

医師の治療上の特権^(試注)

——患者の利益を守るための説明の省略——

エルヴェイン・ドイチユ

浦川道太郎訳

そしてイエスは言った。「あなたが行うことを自身で知っているならば、あなたは幸いである。しかし、あなたが知らないとするならば、あなたは罪があり、掟の違反者である」(ルカ伝第六章第四節に対する外典上の付加、ラードブルフ『小法律聖務日課書 (Kleines Rechts-Brevier)』(一九五四年)四一頁以下参照)。

一、説明と承諾

(一) 説明の諸類型

医療上の侵襲をおこなう際に患者の承諾を必要とすること

医師の治療上の特権

は、裁判所の判例の中から確立してきた。判例によると、この承諾は単純なものでは不十分であり、患者が事前に説明を受けていることが必要とされる⁽¹⁾。このような判例の展開は、ドイツで生じたばかりでなく、フランスやアメリカ合衆国でも同様に平行して生じてきており、アメリカ合衆国ではこのことを *informed consent* とよんでいる⁽²⁾。時の経過とともに、多数の実例がこの説明を体系化するきっかけとなった。われわれは、今日、患者の症状と治療の見込みに関する多様な情報を区別しとりあつかっている。

この区別においては、まず第一に、診断所見が患者に伝えら

れる「診断結果の説明 (Diagnoseaufklärung)」が問題となる。⁽³⁾ この「診断結果の説明」は、最初に診断した医師の診断所見を再確認するかあるいは異った診断をするかを専門医に依頼する、いわゆる純粋な診断契約 (reiner Diagnosevertrag) —— second opinion —— における主要な義務である。しかし、治療の前段階としても、患者は一般に診断結果に関する説明を求める権利を有する。いや、なるほどまさに、病気をそのままにしておくよりも医療上の侵襲と結びついた危険を引受けた方がよいと患者に明らかにするためには、患者に健康状態に対する真実を知らせることが前提となる。

説明の第二の類型としては、「経過の説明 (Verlaufsaufklärung)」⁽⁴⁾ があげられる。これは、患者の健康状態が治療をしなければどうなるか、この治療をした場合はどうなるか、また別の治療方法を施したらどうなるかを患者に教えることである。そのため、この「経過の説明」は一つの予測を含み、一般に選択的に構成されている。またそれは通常、危険をともなう措置についての患者の承諾を得るために役立つものである。つまり、治療を施さないなら病気の進行がより大きな危険を招き、それに対し、治療には比較的わずかな危険しかない場合、患者は普通その「経過の説明」にもとづいて治療に対する同意をよるこんで与えるであろう。

説明を受けてする承諾 (Einwilligung nach Aufklärung)⁽⁵⁾ あるいは informed consent についで一般的に問題とするときは、狭い意味における「危険の説明 (Risikoaufklärung)」⁽⁶⁾ を考えているのである。この説明の類型の特色は、いかなるありうべき危険が治療と結びついているかについて患者に情報が与えられるという点にある。このような危険としては、治療行為自体の誤り、つまり、その病気がその治療行為をそもそも全く必要としないということも考慮されない。むしろ、「危険の説明」としては、薬品の副作用、傷口の化膿、ある能力の喪失等が問題になる。⁽⁷⁾ この狭義の「危険の説明」があって、危険をともなう治療についての承諾がはじめて有効におこなわれることとなる。患者に治療行為のありうべき危険の情報を与えることは、患者に対して、憲法によって保障された自己決定権を行使する機会を与えることである。⁽⁸⁾

この外に、なお、いわゆる「後の効果を考えた説明 (nachwirkende Aufklärung)」⁽⁹⁾ がある。この説明において、治療行為のありうべき好ましくない作用にどのように対処したらよいかという情報が、治療の後に患者に与えられる。例えば、薬の作用しているときには車を運転してはいけないということが、患者に伝えられなければならない。また開心手術に際し、蝶ねじの突然の破損により金属片が血管にまで達し

