

# 医療過誤における「相当程度の可能性」法理

— 登場から八年を経て —

野々村 和 喜

はじめに

- 一 「生命・身体」保護の外延
  - 二 「生命・身体」保護と「相当程度の可能性」法理
  - 三 「可能性」保護の意義と限界
- むすびに代えて

はじめに

最高裁第二小法廷平成二二年九月二二日判決（民集五四卷七号二五七四頁—以下「平成二二年判決」）をリーディングケースとする法理、すなわち、医師らの過失（診療当時の水準を逸脱した医療行為）がなければ患者がより良好な

医療過誤における「相当程度の可能性」法理

同志社法学 六〇巻七号 五七五（三五九三）

転帰であった「相当程度の可能性」の侵害についての責任を認める法理は、裁判例における用語法の定着をみるかぎり、確立をみたと評しうるであろう。本稿は、登場から八年を経て、この法理が実務上積極的に運用されるようになっていくことをにらみつつ、次に述べる観点——とりわけ、生命・身体保護の外延とその拡張という経緯・機能を重視する観点——から若干の考察を試みるものである。

医療側に水準的医療からの逸脱と評価される行動（過失）が存在するにもかかわらず、その医療行為と患者の死亡等との間の因果関係が証明されない場合に一切の救済を否定することが公平といえるのかという問題は、裁判例や学説において、ながらく共有され議論されてきた。<sup>①</sup>「相当程度の可能性」法理が、そうした経緯のもとに登場したものであることは繰り返すまでもない。

同法理は、「可能性」という法益を新たに認知した点に最大の特徴がある。しかし機能的にみれば、因果関係立証におけるよりも軽減された立証負担のもとでの救済余地を切り開くという点にこそ、その意義がある。<sup>②</sup>そして、この機能面に限定していえば、学説も概ね好意的に受け止めているといえる。<sup>③</sup>そのうえで問題であるのは、そうして因果関係立証の壁を突破した先にひろがる領域がどのように規律されるべきか、右法理が裁判実務でどのように運用されることを予定していたのかという点に関して、平成一二年判決が、多分に不透明な部分をのこすものであったようにおもわれることである。

ここで実質的に問題とされているのは、死亡等に対する因果関係が証明されない場面の救済如何である。この前提を共有する限り、<sup>④</sup>法的責任の論証として、「生命・身体」と異なる法益を観念して、その侵害の事実を認定することが不可欠である。「相当程度の可能性」なる法益の認知がそのための法技術であったことも、また明らかである。しかしながら、この法益（技術概念）を法的事実へと高め、具体的事案においてその侵害有無を認定してゆくには、それを規定

すべき右法理の理論的内実——言い換えれば、「可能性」保護という技術の採用を通じて救済領域を拡大すべき論拠は——が備わっていないなければならない。そしてこれは、平成一二年判決の示したこの技術的構成を眺めたただけでただちに見出せるものではない（まして、右判決の法技術的構成のみから演繹されるべきものでもない）。

右の点は、裁判実務における法理の運用にとって決定的に重要であるにもかかわらず。平成一二年判決は、この点について多くを語らなかつた。とりわけ、死亡等との因果関係を基礎とする生命・身体侵害の不法行為との関連、および、「期待権侵害」構成等すでに下級審で展開をみせていた既存法理との関連についてはほとんど不明なまま、「相当程度の可能性」保護という法技術的構成（形式）を充填する理論的内実（実質）は、多様な解釈に開かれたものとなっている。<sup>6)</sup>

ある時点で水準適合的な医療が実施されていればより良好な結果が得られた「可能性」の保護なる構成は、前記の不透明さが拭えない状況のもとでは、一面において、当該症例に対する水準適合的医療の効果として統計上有意な数値が認められるか否かそれじたい（しかも、訴訟では常に事後的な視点で確認される）を主題として、いわば、問題の診療時点に存在した「抽象的確率に賭ける機会」に保護利益性を見出す可能性を排除できないであろう。しかし他面では、そのような確率的利益に対する法的保護の是非が裁判実務に委ねられた場合には、「期待権」保護の是非、重過失を要求してのバランス確保といったすでに存在する議論を想起し、かつ「可能性」法理にそのような要件が付加されていないことを想起するだけでも、そこに一定の躊躇ないし混乱がもたらされうることは容易に想像できるところである。実際の観点からみても、個々の患者が具体的に示す兆候・症状に対し複数の可能性を想定しながら、順次試行的な処置を試みるという臨床医療の特質にも想到するなら、右の意味での「可能性」保護が医療実践の行動モデルに与える影響は、とりわけ深刻なものともなりうる。<sup>6)</sup>

「相当程度の可能性」法理は、平成一二年判決ののち、三件の最高裁判所判決<sup>7)</sup>によって展開され、また下級審裁判実

務にも着実に浸透をみせている。<sup>8)</sup> そのようなことからすれば、右法理の運用実態の総合的観察を通じて、現在までに、右法理にどのような理論的内実が充填されてきているかを検討する作業がなされて良い段階に差し掛かっているといえる。しかし、この観点から下級審裁判例をみると、「可能性侵害」慰謝料」という扱いが主流を形成してきている一方で、そこでの「可能性侵害」には、過失と結果の因果関係不存在を前提に別途「水準適合的医療（すなわち行為）への期待」を保護するという方向、結果不発生の蓋然性は認められないが一般的な改善効果が期待できること示す事実可依拠すること、「適切な治療（すなわち治療効果）を享受する機会」を保護するという方向、さらには、結果不発生の蓋然性は認められないけれども当該患者に具体的改善効果が生じ得た可能性を示す事実可依拠すること、「当該結果不発生の可能性」を保護する方向など、実体的法的にみて区別されるべき複数の展開方向が示されているようにおもわれる。<sup>9)</sup> このような状況が生じているとしても、それは前述の「相当程度の可能性」法理が当初から抱えてきた不透明さゆえのことであり、驚くに値しない。しかし、こうした展開状況を理論的に検証するには、いま一度平成一二年判決に立ち返って、「相当程度の可能性」法理が「生命・身体」侵害の外延拡張という経緯・機能を背負って登場したものであることを意識した観点からの考察が不可欠とおもわれるのである。<sup>10)</sup>

## 一 「生命・身体」保護の外延

### 1 緒論

前述のように、「相当程度の可能性」法理は、医療側に水準的医療からの逸脱と評価される行動が存在するにもかかわらず、その過失ある医療行為と患者の死亡等との因果関係が証明されない場合に一切の救済を否定することが果たし

て公平といえるのかという問いかけに対する、判例理論からの応答である。そしてそうであるならば、「可能性」法理にどのような理論的内実を読み取るべきかという問題に際しても、この法理が既存理論のどのような課題を克服する手段として示されたものだったかという観点から、右の「機能的関連」を重視した考察がひとまずおこなわれるべきではないか、というのが本稿の基本的スタンスである。

一般的にいえば、因果関係証明における真偽不明のリスクは原告の負担であり、その証明に失敗すれば、実体的には、生命等の利益侵害はなかったというほかない筋合いである。そのうえで従来意識されてきたことの一つは、医事訴訟一般に存在する証明困難要因に照らして、生命・身体保護という法目的の実現を上記証明責任の一般原則に委ねることの問題性であった。<sup>11)</sup> すなわち、一定の医療上の作為・不作為が過失と評価される場合に、その実施されるべきだったとされる水準的医療には当該患者に対する有意な改善効果（以下、治療法の「有効性」と呼ぶ）が予定されているはずであって、そうであるにもかかわらず、患者の生命・身体に消長を及ぼし得たとの実体的評価（過失）と、より良好な生命・身体状態に対する因果関係を否定する判断の並存は、ある種の評価の矛盾であるとみる余地があるからである。<sup>12)</sup>

「相当程度の可能性」法理を、仮に右問題状況の克服を目的とするものと位置付けた場合、問題は、「生命・身体」に対する実体的保護要請と訴訟上の帰結との間に、具体的にどのような矛盾ないし齟齬が指摘されるのかということである。そしてこの点の明確化が、「可能性」利益の解釈にとって一つの手がかりを提供しようと考えられるのであり、そのような観点から、「可能性」法理の内実に関する一つのあり得る理解を示すことが本稿の目標にほかならない。

## 2 「生命・身体」利益と治療の有効性

死亡等に対する因果関係が証明されない場合の救済法理の理論的内実について、そもそも、前述のような評価の矛盾

(生命身体保護の見地からは、実体的不正義にほかならない)に基礎を求めることが許されるのか否かじたい——ここでの問題を、生命・身体保護の延長で捉えるべきかどうかじたい——異論がありうる。そこで、この点を明らかにするため、不法行為法における「生命・身体」の捉え方、それによって解釈上規定される生命身体に対する実体的保護の外延如何について、まず簡単に考察しておきたい。

