

医療訴訟における 「相当程度の可能性」の漂流

石川 寛 俊
大場 めぐみ

目 次

第1．問題意識……医療訴訟における因果関係の証明

- 1．診療行為とその後の死傷との間の因果関係
- 2．訴訟の実際上の困難
 - 1) 医療行為と治療効果の不確実性
 - 2) 怠慢不作為による病状不明
 - 3) 医療不奏功による結果と他原因・素因の競合
 - 4) 訴訟上の攻撃防禦の実際
- 3．因果関係の証明困難の克服
 - a-期待権侵害 b-延命利益 c-治療機会喪失 など

第2．事例分析～別紙一覧表

対象…平成12年9月以降の、因果関係が問題となった最高裁判決、及び平成12年判決以降の相当程度の可能性侵害により請求が認められた下級審判決

要素…最高裁平成11年、12年、15年判決の引用の有無、因果関係の判断が困難な理由（A-治療効果の不確実性、B-怠慢不作為による病状不明、C-他原因（素因）の競合）により分類。また1～6の最高裁判決については、因果関係について、原審破棄理由に着目した。7～59の下級審判決については、過失による侵害利益（a-期待権、b-救命可能性、c-延命利益、d-可能性、e-治療機会、o-言及無し）により分類し、かつ慰謝料額を算定するにあたり考慮された事情を抜き出した。

第3．下級審判決の混乱

- 1．憂うべき現状

2. 予後統計の検討・当てはめ不十分（A治療効果不確実性に起因）
3. 患者の病状不明による立証困難（B怠慢・不作為による病状不明に起因）
4. 因果関係の終点～「救命」論への回帰・その死亡（後遺症）の検討回避

第4. 「相当程度の可能性」侵害論は有益か

1. 証明程度と保護法益との間の混乱
2. 行為義務の性質から回復可能性の侵害が帰結される
3. 治療機会喪失による損害の評価算定——機会喪失論再考
4. まとめ

以上

第1. 問題意識……医療訴訟における因果関係の証明

1. 診療行為とその後の死傷との間の因果関係
- 1) 診療行為は、もともと何らかの疾病や怪我に悩まされる患者に対し、身体に生じる危険を防止し病状の軽減や寛解を目指すものである。診療にも関わらず、患者に死傷の結果が生じた場合、その原因はやむを得ない病状の進行なのか、診療の懈怠の結果なのか、の区別は容易でない。それは①疾病の機序や病理現象、これに対する病状など生体の反応自体も未だ解明されていない……**疾病生体反応の未解明**、したがって②行うべき治療の効果についても、おかれた条件（1-どんな原因でいかなる疾病が生じたか、2-患者側の身体条件・素因はどのようなものであるか、3-いかなる治療が適応できるか）による個別差が大きく……**効果の個体差**、さらに③身体の個別性から、いかなる治療を行えばどのような結果が生じるかについて再現性がなく、同一条件での検証ができない……**再現不可能**⁽¹⁾、と言う特質に由来している。

(1) 石川寛俊「期待権の展開と証明責任のあり方」判例タイムズ686号25頁（1989）、橋本英史「医療過誤訴訟における因果関係の問題」新裁判実務大系1・182頁（2000）

- 2) 過失とされる診療行為とその後患者に生じた死傷との間の因果関係につき、上記の①疾病と生体反応という複合要因（同じ自然力が同じ結果を招かない）、②治療効果の不確実性（治療は必ずしも奏功しない）、③再現による検証困難かつ統計的予後の知見不足（事後的検証になじまない）という事情から、訴訟において患者側原告がこれを証明することは困難な場合が多い。

訴訟上の因果関係の証明について、最高裁は、髄膜炎の治療中に腰椎穿刺によってショックが起きて重度後遺症を来した、ルンバル（腰椎穿刺）実施上の過失と後遺症との間の因果関係が争われたルンバル判決（最高裁昭和50年10月24日第二小法廷判決・民集29巻9号1417頁）が⁽²⁾ある。

ここでは、多数の医学鑑定でもショックの原因が腰椎穿刺によるか、髄膜炎の再燃によるものかの意見が分かれ、髄膜炎の再燃によるものがやや多数であった。最高裁は医療行為と悪結果との間の、「訴訟上の因果関係の証明は、一点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく、1)経験則に照らして全証拠を総合検討し、2)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、3)その判定は、通常人が疑い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。」と判示して、「他に特段の事情が認められない限り、経験則上本件発作とその後⁽³⁾の疾病の原因は脳出血であり、これが本件ルンバルに因って発生した⁽³⁾もの」として、やや多数の医学鑑定の結論とは異なり、訴訟上の因果関係を肯定した。

(2) 溜箭将之「因果関係——ルンバル事件からの問題提起」ジュリスト 1330号75頁（2007）は鑑定の経過と因果関係の判断に詳しい。

(3) 竜寄喜助「訴訟上の証明」別冊ジュリスト民訴百選第2版182頁（1982）

- 3) しかしながら、「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」を通常人の経験則で判断するといっても、「特定の事実」（訴訟上争われる特定の事実とは注意義務違反として非難される人の行為である）の存否が通常人の経験則で認識判断できるとは限らない。ルンバル実施や投薬のように、現実認識できる事実ならばともかく、外科手術を行うべきであったとか投薬処方すべきであったという不作為の場合には、「特定の事実」とは手術をしたならば、投薬されておればという仮定を媒介にして、当該結果の発生が避けられたかどうか因果関係となるから、手術の効果や薬剤の効能という医学的専門的知識や経験がなければ、どのような結果が予測され、したがって現実の死傷が避け得たかどうかは判断できない。

不作為の過失が問われる事件では、患者の病状や検査などの診断、観察が不十分なため、仮になすべき処置が行われた場合の予後を判定することができないという事情が加わる。これは、上記②の治療効果の不確実性（治療は必ずしも奏功しない）を増加させる事情となる。

2. 訴訟の実際上の困難

診療行為上の注意義務違反と発生した死傷の結果との間の因果関係の認定は、「特定の事実」である診療行為の性質による制約と、「特定の結果」である死傷を招来した医学的原因、の双方から困難に直面する。前者は、上記①疾病生体反応の未解明、と②効果の個体差に由来する治療効果の不確実性に帰結し、後者は特定の死傷をもたらす原因探求が、やむを得ない病状の進行なのか診療の懈怠の結果なのかの側面で顕在する。そうして以下の3つの困難に帰結する。

1) 医療行為と治療効果の不確実性……A治療効果の不確実性（共通型）

多様な治療行為も、それを施せば必ず所期の効果が実現しうるとは限

らず、患者の病状や治療側の諸条件（十分な事前診断をなすべき設備や薬剤の不足など）からの制約を受けながら行う現実からは、望ましい結果を約束しうるものではない（この意味で、危険防止のために医師に要求される「実験上必要とされる最善の注意義務」（最高裁昭和36年2月16日第1小法廷判決・民集15卷2号244頁輸血梅毒事件での判示）とは、好結果を保証することではなく、患者に水準的な治療の機会を提供することに尽きる）。患者に対する治療効果は、元来不確実なものであるのは、医療行為に共通であり、これが過失と結果発生との間の因果関係を判定するにつき、共通のいわば基本的な困難である。

2) 怠慢不作為による病状不明

……B不作為による病状不明（不確実増強型）

医療とは、疾病に伴う身体への危険防止のために最善を尽くす業務と観念すれば、医療が期待はずれに終わった場合とは、身体への危険が現実化して死傷の結果という損害、つまり生命身体への回復不能な毀損が生じる。治療が奏功しないのは「駄目もと」であるといえても、それは基礎疾患に由来する生命身体上の危険が現在化しているという意味では、治療の失敗にもうつる。

そして医療に関連した身体的毀損は、ある場合には α 医療の名で新たに加えられた侵襲、例えば手術時の他臓器損傷や検査や薬の合併症であったり……いわゆる医原病型……、他では β 治療が奏功しないまま疾病が進行した結果、例えば癌の進行や新生児仮死による脳性麻痺……いわゆる疾病進行型……であったり、する。これらは身体侵襲という死傷の結果が、医療行為（医的侵襲）に起因するものか、それとも患者にもともと存在した疾病の自然な進行に因るものか、の区別である。

後者 β 疾病進行型では、仮に医師が癌の検査や胎児の心拍監視を十分に行ったとしても、治療の不確実性からやはり同じ結果が発生した可能

性も否定することはできず、また行うべき検査をしなかったために医的介入（治療行為）がなされず、介入すべき時点での患者の病態は必ずしも明らかになっていない（だから必要な医的介入がなされずに結果が生じている）から、なすべき治療が果たして奏功したのかどうかさえ判断としないことが多い。

3) 医療不奏功による結果と他原因・素因の競合……C他原因・素因の競合

さらに β 疾病進行型では、少なくとも自然的因果律から転帰を眺めれば、死や脳性麻痺を招いた起因力は癌の増殖あるいは低酸素状態ということであり、医師が癌や低酸素状態を作ったり加速させたわけではない。検査懈怠や胎児心拍監視を怠った医師の義務違反がなければ、死亡や新生児仮死による脳性麻痺が果たして避けられたといえるかどうか分らない、ともいえる。

また前者 α 医原病型でいえば、他臓器損傷や検査・薬の合併症といえども、誰にでも起こりうるものでなく、患者の基礎疾患による周辺臓器の脆弱化による損傷や、体質的素因とあいまってはじめて合併症が生じた場合などは、その結果を招来せしめた原因行為が何であるかは必ずしも明らかにはならない。ことに患者の既往症や年齢や体調などが結果発生に寄与していると考えられ、しかも既往症や体質、素因が疾病の危険を増加させる独立の要因として観念される場合には他原因ないし素因が競合して当該結果を生ぜしめたと考えられる。

4) 訴訟上の攻撃防御の実際

このように医療過誤訴訟における因果関係認定の困難さは、「特定の事実」である疾病の治療を本体とする医師の注意義務をどのように考えるのか（A治療の不確実性）、「特定の結果」たる身体損傷の現実化という結果をどのように帰責すべきか（C他原因併存競合）との実定法的な理解とともに、どのように証明責任を分配負担させるべきかの訴訟法

的証明負担も（B怠慢による病状不明）、影を落としている。

3. 因果関係の証明困難の克服

- 1) 医師の過失が明らかであるが、発生した死傷の結果がその過失に起因するとの証明がなされない場合には、死傷の結果がいかに深刻で、また過失がいかに重大であったにせよ、医師の責任を認めることはできない。しかし医師の過失が明らかな場合とは、患者の死傷の結果を防止すべき義務に違反したという意味であり、その死傷が現実化しているのに、医師が免責されるのは不正義でないかとの疑問がでる。

そこで、死傷の結果がその過失に起因することの患者側の立証上の困難が、多くは医療側の治療不備（つまり病因・宿主情報不明）の結果たる患者や病因に関する不確かに由来することから、「みずからの過失を高唱することで責任を免れる」不正義を避けて、医師の責任を肯定するための理論構成が以下のように登場した。⁽⁴⁾

- 1-患者の医療に対する期待に反して、死傷という法益侵害事実があると考えて、患者の適切な診療を受けられるとの期待権を侵害した。

→期待権侵害

- 2-期待に反した結果は、単なる債務不履行であり権利侵害ではない。何が侵害されたかの法益の実質を追求すれば、

① なにがしかの延命可能性の侵害として延命利益 →延命利益論

② 生命の質ないしライフスタイルを侵害したとの論

→ライフスタイル論

- 3-法益侵害といえる責任の根拠を探して、医師は不断に治療機会を与えるべき業務であるところ、怠慢不作為により治療機会を与えな

(4) 石川寛俊「延命利益、期待権侵害、治療機会の喪失」新裁判実務大系 1・305頁（2000）

かった客観的義務違反として生じた死傷結果について帰責される

→治療機会喪失

いわば責任根拠を、期待に反したという主観的内容から客観的権利侵害に昇華する過程が、被侵害法益の探索として延命利益 or ライフスタイル論へ進み、さらに医療行為による被侵害利益としての（不法行為とされる対象法益が）治療機会であると整理されてきた。

- 2) こうした平成10年頃までの学説状況の中で、治療機会喪失論ないし延命利益論のような理由付けから医師の賠償責任を肯定した、原審東京高裁判決に対する医療側の上告申立事件において、最高裁平成12年9月22日第二小法廷判決・民集54巻7号2574頁はいずれの説を是とするかの明言は避けながら、不法行為による保護法益としての「その時点で生存していた相当程度の可能性」は最高法益である生命に関わるものとして保護法益性を認め、原審判断を是認して上告を棄却した。

したがって、上記法益のいずれを選択排除したか、つまり責任発生要件を詰めたものでなく、不法行為の保護法益性を認めたに過ぎない。

保護法益となるべき責任原因ないし責任要件は不問にしている。生命身体が保護法益であるのは当然であるが、だからといって生命身体が喪失しなかった相当程度の可能性が、独立の保護法益になるということにはならない。しかも、平成11年判決との比較の中で、「高度の蓋然性は証明されなくても……相当程度の可能性があれば」との論旨から、証明の程度に応じて二段階保護という実利的発想も登場することになった。

- 3) このこと、つまり平成12年最高裁判決は、「相当程度の可能性」について、①権利発生根拠＝責任要件に触れてない、②高度の蓋然性と対比して、証明の二段階的構成があるかのごとき文脈である、ことが後の「相当程度の可能性」をめぐる混乱を招く要因となった。

ここでの損害は、過失に起因したとの「確実性」（高度の蓋然性）は

なくとも「相当程度の可能性」があれば、と提示されたが、これが訴訟上の証明を緩和して別途の保護法益につなげたものか、証明（異なる保護法益＝損害費目）対象を区別して新たな法益を認めたものかが、まず課題である。

第2．事例分析

以下は平成12年9月以降の因果関係が問題となった最高裁判決、及び平成12年判決以降の相当程度の可能性侵害により請求が認められた（「相当程度の可能性」文言の有無は問わない）下級審判決である。最高裁判決、下級審判決のいずれも平成22年4月末までの刊行物搭載判決、筆者が関与した刊行物未搭載判決による。

すべての判決について、因果関係判断における結果が「死亡の時点においてなお生存」であるとした最高裁平成11年2月25日第一小法廷判決（民集53巻2号235頁）、相当程度の可能性を保護法益とした最高裁平成12年9月22日第二小法廷判決（民集54巻7号2574頁）、相当程度の可能性侵害を後遺症事案についても認めた最高裁平成15年11月14日第三小法廷判決（民集57巻10号1466頁）の引用の有無に着目し、第1で言及した因果関係の判断が困難な理由（A治療効果の不確実性、B怠慢不作為による病状不明、C他原因（素因）の競合）により分類した。

また、1～6の最高裁判決については、因果関係（○因果関係有、△因果関係無・相当程度の可能性有、×因果関係・相当程度の可能性とも無）について、最高裁においてどのように原審の判断が変更されたか、原審破棄理由に着目した。7～59の下級審判決については、各判決において言及された被告の過失による侵害利益（a期待権、b救命可能性、c延命利益、d可能性、e治療機会、o侵害利益について特に言及無し）により分類し、かつ、慰謝料額を算定するにあたって考慮した事情を抜き出した。

