

医療過誤における期待権侵害：最高裁判所平成二三年二月二五日第二小法廷判決を契機として

著者	金丸 義衡
雑誌名	甲南法学
巻	53
号	2
ページ	53-90
発行年	2012-11-30
URL	http://doi.org/10.14990/00000743

医療過誤における期待権侵害

最高裁判所平成二三年二月二五日第二小法廷判決を契機として^①

金 丸 義 衡

第一章 はじめに

第一節 問題の所在

昨今の高度化した医療環境において、どのような医療行為がなされるべきであるのかという問題は、医療行為の結果に対する評価と同様に、非常に多くの関心が寄せられているところであり、医療水準論や説明義務論など、これまでも様々な観点から論じられてきた。しかしながら、具体的な医療行為に対する過失評価とは別に、患者の主観的期待をどのようにに保護するのかという観点からこれまで論じられてきた期待権概念には、多様な次元の問題が含まれ錯綜した状況にある。すなわち、「期待権」という語を用いる場合であっても、論者によりその内容は大きく異なってきた^②。一方では、生存の期待という形で、生命という既に認められた保護法益の延長でとらえ

ようにする見解もあるが、他方の極には、医療に対して期待しうる患者の利益という新たな保護法益の問題として位置づける見解もある。そのため、期待権の概念は、はなはだ不明確なものとなっており、この議論を整理するとともに、その位置づけを明確化する必要がある。

第二節 検討の対象と方法

期待権という不法行為法上の新たな保護法益を分析するという目的を達成するため、本稿では、過失論においては医療水準論の立場をとることを前提に、患者のどのような権利または利益が保護の対象とされているのか、という観点から問題を整理することにした³。以下では、最高裁判所平成二三年二月二十五日第二小法廷判決（以下、本判決とする。）を概観し（第二章）、その後これまでの判例（第三章）および学説（第四章）を整理する。その上で、現在考えられるべき期待権概念を提示する（第五章）。

- (1) 裁判集民事二二六号一八三頁・判例時報二二〇八号四五頁・判例タイムズ一三四四号一〇頁・裁判所時報一五二六号八頁。本判決の評釈として、吉田邦彦「適切な医療行為を受ける期待権の侵害のみを理由とする整形外科医の不法行為責任の有無（消極）」判例評論六三三二号（判例時報二二二〇号）一七二頁以下、手嶋豊「適切な医療行為を受ける期待権の侵害のみを理由とする不法行為訴訟の可否」私法判例リマックス四四号三八頁以下、平野哲郎「適切な医療行為を受ける期待権侵害の不法行為の成否（判例紹介）」民商法雑誌一四五卷二四九頁以下、同「医療行為が著しく不適切な場合には期待権侵害のみによる損害賠償を認める余地がある」とした事例（判例研究）—龍谷法学四四卷三三三頁以下、住田知也「適切な医療行為を受ける期待権の侵害のみを理由とする医師の不法行為責任を検討する余地がない」とされた事例—現代民事判例研究会編『民事判例Ⅲ』一七二頁以下、橋口賢一「適切な医療行為を受ける期待権の侵害のみを理由とする整形外科医の不法行為責任の有無」法律時報八四卷八号一六頁以下がある。

(2) 期待権をめぐる問題について、野澤正充『セカンドステージ債権法Ⅲ 事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社・二〇一二年）一三七頁以下。円谷峻『不法行為法 事務管理・不当利得』（成文堂・二〇〇五年）九五頁以下、吉田邦彦『不法行為法等講義録』（信山社・二〇〇八年）六七頁以下、窪田充見『不法行為法』（有斐閣・二〇〇七年）一四二頁以下、二六七頁以下、吉村良一『不法行為法 第四版』（有斐閣・二〇一〇年）四三頁以下、潮見佳男『不法行為法Ⅰ 第二版』（有斐閣・二〇〇九年）三八二頁以下参照。

(3) 医療水準論による過失の客観化という観点からすれば、具体的な局面においてどのような医療行為がなされるべきであるのかという要素、すなわち、一般的に医師に期待しうる医療行為の程度は、責任論の中で既に把握されている問題といえる。しかしながら、故意過失と権利侵害を各別の要件とする二元論の立場からすると、本稿で検討の対象とする期待権の問題は、生命や身体に対する具体的な侵害がなかったとしても、患者の何らかの法益を侵害する可能性があるのかという点である。

第二章 最高裁判所判決の概要

第一節 事案の概要

Xは、昭和六三年に左脛骨高原骨折の傷害を負い、Y₁の経営するA病院に入院し、整形外科医Y₂の執刀により手術を受け、二ヶ月後に退院した。その後、手術時に装着されたボルトの抜釘のために再入院するまでの間、A病院に通院治療を受けていたところ、左足の腫れを訴えることがあったが、Y₂は腫れに対する検査や治療を行なわなかった。Xは、ボルトを抜釘後は、自らの判断で通院を中止し、その後、何度か別の主訴でA病院で診療を受けたが、左足の腫れを訴えることはなかった。手術から九年後、XはY₂に対し左足の腫れが続いているなどと訴えたため、診察を行なったが整形外科的治療として満足できるもので問題はないと判断して、Xの訴えに対して格別の措置は講じなかった。手術から十年後の別の主訴による診察時には、Xは腫れを訴えていない。

ところが、手術から十二年後、無数の赤黒いあざができるなど、皮膚の変色が生じたことから、A病院で診察を受けたところ、Y₂は皮膚科での受診を勧め、A病院の皮膚科において投薬治療等を受けたが、改善しないため、手術から十三年後、B大学附属病院、C大学附属病院、D大学附属病院で診察を受け、左下肢深部静脈血栓症ないし左下肢静脈血栓後遺症と診断された。

この後遺症は、手術およびその後の臥床、ギプス固定による合併症として左下肢深部静脈血栓症を発症し、その結果残されたものであるが、下肢の手術に伴い深部静脈血栓症を発症する頻度が高いことが我が国の整形外科医において一般に認識されるようになったのは、平成十三年以降であり、Y₂はXの左足の腫れ等の症状の原因が深部静脈血栓症にあることを疑うには至らなかった。そして、Aから最初に腫れの訴えがあった平成九年時点では、適切な治療法はなく、治療を施しても効果は期待できなかった。

原審は、上記事実関係の下において、Y₂が、必要な検査を行ない、又は血管疾患を扱う専門医に紹介する義務を怠ったことにより、Xに本件後遺症が残ったとはいえず、また、Xが、本件後遺症が残らなかった相当程度の可能性を侵害されたともいえないとした。

しかし、その当時の医療水準になかった適切かつ真しな医療行為を受ける期待権が侵害された旨のXの主張については、慰謝料三〇〇万円の限度で認容した。すなわち、「Y₂は、平成九年十月二二日の時点で、専門医に紹介するなどの義務を怠り、Xは、これにより、約三年間、その症状の原因が分からないまま、その時点においてなし得る治療や指導を受けられない状況に置かれ、精神的損害を被ったということができるから、Y₂は、Xに対し、上記損害を賠償すべき不法行為責任を負う」として、期待権侵害による不法行為の成立を認めたのである。

第二節 最高裁判所の判断（破棄自判）

しかしながら、この問題について最高裁判所は、患者の主訴や医師の診療経過を検討し、医療水準に照らして著しく不適切なものとはいえないとした上で、期待権侵害につき以下の通り判断を下した。「前記事実関係によれば、Xは、本件手術後の入院時及び同手術時に装着されたボルトの抜釘のための再入院までの間の通院時に、Y₂に左足の腫れを訴えることがあったというものの、上記ボルトの抜釘後は、本件手術後約九年を経過した平成九年十月二二日にA病院に赴き、Y₂の診察を受けるまで、左足の腫れを訴えることはなく、その後も、平成十二年二月以後及び平成十三年一月四日にA病院で診察を受けた際、Y₂に、左足の腫れや皮膚のあざ様の変色を訴えたにとどまっている。これに対し、Y₂は、上記の各診察時において、レントゲン検査等を行い、皮膚科での受診を勧めるなどしており、上記各診察の当時、下肢の手術に伴う深部静脈血栓症の発症の頻度が高いことが我が国の整形外科医において一般に認識されていたわけでもない。そうすると、Y₂が、Xの左足の腫れ等の原因が深部静脈血栓症にあることを疑うには至らず、専門医に紹介するなどしなかったとしても、Y₂の上記医療行為が著しく不適切なものであったということができないことは明らかである。患者が適切な医療行為を受けることができなかった場合に、医師が、患者に対して、適切な医療行為を受ける期待権の侵害のみを理由とする不法行為責任を負うことがあるか否かは、当該医療行為が著しく不適切なものである事案について検討し得るにとどまるべきものであるところ、本件は、そのような事案とはいえない。したがって、Y₂らについて上記不法行為責任の有無を検討する余地はなく、Y₂らは、Xに対し、不法行為責任を負わないというべきである。」と述べて、Xの主張する期待権侵害による不法行為の成立を否定した。