生命・身体は絶対的に保護すべきものとされ、その侵害に対しては、金銭賠償原則のもと、侵害がなかったとした場合の稼働可能期間や障害等級を基礎に算出される実損害(主たるものは逸失利益)の賠償をもって被害者の不利益を填補するというシステムが採用されている。これを前提にした場合、問題の行為にかかわらず生存期間や障害程度に変動がなければ、賠償されるべき損害がないために生命身体保護は問題となりえない。裏返せば、生命身体保護の外延は、生存期間や障害程度の有無によって画されると一応考えることができる。

それでは、生存期間や障害程度は、生命身体侵害の成否判断にどのように関わってくるであろうか。要件論に即して考えれば、①潜在的抽象的に侵害対象となりうる人の「生命・身体」利益を如何に把握すべきものなのか(侵害の前提として個人に帰属する利益の具体的かつ量的な把握が必要か)という問題と、②そのように把握された「生命・身体」が現実侵害されたか否かはどのように確認されるのか(行為と利益侵害の間に原因結果関係を認めるにつき、どのような結果が引き起こされたのかという意味で、不利益の量的側面までもが特定される必要はあるか)という問題に分けて考えることができるであろう。前者は損害論、後者は因果関係論に関わる問題である。

①に関して、因果関係によって加害行為との連結をすることになる結果は何かを考えてみた場合、侵害された生命とは「平均余命期間」により把握される生存状態をいうのか、それとも「(存続を予定した)生存状態そのもの」をいうのかという問題があり、身体についてもやはり、「健全な状態」をいうのか「現実の障害に比して良好な状態」をいう

のかという問題がある。<sup>13</sup>これに関する最高裁判所判決は存在するが、その意義ないし位置付けは後にみることで、ここではやや慎重に、次の点を確認しておきたい。

現在の実務によれば、最終的には、賠償されるべき損害（逸失利益）を生存期間や障害等級を基礎に具体的に算定することとなる。そこから翻って、侵害対象たる「生命・身体」利益じたいも量的に観念すべきものであるか。交通事故事例など、被害者に対し外在的な危険によって被害が生じる事例では、おそらく、「生命・身体」利益に量的要素が不可欠と考えるか否かによって大差ないであろう。端的に表現すれば、この種の事例では多くの場合、不法行為がなければ不法行為以前の生存状態・身体状態をそのまま維持していたと想定することが可能だからである。より正確にいえば、被害者の「生命・身体」利益の量的側面は、（それが不可欠の要素であると考えとしても）不法行為成否レベルでは事件外在的な事実（別な言い方をすれば、被害者に固有の事実として）位置づけられ、実際の判断においては、それを徴表する事実（死亡ないし傷害）の発生をもって法益侵害を認定すれば足り、死亡それじたい・傷害それじたいを引き起こした関係として因果関係を認定すれば足りるからである。<sup>14</sup>

なお、未就労年少者の死亡事例などで指摘される問題として、一般的な平均余命期間や全労働者平均賃金などに基づく抽象的損害計算（控え目な算定論）の正当化の問題がある。<sup>15</sup>これに関して最近では、たとえば規範的損害論に示唆を受けつつ「最小限の損害の賠償」が論じられ、損害評価の問題を、事件外在的に予定された量的な生存状態・身体状態に直結させない考え方（具体的損害計算に対する消極的態度）が主張される。<sup>16</sup>しかし、すくなくとも不法行為成否レベルにおいては、量的な利益が事件外在的に予定されていることに変わりないとおもわれる。

以上に対して、とくに医療過誤事例で意識せざるをえない問題は、たとえ患者が死亡した事実があるからといって、患者の「平均余命」が侵害されたと想定することが事案の性質上不可能ということである。<sup>18</sup>この種の事例の潜在的被害



者(患者)は、当初から自己の生命・身体に現実的危険(疾患)を抱えており、潜在的加害行為である医療は、その改善・治療を、指して実施されるものであるがゆえに、量的な患者の「生命・身体」を事件外在的に予定することができない。言い換えれば、ある時点で一定の医療が実施されたと仮定して、その後どのような経過を辿ったのかを考慮し、想定される仮定的結果が現実の結果と異なることを事件内在的に確認してみなければ、当該患者が、医療によって「生命・身体」利益を左右される(逆にいえば、医療がその患者に対する関係で潜在的加害者となりうる)存在だったのかじたい確認不可能である。その意味で、この種の事例において、被害者が有する「生命・身体」利益の内容として事件外在的に予定できるのは、せいぜい、水準適合的医療の実施により存続しうる生存状態を抽象的に予定できるとどまる。

このような特徴を踏まえれば、医療過誤事例においては、被害者の「余命期間」を予定する(そのうえで、医療行為と平均余命喪失との因果関係を問う)考え方は適合的でないといわざるを得ないであろう。この種の事例では、「生命・身体」利益の有無それじたいを、当該患者に対し想定されえた医療行為の有効性に基づいていわば事件内在的に特定していく必要があるという点に、類型的な特殊性があるといえるのではなからうか。<sup>20)</sup>

以上のような理解が許されるならば、適応ある治療法の有効性(当然、有効な治療法がない場合もありうる)に応じ、幾ばくかの改善がもたらされる場合から完治する場合まで連続的に分布することとなる生存状態の存続期間は、すべて患者の「生命・身体」利益の範囲内にあり、その間に法益としての質的相違はないといふべきであろう(有効な治療が受けられなかったことにより死期が早まったこと・障害がより重篤になったことじたいが生命・身体に対する不利益といっても良い)。むしろ問題は、この意味での患者の「生命・身体」利益の有無ならびにそれが現実に侵害されたことの確認が、行為と結果(生存状態そのもの、またはより良好な身体状態)の因果関係判断に、つまり、過失行為が



なければ、どのような結果がもたらされたのかという因果関係判断に融合せざるをえないことであり、実際に生命存続期間の短縮が生じたのか否かの証明が改めて原告に突きつけられることである。

### 3 「生命・身体」侵害の限界とその克服をめぐる議論

そこで前記②に関して、因果関係判断として「存続を予定した生存状態」あるいは「より良好な身体状態」が害された（当該医師との関係で当該患者に生命・身体の実体的利益が存在し、かつ、その侵害がある）との判断を下すうえで、はたして、その不利益の具体的程度（予定された生存期間、または不適切医療に起因する身体状態憎悪の程度）が確認されなければならないものであろうか。（以下、叙述簡略化のため生命侵害のケースに限定して述べる。）

医療過誤における因果関係認定は、作為事例であれ不作為事例であれ現実の事象経過の確認に困難が伴わざるをえない（身体内部性、個体差、不確実性の問題）。そのため、当該患者が具体的にどれだけ生存し得たかは、当該患者の症状に対し有効性が認められる治療法がその理想的経過を辿る確率（以下、「奏功率」と呼ぶ）に大きく依存することになる。したがって、不利益の具体的程度の証明が必要と解せば、確実な効果を発揮する治療法はほとんど考えられないのであるから原告の立証困難は看過しがたいものとなる反面、不要と解する場合には、たとえば奏功率が統計的に四〇％程度で、当該患者に適用すれば理想的経過を辿ったかもしれないし辿らなかったかもしれない場合（まさに真偽不明の場合）に死亡との因果関係を肯定すれば、実質的にみて「抽象的で確率的な利益」の保護利益性を容認することにつながるのではないかとの懸念を生じることになる。前述のように、医療にかかると患者の「生命」は具体的な量を想定しうるものでないとするれば、侵害された利益の量（因果関係）が証明されないと原告請求を棄却することに実体的問題が指摘される余地はある。しかしながら他方で、ある有効な治療法の奏功率が統計的にゼロでないとしても、当該

患者に効果がなかった可能性もゼロではない以上、何らかの具体的な延命効果があったとみることもできない(効果がなかったことの立証を医療側に要求することも、杜撰な診療であったなど別途の価値判断を持ち込まない限り正当化は困難である)。そしてこの点を重視する観点からは、「生命・身体」侵害には、侵害された利益の量を確定できるか否かという一線で限界を画されることになる。

