

# <判例研究>冠状動脈バイパス手術を受けた患者の腸管え死による死亡と術後管理についての医師の注意義務

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 川副, 加奈 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/2297/12496">http://hdl.handle.net/2297/12496</a>

《判例研究》

冠状動脈バイパス手術を受けた患者の腸管え死による死亡と術後管理についての医師の注意義務

最高裁判所平成一八年四月一八日第三小法廷判決（平成一六年（受）第一一四七号 損害賠償請求事件）判時一九三三号八〇頁、判タ一二一〇号六七頁―破棄差戻し

川 副 加 奈

【事実】

Aは、冠状動脈に狭さくが認められたため、B院長が開設するC病院にて平成三年二月二日に冠状動脈バイパス手術（以下、本件バイパス手術）を受けた（以下の日付はいずれも平成三年二月）。本件バイパス手術の所要時間は平均的なものであり（六時間三五分）、術後、良好な経過をたどっていた。ところが、翌二三日夕刻、Aは腹痛を訴え、同日午後八時ころ、鎮痛座薬の投与を受けた。本件バイパス手術の助手を務めたC病院のD医師は、この腹痛について、人工呼吸器除去後の痛みの訴えとしては、通常よりも強いとの印象を持った。翌二四日午前〇時ころから、Aは頻繁に腹痛を訴えるようになったが、D医師はこれを精神的不安によるところが大きいと考え、抗不安薬を筋肉注射した。その後、午前二時三〇分ころにも、胃痛、腹痛を訴えたため鎮痛座薬の投与を受けた。午前二時四六分時点での血液ガス分析の結果におけるBE（塩基過剰）値は、マイナス一・二と、高度のアシドーシス（酸血症）を示していた（BE値は、マイナス二・五くらいまでは許容値、マイナス五以上は高度のアシドーシスを示す）。

D 医師は、アシドーシスの原因として、急性じん不全、腸管え死等を考えたが、よく分らず、様子を見ることとした。しかし、その後も、A の腹痛は持続したため、午前三時五〇分には、より強力な鎮痛剤が投与された。その後、午前五時ころ、抗不安薬の投与により、A は傾眠傾向となったが、午前六時ころから七時ころまでの間、マスクを外す動作を繰り返し、つじつまの合わないことを話し、午前七時三〇分ころにも腹痛を訴えた。この時点でのBE値は、マイナス一六・〇と高度のアシドーシスを示すものであり、これを補正するために、メイロンが三回投与されたが、改善されなかった。また、血液検査の結果、白血球数、肝機能の状況を示すGOT、GPTがいずれも非常に高値であり、尿素窒素、クレアチニンも高値であった。午前八時までの間に、アシドーシス、肝機能障害、じん機能障害が認められたので、腸閉そくと判断し、その治療として、腸管ぜん動こう進薬を使用して、腸のぜん動運動を促す治療を行い、常に試験開腹を考慮しておくべきであると判断した。しかし、投薬にもかかわらず、腸管ぜん動音はなく、午前八時ころに撮影したレントゲン写真によれば、腸閉そく像が認められ、ガスが多い状態であった。午前九時から一〇時頃までの間、A は独り言を言い、しん吟し、依然としてBE値もマイナス一五・一と高値であったため三回にわたってメイロンが投与されたが、意味不明なことを話したり、爪の色が不良となるなど状態は改善されなかった。その後、血液の酸素分圧が上がらず、不穏な状態となり、投薬にもかかわらず、意識レベルが少しずつ低下し、アシドーシス補正のための治療を施しても改善が見られず、全身状態が悪化していった。D 医師は、人工呼吸器による呼吸補助のために挿管し、尿量低下に対して利尿剤を使用した改善されず、じん機能が低下した。D 医師は、腹部所見は乏しかったものの、アシドーシスが改善されなかったため、上腸間膜動脈血栓症が最も疑われると判断し、同僚医師と相談の上、開腹手術を行うこととし、二四日午後三時又は四時ころ、電話で執刀医に連絡をとり、午後六時過ぎころ、執刀医がC病院に到着し、D 医師とともに、A の相続人であるXらに開腹手術の説明を行った。Xは、手術承諾書への署名をいったんは拒んだが、最終的には署名した。

Aは、二四日午後七時二〇分ごろ、手術室に搬入され、小腸、大腸部分切除、胆のう摘出、人工肛門造設の手術を受けた。手術時の所見では、腹こう内に腹水が多量にあり、大腸には広範なえ死が認められ、特に下行結腸からS状結腸にかけての部分のえ死が最も高度であった。小腸には、末端から二〇cmの部分から二・三mにわたりえ死が散在しており、胆のうにもえ死があり、肝臓、大腸や小腸等のすべての腹内臓器に虚血の所見があった。広範な大腸のえ死部は切除されたが、結局、S状結腸とつなぐことはできず、人工肛門とされた。小腸についても、え死が散在していた部分について切除され、胆のうも摘出された。手術は、午後一時二五分に終了し、Aは二五日午前〇時に手術室から搬出された。

Aには、本件バイパス手術の合併症として、何らかの原因で下腸間膜動脈に虚血が生じ、これにより下行結腸及びS状結腸部分を中心に広範な腸管え死が生じ、更に、小腸の散在性え死や横行結腸、胆のう及び肝臓の虚血を生じ、腹内臓器全体に虚血状態が生ずるに至ったものであるが、腸管え死全体の発生機序の詳細は明らかではない。

D医師らは、引き続き集中管理体制で治療に当たったが、Aの意識が回復することはなく、急性じん不全、急性心不全を来し、二五日午後〇時五五分に死亡した。

そこで、Aの相続人Xらは、D医師には腸管え死を疑って直ちに開腹手術を実施すべき注意義務を怠った過失があるなどと主張して、B院長の相続人であるYらに対して、債務不履行又は不法行為に基づき損害賠償を求めた。

第一審（福岡地判平成二一年一〇月二二日）は、術後管理の過失を肯定して、Yらに対して四五〇〇万円余の損害賠償の支払を命じた。原審（福岡高判平成一六年二月一七日）は、当時のAの症状等からして、開腹手術の実施はAの身体にとって過度の負担となり、危険を伴うので、その実施に慎重になり、その適否と時期を見定めるために経過を観察することは、臨床医学の見地からしても、必ずしも非難に値するものとはいえず、遅くとも二四日午前八時ころまでに同手術を実施すべきであったということは、極めて困難な判断を強いるものであるなどとした上で、

