

博士論文  
2013年度

論文題目

医療紛争の予防と解決に向けた法的枠組みの検討  
－日本からみた韓国医事法と制度システム－

An Investigation of Legal Framework for Prevention and Resolution  
of Medical Dispute:  
Health Care Law and System in Korea seen from Japan

李 庸吉

## 目 次

第1章 序 論	1
第1節 問題視角と予備的考察	1
I 問題視角	1
II 予備的考察	2
第2節 本稿の構成	10
第2章 韓国における医療紛争の動向と問題状況	11
第1節 問題の所在	11
第2節 近時の医療紛争の動向とその特徴	15
I 医療紛争の現況とその特徴	15
1 増加趨勢	15
2 医療紛争当事者の行動	17
3 刑事告訴の利用	18
4 紛争当事者行動と法意識	19
II 医療紛争の増加原因	20
1 医療者側の要因	20
2 患者側の要因	24
3 制度的要因	25
III 医療紛争が生み出す社会的副作用	27
1 防御的診療の傾向	27
2 医療費等社会的費用の上昇	27
3 診療環境（医療現場）に与える影響	28
第3節 民事訴訟の状況	28
I 一般的傾向	28
II 医療訴訟の審理方式	29
1 書面による争点整理手続	30
2 調停回付	30
3 事件分類	31
4 争点整理期日	31
III 法院における医療訴訟事件の処理状況	31
1 平均審理期間	31
2 既済事件の終局区分件数とその割合	33
第4節 医療紛争解決のための立法動向	42
I 医療紛争調停法案の目的と主な内容	42
1 法案制定の必要性	42
2 医療紛争調停法案（94年政府提出案）の主要骨子	43
II 医療紛争調停法の立法推進経緯	43
1 立法推進過程の概観	43
2 医療紛争調停法の主な争点とその議論状況	45
III 小括	49

第3章 紛争発生「前」の制度的デバイスー説明義務	51
第1節 韓国における医師の説明義務法理の生成と展開	51
I 序説	51
II 説明義務の意義と根拠	52
1 説明義務の意義と沿革	52
2 説明義務の認定根拠	53
3 説明義務の法的性質	55
4 説明義務の類型	57
III 説明義務の範囲と限界	60
1 序説	60
2 説明義務者と同意権者	61
3 説明義務の形式	62
4 説明の範囲を決定づける事項と基準	63
5 説明義務の免除	69
6 小括	72
IV 説明義務と立証責任の問題	72
1 説明義務履行に対する立証責任	72
2 過失・因果関係と説明義務	74
(1) 立証責任軽減（緩和）理論	74
(2) 立証妨害	76
(3) 近時における過失と因果関係をめぐり大法院の態度	77
(4) いわゆる「多汗症事件」判決	79
(5) 大法院 2004. 10. 28. 宣告 2002 다 45185 判決	85
(6) 小括	89
V 説明義務違反の効果	92
1 学説	92
2 判例の態度と動向	93
3 説明義務と慰謝料	105
VI 小括	106
第2節 日本における医師の説明義務法理の生成と展開	
一 裁量との関係を中心に	107
I 問題提起	107
II 説明義務の根拠	108
1 患者の自己決定権に基づく説明義務	108
2 診療契約に基づく説明義務	108
3 医師法・医療法に基づく説明義務	109
III 日本における説明義務の位相	109
1 日本における説明義務論の勃興	109
2 従前の裁判例にみる説明義務と学説からの批判ー総論的把握	110
3 具体事例（下級審裁判例）にみる説明義務ー各論的検討	112
IV 最高裁判例による説明義務法理の展開	122
1 説明義務が初めて現れた最高裁判例	122

2	医療水準論の登場とその後の判例の推移	123
3	説明義務概念の拡張傾向とその内実	125
4	チーム医療と説明義務	126
5	小括	127
V	診療債務と説明義務	127
1	診療債務の特質としての手段債務性	127
2	医療の性質と説明義務の規範構造	128
3	説明義務の判断基準	131
4	説明義務と裁量の関係とその特質	131
5	自己決定権との関係	132
VI	小括	133
第4章	紛争発生「後」の制度的デバイスー裁判外紛争解決システム	134
第1節	韓国における従来の非司法的医療紛争解決制度	134
1	医療審査調停委員会	134
2	大韓医師協会共済会	134
3	民間保険会社による医師賠償責任保険	136
4	韓国消費者院による被害者救済	136
5	小括	140
第2節	新たな医療被害救済制度と韓国医療紛争調停仲裁院	142
I	問題の所在	142
II	韓国における医療訴訟の動向	142
III	医療紛争調停法の導入経緯	143
1	既存の制度とその問題点	143
2	医療紛争調停法導入経過の概観	144
3	新たに制定された「医療事故被害救済及び医療紛争調停等に関する法律」の主要骨子	145
IV	韓国医療紛争調停仲裁院の歩みとその実績	147
1	創設の必要性	147
2	医療仲裁院の役割と組織構造	149
3	医療仲裁院の業務の内容における特徴	150
4	医療仲裁院1年の実績	151
5	医療事故鑑定団と鑑定業務について	152
6	調停委員会の構成と調停業務について	160
第3節	小括	161
第5章	結語	163
I	問題状況の整理とまとめ	163
1	韓国社会における医療現場並びに医事法事情の特徴	163
2	説明義務法理の比較法的概観	164
3	裁判外紛争解決制度	168
II	総括と展望	168

# 第1章 序論

## 第1節 問題視角と予備的考察

### I 問題視角

医療紛争がもたらす社会的影響は、深刻かつ大きな社会問題となって久しく、医療訴訟事件の動向もやはり目の離せない動的領域を形成しているといえる。

医療において不幸な結果が発生した場合、その責任追及根拠として、技術過誤と並んで説明義務違反によるものがあるが<sup>1</sup>、殊に後者によるものは近時においては格別注目されてきたように思われる。なぜならば、従前においては、医療の門外漢である患者側からすれば、法的救済を求めにしても「専門性の壁」をはじめ様々な因子により困難を強いられてきたが、説明義務違反の構成を採ることにより、診療上の技術過誤に比して、患者側の負担の軽減が図られたとされていることに関連する。

ところが裁判に訴えるという行動をとった患者側の多くが、後述するようにその第一目的を経済的満足よりも訴訟を通じて医療が改善され、医療被害が減少することを願っており、真相解明と並んで訴訟における紛争予防機能への期待と思いがその核心部分で、この現象は、近年における医療訴訟の動向(数の増加のみならず日本においてここ数年は減少に転じている現象も含めて)と密接不可分な関係があるようにも見受けられるのである。

そうすると医師の説明義務は、単に紛争の訴訟化を可能ならしめる方途のみならず、医療現場において、信頼を回復させ紛争を予防する機能をも併せ持つとみることもさほどの外れではないように思われる。

医療紛争においては、何をおいても被害救済が重要であるのはいうまでもないが、それと共に紛争予防もそれに劣らず重要課題といえよう。

本研究では、紛争解決システムという制度的デバイスと共に、説明義務を法的義務たらしめることに上記の紛争予防機能を生じさせる効果が期待できるといった問題意識の下、これを紛争発生「前」の制度的デバイスと位置づけ、医師の説明義務と紛争解決システム、とりわけ裁判外紛争解決システムにつき考究しようとするものである。

さらに医療紛争に関する問題は、国を問わず、あらゆる国々で活発な研究がなされている分野であるが、本稿では、とりわけ韓国の法状況と制度を検討対象にする。

当該問題は、韓国においても、まさに「時の問題」としてさまざまな取り組みがなされており、殊に、近年医療訴訟の急増により、実務家をはじめ多くの研究者たちが活発な研究と議論を展開しており、その成果もかなり蓄積されているようである。

---

<sup>1</sup> 手嶋豊[1997]「医師の責任」山田卓生編集代表・加藤雅信編『新・現代損害賠償法講座3』(日本評論社)(以下、「手嶋豊[1997]」とする。)317頁以下。

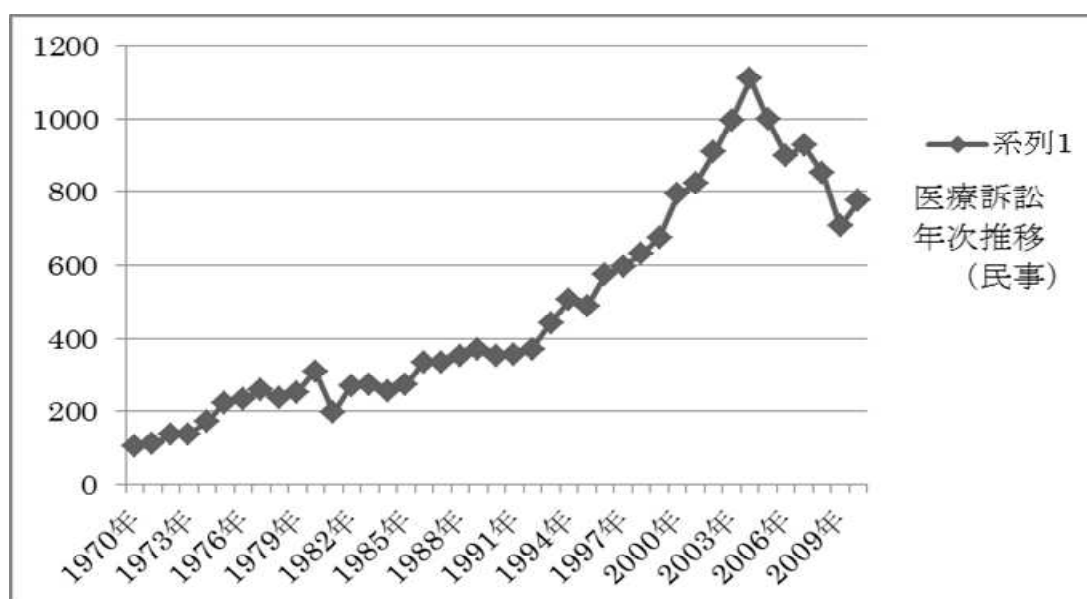
日韓両国は、東アジアにおいて経済的緊密さと社会的・文化的にも密接な相互関連を有し、欧米とはまた違った位相にあり、そのような国同士の法状況の比較は、フィードバックという点からも極めて有効であるとの認識から、日本に最も近い隣国でありながら、必ずしも実情が良く知られているとはいえない韓国の医療事情と医事法が、近年目覚しくかつ極めて興味ある変貌を遂げていること、その過程においては、日本と非常に近似した点と共に、注目されるべき顕著な相違点も同時に含まれ、日本の医療制度および医事法にとって参考とされるべきものが少なくないこと、また、この領域の日本語文献が皆無に近く、本研究の意義は決して少なくないものと思われることから、日韓の比較を交えて上記問題を検討することにしたい。

## II 予備的考察

本稿は、上に示したように紛争解決と予防のための制度的デバイスとして、主に裁判外紛争解決システムと医師の説明義務につき検討を加えていくことを予定しているが、それに先立ち、予備的に、医師の説明義務をめぐる問題が、近年における医療訴訟の動向と密接不可分な関係にある点を確認し、ゆえに説明義務の措置が紛争の予防機能を有しうること、ひいては本稿において医師の説明義務を紛争発生「前」の制度的デバイスと位置づけることの意味を明らかにすることから論を進めていきたいと考える。

まず、【図表 I-1】を示す。これは、医事関係訴訟の新受件数の年次推移をまとめたものであるが、近年、特に1990年代に入って以降、際立って増加しており、逆に2004年をピークに今度は減少に転じており、変動の著しさが見てとれる。

【図表 I-1】日本における医療訴訟新受件数の年次推移



\*1970年～1989年までの事件数は、手嶋豊[1997], 314頁の表に、1990年以降については、最高裁ホームページ (<http://www.courts.go.jp/>) の司法統計に依拠し、筆者作成。

まずは、増加部分に目を向けると、ピーク時の 2004 年には 1,110 件もの訴訟が新たに提起されているが、これはその 10 年前（1994 年：506 件）の 2 倍以上、30 年前（1974 年：170 件）<sup>2</sup> に比べると 6 倍以上の伸びとなっている。殊に、1990 年代に入って以降、ピークの 2004 年までの急増ぶりは際立っており、これがいかに尋常ではない現象かということは、民事訴訟全体の事件数の推移と比べてみるだけでも明らかである。

〔図表 I-2〕は、1990 年を基点に、民事通常訴訟<sup>3</sup>と対比し、第 1 審新受件数と増加比を示した統計で、〔図表 I-3〕はそれをグラフ化したもの<sup>4</sup>である。

〔図表 I-2〕 医事訴訟事件と民事第 1 審通常訴訟事件新受件数の対比

	医事関係訴訟事件		民事通常訴訟事件	
	事件数	増加比(単位:倍)	事件数	増加比(単位:倍)
1990 年	352	1	106,871	1
1991 年	356	1.01	112,080	1.04
1992 年	371	1.05	129,437	1.21
1993 年	442	1.26	143,511	1.34
1994 年	506	1.43	146,392	1.37
1995 年	488	1.39	144,479	1.35
1996 年	575	1.63	142,959	1.34
1997 年	597	1.7	146,588	1.35
1998 年	632	1.8	152,678	1.43
1999 年	678	1.92	150,952	1.41
2000 年	795	2.25	156,850	1.47
2001 年	824	2.33	155,541	1.46
2002 年	906	2.58	153,959	1.44
2003 年	1003	2.84	157,833	1.48
2004 年	1100	3.13	139,017	1.3
2005 年	999	2.83	132,727	1.24
2006 年	913	2.59	148,776	1.39
2007 年	927	2.68	182,291	1.7
2008 年	852	2.42	199,523	1.86
2009 年	708	2.01	235,508	2.2
2010 年	776	2.2	222,594	2.08

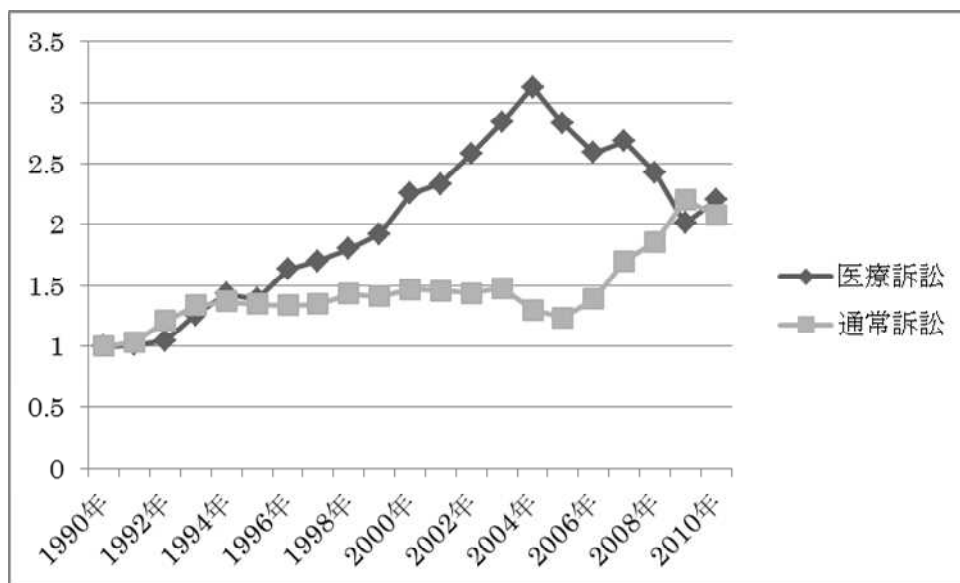
\*最高裁ホームページ (<http://www.courts.go.jp/>) の司法統計に依拠し、筆者作成。

<sup>2</sup> 〔図表 I-1〕にも反映させている 1970 年～1989 年までの事件数は、手嶋豊[1997], 314 頁の表に依拠。

<sup>3</sup> 小額訴訟は除外した統計となっている。

<sup>4</sup> 〔図表 I-2〕〔図表 I-3〕において示した増加比とは 1990 年の数値を 1 とした場合、経年の変化をその倍数で示したもの。以下の〔図表 I-4〕においても同じ。

〔図表 I - 3〕 医療訴訟と民事通常訴訟の増加比の対比



※上掲〔図表 I - 2〕に示した各訴訟件数の増加比の年次推移をグラフ化したもの

これはいったい何を意味しているのでしょうか。医療事故そのものが決して少なくない頻度で発生しているのは周知の事実であり、疑義をはさむつもりはないが、問題はその増加率である。

実際、上に示された数に沿った勢いで医療事故そのものが発生していると想定することは、昨今、医療機器や術式等も年々改良されており、また、リスクマネジメントに関する議論ないしはその取り組みもさかんになされている現状からすると、やはり非現実的といわざるを得ず、現に医療事故発生割合は、少なくともここ 30 年ほど、あまり変化していないのではないかとの見解も存在するほどである。

それよりは、むしろ事故発生の頻度そのものは大きな変化がないにもかかわらず、過去におい

<sup>5</sup> 古川俊治[2005]『患者さん参加型医療のすすめ』(かんき出版) 55 頁。また、この中で著者は、日本では大きな規模の医療事故の実態調査や研究が始まったばかりで、信頼できるデータが発表されていないため、アメリカを例にとり、医療事故の発生割合につき紹介し、コメントを付している。以下、同書より引用した表を付しておく。これらは認定基準が異なり、またアメリカのものをそのまま日本に当てはめることはできないが、少なくとも事故比率が急増しているという事実は見出せないということを示すにはそれほどの外れではないようである。手嶋豊[1997], 313 頁も同様のことを指摘する。

■ 医療事故に関する研究の結果 (古川俊治・上掲書・57 頁より引用)

	対象患者数 (施設数)	事故発生率 (%) (過失例%)	死亡 (%)
カリフォルニア・スタディ (1974)	20, 864 (29)	4. 7 (17. 0)	9. 7
ハーバード・スタディ (1984)	30, 121 (51)	3. 7 (27. 6)	13. 6
ユタ・スタディ (1992)	4, 943 (13)	2. 9 (32. 6)	6. 6
コロラド・スタディ (1992)	9, 757 (15)	2. 9 (27. 5)	6. 6



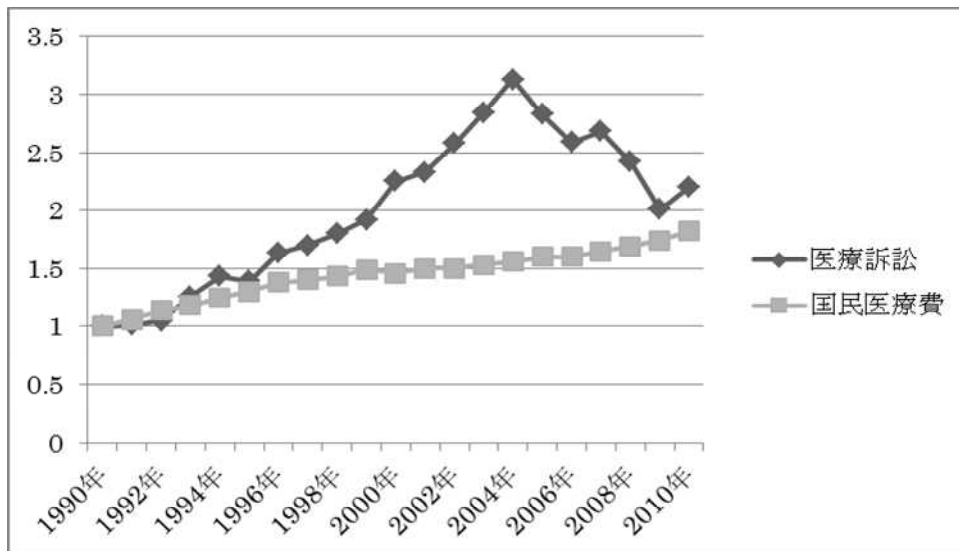
ては暗数となっていたものが何らかの事象を機縁に表在化したとは考えられないだろうか。

まずは、この点に関して、実証的な資料を基に少し検討してみることにする。

医療紛争ないしは医療訴訟増加の理由に関しては、これまで多くの識者から種々指摘されているところである<sup>6</sup>が、共通してあげられるものに、①医学の進歩・高度化による診療対象の拡大と内在する危険、②医療に対する過信（もしくは過度の期待）、③医師・患者数の増大（医療受給機会の増大）、④個人の権利意識の高揚、⑤マスコミの報道姿勢、⑥医師－患者関係の変化、⑦専門職神話の崩壊、⑧医療における患者の疎外、⑨医療不信などである<sup>7</sup>。

これらの内、①、③などが強く作用している場合は、国民医療費の動向に反映される形で、少なからず医療費の動向と牽連性がうかがえるのではないかと思うところであるが、国民医療費<sup>8</sup>と対比した【図表 I-4】において、それらしきものは見出せない。

【図表 I-4】 医療訴訟件数と国民医療費の増加比の対比



\*医療訴訟件数については、最高裁司法統計、国民医療費については、厚生労働省の統計 (<http://www.mhlw.go.jp/toukei/list/37-21c.html>) に依拠し、筆者作成

次に、②の医療に対する過信（もしくは過度の期待）も少なからず影響しているものと思われるが、注目したいのは⑥医師患者関係の変化、⑦専門職神話の崩壊、⑧医療における患者の疎外、

<sup>6</sup> たとえば、手嶋豊[1997], 312頁および当該論文の注3)～6)掲載の文献、平沼高明[1997]『医事紛争入門』（労働基準調査会）10頁、星野雅紀[1991]「医師の説明義務と患者の承諾」山口和男＝林豊編『現代民事裁判の課題⑨医療過誤』（新日本法規）123頁など。

<sup>7</sup> さらに手嶋豊教授は、「医療問題弁護士」など医療過誤訴訟を引き受ける弁護士のネットワーク構築がなされたことなども重要と説く。手嶋豊[1997], 312頁。

<sup>8</sup> 因みに、1990年度の国民医療費が20兆6074億円、2000年度が30兆1418億円、2010年度が37兆4202億円となっている（厚生労働省統計資料 [<http://www.mhlw.go.jp/toukei/itiran/index.html>] より）。

⑨医療不信（医師に対する社会的不振）で、これらは共通項として医師－患者関係<sup>9</sup>における意思の疎通、信頼関係といったところに相通ずる部分を孕んでおり、〔図表 I-1〕～〔図表 I-3〕に示されたような結果は、こういったものが反映された、ひとつの実相と読めはしないだろうか。つまり、かつては、紛争化されなかったか、あるいは、されたとしても「暗数」として水面下で潜在的に存在してきたものが、ある時期から訴訟化することが比較的可能となり、ある意味でのポテンシャルエネルギーとして鬱積してきたものが一気に表在化したように筆者には思えるのである（もちろんこれには⑤マスコミの報道姿勢などが大いに影響を及ぼしていることは容易に想像できる）。

さらに、上述した指摘につき一言すると、既に 30 年以上前の実証的研究<sup>10</sup>の中に近似した指摘がみられることが関心を引く。これによると、「医療事故事件に関しては、さまざまの因子のために、患者側に責任追及の意思形成が妨げられることが多」く、また仮に、そのような意思形成がなされた場合でも「実際に争いを起こし進めていくということに対する障害は大きい」がために、「多くの医療事故が紛争に発展せず、まして裁判所にも現れずに終わっていると推測される」とし、そして、それが「医師の仕事に対する真の理解と尊敬に基づく抑止であるならば、問題はないうであろうが、内心の不満や疑問が解消されずに残っており、ただ適当な解決手段がないために医事紛争として表面に現れないにすぎない、というものであれば、その影響は、表面に現れた医事紛争にも増して、重大」である<sup>11</sup>と、いわゆる「暗数の存在」について指摘されているところが注目に値する。

ところで、1980 年代にインフォームド・コンセント論が脚光を浴びるようになって以後、実務において説明義務違反の構成をとることにより、診療上の技術過誤に比して、患者側の負担の軽減が図られたとされている<sup>12</sup>。仮にこれが、訴訟化を困難ならしめる壁を取り払うための、一つの起爆剤の役割を果たした可能性があるのであれば、インフォームド・コンセントないし説明義務違反の問題が最も活発に議論された時期（1980 年代から 90 年代初期<sup>13</sup>）に追従するような形<sup>14</sup>で、訴訟化への動きが加速されたとする仮説は、ある程度〔図表 I-1〕～〔図表 I-3〕が示すデータとの整合性を持ちうるかも知れない<sup>15</sup>。

では次に、これ程までに「訴訟へと走る行動」をとるのは何故なのか、つまり、先に述べた、

<sup>9</sup> 本稿において、「医師」は、それ相応の医療者、また医療機関設置者をも含む概念として、「患者」とは医療相談者、その他医療サービスの提供を受ける者を広く包含する概念として用いる。

<sup>10</sup> 六本佳平[1974]「医療事故に対する患者側当事者の行動—医療事故紛争発生を中心に—」唄孝一＝有泉亨編『現代損害賠償法講座 4 医療事故・製造物責任』（日本評論社）（以下、「六本佳平[1974]」とする。）159 頁以下。

<sup>11</sup> 六本佳平[1974], 189 頁。

<sup>12</sup> 吉田邦彦[2003]「近時のインフォームド・コンセント論への一疑問—日本の医療現場の法政策的考察を中心として—」同『契約法・医事法の関係的展開』（有斐閣〔初出：民商法雑誌 110 巻 2 号（1994 年）254-272 頁、110 巻 3 号（1994 年）399-428 頁〕）（以下、「吉田邦彦[2003]」とする。）297 頁並びに同論文注(31)の各論文参照。

<sup>13</sup> 吉田邦彦[2003], 278 頁、同論文の注(1)。1992～93 年の医事法学会では、続けてインフォームド・コンセント論がシンポジウムのテーマとされている。詳細は年報医事法学 7 号（1992 年）、同 8 号（1993 年）参照。

<sup>14</sup> こういった学界での活発な議論とそれによって導き出される提言は実務の世界に大きな影響を与えることになり、当然ながら裁判所の態度にも影響は及ぶものと考えられる。

<sup>15</sup> 通常、医事訴訟の場合、素人の患者やその家族が単独で訴訟を起こすことはまず考えられず、その道の専門家たる弁護士による「見立て」が前提としてあって、結果に対するある程度の見込みをもって踏み切るわけであろうから、学界において活発な議論がなされるということは新たな潮流へと向かう一つの潮目を形成するという考え方も可能であろう。

「いわゆるポテンシャルエネルギーなるもの」の内実に秘めるものは何なのか、といった疑問が湧いてくる。

その検討に先立って一言すると、冒頭に述べたように、裁判に訴えるという行動をとった患者側の多くが、その第一目的を経済的満足に求めているのではないということである。

蓋し、通常訴訟の勝訴率が80%を超えるのに対して、医事訴訟においては、概ね30～40%そこそこで<sup>16</sup>、訴訟に費やす費用、時間的コストをはじめ膨大なエネルギーに鑑みて「報われない訴訟」となるリスクの多い、いわゆる「賭け」になること、また、たとえ勝訴判決を勝ち得ても、とてつもなく長い年月を必要とし、真の被害救済には至らず、殊に説明義務違反を根拠とする場合、これまで集積された前例からすると、認められるのは、いわゆる「名目的ともいえる低額の慰謝料」<sup>17</sup>レベルで、経済的にはかえってマイナスになり、結局のところ多大な負担を強いられることになるのは経験則上明らかなはずである。

このように「期待薄」であるにもかかわらず、1990年代後半から2000年代前半にかけて、激増傾向が続いていたというのが事実で、いわば一つの社会病理といえよう。患者側の代理人として多くの事件を手がけてきた弁護士によると、医療被害を受けた人たちは、最初から弁護士事務所を訪ねるのではなく、警察や都道府県の衛生部、医師会への苦情相談等の行動を取ることも多く、弁護士への相談も、民事の損害賠償請求ではなく刑事告訴や医師の免許取消しを求める人の方が多いということ、そして、真実の解明を求める方法が、裁判以外にほとんど存在しないという現実が、やむをえず訴訟に向かわせているという<sup>18</sup>。

また、被害原因の究明、同種被害の再発防止が医療被害者の心底からの叫びの一つで、患者被害者が、訴訟を通じて医療が改善され、医療被害が減少することを真摯に願っている<sup>19</sup>とする。つまりは、真相解明と並んで訴訟における紛争予防機能への期待と思いがその核心部分であるといっても過言ではないように思われる。

特に、説明義務違反にかかわる訴訟は、紛争発生の社会的背景である「医師－患者関係」における「人間性の喪失」<sup>20</sup>、信頼関係の破壊といった現代型医事訴訟の様相を最も映し出している<sup>21</sup>ともいえ、ここで改めて、「医事訴訟は何故起こるのか」、また、「何故増えるのか」といった問題意識をもって、この「医療における説明義務」に関して再考してみることが重要と考える。

2000年を挟んで医療に対する信頼を根底から揺るがすような事件が相次いで起きている。1999年の東京都立広尾病院事件<sup>22</sup>と横浜市立大病院患者取り違え事件<sup>23</sup>、そして2001年の東京

<sup>16</sup> 医療訴訟においては和解でもって終結することが多いが、この数字は和解を除いて判決に至ったものの内、認容（一部認容を含む）件数が占める割合という意味での認容率を指すが、2008年以降は、30%を切っており、2008年：26.7%、2009年：25.3%、2010年20.2%、2011年：25.4%となっている（最高裁ホームページ〔裁判所公表資料〕より）。

<sup>17</sup> 判タ1131号286頁（東京地判平15・4・25の解説）。

<sup>18</sup> 石川寛俊[2004]『医療と裁判－弁護士として、同伴者として』（岩波書店）33頁。

<sup>19</sup> 加藤良夫[1981]「医療過誤訴訟が医療に及ぼす影響について－問題提起の意味で－」ジュリ745号48頁。

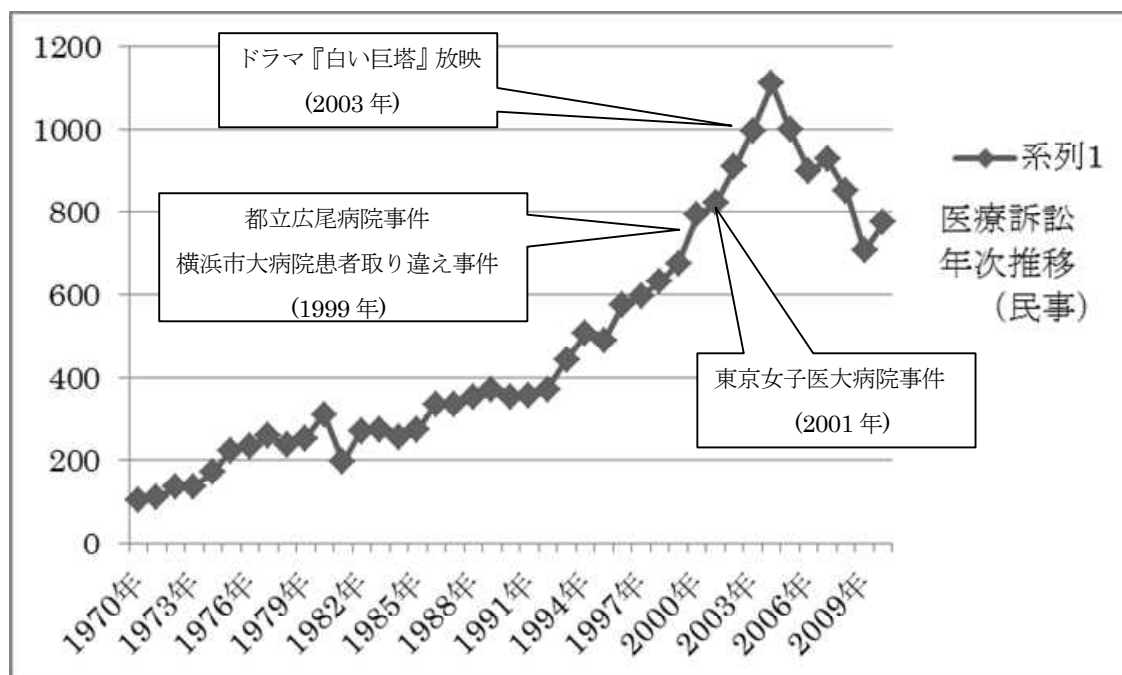
<sup>20</sup> 医療が高度化、専門化、細分化するにつれ、患者を、人格をもった人間としてではなく、医療の客体として扱われるきらいがあることが指摘されている。たとえば、新美育文[1986]「医師＝患者関係に対して法の果たす役割」日本医事法学会編『医事法学叢書1』（日本評論社）112頁など。川上武[1971]『医療と人権』（頸草書房）4頁以下も参照。

<sup>21</sup> 福島雅典[1993]『医療不信・よい医者は患者が育てる』（同文書院）105頁は、「医師の説明不足が医療に関する不満のトップであることは、よく知られている事実である」とする。

<sup>22</sup> 消毒液を血液凝固阻止剤と取り違えて点滴されたために、患者が死亡するにいたった事件。死亡原因に関する

女子医大病院事件<sup>24</sup>等であったが、医療訴訟の推移と重ねてみたのが〔図表 I - 5〕である。これらの事件に追隨するかのよう<sup>23</sup>に 2003 年にドラマ『白い巨塔』が放映されている。

〔図表 I - 5〕医療不信を招いた事件と医療訴訟の動向との関係



\*訴訟件数の出典は〔図表 I - 1〕と同じ (左記前掲図表を基に筆者作成)。

上述した社会病理の形成には、これまで述べてきたことからだけでも、その背景には医療側が本来果たすべき責任を十分果たしていないという「責任の欠如」、あるいは「責任の忘却」といった問題が推論できる。そして、これらがいわゆる社会病理という結果を招いているのであれば、その病理から実態を解いていくという観点も必要であろう。

たとえば、生命体を考えた場合、個体を構成している要素として器官さらに最小単位として細胞があげられるが、これらが機能不全を起こすと、それが個体の病気となるわけで、その病理の解明にはこれら構成要素の部分においてなぜ機能不全に陥っているのかという「病態生理」に目を向けることが必須となる。そして、その病態生理を解く鍵は、その機能不全の捉え方にあると

遺族の問いに、解剖結果など誤薬注入とは断定できないという回答を繰り返したため、遺族は不信感を募らせた (朝日新聞、1999年3月3日16日〔夕刊〕1面、民事訴訟一審判決は、東京地判平成16年1月30日判時1861号3頁以下)。

<sup>23</sup> 心臓手術が予定されていた患者と肺手術が予定されていた患者を取り違えて手術した事件。患者を取り違えて手術するという重大な医療ミスの発生のみならず、複数の医師、看護師等が関わっていたにも関わらず、誰一人としてそれに気づかなかった点も大きな問題とされた。

<sup>24</sup> 心臓の手術中に人工心肺装置の事故が起こり患者が死亡した事件であるが、告発文書が遺族に届いたことにより発覚した。患者のカルテを改ざんしたとして同大学講師が有罪判決を受けた (民事事件では東京高裁で和解が成立している〔毎日新聞、2011年1月6日〕)。

いってよいだろう。生命体で考えるならば、個体は常に、それをとりまく環境の変化にうまく順応しようとする行動をとる<sup>25</sup>が、この環境適応過程においてうまく適応しきれない状態が機能不全の一態様と見た場合、それは単なる異常ではなく、必死に適応しようとしている姿であるとも読み取れる。ここで病態「生理」としたのは、それ相応の合目的・合理的事象が存在することからである。するとここで問題が二つ見えてくる。環境にうまく適応するのに時間的に、あるいは変化の大きさにうまく順応できない場合と、誤った環境が与えられた場合である。前者は自然環境に対する場合がほとんどで、後者は人為的な場合（ある意味医学的治療もこれにあたる）であることが多い。

では、今度はこの「環境」ということに着眼しながら、2005年以降、訴訟件数が減少に転じている部分に目を向けたい。ここを論じる上でも確証があるわけではなく、あくまでも推論の域になることは否めないが、端的にいえば、上述した増加要因として働いた作用力とその反省から修正されるなどしたことにより「環境」の変化をもたらしたとみることができないだろうか。

その要因として具体的には、医療ADRや医療機関における医療安全の取組みなどがあげられているが<sup>26</sup>、たとえば医療現場においてクリニカル・ガバナンスということが意識され、医療者と患者のよりよい人間関係の構築、そのための制度づくりが提唱・検討・実践されている<sup>27</sup>など、医療現場における取組による影響は決して小さくないように見受けられる。

かつては、医療パターンリズム、閉鎖性（非透明性）ということが医療文化の一側面でもあり、ゆえに医療を受ける側にあつては医療技術の進歩に伴って生じてくるリスク等、医療安全に係る情報の入手困難、また航空や鉄道界のような事故を科学し、事故の予防と安全の確立に努めるといったことがなされてこなかったが、1999年の東京都立広尾病院事件や横浜市立大での患者取り違え事件あたりから大きな変化の波が押し寄せることになる。厚生労働省の研究班が発足し、医療安全に関する様々な取組み、また2000年5月には国立大学附属病院長会議の作業部会により『医療事故防止のための安全管理体制の確立について』の中間報告<sup>28</sup>がまとめられ、医療現場でも「インフォームド・コンセントあるいは患者の権利の確保といった医療の透明性の確保や説明責任の遂行が、医療文化として徐々に浸透し始めた時期」<sup>29</sup>であるとされる。

このような点に鑑みると、近年、医療訴訟件数減少の背景には、医師の説明義務を措定し、それが医療現場において徐々に浸透していったことで、あらゆる医療現場においてインフォーム

---

<sup>25</sup> ある意味生命活動とは必死に環境適応していこうとしている姿そのものだということができる。また、これは生命体でなくとも、たとえば「経営学」でも同様なことがいわれている。即ち、経営とは企業を内外の環境の変化にうまく適応させ、いかに存続させていくかという過程であり、またはそれをマネジメントすることであると。たとえば、堀田和宏[1999]『経営管理論講義』（新東洋出版社）33頁以下、伊丹敬之＝加護野忠男[2003]『ゼミナール経営学入門[第3版]』（日本経済新聞社）10-11頁以下。

<sup>26</sup> 仲田朝子[2010]「裁判統計から見る医事関係訴訟事件の状況」法曹時報62巻8号27頁。

<sup>27</sup> たとえば、浜町久美子[2005]「看護職の立場からのクリニカル・ガバナンス—納得のためのプロセスとしての合意形成」現代のエスプリ458号140頁は、「『クリニカル・ガバナンス』とは、医療者と患者が『治す人と治される人』という関係ではなく、『共に治す人々』という関係を意味し、医療現場のよりよい人間関係の構築とそれを実現するための制度づくりを検討している。」とする。他に、現代のエスプリ458号掲載の各論考、小林暁峯[2004]「クリニカルガバナンス」『医療経営白書2004年度版』151頁以下、武藤正樹[2004]「病院組織改革の新たな取組み—クリニカル・ガバナンスの構築」教育と医学52巻11号85頁以下。

<sup>28</sup> [http://www.umin.ac.jp/nuh\\_open/iryujiko.htm](http://www.umin.ac.jp/nuh_open/iryujiko.htm).

<sup>29</sup> 平山愛山[2008]「医師紛争解決に向けた医療機関の取組み—透明性の確保と説明責任の遂行—」判タ1271号67頁。

ド・コンセントが意識され、かつ実践されていったことの影響は決して小さくないと思われる。そしてこれが医師の説明義務に紛争予防機能としての意義を見出すことができると考えた所以である。

## 第2節 本稿の構成

本稿の構成であるが、次章となる第2章では、韓国における医療紛争の動向と問題状況につき論じる。ここでは訴訟件数のみならず、筆者が入手可能であったすべての資料・情報から可能な限り医療紛争の全体像につき、法意識の問題も併せてスケッチしてみたい。また医療紛争ないしは医療訴訟の増加傾向とその原因、紛争解決に向けての取り組みや、予防のための方策に関する議論状況につき紹介し、日本との対比を交えながらの考察を試みる。

次いで、第3章においては、予備的考察において検討したように医師の説明義務の紛争予防機能としての意義に着目し、これを紛争発生「前」のデバイスとして位置づけ、検討を試みる。ここにおいても日韓両国の事情につき考察するが、説明義務法理生成とその発展史を概観しつつその変遷、深化の過程、殊に、説明義務の範囲の問題に関しては概ね共通した部分が多く見受けられるが、効果論の部分は類似点を有しながらも極めて興味深い相違点も併せ持っており比較法的観点から検討を試みる。併せて現在の到達点につき確認をしつつ、医師の説明義務を法的義務として課すことの意義につき考究する。

第4章では、紛争発生後の制度的デバイスとして裁判外紛争解決システムにつき考察するが、主に韓国におけるこれまでの紛争解決システムと立法動向を確認し、2011年4月、23年の紆余曲折を経て新たに制定された「医療事故被害救済及び医療紛争調停等に関する法律」につき、その立法過程とこの法制定により新たに導入された新たな紛争解決制度の概要、そして新たに設立された韓国医療紛争調停仲裁院の鑑定と調停を同じ機関において、迅速性・専門性・公正性という3つのキーワードを掲げて取り組んでいるユニークなシステムと設立後1年間の実績等を紹介しつつ、最後の第5章においては、各章において展開した問題点の整理とまとめ、今後における日韓両国の発展的学術交流の意義と両国の互いのフィードバックを通じたより良い制度システムの在り方を展望し、若干の課題を示すことで結びに代える。

## 第2章 韓国における医療紛争の動向と問題状況

### 第1節 問題の所在

医療紛争がもたらす社会的影響は、今や深刻かつ大きな社会問題となっており、この分野に関する研究は、今後の紛争予防という意味においても、医療崩壊の抑止・医療の質の確保といった政策的観点からも目の離せない重要課題の一つといえよう。

当該問題は、韓国においても同様に、まさに「時の問題」としてさまざまな取り組みがなされている。殊に、近年医療訴訟の急増により、この領域を専門にする弁護士や法務法人の増加、またこうした実務家をはじめ多くの研究者たちが医療紛争に関し活発な研究と議論を展開しており、その成果もかなり蓄積されているようである。

ここ日本においては、近年、韓国法への関心が高まっている<sup>30</sup>が、医事法の領域に関しては、筆者が知りうる限り、過去においてわずかな日本語文献が存在するのみ<sup>31</sup>で、連綿とした研究の軌跡はうかがえない現状であることから、今この時期に韓国医事法に関する研究に着手することは、資料性という意味でも意義のあることと思われる。

殊に、東アジアにおいて市民社会を有し、経済的緊密さと社会的・文化的にも密接な相互関連をもつ成文法国家という意味においても、欧米とはまた違った位相にあり、そのような国同士の法状況の参照ないし比較は（フィードバックという点からも）、極めて有益であると思われる。

すでに「韓国民法典<sup>32</sup>が日本民法典をベースにしつつ、ドイツ民法典そのほかを参考に起草され」、「その後は、ドイツの学説や日本の判例を参考にして発展してきた」<sup>33</sup>あり、また、「韓国民法学は『翻訳法学』から出発した」といえるほど、当時、「主に日本の法律書籍が翻訳・出版されていた」<sup>34</sup>とする事実をはじめ、市民生活の基本法である民法が歴史的にも密接な関係を持ちつつ今日に至っていることは種々の労作<sup>35</sup>によって語られているところである。

---

<sup>30</sup> 近時、韓国法に関する日本語文献が続々と登場していることからもうかがえる。たとえば、高翔龍[1998]『現代韓国法入門』（信山社）、大村敦志[1999]「日韓比較民法研究序説」同『法典・教育・民法学—民法総論研究』（有斐閣）（以下、「大村敦志[1999]」とする。）、鄭鍾休[2002]「韓国民法改正試案について—債権編を中心として」岡孝編『契約法における現代化の課題』（法政大学出版局）157頁以下、尹龍澤＝姜京根編著[2004]『現代の韓国法—その理論と動態』（有信堂高文社）、加藤雅信ほか編[2005]『21世紀の日韓民事法学—高翔龍先生日韓法学交流記念—』（信山社）、大村敦志[2006]「韓国民法の50年と日本民法の60年—二つの民法学と民法典の未来のために」ジュリ1322号38頁以下、梁彰洙[2006]「韓国民法における『外国』の問題—韓国民法学史の一齣を契機として」ジュリ1310号（以下、「梁彰洙[2006]」とする。）、高翔龍[2007]『韓国法』（信山社）等、それ以外にも枚挙に暇がない程になっている。また、2008年度の日本私法学会では、拡大ワークショップ「民法改正—韓国から日本へのメッセージ」が開催されている（「民法改正—韓国から日本へのメッセージ」〔大村敦志執筆部分：はじめに〕ジュリ1362号83頁）。

<sup>31</sup> 筆者が知りうる限りでは、李永煥（西尾昭訳）[1985]「診療行為における医師の説明義務—判例を中心として〔韓国〕」同志社法学37巻1・2号195頁以下、李聲杓[2003]「韓国における医師の説明義務」早稲田大学大学院法研論集106号236頁以下の2編のみである。

<sup>32</sup> 現行韓国民法典が制定・公布されたのは、1958年2月22日（法律第471号）で、1960年1月1日より施行された。

<sup>33</sup> 大村敦志[1999], 165頁。

<sup>34</sup> 梁彰洙[2006], 139頁。

<sup>35</sup> たとえば、鄭鍾休[1989]『韓国民法典の比較法的研究』（創文社）など。

もう1点特記すべきこととして、「医療化」<sup>36</sup>における密接関連性があげられる。これはその文化交流史<sup>37</sup>からも他の欧米諸国とは違う蓄年の歳月の中で培われた両国の医療文化と価値観等、今日において医療制度は若干異なりながらもなお、共通性格を有する部分があることは、医事法の領域の研究においては考慮すべき要素であるように思われる。

このような点に鑑みると、韓国医事法は、非常に類似した性格を有しながらも、独自の発展を遂げているといえる。こういった側面にも光をあてることで、今日まで医事法の領域において専らの手法であった欧米法との比較研究とはまた違ったフィードバックが期待できるばかりか、両国の現況を比較しその異同を問うことは東アジア市民社会と医療社会に法文化形成のあり方とあるべき医療の姿を問う試みにもなりうるものとする次第である。

そこで、本章においては、韓国における医療紛争の増加傾向とその原因、医療訴訟の動向、問題状況等<sup>38</sup>を紹介し、これらが、日本法の影響を多分に受けていると見受けられることから、日本との対比を交えながら検討を試みることにより、僅かながら、両国の今後の研究のさらなる発展と展望に繋がるものに資することを目的とする。

【図表Ⅱ - 1】は、韓国において医事訴訟の統計が存在する1989年以降の医事訴訟新受件数と人口の年次推移を日本と対比してまとめたものである<sup>39</sup>。

この表から明らかなように、近年、韓国における医療訴訟は急増しており、特に1996年以降においては、日本の増加傾向をも凌駕するほどの勢いである。増加率の点でややばらつきはあるものの1990年の84件からすると<sup>40</sup>、ここ約15年で10倍を超える値を示している（【図表Ⅱ - 1】の数値を基に、その増加比をグラフ化した【図表Ⅱ - 2】も参照）。

また、単純にその数だけを見ても、2006年には、韓国において979件もの医療訴訟が新たに提起されており、日本における新受件数を上回る「逆転現象」が起こっている。この数値が尋常なものではないということは、2倍以上の開きがある両国の人口数を交えて対比してみれば一目瞭然である。

---

<sup>36</sup> 現代医療がその対象領域を拡大していく現象をいうが、社会学的な分析によると医療の担い手の意志とは関わりなく、知識や権益を独占している医療組織は、自律的に医療化を推進していく傾向があると指摘する。そしてイリイチは医療化を人々の専門家医療に対する依存への増大という視点で捉え、社会そのものが医療化していくことは、治療の副作用として生じる「臨床的医原病」のみならず、医療によって作られる病んだ社会という「社会的医原病」を生み出すという（医療人類学研究会編[1992]『文化現象としての医療』（メディカ出版）70頁以下）。なお、イヴァン・イリッチ [金子嗣郎訳] [1998]『脱病院化社会—医療の限界』（晶文社）も参照。

<sup>37</sup> 著名な「朝鮮通信使」に代表されるように、近代以前の古くから医術に関しても日韓両国は交流が盛んに行われた歴史的事実がある。

<sup>38</sup> なお、医療ADRといった紛争解決のための非司法的制度和その取り組みに関しては第4章において詳述する。

<sup>39</sup> 韓国においては、1989年9月1日から医療事故に関する損害賠償請求事件は、「損害賠償(의)」として受け付けて処理を行っているため、この年度から医事訴訟の統計が存在する。また、1991年9月からソウル中央地方法院に医療過失訴訟事件専担部が設置されたのを皮切りに1996年には高等法院に設置、その後プサン地方法院、テグ地方法院にも設置され、医療訴訟はこれらの専門裁判部のみを担当されるようである(박영호(朴永浩)[2005], 의료분쟁과 법 『医療紛争と法』 법률정보센터 [以下、「朴永浩[2005a]」とする。], p. 108.)。現在では、ソウル、大邱、釜山の3つの高等法院と全国14の地方法院にも置かれているようである。

<sup>40</sup> 韓国では上記のように医療事件を「損害賠償(의)」として受け付けて処理がなされ始めたのが1989年9月1日からであることからすると、1989年度のデータは12ヶ月分の数を網羅していない可能性も考えられることから、確実に丸1年間のデータが反映されている翌1990年を基準とし、これを1とした場合の増加比をまとめたものが【図表Ⅱ - 2】である。

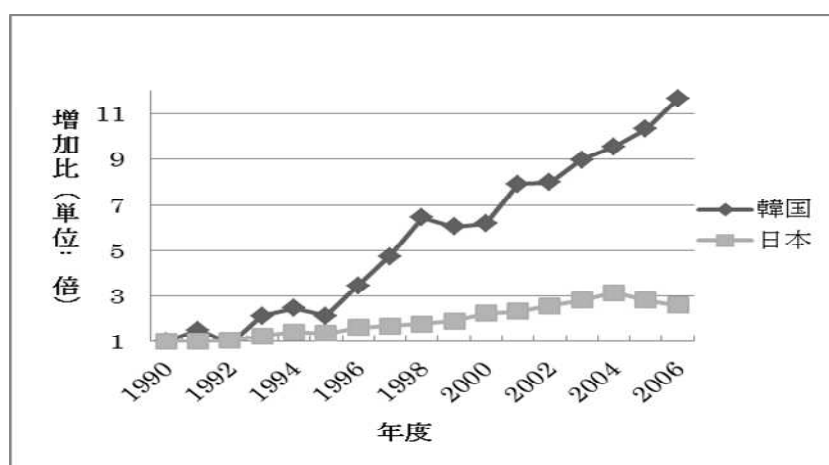


〔図表Ⅱ - 1〕 医事訴訟新受件数と人口の年次推移

	医療訴訟新規件数 (括弧内は人口10万人当たりの数)		人 口 (単位：千人)	
	韓 国	日 本	韓 国	日 本
1989年(平成1年)	69(0.16)	369(0.30)	42,449	123,205
1990年(平成2年)	84(0.20)	352(0.28)	42,869	123,611
1991年(平成3年)	128(0.30)	356(0.29)	43,296	124,101
1992年(平成4年)	75(0.17)	371(0.30)	43,748	124,567
1993年(平成5年)	179(0.41)	442(0.35)	44,195	124,938
1994年(平成6年)	208(0.47)	506(0.40)	44,643	125,265
1995年(平成7年)	179(0.40)	488(0.39)	45,093	125,570
1996年(平成8年)	290(0.64)	575(0.46)	45,525	125,859
1997年(平成9年)	399(0.87)	597(0.47)	45,954	126,157
1998年(平成10年)	542(1.17)	632(0.50)	46,287	126,472
1999年(平成11年)	508(1.09)	677(0.53)	46,617	126,667
2000年(平成12年)	519(1.10)	794(0.62)	47,008	126,926
2001年(平成13年)	666(1.40)	822(0.64)	47,357	127,316
2002年(平成14年)	671(1.58)	909(0.71)	47,622	127,486
2003年(平成15年)	755(1.58)	998(0.78)	47,859	127,694
2004年(平成16年)	802(1.67)	1110(0.87)	48,039	127,787
2005年(平成17年)	867(1.80)	999(0.78)	48,138	127,768
2006年(平成18年)	979(2.03)	913(0.71)	48,297	127,770

\*韓国の人口は、韓国・統計庁ホームページ (<http://www.nso.go.kr/>) より、日本の人口は総務省統計局ホームページ (<http://www.stat.go.jp/index.htm>) より、それぞれ引用。

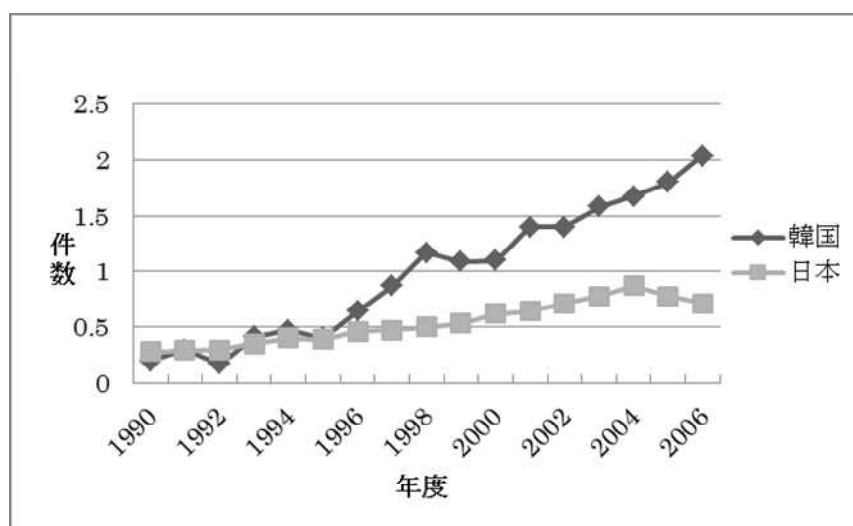
〔図表Ⅱ - 2〕 日韓医療訴訟の増加比の比較



\*〔図表Ⅱ - 1〕の日韓の医療訴訟新受件数を基にその増加比をグラフ化したもの

さらに〔図表Ⅱ - 3〕は〔図表Ⅱ - 1〕で示した人口 10 万人当たりの訴訟件数をグラフ化したものである。1990 年代前半までは、増減の起伏があり、一概にはいえないが、それでも 1995 年までは日本と同頻度あるいは、それ以下の割合であることがうかがえる。ところがそれ以降、日本も増加傾向にあるにもかかわらず、それをはるかに凌ぐ勢いで増加し続けており、1998 年の時点では、日本が 0.5 件/10 万人（約 20 万人に 1 件の割合）なのに対し、韓国では 1.17 件/10 万人（約 8 万 5 千人に 1 件の割合）で、すでに倍を超える割合で、かけ離れたものとなっている。そして、2006 年には日本が 0.71 件/10 万人（約 14 万人に 1 件）なのに対し、韓国では 2.03 件/10 万人（約 5 万人に 1 件）となっており、もはや次元を異にするレベルに達している。

〔図表Ⅱ - 3〕 人口 10 万人当たりの訴訟件数年次推移の比較



\*前掲〔図表Ⅱ - 1〕の数値を基に筆者作成

次に〔図表Ⅱ - 4〕を示しておく。これは、全国の医療施設の数の推移をまとめたものである。限られた範囲のデータでしかないが、少なくともここからも若干読み取れるのは、10 年間の間の医療施設の増加が、日本においては 1.11 倍の伸びに対して、韓国では 1.64 倍となっており、影響の程度は不明ながら、確かに医療施設の数に比例して動いていく部分はあるようである。

また、単純に医療施設数を事件数で除する値が、統計学上、如何ほどの意味を有するか定かではないが、これからすると、1996 年度には、韓国において 107 施設に対し 1 件、日本では 272 施設に対し 1 件の割合であったのが、2006 年度においては、韓国で 52 施設に 1 件の割合、日本では 191 施設に 1 件の割合で訴訟事件が起こっているということになる。すると、ここにおいても歴然とした差がみられ、日本との対比により、相対的な発生頻度の評価という意味では、参考に値するものと思われる。

〔図表Ⅱ - 4〕 全国医療施設数（括弧内は人口10万人当たりの数）

年 度	韓 国	日 本
1996年	31,173 (68.5)	156,756 (124)
1998年	34,588 (74.7)	161,540 (127.8)
2000年	38,665 (82.3)	165,451 (130.6)
2002年	44,029 (92.5)	169,079 (132.6)
2004年	47,378 (98.6)	172,685 (135.1)
2006年	51,286 (106.2)	174,944 (136.9)

\*韓国に関しては、保健福祉家族部の統計、日本に関しては、厚生労働省の統計に依拠し、筆者作成。

しかしながら、訴訟数が増加する時期や、その増加率が医療施設の推移に必ずしも連動しているとはいえず、また、日本と対比してみた場合、かなり違う様相を呈しており、日本にも当てはまる共通項と、その上に、さらなる韓国社会における特徴めいた因子が作用しているということはいえそうである。

また、当然ながら、医療紛争の全てが訴訟に向かうわけではないので、ここに現れているのは、韓国社会における医療紛争のほんの一断面を示しているにすぎないということである。

それらすべてを解明するのは、筆者の現在の能力からは到底不可能であるが、本稿においては、上記に示された事実を前提としながら、この医療訴訟データの枠内のみならず、その背後に横たわる韓国社会における特徴的な要素（法意識の相違からくる患者（被害者）行動等）を含め、医療紛争の全容に目を向け、それらを可能な限り捉えるよう努めながら、韓国の状況を紹介しつつ検討を加えていくことにしたい。

## 第2節 近時の医療紛争の動向とその特徴

### I 医療紛争の現況とその特徴

医療事故や医療紛争（医療訴訟ではない）自体を把握できる資料はなかなか存在せず、医療紛争の全貌を把握するのは困難ではあるが、事項別に整理すると次のような相貌を呈し、またそれぞれにおける特徴が指摘されている。

#### 1 増加趨勢

従来、韓国において医療紛争を公式に担当し、事故報告を受け付け、処理する機構としては保健福祉家族部の中央医療審査調停委員会と大韓医師協会共済会がある。

しかし、医療審査紛争調停委員会は、実質的にほとんど活動がなされていない状態で、大韓医師協会共済会もまた、医師全員が加入会員となっているわけではないので、医療紛争の実態の把握には自ずと限界がある。

〔図表Ⅱ - 5〕 調査機関別医療事故件数 (1983 - 1989)

	1983年	1984年	1985年	1986年	1987年	1988年	1989年	計
保社部	41	444	474	576	530	555	503	3123
医協共済会	130	285	323	295	298	302	310	1943
YMCA	51	32	44	57	57	105	127	505
合計	222	761	841	928	928	962	940	5571
増加率 (%)		242.8	10.5	10.3	-1.2	4.9	-2.3	4.4

\*朴永浩[2005a], p.66 [図表1] を引用。

〔図表Ⅱ - 6〕 大韓医師協会共済会加入状況と受付事件数

区 分	加入対象者数	加入者数	加入率 (%)	事件受付数
1期 ('81.11.1~'82.10.31)	6,625	2,418	36.5	191
2期 ('82.11.1~'83.10.31)	6,675	2,346	35.1	130
3期 ('83.11.1~'84.10.31)	6,741	3,913	58.0	285
4期 ('84.11.1~'85.10.31)	6,821	5,164	75.7	323
5期 ('85.11.1~'86.10.31)	8,461	4,874	57.6	295
6期 ('86.11.1~'87.10.31)	10,061	4,805	47.7	381
7期 ('87.11.1~'88.10.31)	10,082	5,069	50.3	342
8期 ('88.11.1~'89.10.31)	10,186	5,294	52.0	366
9期 ('89.11.1~'90.10.31)	10,240	5,477	53.5	290
10期 ('90.11.1~'91.10.31)	10,454	5,796	55.4	308
11期 ('91.11.1~'92.10.31)	11,390	5,643	49.5	309
12期 ('92.11.1~'93.10.31)	11,851	5,660	47.8	283
13期 ('93.11.1~'94.10.31)	12,383	5,576	45.0	310
14期 ('94.11.1~'95.10.31)	13,218	5,974	45.5	282
15期 ('95.11.1~'96.10.31)	13,715	6,169	45.0	319
16期 ('96.11.1~'97.10.31)	14,111	6,309	44.7	300
17期 ('97.11.1~'98.10.31)	15,186	6,441	42.4	358
18期 ('98.11.1~'99.10.31)	16,156	6,422	39.7	364
19期 ('99.11.1~'00.10.31)	17,462	6,648	38.1	485
20期 ('00.11.1~'01.10.31)	18,942	6,802	36.0	500
21期 ('01.11.1~'02.10.31)	21,140	6,643	31.4	505
22期 ('02.11.1~'03.10.31)	23,193	5,055	21.8	410

(1期~10期までは、朴永浩[2005a], p.146 [図表31]、11期~22期は、최진홍(チェ・ジノン)[2005], 의료분쟁해결방안에 관한 연구, 서강대학교대학원석사학위논문(「医療紛争解決案に関する研究」西江大学校大学院碩士学位論文), p.31 [表17] に依拠)

また、相当数の医療紛争は外部に報告されず、医師と患者の間で内々に解決されており、医療機関では、資料の漏出を制限していることもあって、全体的な状況を把握するのは不可能といっているであろう。

しかしながら、1980年代後半までは保健社会部（現在の保健福祉家族部）や、YMCA市民仲介室等、信憑性がある公式的な団体で調査が行われた医療事故に対する統計数値が、〔図表Ⅱ - 5〕である。

ここにおいて注目すべきは、1984年に医療事故件数が240%以上も上昇している点である。

その理由は何故だか分析もなされていないようであるが、保健社会部において受け付けられた件数が一気に10倍以上となっており、他は全体的に漸増傾向にあるといえる。

1989年以降における公式資料としては、大韓医師協会共済会の資料が唯一のものであるが、上述のように、全員加入となっていないため、その加入率の逆数を乗じたくらいのが、大体韓国において発生した医療事故であるとみても、さほどの外れではなく、広い意味で、医療紛争を把握する有用な資料となり、かつ、約20年間の医療事故発生の流れをつかめるものでもあるので、〔図表Ⅱ - 6〕として示しておく。

## 2 医療紛争当事者の行動

朴永浩判事は、前掲書（朴永浩[2005a]）の中で、概ね2000年を境に紛争当事者の行動に変化が見られ、これが訴訟件数にも表れていると分析する。以下、この朴判事の見解に依拠して紛争当事者の行動の特徴につきまとめてみることにする。

### (1) 1990年代まで

韓国において、1990年代後半まで、大部分の医療紛争は当事者間の合意（示談・和解）によって終結し民事訴訟を通して解決されるケースは稀であったようだ。

しかし、朴判事はこのような紛争解決を望ましい現象とは見ていない。なぜならば、朴判事によると、この当時、医師たちが他方当事者と合意（和解）をするのは、心から自身の過誤を反省し、謝罪する気持ちからではなく、患者側の行動に対し、問題を回避しようとする方途に過ぎないことを指摘される。つまり、患者側は、民事訴訟による合理的な損害賠償を求めるなど、合法的な解決を図るのではなく、医師を業務上過失致死傷罪や殺人罪で告訴し、医師側が刑事処罰等を恐れる状態にした後、脅迫、籠城、暴言、騒乱等の非合法的な手段で、合理的金額よりはるかに高額な金額を要求し、後に要求額を減額する方法で医師に圧力をかけるのである。

これに対して医師は、過失如何に関わらず、患者側の脅迫や業務妨害を回避するための「臨時方便」として「和解」に応じることが多かったという。

以下の〔図表Ⅱ - 7〕は大韓医師協会共済会が1990年に調査した医療紛争時の実力行使の態様である。紛争時、非合法的な行動に出た1224件の内、暴言・騒乱が45.9%で最も多く、次いで、病院を占拠し、座り込み等を行う行動が18.4%等になっている。

日本においては近年患者のモラル上の問題がマスコミにも取り上げられ<sup>41</sup>、問題となっている

<sup>41</sup> 2007年8月19日、「読売新聞」の記事によると、全国の大学病院で、一年間に医師、看護師が患者や家族から暴力を受けたケースが約430件、理不尽なクレームや暴言が約990件確認されている。以前は医療者と患者の関係においては医療者側のモラルを問われることがほとんどであったが、ここに来て、患者側の、しかも大変ショ

が、韓国においては、すでに早々から存在し、結局のところ、こういった被害は善良な国民に転嫁されることになる<sup>42</sup>、として問題視されている。

〔図表Ⅱ - 7〕医療紛争実力行使の態様

報告事件数	A 暴言（騒乱）	B 病院占拠・籠城	C 狼藉(器物損壊)	A+B	A+B+C
1224	563	226	72	158	63
100%	45.9%	18.4%	5.8%	12.9%	5.1%

\*大韓医師協会共済会資料, 1990 (朴永浩[2005a], p. 8 より引用)

## (2) 2000 年以降

朴判事によると、2000 年代以降、紛争当事者間の合意による紛争解決の比率は、従来 80%であったのが、65%に減少し、反面、法院（筆者注：「裁判所」をこのように称し、最高裁にあたるのは「大法院」と称する。）による紛争解決は、3%そこそこであったのが、15~19%にまで増加し、消費者院による医療紛争解決制度<sup>43</sup>が 1999 年から開始され、この消費者院による紛争解決が 3.1~8.2%と相当な率を占めるようになったようであり<sup>44</sup>、この点は注目に値する。

このように 2000 年代以後においては、従来、制度的装置による紛争解決を回避してきた当事者が、ここにきて制度圏内の紛争解決を模索する比率が高まっているといった動きがみられようである。

## 3 刑事告訴の利用

韓国では、医療事件に限らず、民事訴訟に先行して刑事告訴を通した刑事的な手続きを踏む傾向があるといわれる。例えば、朴判事は、「1989 年だけでも医療過失に起因する刑事事件の発件数は 409 件にも上ったのに反し、医療事故による民事事件の受付件数は 69 件に過ぎなかった点を照らし合わせると、医療過失事件の場合、一旦医療事故が発生すると刑事告訴を行い刑事事件化するが、大部分がここで終わり、民事訴訟には踏み切らなかったものと思われる」と分析する。もっとも、このような状況は、民事訴訟提起件数が爆発的に増えた現在においてそのまま当てはまるとはいえない、とされつつ、ストレートに民事訴訟を提起せず、まずは刑事告訴・告発を通した刑事的処理を先行する傾向は今だに存在するようだ<sup>45</sup>、と付け加えることを忘れない。

さらに、刑事事件化する理由として、次のようなことが指摘されている<sup>46</sup>。

すなわち、①刑事告訴を通じて捜査手続き上において医師の過失が明らかにされるのを漠然に

---

ッキングなモラル上の問題が浮上してきた。

<sup>42</sup> 朴永浩[2005a], pp. 87-89.

