

【講演録】

医療において要求される高度の注意義務と説明義務 —眼科医療をめぐる裁判例を素材として—

野 田 和 裕

1 はじめに⁽¹⁾

医療過誤をめぐる民事責任が問題となる場合、患者側から損害賠償請求の形で責任追及されるのが一般である。その際の法律構成として、民法415条に基づく契約責任（診療契約の債務不履行）と民法709条に基づく不法行為責任が存在するが、近時は、医療過誤における契約責任構成と不法行為責任構成は非常に似たものであり差異はほとんどないとされることが多い⁽²⁾。そこで、以下では、実際に採用されることが多い不法行為責任構成にしたがっ

-
- (1) 本稿は、平成28年10月19日に公益社団法人金沢市医師会主催で開催された金沢市医師会学術研修会における特別講演（日本眼科学会専門医制度生涯教育事業 No.28238：2単位、日本医師会生涯教育講座 CC6〔医療制度と法律〕：1単位、CC7〔医療の質と安全〕：1単位に該当）の内容を加筆修正し、最小限の注を付したものである。当日、座長として司会を務めていただいた金沢市医師会理事・石川県眼科医会理事の宮内修先生（みやうち眼科院長）および貴重なコメントを頂戴した金沢大学法学類長の石田道彦教授（社会保障法）には、ここに記して感謝の意を表します。また、ご出席の医師の先生方には大変活発な議論を展開していただき、医療の専門家としての知見あるいは医療現場の実情を踏まえた多くの貴重なご意見・ご示唆を賜りましたことを心よりお礼申し上げます。
- (2) 手嶋豊『医事法入門〔第4版〕』（有斐閣、2016年）218頁、米村滋人『医事法講義』（日本評論社、2016年）107頁、潮見佳男『基本講義債権各論Ⅱ 不法行為法〔第2版増補版〕』（新世社、2016年）222頁。

て、医療過誤に関する判例法理を手がかりとしながら、損害賠償の要件（権利・法益侵害、過失、損害発生、因果関係）を確認し、あわせて近時の眼科医療をめぐる裁判例、とりわけ、日常的な医療行為において遭遇しうる事例⁽³⁾を素材としながら今後の展望を探ることとする。

2 患者の権利・法益侵害、損害

(1) 生命侵害の意味をめぐる近時の動向

不法行為による損害賠償の要件として、まず、権利・法益侵害が必要である。医療過誤による権利・法益侵害とは、患者の生命・身体・健康の侵害である。

このうち、生命侵害の意味をめぐる、従来は「生存期間の喪失」（生命への侵害）という捉え方がされてきた。ところが、近時は「生存可能性（延命利益）の喪失」（生存可能性（延命利益）の侵害）という捉え方もされるようになってきた。そのほか、患者が適切な医療行為を受ける期待権の侵害が権利・法益侵害にあたるかといったことも問題となった。以下、これらを順に見ていくことにする。

①患者の生命・身体・健康の侵害

患者の生命・身体・健康の侵害は、709条にいう「他人の権利又は法律上保護される利益」の侵害にあたる。医療過誤において、このような権利・法益侵害が認められる場合には、通常、不法行為による損害賠償の要件としての「損害の発生」も認められる。この場合、賠償されるべき損害は「逸失利益の賠償」となる。たとえば、生命への侵害、すなわち、人が死亡した場合の逸失利益（得べかりし利益）の計算方法は、次のようになる。

逸失利益 = 死亡当時の年収（昇給も考慮）× 就労可能年数 - 生活費 - 中間利息

(3) このような理由から、一般の眼科医には馴染みの薄いレーシック手術における医療過誤や説明義務違反に関する近時の下級審裁判例は、検討対象として取り上げていない。

身体・健康への侵害の場合、損害賠償額はより低額となるが、それでも、たとえば、両眼失明の場合、労働能力喪失率は100%であり、後遺障害による労働能力喪失損害は生活費を控除しない結果、死亡の場合の損害賠償額よりも高額となる。

