、説明欠陥が選択請求原因として利用され、これは患者にとって「奇跡の武器（Wunderwaffe）」と評価されるほど、医療訴訟において利用度が高い、とする議論の影響を多く受けた（後掲注7、金天秀［1994］，pp.11-12.）。

7　金天秀［1994］，환자의 자기결정권과 의사의 설명의무（患者の自己決定権と医師の説明義務），서울대학교대학원 박사학위논문（ソウル大学校大学院博士学位論文），p.12.

8　채순（チェ・スン）・前掲注5・p.205.

9　この度、本稿執筆にあたり、収集した韓国文献に引用されている日本の文献をみても、たとえば、加藤一郎［1957］「医師の責任」川島武宜ほか編『我妻栄先

そのような中、判例上においては、1979年8月14日の大法院判決、「喉頭腫瘍除去手術」事件が最初の事例として登場し、以後、1980年代にはいくつかの下級審判決と1987年には手術前に具体的な説明を行い同意を得ることは、業務上の注意義務であるとする大法院判決が出て、その後、特に1990年代に入り、急増傾向を示すようになる。

このような医師の説明義務は、一般的に、診療を受ける患者の自己決定権と知る権利を保障し、医師の専断的な医療行為と、それによる紛争を防止し、殊に韓国においては、医療技術の専門的な技術過誤の立証困難に対する救済のためのデバイスとして、学説と判例が共に認めているところである。

以下、韓国における学説と判例を紹介し、若干の検討を試みたいと思う

生還暦記念損害賠償責任の研究（上）』（有斐閣）、唄孝一［1970］『医事法学への歩み』（岩波書店）、松倉豊治［1970］『医療過誤と法律』（法律文化社）、平井宜雄［1971］『損害賠償法の理論』（東京大学出版会）、前田達明［1978］『不法行為帰責論』（創文社）、淡路剛久［1975］『公害賠償の理論』（有斐閣）、石田穣［1980］『損害賠償法の再構成』（東京大学出版会）、野田寛［1982］『医療事故と法』（新有堂）、山下登［1983-1984］「医師の説明義務をめぐる最近の論議の展開―ドイツの判例・学説を中心として（1）～（3）」六甲台論集30巻1号、3号、31巻3号、加藤一郎＝森島昭夫編［1984］『医療と人権』（有斐閣）、新美育文［1985］「医師の説明義務と患者の同意」加藤一郎＝米倉明編『（ジュリスト増刊）民法の争点Ⅱ』（有斐閣）、稲垣喬［1985］『医療過誤訴訟の理論』（日本評論社）、中野貞一郎［1987］『過失の推認』（弘文堂）、滝井繁男＝藤井勲［1987］「『医療水準論』の現状とその批判」判タ629号、金川琢雄［1988］『診療における説明と承諾の法理と実情』（多賀出版）、高嶌英弘［1987］「診療契約の性質（1）（2完）」民商法雑誌96巻6号、97巻1号、石川寛俊［1989］「期待権の展開と証明責任のあり方」判タ686号、寺沢知子［1992］「未成年者への医療行為と承諾（1）～（3完）」民商法雑誌106巻5号、6号、107巻1号、植木哲＝丸山英二編［1992］『医事法の現代的諸相』（信山社）、萌立明＝中井美雄［1994］『医療過誤法』（青林書林）、潮見佳男［1995］『民事過失の帰責構造』（信山社）、加藤新太郎［1995］「医療過誤訴訟の現状と展望」判タ884号、手嶋豊［1997］「医師の責任」山田卓生編集代表『新・現代損害賠償法講座第3巻』（日本評論社）、河原格［1998］『医師の説明と患者の同意』（成文堂）、菅野耕毅［2001］『医療過誤責任の理論〔増補新版〕』（信山社）、吉田邦彦［2003］『契約法・医事法の関係的展開』（有斐閣）、加藤良夫偏［2005］『実務医事法講義』（民事法研究会）など枚挙に暇がないほどである。

が、扱う判例は、医師の説明義務が、韓国の大法院に最初に登場した1979年判決（大法院1979.8.14宣告78다488判決）から2010年までの医師の説明義務を扱った大法院判決で、これまで筆者が入手できたもの30件を素材とすることにする。

（なお、これら30件の対象判決については、本稿末尾に「資料」として、その事実と判旨を整理した一覧表を付しておく。なお、本文中において判決の事件番号の後ろに付している「【1】【2】…」の番号は上記「資料」の番号に対応している。）

Ⅱ　説明義務の意義と根拠

1　説明義務の意義と沿革

医師の説明義務は、診察と診療結果の報告、特定診療と関連した療養指導、特定診療に対する患者の諾否決定に寄与するための情報提供、診療そのものに値する診察を受ける者の医療的欲求を充足させるために行う助言を総称する義務[10]である。

医師の診療行為は、その性質上、人体への侵襲を伴うことから、患者にその疾病の状態（症状）、治療の必要性、その手段と方法、治療に伴う危険、予後等につき十分な説明をし、患者が最終的に治療に応じるか否かも含め、同意・選択権を保障しなければならないというものである。つまり、医師の説明義務は、患者の自己決定権の保障という側面で強調されており、医師が患者を単純な診療の客体とみる視角から脱却し、対等な「人格体」として扱われるべきである、という要請が包含される[11]。

大法院判例も、説明義務に関し、「一般的に医師は、患者に手術等の侵

10　鄭淇雄［2007］，의사의 설명의무와 환자의 승낙（医師の説明義務と患者の承諾），민사법학，39권1호（民事法学39巻1号），p.440.

11　李銀榮［2004］，債權各論，博英社，p.938；鄭淇雄・前掲注10・p.440.

襲を加え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、または、死亡等、重大な結果発生が予測され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、当該患者やその法定代理人に対し、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、その医療行為を受けるか否かを選択することができるようにする義務がある」[12]と判示している。

医療は、医師－患者間における、相互の信頼関係を基に行われるのが原則であるが、「医師の施恵的権威」、「医療慣行的垂直構造」、「診療過程における人格的無視」等により[13]、医療者と患者間の伝統的信頼関係が崩壊し、韓国においても医療紛争は増加趨勢にある。

ただ、医療被害者が法の救済を求めるにしても、医療過失を立証する責任は患者にあることから、門外漢である患者側は、必然的に医療専門家の助力を必要とする。しかしながら、患者側が、たとえば医師団体に鑑定依頼を行うにしても、その信頼レベルは、医師の間にある同僚意識、いわば「沈黙の共謀現象（conspiracy of silence）」により、その立証は、不可能に近い大変な困難を強いられることになる[14]。そこでこういった問題を克服し、医師の助けがなくとも裁判を進行することができる方法を模索し、その1つとして提起されたのが、医師の説明義務と患者の同意権である[15]。

12　大法院1994.4.15.宣告93다60953判決。

13　채순（チェ・スン）[2007]，의사의 치료전 설명의무와 환자의 동의권（자기결정권）（医師の治療前における説明義務と患者の同意権（自己決定権）），비교사법연구，14권2호（比較私法研究14巻4号），pp.480-481.

14　채순（チェ・スン）・前掲注5・p.208.

15　신현호（申鉉昊）[1997]，의료소송총론（『醫療訴訟總論』），育法社，p195；채순（チェ・スン）・前掲注5・p.208.