ところで、従来いわゆる「延命利益」侵害は、たとえ奏功率が低いとしても、その確率に依じて利益侵害を認めよとするものであった<sup>21)</sup>。また、「少なくとも五・六〇パーセントの救命(治癒)率が認められ、……少なくとも医師がその治療行為の必要な部分で落ち度のある行為をした場合、同落ち度のある医師の行為と患者の同五・六〇パーセントの救命(治癒)の可能性との間には事実的因果関係を認めるのが相当である」とする見解も同様であり、さらに、いわゆる確率的心証論<sup>22)</sup>、割合的因果関係論、延命機会喪失論<sup>23)</sup>も、法律構成は大きく異なるにせよ思想的には同一の基盤にたつものといえる<sup>24)</sup>。すなわち、前項での考察を踏まえていえば、これら見解の基礎には、医療に生命身体を委ねる患者は、当該医師との関係においてみずからの生命・身体に対する利益として、有効な治療法の範囲内でみずからの健康回復・生命維持を享受する利益を有している(しかも医師は、それを可能とする治療法の不実施ゆえに過失ありと評価されている)のであり、奏功率が皆無であればともかくそうでない限り、生命身体保護の一貫として何らかの救済が与えられるべきである、との考え方が最も基礎的な部分で共有されているということが許されよう。

もっとも、下級審裁判例における「延命利益」構成には、なおも具体的延命「期間」にこだわる姿勢が散見され、およそ慰謝料の賠償に限定され、生命・身体との同質性を説く諸見解にはやはり一致しない傾向がみられた<sup>25)</sup>。そこには、患者固有の「余命期間」を前提に、しかし生命・身体とはもはや異質な利益として「延命」それじたいの保護が構想されていたものとみうる<sup>26)</sup>。他方で、次に挙げる学説の熱心な議論にもかかわらず、裁判例における「期待権」概念が「延

命利益」、「延命可能性」概念と混交し、延命利益においても医師側の行為態様との相関的判断をおこなう事例がみられたことも、同様の観点から理解可能であるようにおもわれる。

他方、裁判例における「延命利益」構成の足踏み状態を背景に、「延命可能性」、「治療機会」、あるいは「適切な治療を受ける期待」など、現実の結果に徴表される不利益ではなく、理論的には、水準適合的医療の享受をそれだけに保護利益性を見出す見解も有力に主張されてきた（これに分類すべき裁判例はかなり多い<sup>28)</sup>）。それによれば、有効性がありかつ奏功率が皆無でない医療を受けることじたいが、患者の利益であるとされる<sup>29)</sup>。こうした期待権等の利益概念の正当化手法には、患者側に存在する権利・利益の内実を明らかにして積極的位置付けを与えるため、「生活（生命）」の質ないしはライフスタイル」の追求（期待権）、あるいは、より客観的な利益の定立を目指して医療に寄せる患者の信頼への裏切り（治療機会）に要保護性の契機が求められてきたが、前記延命利益構成等との対比において、それらに共通する法律構成としては、診療契約上の債務として水準的医療の提供をそれじたいが保障されているとの論拠に落ち着くようである<sup>30)</sup>。

こうした見解に対しては、従来、そこで主張される法益（期待権、治療機会等）と義務違反（医療水準違反の過失）との同一性に批判の矛先が向けられてきたけれども、こうした批判は、あくまで生命身体を基点にした客観的利益（「結果関連法益」）を構想する立場と、患者の医療への参加意識の高まり（自己決定思想に基づく人格展開の尊重）を受けて医師らの行動そのものに手段的価値を認め「行為関連法益」へと枠組みを転換しようとする立場との間の、一種の見解の相違ともいえるものだったといえる<sup>32)</sup>。そのように捉えるならば、これら二つの立場の実質的な対立点は、むしろ、個々の患者の権利保護を發動することを通じて医療の自律的展開（適切な医療提供）を支援するという法の機能<sup>33)</sup>に照らして考えた場合に、個別紛争事例を通じて医療と患者の緊張関係を調整する枠組みとしていづれが適合的かということ

であるようにおもわれる。

それとの関連で、期待権侵害・治療機会喪失の考え方に關し多少気になるところを述べてみると、まず、この立場によると、実質的には、疾患の治療・改善の「抽象的確率に賭ける機会」を患者に認めることになるであろう。しかし実際の訴訟において、当該患者に治療・改善の効果をもたらした治療法の種類・有効性・奏功率の確認は、診療時点の医師らの視点ではなく事後的な視点ですることにならざるを得ない。そうすると、場合によっては、医師らの実践的行動モデル（主として、試行的処置の反復を想定している）から乖離した判断が下される危険性はないのか（たとえば、後にみる平成一二年判決のような救急事例で、医療水準としては患者の症状に照らし優先的に疑うべき疾患があったが、それと異なる順序で疑いをもつたために実際の疾患の処置が多少遅れ、先に疑っていた場合に比してやや回復が遅れる結果になった場合）、また、そのような危険を抑制するために重過失を要求し、あるいは現実的被害の発生や発生結果の重大性（死亡等）が要求されるとすれば、全体としての理論構成がやや擬制的な色彩を帯びることにはならないであろうか。

少し逸れてしまったが、以上の対比によると、医療の特殊性に鑑みれば患者は治療法の有効性に応じた「生命・身体」利益を有すると考えとしても（前項②）、なお因果関係において当該利益の現実的侵害の有無を判断する際に奏功率の高低に左右されざるをえない状況に直面せざるをえず、そこに「生命・身体」侵害の限界が存在するとともに、従来、次の二つの展開方向が生じていたということができるようにもわれる。すなわち、あくまでも実体的「生命・身体」利益の十全な保護を目指しての「結果関連法益」指向か、それとも、新たに医療の手段的価値を認めての「行為関連法益」指向かである。

## 二 「生命・身体」保護の外延拡張と「相当程度の可能性」法理

### 1 承前

一にみたように、医療過誤事例における潜在的被害者（患者）は、当初から自己の生命・身体に現実的危険（疾患）を抱える者であつて、他方、潜在的加害行為である医療は、その改善・治癒を目指して実施されるものである。それゆえに、独立した存在としての患者に固有の利益としての「生命・身体」を事件外在的に予定することはできない。むしろ、当該医師と患者の間の（一般的には受診という形ではじまる）現実的接觸關係に照らしながら事件内在的に確定しなければならぬといえる。

この理解を前提にすると、実際の事案では、患者が、医療によって生命身体を不利益に左右されうる（医療がその患者に対して潜在的加害者となりうる）存在であつたか否かは、患者の「存続を予定された生存状態」を予定し、それが有効な治療によつて実現されえたのか（因果關係）を問うなかで、「存続を予定された生存状態」の侵害の有無が一体的に判断されると考えられる。そして、このように考えるかぎり、治療法の有効性の程度に応じ連続的に分布する多様な生存期間の間に、法益としての質的相違はないといふべきであろう。

問題は、因果關係の立証においてふたたび、具体的な生存期間の証明が原告の前に立ちはだかることになるのか否かである。これを克服する考え方としては二つの方向性が考えられる。第一は、医療に生命身体を委ねる患者は、当該医師との關係においてみずからの生命・身体に対する利益として、有効な治療法によるみずからの健康回復・生命維持に対する利益を有している以上、当該治療法が奏効したか否かの真偽不明のリスク一切を患者側に負担させることには実体的正義に悖るとの評価を基礎に、有効な治療法の奏効率に応じた救済を目指すという方向であり（結果関連法益）

指向)、第二は、医師らの行動そのものに手段的価値を認めて「行為関連法益」へと枠組みを転換し、水準適合的医療そのものを受けける利益の保護を目指す方向である。

以上を踏まえながら、次に、判例理論における生命身体保護の外延拡張(「相当程度の可能性」法理の採用)に関わる一連の最高裁判決の軌跡を辿ってみたい。その際、とくに留意する必要があるとおもわれるのは、一つには、治療法の奏効率に由来する因果関係立証困難の克服には、終局的に、「抽象的で確率的な利益」の保護を認める結果となりかねないという問題であり、この点に関する判例の立場をどのように理解しうるかという点であり、いま一つは、判例理論が生命身体保護の外延拡張に踏み出すにあたって、結果関連法益と行為関連法益との決定的な枠組みの相違に対して如何なる態度決定をおこなっているとみうるかである。これらの点に留意しながら一連の最高裁判所判決を観察し、「相当程度の可能性」法理の内実に迫ってみたい。

## 2 最高裁判第一小法廷平成一二年二月二五日判決と積み残されたもの

平成一二年判決により「相当程度の可能性」法理を打ち出す直前、最高裁は、医療過誤事例における生命身体保護の外延に関して重要な判断を示している。すなわち、最高裁判第一小法廷平成一二年二月二五日判決(民集五三巻二号二三頁―以下「平成一二年判決」)がそれである。

この事件で扱われたのは、次のような事案である。患者Aは、B病院でアルコール性肝硬変と診断され、肝臓病専門医Y医師が経営する医院を紹介されて、同医院で二年八ヵ月計七七一回到わたり継続的に受診した。Y医師は、Aには肝細胞ガン発生の危険が高く経過観察を要する患者群に属していたにもかかわらず、肝ガン発見に有効な諸検査を実施しないまま内科的治療を行うにとどまり、Aが死亡する直前によくAFP検査を実施した。検査結果はやや高い数

