

## 判例研究

# 開業医に患者を高度な医療を施すことができず適切な医療機関へ転送すべき義務があるとされた事例

松原孝明

最高裁平成一五年一月二日第三小法廷判決（平成一四年（受）第一二五七号、損害賠償請求事件）民集第五七卷一〇号一四六六頁、判タ一一四〇号八六頁、判時一八四五号六三頁

〔参照条文〕民法七〇九条

## 〔事実の概要〕

一  $X_1$ （上告人）は、昭和六三年九月二七日ころから発熱し、同月二九日午前に $X_2$ に伴われて本件医院に来院し、 $Y$ （被上告人）の診察を受けた。 $Y$ は、 $X_1$ に三七・一度の発熱、軽度の咽頭発赤、右前頸部圧痛を認め、上気道炎、右頸部リンパ腺炎と診断し、抗生物質サマセフ、アスピリン含有のEAC錠、解熱剤アセトアミノフェンを処方し帰宅させた。 $X_1$ は処方された薬を指示通りに処方したが、症状が改善しなかったため、同月三〇日七時頃に再度、本件医院において $Y$ の診察を受けた。 $Y$ は $X_1$ に三九度の発熱、扁桃腺の肥大・発赤を認め、扁桃腺炎を病名に加え、サマセフ、EAC錠を二倍処方し、翌月（一〇月）三日に再び来院するように指示した。 $X_1$ は、その後、症状の回復がみられたものの、深夜になって大量の嘔吐をし、その後も吐き気が治まらない状態が続いたため、翌朝八時頃に再び本件医院を訪れた。その際に $Y$ は処置室において点滴等の処置を施したが、症状は改善せずに帰宅後も嘔吐が続いた。そこで、同日午後四

時頃にふたたび本件医院でYの診察（以下三日午後診とよぶ）を受け、処置室で点滴を受けたものの、点滴中に嘔吐は治まらず、軽度の意識障害を疑わせる言動があったため、X<sub>2</sub>はYに対して再度診察を求めたが、Yは外来患者の診察中であつたため、すぐには診察を行わなかつた。X<sub>1</sub>は点滴終了後の八時半ころYの診察を受けた。X<sub>1</sub>はその際に椅子に座ることができず、診察台に横になつている状態であつたが、熱が点滴前には三七・三度あつたものが三七・〇度に下がり、嘔吐もいったん治まつたために九時頃X<sub>2</sub>に背負われて帰宅した。Yは、X<sub>1</sub>の状態について、このまま嘔吐が続くようであれば事態は予断の許さないものと考え、翌日の入院の可能性を考えて入院先病院宛の紹介状を作成した。X<sub>1</sub>は、帰宅後も嘔吐が続き、熱も上がり、一〇月四日早朝から、X<sub>2</sub>の呼びかけに返答しなくなった。Yは同日八時半ころ、X<sub>1</sub>の状態が気になつていたため、X方に電話をかけ、X<sub>1</sub>の状態を知り、すぐに来院するように指示した。Yは、来院したX<sub>1</sub>を診察した結果、緊急入院が必要であると考え、入院先を市立病院に決め、上記紹介状をX<sub>2</sub>に交付した。その後、X<sub>1</sub>は市立病院において入院措置がとられた。市立病院の医師はX<sub>1</sub>に頭部のCTスキャン検査等を行い、脳浮腫を認め、X<sub>1</sub>の症状などから総合して、ライ症候群を含む急性脳症の可能性を強く疑い、同日からグリセオール、デカトロン等の投与を行ったものの、その後もX<sub>1</sub>の意識は回復せず、入院中の平成元年二月二〇日、原因不明の急性脳症と診断された。その後X<sub>1</sub>には、急性脳症による脳原性運動機能障害が残り、身体障害者一級と認定され、日常生活全般にわたつて介護を必要とする状態にある。そこで、X<sub>1</sub>X<sub>2</sub>はYに対し、YがX<sub>1</sub>を適時に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を怠つたため、X<sub>1</sub>に重い脳障害が残る結果となつた、また、仮に急性脳症の発症を防止できなかったとしてもその程度は軽減できたとして、不法行為に基づきX<sub>1</sub>の慰謝料、逸失利益などの賠償を求めた。本件の争点は、①被告Yは原告X<sub>1</sub>の診療に際し、急性脳症の初期症状を看過したのか否か、また被告Yは原告X<sub>1</sub>をより早期に市立病院等の精査及び入院治療が可能な医療機関に転送すべきであつたのか、②早期に転送する義務があるとして、その義務の

履行により、原告X<sub>1</sub>の急性脳症の発症を防ぎ、また、その程度を軽減させることができたのか否かであった。

二 第一審（神戸地判平成一三年一月二五日）は、①の争点について、認定事実をもとに、三日午後診終了時まで、急性脳症において必発とされる意識障害を窺わせる言動があったとは認められないとし、さらに三日午後診終了時点において脳症発症の予見は困難であるという鑑定意見を勘案した結果、三日午後診の終了までに急性脳症を疑い原告X<sub>1</sub>を直ちに総合医療機関に転送すべき義務が被告にあったものとは認めることができないとした。また、②の争点についても、仮に本件午後診において、Yに転送義務が認められるとしても、その転送によって原告X<sub>1</sub>の予後を左右することは困難であり、急性脳症の発症またはその傷害を軽減することができたとは認めることができないとして原告の請求を棄却した。それに対してX側が控訴し、三日午後診において、軽度の意識障害と考えられる症状がでていたことなどを理由に、YはX<sub>1</sub>の急性脳症について予見が可能であったにもかかわらず、それを看過し、総合病院に転送する義務を怠ったと主張した。さらに予備的請求として急性脳症は、早期診断、早期治療がなによりも重要であり、早期転送による早期の治療開始があれば統計的に死亡率が低いから、X<sub>1</sub>も一〇月三日午後診の終了時に転送されていれば後遺症が残らなかった可能性が高く、仮にその統計学的根拠が十分でないとしても最高裁平成一一年二月二五日第一小法廷判決、同平成一二年九月二二日第二小法廷判決の法理により、因果関係の推定または期待権侵害の損害賠償が認められるべきであるとした。

三 原審（大阪高判平成一四年三月一五日）は、以下のように判断を下し、X<sub>1</sub>X<sub>2</sub>の請求を棄却した。三日午後診の点滴における、X<sub>1</sub>の言動は、軽度の意識障害の発現とも考えられるが、午後診の途中に一人でトイレに行ったなどの言動に照らすと、意識障害ないし意識レベルの低下の兆候であったと断定することはできない。また、仮に診療終了時点でX<sub>1</sub>を総合医療機関に転送すべき義務がYにあったとしても、急性脳症の予後は極めて不良であり、完全回復は二

