

患者の「期待権」に関する調査研究

尾崎 孝良

1. はじめに

近年、10年間で倍増するというペースで医事紛争が増加している。これらの判決内容を仔細にみると、従来多かった手技のミス等を原因とする「作為型」の割合が減り、医療水準に沿った適切な治療をしなかったといった内容の「不作為型」の割合が増加してきた。

こうした「不作為型」事案の場合には、法的因果関係が大きな問題となる。すなわち、作為型の場合の因果関係は、当該作為行為（典型的には身体への侵襲）がいかなる損害を生じたかを観察し、両者の関係を分析することになる。しかし、不作為型の場合、物理的侵襲行為が存しないため、医師が適切な診療行為を行っていた場合を仮定してその後の正常な治療パスを想定し、これを現実の結果と対比してそこに差があることが証明された場合に、因果関係の存在が肯定されることになる。

一般的にこのような立証は困難である上、いわゆる「適切な治療」を講じても結果に有意な差がない場合（末期癌等でいずれにせよ患者の死亡が予想されている場合など）については法的因果関係は否定されることになる。しかも、上記立証負担は患者が負うことになるのだが、そもそも、不作為の場合、医療機関側に問題意識がないのであるから、検査等が行われず、結果として、証拠となるデータが存しないことになってしまう。このような場合において、「医療機関側の怠慢によって十分な治療・その当時の医療水準に従った標準的な治療方法をせず、それが故に、資料不十分で因果関係が立証できず、患者が敗訴するのは不合理である」との価値観が強く働く。

かかる問題意識を底流にして、伝統的理論体系を適用すると結果（典型的には患者の死亡）との間で法的因果関係が認められなかったような事案でも、「期待権侵害」という概念を用いて精神的損害を賠償する事例が増加してきた。むろん、医療において、「患者の医療機関への期待」すなわち「患者と医師との間の信頼関係」という要素が重要であることはいうまでもない。しかし、「期待」という主観的概念を「期待権」という形で権利化することにはさまざまな問題が伴う。

本稿は、期待権に関連する判例・裁判例および学説動向を調査し、その理論面における課題を明らかにすることを目的とする。

2. 方法

期待権（延命利益論を含む）という概念が登場する前後の昭和50年代以降の裁判例を可能な限り収集し、それら判例を時系列的に分析し、判例理論の遷移を明らかにする。また、平成11年以降、重要な最高裁判例が連続して出されているので、それらについては詳細に分析する。

さらに、これらの判例の評釈、学説からの評価・批判を整理し、理論的な問題点について考察を加えるとともに、政策的解決を含めた新たな視座を提示する。

3. 結果

医事紛争の争点が、作為型から不作為型へシフトする中で、不作為型の事案の場合、伝統的

な法的フレームワークでは（たとえ医療機関側に過失があっても）発生した具体的損害との間の因果関係が否定され、請求が棄却される（すなわち、患者が敗訴する）という場合が生じる。これに対して（感情論も含め）患者の救済が不十分ではないか、との批判が強調されるに至った。この点、昭和 50 年ころから、裁判所は、患者救済のための理論的根拠を確立すべく、新たな法理を大胆に展開してきた。

1) 東京地裁昭和 51 年 2 月 9 日判決

この判決で裁判所は、医師の債務不履行と患者の死亡との間には因果関係はないとしつつも、「死期がある程度早められたことによる損害」を認めた。いわゆる延命利益論である。一般的には、この判決が「このような構成のさきがけともいえる判決」ⁱとされているⁱ。

(1) 事案の概要

本件の診療経緯は以下のとおりである。

原告Aの妻であるBは昭和 45 年 1 月 24 日被告内科医院で急性胃炎と診断され、これに対する措置としてブドウ糖を注射したほか鎮痛剤、肝臓庇護剤その他の内服薬が投与された。しかしBの症状は好転せず、3～4 日の間隔をおいて激痛、嘔吐が甚だしく、被告方に通うことができなかつたため、1 月末から 2 月初めにかけて 3～4 回原告Aが被告方に赴き薬を受取った。被告はその頃胆石または胆のう症を疑い、鎮痛剤の量を増すとともに胆汁分泌促進剤フェリクールを加えて投薬した。3 月 2 日に再び痛みはじめ、4 日軽い黄疸が出現したので、被告は胆石による閉塞性黄疸であると信じ、それ以後も従前どおり胆汁分泌促進剤を投薬するとともに肝臓庇護剤を注射した。原告AがBの代りに被告方に薬を受け取りに行った際、同原告（患者Bの夫）はBの意を体して 2 回にわたり被告に対し精密検査をしてくれるよう要請し、被告方でできないならば他の病院を紹介してほしい旨依頼したが、被告（医師）はこれに応ぜず、被告の診療期間中精密検査をしなかった。3 月 19 日Bの上腹部にやや抵抗があり軽度の圧痛があることを発見したので、被告ははじめて癌の疑いを抱き、急遽精密検査を受けさせるため他の病院に転院させることを決意し、E外科病院長Eあての紹介状を作成してBに交付した。