説 第三節 本判決の提示した問題点

論

本判決においてXから提起された問題は、相当程度の可能性侵害による損害賠償が認められない場合に、適切な医療行為を受ける期待権の侵害は不法行為を成立させるのか、という主張である。すなわち、医療水準に達していない医療行為が行なわれた場合、生命や身体といった患者の法益に対する直接的かつ具体的な侵害が存しないとしても、独立した期待権が法的保護に値する利益として認められるのか、という問題を提起している。本判決はXの主張を否定するに至ったが、この判断を最高裁判所の判例理論の中でどのように位置づけていくべきかを分析し、期待権概念の明確化を図ることにしたい。

(4) 他に、延命や重篤な後遺障害が残らなかったであろう相当程度の可能性ではなく、重篤とはいえない後遺障害の場合であっても権利侵害要件を充足するのか、という問題も提起され、従来の判例理論を踏襲して本判決において否定されているが、本稿では検討の対象外とする。

第三章 裁判例の展開

第一節 下級審裁判例の動向

まず、下級審裁判例においては、比較的早期から期待権という概念を認めて、患者の救済が図られてきた。最初にこの概念を用いて判断を下したのは、福岡地裁昭和五二年判決⁽⁵⁾である。この事件は、人工妊娠中絶の術後管理体制に不備があったために患者が死亡したが、解剖がなされないなどの事情により死亡との因果関係が立証できなかったという事案であり、「十分な患者管理のもとに診察・診療をしてもらえるものと期待していた患者にと

つてみれば、その期待を裏切られたことにより予期せぬ結果が生じたのではないかという精神的打撃を受けることも必定といふべく、右にいう患者の期待（これを期待権といつてもよい。）は、診療契約において正当に保護されるべき法的権利というも過言ではない。そうである以上、右期待を裏切られた場合には、それを理由に慰藉料の請求のみは可能となる⁽⁶⁾と述べ、医師の債務不履行責任を認めて、本人慰謝料一〇〇万円を認めるに至った。そして東京地裁昭和六〇年判決⁽⁷⁾においては、喘息の既往症を有する患者が肺癌により死亡した事例において、当時の医療水準に照らして救命可能性が存せず、かつ、相当期間の延命も望めないという事情であるにも関わらず、医療契約に関する債務不履行の法律構成として、「医師としては、当該患者については……重大な疾患があることを疑診した場合においては、通常、依頼者である患者に対し、可能な限り適切な検査を施して確定診断を行つたうえ、その結果に基づいて、医療水準上可能な治療を施してその救命、延命をはかる義務を負うものであることはもとよりであるが、たとえ救命又は相当期間の延命について治療効果があるとの確信が得られない場合であっても、その可能性が皆無でない限り、考えられる治療のため最善を尽すべく、また、患者が本件のように重大な合併症を有し、あるいはその疾患の進行程度等により、その治療方法が危険を伴うとか、その効果について疑問がある場合においては、その患者又は家族に実状を説明し、患者又はその家族側において、治療方針についての選択又は専門医への転医等の機会を与えるなどして、その治療及び看護について最善を尽し、心残りのないよう⁽⁸⁾に万全を期すべき義務を負っているものと解するのが相当である」と医師が負担する義務の内容について詳細に述べて、精神的損害についての慰謝料六〇万円を認めた。

また、債務不履行構成をとるものでは、福岡地裁小倉支部昭和五八年判決⁽⁹⁾は、医師が胃がんを見逃したことにより患者が死亡するに至った事案において、精密検査を受ける機会を失い死期が早められたことについての損害

賠償を認めている。この判決も債務不履行責任を根拠に三〇〇万円の本人慰謝料を認めているが、延命可能性の喪失について責任を認定しつつ、現代の医療水準に照らした適切かつ十分な治療の期待が裏切られたことを慰謝料算定の事情に組み入れている。さらに、宇都宮地裁足利支部昭和五七年判決⁽¹⁰⁾は、誤診により胃がんの治療機会を失った事案において医師の債務不履行責任を根拠に一〇〇万円の慰謝料請求を認めているが、延命可能性についての生きる喜びを賠償額算定の考慮事由としている。

不法行為構成をとるものとしては、職場の健康診断での肺癌の見逃しにより治療機会を失ったという富山地裁平成六年判決⁽¹¹⁾が、肺がんの進行を遅らせられなかったこととの因果関係を認めて、本人慰謝料四〇〇万円を認めたが、逸失利益については否定する判断を下している。また、神戸地裁姫路支部平成八年判決⁽¹²⁾は、事故による救急搬送後に医師が転送義務を怠った事案につき、患者の救命の可能性が絶無ではなかった場合には医師において患者の適切な治療を求める可能性を侵害したといえるとして本人慰謝料四〇〇万円および近親者に各一〇〇万円の慰謝料を認めた。

そして最近の下級審裁判例⁽¹³⁾に目を転じると、次に検討する最高裁判所判決の影響のもと、相当程度の延命可能性という準則を用いて判断を下している。下級審裁判例においては、比較的早期には生命身体とは異なる保護法益として期待権という概念を用いて保護を図った事例も散見されるが、多くは延命の可能性や治療機会の喪失といったより具体的な事象を捉えて損害賠償の責任根拠を認めようとしている。他方で、具体的な損害算定の段階に入ると、慰謝料の柔軟性から、考慮要素としては患者の医療に対する期待などを増額事由に含める傾向がみられる。

第二節 最高裁判所判例の動向

最高裁判所の法律構成としては、患者の期待をどのように評価すべきかという問題を、因果関係論において展開されてきた相当程度の可能性の問題と捉えてきた。

この点につき最初に正面から取り組んだのは、最高裁平成十一年判決である⁽¹⁴⁾。この事件は、肝硬変を罹患した患者に対して肝臓病専門医が肝臓がんの進行を看過したために患者が死亡したという事例であり、東大ルンバー・シヨック事件⁽¹⁵⁾を引用して因果関係の証明は高度の蓋然性で足りるとしたうえで、「当時の医療水準に応じた注意義務に従って患者につき肝細胞癌を早期に発見すべく適切な検査を行っていたならば、遅くとも死亡の半年前の時点で外科的切除術の実施も可能な程度の肝細胞癌を発見し得たと見られ、右治療法が実施されていたならば長期にわたる延命につながる可能性が高く……（適時に発見されていたならば）……以後当時の医療水準に応じた通常の診療行為を受けることにより、患者は……なお生存していたであろうことを是認し得る高度の蓋然性が認められる⁽¹⁶⁾」として医師の検査を怠った注意義務違反と死亡との間の因果関係を認め、存命が期待される期間は損害額の算定において斟酌される事情であるとしている⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾。そして、この判決の第一審が、「注意義務違反により、肝細胞癌に対する程度のある程度の延命が期待できる適切な治療を受ける機会を奪われ、延命の可能性を奪われたものであり、これにより精神的苦痛を受けたと認められる⁽²¹⁾」として機会の喪失についての精神的損害の賠償を認めたのに対し、最高裁判所はこの論理を採用せず、患者の生命を因果関係の終端におき、被侵害法益としている点には注目すべきである⁽²²⁾。すなわち、適切な医療行為があれば救命し得たであろうことを前提に、患者側の立証負担を軽減しようとしたものと評価される。

次に、最高裁判所は、平成十二年判決で⁽²³⁾、狭心症の発作に見舞われた患者に対し胸部疾患の可能性のある患者

に対する初期治療として行なうべき基本的義務を果たさなかった医師の責任が問われた事例において、救命の高度の蓋然性までは認めることができないとしても「適切な治療を受ける機会を不当に奪われた」⁽²⁴⁾ことを根拠に精神的損害の賠償を認めた原審⁽²⁵⁾の結論を維持した。そこでは、「疾病のため死亡した患者の診療に当たった医師の医療行為が、その過失により、当時の医療水準になかったものでなかった場合において、右医療行為と患者の死亡との間の因果関係の存在は証明されないけれども、医療水準になかった医療が行われていたならば患者がその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性の存在が証明されるときは、医師は、患者に対し、不法行為による損害を賠償する責任を負うものと解するのが相当である。ただし、生命を維持することは人にとって最も基本的な利益であって、右の可能性は法によって保護されるべき利益であり、医師が過失により医療水準になかった医療を行わないことよって患者の法益が侵害されたものといえるからである」⁽²⁶⁾とその理由を述べる。この判決においては、生命侵害の因果関係について高度の蓋然性が存しない場合であっても、生存の相当程度の可能性が認められれば医師の行為と相当程度の可能性の侵害との間の因果関係を認めることよって賠償を認めうるのと立場を示していることができる。これは、原審が機会の喪失について精神的損害の賠償を認めたのとは異なる論理ではあるが、結論として同旨ということで原判決が維持されたことになる。⁽²⁷⁾⁽²⁸⁾したがって、この段階において、生命侵害の拡張類型として生存の相当程度の可能性という新たな被侵害法益を議論の俎上にのせたものと評価することができる。⁽²⁹⁾⁽³⁰⁾

さらにこのような被侵害法益の拡張という考え方は、最高裁判所平成十五年判決にも現れている。⁽³¹⁾⁽³²⁾ここでは、原因不明の急性脳症に陥った患者が重篤な後遺障害を残すに至ったという事案につき、医師の過失、因果関係、相当程度の可能性のいずれも否定した原審⁽³³⁾の判断に対し、最高裁判所は相当程度の可能性の理論を用いて、原判

