

《研究ノート》

過失ある診療行為と死亡との因果関係が
肯定されない場合の慰謝料請求権の成否

田 口 文 夫

〈目 次〉

- [1] はじめに
- [2] 最判平成12年までの理論状況
 - 1 下級審裁判例の動向
 - (1) 肯定例
 - (2) 否定例
 - (3) 小括
 - 2 学説の見解
 - (1) 消極説
 - (2) 積極説
 - (3) 小括
- [3] 延命利益（生存可能性）の侵害を理由とする慰謝料請求権
 - 1 最判平成12年と「相当程度の可能性」論
 - (1) 事案および判旨
 - (2) 検討されるべき論点
 - 2 最判平成12年の法理
 - (1) 論点の検討
 - (2) 本判決の射程距離
- [4] 治療機会喪失ないし期待権侵害を理由とする慰謝料請求権
 - 1 最判平成17年と「治療機会の喪失」論
 - (1) 事案および判旨
 - (2) 判決法理の検討
 - 2 最判平成23年と「期待権の侵害」論
- [5] おわりに

〔1〕はじめに

医師ないし病院が診療事故に対して損害賠償責任を負うには、債務不履行または不法行為のいずれの構成がとられるにせよ、当該診療行為に過失が認められ、かつ右診療行為と結果発生との間に因果関係の存在することが必要とされる。過失および因果関係の立証に関する従来の最高裁の基本的な立場は、以下のごとくである。まず、過失の前提としての医師の注意義務の程度については、「いやしくも人の生命及び健康を管理すべき業務（医業）に従事する者は、その業務の性質に照らし、危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務を要求される」¹⁾とされ、その注意義務の基準は、「診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準である」²⁾とされている。これによれば、過失は、医療水準に適った診療行為を行ったか否かによって、その有無が決されることになる。他方、因果関係、すなわち債務不履行または不法行為の成立要件としての事実的因果関係については、「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、通常人が疑いをさしはさ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」³⁾とされている（「高度の蓋然性」説）。すなわち、因果関係の有無は、高度の蓋然性（その判定は通常人を基準とした真実性の証明で足りる）によって決されるとする考え方であり、自然科学上の厳格な証明を緩和したものと評されてもいる⁴⁾。

しかし、患者側にとって、医療水準に適った診療行為がなされなかったこと⁵⁾、および当該診療行為によって死亡等の結果がもたらされた高度の蓋然性があることを立証することは、とりわけ後者について、決して容易なことではあるまい。すなわち、医師・患者間には専門的知識の乖離および当該診療行為等に関する情報量の差があるのみならず、診療行為の不作為が問題とされるケース（従来の裁判例でもこの種のケースを扱ったものが多い）では、患者側において医師がなすべき診療行為（＝作為）を想定した上で結果回避可能性を立証することが要求されるからである。かくして、たとえ医師の過失が認められたとしても、結果発生との因果関係の立証が尽くされていないとの理由で患者敗訴に終わるような場合、

これを因果関係の立証責任が課されていることやむを得ぬ帰結と躊躇なく割り切ることができるであろうか。そもそも上記「高度の蓋然性」説については、「通常人が疑いをさしはさまない程度の真実性」とはいつでも具体的にどのような立証を要するのかが不鮮明であり、法的因果関係と自然科学的因果関係の差異を指摘する以上の意味がどれ程あるのだろうかとの素朴な疑問すら感じないわけではない⁶⁾。診療事故についての損害賠償責任のあり方を考察する際の基本的視点として、一方で、因果関係の立証緩和に向けたより具体的な法的構成を検討することが必要であり、他方で、医師・病院の職務義務の特殊性——第一に、上記判例も述べるように「いやしくも人の生命及び健康を管理すべき業務（医業）に従事」していること（この点は、弁護士・司法書士等の他の専門家とは決定的に異なるといえよう）、第二に、その負担する債務が手段債務で、かつその履行が「医療水準」によって一定の質を持つべく要求されていること——が重視されるべきであろう。

本稿は、「過失ある診療行為と死亡との因果関係が肯定されない場合の慰謝料請求権の成否」を考察テーマとするが、ここにいう「死亡との因果関係が肯定されない場合」には、①因果関係が明らかに存在しないと思われるケース、②因果関係が不明なケース、および、③高度の蓋然性までは認められないケース、が含まれる。いずれのケースも、死亡との因果関係が存在しない（ないしその立証がなされていない）以上、「死亡」という結果に対する慰謝料請求が認められないのは当然のこととされよう⁷⁾。しかし、第一点として、たとえ死亡との因果関係はないとしても、医療水準に適った診療行為が尽くされてさえいれば「死亡した時点でなお生存していた」（換言すれば、医療水準に適った診療行為がなされなかったために「死期を早められた」という場合、当該診療行為と右結果との因果関係は肯定され、右結果から生じた精神的損害についての慰謝料請求が認められてしかるべきであろう。従来、いわゆる「延命利益の侵害」として論じられてきた問題であるが、診療行為との間の因果関係の有無が問題とされるものに、死亡（生命侵害）のほか、「延命利益の侵害」も含まれることは、すでに最判平成11年2月25日⁸⁾（「高度の蓋然性」説が医療過誤訴訟における事実的因果関係の判断においても採用される旨を判示。以下、最判平成11年と呼ぶ）の明言するところでもある。第二点として、死亡との間の因果関係のみならず、上記のような延命利益侵害との間の因果関係も認められない場合であっても、医療水準に適っ

た診療行為がなされなかったこと自体を理由とする慰謝料請求が認められうるかが、問題となる。従来、「治療機会の喪失」ないし「期待権の侵害」として論じられてきた問題である。以下、本稿では、上記二点についてその法的構成のあり方を考察していく。

〔2〕 最判平成12年までの理論状況

「延命利益の侵害」や「治療機会の喪失」ないし「期待権の侵害」が判例・学説上論じられるようになったのは、昭和50年代以降といわれており⁹⁾、また、これらの論争を受ける形で、「延命利益の侵害」を最高裁として初めて正面から肯定するに至ったのは、後記・最判平成12年9月22日（以下、最判平成12年と呼ぶ）においてである¹⁰⁾（〔3〕1参照）。そこで、まず、右判決以前の下級審裁判例の動向および学説を概観することにする。

1 下級審裁判例の動向¹¹⁾

(1) 肯定例

つぎに掲げる20件は、医師の過失ある診療行為と患者の死亡等との間の因果関係は否定しつつも、「延命の可能性が奪われたこと」または「適切な治療を受ける機会を喪失させられたこと」との間の因果関係は存在するとして、それにより被害患者の受けた精神的損害について慰謝料を認めたものである¹²⁾。以下では、各判決の主たる根拠、被害患者の権利ないし法的利益、および、認定された慰謝料の額のみを簡潔に紹介するにとどめる（以下、判決文中の傍線は引用者による）。

①東京地判昭和51年2月9日¹³⁾ 医師の誤診・転医義務違反による「債務不履行と相当因果関係があるのは、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り、患者は「精密検査を受けることを希望したのにもかかわらず……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」と判示し、慰謝料100万円を認容。

②福岡地判昭和52年3月29日¹⁴⁾ 過失ある診療行為（手術前の検査懈怠、手術後の患者看視体制の懈怠）が「死亡と因果関係があるかどうか輕輕しく推認することも許されない」が、「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（本件では患者の死亡）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ってみれば、その期待を裏切られたことにより……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。」として、慰謝料100万円を認容。

③京都地判昭和52年8月5日¹⁵⁾ 診療行為上の不手際（輸血過多および持続吸引法実施の遅滞等）と患者死亡との間に「直接の因果関係があったとみることは難しい」が、「もっと早く適切な診療が行われたら別の方向を辿ったかも知れないし、所詮死亡は免れなかったにしても更に命永らえたかも知れない」として、慰謝料300万円を認容。

④宇都宮地足利支判昭和57年2月25日¹⁶⁾ 医師の誤診（鑑別診断上の注意義務違反、転医義務違反等）により、患者は「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り、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謝されるべき」として、慰謝料100万円を認容。

⑤東京地判昭和58年1月24日¹⁷⁾ 患者が第三期の進行ガンであったことや術後の生存率からみて、再手術しても「再発、死亡に至る蓋然性が大きかった」から、医師の過失ある診療行為（切除胃の病理組織検査義務違反）と死亡との因果関係はないが、「切除胃を病理組織検査に付していたならば……胃全摘の再手術を受け、その他病状に応じた適切な治療を受けることができたのであって、それによって癌が治癒する可能性も存していたのである。しかるに……適切な治療を受けて治癒する機会と可能性を失ってしまったものであり、かように適切な治療のもとに生存する可能性を奪われたことの精神的苦痛は……過失により通常生ずべき損害として慰謝されるべき」として、慰謝料500万円を認容。

⑥福岡地小倉支判昭和58年2月7日¹⁸⁾ 過失ある診療行為（レントゲン追跡検査および精密検査の不実施）と死亡との因果関係は肯認し難いが、「相当な時期に手術を受けていれば、相当期間、場合によっては五年近くにわたって生存しえた」のに、「手術の機会を逸し、死期を早められたもの」であるとして、慰謝料300万円を認容。

⑦東京地判昭和58年2月17日¹⁹⁾ 過失ある診療行為（食道ガンに対する各種検

査および転医義務の違反)と死亡との因果関係は存在しないが、ガンが遅滞なく発見されていれば「死亡時期が実際の死亡時期より数か月は遅れたものと認めることができる。従って、患者の死の結果は避け得なかったものの、被告の過失と患者の死の早期到来、すなわち延命利益の喪失との間には相当因果関係がある」として、慰謝料80万円を認容。

⑧東京高判昭和58年6月15日²⁰⁾ 過失ある診療行為(乳ガンの検査等を怠ったこと)と死亡との相当因果関係は認め難いが、「患者が相当期間の延命をはかり得なかったこととの右因果関係は肯認せざるを得ない」から、右延命利益の侵害につき賠償責任を免れないとして、慰謝料250万円を認容。

⑨東京地判昭和60年9月17日²¹⁾ 医師が肺ガンを肺炎と誤診し、適切な検査・治療等を全くしなかった事案について、「当該医師が肺癌のような重大な疾患を看過し、そのため当該患者が適切な治療、看護の機会を奪われたときは、たとえこれによって救命又は相当期間の延命がはかられなかったことが認められない場合においても、医師による前記義務の不履行によって右の機会を不当に奪われたことによって受けた精神的損害についてその慰謝料の賠償を求めることができるのが相当である(原告が期待権の侵害と称するものもこのような趣旨をいうものと解される。)」と判示し、慰謝料60万円を認容。

