

相当程度の可能性侵害における損害に関する一考察

——行為義務からのアプローチ——

寺 沢 知 子

一 問題の所在⁽¹⁾

医師の過失が認められ患者が死亡した場合、救命できなかったこととの事実的因果関係が「高度の蓋然性⁽²⁾」をもって認められれば生命利益侵害に対する損害賠償請求が可能になる。救命の可能性はないが、延命は可能性がある場合は多様なケースがありうる。例えば、医師の過失がなければ長期間の延命の可能性が高度の蓋然性をもって認められる場合がある。この場合は、救命と同様に生命利益侵害に対する損害や、少なくとも延命期間の短縮に対する損害が認められることもありうる。もっとも、長期間の延命については高度の蓋然性をもっては認められないが、短期間の延命は可能であると予測される場合における延命期間の短縮という損害の立証は困難である。

このような、医師に過失があるがこれと最終悪結果との因果関係が高度の蓋然性をもって認められない場合に、医療側の責任を認めようとする、いわば被害者の救済の理論が提唱されている。裁判所が得た心証の度合いに応じた損害額

の責任を課すべきとする確立心証の理論や因果関係につき寄与度に応じて割合的に認定する割合的認定論⁽³⁾などの考え方があり。医師の過失と死亡などの最終悪結果それ自体との因果関係の立証の困難を回避すべく、生活（生命）の質に關する期待利益の侵害として捉えることによる損害（非財産的損害）⁽⁴⁾として慰謝料を肯定する考え方がある。また、医師の債務の内容である水準的治療を受ける機会の喪失⁽⁵⁾「死亡もしくは後遺障害の程度に応じ」た慰謝料が算定されるべきとする考え方がある⁽⁶⁾。例えば五〇〜六〇%の救命可能性を奪った範囲で損害賠償責任を認めるべきとして救命率を持った可能性自体を法的保護に値する利益とする考え方、機会の喪失自体を損害とすることによって、割合を乗じた額の賠償を認めるべきとする考え方もある⁽⁸⁾。これは確率的心証論や事象的因果関係の証明度の軽減とは異なったアプローチであるが、現実の問題として割合をどのように評価するのにかについての議論はない。

このように、学説では、主観的な期待利益の侵害による慰謝料を認める考え方が有力に提唱される一方で、一定程度財産的損害を認める客観的な可能性を示唆するものも見られた。しかし、損害の評価や算定の方法についてなど、損害のより具体的な議論は、殆ど見られない。裁判実務では、下級審において、期待利益等の侵害を認めて医療側の責任を肯定するものが多く見られた。もっとも、下級審は、例えば治療の機会を失い死期を早められたこと自体を損害として認めるものもあったが⁽⁹⁾、それでも財産的損害を正面から認めるものではなく、慰謝料のみを認め、その額も概ね低額である⁽¹⁰⁾。

このような中で、最判平成一一年二月二五日民集五三卷二号二三五頁⁽¹¹⁾（以後、最判平成一一年と略）が、肝細胞がん患者が死亡した事件で、「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死亡の時点においてなお生存していたであろうことを是認し得る高度の蓋然性が証明されれば、医師の右不作為と患者の死亡との間の因果関係は肯定される」として、因果関係の終点を「死亡時」に限定し延命期間を損害額の算定の問題とすることにより、期待利益侵

害構成とは異なったアプローチで、患者側の立証負担を軽減した。⁽¹²⁾ 最判平成一一年が示したこのような考え方は、① 事実因果関係の存在、② 事実因果関係に立つ損害のうちどこまでは「保護範囲」に含まれるか、③ 「保護範囲」にある損害の「金銭的評価」という判断枠組⁽¹³⁾に近いと指摘されている。⁽¹⁴⁾ さらに、損害を極めて形式的に捉えた上で生存可能（延命）期間は損害額の算定の問題とするというように、損害を抽象的に捉える考え方は、具体的事実↓評価額（主要事実）↓損害とする差額説における通説的見解より損害事実説に親近性が認められると指摘されている。⁽¹⁵⁾ 確かに、生存（延命）可能性の喪失を損害と解して生存可能（延命）期間は損害額の算定の問題とすることにより、これまで期間を明らかにできないことによる患者側の立証の（不可能に近い）困難を救済することが可能になるし、少なくとも死亡における慰謝料が認められ得ることになる。さらに、延命利益侵害の場合など、損害額の算定に当たって患者側が生存可能期間の証明をできずとも、民法二四八条を適用して財産的損害賠償も可能となる。⁽¹⁶⁾ もっとも、因果関係につき高度の蓋然性をもって認められなければならない場合をカバーするものではなかった。

最判平成一二年九月二二日民集五四卷七号二五七四頁（以後、最判平成一二年と略）が、医師の不作為と患者に生じた悪結果との間の因果関係が高度の蓋然性をもって認められない場合に、「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」自体を保護法益として、⁽¹⁷⁾ この侵害に対する損害賠償を認めた。最判平成一二年は、最判平成一一年を前提として死亡時における生存の相当程度の可能性を被侵害利益としている。つまり、最判平成一一年における損害を極めて形式的に捉えた上で生存可能（延命）期間は損害額の算定とすることによってもなお過失と最終悪結果との因果関係につき高度の蓋然性が認められない場合に、「死亡時における生存の相当程度の可能性」自体を保護法益としたのである。さらに、最判平成一五年一月一日民集五七卷一〇号一四六六頁（以後、最判平成一五年と略）は重大な後遺症が残存した場合に、最判平成一二年を引用して、「患者に重大な後遺症が残らなかった相当程度の

可能性」利益侵害を認めた。これは、最判平成一五年が最判平成一二年の認めた「相当程度の可能性」利益を「重大な後遺症の残存」にまで拡大したと解されている⁽¹⁸⁾。

最判平成一一年を前提とした最判平成一二年に始まる一連の判決⁽¹⁹⁾（最高裁判決としては、最判平成一五年、最判平成一六年一月一五日裁時一三五五号二七頁（以後、最判平成一六年と略）、最判平成一七年二月八日判時一九二三号二六頁判タ二〇二号二四九頁（以後、最判平成一七年と略。なお、同判決は否定事例）は、医師の過失と死亡や重大な後遺症などの最終悪結果との間の因果関係につき高度の蓋然性が認められない場合に、「相当程度の可能性」という抽象的な利益を被侵害利益とすることにより、同利益侵害による損害をもまた抽象的に把握することを可能にしており、その結果として、具体的な損害（額）の把握の可否や評価方法など損害論についての宿題を残している。「相当程度の可能性」という保護法益がどのような実質を有するのか、さらにその損害の内容は何か、どのように金銭的評価がなされるのかなど、損害評価に到るまでの理論的実体的道筋が明らかにされていないのである。

「相当程度の可能性」侵害については、その前提となる「相当程度の可能性」利益の実質は何かがまず明らかにされなければならず、損害を評価するためには、その前提となる「相当程度の可能性」利益における損害とは何かを考える必要があると思われる。「相当程度」の問題である。その上で、「相当程度の可能性」利益における損害とは何かを考える必要があると思われる。「相当程度の可能性」利益が抽象的に創り出された利益であるということは、最判平成一二年以降の「相当程度の可能性」を認める一連の判決もまた、最判平成一一年と同様、事実的因果関係を前提として、「相当程度の可能性」が法的保護に値する利益とした上で、損害の金銭的評価を行うという判断枠組に近いと考えられる。そうであるならば、「相当程度の可能性」を利益として保護の目的とする医師の行為義務自体および行為義務と「相当程度の可能性」利益との関係を分析することによって、同利益の実質を明らかにするための示唆を得られると考える。そこで、本稿は、これまで行わ

