

◇ 判例研究 ◇

# がん患者に対する検査義務違反と死亡との間に 因果関係が認められず、相当程度の可能性の 侵害も認められない場合に、診療契約上の 債務不履行による慰謝料を認容した事例

(福岡地裁平成25年11月1日判決裁判所ウェブサイト)

平野 哲 郎\*

## 【事 実】

本件は、患者亡Pの相続人であるXらが、Pに対して訪問診療および訪問看護を提供していた被告医療法人Yに対して、Pが大腸がんで死亡したことについて、医師に検査義務違反があったことを主張して、その義務違反等による損害について不法行為又は債務不履行に基づき、賠償を求めた事件である。なお、それ以外の過失も主張されているが、本稿では検討の対象としない。

昭和9年生まれ的女性で、約12年間ピック病<sup>1)</sup>に罹患し、自発性消失、意識消失、無関心、無感動といった症状を呈し、ほぼ寝たきりの状態であったPは、平成18年からYの提供する訪問診療および訪問看護を受けるようになった。Yの雇用する医師は、平成18年の診療開始後数度にわたってPの採血検査を実施し鉄欠乏性貧血であることおよび便潜血検査が陽性であることをそれぞれ確認し、鉄剤内服薬や鉄剤の静脈注射をしていた。鉄欠乏性貧血については、臨床的に最も注意しなくてはならないのは消化

---

\* ひらの・てつろう 立命館大学法学部教授

1) 原因不明の脳萎縮性疾患で、自制力低下、感情鈍麻、異常行動などの症状が現れ、しだいに人格変化・感情荒廃が高度となる。発症後の平均生存期間は6年とされる。

管悪性腫瘍に伴う慢性出血であるとされており、原因不明の鉄欠乏性貧血をみたら、大腸を含む全消化管を精査すべきとされる。また、便潜血検査は、出血しやすいという大腸がんの特性を利用した検査で、1回でも陽性であれば大腸の精査を行うべきとされる。

Yの医師は、平成20年1月に消化管出血の疑いで、PをZ病院に紹介し、同病院はPの消化管内視鏡検査等を行ったが、洗浄不十分のため左側結腸までしか観察できなかった。Z病院は、Yの医師に特記病変は認められないとの判断を伝えた。

平成20年7月3日に、Yの医師はPの便潜血検査が陽性であることを再度確認し、Xらに対し、Pが大腸がん罹患している可能性があること、大腸がんについての検査のうちYで実施可能なのは、腫瘍マーカー検査の一種であるCEA検査及び腹部エコー検査であることを伝えたところ、Xらは早期にこれらの検査を実施することを希望した。ところが、その検査前に、Pは容態が悪化したため、7月12日から25日までZ病院に入院した。退院後も、Yの医師はPに対し、CEA検査及び腹部エコー検査を実施しないまま診療を続け、平成21年1月に腸閉塞の疑い等でU大学病院に紹介し、同病院でPはステージⅣの大腸がんと診断された。

## 【判 旨】

- 1 Xらは、まず平成20年1月の検査義務違反を主張したが、この点については、裁判所は、Yの医師はZ病院に検査を依頼し、左側結腸までしか内視鏡検査はできなかったものの、その他の検査とも併せて特記病変なしとの報告を受けており、それ以上に大腸全体について十分な検査をするようにZ病院に要請する義務はなかったと判断した<sup>2)</sup>。
- 2 次に、判決は平成20年7月3日以降、早急にCEA検査及び腹部エ

---

2) 判決によれば、高齢者については、下剤投与を慎重にしなければならないこと、内視鏡検査による消化管穿孔の危険性があることが、Z病院が内視鏡検査を大腸全体について実施しなかったことの合理的理由として挙げられている。

コー検査を実施する義務について判断をしている。この点について、裁判所は、便潜血検査の結果、陽性である場合には大腸がんを疑うべきとされており、非侵襲的な CEA 検査及び腹部エコー検査は訪問診療時にも可能であったことから、Y の医師にはこれらの検査を実施する義務があり（検査実施の時期については Z 病院退院後）、それを行わなかったことについて過失を認めた。