2 説明義務の認定根拠[16]

(1) 憲法上の根拠

まず、実定法上の根拠として、韓国憲法第10条[17]の人間の尊厳性と幸福追求権にその認定根拠を求めることができるとされている[18]。これは、説明義務に対する直接的な明示的規定ではないが、医師の説明義務には、医師側の「十分な説明」と、提供された情報に基づく、患者側の「理解、納得、同意、選択」という二つの内容が含まれ、医師の説明義務の核心は「患者の主体性」を前提とした「自己決定権」の保障にあるがゆえに、憲法10条に規定された「人間としての尊厳と価値」から派生する、自己決定権にその根拠を有するため、いかなる者も、患者の意思に反して患者の精神・身体に介入できないという原則に、その根源があるということである[19]。

---

16 この部分の記述に関しては、崔載千=朴永浩 [2001]，의료과실과 의료소송（『医療過失と医療訴訟』），育法社，pp.635-637；朴鐘元 [2002]，醫師의 說明義務（医師の説明義務），전북대학교대학원박사학위논문（全北大学校大学院博士学位論文），pp.21-39；鄭淇雄・前掲注10・pp.440-442；채순（チェ・スン）・前掲注5・pp.210-214；김지석（キム・ジソク）[2011]，의사의 설명의무의 범위에 관한 고찰（医師の説明義務の範囲に関する考察），재산법연구28권1호（財産法研究28巻1号），pp.342-343；김민중（キム・ミンジュン）・前掲注2・pp.467-470に依拠。

17 韓国憲法10条「すべての国民は、人間としての尊厳と価値を有し、幸福を追求する権利を有する。国家は、個人が有する不可侵の基本的人権を確認し、これを保障する義務を負う。」

18 たとえば、李德煥 [1991]，民法上 醫師의 說明義務法理에 관한 硏究（民法上医師の説明義務法理に関する研究），한양대학교대학원 박사학위논문（漢陽大学校大学院博士学位論文），pp.64-67；金天秀・前掲注7・p.34-35；김재윤（キム・ジェユン）[2006]，의료분쟁과법（『医療紛争と法』），율곡출판사，p.119；金善中 [2008]，[신정판] 최신실무 의료과오소송법（『[新訂版] 最新実務医療過誤訴訟法』），博英社，pp.79-80；채순（チェ・スン）・前掲注5・p.210；김민중（キム・ミンジュン）・前掲注2・p.469.など。

19 채순（チェ・スン）・前掲注5・p.210；金天秀・前掲注7・pp.126-127も同旨。

(2) 医療法上の根拠

医師の説明義務につき、直接規定しているわけではないが、韓国医療法24条は、「医療人は、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指導しなければならない。」としており、療法及び管理につき説明・指示する、療養指導に限定した規定ではあるが、説明義務の補充的効力を有するものと捉える見解[20]や、この医療法の規定を広く解し、医療行為時の説明義務を含めた「指導」を規定するものであるとの見解[21]もある。

(3) 民法上の根拠

説明義務につき、直接の明文規定は条文上存在しないが、医師と患者間の診療契約が締結されると、民法上、委任契約（680条[22]）に準じて、681条[23]の善管注意義務を持って事務の処理を行うことが求められ、すなわち、医師は診療義務、説明義務、守秘義務等の診療債務を負担することになる。そして、診療契約を委任契約と捉える場合、民法683条が規定する受任人等の報告義務から説明義務の根拠を求めることができるという見解[24]と説明義務は委任人の請求と関係なく認定されること、事務処理状況の報告ではなく、事務処理以前にも認定されること等から、ここに説明義務の根拠を求めるのは、無理があるといった見解[25]、委任の規定を一律に適用することはできないが、681条や683条等を部分的に適用することは可能とみ

20　채순（チェ・スン）・前掲注5・p.210.
21　김재윤（キム・ジェユン）・前掲注18・p.119.
22　韓国民法680条（委任の意義）「委任は、当事者の一方が相手方に対し、事務の処理を委託し、相手方がこれを承諾することでその効力を生ずる。」
23　韓国民法681条（受任人の善管義務）「受任人は委任の本旨に従って善良な管理者の注意をもって委任事務を処理しなければならない。」
24　李銀榮・前掲注11・p936.
25　崔載千=朴永浩・前掲注16・pp.636-637.

る見解[26]等がある。

また、専門的知識や情報を有する医師は患者に対し、信義則上、情報提供義務ないし説明義務を負担するという考えも広く受け入れられている[27]。

さらに、医師の説明義務の懈怠は、患者の自己決定権侵害ないし同意なく身体に侵襲を与える、心身に対する侵害行為となるため、不法行為の問題となる。つまり、患者が十分な説明を受けないままでの同意は無効で、それに基づく治療行為は違法となる。

したがって、説明義務は、不法行為における、違法性阻却事由としての性格を有しており、法的根拠としては、不法行為の一般条項である、韓国民法750条[28]と慰謝料に関する751条[29]、752条[30]があげられる。

(4) 判例の態度

大法院判例は、医師の説明義務につき、「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施行し、患

26 채순（チェ・スン）・前掲注5・p.212.

27 たとえば、金天秀・前掲注7・p.35；金相容［1997］，不法行爲法，法文社，p.325；同［2003］，債權各論［改訂版］，法文社，p.821；김재윤（キム・ジェユン）・前掲注18・p.119；김민중（キム・ミンジュン）・前掲注2・p.470など。

28 韓国民法750条（不法行為の内容）「故意又は過失による違法行為で他人に損害を与えた者は、その損害を賠償する責任を負う。」

29 韓国民法751条（財産以外の損害の賠償）「①他人の身体、自由又は名誉を害したり、その他精神上の苦痛を与えた者は、財産以外の損害に対しても賠償する責任を負う。② 法院は、前項の損害賠償を定期金債務で支給することを命ずることができ、その履行を確保するために相当な担保の提供を命ずることができる。」

30 韓国民法752条（生命侵害による慰謝料）「他人の生命を害した者は、被害者の直系尊属、直系卑属及び配偶者に対しては、財産上の損害がない場合にも損害賠償の責任を負う。」

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と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」[31]としている。

また、「医師は、応急患者[32]の場合や、その他特別な事情がない限り、患者に対し手術等人体に危険を加える医療行為を行うにあたり、それに対する承諾を得るための前提として、当該患者に対し、事前に疾病の症状、治療方法の内容と必要性、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に関して当時の医療水準に照らし、相当と考えられる事項を説明することで、患者をして手術や投薬に応じるか否かを、自ら決定する機会を与える義務があ」る[33]として、説明義務の根拠を自己決定権に求めているのが見て取れる。

3　説明義務の法的性質

(1) 学説

韓国における説明義務の法的性質に関する議論は、ドイツや日本に倣って、法的義務とみるか、あるいは、これを患者の有効な同意を得るための前提とみるべきかにつき、日本の影響を強く受け、同意無効説と注意義務説に関する議論をそのまま導入し、大部分の学者は、法的義務説の立場を採っている[34]。同意無効説は少数であり、また、一部の学者は信義則上説明

31　大法院1995.4.25宣告94다27151判決。

32　韓国では、「救急患者」「救急医療」の「救急」にあたることばとして「応急」と称するのが普通で、本稿においても「応急患者」「応急医療」というように現地で使用するこの言葉のままで、統一して使用することとする。

33　大法院1998.2.13宣告96다7854判決。

34　崔載千=朴永浩・前掲注16・p.646；申鉉昊・前掲注15・p.203.