二・二パーセントで、残りの七七・八パーセントには死亡もしくはなんらかの神経障害を残したことが統計上認められ、早期診断、早期治療をした場合に、どの程度予後が改善され、後遺症率が下がるかは明確ではないから、Yの過失とX<sub>1</sub>の後遺症との間に因果関係を認めることはできない。さらに、最判平成十一年、同平成一二年の法理は、いずれも死亡事案に関するもので、本件のような後遺症事案に直ちにあてはまるか疑問があり、仮にあてはまるとしても、本件のような急性脳症の事案では、早期転送によって後遺症発症時点において後遺症が防げたことについて高度の蓋然性や相当程度の可能性の存在が証明されたときまではいえないから、それらの判例法理の適用はないとした。そこでX<sub>1</sub>X<sub>2</sub>が上告。

### 〔判旨〕 破棄差戻し

一 判旨は、まず、Yの転送義務について、「この重大で緊急性のある病気のうちには、その予後が一般に重篤で極めて不良であって、予後の良否が早期治療に左右される急性脳症等が含まれること等にかんがみると、被上告人は、上記の事実関係の下においては、本件診療中、点滴を開始したものの、上告人のおう吐の症状が治まらず、上告人に軽度の意識障害等を疑わせる言動があり、これに不安を覚えた母親から診察を求められた時点で、直ちに上告人を診断した上で、上告人の上記一連の症状からうかがわれる急性脳症等を含む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神検査及び入院加療等が可能な医療機関へ上告人を転送し、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であり、被上告人にはこれを怠った過失があるといわざるを得ない。」として、YにはX<sub>1</sub>を適切な医療機関に転送すべき義務があり、それを怠ったことを認めた。

二 次に、右義務違反とX<sub>1</sub>の残存障害との因果関係については、以下のように判示した。「医師が過失により医療水準になかった医療を行わなかった場合には、その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が、上

記医療が行われていたならば患者がその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場合には、医師は、患者が上記可能性を侵害されたことよって被った損害を賠償すべき不法行為責任を負うものと解すべきである（最高裁平成九年（オ）第四二号同一二年九月二二日第二小法廷判決・民集五四卷七号二五七四頁参照）。患者の診療に当たった医師に患者を適時に適切な医療機関へ転送すべき義務の違反があり、本件のように重大な後遺症が患者に残った場合においても、同様に解すべきである。すなわち、患者の診療に当たった医師が、過失により患者を適時に適切な医療機関へ転送すべき義務を怠った場合において、その転送義務に違反した行為と患者の上記重大な後遺症の残存との間の因果関係の存在は証明されなくとも、適時に適切な医療機関への転送が行われ、同医療機関において適切な検査、治療等の医療行為を受けていたならば、患者に上記重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性の存在が証明されるときは、医師は、患者が上記可能性を侵害されたことよって被った損害を賠償すべき不法行為責任を負うものと解するのが相当である。」「上記の重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性の存否については、本来、転送すべき時点におけるX<sub>1</sub>の具体的な症状に即して、転送先の病院で適切な検査、治療を受けた場合の可能性の程度を検討すべきものである。統計では完全回復した者が全体の二二・二％であり残りの七七・八％の数値の中には、上告人のような重大な後遺症が残らなかった軽症の者も含まれていると考えられることからすると、これらの統計数値は、むしろ、上記の相当程度の可能性が存在することをうかがわせる事情というべきである。」

## 〔評釈〕

### 一 医師の他病院への転送義務

医師には、常に医療水準に則った医療行為を行う義務があり、当該患者の症状に対して、自己の専門外の医療分野に

おける治療を要すると判断した場合、または人的・物的設備の不備のためにそれができないと判断した場合には、それが可能な医療機関に対し、患者の状態を説明し、転送先の承諾を得たうえで、適切な治療の時期を失しないよう適宜な時機・方法により患者を右転送先に転送させる義務があると解されている。<sup>(1)</sup> 右のような医師の転送義務は、これまでいくつかの裁判例において確認されてきたが、とりわけ開業医の転送義務については、最判平成九年二月二五日民集五一卷二号五〇二頁（以下最判平成九年とよぶ）が、「開業医の役割は、風邪などの比較的軽度の病気の治療に当たるとともに、患者に重大な病気の可能性がある場合には高度な医療を施すことができる診療機関に転医させることにある」と一般論を示していた。しかし、最判平成九年においては、直接、転送義務の有無が争われたわけではなく、それは開業医の総合病院への転送義務を正面から認めたものではなかった。本判決は、開業医の転送義務の有無を正面から論じた初の最高裁判決である。

本件事案における転送義務違反の認定について、原審は三日午後診の際に、 $X_1$ が一人でトイレに行き、タオルを渡してくれた職員に対して礼を言ったことなどからして、原告に意識障害や意識レベルの低下があったとは断定できない、また本件診療中に点滴をしているにもかかわらず嘔吐が治まらなかったことに対しても、三日午後診終了時に嘔吐が治まっていたことなどから三日午後診終了時まで $X_1$ の急性脳症発症を疑いえなかったとして $Y$ に転送義務はないとした。一方で、本判決は三日午後診において、点滴を開始した後も $X_1$ の嘔吐の症状が改善されなかったことから、その時点で $Y$ は、自らの診療及び治療が適切でないことが認識できたはずであったこと、また、 $X_1$ に軽度の意識障害を疑わせる言動があり、これに不安を覚えた $X_2$ が $Y$ に対し再び診察を求めたことから、 $X_1$ の具体的病名は特定できなくとも、自らの医院では適切に対処できないならかの重大な病気にかかっていることを認識できたとして、 $Y$ に転送義務違反を認められている。右のような原審と本判決との判断の違いはどこから生じているのであろうか。原審は、 $Y$ の転送義務の認定に

際して、不可逆的な後遺症が発生した時点から遡って、事後的 (retrospective) に評価した結果、三日午後診終了時に嘔吐が一旦治まっていることなどからYの転送義務を否定している。つまり、結果発生時点から事後的・全体的に一連の経過をみた場合、三日午後診の点滴開始時 (午後四時半頃) に治まらなかった嘔吐が診療終了時 (八時半頃) には一旦治まっていることが考慮され、結果論的にYの転送義務が否定されることになったと考えられる。一方、本判決ではX<sub>1</sub>の重大な病気の認識可能時点 (三日午後診点滴開始後からX<sub>1</sub>の嘔吐に改善がみられなかった時点) から、原審とは逆に事前的に (prospective) Yの行為義務を導きだしている。<sup>(2)</sup> つまり、右の時点から事前的に一連の経過をみた場合、点滴を開始してもX<sub>1</sub>の嘔吐が治まらなかったまさにその時点で行為義務違反の有無が判断されるわけであるから、その後、三日午後診終了時に嘔吐がいったん治まったという事実は、行為義務違反の認定に際して重要ではなくなるわけである。このように、行為者に要求する行為義務をすでに発生した結果から遡って事後的に確定するのか、それとも事前的に評価、確定していくかについては学説が分かれている。<sup>(3)</sup> しかし、医師が医療行為を行うに際しては、刻々と変化する患者の疾患の進行状況に応じてその段階ごとに最善の処置を施すことが要求されること、また、本件事案が救急医療であり、その処置に緊急性を要するケースであったことなどに鑑みれば、本判決が行った事前的な過失認定の方法は妥当であったと考えられる。