れてきた因果関係に着目した議論とは視点を変えて、医師の行為義務により保護される利益という点に着目し、保護されるべき利益の実質を分析することを通して、その利益における損害を評価するにあたって考量すべき要因を析出することを試みる。

註

- (1) 本稿は、医療過誤訴訟における慰謝料の問題について研究を行うことを目的とする「慰謝料研究会」での研究の成果の一部である。メンバーの方々、とりわけ石川寛俊弁護士には、議論を通して多くの示唆を頂いたことを感謝する。
- (2) 因果関係の立証について、最判昭和五〇年一〇月二四日民集二九卷九号一四一七頁が提示した「高度の蓋然性」理論の問題点が指摘されているところであるが(例えば、溜箭将之「因果関係―「ルンパール事件」からの問題提起」ジュリ一三三〇号(二〇〇七年)七五頁を参照)、本稿では「高度の蓋然性」を前提として議論を進める。
- (3) 助立明・中井英雄編『医療過誤法』青林書院(一九九四年)一二二頁。倉田卓次「交通事故訴訟における事実の証明度」『実務民事訴訟講座三卷』(一九六九年)一三四頁および小賀野晶一「割合的認定論の法的構成―相当因果関係論の再構成―」財団法人日弁連交通事故相談センター編『交通賠償論の新たな元』判タ社(二〇〇七年)一〇〇頁以下も参照。
- (4) 畔柳正義「損害の発生(二)―根本久編『裁判実務大系一七』青林書院(一九九〇年)三二六頁、新美育文「癌患者の死亡と医師の責任」ジュリ七八七号(一九九三年)七八頁、同「医療事故事例における『期待権』の侵害について」自正四七巻五号(一九九六年)六三頁など。
- (5) 石川寛俊「期待権の展開と証明責任のあり方」判タ六八六号(一九八九年)(以後、石川「期待権」と略)二九頁。加藤新太郎「医療過誤訴訟の現状と展望」判タ八八四号(一九九五年)一六頁も参照。
- (6) 石川「期待権」・前掲注(5)三〇頁。なお、石川寛俊「延命利益、期待権侵害、治療機会の喪失」太田幸夫編『新・裁判実務大系一医療過誤訴訟法』青林書院(二〇〇〇年)(以後、石川「延命利益」と略)三〇七頁は、「身体に生じた危険の現実化」として財産的損害の可能性↓民訴法二四八条による解決を示唆している。
- (7) 中村哲「医療事故訴訟における因果関係について」判タ八五八号(一九九四年)四〇頁、高波澄子「米国における『チャ

ンスの喪失 (LOSS OF CHANCE)』理論 (一・完) 北大法学論集五〇巻一号 (一九九九年) 一五九頁。

(8) 澤野和博「機會の喪失の理論について (四)」早大法研論集八一号 (一九九七年) 一七八頁。なお、鎌田薫「判例評論」リマークス二〇〇〇(上) 七〇頁以下も参照。

(9) 東京地判平成三年七月二三日判時一四二七号八四頁は、適切な医療を受けて治癒する機会等を失い、死期を早められた損害として、患者に対する慰謝料二〇〇〇万円、母親に対する慰謝料二〇〇万円が認められている。

(10) 浦川道太郎「民法判例レビュー 四四民事責任」判タ八三八号 (一九九四年) 五八頁、石川「延命利益」・前掲注(6) 二八八頁以下。

(11) 不作為は、事実的因果関係存否判断の前提とされる行為に含まれないとする有力な見解もあるが(平井宜雄『損害賠償法の理論』東大出版会(一九九五年)(以後、平井「理論」と略)四三六頁)、本判決は、不作為不法行為の因果関係についても作為不法行為の場合と同様、「高度の蓋然性」を必要とするとして、事実的因果関係の問題として扱うことを明確にした。

(12) 八木一洋「判例解説(最判平成一年)」最判解民事編平成一年度一五〇頁は、立証の負担を幾分かでも軽減する機能上の効果も期待でき、また因果関係の存在が肯定されるか否かによって、慰謝料の取扱いに相応の差が生じうるとする。

(13) 平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』弘文堂(一九九二年)(以後、平井「債権」と略)一一〇頁。

(14) 鎌田・前掲注(8) 七三頁。

(15) 大塚直「不作為医療過誤による患者の死亡と損害・因果関係論——二つの最高裁判決を機縁として」ジュリー一九九号(二〇〇一年)一三頁、鎌田・前掲注(8) 七三頁。

(16) 延命利益につき、最判平成一年後に民法二四八条が適用された判決として、例えば東京地判平成一七年一月三〇日判タ一二四四号二九八頁がある。この事件は、C型肝炎に罹患していた患者が肝細胞癌により死亡した事件で、インタビューでロン療法をせず、癌早期発見のための検査を怠ったとして、損害賠償を求めたもので、判決は、検査で肝細胞癌発見↓検査不実施↓手術↓「死亡の時点でお生きている高度の蓋然性が認められる」として死亡との間の因果関係を認めた上で、損害額の立証が極めて困難であるときにおける民法二四八条に該当するとした。そして、死亡により喪失した逸失利益相当額の損害額、四〇〇万円、慰謝料二八〇〇万円(患者二五〇〇万円、妻子三〇〇万円)を認めた。

八木・前掲注(12) 一五〇頁、大塚・前掲注(12) 一二頁、鎌田・前掲注(8) 七三頁も民法二四八条適用を示唆する。

(17) 杉原則彦「判例解説(最判平成一二年)」最判解・曹時五四卷四号二〇九頁、稲垣喬『医師責任訴訟の構造』有斐閣(二〇〇二年)三三頁、大塚・前掲注(15)一三頁、鎌田薫「判例批評」セレクト00(法協二四六号別冊付録)二三頁、加藤新太郎「平成一二年度主要民事判例解説」判タ一〇六五号一五頁、窪田充見「判例解説」平成一二年重判解(ジュリ二〇二号)(二〇〇一年)七〇頁、新美育文「判例評論」リマークス二四号(二〇〇二年)六一頁、澤野和博「判例研究(最判平成一二年)」名経法学一〇号(以後、澤野「判研」と略)(二〇〇一年)一八七頁、橋口賢一「法益としての『相当程度の可能性』」富大経済論集五二巻二号(二〇〇六年)五三頁、寺沢知子「判例紹介」法教二八五号(二〇〇四年)八〇頁等。

(18) もっとも、最判平成一二年は生存を「死亡時における生存」と限定しているが、最判平成一五年は単に「重大な後遺症の残存」としており、最終悪結果を時期的に限定しているわけではない(重大な後遺症発現時に重大な後遺症が未発現でいつまで遅らせられるかが問題ではない)。しかし、最判平成一五年が最判平成一二年を引用していることに鑑みれば、最判平成一五年もまた、損害を極めて形式的に捉えた最判平成一一年を前提にしており、したがって、「重大な後遺症の残存」を具体的な割合などとは関わりなく形式的に捉えた上で、これの相当程度の可能性利益を認めたと解される。そうであるならば、死亡時における生存と重大な後遺症が残存しない結果とは同じ連続線上にある悪結果として同様に扱うことができる。

(19) 橋口賢一「『相当程度の可能性』をめぐる混迷」富大経済論集五三巻二号(二〇〇七年)二九頁以下、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」判タ二二八七号(二〇〇九年)七三頁を参照。

