

1. 会社員が少年グループに、監禁、拉致、リンチされて殺害された事案について、警察の捜査等に不手際があったとして、遺族の県に対する国家賠償請求が認められた事例
2. 捜査上の過失と犯罪の結果との間の相当因果関係を否定したが、当該過失がなければ3割程度の犯罪の結果回避可能性があったとして、この可能性の侵害による損害賠償が肯定された事例

林 誠 司

東京高裁平成19年3月28日民事11部判決（平18（ネ）2685号）

判例時報1968号3頁

【事実の概要】

平成11年9月29日（以下日付は平成11年を指す）、会社の同僚Y₂に呼び出されたAは、Y₂、Y₁及びZ（以下「Y₁ら」）により監禁・暴行・恐喝をされ、以後、10月5日から4日間勤務先のN社に出社したときを除き、Y₁らの監視下に置かれて連れ回された。その間Y₁らはAに熱湯をかける等の激しい暴行を継続的に加えた他、9月30日から10月14日にかけて職場の同僚BCD等から借金をさせた。DがN社の上司にAへの金銭貸与を報告し、N社から連絡を受けたAの母X₂は、10月18日、I警察署を訪れ、家出人搜索願を提出した。相談を受けた生活安全課主任Fは、X₂やDから事情聴取を行って搜索願を受理し、同課課長Gの判断を求めた上、搜索受理票の家出人の原因動機欄に「借金苦」「遊び癖」と記載した。Fは、Dから聞いたY₁の携帯電話番号を基に調査し、翌19日までにY₁の身元や恐喝による逮捕歴等を確認したが、同日及び22

日の、Aが犯罪に巻き込まれているのではないか、或いは、監禁等されているのではないかとXらの訴えに対し、Aが借金をして仲間と遊んでいるのではないか、或いは、X₁の懸念は憶測に過ぎない等と述べた。BCは、同25日にもY₁らを伴うAに金を無心され、Cが金を貸したため、11月1日、この件に関する恐喝等の被害届提出を念頭に置いてI署を訪れたが、Fは、Aが借金を依頼した状況からBCが恐喝等に遭ったと判断しえず、Gの指示もあり10分程度で事情聴取を終え、被害届も提出されなかった。同2日、同日Aが友人Eに金を無心したことやその際Aが乗ってきた車の登録番号、Aに新しい傷があったこと等をEの父から聞いたX₁は、翌3日、I署生活安全課主任Hに電話でそれらの事実を告げると共にAの乗っていた車の持ち主につき調査依頼した。Hは、車両使用者がZの父であることを告げ、また、同日中Gに、Aがけがをしているらしい旨報告したが、GもAのけがが犯罪によるものと認識しなかった。同22、24、25日、AがY₁らと共にJ銀行を訪れ、X₁から振り込まれた自己名義預金を払い戻したところ、24日にその様子が防犯カメラで撮影され、また、25日にはAらの様子を不審に思ったJ銀行関係者が、調査により、Aのけが等の事実を把握し、J銀行に払戻場所の調査に関する相談をしていたX₁に、けがをしたAが男たちと共に預金を払戻したことやその様子が防犯カメラに撮影された事実が伝えられた。警察の要求があれば撮影画像を提出するとのJ銀行の申出を聞いたX₂は、同25日、I署に電話でAの様子を伝えると共に防犯カメラの画像取寄せをHに依頼したが、Hは電話があったこと自体を失念した。同30日、Y₂やZの親を伴いI署を訪れたX₁が、画像取寄せやZ運転車両の捜索を依頼していたところ、Aから電話があり、代わって電話に出たHが「警察だ」と答え、これを知ったY₁に命じられてAは電話を切った。12月1日、Zが運転しAの同乗する自動車が事故を起こし、被害者の通報によりK警察署に交通事故として受理され（同日Z車捜索のための電算登録が完了したが、事故時には未了）、事故の事実等を聞いたY₁は自己の犯罪の露見をおそれ、A殺害を決意、12月2日、Y₁らはAを殺害した。なお、Aは、Y₁らによる殺害がなくとも、Y₁らのリンチによる重度の火傷のため数時間から1日で死亡したと

見られる。

Xら（X₂死亡後 X' が訴訟承継）から Y₁Y₂の外、Y₁の父母 Y₃Y₄（以下「Y₃ら」）及び栃木県に対し損害賠償請求（民709，国賠1 I）。

原審宇都宮地判平成18年4月12日（判時1936-40）は、①監督義務違反を否定してY₃らに対する請求を棄却し、②I署警察官は遅くとも11月1日にはAの生命・身体に対する危険の切迫を十分認識でき、Aが死に至るまでにその身柄を確保し生命を救いえた高度の蓋然性があり、従ってI署警察官の警察権不行使によりA殺害を防止できずにAが死に至ったとして、栃木県に対する請求を認容した。これに対し、①につきXらから、②につき栃木県から控訴。

【判旨】 ①の控訴を棄却，②の控訴を認容。以下，①の控訴に関する判旨。

「警察権の不行使が国家賠償法1条1項との関係で違法と評価されるのは、犯罪行為が行われている旨の申告又は状況に対応して、通常なすべき措置を怠った場合であり、この措置として具体的な警察権を行使すべき作為義務が発生するためには、①犯罪等の加害行為、特に国民の生命、身体、名誉等に対する加害行為がまさに行われ、又は、行われる具体的な危険が切迫していること、②警察官においてそのような状況であることを知り、又は、容易に知ることができること、③警察官が上記危険除去のための具体的に特定された警察権を行使することによって加害行為の結果を回避することが可能であること、及び④強制捜査権の行使にあつては法律上の要件を備えていることが必要となる」。

11月25日にX₂が警察に告げた「東京の銀行からの連絡内容は、東京の銀行での第三者（銀行員）が異常と感じた火傷の状況であり、その程度は、現認した者が直ちに地元警察に連絡するほどではなかったとしても、Aの負傷に関する客観的資料に関わるという点で、財産犯という枠組みからAへの傷害に関する捜査の依頼という性格を持つものであるから、栃木県警警察官としては、これを真摯に受け止め、東京の銀行からの撮影画像の取寄せなど、適切な対応をとるべき義務があったということができ、失念により、これを怠ったことには職務上求められる注意義務違反（過失）があったというべきである。」

栃木県警警察官において速やかに撮影画像を取り寄せ、恐喝の少年犯歴のあるY₁の存在を考慮する等すれば、Aの重度の火傷が事件性を有するとの嫌疑に達したといえ、Aの所在確認やAへの職務質問等によるAの負傷の程度の確認・身柄保護を検討しえたが、「Y₁ら及びAは、車を使用するなどして居所を転々としており、Y₁らがAに対する家出人搜索願が提出されていることを認識していたことも考慮すると、上記のような捜査手順のもとで、Aが殺害された12月2日又は殺害されない場合において重度の火傷のために死亡したとみられる同月3日までの間に、Aを発見し、その身柄を確保することによってAの殺害を阻止し得たと高度の蓋然性をもって認めるには足りない。」

