HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	民事判例研究
Author(s)	林, 誠司
Citation	北大法学論集, 55(3), 297-326
Issue Date	2004-09-15
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15309
Type	departmental bulletin paper
File Information	55(3)_p297-326.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

判例研究

民事判例研究

林　誠司

医師の過失により医療水準にかなった医療を行なわなかったことと患者の死亡との間の因果関係の存在は証明されないが右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場合における医師の不法行為の成否

最高裁平成一二年九月二二日第二小法廷判決（平成九年（オ）第四二号、損害賠償請求事件、上告棄却）
民集五四巻七号五七八頁、判時一七二八号三一頁、判タ一〇四四号七五頁
〔参照条文〕民法七〇九条

【事実】平成元年七月八日午前四時三〇分頃、訴外Aは突然の背部痛で覚醒し、しばらくして軽快した後、子X_2と共に自動車でY病院に向かった。午前五時三五分頃AらはYの夜間救急外来の受付を済ませ、その後間もなくして外来診察室において訴外医師Bの診察を受けた。Aの主訴は上背部（中央部分）痛及び心窩痛であり、触診所見では心窩部に圧痛を認められたものの、聴診所見では特に心雑音、不整脈等の異常は認められなかった。診察に当たりBは、Aの血圧、脈拍、体温等のバイタルサインを測定せず、また、Aが高血圧であるという点についても特に聞いていなかった。AはBに対し、診察時までに痛みは軽減した旨等を伝え、Bは、症状の発現、その部位及び経過等から第一次的に急性膵炎及び第二次的に狭心症を疑った。Bは、鎮痛目的で、看護婦にペンタジン三〇mgを筋肉内注射させ、更に、午前五時四五分頃、Aを外来診察室の向かいの部屋に移動させた上で、看護婦に急性膵炎に対する薬であるFOY三〇〇mg等の点滴を静注させた。Aは、点滴のために部屋を移ってから五分くらい後、点滴中突然「痛い、痛い」と顔をしかめながら身体をよじらせ、びくっと大きく痙攣した後、すぐにいびきをかき、深い眠りについているような状態となった。X_2の知らせで向かいの外来診察室からBが駆けつけ、呼びかけをしたが、ほどなく、Aの呼吸が停止し、BがAの手首の脈をとったところ、触知可能ではあったが、極めて微弱であった。そこでBは、体外心マッサージを始めると共に、看護婦にアンビュバッグによる人工呼吸を指示した。午前六時頃、B及び看護婦は、右蘇生術を継続しながら、Aを集中治療室（ICU）に搬入し、間もなく、Yの循環器の訴外医師Cが到着して蘇生に加わった。ICU内では電気的除細動等各種蘇生術が試みられたが、心室細動がおさまらず、午前七時三〇分頃には心停止をきたし、同四五分頃Aの死亡が確認された。

Aの妻X_1並びに子X_2及びX_3（以下、まとめてXらとする）は、Aの死因が、不安定狭心症から移行した急性心筋梗塞を急激に悪化させ、不整脈から致死的不整脈である心室細動に陥り、心停止をきたして死亡したと主張して、Yに、Aの逸失利益及び慰謝料並びに遺族固有の損害としての慰謝料等を請求した。Yの使用者責任又は債務不履行の前提としてのBの過失に関するXらの主張は以下の通りである。

①問診・診断上の過失　(a)疼痛の部位及び持続時間、日頃の血圧の状態等についての問診の懈怠、(b)バイタルサインチェックの懈怠及び狭心症に対する心電図検査・（鑑別診断のための）ニトログリセリン投与の懈怠。②治療行為上の過失　(a)ニトロ

グリセリンの投与の懈怠、(b)ペンタジン及びFOY投与の過失、(c)心電図モニター及びリドカイン投与の懈怠、(d)診察室間移動においてAを歩行させたことの過失、(e)様態急変時の酸素吸入等呼吸確保と管理に必要な措置の懈怠、(f)ICU搬入前のモニター装着の懈怠及び搬入後C医師ら到着までの適切な救命治療の懈怠。

これに対し、第一審東京地裁平成七年四月二八日判決は、以下のように判示して、Xらの請求を棄却した。すなわち、まず、Aの死因について、Aの症状等から、大動脈解離による大動脈破裂の可能性を否定できず、Aの死因が心筋梗塞であると認めるには足りず、従って心筋梗塞の悪化等を前提とする過失を論ずることができないとする一方、他方で、本件においてAの解剖所見や、Aに対する適切な初期診療がされていたならば得られたであろう資料が存しないために死因が確定できないという事情が認められるとし、Xら主張の死因を前提とした場合についても検討を加えて以下のように述べる。

第一に、急変後の救命可能性について、致死的不整脈発生後速やかな除細動により脈が正常な調律等に戻ったとしても、そこから当該患者を救命できるか否かは心筋梗塞の部位及び大きさ等により決まるところ、本件では、Aの急変後の救命可能性が有意に存在したことを窺わせる証拠はなく、Aの急変後の救命可能性を認めることはできず、仮にICU搬入の前後において適切な救命治療がされていなかったとしても、そのこととAの死亡との間には因果関係はない。第二に、適切な初期診療とAの急変を防止しえた可能性について、Aに心窩部痛等の自覚症状があった以上、胸部疾患の鑑別のためにBは、問診によりAから既往症を聞き出すと共に、バイタルサインのチェック等を行い、それにより狭心症、心筋梗塞等が疑われた場合、心電図検査を行い、不整脈の監視等を行い、心電図等から心筋梗塞の確定診断がついた場合、リドカイン投与等の各種措置をとるべきところ、上記のような手順で心電図をとるまでには、狭心症等の疑いを生じてから通常一〇分程度、確定診断後の各種措置をとるのにまた若干の時間がかかるところ、AがBの診察を受けてから様態が急変するまでの時間は一五分間余となるから、適切な初期診療が行われたとしても、右治療行為を開始することができたのは様態急変の直前か後というべきであり、Aの急変を防止し得る可能性が有意に存在したとはいえない。また、ニトログリセリン投与は狭心症に対しては概して有効だが、一旦発症した心筋梗塞部位の回復に対しては無効であるところ、Bが狭心症の疑いを持った以上、鑑別診断と狭心症治療を兼ね

て早期に右薬剤を投与すべきであったが、本件においてAがBの診察を受けた時点で既に心筋梗塞は憎悪した状態にあり、ニトログリセリン投与によりAの急変を防止し得たと認めることはできない。第三に、Aに対してなされた薬剤投与の影響について、本件ではペンタジンの薬理効果が現われる前にAの急変が生じていることが認められ、また、FOYの副作用として指摘されている血圧降下は心筋梗塞の憎悪要因となる血圧上昇とは相反するものであり、右各薬剤の投与とAの急変との間には因果関係を認めることができない。第四に、Aを歩行させたことの心筋梗塞への影響について、本件でAが相当距離を歩いたことを示す証拠もないことから、本件でのAの歩行が直ちに急変につながったということはできない。

なお、第一審は、その結論において、Bは胸部疾患の可能性の患者に対する初期治療としてなすべき基本的義務を履践していなかったことが認められ、Xら主張の慰謝料には、適切な初期診療、治療を受けることができなかったことによるA及びXらの「心残り」が含まれていると解することができるとしながら、右「心残り」の背景にはAの死亡という悪結果があり、この「心残り」を損害として慰謝料請求を肯定することは、Bの過失との因果関係を否定されたAの死亡による損害の賠償を認めることになり妥当ではないとしている。

この第一審に対し、Xらは、仮にBの過失又はYの債務不履行とAの死亡との間に相当因果関係が認められないとしても、YはAに対し救急病院として期待される適切な救急医療を怠り、A及びXの有する期待権を侵害したとの予備的主張等を追加して、控訴。原審東京高裁平成八年九月二六日判決は、第一審判決を変更し、Xらの控訴を一部認容した。原審は、まず、Aの死因について、不安定狭心症から切迫性急性心筋梗塞に至り、心不全を来たしたことにあるとし、次いで、上記第一乃至第四の点について第一審判決をほぼそのまま引用するものの、さらにXらの期待権の主張に対して以下のように判示した。すなわち、BはAの診察に当たり、バイタルサインチェックや心電図の測定、ニトログリセリンの投与等、胸部疾患の疑いのある患者に対する初期治療として行うべき基本的義務を果たしていなかったことが認められ、「診療契約は、患者の病気の治癒ないし救命自体を目的とするものではないが、医師としてはそれに向けて最善の手段方法を選択し、医療水準に適った医療を施すべき義務を負うものである。したがって、仮に患者を救命することが可能であったとはいえない場合においても、医師としては、診療契約上の義務として、また、不法行為法上も、最善を

尽くすべき義務があるのであり、これを怠った場合には、これにより患者が適切な医療を受ける機会を不当に奪われたことによって受けた精神的苦痛を慰藉すべき責任があるというべきである」。

Yから上告。上告理由は、①Aの死因についての経験則違背、事実誤認、②期待権理論を本件に適用することの不当性、③医療水準論、過失の基礎的概念から見た過失（注意義務違反）認定に関する法令・判例違背にある。