二 「相当程度の可能性」利益

医師の過失と死亡との因果関係につき高度の蓋然性が認められない場合に、被侵害利益を「死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性」とすることにより、実質的に患者側の証明負担の軽減を図っていると評価され、あるいは「発生した結果と間の因果関係が立証されなくても損害賠償責任が認められる場合を合理的な範囲に画したものとされる。そしてこの点に着目すると連続線上にある因果関係の問題(さらには証明の問題)に帰着し、医師の行為義

務との関係は問題とはならないように見える。しかし、相当程度の可能性利益の侵害による損害が何かを考えると、先述のように殆ど慰謝料⁽²³⁾による解決が図られており、慰謝料機能の肥大化を招いている現実に直面するとなおさら、これを因果関係認定困難の救済のための「可能性」という点よりも、むしろ医師の行為義務の保護目的⁽²⁴⁾とされるべき法益の実質は何かという点に着目する必要がある。

(一) 医師の行為義務と「潜在的利益」としての「相当程度の可能性」

患者には個別の病状だけでなく当該患者ごとに身体的な性質や特徴があるゆえ、また、医療技術も絶えず進歩しているものの未だ解明されないことも多い状況であるゆえ、言い換えれば医療技術のみにより確定することのできない「可能性」部分の多い場面であるゆえ、医師が負う「最善の注意義務」は一定の程度・範囲の技術を前提としている⁽²⁶⁾。医師は、診療契約に基づき及び専門家として、診療時に要求される技術上の規⁽²⁷⁾準に適合した医療を行う注意義務を負うとされているのである。当然ながら、医療行為が悪結果に終わった場合でも、この悪結果という事実のみをとりあげて医師（医療機関）に注意義務違反があったということとはできない。

過失（行為義務違反）評価は、とりわけ不作為の医療過誤事件において、具体的状況下での作為義務の内容につき規範的評価を行い、これと現実の医師の行為との比較衡量が行われる。したがって事前的・抽象的に過失を評価して認めたいうえで、因果関係の問題として帰責相当性を判断するのが、最高裁の傾向であった⁽²⁸⁾。具体的状況下での医師の義務を事前的に捉えることは、現実が生じた「死亡当時の生存」や「重大な後遺症が残らないこと」というような特定の利益保護に向けられるだけでなく、その周縁に位置する「潜在的利益」⁽²⁹⁾としての、例えば死亡当時の生存の可能性をも保護することが義務の射程となりうる。すなわち、医師の注意義務は死亡という具体的悪結果から回顧的に定められること

はなく、行為時に「死亡当時の生存」の周縁にある相当程度の可能性をも含めた抽象的な利益を保護法益として抽象的に設定されると考えるのである。⁽³⁰⁾ 医師にこのような事前的・抽象的に設定された注意義務が認められ、これに医師が違反すれば、そして、後述のように当該義務が保護すべき射程内にある抽象的な利益である「死亡当時の生存の可能性」が独立した利益であると評価されれば、これを侵害することが、「特段の事情」のない限り事実上推定される。⁽³¹⁾

医師の行為義務により保護すべき利益とは、本来的には、患者の「死亡時における生存」利益であり、医師の過失と患者の死亡との間の因果関係が「高度の蓋然性」をもって認められれば、生命侵害に対する損害賠償請求が認められる。⁽³²⁾ そして、基本的には、周縁に位置する生存の「可能性」はあくまで現実に発生した死亡等の最終悪結果を前提とした抽象的利益にすぎない。つまり、行為義務が事前的抽象的に措定された段階では生存の「可能性」は潜在的利益であり、そして「死亡時における生存」利益を前提としているゆえ、本来には生命利益侵害との因果関係の有無が「高度の蓋然性」を基準として明らかにになった時点で、「可能性」利益は死亡に吸収されるか、因果関係がないゆえ可能性もないとされるか、いずれにせよ消滅するはずの利益である。この消滅するはずの「相当程度の可能性」利益が、なぜそのまま現実化して法的保護に値する利益となったかが問題になるが、これについては二(二)で述べる。

ところで、「可能性」は「相当程度の可能性」利益とされており、これにつき医師の行為義務違反と現実に生じた生命侵害などの悪結果との間に何%の「可能性」があれば「相当程度」が認められるかという、いわば事後的因果関係の問題として認識されている場合がある。⁽³³⁾ 確かに、事後的因果関係の問題として全く可能性がなければ、かかる利益もまた認められない。つまり、生存及びこれと同視しうること(重大な後遺症が残らないこと)の「相当程度の可能性」であるので、生命侵害等と医師の行為義務違反との間に事後的因果関係が「全く」認められないとされれば、相当程度の可能性もないということになる。しかし、「潜在的利益」として行為義務により保護されるべき「可能性」であると認

められる程度は、当然に「相当程度」である。そして、生命利益とは別の法的保護を受ける利益として認められる「可能性」は、「潜在的利益」としての「可能性」と同様「相当程度」であることを前提としているのである。したがって、「相当程度の可能性」とは、行為義務指定時における生命侵害の周縁の可能性の程度であるゆえ、事後的に認定される事実的因果関係における割合の問題として理解されるべきではないと考えられる。

(二) 独立の利益としての「相当程度の可能性」利益の射程

これまで述べたように、行為義務指定時における「潜在的利益」侵害としての例えば生命利益侵害とその可能性が予定されていても行為義務違反と生命利益侵害との間の事実的因果関係が認められれば、生命利益侵害の有無が明らかになった時点において、その可能性の問題は消滅し、これを考量する必要はなくなる。つまり、事前的な視点で捉えると、「相当程度の可能性」は医師の行為義務の保護目的の範囲内に「当然に」入っているが、事後的に行う帰責性の考量においては、通常なら「可能性」は因果関係の終点としては予定されていない。

それではなぜ行為義務を事前に抽象的に指定するための生命・身体利益の周縁の「可能性」＝本来潜在的なものとしてのみ観念されるはずの利益を、あえて独立した一つの利益として、いわば潜在的な利益を現実化させて捉えることができるのか。最判平成一二年は、「生命を維持することは人にとって最も基本的な利益」であることを根拠としている。最判平成一五年は、生命侵害ではなく重大な後遺症が残った場合であるが、最判平成一二年を引用しているところから、生命侵害に準じたものと考えられ、その根拠も同じと解せられる。すなわち、最高裁は、生存及びこれと同視しうるもの（重大な後遺症がないこと）という重大な被侵害利益の周辺にある「可能性」であるゆえに、生命・身体利益とは別な独立の利益として認めていると解せられる。

確かに、事前的に措置される行為義務により保護すべき利益はピンポイントに正確に定められるものではなく、個別具体的な事情に起因する「あいまいさ」があることは否めない。行為義務によって保護される利益が、生命およびこれと同視しうるものという、人間にとって最も基本的な利益であることを考えると、生命・身体利益侵害が高度の蓋然性をもって認められなければ具体的な事情ゆえから生じる「あいまいさ」は可能性もなかったものとして全く考慮の外においてしまうということはできないように思われる。実質的には因果関係の証明度の緩和という「救済論理の側面」⁽³⁵⁾があるという点に焦点を当てれば、事実的因果関係につき「高度の蓋然性」をクリアするかどうかで認められるかどうかが決まり、しかもとりわけ不作為の場合は、事実的因果関係そのものが抽象的・規範的な判断でもって決められる実態にあつては、生命侵害についてはなおさら「可能性」をも認めることの意義があるといえる。