<sup>43</sup> 詳細は、第 4 章において詳述する。

<sup>44</sup> 朴永浩[2005a], p. 89.

<sup>45</sup> 朴永浩[2005a], p. 61.

<sup>46</sup> 朴永浩[2005a], p. 61.

期待する心理、②刑事告訴は費用の点で安価である点、③医師が独占している情報を捜査過程で一部でも知るためであり、④患者の相談を受ける弁護士や相談員が真相把握が難しいという理由でまずは刑事告訴を勧める場合が多いとする。

しかしながら、医療法の改正等を通じて患者側の診療記録写本提出請求権が認定され、医療事故が起きれば患者側で無理に刑事告訴を提起しなくとも診療記録等を容易に入手できるようになり、医療事故の刑事事件化傾向は、少しは落ち着きつつあるようである。

#### 4 紛争当事者行動と法意識

韓国法制研究院の朴相哲研究員は、国民法意識の「非正常的な現象」の現れとして、「紛争解決の有用な手段は、法よりも『金と権力そして様々な縁』であると思う国民が 70%を占めており、また、刑事告発を、債務者を圧迫して金銭を取り立てる手段としてあるいは民事裁判の証拠収集として悪用する事例が急増している」点を指摘されている<sup>47</sup>。「勿論、このような現象をただちに国民法意識の変化と断定することはできないかもしれない」とされ、筆者もそのように思えるが、仮に一断面にせよ、こういった面が医療現場において投影された事象として上述の2、3を無理なく説明できるそれなりの整合性を有しているように思われる。

また、韓国法制研究院は、韓国全土を対象とした法意識調査を1991年、1994年の2度に渡り、行っているが、2回にわたる調査から得た特徴として、法に関して極めて否定的なイメージをいっていること、そしてこの否定的イメージは、学歴が高いほど強くなっていることが指摘されている<sup>48</sup>。それは、「韓国では長く軍事的な力を背景にした、いわゆる権威主義体制が続いていた。」こともあり、「国民からすると、法は政治体制を維持するための権力者の道具であって、国民の権利を守るためのものではなかったようである」<sup>49</sup>といった背景事情にも関係しているであろう。

また、1991年調査では、韓国人の法意識は、過去に比し肯定的な認識と権利意識が高揚している側面も有しながら、その「高まったと示された権利意識は、法的に確認可能な権利主張に限られず、累積した被害意識と法に対する嫌悪感の反映として、利害関係が曖昧模糊で非妥協的な情緒レベルの権利主張までを含む可能性もある<sup>50</sup>」との指摘も示唆に富む。

しかしながら、こうした法意識は、比較的短期間の間に明らかな変化もみられるようである。韓国政府の広報処（筆者注：「処（處）」は日本の「庁」に該当）が、1999年におこなった「『遵法意識』に対する国民意識調査」で行われた「法はなぜ必要か」との設問が、先の1991年調査にもあるが、91年調査では「社会秩序を維持するため」（76.7%）がもっとも多く、次いで、「無

47 朴相哲[2005]「韓国人の法意識」加藤雅信ほか編『21世紀の日韓民事法学—高翔龍先生日韓法学交流記念—』（信山社）（以下、「朴相哲[2005]」とする。）30頁。また、同論文、注(2)によると、「2001年9月10日現在、同年の被告訴人の数は49万7494名であり、起訴率はわずか19.4%である（朝鮮日報、2001.9.11）。」とする。また、高翔龍[2007]『韓国法』（信山社）（以下、「高翔龍[2007]」とする。）31頁以下においても、このような点も含め韓国人の法意識につき詳細にまとめられている。

48 青木清[1993]「資料・韓国法制研究院『国民法意識調査研究』」南山法学16巻3・4号307頁、同[2005]「韓国人の法意識〔特集 契約観・訴訟観・法意識の国際比較〕」ジュリ1297号（以下、「青木清[2005]」とする。）79-80頁。

49 青木清[2005]、80頁並びに同論文注4)掲記の、同「第11章 韓国の社会と法」河合隼雄＝加藤雅信[2003]『人間の心と法』（有斐閣）277頁も参照。

50 朴相哲[2005]、34頁、高翔龍[2007]、39頁。

念な或いは悔しい思いの人を救済するため」(8.8%)、「国家を統治するため」(7.5%)、「犯罪人を処罰するため」(3.2%)、「紛争を解決するため」(1.9%)と続く。

これに対し、99年調査では、「人々の権利と安全を保護するため」(48.6%)が最多で、次に、「社会秩序の維持のため」(45.1%)、「犯罪者を処罰するため」(4.8%)、「人々や集団間の利益を調整するため」(1.5%)となっている<sup>51</sup>とのことである。

こういった法意識の問題も、紛争当事者行動、つまり、上に示した2、3の問題のみならず、第1章の「予備的考察」にて検討した医療訴訟の動向にも深く関連するものと思われる。

## II 医療紛争の増加原因

### 1 医療者側の要因

#### (1) 医療需要の増加による受診機会の拡大

医療紛争増加現象の原因としてまずもっていることは、医療行為自体の爆発的な増加、つまり受診機会の拡大があげられる。

1989年、全国国民医療保険実施<sup>52</sup>による医療保険制度の拡大により国民の医療費に対する負担が過去に比して激減したことで、医療サービスの需要が急激に増加したこと、また、医科大学の増設<sup>53</sup>により医師の数や医療機関が増えたことも併記すべき事項であろう。

1949年には、3,672名に過ぎなかった登録医師数が、1980年には22,564名、1990年には42,554名、2000年には72,503名となっており、現在も、毎年3,000名以上の医師が、新たに輩出されているばかりでなく、医療機関の数も、2007年12月31日現在、52,914施設となっている<sup>54</sup>。

<sup>51</sup> 青木清[2005], 83頁。

<sup>52</sup> この点につき詳述するのは、本稿の方向性から逸脱するので、本文中においては述べないが、概要をここにおいて簡単に記すことにする(以下は、国民健康保険公団ホームページ<http://www.nhic.or.kr/>に依拠)。

現在、韓国における健康保険制度は、法律による強制加入のいわゆる「皆保険制度」となっている。社会保険方式の健康保険は、社会的連帯を基礎に、医療費問題を解決しようとするのが目的で、所得水準等、保険負担能力により等差負担、1年単位の会計年度を基準に、収支を予定し、保険料が計算され、各個人の経済的能力により発生する、家計への負担を軽減する所得再分配機能を遂行している。

沿革につき概説すると、1963年11月、社会保障に関する法律、同年12月医療保険法が制定され、任意適用方式でスタートしたが、社会与件にも合わず有名無実であった。その後1970年に勤労者、公務員、軍人等を対象に強制保険とする医療保険法制定。さらに1977年7月、500人以上の事業所における勤労者と工業団地勤労者強制適用(486の組合設立)。1979年7月、300人以上の事業所まで適用拡大。同年より公務員・教職員医療保険実施。

1980年代にいたっては、全国国民医療保険実施のための準備に着手していく。職場医療保険は1981年1月に、100人以上の事業所勤労者、1982年12月には16人以上事業所勤労者にまで適用範囲拡大し、1988年7月、5人以上の事業所勤労者にまで拡大適用がなされた。地域医療保険は、1988年1月、農漁村地域に実施したのに次いで、1989年7月には都市地域まで拡大適用し、韓国においては、医療保険実施12年目にして全国国民医療保険を達成する。1997年12月31日「国民医療保険法」が制定され、1998年10月1日から多数保険者方式(組合方式)から医療保険制度において統合主義方式に変更。公・教公団と227の地域医療保険組合を統合する。2000年7月1日「国民健康保険法」施行。翌々年の2002年1月19日には国民健康保険財政健全化特別法が制定され、2003年7月1日より財政統合運営となり現在に至っている。

<sup>53</sup> 韓国における医科大学は、1960年代には8校であったが、現在、国立10校、私立31校の合わせて41校が設置されている(大韓医師協会ホームページ: [http://www.kma.org/index\\_general.html](http://www.kma.org/index_general.html))。

<sup>54</sup> この統計は、病院・医院ほか歯科医院、韓方病院、韓医院、助産院等を含むすべての医療機関数である。因みに、この年の5年前にあたる2002年末現在で44,029施設、10年前の1997年末には32,700施設で、現在、下記



かつては都市部にしかなかった病院が、今では、各地域毎に行き渡るように開設されており、国民が医療に容易に接することが可能になったことで、受診件数が急増し、これに伴って医療事故及び医療紛争発生件数も同様に増加傾向を示すといったように、医療需要が増加するほど医療事故と医療紛争の量も比例して増加する現象が起こっているとされている。

しかし、筆者が、やや違和感を覚えるのは、医療人のマンパワーの増加自体も、医療需要の増加、つまり、患者の受診機会の増加因子に含めて医療事故ないし紛争増加の要因としているところである。【図表Ⅱ - 8】【図表Ⅱ - 9】は、韓国と日本の主な（双方の対比ができる統計が入手し得るという意味での）医療従事者数を示した近時の統計であるが、これらからすると、人口当たりの医療人の数は、日本の方が上まわるが、逆に、この数が少ないほど、医療現場をとりまく環境は劣悪で、医療安全が脅かされることになるのではなかろうか。

たとえば、医師数をみると、日本の場合、人口 1,000 人に対し、2.0 人の割合で、これは、アメリカ 2.4 人、イギリス 2.4 人、ドイツ 3.4 人、フランス 3.4 人に比して低く（OECD 加盟国平均：3.0 人）、OECD 加盟国 30 カ国中、27 位となっており、対策が急務とされているが、韓国の場合、同 1.6 人で、OECD 加盟国中では、29 位となっており、日本以上に、医療現場が疲弊した状態であるのが読み取れる。よって、日本より、はるかに深刻な事態に直面しているといえそうである。

〔図表Ⅱ - 8〕 主な医療従事者数（韓国）

年度	合 計	医 師	歯科医師	韓医師 <sup>55</sup>	薬剤師	看護師	看護助務士	助産師
2001 年	224,169	54,002	13,814	9,442	2,607	68,013	75,064	1,227
2002 年	241,999	58,647	14,679	9,825	2,704	75,239	79,731	1,174
2003 年	251,925	61,388	15,015	10,788	2,558	78,319	82,925	932
2004 年	266,470	61,052	16,065	11,177	2,671	82,552	91,722	1,231
2005 年	272,865	63,411	16,782	11,915	2,793	86,299	90,465	1,200
2006 年	284,786	66,075	17,577	12,756	2,885	90,867	93,466	1,160

\*韓国統計庁 (<http://kostat.go.kr/portal/korea/index.action>) の統計を基に筆者作成。

ホームページ上に公開されている最古のものが 1994 年の統計で、この年は 28,121 施設であるが、この時点を基準に比べても、まだ 15 年にも満たない間に 2 倍近い増加となっている（保健福祉家族部 HP：[http://www.mw.go.kr/user.tdf?a=user.new\\_portal.index.IndexApp&c=1001](http://www.mw.go.kr/user.tdf?a=user.new_portal.index.IndexApp&c=1001)）。

<sup>55</sup> 韓国医療法では、医療人とは、「医師、歯科医師、韓医師、助産師及び看護師」となっている（第 2 条）。韓医師は、伝統医学である韓医学的理論に基づいて医療行為全般を行う医療人で、鍼灸も含め、韓方（漢方）と名のつくことに関してオールマイティーで、診療科として内科、婦人科、小児科、神経精神科、鍼灸科、眼耳鼻咽喉皮膚科、再活医学（筆者注：いわゆる「リハビリテーション医学」を指す。）科、四象体質科の 8 科を有する。歴史的には、中国から伝わった漢方医学が韓国の特徴を生かした独自の民族医学として発達し、継承され現在にいたるが、当初、西洋医師に対する相対的名称である「漢医師」で定着していたが、1986 年、「漢医師」の名称を「韓医師」に変更し、民族医学としての立地を強化した。養成機関としては、現在は 6 年制の大学（かつては 4 年制）での教育システムとなっており、全国で私立 11 校、国立 1 校（国立の釜山大学校韓医学専門大学院は、大卒者が入学できる 4 年制のメディカルスクールの形態）の 12 校が設置されている。韓医学に対する国民の信頼は厚く、また、大統領の主治医としても、洋医師と韓医師の 2 名が選ばれており、自ずと好意的な競争関係が維持されている（金成俊[2008]「韓国韓医学通信（第 28 報）」漢方の臨床 55 巻 6 号 138 頁）とのことである。なお、上記の件も含め、韓医学・韓医師の歴史経緯と現状に関しては、金英信[2006]「韓国韓医学の現代史と現状（上）（中）（下）」漢方の臨床 53 巻 8 号 9 頁以下、同 9 号 163 頁以下、同 10 号 117 頁以下が詳しい。

〔図表Ⅱ-9〕主な医療従事者数（日本）

年度	合計	医師	歯科医師	薬剤師	看護師	准看護師	助産師
1996年	1,473,237	240,908	85,518	194,300	544,929	383,967	23,615
1998年	1,552,648	248,611	88,061	205,953	594,447	391,374	24,202
2000年	1,631,105	255,792	90,857	217,477	653,617	388,851	24,511
2002年	1,706,971	262,687	92,874	229,744	703,913	393,413	24,340
2004年	1,778,375	270,371	95,197	241,369	760,221	385,960	25,257
2006年	1,847,554	277,927	97,198	252,533	811,972	382,149	25,775

\*厚生労働省（<http://www.mhlw.go.jp/>）の統計を基に筆者作成。

## (2) 医学の発展とそれによる医療行為の複雑化

韓国においては、近年医学技術は目を見張るほど急速な発展を遂げており、このような医学の発達に伴い、複雑な手術等先端技術を駆使する施術行為が増加するほど、新たな診断・治療技術の複雑性は、常にそれに付随する副作用を有し、患者に発生する悪結果である医療事故の増加につながり、したがって医療紛争も増えるという結果をもたらす<sup>56</sup>。

一方、このように医学・医療の発達が日進月歩であるため、大学卒業後においても継続的に研鑽義務を果たし、医療の進歩に歩調を合わせるべきところ、一部の医師たちはそのような義務自体怠るようになり、最近の医術の発達を反映できない場合も少なくなく、これも医療紛争発生の可能性増大に関係している<sup>57</sup>と分析されている。

さらに、医療界がインターン、レジデント、専門医等の階級構造をなしており、専門医たちは、自分の地位を掲げて、患者を直接診断・治療せず、インターンやレジデントに一任することが多い。すると、まだ専門医としての基準（注意義務の基準）を満たすことのできない、いわば医術の練磨段階にある彼らに、業務が偏重するといった構図を示すことになる。

その結果、医療ミスによる事故発生も多く、患者側からしてもインターンやレジデントが治療に当たる場合、彼らに対する不信のため、何ら過失がなくとも医療事故等の悪結果が発生すると、インターンやレジデントが治療したこと自体が過失であるとの主張をもって病院に抗議するといったケースも少なくないようである<sup>58</sup>。

## (3) 医療機関の大型化に伴う営利追及化及び危険管理体制の不在

医師及び医療機関の急増と医療需要の増大により、今日の医療機関は、その存続のため、営利性の追及は避けられない状況となっている。殊に、1997年のIMF勧告措置等の影響もあって、一定の限定された医療報酬制の中で、病院運営のための経費は上昇し、多くの病院が倒産に追いやられている現実においては、生き残りのため、より多くの患者を効率的に診療することが求められる。

<sup>56</sup> 한국의료법학회보건의료법학편찬위원회(韓国医療法学会保健医療法学編纂委員会) [2003], 보건의료법학—개정판—(『保健医療法学 - 改訂版-』), 동림사(以下、『保健医療法学』とする。), p. 112; 朴永浩[2005a], p. 93.

<sup>57</sup> 朴永浩[2005a], p. 93.

<sup>58</sup> 朴永浩[2005a], pp. 93-94.

よって、かつて存在した全人的医療とは程遠いものになっており、「2時間待って5分診療」という言葉が流行しているという現実<sup>59</sup>は、これらを端的に示していて、かつ、日本の医療現場との共通項を見出すのにも充分であろう。

特に、最近大型化し、組織化された総合病院という病院形態において、伝統的な医師と患者の信頼関係が緊密に形成されることが非常に困難で、医療の非人間化に伴う患者の疎外感を助長し、また、医療機関の大型化は、医療機関の商業的競争を誘発させるため、営利追及化による倫理意識の低下をもたらすことにも繋がる。

一方、チーム医療の形態によっては、意思疎通の不一致等により、重大な結果発生を招く場合も増えている<sup>60</sup>。

#### (4) 医療従事者の過大な業務負担

韓国においては、「専門医修練及び資格認定等に関する規定」により修練病院あるいは修練機関の指定を受けた大病院で「専攻医」たちが勤務している。この「専攻医」たちは医師でありながら、大部分は非常に低い報酬と長時間の勤務を余儀なくされ、睡眠時間3～4時間といった激務の中で夜間の当直も担当する<sup>61</sup>。したがって、救急患者の場合、大体彼らが診療にあたることになるが、問題は、彼らが激務による過労により時折診療が疎かになったり、集中力が減少し医療ミスを犯す可能性が濃厚であるということである。そして看護師の場合も同様、相当な激務となっており、看護師の供給不足の状態が常であるといった現状も日本と酷似しており、このような業務負担はヒューマンエラーを惹起し、ひいては医療紛争につながるものである。

#### (5) 医師－患者関係の変化と変化に適応できない医師の社会意識

多くの研究で医師の権威に対する一般人の否定的視角が医療事故を紛争化するのに寄与する要因として作用しているという<sup>62</sup>。

かつて韓国において医師といえば、専門職種で、その数も極めて少なく、「仁術の施患者」として患者から相当な尊敬と信頼を寄せられてきた。しかし、今日、多くの医師が養成され、各種専門職の登場により、過去のような医師に対する限りない尊敬と信頼、医師の指示と処方に対して盲従するといったことは失せていき、医師は、患者に対し、全治療過程に対して説明し、患者から承諾を得なければならないといった水平的関係に変化した<sup>63</sup>、といわれる。

このように、垂直的な関係であった医師と患者の関係が、水平的関係へと変化しているにも関わらず、一部の医師たちが、自身の優越的地位を当然視し、医療知識に乏しい患者に対して、説得的な立場というより、権威的で、命令的な立場をとり、医学的知識に乏しい患者の主張や要求

<sup>59</sup> 朴永浩[2005a], p. 94.

<sup>60</sup> 前掲『保健医療法学』(前注56), p. 112.

<sup>61</sup> 朴永浩[2005a], p. 96.

<sup>62</sup> 前掲『保健医療法学』(前注56), p. 112.

<sup>63</sup> 朴永浩[2005a], pp. 96-97. また、丁容鎮編著[1999], 대법원판례정선 보건의료법의료분쟁 (『大法院判例精選 保健医療法学・医療紛争』), 울림사 (以下、「丁容鎮編著[1999]」とする。), p. 50 は、「身体の自然治癒力を強化する伝統医学では疾病の治療においては、安静と投薬等侵襲行為ではない対応療法を主に行うので、医療事故、医療紛争は発生する可能性が極稀であったし、また、医師と患者間の関係も仁術という温かい人間関係で、相互信頼と尊敬の中で行われたので、医療事故が発生しても医師を恨むことなく、そのまま受け入れるため医療紛争が発生する余地がなかった」という。

を無視するといった態度をとることもあり得る。そのような場合、患者としては過失云々よりもかような医師の態度に憤慨し、医師と患者の関係が極度に悪化するケースは多い<sup>64</sup>。

医療事故の紛争化は、医師と患者間の関係が相当部分寄与する。即ち、医師と患者間の意思疎通方式と相互作用形態、医師が存在する不確実性のとらえ方、患者の同意の求め方等、医師と患者間に成立している信頼の程度が、直接的に、事故を紛争化するのに寄与する要因として指摘されている<sup>65</sup>。

医師と患者が親密な意思疎通構造を有しているならば、医療過誤訴訟の量を減少させることができ、このために意思疎通の重要性に関する教育及び患者の声に積極的に耳を傾けようとする技術実習（*demonstration of active-listening technique*）が意思保守教育の内容として、医師又は医科大学の学生に訓練づけられなければならないと主張もなされている<sup>66</sup>

## (6) 医療人の医療法理に対する知識不足

大体において医師たちは医療法をよく知らないだけでなく、知る必要がないとも考えてきた。その根源的な理由は、医科大学教育において医療法が扱われる場合がほとんどなかったし、これまで医師たちは医療法を知らなくとも医療活動に大きな支障はなかった。このような傾向が、医療紛争が発生したとき、医師たちが法的権限や義務をおろそかにする契機として作用した。

特に医師の説明義務等の各種法的義務と医療過誤等の責任法理に関する理解が不足したまま、診療にあたりといったことも、現在の医療を取巻く状況からすると医療紛争を増加させる要因となりうる<sup>67</sup>。

## 2 患者側の要因

### (1) 患者の医療の本質に対する理解不足

医療行為は、身体に対する侵襲を伴うため、本質的に危険性を帯びることになり、医療の非定型性、身体の高多様性（個人差、特異体質等）、またその治療に対する効果も様々であるばかりか結果に対して予測不可能であるという「医学の不確実性」といったことから常に事故が起こる可能性を孕んでいるものであるが、患者はかような医療の本質に対する理解不足のため、医療事故が起これば、常に過誤の存在を疑い医療紛争を起こすことになる<sup>68</sup>。即ち、患者たちが、医療に対する高い期待と完全な効果・満足だけを要求するとき、それに沿わない結果が発生すると医療に対する不満が増幅し（医療行為の過程において最善の努力を尽くしたか否かというところに理解と関心が向かず）、紛争化する要因として作用したりする<sup>69</sup>。

<sup>64</sup> 朴永浩[2005a], pp. 96-97.

<sup>65</sup> 前掲『保健医療法学』（前注 56）, p. 112.

<sup>66</sup> 前掲『保健医療法学』（前注 56）, pp. 112-113.

<sup>67</sup> 前掲『保健医療法学』（前注 56）, p. 113.

<sup>68</sup> 朴永浩[2005a], p. 97.

<sup>69</sup> 前掲『保健医療法学』（前注 56）, p. 113. また朴判事は、患者は医療行為が手段債務であるということが理解できず、悪結果発生の場合、無条件に医療ミスとして過失を主張するといった行動をとることで医療紛争が増加するのだという。このため、過失の立証が、事実上、不可能ないしは困難な医療事故に関しても、患者側では、丈夫だった患者が死亡したという事実のみをもって、自分に勝訴可能性があるものと安易に考え、不必要に訴訟

## (2) 国民の権利意識の増大及び診療契約としての意識の変化

国民の権利意識の伸展により、人権意識が高まったことが挙げられる。現代の民主化社会で国民の権利意識の高揚に伴い患者は医師と対等な立場で医療に積極的に参与することを望むようになった。最近においては、かつての医療父権主義から医療の全過程において意思決定に参与することを主張する患者主権主義に置き換わり<sup>70</sup>、また、紛争を回避し、穏便に問題を解決しようとする過去の消極的思考から、積極的に自己の権益を主張し、問題点を明らかにすることで、同様の被害に苦しむ人がまたと出ないように再発防止に資することが望ましいといった思考への転換がみられ、かつては泣き寝入りしていたような事項に対しても訴訟を通じて問題を提起する事例が増えはじめるなど、訴訟が日常化し、医療分野においてもこういった趨勢が反映され、医療紛争が増えている<sup>71</sup>。

よって、医療事故が発生すると患者側はその問題を医師側が契約上の義務を履行していないといった責任問題として眺めるようになり、このような変化は医療事故が紛争化する重要な要因となっている<sup>72</sup>。

## (3) 健康に対する関心増大と医療情報の拡散

近年文化水準の増大と経済成長により、多くの国民が健康に関してはもちろんのこと、専門的な医療知識に対しても関心を持つようになり、かつては貧弱であった医療に対する情報が、各種メディアやインターネットを通じて容易に入手できるなど、医療情報が拡散し、患者は医師の医療行為に対し、それなりの判断基準をもって事を明確にしようとする傾向へと変化がみられるようになった。患者が医療を認知する水準が増加するにつれ、患者が医療事故の大部分を（ときにはまともな医療行為に対してまでも）医師の過失や過誤として認知し、医療紛争へと進行している<sup>73</sup>。

## (4) 経済的補償心理の増加

医療訴訟の増加に伴い、これを通じた金銭的補償事例が蓄積され、このような先例の累積を通じて患者は経済的補償の可能性に対して期待を有するようになるため（それが1次的な目的ではないにせよ）、紛争が増加する傾向があることを否定することはできない<sup>74</sup>。

### 3 制度的要因

#### (1) 医療事故に対する社会的補償制度の欠如

現代医学が開発した治療法と医薬品にも本質上危険性が内在されており、医療行為により発生する不祥事の中には医師の過誤なしに発生する場合も多い。

例えば、予防接種により被った損害に対しても補償を受けるところが漠然としていて、まずは

---

を乱発する傾向さえあると指摘する（朴永浩[2005a], pp. 98-99）。

<sup>70</sup> 前掲『保健医療法学』（前注56），p. 113.

<sup>71</sup> 朴永浩[2005a], p. 99.

<sup>72</sup> 前掲『保健医療法学』（前注56），p. 113.

<sup>73</sup> 前掲『保健医療法学』（前注56），p. 114.； 朴永浩[2005a], p. 100.

<sup>74</sup> 前掲『保健医療法学』（前注56），p. 114

医師に賠償を求めるしかないのが現実である<sup>75</sup>。

医療人の過誤によらない不可抗力であったり、原因が定かでない予見不可能な医療事故による損害の場合、これを評価し、相当の補償をする制度が必要とされる場所であるが、韓国においては、こういった医療事故に対する社会的補償制度が確立されていなかったがゆえに、抑鬱した悔しさを訴えることができない患者は直接的な暴力行使や訴訟を通して損失の補償を受けようとする傾向を示し、やはり、医療紛争増加の原因となる<sup>76</sup>。

また、賠償責任制度自体の問題点を指摘する見解<sup>77</sup>もある。これによると、医療紛争及び医療訴訟の増加は、もはや世界各国で共通して起こっている現象で、医療行為の増加と社会の民主化による権利意識の向上がもたらす医療紛争増加現象はこれ自体さほど深刻な問題ではないこと、それはアメリカや日本では、韓国のように、患者側で実力行使により病院業務を妨害したり、医師個人を脅迫したり、医師個人に対する刑事告発を乱発するといったことは稀で、ほとんど見られない点をあげ、それは日本の医師会においては医師賠償責任保険に強制加入となっている等、賠償責任制度が充実している点を重要視する。

韓国においては、賠償責任保険制度の導入はしているものの、国民への広報不足と医療人の加入不足<sup>78</sup>のため、未だ行き渡った機能にはいたらず、結局のところ、経験豊かな専門家が冷静かつ合理的に紛争処理をするといったことには程遠く、紛争経験の全くない患者と医師が感情的に対立し、敵対することで互いの関係の悪化を招き医療紛争の解決方法が過激化するという事態を招いている。

## (2) 各種市民団体、医療専門弁護士等の増加

医療人のみならず、法曹の急激な増加により、専ら医療訴訟を専門に取り扱う医療専門弁護士が続々と増え、医師の中でも医療記録の鑑定や訴訟での鑑定証人を職業とする医師が登場するなど医療事故が発生したとき、患者側はこういった職業人を容易く利用できるようになったことで、従来、対話で解決を図ろうとした医療事故に関しても今ではより紛争化する傾向にあり、特に医療被害にあった家族の会等の活動が活発化し、患者側で、彼らの医療紛争の経験と組織的な助力を得ることができることにより、医療紛争は益々増加している<sup>79</sup>。

## (3) 適切な医療紛争調停機構や紛争解決のための制度的装置の不在

医療事故が紛争化する前に事案を公定し、客観的評価と患者側の適正な被害救済、医師側には医療活動が萎縮しないよう迅速に解決することができる機構の存在は望ましいが、このような活動をする機構が不在であったり、存在しても有名無実である等、それなりの問題点があるため十分に活用しきれず、結局のところ、ほとんどの医療紛争が制度圏外で解決されており、それによ

<sup>75</sup> 李徳煥[1998], 의료행위와 법 (『医療行為と法』), 文英社 (以下、「李徳煥[1998]」とする。), p. 14.

<sup>76</sup> 李徳煥[1998], pp. 14-15; 前掲『保健医療法学』(前注 56), p. 114.

<sup>77</sup> 朴永浩[2005a], p. 101.

<sup>78</sup> 朴永浩[2005a], p. 102. の注 88) によれば、消費者保護院紛争調停 2 局において、全国 163 箇所総合病院を対象に調査を実施したところ、医療賠償責任保険に加入している総合病院は 29.6%にすぎないとする。

<sup>79</sup> 朴永浩[2005a], p. 103.

る副作用が医療界及び国民全体に及ぶという悪影響が深刻であるという<sup>80</sup>。

また、長らく論議されてきた医療紛争調整法が立法されず、紛争の円満な解決にかかる時間が長期に及び、それによる社会的、経済的損失をもたらしているとの指摘もある<sup>81</sup>。

### Ⅲ 医療紛争が生み出す社会的副作用

#### 1 防御的診療の傾向

医療紛争がもたらす、最大の副作用として、問題回避型の診療形態、いわば防御的診療（防衛診療 [Defensive Medicine]）の傾向があげられている<sup>82</sup>。

医療紛争の様相が過激化、大型化、長期化することで、時には、病院が廃業に追い込まれる等、医師らにとっても、深刻な「被害」が発生し、診療に対する信念や使命感が、顕著に低下するようになり<sup>83</sup>、紛争を回避するために防御的な診療傾向、つまり、医療事故を意識し、自己を保護するため、救急患者や失敗率の高い治療を拒否するという消極的防御診療（萎縮診療）の形を採ったり、通常、必要ではない検査や治療手段を採択し、部分的に過剰診療をするといった積極的防御診療をする傾向が一般化した<sup>84</sup>。

人道主義実践医師会が 1991 年実施した医療倫理に関するアンケート調査において専門医の 49.5%、開業医及び奉職医の 36.5%が過剰診療をしたことがあるとの回答がなされている<sup>85</sup>ことから防御診療の傾向はかなり蔓延しているといえ、医師たちが法的規制を意識し、上述のごとく自己保護のための方法や措置を講ずるもので、「医療紛争の予防医学」とまで呼ばれている<sup>86</sup>。

#### 2 医療費等社会的費用の上昇

上述の医師の防御的診療も、結局は、医療費上昇の要因になる。医師が自己の責任回避手段として、通常、医学的に必要ではない過剰な検査や投薬、入院期間の延長等、健全かつ正常な診療範囲を逸脱した、いわゆる過剰診療は、結局、医療費の追加支出増大に繋がる。これにより、国民医療費を上昇させ国民経済上、家計負担の圧迫要因ともなり、患者に負担と苦痛を強いることになる<sup>87</sup>。

最近、医療紛争が増加するにつれ、医療事故による損害賠償費用、訴訟費用、賠償責任保険料

<sup>80</sup> 朴永浩[2005a], p. 103.

<sup>81</sup> 前掲『保健医療法学』（前注 56）, p. 114.

<sup>82</sup> 김선중=이경환=김원호（金善中=李慶桓=キム・ウォノ）[2003], 연세의료법윤리학총서 3 의사와 변호사가 함께 풀이한 최신의료관례 (『延世医療法倫理学叢書 3 医師と弁護士が共に解析した最新医療判例』), 동림사 (以下、「김선중=이경환=김원호（金善中=李慶桓=キム・ウォノ）[2003]」とする。), p. 30、前掲『保健医療法学』（前注 56）, p. 116; 김선중（金善中）[2005], 최신실무 의료과오소송법 (『最新実務医療過誤訴訟法』), 博英社 (以下、「김선중（金善中）[2005]」とする。), p. 19.

<sup>83</sup> 김선중=이경환=김원호（金善中=李慶桓=キム・ウォノ）[2003], p. 29.

<sup>84</sup> 김선중=이경환=김원호（金善中=李慶桓=キム・ウォノ）[2003], p. 30; 朴永浩[2005a], p. 104.

<sup>85</sup> 김선중=이경환=김원호（金善中=李慶桓=キム・ウォノ）[2003], p. 30; 朴永浩[2005a], p. 104.

<sup>86</sup> 朴永浩[2005a], p. 105 及び同注 89) 掲記の論文 (서재관, 한국방어의학소론, 부산의사회지 제 22 권 25 호, 제 43 쪽 [ソ・チェグァン「韓国防御医学小論」부산医師会誌第 22 卷 25 号・43 頁] ) 。

<sup>87</sup> 丁容鎮編著[1999], pp. 58-59.

に関連する費用等、経済的損失が急速に増加しており、これは、結局患者に転嫁され、医療費上昇の無視できない要因になっているとする評価もある<sup>88</sup>。

先に見たように、近時、韓国においては、国民の権利意識の増大も相俟って、医療事故が発生すると、示談・和解よりも、医療訴訟による解決を求める、「訴訟化傾向」が顕著に増大していることから（前掲〔図表Ⅱ - 1〕参照）、今後、医療紛争を未然に防止することと共に、紛争の合理的解決に向けた対策を講じなければ、国民医療費の更なる上昇を招き、併せて、医療訴訟の氾濫等により、医療の危機に陥る可能性が極めて高いと、すでに警鐘が鳴らされている<sup>89</sup>。

### 3 診療環境（医療現場）に与える影響

医療事故により、提訴されはしないかという心理的不安感が作用することから、応急医療（救急医療）を忌避する傾向が多く、また、とかく事故発生率が高いことから、産婦人科を筆頭に、内科、外科、小児科といった、4つの科が忌避され、耳鼻咽喉科、眼科、皮膚科、精神科、形成外科等に医師が集中するという現象により、深刻なマンパワーの需給の不均衡が生じている<sup>90</sup>が、この点も、現在の日本で起こっている問題が、そのまま映し出されているかのごとく、類似している。

また、医療紛争の危険性と低価の診療費のため、1次病院で手術室や入院設備をなくした結果、一般外科医師の間では、最も簡単な手術であるとされる、虫垂炎、痔疾、脱腸の手術さえも、大病院でしなければならないような形態への「医療給付体系の歪曲」が指摘されている<sup>91</sup>。

さらに、紛争が継続している間の深刻な影響として、先に述べたごとく、韓国では、患者側が実力行使による業務妨害等により、円滑な診療活動が不可能となったり、仮に民事訴訟に敗訴した場合、莫大な損害賠償を支払わなければならない可能性もあるため、その間は、訴訟準備等にも神経を遣わねばならず、心理的不安感のため疲弊し、新たな患者を診る上で、集中した診療をすることが困難なのはもちろん、新たなミスを犯す可能性さえ生じるといった、いわゆる二次的に派生する影響も決して軽視できないとの懸念もなされている<sup>92</sup>。

以上のように、医療紛争の増加は、医師の診療環境を不安定にし、結局は、全体的な医療の質の低下を招き、上述のごとく、何よりも医師－患者関係の悪化から、両者間の不信を増幅させ、これがさらに医療紛争を増加させるという悪循環を惹起し、結局のところ、最終的には、一般国民がその被害を被ることにならざるを得ない。

## 第3節 民事訴訟の状況

### I 一般的傾向

88 김선중=이경환=김원호（金善中=李慶桓=キム・ウォノ）[2003], p. 30 頁；前掲『保健医療法学』（前注56）, p. 117；朴永浩[2005a], pp. 106-107.

89 丁容鎮編著[1999], p. 59.

90 김선중=이경환=김원호（金善中=李慶桓=キム・ウォノ）[2003], pp. 30-31；前掲『保健医療法学』（前注56）, p. 117；朴永浩[2005a], pp. 105-106.

91 김선중=이경환=김원호（金善中=李慶桓=キム・ウォノ）[2003], p. 31.

92 朴永浩[2005a], p. 106.



本章冒頭で示したとおり、医療訴訟第一審新受件数は、増加の一途を辿っており、しかも近年においては爆発的な増加率となっており、事態は日本以上に深刻といえよう。医療訴訟に関しては、世界的に増加趨勢にあるのは確かであるが、しかしそれを勘案しても、近年においては、その増加率が50%近くに至る状況で、これは日本におけるそれ(約15%)をはるかに凌いでおり、他に類を見ない非尋常的な現象としかいいようがない。

こういった趨勢から、先述のように医療事故による損害賠償請求事件は、「損害賠償(의)」<sup>93</sup>として受理し、これを処理しており、1991年9月にソウル地方法院第15民事部を「医療過失訴訟事件専担部」に定めて医療事件を専門に担当・処理する専門裁判部が登場したのを皮切りに1996年にはソウル高等法院(第9及び第17民事部)に、そして現在では主要都市の地方法院に専門裁判部が設置されるに至り、医療訴訟事件は専らこの専門裁判部において審理がなされている<sup>94</sup>。

次に、医療の中でも、どの領域において訴訟事件が頻発しているかという問題であるが、日本のように診療科目別の事件数に関する公式の統計は、今回、筆者が調べた限りにおいては見当たらなかった。ただ、医療事故が頻発する診療科として、産婦人科領域で事故が最も多く、次いで内科、整形外科、神経外科等が指摘されており<sup>95</sup>、概ねこういった領域での係争事件が多くを占めていることが推認されうる。このあたりも、日本とよく似たような様相を呈していると見てはば間違いないものと思われる。

そして近年においては、医療紛争に対する解決方法においても、当事者同士の対話よりも、訴訟で紛争を解決しようとする傾向が増加趨勢にある。ゆえに、医療は防御的態勢を採ろうとし、そのような副作用が社会的に蔓延していく危険性からも、医師-患者間の個人的な次元を超え、深刻な社会的問題として浮き彫りとなっている<sup>96</sup>。

## II 医療訴訟の審理方式<sup>97</sup>

韓国においては、2002年7月1日より全面改訂された新しい民事訴訟法(2002.1.26法律第6626号)<sup>98</sup>が施行されているが、全国の法院では、この新法の施行に備えてすでに2001年3月

<sup>93</sup> 事件名に付される記号「의」(発音は「ウィ」に近い)は、「医」を意味する。

<sup>94</sup> 朴永浩[2005a], p. 108. 日本において東京地裁(第14・30・34・35民事部)と大阪地裁(第17・19民事部)に医療集中部が設けられたのが、2001年4月であるから、日本より10年も先行して設けられたことになる。

<sup>95</sup> 朴永浩[2005a], p. 71 (図表4); 김선중(金善中)[2005], p. 19.

<sup>96</sup> 김선중(金善中)[2005], p. 19.

<sup>97</sup> この項に関する記述は、김선중(金善中)[2002], 새로운 審理方式에 따른 醫療過誤訴訟의 審理와 實務上 諸問題 -민사사건관리방식에 따른 서울지방법원의 실무를 중심으로-(「新しい審理方式に則った医療過誤訴訟の審理と實務上の諸問題-民事事件管理方式に則したソウル地方法院の實務を中心に-」), 재판자료제 97 집, 법원도서관; 金善中[2005], pp. 16-18 に依拠。

<sup>98</sup> 韓国の民事訴訟法は、日本のそれを模範として制定され、その後の改正により日本の民事訴訟法にはない制度を盛り込む形で発展してきている。そのような点から、民法と同様、日本法との密接関連性を有することは自明の事実といえる。その沿革につき若干述べるならば、近代以前においては、比較的整備された中国式の中央集権的律令制度ないしは、固有の司法制度が存在していたが、この独自のものが近代法として発展するにはならず、1900年初期の時代的背景により、当時の日本の法制度がほぼそのまま取り入れられる。そして第二次大戦以降においても、いきなり独自の法制度を設けるのは困難であったことから、引き続き日本法を依用法として使用。

1 日から新しい民事事件管理方式に則って民事訴訟手続が行われている。

この新方式を概説すると、まず、当事者が法廷に出廷しないで、答弁書や準備書面の数次に渡る交換と証拠の提出、書面による争点整理手続を行う。次に、可能な限り、一度で済むように裁判期日を設け、最終的に争点を整理して確認する手続である「争点整理手続期日」を経て、次いで、これも極力一度で済むよう証拠調べ期日を設けて、関連証人をまとめてこの日に出廷させ、尋問を行う等、必要な証拠調べを一括・集中的に執り行う「集中証拠調査期日」の後に審理を終結させる方式である。これは、日本の場合とほぼ同様の流れであることから、法改正にあたっても、日本法（平成8年法<sup>99</sup>）が大いに参考にされていることがうかがえる。

### 1 書面による争点整理手続

訴状が提出されると、法院は訴状副本と共に訴訟手続案内書を被告に送達する。被告は案内書に則して、詳細な答弁書と翻訳文を添付した診療記録簿を法院に提出する。次いで、法院はこれを準備命令と共に原告に送達し、準備書面と必要な証拠を提出させ、双方の攻防が開始する。

争点整理期日には、双方の主張と共に、証拠関係の整理を終えなければならないため、事前に証人に対するもの以外の、全ての証拠申請及び証拠資料（必要な医学文献や鑑定意見書等）の提出がなされる。

### 2 調停回付<sup>100</sup>

韓国においては、特に医療訴訟の場合、訴訟事件として係属後、一旦調停に付されることが通例のようである。例えば、ソウル中央地方法院医療専担部では、書面による争点整理及び期日前の証拠調べが全て完了し、それに則って法院の心証がある程度形成された段階で事件を調停に回付している。医療専担部では医療専担調停委員を各診療科目別に大学病院科長級以上の医師と弁護士各1名で構成された調停委員会を構成し、全ての医療事件は調停委員会の調停を経るようになっている。

調停委員の中で、医師は医学的側面から、弁護士は、法律的な側面から事件を検討した後、調停案を作成し、これを基礎として当事者を説得し、妥協点を導き出す。調停委員による調停が成立しなければ、事件を裁判部に戻すが、このとき調停委員は、調停の進行過程と事件に対する調停委員の意見を記した調停結果報告書を作成し、提出することになる。

裁判部は、事件分類段階を経て、準備手続期日に、この調停結果報告書を参照し、記録を綿密に検討し、合議を経て最終的に調停案を作成する。この調停案は、後に調停が不成立となり、判

---

1961年にいたって、ようやく韓国独自の民事訴訟法といえるものが制定されたが、それまでの経緯からして日本法の影響から抜け出すものにはならず、結局日本の民事訴訟法と類似するものとなった。その後、1990年と2002年の2度にわたる全面改正と幾度かの部分改正を経て現在にいたっている。以上の点も含め、韓国民事訴訟法に関しては、金祥洙[1996]『韓国民事訴訟法』（信山社）（以下、「金祥洙[1996]」とする。）が詳しい。

<sup>99</sup> 1996年（平成8年）に全面改正された民事訴訟法を指す。「充実した争点整理と集中的な証拠調べの実施」を主要な骨格に据えた平成8年法により導入された制度の運用状況に関しては、菅野雅之[2006]「訴訟の促進と審理の充実—裁判官から」ジュリ 1317号 61頁以下を参照。

<sup>100</sup> 韓国民事調停法（1990年制定）第6条は、「第1審受訴裁判所は、必要があると認める場合は、訴訟の係属している事件を決定でもって調停に回付することができる。」と規定する。元来、当事者双方の合意のある場合にのみ調停回付を認めていたが、1992年の同法改正により、職権調停を認めたものである（金祥洙[1996], 255頁）。

決を言い渡した場合、当事者に法院に対する不信感を与えないよう、判決の結果と極力差が出ないものとなっている。

### 3 事件分類

当事者の一方、あるいは双方が、調停をまったく希望せず、調停が不成立となったり、調停に代わる決定に対し、異議が唱えられた事件に対しては、裁判部の合議を経て事件を分類し、審理の方向性を決定する。

その結果、さらなる主張・立証が必要な事件は、釈明準備命令を送り、攻防を継続することとし（追加書面攻防段階に分類）、再度調停に付す必要があると判断される事件や、事案が複雑で争点整理が必要な事件、あるいは、証人尋問が必要な事件等は、準備手続期日を指定し、争点整理と共に、再び調停を勧告し、それ以上、追加攻防や調停可能性がなく、争点整理期日も別途指定する必要がないと判断される事件に関しては、第1回弁論期日を指定し、その期日に弁論が終結できるようにする。

### 4 争点整理期日

争点整理期日は、原則的に準備手続期日の形態で進行する。よって、事件分類段階で、準備手続期日を指定する決定がなされた事件に対しては、予め準備手続回付決定を行い、当事者双方に通知することになっている。

ソウル中央地方法院医療専担部では、争点整理期日を効率的に運営するため、争点整理期日前に、事件分類段階で予め争点整理案を作成し、これを当事者双方に送付し、検討するようになっている。その上で、争点整理期日に、当事者より意見を聴取し、異議があれば修正し、異議がなければ、これをそのまま調書に添付する方式で争点整理期日を運営している。そして、この段階でもう一度調停に回付し、調停を勧告し、調停に応じない場合、調停に代わる決定をする。

準備手続を経た事件や、準備手続を経ることなくそのまま弁論期日を指定することに決定した事件は、順次第1回弁論期日を指定し当事者双方に通知がなされる。

弁論期日においては、準備手続において整理された争点、または予め作成し送付した争点整理案を双方の当事者に個別的に提示し、説明した上で再度確認する。その上で、証人が採択された事件は、争点と関連したもの内、期日前の証拠調査においても立証がなされなかった部分に限定して証人尋問を実施した後、弁論を終結し、判決の期日を指定する。

## Ⅲ 法院における医療訴訟事件の処理状況

### 1 平均審理期間

韓国においては、医療訴訟の審理期間に関する公式な統計が存在しないようなので、正確なものとは示しえないが、朴判事によると、一審判決には平均30ヶ月を、二審判決には平均15ヶ月を要しているとのことである<sup>101</sup>。2000年以降においては、医療専門裁判部が設置された影響もあ

---

<sup>101</sup> 朴永浩[2005a], p. 116.

り、多少短縮されているようであるが、通常民事訴訟 1 審合議事件の全体的な審理期間が、5.4 ヶ月から 7.1 ヶ月の間であることからすると、医療訴訟の審理期間は、この 3 倍ないし 4 倍に達していることになる<sup>102</sup>。

一方、日本における同期間であるが、さきに述べた 1996 年民法訴訟法の全面改正（いわゆる平成 8 年法の導入：施行は 1998 年 1 月 1 日）、さらに平成 15 年改正（提訴前証拠収集手続・計画審理・専門委員制度等の導入）の影響により年々短縮傾向にある。地裁通常訴訟事件の平均審理期間<sup>103</sup>にはまだまだ及ばないものの、たとえば、2006 年の平均値が 25.1 ヶ月であるが、これは 10 年前の 1997 年の 36.3 ヶ月に比較すると 11 ヶ月以上、1990 年の 42.8 ヶ月からすると 17 ヶ月以上短縮されていることになる。また、これにともなって未済事件の数も 2004 年の 2138 件をピークに翌 2005 年以降は減少に転じている<sup>104</sup>。

ところで、医療訴訟において審理期間が長くなるのは、医療行為の適否等が争点となることが多く、この審理のためには医学的・専門的知見を必要とし、また、そのような点を踏まえた確かな判断のために鑑定を行う場合が少なくなく、これに相当程度の時間を要するといったことが多分に影響しているようである<sup>105</sup>。

このような事情は、韓国においても同様で、審理期間が長期を要する要因としては、やはり「鑑定の遅延」が挙げられている。従来、韓国では、主に大韓医師協会に鑑定嘱託を行う。すると、同協会は、さらに鑑定事項によって該当所属学会に、所属学会は、さらにまたある適当な医師を選択し、鑑定を嘱託するといった形であるため、鑑定書が出来上がってくるまで 6 ヶ月ないし 1 年以上かかることも珍しくなく、また、こういった鑑定嘱託の末、作成された鑑定書の内容は不十分かつ不誠実な場合が少なくないため、鑑定医に事実照会や場合によっては再鑑定、あるいは鑑定書の上にさらに別の証拠調査をしなければならない等さらに 6 ヶ月ないし 1 年以上を鑑定のために所用しなければならないといったことがまれではなく、審理が遅延する理由として、他の裁判手続きに進行上の遅延要素があるわけではなく、ほとんどが鑑定による遅延であると指摘されている<sup>106</sup>。

朴判事は、医療訴訟は、極めて専門的な分野における紛争であるにもかかわらず、その閉鎖性による情報偏在、つまり、患者側は、門外漢の上、証拠方法が手中になく、さらに、鑑定を依頼するにしても鑑定人は被告と同業の医師であるため、『青緑は同色』あるいは『肘は内側に曲げる』といった諺の如く、鑑定人は、同僚意識を有することもあり鑑定結果に期待できないことも

<sup>102</sup> 朴永浩[2005a], pp. 116-117.

<sup>103</sup> 2000年：8.8ヶ月、2001年：8.5ヶ月、2002年：8.3ヶ月、2003年：8.2ヶ月、2004年：8.3ヶ月、2005年：8.4ヶ月、2006年：7.8ヶ月、2007年：6.8ヶ月となっている（最高裁司法統計、堀川博司[2008]「裁判統計から見る医事関係訴訟の状況」民事法情報 261 号 5 頁<表 2>参照）。

<sup>104</sup> 倉島浩二＝森田恵佑[2000]「裁判統計から見た医療過誤訴訟事件について」民事法情報 169 号 10 頁以下、倉島浩二＝高橋慎也[2001]「医療関係訴訟事件の概況－裁判統計を中心として－」民事法情報 180 号 34 頁以下、田中康茂[2003]「裁判統計から見た医事関係訴訟事件を巡る最近の動向」民事法情報 202 号 2 頁、同[2004]「裁判統計から見た医事関係訴訟事件を巡る最近の動向」民事法情報 214 号 2 頁以下、同[2005]「裁判統計から見た医事関係訴訟事件を巡る最近の動向」民事法情報 226 号 2 頁以下、佐野勝信[2006]「裁判統計から見る医事関係訴訟事件の状況」民事法情報 237 号 2 頁以下、同[2007]「裁判統計から見る医事関係訴訟事件の状況」民事法情報 249 号 2 頁以下。

<sup>105</sup> 佐野勝信[2007]「裁判統計から見る医事関係訴訟事件の状況」民事法情報 249 号 3 頁。

<sup>106</sup> 朴永浩[2005a], p. 117.

多」<sup>107</sup>、立証困難であるばかりか、実体の把握自体も困難な場合がある点を指摘される。こういったことから、医療訴訟の円滑な審理の最大の障害要素は、情報の偏在現象であるとし、この克服が主要課題として常に現れる<sup>108</sup>とされている。

## 2 既済事件の終局区分件数とその割合

韓国における第1審既済事件の終局区分を、年度別にまとめたものが【図表Ⅱ-10】、それに対応する形で、日本の統計を【図表Ⅱ-11】にまとめてみた。

全体的に見て特徴的なのは、日本の場合は和解の割合が多くを占めるといったことに照らし、韓国の場合は、調停を試みて解決を図るといったことがさかんに行われており、また、一旦は訴訟提起された事件にもかかわらず、その成功率もかなりの高率で、10年前の状況に比べると明らかに増加傾向にあり、システムにおける成果といえそうである。

一方、判決による終結が、日本のそれに比べると、割合的に高いのも特徴である。しかし、最近に至ってはその割合は徐々に低下しており、その分、和解の割合が増加しているのが目を引く。特に、2002年の11件に対し、2003年には52件と、急に約5倍に増加し、その後も引き続き増加傾向を示している点である。

朴判事は、この点につき、以下の2つの点が大きく影響していると分析する。

まず1点目として、2002年6月より、大韓医師協会がサムソン火災保険と医療賠償共済・再共済に関する業務協約を締結し、従来運営してきた共済事業と別途医療賠償共済事業を主導的に統括運営し、新たな医療賠償共済事業を実施したことである。

これにより、従来共済による補償限度額が1千万ウォンに制限されていたことで、実質的な損害の賠償を担保できなかった問題点が改善された。つまり、この医療賠償共済においては、補償限度額を3千万ウォン、5千万ウォン、1億ウォン、2億ウォンの4つから選択し、加入できるとしたことにより、実質的な損害の賠償が可能となったという。

次に2点目としては、従来共済事業においては、「先合意・後審査補償方式」<sup>109</sup>であったがゆえに、医師が事件処理に神経をすり減らさずにはいらなかったシステムが、「先審査・後合意補償方式」<sup>110</sup>という画期的な補償方式に変更され、大韓医師協会共済会職員が、初期対応から事件の終結まで、事件処理を担当するようになった。

これにより、保険料が高額なため、民間保険会社の医療賠償責任保険に加入できなかった相当数の医師たちが、この医療賠償共済を利用し始めたことによる影響が、和解の急増に繋がったと見ている<sup>111</sup>。

<sup>107</sup> 朴判事は、もちろん中には現代医学でも解明できない現象も多く、医師といえども全てを解明できるものではなく、また判断者である判事としても医学的専門家でないばかりか医療の発展が日進月歩のため、固定的な判断基準が見出せず、実態把握が極めて難しいことも合わせて述べられている（朴永浩[2005a], p. 62）。

<sup>108</sup> 朴永浩[2005a], pp. 62-64.

<sup>109</sup> 事件発生後、会員又は共済会職員によって和解が成立した後、関連書類を検討し審査委員会に回付し、保証金を決定する方式。

<sup>110</sup> 事件発生時、一般保険と同様、大韓医師協会職員が事件処理を一括して担当し、終結させる方式。

<sup>111</sup> 朴永浩[2005a], pp. 131-132. また、日本において和解件数が占める割合が約5割に達するのも、日本においては賠償責任保険制度が整備されていることによるところが多いと分析されている。

また、訴えの取下げも 2001 年以降は減少が見られるものの、日本のそれが 4~5%<sup>112</sup>であることからすると、韓国における特徴的な現象とも見て取れる。

その明確な理由については定かではないが、たとえば、既に述べたように、韓国においては、民事訴訟よりも先行してまず刑事告発に向かう傾向があることにも無関係ではないように思われる。つまり、訴訟の目的が賠償よりも医療者に対する怒りや恨みといった感情面が先行するがゆえの「制裁」という問題が第一儀的な場合、仮に「刑事責任が問われる結果」なり、それには至らなくとも、「刑事裁判に付されること」そのものが、いわば社会的制裁である、との認識を有しているとする、その後の時間をかけた民事での争いに関しては放棄するといった行動を示すことも考えられなくはない。

あるいは、医療に対する過剰な期待や無理解からくる側面である。つまり、診療債務が絶対的な結果を保証するといった性格のものではなく、「手段債務であるということが理解できず、医師に必ず自分たちが期待した『完全な効果』すなわち完治のみを期待し、医師が医療行為の過程で最善の努力を果たしか否かといったことには全く関心が向かない」<sup>113</sup>といった患者側の「日常抱えている考え方」ないしは「感情面が先行した行動」との乖離があり、請求の根拠が充分にないがゆえのことなのか、はたまた立証責任の壁等によるものなのか定かではないが、いずれにせよ、日本とは違う、韓国における特徴的な社会的背景が影響しているようにも感じられる。

もう 1 点目に付くのは、上述したように、2002 年 7 月の民事訴訟法の全面改訂に備え、既に 2001 年 3 月より新しい審理方式を導入して審理が行われているとのことであったが、年間処理件数が格段に伸びているのがうかがえる点である。

しかしながら、新受件数が急増している関係で、処理が追いつかなくなっている状況で、従来、新受件数と事件の処理件数が、ほぼ同数で均衡を保っていたところ、1999 年には未済件数は新受件数を上回り、さらに増加し続け 2003 年には既済件数 735 件に対して、未済件数は概ね 1000 件に達している<sup>114</sup>。

逆に日本においては同年、既済件数が新受件数を上回っており、初めて未済件数が減少に転じ、さらに減少傾向を示し続けているが、韓国においては、この現象を「医療訴訟手続改革の成果」と評されており、特に、平成 15 年改正民訴法によって導入された、計画審理制度と鑑定の選別の実施等に関しては、「自国においても」これらの導入は検討に値するとの見解が見られる<sup>115</sup>。しかしながら、日本国内においては、こういった審理期間の短縮といった「成果」の反面、どこまで十分な審理が行われているか疑問を呈する実務家の声もある<sup>116</sup>。

---

<sup>112</sup> 最高裁司法統計から割り出した数値。

<sup>113</sup> 朴永浩[2005a], p. 98.

<sup>114</sup> 朴永浩[2005a], p. 114.

<sup>115</sup> 朴永浩[2005a], p. 115 及び p. 120.

