

平成24年5月9日判決言渡

平成22年（ワ）第18806号 損害賠償請求事件

判 決
主 文

- 1 被告は、原告に対し、1102万5186円及びこれに対する平成22年6月3日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。
- 2 原告のその余の請求を棄却する。
- 3 訴訟費用は、これを10分し、その9を原告の負担とし、その余は被告の負担とする。
- 4 この判決は、第1項に限り、仮に執行することができる。

事 実 及 び 理 由

第1 請求

被告は、原告に対し、1億2379万5923円及びこれに対する昭和58年9月29日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。

第2 事案の概要

本件は、被告の開設するA病院（以下「被告病院」という。）において十二指腸潰瘍の治療のため胃を切除する手術（胃切除 Billroth I 法。以下「本件手術」という。）を受けた原告が、被告病院の医師らが本件手術の際に腹腔内にタオルを残置したこと（以下、これを「本件事故」という。）により上記タオル摘出までの約25年間下痢等の症状に悩まされ続けたなどと主張して、被告に対し、不法行為又は診療契約上の債務不履行に基づき診療費、逸失利益、慰謝料、弁護士費用等合計1億2379万5923円及びこれに対する本件手術の日である昭和58年9月29日（予備的に訴状送達の日である平成22年6月2日）から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求める事案（一部請求）である。

1 前提事実（争いのない事実並びに証拠〔[]内は当該証拠の関係頁である。〕及び弁論の全趣旨により容易に認定できる事実）

(1) 原告は、昭和33年12月6日生まれ（本件手術当時24歳）の男性である。被告B市は、被告病院を開設し、これを運営している。

(2)ア 原告は、被告病院を受診して十二指腸潰瘍との診断を受け、昭和58年9月29日、被告病院において、本件手術を受けた（甲A1）。

イ 原告は、平成20年3月5日、血便の症状を訴えて、C医院を受診した。また、原告は、血尿の症状を訴えて、同年4月7日、Dクリニックを、同月12日、同クリニックの紹介でE病院（泌尿器科、外科）をそれぞれ受診して、各病院等の医師の診察を受けた（甲A6から8まで）。

E病院の医師は、腹部CT検査の結果に基づき、脾臓外側に長径約8cm大の腫瘍が存在すると判断し、原告に対し、その旨を告げたが、その後、原告は、同病院への通院を中止した（甲A8〔4〕、甲A9〔2〕）。

ウ 原告は、平成20年5月8日、F病院を受診し、左横隔膜下に脾臓に接する長径約8cm大の腫瘍が存在するとの診断を受け、同月9日、同病院に入院し、同月26日、上記腫瘍及び脾臓を摘出する手術を受けた。

F病院の医師は、上記手術において、脾臓の背側にタオル（約36cm×25cm。以下「本件タオル」という。）が存在すること、そして、これが脾臓と高度に癒着し、横隔膜（食道裂孔部）及び胃とも癒着していることを確認し、本件タオルを摘出するとともに、脾臓を摘出した（以下、これを「本件摘出手術」という。）。

原告は、同年6月21日、F病院を退院した。（甲A3、4、甲A5〔13、19〕、甲A11）

エ 原告は、本件手術当時、G株式会社（H製鉄所）で、軽量H形鋼の製造ラインのオペレーターとして稼働していたが、昭和62年12月、退社した。

また、原告は、①平成2年12月、I株式会社に入社し長距離トラックの運転手として稼働していたが、平成3年12月、退社し、②平成4年1月、株式会社Jに入社しトラックの運転手として稼働していたが、同年7月、退社し、③平成6年2月、有限会社Kに入社しクレーンのオペレーターとして稼働していたが、同年10月、退社し、

④ 平成19年9月、株式会社Lに入社しトレーラーの運転手として稼働していたが、同年10月、退社し、⑤ 同年11月、人材派遣会社である株式会社Mに入社しN株式会社（O工場）に派遣されて稼働していたが、平成20年10月10日（本件摘出手術後）、解雇された。

オ 原告は、平成22年5月21日、本件訴訟を提起した。

2 当事者の主張

(1) 責任原因について

（原告の主張）

被告病院の医師らは、本件手術の際、原告の腹腔内に手術器具等を残置することのないよう、術前、術後に上記器具等の種類及び数量を確認する義務を負うにもかかわらず、これを怠り、原告の腹腔内に本件タオルを残置した。