Bは 3 月 20 日E外科病院で診察を受けたところ、腹部に約三横指の肝腫脹があり、その下に胆のう様の大きさ、形を呈した腫瘍が認められたため、直ちに同病院に入院して精密検査を受けた。その結果等を総合的に判断した結果、癌であることにほぼ間違いがないとの結論に達したので、3 月 23 日原告Aを呼んでその旨伝えるとともに、更に精密な検査を受けさせるためBを直ちに東京警察病院に転院させることとした。同病院で 4 月 6 日開腹手術を行なったところ、胆のうに原発の癌があり、これが膵臓、肝臓、総胆管、肺に転移していることが判明したので、それ以上の手術を断念した。Bは 5 月 8 日胆のう癌全身転移のため同病院で死亡した。

ⁱ 延命利益を認める裁判例は意外と古く、今回の調査研究で精査したところ、大阪高裁昭和 40 年 8 月 17 日が「医療機関の不注意で死の到来を早めた」点を損害と認定していることが判明した（そもそも、医療過誤裁判のルーツともいえる東大梅毒事件最高裁判決が昭和 36 年 2 月 16 日）。もっとも、学説の研究対象になっているのは主に昭和 50 年以降の判決であり、また、本研究テーマの主題である「期待権」という語が使われようになったのは昭和 50 年代なので、本研究では昭和 50 年以降の判決に絞って論を進めるものとする。

(2) 裁判所の判断

裁判所は、「胆のう癌は転移が早くて切除率が極めて悪い（根治のために切除を要する部位が大である）ため、これを治癒させることは、現代医学の水準ではほとんど不可能であることが認められる。そればかりでなく、証人の各証言によれば、黄疸が癌発生後どの段階で出現するかは不定であり、開腹手術後も癌の発生時期を推定することは不可能であることが認められるので、本件においてBの胆のう癌が何時発生したかは、これを明らかにすることができないと認めるほかなく、・・・そうだとすると、仮に被告が黄疸出現の時点においてBを外科病院に転院させたために癌の発見がいくらか早くなったとしても、これによってBの死期がいくらかおそくなったであろうことは推認できるけれども、同女が死亡の結果を免れたと認めることはできない。したがって、被告の右債務不履行と相当因果関係があるのは、Bの死亡による損害ではなく、死期が或る程度早められたことによる損害であるということになる」「Bが死期を早められたことにより精神的苦痛を被ったことはいうまでもない。しかし、Bが被告の債務不履行によって被った精神的苦痛がこれのみに止まると考えることは早計である。すなわち、患者としては、死亡の結果は免れないとしても、現代医学の水準に照らして十分な治療を受けて死にたいと望むのが当然であり、医師の怠慢、過誤によりこの希望が裏切られ、適切な治療を受けずに死に至った場合は甚大な精神的苦痛を被るであろうことは想像に難くない。本件の場合、前認定のとおり、Bが原告Aを通じて被告に対し精密検査を受けることを希望したのにかわらず、この希望は被告によってついに無視され、適切な治療を受けることなく死期を早められたのであるから、Bは被告の前記債務不履行により甚大な精神的苦痛を被ったものと認めるのが相当」「そこで、慰籍料の額について考えると、・・・Bが自動車整備士である夫と二児（19歳および12歳）をもつ円満な家庭生活を営む43歳の主婦であつたこと（Bの死亡当時の年齢は当事者間に争いが無い。）その他諸般の事情に照らせば、Bの右精神的苦痛は金100万円をもつて慰籍されると認めるのが相当」と判示した。

2) 福岡地裁昭和52年判決

前節の判決は、「死期を早められた」といういわゆる「延命利益の侵害」を論じたものであるが、真正面から「期待権」を認めたものである。

(1) 事案の概要

妊娠5か月のA（20歳）がY医師により人工妊娠中絶手術を受けたところ、胎児の排出までは比較的順調に処置できたが、約12時間後に容体が急変し、さらに約5時間後に死亡した。

(2) 裁判所の判断

裁判所は、「診療契約における債務不履行としての因果関係立証のレベルでの問題としては、ある不行為の一つ又は数個とある結果との因果関係を積極的に認定しえないとしても、ある不行為の一つ又は数個さえなければ、即ち十分な患者管理のもとに診察・診療行為さえなされていれば、ある結果も生じなかったかもしれないという蓋然性がある以上、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うべく、右にいう患者の期待（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。そうである以上、右期待を裏切られた場合には、それを理由に慰謝料の請求のみは可能となる理であり、その具体的判断（請求権の存否と額）の為には、過失と結果の具体的内容、蓋然性の程度につき詳細に検討されなければならない。「叙上の点（過失相殺の考え方を含む）を総合考慮すれば、Aが前記期待権を侵害されたという債務不履行により被った精神的打撃を慰藉するには100万円をもって相当と思料する（尚、原告らは生命の侵害を損害として主張しているのであるが、右期待権の侵害を損害と解して慰謝料請求を一部認めることは何ら弁論主義に違背するものではない）」と判示した。

