

# 「医療水準を中心とした診療契約についての一考察」

—訴訟事例をとおして—

## A Study of the medical care contract with a focus on medical standards : Through the legal cases

番匠谷 光 晴

Banshouya,Mitsuharu

### 要旨

医療保障の構成は行政庁、医療供給体制、利用者の三者が存在する。本稿では「利用者と医療供給体制」の間の判例について検討を行った。「利用者と医療供給体制」の間は診療契約によって結ばれており、医療保障の視座からの重要なテーマは医療水準であった。医療水準は医療の保障を受けるに際して、質の確保の問題である。将来に残された課題を「利用者と医療供給体制」の間の判例から検討し、さらに将来の背景である高齢化や保険財政の問題などの指標を立てて吟味した。その結果、混合診療の課題に関連したもので、診療契約による合意によって選択療養が認められる契約が将来の課題となった。

キーワード：医療保障、医療水準、診療契約

### はじめに

医療保障というものは、国民が社会階層の切れ目なく普く医療を受けることを保障するものである。医療の給付は原則的には現物給付であるため医療供給体制の存在が必要である。また、わが国は1961（昭和36）年より国民皆保険下となっているので保険給付（医療扶助を含む）を行わなければならない。現在では保険給付が無ければ、利用者（受療者、患者）は医療機関に対して全額自費で受療することは美顔等の一部を除いて、利用者も普く医療を受けることができないし、医療機関自身も経営が成り立たないのである。

それでは利用者（受療者、患者）と医療供給体制（医療機関）の間の関係は、どのようなシステムになっているのであろうか。そして、将来に残された課題はどのようなものがあるのであろうか。について医療保障の視座から医療保障訴訟の変遷を辿り、利用者と医療供給体制の間にある「将来に残された課題」を考察することにした。

「利用者と医療供給体制」の間の訴訟には医療の制度をテーマにしたものと医療事故などの訴訟がある。医療制度をテーマにしたものは後述する『判例百選』から選出した判例であり、医療事故の判例については後述する『医事法判例百選』から選出した。医療事故の判例

については、利用者の視点から医療保障を眺めるという点で「医療水準」を争点にした訴訟を中心にした。

「医療水準」は医療の質を保障するもので、医療環境の整備が医療保障には重要であるからである。

## 1. 医療保障の構成

医療保障には、医師などの免許を取得した医療従事者と病院・診療所などの開設の諸手続きを受けた医療機関の存在と「医療の給付<sup>1)</sup>」を行う行政庁等（保険者等）が必要である。

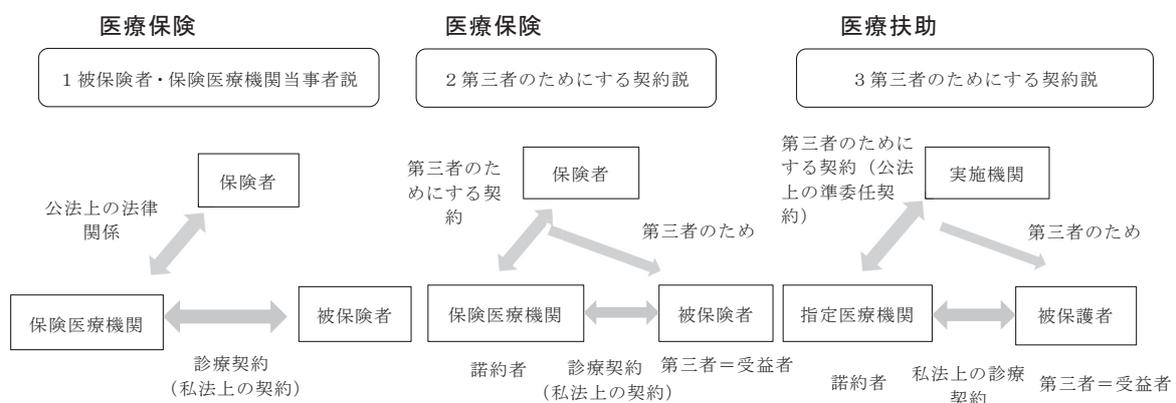
医療供給体制とは病院や診療所などの保険医療機関、医療従事者（保険医）、医療資材（医療機器や薬剤）、医療の教育システムなどの体制をいう。

行政庁とは、国、保険者、実施機関などの体制をいい、保険者などは国の事務を委託された公法人である。すなわち、医療供給体制と医療給付体制の二つのファクターが存在して成り立つ。したがって、医療保障の争訟の変遷を研究する場合には、「利用者と行政庁」間の争い、「医療供給体制と行政庁」間の争い、及び「利用者と医療供給体制」間の争いを対立軸別にして判例をわけることになる<sup>2)</sup>。

本稿では「利用者と医療供給体制」間の判例（以下、必要に応じて「契約の判例」という）について『判例百選』<sup>3)</sup>を基に将来の課題を考察する。

## 2. 「利用者と医療供給体制」間の判例（契約の判例）

『判例百選』の本稿で採り上げた医療保障の判例を参考にし「利用者と医療供給体制」間の「診療契約」については、以下のとおり整理できる。



医療保険についての診療契約を整理すると

#### 1. 被保険者・保険医療機関当事者説<sup>4)</sup>

判例番号：契約3「保険診療契約の当事者」が代表的判例である。保険診療の被保険者である患者と保険医療機関との間には、診療に関する合意によって直接診療契約が締結されている。この合意は準委任契約（民法656条）である。このことは、保険医療機関が保険者に対して公法上の義務（療養担当規則等の遵守）を負担することや、被保険者と保険者の間に公法上の法律関係（保険料の納付と給付等）が存在することとは相反しないものである。それは、①被保険者たる患者は自らの意思で自由に保険医療機関を選定できること、②被保険者は一部負担金を保険医療機関に直接払う義務があること、③診療内容は医師としての判断と被保険者の意思表示の合意によって確定されることなどが、根拠となっている。

#### 2. 第三者のためにする契約説（保険者・保険医療機関当事者説）

公的医療保険は交通事故による負傷を保険事故から除外していないことから、交通事故による負傷について公的医療保険による保険診療を行なうことは妨げられないこととなっている（大阪地裁昭和60年6月28日判決 昭和58年（ワ）9110号）。このため交通事故による負傷の治療について被害者は自由診療か公的保険診療かを選択することができるとなっている。医療行為と診療報酬に関する契約は保険者と保険医療機関との間で成立し、患者たる被保険者の意思表示によって治療が行われることから、これは第三者のためにする契約（民法537～539条）である。保険医療機関と保険者との法律関係を一種の第三者のためにする契約であるとして、患者と保険医療機関との間の私法上の諾成契約の存在とは相反しないものである。保険者と保険医療機関との間の一般的・基本的な契約と個々の患者と保険医療機関との個別的契約は両立し得るというものである。それは、保険医・保険医療機関は療養担当規則等の命令に従って診療をしなければならないことや厚生労働大臣または知事は保険診療に関して保険医療機関を指導監督する権限を有していることなどが根拠となっている。

また、医療扶助についての診療契約を整理すると、

#### 3. 第三者のためにする契約説（実施機関・指定医療機関当事者説）

判例番号：契約1「医療扶助における一部負担金の法的性質」の判例によると「国は被保護者に対する保障責任を果たすため厚生労働大臣または都道府県知事の医療機関の「指定」を通じて、医療供給体制を整備している。この「指定」を第三者のためにする公法上の準委任契約と解している。指定医療機関は、指定契約にそった医療を提供し、その対価として診療報酬（被保険者に一部負担があれば、一部負担金相当額を控除した額）を実施機関に請求する。実施機関は、指定医療機関に対する診療報酬の支払いに関する事務を社会保険診療報酬支払基金に委託することができる。ただし、各種社会保険であれば同支払基金に診療報酬の審査および支払を委託した場合、支払基金は自らの名において支払をすることができるが、

