慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	医師の義務としての説明の範囲：西ドイツの裁判例を中心に
Sub Title	Inhalt der ärztlichen Aufklärungspflicht
Author	河原, 格(Kawahara, Kaku)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1982
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.55, No.5 (1982. 5) ,p.52- 79
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	研究ノート
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19820515-0052

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

研究ノート

医師の義務としての説明の範囲

——西ドイツの裁判例を中心に——

河原格

一　初めに
二　医師の説明の範囲決定のファクター——合併症の発生の度合
三　承前——切迫性の度合
四　承前——患者の態度
五　承前——危険の大きさ
六　まとめ

一　初めに

医師の責任を追及する場面では、不法行為責任からの追及及び契約責任からの追及という二面があり、前者の不法行為責任を追及する場合には過失責任及び説明義務違反を原因として責任を追及する。前稿で述べたように(1)、日本では説明義務違反を契約義務違反と位置づけているが、西ドイツでは筆者の見たところによれば、契約義務違反と位置づける見解は見られず、専ら不法行為責任の場面で論じられ(2)、一般に説明義務を果たしていることは違法性阻却事由と把握されている(3)。本稿では契約責任からのアプローチは次に譲り、専ら不法行為責任追及の一環としての医師の説明義務を扱うことにする。

医師が患者に対し、医療行為を施す場合には、患者の自由な意思に基づいて医療行為が行なわれなければならないのである。医師は患者の意思を無視して強制的に治療行為を含めた医療行為をする（専断的治療行為 Eigenmächtige Verhandlung という）ことは許さ

れないのである。患者の意思を無視して行なわれた医師の医療行為（侵襲 Eingriff）[4]は刑法上傷害罪に該当し[5]、民法上は不法行為を形成し、損害賠償請求、特に慰謝料請求権発生の根拠となる。患者にとつて医師のなした侵襲が成功に終つたとしても患者は医師に対して慰謝料請求権に基づいて損害を請求することになる。BGHはこの点を基本法二条二項の肉体的不可侵性に対して有する患者の権利に基づくものとしばしば明言する。従つて患者の同意が医師の侵襲の前提となることがわかる。この点から患者の自由な意思（有効な同意）を得るための医師の医療行為（侵襲）についての説明が必要とされる。この説明はあくまで患者の自由な同意（有効な同意）を得るための前提であるが、一般に説明義務と称されている。この説明義務を懈怠すれば、医師の専断的治療行為とされ、損害賠償請求権が患者から医師に行使される結果、医師にとつて、患者の有効な同意を得るために、十分な説明をすることが必要となり、その場合、説明の範囲を医師の側からも患者の側からも確定させることが重要となる。一方説明義務と一般的に説明が位置づけられているが、この問題（説明義務なのか、単に治療の一部としての説明なのか等）は説明の範囲及び説明をしなくても（それで患者から同意を受けても）許される場合とはいかなる場合なのかを明確にして初めて検討できる問題である[6]。しかし前者の説明の範囲及び後者の説明の不要な場合の問題について、日本では余り論じられることが多くなかつたのである。本稿ではそこで医師の説明の範囲の問題について、西ドイツでの現在に至るまでの裁判所（下級審及びBGH）の裁判例が日本でこの問題を論ずる場合に参考にできると考えられるため、それらを中心に紹介していくことにする。

周知のように西ドイツでは医師の患者に対する説明は二種類に分けられ、一方は治療上の説明 therapeutische Aufklärung[7]であり、他方は自己決定上の説明 Selbstbestimmungsaufklärung[8]である。前者は治療の一部であり、その内容は所見・診断・それから生ずる結果をその対象とする[9]。特に多くのケースで取り扱われることの多いのは後者の自己決定上の説明の問題であり、一般に説明という場合にはこの自己決定上の説明を指している。侵襲についての有効な承諾（同意）を医師が患者から得るための説明の範囲（自己決定上の説明の場面で）は、BGHの一九五〇年代後半までの傾向によれば、次の四つのファクターによつて左右され、今日に至り、更に展開をみている。つまり(1)合併症の発生の度合、(2)切迫性の度合、(3)患者の態度、(4)危険 Risiko の大きさ Größe の四つである。次にこれらのファクターを裁判例を中心に逐一検討していくことにする[10]。

(1) 拙稿、法学研究五三巻七号一〇〇ページ以下参照。
(2) Weyers, H-L. Gutachten zum 52. DJT I/A (1978), S. 23ff.
(3) BGHの立場である。但し稲垣喬判事はこの違法阻却事由として患者の同意を考えることに疑問を持たれておられる（判例評論一八三号二九ページ以下参照）。
(4) 拙稿、前掲論文では Eingriff を敢えて干渉行為と訳出したが、ここに訂正し、侵襲とする。
(5) BGHは後述の通り医師による侵襲をすべて傷害罪に該当するとしている。これに対し学説の多くは患者の治癒を目的としている医師の侵

襲は傷害罪に該当しないとして、BGHの見解と大きく対立している。Weyers, H-L. a. a. O., S. 21. 同意のない侵襲は、人格権侵害とみる少数説もある。

(6) 西ドイツではすでに Weitnauer (Der Betrieb 1961, Beilage Nr. 21, 1—8), Kleinewefers (VersR 1963, 300ff.) がこの問題を論じている。

(7) Laufs, Arztrecht 2 Aufl.(1978). S. 36 Vogel, W Vogel, H., Z. f. d. Gesamt. Vers. 68.4(1979). 603ff. は leidensbezogene Aufklärung と称している。Deutsch, NJW 1980, 1305 は Diagnoseaufklärung と呼び、「診断結果の説明」と訳出されている（早稲田比較法一五・一・一一二）

(8) Vogel, a. a. O. は handlungsbezogene Aufklärung と呼んでいる。因みに初めて Selbstbestimmungsaufklärung と呼んだのは Geilen である。

(9) Vogel, a. a. O.

(10) 説明義務について日本語での主な文献を掲げると次の通りである。宇都木伸「患者の承諾——イギリスにおける未成年者の取扱——」有泉亨＝唄孝一編・現代損害賠償法講座4医療事故・製造物責任（昭和五〇年）一〇五ページ、新見育文「医師と患者の関係——説明と同意の法的側面——」名古屋大学法政論集六四号（昭和五〇年）六七ページ以下、大五号（同年）一八二ページ。六六号（昭和五一年）一四九ページ、菅野耕毅「診療行為における患者の承諾」岩手医科大学教養部研究年報一一号（昭和五一年）一〇二ページ、同「医師の説明義務」同一二号（昭和五二年）一二〇ページ。また町野朔「治療行為における患者の意思（一）——刑法上の違法阻却論との関連において——」（上智法学論集二二巻二号（昭和五四年）六五ページは刑法の立場からの論考である。

更に日本医事法学会の「医師と患者との関係」についてのシンポジウムでの患者の自己決定権と医師の説明義務に関する討論の模様は、ジュリスト五六八号（昭和四九年）一四ページ、法律時報四七巻一〇号（昭和五〇年）八ページ、ジュリスト六一九号（昭和五一年）一六ページ、法律時報四九巻一〇号（昭和五二年）八ページ、ジュリスト六七八号（昭和五三年）一五ページ、ジュリスト七四五号（昭和五六年）一五ページ。

また直接医師の説明義務に関する論考とはいえないが、E・クリングミューラー「医療領域における責任——Haftung im Heilbereich——」法学研究五二巻七号（昭和五四年）三二ページ以下特に三五ページ以下がある。もちろん唄・医事法学への歩み（昭和四五年）は見のがすことのできない文献である。

二　合併症の発生の度合

医師の患者に対する説明の範囲を決定する第一のファクターは合併症の発生の度合である。これについては、BGHにより第一電気ショック判決、子宮筋腫判決、第二電気ショック判決、放射線判決（後掲⑨）を通して、医師は侵襲により必ず発生する結果及びティーピッシュな、侵襲に伴う危険性を患者に説明しなければならないという原則が確立されてきたのである。[1] この場合の説明というのは患者の有する自己決定権を十分に行使するのに必要な im großen und ganzen の範囲の説明をいう。従つて、この原則によれば、例外的な余り発生することの少ない、侵襲と関係のない危険については、医師に説明の必要がないという結論が導き出されるわけである。つま

り訴訟上、危険についての蓋然性の確定が重要とされ、蓋然性の度合により説明の範囲は左右されるのである。しかし疑問の生ずる点は書物や専門家の鑑定によつてこの蓋然性なるものが大きく違う場合があるということである。従つてBGHの立てた原則に対し以下の判例にみられるような批判が出され、BGHはこの原則に修正を施したのである。以下ではこの修正の内容をみることにする。

① OLG Köln, MDR 1968, 240.

