

# 医療過誤における割合的責任論

石 橋 秀 起\*

## 目 次

- . はじめに
- 1. 因果関係の証明困難と割合的解決の現状
- 2. 本稿の目的
- . 責任設定における割合的解決に関する裁判例
- 1. 検査義務違反
- 2. 治療上の判断ミス
- 3. 経過観察義務違反
- 4. 説明義務違反
- 5. 転送義務違反
- . 責任充足における割合的判断に関する裁判例
- . 割合的責任の理論的内実
- 1. 責任設定における割合的解決 狭義の割合的責任
  - 1-1. 違法性連関の存否不明以外の理由による割合的解決
  - 1-2. 違法性連関の存否不明を理由とする割合的解決
- 2. 責任充足における割合的判断

## . は じ め に

### 1. 因果関係の証明困難と割合的解決の現状

一般に、医療過誤訴訟においては、医師の過失とともに、因果関係の証明に関して困難がともなうといわれている。これには次の要因があることが、指摘されている。

医療過誤事例においては、基本的に因果の流れが身体内部で進行す

---

\* いしばし・ひでき 立命館大学法学部准教授

るため、これを外部から把握することはむずかしい。

医療行為に対する生体反応は患者によって千差万別であるため、当該医療行為と結果とのあいだに法則性を見出すことはむずかしい。

多くの場合、医療の現場では、病状の進展にともない、いくつかの行為が規則的または不規則的に繰り返されるため、ある結果についてその原因行為を特定することはむずかしい。

当該医療行為が試行的なものである場合には、一般的な医療行為とは異なり、過去の同種のケースを参考にしながら当該行為と結果との法則性を見出すことはむずかしい。

一般に自然科学の分野では、ある結果を引き起こした原因を探るため、同一の条件下で追試がおこなわれるが、医療の分野では、人体実験を容認しえない以上、こうした検証手段をとることはできない。

当該病気に関して医学上解明されていない部分がある場合には、まさにそのことによって、医療行為と結果との因果関係を把握することがむずかしくなる<sup>1)</sup>。

ところで、以上の6つの要因は、いずれも医療行為から結果へといたる事実経過を把握する際の困難を指摘したものといえることができる。これに対し、不法行為責任 ないし債務不履行責任<sup>2)</sup> の要件としての因果関係を考えるにあたっては、これらの要因のほか、次の点にも留意する必要がある。

---

1) 中村哲「医療過誤訴訟における因果関係について 疾病を前提とする医療行為を中心にして」同『医療訴訟の実務的課題 患者と医師のあるべき姿を求めて』(判例タイムズ社、2001年)253頁、255-260頁。

2) 本稿が取り上げる裁判例のなかには、不法行為構成をとるものと債務不履行構成をとるものが混在している。しかし、本稿は、いずれの構成をとるものに対しても、不法行為法上の理論的課題に即して分析をおこなうこととする。また、本稿が取り上げる裁判例のなかには、医師個人の責任(民法709条、民法415条)を追及するものと病院の責任(民法715条、民法415条)を追及するものがある。しかし、本稿は、事案の簡略化のため、いずれにおいても「医師の責任」を問題にすることとする。考察をはじめにあたって、以上の点をお断りしておく。

医師は、侵害の過程にある患者に対して医療水準にかなった措置を講じることにより、症状の緩和や病因の除去をおこなわなければならない。したがって、こうした責任法上の地位の特殊性から、医師の責任においては、交通事故などとは異なった要件構造を念頭におかななければならない。一般に、交通事故においては、過失ありとの評価を基礎づける行為が結果を引き起こしたかどうかが問題となる。したがってそこでは、加害行為のうちの過失ありとの評価に対応する部分が独立したかたちで観念されることは、あまりない<sup>3)</sup>。これに対し、多くの場合、医療過誤事例において結果を引き起こしたのは、病気であって、医療行為ではない。したがって、医療行為と結果との因果関係という場合、そこでは、医師が医療水準にかなった措置をおこなうことにより結果を回避できたかどうか問題となる<sup>4)</sup>。これは、医師の過失と結果との因果関係といえることができるだろう。

ところで、このような因果関係 違法性連関 を判断するにあたっては、義務が遵守された場合の仮定的事実経過を法則に依拠しながら構成することが試みられる。したがって、この作業においては、上述の6つの要因による事実の確定困難性のほか、仮定的事実を扱うことからくる不確定性にも向き合わなければならない。かくして、医療過誤事例における因果関係の判断においては、過去の事実の復元作業には解消しえない実体法固有の価値判断が不可避免的に介入してくることとなる<sup>5)</sup>。

- 
- 3) ただし、この点については争いがある。たとえば、橋本佳幸「不作為不法行為」同『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』（有斐閣、2006年）5頁、55-56頁は、交通事故事例を例にとり、「作為不法行為の場合、……違法性連関要件は、因果関係ないし義務の保護目的と並ぶ積極的成立要件としては登場してこない」とする。これに対し、四宮和夫『不法行為』（青林書院、1983年・1985年）412-413頁、沢井裕「不法行為における因果関係」星野英一ほか編『民法講座6 事務管理・不当利得・不法行為』（有斐閣、1985年）259頁、269-270頁は、こうした事例においても、義務違反を起点とする因果関係を要件にすべきだと主張する。
- 4) ただし、医療過誤事例のなかでも、手技上のミスや投薬上のミスのケースでは、手技や投薬それ自体が結果を引き起こしたかどうか問題とされる傾向にある。この点に関しては、本稿第 章「1.1-1.(1)」も参照。
- 5) この点を指摘するものは多いが、さしあたり、石川寛俊「13 延命利益、期待権侵害、

以上をふまえるならば、医師の義務の遵守によって結果が回避されたかどうかははっきりしないケースにおいて、オールオアナッシングによる解決に固執することは、かならずしも妥当な結果を導くとはかぎらない。そこで、裁判実務では、こうしたケースにおいて、かねてから割合的解決がおこなわれてきた。これは、さらに次の3つのタイプに分類することができる。

第一に、医師の過失と結果との因果関係が証明されない場合において、患者の病状を競合原因と捉え、これを考慮することにより割合的減責をおこなうものがある<sup>6)</sup>。これは、交通事故などにみられる素因減責の考え<sup>7)</sup>を、医療過誤事例に適用するものである。

第二に、医師の過失と結果との因果関係が証明されない場合において、適切な治療がおこなわれなかったこと 期待権の侵害 を根拠に責任を肯定するものがある<sup>8)</sup>。これは、因果関係の証明困難をまえに、問題を法益論のレベルにおいて処理しようとするものである。

第三に、がん治療のように、適切な治療がおこなわれても根治が期待できない場合において、一定期間の生存が奪われたこと 延命利益の侵害 を根拠に責任を肯定するものがある<sup>9)</sup>。これも、因果関係の証明困

---

治療機会の喪失」太田幸夫編『新・裁判実務大系 第1巻 医療過誤訴訟法』(青林書院, 2000年)288頁, 305頁, 石橋秀起「ドイツにおける割合的責任論の展開」立命館法学336号(2011年)319頁, 387-388頁。

6) これに関しては、橋本英史「21 因果関係(2) 患者の特異体質」根本久編『裁判実務大系 第17巻 医療過誤訴訟法』(青林書院, 1990年)347頁, 野田寛「14 医療事故と患者側の事情」林良平・甲斐道太郎編『谷口知平先生追悼論文集 第3巻 財産法, 補遺』(信山社, 1993年)305頁, 草野真人「12 異常体質と医療過誤」太田幸夫編『新・裁判実務大系 第1巻 医療過誤訴訟法』(青林書院, 2000年)257頁, 橋本佳幸「医療過誤訴訟における割合的解決 医師責任の割合的前進」同『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』(有斐閣, 2006年)113頁を参照。

7) 最判昭和63年4月21日民集42巻4号243頁, 最判平成4年6月25日民集46巻4号400頁, 最判平成8年10月29日民集50巻9号2474頁。

8) 裁判例の動向については、中村哲「医療過誤訴訟における損害についての二、三の問題」同『医療訴訟の実務的課題 患者と医師のあるべき姿を求めて』(判例タイムズ社, 2001年)299頁, 314-322頁を参照。

9) 裁判例の動向については、中村・前掲(注8)308-313頁を参照。

難を法益論のレベルで解決しようとするものであり、その点において第二のタイプと共通した面をもつ。しかしその一方で、そこで問題となる法益は、一定期間における逸失利益と捉えることもできる。したがって、この点に着目すれば、ここではむしろ損害の算定が問題になっていることになる。

さて、以上の3つのタイプが示されるなか、最高裁は、平成11年以降、これらの問題を次のように整理することとした。

まず、第三のタイプに関するものとして、最判平成11年2月25日（民集53巻2号235頁）以下、「平成11年判決」とするがある。これは、医師の過失がなければ患者は延命していたが、その期間は明らかでないというケースを扱うものであるが、次のような注目すべき判断をおこなっている。

「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ものと解すべきである。」

このように、平成11年判決は、「患者の死亡」を「死亡の時点において生存できなかったこと」と捉えることにより、「延命利益」<sup>10)</sup>の侵害ケースとされてきたものを生命侵害の領域に組み入れることとした。そしてこれにより、この種のケースにおける割合的判断は、損害算定のレベルで扱

---

10) 「延命利益」の捉え方としては、医師の過失がなければ患者は延命していたとされる場合における患者の法益とするもの 佐々木寅男「延命利益の侵害と損害」山口和男・林豊編『現代民事裁判の課題 9 医療過誤』（新日本法規，1991年）545頁，589頁，稲垣喬「延命利益の評価と検討」同『医事訴訟理論の展開』（日本評論社，1992年）210頁，216頁など と、医師の過失がなければ患者は延命していた可能性があるとする場合の患者の法益とするもの 大塚直「不作為医療過誤による患者の死亡と損害・因果関係論 2つの最高裁判決を機縁として」ジュリスト1199号（2001年）9頁，11頁，新美育文「判批：最判平成11年2月25日」星野英一ほか編『民法判例百選 債権（第5版新法対応補正版）』（有斐閣，2005年）168頁，169頁など とがある。なお、本文の叙述は、多数説である の理解を前提としている。

われることが明らかとなった。

続いて、第一のタイプと第二のタイプに関しては、次のような動きがみられる。

まず、最判平成12年9月22日(民集54巻7号2574頁)以下、「平成12年判決」とし、同判決および下記の最判平成15年11月11日で示された法理を「『相当程度の可能性』法理」とよぶこととする<sup>11)</sup>は、次のように判示する。

「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ければ、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。」

このように、平成12年判決は、平成11年判決によると生命侵害についての責任を肯定できないケースにおいて、法益論による割合的解決をおこなう。また、同判決が提示する法益は、それまで下級審裁判例で広く採用されてきた法益とは、内容が異なる点にも注意が必要である。ここでは、適切な治療に対する期待ではなく、「死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性」を法益と捉えている点が特徴的である<sup>12)</sup>。

つぎに、平成12年判決が提示した「相当程度の可能性」という法益は、その後、身体侵害の領域においても承認されるにいたっている。最判平成15年11月11日(民集57巻10号1466頁)は、医師の転送義務違反と患者の「重大な後遺症」との因果関係が証明されないケースについて、次のように判示している。

---

11) 「相当程度の可能性」法理を適用した裁判例については、橋口賢一「『相当程度の可能性』をめぐる混迷 下級審裁判例の動向を中心に」富大経済論集53巻2号(2007年)29頁、46-62頁、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年)81頁、89-103頁に網羅的な紹介がある。

12) もっとも、ここにいう「相当程度の可能性」も、主体との関わりを考慮するならば、「可能性」に対する期待を法益としたものと捉えることができる。その意味で、平成12年判決が提示した法益も、広い意味において期待権の一種とみることができる。

「適時に……転送が行われ……ていたならば、……重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性の存在が証明されるときは、医師は、患者が上記可能性を侵害されたことによって被った損害を賠償すべき不法行為責任を負う」<sup>13)</sup>。

## 2. 本稿の目的

以上のように、医療過誤事例における割合的解決は、法益論による解決と、損害算定論による解決とによって受け止められることとなった。そこで、こうした状況をふまえ、本稿は、以下の点につき検討を試みたい。