A 治療効果の不確実性 B 怠慢不作為による病状不明 C 他原因(素因)の競合

a 期待権 b 救命可能性 c 延命利益 d 可能性 e 治療機会 o 侵害利益について特に言及無し

医療訴訟における「相当程度の可能性」の漂流

	日付 裁判所 出典	原審破棄理由 最判引用 (H11・H12・H15)	過失の内容	判決内容
1	H12.9.7 最高裁 H11(受)505 判時1745・42参照	×→○	A 22歳のXは鎮痛剤の筋肉注射、局所麻酔を施行され、血管造影検査を受けたが、終了直後Xの意識レベルは低下し、その後脳梗塞と診断され、右半身麻痺等の障害が残った。医師が検査後Xの意識レベルの低下を認識していたのに、投薬の効果と誤診し、嚴重な経過観察の指示や担当医等への引き継ぎを怠った。	Xの脳梗塞の原因となった血管れん縮に対しては早期治療が重要で、より早期に脳浮腫を予防、改善するために一般的に行われている処置を講じていたならば、Xが脳梗塞及びそれに由来する後遺障害を免れ、あるいはその程度が軽いものとどまったであろうことを是認し得る高度の蓋然性を直ちに否定することはできない。
2	H13.11.16 最高裁 H10(受)1155 判時1786・32参照	×→△ H12引用	A 67歳のAは下腹部及び腰部の不快感、下痢、おう吐を訴えてY病院を受診し、入院後も腰部、下腹部の痛みを訴え続けていたが、容態が急変して死亡。Aが連夜腹部の痛みを訴えていたのに鎮痛剤を投与しただけで腹部超音波検査等想定し得る原因疾患に対応した検査を行わなかった診療義務違反有り。	Aの死因を医学的にいずれかであるかを特定することはできないというにとどまり、それぞれの可能性を否定していない鑑定結論部分に依拠し、Aの死因が腹部動脈瘤の破裂による心不全であるとするXの主張を否定した原審の判断は違法。ショック状態に陥った後であっても、即刻、適切な緊急手術等を行っていれば救命ないし延命し得た相当程度の可能性があれば、緊急手術等を行わなかったことが債務不履行ないし不法行為を構成する余地は否定できない。
3	H14.2.28 最高裁 H13(受)241 判時1819・3参照	○→△ H11引用	A 陳旧性肺結核等の既往を持つ75歳のAは転倒して入院中、肺結核と診断され、治療によりいったんは回復したが、その後肺炎を発症して死亡。抗生剤エセボリンの投与を中止し、エセボリンに代わる新たな抗生剤が投与されなかった点において、肺炎に対する投薬治療を怠った過失有り。	Aの年齢、体力、肺機能の低下の状態、本件の場合Aの発症した肺炎の致死率は50%よりさらに高まり、抗生剤が投与されていたとしても救命率の向上は10%を超えることはないという病状の重篤の度合いを勘案するならば、抗生剤の不投与がAの病状にある程度影響した可能性はあるとしても、投与されればAがその死亡の時点においてなお生存していたであろうことが高度の蓋然性をもって認められるということまでは困難。
4	H15.11.11 最高裁 H14(受)1257 民集57・10・1466	×→△ H12引用	A X(当時12歳)は頭痛・発熱等を訴え開業医で点滴治療を受けていたが、病状は好転せず、意識障害を疑わせる言動があった。Xは意識の混濁した状態で総合病院に転院したが、急性脳症と診断され、日常生活全般にわたり常時介護を要する重度後遺障害が残った。初診から5日目の時点で急性脳症等を含む何らかの重大で緊急性ある病気がかかっている可能性が高いことを認識し、高度医療機関へ転送し、適切な医療を受けさせるべき義務有り。	転送義務に違反した行為と患者の上記重大な後遺症の残存との間の因果関係の存在は証明されなくても、適時に適切な医療機関への転送が行われ、同医療機関において適切な検査、治療等の医療行為を受けていたならば、患者の上記重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性の存在が証明されるときは、医師は、患者が上記可能性を侵害されたことによって被った損害を賠償すべき不法行為責任を負うものと解するのが相当である。
5	H16.1.15 最高裁 H14(受)1937 集民213・229	×→△ H12引用	A 30歳の女性Aは胸のつかえ等を訴え開業医で胃の内視鏡検査を受けたが、胃の内部に大量の食物残渣があり内部に十分に観察できなかった。医師は再検査せず慢性胃炎と診断し内服薬を与えて経過観察とした。Aは3ヵ月後にスキルス胃痛と診断され、直ちに化学療法を受けたものの	上記検査義務を怠った医師の過失と患者の死亡との間の因果関係の存在は証明されなくても、適時に適切な検査を行うことによって病変が発見され、当該病変に対して早期に適切な治療等の医療行為が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診療契約上の債務不履行責任を負うものと解するのが相

			約5ヶ月後に死亡。胃の内部に大量の食物残渣が存在すること自体が異常をうかがわせる所見であり、当時の医療水準によれば、再度胃内視鏡検査を実施すべき。	当である。	論
6	H21.3.27 最高裁 H19(受)783 判時2039・12 判タ1294・70 集民230・285	△→○	A 人工骨頭置換術のため全身麻酔薬プロポフォールの静脈内投与を受け、その後硬膜外麻酔として塩酸メビパカインを注入され、同時に全身麻酔薬塩酸ケタミンの静脈内投与を受けた65歳のAが手術中に血圧が低下し死亡。プロポフォールと塩酸メビパカインを併用する場合には、薬の作用が強すぎて血圧低下、心停止、死亡という機序をたどらないよう投与量の調整をすべき義務があったのにこれを怠った。	医師の過失とAの死亡との間には相当因果関係があるというべきである。本件において医師がプロポフォールと塩酸メビパカインの投与量を適切に調整したとしてもAの死亡という結果を避けられなかったというような事情は何れもないのであるから、プロポフォールと塩酸メビパカインの投与量をどの程度減らすかについて医師の裁量にゆだねられる部分があったとしても上記結論を左右しない。	説
	日付 裁判所 出典・評釈	具体的可能性 最判引用 (H11・H12・H15)	過失の内容	被害の程度 認容額 費目	慰謝料根拠
7	H13.2.28 東京地裁 判タ1086・261	有 (生存して退院可能性30%程度)	A 糖尿病の既往がある71歳の男性Aは自宅で意識不明となった。Aは救急車で心臓マッサージ等を受けながらY病院に午前1時16分頃搬送されたが、午前2時20分死亡。医師に適切な時期に除細動の措置をほどこさなかった過失有り。	死亡 慰200弁13 患者の慰謝料	e (「相当程度の可能性」の文言無し)Y病院医師らの過失によって適切な救急救命処置を受ける機会を奪われ、精神的苦痛を与えられたものというべきである。本件に現れた諸般の事情を考慮。
8	H13.7.4 東京地裁 判タ1123・209	無 H11・H12引用	A 70歳のAが苦痛を訴え救急車でY病院に搬送され、主に精神的な原因によるものと診断された。Aはその後急性心筋梗塞と診断され血栓溶解療法などの治療を受けたが、急性心筋梗塞による心破裂により死亡。Aの新旧レントゲン写真の比較から心不全と診断して心電図検査を行うとともに、心不全の治療として酸素吸入及び利尿剤投与などの適切な措置を講ずべきであった。	死亡 慰200弁20 患者の慰謝料	b 仮に、上記可能性がわずかであっても、万全の治療を受けていたならば、救命の可能性があったかもしれないというAの無念の思いを慰謝するため、相当の慰謝料請求を認めるのが相当である。義務違反の内容、Aは家族を通じるなどして適切な医療措置を求め続けていたこと、Aの年齢、その他本件に現れた一切の事情を考慮。
9	H13.7.26 大阪高裁 判時1797・51 判タ1095・206	無	A 最3判平成11年3月23日・集民192号165頁の差戻審。Aは顔面けいれん根治のため脳神経減圧手術を受けたが術後間もなく意識状態低下等の異常が見られ、開頭手術を受けたが2ヵ月後に死亡。小脳半球切除術によれば救命の可能性はあったのであるから、担当医師はAの家族にAの病状の程度、上記手術の内容及び必要性、期待される効果や危険性などの説明をして同意を得たうえ、小脳半球切除術の実施をすべきであった。	死亡 慰1000弁200 患者の慰謝料	c, e Y1らはAの生命維持の可能性という法益を侵害したことにより不法行為を負うべきである。本件事案に鑑みて、上記過失と相当因果関係のある慰謝料はAの精神的苦痛に対するものに限定するのが相当である。また過失利益及び葬儀費用については、上記のとおりY1らの過失とAの死亡との間の因果関係は認められないので否定すべきである。

医療訴訟における「相当程度の可能性」の漂流

10	H13. 10. 16 東京高裁 判時1792・74	無 H12引用	A AはY診療所で後頭蓋窩に大きな腫瘍が存在することが確認され、1週間後に手術可能な医療機関への転院予定で入院し、グリセオールの投与を受けていたが、入院4日目、脳内圧の亢進により脳ヘルニアを起こし、他病院に転送されたがその後死亡。Aの腫瘍は急速に増大しており、1週間の間に脳ヘルニアを起こすことはないと判断すべき根拠はなく、YはAを転院させるべき緊急性について判断を誤った過失有り。	死亡 慰400弁50 患者の慰謝料	c 延命の可能性が失われたことにより患者が被った精神的損害について賠償する責任。グリセオールの投与を受けたものの頭蓋内圧亢進状況についての注意を払われないまま待機させられ、Y診療所に来院してから約73時間後に脳ヘルニアを起こし死亡するに至ったこと及び直ちに腫瘍摘出手術を行うことのできる病院に転院された場合の延命の可能性に関する本件に現れた一切の事情を考慮。
11	H13. 11. 5 東京高裁 判時1778・69	無 H11・H12引用	A 71歳のAは自宅で倒れ意識を喪失し、Y病院に到着した頃脈拍がなくなり、約1時間後に死亡。救急救命設備が整い第二次救急病院にも指定されていたY病院の医師としては、意識及び呼吸がなくなり、脈拍が触れず心音も明らかでないなどの状態で搬送された患者に対し、心室細動の発症の有無を確認し、心室細動の発症が認められたら直ちに電気的除細動の処置を採るべきであった。	死亡 慰200弁20 患者の慰謝料	e 被控訴人には、当時の医療水準にかなった適切な医療行為を受けられなかったことによりAが被った精神的苦痛に対する慰謝料支払いの義務があると言うべきである。
12	H13. 12. 20 仙台地裁 裁判所HP H9(ワ)1162	有 (救命可能性 20%)	A Aは出産後出血が続き、新鮮凍結血漿、濃厚赤血球等が投与されたが、羊水塞栓及びそれに伴うDICにより死亡。医師に、輸液の遅れ、濃厚赤血球の投与の遅れ、気管内挿管の上高濃度酸素による陽圧呼吸の遅れ、及びオピオイド等使用上の誤り、代謝性アシドーシス補正の遅れ(特に、濃厚赤血球の投与の遅れオピオイド等使用上の誤り)の過失有り。	死亡 (患者) 慰700 (両親) 各慰10弁2	o ([相当程度の可能性]の文言無し)過失行為がなかったとしてもAの延命が可能であったのは数時間程度であるが、輸液の遅れ、濃厚赤血球の投与の遅れ、気管内挿管等の遅れ及びオピオイド等使用上の誤り、代謝性アシドーシス補正の遅れがなければ、20%程度の救命可能性はあったこと、その他本件に顕れた諸般の事情を総合考慮。
13	H14. 2. 28 東京地裁 判例体系 H10(ワ)21883	無 H12引用	A Yの執刀により脂肪吸引手術を受けたA(当時30歳)は、その約3週間後、下腹痛を訴えてYの勤務する診療所を訪れたがYはAを診察せず。翌日午前0時頃、Aは肺動脈血栓塞栓症により死亡。医師は患者に対して合併症の発生の有無を確認するために診察をし、これに対する処置を行うか、自ら治療を行うことが難しいと判断される場合には患者を高度医療機関に転送する措置をとるべきであった。	死亡 慰500弁50 患者の慰謝料	e Aの診察を行わなかったことによりAの救命のための適切な医療を受ける機会を奪い、患者に対して精神的苦痛を与えた。Aは、従前から足の痛みを訴えてクリニックFに電話をかけていた上、来院して診察を求めたのにYはこれを行わず結果として死亡するに至ったのであるから、同人がこれによって受けた精神的苦痛は相当程度大きかったというべきである。
14	H14. 5. 20 東京地裁		A 妊娠35週5日のX2は下腹部痛がおさまらず大学病院を受診した。当直医が診察し、その後産婦人科医により帝王切開術が施行されたがX1は重症新生児仮死の心停止状態	重度後遺症 慰600弁60	d X1は新生児仮死の程度が少しでも軽い状態で出生する機会を奪われ、重い後遺障害の程度が少しでも軽い状態で成長する可能性を侵害され大きな精神的苦痛を被った。

<p>医訴CF①228 H11(ワ)18965</p>	<p>無</p>	<p>で出生。当直医には診察を開始後直ちに胎児心拍数の計測をすべき義務を怠った過失、徐脈を認め胎児仮死を疑った時点において、直ちに帝王切開術の施行を判断すべき義務を怠った過失有り。</p>	<p>患者の慰謝料</p>	<p>X1は全面的に介助を要する状態にあって、改善に向かう見込みはなく、当直医の働いた処置は、国立大病院の備えるべき医療水準に照らして十分とはいえないものであった。</p>
<p>15 H14.7.18 新潟地裁 判例体系 H11(ワ)71</p>	<p>無 H12引用</p>	<p>A A(当時38歳)はめまいと吐き気を訴えY病院を受診しCT検査の結果異常なしと診断されたが、約5ヶ月後脳腫瘍(神経膠芽腫)が発見され、腫瘍摘出術等の治療を受けたが、最初のCT検査の日から約29か月後に死亡。明らかな異常所見が認められる本件CTフィルムを異常なしと診断したY病院医師に注意義務違反有り。</p>	<p>死亡 慰300弁30 患者の慰謝料</p>	<p>e 神経膠芽腫の子後が悪く、実際の死亡日よりさらに相当長期間生存するとは認め難いが、本件CT検査から脳腫瘍が判明するまでの間に適切な治療を受けられなかったことによる患者の精神的肉体的苦痛は相当なものであったと推察され、その他本件に現れた一切の事情を考慮。</p>
<p>16 H15.1.27 東京地裁 判タ1166・190</p>	<p>無</p>	<p>C 15歳のAは3度にわたり脳腫瘍摘出手術を受けたが、3度目の手術後から頭痛・微熱等の症状が出現し、約1ヶ月後、髄液貯留による脳幹圧迫、連鎖球菌による敗血症及び髄膜炎を併発して死亡。医師は敗血症を回避するために、Aの発熱が生じた時点で血液培養や髄液検査等を行い、Aが髄膜炎に罹患していることを発見して抗生剤の投与や髄液ドレナージを行うべきであった。</p>	<p>死亡 患者の慰謝料 100 両親の慰謝料 各50</p>	<p>a, e 適切な医療を受けるといふA及び両親の期待権侵害。診療内容が医療水準に達していなかった、医師によるカルテ記載が不十分、15歳の若さで死期を早めたAの無念、息子を失った両親の悲嘆、他方、Aは長期の生存を期待し得ない状況にあり、過失がAの延命に与えた影響は大きくなかった、診療行為に対する過失は本件手術後の経過観察のみであった、その他一切の事情を考慮。</p>
<p>17 H15.5.28 東京地裁 判タ1147・255</p>	<p>無</p>	<p>B 58歳の男性Aは肝硬変、糖尿病、食道静脈瘤等によりY病院に断続的に入院していたところ、タール便や吐血があり、救急へ入院したが、入院翌日死亡。Y病院には、Aに対し、血液検査等の各種検査を適宜実施し、Aの全身状態の把握や経過観察を十分に行うべき義務を懈怠した過失、高アンモニア血症の治療を迅速かつ強力に行わなかった過失及び不適切なラシックス、ソルダクソン及びメイロンの投与を行った過失有り。</p>	<p>死亡 慰700弁100 患者の慰謝料</p>	<p>c 延命の可能性侵害。入院後約半日もの間主治医も決まらず、医師がAについて十分に観察して治療に当たっておらず病状認識は軽きに失っていたこと、一方、Aはアルコール性肝硬変の既往症を有していたのに入院直前まで継続的に飲酒していたこと、入院の前夜既にタール便が認められていたのにすぐには入院をしなかったことなどの事情を総合考慮。</p>
<p>18 H15.6.3 東京地裁 判タ1157・227</p>	<p>無 H12引用</p>	<p>A 生後3か月のAは咳・発熱等の症状で、Y病院に入院した。Aの体温は40.7度まで上昇したが、医師は血液検査や投薬は実施せず、Aは翌日髄膜炎菌による敗血症によって死亡。Aには体温・CRPの上昇、哺乳力の低下や発疹の出現などもみられ細菌感染症が疑われてしかるべきところであったから、速やかに抗生物質を投与すべきであった。</p>	<p>死亡 慰200弁40 患者の慰謝料</p>	<p>c 適切な治療がなされていれば、Aに延命の可能性が認められるものの、WFSによる死亡の危険性は極めて高く、Aに救命の高度の蓋然性があったことまでは認められず、抗生物質の投与による延命の効果がごく短期間に終わる可能性が高かった、経過観察のための入院でありながら十分な経過観察をしていないことなど、認定し判示した一切の事情を考慮。</p>

