

論 説

イギリス・アメリカ・カナダ・オーストラリアにおける機会喪失論と日本の相当程度の可能性(2・完)

平野 哲郎

目次

第1 はじめに

第2 問題の設定

1 定義

2 問題となる場面の区別

ア 悪しき結果の発生の有無による区別

イ 失われた可能性の程度による区別

ウ 機会の喪失後の悪しき結果の発生

エ 医師の過失と機会の喪失の因果関係

3 具体例と問題点の整理

第3 コモン・ロー諸国の機会喪失論

1 イギリス

ア 医療過誤訴訟における機会喪失論の否定

イ 機会喪失論に代わる因果関係法理としての「著しく増加した危険性」テスト

ウ 小括～機会喪失論の表面的な否定と実質的な判断の留保

2 アメリカ合衆国

ア 機会喪失論の旗手キングの理論

イ キング理論の実務への浸透

ウ 小括～機会喪失論の広汎な受容

3 カナダ

ア 連邦最高裁の慎重な姿勢

イ プリティッシュ・コロンビア州最高裁サウシン裁判官の契約構成アプローチ

ウ 小括～契約構成による機会喪失論の可能性

4 オーストラリア

ア Ippレポートと民事責任法による医療過誤訴訟の抑制

イ 機会喪失論に関する判例理論の展開と逆転

ウ 小括～各州最高裁の積極説と連邦最高裁の消極説のせめぎ合い

(以上44巻3号)

## 論 説

### 第4 日本の「相当程度の可能性」法理

#### 1 平成12年判決以前

- ア 期待権侵害, 延命利益, 治療機会喪失論
- イ 平成12年以前に「相当程度の可能性」に言及した判決
- ウ 最判平成11年2月25日

#### 2 平成12年判決

#### 3 平成12年判決以後

- ア 相当程度の可能性法理を期待権侵害論と同視する判決
- イ 相当程度の可能性に言及せずに機会喪失・期待権侵害による損害賠償を認める判決
- ウ 相当程度の可能性と区別された期待権侵害・自己決定権侵害を認める判決
- エ 評価
- オ 平成23年判決
- カ 相当程度の可能性法理の拡張

#### 4 相当程度の可能性法理の副作用

### 第5 機会喪失論と相当程度の可能性法理の関係

- 1 機会喪失論と相当程度の可能性法理の差違
- 2 相当程度の可能性法理の機会喪失論への接近

### 第6 相当程度の可能性も認められない場合

- 1 平成17年判決
- 2 平成23年判決（再論）
- 3 理論相互の関係

### 第7 契約構成と不法行為構成の区別

- 1 契約構成が原則であること
- 2 契約構成の場合
- 3 不法行為構成の場合

### 第8 結論

- 1 具体例に対する当てはめ
  - ア 機会喪失論全般について
  - イ 具体的な想定場面
  - ウ 機会喪失による損害の算定方法

#### 2 まとめ

(以上本号・完)

## 第4 日本の「相当程度の可能性」法理

本稿 (1) <sup>1)</sup> では、英米法諸国を中心に各国の裁判所が医療訴訟における治療機会の喪失自体を損害と認めることについてどのような姿勢をとっているかを検討した。アメリカでは多くの州の裁判所で医療訴訟において機会喪失論が採用されているが、それ以外の諸国は慎重な姿勢を示している<sup>2)</sup>。

日本の最高裁判所は、いまだ治療機会の喪失自体に対する損害賠償を認める判断はしていないが、平成12 (2000) 年9月22日の第二小法廷判決 (民集54巻7号2574頁。以下「平成12年判決」) において、医師の過失と死亡との因果関係が証明されない場合でも、過失により救命の「相当程度の可能性」が侵害された場合には損害賠償の対象となるという機会喪失論とは異なる新しい法理を示した。以下、平成12年判決以前と以後に分けて日本の判例学説の状況を概観する。

### 1 平成12年判決以前

#### ア 期待権侵害, 延命利益, 治療機会喪失論<sup>3)</sup>

医師の過失 (医療水準から逸脱した診療行為) は認められるが、患者に現実に健康被害が発生していない場合あるいは健康被害は発生したものの過失との因果関係が認められない場合に、患者やその遺族に医師や医療機関に対する損害賠償請求権が全く認められないことは不合理・不公平であ

---

1) 龍谷法学44巻3号 (2011) 79-126頁

2) 英米法以外では、フランスが医療訴訟に限らず積極的に採用しており、ドイツは消極的である。もっとも、アメリカの機会喪失論とフランスのそれとは様々な差違があるが、本稿では、その点には立ち入らない。

3) 本項は石川寛俊「治療機会の喪失による損害-期待権侵害論再考」『医療裁判』 (日本評論社, 2010) 3頁 (初出・自正39巻11号 [1998] 27頁), 杉原則彦『最判解民事篇平成12年度 (下)』855頁に主に依拠する。

るという認識は古くから法律家にとって広く共有されていたとあってよいであろう。問題は、そのような場合に医師・医療機関の責任を認める理論構成である。

まず、最初に考えられたのが、期待権侵害という法律構成である。福岡地判昭和52年3月29日判時867号90頁は、「(不作為による過失) さえなければ、即ち十分な患者管理のもとに診察・診療行為さえなされていれば、ある結果(本件では患者の死亡)も生じなかったかもしれないという蓋然性がある以上、十分な患者管理のもとに診察・診療をしてもらえるものと期待していた患者にとってみれば、その期待を裏切られたことにより予期せぬ結果が生じたのではないかという精神的打撃を受けることも必定というべく、右にいう患者の期待(これを期待権といってもよい。)は、診療契約において正当に保護されるべき法的権利というも過言ではない。そうである以上、右期待を裏切られた場合には、それを理由に慰藉料の請求のみは可能となる(下線筆者)」と判示し、過失と患者の死亡の間の因果関係が認められない場合でも期待権侵害による慰謝料請求を認めるという法律構成を打ち出した。

しかし、患者の主観的な期待を保護の対象ととらえることに対しては否定的な見解も強く<sup>4)</sup>、「原告らのいう期待は不法行為法によって保護されるべき正当な利益とは解しがたいもの」で主張自体失当であると判示し、期待権構成を正面から否定する裁判例も出された(東京地判昭和56年10月27日判時1046号70頁)。

そこで期待権構成に対する批判に対応して生じてきたのが、主観的期待とは異なり、延命の可能性などのより客観化された利益の侵害を損害として認める類型の裁判例である。例えば、宇都宮地足利支判昭和57年2月25日判タ468号124頁は、診療契約上の債務は病状の医学的説明とこれに基づ

---

4) 櫻井節夫・判時883号(1978)137頁、稲垣喬「延命利益の評価と検討」判タ513号(1984)86頁、饗庭忠男『医療事故の焦点』(日本医事新報社、1982)78頁。

く適切な治療行為を行うことであるとして、誤診がなければ患者の生命が維持されたことの立証がなくても、誤診によって延命の可能性等を喪失したことによる慰謝料を認めた。

学説上も期待権を主観的なものではなく、適切な医療を受け、納得のいく余生を過ごすという、生活の質あるいはライフ・スタイルという法益を表すものであると主張する見解が唱えられた<sup>5)</sup>。

しかし、延命利益が保護の対象であるという構成は当然ながら死亡事案に適用が限定されることに加え、医師の検査義務違反が問題となる事案ではまさにその義務違反自体のために延命可能性が判然としないため義務違反をした医師に対する請求においては損害の立証が不十分となってしまう不公平が生じる点に問題があった（検査はしていたものの誤診したという医師よりも、検査すらしていなかった医師の方がより落ち度が大きいはずなのにかえって有利になってしまう）。

そこで、著しく不適切な医療行為によって患者が治療の機会を喪失した場合、死亡事案に限らず慰謝料を認める裁判例が現れた。例えば、骨折をした入院患者が頭痛・発熱・腐敗臭を伴う液の流出などの症状に対して処置をしない医師に不安を覚えて転医希望を述べたところ、これを妨害した医師の行為などと患者の上腕切断との因果関係は否定したものの「医療水準を著しく逸脱した診療」による精神的損害を認めて慰謝料の賠償を命じた判決（浦和地判昭和60年12月27日判時1186号93頁）や未熟児網膜症についての医師の医療が「著しく粗雑・杜撰かつ誠実を欠くものであった」ことにより「光凝固法受療の機会を捕える余地さえ与えられず」、失明したことについて損害賠償を認めた判決（名古屋高判昭和61年12月26日判タ629号254頁）がある<sup>6)</sup>。

5) 新美育文「癌患者の死亡と医師の責任」ジュリ787号（1983）78頁。

6) 詳細な裁判例の紹介は石川寛俊「延命利益、期待権侵害、治療機会の喪失」『医療裁判』（日本評論社、2010）50頁（初出・太田幸夫編『新・裁判実務大系1 医

さらに進んで、医療行為が医療水準から著しく逸脱しているとまではいえない場合でも「過失は重大である」と認定した上で、その過失によって「患者が医療機関から受けることのできる相当な医療を受けるべき機会・利益を完全に失った」ことによる慰謝料を認める裁判例も登場した（岐阜地判昭和60・9・30判時1186号120頁）。

このような状況について石川弁護士は、「患者の訴えや要望を漫然放置する対応が許されないという思いと、法的因果関係としては高度な蓋然性を認めるに至らないが、しかし医師のあるべき態度として追認されるものではない旨明らかにしたいとの自覚が、治療機会の喪失という結果に結びつけてその範囲での慰謝料認容を導き出している」と評価している<sup>7)</sup>。

このように現実の悪結果との因果関係が認められない場合に損害賠償を認める裁判例の法律構成は期待権侵害構成から延命利益構成、さらに治療機会喪失構成へと進展し、下級審レベルでは概ね平成時代（1990年代）に入ってから治療機会喪失構成がほぼ定着しつつあるとあってよい状況になった<sup>8)</sup>。例えば、東京地判平成5年1月28日判時1473号66頁は、「(患者)は、被告医師の不適切な診断の故に原因が何であるかを知ることができず、医師や家族と共に肝臓痛と最後の相応の闘いをなす機会を失ったのであった。患者は現代の医療水準から一般の患者が受けるであろう適切な診療を受ける機会を逸してしまったのである。誤診や不適切な診療と死との間に相当因果関係が認められず、診療が適切であったならば延命可能性があったと認めることはできないとしても、適切な診療をなすべきであったと認められる以上は、その適切な診療を受ける機会を失ったことの損害があることを否定することはできない。これは精神的損害であって慰謝料を

---

療過誤訴訟法」288頁〔青林書院、2000〕参照。

7) 石川前掲注3・16頁

8) 石川前掲注6・64頁。なお、期待権という文言を用いていても、判決文を子細に検討するとかつての患者の主観的期待を保護するという理論ではなく、治療機会の喪失を保護すべき利益として設定しているものがほとんどである。

以て償われるべきものである（下線筆者）」と明確に機会喪失論を採用している。これらの悪結果との因果関係が認められない場合に慰謝料のみを認める裁判例には不法行為構成よりも債務不履行構成を採るものが多いということも指摘されている<sup>9)</sup>。

学説上もアメリカやフランスの機会喪失論の研究が進み、これを支持する見解が有力化した<sup>10)</sup>。また、前記岐阜地判昭和60年9月30日にみられるように機会喪失に対する賠償を認める要件としての医師の過失も医療水準からの「著しい逸脱」から「重大な過失」へと緩和されてきた。

イ 平成12年以前に「相当程度の可能性」に言及した判決

この流れの中で、「相当程度の可能性」の証明によって因果関係の証明を認めた注目すべき判決群がある。

まず、前橋地判昭和46年3月23日判時628号25頁の事案では、農業用配水路上流の工場が有毒なシアン化物を含む廃液を配水路に放出した行為と下流の養魚場の鯉の斃死事故との間の因果関係が問題となったが、裁判所は以下のように述べ、因果関係の証明度を相当程度の可能性まで軽減した。「不法行為に基く損害賠償請求訴訟においては、侵害行為と損害との間の因果関係を立証する責任は原則として原告（被害者）側にある。しかしな

---

9) 浦川道太郎「民法判例レビュー・民事責任」判タ838号（1994）57頁

10) 高知順子「フォート（faute）から因果関係へ－フランス民事責任法の一考察－」法と政治34巻2号（1983）325頁，同「『損害』概念の新たな一視点－perte d'une chance論が提起する問題を通して－」同35巻4号（1984）641頁，田井義信・判時1318号（1989）194頁，山崎進「診療債務の不履行と死亡との因果関係が肯定されない場合の損害の成否」ジュリ949号（1990）127頁，浦川道太郎「いわゆる期待権による侵害」判タ838号（1994）60頁，中村哲「医療事故訴訟における因果関係について」判タ858号（1994）39頁，澤野和博「機会の喪失の理論について（一）」早稲田法研論集77号（1996）99頁，「（二）」同78号（同）95頁，「（三）」同80号（1997）87頁，「（四・完）」同81号（同）163頁，高波澄子「米国における『チャンスの喪失（LOSS OF CHANCE）』理論（一）」北大法学49巻6号（1998）25頁，「（二・完）」同50巻1号（1999）119頁，鎌田薫「医師の診療義務の懈怠と患者の死亡との因果関係」リマークス20号（2000）73頁

がら、いわゆる公害訴訟、とりわけ河川汚濁や大気汚染による損害の賠償を請求する訴訟においては、多くの場合、被害が適法な固有の目的をもつた行為によつて副次的に河水、大気等の媒体を経由して発生したものであり、しかも自然現象その他の複雑な要因が関係するために、技術的にも経済的にも被害者個人が因果関係を立証することは容易でない。一方、被告（加害者）側にとっては技術的にも経済的にも被害者よりはるかに原因調査が容易であることが多いし、そうでない場合にも被告企業が何らかの物質ないしエネルギーを一般社会に放散させている以上は、加害者側でそれが無害であるとの立証をなさない限り責任を免れないと解するのが社会通念に適合するところであると考えられる。そこで、右のような訴訟においては、一般の不法行為訴訟と異なり、因果関係に関する立証責任を転換し、被告側に因果関係不存在の立証責任を負わせることも考え得るところであるが、一般に因果関係不存在の立証は極めて困難であるから、右の考え方は逆に被告に対して苛酷に過ぎるきらいがある。結局、最も妥当な解決方法は、原告としては侵害行為と損害との間に因果関係が存在する相当程度の可能性があることを立証することをもつて足り、被告がこれに対する反証をあげた場合にのみ因果関係を否定し得るとすることである、と当裁判所は考える。本件訴訟は、まさに前記の種類の訴訟に含まれるものであるから、原告はまず因果関係存在の相当程度の可能性を立証すれば、因果関係に関する立証責任を果たしたこととなる（下線筆者）<sup>11)</sup>。この判決は、公害訴訟においては因果関係が存在するとの蓋然性を示す証明で十分であり、証明責任を被害者から加害者に実質上転換すべきであると主張する蓋然性説<sup>11)</sup>の発展型と理解されている<sup>12)</sup>。

次に、水俣病東京訴訟第一審判決（東京地判平成4年2月7日判時臨増平成4年4月25日号3頁、判タ782号5頁）は、以下のように述べて、因果関係

11) 徳本鎮「鉍害賠償における因果関係」法政研究27巻2-4号（1961）309頁

12) 伊藤眞別冊ジュリ43号（公害・環境判例，1974）46頁

が高度の蓋然性をもって証明されなくても相当程度以上の可能性があれば賠償責任を認め、その可能性の程度を損害賠償の算定に当たって反映させるという理論を採用した。「個別原告の水俣病罹患の個別的因果関係の判断という次元において、原告らが水俣病に罹患している高度の蓋然性の程度の証明があれば訴訟上の因果関係の立証として十分であり、水俣病に罹患していると認めることができるが、そこまでの証明がなく、さらには、前記の行政認定における医学的判断の問題として水俣病と診断することができる限界線にまでは達していないという場合であっても、原告らが水俣病に罹患している一定程度の可能性があると認められる場合には、被告チツソの損害賠償責任を全く否定するのは妥当ではないというべきである。すなわち、その可能性というのが、水俣病に罹患していることも一つの可能性として理論的には完全に否定できないという程度のかかなり低いものである場合には、いかに本訴における前記説示の特殊な事情を考慮しても被告チツソの損害賠償責任を認めることは不当であると考えられるが、その可能性がその程度のものではなく、講学上可能性とは区別された意味における蓋然性の程度を大きく下回るようなものではないと考えられる場合には、被告チツソの損害賠償責任を認めた上で、その可能性の程度を原告らの本訴請求にかかる損害賠償額（慰藉料）の算定に当たって反映させるのがより妥当と考えられる。そこで、本訴においては、水俣病以外の疾患によるものと認められるものを除いた原告らの健康障害の中に有機水銀漁業の影響によるものが含まれている確率が右のような意味での可能性（以下においてこれを「相当程度の可能性」という。）以上のものと認められる場合には、被告チツソの損害賠償責任を認めた上で、その可能性の程度を、損害賠償額（慰藉料）の算定に当たって反映させることとする（下線筆者）。そして、相当程度の可能性が認められる原告について、一律350万円の慰謝料を認めた。この判決については、確率的因果関係論、心証度による割合的認定論、割合的因果関係論を採用したものであるという

理解もあるが、因果関係について証明度軽減論を採用したものと理解するのが説得的であると評されている<sup>13)</sup>。

以上二つは公害事件についての判断であるが、医療事件においても「相当程度の可能性」によって因果関係の証明を認めた裁判例がある。東京地判平成6年3月30日判時1522号104頁は「被告が前記債務（癌患者の家族への連絡義務：筆者注）を履行しておれば、患者の家族による説得により患者は入院して手術を受ける決意をした相当程度の可能性があり、かつ、それにより、相当程度延命が期待できたものと推認されるから（救命可能性があったとまでは認められない。）、被告の前記債務不履行と延命利益喪失との間に相当因果関係があると認めることができる（下線筆者）」と判断した。

これらの判決は因果関係を高度の蓋然性でなく、相当程度の可能性によって認めた点に特徴がある。「相当程度の可能性」という概念を損害論ではなく、因果関係論で用いている点は平成12年判決とは異なるが、「相当程度の可能性」法理の萌芽が認められるように思われる。相当程度の可能性という概念を因果関係論の領域から損害論の領域に転用する一歩手前まで来ており、平成12年判決を予期させるものといえよう<sup>14)</sup>。

