

法益としての「相当程度の可能性」

橋 口 賢 一

1. 問題の所在
2. 従来判例・学説の動向
3. 最高裁平成17年判決について
4. 私見の展開
5. 結語

キーワード：相当程度の可能性，法益，期待権

第1章 問題の所在

医療過誤訴訟における原告たる患者側の立証困難性が指摘されて久しい¹。すなわち、患者が医師ないしは病院を被告として損害賠償を請求しようと思えば、不法行為構成であれば被告側の過失および因果関係を、債務不履行構成であれば被告側の債務不履行の事実を立証せねばならない。しかし、医学に素人である患者においては、それが困難を極めることから、被害を被った患者の保護が十分に図られていないと指摘されてきたのである²。もちろん、判例・学説は、そのような現状を改善すべく、民法上そして民事訴訟法上さまざまな解釈を駆使してこれに対処してきたわけであるが、このような指摘は依然としてなされ続けているのが現状である。

そうしたなか、平成十年代に入って最高裁が、医師の過失が認定されながらも患者の死亡との間の因果関係が認められない事案において、「相当程度の可

可能性」なる概念を用いて損害賠償請求を認容する新たな方途を切り開いた。これは、医師責任法の領域において画期的な意義を有すると同時に、最高裁がこの概念を非常に簡潔な理由付けで用いた事情も相まってこの概念を法的にどう理解すべきかがこの領域における問題の1つとして付け加えられることにもなった。近時の学説でも、もっぱらこの判決の評釈において、この概念に関する様々な指摘がなされているが、この議論は終焉する気配を見せるどころかますます盛り上がりつつある。その一方で、最高裁はこの法理を用いた判断を着実に積み重ねており、もはや最高裁における定着した法理となりつつあるといえる。今後の見通しやこの法理の射程を探るためにも、この概念の法的性質に関しての検討は目下の急務であるといえよう³。

以上のような問題意識のもと、本稿は最高裁において採用され続けている「相当程度の可能性」の法理をどのように理解すべきか検討しようとするものである。以下、まずは従来の判例・学説の動向を押さえる（第2章）。そして次にそれを受けて、最高裁判平成17年12月8日判決（以下、「平成17年判決」という）⁴を見る（第3章）。この判決は、現段階における最新の最高裁判決という点で注目すべきであるのに加え、補足意見が2つと反対意見が1つ出されており、この法理に関連して注目すべき指摘がなされているように見える点でも興味深い⁵。そして最後に、この法理に対する自分なりの見方を提示することとしたい（第4章）。

第2章 従来の判例・学説の動向

本稿で検討の対象とする「相当程度の可能性」の法理は、最判平12・9・22民集54巻7号2574頁（以下、「平成12年判決」という）で採用されたのをその嚆矢とし、その後、最判平15・11・11民集57巻10号1466頁（以下、「平成15年判決」という）、そして最判平16・1・15裁時1355号27頁（以下、「平成16年判決」と

いう)で用いられたという経緯がある。本章では、次章で取り扱う平成17年判決でも取り上げられ、かつ法理論的により重要な意義を有すると思われる前2者の最高裁判決およびそれらの判決に対する学説の反応を中心に見ていくこととしたい⁶。

第1節 平成12年判決について

1. 事案の概要

自宅で背部痛に見舞われてY病院の夜間救急外来を訪ねたAは、B医師の診察を受けた。B医師による診察当時、Aは狭心症から心筋こうそくに移行して相当に増悪した状態にあったが、Aに対しては急性すい炎に対する薬の点滴が行われたのみで、胸部疾患の可能性のある患者に対する初期治療として行うべき「基本的義務」は果たされなかった。そしてこの点滴中にAは致命的不整脈を生じ、心不全で死亡した。そこでAの相続人であるXらが、Yに対して、主位的に死亡による損害賠償を、予備的に救急病院として期待される適切な救急医療を怠って「期待権」を侵害されたことによる損害賠償を請求した。一審はB医師の作為、不作為とAの死亡との間に因果関係を認めることができないうとして請求棄却。原審は、B医師の過失により、Aが適切な医療を受ける機会を不当に奪われ、精神的苦痛を被ったとして請求一部認容。Yが上告。上告棄却。

2. 判旨

「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、当時の医療水準にかなったもので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、医療水準にかなった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ものと解するのが相当である。ただし、生命

を維持することは人にとって最も基本的な利益であって、右の可能性は法によって保護されるべき利益であり、医師が過失により医療水準にかなった医療を行わないことによって患者の法益が侵害されたものということができるからである。」「原審は、以上と同旨の法解釈に基づいて、…慰謝料支払の義務があるとしたものであって、この原審の判断は正当として是認することができる。」

3. 学説の動向

平成12年判決は、医師が医療水準にかなった医療を行わなかったこと（不作為）と患者の死亡との間の因果関係が認められなくとも、「医療水準にかなった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」が認められるならば、医師の賠償責任が認められると判示したものである。学説は、本件で初めて採用された「相当程度の可能性」を分析対象とするとともに、これが認められない場合の賠償責任認容の可否についても論じている。以下、それぞれについて検討する。

(1) 「相当程度の可能性」の法的性質

① 法益性

調査官解説によれば、本判決は、「従前期待権等といわれていた被害法益の内容」を、「医療水準にかな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」として具体化したもので、それは、生命が「極めて重大な保護法益」であるのと同様、「自己の生命を維持する客観的可能性を保持する利益」も重大な保護法益と捉えうるとの考え方による。そして、ここで侵害されているのは、あくまでも「患者がその死亡の時点においてなお生存していた可能性」という法益であるという⁷。

ここで注目すべきは、「相当程度の可能性」が、従前期待権等といわれていた被害法益の内容が「具体化」されたものとされている点である。ここでいう「従前期待権等といわれていた被害法益の内容」とは、延命利益論や治

療機会喪失論とともに、主として医師の過失や債務不履行と患者の死亡との間の因果関係の立証の困難さを回避して医師の責任を追及しようとして主張されてきたものをいう⁸。学説には、こうした従来の流れを受けて、かつ本件最高裁が『期待権』の侵害についてとの項目において適切な医療を受ける機会の侵害を理由に慰謝料を肯定した原審と「同旨の法解釈」としていることから、「相当程度の可能性」を期待権と見る見解も存するものの⁹、多数を占めるのは、それとは異なる新たな法益として理解する見解である¹⁰。

他方で、本件最高裁の立場を、実質的には「権利侵害構成に名を借りた確率的心証論」と見る見解もある。正面から確率的心証論を採用しなかったのは、これを「広範に採用することについては訴訟における証明のあり方として問題の余地」があるからだという¹¹。

② 立証の程度

調査官解説は、「相当程度の可能性」の立証につき、「『高度の蓋然性』に準じるような高い程度のもの」を要求されることはないものの¹²、「客観的な可能性」がない場合には、賠償義務は認められないという。そして、通常は、「医療水準を下回る診療がされた場合には、『可能性』の侵害が事実上推認され、これに対して、医師の側から、『可能性』がなかったことを主張立証することになると考えられる」という¹³。

学説においては、この生存可能性の証明度の議論と事実的因果関係の証明度の議論との区別が強調されている¹⁴。そして前者については、「死亡」について「時的因子」を織り込むことで患者側の立証緩和を図ったと評価される先の最判平11・2・25民集53巻1号1頁（以下、「平成11年判決」という）¹⁵と関連させた検討が見受けられる¹⁶。すなわち、平成11年判決が「本来的な賠償請求の要件の証明」（傍点筆者）についてであるのに対し、平成12年判決は「新たな不法行為成立のための要件」（同）についてであって、次元を異にする両者につき証明の程度の評価を加えることは疑問とする見解がある一方で¹⁷、平成12年判決における「相当程度の可能性」と平成11年判決にお