②患者の生存可能性(延命利益)の侵害—「可能性侵害」の法理

上述のように、生命侵害の意味をめぐっては、「生存可能性(延命利益)の喪失」(生存可能性(延命利益)の侵害)という捉え方もされる。すなわち、患者の生存可能性(延命利益)も、709条で保護される権利・法益と考えられる。判例(最判平成12・9・22民集54-7-2574⁽⁴⁾、最判平成15・11・11民集57-10-1466⁽⁵⁾、最判平成16・1・15判時1853-85⁽⁶⁾)も、「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」と述べる。(2)今後の展望1:慰謝料の賠償だけでなく逸失利益の賠償まで認められるか。

生存可能性の侵害という形で、新たな権利・法益侵害を理由とする不法行為が成立する場合、その効果として損害賠償の範囲は果たして、生存できたであろう期間の逸失利益の賠償となるのであろうか。この点は、残された将来の課題である。今のところ、(少額の)延命にかかる慰謝料の賠償を認める

(4) 患者Xは自宅において狭心症発作に見舞われ、それが心筋梗塞に移行し、Y医師の診察当時、心筋梗塞は相当に増悪した状態にあり、点滴中に致死的不整脈を生じ、容態が急変し、不安定型狭心症から切迫性急性心筋梗塞に至り、心不全を来して死亡した。Yは、Xを診察する際、触診および聴診を行っただけで、胸部疾患の既往症を聞いたり、血圧、脈拍、体温等の測定や心電図検査を行なったりせず、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をしていないなど、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。YがXに対して適切な医療を行った場合には、Xを救命し得たであろう高度の蓋然性までは認められないが、救命できた可能性はあったと判示された。

のみで、生存可能性の侵害を理由として（高額の）逸失利益の賠償まで認める最高裁判決は現れていないが、今後の動向がなお注目される。

（3）今後の展望2；死亡の事例だけでなく「重大な後遺症」の事例にまで広がるか。

上述したのは、患者が死亡した事例における生存可能性（延命利益）の侵害であった。ところが、これに関連してさらに、患者に「重大な後遺症」が残らなかった相当程度の可能性（重大な後遺症が残らずに生存できた利益）の侵害を理由として損害賠償責任を認めた判例（前掲最判平成15・11・11）も現れている。すなわち、「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を負う」と述べる。

この点、右眼失明という重大な後遺症が残った事例に関する下級審裁判例が現れたので、少し詳しく紹介する⁽⁷⁾。

（5）開業医が、通院治療中の患者について、初診から5日目になっても投薬による症状の改善がなく、午前中の点滴をした後も前日の夜からのおう吐の症状が全く治まらず、午後の再度の点滴中に軽度の意識障害等を疑わせる言動があり、これに不安を覚えた母親が診察を求めたことなどから、病名は特定できないまでも、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事情の下では、開業医に転送義務違反が認められるが、当該転送義務違反と患者の後遺障害（身体障害者等級1級の脳原性運動機能障害）との間の因果関係は否定された事案において「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を負うものと解するのが相当である。」と判示した。

（6）スキルス胃がんにより死亡した患者について胃の内視鏡検査を実施した医師が適切な再検査を行ってい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された。

【参考裁判例①】東京地判平成27・2・18 LEX/DB25523962

<事案> 患者Xは、右眼につき網膜静脈分枝閉塞症（BRVO）と医師Yに診断されたが、その後、経過観察をするのみで適切な処置を行わなかったため、右眼を失明するに至ったとして、Yに対し、診療契約上の債務不履行又は不法行為に基づき損害賠償を求めた。

<判旨> Yには、Xにつき、眼底の透見が悪く、眼底検査において網膜裂孔や網膜剥離の有無を診断するのが困難となった日以降、Xを超音波検査や網膜電図等の検査を実施するための設備の整った医療機関に転送すべき義務があったにもかかわらずこれを怠った。もっとも、転送していたとしても、Xの右眼を失明しなかった高度の蓋然性があるということはできず、転送義務違反と右眼の失明について因果関係を認めることはできない。しかし、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、Xを適切な医療機関に対して転送していれば、Xが右眼を失明しなかった相当程度の可能性を認めるのが合理的である。Xの請求を一部認容（慰謝料80万円）。

<若干のコメント> 一眼の視力を維持することは、個人の日常生活の全般の質に大きな影響を与えるものなので、法律上保護された利益であり、失明は一眼であっても重大な後遺症といえよう。この観点から本判決は、たとえ医師の過失（転送義務違反）と患者の後遺症（失明）との間の因果関係の存

