

生存可能性の喪失と逸失利益の損害賠償

杉 原 則 彦

1 問題の所在

生命は最も重要な法益であるが、生存可能性は、従前は損害賠償の対象となるべき法益とは認められていなかった。しかし、最高裁判所平成12年9月22日第二小法廷判決・民集54巻7号2574頁（以下「平成12年判例」という。）は、初めて生存可能性を損害賠償の対象となるべき法益と認め、不法行為による慰謝料請求を一部認容した原審の判断を是認して、病院側からの上告を棄却した。さらに、最高裁判所平成16年1月15日第一小法廷判決・判例タイムズ1147号152頁は、生存可能性を診療契約の債務不履行についても損害賠償の対象となる法益と認めた。これらの判例によって、不法行為についても債務不履行についても、生存可能性が法益と認められ、その侵害に対しては損害賠償請求が認められることが明らかにされた。

次の問題は、生存可能性の喪失についてどのような損害賠償が認められるのかということだが、生存可能性の侵害を理由とする損害賠償は慰謝料（及び弁護士費用）に限るべきであるとの見解が有力であり、平成12年判例以降数多く現れた下級審裁判例はこの見解を採っているようである。⁽¹⁾

しかし、それは、生存可能性を法益と認めた平成12年判例を正しく理解するものではないのではない

か、というのが筆者の問題意識である。⁽²⁾

次のような設例を考えてみよう。

【設例】

40歳のAは、摘出困難なすい臓の悪性腫瘍のため余命わずかとされているが、その状況下にあっても、ITを駆使して巨額の金融取引を長年にわたって続けて毎月1000万円程度の収入を得ており、毎年1億円を超える所得について確定申告をして納税していた。Aは悪性腫瘍の摘出手術を希望したが、Y医師は、Aに対し、悪性腫瘍が動脈と癒着して摘出の際に動脈を傷つけて大量出血をするおそれがあること、手術が成功すればAは健康を回復することが期待できるが、手術が成功する確率は2割であること、そして、手術が成功しない場合には大量出血による術中の死亡を覚悟しなければならないことを説明した。この説明を受けたAは、それでも手術を受けることを希望し、手術が実施されることになった。ところが、手術に当たり、Y医師が過失により不適切な麻酔薬を過剰投与したため、その副作用によるショックでAは手術中に死亡した。

Aの唯一の相続人であるXは、Y医師に対し、Aは2割の確率で健康を回復することができたものであり、健康を回復すれば、毎年少なくとも1億円、60歳までの20年間で20億円の収入を得ることができたはずであるとして、その2割に相当する4億円の

(1) 後記4の裁判例参照。

(2) 筆者は、昭和56年から令和3年まで40年余にわたり裁判官として勤務し、平成11年から平成18年までの7年間、最高裁判所調査官を務めた。平成12年判例については、その担当調査官として、最高裁判所判事に対する調査官報告書を作成し、その後の最高裁判所判事の審議を傍聴し、その指示の下に判決起案をし、判例解説を書いた。

逸失利益の損害賠償を請求した。

この事案のAは余命わずかであるとされており、手術が成功する可能性は2割しかなく、成功しなければ術中の大量出血による死亡が予想されるものであったのであるから、Y医師の過失がなければAが術後も生存できたという高度の蓋然性は認められない。したがって、後記2の相当因果関係に関する確立した判例によれば、Y医師の過失とAの死亡との間に相当因果関係を認めることはできないことになる。しかし、2割の生存可能性があったのであるから、Y医師は、過失によりそのAの生存可能性を失わせたことにつき損害賠償義務を負うことになる。このような場合に、Aが生存できれば多額の収入を得ることが見込まれていたことや、2割の生存可能性を得られるのであれば余命わずかな者の多くが高額の出費をいとわないであろうことを考慮すれば、そのような生存可能性の喪失は財産的損害と認めてよいと考えられる。そして、Aが長年にわたり巨額の金融取引を行って高額の収入を得ており、そのことは病床にあって変わりなかったことを考慮すると、相当額の逸失利益の損害賠償を認めてもよいのではないかと考えられる。そうすると、この点に関する下級審裁判例のように、「医師の不法行為が患者の生存の相当程度の可能性を侵害したものであることに照らすと、患者の損害は慰謝料及び弁護士費

用に限られると解するのが相当であり、その余の費目（逸失利益及び葬儀費用）が損害に当たるとは認められない。⁽³⁾と決め付けるのは相当ではないのではないか。

この問題を考えるに当たっては、生存可能性が法益として認められるようになった経緯を改めて振り返って検討することが有益であり、相当であろう。

2 平成12年判例が現れるまで

訴訟上の因果関係の立証は、一点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく、経験則に照らして全証拠を総合検討し、特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認し得る高度の蓋然性（経験則に照らして全証拠を総合検討し、特定の事実から特定の結果発生を招来した関係を是認し得るものであって、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得るもの）を証明することであるとされている。⁽⁴⁾そして、医療行為について医師の過失が認められる場合には、その過失と患者の死亡との間に上記のような因果関係の立証がされないときでも、医師に何らかの損害賠償責任が認められないかという問題について、福岡地判昭和52・3・29判例時報876号90頁がこれを「期待権」の侵害という表現を用いて認めて以後、結論として請求を一部認容する相当数の下級審裁判例が出ていた。⁽⁵⁾