3 「上記認定事実のとおり、(Y の) 医師は、平成20年7月3日、Xらに対し、P が大腸癌に罹患している可能性がある旨、Y クリニックにおいては大腸癌の検査として CEA 検査及び腹部エコー検査が可能である旨説明し、Xらが CEA 検査及び腹部エコー検査を希望したことから、CEA 検査及び腹部エコー検査を実施すると Xらに伝えたことが認められるのであるから、これにより、Y は、診療契約に基づき、P に対し、CEA 検査及び腹部エコー検査を実施するという具体的内容の債務を負ったものというべきである（下線筆者・以下同様）。そして、上記認定事実のとおり、Y クリニックの医師は、CEA 検査及び腹部エコー検査を行っていないのであるから、Y には、同月末頃、CEA 検査及び腹部エコー検査を実施すべき診療契約上の債務不履行があると認められ、それについて責めに帰すべき事由がなかったと認めるに足りる証拠はないというべきである。」

4 しかし、P のがんが発見された時点ですでにステージⅣに至っていたことや P がピック病を発症してから10年以上経過していたことなどからすると、「仮に P の癌が平成20年8月頃に発見されていたとしても、P に対する有効な治療法が存在しなかった可能性が高いというべきである。」「そうすると、被告クリニックの医師が、平成20年7月末頃に CEA 検査及び腹部エコー検査を行い、P の上行結腸癌が発見され、同年8月にその確定診断がされたとしても、その時点では、P に対する有効な治療法が存在しなかった可能性が高く、P が死亡した平成21年10月16日の時点において、P が生存していた高度の蓋然性も、相当程度の可能性も認めることは困難であるといわざるを得ない。」

がん患者に対する検査義務違反と死亡との間に因果関係が認められず、相当程度の可能性の侵害も認められない場合に、診療契約上の債務不履行による慰謝料を認容した事例（平野）

5 「しかし、他方、被告には、上記のとおり、CEA 検査及び腹部エコー検査を実施するという具体的に特定された診療契約上の債務についての不履行があったことが認められるのであって、それにより、実際に大腸癌に罹患していることの確認が約半年遅れたのであるから、Pは、著しい精神的苦痛を被ったものと認められる。これは、一般的抽象的に『患者が適切な医療行為を受けることができなかつた場合に、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』（最高裁平成23年2月25日判決参照）を認めるものではなく、医師（医療法人）と患者との間の診療契約上、具体的に発生した債務の不履行責任の問題として捉えられるべきものである。そして、被告の債務不履行の態様、結果、Pの症状等の事情を総合勘案すれば、その精神的苦痛を慰謝するには180万円が相当であるというべきである。また、Yの債務不履行と相当因果関係を有する弁護士費用は、20万円が相当である。以上によれば、Pは、Yに対し、債務不履行に基づき、200万円の損害賠償請求権を有していたと認められる。なお、Yは、Pに対する診療契約上の債務不履行に基づき、Xらの固有の損害を賠償すべき責任は負わない。」

## 【研究】

### 1 債務不履行構成と不法行為構成に関する従来判例・学説

(1) 医療過誤による損害賠償請求については、診療契約上の債務不履行による請求と不法行為構成による請求を、一方が認められることを他方の解除条件とする選択的併合として定立するのが、現在の実務では一般的である。そして、訴状でも判決でも、「債務不履行または不法行為による損害」としか示されておらず、結局どちらの請求が認められたのかも不明な場合も少なくない。せいぜい遅延損害金起算日が、不法行為による損害賠償を認めた場合は不法行為の日からとなるのに対し<sup>3)</sup>、債務不履行の場合

---

3) 最判昭和37年9月4日民集16巻9号1834頁。

は請求の翌日からとなる<sup>4)</sup>ことが識別の目安となるくらいである。しかし、これも「訴状送達の日翌日」からの遅延損害金が請求されているような場合は、不法行為後の日であり、かつ、請求の翌日以降でもあるから、識別の基準にはならない。現在の実務では、消滅時効が問題とならない限り、遅延損害金がより多く請求できるという理由から不法行為構成をまず挙げ、債務不履行構成はついでに主張するという程度の扱いがされているに過ぎないことが多い。

(2) 医療過誤訴訟は、かつては不法行為として構成されることがほとんどであった。しかし、昭和32年に加藤教授が証明責任と時効期間の点で債務不履行構成の方が原告に有利であり、さらに請求権競合論における法条競合説<sup>5)</sup>の見地から債務不履行構成だけを主張すれば足り、不法行為構成をとる実益に乏しいと提唱されて以来<sup>6)</sup>、債務不履行構成を支持する立場が有力になった。すなわち、債務不履行構成であれば、帰責事由の不存在について被告が証明しなければならず、過失について原告が証明責任を負う不法行為構成よりも有利であるというのである。この見解に立つ下級審裁判例としては以下のようなものがある。