義務違反は、医療行為の過失と無関係に、ただ人格権の侵害による慰謝料請求のみ可能であるとする、信義則上の付随義務説を主張する[35]。

さらに、説明義務を法的義務と捉える場合でも、ドイツの学説のように、治療義務と同様に主たる給付義務とみるべきであるという見解[36]と、説明義務の沿革を考慮し、患者の自己決定権を保護する観点で、かつ、医療行為上の注意義務とは区別されるもので、診断及び治療義務等の主たる給付義務と併存する独立的付随義務とみる見解[37]があり、後者が多数説となっている。

(2) 判例の態度

説明義務の性質につき、多数の学説の立場と同様、独立的付随義務なのか否か、といったことにつき、態度が一致している訳ではなく、わずかながら、注意義務の一態様と捉えるものも存在する。

たとえば、大法院1987.4.28宣告86다카1136判決：【2】は、「医師としては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集箇所に相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、それを経ずに漫然と頭皮移動術及び植皮術等の手術に関する同意だけを得たにすぎず、両大腿部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、原告の当該傷害

35 申鉉昊・前掲注15・p.203.

36 金相容・前掲注27（同，[1997]，p.326；同，[2003]，p.821）。

37 金天秀・前掲注7・p.139；김만오（キム・マノ）[2005]，의료과오에 관한 판례의 동향（「医療過誤に関する判例の動向」），민사법학，27권（民事法学27巻），p.319：金善中・前掲注18・p.77.

は上に見た注意義務を尽くさなかった過失によるものである（下線は筆者）」として、説明義務違反を医師の「業務上の注意義務」としており、大法院1992.4.14.宣告91다36710判決：【3】は、「女性の子宮を摘出する手術は、一般的に患者に重大な結果を惹起する手術で、当時原告に生命に対する緊迫した危険が差し迫っていて承諾を求める時間的な余裕がなかった等の特別な事情があったと認定する証拠がない以上、・・・万一、子宮摘出が不可避であったなら、その承諾を得た後、子宮摘出術をすべき注意義務があるというべきところ、そのような措置を尽くしていない過失がある（下線は筆者）」として説明義務違反を注意義務違反と捉えた原審判示を、そのまま認定しており、これら初期の判例では、診療上の注意義務の一態様とみている印象を受ける。

他方、崔載千弁護士、朴永浩判事によると「韓国の大部分の判例は説明義務を注意義務とは区別して独立的付随義務と捉える立場をとっている」[38]とされており、たとえば、大法院1994.4.15.宣告92다25885判決：【4】は、「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というべきである」として、明示的に説明義務違反と称し、治療上の注意義務とは別個の独立した義務として同一

38　崔載千=朴永浩・前掲注16・p.651. また、全炳南 [2002], 의사의 설명의무와 손해배상책임（「医師の説明義務と損害賠償責任」), 의료법학, 3권1호（医療法学3巻1号), p.275は、明確な態度ではないながら、概ね、違法性阻却事由ないし独立的付随義務と把握しているように見受けられるとする。

の価値を有することを明示しているとされている[39]。

また、大法院1997.7.22宣告95다49608判決：【11】は、「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な事情がない限り、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、後遺症等に対比でき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ない」とし、医療契約による診療・治療等における注意義務とは別途に、説明義務が成立することを明示[40]している点が指摘されている。

4　説明義務の類型

説明義務の類型論をめぐっては、韓国内においても様々な形で説明義務を類型化する見解[41]が存在し、また対立してきたが、近時は、やはりドイ

39　崔載千=朴永浩・前掲注16・p.651.

40　崔載千=朴永浩・前掲注16・p.652.

41　たとえば、精密検査を勧めたり、処置の不適合を指摘し他の処置を提案する「助言義務」、診療に対する事項を患者に説明する「報告的説明義務」、診療過程で適切な療養や生活上の注意などを指示・勧告する「指導的説明義務」、患者の自己決定権の合理的行使のために適切な説明を行う「寄与的説明義務（協議の説明義務）」の4つに分類する見解、「診療行為としての説明義務」と「患者の自己決定のための説明義務」に区分し、後者に「診断説明」「経過説明」「危険説明」を含ませる見解、また「自己決定説明」、「安全説明」、「その他の説明」に区分す

ツと日本の影響を受け、また説明義務違反の効果を区分することに鑑みて、三分説ないしは二分説に整理してまとめる考えが広く受け入れられているようである[42]。

ただ、二分説であれ、三分説であれ両者の共通点は、(1) 安全説明（療養指導の説明or医療上の説明or結果回避のための説明）と (2) 同意のための説明（自己決定のための説明）という2つの側面からの説明義務である。

本稿においても説明義務の効果の点における判例の態度との関連等に鑑みて、この分類法を取り上げることにする。

(1) 安全説明（療養上の説明・医療上の説明）

「安全説明（保護説明とも称される）」とは、患者に必要な情報を提供し、治療効果を高めたり、あるいは、惹起されるかもしれない損害を防止するための医師の説明義務を意味する。

すなわち、患者の身体的特性や検査結果に対する情報などを、患者と共有し、相互信頼を確認する重要なステージであり、安心で適切な医療を提供する義務という側面を孕んでおり、たとえば、他の治療手段の可能性、処方・投薬しようとする医薬品の正しい使用方法に対する説明などが該当する[43]。

安全説明は、医療上要求される注意義務の一環としての説明義務といえ、この説明の概念には、患者の自己決定権とは関係のない助言義務、警告義務、案内義務、指示・指導義務などがすべて含まれる。よって、診療行為としての説明あるいは医療上の説明ともいわれる、この安全説明は、

る見解、知る権利の概念を考慮し「告知説明」「助言説明」「指導説明」に区分することが必要であるとする見解などである（崔載千=朴永浩・前掲注16・pp.653-654.）。

42　たとえば、최순（チェ・スン）・前掲注5・pp.214-216；주호노（チュ・ホノ）[2012]，의사법총론（『医事法総論』），法文社，pp.559-563.

43　주호노（チュ・ホノ）・前掲注42・p.562.

医療行為の本質的構成部分となる[44]。

そして、この説明義務の遂行によって、①患者に正確な診療上の情報を提供し、②患者に精神的安定をもたらし、③治療に対する患者の協力や努力を促進し、④医師－患者間の信頼関係の樹立を図ることにつながるとされている[45]。

判例上においては、結核薬の副作用により視力障害を惹起した事例である大法院2005.4.29宣告2004다64067判決：【21】は、「・・・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、保健所に来て相談する措置を取れるよう具体的にな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『異常な症状があれば保健所に来て相談、検診するように』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うことができず、原告がその視力が1/2程度に弱化した時点で、保健所ではなく一般病院の眼科に診療を求めて行ったという事実がまさに上記のような注意事項の説明がしっかりなされていなかったことを反証すると見るべきである（下線は筆者）」としている。

(2) 同意のための説明

同意のための説明は、論者によって種々の分類の形があるようであるが、ここではドイツ法の影響の下、広く受け入れられている、ⅰ）診断説明、ⅱ）経過説明、ⅲ）危険説明に分類する形を紹介することにする。

---

44 鄭淇雄・前掲注10・p.450.