3) 東京地裁昭和56年判決

上記福岡判決に対しては、学説の批判も強く、また実務においても、しばらくは消極的な判決もみられた。期待権について明確に否定したのが、この判決である。

(1) 事案の概要

Aは、昭和50年3月ころ、右膝関節内側に疼痛を感じたので、診療を受けたところ、Y医師は、これを右膝関節周囲炎と診断し、治療を開始した。ところが、Aが、自らB医科大学附属病院の診断を受けたところ、骨腫瘍が判明し、B病院で右足切断手術を受けた。術後経過は良好で退院し、以後通院治療に移行したが、その後（昭和53年1月）、左肺・右大腿部に転移していることが判明した。そこで、制癌剤の投与等を受けたが、転移性腫瘍により全身状態の衰弱を来す悪液質を併発して、昭和53年7月死亡した。

このため、子Xらは、Yには、Aが悪性骨腫瘍と診断し又は少なくともその疑いを抱いて、大病院への転移を勧告すべき注意義務があったとして、損害賠償請求した。

(2) 裁判所の判断

裁判所は、過失の存在は認定したものの、因果関係の存在を否定し、また、期待権については、以下のとおり否定した。

「原告らは、被告に対し、被告の前記過失行為により、現代医学の提供する平均的水準の医療を受けられるとの期待を裏切られたこと自体につき、これによる疾病に関する結果発生の如何を問わず慰謝料の請求をしているが、右にいう期待は不法行為法によって保護されるべき正当な利益とは解し難く、同主張はそれ自体失当であって理由がない。」「適切な治療を受けることを望んでいたA自身は勿論のこと、原告ら家族の不满・悲しみは大きなものがあり、本訴に及んだ心情は十分に察せられるのであるが、本件は悪性骨腫瘍という不幸な病気によってもたらされたものであり、被告に法律上の責任を問うるかという問題については、前に述べたとおり、本件悪性骨腫瘍が希な経過をとり発生頻度の極めて低いものであること、就中悪性骨腫瘍の治療の困難性等を前提として判断を進めざるをえないのであり、これらの前提に立って考えると、本件については前述のような結論とならざるをえないのである。」

このように、上記判例を含むいくつかの判決は、期待権自体を認めず、請求を棄却している。しかしながら、昭和60年以降、期待権侵害（又は延命利益の侵害等）を認める裁判例が数多く現れている。

表1 期待権等を認めた判例・裁判例一覧

年月日	裁判所	事案の概要	判 示
S52.3.29	福岡地裁	中絶手術後死亡	医師による十分な管理の下で診療してもらえとの期待が裏切られた
S58.2.7	福岡地裁小倉	胃癌を胃潰瘍と誤診	適切十分な治療を受ける期待を裏切られた失望と苦痛
S61.12.26	名古屋高裁 →最高裁H4 .6.8 で覆る	未熟児網膜症	医師の医療行為ないし医療対応が著しく粗雑杜撰不誠実であった結果、軽からざる医療上の過誤が犯された
S62.5.8	名古屋地裁	胃癌の発見遅れ	延命の機会・可能性の喪失
S62.12.21	山口地裁下関	劇症脳炎の経過観察懈怠	杜撰不誠実な医療により患者の適切な治療を求める可能性を侵害
S63.3.22	岡山地裁	不適合輸血	危険・重大な医療過誤およびその後にとつた医師の遺憾な態度による精神的損害
S63.12.14	神戸地裁	膵臓癌発見遅れ	地域高度医療機関として信頼して受診した患者の期待を裏切った
H1.6.26	大阪地裁	脊髄の椎弓切除手術前の検査の不実施	手術に不可欠な基本的診断法を実施するものと期待する人格的利益の侵害
H2.8.13	仙台高裁	カルテ改ざん	患者の期待に反し、信頼を裏切る行為
H2.12.19	静岡地裁沼津	直腸癌発見遅れ	癌の早期発見の期待を裏切られ、延命利益を侵害された精神的損害
H3.7.23	東京地裁	開腹手術の遅れ	適切な医療を受けて治癒する機会・可能性を失った精神的損害
H4.10.26	東京地裁	大腸癌発見の遅れ	癌の早期発見早期治療の機会を得る期待権が侵害されたことによる精神的損害
H5.1.28	東京地裁	肝臓癌発見の遅れ	真摯な治療を求める患者の期待を裏切った
H8.4.15	東京地裁	ベッドから転落・くも膜下出血	適切な看護を受ける期待を侵害しその機会・可能性を奪った
H8.9.30	東京高裁	胃潰瘍で胃切除の後の縫合不全により多臓器不全で死亡	術後の観察検査義務違反で無念の思いの慰謝
H10.2.27	金沢地裁	肺塞栓症により死亡	入院後約7時間経て診断。早期発見治療しない過失。救命期待権侵害
H10.3.9	仙台高裁秋田支部	癌の不告知	残り少ない人生を充実させることの期待権侵害