医療訴訟における「相当程度の可能性」の漂流

19	H15. 8. 26 東京高裁 判時1842・43	無 H12引用	C A(死亡時18歳)は神経性食思不振症の治療のためY病院に通院していたが、医師はほとんど血液検査をしておらず、その検査でも血清カリウム値は測定しなかった。その後Aは搬送先病院で死亡。過食嘔吐を繰り返して大量に乱用すると電解質喪失の危険のある下剤を処方されていたAには低カリウム血症罹患の危険性があったのであるから、定期的に血清カリウム値の検査をすべきであった。	死亡 慰300弁30 患者の慰謝料	o Aについては、上記の医療水準になかった適切な医療が行われていたならば、その死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性があったと認められるものであり、同可能性を侵害されたことによっては被った患者の慰謝料としては300万円が相当である。
20	H15. 9. 17 大阪地裁 医訴CF①78 H13(の)4377	無 H12引用	A 慢性腎不全のXはYクリニックでの血液透析後、穿刺部の腫れ、膿、体温が40度を超えるなどし、翌早朝、敗血症により左上腕切断。穿刺部の感染に引き続き40度以上の高熱・下痢等Xの全身状態が悪くなっていること、Xが抵抗性の減弱している慢性腎不全患者であること等に照らすと、その時点で敗血症を疑い、速やかに医師の診察を受けるよう指示・指導すべきであった。	後遺症 慰150弁20 患者の慰謝料	d 身体の健全性を維持することは人にとって基本的な利益であり、その健全性を維持し得た可能性は法によって保護されるべき。同可能性を侵害されたことによりXは精神的苦痛を被った。侵害の内容が左上腕の喪失であること、左上腕を救肢し得た可能性は必ずしも高いとはいえないこと等本件に現れた一切の事情を総合考慮。
21	H15. 11. 5 名古屋高裁 判時1857・53	有 (相当程度延命 することが出来 た)	A 職場の健康診断の胸部X線写真撮影検査で要精密検査とされたA(死亡時34歳)はY病院で諸検査を受けた結果、経過観察とされた。その後Aは肺癌と診断され、化学療法による治療を受けたが死亡した。当初の検査時点において経過観察としたことは誤りではなかったとしても、その約6ヶ月後の時点で経過観察とすべきではなく、再度の気管支鏡検査をし、これにより確定診断がつかなかった場合には開胸生検等の検査に踏み切るべき注意義務があった。	死亡 慰3600弁350 患者の慰謝料	d, e Aは相当程度延命することが出来たものと認められるが、どの程度の期間生存できたかは、主として得べかりし利益その他の損害の額の算定に当たって考慮されるべき事由であるところ、これを確定することが出来ないから、慰謝料の算定に際し考慮するのが相当。Aは医師の注意義務違反により肺癌に対する相当程度延命が期待できる適切な治療を受ける機会を奪われ、延命の可能性を奪われた。
22	H15. 12. 18 大阪地裁(24部) 判タ1183・265	無 H12引用	A 73歳のAは腹痛・食欲不振等の症状でY病院で各種検査を受けたが病因の確定には至らなかった。その後他病院で、悪性リンパ腫と診断され、化学療法を受けたが小腸原発の悪性リンパ腫により死亡。医師は、CT画像上の腫瘍状陰影を軽視し、必要な検査の施行を勧告せず、又は必要な各検査の施行を遅延させた。	死亡 慰500弁50 患者の慰謝料	o Aは、継続する腹痛などの症状を訴え続けながら、被告らの不法行為により、検査及び診断が遅延し、確定診断が得られないまま全腹膜炎を発症させ、その後死亡し、相当程度の可能性という法益を侵害されたものであり、その他本件に現れた一切の事情を考慮。
23	H16. 1. 16 大阪高裁 刊行物未搭載 H14(の)1183	無 H12引用	B A(70歳)は肝細胞癌と診断され開腹手術の際に左肺下葉切除術を受け胆嚢を摘出されたが、細胞癌は見つからず、肝臓は切除されなかった。その約1年後肺癌罹患が判明し、その後肺癌により死亡。医師は肝臓切除術を実施する	死亡 慰800弁80 (可能性侵害に 対する慰謝料	o 化学療法の実施によって一定の延命効果があった可能性が相当程度存したことは否定し難い。適切な治療がなされていれば、実際の死亡の時点でAが生存していた相当程度の可能性がなかったとは言えず、上記可能性を侵害され

			<p>について説明義務を果たしておらず、肝切除術を前提とした手術は違法。その後の胸部レントゲン写真の肺癌を見落とした。</p>	<p>は400) 患者の慰謝料</p>	<p>たことによって被った精神的苦痛について賠償すべき責任がある。</p>
24	<p>H 16. 3. 25 東京地裁 判タ1163・275</p>	<p>有 (少なくとも30% の生存可能性) H11・H12引用</p>	<p>A 腹痛でY病院に搬送されたA(50歳)は重症急性膵炎で緊急入院となり、重症急性膵炎に伴う多臓器機能不全により死亡。Y病院のバイタルサインチェック、尿量測定等の経過観察は不十分で、麻酔薬阻害剤持続的動注については実施可能であったのに実施しなかった。持続的血液濾過透析については実施可能な病院に転院させることを前提に、患者に説明し、転院に必要な措置を講ずるべきであった。</p>	<p>死亡 慰600 患者の慰謝料</p>	<p>a 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。本件に現れた諸般の事情を考慮して、期待権を侵害されたAの苦痛を慰謝するのに相当な慰謝料の額を算定。</p>
25	<p>H 16. 4. 15 東京地裁 裁判所HP H14(ワ)25167</p>	<p>無</p>	<p>A AはY病院において生後1か月検診を受け異常なしと判断されたが、その約1ヶ月半後、他病院で先天性胆道閉鎖症との診断を受けた。その後Aは手術を受けたが、およそ1年後死亡。1か月検診の際のAの皮膚は先天性胆道閉鎖症を疑わせる黒ずんだ色をしていたのであるから、医師は、この時点でAの直接ビリルビン値の測定をすべきであった。</p>	<p>死亡 慰300弁30 患者の慰謝料</p>	<p>b 救命可能性、少なくともより長く生存しえた可能性を奪われたことによる精神的苦痛に対する慰謝料のみが認められる。その慰謝料額は、認定事実から推測される救命可能性や延命可能性の程度、医師の過失行為の態様、本件手術後死亡までの経緯、その他本件に現れた諸般の事情を考慮。</p>
26	<p>H 16. 4. 28 大阪地裁 判タ1175・238</p>	<p>無 H12引用</p>	<p>A 生後1歳3ヶ月のAは、喘息増強の訴えで被告病院に入院したが、その後麻疹と診断され、全身状態が悪化し、高度医療機関へ搬送されたが麻疹脳症で死亡。Yは発疹期に移行してから4日経過した時点において本件患児の麻疹脳炎・脳症を疑い、高次医療機関へ転送すべきであった。</p>	<p>死亡 慰100弁10 患者の慰謝料</p>	<p>d 生命を維持することの可能性を侵害されたことにより、精神的苦痛を被った。本件患児は現実死亡した時点において、なお生存していた相当程度の可能性があると、その可能性はかなり低いと考えられること等本件に現れた一切の事情を総合考慮。</p>
27	<p>H 16. 12. 22 大阪地裁堺支部 判タ1211・46 判時1902・112</p>	<p>無 H11・H12引用</p>	<p>B 拘置所に入所する際に慢性肝炎(C型)と診断されていたA(50歳)が肝臓により死亡。肝機能が落ちており症状がなくとも、Aに対し少なくとも3~4か月に1回は肝機能検査を実施し、安静指示や投薬治療をする注意義務、Aのインターフェロン治療の適応性を検討するために肝生検を実施すべき注意義務があったのにこれを怠った。</p>	<p>死亡 慰300弁30 患者の慰謝料</p>	<p>c 被告は、延命の相当程度の可能性が失われたことによりAが被った精神的損害について賠償する責任があると言わなければならない。本件に現れた一切の事情を斟酌すると、Aの精神的損害に対する慰謝料は300万円が相当である。</p>
28	<p>H 17. 1. 11 京都地裁</p>	<p>無</p>	<p>A ネフローゼ症候群治療のため入院中のX(17歳男性)が静脈血栓症を発症し、転院先で2回の開腹手術(4月22日血栓除去及び下大静脈フィルター留置術、23日後腹膜出血止血手術)を受けざるを得な</p>	<p>開腹手術を受け なくてすんだ</p>	<p>e 開腹手術を避けられた可能性はせいぜい50%程度で高度の蓋然性はないから、割合的因果関係による損害主張は認められない。Xの年齢や手術が2度に及びXの身体に傷跡が残っていること、第1手</p>

医療訴訟における「相当程度の可能性」の漂流

	H13(ワ)3457 LLI		くなり、仕事がしにくい等の後遺症残存。Xが腰部、背部及び股関節痛を訴えた3月30日の時点で、血栓症を疑い、疼痛部に十分に診察したうえで、造影CT検査等、必要な検査を行うべきであった。	慰200弁20	術は極めて珍しい手術であったが、放置すれば死につながる可能性があり、手術中のその可能性が指摘されていたこと等を総合考慮すれば適切な治療を受ける可能性は法的保護に値する。
29	H17.1.31 東京地裁 八王子支部 判タ1228・246 判時1920・86	無	A Y病院介護病棟に入院した91歳のAが入院中に死亡。仙骨部に褥瘡発見後、2週間以上褥瘡の治療と関連づけて十分な栄養管理をすることを怠った。また、褥瘡部の滲出液が増加し38度前後の発熱が認められ、感冒薬の投与によっても解熱しなかったのであるから培養検査を実施するべきであった。	死亡 慰200弁30 患者の慰謝料	o Aの期待し得た生存の可能性を侵害したことにより、Aに対する慰謝料を支払うべき責任があり、本件の経緯、Aの生前の生活状況等諸般の事情を総合考慮すると、その慰謝料額を200万円とするのが相当である。
30	H17.2.15 仙台地裁 判タ1237・294	有 (5年生存率 60%程度) H12引用	B Aは5年間40回Y病院に通院し、慢性副鼻腔炎の治療を受けていたが、その後、他病院で上顎癌と診断され右上顎亜摘出手術を受けたが、癌が転移し死亡(当時60歳)。YがAに対して速やかな転医による適切な検査とこれによる正確な診断を得て効果的な治療を受ける時期を失しないよう配慮すべき注意義務を果たさなかった。	死亡 慰500弁50 患者の慰謝料	o 亡AがYの過失により、その死亡においてなお生存していた相当程度の可能性を侵害されたことによって大きな精神的苦痛を被ったことは、容易に推認し得るところ、Yの過失内容、亡Aの死因となった疾病と症状経過及びその生存率その他本件口頭弁論に顕れた諸般の事情を総合考慮。
31	H17.4.14 名古屋地裁 判タ1229・297	無 H12引用	A Aは出産直後から大量の出血が始まりY病院への転送当時、重度のショック状態にあった。Y病院において輸血が開始され、子宮全摘出手術が行われたが、多臓器不全に陥り死亡。輸血による救命処置に関して、血液が漏出することのないように適切に輸血を施行、管理すべき注意義務が認められるところ、輸血用血液を本件貯留液として貯留させた。	死亡 慰500 患者の慰謝料	o Aの年齢、家族関係、別訴における和解内容その他本件審理に現れた一切の事情に照らすと、上記侵害によってAの被った精神的損害は500万円をもって慰謝するのが相当である。
32	H17.6.15 大阪高裁 刊行物未搭載 H15(ホ)3528	有 (30%程度)	A 判例1の差戻審。現在のような重篤な後遺症に至らず少なくとも中等度以下の軽度な後遺症に止まった相当程度の(30%程度)可能性はあったというべきである。	後遺症 慰270弁30 患者の慰謝料	o Yの過失がなかった場合にXに現在の重大な障害は残らなかった可能性の程度、Yの過失の内容・程度、Xに残った障害の程度、その他前記認定の諸事情を総合考慮。
33	H17.7.21 仙台地裁 刊行物未搭載 H14(ワ)1511	無	B A(22歳)は発熱と頭痛があり、ぐったりして殆ど意識がない状態でY病院に救急車で搬送され入院したが、その後転院し脳炎と診断され、約1ヶ月後死亡。Y病院はAに脳炎を疑わせる脳神経症状が見られた運くとも9月24日午前11時頃には、全身管理体制をとるなど脳炎の処置ができる医療機関にAを転送するべきであった。	死亡 患者の慰謝料 300 両親の慰謝料 各100 弁55	d, e 生命を維持する可能性を侵害されたことにより相当程度の精神的苦痛を余儀なくされた。Aが適切な治療を受ける機会を失ったことで両親は相当程度の苦痛を余儀なくされた。A本人及び両親の慰謝料のほか、治療費、ガソリン代及び高速道路費として金15万余円、専門家意見書作成費40万円を認めている。

<p>34</p> <p>H17.7.25 東京地裁 医訴CF②151 H14(ワ)15539</p>	<p>無</p>	<p>C 発熱しY診療所で診察を受けたA(2歳)に対し抗生物質、テオフィリン徐放剤等が処方された。翌日AがY診療所でネオフィリンの点滴投与を受けたところ、けいれんが発生し、四肢体幹機能障害(障害等級1級)が残った。副作用の発生を回避するために添付文書中の用法や使用上の注意に留意すべき注意義務があったところ、小児について規定されている用量を上回る量のネオフィリンを投与した。</p>	<p>重度後遺症 慰300弁50</p>	<p>○ 重大な後遺症が残らない相当程度の可能性を侵害され、その結果被った精神的苦痛に関する損害については、患者に後遺症が残らなかった可能性の程度、現に残っている後遺症の程度、被告医師の過失の内容等のほか、本件に現れた事情を総合考慮。</p>
<p>35</p> <p>H17.8.31 大阪地裁 医訴CF②84 H15(ワ)10921</p>	<p>有 (慰謝料根拠欄 下線部)</p>	<p>B AはY病院で慢性胃炎と診断され、約1年半後、胃内視鏡検査を受けたところ、胃体中部後壁に中等分化型腺管状腺癌が認められ胃全摘除等の手術を受けた。その5年余後、転移による卵巣腫瘍が確認され開腹手術を受けたが、同手術の約2ヶ月後癌性腹膜炎により死亡(当時46歳)。Y病院で撮影されたレントゲン写真には潰瘍性の病変の存在を示唆するバリウムの溜まりが写っており、医師はその病変が胃癌であるか胃潰瘍であるかを鑑別するため、再度の胃レントゲン検査や内視鏡検査を実施すべきであった。</p>	<p>死亡 慰800弁80 患者の慰謝料</p>	<p>○ 固有筋層に及んだ癌の5年生存率が82ないし80パーセントであるのに対し、漿膜へ浸潤した場合にはそれが47ないし30パーセントに低下することに照らせば、当初のレントゲン検査の後、速やかに適切な治療が行われていたならばAの死亡時点においてなお患者が生存していた相当程度の可能性があったものと認められ、その可能性が侵害されたことによりAは精神的苦痛を被ったものであり、その精神的苦痛については、本件に表れた全事情を総合考慮。</p>
<p>36</p> <p>H18.1.19 高松高裁 判時1945・33</p>	<p>無 H11・H12引用</p>	<p>A Aは全身倦怠感、湿性咳等を訴えY病院を受診したところ、肺線維症と診断された。Aはその後も2年あまりY病院を受診していたが、症状が改善しなかったため、C大学病院を紹介され同病院を受診したところ、特発性間質性肺炎と診断され、約6ヶ月後に死亡した。医師には精密検査を怠った過失、肺疾患の専門医の診断・治療に委ねるか少なくとも専門医に相談するなどして治療に当たる注意義務を怠った過失(及び症状について説明すべき義務を怠った過失)がある。</p>	<p>死亡 慰300弁50 患者の慰謝料 (説明義務違反 慰200.弁50は 説明義務違反 の慰と併せて)</p>	<p>○ Aは平成7年3月末ころから激しい咳が出るようになり、その後徐々に症状が悪化し、約3年10ヶ月後に死亡に至っていること、特発性肺線維症は原因不明の慢性進行型の疾患であり、予後不良の疾患であること、平成3年調査結果によれば、同症発症後の10年生存率が22%、5年生存率が50%以下であったこと、Aが延命し得た可能性のある期間とは短期間にとどまった可能性が高いこと、以上のほか本件に現れた一切の諸事情を総合考慮。</p>
<p>37</p> <p>H18.1.25 横浜地裁 裁判所HP H13(ワ)531</p>	<p>無 H12・H15引用</p>	<p>A Aの子であるXはY病院で出生。分娩前にIUGR(子宮内発育遅延)と診断されていた。Y病院が所在する神奈川県においては、緊急時以外にも母体搬送を受け入れる産科緊急システムが確立されていて利用が可能であり、搬送も容易であったのであるから、IUGRと確定診断後、分</p>	<p>重度後遺症 慰500弁50 患者の慰謝料</p>	<p>○ Yは、前記認定の高度医療機関への転送義務違反の過失により、Xに対し、重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性を侵害したことに對する精神的慰謝料を賠償すべき義務があるところ、その慰謝料額としては、本件認定事実において現れた諸般の事情を斟酌すると500万円が相</p>