もっとも、11月26日以降のAからXらに対する頻回の無心の電話を利用しAの居所を探知したりAを誘い出す余地は十分あったと見られること、Y₁らが使用した車両の登録番号は既に判明していたこと、Y₁らが11月28日にはZの家に、Y₁が12月1日には自宅に立ち寄っていること等を考慮すると、「上記連絡に即応した捜査が行われていれば、殺害前にAを発見し得た可能性も3割程度はあったものと認めるのが相当であり」、Aが警察に発見され、その負傷状況が現認されれば、「Aが治療のためにY₁らから引き離されて保護される結果となったことが予想されるところである。そうすると、上記過失がなかったとしても、Aの殺害を阻止しえたとは認められないが、Aの殺害を阻止することにつき3割程度の可能性はあったというべきである。」

「以上によれば、11月25日のX₂の捜査依頼を失念したことは、国家賠償法1条1項との関係において違法と評価することができ、また、これによりAの死亡を阻止する可能性（3割程度の生存可能利益）が侵害されたものといえることができる。」「なお、ある過失がなければ有意の割合による延命可能性がある場合の延命可能利益の侵害による損害は、医療過誤に伴う不法行為においては論じられているところであり、過失が認められるが、この過失と生命といった重大な法益侵害との間に相当因果関係が認められないものの、有意な割合での結果回避の可能性（生存可能利益）が認められる場合には、同様の取扱いを否定すべき理由はない。」

「Xらは、……栃木県に対する予備的請求として、市民が警察において市民の受けた被害の回復ないし今後受ける恐れのある犯罪被害の防止を図るであろうことについて有している期待及び信頼という利益に対する侵害をされたことによる損害についての賠償を求めているところ、上記の期待及び信頼は国民の一般的期待ということではできても、これを個別的具体的損害賠償の対象となる法的利益とは認めることができない」。

なお、生存可能利益の金銭評価には死亡による損害額が参考になるとし、Aの死亡による損害を3616万円余（逸失利益と慰謝料額の合計から過失相殺の類推により5割減額）と算出した上、損害額を1100万円と算定している。

【評釈】

一. はじめに

本判決は、最判平成12・9・22民集54-7-578（以下「12年判決」）、最判平成15・11・11判タ1140-86（以下「15年判決」）、最判平成16・1・15判時1853-85（以下「16年判決」）等により形成され、従来医療過誤訴訟で用いられてきた理論、すなわち、「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」の侵害、或いは、適切な「医療行為を受けていたならば、患者に……重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性」の侵害を理由に賠償を認める理論（以下「相当程度の可能性」論又は単に「可能性」論）を警察の権限不行使により犯罪が実現した事案にも及ぼし、被害者の「生存可能利益」侵害を理由に請求を認容した初の高裁判決である。以下、従来の裁判例における本判決の位置付け（二）、本判決の「生存可能利益」論につき検討を加える（三）。

二. 従来の裁判例における本判決の位置付け

1. 警察の権限不行使に関する従来の裁判例

ここでは、警察の権限不行使を理由に被害者から賠償請求がなされた従来の裁判例との関係につき検討を加える。但し、権限不行使に何らかの作為が先行

する場合¹⁾には帰責判断に別異の考慮を要するため、警察の権限不行使により第三者又は自然力による犯罪又は事故が実現又は拡大した事案²⁾に関わる裁判例に限定して取り上げる。以下、判決年月日、事案内容を掲げる。

①東京地判昭和27・3・6下民集3-3-303(占領軍の火薬焼却による爆発), ②東京高判昭和27・5・28下民集4-5-768(①の控訴審), ③最判昭和31・4・10訟務月報2-5-88(②の上告審)³⁾, ④長崎地裁佐世保支判昭和37・12・17下民集13-12-2480(飼犬による咬傷), ⑤東京地判昭和47・2・26判時670-59(売渡証を所持する買主名義人による目的物搬出), ⑥東京地判昭和49・12・18民集38-5-503(焚火に投棄された砲弾の爆発), ⑦東京高判昭和52・3・30判時853-52(⑤の控訴審), ⑧大阪地判昭和53・9・27民集36-1-25(前科者によるナイフでの傷害), ⑨大阪地判昭和53・9・28判時925-87(飼犬による咬殺), ⑩福岡高判昭和53・11・30判時925-74(歩行者の轢過), ⑪大阪地判昭和53・12・8判時936-89(敵対組織構成員による労働組合員の殺害), ⑫大阪高判昭和55・1・30民集36-1-37(⑧の控訴審), ⑬大阪地判昭和55・3・24判時978-72(公道での通行人の射殺), ⑭東京高判昭和55・10・23民集38-5-536(⑥の控訴審), ⑮最判昭和57・1・9民集36-1-19(⑫の上告審), ⑯最判昭和59・3・23民集38-5-475(⑭の上告審), ⑰さいたま地判平成15・2・26判時1819-85(交際相手の親族等による名誉毀損・殺人), ⑱神戸地判平成16・2・24判時1959-52(元交際相手による殺人), ⑲神戸地判平成16・12・22判時1893-83(暴力団組員による殺人), ⑳東京高判平成17・1・26判時1891-3(⑰の控訴審), ㉑神戸地判平成17・6・28判時1906-73(花火大会終了後の雑踏事故), ㉒大阪高判平成17・7・26(Lexis Nexisの独自収集例⁴⁾)。㉓大阪高判平成18・1・12判時1959-42

1) 例えば東京地判昭和51・6・30判時850-57(腹膜炎患者の留置場での放置)。

2) 阿部教授の言う「行政の危険防止責任」の第二類型である。阿部泰隆「行政の危険防止責任-カネミ全国等一訴訟判決を契機として」判時883-127以下。

3) ①②③は国家賠償法施行前の事件であり、原告は民法44条1項の類推を主張しており、③は、原判決判示のような要請が「公権力の行使」に属しないとす。

4) http://egal.lexisnexis.jpnpngateway.dll?templates&fn=defaultHome_JP.

(18の控訴審)、24本件原審、25横浜地判平成18・4・25判時1935-113(心筋梗塞患者の放置)。

2. 作為義務の成立要件

従来の請求認容例は主に、i)生命・身体等の重大な法益に対する危険がii)警察官にとって容易に認識可能であり且つiii)権限行使による結果回避が(行為時の観点から)法的且つ物理的に可能であるにもかかわらずそれを行使しなかった事案(2 3 6 12 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25)。1 8はそのような事案での棄却判決だが後に上級審において覆されており、加えて8は、義務違反自体は肯定する)に関わるものと言える⁵⁾。

例えば、棄却判決である4が、被害者と接着した犬の射殺は被害者に的中する可能性のため危険であったことを指摘する点は警察の権限行使が物理的に不能であったこと、9が、飼犬の飼育・管理に関する措置命令発動権限は保健所長にあり警察にないこと等を指摘する点は、警察の権限行使が法的に不能であったことを示す。13が、110番通報から事件発生まで1、2分しかなかったとする点も、同様の趣旨であろう。また、5 7が、目的物に関し民事紛争が存在する場合は警察の介入は謙抑でなければならないとする点は、危険の認識が容易ではなかったことをも示す。11が、犯行当日の警察の職務懈怠を否定する理由の一つとして犯行の突発性を挙げる点も、同様の趣旨であろう。