(7) その他にも、大阪地裁平成19・11・21判タ1265号263頁がある。事案は、診断が非常に困難な疾患であるクリプトコッカス髄膜炎に罹患した患者の、視力障害等の症状の重篤さに鑑み、神経内科の疾患が存在する可能性を疑って更なる検査を検討すべきであったのに、安易に心因性の視力障害であると誤診したために適切な医療行為をしなかった点に過失があり、患者に両眼の失明という後遺症を残させた医師は、その過失と失明という重大な過失との因果関係が認められない場合であっても、適切な医療行為を受けていたならば、失明という重大な後遺症が残らなかった程度の可能性が証明される場合に、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べき不法行責任を負うと判示して、慰謝料の請求を認めたものである。

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、患者に重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性（重大な後遺症が残らずに生存できた利益）を侵害されたことによって被った損害（ただし、精神的損害としての慰謝料に限定）を賠償すべき不法行為責任を負うとしたものである。

さらに、転送先でいつの時期にいかなる検査や治療が行われるかが不明であるから、相当程度の可能性があることについて立証ができていない、との医師側の主張に対し、本判決は、実際に検査がなされなかった以上、検査が実施されていた場合の病状は不明であるから、検査が行われていれば、いつの段階でどのような手術が行われていたかについて患者側に立証責任を課するのは不当であり、むしろ、医師側において、適切な医療機関に転送していても治療が奏功しなかったことを窺わせる特段の事情を主張立証すべきである、と述べ、この点に関する立証責任の分配について考え方を示している点にも特色がみられる。

（４）適切な医療行為を受ける期待権の侵害？（機会の喪失？）

他方、患者が適切な医療行為を受ける期待権（期待利益）の侵害を理由とする損害賠償は、原則として否定されている。すなわち、適切な医療行為を受ける期待権の侵害（機会の喪失）のみでは、不法行為による損害賠償の成立要件である権利・法益侵害とは認められない。判例も、「患者が適切な医療行為を受けることができなかった場合に、医師が、患者に対して、適切な医療行為を受ける期待権の侵害のみを理由とする不法行為責任を負うことがあるか否かは、当該医療行為が著しく不適切なものである事案について検討し得るにとどまるべきものである」（最判平成 23・2・25 判タ 1344-110⁽⁸⁾）と消極的に判示する。

（５）診療行為への自己決定権の侵害

患者の自己決定権は、709 条にいう権利として保護される。診療行為への

自己決定権の侵害はそれ自体で不法行為となりうるので、医師は、精神的損害(慰謝料)の賠償責任を負うことになるが、詳細は後述の説明義務とあわせて述べることとする。

3 診療上の過失 — 医療水準論, 転送義務

(1) 「過失」概念の客観化

不法行為による損害賠償の要件として、故意または過失が必要である。ここで過失とは、日常用語と異なって、内心の意思緊張の欠如(ぼんやり・うっかり)を指すにとどまらない。むしろ、具体的な状況において課せられた行為義務に反した行為(そのときに損害の発生を回避するためにとるべきであった行為と異なった行為)をしたことが問題視される。損害発生の予見可能性があるのに、それを回避する行為義務(結果回避義務)を怠ったことが過失ありと評価される。したがって、過失とは、予見可能性を前提とした結果回避義務(注意義務)違反であると考えられている。

(2) 医療水準論

それでは、どのような内容の行為義務が課されるのか。この判断において、行為者の個人的特性は、どのように考慮されるか。

① 職業

行為義務の前提として予見可能性が必要とされるが、専門的職業に従事している者については、その職業を考慮して、予見可能性の存否が判断される。

(8) 下肢の骨接合の手術を受けた患者が、手術後の合併症として下肢深部静脈血栓症を発症し、同人に後遺症が残った場合であっても、上記手術に伴う上記血栓症の発症の頻度が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なかった等の事情が認められるときは、上記手術の執刀医(整形外科医)が上記患者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至らなかったとしても、同人の医療行為が著しく不適切なものであったということはできず、患者に対し、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わないというべきであるとされた事例である。