<sup>116</sup> たとえば、2008 年 11 月 25 日付「毎日新聞（朝刊 7 面）」によると、控訴審は原則として証人尋問をせず書面審理である点等、迅速化の名のもと、三審制が形骸化しているとの指摘がある。

〔図表Ⅱ-10〕 第一審終局区分年度別統計（韓国）

年度	新受 件数	既済件数（括弧内は割合〔単位：％〕）							
		合計	却下命令	判決	取下	調停	和解	認諾	その他
1990	84	68 (100.0)	—	48 (70.6)	12 (17.6)	—	7 (10.3)	—	1 (1.5)
1991	128	88 (100.0)	2 (2.3)	72 (81.8)	12 (13.7)	—	1 (1.1)	—	1 (1.1)
1992	75	81 (100.0)	1 (1.2)	57 (70.4)	16 (19.8)	—	4 (4.9)	—	3 (3.7)
1993	179	137 (100.0)	—	98 (71.5)	28 (20.5)	—	8 (5.8)	—	3 (2.2)
1994	208	163 (100.0)	—	115 (70.5)	26 (16.0)	—	10 (6.1)	—	12 (7.4)
1995	179	115 (100.0)	2 (1.8)	82 (71.3)	19 (16.5)	6 (5.2)	3 (2.6)	—	3 (2.6)
1996	290	229 (100.0)	6 (2.6)	125 (54.6)	40 (17.4)	36 (15.7)	10 (4.4)	2 (0.9)	10 (4.4)
1997	399	303 (100.0)	3 (1.0)	181 (59.7)	57 (18.8)	31 (10.3)	13 (4.3)	—	18 (5.9)
1998	542	475 (100.0)	4 (0.8)	308 (64.9)	70 (14.7)	59 (12.4)	16 (3.4)	1 (0.2)	17 (3.6)
1999	508	395 (100.0)	2 (0.5)	215 (54.4)	50 (12.7)	82 (20.7)	11 (2.8)	—	35 (8.9)
2000	519	361 (100.0)	3 (0.8)	221 (61.2)	47 (13.0)	62 (17.2)	8 (2.2)	—	20 (5.6)
2001	666	585 (100.0)	16 (2.7)	263 (45.0)	58 (9.9)	182 (31.1)	5 (0.9)	—	61 (10.4)
2002	671	492 (100.0)	2 (0.4)	228 (46.3)	62 (12.6)	137 (27.9)	11 (2.2)	1 (0.2)	51 (10.4)
2003	755	735 (100.0)	4 (0.5)	393 (53.5)	66 (9.0)	119 (16.2)	52 (7.1)	1 (0.1)	100 (13.6)
2004	802	755 (100.0)	5 (0.7)	384 (50.9)	58 (7.7)	146 (19.3)	69 (9.1)	—	93 (12.3)
2005	867	772 (100.0)	4 (0.5)	355 (46.0)	54 (7.0)	183 (23.7)	85 (11.0)	—	91 (11.8)
2006	979	749 (100.0)	3 (0.4)	372 (49.7)	75 (10.0)	140 (18.7)	82 (10.9)	—	77 (10.3)

\* 1990年～2001年までは、朴永浩[2005a], p. 109 [図表15] に、2002年～2006年に関しては、大法院司法年報に依拠。

〔図表Ⅱ-11〕 第一審終局区分年度別統計（日本）

年度	新受 件数	既済件数（括弧内は割合〔単位：％〕）						
		合計	判決	和解	放棄	認諾	取下	その他
1990	352	330 (100.0)	120 (36.4)	160 (48.5)	4 (1.2)	0 (0.0)	24 (7.3)	22 (6.7)
1991	356	361 (100.0)	133 (36.8)	192 (53.2)	1 (0.3)	0 (0.0)	18 (5.0)	17 (4.7)
1992	371	364 (100.0)	152 (41.8)	165 (45.3)	0 (0.0)	0 (0.0)	22 (6.0)	25 (6.9)
1993	442	347 (100.0)	132 (38.0)	173 (49.9)	2 (0.6)	0 (0.0)	20 (5.8)	20 (5.8)
1994	506	392 (100.0)	178 (45.4)	174 (44.4)	0 (0.0)	0 (0.0)	21 (5.4)	19 (4.8)
1995	488	426 (100.0)	172 (40.4)	198 (46.5)	2 (0.5)	1 (0.2)	29 (6.8)	24 (5.6)
1996	575	500 (100.0)	176 (35.2)	259 (51.8)	1 (0.2)	0 (0.0)	29 (5.8)	35 (7.0)
1997	597	527 (100.0)	193 (36.6)	278 (52.8)	1 (0.2)	0 (0.0)	27 (5.1)	28 (5.3)
1998	632	582 (100.0)	232 (39.9)	285 (49.0)	3 (0.5)	0 (0.0)	29 (5.0)	33 (5.7)
1999	677	569 (100.0)	230 (40.4)	267 (46.9)	4 (0.7)	0 (0.0)	37 (6.5)	31 (5.4)
2000	794	691 (100.0)	305 (44.1)	317 (45.9)	0 (0.0)	0 (0.0)	40 (5.8)	29 (4.2)
2001	822	722 (100.0)	334 (46.3)	318 (44.0)	1 (0.1)	0 (0.0)	31 (4.3)	38 (5.3)
2002	909	869 (100.0)	386 (44.4)	381 (43.8)	1 (0.1)	0 (0.0)	63 (7.2)	38 (4.4)
2003	998	1035 (100.0)	406 (39.2)	508 (49.1)	4 (0.4)	3 (0.3)	47 (4.5)	67 (6.5)
2004	1110	1004 (100.0)	405 (40.3)	463 (46.1)	2 (0.2)	0 (0.0)	49 (4.9)	85 (8.5)
2005	999	1062 (100.0)	400 (37.7)	529 (49.8)	0 (0.0)	0 (0.0)	46 (4.3)	87 (8.2)
2006	913	1139 (100.0)	402 (35.3)	607 (53.3)	1 (0.1)	1 (0.1)	50 (4.4)	78 (6.8)

\* 1990年～1997年に関しては、倉島浩二＝森田恵佑[2000]「裁判統計から見た医療過誤訴訟事件について」民事法情報 169



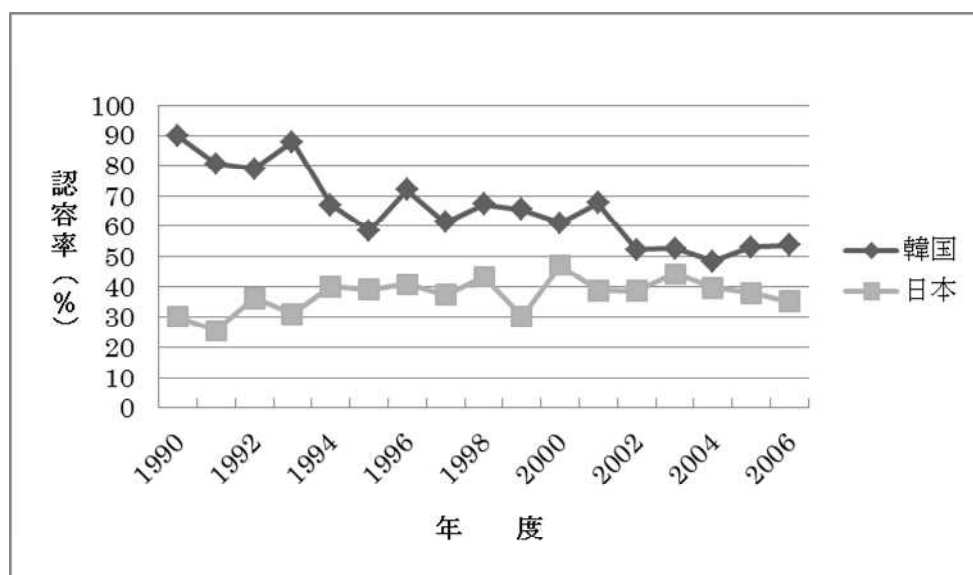
号13頁(表2)のデータに、1998年～2006年に関しては、最高裁判所司法統計に依拠。

〔図表Ⅱ-12〕は1990年から2006年までの医療訴訟事件(第1審)の認容率の推移を日本の同数値と対比させグラフ化したものである。

ここでの認容率とは、判決総数に対して認容判決(一部認容を含む)件数の占める割合を示している。韓国の第1審裁判所の認容率は、1990年代前半においては、かなり高率を示しており、これは民事通常訴訟のそれと大して変わらない値<sup>117</sup>であるが、94年、95年に下降した後、漸次低下傾向を示しながらも、近時は日本のそれよりやや高めの特徴50%前後で推移している。

ただ、このグラフの示す20年に満たない比較的短い期間に医療における事故や過失の態様がそれほど極端に変化したということは考えられず、1つの事象に対する司法判断つまりは法院の態度に変化を及ぼすような医療を取巻く社会的な価値観、あるいは社会そのものの変化の表れとも読めるであろうか。

〔図表Ⅱ - 12〕 医療訴訟事件判決における認容率の比較



\*韓国の統計については大法院司法年報、日本の統計については最高裁判所司法統計に依拠し筆者作成。

〔図表Ⅱ - 13〕は、韓国における控訴審での統計をまとめたものである。これに対応する日本の統計は2005年以降のものしか存在しないため、経年の変化等を一定のスパンで対比してみることはできないが、2005年～2007年までの3年間の統計をまとめたものが〔図表Ⅱ - 14〕である。

<sup>117</sup> 韓国の司法統計によると民事通常訴訟の第1審における認容率は、概ね90%前後である。これは、日本(司法統計によると最近では82～84%くらいの値を示している。)のものと比較的近似した値といえるが、そこからすると、日本の医療訴訟事件における認容率はかなり落差があるといえる。

まず、〔図表Ⅱ - 13〕からいえるのは、韓国においては控訴審においても調停を活用するケースが相当数あること、そして近年にいたっては、やはり先に見た第一審のデータ同様、和解による終局が急に増えだしたということである。

そして、控訴の件数も年々増え、それに合わせて裁判所での処理も行われており、先に見た民事訴訟法の全面改正に伴う、新しい審理方式の導入の反映でもあろうが、控訴提起数、控訴審での既済件数とも変化が著しいのが近年の特徴で、司法の疲弊ないしは機能不全に陥るレベルに達しているようにも感じられるほどである。

〔図表Ⅱ - 13〕 控訴審（高等法院・地方法院）年度別統計（韓国）

年度	新受 件数	既 済									
		合計	却下 命令	判決			取下	調停	和解	認諾	その他
				棄却	破棄 取消	その 他					
1990	1	1	—	1	—	—	—	—	—	—	—
1991	3	1	—	1	—	—	—	—	—	—	—
1992	7	6	—	—	4	—	1	—	1	—	—
1993	10	4	—	2	2	—	—	—	—	—	—
1994	15	10	—	4	1	—	5	—	—	—	—
1995	27	11	—	4	6	—	—	—	1	—	—
1996	34	21	—	8	7	—	2	—	—	—	4
1997	82	50	—	18	13	—	5	13	1	—	—
1998	146	147	—	45	44	—	25	28	5	—	—
1999	147	121	—	39	50	—	18	12	2	—	—
2000	190	176	—	43	57	—	25	49	2	—	—
2001	150	140	1	42	41	—	28	27	—	—	1
2002	167	140	—	53	43	—	6	37	—	—	—
2003	267	185	—	55	48	—	9	56	17	—	—
2004	273	224	2	58	50	—	10	74	30	—	—
2005	239	248	1	71	46	—	10	79	40	—	1
2006	243	245	—	88	60	1	11	50	32	—	3

\* 1990年～2001年までは、朴永浩[2005a], p. 109 [図表15] に、2002年～2006年に関しては、大法院司法年報に依拠。

また、〔図表Ⅱ - 14〕の日本のデータ（限定的なものに過ぎないが）と比較した場合、棄却率が、日本のそれに比して、格段に少ないばかりか、年によっては、第一審判決が覆り、控訴人が逆転勝訴する破棄・取消判決の方が多いの目も引く。

韓国における医療訴訟の控訴率が高い理由として、国民の、訴訟を通じた補償額に対する期待

値の大きさに比し、実際の医療訴訟では、患者側の既往症等を理由に、過失相殺がなされ、認容額が意外なほど小額である場合が多いこと、他方、医療鑑定の結果「過失なし」との趣旨の回答にもかかわらず、法院において、種々の間接事実を根拠に医師の過失を推定したり、「一般人の常識に基づき医師の過失を認定」<sup>118</sup>するケースも結構見られる。このような、直接的な証拠なしに医師側の過失判断がなされたことに対する不満から、控訴する場合も多いこと等があげられている<sup>119</sup>。比較的高率を占める破棄・取消判決は、このような側面が控訴審において反映された結果ともいえるだろうか。

〔図表Ⅱ - 14〕 控訴審（高等裁判所）年度別統計（日本）

年度	新受件数	既 済						
		合計	判 決			命令	和解	取下 その他
			総数	棄却	取消			
2005	209	248	161	119	42	1	79	6
2006	262	260	158	117	41	1	96	5
2007	217	256	159	106	53	2	89	6

\*最高裁判所司法統計に依拠

\*\*控訴審として、地裁に係属した分に関しては、医療事件の分野別統計が存在しないため、高裁のみの統計となっている。

〔図表Ⅱ - 15〕に対比できる日本の統計は、筆者が知りうる限り存在しないようなので、ここにおいては、比較の上で、相対的に韓国の特徴を炙り出すという作業はできないが、大枠としていえることは、上告数に関してもその増加傾向は著しく、裁判所における事件処理がそれに追いつかなくなりつつある現象がうかがえる。また、圧倒的に棄却例が多いが、これは原告・被告のどちら側が上告したものか定かではないこともあり、この数値に関する詳細な分析は、筆者の現在の状況からしては限界があり、今後の課題としたい。

次いで〔図表Ⅱ - 16〕は、上の〔図表Ⅱ - 13〕〔図表Ⅱ - 15〕に依拠して、下級審判決と上訴の数、つまりは第一審判決総数に対して新たに控訴提起された数を、そして控訴審判決総数に対しては新たに上告受理された数を対比し、その割合を示したもの<sup>120</sup>である。また、〔図表Ⅱ - 17〕は、〔図表Ⅱ - 14〕に依拠して同様の条件で作成した日本のデータである。上告審の統計が存在しないため、〔図表Ⅱ - 16〕に対応したものとなりえず、また、期間も3年間と非常に限定された範疇のものしか作成できなかったが、参考までに示しておく。

<sup>118</sup> 詳細については、後述（第3章、第1節、IV）する。

<sup>119</sup> 朴永浩[2005a], p. 125.

<sup>120</sup> その年度におけるこれらの数値が正確な控訴率等を示す訳ではないであろうが、韓国民事訴訟法によると、控訴を提起する場合の控訴期間は、「判決書が送達された日から2週以内に」行わねばならず（韓国民訴法396条）、同じく上告審においてもその手続は控訴審におけるそれを準用（同425条）されるとあるため、判決から上訴提起までの時間が接近していることから考えると、上記数値はそれほどの外れなものではなく、参考に値する指標に十分なりうると考える。朴永浩[2005a], p. 124の〔図表24〕において1989～2001年の控訴率が示されているが、2002年以降のデータを限定的ながら〔図表Ⅱ - 17〕の日本のそれと対比可能であることから上の表のまゝとめ方にした。

〔図表Ⅱ－15〕 上告審（大法院）年度別統計（韓国）

年度	新受件数	既 済			
		合計	判決		取下
			棄却	破棄	
1993	6	3	3	—	—
1994	10	8	8	—	—
1995	13	13	12	1	—
1996	25	24	23	1	—
1997	31	32	31	1	—
1998	29	19	17	2	—
1999	24	24	24	—	—
2000	29	28	26	1	1
2001	42	32	29	2	1
2002	44	51	47	4	—
2003	38	43	41	2	—
2004	49	33	30	1	2
2005	60	48	46	2	—
2006	74	56	51	5	—

\*1990年～2001年までは、朴永浩[2005a], p. 109頁〔図表15〕に、2002年～2006年に関しては、大法院司法年報に依拠。

〔図表Ⅱ - 16〕から、韓国における控訴提起数そのものは、1990年代初頭においては僅かであったのが、漸増を続け、1990年代後半からその増加傾向に拍車がかかっているのが見て取れるが、判決との割合を見ると、その増加傾向は1996年を境に一気に急加速しているのがよくわかる。

これは先に示した（〔図表Ⅱ - 1〕〔図表Ⅱ - 2〕を参照）、医療訴訟第一審新受件数の非尋常的な増加傾向と、ある程度連動した動きとなっているのが見受けられることから、ある意味での韓国社会における特徴的な「法化」現象の現れであると読むことも可能であろう。

上告審の数値はかなり変動があつて一概にはいえないが、平均的に高い確率で上訴が行われているのは事実である。

もう一点この数値からいえるのは、当事者が判決を不服とする割合が高いということは、医療者－患者間において「医療における悪結果」に対する認識の差が歴然としており、埋めがたい溝が形成されているということも指摘でき、その程度はある意味で日本以上であるということもいえそうである。

〔図表Ⅱ - 16〕 下級審判決と上訴数の対比（韓国）

年度	第1審判決 総数 (A)	控訴審・新受 件数 (B)	B/A (%)	控訴審判決 総数 (C)	上告審・新受 件数 (D)	D/C (%)
1991	133	3	2.3	1	—	—
1992	152	7	4.6	4	—	—
1993	132	10	7.6	4	6	150
1994	178	15	8.4	5	10	50.0
1995	172	27	15.7	10	13	76.9
1996	176	34	19.3	15	25	60.0
1997	193	82	42.5	31	31	100
1998	234	146	62.4	89	29	32.6
1999	231	147	63.6	89	24	27.0
2000	304	190	62.5	100	29	29.0
2001	331	150	45.3	83	42	50.6
2002	386	167	43.3	96	44	45.8
2003	406	267	65.8	103	38	36.9
2004	405	273	67.4	108	49	45.4
2005	400	239	59.8	117	60	51.3
2006	402	243	60.4	149	74	49.7
平均			39.4			61.9

\*〔図表Ⅱ-13、15〕のデータに依拠。1990年代前半の控訴数が少ないため、B/Aの平均値はやや低めだが、2004～2006年の3年間の平均値を取ると62.5%となり、〔図表Ⅱ-17〕に見る日本のそれ（59.3%）をやや上回る値となる。

〔図表Ⅱ - 17〕 第1審地裁判決と上訴数の対比（日本）

年 度	第1審（地裁） 判決数 (A)	控訴審（高裁） 新受件数 (B)	B/A (%)
2005	399	209	52.3
2006	399	262	65.7
2007	362	217	59.9
平均			59.3

\*最高裁司法統計に依拠。

## 第4節 医療紛争対策をめぐる立法動向

既に示してきたように、医療需要の増加に比例した医療事故の増加、そして社会的賠償・補償制度の不備等に相俟って、医療紛争が増加趨勢にあることから、これに対処するため1981年12月、医療法改定を通じて医療紛争調停制度が設けられたが、種々の問題点及び関係当事者の認識不足等の理由から、ほとんど有名無実で活用がなされていない状況であった。

このような中、医療紛争による深刻な社会的状況を認識し、単一法案の必要性が1980年代末から医療界からの提起により論議され、その制定のための努力がなされてきた。

政府は、医療事故の予防、被害救済を社会福祉の次元で解決するために長年にわたり立法を試案してきたが、利害当事者間の意見対立によって難航を極めたのが「医療紛争調停法」の立法化作業である。

以下、本法案の主要な内容と立法推進過程につき見ていくことにする。

### I 医療紛争調停法案の目的と主な内容

#### 1 法案制定の必要性

医療紛争が増加趨勢にあり日常化されていること、また、紛争が長期化するにつれ、その社会的波及効果、さらには、紛争当事者が負担する直接費用のみならず、紛争解決に要する時間・費用等の社会的費用をも勘案すると<sup>121</sup>、医療事故が紛争化する前に、事案を公定の上、客観的に判断し、患者には適正な被害救済を、医師には医療活動が萎縮しないよう迅速に解決を図ることのできる機構が必要となってくる。

換言すれば、次の3つの観点からその必要性が指摘されている<sup>122</sup>。

まず1つ目として、社会的観点から、国民が安全に治療を受けることのできる権利を規定し、その生命・身体・財産上の被害を迅速かつ公正に救済し、一方医療人に対しては、安定的な診療環境を造成すること。

2つ目には、国民の観点から、医療事故が過誤によるものであることを疑わせる場合、調査等を行える機関及び患者のための制度が存在しない現実から、専門知識に対する情報の非対称による不信を解消してくれる仲裁機関が必要であるとの点。

そして3つ目としては、医療人の観点から、医療事故は、医療行為において回避的なものであるために、事故予防と、過誤を犯した医師に対する制裁の必要性が台頭しているところから、刑事責任特例及び賠償に対する基準を設ける必要性が挙げられている。

<sup>121</sup> 國會事務處法制室[2000], 醫療紛争調停法案에 대한 法制的檢討 (医療紛争調停法案に対する法制的檢討), 國會事務處法制室 (以下、「國會事務處法制室[2000]とする。」), p. 4によれば、韓国において紛争解決に支出される費用は、年間約900億ウォン以上に上ると推定されている。

<sup>122</sup> 최진홍 (チェ・ジノン) [2005], 의료분쟁의 해결방안에 관한 연구, 서강대학교대학원 석사학위논문 (「医療紛争の解決案に関する研究」西江大学大学院碩士(修士)学位論文) (以下、「최진홍 (チェ・ジノン) [2005]」とする。), p. 48.

## 2 医療紛争調停法案（94年政府提出法案）の主要骨子<sup>123</sup>

同法案は医療事故に対する賠償に関する事項と調停のための手続等を定めているが、その主要な骨子を整理すると、以下の7つにまとめられる。

第1に、医療紛争調停のため、保険社会部に中央医療紛争調停委員会を、特別市・直轄市及び道に地方医療紛争調停委員会を各々設置し、国民の利用便宜を図る。

第2に、調停委員会の委員は、調停の公正性のために公益を代表する者や医療人及び消費者を代表する者の中で保険社会部長官または特別市長・直轄市長及び道知事が任命又は委嘱するようにする。

第3に、医療紛争に関する実質的な調査及び調停業務を遂行するために調停委員3人で構成する調停部を置く。

第4に、委員会に調停を申請したあと、90日が経過した場合を除いてこの法による調停手続を経なければ訴訟を提起できないようにする調停前置主義を採択し、訴訟に先立って迅速な調停を通じて被害者の権利を救済するようにする。

第5に、医師・歯科医師及び韓医師は、医療賠償共済の責任共済に加入しなければならず、医療賠償共済組合が定めた共済料を納付することとし、調停委員会の紛争決定に則った被害賠償を制度的に保障する。

第6に、安定的な診療環境を助成するために、いかなる者も医療紛争を事由として医療機関の医療用施設、機材・薬品その他の器物を破壊・損傷させたり、医療機関を占拠し診療を妨害することができないようにする。

第7に、医師等の医療行為に因って患者が死傷した場合、その医療行為が不可避で、医療行為者に重大な過失がない場合は、その情状を斟酌し、刑法第268条の刑を軽減または免除できるようにする、といった内容が盛り込まれている。

## II 医療紛争調停法の立法推進経緯<sup>124</sup>

### 1 立法推進過程の概観

医療紛争調停制度が必要との論議は1980年代末から医療界から提起され<sup>125</sup>、1991年には大韓医師協会と病院協会が共同で関連法案を作成し議員立法で推進したが、医療界の一方的な立場に偏し衡平性を欠くとのことから霧散し、政府主導で新しい法案が作成された。保健福祉部は1991

<sup>123</sup> 國會事務處法制室[2000], pp. 31-32; 李載衡[2007], 醫療事故의 被害救済에 관한 研究(医療事故の被害救済に関する研究), 漢陽大学校大学院博士学位論文(以下、「李載衡[2007]」とする。), p.215.

<sup>124</sup> 國會事務處法制室[2000], pp. 18-19; 김용균=이원형(キム・ヨンギョン=イ・ウォニョン)[2002], 「의료분쟁조정법」 제정을 위한 공청회, 공청회자료집(『医療紛争調停法』制定のための公聴会)公聴会資料集(以下、「김용균=이원형(キム・ヨンギョン=イ・ウォニョン)[2002]」とする。); 朴永浩[2005a], pp. 297-298; 최진홍(チェ・ジノン)[2005], pp. 50-52; 李載衡[2007], pp. 218-221; 국무조정실(國務調整室)[2008], 참여정부 핵심공약 추진 결과(國務調整室「参与政府核心公約推進結果」), 국무조정실에 依拠.

<sup>125</sup> 医療紛争調停法制定のための論議は、1988年大韓医師協会「医療事故処理特例法」制定建議に端を発する。しかしながら、この法案は、関係機関と協議の結果、重過失がある場合であっても、医師が免責される内容になっている等の問題点から、日の目を見るにはいたらなかった。

年6月、医療事故救済法制定のための2度にわたる公聴会と5回にわたって法案制定対策委員会を開催するといった努力の末、医療紛争調停法試案を作成したが、診療収入の1%ずつの負担による紛争調停基金を助成し、重過失により患者が死亡した場合、家族の意思とは無関係に医師を刑事処罰できるとしたことに対して医療界が反対し、立法推進が保留となった。

次いで、1994年11月、紛争調停委員会の構成、調停前置主義、家族と親族（4親頭以内）以外の第三者介入禁止、重過失の場合を除き医師の刑事処罰免責等、医療界の要求を大幅に組み入れた推定法案が作成され、第14代国会<sup>126</sup>で審議されるに至った。

政府主導で提出されたこの法案は、刑事処罰免責範囲拡大に対する法務部の反対にもかかわらず、国務会議を通過し、1995年3月国会所管常任委員会において公聴会を経て、同年11月、12月に国会保険福祉委員会の法案審査にて医療紛争調停前置主義、医療人に対する刑事処罰特例を認定、医療行為妨害及び狼藉防止等を大幅に受容したが、無過失補償、共済基金の政府出資等の要求事項が欠落しているといった理由で大韓医師協会の反対にあつて議決には至らず、第14代国会閉会（1996年5月）と共に廃案となった。

1997年、保険福祉部が、'94年案と同じ骨子を維持した上、刑事処罰特例条項の例外として8つを規定する等、再立法を推進したが、関係部署と協議の過程で法務部の異見により次官会議に上程するにはいたらなかった。

1997年7月、キム・ビョンテ議員ほか30人が「医療紛争調停法案」を発議し、同年11月、チョン・ウィファ議員ほか37人が同法案を発議、また1999年11月保健福祉委員会法律案審査小委員会において2つの法律案を検討した結果、これに対する代案として委員会案を作成した。

しかしこの委員会案は、医療人の刑事処罰特例条項に対する異見により国会法制司法委員会での審議が保留状態のまま、結局、2000年5月、第15代国会<sup>127</sup>の任期満了で処理されず、廃案となった。

政府が主導した医療紛争調停法案の作成が失敗に終わると、2002年10月、イ・ウォニョン議員によって、次の内容を含めた「医療紛争調停法(案)」の提出がなされた。

すなわち、①紛争解決機構として、中央と地方に各々医療紛争調停委員会を特殊法人の形で設立し、国家・保険公団・保健医療人中央会及び保健医療機関団体等が財源を負担し、基金を造成することで、無過失医療事故等に対しても補償がなされるようにすること、②業務上過失致傷罪を犯した保健医療人に対して、医学的に認定されない行為や、社会常識に反する医療行為等、12の例外条項<sup>128</sup>に該当しない場合には、被害者の明示した意思に反して公訴を提起できないように

<sup>126</sup> 1992年5月30日～1996年5月29日（選挙実施：1992.3.24、投票率：71.9%、議員定数：299）。

<sup>127</sup> 1996年5月30日～2000年5月29日（選挙実施：1996.4.11、投票率：63.9%、議員定数：299）。

<sup>128</sup> イ・ウォニョン議員が発議した法案において、保健医療人の刑法第268条の業務上過失致傷罪を犯した場合、①医学的に認定されていなかったり、社会通念に反する医療行為等を行った場合、②無資格にして医療行為等を行ったり、免許された以外の医療行為を行った場合、③薬剤に対する必須的な過敏反応調査をしないまま薬剤を投与した場合、④処方と違う薬剤を使用したり、処方箋なしに医薬品を調剤した場合、⑤血液型が適合しない血液を輸血した場合、⑥手術または治療・調剤・投薬過程において患者を取り違えた場合、⑦有効期間が経過したり変質した医薬品を使用した場合、⑧開腹手術中、ガーゼを残留させたのにもかかわらず、放射線撮影もせずにして敗血症を惹起した場合、⑨1回用医療器具を消毒をろくに行わないまま再使用し、感染させた場合、⑩気管挿管した人工呼吸器や中心静脈カテーテルが抜け、警報音が鳴ったにもかかわらず、これを放置し、死亡に至らしめた場合、⑪気管切開を行いながら食道を穿孔させ死亡に至らしめた場合、⑫中心静脈挿管をしながら放射線撮影をせず、肺を穿孔させた事実を看過した場合の12のケースに該当する行為を指す。



すること、さらに、医療賠償総合保険又は共済組合の総合共済に加入している場合には、被害者が示した意思に関係なく公訴提起できないとする内容等である。

しかし、2003年2月保険福祉部会議で開催された公聴会以後、特に進展を見ないまま、2004年5月、第16代国会<sup>129</sup>の任期満了でまたもや廃案となった。

2005年12月、イ・ギウ議員による発議で、16代国会において提出された「医療紛争調停法(案)」を基礎とした法案でもって、第17代国会<sup>130</sup>において立法推進がなされた。

ここでは、法案名を「医療事故予防及び被害救済に関する法律(案)」に変更がなされた。同法案は、保健福祉委員会に移送後、2007年8月、法案審査小委員会にて他の2つの法案と合わせて併合審査の結果、委員会代案として通過するも、保健福祉委員会全体会議において立証責任の転換等に対するハンナラ党の反対により、法案審査小委員会において再論議に付されることになり、保健福祉委員会法案審査小委員会にて係留中(2007年12月現在)であったが、結局、法制定にはいたらなかった。

## 2 医療紛争調停法の主な争点とその議論状況

### (1) 主な争点と各法案の内容における相違点

これまで論議されてきた法案の中で、法案の形で国会へ提出された医療紛争調停法案の主な争点とその内容を表で示したのが、以下の【図表Ⅱ-18】である。

以下、各々につき若干述べることにする。

【図表Ⅱ-18】各法案の相違点

	1994年 政府案	1997年 キム 議員案	1997年 チョン 議員案	2002年 イ 議員案
調停前置主義	必要的	必要的	必要的	任意的
刑事処罰特例	業務上致死傷不問 重過失以外は刑の減 免	業務上過失及び重過 失致傷罪の場合に7 事項以外特例認定	業務上過失致傷罪の 場合のみ8事項以外 特例認定	業務上過失致傷罪の 場合のみ12事項以 外特例認定
診療妨害・狼藉救済	採択	採択	削除	削除
無過失補償	なし	補償	なし	補償

\* 朴永浩[2005a], p. 302の表に依拠。

\*\* 2005年イ・ギウ議員案は2002年イ・ウォニョン議員案とほぼ同旨。

### (2) 必要的調停前置主義

医療紛争に関わる訴えは医療紛争調停法による調停手続を経なければ提起することができないこととするものである。

<sup>129</sup> 2000年5月30日～2004年5月29日(選挙実施:2000.4.13、投票率:57.2%、議員定数:273)。

<sup>130</sup> 2004年5月30日～2008年5月29日(選挙実施:2004.4.15、投票率:60.6%、議員定数:299)。

この制度の導入理由としては、次のようなことが挙げられている。

すなわち、①必要的調停前置制度ではなく任意的調停前置制度として運営する場合、患者は調停申請と訴訟を同時に提起する可能性があり、社会的浪費だけを招来する虞があること、②調停前置制度は専門分野の紛争を低廉な費用と、より簡便な手続により国民の被害を迅速に救済するための制度であり、調停当事者が調停決定を受け入れない場合でも、裁判請求権は保障されており、国民の裁判を受ける権利を本質的に制限するものではないこと等である<sup>131</sup>。

これに対して賛成意見を示しているのが、医療界で、調停の活性化のためには、必要的調停前置主義が採られるべきであるとする。その理由として、低廉な費用で迅速な解決が図れる方法であり、当事者の利用便宜性、円満性、完結性、譲歩可能性等の利点があり、医療紛争調停制度の早期定着のためには必須的装置であるとしている<sup>132</sup>。また、市民と非法曹専門家が参与する機構に解決過程の初段階を委ねることで非権力的、相互譲歩的・市民連帯的に社会正義を実現できるといった点で望ましい<sup>133</sup>、としている。

これに対し、法曹界、消費者団体が反対の姿勢を示している。

まず、法曹界の立場を見ると、裁判を受ける権利を本質的に侵害しないとはいうが、裁判を受ける権利の中でも代表的なのが、「迅速な裁判を受ける権利」であることからすると、これを侵害し、多様な紛争解決策の中、最終的といえる裁判を制限するのは基本権の侵害で、調停前置主義は憲法違反になる可能性があるとする<sup>134</sup>。実際、国民には不必要な手続を1回余分に経なければならぬということになり、このような発想は、国民の権利救済にそれだけ遅延をもたらすことにもなり得る。

また、それだけでなく、調停は、訴訟と違って、攻撃防御が充分になされないまま、相互譲歩を勧奨されながら妥協にいたる傾向があるため、実体的真実の究明の点が不十分なこともあり、仮に調停結果が思わしくない場合、その結果が訴訟において反映され、不利に適用される余地もある点等を挙げ、必要的調停前置主義には反対の姿勢を示している<sup>135</sup>。

一方、消費者団体は、すでに国家賠償と行政審判手続等でさえ、調停前置主義につき、違憲判決がなされたこと、大多数の事件が調停を通じ紛争解決が可能であるとする、あまりにも楽観的な展望に基づいた導入主張には、同意できないとする。さらに、多くの医療紛争被害者たちが、二重の社会的・法律的・時間的費用負担を強いられる可能性が大きいとの理由から、必要的調停前置主義の導入に反対の立場を示している<sup>136</sup>。

### (3) 医療人に対する刑事処罰特例

提案内容は、医療人の刑事処罰範囲は、医療の社会的利益を考慮し、診療行為に対し、刑法の関与を最小化するべきであるとの理由から、業務上過失致傷罪又は重過失致傷罪を犯した保健医

131 김용균=이원형 (キム・ヨンギョン=イ・ウオニョン) [2002], p. 78.

132 김용균=이원형 (キム・ヨンギョン=イ・ウオニョン) [2002], p. 85 ; 최진홍 (チェ・ジノン) [2005], p. 61.

133 김용균=이원형 (キム・ヨンギョン=イ・ウオニョン) [2002], p. 97.

134 김용균=이원형 (キム・ヨンギョン=イ・ウオニョン) [2002], p. 108; 최재천 (崔載千) [1998], 의료분쟁조정법안에 대한 비판적 고찰, 법률신문 2726 호 (「医療紛争調停法案に対する批判的考察」法律新聞 2726号).

135 최진홍 (チェ・ジノン) [2005], p. 61.

136 최진홍 (チェ・ジノン) [2005], p. 60.

療関係従事者等が、総合共済や医師賠償責任保険に加入の場合は、公訴提起できないこととするものである<sup>137</sup>。

この刑事処罰特例の法律案に、賛成の態度を示している医療界の導入賛成理由としては、医療行為は、他の犯罪とは違って本質的に利益をもたらす行為であり、その特質上人体に対する侵襲を伴い悪結果を招くが、一般の犯罪と違って、その行為の善意性が考慮されるべきであるとする。特に、緊急性が要求される医療行為等、常に事故発生の危険に晒される医療人に対し、一般犯罪と同様の罰則を適用するのは、刑事政策上望ましくないとする<sup>138</sup>。また、その医療事故によるリスクは、医療人としても、診療回避、防御診療、規格診療、事故頻度が高い分野の忌避、医療人の早期引退等を招き、これによる社会的損失を招来することを挙げている<sup>139</sup>。

これとは対照的に、法曹界は、法理論上、危険性を有すると難色を示している。

その理由として、刑法の衡平性の問題、さらに、たとえば、産業界において、安全管理者が災害保険に加入の条件をもって、安全事故に対して刑事責任が免責されることがないことと比べても、医療人のみを特定の厚く保護することは、平等に反するとし、人の生命を預かる医療人には、より高度な注意義務を課することで、国民の生命と身体の完全性が保障されるという側面を理由として、この制度の導入には反対している<sup>140</sup>。

#### (4) 医療人・医療機関への暴力行為等に対する加重処罰規定

医療事故を事由として、保険医療機関を占拠又はその施設・設備等を破壊・損傷させたり、保健医療関係従事者等に暴行又は脅迫をし、診療を妨害してはならず、これを教唆・幫助する行為に対しては、加重処罰できる根拠規定をおくとするものである。

本法案に、診療妨害や狼藉行為規制に対する加重処罰条項を置くことは、望ましい医療風土造成のためであり、また調停法の早期の定着のためにも必要であるというのが導入理由である。

当初、この法案は、医療機関での不当・不法な狼藉行為を救済する趣旨で出発しただけに、現行法（刑法・医療法等）によっても救済が可能である、との理由から削除するならば、医療人の身分と診療権が保障されないばかりか、狼藉行為の深刻性は、単純に、医療人個人に対する暴行と脅迫に止まらず、社会全般に多大な悪影響を及ぼしている社会的問題である、との認識から救済装置が必要であるとするのが医療界の主張である<sup>141</sup>。

これに対し、法曹界、消費者団体は、現行法でもって救済可能であるとの理由から導入に反対の立場を示した<sup>142</sup>。

#### (5) 無過失補償制度の導入

<sup>137</sup> 김용균=이원형 (キム・ヨンギョン=イ・ウォニョン) [2002], p. 88; 朴永浩[2005a], pp. 317-318; 최진홍 (チェ・ジノン) [2005], pp. 68-69.

<sup>138</sup> 김용균=이원형 (キム・ヨンギョン=イ・ウォニョン) [2002], p. 98; 朴永浩[2005a], p. 319; 최진홍 (チェ・ジノン) [2005], pp. 69-70.

<sup>139</sup> 김용균=이원형 (キム・ヨンギョン=イ・ウォニョン) [2002], p. 98; 朴永浩[2005a], p. 319; 최진홍 (チェ・ジノン) [2005], pp. 69-70.

<sup>140</sup> 김용균=이원형 (キム・ヨンギョン=イ・ウォニョン) [2002], p. 112; 朴永浩[2005a], pp. 319-320.

<sup>141</sup> 김용균=이원형 (キム・ヨンギョン=イ・ウォニョン) [2002], p. 90.

<sup>142</sup> 김용균=이원형 (キム・ヨンギョン=イ・ウォニョン) [2002], p. 72.

無過失補償の原則は、当初の「1994年政府案」には盛り込まれておらず、1997年の法案からこれの受容がなされた。医療行為は、公益性と善意性をその基礎として提供されるが、それは同時に医療事故の発生可能性を内在しているゆえ、国家は、保健医療人が十分な注意義務を果たしたにも関わらず、不可抗力的に発生した医療事故と判明した場合、患者の生命・身体上の被害に対して補償がなされるべきであるとして、無過失補償制度を採択している<sup>143</sup>。

この無過失補償制度の導入賛成論の立場を示しているのが医療界である。その理由としては、かなりの医療事故において、医師の過失の有無の判定が困難な現実から、有過失の場合だけを補償対象とした場合、法案の実効性が低下し、国民も納得しがたい点<sup>144</sup>、医療事件の訴訟過程で立証責任の転換や「一応の推定の原則」等、訴訟法的便法を使用するより、立法を通じた解決が必要であるとの現実的根拠も示している<sup>145</sup>。

また、医療事故が科学的に完全に究明がなされない人体に対するもので、かつ予測が担保されない場合、運命・宿命として甘受しなければならない不合理の除去のため無過失補償制度の必要性とその基金を医療人・医療機関と医療用具製造業者、国家及び地方自治体においてまかなうべきであると主張し、その理由としては、韓国は、社会保険である医療保険制度（皆保険制度）のため、医師が希望しなくとも保険診療をしなければならず、よって、その危険に対する負担は医師のみならず、全国民が引き受けるのが公平であると見ている<sup>146</sup>。

その論拠としては、不可抗力という「医療の特殊性」に起因する事故に対しての補償がなされなければ、狼藉等の抑止・中断をはじめ、紛争解決を図れないため、補償基金を定めない法案は無意味であるとする。また、国家が医療人に規格診療を強要し、低報酬政策により、多数の患者の診療を余儀なくされるため、事故の補償も、社会保障の次元で検討されるべきであると主張されている<sup>147</sup>。

しかしながら、政府（企画予算處）は、民法の過失責任主義と矛盾し、予算拡大方針に則った医療紛争調停基金の設置の困難、多大な数の医療事故が無過失と判定される現実から、保険者の財政負担が大きく、医療人の事故防止のための努力が低下し、事故予防機能が低下するとの理由から消極的な姿勢を示している<sup>148</sup>。

同様に、法曹界からも、過失責任主義を原則とする民法法体系に適合しない点<sup>149</sup>、過失と無過失、免責の区分が不可能で、かつ、無過失への逃避現象を防ぐ方法がない点<sup>150</sup>、さらには、医療側と患者側が、双方共、迅速な補償による解決だけに眼が行き、事故の原因究明のための努力が、

143 朴永浩[2005a], p. 338; 최진홍 (チェ・ジノン) [2005], p. 65.

144 김용균=이원형 (キム・ヨンギョン=イ・ウォニョン) [2002], p. 88.

145 대한의사협회 의료정책연구소 (大韓医師協会医療政策研究所) [2003], 무과실 의료사고의 피해자 구제제도를 위한 실태조사 및 인식도조사에 관한 연구 (「無過失医療事故の被害者救済制度のための実態調査及び認識度調査に関する研究」), 의료정책연구소 (以下、「대한의사협회 의료정책연구소 (大韓医師協会医療政策研究所) [2003]」とする。), p. 130.

146 チェ・ジノン[2005], p. 67.

147 チェ・ジノン[2005], p. 67 及び同注 83) 掲記論文: 전수정, 의료분쟁조정법연구, 석사학위논문 (チョンスジョン「医療紛争調停法研究」碩士(修士)学位論文), 2003, p. 54 頁; 朴永浩[2005a], p. 339.

148 대한의사협회 의료정책연구소 (大韓医師協会医療政策研究所) [2003], p. 129; チェ・ジノン[2005], p. 67.

149 김용균=이원형 (キム・ヨンギョン=イ・ウォニョン) [2002], p. 111; 대한의사협회 의료정책연구소 (大韓医師協会医療政策研究所) [2003], p. 129; 朴永浩[2005a], p. 339.

150 김용균=이원형 (キム・ヨンギョン=イ・ウォニョン) [2002], p. 111.

おざなりになり、過失有無の究明の不実化を招来し、通常の疾病等によって患者が死亡した場合にも、無過失医療事故として補償を要求する等、無過失補償事例を増加させ、莫大な財源を要するなどの問題点を指摘する見解もある<sup>151</sup>。

#### (6) その他

その他にも、医療紛争調停委員会の設置・構成、医療賠償共済組合の設立及び加入義務化、医療過誤調査制度（医療事故判定機構の設置）、財源調達問題等も検討事項として議論がなされているが、立法化のネックとなった主な争点とまではいえないため、詳述は割愛する。

### Ⅲ 小括

上述の如く、韓国の医療現場においては、「医療紛争の日常化」<sup>152</sup>とそれに伴う被害者側の集団的物理力の行使が絶え間なく起こっており<sup>153</sup>、このため医療側は防御診療、過剰診療、診療忌避等に逃避しようとする傾向を示すことになる。これは、医療紛争を解決する既存の法制度が、被害者救済に関しては、無力であったり、非効率的であったためである<sup>154</sup>。このような実情から、被害者を迅速・公正に救済し、安定した診療環境を作るために医療紛争調停法が試案され、その制定に尽力されてきたが、関連利害関係者の意見対立により、難航を極め続け、その制定は、なかなか容易ではないということも、また1つの現実だったようである。

一方、医療紛争調停法制定の試みは、1990年代までの状況下においては、ある程度の合理性を有したかもしれないが、それ以降においては、医療紛争調停法そのものの必要性は、失せたのではないかとみる見解もある<sup>155</sup>。その理由としては、医療賠償責任保険の商品販売や大韓医師協会の医師賠償共済事業の活性化、また、法院においては医療専担部の設置等も相俟って、かつて5%程度にすぎなかった調停及び和解率が2002年には30%台まで急進展し、さらに伸び続けていること、加えて消費者院の目覚ましい成果（第4章、第1節において後述）等、1990年代とは違った様相が見られることを挙げている。

思うに、このような変化が、比較的短期間の間に遂げられたという事実それ自体も注目に値することだが、ここには韓国社会が医療を取巻く環境の変化に適応してきた姿、つまり法運用の特徴的な断面が映し出されているともいえ、関心を引くところである。

その内実につき、もう少し触れてみると、まず民事司法の動向に関しては、日本における改正民訴法（平成8年法）や、最高裁が進めてきた訴訟の迅速化（書面重視、争点整理手続の拡充等）

<sup>151</sup> 대한의사협회 의료정책연구소（大韓医師協会医療政策研究所）[2003], p. 129; 朴永浩[2005a], pp. 339-340.

<sup>152</sup> 大韓医師協会医療政策研究所が行った実態調査（1998年1月～2002年12月までの5年間）によれば、患者又は患者家族との医療紛争を経験の有無に対し、経験を有する者が44.4%（回答者1117名中496名）にもおよび、これはまさに、医療紛争が身近で日常化された現象であることを物語っている（대한의사협회 의료정책연구소（大韓医師協会医療政策研究所）[2003], p. 43）。

<sup>153</sup> 医師が患者や家族から暴行や暴言を浴びることはすでに日常茶飯事で、医師自身も医療事故の後遺症や経営悪化に苦しみ、自殺にまで及ぶケースも稀ではないようである（2007年9月15日付朝鮮日報〔web版〕：[http://news.chosun.com/site/deta/html\\_dir/2007/09/15/2007091500313.html](http://news.chosun.com/site/deta/html_dir/2007/09/15/2007091500313.html)）。

<sup>154</sup> 國會事務處法制室[2000], p. 29.

<sup>155</sup> 朴永浩[2005a], p. 310, 同 pp. 349-350.

の名のもと口頭弁論の形骸化、和解の多用化と「非訟化」傾向（弁論手続における訴訟と和解の溶解）、職権主義の強化といった日本と酷似した点が目を引く。この場合、ほとんどの医療事件において、その救済対象が、ほかならぬ人間の生命・身体そのものであることからすると、事件解決時において、単なる収束のみならず、「実態的緩和」が如何ほど図られているのか、という点に関して、疑問の余地があるように思われる。

また、もう1点、注目に値することとして、上に見た韓国における実績は、医療紛争を消費者問題として捉え解決を図っていくとする「消費者問題化」傾向が顕著に見られることである。

これはすでに見てきたように、医療法改正を通じて設置された医療審査調停委員会が有名無実化しており、それを補完するための医療紛争調停法も、その制定には難航を極め、廃案となる動きが繰り返される中、政府としては社会状況の深刻さから、苦肉の策として、消費者院を通じて問題の解決を図ろうとした意図が読み取れるが、医療問題に関しては、その施策を講じる場合、「医療の本質」をその中核にすえて問題を見ていく必要があるように思われる。

いうまでもなく医療者は、古くから教師や法曹と並んでプロフェッションと称されてきたが、責任論においても、現代社会においてその存在が希薄となっている「プロフェッションの概念」を基軸に、医療の供給者としての法的・社会的・倫理的責任を、体系的かつ根本的に検討することが重要ではなからうか。もちろん現在の社会状況は、従来のような旧態依然たるプロフェッション論では対応できない現実を示しているともいえ、ここに新しい時代のプロフェッション像の構築が必要とされていることは、市場の論理では、医療は真の医療たりえないことが、様々な場面で浮き彫りとなっている現実からもいえることで、たとえば、アメリカ医療を題材にしたドキュメンタリー映画「SiCKO」は、そのことを端的によく示しているように思えるのである。

そして、ある意味では、こういった現象は「医療の本質」についての問いかけというものが、社会の要請というレベルでなされているようにも見受けられる。

医療というのは、「人間の手による、極めて人間的な施し」である。非常にシンプルながら、これはあらゆる医療問題を考える上で、常に中核に据えておくべき概念ともいえ、したがって、医療の質向上（医療安全）による医療事故防止のための努力、医療者－患者関係における信頼の回復による紛争予防といった、現在直面する課題において、いかなるアプローチが必要かを上記の点を踏まえた上で、再考する必要があるように思えるのである。

### 第3章 紛争発生「前」の制度的デバイス—説明義務

#### 第1節 韓国における医師の説明義務法理の生成と展開

##### 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<sup>156</sup>、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<sup>157</sup>、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の実情」<sup>158</sup>であるとするが、ただ、法的救済を求めるにしても、医療過失の立証の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<sup>159</sup>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<sup>160</sup>。

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<sup>161</sup>、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<sup>162</sup>、殊に1980年代以降は活発な論議の対象となっていく<sup>163</sup>。

<sup>156</sup> 金敏圭[1997], 『醫師의 説明義務와 그의 免除 (医師の説明義務とその免除)』, 耕嚴洪天龍教授華甲紀念論文集, p. 655.

<sup>157</sup> 김민중 (キム・ミンジュン) [2011], 『의료의 법률학(『医療の法律学』), 신론사(以下、「김민중 (キム・ミンジュン) [2011]」)とする。), p. 462.

<sup>158</sup> 김민중 (キム・ミンジュン) [2011], p. 462.

<sup>159</sup> 過失の鑑定のために、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。

<sup>160</sup> 채순 (チェ・スン) [2008], 『의료과실과 법(『医療過失と法』), 신지서원 (以下、채순 (チェ・スン) [2008]とする。), p. 208.

<sup>161</sup> たとえば、1914年アメリカの Schloendorff v Society of New York Hospitals 事件における 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、金天秀[1994], pp. 11-12.)。

<sup>162</sup> 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(ソウル大学大学院博士学位論文) (以下、「金天秀[1994]」)とする。), p. 12.

<sup>163</sup> 채순 (チェ・スン) [2008], p. 205.

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<sup>164</sup>。

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1」として、その事実と判旨を整理したものを付しておく。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1」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

---

<sup>164</sup> 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）、石田穰[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）、高島英弘[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）、加藤良夫編[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。



を充足させるために行う助言を総称する義務<sup>165</sup>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<sup>166</sup>。

大法院判例も、説明義務に関し、「一般的に医師は、患者に手術等の侵襲を加える過程及びその後には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」<sup>167</sup>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<sup>168</sup>、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、いわゆる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。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<sup>169</sup>。

## 2 説明義務の認定根拠<sup>170</sup>

165 鄭淇雄[2007], 의사의 설명의무와 환자의 승낙 (医師の説明義務と患者の承諾), 민사법학, 39 권 1 호 (民事法学 39 卷 1 号) (以下、「鄭淇雄[2007]」とする。), p. 440.

166 李銀榮[2004], 債權各論, 博英社(以下、「李銀榮[2004]」とする。), p. 938 ; 鄭淇雄[2007], p. 440.

167 大法院 1994. 4. 15. 宣告 93 다 60953 判決。

168 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, 14 권 2 호 (比較私法研究 14 卷 4 号), pp. 480-481.

169 신현호 (申鉉昊) [1997], 의료소송총론(『醫療訴訟總論』), 育法社(以下、「申鉉昊[1997]」とする。), p. 195 ; 채순 (チェ・スン) [2008年], p. 208.

170 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(以下、「崔載千=朴永浩[2001]」とする。), pp. 635-637 ; 朴鐘元[2002], 醫師의 (의) 說明義務, 전북대학교대학원박사학위논문 (全北大学校大学院博士学位論文) (以下、「朴鐘元[2002]」とする。), pp. 21-39 ; 鄭淇雄[2007], pp. 440-442 ; 채순 (チェ・スン) [2008年], pp. 210-214 ; 김지석 (キム・ジソ

### (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<sup>171</sup>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<sup>172</sup>。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」の保証にあるがゆえに、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・身体に加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<sup>173</sup>。

### (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もの<sup>174</sup>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<sup>175</sup>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<sup>176</sup>)に準じて、681条<sup>177</sup>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<sup>178</sup>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

---

ク) [2011], 의사의 설명의무의 범위에 관한 고찰 (医師の説明義務の範囲に関する考察), 재산법연구 28 권 1 호 (財産法研究 28 卷 1 号), pp. 342-343; 김민중 (キム・ミンジュン) [2011], pp. 467-470 に依拠。

171 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權を確認し、これを保障する義務を負う。」

172 たとえば、李德煥 [1991], 民法上 醫師의 説明義務法理에 관한 研究 (民法上医師の説明義務法理に関する研究), 한양대학교대학원 박사학위논문 (漢陽大學校大学院博士學位論文), (以下、「李德煥 [1991]」とする。), pp. 64-67; 金天秀 [1994], p. 34-35; 김재윤 (キム・ジェユン) [2006], 의료분쟁과법 (『医療紛争と法』), 울곡출판사, (以下、「김재윤 (キム・ジェユン) [2006]」とする。), 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 (以下、「金善中 [2008]」とする。), pp. 79-80; チェ・スン [2008 年], p. 210; キム・ミンジュン [2011], p. 469. など。

173 채순 (チェ・スン) [2008 年], p. 210. ; 金天秀 [1994], pp. 126-127 も同旨。

174 채순 (チェ・スン) [2008 年], p. 210.

175 김재윤 (キム・ジェユン) [2006 年], p. 119.

176 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。」

177 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。」

178 李銀榮 [2004], p. 936.

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<sup>179</sup>、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る見解<sup>180</sup>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<sup>181</sup>。

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う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<sup>182</sup>と慰謝料に関する751条<sup>183</sup>、752条<sup>184</sup>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」<sup>185</sup>としている。

また、「医師は、緊急患者の場合やその他、特別な事情がない限り、患者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、治療方法の内容及び必要性、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」<sup>186</sup>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。

179 崔載千=朴永浩[2001], pp. 636-637.

180 崔全 (チュ・スン) [2008], p. 212.

181 たとえば、金天秀[1994], p. 35; 金相容[1997], 不法行為法, 法文社(以下、「金相容[1997]」とする。), p. 325, 同[2003], 債権各論[改訂版], 法文社(以下、「金相容[2003]」とする。), p. 821; 김재윤 (キム・ジェユン) [2006], p. 119; 김민중 (キム・ミンジュン) [2011], p. 470. など。

182 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。」

183 韓国民法751条(財産以外の損害の賠償)「①他人の身体、自由は名誉を害したり、その他精神上的苦痛を与えた者は、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。」

184 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。」

185 大法院 1995. 4. 25 宣告 94 다 27151 判決。

186 大法院 1998. 2. 13 宣告 96 다 7854 判決。

### 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<sup>187</sup>。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<sup>188</sup>。

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<sup>189</sup>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<sup>190</sup>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 86 다카 1136 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、それを經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 91 다 36710 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

<sup>187</sup> 崔載千=朴永浩[2001], p. 646 ; 申鉉昊[1997], p. 203.

<sup>188</sup> 申鉉昊[1997], p. 203.

<sup>189</sup> 金相容[1997], p. 326 ; 同,[2003], p. 821.

<sup>190</sup> 金天秀[1994], 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, 27 권 (民事法学 27 卷) (以下、「김만오 (キム・マノ) [2005]」とする。), p. 319 ; 金善中[2008], p. 77.

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例を、そのまま認定しており、これら初期の判例では、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」<sup>191</sup>とされており、たとえば、大法院 1994.4.15.

宣告 92 다 25885 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の価値を有することを明示しているとされている<sup>192</sup>。

また、大法院 1997.7.22 宣告 95 다 49608 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<sup>193</sup>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も、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、後遺症等に対処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<sup>194</sup>している点を指摘される。

---

<sup>191</sup> 崔載千=朴永浩[2001], 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, 3 권 1 호 (医療法学 3 卷 1 号) (以下、「全炳南[2002]」とする。), 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。

<sup>192</sup> 崔載千=朴永浩[2001], p. 651.

<sup>193</sup> 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。

<sup>194</sup> 崔載千=朴永浩[2001], p. 652.

#### 4 説明義務の類型

説明義務の類型論をめぐることは、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<sup>195</sup>が存在し、また対立してきたが、近時は、やはりドイ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<sup>196</sup>。

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とする。

##### (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、安心して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<sup>197</sup>。

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、医療行為の本質的構成部分となる<sup>198</sup>。

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<sup>199</sup>。

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 2004 다 64067 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

<sup>195</sup> 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[2001], pp. 653-654.）。

<sup>196</sup> たとえば、チェ・スン[2008], pp. 214-216 ; 주호노 (チュ・ホノ) [2012], 의사법총론 (『医事法総論』), 法文社, (以下、「주호노 (チュ・ホノ) [2012]」とする。), pp. 559-563.

<sup>197</sup> 주호노 (チュ・ホノ) [2012], p. 562.

<sup>198</sup> 鄭洪雄[2007], p. 450.

<sup>199</sup> 채순 (チェ・スン) [2008], p. 215 ; 김민중 (キム・ミンジュン) [2011], p. 476.

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。

### 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<sup>200</sup>。ゆえに、診断説明は、まさに疾病の本質を理解する<sup>201</sup>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<sup>202</sup>。

具体的な事例として、大法院 2009.1.15 宣告 2008 다 60162 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 2003 다 13208,13215 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

<sup>200</sup> 채순 (チュ・スン) [2008], p. 215 ; 주호노 (チュ・ホノ) [2012], p. 575.

<sup>201</sup> 鄭洪雄[2007], p. 451.

<sup>202</sup> 김민중 (キム・ミンジュン) [2011], p. 481.

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ならない<sup>203</sup>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<sup>204</sup>。

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<sup>205</sup>。

大法院 1997.7.22 宣告 95 다 49608 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<sup>206</sup>。

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<sup>207</sup>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<sup>208</sup>。

特に、発生の可能性は稀ながら、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。

---

<sup>203</sup> 채순 (チェ・スン) [2008], p. 216. 一方, 李호노 (チュ・ホノ) [2012], 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。

<sup>204</sup> 김민중 (キム・ミンジュン) [2011], p. 482.

<sup>205</sup> 김민중 (キム・ミンジュン) [2011], p. 482.

<sup>206</sup> 채순 (チェ・スン) [2008], p. 216.

<sup>207</sup> 김민중 (キム・ミンジュン) [2011], p. 482.

<sup>208</sup> 채순 (チェ・スン) [2008], p. 216.



具体事例として、大法院 1995.1.20 宣告 94 다 3421 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真摯かつ詳細に説明すべき事項であると思わ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<sup>209</sup>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ではなく、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<sup>210</sup>。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<sup>211</sup>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<sup>212</sup>。

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郭をスケッチしつつ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

<sup>209</sup> 주호노 (チュ・ホノ) [2011], p. 576.

<sup>210</sup> 채순 (チェ・スン) [2008], pp. 221-222.

<sup>211</sup> 大法院 1995. 4. 25. 宣告 94 다 27151 判決。

<sup>212</sup> 大法院 1995. 1. 20. 宣告 94 다 3421 判決。

## (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）<sup>213</sup>。

### 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、この指揮・監督義務を果たしたとはいえない<sup>214</sup>。

## (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、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<sup>215</sup>が説明の相手方になる<sup>216</sup>。

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<sup>217</sup>。

## (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 99 다 10479 判決：【15】は、「説明

<sup>213</sup> 千亨호 (チュ・ホノ) [2011], p. 579.

<sup>214</sup> 鄭洪雄[2007], p. 447 ; 金善中[2008], p. 89.

<sup>215</sup> 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[2008], p. 90はじめ、複数の文献でこの表現が用いられている。

<sup>216</sup> 鄭洪雄[2007], p. 447 ; 金善中[2008], p. 90.

<sup>217</sup> 金善中[2008], p. 91.

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<sup>218</sup>。

また、同意権者に関するものとして、大法院 1994.4.15.宣告 92 다 25885 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 94 다 3421 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 95 다 49608

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な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つただけでなく、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、特定の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<sup>219</sup>。

<sup>218</sup> 金善中[2008], p. 89.

<sup>219</sup> 鄭淇雄[2007], p. 448 ; 金善中[2008], 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。

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 94 다 35671 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<sup>220</sup>。

### (2) 主観的基準<sup>221</sup>

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

<sup>220</sup> 金善中[2008], pp. 95-96; 崔載千=朴永浩[2001], pp. 667-668.

<sup>221</sup> この部分に関しては、崔載千=朴永浩[2001], pp. 665-666; 鄭洪雄[2007], pp. 455-456; 金善中[2008], pp. 97-98に依拠。

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。

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<sup>222</sup>

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<sup>223</sup>。

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。」<sup>224</sup>と説く。

---

<sup>222</sup> 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(의) 過失判断構造, 法學研究, 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ままでもないが、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, 4 권 1 호 (民事法理論と實務 4 卷 1 号); 同[2008], 의료과오 책임소송에 있어서 「의료수준」 개념의 재구성( 医療訴訟における「医療水準」概念の再構成), 동아법학, 41 호 (東亞法學 41 号) の 2 点を挙げておく。

<sup>223</sup> 金善中[2008], p. 99.

<sup>224</sup> 金善中[2008], p. 99.

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 93 다 60953 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、侵襲を与える課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 2005 다 11688 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、視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 2004 다 13045 判決等）」と説示している。

他方、大法院 1999.9.3 宣告 99 다 10479 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 92 다 25885 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〇〇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 94 다 3421 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」とした。

## ③大法院 2004.10.28 선고 2002 다 45185 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 2002 다후 48443 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 2008 다후 60162 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瘍が観察されが、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、腫瘍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,86 다후 1136 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 18×10 cm、右大腿部に約 26×10 cm 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癬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、それを經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、原告の当該傷害は上に見た注意義務を尽くさなかつた過失によるもの」と判示した。

## ②大法院 2002.10.25 宣告 2002 다 48443 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 5 cm 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

2007 다 25971 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和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つたがため、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 94 다 27151 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<sup>225</sup>。

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<sup>226</sup>。

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」<sup>227</sup>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<sup>228</sup>。

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<sup>229</sup>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れると解されており<sup>230</sup>、原則的に患者の生命

<sup>225</sup> 金善中[2008], p. 116.