まず、前者に関しては、そこで示された法益「相当程度の可能性」が、患者の法益として真に内実をともなったものかどうか、今日でもなお疑問視されているところである<sup>14)</sup>。そこで、本稿では、「相当程度の可能性」侵害をあくまで割合的解決のための二次的な構成とみなし、問題を「割合的責任（Proportionalhaftung）」論のなかで捉えることとしたい<sup>15)</sup>。医師の過失がなければ法益侵害は回避されていたとはいいいがたいケースにおいて、割合的責任以下では、これを「責任設定における割合的解決」とよぶを肯定すべき場合とはどのような場合か。その際に

---

13) なお、本判決以降、下級審裁判例においては、かならずしも重大とはいえない後遺症のケースにおいても、同様の法理が適用されている。米村滋人「『相当程度の可能性』法理の理論と展開」法学74巻6号（2011年）237頁、258-259頁。

14) 実際、平成12年判決以降の議論をみていると、「相当程度の可能性」法理に関しては、その機能の面に着目し、因果関係論との関連でこれを論じるものたとえば、溜箭将之「『相当程度の可能性』のゆくえ」ジュリスト1344号（2007年）47頁、55頁、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年）575頁、576-577頁などが多く、新たな人格的法益の生成というコンテクストのなかでこれを論じるものたとえば、大塚直「公害・環境、医療分野における権利利益侵害要件」NBL936号（2010年）40頁などは相対的に少ないといえる。なお、中原太郎「機会の喪失論の現状と課題（1）」法律時報82巻11号（2010年）95頁、98頁は、「相当程度の可能性」法理に関して、「医師の高度な職責」と「技術的不確実性」による損害分配を実現するための「手段としての色彩が強い」と評する。

15) なお、ドイツにおける割合的責任論に関しては、石橋・前掲（注5）326-367頁を参照。

問題となる衡量ファクターにはどのようなものが含まれるか。こうした問題を裁判例の分析をつうじて明らかにしていくのが、本稿の第一の目的である。

つぎに、後者に関しては、平成11年判決をふまえ、かつて「延命利益」の侵害とされてきたものを、生命侵害における損害算定の問題として位置づけなおすこととしたい<sup>16)</sup>。そのうえで、このような問題領域において割合的判断 以下では、これを「責任充足における割合的判断」とよぶがどのようにおこなわれているかを、裁判例の分析をとおして明らかにし、そこでの損害算定のあり方について検討することとしたい。これが本稿の第二の目的である。

## ・責任設定における割合的解決に関する裁判例

本章では、責任設定における割合的解決に関する裁判例を取り上げ、分析をおこなう。なお、裁判例の紹介は、医療過誤事例の多様さを考慮し、検査義務違反、治療上の判断ミス、経過観察義務違反、説明義務違反、転送義務違反の5つに分けておこなうこととする。

### 1. 検査義務違反

医師が医療水準になかった検査を実施すべきところ、これを怠ったという場合、検査を実施していれば法益侵害は生じなかったといえるかどうか が問題となる。そして、この関係 違法性連関 の把握に困難がともなう場合、つぎに、割合的解決が可能かどうか が問題となる。医師がおこなう検査は、その後の治療方針を決定づけるものとして、きわめて重要な意味をもつ。また、適切な検査の不実施は、その後の患者の容態に決定的

---

16) 平成11年判決に対しては、生命侵害ではなく、むしろ「延命利益」の侵害のケースとして位置づけるべきだとする見解がある(たとえば、橋本・前掲(注3)71-72頁)。しかし、本稿は、この点には立ち入らず、同判決の立場を前提とすることとする。



な影響を与えることが少なくない。しかしその一方で、検査義務によって保護される患者の利益は、本来的には、検査結果にもとづいた適切な治療がおこなわれるという利益にとどまるとみることもできる。はたして、検査義務違反のケースにおいて、医師は生じた全損害について責任を負うべきだろうか。これがここでの問題である。

### （1）広島高判平成6年2月7日判例タイムズ<sup>860</sup>号226頁

本件は、極小未熟児である X が未熟児網膜症に罹患し、両眼を失明したという事案である。裁判所は、昭和49年度に厚生省研究班が作成した報告書「未熟児網膜症の診断および治療基準に関する研究」にもとづき、医師には「生後3週以降3ヶ月までの間に週1回の定期的眼底検査を施行し」、適切な時期に光凝固法を実施すべき義務があったとした。そのうえで、生後110日になってはじめて検査を実施した本件医師の過失を認定し、過失相殺の類推によって5割の減責をおこなった。なお、割合的減責をおこなうにあたって、裁判所は、以下の3点を考慮している。

極小未熟児は、保育器に収容して酸素投与をおこなっても、その生存率はきわめて低く、かろうじて生存できたとしても脳性小児麻痺に罹患する蓋然性が高い。しかも、酸素を与えすぎると、今度は未熟児網膜症に罹患して失明するおそれもある。しかし、医師は、何よりもまず生命の維持と脳障害の防止に努める義務を負うのであり、いたずらに酸素投与を中止すべきでない。したがって、かりにXにおいて眼底検査が実施され、未熟児網膜症の発症ないし悪化が懸念されたとしても、酸素投与を中止しえたかどうかは疑問である。

Xの全身状態からみて、同人に対して眼底検査をおこなえるようになるのは生後35日以降であるが、この時期になって未熟児網膜症の病変を的確に把握できたかどうかは疑問である。また、光凝固法の適期は生後50日が限度であり、それ以降になれば網膜剥離が避けられなくなる。

未熟児網膜症に関しては、酸素投与をしない場合であっても発症し

た例が報告されている。したがって、Xの本症への罹患は、X自身の網膜の未熟性と酸素投与とが重なって生じたものと考えられる。

以上3点のうち は、素因競合による割合的減責を基礎づけるものである。もっとも、医師は、患者の病状をまえに医療水準にかなった治療をおこなう義務を負う<sup>17)</sup>。したがって、この点をふまえると、患者の病状である網膜の未熟性を医師の過失に競合する原因と捉えることはできないはずである。このように、 の説示は事態の本質を捉えたものとはいいがたい。そこでむしろ、 および が問題となる。

このうち、 は、検査義務の遵守と光凝固法の実施による失明の回避との関係 違法性連関 について述べたものである。それによると、裁判所は、厚生省研究班による報告書の内容を医療水準と定めながら、Xの全身状態との関係では、生後35日以降になってはじめて眼底検査をおこなうことができると判示している。そして、この場合において、結果が回避されたかどうかについては、未熟児網膜症の病変を的確に把握できたかどうかが明らかでない以上、明確には言えないとしているのである。この違法性連関が不明確であるという点が、割合的解決を基礎づける第一の根拠である。

ただ、違法性連関の存否が不明というだけでは、因果関係が証明されなかったとして、責任を否定することも十分考えられたところである。そこでつぎに、こうした場合においてなぜ割合的解決が妥当するのかが問題となる。この点に関しては、医師の過失について判示した が手がかりを与えるといえる。

によれば、医師は、極小未熟児に対する対応のあり方として、何よりもまず生命の維持および脳障害の防止に努めなければならない。したがって、かりに眼底検査の結果から、未熟児網膜症の発症ないし悪化が疑われたとしても、あらゆる場合に医師に対して酸素投与の中止を期待すること

---

17) 橋本(佳)・前掲(注6)116頁。

はできない。この事情は、割合的解決との関係において、2つの意味をもっていると考えられる。ひとつは、先に述べた違法性連関の存否不明に関して、これを支えるもうひとつの事情を示している点である。もうひとつは、医師の眼底検査義務の保護目的に関して、一定の言及をおこなっている点である。すなわち、本件における医師の義務は、眼底検査の実施による未熟児網膜症の完全な回避を目的とするものではない。むしろここでは、極小未熟児の生命の維持と脳障害の防止に万全を期すなかで、可能な範囲でこれを回避すべき義務 回避に努める義務 が課されていると考えられる<sup>18)</sup>。つまりここでは、失明が回避される可能性が、医師の義務によって保護されているのである<sup>19)</sup>。

このように、本件における割合的解決は、違法性連関の存否不明と検査義務の保護目的の両面から正当化することができる<sup>20)</sup>。

## （2）東京地判平成19年8月24日判例タイムズ1283号216頁

本件は、高血圧および糖尿病の治療のため Y 病院の循環器内科に通院していた A が、血便等の症状のため同病院の外科にも通院するようになったところ、それからしばらくして転移性の肝がん 原発巣は大腸が

---

18) このほか、たとえば、抗結核剤エタンブトールの副作用により患者が失明した事案に関する、神戸地判平成3年4月22日判例時報1415号122頁は、割合的責任の根拠として、違法性連関の存否不明に加え、次の点をあげている。「結核が個人的にも社会的にも害を及ぼすことを防止するために、……結核の治療にあたる医師は、その治療薬に副作用が知られていても、なお……これを使用しなければなら」ない。ここでも、医師に対し、結果の回避に努める義務が課されているとみることができるだろう。

19) 契約法の議論ではあるが、手段債務 (obligation de moyens) の不履行事例と可能性 (Chance) の保護とを関連づけて理解するものとして、Gerald Mäsch, Chance und Schaden, 2004, S. 242 ff.

20) 本判決と同様、未熟児網膜症のケースにおいて割合的責任が問題となったものとして、静岡地判昭和52年6月14日判例時報860号39頁、福岡地小倉支判昭和53年10月3日判例タイムズ368号153頁、釧路地網走支判昭和54年1月19日判例時報924号92頁、福島地判昭和60年12月2日判例時報1189号87頁がある。なお、このうち は、光凝固法の有効性につき「奏効例が相当数報告されている」として、眼底検査義務違反を起点とする違法性連関を肯定し、一方、網膜の未熟性を理由とする減責については、これを否定している（ただし、慰謝料額の算定においてこうした事情が考慮されている）。

ん によって死亡したという事案である。本件で裁判所は、A が外科を受診した平成14年5月17日の時点で下部消化管検査など大腸がんの発見に有効な検査を実施しなかった点に、医師の過失があるとした。そのうえで、過失と死亡との因果関係についてはこれを否定し、「相当程度の可能性」侵害による慰謝料の支払いを命じた。裁判所の判断は、以下のとおりである。

平成14年7月16日のCT画像からすると、同年5月17日の時点ですでに手術の適応がなかった可能性がきわめて高い。したがって、A に対する治療方法としては、生存期間の延長を目的とした化学療法のみとなる。

平成14年当時、大腸がんに対する化学療法として主に施行されていた「5-FU+LV」の奏功率は21%と低率であり、日本人の場合にはさらに奏功率が低くなると予測されていた。したがって、同療法によってAの生存期間が延長された可能性は高いとはいえない。

平成14年当時、わが国において大腸がんに対する化学療法は標準的治療となっておらず、A に対しても化学療法が実施されなかった可能性がある。

平成14年6月24日の循環器内科の外来診療録からすると、Aの全身状態は同年6月ころから悪化しつつあり、化学療法に耐えられない状態となっていたことが否定できない。

したがって、医師が平成14年5月17日の時点で大腸がんを疑い、ただちに大腸内視鏡等の検査を実施したとしても、Aが死亡した平成14年8月20日の時点でなお生存していた高度の蓋然性があつたと認めがたい。しかしながら、鑑定人によれば、本件の場合、平成14年5月の段階で上記化学療法を実施していれば、生存期間が延長される効果は、せいぜい数ヶ月程度であるが、20%の確率で生存期間が延長された可能性がある。したがって、平成14年5月17日の時点で大腸がんを疑い、ただちに検査を実施していれば、Aが平成14年8月20日の

時点でお生存していた「相当程度の可能性」はあったものと認められる。

にあるように、本件では手術によるがんの根治はほぼ望めないといつてよい。したがって、医師の行為によってもたらしうる結果は、「せいぜい数ヶ月程度」の生存期間の延長にとどまる。ただ、平成11年判決を前提とするならば、こうした比較的短期間の生存の延長であっても、医師の義務の遵守によってこれが生じることが確証されるかぎり、あくまで生命侵害についての責任が肯定されることとなる。したがって、これをふまえるならば、本件では、このような意味における生命侵害について、「相当程度の可能性」法理が適用されたことになる<sup>21)</sup>。では、このような解決は、どのようにして正当化されるのだろうか。

まず、にあるように、本判決が割合的解決に踏み切ることができたほぼ唯一の手がかりは、平成14年5月に化学療法が実施されていたら20%の確率で生存期間が延長されたという鑑定人の意見である。しかし、にあるように、平成14年当時の医療水準からは、A に対して化学療法が実施されなかった可能性が否定できない。したがって、平成14年5月17日の時点で検査を実施したとしても、生存期間が延長された可能性はきわめて低かったといわざるをない。では、このきわめて低い可能性を基礎として、割合的解決を導くことはできるだろうか。

