

日医総研ワーキングペーパー

患者の期待権と無過失補償制度

—民事訴訟における過失責任主義の限界—

No.209

2009年12月

日 医 総 研

患者の期待権と無過失補償制度

—民事訴訟における過失責任主義の限界—

日本医師会総合政策研究機構 主席研究員 尾崎孝良

キーワード

- ◆患者の期待権
- ◆無過失補償
- ◆期待権論
- ◆延命利益論
- ◆医療事故
- ◆医療過誤
- ◆医事関係訴訟
- ◆民事訴訟
- ◆医事法務

ポイント

- ◆ 医療事故関係訴訟の裁判例の内容を時系列的にみると、かつての手技のミス等による「作為型」から、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」へシフトしてきている。
- ◆ 「不作為型」において、適切な医療行為を行ったとしても、患者の救命確率が高くない場合や、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うために、患者を救済するための法理が展開されてきた。
- ◆ この典型がいわゆる「患者の期待権」法理である。
- ◆ この法理は既に民事の過失責任主義の限界を示しているものと考えらるべきである。
- ◆ かかる「司法の限界」を踏まえた上でその解決策として、無過失補償制度が設計されるべき。日本医師会では、産科分野において、分娩に関連して発症した重度脳性麻痺児を対象とした無過失補償制度を提言し、本年1月から日本医療機能評価機構の「産科医療補償制度」としてスタートしたところ。
- ◆ もとより、「小さく産んで大きく育てる」という理念の下に「無過失補償」という従来の民法の不法行為概念の原則にない制度を創出したものであつて、可能であればこの制度を拡充し、なるべく多くの診療科・患者や妊婦等が救済される制度に発展させていくべき。

目次

I. 概要	
1. 背景・目的	1
2. 研究方法	1
II. 法的フレームワーク	
1. 不法行為の要件	2
2. 故意・過失	2
3. 損害	3
4. 因果関係の一般理論	5
5. 原因行為が不作為型の場合の因果関係の論点	6
III. 判例の展開	
1. 東京地裁昭和51年判決	8
2. 福岡地裁昭和52年判決	12
3. 東京地裁昭和56年判決	15
4. 東京地裁平成3年判決	19
5. 最高裁平成11年2月25日判決	21
6. 最高裁平成12年9月22日判決	30
7. 最高裁平成16年1月15日判決	36
8. 最高裁平成17年12月8日判決	39
IV. 考察	54

I. 概要

1. 背景・目的

医療事故関係訴訟の裁判例の内容を時系列的にみると、かつての手技のミス等による「作為型」から、近年は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」へシフトしてきている。

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調査し、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、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場合のみ、因果関係の存在が肯定されることになる。

このような中で、結果（特に患者の死亡）との間で従来であれば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。

もちろん、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。

そこで、本論では、期待権をめぐる判例状況・学説状況を整理し、その問題点を明らかにしていくことを目的とする。

2. 研究方法

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調査し、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、学界からの評価・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無過失補償制度創設等の政策を提言する。

II. 法的フレームワーク

1. 不法行為の要件

不法行為が成立すると、加害者は加害行為によって生じた損害を賠償しなくてはならない。しかし、自然界の因果関係は無限に広がる可能性がある。そこで、加害行為との間に相当因果関係が認められる損害を賠償すると解されている。



2. 故意・過失

不法行為の要件の第一は、「故意又は過失」である。

(1) 故意

故意とは、法的には、「結果の発生を認識しながらそれを容認して行為するという真理状態」をいう（通説）。

今日では、（以下に述べるとおり）「過失」を「結果回避義務違反」と捉えるので、およそ不法行為を論ずる場合は、過失でカバーできるため、不法行為論においては、故意と過失の厳密な峻別は区別に実益がない、とされる（もともと、損害賠償の範囲を拡張する場合等に意味があるとされる）。また医療過誤訴訟において、医師側に故意がある場合は想定できない（極めて例外的な場合に限られる）ので、ここでは詳論しない。

(2) 過失

法における過失概念については、歴史的に大きく変遷してきたが、社会が高度化・複雑化した現在では、過失とは、（精神の緊張を欠いていた等の主観的なものではなく）「損害の発生が予見でき、かつ、回避すべき行為義務があったにもかかわらず、それを怠った」ことをいう。ここで、予見可能性は、（予見可能でなければ回避できるはずがないから）結果回避義務の前提といえる。しかし、逆に、予見可能であっても、当然に回避できる訳ではないから、過失認定の重心は、「どのような行為義務があったか」という点にある。

元来は法的にも、過失というのは字義どおり、その人が（自己の能力に応じて）緊張して行動していたか否か、すなわち、「行為者の非難可能性」を意味していた。しかし、社会活動の高度化に伴い、自己の能力に応じて精神を緊張させていただけでは十分ではなくなり、むしろ、通常人であればその程度の注意を払うであろうという水準の行動が要求されるようになった。たとえ、本人が緊張して注意深く行動していても、外部的・客観的にみて注意義務に達していない場合には、「過失あり」とされる。すなわち、過失概念は、かつての主

観的な非難可能性の問題ではなく、「社会的な信頼の保護」へとその機能が展開してきたといえる。

3. 損害

まず、不法行為の結果（債務不履行の結果も同じ）たる「損害」の概念について基礎的な知識を整理する。医療行為から発生する損害として考慮されるのは、以下の（１）～（４）である。

（１）逸失利益

死者における損害のうち、中心となるのは、生存していたならば得られたであろう収入の喪失（逸失利益）である。

本人の平均余命をもとに死亡後の稼働可能年数を計算し、これに死亡当時の年間収入を乗じてこれから本人の生活費を差し引いて得べかりし利益を計算する。本来は将来得られるものであるので、中間利息を控除する（ライブニッツ方式）。

逸失利益の計算例（平成16年5月27日東京地裁の例）

Eは、本件事故当時は54歳であり（前記前提事実）、平成13年度には、生命保険会社の外務員として年間573万3350円の収入を得ていたと認められるところ、これをもとに、生活費割合を30パーセントとして、67才まで稼働した場合の逸失利益をライブニッツ方式で計算すると、 $573万3350円 \times 0.7 \times 9.3935 = 3769万9356円$ （1円未満切捨て）となる。

（２）その他の物的損害

その他の物的損害として、死亡に至るまでの治療費、葬式費用、死体運搬費、墓碑建設費用等の積極的財産損害に対する賠償請求も合理的と考えられる範囲で認められる。

（３）精神的損害（被害者本人）

生命侵害の場合の慰謝料請求権については、かつては判例も、「一身専属性」を理由に請求の意思表示があれば、相続を認める立場を取ってきた（「残念残念」事件）。しかしながら、昭和42年に最高裁は判例を改め、請求の意思表示の有無に関わらず慰謝料請求権が相続されるべきとの立場を取るに至っている。

※論旨は、要するに、原判決が慰藉料請求権は一身専属権であり、被害者

の請求の意思の表明があつたときはじめて相続の対象となると解したのは、公平の観念および条理に反し、慰籍料請求権の相続に関する法理を誤つたものであるというにある。

案ずるに、ある者が他人の故意過失によつて財産以外の損害を被つた場合には、その者は、財産上の損害を被つた場合と同様、損害の発生と同時にその賠償を請求する権利すなわち慰籍料請求権を取得し、右請求権を放棄したものと解しうる特別の事情がないかぎり、これを行使することができ、その損害の賠償を請求する意思を表明するなど格別の行為をすることを必要とするものではない。そして、当該被害者が死亡したときは、その相続人は当然に慰籍料請求権を相続するものと解するのが相当である。けだし、損害賠償請求権発生の時点について、民法は、その損害が財産上のものであるか、財産以外のものであるかによつて、別異の取扱いをしていないし、慰籍料請求権が発生する場合における被害法益は当該被害者の一身に専属するものであるけれども、これを侵害したことによつて生ずる慰籍料請求権そのものは、財産上の損害賠償請求権と同様、単純な金銭債権であり、相続の対象となりえないものと解すべき法的根拠はなく、民法七一条によれば、生命を害された被害者と一定の身分関係にある者は、被害者の取得する慰籍料請求権とは別に、固有の慰籍料請求権を取得しうるが、この両者の請求権は被害法益を異にし、併存しうるものであり、かつ、被害者の相続人は、必ずしも、同条の規定により慰籍料請求権を取得しうるものとは限らないのであるから、同条があるからといつて、慰籍料請求権が相続の対象となりえないものと解すべきではないからである。しかれば、右と異なつた見解に立ち、慰籍料請求権は、被害者がこれを行使する意思を表明し、またはこれを表明したものと同視すべき状況にあつたとき、はじめて相続の対象となつたとした原判決は、慰籍料請求権の性質およびその相続に関する民法の規定の解釈を誤つたものというべきで、この違法が原判決の結論に影響を及ぼすことは明らかであるから、論旨は理由があり、原判決は破棄を免れない。そして、本訴請求の当否について、さらに審理をなさしめるため、本件を原審に差戻すことを相当とする。

よつて、民訴法四〇七条一項に従い、裁判官奥野健一の補足意見、裁判官田中二郎、同松田二郎、同岩田誠、同色川幸太郎の反対意見があるほか、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

(最高裁大法廷昭和42年11月1日)

本人死亡の慰謝料（平成16年5月27日東京地裁の例）

Eは、適切な検査、診療が行われると説得されて、被告病院に入院したにもかかわらず、適切な検査・診断がされることなく死亡に至つたものであり、その慰謝料としては、2000万円と認めるのが相当である。

相続（同上）

上記ア（引用注：逸失利益、上記枠囲み），イ（慰謝料）の合計5769万9356円は，Eの夫である原告Aが，2分の1である2884万9678円を，Eの子であるその余の原告らが，6分の1である961万6559円（1円未満切捨て）ずつを相続したものと認められる。

（4）遺族固有の請求権

不法行為によって生命を侵害された被害者の父母・配偶者・子は、精神的損害の賠償を請求できる（民法711条）。なお、胎児は、損害賠償請求については既に生まれているものとみなされる（民法721条）。

したがって、父母・配偶者・子の範囲に入る親族の数が多い場合、それぞれの請求権は別個であるから、純理論的には、損害賠償額は人数分だけ大きくなるはずである。もっとも、実務では、賠償総額が考慮されている。

4. 因果関係の一般理論

例えば、甲が友人とキャッチボールをしていて、手が滑って投げ損ね、近所の家のガラス窓を割ってしまったような場合、「投げ損ね」という過失行為と窓ガラスの破損には因果関係がある。しかし、投げ損ねてから、窓ガラスを割る間に、窓ふきをしていた乙が誤ってガラス窓を割ってしまった場合は因果関係は否定される。

すなわち、法における因果関係とは、「あれなくばこれなし（*conditio sine qua non*）」の関係とされ、甲の過失がなかったとしてもガラスは割れていたからである。

では、乙の行為と窓ガラスの破損に因果関係があるか？

これを「あれなくばこれなし」の関係にあてはめると、仮に乙の過失行為がなかったとしても甲のボールでガラス窓は割れていたからである。しかし、単純にそう解釈してしまうと窓を割った乙に損害賠償責任は発生しないことになり妥当ではない。この事案で、内田貴教授（東京大学）は、「（あれなくばこれなしの）例外事例と考えるべき」と解している（内田貴、民法Ⅱ、356頁）。

このような単純な教室事例だけを見ても、法的意義における「因果関係」というのは、論理的・機械的に処理できるものではないことがわかる。

また、法的な意味での「因果関係」は多義的であり、ある原因行為から思いがけない損害が発生した場合、「加害者がどこまでの損害について責任を負うべきか」についても因果関係の問題とされる。現実の判例でも、娘をウィーンへの留学に送り出した母親が交通事故で瀕死の重傷を負い、連絡を受けた娘が看護のため帰国し、再度留学し直した場合にどこまでの旅費を負担すべきかが最高裁まで争われた（最高裁昭和49年4月25日。結論は旅費全額を損害と認定）。

この混乱を回避するため、①「あれなくばこれなし」の関係を事実的因果関係、②どこまでの損害を賠償させるべきかを相当因果関係ないし損害賠償の範囲と区別する考えもある。

後述のとおり、医療過誤をめぐる裁判でもこの両者の区別を巡って最高裁でも争われている。

法廷で要求される因果関係は、一点の疑義も許されない自然科学的な因果関係ではなく、あくまで「法的評価を経た因果関係」である。このことは、東大病院ルンバールショック事件判決でも示されている。

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、それで足りるものである。（最高裁昭和50年10月24日）

この判決は、新しい考えを示したものではなく、従前の通説的理解を再確認したもの、と理解されている。

津地裁四日市支判昭和47年7月24日では、硫酸化物がぜんそくの原因物質であることを証明するために、「疫学的因果関係」、すなわち、（個々の被害者についての病理学的・臨床的因果関係を立証するのではなく）集団現象全体の因果関係を統計的に推計する方法による立証が採用された。

疫学的因果関係は、被害者の立証負担を緩和するための方法と理解する向きもあるが、「むしろ、法的因果関係の認定に用いられる科学的知見のひとつ」（内田、前掲）と解するのが妥当と思われる。