生活保護法の医療扶助では診療報酬額の決定権限は実施機関に留保される。」さらに、医療扶助受給者と指定医療機関との診療契約は私法上の債権債務関係であると判示されている。また、医療保険の場合は減点査定された「基金」に対して請求をする権利は民事訴訟の方法が最高裁判例になっているが、他方、医療扶助の場合は、診療報酬の審査および決定権限を有する都道府県知事（政令市、中核市）に対する行政訴訟で行うことが示されている。

とりあえず保険診療契約は2説を、医療扶助は1説を採り上げたが診療契約というものは「保険医療機関と被保険者」との間の関係を説明するだけではとどまらず、必ず「保険者と保険医療機関」の関係などを説明することになる。さらには、「保険者と保険医療機関」、「保険医療機関と被保険者」、「被保険者と保険者」の関係を何らかの根拠の下に論理を展開しなければならないのである。医療扶助においても同様で「指定医療機関と被保護者」の関係を説明する場合には必ずといっていいほど「指定医療機関と実施機関と被保護者」の関係を前提に論じなければならない。すなわち、行政庁、医療供給体制、利用者という三極の三角形の各頂点から争訟が提起されている原告、被告という当事者間に注目し「利用者と行政庁」間、「医療供給体制と行政庁」間、「利用者と医療供給体制」間の三角形の三辺について取り扱うものではあるが、医療保障は三極が相互に有機的に関連しあって成り立っているのである。判例もこの三角形の一辺ごとの勝訴、敗訴などによって解決が単純に行われるものではないことは云うに及ばない。

しかしながら、どのように三極が関連しようとも、どのような判例・学説が存在しようとも医療保障の核心である憲法25条の趣旨にかなっているかどうかを判断基準にして筆者は論を展開している。つまりは、先行する研究者の様々な法解釈や学説は貴重ではあるが、本稿は学説の研究ではなく、利用者を中心とした医療保障における現物給付の保障という見地から事例検討を行ない、フローチャートによるグループ分けなどにより医療保障の将来的課題を見出す作業を行っているものである。

### 3. フローチャートを用いた判例のグループ分け

(なお、フローチャートについては、番匠谷光晴(2015)「医療保障訴訟の変遷と将来の予想される訴訟－医療扶助の訴訟事例を中心に－」『四天王寺大学大学院研究論集』第9号、56-59頁を参照していただきたい。)

次節の4の「解決した課題に分類した判例」は、フローチャートによりグループ分けにより振り分けたものである。解決した課題と残された課題に振り分けるものである。そして、将来予想される高齢化や保険財政難などの指標を考慮したうえで、残された課題の中から将来予想される医療保障の課題の一つとなるものを見つけ出そうとするものである。

### 4. 解決した課題に分類した判例

表1. 契約の判例：解決した課題に分類した判例

グループ分け	判例番号	判例百選の判例のタイトル	判例百選に掲載されている「版」			
			初	2	3	4
A	契約3	保険診療契約の当事者	○	○	○	○
B	—	—				
C	—	—				
D	契約2	健康保険法上の療養給付請求権の発生時期	○	○		
E	契約1	医療扶助における一部負担金の法的性質	○	○	○	○

判例番号 契約3：東京地判昭和47年1月25日 判タ277号185頁、ジュリ別冊50号88頁。

判例番号 契約2：東京地判昭和48年5月16日 判時708号23頁、ジュリ別冊50号188頁。

判例番号 契約1：岡山地判昭和45年3月18日 判時613号42頁。

#### 「A」グループ

判例番号：契約3は、わが国の医療制度（三極関係）を法的に説明した重要判例である。原告は利用者側（患者遺族）で被告は医療供給体制側（医師）である。この判例については三極構造を示唆している。「利用者と行政庁間」、「医療供給体制と行政庁間」、「利用者と医療供給体制間」の三方向に掲載が必要とも考えられる。判例番号：契約3は、被告の主張は、「患者は国保上の被保険者であり、被告は同法上の保険医療機関であるから診療契約の相手方は行政庁（保険者）である」と主張した。しかし、国保上の被保険者は自己の意思で保険医療機関を自由に選択し、直接一部負担金を支払っていることや医療機関は知事に申し出ることにより県外の被保険者に対しても療養をする義務を負う。さらに、保険診療開始後、保険の給付の取扱いが無い薬剤や治療材料の必要から自由診療へ切り替えることも可能である。保険診療において行政庁（保険者）と医療供給体制（保険医療機関）の間にどのような

公法上の権利義務関係が生ずるかに拘らず、利用者である被保険者と医療機関との間には直接診療契約が締結されているというものである。

#### 「D」グループ

判例番号：契約2は、1971（昭和46）年に健康保険制度の改正を巡って国と日本医師会との間で紛争があり、7月1日から7月末まで日本医師会は保険医総辞退戦術をとった。これに対して原告の被保険者（総評議長等）は療養給付請求権の侵害などを訴えた。また、国に対しても日本医師会らに対して療養給付をすることを指示せよという訴えを提起した。論点は、健保法上の療養給付請求権の発生時期が問題となった。療養給付請求権は被保険者が具体的に傷病等の保険事由が生じて初めて発生するものであると判示した。

#### 「E」グループ

国側が原告になったり、実施機関が原告になったり、被害者・加害者の関係などのケースが「E」のグループに流れてくる。

判例番号：契約1は、医療扶助受給者と指定医療機関との間は民法上の診療契約が成立しているという点で重要判例である。厚生労働大臣または都道府県知事の医療機関の「指定」を行なうことによって医療供給体制を整備している。この「指定」を第三者のためにする公法上の準委任契約と解しているものである。この判例は、国が原告となった裁判である。本事件は昭和31年の国立療養所闘争や朝日訴訟提起をバックに医療扶助の一部負担金の滞納運動に苦慮した厚生省との争いであった。国側は敗訴したが、一部負担金の性質が争われた結果として、医療保障の法律関係の当事者は三者あり、国・保険者と被保険者・被保護者および指定医療機関の三者の法律的立場が明確になったものである。内容を付け加えると、医療扶助は現物給付である。保護が医療扶助のみの単給で行われる場合、被保護世帯に収入があっても現物給付の一部を削減する訳にはいかないので医療を受ける際に被保護者の最低生活費の限度内で一部負担するというものが医療扶助における一部負担金である。その一部負担金の債権債務関係を明らかにしたもので、結論としては国の会計法30条ではなく、医師の診療報酬のように民法170条1項とされ、時効は3年である。現在でも医療費の報酬請求権の時効は3年となっている（2015（平成27）年民法改正により債権消滅時効の年数が改正される予定）。医療扶助においては被保護者と指定医療機関との間に民法上の診療契約が締結されていると判示している。この点について補足すると、「国保法の一部負担金を考察すると、療養取扱機関と被保険者の受診関係を私的な債権関係と解している。医療扶助においても受診関係から生じる一部負担金は私法上の債権であり、しかもそれは医師の患者に対する治療債権である。国立療養所へ入所する際、医療扶助受給者の自由意思が原則として認められること及び指定医療機関は国立療養所に限定されていないこと等を考えると、国立療養所において療養を受ける場合の法律関係の性質は公法上の権利関係ではない。」としている。