⑩岐阜地判昭和60年9月30日²²⁾ 過失ある診療行為(事故で入院した患者の容態経過観察を怠ったこと)と死亡との因果関係は認められないが、「被告の前記診療懈怠の故に患者が医療機関から受けることのできる相当な医療を受けるべき機会・利益を完全に失ったものであって、右のような利益はもとより法的保護に値する」として、慰謝料150万円を認容。

⑪札幌地判昭和61年6月5日²³⁾ 過失ある診療行為(眼底検査義務違反、光凝固法の説明・転医義務違反)と患者の失明との因果関係は肯定しえないが、「失明という重大な結果の発生を目前にするならば、わずかな可能性であってもこれを受け又は受けさせたいというのが通常であり」、光凝固法が「全く無効というものではなく、しかも多くの医師が行っているものであるとするならば、患児が適期にこのような治療を受け、又は両親が患児にこれを受けさせる機会は尊重されるべきである」ところ、「右治療を受けうる可能性を奪われたことによる精神的苦痛と右の各過失との間には相当因果関係があるものと認められる。」として、慰謝料300万円(および患児の両親に対し各100万円)を認容。

⑫名古屋高判昭和61年12月26日²⁴⁾ 担当医師には光凝固法の有効性を前提とする説明義務や転医義務はないものの、その診療行為は著しく粗雑・杜撰かつ不誠実であったと認定した上で、一般論として、医師は「そもそも医療水準の如何に拘わらず緻密で真摯かつ誠実な医療を尽くすべき」ところ、「右の義務に反して粗雑・杜撰で不誠実な医療をしたときは、医師のその作為・不作為と対象たる病患について生じた結果との間に相当因果関係が認められなくても、医師はその不誠実な医療対応自体につき、これによって患者側に与えた精神的苦痛の慰謝に任ずる責任がある」と述べ、本件においては「担当医師が……真摯にして誠実な診療を行い、早期にXの本症発症とその病質をXらに知らしめていたならば……恐らく光凝固法を受療する機会にも恵まれて、たとえその結果失明を免れなかったとしても、患児及びその両親として尽くすべき手段は尽くしたとの心残りのない想いで結果を受容することも可能であった」が、「唯一の可能性であったかもしれない光凝固法受療の機会を捕える余地さえ与えずに、無為に過ぎざるを得なかった。」として、慰謝料300万円（および両親に対し各100万円）を認容²⁵⁾。

⑬東京地判平成3年7月23日²⁶⁾ 医師には過失（腹膜炎の疑いのある患者の腹部症状を看過して開腹手術を怠ったこと）が認められ、「開腹手術を実施していれば……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に可能である」から、「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ものというべき」として、慰謝料200万円を認容。

⑭東京地判平成4年10月26日²⁷⁾ 過失ある診療行為（人間ドックの検査結果で陽性反応が出たことを患者に告知せず、かつ精密検査も促さなかったこと）と患者死亡との因果関係は否定的に解さざるを得ないが、患者としては「人間ドック診療契約を締結することにより……疾病の早期発見、早期治療の機会を得ることを期待していたというべきであり、右期待は法的保護に値する」ところ、「医師の過失による債務不履行によりこの期待権を侵害され、適切な指導を受ける機会を奪われることによって精神的苦痛を被った」として、慰謝料300万円を認容。

⑮東京地判平成5年1月16日²⁸⁾ 過失ある診療行為（肝臓癌の可能性を疑わず漫然とアルコール性肝疾患の治療を続けたこと）と死亡ないし延命可能性との間に因果関係はないものの、「例え重篤な状態にあつて、いずれ死を免れないこと

が判っていたとしても、その生命の維持又は延命に向けて真摯な治療をするのが一般であるし、そのよう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ものである」から、「適切な診療をなすべきであったと認められる以上は、その適切な診療を受ける機会を失ったことの損害があることは否定することはできない。」として、慰謝料200万円を認容。

⑯東京高判平成8年9月26日²⁹⁾ 医師の初期治療上の基本的義務違反（胸部疾患の可能性ある患者に対する心電図測定やニトログリセリンの舌下投与を怠ったこと）と患者死亡との間の因果関係を認めることはできないとしつつ、「『期待権』の侵害について」という項目見出しのもと、医師は「医療水準に合った医療を施すべき義務を負う」から、「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……最善を尽くす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謝すべき責任がある」として、慰謝料200万円を認容。

⑰東京地判平成8年10月21日³⁰⁾ 過失ある診療行為（乳ガン再発の検査・発見が遅れたこと）と死亡との因果関係は否定せざるをえないが、適期に治療していれば「死期を実際の死亡日……より相当期間遅らせることができた高度の蓋然性がある」のに、医師の過失により「右のような延命治療を受ける機会を……奪われたのであって、右過失と他人の延命利益の喪失との間に因果関係を認めるのが相当」として、慰謝料300万円を認容。

⑱大阪地判平成8年11月20日³¹⁾ 過失ある診療行為（羊水塞栓症の妊婦への輸血・輸液の遅れ等）と死亡との相当因果関係を認めることはできないが、医師は「およそ死亡の結果発生を回避できない場合であっても、患者のために医療水準に則った適切な治療に当たるように努める義務を負っており」、他方、患者は「診療契約に基づき、被告らから適切な治療を受けることを期待できる地位ないし権利を取得している」ところ、被告らは右権利を侵害したものと認めるのが相当として、慰謝料200万円を認容。

⑲金沢地判平成10年2月27日³²⁾ 過失ある診療行為（肺塞栓症を疑って確定診断するための検査を怠ったこと）と死亡との因果関係はない（救命し得た蓋然性があるとまでは認められない）が、診療契約には「救命が比較的困難とされる場合であっても……その時点での医療水準に照らして最も適切とされる治療を受けることによって救命を期待する権利すなわち救命期待権が含まれる」ところ、本

件患者は、「より早期に右療法を受けることによって期待しえたある程度の救命可能性を喪失した」として、慰謝料500万円を認容。

⑳東京高判平成10年9月30日³³⁾ 過失ある診療行為（肝臓疾患のある患者に対し肝臓ガンの精密検査等を指示・説明しなかったこと）と死亡との因果関係を認めることはできないが、右診療行為のために、患者は「当時の医療水準による適切な医療を受ける機会を失い……ひいては肝臓の発生を遅らせることのできる可能性をも失った」とし、慰謝料300万円を認容。

(2) 否定例

下級審裁判例7件³⁴⁾に加えて、未熟児網膜症による失明事例を扱った最高裁判決1件を掲げる。

㉑東京高判昭和52年3月28日³⁵⁾ 精密検査・転院措置を怠った医師の不適切な診療行為（判決は過失ありとは断じていない）と患者死亡との因果関係はガンが相当進行していたことから認められず、また、ガンの進行状況から相当期間の延命措置をとり得た可能性もないから患者の死期を早める結果を招いたともいえないとした上で、「本訴請求が……不適切な診療行為自体につき、結果発生の如何を問わず損害の賠償を求める趣旨を含むとしても、そのような請求は認め得ない」と述べ、原判決を取り消して請求を棄却。

㉒東京地判昭和56年10月27日³⁶⁾ 医師に過失（悪性骨腫瘍の疑いを全く抱かず転院勧告しなかったこと）は認められるが、悪性骨腫瘍が稀な経過をとり発生頻度が極めて低いことや治療の困難性等から右診療行為と患者死亡との因果関係はなく、かつ死期を早める結果をもたらしたともいえないとした上で、「原告らは……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」と述べ、請求を棄却。

㉓東京高判昭和58年3月15日³⁷⁾ 患者の症例に関する医師の経過観察に過失があったのではないかの疑義は払拭できないが、その点の判断は留保するとしても、患者の罹患した硬性胃ガン（スキルス）の特性およびこれに対応する今日の医学水準に照らすと、一命を取り止める可能性、死期を遅らせる可能性については、いずれも否定的な見方をするほかないとして因果関係を否定し、原判決を取り消して請求を棄却。また、患者側の主張（＝仮に延命の可能性がなくても、病

名・病状を早期に知りかつ適切な治療を受けることによる満足感、死への心の準備、および、残された日々を悔いなく送るように努める等の利益を失った) に対して、「第一審原告らのいう利益は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く、法によって保護するに値する利益には当てはまらないというべき」とする。

㉔東京高判昭和59年9月13日³⁸⁾ 診療上の過失(検査・転医義務違反)は認められるが、仮に適切な診療がなされたとしても、患者のガンの進行状況から相当期間の延命効果をもたらすような治療は不可能であったから、「右過失と延命利益の喪失との間に相当因果関係があるということもできない。」として、原判決を取り消し、請求を棄却。

㉕東京地判昭和59年12月18日³⁹⁾ 診療上の過失(X線写真の解釈が不十分なため胃ガンの発見・処置が遅れたこと)は認められるが、患者の当時の胃ガンの進行状況等を明らかにする証拠がないため、「被告の過失行為と患者の死亡ないし延命の可能性喪失との間の相当因果関係については訴訟上の証明がないものといわざるを得ない」として、請求を棄却⁴⁰⁾。

㉖最判平成4年6月8日⁴¹⁾ 医師の注意義務の基準は診療当時の臨床医学の実践における医療水準であり、医師は右医療水準を超えた医療を尽くすべき注意義務まで負うものではないところ、未熟児網膜症に対する光凝固法は当時その治療法としての有効性が確立されておらず、本件医師には「本症に対する有効な治療法の存在を前提とするち密で真しかつ誠実な医療を尽くすべき注意義務はなかった」から、本件医師に「(本件患者に対して)光凝固法等の受療機会を与えて失明を防止するための医療行為を期待する余地はなかった」にもかかわらず、「原判決が、同医師が著しくずさんで不誠実な医療行為をしたと評価し……上告人(病院経営者)の責任を肯認したのは、結局……同医師に対し、医療水準を超えた医療行為を前提とした上で……注意義務を求め、その義務違反による法的責任を肯認したものといわざるを得ない」として、原判決を破棄し、請求を棄却。

㉗東京地判平成7年4月28日⁴²⁾ 医師に過失(胸部疾患のある患者に対し初期治療としてなすべき基本的義務を怠ったこと)は認められるが、患者の死因が不明なため、右過失ある診療行為と死亡との因果関係を認めることはできないとして、請求を棄却。なお、「原告らの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」が、「『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、本件医師の過失との因果関係が否定された患者の死亡による損害（慰謝料）の賠償を認めることになり妥当ではない。」とする。