また、同様の概念として、統計的因果関係がある。これは集団的な因果関係を統計的に捉えるのではなく、ある原因（たとえば、レントゲン照射）とある結果（ガンの発生）との間に統計上の因果関係があれば、ガン発生のメカニズムが立証できなくとも法的な因果関係が認められる、とする考えである。

5. 原因行為が不作為型の場合の因果関係の論点

通常のとおり、たとえば、侵襲行為と生じた損害との因果関係を考察するには、侵襲行為後に生じた一連の事象を観察し、侵襲とそれら結果との因果関係を分析することになる。

これに対して、不作為の不法行為の成否が問われている場合、「医師がある時点で行うべき治療行為を行わなかったために不利益な結果（例えば、患者の死亡）が生じた」といえるか否かが問題となる。すなわち、医師が適切な診療行為を行っていた場合（≡医学的準則に則った治療）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。

このため、①一般的にこのような立証は困難である上、②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（末期がん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）、純粋な法理論をあてはめると法的因果関係が否定されることになる。

この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る。

他方で、法的理論を離れ素朴な感覚して、医療機関側の怠慢によって治療をせず、それが故に、資料不十分で因果関係が立証できず、患者が救済されないのは不合理である、との価値観が強く働く。

このような批判に対して、判例理論は以下みるとおり大胆な展開をみせてきた。それが患者の期待権理論である。

Ⅲ. 判例の展開

前章でみたとおり、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年判決（東京地裁昭和51年2月9日）

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」（溜箭将之「最高裁民事判例研究・民集54巻7号32」法学協会雑誌118巻12号）とされている。

注：ところが、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。

【事案の概要】

- ・原告Aの妻であるBは昭和45年1月24日被告内科医院を急性胃炎と診断し、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を投与した。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。2月10日頃からBの激痛はおさまり、以後鈍痛に変わったので、Bが3日おき位に被告方に通院し、2月下旬頃には痛みが一時緩和した。

- ・しかし3月2日に再び痛みはじめ、3月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（肝臓外の原因によつて生ずる黄疸）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（肋骨弓の下に指を三本横にした巾の範囲）の肝腫脹があり、その下に胆のう様の大きさ、形を呈した腫瘤が認められたため、直ちに同病院に入院して精密検査を受けた。その結果、胆のう造影検査は、テレパーク内服法、ビリグラフィン静脈注射法ともに造影されず、しかもエックス線フィルム上肝臓部、下肺部に異常陰影が認められた。その他、血液検査の結果と前記腫瘤の性状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。

【裁判所の判断】

「胆のう癌は黄疸のほかに症状を呈することがなく、これを早期に発見するための検査方法がないため、現在の医学の水準からは、開腹手術前にこれを発見することはほとんど不可能に近く、黄疸出現前はこれを疑うことさえ極めて困難であることが認められる。したがって、被告が黄疸出現前に胆のう癌を発見せず、またはその疑いさえ抱かなかつたとしても、これを被告の債務不履行であるということはできない。もつとも、被告が昭和45年1月末か2月初め頃胆石または胆のう症を疑ったこと、その頃原告Aから精密検査の要請を受けたがこれに応じなかつたことは二で認定したとおりであり、証人<略>の証言によれば、胆石の有無を確認する検査方法としては・・・E外科病院が行なつた検査のとおり、胆のう造影剤を内服または注射したうえ胆のうをエックス線で撮影する方法があることが認められる。しかし、右証言によれば、右検査方法は患者の痛みが激しい時にこれを行なうことは危険であること、これを行なつてもそれだけでは胆のう癌の早期発見には役立たないことが認められるので、被告が前記時点において右の検査を行なわなかつたことは被告の債務不履行にはならないといわなければならない」

「これに対し、証人<略>の各証言によれば、閉塞性黄疸の原因には胆石のほかに総胆管、膵頭部および胆のう癌があることが認められ、黄疸出現後は癌の可能性を疑うことが可能であるから、医師としてはより慎重な処置をする必要

がある。被告が黄疸出現後胆石による閉塞性黄疸であると信じ、胆汁分泌促進剤の投薬等の内科的治療を継続したことは二で認定したとおりである。しかし、前記各証言によれば、黄疸には内科的黄疸と外科的黄疸の区別があり、閉塞性黄疸は僅少の例外を除き後者に属し、内科的治療方法では悪くはなつても決して良くなることが認められる。そして、前認定の胆汁分泌促進剤の投薬によつて胆石による閉塞性黄疸の治療が可能であることを認めるに足りる証拠は何もない。そうすると、被告が胆石による閉塞性黄疸と信じながら内科的治療を続けたことは現代医学の水準に照らし誤りであつたことが明らかである。そればかりでなく、胆石の有無を確認する検査方法としては前認定の胆のう造影剤を用いる方法があり、証人斎藤慶一の証言によれば、内科的黄疸か外科的黄疸かは、三で認定したE外科病院が行なつたように、肝臓機能検査（血液検査）を行なえばアルカリフォスファターゼの上昇の有無によつて比較的簡単に判定できることが認められる。そうだとすると、被告が黄疸出現後もこれらの検査をすることなく胆石による閉塞性黄疸と軽信したこと自体現代医学の水準に照らし妥当を欠くものといわなければならない」

「そうだとすると、前叙のとおり黄疸出現後は癌の可能性を疑うことが可能であつたこととそれより前に原告Aから精密検査の要請を受けたことを併せ考えるならば、内科医である被告としては黄疸出現の時点において前記検査を受けさせるためE外科病院その他適当な外科の病院にBを転院させる義務があつたと認めるのが相当である。したがつて、右の時点においてBを外科の病院に転院させなかつた点において、被告は前記債務の完全な履行を怠つたことが明らか」

「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<略>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、この認定に抵触する甲第二、第四号証の各記載は前記各証言に照らし信用しない。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つたとしても、これによつてBの死期がいくらかおそくなつ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。したがつて、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つ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つて被つ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かかわらず、この希望は被告によつてついに無視され、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つ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才および12才）をもつ円満な家庭生活を営む43才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」

「原告Aが、Bの夫であること、原告C、同佳DがBの子であることは当事者間に争いが無いから、原告らはBの相続人として同女の前記損害賠償請求権を法定相続分に従い各3分の1ずつ承継したことが明らかである。したがつて、被告は原告らに対し各金33万3333円（円未満切捨て）およびこれに対する訴状送達の日翌日であることが記録上明らか昭和47年4月12日から支払済みまで民事法定利率年五分の割合による遅延損害金を支払う義務がある」

【判決主文】

1 被告は原告らに対し各金33万3333円およびこれに対する昭和47年4月12日から支払済みまで年五分の割合による金員を支払え。

2 原告らのその余の請求を棄却する。

<以下略>

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「ある不行為の一つ又は数個とある結果（患者の死亡）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（本件では不作為による過失）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つ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ってみれば、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」と認めたリーディングケースである。

以下、判例時報867号90頁以下を要約。

【年月日・判決裁判所等】

福岡地判昭和52年3月29日判決昭和48年（ワ）第1020号

【事案の概要】

妊娠5か月のA（20歳）が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されたが、約12時間後に容体が急変し、さらに約5時間後に死亡。

【原告が主張した過失】

- ・中絶術前の全身状態の検査についての懈怠（肯定）
- ・塩酸キニーネ・ヒマシ油併用方法という中絶術の選択についての不注意（否定）
- ・同方法の副作用についての不注意（否定）
- ・術後の患者看視体制についての懈怠（肯定）
- ・応急措置を施して一応危機状況を脱した後の患者看視体制の懈怠（肯定）

【裁判所の判断】

「Aの妊娠中絶術から死亡に至る過程で、医師たる被告には大別して、①胎児娩出手術以前の段階で、Aの身体状況について一般的な血圧、血液、脈拍、尿検査等を懈怠した過失と、②娩出手術終了後Aの容体の悪化を病院側が知るまでの1月20日午後5時半頃から9時半頃又は10時頃までの4時間余にもわたって患者看視体制を怠った過失及び③Aに対する応急措置を施して一応危機状況を脱した翌21日午前1時からAの死亡を確認した同3時過ぎ頃までの約2時間にもわたって患者看視体制を怠った過失の3つが一応指摘できる」

「そして、現段階における問題が、被告の右過失とAの死亡との間に因果関係が見出せるか否かにあることも明らかである。よって按ずるに、Aの死因が被告により血液循環不全による心臓麻痺と判断されたが、そのよってきたる所以は、被告にも見当がつかず（被告も本件訴訟において確たる証拠に基づいてAの死因を論じているのではない）、被告はAの遺体の剖検を希望したにもかかわらず、原告らの拒否するところとなったことは前記認定のとおりであり、原告ら主張の死因を認めるに足る証拠もない」

「そこで、結局本件訴訟における双方の立証にも拘わらず、Aの死因を右以上に遡って詳細に確定しえずに現在に至っている。そして、本件においては右に認定したような被告の過失が存するにしても、これがAの死亡因果関係があるかどうか輕輕しく確認することも許されない。けだし、被告は遺体の解剖によってあるいは自らの診療行為とAの死亡との間に関連のないことを明確にする機会を有していたものであり、原告らにおいてその機会を奪ったことを否定できないからである。かかる意味あいでは遺体解剖を原告らが拒否したことにより、被告の過失との関係でAの死因を明確にしえない不利益を原告らが負担するのは止むをえないというべき」

「しかし、このことは本件において原告らの請求がすべて失当として棄却されることを意味するものではない。殊に、原告らがAの遺体解剖を拒否したのは、Aの遺体を切り刻むことの痛ましさを理由にしていたこと前記のとおりであり、実父母の原告らがAの志望直後遺体解剖を拒否した右心情には、無理からぬ面も否定できないことにも思い致すとき、右の理は一層妥当性を有する」

「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（本件では前記した被告の三つの不作為による過失）とある結果（本件ではAの死亡）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（本件では不作為による過失）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（本件ではAの死亡）も生じなかつ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ってみれば、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（過失と結果との間に、何らの関連性も見出しえないときどう考えるかは一つの問題であるが、本件で特に考慮すべきことでもないから、これについては触れない。）につき詳細に検討されなければならない」

「本件についてこれをみるに、前記した①の過失（手術前の血圧、血液、脈拍等の検査の懈怠）さえなければ、Aが危機状況に陥って血圧が70－40と低下傾向を示し、応急措置を施された後それが90－40と一応の回復状況を示

したとしても、それがどの程度の病状の悪さ加減を意味するものかの目安を把握でき、応急措置の程度、方法につき何らか益するところがあったのではないかと解されるのも当然であり、また②の過失（娩出手術施行後の患者看視体制の懈怠）と③の過失（危機状態を応急措置により一応ぬけだしたと思われた後の患者看視体制の懈怠）は患者にとって甚しくその期待を裏切るものであり、Aの容体の急変を早期に発見し、早期に応急措置をとることによりAの死という自体を避けえたのではないかという蓋然性も一概に否定しえないところである。早期発見、早期治療という医学の鉄則に鑑みると、その感を一層深くする。尤も、早期発見、早期治療の観点からいえば患者側にも全く責任がないわけではない。即ち、20日の午後5時半以降9時半ころまたは10時ころまでの間に、容体が悪化したのであれば、Aも枕許のインタホーンを利用して被告側にその旨連絡すればよかった（Aが連絡できる健康状況になかったとはいえないことは前記した）のに、それを怠っており、翌21日午前1時以降はVBが付き添っており、被告から看視を委ねられていた（2本目のリンゲル液を注入中であり、これがなくなったり、何かあったら連絡して欲しいとの被告の伝言は、Aを看護してほしいとの趣旨が含まれていると解するのが、それまでのAの容体の推移状況から推して当然であろう。しかし、この点についての被告の指示が的確になされたとも認定できない以上、このことをあまり重要視するのも当を得まい）にもかかわらずすぐ寝入ってしまったことは看護に落ち度があったと非難されるべき点があることも否めない」

「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藉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）」

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「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」と明確に否定したのが、この判決である。

【年月日・判決裁判所】

東京地裁昭和56年10月27日判決

【事案の概要】

- ・ Y 医院の Y 医師は、患者 A の右膝関節内側の疼痛を右膝関節周囲炎と診断し、治療。
- ・ 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。
- ・ ところが、その後、左肺・右大腿部に転移していることが判明。
- ・ そこで、制ガン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死亡。
- ・ 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。

【裁判所の判断】

(1) 過失の存在→認定

「被告（医師）は、A につき、遅くとも、同人の痛みが激しくなったため、X 線撮影をして診断をした昭和51年9月16日には、悪性骨腫瘍の疑いを抱くべき注意義務を負っていたと解するのが相当である」