これに関しては、本件検査義務がこのきわめて低い可能性の保護を目的としたものかどうかを鍵をにぎっていると考えられる。ただ、結論からいえば、本件検査義務がそうした保護目的を有していたと解することは、困難であるといわざるをえない。たとえば、先ほどの未熟児網膜症のケース

---

21) なお、学説においては、これとは異なった捉え方をするものもある。これはさらに次の2つに分かれる。第一は、まさにこのような場合を「延命利益」の侵害ケースと捉えるもの注10の立場、第二は、「延命利益」とは別の「救命利益」が侵害されたと捉えるもの中村・前掲(注8)301-308頁。ただし、「救命率」と一定期間の延命の可能性を混同しているきらいがあるである。この2つの立場のちがいは、「延命利益」概念の理解のちがいによってもたらされる(これについては注10を参照)。

において、眼底検査の実施は、その後にはひかえている光凝固法の実施と不可分一体の関係にある。したがって、眼底検査義務は光凝固法の実施による治癒の可能性をも保護するとの解釈は、比較的容易に導くことができた。これに対し、本件における下部消化管検査は、本来的には大腸がんの発見それ自体を目的とするものと考えられる。したがって、このような検査の実施により確実に結果が回避された場合はともかく<sup>22)</sup>、回避された可能性があるにとどまる場合には、そうした可能性を検査義務の保護目的に含めることはむずかしくなる。

すでに述べたように、本判決は、「相当程度の可能性」法理を適用することによって割合的解決をおこなった。しかし、本件における医師の義務が「相当程度の可能性」をも保護しようとするものかどうかについて、本判決は、まったくと言っていいほど関心を示していない。したがって、本判決が導いた割合的解決に対しては、規範的見地からの正当化が欠落しているといわざるをえない<sup>23)</sup>。

## 2. 治療上の判断ミス

続いて、治療上の判断ミスに関するケースをみてみよう。医師が医療水準になかった治療措置を実施していたら、結果は回避されただろうか。医師に課された義務は、結果の回避のみならず、結果回避の可能性をも保護しようとするものだろうか。これがここでの問題である。

---

22) 検査の実施により結果が確実に回避されたといえる場合には、検査義務の保護目的を結果の回避にもとめても、問題はないだろう。

23) なお、本文であげたもののほか、検査義務違反のケースで割合的解決をおこなったものとして、横浜地判平成7年3月14日判例時報1559号101頁、東京地判平成13年7月4日判例タイムズ1123号209頁、東京地判平成15年5月28日判例タイムズ1147号255頁、東京高判平成15年8月26日判例時報1842号43頁、大阪地堺支判平成16年12月22日判例時報1902号112頁、名古屋地判平成18年3月29日判例時報1956号139頁、東京地判平成19年1月25日判例タイムズ1267号258頁、東京地判平成21年7月30日判例タイムズ1335号175頁。なお、は、素因競合や因果関係における不確定要素を減責の根拠としている。これに対し、それ以外の判決はすべて、「相当程度の可能性」法理を適用している。

（1）京都地判昭和62年7月17日判例時報1268号117頁

本件は、乳児 A がビタミン K 欠乏症による頭蓋内出血によって死亡したという事案である。本件で裁判所は、当時ビタミン K 欠乏症の診断基準は確立していなかったとして、医師が同症を看過してもこれをもって過失があったとはいえないと判示した。しかしその一方で、A が出血傾向にあり、重度の貧血であったことから、医師にはビタミン K 当時の医療水準でも凝血作用が知られていた を投与するか、輸血をおこなう義務があるとし、これを怠った本件医師の過失を認定した。そのうえで、裁判所は、次のように述べて、A の両親である原告の請求（各自1250万円の慰謝料）を一部認容した。

ビタミン K 欠乏症の場合、ビタミン K の投与や輸血をおこなうことによって出血傾向の改善が認められる。しかし、同症は発症した時点で9割近くの患者が頭蓋内出血をおこしているため、止血管理が適切におこなわれたとしても予後は不良である。ただそれでも、死亡率は20%ないし30%前後にとどまるとされる。したがって、本件において、医師が輸血義務を遵守していれば、特段の事情がないかぎり A の死という結果は「十分回避できた」と推認することができる。

医師の義務違反の態様、医療水準からの逸脱の程度、救命可能性の程度など、本件における諸般の事情を総合考慮すると、A の死亡による原告らの慰謝料額は、各自500万円とするのが相当である。

一般に、治療上の判断ミスのケースでは、医師に課される義務は、当該疾患の治癒を目的とする。たとえば、本件における医師の義務 ビタミン K の投与義務または輸血義務 は、ビタミン K 欠乏症による死亡の回避を目的とする。したがって、本件では、医師の過失がなければ A の死亡は回避されたとされるかぎり、A の死亡が賠償範囲に入ることには疑いはない。では、このような関係を確認することができない場合、医師は、結果が回避された可能性について責任を負うことになるだろうか。

まず、 は、医師の義務違反と A の死亡との因果関係を判断するにあ

たって、ビタミン K の投与義務または輸血義務が遵守された場合の救命率について述べている。それによると、医師が義務を遵守した場合の救命率は70%～80%とされている。これは、生命侵害についての責任を肯定できる水準をやや下回る値といえることができる。したがってここでは、責任を否定するよりも、割合的解決をおこなうのが妥当であるとの評価が導かれる。もっとも、本判決では、医師の義務が生命侵害の回避可能性をも保護するものかどうかについて、ほとんど説明がなされていない。したがって、本判決に対しては、割合的解決を正当化する根拠が十分に示されていないと言わざるをえない。

つぎに、 は、損害の算定について述べたものである。ここでは、裁判所が、慰謝料の算定にあたり「義務違反の態様」と「医療水準からの逸脱の程度」を考慮している点が注目される。すでに述べたように、本件当時、ビタミン K 欠乏症に対する診療基準は、いまだ確立していない。しかしそうしたなか、裁判所は、医師に対しビタミン K の投与または輸血による出血傾向の改善を命じている。これは、医師にとっては厳しい判断といえるだろう。つまり、本判決は、過失において厳しい判断をおこなうかわりに、慰謝料額を一定程度おさえたとみることができる<sup>24)</sup>。

このように、本判決における割合的解決は、因果関係と過失に関する微妙な判断から導き出されたものといえることができる。

## (2) 大阪高判平成13年7月26日判例タイムズ1095号206頁

本件は、患者 A が顔面けいれんの根治手術である脳神経減圧術を受けたところ、手術後に脳内血腫が発生し、死亡したという事案である。本件で裁判所は、脳内血腫への対応として小脳半球切除術をおこなうべきところこれを怠ったとして、担当医師の過失を認定している。そのうえで、A

---

24) このような衡量を積極的に評価するものとして、能見善久「寄与度減責 被害者の素因の場合を中心として」四宮和夫古希『民法・信託法理論の展開』(弘文堂、1986年)215頁、231-232頁、錦織成史「講演 医療過誤訴訟における賠償の減額事由について」司法研修所論集93号(1995年)1頁、27-28頁。



の死亡との因果関係についてはこれを否定し、「相当程度の可能性」法理を適用している。裁判所の判断は、以下のとおりである。

証拠にもとづき検討すると、本件では小脳半球切除術により A を救命できた高度の蓋然性があるとまではいえないが、救命できた「相当程度の可能性」はあったものと認められる。

本件においては、脳室ドレナージおよび減圧開頭術によって十分な治療効果が得られなかったのであるから、担当医師としては、A の家族の同意を得たうえで、救命可能性のある小脳半球切除術を実施すべきであったといえる。

本件で原告は、適応のない手術を実施した点や、その危険性について説明を尽くさなかった点についても、医師の過失を主張していた。しかし、これらはすべて、裁判所によって否定されている。したがって、医師の過失としては、もっぱら手術後に発生した脳内血腫への対応のあり方が問題となる。この点につき、裁判所は、脳室ドレナージおよび減圧開頭術が効果を発揮しない場合の対応として、医師に対し、救命の可能性のある小脳半球切除術を実施する義務を課している。つまり、ここで医師に課される義務は、患者の生命それ自体ではなく、救命可能性を保護しようとするものといえることができる。このように、本判決の結論は、規範的見地から正当化が可能である<sup>25)</sup>。

---

25) 本文であげたもののほか、治療上の判断ミスのケースで割合的解決をおこなったものとして、福岡地判昭和51年3月9日判例タイムズ348号276頁、横浜地判平成2年4月25日判例時報1385号93頁、札幌高判平成6年1月27日判例時報1522号78頁、那覇地判平成12年10月17日判例タイムズ1111号172頁、東京高判平成13年7月19日判例時報1777号51頁、東京高判平成13年11月5日判例時報1778号69頁、東京地判平成16年3月25日判例タイムズ1163号275頁、青森地八戸支判平成18年10月2日判例タイムズ1244号250頁、大阪地判平成20年2月13日判例タイムズ1270号344頁、<sup>⑩</sup>福岡高判平成20年4月22日判例時報2028号41頁、<sup>⑪</sup>名古屋地判平成20年10月31日判例時報2061号65頁、<sup>⑫</sup>大阪地判平成21年3月25日判例タイムズ1297号224頁、<sup>⑬</sup>大阪地判平成21年9月29日判例タイムズ1319号211頁。なお、このうち ~ は、公平の見地から割合的解決をおこなっている。また、は期待権侵害構成をとるのに対し、~・<sup>⑪</sup>~<sup>⑬</sup>は「相当程度の可能性」法理を適用している。さらに、<sup>⑩</sup>は、適切な治療がおこなわれていれば「後遺障害の程度はもっと

### 3. 経過観察義務違反

患者の病状が明らかでなかったり安定しない場合、医師は、ただちに診断をおこない治療に踏み切ることにはできない。しかし、そうした場合においても、医師は、病状の推移を見守り、具体的な治療をおこなうための態勢を整えておかなければならない。医師の経過観察義務は、第一次的にはこうした態勢整備を目的とするものと解することができる。では、このような義務が遵守されていれば結果が回避された可能性があるという場合、医師の責任はどうか。

#### (1) 岡山地判昭和58年8月31日判例時報1099号116頁

本件は、頭部を舗装道路に強打した A が病院に搬送され、軽い脳挫傷と診断されたところ、入院中に硬膜外血腫によって死亡したという事案である。本件で裁判所は、医師が経過観察を十分におこなっていたら、緊急の開頭手術によって A を救命できた可能性があるとして、6割の割合的責任を肯定している。裁判所の判断は、以下のとおりである。

A の頭部外傷について軽い脳挫傷と診断した点に医師の過失はない。しかし、だからといって硬膜外血腫の可能性がないとまでいえず、むしろその可能性は大である。したがって、本件医師には、硬膜外血腫の可能性を念頭においた経過観察をおこなう義務がある。

A は受傷後12時間で死の転帰をとっているため、遅くとも受傷後6時間の時点で硬膜外血腫を示す症状が現れていたと考えられる。したがって、かりに医師が経過観察を怠っていなければ、この時点で硬膜外血腫を疑い、ただちに血腫除去手術を実施できる病院に A を転送することができたはずである。そして、同手術が実施された場合の救命率は、約70%であることからすると、A を救命できた可能性は多分にあったといえることができる。

転送できた時点における A の意識障害の程度は軽くなかったため、

---

軽減されていた可能性は相当程度ある」としたうえで、後遺障害が軽減された割合(50%)と、軽減された可能性の割合(50%)を掛け合わせて、25%の責任を肯定している。

かりに救命できたとしてもその予後はかならずしも良好だとはいえないこと、Aの頭部外傷について硬膜外血腫と診断することはかならずしも容易ではなかったこと、本件医師は開業医であり脳神経外科に関して専門的に教育されているとはいえないことなどからすると、本件では6割の責任を肯定するのが相当である。

すでに述べたように、医師の経過観察義務の目的は、第一次的には病状の推移を見守り、具体的な治療をおこなうための態勢を整えることにある。したがって、同義務の違反によって患者が死亡したとしても、医師がこれについて責任を負うかどうかは、義務の内容から当然に出てくるわけではない。もっとも、経過観察義務を遵守した場合に要請される具体的な治療行為が、経過観察と一体性のあるものと認められる場合には、生命侵害についての責任を基礎づけることも十分可能である。このような観点から本件をみた場合、医師による経過観察は、その後におこなわれる血腫除去手術と一体性をもったものと解することができる。したがって、経過観察義務の遵守によって患者の死亡が回避されたという場合、医師が生命侵害についての責任を負うことに問題はない。

