

# 財産的利益に関する自己決定権侵害と慰謝料請求の可否について

松原孝明

## 一 問題の所在

### 二 二つの最高裁判決の比較と分析

- 1 最判平成一五年一月九日民集五七卷一一卷一八八七頁
- 2 最判平成一六年一月一八日民集五八卷八号二二二五頁
- 3 二つの最高裁判決の比較

### 三 自己決定権侵害を根拠とする慰謝料請求の機能

- 1 医療事故における自己決定権侵害
- 2 財産的利益に関する自己決定権侵害

### 四 財産的利益に関する意思決定侵害と慰謝料請求の適否

### 五 むすびにかえて

- 1 本稿のまとめ
- 2 残された課題

## 一 問題の所在

取引行為事例において、相手方の不十分な情報提供や、意図的な情報の秘匿により、表意者が十分な情報のもとで意

財産的利益に関する自己決定権侵害と慰謝料請求の可否について

思決定ができずに、結果的に当該表意者に財産的損害が生じた場合には、本来、損害賠償法の第一次的な目的である当該財産的損害の填補が図られることになる。しかし、近年、右のような場合において、相手方の説明義務違反により、表意者が意思決定をする機会（自己決定権）が侵害されたとして、不法行為に基づく慰謝料請求を認容する最高裁判決があらわれた（最判平成一六年一月一八日民集五八卷八号二二五頁、以下【裁判例②】）。これは、それ以前にだされた、同様に財産的利益に関する意思決定侵害の事例に対する最高裁判決（最判平成一六年一月一八日民集五八卷八号二二五頁、以下【裁判例①】）と判断を異にするものであった。

本稿は、【裁判例②】において示されたような財産的利益に関する自己決定権が侵害された際に、それを根拠にした慰謝料請求（以下当該慰謝料請求とよぶ）の可否について検討を加えるものである。本稿では、以下の観点から、右の点について検討を行っていくことにする。第一に当該慰謝料請求を否定した【裁判例①】と、それを認容した【裁判例②】を比較検討することにより、【裁判例①】【裁判例②】それぞれの射程と、当該慰謝料請求が認められるためのメルクマールを探る。次に、取引行為や医療におけるこれまでの説明義務違反の事例を概観することにより、当該慰謝料請求がどのような場合に主張され、また、どのような機能を果たしているのかをみていくことにする。近年、これまでの差額説的な損害の捉え方へのアンチテーゼとして、不法行為法上の保護法益をこれまでとは異なるところに求めて、被害者の救済を図る裁判例がみられるようになってきており、その動きは特に医療過誤訴訟において顕著であるが、当該慰謝料請求は、それらの一連の被害者救済法理とどのような関係にあるのか、また、意思決定の対象が、医療訴訟のように人格的利益ではない当該慰謝料請求が同様に認容される余地があるのか、本稿における関心の中心である。右の点を総合的に検討しながら、本稿では、当該慰謝料請求を認容することが果たして妥当なのか、また妥当だとしても、どのような場合に認められるべきかについて試論を展開してみたい。

## 二 二つの最高裁判決の比較と分析

以下では、財産的利益に関する意思決定侵害事例に関する二つの最高裁判決を比較検討することにより、なぜ両最高裁判決の判断が異なっているのか、その判断を異にするに至ったメルクマールはどこにあるのかについてみていくことにしよう。

### 1 最判平成一五年一二月九日民集五七卷一一卷一八八七頁<sup>(3)</sup>【裁判例①】

#### 【事実の概要】

Xら五五名はY（保険会社）との間で自らが所有する建物および家財についての火災保険契約を締結していた。平成七年一月に阪神淡路大震災が発生し、その際に訴外A宅から出火した火災が延焼、拡大しXの建物が全焼するという被害が生じた。ところで、XがYとの間で締結した本件保険契約に適用される保険約款には、地震によって生じた損害（地震等によって発生した火災等が延焼または拡大して生じた損害及び発生原因のいかんを問わず火災等が地震によって延焼又は拡大して生じた損害を含む）に対しては、保険金を支払わない旨の条項（以下「地震免責条項」とよぶ）が定められていた。地震を原因とする火災等により生じる損害を填補するものとしては地震保険があるが、地震保険法二条二項三号によれば、地震保険契約は単独では締結することができず、特定の損害保険契約に付帯して契約しなければならぬとされており、通常、火災保険契約者が地震保険を付帯しない旨の申し出をしない限り、火災保険等に付帯して締結されるものとされている。本件火災保険契約の申込書には、地震保険不加入意思確認欄が設けられていたが、Xはその欄に押印していた。Yらは、Xが押印をする際に、地震保険の内容及び地震保険不加入意思確認欄へ押印する

財産的利益に関する自己決定権侵害と慰謝料請求の可否について

この意味内容に関する事項について特に説明をしなかったが、これらの事項を秘匿した上で、押印を要求したという事実はない。XらはYに対して、主意的請求としては火災保険金の支払いを、予備的請求としてYらには情報提供・説明義務違反があり、財産上の損害賠償の支払い、および慰謝料の支払いを請求した。

原審（大阪高判平成一三年一〇月三十一日判時一七八二号一二四頁）は「Xらは、Yらの情報提供・説明義務の履行によって、一般の火災保険に加えて、地震保険確認欄への押印をすることなく、Yらからの説明に基づき保険金額及び保険料の選択をして地震保険契約締結の申込みをした可能性も否定できないのであって、この自己決定の機会を喪失したことによるXらの精神的苦痛に対する慰謝料は、これをもってYらの義務違反と相当因果関係のある損害と認めるのが相当である」として慰謝料の支払いを認め、その他の請求を棄却した。慰謝料額としては「Yらの義務違反が故意に地震保険及び地震保険確認欄への押印の意味内容を秘匿した上、同欄への押印を要求したものと認め難く、不作為の違法にとどまっていると解せられること、Xらが地震保険を締結していたならば得られたであろう地震保険金額と保険料との差額などを総合考慮すると、Xらの慰謝料としては、各差額の一〇分の一（ただし、円未満切り捨て）をもって相当」であるとした。これに対しYらが上告。

### 【判旨】 破棄自判

判決は以下のようにYの敗訴部分を破棄し、XらのYに対する同部分についての請求を棄却した。「Xらの慰謝料請求は、要するに、Xらは、Y側から本件地震保険に関する事項について適切な情報提供や説明を受けなかったことにより、正確かつ十分な情報の下に地震保険に加入するか否かについての意思を決定する機会が奪われたとして、Yに対し、これによってXらが被った精神的損害のてん補としての慰謝料を求めるものである。このような地震保険に加入するか否かについての意思決定は、生命、身体等の人格的利益に関するものではなく、財産的利益に関するものであることに

かんがみると、この意思決定に関し、仮に保険会社側からの情報の提供や説明になんらかの不十分、不適切な点があったとしても、特段の事情が存しない限り、これをもって慰謝料請求権の発生を是認し得る違法行為と評価することはできないものというべきである。」「このような見地に立って、本件をみるに、前記の事実関係等によれば、次のことが明らかである(1)本件各火災保険契約の申込書には、『地震保険は申し込みません』との記載のある地震保険不加入意思確認欄が設けられ、申込者が地震保険に加入しない場合には、その欄に押印することになっている。申込書にこの欄が設けられていることによって、火災保険契約の申込みをしようとする者に対し、①火災保険とは別に地震保険が存在すること、②両者は別個の保険であって、前者の保険に加入したとしても、後者の保険に加入したことはないこと、③申込者がこの欄に押印をした場合には、地震保険に加入しないことになることについての情報が提供されているものとみるべきであって、申込者であるXらは、申込書に記載されたこれらの情報を基に、Yに対し、火災保険及び地震保険に関する更に詳細な情報(両保険がてん補する範囲、地震免責条項の内容、地震保険に加入する場合のその保険料等に関する情報)の提供を求め得る十分な機会があった。(2)Xらは、いずれもこの欄に自らの意思に基づき押印をしたのであって、Y側から提供された上記①～③の情報の内容を理解し、この欄に押印をすることの意味を理解していたことがうかがわれる。(3)Yが、Xらに対し、本件各火災保険契約の締結に当たって、本件地震契約に関する事項について意図的にこれを秘匿したなどという事実はない。これらの諸点に照らすと、本件各火災保険契約の締結に当たり、Y側にXらに対する本件地震保険に関する事項についての情報提供や説明において、不十分な点があったとしても、前記特段の事情が存するものとはいえないから、これをもって慰謝料請求権の発生を是認し得る違法行為と評価することはできないものというべきである。』

本件最高裁判決は、火災保険契約の締結に付随して、地震保険に加入するか否かの被保険者の意思決定の際に、仮に

保険会社側からの情報提供及び説明に不十分な点があったとしても、「特段の事情」がない限りは、これをもって慰謝料請求権の発生を是認しうる違法行為と評価することはできないとして、財産的利益に関する意思決定の機会の喪失を理由とする慰謝料請求を否定したものである。

まず、当該最高裁判決を分析する前に、当該判決とは異なり、財産的利益に関する意思決定の機会の喪失を理由に慰謝料を認めた本件原審から検討を加えることにしよう。本件原審は、地震免責条項について、火災保険契約の締結の際の保険会社側からの情報提供・説明義務違反を認めただうえで、その違反による損害賠償として慰謝料を認めたものである。本件原審は、仮に保険会社側が説明義務を尽くしていたとしても、地震保険に加入していた蓋然性が高くないことを根拠として、地震保険金相当額から地震保険料相当額を控除した額を損害とすることを否定する一方で、「Xらは、Yらの情報提供・説明義務の履行によって、一般の火災保険に加えて、地震保険確認欄への押印をすることなく、Yらからの説明に基づき保険金額及び保険料の選択をして地震保険契約締結の申込みをした可能性も否定できないのであって、この自己決定の機会を喪失したことによるXらの精神的苦痛に対する慰謝料は、これをもってYらの義務違反と相当因果関係のある損害と認めるのが相当である」として、自己決定の機会の喪失による精神的苦痛に対する慰謝料を説明義務違反と相当因果関係のある損害としている。これ以前には、平成五年七月一二日に発生した北海道南西沖地震に関する奥尻保険金請求訴訟判決（函館地判平成一二年三月三〇日判時一七二〇号三〇頁<sup>(4)</sup>）の傍論において「（地震免責条項を了知することができれば、地震保険に加入したであろうこと）の立証について、高度の蓋然性の立証に達することができなかった場合には、保険会社側の契約締結担当者の信義則に違反する行為によって地震保険加入についての意思決定の機会及び地震保険に加入していれば自己の財産の損害を担保できた可能性という財産的な利益を違法に侵害されたものとして、その精神的苦痛に対して、地震保険に加入したであろう蓋然性の程度を考慮した慰謝料の請求をする