H11.2.25	最高裁	アルコール性肝硬変であるとして治療を受けながらも2年8か月ほど検査せず	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
H12.9.22	最高裁	狭心症を疑いながらニトロ舌下投与もせず	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は法的に保護される(不法行為による損害賠償)
H16.1.15	最高裁	スキルス胃癌の発見遅れ	上記規範を診療契約の債務不履行責任にも適用

4) 最高裁平成11年2月25日判決

期待権侵害事件では、患者が死亡した場合でも、100～200万円程度の慰謝料が認められるに過ぎなかった。こうした中、最高裁平成11年2月25日判決は画期的な法理を示し、損害賠償として逸失利益まで認める判断を示した。

(1) 事実経過

A(当時53歳)は、昭和58年10月の人間ドックで、アルコール性肝硬変であるとの診断を受け、その後、肝臓癌を専門とするY医師のところで、昭和58年11月から昭和61年7月まで受診した。その間、771回も通院していたにもかかわらず2年8か月ほどの間、一度もスクリーニング検査は実施されなかった。

昭和61年7月19日、腫瘍破裂による腹腔内出血を起こしていることが判明。同月22日に肝臓癌の確定診断がなされるが、もはや処置の施しようもなく、27日に肝不全で死亡した。

本件の第一審・第二審では、Yは、肝癌早期発見のため、AFP検査・エコー検査等による定期的スクリーニングをする義務を負うとし、それを怠った過失がある、と過失の存在については、認定された。しかしながら、Aの肝癌は、早期に発見できた高度の蓋然性があり、そして良好な予後が期待できる段階で発見されれば、TAE療法・局所化学療法等の適切治療を受けることができ、延命効果が期待できたものの、右可能性が認められるとしても、いつの時点でどのような癌を発見することができたかという点などの本件の不確定要素に照らすと、どの程度の延命が期待できたかは確認できないから、Yの注意義務違反とAの死亡との間に相当因果関係を認めることはできないとした。その上で、Aは、Y医師の注意義務違反により、肝細胞癌に対する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、としてAの右精神的苦痛に対する慰謝料については300万円をもって相当と判示した。

(2) 最高裁の判断

これに対して、最高裁は、「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得る高度の蓋然性を証明することであり、その判定は、通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性の確信を持ち得るものであることを必要とし、かつ、それで足りるものである」として最高裁昭和50年10月24日判決を引用し、そして、「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」という規範を鼎立した。

その上で、「Aの肝細胞癌が昭和六一年一月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、同人は同年七月二十七日の時点で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というにあると解される。そうすると、肝細胞癌に対する治療の有効性が認められないというのであればともかく、このような事情の存在しない本件においては、被上告人の前記注意義務違反と、Aの死亡との間には、因果関係が存在するものというべきである」とあてはめ、死亡による逸失利益を含めて医師が損害賠償すべきとの判断を示した。

(3) 判決起案者の考え

この判決につき八木一洋最高裁調査官(判決の起案者)は、平成11年最高裁判例解説(いわゆる調査官解説²⁾)において以下に要約引用するとおり説明している。

不作為の不法行為の成否が問われている本件のような場合には、専ら医師が特定の時点で行うべき有益な診療行為を行わなかったために特定の不利益な結果が生じたといえるか否かが問題となる。したがって、身体に対する物理的な侵襲行為が存在せず、医師が適切な診療行為を行っていた場合を仮定してその後の経過を想定し、これを現実の結果と対比してそこに差があることが証明されたときに、因果関係の存在が肯定されることになる。

そこで、問題となるのは、右の思考においては、想定される作為とあり得た結果の発生との規則性について、現象面での連続性の存否に加え、客観的・統計的な意味におけるその発生の確率の大小が検討上の焦点となる。

この点、確率に関する知見がいかほど信頼すべきものでも(例:コインを投げ続ければ表と裏の出る回数はほぼ等しくなることについては疑いを差し挟む余地はない)、特定のコイン投げ結果について確実な予想を導き出すことはできない。このように、予想における確実さの問題は、法的処理の技術として、通常は、特定の結果が発生する客観的・統計的な確率の高さの問題に置き換えることによって解決するも、純粹に論理的な問題としては、最後まで消滅しない。

現象面での連続性の存否またはその内容(結果発生の客観的確率)は、証拠によって、それ自体一つの歴史的事実として認定判断できるが、いかなる連続性の内容(結果発生の確率)をもって、「想定された行為が実際と異なる結果発生を招来した関係を是認し得る高度の蓋然性」が証明されたものとするか否かは法的判断に近い心証形成となる。