てしまった患者には、好ましくない作用を避けるために、そのことが伝えられるべきである。さらに、カテーテルの一端がそれを抜きとる際に折れ、血管の中に流れてしまった患者には、直ちにその旨知らさなければならぬ⁽¹⁰⁾。

(二) 説明を受けた後にする承諾

説明と承諾の法的な構造は簡単なように思われる。つまり、治療上の侵襲は、——それが手術によるものであらうと、薬品によるものであらうと——実際には構成要件該当的な身体への傷害を意味するゆえに、その侵襲には患者の承諾による正当化を必要とする。この正当化事由 (Rechtfertigungsgrund) は、患者がその病気と治療上の措置におけるありうべき危険を熟知して同意した場合にはじめて効力を生じる⁽¹¹⁾。説明を受けた後にする承諾が正当化事由であることから、さらにまた、医師が説明と承諾についての主張責任と立証責任 (Darlegungs- und Beweislast) を負うことが導かれる⁽¹²⁾。

説明が与えられた後に治療行為に承諾が与えられなければならないという必要性の中には、医師と患者との間の関係の発展が示されている。すなわち、医療上の措置は患者にとって通常利益のあるもので、それゆえ医師に何の疑念もさしはさまず期待すべきであるという古い家父長的な (paternalistisch) 基本

的態度を克服する中で、ありうべき危険にもかかわらず治療行為を希望するか否かを患者自身に原則的に決定させる現代的な個人主義的見解があらわれてきたのである。しかし、法的な理念と心理学的な現実との間に裂け目があることは明らかである。多くの患者は説明を受けることを望まず、説明を受けたくないと明言する⁽¹³⁾。また他方「真実にもとづいた抑圧 (realtäts-gerechte Verdrängung)」によ⁽¹⁴⁾、説明の内容を出来るだけ早く忘れようとする患者もいる。患者がなおも選択の自由を有するのは、明らかに猶予期間のある、しかも制限的な侵襲の場合だけである。

しかし、説明を与えた後に患者に治療上の措置についての承諾を求めねばならないという原則は、今日では、憲法によっても支持されている。特に、人間の尊厳と人格の自由発展の原則は、説明と承諾についての長い間にわたって承認されてきた諸要件を包摂している。そして、説明と承諾は、基本法により認められた患者の自己決定権に奉仕するものである。

ここでも、「後の効果を考えた説明」は特別の役割をもっている。この説明は、医療上の措置についての承諾の有効性の要件ではない。むしろ、「後の効果を考えた説明」がおこなわれなかった場合には、そこから固有の損害賠償請求権が生じる。この点から、「後の効果を考えた説明」を一つの独

立した附随義務 (Nebenpflicht) とみることができよう。

二、治療上の特権としての説明の省略

(一) 第一の例外・過剰な精神的負担

医師は長い間癌患者には慈悲深く接触してきた。通常の場合、癌患者には診断結果も経過についても説明が与えられていない⁽¹⁶⁾。一つの著名な事例は、作家テオドル・シュトルムの場合である。トーマス・マンが報告しているように、「湖畔の灰色の町」の医師は、作家自ら「湿地の病」と名づけた癌に作家がおかされていると診察した。作家はそのためにくじけてしまい、仕事をする氣力を喪失し、人生のよろこびをなくしてしまつた。後に、最初の診断結果を検討する症例検討会が開かれた。その場でも結論は同一であつたが、しかし、テオドル・シュトルムには、彼の胃病は悪性の癌ではない旨伝えられた。むしろ彼には別の診断結果が教えられた。作家テオドル・シュトルムは再び元氣になり、「白馬の騎士」を完成させた。「テオドル・シュトルムの芸術生活に栄光を与えているこの傑作は、慈悲深くして作られた幻想の賜である」(トーマス・マン)⁽¹⁷⁾。