---

13) 山本克己「証明度の軽減」伊藤眞・加藤新太郎編『民事事実認定』（有斐閣、2006）26頁

14) 前橋地判昭和46年に左陪席として関与した近藤崇晴裁判官はその後、最高裁判所行政局第1課長兼第3課長を務め、平成5年から11年まで最高裁上席調査官を務めた後、首席調査官等を経て平成19年から22年まで最高裁判事を務めた。東京地判平成6年を下した大橋寛明裁判官は東京地裁部総括の直前の経歴は最高裁判所行政局第1課長兼第3課長であり、東京地裁部総括の後の経歴は平成7年4月から平成15年3月までは最高裁調査官（そのうち平成12年3月からは上席調査官）を務めた。「相当程度の可能性」を因果関係の証明度を緩和する概念として用いた近藤裁判官や大橋裁判官が、平成12年判決事件の担当調査官である杉原則彦調査官とともに相当程度の可能性法理の形成に寄与した可能性はまさに相当程度あるように思われ、大変興味深い。

## ウ 最判平成11年2月25日

最高裁第一小法廷平成11年2月25日判決民集53巻2号235頁は「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、医師の右不作為と患者の死亡との間の因果関係は肯定される」と述べている。この判決は延命利益喪失論を採用したものとみることでもできるが<sup>15)</sup>、第二小法廷による平成12年判決への「架橋をなす過渡的な判決」と評価されており<sup>16)</sup>、平成12年判決以後はあまり重視されていない。

## 2. 平成12年判決

このように損害論においては下級審判決および学説が徐々に機会喪失論に傾斜し、因果関係論においては公害事件や医療事件については相当程度の可能性の立証でも足りるとする下級審判決が現われつつある状況で生まれたのが、最高裁第二小法廷が平成12年9月22日に下した画期的な判決である（民集54巻7号2574頁）<sup>17)</sup>。この判決は「期待権」侵害の主張に対して「適切な医療を受ける機会」の侵害という構成で慰謝料200万円を認めた原審（東京高判平成8年9月26日民集54巻7号2611頁）に対して主文は維持し

---

15) 鎌田前掲注10・73頁

16) 新美育文・医事法判例百選（2006）168頁。ただし、平成11年判決と平成12年判決を並列的ないし相対的に位置付けるべきとの見解もある（野々村和喜「医療過誤における『相当程度の可能性』法理」同志社法学60巻7号〔2009〕575頁）。

17) 評釈・研究として、鎌田薫・法教別冊附録246号（2000）23頁、稲垣喬・民商123巻6号（2001）98頁、平沼高明・民事法情報175号（2001）59頁、澤野和博・名経法学10号（2001）187頁、溜箭将之・法協118巻12号（2001）134頁、渡辺達徳・法セミ555号（2001）104頁、加藤新太郎・判タ1065号（2001）114頁、窪田充見・ジュリ臨増1202号（2001）69頁、新美育文・リマークス24号（2002）59頁、手嶋豊・年報医事法学17号（2002）154頁、林誠司・北大法学論集55巻3号（2004）297頁、良永和隆・民研590号（2006）33頁、前田順司・医事法判例百選（2006）164頁、永野庄彦＝伊藤孝至・判タ1287号（2009）63頁など。なお、担当調査官による解説は杉原前掲注3である。

つつ、理論構成として「相当程度の可能性」の侵害という新たな法理を示した。判旨は以下のとおりである。

「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。けだし、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出来るからである（下線筆者）。

この判決によって、現実の生命侵害とは別の「救命の相当程度の可能性」という新たな法益が設定され、医師が過失によりこの法益を侵害した場合には過失と生命侵害との因果関係が認められない場合も損害賠償の対象となるという法理が認められたのである。なお、損害賠償の対象を慰謝料に限定するという趣旨はこの判決から当然に導かれるものではないが<sup>18)</sup>、その後この法理を適用した裁判例ではほとんど慰謝料しか認められていない。

なお、この判決が出た当初は、因果関係論についての判断であるとか確率的心証論を採用したものであるとの理解もあったが<sup>19)</sup>、現在は損害論についての判決であるという理解が一般的である<sup>20)</sup>。もっとも後にもるように、

---

18) 杉原前掲注3・865頁

19) 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」ジュリ1199号(2001)・14頁

20) 溜箭前掲注17・142頁、加藤前掲注17・115頁、新美前掲注17・61頁、窪田前掲注17・70頁、林道晴・NBL792号(2004)71頁、小池泰・民商130巻4・5号(2004)881頁、前田前掲注17・165頁、米村滋人「『相当程度の可能性』法理の理論と展

下級審レベルでは平成12年判決以後も因果関係論において「相当程度の可能性」という文言を用いて証明度の緩和をしていると解されるものもある。

### 3 平成12年判決以後

最高裁は平成12年判決以後、2つの判決によって相当程度の可能性法理を拡張している。

まず平成12年判決は死亡事案でかつ不法行為構成であったが、最高裁は死亡の結果が発生していなくても「重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性」が侵害された場合まで保護の対象を広げ（最判平成15年11月11日民集57巻10号1466頁。以下「平成15年判決」）、次に債務不履行構成についても相当程度の可能性法理の適用を認めた（最判平成16年1月15日判時1853号85頁。以下「平成16年判決」）。その後、相当程度の可能性法理ではカバーされていないと考えられる領域の損害に関して、治療機会の喪失について最判平成17年12月8日判時1923号26頁・判タ1202号249頁（以下「平成17年判決」）が、期待権について最判平成23年2月25日判時2108号45頁・判タ1344号110頁（以下「平成23年判決」）がそれぞれ言及している。これらの判決の内容と位置づけについては後で検討する。

従来の期待権論や機会喪失論は相当程度の可能性法理に昇華されたのか、それともそれらの理論も相当程度の可能性法理と併存するののかについては多様な理解が可能である。以下、下級審裁判例がどのようにこれらの法理の関係を捉えているか分析する。

#### ア 相当程度の可能性法理を期待権侵害論と同視する判決

平成12年判決以後も、救命できた高度の蓋然性は認められないとしても相当程度の可能性はあったから期待権が侵害されたというように、相当程度の可能性と期待権を同視する主張を原告が行う例は少なからず見受けられる。従来の期待権侵害論が相当程度の可能性理論として判例に採用され

開」法学74巻6号（2010）241-244頁等

たとの理解に基づく主張なのであろう。このような主張に応じたためか、相当程度の可能性法理を期待権侵害論と同視しているかのように読み取れる判決群がある。

例えば、東京地判平成16年3月25日判タ1163号275頁は、患者の救命それ自体は急性膵炎の重症度に照らして不可能であったとして、担当医の過失と患者の死亡との間の相当因果関係を否定して主位的請求を棄却する一方、患者は「少なくとも30パーセントの生存可能性を有していたということができ、輸液供給及び膵酵素阻害剤投与といった保存療法が十分に行われ、また、特殊療法が執られた場合には、A（患者：筆者注）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それ自体は認められるというべきであるから、被告Y2（医師：筆者注）には、その期待権侵害を理由として、Aに対し、その被った精神的苦痛に対する慰謝料を支払うべき義務があるし、被告病院も、被告Y2の使用人として、同被告と連帯して、前記慰謝料を支払うべき義務がある（下線筆者）」と判示し、期待権侵害を理由とする予備的請求を認容した（認容額600万円）。この判決は、明確に「相当程度の可能性」＝「期待権」ととらえているように読み取れる<sup>21)</sup>。

次に、甲府地判平成17年7月26日判タ1216号217頁は、患者がHIVに感染していることが判明したことから、二次感染への不安などの動揺が広がることを避けるため医師らが手術的治療を回避したとして損害賠償を求めた事案で、腰椎骨折に対する手術をしなかったという不作為と後遺障害との間に因果関係を認めることはできなかつつ、「医師が予定していた平成4年12月24日において、本件患者に対して本件術式による手術的治療が実施されていれば、本件患者の後遺障害（膀胱直腸麻痺によって便意・尿意が感じられないこと等：筆者注）が更に軽症となった相当程度の可能性

---

21) 東京地裁医療事件集中部による判決であり、裁判長は理論家として知られる滝澤孝臣裁判官であるだけに注目に値する。

を否定することはできない。そうすると、被告Y市は、本件患者が適切な治療を受ける期待権を侵害されたことによる精神的損害を賠償すべき責めを負う（下線筆者）」と判断した（認容額100万円。ただし、損害額の算定については原告がタイ国籍であることを考慮）。この判決も、相当程度の可能性の侵害と期待権侵害を同視しているようである。

青森地八戸支判平成18年10月2日判タ1244号250頁は、左膝窩部を負傷して病院に入院した患者がガス壊疽を発症したため左大腿切断術を受けることになった事案について、担当医に注意義務違反行為はあったが、当該義務違反行為と左大腿切断術施行との間に因果関係は認められないとした上で、「担当医が、適切な太さの縫合糸を使用し、かつ、血栓形成を疑って11日午前中の時点で血流ドップラー検査や血管造影検査を行い、それに応じた適切な血栓除去法を尽くしていれば、少なくともガス壊疽の発生率を低下させ、あるいは感染範囲を狭めることができた可能性があったというべきである。そうすると、本件においては、上記治療法が十分行われた場合には、ガス壊疽による左大腿切断術施行に至らなかった相当程度の可能性が存在するというべきである（下線筆者）」とし、「被告は、担当医の使用者として、患者である原告が上記可能性を侵害された、すなわち、いわゆる期待権が侵害されたことによって被った精神的苦痛に対する慰謝料を支払うべき義務がある（同）」と述べ、相当程度の可能性の侵害は期待権侵害であるとの理解を示している（認容額300万円）。

山口地岩国支判平成19年1月12日判タ1247号310頁も「被告が、本件診療契約上の説明義務及び転医勧告義務を履行していれば、本件患者が被告の診断及び治療を当初から、あるいは少なくとも9月3日以降は受診しなかったであろうと認められ、かつ、その時点で、被告医院で、診断義務及び治療義務に反する不適切な診断及び治療を受けることを中断し、一般の医療機関で通常の医療水準による治療を受けていれば、11月12日の時点でなお生存していたことについて、相当の可能性があったものと認めることはで

きるものの、11月12日の時点で生存していたことを蓋然性をもって認定することまではできない。したがって、被告の本件診療契約上の義務違反と本件患者の期待権侵害との間には因果関係があると認めることができるが、同義務違反と本件患者の死亡との間には因果関係があると認めることはできない」と判示し、「相当の可能性」という表現ながら、患者が死亡の時点で生存していた可能性の侵害を期待権侵害として構成し、700万円の慰謝料を認めている。

これらの判決は、平成12年判決や平成15年判決を参照判例として引用しており、相当程度の可能性法理を適用した結果、期待権侵害を認めているので、期待権侵害論と相当程度の可能性法理は実質的には同一の理論であると解しているものと思われる。原告が期待権侵害論によって法律構成をしたことに応じてなされた判決という側面もあるかもしれないが、裁判所が期待権と相当程度の可能性は異なる法益であると考えていれば、相当程度の可能性の侵害によって一部認容をする心証に至れば主張の訂正・追加を促すであろう。

例えば、東京高判平成13年11月5日判時1778号69頁は「救命期待権」侵害として200万円の慰謝料を認めた原審（東京地判平成13年2月28日判タ1086号261頁）を、平成12年判決を引用して法律構成だけを相当程度の可能性侵害に改めた上で主文は原審を維持している<sup>22)</sup>。このような理論の区別をせずに相当程度の可能性を認定して、期待権侵害の結論を導く判決がなされた事案では、裁判所としても両理論を同一視していたと考えるべきであろう。

---

22) この東京高判の裁判長である近藤崇晴裁判官は相当程度の可能性によって因果関係を認めた前記前橋地判昭和46年の左陪席であり、この判決の前には最高裁上席調査官を務め、判決の後には首席調査官を務めた後、最高裁判事に就任しており、期待権構成と相当程度の可能性法理の差違に特に注意を払ったと考えられる。

## イ 相当程度の可能性に言及せずに機会喪失・期待権侵害による損害賠償を認める判決

平成12年判決が出された後、相当程度の可能性に言及せずに、治療機会の喪失や期待権侵害による損害を認める判決がないか探したが、平成12年判決の直後で相当程度の可能性法理がまだ下級審裁判官に周知されていない時期に出されたと思われる次の1件しか公刊されているものとしては見つけることはできなかった。

那覇地判平成12年10月17日判タ1111号172頁は、「甲野医師の診断及び治療には、A（患者：筆者注）の死と因果関係のある過失は認められず、被告は、Aの死亡に対する責任を負うことはない」とした上で、「医師は患者の死亡の結果発生を回避できない場合であっても、患者に対して医療水準に則った適切な治療を行う義務を負っており、右義務に違反した場合は、患者の適切な治療を受ける権利を侵害したものと見え、患者に対してその被った精神的損害を賠償する責任を負うものというべきである（下線筆者）」と判示し、救命の相当程度の可能性の有無については検討せずに「適切な治療を受ける権利」の侵害についての慰謝料として300万円を認めている。

この那覇地判を除くと、平成12年判決以降は相当程度の可能性の侵害の有無を検討せずに治療機会の喪失や期待権侵害だけを直ちに判断する裁判例はほぼなくなったといつてよいようである。平成12年判決の実務への影響は絶大といえよう。

## ウ 相当程度の可能性と区別された期待権侵害・自己決定権侵害を認める判決

平成12年判決以降、相当程度の可能性の侵害が認められないとしても、それとは区別された期待権の侵害が認められるとの原告の主張がなされる事案が少なからず見受けられ、これに応じて期待権侵害を認める類型の判決群がある。もっとも裁判所が相当程度の可能性侵害を認める場合には期

待権侵害についての判断はされない<sup>23)</sup>。これは、相当程度の可能性侵害の主張が、現実には生じた生命・身体侵害に対する関係で二次的な主張であり、期待権侵害の主張は三次的な主張ととらえられているからであろう。

岡山地判平成14年12月17日裁判所ウェブサイトは「患者が医師あるいは医療機関のミスや懈怠により医師に対して有していた適切な医療を受け得るという期待を裏切られ、そして適切な医療を受ける機会を失い、その結果、心残りや諦め切れない感情などの精神的苦痛を受けることは通常予見可能であって、医療水準にかなった適切な治療、看護を受ける機会を失った患者の精神的苦痛は、医師あるいは医療機関の過失により通常生ずべき損害として法的に慰謝されるべき（下線筆者）」と述べ、「E（患者：筆者注）は延命の可能性に対する期待権の侵害を受けたとは認められないけれども、Eは、医療機関である町立病院の医療に伴う適切な看護及び町立病院で生じた傷害に対する適切な医療措置に対する期待権を侵害された（同）」と認定し、120万円の慰謝料を認めた。

この判決は、文脈から相当程度の可能性を指す意味で用いられているように解される「延命の可能性に対する期待権」の侵害は認められない場合にも、「適切な医療措置に対する期待権」の侵害を認めているので、相当程度の可能性と期待権を区別する見解に立っていると解される。

結論的には否定しているが、那覇地裁沖縄支判平成20年2月7日LLI/DB06350451も相当程度の可能性と期待権を区別する法律構成を前提として判断している。この判決は「B医師の本件過失がなくても、Aが2月14日午後8時43分においてなお生存していた相当程度の可能性もない場合には、Aの生存の可能性といった保護されるべき利益の侵害がないから、被告は、損害賠償責任を負わないと解すべきである。仮にこのような場合において、医師の医療行為に過失があることを前提に当時の医療水準にかなった

---

23) 相当程度の可能性侵害が認められ、期待権侵害について判断が示されなかった例として名古屋地判平成19年2月14日判タ1282号249頁。

医療の提供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医師に損害賠償責任を認める余地があるとしても、損害の公平な分担という観点から、そのような過失がある医療行為が当時の医療水準に照らし著しく不適切である場合に限られるというべきである。前記2のとおり、B医師の医療行為には本件過失があるものの、他方、B医師が、Aの既往歴などからすると、Aの著しい高血圧に対し緊急な措置を講ずる必要があると判断したことに相応の理由があったといえる上、くも膜下出血が発症してから約40時間後には頭部CT検査をして脳外科的手術の可能な病院への転送措置を採ったこと等の事情に照らすと、本件過失が平成15年2月当時の医療水準に照らし著しく不適切であるということとはできない（下線筆者）」と判断し、相当程度の可能性とは別個の医療水準にかなった医療を受けること自体を保護の対象とする可能性は認めつつ、そのためには医療行為が著しく不適切であることが保護要件であるとの見解に立っている（後で検討する平成23年判決に類似する）。

次は、相当程度の可能性とは明確に区別された期待権侵害を肯定した例である。仙台地判平成22年6月30日裁判所ウェブサイトは、「患者一般の意思として可能な限り救命可能性が高い治療方法を採用してほしいと願うのは至極当然のことであり、しかも生命身体という人間にとって最も基本的かつ重要な利益に関わるものであることからすれば、このような期待は社会一般にも承認されるものであると考えられる。したがって、臨床水準に則った適切な診療を受ける期待は、生命・身体や当該時点で生存していた相当程度の可能性とは別個のそれ自体独立した法益であると解するのが相当である（下線筆者）」と述べ、当該事案では「肝癌の高危険群とされている肝硬変と診断され、平成18年2月ないしそれ以前の時点においては肝癌が発生していたとも、発生していなかったとも判断しがたいというリスクのある状態にあったのであるから、被告医師において上記の諸検査を実施することが社会的に期待されていた」にも関わらず、「肝癌の発見を目

的として6か月間隔での腫瘍マーカー及び超音波検査を実施」しなかったことが「合理的な行動であったとすることについては甚だ疑問といわざるを得ない（下線筆者）」と判断して、期待権侵害に対する100万円の慰謝料を認めた。

この判決は、相当程度の可能性侵害と期待権侵害を明確に区別し、医師の行動が合理的であることは甚だ疑問であるという理由から期待権侵害を認めている。「甚だ疑問」ということは「著しく不適切」と言い換え可能なように思われ、前掲沖繩支判同様、後述の平成23年判決を先取りした内容といえそうである。

さらに東京地判平成23年3月23日裁判所ウェブサイト<sup>24)</sup>は、医師の「注意義務違反がなかったとしても、A（患者：筆者注）の喉頭痛（声門上痛）の再発・転移を避け、喉頭全摘出を回避することができたことについて高度の蓋然性があり、あるいは相当程度の可能性があったとは認められないが、前記3の注意義務違反により、Aは、適切にその病状及び生検に関する情報を提供され、これに基づいて生検を受けるか否かを真摯に選択・判断する権利（いわゆる自己決定権）を侵害されたというべきであり、前記3の注意義務違反とAの自己決定権侵害との間には因果関係があると認められるから、Aは被告に対し、これによって被った精神的損害の賠償（慰謝料）を求めることができる（下線筆者）」として、慰謝料200万円を認めた。この事案では原告は自己決定権侵害を明示的には主張していなかったが、裁判所は「原告の本訴請求は、このような請求を包含するものと解される」と判断している。相当程度の可能性が認められない場合でも、それとは区別された法益としての自己決定権侵害を認め、それと注意義務違反との因果関係を認めた判決として注目に値する。