【判旨】 上告棄却。原審の認定した事実関係として、BがAに対して適切な治療を行った場合には、Aを救命し得たであろう高度の蓋然性までは認めることはできないが、これを救命できた可能性はあったとした上で、以下のように判示している。

「本件のように、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、当時の医療水準にかなったものでは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、医療水準にかな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。けだし、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かなった医療を行わないことによって患者の法益が侵害されたものということができるからである」。

【評釈】 一　本判決の意義

本判決は、医療過誤訴訟において、医師の過失と患者の死亡との間に因果関係が認められない場合でも、生存可能性の侵害を理由として医師の不法行為責任が認められる場合があることを明らかにした初めての最高裁判決である。この問題は従来、いわゆる期待権乃至治療機会喪失、或いは延命利益の問題として論じられてきたものである。そこで、本評釈では、期待権乃至治療機会喪失、或いは延命利益に関する従来の学説を概観（二）した後、これらに関する裁判例における本判決の位置付け（三）、本判決の射程（四）について述べたい。

二　期待権乃至治療機会喪失、或いは延命利益に関する学説

期待権乃至治療機会喪失、或いは延命利益に関する従来の学説については、既に多くの論稿で簡潔に紹介されていることか[1]

ら、ここでは簡単に触れるにとどめる。

期待権論は、福岡地裁昭和五二年三月二九日判決（判時八七六号九〇頁）が、人工妊娠中絶後患者の容態が急変して約五時間後に死亡し、剖検が行われなかったことから死因が不明であった事案において、術前の全身状態についての検査の懈怠、術後の患者監視体制についての懈怠と死亡との因果関係を推認することは許されないとしながら、十分な患者管理の下に診察・診療してもらえるとの「期待（これを期待権といってもよい。）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」として、慰謝料を認容したことから、学説においてその当否が論じられることとなった理論である。[2] 期待権論に好意的な立場からは、「期待権」の内実や、[3] 責任要件[4]をより明らかにしようとの試みが行われている。しかし、この期待権論に対しては批判が強く、「無因果関係責任論の展開」[5]、適切な診療を行い、患者の意思にそうべき医師の一般的義務と同義である期待権を身体の健全性や自己決定権の侵害以外に定立することは疑問である、[6]「極めて主観的なものであって、万人に共通したものとはいいがた」い、[7] また、期待権論に内在的な批判ではないが、萎縮医療をもたらす、[8] 実験的治療までも紹介する義務を医師に課し、患者の利益にならない、[9] 弁論主義違背のおそれがある[10]などとされている。[11]

その後、これらの批判を受け、また、従来明確に意識されていなかった期待権論と延命利益論や治療機会喪失論との関係を明らかにしようとの試みの下に、延命利益論、治療機会喪失論が学説において主張されるようになった。[12] これらのうち延命利益論は、期待権論が診療への期待的地位という人格的利益を考え、責任要件を軽減する理論として展開されたのに対し、生命に関する法益の拡張・細分化されたものを考え、責任要件を変更するものではないとして唱えられ、[13] 後には、死期の早期到来を生命侵害の一態様として把握することに異説はない[14]との評価が与えられるまでになった。しかし、これらの学説自体既に、特に医師の不作為が問題となる事案において、医師の過失と患者の死亡との因果関係存否の判断が過失判断と関連した規範的評価に大きく左右されることを意識し、殊に癌疾患の事案においては有効な治療法がないことから延命蓋然性の否定に傾くことを指摘しており、[15] 事実、裁判例では延命利益の証明が否定された例も多いことが既に指摘されていた。[16] また、延命利益論については、この理論が医師の過失と患者の最終的結果との因果関係を肯定するに足る延命の高度の蓋然性を前提とするのか、それともそのような因果関係を肯定するに足りない延命可能性

で足りるとするのかという点において、学説ではその理解に若干の混乱が見られる。[17]

さらに、延命利益論が唱えられたのと同時期に、評価対象を医師の行為態様、治療機会の喪失という客観的事実へと移動させる下級裁裁判例の流れの中で、治療機会喪失論が提唱されるようになる。[18]この治療機会喪失論は、医師には疾病治癒に向けて最善の手段方法を選択して水準的医療を施すべき義務があり、こうした裁量に裏付けられた専門職業人に対する一般市民の信頼に法的保護を与えるのが社会的要請であるとした上、専門職業人の過誤により健康回復の機会が喪失せしめられたときには、それは単なる主観的願望を超えた客観的信頼違背として法的保護に値するとする。[19]治療機会喪失論の論者は、治療機会喪失の結果当然に延命可能性、或いは延命利益の喪失が生じるとして、[20]治療機会喪失論が延命利益論と表裏一体をなすものとの認識を示す一方、延命利益論が末期における生存利益の内容を問題とせざるを得ないことを克服するとし、また、因果関係を認めるに足る延命の蓋然性が立証される事案とされない事案との連続性を保ち得ることを示唆する。[21]

さらに、治療機会喪失論などの効果に着目すると、近時、慰謝料請求のみを認容する立場[22]に反対し、逸失利益の割合的算定を主張する見解が一部で見られる。[23]

三　従来の裁判例における本判決の位置付け

以上のような議論状況の中で本判決が下されたわけであるが、これらの議論を導いた従来の裁判例において期待権などの問題はどのように扱われてきており、本判決はその中でどのように位置付けられるのであろうか。以下、本判決と従来の最高裁判決との関係（一）、近時の下級裁裁判例との関係（二）の順に見ていきたい。

（一）従来の最高裁判決との関係

周知のように、医療過誤事件における医師の過失と患者に生じた結果との間の因果関係については、既に最高裁昭和五〇年一〇月二四日判決（民集二九巻九号一四一七頁）（以下これを「昭和五〇年判決」と呼ぶ）が、化膿性髄膜炎の治療としてしたルンバールとそれに続く発作及び後遺症との間の因果関係の存否が問題となった事案において、「訴訟上の因果関係の立証は、一点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく、経験則に照らして全証拠を総合検討し、特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性を証明することであ

り、その判定は、通常人が疑を差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうるものであることを必要とし、かつ、それで足りる」と判示している。この判決は医師の作為と結果との因果関係が問題となった事案に関するものであり、医師の不作為と結果との因果関係が問題となる事案にもこの判決の理が当てはまるものであるのか否かについては、学説は必ずしも一致していなかったといってよかろう[24]。そこで、この点について最高裁の立場を明らかにしたのが最高裁平成一一年二月二五日判決（民集五三巻二号二三五頁）である（以下これを「平成一一年判決」と呼ぶ）。この平成一一年判決は、肝硬変患者がおよそ二年八ヶ月の間に七七一回もの診察を受けていたにもかかわらず、医師が定期的スクリーニング検査を行わなかったことから、他の病院で肝細胞癌であることが判明したときには既に手遅れであったという事案について、原審が定期的スクリーニング検査と早期発見による治療によって延命効果が得られた可能性が認められるとしても、どの程度の延命が得られたか確認できないとして医師の過失と患者の死亡との間の因果関係を否定したのに対し、以下のように述べる。すなわち、昭和五〇年判決の説示は、「①医師が注意義務に従って行うべき診療行為を行わなかった不作為と患者の死亡との間の因果関係の存否の判断においても異なるところはなく、②経験則に照らして統計資料その他の医学的知見に関するものを含む全証拠を総合的に検討し、医師の右不作為が患者の当該時点における死亡を招来したこと、換言すると、医師が注意義務を尽くして診療行為を行っ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であろうことを是認し得る高度の蓋然性が証明されれば、医師の右不作為と患者の死亡との間の因果関係は肯定されるものと解すべきである。患者が右時点の後いかほどの期間生存し得たかは、主に得べかりし利益その他の損害の額の算定に当たって考慮されるべき事由であり、前記因果関係の存否に関する判断を直ちに左右するものではない」。この判旨の傍線部①の部分は昭和五〇年判決の理が医師の不作為不法行為についても当てはまることを明言している。

もっとも、この平成一一年判決においてより注目すべき点は、判旨の傍線部②の部分である[25]。判旨のこの部分は、原審が「死亡」を「平均余命の生存」或いは少なくとも「確認可能な期間の生存」の喪失と捉えるのに対し、「当該時点における死亡」と捉え直し、この意味での死亡と医師の過失との間に因果関係を認めている。そして、その証明に「高度の蓋然性」が要求されているものの、証明の対象が「平均余命の生存」或いは「確

認可能な期間の生存」の喪失から「当該時点における死亡」へと移されたことにより、因果関係の証明に関する限り原告の負担は相当に軽減されたということができる。[26] しかし、この判決と治療機会喪失論や期待権論との関係については、この判決が原告の立証負担の軽減をなし得るが故にそれらを否定するのではなく、期待権論などとの関係ついて判決は何も述べていないとの理解が学説では支配的であったということができよう。[27] 実際、平成一一年判決の事案では、医師の過失がなければ肝癌の早期発見・治療が可能であったと思われ、（肝癌の予後は一般に悪いとはいえ）医師の過失がなければ患者が当該時点で死亡しなかったであろうことの高度の蓋然性を比較的認め易かった事案であったと言える。それ故、原告からの上告理由において治療機会喪失を理由とする請求が副次的になされてはいたものの、判決は「死亡」概念を形式的に捉えなおすことにより死亡との因果関係を肯定し、主としてこれが否定される場合に問題となる治療機会喪失論などに触れることはなかったと見るのが素直であろう。