「悪性骨腫瘍であるとの診断は、問診、視診、触診等による臨床所見のみでは殆どなし難く、種々の X 線、病理組織診断、血液の生化学検査所見などの総合的判断によって診断を下しうるものであることが認められ・・・悪性骨腫瘍の治療のためには、初発部位の処置として、まず、局所的に人工心肺装置を使ってナイトロジェンマスタード N オキシド、マイトマイシン C、5FU の三者併合による局所灌流療法を行ったうえで切除、切断の手術療法を行い、右局所療法と同時に肺転移抑制のため全身的にアドリアマイシン、カルゴコン等を全身投与する必要があることが認められるところ、被告本人尋問の結果によれば、被告の医院は医師は被告1名、看護婦4名、打ち1名は事務専務という無償診療所であって、同所では、前記診断を得るための十分な諸検査や右治療をすることができないことが認められるから、被告が A につき悪性骨腫瘍の疑いを抱いた場合、被告には、A に対し、人的物的設備の整った専門医のいる大病院へ転院するよう勧告すべき注意義務があると解するのが相当である」

「したがって、被告がAにつき昭和51年9月16日以降も悪性骨腫瘍の疑いを全く抱かず、そのため同人に対し人的物的設備の整った骨腫瘍の専門医のいる大病院へ転院するよう勧告をしなかったことは、不法行為上の過失に該当すると解するのが相当である」

(2) 因果関係→否定

「Aの悪性腫瘍が肺等へ昭和51年10月以前の何時転移したかは医学上これを明らかにすることはできず、被告が昭和51年9月16日悪性骨腫瘍を疑い直ちに転院の処置をとっていたとしても、これにより腫瘍の転移を防いで救命又は延命することができたか否かは医学的にみてわからないことが認められる」

「したがって、被告が昭和51年9月16日悪性骨腫瘍を疑い直ちに転院の処置をとり、悪性骨腫瘍の発見、治療が前記のとおり早くなっていたとしても、これによりAが死の結果を免れた、又は、その死期を相当期間遅らせることができたと断ずることはできず、結局前記被告の過失とAの死亡との相当因果関係の存在及び同過失のためAの死期が相当期間早められたとの点についてはいずれも訴訟上の証明がないと言わざるを得ない」

(3) 期待権→主張自体失当

「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、原告ら家族の不満・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い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」

【判決主文】

請求棄却

しかしながら、昭和60年以降（すなわち、平成前後～）、期待権侵害を認める裁判例が数多く現れ、ついには最高裁判決が出されるに至った。

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
52.3.29	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たとの期待が裏切られた
58.2.7	福岡地裁小倉	胃ガンを胃潰瘍と誤診	適切十分な治療を受ける期待を裏切られた失望と苦痛
61.12.26	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
62.5.8	名古屋地裁	胃ガンの発見遅れ	延命の機会・可能性の喪失
62.12.21	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
63.3.22	岡山地裁	不適合輸血	危険・重大な医療過誤及びその後にとった医師の遺憾な態度による精神的損害
63.12.14	神戸地裁	膵臓ガン発見遅れ	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
元.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	直腸ガン発見遅れ	ガン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	大腸ガン発見の遅れ	ガン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	肝臓ガン発見の遅れ	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	スキルス胃ガンの発見遅れ	上記規範を診療契約の債務不履行責任にも適用

4. 東京地裁平成3年判決

もっとも、期待権侵害が認められても、そのほとんどの認容請求額は、100万円～200万円程度の慰謝料である。この中で、例外的に、期待権侵害で2000万円の損害を認めた裁判例が下記である。

【年月日・判決裁判所等】

平成3年7月23日東京地裁昭和58年（ワ）第6521号

【事案の概要】

・Fは、昭和57年4月13日午後11時50分ころに左前胸部刺創により救急車で本件病院に運ばれ、そのまま入院した。なお、Fは同月13日午後10時55分ころに模造刀（重量約940グラム、刃渡り相当部分約74.1センチメートル）で左前胸部を上から下に向けて一回突き刺されて負傷した。

・被告Zとの間で右受傷に起因する疾患につき本件病院の医師らから適切な治療を受けることを内容とする診療契約を締結。

・本件病院においては、Fの来院時にY医師が創部を縫合するなどの処置をしたほかは被告医師らが治療に当たり、Fに対して開腹手術を実施しないまま抗生剤投与、輸液等の保存的治療を続けたが、同月24日の早朝ころに同人が死亡。

・Fの死因は、左前胸部に刺入口を有する刺創（その深さは18ないし19センチメートル）に基づく空腸損傷による化膿性腹膜炎。

【裁判所の判断】

「被告医師らは、16日午後2時15分ころに撮影された本件レントゲン写真に腹腔内遊離ガス像を発見し、この時点（受傷後およそ63時間経過時）において直ちにFに対する開腹手術を実施すべきであったにもかかわらずこれを怠ったとは認められるものの、右撮影に至るまで同人に対する保存的治療を続けた判断に違法な過誤があったとまでは認められない」

「消化管穿孔に起因する腹膜炎においては、緊急開腹手術を必要とするが、手術的予後は発症から手術までの経過時間に比例して不良となること、一般的には、発症後六ないし一〇時間以内に手術を行えばかなりの高率で救命し得るのに反し、発症後二四時間以上経過した場合にははなはだしく予後不良となり、遅くとも発症後四八時間以内に開腹手術を行わないと救命が著しく困難となること、特に、穿孔部位が空腸である場合には、内容物が活性化された膵液を大量に含むのでその予後が一般に悪いとされていることが認められる」

「受傷後およそ63時間を経過した16日午後2時15分ころに被告医師らがFに対する開腹手術を実施していたとしても、右時点においてはもはや同人を救命することは著しく困難な状態にあったものというべく、本件全証拠によっても、右時点において被告医師らが開腹手術を実施することによりFを救命し得たと認めることは困難であるといわなければならない」

「したがって、本件損害のうち、逸失利益及び葬儀費用、治療費及び救命可能性を前提とする慰謝料については、その余の点について判断するまでもなく理由がない」

「しかしながら・・・Fは、本件以前には健康状態に特に問題はなかったこと、年齢も当時二七歳と若かったこと、Y医師による初診時にもショック状態は認められず、本件レントゲン撮影後七日余りを経た昭和五七年四月二四日まで生存し、その死亡直前まで比較的元気に動き廻っていたことなど消化器穿孔による腹膜炎としてはやや特異な経過を経たことが認められ、これらの事実を総合考慮すると、被告医師らが16日午後2時15分ころの時点においてFに対する開腹手術を実施していれば、同人を最終的には救命し得たとまでは認め難いものの、その可能性もある程度存し、少なくとも同人の死期を遅らせることができたと推認することは十分可能であるといわなければならない」

「そうすると、Fは、被告医師らの開腹手術実施義務違反により適切な治療を受けて治癒する機会と可能性を奪われ、少なくともその死期を早められたという結果を招来せしめられたものというべきであり、このような事項に係る期待は、生命にかかわる根源的な欲求であって、法的保護に値する利益というべきであるから、被告らは、Fが右利益を奪われたことによる損害を賠償すべき義務があるというべき」

「前示認定の被告医師らの過失の態様、Fの救命の可能性の程度その他本件に現れた一切の事情を斟酌すると、被告医師らの開腹手術実施義務違反によりFが被った精神的苦痛に対する慰謝料としては金2000万円が相当」

「被告らが同原告に対して賠償義務を負うべき弁護士費用の額は金二二〇万円と認めるのが相当」

【判決主文】

1 被告らは、原告Aに対し、各自金2420万円及び内金2200万円に対する被告財団法人Zは昭和五八年七月一五日から、被告B、同C及び同Dは昭和五七年四月二五日から各支払済みまで年五分の割合による金員を支払え。

2 原告Aのその余の請求及び原告Eの請求をいずれも棄却する。

<以下略>

上記の極めて例外的な裁判例があるものの、ほとんどの場合、期待権侵害では、慰謝料100万円～200万円程度が認められるのみであった。

5. 最高裁平成11年2月25日判決

この時点までの下級審の期待権侵害による理論構成では精神的損害について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で、「不作為行為→患者の死亡」の因果関係を認める判断を示した。

【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。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。

【1・2審の判断】

・Yは、肝臓早期発見のため、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ったとした。

・①Aの肝臓癌は、早期に発見できた高度の蓋然性があり、②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（肝臓癌細胞が肝動脈から栄養・酸素を受け取り成長する性質を利用し、大動脈からカテーテルを肝臓まで通し、塞栓物質を注入して冠動脈を塞ぎ、肝細胞を死滅させる治療法）・局所化学療法・全身化学療法・肝切除などの適切治療を受けることができ、③延命効果が期待できた。④右延命の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、⑤Aは、Y医師の注意義務違反により、肝臓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認め、他に弁護士費用として60万円をもって相当と認めると判示した。

【最高裁の判断】

これに対して、最高裁は、原判決を破棄し、以下の考え方により、Aの死亡との因果関係を認定した。

「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日第二小法廷判決・民集29巻9号1417頁（いわゆるルンバール事件最高裁判決）を引用し、そして

「右は、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、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。

「これを本件について見るに、原審は、被上告人が当時の医療水準に応じた注意義務に従ってA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、遅くとも死亡の約六箇月前の昭和六一年一月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、TAE療法が実施されていたとしてもやはり延命は可能であったと見られる旨判断しているところ、前記判示に照らし、また、原審が判断の基礎とした甲第七九号証、第八八号証等の証拠の内容をも考慮すると、その趣旨とするところは、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診療行為を受けることにより、同人は同年七月二七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。

平成11年2月25日最高裁第一小法廷判決平成8年(才)第2043号損害賠償(第53巻2号235頁)

主 文

原判決中上告人ら敗訴の部分を破棄する。
前項の部分につき本件を福岡高等裁判所に差し戻す。

理 由

上告代理人石川寛俊の上告理由第一点について

一 原審の確定した事実関係の概要は、次のとおりである。

1 A（昭和五年九月一四日生）は、昭和五八年一〇月ころ、社会保険小倉記念病院において、アルコール性肝硬変に罹患しているとの診断を受け、同病院の医師の紹介により、同年十一月四日、肝臓病を専門とする医師であり牧坂内科消化器科医院を経営する被上告人との間に、右疾患についての診療契約を締結し、継続的に受診するようになった。

2 その当時、Aには、肝細胞癌の存在は認められなかったが、肝硬変に罹患した患者に肝細胞癌の発生することが多いことは、医学的に広く知られていた。また、肝細胞癌の発生する危険性の高さを判断する上での因子としては、肝硬変に罹患していること、男性であること、年齢が五〇歳代であること、B型肝炎ウイルス検査の結果が陽性であることの四点が特に重視されていたところ、Aは、当時五三歳の男性であって、肝硬変に罹患しており、医師として肝細胞癌発見のための注意を怠ってはならない高危険群の患者に属していた。

3 右当時、肝細胞癌を早期に発見するための検査方法としては、血液中のアルファ・フェトプロテインの量を測定する検査（AFP検査）と、腹部超音波検査が有効であると認められていた。このうち、AFP検査は、肝細胞癌の大きさと検査による測定値が必ずしも比例せず、特に、細小肝癌の場合には検査による測定値が顕著な上昇を示すことは必ずしも多くないため、定期的に反復継続して検査を行い、その経過を観察することが重要であると認識されていた。このように右検査の有効性には限界があるので、腹部超音波検査を併用することが必要であるとされていたが、同検査も、検査装置使用上の死角や画像描出の鮮明さの限界などの点で完全なものではないため、当時の医療水準においては、その頻度についてはともかくとして、定期的に右各検査を実施し、肝細胞癌の発生が疑われる場合には、早期に確定診断をするため、更にエックス線による身体断面の画像の解析検査（CT検査）その他の検査を行う必要があるものとされていた。

被上告人は、肝臓病の専門医として以上の事情を認識しており、また、小倉記念病院においてAにAFP検査や腹部超音波検査等を受けさせることは、それほど困難ではない状況にあった。

ちなみに、当時、超音波検査の検査装置等により検出することが可能な腫瘍の最小の直径は、一・五センチメートルとされていた。また、腫瘍の体積

の倍加速度については、症例ごとに大幅な差があるとされており、最短のものとしてこれを一二日とする調査結果もあった。

4 被上告人は、昭和五八年十一月四日から昭和六一年七月一九日までの間に、合計七七一回にわたり、Aについて診療行為を行った。その内容は、問診をし、肝庇護剤を投与するなどの内科的治療を実施するほか、一箇月ないし二箇月に一度の割合で触診等を行うにとどまり、肝細胞癌の発生の有無を知る上で有効とされていた前記各検査については、昭和六一年七月五日にAFP検査を実施したのみであった。なお、Aの肝臓の機能は、肝硬変の患者としては比較的良好に保たれていたところ、同月九日に明らかになった同検査の結果において、その測定値は、正常値が血液一ミリリットル当たり二〇ナノグラムであるのに対して同一一〇ナノグラムであったが、被上告人は、Aに対し、肝細胞癌についての反応は陰性であった旨告げた。