---

24) 東京地裁医療集中部による判決。村田渉裁判長はその後司法研修所一部上席教官に就任した理論家。

## エ 評価

平成12年判決は「生命を維持することは人にとって最も基本的な利益」であるから救命の相当程度の可能性は法によって保護される利益であるとして、「相当程度の可能性」の喪失を新しい独立の法益侵害と認め、平成15年判決はその延長線上で死亡に比肩すべき重大な後遺症に適用を拡張した。しかし、平成12年判決以前には機会喪失論あるいは期待権侵害論によって救済が与えられていた類型について、平成12年判決が出たからといって救済の対象からこぼれ落ちるというのは不合理であるという認識が下級審裁判官にはあったのではないと思われる。

そこで、平成12年判決から平成23年判決までの間は、相当程度の可能性法理をあえて従来の期待権侵害論と同視して救済範囲を広げたり、相当程度の可能性法理とは別個に期待権の侵害を認めて救済したりする工夫が下級審においてなされていたと評価することができる。

## オ 平成23年判決

このように相当程度の可能性と期待権あるいは適切な治療を受ける権利・利益を同視する判決群と区別する判決群が下級審で交錯する中で、最高裁は平成23年に期待権に言及する判決を下した。最判平成23年2月25日判時2108号45頁、判タ1344号110頁は、原告が第一次的に後遺症による損害を、第二次的に相当程度の可能性侵害による損害を、第三次的に期待権侵害による損害を請求した事案において、期待権侵害による慰謝料300万円を認めた原審（広島高判平成20年10月10日公刊物未登載）を破棄し、「患者が適切な医療行為を受けることができなかった場合に、医師が、患者に対して、適切な医療行為を受ける期待権の侵害のみを理由とする不法行為責任を負うことがあるか否かは、当該医療行為が著しく不適切なものである事案について検討し得るにとどまるべきものであるところ、本件は、そのような事案とはいえない（下線筆者）」との判断を示した<sup>25)</sup>。

25) 評釈・研究として、吉田邦彦・判時2120号（2011）172頁、手嶋豊・リマークス

平成23年判決以降は、相当程度の可能性と期待権は区別された法益であるとの理解の下に、期待権侵害を第三次的に原告が主張する例が従前以上に増えつつあるようである。期待権の主張を認めた例として大阪地判平成23年7月25日判タ1354号192頁がある。控訴審（大阪高判平成25年1月29日裁判所ウェブサイト）は相当程度の可能性侵害を認め、慰謝料を60万円から450万円に変更した。上告は受理されなかった（最決平成25年6月27日裁判所ウェブサイト）。期待権侵害を認めなかった例として仙台地判平成24年7月19日裁判所ウェブサイトがある。平成23年判決とその影響については後で詳論する。

#### カ 相当程度の可能性の法理の拡張

本稿の冒頭で述べたように<sup>26)</sup>平成12年以降、下級審における「相当程度の可能性」ラッシュと呼べるような状況が現出し、因果関係の証明が認められない事案についてこの法理によって慰謝料を認める判決が大量に生み出された。そして、この法理は最高裁が想定していたと思われる範囲を超えて平成12年以降様々な方向に向けて拡張を続けている。

まず、第一に結果の重大性という側面において必ずしも重大とはいえない後遺症の事例にも拡張されてきている（拡張第1類型）。第二に医療以外の場面へも適用領域が拡張されてきている（拡張第2類型）。その場合、失われた可能性が生命・健康とは関係がない法益の場合もある。第三に相当程度の可能性を損害論ではなく、因果関係論において証明度を引き下げる論理として適用している裁判例がある（拡張第3類型）。第四にそこからの発展で因果関係以外の要証事実についての立証においても相当程度の可能

---

44号（2012）38頁、平野哲郎・民商145巻2号（2011）249頁、同・龍谷法学44巻3号（2011）313頁、住田知也・民事判例3号（2011）172頁、橋口賢一・法時84巻8号（2012）116頁、円谷峻・法の支配165号（2012）213頁、峯川浩子・年報医事法学27号（2012）149頁、金丸義衛・甲南法学53巻2号（2012）53頁、松浦聖子・法セミ699号（2013）142頁等

26) 本稿（1）前掲注1・80頁

性の立証で足りるとした裁判例が登場しつつある（拡張第4類型）。これは証明度一般の見直しにつながる可能性がある。以下、これらの拡張例を紹介する。

（ア）重大とはいえない後遺症への拡張（拡張第1類型）

下級審の裁判例では、重大な後遺症とはいえないような結果を避けられた可能性が失われた場合にも相当程度の可能性の侵害による損害賠償を認めている例が見受けられる。

例えば、下肢の大腿部からの切断事例で切断に至らなかった相当程度の可能性侵害を理由に300～400万円の慰謝料を認める事例は複数ある<sup>27)</sup>。後遺障害等級表では一下肢をひざ関節以上で失った場合は4級、身体障害者等級表では一下肢を大腿の2分の1以上で欠くものは3級、一下肢を下腿の2分の1以上で欠くものは4級である。一下肢の切断が軽微な後遺症といえないことは当然であるが、義足や車椅子を用いて社会生活を営んでいる人も少なからずおり、それらの補助具の性能も向上している。例えば脳原性運動機能障害が残り、身体障害者等級1級と認定された平成15年判決の事案と比べると一下肢切断は後遺障害の程度としては軽いことは否めない。

また、脳梗塞の結果、片麻痺と言語障害が残り、簡単な日常会話はある程度できるが言葉や記憶が混乱することがよくあり、右上肢はつかむなどの行為はできず、腕を肩の高さまで辛うじて上げられる状態で、右下肢は下肢装具着用で自力歩行可能な状態であるとして、要介護3級の認定を受けた事案について、「重大な」後遺症と認め、相当程度の可能性侵害について400万円の慰謝料を認めた裁判例もある（福岡地判平成24年3月27日判時2157号68頁）。要介護3級は、掃除などの身の回りの世話や排泄が自分一人ではできないなどの状態であるが、排泄や食事がほとんどできない要介護

---

27) 青森地八戸支判平成18年10月2日判タ1244号250頁は300万円、東京地判平成20年1月21日裁判所ウェブサイトは400万円、松山地判平成24年6月26日LEX/DB25482119は300万円の慰謝料を認めている。

4級や5級に比べれば軽度といえる。前掲の甲府地判平成17年7月26日判タ1216号217頁の事案も後遺障害は膀胱直腸麻痺であり、生活の質には影響を与えるが後遺障害等級1級に該当する「常に介護を要する神経障害や両眼失明、両上肢全廃、両下肢全廃」などと比肩できるほどの「重大な後遺症」とはいえないであろう。

さらに後遺症の程度が軽い例としては、京都地判平成17年1月11日LEX/DB28100314がある。この事件の後遺症は原告の主張によっても「血栓やフィルターが体内に残っている状況であり、仕事もしにくく「後遺障害等級第7級に該当する」という程度である。この事案で裁判所は、再手術を避けられた相当程度の可能性があったとして200万円の慰謝料を認めた。

前述のように、相当程度の可能性法理が死亡または重大な後遺症を避けられた相当程度の可能性が認められる場合にのみ適用が限定されるとすると、平成12年判決以前には救済されていた、重大とまではいえない後遺症を残す事案が救済から外れることになる。それを回避するために、下級審は後遺症の「重大性」の要件をあえて緩和する解釈をしたように思われる。そもそも実際に悪結果が発生した場合には、その悪結果が死亡または重大な後遺症でなければ損害賠償請求が認められないというわけではないのだから、相当程度の可能性法理についても死亡や重大な後遺症を回避できた相当程度の可能性に適用を限定せず、「医療水準に適合した医療行為がなされていればより良い結果が得られたであろう相当程度の可能性」が認められれば、その可能性の喪失を法益侵害と評価するという発想が生じることが理解できる。本稿(1)で検討したコモン・ロー諸国では、機会喪失論の適用を死亡や重度の後遺障害の場合に限定するという前提では議論されていない。

平成23年判決によって、重大とはいえない後遺症が残った場合やそもそも後遺症が残らなかったような場合でも、「医療行為が著しく不適切なものである事案」については期待権侵害のみを理由とする損害賠償請求が認

められるという法理の可能性が示されたことで、著しく不適切な医療行為が行われた場合については第一類型の拡張が一部追認されたといえる。しかし、著しく不適切とまではいえない医療行為によってある程度の後遺症が残った場合に、それを「重大」と評価することで相当程度の可能性法理の適用対象とするという拡張形態は今後もあり得よう。

#### (イ) 医療以外の場面への拡張 (拡張第2類型)

相当程度の可能性の法理は、医療以外の場面にも拡張しつつある。

例えば、神戸地判平成16年2月24日判時1959号52頁は、ストーカー被害防止のために警察が規制権限を行使しなかったことが著しく不合理であり、この過失がなければ被害者が殺害されなかったであろうということについては高度の蓋然性は認められないが、「警察が適切な規制権限を行使していたならば、被害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 (下線筆者)」が認められるとして国家賠償を認めた。判決は「生命を維持することは人間にとって最も根元的な利益であるから、上記生存可能性は、法によって保護されるべき利益というべきであり、警察の規制権限不行使によってその法益が侵害されたと認められる」と述べ、慰謝料600万円を認容した。同判決の控訴審 (大阪高判平成18年1月12日判時1959号42頁) は、「竹子 (被害者：筆者注) が当時警察に対し、春夫 (加害者：同) からの犯罪被害防止のための措置を講じてほしいとの期待を有していた (下線筆者)」にも関わらず、「自己の身の安全のために万全を期する機会と可能性を奪われたまま、春夫に殺害されてしまったものというべきである。そして、竹子の上記のような期待は、生命に関わる根源的な欲求であり、上記のとおり法的保護に値する利益というべきである (同)」と述べ、原判決と異なり相当程度の可能性侵害という構成ではなく、期待権侵害ないし機会喪失構成をとったように解されるものの、結論としては原判決を維持し、控訴を棄却した。控訴審で相当程度の可能性法理から期待権侵害ないし機会喪失構成に修正された理由は定かではないが、相当程

度の可能性法理は医療の場面で用いられる法理という認識を控訴審裁判所は有していたのかもしれない。

さらに、横浜地判平成18年4月25日判時1935号113頁は、自動車運転中に自損事故を起こした負傷者について警察官が何ら救護措置をとらず、負傷者が死亡したという事案において、平成12年判決を引用した上で「警察官については、専門的職業人として市民の安全を保護するために、警職法上、保護義務が定められ、市民の生命維持のために最善を尽くすことが期待されている（下線筆者）」と述べて、生命維持に関わる職業の専門性という点で医師との共通性を認めて相当程度の可能性侵害を認めている。

また、相当程度の可能性という文言自体は使われていないものの、リンチ殺人事件について「上記連絡に即応した捜査が行われていれば、殺害前に松夫（被害者：筆者注）を発見し得た可能性も三割程度はあったものと認めることが相当であり、そして、松夫が警察に発見され、その負傷の状況が現認されれば、加害者らに対して、その原因について任意に聴取が行われると共に、松夫に対する監禁、傷害の行為について加害者らに対する強制捜査の開始を待たずに、松夫が治療のために加害者らから引き離されて保護される結果となったことが予想される場所である。そうすると、上記過失がなかったとしても、松夫の殺害を阻止し得たとは認められないが、松夫の殺害を阻止することにつき三割程度の可能性はあった」と認めた東京高判平成19年3月28日判時1968号3頁も同じ系統に分類できよう<sup>28)</sup>。

裁判所の判断ではなく当事者の主張レベルで見ると、なお一層医療の場面以外で相当程度の可能性が登場する例は増えている（例えば中学校でのいじめによる自殺の事案について担任教諭が生徒の欠席について保護者に確認する連絡をしていれば自殺を回避できた相当程度の可能性があると主

---

28) この判決については警察官の職務が生命維持に関わる専門職であることの論証がない点について批判がある（中原太郎「機会の喪失論の現状と課題」法時82巻11号〔2010〕95頁）。

張されたさいたま地判平成20年7月18日裁判所ウェブサイト<sup>29)</sup>。

さらにJRに採用されなかった国鉄の元職員らの請求について、東京高判平成21年3月25日判時2053号127頁は、平成12年判決を参照判例として掲記した上で「一番原告らには希望するJRに採用される相当程度の可能性はなおあったというべきところ、本件では、不公正な選考に基づく採用候補者名簿不記載により、そのような可能性が断たれたことになる。このような場合、不公正な選考に基づく名簿不記載によって採用の可能性が侵害されたことについて、一番原告らはその精神的損害の賠償を求めることができる（下線筆者）」と判示した。ここに至ると生命・身体とは全く別な法益（従業員として雇用される利益）についてまで相当程度の可能性法理が拡張されている。

このように医療以外の場面への拡張は、当初は生命侵害に関する事案への適用から始まったが、徐々に生命侵害以外の場面にも拡張適用されてきている。このような状況は、相当程度の可能性の法理が医療以外の場面において機会喪失論に近い機能を果たしつつあることを示すものと評価することもできる。

#### （ウ）因果関係認定への拡張（拡張第3類型）

「相当程度の可能性」という文言を、因果関係の証明度を引き上げるための概念として用いているように読み取れる下級審判例も最近増えている。これは平成12年以前に「相当程度の可能性」に言及した判決として前に掲げた前橋地判昭和46年3月23日、東京地判平成4年2月7日、東京地判平成6年3月30日の流れをくむものといえる。

例えば、鹿児島地判平成18年9月29日判タ1269号152頁は、知的障害者を福祉施設に委託していたところ施設長の過失によって障害者が行方不明となり、生死不明の状態になったことについて「被告乙山（施設長：筆者

---

29) この事案では裁判所は欠席確認義務の存在は否定したが、自殺の原因を調査報告しなかった点について違法性を認め、慰謝料を認容した。

## 論 説

注) が二郎 (障害者: 同) の行方不明直後に適切な搜索活動を実施していれば、二郎を発見できた相当程度の可能性があったと認められる以上、上記過失と現在に至るまでの二郎の行方不明との因果関係は、これを肯認することができる (下線筆者)」と認定した。

また、東京地判平成24年6月5日LEX/DB2549482は、弁護士が労働審判の申立てを怠ったために未払の残業代請求権が時効消滅してしまった事案について、労働審判を申し立てていれば債務者が未払金全額を支払う内容での調停が成立し、または審判がされた相当程度の可能性があったと認めて未払金と同額 (および弁護士費用) の賠償を命じている (慰謝料請求は棄却)。この判決は、被告の過失がなければ原告が支払を受けられた可能性のある未払金全額を損害として認めているので、相当程度の可能性によって因果関係を認定しているものと解される。

東京地判平成24年4月25日LEX/DB25493848は、ホテルの建築請負工事の請負人が注文者の支払能力への不安から工事を中断したため、注文者が追加出資を得ることが困難になり、請負契約を解除せざるを得なくなったとして、原状回復 (出来形部分の収去と敷地の明渡し) までの使用損害金と債務不履行に基づく損害賠償を求めた事案で、請負人が工事を中断しなければこのような状況に至らなかった相当程度の可能性があると認めて、原告の請求を認容した。この判決では被告の工事中断と原告の損害の因果関係が「相当程度の可能性」によって認定されている。

これらの判決群は因果関係を「高度の蓋然性」ではなく「相当程度の可能性」によって認めており、因果関係の証明度の緩和がなされている。しかも、かつて因果関係証明の困難が指摘されていた公害事件や医療事件ではない、委任や請負など比較的一般的な事件類型について緩和が及んでいることは注意を惹く。

### (エ) 証明度引き下げの法理として適用 (拡張第4類型)

因果関係以外の要証事実の立証についても相当程度の可能性で足りると

解する裁判例も現れているが、これは証明度全般について高度の蓋然性による立証（比喩的に言えば80パーセント以上の心証）から証拠の優越による立証（同じく50パーセント超）への接近傾向とみることもできる<sup>30</sup>。

例えば、労働基準法114条の付加金請求の要件の一つである労働者の時間外労働の事実について「原告が本件請求期間においてシフト表記載の時刻よりも早く出勤し、又は遅く退勤したことがあったことについては、証明には至らないものの、相当程度の可能性が存在する（下線筆者）」との認定によって付加金請求を認めた事例（岡山地判平成19年3月27日労判941号23頁）、破産管財人の過失によって配当から排除された別除権者の債権額について相当程度の可能性の存在によって認定した事例（釧路地判平成23年7月13日金法1965号137頁）、談合の事実について相当程度の可能性の存在によって認定した事例（金沢地判平成17年8月8日判タ1222号181頁）などがある。

なお、平成12年判決よりも前であるが、因果関係以外の要証事実について相当程度の可能性を証明度の基準としたものとして静岡地浜松支判平成6年4月15日労判664号67頁がある。この事件では、従業員が使用者に対して安全配慮義務違反を理由とする損害賠償請求をした事案において、具体的事故原因について原告が相当程度の可能性をもって証明すれば足り、被告において事故が原告の行為によるものであるか、被告に過失がなかったことを証明しない限り、安全配慮義務違反が認められるとした。

#### 4 相当程度の可能性法理の副作用

相当程度の可能性の法理が判例上認められたことによって、今まで因果関係が証明されていないとして請求が全部棄却されていたような事案にお

---

30) 厳密には、要証事実のうち、主要事実の存在については高度の蓋然性による立証が必要であるが、間接事実についてはそれに至らない程度の立証であっても複数の間接事実から主要事実の存在が推認できればよい。

いて、部分的にせよ救済が与えられるようになったという側面の裏側で、相当程度の可能性という受け皿ができたためにかえって因果関係証明のハードルが上がったという指摘がある<sup>31)</sup>。特に大規模裁判所に設置されている医療集中部では裁判官が医療事件に精通し、医学的知見にも詳しくなったために因果関係について医学的証明まで求められる傾向が窺われる。しかし、これは「訴訟上の因果関係の立証は、一点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく、経験則に照らして全証拠を総合検討し、特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性を証明することであり、その判定は、通常人が疑を差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうるものであることを必要とし、かつ、それで足りるものである（下線筆者）」という判例<sup>32)</sup>に照らして不当である。因果関係の証明度が上がった結果、今まで最終的な悪結果について救済を与えられていたようなケースで、相当程度の可能性侵害による部分的救済しか与えられないのでは、相当程度の可能性法理によって救済範囲を広げようとした最高裁の意図に反する。そして、医師の過失があれば相当程度の可能性の存在については事実上推定されるとすると<sup>33)</sup>、裁判所としては過失が認められる事案では、かなり安易に相当程度の可能性の領域に事案を投げ込んでしまうことになりかねない。