ける「高度の蓋然性」とを「因果立証の程度の違い」（傍点著者）と捉える見解がある¹⁸。また後者については、医師の過失とこの可能性の間に事実的因果関係が必要であることを確認したうえで¹⁹、その証明度に関しては、原則どおり「高度の蓋然性」をもって証明する必要性があるとの見解がある²⁰。

③ 射程

学説においては、この法理の射程が広がりすぎることへの懸念が述べられている。たとえば、稲垣喬弁護士は、「医師に医療水準不適合の過失があるとされる事例において、端的に、生存＝生命の継続の可能性という法益の侵害とその証明の問題に転換して、代替的な賠償責任を肯定し、患者側の救済を敢えて貫徹しようとしたところ」に平成12年判決の意義を見出したうえで、「期待権侵害・機会喪失等の問題について必ずしも機が熟さないまま、救済思想が先行した結果といえないであろうか」とし、本法理が「患者側に対する一般的な救済理論に転化する疑い」があることから、その適用につき一層の慎重さを求める²¹。

また、溜箭将之助教授も、「医師の専門家ゆえの責任加重、医師の行為の道徳的非難可能性を根拠として、因果関係の認定をパイパスさせることは、医師の責任の歯止めない拡大に通ずる、という批判に対する最高裁の応答」として本判決を理解し、「倫理的要素を因果関係の段階では排除し、損害額を柔軟かつ裁量的に算定すること」で、「患者の救済の要請と、医師の責任の限定の要請とのバランスをとろうとする」のが最高裁の意図であるという。そして、本判決における「賠償責任を限定する要素」は「生命」のみであるが、「最高裁の立論は、責任を肯定するには説得力を持ち得ても、その外延、例えば重度の不可逆的障害を生じたケース、において、責任を限定する機能を果たすことは難しい」。「最高裁に下級審より損害賠償を限定しようという意図は見られない。因果関係の立証のできない場合でも損害賠償の余地を残そうという実質に関するかぎりでは、本判決は『延命利益』論、『期待権』論の存在意義を最高裁レベルで引き継いだといえる。ただし、そこには、根

拠・論拠を組み替え、限定しようという姿勢がうかがえ、今後の論理構成、攻撃防御の方法などに影響があると思われる」(傍点著者)という²²。

④ 賠償範囲

調査官解説は、賠償範囲につき今後に残された課題とするもの²³、生存できた場合の予後の考慮や生存可能性の程度が明確に認定できることへの疑問などの理由から慰謝料に限られるとする見解と²⁴、生命法益との連続性から財産的損害ないしそれに準ずるものまで認められるとする見解とが対立している²⁵。

(2) 「相当程度の可能性」が認められない場合の損害賠償認容の可否

平成12年判決においては結果的に請求が認められたことから問題の俎上に上ってくることはなかったものの、「相当程度の可能性」が認められない場合にも何らかの手段で医師側の賠償責任を認容することができるのかという問題が別個存在する²⁶。

この点につき、純然たる「期待権侵害」ないし「治療機会喪失」の問題として注目する見解があるほか²⁷、調査官解説は、「粗雑診療自体から生じる焦燥、不安、不快感等」は、「可能性」侵害とはまた別個の利益侵害であり、「その程度が受忍限度を超えるものかどうかで被保護利益性を判断すべき」であり、「相当程度の可能性」が認められない場合であってもなお賠償が認められる余地があるという²⁸。

第2節 平成15年判決について

1. 事案の概要

Y医院で通院治療中のXが、通院期間中の深夜におう吐・吐き気が治まらない状態となったことから、Yの診察を受けたものの、点滴を受けるにとどまった。その後、軽度の意識障害を疑わせる言動があったため、これに不安を覚えた母親が診察を求めたがすぐに診察されることはなく、4時間後によくYの診察を受けたときには、いすに座ることもできず診察台に横になっている状

態であった。熱も下がりおう吐も一旦治まったため帰宅していたXは、おう吐と発熱が続き、翌日早朝から呼びかけても返答なくなり、午前9時前にYの診察を受けたものの、意識混濁の状態であったため、B病院に入院したが、結局Xの意識は回復せず後に原因不明の急性脳症と診断された。そこで、Xは、Yに対して、①YがXを適時に総合医療機関に転送すべき義務を怠ったため、Xに重い脳障害を残した、②仮に、Yの転送義務違反とXの重い脳障害との間に因果関係が認められないとしても、重い脳障害を残さない相当程度の可能性が侵害された旨を主張し、不法行為に基づく損害賠償を求めた。原審は、Yの転送義務違反を否定し、仮に転送義務違反があっても、統計数値により早期転送によるXの後遺症防止の相当程度の可能性もないとして請求棄却（なお、平成12年判決の法理が後遺症の事案に直ちに当てはまるとはいえないと疑問も提示している）。Xが上告。破棄差戻し。

2. 判示

「Y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、Xのおう吐の症状が治まらず、X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Xを診断した上で、X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密検査及び入院加療等が可能な医療機関へX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、Yには、これを怠った過失があるといわざるを得ない。」

「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に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。」

3. 学説の動向

平成15年判決は、平成12年判決で採用された「相当程度の可能性」の法理を、重い脳障害という重大な後遺症が残った事案においても採用した。これにより奇しくも、平成12年判決に関する学説の指摘が現実のものとなったわけである。

調査官解説は、「その説示に照らせば、同法理の射程を重大な後遺障害一般に広げたものでも、まして健康侵害一般に広げたものでもな」いとするが²⁹、学説はとりたててそのような限定的なニュアンスを判示から読み取ることではできないとしたうえで、本件の結論に概ね賛成しつつ、本判決と平成12年判決との関係から同法理の射程のさらなる拡大に警鐘を鳴らしている。

たとえば、林道晴裁判官は、身体の安全性にかかる「重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性」法益と、生命の安全性にかかる「死亡時点でなお生存していた相当程度の可能性」法益とは質的に異なるが、前者に対して後者に準ずる保護を与えるべきとの考え方は、バランスがとれ、説明可能なものという。そして、本判決の射程につき、「実質的には、因果関係認定の困難に対する、一種の救済論理の側面がある以上、安易な拡充は避けるべき」で、「死傷以外の法益侵害が問題となることが多い医師以外の専門家責任への適用ないし類推には、それ相応の比較検討を加える必要がある」という³⁰。

そしてこの両法益が「質的に異なる」との点については、「本判決が『時点』に着眼しなかったこと」を「病的リスク実現を医師に帰責するための要件をあらためて確認したもの」と評価することで、「近時の最高裁判例も、患者の持つ病的リスクに対する制御可能性の程度という観点から整序することができ」、「12年判決と本判決は、病的リスクの制御可能性が低い場合においても、患者に新しい法益を認めてその侵害に対する責任を追及できるように」することで、

「従来の下級審・学説の傾向を肯定的に受けとめている」との分析がなされている³¹。

また、この「重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性」の証明の程度については、「証明に匹敵するような高度の蓋然性までは要求され」ず、「患者の具体的な症状に即して、転送先の病院で適切な検査・治療を受けた可能性の程度を検討すれば足りるものであって、統計的な数値による正確な証明まで必要であるとは考えられない」との指摘がある³²。