決を破棄した。すなわち「患者の診療に当たった医師が、過失により患者を適時に適切な医療機関へ転送すべき義務を怠った場合において、その転送義務に違反した行為と患者の上記重大な後遺症の残存との間の因果関係の存在は証明されなくとも、適時に適切な医療機関への転送が行われ、同医療機関において適切な検査、治療等の医療行為を受けていたならば、患者に上記重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性の存在が証明されるときは、医師は、患者が上記可能性を侵害されたことよって被った損害を賠償すべき不法行為責任を負う」として、生命侵害の場合を念頭に展開されていた平成十二年判決の相当程度の可能性という考え方を「重篤な後遺症が残された場合」にまで拡張することになった。

最後に、平成十七年判決⁽³⁵⁾は、未決勾留中の被疑者の脳梗塞への対応についての国家賠償法の事例であるが、これまでの裁判例と同様に相当程度の可能性の理論を用いて、重篤な後遺障害について損害賠償を否定した事案である。この判決には、島田裁判官・才口裁判官の両補足意見、横尾裁判官・泉裁判官の反対意見が付されている。まず、反対意見においては、説明義務違反に関する一連の最高裁判決に言及し、それらと同程度に保護されるべきであるとの評価に基づき、生命、身体、死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性、重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性のほかに、「患者が適時に適切な医療機関へ転送され、同医療機関において適切な検査、治療等の医療行為を受ける利益」⁽³⁷⁾が新たな保護利益として認められるべきであり、精神的損害の損害賠償を認めるべきである旨が述べられている。⁽³⁸⁾

それに対して島田裁判官の補足意見においては、相互の信頼関係を基盤として成り立つ専門家責任一般への拡張を視野に入れながら、「検査、治療が現在の医療水準に照らしてあまりにも不適切不十分なものであった場合には、仮にそれにより生命身体の侵害という結果は発生しなかったとしても、あるいは結果は発生したが因果関係

が立証されなかったとしても、適切十分な検査、治療を受けること自体に対する患者の利益が侵害されたことを理由として損害賠償責任を認めるべき場合がある⁽³⁹⁾ことを指摘している。

また才口裁判官の補足意見においても、医療全般のみならず、専門的かつ独占的な職種である教師、捜査官、弁護士などへの責任範囲の拡張が「実定法に定めのない「期待権」という抽象的な権利の侵害⁽⁴⁰⁾」を認めることによって生じることになるとの懸念が表明されている。

第三節 判例の立場

次に、本判決が下されるまでの最高裁判所における判例理論を整理しておく。これまでの最高裁判所の見解が前提としているのは、そもそも医療水準に則った適切な医療行為が行なわれていたとしても高度の蓋然性をもって救命できたとはいえない場合に、患者側に何らかの権利の侵害があるのか、という事実認識である。この場合に、最高裁判所は、まず、適切な医療行為を受けられるであろうという患者の期待権そのものに対して賠償を認めることには否定的な態度を示してきた。逸失利益の賠償まで認めるのかは明らかでないが、慰謝料として賠償を認めてきたのは、生命侵害と評価しうる可能性のある場合、すなわち適切な医療行為を受けていたとすれば、実際の死亡時期を超えた一定期間について相当程度の生存可能性が認められる場合に限定されている。これは不法行為法における被侵害法益としての生命を、延命可能性という形で拡張することによって成立要件の充足を認めてきたものと評価することができる。そのため、この規律によるならば、原則として死亡の結果が生じた場合にのみ成立することになり⁽⁴¹⁾、また、医療水準に則った適切な治療行為が行なわれている限り不法行為の成立は認められないことになる。

また、相当程度の可能性という被侵害法益の成立を認める場合、不法行為の成立要件は複線化されることになる。すなわち、医療水準にない医療行為により生命・身体が侵害されたとして従来通りの構成により賠償を認めていく方法、この場合、後遺症の問題は身体侵害に解消されることになる。もう一つは、医療水準にない医療行為により延命可能性または後遺症の発症しない可能性が侵害されたとする法律構成である。後者によれば、延命または後遺症の不発生が確かとはいえないけれども、その可能性も不法行為上の保護に値するとの評価を行なうことになり、実際上は証明負担の緩和という結果を導くことになると考えられる。

最後に、平成十七年判決では、意見としてではあるが、それまでの判例理論に加えて、さらに二つの方向性が示されることになった。一つは、反対意見で示されたように、説明義務違反の延長線上に新たな保護法益として適切な医療行為を受ける権利を据え、これに一般的な保護を与えようとするものである。もう一つは、より広い専門家の責任として適切な医療を受ける権利の存在を承認する一方で、侵害行為の態様を限定することで損害賠償責任の無制限な拡張を抑止しようと均衡をとる両補足意見の考え方である。いずれも生命、身体とは異なる新たな保護法益を模索するものであるが、下級審裁判例においても、この点については多数意見で示された確立した判例理論にしたがい、損害賠償責任の認められる領域を拡張する方向で、これまでの裁判例上、何らかの傾向が示されてきたわけではない。

(5) 福岡地方裁判所昭和五二年三月二九日判決・判例時報八六七号九〇頁参照。

(6) 前掲注(5)・九九頁参照。

(7) 東京地方裁判所昭和六〇年九月十七日判決・判例時報二二〇一号一〇五頁参照。

(8) 前掲注(7)・一二二頁以下参照。

- (9) 福岡地方裁判所小倉支部昭和五八年二月七日判決・判例時報一〇八七号一七頁、判例タイムズ四九五号一六一頁参照。
- (10) 宇都宮地方裁判所足利支部昭和五七年二月二五日判決・判例タイムズ四六八号一二四頁参照。
- (11) 富山地方裁判所平成六年六月一日判決・判例時報一五三九号一八八頁参照。
- (12) 神戸地方裁判所姫路支部平成八年九月三〇日判決・判例時報一六三〇号九七頁、判例タイムズ九四二号二〇五頁参照。
- (13) 下肢深部静脈血栓症および肺血栓塞症を発症する危険性を有し、その他の危険要因も有する脳卒中患者については、医療水準に照らして肺血栓塞症が生じることを具体的に予見可能であったといえるから、適切な処置を怠った過失があるといえるが、死亡との因果関係は認められず、相当程度の生存の期待可能性のみが認められるとした事例（大阪地方裁判所平成二一年九月二九日判決・判例タイムズ一三一九号二二頁）、絶対的手術適応とされる絞扼性イレウスの疑いがあるにもかかわらず必要な検査を怠らなければ、重度のショック状態に陥る前に開腹手術を開始することができた可能性が十分にあり、救命し得た相当程度の可能性があったとして慰謝料の賠償を認めた事例（東京地方裁判所平成二一年十月二九日判決・判例タイムズ一三三五号一七五頁）、平成十六年頃までには、成人の重篤な肝硬変については生体肝移植の存在を前提とした診療が診療契約上の医療水準であり、不法行為における医療水準でもあるとして、重篤な非代償性肝硬変であり移植適応のある患者に対して、生体肝移植への言及をしなかったことに説明義務違反を認め、相当程度の可能性侵害があったとした事例（大阪地方裁判所平成二二年九月二九日判決・判例時報二一一六号九七頁）参照。
- (14) 最高裁判所平成十一年二月二五日第一小法廷判決・民集五三卷二号三三五頁。この判決についての評釈として、窪田充見「医師の不作為と患者の死亡との間の因果関係」民商法雑誌一一二卷四・五号一八九頁、加藤新太郎「取引法判例研究 一七一」NBL六八八号六四頁、澤野和博「医療過誤における機会の喪失と損害賠償」ジュリスト一一七七号一八八頁、寺沢知子「作為・不作為の因果関係と「高度の蓋然性」」摂南法学二二三号六一頁、八木一洋「最高裁判所判例解説」法曹時報五二卷八号一八三頁、同「時の判例」ジュリスト一一六三号一四〇頁、同「最高裁 時の判例Ⅱ 民法九〇」ジュリスト増刊号二一八頁、新美育文「肝細胞がん早期発見のための検査不実施と肝硬変患者死亡との間の因果関係」ジュリスト一一七九号（平成十一年度重要判例解説）八七頁、同「因果関係の立証」別冊ジュリスト一七六号（民法判例百選 第五版）一六八頁、同「医師の不作為と患者の死亡との間の因果関係」別冊ジュリスト一八三号（医事法判例百選）一六六頁、佐藤陽一「平成十一年度主要民事判例解説 民法四三」判例タイムズ一〇三六号一〇四頁、手嶋豊「時の判例」法学教室二二八号一二四頁、