例えば、大阪地判平成22年9月29日判時2116号97頁は、1年後生存率78パーセントとの証明があっても因果関係を認めず、相当程度の可能性侵害

---

31) 石川寛俊=大場めぐみ「医療訴訟における『相当程度の可能性』の漂流」法と政治61巻3号（2010）105頁

32) 最判昭和50年10月24日民集29巻9号1417頁（ルンパール判決）

33) 平成16年判決によってこのような推定が認められると考えられている（寺沢知子・判批・民商131巻1号〔2004〕145頁、手嶋豊・判批・判時1876号〔2005〕178頁、溜箭将之「『相当程度の可能性』のゆくえ」ジュリ1344号〔2007〕54頁、永野庄彦・伊藤孝至前掲注17・69頁）。もっとも、このような推定に慎重な見解もある（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1344号〔2007〕73頁）。

しか認めなかった。この判決はまず過失については、患者は重篤な肝硬変であり、平成17年3月22日の時点で生体肝移植の適応があったから、医師は「同日以降、少なくとも、花子（患者：筆者注）あるいはその家族に対し、花子の肝硬変が重篤であり内科的治療では早晚死を免れないこと、唯一の根本的な治療法として生体肝移植があること、生体肝移植には花子に肝臓を提供するドナーの存在が必要であり、ドナーにも合併症が起こる可能性があること、生体肝移植には保険適用があること、生体肝移植をするか否かは最終的に花子本人及びドナー並びに家族が決めることを説明し、生体肝移植を実施するか否かを花子及びその家族に判断させるべきであった」にも関わらず、「生体肝移植に言及したこと自体一切な」と説明義務違反を認めた。

次に「花子が平成19年9月4日に被告病院に再び入院した際には原告一郎及び花子の弟二人がドナー適応があり3名ともドナーとなる旨表明し原告一郎がドナーとなることになったことは認められる」と認定している。しかし、それに続けて「ドナーとなる者も存在していたことから、被告医師が平成17年3月22日以降上記の説明を実施していれば、花子が生体肝移植を受ける意思を表明する可能性は高かったといえるが、他方、生体肝移植が薬剤や他の手術による治療法と異なり健康な人から提供された肝臓の一部を移植する治療法であることに照らすと、十分な検討を行った上で花子が最終的に生体肝移植を受ける意思を表明することが確実であったとまでは認められない（下線筆者）」と認定し、説明義務違反と患者の生体肝移植を受ける意思表明の因果関係を否定している。しかし、この点は高度の蓋然性さえ超えて「確実性」までも証明度として要求するものであり、明らかに判例に違反すると思われる。現実に生体肝移植の説明をされた時点で親族3名が直ちにドナーとなる意思を表明したこと、患者にとっては生体肝移植しか有効な治療法がなかったことからすれば、患者がもし平成17年3月22日の時点で生体肝移植についての説明を主治医から受けていれば

移植を受ける意思を表明したことは高度の蓋然性があると認定すべきであったと考えられる。この判決のこの部分は、科学的・医学的証明は訴訟上は不要であるとして、因果関係証明を容易にすることを企図したルンバール判決の本来の趣旨に反して、「高度の蓋然性」の「高度」の部分が一歩を踏み越えて「極めて高度」であること、さらにそれを越えて「確実性」まで要求するレベルに至っていることを象徴している。

次に問題となるのは平成17年3月から比較的近い時期に患者が生体肝移植を受けたとしたら、患者が死亡した時点でなお生存していたことを是認しうる高度の蓋然性が認められるかどうかである。この点について、判決は、生体肝移植後の18歳以上の患者の累積生存率は、1年後生存率78・0%、5年後生存率69・8%等と認定していながら、「1年後生存率でも80%を超えてはいない」から「花子が生体肝移植を受け、これにより死亡の時点（平成19年9月6日）においてなお生存していたことを是認することができる高度の蓋然性があるとまでは認められない。したがって、前記二（3）の説明義務違反、過失と花子の死亡の結果との間に相当因果関係があるということとはできない」と認定している。しかし、5年後生存率でさえ約7割なのであるから、1年半後の生存率は78パーセントに限りなく近いと認定するのが合理的であろう。しかし、判決は説明義務違反と死亡の因果関係を否定し、相当程度の可能性侵害による400万円の慰謝料のみを認めた。

この判決からは当該裁判所が「高度の蓋然性」は80パーセント以上の立証であるとかかなり硬直的に考えているのではないかということが推測される。しかし、相当程度の可能性法理がないとしたら、裁判所はここまで80パーセントにこだわったであろうか。因果関係を否定しても相当程度の可能性という受け皿があるからこそ80パーセントで線引きするという発想につながるのではなかろうか。仮に相当程度の可能性法理がなければ、78パーセント近くの生存可能性が認められるのに賠償額がゼロという判断をする裁判官は通常はいないだろう。ゼロにするくらいであれば、78パーセ

ントの可能性によって因果関係を認めるはずである。この判決は相当程度の可能性法理の副作用を示す典型例といえる。相当程度の可能性法理は、原告の救済範囲を従来よりも広げる法理として最高裁が打ち出したのに、それを逆に原告の救済範囲を狭めるように用いるのは法理の誤用といわざるを得ない。

このように相当程度の可能性法理の登場によって従前よりも因果関係の立証のハードルを上げるかのような判決は、上記の拡張第3類型で紹介した高度の蓋然性ではなく相当程度の可能性によって因果関係を認めるという判決群と正反対を指向するものである。相当程度の可能性の濫用に対して最高裁が警告を発した判決とも考えられるのが、最判平成21年3月27日判時2039号12頁・判夕1294号70頁である。この事案では、最高裁は麻酔医が患者の個別事情に即した薬量の調節をせずに高度の麻酔効果を発生させた過失と患者の心停止による死亡の因果関係を認め、その立証がないとして相当程度の可能性侵害だけを認めた原審を破棄した。

因果関係について高度の証明度を要求すると現実の悪結果について責任を問えなくなるので、機会喪失による損害により重点が置かれるという傾向は機会喪失論を全面的に採用しているフランスでもみられるという指摘が、本稿(1)で取り上げたカナダの*Laferriere*判決<sup>34)</sup>においてもなされている。同判決の多数意見を起草したゴンシア裁判官は、それは望ましい方向ではなく、ケベック州はフランス法と同じシビル・ロー法域だが因果関係の証明に関する水準が緩やかなので、機会喪失よりも現実の損害が重視されていると述べている<sup>35)</sup>。

---

34) [1991]1 SCR 541

35) 本稿(1)前掲注1・99頁。フランスでも機会喪失論の濫用を防止し、因果関係推定によって最終的な不利益についての賠償可能性を確保するために「フォートによるリスクの創出」という考え方(ある者がフォートによって損害発生リスクをもたらし、そのリスクの現実化によって他の者に損害が及んだ場合には、フォートと損害の間の因果関係が推定される)が広く採用されているということ

## 第5 機会喪失論と相当程度の可能性法理の関係

### 1 機会喪失論と相当程度の可能性法理の差違

機会喪失論は医療の場面に適用が限定される理論ではなく、取引、弁護、入学、懸賞への当選等様々な機会の喪失を広く対象とする理論であるが、それが医療の場面において適用される場合には治療機会の喪失が損害ということになる。それと比較すると、医療の場面において救命又は重度の後遺症を残さなかったであろう相当程度の可能性がある場合に限って適用される相当程度の可能性法理はかなり限定的な法理である。

相当程度の可能性法理に類する法理は日本の最高裁が平成12年に採用する以前には、日本においても外国においても明示的に提唱されたことはなく、独自の理論といえる。ただし、イギリスの*Gregg*事件の控訴審判決における、機会の喪失が重大 (significant) な場合は損害賠償の対象となると述べるレイサム裁判官の意見<sup>36)</sup>やカナダの*Laferriere*事件の控訴審判決における、患者が適切な治療を受ける機会の現実的かつ深刻な喪失は患者の損害を構成するとした多数意見<sup>37)</sup>や同事件の連邦最高裁判決の適時に適切な医療を受けていれば患者の生活の質の改善が、現実的で蓋然性の高いもの (real and probable) であれば、賠償の対象となるというゴンシア裁判官の多数意見<sup>38)</sup>には、類似する点がある。

機会喪失論そのものはコモン・ロー諸国で広く採用されているが、医療訴訟における機会喪失論については、本稿 (1) で検討したように、コモン・ロー諸国の中でこれが比較的広く採用されているのはアメリカだけであり、イギリス・カナダ・オーストラリアは下級審や州裁判所レベルでは

---

について、中原太郎「機会の喪失論の現状と課題2」法時82巻12号 (2010) 118頁参照。

36) 本稿 (1) 前掲注1・89頁

37) 本稿 (1) 前掲注1・98頁

38) 本稿 (1) 前掲注1・100頁

採用の兆しが窺えなくもないが、採用には至っていない<sup>39)</sup>。なお、シビル・ロー法域では、フランス法では機会喪失論が全面的に採用されているが<sup>40)</sup>、ドイツ法は否定的であり、重大な過誤があった場合には因果関係の証明責任が転換されるという判例法理によって因果関係の証明困難に対応してきた<sup>41)</sup>。

日本では、公害事件や医療事件などのいわゆる証拠偏在型訴訟において立証責任を緩和・転換するアプローチが学説によって提唱され、前記のとおり前橋地判昭和46年3月23日、東京地判平成4年2月7日、東京地判平成6年3月30日のように下級審では「相当程度の可能性」があれば因果関係を認めるという判決も出されていたが、解釈論の範囲を超えるという抵抗も強い。また、機会喪失論についても、採用した場合の影響の大きさや比較法的にも機会喪失論が必ずしも大多数の国で採用されるに至っているわけではないという状況に照らすと、その採用に一足飛びに移行することは難しいと考えられている。

このように医療訴訟に限定して立証責任転換・緩和アプローチや機会喪失論を採用することは少なくとも解釈論としては困難であるが、医療訴訟における原告の因果関係の証明困難を救済する必要があるという認識から最高裁が生み出したのが相当程度の可能性法理であると評価することができる。医療事件に適用場面を限定して、医師の過失が認められ、結果が重大な場合には因果関係が証明できなくても一定の損害賠償を認めようというこの法理の着想は卓越している。だからこそ理論構成に苦心していた下

---

39) ルンツ教授は、弁護過誤には機会喪失論を適用するのに医療過誤には適用しないのは不合理であるという批判を加えている（本稿（1）前掲注1・100頁）。

40) 中原前掲注28・95頁

41) 2006年のドイツ法曹大会で、機会喪失論の採用が議論され、ワーグナー教授から、治療機会の喪失に関しては割合的責任の一環として責任を認めるべきであるという鑑定意見が提出されたが、解釈論としての採用には慎重論が多数を占めたという（米村滋人准教授の教示による）。

級審がこの法理を歓迎し、「相当程度の可能性ラッシュ」が発生したのであろう。

相当程度の可能性法理は因果関係が証明されない場合の救済について最高裁として理論的な枠組みを提示すると同時に、保護範囲については単なる機会を超えて相当程度の可能性を要求する点では機会喪失論とは一線を画するものと位置付けることができる。この意味では平成12年判決は、それ以前に下級審において広がりつつあった機会喪失論に歯止めをかけたものといえる。下級審で機会喪失論が広がる傾向を最上級審が押しとどめるという構図は、イギリスやオーストラリアと類似する。もっともイギリスでは、機会喪失論の代わりに「著しく増加した危険性テスト」という因果関係証明緩和の理論が貴族院で確立しており<sup>42)</sup>、因果関係の証明困難に対する救済手段を最上級審が用意したという点も日本と共通する（オーストラリアでもイギリスの判例は尊重される）。

## 2 相当程度の可能性法理の機会喪失論への接近

前記のように相当程度の可能性法理と機会喪失論には差違があるが、前記の拡張第1類型（重大とはいえない後遺症への拡張）や拡張第2類型（医療以外の場面への拡張）が進んでいくと、医療の場面ではなく、さらには生命・身体法益とも関係がない場面においても、被告の行為がなければ原告の何らかの法益が侵害されなかった相当程度の可能性があれば、その可能性の喪失に対して少なくとも慰謝料は認められるということになり、相当程度の可能性法理は機会喪失論に接近していくことになる。相当程度の可能性の侵害という枠組みは機会喪失論に親和的であると評価される所以である<sup>43)</sup>。ただし、「相当程度の可能性」が「機会」よりも発生の可能性が高い場合を意味するのであれば、その限度では、なお相当程度の可能性法

---

42) 本稿 (1) 前掲注1・91頁

43) 中原前掲注28・97頁

理の方が機会喪失論よりも保護の範囲は限定されていることになる。

もともと、この点も、機会喪失論においても例えばごく僅かの機会や抽象的な機会までも保護されるものではなく一定の実現可能性のある具体的な機会でなければ保護の適格性がないととらえ<sup>44)</sup>、逆に相当程度の可能性の法理における「相当程度」はかなり低い可能性でも認められるととらえれば、両者の間は接近する。

平成12年判決の事案では鑑定意見によれば救命の可能性は20パーセント以下であり、平成15年判決の事案では22・2パーセントの回復可能性が認定されている。したがって、20パーセント程度か、それを下回る程度の可能性でも「相当程度」と認められるとはいえるが、下限は不明である。そこで、平成12年以降相当程度の可能性を認めた判決について、生存率等の統計数値が判決理由で挙げられている事案を調査し、高い順に並べてみたところ以下のような結果となった(網羅的な調査ではない)。

5年後生存率78パーセント<sup>45)</sup>、院内生存率71パーセント<sup>46)</sup>、5年後生存率60パーセント程度<sup>47)</sup>、救命成功率50パーセント以上<sup>48)</sup>、生存率33・7パーセント<sup>49)</sup>、生存可能性30パーセント<sup>50)</sup>、治癒率約30パーセント<sup>51)</sup>、生存退院率30パーセント未満<sup>52)</sup>、少なくとも数か月の延命可能性20パーセント<sup>53)</sup>、生存可

---

44) 「重大な」機会の喪失や「現実的で蓋然性の高い」機会の喪失であることを求める見解がコモン・ロー法域でも提唱されていることは前述のとおりである。

45) 前掲大阪地判平成22年9月29日判時2116号97頁(黒野功久。以下、引用する裁判例については参考までに裁判長名を記した。)

46) 札幌地判平成24年9月5日判時2169号51頁(本間健裕)

47) 仙台地判平成17年2月15日判タ1237号294頁(信濃孝一)

48) さいたま地判平成22年12月16日裁判所ウェブサイト(佐藤公美)

49) 東京地判平成23年4月14日LLI/DB06630213(秋吉仁美)

50) 前掲東京地判平成16年3月25日判タ1163号275頁(滝澤孝臣)

51) 大阪地判平成19年7月30日判時2017号110頁(大島眞一)

52) 東京高判平成13年11月5日判時1778号69頁(近藤崇晴)

53) 東京地判平成19年8月24日判タ1283号216頁(村田渉)

能性10から40パーセント<sup>54)</sup>、運動機能回復率18人中2人（約11パーセント）<sup>55)</sup>、蘇生率ほとんど0パーセント<sup>56)</sup>である。

78パーセントから0パーセントまで幅広く分布しているが、1割程度の可能性でも「相当程度」と認めた裁判例もあることが分かる。ほとんど0パーセントの蘇生可能性しかないのに、1000万円の慰謝料を認容した京都地判平成20年2月29日はかなり特異である。判例雑誌に掲載されていないので、やや詳しく引用する。判決は、交通事故後救急搬送された救急救命センターにおいて心タンポナーデを発症した患者について心嚢液の排液措置の着手が遅れたという過失を認定した上で「心停止時間と蘇生率の関係については、3分間で50パーセント程度、10分間を超えると殆ど零パーセントに近くなることは、一般的な認識であるといってよい。」「亡Dのショックを確認した後、被告病院医師が直ちに開胸手術を施行することを決めたとしても、その実施までに10分程度は要したと考えられること、手術に着手してから心嚢液を排除するまで数分を要することを併せ考えると、午前8時50分までに亡Dの自己心拍を再開させるのは困難であり、午前8時50分以後、なお数分間を要したと考えられる。」「しかし、心停止時間は現実の20分間よりも短くて済んだことは明らかであるから、亡Dが死亡した平成17年3月4日においてもなお生存していた相当程度の可能性はあるというべきである」と判示する。このように、蘇生に要したであろう時間は実際に要した20分よりは短くて済んだであろうが、十数分は要し、10分間心停止すると蘇生率はほとんど0パーセントであるとの認定によると、この事案では失なわれた可能性は極くわずかでしかない。それでも相当程度の可能性侵害を認めるとすると、「相当程度」の形容はほとんど修辞に

---

54) 徳島地判平成21年4月27日LLI/DB06450307（黒野功久）

55) 神戸地判平成25年4月18日LLI/DB06850418（植屋伸一）

56) 京都地判平成20・2・29LLI/DB06350040（井戸謙一）

過ぎないといってもよい<sup>57)</sup>。

そもそも最高裁自身が平成16年判決で「病状が進行した後に治療を開始するよりも、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であり、Aのスキルス胃癌に対する治療が実際に開始される約3か月前である上記時点で、その時点における病状及び当時の医療水準に応じた化学療法を始めとする適切な治療が開始されていれば、特段の事情がない限り、Aが実際に受けた治療よりも良好な治療効果が得られたものと認めるのが合理的である」と判示し、早く治療を始めても結果は変わらなかったということを被告が立証しなければ、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るという枠組みを示したため<sup>58)</sup>、相当程度の可能性の立証はかなり容易になり、可能性の数値は数量的性質を失ったと解されている<sup>59)</sup>。

相当程度の可能性法理が、死亡や重大な後遺症が問題となる医療事件以外の類型や生命・身体法益以外の法益が侵害されなかった可能性についても適用され、可能性がかなり低い場合にも用いられるようになると、コン・ロー諸国において議論されている機会喪失論との差は限りなく小さくなるだろう。

## 第6 相当程度の可能性も認められない場合

相当程度の可能性法理のさらに先に、医師に過失は認められるが、それと因果関係のある現実の悪結果も相当程度の可能性の侵害も発生していな

---

57) 前田達明・判批・判時1885号(2005)195頁は、「1パーセントの回復可能性しかなくても、医師たる者は、その1パーセントの可能性にかけて『必要とされる最善の注意義務』を尽くすべきである」とする。

