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

Title	適法な選択的様態と医師の説明義務違反
Sub Title	Die ärztliche Aufklärungspflichtverletzung und das rechtmäßige Alternativverhalten
Author	河原, 格(Kawahara, Kaku)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1986
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.59, No.5 (1986. 5) ,p.67- 81
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=AN00224504-19860528-0067

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

適法な選択的様態と医師の説明義務違反

河原　格

1　初めに
2　適法な選択的様態に関する日本における裁判例
3　西ドイツの判例からの要件摘出
4　西ドイツにおける学説
5　結び

1　初めに

医師は侵襲を行う場合には患者の同意を得て侵襲を実施しなければならないのであって、同意を得ずに侵襲を行った医師は、患者から不法行為責任を追及される可能性がある。従って医師は侵襲を実施するには患者に十分説明をしてその同意を得なければならない。[1] 説明が十分に行われず、あるいは全く説明がなされずに得られた患者の同意は無効であり、この同意に基づいてなされた侵襲は違法と考えられる。[2]

医師がこの説明を十分患者に尽した場合に、患者は二つの態度決定に迫られる、つまり侵襲に同意するか、拒絶するかである。同意した場合には侵襲から生ずるあらゆる危険を患者が負担するのである。[3]

一方、説明が不十分、あるいは全くないまま侵襲を行った場合の侵襲から生ずる損害は医師が負担することになる。[4] しかし十分な、あるいは全く説明を行わなかった医師が仮に患者に対し説明を十分行えば、当該の侵襲に同意したであろう、説明をせずに侵襲をした場合に発生した場合と同一の損害がやはり患者に発生したであろうという抗弁が医師から提出された場合に、医師の責任をどのように考えるかという問題が生ずる。[5] これがいわゆる適法な選択的様態の問題である。これに関する日本に

おける裁判例は以下に述べるように少ないと考えられ、学説上も最近初めて論じられるようになった。[6] 一方、西ドイツにおいては日本よりは裁判例が多く、学説上も詳しく論じられ、適法な選択的様態をめぐる問題に対して示唆するところが以下で述べるように多いと考えられる。

以下では、適法な選択的様態をめぐる日本での裁判例、西ドイツにおける裁判例及び学説の動向を考察し、この問題に対する解決のいとぐちを見出すことにしたい。

(1) 特に西ドイツにおいては周知のように医師の侵襲と患者の同意に関して判例は侵襲それ自身が身体傷害であり、患者が侵襲に同意することによってのみ違法性が阻却されるという立場に立ち、一方学説の多くは侵襲そのものは身体傷害ではなく、説明をせずに侵襲をした場合には、患者の自己決定権を侵したにすぎないという立場に立っている。筆者はこの問題に関してはいかに医師の行為といえども、患者に対する侵襲はそれ自身身体傷害に該当するものであり（西ドイツの判例の見解）、不法行為の要件を既に充足しているものと考えるが故に、患者に発生したすべての損害を医師は賠償しなければならない。この見解に立てば、患者にとって有利と考えられる。説明義務をめぐる問題に関する最近の論文としては、稲垣喬・実務民事法5（一九八四年）二〇ページ。宮野彬・団藤重光博士古稀祝賀論文集第二巻（一九八四年）三七五ページ。山下登・六甲台論集三〇巻一号（一九八三年）九六ページ、同三号（一九八三年）三三ページ、同三一巻三号（一九八四年）六八ページ。加藤一郎＝森島昭夫編『医療と人権』（新美育文（一九八四年）八三ページ。金川琢雄・法時五五巻四号（一九八三年）七一ページ。浦川道太郎・判タ四九三号（一九八三年）一一三ページ。やや特殊の領域については、拙稿・慶應義塾創立一二五年記念論文集―慶應法学会法律学関係（一九八四年）一三九ページ。なお前掲・医療と人権（新美育文）は同意原則の承認という形で医師の侵襲そのものを違法であるとしている（一〇二ページ参照）。勿論ここでいう説明とは自己決定のための説明をいうのであって、自己決定以外の説明に関して述べているのではない。

(2) 説明義務の法的根拠についての見解は周知のように分かれている。前掲・医療と人権（新美育文）一〇八ページ参照。筆者は上記注（1）のように医師の侵襲は常に傷害罪に該当し、患者の同意のみが違法性を阻却する、つまり患者の同意は違法性阻却事由と位置づけることができると考える。故に患者が十分に説明を医師から受けずに同意をした場合には、その同意は誤って行われたのであるから、その同意は一般の意思表示理論に従い、無効となると考える。その結果医師による侵襲は全体として違法性を帯びる。Schlloshauer-Selbach, DRiz 60 (1982) 362 参照（邦訳・三谷忠之・香川法学五巻一号一五二ページ）。同意を意思表示と考えることについては、Deutsch, NJW 1984, 1802; BGH NJW 1984, 1395（BGHは同意を治療行為に対する授権あるいは許可を与える行為という見解から意思表示という見解に改めた）。

(3) 患者が十分医師から説明を受けたとしても、なお侵襲を拒絶することは当然できる。十分説明を受けたとしても、当該侵襲を拒絶したであろうという患者からの抗弁に関する問題は後述第三章（2）参照。患者の明白な拒絶に対して侵襲を中止すれば問題は発生しない。患者の意思による侵襲の拒絶の場合の代表的な実例としてエホヴァの証人による治療拒否がある。これに関する最近のものとして橋本雄太郎＝中谷瑾子・判タ五六九号（一九八六年）八ページがある。