連邦最高裁判所 (Bundesgerichtshof) は、既に比較的早期にこの形式の治療上の特権を承認している。連邦最高裁判所民事判例集 (BGHZ) 第二九卷一八二頁以下において、説明が

「重大な防ぎ難い健康毀損をもたらす」場合には、医師は説明を中止する権限があることが明らかにされている。連邦最高裁判所が説明と承諾を著しく制限しすぎないためにこのようにきわめて限定的な表現をしたことは、みてとれることであろう。しかしそれにしても、今日では、支障の程度と継続に関しては、この例外はきわめて狭く限定されすぎているように思われる⁽¹⁸⁾。私の見解では、著しい支障が予想されるということでも十分である。いかなる点で「著しい」かは重要ではない。つまり、自殺に至るおそれがある程非常に深い苦悩が生じる点で著しいか、支障の長い持続の点で著しいか、あるいは、例えば、家族のよゆうな第三者に対する影響の点で著しいかは、重要なことではないのである。特に、病状の悪化が心配されるときは、それだけで説明の省略を認める例外の要件として十分であり、この病状の悪化という要件の外に他の要件が加重される必要はない。結局、合理的な観察によれば支障が予期できるという以上、他に要件として必要なものはない。支障が生じていることは、この説明の省略という例外を認めるための要件ではないのである。

ここにおいて、治療上の特権ゆえに診断結果と経過が知られていない患者にとつて、絶対的に不可欠な治療が自己におこなわれることが見通せないという事態も生じうる。この危険がある場合、治療上の特権の行使は新たに熟考されな

(訳註)

ければならない。事情によっては、患者に治療行為を受け容れさせるために、精神的な支障という結果をやむをえないものとしなければならぬこと(20)もある。

(二) 第二の例外・警告による危険の増大

危険についての思いやりのある説明もまた特に危険に瀕している不安定な患者には、「自己作用的な予言」(sich selbstverwirklichende Prophezeiung)⁽²¹⁾といわれるように働く可能性があることが知られている。例えば、心臓の冠状血管に著しい損傷のある患者に血管造影をおこなおうとする場合、わずかではあるが全く無視することはできないおよそ一〇〇〇の死をもたらす危険のあることが、患者に伝えられなければならない。だがこの危険の伝達によって特に不安定な患者が興ふんし、致命的な心臓発作をひきおこすこともありうる。このような危険があるために、医師には事前の警告を中止する権限があるのである。(22)

(三) 第三の例外・第三者に生じる危険

個人の権利の行使も第三者に具体的な危険を与えはじめるところで限界につきあたるとは、広く承認されている。いずれにせよ、ここでは衝突する権利間の衡量がおこなわれなければならない。このことはまた説明の個々の領域についてもあてはまる。この例としては、特に精神病理学の領域があげられよ

う。例えば、診断結果や経過の伝達内容がただ個々の出来事のみ依存しており、その伝達事項が専ら家族員のような一定の人からのみ得られるものであり、さらに、興ふんしあるいは錯乱した患者によるその家族員に対する傷害の危険がある場合には、その限りで情報は伝えられなくてもよい。(23)

(四) 第四の、稀にしか認められない例外・患者にとって無条件に不可欠な治療行為がおこなわれない危険

既に精神的な負担、危険の自己作用および第三者に生じる危険を説明の省略の理由として認めることができるものとしても、患者が緊急不可欠な治療行為を許可しないことから危険が生じるような場合に、患者に危険に関する情報を与えないことが許されるかという問題がなお残る。先頃ある大病院で生じた一事件を例にとろう。中年の患者が病院に送られて来て、そして脳の中の動脈瘤(Aneurysma)が確認された。この動脈瘤は手術的に切除できるものであり、この手術は通常の、明白にわずかな危険をともなうものである。しかし、もしも動脈瘤を放置するならば、いつでも硬膜下出血(脳卒中= Gehirnschlag)が生じる可能性がある。診断結果と経過と危険について説明を受けた患者は、おびえたようにみうけられ、決断するのに手間どった。彼は、動脈瘤がそれ程早くには破裂しないであろうと期待していたのである。だが数日後、動脈瘤の箇所