## 5. 残された課題に分類した判例

医療過誤判例については『医事判例百選』、『医療過誤判例百選〔初版〕』、『医療過誤判例百選〔第2版〕』、『医事法判例百選〔初版〕』、『医事法判例百選〔第2版〕』を基に判例を検討してみた。『医事判例百選』では58事例、『医療過誤判例百選〔初版〕』では民事80事例、刑事12事例、『医療過誤判例百選〔第2版〕』では100事例、『医事法判例百選〔初版〕』では52事例、『医事法判例百選〔第2版〕』では42事例あって医療過誤事件については昭和40年代から平成にかけて激増した事件である。大量な事例が「論点表」を掲載して類型化し整理されている。個別の医療過誤訴訟については『判例百選』は盛り込まれておらず、医療保障の三極構造についての観点から「契約の判例」が掲載されている。医療過誤訴訟の訴訟件数は大量で疾病・患者個人・医療技術・医療機関など極めて個性的で刺激的な訴訟事例があるが「法的論点」としては、さほど多岐にわたって論ずべき論点は少ない。そのような理由から本稿では医療過誤訴訟は論点整理に留め、個々の事例検討として医療過誤訴訟を採り上げることは判例量の割に実利が少ないので行わないことにしている。というのも、契約の判例において国民に普く医療を受けることを保障する医療保障の判例について重要視するのは医療供給体制側からの医療の質の提供であり医療環境の整備である。その争点となるのは「医療水準」であるから医療水準に特化した事例を採り上げる必要がある。

それに、『判例百選』に掲載された判例の状況や継続性を眺めて系統だてたうえで残された課題があれば、それについて医療保障の将来予想される訴訟を検討するのであるから、『医事法判例百選』など他の文献の判例を混在させて取り扱うことは本研究の方法とは齟齬するのである。換言すると、『判例百選』や『医事法判例百選』から都合の良い判例を抽出したことになるから研究方法自身、破綻してしまうからである。

しかしながら、医療過誤訴訟は止むことがない。医療保障を受ける利用者の視座から医療過誤訴訟を検討する場合には「契約の判例」が民事の諾成契約であったとしても、医療機関の質の担保や医療水準の問題があるので、安心して医療を受ける権利を保障することは三角形の三辺が有機的に関連して検討しなければならないことである。そのため、『医事法判例百選〔初版〕』、『医事法判例百選〔第2版〕』のなかでも特に「医療水準」が争点となっている典型的な判例を6例選出することにした。つまりは、弁護士などの法律専門職が医療過誤裁判を提起する際に最低限知っておかなければならない「医療水準」の代表判例を選出したのである。

医療過誤裁判は、医療事故の場合、医師や医療機関に対して民事責任と刑事責任から追及することになっている。診療契約を基に不法行為責任または債務不履行責任を追及するものである。不法行為責任あるいは債務不履行責任の追及においても注意義務違反とその結果との因果関係が問題になり、それは高度の蓋然性があれば因果関係が認められることになっている。医療保障の見地から特に注視するのは注意義務の基準である。注意義務は結果予見義

務と結果回避義務とで構成されているのであるが、注意義務違反は医療水準によって変化するからである。検査、診療、投薬などの行為について言うまでも無く、許される範囲の医療の水準が、どの程度であるのかが医療保障を受ける者にとって重要なのである。

個々の医療過誤訴訟における医療水準として臨床医に要求されるものが、時の「医学の理論的水準」ではなく、「診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準」であることは判例の積み重ねにより定着している。問題は具体的に、その時点での医療水準の要件がタイプによって異なるということである。特定機能病院と地域支援病院あるいは公立病院と私立病院など医療施設の性格や経営方針などによる違いは同一の医療行為について水準の上下というより、むしろ応急処置等の内容の相違によるものであるとされている。それでは高度医療ないし特殊専門的な医療と一般的に日常で決められた定型的な診療を行なうこととの相違も考えられる。筆者は、医療水準の発達は、日々刻々と変化しており知識と技術が専門医と一般医（かかりつけ医）とでは注意義務が異なることは許されないと考えている。すなわち、医師の注意義務についての最高裁は、「医師は診療に際して危険防止のため最善の注意義務を負う」（最（一小）判昭和36年2月16日）ものとされ、ここでの注意義務とは、「診療当時のいわゆる実践としての医療水準と解されており医療水準は規範としてのあるべき医療であり治療当時に行われている医療慣行を実施してさえすれば医師は免責されるというものではない」（最（三小）判平成8年1月23日）（判例番号：契約8）のである。その意味で特定機能病院の医師と、町のかかりつけ医とでは注意義務が異なってはならないのである。筆者は近年の傾向として医療過誤訴訟の判断において医療水準を医学的知見と捉える傾向があると考えている。（但し、新規の治療法は従来通り判例番号：契約6による医療水準である）。如何なる状況の場合に違反となるのかは医薬品、医療機器の開発が急速に進むなかで医療水準が変化しているため今後とも課題となる。そのため、『医事法判例百選』などから注意義務違反は掲載し続けているものである。すなわち、医療過誤訴訟の医療水準を争点とする訴訟はいつまでも止まないものである。

繰り返し述べることになるが、医療過誤の裁判の争点は注意義務違反である。注意義務違反はその時々でどのレベルの「医療水準」が要求されているのかが重要視される。また、契約の判例においては国民に普く医療を受けることを保障する医療保障について医療供給体制側からの医療の質の担保、つまりは医療環境の整備についての判断基準が「医療水準」である。医療過誤判例は、単純な診療の失策以外は、ほとんどの争点はその時々々の医療水準が争点になっており、医療保障の視点からは医療機関の質を測る判断基準が医療水準である。

また、インフォームド・コンセントとは医師が患者に情報を提供し（インフォーム）、患者がその情報を理解し同意する（コンセント）ことであるが、これを医療機関の説明責任とするならば、説明責任も医療水準が争点となっている。患者が積極的に説明を求める場合や医療機関から治療方法について説明する責任も、どこまでの範囲を説明しなければ説明義務違反となるのかを問われるのも医療水準が争点となる。

表2は、契約の判例において残された課題に分類した判例の表である。これは『医事法判例百選』から医療水準に特化して抽出したものである。

表2. 契約の判例：残された課題に分類した判例

(『医事法判例百選』から抽出しているためグループ分けは無意義)

判例番号	判例百選の判例のタイトル	医事法判例百選に掲載されている「版」	
		初	2
契約4	説明義務と医療水準	○	
契約5	選択可能な未確立療法と医師の説明義務	○	○
契約6	医療事故責任における高度の注意義務と医療水準	○	○
契約7	高度な医療機関への転送義務	○	○
契約8	医薬品添付文書と医師の注意義務	○	○
契約9	MRSAによる院内感染と患者の死亡との因果関係		○

判例番号 契約4：仙台高裁秋田支部平成15年8月27日判決(平成14年(ネ)47号)判タ1138号191頁。

判例番号 契約5：最高裁(三小)平成13年11月27日判決(平成10年(オ)576号)民集55巻6号1154頁、判時1769号56頁、判タ1079号108頁。

判例番号 契約6：最高裁(二小)平成7年6月9日判決(平成4年(オ)200号)民集49巻6号1499頁、判時1537号3頁、判タ883号92頁。最高裁(一小)昭和36年2月16日判決(昭和31年(オ)1065号)民集15巻2号244頁、判時251号7頁、判タ115号76頁。

