

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 26 年 6 月 3 日現在

機関番号：10104

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2011～2013

課題番号：23730081

研究課題名(和文)「相当程度の可能性」論の意義と限界に関する多角的・総合的考察

研究課題名(英文) Study on infringement on a considerable possibility

研究代表者

林 誠司 (HAYASHI, Seiji)

小樽商科大学・商学部・教授

研究者番号：20344525

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 3,000,000円、(間接経費) 900,000円

研究成果の概要(和文)：本研究の成果は主として「相当程度の可能性」侵害が認められるための要件、及び「可能性」侵害に止まらず患者に生じた最終的結果を医師側に帰責する要件を明らかにした点である。については、生命・身体という高次の法益の抽象的危殆化を防止すべく、患者の疾病リスクを客観的に制御しうる医師への「信頼」自体が被保護法益とされ、それ故に怠られた治療が有意な生存機会をもたらしうる限り治療の蓋然性を問わず「可能性」侵害が認められる。については、手続法及び実体法の観点から過誤と最終的結果の因果関係の解明不能リスクを患者側に負わせることを是認しえないとき、因果関係が認められ「可能性」侵害を論ずる余地がなくなる。

研究成果の概要(英文)： My study has especially the two points. The first point concerns the requisites to have a claim because of infringement on a considerable possibility(Soutouteido no kanousei). The second point concerns the elements to distinguish the cases of a considerable possibility from the cases in which plaintiff has a claim because of infringement on life.

First, we must protect a trust in a doctor who can control the risk of disease in order that we protect the highest grade of profit, namely life. Therefore plaintiff has a claim because of infringement on a considerable possibility whether there were the probability of his survival, when the doctor neglected an effective medical treatment. Second, there is no room for a claim because of infringement on a considerable possibility when plaintiff has a claim because of infringement on life. That is to say, when we are not allowed from the angles of substantive law and procedural law to impose the risk of indeterminateness on patients.

研究分野：法学

科研費の分科・細目：民事法学

キーワード：民法 不法行為 医療過誤 相当程度の可能性

1. 研究開始当初の背景

医療過誤訴訟において過誤と患者の死の因果関係を原告が証明しえない事案につき、最高裁は平成 12 年、過誤がなければ患者が現実に死亡した時点でなお生存していた「相当程度の可能性」が侵害されたことを理由として、慰謝料を認容していた原審判決を維持した。その後も最高裁は同様の法理を用い、現在では下級裁判例において、この法理が医療過誤の他、警察の捜査権限不行使や事業承継の際の適正な労働者採用手続の不履践へと広がりを見せている。

しかし、この「可能性」論の意義や限界は必ずしも明らかではない。第 1 に、「相当程度の可能性」の「相当程度」とは何を指すか、換言すれば、「可能性」侵害が認められる要件について見解は必ずしも一致しない。また、最高裁判例は「可能性」侵害の結果認められる賠償の中身を必ずしも明らかにしていないことから、「可能性」侵害から生じる「損害」の内実が何か争いがある(裁判例では、慰謝料の他、被害者の生存可能性の程度に応じた逸失利益の割合的算定を行うものある)、第 2 に、最高裁は平成 11 年、医師が肝硬変患者の定期的検査を長期間怠り、その後肝細胞癌により患者が死亡した事案につき、過誤と死亡の因果関係(患者の生命の侵害)を認めたと、下級裁判例では類似の事案につき「可能性」侵害しか認めないものも見られる。死亡等の最終的結果と過誤の間の因果関係が肯定される事案などでは、比較的高額な逸失利益賠償が認められることが多いのに比べ、「可能性」侵害が認められるに止まる事案では賠償額が通常 200 乃至 300 万円程度に止まることが多いことに鑑みれば、「可能性」侵害として処理すべき事例の限界がどこにあるかとの問題点 は実務的に重要な意義を有する。

2. 研究の目的

上記の「研究開始当初の背景」に対応して、本研究は、(1)加害者による法益侵害が否定

される事案と「可能性」侵害が認められる事案の限界がどこに存在するか、言い換えれば「可能性」侵害の要件は何か、(2)「可能性」侵害により認められるべき賠償の中身は何か(慰謝料か、それとも財産的損害の賠償か)、言い換えれば「可能性」侵害による損害の内実は何か、(3)過誤と最終的結果との因果関係を認めるべき事案と「可能性」侵害を認めるに止まる事案の限界がどこに存在するか、言い換えれば(「可能性」侵害を超える)生命侵害の要件は何か、を明らかにすることを目的とするものである。

