

医师的说明义务

石熙泰*

一、说明义务的意义	三、狭义说明义务的症结
二、说明义务的结构	四、小结···

一、说明义务的意义 ·

所谓医师的说明义务，是指包括诊察和治疗结果的报告行为、与一定诊疗有关的疗养指导行为、有助于患者行使知情同意权的提供信息行为、满足患者医疗需求的其它参谋(助言)行为的法定义务的总称。

医师的说明义务有助于打破以医师的单方面的、独断性诊疗为特征的医疗家长主义(medical paternalism)，形成医患之间的互助关系，以便最大限度地达到医疗目的，并体现患者的维权意识。因此，从现代医疗理念的角度看，它具有十分重要的意义。

以下先分析说明义务的结构，然后讨论与狭义的说明义务有关的焦点问题。

二、说明义务的结构 ·

判例一直把它理解为侵权行为责任论上的义务,¹⁾ 而最近同时把它理解为契

* [韩国]京畿大学校 法科大学 教授

1) 大法院 1979.8.14.宣告, 78 da 488 判决(案情: 医师把喉返神经的鞘肿瘤误诊为锁骨乳突部肌瘤, 而使患者失去发音功能); 大法 1987.4.28.宣告, 86 da ka 1136 判决(案情: 医师对患者的头部缺毛部分进行皮肤移植手术后, 在皮肤表皮上遗留无法恢复的色素异常、皮肤斑痕等后遗症°在该判决书上把说明义务标记为‘业务上的注意义务’。)

约责任论上的义务。

即判例认为,“…在一般情况下,医师对患者进行手术及其它具有恶果发生盖然性的医疗行为时,或者实施可能导致死亡的重大医疗行为时,除非是急诊患者或者有其它特殊情形外,按照当时的医疗发展程度,有义务对患者或其家属说明疾病的症状、治疗方法的内容和必要性、可发生危险等事项。以便该患者充分比较治疗的必要性或危险性后做出接受治疗与否的判断。”²⁾因此,判例同时考虑侵权行为责任论和契约责任论两方面因素来把握说明义务。以下为了明确说明义务的意义、内容及其违反效果,以契约责任论来论述其结构。

(一) 报告性说明义务

医师有义务通过诊疗的全过程和每个阶段,随时向患者说明并使他了解有关诊疗的事项,这就是所谓的报告性说明义务。在持续进行的治疗过程中,它是与后一个阶段没有直接联系的相对独立的说明义务,是与有助于患者针对特定诊疗行使同意权的贡献性说明义务有区别的。

说明的内容主要包括以下几个方面:1,诊断的方法、内容、程度及展望;2,患者的病状、病因及病名;3,治疗和其它处置的必要性、紧急性的程度及其方法、内容、程度及展望;4,不采取治疗和其它处置时可能发生的后果;5,因治疗及其它处置而导致的副作用和危险的内容、程度及预防可能性;6,诊疗后的现状及其原因、背景等。

通过医师关于上述内容的说明,患者能够得到对自身健康状况的认识和了解。这些认识和了解是与诊疗实施行为一起就成为患者签订医疗契约的独立目

2) 大判1994.4.15.93 da 60953(案情:做冠状动脉迂回手术后,患者因心脏麻痹而导致脑功能障碍并死亡。该案件中未发现医师的医疗过失,但医师未向患者说明因心脏麻痹而导致副作用,因此,判定了医师的责任。)与此判例具有相同观点的判例还有,大判1995.1.20.94 da 3421(案情:患有动脉硬化症、大动脉瓣膜闭锁及不全、左侧主管状动脉梗阻等的患者,接受取代大动脉瓣膜、扩大上行大动脉、扩张左侧冠状动脉等手术后,引发脑栓后遗症。在该案件中,法院否定了医师在手术必要性方面的判断和施术过程中的过错,但认定了对于未说明后遗症方面的过错。)

的。因此，医师的说明义务也就是与诊疗义务并存的一个主给付义务。³⁾

通过履行说明义务，不仅能够满足患者的“知情权”，而且能够保证患者的心理安定，有利于患者安排个人生活计划(根据情况准备后事等)，参与诊疗过程。因此，当今它具有很重要的意义。

对应医师的说明义务，患者则具有知情权。如果医师不履行说明义务或其情节较严重(包括很频繁的情形)，患者就可以解除医疗合同，还可以提出损害赔偿请求。不过，医师的说明义务只是在与诊疗目的相关的时候才具有其存在意义。因此，比照最大实现诊疗目的的观念看，医师的说明义务本身则具有一定的局限性。

在报告性说明义务中的相当部分内容，是与以下要说明的指导性说明义务和贡献性说明义务相重叠的。⁴⁾

在涉及到报告性说明义务的案件中，下级法院的判例认为，“哪怕面对无法治愈的患者，如果医师当初体检时能够发现肺癌，患者就能够及时接受适当治疗，甚至能够延长其寿命，临终之前本人或其家属还可以有机会做好涉及到个人的、家属的及社会的各种整理工作。不过，由于医师在体检中有过失，患者就失去了上述的所有机会，从而根据经验法则能够确定已故的本人和家属(原告)承受巨大的精神痛苦……。”因此，可以认定医院(被告)有义务支付精神损害赔偿金。在此案件中，法院认定了因未履行报告性说明义务而失去延长生命和准备后事机会的责任。⁵⁾