58) 手嶋前掲注30・178頁、溜箭前掲注30・55頁

59) 橋口賢一「法益としての『相当程度の可能性』」富大経済論集52巻2号(2006)43頁

い場合に、何らかの損害が認められるかという問題がある。

## 1 平成17年判決

この問題について平成17年判決の多数意見は、「上告人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上告人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」と判断し、相当程度の可能性が証明されなければ原則として損害賠償請求は認められないという立場を示した。これに対して、横尾・泉判事の反対意見は、相当程度の可能性が認められない場合についても「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」が保護法益となり得ると述べ、平成12年判決や平成15年判決は「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、それとは『別個の利益』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ものではない」と論じている。そして、判例は、相当程度の可能性のほかにも保護対象となる法益として「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」（最判平成12年2月29日民集54巻2号582頁）、「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（下線筆者）」（最判平成13年11月27日民集55巻6号1154頁）、「適時の告知によって行われるであろう」「家族等の協力と配慮」（最判平成14年9月24日判時1803号28頁・判タ1106号87頁）、「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（簡法 '14）46 - 4, 208 (966)

入れるか否かについて判断する機会（下線筆者）」（最判平成17年9月8日判時1912号16頁・判タ1192号249頁）等を認めてきており、それらとの比較において「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」は「保護すべき程度において、勝るとも劣らないもの」と論じている。これらの法益は、上記最判平成13年や平成17年では「機会」と呼ばれており、横尾・泉意見のいう「利益」も「適時に適切な医療を受ける機会」と呼んでも何ら違和感はない。

では、横尾・泉意見で示された考え方は機会喪失論と同じものと評価できるのだろうか。私は「機会の喪失」を保護の対象とするという点では横尾・泉意見は機会喪失論とほぼ同視できるが、両判事は適用場面を、少なくとも当面は医療事件に限定する意図を有していたと理解するべきであり、その点で機会喪失論とは異なると考える。その理由は以下のとおりである。横尾・泉意見が、相当程度の可能性以外の保護法益が認められた例として挙げている最高裁判決はいずれも医療事件についてのものであるが、これは島田補足意見が「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」「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」であると指摘し、相当程度の可能性の存在が証明されない場合における保護範囲の拡大に慎重な姿勢を示しているのに対して、医療以外の事例を挙げることを避けて、問題が「極めて広がり大きい」ものではなく、医療の局面に限定された問題であることを示そうとしたものと理解すべきように思われるからである。ただし、横尾・泉意見からは、適用範囲を死亡や重大な後遺症が残る事案に限定する趣旨は窺えず、相当程度の可能性法理とは異なり、このような事案に限らず、広く適用を認めるもののように思われる。

多数意見に与する島田判事の補足意見も、相当程度の可能性の存在が証

明されない場合に、一切の救済を否定するものではなく、「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」るが、「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」「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（下線筆者）」と述べる。また、同じく多数意見に与する才口判事も補足意見で「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（同）」との留保を残す。

このように、多数意見の島田・才口判事も相当程度の可能性以外の法益として「適切な検査・治療を受ける利益」を認める余地は残している。横尾・泉判事との分岐点は、島田・才口判事はこのような利益の侵害が損害賠償の対象となるのは、医療行為の不適切・不十分が「社会生活上許容の範囲内」を超えて、著しいと評価されるレベルに達した場合に限るという限定を加えた点にある。そして、島田・才口判事は、本件ではそこまでの著しい逸脱はなかったと判断している。これに対して、横尾・泉意見は適用場面を医療事件に限定はしたものの、水準からの逸脱の程度は問わないという考え方を採用したために、損害賠償請求を認容する結論となったのである。

島田意見の「極めて広がり大きい問題」という部分からは、医療事件から出発した相当程度の可能性法理が医療の場面に限定されずに適用されるようになってきたように（拡張第2類型）、横尾・泉意見の理論（医療に限定した機会喪失論）が他の領域に拡大することへの懸念が窺える。これは、実損害が発生していないケースや実損害との因果関係が証明されていないケースについて、いったん損害賠償の水門を開くと少しでも不適切な行為があれば賠償が認められることになり、専門家責任の範囲が限りなく

広がり、歯止めがきかなくなるといういわゆる水門論（滑りやすい坂道論）のような、外国における機会喪失論に対する批判とも共通する認識である<sup>60</sup>。かかる懸念から、島田判事は、責任範囲を限定しようとして、逸脱の顕著性を要件に加えたものと理解できる。したがって、島田判事の意見は、横尾・泉意見とは異なり、適用場面を医療の場面には限定しないということを前提にした考え方と位置付けることができるように思われる。

## 2 平成23年判決（再論）

この両者の考え方（横尾・泉意見、島田意見）の重なる部分は、「医療場面における」「著しい水準逸脱」であるが、これについて保護範囲を広げる余地を認めたのが平成23年判決である。平成23年判決は「患者が適切な医療行為を受けることができなかつた場合に、医師が、患者に対して、適切な医療行為を受ける期待権の侵害のみを理由とする不法行為責任を負うことがあるか否かは、当該医療行為が著しく不適切なものである事案について検討し得るにとどまる」と判示し、これは第二小法廷の4人の裁判官の全員一致の意見で個別意見は付されていない。「検討し得るにとどまる」という判示は、検討した結果、「医療行為が著しく不適切なものである事案について」も「医師が、患者に対して、適切な医療行為を受ける期待権の侵害のみを理由とする不法行為責任を負うこと」はないという結論を最高裁が採ることもあり得る、という読み方も不可能ではないかもしれない。しかし、上記の平成17年判決で多数意見を形成した島田判事と才口判事の補足意見の延長線上に平成23年判決を置いて考えれば、「医療行為が著しく不適切なものである事案」については、「適切な医療行為を受け

---

60) 例えば、イギリスの*Gregg*事件において、控訴審のマンズ裁判官は、機会喪失論を認めることは割合論による請求の門を開くことになる述べ、貴族院判決でヘイル裁判官は、機会喪失論を採用するとほとんど全てのケースについて賠償責任が発生すると述べ、いずれも消極の立場を取った（本稿（1）前掲注1・89-90頁）。

る期待権の侵害のみを理由とする不法行為責任」が発生することを最高裁が認めたと解するべきであろう。

平成23年判決は、今まで最高裁としては少なくとも「相当程度の可能性」という損害が発生したことの証明を損害賠償責任の発生要件としてきたのに、それが証明されない場合にも責任を認めるという新しい領域に踏み込んだものと評価できる。もっとも、その新しい保護法益に「期待権」という下級審裁判例や学説ではすでに使い古された名称を冠したのはやや誤解を招きかねない。「適切な医療行為を受ける期待権」という判示部分を「適切な医療行為を受ける機会」と書き換えても全く違和感なく通じるのに、あえて「機会」という言葉を避けたのは、「機会」という言葉を用いることで最高裁が機会喪失論の採用を認めたと受け止められるのを避けたかったためであろうか。ただ、ここで最高裁が用いた「期待権」はかつて批判を受けた患者の主観的期待ではなく、客観的な「適時に適切な医療の提供を受けることに対する患者の期待」を意味していると捉えるべきであろう。その意味であれば平成23年判決のいう「期待権」は「治療機会」を保護法益の面からではなく、主体の面から表現したものとして実質的には同一の概念と評価してよい<sup>61)</sup>。その意味で、平成23年判決が用いた期待権は、従来の期待権とは区別して「客観的期待権」と呼ぶのがふさわしいように思われる<sup>62)</sup>。

平成23年判決以前から、十分な医療を受けられなかったこと自体を損害として認める下級審判決群では過失の重大性・顕著性が強調されており<sup>63)</sup>、その意味では平成23年判決の下地はあったといえる。したがって、今後、平成23年判決は実務に徐々に浸透し、平成23年判決のいう「期待

---

61) 平野前掲注25龍谷法学・320頁

62) 平野前掲注25龍谷法学・325頁

63) 浦和地判昭和60年12月27日判時1186号93頁では、積極的な転医妨害を含む「著しい」義務違反が、名古屋高判昭和61年12月26日判タ629号254頁では、「著しく杜撰で不誠実な医療」が認定されている。

権」侵害を認める例が徐々に現れると予想される。もっとも、「著しく不適切」とは、医療の名に値しないほど杜撰な、かなり限定された事案を想定していると理解されており<sup>64)</sup>、相当程度の可能性ラッシュのような期待権ラッシュが起きるとは考えにくい。

今のところ、平成23年判決を明示的に引用して期待権侵害を認めた下級審としては大阪地判平成23年7月25日判タ1354号192頁が公開されているにとどまる。この判決では、羊水塞栓症を発症して産婦が死亡した事案で、「一刻を争う緊急事態に電話連絡の過誤により30分も輸血の手配が遅れ、これによって輸血の開始も本来あるべき時点から30分も遅れたことは、重過失ともいふべき著しく不適切な措置と評価せざるを得ない。したがって、当時、本件病院医師によって弛緩出血によるDICを疑われ、可能な限り速やかに輸血されるという治療行為を受けることを期待できた花子（産婦：筆者注）は、本件病院医師らの著しく不適切な上記措置により、そのような期待権を侵害されたものと認めるのが相当である。併せて、本件における結果が花子の死亡という重大なものであり、上記不適切な措置が花子の生死を分ける重要かつ緊急な局面で起こっていることを考慮するならば、上記措置は慰謝料請求権の発生を肯認し得る違法行為と評価されるので、花子に対する不法行為を構成する（下線筆者）」と判示して、60万円の慰謝料を認めた。この判決は、期待権侵害を認めたとはいえ慎重な姿勢をとっており、医療行為の不適切性が顕著であることに加えて、結果が死亡であること、不適切な措置が重要かつ緊急な局面で起こっていることを考慮要素としており、要件を加重している。この判決を定式化すると、期待権侵害が認められるのは、①過失の顕著性、②結果の重大性、③過失が生じた場面の重要性・緊急性が満たされる場合ということになりそうである。②は、相当程度の可能性法理における侵害を避けられた法益の重大性要件から導くこともできそうである。平成17年判決が脳梗塞による重大な

64) 手嶋前掲注25・41頁

後遺症を残す事案であったことから、期待権侵害を認めるとしても重大な結果につながるような医療行為が対象であるという考え方も成り立つところではある。③の場面の重要性・緊急性は、そのような場面でこそ、適切な医療行為がなされることへの患者の期待は大きくなるという考慮に基づく要件であろうか。また、慰謝料60万円という認容額は、相当程度の可能性が認められた場合の認容額が概ね200から400万円程度であるのに比べてかなり少額であり、期待権侵害が相当程度の可能性よりも法益としての保護価値が相当低いという裁判所の認識を示している<sup>65)</sup>。もっとも、この事件では、控訴審（大阪高判平成25年1月29日裁判所ウェブサイト）は、羊水塞栓症を発症した場合の母体死亡率が13パーセントであるというカナダの統計などを挙げ、医師らが「注意義務に違反することなく、FFP等の輸血、輸液に係る対応を適切に行っていれば、花子のDICの状態が改善される余地がなかったとまではいえないから、花子が、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はあったことを認めることができる」として、450万円の慰謝料を認め、期待権侵害については判断をしなかった（上告受理申立ては平成25年6月27日に棄却。裁判所ウェブサイト）。

平成23年判決を引用する判決としては、現時点ではほかには仙台地判平成24年7月19日裁判所ウェブサイトがあるが、この判決は分娩監視装置によって継続して分娩を監視する義務の違反を認めながら、分娩監視が「継続されていれば原告の脳性麻痺の発症を回避できた可能性の程度は、高度の蓋然性又は相当程度の可能性があると評価し得るものではなく、このような場合に、適切な医療行為を受ける期待権の侵害のみを理由として損害賠償責任を認めることはできないといわざるを得ない」と期待権侵害も否

---

65) エホバの証人による輸血拒否についての事件の原審（東京高判平成10年2月9日判時1629号34頁・判タ965号83頁）が認容した慰謝料額が50万円であったことが想起される。

定している。この判決は義務違反の顕著性について何ら判断を示さずに、相当程度の可能性が認められなければ期待権侵害も認められないと単純に判断しており、平成23年判決の理解に不適切な面があるように思われる。

今後、最高裁が「著しく不適切」な事例について判断を示すことが待たれる。例えば、富士見産婦人科病院事件<sup>66)</sup>のような事案はこれに当たるであろう。この事件では、医師資格のない病院理事長の「子宮が腐っている」等というでたらめな「診断」に基づいてその妻である院長を始めとする産婦人科医らが全く必要のない子宮摘出などの手術をしており、「著しく不適切」であることは明白であろう（過失というより故意といってよい事案である）。

### 3 理論相互の関係

ここまでの議論をまとめる。①コモン・ロー諸国において認められている機会喪失論は医療場面への限定はなく、かつ、過失の程度を問わずに適用される理論である（ただし医療訴訟の分野での適用を認めているのは今のところアメリカのみ）。②平成17年判決の横尾・泉意見は医療場面に限定された、過失の程度を問わない理論である。③島田意見は医療場面に限定せずに、著しい過失がある場合に損害賠償を認める理論である。そして、②と③が重なるところに生まれたのが④平成23年判決で、これは医療場面に限定して、著しい過失がある場合に損害賠償を認める理論である。これらの理論相互の関係を図表化すると以下ようになる（A, B, C, Dは後の説明のために付けた略称。矢印はBとCの合成によってDが生まれたことを示す）。

---

66) 東京地判平成11年6月30日判タ1007号120頁。評釈として手嶋豊・年報医事法学15号（2000）162頁、平野哲郎・医事法判例百選（2006）230頁。

機会喪失論と平成17年判決，平成23年判決の関係（図1）

		医療場面への限定	
		なし	あり
過失の程度	通常	機会喪失論(A)	横尾・泉意見(B) ↓
	著しい	島田意見(C)→	平成23年判決=期待権(D)

相当程度の可能性の理論が必ずしも重大とはいえない後遺症が発生した例に適用されたり，医療以外の場面に適用されたりするようになったように，上記の表の矢印とは逆方向に，過失が著しくはない場合（B）や医療以外の場面（C）にも平成23年判決のいう期待権論＝Dの理論が拡大していく可能性はある。

上記の表のAの領域，すなわち医療訴訟以外における機会喪失論がコン・ロー諸国で採用されていることは本稿（1）で述べたとおりである。実は，日本でも医療訴訟以外の場面における機会の喪失自体を損害として認めた裁判例は少なくない。

まず，機会喪失による精神的苦痛を認めて慰謝料の支払を命じた例を挙げる。弁護士が控訴期間を徒過したために控訴審で争う機会を喪失したことについて慰謝料を認めた東京地判昭和46年6月29日判時645号89頁は，控訴審で逆転勝訴する見込みがあったと認めることはできないとしながら，「訴訟事件で敗訴の第一審判決を受けた当事者は，これに対し控訴し控訴審の判断を受ける当然の権利を有し，これを行行使すると否とは全くその自由に属するのであるから，自らの判断により第一審判決に対し控訴することの是非を判定して控訴する権利を放棄する場合は格別，訴訟を委任した弁護士の過失により右の権利を行行使する機会を失わしめられた場合には，第一審判決の当否にかかわらず，精神的打撃を受けることは当然であり，この場合に当該弁護士は委任者たる当事者に対し慰藉料支払の義務あるものと解するのが相当（下線筆者）」と認めた（認容額20万円）。神戸地判平（龍法 '14）46 - 4, 216（974）

成22年3月26日労判1006号49頁は、「被告が原告のひげ及び長髪を理由として、他の郵便課職員の通常のローテーションとは異なり、原告に『特殊』業務のみを担当させて、他の業務を担当させないことは、原告が職務経験を広げ、業務知識を増やす機会を喪失させるものといえ、これにより原告は一定の精神的損害を受けたものと認められる（下線筆者）」として慰謝料30万円を認めた。

次に、精神的苦痛とは関係なく、営業や受注の機会などの喪失による損害を認めた例も少なくない。株式の公開買付けを開始した債権者が、債務者（会社）の株主の氏名・住所等を把握するために株主名簿の閲覧・謄写を求める仮処分を申し立てた民事保全事件で、東京地決平成24年12月21日金商1408号52頁は、公開買付けにおいては「債権者が、債務者株主に対し個別に接触し勧誘する機会を喪失すること自体が、債権者にとって『著しい損害』となるものと評価することができ」と判断して、申立てを認容した。福岡高判平成24年3月15日判例地方自治368号21頁は、指名競争入札にいかなる者を参加させるのが相当であるかの判断について、普通地方公共団体の長が恣意的に指名回避をすることは裁量権を逸脱して違法であり、それによって受注の機会を喪失した業者はそれによる損害賠償を請求できるとした。損害額は指名回避がされた期間の工事請負契約の総額に、当該業者の指名回避前の受注率と受注した工事の利益率から算出している。

また、契約交渉破棄事例について機会喪失論を適用し、当該契約の締結によって得られたであろう利益を獲得する機会の喪失や第三者との契約により得られたであろう利益を獲得する機会の喪失などを賠償対象にすべきであるとの主張もある<sup>67)</sup>。

さらに、知的財産権の分野では、被告の権利侵害行為によって原告の営業や販売の機会が失われたことによる損害賠償請求が容認されており、損害賠償請求が容認されてお

67) 中原前掲注35・114頁

## 論 説

害額は権利侵害によって被告が得た利益などから算出されている（不正競争防止法4条，著作権法114条，特許法102条，商標法38条）。

従来，不法行為構成による機会の喪失についての損害賠償請求は，慰謝料名目でなされており，機会喪失によって精神的苦痛が生じることはほとんど自明のこととして因果関係の証明は事実上求められてこなかった。これに対して債務不履行構成によって営業上の機会等の喪失についての損害賠償を求める場合は，慰謝料という名目によることは違和感があり，その機会の喪失自体を経済的な損害と認めた上で，損害額の算定は被告の得た利益や機会が失われなかった場合に原告が得られたであろう利益からの推計などにより行われる。推計が困難な場合は，民事訴訟法248条による裁判所の裁量的損害認定が活用されている。

したがって，図1のAの領域に当たる機会喪失論はコモン・ロー諸国でも日本でも採用されているとみることができ，問題はそれを医療の場面に広げるのかどうか，広げる場合の要件（過失を加重するか，失われた機会が重大な場合に限定するかなど）は何かが問題なのである。医療の場面への機会喪失論の適用の是非は，本稿（1）で検討したとおり日本以外の各国でも大きな議論になっているが，医療事件とそれ以外の場面との要件の違いはあまり意識的には議論されていないようである。

## 第7 契約構成と不法行為構成の区別

### 1 契約構成が原則であること

私は，医療行為が契約関係に基づいて行われた場合と契約関係に基づかずに行われた場合を区別して，前者における責任範囲は後者よりも広いという見解をとりたいと考えている。このように考える理由の詳細は別稿で改めて論じる予定であるが，医師や医療機関が契約によって診療を引き受けた場合には，自らの意思によって医療行為を実施する責任を負い，その

（龍法 '14）46 - 4, 218 (976)