硬膜下出血が生じて患者は死亡した。彼が早く手術に同意していたならば、今も満足のゆく生活ができていた蓋然性はきわめて大きいのである。このような場合にも治療上の特権を拡張する必要性はないのであろうか。²⁴⁾

このような事例を単に表面的に観察するならば、説明を受けた後にする承諾がその答自体を与えるものと、考えることができるであろう。つまり、患者には、——しばしばいわれることだが——手術を受けるか否かを衡量し、信頼のおける人と相談するために十分な時間が与えられるべきである。²⁵⁾ 彼がそのために結果的に緊急不可欠な治療を怠ることとなつたとしても、なる程それは確かに望ましいことではないが、説明義務のもつ個人主義的な附随物としてのやむをえない結果である。ここでもまた対立する法益を衡量するとするならば、自己実現と決定の自由は、——確かにそれは精神的な面からもきわめて問題があるにせよ——医師の側の後見的作用によって奪わられるべきものではない。そのことによつて、患者があるいは悲劇的な結末となる成行きに身をまかせる危険をおかそうとしても、やむをえないことである。

患者の理解能力が侵されており、かつ緊急不可欠的な侵襲の拒絶が無理解あるいは自由に形成されたのではない決定によるものとの別の徴候があるならば、精神療法的な補助手段

を施す機会である。しかもまた、侵襲についておそらく十分に考えずに拒絶する患者についても、今日では、精神身体医学的治療 (psychosomatische Behandlung) がおこなわれることがまればではない。この精神身体医学的治療は、まず第一に、説明によつて伝えられた「新たな事実世界」を患者が理解できる立場にいるか否かを確定するという目的をもっている。しかしこの精神療法的補助手段や精神身体医学的補助手段も、ただ患者が承諾を与えるように彼に影響を与えることができるだけである。

しかしまた、治療行為について精神的に理解能力を欠くゆえの拒絶の危険を全く稀れな「説明を省略する」例外として承認しなければならぬ。確かにこの例外のための要件は狭くかつ厳格なものである。このためには次の要件が必要である。治療行為が直接的かつ緊急に必要であること。突発事故乃至副作用の可能性はわずかでなければならぬということ。さらに、特に、病気の通常の経過と稀に生じる副作用との間の落着いた衡量が出来ない程、患者が病的に不安な状態にあるということ。

一般には、このような場合、既に患者自身で医師のおこなう説明を受けることを放棄しているであろう。しかし、上記のような例外を承認するための前提要件が顯著に存在するならば、私の考えでは、医師は患者の利益のために危険の説明を省略でき

る。実質的には、ここでは、治療上の特権の主要類型が問題となつてゐるのである。つまり、説明が過剰な精神的な負担をもたらすという第一の例外の問題である。だがここで特徴的なことは、診断結果をだまつておくことではなく、侵襲の危険を伝えない点である。その限りでは、意思無能力の患者に対し、その利益のため、特別の要件のもとに治療を認めてゐる薬事法第四一条第五号の類推をすることも許されるであらう。⁽²⁶⁾

(四) 後の効果を考へた説明においては、治療上の特権は存在しない

患者に生活上の注意が与えられなければならない場合や、例えば、アルコールを摂取してはいけないというような危険の警告がされねばならない場合、原則としてそれについての沈黙はあつてはならない。それらの情報は患者と第三者にとつては無くてはならないものである。

三、代替的な質問と記録

(一) 親族に対する質問

診断所見、経過および危険に関する説明が治療上の特権の行使の結果として省略されている限りで、十分な情報を与えられずに表明される承諾に、推定される承諾がとつて代る。この場合、ドイツ民法第六八三条に従ひ、適当とするときは、患者の