なお、最高裁平成四年六月八日判決（判時一四五〇号七〇頁）は、昭和四七年出生児の未熟児網膜症の事案において、原審が、光凝固法は医療水準になかったとして説明義務、転医義務などを否定しながら、医師は「粗雑・杜撰で不誠実な医療」により患者側に与えた精神的苦痛を慰藉する責任を負うとしたのに対して、被告病院からの上告を認容し、原告の請求を棄却しているが、これは最高裁が期待権論などの考えを否定したものと見るべきではなく、注意義務の内容としての医療水準論に関わるものと見るべきであろう。

以上のような最高裁判決の流れの中に本判決を整合的に位置付けるとすれば、本判決は、その判決文中において昭和五〇年判決及び平成一一年判決には一切触れていないものの、[28] これらの判断基準に従い、因果関係の立証について「高度の蓋然性」を要求しながら、因果関係の終点たる被侵害利益として当該死亡時に「なお生存していた相当程度の可能性」を承認することにより、医師の不作為と患者の当該時点での死亡との因果関係を「高度の蓋然性」をもって認め難く、平成一一年判決の射程が及ばない事案においても、因果関係立証の困難から原告を救済し得る判決として位置付けることができよう。[29] 例えば、本件のような救急医療においては、医師及び患者の状況の切迫性（極限状態に置かれた生命と一回限りの救命措置）から、有効な医療措置を講じたとしてそれがある程度の期間の延命に繋がるとの立証が極めて困難な場合があると見られ、[30] さらに、仮に一〇

分乃至一五分の限度で延命を証明し得る（それ以上は延命可能性しか証明できない）としても、そのような一〇分乃至一五分の延命の侵害に生命侵害としての性格を与えることが損害賠償法上どのような意義を有するかも疑問となろう。[31] すなわち、平成一一年判決の枠組みをもってしても、延命の高度の蓋然性がそもそも認められない場合、及び、延命の高度の蓋然性は認められるがそれが有意な延命とは言えない場合、患者の死亡と医師の過失との間に因果関係ありとすることはできないであろう。平成一一年判決が、どの程度延命し得たかは「因果関係の存否に関する判断を直ちに左右するものではない（傍点筆者）」[32]としているのは、この後者の趣旨であると考えられる。そして、本判決が立証に「高度の蓋然性」を要求するとしても、立証の対象はあくまで「相当程度の可能性」であり、それ故、（損害がどのように把握されるかは別として）因果関係に関する限り原告の立証負担は平成一一年判決による以上に軽減され得るということができる。[33]

（二）近時の下級裁裁判例との関係

期待権などに関する従来の下級裁裁判例の紹介・分析は他の論稿で既にしばしば行われているところであり、[34] それとの重複を避ける意味からも、ここでは本判決以前過去一〇年間及び本判決以降の下級裁裁判例のみを取り上げることとする。

ここでは、①医師の過失と患者の最終的結果との間の因果関係が否定されたにもかかわらず期待権論などの構成を用いて（従って逸失利益に関する請求を棄却しながら）原告の請求を一部認容した判決、及び、②医師の過失と最終的結果との間の因果関係を一応肯定しながら、賠償額算定に際して当該事案における患者の転機に関する不確定要素を考慮する判決、並びに、それらとの対比のため、③医師の過失乃至注意義務違反を肯定しながら、その過失乃至注意義務違反と患者に生じた最終的結果との間の因果関係を否定して請求を棄却した判決を取り上げた（説明義務違反による自己決定権侵害を理由として慰謝料を認容する判決は、義務違反と患者に生じた最終的結果との間の因果関係が問題とされないため、検討から除外する）。[35] 以下、判決年月日、疾病の内容（最終的な結果）、最終的な結果との因果関係を前提とする逸失利益・死亡慰謝料等以外の原告の主張が行われているときはその主張（括弧内は、最終的な結果を前提とする逸失利益等の賠償が請求されることなく、期待権侵害等に基づく慰謝料だけが請求されている事案での原告の主張）、請求の認否（患者本人についての、弁護士費用を除く、

各種控除前の認容額。従って遺族固有の慰藉料等は含まれていない）、判決の法律構成、過失の内容の順に掲げる。

［1］神戸地裁明石支部判決平成二年一〇月八日判決（判時一三九四号一二八頁）　硬膜下出血等（死亡）、一部認容（約一五四〇万）、因果関係肯定＋損害の割合的認定［五割］、問診・説明義務違反。

［2］静岡地裁沼津支部平成二年一二月一九日判決（判時一三九四号一三七頁）　直腸癌（死亡）、（治療機会・延命利益）、一部認容（五〇〇万）、延命利益、大腸ファイバースコープ検査義務違反等。

［3］大阪地裁平成三年一月二八日判決（判タ七七九号二五三頁）、外傷性腹膜炎（死亡）、棄却、経過観察（説明）義務違反等。

［4］福岡地裁小倉支部平成三年三月二八日判決（判時一四九六号九〇頁）　血友病B（運動機能障害・肝炎）、一部認容（六〇〇万）、因果関係肯定（割合・寄与度認定困難→慰謝料）、抗A型製剤投与。

［5］神戸地裁平成三年四月二二日判決（判時一四一五号一一二頁）　抗結核剤の副作用（失明）、一部認容（約三二三〇万。但し控除あり）、因果関係肯定＋衡平の原則［四割］、抗結核剤の継続投与。

［6］仙台高裁平成三年五月二〇日判決（判タ七六八号二〇八頁。福島地裁昭和六〇年一二月二日判決、判タ五八〇号三四頁の控訴審）　未熟児網膜症（失明）、期待権、棄却、粗雑・杜撰・不誠実な医療の否定、酸素管理義務違反（昭和四六年出生児について）。

［7］東京地裁平成三年七月二三日判決（判時一二四七号八四頁）　化膿性腹膜炎（死亡）、一部認容（二〇〇〇万）、治療と治癒の機会・可能性及び延命利益並びにそれらの期待、開腹手術実施義務違反。

［8］大阪地裁平成三年九月五日判決（判時一四六〇号一〇七頁）　糖尿病性網膜症（失明）、一部認容（一一〇万）、最適の診療を施す注意義務の違背、薬剤の過剰投与及び眼科受診指示義務違反。

［9］東京地裁平成三年九月三〇日判決（判時一四三三号九二頁）　術後膵炎（死亡）、棄却、延命期間不明を理由とする延命利益否定、膵床ドレナージ義務違反。

［10］大阪地裁平成四年一月二九日判決（判時一四二七号一一一頁）　肝癌（死亡）、延命利益［五年］、一部認容（二

〇〇万)、延命利益、定期的スクリーニング義務違反。

[11] 神戸地裁平成四年六月三〇日判決(判時一四五八号一二七頁) 両肺挫傷等(死亡)、(適切な医療を受ける法的利益)、一部認容(一五〇万)、診療を受け得る法的利益、診療拒否。

[12] 東京地裁平成四年一〇月二六日判決(判時一四六九号九八頁) S状結腸癌(死亡)、一部認容(三〇〇万)、早期発見・治療の機会を得る期待権及び指導を受ける機会、潜血検査判定基準選択の過誤及び検査指示義務違反。

[13] 名古屋地裁平成四年一一月二六日判決(判タ八一八号一一七頁) 脊柱側彎症(下半身麻痺)、一部認容(一二〇〇万)、因果関係肯定+仮定的原因:脊柱側彎等→慰謝料、ウェイクアップテスト不実施。

[14] 名古屋地裁平成四年一二月二一日判決(判タ八三四号一八一頁) 骨盤骨折・後腹膜腔内出血(死亡)、一部認容(約五五〇万)、因果関係肯定+寄与度[一割]、診察懈怠・輸血速度設定の過誤。

[15] 広島地裁平成四年一二月二一日判決(判タ八一四号二〇二頁) 脳障害・急性腎不全等(死亡)、最善の医療を受ける権利・延命期待、一部認容(四〇万)、最善の医療を受ける権利・延命期待を否定、事後の死因説明義務違反。

[16] 東京地裁平成五年一月二八日判決(判時一四七三号六六頁) 肝癌[末期](死亡)、延命利益・治療機会、一部認容(一〇〇万)、真摯な治療の期待・癌との相応の闘いの機会・治療機会、AFP検査・転医義務違反等。

[17] 福岡高裁平成五年七月一二日判決(判時一四九六号七九頁。4の控訴審) 血友病B(運動機能障害・肝炎)、一部認容(約二三一〇万)、因果関係肯定+肝炎についてのみ寄与度認定困難→慰謝料、抗A型製剤投与。

[18] 札幌高裁平成六年一月二七日判決(判時一五二二号七八頁) 呼吸・心停止(中枢神経系後遺症)、?、一部認容(約一五〇〇万)、割合的因果関係[五割]、マウスツーマウスの懈怠。