もっとも、で示したように、血腫除去手術による救命可能性は、実際には約70%とされており、患者の死亡が回避されたとまでは言うことができない。したがって、硬膜外血腫の可能性を念頭においた経過観察義務は、血腫除去手術による救命可能性のみを保護目的とすることになる。本判決における割合的解決は、このような考慮によって正当化することができる。

ところで、本判決における責任割合は6割であり、救命可能性の割合よりやや低い値となっている。これは、にあるように、硬膜外血腫と診断することの困難さや本件医師が開業医であることを考慮したものと考えられる。したがってここでは、救命可能性の程度のほか、医師の非難性すなわち過失の程度が衡量ファクターとなっていると考えられる。

このように、本判決における割合的解決は、救命可能性の程度を基本としつつ、医師の非難性の程度をも考慮することによって導かれたものとい

うことができる。

**(2) 東京地八王子支判平成17年1月31日判例時報1920号86頁**

本件は、A(91歳)の死亡につき医師が褥瘡 いわゆる「床ずれ」の管理を十分におこなわなかったとして、遺族が損害賠償を請求した事案である。本件で裁判所は、褥瘡の治療として栄養管理と感染症対策を十分におこなわなかった点に、医師の過失があるとした。また、認定された事実によると、Aが死亡した直接の原因は、痰詰まりによる呼吸不全であるが、これには2つの原因が関与しているとされる。ひとつは、医師の過失にかかる褥瘡部の感染から気道感染が生じ、これが喀痰の増加をもたらしたというもの、もうひとつは、Aが心不全の既往を有していたためもともと喀痰量が多く、その排出能力が低下していたというものである。以上をふまえ、裁判所は、医師の過失とAの死亡との因果関係を否定し、「相当程度の可能性」法理を適用している。裁判所の判断は、以下のとおりである。

「証拠……によれば、抗生剤としてパイコマイシンの投与が開始されて以降、Aに解熱の兆しがみられるとともに、胸部所見も軽快傾向にあったことが認められ、パイコマイシンがある程度功を奏し、肺の感染がコントロールされつつあったことは被告医師本人が供述するところである。そうであれば、Aの年齢、免疫力の低下その他本件の臨床経過を考慮してもなお、1月26日の時点で培養検査を行い、早期にパイコマイシンの投与を開始していれば、多少なりともAの延命の可能性があったものと認められる。」

本件における医師の義務は、褥瘡の治療に向けられたものであり、その内容は、栄養管理と感染症対策 具体的には、培養検査をふまえた適時の抗生剤投与 にある。そして、この義務を遵守した場合にAの死亡が回避された可能性は、判決文をみるかぎり、かならずしも高くはない。したがって、本件においては、まず、このような可能性をもって責任を肯定することの当否が問われなければならない。また、Aは91歳の高齢者

であるため、薬剤の副作用に対しては、とくに慎重な対応がもとめられる<sup>26)</sup>。したがって、医師の義務として上記の内容のものを設定するにあたっては、期待可能性の有無にも配慮しなければならない。

しかし、本件においては、むしろ次の点が決定的に重要である。本件において、A が死亡した原因は、痰詰まりによる呼吸不全であり、これには、褥瘡による気道感染のほか、既往症である心不全も関与しているとされる。したがって、帰責評価をおこなうにあたっては、本件医師の義務が、このような要因によってもたらされた死亡の回避をも目的としたものかどうかが問われなければならない。しかし、判決文をみれば、裁判所はこの点に関して、まったくと言っていいほど関心を示していない。このように、本判決に対しては、これを正当化する根拠が欠落しているといわざるをえない<sup>27)28)</sup>。

#### 4．説明義務違反

医師と患者との情報格差を是正し、患者による自己決定の機会を保障するため、医師は患者に対し、治療の内容やそこから生じるリスクについて、説明をおこなわなければならない。そして、こうした義務に違反した場合、医師は、それによって生じた損害を賠償する責任を負う。

##### (1) 説明義務違反と割合的責任論

ところで、本稿のテーマとの関係でこのようなケースをみた場合、そこ

---

26) 判例時報1920号96頁。

27) なお、本件に関しては、本文であげたもののほか、より根本的な理由からそもそも「相当程度の可能性」法理による解決が妥当しないケースであるとの見方が可能である。これについては、注48を参照。

28) 本文であげたもののほか、経過観察義務違反のケースで割合的解決をおこなったものとして、 広島地判昭和56年10月16日判例時報1051号130頁、 岐阜地判昭和60年9月30日判例時報1186号120頁、 名古屋地判平成17年4月14日判例タイムズ1229号297頁、 大阪地判平成20年2月27日判例タイムズ1267号246頁。なお、このうち、 は寄与度にもとづく割合的解決を、 は期待権侵害構成を、 と は「相当程度の可能性」法理を、それぞれとっている。

で割合的解決が問題となる場面は、かなり限定的であるといつてよい。これは、以下の点を考慮すれば明らかである。

第一に、説明義務違反のケースの多くは、自己決定権を被侵害法益とする。そしてそこでは、説明義務違反が、そのまま自己決定権侵害を基礎づけることになる。したがって、このような責任要件論をとるかぎり、過失から法益侵害へといたる過程 責任設定の因果関係 において割合的判断をおこなう余地は、まずないといつてよい。

第二に、このような責任要件論をとる場合には、法益侵害から損害発生へといたる過程 責任充足の因果関係 においても、割合的判断をおこなう余地はないといつてよい。自己決定権の侵害によって生じる損害は慰謝料をいれてほかになく、その額の決定はもっぱら裁判官の裁量にゆだねられているからである。

もっとも、同じ説明義務違反のケースでも、次のような場合には割合的解決が問題となりうる。すなわち、医師の説明義務違反によって患者の自己決定の機会が奪われ、そのような状況のもとで治療がおこなわれたところ、これにより患者の生命や身体が侵害されたというケースである。ここでは、説明義務違反から生命・身体侵害までの全過程をもって、責任設定の因果関係と捉えることになる<sup>29)</sup>。したがって、その存否に関して割合的判断をおこなう余地は、十分に考えられる。たとえば、次にあげる事案は、そのような場合のひとつとして考えることができる。

## (2) 東京地判平成16年2月23日判例タイムズ1149号95頁

本件は、冠動脈に狭窄病変がある A が、一般的適応とされる冠動脈バイパス手術(CABG)ではなく、先進的で侵襲性の低い経皮的冠動脈形成術(PTCA)を受けたところ、死亡したという事案である。本件で裁判所は、PTCA よりも CABG のほうが危険性が低いことなど、2つの選択肢のうちの一方を選択するために必要な情報が提供されていないとして、担

---

29) つまりこの場合、自己決定権侵害は、過失から生命・身体侵害にいたる因果経過の通過点として位置づけられ、責任要件論上、独自の地位を有さないことになる。

当医師の説明義務違反を肯定している。そのうえで、説明義務違反と死亡との因果関係については、次のような判断がおこなわれている。

「治療効果や危険性の点から、本件 PTCA の危険性や CABG の利点などについて十分に説明がされていれば……、A が本件 PTCA の実施に同意しなかった可能性は相当に高いものと認められるが、本件 PTCA を選択した可能性を否定することもできないので、本件説明義務違反がなければ、A が本件 PTCA を受けることはなく、死亡という結果を免れたと断定することはできない」。

「したがって、……本件説明義務違反と A の死亡との間の因果関係は認めることができないので、本件説明義務違反の不法行為による損害賠償として、A の死亡による逸失利益や慰謝料等を認めることはできないが、A は、本件説明義務違反によって、長期間にわたって通常の生活を送ることを可能とするような CABG を選択する機会を奪われ、しかも、正当な医療行為と認められるための有効な同意を欠いたまま本件 PTCA を実施されたのであるから、これによって多大な精神的苦痛を被ったものというべきであり、それに対する慰謝料は、本件説明義務違反の不法行為による損害賠償として認められるべきである。

をみるかぎり、本判決は、CABG の選択に関する自己決定権の侵害を根拠として、医師の責任を導いている。したがって、そのように捉えるかぎり、本判決は割合的解決をおこなったものということとはできない。もっとも、こうした自己決定権侵害による責任が、説明義務違反と生命侵害とのあいだの因果関係を検討するなかで導かれたものであることは、明らかである。したがって、この点に着目すると、割合的解決をおこなったものとみることできるだろう。

ところで、本件における自己決定は、侵襲の度合いは小さいが失敗のリスクが高い治療方法と、侵襲の度合いは大きいが一般的適応とされる治療方法とのあいだの選択に関するものである。したがって、かりに説明が尽

くされたとしても、A が後者を選択したと断定することはできない。一般に、義務が遵守された場合の仮定的事実経過を構成するにあたって、人の意思決定を問題にしなければならない場合、違法性連関の存否を明らかにすることがむずかしくなる。これは、人の意思決定が個々人によって多様であるため、外界の事実経過に認められるような法則性を観念することができないことに、原因がある<sup>30)</sup>。そこで、こうした違法性連関に関する構造的な不確定性をふまえるならば、本件においては、割合的解決こそが事態にもっとも適合した解決だということになる。

では、このような解決を規範的見地から正当化することは、可能だろうか。で示したように、本判決は、「長期間にわたって通常の生活を送ることを可能とするような CABG を選択する機会」の喪失を、責任成立の実質的根拠としている。これは、患者の自己決定それ自体を保護するものというより、むしろ、そうした決定をつうじてもたらされた治癒の可能性を保護するものと言ってよいだろう。したがって、本件における説明義務の保護目的は、自己決定の機会から、治癒の可能性にまで伸長していると考えられる。このように、本判決の割合的解決は、規範的見地からも正当なものということができる。

## 5. 転送義務違反

医師は、診断の結果、当該医院において治療をおこなう技術や設備がないことが明らかとなった場合、患者を治療が可能な医療施設へと転送する義務を負う。このように、医師の転送義務は、検査義務や診断義務といった病状の解明に関する義務の存在を前提とする。したがって、転送義務違

---

30) 結果発生にいたる過程で人の意思決定が介在するケースにおいて、因果関係の判断がどのようにおこなわれるかについては、水野謙『因果関係概念の意義と限界 不法行為帰責論の再構成のために』(有斐閣、2000年)263-295頁。なお、本文であげたケースでは、医師の過失がなかった場合の仮定的事実経過において人の意思決定が介在しているのに対し、同書があげるケースでは、加害行為を起点とする事実経過において人の意思決定が介在している。



反のケースの多くは、検査義務違反や診断過誤の結果として適時に転送がおこなわれなかったことを問題とするものといってよいだろう。ところで、転送義務違反と患者に生じた結果との因果関係を検討するにあたっては、転送先での治療の奏功率が重要な意味をもつ。そこで以下では、この点に関して興味深い判断をおこなった判決を、2件取り上げることとする。

**（1）広島地判昭和62年4月3日判例時報1264号93頁**

本件は、クモ膜下出血のため被告の医院に救急搬送されたAが、適時に脳神経外科の専門医療施設に転送されなかったため、植物状態となり、その約2年8ヶ月後に死亡したという事案である。本件で裁判所は、Aの意識が回復した入院2、3日目に髄液検査をおこなっていれば、医師は、クモ膜下出血であるとの診断を下すことができたとして、検査義務違反および診断過誤を認めるとともに、専門医療施設（「市民病院」）への転送を怠ったとして、転送義務違反を認めた。そのうえで、因果関係に関しては、入院2、3日目のAの病状を「グレード」または「」の状態にあるとしたうえで、そのあだに手術を受けられなかったことがAの植物状態とその後の死亡に対して「起因力」を与えたとして、35%の割合的責任を肯定している。裁判所の判断は、以下のとおりである。

「本件においては、被告がAの入院後早期……に転院させ手術を受けさせていれば、同人の死亡……を避け得たか否かが問題とされるのであるから、因果関係の有無を判断するにあたっては、……急性期手術によって具体的、数量的にどの程度の救命ないし社会復帰の蓋然性があったか、急性期手術の機会を与えなかったことにより、その蓋然性が具体的にどの程度失われたかを吟味する必要がある。」