平成三年当時の医療水準に照らすと、D医師に術後管理を怠った過失があるとはいえないとして、Xらの請求を棄却した。

Xらは、これを不服として、上告受理の申立をした。

### 【判旨】

破棄差戻し

「平成三年当時の腸管え死に関する医学的知見においては、腹痛が常時存在し、これが増強するとともに、高度のアシドーシスが進行し、腸閉そくの症状が顕著になり、腸管のぜん動運動を促進する薬剤を投与するなどしても改善がなければ、腸管え死の発生が高い確率で考えられていたというのである。．．．そうすると、Aの術後を管理する医師（D医師）としては、腸管え死が発生している可能性を否定できるような特段の事情が認められる場合でない限り、同日（二四日）午前八時ころまでには、腸管え死が発生している可能性が高いと診断すべきであったというべきである。」「．．．そして、Aには、強い腹痛が続き、高度のアシドーシスを示すようになり、D医師自身、二四日午前二時四六分の時点では、腸管え死を疑っていたというのであるから、アシドーシスが開心術後にしばしば見られるものであること、腹膜炎の典型症状である筋性防御を認めないことなど腹部所見が乏しかったこと、開心術後の合併症として腸管え死が発生することはまれであることなど原審が掲げる各事実があるとしても、これをもって腸管え死が発生している可能性を否定できるような特段の事情があったという「ことはできない。」「したがって、D医師は、上記診断義務を免れることはできない。．．．平成三年当時の腸管え死に関する医学的知見においては、腸管え死の場合には、直ちに開腹手術を実施し、え死部分を切除しなければ、救命の余地はなく、さらに、え死部分を切除した時点で、他の臓器の機能がある程度維持されていれば、救命の可能性があるが、他の

臓器の機能全体が既に低下していれば、救命は困難であるとされていたのであるから、開腹手術の実施によってかえって生命の危険が高まるために同手術の実施を避けることが相当といえるような特段の事情が認められる場合でない限り、Aの術後を管理する医師としては、腸管え死が発生している可能性が高いと診断した段階で、確定診断に至らなくても、直ちに開腹手術を実施すべきであり、さらに、開腹手術によって腸管え死が確認された場合には、直ちにえ死部分を切除すべきであったというべきである。「Aの術後のバイタルサインは落ち着いており出血量も少なく、良好に経過していたというのであり、二四日午前八時ころの時点では、Aの症状は次第に悪化していたとはいっても、Aの症状が更に悪化した同日午後七時二〇分には開腹手術が実施されているのであるから、開腹手術の実施によってかえって生命の危険が高まるために同手術の実施を避けることが相当といえるような特段の事情があったとは考えられず、Aの肝機能やじん機能が低下していたことなど原審が掲げる各事実は、特段の事情には当たらないというべきであ」り、「したがって、D医師は、上記開腹手術実施義務を免れることはできない。・・・そうすると、D医師は、二四日午前八時ころまでに、Aについて、腸管え死が発生している可能性が高いと診断した上で、直ちに開腹手術を実施し、腸管にえ死部分があればこれを切除すべき注意義務があったのにこれを怠り、対症療法を行っただけで、経過観察を続けたのであるから、同医師の術後管理には過失があるというのである。」と述べ、D医師の注意義務違反とAの死亡との間の因果関係の有無等について更に審理を尽くさせるため、原審に差戻し（カッコ内は引用者による）。

【評釈】

一 はじめに

本判決は、開心術後の管理と医師の注意義務について判示したものであり、判断そのものは、特に耳目をひくも

のではなく一事例を加えるものである。<sup>(1)</sup>しかしながら、本判決は、医師の注意義務違反（過失）の判断枠組みに着目すると、判例上、医師の注意義務違反の判断基準として確立しているとされる「医療水準」を前面に押し出すことなく（医療水準に言及することなく）、予見可能性を前提とした結果回避義務違反をもって注意義務違反（過失）と捉える通説的見解にしたがった枠組みに拠っており、その点において、検討のための素材を提供してくれるものである。もともと、本判決のように、「医療水準」を前面に押し出すことなく（伝統的な過失論に拠って）医師の注意義務違反（過失）の有無を判断する判決については、既に複数の最高裁判決が存する（後述）。したがって、問題は、こうした状況をどのように理解すればよいのかという局面に移っているといえるだろう。このように、本判決は、現在、「医療水準」概念がおかれている状況の再検討および、医師の注意義務の判断枠組みを検討する機縁を含むものであり、その点に意義があるといえる。

## 二 術後管理と医師の注意義務

診療契約、ひいては、それに基づく医療行為は、その性質上、契約締結時点においては、疾患の改善という包括的な内容を債務とするにとどまり、具体的な債務内容は確定していない。むしろ、個々の債務内容は、その後、診療の経過という時間的な流れのなかで幾重にも積み重ねられる医師と患者のやり取りを含む一連のプロセスにおいて具体化されていくものであり、その点において、診療契約は「経時的（時間的）要因」という特性を抜きにしては語ることができないものである。手術という医療行為もまた、こうした医療プロセスの時間的流れを構成する一要素であり、手術をめぐっては、説明義務の問題はもちろんのこと、それ以外の固有の問題として、手術実施の当否（必要性の有無）にはじまり、方法（術式）の選択、実施時期、術式（技術的過誤（異物残存などを含む））、術後管理など、多岐にわたる。本件は、典型的には、術後管理に属するもの、つまり、術後管理における医師の注意義務

違反（過失）の有無が争われたものである（冠狀動脈バイパス手術実施の当否（必要性の有無）、術式の選択、術式等については争われていない）。前述のように、医療を一連のプロセスと見るならば、手術もまた例外ではなく、経過観察を含むところの適切な術後管理がなされてこそ、はじめてその本来の目的を達成しうるものである。こうした経過観察を含む術後管理は、そのみがか単体で争われるというよりは、むしろ、手術に後続して起こりうる合併症等の診断およびそれに対する処置をめぐる過失の有無が問題となることが多い。<sup>3</sup>冠狀動脈バイパス手術後に発生した腸管え死の診断と、それに対する処置（開腹手術）の実施について注意義務違反が争いとなった本件は、術後合併症に対する処置自体の適切さではなく、むしろ、その前段階である処置を実施するタイミング、すなわち、術後の各種臨床所見との関係で開腹手術を実施するタイミングが問題となったものと位置づけることができる。

### 三 過失の判断枠組みについて

#### 1 本件における判断枠組み

本件における過失の判断枠組みは、原審と最高裁とで異なっている。

まず、原審は、腸管え死に関する「医療水準」を指定し、それに照らして、医師に術後管理を怠った過失があるということとはできないと判断している。

次に、これに対して、最高裁は、「医療水準」ではなく、腸管え死に関する「医学的知見」に基づいて、Aの状態（術後の病状）に対して行うべき医学的判断（診断およびそれに対する処置）、つまり、作為義務を指定し、実際になされた対応の妥当性から、その義務違反の有無を評価している。その論理展開を、判旨に沿って確認しておく。まず、平成三年当時の腸管え死に関する「医学的知見」にしたがって、過失判断における予見に関する一般的な注意義務（つまり、各種臨床所見から腸管え死の発生を予測・診断すべき注意義務）を指定し、当該状況下において、「Aの