判例番号 契約7：最高裁(三小)平成15年11月11日判決(平成14年(受)1257号)民集57巻10号1466頁、判時1845号63頁、判タ1140号86頁。

判例番号 契約8：最高裁(三小)平成8年1月23日判決(平成4年(オ)251号)民集50巻1号1項、判時1571号57頁、判タ914号106頁。

判例番号 契約9：最高裁(二小)平成18年1月27日判決(平成15年(受)1739号)判時1927号57頁、判タ1205号146頁。

判例番号：契約6は、未熟児網膜症事件であり当該最高裁判決は医療過誤訴訟において重要判例に位置づけられ、特に医療水準について判示したものである。判決は「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(最高裁昭和54年(オ)第1386号同57年3月30日第三小法廷判決)」「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環境の特性、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。」としている。つまり、新規の医療については技術・設備等の普及と医療従事者の技術向上には時間差や地域差があるので様々な事情を考慮して医療水準を決するのである。そうすると、医療水準は医療機関単位（医師集団）で統一的行なうことが前提となるので名医とされる医師個人の技量や判例番号：契約4のように患者個人が医師に期待する等は考慮されないこととなる。判旨が、技術・設備等の普及の時間差で医療水準の相対的比較をすると新規の医療がその実施する医療従事者の技術向上や医療機関ごとの体制整備を要することであって、病院の医療機器の整備と医師の技術向上が進むことが前提での判決である。医療機器や設備の普及に積極的でない医療機関に対しては、この判決では問題がある。逆の考え方をすれば、整備が整っていない病院や地域はそれ相当の医療水準で許されることになる。それは、新たな治療法を導入する意欲を削ぐ方向に働き、患者の医療に対する期待が考慮された診療契約の個別性に対する私的自治にも歪みが生じる。医療の地域差は利用者の受療行動によって格差が生まれてしまうことにもなるのである。判例番号：契約8は、現在確立されている注意義務の基準となる医療水準は判例番号：契約6のとおり①医師の専門分野、②医療機関の性格、③所在地域の医療環境の特性によって医療水準は上下することになっている。この最高裁判決のため医師たちは一般普及されている医療処置が医療水準の措置であるとの医療慣行が踏襲される傾向にあるので、「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。」と戒めたものである。さらに、判例番号：契約9では、当時の医療現場においては一般的であったとしても直ちにそれが当時の医療水準であったと判断することはできないものと判示している。

新規の治療法の定着が問題とならない事例（先端医療）では医療水準がなにかを指摘する必要がないので、近年の傾向として最高裁判決の中には、医療水準とは言わずに医学的知見などに従い医療関係者の注意義務違反の有無によって判断することが増えている。しかしながら、医療水準それ自体は注意義務違反の有無を判断する際の判断基準となっていることに変わりはない。新規の治療法が問題とされた事例においては積極的に医療水準からの乖離の有無などが検討され判断されている。

また、診療ガイドラインというものが専門学会などにより作成されているが、これは医療関係者等に対して標準的医療の情報を提供するにとどまり拘束するものではなく責任を左右されるものではないとされている。しかし、近年の下級審判決においては診療ガイドラインについて言及し、判断されたものが増加している傾向がある。

判例番号：契約7は、判例番号：契約6に関連して医療の高度化、専門化にともなって医療機関が患者に対し人的・物的設備では十分に対応できなかつたりする理由から適切な医療行為を為すことが出来ない場合がある。こうした場合は他の高度な医療機関等への転送義務が生じる（療養担当規則16）。この転送義務により患者はフリーアクセスで受診した医療機関の人的・物的設備に制約されることなく等しく一定水準の医療サービスを受ける機会が法令で保障されている。医療法第三次改正（1997〈平成9〉年）は、かかりつけ医と地域支援病院制度の創設であり地域の医療機関の連携が介護保険制度の導入とともに謳われた。なお、転送義務については複数の治療方法や医療機関の選択肢を提供するという患者の自己決定を支援する説明義務とも解釈できる。

判例番号：契約4と契約5は、説明義務の医療水準と治療義務の医療水準との違いを判示したものである。説明義務における医療水準は治療義務における医療水準と同等のものであるのか争われた。説明義務の医療水準は患者に対し自己決定のための説明というところに焦点があてられており未確立な治療方法で有効性や安全性が是認されていない療法であったとしても、また当該医師の未確立な治療方法について評価がどうであれ、医師の知る限りの説明義務があるという医療水準となっている。すなわち、患者が有用性・安全性について未確立であって、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、医師に質問をしている場合にはその療法の内容など医師自身が当該療法を実施する意思を有していないときであったとしても実施している医療機関の名称や所在など説明義務が生じるとされており、判例番号：契約6などの治療義務の医療水準よりも説明義務の医療水準はある意味で高度であるとされている。

## 6. 結論・残された課題

### （1）契約の判例

医療水準における現在の最高裁判決（最（二小）判平成7年6月9日）（判例番号：契約6）によれば医師の注意義務の基準となる医療水準は、①医師の専門分野、②医療機関の性格、③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するべきであることになる。今までの最高裁判決の変遷<sup>5)</sup>を眺めると、医療水準の定義が変化しても現状、あるいは医療慣行を踏襲する傾向がある。このため、判例番号：契約8（最（三小）判平成8年1月23日）では「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」と戒めている。すなわち、医療水準≠医療慣行であり、この裁判に関わった可部判事が補足意見として言及するように医療慣行は何ら高度の専門的知識や技術を持たない一般人でも判断が可能なものであり、高度に専門的な知識や技術等に依拠しなければ判断できないもので

はないとしているところである。普及し一般化された処置が医療水準として確立されていた処置ではないのである。例えば、一部のかかりつけ医が日常決められた定型的な診療として、おざなりに患者をさばく行為を時の医療水準であると抗弁して片付けられるものではない。さらに近年では、判例番号：契約9（最（二小）判平成18年1月27日）医療慣行について「当時の医療現場においては、一般的であったことがうかがわれるというだけで、それが当時の医療水準にかなうものであったか否かを確定することはない」と判示している。

まとめると、医療水準というものは臨床医学の実践における医療水準であり、それは全国一律に基準を考えるものではなく診療に当たった当該医師の専門分野や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などによって判断しなければならない。しかし、医療機関の性質の違いなど各場面での医療現場において一般的に医療行為として医療慣行的に行なわれていたものが医療水準ということではできないというのが現時点での医療水準の考え方である。

また、説明義務における医療水準は治療義務の医療水準とは異なり、患者が治療方法について積極的な関心を持って説明を求める場合には、未確立の療法について有効性・安全性が確認されていなくとも、また当該医師の評価が否定的であったとしても医師が知っている限りの説明義務があるという点で説明義務に対する医療水準は高いものである。未確立の新規治療法について患者がそれを受けるといふかを検討する機会の保障が築かれつつあるという考え方もできる。

## （2）契約の判例における将来の課題（将来予想される訴訟）

### ア. 「民法上の診療契約による合意によって選択療養を行なう訴訟」

#### （高額負担と意識せずに早期治癒を求める場合にそのような特約を認めるかの訴訟）

判例は、新規の医療については技術・設備等の普及と医療従事者の技術向上には時間差や地域差があるので様々な事情を考慮して医療水準を決するとのことである。そうすると、「医療水準」はその医療機関単位（医師集団）で統一的、平準的に行なうことが前提となるので医師個人の技量や判例番号：契約4のように患者個人が名医と呼ばれる医師に期待する等は「医療水準」の争点としては考慮されないのである。