値を示していたがY医師は陰性である旨を告げ、数日後Aは腹部膨隆・右季肋部痛を訴えたが筋肉痛だと告げた。その翌日、Aは他院を受診したが、そこで腫瘍破裂による腹腔内出血を起こしていることが判明し、数日後、同院にて肝ガンの確定診断が下されたが、その時点ではもはや処置の施しようがなく、診断の五日後に肝不全で死亡した。

本件における最大の争点は、Aの生命侵害の基礎としての、Y医師の検査懈怠・早期発見義務違反とA死亡との因果関係であった。ここまでの考察を踏まえていえば、Aは、適切な検査により肝ガンが発見され、適切な治療を施されることによって回復維持が可能な「生命・身体」を享受するという利益に関して、検査懈怠と死亡との因果関係において、そのような利益が当該Aに存在していたか、現実には侵害されたといえるかが問われたことになる。

この点、原判決は、Y医師には肝ガン発見のための定期的検査実施を怠った過失があると認定したうえで、当該検査が実施されていれば遅くとも確定診断の六ヵ月前には根治術が可能な状況で肝ガンを発見できたであろう高度の蓋然性があるとしながら、その時点でAに適切な治療が実施されていればある程度の延命効果が得られた可能性はあるがどの程度延命できたか確認できないとし、Yの過失とAの死亡との間の「相当因果関係」を否定し、適切な治療を受ける機会を奪われ延命可能性を奪われたことによる慰謝料三〇〇万円を認容している。根治可能な時点での肝ガン発見につき高度の蓋然性が認められるとすれば、現実にはAの生命が侵害されたことを強く推測させるにもかかわらず、「いつの時点でどのような癌を発見することができたかなどの本件の不確定要素」に照らして結果的に因果関係を否定した判断には、治療（検査）の有効性に応じたAの利益を認めつつ、如何に高確率であっても抽象的確率的な治療効果じたいを保護することへの躊躇（行為と利益侵害との個別的因果関係へのこだわり）がうかがえる。

これに対し最高裁は、東大ルンパール事件判決の準則が不作為の因果関係にも同様に妥当することを確認したうえで、因果関係において確認すべきはAのどれだけの生存期間が奪われたのかではなく、「患者の当該時点における死亡」



が引きおこされたこと、すなわち、「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」が高度の蓋然性をもって確認されれば足りるとした。この判示によって実際上原告の立証負担がかなり軽減されることは明白であるが、ここまでの考察を踏まえると、その規範的含意を次のように解することはできないであろうか。

本件においては、検査実施とそれに続く治療によってAにもたらされた効果として、完全に手遅れであった可能性から「相当長期にわたる延命」が可能であった場合まで、連続的で幅のある効果が想定されている。この点、見方によっては、実際に当該Aに生じた結果はそのうちの一つでしかありえない以上、特定期間生存しえたことの蓋然性が認められない限り、Aの具体的利益侵害が証明されたとはいえないとの考え方も当然ありうる（原判決をはじめ、従来の裁判例に多くみられた傾向はこうした考え方に基づくものと理解できる<sup>35)</sup>）。しかし最高裁は、治療可能な時点での肝ガン発見の高度の蓋然性を前提に、「肝細胞癌に対する治療の有効性が認められない」のでない限り、何らかの改善効果が得られたことの蓋然性が認められれば生命侵害と評価できるとしている（当該死亡の時点でお生存していた蓋然性は、その趣旨をいうものとして理解できるであろう<sup>36)</sup>）。つまり平成一一年判決においては、患者の有する生命利益が、有効な治療法による改善効果を享受することじたいとして捉えられており、その点を明らかにした点にこそ意義があるようにおもわれる<sup>37)</sup>。

他方、このような理解が可能としても、平成一一年判決では、何らかの改善効果をもたらされたことについて「高度の蓋然性」による証明が要求されている。これについては、証明度に関する一般論に容易に変更を加えにくかったからであろうとの推測が成り立つが、同時に、事案によってはなお原告に過酷な立証負担を課すことになりうる点に注意する必要があるとおもわれる。

平成一一年判決の事案では、肝臓ガンは早期発見早期治療による改善効果が大きいものであるうえに実際の検査懈怠

が相当長期にわたっていたことで、適時の検査がされたとした場合に想定される効果に幅があり、それら改善効果が得られた確率は相対的に増加するとともに、仮定的事象経過を辿る際の不確実性を補うべく経験則が入り込む余地も比較的ひろく、患者Aにおける生命利益の存在とその侵害（何らかの改善効果）という因果関係証明が「高度の蓋然性」に達しやすい状況が整っていたといえる。これに対して、医学的に有効性はあっても奏功率がさほど高くない医療（たとえば一般に予後が悪い疾患の治療や、一定の救急医療など）が問題となる場合には、たとえ因果関係の終点を何らかの改善効果に見定めるとしても、高度の蓋然性を判断する際に経験則が入り込む余地は狭くなり、当該治療法の奏功率そのものによって因果関係立証が大きく左右されやすくなる。そして、このような場合がどのように処理されるべきか、医療における生命保護は治療の有効性を享受する利益であることを示したこととの関係で矛盾しないのか。これが、平成一一年判決で積み残された課題であるといえる。<sup>88</sup>

### 3 有効性の高い治療法が問題となる場合（最高裁判平成一二年九月二二日判決）

平成一二年判決の事案は、突発的な背部痛を訴えて救急外来にてY病院医師の診察を受けたAが、診察中に切迫性急性心筋梗塞に至り、心不全により死亡したという事案であるが、受診からA死亡まで一時間足らず（診察開始から急変までは一五分前後）という時間的にきわめて制約された状況において、考えられる治療によって改善効果がもたらされた蓋然性が問題となったものである。

原判決（平成一一年判決以前）は、初診時に心電図が記録され早期に心筋梗塞の診断がされたと仮定しても「適切な治療をすればAを救命することが可能であったと認めることはできない」としたうえ、胸部疾患の可能性がある患者に対する初期治療としておこなうべき基本的義務が果たされていなかったことにより「適切な医療を受ける機会を不当に

奪われた」として慰謝料二〇〇万円を認容したが、Yからの上告に対して、最高裁は、「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かった場合において、右医療行為と患者の死亡との因果関係は証明されないけれども、医療水準になかった医療がおこな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なか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える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等として是認することができる」として、上告を棄却した。

右判示に対しては、当初、期待権侵害構成等の従来下級審裁判例に定着していた議論との関連・異同に注目が集まったように、本判決の最大の特徴は、死亡に対する因果関係が認められない場合の救済可否に関して、「期待権」の名の下に治療機会喪失による慰謝料を認めた原判決を「同旨」として是認しながら、あえてそれら構成を追認することはせず、新たに「可能性」なる法益を創造した点にある。これについて学説は、すくなくとも期待権侵害構成と矛盾するものではないとし、そのうえで、「可能性」侵害の基準がどのあたりにあるのかに、関心が向けられた。

この点に関して、平成一二年判決事案が患者死亡事例であり、「生命を維持することは人にとって最も基本的な利益」であることが論拠に掲げられているという以外、説示のうえで、この法理の内実・射程を浮き彫りにしうる要素はたしかに見当たらない。さらにいえば、期待権侵害構成等においては、責任範囲が過大に拡大することへの調整弁として医師らの重過失の必要が議論され、原判決においても「基本的義務」の忝りが治療機会喪失に結び付けられていたが、

それも、最高裁の説示からは落ちていない。また、本件で「可能性」を示す証拠として摘示されたのは、救命困難だが「但し、……確率は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」とした鑑定一件のみであった。

しかし、平成一一年判決との関連において平成一二年判決の事案を眺めた場合には、事案の特徴として、成功する確率は二〇パーセント以下と非常に低いとはいえず、想定される治療の有効性がきわめて高いケースだったことは、見逃されるべきではないようにおもわれる。平成一一年判決が、医療に関しては治療の有効性を享受する利益を「生命」利益として観念したとすれば、平成一二年判決の事案において、患者Aは、確率は二〇パーセントではあるがきわめて重大な利益を侵害される地位にあったといえる。しかし、一時間たらずの単時間に当該治療が奏効したか否かは、心証形成において経験則に期待できる余地はほとんどなく、判断の主たる資料は確率的数値にならざるをえない。本件にはこのような事情が存したがゆえに、そしてそれゆえにこそ、因果関係の証明度（高度の蓋然性）を乗り越えての救済が正当化されうるのだと解される。言い換えれば、「可能性」保護は、生命保護の外延を取り巻く補完的な法理とみるべきではないかと考えるのである。