-
- 3) 给付义务是依据合同而确定并决定合同的种类和特性的、对应于债权的债务人的负担。给付义务可以分为主给付义务和从给付义务，前者是在双务合同中能够与债权人的债务互相牵连的，在不履行时均可以认定损害赔偿请求权和解除权。相反，后者是可以对应于债权但不能与债权人的债务互相牵连的，在不履行时只能认定履行请求和损害赔偿请求权。(参见金亨培，《债权总论》(1992)，第37-39页)
- 4) 比如告知病因是属于报告性说明义务，但如果手术前说明手术后将要长时间限制举动，是同属于三者。
- 5) 首尔民支判 1993.9.22.宣告，92 ga 合49237 判决(案情：在患者为了重新办理药师许可证而接受体检时，因医师的诊疗过误而未检查出晚期肺癌症状，后来患者死亡。对该案件法院认为，体检时的过误和肺癌之间无任何因果关系，而只认定间接地违反了报告性义务。)

(二) 指导性说明义务(疗养指导义务)

为了最大限度地实现诊疗目的,在诊疗过程中或诊疗结束后,医师有义务向患者指导吸取营养、服药、运动、禁止过劳、求医、对药物不良反应的处置、住院中的注意事项等方面的治疗或恢复健康守则。这种指示和劝告义务就是指导性说明义务。

指导性说明义务是为了完整地实现诊疗义务而在信义法则上附随的注意义务。⁶⁾

如果医师违反指导性说明义务而给患者造成损害,就可以被认定为不完全履行诊疗义务的医疗过误。

在指导性说明义务中的部分内容,也是与报告性说明义务和贡献性说明义务相重叠的。⁷⁾

因违反指导性说明义务而认定其责任的判例有,由保育院负责养育的未熟儿被输入氧气后患上未熟儿网膜症而导致失明的案件,在该案件中,医师未履行定期接受安全检查方面的疗养指导义务,因此,下级法院就认定其过错并使医师承担损害赔偿 responsibility。⁸⁾

(三) 贡献性说明义务(狭义的说明义务)

在诊疗的各个阶段,患者具有接受治疗方面的自己决定权。为了使患者能够合理行使该人格权利,医师有义务提供适当的信息(判断材料),这种义务就是贡献性说明义务。通常所说的说明义务就指贡献性说明义务。

6) 附随的注意义务是为了完整地实现和履行给付义务的内容而由债务人应该要履行的照顾和注意义务。它与给付义务不同的是并未根据合同和法规决定的,而是按照给付义务的性质而当然存在的。如果故意或过失违反附随的注意义务,就成为给付义务的不履行并承担损害赔偿 responsibility。不过,如果违反附随的注意义务对给付义务未产生任何影响,就谈不上责任问题。

7) 比如,如果医师给患者说明关于手术后利用医院设施方面的注意事项或药物的保管方法,它只属于简单的指导性说明行为,不过,如果医师对患者实施治疗后指示他如果出现异常就马上来就诊,就属于报告性说明。

8) 首尔民事支法 1993.2.5.宣告, 90ga合93452 判决。

如果医师违反该说明义务，并使患者做出不当的决定而导致损害，就被认定为患者自己决定权(人格权)的侵害。不过，医师只违反说明义务，而且医师的诊疗行为并不违反医学原则，那么就不能被认定为人身的侵害(诊疗过误)。对此有不同的观点，在后面阐述详细内容。

贡献性说明义务是贡献于患者行使自己决定权并保障其完整利益的一种保护义务。⁹⁾

贡献性说明义务的内容要素也是其它类型的说明义务的要素相重叠的。¹⁰⁾¹¹⁾

三、狭义说明义务的症结

(一) 说明义务的类型

医师所承担的狭义说明义务的功能就在于帮助患者作出某种选择。说明的内容应该包括能够帮助患者判断接受治疗与否的所有因素。因此，与患者的决定行为无直接关系的因素是被排除在外的。判例在一个案件(为了查明交通事故患者的内出血原因而实施手术，但结果导致死亡)中关于狭义的说明义务就有如下阐述：“虽然说医师的说明义务并不仅限于手术阶段而发生在检查、诊断、治疗等治疗的每个阶段，因未履行说明义务而使医师承担精神损害赔偿

9) 保护义务是与给付义务并存并与债权债务关系无关的义务，即根据一定的社会接触，为了保障当事人相互之间的有关身体、财产、名誉的表面利益或完整利益而认可的义务。它虽然以与合同有关的某种接触为前提但跟一定给付义务的存在和内容无关，因此并不是附随于给付义务的义务。如果违反保护义务，并不被认定为给付义务的不履行，而发生其它法律利益的侵害，如对于人格权、债权人的其它财产权、对方的身体等方面的侵害。

10) 比如，医疗机构向患者告知自己过去的业绩，就是属于贡献性说明行为，而不属于报告性说明行为。相反，医师向患者告知治疗的危险性程度，既是属于贡献性说明行为也属于报告性说明行为。

11) 有一种观点认为，先把医疗方的义务大体上分为“主给付义务”和“附随义务”。其次，把医师的说明义务分为“指导说明义务”，“告知说明义务”(前两者同属于报告性说明义务)，“助言说明义务”(属于贡献性说明义务)，然后，认为“指导说明义务”是为了实现作为“主给付义务”的诊疗义务完整性的“从属性附随义务”，而“告知说明义务”和“助言(参谋)说明义务”是“独立的附随义务”。(金天秀,《诊疗契约》，载于《民事法学》第十五号,1997,第157-161页)