原判決は、Yが適切な治療をしていれば、Aが当該時点で死亡することはなかった高度の蓋然性が認められるとしつつも、Yの不作为とAの死亡との間には、相当因果関係は認められないとした。しかしながら、死亡を「特定の時点での生存反応の消滅という歴史的事実」を示すと考えて、因果関係の「あれなくばこれなし」にあてはめると、「加害者の不作为がなければ＝適切な治療をしていれば、被害者が当該時点で生命反応が消滅することはなかったであろう」、すなわち、「当該時点で生存していたであろう」と評価できる場合、因果関係が肯定されると解するべきである。

このように、①ある患者が適切な診療行為を受けていればいかほどの期間生存したかという問いと、②ある患者が適切な診療行為を受けていたならば特定の時点で生存していたかという問いを比較すると、後者②の方が立証が容易といえる。そして、①については、民事訴訟法 248 条の適用も考えられ、患者の立証負担の軽減になると解することができる。

5) 最高裁平成 12 年 9 月 22 日判決

期待権侵害の問題について最高裁判所が初めて判断を示した、とされる判例である。

(1) 事案の概要

平成元年 7 月 8 日午前 4 時ころ、A (56 歳の男性) は、突然の背部痛で目をさまし、B 総合病院に向かった。午前 5 時半ころ、夜間救急外来の C 医師は、診察の結果、第一次的に急性すい炎、第二次的に狭心症を疑った。C 医師は、看護師に鎮痛剤を筋肉注射させ、さらに、部屋を移動した後、急性すい炎に対する薬を加えた点滴を静注させた。点滴中、A は大きく痙攣した後、すぐにいびきをかき、深い眠りについたような状態になった。C 医師が駆けつけ、すぐに呼びかけたが、呼吸が停止。心臓マッサージを始めるとともに、午前 6 時ころ、集中治療室に搬入し、他の医師と共に蘇生術を試みたが、A は午前 7 時 45 分ころ死亡した。A は自宅において、狭心症発作に見舞われた後、心筋梗塞に移行したものであり、診察当時、心筋梗塞相当に増悪した状態にあり、点滴中に致死的不整脈を生じ、容体の急変を迎えるに至ったものである。しかるに、C 医師は、診察にあたり、触診および聴診を行っただけで、胸部疾患の既往症を聞き出す、あるいは、血圧・脈拍・体温等の測定や心電図検査を行うこともせず、ニトログリセリンの舌下投与もしていない等、胸部疾患の可能性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い。

この事案では、C 医師が A に対して適切な治療を行ったとしても A を救命し得たであろう高度の蓋然性は認められない。しかし、救命できた「可能性」はあった (裁判所の認定)。

この事案の第一審は、「医師が血液のバイタルサインのチェックや心電図の測定を行っておらず、また、狭心症を疑っていながらニトログリセリンの舌下投与も行っていない等、胸部疾患のある患者に対する初期治療としてなすべき基本義務を果たしていない」と認定しつつも、「医師の作為・不作为と A の死亡との間に因果関係を認めることはできない」とした。

また、「(原告が主張する) 慰謝料の中には、この適切な初期診療・治療を受けることができなかったことによる A 本人およびその遺族としての心残りが含まれていると解することができる。しかし、右にいう「心残り」の背景には、A の死亡という悪結果があることは否めず、にもかかわらず、「心残り」なるものを損害として慰謝料請求を肯定することは、一旦、医師の過失との因果関係が否定された A の死亡による (慰謝料) の賠償を認めることになり妥当で

はない」とし、請求を棄却した。

これに対して、原審（第二審）は、「適切な初期診療が行われたとしても、Aを救命できたと認めることはできない」としつつも、「医師としては、診療契約上の義務として、また、不法行為上も、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損害を慰謝すべき責任があるというべき」判示し、この精神的苦痛に対する慰謝料を200万円（また、弁護士費用として20万円）を相当とした。

（2）最高裁の判断

「医師が過失により医療水準にかなった医療を行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けれども、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は、医師は、患者が右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不法行為責任を負う」との判断を示し、原審を是認した（医療機関側の上告を棄却）。

（3）判決起案者の考え

この判決につき杉原則彦最高裁調査官（判決の起案者）は、平成12年最高裁判例解説民事編855頁（いわゆる調査官解説³）において、以下に要約引用するとおり説明している。

昭和52年福岡地判が判示した「期待権」につき、学説では否定的見解が多く、①期待権ないし期待というような主観的感情利益は法的保護の的確性に欠ける、②加害行為による権利・法益侵害が認められないにもかかわらず、慰謝料請求を認容することは、損害との間の因果関係を無視して、債務不履行ないし不法行為による過失それ自体に損害賠償を認めることにほかならない、との批判がなされている。とはいえ、否定説の論者も、「何らかの救済策を考えるべきである」とするものが少なくない。かくして、「結論としては損害を認める」との説が多数である。