医師の治療上の特権

意思をつきとめるために親族乃至患者に親しい人に質問が發せられるべきである。⁽²⁷⁾ これらの人は、説明を受けた後にする承諾を患者に代つて与えなければならないのではなく、予定されてゐる措置について患者の立場ではどう考えるかについての情報を与えるべきである。⁽²⁸⁾ しかし、これらの人が患者に対し秘密を守れないとか、患者の不安に直面していずれにせよなら明確な情報を与えることができないおそれのある場合は、親族等に対する質問をする必要もない。

(二) 記録

治療上の特権の行使は意識的に実行されなければならない。このため、医師は自己の決定の客観的理由づけに配慮しておくように要請される。医師が親族と話し合ったとするならば、それは彼の意図を明らかにするものである。しかしながら、親族等は損害賠償訴訟では通常原告側に立つものである。それゆゑ、その事実を患者のカルテに記載することが奨励される。記録は確かに治療上の特権の行使のための有効要件ではない。しかし説明の懈怠に際して治療上の特権が主張され、また、それが口実とされる危険があるため、記録がないときは、治療上の特権の行使を主張してもなかなか裁判官には信じてもらえないものである。そこで、親族と話し合った等の記録を残して裁判官の不信に対して予防策をとつておくべきである。

四、臨床記録の閲覧と治療上の特権

(一) 患者の閲覧権

医師は、病歴、診断結果および治療行為の個々の措置を臨床記録に記入しなければならぬ³⁰⁾。この記録は、まず治療行為の継続に役立ち、そしてまた、複数の医師を一患者の治療に従事させることを可能にする。また、病気の再発や併発症に際しても臨床記録は有用である。

今日では、患者が臨床諸記録の閲覧権を有することが次第に承認されてきつつある³¹⁾。さらにその上、この方向における発展傾向を助長することもできよう。臨床記録を入手するために役立つていた民事訴訟の提起以前の医師に対する刑事告発に代つて、現在では、臨床諸記録の引渡しや閲覧の要求があらわれきている。

(二) 治療上の特権の臨床記録への拡張

治療上の特権は、患者に対して重要な情報を患者の利益を考慮して伝えないでおくことを、医師に許している。しかし、患者が臨床記録類を閲覧し、そこで自分の症状がどのようなものかを知るとするならば、この医師の沈黙の権利は無に帰してしまふ。このことから、治療上の特権は患者に関する直接的情報ばかりでなく間接的情報にも及ぶものでなければならない³²⁾。つ

まり、治療上の特権に服する諸記録の閲覧は患者に対して拒まなければならない。それは、診断結果や治療行為についてばかりでなく、患者への説明が治療上の特権の行使ゆえにおこなわれていない旨の記載についてもあてはまる。しかしながら、治療上の特権を理由として、全ての臨床記録類への閲覧が拒まれてはならない。

もしも、患者が諸記録について治療上の特権の行使があることを知るとしたら、それもまた患者を驚ろかせることとなるであろう。患者が治療上の特権の行使について全く知らない場合のみ、治療上の特権は有効に行使されたといえるのである。

このことから、治療をおこなう医師には、代りとなる臨床諸記録を作成し、あるいは——テオドル・シュトルムの事例のように——さらに記録類に思いやりのあるうそを記入する自由が保障されなければならないであろう。何ら癌におかされていないがガンノイローゼになっている患者についてさえ、このノイローゼは臨床記録類をちょっとのぞかせてもらうことによって最も良く克服される、といわれているのである。

五、治療上の特権の範囲と法的根拠

(一) 相対的な正当化事由

患者の治療と救済は、医師に対して相対的な正当化事由を保

障している。その相対的な性格ゆえに、治療上の特権が患者に對する説明義務一般から医師を免除することはない。むしろ、特別の理由がある場合に限って、医師は沈黙し、秘密にすることが許される。例えば、癌の診断結果を黙秘することが許されるのである⁽³³⁾。このような例外的事例でないときには、医師は説明をしなければならぬ。