医療訴訟における「相当程度の可能性」の漂流

			<p>娩前に同システムによりAを速やかに高度の医療機関に転送し、より適切な医療を受けさせる注意義務があった。</p>		<p>当である。</p>
38	<p>H18.1.26 名古屋地裁 裁判所HP H14(ワ)5603</p>	<p>無</p>	<p>C A(71歳)は前立腺肥大症の治療を受けるためにY病院に入院。退院の際誤って血糖降下剤グリミクロンが交付され、退院直後、低血糖性昏睡によりY病院に搬送され約1ヶ月入院。退院から約1年10か月後、Aは階段で転倒し入院したが入院中転倒し、その後誤嚥性肺炎を起こし、約3ヶ月後、肺炎により死亡。処方すべき薬の誤りについては注意義務違反の程度は大きい、また、Aについて付添看護の措置を講ずるべきであったのにこれを怠った。</p>	<p>死亡 慰600弁60 患者の慰謝料</p>	<p>o 過失①により、低血糖症による重い意識障害に陥らせ、2回にわたって救急車でY病院に搬送させるという事態を招き、過失③により、同人が死亡した時点においてなお生存していた相当程度の可能性を侵害した。過失①は極めて初歩的な過誤であり低血糖症は重症であったこと、本件転倒事故は4回にわたって生じたものであること、Y病院はAに対して過失①及び同③の2回にわたる過失による不法行為をしたことなどの諸事情。</p>
39	<p>H18.3.15 東京地裁 裁判所HP H14(ワ)10365</p>	<p>無 H15判決引用</p>	<p>A YはXに午後6時から1時間毎に5回、陣痛促進剤PGE2を内服させ、午後10時22分から陣痛促進剤アトニンを点滴投与した。午後11時8分Aが出生したが、重度障害が残り、4年後に死亡。PGE2投与の22分後にアトニンの点滴投与を開始したのであるから、Yは分娩監視装置を装着して分娩監視をし、又はそれに匹敵する内容・程度の分娩監視をすべきであった。</p>	<p>重度後遺症 慰300弁40 患者の慰謝料</p>	<p>o 本件におけるような重大な後遺症が残らない相当程度の可能性が侵害され、その結果被った精神的苦痛に関する損害については、以上認定・説示した本件事案の内容、特に、被告の過失の態様、Aに後遺症が残らなかった可能性の程度、Aに生じた後遺症の内容等のほか、本件に顕れた一切の事情を総合考慮。</p>
40	<p>H18.3.29 名古屋地裁 判時1956・139</p>	<p>無</p>	<p>B 虚血性心疾患及び高尿酸血症、老人性痴呆症の既往があるA(87歳)は介護目的でY病院に入院したが、その後、床に仰向けに倒れて死亡しているところを発見された。Aの死因は心筋梗塞等による急性心臓死であった可能性が高く、Aは肺炎に罹患しており、医師は病態を明らかにするため血液検査等の検査を実施すべきであった。</p>	<p>死亡 慰180弁20 患者の慰謝料</p>	<p>o Aの精神状態が不安定で、点滴及び検査等を拒む態度を見せるなど、医師が検査等を行うことが通常に比べ困難であったこと、設備のより充実した病院に転院可能であったのに原告らがY病院での治療継続を求めたこと及びY病院への入院が介護目的であったといった前記の事情も考慮。</p>
41	<p>H18.5.17 東京地裁 裁判所HP H16(ワ)21241</p>	<p>無 H12引用</p>	<p>A A(63歳)は頭部CT検査の結果、脳出血が認められY病院に入院したが、翌早朝呼吸が停止し、その後死亡。それまでとは明らかに異なるAの容態を発見した時点において直ちにCT撮影をして脳出血の状態を確認し、直ちに対処し、対処できないのであれば、直ちに外科的治療等のできる病院に転医の手続を行うべきであった。</p>	<p>死亡 慰300弁40 患者の慰謝料</p>	<p>o 亡Aが死亡しなかったことの相当程度の可能性を侵害され、その結果被った精神的苦痛に関する損害については、以上認定説示した本件事案の内容、特に、被告の過失の態様、上記時点において亡Aが死亡しなかった可能性の程度等のほか、本件に顕れた一切の事情を総合考慮。</p>
42	<p>H18.6.21</p>	<p>無</p>	<p>A 84歳の女性Aが自宅で倒れ、午前8時25分頃Y病院に救急車で搬送された。Aはその後別の医療センターへ転送されたが、翌日午後9時25分</p>	<p>死亡</p>	<p>o 本件事案の内容、被告の過失の態様、上記時点においてAが死亡しなかった可能性の程度等のほか、本件に顕れた一切の事情を総合考慮。A</p>

	東京地裁 判タ1236・291	H12判決引用	頃死亡。医師は、遅くとも午後7時30分の時点では、Aが急性腹部大動脈閉塞を発症していることを疑って転送を開始すべきであった。	慰300弁40 患者の慰謝料	の治療費、逸失利益、入院慰謝料、死亡慰謝料、原告ら固有の慰謝料についてはAが上記可能性を侵害されたことによつて生じた損害と認めることは出来ない。
43	H18.7.14 大阪地裁 裁判所HP H15の(11466)	有 (比較的高い割合)	A 前期破水で入院したXは陣痛誘発を受けたが、分娩台上がったときには臍帯脱出を起こしていた。Xは吸引分娩によりAを娩出したが、Aは重症仮死状態で転送後も改善なく死亡。准看護師が胎児ジストレスと思われる所見ないし遷延一過性徐脈と思われる所見が認められる旨のYへの連絡を怠り、Yは出生後直ちに、新生児診療相互援助システムを利用するなどしてAを高次医療機関に搬送するよう手配すべきであった。	死亡 慰400弁40 患者の慰謝料	o Aの低酸素性虚血性脳症の程度を軽減し得た可能性は、高度の蓋然性には達しないものの、比較的高い割合で存在したものと推認するのが相当。Aの低酸素性虚血性脳症を防止又は軽減し得た可能性の程度のほか、Yに複数の過失があること、低酸素性虚血性脳症の程度を軽減し得たのみでは、Aに障害が残存した可能性があり、その程度も軽度であったとは認め難いことといった事情のほか、本件に現れた一切の事情を総合考慮。
44	H18.10.2 青森地裁 八戸支部 判タ1244・250	無 H15判決引用	A A(55歳男性)は左膝下を負傷してY病院に入院したが、負傷部位にガス瘻管が発症して入院5日目に左大腿部切断。医師には動脈縫合術に際し、血栓形成の原因となりやすい縫合糸を使用した注意義務違反、及び、その後の血栓形成による血行障害の疑いを見逃し、直ちに適切な検査をしなかった注意義務違反があった。	重大な後遺症 (左下肢切断) 慰300弁30 患者の慰謝料	o (割合的因果関係論否定)本件に現れたY病院における診療経過、担当医の上記注意義務違反の程度、左大腿切断により原告が被った精神的苦痛、左大腿切断を回避し得た可能性その他本件訴訟等の諸般の事情を考慮。
45	H18.10.13 京都地裁 裁判所HP H16の(3297)	無 H15判決引用	A X2入院時の胎児心拍数モニタリング上、一過性徐脈がみられた。X1は帝王切開術により新生児仮死の状態で出生したが重度障害が残り、X2は子宮膈上部切断術により二度と子を産めない体になった。入院時モニタリング上遷延一過性徐脈の可能性が否定できず、X2が妊娠中毒症であることから、医師は早剥発生の危険が高いことを念頭に置き、胎児心拍数モニタリングを連続的あるいは断続的に実施することを指示すべきであった。	(X1後遺症) 患者慰1000 X2X3各慰100 (X2後遺症) 患者慰100 (弁護士費用) X1 100 X2 20 X3 10	o 上記可能性の侵害に対する損害賠償として、財産的損害を肯認するのは困難であり、精神的損害のみを認めるべきである。X1の後遺症が重篤であること、その後遺症が生じなかった可能性の程度、その他本件に現れた一切の事情を考慮。X1の出産がX2にとって初産であったこと、X2は二度と子を産むことができなくなったこと、上記可能性の程度、その他本件に現れた一切の事情を考慮。
46	H19.1.12 山口地裁 岩国支部 判タ1247・310	無	A 進行した脾臓癌と診断されたA(50歳女性)が2ヶ月間余Yの独自の理論による診断及び治療を受けたが、転医後8日で脾臓癌・肝転移・肺転移により死亡。YがAに対して行った治療は、末期の脾臓癌であったAに対する治療として一般的な医学的基準に照らして適切であったものとは到底評価できず、Yには診療契約上の法令遵守義務、診断義務、治療義務、説明義務及び転移勧告義務違反があった。	死亡 慰謝料700弁70 患者の慰謝料	a YのAに対する説明、診断、及び治療の不適切さを考慮すれば、AがY医院での受診を開始した時点で既に末期の脾臓癌に罹患しており、余命がほとんど残されていない状態であったことを考えてもなお期待権を侵害されたことによる精神的苦痛は極めて強かったものと考えられる。期待権侵害により被った精神的苦痛を金銭で慰謝。

医療訴訟における「相当程度の可能性」の漂流

47	H19.1.25 東京地裁 判タ1267-258	無 H15判決引用	A Xは生後10ヶ月で発熱と痙攣を主訴としてY病院を受診し入院。Y病院では無菌性髄膜炎を疑い治療を開始したが、その後、結核性髄膜炎と粟粒結核であることが判明し、A病院に転院させたがXには重度障害が残った。胸部X線画像に異常が認められた時点で胸部CT検査をするか、専門医に意見を求め、適切な治療を行うことができる医療機関に転医させるべきであった。	重度後遺症 慰200弁20 患者の慰謝料	o Xの後遺症は重篤なものであり、いわゆる寝たきりの状態にあること、過失の態様は、原因解明のための努力を続けていたものの、結核性髄膜炎が小児科医がまれにしか遭遇しないものであるため、これを想定して迅速に対応するのが遅れたということであること、Xに後遺症が残らなかった可能性は高いとはいえないこと、その他本件に顕れた諸事実を考慮。
48	H19.2.14 名古屋地裁 判タ1282-249	有 (改善率81.6% 著名改善率 35.3%) H12引用	A 19歳のAはY病院で肝移植を受け、その後入院を継続していたが、MRSA敗血症を原因とする感染性心内膜炎を発症し、これを原因とする脳出血により死亡。腹水の増加等の感染徴候が見られ、MRSA敗血症に罹患した疑いが高まった9月17日にはMRSA感染症に対応すべく血液等の細菌培養検査を行うとともに、その結果に従って、バンコマイシンの投与をすべきであった。	死亡 慰600弁60 患者の慰謝料	o Aの感染徴候に対する適切な対応を怠ったことにより、Aが死亡した時点においてなお生存していた相当程度の可能性を侵害したものと判断することができる。注意義務違反の内容、注意義務が尽くされた場合における生存の可能性の程度、Aの症状その他本件に顕れた一切の事情を総合して判断。
49	H19.8.24 東京地裁 判タ1283-216	無	A 高血圧及び糖尿病の治療のためY病院内科に通院していたA(52歳)は、血便等の症状のため、外科にも通院していたところ、転移性の肝癌が発見され、その約1ヶ月後に死亡。Y病院外科初診時において、Aは軟便、血便、下痢、便秘の狭小等、大腸癌の典型的症状を訴えていたのだから、医師は直ちに大腸癌を疑い、大腸内視鏡等の検査を実施すべきであったのに経過観察とした過失がある。	死亡 慰150弁16 患者の慰謝料	o 本件事案の内容、Y病院における診療の経過、Y病院の担当医師の注意義務違反(過失)の内容と態様、亡Aがその死亡時においてなお生存していた可能性の程度、仮に生存していた場合に予想される生存期間、生活状況と治療状況、日常生活動作(ADL)の状況等、本件訴訟に顕れた一切の事情を考慮。
50	H19.11.21 大阪地裁 判タ1265-263	無 H15判決引用	A XはY病院のメンタルヘルス科で解離性転換性障害と診断され、精神疾患を前提とした治療が開始された。その後、Xには意識障害や視力障害の症状が現れ、Y病院眼科では視力異常を心因性的ものと判断したが、他病院においてクリプトコッカス髄膜炎が原因疾患であったことが判明。Xには両眼失明の後遺症が残った。Xの視力障害等の症状の悪化が認められた時期以降、神経内科の疾患の可能性を疑って精査を検討すべきであった。	後遺症 (両眼失明) 慰600弁70 患者の慰謝料	o XはYの前記各過失により、両眼の失明という重大な後遺症が残らなかったであろう相当程度の可能性を侵害されたことにより、精神的苦痛を被ったものと認められるので、その賠償を求めることが出来る。Xに適切な措置が執られておれば、失明という重大な後遺症が残らなかったであろう可能性の程度、Yの過失の内容・程度、Xの年齢、家族関係など、本件に顕れた一切の事情を考慮。
			A XはY病院において、左変形性膝関節症の治療として人工膝関節置換術、血拴摘除術、バイパス術を受けたが、その後、左下肢壊死が進行し、		o ①Xの負った後遺障害は重いものであり精神的損害も大きい②医師らには3点の注意義務違反があり、いずれの点についても注意義務を尽く