学説は、当初は、期待というような主観的感情利

(3) 広島高判平成27・5・27判例時報2271号48頁。

(4) 最高二小判昭和50・10・24民集29巻9号1417頁（ルンバル事件）等。

(5) これらを整理紹介するものとして、浦川道太郎「いわゆる『期待権』侵害による損害」判例タイムズ838号（平成6年）54頁がある。

これらの裁判例の理論的根拠は様々であるが、代表的なものとして、「患者は十分な患者管理のもとに診察・診療をしてもらえるという期待（期待権）を裏切られたことにより予期せぬ結果が生じたのではないかという精神的打撃を受けることにつき慰謝料を請求することができる」（前掲福岡地判昭和52・3・29）、「適切な治療を受けて治癒する機会と生存する可能性を奪われたことの精神的苦痛は慰謝されるべきである」（東京地判昭和58・1・24判例時報1082号79頁）とするものなどがある。さらに、慰謝料請求を認めるべきことの本質的理由について、「患者としては、死亡の結果は免れないとしても、現代医学の水準に照らして十分な治療を受けて死にたいと望むのが当然であり、医師の怠慢、過誤によりこの希望が裏切られ、適切な治療を受けずに死に至った場合は甚大な精神的苦痛を被る」（東京地判昭和51・2・9判例時報824号83頁）、あるいは、「不治と思われる病気に罹患した場合は、結果の如何にかかわらず、諸々の制約の中でも最大限の適切な治療を求める努力をすることは、死期に近づいた人の生そのものであるといいうるのであり、十分な治療を受けて死にたいと望むのは余りにも当然のことである」（宇都宮地判昭和57・2・25判例タイムズ468号131頁）などとするものがあつた。

益は法的保護の適格性に欠けるなどとして否定的見解が多かったが、⁽⁶⁾その後、治療機会喪失といったより客観的な損害を認めようとする説が現れ、結論として慰謝料請求を認める説が多くなってきている。⁽⁷⁾

3 平成12年判例とその意義等

(1) 平成12年判例の事案の概要

Aは、自宅において狭心症発作に見舞われ、上背部痛及び心か部痛を訴えて、B病院の夜間救急外来において、C医師の診察を受けた。C医師の診察当時、Aの狭心症は心筋梗塞に移行し、相当に増悪した状態にあったが、C医師は、Aに急性肺炎に対する薬の点滴を実施し、右点滴中にAは致死的不整脈を生じ、容体の急変を迎えて死に至った。Aの死因は、不安定狭心症から切迫性急性心筋梗塞に至り、心不全を来したことにある。C医師は、胸部疾患の可能性のある患者に対する初期医療として行うべき基本的義務を果たしていなかった（本件事件の鑑定人は、「現代において、これはおよそ医療と言えるものではない。」との意見を表明している。）。C医師がAに対して適切な医療を行った場合には、Aを救命し得たであろう高度の蓋然性までは認めることはできないが、これを救命できた可能性はあった（鑑定人は、「適切な救急医療が行われたならば、確率は20パーセント以下ではあるが、救命できた可能性は残る。」としていた。）。

Aの相続人であるXらは、C医師の勤務するB病院の経営者であるYに対し、診療契約の債務不履行又は不法行為に基づき、主位的に死亡による損害賠償を請求し、予備的に期待権侵害による損害賠償を請求した。

(2) 第1, 2審の判断と上告理由

ア 第1審（東京地判平成7年4月28日）

第1審は次のとおり判示して、Xらの請求を全部棄却した。

「C医師の過失とAの死亡との間に因果関係を認めることができないから、XらのAの死亡を理由とする損害賠償請求には理由がない。なお、Xらの主張する慰謝料の中には、適切な初期診療、治療を受けることができなかったことによるA本人及びその遺族としての心残りが含まれていると解することができる。しかし、その心残りの背景にはAの死亡という悪結果があることは否めず、にもかかわらず「心残り」なるものを損害として慰謝料請求を肯定することは、一旦、C医師の過失との因果関係が否定されたAの死亡による損害（慰謝料）の賠償を認めることになり妥当ではない。」

イ 第2審（東京高判平成8年9月26日）

第2審は、次のとおり判示して、適切な初期治療を受けられなかったことによるAの精神的苦痛に対する慰謝料200万円と弁護士費用20万円の限度で、Xらの請求を一部認容した。

「適切な治療をすればAを救命することができたと認めることはできない。」

「C医師は、背部痛及び心か部痛を訴えていたAを診察するに当たり、血圧等、バイタルサインのチェックや心電図の測定を行っておらず、また、狭心症を疑いながらニトログリセリンの舌下投与も行っていないなど、胸部疾患の可能性のある患者に対する初期治療として行うべき基本的義務を果たしていなかった。」