责任的目的是，就在于赔偿患者的精神损害(即这里指的是医师在未做出充分说明的情况下对患者实施手术而导致重大结果的情况。如果医师事前向患者说明疾病的症状、治疗或诊断方法的内容和必要性、可发生危险等，患者就能够自觉行使自己决定权并做出是否接受该医疗行为的判断，而能够防止重大结果的发生。可是，医师未履行说明义务而患者就失去了机会。由此而产生的精神损害)。在这个意义上看，医师说明的范围不应该针对所有的医疗阶段，而应该仅限于有必要患者利用自己决定权做出某种选择的情形(如同手术及其后遗症、死亡等发生恶结果的可能性较多的情形)。因此，如果患者的重大结果并不是因为医师的侵袭行为而导致的，或者与患者的自己决定权无关的话，患者不能以无说明为由向医院提出精神赔偿请求。”¹²⁾

在这个前提下，说明义务的类型可分为情况说明义务、过程说明义务、危险说明义务等三类。¹³⁾

1. 情况说明义务

它是指说明由患者、医院及医学水平所处的现实情况。说明的内容要包括患者的病变及健康状态、医疗机关和医师本身的以往业绩、经验程度、医疗设施状况、医疗队伍的情况、本疗法的适当性和其它疗法的不适当性等。关于情况说明义务，不管是在理论界还是在实务界，好像都不太重视，但是不可否认的是，通过履行情况说明义务，能够调整患者的心态(或说服患者)，还能够保障患者的受诊承诺的有效性，因此，它具有十分重要的意义。

12) 大法院1995.4.25.宣告，94 da 27151判决(案情：在深夜遭交通事故的患者虽然没有什么外伤但血压很低，就医师怀疑有内出血症状。为了查明其原因，对该患者实施各种特殊检查，但都失败。最终动手术后才发现下肢静脉和肠骨动脉已被破裂。但手术结束后导致患者死亡。关于此案件大法院认为，关于医师对患者不及时进行手术，不能认定为医师有过失。另外，关于原告主张在手术前医师未履行说明义务或未得到患者的承诺，法院如同上述的内容并不采纳。)

13) 有的学者把说明义务分为过程(Verlauf)说明和危险(Risiko)说明。然后，把过程说明又分为治疗过程说明和拒绝过程说明。(金天秀，《患者的自己决定权和医师的说明义务》，首尔国立大学博士学位论文，1994，第144-148页)

2. 过程说明义务

(1) 自然过程说明这是指在不治疗而放置的情况下，关于对患者的病状或健康状况发生何种自然变化的说明。这种说明一般在患者拒绝受诊时就具有重要意义。在患者拒绝接受一定治疗的情况下，如果医师不履行自然过程说明义务，没能对患者进行治疗而导致自然过程的某种恶结果，医师应该要承担违反说明义务的责任。¹⁴⁾

(2) 治疗过程说明 这是指在进行治疗的过程下，关于治疗(对身体的侵袭)的内容、程度、方法、时间以及治疗后的改善预测、治疗时患者的体感等方面的说明。

3. 危险说明义务

这是指关于治疗后有可能性发生的所有恶结果(即药品的副作用、人身和精神上的不安定、持续的疼痛等)的说明。所谓的危险就意味着哪怕医师充分履行注意义务并无失误也无法完全排除的危险。¹⁵⁾

在这里不包括治疗过程中医师失误可能性方面的说明(即哪怕医师提前说明失误发生的可能性并患者同意接受治疗，也不能免除医师的过失)。¹⁶⁾

(二) 说明的范围

所谓说明的范围，是指关于上述说明对象，在具体的医疗关系中把何种对象、在何种范围内、以谁为基准而说明。

以下首先要说明决定范围的基准，然后要着重论述几种特殊问题。

14) 持相同观点的还有金天秀，同上博士学位论文，第146页。

15) B.R.Kern/A.Laufs, 「Die ärztliche Aufklärungspflicht」(Berlin-Heidelberg-New York : Springer-Verlag, 1993), S.68f.

16) Kern/Laufs, ibid.

1. 决定范围的基准

在决定说明范围时，关于医患两者之间究竟以何者为基准的问题，就取决于患者健康和患者本人意思两者之间更倾向于哪一方的问题。倾向于前者的人则主张医师中心论，相反，倾向于后者的人则主张患者中心论。当今的普遍倾向是患者中心论。¹⁷⁾ 韩国的学说也都主张患者中心论。¹⁸⁾

根据以何种患者为基准而决定其说明范围，患者中心论又可以分为以下三种见解：

- 第一， 特定患者基准论(主观说)，以特定的具体患者为基准，要提供由患者本人所重视的信息。它应该是根据医师已经知道或能够知道的该患者的所有情况而判断的；¹⁹⁾
- 第二， 不特定患者基准论(客观说)，以不特定的普通患者²⁰⁾和有分辨能力的患者²¹⁾为基准，要提供必要的信息；
- 第三， 折衷说，在原则上以不特定患者为基准的情况下，要参酌特定患者的具体情况。即“原则上以普通患者为基准，但要考虑具体患者的特殊性。关于其特殊性的分析，原则上以普通医师的认识可能性为基准，但要包括具体担当医师的认识。”²²⁾ “医师首先要说明普通患者有可能感兴趣的基本事项。然后，如果该具体患者有提问或有感兴趣的事项，就可以进一步说明更具体的情况…，²³⁾ 医师在分阶段地进行说明时应该要考虑该具体患者的认识能力和教育程度。”²⁴⁾