5 Aは、昭和六一年七月一七日夜、腹部膨隆、右季肋部痛等の症状を発生し、翌一八日朝、被上告人の診察を受けたところ、筋肉痛と診断され、鎮痛剤の注射を受けたが、翌一九日、容態が悪化し、被上告人の紹介により、財団法人健和会大手町病院において同病院医師の診察を受けた。その結果、肝臓に発生した腫瘍が破裂して腹腔内出血を起こしていることが明らかとなり、さらに、同月二二日、前記急性腹症の原因は肝細胞癌であるとの確定診断がされた。また、同病院における検査の結果、Aの肝臓には、三つの部位に、それぞれ大きさ約二・六センチメートル×二・五センチメートルないし約七センチメートル×七センチメートルの腫瘍が存在していたほか、他の部分に、大きさ約五センチメートルの境界不明瞭病変及び大きさ不明の転移巣数個が存在し、門脈本幹に大きさ不明の腫瘍塞栓が存在していることが判明した。

なお、Aについては解剖が実施されなかったことなどもあり、腫瘍等の正確な位置、大きさ等は明らかとなっていない。

6 当時、肝細胞癌に対する根治的治療法の第一選択は患部の外科的切除術であるとされ、他に、門脈から血流が得られない場合以外の場合について肝動脈を塞栓して癌細胞に対する栄養補給を止めこれを死滅させる治療法（TAE療法）や、腫瘍の直径が三センチメートル以下で個数が三個以下の肝細胞癌について病巣部にエタノールを直接注入して癌細胞を壊死させる治療法（エタノール注入療法）が知られていたが、Aについて肝細胞癌が発見された時点においては、その進行度に照らし、既にいずれの治療法も実施できない状況にあり、Aは、同月二七日、肝細胞癌及び肝不全により死亡した。

二 本件において、Aの妻である上告人B及び右兩名の間の子であるその余の上告人らは、被上告人は、当時の医療水準に応じAについて適切に検査を実施し早期に肝細胞癌を発見してこれに対する治療を施すべき義務を負っていたのに、昭和五八年十一月四日から昭和六一年七月四日までの間に肝細胞癌を発見するための検査を全く行わず、その結果、Aは肝細胞癌に対する

適切な治療を受けることができないで、同月二七日に死亡するに至ったのであるから、主位的に不法行為により、予備的に診療契約の債務不履行により、被上告人はAの逸失利益及び精神的苦痛について損害賠償債務を負うところ、上告人らはAの右請求権を相続したなどとして、上告人Bは四〇〇〇万円、その余の上告人は各自につき一五〇〇万円と、これらについての遅延損害金の支払を求めている。

原審は、次のように判示し、上告人らの主位的請求を一部認容すべきものとした。

1 Aは、被上告人の診療を受け始めた昭和五八年十一月四日当時、肝細胞癌の発生する危険性が高い状態にあったのであるから、当時の開業医の医療水準として、被上告人は、自らこれを行うか、又はAに対して小倉記念病院等他の医療機関で受診するよう指示するなどして、少なくとも年二回、すなわち、六箇月に一度は、AFP検査及び腹部超音波検査を実施し、その結果肝細胞癌が発生したとの疑いが生じた場合には、更にCT検査等を行って、早期にその確定診断を行うようにすべき注意義務を負っていた。それにもかかわらず、被上告人は、昭和六一年七月五日にAFP検査を一度実施した以外は、Aについて肝細胞癌の発生を想定した検査を一度も実施していないから、被上告人は右注意義務に違反したというべきである。当時の検査装置の性能において検出可能とされる腫瘍の直径が最小一・五センチメートルとされていたことや、Aについて肝細胞癌が発見された当時の腫瘍の状態、肝細胞癌の成長速度に関する知見を考慮すると、被上告人が右注意義務を尽くしていれば、遅くとも昭和六一年一月ころまでには、被上告人はAにつき肝細胞癌を発見し得る高度の蓋然性があったと認められる。

2 仮に右の時点でAについて肝細胞癌が発見されたとした場合、実際の発見時における肝細胞癌の状況及び当時のAの肝臓の機能が比較的保たれていたことなどからみて、外科的切除術も適切な治療法として実施可能であったと認められる。そして、外科的切除術による治癒又は延命の効果は、腫瘍の直径に応じて大きく異なるが、仮にAにつきこれが二センチメートル未満の状態が発見されていたとすると、治癒するか長期にわたる延命につながる可能性が高かった。

また、TAE療法の実施についても、腫瘍の直径が二センチメートル未満であれば、一般に門脈への浸潤はなく、同療法の実施は可能である。また、同療法は、四個以上の病巣を持つ多中心性の肝細胞癌や腫瘍の直径が三センチメートルを超える肝細胞癌に対しても、また、肝機能が悪化して外科的切除術が実施できない場合についても、有効であって、他の療法と組み合わせることで実施することにより、大きな腫瘍の場合であっても、延命は可能である。

このように、被上告人がAについて当時の医療水準に応じた注意義務に従って肝細胞癌を発見していれば、右各治療法のいずれか又はこれらを組み合わせるものの適切な実施により、ある程度の延命効果が得られた可能性が認

められる。

3 しかしながら、右のようにAについて延命の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、被上告人の前記注意義務違反と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。

4 もっとも、Aは、被上告人の前記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。本件の事情を総合考慮すると、Aの右精神的苦痛に対する慰謝料については、三〇〇万円をもって相当と認め、他に弁護士費用として六〇万円をもって相当と認める。上告人らは、右各損害合計三六〇万円についてのAの損害賠償請求権を、各自の相続分に従って相続したものである。

三 しかしながら、被上告人の注意義務違反とAの死亡との間の因果関係の存在を否定した原審の右3の判断は是認することができず、したがって、損害額に関する右4の判断も是認することができない。その理由は、次のとおりである。

1 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（最高裁昭和四八年（オ）第五一七号同五〇年一〇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）。

右は、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ことなく、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

2 これを本件について見るに、原審は、被上告人が当時の医療水準に応じた注意義務に従ってA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、遅くとも死亡の約六箇月前の昭和六一年一月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、T A E 療法が実施されていたとしてもやはり延命は可能であったと見られる旨判断しているところ、前記判示に照らし、また、原審が判断の基礎とした甲第七九号証、第八八号証等の証拠の内容をも考慮すると、その趣旨とするところは、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。

してみると、被上告人の注意義務違反とAの死亡との間の因果関係を否定した原審の判断には、法令の解釈適用を誤った違法があるというほかはなく、この違は原判決の結論に影響を及ぼすことが明らかである。この点をいう論旨は理由があり、その余の論旨について判断するまでもなく、原判決中上告人ら敗訴の部分は破棄を免れない。そして、右部分については、更に審理を尽くさせる必要があるから、原審に差し戻すこととする。

よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

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年最高裁判例解説民事編（いわゆる調査官解説）において以下のように説明している（以下、要旨を箇条書きでまとめて引用する）。

・この判決の判示内容は、①因果関係とは「特定の事実が特定の結果発生を招来した関係」であるとする立証の最終目標となる論理的な命題を示す部分と、②その証明の程度は、「高度の蓋然性」であるとする訴訟法上の原則を示す部分からなる。

・後者②は、従前から定着していたもので問題は少ないが、前者①につき、（イ）因果関係の出発点とされる特定の事実の存在、（ロ）その終点とされる特定の結果の存在、（ハ）右事実が右結果の発生を招来する規則性ないし法則性の存在が、それぞれ証明されることが必要。

・問題が最も大きいのは上記（ハ）であるが、判例理論では、原因事実と結果との現象面での連続性の存在についてある程度信頼するに足りる統計的情報が存在する場合に、連続性の機序の詳細が未だ知られていなくとも、因果関係の存在を肯定する余地があるとされている。

・本判決では、不作為の場合の因果関係についても、ルンバール判決にいう「関係の有無」が問題となることを明らかにしたもの。すなわち、何を作為と呼び、何を不作為と呼ぶかは現実には微妙。特定の作為を問題として採り上げるにあたっては、その前提として注意義務に照らし合わせ、加害者の一連の作為の中

から一定の選別的判断が行われるという意味では、不作為の場合となお共通性がみられる。これらのことを考慮すると、本判決が、因果関係においては作為と不作為を区別しないとしたのは自然な選択である。

- ・もともと、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。

- ・この考え方に対して、「患者側は、一般にある治療が同種患者に対して有効であることを証明すれば、医師側で治療の実際や患者の病状からして救命の可能性が低いことや当該治療を行えない特別事情を証明しない限り、帰責相当性としての因果関係が是認されるべきである」との見解もあり、本件の上告理由もこれに類する主張をした。

- ・しかし、原審は、右法理を待つまでもなく「本件では、Y医師が適切に検査を行って肝細胞がんを発見していれば、通常の診療行為により患者Aが当該時点で死亡することはなかっ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」と認定しているので、本判決では右法理について立ち入って判断しなかった。

- ・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の不作為（注意義務違反＝過失）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、「加害者の不作為がなければ＝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べき。

・この考えは、刑事において、「生存状態としての生命そのもの」が保護法益となっていることとも整合する。すなわち、医師が当該年齢の平均余命まで生存することが困難と見込まれる者に、致死量を超える毒物を投与した場合に犯罪となるが、民事において「当該患者がいずれにせよ平均寿命まで生存し得たと認められないから当該行為と死の結果に因果関係がない」と解するのは不均衡と言わざるを得ない。

・もとより、各人の生命については、その実情に応じ存続期間に相対的な長短がある。しかし、それは、保護される「権利」の問題ではなく、賠償されるべき「損害の量」の差として考慮するのが妥当である。この点、本判決は、①医師が適切な診療行為を行っていたら、権利侵害が生じた時点で患者により有利な結果が生じていたであろうことが証明されれば、医師の不作为と患者に生じた権利関係との間の因果関係が肯定され、②医師が当該診療行為を行っていたとしたら生存し得たであろう期間の位置づけは「損害」に関する事項のひとつとして、主に逸失利益の算定等で考慮するものとした。

・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ある患者が適切な治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。

6. 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。

【事実経過】

- ・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。
- ・同日午前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、呼吸が停止した。
- ・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が生じ、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、触診及び聴診を行っただけで、胸部疾患の既往症を聞き出したり、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（裁判所の認定）。
- ・C医師がAに対して適切な治療を行っただとしても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）。

【1・2審の判断】

1. 第1審（東京地裁）

「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、狭心症を疑っている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・不作為と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つたことによるA本人及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、「心残り」なるものを損害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。

2. 原審（東京高裁）

「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」旨判示し、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。

【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）。

平成12年9月22日最高裁第二小法廷判決平成9年(オ)第42号損害賠償請求事件(第54巻7号2574頁)

主 文

本件上告を棄却する。
上告費用は上告人の負担とする。

理 由

上告代理人加藤済仁、同松本みどり、同岡田隆志の上告理由第一及び第三について

所論の点に関する原審の事実認定は、原判決挙示の証拠関係に照らして首肯するに足りる。論旨は、原審の専権に属する証拠の取捨判断、事実の認定を非難するものであって、採用することができない。

同第二について

一 原審が適法に確定した事実関係の概要は、次のとおりである。

1 平成元年七月八日午前四時三〇分ころ、Aは、突然の背部痛で目を覚まし、庭に出たところ、しばらくして軽快した。その後、妻である被上告人B

の強い勧めもあって、Aは、子の被上告人Cと共に自動車で上告人の経営するD病院に向かった。自宅から上告人病院までは車で六、七分くらいの距離であり、当初A自身が運転していたが、途中で背部痛が再発し、被上告人Cが運転を替わった。

2 午前五時三五分ころ、Aは上告人病院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、D医師の診察が開始された。

3 Aの主訴は、上背部（中央部分）痛及び心か部痛であった。触診所見では心か部に圧痛が認められたものの、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。Aは、D医師に対し、七、八年前にも同様の痛みがあり、そのときは尿管結石であった旨伝えた。D医師は、Aの痛みから考えて、尿管結石については否定的であったが、念のため尿検査を実施した。その結果、潜血の存在が否定されたので、その時点でD医師は、症状の発現、その部位及び経過等から第一次的に急性すい炎、第二次的に狭心症を疑った。

4 次にD医師は、看護婦に鎮痛剤を筋肉内注射させ、さらに、Aを外來診察室の向かいの部屋に移動させた上で、看護婦に急性すい炎に対する薬を加えた点滴を静注させた。なお、診察開始からAが点滴のために診察室を出るまでの時間は一〇分くらいであった。

5 点滴のための部屋に移ってから五分くらい後、Aは、点滴中突然「痛い、痛い」と言い、顔をしかめながら身体をよじらせ、ビクッと大きくけいれんした後、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。被上告人Cの知らせで向かいの外來診察室からD医師が駆けつけ、呼びかけをした。しかし、ほどなく、呼吸が停止し、D医師が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、D医師は体外心マッサージ等を始めるとともに、午前六時ころ、Aを二階の集中治療室に搬入し、駆けつけた他の医師も加わって各種のそ生術を試みたが、午前七時四五分ころ、Aの死亡が確認された。