医療技術・設備等の普及の時間差で医療水準を決定すると新規の医療を実施するには技術向上や病院の医療機関の整備を行わなければならないことになる。換言すると、整備が整っていない病院や地域はそれ相当の医療水準で許されることになる。あえて整備を行わない病院は、それが「医療水準」と成り得る。それは、新たな治療法を導入する意欲を削ぐ方向に働き、判例による医療水準に胡坐をかいたように甘い医療水準の定義に対して努力を怠る医療機関も注意義務違反を逃れられることになる。さらには、医療の地域差はよりよい医療機

関を求める利用者の受療行動によって格差が生まれることにもなるのである。2025年までの将来においては財政因子はレベル4、医療の高度化因子もレベル3となることが予測されている<sup>6)</sup>。保険財政難と医療の発達が進んでいくと予測されている。

健保法等、療養担当規則と医療水準との関係については療養担当規則が医療水準を上回っているのか、下回っているのかが問題となる。将来において財政因子はレベル4となっており医療が高度化するなかで保険給付も追随しなければならないが、保険財政難から基礎的な保険診療部分と先進医療といわれるものを分別する方向に進んでいる。つまり、医療水準と保険による療養の給付とは同じになっていないのである。さらに差が広がっている。

保険診療は療養担当規則の遵守に固執し、保険医療機関は萎縮診療というように膠着化してきた保険診療制度と保険医療機関の態度<sup>7)</sup>であったが、2014年6月政府は成長戦略の骨子案として混合診療の大幅拡大が提言された<sup>8)</sup>。再生医療などに特化した高度な医療機関に限定する方針であったが、医師と患者が合意すれば、身近な医療機関でも混合診療を受けられるようにする「選択療養制度」についての議論がある。患者の希望に応じ幅広い分野の医療が受けられるように特別に指定した医療機関において未承認薬や先進医療に含まれていない高度な治療方法を混合診療で受診できる仕組みである。

利用者と医療機関の間は民法上の診療契約(準委任契約)によって成立しているとなっている。指定された医療機関に限定するとはしているが、合意すれば診療が可能であって新たな未確立の療法について診療契約が締結されるのである。矢庭に理解できると思われるが新たなタイプの契約そのものに争点を置いた医療過誤訴訟が提起されることが高い蓋然性を持って予想できるのである。なぜなら、契約自体が専門家と素人間の契約であり、かつ医療にすぎない思いの中で判断した合意契約であるからである。多くの重要事項や説明などの規定を設けたとしても課題の残る事態である。

# 判例百選整理表

## 契約の判例

番匠谷作成

判例番号	判例百選の判例タイトルと事件番号	判例百選に掲載されている「版」				不服申立等の時期や判決の時期	原告の主張の認容の状況(勝敗)	判例の趣旨	グループ分け
		初	2	3	4				
契約1	医療扶助における一部負担金の法的性質 <sup>9)</sup> 岡山地裁昭和41年(レ)第68号医療費支払請求事件・昭和42年(レ)第14号損害賠償請求事件	○	○	○	○	倉敷簡判S41.12.6 岡山地判S45.3.18	棄却  控訴 棄却	国が原告となった裁判である。本事件は昭和31年の国立療養所闘争や朝日訴訟提起をバックに一部負担金の滞納運動に苦慮した厚生省との争いである。医療扶助の被保護者として国立療養所において医療費一部負担金の支払を課せられた(生保法52条第1項)。生保法に基づく医療扶助受給者が指定医療機関に対して支払義務を負う医療費一部負担金の法的性質が争われた。つまり、国保法にしろ医療扶助にしろ、患者の一部負担金がどのような性質をもつものかということである。その時効について争われ会計法30条(国の債権)5年の消滅時効か、民法170条の3年の消滅時効であるかが争われた。生保法の医療扶助は現物給付を原則とし、医療保護施設を通し、あるいは指定療養機関に委託して給付することとしている。保護が医療扶助のみの単給という形で行われる場合、被保護者の世帯に収入があっても現物給付の一部を削減するわけにはいかないので世帯の収入充当額から世帯の医療費を除く、最低生活費を差し引いた額を本人支払額とし、医療を受ける際に被保護者がその限度内で負担するものを一部負担金としている。判決は医療費が公法上の債権ではない。3年時効となった。すなわち、医療機関自体の法的性格が争われたものである。医療保障の法律関係の当事者は三者あり国・保険者と被保険者・被保護者及び指定医療機関である。その法的立場が明確にされた点で大きな意義がある。以降、保険診療において保険者と指定医療機関との間にどのような公法上の権利義務関係が生ずるかとはかかわりなく医療機関と患者に直接診療契約が結ばれているとの判断と方向性を示した点は大きい。判決を引用すると「国民健康保険における一部負担金と生活保護に基づく医療扶助における一部負担金は前者が専ら濫受診を抑制するとともに、社会保険財政の基礎を維持する目的から、後者は保護の要件としての補足性の原則、必要即応の原則等生活保護制度の本質上要請される基本原則からの帰結として設けられたものであって、その基礎は相異なるものであるが、医療扶助における一部負担金に関する指定医療機関と被保護者間の法律関係	E

							も同一に解することを妨げるものではない」「国立療養所は一部負担金の強制徴収権を有せず、また国立療養所へ入所する際、医療扶助受給者の自由意思が原則として認められること、及び指定医療機関は国立療養所に限定されていないことを考えると国立療養所において療養を受ける場合の法律関係の性質は公法上の権利関係ではない。」したがって、受診関係から生じる一部負担金は私法上の債権であり、しかもそれは、医師の患者に対する治療債権であるので民法170条の定める3年の短期消滅時効が適用されるというのが医療扶助においても民法上の診療契約であるとした理由である。一部負担金滞納の争いではあったが、これによって三者の法律的立場が確立され、現在でもその射程に入っている（平成27年債権消滅時効改正予定）。		
契約2	健康保険法上の療養給付請求権の発生時期 <sup>10</sup> 東京地裁昭和46年（行ウ）168号診療義務存在確認等請求事件	○	○		東京地判S48.5.16	棄却	1971（昭和46）年健康保険制度の改正をめぐって国と日本医師会との間で紛争があった。日医は保険医総辞退戦術をとった。7月1日から7月末まで。これに対して被保険者（総評議長等）は療養給付請求権の侵害などについて訴えを行った。また、国に対しては医師会らにたいして療養給付をすることを指示せよという訴えを提起した。論点は健保法上の療養給付請求権の発生時期である。療養給付請求権は被保険者が具体的に疾病傷害等の保険事由が生じて初めて発生するものであるとされた。 利用者と保険医療機関の裁判ではあるが、国に対して利用者側が違法性を訴えている点で三極構造の裁判である。	D	
契約3	保険診療契約の当事者 <sup>11</sup> 東京地裁昭和44年（ワ）2217号損害賠償請求事件	○	○	○	○	東京地判S47.1.25	請求棄却	原告は患者遺族で、被告は医師であった。被告は患者は国保上の被保険者であり、被告は同法上の保険医療機関であるから、本件診療契約の相手方は保険者であるとの主張をおこなった。しかし、国保上の被保険者は自己の意思で療養取扱機関を自由に選択できること、療養を受けた被保険者は療養取扱機関に対し、直接一部負担金の支払い義務を負うこと、療養取扱機関は都道府県知事に申し出ることにより他の都道府県区域内の被保険者に対しても療養をする義務を負う。保険診療開始後、当該診療取扱機関において治療に従事する意思が保険診療における療養の給付では支給することのできない薬剤ないし治療材料を使用する必要を認めた場合、いわゆる自由診療への切替えが行われうることを併せ考えると、保険診療において保険者と療養取扱機関との間にどのような公法上の権利義務関係が生ずるかとはかかわりなく、保険診療の被保険者である患者と療養取扱機関の間には、診療に関する合意によって直接診療契約が締結されると見るべきものであって、それは被保険者が別途保険者に対しても何らか公法上の法律関係に立つことと相容れないものではない。そして、この診療契約は準委任契約とされた。	A