(4) 説明義務違反と損害との因果関係については前掲・医療と人権（新美育文）一二〇ページ参照。しかし、医師の侵襲それ自身が傷害なのであるから、そこから通常生じる損害を医師は賠償しなければならないと考えられる（西ドイツ流に考えれば、相当因果関係の範囲で発生した損害を賠償しなければならないという結論になる）。医師が説明をすればなしたであろう患者の意思決定の内容と現実になした患者の意思決定の内容との差を考えることが因果関係の問題であるとしている。この場面の一つがここで論する適法な選択的様態の問題である。

(5) 適法な選択的様態に関する医師の抗弁は全くの仮説、つまり損害は医師の説明義務違反かなくとも発生しえたであろうという仮定に基づく。Deutsch, Haftungsrecht I (1976) 1, 173（邦訳・損害賠償法読書会・立命館法学一六七号（一九八三年）九六ページ）。前者の患者からの証明は実証義務 Substantiierungspflichten と呼んでいる。BGH NJW 1984, 1397 参照。この義務も選択的様態に関する抗弁と同様、全くの仮説に基づいている。山本隆司・判タ五七四号（一九八六年）二一ページはこの義務を説得的に理由づける義務と訳している。なおハンス＝レオ・ヴァイヤース・ジュリスト八一九号（一九八四年）一二六（一三〇）ページ参照（能見善久訳）。

(6) 前掲・稲垣三四ページ。

2 適法な選択的様態に関する日本における裁判例

我国において医師による説明義務違反と適法な選択的様態とが問題になったケースとして考えられる裁判例は以下の三判決である。

(1) 神戸地裁昭五〇・九・四民二部判決[1]
(2) 最高裁昭五六・六・一九第二小法廷判決[2]
(3) 名古屋地裁昭五六・一一・一八民六部判決[3]

(1)の事例は、虫垂炎手術中に発生したぜん息発作により患者が死亡したというケースであるが、判決理由では次のように説示されている。「（説明）義務違反と本件結果（患者の死亡――筆者注）の発生との間に相当因果関係があるとは云えないし、又、前記認定のように昭二が先にこども病院で扁桃摘出手術を受けたとの事実を考慮に入れても、右危険性の説明がなされていれば原告らが本件手術に同意しなかったと認めさせるに十分な証拠はない。」としている。本件の事案においては原告が手術に同意したであろうと認定する上で、裁判所が要素と考えていると思われる内容は、患者が以前場所を異にし、麻酔方法は異なり、手術の部位も異なるが、手術を受けたという点である。(2)の事例は転倒して傷害を受けた少年に開頭手術を行った医師に説明義務違反があるとして（説明義務違反以外の争点はここでは除外する）損害賠償を請求したケースである。本件では原告らが仮に手術の危険性について医師から十分説明を受けていたとしても、夜間手術を開始したという状況および被告病院以外に安全な医療機関もなかったという点から、結局、本件手術に同意し、手術を受けたであろうとされている。(3)の事例は医師が美容のために脱毛治療を行うに際してその治療方法と効果につい

て、患者に十分説明をしなかったために債務不履行に基づく損害賠償が請求された事案である。判決理由では次のように判示されている。「原告は被告病院の医師から治療の効果等について明確な説明を受けなかったことから、相当期間治療をくり返せば永久脱毛も可能であると考え、三年五月余の長期間にわたって三一回の通院治療をうけ、その挙句脱毛の効果は一時的なもので、暫くすれば毛は再生し、永続的な効果のないことを身をもって知らされたものであり、もし被告の説明義務が尽されておれば、原告は被告病院の治療をうけなかったと認められる」として原告の損害賠償請求を認めている。本件においては患者の受けた治療方法によっても、脱毛は不可能であったことが、大きく判断に影響しているものと思われる。

以上(1)～(3)の裁判例を通じて以下の内容が摘出される。

(1) 以前に麻酔による手術を受けていたという事実（(1)の事例）

(2) その手術が唯一の手術で患者には他に選択の余地がなかったと考えられること（(2)の事例）

(3) 患者に対してなされた治療がなんら効果を発生させなかったこと（(3)の事例）

以上の(1)～(3)の内容が日本における裁判例から導きだされると考えられる。しかしこれらの要件のみでは今後の説明義務違反をめぐる問題の解明においては、必ずしも十分といえるものではなく、更に要件の補充が必要とされてくる。

そこでこの問題について詳しく論じられていると思われる西ドイツにおける裁判例及び学説の動向について以下において追求することにする。

(1) 判時八一〇号（一九七六年）六七ページ。事実の概要は次の通りである。気管支ぜん息の治療の目的で県立病院に入院のところ、腹痛は虫垂炎と診断されて手術を受けたが、術中ぜん息の発作による呼吸停止、心停止を起こして意識不明となったまま一ヶ月半後に死亡したというケースである。

(2) 判時一〇一一号（一九八一年）五四ページ、判タ四四七号（一九八一年）七八ページ。事実の概要は次の通りである。十歳の男子が自転車の転倒によって左後頭部に受傷したため、A医師からB病院へ転医され、同病院の外科医が脳損傷を疑い、緊急開頭手術の必要性があると診断して同手術を実施したが、患者は出血多量により死亡したというケースである。判例評釈として新美育文・判タ四七二号（一九八二年）一〇一ページ。田上富信・判時一〇三七号（一九八二年）一七〇ページ。