51	H20. 1. 21 東京地裁 裁判所 HP H17(ワ)24889	無	転院後、左大腿切断。カテーテルの先に抵抗を認めた時点で血栓摘除術を中止し、血管造影を施行して、閉塞部位、閉塞の範囲、末梢への血流の有無等を評価すべき注意義務、バイパス術を行うに当たり、その適応の有無、適切な吻合部位等を判断するために血管造影により末梢の血流を確認すべき注意義務、バイパス術後Xに対して下肢切断に至る可能性についての説明義務に違反した過失が認められる。	後遺症 (左大腿切断) 慰400弁40 患者の慰謝料	していれば左大腿切断に至らなかった相当程度の可能性があったと認められる③単に下肢切断に至る可能性を説明しなかっただけでなく血行が回復したかのような誤解を与える不適当な説明をしており義務違反の程度は重大である④Xは手術をしなければ良かったのかと色々考え、うつ病と診断されている、その他本件に現れた一切の事情を考慮。
52	H20. 2. 13 大阪地裁 判タ1270・344	無	A Aは痙性斜頸に対し、Y病院脳神経外科において先端的治療である副神経系に対するアドリアシン注入術等の外科的手術を受けたところ、水頭症や脊髄空洞症等の疾患を続発し、四肢麻痺による臥床状態を経て約10年後死亡(当時36歳)。ステロイド大量投与が十分に奏功せず、頭部CT検査において第四脳室の拡張所見等があり、同所見が脳幹を圧迫している可能性があるとして判断した段階で、第四脳室水頭症に対する処置を実施すべきであった。	死亡 慰450弁50 患者の慰謝料 (説明義務違反) 慰180弁20)	o AはAが死亡した時点においてなお生存していた相当程度の可能性を侵害されたことによる精神的苦痛を被ったものと認められるところ、上記の可能性の程度、Y病院の過失の程度、Aがたどった死亡に至る臨床経過の期間及び重篤さ、Aの年齢など、本件に現れた一切の事情を総合考慮(別途アドリアシン注入術を実施するにあたり説明義務違反慰謝料等を認定。)
53	H20. 2. 15 徳島地裁 H15(ワ)305 LLI	無 H12・H15引用	A X(68歳男性)は疣痔の切除手術を受けたが、その後脳梗塞による後遺症(右上肢全廃、右下肢に著しい障害、身体障害2級)が発生。脳梗塞を発症し、その初期症状が発現していたのに、看護師は手術に伴う痛み過ぎないと判断して医師に報告しないなど適切な対応をせず、医師においてXの診察、脳梗塞に対する応急処置や転院措置をとらなかった点に過失が認められる。	重度障害 慰200弁30 患者の慰謝料	o (慰謝料以外を含めて可能性の割合に乗じた損害を認めるべきとのXの主張については、認定した損害は重大な後遺症が軽減されていた相当程度の侵害に対して認められる慰謝料で、後遺症による逸失利益や介護費などの相当因果関係が肯定されてはじめて賠償義務が生じる損害とは本質的には異なるから採用できない。)本件に現れた一切の事情を勘案。
54	H20. 2. 27 大阪地裁 判タ1267・246	無	B 74歳のAはY病院において心臓弁膜置換手術を受けたが、術後、出血性貧血による心筋虚血及び心タンポナーデを原因とする心不全を発症した結果、低酸素脳症から遷延性意識障害に陥り、その後死亡。術後の止血及び輸血措置が時期及び内容のいずれにおいても不十分。また、心臓超音波検査により血腫の存在を確認した後、血腫の増大の有無を確認するため、胸部X線写真を撮影すべきであった。	死亡 慰450弁45 患者の慰謝料	o 低酸素脳症を発症せず死亡しなかった可能性は比較的低い程度にとどまるといえることのほか、被告医師らの過失の内容、程度、Aの年齢等本件に現れた一切の事情を斟酌。
			A 交通事故で負傷したAはY病院に救急搬送されたが心タンポナーデを発症し、シヨ		o Aは死亡の時点でなお生存していた可能性を奪われたことにより精神的苦痛を被っ

論 説

医療訴訟における「相当程度の可能性」の漂流

55	H20.2.29 京都地裁 裁判所HP H18(ワ)1394	有 (慰謝料根拠欄 下線部) H12引用	ックに陥った後死亡(当時57歳)。心嚢液を排液して心タンポナーデを解除しなければショックから回復させるのは困難であるし、排液できればショックから回復することが十分期待できたというべきであるから、医師は何よりも優先して心嚢液の排液措置に取り組むべきであったのに、Aがショックに陥ってから排液措置に着手するまで約30分もの時間を費やした過失があった。	死亡 慰1000弁100 患者の慰謝料	たものと認められる。慰謝料の金額について検討するに、Aが死亡の時点で生存していた可能性は決して低いものでないばかりか、単に延命をはかれたのみでなく、回復して日常生活に復帰できた可能性も相当程度認められるというべきであり、その他本件で現れた一切の事情を総合考慮。
56	H20.6.26 広島高裁 判タ1278・257	無	A Xは右肩関節痛を訴え整形外科医師の治療を受けていたが、疼痛がなくなることから、Yの経営する整形外科で治療を受けるようになり、マッサージ等の治療を受け、痛みのある場合にはYの指示により三角布を使用し安静を保ってきたが、その後他病院で、右凍結肩、右肩関節周囲炎との診断を受け、五十肩の回復が遅れた。五十肩に対する施術は柔道整復師の権限ではないから、YはXに対し整形外科医での受診治療を受けるよう転医を働きかける義務があるのにこれを怠った。	五十肩の悪化 ないし回復の 遅れ 慰100弁10 患者の慰謝料	e (「相当程度の可能性」の文言無し)XはYの診療契約上の義務違反により適切な治療を受ける機会を奪われ、その結果、(その程度は不明といわざるを得ないもの)五十肩の悪化ないし回復の遅れという損害を被ったのであるから、これを理由とする慰謝料請求権を有する。本件の経緯、特にXのその後の症状及び治療経過等一切の事情を考慮
57	H20.10.31 名古屋地裁 判タ1325・210	無 H12引用	A A(63歳)は肝腫瘍の治療目的でY病院に入院し、平成16年4月13日にRFAを受け、同月20日にPEITを受けたが、同年6月4日、多臓器不全により死亡した。医師には体温の上昇、CRP値の上昇、白血球数の上昇等の感染症をうかがわせる兆候があったにもかかわらず、抗生剤の変更又は新規投与等の適切な感染症対策を怠った過失(及びRFA・PEITを実施しなかった場合の予後についての説明を怠った過失)がある。	死亡 慰300弁30 患者の慰謝料 (説明義務違反 と併せて)	o Aが上記可能性及び説明を受ける利益を侵害され、その結果被った精神的苦痛に対する慰謝料については、本件事案の内容、Aがその死亡の時点で於いて生存していた可能性の程度及び予後等のほか本件に現れた一切の事情を斟酌し300万円をもって相当と認める。逸失利益、遺族固有の慰謝料等は、Aが上記可能性等を侵害されたことによって生じた損害とは認められない。
58	H21.3.25 大阪地裁 判タ1297・224	有 (相当高い程度)	A A(39歳)はY病院でXを出産後、出血が持続して死亡。YはAの血圧が60/34と非常に低下し、脈拍125と著明な頻脈になった上、しっとりとした発汗するなどの症状が現れ始めていた午前9時30分の時点で、Aが軽症ショックの状態に陥っていることを適切に評価し、適切な輸液を行う注意義務を怠った。	死亡 慰1500弁150 患者の慰謝料	o YはAのAが死亡しなかった相当程度の可能性を侵害したというべきであり、そのことによってAが被った精神的損害を慰謝しなければならぬ。上記可能性は相当高い程度に達していることのほか、Yの注意義務違反の内容、Aの年齢、家族構成など本件に現れた一切の事情をしん酌。
			A, B Aは平成2年8月からまでY医院で慢性肝炎及び糖尿病の治療を受けていたが、平成13年9月、腹部の腫れを訴え、B病院の紹介を受		e 被控訴人の過失により、Aは当時の医療水準にかなう医療を受ける利益を侵害されたといえるから、被控訴人は不法行為による損害賠償責任

59 H22.4.27 福岡高裁 H18(ワ)288 刊行物未搭載	無	けた。B病院での検査の結果、末期の肝臓癌であることが判明し、同年10月3日死亡した(当時71歳)。医師にはインターフェロン治療の必要性を説明しその治療を勧め、また、強力ネオミノファーゲンCによる治療の必要性を説明しその治療を勧めるべきであったのにこれを怠った過失、PIVKA-II検査、腹部超音波検査を実施し、腹部CT検査を実施できる医療機関への受診を勧めるべきであったのにこれを怠った過失がある。	死亡 慰400弁80 患者の慰謝料	を負うところ、このような治療を受けることが長期にわたってできなかったこと等やAの生存可能性の程度等を考慮し、Aの慰謝料は400万円とするのが相当である。	論 説
---	---	---	-------------------------	--	------------

出典：医訴CF～医療訴訟ケースファイル(判例タイムズ社)LLI～Law Library Information
 評釈(筆者名冒頭)：民情報～月刊民事法情報(社団法人民事法情報センター)年医法～年報医事法学(日本医事法学会)1～6 最高裁判例については評釈省略
 判決9：平沼高明・民情報198・76判決10：伊藤佑輔・民情報203・48判決11：佐藤陽一・判タ臨増1125・92
 判決29：柳澤聡・民情報245・59、良村貞子・年医法22・130判決44：伊藤佑輔・民情報258・70
 判決45：升田純・Lexis 判例速報15・69判決52：塩崎勲・民情報267・78

第3. 下級審判決の混乱

1. 憂うべき現状

1) 平成12年判決を引用するその後の最高裁判例

平成12年判決以降、同判決を引用した最高裁判例には別紙一覧表判決2～判決6と後記平成17年12月8日拘置所脳梗塞判決がある(この判決は多数意見で相当程度の可能性侵害を認めていないので別紙一覧表からは除いた)。

判決2は、患者の死因を腹部動脈瘤破裂による心不全との主張を否定した原判断を違法とし、ショック後であっても即刻、適切な緊急手術等を行っていれば救命し得た相当程度の可能性があると、原判決を破棄し差し戻した。判決3は、肺炎に対する抗生剤投与がされても救命率の向上は10%を超えないとの病状の重篤さからすれば死亡の時点でお生存していた蓋然性までは認められない、として死亡との因果関係を認めた原判決を違法として破棄した。

判決4 平成15年判決は、患者に重大な後遺症が残らなかった相当程

度の可能性の存在が証明されるときは、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として、保護法益を「生存可能性の侵害」から「重大な後遺症を免れた可能性」に拡張した。判決5平成16年判決は、「相当程度の可能性」は、不法行為のみならず医療契約上の債務不履行に基づく請求についても認められるとした。平成17年12月8日第一小法廷判決・裁集民218号1075頁は、脳梗塞による重大な後遺症を免れた相当程度の可能性の存否につき、多数意見3名はこれを否定した原審判断を是認したが、反対意見2名は「患者が適時に適切な医療機関へ転送され、医療機関において適切な検査、治療等を受ける利益」自体を侵害した賠償責任が生じるとして、判断が分かれた拘置所脳梗塞事件である。

判決6平成21年判決は、全身麻酔手術中の患者が複数の麻酔薬の投与量を調整すべき義務を怠り死亡させた件で、投与量を調節しても死亡の結果を避けられなかったというような事情が伺われないから、医師の過失と患者の死亡との間には因果関係があるとして、その時点で死亡することはなかった相当程度の可能性しか認められないとした原判決を破棄した。

2) 相当程度の可能性に言及する下級審判例

ところで平成12年判決の影響を受けて相当程度の可能性侵害による請求を認めた別紙一覧表判決7ないし判決59では、「相当程度の可能性」は損害の証明の問題ではなく、もっぱら過失と（死傷の）結果発生との間の因果関係の証明の問題に収斂されている特徴がある。平成12年判決は、適切な医療を受けるべき機会を奪われた精神的苦痛に対する慰謝料の賠償を命じた原判決に対して、「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、……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」としたうえで、これと同趣旨をいう原審判断は正当として是認できるとした上告棄却判決である。

ここでは、死亡との間の因果関係の存在となお生存していた相当程度の可能性の存在が証明対象として並列し対置されているものの、両者間の証明程度の差には触れるところがない。後の平成16年判決も、全く同一の文言が使われている。

前者が「……因果関係の存在」であり、後者が「……相当程度の可能性の存在」との併記からか、死亡との間の因果関係は証明されない場合であっても、「死亡を免れた相当程度の可能性」さえあれば賠償されるべきとの判示であるとされ、さらに前者には因果関係が必要であるが、後者では因果関係が証明されなくてもなお賠償責任が生じうる法理を明らかにした、との理解が生じるに至った。

3) 証明緩和の低額受け皿機能

平成12年判決は、いわゆる期待権侵害、杜撰不誠実な対応、治療機会の喪失、延命利益の侵害などの構成による請求認容をしてきた下級審実務の流れの中で、これら構成とはやや異質な理由付けから患者の請求認容となったように、過失は認められるが結果発生との因果関係が判然としない場合の、いわば患者救済法理としての意義はあった。

ところが、高度の蓋然性 vs 相当程度の可能性という証明2段階論の影響もあって、相当程度の可能性侵害による救済の受け皿が用意されたためか、逆に結果発生との間に高度の蓋然性が要求される因果関係を認めるハードルが高度化することになった。つまり証明の程度に2段階あるかのごとき誤解が、厳格な事実認定を要するとの精密司法への志向や<単なる可能性>が<高度の蓋然性>との論理的対比からの帰結か、因果関係の認定が厳格化してきたように思える。

医療過誤訴訟における因果関係の認定上の困難は、前記のとおり、A 治療効果の不確実性、B 怠慢不作為による病状不明、C 他原因・素因の競合などの特質に由来して、それぞれに応じた因果関係の判断法理が工夫されてきた。しかしながら、「相当程度の可能性」が証明緩和による予備的救済枠組みとの機能から、逆に過失行為と結果発生との間の因果関係の判断の特質（事実の存否の判断）が消えさり、すべてが証明の程度に転換されてしまうかの如き感がある。その結果、（損害として慰謝料のみ認容という風潮と相俟って）認容額の低額化が一般化した。

以下、第2の判決一覧表に掲げた下級審判決を概観し、上記に指摘した混乱が具体的にどのような形で表れているかについて検討する。

2. 予後統計の検討・当てはめ不十分（A 治療効果の不確実性に起因）

- 1) 治療行為の効果は不確実であり、適切な治療を行ったとしても、必ず効果が実現できるわけではない（A 治療効果の不確実性）がゆえに、医療過誤訴訟において因果関係を判断するについては、予後統計が有力な証拠となることが多い。因果関係の存否は、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、その患者のその死亡が避けられたか、が判断されなければならない。統計資料は因果関係の判断材料の一つに過ぎず、ある疾病についての統計資料を証拠の一つとして因果関係を判断する場合でも、抽象的な統計結果に依拠することなく、①当該統計資料の内容を検討し、②その患者の病状や病期、その患者の当該疾患に対する治療反応等を個別に当てはめて判断しなければならない。しかるに、統計内容の検討や個別の当てはめを十分に行うことなく、統計に表れた疾病の抽象的な予後に依拠して因果関係を否定した判決が少なくない。

2) 統計資料の検討

判決48は肝移植後のMRSA感染症に対する検査・治療義務を怠っ
106(493) 法と政治 61巻3号 (2010年10月)

た結果、死亡に至った事案であるが、判決は、血液型不適合の生体肝移植患者の5年生存率が50ないし55%前後と推測されること等を理由として、患者が治癒した高度の蓋然性は認められない、として因果関係を否定した。判決30は上顎癌患者に対する転医勧告義務違反が認められた事案であるが、過失認定時に患者の上顎癌が臨床病期Ⅲ期に進行していた可能性があり、その場合5年生存率が60%に低下すること等を理由に、過失認定時からおよそ1年1ヶ月後に死亡した患者について因果関係を否定した。

因果関係の有無は、適切な診療行為を行っていたならば、その患者が、その死亡の時点でなお生存していたか、が判断されなければならない。疾病の予後を示す統計数値としてよく使用されるのが5年生存率であるが、5年生存率は治療から5年後の生存率を示すものであるから、当該疾病の5年生存率が低かったとしても、その患者が治療から5年以内に死亡している場合には、その患者がその死亡の時点でなお生存している可能性が低いことを意味しない。

平成17年11月30日東京地裁判決(判タ1244号298頁)⁽⁵⁾は、被告医院に通院していたAが平成4年2月頃、C型ウイルス性肝炎と診断され、その後平成13年末頃まで被告医院への通院を続けたが、Aが平成14年1月に他病院を受診した際には、いわゆる末期癌の状態で、同年6月23日に死亡した、という事案である。判決は、被告医院の肝細胞癌の早期発見のためになすべき検査を怠った過失を認め、1年ごとの予後統計調査を引用した上で、Aが平成14年6月23日の時点においてなお生存していたであろう高度の蓋然性が認められる、として因果関係を認めた。