被告は、不法行為に基づく損害賠償義務を負うとともに、診療契約上の債務不履行に基づく損害賠償義務を負う。

（被告の主張）

争う。

(2) 損害について

（原告の主張）

ア 原告は、本件事故により、次のとおりの損害を被った。

（ア） 診療費等	3万8890円
i Dクリニック	1200円
ii E病院（薬剤費を含む。）	1万0940円
iii F病院	2万3600円
iv 呼吸訓練器購入費用	3150円
（イ） 逸失利益	9250万2859円
i 本件摘出手術前	7554万3596円

原告は、本件事故により、日常的に下痢の症状が出現するようになって就労が困難と

なり、更に、昭和59年頃からは血便及び血尿の症状が、平成元年頃からは嘔吐の症状が出現するようになった。

上記の症状は、後遺障害別等級表の第7級5号（胸腹部臓器の機能に障害を残し、軽易な労役以外の労役に服することができないもの）に準ずるもので、その労働能力喪失率は56%、労働能力喪失期間は25年（昭和58年から平成20年まで）であるし、原告の本件手術当時の年収は370万円であり、各年3%の割合で増加する予定であったから、上記期間における逸失利益は7554万3596円となる。

ii 本件摘出手術後 1695万9263円

原告は、本件摘出手術により脾臓を摘出されたほか（後遺障害別等級表の第8級）、本件事故を知って衝撃を受け、全身に倦怠感が出現した。

原告の労働能力喪失率は20%、労働能力喪失期間は17年であるから、その逸失利益は1695万9263円（752万1338円〔原告の年収が各年3%の割合で増加した場合の金額〕×11.2741〔17年に対応するライプニッツ係数〕×0.20〔労働能力喪失率〕）となる。

(ウ) 慰謝料 3000万円

i 本件摘出手術前 1500万円

原告は、被告病院の医師らの初歩的な過誤により、腹腔内に本件タオルを残置され、25年もの間、下痢等の症状に悩まされ続けたのであって、その慰謝料は1500万円を下らない。

ii 本件摘出手術及び同手術後 1500万円

原告は、本件事故により、腹腔内に長径約8cm大の腫瘤があると診断され、死も覚悟せざるを得ない状況にまで追い詰められた上、本来必要のない開腹手術（本件摘出手術）を受けて脾臓を摘出され、術後、全身に倦怠感が出現し、日常生活、就労等にも制約が生じているのであって、その慰謝料は1500万円を下らない。

(エ) 弁護士費用 1225万4174円

イ 被告は、① 原告が下痢及び嘔吐の症状を訴えて医療機関を受診していないこと、

その体重が減少していないこと、そして、残置された本件タオルの位置や癒着状況に照らすと、原告に下痢、嘔吐、血便及び血尿の症状が出現したとはいえない、② 仮に出現していたとしても、これは本件事故によるものではない旨の主張をする。

しかしながら、原告は、被告病院の医師らから術後に下痢の症状が出現する旨の説明を受けていたことから、上記症状は本件手術によるものと考えて医療機関を受診しなかったのであるし、体重の増減には種々の要因が関係するのであって、その推移から下痢等の症状の出現を否定することはできない。

また、① 本件タオルは、脾臓の背側に位置し、脾臓のみならず、横隔膜（食道穿孔部）、大網、腹膜、腎臓上極等とも癒着していたこと、② 本件タオルにより、脾臓と接する消化管が腹腔中心側（脊椎側）に圧排されていたこと、③ 本件タオルにより、間接的に空腸も圧迫されていたこと、④ 本件摘出手術後、原告に下痢、嘔吐、血便及び血尿の症状は出現していないことからすると、これらは、本件タオルによる刺激や異物反応、本件タオルと臓器等との高度の癒着による器質化又は癒着形成によるものというべきである。

（被告の主張）

ア(ア) ① 原告の本件手術当時の体重は60kgであり、本件摘出手術前のそれは65kgであること、② F病院において、原告に下痢及び嘔吐の症状は確認されていないこと、③ 原告が、C医院、Dクリニック、E病院及びF病院（以下、併せて「C医院等」という。）において、下痢及び嘔吐の症状を訴えていないこと、④ 原告が、C医院等以外の医療機関を受診したことがないこと、⑤ 原告が大量の飲酒をし、喫煙をしていたことなどからすると、本件手術後、原告に下痢等の症状が出現していたとはいえない。