本判決は、これまで「期待権」等といわれてきた被害法益の内容を「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」として具体化したものである。生命は極めて重大な保護法益であり、自己の生命を維持する客観的可能性を保持する利益も重大な保護法益であるから、この可能性を違法に侵害することは不法行為を構成するとの考えに基づく。なお、ここで侵害されているのは「債務の履行期待」ではなく、「患者がその死亡の時点においてなお生存していた可能性」である。

「相当程度の可能性」の解釈であるが、因果関係が肯定されるための要件である「高度の蓋然性」に準ずるような高いものではない。しかしながら、客観的な可能性がない場合は、上記の「法益の侵害」がなく、損害賠償義務は発生しない。ちなみに、本件の事案は、「鑑定人は・・・適切な救急治療が行われたならば、確率は20パーセント以下ではあるが、救命できた可能性は残るとしている」というものである。

本件は、原審が不法行為責任を認め、これに対して、病院側から上告されたところ、原審の判断が正当として是認されたというものであるから、このような事案について債務不履行を認めることが否定されているわけではない。

本件の法理では、慰謝料としてより高額の請求が認められるべきか、あるいは、慰謝料以外

の損害の賠償が認められるか否かについては判断していない。逸失利益等の財産的損害を一部認めることができるかなどは、残された問題である。

6) 最高裁平成16年1月15日判決

平成12年判決は、不法行為について上記規範を示したものであるが、債務不履行の場合においても同様の法理が適用されることは容易に予想される。平成12年最高裁判例解説民事編においても、「本件は、原審が不法行為を認め、これに対して病院側から上告されたところ、原審の判断が正当として是認されたというものであるから、このような事案について債務不履行を認めることが否定されているわけではない」とされていた。

この点につき、平成16年に最高裁判決が出され、判例上も明らかとなった。

4. 考察

以上みてきたとおり、適切な医療行為を行ったとしても、患者の救命確率が低い場合や、それによっても延命しか期待できない場合には、不適切な医療行為と死亡等の結果との間には事実的因果関係を認めることができないため、患者救済のための法理が展開されてきた。

判例・裁判例の推移はさきに詳細に述べたとおりであるが、まとめると、裁判所は、まず、延命利益論を展開してきた。少し遅れて患者の「期待権」を認める判例が現れたがこの時点では学説の反対も強く、否定する裁判例もあり、実務に定着することなく、延命利益論が適用できる限り期待権を持ち出す必要がなかった。ただし、この時期には、延命利益で法的構成しつつ慰謝料算定において、期待権の要素を加味する例が多く、「両者は交錯し未分化のままである」とされている。しかし、裁判例の蓄積により延命利益の要件が次第に厳格になったので、再び、期待権が構成し直されてきたという流れである⁴。

1) 学説状況

この問題についての、学説の展開状況は以下のとおりである。

[A説] 生存の可能性が失われたこと自体に焦点を当てて損害を捉える見解

中村哲「医療過誤における損害についての二、三の問題⁵」によれば、例として、4.50%の救命率しか認められない場合をあげ、「4.50%と低い救命（治癒）率しか認められない場合には、適切な医療行為が行われたとしても、患者が死亡しなかったと言えないので（横浜地判決昭和53年10月19日）、仮に医師にミスが存したとしても、それと患者の死亡との間に事実的因果関係を認めることができない。しかし、右ミスと4.50%の救命の可能性の喪失との間には責任成立のための事実的因果関係が認められる。してみると、その範囲で、医師にその責任を認めるのが相当である」と結論づけている。そして、「その損害額の算定に当たっては、慰謝料のなかで加味するのは相当でなく、証明より救命率4.50パーセントの可能性の喪失ということで交通事故訴訟において認められてきた逸失利益の算定の基準表を基礎にして、その算定を試みるのが相当である」とする。

この考えでは、また、医師の過失との間に事実的因果関係が認められるのは、「ある救命率をもった可能性」であって、患者の死亡それ自体ではない、とする。

この[A説]に対して、適切な治療を受ける期待の喪失に焦点を当てて損害を捉える説があ

る。これはさらに、以下の〔B説〕〔C説〕に分かれる。

〔B説〕 ライフスタイル説

「適切な治療を受けた後にどのような生活を過ごすのかという、ライフスタイルないし生活の質に係る法益を認め、その侵害について慰謝料を認めるべきである」とする説である⁶。

これは、「被害者側に存在する期待権の内容を明らかにして、権利侵害による慰謝料を積極的に位置づけようとする説」⁷と解されている。

裁判例でも「A子は被告の誤診により、(1) 延命の可能性、(2) 最善の治療を追求する可能性、(3) 余生享受の可能性を失ったものである。A子が日赤病院に入院して、疼痛持続、食物摂取不可能で全身衰弱し、悪化の途をたどる一方の中で死期を迎えつつあった間、被告の誤診のために無為にすごした日々につき悔恨の情をつのらせたことは容易に推認しうるところであり、その精神的苦痛は決して些少とはいえず、被告の過失ある誤診により通常生ずべき損害として法的に慰藉されるべきものである」(宇都宮地裁足利支部昭和 57 年 2 月 25 日)と判示したものがある。