<sup>226</sup> 김민중 (キム・ミンジュン) [2011], pp. 496-497.

<sup>227</sup> 大法院 1997. 7. 22. 宣告 96 다 37862 判決.

<sup>228</sup> 김민중 (キム・ミンジュン) [2011], p. 498; 金善中[2008], p. 116; 金相容[2003], p. 823.

<sup>229</sup> 金相容[2003], p. 823.

<sup>230</sup> 金善中[2008], p. 116.

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<sup>231</sup>。

## (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<sup>232</sup>。

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<sup>233</sup>。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」<sup>234</sup>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<sup>235</sup>。

## (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<sup>236</sup>。

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<sup>237</sup>。

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<sup>238</sup>。

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

231 金善中[2008], p. 116; 김민중 (キム・ミンジュン) [2011], p. 498.

232 金善中[2008], p. 120; 金相容[2003], p. 823.

233 김민중 (キム・ミンジュン) [2011], p. 497.

234 大法院 1995. 1. 20. 宣告 94 다 3421 判決.

235 김민중 (キム・ミンジュン) [2011], p. 497.

236 朴鐘元[2002], p. 142; 김민중 (キム・ミンジュン) [2011], p. 499.

237 朴鐘元[2002], p. 142; 김민중 (キム・ミンジュン) [2011], p. 499.

238 김민중 (キム・ミンジュン) [2011], pp. 500-501.

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」<sup>239</sup>としたものがある。

#### (4) 仮定的同意

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<sup>240</sup>。

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 92 다 25885 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どころ、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 94 다 3421 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 92 다 25885 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

<sup>239</sup> 大法院 1995. 1. 20. 宣告 94 다 3421 判決。

<sup>240</sup> 崔載千=朴永浩[2001], pp. 674-675; 朴鐘元[2002], pp. 146-147; 金善中[2008], p. 123-124; 김민중 (キム・ミンジュン) [2011], pp. 501-502.

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 선고 2001 다 27449 判決：【16】

薬剤師が調剤した風邪薬を服用し、その副作用（スティーブナー-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 92 다 25885 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ないという見解<sup>241</sup>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<sup>242</sup>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<sup>243</sup>。

#### (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<sup>244</sup>、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 93 다 60953 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

<sup>241</sup> 全炳南[2002], p. 279.

<sup>242</sup> 金天秀[1994], pp391-396; 鄭洪雄[2007], p. 460; 李德煥[1991], 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], pp. 246-247; 金善中[2008], p. 115.

<sup>243</sup> 金善中[2008], p.115. また, 李亨九(チュ・ホノ)[2011], p. 603 は、これはドイツの判例の立場でもあるとする。

<sup>244</sup> 李慶桓[2004], 醫療訴訟에 있어서의 過失과 관련된 争點 (医療訴訟における過失と関連した争点), 저스티스, 77 호 (ジャスティス 77号), p. 138.

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 93 다 60953 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ける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いうべきである。」

②大法院 2007.5.31.宣告 2005 다 5867 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對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 2007 다 41904 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對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

積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 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<sup>245</sup>。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）。

## 2 過失・因果関係と説明義務

### (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でとしては、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<sup>246</sup>、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<sup>247</sup>。

### 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<sup>248</sup>。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もあり、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。

<sup>245</sup> 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, 40 권 (民事法学 40 卷), p. 291.

<sup>246</sup> 김·민지 (キム・ミンジユン) [2011 年], p. 548.

<sup>247</sup> 김·민지 (キム・ミンジユン) [2011 年], p. 548; チュ·ホノ [2011], p. 718; 金善中 [2008], p. 378.

<sup>248</sup> 주호노 (チュ·ホノ) [2011], p. 723; 이정환 (イ・ジョンファン) [2012], 의료과오소송에서의 증명책임경감론-일응의 주장이론을 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, 7 권 (医生命科学と法 7 卷) (以下、「이정환 (イ・ジョンファン) [2012]」とする。), p. 155.



「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<sup>249</sup>。

## 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な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<sup>250</sup>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<sup>251</sup>、「定型的な事実経過 (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<sup>252</sup>。

「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<sup>253</sup>。

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「定型的な事実経過」を要件とするといえ、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<sup>254</sup>。

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」<sup>255</sup>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は利用されていた理論であるが<sup>256</sup>、医療行為の精密性、技法の裁量性、閉鎖性等に

249 이정환 (イ・ジョンファン) [2012], 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論の展開と発展), 의료법학, 9 권 1 호 (医療法学 9 卷 1 号) (以下、「신은주 (シン・ウンジュ) [2008]」とする。), p. 22.

250 주호노 (チュ・ホノ) [2011], p. 720 ; 신・ウンジュ [2008], p. 21.

251 주호노 (チュ・ホノ) [2011], p. 721.

252 金敏圭 [1997], p. 35.

253 金敏圭 [1997], p. 35.

254 金敏圭 [1997], p. 35.

255 이정환 (イ・ジョンファン) [2012], p. 155.

256 이정환 (イ・ジョンファン) [2012], p. 158 は、その判例として大法院 1974. 12. 10. 宣告 72 다 1774 判決をあげている。

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、事実に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<sup>257</sup>。

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<sup>258</sup>、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<sup>259</sup>。

## (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<sup>260</sup>。

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<sup>261</sup>。

### 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<sup>262</sup>。

### iii) 判例の態度

<sup>257</sup> 金敏圭[1997], p. 35.

<sup>258</sup> 주호노 (チュ・ホノ) [2011], p. 719; 이정환 (イ・ジョンファン) [2012], p. 158.

<sup>259</sup> 이정환 (イ・ジョンファン) [2012], p. 158.

<sup>260</sup> 채순 (チェ・スン) [2008], pp. 301-302.

<sup>261</sup> 김만오 (キム・マノ) [2005], 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) [2008], pp. 305-306)。

<sup>262</sup> 김만오 (キム・マノ) [2005], p. 313.

大法院 2010.7.8 선고 2007 다 55866 판결 : 【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、相当ながら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 다 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 93 다 41938 判決、大法院 1999.4. 13. 宣告 98 다 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。」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」といえればそれで足りる）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<sup>263</sup>。

<sup>263</sup> 閔裕淑[2005], 의료과오로 인한 손해배상소송에 있어서 인과관계·과실의 추정과 설명의무 (医療過誤

しかし、他方、後述の大法院 2004.10.28 선고 2002 다 45185 判決：【20】では、上記「多汗症事件」とは違った判断構造、つまり「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」であると判示しており、大法院は2つの異なった方式を採用しているようである。

ところで、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<sup>264</sup>。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がら引き継がれてきたという経緯がある<sup>265</sup>。

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上記大法院 2004.10.28 宣告 2002 다 45185 判決：【20】であり、これは「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<sup>266</sup>。

---

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, 51 호(大法院判例解説 51 号)(以下、「閔裕淑[2005]」とする。), 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), 의료법학 6 권 2 호 (医療法学 6 卷 2 号)(以下、「朴永浩[2005b]」とする。), p. 241.

<sup>264</sup> 閔裕淑[2005], p. 284.

<sup>265</sup> 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、朴一換[1990], 醫療訴訟에서의 立證責任(医療訴訟における立証責任), 민사법학 8 권(民事法学 8 卷), p. 371 以下; 채순(チェ・スン) [2008], p. 290 以下; 김민중(キム・ミンジュン) [2011], 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、石田穰教授の指摘は、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[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 卷(以下、「金敏圭[1998]」とする。), 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を感じるが、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。

<sup>266</sup> 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, 93 다 52402 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 93 다 52402 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[2005b], pp. 235-236.)。

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 93 다 52402 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、同被告医師により、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<sup>267</sup>

原審（ソウル高等法院 1993.9.2.宣告 93 나 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際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

<sup>267</sup> 当該事件原審であるソウル高等法院 1993.9.2.宣告 93 나 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[1998], pp. 216-217 に依拠し引用。

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す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、通常的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：骨髄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の使用人として、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、いふならば、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。（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 93 다 60953 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入、いかなれば、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（上述したように混用はあったにせよ）、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<sup>268</sup>もので、以下、医療訴訟における因果関係推定の一般論と

268 石熙泰[2007], 의료과오소송원고의 증명부담경감 (医療過誤訴訟原告の証明負担の軽減), 의료법학 8 권 2 호 (医療法学 8 卷 2 号) (以下、「石熙泰[2007]」とする。), 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 2001 다 19486 判決)ないし『大法院の確立された判例』(大法院 2006. 10. 27. 宣告 2004 다 2342 判決)に位置づけられるにいたった。」とし、また、安法榮[2005], 의료사고소송상인관계추정-대법원판례의요지에관한소견-(「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—」), 의료법학 6 권 2 호 (医療法学 6 卷 2 号) (以下、「安法榮[2005]」とする。), p. 249 は、その注2)において、大

してその法理の意味<sup>269</sup>を見てみることにするが、すでに示したように当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っては、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の変更したのではないかとの疑問のみ提起する見解<sup>270</sup>、「一般人」とは「平均的医師」を意味するとする見解<sup>271</sup>、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<sup>272</sup>、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<sup>273</sup>も有力に主張されている<sup>274</sup>。

---

法院 2003. 11. 27. 宣告 2001 다 20127 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 93 다 52402 判決参照）」という表現も登場している点をあげている。

<sup>269</sup> 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[2005], pp. 249-252.）。

<sup>270</sup> 朴永浩[2005b], 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, 민법연구 3(「医療過誤に関する裁判例」『民法研究 3』), 博英社, p. 445 が挙げられている。

<sup>271</sup> 朴永浩[2005b], p. 242 ; 閔裕淑[2005], 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 (医師の医療行為における注意義務の基準), 판례월보, 323 호 (判例月報 323 号), p. 14 があげられている。

<sup>272</sup> 安法榮[1997], 의료사고의 불법행위책임(医療事故の不法行為責任), 법학논집 (法学論集), 33 輯 (以下、「安法榮[1997]」とする。), 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。

<sup>273</sup> 朴永浩[2005b], p. 237; 閔裕淑[2005], p. 284.

<sup>274</sup> 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、



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<sup>275</sup>、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<sup>276</sup>。

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<sup>277</sup>。

#### 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<sup>278</sup>、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<sup>279</sup>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<sup>280</sup>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<sup>281</sup>。その理由としては、判例が因果関係の存在を「他原因介在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<sup>282</sup>。

#### 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がと

---

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。

<sup>275</sup> 安法榮[2005], p. 255.

<sup>276</sup> 関裕淑[2005], p. 285.

<sup>277</sup> 石熙泰[2007], p. 198; 関裕淑[2005], p. 285.

<sup>278</sup> 関裕淑[2005], p. 289.

<sup>279</sup> 関裕淑[2005], p. 289.

<sup>280</sup> 関裕淑[2005], p. 283.

<sup>281</sup> 石熙泰[2007], p. 200.

<sup>282</sup> 石熙泰[2007], pp. 200-201.

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：骨髄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<sup>283</sup>。

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とができない点等」、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に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<sup>284</sup>。

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

<sup>283</sup> 金敏圭[1998], pp. 11-12. 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。

<sup>284</sup> 金敏圭[1998], p. 246.

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<sup>285</sup>。

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<sup>286</sup>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形成した場合に、はじめて因果関係を推定しており<sup>287</sup>、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<sup>288</sup>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見え、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<sup>289</sup>。

#### (5) 大法院 2004.10.28.宣告 2002 다 45185 判決 (【20】判決)

##### i) 事案の概要

1998. 1.14 午前9時10分ごろ、亡患者A(43歳、以下「亡A」)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。

---

<sup>285</sup> 金敏圭[1998], p. 246.

<sup>286</sup> 金敏圭[1998], p. 246.

<sup>287</sup> 金敏圭[1998], p. 246.

<sup>288</sup> 石熙泰[2007], p. 200.

<sup>289</sup> 閔裕淑[2005], p. 283.

## ii) 原審の判断

原審は、脳血管造影検査の必要性に関しては「・・・脳梗塞の治療方法は、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：プラーク）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・小脳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：放射線医）の警察陳述<sup>290</sup>によれば右側椎骨動脈に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投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

<sup>290</sup> 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[2005], p. 295 記載の指導医Dの捜査機関での陳述内容）。

### 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 99 ㉔ 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漠然とした重要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。」

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でない事実、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 96 ㉔ 37862 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 2002 ㉔ 48443 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 98 ㉔ 29261 判決）。記録の中の証拠を上の法理に照らし、みても、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 2002 다 48443 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<sup>291</sup>、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<sup>292</sup>。

「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に過失推定法理という別のロジック、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」と認め、大法院はもう1つの別の方途が存在す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

<sup>291</sup> 閔裕淑[2005], p. 294.

<sup>292</sup> 閔裕淑[2005], p. 289.

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<sup>293</sup>。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<sup>294</sup>。

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ます、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う批判的見解を有している<sup>295</sup>。

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のか疑問<sup>296</sup>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<sup>297</sup>といえる。

## (6) 小括

以上にみた大法院判決にみられる2つの傾向は、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する見解<sup>298</sup>がある。

---

<sup>293</sup> 朴永浩[2005b], p. 237.

<sup>294</sup> 朴永浩[2005b], pp. 237-238 ; 閔裕淑[2005], pp. 283-284も同旨。さらに、朴永浩判事は、大法院 1998. 2. 27. 宣告 97 다후 38442 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[2005b], p. 240.)。

<sup>295</sup> 閔裕淑[2005], p. 298.

<sup>296</sup> 閔裕淑[2005], p. 298.

<sup>297</sup> 閔裕淑[2005], p. 304.

<sup>298</sup> 閔裕淑[2005], 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<sup>299</sup>か極めて困難である。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<sup>300</sup>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」<sup>301</sup>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<sup>302</sup>。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「具体的基準が必要」<sup>303</sup>である旨を説く。

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

<sup>299</sup> 安法榮[2005], p. 253.

<sup>300</sup> 安法榮[2005], p. 252.

<sup>301</sup> 安法榮[1997], p. 252.

<sup>302</sup> 全炳南[2001], 의료소송에서의 입증책임의 완화 (医療訴訟における立証責任の緩和), 의료법학, 2권 2호(医療法学2巻2号) (以下、「全炳南[2001]」とする。), p. 349.

<sup>303</sup> 全炳南[2001], p. 349.



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」<sup>304</sup>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」<sup>305</sup>、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、上に示したようになりに緩やかなレベルの「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り<sup>306</sup>、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<sup>307</sup>、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 2002 다 45185 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

<sup>304</sup> 大橋弘[1999]「最高裁判所判例解説」曹時 51 卷 2 号 177 頁。

<sup>305</sup> 民集 50 卷 1 号 17 頁（可部恒雄裁判官補足意見）。

<sup>306</sup> 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ず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[2005], p. 256.）。

<sup>307</sup> たとえば、大法院 1995. 3. 10. 宣告 94 다 39567 判決；大法院 1995. 12. 5. 宣告 94 다 57701 判決；大法院 1996. 6. 11. 宣告 95 다 41079 判決；大法院 2001. 3. 23. 宣告 99 다 48221 判決など。

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」<sup>308</sup>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<sup>309</sup>。

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 2004 다 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」<sup>310</sup>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であるべきであるが、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であるとする見解<sup>311</sup>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<sup>312</sup>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<sup>313</sup>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」<sup>314</sup>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。

---

308 백경희 (ペク・キョンヒ) [2007], 의료과오소송에 있어서 인과관계의 판단과 입증책임에 관한 판례의 최근 경향 (医療過誤訴訟においての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, 8 권 1 호 (医療法学 8 卷 1 号) (以下、「백경희 (ペク・キョンヒ) [2007]」とする。), p. 204.

309 백경희 (ペク・キョンヒ) [2007], p. 205.

310 백경희 (ペク・キョンヒ) [2007], 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, 9 권 1 호 (医療法学 9 卷 1 号) (以下、「김용빈 (キム・ヨンビン) [2008]」とする。), p. 123.

311 키ム・ヨンビン[2008], p. 124.

312 페ク・キョンヒ [2007], p. 206.

313 페ク・キョンヒ [2007], p. 207.

314 페ク・キョンヒ [2007], p. 207.

## 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）<sup>315</sup>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）<sup>316</sup>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<sup>317</sup>、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<sup>318</sup>。

### 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

---

<sup>315</sup> たとえば、権五乗[1993], 민법의 쟁점 (『民法の争点』), 법원사 (ポボンサ), 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。

<sup>316</sup> 金天秀[1988], 의사의실명 의무 (医師の説明義務), 민사법학 7호 (民事法学 7号), p. 278.

<sup>317</sup> 鄭洪雄[2007]p. 463.

<sup>318</sup> 宋榮珉[2007], 의사의 실명 의무에 관한 최근 판례의 동향과 그 비판적 고찰 (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), 재산법연구 23 권 1 호 (財産法研究 23 卷 1 号) (以下「宋榮珉[2007]」とする。) p. 233.

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, 93 다 60953 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てい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ける落ち度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<sup>319</sup>、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) 説明義務違反による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 95 다 56095 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 94 다 35671 判決 : 【6】、大法院

1995.2.10.宣告 93 다 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

<sup>319</sup> 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 (以下、「金敏圭[1997]」とする。) pp. 523-524.

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 95 다 56095 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 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 X 1, X 2 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 B が、被告らよりハロテイ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つただけではなく、先に見たように、ハロテインの副作用に対する説明も行わなかつたもので、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つたか、上記麻酔法に同意しなかつ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つた過失と亡 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 94 다 35671 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、下顎拳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 6.5 mm 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ないところ、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 93 다 52402 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（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 2005 다 11688 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するものの、その医療水準は通常医師に医療行為当時、一般的に知られており、また、視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 2004 다 13045 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<sup>1</sup>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<sup>2</sup>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 95 다 49608 判決等）」と一般論を述べた後、「産褥期にみられる発熱、膣出血、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 8.6 cm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、被告らに継続して膣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つただけでなく、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つたならば、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に説明しなかつたことで、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つ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チ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、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、一方で本件手術を急いで受けなかつ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<sup>320</sup>。

【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、

<sup>320</sup> 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)), 의료법학 10 권 2 호 (医療法学 10 卷 2 号) (以下「朴永浩[2009]」とする。), p. 13.



「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<sup>321</sup>。

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確か<sup>322</sup>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は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<sup>323</sup>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 94 다 3421 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ったのに対し、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

<sup>321</sup> 金敏圭[1997]p. 537.

<sup>322</sup> 金敏圭[1997]p. 537. また、同 p. 537 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内容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。

<sup>323</sup> 朴永浩[2009]p. 15.

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 96 다 37862 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・・・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、何の説明もしなかつただけでなく、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、いかなれば、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を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、心臓カテー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つたし、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：血液の塊である場合が多い）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術を実施するのかに関して、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 2001 다 27449 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、スティーブンー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どころ、スティーブンー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 2005 다 5867 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薬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 99 다 66328 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」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 78 다 488 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言ったとしても、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」といふ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 2002 다 48443 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髪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、すでに本節において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-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<sup>324</sup>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<sup>325</sup>のようである。

### (3) 棄却事例

#### ①大法院 1995.4.25.宣告 94 다 27151 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

<sup>324</sup> 申鉉昊[1997], p. 208, 217; 김민중 (キム・ミンジュン) [2011], p. 495.

<sup>325</sup> 金敏圭[2002], 説明義務違反과(と) 慰藉料, 比較法學 13 輯 (以下、「金敏圭[2002]」とする。), p. 197.

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ず、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 99 다 10479 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Ⅲ-1]である。全 30 件の対象判決の内、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。

【図表Ⅲ－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

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<sup>326</sup>が、殊、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<sup>327</sup>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<sup>328</sup>。

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、加害行為防止的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

---

<sup>326</sup> 金敏圭[2002], p. 203.

<sup>327</sup> 金敏圭[2002], p. 203.

<sup>328</sup> 金敏圭[2002], pp. 203-204.

という<sup>329</sup>。

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<sup>330</sup>、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<sup>331</sup>。

## (2) 慰謝料賠償額の算定基準<sup>332</sup>

### 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<sup>333</sup>）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

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慰謝料の認定をしており、通常、説明義務違反や機会喪失の場合に主に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<sup>334</sup>。

医療過失による被害という点に考えを及ぼすとき、その被害法益は生命、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いように思われるが、実際の実務では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、さほど多くない慰謝料を認定するに留まっている<sup>335</sup>とのことである。

<sup>329</sup> 金敏圭[2002], pp. 204-205.

<sup>330</sup> 金敏圭[2002], pp. 205.

<sup>331</sup> 金敏圭[1997], p. 526.

<sup>332</sup> この基準に関しては、朴永浩[2009], pp. 17-18に依拠。

<sup>333</sup> 2008年6月1日以降発生した交通事故、労災事故に適用。

<sup>334</sup> 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。

<sup>335</sup> 朴永浩[2009], pp. 17-18.

## VI 小括

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」と判示し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的なものといえる。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<sup>336</sup>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<sup>337</sup>という金敏圭教授の言葉は示唆に富み傾聴に値する。

## 第2節 日本における医師の説明義務法理の生成と展開

### I 問題提起

韓国の大法院は、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うべきで、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(下線は筆者)」

<sup>336</sup> 金敏圭[2002], p. 208.

<sup>337</sup> 金敏圭[1997], p. 553.

338とし、また、②「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（下線は筆者）」<sup>339</sup>であると判示し、判例上において裁量の性質と位置づけを明らかにしている。

すなわち、上記<①判旨>では「患者の状況」、「医療水準」、「自己の知識経験に基づき適切と判断しうる」限りにおいては、相当な自由度を許容し、<②判旨>では、裁量は、通常人では到底明かせない医療の「特殊性」を特徴づけるものでもあることから、因果関係の立証軽減を図る必要性の根拠を示しているといえる。つまり、これらの場面では、裁量は医師の責任構成要素として捉えることもできる点が垣間見られる。

また、前節において確認した、いわゆる「治療上の特権」も裁量と関連した命題ともいえ、この特権による説明義務の制限を医師の利益を実現させるための手段として広く認定する場合には、医師の裁量の余地は大きく拡大する半面患者の自己決定権がかなり縮減されることになり、場合によっては、患者の自己決定権が空洞化する憂慮さえある<sup>340</sup>とされている。

したがって、患者に対する医師の説明が常に原則で、説明義務自体に対する一般的制限や無説明が認められるのは、極めて限定的な範囲で、例外的に認められるに過ぎない。先の大法院判例の分析でも、医師の裁量を理由に説明義務が免責される例は見当たらなかった。

このように、韓国においても「裁量」は、医師責任法の中では重要なキーワードとなっているが、日本においては、従来、医師の説明義務と裁量は二項対立の拮抗するジレンマ関係として捉えられ、ゆえに説明義務と裁量の問題は長らく難問とさえいわれてきた。

本節では、日本における説明義務法理の発展史を概観しつつ、検討を行うが、そのかなりの部分はこの裁量との関係の中で形成されてきたといっても過言ではないように思われる。

以下、日本における説明義務論の勃興から現在の到達点までの、説明義務法理の形成と変遷過程を概観しながら、上記、韓国における裁量との対比の視点を交えながら、医師の説明義務につき、特に裁量との関係を中心に検討してみることにする。

## II 説明義務の根拠

患者に説明がなされるべき法的根拠として、①患者の自己決定権に基づく根拠（憲 13 条、民

338 大法院 1995. 2. 10 宣告 93 다 52402 判決 ; 大法院 2007. 5. 31 宣告 2005 다 5867 判決。

339 大法院 2010. 7. 22 宣告 2007 다 70445 判決。

340 김민중 (キム・ミンジュン) [2011], pp. 499-500.

709条)、②診療契約に基づく根拠(民644条・645条、信義則)、③医師法・医療法に基づく根拠があげられる。

### 1 患者の自己決定権に基づく説明義務

患者は原則として、自己の身体に施される治療について、これを受け入れるか否かの最終的な決定権を有していると共に、その内容についても選択し、決定する権利を有している。

これは、憲法が保障する「基本的人権」の一部である(憲法13条)とされている<sup>341</sup>。したがって、医師はこれを尊重し、患者が的確な判断ができるように、十分に説明する義務を負い、これに違反した場合は、「人格権侵害」として不法行為責任(民法709条)が発生することになる<sup>342</sup>。

### 2 診療契約に基づく説明義務

医師と患者の間の診療契約、すなわち準委任契約がある場合、同契約上の義務として民法656条が準用する同645条を根拠として、あるいは同644条の善管注意義務の一態様として説明義務が発生する、と解する見解もある<sup>343</sup>。つまりは、「現況を知って将来のため適宜の処置をとる必要がある」ため、「委任者の請求があったときに報告すべき義務はもちろんのこと、委任者の利益のために必要があれば、受任者は、委任者の請求を待たないで報告すべきものと解」されている<sup>344</sup>。

また、診療契約のように契約当事者間の情報や専門的知識に大きなアンバランスが存在する契約では、信義則上、情報提供の義務が課されると解されている<sup>345</sup>。

しかし最近では、診療債務のその性質から、不確実性を伴った専門的・手段的・経過的な役務提供債務の履行としての特性に配慮した債務観と帰責事由の捉え方が必要で、善管注意義務といった包括的な概念だけでは処理しきれないものとなる<sup>346</sup>とされている。

### 3 医師法・医療法に基づく説明義務

医師法23条は、「医師は、診療をしたときは、本人またはその保護者に対し、療養の方法その他保健の向上に必要な事項の指導をしなければならない。」としている。

かつて説明義務の法的根拠として、この医師法23条を掲げる裁判例<sup>347</sup>が存在したが、同23条は倫理規定であると解する立場から、これをもって直接医師の民事責任発生根拠とするのは困難

<sup>341</sup> たとえば、伊藤道哉[2002]『生命と医療の倫理学』(丸善)17頁。

<sup>342</sup> 手嶋豊[1997], 321頁は、医療行為が適法性を有するためには、患者が実施される治療につき事前に承諾することが必要だが、「この承諾は患者から診療依頼があったことから概括的・一般的に認められるものではなく、治療の個別場面において医師は患者に説明を行い、患者からの承諾を得なければならない。」とする。

<sup>343</sup> 稲田龍樹[1990]「説明義務」根本久編『裁判実務体系17医療過誤法』(青林書林)(以下、「稲田龍樹[1990]」とする。)190頁。

<sup>344</sup> 幾夜通=広中俊雄編[1989]『新版注釈民法(16)』(有斐閣)237-238頁[明石三郎執筆]。

<sup>345</sup> たとえば、内田貴[2007]『民法II債権各論[第2版]』(東京大学出版会)27、29頁。

<sup>346</sup> 河上正二[2010]「診療債務について(覚書)」法学74巻6号(以下、「河上正二[2010]」とする。)749頁。

<sup>347</sup> 稲田龍樹[1990], 191頁は、岐阜地判昭和49年3月25日判時738号39頁、福岡高判昭和53年6月25日判タ377号141頁、名古屋高判昭和54年9月21日判タ398号65頁、高松地判昭和55年3月27日判タ413号57頁などをあげる。

であると解されているようである<sup>348</sup>。

また、医療法第1条の4、第2項においては「医師、歯科医師、薬剤師、看護師その他の医療の担い手は、医療を提供するに当たり、適切な説明を行い、医療を受ける者の理解を得よう努めなければならない。」と規定されているが、これも努力規定であることから、これを根拠に説明義務違反を認めた裁判例は、筆者の知る限りでは見当たらない。

### Ⅲ 日本における説明義務の位相

#### 1 日本における説明義務論の勃興

近時の学説・判例が、患者の承諾の有効要件ないし前提として、患者に対する医師の説明を要求しているが、医師の説明義務ないしはインフォームド・コンセント論に関する問題を取り扱った最初の論文は、1965年に発表された唄孝一博士の先駆的論文「治療行為における患者の意思と医師の説明—西ドイツにおける判例と学説」<sup>349</sup>である。

ところが、この論文を発表した当時、インフォームド・コンセントの法理は特に注目されることはなく<sup>350</sup>、判例上も1971年の「説明・承諾なき乳房切除事件」（東京地判昭和46年5月19日判時660号62頁）<sup>351</sup>あたりからで、とりわけ脚光を浴びだしたのは1980年以後である<sup>352</sup>。

上記判決以後、日本の学説の状況は、一方で外国法の状況の紹介<sup>353</sup>が進められ、また集積された説明義務違反の裁判例の検討がなされてきた<sup>354</sup>。

<sup>348</sup> 稲田龍樹[1990], 191頁。

<sup>349</sup> 唄孝一[1965]「治療行為における患者の意思と医師の説明—西ドイツにおける判例と学説」『契約法体系7巻』（有斐閣）66頁以下（後に同[1970]『医事法学への歩み』（岩波書店）3頁以下に所収）。

<sup>350</sup> 当時の日本では、そのような考え方が全く存在しなかったことによる。富田清美[1993]「カナダと日本におけるインフォームド・コンセントについての比較法的研究」東京立大学法学会雑誌第34巻第1号（以下、「富田清美[1993]」とする。）157頁以下によると、唄博士ご自身がインフォームド・コンセントという言葉を知ることになったのが1962年頃とのことで、アメリカの本を通してであったが、はじめは何のことかわからず非常にびっくりされ、さらに“unauthorized treatment”という言葉ももぐりの医療の話かと思っておられたという。ところが、そうではなく「患者が承諾していない医療」のことだと後にわかることになるまでは、その本を読み違っていたとの逸話と共に、それゆえに唄博士の関心と呼んだとのことが紹介されている。

<sup>351</sup> 事案は次の通りである。女優であった原告は、左右の乳房のシコリにつき被告医師の診察を受けたところ、右乳房に関しては乳癌であることが判明したため、承諾を得て手術を施行したが、術中に左乳房のシコリの一部につき病理検査（迅速法）をしたところ癌ではないが、乳腺症で「将来癌になるおそれがある」として左乳房に関しては承諾のないまま切除したというものである。裁判所は、治療の依頼を受けたからといって手術にいたるまで当然になし得るものではなく、原則として患者の治療申込とは別の手術の実施についての承諾が必要であると、「承諾を得ないでなされた手術は患者の身体に対する違法な侵害である」とした。

<sup>352</sup> この点については、富田清美[1993], 173頁以下に文献を網羅的に取り上げて紹介している。

<sup>353</sup> イギリス法につき、宇都木伸[1974]「患者の承諾—イギリスにおける未成年者の取り扱い—」唄孝一＝有泉亭編『現代損害賠償法講座（4）』（日本評論社）105頁以下、アメリカ法につき、新美育文[1975-1976]「医師と患者の関係—医師と患者の法的側面—(1)～(3)」名古屋大学法政論集64巻（1975年）67頁以下、65巻（同年）182頁以下、66巻（1976年）149頁以下、細川清[1976]「医師の開示義務—アメリカの場合—(上)(下)」判例時報817号3頁以下、818号10頁以下、ドイツ法につき、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（1983年）96頁以下、3号（同年）33頁以下、31巻3号（1984年）20頁以下、フランス法に関しては、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655頁以下、同6号799頁以下、107巻1号56頁以下など。

<sup>354</sup> この点に関しては、吉田邦彦[2003]「近時のインフォームド・コンセント論への一疑問—日本の医療現場の法政策的考察を中心として—」同『契約法・医事法の関係的展開』（有斐閣）（以下、「吉田邦彦[2003]」とする。）

なお、吉田論文<sup>355</sup>によれば、説明義務の減免事由については、かつてから問題とされていたとする<sup>356</sup>が、「昭和 50 年代終わり以降判例上裁量論がしばしば説かれるために、これに対する学界上の反応が見られるに至った」とされており、医師の説明義務と裁量の関係を中心に議論の展開と判例の動きが見られるようになる。

そして、ここにおいては「医」と「法」の対立という構図が形成され、そのような中で、この問題に関する議論が繰り広げられており<sup>357</sup>、しかもその時期が 1980 年代後半～1990 年代の説明義務論が最も活発に繰り広げられた時期に相当し、そのような素地を基にかかる時代の波に乗って今日まで推移してきたことがうかがえる。

## 2 従前の裁判例にみる説明義務と学説からの批判—総論的把握

先の第 1 章第 1 節 II（予備的考察）で確認したように（〔図表 I－1〕～〔図表 I－3〕参照。）1990 年代以降、医療訴訟の急増という新たな潮流ともいえる現象を示していることから、1990 年頃を一つの転換期と仮定し、まずこれ以前の時期に医師の説明義務と裁量の問題を裁判例の分析を基に論じたものとしては、浦川道太郎教授の研究<sup>358</sup>が注目に値すると思われるので、簡単に紹介する。

ここでは、1973 年から 1991 年までの裁判例 20 件<sup>359</sup>を取り上げ、現実の裁判例に即した実証的な検討がなされている。それによれば、全裁判例 20 件中、責任肯定例が 5 件、否定例が 15 件となっているが、説明義務法理が登場<sup>360</sup>してきた、昭和 40 年代中頃から 50 年代中頃までは承諾の必要性・説明義務の強調がなされ、医師の裁量権を制限的に取り扱われてきた（肯定例 5 例中 4 例）のに対し、それ以後は、説明義務違反を認めるものは減り、医師の裁量権を強調するものが目立つとする<sup>361</sup>。

また、裁判例の一覧を設け、説明義務を否定したもの 15 件の内、論者から見て「説明義務と医師の裁量」の判断で、何らかの問題があると思われる裁判例が 9 件、必ずしも不当とは思われないものが 6 件で、この一覧からも、「近年になると疑念を感じさせる判断が増加する傾向がある」<sup>362</sup>とする（〔図表 III－2〕参照）。

この部分の著述にならって筆者が論者の作成した一覧をもとに前後概ね 10 年ずつで分けて鳥瞰してみたところ、前半の 1973 年～1982 年までのものが 9 件で、このうち肯定例が 4 件、否定例が 5 件となっており、後半の 1983 年～1991 年までのものは、全 11 件で肯定例は 1 件のみ、

---

296 頁以下において簡潔、明瞭に整理がなされている。

<sup>355</sup> 前掲・吉田邦彦[2003]。

<sup>356</sup> 吉田邦彦[2003]、298 頁は、このような場合として、緊急事態、治療上の特権（therapeutic privilege）、患者の説明放棄、危険性の程度が小さい場合、法律上の規定のある場合（特に措置入院）等をあげている。

<sup>357</sup> 当然ながら、患者の自己決定権と医師の裁量権の対立と緊張関係といったいわゆる二項対立の議論となってしまうべきだろう。

<sup>358</sup> 浦川道太郎「説明と医師の裁量」年報医事法学 8 号（1993 年）（以下、「浦川道太郎[1993]」とする。）78 頁以下。なお、紙幅の関係上、各裁判例の事案等に関する詳述は割愛する。

<sup>359</sup> この時期はまだ完全な意味での該当裁判例が多くないため、関連ケースにまで範囲を広げたとされている。

<sup>360</sup> 上述の「説明・承諾なき乳房切除事件」（東京地裁昭和 46・5・19 判決）。

<sup>361</sup> 浦川道太郎[1993]、80 頁。

<sup>362</sup> 浦川道太郎[1993]、80 頁。

そして否定例が 10 件となっている。

これらの内、上述したように、論者が裁判所の判断において「何らかの問題あり」と疑念を感じるとされているものが 8 件となっており、浦川教授は、『インフォームド・コンセント』が強調されておりながら、このように、裁判実務では、むしろ医師の裁量権が強調されて説明義務の要求される範囲が縮減しつつあるのが現状だといえそうである」とし<sup>363</sup>、さらに裁判例に立ち入って判断の当否を詳細に検討し、「医師の裁量権と説明義務とのあるべき関係を再構築する必要」を説かれる。

近時に至っては、医師の説明義務違反を根拠に責任を問うに至った裁判例は膨大な数に及び、すべてを網羅的に整理し紹介するのは困難なため、上述の浦川論文の指摘と問題意識に倣い、医師の説明義務が、裁量との関係で問題となったものの内、特徴的な変遷を示すものを、まず下級審判決から取り上げ、考察してみることにする。そのような視点から考えを及ぼすと、医師の説明義務と裁量との狭間でのジレンマ的關係が如実に現れてくると思われるのが、特に癌をはじめとした予後不良の場合における情報提供、つまり病名・病状等の「告知」といった場面と、複数の治療法がある場合の「療法選択」の場面であるが、中でも特に危険性の説明が問題になったものを取り上げ、検討を加えてみる。

〔図表Ⅲ－２〕 浦川論文裁判例の責任(説明義務)肯否と論者の評価一覧

	裁判例(年月日・出典)	責任	論者評価
①	秋田地大曲支判 S48・3・27 判時 718 号 98 頁	○	
②	東京地判 S49・11・11 判時 786 号 54 頁	×	●
③	京都地判 S51・10・1 判時 848 号 93 頁	○	
④	広島高判 S52・ 4・13 判時 863 号 62 頁	○	
⑤	札幌地判 S53・ 4・18 判時 916 号 61 頁	×	±
⑥	横浜地判 S54・ 2・ 8 判時 941 号 81 頁	○	
⑦	東京地判 S55・3・17 判時 979 号 83 頁	×	±
⑧	神戸地判 S56・ 2・24 判時 1026 号 121 頁	×	±
⑨	岡山地判 S57・10・ 4 判時 1080 号 121 頁	×	±
⑩	東京高判 S60・ 4・22 判時 1159 号 86 頁	×	●
⑪	大阪地判 S60・ 6・10 判タ 594 号 92 頁	×	●
⑫	大阪地判 S60・10・21 判タ 595 号 59 頁	×	●
⑬	東京地判 S61・ 3・28 判タ 609 号 73 頁	×	●
⑭	大阪地判 S61・ 6・12 判タ 627 号 195 頁	×	●

<sup>363</sup> 実際、日本の判例を分析したアメリカの研究者からも「日本では、裁判所が、インフォームド・コンセントを総論としては認めながら、各論としてその基準をくわしく判断する段」においては消極的であるという、いわゆる「各論の消極性」が指摘されている。これに関しては、ロバート・B・レフラー（長澤道行訳）[2002]『日本の法と医療 インフォームド・コンセントルネッサンス』（勁草書房）45 頁以下を参照。



⑮	仙台高判 S62・3・31 判時 1234 号 82 頁	×	●
⑯	東京地判 S63・10・31 判タ 686 号 187 頁	×	±
⑰	福井地判 H 1・3・10 判タ 703 号 186 頁	×	±
⑱	東京地判 H 1・3・13 判タ 702 号 212 頁	×	●
⑲	広島地判 H 1・5・29 判タ 705 号 244 頁	○	
⑳	東京高判 H 3・11・21 判時 1414 号 54 頁	×	●

※浦川論文末尾の裁判例一覧を基に、説明義務違反に対する責任の肯否と、それに対する論者の評価に関する部分を筆者がまとめたものである。責任否定例に対して●が付してあるものは論者から見て何らかの問題がある（不当）と指摘されたもの、±は必ずしも不当とはいえないと評価したものを指す。

### 3 具体事例（下級審裁判例）にみる説明義務—各論的検討

#### (1) 「告知」に関するもの

病名告知義務に関する先行研究の一つに、病名告知の是非とその判断枠組みの特徴に着目し、四つの時期に分けて論じられたものがある<sup>364</sup>。それによれば、第1期は、癌患者には病名を告知すべきではないとする医学界の実情を無批判に受け入れる時期で、「医療慣行追従期」とし、第2期は、癌を告知すべきかどうかは医師の裁量に委ねられるべきであり、告知しないことにつき医師の責任を肯定することはできないとする見解へと変化する、「医師裁量追従期」（昭和 50 年代～60 年代）、第3期は、平成の時代に入り、患者の「自己決定権」の登場により、裁判所の見解が揺れ動き始める「動揺期」、第4期は、病名告知問題に対して、慎重な態度を示した癌不告知訴訟最高裁判決（最三小判平成 7 年 4 月 25 日民集 49 卷 4 号 1163 頁）後の時期で、「模索期」としているが、この論者の時期区分は筆者の追試によっても、概ね妥当と考える<sup>365</sup>。

本稿においては、1990 年頃を新たな潮流が起こる転換期と見るため、1990 年頃までと、それ以降に二分して検討を行うが、上の区分に沿うと、第1期と第2期が潮目形成前、第3期、第4期がそれ以後となるが、考察の立体化を図る意味でも、まずは、いわゆる「前史」を咀嚼することから始めてみたい。

#### i) 従前の裁判所の姿勢

小西論文では、まず、第1期「医療慣行追従期」の裁判例として秋田地裁大曲支部昭和 48 年 3 月 27 日判決判例時報 718 号 98 頁（舌癌不告知不承諾切除事件）を挙げている<sup>366</sup>。本件の中心的論点は、患者の承諾のない手術の違法性の有無で、病名告知の問題は間接的に扱っているに

<sup>364</sup> 小西知世[2000-2002]「癌患者本人への医師の病名告知義務(1)～(4・完)」法学研究論集〔明治大学大学院〕13号-16号。

<sup>365</sup> 癌告知の問題を正面から扱った裁判例は1980年代終わりから散見されるようになり、それ以前の間接的にあるいは付随的に触れているにすぎず、またその数も稀少であるが故に、「傾向性」としてははっきり示しうるか疑問がなくはないが（あるいは第1期と第2期を併せて「医療パターナリズム追従期」とすることも可能かと考える）、癌告知のみならず「昭和50年代後半から60年代にかけ」、判例上で裁量論がしばしば説かれ出した時期であることから（たとえば、吉田邦彦[2003]、298頁）、筆者もこの見解に与するものである。

<sup>366</sup> 小西知世[2000]「癌患者本人への医師の病名告知義務(1)」法学研究論集〔明治大学大学院〕13号（以下、「小西知世[2000]」とする。）72頁。

すぎず、「病名告知はすべきではない」とする当時の医学界の実情をまったく無批判に受け入れ、その事実認識を前提に最終的な結論を導き出している裁判所の態度から告知に関する医療慣行そのものが改めて法的な観点からの検討する必要を考えない裁判所の立場をうかがうことができるとする<sup>367</sup>。

次いで、「医師裁量追従期」のものとして東京地裁昭和 56 年 12 月 21 日判決判時 1047 号（悪性脳腫瘍不告知別出事件）をあげている<sup>368</sup>。ここにおいては、癌という疾患の特性に着目したうえで、その病名告知の特殊性を基軸として医師の説明義務の限界を説くという判断プロセスをとるところにあるとし<sup>369</sup>、このような裁判所の見解は、昭和 60 年代においても引き続き支持されていき<sup>370</sup>、さらには「このまま定着するかに見えたが、平成の時代に入り裁判所の見解が揺れ動き始めた」との論者の指摘<sup>371</sup>にあるように 1990 年を前後して新たな潮流がおこる潮目の形成をここでも思わせる。

## ii) 近時における下級審裁判例

事案ごとの微妙な点に着目し、便宜上、次の 3 つのタイプに分けて紹介する。まず第 1 は、病名の不告知が問題となったものの内、いわゆる末期状態でないもの（Type A）を取りあげる。ここでは主に病状説明として告知の内容、診断過程のどの時点から告知が義務となりうるのかといった説明の時期などが問題となる、次に第 2 としていわゆる末期状態にある場合の告知のあり方を問うもの（Type B）を取り上げる。

これら 2 つの場合を区別した理由は、たとえば、同じ癌などでも回復可能性のある前者の場合と、「死の受容」ないしは残された余生を如何に過ごすかということが主たる課題である後者とは、法的保護に値する患者の利益もやや異なってくるものと思われ、こうした微妙な差異は裁判所の判断プロセスにどのように影響しているのかを確認することに意義を感じることからである。

さらに、第 3 としては、「不相応な告知」として、告知そのものが違法となるかどうかの問題となったもの（Type C）である。

### ii-1) 不告知が問題となった事例（Type A）

癌の不告知が問題となった最初の裁判例は、名古屋地判平成元年 5 月 29 日判タ 699 号 279 頁：【①】（担当医は検査結果等から胆のう癌を疑ったが、患者 A（看護師）の性格、家族の協力の見込み等が不明であったので、A 本人にはこれを説明せず、入院後家族に説明する前提で、A には「手術の必要な重度の胆石症」と説明し、入院の同意を得ていたが、A が一方的に入院を延期し、その後症状が悪化し、死亡した事例）であるが、これを含め、まず、真実ではない病名を告げる形での説明をしたことが問題となった事例に、【①】と名古屋高判平成 2 年 10 月 31 日判タ 744 号 182 頁：【②】（【①】の控訴審）、新潟地判平成 12 年 3 月 2 日訟務月報 46 巻 10 号 3751 頁：【③】（本来医師でもある患者 A は MDS（骨髄異形成症候群）と診断され、後に AML（急性骨髄性白血病）に移行し、心不全で死亡した事案において亡 A の相続人である X らが、疾病に

<sup>367</sup> 小西知世[2000], 73 頁。

<sup>368</sup> 小西知世[2000], 73 頁。

<sup>369</sup> 小西知世[2000], 73 頁。

<sup>370</sup> 小西知世[2000], 74 頁、並びに 84 頁の注(16)(17)参照。

<sup>371</sup> 小西知世[2000], 74 頁。

ついでに正確な説明をしないまま、A の意思に反する不適応な治療を行ったとして慰謝料を求めた事例)がある。

まず、【①】では、医師が患者に対し病名等につき説明する義務は、「診療契約上の債務の一内容」としながら、治療に対しての影響、患者に与える精神的打撃に対する配慮等を考慮し、「原則として患者の自己決定権を侵害しない限度」において、医師の裁量の範囲内としている。

上に見たように、本件以前の裁判所の見解は、癌は告知しないものという医療慣行に追従する、あるいは、医師の裁量に無条件に委ねるといったものであったのが、ここへきて初めて患者の自己決定権を肯定し、それを侵害しない範囲で医師の裁量を認めるといった、医師の裁量を限定的に捉える態度が示されている。これは大きな変革ともいえるが、ただ、この時点では抽象論を示すにとどまり、何ら具体的な判断基準なり、裁量の性質論にいたる部分には触れていない。

ここでの論点は色々あるが、代替的説明が適切であったこと、患者側に帰責事由（一方的に入院を延期）があったことが判決に大きく影響しているようである。控訴審もほぼ同旨で、一審の判断を踏襲しているが、控訴審において、社会の変化に伴い裁判所の態度も変わりうることを示している点が興味深い。

【③】においても医師の裁量的判断は適切だとしており、また、告知しないことに合理性を認める要件として、①患者の性格・相談状況・病状を考えての方針であること、②真実でない病名であると説明しても本疾患（AML）に対する治療を行う障害とはならないこと、③患者自身告知を強く希望することなく、治療方針に関してはむしろ医師に任せたい意向をもってたと推察されること、を挙げている。

告知の時期が問題となったものに、**静岡地沼津支判平成2年12月19日判タ751号208頁：【④】**（人間ドック検診を受けたが、その約3年後癌の症状が出て、直腸及び肝臓の腫瘍摘出手術、さらに翌年直腸癌再発のため手術を受けたが、結局その翌年（人間ドック検診から5年後）死亡した事例）、**福岡高判平成13年6月7日判タ1118号221頁：【⑤】**（患者Aは平滑筋肉腫（悪性腫瘍の一種）で摘出手術を受けたが、翌々年に肺への転移があり、結局これによって死亡したが、治療において、経過観察及び転移趨勢確認のため3か月の期間をおき本人に告知したが、悪性腫瘍の告知のあり方が問題となった事例）、**札幌地室蘭支判平成14年1月11日判タ1129号246頁：【⑥】**（患者Aは総胆管拡張症に罹患し、Y1の開設するB病院で入院治療を受けた後、Y2の開設するC病院に転医し、総胆管切除手術を受け、その後B病院に入院し慢性膵炎の治療を受けていたが体調が悪化し、C病院に再転医し、黄疸の診断名にて治療中急死。重篤な状態であったのに病状を説明しなかったとして告知義務、検査義務、その前提として、医師の癌についての認識可能性が争われた事例）がある。

「説明・告知はいつ行われるべきであるか」ということに関しては、一般論として個別の事案に即して最も適切な段階でなければならない<sup>372</sup>が、それにしても「どの時点で説明・告知すべきことが法的義務となりうるか」という問題がある。【④】は「癌の疑い」の段階では、それを直ちに本人や家族に告知すべきであるとはいえない、としており、いかなれば少なくとも確定診断が得られて初めて「告知」することが「義務」となりうるかがうかがえる。

【⑤】【⑥】も原則として、確定診断前においては、告知義務はないとした。さらに、【⑤】は、本人に告知した場合でも、改めて家族にも告知する義務があるかが問われたが、これに関しては患者本人に意思能力や判断能力が欠けるなどの特段の事情や、告知ができない事由などがない限り、家族への告知義務はないと、これを否定している。

<sup>372</sup> たとえば、植木哲[1998]『医療の法律学』（有斐閣）310頁など。

訴訟の結果についてみると、肯定例は【④】の1件のみで、あとはすべて否定例<sup>373</sup>である。この【④】は人間ドックの検査結果と医師の裁量との関係が問題となっており、「癌の疑い」の段階では、直ちに告知義務があるとはいえないが、いわゆる「疑い」の段階のものであっても、患者に不利益をもたらす可能性がある限り、「告知しない場合」は、精密検査の実施もしくは勧奨等、「不安要素」除去のための措置が必要であるとしている。

また、ここでは「人間ドック検診契約」とされており、通常の診療契約とはその債務の本旨に微妙な違いがあるとうかがえる。つまり、人間ドックは体の不調を前提に受診する通常診療とは異なり、何らかの異変の発見を目的に、受診者の希望で受けるものであるから、通常診療に比べ、依頼を受けた医師が真実を報告する義務は、一層強まるといえ、それを裁量の名の下に告げないのは、契約違反となりうるであろう。

上記の内、【①】【②】は、最高裁まで争われている。

#### ii-2) 末期癌の事例 (Type B)

次に、末期癌における告知の事例で、ターミナルケアといった問題をも見据えた上での判断がなされているところにその特徴があるものとして、**東京地判平成6年3月30日判時1522号104頁**：【⑦】（進行性の胃癌に罹患した患者Aに対し、胃潰瘍といて手術を繰り返し勧めたが、Aがこれに応じないため、家族による説得を期待したところ、家族構成は心臓病で入退院を繰り返している夫と二人暮らしであることから告知を断念した事例）、**秋田地判平成8年3月22日判時1595号123頁**：【⑧】（肺の進行性末期癌によって死亡したA（死亡当時77歳）が余命約一年の末期癌であると診断しながら、その旨をA本人又はその家族であるXらに告知しなかったことが債務不履行ないし不法行為にあたるとして末期癌の告知のあり方が争われた事例）、**仙台高秋田支判平成10年3月9日判タ1024号253頁**：【⑨】（【⑧】の控訴審）がある。

これらの事案では、終局的には責任を肯定するに至っており、それも本人への告知が適当でない場合は、家族への告知を義務付けているところに特徴がある。

また、【⑦】は、「告知義務」の概念について示している。

患者本人に病名を告知すべきかどうかは、諸事情を考慮して、慎重に判断すべきで、その判断は、第一次的には、治療に当たる医師の「合理的裁量」によるとした上で、医師が偽りの病名を用いて手術を勧めるといった代替的説明ないし方法は相当とする。

これは、病名告知を医師の裁量に無条件に委ねるかつての下級審の見解の流れを汲むものとも取れるが、本人への告知が適当でない場合も当然ありうるため、専門家として諸条件の下での慎重な判断が求められ、そういった意味で、「合理的裁量」による「本人への不告知」という判断は義務違反とはならないと解される余地はある。ただ、そういった場合、近親者に対する告知は、それ自体医療活動を妨げるものではなく、延命しか期待し得ない癌患者本人に病名告知しない場合、「特段の事情のない限り、家族その他の近親者には告知して、患者が適切な治療を受けることができるように協力を求めることが、・・・要請される」とし、考慮すべき事情がある場合を除き、近親者については積極的に連絡を取るようすべきで、これを怠ると、近親者への告知を行う診療契約上の義務を怠ったものというべきであるとし、近親者への告知が法的義務となりうること

<sup>373</sup> そのほとんどすべての事例で医師の裁量的判断は適切で合理性を有するとされている。

を示した。

そして、告知義務一般について、「患者に対する医師の診療契約上の義務の観点から検討すると、右義務には、適切な治療を自ら行うことはもちろん、自らそれを行い得ない場合には、適切な治療を受けさせるために転院等の措置を執るべきこと、また、そのため患者自身の行為や決断を必要とする場合には、患者が適切に判断し得るように、患者に病状等を説明すべきこと、何らかの事情で、患者本人に対する病状等の告知が適当でない場合には、その家族等の近親者に病状等を説明し、その協力の下に患者が適切な治療を受けることが可能となるような措置を執るべきことが含まれるものと解される」とし、医師が果たすべき告知義務とはただ単に病名を告げるのみならず、患者にとって適切な治療を受けることが可能となるような措置をも含む概念であることを示した。

【⑧】【⑨】は同一事件であるが、一審（【⑧】）と控訴審（【⑨】）とで判断が分かれることになる。まず、一審である【⑧】は、癌告知に関しては、医師の判断に委ねられる「医療行為」で、他の医療行為に比してさらに「広範な裁量権」が認められているとし、本件事実関係の下では裁量の逸脱はないとして、請求を棄却した。これに対し、【⑨】は、患者本人に対し告知しなかったのは、合理的な裁量に基づく判断であるが、本人に告知すべきではないと判断した以上、担当医として、患者の家族に関する情報を収集し、告知の適否を判断する義務があるのにこれを怠ったとして、被告の責任を認めた。この事件は、最高裁まで争われている。

### ii-3) 不相応な告知 (Type C)

次に、患者サイドからすると、「心ない杜撰な医療行為」がなされたとする場合で、上述のタイプとは違い、告知しなかったことではなく、「なされた告知が違法」だとして争われたケースのものとして、**大阪地判平成 8 年 4 月 22 日判タ 1118 号 221 頁：【⑩】**（癌（悪性リンパ腺腫）であると誤診され、死の恐怖を与えるような告知や抗癌剤による不相応な治療を受けたとして損害賠償を求めた事例）、**札幌地判平成 10 年 3 月 13 日判タ 997 号 253 頁：【⑪】**（良性の肝血管腫であったところ、医師により悪性腫瘍の肝転移で、末期状態と誤った診断をされ、その旨を告知された上、抗癌剤投与の治療を受けたが、後に別の病院で腫瘍は良性で、あることが判明した事例）、**東京地判平成 13 年 1 月 29 日判タ 1085 号 267 頁：【⑫】**（肝腫瘍を原発巣とする肺炎桿菌が右眼に転移したために発生した内因性細菌性眼内炎により右眼を失明した患者 X に対し、悪性リンパ腫であると告知し、右眼の摘出を迫ったために、精神的苦痛を受けたとする事例）の 3 例がある。

【⑩】【⑪】が責任肯定例であるが、双方とも誤診があり、それを基にした告知がなされている。ただ、若干異なるのは、【⑪】は、告知に至るまでの過程において要求される注意義務が問題となっていることである。つまり、検査等を尽くせば、良性であることが確定診断できた事例であることから、研鑽義務をも含めた、医療の質を問うものであるように思われる。これに対し、【⑩】は、医師としての、患者に対する病状説明義務の範囲を、大きく逸脱した違法なものとしたが、先例もなく、告知関連のものでは少し変わったケースで、裁量ということからもかけ離れた次元のものだが、むしろ、患者に対する配慮ということに鑑み、医療人としての資質の問題を問うものといえる。

【⑫】は確定診断前の段階における告知の是非、告知の方法（告知が家族より、まず患者本人に行われたこと）に関する是非を問うもので、本件においては、医療水準、病状、患者を取り巻

く諸事情（早期の診断・治療によっても失明は免れなかった点、悪性リンパ腫を疑わせる事情も存在したとする点等）からして医師の判断は相当とした。

## (2) 「危険性に対する説明」に関するもの<sup>374</sup>

### i) 従前の裁判例にみる危険告知

従来裁判例においては、手術の危険告知について、概括的・抽象的な説明でよいとしているのが見て取れる<sup>375</sup>。

例えば、大阪地判昭和60年10月21日判タ595号59頁は、脳腫瘍摘出手術中に発生した空気塞栓によって心不全を起こし死亡した事例であるが、「一般に医師は、患者に対して、・・・発生の予想される危険などについて、当時の医療水準に照らし相当と考えられる事項を説明し、当該患者がその必要性や危険性を十分比較考慮のうえ右医療行為を受けるか否かを決定することを可能ならしめる義務がある」としながらも、「手術の危険性について、特に空気塞栓をとりあげて説明したわけではないが、本件手術によってその症状が悪くなることもあり、・・・手術中あるいは手術直後に死亡する可能性も絶対にはないわけではない旨」を説明していることから、「少なくとも必要最小限度の説明を行った」とみるべきであり、「患者に手術を受けさせるか否かを最終的に決定させるためには、当該手術の生命身体に対する危険性自体を説明すればよく、どういう機序でその危険性が発現するかまでは説明する必要がなく、・・・空気塞栓の危険性を説明しなかったこと」に過失はないとした。

この判決は、医師の説明によって「患者がその必要性や危険性を十分比較考慮のうえ右医療行為を受けるか否かを決定することを可能ならしめる義務がある」とした、上記一般論との間で矛盾があるように思えるが、この事案は、脳腫瘍によって「生命に対する切迫した危険が存在した」ものであることから、説明義務の範囲の縮減が図られたとも考えられる。それにしても、「必要最小限度の説明」を施せば法的義務を免れると言い放つ同判決の表現は、今日ではもはや維持できないであろう。

もう1つ興味深い点は、同判決が、当時の日本の医療においては、「手術の危険性を患者本人には告知せず、その家族に告知することがしばしば見られるのが実情であることは公知の事実」であるから、危険性を説明することは「無用の不安感を与え、死を避けるために不可欠である本件手術自体まで拒否される事態」もありえることから、「患者本人であるA自身に本件手術の危険性について十分説明をしなかったことは確かに妥当ではなかったとまではいえるものの、これをもって本件担当医の過失であるとはどうていいえない」として、パターンリスティックな「患者保護の精神」に対する敬讓がうかがえることである。この論点は、癌告知問題と共通項を有する

<sup>374</sup> この部分に関しては、池田恒男＝李庸吉[2007]「説明義務違反を認めなかった原審の判断に誤りがあるとされた事例—予防的な治療に際しての医師の説明義務について」龍谷法学40巻3号（以下、池田恒男＝李庸吉[2007]とする。）233-240頁の記述に若干の加筆修正を加えて作成したものである。

<sup>375</sup> 本文にあげたものの他に、札幌高判昭和56年5月27日判時1020号55頁（手術に伴う腰椎麻酔による極めてまれな死亡事故発生の危険性についてまで説明する義務を負わないとした。）、東京地判平成2年3月12日判時1371号96頁（不確知的要素がないとはいえない医療の本質から、説明は、特段の事情のない限り、当該具体的状況からいって、通常の医師であるならば通常の患者に対してするであろう範囲および程度のものに要し、かつそれで足りるとした。）、東京地判平成3年3月28日判タ764号224頁（術後の不具合についての具体的な説明はなかったが、大きな手術を受ければ深刻な影響が生じ得ることは通常容易に予想し得るとし、説明義務違反を否定。）等。

が、いずれにせよ、危険告知に対する認識において、今日におけるそれと乖離があるのは明らかである。

ところが、そのような傾向は、次に取り上げるAVM（脳動静脈奇形）訴訟あたりが潮目となり、新たな潮流を形成していくことになる。

## ii) AVM（脳動静脈奇形）の事例

AVM訴訟においては、手術前の説明、殊に危険告知において一步踏み込んだ判断を示すようになるが、それは病態の特異性、つまり、治療を施すに当たり、緊急性や切迫した危険性がなく、時間的な面で猶予があること、治療そのものが試行的な性格を有していたこと、さらにAVMは、その自然経過の予後が比較的良好で、他方、手術治療では重篤な神経脱落症状を伴うことが予想されるので、手術適応の判定は十分慎重でなければならないとする有力な見解もあり、手術適応性に関してコンセンサスが得られていない状況<sup>376</sup>であることにも関係している。

まず、説明義務違反を認めた責任肯定例として、**東京地判平成4年8月31日判タ793号275頁：【13】**（AVM摘出のため2度に渡る手術を受けたが、著しい脳の腫脹を来し死亡した事例）、**新潟地判平成6年2月10日判タ835号275頁：【14】**（AVMに対しバルーンカテーテルを用いた塞栓術を行ったが、塞栓物質が血管に詰まり、脳梗塞を来し、結局身体障害者1級の後遺障害が残った事例）、**東京地判平成8年6月21日判時1590号90頁、判タ929号240頁：【15】**（AVMの全摘出術を受けたが、周囲脳の急激な膨張・出血が起こり、片麻痺の障害を後遺した事例）、**東京高判平成11年5月31日判時1733号37頁：【16】**（【15】の控訴審）などがある<sup>377</sup>。

一方、棄却事例として、**東京地判平成6年10月17日判タ894号241頁：【17】**（脊髄動静脈奇形の適手術の結果、下半身不随となった事例）、**大阪地判平成8年12月16日判タ944号226頁：【18】**（AVMに対する手術を受けた後、脳血管造影を施行したところ、血管内でカテーテルが離断し、遺残部回収のための手術中、脳内出血を生じ死亡した事例）がある。

これらAVM事例の特徴<sup>378</sup>としていえるのは、手術の危険性につき、何らかの一般的・抽象的な説明は医師によってなされているにもかかわらず、次のような問題点が見受けられることである。1つは、「説明における具体性」、そしてもう1つは、「誤認・誤解が生じるような説明のあり方」である。