3. 研究の方法

従来のが国の研究には上記の問題意識からこの「可能性」侵害の問題に取り組んだものが見られないため、比較法を素材として上記の問題に取り組む必要がある。その際、とりわけ、「可能性」侵害と交錯する「機会の喪失」につき従来我が国と同様にその視点を欠いていたドイツ法が、近時に至ってこの問題にどのように対処し、如何なる議論を展開しているかを見ることは、我が国の損害賠償法の解釈論においても有益な示唆を提供する。具体的には、(1)機会の喪失に関する議論は、我が国で「相当程度の可能性」侵害が認められるための要件、および、(2)「可能性」侵害から生じる「損害」の内実についての示唆を、ドイツの判例において見られる(3)重大な治療過誤があるときの因果関係の証明責任の転換に関する議論は、これらの議論を「可能性」侵害論、或いはドイツ法で言えば「機会の喪失」論との関係で意識的に検討することにより、過誤と死亡との因果関係が推認される事案と「可能性」侵害を認めるに止まる事案との区別をなす判断基準などにつき示唆を与える。

4. 研究成果

本研究の成果として、主として、「相当程度の可能性」論のいわば「下限」及び「上限」

並びに保護法益たる「可能性」の内実を明らかにすることができた点がある。

すなわち、「機会の喪失」の侵害を理由とする医師の責任を認めることに好意的なドイツの一部の学説も、「機会の喪失」の侵害により法益の価値が失われることや疾病によるリスクを医師が制御しうることに着目していることから、患者側の有する何らかの治療機会に対する単なる期待の保護を意図するものではないと言える。つまり、患者の生命・身体に関する疾病リスクの客観的制御可能性を前提として、その可能性を有する治療が懈怠された場合に、この可能性に基づく患者側の医師への信頼を手がかりとして、機会の喪失に基づく賠償を認めており、このような客観的制御可能性を問うことなく医師に何らかの治療を要求する（疾病リスクの実現を防止することが客観的に不可能な治療の懈怠を理由とする賠償を認める）わけではない。このことから、我が国における「相当程度の可能性」論の下限、すなわち、(1)(医師による患者の生命の侵害が認められないまでも、少なくとも)医師による患者の生存の「相当程度の可能性」の侵害が認められるための要件についても、生命・身体という高次の法益の抽象的危殆化自体を防止すべく、それらの法益の外延として、患者の疾病リスクの客観的制御可能性を有する医師への「信頼」自体が被保護法益として措定され、それ故、怠られた治療が有意な生存の機会をもたらすものである限り原則として治療の蓋然性を問わず「可能性」侵害が認められるべきである（反対に、医師により怠られたとされる治療が患者の有意な生存機会をもたらすものであるか否かを問わずに単なる粗雑診療などを理由として「可能性」侵害を認めるべきではない）と言えよう。

また、このことから、(2)「可能性」侵害による損害の内実について次のように言えよう。すなわち、患者の自己決定権と共通の基盤を有することから、過誤と患者の身体侵害

の因果関係が明らかでないときにはより高次の法益である生命・身体の侵害にいわば吸収され前面に出てくることはないが、過誤と身体侵害との因果関係が明らかでない場合に被保護法益として前面に出てくる患者の自己決定権と同様に、過誤と最終的結果の間の因果関係が明らかでないときに初めて被侵害法益として前面に出てくる医師への「信頼」が、「可能性」侵害が認められるべきときの被保護法益の内実であると言える。ただし、患者側の多くは医学の素人であり、後の訴訟に至るまでの間に医師の過誤を知ることが少ないことから、ここで問題とされるべき「信頼」とは現実の信頼ではなく、また場合によっては後悔・無念といったものが生じないことについての遺族の利益をも含みうるものである。

(3)「相当程度の可能性」論のいわば「上限」、すなわち「可能性」侵害にとどまらず患者に生じた最終的結果を医師側に帰責する要件については、医療過誤と患者に生じた最終的結果の因果関係を患者が解明しえない場合、手続法及び実体法の観点から解明不能のリスクを患者側に負わせることを是認しえないとき、因果関係があることが差し当たり出発点とされ、最終的結果自体が医師に帰責される結果、「可能性」侵害を論ずる余地がなくなるといえよう。

上記の成果は、実務においてこれまで明確ではなかった「相当程度の可能性」論の適用領域を明らかにした点において、実務上の重要性を有するものといえる。

5. 主な発表論文等

〔図書〕(計1件)

林誠司「『相当程度の可能性』論に関する一考察」松久三四彦他編『民法学における古典と革新』(成文堂、2011年)485-510頁

6. 研究組織

(1)研究代表者

林 誠司 (HAYASHI, Seiji)

小樽商科大学・商学研究科・教授

研究者番号：20344525