(3) 判時一〇四七号（一九八二年）一三四ページ。事実の概要は次の通りである。脚部の永久脱毛を可能とする美容整形外科病院で三年半にわたり計三一回通院した女性がいずれも効果がなく、かえって治るまで数ヵ月に及ぶ焼痕が残ったというケースである。

3 西ドイツの判例からの要件摘出

西ドイツにおいてはいわゆる適法な選択的様態の問題について、BGH民事六部は、原審OLGが認めた抗弁を一九五六年

に初めて取り扱った。[1] この場合においてBGHは、特に真実の意思の探求が不可能な場合に、仮に内部的事実を仮定することが認められるかどうかの点については判断せずに、別の理由からOLGの下した判決を破棄した。[2] 更に同六部は一九五九年適法な選択様態に基づく抗弁を認め、この抗弁を医師の挙証負担とさせた。[3] 同六部はこの場合には医師に認められる別の抗弁によって解決したのであるが、次のように判示しており、以後の判決に大きな影響を与えた。「患者が二つの治療方法の利・不利について十分説明されていれば、レントゲンに同意したとは、OLGは確認出来なかった。しかし患者がどのように決断し、危険な侵襲に同意したかどうか明らかではない場合には、患者の決断の内容及び侵襲に対する同意のあったことの証明は、有効な同意を得ずに治療をした医師の負担としなければならない」。[4] この判示事項における、侵襲に対する患者の同意の証明は医師の負担であるという内容がこの判決において確立されたことの意義は大きいと言える。

一九五九年以降、BGH民事六部はその多くの判決の中で上記の判示事項に従っている。[5] 同民事七部も同民事六部の結論に従っている。[6] また下級審も一部に反対はあるものの、[7] 同民事六部の結論に従っている。

この論文ではもう少し詳しくそもそも初めより医師の抗弁が問題にならない場合を次に掲げる。

(1) 医師が患者に対して十分説明をした場合には、医師の抗弁は問題にならない。なぜならば、説明義務を医師が欠いたゆえに、ここで問題にするような医師の抗弁が登場するのである。

(2) 患者が十分説明を受けたとしても同意しなかったということを患者サイドで証明できた場合には、医師の抗弁は問題にならない。[8] 従って患者サイドの、十分説明を受けたとしても、侵襲に同意しなかったであろうという主張を裁判所が認めなければ、医師サイドの証明は却って容易になるということである。

(3) 医師の抗弁の内容は患者が十分説明を受ければ、確実に mit Sicherheit 同意したであろうということを証明しなければならないのであって、[9] 単におそらく möglicherweise, in Wahrscheinlichkeit 同意したであろうという証明では十分ではないということである。[10] 従って十分説明をすれば、患者は確実に同意したであろうということを医師が証明できなかった場合には(1)〜(2)と同様に、医師の抗弁はその目的を達しない。医師の抗弁が適切かどうかは裁判所の自由な判断に掛かっている。つまり両当事者がどのような証拠を提出するかによって大きく左右されてくる。

しかし患者が同意したかどうかというような内容はひとえに患者の内心の意思に係わる問題である。[11] 従って裁判所は通常患者の内心の意思の状態にかかわる状況のみを考慮することになる。別稿で示したように、[12] 患者が同意を拒絶

する理由が不条理な理由であると考えられるとしても、その理由・動機が相当と認められない場合には、その患者の不十分な提案、あるいは証明されなかった提案は、医師の反対抗弁を、却って容易にすることになる。そのような場合の例としては次の場合が考えられる。つまり侵襲の必要性が緊急であればあるほど、患者が十分説明を受けた後にも同意を拒絶したであろうという抗弁を患者が提出したとしても、そうした抗弁は裁判所から信用されないということである。(13)

(4) 医師が患者に対して侵襲を実施する際、複数の侵襲の方法がある場合には、医師の抗弁は意味がない。患者には複数の侵襲の中で選択の余地があるので、確実に当該の侵襲に同意するとは言えない場面なのである。(14) 従って侵襲の方法が複数あるのではなく、単独の侵襲の方法のみしかない場合、つまり患者に選択の余地のない場合には医師の抗弁は成功する。

(5) 患者にとって差し迫った危険がない場合に、患者が十分説明をうけたとしても侵襲を拒絶すると考えられるので、この場合にも医師の抗弁は成功しない。(15)

(6) 最後にここで問題になっている患者は具体的な状況にあるこの生身の肉体をもった患者を念頭において考えているのであって、決して抽象的な理性的に判断のできる患者を予定しているのではないと言うことである。というのも患者は第三者から見て常に理性的に行為することを前提にすることはできないからである。(16)

上述したところから、西ドイツにおける適法な選択的様態をめぐる裁判例の傾向を大方把握することができることと思われる。その内容をより手短に述べることはできない。だが、要件は、日本におけるよりもより鮮明な内容を含むものと考えることができる。

次章ではこの問題をめぐる西ドイツにおける学説について概観することにする。

(1) BGH VersR 1956, 406. ちなみにRGは、基本的に認められると考えられた医師の抗弁を否定した。その理由は医師は侵襲に対する患者の同意を全く得ていないという点にあった。RGが抗弁を認める場合というのは、不十分な医師の教示に基づいて患者が同意した場合をいうのである。RGZ 163, 129 (138). なお松坂佐一・民法提要 債権各論（第四版一九八一年）二九六ページ以下参照。

(2) BGH VersR 1956, 406.