ことが可能であると考えられる」として財産的利益に関する意思決定侵害における慰謝料請求を認容する可能性が示されていた。

ところで、本件原審の判断は、医療過誤訴訟における、いわゆる「治療機会の喪失論」や「相当程度の可能性侵害論」といった被害者救済法理との親和性をうかがわせるものであるといえる。すなわち、本件原審においては、保険会社側の説明義務・情報提供義務違反は認められながらも、仮に保険会社側が説明義務・情報提供義務を尽くしていたとしても、Xらが地震保険に加入していたであろうことが高度の蓋然性をもって証明されず、財産的損害の填補が認められない場合に、なお被害者救済の観点から、自己決定の機会が侵害されたことを根拠に慰謝料を認めているものと思われるが、医療過誤のケースにおいても、同様に医師の注意（作為）義務違反は認められるものの、たとえ医師が注意義務を尽くしていたとしても患者を救命しえたか否か、また仮に救命し得たとしても、どのくらいの期間延命が可能であったのが証明困難である場合に、なお、治療機会が喪失されたことや、医師が注意義務を尽くしていたならば、死亡の時点においてなお、患者が生存していた相当程度の可能性があり、それが侵害されたことを根拠に慰謝料請求を認めている裁判例がある。これらの裁判例に共通するのは、本来の財産的損害と注意義務違反との間の因果関係が高度の蓋然性をもって証明できず、財産的損害の賠償が否定される場合において、なお、被害者を救済しようという観点から、副次的な救済手段として慰謝料による救済を認容しているという点にあると思われる。つまり、本件原審は、本来の財産的損害の賠償を否定しつつも、副次的に慰謝料による救済を意図しているものと考えられるが、本件原審のように財産的利益に関する自己決定権侵害が行われた際に、それを根拠に慰謝料請求を認容することについては、本件原審評釈において否定的な見解が出されていた。例えば、石田満教授は本件原審の判断について「医療過誤訴訟等で議論されている『自己決定権の保護』の観念を本件事案に誤って転用したものであり妥当性を欠く。仮に、地震保険にかかる情報提

供義務違反があり、その結果として保険契約者において自己決定の機会を喪失せしめられたとしても、それにより財産的損害を被った場合には、不法行為または債務不履行の賠償すべき損害として判断すべきである。本事案ではそもそも非財産的損害（慰謝料）の立証がないといわざるをえない<sup>(5)</sup>とされる。石田教授の見解をみるに、同じく意思決定権（自己決定権）が侵害された場合であっても、医療過誤訴訟の場合とは異なり、本事案のような財産的利益に関する意思決定侵害の場合には一概に慰謝料が認められることは妥当ではないということになるか。この点については、後に詳しく検討することにしよう。

次に本件最高裁判決について分析することにする。本件最高裁判決は、本事案のような財産的利益に関する「意思決定に関し、仮に保険会社側からの情報の提供や説明になんらかの不十分、不適切な点があったとしても、特段の事情が存しない限り、これをもって慰謝料請求権の発生を是認し得る違法行為と評価することはできない」とする。つまり、前述の石田教授の見解とは異なり、本件判決の文言に従えば、財産的利益に関する意思決定権侵害のすべての場合において慰謝料請求権の発生を否定するというのではなく、「特段の事情」が認められる場合には慰謝料請求権の発生を肯定することもありうるということになるわけだが、この「特段の事情」が存する場合とはいかなる場合であろうか。この点に関して、判旨で本事案が特段の事情にあたらぬ理由として挙げられている(3)において指摘される点、すなわち、保険会社が地震保険に関する情報を秘匿していたわけではないという点に鑑みて、逆に、情報を意図的に秘匿するなど説明義務違反の悪性が強い場合、すなわち違法性の強い場合がこの「特段の事情」が存する場合にあたるという見解がある。この見解に従うならば、加害者の行為態様、すなわち違法性の度合が「特段の事情」の存否を決める大きなメルクマールとなりえるわけだが、【裁判例①】の判旨からは加害者の加害行為の悪性の度合いだけがメルクマールとなるのか、それとも被害者の被侵害利益の大きさとともに相関的に判断されるのかなどは明らかではない。この点につ



いては、【裁判例①】とは逆に、同様の財産的利益に関する意思決定権侵害事案において慰謝料請求を認容している【裁判例②】を概観した上で、果たして【裁判例②】の事案が、【裁判例①】のいうところの「特段の事情」が存する場合であるがゆえに慰謝料請求を認容しているのかを含めて検討行うことにする。

2 最判平成一六年一月一八日民集五八卷八号二二二五頁<sup>(6)</sup>【裁判例②】

【事実の概要】

Y（被告住宅・都市整備公団、現在は独立行政法人都市再生機構）は団地の建て替え事業に着手し、建て替え後の建物のうちの多くは賃貸に供されるが、ある一定の戸数が分譲に供されることが計画された。Yは上記団地内の住宅を賃借していたXらに対して、建て替え後の分譲住宅の購入を希望し、一定の期日までに住宅を明け渡すなど事業に協力した者については当該分譲住宅の一般公募に先立つ優先購入の機会の確保などを約束し、優先購入条項を含む覚書を交わした。当該優先条項は、Xらに対するあっせん後、未分譲住宅の一般公募がただちに行われること及びXらに対する譲渡価格と一般公募による譲渡価格が同等であることを前提としたものであり、Xらもそのように認識していた。Xらは期限までにYとの間で賃貸借契約を合意解約し、住宅の明渡しを行い、当該分譲住宅を購入した。ところで、Yは当該建替え団地居住者および他の建替え団地の居住者に対するあっせんの状況から、本件各譲渡契約締結時において、上記未分譲住宅が完売する可能性のないこと、Xらに対する分譲価格が高額に過ぎ、当該価格で一般公募したとしても購入希望者が現れないことを認識しており、あっせん後も直ちに未分譲住宅の一般公募をする意思をもっていなかったが、YはそのことについてXらに説明をしなかった。Yは、その後、未分譲住宅について価格を値下げした上で、一般公募を行った。その際の値下げ率は二五・五パーセント〜二九・一パーセント、平均値下げ率額は八五四万八〇〇〇円〜一

六三一万四〇〇〇円であった。Xらは本件譲渡契約の錯誤無効を主張するとともに、Yが本件譲渡契約を締結する際に、信義則上Xに対して、Xらに対するあっせん後直ちに未分譲住宅の一般公募を行う意思がなかったことを説明するべき義務があったにもかかわらず、それを怠り、Xらが分譲価格の適否について十分検討して契約を締結する機会を奪われたなどと主張して、Yに対し不法行為による損害賠償請求権に基づき慰謝料等を請求した。第一審（判時一八一三号四三頁）・原審は、錯誤無効の主張に対しては、動機の錯誤でありそれが表示されておらず錯誤無効は認められないとし、説明義務違反を根拠とする慰謝料請求のみを認めた。被告Yにより上告。

**【判旨】 上告棄却**

「Yは、Xらが、本件優先購入条項により、本件各譲渡契約締結の時点において、Xらに対するあっせん後未分譲住宅の一般公募が直ちに行われると認識していたことを少なくとも容易に知ることができたにもかかわらず、Xらに対し、上記一般公募を直ちにすることを全く説明せず、これによりXらがYの設定に係る分譲住宅の価格の適否について十分に検討した上で本件各譲渡契約を締結するか否かを決定する機会を奪ったものというべきであって、Yが当該説明をしなかったことは信義誠実の原則に著しく違反するものであるといわざるを得ない。そうすると、XらがYとの間で本件各譲渡契約を締結するか否かの意思決定は財産的利益に関するものではあるが、Yの上記行為は慰謝料請求権の発生を肯認し得る違法行為と評価することが相当である。上記判断は、所論引用の判例（【裁判例①】）に抵触するものではない」

本件最高裁判決は、「財産的利益に関する意思決定侵害を理由とする慰謝料請求を始めて正面から肯定した最高裁判決」<sup>(7)</sup>である。本件判旨は、その判断が【裁判例①】の判断とは抵触しない旨を述べるが、本件事案と同様に財産的利益に関する意思決定侵害事例において慰謝料請求を認容しなかった【裁判例①】との関係をいかに考えるべきかが問題

となる。本件判旨の「財産的利益に関するものではあるが…」との文言に従うならば、財産的利益に関する意思決定の機会の侵害の場合には、本来は慰謝料請求が認容されるべきではないとの前提に立ちつつ、本件事案の特殊な事情に鑑みて慰謝料請求が認容されたと考えることができようが、それでは【裁判例①】との違いはどこにあるのだろうか。以下では、二つの最高裁判決の比較分析を行うことで右の点を探ることにしよう。

### 3 二つの最高裁判決の比較

これまで、【裁判例①】【裁判例②】の事案および判旨をみてきたが以下では、その二つの最高裁判決の判断をどのような整合性をもってみるべきかを検討することにする。

財産的利益に関する意思決定の機会の侵害（自己決定権侵害）の際の慰謝料請求を否定した【裁判例①】の文言に従うならば、「特段の事情」が存する場合には、財産的利益に関する意思決定侵害事例においても慰謝料の請求が認められると解することができる。そこで、【裁判例②】は、【裁判例①】の準則を踏襲した上で、「特段の事情」が存するがゆえに慰謝料請求を認容したとする見解がある。<sup>(8)</sup>一方で、右のように理解しない見解もある。それらの見解によれば、