6 Aは、自宅において狭心症発作に見舞われ、病院への往路で自動車運転中に再度の発作に見舞われ、心筋こうそくに移行していったものであって、診察当時、心筋こうそくは相当に増悪した状態にあり、点滴中に致死的な不整脈を生じ、容体の急変を迎えるに至ったもので、その死因は、不安定型狭心症から切迫性急性心筋こうそくに至り、心不全を来したことにある。

7 背部痛、心か部痛の自覚症状のある患者に対する医療行為について、本件診療当時の医療水準に照らすと、医師としては、まず、緊急を要する胸部疾患を鑑別するために、問診によって既往症等を聞き出すとともに、血圧、脈拍、体温等の測定を行い、その結果や聴診、触診等によって狭心症、心筋こうそく等が疑われた場合には、ニトログリセリンの舌下投与を行いつつ、心電図検査を行って疾患の鑑別及び不整脈の監視を行い、心電図等から心筋こうそくの確定診断がついた場合には、静脈留置針による血管確保、酸素吸

入その他の治療行為を開始し、また、致死的不整脈又はその前兆が現れた場合には、リドカイン等の抗不整脈剤を投与すべきであった。

しかるに、D医師は、Aを診察するに当たり、触診及び聴診を行っただけで、胸部疾患の既往症を聞き出したり、血圧、脈拍、体温等の測定や心電図検査を行うこともせず、狭心症の疑いをもちながらニトログリセリンの舌下投与もしていないなど、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うべき基本的義務を果たしていなかった。

8 D医師がAに対して適切な医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。

二 原審は、右事実関係に基づき、D医師が、医療水準にかなった医療を行うべき義務を怠ったことにより、Aが、適切な医療を受ける機会を不当に奪われ、精神的苦痛を被ったものであり、同医師の使用者たる上告人は、民法七一五条に基づき、右苦痛に対する慰謝料として二〇〇万円を支払うべきものとした。

論旨は、原審の右判断を不服とするものである。

三 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えることができるからである。

原審は、以上と同旨の法解釈に基づいて、D医師の不法行為の成立を認めた上、その不法行為によってAが受けた精神的苦痛に対し同医師の使用者たる上告人に慰謝料支払の義務があるとしたものであって、この原審の判断は正当として是認することができる。原判決に所論の違法はなく、論旨は採用することができない。

よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

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）において以下のように説明している（以下、要旨を箇条書きでまとめて引用する。引用順は若干入れ替えた）。

・いわゆる期待権の侵害による損害賠償請求を認める見解が主張されてきた背景には、医師と患者との関係、ことに医師の専門性、独占性、その反面として患者が医師に依存するほかない状況、しかも、それが医療法制から必然的に導かれる状況であることなどがあり、その意味では他の一般的な不法行為ないしは債務不履行とは異なる特殊な面があったと考えられる。本判決は、このような状況を踏まえて、医療過誤訴訟における残された大きな問題の一つである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ものであり、また、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が法によって保護されるべき利益であることを初めて明らかにしたものの。

・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」との説が多数となった。

・期待権侵害の損害賠償を認めるにあたっての最大の問題点は、どのような法益侵害があるか、という点である。この点、本判決は、「右の可能性（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えることができる」とした。

・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。

・通常の訴訟では、医療水準を下回る診療がされた場合には、上記「可能性」の侵害が事実上推認され、これに対して、医師の側から、「可能性がなかった」ことを主張立証することになる（挙証責任の転換）。

・「誤診されて治療の必要はないといわれたが、納得せず直ちに他の病院で受

診し、適切な診断がなされた」ような場合、「可能性の侵害」があったとはいえない。また、「医師の注意義務違反にもかかわらず、最終的に治癒した場合」にも「可能性の侵害」があったとはいえない（なお、治療期間が延びたことの賠償や苦痛を被ったことの賠償は別儀である）。

・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、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。

7. 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。

【事実経過】

- ・ A（30歳の女性）は、平成11年7月24日、胸のつかえ等を訴えてY医師（開業医）の診察を受けた。
- ・ 内視鏡検査では、胃に大量の食物残渣があったので十分観察することができなかったが、Yは再検査せず、慢性胃炎との診断をした。
- ・ 同年10月に、Aは滋賀県立成人病センターを受診し、胃CT検査、胃内視鏡検査等の各種検査等を受けたところ、スキルス胃癌と診断された。
- ・ その時点で既に骨に転移していて、手遅れの状態であり、直ちに入院して化学療法を中心とする治療を受けたものの、平成12年2月4日に死亡した。
- ・ なお、平成11年7月時点でも、顕微鏡レベルでは、転移が存在していたことが推認され、仮に、その時点でスキルス胃癌の診断がなされ適切な治療がなされても、Aの死亡は回避できなかったものと認められる（裁判所の認定事実）。

【1・2審の判断】

1. 第1審（大津地裁平成13年9月26日）

「Yが適切な措置をとってスキルス胃癌の診断がなされ、これに基づいて手術を実施しても延命効果はなく、化学療法が行われてそれが奏功したとして多少の延命効果があったとしても、死亡の結果は回避できなかった」として、「Yの過失とAの死亡との間に因果関係の存在を肯定することはできない」として、請求を棄却した。

2. 第2審（大阪高裁平成14年9月13日）

- ・ 控訴に際して、原告は請求を縮減し、「A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侵害された」と主張し、慰謝料のみを請求した。
- ・ 高裁は「Yには必要な再検査を実施しなかった過失がある」としつつも「本件検査時点でスキルス胃癌との診察がされ、これに対する化学療法が行われれば延命効果があった可能性は認めるが」化学療法が奏功する可能性は低く「延命可能性の内容には具体性がなくには採択できず、化学療法によりAが延命できた相当程度の可能性を認めることは困難」とし、控訴を棄却した。

【最高裁の判断】 上告人＝患者側 被上告人＝開業医

(1) 医師に医療水準にかなった医療を行わなかった過失がある場合において、その過失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、上記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には、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不法行為責任を負うものと解すべきである（最高裁平成9年（オ）第42号同12年9月22日第二小法廷判決・民集54巻7号2574頁参照）。

このことは、診療契約上の債務不履行責任についても同様に解される。すなわち、医師に適時に適切な検査を行うべき診療契約上の義務を怠った過失があり、その結果患者が早期に適切な医療行為を受けることができなかつた場合において、上記検査義務を怠った医師の過失と患者の死亡との間の因果関係の存在は証明されなくとも、適時に適切な検査を行うことによって病変が発見され、当該病変に対して早期に適切な治療等の医療行為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には、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診療契約上の債務不履行責任を負うものと解するのが相当である。

(2) 本件についてこれをみると、前記事実関係によれば、平成11年7月の時点において被上告人が適切な再検査を行っていたら、Aのスキルス胃癌を発見することが十分に可能であり、これが発見されていたら、上記時点における病状及び当時の医療水準に応じた化学療法が直ちに実施され、これが奏功することにより、Aの延命の可能性があったことが明らかである。そして、本件においては、被上告人が実施すべき上記再検査を行わなかったため、上記時点におけるAの病状は不明であるが、病状が進行した後に治療を開始するよりも、疾病に対する治療の開始が早期であればあるほど良好な治療効果を得ることができるのが通常であり、Aのスキルス胃癌に対する治療が実際に開始される約3か月前である上記時点で、その時点における病状及び当時の医療水準に応じた化学療法を始めとする適切な治療が開始されていたら、特段の事情がない限り、Aが実際に受けた治療よりも良好な治療効果が得られたものと認めるのが合理的である。これらの諸点にかんがみると、Aの病状等に照らして化学療法等が奏功する可能性がなかったというのであればともかく、そのような事情の存在がうかがわれない本件では、上記時点でAのスキルス胃癌が発見され、適時に適切な治療が開始されていたら、Aが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があったものというべきである。

そうすると、本件においては、A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が認められるから、これを否定した原審の判断には、法令の解釈適用を誤った違法があるというべきである。

以上によれば、原判決には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があり、原判決は破棄を免れない。論旨は理由がある。そして、損害の点につ

いて更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すこととする。

【判決主文】

原判決を破棄する。

本件を大阪高等裁判所に差し戻す。

上記判決で、最高裁は、①医師に適時に適切な検査を行うべき診療契約上の義務を怠った過失があり、②その結果患者が早期に適切な医療行為を受けることができなかつた場合において、（たとえ上記検査義務を怠った医師の過失と患者の死亡との間の因果関係の存在は証明されなくとも）③適時に適切な検査を行うことによって病変が発見され、当該病変に対して早期に適切な治療等の医療行為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、という要件の下で、患者が「その可能性を侵害されたことによって被った損害」を賠償すべき診療契約上の債務不履行責任を負うものとし、最高裁平成12年判決の法理を債務不履行構成の場合にも適用できる、と判示した。

これらの判決（12年判決・16年判決）については、「相当程度の可能性とはいかなるものが要求されるのか明確でない」（手嶋・判例評論552号20頁）との批判もあるが、「判例が集積することで、その全体像が明らかにされつつある」（同）との考えが一般的であり、判例理論の方向性そのものについて否定する見解はほとんどない。

8. 最高裁平成17年12月8日判決

以上みてきたとおり、先例性のある最高裁判決により

- ①不作為型の因果関係を「（過失無かりせば）患者死亡の時点でなお生存していたであろうことの高度の蓋然性」が立証できれば、死亡の逸失利益まで認め、また、
- ②「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、その可能性を侵害されたことによって被った精神的損害を賠償する、

との判例理論が示されてきた。

しかしながら、一連の最高裁判決が示した判例理論の射程については、未だ微妙なものがある。

このことを端的に示したのが、**平成17年12月8日最高裁第一小法廷判決平成17年(受)第715号損害賠償請求事件**である。

この事件は、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という事案であるが、最高裁は、「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、国家賠償責任を認めなかった。しかしながら、意見は割れた。結局「今回のケースでは認められない」という考えが3対2で多数となった。マスコミも「医療過誤訴訟で患者の権利をどこまで認めるかの難しさが浮かび上がった形だ」（朝日新聞 平成17年12月8日）と報じている。

【診療経過】

- ・ 上告人は、住居侵入罪で逮捕され、東京拘置所に勾留。
- ・ 平成13年4月1日午前7時30分ころ、東京拘置所の職員が巡回中、上告人が寝具を畳む等の起床の作業をせず、布団の上で上半身を起こしたままの状態で見られた。同職員が数分後に再び上告人を見たところ、上告人は同じ状態であったので、同職員が声をかけたところ、上告人は、ただ「うっ」、「あっ」と言葉にならない返答をするだけであった。直ちに、東京拘置所医務部病院に連絡。
- ・ 同医務部の外科の当直医であったA医師が上告人を診察したところ、上告人には、脳内出血又は脳こうそくの疑いがあり、午前8時10分ころ、東京拘置所のICUに収容。A医師は、午前8時30分ころ、以後の治療に備えて、上告人の鎖骨付近に針を刺して経静脈栄養法を施行し、点滴を開始するなどし、准看護師による酸素吸入も施行。
- ・ 1日午前8時30分からの当直医であったB医師（脳こうそくの臨床経験あ

り)は、同午前8時20分ころ東京拘置所に登庁。A医師から、脳内出血又は脳こうそくの疑いがあること等を聞いた。

・午前8時30分過ぎころ、B医師が診察したところ、「問いかけに答えず。痛み刺激で手足を動かす。右半身麻ひ。発語不能。どう孔は正円。両眼の対光反射は迅速。」という状態であった。午前9時3分ころ、B医師は、上告人の頭部CT撮影をした。その際、上告人が動いたため、CTの画質は悪かったが、上告人の脳には、低吸収域(脳細胞が虚血状態になって元に戻りにくい状態になっていることを示す、黒っぽく写る画像)が写っていた。この画像から、上告人の症状は、脳内出血ではなく脳こうそくによるものであると判断し、脳浮しゅ対策のため、グリセオールを投与するよう指示。

・放射線技師であるC技師が東京拘置所に登庁したため、午前11時15分ころ、上告人に対して、C技師によって第2回の頭部CT撮影。この画像には、上告人の脳に低吸収域が写っていたことから、B医師は、脳こうそくであるとの当初の判断が正しいことを確認。

・B医師は、その後、一般消化器外科の医師で東京拘置所の医務部長であったD医師に対し、電話で、上告人に対して執った措置等について報告した。D医師は、それまでの措置は適切であると考え、上告人の容態が急変すれば連絡するよう指示。B医師は、何度かICUにおいて治療を受けていた上告人のところに赴き、上告人の状態を確認したほか、医務部事務室内に設置されているモニターで、上告人のバイタルサインを確認。

・午前11時45分には「発語なし。どう孔左右不同なし。対光反射あり。」という状態であり、午後5時30分には「しきりに起きようとする。発語なし。」という状態であり、午後9時20分には就寝中であった。

・4月2日午前7時ころ東京拘置所にD医師登庁。午前7時50分ころ、上告人を診察したところ、「こちらの言うことは分かるらしい。目を閉じてと言うと目を閉じる。右半身麻ひ、言語障害がある。」という状態。D医師は、上告人に対して感染防止の投薬等をすることを指示。