[19] 広島高裁平成六年二月七日判決(判タ八六〇号二二六頁。広島地裁平成元年一一月一五日判決、判タ七二一号二一二頁の控訴審) 未熟児網膜症(失明)、一部認容(約二六三〇万。但し控除あり)、因果関係肯定+過失相殺規定の類推適用[未熟性・五割]、眼底検査義務違反(昭和五三年出生児について)。

[20] 東京地裁平成六年三月三〇日判決（判時一五二二号一〇四頁） 胃癌［末期］（死亡）、延命利益侵害、一部認容（二〇〇万）、延命利益侵害、家族への説明義務違反。

[21] 東京地裁平成六年三月三〇日判決（判時一五二三号一〇六頁） インプラント治療（上顎洞穿孔等）、一部認容（約四七〇万）、因果関係肯定＋逸失利益算定不能→慰謝料、手技選択・施術上の過誤。

[22] 広島地裁平成六年四月一八日判決（判時一五三三号八九頁） 胎盤残置（子宮全摘・肝炎）、一部認容（三〇〇万）、子宮温存の機会、用手的胎盤剥離の懈怠。

[23] 富山地裁平成六年六月一日判決（判時一五三九号一一八頁） 肺癌（死亡）、延命利益・治療機会、一部認容（四〇〇万）、早期発見・治療の機会及び延命利益、X線写真読影上の過誤。

[24] 宮崎地裁平成六年九月一二日判決（判時一五四七号一一四頁） くも膜下出血（死亡）、一部認容（約八三〇万）、因果関係肯定＋損害の割合的認定［七割］、説明義務違反。

[25] 東京地裁平成七年二月二三日判決（判時一五五四号六一頁） 出血性胃潰瘍（死亡）、一部認容（約三〇〇〇万）、因果関係肯定＋仮定的原因：肝癌→稼動可能年数限定［四年］及び年収額半額、TAE施行上の過失。

[26] 東京地裁平成七年三月二四日判決（判時一五四六号四二頁） 乳癌（死亡）、割合的因果関係（確率的心証論?）及び治療機会＝期待権又は延命利益、一部認容（二〇〇万）、割合的因果関係＋生存率数値化不能→慰謝料、転医義務違反。

[27] 大阪地裁平成七年三月二四日判決（判タ八八一号二二二頁） 縫合不全（死亡）、一部認容（約一九〇〇万）、因果関係肯定＋仮定的原因：S状結腸癌→稼動可能年数限定［五年］、経口摂取開始。

[28] 東京地裁平成七年三月二九日判決（判タ九〇一号二一六頁） 急性心不全（死亡）、棄却、心電図異常の報告書不記載。

[29] 福岡地裁小倉支部平成七年五月一六日判決（民集五三巻二号八〇頁） 肝癌（死亡）、治療機会、一部認容（三〇〇万）、治療機会・延命利益、定期的スクリーニング義務違反。

[30] 名古屋地裁平成七年八月二八日判決（判タ九一九号二二〇頁） 脊髄クモ膜下出血（半身不随）、一部認容（一

○○○万)、因果関係肯定+逸失利益等算定不能→慰謝料、麻酔医の手術中止進言義務違反。

[31] 東京地裁平成七年九月一八日判決(判タ九一四号二二五頁) 子宮筋腫(腹壁瘢痕ヘルニア等)、一部認容(約四五〇万)、因果関係肯定+過失相殺法理の類推[筋膜強度・五割]、縫合手技の過誤。

[32] 東京地裁平成七年九月二二日判決(判時一五六六号五九頁) 放射線脊髄症(死亡)、一部認容(約一九〇〇万。但し控除あり)、仮定的原因:線様嚢胞癌・放射性肺炎→相当因果関係の割合的認定[七割]、放射線治療に際しての過照射。

[33] 東京地裁平成七年一一月三〇日判決(判時一五六八号七〇頁) 肺癌[末期](死亡)、延命利益・期待権・信頼棄却、延命利益侵害否定及び不誠実な医療自体についての慰謝料否定、X線写真読影上の過誤。

[34] 広島地裁平成七年一二月五日判決(判時一五八九号九五頁) スキルス胃癌[末期](自殺)、一部認容(三〇〇万)、延命利益(但し、慰謝料算定に際して適切な検査や治療の機会が奪われたことにも言及)、入院後内視鏡検査義務違反等。

[35] 東京高裁平成七年一二月二六日判決(判タ九一二号二一七頁。26の控訴審) 乳癌(死亡)、延命利益・治療機会・期待権、棄却、延命利益・期待権侵害を否定、二〇日間の転医義務違反。

[36] 広島地裁平成八年二月二九日判決(判タ九三八号二〇九頁) 結核性髄膜炎[二期](脳障害等)、一部認容(六〇〇〇万)、因果関係肯定+損害額の割合的認定[約五割]、頸部硬直・髄液検査義務違反。

[37] 神戸地裁姫路支部平成八年三月一一日判決(判タ九一五号二三二頁) 喚気障害(死亡)、延命利益、一部認容(五〇〇〇万)、治療・治癒の機会・期待及び延命利益の侵害+仮定的原因:ウィルス性脳炎、カニョーレ固定義務違反又は管理義務違反。

[38] 宮崎地裁平成八年三月一八日判決(判タ九二七号二〇二頁) 腎不全(死亡)、一部認容(五〇〇万)、因果関係肯定+因果関係の牽連性→慰謝料、精神疾患患者の透析治療拒否。

[39] 東京地裁平成八年四月一五日判決(判時一五八八号一一七頁) 入院中ベッドからの転落(死亡)、一部認容(二〇〇万)、適切な看護を受ける機会・可能性、頻回の巡

回の懈怠。

[40] 福岡高裁平成八年六月二七日判決（民集五三巻二号一〇五頁）　原審（29）に同じ。

[41] 大阪高裁平成八年九月一〇日判決（判タ九三七号二二〇頁）　硬膜外血腫（左下肢知覚鈍麻等）、一部認容（八〇〇万）、「相当な悪影響」の肯定→慰謝料、転送先への説明義務違反。

[42] 神戸地裁姫路支部平成八年九月三〇日判決（判タ九四二号二〇五頁）　脳ヘルニア（死亡）、治療機会の喪失、一部認容（四〇〇万）、救命・延命・適切な治療の可能性及び期待、転医義務違反。

[43] 東京地裁平成八年一〇月二一日判決（判時一六〇一号一一八頁）　再発乳癌（死亡）、延命利益及びクオリティオブライフ、一部認容（三〇〇万）、延命治療の機会及び延命利益、CT・局所細胞診検査義務違反等。

[44] 東京地裁平成八年一〇月三一日判決（判時一六一〇号一〇一頁）　肝癌（死亡）、（延命、治療・治癒の機会）、一部認容（一五〇万）、治療機会及び信頼、触診・精密検査・転医義務違反。

[45] 大阪地裁平成八年一一月二〇日判決（判タ九四七号二五三頁）　羊水塞栓症（死亡）、割合的因果関係［救命率二〇％］及び適切な治療を受ける権利、一部認容（二〇〇万）、適切な治療を受ける権利、輸血・輸液の懈怠。

[46] 熊本地裁平成八年一一月二五日判決（判タ九四四号二三三頁）　胸椎骨折（体幹機能障害）、棄却、胸椎骨折の一一日間の見落とし。

[47] 大阪地裁平成九年三月七日判決（判タ九六八号二一七頁）　エナメル上皮腫（腫瘍摘出術等）、棄却、診断・転医指示義務違反。

[48] 東京高裁平成九年一二月二六日判決（判時一六三七号二七頁。前橋地裁平成七年三月二四日判決、判時一五四四号九五頁の控訴審）　縫合不全（死亡）、一部認容（二五〇万）、救命可能性への無念の想い、術後の経過観察義務違反。

[49] 徳島地裁平成一〇年二月一三日判決（判タ九九五号二一四頁）　脊髄腫瘍（四肢麻痺）、一部認容（二七〇〇万）、適切な治療の機会・信頼、ミエログラフィー検査義務違反等。

[50] 東京高裁平成一〇年二月二六日判決（労働判例七三二号一四頁。33の控訴審）　肺癌［末期］（死亡）、延命利益・

治療機会・期待・信頼、棄却、延命利益侵害否定及び期待・治療機会構成否定、X線写真読影上の過誤。

[51] 金沢地裁平成一〇年二月二七日判決（判時一六七〇号五八頁） 肺塞栓症（死亡）、一部認容（五〇〇万）、救命期待権（可能性）、肺シンチ検査義務違反等。

[52] 仙台高裁秋田支部平成一〇年三月九日判決（判時一六七九号四〇頁。秋田地裁平成八年三月二二日判決、判時一五九五号九五頁の控訴審） 肺癌［末期］（死亡）、（適切な治療・生活の決定可能性、信頼）、一部認容（一二〇万）、より充実した日々をより多く送る期待権・信頼、家族への説明義務違反。

[53] 松山地裁平成一〇年三月二五日判決（判タ一〇〇八号二〇四頁） 腎癌［細胞悪性度Ⅲ・ラピッドタイプ］（死亡）、一部認容（六〇〇万）、延命可能性期待権、超音波検査義務違反等。