### 三 「可能性」保護の限界

#### 1 承前

ここまでにみたように、平成一一年判決との機能的な関連を重視した考察からは、「相当程度の可能性」法理は、医療過誤事例における生命、実体的保護を貫徹するための補完的な理論枠組みとして理解することも可能とおもわれる。「その死亡時点でお生存していた高度の蓋然性」が認められる場合も、「その死亡の時点においてお生存していた相

当程度の可能性」が認められる場合も、いずれも、有効な治療法によって生命の維持を享受する利益（生命利益）が侵害されたという点で何ら変わりない。前者は因果関係、後者は保護法益という要件論上の違いはたしかにあるが、先にみたように、そもそも医療における法益認定・侵害認定は因果関係の判断と切り離せないものであるとすれば、右要件論上の相違があるからといって、両者の評価内容に実質的同一性を認めるについて障害はないであろう。

このような理解を前提にした場合には、「可能性」法理の意義ないし限界につき、次のような理解が可能ではないかとおもわれる。第一に、生命の保護が目的である以上、問題の医療行為に客観的有効性がみとめられなければならない。効果がなくとも現代医療の技術に賭ける利益、医療行為が杜撰であることによる精神的苦痛などが保護の対象となりうるかは、別途議論の余地があるとしても、可能性保護とは厳密に区別して議論されるべきであろう。

第二に、生命侵害・可能性侵害いづれにおいても、医療行為の奏成功率の高低によって直接救済可否が左右されるものではないことは、平成一年・平成一二年両判決によって宣言されているとみるべきであろう。むしろ、奏成功率が如何に低くとも、有効性の程度が大きければ、（その他の事実関係にもよるが）高度の蓋然性・相当程度の可能性を認定しやすくするべきもののようにおもわれる。そして、患者の死亡等が蓋然性をもって回避されえたのか、回避されえた可能性の程度にとどまるのか、行為と結果の因果関係についての心証形成がどの程度可能な事案かによって、いずれの構成により処理されるかが定まることになるのではないかとおもわれる。

第三に、それとの関連では、「可能性」侵害における損害如何が重大な検討課題になってくる。可能性侵害においては慰謝料のみ認められる傾向があるからである。しかし、事案の性質として、疾患が完治しない場合も多く含まれることを念頭に認容額の観察をおこなう必要があるであらうし、また、期待権構成との混交が生じていないかという点にも注意する必要があるとおもわれる。いずれにせよ、この点に關してはなお留保しなければならぬ。

以上は、あくまで本稿の考察から導かれる判例理解であり一つの可能性にすぎないが、以下では、その後に続いた三件の最高裁判所判決について、個別に、右のような理解が一応適用可能とおもわれることを示したうえで、各判決での評価内容が、たんに奏効率としての「可能性」の高低というにとどまらないものを含んでいることを確認しておきたい。

## 2 後続する最高裁判決への適用

### ① 障害における結果の量的側面と有効性の程度——最高裁第三小法廷平成二五年一月二一日判決

#### 〔事実の概要〕

Y経営の医院にて通院治療中のXが、通院期間中の深夜におう吐・吐き気が収まらない状態になったことから、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Xの母親が診察を求めたがすぐに診察されることはなく、四時間後によりやく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たXは、再びおう吐と発熱が続き、翌日早朝から呼びかけても返答しなくなり、午前九時前に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、①Yの適時の転送義務違反によって重度の脳障害を被ったことによる損害の賠償、②同転送義務違反により重度の脳障害が残らなかった相当程度の可能性が侵害されたことによる損害の賠償を求めたというものである。

原判決は、Yの転送義務違反を否定しつつ、仮に転送義務違反があったとしても、統計資料によれば早期転送によってXの後遺症が防止された相当程度の可能性もないとして請求を棄却した。

## 〔判旨〕

最高裁は、Xの過失を否定した部分を破棄するとともに、平成一二年判決判旨を引用したうえで、「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によつ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。」として、原判決を破棄差戻し。

このケースは、「可能性」法理を患者死亡事例から重度後遺症事例へと法理の射程を拡張した点に意義があるとされるが、生命と身体がともに絶対的保護を享受すべき利益と考えるかぎり、とくに異論はないであろう。つまり、医療において生存期間が生命利益に質的差異をもたらさないと同様に、後遺障害の程度差も法益としての質的差異をもたらさないと考えられるから、「重大な後遺症が残らなかつ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原告人の具体的な症状に即して、……検討すべきである」として、患者Xにおけるより軽度の後遺症ですんだ可能性を問題とすべしとした判旨は正当であり、本稿の理解とも整合する。

むしろ、重大な後遺症に限る意図かどうかの問題である。この点、判決じたいの射程としても重大な後遺症に限定されているとみるべきであるが、理論的にも、重大な後遺症事例に限定される可能性は大きいとおもわれる。というのも、（完全回復も含め）より軽度の後遺症ですんだ「可能性」保護は、本稿の理解によれば、問題の重度後遺症がのこらなかった確率的可能性ではなく、後遺症を免れえた有効な治療による改善効果を享受する利益（身体利益）が侵害された



可能性であるが、当該治療の奏率が相当に低ければ、治療の有効性（良転帰の範囲）が大きい必要があるとおもわれるから、相当程度の可能性法理による後遺症被害の救済は、重度の障害が予定されざるをえないとおもわれる。

② 経験則による「可能性」の推認と立証責任の転換——最高裁第一小法廷平成一六年一月一五日判決

〔事実の概要〕

Aは、平成一一年七月二四日に胸のつかえ等を訴えて開業医Yの診察を受け、胃内視鏡検査を受けたが、胃の中に大量の食物残渣があったため胃内部を十分に観察することができなかった。しかしYは、再検査をしようとはせず、Aの症状について慢性胃炎との診断をして、同人に対し、胃が赤くただれているだけで特に異常はないと説明し、内服薬を与えて経過観察を指示するにとどまった。Aは、約三ヵ月後の同年一〇月になっても症状が改善しなかったため、総合病院を受診し、胃CT検査、胃内視鏡検査等の各種検査を受けたところ、スキルス胃ガンと診断された。しかし、その時点で既にガンは骨転移していて手の施しようのない状態であり、Aは直ちに入院して化学療法を中心とする治療を受けたものの、平成一二年二月四日に死亡した。そこでAの相続人Xらは、Yに対し、Yが適切な検査をしなかったためにスキルス胃ガンの発見が遅れ、そのためにAが死亡したとして、債務不履行に基づく損害賠償を求めたというものである。

原判決は、Yの再検査懈怠の過失を認めたものの、適切な再検査によってスキルス胃ガンが発見されていたとしても、その時点で既に救命可能な治療は不可能な状態であって死亡の結果は避けられなかったし、仮に適切な再検査時点での転移が比較的早期のものだった場合でも、直ちに化学療法が行われれば延命効果があった可能性は認められるものの、それは化学療法が奏効することが前提であって、Aが救命できた相当程度の可能性までは認められないとして、Xの請求を棄却した。

## 〔判旨〕

最高裁は、平成一二年判決判旨を引用したうえで、「このことは、診療契約上の債務不履行責任についても同様に解される。すなわち、医師に適時に適切な検査を行うべき診療契約上の義務を怠った過失があり、その結果患者が早期に適切な医療を受けることができなかつた場合において、上記検査義務を怠った医師の過失と死亡との間の因果関係の存在は証明されなくとも、適時に適切な検査を行うことによつて病変が発見され、当該病変に対して早期に適切な治療等の医療行為がおこなわれていたならば、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、患者が上記可能性を侵害されたことによつて被つた損害を賠償すべき診療契約上の債務不履行責任を負うものと解するのが相当である。」として、原判決を破棄差戻し。

このケースは、債務不履行に「相当程度の可能性」法理を適用したものととしての意義が認められているが、むしろこの判決で注目されるのは、可能性の程度が客観的資料数値によつて示されることがないまま、「疾病に対する治療の開始が早期であればあるほど良好な治療効果を得ることができるのが通常」との経験則を適用し、Aについても早期発見可能時点で治療を開始していれば良好な治療効果が得られたものと認めるのが合理的だとしている点である。これによると、原告は過失さえ証明すれば、可能性の存在が推定され、逆に被告が、より良好な治療効果は得られなかつたことを証明しなければならぬという、事実上の証明責任の転換をはかられることになる。

ここまできると、相当程度の可能性法理は、水準的医療を受けることじたいに向けられた利益保護とほとんど大差ないともいえよう。しかし、ここまでの最高裁はそのような方向に踏み出していないといふべきであろう。すなわち、被告に対して「Aの病状等に照らして化学療法等が奏功する可能性がなかつた」こと（因果関係不存在）の証明を要求するとみられることからすると、やはり、Aの生命身体への侵害として理解されているものとみうる。そのうえで、「可