【裁判例①】は「特段の事情」を明らかにしていないし、また【裁判例②】にも「特段の事情」という言葉はどこにもないため、【裁判例②】を「特段の事情」が存在する場合として理解するのには無理があるとし、<sup>(9)</sup>両判決はそもそもその事案を異にする<sup>(9)</sup>と解している。つまり、【裁判例①】は「情報提供が説明不十分・不適切ながらも一応なされている場合である。それゆえさらなる情報獲得の十分な機会があり、しかも情報の意図的秘匿もなかった」<sup>(10)</sup>ケースであり、そもそも【裁判例①】の射程は保険会社からの情報提供がまったくなかった場合を含まない<sup>(10)</sup>と考えられる。一方で、【裁判例②】は「双務契約成立のための核心部分である売買目的物の価格の適否を検討するための情報がまったく提供され

財産的利益に関する自己決定権侵害と慰謝料請求の可否について

なかった場合」であり、著しく信義則に反する面がある。そして【裁判例②】は単に、「価格の適否に関する重要な事項について説明をしないことが、財産的利益に関する意思決定侵害になることを明らかにしたにすぎない<sup>(11)</sup>」と考えるのである。

【裁判例①】と【裁判例②】との関係については、右にみてきたように二つの見方があるわけだが、両判決の関係をどのようにみるかによって、財産的利益に関する意思決定侵害における慰謝料請求をどのように考えるかが実質的にかわるのであるか。以下その点につき検討を行う。

既に【裁判例①】において分析したように、【裁判例①】において述べられた「特段の事情」が存するかどうかのメルクマールは、加害行為の悪性の度合いにあると考えられる。そこで、【裁判例②】と【裁判例①】における加害行為の態様について比較してみることにしよう。この点について野澤教授は、【裁判例②】が不法行為法における伝統的な違法性論、すなわち、被侵害利益の種類と侵害行為の態容との相関関係において考察する相関関係説<sup>(12)</sup>に立脚していると解されている<sup>(13)</sup>。まず、【裁判例②】における被侵害利益は「Yの設定に係る分譲住宅の価格の適否について十分に検討した上で本件各譲渡契約を締結するか否かを決定する機会」であり、それがYの説明義務違反によって侵害されたことになる。しかし、右の被侵害利益は生命・身体等の人格的利益に関する意思決定権に比べて保護される必要性が低く、それゆえに加害行為の行為態様が考慮されることになる<sup>(14)</sup>とされる。加害行為の行為態様としては、①Yの建て替え事業によりXらの「借家権」を喪失させたこと、②Yらは「譲渡契約締結時点において、Xらに対する譲渡価格が高額に過ぎ、仮にその価格で未分譲住宅につき一般公募を行っても買い手がつかないことを認識して」いたにもかかわらず、Xらに対するあっせん後直ちに未分譲住宅の一般公募をする意思を有さず、その旨をXらに対して説明をしなかったことに鑑みて違法性が認められたとする。つまり、被侵害利益は人格的利益等に比べて比較的保護の必要性が低いものであ

ったにもかかわらず、その加害行為の行為態様の悪性の強さゆえに相関的な衡量の結果として、Xらの慰謝料請求が認容されたとするのである。たしかに、【裁判例①】の事案においては、加害者である保険会社が地震保険に関する情報を意図的に秘匿していたわけではないという事情があったのに対して、【裁判例②】の事案においては、Yらは譲渡契約締結時において、同等の価格で一般公募を行ったとしても未分譲住宅が完売する可能性がないことを認識していたにもかかわらずそれをXらに告げなかったという事情がある。両者を比べると、やはり【裁判例②】の方が、加害者の行為態様の悪性が極めて強いものだとということができよう。

つまり、【裁判例①】の「特段の事情」の存否のメルクマールが加害者の行為態様の悪性の度合いにあると読み取るならば、既に見てきたように【裁判例②】の事案は【裁判例①】の事案に比べて悪性が非常に高い場合であるから、判旨において「特段の事情」につき言及していなくても、「特段の事情」があったがゆえに、慰謝料請求を認容したのだという説明も可能であるし、【裁判例①】の事案は情報の提供が一応行われ、説明の意図的な秘匿もないのに対して、【裁判例②】の事案は目的物の価格の適否を検討するための情報がまったく提供されず、また意図的な情報の秘匿が行われたゆえに双方の事案は異なるとの説明も、結局は双方の事案における加害者の行為態様における悪性の違いを説明しているに過ぎないのではないだろうか。それゆえに、【裁判例②】が【裁判例①】の準則を踏襲したかどうかという点、または【裁判例①】が示した準則それ自体がさしたる意味をもたないともいえそうである。それゆえに、両最高裁判決を比較分析することによって明らかになったのは、財産的利益に関する意思決定侵害の事例においても、一概に慰謝料請求が否定されるのではなく、不法行為の違法性論に従って、侵害行為の行為態様の悪性の度合いによっては慰謝料請求が認容されることがありうるという点であろう。

### 三 自己決定権侵害を根拠とする慰謝料請求の機能

これまで、財産的利益に関する意思決定侵害事例である二つの最高裁判決を分析してきた。その分析の結果としていえることは、両最高裁判決の整合性を見出すとするならば、たとえ財産的利益に関する意思決定権が侵害された場合であっても一概に慰謝料請求が否定されるのではなく、その加害行為の行為態様によっては、慰謝料請求が認められることがあるということである。それでは【裁判例②】において認容された慰謝料は果たしていかなる性質のものであり、どのような機能を有しているのであろうか。それを探るべく、これまでの医療事故、取引行為事例双方の場面における意思決定権侵害事例がどのように扱われてきたのかを見ていくことにする。

#### 1 医療事故における自己決定権侵害

医師が検査や手術など患者に対して必要な措置を決定する際には、患者ないしその法定代理人に対して、必要な情報を開示して、十分な決断の機会を保障したうえで承諾を得る必要がある反面、その承諾なしに治療を行った場合には、患者の自己決定権を侵害したとして精神的な損害についての賠償の根拠となるという法理論が受け入れられている。<sup>(14)</sup> 錦織教授によれば、医療過誤訴訟における右のような自己決定権の特徴は以下のように説明される。すなわち、「医療事故で患者の自己決定権が権利として構成された背景には、医療という特殊な場、つまり前記の契約一般に通用する当事者の契約上の意思の決定ということでは捉えきれない当事者間の関係が存在して」おり「医師は患者のために最善の医療を行うべきであるという職業倫理の強調とともにではあるが、医療内容の決定は、医師の職業上の権限、さらには職業上の権利 (Berufstrecht 業務権) と解すべきだという立場さえ生じ」、「このような医療の場における医師と患者の

関係の中で、つまり自己の健康・身体という患者自身に配分された利益に対する医師の優越的介入権能ないし医師に対する患者利益の決定のいわば対重 (Gegengewicht) として、患者の自己決定権という権利の確立が重要な意味をもった<sup>(15)</sup>のである。

それでは、右のような特徴を有する医療事故に際しての患者の自己決定権侵害構成の目的は、取引的不法行為におけるそれと異なるものであろうか。

すでに紹介したが、取引行為事例において意思決定の機会の喪失 (自己決定権侵害) を根拠とする慰謝料請求権を肯定するということは、取引行為事例において「その行為による損害を回避する機会が奪われたという点ではなく、その取引行為に伴う危険を十分に理解したうえで、その行為を行うか否かを決する機会が奪われたという点を不法行為法上保護すべきことになり、もしそれを肯定するならば、説明は不十分ではあるが、実際にはその危険を伴った取引から利益を得た場合においても、理論上は慰謝料請求権が発生するということになる」との指摘がある。たしかに、錦織教授が指摘されるように取引行為事例においては、実際に経済的な損害が生じていないにもかかわらず意思決定の機会が奪われたことのみをもって慰謝料の対象とすることには違和感を禁じえない (この点は後に検討する)。一方で、医療事故の場面においては、実際に身体的な損害は生じていないにもかかわらず、意思決定の機会が奪われたことを根拠に慰謝料を請求するということは可能であると思われる。例えば、実際に最判平成一二年二月二九日民集五四卷二号五八二頁<sup>(16)</sup> (いわゆるエホバの証人事件。以下、【裁判例③】とよぶ) においては、右のような意味での慰謝料請求が認められている。【裁判例③】は、病院 (東京大学医科学研究所付属病院) が相対的無輸血の方針であるところ、宗教上の理由から絶対的無輸血の意思を示していた患者に対して、そのことを説明せず、手術中に医師の判断で輸血を行い、成功に終わった術後もそれを説明せず、公になるおそれが発生した段階ではじめて患者に知らせたことに対して、患者が自

己決定権の侵害ないし債務不履行を理由に病院側を訴えた事案である。判旨は「患者が輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合、このような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない。そして、原告が、宗教上の信念からいかなる場合にも輸血を受けることは拒否するとの固い意志を有しており、輸血を伴わない手術を受けることができる<sup>(18)</sup>と期待して医科研に入院したことを医師らが知っていた本件の事実関係の下では、医師らは、手術の際に輸血以外には救命手段がない事態が生ずる可能性を否定し難いと判断した場合には、原告に対し、医科研としてはそのような事態に至ったときには輸血をするとの方針を採っていることを説明して、医科研への入院を継続した上、本手術を受けるか否かを原告自身の意思決定にゆだねるべきであったと解するのが相当である。：医師らは右説明を怠ったことにより、原告が輸血の伴う可能性のあった本件手術を受けるか否かについて意思決定をする権利を奪ったものといわざるを得ず、この点において同人の人格権を侵害したものととして、同人がこれによって被った精神的苦痛を慰謝すべき責任を負うものというべきである」と判示して病院側からの上告を棄却した（原審で認められた慰謝料は五〇万円）。本件においては、医師による手術は成功したわけである（その後五年間生存した）から、患者側に直接的な意味での経済的な損失というものは生じていない。本件において侵害されたのは患者の「宗教上の信念に基づき輸血を拒否する意思決定をする権利<sup>(17)</sup>」であり損害を回避する意思決定の機会が侵害されたというわけではない。この場合、財産的損害の発生を前提としない「意思決定の権利」の侵害それ自体が損害と把握されているものと思われるが、それは治療の選択肢の患者への提供と検討および話し合いの時間的余裕を患者に提供しなかったこと、すなわち意思決定を行う環境が整備されなかったことが損害と評価されているものと思われる。また、乳癌温存療法をめぐる最高裁判決（【裁判例④】）<sup>(19)</sup>においても、患者に他の治療法について知りたいという権利を放置し、「知らないままに決定をさせた環境においたこと」<sup>(19)</sup>を損害ととらえている。治療行