まず、「説明における具体性」に関して、「本人及び家族が最も知りたいと願っていたと推測される情報」に関する説明（【13】、【16】）、「手術の危険性及び手術をしない場合に将来発現が懸念される症状について、・・・それらの危険性を対比」（【13】）した説明であらねばならず、「患者が手術によるか保存的療法によるかを自由かつ真摯に選択できるよう」（【16】）、「手術に伴う合併症

<sup>376</sup> 判タ793号285-286頁。

<sup>377</sup> これらの評釈として、【13】に関しては、塚本泰司[1996]「5 東大脳動静脈奇形（AVM）事件」医療過誤判例百選[第2版]（別冊ジュリ140号）20頁以下（以下、「塚本泰司[1996]」とする。）、加藤新太郎[2006]「59 東大脳動脈奇形（AVM）事件」医事法判例百選（別冊ジュリ183号）128頁以下、【14】に関して、廣瀬美佳[1995]「新潟AVM塞栓術説明義務訴訟」年報医事法学10号141頁以下、【15】に関して、金川琢雄[1997]「判批」判評463号（判時1606号）197頁以下、山下洋一郎[2005]「判批」判タ1178号212頁以下（以下、「山下洋一郎[2005]」とする。）、【16】に関して、福岡聡一郎[2001]「判批」民事法情報179号116頁以下（以下、「福岡聡一郎[2001]」とする。）がある。

<sup>378</sup> さらに慰謝料の高額化といった特徴も有するが、この部分に関しては、深くは立ち入らないことにする。

の有無、手術を行わなかった場合の危険性、他に採り得る方法の有無などについて」(【14】)、「有効性に関する議論の余地がある場合にはその議論の状況」(【14】)、「手術実績に基づく知見をも情報として示すなどし、・・・適切な比較検討をなし得るため、十分な具体的説明」(【16】)が要求され、「当該患者の生命や今後の生活に大きな影響を及ぼすような重大な選択を必要とする場合には一層当てはまること」(【15】、【16】)であるとしている。換言すると、患者・その家族の立場に立って、特に重要視されうる事項に関しては、可能な限り客観的資料等を示し、選択可能な治療法あるいは方途につき、医学的合理性はもちろんのこと、今後の「QOL (生命・生活の質)」をも視野に入れ、十分比較検討ができるような配慮が説明に注入されていなければならないということになり、「二重基準説 (後述する [IV-3].)」的な論理構造を呈しているといえる<sup>379</sup>。

もう1つの問題点、「誤認・誤解が生じるような説明のあり方」として、【19】で、過去5年間に同種の手術で40人中2人が死亡しているという事実がありながら、手術の危険性に関しては、「手足の運動神経麻痺の後遺症くらいは出るかもしれないという程度の説明」しか行わず、生命への危険性についての患者家族の質問に、「飛行機事故並みの確率」という表現を用いた点が指摘されている。これを発した医師は「それ相応の危険がある」という意味に用いたとするが、患者家族からすると、危険性が「ほとんどないに等しい」と誤認を起しやすいため、【17】は棄却例であるが、総合的に考えて(患者本人をカンファレンスに出席させていたこと等も考慮され)説明義務違反は否定したものの、「手術をすれば八〇パーセントは治る旨の説明」をしたことについては、適切であるとはいえないとしている。

この点、【18】は、治療法として塞栓術を段階的に施行した後に摘出術を行う方法を採用したが、その利害得失、治療を行わなかった場合の予後につき統計を示して説明しており、「その後の治療過程においても、塞栓術及び脳血管造影がなされる都度、A及び家族らに対し、手術方法及び危険性についての説明がなされており、説明は適切とされた。

### iii) 未破裂動脈瘤の事例

未破裂脳動脈瘤の予防手術に関するもので、開頭クリッピング術後の悪結果につき争われた事例は既に複数存在し、これまでに専門医の観点を交えた批評<sup>380</sup>もなされている。しかし、近年にいたっては、血管内治療の普及に伴い、登場した裁判例として、**東京地判平成14年7月18日LEX/DB 28072532**；【19】(未破裂脳動脈瘤の治療として当初開頭手術の予定で、患者も同意していたが、カンファレンスの結果コイル塞栓術を試すまいかというときは開頭手術を実施するという方針となったが、コイル塞栓術の治療がうまくいかず、結果脳梗塞の合併症により死亡した事例)、**広島地判平成15年2月26日LEX/DB 28081433**；【20】(頭痛、動悸、高血圧等の症状で受診したところ、偶然、発見された5つの未破裂脳動脈瘤(無症候性)のうち、2つについては開頭クリッピング術、別の2つにつきコイル塞栓術を2回に分けて施行し、残りの1つは臨床的観察の方針とし、はじめのクリッピング術施行後の1か月後にコイル塞栓術を施行したが、術後、脳梗塞と脳出血により死亡した事例)、**東京高判平成17年5月25日LEX/DB 28103042**；【21】(【19】の控訴審)、**東京地判平成17年8月29日LEX/DB 25410656**；【22】(未破裂脳動脈瘤に対する塞栓術(血管内治療)を受けたところ、くも膜下出血が生じ、左上下肢の機能障害及び知的機能障害を来した事例)の4

<sup>379</sup> 塚本泰司[1996]、21頁、山下洋一郎[2005]、213頁、福岡聡一郎[2001]、118頁。

<sup>380</sup> 塚本泰司[2004]「未破裂脳動脈瘤に対する予防手術の4症例」年報医事法学19号164頁、同[2006]「58 未破裂脳動脈瘤に対する予防手術」医事法判例百選(別冊ジュリ183号)126-127頁。



例があるので若干検討してみることにする。

【19】とその控訴審である【21】は、最高裁まで争われた事件であるが、第1審と控訴審では判断が分かれた。まず【19】は、コイル塞栓術を選択したことについての過失及び塞栓術の手技上の過失に関しては否定した。そして、説明義務違反に関しては、「患者の生死に係わる選択を迫る場合には、当該手術による死亡の危険性について当該患者が正確に理解し、当該手術を受けるかどうかをその正確な理解に基づき決定することができるだけの情報を提供する義務を負っている」とした上で、「本件は、コイル塞栓術の術中の危険性について十分な説明がないまま、Aらがコイル塞栓術の安全性に関する被告病院の説明を信じて、危険性を認識することなく本件手術を受けることを決定し、手術に臨んだと理解するのがもっとも素直な見方で」、「これは単にAらが安全性を軽信したというものではなく、被告病院の医師が、Aらが危険性を理解できる程度の説明を怠ったことによるといわざるを得ない」とした。また、「未破裂脳動脈瘤は年間破裂率が2%程度と考えられており、それを手術しない選択肢もあり得たこと、手術をするにしても、当初予定したとおり開頭手術を選択することもあり得たこと、Aらは、死亡の危険性があるのであれば手術を受けないと考えていたことが窺えることからすれば、仮に被告病院の医師らが説明を尽くしていれば、Aが本件手術を受けなかった可能性は高く、仮に本件手術を受けなければ本件手術中の原因不明の事故による死亡の結果も生じなかったことが認められる」と判示した。

これに対して控訴審である【21】は、「Aに対し、動脈瘤の危険性、Aが採り得る選択肢の内容、それぞれの選択肢の利点と危険性、危険性については起こりうる主な合併症の内容及び発生頻度並びに合併症による死亡の可能性を説明したということができ」るので、本件コイル塞栓術中に起こったコイルが回収できなくなる事態は「極めて稀であると考えられること、本件では回収が遅れたコイルが動脈の血流障害を引き起こし、それが脳梗塞の原因となったが」、「脳梗塞を起こす可能性についての説明はされている以上、F医師も予想し得なかった」「本件の具体的経緯について、事前にその可能性についての説明が必要であったとはいえない」とした。

【20】は、責任肯定例であるが、裁判所は、この事件の場合、自然観察経過、開頭クリッピング手術、血管内治療のどれを選択しても危険性は相当高かったと認定した上で、①先駆的な治療である場合の説明、②誤認・誤解を生じるような説明、③危険告知の是非または可否といった問題点を取り上げ、以下のように判示した。

①に関して、「本件手術が施行された平成8年当時、血管内治療が実施されるようになってまだ日が浅く、多数の症例に基づく十分な統計資料が出揃ったとはいえない状況であり、いわゆる先駆的治療行為であったことが認められ、・・・本件手術の時点でわずかな報告例のみに基づいて合併症率を断定的に述べることは慎重であるべきで、・・・今後の症例の集積によってその危険率が変動する可能性があることを含めて説明をする必要」があるということ、②に関して、「本件手術の対象となった脳底動脈先端部動脈瘤に対しては、開頭クリッピング手術による治療では危険率が高く、血管内治療によったほうが危険率が低いことを説明したのみで・・・患者が自由な判断を行うために必要かつ十分な資料を提供するものであったとはいえない難く、実態以上に本件手術を施行した方が危険性が低いと思わせる説明がなされたというべきであり、③に関しては、「治療の危険を率直に述べることで患者が恐怖心を感じることはやむを得ないことであって、患者の恐怖心を和らげる目的とはいえ、手術の危険性を控えめに説明することは患者の自己決定権を害することになり許されないとはいわねばならず、仮に治療の危険性を具体的に表せないのでは

ればその旨を説明する義務」があるとする。

次に、【22】は、未破裂脳動脈瘤に対する塞栓術（血管内治療）を受けたところ、くも膜下出血が生じ、左上下肢の機能障害及び知的機能障害を来した事例であるが、医師・医療機関の責任を否定している。

この事件は、【19】【21】と患者の脳動脈瘤の部位がほぼ同じで、手術の難易度や合併症率、そして年間破裂率等は概ね同等とみなされること、さらに注目すべき点は、脳血管撮影検査が午後1時30分に始められ3時10分頃終了して、その直後の午後3時30分に説明を実施し、その後問題の手術が5時30分頃、つまり説明からわずか2時間後に実施されているにもかかわらず、説明義務違反の主張を認めなかった。その理由として、「本件動脈瘤が切迫破裂ともいふべき病態にあったことからすれば（実際にも、本件手術は緊急手術として実施されている）、Aに短時間での決断を迫ることになったとしてもやむを得なかった（本件手術を急ぐだけの合理性があった。）」と判示する。

実際、この事件は、77歳の原告が2000年12月初旬に右眼の瞼が下がって物が見えにくくなり、別の病院に通ったが症状が改善せず、翌年1月31日に被告病院で受診し、頭部MRI検査により長径6.5mmの発達した脳動脈瘤の存在が指摘されて即日入院し、翌2月1日に手術を受けたというものである。脳動脈瘤が動眼神経を圧迫し、右眼の瞼が下がったと見られ、そのような場合は、動脈瘤の破裂によるくも膜下出血の発症までの平均日数は約30日とされ、くも膜下出血の患者の生存率が40～50%とされている状況からも、手術の緊急性があったと認定されたものである。

要するに、事案上、この事件は【19】【21】とは手術の緊急必要性の有無の点で決定的に違っていたといえるであろう。

### (3) 小括

まず、ここに取り上げた告知事例に関しては、不告知が問題となった事例、末期癌の事例、不相当な告知がなされた事例の3つのタイプに分けて検討したが、告知すべきか否かが問題というより、悪しき情報を、誰に、いかに伝えるか、さらに告知そのものがストレートになしえない場合、どのような代替的措施を採り、フォローがなされるべきかが問われている。したがって、いずれのケースにおいても共通していえるのは、患者に対する「配慮の要素」が判断構造に取り込まれていることが見て取れ、注目に値する。

次に、危険告知の事例においても、近年の裁判例は、従来のものに比して、明らかに説明義務の拡張現象がうかがえ、特に未破裂脳動脈瘤に関する事例では、AVM事例に比して、「説明の具体性」に関しては深化が見られる。

これらの裁判例においては、説明さえ施せばよいのではなく、正確かつ分かりやすい説明をする義務を要求し、「誤認・誤解を生じるような説明」は「説明の瑕疵」ないし説明義務の不完全履行として捉え、さらに「特段の事情」により説明をなし得ない場合には、「その旨」を説明すべきであるとする等、手術の危険性という問題の前には、「緊急の必要」が現存する場合を除いては、説明義務を免除する「聖域」を極力縮減させようとする裁判所の姿勢が見て取れる。

上の異なる2つの場面における裁判例の検討から、次のような帰結が得られるだろう。すなわち、医師の裁量は、患者の気質との関係を含め、医学的妥当性といった側面を加味した最善・最

良の判断を迫及する場面においては、相当程度の範囲を有するが、「配慮の要素」を排斥する方向に機能するものではなく、患者保護に立脚してこそ初めて正当化されるものといえる。

#### IV 最高裁判例による説明義務法理の展開<sup>381</sup>

##### 1 説明義務が初めて現れた最高裁判例

最高裁において、医師の説明義務が最初に認められたのは、一般に最二小判昭和 56 年（1981 年）6 月 19 日判時 1011 号 54 頁（頭蓋骨陥没骨折事件）であるとされている。

この事件は、10 歳の男児が自転車の転倒事故によって、頭蓋骨陥没骨折の傷害を受け、開頭手術を行ったが、出血多量により死亡した事案である。判決は、「・・・開頭手術を行う医師には、右手術の内容及びこれに伴う危険性を患者又はその法定代理人に対して説明する義務があるが、そのほかに、患者の現症状とその原因、手術による改善の程度、手術をしない場合の具体的予後内容、危険性について不確定要素がある場合にはその基礎となる症状把握の程度、その要素が発現した場合の対処の準備状況等についてまで説明する義務はないものとした原審の判断は正当」としたもので、説明義務を認めてはいるものの、あくまで判決理由中の抽象論の部分であって、詳細情報までを説明する必要はないとして、説明義務の範囲に関しては相当の限定を加え<sup>382</sup>、事案との関連では、小児の開頭手術という重大な手術に当たって親への説明義務違反はないとした原判決を肯認した事例であった。

##### 2 医療水準論の登場とその後の判例の推移

次いで、説明義務法理に対して非常に大きな影響を与えた、最三小判昭和 57 年（1982 年）3 月 30 日判時 1039 号 66 頁（日赤高山病院未熟児網膜症事件）を紹介する。この判決は、説明義務の領域においても、「人の生命及び健康を管理すべき業務に従事する者は、その業務の性質に照らし、危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務」（最一小判昭和 36 年 2 月 16 日民集 15 卷 2 号 244 頁）が要求され、その「注意義務の基準となるべきものは、診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準」<sup>383</sup>であるとして、説明することが法的義務となるか否かは「医療水準」によって画されるとした。いわゆる「医療水準論」が登場し、それが医療措置のみならず、説明義務の領域にも妥当するとされたのである。

同判決以降、医師の診療義務における注意義務の基準は、診療当時の「臨床医学の実践におけ

<sup>381</sup> この部分については、池田恒男＝李庸吉[2007], 228-233 頁の記述に若干加筆修正を加えて作成。

<sup>382</sup> 手嶋豊[2005]「医療と説明義務」判タ 1178 号（以下、「手嶋豊[2005]とする。」）185 頁、飯塚和之[2004]「患者の自己決定権と司法判断—近時の最高裁・説明義務判決をめぐる—」湯沢雍彦・宇都木伸編『人の法と医の倫理』（信山社）（以下、「飯塚和之[2004]」とする。）265 頁。

<sup>383</sup> 同種の未熟児網膜症事件でこれより少し前に出された最判昭和 54 年 11 月 13 日判時 952 号 49 頁で「当時の学術上の見解や臨床上の知見として一般に受容されていたところにはほぼ従って行われた」か否かが注意義務の基準となることを明らかにし、その考えがこの日赤高山事件において注意義務の基準となるべきものは「診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準」という定式化につながっていったが、そのベースとなり、判例に多大な影響を与えたのは、法医学者である松倉博士の論文（すなわち「学問としての医学水準」と「実践としての医療水準」を分けて考えるのが妥当であることを唱えた、松倉豊治[1974]「未熟児網膜症による失明事例といわゆる『現代医学の水準』」判タ 311 号 61 頁以下）であった。

る医療水準」であることが一連の未熟児網膜症事件<sup>384</sup>において繰り返し判示され、説明義務の基準を包含しつつ判例として確立され定着していく。

その後は、医療水準の内容に踏み込んでいく動きがみられる。

最二小判平成7年(1995年)6月9日民集49巻6号1499頁(姫路日赤未熟児網膜症事件)は、「・・・診療契約に基づき医療機関に要求される医療水準であるかどうかを決するについては、当該医療機関の性格、所在地域の医療環境の特性等の諸般の事情を考慮すべきであり、右の事情を捨象して、すべての医療機関について診療契約に基づき要求される医療水準を一律に解するのは相当でない。そして、新規の治療法に関する知見が当該医療機関と類似の特性を備えた医療機関に相当程度普及しており、当該医療機関において右知見を有することを期待することが相当と認められる場合には、特段の事情が存しない限り、右知見は右医療機関にとっての医療水準であるというべきである。」と判示し、医療水準は全国一律的なものでなく、医療機関の性格、地域・環境特性等によって異なってくる相対的なものであると共に先端医療等の分野においては、「医学的知見」が判断基準のうえで重要なポイントとなり得ることも示している。

また、ほぼ同時期に登場した最三小判平成7年4月25日民集49巻4号1163頁(【1】【2】の上告審)は癌告知に関する事案であるが、担当医師が患者本人に事実を知らせずその家族の者に癌罹患の事実を告げたに過ぎなかったため、海外旅行に出掛ける計画を有した本人を翻意させることができず、旅行から帰って入院した時は手遅れで半年余後には死亡したと患者の遺族が主張し、医療機関に損害賠償を請求したものである。最高裁は、この請求を認めなかった原判決を認容して上告を棄却したが、その理由中の判断枠組には、単に「癌告知の是非」のみが取り扱われたのではなく、患者に影響を及ぼしうる予後不良等の「悪しき情報」を「誰に」、「いかに伝えるか」という問題<sup>385</sup>、さらに、情報伝達(説明)そのものがストレートになし得ない場合、どのような代替的措置をとり、フォローがなされたか、といった点が義務違反の判断構造の中に取り込まれている。同判決は、患者本人への告知について、それが患者に与える精神的打撃と治療への悪影響を考慮して、まずは手術の必要な重度の胆石症であると説明して入院させ、その上で精密な検査をしようとしたこと、また、「Aは初診の患者でその家族関係や治療に対する家族の協力の見込みも不明であり・・・重度の胆石症と説明して入院の同意を得ていたのであるから、入院後にAの家族の中から適当な者を選んで検査結果等を説明しようとしたことが不合理であるということとはできない」とし、一定の場合、患者本人以外の者(家族)への説明が問題となりうる場面があることを示し<sup>386</sup>、患者に不利益をもたらす可能性がある場合、「告知しない」というのも「治

<sup>384</sup> 未熟児網膜症とは、極小未熟児(在胎32週未満、出生時体重1600g以下)に多く発症する疾病であるが、未熟児の救命や脳障害発症予防のため、保育器内での酸素投与が引き金となって、網膜血管に異常をきたし、網膜を剥離させ高度の視力障害ないし失明にいたる。未熟児に対する酸素療法の普及に伴い本症の発症が増加し、日本全国で大規模な訴訟を引き起こすことになった。本症に対する治療法として1960年代後半に光凝固法という治療法が開発されたが、治療基準につき統一的な指針が得られたのが、厚生省の研究班による研究成果が発表され医学雑誌に掲載された1975年8月以降である。その後先端医療機関において次々と光凝固法実施されるようになっていったが、同治療法を実施しなかった、あるいは検査・転送しなかったことについて過失の有無が争われたのが一連の未熟児網膜症事件である(丸山英二[1996]「72 未熟児網膜症事件」医療過誤判例百選〔第二版〕(別冊ジュリ140号)162-167頁以下、加藤良夫編著[2005]『実務医事法講義』(民事法研究会)107-111頁〔上田正和執筆〕、手嶋豊[2006]「65 未熟児網膜症事件」医事法判例百選(別冊ジュリ183号)142-144頁等参照)。

<sup>385</sup> 熊代雅音[2006]「医療訴訟における説明義務について」ジュリ1315号(以下、「熊代雅音[2006]」とする。)143頁。

<sup>386</sup> 熊代雅音[2006], 142-143頁。

療上の特権」により認められるが、その場合は、代替する方策を検討することが説明義務履行如何の評価に含まれる<sup>387</sup>、としている点が注目された。

そして、「時代の変化を象徴する判決」とも評された<sup>388</sup>、最三小判平成12年(2000年)2月29日民集54巻2号582頁(東大医科研病院「エホバの証人」輸血拒否事件)が登場する。ここにおいては「患者が、輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合、このような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない。」として、原告の意思に反して輸血を施した医療機関への慰謝料請求を認めた原判決を維持し、限定的な範囲ではあるが、事実上、医療現場における患者の自己決定権を、最高裁として初めて承認した<sup>389</sup>。

さらに注目すべきは、最三小判平成13年11月27日民集55巻6号1154頁(乳房温存療法事件)である。当時医療水準として未確立であった乳房温存療法に関する説明義務に関して争われた事例で、その選択肢を奪われたとする患者の慰謝料請求を棄却した原判決を破棄して原審に差戻し、「実施予定の療法(術式)は医療水準として確立したものであるが、他の療法(術式)が医療水準として未確立のものである場合には、医師は後者については常に説明義務を負うと解することは出来ない」が、一定の要件が備わる場合、すなわち、「当該療法(術式)が少なからぬ医療機関において実施されており、相当数の実施例があり、これを実施した医師の間で積極的な評価もされているものについては、患者が当該療法(術式)の適応である可能性があり、かつ、患者が当該療法(術式)の自己への適応の有無、実施可能性について強い関心を有していることを医師が知った場合などにおいては」、説明義務が発生すること、また、「患者自身の生き方や人生の根幹に関する生活の質にもかかわる」ような場合には、説明義務は拡張されうることを示した。

### 3 説明義務概念の拡張傾向とその内実

そして、説明義務の質的深化と範囲の拡張をもたらした先例として出された2つの判決、最一小判平成17年(2005年)9月8日判時1912号16頁、判タ1192号249頁と、最二小判平成18年(2006年)10月27日判決【19】【20】の上告審)を取り上げたい。

前者は、妊娠中期を過ぎて胎児が骨盤位であることが判明したものの、特に問題がないと判断されたため経膈分娩の従来方針を維持すると伝えられた妊婦が、不安を再三訴え、帝王切開術による分娩を繰り返し希望したが、医師はいつでも帝王切開術に移行できるとして取り合わず、結局分娩開始後に深刻な事態が発生し、その結果胎児が死亡したために、子を失った夫婦が、分娩方法について十分な検討をした上で意思決定する権利が奪われたとして損害賠償請求したという事案で、最高裁は、「上告人らが胎児の最新の状態を認識し、経膈分娩の場合の危険性を具体的に理解した上で、被上告人医師の下で経膈分娩を受け入れるか否かについて判断する機会を与える

387 手嶋豊[2005], 188頁。

388 飯塚和之[2004], 270頁、樋口範雄[2000]『「エホバの証人」最高裁判決』法学教室239号41-42頁参照。

389 潮見佳男[2006]「44 輸血拒否—東大医科研病院事件」医事法判例百選(別冊ジュリ183号)96頁は、最高裁が示した「意思決定をする権利」とは、すなわち「自己決定権」そのものを指しているのではなく、ここでは「宗教上の信念に基づく人格権」に特化した判断枠組みを提示したものと見るのが適切であるとされ、一方、前掲・樋口範雄[2000]は、宗教とは無関係な患者の意思決定にもその射程が及ぶとする。また、この事件に関する詳細な分析を行ったものとして、平野哲郎[2001]「新しい時代の患者の自己決定権と医師の最善義務—エホバの証人輸血拒否事件判決がもたらすもの」判タ1066号19頁以下も参照のこと。

べき義務があった」として原判決を破棄・差戻したが、ここでは患者が新しい事態の意味が正しく理解できるような説明のみならず、そのための環境に配慮して、「判断する機会」を与えたか否かを重要視している。

後者は、未破裂脳動脈瘤の予防的治療としてコイル塞栓術を実施したところ、術中にコイルが瘤外に逸脱し、結局は脳梗塞を惹起し患者が死亡した事案である。

最高裁は、「A（筆者注：患者）の動脈りゅうの治療は、予防的な療法（術式）であったところ、医療水準として確立していた療法（術式）としては、当時、開頭手術とコイルそく栓術という2通りの療法（術式）が存在していたというのであり、コイルそく栓術については、当時まだ新しい治療手段で」、また、「開頭手術では、治療中に神経等を損傷する可能性があるが治療中に動脈りゅうが破裂した場合にはコイルそく栓術の場合よりも対処がしやすいのに対して、コイルそく栓術では、身体に加わる侵襲が少なく、開頭手術のように治療中に神経等を損傷する可能性も少ないが、動脈のそく栓が生じて脳こうそくを発生させる場合があるほか、動脈りゅうが破裂した場合には救命が困難であるという問題もあり、このような場合にはいずれにせよ開頭手術が必要になるという知見を有していたこと」、また当然有すべきでもあるその知見について「分かりやすく説明する義務があった」とし、さらに術前のカンファレンスで新たな問題点が判明した場合、その点も含めて具体的に説明をした上、「開頭手術とコイルそく栓術のいずれを選択するのか、いずれの手術も受けずに保存的に経過を見ることとするのかを熟慮する機会を改めて与える必要があった」として原判決を破棄・差戻した。

上掲の平成13年判決（乳房温存療法事件）においても、いずれの道を選ぶか「熟慮し判断する機会」を与えるべしとしたが、ここで改めて「熟慮・判断する機会」を強調するのは、これが説明義務において、副次的なものではなく、渾然一体として説明義務概念を構成するものとして位置づけようとする方向性を示した点、さらにより注目されるべきことに、「最新の状態」に関する認識を得るために必要に応じた医療措置上の問題点を説明義務の不履行の要素をなすものとし、診療債務の履行全体との関連で、かつ時々刻々と変化する医療過程との関連で、そのプロセス性を示した点にこれら2つの判決における説明義務の概念的飛躍が認められた。

#### 4 チーム医療と説明義務

最後に、チーム医療における説明義務に関する初の判断を示した最一法判平成20年（2008年）4月24日民集62巻5号1178頁を取り上げる。

大学病院において、大動脈弁置換術を受けた患者Aが動脈縫合部からの出血が続いたことにより死亡した事案であるが、Aの治療には心臓外科教授Yを総責任者として、C医師を主治医とするチームであっていたが、カンファレンスにおいてD医師を執刀医とすることが決定され、主治医のC医師より患者Aおよびその家族Xらに手術の必要性、内容、危険性等につき説明がなされた。ところが、Y教授は、C医師に対し、Y自らが執刀医となる旨伝えしたが、Y自身がAおよびその家族Xらに対し、本件手術につき説明したことはなかった。遺族であるXらはYの技上の過失および術前に十分な説明を行わなかったことを理由に提訴したというものである。

第1審（大阪地裁判平成16年11月19日：請求棄却）と原審（大阪高判平成18年6月8日：Yの信義則上の説明義務違反を認容）で判断が分かれたが、最高裁は、「一般に、チーム医療として手術が行われる場合、チーム医療の総責任者は、条理上、患者やその家族に対し、手術の

必要性、内容、危険性等についての説明が十分に行われるように配慮すべき義務を有するものというべきである。しかし、チーム医療の総責任者は、上記説明を常に自ら行わなければならないものではなく、手術に至るまで患者の診療に当たってきた主治医が上記説明をするのに十分な知識、経験を有している場合には、主治医に上記説明をゆだね、自らは必要に応じて主治医を指導、監督するにとどめることも許されるものと解される。そうすると、チーム医療の総責任者は、主治医の説明が十分なものであれば、自ら説明しなかったことを理由に説明義務違反の不法行為責任を負うことはないというべきである。また、主治医の上記説明義務が不十分なものであったとしても、当該主治医が上記説明をするのに十分な知識、経験を有し、チーム医療の総責任者が必要に応じて当該主治医を指導、監督していた場合には、同総責任者は、説明義務違反の不法行為責任を負わないというべきである」と判示した。ここにおいて総責任者は「説明が十分に行われるよう配慮すべき条理上の義務」を負担するもので、一般の説明義務よりもやや広い概念と捉えることができる。

また、常に直接自ら説明を行わなければならないものではなく、主治医に委ねてもよいが、それは医師を含む構成員を指導・監督することにあるという実態に即したもの<sup>390</sup>で、医療環境醸成義務ともいべき性質のものともいえよう。

## 5 小括

以上、約 30 年間の最高裁判決の流れを概観してみると、近年、その判断枠組と判断基準において際立った拡張傾向を示すように見受けられるが、その内実は、日進月歩の医療の性格にも相俟ってのことと思われる。

医師の説明義務に関する判例の発展史は、当初事例的な意味しか有しないと評価されたもの<sup>391</sup>を含めて個別特殊な事例にぶつかりながら普遍的なルールにつなげていく、「判断の創造性」<sup>392</sup>が如実に見て取れ、判例上、説明義務を診療債務における他の様々な義務との有機的連関に立つ主要な債務と捉えようとしているように見受けられる現在の到達点からして、説明義務は、それぞれの事案に応じて拡張可能かつ動的な性質を有するものであるということが出来る。

また、それはただ説明義務の範囲が拡大しているのみならず、自己決定権の行使を担保するための説明の観点から、質的变化も生じているとみるべき<sup>393</sup>であろう。

## V 診療債務と説明義務

### 1 診療債務の特質としての手段債務性

通常、医療（診療）契約は、売買契約のように契約時に債務の全てが確定するものではない。それは、人体の機能と構造に関わる問題は個体差ということも含め複雑かつ微妙であること等、医学・医療の不確実性という根本的な性質に由来する。

<sup>390</sup> 野澤正充[2009]「チーム医療における総責任者の説明義務」速報判例解説 4 号 64 頁。

<sup>391</sup> 最三小判平成 7 年 4 月 25 日、最三小判平成 13 年 11 月 27 日等。

<sup>392</sup> 原島重義[2002]『法的判断とは何か』（創文社）46 頁。

<sup>393</sup> 土井文美[2008]「医師の説明義務」判タ 1260 号 24 頁。

医療契約における医療側の「債務の本旨」は、患者の心身の状態を、最善の注意をもってかつ誠実に診察した上で、可能な限り、正確かつ総合的に判断し、それに基づいて治療方針を立て、それらを患者にわかり易く説明し、理解・納得を得た上で、患者の自発的同意の下、治療を行うことであるが、これら一連の義務からなる契約上の債務は、通常、初診時における患者の訴えを聴取することを起点として、医療側からの働きかけ（診察・診断・説明・治療）と患者側からの働きかけ（応答・受容・協力）との絶えざるフィードバックによって構成される、本質的に過程的なもの（プロセス）である。

一般に、行為債務は手段債務性が強いが、中でも診療債務が特に手段債務性が強いといわれるのは、このような診療債務の特質に基づいているといえよう。

診療債務の手段債務性が、医師の善管注意義務（日本民法 644 条）や顛末報告義務（同 645 条）を免除するものではなく、むしろ医師の高度な専門性と医療の過程（プロセス）性に鑑みれば、厳格でなければならないのである。

ゆえに、判例上においても、医師の注意義務規範のリーディングケースとなった最一小判昭和 36 年 2 月 16 日民集 15 卷 2 号 244 頁が、「いやしくも人の生命及び健康を管理すべき業務（医業）に従事する者は、その業務の性質に照し、危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務を要求されるのは、已むを得ないところといわざるを得ない」と医療における高度の注意義務を強調する。

したがって、医療契約において、医師の診療債務は診察・診断・説明・治療の全面にわたってそれらは相互に密接に関連しあつた不可分のものであり、積極的に患者の心身の改善に努める積極的債務と呼べる側面と「悪結果を避ける」といった消極的債務ともいふべき側面を併せ持ち、さらに不慮の事態が生じた場合にはそれに応じた適切な措置と報告及び十分な説明をすべき義務をも含む包括的なものであるが、絶えず患者とのフィードバックを経るという意味でも、プロセス的なものと捉えられる。

## 2 医療の性質と説明義務の規範構造

### (1) 医療における Cure と Care

「キュア（Cure）」は、日本語（漢字語）では「治癒」の「治」の部分の色彩が強い言葉でいわゆる病気が治されること、ドイツ語では、‘heilung’で、医学が近代化するにつれて使われた言葉である<sup>394</sup>、とされている。英語の‘Cure’は‘heal’つまり癒しまたは癒されること、の意味をもち、語源的にはラテン語の cura に由来するとされ、これは心配する、配慮するとかを意味することば<sup>395</sup>で、現在われわれが使っている‘Care’と意味が近似している。

因みに‘Care’という英語は古英語‘caru’に由来し、悲しみ（grief）、心配（anxiety）、煩わしさ（trouble）の意味をもつが、「ケア」という日本語訳で日本に紹介されたのは、第 2 次大戦の終戦直後のアメリカ占領軍によるケア物資配給をきっかけに人の生活を支援するという意味で、福祉にも取り込んで援助と理解されるようになった<sup>396</sup>、という。

<sup>394</sup> 日野原重明[1996]「キュアとケア」大井玄＝堀原一＝村上陽一郎編『医療原論—医の人間学—』（弘文堂）（以下、「日野原重明[1996]」とする。）52 頁。

<sup>395</sup> 日野原重明[1996], 54 頁。

<sup>396</sup> 日野原重明[1996], 56 頁。



それが、今日医学用語としては、‘Cure’は外科的根治療法等を指すわけであるが、さらに日野原重明医師は、「Cureできなくとも、苦しみを少なくし、また心や魂を支えることにより、身体だけでなく、気持ちがりラックスし、死の不安が解消される。つまり、今日いう緩和ケア病棟やホスピスでは狭い医学的手段によるのではなく、全人的なアプローチから病人の苦しみや悲しみ、死の不安が緩和されるので、そのようなサービスはCareの範疇になる<sup>397</sup>」とされる。

したがって、‘Care’の本質には、‘Cure’とは別の、科学を超えた人の交わり、コミュニケーションの中で、いのちの本質を探り、いのちの価値、生活の質を高める方向での、患者並びにその家族の自立を助けるといった側面があり<sup>398</sup>、それが‘Care’するという行動である。

たとえば、癌患者の場合も、‘Cure’と‘Care’が共になされ、それが次第に‘Care’が優位になってくることから、‘Cure’の中に‘Care’が内包されて行使しなければならないが、「ケアの心を忘れてキュアが科学の旗印のみを高く掲げて独立したのが20世紀の近代医学で」ある<sup>399</sup>、との指摘は示唆に富む。

## (2) プロフェッション論アプローチ

### i) プロフェッションとは

医師は、プロフェッションと呼ばれる高度な特別の職業の一つで、単なる「職業」(occupation)はもちろんのこと、「専門家」(specialist)からも区別される<sup>400</sup>。歴史的には、聖職者、法律家と並んで古典的プロフェッションとされてきた。

英語では、‘profession’と並んで職業をさす言葉に‘vocation’があるが、これらの言葉には歴史的かつ宗教的意味がある。‘profess’は本来「信仰を確言」することであり、‘vocare’は「呼びかける」ことである<sup>401</sup>。したがって、‘vocation’は「神が人間に呼び掛ける」ことに関係があり、その呼び掛けに対して人間の側が「確約する」のが‘profession’ということになる<sup>402</sup>。そしてこれらの職業に就いている人々に対する金銭的な謝礼は「オノラリア」という特別な言葉で呼ばれており、これは「名誉」とも同根の言葉で、労働に対する反対給付でも、賃金でも、また支払いでもない「名誉への尊敬」を意味するということである<sup>403</sup>。

### ii) プロフェッション共通の特徴

プロフェッションの特徴として①学理性・体系性、②希少性・独占性、③利他性・公共奉仕性、

<sup>397</sup> 日野原重明[1996], 54-55頁。

<sup>398</sup> 日野原重明[1996], 60頁。

<sup>399</sup> 日野原重明[1996], 66頁。

<sup>400</sup> 六本佳平[2004]『日本の法と社会』(有斐閣)(以下、「六本佳平[2004]」とする。)99-100頁、大橋憲広＝鈴木龍也他[2001]『レクチャー法社会学』(法律文化社)167頁以下〔森本敦司執筆〕。

<sup>401</sup> 村上陽一郎[1996]「科学史と医療」大井玄＝堀原一＝村上陽一郎編『医療原論—医の人間学—』(弘文堂)(以下、「村上陽一郎[1996]」とする。)28頁。

<sup>402</sup> 村上陽一郎[1996], 28頁は、次のように述べる。「神は優れた人間にこう呼び掛ける。『私あなたにそれだけの才能を与えた、あなたはその与えられた才能を、あなたの周囲で苦しんでいる仲間たちのために使わないか。』『はい、やらせて下さい、私はあなたの前に、自分がそうした仕事に就くことを確約します。』と人間が応じる。ここに始めて成立するのが、聖職者、医師、法律家という『職業』なのである。心弱く苦しんでいる人、病に苦しんでいる人、正義に苦しんでいる人、そうした人々のために、神に代わって働くということ、これがこれらの職業に共通する特徴である。」

<sup>403</sup> 村上陽一郎[1996], 28頁。

④信頼性、⑤職業的自立性、⑥利益団体性などがあげられる<sup>404</sup>。これらにつき、以下<sup>405</sup>簡単に述べておく。

まず、①の学理性・体系性と②希少性・独占性であるが、プロフェッションとよばれる専門職業家は、特定の分野についての専門的かつ高度な知識・技能を身につけているが、それは相当長期間にわたる系統的な教育と訓練により、はじめて獲得されうるものであり、それに基づいて特別の公認の資格が付与される。これは単に個々の有用な技術の修得のみならず、背後にある理論体系とその発展とに関心を持つといった点で、プロフェッションは単なる「専門家」(specialist)と区別されるとする。さらに、プロフェッションたるものは、その分野について一般の素人には及びえない貴重で希少な知識と技術の独占的な保有者として資格を公認され、特定の状況において、素人たる依頼者に何が必要・最適かについて当人が判断できない場合にも、正しい回答を与える権威を認められる。

次に③の利他性・公共奉仕性についてであるが、専門的職業家の知識・能力はそれぞれの分野に固有の文化価値を維持・促進するものとして伝統的に発展してきたもので、社会公共にとって特別の価値を認められたものである。これによって、社会公共に奉仕するという理念によって導かれるべきものが、プロフェッションの職業活動で、自分の職業的使命の達成自体に喜びを感じる心性、どんな依頼者にも差別なく自己の最善の役務を供する姿勢、職業理念及び知識・技能に導かれた公正適切な裁量を行使する能力などが要求される。

④の信頼性についてであるが、プロフェッションの仕事はその職業家個人の全人格の投入によって、期待された成果が得られるという性質を持つ。この点からも役務の遂行には、人格的自由が要請され、そのために専門的職業家への仕事の委託は、特定の職業家に対する信頼を含むものとなり、職業家はその信頼に応える義務があり、また、職務遂行を通して依頼者の個人的秘密に関わることが多いのも、信頼の要素を強める。

最後に⑤の職業的自律性についてであるが、以上に述べてきたような点からして、プロフェッションは、職業集団としての自治権を要求し、また「自律的な規律」を求められる。また、職業的理念への利他的な奉仕という理念は、個人的な利己利益への欲求と衝突するが、利他的奉仕の理念を保証する方法として、外的統制よりは、個人的または、職業集団による自己規律が基本とされ、プロフェッションには、一般の道徳の上に、その職業に固有の職業倫理の規範体系(倫理綱領)を自主的に形成し、実定化し、その実現の機構を作り上げて、適正に運用することが要請される、とする。

### iii) プロフェッション性と医療の性質からの帰結

以上に述べたプロフェッションとしての特徴と、医療においては抜きがたい特徴である「不確実性」という側面を対置させることで、なぜ説明義務が要請されるのかという根拠につき、さらに理解を深めることができる。

上述の「いやしくも人の生命及び健康を管理すべき業務に従事する者は、その業務の性質に照らし、危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務を要求される」という輸血梅毒事件

<sup>404</sup> 六本佳平[2004], 100-102頁。

<sup>405</sup> ここにおける記述も、六本佳平[2004], 100-102頁に依拠。

判決（最判昭和36年2月16日民集15巻2号244頁）は、医師のプロフェッション性という観点から医師の行為義務の水準についての抽象的命題のあり方が示された判例であるとも評されており<sup>406</sup>、ここから、かかる注意義務の一態様として説明義務が要求されると解されている<sup>407</sup>。

### (3) 債務の本旨としての説明

では、「債務の本旨」としての説明とはどのようなものが求められているのだろうか。それには、まず日本における医療契約が準委任契約で、かつ専門的職業人による事務処理といった性格上、患者が債務者である医師に自己の権利・利益への注意を委ねた、つまり管理権能の委託という点を考慮しつつ、上述の‘Cure’と‘Care’の記述からも明らかなように現代医学とそれをベースに行使されている医療において忘却されつつある‘Care’の要素の注入が求められ<sup>408</sup>、それによりプロフェッションとしての「説明のあり方」に転換されると考えることはできないだろうか。

つまり、当該状況に応じ、債権者の最善の利益の擁護を図り、自律的に専門的知識・技能をもって正しく応答（response）する責任<sup>409</sup>ということが、少なくとも「債務の本旨」の一内容を形成しうるように考える。すると、患者が有する医療に対する「特別の信頼」<sup>410</sup>や「期待」<sup>411</sup>に相應する責任ということも観念でき、ましてやそれが患者の生命・身体という「重要な法益との直接関連性」<sup>412</sup>ということに照らし合わせるとその要請はより高まってくるかもしれない。

したがって、そのような観点から医師の説明義務を捉えると、ここに求められるのは、端的にCureを前提としたResonable Care（合理的配慮）といえそうである。

## 3 説明義務の判断基準

説明義務の一般的判断基準としては、①合理的医師ならばどの程度の説明をなしたかを基準とする合理的医師説、②合理的患者ならば自己決定権行使のためにどのような説明を必要としたかを基準とする合理的患者基準説、③当該患者がその自己決定権の行使において重要視する情報の説明がなされたかを基準とする具体的患者基準説、④医師が患者とのコミュニケーションによって知りまたは知りうべき全事情に基づけば、当該患者がその自己決定権の行使において重要視するであろうことが認識可能であったその情報が説明されたかを基準とする二重基準説の4つ見解がある<sup>413</sup>。かつては、医師の裁量を重要視する立場から①説が主要な地位を占めていた<sup>414</sup>が、最近では、②説や④説へと考えがシフトしてきたといわれている<sup>415</sup>。

406 平林勝政[1974]「プロフェッショナル・ネグリジェンスとしての医療過誤」唄孝一＝有泉亭編『現代損害賠償法講座4医療事故・製造物責任』（日本評論社）67頁。

407 稲田龍樹[1990]「説明義務」根本久編『裁判実務体系17医療過誤法』（青林書林）190頁。

408 卜部文彦[1997]「医療と宗教—医療と哲学」民事法情132号62頁も、「治」と「癒」つまり「セラピー」と「ヒーリング」で医療といえるが、今の日本は「癒」がないことを説く。

409 そのような責任論に関するものとして、瀧川裕英[2003]『責任の意味と制度—負担から応答へ』（頤草書房）。

410 高嶋英弘[1987]「診療契約の特質と内容（一）」民商96巻6号（以下、「高嶋英弘[1987]」とする。）780頁。

411 石川寛俊[2000]「延命利益、期待権侵害、治療機会の喪失」太田幸夫編『新・裁判実務大系』（青林書林）306頁は、「医療の進歩と患者の信頼期待に即応して、医師のあるべき水準は不断に高められねばならない」とする。

412 高嶋英弘[1987], 780頁。

413 新美育文[1985]「医師の説明義務と患者の同意」民法の争点II（有斐閣）230-233頁。

414 最高裁第二小法廷昭和56年6月19日判決（判時1011号54頁）など。

415 手嶋豊[1997], 323頁及び同文献注(66)参照のこと。

近時におけるこうした動向は、改めて説明義務は何故必要なのか、を考えると見えてくる。かつての伝統的な医師像に基づいた（professional）観点から言えば、医師がどのように患者に振舞うのかだけが問題となっていた。しかし、医療を患者中心に捉えれば、そもそもそのようなプロフェッション自体が、現代社会でなお許される根拠が問われることになり、医師・患者関係も、従来ありがちだったような一方的施しのような関係ではなく、患者の人権を軸に医療のあり方を規範的に捉え、医師と患者とが人間として、対等な当事者として、新しいプロフェッション像の考え方からすれば、患者の理解・納得と同意が原則であって、特段の事情のない限り全ての医療現場に貫かれなければならないと考えるのは、道理に適っており、また、今日の先進諸国の趨勢でもある。

#### 4 説明義務と裁量の関係とその特質

医師は、患者の心身の状態に対し、自らの判断に基づき、医療契約の趣旨に則り治療・療養法の選択や患者への説明についても広い裁量が認められるというものである。

しかし、診療債務もほとんどは医療契約という契約を根拠に生じるため、それに基づいて医療行為をする医師の権限も法の規定に基づくか契約両当事者の合意に基づくしか権限の根拠がないことになる。殊に、診療行為は手術のような物理的侵襲はもちろん、薬剤の処方に関しては化学的侵襲であると言えるし、種々の検査に伴う検査侵襲、あるいは検査のために身体を晒すなどどれをもっても専断的な行為としては正当化しえないものであり、その限りでは患者の同意が必要不可欠の要件となる。

診療にあたって「裁量」となるものが医師の側に認められるのは事実であり、また必要なものでもあろう。それは診療行為の対象たる人間の心身の精細性・複雑性に由来する状況把握の難しさ、いわば医学の不確実性の反映であって、医師がその有する専門的能力を全力で誠実に患者の診療に注ぐ義務があることと表裏の関係にあるのではなからうか。

要するに、医師の「裁量」なるものは、権利というより、その実相は権限<sup>416</sup>の方に近いのではなからうか。仮に権利と捉えるなら、それは親権<sup>417</sup>同様の「義務的権利」ないし「利他的権利」として保護義務ないしは「一定の義務」と一体として行使する場面でこそ正当化されるものであるように思われる。つまり、患者のために真摯かつ誠実に用いられるためにのみ作動するものだというのであり<sup>418</sup>、患者の保護義務に立脚したものであってはじめて正当化されうる。

よって、医師は、その権能を行使する場合、原則的に患者に対して、その過程や結果（予測、

---

416 法によって付与された力ないし自由の領域という意味では、権利とよく似ているが、決定的に権利と違う部分をいえば、義務的な要素が含まれることである。しかも、この義務的な部分が、先行的に発することにより作用する力である点で権利と異なる。あえて定義づけをするならば、ある一定の責務或いは義務を負担するために必要なデバイス、ということができ、ここにおいての特徴は、①義務の先行性と②道具性ということになる。

417 ヨーロッパ諸国では責任や義務的な性格を強調するために名称も変更されており、韓国や日本のように、権利や権力的な意味合いではない内容となっている。たとえば、イギリスでは、親の立場にある者の多様な責任を強調するために、‘custody’（監護権）から‘parental responsibility’（親責任）へと、ドイツでは、子を保護し援助する義務を伴うことを表現するために‘elterliche Gewalt’（親の権力）から‘elterliche Sorge’（親の配慮）へと名称変更がなされている（二宮周平[2009]『家族法〔第3版〕』（新世社）207頁）。

418 親権が契約に基づく権利ではなく法定の権利である点で違いはあるが、もっぱら子の福祉のために用いられるべきであると考えられ、その意味で「義務的権利」とも「利他的権利」とも言われるその実質と類似しており、義務と表裏の関係にある信託契約における受託者の信託上の権限とも類似している。

予後)等を説明する義務と責任を負っていると見るべきで、無条件にある聖域を認める類のものではないはずである。

法医学者である松倉豊治博士も、「医療側の説明は、単なる医学知識や医療技術を以て医師自身を顕現することから成り立つのではなく、説明相手である患者側の各種の要件を洞察した“優れた人間性”を以て患者側に対処することに、説明の意義がある」とされ、「説明は医療行為全汎における医師の全人格の表現である」<sup>419</sup>と喝破されている。

また、この義務付けによって医師と患者という非対等な当事者間の関係を相対的に回復させることが出来ることにもなるのである。

## 5 自己決定権との関係

自己決定権は尊重されるべき絶対的人権であることはいうまでもない。ただ、これが際限なく一人歩きすると、やはりある種の歪が生じてくることもなくはないだろう。

それが、医療において顕在化してくると、医療における公序や正義まで崩壊してくる懸念さえありうる訳で、そこでやはり重要なのは適正行使ということになるろう。

医療に対する批判や不信は、事故の多発や一部の杜撰な例外的事象、それを報じるマスコミのキャンペーンだけによるのではなく、医療がもつ「専門性」「密室性」「裁量性」(「権威性」という枠組みの中で、不確実性を孕んだ専門技術を「不可視」のまま行使されることへの疑念ないしは不安といったものも大きく作用しているであろうことは想像に難くない。

すると、必要とされるのは、この「不可視性」を少しでも払拭ないしは軽減することで、医療が医師＝患者関係において、必要かつ的確な情報提供を行い、信頼に基づく協同作業となるように、自己決定権もそのための対話促進装置<sup>420</sup>と位置づけることも可能と考える。

そしてこれを一つの法益と措定することは、専断的治療行為から「生活の質」という意味でのQOLのみならず「生命の質」「人生の質」という意味も含めた人生の根幹に関わる場面でのQOLを確保するための「選択の機会」や「治療機会」を保護することになるわけで、「人格的利益」として尊重され、保護されるべきで、そこに裁量を理由に説明しないことが許容される余地はないものとする。

## VI 小括

医療行為は、医師と患者が緊密な情報の交換を通じて協同して患者の心身の疾病や傷害からの回復を目指す営みで、患者との絶えざるフィードバックによる過程的充足を求められる特質を有するプロセス債務ともいえるべき特質が認められる。そして、その過程的充足という債務の本旨履

<sup>419</sup> 松倉豊治[1980]「医療行為における裁量の特質—特に説明義務に関連して」判タ 415号 11頁。

<sup>420</sup> 和田仁孝＝前田正一[2001]『医療紛争—メディカル・コンフリクト・マネジメントの提案』(医学書院) 54頁。

行の根幹性を担保するのが説明義務そのものといえ、それが給付義務か付随義務なのかということとはともかく、診療義務とは別途独立した義務ということではできそうである。

また、裁量との関係もすでに検討したように、裁量自体が義務履行ないしは患者保護を前提として、その行使が正当化される一つの権限である性格からすれば無条件に認められるものではなく、主に検査法や治療法の選択等、診療義務の場面では広く認められるが、その内容等については説明しなければならず、特に患者の人生の根幹に関わる重要な選択場面においては、裁量を理由に「説明義務」が免除されることは、ほとんどないというべきであろう。

よって、説明を尽くさないままなされた侵襲行為は「専断的治療行為」として責任が問われることになり、また、「自己決定権という法益を指定することで、現実には、治療行為と損害発生の因果関係の不透明さを補完している側面もある」<sup>421</sup>ことも指摘されている。

しかしながら、説明義務違反ではまかなえないものもあり、近時において証明度の高度の蓋然性はそのままおきながら、新たな法益として判例上認められるものが登場しており、説明義務では解決できない問題の表れでもある。

それはもちろん生命・身体・健康というこの上ない重要な法益を前提としていることから認められるもので、日本の影響で韓国にも導入された機会喪失論や期待権、さらに近年は「相当程度の可能性」を一つの法益として捉える方向性で判例・学説<sup>422</sup>が蓄積されつつあるが、この問題に関しては、本稿では深く立ち入らないことにする。

## 第4章 紛争発生「後」の制度的デバイスー裁判外紛争解決システム

### 第1節 韓国における従来の非司法的医療紛争解決制度

#### 1 医療審査調停委員会

医療事故による紛争の増加と、その内容の深刻性から、社会問題となったことにより、医療紛争が法的問題に発展する前に、紛争当事者が、これを自律的に解決できるよう客観的で公正な立場で医療事故を調査し、紛争を調整し、長期に及ぶ不毛な争いを回避し、解決に導けるよう1981年12月の医療法改正の際、医療審査調停委員会の根拠法規が制定された。翌年の1982年から医療法54条の2の規定<sup>423</sup>に基づき、保健福祉部長官の傘下に、中央医療審査調停委員会、市・道

<sup>421</sup> 河上正二[2010], 758頁。

<sup>422</sup> たとえば、寺沢知子「相当程度の可能性侵害における侵害に関する一考察ー行為義務からのアプローチ」産大法学43巻2号1頁以下、米村滋人『『相当程度の可能性』法理の理論と展開』法学74巻6号237頁以下、石川寛俊＝大場めぐみ「医療訴訟における『相当程度の可能性』の漂流」法と政治61巻3号81頁以下等がある。

<sup>423</sup> 医療法第54条の2は、その1項において、「医療行為を原因として生じる紛争（以下“医療紛争”という）の調停のために保健福祉部長官傘下に中央医療審査調停委員会を、市・道知事傘下に地方医療審査調停委員会をおく。」とし、2項においては「中央医療審査調停委員会及び地方医療審査調停委員会の構成・運営・調停委員の資格、その他必要な事項は大統領令で定める。」と規定する。さらに3項では、「中央医療審査調停委員会は、医療紛争を調停する以外に保険福祉部長官が附議する次の事項を審議する。」とし、「1. 医療行為の範囲」、「2. 医療人の種別による業務の限界」、「3. その他医療に関する重要事項」をあげている。

知事の傘下に、地方医療審査調停委員会を設置し、医療紛争に対する調停制度を施行している。

医療法 54 条の 3 の規定により、市・道知事に紛争の調停を申請するという手続きを経なければならない、また、紛争の原因が発生した日から 1 年以内に申請しなければならないという制約等もあるが、広報不足により、本委員会の存在自体、周知されていない等の理由から、ほとんど利用されていない状況である。

## 2 大韓医師協会共済会

### (1) 沿革と概要

本共済会は、開業医が医療紛争に遭遇する事態の増加にも関わらず、政府レベルでの対策もなく、医師賠償責任保険も活性化されない中、医療紛争が発生したとき、紛争事件を審議の上、補償金を支給し、会員医療人らを支援する自救策として設けられた。

本共済会は、社団法人大韓医学協会（1993 年 5 月 29 日、大韓医師協会に名称変更）の一事業部として設立され、1981 年 11 月 1 日より事業を開始し（1 年単位で 1 期の事業を運営）、今日に至っている。当初は、非制度圏事業として運営されたが、1987 年、改定医療法により、医療紛争による被害の補償等のため、保健社会部長官の許可を得て、共済事業を出来るように規定がおかれた。1989 年 8 月 7 日、大統領令（第 12773 号）により改定された医療法施行令において、共済事業の内容と共済事業の許可申請及び運営に関して具体的な規定が設けられた。そして、1990 年 8 月 14 日、保健福祉部の共済事業許可を取得し、法的地位を確保し、10 期共済会が始まった 1990 年 11 月 1 日から法令に基づく制度圏事業に転換された。

共済会の事業趣旨は、まず 1 つ目に、医療紛争から迅速に会員の身辺と財産を保護することである。2 つ目として、医師－患者相互間の被害を最小限に食い止められるように、事態の收拾、仲裁、調停を最優先におく。3 つ目として、事件の程度に見合う適正な補償金を審査の上、支給することを主要な機能としている。他には、内規として、患者側の座り込み（籠城）や狼藉等により医療機関が損失を被った場合、当該医師と協議の上で、告発措置を講じ、患者側が、病院側と法的に対立する場合には、費用の支援と事件解決に助力することを指針としている。

〔図表Ⅳ－1〕 医協共済会 共済納付金と補償限度額（適用期間 1 年）

種別	適用（準用）診療科	診療領域 又は範囲	納付金（ウォン） 〔1 口当たり〕	補償限度額
1 種	放射線科、病理科	- 注射をしない場合	60,000	1 千万ウォン
2 種	内科、小児科、結核科 家庭医学科等	- 基本（外来）診療に該当するもの （主に単純な一般診療領域） - 通常の注射、投薬の診療領域 * 1 種の領域を含む	115,000	1 千万ウォン
3 種	外科系 - 外科、整形外科 神経外科、形成外科等	- 外科系の処置/ 手術等の診療 - 麻酔施術による診療 - 精神科入院診療	366,000	1 千万ウォン

	眼科 麻酔疼痛医学科 耳鼻咽喉科 精神科	- 形成外科は美容目的の本来の診療（手術処置）とは別に注射/投薬/処置中に惹起された事故 - 眼科の場合 白内障/緑内障/エキシマレーザー等の手術 - 麻酔科等ペインクリニック治療 + 1、2種診療領域を含む		
特種 A	産婦人科	- 分娩又は産婦人科手術（13週以下の中絶手術を含む）を施行する場合 * 1、2、3種診療領域含む	653,000	1千万ウォン
特種 B	産婦人科	- 分娩又は産婦人科手術（14週以上の中絶手術を含む）を施行する場合 * 1、2、3種、特種A診療領域含む	1,123,000	1千万ウォン

\*최진홍 (チェ・ジノン) [2005], p. 32 の [表 18] を引用。

## (2) 問題点

問題点としては、次のようなことが指摘されている<sup>424</sup>。

まず、1点目としては、本共済会は、大韓医師協会が会員を対象として、任意加入形式で実施しており、全員強制加入でないことから、危険分散機能が制約されざるを得ないことである。

2点目として、非現実的な補償額が挙げられる。【図表Ⅳ－1】にみるように、基本共済の場合、補償限度額が1口当たり1千万ウォンで、3口まで加入が可能であるから、最高補償額といっても3千万ウォンにすぎない。

3点目としては、医療紛争が発生した場合、その審査・判定の基準として、医療人の過失の有無を問題としない。つまり、加害者側の医師が所属する、大韓医師協会共済会の審査委員が参与し、過失の有無より、被害の補償に主眼をおき解決を図るため、補償率は高いが補償額は低く、医療過誤に基づいた被害賠償という次元からは乖離がある。

4点目に、紛争の審査を医師協会支部委員会を経て、中央審査委員会で行うが、これは医療者団体の審査であるため、患者側としては、その公正性に疑心をもつということである。

このような点は、加入率にも端的に現れている<sup>425</sup>。共済会が設立された直後から1991年までは、大体50%前後であったのが、その後、年々低下し、2003年（22期）に至っては、21.8%にすぎない。

本共済会は、1987年には、医療法上、その根拠が明文化され（医療法28条の2）、形式的には保健福祉部の監督下にあるが、実質的には、公正性が認められないこと等により、紛争解決に大きな役割は果たせていないようである。<sup>426 427</sup>

<sup>424</sup> 최진홍 (チェ・ジノン) [2005], pp. 31-32 ; 朴永浩 [2005a], pp. 150-152 ; 李載衡 [2007], p. 187.

<sup>425</sup> 第2章（第2節 - I）の【図表Ⅱ - 6】参照。

<sup>426</sup> 최진홍 (チェ・ジノン) [2005], p. 31.

<sup>427</sup> 医協共済会は、上記問題点を克服し、共済事業活性化のため、民間保険会社を提携し、既存の共済以外、最



### 3 民間保険会社による医師賠償責任保険

韓国において、医療賠償責任保険が最初に登場したのは、1973年で、東邦火災保険により、医師賠償責任保険の形態で導入され、以後、約10年間、4つの保険会社が賠償責任保険の普通約款に、医師職業の危険担保と医療施設特別約款を付加し、保険契約を締結する形態で実施されたが、派生する諸問題と、財政赤字のため、1984年以降、すべての保険会社が、医師賠償責任保険の販売を中断するに至った<sup>428</sup>。

その後、1990年代後半からサムソン火災をはじめ、一部民間保険会社が医療賠償責任保険市場に再び参入し始めたが、加入者側にとっては、事故に対する保険金に比し、保険料が高額で、他方、保険会社にとっては、医療事故による損害率が高く、リスクの引き受けの問題点等、複合的な要因から、さほど活性化していないのが現状のようである<sup>429</sup>。

### 4 韓国消費者院による被害救済

#### (1) 韓国消費者院<sup>430</sup>の医療被害救済現況

韓国消費者院は、1999年2月5日「消費者保護法」の改正により、金融、保険、法律、医療等、「専門サービス」と称される領域での被害救済が可能となり、医療被害救済に関しては、1999年4月より、その業務が実施されている。

#### i) 相談受付と処理過程

救済の流れを概説すると、まず相談チームが電話、ファックス、インターネット等多様な方法で消費者（被害者）の相談を受け付け、話を聞き、有益かつ重要な情報等を提供したり（大部分は、この段階で不安が解消されることが多い）、調査が必要な場合は、被害救済手続きを踏むことになる。

被害救済が必要な事件は、紛争調停局医療チームに移管され、担当者が事件を検討した後、被害者と内容を確認し、該当病院に「受付通知書」と「解明要求書」を送付する。それと同時に、国内外医学文献と法院（裁判所）判例を研究し、専門家の諮問<sup>431</sup>を経て、医師側の過失の有無、責任の程度を判断し、最終解決案を導き出す。

次の段階は、当事者の説得と合意（和解）勧告である。両当事者に調査結果、専門家意見の内

---

高限度額最高2億ウォンの「医療賠償共済」を2002年より販売し始めた。危険担保力等の関係で対象は、病床30以下の病・医院に限られるが、それなりの反響と成果がみられるようで今後有用な制度として期待されている（朴永浩[2005a], pp. 152-157）。

<sup>428</sup> 1973年～1984年の間4つの保険会社が282件の保険契約を締結し、357万ウォンの保険料を徴収したが、この間の保険金給付額は、1,318万ウォンとなった（李載衡[2007], p. 189.）。

<sup>429</sup> 최진홍（チェ・ジノン）[2005], p. 40.