能性」を経験則により一挙に推認したうえで、因果関係不存在の立証責任を被告に負担させることがどうして正当化できるのかという点については、さらなる検討を要するようにおもわれる。

③ 有効性が存在しない場合—— 最高裁第一小法廷平成一七年二月八日判決

〔事実の概要〕

Xは、住居進入罪で逮捕され東京拘置所に勾留されていたが、起床時の点検巡回中の職員が、Xが「うっ」「あつ」と言葉にならない返答をするだけの状態であることに気づき（七時三〇分頃）、Xは東京拘置所医務部に搬入され（八時頃）そこで治療を受けた。翌日午前〇時頃、Xを東京拘置所で治療することは不相当であると判断され、一五時四一分にA病院に移された。A病院でXの前側頭部の緊急開頭減圧手術が施行されたが、Xは重大な後遺症をのこす可能性が高く、将来的にもほぼ変わらないであろうと診断された。Xらは、Y（国）に対し、東京拘置所の医師らは、Xが医務部に搬入された時点で脳卒中であるとの疑いをもった際に、仮に血栓溶解療法への適応がなかったとしても、Xに適切な治療を受ける機会を与えるため、速やかに専門病院へ転医させるべきであったのにこれを怠ったなどとして、治療機会が侵害されたことによる慰謝料を請求したというものである。

原判決は、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ふべきであり、その可能性がな以上、本件において損害賠償義務は発生しない、としてXの請求を棄却した。

〔判旨〕

最高裁は、平成一二年判決および平成一五年判決の判旨を引用するかたちで、「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たならば、患者に重大な後遺症がのこ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」と述べたうえで、「事実関係によれば、……〔Xには、どの時点で脳こうそくの診断がされたとしても、血栓溶解療法への適応がなかったか、または右診断に基づき適応がある間に当該療法を実施できる状況になかったのであるから——筆者要約〕Xについては、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はできない。」として上告を棄却した。さらに「なお書き」として、「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に対して所用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医療』であるということとはできないから、前提を欠き、採用することができない。」とする。(本判決には、補足意見二件／二名、反対意見一件／二名が付されているが、ここでは割愛する。)

最後に挙げたケースは、拘置所内の医療体制に関する国家賠償請求である点で特殊性があるが、はじめて「相当程度の可能性」の存在を否定したものである。②判決に至って、最高裁は、「可能性」をかなり緩やかな基準で(場合によってはほとんど経験則のみによる推認をおこなって)認めるかにもみられたため、③判決は否定例として大きな注目を集めた。しかし、本稿の理解によれば、③判決の「可能性」否定論拠は、理解しやすい。すなわち、Xの症状に対して有効であった治療法が、当時の事実関係のもとで実施不可能であったことが事実として認定されたからであり、転送義務違反とXの後遺症残存との間の因果関係が完全に否定されたからにすぎないとみるべきであろう。

以上のように、②判決において「可能性」の証明責任が事実上転換されていることとその論拠についてさらなる検討を要する部分はあるものの、その他の点では、いずれの判決においても、平成一一年判決の延長で、生命・身体保護を補完する法理として平成一二年判決に見出される法理の内実は、維持されていると評価できるようにおもわれる。

### むすびに代えて

平成一二年判決が公にされた当初、「相当程度の可能性」法理をめぐることは、新たな法益認知という強いインパクトをもって登場したためであろう、延命利益、期待権等の従来定着してきた法益論との関連に視線が集中した。同判決に明示的引用はなかったものの、平成一一年判決を意識していることの明らかな説示部分との関係で、平成一一年判決と平成一二年判決との相互関連にも意識は向いていたが、それでも、平成一二年判決は生命・身体侵害の救済範囲（平成一一年判決の射程）が尽きた先の問題であるという、適用範囲の関連付けを確認するにとどまっていた印象を受ける。

しかし、「相当程度の可能性」法理の内実を探るうえで、平成一二年判決が「延命利益」、「期待権」、「治療機会」等の既存法概念の使用を敢えて避けたのはなぜなのか、敢えて理論的内実を充填しないまま裁判実務における自由な運用に委ねる意図があったのか、むしろ、既存の判例法理との整合的・機能的関連を維持するためにこそ、すでに特定の規範内容を獲得するに至っている法概念の使用を避けたと考えることはできないのか。本稿が、「可能性」法理の内実に迫る試みとして、生命・身体侵害に関する判例理論を基点とした考察を試みたのは、そうした理由からである。

今回、そのような観点から「相当程度の可能性」法理を眺めた結果として、判例理論に内在する大きく三つの柱がみえてきたようにおもわれる。すなわち、①医療過誤事例における生命身体保護は、加害者に対する関係でその保護利益

性を確定する必要があることの自覚、②それゆえに、生命・身体利益の量的側面はその実体的保護をかならずしも左右しないこと（奏功率によって侵害の有無は左右されるべきではないこと）、③奏功率が低い場合であっても、やはり実体的保護（可能性の保護）が貫徹されるべきこと、である。

このように考えると、「相当程度の可能性」法理は、生命身体保護に関する理論枠組みのなかで平成一二年判決と並列のないし相対的に位置づけられるべきもののように思われる。そして、このような理解は、近時の<sup>(4)</sup>、因果関係的理解にも符合するのではなからうか。

残された問題として、有効性が極めて低い場合に「相当程度の可能性」がどこまで及びうるのかという点に関しては、いまだ最高裁判例には現れていない（もつとも、平成一六年判決は、他の事案に比して有効性の程度がかなり低いのではないかとの印象を受けるがこの場合の「可能性」肯定は、立証責任転換を正当化する根拠との関連を明らかにする必要がある）。これに関しては、「可能性」法理の射程の曖昧さに関して、重大な結果が生じた場合に射程を限定すべきではないかとの指摘<sup>(4)</sup>がつねに留意されるべきであろう<sup>(4)</sup>。

※ 本稿は、大学院研究高度化推進特別経費（二〇〇七年度）の交付を受けた研究に基づくものである。

(1) この問題克服のため、「延命利益喪失」、「期待権侵害」、「治療機会喪失」など各種の解釈的構成が昭和五〇年代以降に展開し、下級審裁判例に定着をみえてきたことは周知のとおりである。全体的考察として、吉田信一「致命的疾患に罹患していた患者が医師の義務違反により被った損害——裁判例にみる『延命利益』期待権——」千葉六卷三二—四号一三七頁（一九九六年）、浦川道太郎「いわゆる『期待権』侵害による損害」判タ八三八号五四頁（一九九四年）を参照。

(2) この法理が、死亡等に対する因果関係の証明負担(証明度)を軽減する効果を有するとし、従前の議論との機能的関連を指摘するものとして、加藤新太郎「判批(平二・九・二二)」判タ一〇六五号一五頁(二〇〇一年)、伊藤眞「判批(ルンバル事件)」伊藤眞Ⅱ加藤新太郎編『ジュリ増刊・判例から学ぶ民事事実認定』一五頁(有斐閣、二〇〇六年)などを参照。

(3) 期待権侵害構成の是非が活発に論じられた当初から、この機能を果たしうる解釈理論じたい不要とする(死亡等との因果関係が高度の蓋然性をもって証明されない限り医療は無責任で良いとする)立場はほとんどなく、むしろ議論の中心はその法律構成如何に集中していた。櫻井節夫「判批(福岡地判昭五二・三・二九)」判評三三二二号一四〇頁(因果関係の証明度緩和)、渡辺了造「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(人間の尊厳)に対する侵害との構成、稲垣喬「判批(福岡地判昭五二・三・二九)」同「医事訴訟と医師の責任」三二〇頁(有斐閣、一九八一年)蓋然性が認められる以上、端的に死亡との間の因果関係を認定すべしを参照。なお、稲垣喬「不作為類型の医療行為」同「医事訴訟理論の展開」三一頁(日本評論社、一九九二年)も参照。

(4) 判例理論としての「相当程度の可能性」法理を前提にする本稿では、ここでの問題は、死亡等に対する因果関係が「高度の蓋然性」(最(二)判昭和五〇年一〇月二四日民集二九卷九号一四一七頁)をもって証明されない場合の救済可否とその理論構成如何であるとの問題設定を出発点として共有することとする。

(5) 生命・身体それ自体とは別に「可能性」が法的に保護されるべき論拠として、患者死亡事例に関する平成二二年判決は、「生命を維持することは人にとって最も基本的利益」であると述べるにとどまる。この部分だけを卒然と読めば、「可能性」は、「生命」それ自体と質的に連続関係にある利益とみうる。しかし、後にもみるように、最高裁が「可能性」ありと認めた客観的証拠資料、同判決は「期待権」構成により「慰謝料」を認めた原判決と「同旨の法解釈」であるとする説示など、そのような理解を躊躇させる部分も多かったのであった。