5年以内に患者が死亡している場合、5年よりも短期間の生存率に関

(5) 判例批評に柳澤聡・民事法情報257号76頁(2008)がある。

する統計資料があれば、より短期の生存率統計資料の方が因果関係を判断するための証拠としては適切である。5年よりも短い予後統計資料がなかったとしても、1年後、2年後の生存率は5年生存率よりも高くなることは自明の理である。5年生存率が50%や60%とある程度高い数値である場合には、1年後、2年後の生存率は70%、80%を上回ることが推測され、過失認定時から1年、2年でその患者が死亡している場合には、因果関係はむしろ肯定されるべきである。

3) 個別の当てはめ

判決15は脳腫瘍の一種である神経膠芽腫が見落とされた事案であり、腫瘍摘出手術を行い、放射線治療及び化学療法を行ったとしても、2年生存率は16%から30%とされており、患者が死亡したのは診断から29ヶ月後であったとして因果関係を否定した。

当該疾病の性質（予後の良し悪しや治療の難易等）が因果関係を判断するうえで重要な要素の一つであることは当然である。しかしながら、統計的な予後は当該疾病全般についての平均的な数値に過ぎず、標準的な治療を行ったとしても、病状・病期により治療効果は異なるし、個々の患者の治療に対する反応（治療効果の善し悪し）も千差万別である。また、注意義務違反が認められるということは、治療効果が期待できる治療行為が存在し（治療効果を期待できる治療行為が存在しなければ注意義務違反自体存在しない）、その治療行為を医療機関が怠ったということである。適切な治療行為が行われれば、長期の延命にはつながらないとしても、ある程度の効果は期待できると考えるのが通常である。上記判決15においても、過失認定時の「直後からこのような適切な治療が実施されていれば、神経膠芽腫の進行や転移を遅らせることができた」と推認すべきである」としている。それにもかかわらず、適切な診療行為によってもその死亡が避けられなかった根拠は判決には述べられてい

ない。

- 4) 当該疾病が一般的に予後が不良であるというだけでは因果関係を否定する理由としては不十分であり、過失を認めるが因果関係を否定するのであれば、適切な統計資料について、個々の患者についての個別の当てはめが必要である。

まず、当該事案においてより適切な統計資料を選択し、個別の事案についてその統計資料が意味するところを検討する必要がある。さらに、過失は認められるが因果関係は否定される場合には、統計資料のみに依拠することなく、適切な診療が行われていても、具体的病状・病期のその患者に対する治療効果は期待できず、その時点での死亡を免れる可能性は低かった、と判断する根拠が示されなければならない。

3. 患者の病状不明による立証困難（B不作為による病状不明に起因）

- 1) 医療過誤訴訟において原告が立証すべき主要事実は「因果関係の存在」である。因果関係の存否については「経験則に照らして全証拠を総合検討し」（ルンバール事件判決、後述する平成11年2月25日最高裁第一小法廷判決で引用）、判断される。しかるに、因果関係を判断するうえで問題となる患者の状態が明らかでない場合は少なくない。患者の状態が明らかとならない原因は、医師が必要な経過観察や検査を行わなかったという医師の作為義務違反に起因するケースが多い。医師の不作為によって患者の病状が不明な場合に、病状不明を理由として因果関係を否定する判決が散見される。

2) 不作為による病状不明

判決24は重症急性膵炎患者に対する特殊療法実施もしくは実施可能な病院への転送義務違反が認められた事案であるが、必要な検査が行われていないため、過失認定時点での患者の状態（膵炎の重症度）につい

ては最低平成2年基準スコア7, 平成10年基準スコア9, 最大平成2年基準スコア13, 平成10年基準スコア15, とかなり幅のある認定しかなかった。2で紹介した判決30は被告医院においては上顎癌を疑っておらず, 過失認定時の癌の進行度がわかるはずもなく, 臨床病期はⅢ期に進行している可能性があった。判決は, 重症急性膵炎が最も重症であったこと, 上顎癌が最も進んだ病期であったことを前提事実として, 過失と死亡との因果関係については認められないと結論づけた。

判決37は胎児のときに IUGR (子宮内発育遅延) と診断された原告に対する高度医療機関に転送し, より適切な医療を受けさせるべき注意義務違反が認められた事案であるが, 判決は, 転送義務違反と原告の精神発達遅滞等の重度後遺症との因果関係について, 被告病院では必要な検査が行われていないため, いつの時点でどのべん出が適切であったかを確定できないこと等を理由に因果関係を否定した。

膵炎の重症度 (判決24), 上顎癌の病期 (判決30), 原告の最適べん出時期 (判決37) が不明である原因は, 医師において必要な検査を実施せず, また必要な検査を行うことができる医療機関に患者を転送しなかったことにある。しかるに, 患者に最も不利な病状を前提として, また, 患者の状態が不明であることを理由として因果関係を否定するとの判断は, 医師が作為義務に違反した結果, 却って利益を得る結果となっており不当である。

3) 腰椎麻酔ショック判決

平成8年1月23日最高裁第三小法廷判決・民集20巻1号1頁は, 当時7歳5ヶ月の患児が腰椎麻酔を実施され虫垂切除手術を受けたが, 執刀開始後ショックに陥り, 患児に重篤な後遺障害が残った事例である。最高裁は麻酔剤能書に記載されたとおりに麻酔注入後10ないし15分まで2分間隔で血圧を測定しなかった医師の過失を認め, 2分間隔で血圧

を測定していたとしても血圧低下及びそれによる低酸素状態を発見し得なかった、とはいえない、「2分間隔で血圧を測定しなかったという医師の注意義務の懈怠により生じた血圧値の推移の不明確を当の医師にではなく患者の不利益に帰することは条理にも反する」として因果関係を肯定した。

- 4) 上記最高裁判決に照らしても、医師の不作为により因果関係の前提となる患者の病状等が明らかでない場合に、患者にとって最も不利な病状を前提としたり（損害についての控えめな認定に引っ張られている?）、病状が不明であることを理由として因果関係を否定することは適当ではない。患者の病状が不明である原因についても総合考慮した上で、医師の注意義務違反が患者側の立証上の不利益となることがないよう、因果関係の認定を行うべきである。
- 5) 平成19年7月4日名古屋地裁判決（判時1998号46頁，判タ1299号247頁）は、胃部の不快感を訴えて受診した患者が、開業医である被告診療所において上部消化管造影検査の結果、胃潰瘍の可能性が高いとして投薬の上経過観察とされたが、その約7か月後に別の開業医において胃がんと診断され、その後紹介先の病院で開腹術が実施されたが、既に手遅れの状態となっており、その6ヶ月後に死亡したという事案である。

上記事案においては、被告の、患者のがんは被告診療所における造影検査時点でⅣ期のスキルス胃癌であったと推測されるから明らかな生命予後の改善はなかったとの主張に対し、判決は、患者のがんの特徴の1つがスキルス胃癌の特徴と一致するが、この特徴のみで患者の胃がんがスキルス胃癌であった可能性が高いと見るのは困難であるとし、患者の胃がんの病期分類はⅡ期かⅢA期と見るのが相当であるとした。その上で病期分類Ⅱ期及びⅢA期の5年生存率、患者の胃がんの種類、手術を受けていた場合の切除の範囲等を考えあわせ、患者が就労可能年

数に得られたであろう収入を平均賃金（具体的年収は不明）の55%とした。

上記判決は、少なくとも、証拠上明らかではない患者の病期について、最も不利な病期を前提事実とすることはなく、諸事情を考慮の上、因果関係を認め、逸失利益を算定している。

4. 因果関係の終点～「救命」論への回帰・その死亡（後遺症）の検討回避

1) 平成11年判決

平成11年2月25日最高裁第一小法廷判決・民集53巻2号235頁（平成11年判決と略称する）は、アルコール性肝硬変の診断を受けた53歳の患者が、肝臓病を専門とする被告医院に2年8ヶ月にわたり毎日のように通院し診察を受けていたが、被告医院においては肝細胞癌発見に有効な検査が行われることがなく、他病院で肝細胞癌と診断されたときには既に手遅れで、その1週間後に死亡した事案である。延命の可能性が認められるとしても、どの程度の延命が期待できたかは確認できないから、医師の注意義務違反と患者の死亡との間に相当因果関係を認めることはできないとした原審の判断に対し、最高裁は、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不作为と患者の死亡との間の因果関係は肯定される、とし、患者がその死亡の時点の後いかほどの期間生存し得たかは、主に得べかりし利益その他の損害の額の算定に当たって考慮されるべき事由であり、因果関係の存否に関する判断を直ちに左右するものではない、とした。

後遺症事案において、上記最高裁の判断を当てはめれば、医師の不作为と患者の死亡との間の因果関係が肯定されるためには、医師が注意義務

務を尽くして診療行為を行っていたならば、患者に実際に生じたその後遺症が生じていなかった（よりよい結果が生じていた）であろうことが認められれば足り、患者の後遺症がどの程度軽減されたかについては損害額の算定に当たって考慮すれば足りる。

しかしながら、平成12年判決以降、因果関係を判断するについては、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できれば足りることを意識せず、救命の蓋然性が認められないとして死亡との因果関係を否定する判決が数多く見られる。後遺症事案においても同様であり、因果関係を判断するについて適切な診療行為によって回避できたのがその後遺症であることを意識していない判決が多い。

2) その死亡の検討回避

2で紹介した判決48においては、適切な治療を行ったとしても、患者が「治癒した高度の蓋然性」までは認められない、として因果関係を否定し、「実際に患者が死亡した当時において、未だ生存していた相当程度の可能性はある」とした。因果関係を判断するにおいて本来検討すべき実際に患者が死亡した当時において、未だ生存していた高度の蓋然性については検討が回避されている。同判決によれば、MRSA治療薬バンコマイシンの敗血症に対する改善率は81.6%、著明改善率は35.3%であり、バンコマイシンの適切な投与によって、発熱などの症状やCRP値などの検査数値が実際ほど急激には悪化しなかった可能性は十分にあることは同判決が判示するところである。医師が適切な診療を行っていたならば患者が治癒した高度の蓋然性ではなく、実際に患者が死亡した当時において、未だ生存していた高度の蓋然性が検討されていれば、判決の結論は異なってくるのではなかろうか。

また、判決18は生後3ヶ月の患児が細菌感染症の一種であるウォーターハウス・フリードリクセン症候群（WFS）に罹患し、抗生物質を

投与しなかった過失が認められた事案であるが、判決は、抗生物質が投与されたとしても患児の「死亡が回避できたことについて高度の蓋然性があったとは認められない」として因果関係を否定した。しかしながら、同判決においては、「その（抗生物質投与）効果によって、少なくとも6月28日午前7時2分に死亡することはなく、わずかではあっても延命効果が期待できたものと推認するのが相当である」としている。同判決が回避について「高度の蓋然性があったとは認められない」とする「死亡」は実際の死亡の時点（6月28日午前7時2分）の死亡ではなく、いずれ死亡するであろう、という抽象的な死亡である。因果関係の判断の対象となる死亡が患者のその死亡であることが意識されていれば、因果関係は認められる事案であったと思われる。

判決25は新生児1ヶ月検診で先天性胆道閉鎖症が見落とされた事案であるが、適切な診療行為が行われていたとしても「治癒したと判断することは困難で」、医師の過失と患児の死亡との因果関係を認めることはできない、としながら、適切な診療行為が行われていれば「少なくとも延命の可能性には有意な差異があったものと推認するのが相当」としており、やはり、因果関係の対象がその死亡であることが意識されていない。そのほかにも「救命」できたとは認められないとして因果関係を否定している判決は多い（判決17, 31, 55等）。

判決21は、肺癌の疑いで経過観察中の患者について、再度の気管支鏡検査等を怠った事案である。一審は、医師が適切な時期に必要な検査を行い、適切な治療が行われていたとしても、患者が救命されたとはにわかに認め難いが、現実に死亡した時点よりは相当程度延命することが出来たものと認めるのが相当であるとして慰謝料及び弁護士費用を認め、高等裁判所は、救命された高度の蓋然性があるとまではいえないが、相当程度延命することができたことを否定することはできないとして一審

の判断を支持した。一審，高裁，共に医師の過失がなければ患者が実際に死亡した時点では死亡せず，ある程度延命できたであろうことを認めており，本来，因果関係が認められるべき事案である。判決は3600万円という高額な慰謝料を認めており，事案の結論としては不当ではないと考えるが，延命期間が不確定であることが減額の理由であるならば，因果関係は認めた上で，損害額について検討を加えるべきであったと思われる。

3) その後遺症の検討回避

後遺症事案においても，何故その後遺症回避の蓋然性が認められないのか特に言及することなく，因果関係が否定されている判決が見られる。3で紹介した判決37は，被告病院では必要な検査が行われていないためいつの時点でべん出が適切であったかを確定できないこと，早期の胎児べん出に至っても後遺症の精神発達等の全く存在しない症例となつて生存していたと断定することはできないこと等を理由に因果関係を否定する一方，原告は先天異常児ではないので，胎児管理，分娩管理状態の良い状態で出生していたら予後は一般的に良好であり，適切な時機に高度医療機関に転送していれば，少なくとも精神発達遅滞等の程度が軽減された可能性はあった，としている。適切なべん出時期が不明であることを理由として因果関係を否定することの不当性については3で述べたとおりであるが，その問題は別にしても，適時な転送によっても後遺症が少しでも軽減される可能性が高くないと判断された根拠は不明である。

判決50は，原告の視力障害という新たな異常所見に対し，神経内科的疾患が存在する可能性を疑って，転医させて専門医の診察を受けさせるなど，適切な措置を執るべき注意義務を負っていたのにこれを怠ったとして過失を認めた事案であるが，注意義務と原告のクリプトコッカス

髄膜炎による両眼失明の因果関係については、クリプトコッカス髄膜炎が治療自体が容易ではない疾患であり、過失がなかったとしても原告が視力を喪失しない段階でクリプトコッカス髄膜炎に対する治療が奏功したか否かは疑問であるとしてこれを否定した。しかしながら、判決は他方、原告の視力障害が深刻な進行を示したのは過失認定時点以降であり、治療開始が早いほうが薬剤を投与しても効きやすいとの医師の証言からも、早期に診断及び投薬治療がなされていれば、良好な治療結果が得られた可能性は否定できないとしており、判決36と同じく、適切な診療によっても後遺症が少しでも軽減される可能性が高くないと判断された根拠は述べられていない。

4) その死亡・その後遺症について因果関係を判断した判決

平成18年11月22日東京地裁判決（判時1986号75頁，判タ1265号293頁⁽⁶⁾）は、進行した大腸癌（脳転移あり・ステージⅣ）患者であるAが、癌再発に至るまでの間日常生活を送れるようにするために、癌切除手術を受けたところ、術後に敗血症に陥り、寝たきりの状態のまま手術から212日目に転院先の病院で死亡した、という事案である。被告はステージⅣの大腸癌は予後が悪く（5年生存率が3%，脳に転移した大腸癌3例について退院から87～175日目に死亡，大腸癌脳転移症例の確定診断時からの平均生存期間治療の有無を問わず約6か月等）因果関係は認められないと主張したが、判決は、医師の過失がなければ、その後の経過はAが現実に通った経過よりも良好であったと認められ、Aは現実の死亡時点になお生存していた高度の蓋然性が認められる、として因果関係を肯定し、1200万円の慰謝料及び120万円の弁護士費用を認めた。

上記判決は、大腸癌の治癒を望むべくもない事案であり、疾病一般の

(6) 判例批評に加々美光子・民事法情報262号57頁（2008）がある。

予後も極めて悪い。しかしながら、医師の過失がなければ、よりよい経過を辿ることが期待でき、よりよい経過を辿れば現実の死亡の時点ではなお生存していたであろうとの判断がなされており、まさしく、過失と^{その}死亡との因果関係についての判断を行っている。

平成20年7月18日名古屋地裁判決（判時2033号45頁，判タ1292号262⁽⁷⁾頁）は、被告医院において出生後、発熱が続いていた患児について、その後転院措置が執られたが、転院先の病院において大腸菌を起炎菌とする敗血症及び細菌性髄膜炎と診断され、治療が行われたものの患児には重篤な後遺症が遺った、という事案である。被告は、治療の開始が早くても、起因菌が強力であったり、新生児が起因菌に対して弱い体質であったりすれば、重大な後遺症を残すものであり、医師の過失がなかったとしても、治療開始時間の差は最大4時間にすぎないから結果に差は生じないと主張した。判決は、治療の開始時期が早まれば早まるほど予後に有意な差が生じるといえ、たとえ数時間の差異であったとしても、後遺障害の程度は大きく変わるものであるとして医師の過失行為と本件後遺障害の発生との間に因果関係を認めた。