① 神戸地裁竜野支判昭和42年1月25日（判時481号119頁）

「債務不履行の場合の過失の証明責任は被告側にあると解すべきであるから死因が薬物注射によるショック死であつても医師においてそれが不可抗力に基く等自己に過失がなかつたことを証明し得ない限りその責任を負うものと云わねばならない。」

② 旭川地判昭和45年11月25日（判時623号52頁）

---

4) 民法412条3項。

5) 川島武宜「契約不履行と不法行為との関係について——請求権競合論に関する一考察」法協52巻1号（1934）37頁，同2号（同）28頁，同3号（同）43頁（『民法解釈学の諸問題』〔弘文堂，1949〕1頁以下所収）。

6) 加藤一郎「医師の責任」我妻先生還暦記念『損害賠償責任の研究(上)』（有斐閣，1957）509頁，同『不法行為法』（同，同）46頁，同『不法行為法の研究』（同，1961）7頁。

「不完全な履行がなされたというためには、その履行行為が債務の本旨に従わない場合であることを要するが、診療契約のように病的症状の医学的解明と治療行為という事務処理を目的とする債務について、その履行について債務の本旨に従ってなされたか否かを検討する場合、医師である債務者がなした一連の治療措置につき、債権者の方で、そのいずれが債務の本旨に従った履行であり、いずれが債務の本旨に従わないものであるかを具体的に主張、証明しなければならないとするならば、医療のごとき高度に専門的・技術的な業務を内容とするものだけに容易でないことに鑑み、前認定のように、患者が虫垂炎に罹患したと認められる時期から虫垂炎による穿孔性腹膜炎により死亡する直前まで相当な期間診療にあたった医師である被告が、単に腸炎としての診療措置しかしなかつたという事実関係のもとにおいては、結果からみて客観的に不完全な治療がなされたと認められる以上、被告のなした前認定の診療内容は債務の本旨に従わない不完全な履行と推認すべきである。」「本件診療契約上の履行につき、被告に不完全な履行が認められる以上、債務者の責に帰すべき事由の存否については、債務者側においてその不存在の主張、証明を必要とするものと解する。」「その他、本件全証拠を検討しても、医学の専門常識からみて、虫垂炎の診断を不可能もしくは著しく困難ならしめた特別の事情ないしは腸炎と診断するのが虫垂炎と診断するよりもはるかに合理的であつたとする事情は認められない。したがつて、被告の帰責事由不存在の抗弁は理由がない。」

③ 宮崎地判昭和47年3月31日（判時682号64頁，判タ277号188頁）

「相当期間患児の診療にあたった被告が単に新生児メレナとしての診療措置しかしなかつたという事実関係のもとでは、前記六項で認定した核黄だんの予防・治療の事実にてらして被告のなした右診療内容は債務の本旨に従わない不完全な履行というべきである。」「本件全証拠によるも、その他被告に核黄だんの予測・治療、そのための転院の措置を不可能または著しく困難にする特別の事情を見出し難い。したがつて被告の

帰責事由不存在の抗弁は理由がない。」

(3) 一般に債務不履行責任を追及する場合には、債権者は不履行の事実を主張・証明すれば足り、債務者が帰責事由の不存在を主張・証明しなければならないという基本構造については、判例も民法学説も要件事実論もほぼ異論がない<sup>7)</sup>。この基本構造を医療過誤にも当てはめて、医師が帰責事由不存在についての証明責任を負担することになるという加藤教授の見解は唄教授、星野教授、淡路教授、新堂教授、前田教授などの支持も受け<sup>8)</sup>、

---

7) 例えば、大判大正14年2月27日民集4巻97頁、最判昭和34年9月17日民集13巻11号1412頁、判時204号21頁、内田貴『民法Ⅲ』（東京大学出版会、第3版、2005）142頁、大江忠『要件事実民法(3)』（第一法規、第3版、2005）62頁。