クモ膜下出血の症度と社会復帰率との関係についてみると、まず、グレード および の場合、第1病日ないし第3病日までに手術をおこなえば、90%ないしそれ以上の確率で社会復帰が可能である。また、グレード の場合、同様の時期に手術をおこなえば、79.5%の確率で社会復帰が可能である。これに対し、グレード の患者に対して第4

病日以降に手術をおこなった場合の社会復帰率は、47.3%にとどまる。

「これらの数値を比較すると、グレード Ⅰの患者に対する第3病日までの手術成績と、グレード Ⅱの患者に対する第4病日以後の手術成績……に著しい相違があることはもとより、グレード Ⅰと Ⅱの手術成績を比較してもその間に無視できない数字上の差のあることが認められるのであって、A がグレード Ⅱまたは Ⅲの状態(第2病日から第3病日夜まで)で手術を受けることができなかったことにより、その社会復帰の蓋然性は相当程度失われた……といわざるを得ない。したがって、被告の前記債務不履行ないし不法行為と、A の植物状態化及びその結果としての死亡との間には、相当因果関係がある。」

「上記の数値の比較に加えて、A が発症当時60歳であったこと……や、手術後の救命率ないし予後の良否は、基本的に出血の量自体によって大きく左右される……ところ、A には相当量の出血がみられたこと」にてらすと、被告の行為の起因力を35%と評価し、その限度で責任を肯定するのが相当である。

転送義務違反と結果との因果関係を考えるにあたっては、転送義務の遵守によって結果が回避されたかどうかの問題となる<sup>31)</sup>。

本件では、A の家族が、独自の判断で救急搬送から5日目にA を「市民病院」に転院させている。また、このときのA の症度はグレード Ⅱであり、手術による社会復帰はかならずしも容易ではなかった。および示されたように、本判決は、転送義務が遵守された場合として、第3病日までにグレード Ⅱまたは Ⅲの症度で手術がおこなわれた場合を想定し、これと現実とのあいだの社会復帰率の差から、相当因果関係を肯定している。また、被告の行為の「起因力」に関しては、義務が遵守された場合の社会復帰率 グレード Ⅱであれば79.5%、グレード Ⅲであればそれ以

---

31) なお、転送義務違反のケースでは、これに加えて、転送後の医療行為により「因果関係の中断」がおこるかどうかも問題となるだろう。「因果関係の中断」に関しては、四宮・前掲(注3)428-429頁、沢井・前掲(注3)318-319頁。

上と、違反された場合のそれ 47.3% との差をふまえつつ、最終的には A の年齢や出血の量を考慮して35%としている<sup>32)</sup>。

ところで、転送義務違反のケースでは、転送後の病状の推移は、転院先の医療施設での治療行為に広範に依存する。したがって、これをふまえるならば、多くの場合、転送義務の保護目的は、転送後の治療による病気の治癒ではなく、治癒の可能性にあるということになる<sup>33)</sup>。このように、本判決における割合的解決は、規範的見地からも正当なものといえることができる。

## （2）福井地判平成元年3月10日判例時報1347号86頁

本件は、クモ膜下出血により軽度の発作を起こした A が、その後、再発作を起こして死亡したという事案である。本件で裁判所は、第1回発作の時点で診療を担当した開業医について転送義務違反を認め、80%の割合的責任を肯定している。裁判所の判断は、以下のとおりである。

第2回発作が起こる前の A のグレードは、 にまで回復していたものといえることができる。そうすると、A が第1回発作の後、第2回発作の前に脳神経外科の診療を受け、根治手術を実施されていれば、A が社会復帰をはたしていた蓋然性はかなり高かったものといえるべきである。

グレード より のほうが社会復帰率が高いことや、時代が新しくなればなるほど手術の成功率および予後が向上していること、さらには、A が当時53歳という根治手術の適応の年齢であったことなどを考慮すると、被告医師の転送義務違反の「起因力」は80%を下らないものといえるべきである。

---

32) なお、この35%という値が、社会復帰率の差をもとに算出されたのだとすれば、これは「起因力」を示したもといえないだろう。この点に関しては、第 4 章「1.1-2.(3)」も参照。

33) 転送義務の保護目的が病気の治癒にまでおよぶのは、転送後の治療の内容がおおむね確定しており、しかもその治療による治癒の可能性が確実に近い場合にかぎられるべきだろう。

本件も、クモ膜下出血の患者が死亡した事案について、医学上のデータにもとづき割合的責任を肯定している。もっとも、先ほどのケースとは異なり、本判決では、もっぱら過失がなかった場合の社会復帰率にもとづいて責任割合が決定されている。これは、先ほどのケースが時期を逸しながらも手術を実施したケースであるのに対し、本件が、手術を実施しなかったケースであることによるものと考えられる<sup>34)</sup>。

## ・責任充足における割合的判断に関する裁判例

平成11年判決によると、医師の過失がなければ患者が死亡の時点でなお生存していた「高度の蓋然性」が認められる場合、過失と生命侵害との因果関係 責任設定の因果関係 は肯定される。そしてこの場合、生命侵害による損害をどのように算定するかが問題となる。本章では、このような局面において割合的判断 「責任充足における割合的判断」 をおこなった裁判例を取り上げる。

### (1) 東京地判平成13年2月27日判例タイムズ1124号241頁

本件は、A が肺がんのため左肺の全部摘出手術を受けたところ、入院中に呼吸不全による多臓器不全によって死亡したという事案である。本件で原告は、呼吸機能検査を十分におこなわないまま手術を実施した点に医師の過失があり、これによって A が死亡したと主張した。これに対し、被告である病院側は、原告が主張する過失と因果関係につきこれを認めたくらうて、死亡損害の算定について争った。裁判所の判断は、以下のとおりである。

放射線療法等の施行については、その効果を認める文献があるもの

---

34) 本文であげたもののほか、転送義務違反のケースで割合的解決をおこなったものとして、東京高判平成13年10月16日判例時報1792号74頁、大阪地判平成16年4月28日判例タイムズ1175号238頁、大阪地判平成19年11月21日判例タイムズ1265号263頁。なお、これらはいずれも、「相当程度の可能性」法理を適用している。

の、重篤な副作用が生じるなど、その後の生活の質に与える影響も少なくないことがいわれている。したがって、A が退院しても、稼働することはできなかったのだから、A に逸失利益の損害があるということはできない。

医師が外科手術を実施せず、適切な延命治療をおこなっていた場合の予想される生存期間およびその蓋然性や、放射線療法等の延命治療がおこなわれた場合の A の予後の状況などを総合考慮すると、A が被った精神的損害に対する慰謝料としては、500万円とするのが相当である。

裁判所によると、A のがんの進行度 ステージ A において放射線療法と化学療法を併用した場合の中間生存期間 生存率が50%である生存期間 については、これを16.5ヶ月とする報告例や、8.5ヶ月とする報告例があるとされる。そこで、裁判所は、医師の過失がなかった場合の A の生存期間を「8.5ヶ月ないし16.5ヶ月」とし、過失と死亡との因果関係を肯定している<sup>35)</sup>。もっとも、および にあるように、裁判所は、放射線療法等を実施した場合の副作用が重篤であることを考慮して<sup>36)</sup>、逸失利益の発生を否定している。このように、本判決は、死亡逸失利益の発生を否定しており、形式的には割合的判断をおこなったものということはいできない<sup>37)</sup>。

---

35) なお、過失がなければ延命できたが、その期間が明らかでないというケースに関しては、平成11年判決が登場してもなお、死亡との因果関係を否定したうえで たとえば、期待権侵害構成によって 慰謝料の支払いを命じるものがある。東京地判平成15年6月3日判例タイムズ1157号227頁、名古屋高判平成15年11月5日判例時報1857号53頁。

36) 本件で逸失利益が否定された理由としては、ほかに生存期間が不確定であることも考慮されているのではないと思われる。

37) 同様のケースとしては、注35であげたもののほか、大阪高判昭和40年8月17日判例時報428号61頁、東京地判昭和51年2月9日判例時報824号83頁、東京地判昭和58年1月24日判例時報1082号79頁、福岡地小倉支判昭和58年2月7日判例時報1087号117頁、東京高判昭和58年6月15日判例タイムズ509号217頁、東京地判昭和58年2月17日判例時報1070号56頁などがある。

ところで、以上のものとは別に、過失がなければ延命できた可能性があるというケー

## (2) 大阪地判平成7年3月24日判例タイムズ881号222頁

本件は、S字結腸がんの切除手術を受けたAが、縫合不全により敗血症を発症し、死亡したという事案である。本件で裁判所は、Aに縫合不全が発生していることを疑い、経口摂取の禁止など必要な措置をとるべきであったとして、医師の過失を認定している。そのうえで、過失と死亡との因果関係に関しては、これを肯定したうえで、5年分の逸失利益につき賠償を認めている。裁判所の判断は、以下のとおりである。

大腸癌研究会編『大腸癌取扱い規約』によると、壁深達度のみからすれば、Aの5年生存率は29.8%となる。しかし、その他の4つの要素のほか、臨床症状や治療経過をもふまえるならば、Aの5年生存率は「50ないし60%」となる。

損害賠償請求訴訟における損害の算定においては、余命の「確定的証明」がなされていないからといって、損害の算定を不可能とすべきではない。むしろ、「相当程度確実な蓋然性」をもって余命年数が明らかとなる場合には、その範囲での控え目な余命年数を推認するのが相当である。

鑑定人のひとりによれば、『大腸癌取扱い規約』にもとづく患者の予後の予測は、同規約のあげる5つの要素　壁深達度、リンパ節転移、腹膜播種、肝転移、腹腔外遠隔他臓器転移　のうちの最悪のものによっておこなわれるとされる。これに対し、裁判所は、これにしたがうことなく、5つの要素のほか臨床症状や治療経過をも考慮することによって、Aの5年生存率を「50ないし60%」としている。ここでは、このような生存率

---

スにおいて、延命可能性が失われたことによる慰謝料の支払いを命じたものがある(ちなみにこれは、かつて一部の論者により「救命利益」の侵害ケースとされていたものである。注21を参照)。宇都宮地足利支判昭和57年2月25日判例タイムズ468号124頁、名古屋地判昭和62年5月8日判例タイムズ645号210頁など。もっとも、平成11年判決と平成12年判決をつうじておこなわれた理論的整序をふまえるならば、これらは「相当程度の可能性」法理　つまり、責任設定における割合的解決　によって対応すべき事案ということになる。

のもとで5年分の逸失利益を認めることが妥当であったかどうか、問題となるだろう。

## ．割合的責任の理論的内実

本章では、第 章および第 章で概観した裁判例の動向をふまえ、割合的責任の理論的内実を説明する。叙述の順序としては、まず、「責任設定における割合的解決」について検討をおこない（1.）、続いて、「責任充足における割合的判断」について検討をおこなうこととする（2.）。

### 1．責任設定における割合的解決 狭義の割合的責任

冒頭でも述べたように、医師は、侵害の過程にある患者に対して医療水準にかなった措置を講じることにより、症状の緩和や病因の除去をおこなわなければならない。したがって、こうした責任法上の地位の特殊性から、医療の責任においては、義務違反と法益侵害との因果関係が問題となる。第 章で取り上げた裁判例は、まさにこのような意味での因果関係 違法性連関 に関して、割合的判断をおこなったものということができる。

ところで、医療過誤事例において割合的解決をおこなったもののなかには、これとは異なるものもいくつかみられる。そこでまずは、これらの裁判例を取り上げ、その妥当性を検討することにしよう。

#### 1-1．違法性連関の存否不明以外の理由による割合的解決

##### (1) 「事実的」因果関係の存否における割合的解決

まず、医療過誤事例ではあまり多くはないが、医師の行為に過失があることを前提に、その行為を起点とする因果関係 「事実的」因果関係を問題にするものがある<sup>38)</sup>。これは、とりわけ手技上のミスや投薬上

---

38) なお、行為全体が過失ありとの評価に対応する観念的部分と一致する場合、「事実的」因果関係と違法性連関とは実質的に重なり合うことになる。たとえば、投薬上のミス

のミスのケースにおいてよくみられる。ところで、このような要件構成においては、次の2つのタイプの割合的解決が考えられる。

まず、医師の行為と患者の素因とが合わさってひとつの結果が生じた場合において、素因を考慮することにより割合的減責をおこなうものがある。たとえば、横浜地判昭和61年10月9日(判例時報1225号94頁)は、椎間板ヘルニアの根治手術において医師の手技にミスがあり、患者の両下肢が麻痺したというケースである。本件で裁判所は、患者の性格的要因とヘルニアが両下肢の麻痺に影響を与えているとしたうえで、8割の責任を肯定している<sup>39)</sup>。