術後を管理する医師としては、腸管え死が発生している可能性を否定できるような特段の事情が認められる場合でない限り、同日午前八時ころまでには、腸管え死が発生している可能性が高いと診断すべきであったというべきである」として、医師の予見義務（診断義務）を確認している。次いで、それを前提として、平成三年当時の腸管え死に関する「医学的知見」にしたがって、過失判断における結果回避に関する一般的な注意義務（つまり、開腹手術を実施し救命に努めるべき注意義務）を措定し、当該状況において、「開腹手術の実施によってかえって生命の危険が高まるために同手術の実施を避けることが相当といえるような特段の事情が認められる場合でない限り、Aの術後を管理する医師としては、腸管え死が発生している可能性が高いと診断した段階で、確定診断に至らなくても、直ちに開腹手術を実施すべきであり、さらに、開腹手術によって腸管え死が確認された場合には、直ちにえ死部分を切除すべきであったというべきである」として、医師の結果回避義務（手術実施義務）を確認している。そして、予見義務および結果回避義務違反を判断するに際しては、本件事実関係に照らして、それらの義務を否定するに足る「特段の事情」があったか否かを具体的に検討している（すなわち、予見義務については、①アシドーシスが開心手術後にしばしば見られるものであること、②腹膜炎の典型症状である筋性防御を認めないなど腹部所見が乏しかったこと、③開心術後の合併症として腸管え死が発生することがまれであること、などの原審各事実があるとしても、本件事実関係によれば、Aには強い腹痛が続き、高度のアシドーシスを示すようになり、D医師自身、二四日午前二時四六分の時点では腸管え死を疑っていたのであるから、腸管え死発生の可能性を否定できるような「特段の事情」は認められないとし、また、結果回避義務についても、Aの肝機能やじん機能が低下していたことなど原審が掲げる事実があるとしても、本件事実関係によれば、Aのバイタルサインは落ち着いており、出血量も少なく、良好に経過していたというのであり、二四日午前八時ころの時点では、Aの症状は次第に悪化していたとはいっても、Aの症状がさらに悪化した同日午後七時二〇分には開腹手術が実施されていることから、開腹手術の実施によってかえって生命の危険が高まるために同手術の実施を避けることが相当といえるような「特段の事情」

は認められないと判断している。以上により、結果として、「D医師は、二四日午前八時ころまでに、Aについて、腸管え死が発生している可能性が高いと診断したうえで、直ちに開腹手術を実施し、腸管え死部分があればこれを切除すべき注意義務があったのにこれを怠り、対症療法を行っただけで、経過観察を続けたのであるから、同医師の術後管理には過失があるというべきである」としている。

このように、最高裁の論理展開は、「予見義務+結果回避義務」を問う判示となっている。すなわち、平成三年当時の「医学的知見」に基づき、患者の具体的諸症状に着目して、それらの症状を呈している段階で、腸管え死発生の可能性を予測すべきであるとし（診断義務）、そのうえで、確定診断に至る前、つまり、腸管え死発生の可能性が高いと診断した時点で、救命のために直ちにえ死部分を切除すべき義務（開腹手術実施義務）があったのにこれを怠ったとして、医師の過失を肯定している。過失判断の枠組みは、前述のとおり、予見可能性を前提とした結果回避義務違反をもって注意義務違反（過失）と捉える通説的見解に拠るものである。

## 2 医療過誤と過失の判断枠組み

ところで、医師の注意義務違反の有無は「医療水準」をもってその判断基準となとされ、医療水準は、医師の注意義務の一般的判断基準としての地位を確立している。<sup>(4)</sup> そこに至るには、裁判例と議論の蓄積および理論的変遷が見られ、また、その過程において反省を迫られるべき点もあることが指摘されているところであるが、<sup>(5)</sup> ここでは、本件評釈に必要な範囲で、現在の判例の到達地点の確認を兼ねて、ごく簡単にその変遷を振り返っておこう。<sup>(6)</sup>

遡ると、輸血梅毒事件<sup>(7)</sup>において、医師の注意義務（過失）の基準について、最高裁が、「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し、危険防止のため実験上必要とされる最善の注意義務を要求される」としたのを嚆矢とするが、この「実験上必要とされる最善の注意義務」の具体的な内

容が明らかではなく、これを如何に解するかという問題に直面することになった。いわゆる未熟児網膜症をめぐる一連の裁判例のなかには、「その・・・治療手段が医学界の常例ではないとしても、・・・当該治療手段を受けしめるべく適正な手続をとるのが医師としての最善の注意義務と考える」とするものも現れ、この「実験上必要とされる最善の注意義務」は、抽象的ながらも、医師の注意義務の高度化の礎を築き、最善の注意義務が裁判所によって限定されることを認めるとともに、医学界で承認されていない医療を行うべき注意義務が医師に課される方向に振れたことから医学界からの反発を招くことになった。その後、「診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準」をもつて注意義務の基準とすることが述べられ、ここにおいて、医師の注意義務違反の判断基準については、不法行為における過失概念や注意義務違反とは別個の、独自の領域が形成されることになる。しかし、「医療水準」の内容はこの時点においても依然として判然とせず、判例および学説の議論を経て、医療水準は「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」して決せられるものであるとの最高裁判決に結実した（医療水準の内容を具体化させた点において、この判決は医療水準をめぐる一つのターニングポイントとしての位置づけが与えられる）。また、古くから問題とされてきた医療慣行との関係については、「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」として、医療慣行への追従は医師の免責理由にならないことが確認された（もつとも、医師の注意義務と医療慣行の関係については、輸血梅毒事件に関する評釈のなかで、既に、星野英一教授らが指摘されていたところであった）。

以上を要するに、医師の注意義務を判断する際には、「当該医療行為が医療水準に達しているか」が重要な要素とされていることがわかる。しかし、重要なのはこの点に尽きるわけではない。医療の高度な専門性ゆえに、しばしば語られるところであるが、医療行為を行うにあたって医師には一定の範囲内での裁量が認められるため「医師

による裁量権の行使が妥当であるか」という点もまた注意義務判断における重要な要素であり、医療過誤事案において共通する問題といつてもよい（この点、医療をあずかる専門家であるがゆえに、医師の医療行為が、裁量という名のものにその全てが無限定に認められるわけではなく、医療水準のフィルターにかけたうえでの裁量の余地、つまり、原則として、医師の裁量は医療水準によってその幅が伸縮するものと解すべきであろう<sup>15</sup>）。もっとも、最判平成一三年一月二七日民集五五巻六号一五一頁は、医療水準として未確立の療法について一定の事情のもとで説明義務違反が生じる余地を認めており、患者の自己決定権がどの範囲にまで及ぶのかは検討されるべき課題の一つである）。その意味で、注意義務判断においては「医療水準（への到達）」と「裁量権行使の妥当性」が重要なメルクマールとなつてしていると理解することができるだろう。

このように、判例上、医師の注意義務違反の判断基準として確立しているとされる「医療水準」であるが、そのおかれている近時の状況については再考の余地がないわけではない。すなわち、本判決のように、「医療水準」を前面に押し出すことなく（言い換えると、伝統的な過失論に拠つて）医師の注意義務違反（過失）の有無を判断する複数の最高裁判決が存する状況をどのように理解すればよいのかという問題がそれである。そこで、以下、医療過誤事案における過失の判断枠組みについて判例の動向および学説状況を概観し、本最高裁判決の位置づけについて考えてみたい。

### 3 判例の動向および学説

医療水準論の生成・展開の舞台となつた未熟児網膜症事件は、周知のとおり、それまで救命しえなかつた未熟児が、保育器が登場した昭和四〇年代以降、救命が可能になつた一方で、その保育器のなかで酸素投与を受けたことが一因となつて網膜剥離が生じ、失明に至つた事案である。争点は、診療にあつた医師に失明の結果を回避すべき注意義務があつたか否かであるが、当時は、未熟児網膜症に対する新規の療法である光凝固法（あるいは冷凍凝固