[54] 大阪地裁平成一〇年三月二七日判決（判時一六六三号一一六頁） 大腸癌（死亡）、棄却、レントゲン線検査義務違反等。

[55] 山口地裁平成一〇年六月三〇日判決（判時一六八七号一〇九頁） ＭＲＳＡ感染（大腿骨骨頭壊死等）、一部認容（約一三七〇万）、因果関係肯定＋寄与度［四割］、抗生物質投与の懈怠。

[56] 東京高裁平成一〇年九月三〇日判決（判タ一〇〇四号二一四頁） 肝癌（死亡）、？、一部認容（三〇〇万）、適切な医療を受ける機会・肺癌の発症を遅らせる可能性、説明・検査指示義務違反。

[57] 東京地裁平成一三年二月二八日判決（判タ一〇八六号二六一頁） 原因不明の心肺停止（死亡）、治療機会・治癒可能性・救命期待権、一部認容（二〇〇万）、適切な救命救急処置を受ける機会、除細動の懈怠。

[58] 東京地裁平成一三年三月一二日判決（判タ一〇八九号二三八頁） 歯周病（疼痛）、一部認容（五〇万）、最善の治療を期待する権利、破損リーマーを残置しての根管充填。

[59] 浦和地裁平成一三年三月三〇日判決（判タ一〇七六号二八六頁） くも膜下出血（死亡）、期待権、棄却、債務不履行・過失・期待権侵害否定。

[60] 大阪高裁平成一三年七月二六日判決（判時一七九七号五一頁。最高裁平成一一年三月二三日判決、判時一六七七号五四頁の差戻審） 脳内血腫（死亡）、一部認容（一

○○○万)、相当程度の生存可能性、小脳半球切除術懈怠。

[61] 東京高裁平成一三年一〇月一六日判決(判時一七九二号七四頁) 脳腫瘍(死亡)、?、一部認容(四〇〇万)、相当程度の生存可能性、転医義務違反。

[62] 東京高裁平成一三年一一月五日判決(判時一七七八号六九頁、57の控訴審) 原因不明の心肺停止(死亡)、治療機会・治癒可能性・救命期待権、一部認容(二〇〇万)、相当程度の生存可能性、除細動の懈怠。

これらの裁判例を一見すると、③の類型の裁判例と、①及び②の類型の裁判例との間に事案の相違は見出し難い。例えば、請求棄却した裁判例はそのほとんどが最終的に患者が死亡した事案に関するものである(3、9、28、33、35、50、54)ところ、請求を一部認容した裁判例にも患者が死亡した事案に関するものが多い。また、請求棄却した裁判例には末期癌或いはその可能性が少なくない事案に関するもの(33、35、50)が見られるのの、それ以外の事案も多く、これに対して一部認容した裁判例にも末期癌或いはそれに比肩する難治性疾患の事案に関するものが見られる(16、21、34、38、43)。さらに、医師の義務違反の程度について見ても、一部認容された事案では義務違反の程度が軽いとは必ずしも言えない事案に関するものが多いのに対し、請求を棄却した裁判例でも同様の事案に関するもの(3、28、33、35、50、54)が見られる。これらのことから、医師の過失と患者の最終的結果との間に因果関係が容易に認め難い場合に判決が慰謝料などのかたちで請求を一部でも認容するか否かは、少なくとも近時の裁判例に関する限り、事案の相違よりも、そのような場合に何らかの法律構成を用いて原告に何らかの賠償を与えることをよしとするか否かとの、個々の裁判官の判断に係っていると言うことができよう。

次に、①及び②の類型の裁判例の法律構成に事案との関係で着目すると、①のうち延命利益乃至延命の可能性を喪失したことを理由として請求を一部認容する裁判例は、その多くが、(判決文から読取れる限り)医師がその注意義務を尽くしていれば有意な延命をなし得た可能性が少なくないと思われる事案に関するものであることが目を引く。同様の指摘は既に浦川教授により東京地裁平成五年一月二八日判決(裁判例16)以前の下級裁裁判例の分析の中で行われており[36]、従ってこの点は従来の下級裁裁判例の一般的傾向ということができようか。例えば、富山地裁平成六年六月一日判決(裁判例23)は、医師のX線写真

読影上の過誤により肺癌の発見が約二年遅れ、医師の過失がなければ（且つリンパ節転移がなければ）手術後五年生存率八〇％の時点で癌が発見されたであろうとの事案において、原告は、「早期に肺癌を発見し治療を開始する機会を奪われ、死期を早められた」として、慰謝料を認容している（その他に裁判例2、10、29、40参照。これに対して広島地裁平成七年一二月五日判決（裁判例34）は、入院中の患者が自殺し、手術後五年生存率が〇・六％乃至一八・八％であるスキルス胃癌であることが死後判明した事案について、医師に内視鏡検査等の懈怠の過失があるとした上、患者には、癌と闘うだけの苦痛に満ちたものであるが、相当期間の余命を享受し得る可能性があったとする。しかし、この判決は慰謝料算定に際し、「適切な検査を受けて自己の病気の原因を知り、判明した原因に応じた適切な治療を受ける可能性を奪われ」たことも重視している。他に裁判例37、42も、延命利益に言及するものの、患者の家族の利益にも言及しこれを重視していると見られる）。

これに対して、②及び、①のうち期待権侵害や治療機会喪失などを理由として請求を一部認容する裁判例には、主に二つの類型の事案が見出される。すなわち、第一に、上述の諸事案と同様に、（イ）医師がその注意義務を尽くしていれば有意な延命をし得た又は症状悪化を避け得た可能性が少なくないと思われる事案が見出される。しかし、他方で、（ロ）そのような可能性がむしろ乏しいと言わざるを得ない事案も同時に見出されよう。このとき、②の法律構成をとる裁判例については、患者の転機に関する不確定要素を（賠償額の割合的減額にしろ、慰謝料のかたちをとるにしろ）賠償額算定に直ちに反映させ得ることから、（イ）の事案と（ロ）の事案とで法律構成に大きな相違はない。しかし、これに対し、期待権侵害や治療機会喪失などの法律構成をとる裁判例では、とくに（ロ）の類型の事案で法律構成に微妙なニュアンスの相違が見出されるように思われる。例えば、前掲東京地裁判決（裁判例16）は、末期の肝癌患者に対するＡＦＰ検査や超音波検査を怠った医師の過失を認めながら、延命の可能性が極めて少なかったことから患者の死亡との因果関係を否定した上で、生命の維持又は延命に向けた「真摯な治療……を求める患者の期待は合理的なものとして法的に保護されるべきである」とする。また、大阪地裁平成八年一一月二〇日判決（裁判例45）は、羊水塞栓症の事案において輸液・輸血上の医師の過誤を認めながら、同症が発症すると八〇％が死に至ることから医師の過失と患者の死亡との間の因果関係を否定した上で、医師乃至医療機関は患者に対して「最善

を尽くし、誠実に治療を施すべき債務を負って」おり、この義務の違反により被害者の期待を侵害したときには被告は責任を負うとする。ここには、「真摯」、「誠実」といった言葉により、診療に際して医師が一定の倫理的態度をとるべきことが要求されていると見ることができよう（また、東京地裁平成七年一一月三〇日判決（裁判例33）が、末期癌の事案において、不誠実な診療自体についての慰謝料を否定して請求を棄却している点が注目される）。

その他、法律構成に関する裁判例の全体的傾向としては、因果関係を（割合的に）肯定して損害額を調整するとの構成が主流をなしていると見ることができ、また、前掲富山地裁判決（裁判例23）に見られるように、延命利益論や期待権論及び治療機会喪失論相互の関係はそれほど意識されているわけではない。

以上の下級裁裁判例を通覧するとき、延命乃至症状改善の可能性が全くないとされる事案は見当たらない。そのような可能性が極めて少ないとされる事案でもその可能性が完全に否定されているわけではなく、ただそのような事案では、診療に臨む医師の倫理的態度が請求認容の理由付けを補強することがあるだけである。

これらの下級裁裁判例との関係で本判決を位置付けるとすれば、本判決は、先の平成一一年判決のカバーし得ない事案、すなわち、死亡という結果が生じているものの、（イ）の事案のうち、（有意な）延命の高度の蓋然性が認められない事案、及び、（ロ）の事案において、医師の倫理的態度を問題とすることなく医師側の責任を肯定するものと言えよう。なお、本判決後に下された判決である東京地裁平成一三年二月二八日判決（裁判例57）は、本判決の事案と同様、救急救命医療での医師の過誤（除細動の懈怠）が問題となった事案において、生存退院率を三〇％と認定しながらも、最高裁の枠組みに拠ることなく、「適切な救急救命処置を受ける機会を奪われ」たことを理由として慰謝料を認定しているところ、この判決が本判決の枠組みに依拠しなかったことの理由は明らかではない（ちなみに、控訴審判決である裁判例62は、本判決の枠組に拠り、原審と同一の結論を導き出している）。或いは、三〇％という数字が「相当程度の可能性」に当たらないと考えたためであろうか。