身体利益侵害が、最判平成一五年判決におけるような生命侵害に匹敵するような重大な後遺症に限るか、又は軽度の後遺症なども含めた身体利益侵害を意味するのかという「相当程度の可能性」利益の射程については議論があるところである。最判平成一二年および最判平成一五年は、その射程について明確にはしていない。⁽³⁶⁾これについて、軽微な健康障害の回避可能性⁽³⁷⁾であっても、それが相当程度の可能性をもって立証されるなら保護法益とすることに理論上は何の障害もないとする見解や、⁽³⁸⁾医師の行為義務により保護されるべき利益である以上は「可能性」を生命侵害および実質的に同視できる身体侵害の周辺に限定する必要はないとして、軽度の後遺症なども含めた身体利益侵害をもその射程とする見解があるが、健康被害一般に拡大したものではないという見解が多いようである。⁽³⁹⁾診療契約に基づく医師の義務が「医療水準に応じた診療によって生命健康を維持する可能性のある患者に対して、その診療を実施することによりその可能性を保護することにある」⁽⁴⁰⁾ことを貫徹すれば、生命健康についてのあらゆる利益に関する可能性が、独立の「相当程度の可能性」であるという解釈も成立しうる。確かに行為義務の対象である以上は、これをことさらに限定せずとも良い

とも考えられる。しかし、もともとは現実化されない潜在的にのみ觀念される利益であったこと、軽度の後遺症の可能性なども独立の利益とすると単なる経済的利益喪失の可能性の場合との異同が不鮮明になる虞があることを考えると、そして近親者の慰謝料請求についての七一一条の解釈とパラレルに解するとしても、行為義務を事前的に捉えるゆえに含まれたいわば周縁に存するに過ぎない「可能性」を、あえて独立の被侵害利益と觀念して行為義務の対象とするためには、その前提となる悪結果は生命侵害またはこれと同視しうるものと限定的に解した方が説得力を有すると思われる。

(三) 独立の利益としての「相当程度の可能性」と因果関係の事実上の推定（事実的因果関係としての可能性が認められない場合）

生存利益が医師の行為義務違反により侵害されたと高度の蓋然性をもって認められるにせよ、認められないにせよ、生存利益侵害の有無が確定すれば、基本的には「可能性」はその存在意義を失う。そうであるので、医師の行為（作為・不作为）と死亡との間の事実的因果関係が全く認められない場合は、⁽⁴²⁾死亡当時の生存の相当程度の可能性も認められず医師は帰責されないのである。つまり、事前的に可能性の問題として「死亡当時の生存」が保護の範囲に入っていないも、現実に発生した患者の死亡などの最終悪結果から、事後的評価により医師の行為義務違反を手繰り寄せることができなことが明らかであるならば、すなわち、全く事実的因果関係が認められなければ、その可能性も当然ないことになり、医師への帰責は認められないということになる。行為義務の視点から見れば、技術上の規準に適合した治療を行っても死亡当時の生存の可能性がなければ治療を行う義務は認められないことになる。このことは、現実に発生した（行為義務との間の事実的因果関係が認められない）死亡が医師の行為義務の射程に入らない（↓義務違反がない）の

であるから、死亡時における生存の可能性についても当該行為義務により保護されるべき利益ではない（↓義務違反がない）ということの意味している。⁽⁴³⁾ すなわち、医師の過失に対応する悪結果が存在していなければ、事前的・抽象的に行為義務が指定されていても、そして、これに医師が違反しても、同違反が重大なものでない限り（重大であれば別の利益侵害が認められ得る）、⁽⁴⁴⁾ 医療側の損害賠償責任は生じない。また、現実に悪結果（死亡または重大な後遺症）が存在していることを必要とするので、例えば、医師のレントゲン読影ミスによりがん発見が遅れた患者の生存の可能性が何%減少したことによる「相当程度の可能性」侵害は認められない。

最判平成一七年は相当程度の可能性侵害が認められないケースで、拘留所に拘留中の者（X）が脳梗塞を発症し重大な後遺症が残った場合に医師の転送義務違反が争われ国が賠償責任を負わないとした。すなわち、血栓溶解療法の適応はない、適応のある間に転送しても同療法を開始することが可能であったとは認めがたい、拘留所においては症状に対応した治療が行われており、転送しても後遺症の程度が軽減されたというべき事情は認められないから、速やかに転送され転送先の医療機関で医療行為を受けていたら、「重大な後遺症が残らなかつた相当程度の可能性の存在が証明された」ということはできない。」とした。そして、「Xに重大な後遺症が残らなかつた相当程度の可能性の存在が証明されたということができない以上、東京拘置所の職員である医師がXを外部の医療機関に転送すべき義務を怠ったことを理由とする国家賠償請求は、理由がない」とした。さらに、転送しても「その後の経過を見る限り、大きな差はなかつた」という事情や、医師らは症状に対応した治療を行っていたなどの事情から、帰責相当性の問題として評価している。つまり、まず、転送されていたら後遺症の程度が軽減されたというべき事情↓後遺症の程度軽減は認められないから、その可能性も認められないと認定する。そして、転送義務については医師の行為義務として事前的・抽象的に認めながら、当該可能性は速やかに他の医療機関へ転送するという医師の行為義務により保護されるべき利益に当たらず、した

がって同義務違反は認めず、国に帰責することは相当ではないと判断したと解される。⁽⁴⁵⁾ 具体的患者を前にした医師の行為準則・義務が、具体的悪結果の回避及びその周縁にある可能性という抽象的利益を保護するべく事前的・抽象的に定められる。医師がこの行為義務に違反し、かつ過失に対応した死亡などの悪結果が発生すると、悪結果発生時の「相当程度の可能性」が独自の規範的利益として侵害され得ることになるが、過失に対応していなければ、事実的因果関係はまったくないとされて、悪結果発生への責任を負うことはないのである。

これに対して、スキルス胃癌の患者に対する内視鏡検査不実施が争われた最判平成一六年は「相当程度の可能性」利益侵害が認められるケースであり、判決は、検査義務違反という、未だ診断もなされていない段階に義務違反時の病状もわからない段階で、生存の「相当程度の可能性」を評価した。そして、医療水準に適合した行為を行っていれば、実際の転帰よりも良好な治療効果が得られたと考えるのが、「特段の事情」のない限り、合理的であるという手法によって、死亡時点における「相当程度の可能性」侵害の存否を評価した。すなわち、医療水準に適合しない治療を行うと、通常は医療水準に適合した治療を行った結果よりも悪結果に到ると考えられるゆえ、したがって、死亡時の生存可能性があるゆえ、そのような可能性はなかったという事情がない限りは、当該可能性は医師の内視鏡実施義務により保護されるべき利益として射程内にあると評価されたと解せられる。

(四) 小括

そもそも医療過誤訴訟においては、死亡などの最終悪結果について医師らの責任が追及されるのである。死亡の「可能性」というグレーゾーンは事前的に抽象的に措定される医師の行為義務の目的として保護される「潜在的利益」としてなら格別、因果関係の有無を決するという法的な意味では問題とならない領域であった。従前の議論なら、事実的因