- (15) 鎌田薫「医師の診療義務の懈怠と患者の死亡との因果関係」私法判例リマックス二〇号七〇頁、吉田邦彦「判例評論」法律時報一六八八号二二三頁、水野謙「医師の不作為と患者の死亡との間の因果関係」ジュリスト一一六五号八二頁、野田寛「医師の不作為と死亡との間の因果関係」年報医事法学一五号一四四頁参照。
- (16) 最高裁判所昭和五〇年十月二四日第二小法廷判決・民集二九卷九号一四一七頁参照。前掲注(14)・二四三頁。
- (17) 澤野・前掲注(14)・一九二頁、寺沢・前掲注(14)・七四頁以下、水野・前掲注(14)・八四頁以下は、存命の可能性ではなく、当該時点における死亡との因果関係を問題としたと評価する。
- (18) 八木「時の判例」・前掲注(14)・一四三頁参照。八木「判例解説」・前掲注(14)・一九五頁以下は、「ある患者が適切な診療行為を受けていたならばいかほどの期間生存し得たであろうかという問いと、ある患者が適切な診療行為を受けていたならばある特定の時点で生存していたといえるか否かという問い」を理論的に区別すると整理している。窪田・前掲注(14)・一四五頁以下は、死亡と延命と分けて考える立場が損害事実として理解されることを指摘する。
- (19) 鎌田・前掲注(14)・七三頁は、事実的因果関係の問題を不作為の因果関係として処理し、延命可能性の喪失それ自体を損害ととらえた点に意義があるとしている。
- (20) 福岡地方裁判所小倉支部平成七年五月十六日判決・民集五三卷二二二二頁。この判断については、原審(福岡高等裁判所平成八年六月二七日判決・民集五三卷二二九七頁)においても維持されている。前掲注(20)・二九六頁。
- (21) 八木「時の判例」・前掲注(14)・一四三頁、新美「重要判例解説」・前掲注(14)・八八頁、手嶋・前掲注(14)・一二五頁参照。また、加藤・前掲注(14)・六七頁は、この点の判断は留保されているとする。
- (22) 最高裁判所平成十二年九月二二日第二小法廷判決・民集五四卷七号二五七四頁。この判決についての評釈として、稲垣喬「水準不適合の医療と死亡時の生存可能性による不法行為」民商法雑誌一二三卷六号九八頁、平沼高明「シリーズ医療過誤重要裁判例紹介 事例二」民事法情報一七五号五九頁、澤野和博「医師の過失により患者の生存可能性が奪われた場合における損害賠償責任」名経法学一〇号一八七頁、溜箭将之「最高裁判所民事判例研究」法学協会雑誌一一八卷一一二号一三四頁、杉原則彦「最高裁判所判例解説」法曹時報五四卷四号一九九頁、同「時の判例」ジュリスト一二一三三三三三四頁参照、
- (23) 重要裁判例紹介 事例二」民事法情報一七五号五九頁、澤野和博「医師の過失により患者の生存可能性が奪われた場合における損害賠償責任」名経法学一〇号一八七頁、溜箭将之「最高裁判所民事判例研究」法学協会雑誌一一八卷一一二号一三四頁、杉原則彦「最高裁判所判例解説」法曹時報五四卷四号一九九頁、同「時の判例」ジュリスト一二一三三三三三四頁参照、

- 同「最高裁 時の判例Ⅱ 民法一八九」ジュリスト増刊号二二六頁、林誠司「民事判例研究」北大法学論集五五卷三号二九七頁、手嶋豊「医師の注意義務違反と因果関係」年報医事法学一七号一五四頁、加藤新太郎「平成十二年度主要民事判例解説 民法四六」判例タイムズ一〇六五号一四頁、良永和隆「因果関係が証明されない場合の医師の損害賠償責任」みんけん五九〇号三三頁、渡辺達徳「医師の過失ある医療行為と、いわゆる「期待権」侵害による不法行為」法学セミナー五五号一〇四頁、新美育文「医療過誤による生存可能性の侵害と医師の損害賠償責任」私法判例リマックス二四号五九頁、窪田充見「医療行為に過失ある場合における因果関係の証明と不法行為の成否」ジュリスト一二〇二二号（平成十二年度重要判例解説 六九頁、前田順司「医師の注意義務違反と因果関係」別冊ジュリスト一八三号（医事法判例百選）一六四頁参照。
- 東京高等裁判所平成八年九月二六日判決・民集五四卷七号二六一七頁。
- (25) 前掲注（24）・二六一頁。
- (26) 前掲注（23）・二五七八頁。
- (27) 渡辺・前掲注（23）・一〇四頁は、本判決が医療過誤訴訟の分野において期待権を肯定したものと位置づける。
- (28) 前田・前掲注（23）・一六五頁は、期待権侵害論、治療を受ける機会の喪失論等の議論は一応否定されたとする。
- (29) 杉原「時の判例」・前掲注（23）・一三五頁、加藤・前掲注（23）・一一五頁、塩崎勤「シリーズ医療過誤 重要裁判例紹介 事例六四」民事法情報二三七号七四頁参照。
- (30) 最高裁判所（最高裁判所平成十六年一月十五日第一小法廷判決・判例時報一八五三三号八五頁）は、相当程度の可能性による賠償の可能性を債務不履行構成の場合にも認めているが、本稿の主たる対象は不法行為による期待権侵害の成否であるため、この点についての検討は別稿に譲る。同判決についての評釈として、寺沢知子「医師の検査義務不履行と相当程度の生存可能性への侵害」民商法雑誌一三一巻一号一四五頁、平沼高明「シリーズ医療過誤 重要裁判例紹介 事例四五」民事法情報二二〇号六五頁、手嶋豊「スキルス胃がんにより死亡した患者について胃の内視鏡検査を実施した医師が適切な再検査を行っていない患者がその死亡時点においてなお生存していた相当程度の可能性があったとして医師に診療契約上の債務不履行責任があるとされた事例」判例評論五五二二二号（判例時報一八七六号）一七八頁、澤野和博「死亡または後遺障害を回避する可能性を喪失させたことに基づく損害賠償」年報医事法学二〇号一三九頁、大工強「平成十六年度主要民事判例解説 民法三一」判例タイムズ一一八四号七八頁、角田美穂子「スキルス胃がんで死亡した患者の「相当程度」の延命可能性と医師の

残った場合について、「相当程度の可能性の存在」が否定された事例」年報医事法学二二号一三四頁、岡林伸幸「拘置所に拘留中の者が脳梗塞を発症し重大な後遺症が残った場合について速やかに外部の医療機関へ転送されていたならば重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性の存在が証明されたとはいえない」として国家賠償責任が認められなかった事例」判例評論五七四号（判例時報一九四四号）二一〇頁、手嶋豊「転送義務違反による患者の法益侵害とその証明」民商法雑誌一三五卷一五二二頁、寺沢知子「拘置所に勾留中の者が脳こうそくを発症し重大な後遺症が残った場合における医師の帰責評価」撰南法学三五号一一五頁、三村義幸「平成十八年度主要民事判例解説 民法二九」判例タイムズ一二四五号七七頁、橋口賢一「民事判例研究 八五五」法律時報七八卷一〇号七七頁、円谷峻「拘置所での脳梗塞の発症と転送義務の有無」法律のひろば五九卷九号六八頁参照。

(36) 最高裁判所平成十二年二月二九日第三小法廷判決・民集五四卷二五八二頁、五八七頁、最高裁判所平成十三年十一月二七日第三小法廷判決・民集五五卷六号一一五四頁、一一六一頁、最高裁判所平成十四年九月二四日第三小法廷判決・判例時報

一八〇三号二八頁、三二頁、最高裁判所平成十七年九月八日第一小法廷判決・裁判所時報一三九五号一頁、三頁参照。

(37) 前掲注(35)・判例タイムズ二二〇二号二五九頁、判例時報一九二三号三六頁参照。

(38) 円谷・前掲注(35)・六八頁は、診療機会の喪失による賠償が認められる範囲の拡大に対する危惧に歯止めをかけたと評価する。

(39) 前掲注(35)・判例タイムズ二二〇二号二五五頁、判例時報一九二三号三二頁参照。

(40) 前掲注(35)・判例タイムズ二二〇二号二五六頁、判例時報一九二三号三三頁参照。

(41) 平成十五年判決に示されたように、重篤な後遺症が残される場合にまで拡張するといふときには、重篤という概念によりどこまでを含めるのがさらに問題とされる（後述、注(70)参照）。

第四章 学説の状況⁽⁴²⁾

第一節 成立要件における位置づけ

患者の期待を保護しようとする試みについて、これまでの学説上どのように考えられてきたのかについては、そもそも患者側のどのような権利が問題となるのか、という被侵害法益の問題としての位置づけと、判例が示したように、立証責任の緩和という形で、因果関係論の中でどのように論じるべきかという二つの側面から検討することができるとされてきた。本稿では、因果関係論における現在の到達点を概観した後、期待権侵害がどのように位置づけられるべきかについて検討していきたい。

第二節 不作為の因果関係

一連の医療過誤訴訟で争われてきたのは、医師がなすべき医療行為を実施しなかったために患者の何らかの利益を侵害したといえるのか否か、すなわち、医師の過失行為と結果の発生との間の因果関係を認定することができるのか、という問題が前提となる。平成十一年判決はこれが正面から争われた事例と評価することができるが、この点については、民法および民事訴訟法上、因果関係の証明の問題として取り上げられてきた。

a. 因果関係の証明度

まず、現在の民事訴訟法上の通説とされる修正された構成要件分類説⁽⁴³⁾によれば、不法行為における因果関係要件の立証責任は原告側、すなわち患者側に課されることになる。そこで、因果関係をどこまで証明しなければならぬかが第一に問題とされた。この点につき、証拠の優越の程度で足りるとされる蓋然性説⁽⁴⁴⁾も有力に主張さ