(6) 相当程度の可能性法理に内在するこの問題性を当初から指摘するものとして、稲垣喬「判批(平二・九・二二)」民商二二三卷六号九八頁(二〇〇一年)。その他、同法理の分析を試みる文献上では、裁判実務での恣意的運用を回避するべく、「どの程度の『可能性』があれば可能性侵害を肯定しうるのかを問うものも多い。しかし、リーディングケースたる平成二二年判決の事案じたい救命可能性の比較的低いケースだったこともあり、明確な基準を見出せずにいる。たとえば、西田祥平「最高裁判例に見る『相当程度の可能性』の認定」ジュリ一三四四号四二頁(二〇〇七年)などを参照。

(7) 最(三)判平成一五年一月一日民集五七卷一〇号一四六六頁(患者死亡事例から重度後遺障害事例への射程拡大)、最(一)判平成一六年一月一五日裁時二三五号二七頁、判時一八五三三号八五頁(不法行為構成から債務不履行構成へ)、最(一)判平成一七年二月八日



裁時一四〇一号一四頁、判時一九二三号二六頁（後遺障害事例。ただし、拘留所に未決勾留中の被疑者が被害者であること、および国家賠償請求事件である）。

(8) 平成一二年判決以降、この法理に関する判断をおこなった下級審裁判例としては、本稿執筆時点（平成二〇年一〇月一日現在）で六八件にのぼる。

(9) これに関する網羅的分析には未だ接しておらず、本稿としても他日を期すほかないが、水野謙「医療過誤訴訟における因果関係論と賠償額の算定——裁判例の混迷の原因はどこにあるのか——」法の支配一三七号五五頁以下（二〇〇五年）の指摘が参考になる。

(10) 本稿ではさしあたり考察対象から除外したが、この法理に関する最新の最高裁判所判決（平成一七年二月八日判決——本稿三二③を参照）では、理論的内実に関し注目すべき補足意見が付されている「各判例が『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ついて触れていないのは、反対意見の指摘するとおりである。しかし、各判例は上記のとおり保護法益として患者の生命身体を念頭に置いた上で死亡又は後遺症との間の因果関係がなくても『相当程度の可能性の存在』が証明されれば足りるとしているのであるから、『相当程度の可能性の存在』を因果関係の存在に代わる要件であるとしているのは明らかである」とする島田裁判官補足意見がそれである。同補足意見は、過失と死亡の因果関係も「相当程度の可能性」も認定されない場合になお人格的利益の保護を主張する反対意見への応答として述べられたものであるが、平成一二年判決（後遺症事例につき平成一五年判決）による「相当程度の可能性」法理の意義ないし限界について生命・身体保護との関連性に依拠する理解を明示した初めてのものであり、本稿の重要な契機でもある。

(11) 畔柳達雄「判批」咽孝一ほか編『医療過誤判例百選』三四頁（一九八九年）（医師の診断、治療の過程で法的非難に値するような過誤が存在しながら、たまたま患者側の条件によって、具体的な損害とつながらなかったという、医師が免責されることに対しては、実務家にとって素朴な意味での不公平感と後味の悪さが残ることは否めない）、石川寛俊「期待権の展開と証明責任のあり方」判タ六八六号三二頁（一九八九年）（怠慢不誠実のため治療と称しうる処置が殆どなされなかったという重大な義務違反を認定しておきながら、その同一事実（何もしなかった）ゆえに資料不十分で、患者の請求が棄却されるという不合理）、加藤新太郎「医療過誤訴訟の現状と展望」判タ八八四号一六頁（一九九五年）（医師は、医療水準に則った診療を実施すれば、たとえ患者が治癒しないとしても何ら責任を問われることはない上に、これを実施しなくとも、不治癒と因果関係がなければやはり責任を問われることはない）などを参照。

(12) たとえば、石川寛俊「治療機会の喪失による損害——期待権侵害論再考——」自正三九巻一—号四〇頁（一九八八年）は、「救命（平均余命期間の延命可能性——筆者注）につき高度の蓋然性が認められないとして死亡との因果関係を否定しえても、さらに延命につき高度の蓋然

性がないうとして死亡に関わる一切の損害を否定することには論理の飛躍がある」という。

従来、医療過誤事例における因果関係立証をめぐることは、医学的専門性に関する情報の格差、証拠偏在といった問題のほか、仮に期待された医療行為が実施されたとしてどのような経過を辿ったと考えられるかを証明することの困難、ことに不作為事例では仮定的事象経過を辿るうえで客観的資料（過去のさまざまな時点における当該患者の状況を把握する資料）が実際上存在しないために、ある治療法が効を奏する確率の大小によって因果関係証明が大きく左右されざるを得ないことが問題視されてきた（しかも、紛争の原因となった治療法で十中八九成功するようなものは少なく、かつ、当該患者の疾患が致命的なものに近ければなおのこと、所期の治療効果があらわれなかつたと考えられやすくなる）。しかしそうであるからといって、被告にとっても同様に証明困難な事項について、公平な証明負担の観点からのみ立証責任の軽減・緩和を正当化することは難しい。賀集唱「損害賠償訴訟における因果関係の証明」新堂幸司編「講座民事訴訟法」一九三頁以下（弘文堂、一九八三年）を参照。むしろここでは、証明責任論の通常運用によっては実体的保護の実現が全うされない点にこそ問題の根源が存在するようにおもわれる。

- (13) 平均余命といっても、いわゆる天寿として個人が有する生命存続期間であり、個人が抱える事情に応じ相対化される性質のものである。この点、「健常」という語も同様の趣旨で用いている。したがって、たとえば余命二年と診断された四〇歳男性は「生命」利益をもたないという趣旨ではない。実務では、逸失利益は具体的被害者の不法行為以前の健康状態を考慮した稼働可能期間を基礎に算定されるから、本文のように生命一般を「平均余命期間」によって把握することは不可能とおもわれるかもしれない。しかし、当該被害者の健康状態は、あくまでも逸失利益の算定レベルで考慮されるにすぎず、逆に、具体的な逸失利益額に多寡が生じても、各人の「生命」利益に大小があるとは考えられていないであろう。したがって、生命の長さの個人差を含意した「平均余命」によって、（賠償額に多寡が生じるとしても、生命身体侵害の成否に関しては）あらゆる人について同量の、あるいは同じ重さの生命を観念することは背理ではないと考える。なお、八木一洋「判解」曹時五二巻八号二〇七頁以下（二〇〇〇年）を参照。

- (14) 水野謙「判批（平一・二二五）」ジュリ一六五号八五頁（二〇〇一年）も、この点が暗黙の前提になってきたのではないかと指摘する。
- (15) 幼児逸失利益算定に関する著名判決として、最（三）判昭和三九年六月二四日民集一八巻五号八七四頁。この問題に関する最近の論稿として、水野謙「損害論の現在——権利侵害ないし法益侵害との関係に着目して」ジュリ一二五三号一九二頁（二〇〇三年）を参照。

- (16) 潮見佳男『不法行為法』二三三頁（信山社、一九九九年）のほか、四宮和夫『不法行為』四四五頁（青林書院、一九八七年）も参照。

- (17) 他にも、以下と同様の思考方法が妥当する場面は存在しそうである（たとえば、専門家責任に分類される事例群は、自己の利益の帰すう

を他者に委ねる法律関係といえるが、このような場合に被害者にとどのような大きさの利益が帰属していたのかは、常に事件内在的な考慮を要するようにおもわれる」が、ここでは医療過誤事例のみを念頭に置く。

(18) もちろん、患者の取り違えなどによって完全に適応外の治療法が実施され、死亡したというように、医師の裁量的判断との緊張関係が全く問題にならない場面では、交通事故事例と同様に考えることができる。

(19) 実際の判断としては、現実の結果と異なる結果をもたらした医療行為が診療当時存在したのかという形で問われることになろう。それゆえ、この判断は診療契約上の契約利益の確定問題にも通じ、医療水準違反(過失)判断と大きく重なり合うことになるが、これらとの判断重複の問題はしばらく置く。