法)が開発下にあつたため、これを前提とした注意義務をいつたどの時点から課することができるのかといった形で議論が展開された。

ところで、従来の裁判例の傾向として、医療水準による過失判断がなされてきた医療過誤の類型には、新療法の開発過程との関連や、高度な医療技術が問題となる場合が多く、他方で、予見可能性などを根拠とする過失判断がなされてきた類型には、初歩的過誤やそれに還元しうるような場合が多く、過誤の類型や態様に対応する形で採用される過失判断の枠組みが異なりうるものが一つの特色として見て取れる(もともと、原告の主張の構成と無関係ではないけれど)。医療水準は、それを生成・展開させた一連の未熟児網膜症事件が示すように、開発途上にある新規の療法や、有効性・安全性の確認が十分でない療法についてそれを実施すべきか否かが争われる場合には、当然、当該療法の普及度の考慮や、他の医療機関との比較が不可避のものであり、かつ重要である。したがって、逆に、そうした考慮や比較自体に重要性が認められない場合には、「医療水準」概念を使わなければならない必然性も減殺されると考ふる余地が出てくる。

「医療水準」を前面に押し出すことなく、「予見可能性+結果回避義務」の枠組みに拠って医師の注意義務違反(過失)の有無を判断した比較的最近の最高裁判決としては、本判決の他に、①最判平成一三年六月八日判時一七六五号四四頁(外傷後に緑のう菌に感染し死亡した事案。感染症予防に関する医師の注意義務について、;緑のう菌等の細菌感染を予見し、それに対応した適切な細菌感染症予防措置を基礎とした判示がなされており、「予見可能性+結果回避義務」という判断枠組みを採用)、②最判平成一四年一月八日判時一八〇九号三〇頁(薬剤の継続投与中に副作用により失明した事案。副作用と疑われる過敏症状が発生した場合における薬剤投与の中止を検討する医師の注意義務について、「当時の医療上の知見に基づいて」副作用の発生を予見、回避すべき義務があったと判示。なお、「医療水準」と、この判決における「医療上の知見」との関係については後述)、③最判平成一五年一月一四日判時一八四七号三〇頁(食道がんと手術中に挿管

された管を術後に抜管したところ心停止となった事案。抜管後一時間は患者の呼吸状態を十分に観察し再挿管等の気道確保の処置に備える必要があるとの「医学的知見に基づいて」、呼吸停止さらには心停止に至ることを予見すべき義務を認め、適切な処置を採るべき注意義務（結果回避義務）を怠った過失ありと判示。ただし、①判決のように「予見可能性＋結果回避義務」という枠組みが前面に示されているわけではない）、④最判平成一六年九月七日判時一八八〇号六四頁（S状結腸がん手術後に入院加療中、抗生剤の投与直後にアナフィラキシーショックを発症し死亡した事案。「医学的知見に基づいて」、アナフィラキシーショック発症の予見と結果回避のための注意義務を怠った過失ありと判示）、⑤最判平成一八年一月一四日判時一九五六号七七頁（上行結腸ポリープの摘出手術後九日目に急性胃潰瘍による出血性ショックで死亡した事案。ショック症状による重篤化防止義務を怠った過失ありと判示）がある。（なお、転送義務に関する該当事例として、最判平成一五年一月一日判時一八四五号六三頁を指摘することができる。転送義務についても、他の医療行為に関する義務と同様に医療水準を基準に義務違反の有無が判断されることは、一連の未熟児網膜症に関する最高裁判決によって明らかにされているところである（つまり、転送によって患者に与えられるべき療法が、未だ医療水準としての確立をみていない場合には転送義務として認められない）が、具体的事案に即して注意義務違反の有無を判断する事案も存在する（前掲最判平成一五年一月一日の判例評釈である大塚直・ジュリ一二九六号（平成一五年度重判）八五頁）。転送義務については、その特殊性を捨象することはできないとの指摘がなされており（つまり、転送の要否は、当該患者の状態と医師の専門、より適切な診断法・治療法の存在およびその適応、転医元病院および転医先病院の状況等、特殊な要素が絡んでくると。金川琢雄「診療における説明と承諾の法理と実情」（多賀出版、一九八八年）三六頁、松山恒昭「転医義務（2）」根本久編『裁判実務大系17』（青林書院、一九九〇年）所収二二五頁以下参照）、他の医療行為と同一平面上での取り扱いについては別途検討を要するため本稿では触れない）。

先ず、以上五つの最高裁判決について、その争いとなった医療行為の属性（新規療法や高度医療技術か否かなど）に着目してみると、いずれも、未熟児網膜症事件で争点となったような新規の治療法が問題となった事案ではなく、

むしろ療法等が既に確立し、一般的になされている医療行為の妥当性を問うものであり、医療行為自体の妥当性と  
いうよりはむしろ施術のタイミンクが問題となった本件も未確立療法が対象となっていないという点において同様  
の類型に属するだろう。

次に、医療過誤の態様（初歩的なミスか否かなど。もっとも、過誤の態様は、前述の医療行為の属性と関連するものであ  
ろう）に着目してみると、①判決は、外傷による高度の挫滅創への処置についての過失の有無が争点となったもの  
であり、細菌感染を疑って予防措置を講ずるべき具体的時期が問題となった事案であるが、具体的事情（患者の状  
態等から医師らが当初から細菌感染の発症を懸念していたこと、術後一週間を経過した時点においてもなお細菌感染を疑わせる  
症状が継続していたこと、看護記録からもうかがえる細菌感染の懸念など）を重視し、医師としては、早期に（つまり、細  
菌感染が明らかに予見可能となった段階ではなく）細菌感染を疑って予防措置を講ずるべきであったとしている。この  
点、「外科や整形外科の一般的教科書においても、外傷治療の過程で合併する感染については、早期診断と適切な  
治療が鉄則であることが指摘されて」<sup>(18)</sup>いることから、当該医師の対応は、初歩の部類に属する過誤であると見る  
ことができるだろう。②判決は、薬剤投与についての医師の注意義務は、当該医薬品の添付文書プラスα（情報収  
集および調査義務）を基礎に判断すべきことを示したものであるが、プラスαの部分は、当該医師のおかれた状況等  
のもとで可能な範囲で求められるのであり、諸刃の剣である薬剤を投与する以上、医師として当然のことであろう。  
③判決は、食道全摘手術中に挿管した人工呼吸器抜管後の管理が問題となった事案であるが、同手術においてはそ  
の術後の呼吸管理は死に直結する虞のある極めて重要度の高いものであり、高度な医学的判断が求められる事項で  
はないと考えられる。また、薬剤投与後の経過観察をめぐる医師の注意義務が問題となった④判決は、そもそも使  
用された抗生剤の添付文書に記載の「重要な基本的注意」にしたがった投薬がなされていないものであり、医師と  
しての基本的な対応の部類に属するものといえる（なお、術後の出血性ショックの状態を重篤化させないよう務めるべき