8) 唄孝一「現代医療における事故と過誤訴訟」唄孝一・有泉亨編『現代損害賠償法講座4』（日本評論社、1974）11頁は、まず債務不履行責任を優越的に適用し、第二段として不法行為規範の選択適用を認める。星野英一「民事判例研究 輸血による梅毒感染についての医師の責任（唄報告へのコメント）」法協81巻5号（1965）566頁は、「医療行為等によって生じた損害の賠償の問題を、不法行為としてでなく、債務不履行として法的に処理するのが妥当であるとする点については、筆者も全く賛成である。従来（弁護士が）何故自己に不利な不法行為の問題としていたのかがわからない」と評している。淡路剛久「医療契約」谷口知平・加藤一郎編『新民法演習4』（有斐閣、1974）183頁も、債務不履行責任の成立のみを認める非競合説を支持し、フランスの判例・学説もそうであると紹介しつつ、原告が不法行為構成をした場合であっても、原告の主張する事実が債務不履行の要件も満たすのであれば請求を認容すべきであるとする。新堂幸司「診療債務の再検討——医師の弁明義務を手がかりとして」昭和50年度・弁護士制度100年東京弁護士会秋期講習会講義録88頁（非公刊のため中野貞一郎「医療過誤訴訟の手続的課題」法セミ258号（1976）36頁以下における引用による）は、「医者の方で[帰責原因がないという証明が] むずかしいというなら、いわんや患者の方はずっとむずかしいというべき」「患者としては期待に反した意外な結果が事実としてそこにあるわけですし、また、医者の能力と患者の能力との格差を考慮すれば、やはり医者の方が帰責原因の不存在の証明責任を負うとするのが、公平であると思われます」と述べる。また、前田達明「接骨医誤診事件」医事判例百選（別冊ジュリ50号、1976）101頁は、「原告の主張責任は「回復しないとか悪化した」という事実について負うことで足りる」、「適切な措置をしたことの証明責任を被告が負うのが相当である（『証拠との距離』『証明の難易』という点からみても、この方が妥当であろう）」、「医師としては、回復という結果について債務を負わない代償として、技術水準を守った作為不作為の診療行為義務を、誰から問われても、十分主張証明しうることが要求される」と論じる。

昭和40年代には学説上通説的な地位を占めるに至り、実務上も債務不履行構成による請求が増加した。

ところが、昭和40年代後半から債務不履行構成の優位性に対する疑問がまず実務家から提起されるようになった<sup>9)</sup>。そして、中野教授が「請求原因の構成により訴訟の勝敗が分かれるという不合理な結果は、いずれにせよ避けられなければならない<sup>10)</sup>」という認識のもと、医師の負う債務が疾病の治癒等のために適切な診療行為を行うこと自体を内容とする「手段債務」であるということから、その債務の不完全履行に基づく損害賠償を請求するためには、債務者が手段債務を不完全にしか履行しなかったこと、すなわち債務者の不注意によって不適切な診療行為がなされたことを債権者が証明しなければならず、そのことは結局、不法行為構成において加害者の過失を証明することと実質的には同じであるという説を主張された<sup>11)</sup>。この見解は広く支持を集め<sup>12)</sup>、実務もこれに従い、債務不履行構成をとった場合に帰責事由の不存在の証明責任を被告に負わせる判決は姿を消した。そして、昭和50年代末には、「第一次的に債務不履行、予備的

---

9) 遠藤賢治「医療過誤訴訟の動向(一)」司研論集50号(1972)24頁、江田五月「第二章医療過誤に基づく責任 3 過失 二過失の類型」中川善之助・兼子一監修『実務法律体系5 医療過誤・国家賠償』(青林書院新社、1973)109頁。

10) 中野貞一郎「医療裁判における証明責任」ジュリ548号(1973)309頁。

11) 中野貞一郎「診療債務の不完全履行と証明責任」根孝一・有泉亨編『現代損害賠償法講座4』(日本評論社、1974)71頁(『過失の推認』[弘文堂、1978]67頁以下所収)、同「医療過誤訴訟の手続的課題」法セミ258号(1976)35頁(同103頁以下所収)。

12) 鈴木祿弥『債権法講義』(創文社、四訂版、2001)678頁は不完全履行における「不完全」と「帰責事由の存在=注意義務違反」は「骨がらみに重なっているため」「あとの点(帰責事由の存在・筆者注)についても、債権者が証明責任を負うことになる」と述べる。ただし、中野説が債務不履行構成においては不可抗力またはこれと同視できるような事由を抗弁として認める点で不法行為との区別を残しているのに対し、近時は履行の不完全が請求原因で認められた場合には被告の帰責事由=過失が認められたことにほかならず、不可抗力の抗弁は認められないという見解が多い(黒田直行「医療過誤訴訟における審理上の諸問題」鈴木忠一・三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座5』[日本評論社、1983]292頁、潮見佳男「債務不履行の構造と要件事実論」大塚直ほか編『要件事実論と民法学との対話』[商事法務、2005]254頁)。