もっとも、重大な法益に対する危険の認識可能性及び権限行使による回避可

htm&vid=Japan:10.1048/Enu

5) 裁判例における警察の作為義務の要件に関し、従来の学説には、生命・身体等に対する「具体的な」危険の切迫や、権限行使による結果発生の「容易」な防止可能性を挙げる見解がある。安間雅夫「100解説」『昭和59年行政関係判例解説』(ぎょうせい・昭和61年)122頁以下、塩崎勤「警察権限の不行使」『裁判実務大系第18巻国家賠償訴訟法』(青林書院・昭和62年)382頁以下。しかし、裁判例では、生命・身体等に対する抽象的な危険が存在するに止まる事案(6 12 14 15 16)や、必ずしも結果発生防止が容易ではない事案(6 14 16)でも作為義務が肯定され、また、安間検事自身、6 14 16につき危険の抽象性を認めるものと見られる。安間・前掲解説125頁以下。他に、2 5につき危険の抽象性を指摘する大村敦志「150評釈」法協100-10-1941頁以下等参照。

能性がある場合、直ちに権限行使が義務付けられるわけではない。私人に関しては、予見可能性及び結果回避可能性ある者に安易に作為義務を課すことは私的自治の原則から望ましくない⁶⁾。他方、警察に関しては、「個人の生命、身体及び財産の保護に任じ、犯罪の予防、鎮圧及び捜査、被疑者の逮捕、交通の取締その他公共の安全と秩序の維持に当ることをもってその責務とする」（警察法2条）ことから、特に作為義務を認め易いとの評価も成り立ちうる⁷⁾。しかし、行政権の一部たる警察権の行使は行政便宜主義（警察便宜主義）の下に置かれ、また警察公共の原則とそこから導かれる民事関係の自由⁸⁾の観点から謙抑的であることが要請される。従って、警察に関しても、予見可能性並びに法的及び物理的結果回避可能性のみを理由として安易に作為義務を課しえない。

この点につき、本件原審判決を含め、一般論として作為義務の成立要件に触れる近時の裁判例には、権限行使の容易さを要件とするものが見られる（[17](#) [19](#) [20](#) [22](#) [23](#)）⁹⁾。しかし、権限行使が容易である場合に直ちに作為義務を課すことは、上記の警察公共の原則・民事関係の自由の観点から許されない。この観点を克服して作為義務を課しうるのは、まさに民事関係の自由等が保護しようとする国民が、国民の生命・身体の保護という責務を負い、そのための強力な権限を有する警察に対しその行使を望むからに他ならない。従って、警察の作為義務を基礎付ける決定的な事情は、iv) 警察権行使に対する国民の信頼・期待にあるといえ¹⁰⁾、

6) 前田達明『民法IV₂不法行為法』（青林書院・昭和55年）109頁。

7) 村重慶一「公権力の不行使と国家賠償」『民研』218号18頁、小林敬「[17](#) [19](#) 解説」『昭和55年度行政関係判例解説』（ぎょうせい・昭和56年）588頁参照。

8) 警察公共の原則及び民事関係の自由につき田上譲治『警察法』（有斐閣・新版・昭和58年）67頁以下参照。

9) [17](#)の他、宇賀克也『国家補償法』（有斐閣・平成9年）157頁、宮田三郎『警察法』（信山社・平成14年）65頁は期待可能性要件を挙げる。しかし、これらの要件も本文に挙げた国民の信頼・期待と大きく異なるものではなかろう。宇賀・前掲書164頁以下、宮田・前掲書68頁注8参照。

10) 安間・前掲解説（注5）123頁、塩崎・前掲論文（注5）383頁参照。安間検事らは、裁判例における作為義務成立要件として他に警察権行使の補充性を挙げる。この補充性も、国民自らの手では結果回避しえない状況における警察権行使に対する国民の期待・信頼を基礎付ける一要素と見うる。

権限行使の容易さはその信頼・期待を基礎付ける一要素に過ぎない。故に、本判決が、判例時報のコメントにあるように、一般論としてだが、この要件を権限（強制捜査権）行使の法律上の要件具備、すなわち、単なる結果回避の法的可能性に置き換えた点は首肯し得ない。

作為義務を基礎付ける決定的事情が国民の信頼・期待にあるとの理解は、従来の裁判例にも妥当する。従来の請求棄却例において、⑨が、保健所長が咬傷事故の都度措置をとっていた以上、過去の咬傷事故を捜査・立件しなかったことを義務違反と見ることはできないとする点、⑤⑦が、民事紛争が存する場合には警察の介入は謙抑でなければならないとする点、⑪が、被害者の属する組合が警察に協力的でなかったことを指摘する点は、市民が警察による権限行使を必ずしも期待していないことを示す。また、⑩が、交通整理の対象たる右折車の進路前方にある横断歩道上の歩行者との間には事故防止を期待しうる関係があったが、交通整理の対象ではない、直進車の進路前方にある横断歩道上の歩行者との間には事故防止を期待しうる事情がなかったとする点は、まさに権限行使に対する信頼の欠如を理由として請求を棄却するに他ならない。これに対し、⑫が、国民が銃砲類から身を守ることを警察に委ねていることを指摘する点は、作為義務を肯定するにあたり国民の期待を重視することを示す¹¹⁾。

以上の点につき本判決を検討すると、本件では生命・身体に対する現実の危険が存在し、少なくとも11月25日にはその認識（本件ではその前提たる画像取寄）が警察にとって容易であり、また、警察権限を行使してのAの身柄確保により少なくとも12月2日のA殺害を回避する可能性があったと言えよう。さらに、本件では、Xらがその尽力にもかかわらずAの所在を確認しえなかったとの事情から、Aの身柄確保という責務を警察が第一義的に果たすことが国民（とりわけA及びXら）から期待されていたと言える。従って、本判決が警察の作為義務を肯定したことは、従来の裁判例の延長線上に位置付けられよう。

11) 大村・前掲評釈（注5）1941頁参照。

3. 被侵害利益としての「生存可能利益」

他方、本判決が、「生存可能利益」侵害を理由に請求を認容した点については、警察権限不行使による事故・犯罪の実現・拡大に関する戦後の裁判例の展開を直線的には語りえない。

すなわち、戦後の請求認容例は、12年判決が現れるまで、請求自体慰謝料のみに係る②③を除き、前述の要件の下、(事後的な観点から)権限行使による結果回避が物理的に容易ではない、つまり高度の蓋然性をもって認められるか微妙な事案(⑥⑭⑯)でも、主に死亡・負傷による逸失利益の請求を認容していた。しかし、医療過誤事件に関し「可能性」論を初めて打ち出した12年判決の後の裁判例では、その影響を受けてか、⑰以降、特に捜査活動の懈怠の事案、すなわち犯罪者たる直接加害者の行為を介在するが故に結果回避が高度の蓋然性をもって認められるとは直ちに言い難い事案に関し、市民の警察に対する期待・信頼の侵害を直接の根拠に、或いは、適切な権限行使による被害者の「相当程度の生存可能性」の侵害を理由に慰謝料請求を認容する判決(⑰⑱⑲⑳㉑㉒㉓)が見られる。本判決は、そこで用いられている「生存可能利益」という概念につき、一方で従来の医療過誤訴訟における「可能性」論に由来することを明らかにすると共に、他方で市民の警察に対する「期待及び信頼」と区別する。前者の点に関する限り、一見すると、本判決は、12年判決以降の、捜査活動の懈怠による犯罪実現に関する裁判例の流れに従ったようにも見える。

だが、本判決の用いる「生存可能利益」論が従来の「可能性」論と同じか否かは、さらに検討を要する。なぜなら、本判決は、慰謝料請求を認容してきた「可能性」論等に基づく従来の裁判例と異なり、適切な権限行使によるAの殺害阻止の可能性が3割程度あったとした上、逸失利益を含む死亡による損害のほぼ3割をAの「生存可能利益」とするからである¹²⁾。このような、割合的处理ととれる損害額算定が、従来の「可能性」論の下でも一般的に行われてい