つぎに、生じた結果を医師の行為によって引き起こされた部分とそれ以外の部分とに分け、前者についてのみ、医師の責任を肯定するものがある<sup>40)</sup>。たとえば、高知地判昭和47年3月24日(判例タイムズ277号199頁)は、抗がん剤の副作用によって再生不良性貧血におちいった患者に対し、医師が約半年にもわたって鉄剤を過剰投与したというケースである。本件で裁判所は、患者に生じた損害 休業損害等 のうちの一部は抗がん剤の副作用による造血機能障害によるものであるとして、残部についてのみ医師の責任を肯定している<sup>41)</sup>。

以上の2つの割合的責任のうち、後者に関しては、理論上とくに問題は

---

のケースにおいて、投薬することそれ自体が過失と評価される場合、義務違反を起点とする因果関係は、投薬を起点とする「事実的」因果関係と実質的に同じものとなる。しかし、手技上のミスにしても投薬上のミスにしても、多くの場合、過失ありとの評価を受けるのは、行為の一部分にとどまる。

39) このほか、理論的に同様の割合的責任を肯定したものとして、東京高判平成6年10月20日判例時報1534号42頁、東京地判平成7年9月18日判例タイムズ914号225頁。

40) なお、これに類するものとして、生じた結果を義務違反と関連のある部分と、義務の遵守によっても回避しえなかった部分とに分け、前者についてののみ責任を肯定するものもある。たとえば、福岡地小倉支判昭和55年6月5日判例時報998号90頁、東京地判昭和58年12月21日判例時報1128号77頁、名古屋地判平成元年2月17日判例タイムズ703号204頁。

41) 理論的に同様の割合的責任を肯定したものとして、名古屋地判昭和56年3月6日判例時報1013号81頁、東京高判昭和63年3月11日判例時報1271号3頁、京都地判平成6年2月25日判例時報1524号93頁。



ない。ここにいう割合的責任は、加害行為と「事實的」因果関係のない結果が責任範囲から除外されたことによって、導かれたものにすぎないからである<sup>42)</sup>。

これに対し、前者の割合的責任が妥当かどうかについては、次のように言うことができる。まず、ここで問題となっている競合原因 被害者の素因 は、すくなくとも単独では結果を引き起こす外力をもっていない。したがって、因果関係を実在的な惹起の関係としてみるかぎり、こうした原因は、加害行為を起点とする因果関係のなかに吸収されることとなる。そして、このような理解をとるかぎり、ここでは「原因競合」を語ることはできないと言うべきである<sup>43)</sup>。では、このような事例において割合的解決を導くには、どうしたらよいだろうか。これに関しては、公平の見地から割合的減責をおこなう制度が鍵をにぎっていると考えられる<sup>44)</sup>。そして、

42) ただし、生じた結果のうちどこまでが加害行為によって引き起こされた部分かを特定するにあたっては、一定の困難が生じる。この点につき、本文であげた高知地判昭和47年3月24日は、鉄剤の過剰投与によって生じた損害部分と、抗がん剤の副作用によって生じた損害部分との「範囲・量的割合を肯認せしめるに足る資料がない」として、最終的な解決としては慰謝料の支払いを命じている（判例時報277号224頁）。

43) もちろん、社会的にみれば、加害行為と素因とが競合するという捉え方は十分可能である。実際、学説においても、因果関係を法則に合致した事実の連鎖と捉えつつ、その判断にあたっては、自然科学的法則のほか、歴史的・経験的な知見をも考慮するという立場がある。潮見佳男『不法行為法 〔第2版〕』（信山社、2009年）343-346頁、349-351頁。たしかに、こうした立場をとる場合、社会的事象のレベルにおいて、行為 作為・不作為を問わない を起点とする因果系列と、他原因 それ自体としては加害作用をもたない素因なども含む を起点とする因果系列との「競合」を語ることはできるだろう。しかし、本稿は、種々のケースを統一的に理解することをめざすものではない。むしろ、本稿の目的との関係では、特定の視角から事例を分析することにより、「原因競合」とされる様々なケースの差異を浮き彫りにすることが有益であるといえる。本稿が、行為と結果との因果関係を「『事實的』因果関係」とよび、実在的な惹起をイメージするのも、まさにそうした意図によるものである。

44) 過失の程度に比して生じた損害が異常に大きい場合に、公平の見地から割合的減責をおこなうことを主張するものとして、たとえば、*Hermann Lange*, *Empfiehl es sich, die Haftung für schuldhaft verursachte Schäden zu begrenzen? Kann für den Umfang der Schadensersatzpflicht auf die Schwere des Verschuldens und die Tragweite der verletzten Norm abgestellt werden?* Gutachten für den 43. deutschen Juristentag, in:

このような制度を導入しないかぎり、ここでは割合的解決をおこなうべきではないだろう。

## (2) 結果発生原因の不明による割合的解決

続いて、医療過誤事例において割合的解決をおこなったものとしては、次のようなものもある。

福岡地判昭和52年3月29日(判例時報867号90頁)は、妊娠5ヶ月のAが人工妊娠中絶手術を受けたところ、それからしばらくして容体が急変し、死亡したという事案である。本件で裁判所は、術前の検査と術後の看視体制に懈怠があったとして、医師の過失を認定した。しかしその一方で、死亡との因果関係については、死因が特定されていないとしてこれを否定し、かわりに「十分な患者管理のもとに診察・診療してもらえ」権利の侵害にもとづく責任を肯定している。

本件では、術前に検査がおこなわれ、術後の看視体制も万全であったならば、Aは死亡しなくてすんだかどうかが問題となった。したがって、そのかぎりにおいて、本件を違法性連関の存否不明を扱ったケースと捉えることはできないではない。しかし、本件における割合的解決を第 4 章で取り上げたケースと同列に扱うことはできない。

ある研究によれば、不作為不法行為においては、因果関係を検討する際に問題となる前提事実が「非明示的であることが多い」とされる<sup>45)</sup>。たとえば、麻酔事故に関する最判平成8年1月23日(民集50巻1号1頁)では、かりに能書きどおり2分ごとの血圧測定がおこなわれていれば、患者が「腰麻ショック」におちいることはなく、結果 脳機能低下症 が回避されたといえるかどうか問題となった。しかし本件では、実際には5分ごとの血圧測定しかおこなわれておらず、厳密な意味でこのような関係

---

Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages München 1960, Bd. I Gutachten, 1. Teil, S. 33 f. もっとも、こうしたルール 減責条項 (Reduktionsklausel) の導入に対しては、ドイツでもわが国でも、慎重な見方が支配的であるといえる。

45) 水野・前掲(注30)319頁。

があるかどうかを明らかにすることはできない。つまりここでは、仮定的事実経過を構成するにあたって問題となる「事実」 血圧低下がいつ起こったか が明らかでなかったことになる<sup>46)</sup>。では、福岡地判昭和52年3月29日の場合はどうだろうか。ここでも、因果関係要件とかかわって一定の「事実」が明らかとなっていない。もっとも、このケースで問題となっているのは、仮定的事実経過の構成にかかわる「事実」ではない。むしろここでは、現実に結果を引き起こした原因の特定にかかわる「事実」が問題となっているのである<sup>47)</sup>。

このように、過失と結果との因果関係 違法性連関 が問われるケースにおいて、一定の「事実」が明らかでないという場合、そこには性質の異なる2つのものが含まれることになる。ひとつは、仮定的事実経過の構成にかかわる「事実」の不明、もうひとつは、結果を引き起こした原因の特定にかかわる「事実」の不明である。そしてこのうち、前者に関しては、今日では「相当程度の可能性」法理が確立しており、割合的解決をおこなうことに対してとくに異論はないと考えられる。これに対し、後者のケースにおいて、「相当程度の可能性」法理を適用することはできない。ここでは、結果の回避可能性を問題にする前提が、そもそも欠けているからである<sup>48)</sup>。したがって、このようなケースに関しては、原因事実の不明それ自体から割合的解決を導くことができるかどうか、問われなければ

---

46) したがってここに、帰責評価が介在する余地が生じる。水野・前掲（注30）326頁。

47) たとえば、本文であげた最判平成8年1月23日を例にとると、腰麻剤の注入後に血圧低下が生じ、「腰麻ショック」を経て脳機能低下症にいたったという一連の経過は「原因の特定にかかわる『事実』」、血圧低下がいつ起こったかは「仮定的事実経過の構成にかかわる『事実』」ということになる。

48) なお、こうした区別をふまえるならば、第 章「3. (2)」で取り上げた東京地八王子支判平成17年1月31日は、そもそも「相当程度の可能性」法理を適用すべき事案ではないとの見方が可能になる。たとえば、本件において、かりに痰詰まりに関与したとされる2つの要因 褥瘡部の感染による喀痰の増加と心不全による喀痰の増加 が択一的な関係にあるのだとすれば、これはまさに、「原因の特定にかかわる『事実』」の不明を意味することになるだろう。

ならないだろう<sup>49)</sup>。そして、現時点における判例および学説の状況をふまえるかぎり、こうした局面において割合的解決をおこなうことは、むずかしいと言わざるをえない<sup>50)51)</sup>。

## 1-2. 違法性連関の存否不明を理由とする割合的解決

### (1) 割合的解決の妥当領域

さて、以上の考察により、医療過誤事例における割合的解決の妥当領域

- 49) 問題の行為が具体的な危険性 (konkrete Gefährlichkeit) を帯びたものである場合に、これを根拠として責任を導くことができるならば、このような場面においても割合的解決が可能になる。たとえば、フランツ・ビドリンスキー (Franz Bydliński) とヘルムート・コツィオール (Helmut Koziol) は、こうした解決を択一的競合に関するドイツ民法830条1項2文と協働過失に関する同法254条「加害行為と偶然 (Zufall) との択一的競合」によって導こうとする。Franz Bydliński, Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht, 1964, S. 86 ff.; ders., Haftungsgrund und Zufall als alternativ mögliche Schadensursachen, in: Festschrift für Frotz, 1993, S. 3; Helmut Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 1. Aufl., 1973, Rn. 50 f.; ders., Grundfragen des Schadenersatzrechts, 2010, Rn. 5/86 ff.; ヘルムート・コツィオール (若林三奈訳)「ヨーロッパにおける損害賠償法の改革 (1)」民商法雑誌144巻4=5号(2011年)1頁, 10-11頁。また、最近の立法提案では、ヨーロッパ不法行為法原則 (PETL) 3:106条とオーストリア民法改正草案1294条2項が、同様のルールを規定している。European Group on Tort Law (Hrsg.), Principles of European Tort Law Text and Commentary, 2005, S. 4, 56 ff.; Irmgard Griss/Georg Kathrein/Helmut Koziol (Hrsg.), Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, 2006, S. 1 f.
- 50) たとえば、「加害行為と偶然との択一的競合」(注49)を根拠とする割合的解決を日本民法719条1項後段および同法722条2項の重畳適用によって導くことに対しては、次の2点が障害となる。第一に、719条1項後段はすくなくとも条文に依拠するかぎり択一的行為のあいだに関連共同性があることを要件としており、個々の行為の「具体的な危険性」を問題にしていない。第二に、722条2項に関しては、被害者による損害の負担を「所有者危険負担 (casum sentit dominus) の原則」被害者は加害行為以外の原因 (=「偶然」)による損害を負担しなければならないによって基礎づけることが要請される。しかし、わが国の過失相殺をめぐるこれまでの議論をみるかぎり、こうした制度理解はかならずしも一般的であるとはいえない。
- 51) なお、本文で取り上げた福岡地判昭和52年3月29日のように、期待権侵害構成をとることができれば、こうした局面においても責任を肯定することはできる。ただしこの場合、過失にかかわって要件の加重がおこなわれることになるだろう。この点に関しては、最判平成23年2月25日判例時報2108号45頁を参照。

が明らかとなった。ここであらためて、その内容を確認しておくことにしよう。

医療過誤事例においては、多くの場合、義務違反と結果との因果関係  
違法性連関 が問題となる。割合的解決は、このような意味における因果関係が不明の場合にかぎって、おこなわれるべきである。ところで、ここにいう違法性連関の存否不明は、次の2つの要因によってもたらされると考えられる。