「仮に患者を救命することが可能であったとはいえない場合においても、医師としては、診療契約上の義務として、また、不法行為法上も、最善を尽く

(6) 櫻井節夫・判例評論232号（昭和53年）23頁、渡邊了造「過失あるも因果関係がない場合の慰謝料」判例タイムズ686号（平成1年）66頁、稲垣喬『医事訴訟と医師の責任』（有斐閣、昭和56年）317頁等。

(7) 新美文「癌患者の死亡と医師の責任」ジュリスト787号（昭和58年）78頁、石川寛俊「治療機会の喪失による損害」自由と正義39巻11号（昭和63年）27頁、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」司法研修所論集80号（昭和63年）105頁等。

すべき義務があるのであり、これを怠った場合には、これにより患者が適切な医療を受ける機会を不当に奪われたことによって受けた精神的苦痛を慰謝すべき責任がある。」

ウ 第2審判決に対し、Yだけが上告し、「期待権は、その理論自体に問題があって認められるべきではない」などと主張した。

(3) 平成12年判例

平成12年判例は、次のとおり判示して、Yの上告を棄却した。

「本件のように、疾病のため死亡した患者の診療に当たった医師の医療行為が、その過失により、当時の医療水準にかなったものでなかった場合において、右医療行為と患者の死亡との間の因果関係の存在は証明されなくても、医療水準にかなった医療が行われていたならば患者がその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性の存在が証明されるときは、医師は、患者に対し、不法行為による損害を賠償する責任を負うものと解するのが相当である。けだし、生命を維持することは人にとって最も基本的な利益であって、右の可能性は法によって保護されるべき利益であり、医師が過失により医療水準にかなった医療を行わないことによって患者の法益が侵害されたものといえるからである。

原審は、以上と同旨の法解釈に基づいて、C医師の不法行為の成立を認めた上、その不法行為によってAが受けた精神的苦痛に対し同医師の使用者たるYに慰謝料支払の義務があるとしたものであって、

この原審の判断は正当として是認することができる。」⁽⁸⁾

(4) 平成12年判例の意義とその舞台裏

平成12年判例の判決文は確かに簡潔なものであるが、それは、従来の期待権侵害論や治療機会の喪失論をそのまま採ることなく、期待権などといわれていた被害法益の内容を「医療水準にかなった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」と構成することによって具体化したものである。それは、生存可能性が期待権などは別個の法益であることを明らかにしたものであった。そして、平成12年判例は、生命は極めて重大な保護法益であり、自己の生命を維持する客観的可能性を保持する利益も重大な保護法益であると考えられることから、この可能性を違法に侵害することは不法行為等を構成するという考え方に基づくものである。ここで侵害されているのは、債務の履行期待ではなく、患者がその死亡の時点においてなお生存していた可能性そのものである。⁽⁹⁾

そして、「相当程度の可能性」の「相当程度」については、当該事案が「20パーセントに満たない」ものであったのであり、それより小さいものであったとしても、存在すると認定できるものであればよいと考えられた（平成12年判例を生みだした第二小法廷の裁判官が審議で用いた言葉を紹介すると、「substantialなもの」、すなわち、たとえわずか数パーセントにすぎないものであってもその実体があると認識できるものであればよいということにな

(8) この判示は、生存可能性を初めて法益として認めて、その侵害に対する損害賠償請求を認めたものであるが、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（関西学院大学）61巻3号（平成22年）81頁（88頁）は、「高度の蓋然性と対比して、証明の二段階的構成であるかのごとき文脈で、これが訴訟上の証明を緩和したものか、新たな法益を認めたものか明確でなく、後の下級審における『相当程度の可能性』をめぐる混乱を招く要因となった」と批判している。

(9) 杉原則彦・最高裁判所判例解説民事篇 平成12年（下）863頁参照。
なお、平成12年判例は、「原判決はこれと同旨をいうものである」と述べているが、これは、原判決が採った機会喪失論をそのまま是認する趣旨でないことは明らかである。

(10)
る)。

平成12年判決の担当調査官であった筆者による判例解説には、次のような記述がある。⁽¹¹⁾

「本判決は、原審が慰謝料200万円及び弁護士費用20万円を認容したのに対して病院側がした上告を棄却したものであるので、慰謝料としてより高額な請求が認められるべきか、あるいは、慰謝料以外の損害の賠償が認められるかどうかという点については、判断を示していない。前記のような「可能性」の喪失を損害としてどのように評価すべきかという点については、いわゆる差額説の立場からはこれを財産的損害とみることは困難であると思われるが、いわゆる死傷損害説の立場からはこれを認めることも可能であろう。いずれの立場を採るにしても、このような場合にどのような損害額の認定を行うべきか、例えば、より高額な慰謝料を認めることができるか（ただし、その慰謝料額は、一般に死亡慰謝料よりも低額になることはやむを得ないとは考えられる。）、あるいは、逸失利益等の財産的損害を一部認めることができるかなどは、残された問題というべきである（注八）。