㊸東京高判平成7年12月26日⁴³⁾ 過失ある診療行為（ガンの可能性を前提に診察せず転院指示も怠ったこと）と患者死亡との因果関係は（リンパ節の転移状況から死は不可避だった可能性があるため）認められず、また、右診療行為と治療機会喪失・延命利益侵害との因果関係についても、医師としての信頼性を失わせるような措置があったまでいえないことおよび患者の乳ガンが悪性であったこと等から認められないとして、請求を棄却。

（3）小括

まず、肯定例20件についていえば、判文上必ずしも判然としないものもみうけられるが、延命利益の侵害（ないし死期が早められたこと）を理由とするもの11件⁴⁴⁾（①～⑧，⑬，⑰，⑲），治療機会の喪失を理由とするもの9件（⑨～⑫，⑭～⑯，⑱，⑳）に分けられようか⁴⁵⁾。前者についていえば、個別具体的な事案における延命可能性の有無については当該個別的事情（死亡患者の病状等）から判断されることにならざるを得ないとしても、「延命利益それ自体は、生命（生存）という法益に連なる利益であるから、それが法的保護に値する利益であることにつきあまり異論はない」⁴⁶⁾とあってよからう。しかし、後者の場合は、延命可能性すらない（または失明のようにそもそも延命可能性が問題とされる余地がない）場合でもなお医師の責任を問うものであることから⁴⁷⁾、その法的根拠——すなわち、治療機会喪失を理由とする慰謝料請求がどのような権利または法的利益の存在を前提とするか——が問題となる。この点、上記の裁判例は、医療水準に適った適切な治療を受ける（ないしその機会が与えられる）ことについて、患者のそのような期待は法的保護に値するとするもの（⑩，⑭，⑮），患者の権利（期待権）だとするもの（⑨，⑯，⑱），患者がその機会を得ることは尊重されるべきだと述べるにとどまるもの（⑪），および、とくに言及しなにも（⑫，⑳），とに分かれる⁴⁸⁾。

これに対し、否定例は、その理由として、死亡および延命可能性との因果関係の不存在を述べるにとどまるもの（㉒，㉓，㉔），結果発生の如何を問わず（つまり因果関係が存在しなくても）慰謝料を請求することは認められないとするも

の(21), (22), (27), 適切な治療を受けることによる「満足感, 死への心の準備」等の利益は極めて主観的なものであって法的保護に値しないとするもの(23), および, そもそも医療水準を超える注意義務はないのに右義務違反を理由に責任を求めるのはおかしいとするもの(26), とに分かれる。

以上, 従来の下級審裁判例としては, たとえ過失ある診療行為と死亡との因果関係が存在しなくても, 右診療行為(その多くは不作為)と延命利益侵害(ないし死期の早期到来)との因果関係が存在する限りは慰謝料請求を認め, また, 右のような延命利益侵害との因果関係すら存在しない場合であっても, 若干の否定例は散見されるものの, 適切な治療を求めることが患者の権利である(あるいは, 少なくとも法的保護に値する)と根拠づけることによって, 慰謝料請求を認めようとする傾向にあるといえよう。

2 学説の見解

学説は, 上記のような下級審裁判例の動向に対し, とくに延命可能性がない場合にも慰謝料請求を肯定する考え方の是非をめぐって, 消極的ないし批判的な見解をとるものと, 積極的ないし肯定的な立場をとるもの(ただし, その法的構成に関しては相違点がみられる), とに大別される。

(1) 消極説

櫻井教授⁴⁹⁾は, 本稿で紹介した前記②判決の評釈において, 同判決が「無因果関係責任論ともいべき論理」を展開している(つまり, 死亡との事実的因果関係を否定しながら, 死亡回避の蓋然性を媒介として, 結論的には法的因果関係を認定している)のは本末転倒であり, また, 「期待権」という文言を用いることによって事案の解明を曖昧なものにした(そもそも期待権という表現を用いる必然性があったか疑問である)と批判される⁵⁰⁾。また, 実務家による消極の見解として, まず, 渡邊判事⁵¹⁾は, 適切な診療への期待が裏切られた結果としての延命利益侵害による慰籍料は認められてよいものの, 「右期待を裏切られたことそれ自体を期待権侵害として, 慰籍料の賠償を肯定できるかについては, 問題がある」とされ, 本稿で紹介した裁判例を, つぎのように批判される。すなわち, 前記④判決は, (a)「最善の治療を追求する可能性の喪失」, または, (b)「余生享受の可能性の喪失」をもって法益侵害ととらえ, 前記⑨・⑩判決は, (c)「適切な看護または治療機会の喪失」をもって法益侵害ととらえるかのようだが, (a)

や(c)は債務不履行を患者の立場から換言したものに過ぎず、また、(b)は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く、いずれも法益として肯定することはできないとされ、さらに、前記②・③・⑤・⑩～⑫判決については、「期待権侵害という名を借りて、因果関係を否定した筈の悪しき結果を結果として考慮しているものといわざるを得ず……無因果関係責任論に通じるものである。」とされる。そのほか、稲垣弁護士⁵²⁾は、前記②判決の評釈において、同判決を「調停裁判」と評した上で、同判決のいう期待権について、「当事者として診療等の関係に立つことに当然内在する医師—患者の関係であって、これに独立した法的権利性を肯定することにすでに大きな疑問がある」とされ、また、宗宮参事官⁵³⁾は、前記⑩判決の評釈において、「この期待権侵害論は、重大な結果(失明)の生じた患者の心情に鑑みると、結果との相当因果関係は認められないものの、その過程で不適切な医療行為をした医師の責任を不問に付するのは妥当性を欠くとの実質的配慮があるものと推察されるが」、被侵害利益の内容が不明確であり、また、相当因果関係を否定したこととの整合性が問われる、とされる。

(2) 積極説

今日の学説においては、積極的見解をとるのが多数を形成しているといっておくであろう。以下、各論者の見解を要約して紹介する。

新美教授⁵⁴⁾は、期待権侵害理論を「医療水準にある診療を受けられなかったこと自体を期待権の侵害として捉えて賠償責任を肯定すべしとする見解」と把握した上で、右理論の意図するところは、①事実的因果関係の立証の困難性——これには、(a)結果発生の医学的原因が不明なために立証困難なタイプ、(b)当該診療行為の治癒効果の確率が低いために立証困難なタイプ、とがある——を回避する点、および、②事実的因果関係がなくても、診療行為懈怠と期待権侵害との因果関係を主張し、治癒ないし延命可能性のない患者の不十分な診療しかしなかった医師の責任を追及する点にあるが、①・(a)については、蓋然性理論ないし一応の推定理論によって処理されうるから、期待権侵害理論を登場させる必要はないが、①・(b)については、事実的因果関係の存在を前提とした上での結果回避可能性の程度の問題としてとらえ、「ある診療行為が実施されたならば一定の健康状態が何パーセントかの確率で得られたはずであるという利益がその懈怠によって侵害されたとして、期待権侵害理論のように損害概念のレベルで問題を

解決する方が妥当」であり、また、②については、「期待権の内容を『最大限適切な治療を求める可能性』および『余生享受の可能性』というような生活（生命）の質ないしはライフ・スタイルに関するものとして捉える」べきである——その意味で期待権侵害理論は有意である——とする。

中村判事⁵⁵⁾は、医師から医療水準に従った適切な診療行為を受けられるという患者の期待は法的保護に値する利益（期待権）といえるから、たとえ医師のミスと悪しき結果との事実的因果関係が不明なしい認められない場合であっても、医師に診療過程の主要部分において著しい過失がある限り、患者には期待権侵害による精神的苦痛について慰謝料が認められてよいとされる。

山寄弁護士⁵⁶⁾は、従来の下級審裁判例が、死亡または延命利益侵害との因果関係が存在しない場合でも過失ある診療行為をした医師の責任を緩やかに認めてきたことに対し、「肯定判例の努力を多とする」とした上で、診療契約上の債務不履行によって患者に精神的損害が生じた場合の医師の責任が肯定される根拠に関して、診療契約の目的が「治癒」や「診療の成功」ではなく、医師が医療水準に従って誠実に診察すること自体にあるとした場合、患者にとっては、「①確実にないとしてもある程度の救命・延命などの重大な結果を回避する医療上の効果を期待できるような診療の機会を付与されるか否か、②現実に病気から被る肉体的苦痛を緩和し、除去してもらうことは、いずれも重大な利害に関することであり、「診療契約はそのような診療の機会などの確保を一種の利益として設定している」とみるべきである」から、そうした診療の機会を得られなかったことは右利益の侵害として法的慰謝に値する——つまり一種の人格的利益として慰謝料の賠償が認められるべきである——、と説かれる。

石川弁護士は、「専門職業人の過誤によって健康（権利）回復へ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いうべきであり、また、「診療のようにある程度の時間の継続が予定される手段債務においては、結果の有無よりも全幅の信頼と広範な裁量を生かし万全を尽くすべきという、基本債務＝抽象債務としての行為態様が評価されるべきである」⁵⁷⁾とした上で、治療機会喪失論の観点から、「身体に生じた結果と医師の義務違反が結びつかない場合でも、なお慰謝料が認められうることになる」⁵⁸⁾と説かれる。

手嶋教授⁵⁹⁾は、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

類型として義務違反的に構成して少なくとも慰謝料を肯定することができるとする学説・判例の方向に基本的に賛成したいとしつつ、その際、①重大な結果（死亡・重度障害）が発生していること、②「あれなければこれなし」の因果関係は否定されざるを得ない場合であること、③医療水準から逸脱した過失が存在すること（ずさん・不誠実な処置はこうした過失の徴表としてとらえられるに過ぎない）、④結果回避可能な手段が存在するにもかかわらず医療側の過失により右手段を受ける機会を奪われたこと、の四要件が考慮されるべきであるとされる。

浦川教授⁶⁰⁾は、「医師が医療契約上負担する債務の手段債務性に着目し、また、給付すべき医療が平均的医療水準という一定の質を持ったものとして保証されていると解して、水準を質的に下回って現に給付された医療と水準の医療により給付されるべきであった医療との間で患者の享受する療養（生活）の質に明らかな相違があるならば、それを損害と把握して、医師に慰謝料の支払義務を認めるべきだと考える」が、そのためには、医師の提供した医療が著しく医療水準を下回っていること、および、患者側に医療のやり直しのきかない死亡などの重大な結果が生じていることを要する、とされる。