内容・範囲も契約によって（黙示の場合も含めて）定めたのであるから、契約以外の理由で医療行為を行った場合よりは自ずと責任の範囲は広くなるはずである。原則的には契約で引き受けた範囲、すなわち患者の症状を改善するために最善を尽くす義務（手段債務）を果たさなければ債務不履行責任を問われることはやむを得ない。

医師・医療機関は契約上、望ましい結果を得られる機会を増大させる（悪い結果を被る機会を減少させる）ために最善の努力をするという約束を患者との間でしているのであるから、その努力を怠ったために望ましい結果を得られる機会が患者から失われた場合には健康被害が生じていなくても債務不履行責任を負い、機会の喪失による損害を賠償すべきである。

本来的に、私人間の明確な行為規範は不法行為ではなく、契約によって定められることが多い。不法行為による規範は、行為後に「発見される」あるいは「作られる」のに対して、契約規範であれば締結時に双方が当該契約によってどのような権利・義務が生じるのか、自己が何を求められているのか、何をしたら契約違反になるのかを把握しているからである。医療者からよく聞く不満に「現状では何をしたら法的に責任を問われるのか分からないまま診療を始めざるを得ず、もしも悪い結果が生じた場合には後付けの規範で責任を問われる」というものがある。逆に患者の立場からは「検査や治療の意味も分からないまま体をいじられ、薬を出される」という不満がある。医療契約を締結し、それを履行するという意識を、医師・医療機関も患者も十分に共有することでこのような不満の多くは解消できるのではないか。

また、「医師の常識」が「患者（に代表される医師以外の人間）の常識」と違うということも契約の際の説明・交渉を丁寧にしていくことで正すことができる<sup>68)</sup>。契約意識が共有されれば、双方が「このような疾患のある、

68) 例えば、抗がん剤の投与に際して医師は「副作用として間質性肺炎がある」と患者に説明すれば致命的になり得る副作用があるということを伝えつつもりにな

このようなライフスタイルや経済条件・家族環境にあり、診療においてこのような希望・期待を持っている、この患者に対して、このような目標を目指して診療を行うのがこの医療契約の内容である」ということを理解し、合意した上で診療（法的にいえば履行段階）に進むことになる。例えば、この契約内容確認の過程で、当該患者はまだ医療水準としては未確立の療法にも高い関心を持っているということが分かれば、その療法を実施するか、あるいは実施している医療機関を紹介することも契約の内容に含まれることを、互いに確認できる。このような確認作業を診療前や診療中に丁寧に行うことは、信頼関係の形成にも資する。もっとも、日常的な診療であれば、ここまで細かく確認することはなく、概括的に「当該傷病に対する医療水準に適合した医療について説明し、それを提供すること」が黙示の契約内容とされることが多いであろう。このようにして形成された合意に違反した場合には契約上の責任を問われるのは当然といえる。

このように医師・医療機関と患者の間に契約関係がある場合には契約責任を追及すべきであり、契約関係がない場合のみ例外的に不法行為構成をとるべきである。なお、立証責任との関係では、契約構成であれば、患者は、医療者が債務不履行をしたこと（医療水準からの逸脱あるいは契約で合意した医療行為の不実施）を請求原因で立証すればよく、帰責事由の不存在（不可抗力や医師の合理的裁量の範囲内であったこと等）は、医療者が立証すべき抗弁となる。これに対して、不法行為構成では患者において過失による医療水準からの逸脱と結果の発生、過失と結果の因果関係を立証しなければならない（別稿で詳論する）。もっとも因果関係立証の困難は後述の証拠の優越という考え方を採ることによって緩和することができる。

また、訴訟物との関係では債務不履行構成に基づく請求と不法行為構成に基づく請求の関係は選択的併合ではなく、契約が存在する場合にはまず契約構成から判断すべきという順位付けのされた併合関係と考える。実務

---

るかもしれないが、通常の患者にとってはそのような理解は困難であろう。

上は、不法行為構成による場合の方が遅延損害金の起算日の関係で有利と考えられているが、この点は理論的に決定的な要素ではない<sup>69)</sup>。

契約構成と不法行為構成で責任範囲を分けて考えることは、カナダの *Oliver* 事件でサウシン裁判官が「一定の義務を引き受けることを約束した者の責任とそうでない者の責任の間には道義上の断絶があり、法はその断絶を反映すべきである」<sup>70)</sup>と述べているのと同じ発想に基づくものである。オーストラリアでもルンツ教授は契約構成によれば裁判所が機会喪失論を採用する見込みは残されていると評価しており<sup>71)</sup>、ダブロウ弁護士も同様の観点から医療過誤事案では可能なら契約構成による申立てをなすべきであるという見方もできると述べている<sup>72)</sup>。以上の私見については、ここで論じ尽くすことはできないので、前述のとおり別稿で詳論する。

以下、契約のある場合とない場合、それぞれについて、現実の悪結果や相当程度の可能性の侵害に対する賠償責任が認められない場合に、どの範囲で医師の責任を認めるべきか検討する。

## 2 契約構成の場合

患者と医療契約を締結した医師や医療機関が適時に適切な診療をすべきことは契約上の義務である。その義務を果たさなければ契約上の債務不履行責任が発生する。そして、医師の義務は原則的には医療水準に適合した医療行為を提供する義務であるから、医療水準からの逸脱があれば義務違反が認められる。義務違反があれば、患者は適時に適切な (= 医療水準に適合した) 診療を受ける機会を喪失したことになり、少なくとも機会喪失

---

69) 不法行為に基づく損害賠償請求権は期間の定めのない債務であるのに、催告なしに不法行為時から遅滞に陥るという判例・通説の理論的根拠は乏しい。この点も別稿で論じる。

70) 本稿 (1) 前掲注1・105頁

71) 本稿 (1) 前掲注1・125頁

72) 本稿 (1) 前掲注1・126頁

## 論 説

という損害は発生することになる。ただし、医師の側で、水準からの逸脱についてやむを得ない理由や合理的理由があることを証明すれば免責される。

そして、この理は医師に限って当てはまるものではない。およそ契約上ある一定水準の役務の提供を約束した者がそれに適合する役務提供を行うべきことは手段債務の債務者の契約上の義務である。その義務が履行されず、不履行の理由が過失によるものであれば（正確には債務者が免責事由を証明できなければ）債務不履行責任が発生することになる。ただし、契約で定められた役務提供を受けられなかったこと自体から、現実的な損失（健康被害、財産的損害等）が発生していない場合には、損害は役務の提供を受ける機会の喪失（客観的期待権の侵害）にとどまるので、損害額は通常は低額になり、かつ算定は困難であるから民事訴訟法248条の適用によって裁判所が裁量によって相当額を認めざるを得ない場合が多くなるであろう。もっとも、違約金が契約上定められていれば原則としてそれによって賠償されることになる（民法420条3項）。

このときの損害の名目は、債権者が自然人であれば機会喪失あるいは期待権侵害によって被った精神的苦痛に対する慰謝料ということになるであろうが、債権者が法人の場合は精神的苦痛は観念できないし、債権者が自然人でも取引の機会の喪失などは精神的損害というよりは財産的損害とみる方がふさわしいだろう。

弁護士の過失による上訴期間徒過に対する慰謝料を認めた前掲の東京地判昭和46年6月29日の事例を少しアレンジしてみる。例えば、同一の請求について複数の者から委任を受けた弁護士が、ある依頼者についてだけ上訴期間を徒過したために第一審の敗訴判決が確定してしまったが、残りの依頼者についても結局上訴棄却の結果に終わったため、上訴期間内に上訴していても敗訴の結論は変わらなかったことはほぼ確実であるという場合、上訴の機会を奪われた依頼者に現実的な損害は発生していない。しか

し、上訴審で争う機会を喪失したこと、すなわち弁護水準に適合した弁護を受ける委任契約上の期待権を侵害されたことについては慰謝料請求ができる(もっとも上訴の提起・審理に必要な費用は損益相殺される)<sup>73)</sup>。これは、医師が標準的検査を怠ったが、仮にこれを行ってもその後の経過には変わりがなかったであろうことがほぼ確実であるという場合も同じである<sup>74)</sup>。もっとも医療の場面では患者は自然人に限られるが、弁護の場面では依頼者が法人ということもある。その場合に精神的苦痛に対する慰謝料という名目で損害賠償を認めることは難しい。しかし、委任契約に違反した弁護士がたまたま依頼者が法人であれば損害賠償義務を免れるのは不当である。この場合は、端的に弁護の機会の喪失自体を損害として認め、その損害を財産的に評価するべきであろう。

ただし、現実には、過失が小さく、損害も軽微な機会喪失あるいは期待権侵害にとどまるような場合は、適時とはいえないまでも後日同等程度の役務を提供することや被害者の宥恕を得ることで、損害賠償請求事件に発展することは少ないであろう。

---

73) 例えば、イレッサ東京訴訟では、4人の原告のうち2人について上告費用猶予を求める申立てが退けられ、手数料の支払を求める書面が弁護士に送られたにも関わらず、弁護士が支払わないまま支払期限を徒過し、上告状及び上告受理申立書が却下された。結果的には他の原告についても上告は棄却されたので、現実損害は発生していないが、上告審で審理を受ける機会の喪失自体が損害であろう(薬害イレッサ東日本訴訟弁護団ホームページ <http://iressabengodan.com/topics/2012/000231.html>)。

74) ほかに例えば、法科大学院の教授が間違いだらけのでたらめな授業をしたとする。その授業を受けた学生が司法試験に落ちたが、その学生はもともと能力的に水準に適合した授業を受けても合格は無理であったので、でたらめな授業と不合格の間に因果関係は認められない。しかし、でたらめな授業をされたことによって、就学契約上約束されていた、水準にかなった授業によって学習する機会を喪失しているので、機会喪失に対する慰謝料請求は認められる(被告は契約の相手方である大学)。このような場合に慰謝料が認められないのであれば、能力のない学生に対しては、どんないい加減な授業をしてもよいことになる。同じく、医師は治る見込みのない患者にはどんないい加減な治療をしてもよいことになる。

以上のとおり、契約上の手段債務に関しては、債務者がその履行をしなれば少なくとも機会喪失あるいは期待権侵害による損害賠償は認められる。このことは医療の場面に限られず、また専門職の義務にも限られない。もっとも、手段債務の内容が専門的になればなるほど、その履行態様についての債務者の裁量の幅は広がるので、画一的な履行が求められるわけではなくなる。その場合も、専門家として契約上約束した水準を超える履行をする必要はある。

手段債務を提供することを内容とする契約において債務不履行があれば債務者に賠償責任が発生するという私見は、カナダのサウシン裁判官が*de la Giroday*事件判決で「コモン・ロー上の義務違反に基づく不法行為責任追及訴訟とサービス提供契約（それが配管工であろうと医師であろうと）に包含される義務違反に基づく契約責任追及訴訟の違いは、不法行為責任訴訟においては損害が訴訟の基礎であるのに対し、契約責任訴訟ではそうではないことである。なぜなら全ての契約違反は帰責事由のない当事者に、名目的なものにせよ、損害賠償請求権を与えるからである。過失によって期間を遵守せずに依頼者の提訴の機会を奪った弁護士が、依頼者が彼の勝訴の可能性について証明できない場合でも契約上の責任を負うのに、契約上の義務に違反して、患者を専門医に転医させずに患者から適時に適切な治療を受ける機会を奪った医師が契約責任を問われない理由があるだろうか」、「契約責任訴訟において合理的な注意と技術を実施する黙示の義務に医師が違反した場合に、機会喪失論のアプローチを採用することには何らの法的障害もない」<sup>75)</sup>と述べ、*Oliver*事件判決で「契約上の義務違反はそれ自体請求原因となり、たとえ原告が何らかの特定の損害を証明できなくても少なくとも名目的な損害賠償は受けられる。その場合、被告が侵害したのは、契約がその条項に従って履行されることを求める原告の権

---

75) 本稿 (1) 前掲注1・102-103頁

利である」<sup>76)</sup>と述べていることと同旨である。オーストラリアのガモウ裁判官も*Cappel*事件判決で「被告の契約上の義務違反によって、少なくとも原告には名目的損害賠償請求権は認められる。ただし、それ以上の回復を認めるためには、因果関係の立証が必要である」と述べ<sup>77)</sup>、*Tabet*事件では契約構成であれば機会喪失論を考慮できたことを匂わせている<sup>78)</sup>。

さらにこの契約責任の発生には過失の程度は関係ないが、過失が著しい場合には賠償額の加算要素となると考える。弁護士過誤に対して慰謝料請求を認めたさいたま地判平成19年3月28日LEX/DB28131212は、平成17年判決の島田意見を引用して、「弁護士が一般的に期待される弁護士としての事務処理から著しく不適切で不十分な対応しかなかったと認められる場合には、損害賠償請求を認めることができる」と述べ、当該事案では著しく不十分であったと認定し、慰謝料200万円を認容したが、契約関係がある以上、過失要件に顕著性を加重する必要はない。

また、失われた機会・侵害された期待がどの程度具体性のあるものであったかも賠償額の多寡には影響するが、本質的な違いではない。失われた機会がほぼゼロであったとしても（例えば、救命の可能性や逆転勝訴の可能性がほぼない場合）、適時に適切な債務の履行を受ける機会は侵害されているので、賠償義務が免責されることはない。したがって、被告の可能性がなかったとの主張立証をしても機会喪失による損害賠償請求は棄却されることにはならない（損害の減額要素とはなる）。この点、相当程度の可能性について「医療水準を下回る医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」のとは異なる<sup>79)</sup>。また、相当程度

---

76) 本稿 (1) 前掲注1・105頁

77) 本稿 (1) 前掲注1・115頁

78) 本稿 (1) 前掲注1・124頁

79) 杉原前掲注3・863-864頁

の可能性法理によれば、全く事実的因果関係が認められない場合（もともとの可能性がゼロの場合）には可能性の減少がないので医師への帰責は認められない<sup>80)</sup>。しかし、助かる可能性がゼロならいくら不適切・不十分な医療行為をしてもよいということにはならない。最初から助かる見込みがないことが分かっているのであれば、それを説明した上でどのような医療行為（疼痛緩和ケア等）をするのかを契約で取り決めるべきであるし、治療開始後にそれが分かった場合は契約の変更（当該医療機関としてはできないことはない場合には転医先を紹介して医療契約を解除することもあり得る）を提案する必要がある。このような対応をしなければ債務不履行責任が発生する。

### 3 不法行為構成の場合

不法行為構成によらなければ損害賠償責任を追及できない場合は、医師患者間に契約関係がない場合である。すなわち医師がたまたま路上や飛行機上で患者を診療した緊急事務管理（民法697条、698条）のような場合のほか、公的な職務として医療行為を行う場合が考えられる（救急、刑事施設における医療処置、患者の意思によらない伝染病患者や精神病患者の治療、法令によって義務付けられている健康診断等）。例えば、平成17年判決の事案は拘留所に勾留中の者に対する医療行為が問題となった例だが、このような場合の医師（およびその使用者たる国）の責任について、横尾・泉意見は「国が刑事被告人を刑事施設に勾留している場合、国は、一方的・強制的にその身体を拘束しているのであるから、刑事被告人が疾病にかかっているときは、必要な医療上の措置を執るべきであり、疾病の種類又は程度等により刑事施設内で適切な治療を施すことができない刑事被告人については、これを他の病院へ移送して適切な治療を施すべき

---

80) 寺沢知子「相当程度の可能性侵害における損害に関する一考察」産大法学43巻2号（2009）12頁

義務を負う」と述べる。このような医療提供義務は法律の規定によって発生する<sup>81)</sup>。

このように契約によらずに提供される医療行為も医療水準に適合したものでなければならないが、ある程度の不適切・不十分があったというときに、提供者が、契約があった場合と同等の重さで責任を負担しなければならないというのは不合理である。なぜなら、このような場合には提供者は契約による義務の引受けはしておらず、善意（事務管理）あるいは公的な職責（救急等）に基づいて、医療行為を提供しているのであり、提供者は重過失を回避すべきこと（事務管理の場合。民法698条）あるいは「社会一般の」「医療水準に照らし適切な」「医療上の措置を講ずる」べきこと（公的な職責による場合。刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律56条参照）は求められるものの、傷病からの回復まで医療を提供することが求められているわけではない。例えば、刑事施設であれば、刑事施設の長は「必要に応じ被収容者を刑事施設の外の病院又は診療所に通院させ、やむを得ないときは被収容者を刑事施設の外の病院又は診療所に入院させることができる」（刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律62条3項）のであり、もともと刑事施設内の診療には限界があることが想定されている。

また、患者側においても自ら選んで契約した医師・医療機関に対する期待と、契約によらずに診療を受けることになった医師・医療機関に対する期待とでは、その程度に差があるのが通常であろう。もちろん、救急医が最低限の医療水準を超える高い水準の救急医療を提供するために最善を尽くそうと努めることは社会的には評価に値するが、それができなかったか

---

81) 刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律56条「刑事施設においては、被収容者の心身の状況を把握することに努め、被収容者の健康及び刑事施設内の衛生を保持するため、社会一般の保健衛生及び医療の水準に照らし適切な保健衛生上及び医療上の措置を講ずるものとする（下線筆者）」

らといって法的な責任が発生するというわけではない。このような場合に契約責任と同等の水準による責任を認めるとすれば、救急患者の受入れを拒否する医療機関を増やすことになりかねず、かえって患者一般の利益を害することになる。

さらに制度全体の運用を考えたときに、公的な職責に基づく医療提供も私的な契約による場合と同等の医療水準による提供をしなければならないとするなら、相当な人的・物的な手当が必要となり、多額の費用が発生することになる。そのコストを負担するのは最終的には国民であるが、その負担に今の日本の財政が耐えられであろうか。

契約による医療行為とそれ以外の医療行為とで、二つの医療水準＝二つの過失の判断基準があることを直視するほかはないと思われる。すなわち、契約がある場合には、医療者が契約によって引き受けた最善の医療を提供する義務に違反した場合には、過失の程度を問わず少なくとも機会喪失・期待権侵害についての損害賠償責任を負うことになるが、契約がない場合には、求められる医療水準は契約がある場合よりは低くなり、生活上許容できる範囲を超える過失がある場合にのみ機会喪失・期待権侵害についての損害賠償責任を負うと解する。そして、その場合の損害額も、契約がある場合よりは期待の程度が低いことに比例して低額に算定されるべきであろう。

また、この理は医療の場面に限られるわけではないことは契約構成の場合と同じである。例えば、私選弁護と国選弁護においては、求められる弁護水準には差があるということは多くの弁護士が同意するであろう。国選弁護においては、費用の面などから利用できる物的・人的環境が私選弁護より制約されているのが通常であり、国選弁護では私選弁護と同等の水準の弁護を提供できないことは制度的にも前提とされている。だからこそ、依頼者もより高い水準の弁護を求める場合には（経済的事情が許す限り）私選弁護を選ぶのである。もちろん、国選弁護でも（赤字になることをい