・午前9時27分ころ、第3回の頭部CT撮影が行われた。このCTの画像によると、上告人の左の脳室が圧迫されており、脳浮しゅの進行が認められたことから、D医師は、午前10時ころ、そのまま東京拘置所で保存的治療をすることは不相当であると判断。また、D医師は、呼吸管理が必要であると判断し、午前11時55分ころまでに気管切開を行った。

・D医師は、午後0時ころ、警察病院に上告人の受入れの可否を照会したが、午後2時ころになって受け入れることはできないとの回答があり、次の搬送先として照会したE病院からも受入れを断られた。その後、D医師がF病院に照会したところ、受入れ可能との回答があったので、同病院へ転送することにした。そして、午後3時9分ころ救急車が東京拘置所に到着し、上告人は、午後3時41分にF病院に到着した。

・F病院に到着したときには、上告人の意識レベルは、いわゆるこん睡状態であり、午後4時30分に行われた頭部CT撮影の結果では、上告人は、左中大

脳動脈領域に広範な脳浮しゅが出現し、左半球は脳溝が狭小化し、脳室は拡大しているという状態であり、症状は、増悪傾向にあった。そこで、F病院では、上告人の弁護人の同意を得て、午後10時15分から4月3日午前0時23分まで、上告人の前側頭部の緊急開頭減圧手術を施行。

・4月11日、F病院の医師は重大な後遺症を残す可能性が高いと診断。8月当時の病状は、①感覚性失語及びほぼ完全な運動性失語、②右同名性半盲、③失読・失書、④抽象的な用語を用いた意思の疎通はできない、⑤計算力は全くないか著しく低下しており、言語や文字の理解力、判断力は著しく障害されている、⑥右下2分の1顔面神経麻ひ、⑦右半身完全運動麻ひ等。

【最高裁の判断】

「第1回CT撮影が行われた4月1日午前9時3分の時点では、上告人の脳に低吸収域が認められることなどからすると、上告人には、血栓溶解療法の適応がなかった。それより前の時点においては、上告人には、血栓溶解療法の適応があった可能性がある。しかし、上告人について、外部の医療機関から受入れの承諾を得て、救急車で搬送するには、一定の時間を要し、また、脳内出血であるか脳こうそくであるかの診断をするためにCT撮影をするにも一定の時間を要することなどからすると、A医師が上告人を最初に診察した午前8時ころの時点において上告人を外部の医療機関に転送する手続を開始したとしても、血栓溶解療法の適応があった間に、転送先の医療機関において上告人に対して血栓溶解療法を開始することが可能であったとは認め難い」

「さらに、上告人が同日から4月2日にかけてICUに収容されていた間、医務部の医師らにより上告人の症状に対応した治療は行われており、そのほかに、上告人を速やかに外部の医療機関に転送したとしても、上告人の後遺症の程度が軽減されたというべき事情は認められない」

「勾留されている患者の診療に当たった拘置所の職員である医師が、過失により患者を適時に外部の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、適時に適切な医療機関への転送が行われ、同病院において適切な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、国は、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について国家賠償責任を負うものと解するのが相当」

「・・・(1) 第1回CT撮影が行われた4月1日午前9時3分の時点では、上告人には、血栓溶解療法の適応がなかった、(2) それより前の時点においては、上告人には、血栓溶解療法の適応があった可能性があるが、血栓溶解療法の適応があった間に、上告人を外部の医療機関に転送して、転送先の医療機関において血栓溶解療法を開始することが可能であったとは認め難い、(3) 東京拘置所においては、上告人の症状に対応した治療が行われており、そのほかに、上告人を速やかに外部の医療機関に転送したとしても、上告人の後遺症の程度が軽減されたというべき事情は認められないのであるから、上告人について、速やかに外部の医療機関への転送が行われ、転送先の医療機関において医療行為

を受けていたならば、上告人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たということとはできない。そして、本件においては、上告人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たということができない以上、東京拘置所の職員である医師が上告人を外部の医療機関に転送すべき義務を怠ったことを理由とする国家賠償請求は、理由がない。なお、東京拘置所の医師が外部の医療機関に転送しないで上告人に対して行った診療は「生命の尊厳を脅かすような粗雑診療」であるから国家賠償責任がある旨の上告人の主張は、前記事実関係によれば、東京拘置所の医師は上告人に対して所要の治療を行っており、その診療が「生命の尊厳を脅かすような粗雑診療」であるということとはできないから、前提を欠き、採用することができない」
「以上と同旨の原審の判断は、正当として是認することができる。論旨は採用することができない」

【判決主文】

本件上告を棄却する。
上告費用は上告人の負担とする。

【反対意見】

これに対して、裁判官横尾和子（厚労省出身）・同泉徳治（民事裁判官出身）の反対意見がある。

私たちは、東京拘置所は、A医師が、上告人につき、4月1日午前8時ころに脳内出血又は脳こうそくの疑いありと診断した上、以後の治療に備えて血管及び尿路確保等の緊急措置を終えた同日午前8時30分ころには、上告人を脳血管障害の専門医による医療水準にかなった適切な検査、治療等の医療行為を行うことのできる医療機関へ移送すべき義務があったというべきであって、被上告人は、上告人に対し、専門医による医療水準にかなった適切な検査、治療等の医療行為を受ける利益を侵害したことに係る精神的損害を賠償すべきであり、これを否定した原判決は破棄されるべきであると考えている。その理由は、次のとおりである。

1 原審が確定した事実関係の概要は、次のとおりである（多数意見の事実摘示と一部重複する。）。

(1) 上告人は、4月1日（日）午前7時30分ころの起床時点検の際、東京拘置所職員により、布団の上で上半身を起こしたままの状態、起床の作業を行わず、同職員が声をかけても何の反応もせず、「うっ」、「あっ」と声を発するだけのところを発見され、当直勤務のA医師（外科医）により、同日午前8時ころ、脳内出血又は脳こうそくの疑いがあると診断され、同日午前8時10分ころ、同拘置所内の特定集中治療室（ICU）に収容され

、同日午前8時30分ころ、以後の治療に備えての血管及び尿路確保等の緊急措置を受けた。

(2) 東京拘置所の医務部では、医師及び准看護師の2人が毎日当直していた。その当直場所は、ICUの存在する建物の隣の建物の2階の医務部事務室であって、ICU内の患者の様子をモニターで監視できるようになっていたが、ICUに駆け付ける際には、2箇所の鍵を開けて行かなければならず、午後11時30分ころには、医務部事務室のモニターは消されるのが通例であった。もっとも、ICU内のモニターは24時間作動しており、一般職員によるICUの巡回は行われていた。なお、「基本診療料の施設基準等及びその届出に関する手続きの取扱いについて」（平成12年3月17日付け厚生省保険局医療課長等通知）は、特定集中治療室（ICU）管理料に関する施設基準について、① 専任の医師が常時、ICU内に勤務していること、② 看護師が常時、患者2人に1人の割合でICU内に勤務していること、③ 当該ICU勤務の医師及び看護師は、ICU以外での当直勤務を併せて行わないものとする等と定めていた。東京拘置所の「ICU」という名称の病室は、上記①～③の基準は満たしていなかった。なお、医務部の診療科目の一つに脳外科があり、脳外科の医務官は2人であった。

(3) 4月1日午前8時30分から翌2日午前8時30分までの当直勤務は、B医師（精神神経科医）と准看護師の2人であった。B医師は、4月1日午前8時30分ころ、A医師から、上告人について脳内出血又は脳こうそくが疑われること、緊急措置は行ったが、CT撮影で原因の確認をする必要があることなどの引継ぎを受けた。B医師は、同日午前9時30分ころ、自ら第1回目の上告人の頭部のCT撮影を行い、低吸収域が写っていたことから、脳こうそくであると判断し、脳浮しゅ対策のため、准看護師に対し、抗脳浮しゅ剤であるグリセオールの投与を開始するよう指示した。指示内容は、200mlのものを約1時間で滴下するよう調整し、1日分として午後10時まで4本滴下し、容態が急変しない限り、翌日は午前6時ころに開始するというものであり、診療録には、4月1日午後5時30分及び午後9時20分に投与したとの記載がある。4月2日の診療録にはグリセオールの投与の有無が記載されていないものの、上記指示のとおり投与がされたものと認められる。B医師は、呼出しを受けて登庁したC技師により4月1日午前11時15分ころに行われた第2回目のCT撮影の画像でも低吸収域が認められたことから、脳こうそくの可能性が高いとの当初の判断を確認し、医務部長であるD医師（一般消化器外科医）に電話で報告したが、特段の指示は受けなかった。同日午後11時30分ころ、医務部事務室内のモニターの電源が切れ、翌2日の朝まで、B医師や准看護師による巡回はなくなった。

(4) 4月2日、D医師は、午前7時50分ころ、上告人を診察し、従前の措置を確認するとともに、血管確保に伴う感染防止の投薬等を指示したが、午前9時27分ころに行われた第3回目のCT撮影の画像により、左の脳室

が圧迫されており、脳浮しゅの進行が認められたことから、午前10時ころ、そのまま東京拘置所で保存的治療を継続することは不相当と判断した。上告人は、午後3時41分にF病院へ移送され、午後4時30分ころ行われた頭部CT撮影の結果では、左中大脳動脈領域に広範な脳浮しゅが出現し、左半球は脳溝が狭小化し、脳室は拡大し、大脳鎌（海馬）鈎ヘルニアがあるという状態で、前日や当日午前中より増悪傾向にあり、午後10時15分から前側頭部の緊急開頭減圧手術を受けるに至った。

(5) 脳こうそくについては、一般に発症後一定の期間を急性期とし、それ以降の慢性期と区別している。急性期の期間について定説があるわけではなく、1、2週間以内を急性期とする者もあるが、G証人は一般に24時間以内を急性期というとしている。急性期の中でも発症当初の一定時間内を超急性期という。超急性期においては、血栓溶解薬を用いた血栓溶解療法が一定の治療効果をもたらすことが認められている。血栓溶解薬には、組織プラスミノゲン・アクチベータ、ウロキナーゼがある。米国等では、発症後3時間以内の脳こうそく患者に対して組織プラスミノゲン・アクチベータを静脈内投与することが認可されているが、日本においては、脳こうそくの治療に組織プラスミノゲン・アクチベータを使用することは認められていない。日本において脳こうそくに対して承認されている血栓溶解薬とその投与法は、発症後5日以内の脳血栓症に対する低用量ウロキナーゼ（6万単位/日）の静脈内反復投与法（7日間）のみであるが、ウロキナーゼ静脈内反復投与法では、十分な閉そく脳血管の再開通を得ることはできない。そのため、日本では、現実には、いくつかの脳卒中専門施設で、高用量ウロキナーゼあるいは組織プラスミノゲン・アクチベータの局所動脈内投与や静脈内投与による血栓溶解療法が行われている。血栓溶解療法が好適であるのは、一般的に、発症後3時間以内又は6時間以内であること、CT画像上明らかな低吸収域がないことなどの条件を満たす場合であるとされている。

(6) 上告人は、第1回目のCT撮影が行われた4月1日午前9時3分ころの時点で、発症後6時間以上、あるいは数時間以上が経過していたものと認められ、その発症時期は、午前7時30分の起床の点検時よりも何時間か前であった可能性が高い。したがって、第1回目のCT撮影が行われた時点では、上告人につき、血栓溶解療法の適応があったとは認め難い。もっとも、同日午前8時30分過ぎころの時点では、上告人についてCT撮影をしても低吸収域が認められなかった可能性はあり、血栓溶解療法の適応があった可能性は必ずしも否定できない。

(7) B医師は、必ずしもCTの撮影に習熟していたとはいえない状態であり、そのためもあって、第1回目のCT撮影も、脳卒中の専門医からみれば、遅すぎたと評価されるものであった。また、B医師は、脳卒中の治療について十分な知識と経験を有していたわけではなく、CT画像の読影やその後の治療についても、一定の限界があった。東京拘置所で経過観察及び治療を

続けるよりも、早い段階で専門の医療施設に転医させた方が、相対的にきめ細かな経過観察ができた可能性は高いし、必要になれば直ちに開頭減圧手術を行うことができるという意味で、安全性も高かったと認められる。しかし、同拘置所においても、上告人の症状に対応した治療は行われているし、転医させたとすれば、症状あるいは後遺症の内容、程度に影響を与えたと認めるに足りる証拠も存しない。

2 国が刑事被告人を刑事施設に勾留している場合、国は、一方的・強制的にその身体を拘束しているのであるから、刑事被告人が疾病にかかっているときは、必要な医療上の措置を執るべきであり、疾病の種類又は程度等により刑事施設内で適切な治療を施すことができない刑事被告人については、これを他の病院へ移送して適切な治療を施すべき義務を負うと解するのが相当である（監獄法43条、刑事施設ニ於ケル刑事被告人ノ収容等ニ関スル法律43条参照）。