OLGは、BGHの立場であるいかなる医師の侵襲といえども、患者の同意のない限り、傷害罪に該当するとした上で、本件のような甲状腺腫手術の場合には「患者の生命や生活にあるいは与えることがあるような損害からどのような不利益が生じ、手術を中止した場合、患者にとつて病気が進展するにつれ、期待しうる効果（手術による――筆者注）との関連で、手術による危険の大きさがどの位なのかという問題が存在する。……この問題に対する解答は合併症の発生率に関する統計上の情報からティーピッシュな危険については得られないのである。回帰傷害と声帯麻痺とは甲状腺腫の手術には特につきものであり、この種の手術にはティーピッシュな危険である。ティーピッシュな危険であると特色づけることはその意味上その危険がひん発するということではないのである。……患者の特別の生活状況を無視することが（こうした）統計上の合併症の広さKomplikationsbreite に特徴的である。従つて被告（医師）の、統計上大体四〇代の患者はいずれも声帯麻痺を考慮に入れねばならないという抗弁」を否定した。更に「損害の発生の危険がどの位のパーセントに上るかという問題は一般に患者にとつて決定的な重要性をもつものではない。あらゆる情況を考慮に入れて、手術の是非を吟味して初めて、判断できる余地が患者に生まれるのである。こうした判断の自由の範囲内で自己責任から、患者は手術に同意できるのである。原告（患者）は手術から生ずる危険と手術をしないことから生ずる危険とを比較検討し、その中のいずれか一方に決定することの可能性を本件では有していなかつた」として、甲状腺腫手術に伴う、特に低い合併症の発生率であつても、医師は説明義務を免れないとして、OLGは医師の責任を認めた。

本判決の意図するところは、判決文に示されている通り、合併症の発生率が低い危険については、発生率が低いがゆえに説明しなくともよいというものではなく、統計上の合併症の蓋然性を考慮に入れて説明義務の有無を判断することは逆に患者の生活状況を軽視するに至るため、その点から統計上の確率を根拠にするようなBGHの判決に対して批判的であることがわかろう。

学説上も第一電気ショック事件で述べられたティーピッシュな損害というものの定義づけを行なつてはいたが、中にはティーピッシュな損害そのものの概念を、次のような根拠から、不必要かつ議論を紛糾させるものとして非難する学説も現われたのである。つまり「ティーピッシュな損害が、極めて稀にしか発生しない（しかも患者の決定にとつて重要でないような）場合には、指摘する必要がないとい

う命題は矛盾している。なぜならば、ティーピッシュという言葉を定義づける時には、手術によつて生ずる損害が重要であり、具体的なケースでは損害の発生を考慮せねばならないということを付加するものであるが、こういうことをするのでは何らの意味もないのである。」[2]こうした批判を受けて、BGHは次の判例で見られるように、統計上の蓋然性を含む合併症のひん度の内容について修正したのである。

② BGH, NJW 1961, 223.

事実関係は次の通りである。甲状腺腫に苦しむ原告（患者）は二四歳の一九五〇年二月八日、X医師の指図によりN市立病院に入院し、翌九日被告（外科のW医長）の手術を受けた。甲状腺腫手術の結果、原告の声帯の両側が持続的に麻痺した（再発性の不全麻痺）。住込医師Bの指図により、見習医師Kは、左腕にバディオンの注射を行なつたため、腕が持続的に麻痺した。十八日N病院を退院し、X医師の勧めにより、B病院に再入院した。その結果、特発性の漿液自然気胸が患者に発生し、存在していることが判明した。原告の主張によれば、この症状は甲状腺腫手術の際にろく膜を傷つけられたために生じたということであつた。原告は上記再発性の不全麻痺により声が出ず、呼吸困難であり、カニューレを使用している。原告の意見疎面によると困難及び麻痺のため左腕は使えない状態なので、労働できない現状であり、生活保護に頼つているという。

原告の主張によれば、被告W医師は甲状腺腫手術の際に注意深く執行しなかつたこと、手術前に発生する可能性のある結果、特に声帯麻痺の可能性の説明をW医師から受けなかつたこと、十分説明されていれば、手術を受けなかつたこと、発生した損害についての責任は、N市、W医師、K医師にあるということであつた。これに対し被告は、すべての発生しうる手術の結果について、特に発生する可能性のある声帯麻痺に関しての説明義務は存在しなかったという見解に立って、責任を否定した。更に原告は手術前に声帯麻卑についての危険に関し、被告より説明を受けていたと反論した。一審は原告に六二五DMの支払を認め、更に慰謝料一五〇〇〇DMを認定した。原審はK医師に対する訴訟を棄却。被告側上告。

原審は手術前に原告が発生しうる結果、特に声帯麻痺の可能性について何ら説明を受けていない、このような損害の可能性については医師が説明する必要がある、説明の懈怠により手術を正当化する有効な同意が本件の場合にはないという点を決定的なものと考えた。上告理由は、BGHの従来の見解に立つて、手術の結果発生しうる効果について説明しなければならないという見解を不当なものとし、第一の甲状腺腫手術の場合には、継続的な声帯麻痺は一―三パーセントの蓋然性（平均二パーセント）で、両側の継続的声帯麻痺については〇・二パーセントの僅かの蓋然性で発生する場合には、患者に発生しうる結果について、教示する必要のないケースであるという点にあつたとして、BGHは次のように判示したのである。

鑑定人の統計上の報告（甲状腺腫手術の場合における不全麻痺の蓋然性）は相当パーセントの数値が異なるものであるから（たとえば一・二パーセントから七パーセントという統計上の数値が挙げられている）、パーセントの数値の動く範囲が大きければ、個々のケースを判断する上で、そうした数値というものは適当でなく、反つて手術がどのように行なわれたか、手術の行なわれた状況がどのようなものであつたかの問題が重要である（患者が合併症の危険を負うべきか否かの問題については、生命と生活とを侵害することより生ずる損失がどの位に達するのか、手術をしない時の結果と手術を受けることより生ずる結果（危険）とどちらが重いのかが重要なのである）。この問題に対する解決としては、合併症の蓋然性を一般的に考慮するのみでは十分でないのである。従つて患者に対する説明を医師が説明してよいか否かは、当該ケースの諸状況に基づいてのみ解決しうるのである。更に具体的な個々の外科医の能力及び経験が重要な役割を果たすのであり、この点についても鑑定人の記しているところであるとして上告棄却。

②の判示内容よりわかるように、危険の説明については、(i)当該ケースの具体的状況を十分考慮に入れること、(ii)手術を実施する医師の経験及び能力とを判断に入れてその存否を決定せねばならないとしている点である。

次に以上の(i)、(ii)以外のファクターとして、他のファクターを危険の説明について決定するに際し考慮せねばならないとする裁判例も見られるゆえ、それらを見ることにする。

③ BGH, VersR 1956, 406.

原告（未亡人）の夫は糖尿病患者であつたため、糖尿病患者センターで治療を受けた。同センターの医師Y_1は糖尿病手術に長年携わり、一九四七年春にも治癒目的のために糖尿病患者の大腿骨筋系に人間の膵臓組織を移植し、更に人間の組織の代わりに、動物の膵臓組織を移植して、患者の様態を改善するために（同年八月四日）、女医Y_2と連係して、移植手術を計画し、原告の夫の他三名の患者に一平方センチメートルの移植手術を実施した（用いた組織は小羊の膵臓であり、患者には移植手術についての了解を得ていた）。手術後約八日後、夫に創傷感染が発生し、九月五日に死亡した。ほぼ同時に手術を受けた患者の中、更に二名が死亡した（うち一名は胃アトニーが原因で死亡したとY_1が主張）。被告（Y_1、Y_2）の主張は小羊の膵臓摘出及び移植手術及び事後治療について予防措置をとり、医師は医学の原則に則つて実施した、創傷感染は予測しがたいものであつたという点にあつた。一審原告敗訴。原審も原告の請求棄却。原告上告。BGHは被告及びW教授の鑑定によれば、糖尿病患者は経験上かなりの程度で、あらゆる感染に、特に創傷感染にかかりやすいこと、更に原告の夫のような糖尿病でなければ（二二年間の病歴）、移植片から発生する感染により死亡しないとの結果より一般にこの種の感染は無害であり、合併症には至らないという、従つて無害な場合又はティーピッシュでない結果が発生する場合には一般に特別の説明義務は存在しないとの原審の判決に対し、患者の様態全

体を考慮しなければならない、この様態を考慮に入れて、説明義務の存否は最終的に判断できると判示した。更に説明義務の存否及び範囲の判断に関しては、たとえばインシュリンのない状態が更に続く場合には、患者の様態は危険であるため、手術に不適だつたこと、患者が手術の危険が考えられ、しかも告知を受けていれば、インシュリンの供給が将来あるのか否か、ない場合には手術の危険を負う、又はインシュリンの投与のある状態まで待つことにより、手術の危険を避けるべきか否かを自分で判断できることになる、こうした状況に患者をするには、医師が説明義務を十分尽さなければならないのである、医師が説明を全く行なわない場合あるいは説明を十分行なわない場合には（本件がこれに該当する）、医師は説明義務懈怠についての重要な理由の存在することを証明しなければならないのであるとして上告認容。

この判旨によれば、説明義務の範囲である合併症のひん度Diche（危険度）に関しては、患者（本件では糖尿病患者であるが）の具体的情況をも考慮して決定することが主張されている。(3)

更に病院側の具体的状況をも考慮して、合併症のひん度に関して決定せねばならないとする判例も見られるので、次にその判例を紹介する。

④ BGH. NJW 1978, 587.

原告は痔瘻で膿瘍のために健康保険患者としてX市立外科病院に入院した。同病院長Yは膿瘍を裂き、三週間後新ためて痔

瘻を手術した。その際に内側の括約筋と密接な外側の括約筋に痔瘻が存在していることが判明した。最初Yは肛門に通じる内側の括約筋を切開し、表面の瘻によつて繊維を連絡させた。一週間後、繊維を新しくし、括約筋を切り離すために繊維を締めた。その後挙筋を断ち切り、肛門の括約筋の周囲に付着したため、ギグリ刃で処置したが、十一日後の最後の手術で肛門の括約筋は完全に裂けてしまつた。

原告は手術による結果の損害賠償を請求した。原告は、肛門括約筋が完全に分離してしまつたため、便失禁になつてしまつた、その原因はY医師の手術方法に帰因すること、特にY医師の手術方法は完全に便失禁になりうることを何ら原告に説明しなかつた点を主張し、社会保険上職業及び生活不能と認定されたゆえ、健康であれば、獲得しえたであろう収入及び年金との差額を損害賠償として請求した。第一審原告勝訴、原審原告敗訴、原告上告。原審の認定によれば、Yは手術を原告に対し必要であると説明し、特に重大な schwerwiegend と述べてはいなかつたという点で、説明に関する会話はなされていたとし、その内容は手術によつて何らかの機能障害の虞れは説明したが、便失禁の危険を説明しなかつたということであつた。この点についてBGHは本件手術のいわゆる繊維による方法 Fadenmethode はここ十数年来重要な文献中では危険な方法であるとされており、原審の認定では適性に対する信頼できる経験上の証拠が全くなかつたために、困難な手術であつたこと、被

告の用いた手術方法は大変間違つているとした論者（このことは被告に知られているに違いなかつた）の見解を注目すべきではない素人の意見として考えるべきものではない、患者に便失禁について説明をしなかつたことは患者の自己決定権を奪うものであるから、許されないので、説明の必要性は存在し、被告が個人的に信奉している方法をとろうとしても（個人的には正当と考えているので）、尚便失禁の危険を説明する機会がなかつたとするのは誤つているのであるから、患者に対する責任が医師にあるとして原告勝訴。

本件において考慮するに値する点は医師側の個人的事情、具体的事情を考慮に入れて合併症に関する説明義務の範囲について決定している点であり、他のケースに見られない点で、BGHの従来の立場を修正したものと考えることができよう。

以上①—④での判決の説明義務に関する従来の判例（BGH）の修正の内容は、統計上の資料及び専門家の鑑定から得られる危険の合併症のひん度、つまりパーセンテージから出発するのではなく、[4] 当該ケースの具体的事情つまり患者あるいは医師の具体的事情、医師の経験・能力を考慮に入れて、説明義務の存否及び範囲が決定されるということである。

次に別の角度よりBGHの判例を紹介しよう。

⑤ BGH, NJW 1976, 363.