(3) BGHZ 29, 176. Esser=Schmidt, Schuldrecht. 1/2 5. Aufl. (1976). 33 III 2. 2. 参照。一方一九五九年、BGH民事三部は同年以前の判決を考慮せずに、明確に医師の抗弁を拒絶した。そのケースは種痘を受ける前に、受けるか否かは自由であることを両親に知らせなかった種痘医の職務義務違反が問題になったのであり、生徒は種痘接種のため、筋萎縮症にかかった。BGHは次のように判示する。「職務義務違反行為により子供に損害が相当因果的に発生したことをOLGは明確に確認した。父が種痘を受けるか否かは自由であることを事前に知っていた場合に、父が種痘に同意したか否

かの問題は、この関係では因果関係の問題ではない。医師の行為の違法性はその主張する患者の仮定的同意によっては消滅しえない。」VersR 1959, 355 (356). 本ケースに見られるように、BGH民事三部は適法な選択的様態に関する抗弁を認めていない。

(4) BGHZ 29, 176=NJW 1959, 814=VersR 1959, 153 (放射線判決)。樫見由美子・判時一一六六号（一九八五年）一八（二四）ページ参照。

(5) 拙稿・名古屋商科大学論集二八巻二号（一九八四年）一一四ページ以下参照。他に BGH NJW 1971, 241 (242); BGH NJW 1976, 365; BGH VersR 1981, 677 (678) のいずれも同一の結論に従っている。

(6) 前掲注(3)に掲げた民事三部の結論に依拠しているため、否定する立場に立つものではあるが、結論は民事六部を支持している。BGHZ 61, 118 参照。

(7) OLG Celle NJW 1978, 593 (594) によれば、医師の同抗弁は疑わしく、いずれの見解に従うかについては決定されていないとしている。だがその後の OLG Celle VersR 1981, 1184 (1185) は医師による同抗弁を認めている。

(8) BGH NJW 1984, 1807. BGH VersR 1979, 1012 (1013). なお Deutsch, NJW 1984, 1802. 参照。

(9) LG Karlsruhe NJW 1966, 399 (401) については前掲・樫見・判時二五ページ KG VersR 1979, 260 については前掲・拙稿一一七ページ参照。他に OLG Hamm VersR 1981, 686 (688); LG Zweibrücken VersR 1981, 1087 (1088); KG VersR 1982, 74 (75) も同旨。

(10) 前掲・拙稿一一八—一二〇ページ参照。この場合、実際に行われた説明では患者は同意しなかったであろうというような患者側の一括主張では十分ではないとされている。

(11) BGH VersR 1980, 428 (429) 参照。

(12) 前掲・拙稿一二一ページ参照。

(13) たとえば、緊急の必要がある場合に、いかなる輸血をも拒否するエホヴァの証人の行う告白のような、医師の抗弁を覆すに足る特別事情を患者は主張する必要がある。

(14) OLG Hamm VersR 1979, 1012; LG Zweibrücken VersR 1981, 1087.

(15) OLG Hamm VersR 1979, 1012; LG Zweibrücken VersR 1981, 1087.

(16) OLG Celle VersR 1981, 1184 (1185); KG VersR 1982, 74 (75). Glunsky, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 2 (1985) 2. Aufl. Vor § 249 90 参照 Giesen, Arzthaftungsrecht (1981) 182.ders, Wandlungen des Arzthaftungsrecht (1983) 128. なお山本隆司／手嶋豊・判タ五六三（一九八五年）一九九ページ参照。以上については Kern=Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht (1983) 160 以下による所が大きい。

4　西ドイツにおける学説

適法な選択的様態をめぐる問題については、学説上一致点が見出されずにいる状態であるといえる。この点は裁判所における場合とは異なっている。有力な学者は医師のこの抗弁に反対している。その要点は裁判所は患者の自己決定権を尊重しておらず、危険を伴う治療行為を受けるかどうか決定するのは患者

の自由の範囲に属するのであって、医師の抗弁によって決断の自由が損なわれてはならないというものである。

次に否定説及び肯定説及び類型説について、それぞれ検討してみよう。

(1) 否定説

A ケメラーの見解

否定説に立つ論者としては、まずニーダーレンデル[1]が挙がるが、ここではケメラーの見解を紹介する。

加害者が違法に行動したため、損害を被害者に発生させた場合、一方で適法な行為をすることが選択的に可能で、しかも違法な行為による場合と同一の損害が適法な行為によっても発生するであろうということを加害者が証明することにより、責任を免れることができるかの問題、つまり適法な選択的様態の問題について、ケメラーはその解決のいとぐちを侵害された規範の目的及び損害賠償法規の意義・機能を考察することにあるとする。そして適法行為によっても同一の損害が発生することを加害者が援用する場合には違法性連関 Rechtswidrigkeitszusammenhang がない場合であり、従ってこの問題は違法性連関の問題[2][3]とする。