最後に、認められる賠償範囲については、「『相当程度の可能性』が保護法益であることからといって、期待権ではなく客観的な可能性の侵害と捉える以上、財産的損害が一切問題とならないと考えるのは相当でないであろう。『後遺症が残らない相当程度の可能性』と『後遺症が残らないこと』とは、一応、定性的には異なる法益とみるべきであろうが、規範的な評価が基本となる損害額の評価の場面では、定量的に考えることが可能」であり、「少なくとも後遺症関係では、差額説の考え方によって算定した損害額（後遺症なかりせよと仮定しての損害額）の一定割合を、後遺症が残らない可能性の侵害の損害額と認めてよい場合もあり得ないではない。その際、基本となる損害額に乗ずる割合ないし率は、重大な後遺症が残らない可能性に関する統計数値の吟味・検証から控えめに算出することになる」（傍点筆者）との見解が目を引く³³。

第3節 小括

いわゆる東大ルンバル事件判決の法理が不作為不法行為においても妥当するとした平成11年判決は、「死亡」をその時点における死亡と捉えて延命期間の問題を損害額算定の領域へ追いやることで実質的に患者側の立証負担を軽減した。その後、平成12年判決は、医師の過失行為と死亡との間の因果関係が認められなくとも、「医師の過失行為がなければ生存していた相当程度の可能性」という法益の侵害が立証されれば、損害賠償が認められるとした。これは、患者死亡の事案であったため、最高裁は、生命法益の重要性を強調するとともに、

その射程を広げないようにするとの態度を示したかに見えたが、その後、平成15年判決が、重大な後遺症の事案においても本法理を採用し、その射程が拡大されることになった。そして平成16年判決では、患者死亡の事案において再び本法理が採用されている。

学説の多数は、この「相当程度の可能性」を期待権とは異なる新たな法益として理解したうえで、この法理の射程がさらに拡大してしまうことに対する危惧を表明しつつも、最高裁がこの法理を採用した真意は従来議論（主として、期待権論と治療機会喪失論）を採用することでその射程が際限なく広がってしまうことを回避することにあるとの分析がなされている。

また、生存可能性の証明度の議論と事実的因果関係の証明度の軽減の議論とを区別すべきとの指摘がなされている。前者に関しては、当初は高度の蓋然性を要求する見解もあったが、平成12年判決における当該可能性が20%にすぎなかったためにそれほど高度な確率が求められていないと認識されるようになり、その後平成15年判決においては、統計的な数字にとらわれることなく具体的な症状に即してその有無を検討すればよいとされ、さらに平成16年判決においては、「患者側により医療水準を下回る医療行為が実施されたことが明らかにされれば、医師は医療水準に合致した適切な医療行為がなされていても延命効果は全くなく、結果が同じであるということを立証しない限り、責任を負担しなければ」ならなくなり、現在においてはその立証は非常に容易になったと解されている³⁴。一方で後者に関しては、医師の不作為とこの「相当程度の可能性」との間に事実的因果関係が必要としたうえで、これについては高度の蓋然性の証明が必要とする見解が見られる。

認められる賠償範囲に関しては、慰謝料のみとする見解と、逸失利益まで認められるとする見解とが対立している。

このように、同法理の理解をめぐる議論が未だ落ち着きを見せないなか、平成17年判決が現れることとなった。

第3章 最高裁平成17年判決について

第1節 事案の概要

住居侵入罪で逮捕され東京拘置所に勾留されていたXは、平成13年4月1日午前7時30分頃、巡回中の東京拘置所職員に、布団の上で上半身を起こしたまま声をかけても言葉にならない返答をする状態でのを発見された。

Xは、午前8時頃、東京拘置所医務部病院（以下、「医務部」という）に運ばれ、当直医であったA医師（外科医）の診察を受けたところ、脳内出血または脳こうそくの疑いがあるとして、東京拘置所の特定集中治療室（以下、「ICU」という）に収容された。なお、ICUには、緊急処置に必要な医療機器が備えられており、医師や看護師は常時居るわけではなく、必要に応じて赴くという態勢であった。

B医師（精神神経科医）が、午前8時30分過ぎ頃、Xを診察したところ、「問いかけに答えず。痛み刺激で手足を動かす。右半身麻痺。発語不能。瞳孔は正円。両眼の対光反射は迅速。」という状態であった。B医師は、Xの症状が脳内出血または脳こうそくのいずれかによるものであると考え、自ら頭部CT撮影をした。その際、Xが動いたためにCTの画質は悪かったが、Xの脳には低吸収域が写っていた。B医師は、この画像から、Xの症状は脳こうそくによるものと判断し、脳浮しゅ対策の処置をした。後に、C技士（放射線技士）により行われた第2回の頭部CT撮影の画像においても脳に低吸収域が写っていたことから、B医師は、当初の判断が正しいことを確認した。

D医師（一般消化器外科医、医務部長）が、同月2日午前7時50分頃、Xを診察したところ、「こちらの言うことは分かるらしい。目を閉じてと言うと目を閉じる。右半身麻痺、言語障害がある。」という状態であった。午前9時27分頃、Xに対して行われた第3回の頭部CT撮影の画像に脳浮しゅの進行が認められたことから、D医師は、そのまま東京拘置所で保存的治療をすることは不

適格と判断し、受入れ可能との回答を得たE病院に転送することにした。午後3時9分頃、救急車が東京拘置所に到着し、XはE病院に転送された。

E病院に到着したときのXの意識レベルはいわゆるこん睡状態であり、頭部CT撮影の結果では左中大脳動脈領域に広範な脳浮腫が出現し、症状は、前日や同日午前よりも増悪傾向にあった。そこで、Xの弁護人の同意を得て、Xの前側頭部の緊急開頭減圧手術を施行した。

Xは、4月11日、E病院の医師によって、重大な後遺症を残す可能性が高いと診断された。

本件は、以上のような事案において、Xが、Y（国）に対し、東京拘置所の職員である医師はXに脳こうそくの適切な治療を受ける機会を与えるために速やかに外部の医療機関に転送すべき義務があったにもかかわらず、これを怠り、Xに適切な治療を受ける機会を失わせたなどと主張して、国家賠償法1条1項に基づき、慰謝料等を請求したものである。一審³⁵は、Xを速やかに専門病院に転医させるべき義務に反したために、Xは血栓溶解療法を受ける機会を失ったとして、請求を一部認容した。原審³⁶は、「転医義務違反による損害賠償請求においては、具体的法益の侵害、すなわち、適切な治療が行われたとすれば病状の悪化が防止できた相当程度の可能性が侵害されたことを要するというべきであり、その可能性がない以上、本件において、損害賠償義務は発生しないというべき」として請求を棄却した。また、「東京拘置所の一連の措置は、確かに脳卒中の専門病院によるきめ細かな看護態勢に及ぶものではないとしても、生命の尊厳を脅かすような粗雑診療であるとはいえないのであって、それによって、Xに受忍限度を超えるような焦燥、不安、不快感等がもたらされたとも認め難い」とした。Xが上告。上告棄却。

第2節 判示

「勾留されている患者の診療に当たった拘置所の職員である医師が、過失により患者を適時に外部の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、適時に適切な医療機関への転送が行われ、同病院において適切な医療行為を受けていたならば、患者に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、国は、患者が上記可能性を侵害されたことによって被った損害について国家賠償責任を負うものと解するのが相当である（最高裁平成9年（オ）第42号同12年9月22日第二小法廷判決・民集54巻7号2574頁，最高裁平成14年（受）第1257号同15年11月11日第三小法廷判決・民集57巻10号1466頁参照）。」

「前記事実関係によれば、…Xについて、速やかに外部の医療機関への転送が行われ、転送先の医療機関において医療行為を受けていたならば、Xに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たということではできない。そして、本件においては、Xに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たということができない以上、東京拘置所の職員である医師がXを外部の医療機関に転送すべき義務を怠ったことを理由とする国家賠償請求は、理由がない。なお、東京拘置所の医師が外部の医療機関に転送しないでXに対して行った診療は『生命の尊厳を脅かすような粗雑診療』であるから国家賠償責任がある旨のXの主張は、前記事実関係によれば、東京拘置所の医師はXに対して所要の治療を行っており、その診療が『生命の尊厳を脅かすような粗雑診療』であるということではできないから、前提を欠き、採用することができない。」「以上と同旨の原審の判断は、正当として是認することができる。」