原告（建築家）は五〇代初めに耳鳴りを感じ（初期の耳の硬化症）一九五二年に初めて耳科医を訪れ、五八年十二月左のあぶみ骨の手術を医師Wにより受けたが、聴力は良くならなかつた。五九年四月原告は、いわゆる内耳開窓術 Fensterungsoperation を含め、広く耳外科手術を行なつていた被告医師に相談したところ、被告は手術を勧めたため、原告はその手術を受けることに同意した。六〇年一月被告は二相の内耳開窓術の中の一部の手術を執行し、更に右耳に振動術 Mobilisation を施し、同年四月左耳の内耳開窓術の第二相手術を行なつた。その結果、原告の左耳の平衡器管（迷路）が被告の不適切な手術により損傷を受け、しかも被告は既知の少なからず発生する継続的な被害（本件では耳が聞こえなくなること）を教示しなかつたと原告は主張し、損害賠償請求及び慰謝料請求の確認を訴求した。第一審原告敗訴。原審は原告の損害賠償請求権を認め、慰謝料請求については時効により消滅したとして棄却した。被告上告（原告附帯上告）。BGHの判示によれば、原審が極めて稀に突発的に発生する危険の場合であつても（一〇〇〇分の一あるいは二〇〇〇分の一の蓋然性）[5]、患者の決定の自由が確保されることを望んでいると判示している点について、これは基本的に同意できる判示内容であるとする、本件の場合には、聴力障害の除去及び緩和に長く時間をかけ、その際多くの専門家（中でも国際的に有名な二人の権威が含まれている）に相談し、一度は聴力を回復させるために手術も受けた、結局争いのある手術（本件の手術）を丸一年決定を見送り、この間HNO専門医とも連絡していたという状況から手術の切迫性はなく（この切迫性のファクターについて

は後述)、十分な説明も医師の方でできこれによつて患者の自己決定権を確保できるとした(上告、附帯上告共に棄却)。

本件はBGHの従来とつていたためつたに発生することのない、関係の薄い手術による危険を説明する必要がないとしていた点を修正したこと及び統計上の蓋然性からみても低いパーセンテージのものであつても、切迫性のない状況であるならば、医師は危険について説明しなければならないとした点に意義があるものといえる。[6]

以上のBGHの判例の概観を通じて、医師の説明義務の範囲を決定するメルクマールである合併症のひん度という基準が修正されたことがわかる。しかし(1)どんな場合であれ、説明は侵襲により必ず発生する結果(骨折、出産能力の喪失等)に及ばなければならないという結論は依然として維持されている。[7] (2)(a)医師の方で回避可能な瑕疵に基づく危険ないし、(b)医師の医術によつて回避できる、つまり支配できる危険について医師はそうした危険について説明する必要がないとしている点は尚維持している。

前者の(a)については次の判例を参考にできる。

⑥ BGH, Vers R1962, 155.

原告の父Kは、一九五三年八月二一日にW医師の勧めで右下腿の血栓性静脈炎により被告市立病院に入院した。入院契約の時ではKは「何かが必ず発生する手術による侵襲に同意する。」ということを表明していた。同病院の外科医である被告Xは休暇中のため、被告Z医師が医長として治療を引き継ぎ、同月二五日及び二七日にKは〇、五パーセントのノボカイン溶液を用いて交感神経縁帯(幹)封鎖を受けた。術後両足に麻痺が生じたため、その原因究明のために、三一日腰椎穿刺がなされた。原告の主張は、麻痺はZ医師の瑕疵ある医療行為に帰因するものであり、二七日(第二回目)の治療行為の内容について原告は同意しなかつたのであり、抵抗したが、力で押し切られた、また原告は侵襲によつて発生する可能性のある結果について十分説明を被告から受けなかつたという点にあつた。原告の損害賠償請求額は五一六七・八四DM及びそれに相応した慰謝料を要求した。被告は原告の上記主張を争い、慰謝料請求権はBGB八四七条第一項第二文によれば、原告に譲渡されえない、なぜならば契約によつて認められるものではないからと反訴した。第一審原告敗訴。原審は六〇年五月十二日に取消しうる和解を締結させた。その内容は連帯債務者として被告は原告に一万DMを支払う義務があるというものであつたが、被告は双方共上記和解を有効に取消した。原審は被告勝訴(上記和解の部分については省略し、専ら本件では説明義務の範囲について言及する)。BGHの判示内容は、Kが入院した時には血栓性静脈炎に罹つていたのであり、限定的索遮断法が用いられた。同法は長年使用の認められてきた治療法である。原審の確定したところによると、原告の麻痺の原因は上記遮断法の前後に投与された血液凝固を防止する薬剤にあるという、この薬剤により組織破壊が生じたという点及び注射によつて出血もしたのである。しかし麻痺の発生する可能性が殆んどないということは、経験上から

も、鑑定人が全く麻痺の原因を考慮に入れなかつたことからもわかるのである。上告理由ではフォルクマンの挙げた数字からほぼ一パーセントの蓋然性で合併症が発生するのであるから、医師には患者に対する説明義務があるとされているが、医師が回避できる瑕疵に基づく合併症については医師の説明の範囲から排除せねばならない。医師の側で回避可能な瑕疵による損害は別として、フォルクマンの確定した内容によれば、限定的索遮断法実施後の合併症の発生は極めて稀の場合であるから、患者にとつて侵襲（手術）に同意するか否かの決定の際には合併症発生の可能性は問題にならないのである。こういう事情の下では原告に治療によつて発生する可能性のある結果について説明する必要性を認めなかつた原審の判断は是認できる（上告棄却）。

本件では合併症についての説明の範囲に限界を設けたものであり、回避可能な医師の瑕疵による損害（合併症の発生の危険）については説明の範囲から排除できるものであるから、説明の必要性を医師に認めていない点が注目される。

後者の(b)のケースについては次の裁判例を参考にできる。

⑦ BGH, NJW 1971, 1887.

一九五八年原告（十六歳の少女）がM大学神経科に入院した（五五／五六年一過性の麻痺に罹つていた右脚に痛みと衰弱があるため）。脊髄及び椎骨の部分及び右側に結核の疑いがあつた。患者の病像は本院で説明されず、脳腫瘍を考慮して、脳髄動脈造影法がなされた（脳髄動脈造影剤の充てん後にレントゲン検査を実施）。原告の母は同年八月七日原告の脳への空気充てん、脳動脈造影法、ミエログラフィー、心臓流通術について承諾した。これにより原告は大学病院外科に転送され、十一日左大脳、十四日右大脳の動脈造影法をTh外科医が実施した。小脳に発病の虞れがあつたため、十八日小脳にまで動脈造影法が拡大して実施された。しかし穿刺のため内出血が広範囲に発生したため、同医師は注入を中止したが翌朝左側が半身不随となり、今日も尚生計能力のないままである。

原告は麻痺の原因を穿刺に帰因するものとして、大学病院の経営者である被告（ラント）に損害賠償を請求した。その根拠は椎骨動脈への注射の際に過失の存在したこと及び肉体への侵襲の際に有効な患者の同意の存在しなかつたことにあつた。

BGHの判示するところによれば（過失の点は捨象する）、説明の不十分さについてTh外科医のなした大脳動脈造影法は五五年以降一九五九例中、三例のみ事故が発生し、小脳動脈造影法の場合には一八六例中、本件事故が発生するまで皆無だつたことに鑑みて、このような状況の下では、原告の母に特に説明する必要がない、従つて合併症について考慮しないという点から出発しても許されるという立場をとつている。適切な説明の内容は、特に事情により侵襲によつて意図されなかつたが、医術によつて確実に回避できない間接損害を摘示することであるとして、有効な同意の前提としての説明義務は医師の方で尽したとして、原告（患者）の上告棄却。

本件で見るところによれば、医師の説明の範囲は医師の側で医術によつて回避できる損害については、含まれないとしていることがわかり、このことは次の裁判例でも維持されている。

⑧ OLG Saarbrücken, VersR 1977, 872.