為は、本来身体への違法な侵襲行為であることから、治療行為が行われるにあたっては、たとえ医師がその治療方法が最良のものと考えられる場合においても、患者に選択と検討を十分に行える環境を整備しなければならず、そのような環境が整備されず、十分に意思決定する機会が失われた場合には、それは患者にとって大きな精神的苦痛となる可能性があり、身体的・経済的損害が生じていなくても慰謝料が認められうるものと思われる。ただし【裁判例③】においては、宗教的に特殊な事情が、また【裁判例④】においては乳房の喪失という女性にとって大きな精神的苦痛を生じさせる要因があったことに鑑みると、あらゆる医療のケースにおいて右のような意思決定の機会が与えられなかったことを根拠に慰謝料が認容されるとは思われない。

右においては、医療に関する事例においては、経済的損害が生じていないにもかかわらず、それとは独立して慰謝料請求が認容される余地があることが明らかになった。それでは、その他の医療事故において患者の自己決定権侵害が問題となったケースでは、【裁判例③】【裁判例④】のように損害の発生とは無関係に自己決定権の侵害構成が採られているのであろうか。多くの場合、医事事故における説明義務違反による自己決定権侵害という構成は、本来生じた悪結果による経済的損失に対する填補の請求に付して予備的なものとして主張される。つまり、患者がある治療方法に同意し、当該治療が行われた結果、悪しき結果が生じた場合に、まずは、当該治療における医師の注意義務違反を根拠として、それにより生じた損害の賠償の可能性が模索され、第二に、医師の説明義務の懈怠により当該治療方法に承諾するに際して、熟慮する機会が失われたとして、もし、医師の説明義務違反と悪結果との間に法的因果関係が認められれば、生じた結果に対する損害賠償が認容される<sup>(20)</sup>ところ、法的因果関係が認められない場合にはじめて自己決定権の侵害による慰謝料請求が問題とされているように思われる。例えば、頭蓋骨陥没骨折開頭手術後に患者が死亡した事例である、最判昭和五六年六月一九日判時一〇一一号五四頁<sup>(21)</sup>においては、手術の要否に関する医師の判断の誤り、術前に脳血管の撮

影をしなかったことなど医師の複数の過失が主張され、その予備的請求として「医師は頭開手術のような生命の危険を伴う手術を実施しようとする場合、原則として患者あるいはその家族に対し、現症状、その原因、手術の内容、手術による改善の程度、手術をしない場合の具体的予後内容、手術の危険性等につき、患者があえてその危険をおして手術を受けるか否かを十分に理解したうえ自由に選択できるように説明する義務があり、危険性について不確定要素がある場合には事項の説明の基礎となる症状把握がどの程度までなされているか、また、その不確定要素が発現した場合の対処の準備ができていくか否かについても、判断の資料として当該病院の人的物的設備に照らして説明する義務がある」として、医師がその義務を怠ったことにより精神的苦痛を受けたとして慰謝料請求をおこなっている。

また、分娩方法に関する選択をめぐる最判平成一七年九月八日判時一九一二号一六頁<sup>(22)</sup>の事案においては、原告Xは医師Yらの行った経膈分娩の選択ないし実行に関して過失があり、これによって子が死亡したとして、子の死亡に対する損害賠償請求をしたが、第一審において医師の過失は認められなかった。しかし、原告らは帝王切開を希望する旨を明確に述べており、帝王切開の選択も十分にありえたことから、その意思に反して経膈分娩を選択したことが、原告らの自己決定権を侵害したとして一五〇万円の慰謝料を認容した<sup>(23)</sup>（原審は、第一審での医師らの敗訴部分を取り消し、請求棄却、これに対してXらが上告、最高裁は破棄差戻し）。本件事案においても、本来の請求である子の死亡という損害についての賠償請求が認容されなかったことによる、副次的な請求として自己決定権侵害が問題とされているのである<sup>(24)</sup>。

右にみてきたように、医療事故のケースにおいては、取引的不法行為のケースとは異なり、医師の注意義務違反による患者の財産的損害が生じてないにもかかわらず、自己決定権侵害が侵害されたとの構成は可能であり、その点が医療における自己決定権の特徴であるといえるが、**【裁判例③】****【裁判例④】**のような特殊な事例は別として、やはり本来的には、患者に財産的（逸失利益等）な損害が生じ、それが認容されない際の副次的救済手段としての法律構成として予

備的に用いられているのである。

## 2 財産的利益に関する意思決定侵害

財産的利益に関する意思決定侵害が問題とされるのは、いわゆる取引的不法行為<sup>(27)</sup>という類型においてである。【裁判例①】および【裁判例②】の事案もこの類型に含まれると考えてよいであろう。そもそも、これまでのいわゆる取引的不法行為の事例においては、自己決定権は取引行為の当事者の自己決定という人格的利益そのものの保護を目指すものではなく、むしろ財産的利益の保護を実現するという効果を導き出すという枠内でのみ認められてきたし、<sup>(28)</sup>事実それが意図されてきたものと思われる。例えば、成立した契約が不公正な取引であるとか詐欺的商法であると評価された場合において、本来ならば法律行為法による解決、すなわち詐欺や錯誤無効によって当該契約の効力を否定したうえで、給付利得の返還をさせるという解決がのぞましいところ、<sup>(29)</sup>それらによる救済が不可能である場合において、不法行為を根拠とする損害賠償により、支出した金額に相当する額の返還を命じることで、右のような法律行為法による解決と同様の経済的効果を導きだす裁判例が多く見られる。その際、不法行為成立の根拠となるのは、加害者の説明義務違反などであり、そのような形で認められる損害賠償は、その性質から「原状回復的損害賠償」とよばれる。つまり、これまでの取引的不法行為の事例においては、不当勧誘などによって出捐した金額の補填が本来の目的であり、それを法律行為法による処理ではなく、不法行為構成を採ることによってそれを実現してきたわけである。それでは、なぜ【裁判例①】【裁判例②】においてはこれまでの裁判例の傾向とは異なり、慰謝料請求が問題とされ、とりわけ【裁判例②】においてはそのそれが認容されたのであろうか。まず考察するべきは、そもそも慰謝料請求を認容した【裁判例②】の事案において、財産的損害を概念することはできたのか、また、概念できたとして、それを認容する余地はあったのかという

点であろう。

【裁判例①】においては、地震保険に加入していたならば、得られたであろう地震保険相当額から地震保険料額を差し引いたものが損害と考えられようが、保険会社側の説明義務違反と当該損害との因果関係は否定されている。すなわち、保険会社側が説明義務を尽くしていたならば、原告が地震保険に加入したであろう蓋然性が低いとされたのである。すなわち、【裁判例①】においては、財産的損害は観念可能ではあるが、その賠償は否定されている。

【裁判例②】においては、原告らは原告らに対する譲渡価格と値下げ後の譲渡価格との差額を請求したが、原審は原告らに譲渡以後の値下げ価格をもって原告らの財産的な損害の算出根拠とすることはできないとした（Xらは上告等をしていない）。

この点に関しては、本件原審の判断と同様に、本件においては財産的損害賠償請求の前提となる財産的損害がないとする見解が見られる。例えば、安永正昭教授は、値下げ価格（適正価格）で売却すべき義務を概念しえないから法的評価としては、本件においては財産的賠償を請求できないとされる<sup>(30)</sup>。また、鎌野邦樹教授は「本件では『契約を締結しなかった可能性』が奪われたのであって、『契約を締結したことによる損害』が具体的に発生したわけではない<sup>(31)</sup>」とされ、さらに、野澤正充教授は「本件におけるXらの損害は、『財産的損害の算定ではとらえきれない『機会の喪失』である。そうだとすれば、財産的利益の損害賠償ではなく慰謝料によってXらを救済することは適切<sup>(32)</sup>」であったとされる。

これに対して窪田教授は、虚偽の価格を告げ一百万円の壺を二〇万円で売ったという例を挙げて「ここで問題となっているのは、あくまで目的物の価格を偽ったという不法行為（不当に高い価格で売りつけたという不法行為）なのであり、不当に高い価格でそれを購入したということが損害（財産的損害）であり、その損害は、（たとえば）適正価格と実際の購入価格との差額で算定されるという図式が成立すれば十分なのである。この説明の中に、『適正な価格で売却すべ

き売主の義務』といったものを介在させる必要性は存在していない。その意味では、適正価格で売却すべき義務を認めることができないというだけでは、財産的損害の不存在の説明としては十分ではない<sup>(33)</sup>とされる。また、本件において侵害されたのは機会の喪失であり慰謝料しか導くことができないとする野澤教授の見解にも疑問を呈されるが、この点については後述する。このように、窪田教授は本件において、財産的損害が生じていないとする見解に疑問を呈され、性質上、財産的損害の賠償が認められないような事案ではなかったとされるのである<sup>(34)</sup>。この点について、窪田教授自身が指摘されるように、「どのような価格で契約を締結するかは当事者のリスクに属する事柄であり、適正価格より高い価格で購入したからといって財産的損害の賠償をすることができないのはその通り」であり、一萬円の壺を二〇万円で販売するという極端な例とは異なり、本件における適正価格との価格差はあくまでも契約当事者のリスクに属するものであるとの反論も考えられよう。そもそも、販売側は売却益によって利潤を得る必要があり、当初は社会的ニーズを勘案しつつも、できるだけ多くの利潤を得られる価格帯を設定することは当然であり<sup>(35)</sup>、また、その価格によっては売却が見込めないと判断した場合にそれを値下げすることは十分にありえる<sup>(36)</sup>。その場合、値下げした価格がそもそも当該物件の適正価格であるかという点についても疑問がある。やはり、本件は、従来のように差額説的に損害を理解した場合においては財産的損害を概念しにくい事例であったものといえよう。