また、本件における転送義務違反の認定の特徴として、患者の病名が特定できなくても「なんらかの重大で緊急性のある病気にかかっている可能性」を認識した時点で転送義務を導いている点が挙げられる。<sup>(4)</sup> つまり、具体的な病名が特定できなくても、自らの施術が奏功せず、自己の技量や人的・物的設備の能力では、適切な治療が行えないと認識した時点で、転送義務が生じるとしたのである。また、転送義務は、自己の専門外の分野における治療を要すると認識した場合に生じるとする見解もあるが、<sup>(5)</sup> そのように限定的に捉えるべきではない。<sup>(6)</sup> 当該疾病が担当医の専門領域内であって

も、自己の技量の範囲を超えている場合もあることから、専門領域内か否かを判断基準にするのではなく、たとえ自己の専門領域内であっても自己の技量や人的・物的設備の能力を超えることを認識した時点で転送義務が生じると解するべきであり、本判決の判断は妥当であると思われる。

## 二 因果関係について

医師の過失が肯定される場合であっても、その過失と患者の身体または生命に生じた損害との間の因果関係の存在が高度の蓋然性<sup>(7)</sup>をもって立証されない場合には、被害者の損害賠償請求は認容されないこととなる。しかし、医師には、常に医療水準に照らして最善の処置が求められていることから、そのような場合においてなお、医師になんらかの賠償責任が認められないかという問題が提起され、東京地判昭和五一年二月九日判時八二四号三頁が医師の過失と患者の死亡との間の因果関係が高度の蓋然性をもって証明されないケースにおいて、患者の「死期を早められたことによる損害」と医師の過失との間の因果関係を認めることにより、慰謝料の請求を認容し、それを嚆矢として、その後、同様のケースにおいて、医師の賠償責任を認める相当数の下級審裁判例<sup>(8)</sup>が相次いで出された。それらの裁判例においては、医師に賠償責任を負わせるための法律構成として、医師の過失により適切な治療を受ける機会を喪失したとする治療機会の喪失構成<sup>(9)</sup>や期待権侵害構成<sup>(10)</sup>、また、延命利益侵害構成など数々の法律構成が採られ、各裁判例の判示における表現の曖昧さもともなって、法律構成の面で理論的混乱があったといえる。そのような中で、最判平成十一年二月二五日民集五三卷二号二三三五頁（以下最判平成十一年とよぶ<sup>(11)</sup>）と最判平成十二年九月二二日民集五四卷七号二五七四頁（以下最判平成十二年とよぶ<sup>(12)</sup>）の二つの最高裁判決が出された。まず、最判平成十一年は、不作為不法行為における因果関係<sup>(13)</sup>の証明について、東大ルンバール事件判決が示した基準と同一の基準が要求されるとしながら、権利侵害または損害を死亡



の時点における生存と形式的に捉えて、これと医師の過失との間の因果関係を認定することによって、医師の賠償責任を認めた。次に、最判平成一二年は、患者の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」の存在が証明されれば、医師はその可能性侵害に基づく不法行為責任を負うと判示し、最判平成一年の枠組みでは救済が不可能なケースについて被害者救済の可能性を広げた判決として意義を有しているとされる。しかし、最判平成一二年が示した法理については、その規範の射程は患者が死亡したケースに限られるのか、それとも一般的な身体・健康侵害のケースにも及ぶのか、また最判平成一二年の法理と従来の延命利益論や期待権論との関係、そして、その効果として慰謝料のみが認められるのか、それとも財産的損害が認められるのか、などの点が残された問題とされてきた。本判決は、まず、第一の点について、原審が「平成一二年判決の法理は、いづれも死亡事案に関するもので、本件のような後遺症事案に直ちにあてはまるか疑問」としていたのに対して、最判平成一二年の示した法理が、死亡のケースに限らず患者に重度な後遺障害が残存したケースにも及ぶことを示したものである。しかし、最判平成一二年の法理、すなわち「相当程度の可能性」の法理に関しては、それが死亡に至らない身体・健康侵害の場合にも適用されると、容易に医師の損害賠償を認めうるという拡大解釈につながりかねないという懸念が表明されており、本判決の示した規範内容については慎重な検討を要すると思われる。

最判平成一二年は、「医療水準になかった医療行為が行われていたならば患者がその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」を保護法益とする根拠として、生命が人にとって最も基本的な利益であり、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説明するが、本判決は、なぜ相当程度の可能性の法理が、後遺障害のケースにも拡大されるのかについてなんら説明を行っていない。そうすると、本判決の解釈としては、本件事案では、患者に生じた不可逆の後遺障害が死に匹敵する程度のものであったために、「相当程度の可能性」の法理が適用可能と判

断した、すなわち重大な不可逆の後遺障害の場合にのみ同法理が適用可能であるとして解釈すべきか、それとも後遺障害全般に同法理の適用を認めたと解釈するべきかという問題が生じるわけだが、本判決が「相当程度の可能性」の法理の射程をどのように捉えているかについては、以下のような推測が可能である。すなわち、本判決は「七七・八%の数値の中には、上告人のような重大な後遺症が残らなかった軽症の者も含まれていると考えられることからすると、これらの統計数値は、むしろ上記の相当程度の可能性が存在することをうかがわせる事情といふべきである」と述べ、患者に軽度の後遺障害が残った場合を「重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性」に含めている。つまり、結果が二者択一的な生命侵害の場合とは異なり、後遺障害の場合にはその症状に濃淡があるが、本判決では「重度の後遺障害が残らなかった」場合とは、患者に後遺症が完全に残らなかった場合だけではなく、軽度の後遺障害が残った場合をも含めているのであり、このことから考えると、すくなくとも本判決は最判平成一二年の法理の射程をすべての不可逆の後遺障害全般ではなく、本件事案のように、重大な不可逆の後遺障害が残存したケースに限定していると読み取ることができるし、また同様に解する見解もある<sup>(14)</sup>。しかし、「相当程度の可能性」の法理を後遺障害にまで広げた場合に、それを重度なものに限定する必要はないもの<sup>(15)</sup>と考える。なぜならば、それが重度なものであれ軽度なものであれ、不可逆的な後遺障害が生じた以上、それを回避できた可能性が侵害されたことは、被害者にとって大きな精神的苦痛であることにはかわりなく、それを保護法益とすることに問題はないであろうし、また重度の後遺障害に限られるとしても、どの程度のものが含まれるのかについてのメルクマールが不明だからである。そのような見解に対しては、医師責任の無秩序な拡大につながるのと反論が考えられるが、軽度の後遺障害の場合には、結局、違法性判断の段階において被侵害利益の態様が考慮され、その結果として違法性なしとの判断がなされることも考えられ<sup>(16)</sup>ることから、かならずしも無限定に医師の責任が拡大されるとも思われない。