第3節 補足意見および反対意見

1. 島田仁郎裁判官の補足意見

平成12年判決および平成15年判決において、「不法行為法上の保護法益として考慮の対象とされたのは、なお維持できたであろう患者の生命又は重大な後遺症が残らなかったであろう患者の身体である。医師の不法行為責任を問うには医師の過失と患者の生命身体に受けた損害との間の因果関係の存在が必要で

あるところ、それに代えてこのような『相当程度の可能性の存在』があれば足りるとすることによって医療過誤訴訟における患者側の立証の困難を緩和するとともに、『相当程度の可能性の存在』を要件とすることによって、発生した結果との間の因果関係が立証されなくても損害賠償責任が認められる場合を合理的な範囲に画したものと理解される。」

「もっとも、反対意見のいうように、本件における不法行為法上の保護法益を、重大な後遺症を受けた患者の身体ではなく、『適時に適切な医療機関へ転送され、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る』こと自体に対する患者の利益であると解する余地はある。そのように解した場合には、転送して適切な医療行為を受けたなら重大な後遺症が残らなかった『相当程度の可能性』の有無は、過失の有無・程度を判断する上で考慮すべき重要な要素とはなっても、賠償責任を認めるための要件とはならないといえよう。」「適時に適切な医療行為を受けること、そのために適時に適切な医療機関へ転送されることは、誰もが願う基本的な利益であり、それが実現されることが望ましいことはいうまでもない。私は、検査、治療が現在の医療水準に照らしてあまりにも不適切不十分なものであった場合には、仮にそれにより生命身体の侵害という結果は発生しなかったとしても、あるいは結果は発生したが因果関係が立証されなかったとしても、適切十分な検査、治療を受けること自体に対する患者の利益が侵害されたことを理由として損害賠償責任を認めるべき場合があることを認めるにやぶさかではない。しかし、医師、医療機関といえどもすべてが万全なものではなく、多種多様な現実的な制約から適切十分な医療の恩恵に浴することが難しいことも事実として認めざるを得ない。ある程度の不適切不十分は、社会生活上許容の範囲内として認めるべきであろう。したがって、結果発生との因果関係が証明された場合はともかく、その証明がなく、上記のような『相当程度の可能性の存在』すら証明されない場合に、なお医師に過失責任を負わせるのは、著しく不適切不十分な場合に限るべきであろう。どの程度まで不適切であり不十分であったなら、患者の利益が不法に侵害されたものと

して法的に保護されるべきであるかは、非常に微妙で難しい問題であり、意見が分かれやすいところである。この点は、相互の信頼関係を基盤として成り立つ弁護士、税理士、教師等の仕事において、適切十分な弁護、指導等を受ける依頼者、生徒等の利益をどの程度まで保護すべきであるかということと共通する極めて広がり大きい問題でもある。私は、この種の事件に関して保護法益を柔軟かつ弾力的に広げて解することについて反対するものではないが、それによって発生した結果との因果関係が立証されないか結果が発生しない場合までも過失責任を認めることになるので、それが不当に広がり過ぎないように、法益侵害の有無については厳格に解さなければならないと考える。したがって、かかる保護法益が侵害されたというためには、単に不適切不十分な点があったというだけでは足りず、それが果たして法的に見て不法行為として過失責任を問われねばならないほどに著しく不適切不十分なものであったというべきかどうかについて、個々の事案ごとに十分慎重に判断する必要がある。」

2. 才口千晴裁判官の補足意見

平成15年判決は、「『患者に重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性の存在』を要件とすることによって、損害賠償責任が認められる範囲を合理的な範囲に画したものと理解すべきものである。」

「そもそも、反対意見は、実定法に定めのない『期待権』という抽象的な権利の侵害につき、不法行為による損害賠償を認めるものであるから、医師が患者の期待権を侵害すれば過失があるとされて直ちに損害賠償責任が認められ、賠償が認められる範囲があまりに拡大されることになる。また、医師について『患者が適時に適切な医療機関へ転送され、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る利益を侵害されたこと』を理由として損害賠償を認めることは、医療全般のみならず、専門的かつ独占的な職種である教師、捜査官、弁護士などについても、適切な教育、捜査、弁護を受ける利益の侵害などを理由として損害賠償責任を認めることにつながり、責任が認められる範囲が

限りなく広がるおそれがある。」「もっとも、医師の検査、治療等が医療行為の名に値しないような例外的な場合には、『適切な検査、治療等の医療行為を受ける利益を侵害されたこと』を理由として損害賠償責任を認める余地がないとはいえない」。

3. 横尾和子裁判官および泉徳治裁判官の反対意見

多数意見の引用する平成15年判決は、「患者に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たときは、医師は『患者が上記可能性を侵害されたことによって被った損害』を賠償すべき不法行為責任を負う」と判示しているに過ぎず、医者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も、患者に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たということができないときは、医師は『患者が適時に適切な医療機関へ転送され、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る利益を侵害されたことによる損害』等を賠償すべき不法行為責任を負うものではないと判断したのではない」。平成12年判決も、「生存していた相当程度の可能性の存在が証明されなかった場合の医師の損害賠償責任の有無に触れるものではない。『重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性を侵害されたこと』と、『患者が適時に適切な医療機関へ転送され、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る利益を侵害されたこと』とは、別個の利益侵害である。『患者が適時に適切な医療機関へ転送され、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る利益』が、不法行為法上の保護利益となり得るかどうかが問題であり、保護利益となり得るとすれば、医師側の不法行為責任が肯定されるのである。」

「医療関係事件において、『生命』、『身体』、『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』、『重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性』のほかに、これまでの最高裁判例で認められてきた法益³⁷と、「患者が適時に適切な医療機関へ転送され、同医療機関において適切な検査、治療等の医療行

為を受ける利益」とは、「比較しても、保護すべき程度において、勝るとも劣らないものであり、不法行為法上の保護利益に該当するというべきである。」

第4節 小括

本件多数意見では、脳こうそくに起因する重大な後遺症が残った事案において、平成12年判決と平成15年判決が引用され、「相当程度の可能性」の法理による処理がなされた。本法理が着実に裁判実務に浸透しつつある様子が伺えるものの、補足意見と反対意見とを見る限り、この法理に関しては最高裁内部でも未だ磐石の態勢にあるわけではないとの理解が可能である。平成17年判決における多数意見と補足意見・反対意見をまとめると以下のようになる。

多数意見は、脳こうそくに起因する重大な後遺症が残った事案において、平成12年判決と平成15年判決を引用して「相当程度の可能性」の法理を採用し、本件においてはこの可能性の存在が認められないとした。さらに当該診療が「生命の尊厳を脅かすような粗雑診療」であることに基づく賠償責任を否定した。従来判例においては、患者の死亡や重大な後遺症と医療行為との因果関係が証明されない場合との論旨の後に本法理が用いられていたが、本件でそのような記述は見られないという点が特徴的である³⁸。

そして2つの補足意見は、この多数意見の前者に言及した部分と、後者に言及した部分とに大きく二分できる。

まず前者に関しては、多数意見に対して2点の補足をしている。1つは、本法理の採用によって、医師の過失と患者の生命身体に受けた損害との間の因果関係に「代えて」「相当程度の可能性」を要求することで医療過誤訴訟における患者側の立証の困難の緩和が図られるという点（島田裁判官）であり、もう1つは「相当程度の可能性」を要件とすることで賠償責任の認められる範囲が合理的なものに画されるという点（島田裁判官、才口裁判官）である。