17) 参见金天秀，同上博士学位论文，第208-212页。

18) 金天秀，同上博士学位论文，第212页；权五乘，《民法特讲》(1994)，第635页；金珉中，《医疗契约》，载于《司法行政》第三百六十一号，1991.1，第44页；李德焕，《民法上有关医师说明义务法理的研究》，汉阳大学博士学位论文，1991，第103页；石熙泰，《医师的说明义务与患者的自己决定权》，载于《延世行政论丛》第七辑(1980)，第304页。

19) 张宰铉，《关于医疗过误民事责任的法理》，载于《东国大学校大学院论文集》第二十二辑，(1983)，第118页以下。

20) 金珉中，同上论文，同页。

21) 李德焕，同上论文，同页。

22) 金天秀，同上博士学位论文，第212页

23) 权五乘，同上注书，第635页。

24) 权五乘，同上注书，第639页。

笔者认为, 医师的说明只要有助于患者做出诊疗选择并最大限度地实现医疗目的, 就应该采纳折衷说。²⁵⁾

2. 有关具体范围的特殊问题

(1) 关于非典型危险或发生可能性稀少的危险

医疗行为的恶结果危险, 依据被公认的医学和医疗原则可分为可预测危险和不可预测危险。成为说明对象的是前者即可预测危险。某一种危险因不具有典型特点(即在某种情况下肯定出现或在某种情况下肯定不出现)而在该具体医疗行为中无法预测其出现与否, 这种情况就属于可预测危险。

可预测危险又可分为有结果防止可能性的危险和无结果防止可能性的危险。在一般情况下很容易防止结果发生的医疗行为, 并不属于说明范围, 因为它不会导致恶结果。

另外, 如果根据目前医学发展水平已具备防止结果发生的有效手段, 哪怕它是非典型危险或发生可能性稀少的危险, 也就属于说明范围。

判例也表明相同的观点,²⁶⁾ 即“虽然由医师的医疗行为而发生后遗症或副作用的概率极少, 但是, 如果后遗症或副作用是在该医疗行为中的典型危险或无法恢复的重大危险, 那么, 它应该要作为说明的对象。”

“根据记载, 有关因大动脉瓣膜取代手术而引发的脑损伤的概率, 引发神经障碍的概率仅为0.5-1%, 但如果包括混乱或智力障碍等情形的话, 其概率就可以上升为8-10%。如前所述, 虽然引发患者的脑栓塞后遗症的概率很低, 但其后遗症是因手术而导致的典型的副作用之一, 而且它实际上导致右

25) 石熙泰, 同上论文, 同页(认为根据患者所处的环境, 应该综合考虑客观因素(针对普通人的说明)和主观因素(患者的修养、性格、年龄、信仰、身心状态、与医师的关系及其本人所重视的事项))。

26) 参见大判1995.1.20.94 da 3421(第一页注2), 持相同观点的判例还有, 大判1994.4.15.宣告, 92da 25885(案情: 患者因交通事故而受到头部损伤, 医师对该患者注射solu medrol进行治疗, 出院后过一年五个月患者引发‘大腿骨头骨疽无血性坏死’副作用。在该案件中, 法院否定了治疗上的过失, 但肯定了它违反了有关副作用的说明义务。); 大判1998.2.13.宣告, 96da 7854(案情: 患者为了治疗膀胱输尿管反流和子宫脱症, 在接受子宫切除手术时因出血过多而医师进行输血, 但结果导致患者感染艾滋病。)

侧上下肢不完全麻痹、失语症、智能下降、性格变化等无法恢复的障碍，其危险程度已达到无法恢复的重大程度。因此，如同上述的后遗症危险，与因不接受手术而导致的结果、其它可能选择的治疗方法等一起，是属于要向患者认真而仔细说明的事项。”

(2) 医师个人的情况

负责手术或高难度诊察和检查的医师该不该跟患者说明自己的情况呢？这是具体涉及到患者的医师选择权的问题。医师个人的情况是指医师的专门水平、经历、职位及对该具体医疗行为的经验等。

关于医师个人情况的说明行为，只是有助于患者做出受诊与否的决定。因此，在具有最高水平的医师成为担当医师而患者无任何选择余地的情况下，仅仅以没有经历和职位方面的说明为由，就不能确定医师违反说明义务。

问题一般发生于团队医疗行为中，比如熟练医师和实习医师共同参加医疗行为。如果在该医疗中由实习医师发挥关键作用，那么，是否向患者说明其事实和实习医师的个人情况呢？笔者认为，只要该医疗行为具有恶结果发生的可能性就应该属于说明的范围。²⁷⁾

(3) 患者已知的事实

处于相同状况(疾病复发)的患者，如果接受同一位医师的同一种治疗，那么，以前从该医师那里得知的情況是否属于新的说明范围？答案是否定的。²⁸⁾不过，如果其时间间隔很长，为了提醒患者就有必要反复说明。

另外，在上述三个要素中，如果有一项发生变化，就应该重新说明。患者如果已经经过很多医院或医师，哪怕能够推测患者已经知道有关情况，该担当医师也应该充分履行自身的说明义务。