次に「相当程度の可能性」の存否の判断については、本件原審が急性脳症の予後が重篤であり、統計上完全回復率が二二・二パーセントであることを理由に、Yが適切な時期に転送した場合にX<sub>1</sub>に後遺症害が残らなかった相当程度の可能性を否定しているのに対して、本判決は「重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性の存否については、本来、転送すべき時点における上告人の具体的な症状に即して、転送先の病院で適切な検査、治療を受けた場合の可能性の程度を検討すべきものである」と述べた。つまり統計数値のみに基づいた判断ではなくX<sub>1</sub>を転送すべき時点においての具体的な状況に即しての総合的判断を行っているのである。統計上の数値のみによって判断することに対しては、統計数値の集め方や信頼性に疑問が呈されており、また、急性脳症の症状や発症の段階には個人差や事案による特異性があることを考えると、統計数値のみにより「相当程度の可能性」の存否を判断すべきではなく、本判決の行った判断の方法は妥当であると思われる。

なお、①「相当程度の可能性」とは、具体的にはどの程度の可能性を意味するのか、また、②これまでの下級審裁判例が示してきた「期待権論」「治療機会の喪失論」と最判平成一二年や本件判決が示した法理との関係はどのようなものか、③「相当程度の可能性」が侵害された場合に認められるのは、慰謝料のみか、それとも財産的損害も認められるのか、などがなお残された問題として挙げられる。そこで、以下ではそれらの問題を、医師の過失が認められながらも、その過失と患者に生じた悪結との因果関係が否定される事例に関する最判平成一二年以後に出された、裁判例を概観することにより検討を加えていくことにする。

### 三 これまでの下級審裁判例の概観

1 前述の①②③の問題について検討を行うために、まずは、最判平成一二年以降、同様の事案についての裁判例がど

のような判断を行っているのかを、それらの裁判例が最判平成一二年の法理（「相当程度の可能性」の法理）に従っていると考えられるものと、そうでないものとに分けて概観していくことにする。

(1) 最判平成一二年の法理に従っていないと考えられる裁判例

最判平成一二年以降、同様の事案において最判平成一二年の法理とは異なる根拠付けによって慰謝料請求を認容している裁判例としては以下のものが挙げられる。

【①】東京地判平成一三年二月二八日判タ一〇八六号二六一頁

重度の糖尿病患者が、搬送先の病院において医師の救急救命措置を施されたにもかかわらず死亡。心室細動が生じている間に適切な除細動の措置を行わなかった医師の過失が問題とされた。判決は、医師の過失を認めながら、一般的統計によれば、心室細動が生じた患者に除細動の処置を行った場合の生存率は三〇％程度であるが、当該患者の既往症・年齢を考慮すると、その可能性はかなり低下するとして当該過失と死亡との間に因果関係は認め得ないとした。しかし、原告の主張する「救命期待権」については「患者としては、医師らの過失によって適切な救急救命措置をうけるべき機会を奪われ、精神的苦痛を与えられたものというべきであるから、その損害の賠償をし得るものというべきである」として二〇〇万円の慰謝料を認めた。本件においては、最判平成一二年の法理には直接言及せず、「適切な救急救命措置をうけるべき機会」を奪われたことを根拠に慰謝料を認めている点に注目すべきである。

【②】東京地判平成一五年五月二八日判タ一一四七号二五五頁

肝硬変、糖尿病、食道静脈瘤などの既往症を有する患者が消化管出血を発症するなどして被告病院に入院の後、その翌日に死亡したという事案において、医師に血液検査やバイタルサインの計測など各種検査を行ったうえで適切な処置を講じなかった過失を認めたと、証拠上、患者の死因を明確に特定できないこと、患者の既往症は入院当時相当に悪化

していたことなどから、医師が患者の入院当時に適切な処置を講じていたとしても患者を救命できたか否かは不明であるとして、医師の過失と患者の死亡との間の因果関係を否定。しかし、判決は、一般論として、最判平成一二年の法理に言及したあと、適切な処置が行われていれば、患者の「死因の原因となった可能性が高いと考えられる高アンモニア血症の治療をより迅速かつ強力にすることができ、また、不適切な利尿剤の投与もすることなく患者の病態の悪化に対して、より適切な治療を適時に採ることができ、そうすると、患者には相当程度の延命の可能性があったと認められる」として、七〇〇万円という比較的高額な慰謝料の支払いを命じた。本件は、一般論として最判平成一二年の法理に触れているが、その後、慰謝料を認容するにあたって述べている根拠が、その他の最判平成一二年の法理に従う裁判例とは異なっている。すなわち、その他の裁判例においては、統計資料や様々な医学的知見を総合的に判断した結果、医師が適切な処置を講じたとしても救命の可能性は低いものであるとして、過失と悪結果との因果関係を否定した上で、少なからず救命の可能性があったことから、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があるとして、可能性侵害による慰謝料を認定している。しかし、本件においては、患者を救命できたかどうかは不明であるとしており、そもそも延命可能性が不明であるのに、「相当程度の延命の可能性」があるとするのはおかしい。また、慰謝料額の算定の部分で、患者の病院に対する期待の大きさや医師側の対応の悪さを強調している点から考えると、本判決においては、「相当程度の可能性」を侵害されたことではなく、むしろ患者の期待権が侵害されたことを根拠に慰謝料が認められているとも考えられるのである。

【③】 仙台高秋田支判平成一五年八月二七日判タ一二三八号一九一頁

病院において不妊治療を受けた患者が、卵巣過剰刺激症候群を発症し、その結果、脳血栓症を発症して左上肢の機能全廃等の後遺症が残った事案において、医師の経過観察義務違反と同時体外受精を行った場合における血栓症又は塞栓