右にみてきたように、【裁判例①】では財産的損害は観念できるものの、その賠償は否定され、【裁判例②】は、そもそも財産的損害が概念しにくい事例であった。そのうえで、本来ならば被害者の賠償請求の途は閉ざされるところ、【裁判例②】においては、財産的利益に関する意思決定の機会の喪失という法理により慰謝料が認容され、被害者救済が図られたものと思われる。鎌野教授、野澤教授は【裁判例②】の判断の意義をその点に見出され、同判決を評価されるのである。つまり、取引的不法行為における財産的利益に関する自己決定権侵害を根拠とする慰謝料請求は、あくま

でも被害者に財産的な損害は生じているがその賠償が認容されない場合においてなお、被害者を救済する法律構成として用いられるものであるということができ、その根拠は慰謝料の補完的機能に求められることなる<sup>(37)</sup>。

#### 四 財産的利益に関する意思決定侵害と慰謝料請求の適否

これまで、医療の事例と取引行為事例における自己決定権侵害を根拠とする慰謝料がどのような場面において主張され、いかなる機能を果たしているのかについてみてきたが、共通する点は、基本的にはどちらの類型においても説明義務違反による自己決定権侵害を根拠とする慰謝料請求は、【裁判例③】【裁判例④】といった特殊な例を除き、本来的な財産的損害の填補がなされない場合における、あくまでも副次的な救済手段として主張されてきているという点である。それでは、そもそも財産的な利益に関する自己決定という人格的利益とは乖離したものが侵害されたにすぎない取引行為事例において、医療事故の場面と同様な副次的救済手段が必要なのか、また認めるのが妥当であるのかについて検討することにする。

財産的利益に関する自己決定権侵害の際の慰謝料請求に関しては、それを否定する見解が多数みられる。それでは、それらの見解はいかなる根拠で慰謝料請求を否定するのであろうか。錦織教授は、「取引的不法行為における説明義務違反を介しての自己決定権侵害という構想は、取引行為の当事者の自己決定という人格的利益そのものの保護を目指すもの」ではなく「財産的利益の処分についての自己決定権の不法行為法上の意味は、少なくとも現状では、財産的利益の保護を実現するという効果を導き出すという枠内で認められる」<sup>(38)</sup>のであり「自己決定権侵害の効果として慰謝料請求権を発生するところまで進めば、不法行為法上の保護の意味は、相当変わることになる」とされる。つまり、慰謝料請求権を肯定するかどうかは、取引行為事例において「その行為による損害を回避する機会が奪われたという点ではなく、

その取引行為に伴う危険を十分に理解したうえで、その行為を行うか否かを決する機会が奪われたという点を不法行為法上保護すべきかどうか」を決することであり、もしそれを肯定するならば、説明は不十分ではあるが、実際にはその危険を伴った取引から利益を得た場合においても、理論上は慰謝料請求権が発生するということになる。そして「このような効果を伴った自己決定権を取引的不法行為において承認することは、法政策的にも、なお慎重に対処すべき」であるとして、慰謝料請求について否定的見解を示されるのである。また、大中教授は、【裁判例②】の評釈の中で、「人格的利益にかかわる自己決定権が侵害され人格的利益そのものが損なわれた場合にその回復が問題となる場合とは対照的に」、財産的利益に関する自己決定権侵害の「回復はかかる財産的利益を填補することによってしかおこなわれえない<sup>(39)</sup>」とされ、慰謝料による救済を否定される。また、志田原調査官は【裁判例①】の調査官解説において、【裁判例③】との比較をしつつ、「この判決（【裁判例③】）は、不法行為の被害利益を輸血を伴う可能性のあった手術を受けるか否かについての意思決定権であり、人格権の一内容を成すものとして捉えている。本件（【裁判例①】）のような地震保険に加入するか否かの意思決定権をこれと同列に捉えることは困難<sup>(40)</sup>」であるとする。さらに、すでに紹介したように、石田満教授も【裁判例①】の原審に関する評釈の中で同様の見解を示されている。

右に挙げた慰謝料請求に否定的な見解に共通するのは、財産的利益に関する意思決定が人格的利益に関する意思決定とは異なることを慰謝料請求否定の根拠としている点にあり、その上で取引的不法行為における自己決定権侵害の際には、慰謝料による救済ではなく、財産的利益の填補によってこそ救済が図られるべきであると考えられている。取引行為事例と医療事故においては、その意思決定の対象が異なるわけであるが、その対象の違いが慰謝料請求の可否を分けるのかどうか、また、取引行為事例において、そのような副次的救済手段が必要なのかという視点は、根本的には意思決定の機会の要保護性が、その意思決定の対象によって異なるのか、それとも対象によって異なるのではなく一概に保

護されるべきなのかという違いであり、右慰謝料請求を否定する見解は前者の視点に立脚しているものといえる。

既に述べたとおり、【裁判例①】の原審や、【裁判例②】の判断は、医療過誤訴訟における、いわゆる「治療機会の喪失論」や「相当程度の可能性侵害論」との親和性をうかがわせるものであるといえることができる。例えば、最判平成二年九月二二日民集五四卷七号二五七四頁<sup>(41)</sup>（以下【裁判例⑤】）においては、医師の不作为と患者の死亡との間に因果関係を認めることはできないとしつつも、「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、当時の医療水準になら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、医療水準にならなかった医療が行われていたならば患者が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」とした。この法理は、【裁判例⑤】以前からの下級審裁判例においてみられた、「治療機会の喪失」や「期待権侵害」といった法理と同様に<sup>(42)</sup>医師の過失と患者に生じた損害との間の因果関係が高度の蓋然性をもって証明できない場合における被害者救済法理としての機能を有しているものと思われる。これらの法理は、右に述べたように、医師になんらかの過失が存するにもかかわらず、当該医師の過失と、生じた損害との間の因果関係が証明できないことによる、賠償の切捨てから被害者を救済するものであるが、この法理が認められる対象はあくまでも死亡や重篤な後遺障害<sup>(43)</sup>など生命身体に対する不可逆的な結果が生じなかった可能性ないし結果を回避する機会である。そして【裁判例⑤】は同法理を認める根拠として、生命が人にとって基本的な利益であることから、その生命を維持する客観的可能性も重大な保護法益であるとする。右のような視点から見ると、果たして単に財産的な利益に関する自己決定権が侵害されたことをもって、慰謝料の対象とすること、すなわち取引的不法行為において、本来の財産損害の賠償が得えられなかった場合に、医療における被害者救済法理と同様に、副次的な救済手段が必要なのか、つまり財産的利益に関する自己決定というものは、そこまで要



保護性が高いのかという疑問がでてくるのである。自己決定権侵害（意思決定の機会の喪失）構成に親近性を有する被害者救済法理が、生命侵害や重篤な後遺障害が残存したケースに限られるとすると、取引的不法行為の場面において自己決定権侵害（意思決定の機会の喪失）を根拠とする慰謝料請求が認められうる根拠はいかなるものであろうか。以下ではその点について検討を加えていくことにする。

これまでは、意思決定の対象が身体・生命といった人格的利益に関わるものなのか、それとも財産的利益に関わるものなのかという意思決定の対象の違いという視点から慰謝料請求の適否をみてきた。その結果、意思決定の対象が人格的利益に関するものではない限り、慰謝料は認められないとする見解が多く見られた。それでは、次にそれらとは異なり、意思決定の対象をメルクマールとしない見解をみることにしよう。この見解を唱える小粥教授によれば、意思決定の機会の要保護性は、意思決定の対象ではなく、リスク分配の観点から決定されるとする。すなわち、ある意思表示をする場合に、当該意思決定にあたって通常は表意者が情報収集の責任を負うが、特定の場合にはその情報収集の責任を表意者に課することが適当ではなく、その相手方にシフトすべき場合が存在する。このことが、相手方への説明義務を基礎付け、説明義務違反がある場合においては、表意者は、整備された情報環境の下で意思決定をする機会を失うことそれ自体が損害であると考えるのである。<sup>(44)</sup> たしかに、取引の際に表意者が意思決定において十分な情報を提供されなかったことを損害と捉えるならば、その意思決定の対象がなんであるかは問題ではなく、<sup>(45)</sup> このような見解に従うならば、医療事故においてだけでなく取引行為事例においても財産的利益に関する意思決定の機会が侵害されたことを根拠とする慰謝料請求は可能ということになる。<sup>(46)</sup> この見解によれば、説明義務違反によって情報環境が整備されなかった以上は、経済的な損失が生じていなくても慰謝料請求が可能ということになる。例えば、ワラントを購入したが損失を被らなかつた場合や、ワラントを買わずに済んだ場合にも損害賠償請求が認められる余地があることになる。<sup>(47)</sup> この点は、前

述した錦織教授が取引的不法行為における自己決定権侵害を根拠とする慰謝料請求を否定する理由として挙げられている点であり、小粥教授の見解は、それに真っ向から対立する見解であるといえる。小粥教授の右のような見解は、すでにみてきたように医療のケースである【裁判例③】や【裁判例④】においてみられた発想と親近性を有するが、小粥教授の見解においては、意思決定の対象とはかかわりなく、とりわけ取引行為事例においてもそれが認められるとする点に特徴があるものと思われる。

しかし私見は、右の見解に次の点で反対である。<sup>(48)</sup>第一に、これまでみてきたように、取引的事例における原状回復的損害賠償は、本来の法律行為法による救済が認められない際の副次的な救済手段であり、意思決定侵害を根拠とする慰謝料はさらにそれも認められない際の第三次的な救済手段であると考えられる。そのように考えると、相手方の説明義務違反による意思決定侵害を根拠とする慰謝料は、本来の財産的損害の賠償とは並存しえないものであると考えられる。これまでの取引的不法行為の事例においても、法律行為法上の救済もしくは不法行為を根拠とする原状回復的損害賠償が認められる際には、それに並存して慰謝料は認められないとされており、それらの裁判例においては、財産権侵害については、通常生ずべき損害は原則として財産的損害に尽き、侵害によって被った精神的苦痛があったとしても、それは財産的損害の填補を受けることで填補されるという判断がなされているのである。<sup>(49)</sup>これまで説明義務違反が肯定された裁判例においても、抽象的には意思決定侵害を觀念できるにもかかわらず、意思決定侵害を根拠として慰謝料を認容するものはない。<sup>(50)</sup>窪田教授の言葉を借りれば、財産的な損害が認められればそこに解消される慰謝料と、賠償が認められるか否かにかかわらず独立に認められる慰謝料とがあり、<sup>(51)</sup>【裁判例②】において認められたものを含む取引行為的不法行為において認められる余地のある慰謝料はその前者であり、後者の慰謝料は、生命・身体といった人格的利益の意思決定に関する医療のケース、とりわけ【裁判例③】【裁判例④】などの特別なケースにおいてのみ認められるべきも