果関係の問題として、「高度の蓋然性」をキーワードに因果関係の有無が決められ、その段階で「可能性」は因果関係の終点としての最終悪結果に吸収される。因果関係の問題として扱えば最終悪結果との間に高度の蓋然性が認められなければ消えてしまう「可能性」を、「人にとって最も基本的な利益（最判平成一二年）」における「相当程度の可能性」として極めて規範的な判断をもって独立の現実に保護すべき利益と捉えたのである。そして、このように事後的にも最終悪結果に吸収させず、現実に保護すべき利益と捉えることにより、因果関係の問題を事実上「推定」することを可能にしたのである。

註

(20) 大家・前掲注(15) 九頁、飯塚和之「最判平成一六年一月一五日判例評釈〔民事責任〕」判タ一一五七号(二〇〇四年)一四頁。

(21) 最判平成一七年における島田裁判官の補足意見は、「医師の不法行為責任を問うには医師の過失と患者の生命身体に受けた損害との間の因果関係の存在が必要であるところ、それに代えてこのような『相当程度の可能性の存在』があれば足りることに よって医療過誤訴訟における患者側の立証の困難を緩和するとともに、『相当程度の可能性の存在』を要件とするこ とによって、発生した結果との間の因果関係が立証されなくても損害賠償責任が認められる場合を合理的な範囲に画したものと理解される」として、「因果関係の存在に代わる要件」との理解を示している。

(22) 溜箭将之『相当程度の可能性』のゆくえ―平成一七年二月八日最高裁第一小法廷判決を題材に―ジュリー一三四四号(二〇〇七年)五五頁は、「相当程度の可能性」を機能的に捉えれば、因果関係の証明につき、証明度を緩和すると同時に、証明責任を事実上転換したものに限りなく近いと指摘し、法益侵害の要件事実として問題にするより「現実的な判断枠組み」とさえ言えらるとする。なお、稲垣・前掲注(17)三〇九頁以下も参照。

(23) その理論構成は明確ではないが、仙台地判平成七年七月二二日(刑行物未搭載)が患者の慰謝料、両親の慰謝料、治療費等を認めている。(本判決については、石川寛俊弁護士から資料を提供していただいた。)

- (24) 潮見佳男『法律学の森不法行為法』信山社（一九九九年）一七七頁。
- (25) 最判昭和三六年二月一六日民集一五卷二四四頁。
- (26) 最判昭和五七年三月三〇日判タ四六八号七六頁。
- (27) 技術上の規準に適合しているとは、例えば「医療水準」により規範的評価をされてこれに適合しているということである。学会が策定した「ガイドライン」などの医療者側の行為規範、そして薬剤の添付文書なども技術上の規準に適合しているかどうかの基準とされている。もっとも、「医療水準」概念が「修辭的な機能を果たしているに過ぎない」という指摘もありとおり（新美文「判例批評」ジュリー一〇九一号（一九九六年）六五頁）、これが規範評価の基準としての役割を果たしているかは疑問である。また、「ガイドライン」はあくまで医療従事者の行為規範に過ぎず、法的規準となりうるかは規範的評価を必要とする（大阪地判平成一九年九月一九日判タ一二六二号二九九頁参照）。
- (28) 寺沢知子「判例評釈」撰南法学三五号（二〇〇六年）一二七頁。
- (29) 潮見・前掲注（24）一五九頁。
- (30) 死亡当時の生存という特定の利益侵害を前提としているので、「潜在的利益」ではあっても一般的な「生命健康を維持する可能性」ではなく、「死亡当時の生存の可能性」と限定的に解することになる。
- (31) 最判平成二六年。杉原・前掲注（17）二〇七頁、手嶋豊「判例評論 判評五五二号一八二頁、岡林信幸「判例評論」判評五七四号三一頁、寺沢知子「判例紹介」民商二三一巻一号（二〇〇四年）一四九頁。なお、新美・前掲注（17）六二頁は、「高度の蓋然性」を持って証明できるかという点に疑問を呈する。
- (32) 潮見・前掲注（24）一七七頁、前田達明『現代法律学講座一四民法VI2（不法行為法）』青林書院（一九九一年）二九八頁、四宮和夫『現代法律学全集一〇不法行為（事務管理・不当利得・不法行為中間・下巻）』青林書院（一九九〇年）四三一頁。本稿は基本的には「規範の保護目的」説により責任範囲を確定する立場にたっているが、権利侵害と損害とは区別している（注（61）を参照）。
- (33) 畑中綾子『相当程度の可能性』について―平成一七年一二月八日最高裁判決を素材に―ジュリー一三四四号（二〇〇七年）六三頁を参照。
- (34) 永野・伊藤・前掲注（19）六九頁は、近親者の慰謝料請求についての民法七一一条の解釈とパラレルに解すれば、生命侵

害に準じるレベルの身体侵害を生命侵害と同様に扱うのは理由があるとしている。

- (35) 林道晴「判批〔最判平成一五年〕」NBL七九二号（二〇〇四年）七三頁。杉原則彦「判例批評」ジュリー二一三号（二〇〇一年）一三四頁、円谷峻「判例研究」ひろば二〇〇六年九月号七一頁、日山恵美「判決紹介」年報医事法学二二号（二〇〇六年）一七八頁も参照。

- (36) 松並重雄「判例解説」最判解・曹時五八巻四号二八七頁は、最判平成一二年や最判平成一五年の説示に照らすと、これらの判決が「心身の健全性が損なわれた場合全般」がその射程内にあることを肯定する趣旨であるとは考えがたいように思われるとしている。

- (37) 新美育文「判例評論」リマックス三二号（二〇〇五年）四九頁。

- (38) 石川寛俊『第一回弁護士のための医療過誤訴訟法講座講義録医療過誤訴訟における因果関係』医療事故センター（二〇〇四年）（以後、石川「因果関係」と略）五三頁以下は、医師は、基本的に「身体生命への危険を防止すべき注意義務」を負っており、注意義務が適切に履行されれば危険を除去される治療効果が期待されるとする（治療機会）。

- (39) 松並・前掲注（36）二八七頁、林・前掲注（35）七三頁等。寺沢「紹介」・前掲注（17）八一頁は、最判一五年があらゆる後遺症残存にまで認めたとは解されないとする。

- (40) 松並・前掲注（36）二七五頁。

- (41) 永野・前掲注（19）六九頁。

- (42) 例えば、医師の行為後に発生した事情により患者に最終悪結果がもたらされた場合は、「特段の事情」が認められて、「可能性」侵害について医師は帰責されない。ただし、右のように事実的因果関係がないことが明確であることは多くないと思われる。いづれにせよ、医療側が「特段の事情」を立証するという、事実上因果関係がないことの証明責任を負うことになると思われる。溜箭・前掲（注（22））五四頁は、最判平成一七年も最判平成一六年同様、医師の過失により相当程度の可能性が事実上推定され、被告が反証する責任を負ったとする論理に近いとする。

- (43) 行為義務に対応した利益があり、その利益の範囲外であるならば、事実的因果関係は認められない、という意味で、過失と因果関係は牽連関係にある。石川「因果関係」・前掲注（38）五三頁以下も参照。

- (44) 最判平成一七年は、「生命の尊厳を脅かすような粗雑診療」の場合は損害賠償請求が認められる可能性を示唆している。ま

た、島田裁判官および才口裁判官の補足意見によると、「著しく不適切不十分な場合」「医療行為の名に値しないような例外的な場合」には医師の過失責任が問われ得る。これらは、また別の利益が問題となるケースであり得るが、本稿のテーマからは外れる。