また、① 本件タオルによる消化管の圧迫はなく、本件タオルと大網、大腸、空腸、結腸等との癒着もないこと、② 本件タオルは腎臓（左腎臓）に接していないこと、③ 胃との癒着部分に癒着化は生じていないこと、④ F病院での大腸内視鏡検査において、大腸粘膜の異常は確認されていないこと、⑤ 本件タオルは、本来、術中における臓器

の緊張を緩和しその損傷を回避するためのもので、消化管を圧迫するものではないことからすると、血便及び血尿の症状が出現していたとはいえない。

(イ) 仮に上記の症状が出現していたとしても、これは胃切除（本件手術）後の腸管運動機能の異常亢進、大量の飲酒、喫煙等によるもので、本件事故との間に相当因果関係はない。

イ 脾臓を摘出したからといって、労働能力に何らかの影響が生ずるわけではない。また、本件摘出手術後、原告の全身に倦怠感が出現したともいえない。

(3) 過失相殺について

(被告の主張)

仮に下痢等の症状が出現していたとしても、原告が医療機関を受診していれば、本件タオルは容易に発見されていたといえる。医療機関を受診しなかった原告の落ち度は極めて大きく、8割以上の過失相殺をすべきである。

(原告の主張)

争う。

(4) 除斥期間、時効について

(被告の主張)

不法行為に基づく損害賠償請求権については、除斥期間が経過している。

また、債務不履行に基づく損害賠償請求権は、本件手術時から10年を経過することにより時効消滅した。被告は、この消滅時効を援用する旨の意思表示をする。

(原告の主張)

除斥期間の起算点は、損害が発生した時（原告が腹腔内に腫瘍が存在する旨の診断を受けた平成20年4月又は本件摘出手術を受けた同年5月26日以降）である。仮にそうでないとしても、被告病院の医師らは、本件タオルを残置したままこれを摘出しなかったのであって、本件摘出手術時までその加害行為は継続していたというべきであり、その起算点は、これが摘出された日（本件摘出手術の日）の翌日（同月27日）である。

また、債務不履行に基づく損害賠償請求権の消滅時効の起算点は、損害が発生した時

(平成20年4月又は同年5月26日以降)である。

第3 当裁判所の判断

1 責任原因について

原告の脾臓の背側に本件タオルが存在し、これが脾臓と高度に癒着し、横隔膜(食道裂孔部)及び胃とも癒着していたことは、前記前提事実のとおりである。そして、証拠(甲A12, 原告本人)及び弁論の全趣旨によれば、原告は、本件摘出手術前、本件手術以外に開腹手術を受けたことがないことが認められ、本件タオルは、本件手術の際、原告の腹腔内に残置されたものと推認される。

開腹手術を実施する医師は、当該手術に使用する器具等の種類及び数量を術前、術後に確認するなどして、これらを患者の腹腔内に残置しないようにする注意義務を負うところ、被告病院の医師らが、本件手術の際、原告の腹腔内に本件タオルを残置したことは上記のとおりであって、上記医師らには注意義務違反があったといわざるを得ない。

2 損害について

(1) 診療費等

証拠(甲A3[54], 甲C2から4まで)及び弁論の全趣旨によれば、①原告は、E病院(外科)を受診して、腹部CT検査を受け、その検査料等として3410円の支払をしたこと、②原告は、平成20年5月8日以降、F病院に入通院し、診療費等として合計2万3600円の支払をし、また、術前、術後に使用する呼吸訓練器(インスピレックス)を代金3150円で購入したことが認められる(以上合計3万0160円)。

なお、証拠(甲C1, 2, 5)によれば、原告は、Dクリニック及びE病院(泌尿器科)を受診し、血尿に係る診療費等(薬剤費を含む。)として合計8730円の支払をしたことも認められるが、後述のとおり、血尿の症状が本件事故によるものとは認め難く、上記診療費等を本件事故と相当因果関係のある損害と認めることはできない。