岡山地裁昭和 45 年 3 月 18 日（昭和 41 年（レ） 68 号・昭和 42 年（レ） 第 14 号）判時 613 号 42 頁。

東京地裁昭和 48 年 5 月 16 日判決（昭和 46 年（行ウ） 168 号）判時 708 号 23 頁、ジュリ別冊 50 号 188 頁。

東京地裁昭和 47 年 1 月 25 日判決（昭和 44 年（ワ） 2217 号）判タ 277 号 185 号、ジュリ別冊 50 号 88 頁。

## 医事法判例百選整理表

### 医療過誤（医療水準）

番匠谷作成

判例番号	医事法判例百選の判例タイトルと事件番号	医事法判例百選に掲載されている「版」		不服申立等の時期や判決の時期	原告の主張の認容の状況（勝敗）	判例の趣旨
		初	2			
契約4	説明義務と医療水準 <sup>12)</sup> 仙台高裁秋田支部平成14年（ネ）47号損害賠償請求控訴事件	○		秋田地判H14.3.15  仙台高判秋田支部H15.8.27	一部認容  認容	国立の大学医学部付属病院における事件である。説明義務と医療水準の関係を判示したものである。説明義務における医療水準は治療義務における医療水準を示すのか、すなわち医療技術的には治療における注意義務と同様の医療水準を判断基準とするが、自己決定のための説明、すなわち自己決定権尊重に焦点を当てた説明義務については有効性や安全性が是認されていない療法についても説明義務を課すことが認められた。「説明義務は患者の自己決定のためのものであり、そのような危険性が具体化した場合に適切に対処することまで医師に求めるわけではないから、その危険性が実現される機序や具体的対処法、治療法が不明であってもよく、説明時における医療水準に照らし、ある危険性が具体化した場合に生じる結果についての治験を当該治療期間に有することを期待することが認められれば説明義務」は是認される。「患者がそのような危険性についての調査まで期待したとしても不当なものとはいふことができず上記の危険の普及の程度も併せ考慮すれば、大学病院の医師らにそのような治験を獲得しておくように求める」と判示している。まず、治療義務と説明義務における医療水準の評価は異なることである。治療義務においては具体的状況下において技術的な評価が求められるが、説明義務における医療水準としては未確立な治療法についても患者がその療法の実施可能性等に強い関心を示していることを医師が知るなどの一定の場合には医師に知っている範囲での説明義務がある。本判決は説明義務も医療水準が判断基準であるという前提の下で自己決定のための危険性の説明を評価する医療水準が身体への悪結果の回避可能性を問題とする治療義務の治療水準とは異なることを明確にした点である。さらに、本判決も患者らの期待や大学病院の医師らの知見獲得を相当であると認めており大学病院の医師における知見は1人開業医の知見とは調査義務や予見義務が異なると考えられている。
契約5	選択可能な未確立療法と医師の説明義務 <sup>13)</sup> 最高裁（三小）平成10	○	○	大阪地判H8.5.29  大阪高判H9.9.19  最（三小）判H13.11.27	認容  棄却  破棄差戻し	事件は平成3年に乳がんの全部切除を行なった際に利用者は乳房温存療法を希望していたが、その療法は安全性が確立されたものではないとして行なわれなかった。判決は「少なくとも当該療法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の適用である可能性があり、かつ患者が当該療法への自己への適用の有無、実施可能性について

	年（オ） 576号 損害賠償 請求事件					<p>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療法の内容、適用可能性やそれを受けた場合の利害得失、当該療法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とされた。</p> <p>つまり、本判決は未確立の療法につき説明義務が生じる場合の要件を明確にしたものではなく、その説明義務も「医師の知っている範囲」のみで認められるにすぎない。しかし、患者は実践の医療現場で自らの関心を積極的に示すなどによって説明を求め、より十分に受け得る可能性が広がった。医療水準に拘らず説明義務を認めることは、未確立の新規治療につきそれを受けるか否かを検討する機会の保障のため説明義務が認められる可能性が判示された。</p>
契約 6	医療事故 責任にお ける高度 の注意義 務と医療 水準 <sup>14)</sup> 最高裁 (二小) 平成4年 (オ)200 号 損害賠償 請求事件  (未熟児 網膜症事 件)	○	○	神戸地判 S63.7.14  大阪高判 H3.9.24  最(二小)判 H7.6.9	棄却  棄却  破棄差 戻し	<p>未熟児網膜症に対しての光凝固法という治療法が当時確立されていたかを争った。当該最高裁判決は医療過誤訴訟において最も重要な判決として位置づけられている。特に医療水準について判示したものである。</p> <p>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（最高裁昭和54年（オ）第1386号同57年3月30日第三小法廷判決・裁判集民事135号563頁）「当該疾病の専門的研究者間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環境の特性、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。」</p> <p>医療水準はすべての医療機関に共通の基準であり新規の医療は、ある一時点であらゆる医療者の義務内容となる（絶対説）のか、医療水準は様々な事情に基づき医療機関ないし医師ごとに判断され特定の時点からすべての医療者の義務水準となるものではない（相対説）がある。当該最高裁判例は「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</p>

				<p>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当でない。」当該判決は相対説である。</p> <p>しかし、判旨が技術・設備等の普及の時間差で医療水準の相対的比較をすると新規の医療がその実施する医療従事者の技術向上や医療機関ごとの体制整備を要することであって、その前提としての判決である。医療機器や設備の普及に積極的でない医療機関に対しては、この判決では問題がある。新たな治療法を導入する意欲を削ぐ方向に働き患者の医療に対する期待や配慮も考慮されたり、診療契約の個別性に対する私的自治にも歪みが生じる。医療水準はあくまで医療機関単位で統一的行なうことが前提となると医師個人の技量や患者個人の期待等は考慮されないこととなる。もっとも医療水準は私法上の契約たる性質を有するため契約当事者間で医療内容に関する特約が締結された場合には特約の効力が優先することになっている。ただし、わが国のように皆保険によって保険診療が定性化されているなかで実効性のある契約かどうかは疑問である。なお、医療水準に適合する治療等が複数存在する場合には、いずれを採用するかは医師の専門的裁量であって、いずれを選択しても注意義務違反とはならないことになっている。医師の注意義務についての最高裁は、医師は診療に際して危険防止のために実験上必要な最善の注意義務を負う（最（一小）判昭和36年2月16日）。ここでの注意義務とは、診療当時のいわゆる実践としての医療水準と解されており医療水準は規範としてのあるべき医療であり治療当時に行われている医療慣行を実施してさえすれば医師は免責されるというものではない（最（三小）判平成8年1月23日）。「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、平均的意思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。」</p> <p>近年の傾向として最高裁判決の中には、医療水準とは言わずに医療関係者の義務違反の有無によって判断することが増えている。これは新規治療法の定着が問題とならない事例では医療水準がなにかを指摘する必要がないことに起因していると思われ、医療水準それ自体は注意義務違反の有無を判断する際の判断基準となっている。新規の治療法が問題とされた事例においては積極的に医療水準からの乖離の有無などが検討され判断されている。</p> <p>診療ガイドラインというものが専門学会などにより作成されているが、これは医療関係者等に対して標準的医療の情報を提供するにとどまり拘束するものではなく責任を左右されるものではないとされている。しかし、近年の下級審判決においては診療ガイドラインについて言及し、判断されたものが増加している。</p>
--	--	--	--	---