この理論を医師の説明義務違反の場面に適用して、患者が医師の十分な説明を受けたとしたら、同意したであろうと医師が抗弁できるかの問題について次のように論じている。法的に正当な行動をおこなった場合にも加害者が同一の損害を発生させたであろうという抗弁を提起できるかの問題に対しては一般的に答えることは出来ないという[4]。

医師の説明及び患者の同意の要件の持つ必要性の意味から見て、上述の抗弁の可否の問題については否定的に解している[5]。そして次のような理由を挙げている[6]。

(1) 医師に説明されなかった患者が医師から侵襲を受けるか否か聞かれたとした場合に確実に同意したという確認を裁判所が得ることは困難であること。

(2) 決断の自由を尊重することが患者へ侵襲を受けるか否か聞くことの意味であり、患者は医師と話し合う可能性がなければならないし、別の医師を招く希望をも表示することができなければならない。この希望をもつか捨てるかは、患者自身の決断の領域内にあり、裁判所はたとい患者が死亡しても、その患者に代わって決断することは出来ないこと[7]。

従って、十分な説明をして受けるべき同意を得ずに侵襲をした医師の行為は、侵襲を必要とする特別の理由が存在しない場合には違法と考えられるとする。そしてそのような医師は手術の失敗という危険を負い、過誤がなく、しかも医師に有責行為がなくとも、損害賠償責任を負うとしている。従って、医師の抗弁が問題にならない場合というのは次の場合に限られるとする。つまり患者への説明及び医師の患者からの同意の取得が必

要である場合に、その患者の同意を得られなかったり、患者の態度からあるいは説明も十分でないために、推断されうる同意も得られない場合には、正当に説明され、医師から侵襲を受けるか否か聞かれれば患者が同意したであろうという抗弁を、医師が提出すること自体不可能であるとする。(8)

医師が全く患者の同意を得なかったかどうか、あるいは不十分な説明に基づき、患者が同意したか否かについて、その間には何等内容上の違いはなく、後者の場合には医師が十分説明をすれば同意したであろうという抗弁は不可能であるという。その場合の考慮すべき問題点は医師の患者に対する説明の意味から見て、不備な説明の結果、患者が同意したとしても医師の行為は正当化されないということである。(9) このように考える必要があれば、この場合は同意が全くない場合とまさに同じ場面と考えてよいと思われる。

適法な選択的様態の問題については前記のように、一般的に答えることは出来ないのであって、違法性連関の問題であり、個々のケースにおいて違反した規範がどれほど重要であるか、またその規定がどのような機能を有しているかの問題が重要なのである。

以上のところから、ケメラーの意図しているところは次のように把握できるように思われる。つまり適法な選択的様態の抗弁については原則的に否定していると考えることができる。患者がどのように判断するかは患者個人にのみ関係する問題であり、裁判所が患者に代わってその判断をすることができるというのは、裁判所の判断の領域を超えているのである。(10)

B　ドイチュの見解

ドイチュは適法な選択的様態の問題に関しては次のように主張している。(11) 適法な選択的様態の抗弁は、損害は侵害がなくとも発生しえたという全くの仮説にその根拠がある（本稿第1章注(4)参照）。この場合には、損害はもとより侵害も存在するのである。しかも損害は侵害行為から発生したのである。しかし、あらゆる侵害を回避しようとしても損害は発生しうるので、損害に対する侵害行為の意味の重要性は否定されてしまうのである。従ってこの問題は違法性連関の問題であるとする。この点に関してはケメラーと同一の見解をとっている。更にドイチュは(12)侵害行為のあった場合に関しては、規範目的及び手続き保障及び判断自由の範囲の観点から医師による適法な選択的様態の抗弁を認めるか否かの問題を、患者による自由な判断の損なわれた場合と位置づけ、規範の保護目的は患者に熟考及び自由な判断の機会を確保することにあるとする。従って適法な選択的様態の抗弁の認められる場合というのは被侵害規範が患者による自由な判断の余地を考慮していない場合にのみ認められるとする。手続き保障及び判断自由の範囲は保障されるべきであるので、適法な選択的様態の抗弁は完全に認められない限りで、損害賠償請求権は減額される可能性がある。その理由は（判断自由の）保障と予防とは常に損害が完全に賠償されることを要

求してはいないからである。

以上のようにドイチュは患者の有する判断自由の余地の保障という観点から、医師による適法な選択的様態の抗弁に関してはこれを認めない立場に立つと考えることが出来る。ただドイチュは医師の抗弁が排斥された場合であっても、損害賠償の範囲を減額することを認めている。[13] この点は注目すべき内容である。

C　エッサー＝シュミットの見解

エッサー＝シュミットは適法な選択的様態の問題はケメラー、ドイチュと同様に違法性連関の問題であるとする。その理由は法的な行為基準を遵守したとしても侵害が回避出来ない場合には不法な結果に対する責任を負う契機としての不法性はその機能を失うからである。だが、医師に対し損害賠償を要求する者はサンクションの思想を用い、更に損害賠償法の単なる調整機能を誤解して要求しているという。証明の場面でも規範目的と違法性連関とは明確に区別される。前者では裁判官の専断に属する法律状態を評価し、解明することが重要であるのに反し、後者では場合によっては患者の証明する個々の要素が重要であり、仮定的因果関係の故に帰責性がなくなるような個々の要素が重要なのである。[14] 加害者は適法な選択的様態の抗弁を主張したからといって損害発生に対する関与ないし侵害に対する関与を否定するのではなく、義務違反の因果関係 Kausalität der Pflichtwidrigkeit を否定するのである。