（3）小括

以上、従来の学説のいくつかを概観したが、消極説の主たる論拠は、①悪しき結果（死亡等）との事実的因果関係を否定しておきながら、診療行為上の過失のみを媒介として慰謝料を認めるというのは、無因果関係論に通じること、②適切な治療を受けることは診療契約に内在するものであり、治療機会の喪失は債務不履行それ自体をいうに過ぎないこと、③期待ないし期待権というような主観的感情利益に法的保護ないし権利性を付与することについては疑問を禁じ得ないこと、と整理できよう。もっとも、消極説の立場にあっても、被害患者の救済の必要性が等閑視されているわけではなく、事実的因果関係を緩やかに認定した上で賠償範囲の問題としてとらえるべきことを示唆する見解⁶¹⁾や、人格権の一つとしての「人間の尊厳」の侵害として慰謝料を肯定する方向を模索すべきとする見解⁶²⁾があることは、留意されてよい⁶³⁾。他方、積極説は、患者側における期待権の内容を明らかにしつつ、正面から積極的に権利の侵害という構成をとるもの（新美教授、中村判事）、および、（若干のニュアンスの違いはあるものの）医師の職務義務の特殊性という観点から、患者側に対する医師の信頼違背を義務違反として構成するもの（その他の論者）、とに大別されよう。

[3] 延命利益（生存可能性）の侵害を理由とする慰謝料請求権

本稿の考察対象は、[1]でも述べたように、①診療行為と死亡との因果関係がなくても、適切な診療行為が尽くされてさえいれば「死亡した時点でなお生存していた」可能性がある場合の延命利益（生存可能性⁶⁴）の侵害を理由とする慰謝料請求の諾否、および、②右のような延命利益侵害との因果関係すらない場合であっても、適切な診療行為がなされなかったこと（＝治療機会の喪失）それ自体に基づく慰謝料請求の諾否、である。これらの問題に関しては、すでに最高裁によって重要な判断が下されていることから、以下では、最高裁判決の法理を検討していくことにする（本節では①を扱い、次節で②を扱うことにする）。

1 最判平成12年⁶⁵と「相当程度の可能性」論

(1) 事案および判旨

事案は、Y経営のB病院の夜間救急外来でC医師による受診中に死亡したAの相続人Xらが、Yに対し、診療契約上の債務不履行または不法行為に基づき、主位的に死亡による損害賠償を請求し、予備的に救急病院に期待される適切な診療行為の懈怠に基づく損害賠償を請求したものである。これに対し、すでに[2]で考察したように、一審（前記⑳判決）は、C医師に初期治療上の義務違反（過失）は認められるが、それとA死亡との間の因果関係は認められず、また右義務違反によるAおよびXらの「心残り」を損害として慰謝料を認めることもできないとしたが、原審（前記㉑判決）は、仮に患者を救命する可能性があったとはいえないとしても、医師は医療水準に適った医療をなすべき義務があり、これを怠った場合は、患者に対して「適切な医療を受ける機会を不当に奪われたこと」による精神的苦痛について賠償責任を負うべきであるとして、Yに対し、A本人の慰謝料200万円をXらに支払うべきことを命じた。これを受けて、本件最高裁は、つぎのように判示する（判決文中の傍線は引用者による）。

「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が証明されるときは、医師は、患者に対し、不法行為による損害を賠償する責任を負うものと解するのが相当である。ただし、生命を維持することは人にとって最も基本的な利益であって、右の可能性は法によって保護されるべき利益であり、医師が過失により医療水準になかった医療を行わないこと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。」

(2) 検討されるべき論点

本件最高裁判決（ここでは以下、本判決と呼ぶ）は、裁判官全員一致の意見として上記のような判断を下しているが、そこにはいくつかの検討されるべき点があるように思われる⁶⁶⁾。

第一は、本件事案のとらえ方に関する。すなわち、本判決は「原審の判断は正当として是認することができる」と述べるが、その前提となる本件事案について、本判決と原審判決とはそのとらえ方に違いがあるように思われることである。

第二は、「相当程度の生存可能性」の意味および立証に関する。本判決は、「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証明されるとき」とするが、「相当程度の可能性」とはどのような意味なのか、また、その証明度に関して前記・最判平成11年のいう「高度の蓋然性」とどのような関係に立つのが問題になろう。

第三は、本件のような事例において保護されるべき「権利または法律上の利益」に関する。この点について、原審判決は、「『期待権』の侵害」という項目のもと、「適切な医療を受ける機会を不当に奪われたこと」を挙げている。これに対し、本判決は、「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」と述べ、「右の可能性（＝医療水準になかった医療が行われていたならば患者がその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性）」をもって保護法益とするが、原審判決のいう「期待権」や「適切な医療を受ける機会」を持ち出さなかったことに何らかの積極的な意味があるのかである。

第四は、慰謝料等の諾否に関する。原審判決は死亡したA本人の慰謝料のみを認容し、また本判決は（原審判決を正当とするだけで）とくに言及していないが、死者本人についての逸失利益等の財産的損害や近親者固有の慰謝料は賠償対象から除外されてしかるべきかどうかについて検討を要しよう。

第五は、「生存可能性」が認められない場合の慰謝料請求の諾否に関する。こ

の点、本判決では（直接の争点になっていないために）触れておらず、いわば「先送り」されているが、これも検討対象に加えられよう。

以下、主として第四点までを検討し、第五点については〔4〕で検討することにする。

2 最判平成12年の法理

（1）論点の検討

まず、前記・第一点（＝本件事案のとらえ方）について。原審判決は、判決文中で「救命」や「救命可能性」の語を繰り返し用い、かつ本件患者の救命可能性に関する鑑定意見（「適切な救急医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」）に対して、「適切な治療をすれば患者を救命することが可能であったと認めることはできないというほかない。」と明言しつつも、「延命ないし生存可能性」の有無については全く触れていない。それ故、原審判決は、本件事案を延命の可能性すら認められないケースと把握し、そうした前提に立った上で期待権侵害ないし治療機会の喪失を理由に慰謝料を認めたものと推察しうる（本稿〔2〕（3）でも、そうした推察のもとに原審判決を位置づけている）。これに対して、本判決は、原審判決の認定事実を紹介するくだりの中で、「（本件患者を）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はあった。原審は、右事実関係に基づき……」と述べ（この点、本判決のいう「救命」の意味が必ずしも明確でないものの、少なくとも原審判決が「救命可能性」を否定したことには反している！）、それに続けて、「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ときは……」としている。本判決が本件事案を「延命利益（生存可能性）の侵害」事例ととらえているとみること自体に異論はなかろうが、事案のとらえ方の点で原審と全く異なるにもかかわらず、「原審の判断は正当と是認することができる」とすることについては奇異な印象を拭えない。

第二点（＝「相当程度の生存可能性」の意味および立証）について。本件のように、「生命侵害」ではなく「延命利益（生存可能性）侵害」の事例の場合であっても、「医療水準に適った診療行為」と「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」との間に事実的因果関係のあることは必要とされるが⁵⁶⁷⁾、問題はその証明度如何である。この点、本判決は、生存可能性の有無

について明確な事実認定をしているわけではない原審判決をもとに生存可能性があったと判示しているだけであって⁶⁸⁾、相当程度の生存可能性の証明度については何ら語るところがない。そこで、本判決の「相当程度の生存可能性」と前記・最判平成11年のいう「高度の蓋然性」とがどのような関係に立つかが問題となる。この点について、本判決の評釈者の見方は、つぎの三つに大別される。すなわち、(a) 最判平成11年のいう「高度の蓋然性」は本判決においても維持されている——つまり、最判平成11年では「その死亡の時点においてもなお生存していたであろうこと (= 死亡時点における100%の生存可能性)」について、また本判決では「生存していた相当程度の可能性 (= 死亡時点における何%かの生存可能性)」について、いずれも「高度の蓋然性」が要求されている——とみるもの⁶⁹⁾、(b) 本判決が「高度の蓋然性」または「証明度の軽減」のいずれを意図したもののかについての結論は留保するとしつつ、仮に前者の場合であっても「生存の可能性の証明であるから立証負担は大幅に軽減される」し、他方、本件原審の言及する鑑定結果(救命確率20%以下)を採用することによって「証明テーマ」がクリアされるならば、両者のいずれであるかによって結論に差異はないとするもの⁷⁰⁾、および、(c) 本判決は「高度の蓋然性」までは要求していない(それに準じた証明度で足りるとしている)と解すべきであり⁷¹⁾、「高度の蓋然性」が証明されない場合でも賠償責任が認められるとした点にこそ本判決の意義があるとするもの⁷²⁾である。前述のように、本判決の判旨がかなり簡潔すぎることに加え、原審判決の認定事実や判示事項との論理的な整合性にも乏しいため、その解釈・評価の仕方に苦しむ点は否めないもの⁷³⁾、本判決のいう「相当程度の生存可能性」の証明度についての理解としては、上記(c)が妥当と思われる。

第三点(=本件で保護されるべき権利または法益)について。原審判決では「適切な治療を受ける機会(ないしその期待)」が法益として観念されている⁷⁴⁾のに対して、本判決では「生存していた相当程度の可能性」が保護法益とされるとみることについては、評釈者のほとんどが一致するところである。「生存可能性」が生命という法益に連続するものとして把握されていることがその最大の論拠であるという指摘は⁷⁵⁾は、的を射ていよう。そして、とくに留意されるべきであるのは、本判決が原審判決のいう「期待権」や「適切な治療を受ける機会」を持ち出さなかったのは、まさに本件事業を「生存可能性の侵害」事例ととらえたことによる——つまり、生存可能性が問題とされる限り、生存可能性という法

益の侵害を論じれば足りるのであって、期待権論ないし治療機会喪失論（これらの考え方は「生存可能性」のない場合においてこそ意味を有する）をとくに持ち出す必要はない——という点である。なお、これに関連して、本判決の法理が従来の延命利益侵害論や期待権論（ないし治療機会喪失論）とどのような関係に立つかについては、そのとらえ方に若干の違いもみられるようである。まず、従来の延命利益侵害論との関係については、右理論と本判決の「生存可能性侵害」とでその法益は重なり合うものの、本判決のカバーする法益の方がより広いとみるものがある⁷⁶⁾。また、期待権論（ないし治療機会喪失論）との関係については、本判決をもって従来の期待権論を肯定したものだとして評価するものと⁷⁷⁾、本判決によって——少なくとも本件のような事案に処理に関する限り——期待権論は否定されたと評価するもの⁷⁸⁾とに分かれるが、前述したような本判決の論理展開の簡潔さや不透明さはあるにしても、後者の見方が正当と思われる。