のであると思われる。

第二の理由は以下のようなものである。整備された情報環境の下で意思決定をする機会を失うことそれ自体が損害であるとする論者は、いわゆるフランス法における「機会の喪失論」に依拠しているものと思われる。<sup>(52)</sup> フランスの判例においては古くから、利益を受ける機会を有していた者が他者のフォートによって当該利益を受けることができなくなった際に、被害者からの賠償請求を認めてきた。<sup>(53)</sup> このような場合、望んでいた最終的な利益を損害と捉えるのではなく、そういった利益を得る機会・可能性を失ったこと自体を損害と捉え、確実な損害があると評価し、その機会の大きさに応じて賠償を認めるという判例法理が確立している。そして、それらの論者はフランスにおける機会の喪失の法理は日本法に導入が可能であるとする。<sup>(54)</sup> わが国においても、既に紹介したように、機会の喪失の法理は医療事故を主とした人格権侵害に関わる裁判例において、本来の財産的損害の賠償が認められない場合の救済法理として用いられてきたが、フランスにおいては、人格権侵害の場面に限定されていない点に特徴がある。ここでは、そうしたフランスにおける機会の喪失論をわが国に導入可能かどうかの評価は避けるとして、仮にフランスにおける機会の喪失論を取り入れたとしても、整備された情報環境の下で意思決定をする機会を失うことそれ自体が損害であるとして、取引的事例において、かつ経済的損害が生じていないにもかかわらず損害賠償を求めうるとする見解を正当化できないものと思われる。その理由は以下の通りである。すなわち、フランスにおいて認められてきた機会の喪失の法理においては、たしかに「機会」それ自体を損害と捉えている。しかし、その機会とは、あくまでも、ある利益を得られた機会もしくは、ある損害を回避できた機会であり、そこには経済的な損失があることを前提とし、その経済的損失の大きさと、その可能性とを勘案して賠償額が決定される。そのように考えると、そもそも経済的損失を前提としない「機会」までも損害としてみなしてよいのが疑問となる。また、その効果として財産的損害が認められるのか、それとも慰謝料が認められるのか

は明らかではないが、<sup>(55)</sup>【裁判例②】のように、仮に慰謝料が認められるとして、例えばワラントの事例をみるに、ワラントを購入したが損失は被っていないにもかかわらず、意思決定の際に情報環境が整備されなかったことをもって、精神的苦痛が生じたといえるのであろうか。また、経済的な損失が生じておらず、また精神的苦痛も与えていない場合に、相手方が情報環境を整備しなかったことを根拠に損害賠償を認容するということは、取引において専門性の高い業者が、情報収集の面で劣位にたつ消費者に対して、その取引の性質上必要な情報を提供することで、契約締結に際する適切な判断する機会を与えなかったことに対するサンクションとしての意味あいが強くなるわけだが、その根拠は不法行為法の制裁的機能<sup>(56)</sup>に求めざるをえなくなるであろう。

以上のように、取引行為事例において、整備された情報環境の下で意思決定をする機会を失うことそれ自体を損害であると捉えて、経済的損失の有無とは関係なく財産的損害ないし慰謝料を認容するという見解には疑問がある。やはり、まずは法律行為法による救済が図られた上で、それができないときには不法行為を根拠として財産的損害の填補を目的とした原状回復的賠償請求が、そしてそれも不可能である際に、ある特定の場合に限って、意思決定の機会の喪失（自己決定権侵害）を根拠とした慰謝料請求が認められるべきであり、医療に関する【裁判例③】【裁判例④】のように、財産的損害とは独立した性質を有した慰謝料は認められるべきではない。

それでは、特別に慰謝料が認められうるのはどのような場合であろうか。まずは、【裁判例①】と【裁判例②】の分析においてみてきたように、加害行為者の行為の悪性が一つの判断要素となりえよう。例えば、勧誘行為において威迫的な行為が行われたり、意図的な情報の秘匿が行われた場合がこれに当たると思われる。次に考慮されるべきは、財産的利益が被害者本人にとってどのような価値を有しているかという点であろう。例えば、財産権侵害の事例では、取引の経験や知識がない年金生活者にとっての老後の生活資金を一連の取引によって失った事例において、慰謝料の請求

を認容した事例<sup>(57)</sup>があるが、当人にとっての当該金銭が有している、財産的な価値を超えた愛着や特別な意義が勘案されるべきものであると思われる。そして、最後に、当該事例における被害者を保護する社会的な要請の有無が勘案されるべきであると思われる。そして、右のような事情が認められない場合には、本来の財産的損害の賠償が否定された場合であっても、副次的な慰謝料請求が容易に認められるべきではないと思われる。

## 五 むすびにかえて

### 1 本稿のまとめ

これまで、財産的利益に関する意思決定侵害事例における慰謝料請求がいかなる性質を有し、どのような場合に認められるべきかについて検討を行ってきたが、まとめると以下のようなになる。すなわち、いわゆる取引行為事例においては、まず法律行為法による救済、続いて不法行為による原状回復的損害賠償により財産的損害の填補が図られるべきところ、それが認められない場合において、はじめて慰謝料請求の補完的機能に基づく副次的救済手段として当該慰謝料請求が認容されるべきものと考ええる。それゆえに当該慰謝料請求は財産的損害の賠償とは並列的に認められるべきものではなく、財産的損害の賠償が認められる場合にはそのなかに吸収されるべき性質のものであるといえる。医療訴訟においては、すでに【裁判例③】【裁判例④】でみてきたように、財産的損害とは独立して慰謝料が認められる余地がありうるが、それはあくまで、その意思決定の対象が生命身体といった人格的利益に関するものであるためであり、その意思決定の対象が財産的利益であるところの取引行為事例においては、財産的損害の代替手段としての慰謝料が認められるに過ぎず、【裁判例③】【裁判例④】において認められた性質の慰謝料が認められる余地はないといえる。

次に、財産的損害の代替手段としての慰謝料請求も財産的損害が否定された場合に常に認められるわけではなく、① 財産的利益に関する自己決定権侵害と慰謝料請求の可否について

当該加害行為の悪性の度合い、②失った金銭が被害者本人にとってどのような価値を有するのか、③当該被害者を保護すべき社会的な要請等が勘案された結果、あくまでも限定された場合においてのみ認められるべきである。その意味で【裁判例①】においては、意図的な情報の秘匿がないなど加害行為の悪性が強くないことが勘案された結果慰謝料請求が否定され、一方【裁判例②】においては、①の点が勘案され慰謝料が認容されたものといえよう。

## 2 残された課題

本稿は、財産的利益に関する自己決定権侵害を根拠とする慰謝料請求の可否という、非常に限定された側面に注目し検討を行ってきたが、なお残された課題は多い。まず、当該慰謝料請求は、取引行為事例において、法律行為法による救済や、不法行為を根拠とした原状回復的損害賠償が認められない場合の第三次的な救済手段であると述べたが、それを認める際にいわゆる評価矛盾の問題が生じるかについては検討を加えていない。この点については、次稿において詳しく論じる予定である。<sup>59</sup>また、本稿では主に、取引行為と医療における自己決定権を比較することにより、取引行為における自己決定権侵害構成の特殊性を明らかにすることを試みたが、その他の類型における自己決定権については触れることはできなかった。自己決定権という言葉が次第に認知され、多くの領域で用いられるようになった現在においては、個別的な事例ごとの自己決定権について論じることも重要ではあるが、全体的な観点から自己決定権という権利の判断枠組みを見出すことが必要であると思われるが本稿は、その試みのほんの序章にすぎない。右の点は今後の研究課題としていきたい。

(1) 本稿で取り扱う【裁判例①】【裁判例②】において、問題となっているのは「意思決定の機会の喪失」である。しかし、機会という言葉をを用いても、実質的な被侵害法益は、相手方の適切な情報提供に基づいて契約を締結するか判断するという利益であり、それは自己決定権と同質のものであると思われる。それゆえに、本稿では「自己決定権侵害」という言葉を用いることにする（窪田充見「取引関係における不法行為—取引関係における自己決定権をめぐる現況と課題」法時七八巻八号七〇頁〔二〇〇六年〕参照）。

(2) 窪田・前掲注(1)六六頁。

(3) 本件判決の評釈として、黒木松男「判批」判例評論五四九号三四頁（二〇〇四年）、竹濱修「判解」平成一五年度重要判例解説（ジュリー二六九号）一一七頁、笠井修「判批」NBL七九五号六八頁（二〇〇四年）、後藤卷則「判批」法教二八七号一〇二頁（二〇〇四年）、胡健芳「判批」損害保険研究六六卷二七三頁（二〇〇四年）、磯村保「判批」判例セレクト二〇〇四年（法教二九四号別冊付録）二五頁（二〇〇四年）、草野真人「判批」平成一六年度主要民事判例解説（判タ一一七八号）一〇二頁（二〇〇四年）、西本強「判批」銀行法務二一六三三三三九頁（二〇〇四年）、角田美穂子「判批」法セミ五九一号一一七頁（二〇〇四年）、家本真実「判批」法と政治五五巻三三五頁（二〇〇四年）、島田邦雄「判批」判タ一一七八号（臨時増刊号）一〇二頁（二〇〇五年）、仲嶋克彦「判解」ほうむ五一巻一〇一頁（二〇〇五年）、志田原信三「判解」曹時五八巻一号三五六頁（二〇〇六年）などがある。

(4) 本件評釈として、黒木松男「判批」判例評論五〇六号四六頁（二〇〇一年）。また、小林道生「震災と保険訴訟」損害保険研究六四巻二号一〇〇頁以下（二〇〇二年）も本件につき詳しい。