（注八） 医師の過失と患者の死亡との間に相当因果関係があるとは認定できない以上、従来の判例の基本的立場とされる差額説（最高裁昭和四二・一一・一〇第二小法廷判決・民集二一巻九号二三五二頁，最高裁昭和五六・一二・二第二小法廷判決・民集三五巻九号一三五〇頁参照）からすると、逸失利益の損害賠償を請求す

ることはできず、「可能性」を喪失させられたことによる精神的苦痛に対する慰謝料支払請求が認められるべきであると考えられる。これに対して、いわゆる死傷損害説、すなわち、死亡したことあるいは一定の時点において生存している状態を失ったこと自体を損害と把握する立場からは、例えば、四〇パーセントの救命可能性があった場合にこれを失ったこと、すなわち可能性喪失自体を損害と評価する方法として、逸失利益の四〇パーセントに相当する損害額を認めるというような考え方もあり得よう（これは、いわゆる「確率的心証」の問題とは異なる。すなわち、救命できたかどうかの心証度が四〇パーセントということではなく、統計資料等によって医学的、客観的に救命できた可能性が四〇パーセントであったという心証がとれた場合にどうするかということである。）。この点に関し、澤野和博「医師の過失により患者の生存可能性が奪われた場合における損害賠償責任」名経法学一〇号一九七頁は、「延命の可能性の価値は、可能性の大きさに応じた延命利益・生存利益の割合的存在としての価値である」とし、また、「可能性の価値は、一般的には、得ようとしていた利益の大きさに比例し、かつ、当該利益を得ることができた可能性の大きさに比例するものといえる。」としている（ただし、「結局は、民訴法二四八条の適用を認め、これらの要素を拠り所として「相当な損害

(10) 患者に重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性について、その侵害による損害を賠償すべき不法行為責任を認めた最高裁判所平成15年11月11日第一小法廷判決は、これと同様と解される見解に基づいて、「原審は、前記のとおり、急性脳症の予後が一般に重篤であって、統計上、完全回復率が22.2%であることなどを理由に、被上告人の転送義務違反と上告人の後遺障害との間の因果関係を否定し、早期転送によって上告人の後遺症を防止できたことについての相当程度の可能性も認めることができないと判断したのであるが、上記の重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性の存否については、本来、転送すべき時点における上告人の具体的な症状に即して、転送先の病院で適切な検査、治療を受けた場合の可能性の程度を検討すべきものである上、原判決の引用する前記の統計によれば、昭和51年の統計では、生存者中、その63%には中枢神経後遺症が残ったが、残りの37%（死亡者を含めた全体の23%）には中枢神経後遺症が残らなかったこと、昭和62年の統計では、完全回復した者が全体の22.2%であり、残りの77.8%の数値の中には、上告人のような重大な後遺症が残らなかった軽症の者も含まれていると考えられることからすると、これらの統計数値は、むしろ、上記の相当程度の可能性が存在することをうかがわせる事情というべきである。」と判示している。

(11) 杉原則彦・前掲864頁～865頁、868頁参照。

額」を認定していくほかないであろう」として
 いる。このほか、これと基本的に同様の考え
 方を採ると考えられるものとして、鎌田薫「医
 師の診療義務の懈怠と患者の死亡との因果関
 係」私法判例リマックス二〇〇〇上七〇頁、中
 村哲「医療事故訴訟における因果関係につい
 て」判例タイムズ八五八号三九頁、高波澄子
 「米国における『チャンスの喪失 (LOSS OF
 CHANCE)』理論(2)」北大法学論集五〇巻一
 一五九頁、窪田充見「医療行為に過失ある場
 合における因果関係の証明と不法行為の成否」
 ジュリスト一〇七号七〇頁がある。これらの
 学説の中には、最高裁平成八・四・二五第一小
 法廷判決・民集五〇巻五号一二二頁、最高裁
 平成八・五・三一第二小法廷判決・民集五〇巻
 六号一三二三頁、更には前掲最高裁平成一一・
 二・二五第一小法廷判決を自説に近いものと評
 価するものがある。」

実は、この記述は、最高裁判所第二小法廷におけ
 るこの事件の審議において議論をリードしていた河
 合伸一最高裁判所判事の指示に基づくものであつ
 た。⁽¹²⁾

このように、平成12年判例は、従前は期待権等と
 いわれていた被害法益の内容を「医療水準にかなつ
 た医療行為が行われていたならば患者がその時点
 においてなお生存していた相当程度の可能性」として
 具体化し、この可能性を違法に侵害することは不法
 行為等を構成するという考え方を採ったものであ
 り、当該事案では、原審が慰謝料200万円及び弁護
 士費用20万円を認容したのに対して病院側がした上
 告を棄却したものであるので、慰謝料以外に逸失利
 益の損害賠償請求が認められるかどうかという点に
 ついては判断を示していないが、逸失利益の損害賠
 償請求を許容することを視野に入れたものであつ
 た。