45 채순（チェ・スン）・前掲注5・p.215；김민중（キム・ミンジュン）・前掲注2・p.476.

ⅰ）診断説明

診断説明とは、患者の症状を具体的に把握するために、一連の必要な検査等により収集した、病状ないしは臨床所見を患者に説明し、現在の治療方法や予後、管理の臨床過程を患者の自由意思によって決定できるよう情報を提供することである[46]。ゆえに、診断説明は、まさに疾病の本質を理解する[47]という意味で、患者の自己決定のための1次的前提条件となる[48]。

具体的な事例として、大法院2009.1.15宣告2008다60162判決：【25】は、「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2003다13208,13215判決等）、・・・被告が一旦悪性腫瘍を認識したのであれば、原告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共に原告としても、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適期を逃し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ものがある。

ⅱ）経過説明

経過説明は、医師が患者に実施する医療行為のすべての過程、侵襲の程度、治療範囲、結果の多様性等を患者が認識できるように説明しなければ

46　채순（チェ・スン）・前掲注5・p.215；주호노（チュ・ホノ）・前掲注42・p.575.
47　鄭淇雄・前掲注10・p.451.
48　김민중（キム・ミンジュン）・前掲注2・p.481.

ならない[49]とされているものである。

特に経過説明では、①実施する予定の医療行為を通じて期待される結果に対する説明、②予定される医療行為を直ちに実施せず放置した場合に、患者に惹起される健康状態の変化、または将来予測に対する説明で、医療行為拒絶に対する告知としての未治療の場合の説明も含まれる[50]。

医療行為の付随効果ではなく、医療行為の経過として、当然に発生する結果である場合には、医療行為に基づく一定の結果に対する説明も、危険説明ではなく、この経過説明に含まれる。たとえば、手術後の当然の効果に対する説明はこちらに該当し、処置しようとする医師が予期できる明らかな副作用や成功可能性の程度、成功の確実性、失敗の可能性も、この経過説明に含まれるとする[51]。

大法院1997.7.22宣告95다49608判決：【11】は、「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、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

49　채순（チェ・スン）・前掲注5・p.216. 一方、주호노（チュ・ホノ）・前掲注42・p.576は、この経過説明につき、「自己決定のための説明の中の1つで、患者が治療を受けずに放置した場合の経過に関する説明をいう」と説明しており、少し限定的に解している。また、同旨のものとして、河原格［1998］『医師の説明と患者の同意―インフォームド・コンセント法理の日独比較』（成文堂）117頁を引用するが、読み違えと思われる。河原格・上掲書・117頁の記述は、「経過説明とは患者が治療を受けなければ、その状態はどうなるか、また治療が成功すれば健康状態はどう形成されるかの見込みに関する説明並びに侵襲につき説明することである。」とする。

50　김민중（キム・ミンジュン）・前掲注2・p.482.

51　김민중（キム・ミンジュン）・前掲注2・p.482.

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示している。

iii）危険説明

危険説明は、医師が医療行為を遂行するに先立って、最善の方法と手段で医療的処置を行うにつき、善良な管理者の注意を払ったにもかかわらず、回避できない後遺症や副作用等の危険性に関する情報を患者に提供するものであるとする[52]。

したがって、疾病の治療後における予後や、処置に付随的に伴う合併症、副作用といった、あらゆる危険[53]が、この危険説明の対象となる。換言すれば、侵襲行為により出現する可能性のある、すべての悪結果に対して、事前同意を有効ならしめる説明といえる[54]。

特に、発生の可能性は低くても、典型的な危険に対しては、必ず説明しなければならないというのが大法院の立場である。

具体事例として、大法院1995.1.20宣告94다3421判決：【7】は、「・・・本件のような大動脈弁膜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、代替可能な次善の治療方法などと共に患者本人に

52　채순（チェ・スン）・前掲注5・p.216.
53　김민중（キム・ミンジュン）・前掲注2・p.482.
54　채순（チェ・スン）・前掲注5・p.216.

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」としている。

しかしながら、医師に危険発生に対する認識がない場合、その認識のないことが、怠慢によるものではなく、不可抗力である場合にまで説明義務があるとはいえない[55]とされている。

Ⅲ　説明義務の範囲と限界

1　序説

説明義務の範囲については、誰が誰に対し、どういった内容をどの程度説明しなければならないかについて様々な見解があるが、一律的に定まった基準めいたものはなく、具体的事案によってその説明の範囲が決定づけられていくともいえる[56]。重要な点は、医療の侵襲性と患者の自己決定権に関する事項で、大法院も説明義務の範囲につき、患者に対する説明義務が、手術時だけに限られず、検査、診断、治療等すべての段階で各々発生するとしつつ、医療過程全般ではなく、手術等侵襲を与える場面や、悪結果発生の蓋然性がある医療行為を行う場合、死亡等、重大な結果発生が予測される場合のように、患者に自己決定による選択が要求される場合[57]とし、そして、その医療行為に伴う後遺症や副作用が、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おいては、その発生可能性が稀少であることをもって免責されるものではないとしている[58]。

ここにおいては、韓国の判例・学説上説かれている医師の説明義務の外

55　주호노（チュ・ホノ）・前掲注42・p.576.
56　채순（チェ・スン）・前掲注5・pp.221-222.
57　大法院1995.4.25.宣告94다27151判決。
58　大法院1995.1.20.宣告94다3421判決。

郭をスケッチしつつ可能な限り内実部分の探索を企図してみることにする。

2　説明義務者と同意権者

(1) 説明義務者

ⅰ) 処置医

説明義務の主体は原則として処置医である。特に、侵襲が重大で予後が予測困難など、変数的かつ複雑な事情が存在するほど、医師と患者間の信頼関係が重要であるため、直接処置医が説明を行うのが望ましいのはいうまでもない。

ただ、処置医が直接説明できないなど、特別な事情がある場合は、主治医（指導医）や他の同僚の医師を通じて説明をするのも構わない。

ⅱ) 医師以外の医療従事者

医師ではない他の医療従事者や、事務職員などに委ねて、説明を代行してもらうことは許されない。説明義務は、診療義務とは別個の独立した義務として、医師に賦課されている固有な義務であるという考えが一般的であること、また患者からの質問に的確に答える必要性ということからも妥当である。

ただし、看護師の場合は、医療人として、療養上の看護を独自に実施することができるため、その範囲内で説明義務を負担する（看護説明）[59]。

ⅲ) 医療機関開設者（病院経営者）

医療機関開設者ないしは病院経営者は、勤務する医師に対し、説明義務を尽くすよう指揮・監督する責任がある。たとえば、各科の科長等に、ただ説明義務に対する一般的な指示や教育を行ったという事実のみでは、こ

59　주호노（チュ・ホノ）・前掲注42・p.579.