第四点（＝慰謝料等の諾否）について。延命利益（生存可能性）侵害または治療機会喪失を理由とする損害賠償請求訴訟において原告側勝訴判決を下した従来の裁判例においては（そのすべてを概観したわけではないが）、そのほとんどは被害者本人の慰謝料のみを認めるにとどまり、逸失利益・葬儀費用等の財産的損害や近親者固有の慰謝料は認めない傾向にあるようであり、本判決および〔2〕でとりあげた肯定例20件の中では、近親者固有の慰謝料を認めた前記⑫判決⁷⁹⁾が唯一の例外である。また、逸失利益等の財産的損害や近親者固有の慰謝料を否定する理由についても、ごく簡潔に触れるか従来の一般論を説くにすぎず⁸⁰⁾、本判決が是認する原審判決も、「(本人の) 慰謝料とは別に控訴人ら固有の損害として右義務違反による精神的苦痛に対する慰謝料を認めるのは相当ではない。」と述べるにとどまっている。このような裁判例が続く中でなされた本判決を受けて、これを評釈する学説の見解は、つぎのように対立する。すなわち、本判決が扱った延命利益（生存可能性）侵害事例においては、近親者固有の慰謝料は認められず⁸¹⁾、財産的損害についても従来の判例の基本的立場（＝「差額説」）からは認められない（ないし困難）とするものと⁸²⁾、これに対し、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財産的損害（ないしそれに準ずる損害）の賠償も認められうるとするもの⁸³⁾とに分かれる。治療機会喪失を理由とする事例の場合は（本人の）慰謝料のみに限定されざるをえないとしても、少なくとも延命利益（生存可能性）侵害事例の場合には、後説の立場に立った上で、財

産的損害の賠償（この場合、賠償額は生存可能性の程度および余命期間の長短等に応じて決されよう）、および、近親者固有の慰謝料（ただし、近親者の精神的打撃が「生命侵害の場合に比肩する」と解されうる場合に限定して）は、これを認める余地は残しておくべきように思われる。

（２）本判決の射程距離

本判決が示した「相当程度の可能性」論は、その後の最高裁判決を通じ患者に重大な後遺症が残った事案についても適用され、「重大な後遺障害が残らなかった相当程度の可能性」も保護法益に加えられることになり⁸⁴⁾、さらに、右法理は債務不履行責任の場合にも適用されることになった⁸⁵⁾。しかし、本判決の論理構成には、すでに検討したように、「相当程度の生存可能性」も保護法益とされることが明らかにされたという点を除けば、「相当程度の生存可能性」の意味やその証明度、従来の判例や学説で示された考え方——とりわけ期待権論（ないし治療機会喪失論）——との関係、および、認められうる損害賠償の範囲等に関しては、少なからず不鮮明な点が残されているといわざるをえない。本判決以後も、「相当程度の可能性」論に基づいて慰謝料を肯定した下級審裁判例がいくつか散見されるが⁸⁶⁾、上記の不鮮明さはいまだ解消されるに至っていないように思われる。なお、本判決の、「相当程度の可能性」論は直接的には診療行為を対象とするものであるが、学説の中には、「本判決の射程距離は、期待権の問題として論じられることがある弁護過誤など医療行為以外の手段債務には及ばない。」⁸⁷⁾との見方も示されている。

〔４〕治療機会喪失ないし期待権侵害を理由とする慰謝料請求権

これまででは、過失ある診療行為と死亡との間の因果関係が存在しなくても、右行為と「延命利益（生存可能性）の侵害」との間に因果関係が存在する場合には、慰謝料請求が認められうるとする最高裁の見解（「相当程度の可能性」論）を検討した。以下では、「延命利益（生存可能性）の侵害」との因果関係すらない場合でも、適切な診療行為がなされなかったこと自体を理由とする慰謝料請求が認められうるかに関する最高裁の見解を検討する。

1 最判平成17年⁸⁸⁾と「治療機会の喪失」論

(1) 事案および判旨

本件は、東京拘置所に勾留中に脳梗塞を発症して重大な後遺症が残ったXが、Y(国)に対し、同拘置所の医師がXに脳梗塞についての適切な治療の機会を与えるべく速やかに外部の医療機関に転送すべき義務があったのにこれを怠ったなどと主張し、国家賠償法1条1項に基づいて慰謝料等を請求した事案に関する。原審の認定事実は、概略つぎのようなものである。①拘置所職員が点検巡回中にXが言葉にならない返答をすることに気づいたため、Xを同拘置所医務部に搬入し、A当直医から脳内出血または脳梗塞の疑いがあるとの診断を受けて、Xを同拘置所の特定集中治療室に収容して点滴や酸素吸入を開始した、②その約1時間後にB精神神経科医はXに対して頭部CT撮影を実施した結果、脳梗塞と判断して投薬を行った(その後のC放射線技師による2回目のCT撮影でも同様の診断がなされた)、③B医師からの報告を受けたD医務部長は、Xを診察して感染防止の投薬等を指示したが、Xに対する3回目のCT撮影で左脳室の圧迫と脳浮腫の進行が認められたため、Xの受け入れ可否を複数の病院に照会した上で、XをE病院に搬送した、④XはE病院に到着時は昏睡状態で症状は憎悪傾向にあったため、E病院は緊急開頭減圧手術を実施したが、Xは重大な後遺症を残す可能性が高いと診断された。

第一審(東京地判平成16年1月22日)⁸⁹⁾は、Xの異常が発見された早い時点で転送されて血栓溶解療法が実施されていれば重度後遺症が生じなかった可能性があるとして、転送義務違反による慰謝料120万円の賠償を認めた。原審(東京高判平成17年1月18日)⁹⁰⁾は、一審の言及する血栓溶解療法の適応を否定し、つぎのような判示して、Xの請求を棄却した。「転送義務違反による損害賠償請求においては、具体的法益の侵害、すなわち、適切な治療が行われたとすれば病状の悪化が防止できた相当程度の可能性が侵害されたことを要するといふべきであり、その可能性がない以上、本件において、損害賠償義務は発生しないといふべきである。」

最高裁は、つぎのように判示して、Xの上告を退けた。「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、適時に適切な病院への転送が行われ、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である（最判平成12年9月22日〈略〉、最判平成15年11月11日〈略〉参照）。前記事実関係によれば、（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。」。

〔島田裁判官の補足意見（要旨）〕 多数意見の判断は、先例（最判平成12年9月22日および最判平成15年11月11日）と同旨で、保護法益は、なお維持できたであろう患者の生命また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り、これについて「相当程度の可能性の存在」を要件とすることによって、医療過誤訴訟における立証困難を緩和するとともに、賠償責任を合理的な範囲に画したのである。反対意見のように、保護法益を「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」こと自体に対する利益と解する余地はあり、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、適切十分な検査・治療を受けることに対する患者の利益が侵害されたとして賠償責任を認めるべきであるから、「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定される。

〔才口裁判官の補足意見（要旨）〕 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点で、賠償範囲をあまりに拡大するものであり、また、「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点で、判例変更を示唆するものである。反対意見の引用する諸判決でいわれている保護法益と本件で問題とする保護法益とは本質的に異なる。実施された医療が医療行為の名に値しないような例外的な場合には賠償責任を認める余地がないとはいえないが、本件は例外的な場合にあたらない。

〔横尾裁判官・泉裁判官の反対意見（要旨）〕 多数意見の引用する最判平成15年11月11日は、「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が賠償責任を負う旨を判示するに過ぎず、医師の転送義務違反のケースにおいて「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賠償責任を負わないと判断したものではない。また、最判平成12年9月22日は、「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賠償責任を負う旨を判示するも、「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賠償責任の有無に触れるものではない。「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、治療等の医療を受ける利益」は、従来の最高裁が認めてきた法益と比較して勝るとも劣らないものであって、本件上告人の利益はこれに相当する。

（2）判決法理の検討

本判決は、前記・最判平成12年が示した「相当程度の可能性」論、および、右理論が重大な後遺障害が残った事案にも適用される旨を判示した前記・最判平成15年11月11日（以下、最判平成15年と呼ぶ）を踏まえた上で、結論として、「重大な後遺障害が残らなかった相当程度の可能性の存在」が証明されない以上、転送義務違反を理由とする賠償責任は生じないとするものである。すなわち、最判平成12年および最判平成15年は、いずれも「相当程度の可能性」が証明されて医師の責任が肯定された事例であるのに対して、本判決は、「相当程度の可能性」が証明されない場合の医師の責任如何につき、多数意見として、その立証がなければ医師の責任は否定されるという立場をとることを明らかにしたものである。これに対して、本判決の反対意見は、最判平成12年および最判平成15年は「相当程度の可能性」の証明がないときは医師の責任が否定されるとまでは断じていないと解すべきであり、また、従来の下級審の諸判決が、「相当程度の可能性」が証明されない場合であっても（期待権侵害ないし治療機会喪失を理由に）慰謝料

を認容しており、しかもそれらの諸判決が言及する法益と比較し、本件での「適時に適切な医療機関に転送され、同医療機関で適切な診療を受ける利益」は遜色ない旨を主張する。しかしまた、この反対意見に対しては、「適時に適切な医療機関に転送され、同医療機関で適切な診療を受けること」自体を法益と解する余地はあるものの、右利益の侵害を理由に賠償責任が認められるのは、医師の診療が「医療水準に照らしてあまりにも不適切不十分」な場合に限定されるべきであるとの補足意見、および、実体法に定めのない「期待権」の侵害による賠償を認めれば賠償すべき責任の範囲があまりに拡大し、また「相当程度の可能性」の証明如何にかかわらず責任を認めようとするれば判例変更を示唆することにもなるとする補足意見とが出されている。5名の裁判官のうち2名の裁判官（しかも裁判長を含む）が反対意見を述べていることから、今後最高裁としての態度がどのような方向を辿るか興味深いところではある⁹¹⁾。

本判決に対しては、学説から以下のような評価ないし分析がなされている。まず、塩崎教授・弁護士は、本判決が結論としては本訴請求を退けたものの、適切な医療行為を受ける利益を法的保護に値する利益として認めた——反対意見の横尾・泉裁判官は正面から、多数意見に賛同する島田・才口裁判官も、例外的としながらもその余地ありとした——ことを評価される⁹²⁾。円谷教授は、本判決はこれまでの最高裁の法律構成を踏襲するもので、「相当程度の可能性の存在」という要件を維持して治療機会喪失論に歯止めをかけたとされつつ、他方、補足意見においては、「相当程度の可能性の存在」が証明されない場合でも、診療行為が「著しく不適切」または「医療行為の名に値しない」ような場合には医師の責任を認めうるとしている——つまり治療機会喪失論（ないし期待権侵害論）に基づく救済を例外的にせよ認めている——ことから、その例外的な場合を明らかにする課題が残されたことになる、とされる⁹³⁾。また、手嶋教授は、補足意見（賠償原則否定説）の立場に立脚しても、医療行為の内容如何によっては賠償責任を認めるべき場合のあることが示唆されているから、責任を負うべき限界をどこに置くかを考慮する必要はあり、これまで展開されてきた議論が本件判決によって終止符を打たれた訳ではない、とされる⁹⁴⁾。円谷教授のいわれる「例外的な場合」の明確化と手嶋教授のいわれる「責任を負うべき限界」の線引きは、視点の違いはあれ、同趣旨のことを指摘するものと理解されてよいであろう。なお、本判決において法益性の有無ないしその程度が論じられているのは、「適時に適切な医