(20) 近時は、不作為不法行為Ⅱ因果関係不要論を支持する立場から、本文に述べたと同様の問題が「因果関係Ⅰ」の名のもとに判断されること が不作為不法行為の特徴にはかならないとする立場が示されている。橋本佳幸『責任法の多元的構造——不作為不法行為・危険責任をめぐって』四五頁以下(有斐閣、二〇〇六年)を参照。判例理論に限定した考察を目的とする本稿では、解釈論としていずれの法律構成が正当かを検討する余地はないが、本文に述べた理解からは、作為事例でも同様の状況は生じうるようにおもわれ、不作為事例の特徴というより、当事者間の法律関係・社会関係の濃密さ(?)に応じた特徴であり、そうした観点からの類型化が要請されるのではないかとおもわれる(たしかに、作為義務が問題となるのは濃密な社会関係を前提とする場合が多いが、そのような場合には不作為不法行為しか問題にならないわけではないであろう)。

(21) 石川・前掲注(12)四〇頁を参照。

(22) 中村哲「医療事故訴訟における因果関係について」判タ八五八号二三頁(一九九四年)。なお、同「医療過誤訴訟における損害についての二、三の問題」司法研修所論集八〇号一〇五頁(一九八九年)も参照(同一二〇頁は、「救命率」が低い場合でも死亡との間の事実的因果関係を認め、確率の大小を損害賠償額の算定において考慮する考え方には批判的である)。

(23) 倉田卓次『民事交通訴訟の課題』一六〇頁以下(日本評論社、一九七〇年)。なお、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」ジュリ一一九九号一四頁(二〇〇一年)(平成二二年判決を、実質的には確率的心証論に近いという)。

(24) 澤野和博「機会の喪失の理論について」(一)『早大大学院法研論集七七号九頁、同七八号九五頁、同八〇号八七頁(一九九六—九七年)。(25) 吉田邦彦「判批(平一一二・二五)」判評四九〇号二二三頁以下(一九九九年)を参照。

(26) たとえば、東京高判昭和五八年六月一五日判タ五〇九号二二七頁、神戸地判昭和六三年一月二日判時一三二四号九一頁、大阪地判平成四年一月二九日判時一四二七号一一一頁、東京地判平成四年一〇月二六日判時一四六九号九八頁、神戸地姫路支判平成八年九月三〇日判時一六三〇号九七頁などは、いずれも、「平均余命の全う」ないしは「救命」についての高度の蓋然性が認められないとして生命侵害の不法行為を否定したうえで、延命の可能性や期待権の侵害に基づく慰謝料を認容する。この点の裁判例の傾向については、吉田（信）・前掲注（1）を参照。

(27) なお、従来おおくの下級審裁判例において、因果関係の立証上患者の生存可能期間の証明も要求されてきたことが、（たんに差額説的損害理解に由来するというのみならず）因果関係要件の規範的意義の観点から理解可能なものであることにつき、拙稿「医療過誤における生命・身体保護と因果関係要件に関する基礎的考察」同法六〇巻六号一三〇頁以下（二〇〇九年）を参照。

(28) 裁判例の詳細については、吉田（信）・前掲注（1）のほか、石川寛俊「延命利益、期待権侵害、治療機会の喪失」太田幸夫『新・裁判実務大系一（医療過誤訴訟法）』二八八頁以下（青林書院、二〇〇〇年）も参照。

(29) 古瀬駿介「損害の発生」(1)

(30) この点につき、新美育文「医療事故事例における『期待権』の侵害について」自正四七巻五号六三頁（一九九六年）、石川・前掲注（12）三八頁以下（治療機会喪失論の主張に関わる部分）、浦川・前掲注（1）五八頁を参照。もちろん、細部（たとえば、医師らの重過失を要求するか、そもそも有効性がない治療法の実施についても救済はありうるか、法的利益は治療を受けることじたいであるとしても死亡等の結果が不発生でも救済されるかなど）には相違点が多い。

(31) 前掲注（3）。

(32) この構図と用語法は、米村滋人「医療事故における損害」内田貴二大村敦志編『民法の争点』三〇一頁（有斐閣、二〇〇七年）による。

(33) これについては、拙稿・前掲注（27）一・二・三頁以下を参照。医療費抑制政策のツケともいうべき「医療崩壊」が大きな社会問題になっている現在、安易に「医療の自律的展開」などという考えが生じてしまうのも、筆者が保険診療の普及した日本の生活環境に浸ってきたことの影響は少なくないであろうし、より公共政策的あるいは比較法的な観点からの考察がこんご必要であると強く感じているが、さしあたり、医療に対する法の役割についての現時点の理解として、本文のように述べておきたい。

(34) 同趣旨とおもわれるがよりの確な指摘をするものとして、米村・前掲注（32）三〇一頁を参照。なお、浦川・前掲注（1）五九頁注（17）は、水準の医療からの著しい逸脱と、取り返しのつかない重大な結果が現に発生していなければならないとし、新美・前掲注（30）六三頁以下

はそうした「二元説」に疑問を呈する。

- (35) 窪田充見「判批(平一一・二二五)」民商一二二巻四四五号一四四頁(二〇〇〇年)は、「原審判決の正当化の可能性」として、原判決の立場は、伝統的な差額説に沿って「死亡による損害が立証されていない」と判断したものであるとして理解することも可能とする。ほかにも、従来の下級審の傾向と差額説との関係を意識する文献は多いが、差額説というのは、延命利益・期待権といった構成による救済を判断するまでの裁判官が、責任成否レベルで容易に屈するほど強固なものであるうか。本稿は、それだけでは説明し尽くせないものがある気がしてならない。

- (36) 八木一洋「判解」曹時五二巻八号一九六頁(二〇〇〇年)、「加害者の行為がなければ……被害者が当該時点で生存反応を維持していたであろうことができる場合」は、被害者が当該時点における死亡「概念に疑問を向けるものとして、水野謙「判批」ジュリ一一六五号八五頁(一九九九年)、同「損害論の現在——権利侵害ないし法益侵害との関係に着目して」ジュリ一二五三号一九七頁(二〇〇三年)。なお、水野謙「医療過誤訴訟における因果関係論と賠償額の算定——裁判例の混迷の原因はどこにあるのか——」法の支配一三七号五〇頁(二〇〇五年)も参照。

- (37) なお、損害評価論の観点から、「当該時点における死亡」概念に疑問を向けるものとして、水野謙「判批」ジュリ一一六五号八五頁(一九九九年)、同「損害論の現在——権利侵害ないし法益侵害との関係に着目して」ジュリ一二五三号一九七頁(二〇〇三年)。なお、水野謙「医療過誤訴訟における因果関係論と賠償額の算定——裁判例の混迷の原因はどこにあるのか——」法の支配一三七号五〇頁(二〇〇五年)も参照。
- (38) 溜箭将之「判批(平一二九二二)」法協一一八巻二二号一四四頁を参照。なお、同評釈は、平成一一年判決は「可能性の連鎖の不確実の問題」であるのに対し、平成一二年判決は「治療の効果の確率問題」だったとし、実践的には質的な区別が可能という。本稿も、この相違ゆえに証拠のバリエーションが出てくると考えるが、理論的にも蓋然性と可能性が質的に異なると考える理由はないように思われる。

- (39) 溜箭・前掲注(38)一四五頁以下は、「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、因果関係の認定をバ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」といい、既存概念を排して「相当程度の可能性」概念を用いようとした最高裁の意図を指摘する。しかし、そのようにして「可能性」概念を宙に浮かせることは、今度は同概念の内実の探求を難しくさせることもまた事実である。そこで本稿は、生命侵害の外延拡張という経緯と機能に即した理解の可能性を探究することを試みたわけである。

- (40) 水野謙「医療過誤訴訟における因果関係論と賠償額の算定——裁判例の混迷の原因はどこにあるのか——」法の支配一三七号五九頁(二〇〇三年)、米村・前掲注(32)三〇一頁を参照。なお、平成一一年判決と平成一二年判決の相互関連を「機能的な因果関係証明度の軽減というにとまらず」理論的に問いただしたのは、溜箭・前掲注(38)一四三頁以下である。

- (41) 平成一七年判決の島田・才口各補足意見のほか、共同研究「医療と法の最先端を考える vol.4th」ジュリ一三四四号四二頁以下(二〇〇七

年)においても、この点に関して活発な議論が交わされたのではないかと推測する。

(42) 稲垣・前掲注(6)一一五頁を参照。同「判批(平一六・二一五)」リマックス三〇号二九頁(二〇〇五年)でも繰り返し警鐘を鳴らしておられる。

(43) 志村由貴「相当程度の可能性侵害論」をめぐる実務的論点」ジュリ一三四四号七三頁(二〇〇七年)は、「いかなる場合に相当程度の可能性が否定されるのが問題であるが、患者が罹患した疾病の特性、それに対してなすべきであった治療行為の有効性の大小といった医学的知見、過失の時点における患者の病状及びその後の病状の変化等を総合的に考慮して事実ごとに判断することになろう」とし、本稿において「存続を予定した生存状態」の量的側面(有効性の程度)が小さくなるほど保護性が弱くなることを示唆する。