(12) この事件の審議は長期間に及んだが、その合間に担当調査官であった筆者は、河合伸一裁判官室に何度も呼び出されて議論をし、報告書の下書きを繰り返し書き直して提出することを求められた。当初は、「蓋然性が否定された後に可能性を認めてよいのでしょうか。」などと愚かな質問をする筆者に、「蓋然性は因果関係を認めるかどうかの証明の程度の問題であり、ここでいう可能性は死亡とは別に生存可能性自体を保護法益と認めることができるかという問題だよ。」と諭されたことを覚えている。こうしたやり取りを繰り返すうちに、「生存可能性」を保護法益と認めてその侵害について損害賠償を認めるという枠組みが立ち上がっていった。

河合裁判官との議論は、続いて、生存可能性を法益と認めた場合にその侵害に対する損害賠償はどこまで認められるかという問題に進んだ。

「法益と認めても、あくまでも可能性ですから、判例通説である差額説の下で逸失利益の損害賠償を認めるのは無理で、慰謝料だけではないでしょうか。」という筆者に対し、河合裁判官は、「いや、法益と認められた生存可能性の侵害が精神的損害に限られるとする理由はないはずだ。」「生命に財産的価値が認められるのなら、生存可能性にも財産的価値が認められるはずで、生存可能性の喪失は立派な財産的損害と認められる場合があるはずだ。」と問題を投げかけられた。

このようにして検討を進めた結果を、調査官報告書としてまとめて、他の裁判官にも提出した。

その後の裁判官による審議では、この報告書の内容について特に異論は出なかった。しかし、問題となっている事案が、慰謝料だけを認容した原判決に被告である病院側だけが上告したものであったことから、この事案の判決で逸失利益の損害賠償請求の可否について触れるのは相当ではないという意見が多数であった。そこで、河合裁判官から「それならば、この議論について調査官の判例解説で紹介してもらって、記録に残すことにしよう。」という発言があり、当該事件については、生存可能性を法益と認めて、慰謝料請求を認容した原判決を是認して、病院側の上告を棄却するというので、審議がまとまった。

なお、最高裁判所判例解説は、担当調査官が個人的に執筆するものであり、その発表に当たって裁判官や裁判所当局による内容のチェックなどは一切されていない。筆者は、民事事件で9件、行政事件で9件の判例解説を執筆したが、内容に注文があったのはこの1件だけであるし、この判例解説についても、発表前に内容をチェックされたことはない。

4 その後の下級審裁判例などについて

(1) しかし、その後に多数現れた下級審裁判例は、⁽¹³⁾生存可能性喪失の損害賠償請求について、逸失利益の損害賠償を認めず、慰謝料（及び弁護士費用）の請求しか認められないとしている。そして、前記広島高判平成27・5・27のように、「生存可能性の侵害の損害賠償は慰謝料及び弁護士費用に限られると解するのが相当であり、その余の費目（逸失利益及び葬儀費用）が損害に当たるとは認められない」と明言するものが現れている。⁽¹⁴⁾

公刊された裁判例とその判断の要旨をいくつか紹介すると、次のとおりである。

① 大阪高判平成13・7・26判例タイムズ1095号 206頁

脳神経減圧手術の後間もなく発生した脳内血腫等により患者が死亡した事案につき、担当医には小脳半球切除術を実施すべきであったのにしなかった過失があるが、これを実施したとしても、患者がその死亡時に生存し得た蓋然性があつたとまではいえないから、同過失と死亡との間に相当因果関係があるとは認められないが、同手術を受けていれ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は認められるとして、慰謝料1000万円及び弁護士費用200万円の限度で請求を一部認容した。

② 東京地判平成15・5・28判例タイムズ1147号 255頁

患者（被告大学出身の医師）に適切な検査を実施してその全身状態を把握することを怠った被告病院

の過失と患者の死亡との間の因果関係は認められないが、被告病院の過失により患者の相当程度の延命の可能性が侵害されたというべきであるから、被告は患者に対し損害を賠償する義務を負うとして、慰謝料700万円及び弁護士費用100万円の限度で請求を一部認容した。

③ 東京高判平成15・8・26判例時報1842号43頁

神経性食思不振症の患者の突然死について、定期的な血液検査を怠った医師の過失と死亡との間の相当因果関係を認めることはできないが、同過失という債務不履行により患者の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を侵害したことによる損害賠償責任が認められるとした上で、上記生存していた相当程度の可能性の侵害については、逸失利益、葬儀費用は認めることができないとして、慰謝料300万円及び弁護士費用30万円の限度で請求を一部認容した。

④ 東京地判平成16・1・22判例タイムズ1155号 131頁

未決拘留中の被告人が脳梗塞を発症して重大な後遺障害が生じたことについて、拘置所の医師らは、被告人に適切な治療を受けさせるために速やかに転医の手続をとるべきであったが、その転医義務違反と本件後遺障害との間の因果関係を認めることはできないとした上で、血栓溶解療法が行われていれば、本件後遺障害ほどの後遺症は生じなかった可能性があり、被告の転医義務違反は、被告人からそのような可能性を奪うものであって看過できず、それによって生じた被告人の精神的損害は慰謝料をもつ