れているが、東大ルンバール・ショック事件⁽⁴⁵⁾でも示されたように、法的因果関係は一〇〇%の自然科学的因果関係の証明までを要求するものではない、として現在は通常人が疑を差し挟まない程度に真実性の確信をもちうるものという高度の蓋然性を要求することで学説・判例はほぼ見解の一致をみている。⁽⁴⁶⁾

b. 因果関係の証明の緩和

その上で、なお患者側に因果関係の立証を求めることが酷であるといえる場合には、事実上の推定⁽⁴⁷⁾などの手法を用いて因果関係立証の負担を軽減してきており、また、確率的心証理論⁽⁴⁸⁾や、因果関係の割合的認定、疫学的因果関係⁽⁴⁹⁾などの理論も被害者側の救済のために主張されてきた。

c. 証明問題と期待権侵害⁽⁵⁰⁾

医療事故においては、適切な医療行為が適時に行なわれていたならば生命、身体侵害の結果は生じなかった、すなわち、適切な医療行為が行なわれなかったために法益侵害が生じたという不作為の因果関係の問題として現出することになる。ところが、期待権が問題となる事例においては、適切な医療行為が行なわれたとしても死亡の結果は生じていたという状況が前提とされており、具体的な法益侵害が認められないため、因果関係の証明度を緩和したとしても、直ちに不法行為に基づく損害賠償責任を肯定することはできない。

第三節 保護されるべき利益⁽⁵¹⁾

a. 問題の所在⁽⁵²⁾

そこで、本稿の主たる課題である保護法益の問題を検討する。前述⁽⁵³⁾したように、不作為の医療過誤により患者の生存への期待が奪われたという事例においては、この期待がどのように保護されるべきかという点が問題とな

り、とりわけそのような主観的な、すなわち、これまで保護法益の類型として認められてこなかった不明確な利益との因果関係をどのように考えるべきか、という形で問題が提起された。これは、医師の過失行為と患者の死亡との間に因果関係がないこと、つまり医師がどのような医療行為をとろうとも患者が死亡したであろうことを前提にしているために生じた問題である。換言すれば、死亡することが確実であったとしても、患者の側に生命または身体、さらには相当程度の可能性以外の何らかの保護されるべき法益を措定することができるのではないか、という形で問題が提起されてきたのである。

b. 法律構成

法律構成としては、大別して二つの方向性が考えられてきた。一つは新たな不法行為法上の保護法益を創設することにより、患者の権利を保護しようとする考え方であり、もう一つは医師の過失行為と死亡との間の因果関係の証明を軽減するための道具概念を用いることで損害賠償法上の救済を認めていこうとするものである。それぞれの考え方の中でもかなりの見解の相違があるため、以下では各段階に応じて、簡単にみていくことにしたい。

i. 新たな保護法益の創設

新たな保護法益を創設することにより患者の救済を図ろうとする見解は、これを期待権として構成するものと、生命侵害における拡張類型として相当程度の可能性という法益を創設しようとするものに分かれる。

ii. 期待権

期待権という考え方は、適切な医療を早期に受ける機会を逸したことや、適切な説明または指示を受けなかったという定式化⁽⁵⁴⁾により、本来受けられるべき治療機会の喪失を被侵害法益とすることになる。この考え方によれ

ば、一定の医療行為が受けられることを前提にしているため、医療水準にある具体的な医療行為の存在が念頭に置かれることになる。具体的な状況において、そのような医療行為を受けることができるにもかかわらず、それを楽しむことができなかつたということが患者側の不利益ということになる。⁽⁵⁵⁾

さらに期待権という考え方を進めていくことによって、患者の適切な診療を受けることへの期待という、より主観性を重視した期待利益⁽⁵⁶⁾の段階にまで高めていこうとする見解⁽⁵⁷⁾もみられる。この段階にまで至ると、医療水準にある具体的な医療行為が想定できない場合であっても、たとえば一部の医療機関でのみ行なわれているような先端医療を受ける機会があるというにすぎない場合であっても、当該患者が受診した医療機関においても、期待権侵害という法益侵害が成立する可能性が生じることになる。

特に後者の主観的な意味での期待権という考え方をとる場合にあってはまるが、いずれにせよ、ここでは患者の医療に対する期待というものを保護の対象としようとしているので、期待権を否定する見解からは主観的な利益にすぎず損害賠償の要件を不当に緩和させることになり、ひいては医療萎縮をもたらしかねないとの批判⁽⁵⁸⁾もなされている。他方、これを肯定する立場においても、そのような主観的利益に対する侵害であるため、不法行為訴訟においては純粹に精神的損害の賠償⁽⁵⁹⁾として具体化することになる。

iii. 相当程度の可能性⁽⁶⁰⁾

これに対して、相当程度の可能性という概念を用いて説明を試みる見解もみられる。これは原則的には延命可能性ということになるが、既に最高裁判例で拡張されているように、場合によっては重篤な後遺障害まで含めて考えることになるため、生命侵害に限定せずに相当程度の可能性として以下の議論を進める。

この見解⁽⁶¹⁾は、本来であれば延命可能性、すなわち一定期間の生命の存続につき高度の蓋然性をもって認められ

る場合でなければならぬにもかかわらず、生命・身体という不法行為法の基本的保護法益に加えて、一定の期間生命を維持しえたであろうという可能性にもその保護を拡張していこうとするものである⁽⁶²⁾。これは、平成十七年判決までに示されてきた最高裁判例の立場に近いものといえるが、やはりこの中においても様々な違いがあるため、順に分析を行なう。

第一に、延命可能性を保護法益にするということから、これが生命侵害の場合に認められる逸失利益のような財産的法益としての性質まで有するかという点につき、考え方が分かれている。現在の多数説といえる考え方は、多くの場合患者が稼働可能な状態ではないことを考慮しても、具体的にどのような算定方法となるのかは不明確であるとしても、財産的損害としての性質を排除するものではないとする見解⁽⁶³⁾⁽⁶⁴⁾である。

これに対して、相当程度の可能性に対する賠償においては、単なる可能性にすぎず具体的な逸失利益までは認定できないとして否定し、慰謝料のみで評価しようとする見解⁽⁶⁵⁾も主張されている。ただし、この立場によるとしても、どの程度の期間延命し得たかという部分の評価については、慰謝料の金額に反映させるべきであると説明されることになる。

次に、保護の対象として、延命の可能性に限定すべきなのかという問題がある。この点についての立場としては、延命の可能性のみを考慮すべきであるとする見解⁽⁶⁶⁾、死亡に比肩しようような重篤な後遺症が残らない可能性についても認められるとする見解⁽⁶⁷⁾、後遺症であれば軽微なものであったとしても考慮すべきであるとする見解⁽⁶⁸⁾も主張されている。最高裁判所は、他の不法行為法の議論⁽⁶⁹⁾と平仄を合わせるように、重篤な後遺症の場合まで認めていると考えられるが、どのような後遺症が重篤と言えるのかについての具体的な基準は提示されておらず、事例の集積と今後の議論に委ねられることになる⁽⁷⁰⁾と考えられる。

また、相当程度の可能性の議論においては、延命しうるか否かの判断について相当というのは、因果関係の証明で要求されるような高度の蓋然性までは要求されないということまではどの見解も認めている⁽⁷¹⁾。ただし、少なくとも判例においてはどの程度の確率が認められれば相当程度といえるのかについての基準は示されておらず、多少なりとも可能性があることが主張されれば事実上反証の余地を残さなまま肯定されてしまうとの懸念⁽⁷²⁾が示されてもいるところである。これをさらに進めて、1%でも可能性があれば相当程度の可能性というとする見解⁽⁷³⁾も主張されており、後者の見解によるならば、期待権を認めるのとはほぼ同様の結論に至ることになるものと考えられる。

最後に、相当程度の可能性と医師の過失行為との因果関係については、通常の因果関係の証明と同様に高度の蓋然性が必要であるとの立場が多数を占めているが⁽⁷⁴⁾、さらに患者側の証明負担の軽減の趣旨で、相当程度の蓋然性が証明されればよいとの見解も示されている⁽⁷⁵⁾。

iv. 道具概念としての相当程度の可能性

次に、相当程度の可能性の法理は、患者側の因果関係立証の負担を軽減するための道具概念であるとする見解⁽⁷⁶⁾もみられる。この立場は、あくまでも医師の過失行為を起点とする因果関係の終点として患者の死亡という事実をとらえ、その因果関係の立証ができないという場合に限り、ある時点において患者が生存していたであろう相当程度の可能性との間の因果関係を論じることになる。そして具体的な立証負担という問題意識からすると、医療水準を下回る医療行為が実施されたことが患者から明らかにされれば、それ以後の因果関係についての立証責任は転換され、医師は医療水準に合致した適切な医療行為がなされていても延命効果は全くなく、結果が同じであるということ立証しない限り、医師は責任を負担しなければならないことになる⁽⁷⁷⁾。

第四節 学説の評価

期待権をどのように位置づけるのか、という点については、二つの方向性が考えられてきた。一つは、固有の利益として構成する方法であり、もう一つは生命侵害、相当程度の可能性侵害の延長線上に位置づける見解である。

a. 期待権構成

期待権を固有の保護法益とする見解によれば、さらに、これを患者の主観的な期待を保護の対象とする見解と、一定の医療行為を受ける機会の喪失として捉える考え方に分かれることになる。