最判昭和 36・2・16 民集 15-2-244（東大梅毒輸血事件）⁽⁹⁾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」と述べて、「最善の注意義務」という概念のもと、専門家としての医師に対し、高度の注意義務を課している。仮に、医師が専門科目外の診療を行う場合でも、この義務は基本的には軽減されない点に注意が必要である⁽¹⁰⁾。この点は、医師の診療上の義務としての説明義務、転送義務についても妥当する（後述【参考裁判例②】も参照）。

②知識・経験・技能 — 医師の注意義務の水準

医師については「注意義務の基準となるべきものは、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」（最判昭和 57・3・30 判タ 468-76；未熟児網膜症に関する日赤高山病院事件）⁽¹¹⁾。すなわち、医学の先端知識（学問水準としての「医学水準」）ではなく、診療行為の時点における実践医療の現場において妥当している技術水準が、過失の有無の判断基準となるのである。

-
- (9) 給血者がいわゆる職業的給血者で、血清反応陰性の検査証明書を持参し、健康診断および血液検査を経たことを証する血液幹旋所の会員証を所持していた場合でも、同人が医師から問われないためその後梅毒感染の危険のあったことを言わなかったにすぎないような場合、医師が、単に「身体は丈夫か」と尋ねただけで、梅毒感染の危険の有無を推知するに足る問診をせずに同人から採血して患者に輸血し、その患者に給血者の罹患していた梅毒を感染させるに至ったときは、同医師は右患者の梅毒感染につき過失の責を免れない、とされた事例。
- (10) 渕上玲子「専門科目外の医療をする医師の義務」『新・裁判実務体系 第1巻 医療過誤訴訟法』（青林書院、2000年）169頁。
- (11) 昭和44年12月出生した未熟児の観護療養が行われた昭和45年初めにおいては、光凝固法は、未熟児網膜症についての先駆的研究家の間で漸く実験的に試みられ始めたという状況であって、光凝固治療を一般的に実施することができる状態ではなく、患児を光凝固治療の実施可能な医療施設へ転医させるにしても、転医の時期を的確に判断することを一般的に期待することは無理な状況であったなど、判示の事実関係のもとにおいては、右未熟児の観護療養を担当した眼科医師には光凝固治療についての説明指導義務及び転医指示義務はないとされた事例。

もつとも、臨床医学の実践における医療水準は、全国一律に絶対的な基準として考えるべきものではなく、診療にあたった当該医師の専門分野、所属する医療機関の性格、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して決められるべきものである。この点、最判平成7・6・9民集49-6-1499(日赤姫路病院事件)⁽¹²⁾は「当該疾病の専門的研究者の中でその有効性と安全性が是認された新規の治療法が普及するには一定の時間を要し、医療機関の性格、その所在する地域の医療機関の特性、医師の専門分野等によってその普及に要する時間に差異があり、その知見の普及に要する時間と実施のための技術・設備等の普及に要する時間との間にも差異があるのが通例であり、また、当事者もこのような事情を前提にして診療契約の締結に至るのである。したがって、ある新規の治療法の存在を前提にして検査・診断・治療等に当たることが診療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、所在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、右の事情を捨象して、すべての医療機関について診療契約に基づき要求される医療水準を一律に解するのは相

(12) 昭和49年12月に出生した未熟児が未熟児網膜症にり患した場合につき、その診療に当たった甲病院においては、昭和48年10月ころから、光凝固法の存在を知っていた小児科医が中心になって、未熟児網膜症の発見と治療を意識して小児科と眼科とが連携する体制をとり、小児科医が患児の全身状態から眼科検診に耐え得ると判断した時期に眼科医に依頼して眼底検査を行い、その結果未熟児網膜症の発生が疑われる場合には、光凝固法を実施することのできる乙病院に転医をさせることにしていたなど判示の事実関係の下において、甲病院の医療機関としての性格、右未熟児が診療を受けた当時の甲病院の所在する県及びその周辺の各種医療機関における光凝固法に関する知見の普及の程度等の諸般の事情について十分に検討することなく、光凝固法の治療基準について一応の統一的な指針が得られたのが厚生省研究班の報告が医学雑誌に掲載された昭和50年8月以降であるということのみから、甲病院に当時の医療水準を前提とした注意義務違反があるとはいえないとした原審の判断には、診療契約に基づき医療機関に要求される医療水準についての解釈適用を誤った違法がある、とされた事例。