後者に関しては、平成12年判決における一部の評釈でも検討され、本件多数意見により顕在化した問題につき言及した反対意見への対応がなされている。

すなわち、反対意見は「急性期の脳卒中患者として専門医による医療水準にかなった適切な検査、治療等の医療行為を受ける利益」を、従来最高裁が認めてきた様々な法益に勝るとも劣らないものと評価し本件ではこの利益侵害に基づく損害賠償を認めるべきとするのに対し、補足意見は、これにより損害賠償責任の範囲が拡大してしまうこと、さらには他の専門家の責任に対する波及についての危惧から、「著しく不適切不十分な場合に限るべき」といい（島田裁判官）、またこの利益は「期待権」であることから「医療行為の名に値しないような例外的な場合」に限って認めるべきという（才口裁判官）。ここで注意すべきは、補足意見・反対意見ともに、「相当程度の可能性」が認められない場合について言及している点である。

そうすると、「相当程度の可能性」という法益とは一体何なのか、「医療水準にかなった適切な検査、治療等の医療行為を受ける利益」とは一体何なのか、そして両者はどのような関係に立つのか、さらには射程の問題に何らかの影響を及ぼすのかといった諸々の問題点が生じてくることとなる。

第4章 私見の展開

以上を踏まえて、「相当程度の可能性」を法的にどう理解すべきであろうか。以下では、その法的性質およびこの可能性が認められない場合の賠償責任認容の可否について検討を加える。

第1節 「相当程度の可能性」の法的性質

平成17年判決の島田裁判官の補足意見によるなら、「相当程度の可能性」とは、医療過誤訴訟の特殊性に鑑み、患者側の立証緩和を目して採用されたものであり、また、不法行為上の保護法益として患者の生命や身体が「考慮の対象」とされたものをいう。この指摘を一瞥しただけでも、「医療過誤訴訟の特殊性」

とは何なのか、そして生命・身体という法益を「考慮の対象」にするとはどういうことを意味するのかという疑問がわいてくる。そしてこれらの疑問は、「相当程度の可能性」という概念を複合的な観点から検討していくなかで解決できるように思われる。以下、法益、因果関係の観点から順次検討してみることとしたい。

1. 法益の観点から

平成12年判決が「右の可能性は法によって保護されるべき利益」といい、平成15年判決、平成16年判決そして平成17年判決が「上記可能性を侵害されたことによって」といっていることからすれば、最高裁は「相当程度の可能性」という概念を被侵害利益ないし法益と解していると受け取るのが素直な解釈だろう。学説においてもそう捉える見解が多数を占めているのは前述のとおりである。

それではこの法益の内実をどのように理解するべきか。学説ではこれを新しい法益として理解し、従来の期待権論や延命利益論、治療機会喪失論と対置しているように見える。それでは具体的に、「相当程度の可能性」は、従来の議論とどのような相違点を有しているというのだろうか。この点についてはこれまでの学説では検討が不十分であった感が否めないことから、以下、簡単に検討する。

(1) 期待権と「相当程度の可能性」

期待権論とは、医療水準に適った医療に対する患者の期待を法的保護に値する権利と捉え、それを侵害したことによる賠償を認める考え方をいう。裁判例においては、福岡地判昭52・3・29判時867号90頁がこの概念を初めて採用して以来、この権利の侵害を理由に賠償責任を認容するものが多々見られる。学説においては、生活（生命）の質ないしライフスタイルの尊重などを理由に挙げてこれに賛同する見解がある一方で³⁹、実質的に無因果関係責任論を容認することになるとの理由、患者の期待は主観的なものにすぎず法

的保護には値しないとの理由、そして期待権とは当事者として診療等の関係に立つことに当然内在する医師－患者の関係であってこれに独立した法的権利性を肯定することは疑問との理由などを挙げて批判する見解があった⁴⁰。裁判例においては、理論上の未成熟さや「もともと延命利益による侵害を補強するべく未分化のまま理解されていた経過や、そのため延命利益による慰謝料が認められるかぎり独自に期待権を持ち出す必要がないとの実践的理由」から延命利益論に主流が移っていったとされている⁴¹。

「相当程度の可能性」との関係でいえば、平成17年判決の反対意見における「適切な検査、治療等の医療行為を受ける利益」が、才口裁判官の補足意見において「期待権」として性質決定されていることが注目される。ここでは、「相当程度の可能性」とこの利益が別個の法益とされていることから、前者が期待権でないことは明白である。また、島田裁判官の補足意見においては本法益が患者の生命身体を「考慮の対象」としたものであるとしてその主観性が明確に否定されており、従来の議論でも本法益を期待権とは異なるものと解してきた。つまるところこれらの見解に共通するのは、責任の歯止めない拡大に対する懸念である。期待権論においても「著しく杜撰かつ不誠実」といった射程を限界付けようとする指摘も見られなくはないが⁴²、「医師・専門家ゆえの責任、患者の期待の裏切りへの非難を梃子に」⁴³して責任の拡大を導いてしまう懸念は依然として払拭されていないのである。

以上からすれば、その射程を厳格に解すべきとされてきた「相当程度の可能性」は、容易に責任拡大と結びつきかねない期待権とは別個の法益と考えるのが妥当である。

(2) 延命利益と「相当程度の可能性」

延命利益論とは、「医療行為により患者に救命の余地がないとしても、医師の過失がなければ、一定程度の生存の可能性を高めることができた場合において、医師の過失と死期を早められたこととの因果関係を要件として損害賠償責任を認める構成」である⁴⁴。期待権とこの延命利益とが明確に区別さ

れていない裁判例も散見されるものの、延命利益は、期待権のように専門家たる医師に対する患者の信頼や期待などを前提とするものではなく、また期待権と比較してより客観的であるため、理論的にも認めやすい性質を有するとされる⁴⁵。とはいうものの、延命利益論には、損害が認められるために一定の幅のある延命期間を立証する必要があるとの難点が指摘されてきた⁴⁶。

ここで、平成11年判決との関係が問題となる。平成11年判決は「死亡」を「その時点での死亡」として時間的なものをすべて損害額算定の領域へと追いやった。これは、上述の延命利益論が損害賠償の要件面において背負っていた難点を多くの場合に実質的に回避することを可能にしたといつてよいであろう⁴⁷。現に、平成11年判決の調査官解説においても、「たとい1秒でも患者の死亡の時期を左右し得」ればとされているのである⁴⁸。

そうすると、平成11年判決における「死亡」概念を前提として採用されたと考えられる「相当程度の可能性」の法理は、延命利益論と非常に親近性を有していると考えられるが⁴⁹、他方でそれと全く同視してしまうこともできない。なぜなら、延命利益論は、患者に重大な後遺症が残存したケースに全く対応できないとの問題が存するからである。逆からいえば、このことにより、「相当程度の可能性」の法理においては、延命利益論では問題となりえない射程の考慮が必要だといえる。

(3) 治療機会の喪失と「相当程度の可能性」

治療機会喪失論とは、医師に課された債務は結果を目的としておらず水準的医療を誠実に行うことに尽きるから、これを怠った場合には発生した悪しき結果とは独立の治療機会の喪失という損害が生じ賠償の対象となるという考え方をいう⁵⁰。これは、「医療をめぐる医師の義務や患者の期待それに医療水準や最善義務との関連、さらには訴訟上の証明もから」んで期待権を再構成したものである⁵¹。この構成により賠償責任を導くためには、医師の不作為によってある治療の機会が奪われたことが必要とされるものの、治療法が二義を許さない程度に確立していることや、治癒の蓋然性が高いことは必