主観的な期待を一般的に保護しようとする場合には、その外縁は不明確になりうると考えられる。既に平成十七年判決でも指摘されているように、専門家責任に限定してみても、不法行為法上、主観的な感情を保護法益としようとする試み⁽⁷⁸⁾は、未だ成熟した議論とはいえない。しかし、裁判例の集積もあるように、専門家責任の中でも医療事故における期待権という類型に限定してみるならば、客観的な類型を想定することも可能となる。期待という主観的利益を客観化することによって、すなわち、医師に対して客観的に期待しうる医療行為として期待の内容を具体化することが考えられる。

他方、一定の医療行為を受ける機会の喪失とした場合には、医療水準論によって展開されてきた適切な医療水準の医療を受けられなかったという過失の基準との異同が問題となる。すなわち、医療水準に達していない場合には、常に治療機会の喪失があり、期待権の侵害が生じるというように考えられるため、この見解⁽⁷⁹⁾からは、一般的な医療水準ではなく、著しく不適切な医療行為が行なわれた場合に限る、というように患者側の利益ではなく医師側の行為評価を行なうことによって保護法益のあり方を模索することになる。この見解は、行為評価を判断

基準として取り込むことによって、行為不法的な観点から客観的な基準を定立しようとの試みと評価されるが、少なくとも不法行為成立の前提として、一定の保護されるべき精神的利益の存在を前提としていると考えざるを得ないため、その正当化がさらに必要となる。

b. 拡張された相当程度の可能性

次に、期待権の概念を、相当程度の可能性の拡張として位置づけようとする場合、終局的にはごくわずかの生存可能性であれ、何らかの可能性の存するときには、実際に行なわれた医療行為が医療水準に達していない限り賠償を認めていくべきであるという結論に至る。そして、生命という法益を保護するための論理であることからすれば、少なくとも理論上は、ごくわずかの可能性の場合であっても、精神的損害の賠償のみならず、逸失利益の賠償可能性も存することになる。これを現代医学の水準と併せて考慮すれば、即死の場合以外は、何らかの賠償が認められるという結論に至り、あまりにも広範に賠償を認めることになってしまう。

(42) 期待権の議論は、教科書において言及するものも少なく、未だ成熟しているとはいえない。そのためここでの紹介も限定的な内容にとどまらざるをえないが、本稿の目的に必要な範囲で分析を行なう。

(43) 新堂幸司『新民事訴訟法 第五版』（弘文堂・二〇一一年）六〇九頁以下、伊藤眞『民事訴訟法 第四版』（有斐閣・二〇一一年）三五六頁以下、高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 上 第二版』（有斐閣・二〇一二年）五三八頁以下、松本博之『上野泰男『民事訴訟法 第五版』（弘文堂・二〇〇八年）三九六頁以下、中野貞一郎・松浦馨・鈴木正裕『新民事訴訟法講義 第二版補訂二版』（有斐閣・二〇〇八年）三六九頁以下参照。

(44) 徳本鎮『鉦害賠償における因果関係』同『企業の不法行為責任の研究』（一粒社・一九七四年）五〇頁、五八頁以下、同『公害の民事的救済と因果関係』同『企業の不法行為責任の研究』一一六頁、一三〇頁以下、新堂・前掲注（43）・五七三頁以下参照。

- (45) 前掲注(15)・一四二二頁参照。
- (46) 伊藤・前掲注(43)・三二九頁以下、高橋宏志「重点講義 民事訴訟法 下 補訂第二版」(有斐閣・二〇一〇年)三九頁以下、中野〓松浦〓鈴木・前掲注(43)・三五八頁参照。
- (47) 中野貞一郎「過失の「二応の推定」について(一)(二・完)」法曹時報一九卷一〇号八頁、一一号二〇頁、三二頁以下、新堂・前掲注(43)・六一七頁、伊藤・前掲注(43)・三六三頁以下、高橋・前掲注(43)・五五七頁以下、松本〓上野・前掲注(43)・三八五頁以下、中野〓松浦〓鈴木・前掲注(43)・三六〇頁以下参照。
- (48) 倉田卓治「交通事故訴訟における事実の証明度」同「民事交通訴訟の課題」(日本評論社・一九七〇年)一二五頁、一六〇頁、同「逸失利益算定法への一疑問」同「民事交通訴訟の課題」一八一頁、二〇一頁以下参照。
- (49) 瀬川信久「裁判例における因果関係の疫学的証明」加藤一郎先生古稀記念「現代社会と民法学の動向 上」(有斐閣・一九九二年)一四九頁、一八三頁以下、吉村良一「公害裁判における因果関係論の展開」同「公害・環境私法の今日的課題」(法律文化社・二〇〇二年)二一八頁、二二二頁以下参照。
- (50) 証明度については、相当程度の可能性による救済方法を証明度軽減の目的であると位置づける見解から、さらに問題とされることになる(後述第四章第三節b.iii.参照)。なお、不適切な医療行為と期待権侵害との間の因果関係を認めうるのかという問題は別に残されることになる。
- (51) この問題についての一般的論考として、石川寛俊「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 一 医療過誤訴訟法」(青林書院・二〇〇〇年)二八八頁、新美育文「医療事故事例における期待権の侵害について」自由と正義四七巻五号五七頁、中原太郎「機会の喪失論の現状と課題(1)〈特集／実体法と手続法〉」法律時報八二巻一―一五頁参照。手嶋豊『医事法入門 第三版』(有斐閣・二〇一一年)二〇三頁は、因果関係または損害のいずれに位置づけるかは留保しつつ救済を認めるべきことを述べる。
- (52) 大塚直「不作為医療過誤による患者の死亡と損害・因果関係論」ジュリスト一一九九号九頁、一二頁以下、前田・前掲注(23)・一六五頁参照。
- (53) 第四章第二節参照。
- (54) 鎌田・前掲注(14)・七三頁、前田・前掲注(31)・一九五頁、吉田・前掲注(2)・六九頁、吉田・前掲注(14)・二二二頁、

- 飯塚・前掲注(30)・二二〇頁、平野「判例紹介」・前掲注(1)・二五四頁、同「判例研究」・前掲注(1)・三二二頁以下参照。
- (55) これに対して、延命機会の喪失として理解する立場からは、具体的な延命可能性の存在がその前提とされるため、治療行為の適否は過失判断の段階においてのみ評価されることになる。
- (56) なお、特定の医師の手術を受けるために特定の医療機関と診療契約を締結した場合のように、医療に対する期待が締結された診療契約の内容として具体化されているときには、損害額算定の問題は残るとしても、契約違反とすれば損害賠償請求権の成立要件としては十分である。すなわち、契約によって高められた医療行為の水準は、一方で過失判断においてより高度な、最善の注意義務を要求するものとして機能し、他方で契約によって約束された利益として被侵害法益の設定においても考慮されることになる。
- (57) 潮見・前掲注(2)・三八二頁、塩崎・前掲注(29)・七五頁。塩崎・前掲注(31)・六六頁は、平成十二年判決において期待権が認められたと評価する。
- (58) 桜井節夫「一、人工妊娠中絶後における死亡事故について、術前の身体状況の検査、術後の患者看視態勢に医師の懈怠があるとした事例 二、医師の診療上の懈怠と患者の死亡との間に因果関係が認められないときでも、その蓋然性があるときは、患者は期待権の侵害を理由に債務不履行に基づく慰謝料の請求ができるとした事例」判例評論二三三号(判例時報八八三号)一三七頁、一四〇頁以下参照。
- (59) 平野・前掲注(54)・二五五頁、住田・前掲注(1)・一七五頁参照。
- (60) 永野庄彦「伊藤孝至」「相当程度の可能性」に関する一考察・分析と展望」判例タイムズ一二八七号六三頁、志村由貴「相当程度の可能性」をめぐる実務的論点」ジュリスト一三四四号六五頁、平野哲郎「イギリス・アメリカ・カナダ・オーストラリアにおける機会喪失論と日本の相当程度の可能性(一)」龍谷法学四四卷三三七九頁参照。
- (61) 野澤・前掲注(2)・一三七頁以下。円谷・前掲注(2)・九五頁以下、平沼・前掲注(23)・六二頁、松並「判例解説」・前掲注(31)・二七八頁、杉原「判例解説」・前掲注(23)・二〇九頁、同「時の判例Ⅱ」・前掲注(23)・二一七頁、小池・前掲注(31)・二八五頁以下、溜箭・前掲注(23)・一四二頁、林・前掲注(23)・三二六頁以下、澤野・前掲注(23)・一九六頁参照。稲垣・前掲注(23)・一一四頁は、新たな被侵害法益として認めつつも、医療水準不適合と死亡時における生存可能性