当でない。そして、新規の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、特段の事情が存しない限り、右知見は右医療機関にとっての医療水準であるというべきである。」と判示する。なお、新規治療法実施のための技術・設備を有しない場合には、これを有する他の医療機関に転医をさせる等の義務が別途生じる点には注意を要する（後述3（3）も参照）。

ただし、仮に診療当時の現場医療をとりまく「悪しき慣行」があったとしても、それは基準にならない。最判平成8・1・23民集50・1・1（腰椎麻酔ショック事件）⁽¹³⁾は「医療水準は、医師の注意義務の基準（規範）となるものであるから、平均的医師が現に行っている医療慣行とは必ずしも一致するものではなく、医師が医療慣行に従った医療行為を行ったからといって、医療水準に従った注意義務を尽くしたと直ちにいうことはできない。」と述べている。通常、医療慣行は、合理的根拠を有するがゆえに慣行となるものであろうが、

(13) 医師が医薬品を使用するに当たって医薬品の添付文書（能書）に記載された使用上の注意事項に従わず、それによって医療事故が発生した場合には、これに従わなかったことにつき特段の合理的理由がない限り、当該医師の過失が推定されるとし、本件では、医師Yには2分ごとの血圧測定を行わなかった過失があり、この過失と患者Xの脳機能低下症発症との間には因果関係があるというべきだと判断された事例。腰椎麻酔にあっては血圧の管理が重要であり、そのために頻回の血圧測定が必要であることは昭和30年代には広く知られていたが、血圧管理を怠ったとみられる事故が続いたことから、本件麻酔剤にあっては昭和47年から「2分間隔」という具体的な表現で注意事項が記載されるようになっていたものである。しかし、昭和49年当時の医療現場では、必ずしも2分間隔での血圧測定は行われておらず、5分間隔で測定すればよいと考える医師もいたようである。本判決は、仮に当時の一般開業医が添付文書に記載された注意事項を守らず、血圧の測定は5分間隔で行うのを常識とし、そのように実践していたとしても、それは平均的医師が現に行っていた医療慣行であるというにすぎず、これに従った医療行為を行ったというだけでは、医療機関に要求される医療水準に基づいた注意義務を尽くしたことはないかと判示した。

医学の進歩によって合理性を失うに至ったものや、もっぱら医療機関側の都合(医療スタッフの不足・経費の節減など)から事実上慣行となったものもあり得るからであり、医療慣行が直ちに注意義務の基準とはならない点には注意が必要である。

(3) 転送義務・転送指示義務

医師には、医療水準とされる検査・治療措置を技術・設備面などの理由で自らが実施できないとき、患者を適切な医療機関に転送して適切な治療を受けさせるべき義務がある。また、患者に対して転医を指示(勧告)すべき義務を負う。前掲最判平成15・11・11は「その病名は特定できないまでも、本件医院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、急性脳症等を含む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も認識することができた」ものとみるべきであり「重大で緊急性のある病気に対しても適切に対処し得る、高度な医療機器による精密検査及び入院加療等が可能な医療機関へ上告人〔患者〕を転送し、適切な治療を受けさせるべき義務があった」として転送義務違反を肯定した。また、前掲最判平成7・6・9は「新規の治療法実施のための技術・設備等についても・・・当該医療機関が予算上の制約等の事情によりその実施のための技術・設備等を有しない場合には、右医療機関は、これを有する他の医療機関に転医をさせるなど適切な措置を採るべき義務がある。」と判示する。

ここで、転送義務・転送指示義務の内容については、①転送義務として(ア)転送先に対する求諾義務(患者の受入れ確認)、(イ)転送先に対する説明義務(経過、転医の理由となる傷病・症状など)、(ウ)適正搬送義務(状況に応じて患者を最善の方法で転送)、②転送指示義務として、より適切な治療方法をとるため、患者に対する転医勧告が具体的状況に応じて問題となる⁽¹⁴⁾。

医師の専門科目外の傷病であることが明らかな場合、自ら適切な診療を行

(14) 測上・前掲174頁。

うことができないと自認した医師は、転医義務を負うことになる。また、専門科目外の傷病であるか判然としない場合、医師は自ら適切な診療を行うことができるか否かを速やかに判断し、時機に遅れることなく適切な転医勧告もしくは転送をしなければならない。