D　メディクスの見解

メディクスはこの問題を規範のもつ目的から検討する。判決の上では通常侵害された規範の保護目的を中心にしている。侵害された規範が損害一般 Schaden überhaupt を妨げ、単に定まった方法で損害の発生を妨げるのではない場合には、適法な選択的様態は問題にならない。つまり損害一般の発生を妨げないのであり、定まった方法で損害の発生を妨げる場合には適法な選択的様態が問題になるということである。[15] 規範が損害発生を妨げる場合でさえ、加害者は重要な手続上の保障が問題になる限り、損害賠償義務を免れることはできない。通常、説明を受けた患者の同意も、この意味で放棄することのできない手続上の保障を表しているのである。従って説明義務に違反した医師は適法な選択的様態の抗弁を提出することはできない。[16]

以上のケメラー、ドイチュ、エッサー＝シュミット、メディクスの見解の紹介で否定説の検討を終える。

（2）　肯定説

グルンスキーの見解

規範の目的が損害の発生を妨げることに存する場合に、適法な選択的様態の抗弁は重要である。規範の目的が損害の発生を回避することにある場合には、いかなる犠牲を払っても、法益が侵害されないように保護しなければならないのであるが、適法に損害が発生する可能性のあることを無視してよいというの

ではない。[17]

医師が説明義務に違反した場合にも適法な選択的様態の抗弁を提出することによって、医師に損害賠償責任は発生しないとグルンスキーは考えている。このことと、説明義務は患者の一身に専属する決定の自由を確保するものであるということとは矛盾するものではないと、グルンスキーは言う。[18] 説明義務が患者の決定権を確保するという内容はもちろん正当ではあるが、医師に対し損害賠償請求権を課することによって、当該の患者の人格権を保護することが損害賠償法の任務ではない。損害賠償させることによって医師に対するサンクションを重視して、適法な選択的様態の場合に損害賠償法の有する調整機能を放棄する理由がない。この結果、適法な説明をすれば患者は同意したであろうということが証明されれば、患者の損害賠償請求権はないのであるが、その場合、思慮深い患者だとすれば、同意したであろうということが問題になるのではなく、却って、当該患者が正にどのように行動したであろうか（その反応がいかに異常で、全く非合理的であろうとも）ということが基準になる。この場合には一般的枠組からみて医師の治療行為に対して被害患者の態度に特徴があれば、その患者が思慮深い平均的患者だとすれば行動したであろうという内容を基準にすることができる。[19] 被害者の保護に役立つ手続き保障を加害者が考慮しなかったという点に不法性が存在する場合でも適法な選択的様態の抗弁は適用されるとする。[20]

以上のように医師の適法な選択的様態の抗弁を認める立場に立っているのであるが、その証明責任に関しては以下のように述べている。つまり、被害者（患者）は適法に説明を受ければ、説明の内容である危険を負担するのである。被害者に損害が発生するということを主張する場合には、加害者（医師）はその通りの内容の証明をしなければならない。説明義務の目的は終局的には、発生する危険を自分が負担するか否かの決定をする可能性を加害者は被害者に与える点にある。その証明を加害者が出来なければ、加害者はその負担を負わなければならない。[21]

以上のようにグルンスキーは適法な選択的様態の問題を損害賠償法の目的から考察してその抗弁を認めている。

(3) 類型説

ニュスゲンスの見解

ニュスゲンスは適法な選択的様態の抗弁を限定的に認める立場に立っている。その内容は以下の通りである。自己決定権が侵害されている限り、この抗弁は認められない。その結果、患者が医師の説明を受ければ、同意したであろうということが確認される場合といえども、医師は、患者の自己決定権を侵害したのであるから、非財産的損害（慰謝料）を賠償しなければならない。[22] だがそれ以上の損害、つまり侵襲が失敗した場合、患者に肉体上の損害が生じたとしても、十分説明すれば患者は同意したであろうということが確認される限り、患者の自己決定

権の侵害によっては、侵襲行為は不法とはならない。[23] BGB第八二八条第一項はこうした損害から患者を保護する規定であり、その挙証責任は仮定的因果関係の一般原則により、医師にあるとする。

以上が医師による適法な選択的様態に関する抗弁をめぐる学説の紹介である。否定説、肯定説及び類型説は患者の同意を裁判所の判決によって置き換えることが出来るか否かに関しては上記に見られるように対立している。

この問題は、患者の医師に要求する説明義務をどのように考えるか、及び患者の同意の意味をどのように考えるかの問題に関係する。これらの問題点と合わせて、次の章では医師による適法な選択的様態の抗弁の可否について総括することにする。

(1) Niederländer, AcP. 153, 41 (1954) 68. 但し医師の選択的様態の抗弁に関しては論じていない。その概略については樫見由美子・判時一一五三号（一九八五年）一〇ページ参照。

(2) Ernst von Caemmerer, Gesammelte Schriften I (1968). 446. 451. 論者によってはケメラーの見解を類型的な見解として分類する場合もあるが、特に医師に関する選択的様態をめぐる問題に関しては、少なくとも否定説と考えることが出来る。前掲・樫見二二一二四ページ参照。

(3) ケメラーは説明義務違反のケースをすべて違法とするわけではない。たとえば患者の態度から見て、正確な説明を放棄したことがわかる場合とか、患者がすべてを医師に任せると表明していることが確認できれば、その場合も違法とは考えられないとしている。Caemmerer, a. a. O., 450. しかし、医師の説明及び患者の同意の持つ機能は上述のような特殊の理由のない限り、同意及びその前提である説明がなければ、違法性を有するとしている。Caemmerer, a. a. O., 449. 前掲・樫見二二ページ参照。

(4) Caemmerer, a. a. O., 451.