上記判決は、4時間程度早く敗血症に対する治療を開始することができたとすれば、原告に何らの後遺障害も生じなかった高度の蓋然性までは認められないものの、本件後遺障害のような重大な後遺障害の発生を回避できた高度の蓋然性が認められるとしており、過失と患者に実際に遺った^{その}後遺症との因果関係について判断していると言える。

- 5) 多数の判決において、適切な診療行為が行われていたとしても治癒（救命）の可能性は高くなかったとして簡単に因果関係を否定した上で、適切な治療の効果や早期治療の有効性に言及して相当程度の可能性侵害

(7) 判例批評に伊藤佑輔・民法情報276号100頁（2009）がある。

を認めている。因果関係の判断の対象となる死亡、後遺症は、患者のその死亡、その後遺症であり、因果関係が認められるに当たって治癒したり後遺症が残存しないことは必要ではない。患者が治癒した高度の蓋然性は認められない、として安易に因果関係を否定することなく、適切な治療の効果や早期治療の有効性も踏まえ、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、患者が実際の死亡の時点でなお生存していたか、患者に実際に残った後遺症が残らずよりよい状態であったか、が検討されなければならない。

第4. 「相当程度の可能性」侵害論は有益か

1. 証明程度と保護法益との間の混乱

- 1) 多くの下級審判決は、注意義務違反ないし過失と患者に生じた死傷との結果との間が、高度の蓋然性で証明された場合には因果関係ありとして、死傷によって生じた全部の損害を認めるが、その程度までは証明されていないが、「相当程度の可能性」はあるとして、若干の慰謝料を認容する。そして、この場合に高度の蓋然性ありとするか、相当程度の可能性に留まるかの、判定する基準が示されることはない。

高度の蓋然性については、最判ルンバル判決がしばしば引用される。確かに、ルンバル判決は、「訴訟上の因果関係の立証は、……特定の事実（a 注意義務違反の行為）が特定の結果（b その死傷）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」とされているが、「その判定は、通常人が疑いを差し挟まない程度に真实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」と続くように、「高度の蓋然性」の有無の判定は「通常人が疑いを差し挟まない程度に真实性の確信を持ちうる」ことが必要であるがそれで十分とされている。証明の程度が、高度の蓋然性まで必要で相当程度の可能性では足りない

と数量比較されているのではなく、「通常人が疑いを差し挟まない程度」＝高度の蓋然性ありとして、訴訟上要求される歴史的な証明を満足しているとする⁽⁸⁾。ここでの高度の蓋然性は、自然科学上での論理的証明に対して、経験則による事実関係の牽連を言い換える概念と考えてよい。

- 2) ところが、a 事実が b 事実を招来したといえるかどうかについて、高度の蓋然性があればいわば満額賠償、なければ相当程度の可能性にとどまるとして（低額の）慰謝料のみ賠償させるのが、平成12年判決であるかのごとき考えが一般化しつつある。

平成12年判決は、ルンパール判決も平成11年判決のいずれも引用されておらず、また「高度の蓋然性」という用語すらない。対比されているのは、「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ども、……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、……賠償する責任を負う」とあるように、＜死亡との間の因果関係の存在＞と＜なお生存していた相当程度の可能性の存在＞が証明主題として対置されている。より正確には、後者は＜なお生存していた相当程度の可能性（との間の因果関係）の存在＞とすべきものであった。

この判決により、a 事実と＜死亡との間の因果関係の存在＞が立証で

(8) 元来訴訟上の証明は（自然科学者が真実を目標とする論理的証明ではなく）真実の高度な蓋然性をもって満足する歴史的証明であり、「通常人なら誰でも疑いを差し挟まない程度に真実らしいとの確信を得ることで証明できたとするものである。だから論理的証明に対しては当時の科学の水準においては反証というものを容れる餘地は存在し得ないが歴史的証明である訴訟上の証明に関しては通常反証の餘地が残されている。」とされた最判昭和23年8月5日・刑集2巻9号1123頁（隣室の未知の他人のレインコートから財布を抜き取った行為と窃盗意思の推断）。論理的証明は真実そのもの→反証余地なし、真実の高度の蓋然性→反証の余地が残る。

きない場合であっても、なお賠償請求が棄却されないで、医師が損害を賠償する責任を負うとなったのであり、それは、「なお生存していた相当程度の可能性の存在」が新たな保護法益として認知されたといえる。

- 3) この点について、平成12年判決を「権利侵害構成に名を借りた確率的⁽⁹⁾心証論」、あるいは「相当程度の可能性の存在」という形にメタモルフォーゼされた「軽減された因果関係として因果関係の証明度の軽減を図った」との理解と、保護法益性を明らかにしただけで通常通りの証明が要求されると理解する立場⁽¹⁰⁾の相違があるが、少なくとも医師の責任を認めるに必要とされる患者側の因果関係の証明度を低下させた結果をもたらした（実際に負担緩和ないし軽減したのであれば、従来どおりの死傷損害を負担させねばならない）と⁽¹¹⁾考えてよい。証明度軽減⁽¹²⁾というのなら、低い証明度で同じ効果が与えられねばならないが、平成12年判決は原審が認定した賠償額である慰謝料200万円の支払いを是認した上告棄却判決にすぎず、証明度について全く言及がない判文からは無理な解釈に思われる。

このように「相当程度の可能性」を因果関係の証明度緩和とみるか、死傷とは別個の新たな保護法益（損害）として認めるのかの相違がある。ともあれ、a事実つまり医師の注意義務違反の行為によって、b事実つまり当該死傷の結果を招来したといえるかどうかの因果関係については、第1で述べたように、①疾病生体反応の未解明、②治療効果の個体差、

(9) 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14頁（2001）

(10) 円谷峻・判例批評ひろば59巻9号73頁（2006）

(11) 平沼高明・判批・「証明については何ら触れていないから証明度を軽減したと解すべきでなく通常どおりの証明が要求されている」民事法情報218号102頁（2004）

(12) 前田順司「医事法判例百選」165頁（2006）

③再現不可能、という医療行為の特質に加えて訴訟上の証明困難が、A-治療効果の不確実性（共通型）、B-不作為による病状不明（不確実増強型）C-他原因・素因の競合、という形で上記b事実が具体化する。そしてそれは、医師の過失がなければ「当該死亡の時点でなお生存しえたか」という平成11年判決の証明主題に置き換えられて、延命可能性の有無に収斂してゆく。

- 4) その結果、「延命利益侵害論についての実務的な判断順序は、医学文献、鑑定等の各証拠から医療行為と患者死亡との間の因果関係が証明されないときに、患者が生存していた相当程度の可能性の存在が証明されるとの判断に及ぶのが通例であり、実際のところは因果関係の証明度を軽減させて結論を導いている」（前注(12)の165頁）ことになり、「相当程度の可能性」は因果関係の証明が「高度の蓋然性」まで及ばない場合の、賠償認容のための受け皿となっているのである。そのために、証明主題は判然とせず、また認容額も低額の慰謝料にとどまっている。

2. 行為義務の性質から回復可能性の侵害が帰結される

- 1) しかしなぜ証明度が緩和されるのか、また新たな保護法益、被侵害利益の性質をどのようにみるのか、さらに医療過誤以外の領域にも拡大しうるのかと考えてゆくと、医療における行為義務の性質に行き着く。医療は、疾病から患者の身体に生じつつある危険を除去ないし軽減する試みであって、必ずしもよき結果の達成を保証するものではないが、危険防止のために水準的な治療を提供すべき義務がある。よく知られる最高裁昭和36年2月16日民集15巻2号244頁輸血梅毒事件が、医業に従事する者は「その業務の性質に照らし、危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務を要求される」のもこの趣旨である。

患者に回復可能性がある限り医師には治療義務が生じる。なすべき診

療を怠った場合には、患者は水準的治療による（危険の軽減除去による）病状回復の可能性（治療機会といえる）を奪われたことになる（治療義務違反の過失は回復可能性侵害とほぼ同義である）。そしてそのために（死傷という結果が生じて）回復可能性が奪われたとの権利侵害が生じることになる。「相当程度の可能性」とは、こうした医療行為が疾病に伴う危険防止のための治療義務を怠った場合に、患者が被る治療（治癒回復）可能性の侵害をいうと考えられる⁽¹³⁾。

- 2) 医療行為は、疾病による生命健康に対する危険を除去軽減するための専門的営みであり、そこで保護されるべき法益は生命健康の維持改善である。なすべき治療を怠ることは、それ自身が医師の基本的債務の不履行であり、診療を期待して専門家に身をゆだねた患者は治療機会の喪失という損害を被る⁽¹⁴⁾。そこでは単にその機会を喪失しただけでなく、およそ治療を受ける機会が永遠に失われるという事実が生じる。「ここで⁽¹⁵⁾の損害は身体に生じた危険の現実化であり、患者の姿は変わってしまった」。

医師が治療を怠った場合には、その治療によるいわば仮定的な治癒回復可能性が奪われたことになるが、それは次の治療機会によって治癒回復可能性が実現して病状が治癒改善するかもしれないが、死傷の結果が

(13) 古くは石川寛俊判例批評「救命の可能性あるところに医師の診療義務がある」134頁脳神経外科速報11巻2号（メディカ出版 2001）、近くは石川寛俊「理論的な課題」加藤編・実務医事法講義177、211頁（民事法研究会 2005）。松並重雄「最高裁判所判例解説民事編平成15年下」643頁（法曹会 2006）、淡路剛久「民法709条の法益侵害と最近の三つの最高裁判例（下）」10頁・法曹時報61巻7号（2009）がある。

(14) 石川寛俊・「治療機会喪失による損害——期待権侵害論再考」自由と正義39巻11号29頁（1988）

(15) 石川寛俊「延命利益、期待権侵害、治療機会の喪失」新裁判実務体系 I・307頁（青林書院新社 2000）

発生して当該治療事態が無益なものに帰したときには、治療機会喪失という権利侵害が、死傷の結果発生として具体化確定する。この場合の損害事実は、生じている死傷という身体被害であるが、医師の注意義務違反によって帰責されるべき損害割合は、身体被害全部でなくて、奪われた治療機会が現実化した部分である治癒回復可能性の割合でしかない。治療機会喪失により侵害された治癒回復可能性が、「生存していた可能性の程度に応じて逸失利益等の財産的損害を割合的に認めるようなことができる⁽¹⁶⁾」のはこのような、当該行為義務の性質から想定損害が帰結できることに由来する。

- 3) 医師の義務違反が当該死傷の結果を招来したとして、因果関係を肯定したうえで、医師が負担すべき損害賠償の範囲を割合的に減額してきた多くの裁判例は、こうした医師の行為義務の性質から発生結果に対する起因力を否定するのは正義に反すると映るからであった⁽¹⁷⁾。

前記証明上の困難A治療効果の不確実性については、多くの症例に基づく経験科学である医学の世界で、治療効果とはもともと可能性を追求するもので確実というものはない。また病状の進行など具体的な条件下で、医師が専門的裁量を発揮してもっとも期待される治療法を取捨選択してゆくのが臨床医療の実際であることから、与えられた条件下で裁量

(16) 松並重雄「時の判例」ジュリスト1213号134頁（2001）、林道晴「取引法判例研究」NBL792号68頁（2004）

(17) 自然科学上の論理的証明とは異なる訴訟上の歴史的証明においては、反証を通じて疑いの余地があることをもって高度の蓋然性を否定することはできないとする、牧山市治「最判解民事編昭和50年度」471頁（1979）。また伊藤真「証明度Ⅰ」15頁ジュリスト増刊民事事実認定（2006）は、「裁判官に司法権の行使を付託している国民の視点からは、その疑義にこだわって当該事実の存在を否定することが正義に反すると映るような場合には、高度の蓋然性を肯定して差し支えない」とする。

の選択を行うべき医師を前提に、当該過失がなかった場合に結果回避が可能であったことを認定して因果関係を肯定している。前掲輸血梅毒事件では、体は丈夫かと発問しても供血者に真実の答述を期待するのは統計的にも不可能であって因果関係がないとの主張に対して、職業的供血者であるというだけで常に悉く真実を述べないと速断することはできず、担当のA医師が懇ろに真実の答述をなさしめるように誘導し、具体的かつ詳細な問診をなせば、梅毒感染の危険があることを推知できる結果を得られなかつたとは断言し得ない。所論は抽象的にこの問題を論定するもので採用できないとした。

また前記一覧表判決5平成16年スキルス胃癌事件では、仮に再度の内視鏡検査を実施しても患者の胃癌が化学療法の奏功するものであったかどうか証明されておらず義務違反との因果関係がないと争われたのに対し、「適切な再検査を行っていれば、Aのスキルス胃癌を発見することが十分に可能であり、これが発見されていれば、上記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が直ちに実施され、これが奏功することにより、Aの延命の可能性があったことが明らかである。」、「Aの病状等に照らして化学療法等が奏功する可能性がなかったというのであればともかく、そのような事情の存在がうかがわれない本件では、……Aが死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性があった」として、注意義務違反と結果発生との間の因果関係を肯定した。判決6平成21年全身麻酔剤事件でも、過失が特定されていない以上心停止による死亡と医師の注意義務違反との間の因果関係は認められないとの反論に対し、「医師がプロポフォルと塩酸メピバカインの投与量を調節したとしてもAの死亡という結果を避けられないというような事情は伺われないのであるから、……投与量をどの程度減らすかについて医師の裁量にゆだねられる部分があったにしても上記結論を左右しない」

と退けている。

多くのA類型は、当該治療における統計上の回復率が高度の蓋然性を認めるに至っていないなど、予後統計の検討・当てはめ不十分で「所論はひっきりや抽象的にこの問題を論定しようとするもの」（輸血梅毒事件）であるにもかかわらず高度の蓋然性をいとも簡単に否定した誤りがある。

- 4) 前記証明困難類型Bは怠慢不作為による病状不明がある。これらは、医師の病状観察が不十分なために、果たして患者が治療の適応であったか否かが判然としない類型である。

前記の最高裁腰椎麻酔ショック事件では、仮に2分間隔の血圧測定をなしたにしても結果発生を防止し得なかったので因果関係はないとの医療側主張に対して、医師の注意義務懈怠によって生じた血圧値の推移の不明確を当の医師にでなく患者の不利益に帰することは条理にも反する、と退けたのは既に述べたとおりである。

大阪高判平成8年9月26日・判タ940号237頁死因不明レントゲン事件では、死因不明のため何が結果回避義務違反の過失となるか判明しないとして請求棄却した原判決を破棄して、患者死亡による全部損害を賠償させるに際し、レントゲン検査をすれば病状が判明し適切な治療法を選択して実施するであろうから医師のレントゲン検査等を怠った過失と患者の死亡との間の因果関係は認められるとし、最高裁も医療側の上告を棄却して原審判断を是認した。⁽¹⁸⁾

- 5) 最後に証明困難類型Cである他原因・素因の競合例では、他原因ないし素因が治療の対象である場合には、患者の病状ないし体質を考慮したうえで治療方法が決まるのであるから、これらを理由に因果関係を否

(18) 判批に稲垣喬「患者の死因不明の場合における医師の義務違反と因果的帰責論」269頁（医師責任訴訟の構造 有斐閣2002）がある。

定したり減殺することは許されない。何らかの疾病があつて生命身体への危険が進行している患者が医療の客体であるから、対象である患者の属性ゆえに注意義務違反ないし過失が否定されることはあつても、いったん過失と評価される、つまり危険除去義務違反がある、すなわち懸念された危険が現実化しているのに、その責任が否定されるようなことはない。言い換えれば、危険除去義務違反の過失が認められ、過失となつた懸念される危険の具体化が実現しているのであれば、危険が現実化した死傷の結果は、医師の義務違反に由来するとなるのが、論理的帰結である。⁽¹⁹⁾この種の過失は、結果発生との間の因果関係が強く推定されることになる。