(45) 四六拙稿・最判平成一七年判例評釈(前掲注(28)) 一二七頁以下は、最判平成一二年、最判平成一五年、最判平成一六年が過失を事前的・抽象的に評価をしているのと異なり、最判平成一七年が医師の行為態様(落ち度)と因果関係の程度を相関させて帰責相当性の問題として医師に損害賠償責任を認めていないというように、その評価過程が異なっておりわかりにくいアプローチを採用していると指摘していた。しかし、本文中に述べたように行為義務の射程の問題として捉えれば二つの評価過程が矛盾するものではないことが明らかになった。

三 「相当程度の可能性」利益侵害における損害

これまで述べたように、事前的に措定された行為義務によって保護されるべき利益である「相当程度の可能性」であるので、「相当程度の可能性」利益は医師の行為時における可能性の現実化したあくまで規範的な利益であり、死亡などの悪結果との事実的因果関係において現実の可能性が何%あったかという点から直接に損害が導きだされるのではない⁽⁴⁶⁾。それでは、「相当程度の可能性」利益における損害は何であろうか。また、どのように評価・算定すればよいのであろうか。先述のとおり、裁判実務は、「相当程度の可能性」についての損害につき、慰謝料のみを認め、その額は流れとしては高額化しているものの比較的低額であるというのがその傾向である⁽⁴⁷⁾。もっとも、慰謝料を認めているものの、損害が何かにについては明らかにされてはいるものではない。

(一) 慰謝料と財産的損害

裁判実務が一般に採用している考え方は、差額説の立場をとりながら金銭評価の問題をも損害概念の中に取り込んで観念している。その「算定」については、具体的損害計算、個別損害項目積算方式が採用されている。ただし、これによれば、被害者が幼児である場合の逸失利益など不都合が生じることがある。その場合は、裁判実務は、被害者個人を対象とする具体的損害計算を本則としながら、平均賃金等の抽象的・客観的基準により、「控えめな算定」という名の下に賠償を肯定した⁽⁴⁸⁾。裁判実務が採用しているこの差額説十具体的損害計算手法に忠実に従えば、先述のように、損害額が問題になるゆえ具体的な事実としての「可能性」割合に基づいて具体的損害計算をすることになると思われ、この事実認定の至難な作業は、立証の困難もあいまって、結果的に財産的損害の立証困難性に対する補充の意味での⁽⁴⁹⁾、または精神的苦痛を填補する意味での慰謝料として、裁判所の包括的な「裁量」に委ねることになると思われる。これまで「相当程度の可能性」侵害を認めた裁判例は一裁判例を除くすべてが慰謝料のみを認めているものの、明示的に財産的損害を否定したものはない⁽⁵¹⁾。

学説では、「相当程度の可能性」利益侵害における損害について、最判平成一二年を受けて、損害額の算定の困難・問題性から可能性の程度等を斟酌することによる慰謝料の算定にとどまるとする見解⁽⁵²⁾など、慰謝料にとどまるという考え方が有力に提示されている⁽⁵³⁾。一方、最判一二年直後に出された見解には、生存の可能性に応じた損害賠償であることに着目して、財産的損害賠償を肯定する見解も多い⁽⁵⁴⁾。また、民法二四八条などにより財産的損害を認める可能性を指摘する見解がある⁽⁵⁵⁾。さらに、労働能力喪失説や損害事実説的な考え方を使得定量的に考えることにより、つまり死亡自体や後遺症確定時における労働能力の喪失自体を損害として、金銭的評価の段階で統計的手法(控えめな算定方法)を使う、そして理論的検証で詰め切れない部分については民法二四八条に拠るとする考え方が⁽⁵⁶⁾ある。その他に、「よ

りよい結果を享受しうる相当程度の可能性」の喪失の損害は客観的な経済的損害であり、これに対応した客観的な損害項目を考えるべきとする考え方が⁽⁵⁷⁾ある。

確かに、すぐれて規範的な「可能性」利益を客観的に把握することが困難であることを受け入れるならば、財産的損害を直接的には認めることは難しく、したがって非財産的・精神的損害の賠償として慰謝料のみを認めて裁判所の「裁量」に委ねざるを得なくなるであろう。喪失した延命期間の算定のように、過失と利益侵害との間の事実的因果関係は認められているが単に財産的損害の立証困難な場合には、端的に損害の問題のみについて慰謝料の補完的機能に解決を求めているとして許容できなくはない（もっとも、前述のように民法二四八条にその解決を求めることができる）。

しかし、過失と、例えば生命利益侵害との間の事実的因果関係の立証困難のゆえに創り出された極めて抽象的・規範的な利益について、その実質も不明のまま、損害についての立証が困難であるとして、慰謝料の補完的機能に依存して裁判所の裁量に委ねることは、慰謝料の機能をいたずらに肥大化させると思われる。

先に述べた損害評価のレベルで可能性の確率的な判断を行うことによって直截に財産的損害の賠償への道を開くという見解は、民法二四八条を適用してこれを裁判所の裁量に委ねるといふ考え方に結びつく⁽⁵⁸⁾。慰謝料の補完的機能に依存して裁判所の裁量に委ねるよりも、民法二四八条の適用の場面であるとして端的に財産的損害の賠償の可能性を検討することが、慰謝料機能の肥大化を防ぐことにもなると思われる。また、医師の行為義務違反と最終悪結果との間の事実的因果関係が高度の蓋然性をもって認められる場合と単に相当程度の可能性があるとして慰謝料が認められる場合における損害賠償額の違いの大きさについて、理論的に説明可能かつ妥当な結果を導き得る。ただし、民法二四八条により裁判所の裁量に委ねるには、相当額認定の基礎とした諸事情等を当事者双方による追試が可能となるように判決理由中に記載されているのが望ましい⁽⁵⁹⁾し、そのための損害評価ルールが必要であると考える。

(二) 損害事実の確定と金銭的評価ルール

相当程度の可能性利益における損害が何かを評価する前提として、これまで述べてきたことを確認する。まず、「可能性」利益は事前的に措定された行為義務において「潜在的利益」として観念され、本来的には具体的な悪結果が発生した段階で、その悪結果に吸収されることになる利益である。ところが、「相当程度の可能性」は、極めて規範的な価値判断によって、最終悪結果に吸収させずに「行為義務により保護すべき利益」とされた。その判断の根拠としては、死亡当時の生存及びこれと同視しうるもの（重大な後遺症がないこと）という重大な被侵害利益の周縁にある「可能性」であることである。

「相当程度の可能性」侵害における損害は、死亡や重大な後遺症という生命・身体侵害の場合と異なり、「相当程度の可能性」が規範的判断により創り出された利益であるゆえ、差額説におけるような損害項目を個別に積み上げて積算する方式になじまない。この利益の抽象性に注目すると、同利益侵害による損害も抽象的に捉えて一つと考え、あとは金銭的評価の問題とする考え方、すなわち損害事実説の考え方に親近性がある。損害事実説では、損害を金銭で表す業は「裁判所の行う裁量的・創造的・評価的要素が介入せざるを得ない性質」を有しているゆえ、損害は、金銭で表示するのではなく、その基礎である「不利益を構成する事実」である。⁽⁶²⁾したがって、「相当程度の可能性」利益侵害における損害事実は、死亡当時の生存（または重大な後遺症が残らなかった）の「相当程度の可能性」の喪失という規範的要件であり、同要件を支える評価根拠事実は、①最終悪結果があること（死亡または重大な後遺症の存在）および②最終悪結果を生じさせない可能性があることである。

これの金銭的評価については、「相当程度の可能性」の喪失という損害の発生は確実であるが、その損害は「可能性の喪失」という抽象的で規範的な性質を有するためにその額の立証が極めて困難であることから、先に述べたように民