症発症の危険性を説明することを怠った説明義務違反が認められたが、経過義務違反については、経過義務を尽くしていたとしても患者の脳血栓症及び脳梗塞症を発症しなかったであろうことを是認しうる高度の蓋然性を認めるには足りない、また、説明義務違反についても、説明義務が尽くされていたとしても患者が不妊治療を断念していた高度の蓋然性を認めることができないとした。しかし、医師の経過義務違反により患者は自宅待機を余儀なくされ、その結果、適切な治療を受ける機会を喪失したこと、また、説明義務違反により、患者の自己決定権が侵害されたことにそり精神的な苦痛を受けたとして七〇〇万円の慰謝料を認めた。本件においても、【①】判決と同様に「相当程度の可能性」の法理は用いられていない。推測するに、経過義務を尽くしていたとしても、患者に後遺障害が生じなかった可能性が、「相当程度」であるとは認められず、右のような法律構成が採られたのではないだろうか。

(2)最判平成一二年の法理に従っていると考えられる裁判例

【④】東京地判平成一三年七月四日判タ一一二三号二〇九頁

緊急入院した心疾患の患者が急性心筋梗塞による心破裂により死亡。判決は心電図検査を実施するなどの適切な処置を講じなかった医師の義務違反を認め、医師が適切な処置を講じていれば、死亡の時点でお生存していた可能性はあったとしても、その可能性の程度は低いものであり、患者がその死亡の時点において生存していた高度の蓋然性があるとは認められないとして、医師の過失と死亡との間の因果関係を否定した。しかし、原告らの主張する「期待権」の侵害については、被告医師が適切な処置を講じていれば、「その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はあったといわなければならない」として二〇〇万円の慰謝料を認めた。

【⑤】東京高判平成一三年七月一九日判時一七七七号五一頁

うつ病患者が、精神病院入院の五時間後に自殺を図り死亡した事案において、入院以前に当該患者の診療にあたった

医師には、的確な診療を行わなかった債務不履行があったが、その自殺は診療関係が断絶した後生じたものであるから、医師の債務不履行と患者の自殺との間には相当因果関係はないとした。しかし、医師が患者の自殺の危険性を察し、適切な治療方法等をとっていれば、自殺に至らなかった可能性があり、医師は患者がその可能性を侵害されたことによって被った損害を賠償すべき債務不履行責任を負うとして、六〇〇万円の慰謝料を認めた。

【⑥】大阪高判平成一三年七月二六日判タ一〇九五号二〇六頁（最判平成一二年の差戻審）

患者が脳神経減圧手術の二ヶ月後に、脳内血腫等により死亡した事案で、医師が行った手術操作には過誤はないが、減圧開頭が不十分で小脳半球切除術を行うべきであったのにこれを怠った過失があるとしつつも、上記の処置を行ったとしても患者が本件死亡時に生存し得た高度の蓋然性は認められず、医師の過失と患者の死亡との間には相当因果関係はないとした。しかし、当該措置を講じていれば、その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が認められ、患者は、医師の過失により「同治療を受ける機会」を奪われ、「生命維持の可能性」という法益を侵害されたとし、七〇〇万円の慰謝料を認めた。

【⑦】東京高判平成一三年一〇月一六日判時一七九二号七四頁

脳腫瘍摘出手術を受けるまでの間、診療所医師による治療中に患者が死亡した事案において、診療所医師が適切な時期に患者を転医させることを怠った過失があるとしながら、緊急に転医させたとしても患者を救命し得た高度の蓋然性は認められないとして、診療所医師の過失と患者の死亡との間の相当因果関係を否定。しかし、診療所医師が適切な時期に患者を転医させていれば、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が認められ、この可能性は法によって保護されるべき利益であり、医師の過失によりその法益が侵害されたとして、四〇〇万円の慰謝料を認めた。

【⑧】東京高判平成一三年一月五日判時一七七八号六九頁（【①】判決の控訴審）

【①】判決においては、患者が死亡した時点においてなお生存していた相当程度の可能性については言及せず、「救命措置を受ける機会」を奪われたことを根拠に慰謝料の支払いを認めたが、本件判決では最判平成一二年の法理に従い、患者がその死亡の時点においてなお生存している相当程度の可能性が侵害されたことを根拠に二〇〇万円の慰謝料を認めた。

【⑨】東京地判平成一五年一月二七日判タ二一六六号一九〇頁

脳腫瘍摘出手術を受けた患者が、手術後に敗血症及び髄膜炎を併発して死亡した事案において、医師に適切な観察経過を怠った過失があるとしたが、患者の死因が全証拠によっても明らかではなく、もし死因が多臓器不全であれば敗血症を回避するための措置を執ったとしても患者の延命は期待できなかったとして、医師の過失と患者の死亡との間の因果関係は認められないとした。しかし、敗血症が患者の死因に寄与した可能性が高いことなどから、医療水準にかなった医療が行われていたならば患者が死亡した時点においてなお生存していた相当程度の可能性は存在し、その可能性を侵害されたこと、またそれに加え、医師の説明が不十分であったことや、患者の死後、病理解剖を原告らに薦めなかったことにより期待権が侵害されたとして一〇〇万円の慰謝料を認めた。

【⑩】東京高判平成一五年八月二六日判時一八四二号四三頁

神経性食思不振症の患者が搬送先の病院で突然死した事案において、医師に血液検査の定期的な実施を怠った過失があると考えられたが、医師の過失と患者の死亡との間には相当因果関係はないとした。しかし、医療水準にかなった適切な医療が行われていたならば、その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があったとして三〇〇万円の慰謝料を認めた。



【11】大阪地判平成一五年二月一八日判タ一一八三号二六五頁

腹痛や食欲不振を訴え被告病院に入院した患者が、当該病院においては病因の確定診断には至らず、その後転医した病院において回腸原発の悪性リンパ腫で死亡した事例において、速やかに確定診断に至るべく、直腸検査などの各種検査を実施すべきであったのにそれを怠ったとして医師の過失が認められたが、たとえ検査が適切に実施され、その結果としてリンパ腫が病因であると確定診断できたとしても、化学療法が奏功して救命又は延命できた高度の蓋然性がな  
いとして、医師の過失と死亡との間の相当因果関係を否定。しかし、より早期に化学療法が行われていれば患者が延命できた相当程度の可能性があり、患者は、「救命されえた相当程度の可能性」を侵害されたとして五〇〇万円の慰謝料を認めた。

【12】最判平成一六年一月二五日判時一八五三号八五頁<sup>(17)</sup>

胸のつかえを訴えた患者が、開業医の診察を受けて、慢性胃炎と診断されたが、約三ヵ月後に総合病院を受診し、CT検査等を受けたところスキルス胃癌と診断され、すでに手遅れの状態であり、その後まもなく死亡した事案において、開業医に適切な胃内視鏡の再検査を行わなかった過失が認められたが、たとえ開業医が再検査を実施し、スキルス胃癌を発見していたとしても、当時すでに救命可能な治療は不可能であり、死亡は避けられなかったとして、開業医の過失と患者の死亡との因果関係を否定。しかし、再検査が実施され、その結果として化学療法が実施されていれば、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があるととして原判決を破棄し、原審に差し戻した。