とわずに) 私選弁護並みの弁護活動を展開する弁護士もいるが、それが国選弁護人全てに求められる水準というわけではない。

専門職には、その専門性や資格・権限に伴う公的な義務や責任が課せられており、それを果たすことが社会からも期待されているのであり、契約に基づかない場合でも専門職として一定水準以上の職責を遂行することが求められている。医療に携わる職種だけに他の専門職よりも重い責任を負わせることは不公平であろう。以上のとおり、医療以外の場面でも専門職については契約関係がない場合でも機会喪失あるいは期待権侵害に伴って責任を負うことを認めるべきである。

公的な職責として専門職が行為義務を負う場合としては、救急や国選弁護のほか、警察、消防、公教育、公的な福祉等などが考えられる。例えば、警察官が事故現場での救護義務を怠ったり、被害申告を放置したりした場合、消防が火災通報を受けて出動する先の住所を間違えた場合、教師がいじめを発見しながら放置した場合、福祉担当者が生活保護の申請を放置した場合などは、実際に生じた損害や相当程度の可能性侵害とは別個に、機会喪失あるいは期待権侵害についての損害が認められる。例えば、ストーカー行為の被害申告に対して警察が適切に対処していたら被害者が殺害されることを防止できたことについて因果関係や相当程度の可能性の存在が証明されなくても、適切な捜査に対する期待権の侵害についての慰謝料請求は認められる<sup>82)</sup>。この点、警察官が救護措置を採らなかった事案に関する前掲横浜地判平成18年4月25日は、警察官が「市民の生命維持のために最善を尽くすことが期待されている」「専門的職業人」であることを責任根拠としてあげている。しかし、「生命維持」の重要性はもちろん認めるが、それに関わる職種だけに限定するのはやや狭すぎるように思われる。弁護士も生命には直接関わらないが、「市民の権利擁護のために最善を尽くすことが期待されている専門的職業人」であり、責任を減じる根

82) 大阪高判平成18年1月12日判時1959号42頁参照

拠はないだろう<sup>83)</sup>。

ただし、専門職として求められる水準からの逸脱が平成17年判決島田意見のいう「社会生活上許容の範囲内」にとどまる場合は、損害賠償請求は認められないと考える。このように専門職の責任が生じる範囲を、社会生活上許容範囲を超える過失（これを「相当程度の過失」と仮に呼ぶ）がある場合に限定することは、緊急事務管理の場合の管理者の損害賠償責任が悪意または重過失がある場合に限定されていることとも平仄が合う（民法698条）。もっとも、事務管理の場合は義務なくして行為をしているのに対して、専門職の職責としての行為は一定の職務上の義務に基づくという差異はあり、公的職責を負う者の水準からの逸脱に伴う責任は、事務管理者よりは広く認めるのが公平であろう。このように考えると、水準からの逸脱＝過失には、著しい逸脱（故意に近い過失）、重大な過失（重過失）、相当程度の過失、通常の過失（社会生活上許容範囲内の過失）の4種類があることになる。

以上の説明を図表化すると以下ようになる。網掛け部分が私見では機会喪失・期待権侵害に対して損害賠償が認められる領域である（図1と符号が異なるので注意）。

---

83) 杉原前掲注3・868頁も「医師には、専門的職業人としての客観的信頼を裏切らないよう行動すべき義務がある」と述べ、「専門的職業人」という点を強調する。裁判官が民事裁判の審理中に当事者に対して「あなたの審理が終わらないので、上司から怒られている」などの感情的発言をした場合、その後の裁判が公平で結論に影響がなかったとしても、専門職として公的な職責を担う者として求められる水準からの逸脱は著しく、損害賠償（国家賠償）請求は認められる（朝日新聞2014年2月1日朝刊で報じられたケース）。

不法行為構成で機会喪失に対する損害賠償が認められる場合 (図2)

		専門職以外	専門職	医療職
水準からの逸脱(過失)の程度	通常	(A)	(B)	(C)
	相当程度	(D)	公的職責に基づく場合 (E)	同左 (F)
	重大	(G)	事務管理の場合の責任はここまで (H)	同左 (I)
	著しい	(J)	(K)	平成23年判決 (L)

この図のLの領域（医療職にある者が水準から著しく逸脱した場合）について不法行為責任が発生することは平成23年判決によって認められるであろう。医療者の場合と他の専門職を区別する合理性は乏しいので、Kの領域にも拡張されることには抵抗は少ないだろう。さらに、事務管理者については重大な過失がある場合に責任が限定されるので、医療職であれ、その他の専門職であれ、責任を負う限度はHおよびIの領域に制限される。これに対して公的職責に基づく場合は、重過失とまではいえなくとも相当程度の過失があれば責任を負うべきであるから、EおよびFの領域まで責任は及ぶ。ただし、その場合も社会生活上許容範囲内の通常の過失のレベルについては免責される（B、Cの領域）。専門職以外の者の契約によらない行為によって、機会喪失が発生した場合については、原則として損害賠償責任が生じることはない（A、D、G、Jの領域）。

なお、念のため補足すると、これはあくまで過失と現実が生じた悪結果との因果関係や相当程度の可能性の存在が証明できない場合の責任範囲についての議論である。現実には悪結果が生じ、それと過失との因果関係が証明できる場合や悪結果が生じなかったであろう相当程度の可能性の存在が証明できる場合には、過失の程度に関わらず損害賠償責任は認められる（ただし、緊急事務管理の場合は重過失に限定される）。

## 第8 結論

### 1 具体例に対する当てはめ

最後に、本稿(1)で、私なりの解答を示すと予告して提示した問題点についての結論と理由を示す。

#### ア 機会喪失論全般について<sup>84)</sup>

##### (ア) 悪しき結果の発生の有無による区別

Q 機会の喪失や減少がなければ避けられたであろう悪しき結果が、すでに現実に発生した場合とまだ発生していない場合で機会喪失論の適用は異なるか。

A 現実の悪結果と機会の喪失や減少は、別個の損害であり、機会の喪失や減少が発生した以上、そのこと自体による損害は発生しているから、悪結果が発生していても未発生でも機会喪失論の適用は異ならないとも考えられる。しかし、悪結果が現実に発生していて、医療行為と悪結果の間の因果関係が証明された場合は、機会喪失による損害は、悪結果による損害に吸収されると考えるべきであろう。医療過誤はより良い治療を受けて回復する機会の割合的な喪失であると考え、悪結果を避け得たかもしれない可能性の喪失による損害は、実際に悪結果が発生したときには当該可能性の現実化による損害に包含されるので、機会喪失と悪結果の双方の損害賠償を認めることは機会喪失部分については損害の二重評価になるからである<sup>85)</sup>。カナダの *Laferriere* 判決で、ゴンシア裁判官は悪結果が現実に発生した事案では機会喪失論を適用せず、伝統的な因果関係の原則を適用すればよい

---

84) 本稿(1)前掲注1・83頁

85) 石川寛俊「期待権の展開と証明責任のあり方」『医療裁判』(日本評論社, 2010) 40頁(初出判タ686号[1989]29頁)は、身体被害の損害賠償に慰謝料も当然含まれるから、重ねて治療機会喪失による損害を認める必要はないとする。

と述べるが<sup>86)</sup>、悪結果が現実に発生し、それと医療行為の因果関係が証明された場合は機会喪失論を適用する必要はないが、悪結果が発生したが因果関係が証明されない場合はまさに機会喪失論が適用される場面であるから、この点はより精緻な場合分けが必要だろう。

逆に、例えば治療の遅れはあったものの原告がまだ生存しており、死亡という結果は発生していない場合であっても、治療の遅れによって回復可能性が減少し、その状態が継続しているのであれば、その可能性減少という損害についての賠償は認められる<sup>87)</sup>。仮にその後の治療によって完全に治癒したとしても適時に適切な治療が受けられなかったことによって増加した治療費や就労できない期間が長引いたことによる逸失利益は認められる。このように機会の喪失によって慰謝料にとどまらず、財産的損害が認められる場合もある。また、悪結果が発生したが医療行為との因果関係が証明できない場合も機会喪失による損害賠償請求は認められる<sup>88)</sup>。

(イ) 失われた可能性の程度による区別

Q 医師の過失がなければ得られたであろう望ましい結果が発生する可能性が50パーセントより多いか否か（正確には原告がそれを証明できたか否か）によって医師の賠償責任の成否に違いがあるか。

A 望ましい結果が得られたであろう可能性が50パーセントより多いか

---

86) 本稿 (1) 前掲注1・99頁

87) この点、キング教授は被告の生み出した将来の危険が現実化するまでは機会喪失論の適用を留保するべきであるとする(本稿 (1) 前掲注1・95頁)。しかし、機会喪失という独立の損害が発生しているのに別の損害(悪結果)が発生するまで請求できないという根拠が不明である。Gregg事件の貴族院判決でフィリップス裁判官は原告が判決時点でまだ生存しているから、原告の回復可能性の侵害程度を認定することは困難であると述べているが、算定は困難でも回復率の低下が認められるのであれば損害が発生していないとはいえない(もっともフィリップス裁判官は回復率の低下自体の認定困難との見解のようである。本稿 (1) 前掲注1・90頁)。

88) キング教授によればこのような場合こそが、機会喪失論の適用場面ということになる(本稿 (1) 前掲注1・95頁)。

どうかは責任の成否には影響はない<sup>89)</sup>。ただ、その可能性の程度は賠償額に反映される。

(ウ) 機会の喪失後の悪しき結果の発生

Q 判決によって機会の喪失は認められたが、まだ結果が発生していなかった場合に、その後、現実が悪しき結果が発生したとき、悪しき結果による損害はどのように賠償されるべきか。

A 同じ過失から生じていても、機会の喪失と現実の悪結果は別な損害であるから、悪結果による損害は改めて再訴を提起して賠償を求められる<sup>90)</sup>。しかし、機会喪失による損害部分はすでに賠償されているのでそれに相当する分は全損害額から控除される。

(エ) 医師の過失と機会の喪失の因果関係

Q 医師の過失と機会の喪失の間には因果関係が必要か。また、必要とした場合にその証明度はどの程度必要か。

A 通常は「過失がある」＝「医療水準からの逸脱がある」という場合には、それ自体によって水準に適合した医療を受ける機会の喪失という損害が発生するので、因果関係は観念できない。ただし、患者による選択の余地があったという事案では、機会を与えられていれば患者がその機会を選択したということについては証明が必要である。その証明度は証拠の優越（コモン・ローでは、“Preponderance of evidence”，“More likely than not”，“More than half”等と表現される。数値的にいえばその事実がなかったよりもあったという可能性が50パーセントをわずかでも超えるという心証を裁判官が抱く程度の立証）で足りる<sup>91)</sup>。証拠の優越で足りると考える理由については別稿で論じるが、

---

89) キング教授も同旨。本稿(1)前掲注1・93頁

90) 不法行為による損害賠償請求をした原告が、前訴基準時に発症した後遺症について後訴で請求することは既判力に抵触しないと同様に考えることができる(最判昭和42年7月18日民集21巻6号1559頁)。

91) 証拠の優越で足りるとする見解として、石井良三「民事裁判における事実証明」

英米法では、民事事件の証明度は証拠の優越で足りるとされており、例えばオーストラリアの*Tabet*判決でキーフェル裁判官は「コモン・ローによって要求され、因果関係に適用される一般的な証明水準は比較的 low、確実性は必要とされない。何かが原告の被害の原因らしいと裁判官が説得されればよいのである」と述べている<sup>92)</sup>。

証拠の優越によって因果関係立証が認められると考えると、80パーセントを高度の蓋然性の線引きと考える見解<sup>93)</sup> に比べれば因果関係が認められる事案が増え、相当程度の可能性の理論の適用領域はそれだけ減少することになる。相当程度の可能性ラッシュは、因果関係の証明度を非常に高く設定したために生じている法理の濫用現象ともいえる。

相当程度の可能性法理の副作用の部分で述べたとおり、現在は「高度の蓋然性」の「高度」という語感から80パーセント程度を意味するかのようにとらえられているが、例えば「相当程度の可能性」の「相当程度」も語感からすれば50パーセントくらいを意味するという理解も可能である<sup>94)</sup>。しかし平成16年判決以後は可能性の不存在を被告が立証できなければその存在が推定されるという扱いがなされており、ほとんど数値的な意味を失っている。「高度」という語感だけから条文にも判例にもない80パーセントにこだわる必要はない<sup>95)</sup>。

---

『民事法廷覚え書』（一粒社、1962）163-201頁、遠藤直哉『ロースクール教育論』（信山社、2000）31-100頁、田村陽子「民事訴訟における証明度論再考」立命館法学327・328号上（2009）517-549頁。

92) *Tabet At*[145]

93) 上田徹一郎『民事訴訟法 [第7版]』（法学書院、2011）375頁はルンバル判決を挙げて「十中八九のいわゆる『高度の蓋然性』の証明で足りる」と解するのが通説であるとする。

94) 畑中綾子「『相当程度の可能性』について」ジュリ1344号（2007）63頁

95) そもそも刑事判決（最判昭和23日8月5日刑集2巻9号1123頁）で用いられた「高度の蓋然性」という用語を民事事件に持ち込んだことが問題の発端であり、刑事と民事の証明度は異なって当然であるから（刑事の方が必要な証明度は高くな

イ 具体的な想定場面<sup>96)</sup>

医師が患者の癌について、第1回目の検査時（これを以下「適時」という）に適切な診断をし、治療を開始していれば、回復率が60パーセントあったという事例を想定する（ここで、回復率とは5年後の生存率を意味するものとする）。しかし、医師の診断が1年間遅延したためにその可能性が10パーセントになってしまったとする。「60パーセントの回復率」が意味するところは、同じ症状の患者が100人いた場合に適時に治療を開始したとすると、そのうち40人は治療にかかわらず5年以内に死亡し、60人は5年後も生存しているということである。さらに60人の中の一定の割合の患者（仮に5パーセントとする）は何ら治療をしなくても、生存しているものとする。

このように考えると、100人の患者は各自の遺伝的な特質やライフスタイルによって、次の3つのグループのいずれかに該当することになる。すなわち、Aグループ＝適時に治療が行われても5年以内に死亡する40人、Bグループ＝何ら治療しなくても5年生存が可能な3人（Aグループ以外の60人の中の5パーセント）、Cグループ＝適時の治療の結果、生存可能性が向上する57人である。AグループとBグループに分類された患者にとっては、医師の過失は死亡または生存の結果自体には直接の影響はなかったことになる。なぜなら、Aグループは治療がなされても死亡するし、Bグループは治療がなされなくても生存するからである。

Cグループの患者について、医師が適時に癌を発見しなかった過失と死亡との因果関係が肯定され、死亡による損害について医師に賠償責任が認められることになる。以下、上記のケースを前提として、派生する問題を検討する。

---

る）、民事では別な表現を用いることが望ましかった。今からは変えられないとしても「高度の蓋然性」の内容は刑事と民事で使い分けるべきであろう。

96) 本稿 (1) 前掲注1・84頁。この想定はルンツ論文（後掲注127）Paradigm scenarioの項に依拠する。

(ア) 立証責任の所在と立証の程度

Q Cグループの患者が賠償対象となることは認められても、当該患者がCグループに入ることについては、いずれの当事者がどの程度立証しなければならないのか。

A 原告が、証拠の優越を超える立証をする必要がある。このケースではCグループに分類される患者が100人中の57人であることを原告が証明すれば、証拠の優越によって原告がCグループに入るとは認定される。逆に原告の体質や生活習慣などから、原告がCグループに入らない可能性の方が、入る可能性より高いということを医師が立証できれば免責される。

(イ) 結果未発生の場合

Q 当該患者がCグループに入ると立証されても、まだ悪しき結果が発生していない段階で、請求は認められるのか。

A 機会の喪失という損害は発生しているので、それについての損害賠償請求は認められる。

(ウ) 治療が影響しない患者

Q Cグループだけが損害賠償に値するのか。AグループやBグループの患者は医師の過失があってもなくても結果は同じであったのだから、過失ある医師に対して何らの請求もできないのであろうか。もし、何らかの請求ができるとしたら、その場合の損害や因果関係はどのように考えるべきであらうか。

A AグループやBグループの患者も適時に適切な診断がなされていれば、その時にふさわしい治療法を選んであろうということについて因果関係が証明できれば、医療水準に適合した医療を受ける機会あるいはその選択権の侵害に対する慰謝料は認められる。AグループやBグループの患者は適時に適切な診断を受け、治療を開始しても結果は変わらないので、これが唯一の損害となる。

(エ) 可能性の低下の程度

Q 早期に治療を開始する機会の喪失を損害ととらえる場合に、癌の発見が適時から1年遅れたことによって、回復率が60パーセントから10パーセントに低下したのではなく、55パーセントに低下した場合もその機会の喪失は損害と認められるのであろうか。

A 回復率の低下が5パーセントであっても機会の喪失は認められる。もっとも慰謝料額は低額となるであろう。

(オ) 可能性が50パーセント以下だった場合

Q 適時に発見した場合でも、回復率が50パーセント以下だった場合、例えば45パーセントだった場合は賠償責任が発生するのか。これが30、20、10・・・パーセントだった場合はどうか。

A 回復率が低くても、適時に適切な治療を受ける機会の喪失についての賠償責任は生じる。回復率が低ければ賠償責任が生じないのであれば、回復の見込みの乏しい患者にはいかに不適切な医療を行ってもよいことになってしまう。ただし、そもそも回復率が低いことは慰謝料額に反映され、著しく低ければ医療行為に水準からの逸脱があったことの証として名目的な賠償を命じるという程度にとどまるであろう。

(カ) 立証の程度に応じた割合的な賠償

Q 死亡や機会喪失といった結果と因果関係の立証の程度に応じた割合的な賠償を認めるのか。

A 私も、因果関係の立証の程度は証拠の優越を超える必要があると考

---

97) イギリスの*Hotson*事件では、貴族院は、最初の診断時に壊死が発生していたことが確実であるから、原告は何らかの機会を失ったということもないと判断しているが（本稿（1）前掲注1・87頁）、下肢骨折をした患者の腰のX線撮影をしなかったことが医師の過失として認められたのであれば、仮に回復率はゼロであっても適時に適切な医療を受ける機会の喪失についての慰謝料は認められるべきであった。アメリカの*Herskovits*事件では14パーセントの回復可能性の喪失に対して賠償を命じている（本稿（1）前掲注1・95頁）。