原告は六三年初めよりノイローゼが昂じたため、翌年一月三〇日神経科H診療所で神経医のミエログラフィーを受けたのである（被告Y_1医長及びY_2が施行）。その後原告は悪化したため、医長Y_3の神経科に転送されたが、病状悪化のため、二月一日脊髄に異常が発生したとして、被告Y_4の手術を受けた。手術直後脊髄横断性麻痺が生じたため、原告はY_1〜Y_4に対し損害賠償請求及び慰謝料請求を求めた。請求原因は医師の治療上の過失及び説明の懈怠にあつた。第一審はY_3、Y_4に対する請求を基本的に認容したが、Y_1、Y_2に対する請求を棄却した。本判決は第一審の場合とは逆にY_3、Y_4に対する請求を棄却。Y_1、Y_2に対する請求は一〇万DMの慰謝料の点で認め、更に基本的に訴を正当と判示した。判示内容は一月三〇日のY_1、Y_2によるミエログラフィーの実施前に説明義務をY_1、Y_2は十分果たさなかつたため、脊髄横断性麻痺が生じたのである。BGHの判示によれば、医師の治癒を目的とした侵襲は患者の有効な同意のない限り、傷害罪とされる。有効な同意の前提は侵襲についての概略的知識である。説明の範囲は、医師の技術では確実に回避することのできない傷害を含むのであり、従来調査してきた突発事故の発生パーセンテージを標準とすることはできない。診断のための侵襲の場合（これについては後述）には、特に説明に対する要求が高く必要とされるという点から第一審が出発したのは適切である。原告の主張によれば、ミエログラフィーの方法及び本質について説明はされたが、脊髄中心管に造影剤を注入したことにより麻痺が悪化する可能性についての説明は受けていないという点について争つていないのである。本件のミエログラフィーの実施は、切迫性がなかつたことがうかがわれるのであるから、それだけ説明すべき発生する可能性のある結果についての義務の範囲は広くなり説明義務違反と考えられる。本件のミエログラフィーは直接治癒に役立つものではなく、診断が不明確なため、脊髄管の通過妨害個所確定のために実施されたものであり、鑑定人の鑑定によれば、麻痺の現われた原因は本件のミエログラフィーに帰因するものとされているものであると判示した。

本件の判示によれば、医術によつて確実に回避できる結果については説明する必要性がないが、回避できない結果については説明の必要性を認めているという点が明らかにされる。本件の特殊事情としては診断のための侵襲についての説明の範囲が問題とされている点である。

更に患者側の様態が説明の範囲を論ずる場合に考慮され、患者が実施予定の手術の方法から生ずる危険をよく熟知しているような場合には、医師の方で、危険について説明しなくともよいということが判例上認められている。

⑨ BGH, NJW 1959, 814.（放射線判決）

事実関係については省き（結局本判決が後のBGHの判決の基本的内容を築いたものである）、判示したところのみを挙げれば、医師の処置（手術等をも含めて）は、患者の明示した法律上の意思（有効な同意）によつてのみその不法性がなくなる結果、肉体への侵襲の権限が医師に認められるとして、更に医師は侵襲の前には患者の同意を確認しなければならないとした。この場合有効な同意があれば、正当な治療行為の結果、行為から回避できない結果が発生したとしても、医師の責任は存在しない。しかし有効な同意の前提は、患者が侵襲の方法、意味、結果をたとえ、詳細でないとしても、大ざつぱに知つていることを必要とする。しかしその際行なわれる治療の結果生ずる危険について患者が熟知しているような場合には、医師に説明ないし通知の必要性がないとしている。本件の場合には、ラジウム・レントゲン照射による影響の範囲を患者が既に知つていたとか、照射と密接に関連する危険を引き受けるということ、医師の方で患者の行為全体からみて、特殊の状況よりして、患者が照射療法と密接な危険を大体において知つていたこと及び治療による危険発生の契機を知つて同意していたと結論づけられることは何ら証明されていない。その結果、患者が異議なく照射に同意したという事実は、法律上有効な同意とは考えられないとした（医師の上告棄却）。

通常危険（合併症を含む）を説明する義務が医師にあるとされるが、本件は患者が行為の結果発生しうる危険について既知の場合には医師の方で説明する必要がないとした点が注目され、説明の範囲を限界づけている。次の裁判例も⑨に並ぶものと考えられる。

⑩ BGH, NJW 1965, 2005

原告（治療当時十五歳の男子）は幼児期より斜視であつたため、四七年以降眼の外科医として特に経験豊かな被告眼科医の治療を受けていた（斜視矯正の目的）。同年十二月に手術を受け、被告は内側に寄つている右眼の外側の筋肉を九ミリメートルほど切り詰めた。まもなく右眼の内側への寄りがひどくなつたため、五二年一〇月に再度手術を受けた。五七年一月原告は痛みのために被告を訪れたところ、右眼の下側の縦筋肉に手術を施し、翌年八月左眼にも手術を行なつた。手術後原告は二重に物が見えるようになつてしまつた。原告の主張は、五二年の手術により右眼が外側への斜視にされた、このことは眼の手術の時に左右の眼を取違えたものである。そのために読書で文字が二重に見え、右眼には痛みが感じられる、被告は手術前に侵襲についての説明を怠り、二重写りの発生の可能性を教示しなかつたという点にあつた。被告に損害賠償及び慰謝料を請求した。併せて将来発生する可能性のある損害の確認をも訴求した。第一審・原審共に原告の請求棄却。

BGHは原審の判断が、鑑定人医師Hの鑑定に基づいて、原告の主張する二重写りの可能性の問題を患者の素質に帰因するもので、医師に技術上の過失はなかつたとした点に同調して、

原告の損害賠償請求を認めず、手術後発生した原告の二重写りは、医師の説明義務違反の観点から医師に責任がないか否かの点について、原審の確定のように被告は、内側への斜視を除去する目的で眼の手術を行なうし、行なわなければならないと原告に教えたということより、直ちに眼筋に手術を施すということが患者に明白になつたのであり、原告がこの問題についてよくわからない場合には、その点を自分から被告に質問しなければならないのである。しかし本件の場合には何らの質問も患者から行なわれなかつた。これに対し原告は手術の方法及び右眼の外側の回旋筋を九ミリメートル除去するということを被告は原告に教示すべきであつたと主張するかも知れないが、医師は患者に治療についての本質的なことを伝えればよいのであつて、計画している手術に関して詳細に通常説明する必要がないのである（上告棄却）。

本件でも前掲⑨判決と同様、患者が眼の手術を行なうということから直ちに知れる危険について、医師は説明する必要がないとしているが、手術の内容（危険等についても）に関して不明の点がある場合には、医師に患者の方から質問せねばならないとしている点は、注目すべき点である（この問題については後述する）。

⑪ OLG Köln, NJW 1978, 1690.

原告（女性）は一九七三年、七四年に慢性のしつがい脱臼治療のためにラントの経営する州立大学病院で手術を受けた。七三年の左足の手術の際には合併症が発生しなかつた。七四年の右足の手術後かなりの合併症が発生し、激痛及び上皮全体が黄色に変色し、同年二月右足の細胞組織に化膿性の炎症が広範囲に発生し、更に骨髄炎、腎臓機能不全、重症の肝臓障害が確認された。そのため生命が危険にさらされたため、集中病棟に移送され、四月退院した。

原告は感染により右足が奇形化したこと及びその不利益による慰謝料及び七四年の手術と治療行為によつて健康が害されたことの損害賠償を請求した。中でもこうした手術によつて生じうる結果について医師は患者に説明しなかつたと主張し、更に健康障害の原因は手術室、病棟がねずみ、ゴキブリ等の害虫で不潔にされていたこと及び当時病棟改築のためかなり不潔な状態になつていたことにあると主張した。第一審、原審共に九〇〇〇DMの慰謝料及び健康侵害についての賠償を認容した。OLGは医師はあらゆる侵襲、最も無害の侵襲と必然的に結びつくような危険について特に説明する必要性がないことは確実であるとし、すべての不利な結果（治療に基づく）について詳細に患者に教示すべき義務はないこと、また手術のために生ずる傷から発生する可能性のある感染について、特に患者に医師は説明する必要がない、なぜならば、手術によつて感染症の発生しうる可能性のあることは分別のある患者であれば、一般的にわかることであり、しかも手術の場合には体の柔軟部分が傷つけられるということが自明なことであるからである。だが本件の場合には有効な同意を得るために必要な、病棟の建設作業及びそ

れに伴う感染症の危険が発生しうる程度が高まつたことに関して、患者は説明を受けてはいなかつた(証拠からも不明)。建設作業中という病棟の現状では、手術の切迫性に関して、患者に病院の制限されていてしかも故障している現状で作業中のため十分な看護条件を充足できないことを教示すべき義務があつた。特に手術が絶対に必要なのではなく、また直ちに延期できることを現状では患者に示すべきであつたのである(上告棄却)。

本件からも分別のある患者であれば、直ちに手術による合併症の危険(本件では感染症)をわかるのであり、その場合には医師は合併症について説明する必要がなく、他方、すべての不利な治療に帰因する合併症に関して詳細に患者に教示すべき義務は医師にないとしている点が注目される。以上の⑨〜⑪の判決例を通じて合併症の危険について詳細に患者に説明する義務は医師になく、また分別のある患者であれば直ちにわかる合併症の危険についても医師は説明する必要がないということが結論できる。

以上の(1)、(2)の原則の中間部分に位置するものとして具体的な蓋然性のある危険が問題とされるが、この危険についてはBGHの修正がなされたことは前述の通りである。従つて専ら蓋然性のみが問題とされて説明義務の存否及び範囲決定のファクターとされることは裁判上なくなつたが、別のファクターが危険の蓋然性と結びついている(この結びつきについては⑥で垣間みたところである)。次にこのファクターを概観することにする。

(1) 唄前掲書三ページ以下で評価されている(但し同書は一九五〇年代までを扱う)。

(2) Grünwald, ZStW. 73 (1961), 14 ff.

(3) 学説には反対が見られる。たとえば、Bockelmann, NJW 1961, 951 参照。

(4) BGHの一連の有名な判決が出されようとしている一九五四年の時点で、BGHの危険に関するひん度の原則から、蓋然性を問題にしなければならない、そのためには統計資料に立ち帰らなければならないという結論が導き出されるが、このことは医師の見解では便利ではあるが、統計を評価する際に考慮すべき問題点や危険が生ずること、更に医師は説明の時点で、どの統計上の資料を基礎にしたらよいのかわからない困難な状況にあること、自己の資料を用いることができるのか、専門家の資料に頼るべきなのか、この点で医師は困難な状況から脱出するために裁判官の理解を得る努力をもすることになると危惧している学者もいたことは Friedrich, VersR. 1954, 385. 参照。

(5) 一〇〇〇分の一あるいは二〇〇〇分の一という合併症のひん度の低い場合でも医師は説明しなければならないという見解は既にBGHの判事の一人である Dunz により主張されていたことは Dunz, Zur Praxis der zivilrechtlichen Arztihaftung, 1974, S. 13(一パーセントよりはるかに低い蓋然性のケースを扱つている)参照。

(6) BGHのこうした合併症の極めて低いひん度のものでも医師に説明義務があるとする見解に対して、その実行可能性を疑い、八〇〇〇分の一あるいは一〇〇〇〇分の一という極度に低い合併症のひん度の場合について危険を医師に表示させるか否か判断していないのであるから、尚更疑わしい事及び突発的な危険は殆んど〇・一八パーセント、〇・一パーセント、〇・〇五パーセントというひん度の合併症の場合には発生することはないのであるから(BGHは医師はこの程度のものも患者

に説明しなければならないとする)、説明する必要性はなく、却つてBGHの判示内容によつて医師は動揺してしまうとして批判する学説も存在する。Schlund, VersR 1977, 501 参照。

(7) Grünwald, a. a. O., S. 12.