注意義務（特に、追加輸血）が問題となった⑤判決は、二名の専門家による結論の異なる鑑定意見書が提出されている。

このように、裁判例のなかには、「医療水準」を指定し、それとの離反により医師の注意義務違反を判断するという枠組みの一方で、上記①から⑤の判決のように、当該事案に即した形で「予見可能性＋結果回避義務」を基準として注意義務違反を判断する枠組みの二つが存する（なお、その評価については後述）。そして、これまでの裁判例における医療水準概念の用いられ方をみると、裁判所は、上述のように、過誤の態様や問題となっている医療行為の属性とを対応させて、自覚的にその判断枠組みを分けていくことができるだろう。この点、こうした状況に対する学説の理解は必ずしも一致をみていない。すなわち、(1)「医師の注意義務の有無・内容については、技術上の知見等についての法的基準である医療水準・・・をその判断基準としている裁判例が多く見られるが、事件の具体的な事情に即した注意義務違反の判断枠組みによる場合もある」と言及するにとどまるものから、(2)「医療水準論はあくまでも注意義務違反（過失）判断のための基準であり、一般の注意義務違反の判断と別個独立のものではないということを再認させるものである」とするもの。(3)「医療水準概念の形成過程に照らして、「既に確立した知見や医療技術については、『医療水準』という概念が不要とも考えられる」として、同概念が内包する限界（射程）に着眼するもの。(4)「医療水準に言及するものと、言及しないものという二つの枠組みが存在していることについて、『医療水準論に・・・批判があることと併せ考えると、今後の帰責事由論の行方を占う材料となるかもしれない」と指摘して、医療水準概念と注意義務違反（過失）の一般的判断構造との関係について探究の必要性を示唆するもの、<sup>(24)</sup>などがある。また、(5)「注意義務（過失）の一般的判断構造、つまり、当該事案の具体的な状況における予見＋結果回避義務という枠組みによって医師の過失を認定するという近時の最高裁判決によって繰り返されている処理の傾向について、医師の過失認定は、具体的診療における療法の選択・施行等の注意義務の成否を医療水準に照らすことが確認され、従来の過失概念に従った認定とは異なる手法が導かれ、こうした手法は、

医療水準をもって医師の過失を判断し、その水準からの逸脱を裁量違反として過失を認定する動向が確立していることに鑑みると、「医療水準を過失判断の基準とする最判の動向とどのように整合するのか、これと別異な過失認定の手法を予定する理由は何かなどの点が必ずしも明らかではな」く、こうした処理は「最判の本来の流れの中で、医師の過失判断に関して、医療水準の確立以前ともいえる状況への還流でないか、との反省をもたらすものである」とするものもある(なお、そのうえで、この立場は、「・・・将来的展望としては、当事者の主張の整序を前提として、医療水準に基づく過失判断を維持し、論理的統一性を求める方向で、解決の道をさぐるべきではないか」との提言を導く)。(26)

以上のように、医療過誤における医師の注意義務違反(過失)の判断に際して最高裁が採用している枠組みの捉え方には濃淡が見られ、それに対する評価も議論の途上にあるといわなければならない。

この点、前掲①から⑤の最高裁判決と同様の枠組みを採用している本件は、ひとたび合併症が発症すると、判断の遅れが致命傷となりうるものであり、過誤の態様は初歩の部類に属するどころか、むしろ、患者のこれまでの臨床経過等を、「点」ではなく、「一連のプロセス」として把握したうえで迅速かつ的確な判断をめぐるものであり、医学的に極めて高度な判断が要求される事案であったといえる。(29)この点に鑑みると、本判決は、前述した従来の裁判例から傾向として拾い上げることができた「過失の判断枠組みと過誤類型・態様や問題となっている医療行為の属性との間に見られた一定の対応関係」について、とりわけ、過誤類型との対応関係において例外的な側面を示したとの評価が可能であろう。

#### 4 「医療水準」と「医学的知見」

既に見たように、本件は、原審が、「医療水準」を措定し、それを基準として医師の注意義務違反(過失)の有無を判断したのに対して、最高裁は、「医療水準」ではなく、「医学的知見」に基づいて本件事案に即した作為義務

を措定し、仔細かつ入念に具体的事実の当てはめを行うことよってその判断を行っている。そこで、原審と最高裁がそれぞれ依拠した「医療水準」と「医学的知見」に着目してみたい。「医療水準」とは、繰り返しになるが、医師の注意義務の一般的判断基準として判例上確立してきたものであり、現在の判例の到達地点としてのそれは、「判例が、過失の判断が規範的になされるべきものであるという枠組みを維持しながら、その中で、当該具体的な医療における可能性を考慮しつつ、その内容を具体化してきたものであると理解することができ<sup>(30)</sup>る。つまり、「医療水準」は、客観的な「医学的知見（情報）」を基礎とした規範的評価（言い換えると、評価においてはまさに法的判断がなされている）である。

ところで、「医療水準」の内容が明らかにされたのは、ようやく最判平成七年六月九日民集四九卷六号一四九九頁（姫路日赤病院事件「未熟児網膜症」、以下、最高裁平成七年判決とする）においてであった。この判決では、いわゆる<sup>(31)</sup>相対説の採用を明示するとともに、「医療水準」の内容について、「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、特段の事情のない限り、右知見は当該医療機関にとつての『医療水準』であるといふべきである」（二重カッコは引用者による）として、特段の事情がなければ、「医学的知見」が「医療水準」になると述べている。この判決の特徴の一つは、「医療水準の形成過程をその動態に着目して把握していること」である。敷衍すると、「知見の普及」と「実施のための技術・設備等の普及」との間に生じる時間的ギャップ、つまり、知見の普及に、その実施のための技術・設備等の普及が必ずしも追いつかないところに、いわゆる転医義務等の発生を求めているため、結果として、注意義務の基準は「知見としての医療水準」であることを明らかにしている。<sup>(33)</sup> こうした理解を前提とすると、ある文脈において「医学的知見」という表現が用いられている場合には、一仮に、「予見可能性（義務）＋結果回避義務」を問い、医師の注意義務違反（過失）の有無を判断する前提とされている場合であっ

ても―それが、文字どおり「規範的評価が入り込む余地のない純然たる医学上の学問的情報」なのか、それとも、前掲最高裁判平成七年判決が述べたような「医療水準となる医学的知見」なのかを慎重に見極め、実質的な意味での過失の判断構造に着目する必要があるのではないだろうか。

そこで、本件最高裁がいうところの「医学的知見」を如何に理解するかであるが、これは、「規範的評価が入り込む余地のない純然たる医学上の学問的情報」というよりはむしろ、「医療水準となる医学的知見」に限りなく近いものと見ることができないのではないだろうか。つまり、言い換えると、本判決がいうところの「医学的知見」には、客観的な学問的情報の段階を超えて、一定の評価を加えられたものが含意されていると捉えることができるように思われる。というのも、まず、第一に、本判決がいうところの「医学的知見」は、単に、事実認定に要するものとしての位置づけというよりは、むしろ、本件の具体的な事実を医師の行為義務の観点から評価するための基準（あるいは前提）としての位置づけが与えられ、実質的には「医療水準」に接近していると読むことができると考えるからである。そして、第二に、裁判所による鑑定と病院側の私的意見書の結論を異にするものが出され、この点が判断を分けたようであり（原審は、経過観察の継続も医師の裁量の範囲内とする私的意見書を重視して過失を否定したようである<sup>34</sup>）、最高裁は、鑑定人も指摘するところの医学的知見に基づいて過失判断を行っていることから、「純然たる学問的情報（知見）」は、規範的な評価を受けることによつて、実際には「臨床医学の実践における医療水準」をも考慮されていた（あるいは、前提とされていた）と解する余地があると考えるからである。<sup>35</sup>この点、参考になるものとして、前掲②判決を指摘することができる。この判決は、「予見可能性十回避義務」の枠組みで「当時の医療上の知見」に基づいて医師の注意義務違反を判断するとしており、「医療水準」とは表現していない。しかしながら、これは、あくまでも表現の仕方の違いにとどまるものであり、むしろ、この②判決における「医療上の知見」は、その判示の仕方からも、単なる客観的情報の域を超えて「医師の注意義務の基準」となるものであることから、