【13】東京地判平成一六年三月二五日判タ一一六三号二七五頁

重症急性膵炎に罹患した患者が緊急搬送された病院で死亡した事案において、特殊療法を適切に実施すべきときに実施しなかった、また実施不可能であった持続的血液濾過透析についてはそれを実施可能な病院に転医させるべきであっ

たのにこれを怠ったとして医師の過失を認めたと、患者の発症から死亡までの経過や医師の鑑定意見、また医師が適切な処置を講じるべきであった時点での患者の症状の死亡可能性（約七〇パーセント）などを勘案した結果、医師の過失と患者の死亡との間に相当因果関係を認めることはできないとした。しかし、患者の死亡の時点において少なくとも三〇パーセントの生存率があったことから、医師が適切な治療を施していたならば、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それ自体が認められ、「期待権侵害」を理由として六〇〇万円の慰謝料を認めた。

【14】大阪地判平成一六年四月二九日判タ一一七五号二三八頁

入院先の病院において麻疹脳炎・脳症により患者が死亡した事案において、医師は患者が発疹期に移行してから四日目の段階で脳症・脳炎の合併を疑うべきであり、その精査・治療に備えて患者を高次医療機関に転医すべきであったのにこれを怠ったとして医師の過失を認めたが、もし患者がその時点において転医されたとしても、救命された可能性はかなり低いとして、医師の過失と患者の死亡との間の因果関係を否定した。しかし、転送先の病院において治療が奏功する可能性はかなり低いとしても、適切な時期に転医され、早期に治療を受けていれ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があり、これを侵害されたとして一〇〇万円の慰謝料を認めた。

2 以上の裁判例を踏まえて、まず、①の点について検討を加えていくことにする。「相当程度の可能性」とは、どの程度の可能性であるかについて、本判決は、統計上の完全回復率が二二・二パーセントという数値であることを「相当程度の可能性が存在することをうかがわせる事情というべきである」としている。それ以外には、最判平成一二年の原審における鑑定意見が生存可能性について「二〇パーセント以下ではあるが、救命できた可能性は残る」としていることとや、【13】判決が、生存可能性を具体的に三〇パーセントであると示したうえで、「相当程度の可能性」を認めている以外には具体的な数値が示された裁判例はみられない。右の具体的な数値によれば、「相当程度の可能性」とは、およそ

二〇パーセント程度の比較的低い程度の可能性を示しているようである。<sup>(18)</sup>そこで問題となるのは、たとえば一〜二パーセントなど、極めて低い可能性であっても、医師が適切な処置を講じていれば悪結果の生じなかった可能性が存在さえすれば、「相当程度の可能性」の存在が認められるかどうかである。この点については、治療の奏功可能性ないし延命の可能性が数パーセントでもよいとすべきであるとの見解<sup>(19)</sup>もみられるが、その見解には疑問がある。たしかに、一パーセントでも延命できた可能性がある以上、被害者がその可能性を侵害されたことにはかわりがないが、最判平成一二年があえて「相当程度」という表現を用いている以上、あまりにも低い可能性は除外しているものとみるべきであろう。たとえば【①】判決においては、適切な処置を行った場合の患者の生存率は極めて低いとして、医師の過失と患者の死亡との因果関係を否定した上で、最判平成一二年の法理には言及せず、「医師らの過失によって適切な救急救命措置をうけるべき機会を奪われ」たことを根拠に慰謝料を認めている。つまり、【①】判決においては、患者の救命可能性が極めて低いことから、患者が生存していた「相当程度の可能性」は認められなかったため、右のような根拠付けによって慰謝料を認めていると考えられるし、【③】判決においても同様の判断がなされていると考えられる。そのことから考えると、「相当程度の可能性」は比較的低い可能性であることは確かであるものの、それが極めて低い場合には否定される場合もありうるものと考ええる。なお、「相当程度の可能性」が否定された場合に、さらに期待権侵害や治療機会の喪失を根拠に損害賠償が認められるべきか否かについては次に検討することにする。

次に②の点について検討することにしよう。最判平成一二年以後の裁判例においては、「相当程度の可能性」の法理や期待権論ないし治療機会の喪失論の扱いに、なお混乱がみられる。たとえば、【④】判決においては、原告らが主張する期待権侵害に応答する形で、「相当程度の可能性」侵害を根拠に慰謝料請求を認容しており、また【⑩】【⑬】判決においては、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」があり、それゆえに原告の期待権が侵

害されたとして慰謝料請求を認容する。<sup>(20)</sup> また、【②】判決においては「相当程度の可能性」の法理に言及しながらも、結局は医師の行為の道徳的非難可能性や患者の期待の侵害が賠償請求を認容する根拠となっているのである。一方で、最判平成一二年以後の裁判例の中には、「相当程度の可能性」の法理に言及せず、治療機会の喪失を根拠に慰謝料を認容するものや、「相当程度の可能性」の法理に言及したうえで、それとは別に期待権侵害に言及するなど、「相当程度の可能性」の法理と期待権ないし治療機会の喪失を別異な概念として捉えているものがある。このように、これまでの裁判例においては「相当程度の可能性」の法理の概念についての統一的な理解がなされているわけではなく、むしろ医師の過失と患者の悪結果との間の因果関係が認められない場合になお、医師に責任を認めるための枕詞として用いられている感さえもある。このような混乱を避けるためにも、「相当程度の可能性」の意味、そして期待権や治療の機会の喪失概念との差異を明確にする必要がある。

学説においては「相当程度の可能性」の法理が期待権論及び治療機会喪失論とは異なる理論構成に立つものと理解したうえで、「相当程度の可能性」の法理が適用されえない場合であっても、被害者救済の見地から、期待権侵害や治療機会の喪失を根拠として損害賠償請求が可能であるとする見解<sup>(21)</sup>と、「相当程度の可能性」の法理と期待権論、治療機会の喪失論の並存関係を認めず、「相当程度の可能性」の法理を、従来、期待権等といわれてきた被侵害法益が具体化されたものとして捉える見解<sup>(22)</sup>や期待権と相当程度の可能性の法理を同一視するもの、もしくは、相当程度の可能性を期待権侵害の要件としている一部の裁判例もみられる。しかし、「相当程度の可能性」の法理においては、保護法益は「生存ないし後遺症のない生活への期待」であるのに対して、従来論じられてきた期待権ないし治療機会の喪失論は、治療行為そのものに対する期待を保護法益としており、保護法益の内容を異にする両概念は、別異なものとして捉えられるべきである<sup>(23)</sup>。そのように考えるならば、右のような見解の相違は、根本的には期待権論ないし治療機会の喪失論とい