契約 7	高度な医療機関への転送義務 <sup>15)</sup> 最高裁 (三小) 平成14年(受) 1257号 損害賠償請求事件	○	○	神戸地判 H13.1.25  大阪高判 H14.3.15  最(三小)判 H15.11.11	棄却  棄却  差戻し	<p>昭和63年に起こった事件である。頭痛などを訴えて医院を受診し抗生物質等を処方されたが改善が見られなかった。その後も腹痛、嘔吐が治まらず医院は当初胃腸炎脱水症と診断したが症状は悪化し緊急入院の必要性を認めた。検査の結果、急性脳症となり重度の障害が残ったと主張した。判決は急性脳症等を含む病気に対しては高度な医療機器による精密検査及び入院加療が可能な医療機関への転送義務を怠ったと判示した。この判例は判例番号：契約6未熟児網膜症最高裁判例に関連したものである。</p> <p>医療の高度化・細分化・専門化に伴い医療機関が自らの患者に対し自ら専門とは異なった人的・物的設備では十分に対応できなかつたりする理由から適切な医療行為をなすことができない場合がある。こうした場合は他の高度な医療機関等への転送義務が生じる(療養担当規則16)。</p> <p>医師等の過失は医療水準が基準となるが、判例番号：契約6未熟児網膜症最高裁判例により、その医療水準が「医療機関の性格」や「所在地域の医療環境の特性」等により相対的に定まるとして医療水準の格差を是認した上で、それを前提にこの転送義務に言及した。これにより、患者は、たまたま赴いた医師等の人的・物的設備に制限されることなく、等しく一定水準の医療サービスを受ける機会が法的に保障されることになったとされる。患者のこの機会を保障するために医師等に課されるのが転送義務である。」</p> <p>医療法第三次改正(1997(平成9)年)は、かかりつけ医と地域支援病院制度の創設であり地域の医療機関の連携が介護保険制度の導入とともに謳われた。なお、転送義務については複数の治療方法や医療機関の選択肢を提供するという患者の自己決定を支援する説明義務である。との考え方と医師が十分な診療に対応できないということが不適切で結果回避義務によるものとの考え方がある。</p>
契約 8	医薬品添付文書と医師の注意義務 <sup>16)</sup> 最高裁 (三小) 平成4年(オ)251号 損害賠償請求事件	○	○	名古屋地判 S60.5.17  名古屋高判 H3.10.31  最(三小)判 H8.1.23	棄却  棄却  破棄差戻し	<p>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。医師が医薬品を使用するにあたって当該文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。</p> <p>医療慣行とは臨床医療の現場において平均的医師によって広く慣行的に行われている方法をいうものと解され、それは医師自身によって形成されることから、自己保存的なものになりやすいという性格を有する反面、平均的的行為としての合理性および現実の医療現場における合理的な実現可能性に裏付けられたものでもあるという性格を持ちあわせている。医療慣行は、医師の注意義務を設定するに際して重要な影響を与える。最高裁は本判決以降、医師の技術過誤における注意義務違反の問題となった医療過誤訴訟では「医療水準」という文言をもちいらず「医学的知見」などによって判示している。</p>

契約 9	MRSAによる院内感染と患者の死亡との因果関係 <sup>17)</sup> 最高裁(二小) 平成15年(受)1739号 損害賠償請求事件	○	最(二小)判 H18.1.27	破棄差 戻し	「そうすると、実情としては多種類の抗生剤を投与することが当時の医療現場においては一般的であったことがわかれるというだけで、それが当時の医療水準にかなうものであったか否かを確定することなく」「医師らが多種類の抗生剤を投与したことに過失があったとは認め難いとした原審の判断は、経験則又は採証法則に反する」しており、それまでの医療水準については未熟児網膜症判例によって、医師たちの理解は自身らが実施していた医療に基づく過失の判断であった。すなわち、普及し一般化された処置が医療水準として確立していた処置と判断されていた。しかし、この判例は当時の医療水準に適うものであったと判断できないというものである。
---------	--	---	--------------------	-----------	--

- ・ 仙台高裁秋田支部平成15年8月27日判決（平成14年（ネ）47号）判タ1138号191頁。
- ・ 最高裁（三小）平成13年11月27日判決（平成10年（オ）576号）民集55巻6号1154頁、判時1769号56頁、判タ1079号108頁。
- ・ 最高裁（二小）平成7年6月9日判決（平成4年（オ）200号）民集49巻6号1499頁、判時1537号3頁、判タ883号92頁。
- ・ 最高裁（三小）平成15年11月11日判決（平成14年（受）1257号）民集57巻10号1466頁、判時1845号63頁、判タ1140号86頁。
- ・ 最高裁（三小）平成8年1月23日判決（平成4年（オ）251号）民集50巻1号1頁、判時1571号57頁、判タ914号106号。
- ・ 最高裁（二小）平成18年1月27日判決（平成15年（受）1739号）判時1927号57頁、判タ1205号146頁。

1) 「医療の給付」は医療保険と医療扶助の二つを取り扱っている。労災保険と障害者福祉にも医療は存在する。しかしながら、憲法25条1.2の趣旨にかなうものとして国民全員を強制的に公的保険に加入させ（国民皆保険）、それから漏れた（国保から漏れた）者は公的扶助として医療扶助がある。労災保険は災害事故に対する「補償」であって、被用者から保険料を徴収するものではない。また、障害者福祉は、利用者負担としての応能負担はあるものの、公費負担医療であって、特別法である。原爆医療やハンセン病医療なども同様の趣旨である。そのため本稿で取り扱う医療保険と医療扶助の判例とは、例えば、措置制度などの法的制度や構造を異にしているため、労災保険や障害者福祉などの医療判例は原則的に取り扱わないことにした。

2) 番匠谷光晴（2014）「わが国の医療保障形成過程に関する一考察－医療保障の範囲と先行研究の整理－」『四天王寺大学大学院研究論集』第8号、84-86頁。「医療保障の構成」については同論文で詳述されているので参照されたい。

3) 『判例百選』とは、『別冊ジュリスト社会保障判例百選』（有斐閣）初版から第4版のことであるが、採用の理由などの詳細については、番匠谷光晴（2015）「医療保障訴訟の変遷と将来の予想される訴訟－医療扶助の訴訟事例を中心に－」『四天王寺大学大学院研究論集』第9号、42-43頁を参照されたい。

- 4) 西村健一郎は「医療機関の指定の法的性質については同意を要件とする単独行為とする説と第三者のためにする公法上の契約であり指定契約の内容は第三者（保護の実施機関）のためにする準委任契約であるとする説があり、後者が通説である」と述べている。西村健一郎『社会保障法』（有斐閣、2003年）533頁。

原田啓一郎は「保険診療における診療契約の当事者論は①保険者・被保険者当事者説、②被保険者・保険医療機関当事者説、③保険者・保険医療機関当事者説に大別される」として各説について論じている。原田啓一郎「療養担当規則に関する一考察」(駒澤法学5(1)、2005年)22-27頁。