(二) 過剰な説明

患者に對する特に残酷な説明、例えば連邦最高裁判所の言葉にもあるような癌の診断結果の突然の伝達は、患者にひどい健康上の障害をもたらすことがある。極端にひどい事例では、医師は身体乃至健康侵害をなしたという非難をまぬがれないであろう。患者の正当な利益を配慮しない説明は、それゆえ、医師に課された患者をいたわりつつ事実を伝える義務に違反するものである。有責なこの義務の違反は、医師に損害賠償の責任を負わせる⁽³⁴⁾。しかしこの場合確かに、損害賠償請求額は通常わずかなものとなるであろう。というのは、それはただ配慮のない事実の伝達によって惹起された損害だけを包摂するからである。例えば患者の自殺というような損害は、伝えられた病気が同一の結果、ここでは患者の死をもたらさなかったであろうと考えられる限りでのみ、損害として評価できるものである。

さらに、この過剰な説明がそもそも説明の役割をはたすもの

かも問われなければならない。患者が情報を与えられたショックで承諾の決意をしたとするならば、この過剰な説明を受けた後にする承諾は、原則として無効である。過剰な説明は説明が全く与えられない場合と同様に患者にはわずかな情報しか与えない事実は、無視されるべきではない。そのため、過剰な説明には懈怠された説明と同一の規則があてはまる。

(三) 説明の省略の許容か説明の省略の義務か

治療上の特権は、患者に對する説明を制限し一定の領域で説明をしないですますことを、医師に許している。その概念から明らかになるように、治療上の特権は、この権限を利用するかそれを全く利用しないかについての医師の義務拘束的な裁量の中にある。医師がこの特権を行使しないときでさえも、患者の利益を配慮することを怠らない限りでは、それは即、過剰な説明つまり配慮のたりない説明の問題にはならない。

将来の問題としては、患者やその親族の健康上の利益がそれを是非とも要請する場合には、説明の省略の特権に代って説明の省略の義務が生じるのではないかが、考えられるべきであろう。この説明の省略の義務という考え方は、患者に對するひよっとしたらそうなりうる過剰な説明をその端初において予防し、治療上の特権に関する医師の錯誤により、確固たる基礎を与えるであろう⁽³⁵⁾。つまり、医師が説明の省略の必要性

を誤解した場合、彼は義務の衝突する領域で錯誤をおかしたのであり、その免責は比較的容易である。だがここでは、今日の医事法の漸進的状况について自覚的になければならない。現在、われわれは、その萌芽において承認された治療上の特権を確固たる基盤のうえにおき、それを適切に限界をつけるという課題をもっている。そのためには類型化がおこなわれ、この類型の中で治療上の特権のおよむ範囲が明らかされる必要がある。また、法的効果についても確信に達しなければならぬ。

しかし、過剰な説明を別にするならば、治療上の特権は今のところ義務にまで昇格してはいない、特別の例外的状況で説明を患者に伝えないでおけるという許容にとどまっている。そのため、治療上の特権は一つの権限にすぎない。だが権限として、既に現行法によってそれは承認されているのである。

註

- (一) RGSt 25, 381; BGH, VersR 1974, 752; 判例と学説なる例証として、Staudinger/Schäfer 10/11. Aufl., §823 Anm. 398ff.

- (2) Gehring, Die ärztliche Aufklärungspflicht im französischen Recht (1964); Eberhardt, Selbstbestimmungsrecht des Patienten und ärztliche

Aufklärungspflicht im Zivilrecht Frankreichs und Deutschlands (1968); Linzbach, Informed Consent, Die Aufklärungspflicht des Arztes im amerikanischen und deutschen Recht (1979).