「医療水準」と読み替えても差し支えない内容を含むと考えられ、単に表現の違い（形式的な言及の有無）にとらわれることなく、判断の実質にも目を配った検討が必要であることを示唆する一例といえる。<sup>(36)</sup>

なお、以上のような理解に立つと、前掲最高裁判成七年判決が「新規の治療法に関する知見」であったのに対して、本件は、「既存の治療法（術後の腸管え死の診断およびそれへの対処法）に関する知見」であったことから、前者（最高裁判成七年判決）の理屈が後者（本判決）にも妥当しうるのかという疑問が生じる。この点、既存の治療法に関する「既存の知見」は、知見の「普及」の問題ではなく、既に普及した知見の「保有」の問題であり、前掲最高裁判成七年判決がいうところの「すべての医療機関について診療契約に基づいて要求される医療水準を一律に解するのは相当ではなく、当該医療機関の性格等により医療水準性が決せられることになるだろう（これに対して、既存の治療法に関する「新しい知見」については、新規の治療法に関する知見と同様、普及の問題である）。前述のとおり、手術は、適切な術後管理まで含めてはじめて完結する医療行為であり、本件のような開心術を行う医療機関・医師であれば、同手術を行わない医療機関・医師に比べ、当然、当該手術後に起こりうる合併症について、より仔細な知見の保有が期待されていると見るべきであろう。したがって、前掲最高裁判成七年判決の理屈は、前提を異にする本判決にも妥当すると解される。<sup>(37)</sup>

## 5 「医療水準論」との関係

「医療水準論」に対しては、「医療過誤の場面や類型にかかわらず、医療水準を基準として、医師の裁量判断による診療の相当性を問い、ここから注意義務違反の過失があるか否かを判断する原則を維持し、．．．将来的展望としては、当事者の主張の整序を前提として、医療水準に基づく過失判断を維持し、論理的統一性を求める方向で、解決の道をさぐるべきではないか」との見解がある一方で、概念自体の有用性に対して批判的な見解も存する。<sup>(38)</sup><sup>(39)</sup>

前者の立場は、医療水準が、医療行為および医療訴訟の特殊性ゆえに、一種の「裁量の場」を設定したものであるとの理解および医療の実態（およそ医療なるものは、一定程度、悪結果を想定しながらも、処置に踏み切る場合もあるので、<sup>(40)</sup>予見を中心とした構成を採用すると、医師には常に予見義務があり、結果回避義務があったということになりかねない）との整合性にも配慮し<sup>(41)</sup>（したがって、従来の過失概念による判断枠組みは、万人の目から見ておかしい過誤類型（初歩的なミス）などを考えるときには一応妥当するが、適用場面としては限定されるとする）、<sup>(42)</sup>これまでの医療過誤事件で果たしてきた役割や功績を積極的に評価し、その意義が失われたわけではないとするものである。<sup>(43)</sup>これに対して、後者の立場（批判的見解）は、医師の注意義務は「医療機関の帰責性判断の各要素を分析、検討することにより、・・・当該医師がおかれた条件のもとで何を求められているかによって個別的に規定されるべきもの」とか、「医療水準という概念は、実質的な判断基準として機能しているのではなく、医療供給者を説得するための修辭的な機能を果たしているにすぎ（ず）・・・説得性の点を除けば、医療水準概念は不要というべき」と主張するものである。<sup>(45)</sup>

医師の注意義務の有無を判断する際に、仮に、明示的に「医療水準」に言及し、重点がおかれている場合であっても、それへの当てはめのみで判断ができるものではない。つまり、「医療水準」を基準に注意義務を判断するといつても、個々の事案において考慮されるべき要素は変わりうるものであり、必然的に、相当細かな類型化をしたうえで考えることを余儀なくされるだろう。<sup>(46)</sup>このように、実際には、当該事案における諸事情（当該医療機関の性格や、患者の状態など）を総合的に考慮しての判断がなされており、結局のところ、「医療水準による判断」が一律のものであるはずはなく、「当該事案における諸事情を総合的に考慮しての判断」のトリートロジーとしての側面を有することは否定できない。確かに、医療水準の類型化（細分化）は、水準としての空洞化を招き、医療水準論の有用性を検討する議論へと収斂していくことが多いが、医療水準論がこれまで医療過誤裁判例のなかで果たしてきた役割は大きく、その点を没却することはできないだろう。また、近時における医療水準は、当初のそれとは異なり、

むしろ、医師の注意義務をより厳格なものにする機能を営んでいる側面があることも否定できない（前掲最高裁判成七年判決や、乳がん温存療法に関する前掲最高裁判成一三年判決など）。医療過誤訴訟は、不幸な結果が発生した後の後始末的（事後救済的）な性格が強いが、医療事故の発生自体を事前に防止するような方策を講じることも必要である。こうした観点からは、医療水準が、医師の「事後的な」評価基準に加え、「事前的な」行動規範としての役割をも担うことによつて、医療事故の抑止につながる機能を持ちうる可能性がある<sup>(47)</sup>。医療水準にこうした積極的意義があることを認めつつも、事前的な行動規範としての役割をも期待する場合には、政策面を強調するあまり、規範の評価であるところの医療水準が同時に科学性を有するものでなければならぬことを逸脱せぬようにすべきである<sup>(48)</sup>。

## 6 小括

以上、医師の過失の判断枠組みについて存する前述の二つの枠組み（医療水準への言及の有無と、伝統的な過失論）に焦点をあてて若干の検討を行つてきた。その結果、二つの枠組みの関係については、その判断内容に着目した場合、必ずしも対立、あるいは連続性を欠く別個の関係として把握することは妥当ではないと考えるに至つた。つまり、厳密には、いずれかに割り振れるものばかりではなく、なかには、それらの中間に位置するとの評価がより適切な場合、すなわち、「過失の認定のうえで、医療水準による判断と融合している」との評価が妥当する裁判例が見受けられるのである。例えば、前掲①判決や④判決では、詳細な医学的知見が前提となつてゐることから、こうした部類に属すると解され、本判決は、<sup>(49)</sup>そうした流れのなかに位置づけることが可能なのではないだろうか。このような理解は、本判決における「医学的知見」を、前述のように、規範的な評価を受けることによつて、実際には「臨床医学の実践における医療水準」をも考慮されていた（あるいは、前提とされていた）と理解することも整合