<sup>430</sup> 韓国消費者院（<http://www.kca.go.kr/index.jsp>）は、1987年7月1日消費者保護法により「韓国消費者保護院」として設立された後、2007年3月28日消費者基本法により「韓国消費者院」に機関名が変更された。当機関は、消費者の権益を増進させ、消費生活の向上を図り、国民経済の発展に寄与するために国家が設立した専門機関である。その主な機能は、消費者の権益に関する制度と政策の研究及び建議、物品やサービスの規格・品質・安全性等に関する試験検査及び調査・分析、消費者の権益増進・安全及び消費生活向上のための情報の収集・提供及び国際協力、消費者のクレーム処理及び被害救済などである。

<sup>431</sup> 韓国消費者院には、60名の諮問委員団が構成されており、特に内科、一般外科、産婦人科、歯科、整形外科の諮問医は、週に一度消費者院を訪ね、医療チームと論議し、合理的な判断を下すのに助力している。

容等を説明し、そこに過失が認定される場合、両当事者の意見を総合し、適正な補償がなされるよう導く。両当事者が自由意思に基づき合意した場合、合意書を作成し、被害救済終了となる。この段階で請求事件の処理が終了しなかったり、30日以内に合意に達しない場合は、消費者紛争調停委員会に調停要請等の処理に移ることになる。

## ii) 業務実績

消費者院の資料によると、医療被害救済業務が開始された1999年4月以降、相談件数は年々増加の一途をたどり、相談のみならず、被害救済として受け付けられ、解決・処理された数も相当の数に達しており、医療チームの専門化への努力と、それに伴う質的・量的成果ともいえる結果の集積がうかがえる<sup>432</sup>。

〔図表Ⅳ－2〕は、1999年から2005年までの、被害救済として受け付けられた事件数をまとめたものであるが、7年に満たない間に4,646件を処理し、被害者の救済と紛争の解決に多大な役割を果たしていることがわかる。

増加率をみても、業務開始の翌年である2000年度は、一気に66%の増加となり、その後も20%以上の勢いで増加し、2003年度は、増加率ではややマイナスに転じるものの、661件と決して少なくない処理件数となっており、2004年度は約33.9%、2005年度は23.5%と、また増加趨勢を示している。医療機関別にみると、医院が総じて最も多いのだが、総合病院や病院に比して、相対的に大学病院が高い数値を示しており、2005年度に至っては、医院の347件をはるかに凌ぐ409件で最多となっている。

〔図表Ⅳ－2〕 医療機関別被害救済現況

区分	1999年	2000年	2001年	2002年	2003年	2004年	2005年	合計
大学病院	53	108	165	257	241	328	409	1,561
総合病院	55	73	71	110	103	97	137	646
病院	31	65	113	108	90	106	190	703
医院	120	177	202	243	213	332	347	1,634
薬局	6	19	4	6	1	1	2	39
その他	6	8	4	3	13	21	8	63
総数	271	450	559	727	661	885	1,093	4,646

\*韓国消費者院資料 (<http://www.kca.go.kr/index.jsp>) に基づき作成。以下の〔図表Ⅳ－3〕〔図表Ⅳ－4〕も同じ。

〔図表Ⅳ－3〕 処理結果別被害救済現況

区分	1999年	2000年	2001年	2002年	2003年	2004年	2005年	合計
賠償	95	152	234	234	190	245	315	1,465

<sup>432</sup> また、この医療チームの活動のもう一つの成果として、主要総合病院に「民願担当室」（いわゆる市民相談室）の設置を実現させ、病院内において被害相談等の1次相談窓口を設けることができたとのことである（前掲、韓国消費者院HP）。

返 金	76	71	15	15	26	39	19	261
情報提供	25	72	80	69	51	76	154	527
調停要請	43	15	16	38	43	64	87	306
取下・中止	—	63	97	161	112	107	112	652
その他	19	13	4	6	6	2	—	50
相談その他	13	64	113	204	233	352	406	1,385
総 数	271	450	559	727	661	885	1,093	4,646

\* 「相談その他」は、証拠資料不備や医師の解明遅延等により処理未確定のもの。

〔図表Ⅳ－４〕 処理金額別被害救済現況

区 分	1999年	2000年	2001年	2002年	2003年	2004年	2005年	合計
～10万ウォン	44	21	21	5	3	4	—	98
～100万ウォン	84	95	66	53	51	84	75	508
～500万ウォン	49	74	93	93	82	93	143	627
～1000万ウォン	9	10	38	38	42	40	54	231
～5000万ウォン	12	20	29	56	35	57	52	261
5000万ウォン～	—	3	2	7	3	6	10	31
合 計	198	223	249	252	216	284	334	1,756

\* 韓国消費者院の資料では、1999年～2003年までは、金額区分の欄を各々「10万ウォン以下、10万ウォン（超）～100万ウォン以下・・・」とし、2004年と2005年度は同「10万ウォン未満、100万ウォン未満、500万ウォン未満・・・」となっているが統一的な表を作成するため、筆者は「～」のみを使って上記のような表記とした。

消費者院によると、大学病院関連の事件が多いのは、3次診療機関として重症患者が多いことから、それだけ医療事故の危険性も高いといった点と、大学病院の医療紛争処理体系が整っていないといった、システムエラーを指摘する<sup>433</sup>。

次に、〔図表Ⅳ－３〕は、各年の被害救済状況を事件の処理結果別にまとめたものである。一定の賠償をすることで示談に至ったケースが最も多く、7年間を通して、賠償が1,465件、そして返金が261件で、被害に対する金銭的な補償によって示談が成立したのは1,726件である。全被害処理件数の内、証拠資料不備や医師の解明書遅延等により、処理が確定されなかった「相談その他」の1,385件を除外すると3,261件であるから、これを考慮すると、この段階での実質的な示談成立率は52.9%となっている。

また、「情報提供」は527件で、被害に対する事実調査を通じて病院側の責任を問うことが困難と思えるものが大部分であり、これは、両当事者間に横たわる尖鋭化された確執を、客観的立

<sup>433</sup> 韓国消費者院によると、大学病院には医療紛争担当職員がほとんど存在せず、医療賠償責任保険加入率も総合病院の半分にも満たないばかりか、消費者院の被害救済処理時の解明資料提出もかなりの遅延傾向にあるという（韓国消費者院資料（同院HP））。

場から理解・説得を促すことで、感情的解消を図り、早期に紛争を終結させたという意味で、意義が大きい<sup>434</sup>といえる。

「調停要請」は306件で、被害救済業務を開始後30日以内に事実調査が充分遂行できず、合意勧告ができない状況で調停委員会に移管されたケースが多いという。また、両当事者が合意勧告を受け入れない場合や、被害に対する補償額が比較的小額に止まるような事件で、訴訟に踏み切っても実質的に利益がないようなケースで、交渉が決裂した場合も、調停委員会に委ねることになる<sup>435</sup>。

「取下・中止」(652件)の原因は、医療事故により障害が生じ、それが一時的なのか、永久障害なのか、障害の程度の判定を受けるために時間を要する場合や、患者側が、被害救済受付後に訴訟へと方針転換した場合、(死亡事故で)解剖結果が出るまでに時間が経過してしまう場合、個人的な事情で請求を取り下げる場合等、多様である<sup>436</sup>。

【図表Ⅳ-4】は、処理金額別の被害救済結果を示したものである。業務開始初期には100万ウォンまでの比較的小額のものが多いが、7年間、総じて見ると、100～500万ウォンの金額帯が一番高い比率を示しており、近年に至るほど高額化傾向が見られる。5000万ウォン超のうち、1億ウォンを超えるものが2004年、2005年、各々2件存在する。2005年12月31日現在までの最高処理金額は、2004年の胸部外科関連事件で、手術後、低酸素性脳障害を惹起した件で、3億4千万ウォンの賠償がなされている。

総処理金額も年々増加しており、2005年だけをみても総額約26億8千万ウォンに達し、1件あたりの平均は約804万ウォンとなっている。

こうした急増傾向を示すのは、国民の消費者院に対する認知度が高まっていること、また経済的(無料)、時間的負担(30日以内の迅速処理)がかからない<sup>437</sup>といった点が大きい。

## (2) 消費者紛争調停委員会

消費者紛争調停委員会は、韓国消費者院の「合意勧告」が受け入れられない場合、紛争を迅速に解決するために、1987年8月に設立された準司法的機構である。本委員会は、消費者保護法35条に基づき、公正取引委員長が任命する委員長1人、常任委員1人を含め、財政経済部長官が任命する消費者及び事業者団体代表、法曹界、医療、自動車、保険、製造物責任等の分野別専門家50人により構成(【図表Ⅳ-5】参照)されている<sup>438</sup>。

434 최진홍 (チェ・ジノン) [2005], p. 27.

435 최진홍 (チェ・ジノン) [2005], p. 27.

436 최진홍 (チェ・ジノン) [2005], p. 27.

437 韓国消費者院資料(同院HP)。

438 韓国消費者院資料(同院HP); 최진홍 (チェ・ジノン) [2005], p. 28; 李載衡[2007], p. 197.

〔図表Ⅳ－5〕 消費者紛争調停委員会の構成

常任委員	非常任委員					合計
	消費者代表	事業者代表	分野別専門家	弁護士	小計	
2	9	9	24	6	48	50

\*韓国消費者院資料（同院HP）を引用。

調停委員会は、消費者（患者・被害者）と事業者（医療者・病院）双方から証拠と関係資料を提出させ、試験・検査結果や専門委員会の意見を参考に被害を処理する<sup>439</sup>。調停が成立すると、消費者紛争調停委員会は、調停書を作成するが、その内容は、「裁判所の和解」と同一の効力、つまり、民事訴訟法上の確定判決と同じ効力が付与される<sup>440</sup>。

本来、韓国消費者院の消費者紛争調停委員会の業務対象には、医療紛争業務は除外されていたが、医療審査調停委員会が国民の信頼を得られず、有名無実な状態となると、政府は1998年12月、消費者保護法を改正（1999年4月6日施行）し、これを通じて医療紛争業務も取り扱えるようにすることで、消費者院を医療紛争解決機構として、公式に認定するに至った<sup>441</sup>。

医療審査調停委員会が有名無実なのに反し、消費者院の医療紛争調停は、年々活性化の傾向が見られ、国民の期待に即し、一定の実効的効果が顕れたといえる。

## 5 小括

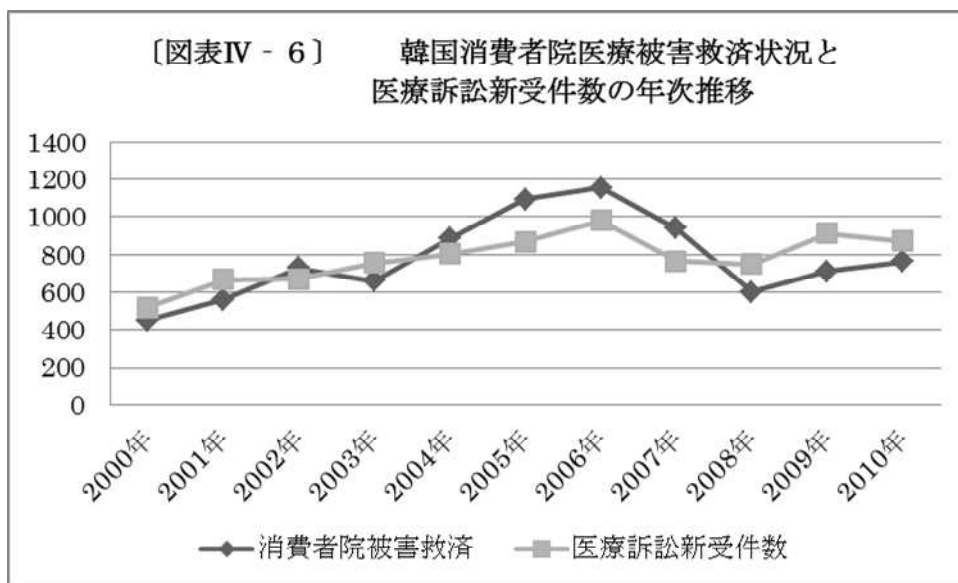
もし調停手続に透明性が確保され、公正で合理的な調停決定等により、当事者の信頼を得ることができれば、調停を選好する行動が多くみられ、実効的な効果が期待できるかもしれない。

それは、韓国消費者院の、ここ10年間のデータからも見て取れる。〔図表Ⅳ - 6〕は、訴訟第一審の新受件数と韓国消費者院の被害救済件数の年次推移を示したものである。医療法に基づき設置された、医療審査調停委員会が有名無実で、ほとんど利用されていない状況であること、大韓医師協会共済会も非現実的な補償額であることや、患者側としては、公正性に対する疑念を拭えないといった理由から、実効性が乏しかったことに比べると、韓国消費者院による調停は活発に利用され、実効的な効果もあげている。やはり、行政主導で組織された、各方面の専門家を加えた調停委員会が、第三者的視角から、迅速な解決を図るよう処理するシステムを構築したことが大きいと思われる。

<sup>439</sup> 李載衡[2007], p. 197.

<sup>440</sup> 消費者院資料（同院HP）、李載衡[2007], p. 197.

<sup>441</sup> 李載衡[2007], p. 198.



\*韓国消費者院資料（同院HP）と大法院司法年報の統計に依拠し筆者作成。

〔図表Ⅳ - 7〕 韓国消費者院へ相談件数と被害救済件数

	消費者院事件受付・救済状況	
	相談受付	被害救済
2005年	13,400	1,093
2006年	15,835	1,156
2007年	14,127	940
2008年	14,716	603
2009年	17,632	711
2010年	21,813	761

\*韓国消費者院資料（同院HP）を引用。

※2010年度の相談件数は同年10月31日現在のもの

最後に、〔図表Ⅳ - 7〕は、韓国消費者院における医療被害等に関する相談受付と実際に被害救済が必要と判断され、被害救済申請がなされた、ここ数年の推移ある。この資料から明らかなように、消費者院の門を叩いた者のほとんどは、相談のみで終わっており、これは実際の被害発生というより、医療者－患者間のコミュニケーションにおける病理の存在、そして、それによって行き場を失った被害者感情がさらなる医療不信を醸成している様が垣間見られるようである。

また、これはまさに、本稿第1章で問題提起し、予備的考察で論じたことと直結する問題が、ここにもおいても顕著に現れているのは言を俟たない。

## 第2節 新たな医療被害救済制度と韓国医療紛争調停仲裁院

### I 問題の所在

医療紛争とそれがもたらす社会的影響は、深刻かつ大きな社会的問題となって久しいが、その実効的な解決のための制度システムとなると、今なお不十分で、この分野における各国の取組みに関しては、目が離せない状況といえる。そして、当該領域に関する研究は、医療被害に対する救済はもとより、医療崩壊の抑止、医療の質確保、ひいては紛争予防にも繋がる重要課題の一つといえる。

このような点は、韓国においても同様で、殊に、近年いたっては、医療訴訟の増加が著しく、まさに「時の問題」として、活発な議論と様々な取り組みがなされている。

韓国において、医療紛争が本格的な社会問題として浮上しだしたのは、1980年代以降のことであるが、それは数の上での増加といった点のみならず、紛争が起こると、医療被害者である患者側は法的手続きによる救済を求めるよりも、実力行使、つまり暴力や狼藉、業務妨害等、物理力による非合法的な方法により目的を達成しようとする行動も多くみられた。その結果、医療者はいわゆる「防衛診療(Defensive Medicine)」へと傾斜し、時には、病院が閉鎖に追い込まれる事態も見られた。

そこで、医療被害者には迅速な被害救済と共に、医療者側には安定的な診療環境の確保を目的として、立法的な解決を図ろうと、いわゆる医療紛争調停法の導入論議とその取り組みがなされた。

ところが、何度も国会に法案が提出されては挫折を繰り返し、23年の歳月を経て、2011年3月11日、ようやく、無過失医療補償の内容をも盛り込んだ、医療紛争調停法が国会本会議で議決され、大統領の承認を経て、同年4月7日に公布、2012年4月8日より施行されている。

本節では、立法に至る背景から立法動向、そして、法制定により新たに設立された紛争解決機関である韓国医療紛争調停仲裁院の、法施行後における1年間の歩みと現況を紹介しつつ若干の検討を試みたい。

### II 韓国における医療訴訟の動向

第2章においても述べたように、近年、韓国における医療訴訟数は、増加の一途をたどっており、特に1996年以降においては、その激増ぶりは顕著<sup>442</sup>で、2006年には日本における新受件数(913件)を上回る979件に至っている(〔図表IV-8〕参照)。韓国の人口は、日本のそれの約4割程度に過ぎない点<sup>443</sup>を考慮すると、この数値が尋常なものではないということが容易に想像できる。

<sup>442</sup> 1990年の新受件数が84件であるのに対し、2006年には979件と10倍を超える値を示している。

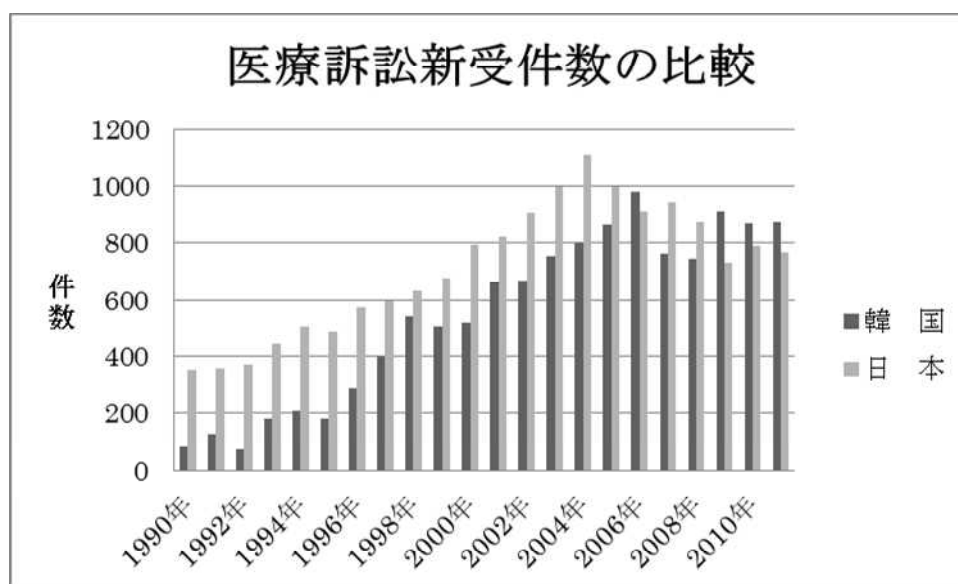
<sup>443</sup> 2006年の人口統計をみると、日本が1億2770万人(総務省統計局HP: <http://www.stat.go.jp/index.htm>)であるのに対し、韓国は4829万7千人(統計庁HP: <http://nso.go.kr/>)となっている。

また、当然ながら、医療紛争のすべてが訴訟に向かう訳ではないので、ここに表れているのは、韓国社会における、医療紛争の一断面を示しているにすぎない。

ところが、司法手続きを通して紛争の解決を求めたとしても、様々な要因により事件の決着を迎えるまでは、膨大な時間を費やすことになり、時間的、経済的ロスは計り知れず、紛争当事者の双方が疲弊しきって、終局的には解決というには程遠い実態的緩和の伴わないものとならざるを得ないケースも少なくないように思われる。

さらには、上述の如く、実力行使によって非合法的に紛争の「解決」を図ろうとする病理現象も数多くみられ、こういった問題を解決するための施策は喫緊の課題として浮上したのである。

〔図表Ⅳ - 8〕 医療訴訟新受件数の日韓比較



\*韓国に関しては、大法院司法年報、日本に関しては、最高裁司法統計に依拠し筆者作成。

### Ⅲ 医療紛争調停法の導入経緯

#### 1 既存の制度とその問題点

上記のような事態を受け、医療紛争が法的問題に発展する前に、医療事故を調査し、長期に及ぶ不毛な争いを回避して解決に導けるよう 1981 年 12 月 31 日の「医療法」改正の際、医療審査調停委員会の根拠法規が制定され、1982 年から医療法第 54 条の 2 の規定に基づき、中央と地方に医療審査調停委員会が設置され、医療紛争に対する調停制度が施行された。

中央医療審査調停委員会と地方医療審査調停委員会は、紛争調停申請を受理した後、90 日以内に調停案を作成し、当事者に提示するようになっており、その効力は民事訴訟法上の和解調書と同一の効力を有するものとされていた<sup>444</sup>。

<sup>444</sup> 金敏圭[2003], 우리나라 의료과오소송의 실태와 의료분쟁해결방안 (わが国の医療訴訟の実態と



しかし、調停制度は、紛争解決において機能しえなかった。その理由は、医療法 54 条の 3 の規定により、市・道知事に紛争の調停を申請するという手続きを経なければならず、また紛争の原因が発生した日から 1 年以内に申請しなければならないという制約があることや、広報不足により本委員会の存在自体周知されていないこと、さらに、損害賠償担保機能を有せず、単なる医療側の有責性判断機能しか果たせなかった点、また司法機関がまったく関与せず、当委員会が行政機関に所属していたので、調停案に対する説得力を得られなかったことが指摘されている<sup>445</sup>。

他方、大韓医師協会共済会に関しては、第 1 節で詳述したように、最高補償額が 3 千万ウォンにすぎないという点や、その審査・判定の基準として医療人の過失の有無を問題としない点などが問題点として挙げられているが、前節で述べたため、詳述は割愛する。

## 2 医療紛争調停法導入経過の概観

近年、医療需要の増加に比例した医療事故の増加、そして上述したように社会的賠償・補償制度の不備等に相俟った医療紛争が増加傾向にあることから、1981 年 12 月、「医療法」改定を通じて医療紛争調停制度が設けられたが、種々の問題点及び関係当事者の認識不足等の理由から、ほとんど有名無実で活用されていない状況であった。

このような中、医療紛争による深刻な社会的状況を認識し、紛争の円満な解決を図るための論議は、1988 年、大韓医師協会が「医療事故処理特例法」の制定を建議したことに端を発する。その後政府は、医療事故の予防、被害救済を社会福祉の次元で解決するために、長年にわたり立法を試案してきたが、利害当事者間の意見対立によって難航を極めたのが「医療紛争調停法」の立法化作業である。

結局のところ、様々な法案が国会に提出されたにもかかわらず、それらが通過することなく、23 年間もの間引きずってきた訳であるが、その理由は、無過失医療補償、過失の立証責任の問題、刑事処罰の問題等をめぐっての意見対立で、足踏みしたことによる。

以下、立法の経緯を概観する<sup>446</sup>。

1) まず第 14 代国会（1992 年 5 月 30 日～1996 年 5 月 29 日）では、調停前置主義、家族と親族以外の第三者介入禁止、刑事処罰特例、医療賠償共済組合の設立と加入義務化等の内容が組み入れられた政府主導の法案が 1994 年に提出されたが、審議過程で無過失補償制度の導入等の件で医療界と政府側との見解の相違で立法にはいたらず、任期満了で廃案となった。

2) 第 15 代国会（1996 年 5 月 30 日～2000 年 5 月 29 日）では、1997 年 7 月、新政治国民会議キム・ビョンテ議員ほか 30 人の発議による法案と新韓国党チョン・ウィファ議員ほか 37 人の発議による法案が提出され、保健福祉委員会法律案審査小委員会にて 2 つの法律案を検討し代案を作成したが、代案審査過程で、刑事処罰特例条項に対する論乱により、審議が保留状態のまま結局任期満了で処理されず、廃案となった。

3) 第 16 代国会（2000 年 5 月 30 日～2004 年 5 月 29 日）では、2002 年、ハンナラ党イ・ウ

---

医療紛争解決案) 比較私法 10 巻 4 号 (以下、「金敏圭[2003]」とする。), p. 246.

<sup>445</sup> 金敏圭[2003], pp. 266-269.

<sup>446</sup> この部分に関しては、박준수 (朴俊秀) [2010], 의료사고 피해구제 및 의료분쟁조정등에 관한 법률(안)의 주요쟁점에 관한 고찰 (医療事故被害救済及び医療紛争調停等に関する法律(案)の主要争点に関する考察), 보건의료산업학회집, 4 권 2 호 (保健医療産業学会集 4 巻 2 号), pp. 107-117 に依拠。

オニオン議員が紛争解決機構として中央と地方に各々医療紛争調停委員会を設置し、国家・保険公団・保健医療人及び保険医療機関団体等が財源を負担し、基金を設定し、無過失医療事故等に対しても補償がなされるようにすること等を組み入れた法案の提出がなされたが、2003年2月保健福祉部会議で開催された公聴会以後、特に進展を見ないまま、任期満了でまたも廃案となった。

4) 第17代国会（2004年5月30日～2008年5月29日）では、2005年に民主党イ・ギウ議員による発議で先の16代国会において提出されたイ議員案を基礎とした法案とハンナラ党パク・チェワン議員による法案、2006年に同じくハンナラ党アン・ミョンオク議員による法案が提出され法案審査小委員会で論議の末、3つの案を廃棄し、「立証責任の転換」、「刑事処罰特例」、「任意的調停主義」等を内容とする代案を可決したが、核心となる争点の部分で意見が対立し、結局廃案となった。

5) 第18代国会（2008年5月30日～2012年5月29日）では、2009年5月に民主党チェ・ヨンヒ議員発議による「医療事故救済に関する法律案」が、同年6月にハンナラ党シム・チュエチヨル議員による「医療紛争調停及び被害救済に関する法律案」が、民主党パク・ウンス議員の「医療事故被害救済法制定に関する請願案」の3つが提出された。

これに対し保健福祉部家族委員会は、これら3つの案を統合した「医療事故被害救済及び医療紛争調停等に関する法律案」を代案として議決した。この代案が2011年3月10日、国会法制司法委員会を通過し、翌3月11日に国会本会議において賛成多数で可決し、ようやく日の目をみるに至った。

### 3 新たに制定された「医療事故被害救済及び医療紛争調停等に関する法律」<sup>447</sup>の主要骨子

#### (1) 韓国医療紛争調停仲裁院設立

最も中核となるのは、医療紛争を迅速・公正かつ効率的に解決するための機関である韓国医療紛争調停仲裁院（以下、「医療仲裁院」という。）設立・運営に関する規定である。

医療仲裁院は、法人の形態とし、その業務としては、①医療紛争の調停・仲裁及び相談、②医療事故の鑑定、③損害賠償金代払、医療紛争関連制度と政策の研究、統計作成、教育、広報、④その他医療紛争と関連し、大統領令で定める業務をあげている（法8条）。

医療仲裁院の構成については、役員として、院長、医療紛争調停委員会の委員長、医療事故鑑定団の団長を含めた9人以内の理事と監事1人を置くこととしており、役員の任期は3年となっている（法10条）

また、財源としては、政府出捐金と運営収益金を充当することとしている（法15条）。

#### (2) 医療紛争調停委員会の設置

医療仲裁院は、紛争の調停ならびに仲裁の二つの機能を一つの機関が果たす形をとっている。そのために、「医療紛争調停委員会」を置くことを規定し、医学的並びに法的側面から事件を検討した上で調停案を作成し、これを基に当事者を説得し、妥当な解決に導く制度的装置として機能するようにしている。

---

<sup>447</sup> 本法律の日本語訳に関しては、末尾に「資料2」として添付する。

「医療紛争調停委員会」は、委員長及び 50 人以上 100 人以下の調停委員で構成される。調停委員の定数の 5 分の 2 は判事・検事、または弁護士資格を有する者、同 5 分の 1 は保健医療団体または保健医療機関団体が推薦する者、さらに 5 分の 1 は、消費者権益に関する学識と経験が豊富な者で、非営利民間団体が推薦する者、最後の 5 分の 1 は、大学や公認の研究機関で副教授以上、またはこれに該当する職にある者、あるいは、その職にあった者で、保健医療人ではない者の中から任命あるいは委嘱しなければならない（法 20 条）。さらに調停委員会は、その業務を効率的に遂行するために、5 人の調停委員で構成された分野別、対象別、地域別調停部を置くことができ、また、調停委員の業務を補佐するために、弁護士など大統領令で定める者を「審査官」として置くことができる（法 23 条）。

### (3) 医療事故鑑定団の設置

医療紛争の迅速かつ公正な解決を図るため、医療仲裁院に医療事故鑑定団をおくことを規定している。立法推進の過程で医療界と市民団体間の意見対立がもっとも際立ったこととして、立証責任に関する問題が挙げられるが、結局この問題は、医療仲裁院と医療事故鑑定団を通じた客観的調査と調停がなされるならば、立証責任の主体を明示する必要がさほどないことを理由に、法文に規定しないとの結論が導かれた。このような立法趣旨を具現するために設けられたのが、医療事故鑑定団設置に関する規定（法 25 条）である。

医療事故鑑定団は、①調停または仲裁に必要な事実調査、②医療行為における過失の有無と因果関係の究明、③後遺障害発生の可能性の有無等の確認、④他の機関から依頼された医療事故に対する鑑定の業務を行う。

鑑定委員は 9 名の推薦委員で構成された鑑定委員推薦委員会の推薦を得て院長が任命または委嘱するが、専門医資格取得後 2 年以上経過する者や、歯科医・韓医師免許取得後 6 年以上、弁護士資格取得後 4 年以上といった一定の要件を満たす者に限られる（法 26 条 2 項）。医療事故鑑定団の構成は、その業務を効率的に遂行するために、常任鑑定委員及び事件ごとに団長が指名する非常任鑑定委員からなる分野別、対象別、地域別鑑定部を置くことができる（法 26 条 1 項）。

### (4) 医療事故の調停・仲裁手続

調停の申請は、医療事故の原因となった医療行為が終了した日から 10 年以内かつ、被害者やその法定代理人がその損害及び加害者を知ったときから 3 年以内でなければならない（法 27 条 10 項）。調停部は、調停申請があった日から 90 日以内に調停決定を行わなければならない、調停部が必要と認定する場合は、その期間を 1 回に限り 30 日まで延長することができる（法 33 条）。

調停を申請した者は、調停手続進行中、いつでも被申請人と和解することができる（法 37 条 1 項）。この場合、調停部は手続を中断し、当事者が合意した内容に沿って調停調書を作成しなければならない。この場合の調停調書は、裁判上の和解と同一の効力を有する（法 37 条 4 項）。

また、本法による調停及び仲裁手続は韓国国民のみならず外国人も利用することができるよう規定されている（法 3 条）。

一方、仲裁制度は、紛争当事者が、紛争に関し、調停部の終局的決定に従う旨を書面で合意し、仲裁を申請することができる（法 43 条 1 項）。仲裁申請は調停手続係属中にも可能で、また仲裁判定は確定判決と同一の効力を有する（法 44 条 1 項）。

#### (5) 分娩時の無過失医療事故に対する補償

医療仲裁院は、保健医療人が十分な注意義務を果たしたにもかかわらず、不可抗力により発生した分娩による事故については、その被害を補償する事業を行うとしており、国家は、医療事故補償審議委員会で決定した事故に関しては、その損害につき、予算の範囲で補償するよう規定している（法 46 条）。

#### (6) 損害賠償金代払制度

医療事故の被害者が、以下の①～③に該当する場合はその賠償金につき、医療仲裁院に代払（立替払い）を請求することができるというものである。すなわち、①調停の成立や仲裁判定が下された場合、②消費者基本法 67 条 3 項によって調停調書が作成された場合、③法院が民事手続において金員の支給を命じる執行権原を作成した場合にもかかわらず、それに適う金員が支給されなかった場合、その未支給金に対し、医療仲裁院に代払を請求することができる（法 47 条）。

医療仲裁院は、代払した場合、その分を当該保健医療機関の開設者に求償でき（法 47 条 6 項）、またこの場合、国民健康保険公団は、療養機関に支給すべき療養費の一部を医療仲裁院に支給する方法を採ることもできる（法 47 条 4 項）。

#### (7) 刑事処罰特例制度

医療事故により保健医療人が業務上過失致傷罪を犯したときであっても、調停が成立もしくは調停手続中の和解等により調停調書が作成された場合には、被害者の明示した意思に反し、公訴を提起することはできない旨の規定をおいた（法 51 条）。

## IV 韓国医療紛争調停仲裁院の歩みとその実績

### 1 創設の必要性

医療仲裁院は、前述のように 2011 年 3 月に制定された「医療事故被害救済及び医療紛争調停等に関する法律」に基づき、医療紛争に悩む患者と医療関係者のために設立された、保健福祉部傘下の特殊法人で、紛争当事者双方の立場を理解し、迅速で公正な被害救済と、安心できる診療環境作りを目的とし、2012 年 4 月 8 日に創設された。

近年、韓国においても、すでに述べているように、医療紛争が急増し、その歯止めがかからないことで社会問題となって久しい。

また、韓国における特徴として、医療事故にあった場合、患者側の行動として、座り込みやデモ、狼藉等といった実力行使を採ることが多くみられ、問題視されていた。

一方、医療側は、医療紛争の副作用として問題回避型の診療（防衛診療）や消極的な診療の傾向を示すようになり、それによる医療費の増加、また紛争の様相が過激化、長期化傾向を示し、さらには病院廃業にまで追い込まれる事態の発生等、診療に対する信念や使命感が顕著に低下するといった問題点が指摘されていた。

〔図表Ⅳ - 9〕 日韓平均賃金の比較（2008 年度男女計の平均月額賃金）

	韓 国 括弧内は千ウォン=90円で換算した額	日 本
非農林漁業	2,891,400(KRW) (260,226(JPY))	302,100(JPY)
製造業	2,758,000(KRW) (248,220(JPY))	293,400(JPY)
建設業	3,140,500(KRW) (282,645(JPY))	316,700(JPY)

\*総務省統計局 (<http://www.stat.go.jp/index.htm>) 統計を引用

〔図表Ⅳ - 10〕 医療仲裁院の調停と民事訴訟の比較

区 分	医療仲裁院 調停	民事訴訟
迅速性 (所要期間)	最長 4 ヶ月	平均 26.3 ヶ月
経済性 (費用)	最低 22,000 ウォン (申請額 500 万ウォン以下) *申請額 1 億ウォンの場合 : 162,000 ウォン	500 万ウォン (1 審平均)

\*医療仲裁院資料 (同院HP) を引用

また、訴訟による解決を図る場合でも、訴訟期間の長期化傾向 (平均 26.3 ヶ月) と、高額な訴訟費用 (1 審で平均 500 万ウォン以上、弁護士費用は勝訴時 20%、諸費用含めると 1,000 万ウォン以上) を要するといったことから、誰でもが利用できる手段とはなりえなかった。

たとえば、〔図表Ⅳ - 9〕は、総務省統計局の統計から、平均賃金の男女計月額につき、日本と韓国を並べて示したものであるが、これを見る限り、韓国は概ね日本の約 80~90% くらいの所得水準を思わせる。しかし、ここに示されている韓国の数字は、常用雇用者に限られた統計で、非正規雇用が約半数を占める韓国の実態<sup>448</sup>は、かなり厳しいものであることが容易にうかがえる。

因みに、手続費用と手続の所要期間につき、民事訴訟と医療仲裁院の調停を対比した〔図表Ⅳ - 10〕を示しておく。時間的・経済的負担ということに鑑みると、その差はかなり大きいことがうかがえる。

## 2 医療仲裁院の役割と組織構造

医療仲裁院は、独立した法人とし、大統領令により支部を設置することができる (法 6 条 2 項、3 項)。

そして、その業務においては、①公正性、②専門性、③迅速性の実現を目標に掲げている。

つまり、①医療被害者側と医療機関側双方にとって実のある結果を導出し、互いが満足 (納得)

<sup>448</sup> 『日経ビジネスオンライン』2010年11月29日記事

(<http://business.nikkeibp.co.jp/article/world/20101124/217255/>)、高安雄一[2010]「韓国における雇用の非正規化について」佐藤仁志編「雇用の非正規化と国際貿易」調査研究報告書 (アジア経済研究所)

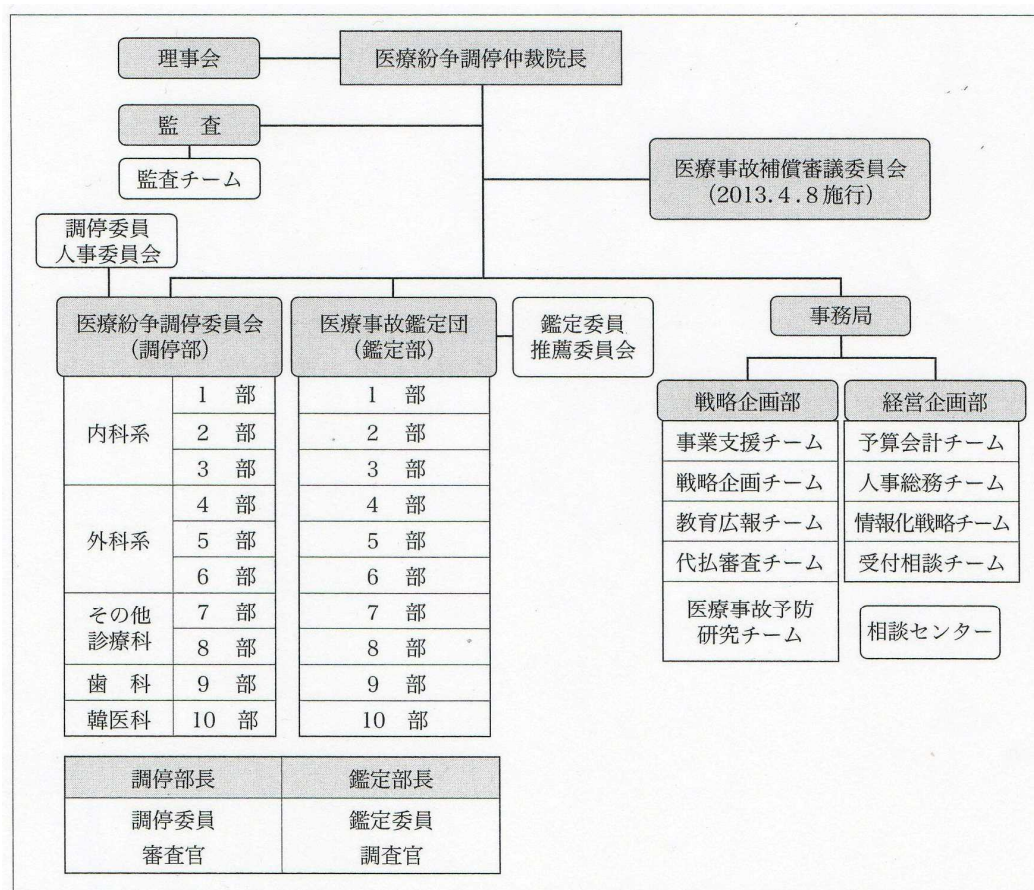
([http://www.ide.go.jp/Japanese/Publish/Download/Report/2009/pdf/2009\\_418\\_ch3.pdf#search=%27E9%9F%93%E5%9B%BD+%E9%9D%9E%E6%AD%A3%E8%A6%8F%E9%9B%87%E7%94%A8%27](http://www.ide.go.jp/Japanese/Publish/Download/Report/2009/pdf/2009_418_ch3.pdf#search=%27E9%9F%93%E5%9B%BD+%E9%9D%9E%E6%AD%A3%E8%A6%8F%E9%9B%87%E7%94%A8%27)) など。

できる客観的で公正な医療紛争の解決を、②法曹界、保健医療界、学界の専門家によって構成された鑑定部と調停部の有機的な業務遂行を通じ、既存の手続きとは差別化された専門的な紛争解決、そして、③医療事故の事実関係の確定、医療記録の解析、過失及び因果関係有無の判断、実体的真実の究明、合理的損害賠償額の確定等、紛争解決のための核心となる手続きを迅速に遂行できるような組織・業務システムを通じた紛争解決を目指すとしている。

加えて、医療事故・紛争の予防も含め、医療紛争と関連した制度と政策の研究、統計作成、教育、広報活動もその中心的な業務としており、上に述べたすべてが、有機的に結びついた業務の遂行がなされる組織構造となっている。

以下に医療仲裁院の組織図を【図表Ⅳ - 11】として示しておく。

【図表Ⅳ - 11】 韓国医療紛争調停仲裁院の組織構造



\* 医療仲裁院資料(同院HP)を引用。

### 3 医療仲裁院の業務の内容における特徴

#### (1) 医療事故・医療紛争に関する相談

相談はすべて無料で、直接調停仲裁院へ訪問する方法はもちろんのこと、電話、郵便、ファックス、インターネットを介した相談等、あらゆる方法で相談が可能である。また、ソウル駅はじ

め主要都市の市庁舎等でも無料一日相談室を設け、相談サービスを提供している<sup>449</sup>。

## (2) 鑑定団と調停委員会の連携

調停申請がなされると、すべての事件に対し、鑑定団の事実調査、過失と因果関係の有無、後遺症の確認等の鑑定がなされ（原則 60 日以内）、出された鑑定結果を基に調停委員会において損害賠償額の算定、調停業務等を通じた当事者間が双方理解納得の上での合意（和解）を導くなど、調停（仲裁）を指揮することになるが、申請がなされてから、原則 90 日以内（最長 120 日）の迅速な処理がなされるようになっている。

法曹界、医療界、学界、消費者団体などの専門担当者で構成された医療事故鑑定団（専門性・中立性）と医療紛争調停委員会（客観性・公正性）による鑑定と調停（仲裁）が 1 つの機関で連携した「チームプレー」として手続の進行がなされるというのが、最も注目すべき点の 1 つといえる（後掲【図表Ⅳ - 18】（「医療紛争調停手続の流れ」）参照）。

## (3) 損害賠償金代払制度

先述のように、医療被害者が手続を経て一定の賠償金が確定したにもかかわらず、その賠償金を医療機関側から支払ってもらえない場合は、代払（立て替え払い）制度による、迅速な賠償を受けられるようになっているのも、この新たな医療調停制度の特徴である。

一方、医療仲裁院が損害賠償金を代払したときは、保健医療機関開設者（保健医療人）に対して、求償することができ（法 47 条 6 項）、求償によっても償還が不可能な代払金に関しては欠損処理をすることができることになっている（法 47 条 7 項）。

## (4) 分娩医療事故補償制度

医療仲裁院は、「保健医療人が十分な注意を尽くしたにもかかわらず、不可抗力によって発生したと医療事故補償審議委員会<sup>450</sup>で決定した分娩による医療事故」に関しては、それを補償する「分娩医療事故補償事業」を実施すると定めている（法 46 条 1 項）。

当事業に要する費用については、国家 100 分の 70、分娩実績のある保健医療機関 100 分の 30 の比率で分担することと定まっているが（施行令 21 条）、議論の過程でかなり紛糾した事柄で、また、種々の問題も孕んでいることもあり<sup>451</sup>、分担比率に関しては、2016 年 4 月 8 日まで検討し、調整することとなっている（施行令 31 条）。

## 4 医療仲裁院 1 年の実績

医療仲裁院が 2012 年 4 月 8 日に出帆後 1 年間（2012.4.8～2013.3.31）において、34,553 件

<sup>449</sup> 医療仲裁院 HP (<http://www.k-medi.or.kr/Index.do>)、中央日報

([http://article.joinsmsn.com/news/article/article.asp?total\\_id=8474866&ctg=1213](http://article.joinsmsn.com/news/article/article.asp?total_id=8474866&ctg=1213)) 等。

<sup>450</sup> 院長が任命・委嘱する委員長を含めた 7 名で構成されるが、①産婦人科専門医 2 名、②調停委員会の調停委員 2 名、③鑑定団の鑑定委員 2 名、非営利民間団体から推薦された者 1 名によると規定されている（医療紛争調停法施行令第 18 条）。

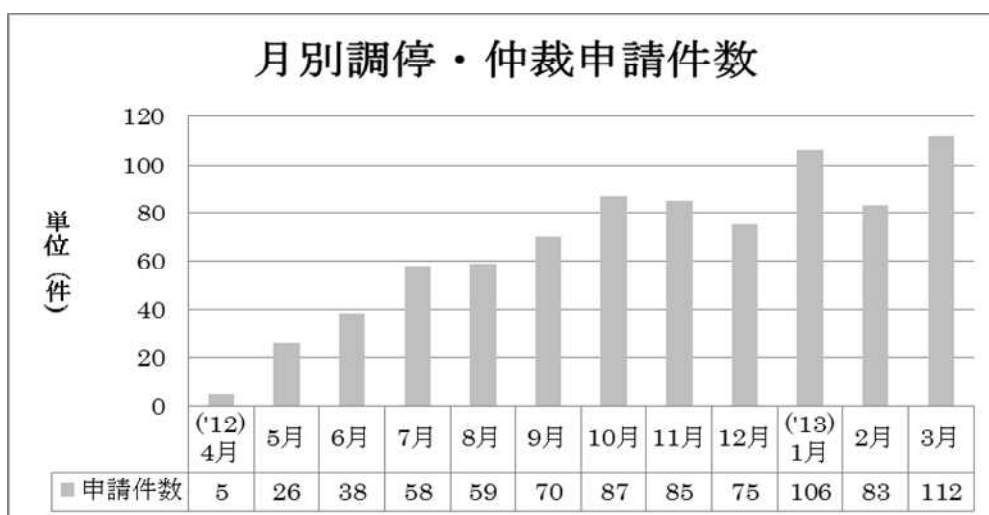
<sup>451</sup> たとえば、大韓産婦人科学会が行った設問調査によると、分娩医療事故補償制度施行にともない、産婦人科専門医 2 人に 1 人は分娩の取り扱いをやめるか悩んでいるという結果が明らかになった（*청년 의사*, 2012 年 8 月 29 日記事(<http://www.docdocdoc.co.kr/news/newsview.php?newsid=2012082800035>))。

(1日平均142件)の相談を実施し、その内、実際に調停・仲裁申請がなされたのが804件となっている。

〔図表Ⅳ-12〕はこの804件を月別に示したものである。見ての通り、じっくりとではあるが着実に伸びが見られ、2013年に入って100件を超えだしている。

診療科目別に見ると(〔図表Ⅳ-13〕)、内科と整形外科が148件(18.4%)と最も多く、次いで歯科71件(8.8%)、外科と神経外科が各々68件(8.5%)と続き、次に産婦人科は56件(7.0%)の順となっている。内科が最も多いという事実からは、検査・診断過程における問題といったものが、手術など最も危険を伴うとされる医療行為に肩を並べるとまではいかないまでも、決して軽視できないレベルであることが垣間見られる。

〔図表Ⅳ-12〕 月別調停・仲裁申請件数(医療仲裁院)



\*医療仲裁院資料(同院HP)を引用。

〔図表Ⅳ-13〕 診療科目別申請状況

(単位:件)

計	内科	整形外科	歯科	外科	神経外科	産婦人科	救急医療	形成外科	その他
804	148	148	71	68	68	56	42	29	174
100.0%	18.4%	18.4%	8.8%	8.5%	8.5%	7.0%	5.2%	3.6%	21.6%

\*医療仲裁院資料(同院HP)を引用。以下の〔図表Ⅳ-14〕も同じ。

次に〔図表Ⅳ-14〕は、1年間に調停申請がなされた、804件の終局区分を示したものである。

これによると、被申請人の応諾により調停開始となったのが299件(筆者注:不同意により却下されたのが444件、開始前の取り下げが6件でこれらは表に反映されていない)で、調停参与



率は40%を割っており<sup>452</sup>、これを高めていくのが今後の課題となろう。

また、この1年間に調停が終了した196件の内、調停が成立した数は、手続中の和解98件と調停決定に合意が成立した35件を合わせると133件で、調停成立率は83.1%となっている。

〔図表Ⅳ - 14〕 調停・仲裁による事件処理現況

(2012.4.9～2013.3.31/単位:件)

区分	受付	開始 *	終了	事件終結						進行中	
				合意 **	調停決定				棄却		取下
					成立	不成立	未確定	小計			
全体	804	299	196	98	35	27	2	64	14	20	103

\*開始:被申請人同意の下調停手続開始。

\*\*合意:当事者合意(和解)で調停調書作成、仲裁判定1件含む

また、医療仲裁院は、2012年6月8日より外国人患者のための医療紛争相談電話通訳サービスを開始し、法務部外国人総合案内センターとの業務提携により、18か国の外国語に対応できるようにしており、外国人患者が医療紛争に関する相談を要する場合、医療仲裁院と外国人総合案内センターとの間で設置された、専用回線を通じて、三者会談のスタイルで相談を受けることができる。

医療仲裁院報道資料<sup>453</sup>によると、1年間で外国人からの受付申請は12件で、中国が最も多く9件となっており、他にはベトナム、スリランカ、カナダといった国籍の医療被害者の調停申請であった。

新たな医療紛争調停制度創設により、医療仲裁院は、新法に則して、内・外国人すべての人に対して、医療紛争に関する相談と調停・仲裁業務を実施しており、これはメディカルツーリズムに寄与することにもつながるとの予想もなされている<sup>454</sup>。

## 5 医療事故鑑定団と鑑定業務について<sup>455</sup>

### (1) 鑑定団と分野別鑑定委員会の構成と現況

鑑定団の構成は、法に基づき、50人ないしは100人以内で構成されるようになっているが、2012年10月31日現在、医療仲裁院に直接雇用されている常任鑑定委員は4名<sup>456</sup>、調査官<sup>457</sup>が

<sup>452</sup> 因みに、医療仲裁院HPの報道資料によると、2013年に入ってから調停参加率は43.5%と増加傾向を示しているとのことである。

<sup>453</sup> 医療仲裁院HP (<http://www.k-medi.or.kr/Index.do>)。

<sup>454</sup> 뉴스1 코리아, 2012年6月8日記事(<http://news1.kr/articles/696291>)。

<sup>455</sup> このパートにおける内容ならびに図表等の資料は、医療事故鑑定団所属、選任調査官ク・ホンモ氏よりご提供いただいた資料・情報とインタビューを通じてご教示いただいた口述資料による。

<sup>456</sup> 後述のように医療仲裁院に直接雇用されている医師で医療仲裁院の中で鑑定業務にだけ専念するようになっているが、大抵は大学病院で診療科長と裁判所の鑑定も経験した経歴を有する者である。

<sup>457</sup> 鑑定委員の業務を補佐するための実務経験を有する専門家で、医師、歯科医師、韓医師、薬剤師、韓薬師、看護師等の資格を有する者である。

14名、そして非常任鑑定委員が79名（〔図表Ⅳ - 15〕参照）となっている。また、諮問委員<sup>458</sup>は59名となっている。

〔図表Ⅳ - 15〕 医療事故鑑定団非常任鑑定委員の現況

(2012年10月31日現在)

医療人	医師、歯科医師、韓医師等	43名
法曹	検事	3名
	弁護士	20名
消費者権益委員		13名
合計		79名

\*医療仲裁院資料（同院HP）より

また分野別鑑定部が設けられ、現在6部で構成されているが、2013年には15部で構成される予定となっている。

実際、鑑定業務にあたる鑑定委員会は、学識と経験が豊富な5人のメンバーで構成されており、医療人（分野別専門医、歯科医、韓医等）2名、法曹2名（うち現職検事が1名）、消費者団体から1名ということになっている。

医療人は、常任の委員と非常任の委員がいて、常任の医療人は医療仲裁院に直接雇用された医師であって、他で診療することはできず、医療仲裁院の中で鑑定の業務だけに専念し、鑑定委員会がなされるときに部長の役割をすることになる。

非常任の医師というのは、医療仲裁院に直接雇用されるのではなく、診療科によって専門の医師を選定するという形で、医療仲裁院から招聘し、参与してもらうことになる。

鑑定部というのは、医学的な判断をする部署であるにも関わらず、その構成において医師が5名中2名という過半数以下にとどめるというところで、当初医療界からは非常に激しい反発があり、逆に、消費者団体や法曹界の方からは、医師が2名もいると異議が唱えられた。

結局、2名の医師が、医学的な判定をして、それを非医療人である他の3名を説得・納得させることができないということであれば、その鑑定結果というのは、結局は医療側の肩を持つような方向に受け取られても仕方ないであろうという考えの下、上のような構成に落ち着いたという経緯がある。

よって、医師が鑑定書を作成するときに、そこには経験的な結果というだけでは不十分で、根拠がしっかり示された、説得性のある鑑定書でなければならないことになる。

しかしながら、鑑定において公正性ということと専門性というのは、場合によっては衝突することもあり、公正性を追求すれば専門性がグレードダウンし、逆に、専門性を追求すれば公正性という面がグレードダウンするという側面は否めない、微妙な問題を孕んでいるのも確かである。そのような点に鑑みると、結局この委員会で合意に至るということは、それはおそらく公正性という部分と専門性という部分の両方がしっかりと備わったものとなると考えられた訳である。

<sup>458</sup> 専門知識が必要な場合は、外部の諮問委員に意見を聴取できることとなっている。

ところが、議論の中で、委員会の全員が全てにおいて合意に至るというわけではなく、少数意見がある場合には、鑑定書に少数意見として、別途記載することが法によって定められている。

そして、調停部において法的な判断をするときに、少数意見も含めて判断がなされるようになっており、ここに一種の安全装置が設けられている。

つまり、調停部から見て、鑑定書がしっかりとした、「信頼に値するもの」とは認められないということになった場合には、鑑定部に再鑑定を要求することが可能であり、再鑑定の要請がなされた場合には、その時の鑑定委員のメンバーではなく、新たに鑑定委員会を構成し、もう一度やり直しという形をとることになっている<sup>459</sup>。

## (2) 現職検察官を入れる趣旨

鑑定委員会の構成委員の中に現職の検察官を入れる理由は、端的に言えば、公正性の確保というところにある。

同じ法曹でも弁護士の場合、どうしてもいずれか片方に寄ってしまう傾向性を示す場合がないとはいえず、その点、検察官というのは、事件において、場合によっては処罰をする立場にあることから、相対する弁護士と多様な形で意見を交換しながら進めていけるように、いわばここにも、安全装置としての役割を果たせるようにする意図があるとのことである。

最初は、現職検事が含まれているという点で、医療界からは、民事事件を刑事事件にシフトするような方向にもって行かれるのではないかと、との懸念から、大変な反発があったという。しかし実際は、そのようなことはなく、今現在、鑑定委員として任命されている検事の意識も、そのような方向にはないとのことである。

一方、弁護士の方は、医療を専門にしたローファームや、個人開業の弁護士が、大体対象となって選ばれたようであるが、非常任委員の場合、鑑定委員の仕事以外のときは、実際に自分の事務所で、患者側の代理人として仕事をしているのが通常である。ゆえに、たとえば、医療仲裁院内部で得た情報などを利用して、自分が受任した事件を遂行するといったことのないように、ここにも安全装置が設けられている。つまり、患者側や医療機関の秘密に対しては、守秘義務を徹底し、誓約書の提出を求めると共に、仮に調停が成立しなかった場合には、申請人の、その後の状況（結局訴訟を提起したのかどうかということ）をフォローすることになっている。

そうすることで、ある事件の鑑定委員に選任された弁護士と関連のある弁護士が、その事件を受任するといったことがないようにしており、仮にそのような不適切なことがあったときは、場合によっては非常任の鑑定委員の資格を剥奪することもありうる。しかし、今のところはそのようなことは全くないようである。

## (3) 鑑定書作成までの流れ

鑑定業務は、まず第1次的に、調査官が診療録と画像資料等を基に調査報告書を作成することから始まる。これは鑑定委員が事件を把握する根拠となるものでもあり、後にこの報告書に基づいて鑑定委員会で議論がなされることになるものである。

---

<sup>459</sup> しかし今の段階では、再鑑定に至ったケースはまだ1件もないとのことであった。また、当事者が鑑定意見書に疑問があるときは、調停部に提示することができ、説明も調停部から行うようになっている。

まずは事実関係、つまりカルテと画像資料をベースに診療経過を読み起こしていく。それだけでは判断できない部分に関しては、申請人、被申請人と極力多くの対話を通じて事実関係をすり合わせる作業を、時間毎に細分化したタイムテーブルを作って整理する方法で行うようである。しかし、調査官が単独で調査をするとなると、どうしてもどちらかに偏った調査となりがちな場面というものもありうるため、その場合は、弁護士である審査官<sup>460</sup>と協議をして、事件の因果関係と争点、過失の有無をしっかりと洗い出した上で、再度調査に入るといったように、協議・申し合わせを随時経ながら進行していく。

過失の有無に関しては、医師の方がよく把握できることが通常であるが、因果関係については法曹の方がよくわかるという事情があるからである。

このように、1次的に調査官が作成した調査報告書<sup>461</sup>と共に、診療録、画像資料といった一切の資料をすべて鑑定委員に送付し、これらの資料に目を通した上で、鑑定委員会の会議に臨むことになる。そこでの議論を通して、まとまったことを基に、常任の鑑定委員が鑑定書草案を作成し、さらに、これをすべての鑑定委員に見てもらった上で、承認を得て、最終的に鑑定書の完成ということになる<sup>462</sup>。鑑定書は60日以内（30日の延長可）に作成することとなっているが、実際には、それより早くできていることがほとんどであるという。

このようにして、できあがった鑑定書が、調停部に回され、それを基に調停手続きが進行されることになる（後掲〔図表IV - 18〕参照）。

#### (4) 受託鑑定業務

「医療事故被害救済及び医療紛争調停等に関する法律」は、その第25条第3項第4号において「他の機関から依頼された医療事故に対する鑑定」も医療事故鑑定団の業務の一つに定めている。

他の機関とは、法院、警察署、検察、公共機関を指す。まだ法施行から日が浅く、実績としてはまだこれからであるが、最も公正で専門性の高い鑑定がなされるならば、法院をはじめ外部機関からの鑑定依頼は漸次増加していくことが予想され、将来的には鑑定専門の医療機関設立の構想も有しているとのことである。

なお、現在（2012年12月末現在）まで、この受託鑑定は7件の受付がなされ、4件に関しては解決に至り、3件は手続きが進行中とのことである。

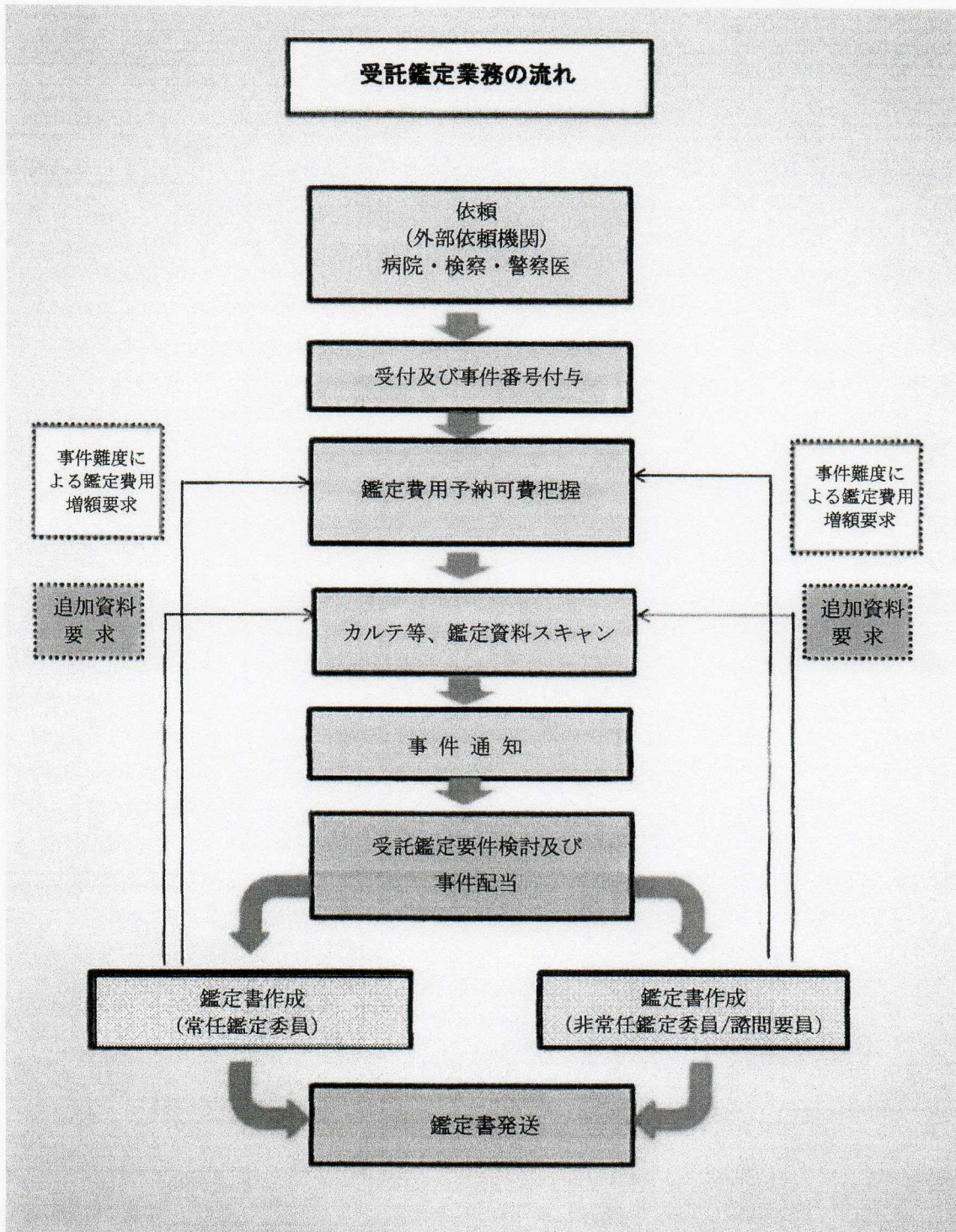
以下、受託鑑定業務の流れを示すフローチャート（〔図表IV - 16〕）と、医療鑑定団の鑑定書サンプル（〔図表IV - 17〕）、次いで、調停手続きの流れを示すフローチャート（〔図表IV - 18〕）を付しておく。

<sup>460</sup> 調停委員の業務を補佐するための実務経験を有する専門家で弁護士等の資格を有する者。

<sup>461</sup> ク調査官によると、この調査報告書を作成するのに大体1週間ないしは2週間を要するとのことである。

<sup>462</sup> ク調査官によると、これまでの鑑定業務から、過失ありと判断された有責率は70～80%程度に上るといふ。

〔図表Ⅳ－16〕 受託鑑定業務の流れ



\*医療仲裁院提供資料に翻訳を付し作成。

[圖表Ⅳ - 17] 鑑定書サンプル

■添付資料 (鑑定書サンプル No. 1)

韓国医療紛争調停仲裁院

## 한국의료분쟁조정중재원

鑑定○部
감정○부
鑑定書

### 감 정 서

事 件 2012 의조○○○損害賠償

사        건    2012의조○○○ 손해배상(○○/○)

신        청    인    ○○○ (주민등록번호; 123456-1\*\*\*\*\*)

申請人
경기 수원시 영통구 ~~

피        신    청    인    ○○○ (주민등록번호; 123456-1\*\*\*\*\*) or 법인명

被申請人
경기 수원시 팔달구 중부대로 ~~ 병원명

위 사건에 대하여 다음과 같이 감정한다.