- の証明のみにより賠償が認められてしまう可能性が無限定に広がりうるため、本判決の趣旨は患者死亡の場合に限定するべきことを述べる。
- (62) 生命の維持は純粋に保護すべき法益であるとの観点から、いわゆる姑息的治療行為による延命が患者本人に精神的苦痛をもたらしうるとの批判は検討の対象外とする。
- (63) 窪田・前掲注(2)・二六九頁。また、機会の喪失そのものを、因果関係認定についての救済法理としてのみならず、(財産的損害か非財産的損害であるかはともかく)損害として位置づけることも可能であるとしている(同一四三頁)。澤野・前掲注(23)・一九七頁以下。窪田・前掲注(23)・七〇頁、八木一洋「最高裁 時の判例Ⅱ 民法八九」ジュリスト増刊号二二頁参照。
- (64) 平成十一年判決(前述第三章第二節参照)において法益侵害の問題と損害額算定を分けるべきことが示されているように、最高裁判所もこの立場を支持していると考えられる。この点につき、八木「時の判例」前掲注(14)・一四三頁は、延命の可能性について逸失利益の賠償を認めることを示唆する。
- (65) 松原・前掲注(31)・二一〇頁、新美・前掲注(23)・六二頁、松並「判例解説」前掲注(31)・二七八頁、永野Ⅱ伊藤・前掲注(60)・七二頁、良永・前掲注(23)・三六頁参照。
- (66) 松並「判例解説」前掲注(31)・二七七頁、松並「時の判例」前掲注(31)・一三〇頁は、本事例における完全回復率二二・二%を考慮すると重大な健康侵害一般に広げたくては、相当程度の可能性の存在を具体化したものであるとして、この判決の射程は限定的に理解すべきであるとす。寺沢・前掲注(31)・八一頁参照。
- (67) 白石・前掲注(31)・七五頁、林・前掲注(31)・七三頁、大塚・前掲注(31)・八六頁参照。
- (68) 平沼・前掲注(31)・一〇二頁は、判決文中に限定する文言がないことから、後遺症が残存した場合にはすべてにこの法理が適用されるべきであるとす。塩崎・前掲注(29)・七四頁、松原・前掲注(31)・一九八頁、新美・前掲注(31)・四九頁参照。
- (69) 例えば、近親者の慰謝料請求権につき、女兒の顔にひどい後遺症が残存し死亡にも比肩しうべき精神上の苦痛を受けた場合には、近親者も固有の慰謝料請求権を取得するとした事例(最高裁判所昭和三三年八月五日第三小法廷判決・民集十二卷十二号一九〇一頁)参照。

- (70) 一つの考え方としては、賠償金額が死亡の場合と同額以上になる場合には重篤であると評価することができよう。
- (71) 杉原「時の判例」・前掲注(23)・一三五頁、大工・前掲注(30)・七九頁、杉原「判例解説」・前掲注(23)・二〇七頁、澤野・前掲注(23)・一九四頁、澤野・前掲注(30)・一四三頁参照。
- (72) 稲垣・前掲注(30)・二九頁参照。
- (73) 良永・前掲注(23)・三六頁、平沼・前掲注(30)・六七頁参照。
- (74) 良永・前掲注(23)・三六頁、平沼・前掲注(31)・一〇二頁、飯塚・前掲注(30)・一二〇頁、溜箭・前掲注(23)・一四二頁、澤野・前掲注(23)・一九四頁、岡林・前掲注(35)・二〇三頁、永野Ⅱ伊藤・前掲注(58)・六八頁参照。
- (75) 加藤・前掲注(23)・一一五頁参照。
- (76) 吉田謙一『事例に学ぶ法医学・医事法 第三版』(有斐閣・二〇一〇年)三〇三頁、林・前掲注(31)・七三頁参照。小池・前掲注(31)・二八四頁は、患者の死亡との因果関係が「高度の蓋然性を持って立証されれば、死亡に対する責任追及ができ、「相当程度の可能性」にとどまる場合でも、救命可能性の侵害に対する責任が成立しうる。両者の差異は、因果立証の程度の違いにすぎない」と述べる。
- (77) 吉村・前掲注(2)・四三頁。手嶋・前掲注(30)・一八二頁、寺沢・前掲注(30)・一四九頁、林・前掲注(23)・三一七頁参照。
- (78) 吉田克己「現代不法行為法学の課題」法の科学三五号一四三頁、一四三頁以下、能見善久「新しい法益と不法行為法の課題 総論」ZB1九三六号八頁、一三頁以下参照。
- (79) 橋口・前掲注(1)・一一九頁参照。

第五章 おわりに

以上、判例および学説を整理してきたが、最後に本判決がこれまでの枠組みの中でどのように位置づけられるかを検討し、それを基礎として期待権概念を検討することにした。

第一節 平成二三年判決の評価

本判決は、深部静脈血栓症という診療当時の整形外科医の医療水準にはない知見につき、つまり整形外科としては完治とされ、本件後遺障害が残される可能性はなかったとして、医師に課される直接的な義務、説明義務や転医義務などを否定した上で、それでもなお患者がより適切な治療を受けられるよう配慮すべき義務があるか否かが問題となった事例である。この点について、最高裁判所は、たしかに患者の側には、場合によっては医療水準を超えて適切な治療を受けられるとの期待権があるかもしれないが、期待権の侵害が問題となりうるのは、患者の側の期待を裏切るような著しく不適切な医療行為が行なわれた場合に限るとして期待権侵害の訴えを退けている。

a. 「相当程度の延命可能性」法理の限界

まず、これまでの判例理論に従えば、患者側の適切な医療を受けられるべきであるという主観的な期待は、もし適切な医療行為を受けられていたとすれば患者は死亡しなかったであろうという因果関係の文脈において、相当程度の延命可能性として展開されてきた。この背景には、このような医療行為を行なえば患者は助からないまでも一定の延命が望めたに違いないという前提から出発し、患者本人が否定の意思を明らかにしない限り医師の側にはそのような治療を行なわなければならない義務があるという認識があると考えられる。したがって、生命という被侵害法益の存在を前提に、延命の可能性がある場合や、死亡に匹敵するような重篤な後遺症が残らなかつた可能性がある場合に限定して適用されてきたと考えられる。本判決も軽微な後遺症であることから、これまでの判例理論にしたがい、相当程度の延命可能性についての損害賠償は問題としていない。

b. 「期待権」の被侵害法益としての承認

これに対して本判決は、そのような重篤な後遺症にまでは至らない場合であっても、適切な医療行為を受けられなかったことに対して期待権侵害による不法行為成立の可能性を認められた判決であると位置づけられることになる。これによって、裁判例のところでも検討したように、医師の過失行為と生命侵害との間の因果関係が認定できない場合であっても、被侵害法益が異なるために、以下二つの法律構成が考えられうる。すなわち、医療水準に満たない医療行為を行なったために相当程度の可能性が侵害された場合と、医療水準をおよそ満たしていないために期待権が侵害された場合との二つが検討の対象とされることになる。因果関係不存在から相当程度の可能性への飛躍は、同種の法益を基礎におき、立証責任の軽減という観点から説明することが可能であるが、そこからさらに期待権へと展開するためには、生命・身体とは異なり、⁽⁸⁰⁾抽象的な人格的利益の保護に向けられた新たな保護法益の類型が創設されることになると考えられる。医療水準に満たない医療行為により過失要件を、生命または相当程度の可能性侵害により権利侵害要件を認定するのに対し、期待権侵害の場合には著しく不適切な医療行為とすることで、期待権侵害の成否に行為者の行為評価が含まれることになり、違法性論と相関関係説の枠組み⁽⁸¹⁾でとらえるかどうかはともかく、生命侵害の場合の拡張類型というよりは、むしろ人格権侵害の類型に位置づけていると考えられる。

c. 本判決の射程

他方で、本判決においても結論として損害賠償請求を否定しているように、先に述べた患者の主観的期待が保護されるという範囲は限定的に捉えられるべきものである。すなわち、通常の医師であれば当然行なうべき医療行為、何らかの病変を疑い検査を受けさせたり専門医を紹介したりする局面において、医師があえてそのよう

な方途をとらなかつた場合に限り、つまり医療水準を大きく下回る医療しか提供していなかつた場合に限り、著しく不適切な医療行為による期待権侵害という不法行為の成立を認めるといふ定式化を行なっているのであるから、学説上これまで論じられてきた典型的な期待権侵害の場合とは異なり、きわめて限定的な局面となると考えられる。⁽⁸²⁾⁽⁸³⁾

本判決は、既に平成十七年判決で指摘されていた新たな法益として、延命可能性や重篤な後遺症が残らない可能性が認められなくても、適切な医療行為を受けられるであろうとの期待権侵害による不法行為の成立可能性を認めた点にその意義があると考えられる。ただし、平成十七年判決の反対意見における議論⁽⁸⁴⁾では、説明義務違反という既に確立した保護法益の延長線上に期待権概念が示されており、固有の保護法益としての位置づけは与えられていない。むしろ補足意見で示されたように、専門家責任の一つとして期待権概念は、医師に対する患者の客観的な期待の保護として顕現するべきであり、患者の自己決定権を保護するための議論とは区別されなければならない。⁽⁸⁵⁾

第二節 期待権概念の位置づけ

期待権概念をどのように位置づけるべきかについては、適切な医療を受けられるという患者の医療に対する期待を保護の対象とするために、生命、身体、およびその延長線上にある相当程度の可能性侵害がない場合に、これらとは別の人格権に基づく新たな保護法益として期待権が認められることになる。もちろん、適切な医療を受けることができるという一般的な期待は、医療水準論においても論じられてきたように、生命、身体を保護法益とした場合にも、帰責評価の段階で当然に保護の対象として考えられてきた。しかしながら、従来考えられてき