えており、因果関係の証明度が40パーセントだから全損害の40パーセントの賠償を認めるということにはならない。

因果関係の証明度の軽減論と機会喪失論は混同されやすい。キング教授はアメリカの多くの裁判所は両者を区別してこなかったと評している<sup>98)</sup>。50パーセントを超える可能性を患者が失っていないのであれば因果関係の証明がないとして賠償を認めず、50パーセントを超える可能性を失っていれば全額賠償を認めるという判断手法<sup>99)</sup>に対して、キング教授は「より合理的な方法は、被告の不法な行為のため患者のより良好な結果を得る可能性（50パーセント以下の可能性も含む）が喪失又は減少した蓋然性があることが、ないことより高いと証明（more likely than not）されたなら、その可能性が幾らの価値があり、それがどれだけ減少したのかを決定することが焦点となる」と述べる<sup>100)</sup>。この見解によれば、「より良好な結果を得る可能性」（悪い結果を避ける可能性）の喪失が損害であり、それは例えば20パーセントの可能性の喪失であっても独立の損害と評価しうることになる。そして、過失と可能性の喪失との間の因果関係について50パーセントを超える証明がされれば、あとは損害の評価に進むべきである<sup>101)</sup>。こう考えれば因果関係論と損害論の区別は明確である。機会喪失論は証明責任の原則を変更するものではない。

---

98) King “The Law of Medical Malpractice, 2nd ed” (1986) p203

99) イギリスの*Gregg*事件貴族院判決で Hoffman 裁判官が、原告の10年生存率が被告の過失の時点においても50パーセント以下であったから、原告は証拠の優越によって因果関係を立証できていないと判断し（本稿（1）前掲注1・89頁）、オーストラリアの*Halverson*事件判決が50パーセントを超える機会を喪失したから全損害を認容した（同・119頁）のも、この例である。

100) King前掲注98・p208

101) オーストラリアの*Rufo*事件では、第一審判決が、被告の過失がなくても原告の脊柱骨折が起きた可能性がそうでなかった可能性よりも高いと認定したために、因果関係を否定して請求を棄却したのは妥当であったということになる（本稿（1）前掲注1・117-118頁）。

(キ) 法律構成による違い

Q 契約構成か不法行為構成かで、機会喪失論の適用に違いはあるのか。

A 私見では、上記のとおり、いずれの構成でも機会喪失論（[客観的]期待権侵害論）の適用は認められるが、その適用場面や過失要件に違いが生じることになる。

ウ 機会喪失による損害の算定方法<sup>102)</sup>

最後に、治療機会の喪失による損害を認める場合、日本では従来ほぼ例外なく慰謝料のみが認められてきたが、回復率等について統計的な数値がある場合に逸失利益を算定する方法があるのではないかということをマサチューセッツ州最高裁の*Matsuyama*判決<sup>103)</sup>を参考に検討する。

*Matsuyama*判決が用いた算定方法は単純化すると以下のようなものである。

前提条件

患者が適時に適切な医療を受けていれば回復率70パーセントであったのに、医師の過失によりそれが30パーセントまで減少してしまった。患者が病気にならなかったとした場合に得られたであろう逸失利益は1億円である。

- ① 患者に生じた全損害を金額的に算出する（本件では1億円）。
- ② 医療過誤がなかったならば患者に見込まれた生存率又は回復率を算出する（同じく70パーセント）。
- ③ さらに、医療過誤の後で、患者に残された生存率又は回復率を算出する（同じく30パーセント）。
- ④ ②から③を控除する（70－30＝40パーセント）。
- ⑤ ①の金額に④の割合をかける（1億円×40パーセント＝4000万円）。

この計算によって算出される賠償額を超える損害は、もともとの疾患に

---

102) 本稿 (1) 前掲注1・97頁

103) *Matsuyama v Birnbaum* 452 Mass 1;890 NE 2<sup>nd</sup> 819 [Mass 2008] 本稿 (1) 前掲注1・96頁

よるものということになる。つまり、1億円のうち、病気によって失われた利益が3000万円、医療過誤によって失われた利益が4000万円、現在患者に残された利益が3000万円ということである。

この計算方法は一見もっともらしくみえるが、乗除法によって算出されるパーセンテージを加減法で扱う点で誤りがあるように思われる。医療過誤による「機会喪失率」を算出して、医療過誤がなければ患者に見込まれた利益のうち「機会喪失率」に相当する部分が失われたと考えるべきであろう。すなわち、以下のような計算になる。

- ① 70パーセントの回復率が30パーセントになったということは、喪失率は7分の4 (約57パーセント) である。
- ② 医療過誤がなければ患者が得られた可能性のある利益は7000万円である (もともとの回復率が70パーセントだから)。
- ③ 7000万円の7分の4である4000万円が医療過誤によって失われた利益である。

結論は同じであるが、このような算定方法が正しいのではないかと思われる。ただ、この計算によっても3000万円は病気によって失われた利益であり、被告の責任対象ではない。損失のうち被告が寄与していない部分について被告に負担させるべきではないということは*Matsuyama*判決が述べるとおりであり<sup>104)</sup>、これはキング教授が、被告が責任を負うのは、既存の状況 (preexisting condition) に起因する損害を超える部分に限られると述べていることと同旨である<sup>105)</sup>。

このように逸失利益を算出すると、従来相当程度の可能性法理を適用した判決によって認められていた慰謝料額よりははるかに高額になるケースが出てくる。相当程度の可能性法理について、杉原調査官は「逸失利益等の財産的損害を一部認めることができるかなどは、残された問題というべ

---

104) 本稿 (1) 前掲注1・96頁

105) 本稿 (1) 前掲注1・93頁

きである」と判例解説で述べているが<sup>106)</sup>、相当程度の可能性侵害だけではなく機会喪失についても上記のような方法で財産的損害を認定することも可能である<sup>107)</sup>。現に機会喪失論を採用するアメリカでは財産的損害も認められている。

相当程度の可能性の侵害を認める場合には特段の理由も示さずに慰謝料以外の損害を検討せず、慰謝料のみを認めるという実務が定着しているが<sup>108)</sup>、慰謝料という枠組みを用いることは、賠償額が低額になること、損害額算定の根拠が不明確になるという弊害があり、再検討の余地がある<sup>109)</sup>。相当程度の可能性侵害についても、機会喪失・期待権侵害についても可能な限り財産的損害を算定するべきではないか<sup>110)</sup>。なお、機会喪失・期待権侵害は人格的利益の侵害となるため、精神的損害の賠償だけが認められるという見解が多いが<sup>111)</sup>、私は上記のとおり、それに限られるものではないと考えている。それに交渉破棄や法人が依頼者の場合の弁護過誤などで機会喪失による損害を認める場合には、精神的損害を観念することは困難である。

なお、本稿では平成23年判決の示した期待権を患者の主観的期待ではなく、客観的な「適時に適切な医療の提供を受けることに対する権利として

---

106) 杉原前掲注3・865頁

107) 相当程度の可能性侵害について、林前掲注20・74頁は差額説によって算定した損害額の一定の割合を損害額として認めてよい場合があるとする。ただし、その割合は統計数値の吟味・検証から控えめに算出することになろうと述べる。もっとも平成15年判決の判例解説は相当程度の可能性の侵害によって財産的損害を認めることは困難であるとする（松並重雄『最判解民事篇平成15年度（下）』646頁）

108) 橋口賢一「『相当程度の可能性』をめぐる混迷」富大経済論集53巻2号（2007）34頁によれば、相当程度の可能性の侵害を認めた判決で2007年時点までに公刊・LEX/DBに収録された44件は全て慰謝料のみを認めているという。

109) 中原前掲注35・116頁

110) 寺沢前掲注80・18頁は、相当程度の可能性侵害について因果関係とは別なレベルでの可能性「割合」によって財産的賠償を認める。

111) 大塚前掲注19・16頁、永野＝伊藤前掲注17・68頁、金丸前掲注25・86頁等

の期待」をさすものと理解し、「治療機会」を保護法益ではなく、権利主体の面からとらえたものととらえて<sup>112)</sup>、期待権侵害論と機会喪失論を代替的に用いて論じた。しかし、語感として期待権侵害という慰謝料に直結しやすく、機会喪失という財産損害の認容になじみやすいという差があるように思われる。その意味では「機会喪失」という用語の方が、契約交渉破棄事例なども含めて議論する際にはふさわしく、将来の理論的發展のためには適切であるかもしれない。

もっとも、疾病の解明不十分性、患者の個別性、医療の再現不能性、統計の入手困難性・信頼性など様々な要因から、機会喪失率を数値化することはいまだ困難であり、むしろ上記のような計算ができる方が例外とってよいであろう。このような計算ができなければ失われた機会の認定ができず、損害賠償が認められないとすると、被告の検査義務や記録義務の違反や医療の不確実性ゆえに救済が阻まれることになる。正確な計算はできなくても、患者がより良い結果を得る蓋然性が減少したということが間接事実によって認められれば<sup>113)</sup>、計算根拠にまではならないが参考になる統計、喪失した機会の内容（標準的な治療の機会を喪失したのか、極めて特殊な治療の機会を喪失したのか）、患者の機会選択可能性の程度等も考慮して、裁判官が民事訴訟法248条を用いて裁量によって損害額を算出するのが現実的ではないかと思われる（その場合は名目としては慰謝料になるであろう）。その結果、慰謝料が逸失利益を認めたのに近いほどの高額になることもあり得る<sup>114)</sup>。

---

112) 平野前掲注25龍谷法学・320頁

113) キング教授の「蓋然性減少論」参照。本稿(1)前掲注1・94頁

114) 相当程度の可能性侵害に対して大阪高判平成13年7月26日判時1797号51頁・判タ1095号206頁は1000万円の、前掲東京高判平成19年3月28日は2000万円の、大阪地判平成21年3月25日判タ1297号224頁は1500万円の慰謝料をそれぞれ認めている。

## 2 まとめ

大塚教授は、民法709条によって保護される権利利益を権利（その侵害には違法性が推定される）、第1種利益（侵害行為に通常の違法性がある場合に保護される）、第2種利益（侵害行為に著しい違法性がある場合に保護される）の3つに区分して考える<sup>115)</sup>。そして、相当程度の可能性について、最高裁は「権利」性を認めているとみる<sup>116)</sup>。これに対して、患者が適時に適切な医療機関に転送され、適切な医療行為を受ける利益については、平成17年判決の法廷意見は権利利益性を否定し、島田意見は「第2種利益」として認め、横尾・泉意見は「権利」として認める<sup>117)</sup>ようであると評価されている<sup>118)</sup>。そして、同教授自身としては、この問題が医師以外の専門職にも広がる問題であること、因果関係が証明できない場合であることなどから、当面第2種利益として認めるのが妥当であるとされる<sup>119)</sup>。これは平成23年判決を先取りした見解とも受け取れる。

このような大塚教授の権利利益三段階論をヒントに、本稿では、視点①法律構成（契約責任か、不法行為責任か）、視点②行為者の属性（行為者が医療者か、専門職か、それ以外か）、視点③過失の程度（過失の程度が著しいか、重大か、相当程度以上か、それ以外か）という3つの視点を加えて分析をした。

私は、すでに述べたように医療過誤において不法行為構成が適用される場面がそもそも例外であると考え、契約構成が可能な限り契約責任を追及すべきであり、契約構成であれば「適時に適切な医療機関に転送され、適

---

115) 大塚前掲注19・16頁、同「公害・環境、医療分野における権利利益侵害要件」NBL936号（2010）40-53頁

116) 大塚前掲注115NBL・50頁

117) 「私法」73号（2011）38頁（2010年私法学会シンポジウムにおける私の質問に対する同教授の回答部分）

118) 大塚前掲注115NBL・50頁

119) 「私法」前掲注117・38頁

切な医療行為を受ける利益」(これを治療機会と言ってもよいし、客観的期待権と言ってもよい)の侵害は、医療水準からの逸脱(過失)の程度を問わず損害賠償の対象となり、過失がないこと(医療水準からの逸脱についてやむを得ない理由や合理的理由があること)については医師に証明責任があると考えられる。また、不法行為構成による場合(医療行為が事務管理による場合を除く)は、医師を含む専門職について相当程度以上の過失(社会的に許容される限度を超える過失)がある場合に限り、上記利益の侵害について損害賠償義務が生じると考える。相当程度以上の過失があることについては原告に証明責任がある。さらにいずれの法律構成であっても、因果関係を含め、証明は証拠の優越で足りると考える。

ルンツ教授は「多くの場合に、適切な治療が行われても原告には回復または従前の症状の軽減の『機会』が与えられるにすぎない。しかし、これこそが価値のあるものであり、多くの人がそれを得るために金銭を払うだろうものである。法は、そのような機会を保護する価値のあるものとして取り扱わなければならない」<sup>120)</sup>と主張し、石川=大場弁護士は「治療とは、永遠に健康回復への可能性(機会)を提供するものにすぎず、治療義務違反による損害は本来的に治療機会喪失でしかなく、回復それ自体とは区別された回復可能性の喪失、つまり回復の割合的喪失でしかない」<sup>121)</sup>と論じる。このように、医療過誤事案における損害はすべて「より良い治療機会の喪失」に還元できる。そして、失われた可能性がほぼ100パーセントであれば全損害の賠償が認められ、ゼロに近ければ損害賠償は認められない。その間の可能性の喪失についてはその程度に応じた損害賠償を認めるべきである。これによって過剰賠償や過小賠償の不合理を避けることができる。このようにグラデーションで理解すべき被害実態を、因果関係の証

---

120) H. Luntz 'Loss of Chance' in "Causation in Law and Medicine" edited by Ian Freckelton and Danuta Mendelson (1992) at 183

121) 石川=大場前掲注28・128頁

明ができれば100パーセント、相当程度の可能性が証明できれば10パーセント、期待権侵害であれば1パーセントといったようにデジタルに区分することは不合理である<sup>122)</sup>。

医療が究極的には「生命」を対象とする以上、生命に対する尊厳が医療行為によって損なわれた場合には医療者はその損なった尊厳を償う責任を負う。直接、生命や身体を害することはもちろん、患者に対する不十分・不適切な説明によって患者の自己の生命・身体に対する決定権を侵害することもこれに該当するし、患者の訴えに耳を貸さず、人間として扱わないような粗雑診療をして焦燥、不安、不快感などの精神的苦痛を与えることも受忍限度を超えれば、患者の生命の尊厳の侵害に当たるといってよい<sup>123)</sup>。医療契約によって、患者が医師・医療機関に対して抱く医療水準に適合した医療が提供されるであろうという期待が過失によってかなえられなかった場合、生命の尊厳を尊重するという医療契約の目的に違反したという点が責任の根拠となるのである。医師・患者間に契約がない場合にも、社会的に許容される限度を超える過失があれば、免許制によって能力が担保されている医療の専門家に対する社会の期待に違反して、生命の尊厳を犯したことについて責任が問われる。

機会の喪失（期待権侵害）に対する損害賠償は、責任非難としての懲罰の性格も持つ<sup>124)</sup>。損害賠償の目的を損害填補ではなく、最適な抑止と位置付ける見解<sup>125)</sup>によれば水準違反行為による機会の喪失に対して損害賠償を認めることはまさに目的にかなう。このような流れからさらに「医師患者関係をトータルにとらえ直し忠実義務違反として違約罰的な損害賠償を

---

122) オーストラリアの*Naxakis*事件判決でも、カリナン裁判官は因果関係の証明があれば全額賠償、なければ割合的賠償という区別を批判している（本稿（1）前掲注1・119頁）。

123) 杉原前掲注3・863頁

124) 石川前掲注3・25頁

125) 森田果・小塚莊一郎「不法行為法の目的」NBL874号（2008）10頁

志向する専門家責任に合流する」<sup>126)</sup> 方向へ進むべきであろう。

信頼できる専門家の手によって人間らしい治療を受ける機会の侵害は、人間の尊厳の侵害として損害賠償責任を発生させる。逆に生命の尊厳を尊重し、医療水準に適合した医療をしていれば、損害賠償責任は発生しない。

司法が新たな法理を創出して医療を裁くことが医療崩壊や防衛医療の一因であるというような言説も巷間見受けられるが、患者の尊厳を尊重し、医療水準に適合した医療を行う医師は相当程度の可能性法理や期待権侵害論・機会喪失論を恐れる必要はない。むしろ、これらの法理が正しく用いられれば、医療水準からの逸脱が防止され、医療の質全体の向上につながるはずである。

本稿 (1) 「第2問題の設定」であげた問題となる場面や具体例と問題点の整理、「第3コモン・ロー諸国の機会喪失論」で取り上げた判例の選択については、ルンツ教授の論文 ‘Loss of Chance in Medical Negligence’<sup>127)</sup> に大きく依拠している。その際の引用の表示が不適切であったことから、ルンツ論文に依拠している部分と、筆者が独自に整理した部分との判別が不明確になってしまったところがあり、この点について深くお詫びする。将来、本稿を書籍に収録する際にはこの点を補充し、訂正する意向である。なお本稿 (2) の公表が遅れたことから、(1) に掲載した目次とは項目が変わってしまったところがある。この点にもご海容をお願いしたい。

2012年3月に石川寛俊弁護士とともにメルボルン大学を訪問して、ルンツ教授に直接教を乞う機会に恵まれた。ルンツ教授の丁寧なご指導に心

---

126) 「座談会・専門家責任の法理」法律時報67巻2号 (1995) 34頁での潮見佳男発言  
127) [2010]University of Melbourne Law School Reserch Series 14。以下のサイトで閲覧可能。<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/journals/UMelbLRS/2010/14.html?stem=0&synonyms=0&query=luntz>

## 論 説

から感謝する。さらに、本稿執筆に当たって貴重なご助言・ご指導をいただいた手嶋豊教授と山口斉昭教授にも謝意を記したい。

松本博之先生には、私が裁判官をしていた当時、民事訴訟法学会関西支部で報告をした際にお会いしたのが最初の出会いであった。その際、研究者になるためにはとにかく論文を書くことです、とのアドバイスをいただいた。その後、私が退官し、龍谷大学に着任した後、大阪市立大学をご退職された松本先生と同僚となる機会に恵まれ、何度か研究室にお邪魔して民事訴訟法学についてご教示を受けることができたのは幸いであった。まだまだ浅学ではあるが、ご指導に報いることができるよう今後研鑽を積んでいきたい。

石井幸三先生との関係では、龍谷大学の宗教行事である降誕会や報恩講などの機会に主宰されていた御所の拾翠亭などでの研究会が思い出深い。他分野の方と自由に意見交換をする場を設けていただき、感謝している。また、法律事務所事務員養成を目的とする学部「法律事務実務」の授業で何回も模擬裁判の裁判官役をさせていただき、法律事務所の事務員の方々ともお近づきになることができ、石井先生の幅広い人脈の恩恵を被った。

両先生の今後のご健康、ご健筆をお祈りいたします。

本稿は、科学研究費助成事業（挑戦的萌芽研究）課題番号24653027による研究成果の一部である。