(5) Caemmerer, a. a. O., 450.

(6) Caemmerer, a. a. O., 449.

(7) 前掲・樫見二三ページ参照。

(8) Caemmerer, a. a. O., 449.

(9) Caemmerer, a. a. O., 450.

(10) Gehring, Die ärztliche Aufklärungspflicht im französischen Recht (1964) 156-157. はこの医師の抗弁の適否について、裁判所が患者の一身専属権である決定権を判決で置き換えることは患者の人格を侵害しているとして、患者の人格権の保護の見地から医師の抗弁を否定する。

(11) Deutsch, Haftungsrecht I (1976) 173 (前掲・邦訳九六ページ以下) ders, Arztrecht und Arzneimittelrecht (1983) Rdnr. 161. 概略に関しては前掲・樫見二四ページ参照。Brox, Allgemeines Schuldrecht 12. Aufl. 1984. Rdnr. 356. は規範の侵害と損害との間には内部連関 innerer Zusammenhang が存在するか否かを区別しなければならない。つまり規範が損害の発生を妨げるものであれば、損害を賠償しなければならないのに対し、損害が規範の保護目的外であれば、損害賠償義務はない。これに基づき、医師の説明義務は患者の決定の自由を確保するものであるから医師の抗弁は、認められないとする。後者の例としては、労働者が理由なく、いきなり使用者に対し解約通知をした場合に、解約告知規定は契約関係を終了させないことを目的としているのであるから、労働者は

早過ぎた契約終了により発生した損害を賠償するのであって、解約告知期間を契約通り守っても発生した損害を賠償する必要はないのである。従って労働者はいわゆる早急損害 Verfrühungsschaden を賠償する義務がある。前掲・樫見二〇ページ参照。なお Glunsky, a. a. O.

(12) Deutsch, a. a. O., 175. (前掲・邦訳九七ページ)。前掲・樫見二四ページ。

(13) Deutsch, a. a. O., 176. (前掲・邦訳九八ページ)。前掲・樫見二四ページ。

(14) Esser=Schmidt, Schuldrecht Bd. I Allgemeiner Teil 6. Aufl. 1984. Rdnr. 33 III 2.

(15) Medicus, Schuldrecht A. T. 2. Aufl.(1984). 255. また前掲・樫見二四ページ参照。

(16) Medicus, a. a. O., 255.

(17) Glunsky, a. a. O., Vor § 249 90a.

(18) Glunsky, a. a. O., Vor § 249 90a. なお注 (10) 参照。

(19) Glunsky, a. a. O., Vor § 249 90a. なお注 (10) 参照。

(20) Glunsky, a. a. O., Vor § 249 90a. なお注 (10) 参照。

(21) Glunsky, a. a. O., Vor § 249 90a. なお注 (10) 参照。

(22) Nüssgens, Zwei Fragen zur zivilrechtlichen Haftung des Arztes, in: Festschrift für Fritz Hauss zum 70. Geburtstag (1978), 292 f. Kleinewefers, VersR 1963, 297 (303). も同様の結論であり、いずれの事情であれ、しかも債務者に過失がなくとも損害が債権者に発生する場合には債務者に損害賠償を負担させるべきではないとし、適法な選択的様態の場面で考えると、単に過失があって fahrlässig 医師が説明をしなかったことは偶然の損害にとって重要ではないと考えている。なお Laufs, Grundlagen und Reichweite der ärztlichen Aufklärungspflicht, in: Jung=Schreiber, Arzt und Patient zwischen Therapie und Recht (1981) 86 f.; Kern=Laufs, a. a. O., 165. 参照。

(23) Laufs, a. a. O., 165.

5 結び

適法な選択的様態の問題についてのわが国及び西ドイツにおける裁判例及び西ドイツにおける学説に関して概観したところによると、この問題においての前提は(1)医師側に明らかに説明義務違反が存在しているという事実である。しかし一方(2)医師が説明義務に違反せず、十分説明したとすれば（ここで仮に説明したとすればということが仮定的原因と考えられている）、患者は確実に侵襲に同意したことが前提とされている（しかしこの仮定的原因は現実に存在したのではないのであるから、通常の仮定的原因とは明確に区別される）。

そこでこの問題をケメラー、ドイチュ、エッサー＝シュミットが共通に主張する違法性連関の観点から考察すると、適法行為によっても損害が発生する（もちろん違法行為によって正に同じ損害が発生したのである）のであるから、医師には違法性連関が存在しないという結論になる可能性がある。一方、医師の負う説明義務は患者の自己決定の領域を保障する機能を有すると考えられ、また説明義務に違反した場合には、決定することによる患者の利益を医師が侵害したと考えることが出来る。[1] この観

点からみると、医師の行為には違法性連関が存在するといえる。(2)