3 東京拘置所のA医師は、4月1日の午前8時ころ上告人につき脳内出血又は脳こうそくの疑いありと診断した上、以後の治療に備えた緊急措置を行い、午前8時30分ころ次の当直勤務のB医師に引き継いだ。前記1に摘示した事実からして、当時の上告人が、症状に急激な変化が起こる可能性のある急性期の患者であったことが明らかである（現に、翌2日午前9時27分ころ行われたCT撮影の画像では、脳浮しゅの進行が認められ、そのまま東京拘置所で保存的治療を継続することは不相当と判断され、F病院へ移送された後の午後4時30分ころ行われたCT撮影では、更に増悪傾向が見られ、午後10時15分から前側頭部の緊急開頭減圧手術が施行されるに至っている。）。急性期の脳内出血、脳こうそく等の脳卒中の患者については、脳血管障害の専門医をはじめとする専門的訓練を受けたスタッフと専門施設を備えた医療機関において、検査、治療等の医療行為を行う必要があることは、公知の事実というべきである。

4 4月1日の医務部の当直勤務は、B医師と准看護師の2人であり、B医師は、精神神経科医であって、脳卒中の治療について十分な知識と経験を有していたわけではなく、CT画像の読影やその後の治療についても、一定の限界があった。抗脳浮しゅ剤であるグリセオール投与も、午後9時20分の4本目の投与を最後に、翌朝午前6時まで中断されている。B医師は、医務部長である一般消化器外科医のD医師に電話による報告を行っているが、脳外科の医務官を呼び出したり、同医務官と電話等で相談をした形跡がない。B医師や准看護師が詰めていた医務部事務室のモニターは、午後11時30分ころ消されている。医務部では、翌2日には症状の悪化に伴い上告人をF病院へ移送せざるを得なくなり、同病院で開頭減圧手術が行われている。したがって、医務部が、当時、急性期の脳卒中の患者に対して医療水準にかなった適切な検査、治療等の医療行為を行える態勢になかったことは、明らかというべきである。

5 A医師及びB医師は、前記1掲記の事実からして、4月1日午前8時30分ころの時点において、上告人が急性期の脳卒中患者であることは認識していたか、少なくとも認識し得たものというべきであり、また、当時の医務部が急性期の脳卒中患者に対して医療水準にかなった適切な検査、治療等の医療行為を行える態勢にないことも、当然に認識していたというべきである。そうすると、東京拘置所のA医師及びB医師は、急性期の脳卒中患者である上告人について、脳血管障害の専門医による医療水準にかなった適切な検査、治療等の医療行為を行うことのできる医療機関へ直ちに移送し、適切な医療行為を受けさせる義務があったものというべきであり、同医師らには、これを怠った過失があるといわざるを得ない。これにより、上告人は、急性期の脳卒中患者として専門医による医療水準にかなった適切な検査、治療等の医療行為を受ける利益を侵害されたのであるから、被上告人は、国家賠償法に基づき、上告人の上記利益侵害に係る精神的損害を賠償する責任があるというべきである。

6 多数意見は、最高裁平成15年11月11日第三小法廷判決を引用し、「本件においては、上告人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たということができない以上、東京拘置所の職員である医師が上告人を外部の医療機関に転送すべき義務を怠ったことを理由とする国家賠償請求は、理由がない。」と判断している。上記第三小法廷判決は、開業医が、その下で通院治療中の患者について、自らの開設する診療所では検査及び治療の面で適切に対処することができない何らかの重大で緊急性のある病気にかかっている可能性が高いことを認識することができたなどの判示の事情の下では、当該開業医には、高度な医療を施すことができる適切な医療機関へ当該患者を転送し、適切な医療を受けさせる義務があったとした上、「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によって被った損害を賠償すべき不法行為責任を負うものと解するのが相当である。」と判示したものであって、患者を総合医療機関に転送すべき開業医の義務を否定し、かつ、早期転送によって当該患者の後遺症を防止できたことについての相当程度の可能性があるとすることもできないとした原判決を破棄したものである。上記第三小法廷判決は、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たときは、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」を賠償すべき不法行為責任を負う、と判示しているに過ぎず、医者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も、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たということができないときは、医師は「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を侵害されたことによる損害」等を賠償すべき不法行為責任を負うものではないと判断したものではない。上記第三小法廷判決に先立つ最高裁平成9年（オ）第42号同12年9月22日第二小法廷判決・民集54巻7号2574頁も、医師が患者に対して適切な医療を行った場合には、患者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があったという事実関係の下で、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と判示したものであり、上記の生存していた相当程度の可能性の存在が証明されなかった場合の医師の損害賠償責任の有無に触れるものではない。「重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性を侵害されたこと」と、「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を侵害されたこと」とは、別個の利益侵害である。「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」が、不法行為法上の保護利益となり得るかどうかの問題であり、保護利益となり得るとすれば、医師側の不法行為責任が肯定されるのである。

7 そこで、これまでの最高裁判例が、医療関係事件において、「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、いかなる利益を不法行為法上の保護法益と認めてきたかを眺めることとする。

(1) 最高裁平成10年（オ）第1081号、第1082号同12年2月29日第三小法廷判決・民集54巻2号582頁は、「患者が輸血を伴う可能性のあった手術を受けるか否かについて意思決定をする権利」を保護法益と認めた。

(2) 最高裁平成10年（オ）第576号同13年11月27日第三小法廷判決・民集55巻6号1154頁は、「乳がんの患者が、担当医師から、自己の乳がんについて乳房温存療法の適応可能性のあること及び乳房温存療法を実施している医療機関の名称や所在の説明を受け、担当医師により胸筋温存乳房切除術を受けるか、あるいは乳房温存療法を実施している他の医療機関において同療法を受ける可能性を探るか、そのいずれの道を選ぶかについて熟慮し判断する機会を与えられること」を保護利益と認めた。

(3) 最高裁平成10年（オ）第1046号同14年9月24日第三小法廷判決・判例時報1803号28頁は、医師が末期がんの患者の家族等に病状等を告知しなかった事案において、家族等が告知を受けていた場合には、医師側の治療方針を理解した上で、物心両面において患者の治療を支え、また

、患者の余命がより安らかで充実したものとなるように家族等としてできる限りの手厚い配慮をすることができることになり、「適時の告知によって行われるであろうこのような家族等の協力と配慮は、患者本人にとって法的保護に値する利益である」と判示した。

(4) 最高裁平成14年(受)第989号同17年9月8日第一小法廷判決・裁判所時報1395号1頁は、帝王切開術を強く希望していた夫婦が、担当医師から胎児の最新の状態等の説明を受けて、「胎児の最新の状態を認識し、経膈分娩の場合の危険性を具体的に理解した上で、担当医師の下で経膈分娩を受け入れるか否かについて判断する機会を与えられること」を保護利益と認めた。

8 前記6で指摘した「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」は、前記7に掲げた最高裁判例が不法行為法において法的保護に値する利益であると既に認めているものと比較しても、保護すべき程度において、勝るとも劣らないものであり、不法行為法上の保護利益に該当するというべきである。そうすると、急性期の脳卒中患者として専門医による医療水準にかなった適切な検査、治療等の医療行為を受ける利益を侵害された上告人は、上記の不法行為法上の保護利益を侵害されたものであり、被上告人は、国家賠償法に基づき、上告人の上記保護利益侵害による精神的損害を賠償すべきである。

【補足意見】

1. 裁判官島田仁郎(刑事裁判官出身)の補足意見

私は法廷意見に賛同するものであるが、詳細な反対意見が付されたことにかんがみ、以下に私の見解を補足して述べておくこととしたい。

最高裁平成12年9月22日第二小法廷判決及び同15年11月11日第三小法廷判決は、医師の過失と患者の死亡又は重大な後遺症との間に因果関係の存在が証明されなくても、「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」又は「患者に重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性」の存在が証明されたときは、医師はその損害を賠償すべき不法行為責任を負うとしたものである。ここで不法行為法上の保護法益として考慮の対象とされたのは、なお維持できたであろう患者の生命又は重大な後遺症が残らなかったであろう患者の身体である。医師の不法行為責任を問うには医師の過失と患者の生命身体に受けた損害との間の因果関係の存在が必要であるところ、それに代えてこのような「相当程度の可能性の存在」があれば足りるとすることによって医療過誤訴訟における患者側の立証の困難を緩和するとともに、「相当程度の可能性の存在」を要件とすることによって、

発生した結果との間の因果関係が立証されなくても損害賠償責任が認められる場合を合理的な範囲に画したものと理解される。

上記各判例が「相当程度の可能性の存在」が証明されなかった場合の医師の損害賠償責任の有無に触れていないのは、反対意見の指摘するとおりである。しかし、各判例は上記のとおり保護法益として患者の生命身体を念頭に置いた上で死亡又は後遺症との間の因果関係がなくても「相当程度の可能性の存在」が証明されれば足りるとしているのであるから、「相当程度の可能性の存在」を因果関係の存在に代わる要件であるとしているのは明らかである。法廷意見が上記第三小法廷の判決を引用して本件の結論を導いたのは、以上のような理由による。

もっとも、反対意見のいうように、本件における不法行為法上の保護法益を、重大な後遺症を受けた患者の身体ではなく、「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」こと自体に対する患者の利益であると解する余地はある。そのように解した場合には、転送して適切な医療行為を受けたなら重大な後遺症が残らなかった「相当程度の可能性」の有無は、過失の有無・程度を判断する上で考慮すべき重要な要素とはなっても、賠償責任を認めるための要件とはならないといえよう。

そこで次に、本件の保護法益を上記のように解した場合について私の意見を敷衍すると以下のとおりである。適時に適切な医療行為を受けること、そのために適時に適切な医療機関へ転送されることは、誰もが願う基本的な利益であり、それが実現されることが望ましいことはいうまでもない。私は、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ことを認めるにやぶさかではない。しかし、医師、医療機関といえどもすべてが万全なものではなく、多種多様な現実的な制約から適切十分な医療の恩恵に浴することが難しいことも事実として認めざるを得ない。ある程度の不適切不十分は、社会生活上許容の範囲内として認めるべきであろう。したがって、結果発生との因果関係が証明された場合はともかく、その証明がなく、上記のような「相当程度の可能性の存在」すら証明されない場合に、なお医師に過失責任を負わせるのは、著しく不適切不十分な場合に限るべきであろう。どの程度まで不適切であり不十分であったなら、患者の利益が不法に侵害されたものとして法的に保護されるべきであるかは、非常に微妙で難しい問題であり、意見が分かれやすいところである。この点は、相互の信頼関係を基盤として成り立つ弁護士、税理士、教師等の仕事において、適切十分な弁護、指導等を受ける依頼者、生徒等の利益をどの程度まで保護すべきであるかということと

共通する極めて広がり大きい問題でもある。私は、この種の事件に関して保護法益を柔軟かつ弾力的に広げて解することについて反対するものではないが、それによって発生した結果との因果関係が立証されないか結果が発生しない場合までも過失責任を認めることになるので、それが不当に広がり過ぎないように、法益侵害の有無については厳格に解さなければならないと考える。したがって、かかる保護法益が侵害されたというためには、単に不適切不十分な点があったというだけでは足りず、それが果たして法的に見て不法行為として過失責任を問われねばならないほどに著しく不適切不十分なものであったというべきかどうかについて、個々の事案ごとに十分慎重に判断する必要がある。本件の事実関係により東京拘置所の医師らが執った措置を全体的に通観すれば、決して万全であったとはいえないが、拘置所の医師らは彼らに義務として要求される最低限のことは尽くしていたといえよう。反対意見は、4月1日午前8時30分ころには上告人が急性期の脳卒中患者であることを認識していたか、少なくとも認識し得たものというべきであるから、医師らは速やかに上告人を適切な医療機関へ転送すべき義務があったのに、これを怠ったのであるから過失があり、上告人が転送されなかったことで受けた精神的損害を賠償する責任があるという。しかし、拘置所の職員が上告人の異常に気が付いたのは日曜日である1日の朝7時30分過ぎのことであり、それからわずか1時間位しか経過せず、未だ病状を観察する暇も十分ではなくCT撮影もできていないこの段階では、医師らとしては、せいぜいICUに収容して応急の措置を執ることで精一杯であったとしても不思議ではない。拘置所が翌2日の昼に適切な病院への転送を試みた際にも初めの2か所からは受入れを断られたという経緯に照らしても、日曜日の朝早く拘置所に収容されている者についてCT撮影による確認もしていない段階で受入れ方を依頼したとしても早急に適切な受入れ機関が見つかったかどうかとも疑問であり、その時点で早々に他の医療機関への転送の手続をしようという判断に至らなかったとしても、現実の処理の問題としては無理からぬことであつたといえよう。そして、拘置所において執られた措置は、CT撮影、グリセオールや感染防止薬の投与、気管切開等脳こうそくの患者に対して通常行われる手順に従っており、全般的に妥当なものであつたとの専門医の見解は、医学に疎い吾人にとっても相当なものとして納得できるものである。しかも本件は、発症後の経過時間から考えて発見後可及的速やかに転送されたとしても後遺症の程度が軽減されたとは認められない事案である。転送されていたならば後遺症を免れ、あるいは軽減されたであろうという事案に比べれば、転送されなかったこと自体の精神的損害もそれほど大きいものとはいえない。以上の点を総合考慮すれば、医師らがもっと早くに転送をしなかったことが上告人にとって不適切不十分な措置であつたとはいえても、法的にみてそれが不法行為として過失責任を問われねばならないほど程度の著しいものであつたとは到底思われぬのである。