三　切迫性の度合

合併症の度合と並んで医師の説明の範囲を画するファクターとして、裁判上並びに学説上も取り上げられる内容が、医師による侵襲の切迫性の度合(1)である。このファクターについては、RGは既に一九三九年一二月八日の判決(2)で示し、またOLG(3)もその考え方を受け継いではいたが、BGHも次の裁判例で、このファクターを説明の範囲を決定するに際して、考慮することを明示したのである(4)。

しかし、他のファクターと関連し合つているため、このファクターのみを考慮の対象にいれるだけでは不十分である。

④ BGH, VersR 1956, 406.（前掲五八ページ）

事実関係については省略し、BGHの判示によれば、インシュリンのない状態が長期間続く際には手術という手段を患者が選ぶ方が賢明であろう。だが手術に伴う危険を患者が知らされていれば、患者はインシュリン投与の将来性について悲観的に考え、インシュリン投与よりもむしろ、手術の危険を引き受けてしまうか、またはインシュリン投与の有利な状況が来るまで待つことで、手術の危険を避ける方を選ぶかという点を患者自身が決定できるだろう。こういう事情にあるからには、医師の説明義務が厳格にされうるのである。患者は自己決定しなければならないので、それに必要な考慮するための基礎事実を知らされなければならないのである。本件ではまた患者には、特別の手術をしなければならない必然性が存在しなかつたし、インシュリンのない状態によつて多少とも危険にさらされていなかつたのであるから、手術の危険について教えられる権利を患者は有していたということであつた。

判旨からは、手術をしなければならない必然性が低いのであつたから、患者に手術を受けるか否か（手術により発生しうる危険を負うか否か）の判断のための材料として、十分な手術をも含めた侵襲についての説明をしなければならないとしている。この立場は次の裁判例でも採られている。

⑫ BGH St 12, 379, NJW 1959, 825.

風邪に罹つた少女は医師Nの指示により、被告外科医の病院で、被告医師により右下腹部に軽い圧痛を認められたが、虫垂炎については何の確認もなかつた。同医は、急性シューブ後の中間期が重大で、虫垂手術は不必要と考えた（炎症も生じていなかつた)。しかも内科医Aの所見（患者には貧血、血液凝固能力が低いこと等の内容）も知らなかつた。手術についての了解も患者から得ずに被告は虫垂手術により虫垂を切除したが、その翌朝患者の腸から出血したため、血液凝固のためにクラウデン等を投与した。しかし出血は止まらず、午後直腸から多量に出血した。夕刻出血に帰因する精神錯乱を患者は来たし、新たに直腸

から出血した。医師は輸卵管妊娠の疑いを両親に示したが、翌日患者は死亡した。第一審は被告に傷害致死により一〇〇〇DMの罰金刑を科し(二審については言及されていない)、BGHは本件手術の要、不要の観点から出発して、被告も手術が必要でないという点を知っていたこと及び本件手術を決まったものgegeben と考えていたという事情の下では、生命が直接かつ直ちに脅かされるというような状況にある場合よりもはるかに入念に手術についての賛否を考えなければならない、この点については患者(あるいは監護権者)から同意を得る場合に特にあてはまるのであり、手術を直ちに実施しない本件のような場合には、患者の同意という形式にこだわる必要性があり、本件の十七歳の患者には、同意の前提である説明(手術の賛否、同意の及ぶ範囲)を受ける能力があるものと考えられる。しかも本件の患者は事実上病気ではなかったのであり、生命・健康を脅かす直接の危険はなかったのである。開腹手術が必要ではない本件では、有効な同意の前提として、同意する者に対して医師は手術をする理由及び反対の理由を詳細に説明し、更に質問させる機会及び熟慮期間を与えて初めて有効な同意を得られたといえるのであり、反対の理由の一つとして特に死亡率がこのような開腹手術の場合には考慮の対象に入るのである。上記の説明を被告は果たさなかったのである(被告上告棄却)。

BGHは本件についても不必要なしかも切迫性の低い侵襲を実施する場合には、それだけ医師の説明義務に対する要求は高くなり、特に本件では侵襲による死亡率についても、同意の有効な要件として要求している。以上⑪⑫の裁判例を通して次のことが言えよう。「侵襲が切迫していればいるほど、医師の説明義務に対する要求は低くなり、それに反し、侵襲が切迫していなければいないほど、医師の説明義務に対する要求は高くなる。」[5][6]

⑬ BVerG, NJW 1979, 1925.

患者は頸部の手術を受け、左腕に運動障害が認められた。原因は副神経の麻痺にあるとされた。そのため患者は頸外科医及び病院経営者であるS市に対し、損害賠償請求及び慰謝料請求を求める訴を提起した。第一審原告の訴棄却。第二審原告の控訴棄却。連邦憲法裁判所は多数意見として原審を支持した。その理由は次の通りである。原審は医師の侵襲には原則として患者の有効な同意を必要としており、その前提として医師の説明(医師の所見、生命生存にとって重要な侵襲により発生しうる種々の結果、侵襲の方法、侵襲に伴う危険に関する内容)がなければならないとして、本件のケースでは手術の分野の状態及び性質の点で、副神経の侵害は考慮する必要がなく、故に医師の説明が手術前に存在しなかった、更に侵襲の切迫性の高い本件では、患者が手術により発生しうる副神経障害という危険を知っていたとしても大体患者は本件手術に同意していたであろうと結論づけた点は、従来のBGHの展開させた患者の自己決定権及び法規の解釈の範囲内で合致している。それに対する反対意見は次の通りである。原審の医師の説明義務の内容と範囲の解釈は患

者の自己決定権の築いた原則に違反している。つまり原審は手術の必要性及び切迫性に直面して、また頸部の手術の場合の副神経障害の発生することは極めて稀なことに鑑み、患者が手術によつて危険が発生しうることを知つていたにしても、大方本件手術に同意したであろうと仮定して、医師の説明義務を否定したのである。また説明義務の存在を、侵襲の必要性と損害を与える結果 schädliche Folgen の重要性及び蓋然性の範囲とを考慮することにより決定できるとして、本件では副神経障害という現在の危険の説明を、侵襲に有利な議論が説明に優先するのであるから、不要と判断したのである。この原審の判示内容に対し、憲法上の重大な疑問が存在すると少数意見は判定する。つまり多数意見のように、説明は侵襲が医学上の観点からみて必要欠くべからざるものであればあるほど、必要でなくなるというような意味で、逆に考えるとすれば、その考え方は憲法違反の疑いがある。OLGの判断の基礎は、侵襲が必須であり、しかも侵襲を中止した場合に受ける患者の危険が大きければ大きいほど、発生しうる危険について患者に説明する必要性がなくなるという点にあるが、この結論は憲法上の原則の医師の説明義務に対する効果を誤解している。手術の必要性と結果の重大さとを考慮することは患者の問題であるため、手術の切迫性の高い場合には、患者に対する説明を短かくしてもよいとして、患者に対して、第三者の立場で理性的であれ vernünftig とする原審の要求は患者に対する過度の要求であり、基本法二条二項の保障する自己決定権を誤解するものである。この点において多数意見の合憲性の立場に対し、少数意見は反対するものである。

しかし少数意見の結論については、患者の自己決定権に絶対的な役割を認めるとすれば、説明義務の範囲を決定する場合には妥当なものではあるが、患者の自己決定権と医師の治療任務及びその現実との間に存在する緊張関係を考慮すると、自己決定権に絶対的な役割を医師の説明義務の範囲を決定する場合に認めるという考え方は、支持することが難しくなる。この趣旨のことは次の⑭の裁判例において強調されているので、ここに紹介する。

⑭ BGH, NJW 1979, 1933.