この点、高度な視力障害が残存した事例に関して、専門科目外の当直の麻酔医の転送義務違反が争われた下級審裁判例があるので、少し詳しく紹介する。

【参考裁判例②】 神戸地判平成 14・8・27LEX/DB28072815

〈事案〉 当時2歳の患者Xが、自宅で左眼を強打し、母親に連れられて夜間救急外来のY病院で診察を受け、更に、Y病院医師の指示により翌日神大病院で診察を受けたものの、結局左眼に高度な視力障害が残存したことについて、Y病院医師が初診当日又はその翌日に適切な治療をし、又は早期の転医指示をして転医先で適切な治療を受けさせていれば、高度な視力障害が避けられたとして、Y病院に対し、逸失利益の損害賠償を求めた。

〈判旨〉 「当直の麻酔医Aが、Xの母親から告げられた本件事故の態様は、左下眼瞼を机の角ないし縁に打ち付けたとするもので、傷害の部位が左眼に衝撃がかかるべき場所であるばかりか、本件事故の態様も、左眼に強い衝撃が生ずる可能性があるものであること、Xは2歳3か月であるから、高度の視力低下があっても、それを訴えることはできないと解されること、夜間に保護者が、あえて、眼の異常を心配し、救急の診察を望んだことを考慮すると、診断をした者が麻酔医であっても、少なくとも、本件事故の態様の詳細を聞き取り、左眼自体に何らかの傷害が生ずべき態様であることを把握し、麻酔医でも可能な直接対光反応検査を実施する義務、ないし、眼外傷の内容、程度を知るためには直接対光反応検査が有用であるとの基礎知識がない程、眼科の知識が乏しいのであれば、自らに眼科の知識が乏しいことを自覚した上、Y病院の眼科医を呼ぶ、眼科医の診断を受けることができる病院への転医の手続をとる、或いは、少なくとも、X側に即時、眼科医への受診を指示する

義務があると解すべきである」。

〈若干のコメント〉 母親が受傷態様を電話で伝えた上、診察が出来るかを問い合わせたのに対して受診を認めたことやY病院の規模や性質等を考慮すると、夜間救急外来で眼科医以外の医師が診察したとしても、眼自体の傷害の可能性のあることの把握はできるから、それを知りながら診療した以上、上記のような義務はあるとされたものであり、麻酔医Aの診察は、Y病院において期待される医療水準に達していないと判断されたものである。

4 説明義務——診療行為に対する患者の同意と自己決定権

(1) 患者の自己決定権

患者は、医療という生命・身体に対する侵襲行為を受けるかどうかについて、自己決定権を有する。それゆえ、たとえ診療行為そのものには過失がない場合でも、患者の自己決定権の侵害を709条にいう権利侵害と捉え、この点に関する医師の不法行為責任が問題とされる場合がある(上述2(5)を参照)。

患者の同意(承諾)なしに行った医療行為は、たとえ患者にとって適切で医療水準に即したものであっても、それ自体、自己決定権の侵害を理由とする不法行為となる⁽¹⁵⁾。

(2) インフォームド・コンセント(informed consent)

患者の同意は、医師の側から十分な情報が与えられて初めて有効に行うことができる。すなわち、患者の同意が有効なものになる前提として、医師には説明義務が課されている。医師が説明義務に違反して、必要な説明をしなかった、または、不十分な説明のみしかしなかった場合には、自己決定権の侵害を理由とする不法行為となる。その場合、医師は、患者が自己決定をす

(15) ただし、救急車で搬送された重症患者に対する緊急手術など、患者の同意なしに行われた医師の行為が事務管理(民法697条以下)として正当化される余地もある。

ることができなかったことによる精神的損害（慰謝料）の賠償責任を負うことになる。最高裁平成13・11・27民集55-6-1154⁽¹⁶⁾は、次のように述べる。「医師は、患者の疾患の治療のために手術を実施するに当たっては、診療契約に基づき、特別の事情のない限り、患者に対し、当該疾患の診断（病名と病状）、実施予定の手術の内容、手術に付随する危険性、他に選択可能な治療方法があれば、その内容と利害得失、予後などについて説明すべき義務がある・・・ここで問題とされている説明義務における説明は、患者が自らの身に行われようとする療法（術式）につき、その利害得失を理解した上で、当該療法（術式）を受けるか否かについて熟慮し、決断することを助けるために行われるものである。医療水準として確立した療法（術式）が複数存在する場合には、患者がそのいずれを選択するかにつき熟慮の上、判断することができるような仕方それぞれの療法（術式）の違い、利害得失を分かりやすく説明することが求められるのは当然である。」