訴法二四八条を適用して損害額の確定を裁判所の裁量に委ねることにより妥当な解決を得られると考える。⁽⁶³⁾ もちろん、具体的な「可能性」の存在は、間接事実として当事者による主張・立証活動が行われる。

ところで、民訴法二四八条は、例えば幼児の逸失利益など裁判実務が積み重ねてきた差額説を前提とした算定方法を追認したものと解されているが、⁽⁶⁴⁾このような算定方法は金銭的評価の一つの手法として重要な意味を持つと考えられる。⁽⁶⁵⁾すなわち、「相当程度の可能性」損害につき本条を適用するためには、抽象的な利益についての一つの評価ルールの定立という意味で、金銭的評価につき規範的手法を提示することが、当事者への不意打ちを防止し、追試を可能にするためにも必要であると考えられる。⁽⁶⁶⁾

「相当程度の可能性」という規範的損害の評価手法について、奪われた生存可能性の存在の「割合」と本来の死亡との差をとらえて、具体的には、差額説の考え方によって死亡当時の生存の喪失による損害につきまず金銭的評価を行い、これに可能性「割合」を乗じるといふ評価方法がある。⁽⁶⁷⁾可能性を損害とする以上、そして財産的損害の可能性を引き出すためには、可能性「割合」による具体的な算定が必要となるゆえ、差額説の考え方に依拠して具体的に算定する、この評価方法が、大枠としては現実的かつ妥当であると考えられる。ただし、この「割合」は事実的因果関係レベルでの割合ではなく、規範的評価を受けた「割合」である。つまり、行為義務により保護すべき利益として捉えれば、(仮に肝癌におけるような統計上の数字がある場合であっても)具体的な割合(%)は、可能性「割合」を導き出す単なる一事情(「疾病側の事情」)に過ぎないのである。

それでは、どのような要因によって「割合」を導き出すことができるか。「相当程度の可能性」損害は、もともとの被侵害利益自体が規範的評価の結果として作り出されたのである。⁽⁶⁸⁾この抽象的に把握せざるを得ない損害の評価に当たっては、どのような規範的判断に基づいて「相当程度の可能性」が行為義務措定時に保護される利益とされたかとい

う、いわば責任成立要件レベル⁽⁶⁹⁾に立ち戻っての考量が必要であると考える。すなわち、「相当程度の可能性」が行為義務によって保護される利益として存在しなければならぬ要因、言い換えれば死亡当時の生存及びこれと同視しうるものに付き纏う「あいまいさ」の原因を分析することが「相当程度の可能性」利益の実質を明らかにし、「可能性」「割合」を規範的に評価するための要因を明らかにすることができると考える。具体的状況下において具体的患者と向き合う医師の行為義務は一定の技術の規準に合致していることが求められるが、これまで述べてきたように、同義務により保護すべき利益には、具体的な「医療側の事情」や「患者側の事情」、そして「疾病側の事情」という不確定要素があるための「可能性」をも含んでいる。そして、この不確定要素、つまり利益を不確定ならしめる要因こそが、「相当程度の可能性」利益の実質を、さらには損害⇩可能性「割合」を評価するための要因になる。可能性「割合」は具体的には何%という数字で表さなければならないが、それは右の要因を総合考慮して導き出された法的評価の結果である。

なお、行為義務は具体的患者を前にして事前的抽象的に定められており、これに対応した「相当程度の可能性」利益も事前的抽象的な利益として認められるゆえ、同利益侵害における損害もまた行為時に客観的に把握された抽象的な利益の現実化したものとして把握される。客観的に把握された抽象的利益としての「相当程度の可能性」であるから、これを考慮すべき要因は、事前的に、そして客観的に明らかにしているはずである。したがって、訴訟経過において鑑定等により明らかにされる客観的の事情があった場合において、仮に行為義務措置時に医師が把握することができる（予見可能）客観的に評価される、または、回避することができる（結果回避可能）客観的に評価される事情については、先述のように医療側要因となり得る。具体的患者が被った死亡などの具体的な悪結果を基点にした具体的事情が客観的に把握されれば、つまり不法行為後に発生した事情は、可能性という「潜在的利益」が現実に保護されるべき利益と認められるにあたっての事情であるゆえ、先に掲げた諸事情とは別の要因として考慮されることになる。すなわ

ち、このような場合とは、「可能性」を没却するか（最判平成一七年）、事実的因果関係が認められる要因として機能するかのいずれかである。

註

(46) 現実の可能性割合は、これまでの症例の集積などから肝がんのように割合を一定程度示すことができるとしても（日本肝癌研究会・肝癌追跡調査委員会編『第一七回全国原発性肝癌追跡調査報告』日本肝癌研究会事務局）、相当程度の可能性侵害による損害を評価するための単なる一事情となり得るに過ぎない。

(47) 橋口・前掲注(19)及び永野・伊藤・前掲注(19)によると、一〇〇〇万円を認めているものが散見されるが、五〇〇万円以下の慰謝料が認められているものが多い。

(48) 潮見・前掲注(24)二三五頁。

(49) 裁判実務で、財産的損害の立証困難性に対する補完などにも活用されるようになり拡大している。まず交通事故慰謝料額賠償実務において、例えば逸失利益額の認定はできないが、経済的損失を受けていることは認定できるゆえに、慰藉料算定にあたってこれを考慮する判決が見られるなど、この機能が積極的に活用されていることが指摘されている（吉村良一「慰藉料請求権」民法講座六巻（一九八五年）四三六頁）。医療過誤裁判例としては、例えば、名古屋高判平成一五年一月五日判時一八五七号五三頁が、延命利益侵害の場合において、「相当程度延命することができ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はできないから、慰藉料の算定に際し考慮する」としている。

(50) 吉村良一『不法行為法第三版』有斐閣（二〇〇五年）一四七頁。

(51) 永野・伊藤・前掲注(19)七一頁。八木・前掲注(12)一六四頁及び杉原・前掲注(17)二〇九頁は、逸失利益等の財産損害を一部認めることができるかどうかは残された問題としており、最高裁も財産的損害を否定するものではないと解せられる。ただし、志村由貴『相当程度の可能性侵害論』をめぐる実務的論点』ジュリー三四四号（二〇〇七年）七三頁は、「最判平成一五年の差戻審（大阪高判平成一七年六月一五日（判例集未搭載）が財産的損害を認めず慰藉料：のみを認容したのに

対して、当事者双方から上告受理申立があったが、最高裁がこれらの申立をいずれも受理しなかったこと…からすると、最高裁が財産的損害を認めることに否定的である」としている。

(52) 新美・前掲注(17) 六二頁。

(53) 鎌田薫「判例批評」セレクト00(法教二四六号別冊付録)(二〇〇一年)二三頁、小池泰「判例批評」民商一三〇巻四・五号(二〇〇四年)二八五頁。筆者も「可能性」損害の把握の困難さ、および、生命侵害とは別の理論構成による「相当程度の可能性」侵害であることから非財産的損害としての慰謝料として、可能性が大きければ大きいほど慰謝料額も多く認めることになると考えていたが(寺沢・前掲注(31)一五〇頁)、可能性につき行為義務の視点から見ることにより、直截に財産的損害を認めることができると思えるに至った。