一九三六年生れの原告（患者）は長年高血圧のため、六九年に被告（ラント）経営の大学病院に高血圧加療のため入院し、七〇年六月二六日K医師による侵襲の際に、膜様の糸球体腎炎（炎症性の腎臓病）の状態が発生した（非連続性の瘢痕が残る）。腎臓出血がまた止まらなかつた。同年七月二七日故郷の町Kの泌尿器医院に転医した。転医当時中毒がひどく、しかも悪感と循環衰弱のために翌日左腎を切除した。組織検査によれば、化膿性腎臓炎であることが判明した。原告の主張は、治療事故の結果発生した肝臓及び眼の障害による損害賠償及び慰謝料請求及び将来の損害を被告に要求するもので、第一審原審共に原告勝訴。原審は説明義務違反について、説明が不十分として、専門的に考えれば、腎臓のバイオプシーの場合、器官の喪失は大体

○・一パーセントの蓋然性で免れることができないというのであるから、特に診断のための侵襲diagnostischer Eingriffを実施する場合、それが大して切迫していない時には上器の器官喪失の危険を医師が教示することを必要とする。この危険を知っていれば、原告は上記侵襲に同意していなかったであろうと。

BGHは原審の判断に疑問ありとして、次のように判示した。診断のための侵襲の場合には、一般に説明義務の要求が強くなるという点は認められるが、診断のための侵襲であっても時には切迫性を要するものがあり、また生命に関わるものもある。本件の侵襲には極めて高い切迫性が認められるものではないと原審は判断しているが、この判断は十分なものとはいえない。その理由として切迫性という言葉は多かれ少なかれ、延期可能性に関連するのみであり、適応症には何ら関連しないということを前提にしており、この前提の基礎についての十分な根拠が提示されないことには、侵襲のもつ診断上の性格を説明の要求の枠内で適切に考量できないからである。従って全体として原審は十分な説明によってのみ確保できる患者の自己決定権と事後行なわれる説明義務違反という責問が単なる口実になってしまい、そのために回避できない失敗の負担を医師及び病院経営者に負わせる結果になってしまうという認識という二つの原則の緊張関係について留意しなければならない。この留意がないために説明義務の範囲について原審は誤認しているとする。そしてK教授が少くとも単なる出血以上の危険について説明しなかったのか否かの点、あらゆる事情からみて、本件K教授の説明が不十分なものとされるのか否かの点について審理すべしと(原審に差戻)。

本判決は診断のための侵襲の場合には、治癒という性格がないため、説明は強く要求されるという原則を貫きつつ、患者の自己決定権を重視すれば、切迫性の強弱に拘らず、説明の範囲は変わらないという見解(前述の連邦憲法裁判所の少数意見の見解)を採らず、もう一つの対極としての説明の欠けていることの責問が、単に医師等の責任をとらせるための口実になってしまってはいけないという認識について言及し、この二つの緊張関係という点を強調する説に立つものである。前掲⒅における少数意見に従うとすると、切迫性のない侵襲の場合にはすべての包括的説明を医師はしなければならなく、そうして初めて患者は手術等について賛否を決定できることになるが、医師にそこまで要求できるものか、実効性を無視することにならないか、また患者の自己決定権と医師の治療義務との緊張関係を適切に弱めて医師に証明をさせるようにするという要請と矛盾する結論ではないかという種々の疑問が生じてくるのであるため、少数説のいう主張は説得力の薄いものといわざるをえないのである。

次に従来までのBGHの裁判例を切迫性の強弱により分類すると次のようになる。

(1)典型的に切迫性の弱い、あるいは全くない侵襲は美容整形手術が挙げられる。この手術の場合には切迫性の弱いケースゆえ患者は手術を受けるか否か入念に検討する機会があり、医師は患者に詳細

に侵襲の理由及び反対理由を説明し、患者に十分考慮させなければならない。そのために全く発生することの稀な危険であつても、その危険について医師は説明しなければならないと考えられる。次に整形手術の中の豊胸手術についての裁判例を紹介する。

⑮ LG Düsseldolf, NJW 1963, 1679.

原告（女性）は一九五九年四月被告により豊胸整形手術を受け、臀部より長さ約二〇センチメートル、巾一〇センチメートルの皮膚脂肪葉をV字に切除し、それを胸に移植した。その後、胸が化膿したが、移植組織はゆ着しなかつた。臀部に醜い瘢痕と異常増殖が見られ、事後処置を被告が行なつた。その後S医師が臀部に事後手術を実施した。原告は被告に対し手術に要した費用の賠償請求及び慰謝料を請求した。BGHは、同意が有効とされるには患者が不十分又は不適切に肉体への侵襲による効果及び危険について説明を受けないことであり、不十分な説明又は不適切な説明を受けてなされた同意は無効とされる。この点に関して本件を見ると、本質上健康保持に必要な医師の侵襲と不必要な侵襲とは区別されねばならず、後者の不必要な侵襲の場合には、患者の生命を脅かす場合の侵襲よりも入念に侵襲に関する賛否を患者は考慮できねばならない。従つて有効な同意は侵襲の賛否を患者が正確に判断できる状態にいることを前提とする。本件の被告は上記の原則に重過失により違反している。つまり移植すべき皮膚脂肪葉を用意するためには二つの可能性が存在した。ⓐ臀部を水平切開する方法とⓑ臀部表面をV字形に切開する方法とである。結果的に被告の説明は正しくなかつた。その理由は水平切開する方法は必要な皮膚が得られなかつたので、実施されなかつた点と手術の目的（豊胸）に関して臀部を水平に切開する方法は問題にならないという適切な、義務に適した説明がなされなかつた。被告は(b)の方法によるとV字形の瘢痕域が残ると教えているのだから、原告はⓐの方法によれば、ⓑの方法によるよりも瘢痕が少なく、醜くならないと考え、ⓐの方法を希望したが、ⓑの方法を実施しなければならないと手術前に患者に説明し、それに関しての患者の同意を得られたと被告は見做し、施術したのである。従つて侵襲に関する賛否、反対理由等を十分考慮するための時機が患者に与えられなかつたのであるため、たとい患者が同意したとしてもこの同意は有効な同意とは言えないとして、本件手術は違法と判断したのである。[7]

(2)(1)の侵襲に似た状態にあるものとして診断のための侵襲が次に位置する。(1)と異なる点は健康な患者ではないという点である。

⑥ BGH, VersR 1962, 155.（前掲六〇ページ）

脳髄動脈造影法を患者に施した事例であり、こうした診断のための侵襲により発生しうる危険についての説明の範囲に関しては、直接治療に役立つものではなく、医師の知識にのみ役立つものであるので、非常に厳格な説明の内容が要求されるとしている。しかしまた特に診断のための侵襲の場合であつても、治療可能性が全くないとはいえない点で、切迫性の大きい場合

も場合によつてはありうる。本件の場合では、虞れている腫瘍が手術に際し発生しうる可能性があるとしていた（原告の上告棄却）。

この裁判例より見る限りでは、診断のための侵襲では、特に厳格な説明内容が要求されており、この説明により、患者の自己決定権が十分保障されることになつている。[8]

(3)次に位置する侵襲は、医師から告知されたものではあるが、必ずしも必要とは言えないものであり、この場合の侵襲については(2)の場合の侵襲よりも低い程度の内容に関する説明が要求される。

この種の侵襲に関する裁判例として前掲⑩及び⑫判決がある。

⑫ BGHSt 12, 379, NJW 1959, 825.（前掲六六ページ）

患者の受けた虫垂切除手術は適切なものではあつたが、不必要な手術であり、しかも患者には凝血能力欠如という体質があつた。BGHは「必要な侵襲と不必要な侵襲とは明確に区別すべきあり、（本件の）医師も虫垂手術を必要と考えてはいなかつた。このことは手術を用意周到に実施すべきであることを意味し、通常の生命に関わるような侵襲の場合よりも、患者は侵襲に関する賛否について入念に考慮できなければならない。」と判示した。

この種の侵襲の場合には、侵襲を受けることに関する賛否のための情報が十分与えられることを前提としている。[9]

(4)(3)のケースよりも説明の範囲が狭まり、しかし(5)のケースよりも範囲の広い事例がこの中に含まれる。次の裁判例を参考にできる。

⑯ BGH, NJW 1973, 556.

患者（二二歳）が一九四三年戦争により榴弾の破片で負傷したため手術を受けたが、除去できなかつた。六五年そ径部左が腫脹し、R病院の外科医長の治療を受け、翌年二月下腹部及びそ径部フレグモーネのために（膿瘍も発生）、手術を受けた。手術後持続的に手術による傷が化膿したため、再入院した。左下腹部に十五センチメートル以上のフィステル法を固定し、更に若干の榴弾の破片を確認した。五月に再度手術を被告医師が実施し、フィステル法を取りはずした。左大腿神経の機能不全が発生したため（左脚機能障害）、原告は損害賠償を被告に請求した。その理由は神経不全は被告の不手際に帰因するものであること及び手術によつて発生した損害の危険に関して、患者に対する説明義務を怠つたことであつた。BGHは被告の上告を認容し、次のように判示した。突発事故と手術をしないことによる効果との関係が重要であり、その結果、たとえば生命に関わる適応症の場合には、かなりわずかの説明の基準ですむが、整形外科手術の場合にはかなり厳格な説明の要求がなされる。本件の場合には、危険の説明について中庸の要求が説明に必要とされる。原審は原告は被告のした教示内容を、手術をすれば、重要と考えなければならない危険が伴い、事情次第でかなりの不利な結果にもなりうるものと理解していると確信していたのであり、原告は一層詳細な手術の結果発生する結果内容を希望しなかつた点から見て、分別のある患者であるならば、手術に

より発生する危険が、手術の契機及び手術の目的とする好結果と調和する場合には、一定の状況で発生しうる手術の危険について患者からの質問によつて問い合わせるようにと医師に要求することはできない、このような原審は、医師の説明義務は中庸の基準でなされればよいという結論に至る、いずれにせよ、本件の場合により詳細な個々の危険度の結果についての説明を求めることは、患者の責務であるとした点（特別の状況の下での被告の側からの侵襲の危険な性質についての教示と共に）については何ら法的誤りは見られないとする（上告棄却。本件での患者側の態度への言及については後述する）。

本件の場合は戦争中手術を受けた原告に対して戦後の侵襲についての説明の範囲をめぐるものであり、健康障害除去のためになされた侵襲にはある種の危険度を伴うもので、本件侵襲は医学上必要なものであり、その危険度の説明については、(3)のケースよりも要求度が説明に高く、中庸の範囲の説明が行なわれれば、十分であるとしたものである。詳細な点について患者側の要請を患者の責務としている点は注目に値する点である。

(5)最も切迫性の高い侵襲の事例として⑫（前掲六六ページ）がここに位置する。

⑫ BGH St 12, 379, NJW 1959, 825.

不必要な虫垂手術後に患者が死亡したケースだが、BGHは侵襲を必要なものと不必要なものとの二種類に分け、その違いは同意及び注意義務の点で大きな役割を果たしているとした上で、次のように述べる。「医師の見解によれば、患者の生命が脅かされていると患者考えるように対して、直ちに手術を開始しない場合には、医師としては患者の同意の形式にこだわる必要がない。このような事情の場合には医師は、患者が治療のために医師の下に訪れた点及び患者が教えられた手術の目的に反対しないという点を患者が同意したものと考えて少しも差支えない。」

次の事例も(5)のケースに該当する。

⑰ BGH, NJW 1966, 1855.