た枠組みでは、何らかの具体的な法益侵害があつて、すなわち医療過誤事例であれば生命、身体侵害があつて初めて、保護の対象として認められてきたにすぎない。この点については、相当程度の可能性の議論によつて、ある程度まで補完されるに至っているが、それでもなお患者には具体的な喪失が生じているとは認められないために保護の対象とはされないという事態が存在していた。ここに期待権という新たな保護法益を想定することによつて、十分な治療を受けられていたであろうという患者の精神的利益、より一般化するならば、最小限度の適切性を保った扱いを受けるといふ人間の尊厳を保護することができることになる。

次に、患者が医療に対して可能な期待をどのように設定すべきかについては、第一次的には、特定の医療機関ごとに類型化された医療水準に達している医療行為であると考えられる。このような医療を受けられるという内容は、通常、患者が期待してもよいと考えられるからである。他方、本判決においても著しく不適切な医療行為という限定を付しているように、期待という主観的な事情を保護の対象としようとするには、精神的利益として構成されることはもちろん、生命、身体といった絶対的に保護されるべき保護法益とは異なり、侵害行為の態様も期待権の外縁を画するためには併せて考慮の対象とされるべきである。したがつて、一般的な患者であれば抱くであろう一般的な医療に対する信頼を裏切るような態様での医療行為があつて初めて、すなわち一般的な医師であれば通常行なうことが期待される医療の水準⁽⁸⁶⁾すら満足しないような医療行為が行なわれた場合に、期待権侵害が問題となると考えられる。これは、患者の期待という主観的な内容を、一般化された抽象的な医師に期待可能な医療行為という形で客観化した期待権概念である。この基準は、医師としてあるべき基準を決定する医療水準論とは異なり、医師であれば当然なすべきという最小限度の基準として機能することになる。

さらに、独立した精神的利益として期待権をとりあげる場合には、正当な医療への期待を裏切るような行為は

全て期待権侵害を構成することになるが、既存の枠組みにおける生命、身体侵害、またはその延長としての相当程度の可能性侵害が成立する場合には、より大きな保護法益として、期待権侵害の評価は生命、身体侵害の評価に内包され、期待される医療行為を受けられなかったという精神的損害の評価は、死亡慰謝料⁽⁸⁷⁾の考慮要素として機能することになると考えられる。したがって、具体的な法益侵害が存在しない場合に限り、これまで死亡慰謝料の中に埋没させられていた、適切な医療行為への期待が裏切られたという点に限定された期待権侵害が表出することになるのである。

以上から、医療過誤事例においては、医療水準に達しない医療行為が行なわれた場合、直接的に生命、身体が侵害されるに至るといふ第一の類型、高度の蓋然性をもって救命可能性を認めることはできないが、相当程度の生存可能性が認められるといふ第二の類型、医療水準に則った医療行為が行なわれたとしても救命可能性は存しないが、通常の医師であれば期待できる医療行為をすら果たしていないといふ第三の類型までが責任を肯定しうることになる。ただし、第二の類型においては、延命の相当程度の可能性を財産的に評価することができない⁽⁸⁸⁾ために、第三の類型においては個人の尊厳という人格的利益の侵害となるために精神的損害の賠償のみが認められる。

第三節 残された課題

a. 期待権侵害類型の模索

本判決によって示された期待権侵害の枠組みは、一般論として期待権の存在を前提としており、理論的には肯定しうるとしても、賠償を否定した事例であるため現実的によどのような局面において機能するのかが明らかでは

ない。医療に対して患者が具体的にどのような医療行為を期待してよいのか、またその期待が裏切られたという場合の医師の行為評価を、医療水準を満たさない医療行為を客観的行為義務違反と認定する一般的な過失要件との関係でどのように考慮するのかなど様々な問題点が残される。さらに、平成十七年判決でも方向性が示されているように、医療事故という類型を超えて、一般的な期待権として専門的役務を提供する場合全般にまで、さらには一定の信頼関係を生じさせる人間関係一般の事例にまで拡張される余地が残されるため、期待権概念で把握しうる類型の外縁を検討することもさらに必要となる。⁽⁸⁹⁾

b. 説明義務違反との関係⁽⁹⁰⁾

また、医療事故事例においては、医師の説明義務違反をとらえて損害賠償責任を認定していく判例理論が形成されつつある。とりわけ、乳房温存療法における説明義務違反のように、未だ医療水準に達していない場合であっても説明義務違反による人格権侵害を肯定し、慰謝料の賠償を認めるという法律構成を承認するのであれば、本判決が著しく不適切な医療行為を行なった場合にしか期待権侵害を認めないという立場を示したこと、どのような関係に立つのか検討することも必要になる。すなわち、説明義務違反が想定しているような、術式選択における自己決定の機会の保障については、医療水準に一応達していたとしても責任が肯定される場合があるのに対して、具体的な医療行為の実践において想定されている期待権侵害の問題としては、著しく不適切な医療行為の場合に限定して人格的利益の保護が図られるという状況が生じることになる。

説明義務違反の事例においては、当該説明により治療を受けるか否かの選択が生じ、それによって患者の自己決定権が保護されるという、まさしく意思の自律を保護するという局面であるのに対して、期待権が念頭においている事例というのは、進行中の医療行為について、当該医療行為が適切であるか否かという客観化された期待

の保護、すなわち通常の患者であれば通常の医師に対して期待しうる客観的な信頼の保護が問題となっている。すなわち、保護法益の違いにより、行為義務の基準が異なるという結論に至るものと考えられる。

- (80) 人格権概念の定義については議論があるが、本稿においては、既に独立した保護法益として認められた類型については、一般的な人格権概念を介さずに固有の法益として保護されるものと位置づけている。したがって、財産的利益をも保護の対象とするような生命、身体侵害の類型や、パブリシティの権利、精神的利益のみを対象とする自己情報コントロール権などは、本稿で用いる狭義の意味での人格権からは独立した法益として位置づけられる。
- (81) 医療水準論による過失評価を前提とした場合、本判決の手法によるならば、権利侵害要件の判断において、過失評価よりも厳しい行為評価を再度行なうこととなる。
- (82) 本件最高裁判所判決を受けて期待権侵害を認めた事例として、大阪地方裁判所平成二三年七月二五日判決（判例タイムズ一三五四号一九二頁）が、羊水塞栓症を原因とする播種性血管内凝固症候群への対応として、出産当時の医療水準に基づいて実践すべき輸液ないし輸液を適時適切に行なっていたとしても、救命可能性が向上するとはいえず、死亡時点における生存に高度の蓋然性があると認めることはできず、相当程度の可能性があると認められないが、一刻を争う緊急事態に電話連絡の過誤により三〇分も輸血の手配が遅れたことは重過失ともいえるべき著しく不適切な措置であり適切な医療行為を受ける期待権を侵害したといえるとして慰謝料六〇万円の賠償を認めている。
- (83) このような限定を行なわないとすれば、災害現場におけるトリアージのように、通常の医師であれば救命可能性がほとんどないと判断して治療をあえて後回しにしたような場合でも、個々の患者からみれば期待権侵害が成立する余地が生じることとなり、きわめて不都合な結論に至る可能性もある。ただし、トリアージによる優先順位の決定が、劣後する順位付けをされた者に対しても医療水準に則った行為であるとして過失を否定することは可能であろう。
- (84) 第三章第二節参照。
- (85) 医療行為における説明義務違反と期待権侵害の違いについては、後述第三節b.参照。
- (86) 一般的な医師に対して、一般的な患者が、少なくとも期待しうる医療行為の水準の一つとして、現状、医療慣行の水準が考

えられる。ただし、医療水準と異なり法的評価を受けない医療慣行が直ちに期待権の限界を画する基準として機能しうるとはされえないため、具体的な基準の定立には事例の集積と更なる検討が必要となる。

(87) この点、生命侵害に比肩しうる後遺障害の場合にも相当程度の可能性侵害を認める立場によれば、後遺障害慰謝料も並列することになる。

(88) 延命が高度の蓋然性をもって認めることはできないが、相当な蓋然性をもって認められるときには、財産的に逸失利益を評価の対象に含める余地も残される。

(89) 医療水準論に代表されるように、個別事例において差別化される余地はあるものの、我が国においては全国一律に実施されるべき保険医療の水準を比較的理想しやすいため、個々の具体的事例に即してあるべき水準を決定せざるを得ない他の専門家責任の場合に比べて、客観化された主観的期待の概念を定立しやすくと考えられる。

(90) 絶対的無輸血手術を希望する患者に相対的無輸血手術しか行なわない旨の説明をせずに手術を成功させたとしても患者の自己決定権を侵害し精神的苦痛を与えたのであるから説明義務違反による慰謝料の賠償が認められるとした事例（最高裁判所平成十二年二月二十九日判決・前掲注（36）、乳がんの手術に際して未だ医療水準にあるとは言えない乳房温存療法の可能性について説明しなかった医師の説明義務違反を認めた事例（最高裁判所平成十三年十一月二十七日判決・前掲注（36）、脳動脈瘤手術において開頭手術とコイル塞栓術の一方のみしか説明せずに手術を行なった医師に説明義務違反を認めた事例（最高裁判所平成十八年十月二十七日第二小法廷判決・判例時報一九五一号五九頁）参照。