それでは、医療水準として確立していない療法（術式）についてはどうか。同判決は、「一般的にいうならば・・・他の療法（術式）が医療水準として未確立のものである場合には、医師は・・・常に説明義務を負うと解することはできない。とはいえ、このような未確立の療法（術式）ではあっても、医師が説明義務を負うと解される場合があることも否定できない。少なくとも、当該療法（術式）が少なからぬ医療機関において実施されており、相当数の

(16) 乳がんの手術に当たり、当時医療水準として確立していた胸筋温存乳房切除術を採用した医師が、未確立であった乳房温存療法を実施している医療機関も少なくなく、相当数の実施例があつて、乳房温存療法を実施した医師の間では積極的な評価もされていること、当該患者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当該患者が乳房温存療法の自己への適応の有無、実施可能性について強い関心を有することを知っていたなど判示の事実関係の下においては、当該医師には、当該患者に対し、そ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をその知る範囲で説明すべき診療契約上の義務がある、とされた事例。

実施例があり、これを実施した医師の間で積極的な評価もされているものについては、患者が当該療法（術式）の適応である可能性があり、かつ、患者が当該療法（術式）の自己への適応の有無、実施可能性について強い関心を有していることを医師が知った場合などにおいては、たとえ医師自身が当該療法（術式）について消極的な評価をしており、自らはそれを実施する意思を有していないときであっても、なお、患者に対して、医師の知っている範囲で、当該療法（術式）の内容、適応可能性やそれを受けた場合の利害得失、当該療法（術式）を実施している医療機関の名称や所在などを説明すべき義務があるというべきである。」

この点、眼科医師の説明義務違反と患者の自己決定権侵害が争点となった最近の下級審裁判例があるので、少し詳しく紹介する。

【参考裁判例③】東京高裁平成26・9・18判時2255号70頁

＜事案＞ Y眼科医院において後発白内障の手術（YAGレーザー後嚢切開術）を受けたXがY医師に対して、手術による眼内レンズ破損の懸念についての説明義務違反を理由として、不法行為又は債務不履行に基づき損害賠償の支払を求めた。

＜判旨＞ YのXに対する後発白内障という病名とその病状を説明すべき義務の違反は認められないとしたが、合併症に関する説明義務違反があったとした。すなわち、「Xの長男Aが眼科医であり、Xは同医院において白内障手術を受けており、遠近両用の高価な眼内レンズを挿入されていることにかんがみると、Xにおいて、Yの看護師から、眼内レンズが破損するという合併症がある旨の説明を受け、そのことを十分に理解したのであれば、その日に本件手術を受けることは回避し、長男であるA医師に相談するのが自然であると解される。そうすると、本件において、Yの看護師がXに対し、眼内レンズの破損という合併症があることについて、そのことがXに理解できるような説明をしたと認めることは困難であり、この点について、Yには説明義務違反があったものと認めるのが相当である。・・・Xは、Yからの説明を受け

て、本件手術について同意したが、自らの意思で本件手術を受けるか否かを決定するために必要な、眼内レンズが破損するおそれなどの後発白内障の合併症についての十分な説明が受けられなかったのであるから、これによって自己決定権を侵害されたものといえることができる。」

〈若干のコメント〉 本件は、患者Xの長男Aが眼科開業医であり、Xは以前そこで白内障手術を受けていたという特殊事例である。もっとも、たとえ医師の診療行為にミスや不手際が存在せず、患者の身体に後遺症等の損害が生じなかったとしても⁽¹⁷⁾、もっぱら医師の説明義務違反により、患者の自己決定権が侵害されたことを理由として、不法行為または債務不履行による損害賠償責任が生じうる、という一般に妥当しうる考え方のもとで、具体的事案において、医師に慰謝料(50万円)の支払を命じた点は今後の参考となろう。