(5) 石田満「地震保険加入の自己決定権侵害による慰謝料」損害保険研究六四巻二号二〇五頁（二〇〇二年）。

(6) その他に判タ一一七二号一三五頁、判時一八八三三六二頁、金判一二一六号七一頁。本件判決の評釈として、安永正昭「判批」判例評論五六四号三三頁（判例時報一八六七号）（二〇〇五年）、野澤正充「判批」判タ一一八七号一〇二頁（二〇〇五年）、横山美夏「判批」民研五七五号三頁（二〇〇五年）、鎌野邦樹「判批」法教二九八号一〇六頁（二〇〇五年）、原田剛「判批」法セミ六〇二号一二〇頁（二〇〇五年）、円谷俊「判批」ひろば五八巻七号七七頁（二〇〇五年）、大中有信「判批」金判一二一六号七五頁（二〇〇五年）、丸山愛博「判批」法学新報一一二巻五・六号三五七頁（二〇〇五年）などがある。また、当該問題につき、大木満「分譲住宅譲渡契約における説明義務違反と慰謝料請求権」マンション学二二巻八八頁以下（二〇〇五年）。

(7) 判タ一一七二号一三六頁の匿名コメントを参照。

(8) 大中・前掲注(6)七七頁。大中教授によれば、【裁判例②】は「特段の事情」という言葉それ自体は用いなかったものの、一定の事実を認定した上で、信義則上一定の事実を相手方に説明すべきであったのに説明しなかった（説明義務違反）ということを違法と認定している。実質的に平成一五年判決を踏襲した上で、「特段の事情」がある場合を認めたと評価することが許される」とされる。

財産的利益に関する自己決定権侵害と慰謝料請求の可否について

- (9) 原田・前掲注(6)一二〇頁。窪田・前掲注(1)七五頁も同旨。
- (10) 判タ一一七二号一三六頁の匿名コメントを参照。
- (11) 丸山・前掲注(6)三六三頁。
- (12) 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』(日本評論社、一九三七年)一二五頁以下。
- (13) 野澤・前掲注(6)一〇六頁以下。
- (14) 稲垣喬『医師責任訴訟の構造』(有斐閣、二〇〇二年)三九頁以下。その他に、水野邦夫「患者の自己決定権とその限界」太田幸夫編『医療過誤訴訟法(新・裁判実務体系1)』(青林書院、二〇〇〇年)三六頁以下、中村哲「医師の判断(裁量)と患者の自己決定権について(上)(下)」判タ一〇一八号八三頁以下、同一〇一九号四三頁以下(二〇〇〇年)、田中達也「患者の自己決定権と医師の裁量権の定義づけ」生命倫理一一号一一頁(二〇〇一年)、林道晴「医師の説明義務と患者の自己決定権—胎児(逆児)の経歴分娩に関する医師の説明義務違反を認めた最高裁判決を素材として」ジュリ一三二三号一二四頁以下(二〇〇六年)、永水裕子「裁判例にみるインフォームド・コンセントと説明義務」臨床看護三三巻六号八九六頁(二〇〇六年)、吉田邦彦『契約法・医事法の関係的展開』(有斐閣、二〇〇三年)二七八頁以下などを参照。
- (15) 錦織成史「取引的不法行為における自己決定権侵害」ジュリ一〇八六号八七頁(一九九五年)。
- (16) その他に判時一七一〇号九七頁、判タ一〇三一号一五八頁。本件評釈として、岩坪朗彦「判批」ひろば五三巻七号六四頁(二〇〇〇年)、新美育文「判批」法教二四八号一一頁(二〇〇〇年)、岡田信弘「判批」判例セレクト86~90(2002)一七二頁(二〇〇二年)、吉田邦彦「判批」判時一七八二号一八一頁(二〇〇〇年)、吉田克也「判批」判例セレクト86~90(2002)三六一頁(二〇〇二年)、野口勇「判批」法セミ五四九号六五頁(二〇〇〇年)、同「判批」年報医事法学一六号一四二頁(二〇〇一年)、樋口範雄「判批」法教二三九号四一頁(二〇〇〇年)、潮見佳男「判批」ジュリ平成一二年度重要判例解説六六頁(二〇〇二年)、同「判解」医事法判例百選別ジュリ一八三号九六頁(二〇〇六年)、関智文「判批」ジュリ一一五三号一二〇頁(一九九九年)、西野喜一「判批」判タ九五五年九七頁(一九九八年)、星野一正「判批」時の法令一六一四号六六頁、山田卓生「判批」年報医事法学一六号二九一頁(二〇〇一年)、梶木純二「判批」藍野学院紀要一五巻一二三頁(二〇〇二年)、澤登文治「判批」南山法学二五巻四号一五三頁(二〇〇二年)など。
- (17) なお、本件が患者の自己決定権侵害に基づく慰謝料請求を認容した最高裁判決であるという評価に対しては異論がある。潮見教授は、「本件判決は『宗教上の信念に基づき輸血を拒否する意思決定をする権利』を『人格権』と表現し、『自己決定権』とは表現していない。これについては、意識的に『自己決定権』の用語および『自己決定権レベル』での一般命題の提示を避け、『宗教上の信念に基づく人格権』に特化した判断枠組みを提示したものと見るのが適切である」とされる(潮見・前掲注(16)百選九六頁)。たし



かに、判旨の文言のみをみる限りにおいては、本件で述べられている人格権は宗教上の人格権のみを指し、憲法一三条における個人の尊厳や幸福追求権を基盤とする人格権が含まれていないとの解釈も可能ではある。

(18) 澤登・前掲注(16)一六一頁。

(19) 畑中綾子「説明義務違反による被害者救済の範囲」ジュリー一三一五号一五九頁(二〇〇六年)。

(20) 医師の説明義務違反による法的効果に関しては、精神的損害の賠償に限定されるとする限定説と、慰謝料に加えて悪しき結果に対する逸失利益の賠償が認められる場合がありうるとの非限定説が対立しているが、判例の多くは非限定説の立場を採っているとされる(松井和彦「医師の説明義務違反の法的効果に関する一考察」修道法学二二卷一・二号二七七頁以下〔二〇〇三年〕参照)。

(21) その他に、判タ四四七号七八頁。本件評者として、田上富信「判批」判例評論二八〇号(判時一〇三七号)二四頁、新美育文「判批」民商八六卷二号三四五頁、同「判批」判タ四七二号一〇一頁、加藤良夫「判批」医事法判例百選別ジュリー一八三号一四頁(二〇〇六号)ほか。

(22) その他に判タ一一九二号二四九頁。本件評者として、小笠豊「判批」医事法判例百選(別ジュリー一八三号)一三一頁(二〇〇六年)、小池泰「判例紹介」民商一三四卷三号四八六頁(二〇〇六年)、秋田成就「判解」医事業務二七九号七八頁、加藤慎「判批」NBL八二二号六頁(二〇〇六年)、深谷翼「判解」産婦人科の進歩五八卷三号三三二頁など。最判平成一七年の事案は以下のようなものである。Xは被告Y病院で受診の結果、妊娠中の胎位が「骨盤位」であることが判明した。担当医師はX夫妻に、骨盤の形状や大きさから経膈分娩に支障はない旨を説明したが、Xらは不安を抱き、再三、帝王切開による手術を希望したにもかかわらず、医師は経膈分娩が可能であること、帝王切開でも手術部が上手く接合しないなどの危険性があること、また、分娩中に不慮の事態が生じた際には帝王切開に移れる旨を説明し、それに対して夫婦は承諾した。その後分娩誘発措置に入った際に、胎児の状態が当初の診断とは異なり、分娩時に胎児のかかどが屈し、かかどが臀部に接して先進する状態となることが判明したが、医師は経膈分娩をさせても支障はないと判断し、陣痛促進剤の投与をした。その後、胎児が仮死状態で出生、その後の蘇生措置にもかかわらず死亡したというものである。

(23) もし、医師の説明義務違反と悪結果(この場合は胎児の死亡)との間の法的因果関係が証明されれば医師は当該結果について責任を負うことになる。

(24) その他に、例えば東京AMV事件(東京地判平成四年八月三十一日判タ七九三号二七五頁)においては、技術上の過失はないが、説明義務違反があるところ「説明を受けていたとしても手術を承諾した可能性は否定できない」として、説明義務違反と結果との間の因果関係を否定。その上で、手術を受けるか、その他の保存的治療法によるかの選択の機会が失われたとして、六〇〇万円の慰謝料が認容された。

財産的利益に関する自己決定権侵害と慰謝料請求の可否について

(25) このような違いは、そもそも医療事故における自己決定権侵害と取引的不法行為におけるその目的が異なることにも起因している。医療過誤と取引的不法行為の両者における自己決定権侵害構成の目的の相違は以下のように説明される。すなわち患者の自己決定権は医療水準違反から患者を保護するためのものではないのに対して、取引的不法行為における自己決定権の場合は不公正な取引的行為から未経験者を保護するという目的を含んでいるといえる(錦織・前掲注(15) 八七頁)。

(26) 大澤彩「説明義務違反による意思の説明義務論の展開と方向性—消費者取引における説明義務論を参考に」ジュリー一三一五号一六二頁(二〇〇六年)。

(27) 取引的不法行為(取引行為的不法行為)という言葉は、本来使用者責任が問題となる事案の分類の方法として事実行為的不法行為と対比して用いられてきた。しかし、本稿においては取引関係にある当事者の間で行われた、当該取引に関連する違法行為が、不法行為として評価される場合のことをいう(浅野有紀「権利と法秩序—自己決定権論の一側面」民商一三四巻四・五号五五〇頁〔二〇〇六年〕)。

(28) 錦織・前掲注(15) 九〇頁。

(29) 違法な勧誘などが行われたケースで、法律行為法による救済が認められなかった、すなわち契約は有効とされたにもかかわらず、無効と同じ効果をもたらす原状回復的損害賠償を認めることには、いわゆる評価矛盾が生じるという指摘がある。法律行為法と不法行為法が交錯することによって生じる評価矛盾とは、取引関係において生じた『損害』の賠償が問題となる『生活事実』につき、契約の有効・無効に対する評価と損害賠償法による損害填補にあたっての評価との間において、現在なされている処理に評価間の矛盾はないかという問題である。このような、評価矛盾を避けるためにも本来はできるだけ法律行為法による解決が望ましいといえよう。この点については別稿をもって論じるつもりである。当該問題についての論稿は多岐に渡るがとりわけ評価矛盾に特化したものとして、道垣内弘人「取引的不法行為—評価矛盾との批判のある一つの局面に限定して」ジュリー一〇九〇号一三七頁以下(一九九六年)参照。