四　本判決の射程

本判決の射程については既に多くの評釈の中で述べられているが、そこではときおり、相当程度の生存可能性がない場合又はそれが立証されない場合に本判決の射程が及ばないとの指摘

が見られる。[37] これらの指摘をなす見解が本判決の射程外として想定する事案は、①生存可能性がゼロであるか又は②統計的数値としての%が極めて低い（例えば三%乃至五%）の場合であろう。しかし、これらの事案が本判決の射程外となるとの見解には賛同することができない。すなわち、第一に、何らかの生存可能性（乃至は、より一般的に、生命侵害に至らない身体侵害をも念頭に置くとき、症状改善の可能性）と結び付かない治療は考えられない。[38] そこで、次に、本判決が「相当程度の」可能性としている点が問題となる。この相当性の理解については以下の点が手がかりとなろう。すなわち、原審が、二〇%以下の救命可能性があったとする鑑定を引用しながらも、「救命することが可能であったと見ることはできない」としていたにもかかわらず、本判決は救命が可能であったとした上で、当該死亡時における生存の「相当程度の可能性」が証明されたものと見ていると解される点である。この原審と本判決との相違からは、本判決の言う相当性が必ずしも統計的数値による%の問題ではなく、規範的な観点から判断されるものであることを見て取ることが許されよう。[39] そこで、この規範的判断がどのような枠組みでなされるかであるが、平成一一年判決との整合性を重視すれば、本判決においてもその生存の有意性が問題とされていると見るのが素直であろう。そして、期待権論及び治療機会喪失論が「期待」や「機会」を問題とするとき、そこでは通常、有意な延命をもたらし得る治療への期待やそのような治療の機会が問題とされていると見るならば、本判決の射程は、従来期待権や治療機会喪失論により処理されてきた事案にも及ぶということになろう。[40] 本判決における延命可能性論は期待権論及び治療機会喪失論の裏返しであると言うことができる。

もっとも、このとき二つの問題が生じる。第一に、以上のような理解に従うとき、例えば末期癌患者について見られるような単なる苦痛緩和措置の懈怠がどのように処理されるのか、第二に、従来、医師の診療の杜撰さに対する非難などを手がかりに処理されてきた事案はどのように扱われるのかという問題である。第一の問題については、不法行為に関する従来の裁判例に見られるように、端的に、身体的完全性を被侵害利益とし、肉体的・精神的苦痛を損害として構成し、これに対する慰謝料を認めることで足りると考えられているのではなかろうか。そして、第二の問題とも関連するが、とくにこの場合の精神的苦痛は、身体的完全性の侵害それ自体から生じると共に、その侵害に至る経過からも生じること（この点も従来から身体侵害の不法行為の事案における慰謝料という枠組みの中で加害行為の

態様の考慮というかたちで斟酌されている）から、医師の診療の杜撰さなどもここである程度考慮されよう。第二の問題については、その杜撰さなどが、医師が医療水準を越える治療を行わなかったことを意味するとすれば、医師の注意義務の基準を診療当時の臨床医学の実践における医療水準に求める最高裁の立場（最高裁昭和五七年三月三〇日判決（判時一〇三九号六六頁））からは、そのような措置を医師に要求することはそもそも許されない（前掲最高裁平成四年六月八日判決参照）。また、効果のないことが行為時に既に明らかな措置又は有意な延命をもたらさない措置を、法的義務を課すことにより医師に要求することも、医師の裁量の幅を不当に狭めることとなり許されないであろう。だとすれば、医師の診療の杜撰さなどに対する非難のみを手がかりとして処理すべき事案は差し当たり見当たらないというほかないということであろうか（例えば、前掲広島地裁判決（裁判例34）は、スキルス胃癌を把握し得なかったことから適切な苦痛緩和措置を受けることができなかったことによる苦痛に対する慰謝料の事案として構成すれば足りよう[41][42]）。

以上のことから、最高裁は平成一一年判決及び本判決により、従来期待権論などにより処理されてきた問題の解決を、損害額の算定方法は別として、患者の死亡という結果が生じた事案に関する限り、最終的に図ろうとしたものと見ることができるのではなかろうか。なお、以上のような理解からは、結果として、患者側が当該治療の同種患者に対する有効性を証明すれば、具体的状況から当該治療の効果がなかったことを医師側が立証しない限り、医師の過失と生存可能性喪失との因果関係が肯定されるという形で、因果関係の事実上の推定が認められていると言うことができよう[43]。

そこで次に問題となるのは、本判決の射程が患者に生じた最終的結果が死亡以外の症状悪化であった事案にも及ぶのかという点である。本判決が「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」るとしていることからすると、本判決の射程は患者が死亡した事案に限定され、単なる身体侵害の事案には及ばないようにも思われる[44]。しかし、これまでに述べてきたような本判決の理解からは、重大な身体侵害の事案にも本判決の射程が及ぶと解することが整合的であろう。すなわち、有意な延命の可能性が存在するときには医師の不作為と患者の生存可能性喪失との間に因果関係を肯定して医師に帰責するという本判決の態度からは、当該患者に対して医療水準に沿う何らかの有効な措置が存在する場合には、当該諸措置が医師の裁量に属する

場合を別として、須らくそれらの措置を構ずべしとの帰結が導き出される。これは、生命という高次の法益を保護するため、その抽象的危険が存在する段階で医師にその危険の防止措置を講じる義務を負わせようとするものだと言えよう。そして、このような態度は近時の最高裁の他の判決にも見出すことができる。

最高裁平成一二年二月二九日判決(民集五四巻二号五八二頁)は、宗教上の信念から絶対的無輸血の固い意思を有していた患者に、医師が相対的無輸血の方針をとっていることを説明しないで手術を施行して輸血した事案において、この医師の不法行為責任を肯定して次のように述べている。すなわち、「患者が、輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否するとの固い意思を有している場合、このような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない」。医師が説明を怠ったことにより「みさえ〔筆者註:患者〕が輸血の伴う可能性のあった本件手術を受けるか否かについて意思決定をする権利を奪ったものと言わざるを得ず、この点において同人の人格権を侵害した」。ここには、宗教上の信念に基づいて輸血を拒否するとの意思決定を行う権利(人格権)を保護すべく、その抽象的危殆化を防止すべき、手術を受けるか否かの意思決定の前提たる説明義務の違反をもって不法行為の成立を認めるという最高裁の態度を見出すことができよう。(45)

このような最高裁の態度に従うならば、医療水準に沿う何らかの有効な措置の不作為により患者の身体的完全性の回復可能性が奪われた事案においても、本判決の射程が及ぶと見ることができよう。但し、このとき、抽象的危殆化防止を要求する保護法益は、生命や信教の自由のような高次の人格的利益に匹敵するものであることが要求されることから、自ずと限定されよう。(46)

五　おわりに

本判決は、医師の過失と患者の死亡との間の因果関係を否定しながら期待権論を用いて慰謝料請求を認容した原審判決に対して、被告から上告がなされ、この上告を棄却したものであることから、当該死亡時における生存の「相当程度の可能性」の侵害がいかなる損害をもたらし、どのような形で賠償額を算定すべきかについては触れていない。この点について、本判決が実質的に「権利侵害構成に名を借りた確率的心証論」であるとの見方も可能であるとの指摘がなされている。(47)しかし、「相当

程度の可能性」を統計的数値による%の問題ではなく、生存の有意性という規範的判断の問題であるとする、本稿における本判決の理解からは、本判決がそのような割合的な賠償額算定を意図するものと直ちに解することはできない。

もっとも、本判決が、原審の結論を維持しながらもその期待権構成を覆し、敢えて生存可能性という法律構成を採用したことの意図は見逃されるべきではあるまい。従来期待権構成により処理されてきた問題が生命という、人が存立する上でもっとも基本的な人格的利益に関わるものであることを明確にしたことの意図は、従来の下級裁裁判例における賠償額の低額化傾向に歯止めをかけることにあったことが窺われる(48)。さらに、本判決が財産的損害の賠償を排除する論理を内在していないことから(49)、下級裁及び最高裁が今後逸失利益を賠償額算定に際して考慮しないとは限らないであろう。

最後に、本稿における本判決の理解からは、とくにいわゆる姑息的措置が医師の裁量、それ故注意義務の問題として処理されるとすれば、いかなる場合に医師の不作為との因果関係が否定されるのか、不作為不法行為における因果関係要件の意義はどこに存在するのかとの疑問が生じよう。この点については、事後に当該医療行為の効果がなかったことが明らかになったというような事後的な事情を法的評価に取り込む点に、不作為不法行為における因果関係要件の存在意義があると答えることができようか(50)。

(1) 例えば、新見育文「医療事故における期待権の侵害について」『自正』四七巻五号（平成八年）五九頁以下参照。

(2) この判決以前において既に、医師の過失と患者の死亡との間の（直接の）因果関係を否定しながら、慰謝料請求を認容したものとして、大阪高裁昭和四〇年八月一七日判決（判時四二八号六一頁）、東京地裁昭和五一年二月九日判決（判時八二四号八三頁）がある。但し、後者の判決は東京高裁昭和五二年三月二八日判決（判タ三五五号三〇八頁）で取り消されている。