5 因果関係

診療上の過失を理由として患者が医師に対して損害賠償を請求するためには、医師の過失行為と患者の損害との間の因果関係を立証しなければならない。しかし、公害・薬害・医療事故などにおける因果関係の立証には、専門的・科学的な知見を要する場合が多く、被害者の救済を図るため、立証責任の負担が実質的に軽減されている。最判昭和50・10・24民集29-9-1417（東大病院ランバル・ショック事件）⁽¹⁸⁾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の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うるものであることを必要とし、かつ、それで足りる。」

(17) なお、本講演会の質疑応答では、医療ミスや患者の身体的損害が存在しない場合でも、医師の説明義務違反により、患者の自己決定権が侵害されたことを理由として、医師に法的責任が生じる場合があることに驚きと違和感を覚える、との感想が比較的多数あった。

として、経験則を利用した「事実上の推定（一応の推定）」によって因果関係を認める考え方を示している。

このような考え方は、診療や施術に失敗したという作為不法行為の場合だけでなく、必要な診療や施術を行わなかったという不作為不法行為の場合にも同様に妥当する。最判平成11・2・25民集53-2-235⁽¹⁹⁾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は、医師が右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肯定される」として、「作為義務」を観念したうえで、その作為義務が尽くされていれば当該結果は生じなかったか否かを判断する姿勢を示している。

また、同判決は「患者が右時点の後いかほどの期間生存し得たかは、主に

- (18) 重篤な化膿性髄膜炎に罹患した3才の幼児が入院治療を受け、その病状が一貫して軽快していた段階において、医師が治療としてルンバル（腰椎穿刺による髄液採取とペニシリンの髄腔内注入）を実施したのち、嘔吐、けいれんの発作等を起こし、これにつづき右半身けいれん性不全麻痺、知能障害及び運動障害等の病変を生じた場合、右発作等が施術後15分ないし20分を経て突然に生じたものであつて、右施術に際しては、もともと血管が脆弱で出血性傾向があり、かつ泣き叫ぶ右幼児の身体を押えつけ、何度か穿刺をやりなおして右施術終了まで約30分を要し、また、脳の異常部位が左部にあつたと判断され、当時化膿性髄膜炎の再燃するような事情も認められなかったなど判示の事実関係のもとでは、他に特段の事情がないかぎり、右ルンバルと右発作等及びこれにつづく病変との因果関係を否定するのは、経験則に反する、とされた事例。
- (19) 肝硬変の患者が後に発生した肝細胞がんにより死亡した場合において、医師が、右患者につき当時の医療水準に応じた注意義務に従って肝細胞がん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6箇月前の時点で外科的切除術の実施も可能な程度の大きさの肝細胞がん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、他の治療法が実施されていたとしてもやはり延命は可能であつたと見られるとしながら、仮に適切な診療行為が行われていたとしてもどの程度の延命が期待できたかは確認できないとして、医師の検査に関する注意義務違反と患者の死亡との間の因果関係を否定した原審の判断には、違法がある、とされた事例。

得べかりし利益その他の損害の額の算定に当たって考慮されるべき事由であり、前記因果関係の存否に関する判断を直ちに左右するものではない。」とも述べる。さらに、同判決は、「疾病のため死亡した患者の診療に当たった医師の医療行為が、その過失により、当時の医療水準に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」と判示する。このような考え方によれば、診療上の過失と「生命」の侵害との間の「高度の蓋然性」、すなわち、因果関係が認められないときでも、少なくとも「生存可能性（延命利益）」の侵害を理由として慰謝料の賠償（当該事案では200万円）程度については認める、という中庸な判断が出されやすくなったと評価することもできよう。

6 おわりに

以上に見てきたように、医療過誤をめぐる民事責任規範については判例法理の占める割合が比較的大きいといえるので、今後も新たな裁判例の動向には注意する必要がある。

専門医として医療水準にかなった医療行為（転送義務・説明義務）を行うことはもちろんであるが、実際には、救急外来の当直医や医療過疎地の開業医として専門科目外の医師として診療にあたる場合、さらには、例えば手術前の検査等の診療過程で専門科目外の疾病・傷病を発見する場合なども考えられる。このような場合にも、医療水準とされる検査・治療措置を技術・設備面などの理由で自らが実施できないときは、患者を適切な医療機関に転送して適切な治療を受けさせるべき義務があるのは既述の通りであるが、この点は、特に留意すべき点として最後に強調しておきたい。