上記事件につき次のように鑑定する

1. 감정대상
  - 병원 진료기록부 및 방사선 필름
2. 사실조사의 내용 및 결과
 

1. 鑑定対象  
○○病院診療録及びレントゲンフィルム

가.

나.

2. 事実調査の内容及び結果

다.

라.

\*医療仲裁院提供資料に翻訳を付し作成。

■添付資料 (鑑定書サンプル No. 2)

3. 과실 및 인과관계 판정의 근거 및 이유

가. 인과관계

カ.因果関係

3.過失及び因果関係判定の根拠及び理由

나. 과실유무

ナ.過失の有無

1) 진단의 적절성

1)診断の適切性

2) 치료의 적절성

2)治療の適切性

4. 후유장애의 유무, 종류 및 정도 판정의 근거 및 이유 (필요시)

4.後遺障害の有無、種類及び程度、判定の根拠及び理由(必要時)

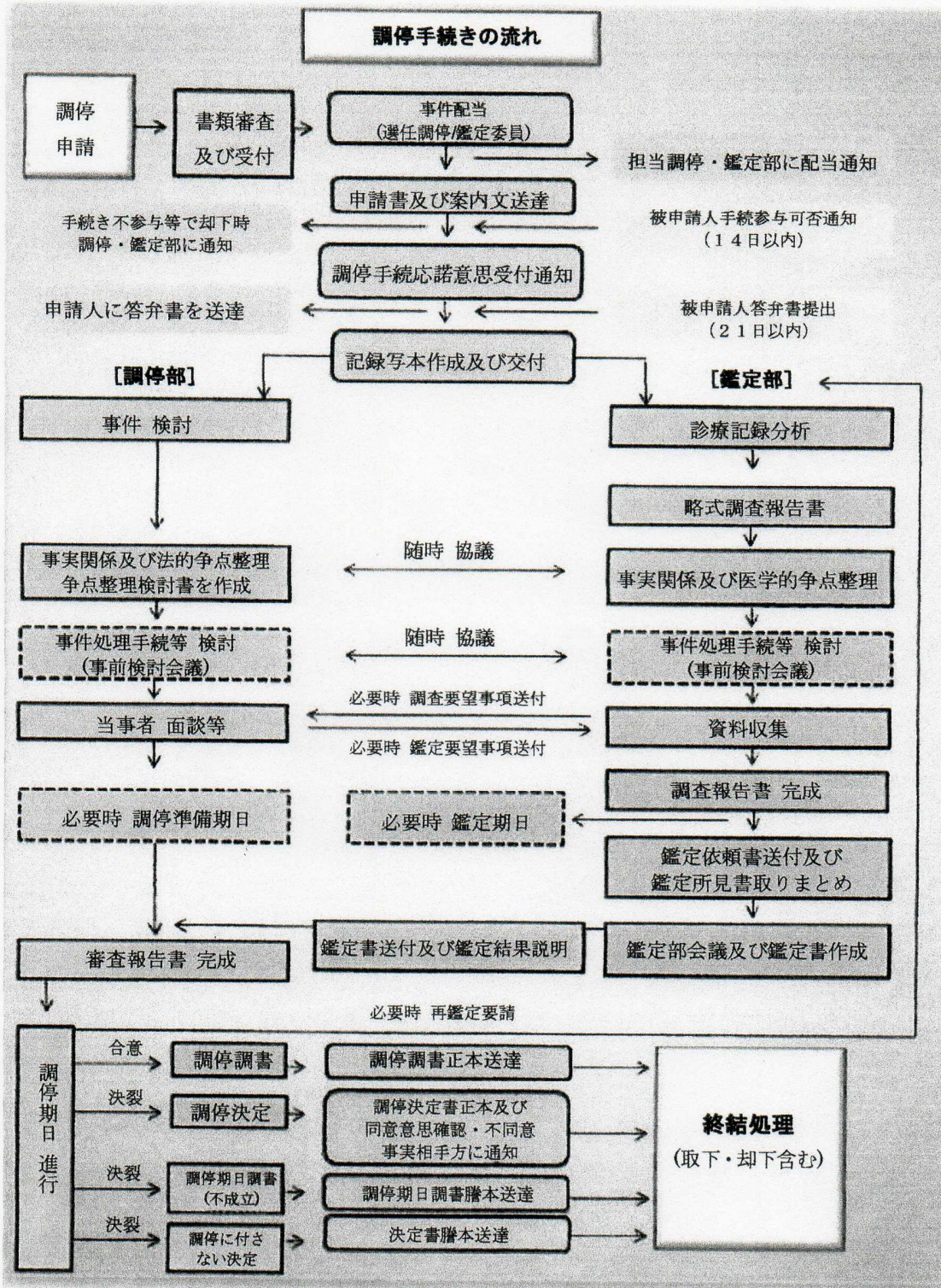
5. 종합소견 (필요시)

5.総合所見 (必要時)

2012. 10. 31.

\*医療仲裁院提供資料に翻訳を付し作成。

〔図表Ⅳ - 18〕 調停手続きの流れ



\*医療仲裁院提供資料に翻訳を付し作成。



## 6 調停委員会の構成と調停業務について<sup>463</sup>

### (1) 医療紛争調停委員会と分野別調停部の構成

医療紛争調停委員会は、50人以上100人以下の調停委員で構成され、その定数の5分の2は法曹、5分の1を医療人、同じく5分の1を消費者団体が推薦する者、最後の5分の1は学識経験者で構成されるようになっている。

実際の事件の調停業務にあたるのは、やはり5人の調停委員で構成される調停委員会であるが、法曹2名（うち判事を1名含む）、医療人1名、消費者団体より1名、学者（学識経験者）1名で構成される。



### (2) 医療仲裁院における調停業務の特徴

一番の特徴ともいえるべき点は、鑑定と調停を一つの同じ機関でできることである。たとえば、法院では、外部機関である大学病院等に鑑定依頼をするため、鑑定意見等も書面でやり取りする関係上、理解し辛かったりする側面は否めないとする。それに対し、医療仲裁院では、鑑定も調停も同じ機関で行うことが可能であるため、処理が早く、理解もしやすく、また、随時協議をしながら進行していくことが可能であることから迅速のみならず、より妥当な結論へと導くことができる環境が整えられているともいえ、世界でも類まれな新制度の最も特徴的な側面である。

<sup>463</sup> このパートにおける内容は、特に別途脚注を設けているものを除き、筆者が2012年10月、医療仲裁院を訪問した際の聞き取り並びに同年12月、医療鑑定団のク・ホンモ調査官が来日時に、インタビューを通して得た、口述資料による。

ただ、医療仲裁院での調停は、医療機関の応諾があつてはじめて調停手続きが開始されることになっていて、この「調停」は当事者間において合意（和解）を導く制度であり、強制することはできない<sup>464</sup>。

調停手続きの流れからみると調停準備期日と調停期日がある。

準備期日は、和解の勧奨を目的として常任委員と審査官、両当事者である申請人、被申請人で行われる。

それに対し、調停期日は鑑定書ができた後に5名の調停委員出席の下に行われ、鑑定書の説明もこのときに行われることになる。このとき、当事者から鑑定に対する異議が出され、妥当であれば、再鑑定を請求することも可能である。

申請人と被申請人が調停手続き進行中に合意（和解）に至れば調停調書を作成し、調停終了となる。双方が合意にいたらない場合は、両当事者の事情を可能な限り酌みながら調停決定を行うことになる。この調停決定に対し、双方が同意した場合は調停成立となる<sup>465</sup>。

調停部は、鑑定部と違って、医療記録だけではなく、それ以外の要素（両当事者の事情、立場、要求等）も考慮することとなっており、よって調停決定は、過失の有無だけではなく、再発防止も含めてなされるということがありうる<sup>466</sup>。そして調停決定に対し、当事者双方が同意した場合、裁判上の和解と同等の効力を有し、その他、当事者双方が調停部の決定に従う旨を予め書面で合意し、仲裁申請をした場合には、審理を経て仲裁判定を行うことになるが、これは確定判決と同等の効力を有する。

調停申請から鑑定を含めた調停手続き全体の流れを示したのが、上掲【図表IV - 18】である。

### 第3節 小括

本章冒頭にも述べたように、韓国において疲弊と混乱が錯綜した医療環境ないし社会状況を克服すべく、紛争解決手段として講じてきた医療ADR（Alternative Dispute Resolution：裁判外紛争処理）は、23年という長い論議の末、新たな医療紛争調停法の制定という形で実を結び、2012年4月8日の施行からすでに1年が過ぎたが、やはり現時点においてはまだ詳細な分析と十分な評価を行うには時期尚早の感がある面も否めない。殊に、2013年4月から施行された「分娩医療事故補償事業」と刑法上の業務上過失致傷罪に対する「被害者反意思不処罰特例制度」にいたっては、その実相がまだつかめていない状況であるともいえるが、若干の課題も含めて一言することで本章を括ることとする。

ADR制度が効率的に運営されるためには、「組織機構の客観性」、「委員構成上の公正性」、「医師会・弁護士会等専門機関の積極性」等が重要な要素として要請されることは夙に指摘されてい

464 공감코리아 (コンガム [共感] コリア) (<http://www.korea.kr/>), 2012年8月9日。

465 調停部ク・ヨンシン審査官によると、ご自身が4月から17件担当し、過失があるとされたもの20%、調停決定以前に合意が成立したのが2件、15件に対しては調停決定がなされたが、そのうち1件は決裂に終わったとのことである。

466 過失はないが少額の慰謝料を払わせるといった決定がなされることもありうるわけである。

るところであるが<sup>467</sup>、政府からの出捐によって運営している関係上、独立した法人（特殊法人）の形態とはいえ、行政型ADRの色彩を帯びていないとは言い切れず、どこまで第三者機関たりうるのかといった疑問の余地がなくはない。

一方、医療事故鑑定団の構成と取り組みは非常にユニークで、その実相は医療鑑定のみにつきない点、つまり医療者の医療上の過失の有無のみならず、法的評価が伴う因果関係の鑑定まで一手に引き受けている点は注目に値する。

医療ADRが目指すのは、当事者の相互理解をともなった紛争解決であらねばならず、そのためには医療機関側の合理的説明への意欲を失わせないこと、診療経過とエビデンスを患者側と医療側が共有することで相互理解を促進すること<sup>468</sup>、そういった働きかけも重要であろう。

そうすることで、訴訟に比し時間的・費用的「経済性」という点において優位である医療ADRに質的な意味での充足が付加されようと思われるのである。

---

<sup>467</sup> 金敏圭[2003], p. 270.

<sup>468</sup> 児玉安司[2013]「医療ADR」法律時報 85 巻 4 号 37 頁。

## 第5章 結語

### I 問題状況の整理とまとめ

本稿の課題は、紛争解決と予防という切り口で、医師の説明義務と紛争解決システム、特に裁判外紛争解決システムを共通の枠組みの中で検討することを通じて、医師の説明義務が有する機能的な側面、つまり、紛争のアドホックな解決にとどまらず、そのフィードバックによる反射的効果に関する示唆を得ようと努めてみた。これはまた、望ましい紛争解決システムを展望し、あるべき医療の姿を問う試みにもなると考えたからである。

さらに、冒頭でも述べたように、日本とは経済的緊密さと社会的・文化的にも密接な相互関連を有する隣国同士で、市民生活の基本法である民法が、その歴史的経緯からもかなり近似している韓国の医事法と制度システムを素材とし、比較を交えた検討を試みたが、これまでの考察を基に、その整理から始めることにする。

#### 1 韓国社会における医療現場並びに医事法事情の特徴

特に第2章を中心に行ってきた韓国における問題状況の検討から、特記すべき点をまとめてみると、第一に、韓国においては、医療被害者側において、特徴的な行動がみられたことである。

1990年代後半までは、民事訴訟による合理的な損害賠償を求めるなど、合法的な解決を図るのではなく、座り込み、狼藉、騒乱等、実力行使に出て、医師に圧力をかける形で「解決」を図ろうとし、一方、医師側は、過失の如何にかかわらず、患者側の脅迫や業務妨害を回避するための「臨時方便」として「和解」に応じるなどいったことが多かった。

ところが、2000年以降においては、行政主導の新たな紛争解決制度（消費者院による紛争解決等）が創設されたことなども大きく影響し、少しずつ変化が見られ、民事裁判の利用割合も顕著に増加するなど、制度的装置による紛争解決を模索する比率が高まってくる動きが見られた。

第二に、民事訴訟に先行して、刑事告訴を通した手続きを踏む傾向が大きいのも特徴の一つである。その理由としては、①刑事告訴を経ることで、その捜査手続き上において医師の過失が明らかにされるのを期待する心理、②費用の面で安価である点、③医師側に偏在している情報を捜査過程で一部でも知るため、④患者の相談を受ける弁護士等が真相把握が困難との理由で、まずは刑事告訴を勧める場合が多いといった点が指摘されているが、医療法の改正等を通じて、患者側の診療録写本提出請求権が認定され、医療事故が起これば、診療記録等を容易に入手できるようになってからは、刑事事件化への傾向は落ち着きつつある。

第三に、民事訴訟に関する部分である。韓国においては、2002年7月より、新たな民事訴訟法が施行されているが、この法改正にあたっては、日本法が大いに参考にされていることがうかがえる。これにより事件処理件数が格段に伸びており、「医療訴訟手続き改革の成果」と評されている。

しかしながら、訴訟件数は依然として増加の一途をたどっており、日本に比して、事態は深刻で、また、上訴率が高いのも特徴である。

当事者において判決に対する不服の割合が高いというのは、医療側と患者側において「医療の

悪結果」に対する認識の差が歴然として存在する証でもあり、埋めがたい溝が形成されているのは、ある意味で日本以上である。しかし、見方を変えると、こういった変化は、韓国社会における特徴的な「法化」現象の現れであると読むこともできる。

第四に、立法動向について一言する。「医療紛争の日常化」と医療被害者の集団的実力行使が絶え間なく起こり、医療側はいわゆる「防衛診療」等、問題回避型の行動を示す傾向が現れ、医療現場は疲弊し、大きな社会問題となり、その対策が喫緊の課題となった。これは、医療紛争を解決する既存の制度が被害者救済に関しては無力ないしは非効率的であったためである。

このような実情から被害者を迅速・公正に救済し、医療者には安定した診療環境を作るために、立法的解決を図ろうと、「医療紛争調停法」が立案され、その制定に向け努力がなされるが、利害関係者の意見対立により難航を極める。何度も法案が提出されては廃案となる動きが繰り返される中、政府としては社会状況の深刻さから、苦肉の策として韓国消費者院を通じて問題の解決を図ろうとし、一定の成果も見られるに至った。ただ、被害救済額が一定の範疇にとどまる小額事件が多く、さらなる専門性の壁ということに阻まれるなど、問題点もなくはないが、この消費者院の機能と実効的効果に関しては示唆を得ることも多い。

そしてその後、23年もの紆余曲折を経て2011年3月によりやうく立法化され、2012年4月より第4章で紹介した新制度がスタートする。

以上、総じて見ると、韓国では、1990年代までの状況に比し、司法的改革をはじめとした、様々な取り組みにより、2000年以降はまた違った様相が見られるようになる。このような変化が短期間の間に遂げられたという事実自体も注目には値するが、ここには韓国社会が医療を取巻く環境の変化に適応してきた姿、つまり法運用の特徴的な断面が映し出されているともいえる。

## 2 説明義務法理の比較法的概観

### (1) 説明義務法理登場の背景

日韓の説明義務法理生成過程とその展開過程の考察を通じて、まず、説明義務論が巻き起こる背景につき、比較しつつ見てみると、根本的な部分においては、共通点が多い。

かつては、両国とも「医は仁術」という考えに基づき「人間対人間の医療行為」といった医療観があったが、現代にいたっては、かような伝統的信頼関係は破壊され、漸次、紛争が増加するようになった。仮に法的救済を求めるにしても、医療過失の立証の責任が患者側にある関係上、専門性の壁、権威性の壁、密室性の壁に阻まれるといった構造上の問題がまず根底にあり、それを解消する手立てが、説明義務違反という法的構成を採ることであった。つまり、説明義務は訴訟化を容易ならしめる方途として機能するようになり、これが両国とも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。

今回、韓国に関しては、30件の大法院判決のみを対象とした関係で、下級審判決も含めた詳細な点を網羅した全貌を把握できたわけではないが、その法理形成過程で見られた変遷と特徴に関して、日本と比較してまとめてみる。

### (2) 説明義務の認定根拠とその範囲

まず、説明義務の認定根拠としては、一般的に、憲法（韓国憲法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）、医療法（療養、管理につき説明・指示する療養指導

に関する規定〔韓国医療法 24 条〕、民法（診療契約を委任契約と捉えることから韓国民法 680 条以下、不法行為の一般条項である同 750 条、慰謝料に関する 751 条、752 条）にその法的根拠を求めると考えられており、このあたりは日本と類似している。

次に、説明義務の範囲であるが、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、説明義務は、手術時だけに限られず、検査、診断、治療すべての段階で発生するとしつつ、医療過程全般ではなく、手術等の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、死亡等の重大な結果発生が予測される場合のように、患者の自己決定による選択が要求される場合である。そして、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は、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、日本と類似している。

また、客観的基準として医療水準、危険の重大性、時間的緊急性、不可避性が挙げられる。特に着目する点としては、ある時期から「当時の医療水準に照らし相当と思われる事項」に関しては、患者がその必要性や危険性を十分比較し、選択できるようにする義務があるとしており、韓国においても医療水準論が台頭している。

これは日本の医療水準論より受け入れられて定着していき、医師の注意義務違反の判断において規範となっている。さらにいえば、韓国の医療判例においては、「医療水準論万能論」を惹起<sup>469</sup>するまでになったようである。これに対し、日本においては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背景の理解なしに、無批判的に受け入れるのは問題であるとし、日本の法理を受容するにも責任法上の基本構造に対する適応性を検証した後に受容すべきである<sup>470</sup>との批判がなされている。

### (3) 説明義務と立証責任の問題

従来、韓国では、医師の説明義務違反に対する証明責任を誰が負うのかという点で見解が分かれていたが、大判 2007. 5. 31, 2005 다희 5867 によって、医療の特殊性に照らし、「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」と判示し、医師負担説の立場を明らかにした。

この部分も日本法にはない韓国の特徴といえるが、一番の問題は、過失（説明義務違反）と悪結果（損害）との間の因果関係の問題である。ここにおいても韓国独特の特徴が見られる。

1995 年のいわゆる「多汗症事件」判決（大判 1995. 2. 10, 93 다희 52402）が示したロジック、つまり「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

<sup>469</sup> 金敏圭[2005], 日本 民事法 研究예(に) 대한(対する) 批判的 考察—醫療過誤責任法上の 「過失判断構造」를 소재로—, 比較私法 12 卷 1 号 (以下「金敏圭[2005]」とする。), p. 53.

<sup>470</sup> 金敏圭[2005], p. 53.

う」とし、過失と因果関係を同時に推定する方式を採用した。

この方式は、その後、複数の判決の中で引用され定着していったが、大判 2004. 10. 28, ㊦ 45185 において、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、医療上の過失を推定することも可能ではあるが、その場合においても「結果発生を推定することができる程度の蓋然性」を要求しており、日本の判例にやや接近する態度ともいえるべき「多汗症事件」方式とは違う判断を示した。ここに「2つの異なった方式」の採用が見られ、朴判事は、2005 年に改定された『医療裁判実務便覧』においても「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、1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1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」と説く。

ここにおいて大法院は「立場の変化」を示しているが、これは、判例が医療訴訟において患者側に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却って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も評されている。このように近時においては、大法院の態度に動揺があるように見受けられるが、やはり韓国における最も特徴的な断面を映し出しているともいえる。

ただ、これも第2章（第2節 - II - 3）で紹介したように、韓国では、賠償責任保険の制度が脆弱で、保険に未加入の医師も多い。大韓医師協会共済会も強制加入でない上に、最高3千万ウォンにすぎない非現実的な補償額や、社会的補償制度も欠如しているといった社会的事情も加味して考察しなければならない点は否めない。逆に、韓国から日本を見たとき、医師会において医師賠償責任保険に強制加入となっており、賠償責任制度が充実している点を重要視している。

#### (4) 説明義務の効果と機能

説明義務違反に起因する損害賠償の範囲に関しては、その法益を生命・身体そのものと捉える、いわゆる「身体侵害説」と、自己決定権を保護法益と捉える「人格権侵害説」が対立している。

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の間」に相当因果関係の存在を要し、その場合、「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、ここにも韓国における判例法理の1つの特徴が見て取れる。

ただ、この度の30件の対象判決を見たところ、説明義務違反と死亡との相当因果関係を認め、全損害の賠償を認容したものは1件のみで、医療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が2件、有責判断を示したその他の20件は自己決定権侵害による慰謝料のみ認めているという結果となっている。

また、最近韓国においては慰謝料の定額化傾向が見られるなどの特徴もあるが、総じていえることは説明義務違反を根拠に慰謝料を命じる場面では、比較的低額の慰謝料を認定することとどまっているのが現状である。

このあたりの事情もほぼ日本と類似している。大方の事件は、説明義務違反と併せて医療上の過失ないしは裁量ミスを問題としているが、新潟AVM事件（新潟地判平成6年2月10日判タ835号275頁）などわずかに説明義務違反と結果との因果関係を認め、全損を認めたものが存在するが、ほとんどはさほど多くない慰謝料の支払いにとどまっているケースが多い<sup>471</sup>。

これらのことから、説明義務は被害救済という意味での紛争解決といった次元における機能はさほど大きいとはいえないかも知れない。しかし、裁量との関係を中心とした日本における説明義務法理の発展史の概観と検討、殊に医療の本質（CureとCare）、さらにプロフェッションの概念を加味した検討から、説明義務は、合理的配慮の要素が不可欠で（Cureを前提としたReasonable Care）、それは日本の癌告知事例や危険告知事例においても確認できた。

次に、医療者と患者の関係は、韓国民法では「委任契約」、日本民法では「準委任契約」と解釈するのが通説となっている。いずれにせよ委任の原理からすると「信頼」ということが1つのキーワードになることは容易に想像できる。また、アメリカやカナダでは、この関係を信託類似の信認関係（fiduciary relation）にとらえる考え方が承認されているが<sup>473</sup>、ここでも信用・信頼ということが重要な要素となっている。

ところで、ルーマンは、信頼の社会的機能に着目した分析を通して、社会的事象において複雑性の縮減（解決の局面）を果たす社会的メカニズムのうちの一つとして「信頼」とらえている<sup>474</sup>が、同様の社会的メカニズムである「法」と「信頼」は単純なシステムにおいては、複雑性縮減の機構として分離しないが、内部分化した複雑な社会秩序にあつては、これら二者は分離し、各々別個のメカニズムとして機能するとしている<sup>475</sup>。

さらにルーマンは、この信頼を、他人との関わりを通して形成される、いわば人の振舞いに含まれる不確実性を埋め合わせる働きをする「人格的信頼」と、貨幣や、真理、正当化された政治権力など非人格的なシステムに対する「システム信頼」を区別する<sup>476</sup>。

人格的な信頼の場合には、相手の表現しているものを洞察し、期待外れに終わることのないよう用心し、それなりの心構えをしておく必要があるが、システム信頼の場合には、そういったものに応える必要がなく、したがって信頼が一般化され、学習は容易になされる。ただ、たとえば、信頼に足るものかどうかのチェック等、システム信頼のコントロールには専門的な知識を有する

---

471 たとえば、手嶋豊[2001]「医療における同意の前提としての説明義務に違反したために認められた慰謝料の算定に関する考察」ジュリ1199号など。

472 たとえば、Frankel, T. [1983], *Fiduciary Law*, Cal. L. Rev. 795. など。

473 手嶋豊[2011]『医事法入門 [第3版]』(有斐閣) 28頁。

474 ニクラス・ルーマン（大庭健＝正村俊之訳）[1990]『信頼—社会的な複雑性の縮減メカニズム』（勁草書房）〔原書：Luhman, N. [1973], *Vertrauen: Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, 2. erweiterte Auflage〕（以下、「ニクラス・ルーマン（大庭健＝正村俊之訳）[1990]」とする。）10-11頁。ルーマンの信頼理論をはじめ、信頼に関する学際的研究の動向をまとめたものとして、石川博康[2008]『「信頼」に関する学際的研究の動向』中山信弘編集代表・藤田友敬編『ソフトローの基礎理論』（有斐閣）67-98頁も参照。

475 ニクラス・ルーマン（大庭健＝正村俊之訳）[1990], 60-61頁。

476 ニクラス・ルーマン（大庭健＝正村俊之訳）[1990], 36-38頁。



専門家のみが行いうる<sup>477</sup>が、複雑な社会において果たす役割は大きく重要である。

現実社会においては、こういった「信頼」と法の強制力によって担保される「安心」が車の両輪の如く調和して機能しており、医師の説明義務は、患者のこのような信頼に対する応答責任としての性質を内在しており、ゆえに説明義務を果たすことは医療現場における信頼の回復と病理状態の解消につながり、これはすなわち紛争予防機能へと結びつくものであると考えられる。

### 3 裁判外紛争解決制度

韓国において、23年の紆余曲折を経てようやく新たな紛争解決制度と、それに伴い鑑定と調停を1つの機関が行うという非常にユニークで興味深い医療仲裁院を創設したが、こちらはまだ日が浅いこともあり、十分な分析をするには、もう少し時間の経過を見守らなければならない。

しかし、医療事故鑑定団の構成と取り組みは関心を引く。通常、鑑定といえは医療鑑定を想定するが、医師2名と現職検事を含めた2名の法曹、そして市民団体から1名を加えた5人で鑑定部が構成され、鑑定を合議で行うが、その実相は、医療鑑定のみにつきない点に特徴がある。つまり、医療上の過失のみならず、法的評価が伴う因果関係の鑑定まで一手に引き受けており、さらに原則60日以内に鑑定書の作成がなされている。

すると、ここにおいては、医療訴訟において大きな問題の1つである因果関係の立証の問題が解消されることになる。この点において鑑定団の意義は大きい。

専門性を落とすことなく、公正な鑑定がこれほど短期間になされるのであれば、被害救済の点では、非常に実効的であると思われる。従来、法院においても訴訟遅延の一番の理由が鑑定にあったことから、今後は法院等からの受託鑑定の増加が予想される点も目が離せない。

また医療ADRは、当事者の相互理解を前提とする対話であり、そのためにはエビデンスと情報を患者側と医療側が共有すること、そしてそれに基づいて、できる限り真相に近づけるよう究明にあたるのが、結局は相互の理解を促進することにもなる。そうすることで、時間・費用を含めた訴訟経済上における優位性のみならず、こういった専門性と公正性が担保された「事件資料」の集積とフィードバックは、説明義務の紛争予防機能と同様、紛争予防に大いに資するものにもなるであろう。

## II 総括と展望

本稿の具体的な課題は、日韓における医師の説明義務法理の生成と確立過程並びにその適用状況をフォローし、紛争解決の場面においてどのように機能的役割を果たしているか、またアドホックな紛争解決に尽きず、そのフィードバックによる反射的効果はどうかを確認することにあった。

そして説明義務では解決できない部分を、裁判外紛争解決システムでは、どのように対処が可能なのかも併せて考察すべく、これらを共通の枠組みで検討することを試みた。

そのため、まず第1章では、説明義務をかような視点から捉えることの意味を明らかにするた

---

<sup>477</sup> ニクラス・ルーマン（大庭健=正村俊之訳）[1990]，108頁。

め予備的考察を行い、次いで、検討の素材を韓国医事法と制度システムに求めた関係で、まず社会状況の把握とその違いによって考慮すべき要素を認識するため、韓国における問題状況を第2章で紹介し、若干の検討を行った。

そして、第3章では、日韓における医師の説明義務法理形成過程をフォローしながら、各々の特徴並びに共通項を炙り出せるよう努め、さらに第4章では、韓国における旧来の制度と対比しつつ2011年3月、23年間の紆余曲折の末、ようやく日の目を見ることになった、新たな紛争解決制度の導入過程と新法施行後1年間の歩みをフォローした。

それらから、すでに上に整理したような帰結を得たが、医療紛争が他の一般事件と違うところは、医学・医療専門家の行為の中で発生する関係上、一般責任法上の法理による解決は自ずと限界がある点である。そこには情報の非対称性による格差といった構造上の問題がまず横たわっている。説明義務はこれをある程度解消する機能を有するのは間違いないが、場合によっては、裁判手続きによるよりも、ADRにより実効的な効果が得られることは想像に難くない。

ただ、その場合、専門性と公正性、さらに独立性（第三者性）がいかに確保されるかがポイントとなるであろう。その点、韓国は、日本にはまだないスタイルの制度を出帆させたが、日本からすれば、「一方では実現したが他方では実現していないという立法の研究」<sup>478</sup>は、比較の意義が大きく、今後を展望する上で有益だといえる。

最後に、今後の課題を若干示して本稿を結ぶことにする。

すでに日韓の比較の意義については示したが、それを踏まえて残された課題を示せば、まず1つ目としては、今回は医師の説明義務違反に関する大法院判例という非常に限られた範疇のものに限定せざるを得なかったことから、今後は入手の困難性といった問題点はあるが、下級審判例を含めたより精緻なさらに深みのある研究の必要性である。

この度、判例の検討を通じてみた、医師の説明義務につき、今一度付言すると、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ものでも、また諸事情の割合的解決に委ねるためのものでもないはずで、説明義務の規範構造と共に慰謝料の法理的機能に関する深度ある継続的な研究が必要とされるということである。

もう1つは、法理形成過程の背景や社会状況の違いの把握と、それを踏まえることは、比較研究の上では非常に重要なことであることを改めて認識したことから、今後は、可能な限り法社会学的な視点からの研究も有益かつ必須であると考えて次第である。

今回の研究を通じて、韓国の法院の態度に動揺が顕著なことや、理論構築の点では、ある意味での脆弱さが、韓国の論者の評価からもうかがえる点があったことも事実である。しかし、これから目まぐるしく進展していく動態的な法化過程にあるという意味から、過渡期ともいえる面は有するが、そのような状況の中で、柔軟かつ俊敏なる対応という点では日本より先んじている面も併せ持ち、それによる実効的な成果や、法曹界・学界における活発な研究活動の蓄積による成果が年々拡充されてきており、今後さらなる成熟と共に、日本との比較研究と発展的学術交流がますます期待されることを最後に強調しておきたい。

(以上)

<sup>478</sup> 大村敦志=権徹[2010]『日韓比較民法序説』(有斐閣) 15頁。

## ＜資料 1＞ 大法院判決（説明義務違反事例）

### 【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事案である。

#### ＜判旨＞

「原告の喉頭腫瘍除去手術を行った執刀医らが、手術後、患者の喉声が哽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、執刀医らが原審認定のような病状、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のは原審の事実認定の内容により明らかである。そして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いう同趣旨の原審判断は正当」であり、「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するというところに理由の矛盾や不備があるといえない」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、疼痛があったと同時に、将来、改善が困難な色素異常及び皮膚瘢痕等の後遺症が残存した事案である。

#### ＜判旨＞

「・・・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、それを經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、原告の当該傷害は上

に見た注意義務を尽くさなかった過失によるもの」であるとした。

### 【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。産婦人科専攻医で派遣勤務中であったA医師は患者を診察した結果、一旦、子宮筋腫と判断したが、その後、患者Xに、これに対する治療は、子宮摘出術以外にないと告げ、Y病院院長である外科医B医師と共に手術に着手した。

患者を開腹後、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、瘤状の部分を子宮筋腫、あるいは卵巣腫瘍、骨盤膿瘍等と判断し、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、患者は慢性頸部炎、子宮内膜の増殖後期の状態、卵胞嚢腫、卵巣周囲に子宮外妊娠による腫瘤があった事実が明らかになった。

#### <判旨>

「・・・過失判断において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たものの子宮に瘤を触れるとし、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、子宮外妊娠を知ることができなかったものであるから、結果的に、原告としても上記診断上の過誤がなかったならば、当然、説明を受けたであろう判示のような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認定されるので、上記執刀医たちが説明義務を果たすことができず、原告Xの承諾権を侵害した過失があるという趣旨の判断自体は正当で、そこに過失を基礎づける事実に対する事実誤認や過失判断の誤りがあるとはいえない。」

### 【4】大法院 1994.4.15.宣告 92 다 25885 判決

#### <事実の概要>

原告X(20歳)は、交通事故で脳の部分に重度の外傷を負い、被告Y大学病院神経外科に入院。

A医師は応急処置の後、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)を投薬することにしたが、患者Xやその家族の承諾または同意を得ることなく、医師の独断で上記薬剤を注射したが、その結果、患者の重症脳浮腫及び顔面神経麻痺症状に対し、奏効し退院に至った。

ところが、患者Xが退院の1年5か月後、上記薬剤の副作用で、大腿骨頭無腐性壊死の症状が出現。患者Xとその家族はA医師が説明義務に違反し、承諾権を侵害したと主張し、上記病院の経営者である学校法人Y学園を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。

控訴審であるソウル高等法院では、医療行為に対する同意権は患者だけが有し、その家族には

ないという点、治療が急迫し、事前説明は不可能であった点、他の代替的療法がなく、説明を行ったとしても同意したであろうと推定される等の理由をあげ、患者側の請求をすべて棄却した。

#### <判旨>

(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侵襲を伴うものであるから、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というべきである。」

(2)「・・・原告が生命が危篤な状態において意識回復前までの投薬に関する限りにおいては、事前の説明は不可能で、緊急な場合に該当するといえ、同様の趣旨でそれまでのA医師の説明義務を否認した原審判断は正当と首肯しうる。」

(3)「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〇〇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」。

### 【5】大法院 1994.4.15.宣告 93 다 60953 判決

#### <事実の概要>

患者亡Aは糖尿病の病症と激しい胸痛を訴え、被告財団が運営するS病院で診療を受けた結果、不安定性狭心症と多発性冠状動脈狭窄症であることが明らかになり、胸部外科B医師から冠状動脈迂回術を受けることとなったが、当時、冠状動脈迂回術は施術過程での死亡率が外国の場合、2～8%と報告されており、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においては、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。

被告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及び、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、血圧状態が好転しないため、医師は、患者を再開胸し、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。

#### <判旨>

(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、説明を受けていたならば、死亡等の結果は生じてい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課程における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ぬというべきである。」

(3)「記録によれば、多発性冠状動脈狭窄症の治療方法としては、冠状動脈拡張剤の服用とバルーンカテーテルによる PTCA（経皮経管的冠状動脈形成術）、そして冠状動脈迂回術（バイパス手術）があるが、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、この事件当時の PTCA は内科において施術する治療方法で動脈の1か所に狭窄がみられる場合にのみ用いることができるもので、患者Aのように4か所に狭窄がある場合には心臓麻痺の憂慮があり施術が困難で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るかわからない状況」であったという事実関係からすると「患者Aの多発性冠状動脈狭窄症の施術課程においても医療上の過失はなく、上記説明義務を尽くしたとしても、患者Aとしては心筋梗塞等による不安定性狭心症を患いながら、いつ迫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しかなかった点に照らし、上記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であるというべきである。」

#### 【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 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、下顎拳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 6.5 mm 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の心筋には高度の死亡浸潤がみられ、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。

#### <判旨>

(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ないところ、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。

### 【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(国立医療院)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。

#### <判旨>

(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、代替可能な次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)「しかし本件の場合、・・・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、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、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」とした。

## 【8】大法院 1995.2.10 宣告 93 다 52402 判決

### <事実の概要>

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、同被告医師により、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。

### <判旨>

(1)「・・・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ものといわねばならない。」

(2)「したがって、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。」

## 【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。)

### <判旨>

「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 年に在学中の患者 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、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。

##### <判旨>

「…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、被告らよりハロテイ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つただけではなく、先に見たように、ハロテイ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つた過失と亡 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ものである。

#### 【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。

原告 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、退院時である同月 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、網膜が剥離しており、網膜の6時の方向から10時の方向に向かって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。同年31日、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、数回の手術にある角膜混濁が発生し、角膜移植が必要な状態となった。

#### <判旨>

(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、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ない。」

(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、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で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示した。

#### 【12】大法院 1997.7.22 宣告 96 다 37862 判決

※【7】の再上告審である。

#### <判旨>

「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つただけでなく、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」とした原審判断を認定しつつ因果関係に関しては、B医師ら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、術後の観察や適切な対処を疎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。

### 【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、膀胱尿道瘤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、この手術時の出血により、同月20日に実施した血液検査でヘモグロビンとヘマトクリットの数値が正常以下になっていたことから、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）を原告Xの血液との検査を実施後、これを輸血した。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、上記判定結果とは違い、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したので、同人が過去に献血歴があるか調査し、同年5月15日にも献血を行ったが、その血液が翌日Y学校法人のK大学病院に渡り、Xに輸血された事実を確認し、同病院にその事実を通告。同病院は追加的な血液検査を通じて、同年12月15日、Xがエイズウイルスに感染している事実を確認し、関係機関に通報し、原告Xは、同月16日頃、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。

#### <判旨>

(1)「医師は、緊急患者の場合やその他、特別な事情がない限り、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り、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稀である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（当院1995.1.20宣告94다3421判決、1996.4.12.宣告95다56095判決等参照）、このような説明をしないまま、患者の承諾なく医療行為を行った場合には、たとえ医師に治療上の過失がない場合にも、その医療行為は、患者の承諾権を侵害する違法な行為となる。」

(2)「輸血によるエイズウイルスの感染は、輸血行為に典型的に発生する危険であり、それによって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って、この被害は回復することができない重大なものである上、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

れないと見なければならず、手術後、術中の出血により輸血する場合には、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 1 は、原告の同意もなく膣拡大鏡検査と組織検査を行い、長時間、搔把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だけでなく、そ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。

原審は、事実照会と弁論の全趣旨を総合すると、子宮頸部癌の確定診断のためには、組織検査が必ず必要であったと認定した上で、患者の承諾を得るための説明義務は、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、回復しない重大なものである場合にだけその対象となるものであるから、本件のように単純な子宮癌検査のためにその後遺症に対する医師の説明義務があるとはいえず、また、本件検査によって原告主張のような後遺症が発生した点についても各証言だけではこれを認定するには足りないとして原告の請求を棄却した。

##### <判旨>

「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の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、原審としては、まず子宮癌検査の一般的方法と順序等に関し、客観的資料を通じて、より審理を尽くすと共に、上記細胞診検査と膣拡大鏡検査の結果から原告に異常が発見されたか否か、さらには組織検査の必要性の有無につき、明らかにした上で原告の主張に対する当否を判断するべきであったにもかかわらず、原審が先に説示したような理由だけで原告の上記主張を排斥したのは、過剰診療行為に関する法理を誤解ないしは審理を尽くしておらず判決に影響を及ぼす違法」に値するとし、「定期検査の時期に合わせ子宮癌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拡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。

##### <判旨>

(1) 「医師に当該医療行為に伴って予想される危険でなかったり、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り、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、スティーブン—ジョンソン症候群を惹起し死亡した事案である。

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訊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従っ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。

##### <判旨>

「・・・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どころ、スティーブン—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」。

#### 【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。

原告は、定期健診の際、1997年1月23日、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、原告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。

原告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。

### <判旨>

「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課程及びその後の悪結果発生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が、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 다휶46511 判決

#### <事実の概要>

原告X 1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、原告X 1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。

#### <判旨>

(1)「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、治療方法の内容と必要性、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。」

(2)「原審がこのような法理に従い、原告X 1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が医師の処方を見捨て、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、額と顎を高め、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、1994年12月13日頃、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の癍痕に部分的に頭髪が再生しない事態になった。

##### <判旨>

「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。

#### 【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(43歳、以下「亡A」)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。

#### <判旨>

(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在するのか、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在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99 ㉔ 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漠然とした重要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2002 ㉔ 48443 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98 ㉔ 29261 判決）。」

(3)「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も理由として、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2002 ㉔ 48443 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 ㉔ 64067 判決

##### <事実の概要>

原告Xは、プ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)、エタンブドール(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事実である。

原告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23.5 mg/kg、その後は15.7 mg/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限とも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、原告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茸栽培作業を行っていた。

原審は、訴外Bらは、結核患者に対する保健所医療陣としての注意義務を尽くしたと見るのが相当で、一方、医師等医療従事者に要求される医療行為に随伴する副作用等の説明義務は、それが当該医療行為により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である場合にまで要求されるものではない、として原告の請求をすべて棄却したものである。

#### <判旨>

(1) 「医師が診察・治療等の医療行為を行うにおいては、人の生命・身体・健康を管理する業務の性質に照らし、患者の具体的な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、患者に対する手術はもちろんのこと、治療のための薬品の投与も身体に対する侵襲を含むものである以上、同等の注意義務が要求されるというべきで、このような医療上の注意義務は医療行為の当時の医療機関等、臨床医学の分野において実践されている医療行為の水準を基準とするが、こ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、視認されている、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水準として把握されなければならない。」

(2) 「視覚異常等、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うべきで、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くとも、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。」

(3) 「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、エタンブ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れ渡っている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」ことはできないとした。

### <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%程度の産婦は子宮内に胎盤片残存のため、残留胎盤除去術を要し、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。

### <判旨>

「産褥期にみられる発熱、膣出血、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」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、・・・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・・・を認定することができ」、「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つただけでなく、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。」

## 【23】大法院 2007.5.31 宣告 2005 다 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学校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薬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同年10月18日に検査を実施し、当時の看護記録にも「10/17 E R C P permissionなく行うことに」との記載があった。

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。

<判旨>

(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99ダ66328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いうべきである（大法院2004.10.28.宣告2002ダ45185判決参照）。」

(2)「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うべきで、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ダ23707判決参照）。」

(3)「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。」

(4) 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E R C P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E R C P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E R C P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」として原審の判断を是認した。

## 【24】大法院 2007.9.7 宣告 2005 다 69540 判決

### <事実の概要>

無腐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<sup>1</sup>

### <判旨>

「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、無腐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 다 60162 判決

### <事実の概要>

原告は乳房にしこりを触れたため、被告医師を受診したが、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」と記載されており、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(その時期については何ら記載がない)したものとの記載があるが、原告に対し、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。被告は、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(21.0mm→22.7mm、15.5mm→25.1mm)であった。ここで被告は、原告に切除術と陥没乳頭矯正術を行うこととし、同年6月18日に施行し、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、原告を上級医療機関に転医措置を行った。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

---

<sup>1</sup> 原審判決等、事実審に関する資料を入手できなかったため、事実関係の詳細は掴めていない。

臓に転移した 4 期の状態である。)

#### <判旨>

「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 다 13208,13215 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て、説明義務違反による財産上の損害を認め、これを斟酌し精神的損害に対する慰謝料を定めたことは首肯できないとし、被告敗訴部分を破棄し、原審に差し戻した。

#### 【26】大法院 2010.5.27.宣告 2007 다 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。

#### <判旨>

(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い（大法院 1999.4. 13. 宣告 98 다 9915 判決、大法院 2003.12.12.宣告 2003 다 50610 判決等参照）。」

(2) 「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ける説明義務は、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悪結果発生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 94 다 27151 判決等参照）。」と一般論を述べた上で、具体的な事案との関係においては、「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いい難く、まして X 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、X 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 X 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しても、それによる慰謝料支給義務があるとはいいい難い」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 다 62505 判決

##### <事実の概要>

X 3 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（夫の X 2 と X 3）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うと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。X 4 を分娩後、再度超音波検査を行った結果、X 1 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、X 1 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 1 級の診断を受けるに至った。

##### <判旨>

(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な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、X 4 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 X 1 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出生する場合等、多様な原因で発生することがあるところ・・・X 1 の先天的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、(筆者注：原審判断は) 正当なものとして首肯することができ」とした。

(2) 「一般的に医師は患者に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において、救急患者の場合や、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、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できるようにする義務があり、医師がこのような説明をせず、患者が医療行為を受けるか否かの機会を喪失した場合には、それに伴う慰謝料等の損害賠償責任を負うが、患者の自発的決定に関連しない事項に関しては、医師の説明義務違反が問題となる余地はないというべきである (대법원 1995.4.25.

선고 94 다 27151 판결, 대법원 2007.5.31.선고 2005 다 5867 판결)。」

(3) 「経膣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、経膣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った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、経膣分娩が最も自然で、原則的な分娩方法であるので、医師が産婦に経膣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 다 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<sup>2</sup>

### <判旨>

(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、相当ながら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 다 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り、ただちに相手方の主張事実が証明

<sup>2</sup> 原審判決等、事実審に関する資料を入手できなかったため、事実関係の詳細は掴めていない。



されたとみるべきものではなく（大法院 1993.11.23.宣告 93 다 41938 判決、大法院 1999.4. 13.

宣告 98 다 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求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、通常医師に医療行為当時一般に知れ渡っており、また視認さ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の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 다 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 다 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 다 46511 判決参照）。」

## 【29】大法院 2010.7.22 宣告 2007 다 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膜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。

原審は、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。

### <判旨>

(1)「・・・このような注意義務の基準は、診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準によって決定されるべきで（大法院 1997. 2. 11 宣告 96 다 5933 判決等参照）、医師は診療を行うにおいて、患者の状況と上のような医療水準、そして自己の知識経験により適切であると判断され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中のいずれか一つだけが正当でそれと異なる措置を取ったことをもって過失があるということとはできない（大法院 2007. 5. 31. 宣告 2005 다 5867 判決等参照）。」と一般論を述べた上で、「本件事故当時、関連の臨床医学において実践されている医療

水準によれば、亡Aが、たとえ左心房が大きく心房細動を伴う状態で本件手術を受けたとしても、亡Aに対し、INRを必ず2.0以上で維持するようワーファリンの投与量を調節しなければならないと断定することはできず、ましてや過度のINRの維持は、出血の危険性だけを高めることになるというもので、被告1としては、上のような亡Aの病歴、手術部位と内容、身体状態、血栓形成及び出血の可能性、抗凝固剤に対する反応の程度、INRの安定的維持の可否等を総合的に考慮し、自己の知識と経験により適切と判断されるINRの維持範囲を選定できる裁量があるというところ、被告1が亡Aに対し維持していたINRの範囲が、そのような裁量の合理的範囲を逸脱したものとはいえず、亡Aに対するINRの検査周期もまたその当時の医療水準に照らし、適正であったものと見受けられる。」

(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大きくなるとも、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、重大な結果を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の提供と共に説明・指導する義務がある（大法院2005.4.29宣告2004다64067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、具体的な事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、その危険性及び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ができるように、具体的な情報の提供と共に、それを指導・説明する義務があり、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いうべきである」として原審判断を是認した。

### 【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兎眼と露出性角膜炎の後遺症が惹起された事案である。

#### <判旨>

(1)「原審が推定した被告の過失の内、数次に及ぶ手術で眼周囲筋が線維組織化したという点を見れば、眼周囲筋の線維組織化は、数次に及ぶ手術の結果であるということで、本件1次手術において被告に過失がある場合等、特別な事情がない限り、これを被告の手術上の過失と見ることはできず、本件1次手術後、原告1が、右眼が腫れ開けることができないと訴えると、その異常の有無を確認するために追加で2回の手術をした事自体でもって被告に何らかの過失があったと見ることもできない。」

(2)「原審が推定した被告の過失の内、眼周囲筋（上眼瞼挙筋の誤記と思われる）を過度に上げて結紮したという点に関しても、原審が先にあげている間接事実は、本件手術と本件兎眼発生との間の因果関係を推定することができる事情となるものではあっても、さらに進んで本件兎眼が被告の過失に基づくものであると推定できる程度の蓋然性を備えた事情とまではいい難く、原告1の場合、過去2回の上瞼の手術と本件手術等、数回に渡る手術による癒着組織の発生及び収縮、眼周囲筋の機能弱体化等により、本件兎眼が発生した可能性が十分あるので、被告に上のような結紮上の過失は推定し難い。」

(3)「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。

< 資料 2 > 条文全訳

医療事故救済及び医療紛争調停等に関する法律<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> 同じ漢字文化圏であっても日本と韓国では言い回しや使用法が若干異なる部分もあったりするが、意味が通じ

## 第1章 総則

### 第1条 (目的)

この法は、医療紛争の調停及び仲裁等に関する事項を規定することで、医療事故による被害を迅速・公正に救済し、保健医療人の安定的な診療環境を醸成することを目的とする。

### 第2条 (定義)

この法で、使用する用語の意味は以下の通りである。

1. 「医療事故」とは、保健医療人（「医療法」第 27 条第 1 項但書<sup>4</sup>、または「薬師法」第 23 条第 1 項但書<sup>6</sup>により、その行為が許容される者を含む。）が、患者に対し、実施する診断・検査・治療・医薬品の処方及び調剤等の行為（以下「医療行為等」という）によって、人の生命・身体及び財産に対し被害が発生した場合をいう。
2. 「医療紛争」とは、医療事故による争いをいう。
3. 「保健医療人」とは、「医療法」でいう医療人・看護助務士、「医療技士等に関する法律」<sup>7</sup>でいう医療技師<sup>8</sup>、「応急医療に関する法律」でいう応急救助士<sup>9</sup>及び「薬師法」でいう薬師・韓薬師であり、保険医療機関に従事する者をいう。
4. 「保険医療機関」とは、「医療法」に則って開設された医療機関、「薬師法」に則って登録された薬局、「薬師法」に則って設立された韓国稀貴薬医薬品センター、「地域保健法」に則って設置された保健所・保健医療院・保健支所及び「農漁村等保健医療のための特別措置法」に則って設置された保健診療所をいう。
5. 「保健医療開設者」とは、「医療法」に則った医療機関開設者、「薬師法」に則った薬局開設者・韓国稀貴医薬品センター長、「地域保健法」に則った保健所・保健医療院・保健支所及び「農漁村等保健医療のための特別措置法」に則った保健診療所を運営する市長（「済州特別自治道設置及び国際自由都市醸成のための特別法」に則った行政市長を含む。以下同じ。）・郡首・区庁長（自治区の区庁長をいう。以下同じ。）をいう。

---

ると判断する部分に関してはあえて適当な訳語をあてず、なるだけ原文に忠実なスタイルを取らせていただいた。また、なるだけ通読ししやすいように、適宜、必要と思われる箇所に脚注を振り、解説ないしは引用条文を付しておくようにした。

<sup>4</sup> 韓国医療法第 27 条は、「無免許医療行為等の禁止」に関する規定で、その第 1 項は「医療人でなければいかなる者も医療行為を行うことはできず、医療人も免許された以外の医療行為を行うことはできない。但し、次の各号のいずれか 1 つに該当する者は、保健福祉部令で定める範囲で医療行為を行うことができる。〈改訂 2008. 2. 29, 2009. 1. 30, 2010. 1. 18〉」とし、まず 1 号として「外国の医療人免許を有する者で一定期間国内に在留する者」、2 号は「医科大学、歯科大学、韓医科大学、医学専門大学院、歯医学専門大学院、韓医学専門大学院、総合病院または外国医療援助機関の医療奉仕または研究及びモデル事業のために医療行為をする者」、そして 3 号は「医学・歯科医学・韓方医学または看護学を専攻する学校の学生」とする。

<sup>5</sup> 薬剤師のことを韓国では「薬師」と呼称するが、薬師法では「『薬師』とは韓薬に関する事項以外の薬事に関する業務（韓薬製剤に関する事項を含む）を担当する者で、『韓薬師』とは韓薬と韓薬製剤に関する薬事業務を担当する者で各々保健福祉部長官の免許を与えられた者をいう。」と規定され、その免許と業務は垣根を設けて棲み分けがなされている。

<sup>6</sup> 薬師法第 23 条第 1 項は、「薬師及び韓薬師でなければ医薬品を調剤することができず、薬師及び韓薬師は、各々免許の範囲で医薬品を調剤しなければならない。」とし、その但書で「但し、薬学を専攻する大学の学生は、保健福祉部令で定める範囲で医薬品を調剤できる。〈改定 2008. 2. 29, 2010. 1. 18〉」

<sup>7</sup> 医師または歯科医師の指導下に診療や医化学的検査に従事する「医療技士」、医務に関する記録を主たる業務とする「医務記録士」、視力補正用眼鏡の調整及び販売を主たる業務とする「眼鏡士」の資格・免許等に関する規定をおいた法律。

<sup>8</sup> 上記「医療技士等に関する法律」で規定する「医療技士」の種別としては、臨床病理士、放射線士、物理治療士、作業治療士、歯科技工士、歯科衛生士がある。

<sup>9</sup> 日本でいう「救急救命士」にあたるが、業務の範囲によりさらに「1 級応急救助士」と「2 級応急救助士」に区分されている。

6. 「保健医療人団体及び保険医療機関団体」とは、「医療法」に則って設立された医療人団体及び医療機関団体と「薬師法」に則って設立された大韓薬師会及び大韓韓薬師会をいう。

### 第3条（適用対象）

この法は、大韓民国国民ではない者が、保健医療機関に対し、医療事故による損害賠償を求める場合にも適用される。

### 第4条（信義誠実の原則）

第6条に則った韓国医療紛争調停仲裁院は、調停及び仲裁手続きが迅速・公正で、効率的に進行するよう努めなければならない。調停及び仲裁手続きに臨む紛争当事者は、相互信頼と理解を基に誠実に手続きに臨まなければならない。

### 第5条（国家・保健医療機関開設者及び保健医療人の責務等）

- ① 国家は、医療事故を予防するために、調査・研究、統計作成及び公表、教育及び指針開発等法的・制度的基盤を整備しなければならない。
- ② 保健医療機関開設者及び保健医療人は、医療事故予防のために、施設・設備及び人力に瑕疵がないようにし、必要な管理上の注意義務を尽くさなければならない。
- ③ 保健福祉部長官が定める保健医療機関開設者は、医療事故の予防のために医療事故予防委員会を設置・運営する等必要な措置を講じなければならない。
- ④ 第3項に則った医療事故予防委員会の構成及び運営、その他必要な事項は、保健福祉部令で定める。

## 第2章 韓国医療紛争調停仲裁院

### 第1節 設立等

#### 第6条（韓国医療紛争調停仲裁院の設立）

- ① 医療紛争を迅速・公正かつ効率的に解決するために韓国医療紛争調停仲裁院（以下「調停仲裁院」という。）を設立する。
- ② 調停仲裁院は法人とする。
- ③ 調停仲裁院は、大統領令の定めにより必要な場所に支部を設置することができる。
- ④ 調停仲裁院は、その主たる事務所の所在地で設立登記をすることで成立する。

#### 第7条（定款）

- ① 調停仲裁院の定款には、次の各号の事項を記載しなければならない。
  1. 目的
  2. 名称
  3. 主たる事務所及び支部に関する事項
  4. 役員及び職員に関する事項
  5. 理事会の運営に関する事項
  6. 第19条に則った医療紛争調停委員会に関する事項
  7. 第25条に則った医療事故鑑定団に関する事項
  8. 第47条に則った損害賠償金代払に関する事項
  9. 業務とその執行に関する事項
  10. 財産及び会計に関する事項
  11. 定款の変更に関する事項
  12. 内部規定の制定・改定及び廃止に関する事項
  13. その他保健福祉部令で定める事項
- ② 調停仲裁院は、その定款を変更するには、保健福祉部長官の認可を得なければならない。

## 第8条（業務）

調停仲裁院の業務は次の各号の通りである。

1. 医療紛争の調停・仲裁及び相談
2. 医療事故鑑定
3. 損害賠償金代払
4. 医療紛争と関連した制度と政策の研究・統計作成、教育及び広報
5. その他医療紛争と関連し、大統領令で定める業務

## 第9条（類似名称の使用禁止）

この法に則った韓国医療紛争調停仲裁院ではない者は、韓国医療紛争調停仲裁院、またはこれと類似の名称を使用してはならない。

## 第10条（役員及び任期）

- ① 調停仲裁院の役員として、調停仲裁院の院長（以下「院長」という。）、第19条に則った医療紛争調停委員会の委員長（以下「委員長」という。）及び第25条に則った医療事故鑑定団の団長（以下「団長」という。）を含めた9名以内の理事と監事1名をおく。
- ② 院長は常任とし、その他の役員は非常任とする。
- ③ 院長は医療紛争の調停等に関し、学識と経験が豊富な者の中で保健福祉部長官が任命する。
- ④ 理事は、医療紛争に関し、学識と経験が豊富な者の中から、院長の任命要請により保健福祉部長官が委嘱する。
- ⑤ 監事は、保健福祉部長官が委嘱する。
- ⑥ 役員任期は3年とし、重任することはできない。

## 第11条（役員職務）

- ① 院長は、調停仲裁院を代表し、調停仲裁院の業務を総括する。
- ② 院長が、やむを得ない事由により、職務を遂行できない場合には、委員長がその職務を代行する。
- ③ 委員長は、院長の指揮の下、医療紛争調停委員会の業務を総括し、団長は、院長の指揮の下、医療事故鑑定団の業務を総括する。
- ④ 院長・委員会が共にやむを得ない事由により、職務を遂行することができないときは団長、その他定款が定める理事の順でその職務を代行する。
- ⑤ 監事は、調停仲裁院の業務及び会計を監査する。

## 第12条（役員欠格事由）

次の各号のいずれか一つに該当する者は、調停仲裁院の役員になることができない。

1. 大韓民国国民ではない者
2. 「国家公務員法」第33条各号<sup>10</sup>のいずれかに該当する者

## 第13条（理事会）

- ① 調停仲裁院の業務と運営に関する重要事項を審議・決議するために、調停仲裁院に理事会をおく。
- ② 理事会は、院長・委員長・団長、その他の理事によって構成する。
- ③ 院長は、理事会を招集し、理事会の議長となる。

<sup>10</sup> 国家公務員法第33条は、欠格事由に関する規定で、以下の1~8号をおく。「1. 禁治産者または限定治産者、2. 破産宣告を受け復権していない者、3. 禁錮以上の実刑を宣告され、その執行が終了または執行しないことが確定後、5年以内の者、4. 禁錮以上の刑を宣告され、その執行猶予期間が終了後、2年以内の者、5. 禁錮以上の刑の宣告猶予を受けた場合で、その宣告猶予期間にある者、6. 法院の判決または他の法律によって資格が喪失または停止されている者、6の2. 公務員として在職期間中、職務と関連し、『刑法』第355条及び第356条に規定された罪（筆者注：横領と背任の罪）を犯した者で、300万ウォン以上の罰金刑を宣告され、その刑が確定後2年以内の者、7. 懲戒で罷免処分を受けたときから5年以内の者、8. 懲戒で解任処分を受けたときから3年以内の者」

- ④ 監事は、理事会に出席し、意見を陳述することができる。
- ⑤ 理事会は、在籍委員過半数の出席と出席委員過半数の賛成により議決する。
- ⑥ 理事会の構成及び運営等に関し必要な事項は、大統領令で定める。

#### 第14条（事務局）

調停仲裁院の事務を処理し、医療紛争調停委員会と医療事故鑑定団の事務を補助するために調停仲裁院に事務局をおくことができる。

#### 第15条（財源）

- ① 調停仲裁院の設立・運営及び業務に必要な経費は次の各号の財源により充当する。
  - 1. 政府出損金
  - 2. 調停仲裁院の運営による収入
- ② 政府は、調停仲裁院の経費を充当するために、必要な出損金を予算の範囲で支給する。
- ③ 第2項による政府出損金の支給及び使用等に関し必要な事項は、大統領令で定める。

#### 第16条（監督）

- ① 保健福祉部長官は、調停仲裁院を指導・監督し、必要な場合、調停仲裁院に対し、その事業に関する指示または命令をすることができる。
- ② 調停仲裁院は、毎年、業務計画書と予算書を作成し、保健福祉部長官の承認を得なければならない。毎年、決算報告書とこれに対する監事の意見書を作成し、保健福祉部長官に報告しなければならない。この場合、承認及び報告手続等に関し、必要な事項は、保健福祉部令で定める。
- ③ 保健福祉部長官は、必要な場合、調停仲裁院に対し、その業務・会計及び財産に関する事項を報告するよう命じたり、監査することができる。

#### 第17条（罰則適用における公務員擬制）

調停仲裁院の役員及び職員、第19条に則った医療紛争調停委員会の調停委員及び調停委員の業務を補佐する者、第25条に則った医療事故鑑定団の鑑定委員及び調査官は、「刑法」第129条から第132条までの規定<sup>11</sup>を適用するときは、公務員とみる。

#### 第18条（「民法」の準用）

調停仲裁院に関し、この法で規定しない事項に対しては「民法」の中の財団法人に関する規定を準用する。

### 第2節 医療紛争調停委員会

#### 第19条（医療紛争調停委員会の設置）

- ① 医療紛争の調停や仲裁を行うため、調停仲裁院に医療紛争調停委員会（以下「調停委員会」という。）をおく。

---

<sup>11</sup> 韓国刑法第129条（収賄、事前収賄）① 公務員または仲裁人がその職務に関し、賄物を收受、要求または約束したときは、5年以下の懲役または10年以下の資格停止に処する。

② 公務員または仲裁人となる者がその担当する職務に関し、請託を受け、賄物を收受、要求または約束した後、公務員または仲裁人になったときには3年以下の懲役または7年以下の資格停止に処する。