の指揮・監督義務を果たしたとはいえない[60]。

(2) 説明の相手方

説明の相手方は、原則として患者本人である。患者本人に判断能力がない場合や、直接説明を聞くことのできない特別な事情がある場合には、法定代理人、家族等の代理権者[61]が説明の相手方になる[62]。

患者の承諾を得るための前提としての説明義務は、自己決定権という人格的利益を保護するためのものであるから、決定の意味や結果を合理的に判断できる精神的能力が備わっていることが求められ、患者本人は、少なくとも侵襲行為の意味、内容、危険の程度等を理解し、その侵襲行為によってどのような結果が発生するのか判断できることを要する[63]。

(3) 判例の態度

説明義務の主体に関するものとして、大法院1999.9.3.宣告99다10479判決：【15】は、「説明義務の主体は原則的に当該処置医というべきであるが、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」と判示している。

ただ、手術には携わらず説明だけ行った医師といえども、説明が不十分な場合、それにより患者に損害が発生したときは、責任を問われる可能性はある[64]。

また、同意権者に関するものとして、大法院1994.4.15.宣告92다25885判決：【6】は、「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

60 鄭淇雄・前掲注10・p.447；金善中・前掲注18・p.89.
61 法律行為の代理権者とは別の概念であるが、たとえば金善中・前掲注18・p.90はじめ、複数の文献でこの表現が用いられている。
62 鄭淇雄・前掲注10・p.447；金善中・前掲注18・p.90.
63 金善中・前掲注18・p.91.
64 金善中・前掲注18・p.89.

い訴外C（筆者注：患者亡Aの小舅）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」と判示した。

また、大法院1995.1.20宣告94다3421判決：【7】は「・・・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、代替可能な次善の治療方法などと共に患者本人に真摯かつ詳細に説明すべき事項である（下線は筆者）」とし、同じ事件の再上告である大法院1997.7.22宣告95다49608判決：【11】においても、「原告に対する本件開胸手術を実施するにあたり、原告の承諾を要しない特別の事情がある場合には該当しないというべきで、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手術患者である原告に、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ら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」とした原審判断を是認した。

3　説明義務の形式

(1) 口頭説明と手術同意書

説明の方法に関しては、法定の方式や、特定な方式があるわけではなく、口頭であれ、書面であれ、制限されることはないが、医師と患者間の

信頼関係が、医療において重要な要素であることに鑑みると、口頭での説明が望ましいとされているが、ただ、医師が患者に疾病の状態や治療方法、予後等を説明しても、患者がその説明を理解できなければ、説明の目的を達成したとはいえないため、患者の理解度に合わせ、患者が必要とする情報を提供してこそ、説明義務が履行されたと評価することができる[65]。

現在、大部分の病院で、医療紛争に備える目的も兼ねて、手術同意書等、一定の様式の書面を使用し、患者や家族の署名を得ることで説明および承諾に代えるといった傾向も見受けられるが、こういった不動文字による説明は、それだけをもって患者個々人に対する具体的な状況に対応できるものではない。医療過程で説明の重要なポイントなる部分を喚起させるなど、効用は認められるが、補充資料として使用できるものの、一般的に説明書や手術同意書に署名を行ったという事実だけでは、患者がその内容を理解したという事実、ましてや、その内容が適切に説明されたということを立証することはできない。

(2) 判例の態度

手術の麻酔事故による死亡事案で、大法院1994.11.25宣告94다35671判決：【6】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）内容説明を熱知し、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

65 鄭淇雄・前掲注10・p.448；金善中・前掲注18・pp.93-94. 金善中元判事は、「説明対話」という表現を用い、説明対話が原則で、書面は説明対話の補助手段として意味を持つもので、書面それ自体のみでは不十分であると説く。

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」できないとした。

4　説明の範囲を決定づける事項と基準

(1) 重要事項

医師が医療行為に際し、患者に説明すべき事項としては、患者がその医療行為を受けるに際し、理解納得の上、受けるか否かを決定するのに影響を及ぼすようなものは重要事項として必ず説明を要することになる。

具体的には、症状、手術等侵襲の内容と程度、その必要性、予後（治療をしなかった場合も含めて）、代替的な方法、そして、侵襲の結果として予想される合併症や副作用等の危険及びその内容・程度、発生率、発生可能性と防止可能性、対処方法、当該医療機関の過去の実績等であり、予見可能な危険及び医療行為の中でも自己決定が要求される事柄と場面においては、説明義務が課されることになる[66]。

(2) 主観的基準[67]

上記「重要事項」に関して誰を基準に判断するのかという主観的基準については、大きく医師基準説と患者基準説に大別されるが、韓国の学者のほとんどが患者基準説を採る。

患者基準説にはさらに、①抽象的患者基準説、②具体的患者基準説、③折衷説に見解が分かれている。

①抽象的患者基準説とは、通常の患者、分別ある患者を基準にし、彼らが重要視するであろう自己決定に必要な情報が説明されなければならないとするものである。

66　金善中・前掲注18・pp.95-96；崔戴千=朴永浩・前掲注16・pp.667-668.

67　この部分に関しては、崔戴千=朴永浩・前掲注16・pp.665-666；鄭淇雄・前掲注10・pp.455-456；金善中・前掲注18・pp.97-98に依拠。

②具体的患者説は当該患者を基準とし、その患者が重要視する情報が説明されなければならないとする。

③折衷説は、抽象的患者を基準とするが、具体的患者の事情も斟酌しなければならないとする。すなわち、合理的患者を基準としつつ、当該患者の認識を包摂するとしたり、説明義務は主観的・客観的要素を総合的に考慮し定めなければならないもので、通常は分別ある患者が自己決定を行うために必要とする事情に対して、概括的に説明すれば足りるとするもの、具体的場面によっては、それと併せて、患者の特別な事情、つまり、教育程度、年齢、信条、心身状態及び医師との関係、そして特に、その患者が重要視すると思われる事項も併せて考慮する必要もあるという。そしてこの折衷説が、現在、韓国での多数説で、大部分の学者の立場であるようである。

(3) 客観的基準

重要性判断の客観的判断の基準としては医療水準があげられ、それに照らして、危険の重大性（病状の急迫性、侵襲の危険度、危険の可能性）、医療行為の緊急性と不可避性などが変数的要素となる。

ｉ）医療水準[68]

医療水準は、医師に対して要求される、高度の注意義務と医療現実との

68　この「医療水準」という概念は、日本の医療事故責任法（医療水準論）より韓国に継受・定着した概念であるが、金敏圭教授は、日本において一連の未熟児網膜症事件を契機に生成され議論の蓄積と共に発展してきたというその背景の理解なしに、また日本の医療水準論は医師の過失責任を免除するための手段として作用し、「医療水準違反＝過失」あるいは「医療水準合致＝無過失」という「キーワード」が形成されたことを指摘され、さらに「医療水準」判断自体が「過失」判断と帰結したならば、民事責任要件としての「過失」判断以外に「医療水準」という屋上屋を架す意味、その判断基準は「臨床医学の実践における医療水準」を意味するといった理解であれば、「最善の注意義務」という基本原則も結局空

調和を図るため提唱された概念である。したがって、学問上の医学水準ないし先端的医療水準とは違う実践的・平均的医療水準を意味する[69]。

この点、金善中元判示は、「医師が患者に説明しなければならない「重要事項」に該当するか否かは、説明当時の実践的・平均的医療水準を基準に判断するべきであるとし、ここにいう実践的・平均的医療水準とは、当該医師の専門性や地域性を前提とするもので、大学病院、専門病院と一般開業医の間には、説明義務の判断基準が違うことがありうる。また、説明義務は、医学の発達と相関関係を有するので、医学が発達するにつれ、説明義務の内容も流動的となる。」[70]と説く。

医療水準が説明義務をめぐる判例に登場してきたのは、大法院1994.4.15.宣告93다60953判決：【5】あたりからである。ここにおいて大法院は、「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の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行う場合において、応急患者