27) 金天秀，同上博士学位论文，第220页。

28) 金天秀，同上博士学位论文，第222页。

(4) 医疗内容的变更和扩大可能性

当医师对患者做手术或做侵袭性诊察和检查的时候，医师应该要说明能够提前预测的医疗内容的变更和扩大可能性，同时要说明在治疗过程中发现的医疗内容的变更和扩大可能性。这种说明应该是属于说明范围中的另一个内容，并不一定属于针对特定患者的说明内容。

- ① 施术前阶段的说明 · 如果对某种疾病有多种治疗方案，在施术前医师应该要充分说明有发生可能性的所有情况。另外，在无法做出确切诊断而需要剖腹手术的时候（即若不动手术则无法做出正确诊断²⁹⁾，医师应该要向患者说明具体的情况和能够采用的几种施术方法。施术前阶段的这种说明，不应该是抽象的或概括性的说明，而应该是具体的说明，以便患者能够自主地做出选择。
- ② 施术实施阶段的说明 · 如果在具体的治疗过程中才发现医疗内容的变更和扩大可能性，而在施术前阶段来不及发现有关情况，那么，关于其可能性的说明是否属于说明范围？· 首先，根据诸多情况，如果医疗内容的变更和扩大不紧迫，并中断其医疗行为对患者也不产生任何影响，只是增加其危险，那么，这时候应该中断治疗并有必要做出新的说明。其次，如果患者的病情很紧急而不可避免地变更和扩大医疗内容，那么，这时候应该不要中断治疗而直接实施医疗行为，同时没必要另外做出特别说明。³⁰⁾

(二) 说明义务的免除

- 1, 放弃听取说明的机会 如果患者放弃听取医师说明的机会，换句话说，

29) 金珉中，《医师的说明义务：尚未解决的法律问题》，载于《现代民法的课题与展望》（韩凤熙花甲纪念论文集），1994，第1174页。

30) 有些学者认为，如果在无医疗过误的前提下迫切需要扩大手术，或扩大手术的行为并不起因于手术前的诊断过误，那么，可以不经对患者的补充说明和说明而实施手术（金珉中，同上论文，第1174页）。但笔者认为从紧急性论理来看它是不妥当的，是因为它以无诊疗过误为要件的。

患者表示不需要医师的说明，那么，医师的说明义务是可以被免除的。³¹⁾但其放弃的对象仅限于患者当时能够认知的医疗行为，因此，不限定其范围的概括性‘放弃’是无效的(部分无效)。³²⁾另外，虽然发生说明义务被免除的情况(即患者放弃听取医师说明的机会)，但并不意味着患者当然地放弃自己决定权。³³⁾这完全是两回事。

2. 必需医疗 ·

在特定的情况下，为了维持生命而必须实施输血、切割身体部位、预防疫苗等医疗行为，就这种医疗行为叫做必需医疗。针对这种医疗行为，如果从患者的价值观或信条就能够预测他肯定拒绝受诊，那么，这时候，医师能否不经过患者的同意而省略其说明义务，或者能否向患者作假的说明？答案是否定的。只是在患者的病情很紧急的时候，就可以免除其说明。如果有这种紧急情况，有的学说就认为，医师可以不理患者的意思或向患者作假的说明，但不管怎样也得对患者进行治疗，要不然将要承担医疗法上或民法上的责任。³⁴⁾

3. 紧急医疗 ·

它是指患者的病情很紧急或很严重，如果不及时采取治疗措施就很可能导致死亡或其它严重的健康损害，在这时候采取的医疗行为叫做紧急医疗。紧急情况在内容上可分为时间上的紧急情况和项目上的紧急情况。³⁵⁾

时间上紧急情况，比如因交通事故而持续过多出血的情况。而项目上的紧急情况，比如当初为了某种目的而做了简单的剖腹手术后才发现其它部位的癌细胞，而在手术过程中无法移送到大医院，或者因患者的抵抗力很差而缝合伤口后无法在大医院重新接受手术的情况。

还有，根据发生阶段的不同，将紧急情况可分为原始的紧急情况和后起的紧急情况。原始的紧急情况是指治疗开始前已经出现的紧急情况，如患者引

31) 石熙泰，同上论文，第306页。

32) 金天秀，同上博士学位论文，第241页。

34) 金天秀，同上博士学位论文，第280页。

35) 加藤一郎(日)，《不法行为的研究》(1961)，第20-21页。

起严重的呼吸困难等；后起的紧急情况是指在治疗过程中引起的紧急情况，如在手术中无法预料到的患者脸色突变等。在这种紧急情况下，医师通常很难做到如平常那样的治疗上的技术注意（即动员适合医疗水平的所有的诊断和治疗方法，或者利用相关设施）和说明义务。在社会观念上也不期待。还有如果要求做到如平时那样的注意和行动，反而就无法期待对患者做出有益的治疗，或者医师因担心事后的责任而很可能放弃积极的治疗（当然根据医师法第十六条的规定，医师无正当理由不得拒绝诊疗）。因此，为了维护患者的利益和消除医师的纠葛，在判断是否违反义务的时候，有必要积极考虑紧急情况。

总而言之，如果患者不具有最起码的判断能力或不具有时间上和项目上的余暇，不管是首次施术还是再次施术，医师的说明义务是被免除的。

2. 说明的逆功能(反效果)