同第130条（第三者賄物提供）公務員または仲裁人がその職務に関し、不正な請託を受け第三者に賄物を供与したり、供与を要求または約束したときは5年以下の懲役または10年以下の資格停止に処する。

同131条（収賄後不正処理、事後収賄）① 公務員または仲裁人が前2条の罪を犯し、不正な行為を行ったときには1年以上の有期懲役に処する。

② 公務員または仲裁人がその職務上不正な行為を行った後、賄物を收受、要求、または約束したり第三者にこれを供与させたり供与を要求または約束したときにも前項の刑に同じ。

③ 公務員または仲裁人であった者が、その在職中に請託を受け、職務上不正な行為を行った後、賄物を收受、要求または約束したときは5年以下の懲役または10年以下の資格停止に処する。

④ 前3項の境遇には10年以下の資格停止を併科することができる。

同第132条（斡旋収賄） 公務員が、その地位を利用し、他の公務員の職務に属する事項の斡旋に関し、賄物を收受、要求または約束したときは3年以下の懲役または7年以下の資格停止に処する。



- ② 調停委員会は、次の各号の事項を審議・議決する。
1. 第 23 条に則った調停部の構成に関する事項
  2. 調停委員会の議事に関する規則の制定・改定及び廃止
  3. その他委員長が審議に付する事項

#### 第 20 条（調停委員会の構成及び運営）

- ① 調停委員会は、委員長及び 50 名以上 100 名以内の調停委員で構成し、非常任とする。但し、第 37 条第 2 項に則った調停調書作成等のために常任調停委員をおくことができる。
- ② 院長は、次の各号のいずれか一つに該当する者の中で、調停委員を任命または委嘱する。
1. 調停委員定数の 5 分の 2 は判事・検事または弁護士の資格を有する者（外国の法制に関する学識と経験が豊富な者を 2 名以上含まなければならない。）
  2. 調停委員定数の 5 分の 1 は、保健医療に関する学識と経験が豊富な者で、保健医療人団体または保健医療機関団体が推薦する者（外国の保健医療に関する学識と経験が豊富な者を 2 名以上含まなければならない。）
  3. 調停委員定数の 5 分の 1 は、消費者權益に関する学識と経験が豊富な者で、「非営利民間団体支援法」第 2 条<sup>12</sup>に則った非営利民間団体が推薦する者
  4. 調停委員定数の 5 分の 1 は、大学や公認された研究機関において副教授級以上またはこれに相当する職にあるか過去にあった者で保健医療人ではない者
- ③ 委員長は、第 2 項各号のいずれか 1 つに該当する資格を有する者の中で、院長の要請により保健福祉部長官が委嘱する。
- ④ 委員長がやむを得ない事由で職務を遂行することができないときは、委員長が指定する調停委員がその職務を代行する。
- ⑤ 調停委員の任期は 3 年とし、連任<sup>13</sup>することができる。
- ⑥ 調停委員会は、在籍委員過半数の出席と出席委員過半数の賛成により議決する。
- ⑦ 調停委員会の構成・運営等に関し必要な事項は、大統領令で定める。

#### 第 21 条（調停委員の欠格事由）

「国家公務員法」第 33 条各号<sup>14</sup>のいずれか一つに該当する者は、調停委員になることができない。

#### 第 22 条（調停委員の身分保障）

- ① 調停委員は、自身の職務を独立的に遂行し、医療紛争の審理及び判断につき、いかなる指示にも拘束されない。
- ② 調停委員は、次の各号のいずれか一つに該当する場合を除外し、その意思に反して解任または解嘱されない。
1. 第 21 条に該当する場合
  2. 身体上または精神上的の障害により職務を遂行することができなくなった場合

---

<sup>12</sup> 非営利民間団体支援法第 2 条（定義）この法において「非営利民間団体」というのは営利ではない公益活動を遂行することを主たる目的とする民間団体で、次の各号の要件を具備した団体をいう。

1. 事業の直接受益者が不特定多数であること。
2. 構成員相互間に利益分配をしないこと。
3. 事実上特定政党または選出職候補を支持・支援することを主たる目的としたり、特定宗教の教理伝播を主たる目的として設立・運営しないこと。
4. 常時構成員数が 100 人以上であること。
5. 最近 1 年以上公益活動実績があること。
6. 法人ではない団体である場合には、代表者または管理人がいること。

<sup>13</sup> 任期満了の人を引き続き連続してその職に任ずるまたは任ぜられることを意味し、どの時点からでも再び任ずる再任とは区別して使用されているようなので、これも原文のまま「連任」のこたばを用いる。

<sup>14</sup> 前掲注 10 参照のこと。

### 第 23 条（調停部）

- ① 調停委員会の業務を効率的に遂行するために、5 名の調停委員で構成された分野別、対象別または地域別調停部をおくことができる。
- ② 調停部の長は、判事・検事または弁護士の資格を有する調停委員の中で、委員長が指名する。
- ③ 調停部は、第 20 条第 2 項第 1 号に該当する者は 2 名（判事 1 名は含めなければならない）、第 2 号から第 4 号までのいずれか 1 つに該当する者は、各々 1 名で構成する。
- ④ 調停部は、調停部の長を含めた調停委員過半数の出席と出席委員過半数の賛成により議決する。
- ⑤ 調停部の業務は次の各号の通りである。
  1. 医療紛争の調停決定及び仲裁判定
  2. 医療事故による損害額の算定
  3. 調停調書作成
  4. その他大統領令で定める事項
- ⑥ 第 4 項に則って調停部が下した決定は、調停委員会が決定したものとみなす。
- ⑦ 調停委員の業務を補佐するため、弁護士等大統領令で定める者をおくことができる。
- ⑧ 調停部の構成及び運営等に関し必要な事項は、大統領令で定める。

### 第 24 条（調停員の除斥等）

- ① 調停委員が次の各号のいずれか 1 つに該当する場合、その職務の執行から除斥される。
  1. 調停委員またはその配偶者や配偶者であった者が、当該紛争事件（以下、本条で「事件」という。）の当事者となる場合
  2. 調停委員が当該事件の当事者と親族関係にあるか、もしくは親族関係であった場合
  3. 調停委員が当該事件に関して陳述や鑑定を行った場合
  4. 調停委員が当該事件に関して当事者の代理人として関与しているか、もしくは関与していた場合
  5. 調停委員が、当該事件が発生した保健医療機関に従事しているか、もしくは従事していた場合
  6. 調停委員が、当該事件が発生した保健医療機関と同一、もしくは事実上同一の法人や団体に従事しているか、もしくは従事していた場合
  7. 調停委員が、当該事件が発生した保健医療機関と同一、もしくは事実上同一の法人や団体に属する保健医療機関に従事している、もしくは従事していた場合
- ② 事件を担当した調停委員に、除斥の原因があるときは、当該調停委員が属する調停部は職権または当事者の申請により除斥の決定をする。
- ③ 当事者は、事件を担当した調停委員に公正な職務執行を期待し難い事情がある場合、事件を担当した調停部に忌避申請をすることができる。
- ④ 忌避申請に関する決定は、調停委員会の委員長が指名する調停部が行い、当該調停委員及び当事者双方は、その決定に不服を申し立てることはできない。
- ⑤ 調停委員は、第 1 項または第 3 項に該当する場合、調停部の許可を得ずに当該事件の職務執行を回避することができる。
- ⑥ 第 3 項に則った忌避申請があるときには、当該調停委員が属する調停部は、その申請に対する決定が下されるまで調停手続きを中止しなければならない。
- ⑦ 第 23 条第 7 項に則り調停委員の業務を補佐する者、第 26 条に則った鑑定委員及び調査官に関しては、第 1 項から第 6 項までの規定を準用する。

## 第 3 節 医療事故鑑定団

## 第 25 条（医療事故鑑定団の設置）

- ① 医療紛争の迅速・公正な解決を支援するために、調停仲裁院が医療事故鑑定団（以下「鑑定団」という。）をおく。
- ② 鑑定団は、団長及び 50 名以上 100 名以内の鑑定委員で構成し、団長は非常任で、保健医療に関する学識と経験が豊富な者の中から院長の任命要請により保健福祉部長官が委嘱する。
- ③ 鑑定団の業務は次の各号の通りである。
  1. 医療紛争の調停または仲裁に必要な事実調査
  2. 医療行為等をめぐる過失の有無及び因果関係の究明
  3. 後遺障害発生の有無等の確認
  4. 他の機関から依頼された医療事故に対する鑑定

## 第 26 条（鑑定部）

- ① 鑑定団の業務を効率的に遂行するために、常任鑑定委員及び非常任鑑定委員で構成された分野別、対象別または地域別鑑定部をおくことができる。
- ② 鑑定委員は、次の各号のいずれか 1 つに該当する者の中から 9 名の推薦委員で構成された鑑定委員推薦委員会（以下「推薦委員会」という。）の推薦を得て院長が任命または委嘱する。
  1. 医師専門医資格取得後 2 年以上経過する者や歯科医または韓医師免許取得後 6 年以上経過した者
  2. 弁護士資格取得後 4 年以上経過した者
  3. 保健福祉部長官が第 1 号または第 2 号に相当すると認定する外国の資格または免許取得後 5 年以上経過した者
  4. 消費者権益に関する学識と経験が豊富な者で、「非営利民間団体支援法」第 2 条<sup>15</sup>に則った非営利民間団体役員職に 2 年以上就いているか、または就いていた者
- ③ 推薦委員会の委員は、次の各号のいずれか 1 つに該当する者の中から院長が委嘱する。この場合、第 1 号に該当する者は 3 名とし、第 2 号から第 4 号までのいずれか 1 つに該当する者は、各々 2 名とする。
  1. 判事・検事または弁護士の資格を有する者で、法院行政処、法務部または大韓弁護士会が推薦する者
  2. 保健医療に関する学識と経験が豊富な者で、保健医療人団体または保健医療機関団体が推薦する者
  3. 消費者権益に関する学識と経験が豊富な者で、「非営利民間団体支援法」第 2 条<sup>16</sup>に則った非営利民間団体が推薦する者
  4. 大学において副教授以上の職にあるか、またはその職にあった者で、韓国大学教育協議会が推薦する者（保健医療人は除外する）
- ④ 推薦委員会の委員長は、委員の中で互選する。
- ⑤ 推薦委員会の会議は在籍委員過半数の出席と、出席委員過半数の賛成により議決する。
- ⑥ 鑑定委員の任期は 3 年とし、連任することができる。
- ⑦ 各鑑定部におく鑑定委員の定数は次の各号の通りである。
  1. 第 2 項第 1 号または第 3 号（外国の医師専門医資格や歯科医師または韓医師免許を取得した者に限定する）に該当する者：2 名
  2. 第 2 項第 2 号または第 3 号（外国の弁護士資格を取得した者に限定する）に該当する者：2 名（検事 1 名を含めなければならない）

<sup>15</sup> 前掲注 12 参照のこと。

<sup>16</sup> 前掲注 12 参照のこと。

3. 第2項第4号に該当する者：1名
- ⑧ 鑑定部の長は、第2項第1号に該当する者の中から団長が指名する。
  - ⑨ 鑑定部に1名以上の常任鑑定委員をおく。
  - ⑩ 鑑定委員は、自身の職務を独立的に遂行し、医療事故の鑑定に関し、いかなる指示にも拘束されない。
  - ⑪ 第21条及び第22条第2項は、鑑定委員に準用する。
  - ⑫ 鑑定委員の業務を補佐するために、医師・歯科医師及び韓医師、薬師、韓薬師、看護師等大統領令で定める者の中から調査官をおくことができる。
  - ⑬ 推薦委員会の構成及び運営、鑑定部の組織及び運営等に関し、必要な事項は大統領令で定める。

### 第3章 医療紛争の調停及び仲裁

#### 第1節 調停

##### 第27条（調停の申請）

- ① 医療紛争（以下「紛争」という。）の当事者またはその代理人（以下「申請人」という。）は、保健福祉部令で定めるところに従い、調停仲裁院に紛争の調停を申請することができる。
- ② 当事者は、次の各号のいずれか1つに該当する者を代理人に選任することができる。但し、第4号の場合には、第1号に該当する者がいない場合に限定する。
  - 1. 当事者の法定代理人、配偶者、直系尊卑属または兄弟姉妹
  - 2. 当事者である法人の役員・職員
  - 3. 弁護士
  - 4. 当事者から書面により代理権を授与された者
- ③ 院長は、第1項に則った調停申請が、次の各号のいずれか1つに該当する場合、申請を却下する。
  - 1. すでに当該紛争調停事項に対し、法院に訴えが提起された場合
  - 2. すでに当該紛争調停事項に対し、「消費者基本法」第60条<sup>17</sup>に則った消費者紛争調停委員会に紛争調停が申請された場合
  - 3. 調停申請自体において医療事故ではないことが明白な場合
- ④ 院長は、調停申請を受理すれば、調停委員会と鑑定団に各々これを通知し、被申請人に調停申請書を送達しなければならない。
- ⑤ 委員長は、第4項に則った調停申請の通知を受け取ったときには、遅滞なく管轄調停部を指定し、当該事件を配当しなければならない。
- ⑥ 団長は、第4項に則った調停申請の通知を受け取ったときには、遅滞なく管轄鑑定部を指定し、当該事件を配当しなければならない。
- ⑦ 委員長または団長は、次の各号のいずれか1つに該当する場合、遅滞なくその事実を院長に通知しなければならない。この場合、院長は調停申請を却下する。
  - 1. 申請人が調査に応じなかったり、2回以上出席要求に応じないとき

<sup>17</sup> 消費者基本法第60条（消費者紛争調停委員会の設置）① 消費者と事業者との間に発生した紛争を調停するために韓国消費者院に消費者紛争調停委員会（以下「調停委員会」という。）をおく。

② 調停委員会は、次の各号の事項を審議・議決する。

- 1. 消費者紛争に対する調停決定
- 2. 調停委員会の議事に関する規則の制定及び改定・廃止
- 3. その他調停委員会の委員長が討議に付する事項

③ 調停委員会の運営及び調停手続等に関し、必要な事項は大統領令で定める。

2. 申請人が調停申請後に医療事故を理由に「医療法」第12条第2項<sup>18</sup>に違反する行為をしたとき、または「刑法」第314条第1項<sup>19</sup>に該当する行為をしたとき

3. 調停申請があった後に訴えが提起されたとき

⑧ 第4項に則って調停申請書の送達を受けた被申請人が調停に応じる意思を調停仲裁院に通知することで調停手続きが開始となる。被申請人が調停申請書の送達を受けた日から14日以内に調停手続きに応じる意思を通知しなかった場合、院長は調停申請を却下する。

⑨ 第7項または第8項に則って調停申請が却下された場合、院長は遅滞なく委員長と団長にこれを知らせなければならない。

⑩ 第1項に則った紛争の調停申請は、次の各号に該当する期間内に行わなければならない。

1. 医療事故の原因となった行為が終了した日から10年

2. 被害者やその法定代理人がその損害及び加害者を知ったときから3年

⑪ 申請人が被申請人の指定を誤ったことが明らかなきときは、調停部は申請人の申請により決定で被申請人の更訂を許可することができる。

⑫ 第11項に則った更訂許可決定がある場合、新たな被申請人に対する調停申請は、第11項の更訂申請があったときになされたものとし、従前の被申請人に対する調停申請は、更訂申請があったときに取り下げられたものとする。

### 第28条（医療事故の調査）

① 鑑定部は必要と認められる場合、申請人、被申請人、紛争関連の利害関係人または参考人をして出席させ、陳述させたり、また調査に必要な資料及び物等の提出を要求することができる。

② 鑑定部は医療事故が発生した保健医療機関の保健医療人または保健医療機関開設者に事故の原因となった行為当時、患者の状態及びその行為を選択した理由等を書面または口頭で疎明するよう要求することができる。

③ 鑑定委員または調査官は、医療事故が発生した保健医療機関に出入りし、関連文書または物を調査・閲覧または複写することができる。この場合、鑑定委員または調査官は、その権限を表示する証票を携帯し、関係人に提示しなければならない。

### 第29条（鑑定書）

① 鑑定部は、調停申請があった日から60日以内に鑑定書を作成し、調停部に送付しなければならない。

② 第1項にもかかわらず、鑑定部が必要と認めるときには、その期間を1回に限り30日まで延長することができる。この場合、その事由と期限を明示し調停部に通知しなければならない。

③ 第1項の鑑定書には、事実調査の内容及び結果、過失及び因果関係の有無、後遺障害の程度等大統領令で定める事項を記載し、鑑定部の長及び鑑定委員がこれに記名捺印または署名しなければならない。

### 第30条（意見陳述等）

① 調停部は、申請人、被申請人または紛争関連の利害関係人をして調停部に出席し発言できるようにしなければならない。

② 鑑定部に所属された鑑定委員は、調停部に出席し、当該事件に対する鑑定結果を説明しなければならない。調停部は、調停委員過半数の賛成がある場合、その事由と期限を明示し再鑑定を要

---

<sup>18</sup> 医療法12条は（医療技術等に対する保護）に関する規定で、1項においては、医療人が行う医療技術の施行に干渉することができない旨を定め、その2項は「何人も医療機関の医療用施設・機材・薬品、その他の器物等を破壊・損傷させたり、医療機関を占拠し診療を妨害してはならず、これを教唆または幫助してはならない。」とする。

<sup>19</sup> 刑法第314条は（業務妨害）に関する規定で、その1項は「第313条の方法（筆者注：虚偽の事実の流布や偽計による信用毀損）または威力によって人の業務を妨害した者は、5年以下の懲役または1千500万ウォン以下の罰金に処する。」と定める。

求することができる。

③ 調停部が第2項に則り再鑑定を要求した場合、団長は、既存の鑑定手続きに参加していない鑑定委員で新たに鑑定部を構成しなければならない。

④ 第3項に則って新たに構成された鑑定部は鑑定を実施するにあたり、必要な場合、調停仲裁院に属さない保健医療人に諮問することができる。

#### 第31条（出席期日）

① 出席期日はこれを当事者に通知しなければならない。

② 期日の通知は、出席要求書を送達する以外にその他相当な方法によりなさなければならない。

#### 第32条（調停手続きの非公開）

調停部の調停手続きは公開しない。但し、調停部の調停委員過半数の賛成がある場合、これを公開することができる。

#### 第33条（調停決定）

① 調停部は事件の調停申請があった日から、90日以内に調停決定をしなければならない。

② 第1項にもかかわらず、調停部が必要と認める場合、その期間を1回に限り30日まで延長することができる。この場合、その事由と期限を明示し、申請人に通知しなければならない。

③ 調停部は、当該事件に対する鑑定部の鑑定意見を考慮し調停決定を行う。

#### 第34条（調停決定書）

① 調停部の調停決定は、次の各号の事項を記載した文書で行い、調停部の長及び調停委員がこれに記名捺印または署名しなければならない。

1. 事件番号と事件名
2. 当事者及び代理人の氏名と住所
3. 決定主文
4. 申請の趣旨
5. 決定理由
6. 調停日時

② 第1項第5号の決定理由には、主文の内容が正当であることを認定できる程度の判断を表示しなければならない。

#### 第35条（賠償金の決定）

調停部は、第33条に則り調停決定を行う場合、医療事故により患者に発生した生命・身体及び財産に関する損害、保健医療機関開設者または保健医療人の過失の程度、患者の帰責事由等を考慮し損害賠償額を決定しなければならない。

#### 第36条（調停結果の通知）

① 院長は、第33条に則り調停部が調停決定を行ったときは、その調停決定書正本を7日以内に申請人と被申請人に送達しなければならない。

② 第1項に則った送達を受けた申請人と被申請人は、その送達を受けた日から15日以内に同意の可否を調停仲裁院に通報しなければならない。この場合、15日以内に意思表示がないときは同意したものとみなす。

③ 調停は第2項に則り、当事者双方が調停決定に同意したとき、あるいは同意したとみなされるときに成立する。

④ 第3項に則り成立した調停は、裁判上の和解と同一の効力を有する。

⑤ 院長は、紛争の調停の結果、医療事故に対する医療人の過失が認定されず、当該医療事故が、保健医療機関が使用した次の各号のいずれか1つに該当する物の瑕疵によるものと疑われる場合、申請人にそのような趣旨を説明し、被害の救済を受けることができる手続き等を大統領令で定めるところにより案内しなければならない。

1. 「薬師法」第2条に定める医薬品、韓薬及び韓薬製材<sup>20</sup>
2. 「医療機器法」第2条に定める医療機器
3. 「血液管理法」第2条に定める血液

#### 第37条（調停手続中の合意（筆者注：この場合の合意は和解を意味する））

- ① 申請人は第27条第1項に則った調停申請を行った後、調停手続進行中に被申請人と和解することができる。
- ② 第1項に則った和解に至った場合、調停部は調停手続を中断し、当事者が合意した内容に従って調停調書を作成しなければならない。
- ③ 調停部は、第2項に則った調停調書を作成する前に当事者の意思を確認しなければならない。
- ④ 第2項に則り作成された調停調書は、裁判上の和解と同一の効力を有する。

#### 第38条（鑑定書等の閲覧・複写）

- ① 申請人または被申請人は、調停仲裁院に鑑定書、調停決定書、調停調書、その他鑑定に関する記録等の閲覧または複写を申請することができる。
- ② 第1項による閲覧または複写の対象、申請方法及び手続等に関し必要な事項は、保健福祉部令で定める。

#### 第39条（「民事調停法」の準用等）

調停手続に関し、この法で規定されていない事項に対しては、「民事調停法」を準用する。

#### 第40条（訴訟との関係）

医療紛争に関する訴訟は、この法による調停手続を経なくとも提起することができる。

#### 第41条（秘密漏洩の禁止）

調停委員、鑑定委員、調査官及び調停仲裁院の役員・職員で、その業務を遂行している、あるいは遂行していた者は、調停または鑑定手続の過程で職務上知りえた秘密を漏洩してはならない。

#### 第42条（時効の中断）

- ① 第27条第1項に則った調停の申請は、時効中断の効力を有する。但し、その申請が取下げ、もしくは却下されたときは、その効力は生じない。
- ② 第1項本文に則り中断した時効は、次の各号のいずれか1つに該当する場合、新たに進行する。
  1. 調停が成立した場合や第37条による調停手続中の合意（＝和解）が成立した場合
  2. 当事者の一方、もしくは双方が調停決定に同意しないという意思表示をした場合

## 第2節 仲裁

#### 第43条（仲裁）

- ① 当事者は紛争に関し、調停部の終局的決定に従うことを書面でもって合意し、仲裁を申請することができる。
- ② 第1項の仲裁申請は、調停手続継続中にも行うことができる。この場合、調停手続で提出された書面または主張等は仲裁手続で提出したものとみなす。
- ③ 当事者は、合意によって、大統領令で定めるところにより、調停部を選択することができる。
- ④ 仲裁手続に関しては、調停手続に関するこの法の規定をまず適用し、補充的に「仲裁法」を

---

<sup>20</sup> 薬師法第2条において「医薬品」とは次の3つの内のいずれかに当てはまるものと定義されている。①大韓薬典に掲載されている物品の内、医薬部外品ではないもの、②人や動物の疾病を診断・治療・軽減・処置または予防を目的として使用する物品中、器具・機械または装置ではないもの、③人や動物の構造と機能に薬理学的影響を与える目的で使用する物品中、器具・機械または装置ではないもの、とされている。また、「韓薬」とは、動植物または鉱物から採取されたもので、主に原形のまま乾燥・切断または精製された生薬のことをいい、「韓薬製剤」とは韓薬を韓方原理により配合し製造した医薬品を意味する。

準用する。

#### 第 44 条（仲裁判定の効力等）

- ① 仲裁判定は、確定判決と同一の効力を有する。
- ② 仲裁判定に対する不服と仲裁判定の取消に関しては、「仲裁法」第 36 条<sup>21</sup>を準用する。

### 第 4 章 医療賠償共済組合及び不可抗力医療事故補償

#### 第 45 条（医療賠償共済組合の設立・運営）

- ① 保健医療人団体及び保健医療機関団体は、医療事故に対する賠償を目的とする医療賠償共済組合（以下「共済組合」という。）を保健福祉部長官の認可を得て設立・運営することができる。
- ② 共済組合は、法人とする。
- ③ 共済組合は、医療事故に対する賠償金を支給する共済事業を運営しなければならない。
- ④ 保健医療機関開設者は、自身が所属している保健医療人団体及び保健医療機関団体が運営する共済組合に組合員として加入ことができ、共済組合に加入した場合、共済組合が定める共済料を納付しなければならない。
- ⑤ 共済組合の設立・運営等に関し必要な事項は、保健福祉部令で定める。
- ⑥ 共済組合に関し、この法で規定された事項以外は「民法」中の社団法人に関する規定を準用する。

#### 第 46 条（不可抗力医療事故補償）

- ① 調停仲裁院は、保健医療人が十分な注意義務を尽くしたにもかかわらず、不可抗力的に発生したと医療事故補償審議委員会で決定した分娩による医療事故に起因した被害を補償するための事業（以下「医療事故補償事業」という。）を実施する。
- ② 保健福祉部長官は第 1 項に則った医療事故補償事業にかかる費用の一部を予算の範囲で支援することができる。
- ③ 調停仲裁院は、第 1 項に則った医療事故補償事業にかかる費用の一部を保健医療機関開設者等大統領令で定める者に分担させることができる。
- ④ 第 1 項に則った医療事故補償審議委員会の構成及び運営、第 3 項に則った保健医療機関開設者の範囲、補償財源の分担比率、補償の範囲、補償金の支給基準及び手続等に関し、必要な事項は大統領令で定める。

[施行日 2013. 4. 8]

### 第 5 章 損害賠償金の代払

#### 第 47 条（損害賠償金の代払）

- ① 医療事故による被害者が次の各号のいずれか 1 つに該当するにもかかわらず、それに適う金員を支給されなかった場合、未払金に対し、調停仲裁院に代払を請求することができる。但し、第 3 号の場合、判決は確定された場合に限定する。
  1. 調停が成立したり仲裁判定が下された場合、または第 37 条第 1 項に則り調停手続中の合意（筆者注：この場合も和解を意味する）により調停調書が作成された場合
  2. 「消費者基本法」第 67 条第 3 項<sup>22</sup>に則り調停調書が作成された場合

<sup>21</sup> 仲裁法第 36 条によると、「仲裁判定に対する不服は、法院に仲裁判定取消の訴えを提起する方法でのみ行うことができる。」（第 1 項）としているが、この訴えは仲裁判定の正本を受け取った日から 3 か月以内に提起しなければならないとされている（第 3 項）。

<sup>22</sup> 消費者基本法第 67 条は、（紛争調停の効力等）に関する規定で、まず第 1 項で、調停委員会の委員長は、紛争調停が終了したときは遅滞なく当事者に紛争調停の内容を通知しなければならないとし、第 2 項で、その通知を



3. 法院が、医療紛争に関する民事手続において、保健医療機関開設者、保健医療人、その他当事者になりうる者に対し、金員の支給を命じる執行権原を作成した場合
- ② 保健医療機関開設者は、第1項に則った損害賠償金の代払に必要な費用を負担しなければならない。その金額と納付方法及び管理等に関し、必要な事項は大統領令で定める。
- ③ 調停仲裁院は、損害賠償金代払のために、保健福祉部令で定めるところにより別途勘定を設けなければならない。
- ④ 第2項に則り保健医療機関開設者が負担する費用は、「国民健康保険法」第43条第3項<sup>23</sup>にもかかわらず、国民健康保険公団が療養機関に支給しなければならない療養給付費用の一部を調停仲裁院に支給する方法で行うことができる。この場合、国民健康保険公団は、療養機関に支給すべき療養給付費用の一部を支給せず、これを調停仲裁院に支給しなければならない。
- ⑤ 調停仲裁院は、第1項に則った代償請求があるときは、保健福祉部令で定める基準にしたがって審査し支給しなければならない。
- ⑥ 調停仲裁院は、第5項に則り損害賠償金を代償した場合、当該保健医療機関開設者または保健医療人にその費用を求償することができる。
- ⑦ 調停仲裁院は、第6項に則り代払金を求償するにあたって、償還が不可能な代払金に対し、欠損（筆者注：赤字）処分をすることができる。
- ⑧ 第5項に則った損害賠償金支給の対象・範囲・手続及び方法、第6項に則った求償の手続及び方法、第7項に則った償還が不可能な代償金の範囲及び欠損処分手続等に関し、必要な事項は大統領令で定める。

#### 第48条（資料の提供）

調停仲裁院は、保健医療機関等関係機関に対し、代償金の求償及び欠損処分等のために必要な資料の提供を要請することができる。

### 第6章 補則

#### 第49条（送達）

この法に則った文書の送達に関しては、「民事訴訟法」中の送達に関する規定を準用する。

#### 第50条（調停費用等）

- ① 調停仲裁院は、紛争の調停または仲裁申請を行う者に手数料を納付させることができる。
- ② 調停仲裁院は、他の機関等から依頼された鑑定に対し、その費用を徴収することができる。
- ③ 第1項に則った手数料及び第2項に則った鑑定費用の金額と納付方法等に関し必要な事項は、大統領令で定める。

#### 第51条（調停成立等による被害者の意思）

- ① 医療事故により「刑法」第268条<sup>24</sup>の罪の内、業務上過失致傷罪を犯した保健医療人に対しては、第36条第3項に則った調停が成立した場合や、第37条第2項に則った調停手続中の合意（＝

---

受けた当事者は受け取った日から15日以内に紛争調停の内容に対する受諾の可否を調停委員会に通知しなければならないこと、仮に15日以内に意思表示がない場合は受諾したものとみなされることが規定されている。そして第3項は「第2項の規定により当事者が紛争調停の内容を受諾したか、受諾したものとみなす場合、調停委員会は調停調書を作成し、調停委員会の委員長及び各当事者が記名・捺印しなければならない。但し、受諾したものとみなす場合は、各当事者の記名・捺印を省略することができる。」とする。

<sup>23</sup> 国民健康保険法第43条は、（療養給付費用の請求と支給等）に関する規定である。療養機関は療養給付費用を国民健康保険公団に請求できるが（第1項）、療養給付費用の請求をしようとする療養機関は、健康保険審査評価院に療養給付費用の審査請求をすること、そして健康保険審査評価院はこの審査後遅滞なくその内容を公団と療養機関に通知することとなっており（第2項）、さらに同条第3項では、「第2項の規定により審査内容の通知を受けた公団は、遅滞なくその内容に沿って療養給付費用を療養機関に支給する。」との旨が定められている。

<sup>24</sup> 韓国刑法268条（業務上過失・重過失致死傷）業務上過失または重大な過失によって人を死傷させた者は、5年以下の禁錮または2千万ウォン以下の罰金に処する。

和解)により調停調書が作成された場合においては、被害者の明示した意思に反し公訴を提起することはできない。但し、被害者が身体の傷害により生命に対する危険が発生したり、障害または不治あるいは難治の疾病にいたった場合はその限りではない。

② 第3章第2節に則った仲裁手続において「仲裁法」第31条<sup>25</sup>に則った和解仲裁判定書が作成された場合も第1項に同じ。

[施行日 2013. 4. 8]

#### 第52条(権限の委任及び委託)

① 保健福祉部長官は、この法による権限の一部を大統領令で定めるところにより、市・道知事または市長・郡首・区庁長に委任することができる。

② 保健福祉部長官は、この法による権限の一部を大統領令で定めるところにより、調停仲裁院に委託することができる。

## 第7章 罰則

#### 第53条(罰則)

① 第41条に違反し、職務上知りえた秘密を漏洩した者は、3年以下の懲役または1千万ウォン以下の罰金に処する。但し、これに対しては、被害者またはその代理人の告訴があつてはじめて公訴を提起することができる。

② 第28条第3項に則った調査・閲覧または複写を正当な理由なく拒否・妨害または忌避した者は、3千万ウォン以下の罰金に処する。

#### 第54条(過料)

① 次の各号のいずれか1つに該当する者には500万ウォン以下の過料を賦課する。

1. 第9条に違反し同一または類似名称を使用した者
2. 第28条第1項による出席要求を受けながら、正当な事由なく出席しなかった申請人または被申請人
3. 第28条第1項による調査に必要な資料及び物等の提出要求を受けながら、正当な事由なくこれを提出しなかった者
4. 第28条2項に則った疎明要求を受けながら、正当な事由なく、これに応じなかった者

② 第1項に定める過料は、大統領令で定めるところにより、保健福祉部長官、市・道知事または市長・郡首・区庁長が賦課・徴収する。

### 附則<第10566号, 2011. 4. 7>

#### 第1条(施行日)

この法は、公布後1年が経過した日から施行する。但し、第46条及び第51条は公布後2年が経過した日から施行する。

#### 第2条(委員会の設立準備)

① 保健福祉部長官は、この法の公布の日から3か月以内に調停仲裁院の設立に関する事務を処理するために設立準備委員会(以下「準備委員会」という。)を構成する。

② 準備委員会は、設立準備委員長(以下「準備委員長」という。)を含めた9名以内の設立準備

---

<sup>25</sup> 仲裁法第31条(和解) ① 仲裁手続の進行中に当事者らが和解した場合、仲裁判定部は、その手続を終了する。この場合、仲裁判定部は当事者らの要求によりその和解内容を仲裁判定の形式に記すことができる。

② 第1項に則り和解内容を仲裁判定の形式に記すときは第32条(筆者注: 仲裁判定の形式と内容に関する規定で、仲裁判定は書面で作成されなければならないこと、判定の根拠となる理由が記載されなければならないこと等を定める)に則って作成されなければならないが、仲裁判定である旨が明示されなければならない。

③ 和解仲裁判定は、当該事件の本案に関する仲裁判定と同一の効力を有する。

委員（以下「準備委員」という。）で構成する。

③ 準備委員長と準備委員は、保健医療人団体及び保健医療機関団体の長が推薦する者「非営利民間団体支援法」第2条<sup>26</sup>に則った非営利民間団体が推薦する者及び関係公務員の中で保健福祉部長官が任命または委嘱する。

④ 準備委員会はこの法の施行前に定款を作成し、保健福祉部長官の認可を得なければならない。

⑤ 準備委員長は、第4項に則り認可を得たときは、調停仲裁院の設立登記を行った後、院長に事務を引き継がなければならない。

⑥ 準備委員長及び準備委員は、第5項に則った事務の引継を終えたときは、解任または解嘱されたものとみなす。

### 第3条（医療紛争に関する適用例）

この法は、本法施行後、最初に終了した医療行為等により発生した医療事故から適用する。

### 第4条（共済組合認可に関する経過措置）

この法施行当時、従前の「医療法」第31条第1項<sup>27</sup>に則った共済事業の申告を行った者は、第45条第1項に則った認可を得たものとみなす。但し、本法施行の日から1年以内に本法による要件を備え、第45条第1項に則り認可を受けなければならない。

### 第5条（紛争調停に関する経過措置）

本法施行前に発生した医療行為等による医療事故の紛争調停に関しては、従前の規定に従う。

---

<sup>26</sup> 前掲注12参照のこと。

<sup>27</sup> 医療法第31条（共済事業）① 中央会は、医療紛争により会員に発生した被害の補償等のために共済事業をするには、保健福祉部長官に申告しなければならない。

② 第1項に則った共済事業の内容及び運営に必要な事項は、大統領令で定める。

## 引用文献

### \* 第 1 章

- 石川寛俊[2004]:『医療と裁判—弁護士として、同伴者として』(岩波書店)
- 伊丹敬之=加護野忠男[2003]:『ゼミナール経営学入門[第3版]』(日本経済新聞社)
- 加藤良夫[1981]:「医療訴訟が医療に及ぼす影響について—問題提起の意味で—」ジュリスト 745号 48頁
- 川上武[1971]:『医療と人権』(頸草書房)
- 小林暁峯[2004]:「クリニカルガバナンス」『医療経営白書 2004年度版』151頁
- 手嶋豊[1997]:「医師の責任」『新・現代損害賠償法講座3』(日本評論社) 311頁
- 仲田朝子[2010]:「裁判統計から見る医事関係訴訟事件の状況」法曹時報 62巻 8号 27頁
- 中村哲[2000]:「医師の説明義務とその範囲」太田幸夫編『新・裁判実務体系1・医療過誤訴訟法』(青林書院) 69頁
- 新美育文[1986]:「医師=患者関係に対して法の果たす役割」日本医事法学会編『医事法学叢書1』(日本評論社) 111頁
- 浜町久美子[2005]:「看護職の立場からのクリニカル・ガバナンス—納得のためのプロセスとしての合意形成」現代のエスプリ 458号 140頁
- 平沼高明[1997]:『医事紛争入門』(労働基準調査会)
- 平山愛山[2008]:「医師紛争解決に向けた医療機関の取組み—透明性の確保と説明責任の遂行—」判タ 1271号 66頁
- 福島雅典[1993]:『医療不信・よい医者は患者が育てる』(同文書院)
- 古川俊治[2005]:『患者さん参加型医療のすすめ』(かんき出版)
- 星野雅紀[1991]:「医師の説明義務と患者の承諾」山口和男=林豊編『現代民事裁判の課題 ⑨医療過誤』(新日本法規) 123頁
- 堀田和宏[1999]:『経営管理論講義』(新東洋出版社)
- 吉田邦彦[2003] (初出[1994]):「近時のインフォームド・コンセント論への一疑問—日本の医療現場の法政策的考察を中心として—」同『契約法・医事法の关系的展開』(有斐閣) 278頁 (初出:民商法雑誌 110巻 2号 254頁、110巻 3号 399頁)
- 武藤正樹[2004]:「病院組織改革の新たな取組み—クリニカル・ガバナンスの構築」教育と医学 52巻 11号 85頁
- 六本佳平[1974]:「医療事故に対する患者側当事者の行動—医療事故紛争発生の条件を中心—to」 唄孝一=有泉亨編『現代損害賠償法講座4 医療事故・製造物責任』(日本評論社) 159頁

### \* 第 2 章

#### ◆日本語文献

- 青木清[1993]:「資料・韓国法制研究院『国民法意識調査研究』」南山法学 16巻 3・4号

- 322 頁
- [2003]:「第 11 章 韓国の社会と法」河合隼雄=加藤雅信『人間の心と法』(有斐閣)  
262 頁
- [2005]「韓国人の法意識 [特集 契約観・訴訟観・法意識の国際比較]」ジュリスト  
1297 号 79 頁
- イヴァン・イリッチ [金子嗣郎訳] [1998]:『脱病院化社会—医療の限界』(晶文社)
- 李聲杓[2003]:「韓国における医師の説明義務」早稲田大学大学院法研論集 106 号 236 頁
- 李永煥 (西尾昭訳) [1985]:「診療行為における医師の説明義務—判例を中心として [韓国]」  
同志社法学 37 卷 1・2 号 195 頁
- 医療人類学研究会編[1992]:『文化現象としての医療』(メディカ出版)
- 大村敦志[1999]:「日韓比較民法研究序説」同『法典・教育・民法学—民法総論研究』(有  
斐閣) 159 頁
- [2006]:「韓国民法の 50 年と日本民法の 60 年—二つの民法学と民法典の未来のため  
に」ジュリスト 1322 号 38 頁
- 加藤雅信ほか編[2005]:『21 世紀の日韓民事法学—高翔龍先生日韓法学交流記念—』(信山  
社)
- 金祥洙[1996]:『韓国民事訴訟法』(信山社)
- 金成俊[2008]:「韓国韓医学通信 (第 28 報)」漢方の臨床 55 卷 6 号 138 頁
- 金英信[2006]:「韓国韓医学の現代史と現状」  
(上) 漢方の臨床 53 卷 8 号 9 頁  
(中) 漢方の臨床 53 卷 9 号 163 頁  
(下) 漢方の臨床 53 卷 10 号 117 頁
- 高翔龍[1998]:『現代韓国法入門』(信山社)
- [2007]:『韓国法』(信山社)
- 佐野勝信[2007]:「裁判統計から見る医事関係訴訟事件の状況」民事法情報 249 号 3 頁
- 菅野雅之[2006]:「訴訟の促進と審理の充実—裁判官から」ジュリスト 1317 号 61 頁
- 鄭鍾休[2002]:「韓国民法改正試案について—債権編を中心として」岡孝編『契約法におけ  
る現代化の課題』(法政大学出版局) 157 頁
- [1989]:『韓国民法典の比較法的研究』(創文社)
- 朴相哲[2005]:「韓国人の法意識」加藤雅信ほか編『21 世紀の日韓民事法学—高翔龍先生日  
韓法学交流記念—』(信山社) 29 頁
- 尹龍澤=姜京根編著[2004]:『現代の韓国法—その理論と動態』(有信堂高文社)
- 梁彰洙[2006]:「韓国民法における『外国』の問題—韓国民法学史の一齣を契機として」  
ジュリスト 1310 号 138 頁

◆ 韓国語文献

- 國會事務處法制室[2000]: 醫療紛争調停法案에 대한 法制的檢討 (医療紛争調停法案に対

- する法制的検討), 國會事務處法制室
- 국무조정실 (國務調整室) [2008]: 참여정부핵심공약추진결과(國務調整室「参与政府核心公約推進結果」), 국무조정실 (國務調整室)
- 김선중 (金善中) [2002]: 새로운 審理方式에 따른 醫療過誤訴訟의 審理와 實務上 諸問題—민사사건관리방식에 따른 서울지방법원의 실무를 중심으로—(新しい 審理方式に則した医療過誤訴訟の審理と實務上の諸問題—民事事件管理方式に則した ソウル地方法院の實務を中心に—), 재판자료 97 집 (裁判資料 97 輯), 법원도서관 (法院圖書館)
- [2005]: 최신실무 의료과오소송법 (『最新實務 医療過誤訴訟法』), 博英社
- 김선중=이경환=김원호 (金善中=李慶桓=キム・ウォノ) [2003]:  
연세의료법윤리학총서 3 의사와 변호사가 함께 풀이한 최신의료판례  
(『延世医療法倫理学叢書 3 医師と弁護士が共に解析した最新医療判例』), 동림사 (トンリムサ)
- 김용균=이원형 (キム・ヨンギョン=イ・ウォニョン) [2002]:  
「의료분쟁조정법」 제정을 위한 공청회, 공청회자료집 (「『医療紛争調停法』 制定のための公聴会」公聴会資料集)
- 대한의사협회 의료정책연구소 (大韓醫師協會医療政策研究所) [2003]:  
무과실 의료사고의 피해자 구제제도를 위한 실태조사 및 인식도조사에 관한 연구  
(「無過失医療事故の被害者救済制度のための実態調査及び認識度調査に関する研究」), 의료정책연구소 (医療政策研究所)
- 朴永浩[2005a]: 의료분쟁과 법 (『医療紛争と法』), 법률정보센터 (法律情報センター)
- 丁容鎮編著[1999]: 대법원판례정선 보건의료법의료분쟁  
(『大法院判例精選 保健医療法学・医療紛争』), 울림사 (ウルリムサ)
- 최재천 (崔載千) [1998]: 의료분쟁조정법안에 대한 비판적 고찰, 법률신문 2726 호  
(「医療紛争調停法案に対する批判的考察」法律新聞 2726 号)
- 최진홍 (チェ・ジノン) [2005]: 의료분쟁의 해결방안에 관한 연구, 서강대학교대학원 석사학위논문 (「医療紛争の解決案に関する研究」西江大学校大学院碩士 (修士) 學位論文)
- 한국의료법학회보건의료법학편찬위원회 (韓國医療法学会保健医療法学編纂委員会) [2003]:  
보건의료법학—개정판— (『保健医療法学 - 改訂版-』), 동림사 (トンリムサ)
- 이덕환 (李德煥) [1998]: 의료행위와 법 (『医療行為と法』), 文英社
- 李載衡[2007]: 醫療事故의 被害救濟에 관한 研究(「医療事故の被害救済に関する研究」), 漢陽大学校大学院博士學位論文

### \* 第 3 章

#### ◆ 日本語文献

- 飯塚和之[2004]:「患者の自己決定権と司法判断—近時の最高裁・説明義務判決をめぐって—」湯沢雍彦=宇都木伸編『人の法と医の倫理』(信山社) 263 頁
- 池田恒男=李庸吉[2007]:「説明義務違反を認めなかった原審の判断に誤りがあるとされた事例—予防的な治療に際しての医師の説明義務について」龍谷法学 40 卷 3 号 200 頁
- 幾夜通=広中俊雄編[1989]:『新版注釈民法(16)』(有斐閣)
- 石川寛俊[2000]:「延命利益、期待権侵害、治療機会の喪失」太田幸夫編『新・裁判実務大系』(青林書林) 288 頁
- 伊藤道哉[2002]:『生命と医療の倫理学』(丸善)
- 稲田龍樹[1990]:「説明義務」根本久編『裁判実務大系 17 医療過誤法』(青林書林) 188 頁
- 植木哲[1998]:『医療の法律学』(有斐閣) (第 2 版:[2003], 第 3 版:[2007])
- 内田貴[2007]:『民法Ⅱ債権各論 [第 2 版]』(東京大学出版会)
- 宇都木伸[1974]:「患者の承諾—イギリスにおける未成年者の取り扱い—」唄孝一=有泉亭編『現代損害賠償法講座 (4)』(日本評論社) 105 頁
- 浦川道太郎[1993]:「説明と医師の裁量」年報医事法学 8 号 78 頁
- 卜部文麿[1997]:「医療と宗教—医療と哲学」民事法情報 132 号 60 頁
- 大橋憲広=鈴木龍也他[2001]:『レクチャー法社会学』(法律文化社)
- 大橋弘[1999]:「最高裁判所判例解説」曹時 51 卷 2 号 163 頁
- 加藤新太郎[2006]:「59 東大脳動脈奇形 (AVM) 事件」医事法判例百選 (別冊ジュリスト 183 号) 128 頁
- 金川琢雄[1997]:「判批」判評 463 号 (判例時報 1606 号) 197 頁
- 河合隼雄=加藤雅信[2003]:『人間の心と法』(有斐閣)
- 河上正二[2010]:「診療債務について (覚書)」法学 74 卷 6 号 72 頁
- 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)
- 熊代雅音[2006]:「医療訴訟における説明義務について」ジュリスト 1315 号 138 頁
- 倉島浩二=森田恵佑[2000]:「裁判統計から見た医療過誤訴訟事件について」民事法情報 169 号 10 頁
- 倉島浩二=高橋慎也[2001]:「医療関係訴訟事件の概況—裁判統計を中心として—」同 180 号 34 頁
- 小西知世[2000]:「癌患者本人への医師の病名告知義務」  
(1) 法学研究論集 [明治大学大学院] 13 号 69 頁
- [2001]: (2) 法学研究論集 [明治大学大学院] 14 号 111 頁  
(3) 法学研究論集 [明治大学大学院] 15 号 133 頁
- [2002] (4・完) 法学研究論集 [明治大学大学院] 16 号 73 頁
- 佐野勝信[2006]:「裁判統計から見る医事関係訴訟事件の状況」民事法情報 237 号 2 頁
- [2007]:「裁判統計から見る医事関係訴訟事件の状況」民事法情報 249 号 2 頁
- 潮見佳男[2006]:「44 輸血拒否—東大医科研病院事件」医事法判例百選 (別冊ジュリスト 183 号) 96 頁

- 高嶋英弘[1987]:「診療契約の特質と内容」  
    (一) 民商法雑誌 96 卷 6 号 777 頁  
    (二完) 民商法雑誌 97 卷 1 号 76 頁
- 瀧川裕英[2003]:『責任の意味と制度—負担から応答へ』(頸草書房)
- 田中康茂[2003]:「裁判統計から見た医事関係訴訟事件を巡る最近の動向」民事法情報 202 号 2 頁  
———[2004]:「裁判統計から見た医事関係訴訟事件を巡る最近の動向」民事法情報 214 号 2 頁  
———[2005]:「裁判統計から見た医事関係訴訟事件を巡る最近の動向」民事法情報 226 号 2 頁
- 塚本泰司[1996]:「5 東大脳動静脈奇形(AVM)事件」医療過誤判例百選[第2版] (別冊ジュリスト 140 号) 20 頁  
———[2004]:「未破裂脳動脈瘤に対する予防手術の4症例」年報医事法学 19 号 164 頁  
———[2006]:「58 未破裂脳動脈瘤に対する予防手術」医事法判例百選 (別冊ジュリスト 183 号) 126 頁
- 手嶋豊[1997]:「医師の責任」山田卓生編集代表・加藤雅信編『新・現代損害賠償法講座3』(日本評論社) 311 頁  
———[2005]:「医療と説明義務」判例タイムズ 1178 号 185 頁  
———[2006]:「65 未熟児網膜症事件」医事法判例百選 (別冊ジュリスト 183 号) 142 頁
- 寺沢知子[1992]:「未成年者への医療行為と承諾」  
    (1) 民商法雑誌 106 卷 5 号 655 頁  
    (2) 民商法雑誌 106 卷 6 号 799 頁  
    (3完) 民商法雑誌 107 卷 1 号 56 頁
- 土井文美[2008]:「医師の説明義務」判例タイムズ 1260 号 18 頁
- 富田清美[1993]:「カナダと日本におけるインフォームド・コンセントについての比較法的研究」東京都立大学法学会雑誌第 34 卷第 1 号 157 頁
- 新美育文[1975]:「医師と患者の関係—医師と患者の法的側面—」  
    (1) 名古屋大学法政論集 64 卷 67 頁  
    (2) 名古屋大学法政論集 65 卷 182 頁  
———[1976]: (3) 名古屋大学法政論集 66 卷 149 頁  
———[1985]:「医師の説明義務と患者の同意」民法の争点Ⅱ (有斐閣) 230 頁
- 二宮周平[2009]:『家族法〔第3版〕』(新世社)
- 野澤正充[2009]:「チーム医療における総責任者の説明義務」速報判例解説 4 号 64 頁
- 唄孝一[1965]:「治療行為における患者の意思と医師の説明—西ドイツにおける判例と学説」『契約法体系 7 卷』(有斐閣) 66 頁以下 (後に同[1970]『医事法学への歩み』(岩波書店) 3 頁以下に所収)



- 原島重義[2002]:『法的判断とは何か』(創文社)
- 樋口範雄[2000]:『『エホバの証人』最高裁判決』法学教室 239号 41頁
- 日野原重明[1996]:「キュアとケア」大井玄=堀原一=村上陽一郎編『医療原論—医の人間学—』(弘文堂) 52頁
- 平野哲郎[2001]:「新しい時代の患者の自己決定権と医師の最善義務—エホバの証人輸血拒否事件判決がもたらすもの」判例タイムズ 1066号 19頁
- 廣瀬美佳[1995]:「新潟A VM塞栓術説明義務訴訟」年報医事法学 10号 141頁
- 平林勝政[1974]:「プロフェッショナル・ネグリジェンスとしての医療過誤」唄孝一=有泉亨編『現代損害賠償法講座 4 医療事故・製造物責任』(日本評論社) 41頁
- 福岡聡一郎[2001]:「判批」民事法情報 179号 116頁
- 細川清[1976]:「医師の開示義務—アメリカの場合—(上)(下)」判例時報 817号 3頁、818号 10頁
- 堀川博司[2008]:「裁判統計から見る医事関係訴訟の状況」民事法情報 261号 2頁
- 松倉豊治[1974]:「未熟児網膜症による失明事例といわゆる『現代医学の水準』」判例タイムズ 311号 61頁
- 松倉豊治[1980]:「医療行為における裁量の特質—特に説明義務に関連して」判例タイムズ 415号 9頁
- 丸山英二[1996]:「72 未熟児網膜症事件」医療過誤判例百選〔第二版〕(別冊ジュリスト 140号) 162頁
- 村上陽一郎[1996]:「科学史と医療」大井玄=堀原一=村上陽一郎編『医療原論—医の人間学—』(弘文堂) 23頁
- 山下登[1983]:「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) 六甲台論集 30 卷 1 号 96 頁
- (2) 六甲台論集 30 卷 3 号 33 頁
- [1984]: (3) 六甲台論集 31 卷 3 号 20 頁
- 山下洋一郎[2005]:「判批」判例タイムズ 1178号 212頁
- 吉田邦彦[2003] (初出[1994]):「近時のインフォームド・コンセント論への一疑問—日本の医療現場の法政策的考察を中心として—」同『契約法・医事法の関係的展開』(有斐閣) 278頁
- 六本佳平[2004]:『日本の法と社会』(有斐閣)
- ロバート・B・レフラー(長澤道行訳)[2002]『日本の法と医療 インフォームド・コンセントルネッサンス』(勁草書房)
- 和田仁孝=前田正一[2001]:『医療紛争—メディカル・コンフリクト・マネジメントの提案』(医学書院)

◆韓国語文献

- 権五乗[1993]: 민법의 쟁점 (『民法の争点』), 법원사

- 김만오 (キム・マノ) [2005]: 의료과오에 관한 판례의 동향 ( 医療過誤に関する判例の動向), 민사법학, 27 권 ( 民事法学 27 卷) p. 299
- 金敏圭[1994]: 醫師의 過失判斷構造, 法學研究, 第 6 輯, p. 121
- [1997a]: 醫師의 說明義務와 그의 免除 ( 醫師의說明義務とその免除), 耕嚴洪天龍教授華甲紀念論文集, p. 627
- [1997b]: 醫師의 說明義務違反과 그 效果 ( 醫師의說明義務違反とその効果), 外大論叢 17 輯, p. 527
- [1998]: 醫療事故에 있어서 因果關係에 관한 立證責任 ( 醫療事故における因果關係に関する立証責任), 外大論叢 18 輯 2 卷, p. 209
- [2001]: 醫療水準論, 民事法理論과 實務, 4 卷 1 號, p. 31
- [2002]: 說明義務違反과 慰藉料, 比較法學第 13 輯, p. 175
- [2008]: 의료과오책임소송에 있어서 「의료수준」 개념의 재구성 ( 醫療訴訟における「医療水準」概念の再構成), 동아법학, 41 호 ( 東亜法学 41 号), p165
- 김민중 (キム・ミンジュン) [1993]: 의사책임 및 의사법의 발전에 관한 최근의 동향 ( 醫師責任及び醫師法の發展に関する最近の動向), 민사법학 9·10 호 ( 民事法学 9·10 号), p. 325
- [2011]: 의료의 법률학 ( 『医療の法律学』 ), 신론사
- 金善中[2008]: [신정판] 최신실무 의료과오소송법 ( 『[新訂版] 最新実務 医療過誤訴訟法』 ), 博英社.
- 金相容[1997]: 不法行爲法, 法文社.
- [2003]: 債權各論[改訂版], 法文社.
- 김재윤 (キム・ジェユン) [2006]: 의료분쟁과법 ( 『医療紛争と法』 ), 을곡출판사 ( エルゴック出版社) .
- 金天秀[1988]: 의사의 설명의무 ( 醫師의說明義務), 민사법학, 7 호 ( 民事法学 7 号), p. 147
- [1994]: 환자의 자기결정권과 의사의 설명의무 ( 「患者の自己決定權と醫師の說明義務」 ), 서울대학교대학원 박사학위논문 ( ソウル大学大学院博士学位論文)
- 김지석 (キム・ジソク) [2011]: 의사의 설명의무의 범위에 관한 고찰 ( 醫師의說明義務の範圍に関する考察), 재산법연구 28 권 1 호 ( 財産法研究 28 卷 1 号), p. 341
- 김용빈 (キム・ヨンビン) [2008]: 의료과오소송에 있어 입증책임 완화에 따른 의료과실의 의미와 판단기준 ( 醫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, 9 권 1 호 ( 医療法学 9 卷 1 号), p. 57
- 朴鐘元[2002]: 醫師의 說明義務 ( 醫師의說明義務), 全北大學校大學院 博士學位論文
- 박영호 (朴永浩) [2005b]: 의료과실과 인과관계의 입증에 관한 대법원 판결의 태도 ( 醫療過失と因果關係の立証に関する大法院判決の態度), 의료법학 6 권 2 호 ( 医療法学 6 卷 2 号), p. 235

- [2009] : 손해배상액 산정에 관한 최근 10 년간 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)), 의료법학 10 권 2 호 (医療法学 10 卷 2 号), p. 11
- 朴一換[1990], 醫療訴訟에서의 立證責任 (医療訴訟における立証責任), 민사법학, 8 호 (民事法学 8 号), p. 371
- [1997] : 醫療契約, 郭潤直編輯代表, 民法注解 XVI債權(9), p. 268
- 백경희 (ペク・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, 8 권 1 호 (医療法学 8 卷 1 号), p. 179
- 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 40 호 (民事法学 40 号), p. 291
- 石熙泰[2007] : 의료과오소송 원고의 증명부담 경감 (医療過誤訴訟原告の証明負担の軽減), 의료법학, 8 권 2 호 (医療法学 8 卷 2 号), p. 195
- 宋榮珉[2007] : 의사의 설명의무에 관한 최근 판례의 동향과 그 비판적 고찰 (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), 재산법연구 23 권 1 호 (財産法研究 23 卷 1 号), p. 229
- 신현호 (申鉉昊) [1997] : 의료과오소송총론 (医療過誤訴訟總論), 育法社.
- 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論の展開と発展), 의료법학, 9 권 1 호 (医療法学 9 卷 1 号), p. 9
- 鄭淇雄[2007] : 의사의 설명의무와 환자의 승낙 (医師の説明義務と患者の承諾), 민사법학, 39 권 1 호 (民事法学 39 卷 1 号), p. 439
- 全炳南[2002] : 의사의 설명의무와 손해배상책임 (医師の説明義務と損害賠償責任), 의료법학, 3 권 1 호 (医療法学 3 卷 1 号), p. 270
- 주호노 (チュ・ホノ) [2012] : 의사법총론 (『医事法總論』), 法文社,
- 채순 (チェ・スン) [2007] : 의사의 치료전설명 의무와 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, 14 권 4 호 (比較私法研究 14 卷 4 号), p. 477
- [2008] : 의료과실과 법 (『医療過失と法』), 신지서원.
- 催載千=朴永浩[2001] : 의료과실과 의료소송 (『医療過失と医療訴訟』), 育法社.
- 閔裕淑[2005] : 의료과오로 인한 손해배상소송에 있어서 인과관계과실의 추정과 설명 의무 (医療過誤による損害賠償訴訟における因果関係の推定と説明義務), 대법원판례해설 51 호 (大法院判例解説 51 号), p. 279
- 安法榮[1997] : 의료사고의 불법행위책임 (醫療事故の不法行為責任), 법학논집 (法学論集), 33 輯, p. 231
- [2005] : 의료사고소송상 인과관계 추정-대법원 판례의 요지에 관한 소견-(医療

事故訴訟上の因果關係推定—大法院判例の要旨に関する所見—, 의료법학 6 권 2 호  
(医療法学 6 卷 2 号), p. 248

梁彰洙[1997]: 의료과오에 관한 재판례, 민법연구 3(「医療過誤に関する裁判例」 『民法  
研究 3』), 博英社, p. 445

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

李德煥[1991]: 民法上 醫師의 說明義務法理에 관한 研究 (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).

이정환 (イ・ジョンファン) [2012]: 의료과오소송에서의 증명책임경감론-일응의 추정  
이론을 중심으로-(医療訴訟におけるの証明責任軽減論—一応の推定理論を中心に  
—), 의생명과학과 법, 7 권 (医生命科学と法 7 卷), p. 151

李銀榮[2004]: 채권각론 (債權各論), 博英社

## \* 第 4 章

### ◆日本語文献

児玉安司[2013]: 「医療ADR」法律時報 85 卷 4 号 37 頁以下

高安雄一[2010]: 「韓国における雇用の非正規化について」佐藤仁志編「雇用の非正規化  
と国際貿易」調査研究報告書 (アジア経済研究所)

### ◆韓国語文献

金敏圭[2003]: 우리나라 의료과오소송의 실태와 의료분쟁해결방안 (わが国の医療訴訟  
の実態と医療紛争解決案) 比較私法第 10 卷 4 号

박준수 (朴俊秀) [2010]: 의료사고 피해구제 및 의료분쟁조정등에 관한 법률(안)의  
주요쟁점에 관한 고찰 (医療事故被害救済及び医療紛争調停等に関する法律(案)の  
主要争点に関する考察), 보건의료산업학회집, 4 권 2 호 (保健医療産業学会集 4 卷  
2 号), p. 107

朴永浩[2005a]: 의료분쟁과 법 (『医療紛争と法』), 법률정보센터 (法律情報センター)

최진홍 (チェ・ジノン) [2005]: 의료분쟁의 해결방안에 관한 연구(의료분쟁조정법률  
안을 중심으로) (医療紛争の解決案に関する研究 (医療紛争調停法律案を中心  
に)),西江大学大学院碩士 (修士) 学位論文

李載衡[2007]: 醫療事故의 被害救済에 관한 研究 (医療事故のの被害救済に関する研究),  
漢陽大学校大学院博士学位論文

## \* 第 5 章

### ◆日本語文献

石川博康[2008]: 『信賴』に関する学際的研究の一動向」中山信弘編集代表・藤田友敬編  
『ソフトローの基礎理論』(有斐閣) 67 頁

大村敦志=權澈[2010]: 『日韓比較民法序説』(有斐閣)

ニクラス・ルーマン（大庭健＝正村俊之訳）[1990]：『信頼—社会的な複雑性の縮減メカニズム』（勁草書房）〔原書：Luhman, N. [1973], *Vertrauen: Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, 2. erweiterte Auflage〕

手嶋豊[2001]：「医療における同意の前提としての説明義務に違反したために認められた慰謝料の算定に関する考察」ジュリスト 1199号

——[2011]『医事法入門〔第3版〕』（有斐閣）

◆韓国語文献

金敏圭[2005]：日本 民事法 研究에(に) 대한(対する) 批判的 考察—  
醫療過誤責任法上의 「過失判斷構造」를 소개로—, 比較私法 12 卷 1 號, p. 53.

◆英語文献

Frankel, T. [1983] : *Fiduciary Law*, Cal. L. Rev. 795.