第一に、違法性連関は、義務が遵守された場合の結果回避可能性を問うものである。したがって、そこでは、仮定的事実を扱うことによる不確定性が問題となる。

第二に、違法性連関の存否を検討するにあたっては、仮定的事実経過の構成にかかわる「事実」が明らかでない場合が少なくない。これは、不作為不法行為において顕著にみられる事情とされるが、理論的には義務違反を起点とする因果関係を問題にするすべての事例において妥当するものと言うべきだろう。

これに対し、患者に生じた結果がいかなる原因にもとづくかが明らかでない場合には、割合的解決をおこなうことはむずかしい。ここでは、結果の回避可能性を問題にする前提が、そもそも欠けているからである。したがって、このようなケースでは、むしろ証明責任による解決が妥当することになる。

## （2）規範的正当化のための判断枠組み

もっとも、このようなかたちで割合的解決の妥当領域が明らかになったとしても、これですべての問題が解決したわけではない。可能性にもとづく割合的解決をおこなうためには、これを正当化する根拠が示されなければならない。つまり、可能性の保護を正当化できるかどうか、割合的解決と証明責任による解決とを分けることになる<sup>52)</sup>。そこで以下では、可能

---

52) 「相当程度の可能性」法理において、当該事案における「可能性」の保護を医師の義務の側面から正当化することを主張するものとして、寺沢知子「相当程度の可能性侵害に

性にもとづく割合的解決の正当化がどのようにおこなわれるかを、整理しておくことにしよう。第 章でおこなった裁判例の検討をふまえるならば、可能性にもとづく割合的解決は、以下の枠組みをつうじて正当化されることになる。

まず、検査義務・経過観察義務・転送義務は、それ自体が治癒の可能性を保護しようとするものではない。これらはいずれも、検査・経過観察・転送をつうじて、適切な治療がおこなわれることを保護しようとするものにすぎないからである。したがって、これらの義務においては、まず第一に、検査・経過観察・転送とその後におこなわれる治療行為とが一体性を有し、ひとつの措置として観念できるかどうか<sup>53)</sup>が問題となる。そして、これが肯定される場合、検査義務・経過観察義務・転送義務の保護目的は、その後におかれる治療義務の保護目的にまで伸長することになる。このように、検査義務・経過観察義務・転送義務の違反が治癒の可能性にもとづく割合的解決を導くかどうかは、治療行為との一体性の有無と、治療義務の保護目的にかかっていることになる<sup>54)</sup>。

つぎに、治療義務 治療上の判断ミス<sup>55)</sup>のケースで問題となる義務 は、多くの場合、患者が罹患した病気の治癒を目的とする。これに対し、治療義務が治癒の可能性を保護目的とする場合は、次の2

---

おける損害に関する一考察 行為義務からのアプローチ」産大法学43巻2号(2009年)1頁, 8-10頁, 米村・前掲(注13)251-253頁。一方, 因果関係レベルでの割合的責任論において, 「可能性」が規範の保護目的に含まれるかどうかという視点を重視するものとして, 石橋・前掲(注5)399頁。

53) 一般に, 医療過誤事例では, 検査や経過観察の段階で医師に課される予見義務が「結果回避義務」にまで高められ, 予見後の注意義務と連続性をもったかたちで行為義務を形成するとされる。潮見佳男『民事過失の帰責構造』(信山社, 1995年)92頁。本文であげた「一体性」というメルクマールは, そうした帰責構造を支える前提として位置づけることができるだろう。

54) したがってたとえば, 第 章「1.(2)」で取り上げた東京地判平成19年8月24日は, 検査と治療行為との一体性の欠如を理由として, 割合的解決を断念すべき事案であったと考えられる。

つの場面にかぎられる。第一は、その治療をおこなうことによって病気の治癒が見込まれる一方、それによって生じる弊害も無視しえないため、病気を確実に治癒させることを医師に期待することがむずかしい場合である<sup>55)</sup>。第二は、その治療による治癒の可能性が医学上の知見ないしデータによって示されているため、医師に対して、そのような可能性を保護するための義務が特別に課される場合である<sup>56)</sup>。これらの場合、医師の義務違反は、患者に生じた結果（生命・身体侵害）ではなく、治癒の可能性が失われたことについての責任を導くこととなる。

最後に、説明義務は、本来的には患者の自己決定を保護することを目的とする。これに対し、説明義務が、その後の治療による治癒の可能性をも保護するかどうかについては、微妙な判断がもめられる。なぜなら、説明義務においては、説明とその後の治療行為とのあいだに患者の意思決定が介在するため、両者の一体性を観念することがむずかしくなるからである。したがって、説明義務が患者の自己決定のみならず治癒の可能性をも保護するかどうかは、患者の意思決定の合理性（その治療行為を選択するのをもっともであるとの評価<sup>57)</sup>）にかかっていることになる<sup>58)</sup>。

### (3) 医学上のデータにもとづく責任割合の決定

さて、以上の枠組みをつうじて治癒の可能性を保護することが明らかと

---

55) 第 1 章「1.(1)」で取り上げた広島高判平成6年2月7日の割合的解決は、検査と治療行為との一体性ととも、このような理由から正当化することができる。

56) 第 2 章「2.」で取り上げた京都地判昭和62年7月17日と大阪高判平成13年7月26日の割合的解決は、このような理由から正当化することができる。

57) 第 4 章「4.(2)」で取り上げた東京地判平成16年2月23日においても、そのような評価がおこなわれているとみることができる。

58) なお、この場合、適切な説明がおこなわれた場合に選択されていた治療行為の奏功率は、確実に近い高さを示していなければならないだろう。というのも、もしこれが低い場合には、患者の意思決定の不安定性と奏功率の低さとが重なり、当該説明義務が治癒の可能性をも保護目的とするとの評価がむずかしくなるからである。

なった場合、つぎに、可能性にもとづく割合的解決の内容を具体化する作業へと移行することになる。これは、平成12年判決を経た今日においては、「相当程度の可能性」侵害による慰謝料の算定というかたちをとってあらわれる<sup>59)</sup>。これに対し、因果関係論のレベルで割合的解決を捉える立場からは、因果関係 違法性連関 の存否のレベルで可能性概念を捉え、これに応じた責任を肯定することになる。いずれにしても、ここでは裁判官の裁量が広範に発揮されることはいうまでもない。

ところで、医療の分野においては、特定の治療行為に関する奏効率のデータが数値のかたちで存在することが少なくない。そして、このような場合においては、当該事案における様々な事情とならんで、こうしたデータを衡量ファクターとすることが考えられてよいだろう<sup>60)</sup>。たとえば、第 5 章の「5」で取り上げた広島地判昭和62年4月3日において、医師の義務違反がなかった場合の「社会復帰率」は 小数点以下を切り捨てると 79%、医師の義務違反があった場合の「社会復帰率」は 47%であった。ここでは、医師の義務違反があった場合においても、47%の患者が社会復帰を遂げるという前提をとっている点に注意が必要である。

さて、以上のデータをもとにした場合、責任割合はどのようにして算出されるだろうか。これに関しては、割合的責任に関する最近の議論をふまえるならば、次の3つの方法が考えられることになる<sup>61)</sup>。

第一に、医師の過失がなければ79%の確率で損害を回避できた点をふまえ、被害者に対し、生じた損害の79%の賠償を与えるという方法が考えら

59) もっとも、「可能性」侵害による損害を精神的損害に限定する論理的必然性はない。大塚・前掲(注10)15頁、窪田充見「判批：平成12年判決」平成12年度重要判例解説(ジュリスト1202号)(2001年)69頁、70頁、澤野和博「判批：平成12年判決」名経法学10号(2001年)187頁、197-198頁。

60) 林道晴「判批：最判平成15年11月11日」NBL792号(2004年)68頁、74頁。

61) Gerhard Wagner, Schadensersatz Zwecke, Inhalte, Grenzen, Karlsruher Forum 2006, S. 5, 80 ff.; ders., Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht, Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages Stuttgart 2006, Bd. I Gutachten, S. A 3, A 58 ff.



れる<sup>62)</sup>。以下ではこれを、「失われた治癒の可能性に応じた割合的責任」とよぶこととする。

第二に、医師の過失によって「社会復帰率」が32%低下したことをふまえ、この32%分の損害を被害者らに均等に分配することが考えられる。たとえば、100人の患者グループを想定すると、ここでは医師の過失によって被害者が32人増加することになる。ここで、実際に損害を被った53人のうち、医師の過失によって損害を被った32人が特定できる場合には、これらの者が100%の賠償を請求できる。これに対し、これが明らかでない場合には、53人全員が53分の32（約60%）の損害について賠償請求権を取得することになる。以下ではこれを、「追加的損害にもとづく割合的責任」とよぶこととする。

第三に、医師の過失によって32人分の損害が増加した点をふまえ、この損害を100人全員に均等に分配することも考えられる。ここでは、すべての患者が32%（100分の32）の賠償請求権を取得することになる。以下ではこれを、「すべての患者に対する割合的責任」とよぶこととする。

さて、以上の3つの方法を「法の経済分析」の観点からみた場合、次のような見方が妥当するだろう。

まず、「失われた治癒の可能性に応じた割合的責任」では、53人の被害者それぞれに79%の賠償請求権を与えることになるため、医師は、引き起こした損害を超える責任を課されることになる。したがって、これでは医師に過剰な注意へのインセンティブを与えることになり、効率的な行為コントロールが実現しなくなる<sup>63)</sup>。つぎに、「追加的損害にもとづく割合的

---

62) 第 5 章「5. (2)」で取り上げた福井地判平成元年3月10日は、このような方法をとったものと推察される。

63) この点に関して、ゲルハルト・ヴァーグナーは、生じた損害の一部についてしか賠償請求権を有しない患者のなかには請求をおこなわない者もいるため、こうした請求権の貫徹不足（Durchsetzungsdefizit）により責任の過剰部分が打ち消されるとして、「失われた治癒の可能性に応じた割合的責任」の正当性を主張する。Wagner, Schadensersatz (Fn. 61), S. 91.

責任」と「すべての患者に対する割合的責任」は、ともに医師の過失によって増加した32人分の損害 追加的損害 (Zusatzschaden) について責任を課すものであるため、医師の行為を適正にコントロールすることができる<sup>64)</sup>。もっとも、「すべての患者に対する割合的責任」は、損害を被っていない47人に対しても、医師の過失により治癒の可能性が32%減少したというだけで賠償請求権を与えてしまう点に問題がある<sup>65)</sup>。したがって結局のところ、「追加的損害にもとづく割合的責任」が、効率的な行為コントロールの点からも、実損害の填補の点からも、妥当な考え方ということになる<sup>66)</sup>。

#### (4) 法益アプローチと因果関係アプローチ

ところで、本稿はこれまで、割合的解決を導くための理論として、「相当程度の可能性」法理と因果関係レベルでの割合的責任論のいずれをとるべきかにつき、積極的な主張をおこなってこなかった。いわば、両者を一括して割合的責任論と捉えてきたわけである。本稿がこのような態度をとってきたのは、割合的解決が問題となる多くのケースにおいて、両者のちがいが理論構成上の意味しかもたないと考えたからである<sup>67)</sup>。もっとも、

---

64) もっとも、実損害を被っていない患者は、賠償請求へのインセンティブを十分にもっていない。Wagner, Schadensersatz (Fn. 61), S. 88. したがって、この点を考慮に入れると、「すべての患者に対する割合的責任」は医師にとって過小な責任となり、効率的な行為コントロールが実現しないおそれがある。

65) たとえば、グレッグ対スコット事件 (Gregg v. Scott [2005] UKHL 2) では、医師の診断過誤によりがんの治療が遅れたため、患者の10年生存率が42%から25%に低下した。そこで、患者は、損害の17%について賠償請求をおこなっている (判決は責任を否定している)。ゲラルド・メッシュは、こうした請求のあり方をシェークスピアの戯曲になぞらえて「空騒ぎ」と評している。Gerald Masch, Gregg v. Scott Much ado about nothing?, ZEuP 2006, S. 656. これに対し、米村・前掲 (注13) 244-246頁は、「結果不発生事例」においても「『可能性』法理」を適用すべきであると主張している。

66) Alexander Stremitzer, Haftung bei Unsicherheit des hypothetischen Kausalitätsverlaufs, AcP 208 (2008), S. 676; Kristoffel Grechenig/Alexander Stremitzer, Der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens, RabelsZ 73(2009), S. 336.