(13) 平野哲郎「イギリス・アメリカ・カナダ・オーストラリアにおける機会喪失論と日本の相当程度の可能性」(1) 龍谷法学44巻3号（平成23年）716頁は、「平成12年以降、下級審ではこの「相当程度の可能性」法理による判断が続出し、「相当程度の可能性」ラッシュと呼んでもよい状況となっている。判例データベースLEX/DB（株式会社TKK）に登録された医療過誤事件で相当程度の可能性に言及した平成12年以降の地裁判決は平成23年12月7日現在で89件あり、そのうち請求を一部にせよ認容した判決は64件ある。89件の内訳は、平成13年の4件に始まり、徐々に増加し、平成18年には19件に達した。その後徐々に減少し、平成22年には5件になっているが、これは相当程度の可能性の法理を採用する判決が減ったということではなく、この法理に関する裁判例の傾向がある程度定まり、新規性がなくなってきたので、あえて登載する価値が減じたからであろう。」と述べている。

(14) 石川＝大場前掲注(8)103頁は、このような状況を紹介して、「下級審の混乱」、「憂うべき現状」などと評している。

て賠償されるべきものであるとして、慰謝料100万円及び弁護士費用相当額20万円の限度で請求を一部認容した。

⑤ 東京地判平成16・3・25判例タイムズ1163号275頁

重症急性肺炎で救急搬送された3日後に重症急性肺炎に伴う腎不全、呼吸不全、循環不全等の多臓器機能不全により死亡した患者を担当した医師に、保存療法を実施するに当たり患者の重症度を見誤っていた過失及び特殊療法の実施を検討し転院に必要な措置を講じることを怠った過失を認めたが、その過失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上で、患者の生存可能性が少なくとも30パーセントはあったとして、その侵害を理由に患者の被った精神的苦痛に対する慰謝料600万円の限度で請求を一部認容した。

⑥ 東京地判平成18・6・21判例タイムズ1236号291頁

医師に、急性大動脈解離の合併症としての急性腹部大動脈閉塞の発症を疑って、高次の診断・治療のできる医療機関への患者の転送を開始すべき注意義務を怠った過失がある事案について、同注意義務を尽くしていたとしても、患者がその死亡した時点において死亡しなかったことについて高度の蓋然性は認められないが、相当程度の可能性があったものと認められるとして、慰謝料300万円及び弁護士費用40万円の限度で請求を一部認容した。なお、治療費、逸失利益、入院慰謝料等は、患者が上記可能性を侵害されたことによって生じた損害と認めることはできないとしている。

⑦ 札幌地判平成24・9・5判例時報2169号51頁

下腹部痛及び呼吸苦を訴えて救急車で搬入されて入院した患者が大動脈解離で死亡した事案について、医療水準にかなう医療行為が実施されていたならば死亡時点においてなお生存していた相当程度の可能性が認められるとして、診療契約上の債務不履行に基づいて慰謝料400万円及び弁護士費用40万円

の限度で請求を一部認容した。

⑧ 広島高判平成27・5・27判例時報2271号48頁

特別養護老人ホームに入所していた老人が肺血栓塞栓症により死亡した事案について、同ホームの配置医に肺血栓塞栓症の治療・予防薬であるローファリンの調整を怠った過失を認めた上で、死亡との因果関係を認めることはできないが、患者が死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性の侵害を認めることができるとして、慰謝料300万円及び弁護士費用30万円の支払義務を認めた。なお、「被控訴人の不法行為が患者の生存の相当程度の可能性を侵害したものであることに照らすと、患者の損害は慰謝料及び弁護士費用に限られると解するのが相当であり、その余の費目（逸失利益及び葬儀費用）が損害に当たるとは認められない」と判示している。

⑨ 横浜地判令和3・12・15判例秘書

脂肪肉腫に起因する腎不全により患者が死亡した事案について、泌尿器科医師である被告は腸間膜部腫瘍の精査が滞ることのないよう配慮すべき注意義務に違反したと認めた上で、上記注意義務違反と患者の死亡との間の因果関係を認めることはできないが、同注意義務違反により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を侵害したと認められるとして、慰謝料720万円及び弁護士費用72万円の限度で請求を一部認容した。

(2) このように、この点に関する下級審裁判例は、一致して、生存可能性喪失に係る逸失利益の損害賠償を否定するものであるが、その理由を具体的に述べるものはない。せいぜい「保護法益が可能性である以上、認められるのは慰謝料だけで、逸失利益の損害賠償は認められない」という結論を述べるだけである。確かに、生存可能性が問題とされる事例の多くでは患者は稼働して収入を得ることができない状況にあること、あるいは、生存可能性の大きさを証拠によって認定することが必ずしも容易ではないことなどが考えられるが、そうではない事案も含ま

れているものと思われる。下級審の裁判例がこのような立場を採る理由を慮るとすれば、生存可能性を法益として認めるという平成12年判例の考え方は最高裁判所において初めて示されたもので、同種の事案について、それまでの下級審では期待権等の侵害として慰謝料請求だけが認められていたことから、平成12年判例がこれとは全く別の法益を認めたことを正解せず、平成12年判例はそれまでの実務を理論的に裏付けるものと誤解して、慰謝料請求しか認められない⁽¹⁵⁾と考えたものと解される。