(30) 安永・前掲注(6) 三六頁。

(31) 鎌野・前掲注(6) 一〇七頁。

(32) 野澤・前掲注(6) 一〇七頁。

(33) 窪田・前掲注(1) 六九頁。

(34) 窪田・前掲注(1) 六九頁。

(35) 安永教授は「販売価格の設定は不動産の需給関係その他を基礎として売主がその経済的合理性に基づいて自由に決定することができるものであり、よほどの事情が認められない限り、右のような事情をとらえて売主に賠償責任を認めることは難しい」とされる

(安永・前掲注(6)一九七頁)。なお、これまで、住宅の販売価格をめぐっては、その暴利性を争ったものがある(大阪地判平成一〇年三月一九日判時一六五七号八五頁、福岡地判平成一三年一月二九日判時一七四三号一一二頁など)。それらの裁判例においては、住宅の適正価格というものは需要と供給相互の関係や、契約時の経済事情に大きく影響されるものであるから、その取得原価との関係において一律に判断されえるものではないとしてその暴利行為性が否定されている。

(36) 本件に至るまで公団や不動産業者が既に販売分譲した住宅を後日大幅に値下げした際に、これを不服として、値下げ相当額の損害賠償を求める訴訟が提起されてきたが、いずれも原告の請求は退けられている。それらの事案においては、将来値下げがありうることにについての説明義務が問題とされているが、消費者契約法の不利益事実の故意の不告知に関する事情などがあればともかく、そのような事情がない場合には、売買契約締結以後の地価の動向や、将来の値下げ販売の可能性について当然に買主に説明する法的義務はないとされている(安永・前掲注(6)一九七頁)。なお、石松・前掲注(6)五三頁以下に不動産価格の値下げ事例に関する裁判例の紹介があるので参照されたい。

(37) 窪田・前掲注(1)七二頁。慰謝料の補完的機能については、多くの論稿がみられるが、とりわけ齊藤修「慰謝料に関する諸問題」『新・現代損害賠償法講座六巻損害と保険』二二二頁(日本評論社、一九九八年)を参照。

(38) 錦織・前掲注(15)九〇頁。

(39) 大中・前掲注(6)七九頁。

(40) 志田原・前掲注(6)三七八頁。

(41) 本件の判例評釈としては、稲垣喬「判研」民商一二三巻六号九八頁以下(二〇〇一年)、杉原則彦「判解」法曹時報五四巻四号一九九頁(二〇〇一年)、溜箭将之「判研」法協一一八巻二二号一三四頁(二〇〇一年)、加藤新太郎「判批」判タ一〇六五号一四頁(二〇〇一年)、窪田充見「判批」ジュリ一二〇二号六九頁(二〇〇一年)、手嶋豊「判例紹介」年報医事法学一七号一五四頁(二〇〇一年)、渡辺達徳「判批」法セミ五五五号一〇四頁(二〇〇一年)、鎌田薫「判批」別冊法教判例セレクト00二三頁(二〇〇一年)、平沼高明「判批」民法情報一七五号五九頁(二〇〇一年)、新美育文「判批」私法判例リマックス二四号五九頁(二〇〇一年)、澤野和博「判研」名経法学一〇号一八七頁(二〇〇一年)などがある。

(42) 下級審裁判例の分析として吉田信一「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蒙った損害―裁判例にみるいわゆる『延命利益』『期待権』侵害」千葉大学法学論集第六巻三・四合併号一三七頁以下(一九九二年)、矢澤久純「機会の喪失とその周辺問題」法学新報一〇五巻四・五号合併号二五〇頁(一九九九年)、石川寛俊「延命利益、期待権侵害、機会の喪失」大田幸夫編『新・裁判実務体系I医療過誤訴訟法』二八八頁以下(青林書院、二〇〇〇年)。機会の喪失論に関する論稿として、高波澄子「米国における「チャンスの喪失」理論(一)(二・完)」北大法学論集四九巻六号二五頁以下、五〇巻一号一九九頁以下(一九九九年)、

山下登「治療の機会の喪失に基づく患者の損害賠償請求―若干の比較法的考察」年報医事法学一七卷四六頁以下（二〇〇二年）、高  
山美奈枝「裁判例にみられる機会の喪失（一）（二）」法学研究論集二一巻一〇一頁以下、二二巻九五頁以下（二〇〇四年）。期待権  
に関する論稿として、石川俊寛「期待権の展開と証明責任のありかた」判タ六八六号三二頁以下（一九八九年）、新美育文「医療事  
故訴訟における『期待権』の侵害について」自由と正義四七巻五号五七頁以下（一九九六年）、根本晋一「期待権侵害論の射程に関  
する一考察（一）（二）」横浜国際経済法学二二巻二八五頁以下、一三巻一〇一七頁以下（二〇〇四年）などを参照。また、相当  
程度の可能性についての論稿として、橋口賢一「法益としての『相当程度の可能性』」富大経済論集五二巻二二〇一三九頁以下（二〇  
〇六年）、伊藤貴子「『相当程度の可能性』侵害論―伝統的期待権侵害法理における法益侵害との異同」福岡大学大学院論集三七巻二  
号一七頁以下（二〇〇五年）など。なお、「期待権侵害」「治療機会の喪失」法理と「相当程度の可能性侵害」の法理との関係につい  
ては、拙稿「開業医に患者を高度な医療を施すことができる適切な医療機関へ転送すべき義務があるとされた事例」大東法学一五巻  
一号一八九頁以下（二〇〇五年）を参照されたい。

(43) 「相当程度の可能性」の法理を認めた【裁判例⑤】は、患者が死亡したケースであり、同法理が死亡以外のケースにおいても認め  
られるのが問題となっていた。その後最判平成一五年一月一日民集五七巻一〇号一四六六頁において、重篤な後遺障害が残存  
したケースにおいても同法理が認められた。ただし、その射程が死亡に匹敵するような重度な後遺障害なのか、それとも一般的な後  
遺障害にも及ぶのかについては見解が分かれている（拙稿・前掲注（42）二〇六頁以下参照）。

(44) 小粥太郎「説明義務違反による不法行為と民法理論（下）」ジュリー一〇八八号九四頁（一九九六年）、同「説明義務違反による損  
害賠償」に関する二、三の覚書「自由と正義四七巻一〇号四五頁（一九九六年）。なお、これに賛意を示すものとして、加藤雅之  
「不法行為法における意思決定の機会の保護について―近時の最高裁判決を通して」tatonnement 八号六三頁以下（二〇〇六年）。

(45) 加藤・前掲注（44）六四頁。

(46) ただし、小粥教授や加藤講師の見解においては、「整備された情報環境」を提供されなかったことそれ自体を損害と捉えるが、そ  
の結果として認められるのが、財産的損害であるのか、慰謝料であるのかについては明確にされていない。

(47) 小粥・前掲注（44）「説明義務違反による不法行為と民法理論」九四頁。

(48) 浅野助教授によれば、財産権の侵害が生じなくても慰謝料請求が認められることについて「行き過ぎであると感じられる」とする  
が、その理由を自己決定権の理念が選択説（個人に対して他人の決定ではなく自己の決定が優先するべき特定の支配領域を保障する  
ことが権利の意味であると考ええる立場。それに対する概念は利益説である。詳しくは田中成明『法理学講義』〔有斐閣、一九九四年〕  
一六〇頁以下参照。）にあるという視点から次のように説明する。「選択説が法的主体の自己決定に優先的保護を認め、法と道徳を区  
別し、つまり個人の権利と社会的な道徳的人格評価を切り離し、その意味で財産権と人格とを分けて考えるという、その発想にそぐ

われないからであろう。選択的的自己決定権においては、財産権をめぐる争いの場面に人格的な要素を持ち出してくることは、その人の法的主体としての可能性を切り崩す危険を意味する。自己の人格に対する他者の特別な配慮を当てることなく、自己の財産や生活については自ら決定することができ、その責任を自己で引き受けるべき主体という選択説の基本的立場が、取引の場面におけることさらに「傷つけられた人格」の主張に適合しないからである。」(浅野・前掲注(27) 五五五頁)

(49) 牧野ゆき「財産権侵害事例における慰謝料請求の可否」上智法学論集五〇巻一号三七頁(二〇〇六年)。

(50) 窪田・前掲注(1) 七二頁。

(51) 窪田・前掲注(1) 七二頁。

(52) 小粥・前掲注(44) 九四頁、加藤・前掲注(44) 六六頁以下。

(53) 澤野和博「機会の喪失に基づく損害賠償」私法六八巻一八九頁(二〇〇六年)。

(54) 澤野助教授によれば、日本においては「社会的価値ないしは経済的価値が認められているにもかかわらず不法行為成立のための被侵害利益とはなりえないとされたものは、ほとんど存在しない。すなわち、問題となっている利益に適法な価値があるのであれば、原則として、『権利侵害(法益侵害)』の対象たる「被侵害利益」たりうると解されてきた」のであり、「機会そのものに価値があるという点に目を」向ければ機会自体を「被侵害利益」と捉えることは可能であるとされる(澤野・前掲注(42) 一九二頁)。

(55) 機会の喪失を財産的損害の問題として把握するものとして、加藤・前掲注(43) 六七頁以下、澤野・前掲早大論集注(42) 一七七頁、小粥・前掲ジュリ注(43) 九三頁、笹本幸裕「判批」判例評論五三〇号四〇頁、窪田・前掲注(1) 六九頁など。一方で、機会の喪失を慰謝料の問題と捉えるものとして、矢澤・前掲注(42) 二四七頁など。

(56) 不法行為法の制裁のきょうについては、窪田充見「不法行為法と制裁」『民法学の課題と展望(石田喜久夫先生古希記念)』六六七頁以下(二〇〇〇年)、後藤巻則「損害賠償と制裁」法時七八巻八号五四頁以下(二〇〇六年)などを参照。

(57) 秋田地大館支判昭和六一年二月二七日判タ六一七号一〇一頁、横浜地判昭和六二年一月二五日判時一二七九号四六頁など。

(58) 窪田・前掲注(1) 七四頁。

(59) 評価矛盾については、本稿注(29)を参照。