(3) 新見育文「癌患者の死亡と医師の責任」『ジュリ』七八七号（昭和五八年）八一頁及び同・前掲論文（註1）六三頁参照。新見説に対する批判として、石川寛俊「治療機会の喪失による損害」『自正』三九巻一一号（昭和六三年）三一頁。

(4) 中村哲「医療過誤訴訟における損害についての二、三の問題」『司法研修所論集』八〇号（昭和六三年）一二六頁以下、山嵜進「診療債務の不履行と死亡」との因果関

係が肯定されない場合の損害の成否」『ジュリ』九四九号（平成二年）一二六頁以下参照。但し、いずれも、後述する医師の行態に着目する見解に接近している。

（5）櫻井節夫「福岡地裁昭和五二年三月二九日判決評釈」『判時』八八三号（昭和五三年）一三九頁。同旨、渡邉了造「過失あるも因果関係がない場合の慰謝料」『判タ』六八六号（平成元年）六九頁。

（6）稲垣喬『医事訴訟と医師の責任』（有斐閣・昭和五六年）三二一頁参照。櫻井・前掲評釈（註5）一六〇頁、渡邉・前掲論文（註5）六九頁も同旨であろう。

（7）渡邉・前掲論文（註5）六九頁（但し、「余生享受の可能性の喪失」が問題とされている）。同旨、饗庭忠男『医療事故の焦点』（医事新報社・昭和五七年）九九頁以下。

（8）青柳文雄「医療における治癒期待権への疑問」『法学研究』五六巻一〇号（昭和五八年）三二頁以下。

（9）石川寛俊「期待権の展開と証明責任のあり方」『判タ』六八六号（平成元年）二七頁参照。

（10）渡邉・前掲論文（註5）六九頁参照。

（11）その他のものとして、宗宮英俊「京都地裁昭和六二年一二月一一日判決評釈」『民事研修』三八一号（昭和六四年）四六頁。松浦以津子「損害論の『新たな』展開」淡路剛久他（編）『不法行為法の現代的課題と展開』（日本評論社・平成七年）一〇八頁以下も期待権構成に反対すると見られる。

もっとも、期待権理論に否定的な見解も、異なる構成により結論としては請求を認めようとする。櫻井・前掲評釈（註5）一四〇頁、渡邉・前掲論文（註5）六九頁参照。

（12）裁判例においては既に以前から、「死の早期到来」、「延命の可能性」を理由として慰謝料請求が認容されていた。註2掲記の各裁判例のほか、東京地裁昭和四九年五月二〇日判決（判時七四一号八二頁）を参照。

（13）稲垣喬「延命利益の評価と検討」『判タ』五一三号（平成元年）八七頁参照。

（14）石川・前掲論文（註9）二七頁、畔柳正義「損害の発生（2）」根本久（編）『裁判実務体系　第17巻　医療過誤訴訟』（青林書院・平成二年）三三二頁。

（15）稲垣・前掲論文（註13）八七頁以下参照。

（16）五十嵐清「東京地裁昭和六〇年九月一七日判決及び浦和地裁昭和六〇年一二月二七日判決評釈」『年報医事法学』二号（昭和六二年）一三一頁。

（17）前者の理解をとると見られるものとして稲垣・前掲論文（註13）八六頁以下、後者の理解をとると見られるものとして手嶋豊「東京地裁平成三年七月二三日判決及び大阪地裁平成四年一月二九日判決評釈」『判時』一四四九号（平成五年）一九〇頁以下参照。但し、稲垣・前掲

論文には、生存「可能性の侵害」、生命の「質」をも問題とする個所が見られる。

(18) 治療機会喪失論については、これが医師の行為態様に着目するものか、それとも患者側に着目するものかという点で、学説での位置付けに見解の相違が見られる。前者の見解として、浦河道太郎「いわゆる『期待権』侵害による損害」『判タ』八三八号（平成六年）五八頁、後者の見解として手嶋・前掲評釈（註17）一八九頁参照。

(19) 石川・前掲論文（註9）二八頁参照。手嶋・前掲評釈（註17）一九〇頁以下も参照。

(20) 手嶋・前掲評釈（註17）一九一頁、石川・前掲論文（註9）三〇頁参照。

(21) 手嶋・前掲評釈（註17）一九一頁参照。

(22) 石川・前掲論文（註9）三〇頁、手嶋・前掲評釈（註17）一九一頁など参照。

(23) 既に林田清明「昭和六一年一二月二六日判決評釈」『判時』一二五三号（昭和六三年）二〇一頁に見られる。その後のものとして、中村・前掲論文（註4）一一一頁、澤野和博「機会の喪失の理論について（四・完）」『早稲田大学大学院法研論集』八一号（平成九年）一七八頁以下、高波澄子「米国における『チャンスの喪失（LOSS OF CHANCE）』理論（二・完）」『北法』五〇巻一号（平成一一年）一五九頁以下参照。これに対する批判として手嶋・前掲評釈（註17）一九〇頁参照。

(24) 不作為不法行為における因果関係を否定するものとして、平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会・昭和四六年）四三六頁以下、前田達明『民法Ⅵ$_2$（不法行為法）』（青林書院新社・昭和五五年）一〇九頁参照。

(25) 作為不法行為における因果関係判断も通常法的評価を経たものであるとして、作為と不作為を所与的に区別しない立場に立ち、不作為不法行為における因果関係判断の原則を平成一一年判決が提示した点に積極的意義を認めることに慎重なものとして、窪田充見「平成一一年判決評釈」『民商』一二一巻四・五号（平成一二年）六三四頁以下参照。八木一洋「平成一一年判決解説」『最高裁判所判例解説民事編平成十一年度（上）』（平成一四年）一四二頁も参照。

(26) 水野謙「平成一一年判決評釈」『ジュリ』一一六五号（平成一一年）八五頁以下、吉田邦彦「平成一一年判決評釈」『判時』一六八八号（平成一一年）一二二頁（なおかつ残る訴訟法上の問題も指摘する）、八木・前掲解説（註25）一五〇頁参照。

(27) 手嶋豊「平成一一年判決評釈」『法教』二二八号（平成一一年）一二五頁、鎌田薫「平成一一年判決評釈」『私法判例リマークス』二〇号（平成一二年）七三頁、新見育文「平成一一年判決評釈」『ジュリ』一一七九号（平成一

二年）八八頁、八木・前掲解説（註25）一五〇頁以下参照。これに対して、澤野和博「平成一一年判決評釈」『ジュリ』一一七七号（平成一一年）一九〇頁は、平成一一年判決の立場と延命の機会・可能性喪失についての賠償を認める立場とは矛盾するとする。

(28) 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』一一九九号（平成一三年）一四頁参照。

(29) 留箭将之「本判決評釈」『法協』一一八巻一二号（平成一三年）一九五〇頁、鎌田薫「本判決評釈」『判例セレクト'00』（平成一三年）二三頁、手嶋豊「本判決評釈」『年報医事法学』一七号（平成一四年）一五八頁、大塚・前掲論文（註28）一四頁、窪田充見「本判決評釈」『ジュリ』一二〇二号（平成一三年）七〇頁、澤野和博「本判決評釈」『名経法学』一〇号（平成一三年）一九一頁以下参照。

(30) このような本件と平成一一年判決の事案の相違を的確に指摘するものとして留箭・前掲評釈（註29）一九五〇頁以下参照。

(31) これは例えば、苦痛にさいなまれる末期癌患者の僅か一日、二日の延命に、損害賠償法上の保護法益としての生命という性質を与えることの意義、という問題などにも通じよう。とくに、いわゆる単なる延命治療に対して疑問が持たれている昨今（この点について、厚生省＝日本医師会（編）『末期医療のケア』（中央法規出版株式会社・平成元年）九頁参照。以下「末期医療」として引用）、姑息的措置の懈怠による苦痛に満ちた生命の僅かな短縮を生命侵害として逸失利益や慰謝料を算定すべしとすることには疑問が持たれる。同様の問題意識に立つものとして、吉田・前掲評釈（註26）二一一頁。吉田信一「致命的疾病に罹患していた患者が医師の義務違反により被った損害」『千葉大学法学論集』六巻三・四号（平成四年）一六二頁も参照。吉田信一教授は「生命の質」に差を設けることを危惧するが、ここで問題となるべきは、損害賠償法上事態を適切に評価する枠組みとしていかなる被侵害利益を想定すべきかという点であり、生命の要保護性の存否ではない（生命の要保護性が肯定されるべきことは争いがないであろう）。姑息的措置の懈怠の事案において被侵害利益として一律に「生命」を持ち出すことは事態を適切に評価する枠組みとして疑わしく、被侵害利益が何かを正面から見据える必要があろう（被侵害利益を生命とすることは、生命の喪失という結果のみに目を奪われ、診療過程における患者の苦痛から目をそらすことになりかねない）。

もっとも、そのような姑息的措置を行うか否かは医師の裁量に委ねられるべきであり、その懈怠は通常は注意義務の問題として処理されるであろう。八木・前掲解説

（註25）一四九頁参照。

また、言うまでもなく、どの程度の延命が因果関係存否の判断を左右するかは、当該患者の置かれている状況との相関判断で定まるものであり、単なる時間の長短で定まるものではなかろう。