また、平成12年判例以前の裁判例が「可能性」を法益として認めなかったことの背景には、因果関係の認定が「高度の蓋然性」の有無によって決せられていたことにあるのではないと思われる。すなわち、ここで問題となる「蓋然性」と「可能性」はそれぞれが問題とされる局面を異にするものであるが、「可能性」は「蓋然性」よりも確率が低いものであることのゆえに、医師の過失と患者の死亡との間に蓋然性があることが認められず、その因果関係が否定されて損害賠償請求が棄却されるべきものとされた段階で、蓋然性よりも確率の低い可能性の喪失について逸失利益の損害賠償を認めることはできないと考えてしまったきらいがあるのではないかと考えられる。また、そのことの影響下において、「生存可能性」という「可能性」それ自体の喪失は、財産的損害とはいえないという考え方が採られてしまったのではないかと考えられる（前記のとおり、筆者自身、河合裁判官との議論の中で、当初は同様の考え方に捉われていた。）。

また、前記の判例解説の「従来判例の基本的立

場とされる差額説からすると、逸失利益の損害賠償を請求することはできず、「可能性」を喪失させられたことによる精神的苦痛に対する慰謝料支払請求が認められるべきであると考えられる。」という記述が舌足らずで、現在の実務においては採用することができないと誤解させてしまったという可能性も考えられないではない。

5 生存可能性の喪失による逸失利益の損害賠償請求の可否

前記のとおり、下級審裁判例の多くが逸失利益の損害賠償を否定する背景には、生存可能性が問題となる事案では、それまでの期待権侵害論と同様に慰謝料請求しか認められないという思い込み、あるいは、生存可能性が可能性に過ぎないので、その大きな割合を認定することは無理で適切ではないという思い込みがあるように感じられる。しかし、通常の生命侵害による損害賠償について、例えば、実際にはまだ就労していない幼児の死亡事故でも、平均余命あるいは統計上の稼働年齢に基づいて将来の逸失利益の損害賠償を認める現在の実務は、平均余命分の生存可能性を100パーセントと想定して損害評価しているものということができる。すなわち、死傷という現実に基づいて将来的な稼働能力の喪失を評価算出するために、当該個人の得べかりし収入に労働能力喪失割合（死亡の場合は100パーセント）を乗じて数値化するものであり、もとより逸失利益は将来における推定値でしかない。そのような手法を肯定するのであれば、生存可能性の侵害による損害賠償について、可能性の割合を乗じて減額

(15) 中村さとみ「生存についての相当程度の可能性・期待権侵害」最新裁判実務大系第2巻医療訴訟（青林書院、平成26年）648頁（661頁）は、「平成12年最判が採用した相当程度の可能性侵害論は、従前保護すべきであるとされた「期待権」ないし「治療を受ける機会」を、自己の生命を維持する客観的な可能性を保持する利益と捉え直すことにより、死傷の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評すべきであり、相当程度の可能性侵害により生じる損害は、従前期待権ないし治療機会の喪失により患者が被るとされていた精神的苦痛であると解するのが相当であろう。」と述べている。本文掲記の下級審裁判例も同様に考えたのかもしれないが、この理由付けは、平成12年判例が「従前期待権ないし治療機会の喪失により患者が被るとされていた精神的苦痛という考え方」を克服して、これとは全く異なる保護法益として生存可能性を位置付けたことを無視するものであり、相当ではない。

して算出した逸失利益の損害賠償を認める余地は十分にあり、それを認めることが損害の公平な分担の観点から望ましいと考えられる。冒頭の設例のように、悪性腫瘍のため余命わずかとされる状況にあっても、病床でITを駆使して巨額の金融取引をして高額の収入を得ている人が医療過誤により死亡した場合に、逸失利益の損害賠償は一切認められないというのは相当ではあるまい。

もっとも、このような考え方を採るに当たっては、生存可能性という法益の性質を生命という法益と同質のものと考えることができるかという問題の検討が必要であろう。この点については、平成12年判例をもう一度振り返ってみよう。平成12年判例は、次のとおり判示している。

「本件のように、疾病のため死亡した患者の診療に当たった医師の医療行為が、その過失により、当時の医療水準になかったものでなかった場合において、右医療行為と患者の死亡との間の因果関係の存在は証明されないけれども、医療水準になかった医療が行われていたならば患者がその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性の存在が証明されるときは、医師は、患者に対し、不法行為による損害を賠償する責任を負うものと解するのが相当である。けだし、生命を維持することは人にとって最も基本的な利益であって、右の可能性は法によって保護されるべき利益であり、医師が過失によ