に不法行為というように両方主張する例が多」いが、「審理は請求原因の構成に関係なく進行することが多く」、「法的構成の差異が直ちに審理や判決に影響しているとは考えられないのが現状」と評価される状況に至った<sup>13)</sup>。

そして、現在は先に述べたように、遅延損害金の点で有利な不法行為構成が主にあげられ、それと並列的な形で(付け足し的に)債務不履行構成をあげるのが通例になっている。同一の社会的事実に基づくのであれば訴訟の審理や判決も法的構成如何に関わらず同一であるべきであるという素朴な感覚や、要件・効果の点で差異がないのであれば法的構成に拘泥する意義に乏しいという現実論がその背景にあるのであろう。

## 2 本判決の意義

(1) このように債務不履行構成か不法行為構成かによって法律要件の主張・証明責任の所在にも、法律効果(遅延損害金の起算日および時効以外)にも特段の差をつけないという実務の流れの中で、あえて法律構成によって差が生じるという判断を示した本判決は注目に値する。

本判決の判旨を分析すると、まず判旨2で不法行為の過失を認定し、次に判旨3で債務不履行の事実を認定している。認定している内容はほぼ同じであるが、ほとんどの裁判例がこの二つを区別せずに認定している中で、意識的に両者を区別して認定していること自体珍しい。そして、債務不履行については、債務の内容として「Yは、診療契約に基づき、Pに対し、CEA 検査及び腹部エコー検査を実施するという具体的内容の債務を負った」と契約に基づく債務内容を特定している。もっとも契約の主体と請求権の主体についてはもう少し丁寧な認定が必要であろう。Pは、ピクク病という疾患に罹患しており、この疾患は患者の意識レベルの低下をも

---

13) 井筒宏成「医療過誤民事争訟の最近の動向と問題点」ひろば37巻2号(1984)4頁。なお、ここで「第一次的」「予備的」と言っているが、予備的併合という趣旨ではなく、選択的併合の中でどちらを主な請求原因とするかという意味であろう。

たらずようである<sup>14)</sup>。とすると、Pが契約の主体であるとは考えにくい。判決も「(Yの)医師は、平成20年7月3日、Xらに対し、Pが大腸癌に罹患している可能性がある旨、Yクリニックにおいては大腸癌の検査としてCEA検査及び腹部エコー検査が可能である旨説明し、XらがCEA検査及び腹部エコー検査を希望したことから、CEA検査及び腹部エコー検査を実施するとXらに伝えた」と認定しているとおり、Y(意思表示はYの医師による)とXらとの間で検査を実施することについての合意が成立したとみているのであろう。とすると、Pを受益者とする第三者のためにする契約(民法537条1項)がXらを要約者、Yを諾約者として成立したことになる。Pが受益の意思表示(同条2項)をしたのか、そもそも意思能力があったのかは判決からは不明であるが、一応それまでPがYによる診療・介護を受けていたことから、この検査についてもPによる黙示の受益の意思表示があったとみることができようか。とすると、YはPに対して検査を実施する義務を負うとともに、Xらに対してもPに対する検査を実施する義務を負うことになる。したがって、いかなる契約に基づいて、いかなる債務をYが負ったかという「Xらとの、Pのためにする診療契約に基づいて、Pに早急にCEA検査および腹部エコー検査を実施する義務をXらおよびPに対して負った」ということになろう。

そして、判決は、Yがこれらの検査を実施しなかったのであるから、「診療契約上の債務不履行がある」と認めている。さらに注目すべきなのは、「それ(債務不履行：筆者注)について責めに帰すべき事由がなかったと認めるに足る証拠はない」と述べている点である。これは、帰責事由の不存在について被告に証明責任があることを前提に、それを被告が証明できていないという立場に立っているかのような言い回しである。帰責事由の不存在が被告の抗弁になるというかつての債務不履行構成による判決群を彷彿とさせる。これに先立つ、不法行為の過失認定については、検査義務を否定する被告の主張を排斥するに当たってこのような言い回しは

14) 注1参照。

していないことから不法行為構成と債務不履行構成の使い分けをしているように窺える。

このような読み方は言葉尻をとらえているようにみえるかもしれないが、ここには、不法行為構成とは区別して、債務不履行構成については、債務の具体的内容（早期の検査実施）を特定し、それが履行されていないということ自体から契約上の債務不履行責任を肯定し、債務者の帰責事由の不存在は抗弁とする思考が背景にあるように思われるのである。