(54) 窪田・前掲注(17)七〇頁、前田順司「判例解説」宇津木伸他編『医事法判例百選』有斐閣(二〇〇六年)一六五頁、前田達明「判例評論」判時一八八五号(判評五五五号)一九三頁。杉原・前掲注(17)は、「いわゆる死傷損害説」の立場からは財産的損害を認めることが可能であるとする。大塚・前掲注(15)一六頁は、実質的に確率的心証論をどのような要件のもとに認めていくか、例えば救命率八〇%のとき八〇%認めるのであれば、高度の蓋然性の心証が七〇〜八〇%であるといわれているのと同様、平仄を合わせるのか、などの問題が課題として残されるとする。

(55) 澤野「判研」・前掲注(17)二〇一頁、飯塚・前掲注(20)一二〇頁。

(56) 林・前掲注(35)七四頁。

(57) 石川「因果関係」・前掲注(38)五一頁。

(58) もっとも、慰謝料も民法二四八条が適用される場面の一つであるとされ(奈良二郎執筆「第二四八条」賀集晶Ⅱ松本博之Ⅱ加藤新太郎編基本法コンメンタール第三版民事訴訟法2(別冊法セ一八一号)(二〇〇三年)二五二頁)、幼児等の逸失利益などと同様、いわゆる「控えめな算定方法」などによる証明度の軽減という裁判実務の現実の対応を承認するとともに、その他の損害の場合にも適用可能なように一般化したものとされている(吉村・前掲注(50)一五五頁)。これに対して、同条は証明度の軽減を目的とするもので、幼児等の逸失利益は損害額算定のための実体法ルールの問題であるゆえ、その局面が異なるとする見解が主張されている(山本克己「自由心証主義と損害額の認定」松本博之Ⅱ宮崎公男編『講座新民事訴訟法Ⅱ』弘文堂(一九九九年)三〇三頁、潮見・前掲注(24)二三四頁)。

潮見・前掲注(24)二三六頁は、慰謝料算定も法的評価にかかわる裁判官の裁量判断であるという限りでは民法二四八条の守備範囲外であるが、慰謝料の補完的機能が果たしていた部分については、「慰謝料への逃避」を待つまでもなく、同条を介して端的に「財産的損害」としての賠償請求を認める可能性が開かれたとしている。

(59) 潮見・前掲注(24)二三六頁。

(60) 平井「債権」・前掲注(13)四〇頁は、権利侵害の要件は損害発生の際の要件の中に解消され、実際には同一のものとして「相当程度の可能性」を損害事実と捉えれば、このような侵害と損害を区別しない考え方に一見同じ考え方を採るよう思われるが、「相当程度の可能性」利益については、異なった考量を必要とする。すなわち、本文中に述べているように、損害発生の際に解消されるという考え方はできないのであって、あくまで相当程度の可能性を被侵害利益とすることの特殊性から結果的に可能性利益における損害もまた抽象的に可能性損害を概念することになるとするものである。すなわち、行為義務違反と因果関係の連結点を侵害として、この侵害がもたらしたものを損害とする立場をとるものである(四宮・前掲注(32)二九七頁以下)。

(61) 平井「債権」・前掲注(13)九九頁以下。潮見・前掲注(24)二一六頁以下も参照。損害事実説には、損害事実をどのレベルで捉えるかなどの損害概念や、権利侵害との関係如何などについて、さまざまなバリエーションがある。本稿では、本文中に述べているように、共通項の意味、すなわち差額説と異なり損害を抽象的に捉えるということの意味し、そして、損害事実の確定と金銭的評価を分離させるということを意味するに過ぎない。

(62) 平井「債権」・前掲注(13)七五頁。

(63) 加藤新太郎「医療過誤訴訟における因果関係」川井健二編『転換期の取引法』商事法務(二〇〇四年)三八二頁。

(64) 春日偉知郎「相当な損害額」の認定」ジュリー一九八号(一九九六年)七三頁、奈良・前掲注(58)二五二頁。なお、注(58)参照。

(65) 窪田充見『不法行為法』有斐閣(二〇〇七年)三六二頁。

(66) 平井「理論」・前掲注(11)四九六頁。

(67) 石川寛俊弁護士の上告理由における損害の算定の主張(民集五三卷二号二六八頁)を参照。なお、後遺症の場合につき、林・前掲注(35)七四頁。

(68) 幼児の逸失利益の金銭的評価において規範的判断が必要となるのは、未だ発生していないという意味で抽象的な損害であるからである。規範的なルールの必要性という点では、「相当程度の可能性」損害におけると同じであるが、幼児の逸失利益は、例えば死亡という確定した侵害結果に基づいた損害であるものの、これが将来の不確実な損害であるため、規範的ルールに従って算定されているという点で、「相当程度の可能性」損害とは異なる。

(69) 潮見・前掲注(24)二二〇頁。なお、前田・前掲注(54)一九七頁を参照。

(70) 石川「因果関係」・前掲注(38)五三頁は、医師が負うべき身体生命への危険防止または治療機会提供について、どのような注意義務(作為義務)かは、疾病側の事情(悪性度や進行度)、患者側の事情(基礎体力、素因)、医療側の事情(設備、能力、客観的に行い得た治療)の三要素の組み合わせで導かれるとする(三要件の具体的内容については、日本肝癌研究会・肝癌追跡調査委員会編「第17回全国原発性肝癌追跡調査報告」日本肝癌研究会事務局(注(46)に記載された調査における要因を参照)。」

四 結語

医師の過失行為と最終悪結果との間に高度の蓋然性をもって事実的因果関係は認められないものの、可能性は否定できない場合、従前の下級審判決や学説は、期待権侵害等の法理論により処理し、慰謝料のみを認めていた。最判平成一二年が死亡当時の生存の「相当程度の可能性」という新しい利益を創り出して以来、わずか一〇年余の間に、医療過誤訴訟において、この法理により患者側の損害賠償請求を認めた裁判例が五〇例余にのぼる。しかし、この利益の損害評価については、余り議論が見られないまま、裁判実務は慰謝料のみを認めるものが殆どであった。医療過誤裁判例において認められている慰謝料は、近時、拡大された補完機能、すなわち、従来の伝統的に理解されている填補機能や補完機能(そして制裁機能)を考慮してもなお説明ができない領域までをカバーしてしまっているといえる。慰謝料がこの

ように多様かつ拡大しつつある機能を負わされているにもかかわらず、その機能の違いが具体的に慰謝料額にどのような影響を及ぼすかについての分析はこれまでのところ見られないし、判決にも積極的に明らかにされていないと言える。

本稿は、慰謝料をめぐるこのような問題状況に着目したことを契機に、「相当程度の可能性」利益侵害につき、利益侵害の实质と損害の内容を分析するべく、具体的には民訴法二四八条を適用を視野に入れて、具体的な評価および算定方法について考察を進めたものである。すなわち、一旦因果関係から離れて、医師の行為義務に視点を転ずることにより、行為義務により保護されるべき利益の實質的な内容から、民訴法二四八条を適用する場合の損害評価と算定方法を導き出し、因果関係とは別なレベルでの可能性「割合」による財産的損害の賠償を認める考え方を提案した。もっとも、本稿では可能性「割合」についての一つの視点からの損害評価の要因を導き出したもので、具体的な損害算定の方法については、上の三要因のさらなる分析が必要である。

今後、医療過誤訴訟において、「相当程度の可能性」侵害の場合と同様な、慰謝料のみが認められている場合における損害の評価が問題となる場面が生じると思われ、そのような問題状況に対応した「慰謝料」の分析が必要と考えるが、これについては今後の課題としたい。