ところが治療義務の対象とならない（過失と関係しない）他原因・素因……たとえば薬剤に耐性ある体質で奏功しない、麻酔時の悪性過高熱など……については、当該治療の阻害要因となるのであれば、施すべき治療機会（治癒回復可能性）が客観的には減少していると見られるから、失われた治療機会の価値評価に際し減殺要因となつて、割合的賠償につながる。人身賠償に関わる従来多くの判例は、他原因ないし素因競合の場合には、割合的因果関係ないし確率的心証から寄与度論として割合的認定をして⁽²⁰⁾いる。

(19) 未熟児網膜症治療での激症型ゆえに因果関係なしとした医療側上告を棄却した最高裁昭和60年3月26日判決・民集39卷2号124頁は、「被上告人が未熟児網膜症の激症型であつたことに照らすと、不適切なものであつたというべきであり、このため被上告人は光凝固等の外科的手術の適期を逸し失明するに至つたものであるから、b医師には医師としての右注意義務違反の過失があつたものというべきであり、右処置と被上告人の失明との間には相当因果関係があるものというべき」とした。

(20) 小賀野昌一「割合的認定論の法的構成」（交通償法論の新次元，判タ社2007）

ところが別紙一覧表の判決4種は、平成11年判決による因果関係の終点であるその死亡を回避できたどうかの検証が殆どなされずに、病状の重篤さから因果関係を簡単に否定して、相当程度の可能性侵害による受け皿へ流れて、低額賠償が導かれている。

従来 of 寄与度減責論は、発生損害と行為過失との因果関係を認めた上での割合的調整であったのに比し、「相当程度の可能性」論はこれらの因果関係を否定したうえで慰謝料一本による賠償を図るのであるから、帰責範囲としての因果関係がほとんど検討されない不透明感と低額賠償による名目責任という事態を誘導している。

3. 治療機会喪失による損害の評価算定——機会喪失論再考

- 1) それでも「相当程度の可能性」論は、過失と結果発生との間の因果関係が認められない場合に、なお医師の賠償責任を認める受け皿として現実に機能している。そして因果関係の証明度に至るか否かで、その判定基準がいかなる程度まで要求するかはさておき、損害全部を賠償させるか棄却するか大きな岐路に立たされる。そこで「相当程度の可能性」……（延命ないし回復）可能性侵害論が果たすべき役割とその守備範囲が検証されてよい。

医療行為に関する責任には、A疾病から生じる生命身体への危険を防止し管理すべく専門技術的技量を発揮すべき診療義務の側面と、B専門職業人として患者の主体性を尊重すべく情報提供義務とに大別される。⁽²¹⁾ 前者の診療責任とは、生命身体に対する危険防止責任であり、その危険には患者を悩ます疾病の進行に由来する不健康 disease と、薬剤や医療機器による医療行為がもたらす生命身体への侵襲がある。診療義務は、

(21) 石川寛俊前注(13)「理論的な課題」176頁（加藤編・実務医事法講義民事法研究会2005）

疾病から生じる生命身体への危険を除去軽減する医学的治療によって、具体化される。

そしてまた治療という医療行為は、①疾病生体反応の未解明、②効果の個体差、さらに③同一条件での再現不可能という事情から、必ずしも奏功するとは限らず、成功を約束できるものではない。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。ただ、回復可能性が非常に高いとき、例えば10人中の7、8人が完全回復するような手術がなされずに患者が死亡したような場合には、「通常人なら誰でも疑いを差し挟まない程度に真実らしいとの確信を得ることで証明できた」（前掲注1の最判昭和23年8月5日判決が示す判定基準）として、死亡という発生事実が治療義務違反と因果関係ある損害として帰責されることになるだけである（その種の手術を患者10人全員に怠ったときには、総額で7、8人分の死亡損害でなく、10人分の死亡損害を賠償しなければならない）。

「相当」程度か「かなり」か「わずか」かはともかく、治療義務違反による被侵害利益は治療可能性の喪失であり、患者から見れば延命可能性ないし治療回復可能性であるから、平成12年判決がいう「その死亡時点でなお生存していた可能性」こそが救命のための治療によって保護されるべき法益である。

- 2) 治療義務懈怠による損害は、治療回復可能性の侵害によるものだとしても、いかにしてその損害を評価算定すべきであろうか。医師が治療によって保護すべきだとして治療回復可能性は、当該患者の生命体の価値を回復割合に応じて算出するほかない。そして一般に疾病の治療効果は、1)患者の体力や素因など宿主因子、2)疾病の重篤さや進行度など

疾病因子，3) どのような治療法が可能かの治療側因子，によって決定される。これを当該の治療機会が持つ価値としての回復割合は， α 当該患者＝宿主因子に， β その時点の病状＝疾病因子に対し， γ ある治療法＝医療側因子を施行する，ことから客観的に期待できる治療回復率といえる。⁽²²⁾

もっとも肝臓調査や胃癌統計のように全国規模で大規模な予後統計がなされている疾病や治療法は少なく，疾病の治療法の多くは医療施設ごとの累積調査によってその効果ないし病状改善率が経験的に明らかにされているにすぎないから，客観的な治療効果の判定は必ずしも容易ではない。しかし，臨床医療における水準とされる治療法であれば，かならず一定の治療効果が期待され，また一般に予後因子の検討もなされているから，医療文献や鑑定結果から当該治療によるおおまかな奏効率を導き出すことはさほど困難ではない。また効果がほとんど期待できない治療法ならば，水準的医療を構成しないから，治療義務違反が過失と評価されることもまたないであろう。

- 3) こうして治療機会喪失による損害は，目標とする改善後の身体価値に回復割合を乗じたものとして積算評価できる。ここでの損害事実は，医師の注意義務違反によって失われた価値がいわば内包している，治療機会喪失を確定的にした死傷の存在である。それはちょうど，損害費目としての逸失利益が，死傷という現実から将来的な稼働能力減少を評価

(22) 2年毎の日本肝癌研究会：全国原発性肝癌追跡調査によれば， α …肝障害度， β …腫瘍の数，腫瘍径， γ …肝切除，肝移植，エタノール注入療法，ラジオ波焼灼術，肝動脈塞栓療法などの因子ごとに，10年から1年までの各年の累積生存率がされている。また乳癌治療での外科摘出術と放射線ないし抗癌剤治療での比較累積生存率調査や冠動脈疾患の程度に応じた，経皮的冠動脈形成術 PTCAと冠動脈バイパス術 CABGとの予後比較も報告されている。

算出するべく、得べかりし収入（という個別患者の実情）×労働能力喪失割合（身体機能の完全性からの逸脱度を統計的に推定）という計算式で数値化する賠償実務に類似している⁽²³⁾。

「相当程度の可能性」侵害の概念について、「実質的には生命の割合的なものとして理解した場合や因果関係の証明の程度を軽減する法理として理解した場合には逸失利益を認める方向に傾き、生命を考慮するとしても生命とは切り離された新たな法益として理解した場合には逸失利益を認めない方向に傾く⁽²⁴⁾」との理解が一般である。

- 4) 損害論から平成12年判決の射程範囲をどうみるかにつき、賠償範囲を慰謝料に限るか逸失利益等の経済損害も含むかにつき、意見が分かれている⁽²⁵⁾。判例は、一覽表判決33が急性脳炎の誤診による重度後遺症につき患者両親の慰謝料のほか治療費、交通費、専門家意見書作成料を認

(23) 大島眞一「交通事故損害賠償訴訟における虚構性と精緻性」判タ1197号27、29頁は、逸失利益については高度の蓋然性による証明が困難であるとするが、もとより将来における推定値でしかない。

(24) 永野庄彦・伊藤孝至「相当程度の可能性に関する一考察——分析と展望」判タ1287号71頁（2009）。回復可能性の確定的喪失が死傷という結果に表象されているのであり、個々の治療機会が与えられずに抽象的な回復可能性が失われた場合とは異なる。後者なら純粹の機会喪失であり客観的義務違反による人格利益侵害としての慰謝料が妥当するが、前者ならば死傷結果の割合的損失として経済損害を含む全損害の割合的範囲となる。「実質的には生命の」、「生命と切り離された新たな法益」との中身が問われなければならない。

(25) 可能性の程度に応じて逸失利益等の経済的損害を割合的に算定できるとする、窪田充見ジュリスト1202号69頁（2001）、澤野和博名経法学10号187頁（2001）。飯塚和之判タ1157号114頁（2004）、前田達明・判例評論555号20頁（2005）などが逸失利益を含むとし、慰謝料に限るとするのは鎌田馨・判例セレクト362頁（2002）、前田陽一・判例講義民法Ⅱ197頁（悠々社2002）など。

めた例を除けば、患者および両親の慰謝料（それに弁護士費用）しか認めていない。

「相当程度の可能性」は、生命身体を考慮の対象とするものの、それとは別の保護法益であるし、可能性はあくまで可能性に過ぎないから、生命身体が侵害された逸失利益等の全部損害に可能性をダイレクトに乗じて逸失利益を認めることは妥当でないとの異論もある⁽²⁶⁾。しかし、抽象的な回復の可能性が奪われたという可能性それ自体が損害でなく、永遠の可能性喪失を表す死傷の結果が現在しており、「あくまで可能性に過ぎない」（もはや可能性を追求できる身体は失われている）事態を飛び越えているからこそ、治療義務違反の過失が認められている。そして提供すべきであった治療回復可能性が奪われた結果が患者の死傷として具現化しているのであるから、その奪われた治療回復可能性の価値を評価するのに、全部損害の割合的算定をするのに不合理はない。

一連の下級審判決は、相当程度の可能性割合すなわち奪われた治療機会＝治療回復可能性の算出に殆ど言及しないで、高度の蓋然性はないものの相当程度の可能性はあるとして、なぜか当然のように慰謝料のみを認定し、他の損害費目について因果関係の有無についても検討すらしない。少なくない判決では、最高裁平成12年判決や同15年判決が引用されているが、これら判決が逸失利益等の経済損害を否定したわけでもないし、損害額認定の手法に言及しているのでもないから、なぜに慰謝料のみ（しかも請求額の数分の一にとどまる）が認容されることになるの

(26) 前掲注(24)71頁。「相当程度の可能性」は、生命・身体を考慮の対象とした法益ではあるものの、それとは別の保護法益とみるべきであるし、可能性はあくまで可能性に過ぎない。だとすれば、「相当程度の可能性」が侵害されたからといって、生命・身体が侵害されたとして算定された逸失利益に、「相当程度の可能性」をダイレクトに乗じて逸失利益を認めること（確率的損害論の採用）は妥当でないように思われる。

か、理由が示されない不透明が通例となった。

4. まとめ

- 1) 元来、疾病に悩む患者に対して水準的医療による治療を施すのが医師の義務であるところ、さまざまな医療行為は疾病に伴う生命身体上の危険を除去する試みにすぎず、患者の自然治癒力を医療が助けることが治療の本質であるといえる。したがって、医療は病状の治癒回復を請け負うものでないし、危険を除去軽減することで治癒回復の可能性を引き出すために「実験上必要とされる最善の注意義務」を尽くせば足りる。

これを保護法益の面から言えば、医師が適切な診療による治癒回復可能性を追求することを怠れば、患者には治癒回復の可能性を侵害されたこととなり、治療機会喪失による損害が生じる。そしてその損害は、その患者が当該治療を受けることで期待された治癒回復可能性の喪失であるから、当該患者の生命身体の完全性喪失を損害評価したものに、奪われた回復可能性割合を乗じたもの、と考えてよい。

奪われた治癒回復可能性とは、当該なすべき治療によって期待される予後効果であって、医学専門的な知識経験による補充がなければその価値を算出するのも困難である。ある治療法を施した場合の予後は一般に、患者側因子、疾病因子、医療側因子などに影響されるところ、ある疾病ないし治療に関する多くの予後統計は、必ずしもこれら諸因子を考慮のうえ統計算出されたとは言い難く、当該患者が失ったその治癒回復可能性を算出評価するのに適切とは言い難い。

- 2) いずれにせよ治療機会喪失による損害とは、医師の治療行為によって達成しようとした患者の治癒回復可能性の客観的価値を算出したものに他ならず、基本的には期待された治癒回復という治療目的達成への程度割合でしかない。但し、医師が適切な診療を行っておれば、実際に生

じた患者の死傷という歴史的事実が避けられたと「通常人なら誰でも疑を差挟まない程度に眞實らしいとの確信を得ること」ができるならば、当該死傷という事実そのものから生じる全損害を医師が賠償すべきとされる。またその程度までの訴訟上の証明がなしえない場合には、失われた治癒回復可能性の価値を客観的に評価算定して、医師の義務違反による被侵害利益を損害査定すればよい。

それには、1) その患者に対し、過失とされる病状時点で、当該医師がなすべき治療法を施した場合に予測される患者の治癒回復可能性の割合を認定し、それに2) 現に生じた死傷の結果に伴う全損害、を乗じて算出される。1) の治癒回復可能性は、 α 患者側因子、 β 疾病因子、 γ 医療側因子を条件にして臨床疫学の立場から割合を認定すればよい。ここでは抽象的な治癒回復可能性ではなく、その患者に対する過失時点での当該医師（または転送先医療機関）による治療による、具体的な医学経験則的な判断であって基礎となる事情は当該の歴史的事実である。

- 3) 相当程度の可能性侵害とは、医療行為上の過失による患者の身体被害を医師の行為義務の性質から捉えたものであり、治療機会喪失による損害にはかならない。訴訟上の因果関係の証明主題が、特定の事実が特定の結果発生を招来したことを是認しうる高度の蓋然性にあることから、「通常人なら誰でも疑を差挟まない程度に眞實らしいとの確信を得ること」ができる場合には、死傷結果の全部を損害と評価できるが、そうでない場合には、割合的可能性が賠償されるべき損害である。

この意味で、可能性侵害論は医療過誤訴訟における損害の通有性といえる。そして平成12年判決以降の下級審実務では、過失と死傷結果との間の因果関係が認められない場合に、なお医師に賠償責任を課す論拠として、証明責任軽減による被害者救済の機能を担っている。救命可能性の程度を探るには、いきおい治療成績や予後等の統計資料に頼らざる

を得ないが、これらが当該事実当てはめ得るかどうかの検証もなく、また反証の余地が残されておれば、直ちに高度の蓋然性を否定されとの誤解も相乗して、因果関係のハードルが逆に高くなった（歴史上の証明である訴訟上の証明では、通常反証の余地が残されているから、反証の余地があるとの理由で高度の蓋然性を否定することはできない…注1）、10）参照）。この意味では、因果関係についての患者側の証明度が緩和されたとの理解は、下級審の審理の実態を反映しているとは思えない。

- 4) 問題は、審理で究明されるべき対象は可能性侵害の実態価値であり、当該事実関係の下での患者が有した治癒回復可能性の程度割合であるのに、高度の蓋然性を認定できないとしても、なにごしかの可能性を否定できないとの直感的判断から、いくばくかの慰謝料認容に直結している感がある。

損害費目が慰謝料のみであり、証拠に基づかずに裁判所の自由裁量で認定できる簡便さも手伝ってか、高度の蓋然性を認める場合の1割程度の低額慰謝料が通例化している。

可能性侵害を基礎づける事実関係が何であるかの検証が無いため、証拠に基づく事実認定という審理の要が後退してしまい、請求の一部認容の理由が不透明となり、判決への上訴権が形骸化する懸念がある（医療過誤訴訟の控訴率は約40%で通常事件より高いのが一般であるが、この種の相当程度の可能性の認容判決への控訴率は極めて低い）。

以上

Where To Go ? “A Significant Possibility”
As a Compensable Injury.

論

Hirotoishi ISHIKAWA
Megumi OHBA

説

The Supreme Court of Japan admitted awarding damages for bodily injury as a chance of survival in medical negligence case in 2000. “A Significant possibility is worth to be compensated” the Court saing dose not show the measure and element of damage.

And the confusion followed in lower courts, a new type of damage with the test for determing causation. Where to go a new compensable injury or loss of chance doctorine in Japan.?