更にドイチュ及びメディクスの見解に立ってこの問題を考察すると、侵害行為の存在した場合には、その侵害された規範の保護目的を考慮に入れる必要があるということである。この保護目的の内容は患者の自由な決定の保障及び確保にある。この保障内容は患者の一身に専属する権利と考えることが出来る。(3)

また他の論者の主張するように、この問題に関しては一方で損害賠償法の機能という観点を考慮する必要もあることは否定できない。(4) なかでも損害賠償法の有する加害者に対するサンクションの機能を余り重視しない半面、調整機能 Ausgleichsfunktion に着目する見解は注目すべき内容をもつ。そして調整機能の点から、つまり被害者に発生した不利益を調整するという機能を医師による適法な選択的様態の抗弁に持たせようと考えていると思われる。このように損害賠償法の機能には損害の調整機能があることは否定出来ないが、その機能を適法な選択的様態の抗弁に持たせることは困難と考えられる。その根拠は患者の決定権の確保が、裁判所が患者に代わって同意する結果、失われるという重大な危険があるからである。(5) この患者の自分で決定できるという利益を犠牲にしてまで、裁判所による患者に代わる同意を作りだそうとすることは認められないと考えられる。

西ドイツにおける裁判例では、第3章で見られた通り、初期にはこの抗弁を認めなかったのであるが、(6) 最近はその抗弁を要件を満たす限度でこれを認めようとする傾向が見られる。(7) 更にその要件すら軽減しようとしている。(8) こうした裁判例に見られる傾向と学説の動向との不一致とをどこで調節するかが今後の大きな課題と考えられる。

そこで注目される見解としては、ドイチュの主張する患者の判断の自由の保障という観点から損害は完全に賠償される必要がないという内容である。(9) 従って医師の抗弁を認めないとしても、損害賠償の額を減額することは調整内容として考えられるのである。

適法な選択的様態の場合には、医師にこの抗弁が認められれば、損害賠償義務は全くなく、また仮に認められないならば損害賠償義務が生ずるのであって、all or nothing の処理が行なわれるのである。つまり、損害の種類による賠償額の軽減ということは考えられていないのである。こうした画一的処理の妥当性への疑問及び仮定的因果関係の場合の損害賠償請求は明かに画一的処理はなされていないこととの均衡からこのような処理を提案するのである。(10)

(1) 前掲・樫見一〇ページ参照。

(2) Deutsch, a. a. O., 173.（前掲・邦訳九六ページ以下）。しかし説明義務に違反した侵襲自体が違法なのであるから、この前提は成立しないとも考えられる。

(3) Deutsch, a. a. O., 175.（前掲・邦訳九七ページ）。Medicus, a. a. O., Rdnr. 255.

(4) Glunsky, a. a. O., Vor § 249 90a.

(5) Deutsch, NJW 1984, 1399. 参照。なおカントによれば、説明とは他人による決定の段階から、自己による決定の段階へと移行することを内容としている。Werkausgabe Suhrkamp XI (1977), S. 53 f. (邦訳・啓蒙とは何か・篠田英雄・岩波文庫（一九七四年）七ページ以下)。Aufklärung は説明とも啓蒙とも訳すことができる言葉である。なお Schlosshauer-Selbach, a. a. O., 661. 参照。

(6) Palandt=Heinrich, BGB 44. Aufl. (1985) Vor § 249 Anm. 5 f bb, Frank/Löffler, JuS 1985, 693. 前掲・樫見一八ページ。

(7) BGH VersR 1979, 1012; BGH VersR 1982, 168. 参照。BGH NJW 1984, 1397 では医師には抗弁を証明する証明責任があるが、患者にも前掲の実証義務が存在することを判示し、さらに疾病の重いことと選択の方法として認められた療法に有利な結果予後があることを前にして治療拒絶の根拠が直ちには明かでない場合にも前述の実証義務があることを説示する。Laufs, NJW 1985, 1361 (1366). その実証義務はまた患者の意見表明義務 Darlegungslast ともいわれ、その内容は正当に説明されれば、患者の目 Sicht から見て侵襲に対する同意を拒絶せざるをえないような決断の決定的状況に直面したという、医師の側の抗弁に対応する内容である。このように患者に対しても意見表明義務を課する意味は患者が当時の精神状況から拒絶の可能性を知らせるべきであるということが要求されているのである。このように患者に対しても医師に対しても義務が課されているのは訴訟上の状況を考慮した結果であるという。Deutsch, NJW 1984, 1399. 参照。なお前掲・ハンス=レオ・ヴァイヤース・一二六（一三〇）ページ参照。

(8) BHG VersR 1981, 677, BGH VersR 1982, 74; BGH VersR 1982, 1142 これらの判例の傾向によれば、医師による選択的様態の抗弁を認める結果、医師の説明義務それ自体を制限することにならないか、さらには医師法の分野から他の不法行為の分野へと適用範囲が広がる結果、不当な結論に達しないかという危惧が生ずる。Deutsch, NJW 1984, 1399 (1400). 参照。

(9) Deutsch, a. a. O., 175 (前掲・邦訳九七ページ)（前掲・立命館法学一九八一年五・六号七三九ページ)。

(10) 前掲・樫見二六ページ参照。さらに筆者は仮定的因果関係と適法な選択的様態の問題領域に関して損害額の上でなんらかの調整をすべきではないかと提案している。