うものをそもそも認めるべきか否かという見解の相違から生じているように思われる。つまり、これまで被害者救済の見地から期待権ないし治療機会の喪失を保護法益とすることについて賛成する見解からすれば、被害者の救済を厚くするために「相当程度の可能性」の法理が適用されない場合に、なお期待権や治療機会の喪失を根拠に慰謝料を認めるべきだという結論に帰結する<sup>(24)</sup>であろうし、これまで期待権等の概念を無因果関係責任論<sup>(25)</sup>であるなどとして批判する見解からすれば、因果関係の認定を必要とする「相当程度の可能性」の法理は、これまでの医師責任の拡大傾向に対する歯止めとして理解されるであろう。私見としては、期待権や機会の喪失を法益として認めたいうえで、「相当程度の可能性」の法理が適用されない場合においても、期待権侵害ないし機会の喪失を理由として賠償請求が可能であると解する。

最後に、③の点について検討する。「相当程度の可能性」が侵害された場合に、慰謝料以外に財産的損害が認められるかどうかについては、最判平成一二年の調査官解説が述べるように、残された課題とされ、その後の裁判例の蓄積が待たれていた。しかし、少なくともこれまでの「相当程度の可能性」の法理が適用された裁判例をみるに、慰謝料以外の財産的損害に基づく賠償が認められたものはない。一方で、学説においては、財産的損害まで認めうるという見解が多数である<sup>(26)</sup>。それらの見解は、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という法益が、生命そのものの法益の連続線上にあると考え、生存の可能性に応じて財産的損害の賠償を認めてもよいとする。しかし、「相当程度の可能性」の法理は、たとえば死亡のケースを例にとるなら、あくまでも生存の「可能性」という法益が侵害されたのであり、生命そのものの侵害とは区別して考えられるべきである。なぜならば、死亡の時点においてなお生存していたことが高度の蓋然性をもって証明されてはじめて生命侵害が問題とされるわけであり、それが証明できない場合には、被侵害法益はあくまでも「生存していた可能性」である。つまり、生命という法益と、生存していた可能性という法益は、連続線上にあるのではなく、高度の蓋然性をもって証明できたかどうかというボーダーラインによってむしろ断絶して

いとみるべきであろう。つまり、高度の蓋然性は認められないが、四〇パーセントの救命可能性があったからといって、死亡の時点から生存可能とされる時点までの遺失利益の四〇パーセントが損害として認められるわけではないのである。それゆえに、「相当程度の可能性」が侵害された場合には、慰謝料のみが認められるべきである<sup>27</sup>。そして、その可能性の程度は慰謝料の算定において考慮されることとなろう。たとえば、【14】判決においては、可能性の具体的な数値は示されていないものの、救命できた可能性はかなり低いとされており、その慰謝料は一〇〇万円と比較的低いものになっており、同様に救命の可能性はかなり低いとされた【1】判決の控訴審判決である【8】においても、二〇〇万円の慰謝料にとどまっている。一方で、生存していた可能性が三〇パーセントと比較的高い【13】判決では、六〇〇万円の慰謝料が認められている。このことは、可能性の度合いが慰謝料の算定において、考慮されていることを示しているといえよう。その他の裁判例においては、相当程度の可能性の程度と慰謝料額との関係は明確ではないが、今後の裁判例の蓄積により徐々に明らかにされるものと思われる。

- (1) 転送義務に関する文献としては、小林昭彦「医師の転医指示義務」山口和男編『現代民事裁判の課題』(9) 医療過誤 三一八頁(新日本法規出版、一九八九年)、三浦潤「転送義務(1)」根本久編『裁判実務体系(17) 医療過誤訴訟法』二一三頁以下(青林書院、一九九〇年)、松山恒昭「転送義務」『裁判実務体系(17)』二二五頁以下、菅野耕毅「救急医療に関する法的問題」太田幸夫編『新・裁判実務体系1 医療過誤訴訟法』四三四頁以下(青林書院、二〇〇〇年)などがある。
- (2) 寺沢知子「本件判批」法教二八五号八〇頁(二〇〇四年)。また、転送義務に関する近時の裁判例を紹介するものとして、新美育文「本件判批」リマックス三一四六頁(二〇〇四年)がある。
- (3) 前者の立場を採る見解として、平井宜雄『損害賠償法の法理』四〇三頁(東京大学出版会、一九七八年)、後者の立場を採る見解として、前田達明『不法行為帰責論』二二三頁(創文社、一九七八年)、潮見佳男『不法行為法』一五九頁(信山社、一九九九年)がある。

- (4) 澤野和博「本件判例紹介」年報医事法学二〇卷一四四頁(二〇〇五年)。
- (5) 松山・前掲注(1)二二七頁。なお、保険医療費担当規則一六条は「保険医は、患者の疾病又は負傷が自己の専門外にわたるものであるとき、又はその診療について疑義があるときは、他の保険医療機関に転医させ、又は他の保険医の対診を求める等診療について適切な措置を講じなければならない」と規定する。
- (6) 新美・前掲注(2)四九頁。
- (7) 最判昭和五〇年一月二四日民集二九卷九号一四一七頁。
- (8) 下級審裁判例の紹介としては、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卷三・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」法学新報一〇五卷四・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1医療過誤訴訟法』二八八頁以下(青林書院、二〇〇〇年)などがある。
- (9) 治療機会の喪失論については、矢澤・前掲注(8)二五〇頁以下、高波澄子「米国における「チャンスの喪失」理論(一)(二・完)」北大法学論集四九卷六号二五頁以下、五〇卷一号一九頁以下(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)」法学研究論集二二卷一〇一頁以下、二二卷九五頁以下(二〇〇四年)などがある。
- (10) 期待権論については、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―自由と正義四七卷五号五七頁以下(一九九六年)、根本晋一「期待権侵害論の射程に關する一考察(一)(二)」横浜国際経済法学二二卷二八五頁以下、一三卷一号二七頁以下(二〇〇四年)などがある。
- (11) 本件の判例評釈としては、手嶋豊「判批」法教二二八号一二四頁(一九九九年)、水野謙「判批」ジュリ一六五号八二頁(一九九九年)、吉田邦彦「判批」判例評論四九〇号二七頁(一九九九年)、加藤了「判批」ひろば五二卷一〇号三七頁(一九九九年)、八木洋一「判解」曹時五二卷八号一八三頁(二〇〇〇年)、鎌田薫「判批」リマックス二〇卷七〇頁(二〇〇〇年)、樫見由美子「判批」別冊法教セレクト99二二頁(二〇〇〇年)、佐藤洋一「判批」判タ一〇三六号一〇四頁(二〇〇〇年)、澤野和博「判批」ジュリ一一七七号一九一頁(二〇〇〇年)、寺沢知子「判批」撰南法学二三号七四頁(二〇〇〇年)、窪田充見「判批」民商一一二卷四・五号六四三頁(二〇〇〇年)、野田寛「判批」年報医事法学一五号一四八頁(二〇〇〇年)、新美育文「判批」一一七九号八七頁(二〇〇〇年)、加藤新太郎「判批」NBL六八八号六四頁(二〇〇〇年)、野田宏「判批」法の支配一一八号六六頁以下(二〇〇〇年)などがある。
- (12) 本件の判例評釈としては、稲垣喬「判研」民商一二三卷六号九八頁以下(二〇〇一年)、杉原則彦「判解」法曹時報五四卷四号一