如果医师的说明可能导致患者的不安和恐怖心理而妨碍治疗效果或使患者拒绝受诊，那么，它就不符合医疗目的，即治疗疾病而从疾病的痛苦中解放患者。如果医师的说明发挥这种逆功能，就应该免除其说明义务。只是它有可能损害患者的自由意思，因此，应该把顺功能(利益)和逆功能(不利益=拒绝受诊或健康恶化)进行仔细的比较后，只有在后者明显大于前者的情况下，才要认定免除义务。比如某一治疗行为对于患者的生命和健康很重要，如果患者拒绝受诊，就很不合理，同时，非常明显因为有了医师的说明行为而患者可能要拒绝受诊，那么，这时候应该免除医师的说明义务(免除就成为正当化)。

判例³⁶⁾认为，“医师的说明可能导致患者拒绝接受从医学知识和技术上合理的诊疗，仅仅凭借患者可能不合理地拒绝治疗的忧虑，就不能认定医师的说明行为就可以被免除。另外，无任何证据表明，医师关于后遗症方面的说明就引起患者的人身和精神上的不良反应而导致挫折医疗目的的实现，仅仅凭借上述的忧虑就不能主张免除医师的说明义务。”关于顺功能和逆功能进行比较衡量时，应该广泛考虑患者的受诊态度、教育程度、信仰、人生观、家庭关系、与医师的信赖关系等因素。³⁷⁾

36) 参见大判1995.1.20.94 da 3421(第一页注2)

37) 石熙泰，同上论文，第306页。

(三) 因违反说明义务而侵害自己决定权的效果

在因医师违反说明义务而侵害患者自己决定权的医疗行为中，关于医师所承担的损害赔偿责任的范围(损害范围)，有两种对立的学说，即人身侵害说和自由侵害说。两者的区别就体现在规定医师的说明义务和患者自己决定权的规范(如契约、实体法、信义法则等)所要保护的法律利益。其法律利益不同，就出现两种不同的主张。³⁸⁾ 这种争论紧接着就引起关于何谓医疗侵袭的合法要件方面的争论。

1. 人身侵害说

该学说认为，在发生侵害患者自己决定权的情况下，医师的医疗行为哪怕具有医疗技术上的正当性(要求按照医学上所认可的方法进行医疗行为)和医学上的适应性(要求医疗行为具有有助于维持患者生命和健康方面的必要性和适当性)，也得承担由此而引起的人身及精神损害方面的赔偿责任。

该学说主张的医疗行为的合法要件，除了医疗技术上的正当性和医学上的适应性外，还包括以患者的承诺为前提的医疗观。这是韩国和德国的多数说³⁹⁾和判例⁴⁰⁾的观点。主张该学说的理由大体上有以下几个方面：

- 第一，如果把患者关于自己决定权的自由与患者的人身和健康脱离起来理解，那么就有可能淡化患者自己决定权的内容；⁴¹⁾
- 第二，懈怠说明义务，如果仅仅被理解为人格权的侵害，那么，物质损害

38) 金天秀，同上博士学位论文，第323页。

39) 金显泰，《不法行为论》(1979)，第30页；金容汉，《医疗过误的绪论性考究》，载于《建国大学校社会科学》第八十辑(1984)，第131页；印贞宪，《医疗过误》，载于《大韩律协会志》第九十四号(1984)，第11页；文国镇，《医疗法学》，第58页；李英俊，《民法总则》(1990)，第140页；权五乘，《民法的焦点》(1993)，第157页；金珉中，《关于医师责任和医师法发展的最近动向》，载于《民事法学》第九十号(1993)，第339页。Karl Larenz, 「Schuldrecht II」, §71 I c) 1); Erwin Deutsch, "Reform des Arztrechts", 「NJW」1978, 1657(1660); Moritz Linzbach, 「Informed Consent」(1980), S.125.

40) 大法 1987.4.28.宣告, 86 da ka 11369(第一页注1)等, BGHZ 29,33(46); 29,176(179); BGH JW 1963 393, BGH NJW 1972, 335.

41) 町野 朔(日), 《患者的自己决定权》载于《ジュリスト》第五百六十八号(1974), 第45页。

在人格权的保护领域里可能被排除。这样，有可能导致缩小医师的责任范围。其实，患者的自己决定权本身并不是什么目的，而是为了防止有可能发生的物质上损害而被允许的；⁴²⁾

第三，在有关自己决定权规范的保护范围内，应该包括身体的稳定性 (Körperintegrität)，法律具有强制性地保护人的身体损害的特点，因此，在患者的被侵害的法律利益中应该包含有关身体的损害，同时患者自己决定权的保护领域内应该要包括非法治疗的恶结果。⁴³⁾

2. 自由侵害说

该学说认为，对于患者自己决定权的侵害，并不是对其身体的损害而只是一般的人格权的损害。因此，患者只能享有精神损害赔偿的请求权，而不能享有有关身体损害方面的赔偿请求权。该学说认为，医师的医疗行为只要具有医疗技术上的正当性和医学上的适应性就具有合法性，没必要把患者的承诺作为其合法要件。这是韩国和德国的少数说。⁴⁴⁾ 主张该学说的理由大体上有以下几个方面：

第一，按照医学的科学标准 (lege artis) 实施的医疗行为，已经缺乏‘身体侵害’的构成要件，换句话说，医师的医疗行为在客观上并不是对患者的‘侵害’ (Verletzung) 行为，而是对患者的‘治疗’ (Heilung) 行为；⁴⁵⁾

第二，符合医学的科学标准的技术上的过错或正常的副作用，它并不是只在医学领域发生的风险，因此，不能把它包括在医师的责任范围内；⁴⁶⁾

42) Deutsch, *ibid.*

43) Linzbach, *ibid.*

44) 石熙泰，同上论文，第293页；金天秀，同上博士学位论文，第343页；Laufs, “Zur deliktsrechtlichen Problematik ärztliche Eigenmacht”, 『NJW』(1969) 529(523); Laufs, 『Arztrecht』(1993), Rdnr.176; Wiethölter, 『Arzt und Patient als Rechtsgenossen』(1962), S.109; Hein Kotz, 『Deliktsrecht』(1983), S.55.