〔C説〕 「適切な治療機会の喪失」を損害として捉える説

この説では、まず、従来の判例の法理を概観して「歴史的事実を経験則で判断する際の指標である「高度の蓋然性」を救命率・治癒率の高低にそのままスライドさせることに何の疑問も持たない判決が多い。やや比喩的にいえば一般社会の事物の判断は「蓋然性」が要求されるのに対し、医療ないし医師の行動原理は治癒の「可能性」で足りるのではないか」⁸とした上で、「何人も立証困難な医学論争を原告が法廷で再現しなければならないような、あるいは本来(実体法上)事態の解明義務を負うべき医師の負担が、証明責任の背後に追いやられるような審査のあり方は疑義を呈せざるを得ない」とし、患者救済のためには、「医療をめぐる医師と患者の根本的なあり方を考えれば、患者の訴えや要望を漫然放置する対応が許されないという思いと、法的因果関係としては高度な蓋然性を認めるに至らないが、しかし医師のあるべき態度として(救命・延命の蓋然性が高度になるまで手を拱いて傍観してよいのかとの規範が)追認されるものではない旨明らかにしたいとの自覚が、治療機会の喪失という結果に結びつけてその範囲での慰謝料認容を導き出している。問題がもっぱら因果関係存否にかかわるだけに、裁量による損害の割合的解決もままならず、死ないし延命という客観的悪結果と区別された精神的苦痛を医師の対応に帰因するとして独自の慰謝料を肯認する。事件の妥当な解決を希求する実務の健全性を証明するものである」と解している。

以上のとおり、学説では、肯定説が多数を占めているが、以下の否定説も有力である。

〔D説〕 否定説

期待権なるものは、診療契約における一般的義務違反と同視すべきもので、これに独立した法的権利性を肯定することは大いに疑問があるとする説である。

すなわち、C説に対して、「このような法理は、厳しい賠償請求における責任要件を部分的に緩和し、患者側の診療過誤をめぐる賠償請求に対し説得力のある理論を提供するものとして理解できるが、検討の余地が残されている」⁹とする立場である。

ただし、否定説の立場からも「もつとも、最判平成11年2月25日のように、癌診療において医師に過失があり延命の可能性が高いとき患者の死亡の結果との間の因果関係を肯定し・・・医師に義務違反があるときには、端的にその診療過誤による責任が肯定されることになり、したがって、この最判は、従前の癌診断における諸多の議論を超克する契機を含むものとして注目される」⁹と平成11年判例を評価していることは注目される。

2) 損害賠償の範囲に関する考察

学説においては、「生存可能性という法益が生命という法益の連続線上にあることからすれば、財産的損害ないしはそれに準ずる損害が問題とされるべきである」との見解もある。

しかし、新美説では、「こうした見解に直ちに賛成することにはためらいを覚える」とした上で、①生存可能性という法益が生命という法益の延長線上にあるとしても、その損害額の算定に当たっては、生活ができた場合の予後がどのようなものであるかが考慮される必要があり、場合によっては、救命できたとしても就労が不可能であると判断され逸失利益の賠償が肯定できない場合もある、②生存可能性という法益が侵害されたことを高度の蓋然性をもって証明できるか疑問、③仮に生存可能性が認められるとしても、そこでの生存可能性の程度が明確に認定できるか疑問、と整理した上で、「このような状況で、財産的損害ないし逸失利益を算定できるか疑問があり、せいぜい慰謝料算定において生存可能性が侵害されたということとその可能性の程度とが斟酌されるにとどまるのではないだろうか」とする。

3) 平成11、12、16年最高裁判例の評価

これら学説が混迷する中で一定の方向性を示したのが、平成11年以降の一連の最高裁判決群である。

平成11年最高裁判決以前の主流の判例理論においては、医療機関側に義務違反（過失）があると認定される場合であっても、「適切な治療がなされていれば、患者が平均余命を全うしたこと」または「相当期間延命し得たこと」が立証されなければ、死の結果との因果関係は、原則として否定された。これは、不作為型の場合特に問題となり、生存期間が不明確になったことが、患者の不利に働くという訴訟構造になる。そこで、このような不合理を解消するために、学説や裁判例の一部では、患者の期待権や延命の利益、さらには、適切な治療機会の喪失などを根拠に患者の救済を図ってきた。

このような中で、平成11年最高裁判決は、「医師の不作為と患者の死亡との因果関係について患者の死亡を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と捉え、従来の裁判例のように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当該時点において死亡せず、平均余命を全うしたであろうこと、と捉えないことによって、原告に因果関係の証明の軽減をもたらしたのである」¹⁰と評価されている。