的であろう。さらに、本判決が採用した過失判断の枠組みを如何に理解するかについては、実際の訴訟における原告側の負担の点を指摘することができるだろう。つまり、「医療水準」は、その内容の措定が容易ではなく、措定されたとしても、それに達していないとの評価を導くことは、普及の点で当該医療機関の特性等の諸要因に左右されやすいため容易ではない。しかし、これに対して、「医学的知見」は、そうしたハードルが低くなるため、「医学的知見」レベルの問題として、それに基づき伝統的な過失論に拠って注意義務違反の有無を問う方が、原告側にとつては有利になると思われる。なお、術後管理については、その「合併症の監視などの問題も、一般的には技術の問題と考えられているが、その要点は、如何なる兆候に留意し、どの程度の時間間隔で診察すべきか、また、発現してきた兆候をどの様に鑑別するかであり、その意味では、知見の問題」であるとの指摘がある。これは、要するに、最終的には技術の問題であっても、知見の有無に依拠する部分も大きいため、両者には密接な関係があり、医学的な観点からは、実際には、「技術」か、「知見」か、といった明確な線引きができる性質のものではないということであろう。文献等から得た知見を、経験を積むなかで即応力を備えた技術へと転換する過程は、およそ医療行為一般について当てはまる性質であると思われるが、術後管理の位置づけに関する上述の指摘を前提とすると、いささか乱暴な捉え方であるかもしれないが、本件は、端的に、当該術後合併症に関する「医学的知見」に基づいて、医師の過失の有無を判断する枠組みに親和的な事案であつたと解する余地もあると考えられる。

#### 四 おわりに

前述のとおり、医療はプロセスであり、時間軸を抜きにしては語ることはできない。つまり、例えば、開心術後一日経過した段階で得られる患者の状態を示す各種情報（検査データのみならず、医師自らが、診察して得られるものも含めて）と、一日後のそれとは、質、量ともに格段に違いがあるはずで（つまり、より具体性を有する情報が蓄積さ

れていく、それに伴って、予見可能性も次第に高まってくるものであろう。本件の場合、先行する医療行為（冠状動脈バイパス手術）を基点として、その後に悪結果（合併症としての腸管え死）が予測されるケースであるから、医師としては、当然、当該先行医療行為の後には、それを前提とした（念頭に置いた）慎重な経過観察が求められ、結果的に、予見可能性も高くなると解すべきであらう（なお、同様のことは、前掲①から⑤判決にも当てはまる。すなわち、前掲①判決は重度の外傷に対する手術、②および④判決は薬剤投与、③判決は呼吸管理に慎重さが求められる食道全摘手術、⑤判決はポリープ摘出手術、の各医療行為が先行している）。予見可能性については、既に、開業医の転送義務違反が争われた最高裁判決において、「・・・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、・・・何らかの重大で緊急性のある病気が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（場合には）・・・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・・・転送し、適切な治療を受けさせるべき義務があったものというべき」と述べられている。また、薬剤の投与を中止することを検討する注意義務が争われた前掲②判決も、その原審が副作用であるSJSの発症を診断できてから同義務が生じるとしたのに対して、最高裁は、薬剤の副作用として発現した過敏症状がSJSに移行する可能性のあったものであることから、診断に至る前の段階で医師に対応を求める内容の判示をしているところである。

本件も含め、病状が悪化の一途をたどる場合には、診断が適時に行われなかったこと（診断の遅れ）や診断の誤り（誤診）が問題となるが、こうした場合、医師側としては、各種検査データや臨床所見からは他の疾患の可能性も否定できなかったとの反論は、当該医療の時間的経過等の関係により難しい場合が出てくるだろう。この点に關連して、本件の術後合併症は、その発症の可能性自体は低いものの、ひとたび発症すると、直ちに処置をしなければ救命の可能性は極めて低いものであり、このように、最上位に位置づけられる被侵害利益（生命侵害）に隣り

に直結してしまうという重篤さおよび時間的切迫性の要素も、結論に影響したと考えられる。これらの点に鑑みると、もはや本件の経過観察をもって医師の裁量の範囲内とすることに無理があるということになろう。そして、本判決がいうところの腸管え死が発生している可能性を否定する「特段の事情」は厳格なものであり、人命をあずかる医師としては、その使命を果たすべく、患者の各種所見から、できる限り遺漏なく、あらゆる可能性を考慮した迅速な対応をすべきことが求められるということだろうか。

本判決の評釈として、塩崎勤・民法情報二四三号五七頁〔二〇〇六年〕、寺沢知子・民商一三五卷四・五号八一九頁〔二〇〇七年〕、手嶋豊・リマークス三五号二六頁〔二〇〇七年〕がある。

- (1) 本判決の匿名解説〔判タ二二〇号六八頁〕参照。
- (2) 奥田昌道Ⅱ潮見佳男編「法学講義 民法6」(悠々社、二〇〇六年) 一一一頁など参照。
- (3) また、手術に伴う危険性や緊急性と当該手術後の経過観察や容態管理の注意義務の程度は相関関係にあるとされる。根本久Ⅱ沼田寛「注意義務の態様」根本久編「裁判実務大系17」(青林書院、一九九〇年) 六二頁以下所収、九一頁以下参照。
- (4) 河上正二「診療契約と医療事故」磯村保ほか「民法トライアル教室」(有斐閣、一九九九年) 三五二頁以下所収、三六六・三六七頁、助立明Ⅱ中井美雄「医療過誤法」(青林書院、一九九四年) 一六一頁以下、小山稔Ⅱ西口元編集代表「専門訴訟大系Ⅰ医療訴訟」(青林書院、二〇〇七年) 一八頁以下など参照。
- (5) 山口齊昭「『医療水準論』の形成過程とその未来―医療プロセス論へ向けて―」早稲田法学会誌四七卷三二六頁〔一九九七年〕参照。
- (6) 現在に至るまでの医療水準論の変遷については、既に、多くの論稿で述べられているので、本稿では大まかな流れのみを振り返るにとどめ、詳細については、助Ⅱ中井・前掲注(4) 一六一頁以下、新美育文「医師の過失―医療水準論を中心に―」法論七一巻四・五号六九頁以下〔一