療機関に転送され、同医療機関で適切な診療を受けること」自体の利益——つまり、原則的には「相当程度の可能性」論の適用外にある利益——であるため、「延命利益（生存可能性）」のような重要な法益とは区別される（ないし法益としてのレベルは低い）としても、これを「患者側の全くの期待」⁹⁵⁾あるいは「主観的なもの」ととらえるのは適切ではないと思われる。

2 最判平成23年と「期待権の侵害」論

前記・最判平成17年は、①「相当程度の可能性」の証明がない限り原則として賠償責任は生ぜず、②例外的に「適時・適切な診療等を受ける利益」それ自体の侵害を理由に賠償責任が認められる余地はあるとしても、それは診療行為が「著しく不適切」な場合に限定される旨を述べつつ、②の論拠として「期待権」論を正面から展開することについては抑制的な姿勢が伺われる。他方、近時の下級審裁判例は、最判平成17年の上記論旨を踏まえつつも、「期待権」論に立った論理構成を積極的に展開する傾向にあるように見える⁹⁶⁾。

ここでは、前記・最判平成17年に続く最高裁判決としての最判平成23年2月25日⁹⁷⁾（以下、最判平成23年と呼ぶ）をとりあげる。以下、本判決の事案および判旨を簡潔に紹介した上で、若干の検討を試みることにする。

事案は、骨折負傷したXがY1の開設するA病院に入院し、同病院のY2整形外科医による本件手術（骨接合術および骨移植術）を受け、その約9年経過後にY2に対して本件手術後に左足の腫れ等が続いている旨を訴えたが、Y2が皮膚科での受診を勧めるなどにとどまっていたところ、Xは大学病院で左下肢深部静脈血栓症ないし左下肢静脈血栓後遺症（本件後遺症）と診断されたことから（なお、Xの右疾病はその時点ですでに治療を施しても効果は期待できない状態であった）、Xが、Y1・Y2に対し、Y2が医療水準に合った適切かつ真摯な診療を怠ったためにそのような診療行為を受ける期待権を侵害されたと主張して、不法行為に基づく損害賠償を請求したものである。原審（広島高判平成20年10月10日）は、Y2の過失（専門医を紹介すべき義務の違反等）と本件後遺症との間の因果関係はなく、また「本件後遺症が残らなかった相当程度の可能性」もないとした上で、Xはその症状の原因不明のままその時点でなしうる治療・指導を受けられない状況に置かれたため期待権を侵害されたとして、慰謝料300万円を認容した。

これに対し、本判決は、①Xが本件手術後9年を経過するまで上記症状を訴え

ることがなかったこと、② Y2は、Xから訴えのあった診察時にレントゲン検査等をしたこと、③上記診察当時、本件手術に伴う深部静脈血栓症の発病の頻度の高いことがわが国の整形外科医において一般に認識されていたわけではなかったことを摘示した上で、つぎのように判示して、原審判決を破棄し、Xの請求を棄却した。「Y2がXの左足の腫れ等の原因が深部静脈血栓症にあることを疑うには到らず、専門医に紹介するなどしなかったとしても、Y2の上記医療行為が著しく不適切なものであったということができないことは明らかである。患者が適切な医療行為を受けることができなかった場合に、医師が、患者に対して、適切な医療行為を受ける期待権の侵害のみを理由とする不法行為責任を負うことであるか否かは、当該医療行為が著しく不適切なものである事案について検討し得るとどまるものであるべきところ、本件は、そのような事案とはいえない。したがって、Yらについて上記不法行為責任の有無を検討する余地はなく、Yらは、Xに対し、不法行為責任を負わないというべきである。」。

本判決の論旨は、「本件での医師 Y2の診療行為が著しく不適切なものであったとはいえない」とする具体的判断と、「期待権の侵害のみに基づく不法行為責任の成否は当該診療行為が著しく不適切な場合において検討しうるにとどまる」との一般的説示なら成る。では、本判決の法理の内容および判例上の位置づけ等についてはどうみるべきであろうか⁹⁸⁾。

まず、判旨中の摘示事項(①～③)を前提とする限り(事実認定上の力点の置き方について原審判決と正反対であるのが若干気になるものの)、患者の請求を退けた結論自体は妥当とされよう⁹⁹⁾。本判決を評釈する学説においても、この点に関する異論は聞かれない¹⁰⁰⁾。また、前記・最判平成17年との関係については、本判決が、適切な医療行為を受ける期待権の侵害のみを理由とする不法行為責任が成立するには当該医療行為が「著しく不適切」であることが必要とされる旨を述べていることから、最判平成17年の多数意見とくに補足意見を踏まえた(ないしその延長線上にある)ものとみてよからう¹⁰¹⁾。もっとも、前記・最判平成17年が、前述のように、「期待権」論を展開することについて抑制的である(この点は才口裁判官の補足意見に最も顕著に示されている)のに対して、本判決は、判旨中で「期待権」の語を用いつつ、「期待権」論が——例外的であれ——展開される余地のあることについて正面から言及している¹⁰²⁾。この点について、本判決を評釈する学説からは、「『期待権侵害法理』について、最高裁として初めて

論じ、明確にその限界を面した判決である¹⁰³⁾、「医療事故における期待権の外延が、より明確にされた側面がある」¹⁰⁴⁾、「最高裁の多数意見として初めて医療の領域における期待権について明示的な判断を下した」¹⁰⁵⁾等の見方がなされている。

しかし他方、本判決においてもなお不透明・不明瞭な部分はある、今後検討されるべき課題は残されているように思われる。第一に、本判決は、診療行為が「著しく不適切」なときは「期待権」の侵害による不法行為が成立しうる旨を述べるものの、「著しく不適切」の具体的内容が何ら示されていないことである。前記・最判平成17年における「著しく不適切不十分な場合」（島田裁判官の補足意見）、「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」（才口裁判官の補足意見）の具体的内容を今後明らかにしていくことが必要とされよう¹⁰⁶⁾。第二に、本判決は、「適切な医療行為を受ける期待権」と述べるのみで、「期待権」それ自体の意味・内容にまで踏み込んでいないことである¹⁰⁷⁾。「期待権」侵害による不法行為責任が例外的であれ認められうることを判示する以上、その意味・内容を示すべきであったと思われる。また、これに関連するが、本判決は、最高裁として「治療機会喪失」論ではなく「期待権」論を採用したかのようにもみえるが、その点に関する説明が全くなされておらず、しかも前記・最判平成17年の「才口・補足意見」では「期待権」論を待ち出すことの不適切さが指摘されていることとの関係からしても、唐突な印象を与えよう¹⁰⁸⁾。「治療機会喪失」論と「期待権」論が明確に区別されるべきことは学説の指摘するところでもあり¹⁰⁹⁾、本判決が「期待権」の語を用いたことの是非は今後問題とされよう。第三に、本判決が、「期待権の侵害のみを理由とする不法行為を負うことがあるか否かは、当該医療行為が著しく不適切なものである事案について検討し得るにとどまる」と述べる中での、「検討し得るにとどまる」とする点も、問題とされよう。つまり、診療行為が「著しく不適切」であれば期待権侵害による賠償責任が直ちに肯定されるのではなく、あくまでも「検討し得るにとどまる」とすれば、その段階での「検討」が何を意味するのかが改めて問われることになるからである¹¹⁰⁾。

〔5〕 おわりに

医師が医療水準に適った診療行為を怠った場合に、右過失ある診療行為と患者の死亡または重大な後遺障害との間の事実的因果関係が存在しなくても、「死亡の時点でお生存していたであろうこと」または「重大な後遺障害が残らなかったであろうこと」について「相当程度の可能性の存在」が証明されるときは、医師の損害賠償責任が肯定されるとする最高裁の見解は支持されるべきであり、そのために構築された判例理論としての「相当程度の可能性」論は、すでに定着したものとみてよからう。そして、「延命利益（生存可能性）」や「重大な後遺障害が生じない健康な身体」が生命に連続する法益であることからすれば、そうした重要な法益を侵害すること自体が責任に直結すると考えるべきであり、ここでの医師の責任を論じる際にことさら「治療機会の喪失」や「期待権」を持ち出す必要はないといえよう。残された課題は、「相当程度の可能性」の意味およびその証明度をより明確化・具体化するとともに、このケースにおいて認められる損害賠償（逸失利益等の財産的損害の賠償および近親者固有の慰謝料）について積極的な立場から検討することにあると考える。

他方、上記のような「相当程度の可能性」すら認められないケースについては、前記・最判平成17年および最判平成23年によって、一見、最高裁としての基本的な立場は確立されつつあるようにみえる。しかし、本稿で考察したように、これらの最高裁の見解においては、責任要件としての「（診療行為の）著しく不適切」の具体的内容や法益としての「期待権」の意味・内容が不明瞭だけでなく、従来の下級審裁判例で示された「治療機会喪失」論との関係が明確にされていない等の問題があり、さらにいえば、そもそも「期待権」論を採用すること自体についてさえ疑問を禁じ得ない。最後の点についてのみ私見を述べるならば、本ケースにおいては、むしろ医師の職務義務の特殊性（とりわけその手段債務性）に着目し、医師は「医療水準に適った診療行為」を誠実に実施する義務を負うだけでなく、右診療機会を患者に提供・確保する義務をも負うものと解し、そのような義務の違反が医師の責任を根拠づけると考えたい。このような観点からすれば、医師の責任を認める法律構成としては、「期待権」論ではなく、「（右義務違反による）治療機会の喪失」論がふさわしいように思われる。