- (3) Staudinger/Schäfer 10/11 Aufl., §823 Anm. 404.
- (4) Weyers, Gutachten zum 52. DJT (1978), A 23f.; Laufs, Arztrecht 2. Aufl., Nr. 64.

- (5) 「説明を受けた後にする承諾 (Einwilligung nach Aufklärung)」という表現は、一九七五年のインミンキ改訂宣言のコメント語訳の中心はじめて使用された (Bundesanzeiger 28 Nr. 152 v. 14. 8. 1976)°

- (6) Larenz, Schuldrecht II 11. Aufl., §71 I; Esser/Weyers, Schuldrecht II 2. 5. Aufl., §55 I.

- (7) Vgl. Laufs, Arztrecht 2. Aufl., Nr. 68; Englisch/Hallermann, Die ärztliche Aufklärungspflicht aus rechtlicher und ärztlicher Sicht (1970), 11f.

- (8) Deutsch, Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriffs im Zivilrecht, NJW 1965, 1985; BverfG, NJW 1979, 1925.

- (9) LG Konstanz, NJW 1972, 2223; 治療後の自動車の運転がもたらすであろう重大な危険を患者に指摘した

たへた場合、医師は説明義務の違反に陥る。

- (9) Vgl. Sachverhalt OLG Hamm, VersR 1978, 332.
- (10) Rabel, Die Haftpflicht des Arztes (1904), 28ff.; Rümelin, Haftung im klinischen Betrieb (1913), 29f.; Dunz, Zur Praxis des zivilrechtlichen Arzthaftung (1974), 6ff.
- (11) Weyers, Gutachten zum 52. DJT (1978), A 23; Dunz, Zur Praxis der zivilrechtlichen Arzthaftung, 15; Laufs, Zur Beweislast im Arzthaftpflichtprozess, Der medizinische Sachverständige 73 (1977), 2ff.; ByerfG, NJW 1979, 1907.
- (12) Staudinger/Schäfer 10/11. Aufl., §823 Anm. 400.
- (13) Vgl. Deutsch, Der Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung und die antizipierte Einwilligung des Patienten, NJW 1979, 1907.
- (14) ByerfG NJW 1979, 1925; BGHZ 29, 46 (49); Deutsch, NJW 1965, 1985; Weyers, Gutachten zum 52. DJT (1978), A 24.
- (15) BGHZ 29, 176 (182ff., 185); Englisch/Hallermann, Die ärztliche Aufklärungspflicht aus rechtlicher und ärztlicher Sicht (1970), 37ff.; Staudinger/Schäfer 10

医師の治療上の特権

/11. Aufl., §823 Anm. 404; Kleinewefers, in: Zur Aufklärungspflicht des Arztes (die Kontrastmittelanwendung in forensischer Sicht, 1964), 114.

(16) Wachsmuth, Über die ärztliche Verantwortung, Georgia-Augusta, Bd. 30 (1979), 8.

- (17) Dunz, Zur Praxis der zivilrechtlichen Arzthaftung, 14.
- (18) Laufs, Arztrecht 2. Aufl., Nr. 81. Vgl. auch Patrick v. Sedwick, 391 P. 2d 453 (Alas. 1964): むしろ神経質で臆病な女性患者が甲状腺の手術のため家庭医に手術を依頼された。手術の際に一回神経が切断されるという約五パーセントの危険があった。手術の直前に患者は甲状腺腫の危険はなごうか尋ねたが、全くなごうと答えなごうとごう返事をえただけ。存在する危険に比べては教えられなかった。治療上の特権があるという理由で、裁判所は説明義務の違反を原因とする訴を棄却した。治療に従事している医師は、患者の不必要な不安やそれを避けるために手術前の警告の範囲を縮減する権利が許されるのである。
- (19) 4の註無な要はごうは Englisch/Hallermann, Die ärztliche Aufklärungspflicht aus rechtlicher und

ärztlicher Sicht, 26 を参照せよ。

- (21) 原に Rabel, Die Haftung des Arztes 36 に於て、医師は患者に対して思ひやりから危険を回避するべき義務を負ふべきとして書かれて居る。また、BGHZ 29, 55 は、医師の任務は患者から手術を受けることの不安をとり除くことであり、詳細な説明とそれらの反対の結果をもたらすことにならざるべきである。Vgl. auch Laufs, Arztrecht 2. Aufl., Nr. 81.