なお、検査の実施という債務の内容から、本件は手段債務ではなく、検査を実施するという結果の達成が内容となっている結果債務の事案なのではないかという疑問も生じないではない。結果債務だとすると、手段債務だから不法行為構成でも債務不履行構成でも過失の主張・証明責任の所在に差がないという立論の基礎が成り立たないことになる<sup>15)</sup>。しかし、一般には医学的検査は実施することだけではなく、専門家である医師がその結果を分析・検討し、いかなる治療を行うかの判断資料とするために行われるのであって、検査実施義務は結果債務ではないと解すべきであろう<sup>16)</sup>。

(2) さらに、この判決で注目されるのは続く判旨4と5である。判旨4では、検査をしたとしてもPがその死亡の時点で生存していた高度の蓋然性が認められないとして、検査義務違反と死亡の因果関係が否定され、さらにPを救命できた相当程度の可能性の侵害も否定されている。普通に考えれば、過失が認められても死亡という結果との間に因果関係が認められず、さらに判例上認められている救命の相当程度の可能性という法益<sup>17)</sup>の侵害も認められなかったのであるから、ここで請求棄却の結論に至るは

---

15) 結果債務であれば、結果の不達成だけで債務不履行が成立し、帰責事由の不存在は抗弁となる。

16) もっとも、当該契約で合意された具体的な内容を確定し、それが履行されたかどうかを認定するのが通常の実務感覚で、債務を手段債務か結果債務かにカテゴライズしてそこから結論を導くという方法はあまりとらないように思われる。

17) 最判平成12年9月22日民集54巻7号2574頁、判時1728号31頁、判タ1044号75頁。

ずである。

しかし、本判決は、「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」と判示した最判平成23年2月25日（判時2108号45頁，判タ1344号110頁。以下「平成23年判決」）を判旨5で引用している。したがって、平成23年判決を適用して本件における検査義務違反が「著しく不適切」といえるかどうか、期待権侵害による不法行為責任の成否の検討に入るという流れが予想される。しかし、「著しく不適切」とは最判平成17年12月8日（判時1923号26頁，判タ1202号249頁）の島田補足意見にいう「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」，オ口補足意見にいう「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」というレベルを指すと考えられるが，本件の検査義務違反がここまでのレベルであると認定することは難しい。すると，平成23年判決を適用してもここで道は尽きてしまうはずである。実際，本判決も，本件の検査義務違反が著しく不適切かどうかは検討すらしていない。

ところが，本判決は，ここから新たな議論を展開する。すなわち，平成23年判決は不法行為責任についての判断であると射程を制限し，本件のような「医師（医療法人）と患者との間の診療契約上，具体的に発生した債務の不履行責任の問題」は別問題であると論じるのである。そして，債務不履行責任については，不履行の内容が「著しく不適切」であるかどうかを問うことなく，当該不履行によって，大腸がんに罹患していることの確認が約半年遅れたこと自体による精神的苦痛がPの損害として認められるとした。これは，適時に適切な医療を提供するという診療契約上の義務の不履行があれば，そのこと自体による精神的苦痛について損害賠償責任が生じるという解決に道を開くものである。そして，このように解するならば，因果関係や相当程度の可能性の侵害が認められない場合に，「適切な

医療行為を受けることへの期待権」あるいは「治療機会の喪失」という独立の損害が認められるかという問題について、不法行為構成であれば「著しく不適切」という要件が必要となるのに対して、債務不履行構成であれば債務不履行の事実のみで足りるという違いが生じる。従来いわれてきたような「どちらの構成でも要件も効果も違いがない」ということではないことになる。少なくとも、因果関係や相当程度の可能性侵害が証明できない場合に、どのような要件によって不適切な医療行為についての損害賠償責任の発生という効果が認められるかについては、債務不履行構成の方が有利ということになる。