事実は原告（女性）に電気ショック療法を被告（医師複数）が施したところ、膝窩が骨化し、化骨性筋炎に罹つたため、原告が被告に損害賠償を請求したというものである。原審は原告の労働力の回復が妨げられているとして収入減に当る金額五七五〇〇〇DMの慰謝料を相当とした。BGHは被告の上告を棄却して次のように判示する。「（本件の）療法のような場合とは異なり、生命の危険がある患者の場合には、適宜に同意を得又は、親族との打ち合わせによつて有効又は推定上の患者の同意を得ることが不可能であるため、医師の侵襲は、特にこういう同意がなくとも正当であり、必要でもある。しかし本件の場合には、電気ショック療法が計画され、五三年九月二六日に開始された限りでは（切迫性がないのであり）上記の状態ではなかつたと原審は判断した。」とする。患者に死の危険が迫つていたために、緊急の電気ショック

療法が適切であつたという被告の主張について（患者には悪性のカタトニーの外観が呈していた）、患者の病歴及び鑑定書によれば、患者にはカタトニーの徴候は五三年九月三〇日前にはなかつた点及び被告は、過失を犯してショック療法を施行した点から、原審の判断を是認した。

本件のケースは⑩のケースと同様の趣旨をBGHが述べていることを示す。(5)で分類されたケースが切迫性の高いものについて述べ、(5)→(1)の順番で切迫性が低くなり、従つて説明義務の範囲がそれに反比例して拡大されるという基準が示されたものと思われる。

(1) たとえば Schleicher, MMW 122 (1980) 42 も切迫性を一つのファクターとして挙示する。

(2) RG, DR 1940, 506（抜歯に関する事案）

(3) OLG Frankfurt, VersR 1954, 180; OLG Stuttgart, VersR 1954, 310.

(4) Schmidt, Gutachten zum 44 DJT (1962), S. 81 は侵襲が切迫していなければ、医師の説明義務もその限度で広がるという原則を正当と考えている。Friedrich, a. a. O., S. 382 も同旨。Schleicher, a. a. O. は患者の生命に関わる状態の場合や侵襲が特に切迫している場合には、説明の範囲は最も必須の内容に限定されるか、あるいは、例外的に全く説明の必要がないとしている。後者の説明の不必要な場合、つまり説明をしなくても許される場合については後日別に論じたい。

(5) Tempel, NJW 1980, 611.

(6) 本件についての詳細な報告としては、金沢文雄「患者の自己決定権と医師の説明義務」広島法学四巻二号（一九八〇年）五七ページ。

(7) BGH, NJW 1972, 335（いぼ除去のためのレントゲン照射の事例）も同旨。

(8) ⑭（前掲六八ページ BGH, NJW 1979, 1933）の事例は腎臓バイオプシーについての、やはり治療上の説明（診断結果の説明）に関するもので、切迫性との関連において同旨のことを説示している。

(9) BGH, NJW 1977, 33 も同旨。

四　患者の態度

説明義務の範囲を決定するファクターとして、既に散見しているところであるが（⑩及び⑪、⑫の裁判例をみよ）、「患者の態度」という点を挙げる。しかしもちろん、医師は初めから患者の説明の要求というものをあて込むことはできないことであるし、許されるべきことではない。なぜならば、治療という目的からみて、基本的には専門家としての医師が治療・治癒の面で主導権及び看護義務を患者に対して握つているのであつて、素人の患者が握つているわけではないからであること及び医師が治療の際には主導権を持つものでなければいけないからである。医師が患者から有効な同意を得る場合には、患者の側にも治療の際に疑問が生ずることもあるので、その場合には医師は患者に真実に則して答えなければならない。その場合には通常の説明の範囲以上の説明を必要とする場合（(i)のケース）がありうる。また一定の場合には裁判所が患者に説明開始後、更に質問をするべき義務又は負担を負わせているケース（(ii)のケース）もある。

(i)のケースに該当するものとして次の裁判例を挙げる。

⑱ BGH, NJW 1963, 393.

事実関係は原告（夫及びその子）の妻が五七年六月十一日（当時二三歳）に腎臓病のために被告の経営する病院の第一内科に入院した。腸管外のノイマイシン治療を受け（七月十六日より）、同時に抜歯のため感染症防止措置がとられた。七月十七日に抜歯をし、患者は悪感・戦りつを覚え、聴覚に痛みを感じたため、ノイマイシン療法を中止した。一〇月十九日患者は別の薬を服用後退院した。患者の健康状態一般及び腎臓病は改善されていたが、殆んど耳が聞こえなくなつていた（患者の死亡時まで）。原告は患者の聴力喪失の原因を病院経営者としての被告に帰因するとして一四四七五〇DMの損害賠償及び慰謝料（その額に関しては裁判所の判断に任せる）を求めた。第一審は二〇〇〇〇DMの慰謝料及び損害賠償を認め、原審は被告の控訴棄却。BGHは原審判決を破棄差戻した。BGHは傍論で発生しうる不利な副作用が治療しないことより発生する結果に比べて重大なものではない場合には（分別のある人が患者の立場で治療を受けるか否かを決定する上で重要なものと考えない限り）、説明は不要であるが、もちろん患者が別の考え方を医師に気づかせようとする場合には（質問等を医師にする場合）、治療をする場合の結果としない場合の結果とを患者に医師は説明し、決断を促すことを無視してはいけないのである。本件の場合には、原審は副作用についての医師の説明は絶対必要と考えているが、この点に関しては医師の説明義務の限界をずらした見解と考えられ、説明は副次的損傷（治療に帰因する）が絶対に避けられない、もしくはそれに類した蓋然性で回避できない場合には、必要でないとして医師の説明義務に違反してはいないと判示した。

本件は、患者の態度という点も医師の説明義務の範囲を決定する要素であることを示したものである。

(ii)のケースに該当する裁判例として次の例を紹介する。

⑲ BGH, NJW1974, 1422

事案は、五〇代の頃より胃痛の患者が一九六一年十月以降専門医Wの治療を受け、豆大の十二指腸潰瘍の存在が判明したため、同医は被告（外科医）の手術を受けるように原告を被告のところに転送した。被告は、十月十七日医長立合の下で手術を実施した。手術の際被告は全身麻酔ではなく、伝導麻酔を実施し、麻酔剤は（脊髄膜以外の）脊髄管に注入された（PDA法）。それに関して予め被告は原告に告げなかつた。本麻酔剤の効力がなかつたので、笑気麻酔により手術を実施したが、その七日目に肺塞栓症に罹り、W医に転送後退院した。六五年四月末に多量の発汗、麻痺状態、右脚麻痺の状態で衰弱した。その後両脚に重症の痙性麻痺、上肢障害、感覚障害が発生し、労働ができず、歩行困難、脊髄クモ膜症、髄膜癒着が判明したが、治癒の見込はなかつた。原告は被告に損害賠償を請求し、麻酔についての説明を被告から受けず、しかも誤つて麻酔を実施した点がその根拠であつた。第一審は五〇〇〇〇DMの慰謝料を認容したが、原審は棄却した。BGHは患者には麻酔の危険又は少

くとも特殊性に関して何ら説明が医師からなかつたが、患者の手術に対する同意の中にはこの種の同意も含まれている、PDA法の特殊な危険の契機に関する説明を困難もしくは不要とし、その理由として苦痛除去の危険は手術の苦痛除去に含まれているという点を原審は挙げているが、これには疑問があるとする。医師の説明が本質的なものに限定されるということは、患者が現に自己の知つていること以上のことを知りたいと思う場合には、詳細に質問を医師に行なうことがしばしばあるという経験則のみによつている。素人の間では殆んど知られていなかつたPDA法が使われるということは、被告が技術を細かく患者の方で興味をもつことはなく、全身麻酔法で手術がなされるという期待を考慮に入れてはいけないのである。この点で原告が自己の知らないPDA法に同意したという点を説明義務の範囲決定の問題をめぐり、出発点とすることはできないのであると判示した（原審に破棄差戻）。

本件では、医師の説明義務の範囲に関して、医師側だけを考慮するのではなく、患者の側の態度という点にも注目し、それに説明の範囲の確定の一つの要素としての役割を与えている。患者が現に置かれている状態にある場合には誰でもが興味をいだく以上のことを知りたいと思つた場合には、詳細に質問をする義務が患者にあるという点である。そうした患者からの質問に対しては、医師は詳しく説明しなければならないことはもちろんである。次の事例もこのケースに該当する。

⑤ BGH, NJW 1976, 363.（前掲五九ページ）

開窓術についての説明義務について問題とされた事例であるが、原審の判示について次のようにBGHは判示する。助成過失 Mitverschulden（BGB二五四条）の非難も医師の説明義務の領域で妥当し、医師の任務は患者の同意を確保するために説明することであるが、一方患者も個人的事情の範囲で説明の希望・欲求について医師に誤つた観念が生じたりして、全く十分に説明を医師がしないという状況になつた点について、医師と並んで責任を負う場合がありうる。たとえば患者が医師との対話で自信をもつて積極的に参加して、自分が医学上の実情を知らないでもなく、侵襲より発生する危険について知つている、またはどうでもよいというような印象を医師に与えたりした場合がそれに該当する。このような状況形成に至れば、特に個人的な情況について誤つた情報（患者が医師の説明の必要性の有無の判断によつてその意味が重要であることがわかるし、わからなければならない情報）を与え、不完全な情報を与えれば、助成過失の問題になりうる。しかし単純思考の患者の場合にはこの助成過失は問題になりえない。本件についてみると、事情が異なつているので助成過失の問題はないと判示した。

本件の判示は患者を概括して二種類に分けることを前提とし、一方を単純思考の患者、他方を賢い患者（その内容については本件判示を参照）、前者の患者の場合には、患者に対して更に詳しい説明がなされるということを期待できないのであるから、説明の範囲は医師

に委されるが、後者の場合の患者は、概括的説明（発生しうる可能性のある危険を一般的に説明すること――段階的説明 Stufenaufklärung という）で満足するが、より詳細な明白な教示を要求するか否かを自由に決定することができる者である。本件の患者は以前十分説明を受けてはいなかつたのであるから（前に一度手術を受けたことがある）、危険に関して説明されねばならないし、精神的に単純な患者とは対照的に、教示が短かすぎ、しかも不完全な教示であると患者に思われた場合には、医師に対する質問によつて更に完全な教示内容としようと努めるということが場合によつて推測されるならば、尚更絶対必要な説明の種類及び広狭にその影響が出てくるのであるということがわかる。(2)

(1) Stufenaufklärung とは、本文で示されているように、侵襲によつて発生する可能性のある危険を一般的に説明することであり、その際、分別のある患者とそうでない患者とに分けて論ずることを言う。W. Eisenmenger, W. Sponn, MMW. 123 (1981), 345.