り医療水準になかった医療を行わないことによって患者の法益が侵害されたものといえることができるからである。」

上記の下線部において、生存可能性が不法行為の保護法益となる理由について「けだし、生命を維持することは人にとって最も基本的な利益であって、右の可能性は法によって保護されるべき利益である」と述べていることから明らかなように、平成12年判例は生存可能性を生命を維持する利益と同質のものとして捉えているのであり、いわば、その割合的一部分と考えているのである。言い換えれば、生命なしこれを維持する利益は100パーセントの生存可能性であるということになる。あえて言うならば、不動産の所有権と共有持分権の関係について、共有持分権侵害に対する損害賠償請求権の内容が所有権侵害に対する損害賠償請求権と同様のもので、持分割合に応じた割合的一部分であると解されるのと同じく、生存可能性侵害に対する損害賠償請求権の内容は、生命侵害に対する損害賠償請求権と同じ内容でその割合的一部分であると解することができよう。そうであるとすると、100パーセントの生存可能性である生命の侵害について、算定される逸失利益の100パーセントの損害賠償が認められるのと同様に、30パーセントの生存可能性の侵害については、算定される逸失利益の30パーセントの損害賠償が認められるべきであると考えられる。⁽¹⁶⁾

(16) 石川＝大場前掲注(8)130頁、133頁は、「『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』との理解が一般的である」とした上で、「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。」とする。

逸失利益の損害賠償まで認める見解をとるものとして、鎌田薫・判批・リマークス20号(平成12年)70頁、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—」ジュリスト1199号(平成13年)9頁などがある。

窪田充見・ジュリスト1202号平成12年重要判例解説(平成13年)69頁は、「効果として慰謝料が認められるということも、原判決を維持することから出てくるにすぎない、《適切な医療を受ける期待》を保護法益とする原審と異なり、《相当程度の生存可能性》を保護法益とする本判決の構成は、その賠償を非財産的損害に限定する積極的論理を内在していない。むしろ生存の可能性に応じた損害賠償を考えるとすれば、その割合に応じた財産的損害、非財産的損害の賠償も考えられ得るだろう。」と述べている。また、澤野和博・名経法学10号(平成13年)187頁(197頁)なども同旨。

確かに、民訴法248条の適用を認め、諸般の事情を考慮して相当な損害額を慰謝料として認めていけばよいという考え方もないではないが、逸失利益相当の慰謝料を認めるとすれば、それは、交通事件を始めとする損害賠償請求事件において、財産的損害の類型化を進めて適切な損害額の認定を行ってきた実務の努力の成果をないがしろにするものといわざるを得ない。

もちろん、生存可能性を数量的に認定できない事案も少なくなく、そのような場合にはむしろ慰謝料として柔軟な認定をする方が適切なケースもあると思われるが、生存可能性が的確に認定できる場合（意外なことに、このような場合は決して少なくない。）には、その損害額の認定に当たり、慰謝料請求しか許されないと決めつけるのではなく、財産的損害の認定も積極的に行うことが望まれる。そのような姿勢こそが、生存可能性自体を法益と認めた平成12年判例の趣旨に沿うものであると考える。

生存可能性が数量的に的確に認定できる場合には、認容されるべき逸失利益の損害賠償額は、基本的には、通常の方法で認定できる逸失利益の額に生存可能性の割合を乗ずることによって得られる金額とすることが相当である。⁽¹⁷⁾

6 まとめ

以上のとおり、生存可能性侵害に対する損害賠償請求権の内容は、生命侵害に対する損害賠償請求権と同様のもので、その割合的一部分であると考え

べきであり、医師の過失と患者の死亡との間に相当因果関係が認められず、患者の死亡についての損害賠償請求が認められない場合であっても、医師の過失と患者の生存可能性の喪失との間に相当因果関係が認められ、その生存可能性の大きさが認定できるときは、生存可能性喪失に対する損害賠償請求において、精神的損害に対する慰謝料だけでなく、財産的損害である逸失利益の損害賠償が生存可能性の大きさに比例した割合で認められるべきである。前記1の【設例】については、2割という生存可能性の割合に応じて相当額の逸失利益の損害賠償請求が認容されるべきである。

これに対して、尾島明「生存についての相当程度の可能性」裁判実務シリーズ5 医療訴訟の実務（商事法務、平成25年）564頁（569頁）は、「『相当程度の可能性』理論は過失行為と死亡との間の因果関係が認められないことを前提にしている以上、現在の判例が基本としているいわゆる差額説（最二判昭和42年11月10日民集21巻9号2352頁、最三判昭和56年12月22日民集35巻9号1350頁）からすると、死亡による逸失利益まで損害額に含めることは困難である。そうすると、認められるのは、生存についての相当程度の可能性が奪われたことによる精神的損害としての慰謝料およびこれを請求するための弁護士費用ということになる。平成12年判例も、慰謝料200万円および弁護士費用20万円を認容した原審の判断を是認している。」と述べている。この考え方は、筆者も当初は採っていたものであり、理解することができるが、前記のとおり考えるべきではなからうか。

(17) 荒谷謙介「イギリスの医療訴訟における『可能性の喪失論』について」判例タイムズ1210号（平成18年）29頁は、「仮に、『可能性の喪失論』を採用する場合、認容されるべき損害額は、悪しき結果それ自体を損害とした場合の損害額に、悪しき結果を避けえた可能性の程度を乗ずることによって決定されることになる。」としている。そのほか、前記判例解説の（注八）に掲記の文献参照。