- (22) Vgl. dazu Nishi v. Hartwell, 52 Haw. 188, 473 P. 2d 116 (1970): 医師が、ある臍病の患者に、造瘻処の投与に際して二対三入〇〇の蓋然性の死亡の危険がある旨を伝えなかつた。裁判所は医師のこの処置を是認した。Vgl. Linzbach, Informed Consent, 71; King, The law of medical malpractice (1977), 164f.

- (23) Tarasoff v. the Regents of University of California, 551 P. 2d 334 (Cal. 1976) に於けるある広範面にそれを及ぼした事例参照。精神科医は、患者が治療中に殺害してやると言うおぼしき言葉をかけた第三者に対し、警告を与える義務がある。

- (24) この方向における輪かくを示すものとして Wussow, Unfallhaftpflichtrecht 12. Aufl., Nr. 875; Englisch/

Hallermann, Die ärztliche Aufklärungspflicht aus rechtlicher und ärztlicher Sicht, 26; Linzbach, Informed Consent, 68 (トーマス著による)。

- (25) BGHZ 29, 51; OLG Celle, NJW 1979, 1251.
 (26) Vgl. dazu Fischer, Medizinische Versuche am Menschen (1979), 66f.
 (27) BGHZ 29, 185; Linzbach, Informed Consent, 75 (トーマス著による)。

- (28) Laufs, Arztrecht 2. Aufl., Nr. 84.
 (29) Linzbach, Informed Consent, 75
 (30) § 11 Ärztl. BerufsO von 1976.
 (31) LG Göttingen, NJW 1979, 601 mit zust. Anm. Ahrens; LG Limburg, NJW 1979, 607.

- (32) 一九七九年十二月開催の第廿八 Arbeitskreis Ärzte und Juristen der Arbeitsgemeinschaft der wissenschaftlichen medizinischen Fachgesellschaften に於ける意見表明でも同様なことがわらう。

- (33) Vgl. Linzbach, Informed Consent, 113; Wussow, Unfallhaftpflichtrecht, 875; Staudinger/schäfer 10/11. Aufl. Aufh., §823 Anm. 404.

- (34) トーマス著による同題による。Linzbach, Infor-

med Consent, 72f.

- (15) Deutsch/Geiger, Der medizinische Behandlungsvertrag als konkretes Schuldverhältnis des Zivilrechts (Gutachten erstattet für den Bundesminister der Justiz, 1979), 92.

〔訳注〕

- (1) 小稿は、ゲッティンゲン大学ヘルヴィン・ドイチュ教授 (Prof. Dr. Erwin Deutsch) が一九八〇年十月八日早稲田大学比較法研究所でおこなった講演の翻訳である。本講演の原題は、*„Das therapeutische Privileg des Arztes: Nichtaufklärung zugunsten des Patienten“* であり、これは *„NJW 1980, 1305ff.“* に掲載されたものである。本訳稿においては、しかし、ドイチュ教授からうかがった範囲で若干の変更が加えられている。

ドイチュ教授は、一九二九年生れで、損害賠償法、医事法、国際私法を専門としており、ゲッティンゲン大学教授の外、ツェレ高等ラント裁判所判事を兼任し、一九八〇年ゲッティンゲン大学に医事法薬事法研究所を開設しその所長に就任された。

- (2) 唄教授の『医事法学への歩み』(一九七〇年)五六頁に本判決の訳があり、その訳を使用させていただいた。

医師の治療上の特権