注

- 1) 梅毒輸血事件に関する最判昭和36年2月16日（民集15巻2号244頁）。
- 2) 最判昭和57年3月30日（判時1039号66頁）、最判昭和57年7月20日（判時1053号96頁）など。また、医療水準についてより具体的に述べるものとして、最判平成7年6月9日（民集49巻6号1499頁）は、「新規の治療法の存在を前提にして検査・診断・治療等に当たるのが診察契約に基づき医療機関に要求される医療水準であるかどうかを決するについては、当該医療機関の性格、その所在する地域の医療環境の特性等の諸般の事情を考慮すべきであり、右治療法に関する知見が当該医療機関と類似の特性を備えた医療機関に相当程度普及しており、当該医療機関において右知見を有することを期待することが相当と認められる場合には、特段の事情がない限り、右知見は当該医療機関にとっての医療水準であるというべきである」とする。以上の裁判例は、いずれも未熟児網膜症事件に関する。
- 3) 東京病院ルンパール・ショック事件に関する最判昭和50年10月24日（民集29巻9号1417頁）。
- 4) 前田順司「後記・最判平成12年評釈」別冊ジュリスト183号（医事法判例百選）164頁、溜箭将之「後記・最判平成12年評釈」法協118巻12号138頁など。
- 5) すなわち、原告・患者側としては、不法行為構成においては、医師の故意または過失により「医療水準に合った診療行為がなされなかったこと」を、債務不履行構成においては（帰責事由不存在の立証責任は被告・医師側が負うため）、「医療水準に合った診療行為がなされなかったこと（＝不完全履行の事実）」を立証することになる。
- 6) この点、学説上の蓋然性説はより具体的であり、(a)「証拠の優越説」——因果関係は厳密に科学的に証明されることを要せず、合理的にみて証拠の重さが他方に優越するとみられる程度まで証明されればよい——（牛山積「公害訴訟と因果関係論」法時40巻10号18頁など）、および、(b)「事実上の推定説」——原告には厳格な証明は必要でなく蓋然性の立証で足り、被告がこれを覆すに足る反証を挙げない限り、因果関係は立証されたと考える——（徳本鎮「鉦害賠償における因果関係」法政研究27巻2=3=4号67頁以下など）とに分かれる。なお、診療事故に関する裁判例の中で、(b)と同様の考え方を示すものとして、東京地判昭和42年6月7日（判時485号21頁）など。
- 7) 具体的にいえば、死亡による逸失利益・葬儀費用等の財産的損害の賠償や死亡慰謝料が認められることはない。
- 8) 民集53巻2号235頁。最高裁は、医師の不作为と患者の死亡との間に因果関係の判断についても「高度の蓋然性」説が採用される旨を述べつつ、死亡の意味につき、「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」ではなく、「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」とした上で、「患者が右時点の後いかにほど

の期間生存し得たかは……損害の額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直ちに左右するものではない」とする。

- 9) 浦川道太郎「民法判例レビュー・民事責任」判夕838号56頁参照。
- 10) 新美育文「医療過誤による生存可能性の侵害と医師の損害賠償責任」私法判例リマックス2002〈上〉59頁。
- 11) 裁判例を整理・分析するものとして、山寄進「診察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」ジュリスト949号125頁以下、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巻11号27頁以下、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80号105頁以下、渡邊了造「過失あるも因果関係がない場合の慰謝料」判夕686号66頁以下、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6巻3=4号137頁以下、など。
- 12) なお、事案別にみると、未熟児網膜症による失明事例2件(⑪、⑫)のほかは、すべて死亡事例——ガンによる死亡事例11件(①、④～⑨、⑭、⑮、⑰、⑳)、その他の病死事例7件(②、③、⑩、⑬、⑯、⑱、⑲)——である。また、法的構成としては、債務不履行構成8件(①～④、⑥、⑧、⑨、⑮)、不法行為構成4件(⑤、⑦、⑩、⑯)、債務不履行および不法行為構成8件(⑪～⑭、⑰、⑱～㉑)、に分かれる。
- 13) 判時824号83頁。
- 14) 判時867号90頁。なお、同判決は、期待権の語を医事訴訟で最初に用いた裁判例であるとされている。浦川・前注(9)58頁の注(2)。
- 15) 判時892号91頁。
- 16) 判夕468号124頁。
- 17) 判時1082号79頁。
- 18) 判時1087号117頁。
- 19) 判時1070号56頁。
- 20) 判時1082号56頁。
- 21) 判時1201号105頁
- 22) 判時1186号120頁。
- 23) 判夕604号63頁。
- 24) 判夕1234号45頁。
- 25) なお、裁判所は、「右のような責任は、当該疾患から生じた現実の結果(損害)に対しては責任のない行為についてこれを認めるものであるから……その観点からは、医師の医療行為ないし医療的対応が著しく杜撰、不誠実であった結果軽からざる医療上の過誤が犯されていること、病患に生じた結果が重大(死亡或いは機能喪失など)で、患者側に医療に対する心残りや諦め切れない感情が残存することが無理からぬ思われる事情が認められることなどが、右責任の発生を限定づける要因と

- なる」とも述べる。
- 26) 判夕778号235頁。
 - 27) 判夕826号252頁。
 - 28) 判夕824号210頁
 - 29) 民集54巻7号2611頁—後記最判平成12年の控訴審判決。
 - 30) 判夕939号210頁。
 - 31) 判夕947号253頁。
 - 32) 判時1670号58頁。
 - 33) 判夕1004号214頁。
 - 34) いずれも死亡時例で、㉗判決以外はすべてガンによる死亡事例。
 - 35) 判夕355号308頁—前記①判決の控訴審判決。
 - 36) 判時1046号70頁。
 - 37) 判時1072号105頁，判夕503号152頁—前記④判決の控訴審判決。
 - 38) 判時1133号81頁—前記⑦判決の控訴審判決。
 - 39) 判時1166号115頁。
 - 40) なお、同判決は、患者の両親からの、適切な治療を受ける機会を奪われたこと自体による（近親者固有の）慰謝料請求について、「両親として最後まで適切な治療を受けさせることが出来なかったことを遺憾とする心情は十分に理解するにしても、その心情を適切な治療を受けさせればあるいは死を免れたかもしれないとの期待と切り離れた別個のものとして、不法行為の規定によって保護されるべき独立の法律上の利益といえるかどうかは疑問であり、右請求も認容し得ない」とする。
 - 41) 判時1450号70頁—前記⑫判決の上告審判決。
 - 42) 民集54巻7号2598頁—後記最判平成12年の第一審判決。
 - 43) 判夕912号217頁。
 - 44) このうち、⑤・⑱判決は若干微妙ではあるが、「生存する可能性を奪われた」（⑤判決）、「ある程度の救済可能性を喪失した」（⑱）と述べている点、および、両判決とも比較的高額な慰謝料（500万円）を認容している点から、ここに含めてよからう。これに対し、②判決については、論旨が判然としない印象を受ける。同判決は、「死亡と因果関係があるかどうか輕輕しく推認することも許されない」としつつ、「ある結果（本件では患者の死亡）も生じなかったかもしれないという蓋然性がある以上」と述べ、死亡との因果関係の存在について「蓋然性」を用いているかのようにであるが、判旨全体の文脈からは、むしろ延命利益侵害との間の因果関係を述べているようにも思われる。
 - 45) もっとも、これとは異なる分け方・見方もなされうる。たとえば、判時1670号58頁の「匿名コメント」は、⑱判決は、⑱判決（本稿では「延命利益侵害」の肯定例に含めている）と同様、「救命期待権」を肯定したものと評価する。また、判夕778号235頁の「匿名コメント」は、③判決について、不完全履行それ自体に対する慰

謝料認容という構成を採用したものだとする。

- 46) 中村・前注(11) 118頁。同旨、渡邊・前注(11) 68頁、石川寛俊「期待権の展開と証明責任のあり方」判夕686号27頁。
- 47) 換言すれば、「医師の義務違反が死亡をもたらしたとはいえなくても、死期を早めたといえる場面では、延命利益の侵害を帰責することがまず行われ」、(治療機会喪失論ないし)「期待権侵害の考え方は、義務違反が患者の転帰に影響を与えたとはいえない難い場面で初めて登場することになる」からである。浦川・前注(9) 57頁。
- 48) なお、②判決が、このような場合の医師の責任が限定されるべき旨を述べていることにつき、前注(25) 参照。
- 49) 櫻井節夫「判決評釈」判時883号(判評232号) 139-140頁。
- 50) ②判決の論旨が判然としなため、同教授の批判に頷ける点もあるが、②判決が「死亡」ではなく、前注(44) で述べたように、延命利益侵害との因果関係を論じているとするならば、それなりの論理的な整合性はつくともいえるし、あるいはまた、延命利益侵害との因果関係もない事案だが、適切な治療を受けえなかったこと自体に対する慰謝料は認められてよいとの判断を下した——その根拠づけとして「期待権」を持ち出した——と解しえないわけでもない。
- 51) 渡邊・前注(11) 69頁。
- 52) 稲垣喬・『医事訴訟と医師の責任』(有斐閣、1981年) 317頁。
- 53) 宗宮英俊「判例評釈」民事研修381号46頁。
- 54) 新美育文「癌患者の死亡と医師の責任——『期待権侵害』理論の検討——」ジュリスト787号80-81頁。
- 55) 中村・前注(11) 126-127頁。
- 56) 山崎・前注(11) 127-128頁。
- 57) 石川・前注(46) 28頁。
- 58) 石川・前注(11) 40頁。
- 59) 手嶋豊「判例評釈」判時1449号(判評411号) 190頁。
- 60) 浦川・前注(9) 58頁。
- 61) 櫻井・前注(49) 140頁。なお、手嶋・前注(59) 189頁、浦川・前注(9) 59頁の注(13) 参照。
- 62) 渡邊・前注(11) 69頁。
- 63) このほか、宗宮・前注(53) 46頁は、「患者は疾病の治療することを願い医療契約を締結するものであり、他に有効な治療法がないときには、それが医療水準に達しない治療法であっても、あるいは医療水準に達した治療法によって治癒(救命)の可能性が低いとしても、その可能性に賭けて該治療を受けたいと望むものであり、これに対して医師は誠実に対応すべきものである」とし、医療関係者は、被侵害利益の脆弱さにもかかわらず慰謝料を認めた前記②判決に注意を払うべきだとされる。