倉田聡は「交通事故における医療では契約当事者の黙示の意思を社会通念に従って解釈することにより診療契約の内容が具体的に判断される」など直接診療契約の締結を述べている。倉田聡「第5章医療保障」加藤智章・菊池馨実・倉田聡・前田雅子『社会保障法〔第4版〕』（有斐閣、2009年）169-171頁。和田謙一郎は「[診療契約]については様々な学説があり、委任契約説、準委任契約説、請負契約説、無名契約説などが議論されている」と述べている。牧洋子・和田謙一郎 編『転換期の医療福祉－難病・公害病・被爆者問題などへの新たな挑戦－』（せせらぎ出版、2005年）10頁。

- 5) 医療水準における判例の変遷について記述すると、

(1) 最(一小)判昭和36年2月16日では医師の注意義務は「実験上必要とされる最善の注意義務を負う」とされた。これは有用性が確立されていない途中の治療であったとしても実施すべき義務が課せられていた。その後、医療の高度化にともない最先端ないし開発途中の治療を臨床医に注意義務を求めることが難しくなっていた。

(2) 最(三小)判昭和57年3月30日の判決では「右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」と判示した。その後、同旨の判示が繰り返されていた。下級審では実質的に医療に対する責任否定の論理として使用されることや原状、あるいは医療慣行に胡坐をかいた治療方法を肯定する機能になっていたため下級審は各事案によって医療水準以上の注意義務を課すことを判示していたが、それも最高裁により否定されてきた(最(二小)判昭和61年5月30日、最(二小)判平成4年6月8日)。

(3) 現在の最高裁の医療水準については、前述の(2)を修正し、判例番号：契約6において「ある新規の治療法の存在を前提にして検査・診断・治療等にあたるもの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る場合には特段の事情が無い限り、右知見は右医療機関にとっての医療水準である」として医療水準の基礎が「知見」であって患者の期待も勘案することを認めた。

(4) (3)の判例により医療水準について確立されたが、そうすると、医師の一般的に普及した処置が医療水準として確立するということが医療水準となって医療慣行を踏襲することになりかねない。そのため、判例番号：契約8では、「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」と判示した。

(5) 近年では(3)の判例は確立され変わりは無いが、判例番号：契約8や契約9のように「当時の

---

医療現場においては一般的であったことが、うかがわれるとしても直ちにそれが当時の医療水準に適していたと判断することはできない。」として医療過誤訴訟については医療水準という文言はもちいらず「医学的知見」などに従い判断している傾向がある。

説明義務については、その医療水準は未確立の療法であっても当該医師の評価がどうであれ、患者に熟慮判断の機会を与えるために未確立の療法までも医療水準としている（最（三小）判平成13年11月27日 判例番号：契約5）

- 6) 番匠谷光晴（2015）「医療保障訴訟の変遷と将来の予想される訴訟－医療扶助の訴訟事例を中心に－」『四天王寺大学大学院研究論集』第9号、54-56頁。財政因子、国民負担因子、高齢化因子、医療の高度化因子の将来の指標について詳述しているので参照していただきたい。
- 7) 保険医療機関が保険診療を行う場合、健保法や療養担当規則によらない診療方法をとった場合には社会保険診療報酬支払基金等に診療報酬を請求しても減額や不払いとなるため、保険医療機関は、より良い診療方法があったとしても保険診療以外の方法をとらないため医師が均一の治療方法を行い、高度な技術を持たなくなってしまっている。
- 8) 首相官邸（2014）「『日本再興戦略』の改訂（骨子案）」5頁（<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/keizaisaisei/skkaigi/dai16/siryou1.pdf>,2015.6.7）。
- 9) 岡山地判昭和45年3月18日 判時613号42頁。
- 10) 東京地判昭和48年5月16日 判時708号23頁、ジュリ別冊50号188頁。
- 11) 東京地判昭和47年1月25日 判タ277号185頁、ジュリ別冊50号88頁。
- 12) 仙台高判秋田支部平成15年8月27日 判タ1138号191頁。
- 13) 最（三小）判平成13年11月27日 民集55巻6号1154頁、判時1769号56頁、判タ1079号108頁。
- 14) 最（二小）判平成7年6月9日 民集49巻6号1499頁、判時1537号3頁、判タ883号92頁。
- 15) 最（三小）判平成15年11月11日 民集57巻10号1466頁、判時1845号63頁、判タ1140号86頁。
- 16) 最（三小）判平成8年1月23日 民集50巻1号1項、判時1571号57頁、判タ914号106頁。
- 17) 最（二小）判平成18年1月27日 判時1927号57頁、判タ1205号146頁。

## <参考・引用文献>

### 【著書】

- 宇都木伸・町野朔ほか 編『医事法判例百選』別冊ジュリスト 183号、2006年。
- 唄孝一・宇都木伸・平林勝政 編『医療過誤判例百選』別冊ジュリスト 102号、1989年。
- 唄孝一・宇都木伸・平林勝政 編『医療過誤判例百選〔第2版〕』別冊ジュリスト 140号、1996年。
- 唄孝一・成田頼明 編『医事判例百選』別冊ジュリスト 50号、1976年。
- 甲斐克則・手嶋豊 編『医事法判例百選〔第2版〕』別冊ジュリスト 219号、2014年。
- 佐藤進・西原道雄 編『社会保障判例百選』別冊ジュリスト 56号、1977年。
- 佐藤進・西原道雄ほか 編『社会保障判例百選〔第2版〕』別冊ジュリスト 113号、1991年。
- 佐藤進・西原道雄ほか 編『社会保障判例百選〔第3版〕』別冊ジュリスト 153号、2000年。
- 西村健一郎・岩村正彦 編『社会保障判例百選〔第4版〕』別冊ジュリスト 191号、2008年。
- 西村健一郎『社会保障法』（有斐閣、2003年）。
- 加藤智章・菊池馨実・倉田聡・前田雅子『社会保障法〔第4版〕』有斐閣、2009年。
- 地域差研究会 編『医療費の地域差』東洋経済新報社、2001年。
- 出河雅彦『混合診療 「市場原理」が医療を破壊する』医薬経済社、2013年。
- 二本立『安倍政権の医療・社会保障改革』勁草書房、2014年。
- 牧洋子・和田謙一郎 編『転換期の医療福祉－難病・公害病・被爆者問題などへの新たな挑戦－』せせらぎ出版、2005年。
- 八代尚宏『社会保障を立て直す 借金依存からの脱却』日本経済新聞出版社、2013年。

### 【論文】

- 大谷敏彰「我が国の医療費の現状～医療を巡る問題を考える（1）～」『経済のプリズム』105、21-4、2012年  
([http://www.sangiin.go.jp/japanese/annai/chousa/keizai\\_prism/backnumber/h24pdf/201210502.pdf](http://www.sangiin.go.jp/japanese/annai/chousa/keizai_prism/backnumber/h24pdf/201210502.pdf),2014.7.5)。
- 太鼓地武「第2章医療費の地域差の現状」地域差研究会編『医療費の地域差』（東洋経済新報社、2001年）25-28頁。
- 原田啓一郎「療養担当規則に関する一考察」（駒澤法学5（1）、2005年）1-46頁。

### 【資料】

- 厚生労働省（2011）「生活保護制度の現状等について」  
(<http://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/2r9852000001dmw0-att/2r9852000001do56.pdf>,2015.6.9)。