九九頁(二〇〇一年)、溜箭將之「判研」法協二一八卷二二一號一三四頁(二〇〇一年)、加藤新太郎「判批」判タ一〇六五号一一四頁(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。

- (13) 不作為不法行為の因果関係の認定については、それを作為の場合と同様に捉えるべき見解(窪田・前掲注(11)六三八頁、潮見・前掲注(2)「不法行為法」一一九頁以下)と、両者の違いを強調し、それを否定する見解(前田達明「本件判批」判時一八八五号一九五頁、平井宜雄「債権各論II」八三頁〔弘文堂、一九九二年〕)とがある(後者の見解は、ドイツにおいて長く続いた不作為不法行為の因果関係をめぐる論争〔Hanau, Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit, 1971, S. 4 ff.; Traeger, Das Problem der Unterlassungsdelikte, 1911, S. 60 ff. がこの点につき詳しい。特にHanauは民法の視点からこの問題を分析している。〕を基に示されていると思われる)。確かに、不作為の因果関係は、仮定的な事象経過を問題としなければならぬ点において、作為のそれとは性質の異なるものである(Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 1939, S. 87)。しかし、だからといって、両者の違いを過度に強調することは、窪田教授が指摘されるように「衡学的」に過ぎず、実益に乏しいのではないかと思われる。なお、この点については、別稿をもって詳しく論じたい。

(14) 寺沢・前掲注(2)八一頁、小池泰「本件判批」民商一三〇卷四・五号八八四頁(二〇〇四年)。

- (15) 同様に、重度な後遺症に限定すべきではないとする見解として、新美・前掲注(2)四九頁、平沼高明「本件判例紹介」民法情報二二八号一〇二頁(二〇〇四年)がある。新美教授は、軽微な健康被害の回避可能性であっても、理論上はそれを保護法益とすることなんら問題はないとされる。たしかに、理論的な問題はないが、一般的な(たとえ重度であっても治癒可能な)健康被害が生じなかった可能性が侵害された場合の被害者の精神的苦痛は(不可逆的ではないゆえに)それほど大きくはないと考えられ、精神的な苦痛が大きいのは、むしろ軽度であっても不可逆的な後遺障害が生じた場合であるから、同法理が適用されるのは不可逆的な後遺障害が生じた場合に限られるものと思われる。なお、小池助教は、生命侵害と重大な後遺障害の他にどこまで、同法理を一般化できるかはいまだ明らかではないとされる(小池・前掲注(14)八八四頁)。

(16) 新美・前掲注(2)四九頁。

- (17) 本件判決の判例評釈としては、寺沢知子「判例紹介」民商一三一卷一号一四五頁以下(二〇〇四年)、平沼高明「判例紹介」民法情報二二〇号六五頁以下(二〇〇五年)、手嶋豊「判批」判例評論五五二号一六頁以下(二〇〇五年)、飯塚和之「判批」判タ一一五七号一一四頁以下(二〇〇五年)などがある。



- (18) ただし、すでに述べたように相当程度の可能性の判断にあたっては、統計資料のみならず医学的知見など総合的な見地から判断されるべきであるから、具体的数値のみがかならずしも重要であるわけではない。また、手嶋教授が指摘されるように下級審においては、「相当程度の可能性」の証明についてなお戸惑いがみられる(手嶋・前掲注(17)一八二頁)。たとえば、③判決においては、死亡の時点で患者が生存しえた可能性が不明であるとしていながらもかわらず、「相当程度の可能性」があるとしている。このことは、後に述べるように、最判平成一二年以降の裁判例において「相当程度の可能性」侵害の概念が明確でなく、期待権概念と混同して用いられている点に原因があるものと考えられる。
- (19) 平沼・前掲注(17)六七頁、前田・前掲注(13)一九五頁。平沼教授は、最判平成一六年(13)【判決】における「化学療法が奏功する可能性がなかったというならばともかく」という判示の反対解釈から、数パーセントの可能性でもよいとされる。
- (20) その他の裁判例においては、患者の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」があり、その可能性が侵害されたことが慰謝料を認容する根拠とされている。
- (21) 加藤・前掲注(10)一一五頁、新美・前掲注(12)六二頁、大塚直「不作為医療過誤による患者の死亡と損害・因果関係論―二つの最高裁判決を機縁として」ジュリ一一九九号一六頁(二〇〇一年)、飯塚・前掲注(17)一一〇頁。
- (22) 杉原・前掲注(12)二〇七頁、渡辺・前掲注(12)一〇四頁、溜箭・前掲注(12)一一八頁。
- (23) なお、延命利益論については「相当程度の可能性」の法理と保護法益が同様であり、同法理に内包されてよいものと思われる。
- (24) 大塚教授によれば、これを法益の三段階構造であるとされる(大塚・前掲注(21)一六頁)。
- (25) 櫻井節夫「判批」判時八八三号一三九頁(一九七八年)、渡邊了造「過失あるも因果関係がない場合の慰謝料」判タ六八六号六九頁(一九八九年)。ただし、この見解に対しては、医師の義務違反と期待権侵害との間には因果関係があり、無因果関係責任ではないとの反論がある(杉原・前掲注(12)二〇六頁)。
- (26) 窪田「本件判批」ジュリ一二〇二号七〇頁(二〇〇一年)、大塚・前掲注(21)一六頁、澤野・前掲注(12)一九七頁、前田・前掲注(13)一九五頁、飯塚・前掲注(17)一二〇頁など。
- (27) なお、本件判決における上告人の請求においては財産的損害も含まれており、差戻審においてどのような判断がなされるかが注目される(大塚直「本件判批」ジュリ一二六九号八六頁(二〇〇四年))。