- 64) なお、新美・前注(10) 59頁は、「『救命または延命』が高度の蓋然性があった場合に、これを侵害した場合について、延命利益侵害と呼ぶものも散見できる」が、そこでいう「延命利益侵害は生命侵害そのものであり、とくに延命利益侵害という必要はない」とされ、用語上の混乱を避けるために「生存可能性侵害」の語を用いる旨を述べられている。右指摘はもっともと思われるが、本稿では、以下、「延命利益の侵害」を「死期の早期到来」の意味に限定した上で、「延命利益(生存可能性)侵害」という表現を用いることにする。
- 65) 最判平成12年9月22日民集54巻7号2574頁, 判時1728号31頁, 判夕1044号75頁。
- 66) 本判決の評釈として、前田・前注(4) 164頁以下、溜箭・前注(4) 134頁以下、新美・前注(10) 59頁以下、窪田充見・ジュリスト1202号69頁以下、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—二つの最高裁判決を機縁として—」ジュリスト1199号9頁以下、加藤・判夕1065号114頁以下、澤野・名経法学10号187頁以下、稲垣喬・民商123巻6号98頁以下、杉原則彦・最高裁判例解説民事篇平成12年度(下) 855頁以下、同・ジュリスト1213号134頁以下、渡辺達徳・法セ555号104頁、平沼高明・民事法情報175号59頁以下、鎌田薫・判例セレクト2000・23頁など。
- 67) 加藤・前注(66) 115頁。
- 68) 新美・前注(10) 61頁。
- 69) 前田・前注(4) 165頁。ただし、その一方で、「本判決は、新たな法益侵害の類型を認めたことによって、因果関係の証明度を低下させた結果をもたらしたとの理解も可能である」とし、その場合、「相当程度の可能性の証明度としては50%を下回るかなり低い証明度をとも許容する趣旨であると考えられる」とも述べられる。なお、溜箭・前注(4)の評釈は、本判決は「従来通り『高度の蓋然性』による因果関係の証明を要求するものと思われる。」(142頁)とされつつ、他方で、「本判決によれば……『高度の蓋然性』による因果関係の成立が認められない場合でも……損害賠償を認める。」(145頁)、本判決は「原審で否定されていた『高度の蓋然性』または『相当程度の可能性』を肯定する。」(146頁)とされるなど、(引用者の読解不足かもしれないが)論旨が不明瞭のように思われる。
- 70) 加藤・前注(66) 115頁。
- 71) 窪田・前注(66) 70頁(原審の言及する「救命確率20%以下」がこれに該当するとすれば、証明度は比較的低いレベルのものでも足りるであろうとする)、澤野・前注(66) 191頁、杉原・前注(66)「解説」863頁、同・前注(66)ジュリスト135頁。
- 72) 新美・前注(10) 62頁、窪田・前注(66) 70頁、大塚・前注(66) 14頁。
- 73) この点を厳しくかつ詳細に指摘するものとして、稲垣・前注(66) 103頁以下(とくに114頁以下)参照。
- 74) 窪田・前注(66) 70頁。

- 75) 新美・前注(10) 61頁。
- 76) 大塚・前注(66) 14頁は、本判決の事案が「救命的な疾病に罹っているケースでないこと」を理由に挙げ、加藤・前注(66) 115頁は、従来の延命利益侵害論で考えられていた法益は「生存の可能性を高めることができたのにもかかわらず、死期を早められたこと」であることを理由に挙げる。
- 77) 判時1728号33頁の「匿名コメント」——期待権侵害の問題について初めて最高裁が判断を示したとする、および、渡辺・前注(66) 104頁——「期待権」という表現こそしていないが、医療過誤訴訟の分野においてこれを肯定した最初の最高裁判決であるとする。また、新美・前注(10) 61頁は、延命利益侵害論の見解に親近性を有するものの、期待権侵害を理由として慰謝料を肯定する見解を支持したものと考える余地もないではない、とする。
- 78) 前田・前注(4) 165頁、澤野・前注(66) 195頁、杉原・前注(66)「解説」863頁、同・前注(66) ジュリスト135頁。なお、大塚・前注(66) 15-16頁は、延命利益(生存可能性)侵害論と期待権論(ないし治療機会喪失論)との明確な区別が重要である旨を指摘する。
- 79) 同判決は、前記のように未熟網膜症による失明事例に関するが、被害者本人の慰謝料300万円に加え、両親に各100万円の慰謝料を認容するにあたり、つぎのように判示する。「被控訴人らはたとえ失明が避けられないものと告げられたとしても、そこに至る過程において能う限りの人事を尽くしてなお一縷の治癒の方途を探究したであろうし、そうすれば恐らく光凝固法を受療する機会にも恵まれて、たとえその結果失明を免れえなかったとしても、患児及びその両親として尽くすべき手段は尽くしたとの心残りのない想いで結果を受容することも可能であった筈である。しかるに……唯一の可能性であったかも知れない光凝固法受療の機会を捕らえる余地さえ与えられずに、無為に過ぎざるを得なかったことは、被控訴人らそれぞれにとって、諦め切れない心残りとして、長期にわたり痛恨の想いを拭い難いものがあるであろうことは想像に難くない。そして被控訴人らのかかる精神的苦痛は、前認定のような浦和医師の著しく杜撰で不誠実な医療によるものといわれなければならない。」
- 80) たとえば——いずれも「延命利益侵害」事例に関する裁判例だが——、意思の処置に不適切なものがなかったら「生命が助かり平均余命に相当する期間生存し得たであろうということもできないので……平均余命相当の期間生存し得たことを前提とする逸失利益の請求を認めることはできない」(前記③判決)、被害者本人の慰謝料のほかに「原告らにおいて正しい病名をいち早く知り適切な治療をしてやれなかったことによる損害を請求しているが、本人の前記の慰謝料を認容すれば、診療契約の当事者でない原告らに対し、仮に不法行為責任を検討したところで、本人とは別に原告ら固有の慰謝料を認める必要性は乏しい」(前記④判決)、「被害者の近親者は、被害者が死亡し、又は死亡したときにも比肩すべき精神的苦痛を受けた場合

にかぎり、自己の権利として慰謝料を請求することができるものと解されるところ、相当期間の延命利益が侵害されたというだけでは右慰謝料請求権発生の要件を充足したものとはいいがたい」（前記⑧判決）、など。

- 81) 杉原・前注(66)「解説」864頁，同・前注(66)ジュリスト135頁。
- 82) 前田・前注(4)165頁，杉原・前注(66)「解説」865頁，同・前注(66)ジュリスト135頁（ただし、「死傷損害説」の立場からは認めることも可能とする），新美・前注(10)61-62頁（その理由として、「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，生存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る，場合によっては，救命できたとしても就労が可能であると判断され，財産的損害すなわち逸失利益の賠償が算定できない場合もあるからである」とする）。
- 83) 澤野・前注(66)197頁以下，窪田・前注(66)70頁（相当程度の生存可能性を保護法益とする本判決の構成は，その賠償を非財産的損害に限定する積極的論理を内在していない，とする），大塚・前注(66)16頁（なお，治療機会喪失（侵害）事例においては，慰謝料のみに限定され財産的損害は否定されるとする）。
- 84) 最判平成15年11月11日（民集57巻10号1466頁，判時1845号63頁）。医師に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過失がある場合において，右転送が行われ，右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旨，判示する。
- 85) 最判平成16年1月15日（裁判集民事213号229頁，判時1853号85頁）。スキルス胃ガンにより死亡した患者について胃の内視鏡検査を実施した医師が適切な検査を行っていれば，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があったとして，医師に診療契約上の債務不履行責任があると判示したもの。
- 86) 目についたものとして，東京高判平成13年10月16日（判時1792号74頁），東京高判平成13年11月5日（判時1778号69頁），大阪地境支判平成16年12月22日（判時1902号112頁）など。
- 87) 杉原・前注(66)「解説」864頁，同・前注(66)ジュリスト135頁。
- 88) 最判平成17年12月8日（裁判集民事218号1075頁，判時1923号26頁）。
- 89) 判タ115号131頁。
- 90) 判時1896号98頁。
- 91) 手嶋「転送義務違反による患者の法益侵害とその証明」（本判決評釈）民商135巻1号225-226頁は，多数意見と反対意見の差はごくわずかであり，医療事件に関する最高裁の各裁判官の考え方にも幅があることを示していると述べる。
- 92) 塩崎勤「本判決評釈」民事法情報237号76頁。
- 93) 円谷峻「拘置所での脳梗塞の発症と転送義務の有無」（本判決評釈）法律のひろ

ば59巻9号70頁, 73頁。

94) 手嶋・前注(91)226頁。

95) 橋口賢一「本判決評釈」法時78巻10号80頁。

96) 山口地岩国支判平成19年1月12日(判夕1247号310頁)——末期ガンで死亡した患者に対する医師の診療に「明らかに不適切な措置」があったとして期待権侵害に基づく慰謝料700万円を認容, および, 大阪地判平成23年7月25日(判夕1354号192頁)——出産後にDIC(播種性血管内凝固症候群)に陥り転送先病院で死亡した患者に対する医師の診療に「重過失ともいふべき著しく不適切な措置」があったとして期待権侵害に基づく慰謝料60万円を認容, など。

97) 裁判集民事236号183頁, 判時2108号45頁, 判夕1344号110頁。

98) 本判決の評釈として, 以下のものがある。平野哲郎・民商145巻2号107頁以下, 同・龍谷法学44巻3号313頁以下, 吉田邦彦・判時2120号(判評632号)172頁以下, 手嶋豊・私法判例リマックス44号(2012〈上〉)38頁以下, 住田知也・民事判例Ⅲ(2011前期)172頁以下, 橋口賢一・法時84巻8号116頁以下, 円谷峻・法の支配165号213頁以下, など。

99) 平野・前注(98)龍谷法学325頁, 円谷・前注(98)221頁。

100) 平野・前注(98)龍谷法学324頁は, そもそも本件は過失も因果関係も認められない事案だったとも考えられるとし, 手嶋・前注(98)41頁は, そもそも責任を認めるのが困難な事例であるとする。同旨, 判時2108号47頁の「匿名コメント」。

101) 平野・前注(98)民商109頁, 同・龍谷法学317頁, 住田・前注(98)174頁。

102) この点について, 平野・前注(98)民商110頁は, 「平成17年判決の島田・才口補足意見の立場が今回は法廷意見として確認された」, とする。

103) 吉田・前注(98)174頁。

104) 手嶋・前注(98)40頁。

105) 橋口・前注(98)117頁。

106) なお, 平野・前注(98)民商112頁は, 「著しく不適切」な診療行為について, その具体例をいくつか挙げている。

107) 橋口・前注(98)117頁は, 本判決は最高裁として期待権について明示的な判断を下したものの, 「期待権の内実を最高裁がどのように理解しているのかについて判示のみから明らかにするのは困難である」とする。

108) この点について, 平野・前注(98)民商110-112頁は, 「当事者の上告理由に即した判断とみるべきであり, 最高裁として機会喪失論ではなくあえて期待権侵害論を採用したと評価することは適切ではない」と述べる。

109) 平野・前注(98)民商111頁, 円谷・前注(98)216-217頁など。

110) 同旨, 樋口・前注(98)119頁。

※校正段階で, 峯川浩子「前記・最判平成23年評釈」医事法27号149頁に接した。