ずしも必要とされない（とはいえ、救命・治癒の可能性がゼロの場合には認められない）。

この考え方も、期待権侵害論と同様、専門家たる医師の不作为の非難や専門家に対する患者の信頼を前提とするものであって、射程を拡大する契機を秘めているといえる⁵²。そして、平成12年判決に関する、上告理由における被告の行為態様が悪質でなかったことの強調が判示において避けられているとの指摘は、このような点に関する最高裁の危惧の表われといえよう⁵³。以上からして、「相当程度の可能性」と治療機会喪失論とは区別されて然るべきものと考ええる。

(4) 「相当程度の可能性」の意義

上述の3法理は、医師側の作為義務違反に基づく過失が認定されているにもかかわらず因果関係の存否が立証できないという事情を目前にして、医療過誤訴訟の特殊性、言い換えれば不作为と結果との間の因果関係の立証につき高度の蓋然性が要求されながらも「必然的に治癒率・救命率という優れて医学的事項がその成否に影響する」事情⁵⁴、かつ生命身体という重大な法益の侵害が問題となる事情に鑑み、医師の過失行為や債務不履行と死亡や後遺症との間の因果関係の立証の成否によって責任の成否がオール・オア・ナッシングで決められてしまうことへの不信感を払拭すべく、患者側の立証緩和を目して主張されてきたものである。そしてこうした事情は、「相当程度の可能性」の法理が採用された事案においても共通して存在していた。

しかし、最高裁においては、従来の期待権論や治療機会喪失論と異なり、あくまでも患者の生命・身体という重大な法益を「考慮の対象」とするという意味でそれらに引き付けられたもの（連続したもの）を「相当程度の可能性」という新たな法益として採用することでこのような事情に対処し、それによって損害賠償の認められる範囲を合理的に画そうとしている。

そうすると、最高裁が本法理を採用したことの真意は、従来の期待権論や治療機会喪失論の引継ぎにあると見るべきではなく、それらの議論が共有し

ていた不信感を、「相当程度の可能性」という新たな法益を介することで、従来の議論の有していた射程の問題をうまく回避しつつ、払拭しようとすることにあったと理解すべきである。そして本法理は、上述のようにあくまでも「医療の特殊性」に鑑みて導入されたものと解することで、本法理が容易に医療以外の領域で用いられてしまうことを回避することも可能となる。

損害賠償の範囲に関しては、本法理と親近性を有する延命利益侵害論において、「救命しえたとの蓋然性が高度であれば平均余命期間相当の生活享受利益を認め、証明程度が低い場合にはその割合に応じて平均余命を下回る期間の生活享受利益を肯定すべき」であるとの見方が示されていること⁵⁵、そして本法益が生命身体という法益を「考慮の対象」にしたものであることに鑑みて、別段慰謝料にとどめる必要はないと考える。

2. 因果関係の観点から

「相当程度の可能性」の法理とは、医療過誤訴訟の特殊性に鑑み、患者側の立証緩和を目して採用されたものである。ここでいう「患者側の立証緩和」という点を強調し、また因果関係が認められない場合に初めて本法理の採用の是非が問題となる点に鑑みれば、「相当程度の可能性」とは、因果関係に密接に関連する概念だと把握することもできる。また、島田裁判官が「因果関係の存在が必要であるところ、それに代えてこのような『相当程度の可能性の存在』があれば足りるとする」との指摘からもそうした読み込みは可能かと考えられる。そして現に大塚直教授は、「相当程度の可能性」を「権利侵害構成に名を借りた確率的心証論」と評価している⁵⁶。確率的心証論とは、「証明が証明度に達しない場合でも、裁判官が得た心証の割合に応じて、たとえば心証が70%なら損害額の70%の責任を加害者に課すべきである」との考え方をいう⁵⁷。

確かに、当該可能性に応じた賠償を認めるとの観点からすれば大塚教授のように理解することも可能であろう。しかし、広範に採用することに問題の余地がある確率的心証論をここであえて判旨に読み込む意義は見出し難い⁵⁸。それ

よりはむしろ、最高裁が、医療過誤訴訟の特殊性に鑑みて、「相当程度の可能性」を生命身体という重大な法益を「考慮の対象」とした法益と捉えることで企図したことを重視するべきではないか。

そうすると、島田裁判官のいう「代えて」の捉え方が問題となるが、本法理の採用が無因果関係論につながると考えるべきではない。というのは、まずここでその存在が否定されているのは、あくまでも医師の不作为と「その時点での死亡」や「重大な後遺症の存在」との間の因果関係である。そしてその直後に、いずれの最高裁判決においても、「…ならば」という表現が見られる。そもそも事実的因果関係においても、規範的評価は当然に含まれる。このことは不作为不法行為であればなおさらであって、そこでは作為義務が尽くされていたならばどのような結論に至ったかという想定作業を経たうえでその要件の充足性判断がなされると考える。とすれば、上述の「…ならば」との表現はまさにこのことを意味していると解すべきであろう。

以上から、やはりこの法理においても、「相当程度の可能性」と医師の不作为との間には事実的因果関係が要求されているということになる。そしてこの事実的因果関係の立証の程度をどう考えるべきかという問題については、最高裁の判示に格別なんらの言及も見られない以上、原則どおり「高度の蓋然性」の証明が必要だろうと考える。とはいえ、法益じたいが「可能性」という性質のものである以上、因果関係の立証の緩和が実質的に図られることとなる⁵⁹。しかし、それはあくまでも反射的効果にすぎない。「生存可能性の議論」と「事実的因果関係の証明の軽減の議論」とは区別して考えなくてはならない。

第2節 「相当程度の可能性」の法益侵害が認められない場合の保護の是非

平成17年判決は、「相当程度の可能性」の法理を採用し、客観的に後遺症が残存しない可能性が存在するとはいえないとして賠償を否定した。そこで本件では、この可能性が認められない場合の保護の可否（すなわち、「適切な検査、治療等の医療行為を受ける利益」侵害に基づく損害賠償の認容の可否）について

新たに言及されることになったわけである。

これについては、本判決の多数意見、補足意見、反対意見のすべてが、「相当程度の可能性」が認められない場合での損害賠償を認容する余地ありとする点で共通しながら、反対意見のいう「適切な検査、治療等の医療行為を受ける利益」の捉え方および射程について見解の対立が見られる。

この法益は、「相当程度の可能性」法益のような生命・身体に引き付けられたものではなく、むしろ医療水準に適った医療行為に対する患者側の期待や信頼、または医療水準に適った医療行為をしなかった専門家たる医師への非難が前提にあるものと考えべきである。したがって、この利益は、従来の期待権論や治療機会喪失論に近いものだといえる。才口裁判官がこの利益を「期待権」と性質決定したのも、このような考え方によるのであろう。

このようにして、たとえば死亡に限っていうなら、①生命を法益とする場合、②「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」を法益とする場合、③「適切な検査、治療等の医療行為を受ける利益」を法益とする場合というように、患者側には3つの法益が認められることとなった。そしてこれを患者側の立証負担の容易さという観点から見れば、③→②→①ということになることからして、②は①の、③は②の受け皿的機能を果たしていると理解すべきものとする（「法益の三段階構造」^{60,61}）。

「相当程度の可能性」法益と「適切な検査、治療等の医療行為を受ける利益」は、全く異なる法益であるので、「相当程度の可能性」法益の射程が合理的範囲で画されているからといって、後者も限定的に画すべしという関係にはないともいえる。しかし、上述のような機能的観点からすれば、②で対応できない場面に初めて③が主張されることが多いことからして、独自の観点から③の保護をどんどん推し進めてしまうことは、結局は最高裁が②で保護拡大に歯止めをしようとした意図を蔑ろにしてしまうことになりかねない。期待権論や治療機会喪失論がその射程を歯止めなく拡大する契機を秘めていることは前述のとおりである。また、他の専門家の責任への波及効果も無視できないことなどか