私は、医療行為が契約に基づいて提供された場合には、不法行為責任ではなく債務不履行責任を追及するのが原則であると考えている。なぜなら、もともと特別の関係のない者の間に生じた損害の賠償を目的とする不法行為法に対して、契約という特別な関係のある者の間に生じた損害の賠償は契約法によってなされるべきだと考えるからである。医師の債務が手段債務であることを前提としてもこのことは変わらない。医師・医療機関は望ましい結果を得られる機会を増大させるために最善の努力をするという約束を患者（またはその家族）との間でしているのであるから、その努力を怠った場合にはたとえ具体的な健康被害が生じていない場合でも債務不履行責任を問われるのは当然である<sup>18)</sup>。カナダのサウシン裁判官が「一定の義務を引き受けることを約束した者とそうでない者の責任の間には道義上の断絶があり、法はその断絶を反映すべきである」と述べているのも同旨であろう<sup>19)</sup>。医療過誤の再発防止という観点からも、診療契約上の不完全履行（すなわち過失）が認められた以上、因果関係が認められない場合でも、一定の損害賠償責任を少額であっても認めて、有責判断を示すことには意義があると考えられる。このように解しても医師に過大な

---

18) 平野哲郎「イギリス・アメリカ・カナダ・オーストラリアにおける機会喪失論と日本の相当程度の可能性（2・完）」龍谷46巻4号（2014）219頁。

19) *Oliver[Guardian ad Litem of] v Ellison* [2001]90BCIR[3D]101[CA]

結果責任を負わせることにはならない。なぜなら、医師としては診療契約によって患者（またはその家族）と合意した最善の努力を尽くしてさえいれば、悪結果が生じて責任を負うことにはならないからである。

もっとも、本件では債務の内容が十分に特定され、患者側にその履行への期待が発生していた事案であるから、「適時に適切な医療を提供する診療契約上の債務」という抽象的な債務の不履行の場合にまで本判決の射程が及ぶものではないと解するのが穏当かもしれない。しかし、診療契約によって提供すべき医療行為がある程度特定されている場合（結果債務に近い場合）には、実際の医療行為が「著しく不適切」ではなくても平成23年判決が認めた不法行為法上の「期待権」とは別の契約上保護される利益の侵害が認められるという解釈を示した点で新規性があることは間違いなからう。

(3) そのほかの点について簡単にコメントする。まず、本判決は、債務不履行による慰謝料請求を認めている。かつては慰謝料請求が認められる点が不法行為構成の優位性の根拠にあげられたこともあるが<sup>20)</sup>、現在は不法行為の場合のような規定（民法710条）はないものの、債務不履行でも精神的損害に対する慰謝料が認められることに特に異論はないであろう<sup>21)</sup>。

---

20) ドイツ法では、債務不履行については慰謝料請求が認められないため、このような議論がなされたとのことである（川島・前掲注5・1号63頁）。現在でもドイツでは不法行為上と債務不履行上の請求権がともに発生する場合にのみ非財産的損害の賠償が認められ、債務不履行責任だけの場合には認められないのが原則であるが（オーレ・ランドー／ヒュー・ビール編〔潮見佳男ほか監訳〕『ヨーロッパ契約法原則Ⅰ・Ⅱ』〔法律文化社、2006〕460頁）、2002年施行の新債務法で身体侵害、健康侵害等の場合には非財産的損害の賠償が認められるようになったため、この限度で不法行為責任を引き合いに出す必要はなくなった（マンフレッド・レービッシュ「ドイツにおける新債務法」〔出口雅久・本間学訳〕立命館312号〔2007〕204頁）。

21) 中田裕康『債権総論』（岩波書店、第3版、2013）153頁。債務不履行構成で慰謝料を認めた最近の高裁判決として、高松高判平成17年12月9日判タ1238号256頁（入院患者の褥瘡発症）、広島高判平成20年6月26日判タ1278号257頁（柔道整復師の転医義務違反）、福岡高判平成25年10月3日判時2210号60頁（弁護士による事件放置）、札幌高判平成25年

また、本判決はPが取得した慰謝料請求権がXらに相続されたという構成をとり、「Yは、Pに対する診療契約上の債務不履行に基づき、Xらの固有の損害を賠償すべき責任を負わない」と述べる。これが契約上の債権者はPであり、Xらではないからという理解によるのであれば、上記のとおり、YはPおよびXらいずれに対しても債務を負っているので不適切である。第三者のためにする契約の要約者の損害賠償請求権については、上記旭川地判昭和45年11月25日が、「諾約者の第三者に対する債務不履行は、ひいては要約者に対する関係においても債務不履行となるから、要約者が第三者に債務の履行がなされることにつき特別の利益の有するときは、要約者は、諾約者の債務不履行により右利益が害されたことを理由に相当因果関係の範囲内で、第三者と独立別個の損害賠償請求権を取得するものと解するのが相当である」と判示しているのが、正当であろう。近親者の固有の損害が認められる点も不法行為構成の優位性の根拠としてあげられることがあるが、患者のために診療契約を家族が締結した場合には、上記のとおり契約当事者である家族も固有の損害を請求することができる。また、患者自身が契約した場合も、患者による債務不履行責任追及とは別個に家族が固有の損害について不法行為による賠償請求（民法711条）をすることは妨げられない。