洞化することを説かれ、ゆえに、韓国の場合においては、日本の医療水準論を無批判的にそのまま受け入れることについて疑問を呈される。しかしながら、かような立場から見ても「大法院判決では『・・・医師が行った医療行為がその当時の上のような医療水準に照らし最善を尽くしたものと認定される場合には、その医師に患者を診療するにあたって要求される注意義務に違反した過失があるということはできないのである』と判示し『医療水準合致＝無過失』という形式を採らず、『医療水準＋注意義務⇒最善の注意義務⇔過失判断』という形式を採っているものと思料され、本大法院判決は妥当である」（金敏圭［1994］，醫師의（の）過失判斷構造，法學硏究，第6輯，p.34）とされる。ここにおいては、このような韓国における医療水準論に関する議論状況を、まず紹介しつつ、それを踏まえた上で、論を進める必要性を感じるのはいうまでもないが、本稿においては、この点に関しては、これ以上深く立ち入らないことにし、差しあたっては、より詳しい参考文献として、金敏圭［2001］，醫療水準論，民事法理論과 實務，4권1호（民事法理論と実務4巻1号）；同［2008］，의료과오책임소송에 있어서「의료수준」개념의 재구성（医療訴訟における「医療水準」概念の再構成），동아법학，41호（東亜法学41号）の2点を挙げておく。

69　金善中・前掲注18・p.99.

70　金善中・前掲注18・p.99.

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いうべきである（下線は筆者）」とした。

以降、判例の中で定着していき、大法院2006.11.23宣告2005다11688判決：【22】においては医療水準の意味につき、「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）。」と説示している。

他方、大法院1999.9.3宣告99다10479判決：【15】は、「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」としており、医療水準が客観的基準となりうることを明示している。

ii）危険の重大性

医療に伴う危険が、公認の医学・医療原則によって予見可能なものと、そうでないものとが起こりうるが、原則的に予見可能な危険が、重要事項として説明の範囲となる。

そして、その危険は、重大であれば重大であるほど、説明の範囲は拡大することになり、たとえその可能性が僅かなものといえども、説明の範囲に含まれてくることになる。

以下、事案と共にいくつか紹介する。

①大法院1994.4.15.宣告92다25885判決：【4】

（医師は、交通事故で脳の部分に重度の外傷を負った、原告（20歳）に、ソルメドロール（Solumedrol：脳圧下降と脳機能保護のための重傷ショック治療剤）を原告やその家族の承諾を得ることなく、医師の独断で使用し、その時は奏効し退院に至ったが、1年5か月後、本薬剤の副作用で、大腿骨頭無腐性壊死の症状が出現したという事案）

「上記医薬品投与による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○○株式会社もこれを警告していたことは原審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る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断定することはできず、その発生可能性の稀少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は、その副作用等の可能性に関する事前の説明が必要であり、原審判示のように、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等に照らし合わせ、よりその説明の必要性があるというべきで、医師がその医薬品の用法と用量に従った投薬を行う場合でも、その副作用の可能性を事前に説明し患者の承諾を得なければならない」とした。

②大法院1995.1.20.宣告94다3421判決：【7】

（開胸手術後の副作用として脳梗塞が発生し、重度障害が後遺。医師は患者の兄に診断所見と実施予定の手術の説明をしたが、患者本人には行っておらず、また、この手術の場合、極稀に起こることがある脳障害についてまでは、説明しなかったという事例）

「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」とした上で、「大動脈弁置換等の開胸手術後、その後遺症として出現する脳損傷の頻度は、明白な神経学的障害がある場合は、0.5ないし1％であるが、意識混濁や知的機能の障害まで含めると、8ないし10％に達する等、原告に出現した脳栓塞の後遺症はその発生頻度は大きくはなくとも、開胸手術に伴う典型的な副作用の1つであり、原告は実際に、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、代替可能な次善の治療方法などと共に患者本人に真摯かつ詳細に説明すべき事項で」あるとした。

③大法院2004.10.28.宣告2002다45185判決：【20】

（脳血管造影検査にて椎骨動脈の撮影時、急に頭痛を訴えたため検査を中断したが、意識を失ない、そのまま脳梗塞となり、死亡に至った事例）

「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、医師は、施術前の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」とした。

④大法院2009.1.15.宣告2008다60162判決：【25】

（乳房にしこりを触れ受診したが、初診時マンモグラムの映像で石灰沈着を伴う結節の陰影と超音波検査では多発性腫瘤が観察されが、患者に対し、組織検査で良性か悪性かの確定診断が必要である旨の説明まではしなかったところ、腫瘤が大きくなったことで手術し、摘出した腫瘍に対する検査を依頼したところ、浸潤性の癌で、抗癌剤治療とさらに広範囲の切除術を要した事例）

「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、・・・被告が一旦悪性腫瘍を認識したのであれば、原告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共に原告としても、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適期を逃した過失があると判断したのは正当」であるとした。

iii）時間的緊急性、不可避性

必要とする医療行為が緊急を要し、かつ、不可避であればあるほど説明

の範囲は縮小し、その性質上、時間的ゆとりがある場合には、詳細な説明が要求される。美容整形や形成外科的手術も医療行為の範疇に取り入れて考えられており、その手術過程で、医師が患者に侵襲を加える場合に対しても、医師の説明義務法理が適用されることになる。

判例上における具体事例としては、たとえば次のようなものがある。

①大法院1987.4.28.宣告86다카1136判決：【2】

（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、手術及び処置の同意を得て、被告病院形成外科医師の執刀で原告の大腿部の皮膚を使う方法で頭皮移動術を行ったが、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、将来改善困難な色素異常及び皮膚瘢痕等の後遺症が残存した事例）

「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集箇所に相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、それを経ずに漫然と頭皮移動術及び植皮術等の手術に関する同意だけを得たにすぎず、両大腿部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、原告の当該障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」と判示した。

②大法院2002.10.25.宣告2002다48443判決：【19】

（原告は美人大会に参加の予定で、額と顎を高め目を二重にする手術を希望して被告を受診し、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、美人大会韓国代表に選ばれるなど活動していたが、再度、二重の大きさを若干縮め、額と顎の補綴物の大きさもやや薄手のものにする追加手術を受けたところ、原告の顎の部分に挿入したシリコンが対角線上に移動し、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の瘢痕に部分的に頭髪が再生しない事態となった事例）

「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髪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、十分な説明をすること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」とした。

iv）説明義務の射程と限界

自己決定権との関係で、説明義務の範囲の外縁を画するものとして、大法院2010.5.27.宣告2007다25971判決：【26】は、「医師の患者に対する説明義務は、手術時だけに限られず、検査・診断・治療等診療のすべての段階で発生するといえるが、このような説明義務違反に対し、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施行し、患者に予期でき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ち患者に疾病の症状、治療や診断方法の内容及び必要性とそれによって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することができたにも関わらず、医師が説明をしなかったがため、その機会を喪失させたことによる精神的苦痛を慰謝するものであるから、このような意味においての説明義務は、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に悪結果発生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のように、患者に自己決定による選択が要求される場合を対象とするのである。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に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と見るのが相当である（大法院1995.4.25.宣告94다27151判決等参照）。（下線は筆者）」と一般論を述べた上、具体的な事案との関係においては、「原告2（筆者注：産婦）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原告1（筆者注：新生児）に脳性麻痺という重大な結果をもたらす蓋然性のある医療行為があったとはいい難く、まして原告2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、原告1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、被告らが原告2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いえども、それによる慰謝料支給義務があるとはいい難い」とした。

5　説明義務の免除

医師の説明義務は、患者の具体的事情といった、主観的要素により制限される場合もあれば、医師の「治療上の特権」といった、客観的要素により制限される場合もあるとされている[71]。

71　金善中・前掲注18・p.116.