45) Kötz, *ibid.*

46) Laufs, 『Arztrecht』(1984), S.53f.

第三，如果把医师误解为类似于暴力犯的‘身体侵害者’，就很容易产生反感。这就是主张该学说的最初理由。⁴⁷⁾

3, 韩国判例的态度

韩国判例基本上维持身体侵害说的观点。只是对损害赔偿的范围就展开独特的逻辑。即由于医师未履行说明义务，因此患者失去自己决定权方面的选择机会，如果只证明这些事实而尚未证明‘无说明’和‘恶结果’之间的关系，那么，患者只能请求对由身体损害而引起的精神痛苦方面的精神损害赔偿。不过，如果医师的违反说明义务的行为是在通常的医疗中的违反注意义务的行为，同时能够证明‘无说明’和‘恶结果’之间的因果关系。那么，患者也可以请求因身体损害而导致的财产损害赔偿。

另外，判例阐述另一个情况，即如果医师充分履行其说明义务而患者已经认知医疗结果和后遗症，那么，可能导致患者拒绝接受治疗。在这种情节很明显的时候，医师的违反说明义务的行为就被等同于一般的违反注意义务的行为，从而，就认定在违反说明义务和恶结果之间有一定的因果关系。(不过，该判例的论点有前后矛盾或主旨不明确等问题)

以下将要介绍阐述上述论点的判例⁴⁸⁾：

“…医师违反说明义务而做手术，结果导致患者死亡,在这种情况下,如果患者仅有精神损害赔偿请求，那么,只证明因缺少说明义务而失去选择机会的事实即可，而没必要证明‘说明行为’和‘死亡结果’之间存在因果关系。但是，如果患者要提出所有损害的赔偿请求，那么，在重大结果(死亡)和违反说明义务行为及得到(患者)承诺时的过错之间，应该存在一定的因果关系。那么，在这时候的违反说明义务的行为应该被理解为，它等同于违反注意义务(即为了患者的生命和健康而实施的医疗行为中所要求的注意义务)。”

47) Linzbach, a.a.O.,S.99.

48) 参见大判1995.1.20.94 da 3421(第一页注2)和大判1994.4.15.93 da 60953(第二页注1)。

“不过，在该案件中，医师(李正浩等)把原告(患者)的疾病诊断为动脉硬化症、大动脉瓣膜闭锁及不全、左侧主管状动脉梗阻等，为了确定手术的必要性对此进行充分地检查后，最终判断对患者心脏疾病有必要做相关的手术。从当时的具体情况和临床医学水平来看，医师的医疗行为是正当的，同时在治疗过程中未发现医师的过失。还有从患者的病情看已处于今后必定要做手术的状况，患者本人也是以接受手术为目的在国立医疗院住院的。虽然患者的脑栓?后遗症是因手术而引起的典型的副作用。但其发生频率很低，假如医师在手术前对患者说明了有关情况，那么，也不能肯定患者一定拒绝手术。综合上述事实，就认为医师(李正浩)的违反说明义务的行为和患者的脑栓?后遗症之间没有必然的因果关系。”

在最近的有一个案件中(案情：医师对于患有尾骨痛的患者没有做到充分的提前检查和对副作用方面的说明，就使用halothane麻醉剂而实施全身麻醉，然后进行了尾骨切除手术，结果患者被急性病毒性肝炎感染而死亡)，沿袭了上述判例的逻辑，同时认定了因死亡而导致的损害赔偿。判例的具体内容如下：

“刘某是正准备高考的高三(3)的学生，平时除了尾骨痛外无任何疾病，去医院时也是自己走过去的。首先尾骨痛是不直接威胁生命的重大疾病。况且，在使用halothane麻醉剂做手术时，患者已有发热症状，但医师并未对患者家属说明它是一次不可避免的尾骨切除手术，也未说明halothane麻醉剂的作用⁴⁹⁾在这种情况下，患者及其家属如果事前得到有关说明就不会接受手术或不同意其麻醉方法。因此，可以认定在医师的过失和患者的死亡之间有一定的因果关系。”⁴⁹⁾

49) 大法院1996.4.12.宣告,95da 56095 判决。

四, 小结

关于患者自己决定权的侵害,德国的判例持有身体侵害说,其原因就在于为了解除患者对医疗过误的举证困难。可以理解为它具有一定的政策背景。即举证失败的患者往往试图以说明义务为借口寻找得到赔偿的机会。其实,按照这些主张,在医师合理实施医疗行为而只是缺少说明的情况下也要认定身体侵害的违法性。⁵⁰⁾如同,未履行说明义务时发生的请求权就成为赔偿责任的根据。⁵¹⁾