らすれば、③の法益の認定には慎重になるべきと思われる⁶²。このように、まずは②の射程というものをきちんと把握したうえで、当該事案に応じて③の射程を考えていくというのが妥当であろう。

第5章 結語

以上、「相当程度の可能性」という概念を様々な観点から検討した結果、同概念は生命身体に引き付けられた新たな法益として理解すべきであり、たとえば患者死亡の事案では、①生命を法益とする場合、②「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」を法益とする場合、③「適切な検査、治療等の医療行為を受ける利益」を法益とする場合というように、患者側には3つの法益（「法益の三段階構造」）が認められることが明らかとなった。

しかし、本稿において「相当程度の可能性」の法理の射程が明確になったわけではなく、それを明らかにするためにも「医療過誤訴訟の特殊性」のさらなる検討が必要だと思われる。そしてこの射程の問題については、平成17年判決の反対意見にヒントが隠されているように思われる。すなわち、反対意見では、適切な医療行為を受ける利益について述べるにあたり、4つの最高裁判決を参照し、本利益はそれらの判決で認められた利益に勝るとも劣らないとした。②と③とは射程を考えるうえで切っても切り離せない関係にある以上、これらの最高裁判決、そして本法理に関するこれまでの判決を総合的に照らし合わせることで、この射程の問題についての答えを導き出せるのではなかろうか。この点については今後の課題としたい⁶³。

1 医療行為の特殊性と絡め詳細に述べるものとして、蒔立明・中井美雄編『医療過誤法』35頁以下（山本隆司）（青林書院、1994）や、加藤新太郎「医療過誤訴訟における因果関係」川井健・田尾桃二編『転換期の取引法—取引法判例10年の軌跡—』369頁以下（商事法務、2004）を参照。

- 2 病院によるカルテ等の改ざんも問題視されている。これに関しては、石川寛俊ほか『カルテ改ざんはなぜ起きる - 検証：日本と海外』（日本評論社，2006）が詳しい。
- 3 なお、イギリスにおけるこの法理に類似した概念である「可能性の喪失論」についての詳細は、荒谷謙介「イギリス医療訴訟における『可能性の喪失論』について」判タ1210号29頁以下（2006）を参照。
- 4 判時1923号26頁，判タ1202号249頁。
- 5 この最高裁判決に関しては，拙稿「判批（平成17年判決）」法時78巻10号77頁以下（2006）のほか，日山恵美「判批（平成17年判決）」医事法21号124頁以下（2006），円谷峻「判批（平成17年判決）」ひろば59巻9号68頁以下（2006）がある。
- 6 平成16年判決は，スキルス胃癌により死亡した患者の事案において，平成12年判決の法理を採用したものである。本法理が診療契約上の債務不履行責任についても妥当するとした点で一定の意義を有するものの，平成16年判決じたいはあくまでも事例判決であり，当法理に関して新たな言及をするものではなく（平沼高明「判批（平成16年判決）」民情220号66頁（2005），紙幅の都合から詳細な検討は割愛する。ただ，本法理の具体的事案への当てはめにおいて「相当程度の可能性」の立証の程度につき興味深い言及がなされているため，必要な限度で適宜触れることとしたい。
- 7 杉原則彦「調査官解説（平成12年判決）」曹時54巻4号207頁（2002）。なお，同「調査官解説（平成12年判決）」ジュリ1213号135頁（2001）も参照。
- 8 これらの議論につき詳細に述べる近時のものとして，石川寛俊「延命利益，期待権侵害，治療機会の喪失」太田幸夫編『新・裁判実務体系 第1巻 医療過誤訴訟法』288頁以下（青林書院，2000）。
- 9 渡辺達徳「判批（平成12年判決）」法セミ555号104頁（2001）。なお，新美育文「判批（平成12年判決）」リマークス24号61頁（2002）も参照。
- 10 平沼高明弁護士は，「期待権」判決と決め付けることは慎重を期すべきという。平沼高明「判批（平成12年判決）」民情175号60頁以下（2001）。その他この立場に立つものとして，稲垣喬「判批（平成12年判決）」民商123巻6号112頁以下（2001），溜箭将之「判批（平成12年判決）」法協118巻12号142頁（2001），窪田充見「判批（平成12年判決）」ジュリ1202号70頁（2001），加藤新太郎「判批（平成12年判決）」判タ1065号115頁（2001），鎌田薫「判批（平成12年判決）」セレクト'00・23頁（2001），潮見佳男『基本講義債権各論Ⅱ不法行為法』197頁以下（新世社，2005）など。なお，潮見佳男教授は，生存可能性を括弧に入れて延命利益と等視する。
- 11 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—2つの最高裁判決を機縁として」ジュリ1199号14頁（2001）。
- 12 新美育文教授は，従来の学説が，生存可能性が存在することについて高度の蓋然性があることを前提に議論をしているにもかかわらず，平成12年判決においてはそれが明らかでないことを指摘する。新美・前掲注（9）61頁。一方で平沼弁護士は，平成12年判決が「判文上，証明については何等ふれていないことから，証明度を軽減したものと解すべきでなく，「『相当程度の可能性』の存在については，通常どおりの証明が要求されている」という。平沼高明「判批（平成15年判決）」民情218号102頁（2004）。
- 13 杉原・前掲注（7）207頁以下。そして，まさにこのようにして事案の解決をしたのが平成16年判決である。寺沢知子「判批（平成16年判決）」民商131巻1号149頁（2004）も参照。
- 14 新美・前掲注（9）61頁，稲垣・前掲注（10）112頁。
- 15 この平成11年判決とは，医師が肝硬変の患者について肝細胞がんを早期に発見するための検査を実施しなかったためにかんにより死亡した事案において，最判昭50・10・24民集29巻9号1417頁（東大ルンパール事件）を踏まえて，「右は，医師が注意義務に従って行うべき診療行為を行わなかった不作為と患者の死亡との間の因果関係の存否の判断においても異なるところはなく，経験則に照らして統計資料その他の医学的知見に関するものを含む全証拠