12) さらに、本判決が「生存可能利益」概念を期待権と区別する点でも、この概念と「可能性」論との異同が問題となる。この点は後述(三2(2)参照)。

るのか、そしてその是非を、次の三で検討する。

三. 「相当程度の可能性」論について

1. 医療過誤訴訟における「相当程度の可能性」論

(1) 患者の転機に関する不確定要素を考慮する医療過誤裁判例の分析

上記の目的を達するため、初めに、従来の医療過誤訴訟における「可能性」論や期待権論等の中身を確認しておく。そこで、12年判決後の医療過誤裁判例のうち、a) 医師等の過失と患者の最終結果との因果関係を否定しつつ「可能性」論や期待権論等の構成を用いて請求を一部認容した判決、b) 医師等の過失と最終結果との因果関係を一応肯定しつつ賠償額算定に際し患者の転機に関する不確定要素を考慮する判決、及び、それらとの対比のため、c) 医師等の過失を肯定しながら、その過失と患者に生じた最終結果との因果関係を否定し又は「相当程度の可能性」侵害を否定した請求棄却判決を取り上げて検討する¹³⁾。

以下、判決年月日、疾病の内容、最終結果を掲げる。

- ①12年判決（心不全、死亡）、②那覇地判平成12・10・17判タ1111-172（腎盂腎炎、敗血症等による多臓器不全での死亡）、②a 大阪地判平成13・1・19判時1747-123（拡張相肥大型心筋症、心臓移植術後の慢性拒絶反応による死亡）、③仙台地判平成13・2・13判時1758-122（慢性腎不全、透析の開始）、④東京

13) 患者の最終結果として自殺が問題となる事案は、因果関係判断に際し異なる考慮を要するため、検討から除外する。説明義務違反による自己決定権侵害を理由に慰謝料を認容する判決も、過失と患者に生じた最終結果の因果関係が問題とされないため除外する。さらに、素因減額に関する裁判例も除外する。これらは、現実に生じた結果に対する患者の体質等の寄与の不確定性を問題とする点で、注意義務違反がなければ生じていたであろう仮定的結果の不確定性を問題とする期待権侵害等の裁判例と異なるからである。窪田充見『過失相殺の法理』（有斐閣、平成6年）48頁以下参照。もっとも、仮定的因果関係の問題と素因の問題は截然と区別しえないとの指摘があるように（窪田・前掲書51頁注4等参照）、期待権乃至相当程度の可能性の問題と素因の問題も上記のように截然と区別しえまい。しかし、本稿は、後述の如く、前者の問題が逸失利益を基礎とする損害額算定を否定すべき場面をも包摂しうるため、両者における被侵害利益乃至損害の内実が基本的に異なるとの理解の下、上記の区別を前提とする。

地判平成13・2・27判タ1124-241（肺癌，肺摘出後の呼吸不全による死亡），⑤東京地判平成13・2・28判タ1086-261（原因不明の心肺停止，死亡），⑥東京地判平成13・3・12判タ1089-238（歯周病，疼痛），⑦東京地判平成13・7・4判タ1123-209（急性心筋梗塞，死亡），⑧大阪高判平成13・7・26判時1797-51（脳内血腫，死亡），⑨東京高判平成13・10・16判時1972-74（脳腫瘍，脳ヘルニアによる死亡），⑩横浜地判平成13・10・31判タ1127-212（横紋筋肉種，脳幹部呼吸中枢の病変による死亡），⑪東京高判平成13・11・5判時1178-69（原因不明の心肺停止，死亡），⑫名古屋地判平成13・12・19判時1802-116（真菌性眼内炎，両眼失明），⑬横浜地判平成13・12・26判タ1186-238（子宮肉腫，死亡），⑭名古屋地判平成14・4・12判時1857-65（肺癌，死亡），⑮東京高判平成14・4・24判時1799-113（耳下腺腫瘍，腫瘍摘出後の出血・気道閉塞による死亡），⑯福岡高判平成14・5・21判タ1141-219（胃癌，胃等切除後の急性肝不全による死亡），⑰東京地判平成15・1・27判タ1166-190（脳腫瘍，腫瘍除去後の敗血症及び髄膜炎等による死亡），⑱山口地裁岩国支判平成15・3・31判タ1157-242（海綿状血管腫による頸髄内出血，血腫摘出後の四肢麻痺），⑲東京地判平成15・5・28判タ1147-255（肝硬変・糖尿病・食道静脈瘤，原因不明の死亡），⑳横浜地判平成15・6・20判時1829-97（狭心症，冠動脈バイパス術施行前の検査薬剤によるアナフィラキシーショックでの死亡），㉑東京地判平成15・6・3判タ1157-227（WFS，死亡），㉒東京高判平成15・8・26判時1842-43（神経性食思不振症，致死性心室性不整脈による死亡），㉓東京地判平成15・8・27判タ1170-267（WBV感染による悪性リンパ腫，死亡）¹⁴⁾，㉔名古屋地判平成15・11・5判時1857-53（肺癌，死亡），㉕15年判決（急性脳症，脳障害），㉖大阪地判平成15・12・18判タ1183-265（小腸原発悪性リンパ腫，死亡），㉗16年判決（スキルス胃癌，死亡），㉘東京地判平成16・3・12判タ1212-245（臍帯圧迫による胎児仮死，脳性麻痺），㉙東京地

14) 本判決は，医師等の過失を明示しないが，病理診断報告が遅れた可能性を指摘しており，過失を認めつつ因果関係を否定した判決とも読めるため，ここで取り上げる。

判平成16・3・25判タ1163-275（急性膵炎，死亡），③〇大阪地判平成16・4・28判タ1175-238（麻疹脳炎・脳症，死亡），③〇東京地判平成16・10・27判時1887-61（自殺企図の既往ある境界性人格障害及びアルコール依存症，搬送中の窒息による死亡），③〇大阪地裁堺支判平成16・12・22判時1902-112（C型肝炎，肝硬変による死亡），③〇東京地裁八王子支判平成17・1・31判タ1228-246（心不全及び褥瘡，痰詰り・呼吸不全による死亡），③〇仙台地判平成17・2・15判タ1237-294（上顎癌，死亡），③〇名古屋地判平成17・4・14判タ1229-297（産後の大量出血による多臓器不全，死亡），③〇東京地判平成17・4・27判時1903-81（冠動脈の慢性閉塞性病変，PTCAの手技の過誤による死亡），③〇甲府地判平成17・7・26判タ1216-217（腰椎骨折，下肢の麻痺等），③〇横浜地判平成17・9・14判時1927-79（肝癌，死亡），③〇函館地判平成17・10・13判時1943-74（くも膜下出血，動脈瘤クリッピング術の過誤による意識障害等），④〇最判平成17・12・8判タ1202-259（脳梗塞，右半身麻痺等。相当程度の可能性を否定して棄却）（以下「17年判決」¹⁵⁾），④〇高松高判平成18・1・29判タ1226-179（特発性間質性肺炎，死亡），④〇東京地判平成18・2・23判タ1242-245（食道癌，気管切開に際しての頸動脈損傷による死亡），④〇東京地判平成18・3・6判タ1243-224（左視床出血等，痰詰まりでの気道閉塞による植物状態），④〇名古屋地判平成18・3・29判時1956-139（心筋梗塞等，急性心臓死），④〇東京地判平成18・6・21判タ1236-291（急性大動脈解離，急性腹部大動脈閉塞による死亡），④〇横浜地判平成18・7・6判時1957-91（胎内での低酸素状態，低酸素性虚血脳症による四肢麻痺等），④〇東京地判平成18・9・1判時1985-94（肝硬変，肝癌による死亡），④〇福岡高判平成18・9・12判タ1256-161（末期の膵臓癌，死亡），④〇青森地裁八戸支判平成18・10・2判タ1244-250（左膝窩部負傷，ガス壊疽による左下腿切断），④〇東京地判平成18・10・4判タ1233-278（薬剤性間質性肺炎，繊維化病巣残存の可能性），④〇東京地判平成18・10・18判時1982-102（大動脈弁閉鎖不全症・心不全，死亡），④〇福岡高判平成18・10・