したがって、上告人の保護法益を、適切な医療機関に転送されて適切な医療行為を受けることができなかつたことによって後遺症が生じたことを理由とする身体上の利益であると解しても、あるいは適切な医療機関に転送されて適切な医療行為を受ける利益自体であると解しても、拘置所の医師らの過失を理由とする国家賠償責任を認めることはできない。

2. 裁判官才口千晴（弁護士出身）の補足意見

私は、法廷意見に賛同するものであるが、反対意見を踏まえ、補足して意見を述べる。

法廷意見の判断は、判決書記載のとおりであり、その理由と論理構成は、島田裁判官が補足意見において詳細に述べられているとおりである。

医療過誤訴訟における不法行為ないしは債務不履行は、医師の専門性や独占性、患者の依存性や医療法制等から一般の不法行為ないしは債務不履行とは異なる特殊性を有するところであるから、法廷意見は、最高裁平成15年11月11日第三小法廷判決を踏まえて、「本件においては、上告人に重大な後遺症が残らなかつた相当程度の可能性の存在が証明されたということができない以上、東京拘置所の職員である医師らが上告人を外部の医療機関に転送すべき義務を怠つたことを理由とする国家賠償請求は、理由がない。」との結論を導いたものである。

上記判決は、「患者に重大な後遺症が残らなかつた相当程度の可能性の存在」を要件とすることによって、損害賠償責任が認められる範囲を合理的な範囲に画したものと理解すべきものである。同判決が「相当程度の可能性の存在」が証明されなかつた場合の医師の損害賠償の有無について触れていないことは、反対意見の指摘するとおりであるが、そうであるからといって、本件における保護法益を、重大な後遺症が残つた患者の身体ではなく、「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、治療等を受ける利益」とし、その利益を侵害されたことを理由として損害賠償責任を認める反対意見には、同調することができない。

そもそも、反対意見は、実定法に定めのない「期待権」という抽象的な権利の侵害につき、不法行為による損害賠償を認めるものであるから、医師が患者の期待権を侵害すれば過失があるとされて直ちに損害賠償責任が認められ、賠償が認められる範囲があまりに拡大されることになる。また、医師について「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を侵害されたこと」を理由として損害賠償を認めることは、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、弁護士などについても、適切な教育、捜査、弁護を受ける利益の侵害などを理由として損害賠償責任を認めることにつながり、責任が

認められる範囲が限りなく広がるおそれがある。そして、反対意見は、本件事実関係につき、拘置所の職員が上告人の異常に気づいた日曜日である4月1日の午前7時30分過ぎからわずか1時間後の午前8時30分ころには上告人が急性期の脳卒中患者であることを認識していたか、少なくとも認識し得たものであるというべきであるから、医師らは速やかに上告人を適切な医療機関へ転送すべき義務があったのに、これを怠ったので、医師らに過失があり、上告人が転送されなかったことで受けた精神的損害を賠償する責任があるとし、上告人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」の証明いかんにかかわらず過失責任を認めるものである。これは前記第三小法廷判決の判旨に反する判断であり、反対意見は、判例変更を示唆するものである。

また、反対意見は、最高裁平成12年2月29日第三小法廷判決、同13年11月27日同小法廷判決、同14年9月24日同小法廷判決等を引用し、「患者が適時に適切な検査、治療等の医療行為を受ける利益」は、上記各判例で不法行為法において法的保護に値する利益であると既に認めているものと比較しても、保護すべき程度において、勝るとも劣らないものであり、不法行為法上の保護利益に該当するという。しかし、上記各判例が保護利益として認めているのは、輸血を伴う手術を受けるか否かについての意思決定権、乳がんの治療方法の選択について熟慮判断の機会を与えられる利益、あるいはがんの患者が家族への病状の適時の告知によって受ける利益等の別個の保護利益であって、本件で問題になっている適切な治療等の医療行為を受ける保護利益とは本質的に異なるものである。

本件は、医療過誤の損害賠償について、可能性侵害の法理を確立した最高裁平成12年9月22日第二小法廷判決・民集54巻7号2574頁を確認し、患者に重大な後遺障害が残ったケースに同法理の射程を広げた前記平成15年11月11日第三小法廷判決の判旨に沿って処理するのが相当である。

もっとも、医師の検査、治療等が医療行為の名に値しないような例外的な場合には、「適切な検査、治療等の医療行為を受ける利益を侵害されたこと」を理由として損害賠償責任を認める余地がないとはいえないが、本件の事実関係によれば、東京拘置所の医師らは、上告人をICUに収容して所要の治療を行っており、上告人につき東京拘置所で執られた一連の診療措置は、脳こうそくの患者に対し通常行われる手順に従っており、全般的に妥当なものであったと評価できるから、本件が、前記の例外的な場合には当たらないことは明らかである。

以上の次第で、私は、拘置所の医師らの過失を理由とする国家賠償責任を認めることができないとする法廷意見に賛同するものである。

3. なお、甲斐中辰夫裁判官（検察出身）は、補足意見は提出していないが、多数意見に与した。

上記のとおり、（多数意見に与した）島田裁判官も「しかし、医師、医療機関といえどもすべてが万全なものではなく、多種多様な現実的な制約から適切十分な医療の恩恵に浴することが難しいことも事実として認めざるを得ない。ある程度の不適切不十分は、社会生活上許容の範囲内として認めるべきであろう。したがって、結果発生との因果関係が証明された場合はともかく、その証明がなく、上記のような「相当程度の可能性の存在」すら証明されない場合に、なお医師に過失責任を負わせるのは、著しく不適切不十分な場合に限るべき」としている。

したがって、「診療行為が著しく不適切・不十分な場合」には、「たとえ、①因果関係（高度の蓋然性）も②相当程度の可能性の存在が証明できなくとも、医師の過失責任を認める」可能性を示唆している。

IV. 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に、患者を救済するための法理が展開されてきた。

判例・裁判例の推移は前章で詳細に述べたとおりであるが、まとめると、裁判所は、まず、延命利益論を持ち出してきた。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、延命利益論で行ける限り期待権利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。（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」千葉大学法学論集第6巻第3・4号137頁にほぼ同旨）

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）

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号126頁）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挙げ、「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53.10.19）、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。

なお、中村説は通常ここに位置づけられるが、同じ論文の127頁において、①診療過程の主要部において、②著しいミスがあり、③それと患者の死亡や重大な機能障害や延命との間に事実的因果関係が認められないものの、④患者の

期待を喪失させた場合という要件の下に期待権の侵害を認めるという考えも示されている。

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〕〔D説〕に分かれる。

〔B説〕 ライフスタイル説（新美育文）

「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（新美育文「癌患者の死亡と医師の責任」ジュリスト787号）。

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」（浦川道太郎、判例タイムズ838号）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。

もっとも、この判決の控訴審では、「第一審原告らは、A子の適正な病名ないし病状を知ることが遅れたことによつて、A子自身及び第一審原告らにおいてその主張のような利益を失った旨主張するけれども、A子が罹患した前記のような難病の適正な病名ないし病状を早期に知ることが患者やその家族にどのような意味をもつかは、各人ごとに様々であり、第一審原告らのいう利益は極めて主観的なものであつて、万人に共通したものとはいいがたく、法によつて保護するに値する利益には当らない」と、この考えを斥けている（東京高裁昭和58年3月15日）。

〔C説〕 「適切な治療機会の喪失」を損害として捉える説（石川寛俊）

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」（石川寛俊「治療機会の喪失による損害（期待権侵害論再考）」自由と正義第39巻11号35頁注（3））として上で、「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）自体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い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。問題がもつ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。

【D説】 専門家の職務遂行に対する客観的信頼違背を根拠として慰謝料を肯定する説（手嶋豊）

この説では、「事実的因果関係の所在に関して不作為の因果関係が重要な鍵となっていることと、そうであるにもかかわらず証拠が不十分な場合が多いことが大きいものと思われる一方、現在の医療水準に照らして適当と考えられている治療法でも常に結果を阻止できるものではないにもかかわらず、それが実施されなかったばあいには結果回避可能性を大きな問題とせずに医療側の責任を肯定するのが通常であること、そして、期待権・延命利益に対してなされている諸批判を考えあわせるならば、医療過誤訴訟を専門的職業人の義務履行に対する信頼違背の一壘系として義務違反的に構成し、少なくとも慰謝料を肯定できるとする・・・方向に現実点では基本的に賛成」（手嶋豊、判例評論411号29頁）とする。すなわち、医師の怠慢により健康回復の機会を喪失せしめられたことは専門家の職務遂行に対する客観的信頼違背として慰謝料の根拠となるとの考えである。

なお、この説は、こうした損害賠償を延命利益として構成することも一応は可能であるとするが、「延命可能性の喪失、あるいは延命利益そのものは、治療機会を喪失した結果として当然引き出されるものであって、延命利益の侵害と言っても実際に認められている賠償は慰謝料に限定されているのが判例であること、また否定説がいうようにこの概念には末期において生存する利益の内容を問題とせざるを得ない側面があるように思えること、さらに一部の否定判例が延命の期間等について訴訟上の証明がないことを理由として請求を棄却しているが、実際のところ、どの程度延命できたかを立証するのは極めて困難であることもありうることなどを併せ考えれば、この用語は用いない方が望ましい」とする。

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。

〔E説〕 否定説（稲垣喬）

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。

すなわち、「この構成については・・・診療への期待そのものが診療契約内容に埋没し、その権利性を肯定することが困難であること等を理由とした批判があり、この法的構成は、なお理由づけにおいて流動的な段階にあり、しかも、その法的とされる患者の延命利益と期待権の侵害とではその因果関係等を含む立証のうえで微妙な差異を呈している」（稲垣喬「医療責任訴訟の構造」有斐閣）とした上で、「このような法理（＝C説）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」とする。

ただし、「もっとも、最判平成11・2・25のように、ガン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、「患者が右時点の後いかにどの期間生存したかは、主に得べかりし利益その他の損害の算定にあ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左右するものではない」とみると、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」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〔前掲〕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（以上、新美〔前掲〕を引用要約）、「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」（新美〔前掲〕）とする。

損害賠償の範囲については、学説はあまり関心を払っていないが、実務面では大きな問題であり（賠償金額が約1桁異なる）、患者の立場からの見解である、上記①～③の指摘を踏まえても、期待権・生存可能性という法益の侵害については慰謝料の中で考慮していくことが妥当であると思われる。

3. 平成11、12、16年最高裁判例の評価

以上のように学説が混迷する中で、実務上、一定の方向性を示したのが、いうまでもなく、平成11年以降の一連の最高裁判決群である。

これら最高裁判例群を下記の表にまとめる。

年月日	判示事項	損害の範囲
H11.2.25	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	慰謝料＋逸失利益
H12.9.22	適切な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	慰謝料のみ？（調査官解説「逸失利益については残された論点」）
H16.1.15	（上記判決の趣旨を債務不履行の場合に拡張）	同上

既に述べたとおり、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」又は「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】として捉え、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、一当該【治療の有効性が認められない】との事情のない限りではあるが—原告に因果関係の証明の軽減をもたらした

のである」（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1199号9頁）と評価されている。

なお、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」（稲垣〔前掲〕）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（大塚〔前掲〕）。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」（大塚〔前掲〕）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」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（大塚〔前掲〕）。

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）医師には一定の納得の得られる法的枠組みである（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」（調査官解説）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原則とする民事不法行為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、学界の有識者も一律に「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」（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」千葉大学法学論集第6巻第3・4号137頁）、「この問題については、学説上、十分な蓄積があるとは言い難い」（石川寛俊「治療機会の喪失による損害」自由と正義第39巻

11号31頁)、「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」(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号57頁)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。

期待権については、否定する学説も極めて有力であり、法理論的にも「期待」という主観が法的保護に値するかは大いに疑問である。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やその家族等の救済のため、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いうべきである。

ここで、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制度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ることによりこの問題のブレークスルーを図るほかはないと料する。

かかる視座から日本医師会では、産科分野において、分娩に関連して発症した重度脳性麻痺児を対象とした無過失補償制度を提言し、本年1月から日本医療機能評価機構の「産科医療補償制度」としてスタートしたところである(年間予算約300億円。一時金600万円、年金120万円×20年間)。もとより、「(無過失補償制度を)小さく産んで大きく育てる」という理念の下に「無過失補償」という従来の民法の不法行為概念の原則にない制度を創出したものであって、可能であればこの制度を拡充し、なるべく多くの診療科・患者や妊婦等が救済される制度に発展させていくべきである。

医療事故関連訴訟の特殊性、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、無過失補償制度の拡充を含めた医療の発展にも寄与できるような仕組み(医療に関する審判制度やADRなどの創設・死因究明制度の創設等)、当該問題に関する論議をさらに深めていく必要がある。