- を総合的に検討し、医師の右不作為が患者の当該時点における死亡を招来したこと、換言すると、医師が注意義務を尽くして診療行為を行っ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であろうことを是認し得る高度の蓋然性が証明されれば、医師の右不作為ど患者の死亡との間の因果関係は肯定されるものと解すべきである。患者が右時点の後のかほどの期間生存し得たかは、主に得べかりし利益その他の損害の額の算定に当たって考慮されるべき事由であり、前記因果関係の存否に関する判断を直ちに左右するものではない」としたものであり、ここでいう「死亡」や「高度の蓋然性」の概念をめぐるは学説上さまざまな議論を惹起した。しかし、本稿では紙幅の関係上これにつき詳細な検討を加えることができない。主な評釈として、手嶋豊「判批（平成11年判決）」法教228号124頁以下（1999）、窪田充見「判批（平成11年判決）」民商121巻4・5号129頁以下（2000）、加藤新太郎「判批（平成11年判決）」NBL688号64頁以下（2000）など。
- 16 ただし、平成12年判決において、この平成11年判決は引用されていない。このことを指摘するものとして、大塚・前掲注（11）14頁。
 - 17 稲垣・前掲注（10）110頁。
 - 18 小池泰「判批（平成15年判決）」民商130巻4・5号284頁（2004）。大塚・前掲注（11）16頁。なお小池泰教授は、平成12年判決に関して、なぜこのような場合にまで医師に責任を負担させる必要があるのかという疑問が完全に払拭されていないという。
 - 19 稲垣・前掲注（10）111頁、加藤・前掲注（10）115頁など。
 - 20 溜箭・前掲注（10）142頁。
 - 21 稲垣・前掲注（10）113頁以下、同『医師責任訴訟の構造』314頁（有斐閣、2002）。
 - 22 溜箭・前掲注（10）145頁以下。
 - 23 杉原・前掲注（7）208頁以下。
 - 24 新美・前掲注（9）61頁以下、鎌田・前掲注（10）23頁など。
 - 25 大塚・前掲注（11）14頁以下、澤野和博「判批（平成12年判決）」名経法学10号197頁以下（2001）、窪田・前掲注（10）70頁など。澤野和博助教授は、厳密な資料や値を望みようがないことから、民事訴訟法248条の適用を認めて「相当な損害額」を認定していくしかないとする。
 - 26 この問題は、次章で扱う平成17年判決において顕在化することとなる。
 - 27 加藤・前掲注（10）115頁。
 - 28 杉原・前掲注（7）207頁。ちなみに、次章で取り扱う平成17年判決の原審では、ここでいう受忍限度の基準をもって、被保護利益性の判断がなされている。
 - 29 松並重雄「調査官解説（平成15年判決）」ジュリ1278号129頁（2004）。
 - 30 林道晴「判批（平成15年判決）」NBL792号73頁（2004）。その他に、平沼・前掲注（12）102頁も参照。
 - 31 小池・前掲注（18）287頁。
 - 32 塩崎勤「判批（平成15年判決）」民情212号66頁以下（2004）。同旨のものとして、林・前掲注（30）73頁。
 - 33 林・前掲注（30）73頁以下。
 - 34 手嶋豊「判批（平成16年判決）」判評552号20頁（2005）。なお、平沼高明「判批（平成16年判決）」民情220号67頁（2005）、寺沢・前掲注（13）149頁も参照。
 - 35 東京地判平16・1・22判夕1155号131頁。
 - 36 東京高判平17・1・18判時1896号98頁。
 - 37 ここで挙げられている法益とは、①患者が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意思決定をする権利（最判平12・2・29民集54巻2号582頁）、②乳がんの患者が、担当医師から、自己の乳がんについて乳房温存療法の適応可能性のあること及び乳房温存療法を実施している医療機関の名称や所在の説明を受け、担当医師により胸筋温存乳房切除術を受けるか、あるいは乳房温存療法を実施している他の医療機関において同療法を受ける可

- 可能性を探るか、そのいずれの道を選ぶかについて熟慮し判断する機会を与えられること（最判平13・11・27民集55巻6号1154頁）、③医師が末期がんの患者の家族等に病状等を告知しなかった事案において、家族等が告知を受けていた場合には、医師側の治療方針を理解した上で、物心両面において患者の治療を支え、また、患者の余命がより安らかで充実したものとなるよう家族等としてできる限りの手厚い配慮をすることができるようになり、適時の告知によって行われるであろうこのような家族等の協力と配慮（最判平14・9・24判時1803号28頁）、④帝王切開術を強く希望していた夫婦が、担当医から胎児の最新の状態等の説明を受けて、胎児の最新の状態を認識し、経膈分娩の場合の危険性を具体的に理解した上で、担当医師の下で経膈分娩を受け入れるか否かについて判断する機会を与えられること（最判平17・9・8裁時1395号1頁）、の4つである。
- 38 上告受理申立て理由が未公開のため詳細は不明だが、1次的に「相当程度の可能性」の存在を主張したことによると思われる。なお、本件の特徴については、日山・前掲注（5）128頁以下も参照。
- 39 新美育文「判批（東京地判昭56・10・27判時1046号70頁）」ジュリ787号81頁（1983）、同・前掲注（9）62頁を参照。
- 40 稲垣喬「医療過誤と被害法益」同『医事訴訟と医師の責任』320頁（有斐閣、1981）や渡邊了造「過失あるも因果関係がない場合の慰謝料」判タ686号69頁（1989）など。
- 41 石川寛俊「治療機会の喪失による損害—期待権侵害論再考—」自正39巻11号29頁以下（1988）など。とはいえ、全くこの議論が途絶えてしまったわけではなく、従来のがん診療の領域からの適用場面の拡大傾向が見られるとの指摘がある。前田達明ほか『医事法』317頁以下〔稲垣喬〕（有斐閣、2000）。
- 42 蒔・中井編・前掲注（1）124頁〔田中実・尾藤廣喜〕などを参照。
- 43 溜箭・前掲注（10）146頁。
- 44 加藤・前掲注（1）383頁。
- 45 溜箭・前掲注（10）141頁。
- 46 もっともこの点につき、立証に係る事実関係の不明の事実は、「とりもなおさず医師の義務違反たる事実そのものであって、非難さるべき自己の行為結果を根拠に（「相当因果関係なし」との法技術概念を媒介にして）責任を免れるとするのは著しい背理である」との鋭い指摘があったが（石川・前掲注（41）32頁）、平成16年判決によりこの「著しい背理」は払拭されることとなる。
- 47 吉田邦彦「判批（平成11年判決）」判評490号28頁以下（1999）、水野謙「判批（平成11年判決）」ジュリ1165号84頁以下（1999）など。ただ、延命利益論や治療機会喪失論についてその適否を論じるものではないとの見解も根強く存在する。加藤・前掲注（10）115頁、同・前掲注（1）383頁。
- 48 八木一洋「調査官解説（平成11年判決）」曹時52巻8号199頁（2000）。
- 49 大塚・前掲注（11）14頁。潮見教授が両者を等視するのも、こう解することによるのであろう。前掲注（10）を参照。
- 50 石川寛俊「期待権の展開と証明責任のあり方」判タ686号28頁以下（1989）、同・前掲注（41）38頁以下、同・前掲注（8）295頁。
- 51 石川・前掲注（41）32頁。
- 52 弁護士に責任に近似したものととの指摘もなされており、他の専門家への波及も十分に考えられる。石川・前掲注（50）28頁、同・前掲注（41）38頁。
- 53 大塚・前掲注（11）14頁。
- 54 石川・前掲注（41）29頁。
- 55 石川・前掲注（41）40頁。
- 56 大塚・前掲注（11）14頁。なお、円谷峻教授の『「相当程度の可能性の存在」という形にメタモルフォーゼされた『軽減された因果関係』』という表現もこれに近いものと思われる。

- 円谷・前掲注（5）73頁。
- 57 潮見佳男『不法行為法』134頁（信山社，1999）。
- 58 窪田・前掲注（10）70頁の指摘するように，結果が実質的に同じになるにすぎないと考えればよいのではないか。
- 59 稲垣・前掲注（10）111頁，林・前掲注（30）73頁，飯塚和之「判批（平成16年判決）」判タ1157号120頁（2004）。
- 60 大塚・前掲注（11）16頁。なお，飯塚・前掲注（59）120頁も参照。
- 61 とはいえ，請求の順序がこの通りでなければならないことを意味するわけではない。
- 62 平成17年判決の事案においてこの利益侵害に基づく賠償義務が認められるべきかについては，拙稿・前掲注（5）80頁以下を参照。
- 63 ちなみに，本法理を採用した下級審がすでに多々現れている。なかには，「手術を受けないで済んだ相当程度の可能性」について判示するものもあるなど（京都地判平17・1・11 LEX/DB），本法理の射程は非常に流動的であり，こうした検討は急務の課題といえよう。なお，下級審の動向について言及するものとして，手嶋・前掲注（34）20頁，飯塚・前掲注（59）116頁以下。

提出年月日：2006年9月15日