(2) ⑱（前掲七一ページ）のケースに関する判示も、患者が病状や手術の本質を知つていて、手術によつて発生する危険と、手術をする契機及び手術の目的とする結果とが調和している限り、医師の側で質問をすることによつて、更に詳しい説明がほしいという要求を患者に問い合わせるように医師に対し、要求することはできない。このような場合には、事情により危険についての説明後、患者がより詳細な危険に関する情報を聞くのか、また相応した質問をするのか否か、医師は確認することができる。医師に説明についての負担全部を負わせるのではなく、代わりに患者にも責任の一部を負わせ、質問をさせ、より詳細な説明を要求するように期待しても構わないとしている。なお Laufs, NJW 1974, 20 28参照。

五　危険の大きさ

医師の患者に対する説明の範囲を決定する第四のファクターが危険の大きさ Größe である。一般的に言えば、一時的侵害の危険の場合には、医師は説明を患者にする必要性は少ないのであるが、一時的なものでない、継続的侵害の発生の危険の場合については、医師は患者にその危険について説明する必要性が通常存在するということである。特にこの場合については患者の具体的必要性も考慮されることは次の裁判例を参考にできる。

⑳ OLG Karlsruhe, NJW 1966, 399.

事案は秘書長をしていた原告（三六歳の女性）が甲状腺腫のためD医師の治療を受けていた。改善しなかつたため、同医師より被告X_1病院への転医を勧められた。そこで原告は被告X_1の被用者被告X_2の甲状腺腫手術を受けたところ、左声帯麻痺（左の回帰神経麻痺）を生じ、手術後原告の声は出なくなつてしまつた。原告は事前に、発生する可能性のある再帰性麻痺に関して説明を受けていれば手術を受けていなかつたし（少くとも当時の時点で）、せいぜい他の専門医の手術を受けていたであろうとして、手術の結果声が出なくなつてしまつたことは原告にとつてその損害はかなりの、算定しえない損害である、その理由は秘書長としての活動を断念せざるをえないからであると主張した。原告側は継続的な原告の不利な状況を考慮して、原状回復

を望めない結果、慰謝料として月二〇〇〇DMから三〇〇〇DMの支払を相当と判断した。これに対し被告側は、声の出なくなつた原因は声帯麻痺に帰因するものではなく、専ら原告の精神的な不安定性によるのであり、声帯麻痺は、甲状腺腫の手術の場合には極めて稀にしか発生するものではないという点を考慮してみると、医師の説明は必要ではなく、原告の無意識の神経系統が不安定な状態である点よりして、説明することにより、手術の危険がかなり重くなるので、原告に説明することは有害であつたとし、結局説明をしたとしても、甲状腺腫の痛みのために手術を受けたであろうと反論した。第一審は原告へ月七二DMの慰謝料の支払を被告側に命じた。控訴審は、BGHの判決に表われた説明の範囲に関する(1)発生しうる結果がどのようなものか、(2)当該ケースで発生しうる危険がどの位の大きさのものか、手術を受けた場合の危険と手術を受けない場合の危険とどちらが重いかを考えることが重要とした上で、特に侵襲に着手する時点では原告が秘書長として活躍し、そのために声をかなり侵害されることによつてその活動が不可能になるような職業に就いていた場合であるのに反して、上記職業の記述が被告の病歴書に記されていなかつたとし、更に原告の方から、被告に職業を言つたがどうかは確かではないが、患者の職業が医師の説明の範囲の問題についてかなり重要なものであることは、S医師の鑑定書に述べられているところである、しかし更に臨床記録に患者の職業として教師として記されている、臨床記録でのこの記述がどのような経緯で記載されたかは確認しえないが、いずれにせよ被告X_2は、上記の理由から、この職業についての記載より手術前に侵襲の結果発生しうる結果について話し合う義務が尚更あつたと考えられる、被告X_2が原告の職業を知つていた場合には、この職業の違いがあつても、何ら医師の方で説明しなくともよいということにはなりえないのである、事実上被告X_2は患者の職業に関して何ら考慮することなく、侵襲の実行の問題に対する職業上の活動の問題に関して何ら意義づけをしなかつたと判示した(被告側の控訴棄却)。

本件では説明の範囲を決定するファクターとして危険がどの位の大きさのものであるかをBGHの判示に立つて挙げ[1]、更に具体的な患者の必要性を考慮に入れて、職業上の理由から一定の身体の部位の危険について侵襲前に医師から説明されなければならないことを判示している点が注目される。この種のものとして次の裁判例も紹介する。

㉑ OLG Frankfurt, VersR 1979, 651.

原告(レストランのボーイ)は一九七五年一月十六日左手の親指の屈曲面に生じた紛瘤を専門医に除去させたところ、尺骨面の親指側に感覚麻痺が生じた。そのため原告は専門医(被告)に転医するよう命ぜられ、被告の検査を受け、神経縫合術の手術を被告より受けた。原告の主張は上記縫合術を受けても今日まで何ら現状は改善されず、被告の神経損傷によつて生じた損害及び相当の慰謝料の支払を求めるというものである。第一審は原

告の請求を棄却した。OLGは危険及び発生する可能性のある合併症の結果に関して原告に被告は説明しないという義務違反を犯しており、有効な同意を原告から得ずに手術を実施した。このことは違法性を伴う。しかも本件では、原告に対する特に詳しい説明が必要であつた。その理由は原告の職業がボーイであり、前記職務を遂行する上で両手が頼りとなつているからである。原告の場合には、実際のところ病気としては軽く、しかも主に美容法上の被害を除去したにすぎず、治療方法は特に切迫性のない重要でもない事例であつた。原告は親指の主関節の屈曲面に粉瘤ができたにも拘らず、当時は労働することが可能であり、しかも侵襲の前には被告より一定の限度でのみ説明を受けていたにすぎなかつた。侵襲によつてどのような、またどの程度の合併症が発生しうるのか原告には予見することはできなかつた。ゆえに本件では医師に説明義務違反があつたと判示した（原告の請求二〇〇〇DMの請求額で認容）。

本件は前記⑳判決と同様、患者の職業について説明義務の範囲を決定する一つのファクターとして位置づけ、その職業遂行に与える損害の大きさ（危険の大きさ）に注目しているものである。両判決共、患者に対する損傷は一時的のものではなく、継続的な損傷であるという点で共通であり、従つて医師の説明が必要なケースということができる。

（1）⑱（前掲七四ページ）で、既にBGHが医師の説明の範囲を決定するに際しては、(1)発生する可能性のある結果がどのような種類のものか、(2)当該ケースで発生した危険がどの位の大きさのものか、(3)手術を受けたことにより生ずる危険と、手術を受けずに発生する結果との中で、どちらの結果が重いかを考慮することが重要であると判示しており、本件はこの理論を具体化したものといえる。

六　まとめ

以上のBGHの裁判例を通じて、医師の説明の範囲を決定するに際し、考慮される四つのファクターが概括的ではあるが、明らかにされたものと思われる。周知のように、こうしたBGHの判決に対しては、特に医師の反論が強くなされ、また法律家からも批判されている。

最近のBGHの立場を概観してみると、患者に重い負担を負わせ、その反面、医師に免責させるため、非常に強い防御の立場を打ち出しているものといえる。たとえば、助成過失の理論を Stufenaufklärung の場面に導入している裁判例(1)、あるいは説明の範囲決定に主観的要素をもち込んで解決している裁判例(2)等を挙げることができる。こうした傾向は今後も見られるものと思われる。しかしこうした傾向については批判があり、患者の利益を尊重すべきものと思われる(3)。

本稿は医師の説明義務に関する法的位置づけを考究するための一環として、BGHを中心とした裁判例を扱い、紹介したものであり、その際、法律家及び医師の説明義務に対する見解は殆んど扱つていない(4)。

一方西ドイツにおいて、法律家と医師との冷戦と表現されるように、その対立が最も激しい問題は、説明をすることによつて、医療上の観点から患者を危険にしてしまうような場合に、説明はどの範囲で省略できるか（説明をしなくても許される場合）、という点である。この問題については医師の説明義務の法的位置づけを問う場合には触れておかねばならない点であり、また医師側が主張する裁量権とも絡むものであり、別稿において論ずる予定である。[5][6]

（1）⑤（前掲五九ページ）BGH, NJW 1976, 363.

（2）⑪（前掲六四ページ）OLG Köln, NJW 1978, 1690.

（3）Tempel, a.a.O., S.624.

（4）この点については他日に期したい。

（5）Kuhlendahl, Dtsch. Ärzteblatt 36(1978), 1984.

（6）西ドイツにおいては、患者の方で、医師の過失を証明できない場合に、説明義務違反を医師の責任の根拠とする場合が多く見られ、特にこうした場合の説明義務を Auffangtatbestand（迎撃のための構成要件とでも訳すのか）と呼んでいる。しかも訴訟で説明義務違反をもち出すケースが予備的にではあるが、三分の二に達するという。52. DJT (1978). Sitzungsbericht I. S. 14 ; Laufs, Arztrecht 2 Aufl.(1978), S.37 ; Kleinschmidt, MMW 122 (1980), 714. 参照。

（一九八二・一・二七）