さらに、慰謝料額が、180万円であることも注目される。エホバの証人の輸血拒否事件で認められた人格権侵害に対する慰謝料が50万円であったこと<sup>22)</sup>、平成23年判決を適用して期待権侵害を認めた事件で認められた慰謝料が60万円であったこと<sup>23)</sup>、相当程度の可能性侵害が認められる場合の慰謝料が100万円から300万円前後であることが多いこと<sup>24)</sup>に照らす

---

↘11月21日判時2212号43頁（労働者に対する安全配慮義務違反）。

22) 東京高判平成10年2月9日判時1629号34頁、判タ965号83頁およびその上告審である最判平成12年2月29日民集54巻2号582頁、判時1710号97頁、判タ1031号158頁。

23) 大阪地判平成23年7月25日判タ1354号192頁。ただし控訴審で相当程度の可能性侵害が認められ、450万円に増額された（大阪高判平成25年1月29日LEX/DB25500444）。

24) 例えばこの法理を初めて認めた最判平成12年9月22日（注19）の原審である東京高判

とかなり高額といつてよい。

なお、本件では遅延損害金は訴状送達の日から請求されているため、その点では法律構成の差は生じていない。遅延損害金の問題は本稿では省略するが、私は、不法行為に基づく損害賠償請求権は期限の定めのない債務であるのに、催告なしに不法行為時から遅滞に陥るとする判例・通説は理論的根拠に乏しいと考えている<sup>25)</sup>。

### 3 ま と め

本判決の意義をまとめると、① 不法行為構成の過失と債務不履行構成の不履行の事実を意識的に区別して認定していること、② 債務不履行構成の場合について帰責事由の不存在の証明責任が被告にあるかのような言い回しをしたこと、③ 債務不履行構成による場合には、不法行為構成とは異なり、義務違反が著しいものではなくても精神的苦痛に対する慰謝料を認めたことである。①と②は、③ほど意識的に論じられてはいないが、③の伏線としての意味があるように思われる。少なくとも、債務不履行構成と不法行為構成では時効や遅延損害金の起算点以外にも異なる点があり、債務不履行構成だからこそ損害が認められる場合があるという点を明確にした判決として意義がある。仮に本件でXらが不法行為構成だけを定立していたとすれば請求棄却になったであろうから、債務不履行構成を併合していた意義は大きい。Xらが不法行為構成だけで請求していたが、裁判所としては債務不履行構成であれば慰謝料は認められるという心証に至ったという場合、積明権を行使して債務不履行構成を追加主張させるか

---

↳平成8年9月26日民集54巻7号2611頁が認めた慰謝料は200万円である。

25) 藤原弘道「損害賠償債務とその遅延損害金の発生時期(下)」判タ同629号(1987)11頁は、不法行為に基づく場合も債務不履行に基づく場合も遅延損害金は、口頭弁論終結の日から発生するとすべきであるとする。なお、コモン・ローでも、フランスでも法的構成によって損害賠償の遅延損害金の起算日が異なるという扱いはされていないようである(コモン・ローについて Harold Luntz "Assessment of Damages for Personal Injury and Death" 4th ed, Butterworths, Sydney, 2002, pp.597-598, フランスについて藤原弘道「『損害賠償債務とその遅延損害金の発生時期』補論」判タ638号(1987)4頁)。

どうかは裁判所によって異なるであろう。とすると、Xらとしては最初から両構成を定立して、因果関係が認められる、あるいは相当程度の可能性が認められる場合は、遅延損害金の関係で不法行為を認めてほしい、因果関係や相当程度の可能性が認められない場合は債務不履行構成で慰謝料を認めてほしいというように、判断順序についての希望を付けるというのが、現在の実務では実践的ということになる。

本判決は、医療過誤訴訟においては、不法行為構成であろうと債務不履行構成であろうと、証明責任の所在も認められる損害賠償の内容も変わらないという30年以上にわたる固定観念に一石を投じるものとして見過ごすことができない。

- \* 本稿は、2012年度科学研究費挑戦的萌芽研究課題番号24653027の研究成果の一部である。
- \*\* 本判決の存在を教えてくれた堀康司弁護士に感謝する。