67) 一般に、過失判断は事前的観点から、因果関係判断は事後的観点からおこなうこととされている。潮見・前掲 (注43) 280頁, 364-365頁。これを前提とした場合、法益アプロー

この2つのアプローチのいずれをとってもまったくちがいが出てこないか  
というと、かならずしもそうとは言いきれない。そこで最後に、この点に  
ついて2点指摘をし、本稿の立場を明確にしておくことにしよう。

まず第一に、損害分配のあり方として医学上のデータを衡量ファクター  
とする場合、法益アプローチと因果関係アプローチとでちがいが生じうる。  
すなわち、法益アプローチは、あくまで「医療水準にかなった医療が行わ  
れていたならば」生命・身体侵害が生じなかった「相当程度の可能性」を  
保護しようとするものである。したがってこれは、「失われた治癒の可能  
性に応じた割合的責任」論とは親和的であるものの<sup>68)</sup>、「追加的損害にも  
とづく割合的責任」論とは親和的でない<sup>69)</sup>。これに対し、因果関係アプ  
プローチは、保護法益に関する上述のような概念規定をおこなわないため、  
過失がない場合の「可能性」のほか、過失がある場合の「可能性」をも考  
慮に入れることができる。このように、効率的な行為コントロールをもた  
らす損害分配方法は、因果関係アプローチをとることによってはじめて導  
くことができる。

第二に、要件レベルでも、両アプローチのあいだでちがいがみられる。  
すなわち、法益アプローチをとる場合、責任要件の中軸は、医師の過失と

---

ちが問題にする「可能性」は事前的観点から判断されるものであり、因果関係アプローチ  
が問題にする「可能性」とは異なるとの理解が可能になる。寺沢・前掲（注52）9-10頁。  
しかし、この点を考慮に入れても、両アプローチのあいだで大きなちがいが生じることは  
考えにくい。本稿が強調してきたように、因果関係アプローチをとった場合においても、  
割合的解決のためには、規範目的による帰責評価がおこなわれなければならない。ここ  
では、「可能性」が規範の保護目的に含まれるかどうか、事前的観点から問題となるので  
ある。

68) 実際、ヴァーグナーは、「失われた治癒の可能性に応じた割合的責任」と「機会の喪失  
（loss of chance）」論との同質性を強調する。Wagner, Schadensersatz (Fn. 61), S. 83.

69) 米村・前掲（注13）254-255頁は、本稿が「追加的損害にもとづく割合的責任」とよぶ  
損害分配方法に関して、「判決〔平成12年判決 筆者注〕とは異なる一般の準則が定  
立される必要があろう」と述べる。この指摘は、それ自体として妥当なものである。ただ  
その一方で、そこでいわれる「一般の準則」は法益アプローチから導き出すことができな  
いということも、事実ではないだろうか。

「可能性」侵害とのあいだの因果関係によってになられる。したがってこの場合、原告は、このような関係があることを「高度の蓋然性<sup>70)</sup>」をもって証明しなければならない。しかし實際上、これを厳密な意味でおこなうのは、かならずしも容易なことではない<sup>71)</sup>。そこで、この点に関する証明困難を克服するため、「可能性」侵害との因果関係につき、証明責任の転換をおこなうべきとする見解が一部でみられる<sup>72)</sup>。しかし、これでは、生命・身体侵害との因果関係に関する証明負担の軽減に関して、屋上屋を重ねることにならないだろうか。したがって、割合的解決を導くための解釈理論としては、「可能性」侵害との因果関係を媒介項としない因果関係アプローチこそが、妥当な構成だというべきだろう。

## 2. 責任充足における割合的判断

医師の過失がなければ患者が死亡の時点でなお生存していた「高度の蓋然性」がある場合、医師は生命侵害によって生じた損害について賠償責任を負うことになる。もっとも、がん治療のように、適切な治療によっても根治を期待することがむずかしい分野では、生命侵害による損害といっても、それは平均稼働可能年数に対応する逸失利益の一部分のみを指すことになる。したがって、まずここに、「責任充足における割合的判断」を觀念する余地が生じることとなる。

### (1) 5年生存率にもとづいた逸失利益の算定としての「割合的判断」

ところで、がん治療の分野では、治療の予後に関する指標として、「5年生存率」 治療開始から5年後に患者が生存している確率 がもち

70) 最判昭和50年10月24日民集29巻9号1417頁「東大ルンパル事件判決」。

71) 米村・前掲(注13)257頁。

72) 杉原則彦「調査官解説：平成12年判決」『最高裁判所判例解説 民事篇 平成12年度(下)』(法曹会、2003年)855頁、863-864頁は、「医療水準を下回る診療がされた場合には、『可能性』の侵害が事実上推認され、これに対して、医師の側から、『可能性』がなかったことを主張立証することになる」とする。また、一般にこのような立場をとったとされる最高裁判決として、最判平成16年1月15日判例時報1853号85頁。同様の立場をとった下級審裁判例として、高松高判平成18年1月19日判例時報1945号33頁。

いられるのが一般的である<sup>73)</sup>。たとえば、「全がん協部位別臨床病期別5年相対生存率（1997～2000年）」<sup>74)</sup>によると、卵巣がんの5年生存率は、ステージⅠが92.6%、ステージⅡが63.2%、ステージⅢが44.9%、ステージⅣが29.6%とされている。これを基準とした場合、まず、ステージⅠの患者について、5年分の逸失利益を認めることに対しては、異論の余地はないだろう。では、ステージⅡの場合はどうだろうか。

第 3 章で取り上げた大阪地判平成7年3月24日によれば、余命年数につき「確定的証明」がなくても「相当程度確実な蓋然性」が認められる場合には、逸失利益の算定をおこなうことができるとされる。一般に、損害算定の場面では、金額レベルでの損害の発生が問題となるため、原則的証明度「高度の蓋然性」を維持することは現実的ではない。しかも、逸失利益の算定は、侵害がなかった場合の状況を問題とするため、そこでは、仮定的事実を扱うことからくる不明確さが必然的にもなう。したがって、これらの事情をふまえると、同判決が「50ないし60%」の確率をもって5年分の逸失利益を認めたのは、理論的にみて妥当な判断だったということになる<sup>75)</sup>。

## （2）5年分の逸失利益の算定における「割合的判断」

では、こうした手法によっても生存期間を明らかにできない場合はどうだろうか。たとえば、上述の全がん協のデータによると、ステージⅡの5年生存率は29.6%である。これを前提とした場合、損害算定の方法としては、次の2つのものが考えられる。第一は、逸失利益の算定を断念し、慰謝料の支払いのみを命じるというもの、第二は、5年分の逸失利益を算出

---

73) ただし、がんの発育速度が比較的遅いとされる甲状腺がんや乳がんなどにおいては、10年生存率ももちいられることもある。

74) これは、「全国がん（成人病）センター協議会」のホームページからアクセスすることができる。

75) このほか、第 3 章で取り上げた東京地判平成13年2月27日が、生存期間を検討するにあたって「中間生存期間」に関するデータに依拠したのも、同様の理由から妥当であったといえるだろう。

したうえで、これに29.6%を乗じた額の賠償を命じるというものである。このうち前者は、これまでも延命利益や期待権の侵害という構成のもと、実務においてしばしばおこなわれてきた手法である<sup>76)</sup>。しかし、こうした局面における損害の算定をすべて慰謝料の領域でおこなうのは、算定根拠の明確化・客観化という観点から、妥当であるとはいいがたい。したがって、医学上のデータにより確率が明らかである以上は、可能なかぎり後者の方法をとるのが望ましいといえる。ところで、このような発想は、次の点からも要請されていると考えられる。

最判平成23年2月25日(判例時報2108号45頁)によれば、期待権侵害による不法行為責任は、「当該医療行為が著しく不適切」である場合にすぎず、成立するとされる。これは、適切な治療に対する期待を法益として保護する一方、責任成立範囲を限定するため、行為態様に関して要件の加重をおこなったものとみることができる<sup>77)</sup>。ところで、この判決をふまえるならば、延命期間が不明のケースにおいても、同様のかたちで要件を加重することが起こりかねない。というのも、この場合の責任は、「相当期間の延命を可能にする治療」がおこなわれなかったことを実質的根拠とする。したがって、損害算定においても、そうした治療に対する期待の要保護性が焦点とならざるを得ないからである<sup>78)</sup>。しかし、平成11年判決をふまえるならば、こうした局面において期待権侵害による責任を成立させるのは、妥当でない。ここでは、延命が確実にされる以上、責任設定のレベルですでに生命侵害による責任が基礎づけられているからである<sup>79)</sup>。し

76) 注35および注37を参照。たとえば、胃がんを胃がいようと誤診した事案に関する福岡地小倉支判昭和58年2月7日判例時報1087号117頁は、医師の過失がなければ患者は「何ヶ月かあるいは5年のうちで何年かは延命できた」としたうえで、「相当な時期における胃ガンの発見および手術の機会を逸し、死期を早められた」ことによる慰謝料の支払いを命じている。

77) 吉田邦彦「判批：最判平成23年2月25日」判例評論632号(2011年)26頁, 30頁。

78) 平成11年判決以降も、このような局面において 生命侵害ではなく 期待権侵害構成をとる下級審裁判例があることについては、注35を参照。

79) もちろんこの場合、死亡時点での生存としての生命に関して、規範目的による帰責評

たがって、慰謝料請求権を導くため、そのうえさらに要件を加重するならば、それは、責任成立範囲を不当に限定することになるだろう。このように、生命侵害による責任を適切に位置づけるためにも、可能なかぎり逸失利益による解決をおこなうことがもとめられていると言うべきである<sup>80)</sup>。

一定期間の逸失利益につき、その発生率にもとづいた割合的判断をおこなうという手法は、すでに確率的心証論の提唱者によって主張されているところである<sup>81)</sup>。また、こうした判断に対してとりわけ警戒感が強いとされるドイツにおいても、最近では同様の手法に対する関心が高まりつつあるといわれている<sup>82)</sup>。平成11年判決以降、患者の「死亡」による損害をど

価をおこなう必要がある。本文の叙述は、このことを当然の前提としている。

80) ここで問題となっている期待権は、「相当期間の延命を可能にする治療」に対する期待を保護するものである。これに対し、最判平成23年2月25日が問題にする期待権は、「適切な治療」に対する期待それ自体を保護するものである。したがって、これらは局面が異なるため、本文で述べたようなことは起こらないとの指摘が考えられる。しかし、この指摘はかならずしもあつていない。第一に、平成11年判決を前提とするかぎり、前者の局面において「延命利益」を観念することは、もはやできない。したがって、「相当期間の延命が可能である」との内容部分は「治療」の修飾語でしなくなり、むしろそうした「治療」に対する期待が益分の中核にすえられることになりかねない。第二に、実際問題としても、ここで見込まれる延命期間は、せいぜい「何ヶ月かあるいは5年のうちで何年か」 福岡地小倉支判昭和58年2月7日判例時報1087号117頁 にすぎない。したがって、こうした期間の短さと不明確さから、「延命が可能である」との内容部分が希薄化し、「治療」に対する期待ばかりが強調されるという事態が起こりうる。以上の点を考慮すると、本文で述べたことに対しては、十分警戒しておく必要があるだろう。

81) 倉田卓次「交通事故訴訟における事実の証明度」鈴木忠一・三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座3 交通事故訴訟』（日本評論社、1969年）133頁は、「従来は平均余命の範囲内である限り当然生存しうることを仮定して計算されてきた逸失利益額に、その稼働年限時迄の生存の確率を乗じることにより、損害発生率の確率を、したがって心証度を、高めることができる」とする。一般に「確率的心証論」とは、責任設定における割合的解決を導くための理論であるとされている。しかし、提唱者が当初「確率的心証」の問題として考えていたのは、むしろ責任充足における上述のような考慮であった。ここでは、「心証度」に応じた割合的解決ではなく、「確率」を考慮することにより「心証度」を高めることが企図されている点に注意が必要である。

82) Wagner, Schadensersatz (Fn. 61), S. 74 ff.; ders., Neue Perspektiven (Fn. 61), S. A 55 ff.; Jochen Taupitz, Referat, Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages Stuttgart 2006, Bd. II/1, S. L 76 f.; ders., Proportionalhaftung zur Lösung von Kausalitätproblemen

のように算定するかは、実務上重要な課題として認識されている。本稿が主張する算定方法は、この点において有用なものといえるだろう。