(2) 逸失利益

ア 本件摘出手術前

原告は、本件事故により、日常的に下痢の症状が出現するようになって就労が困難になった、また、昭和59年頃からは血便及び血尿の症状が、平成元年頃からは嘔吐の症状が出現するようになった旨の主張をし、① 被告病院を退院した後、日常的に下痢の症状が出現するようになり、平成19年9月頃以降は1日に10回程度下痢の症状が出現したこともあった、② 昭和59年頃からは1年に1、2回の割合で血便及び血尿の症状が出現するようになり、平成元年頃からは嘔吐の症状も出現するようになったなどと、これに沿う陳述及び供述をする。

しかしながら、掲記の証拠及び弁論の全趣旨によれば、① 原告の本件手術当時(被告病院入院時)の体重は60kg(乙A2[2])、本件摘出手術前のそれは65kg(甲A3[44])であり、本件手術後、下痢等の症状の出現に伴いその体重が減少した様子は何らうかがわれないこと、② 原告は、C医院等において、下痢及び嘔吐の症状を訴えていないこと(かえって、原告は、平成20年3月5日、血便の症状を訴えてC医院を受診した際、同医院の医師に対し、排便は1日に1回である旨の回答をしている[甲A6])。また、原告は、腹腔内に腫瘍が存在する旨の診断を受けた後も下痢の症状を訴えていない上、嘔吐の症状はない旨の回答もしている[甲A3[20, 34, 49, 53, 54, 93], 甲A5[8])。、③ 原告は、本件手術から本件摘出手術までの間、C医院等以外の医療機関を受診していないこと、④ 本件タオルは、脾臓と高度に癒着していたほか、横隔膜(食道裂孔部)及び胃とも癒着していたものの、脾臓以外の臓器、組織等との癒着は、その剥離に特に困難を伴うものではなかったこと、また、本件タオルと大網、大腸、空腸、結腸等との癒着はなく、腎臓にも接していなかったこと(甲A4, 乙B2[9, 10])、⑤ F病院での大腸内視鏡検査(平成20年5月19日実施)において、大腸粘膜の異常は確認されていないこと(甲A5[24, 25])、⑥ 原告は、胃を切除する手術(本件手術)を受けたにもかかわらず、長年、暴食、暴飲を繰り返していたこと(甲A3[50], 甲A7[1], 乙A2[12], 原告本人)が認められる。

かかる事情に照らすと、① 平成20年4月22日の腹部CT検査の結果において、

胃が内側に圧排されていることが確認されたこと（甲A8[4]）、② F病院の看護記録の生活習慣欄に「便3回/日 下痢」との記載があり、平成20年5月12日欄に「家では下痢だけここでは硬め」との記載もあること（甲A3[50, 54]）、③ P教授（以下「P教授」という。）作成の平成23年4月22日付け「私的鑑定書」において、残置された本件タオルによる消化管への刺激、周辺組織への炎症の波及、あるいは腎臓への刺激、炎症の波及により、下痢等の症状や、血尿の症状が出現したと考えられるとされていること（甲B3[2]）などを考慮しても、原告の供述するように20年以上も前から就労に支障を来すほどの下痢、嘔吐、血便及び血尿の症状が出現していたと認めるのは困難であるし、仮に出現していたとしても、これらの症状を本件事故によるものとまでいうのは困難である（P教授作成の同年9月21日付け「私的意見書」においても、下痢等の症状に原告の食生活やアルコール摂取が複合的な要因の一つとして一定程度関与していた可能性があることは否定されていない〔甲B6[5]〕。）。

以上によれば、本件摘出手術前につき、原告が本件事故によりその労働能力の一部を喪失したとまで認めることはできない。

イ 本件摘出手術後

原告が本件摘出手術により脾臓を摘出されたことは、前記前提事実のとおりである。そして、脾臓の摘出により、小児ほどではないにせよ、易感染性、易疲労性が亢進する可能性があることを考慮すると（甲B3[4]）、その労働能力喪失率は腹部臓器の機能に障害を残すもの（後遺障害別等級表の第13級11号）として9%、労働能力喪失期間は17年とするのが相当である。なお、原告は、G勤務当時の年収が各年3%の割合で増加した場合の金額である752万1338円を基礎収入額とすべき旨の主張をするが、原告の当時の年収額やこれが上記の割合で増加することを認めるに足りる証拠はないことから、賃金センサス平成20年男性学歴計（45歳から49歳まで）平均賃金である689万3900円を基礎収入額とするのが相当である。