たとえば、説明義務を果たすことが却って治療目的に反する場合や、説明する時間的余裕がない緊急事態等の事情がある場合には、例外的に説明が免除され、または患者の同意なく医療行為を行うことができると解されているが、これをあまり広く認めると医師の裁量の余地を拡大させ、患者の自己決定権を萎縮ないしは空洞化させる危険もあるため、医師の説明義務に対する制限は必要最小限の範囲においてのみ、例外的に認定されるものと解されている[72]。

大法院も「当然に予測される危険性が軽微な侵害行為を除いては、緊急な事態で患者の承諾を得る時間的余裕がなかったり、説明によって患者に悪影響を及ぼしたり、医療上悪影響をもたらす等、特別な事情がない限り」[73]違法であるとの評価を免れないと説示しており、一定の場合においては、説明義務が免除されることもある旨を示している。

以下、免責事由として論じられているものをいくつか紹介することにする。

(1) 緊急事態

患者の疾病状態が緊急を要するような場合、つまり患者が急迫かつ重大な症状を呈している場合等、直ちに処置をしなければ、患者に死亡ないしは、健康上、重大な結果が惹起されるような、応急医療の場面では、説明義務を履行することなく、医療行為を行うことが許されると解されている[74]。

その場合、患者の推定的意思に符合する治療を行わなければならない[75]が、それにより、いわゆる推定的承諾による説明義務の不履行が正当化さ

72　김민중（キム・ミンジュン）・前掲注2・pp.496-497.
73　大法院1997.7.22.宣告96다37862判決。
74　김민중（キム・ミンジュン）・前掲注2・p.498；金善中・前掲注18・p.116；金相容・前掲注27（同，[2003]）・p.823.
75　金相容・前掲注27（同，[2003]）・p.823.

れると解されており[76]、原則的に患者の生命や健康という法益が患者の自己決定権よりも上位に位置づけられるとする見解が一般的なようである[77]。

(2) 患者による説明の放棄

患者が説明を受けることを拒否している場合等、事実上説明が不可能な場合がある。医師が勧める治療とは別の治療を受けることを既に決めた患者や、説明を受けることを明確に放棄している患者に対しては、説明を必要としない[78]。

患者による説明の放棄は、明示的にはもちろん、黙示的にも可能とされる[79]。これにつき、大法院判決で、「原告が持病の根治のために、一応、心臓手術を受ける考えで、被告病院に入院したとしても、そのような事情だけでは、原告が本件手術の副作用を予め認識していたとか、医師より説明を受けることを黙示的に放棄したものと見ることはできない」[80]と判示したものがある。

また、説明放棄の対象は、患者がその当時認識できる内容に限定され、医療処置に伴う副作用や後遺症のような危険等が、平均的患者が認識できる範囲を超えたものである場合は、患者の説明放棄があったとしても、医師の説明義務は免除されないとされている[81]。

(3) 治療上の特権

患者の性格や精神状態を考慮したとき、医師による広範な説明が、却って患者に心理的に悪影響を及ぼし、治療機会の喪失を招いたりする恐れが

76 金善中・前掲注18・p.116.
77 金善中・前掲注18・p.116；김민중（キム・ミンジュン）・前掲注2・p.498.
78 金善中・前掲注18・p.120；金相容・前掲注27（同，[2003]）・p.823.
79 김민중（キム・ミンジュン）・前掲注2・p.497.
80 大法院1995.1.20.宣告94다3421判決。
81 김민중（キム・ミンジュン）・前掲注2・p.497.

ある場合には、例外的に患者に対する説明を省略したり制限したりすることが許され、これが医師の「治療上の特権（therapeutisches privileg）」とされている[82]。

このような「治療上の特権」が認められる場合としては、①説明が患者に過剰な心的負担を与える場合、②説明により患者の病状に対する危険が増大する場合、③第三者に対する危険が増大する場合、④説明をすると患者にとって絶対に必要な治療が不可能になる場合等が該当し、このような場合医師は、「治療上」の必要により説明を制限し、また省略することが認められるとする[83]。

典型的な例としては癌告知の場面が考えられるほか、手術の副作用によって死亡に至る蓋然性もある旨の事実を説明すると、患者がショックによって、却って有害な事象が生じる可能性がある場合、たとえば、統合失調症のような精神疾患の患者を診断し、その疾患の原因となるものが患者の乳児期にあることを発見したような場合、医師は父母等、家族構成員の保護のために情報提供を留保することができるという[84]。

大法院における具体事例としては、「医師の説明が、患者をして医学知識及び技術上合理的な診療行為を、非合理的な根拠で拒否させるような結果を招く恐れがあるという事情だけでは、医師の説明義務が免責されるということはできず、また、記録上、医師の後遺症の危険に対する説明が、原告を直接的に危険にさらす身体的・精神的反応、または治療目的を損なう反応を起こす憂慮があると認定するだけの証拠が認められないから、上のような憂慮があることを前提とし、いわば医師の治療特権の次元で説明義務が免除されなければならないという主張は受け入れられない」[85]とし

82　朴鐘元・前掲注16・p.142；김민중（キム・ミンジュン）・前掲注2・p.499.
83　朴鐘元・前掲注16・p.142；김민중（キム・ミンジュン）・前掲注2・p.499.
84　김민중（キム・ミンジュン）・前掲注2・pp.500-501.
85　大法院1995.1.20.宣告94다3421判決。

たものがある。

(4) 仮定的同意（推定的承諾）

原則的に医師は、患者の自己決定のために要求される説明をし、かつ、その履行につき、証明責任を負う（これについては、後述（Ⅳ－1））。ただ、一定の場合、適切な説明は欠如したが、十分な説明が行われていたとしても、患者がその具体的な侵襲行為に同意していたということが証明されれば免責されるという、いわゆる仮定的同意は、医師側の抗弁として可能で、患者の同意が明白に予想される場合にだけ許容される[86]。

大法院も、仮定的同意（承諾）自体は認めており、対象判決では、以下3つの判決において言及している。

①大法院1994.4.15.宣告92다25885判決：【4】

「患者が医師より正しい説明を受けたとしても、上の投薬に同意したであろういわゆる仮定的承諾による医師の免責は、医師側の抗弁事由として患者の承諾が明確に予想できる場合にのみ許容されるところ、記録によれば、被告法人のこれに関する主張がないのみならず、原審判示のように、医師の立場で他に対処する治療方法がなかったという事由のみをもって患者である原告1の上記副作用を考慮し、種々の形で対処する選択の機会をすべて排除し、その投薬を承諾したことが明白であると推定し、患者の自己決定権侵害を否定することはできないというべきである。」

②大法院1995.1.20.宣告94다3421判決：【7】

「患者が医師から適切な説明を受けたとしても手術に同意したであろうという、いわば仮定的承諾による医師の免責は、医師側の抗弁事項とし

86 崔載千=朴永浩・前掲注16・pp.674-675；朴鐘元・前掲注16・pp.146-147；金善中・前掲注18・p.123-124；김민중（キム・ミンジュン）・前掲注2・pp.501-502.