15) 本判決は本文のabcいずれの類型にも該当しないが，便宜上ここで紹介する。

26判タ1243-209 (髄膜種, 急性硬膜下血腫による死亡) ⑤②東京地判平成18・11・22判時1986-75 (大腸癌, 敗血症での全身状態低下時に行われた再発腫瘍切除術後の下血による死亡), ⑤③山口地裁岩国支判平成19・1・12判タ1247-310 (急性白血病, 脳出血による死亡), ⑤④横浜地判平成19・3・22判時1987-50 (真珠腫性中耳炎及び心筋梗塞の既往, 真珠腫性中耳炎由来の肺炎・敗血症等による死亡)¹⁶⁾。

裁判例の分析から次の点が明らかになる。第一に, 12年判決前には少数だが, 過失を肯定しつつ因果関係を否定する裁判例¹⁷⁾が見られたのに対し, 12年判決後はこの種の裁判例が, ⑬を除き (⑳も参照) 見られない。この点は, 従来, 医師等の過失と結果との因果関係が否定された事案において, 生命侵害事案における因果関係判断の終点を「その時の死」と捉えることにより, 因果関係に関する原告の立証負担を緩和した最判平成11・2・25民集53-2-235 (以下「11年判決」) 及び12年判決, さらに「可能性」論を後遺症事案に及ぼした15年判決により, 請求が容易に認容されるようになったことによる。

第二に, a 類型と b 類型の振分けだが, 11年判決及び12年判決前には両者の振分けは必ずしも事案内容に対応していたとは言えない¹⁸⁾。これに対し, 両判決後は, 患者が癌や肝硬変を代表とする予後の良くない慢性進行性疾患に罹

16) 東京地判平成14・4・8判タ1148-250は, 検査の懈怠により下垂体腫瘍の発見が遅れた患者の精神的苦痛に対する慰謝料請求を認容した判決だが, 医師の過失と (逸失利益を生じさせない) 身体的器質的变化 (下垂体腫瘍の存続) という結果の因果関係を肯定した判決と見られる。また, 名古屋地判平成17・7・7判時1946-92は, 子宮筋腫患者が子宮全摘術後の膀胱腫瘍による尿失禁を苦に自殺した事案につき, 後遺症による逸失利益を求める原告の予備的請求に関し後遺症の存在を否定しつつ, 尿漏れによる精神的苦痛に対する慰謝料請求を認容する。この判決も, 鑑別診断のための検査及び膀胱腫瘍閉鎖術の遅れと (それが逸失利益をもたらす後遺症でないとしても) 尿漏れという結果の因果関係を肯定するものと見うる。従って, これらはいずれも期待権侵害等と異なる事案に関するものと見るべきである。

17) 大阪地判平成3・1・28判タ779-253, 仙台高判平成3・5・20判タ768-208頁, 東京地判平成3・9・30判時1433-92, 東京地判平成7・11・30判時1568-70, 東京高判平成7・12・26判タ912-217, 大阪地判平成10・3・27判時1663-116等。

18) 拙稿「12年判決評釈」北法55-3-1219参照。

患していた事案では、b) 医師等の過失と最終結果との因果関係を一応肯定しつつ賠償額算定に際し患者の転機に関する不確定要素を考慮し(③④⑩⑫⑭⑮⑯⑰⑱⑲⑳㉑㉒㉓㉔㉕㉖㉗㉘㉙㉚㉛㉜㉝㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿), 患者が予後の良くない急性疾患に罹患した事案では、a) 医師等の過失と患者の最終結果との因果関係を否定したにもかかわらず「可能性」論等の構成を用いて請求を一部認容する(①⑤⑦⑧⑪⑬⑮⑰⑲⑳㉑㉒㉓㉔㉕㉖㉗㉘㉙㉚㉛㉜㉝㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿) 傾向が見られる。これは、医師の行為と患者に生じた結果との因果関係がとりわけ問題となる不作為事案に即して言えば、以下の点に拠ろう。すなわち、慢性進行性疾患の場合その進行が緩徐であるが故に、患者が元から有していた疾病リスクの発現を、医師が早期に注意義務に適った治療を施していれば阻止しえた高度の蓋然性を認め易く¹⁹⁾、従って、医師が注意義務に適った治療をしていれば患者が現実に死亡した時点で生存していた、又は、現実には後遺症が生じた時点で後遺症が生じていなかった²⁰⁾ 高度の蓋然性を認め易い。これに対し、急性疾患の場合その進行が急激

19) 医師の帰責根拠が病的リスク除去・低減の失敗にあり、11年判決もそのことを考慮しているとする小池泰「15年判決評釈」民商139-4・5-876以下、特に884以下参照。なお、橋本佳幸『責任法の多元的構造』(有斐閣・平成18年)71頁以下は、疾病リスク発現を阻止しえたに止まり除去しえたとまで言えない事案につき、除去しえた事案との帰属構造における相違(生命侵害に対する支配操縦力の有無)から、生命侵害を医師に帰属させえないとし、生命侵害と延命侵害を区別する。ここには、賠償法に即した被侵害法益の内実の把握という、後述の水野教授の見解に連なる態度を看取しうる。

20) 小池・前掲評釈(注19)884頁以下は、15年判決が「後遺症が残らなかった相当程度の可能性」を問題とし、「現実には結果が発生した時点でなお後遺障害が生じなかった可能性」を問題としていないという「因果命題の定式におけるズレ」につき、11年・12年判決も15年判決も共に疾病リスク除去・低減可能性を考慮しているとの観点から、両者は矛盾しないとする。被侵害利益が生命か身体的完全性かの相違はしばらく措き、リスク除去に至らないその発現阻止の可能性侵害が医師に帰責されるとき(12年判決)、リスク除去の可能性侵害が医師に帰責されること(15年判決)に異論はなからう。

なお、12年判決は、判文上、疾病リスク発現阻止の可能性侵害を医師に帰責するよう見えるが、事案は急性疾患に関わり、急性疾患では主に急性期の疾病リスク除去の可能性の有無が問われよう。他方、15年判決も同様に急性疾患に関わるものだが、後遺症が患者の身体に生じた不可逆的器質的変化であることから、その疾病リスク除去の可能性の有無を問題とすると、現実の結果発生時でのリ