以上によれば、原告の逸失利益は699万5026円（689万3900円〔基礎収入額〕×11.2741〔ライフニッツ係数〕×0.09〔労働能力喪失率〕）となる。

原告は、本件摘出手術後、本件事故による衝撃により、全身に倦怠感が出現し、就労が困難になった旨の主張もするが、① 本件摘出手術後の経過は良好であること（甲A3）、② 原告は、解雇後、株式会社Qに入社しコイルの製造ラインのオペレーターとして稼働していること、また、原告自身、本件事故による衝撃から立ち直り、全身の倦怠感も多少改善した旨の陳述をしていること（甲A12）、③ 原告は、本件摘出手術前から頸部痛等の神経症状があった旨述べていること（甲A3〔55、56〕）などからすると、脾臓の摘出による易疲労性を超えて、原告の全身に倦怠感が出現したとは認められない。

（3）慰謝料

前記のとおり、① 被告病院の医師らの過失により、原告の腹腔内に本件タオルが約25年間にわたり残置されたこと（本件事故）、② 原告は、本件事故により、平成20年5月9日から同年6月21日まで、F病院に入院したこと、また、原告は、本件事故により、本来必要ではない本件摘出手術を受け、その際、脾臓が摘出されるに至ったことが認められる。かかる事情に加え、原告は、本件摘出手術を受ける際、F病院の医師から、腹腔内に巨大な腫瘍がある旨の説明を受け、それ自体により相当の衝撃を受けたと推認されることなど一切の事情をも考慮すると、原告の本件事故に係る慰謝料は300万円とするのが相当である。

（4）弁護士費用

本件事案の難易、審理経過、請求額及び認容額等を考慮すると、弁護士費用としては、100万円を本件と相当因果関係のある損害と認めるのが相当である。

3 過失相殺について

被告は、本件において過失相殺をすべきである旨の主張をするが、全証拠によるも過失相殺を相当とする事情はうかがわれず、被告の上記主張は採用することができない。

4 除斥期間、時効について

（1）民法724条後段所定の除斥期間の起算点は、「不法行為の時」と規定されてお

り、加害行為が行われた時に損害が発生する不法行為の場合、加害行為の時がその起算点となると解するのが相当である（最高裁平成18年6月16日第二小法廷判決・民集60巻5号1997頁参照）。そして、本件については、本件事故の日から本件訴訟の提起まで25年以上が経過しているのであって、不法行為に基づく損害賠償請求権については除斥期間が経過したというべきである。

なお、原告は、除斥期間の起算点は、腹腔内に腫瘤が存在する旨の診断を受けた日である平成20年4月又は同年5月26日以降、若しくは加害行為が終了した日（本件摘出手術の日）の翌日である同月27日である旨の主張をするが、被告病院の医師らが原告の腹腔内に本件タオルを残置することにより加害行為は終了し直ちに損害が発生することに照らすと、原告が腹腔内に腫瘤が存在する旨の診断を受けた日や、本件摘出手術の日が除斥期間の起算点となるとは考えられない。原告の上記主張は、採用することができない。

(2) 被告は、原告の債務不履行に基づく損害賠償請求権につき、時効により消滅した旨の主張をする。

しかしながら、債務不履行に基づく損害賠償請求権の消滅時効は権利を行使することができる時から進行するところ（民法166条1項）、ここにいう「権利を行使することができる時」とは、単にその権利の行使につき法律上の障害がないというだけでなく、権利の性質上、その権利行使が現実に期待し得ることをも必要と解するのが相当である（最高裁昭和45年7月15日大法廷判決・民集24巻7号771頁参照）。そして、原告は、本件摘出手術の実施によって初めて本件タオルの残置を知り、その権利行使を現実に期待し得るようになったのであって、平成20年5月26日以降において債務不履行に基づく損害賠償請求権の消滅時効が進行するものと解されるから、原告が本件訴訟を提起した平成22年5月21日までに消滅時効の期間が経過していないことは明らかである。被告の上記主張は、採用することができない。

5 結論

以上によれば、原告の請求は、1102万5186円及びこれに対する訴状送達の日

の翌日である平成22年6月3日から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求める限度で理由があるというべきである。なお、仮執行免脱宣言の申立てについては、相当でないから、これを却下する。

よって、主文のとおり判決する。

東京地方裁判所民事第34部

裁判長裁判官 森 富 義 明

裁判官 大 澤 知 子

裁判官 西 澤 健 太 郎