て、患者の承諾が明白に予想される場合においてのみ許容されるというべきであるが（大法院1994.4.15.宣告92다25885判決参照）、原審判示のように原告の心臓疾患に対する根源的な治療のためには近い将来、大動脈弁膜置換、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を施行するしかなく、また、原告がその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事由だけでは、原告が上記開胸手術に随伴するかもしれない副作用まで考慮し、さまざまな対処の選択可能性をすべて排除し、その手術を承諾したことが明らかであると推定し、患者の自己決定権の侵害を否定することはできないというべきである。」

③大法院2002.1.11.宣告2001다27449判決：【16】

薬剤師が調剤した風邪薬を服用し、その副作用（スティーブン－ジョンソン症候群）により死亡した事案で、「患者が正しい説明を聞いたとしても、投薬に同意したであろうという、いわゆる仮定的承諾に関する免責は、被告の抗弁事由として患者の承諾が明白に予測される場合にだけ許容されるというところ（大法院1994.4.15.宣告92다25885判決参照）、記録上示された事情だけを持って被告が説明義務を果たした場合にも訴外1（筆者注：患者）がその副作用を考慮し、種々対処しうる他の選択の可能性をすべて排除し、被告が調剤した上記風邪薬の服用を承諾したことが明白であると推定し、患者の自己決定権侵害を否定することはできない」として被告側の主張を排斥している。

以上にみるように、仮定的同意に関する大法院の態度は厳しく、今回の対象判決では認めたものはない。

6　小括

医師の説明義務は、侵襲的な医療行為が行われる限り、手術の際のみならず、検査、診断、治療等すべての段階で各々発生し（【4】【5】）、処置に

緊急性がない場合（【2】【19】）や、後遺症・副作用の発生可能性とその程度が重大な場合（【7】【20】）には、その説明義務の程度は、より強く要請される。

他方、「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」は負わない（【15】）。

また、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、説明不十分なまま侵襲行為により、「患者に予期しえない重大な結果が発生した場合」に、「その行為に先立って」治療の必要性や予想される危険性等の説明を受けたならば、患者が「自ら自己決定権を行使し」、重大な結果の発生を回避できたにもかかわらず、説明欠如により「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あるから、「自己決定による選択が要求される場合だけ」を対象とし、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」でない場合や、または「患者の自己決定権が問題とならない事項」に関するものは説明義務違反による賠償対象外となる（【26】）として外縁を画している。

また、説明義務が免責される免責事由として、緊急の場合や治療上の特権、仮定的承諾などがあげられるが、これらに関して、大法院は、緊急の場合や患者に悪影響が及ぶ等特段の事情がある場合を除いては、厳格に解しており、治療上の特権（【7】）、仮定的承諾（【4】【7】【16】）に関して正面から認めたものは、今回の対象判決では見当たらない。

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

民法上、不法行為責任において、加害者の過失に対しては、被害者である原告側にこれを立証する責任を負わせているので、医師の診療上の過失

に対する立証責任は、患者側が負担するのが原則である。しかし、医師の説明義務違反に対する立証責任を誰が負担するのか、つまり患者側が証明責任を負うのか、あるいは、医師側の方で、適法な説明がなされたことを証明しなければならないのか、という点で見解が分かれている。

(1) 患者負担説（原告負担説）

患者負担説は、原告である患者側が、説明の欠如につき立証をしなければならいという見解[87]である。この考えの根底には、まず説明義務の性質を独立的義務とみる見解がその基礎にある。つまり、独立的付随義務説あるいは独立的注意義務説の見解に従えば、説明義務に違反するということは、不法行為となるため、説明不履行の証明責任は、一般の不法行為の立証責任と同様に、原告である患者側にあると考えるのである。

(2) 医師負担説（被告負担説）

医師負担説は、説明義務違反を理由とする訴訟においては、原則として医師が立証責任を負わなければならないという見解[88]である。この見解の根拠は、患者の同意（承諾）を医療行為の違法性阻却事由とみるところにある。すなわち、医療侵襲は、不法行為の構成要件に該当し、違法性が推定されるので、医療侵襲の適法性を主張しようとする医師側が、侵襲に対する違法性阻却事由としての医師の適切な説明を前提とする患者の同意（承諾）を立証しなければならないという構成を根拠とするものである[89]。

87　全炳南・前掲注38・p.279.

88　金天秀・前掲注7・pp.391-396；鄭淇雄・前掲注10・p.460；李德煥・前掲注18・pp.189-191；朴一煥 [1997], 醫療契約, 郭潤直編輯代表, 民法注解XVI債權 (9), p.268；宋榮珉 [2007], 의사의 설명의무에 관한 최근 판례의 동향과 그 비판적고찰（医師の説明義務に関する最近の判例の動向とその批判的考察）, 재산법연구23권 1호（財産法研究23巻1号）, pp.246-247；金善中・前掲注18・p.115.

89　金善中・前掲注18・p.115. また、주호노（チュ・ホノ）・前掲注42・p.603は、これはドイツの判例の立場でもあるとする。

(3) 判例の立場

初期の判例においては、立証責任に関して明確に示しているものはなく[90]、1990年代に入り始めてこの問題について言及しているのが大法院1994.4.15.宣告93다60953判決である。これによると、説明義務違反を根拠に責任追及する場合、慰謝料のみ請求する場合と全損害を請求する場合とを分けて二元的に述べているが、いずれにせよ説明義務懈怠（過失）に関する証明責任は患者側にあると読むことができる。

ところが、2007年には、説明義務の履行自体に関する立証責任は、医師側に負わせることを判例上において明示する判決が登場するに至り、以後、判例の態度は、説明義務の履行（懈怠がなかったこと）そのものに関する立証責任に関しては医師負担説を採用している。

ｉ）対象事例

①大法院1994.4.15.宣告93다60953判決：【5】

「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、説明を受けていたならば、死亡等の結果は生じていなっか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

90 李慶桓 [2004]，醫療訴訟에 있어서의 過失과 관련된 爭點（医療訴訟においての過失と関連した争点），저스티스，77호（ジャスティス77号），p.138.

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いうべきである。」

②大法院2007.5.31.宣告2005다5867判決：【23】

「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、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応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賦課されている点、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といった点に照らし、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大法院2010.8.19.宣告2007다41904判決：【30】

「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2005다5867判決）、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」としている。

ii）若干のコメント

上に見るように、判例は、説明義務違反の立証責任を医師側に課すことを正面から明確に示している。これにより説明義務の懈怠ないし欠如に対して、患者側の立証責任は緩和されるにいたったが、その実益は、医療過失と悪結果との間の因果関係の立証が困難な場合、これを迂回し医師の責任を僅かながら認定することで、患者を慰労しようというもの以上には至らない[91]。したがって、重要なのは、説明義務違反の履行に対する立証責任というより説明義務違反（過失）と悪結果発生との間に存在する因果関係の立証責任の問題であるが、これに関しては後述する（Ⅳ－2）。

91 백경일（ペク・キョンイル）[2008]，의료계약상 설명의무위반책임의 법적성질과 입증책임의 문제（医療契約上説明義務違反責任の法的性質と立証責任の問題），민사법학，40권（民事法学40巻），p.291.