であるが故に、患者が元から有していた疾病リスクの発現を、医師が早期に注意義務に合った治療をしていても阻止しえた高度の蓋然性を認め難く、従って医師が注意義務に合った治療をしていたとしても患者が現実に死亡した時点で生存していた可能性、又は、後遺症が生じていなかった可能性を認めうるに止まる点である。このような事案内容に対応した法的構成の振分けは、11年判決が、肝硬変から肝癌に進展したという慢性進行性疾患の事案に関わるものであるのに対し、12年判決が急性心筋梗塞から心不全に進展したという急性疾患に関するものであることを考えると、最高裁判例の流れに沿うものと評価しうる。

しかし、これに対し、第三に、第二の傾向と異なり、慢性進行性疾患に関わる事案で「可能性」論等の構成を用いる判決 (② ⑥ ⑨ ⑰ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚) が少なからず存在し、急性疾患に関わる事案で因果関係を肯定しつつ賠償額算定に際して不確定要素を考慮する判決 (㉛ ㉜ ㉝) も存在する。これらの判決、特に前者の判決の中には、スキルス胃癌 (㉑) や末期癌 (㉒), 特発性間質性肺炎 (㉓) のように当該疾患の特徴から、又は、慢性進行性疾患に対する処置に起因する合併症の事案 (㉔。確定診断の困難を指摘する㉕も参照) のように事案の特徴から、医師が早期に注意義務に合った治療をしていても疾病リスク発現を阻止又は除去しえた高度の蓋然性を認め難い事案も認められる。しかし、他方で、先に挙げた慢性疾患の事案と類似するにもかかわらず、「可能性」論を用いる判決も見られる。例えば、㉖は、C型肝炎患者に対し医師が定期的な肝機能検査とそれに基づく治療を怠った事案であり、事案自体は11年判決のそれと類似するが、医師の過失と死亡の因果関係を認めず、相当程度の延命可能性の侵害を理由に300万円の慰謝料を認容するに止まる。

このことは原告にとって重大な意味を持つ。aタイプの裁判例はいずれも慰謝料名目で請求を認容するところ、(弁護士費用等を除く) 認容額は概ね200万か

スク除去の可能性のみならず、その後の期間を含めた継続的なリスク除去の可能性の有無を問わざるを得ない。上記の「ズレ」は、以上のようなリスク除去の可能性に関する判断構造の相違にも由来しよう。

ら500万円に止まる²¹⁾。これに対し、b類型の裁判例は、逸失利益と慰謝料を合わせ、死亡事案では概ね1300万から4500万円、後遺症事案では後遺症の程度によるが最高でおよそ6500万円を認容する²²⁾。すなわち、従来の裁判例は、「可能性」論を用いるとき、12年判決が明示的に否定しない²³⁾逸失利益賠償を認めず、慰謝料についてのみ賠償を命じ、そのためb類型の裁判例の事案と類似の事案に対するものであるにもかかわらず、認容額に大きな差をもたらす。例えば、③⑧は、前述③②と同様肝疾患の事案であるにもかかわらず、医師の過失と死亡との因果関係を肯定し、逸失利益賠償を認める結果、認容額は（過失相殺減額を経て）約2900万円に至る²⁴⁾。

(2) 「相当程度の可能性」論における賠償額算定

12年判決自体は慰謝料以外の賠償を否定しない。学説には、12年判決が、逸失利益を基礎とする割合的算定を認めるものと見うるとの見解も存する²⁵⁾。

確かに、医療水準に適った措置がとられていれば患者の疾病リスクを除去しえたが故に医師等の過失と最終結果の因果関係が認められる場合に、財産的損害としての逸失利益賠償を認める現在の実務を一応の前提とするとき²⁶⁾、患

21) 死亡事案での最高額は⑧の1000万円、最低額は④の180万円であり、後遺症事案での最高額は④⑧の300万円、最低額は⑥の50万円である。

22) 死亡事案での最高額は⑤④の約4579万円、最低額は⑤③の800万円であり、後遺症事案での最高額は⑩の約6500万円、最低額は③の600万円である。なお、因果関係を肯定しつつ賠償額算定に際して不確定要素を考慮する判決の中には、逸失利益算定が不能だとしてその賠償を認めない代わりにそのことを慰謝料算定の中で考慮するものが少なくない（④ ⑩ ⑭ ⑮ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿）。しかし、これらの判決の認容する慰謝料額は概ね1000万円を下回ることはなく、「可能性」論を用いる判決の認容額より高額である。

23) 杉原則彦「12年判決解説」『最高裁判所判例解説民事編平成12年度(下)』（法曹会・平成15年）864頁以下参照。

24) 以上のような事案の解決の不均衡はつとに吉田邦彦「11年判決評釈」判時1688-220により指摘されていた。

25) 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」ジュリスト1199-14以下、澤野和博「12年判決評釈」名経法学10-197等参照。これらに対し新見育文「12年判決評釈」私法判例リマークス24-61以下参照。

26) より積極的に、損害の適切な算定のため被侵害法益たる「生命」の内実を探ると

者の転機に関し不確定要素が存在する事案において、逸失利益を基礎とする賠償額算定の可能性を完全には否定しえない。例えば、11年判決に従えば、イ) 疾病リスクを除去しえないもののその発現を阻止しえたが故に因果関係が認められるが、仮に医療水準に適った措置がとられていたとしても現実リスクが発現した時点以降の患者の転機に関して不確定要素が存在する場合、(単なる延命可能性ではない) 延命利益の侵害による逸失利益賠償が認められよう。因果関係を肯定して逸失利益を損害額算定の基礎としつつ、患者の転機に関する不確定要素を考慮して就労可能年数を限定するなどする裁判例(③⑫⑯⑱⑳㉑㉒㉓㉔㉕㉖㉗㉘㉙㉚㉛㉜㉝㉞㉟㊱㊲)は、この系譜に属するものと見うる²⁷⁾。また、ロ) 疾病リスク除去又は発現阻止につき高度の蓋然性は認められないが可能性は認められる場合、すなわち、主として「可能性」論等が問題となる場合で、且つ、少なくともその可能性及び(特にリスク阻止が問題となる事案で)稼働可能性が小さくないと見られる事案でも、逸失利益を基礎とした損害額算定の余地があるろう。12年判決は、このような処理を排除する論理を内在しない²⁸⁾。

の観点から、生命の一つの具現化たる労働力の交換価値に着目した逸失利益算定に合理性を認めるものとして、水野謙「損害論の現在－権利侵害ないし法益侵害との関係に着目して」ジュリスト1253-193。

- 27) 吉田・前掲評釈(注24)220頁参照。これに対し、八木一洋「11年判決解説」『最高裁判所判例解説民事編平成11年度(上)』(法曹会・平成14年)162頁注25は、11年判決が「伝統的な不法行為法の考え方」により理解可能だとし、吉田教授の議論の出発点に問題があるとす。確かに、本文に述べた裁判例につき、その一部が採用する割合的因果関係論に着目すると、それらは「伝統的な考え方」と異なる。しかし、他方、その他の裁判例が採用する(それ自体「伝統的な考え方」と相容れないものではない)就労可能年数の限定等の賠償額調整方法と割合的因果関係論が実質的に果たす類似の役割に着目するとき、本文に述べた裁判例は11年判決の系譜に属すると言える。
- 28) 12年判決につき前注23の他、窪田充見「12年判決解説」ジュリスト1202-70等参照。15年判決以降の最高裁判例を含め同様の評価をする林道晴「15年判決評釈」NBL792-74、前田達明「15年判決評釈」判時1885-195、橋口賢一「17年判決評釈」法時78-10-80も参照。他方、松並重雄「15年判決解説」法曹時報58-4-1464は、12年判決は生命の割合的侵害を肯定したのではなく、「可能性」侵害により財産的損害が発生したとすることは困難だとす。他に「可能性」侵害に基づく逸失利益賠償に消極的なものとして鎌田薫「12年判決評釈」『判例セレ