（32）水野・前掲評釈（註26）八七頁参照。

（33）加藤新太郎「本判決評釈」『判タ』一〇六五号（平成一三年）一一五頁参照。なお、加藤判事は、本判決が証明度を軽減させるものであるとの見方も可能である旨指摘する。しかし、従来の最高裁判決と本判決を整合的に捉えようとする限り、このような見方はできない。

（34）石川・前掲論文（註3）二七頁以下、吉田・前掲論文（註31）一三七頁以下、浦川・前掲論文（註18）五四頁以下、吉田・前掲評釈（註26）二一三頁以下など参照。

（35）このような判決として、東京地裁平成四年八月三一日判決（判時一四六三号一〇二頁。脳動静脈奇形患者の死亡事案）、仙台高裁平成六年一二月一五日判決（判タ八八六号二四八頁。椎間板ヘルニア患者の下半身麻痺の事案）、東京地裁平成八年六月二一日判決（判時一五九〇号九〇頁。脳動静脈奇形患者の死亡事案）、大阪地裁平成九年五月二九日判決（判タ九二八号二四〇頁。乳癌患者の右乳房切除事案）、京都地裁平成九年四月一七日判決（判タ九六五号二〇六頁。乳癌患者の右乳房切除事案）、大阪地裁平成一〇年一二月一八日判決（判タ一〇二一号二〇一頁。縫合不全による死亡事案）、東京高裁平成一一年五月三一日判決（判時一七三三号三七頁。脳動静脈奇形患者の死亡事案）がある。

（36）浦川・前掲論文（註18）五七頁参照。

（37）加藤・前掲評釈（註33）一一五頁、新見育文「本判決評釈」『私法判例リマークス』二四号（平成一四年）六二頁（但し、本判決を、生存可能性が高度の蓋然性をもって認定されなくとも慰謝料を肯定するものと理解する可能性を示す）、杉原則彦「本判決解説」『最高裁判例解説民事編平成十二年度（下）』（平成一四年）八六三頁（但し、医療水準を下回る診療がされた場合には、「可能性」の侵害が事実上推認されるとする）参照。大塚・前掲論文（註28）一五頁以下も同旨か。また、澤野・前掲評釈（註29）一九五頁は、延命の相当程度の可能性がない場合又はそれが証明できない場合に何らかの賠償を認めることについて最高裁は懐疑的であるとする。

（38）石川・前掲論文（註3）四〇頁及び同・前掲論文（註9）三〇頁参照。

（39）これに対して大塚・前掲論文（註28）一五頁は統計的数値を問題とするようであるが、疑問である。

（40）窪田・前掲評釈（註29）は、本判決を、生存可能性を問題とせずに期待権侵害による賠償を認める従来の下級

裁裁判例と「まったく異なるものと理解することもできる」とするが、このような指摘は従来の下級裁裁判例における期待権論をそのように理解する限りにおいてのみ妥当しよう。しかし、筆者の見るところ、従来の下級裁裁判例の期待権論は必ずしもそのようなものと限らない。

(41) 杉原・前掲解説（註37）八六三頁は、粗雑診療自体による不快感等については受忍限度論を用いて被保護利益性が判断されるべきであるとするが、本文に述べた立場からは端的に慰謝料の問題として処理されるべきである。

(42) 前掲「末期医療」（註31）八頁以下によれば、末期癌患者に対する関係で医師に要求されるケアの内容として、①単なる延命医療（但し、再考が促されている）、②痛みの治療、③痛み以外の身体的症状のコントロール、④精神面でのケア、⑤生活面でのケアが挙げられる。このうち①②については本文で述べた通りである。③についてもその内容を見ると、出血や嘔吐等、痛みはなくとも身体的完全性を損なう症状に対する措置が要求されていることから、②に準じて扱うことが可能であろう。⑤の一部も同様である。④や⑤のその他についてはもはや法の問題ではなく、医師の倫理の問題であろう。

(43) 杉原・前掲解説（註37）八六三頁以下参照。このことの当否は別問題であり、稲垣喬「本判決評釈」『民商』一二三巻六号（平成一三年）九二一頁が、「本件事案に関して、ここまで踏み込んだ要件及び証明理論を展開することの意義と必然性については、今後において十分な検討が必要である」とする点は首肯し得る。

(44) 杉原・前掲解説（註37）八六四頁は、患者が重大な障害を負ったような事案は残された問題だとする。これに対し、稲垣・前掲評釈（註43）九二六頁は、本判決が死亡の場合に限り賠償を認めるものとしてその意義を強調すべきであるとしながらも、そのように限定する根拠は薄弱であり、その適用について今後一層の慎重さが求められるべきとも述べる。同様に身体侵害への類推の余地を肯定するものとして留箭・前掲評釈（註29）一九五四頁参照。

(45) 吉田克己「最高裁平成一二年二月二九日判決評釈」『判例セレクト'00』（平成一三年）二二頁、及び、潮見佳男「最高裁平成一二年二月二九日判決評釈」『ジュリ』一二〇二号（平成一三年）六七頁以下参照。新見・前掲評釈（註37）六二頁も本文と同旨か。

(46) 留箭・前掲評釈（註29）一九五四頁参照。さらに、このような理解からは、本判決の射程が医療過誤以外の事案、例えば弁護過誤の事案に対して当然に及ぶものではない。

(47) 大塚・前掲論文（註28）一四頁以下参照。平沼高明「本判決評釈」『民事法情報』一七五号（平成一三年）六一頁

以下も同旨か。また、本判決に外在的な理解として同様の考えを示すものとして、澤野・前掲評釈（註29）一九七頁参照。これらの見解に対する批判として、新見・前掲評釈（註37）六一頁以下参照。

（48）平成一一年判決について同様の指摘をするものとして、吉田・前掲評釈（註26）二一五頁参照。

（49）この点を指摘するものとして、窪田・前掲評釈（註29）七〇頁参照。

（50）潮見佳男『民事過失の帰責構造』（信山社・平成七年）一〇二頁以下及び同『不法行為』一二六頁以下、並びに、水野謙『因果関係概念の意義と限界』（有斐閣・平成一二年）一六六頁以下、三二三頁以下及び三三五頁参照。

〔平成一六年三月脱稿〕

※本判決の評釈として、以上に掲げたものの他に渡辺達徳「本判決評釈」『法セ』五五五号（平成一三年）一〇四頁がある。

※脱稿後、最高裁平成一五年一一月一一日第三小法廷判決（判時一八四五号六三頁、判タ一一四〇号八六頁）及び最高裁平成一六年一月一五日第二小法廷判決（判時一八五三号八五頁）に接した。前者の事案は、二日前頃から発熱していたXが、かかりつけの開業医Yの診察・治療を五日間にわたり受けたものの、症状が改善せず、六日目に総合病院に転院し、急性脳症との診断を受け、重大な後遺症が残ったというものである。原審が、Yの転医義務違反を否定し、さらに、急性脳症の予後が重篤であることや、完全回復率が統計上二二・二%であることなどに照らすと早期転送によってXの後遺症を防止し得た「相当程度の可能性」があるということはできないとしたのに対し、最高裁は、Yの転医義務違反を認めた上、「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……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によって被った損害を賠償すべき」であるとし、「相当程度の可能性」の存否等について更に審理させるため、原審に差戻した。この判決の中で最高裁は、「重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性の存否については、本来、転送すべき時点における上告人〔筆者註：患者〕の具体的な症状に即して」判断すべきであるとしている。このことからも、最高裁が「相当程度の可能性」判断に際して統計数値の高低のみを考慮しているのではないことが窺われよう（なお、最高裁は、原審の引用する二二・二%という統計数値が完全回復率を意味するものであり、軽度の後遺症を含むものではない点も指摘しているが、しかし、同時に、昭和五一年統計において、全体の二三%には中枢神経後遺症が残らなかったとの事実も指摘している）。

後者の事案は、嘔吐等の症状を訴えるAが開業医Yによる胃

内視鏡検査を受け、検査結果が異常をうかがわせる所見であったにもかかわらず再検査されることなく慢性胃炎の診断を下されたものの、その約三ヵ月後に受診した他の病院においてスキルス胃癌と診断され、化学療法を中心とする治療を受けたが、その後死亡したため、Aの相続人XらがYに対して債務不履行に基づく損害賠償請求をしたというものである。原審判決の詳細は明らかではないが、判例時報のコメントによると、Aの延命可能性は、化学療法が奏功するという前提条件が満たされた場合の可能性に過ぎないことを理由の一つとしてXらの請求を棄却したようである。しかし、原審が仮にこのような理解をしていたとすれば、可能性自体に被侵害利益性を認めようというのが最高裁の立場であるから、(Xらの請求が債務不履行に基づく請求であることをしばらく措くとしても)原審は最高裁の意図を的確に捉えていないと言えよう。事実、最高裁は、本件においてはAの「生存していた相当程度の可能性」があることを理由として原判決を破棄し、原審に差し戻している。