この平成11年最高裁判決については、前掲のとおり否定説からも「この最判は、従前の癌診断における諸多の議論を超克する契機を含むものとして注目される」⁹とされている。

平成12年判決は、平成11年判決でもなお救済されないケース（高度の蓋然性をもって、死亡時期の違いを証明できない場合）についても救済できるものとした点に意義があると評されている。そして、『その時の死』を法益とする場合と『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』を法益とする場合の『法益の二段階構造』を採用したことになる¹⁰とみられている。

そしてさらに、法益の2段階構造を採用したとの前提から、「③『治療機会の喪失』にあたる法益の侵害と構成できるのではないか」「これは医療水準に違反した行為があるのみで③が問題となる¹⁰として、法益の三段階構造の可能性についても論ぜられている。

思うに、平成11年判決は、「平均余命まで生きる高度の蓋然性」が立証できなければ、「過失」と「死の結果」との因果関係を認めないとした、従前の法的枠組みを壊したものであり、「適切な治療法を施せば、その時点ではなお生存していたこと」を高度の蓋然性をもって立証すれば、因果関係を認めるという枠組みである。この考えに関しては、(法律の専門家でない一般の)医師においても一定の納得の得られる法的枠組みであると考えられる(むしろ、「平均余命を全うすることが立証できなければ死との因果関係は認められない」とする伝統的な法的構成の方が、一般には、奇異に映るように思われる)。

これに対し、期待権を具体化したとされる平成12年判決は、因果関係がなくとも(高度の蓋然性が証明できなくとも)「生存の可能性」のみで因果関係を肯定するものであり、従来からの期待権否定説に何ら応えていないものであり、粗雑な法理といわざるを得ない。このような苦しい法理を強弁せざるを得ない背景として、「患者の救済」という命題が存する訳であるが、それが故に因果関係論を歪めるのは過失責任主義を大原則とする司法制度の限界と断ぜざるを得ない。

4) 結語

もとより、期待権(延命利益論も含めて)に関しては、学界の有識者も一様に「この問題に対する学説の関心は高くない。わずかにある文献の多くは個々の判例評釈で、本格的な総合研究はほとんどない⁴、「この問題については、学説上、十分な蓄積があるとは言いがたい⁸、「期待権侵害論に対して、学説は賛否を含めて、共通の理解にまで至っていない⁷」等述べている部分であり、学説の議論も十分なされているとはいえない分野である。

患者救済の観点から、期待権という概念を用いて、慰謝料で処理する方法は現実的でもあり司法制度の中での解決方法としては一定の評価はできるが、期待権については、否定する学説も極めて有力であり、理論的にも「期待」という主観が法的保護に値するかは疑問なしとはしない。それにもかかわらず期待権が実務で認められてきたのは、不幸にして被害を受ける結果になった患者の救済のため、というただ一点に尽きる。これはある意味で司法制度の限界を意味するものと考えべきである。そうであるならば、患者の救済という観点から視野を広く置き、単に司法救済のみならず、無過失補償制度や医事審判のための新たな制度の提案などをも検討課題とし、過失責任の狭い枠にとどまるのではなく「社会連帯」の視座から患者救済を図る方策を考案すれば、この問題に関してさらなる道も開けるものと考えられる。

医療過誤訴訟の特殊性、さらには医療自体の持つ特質に着目した上で、既存の司法制度の限界を踏まえつつ、患者の救済の観点とともに、医療の発展にも寄与できるような仕組み作り(医事紛争専門の審判制度やADR機関、さらには、無過失補償制度等の創設等も含まれる)をも視野に入れ、この問題の議論をさらに深めていく必要がある。

文献

- 1 溜箭将之：最高裁民事判例研究、法学協会雑誌 118 (12) 134-151、2001
- 2 八木一洋：医師の不作为と患者の死亡との間の因果関係の存否の判断と患者が適切な診療行為を受けていたとした場合の生存可能期間の認定、最高裁判所判例解説（民事編平成 11 年度）133-164、法曹会、1999
- 3 杉原則彦：医師が過失により医療水準にかなった医療を行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、最高裁判所判例解説（民事編平成 12 年度）855-870 頁、法曹会、2000
- 4 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 6 (3・4) 137-177、1992
- 5 中村哲：医療過誤における損害についての二、三の問題、司法研修所論集 (80) 105-130、1988
- 6 新美育文：癌患者の死亡と医師の責任、ジュリスト (787) 78、1983
- 7 浦川道太郎：いわゆる期待権侵害による損害、判例タイムズ (838) 54-61、1994
- 8 石川寛俊：治療機会の喪失による損害（期待権侵害論再考）、自由と正義 39 (11) 27-43、1988
- 9 稲垣番：医師責任訴訟の構造、162-163 頁、有斐閣、2002
- 10 大塚直：不作为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 (1199) 9-17、2001