しかし、他方、11年判決が、因果関係判断に延命期間が影響を及ぼす余地を残し²⁹⁾、例えば救急患者の10分の延命といった有意でない延命の侵害に賠償法上生命侵害としての性格を与えることに疑問を抱いていると解される点³⁰⁾、及び、12年判決が、鑑定意見が救命可能性を20%以下としたにもかかわらず「相当程度の可能性」を認める点から、「相当程度の可能性」の有無は統計的数値等ではなく有意な生存等の可能性という規範的観点からなされると解すべきである³¹⁾。すなわち、たとえ症状改善の可能性が乏しくとも、その治療により有意な延命等がもたらされうるのであれば、「相当程度の可能性」を認めるべきであろう。反対に、たとえ症状改善の可能性が高くとも、その治療によりもたらされるものが例えば救急患者の10分の延命や末期癌患者の苦痛に満ちた延命であれば、「相当程度の可能性」を認めた上での生命侵害等に引き付けた処理には疑問が呈される³²⁾。従って、12年判決が「相当程度の可能性」侵害に対して常に逸失利益を基礎とした、例えば統計的数値等に拠る割合的な、損害額算定を意図したものと見ることはできない。

そこで、例えば、ハ) 疾病リスクの除去又は発現阻止につき可能性は認められるがそれが極めて少ない場合、或いは、ニ) 疾病リスクの除去又は発現阻止

クト'00』362頁、寺沢知子「16年判決評釈」民商131-1-150、塩崎勤「16年判決評釈」法の支配137-85等参照。

29) 拙稿・前掲評釈(注18)1211頁以下参照。

30) 八木・前掲解説(注27)149頁は、例えば数分単位での延命しかもたらさない、いわゆる姑息的措置の懈怠につき責任の成否は注意義務の有無に帰するとする。しかし、注意義務の存否は、行為時の観点から判断すべきであり、行為時(作為をすべきであった時)に当該措置が「姑息的」か否か明らかでない場合、姑息的措置についても注意義務が課されうる。その後、事後的観点(裁判時の観点)から「姑息的」であったことが明らかになるとき、「相当程度の可能性」侵害との因果関係が否定されよう。このように解するとき、姑息的措置の懈怠の問題が常に注意義務の有無に帰するとは言えない。

31) 拙稿・前掲評釈(注18)1224頁以下。15年判決につき松並重雄「15年判決解説」ジュリスト1278-129、同・前掲解説(注28)1463頁参照。その他、相当程度の可能性の問題が統計数値の存否等の証明問題に転化する問題を指摘する稲垣喬「16年判決評釈」私法判例リマークス30-29参照。

32) 澤野・前掲評釈(注25)198頁も、延命可能性はあるが逸失利益を生ずる可能性がない事案では慰謝料しか問題とならないとする。

の可能性は小さくないが、それによりもたらされる稼働可能性が極めて小さい場合、そこで侵害されたものは何か、それを損害賠償法の中でどのように評価するかを改めて問い直す必要がある。

二) の場合についてはさらに2つの場合を想定しうる。すなわち、*a*) 救急患者の10分の延命や末期癌患者の苦痛に満ちた延命のように、そもそも生命侵害に関連付けられた処理がされるべき法益侵害が生じているかにつき再考を要する場合と、*β*) 比較的苦痛の少ない癌患者のある程度の延命のように、生命侵害に関連付けられた処理を認めうるが、稼働能力の欠如の故に逸失利益が認められるべきでない点において、従来の生命侵害事案における被侵害法益たる「生命」と同質の法益が侵害されているか再考を要する場合である。このうち *a*) の場合については、当該措置がとられるべきであったとされる時点において既に、当該措置にそのような効果しかないことが明らかなき時は、後述のように、その措置につき医師に行為義務を課しえない。また、そのような効果しかないことが事後に初めて判明したときも、前述の有意性という観点に照らし、「相当程度の可能性」侵害を語りえない。

他方、*ハ*) 又は *β*) の場合、生命侵害に関連付けられた処理を認めうるが、逸失利益を基礎とする賠償額算定の余地は乏しい。生命の具現化としての労働力の交換価値に取って着目して損害額計算を行う合理性に乏しく、賠償額を必要以上に低額化させかねない。前述のように、被侵害法益の内実を問い直す必要がある。この点につき、水野教授は、「生存可能性の有無にかかわらず、患者の治療に対する期待それ自体を保護法益として積極的に位置づけることが必要」だとする³³⁾。しかし、被侵害法益として患者の期待を措定するとしても、ここで保護されるべきは患者の単なる主観的期待ではない³⁴⁾。後述の如く、症状改善の客観的可能性に裏打ちされた、多くは事後的な「期待」(後悔・無念)であろう。この点に鑑みると、この被侵害法益を損害額へと金銭評価するに際

33) 水野・前掲論文(注26)197頁。

34) 水野・前掲論文(注26)197頁もこれを認める。

し、その枠組として現行法上手近な慰謝料を用いることを是認するとしても、算定の際の考量要素の一つとして症状改善の可能性という要素を用いることは（ハの場合その役割は小さいであろうが）否定されるべきではあるまい。

換言すれば、ハ）及びβ）の場合、逸失利益を基礎とする損害額算定という意味での生命侵害等に引き付けた事案処理は否定されるべきである。しかし、被侵害法益は患者・遺族の単なる主観ではなく、客観的可能性に裏打ちされた期待であるとの意味で、生命侵害等に関連付けられた事案処理がされるべきである。その限りで、これらの場合に「可能性」論を用いることを一概に否定すべきではない。そして、このことは、「相当程度の可能性」が有意な生への客観的可能性を前提とすることから、因果関係を肯定しつつ慰謝料を認容する裁判例（④⑩⑭⑮⑳㉑㉒㉓㉔㉕㉖㉗㉘㉙㉚㉛㉜㉝㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺）に比し低額な慰謝料のみを認容する、12年判決後の裁判例の動向に再考の契機をもたらしうるのではなからうか。

2. 本判決における「生存可能利益」論の検討

(1) 「相当程度の可能性」論との相違と射程

前述のように、本判決の損害額算定方法は、本判決自体明示はしないものの、逸失利益を基礎とした割合的算定によるものと見うる。このような処理は、慰謝料のみを認容してきた従来の「可能性」論には見出せない。

本件に即して見れば、11月25日の時点で警察が速やかに撮影画像を取り寄せ、Aの身柄確保を図っていれば、12月2日のA殺害を阻止しえた可能性が少なくないと言え、その場合にAに稼働能力が認められる限り、本件は前述ロ）の事案に相当する。従って、見方によっては、このような場面で「可能性」論の下でも生命侵害に引き付けた損害額算定を行う余地があることを示した点に本判決の意義があると言える。

しかし、「可能性」論の下で生命侵害に引き付けた処理を行いうることは反面、そのような処理をすべき場面とその他の場面との振分けの必要性を明らかにする。すなわち、前述のハ）やβ）の場面のように、そこで侵害されているものが従来生命侵害事案において想定されてきた被侵害法益（逸失利益を基礎とす