笔者认为韩国的多数说和判例的态度也是与德国的判例一脉相承的。

身体侵害说,其实要认定侵害患者的自己决定权和因身体损害而导致的财产及精神上的损害之间存在某种因果关系。关于这一点笔者提出较大的疑问。

通常医师‘侵害’患者身体,是由为治疗某种疾病而实施的医疗行为引起的。在这里可以分两种情况:一是在实施医疗行为时医师有过错,如果医师有过错,那么,关于患者身体的损害责任当然归属于医师;二是在实施医疗行为时医师无过错,如果医师无任何过错,那么,患者身体的损害是由它本身的疾病而引起的。因此,这时候作为疾病保有者的患者本人承担其损害。如果医师在实施正当的医疗行为并无任何过错的情况下仍承担患者身体的自然变化(生老病死)的责任,那么,对从事医疗工作的医师来说,这是非常不公平的。

况且,特别是身体侵害说当作前提的医疗行为本质上的违法性论理,是并不区分正当的医疗‘侵袭’行为和普通的伤害行为。所以,这是很不妥当的论理。它是因为医疗行为是在本质上保障生命和增进健康的、符合社会秩序的文化形态。根据上述的分析就可以得出‘身体侵害说不当’和‘自由侵害说妥当’的结论。

50) Dieter Medicus,『Schuldrecht II』(1983), S.137.

51) Deutsch,『Arztrecht』(1988), S.1660.

(四) 关于假定同意的问题

比如在无说明的情况下实施的医疗行为就引发了某种恶结果。如果能够证明假定同意的事实(即如果有了医师的说明行为患者就一定会同意),能否免除医师的说明义务不履行责任?这就是假定同意的问题。由于患者的病情很严重并无任何选择余地,还有假如有了医师的说明就肯定同意治疗,那么,这时候能够免除医师的责任。

判例⁵²⁾也持有同样的观点,“依据假定承诺的医师的免责,只有在患者的承诺很明显的情况下才被允许的。不过,仅仅依靠单篇的事实(为了根治患者的心脏疾病,而不得不实施取代大动脉瓣膜、扩张上行大动脉和左侧主冠状动脉入口等手术,并且患者以此为目的住院),不能推定患者已考虑相应的副作用并排除其它所有的选择可能性后一定会同意接受该手术,从而否定医师对患者自己决定权的侵害行为。”(五)有关说明和承诺的举证本来德国的判例和多数说认为,关于说明和承诺的存在与否应该由医师承担举证责任。它是因为医疗侵袭行为是对身体完整性的侵害,就能够成为身体伤害的构成要件,从而能够类推医疗行为的违法性。如果医师提前得到患者的承诺,就可以不认定其违法性。另外,从医师那里得到充分说明后的患者承诺才能有效。⁵³⁾

不过,关于这种观点存在很有力的反对意见。即医师的医疗行为通常是在得到患者承诺的情况下实施的合法行为。因此,应该由对承诺与否有异议的当事人(患者)另外证明‘无做出承诺’的事实。⁵⁴⁾还有,关于符合医疗技术但无患者承诺的医疗行为,并不认定为身体侵害行为,而认定为个人格权的侵害行为。但是,对于像这样在德国民法第832条中未规定的人格权,哪怕有侵

52) 参见大判1995.1.20.94 da 3421(第一页注2)和大判1994.4.15.宣告,92da 25885(第8页注2)。

53) D. Franzki, Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozeß (Berlin:Duncker & Humblot, 1982), S. 120 f.; E. Deutsch, Das therapeutische Privileg des Arztes:Nichtaufkl·0**rung zugunsten des Patienten, NJW 1980, S.1306.

54) G.Baumg·0**rtel, Das Wechselspiel der Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozeß , Ged·0**chtnisschrift für Adolf Bruns(München: C.H.Becksche Verlagsbuchhandlung, 1980), S.105.

害行为，也不能当然地类推其违法性。因此，应该由患者承担对医师的专断性医疗行为的举证责任。⁵⁵⁾

韩国判例⁵⁶⁾的倾向是应该由医师承担有关说明和承诺的举证责任。如前所述，笔者不同意把患者的承诺作为医疗‘侵袭’行为的合法要件的看法。认为，医患双方应该要分担关于医师的专断性医疗行为的举证责任。如，由患者承担自己无做出承诺(即医师侵害自己决定权的事实)的举证责任；相反，由医师承担对说明义务的履行与否(特别是充分与否)，因为在医疗合同中由医师承担与诊疗义务并列的说明义务。⁵⁷⁾

四、结 语

医师的说明义务是在广泛考虑患者的意思和利益的基础上调整其内容的。目前大体上比患者的利益更侧重于患者的意思。

报告性说明义务是为了实现患者的意思和愿望而在医疗合同中体现的直接手段。

指导性说明义务是最大限度地实现作为医疗契约主要目的(医患双方的意思表示)的诊疗目的的间接性附随手段。贡献性说明义务是与医患双方在契约中的意思表示无关的，它是满足患者的自己决定意思的另外手段。因此，关于履行说明义务的完整与否，是根据是否符合患者本人的意思来评价的。只有在贡献性说明义务中如果出现有必要考虑患者的重大利益的紧急情况，比患者的不合理意思就更侧重于患者的利益。随着个人的权利意识和智力水平的不断提高，今后将会更强调患者的意思主权。

55) A. Laufs, Die Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht und ihre deliktische Rechtsfolge, NJW 1974, S.2028f.

56) 参见大法院 1979.8.14.宣告, 78 da 488 判决(第一页注1)

57) 持相同观点(关于说明义务)的还有;B.-R. Kern/A. Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht(Berlin -Heidelberg-New York;Springer-Verlag, 1983), S.176.