《判例研究》冠状動脈バイパス手術を受けた患者の腸管え死による死亡と術後管理について  
の医師の注意義務

- 九九九年)、山口・前掲注(5)、植木哲「医療水準(論)に関する一管見」判タ二一九号五頁以下(二〇〇五年)など参照。
- (7) 最判昭和三十六年二月一六日(民集一五卷一五号二四四頁)〔東大輸血梅毒事件〕。
- (8) 岐阜地裁高山支判昭和四九年三月二五日(判時七三八号三九頁)〔高山日赤病院事件(未熟児網膜症)の第一審〕。
- (9) 最判昭和五七年三月三〇日(判時一〇三九号六六頁)〔高山日赤病院事件(未熟児網膜症)〕。
- (10) 最判平成七年六月九日(民集四九卷六号一四九九頁)〔姫路日赤病院事件(未熟児網膜症)〕。
- (11) 最判平成八年一月二三日(民集五〇卷一十一頁)〔腰椎麻酔によるショック事件〕。
- (12) 医療水準に関するこのような理解は、個別的な判断がなされることを意味するため、事案(患者)ごとの公平さを確保すべく、近時は、医師の「研鑽義務」や「転医・転送義務」があるとされている。
- (13) 唄孝一・星野英一・法協八一巻五号五六七・五六八頁(一九六五年)。
- (14) 医師の裁量については、稲垣喬「診療に関する医師の裁量と限界」根本久編『裁判実務大系17』(青林書院、一九九〇年)五一頁以下所収、中村哲「医師の判断(裁量)と患者の自己決定権について(上)」判タ一〇一八号八三頁以下(二〇〇〇年)、「同(下)」判タ一〇一九号四三頁以下(二〇〇〇年)など参照。
- (15) 例えば、東京地判昭和五五年一月六日(判時九九五号六七頁)〔分娩方法の選択が争われた事案〕では、「……そもそも医療行為については、医師の高度な専門的・技術的判断を要することから、医学界の一般的水準の範囲内での医師の自由裁量の余地を認めるべきであり、原則的に医療行為の選択は患者からする指定になじまない性質のものである」とされている。
- (16) この判決自体、医療水準として未確立の治療法についてそれを前提とした義務は発生しないとした最判昭和六三年三月三一日判時一二九六号四六頁を否定するものとして意義がある。もともと、この判決は例示の形をとっており、未確立の療法についての説明義務が認められる要件は明らかではない。なお、この最高裁平成一三年判決に対しては、賛否が分かれる。積極的に評価する立場としては、山口齊昭「新規療法の『確立』と医療上の注意義務―医療水準論をめぐる最近の動き―」民事法情報一八八号七六頁以下(二〇〇二年)など、逆に、消極的な立場としては、新美育文「医療水準論―再度の混迷を回避するために―」司研一一〇号一一五頁以下(二〇〇三年)参照。
- (17) 稲垣喬「民事訴訟入門」第2版(有斐閣、二〇〇六年)二四七頁参照。
- (18) 加々美光子・民事法情報一九九四七頁以下(二〇〇二年)。
- (19) こうした理解は、学説における有力説でもある。前田達明「医事法」(有斐閣、二〇〇〇年)二七九頁(稲垣喬執筆)、松並重雄「薬の処方、投与における医師の注意義務」太田幸夫編「新・裁判実務大系1」(青林書院、二〇〇〇年)一四四頁以下所収、一四八頁以下など参照。
- (20) 塩崎勤・民事法情報二二七号一〇一頁以下(二〇〇四年)参照。

- (21) 寺沢知子・法教二八五号八〇頁(二〇〇四年)。同・民商二三五卷四・五号八一九頁以下、八二三頁(二〇〇七年)も参照。
- (22) 久保野恵美子・法教二五八号二二頁(二〇〇二年)。
- (23) 小山II西口・前掲注(4)二五頁。この点、手嶋豊「医事法入門」(有斐閣、二〇〇五年)一四三頁も「医療水準は、新しい治療法がいつの時点から診療にあたる医師に実施義務となるのかという議論にはなじみやすいが、一般に行われている医療行為の内容が適切であったかどうかという場面では必ずしも必要なわけではない」と同旨を述べる。
- (24) 飯塚和之「医療事故―帰責事由」川井健II田尾桃二「転換期の取引法」(商事法務、二〇〇四年)三三二頁以下所収、三四二頁。
- (25) 潮見佳男「債権各論II不法行為法」(新世社、二〇〇五年)二〇一頁も同旨と思われる。
- (26) 稲垣喬・民商一三〇巻四・五号九二五頁以下、九三〇頁(二〇〇四年)。
- (27) 稲垣・前掲注(26)九三二頁。
- (28) 稲垣・前掲注(26)九三四頁。
- (29) 手嶋豊・リマークス三五号二六頁以下、二九頁(二〇〇七年)参照。
- (30) 窪田充見「不法行為法」(有斐閣、二〇〇七年)二二二頁。
- (31) 「医療水準」を法的規範として把握し、当該医師または医療機関を取り巻く具体的状況(地域性、専門性、医療機関の特性など)についても考慮のうえ決められるべきとする立場で、限りなく通説に近い学説の多数であった。山田卓生「医療水準と医療慣行」判夕四四七号三九頁以下(一九八一年)、遠藤賢治「医療水準と過失―判例を追って―」自由と正義二八巻一〇号一三三頁(一九七七年)、筋II中井・前掲注(4)一六五頁など参照。
- (32) 田中豊「最判解」平成七年度最高裁判所判例解説民事篇(下)五四九頁以下、五七〇頁。
- (33) 田中・前掲注(32)五七一頁。
- (34) 前掲注(1)六七・六八頁参照。
- (35) 寺沢知子・民商一三五巻四・五号八一九頁以下、八二四・八二五頁(二〇〇七年)は、本判決における医学的知見は「本件に適切、かつ、合理的であるかどうかという視点から採用された「知見」であるという点で、法的判断がなされていると解せられる」とする。
- (36) 手嶋豊・民商一二九巻四・五号七一九頁以下、七二四頁(二〇〇四年)は、この判決が、医療水準ではなく、医療上の知見という言葉を用いていることについて「そこに含まれている実質的内容は変わらないものと思われるが、医療水準が新しい治療法に関連して論じられることが多いのに対して、本件はそのようなものとは若干異なるもののために使い分けられているとも解される」とする。なお、この判決が「医療上の知見」という表現を用いた点に特色があると指摘するものとして、飯塚・前掲注(24)三四五頁。高嶋英弘、判時一八四〇号一七二頁(判

《判例研究》冠状動脈バイパス手術を受けた患者の腸管え死による死亡と術後管理についての医師の注意義務

- 評五四〇号一〇頁）も同旨か。
- (37) 古川俊治「診療上の医師の注意義務と『医療水準』」慶應法学七号三三七頁以下（二〇〇七年）参照。
- (38) 稲垣・前掲注（26）九三四頁。
- (39) 滝井繁男・藤井勲「『医療水準論』の現状とその批判」判タ六二九号二二頁（一九八七年）、畔柳達雄「医療水準—専門医、地域差、施設差」判タ六八六号七〇頁（一九八九年）、新美育文・ジュリー一〇九一号（平成七年度重判）六三三頁など参照。
- (40) 稲垣喬「医療水準論の意義と機能—大阪高判昭和五八年二月九日判決」判タ五〇三号四五頁以下、四七頁参照（一九八三年）。
- (41) 稲垣・前掲注（26）九三四頁、稲垣・前掲注（17）二三四頁参照。
- (42) 稲垣・前掲注（17）二二四・二二六頁参照。
- (43) 前掲注（42）の他、手嶋豊「医療事故の民事責任をめぐる近時の動き」ジュリー三一一九号五四頁以下、五五頁（二〇〇七年）、古川・前掲注（37）三九三・三九四頁などもニュアンスに違いはあるが、医療水準概念に対して肯定的・積極的評価をしている点においては同旨。
- (44) 滝井・藤井・前掲注（39）一三頁。
- (45) 新美・前掲注（39）六五頁。
- (46) 河上・前掲注（4）三六七頁参照。
- (47) 手嶋豊「医薬品の添付文書に記載された注意事項の違反による医療事故の発生と医師の過失の推定」ジュリー一一〇九号二二〇頁以下、二二三頁（一九九七年）参照。
- (48) 稲垣・前掲注（17）二四八頁参照。
- (49) 稲垣喬弁護士は、①判決について、医学的知見の詳細な認定がなされているのは、医療水準に基づく判断に接近していると考えられるが、最終的には、予見の観点から注意義務を捉えていることから、両枠組みの中間に属するものとして位置づけている。稲垣・前掲注（26）九三一頁参照。
- (50) 古川・前掲注（37）三八八頁。
- (51) 最判平成一五年一月一日（民集五七巻一〇号一四六六頁）。