る損害額算定を可能とする有意な生存)と異質のものである場合にまで、逸失利益を基礎とした割合的解決を行えば、同様の事案で慰謝料のみを認容する裁判例との間で、事案の解決において不均衡を生じかねない。

さらに、過失と結果との因果関係が認められないにもかかわらず、割合的解決による比較的高額の賠償を認めることは、因果関係を肯定した上で不確定要素を考慮しつつ賠償額を調整する、前述のb類型の裁判例(従来 of 医療過誤裁判例で言えば前述の③④⑩⑫⑭⑮⑯⑰⑱⑲⑳㉑㉒㉓㉔㉕㉖㉗㉘㉙㉚㉛㉜㉝㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿⑤④、とりわけ割合的解決を図る⑫⑯⑰⑱⑲⑳)との異同も明らかにする必要を生じさせる³⁵⁾。

以上の点に鑑みると、本判決の「生存可能利益」論の射程は第一に、逸失利益を基礎とした損害額算定を認めるべきでない場面には及ばないと言える。本件に即して言えば、ハ')11月25日の時点で栃木県警察が速やかに撮影画像を取り寄せ、Aの身柄確保を図っていたとしても、12月2日のA殺害を阻止しえた可能性が極めて乏しい場合、β')11月25日に既にAが重傷のため稼働能力を失っていた場合(本判決は同日のAの稼働能力に触れていない)には、「生存可能利益」侵害を理由とする割合的解決は図られるべきでない。

第二に、因果関係を肯定しつつ賠償額を調整する手法と「生存可能利益」論との関係だが、理論的には後者は生命又は身体的完全性の「可能性」侵害に止まり、生命又は身体的完全性自体の侵害の事案に及ばないとの区別が可能である。しかし、その区別の実益は俄かにこれを明らかにしえない。両者の区別の実益としてここではさしあたり、後者によるときは死亡事案において遺族固有の慰謝料が認められない³⁶⁾点を指摘しえよう。とすれば、遺族固有の慰謝料が認められるべき死亡事案には「生存可能利益」論は及ばないと解すべきか。もっとも、具体的な事案の解決において実際に差異が生じるかは疑問が残る。

35) 留箭将之「12年判決評釈」法協118-12-1951参照。稲垣喬「12年判決評釈」民商123-6-923も同旨か。

36) 窪田充見「11年判決評釈」民商-121-4・5-646参照。

(2) 期待権論との区別

なお、本判決が、従来の医療過誤訴訟における「可能性」論を本件のような警察権不行使を理由とする国家賠償訴訟に及ぼしたことを明示しつつ、「生存可能利益」を期待権と区別するかのように見える点も、この概念と「可能性」論との相違を検討する必要を生じさせる。

有意な症状改善（又は保存的治療であれば症状の維持）の可能性と結びつかない「治療」は原則として考えられない³⁷⁾。当該措置による症状改善の可能性がゼロか又は有意な症状改善と結びつかない場合、当該措置を医師に義務としては課しえない。なぜなら、患者の単なる主観的期待を保護すべく、医療水準を越える治療につき義務を課すこととなり、医療措置選択に関する医師の裁量を不当に狭めるからである。従ってまた、期待権論等が保護する期待も、有意な症状改善の可能性と結びつく措置に向けられるものに限られる。この意味で、「可能性」論は期待権論や治療機会喪失論の裏返しと言える³⁸⁾。

現に17年判決は脳梗塞による後遺症事案につき、血栓溶解療法の適応ある間の他の医療機関への転送と転送先での同療法開始が不可能であったとして「相当程度の可能性」を否定すると共に、「生命の尊厳を脅かすような粗雑診療」も否定する。これは「可能性」論に関する上記の理解から説明されうる³⁹⁾。

以上の理解には、適正な損害額算定のため被侵害利益たる「生命」の内実を問うとの立場から、「期待権侵害事例の保護法益は、生存可能性とそもそも異なる次元に存在」する⁴⁰⁾との反論がされよう。

しかし、仮に保護法益として患者の期待を積極的に位置付けるとしても、そ

37) 石川寛俊「治療機会の喪失による損害」自正39-11-40及び同「期待権の展開と証明責任のあり方」判タ686-30、小池・前掲評釈（注19）877頁参照。松並・前掲解説（注28）1461頁は、医療水準に適った治療をしても生命健康の維持可能性がなければ、当該治療を実施する義務もないとする。

38) 拙稿・前掲評釈（注18）1221頁以下参照。

39) もっとも、17年判決の反対意見は、「相当程度の可能性」と「適時に適切な医療機関に転送され、適切な医療行為を受ける利益」の区別を前提とする。

40) 水野・前掲論文（注26）197頁。

ここで保護されるべき「期待」は単に主観的なものではない⁴¹⁾。有意な症状改善の客観的可能性に裏付けられたものである。また、患者側は多くの場合医療の素人であり、医師が他にとるべき措置の有無や内容を事故当時は知らず、事故後の専門家や自らの調査により知ることが少なくないことを考えると、医師の怠った措置につき患者側の現実の期待が生じるのは事故後であることも少なくなかろう。つまり、期待権論等において問題とされる「期待」は、事故当時患者側が現実抱いていた期待ではなく、多くは「相当程度の可能性」の有無という規範的観点から事後的に明らかになる、事故当時患者が抱きえたであろう期待、又は、死亡事案では患者の遺族たる近親者が事故後に有する後悔・無念だと言える。このような意味で「可能性」論と期待権論は、従来の期待権論が医療水準に合った治療に対する期待を保護するものと解する限り⁴²⁾、「異なる次元に存在」するのではない⁴³⁾。

以上に照らし本判決を検討すると、本判決は、犯罪被害の回復・防止につき市民の有する期待は国民の一般的期待に過ぎず、賠償の対象となる法的利益ではないとする。しかし、本件でXらが主張する期待は、遅くとも11月25日の時点で認められる、警察権行使によるA救出の客観的可能性に裏付けられた期待である。そして、この期待が上記の可能性に裏付けられたものである以上、これを「生存可能利益」と区別して法的利益性を否定することは首肯しえない。

四. おわりに

本判決は、Y₃らの監督義務違反を否定する理由として、過去の素行等から

41) 水野・前掲論文（注26）197頁もこれを認める。

42) 水野・前掲論文（注26）197頁参照。

43) 水野・前掲（注26）論文197頁は、「相当程度の可能性」と期待権が次元の異なるものだとするにあたり、12年判決が低い数字で「相当程度の可能性」を認め、その後の裁判例が明確な数字を示すことなくあっさり肯定する点も指摘される。確かに、本稿の理解に従うとき、客観的可能性が乏しい事案でも「相当程度の可能性」が認められる余地が存し、それ以上に例えば医師の診療の杜撰さを問う必要はない。しかし、これは従来の期待権を拡大こそすれ、次元の異なる法益を認めるのではない。

Y₁の犯罪行為の一般的予見可能性を認めつつ、本件事件発生 of 具体的な予見又は認識可能性が認められないため、一般的な監督以上に本件事件発生を防止又は中止させる具体的な監督義務がなかったこと等を挙げる。これは、要求される監督措置の内容に応じ前提とされる予見可能性の程度乃至対象も異なることを示す。この点は既に、最判平成18・2・24判時1927-63が示していたところであり⁴⁴⁾、本判決は従来の最高裁の立場に従ったと言える。

44) 拙稿「最判平成18・2・24評釈」判時1950-188参照。