

医療過誤事例における被害者の素因

谷 口 聡

The Victim's Predisposition in the Case of Medial Accident

Taniguchi Satoshi

Summary

In Japan it seems to be said that the judicial precedent which they can make it the ground to reduce compensation the victim's predisposition in tort or on an obligation is totally accepted. However the cases that form the precedent theory are almost traffic accident cases. Then is the theory really applicable to another area of cases? On this paper I examine the case of medical accident.

On this paper I analyze the cases that apply Article 722 Clause 2 of Civil Code by analogy in the way of dividing two types. The first type of case is that the injured party has the possibility of condemn and the second type of the case is that the injured party has no possibility of condemn. About the first type of the case I emphasis that medical accident case has another peculiarities when we compare it with traffic accident case. About the second type of the case I insist that it is not the problem of the predisposition, in other words, it is not the Egg-Shell Scull case, but, essentially, it is the hypothesis cause problem or the problem of potential damage, and thus analogical application of Article 722 Clause 2 of Civil Code in this second type of case is not appropriate.

Therefore the conclusion of the paper is to cast a doubt against the trend that the theory of the precedent about victim's predisposition has already built up.

1 はじめに

不法行為の被害者が加害行為以前から身体に「素因」を有していた場合、この素因が損害に寄与した場合には、これを考慮して賠償額を減じるべきかという議論がある。

わが国においては、最高裁が、心因的素因の斟酌を認める判決を昭和63年に¹、「疾患」の斟酌を

認める判決を平成4年に²、自殺の場合における心因的要因の斟酌を認める判決を平成5年³に、そして、同日の判決として、身体的特徴は斟酌を認めないとするもの⁴と「疾患」は斟酌を認めるとする判決⁵を平成8年に、それぞれ出している。学説においても、最近の民法改正論議の中において、被害者の素因を賠償額の減額事由として認めるものが出てきている⁶。

しかし、この被害者の素因を考慮すべきか否かという議論は未だ決着がついたものとはいえないというのが筆者の主張である。前記諸判例はいずれも交通事故事例であり、事例領域が偏っている。労働災害事例における被害者の素因の斟酌については、判例・裁判例も交通事故事例とは異なった経緯で展開してきており、その理由は労災事例における使用者と被用者の「対話者間」と言う関係および「非対等者間」という関係にあるというのが筆者の分析であった⁷。

そして、本稿においては、医療過誤事例の領域において被害者の素因がどのように処理されているかを分析する。そこでも、「対話者間」「非対等者間」という視座は有効であるのか、また、医療過誤事例特有の事象は存在するのかを検討する。そこでは、新美育文教授の、素因斟酌は「非難可能性」の問題か、それとも「因果関係」の問題かという視点が重要になるものと思われる。

2 医療過誤事例検討の視点

素因の考慮は非難可能性の問題か、それとも因果関係の問題かという視座は新美教授によって与えられている⁸。素因の斟酌については、判例は心因的素因の斟酌からはじまり、「疾患」の斟酌可能性を是認するまで、過失相殺の規定である民法722条2項を類推適用する構成を採ってきた。そのような事情も相まって、素因の斟酌は非難可能性の斟酌であると見られることが少なくない。一方において、本稿第4章(1)の諸判決で検討するが、医療過誤の事例などにおいては、特に、たとえ医療過誤が存在しなかったとしても、その被害者の疾病が悪化した「可能性」といったものが斟酌されることが多い。すなわち、そこでは、素因を原因力として斟酌するというよりも、現実に存在したと認定されるところの事實的・自然的因果関係と、損害の大きさを測るために設定されるところの加害行為が存在しなかった場合の因果関係(仮定的因果関係)の双方の因果関係が、賠償額算定のレベルにおいて割合的に斟酌され、賠償額が決定されているのである。

このように、医療過誤事例における被害者の素因の斟酌については、特殊な事情が存在していることも明らかにしてみたい。

1 最判昭和63年4月21日(民集42巻4号243頁)

2 最判平成4年6月25日(民集46巻4号400頁)

3 最判平成5年9月9日(判時1477号42頁)

4 最判平成8年10月29日(平成5年(オ)第875号)(民集50巻9号2472頁)

5 最判平成8年10月29日(平成5年(オ)第1603号)(自動車保険ジャーナル1173号 平成8年11月14日)

6 新美育文「過失相殺適用において類推適用で処理されてきた問題を正面から規定すべきか」『民法改正を考える』法律時報増刊 椿寿夫ら編(日本評論社 2008)373頁。民法改正研究会(代表 加藤雅信)『日本民法典財産法改正試案』判タNo.1281 139頁。

7 谷口聡「労働災害事例における被害者の素因」高崎経済大学論集第53巻第1号75頁(2010年)。

8 前掲新美 373以下。

また、非難可能性の問題として処理されている事例においては、労働災害事例の時に浮き彫りとなった「対話者間」「非対等者間」における不法行為という視点も医療過誤事例に当てはまるものであるかどうかについても検討したい。

3 非難可能性の問題として把握している事例

(1) 素因考慮の判決

★最判平成3年4月19日（民集45巻4号367頁）＜以下本稿では①判決という＞

【事実概要】小樽市の保健所において実施された痘そうの予防接種を受けたX1は、これに起因して下半身麻痺による運動障害および知能障害の後遺症を残した。X1およびその両親X2、X3らは国に対して国家賠償法1条に基づき、小樽市に対して同法3条1項に基づき損害賠償を請求した。この訴訟では第一審、原審ともに予防接種と後遺症の間の因果関係を認めたが、原審は、国および小樽市の責任を否定した。これを受けて、Xらは上告した。

【判決要旨】最高裁は、以下のように判示して、原審を破棄差戻しとした。予防接種によって重篤な後遺症が発生する原因としては、被接種者が禁忌者に該当していたことまたは被接種者が後遺症を発生しやすい個人的素因を有していたことが考えられるところ、禁忌者として掲げられた事由は一般通常人がなり得る病的状態、比較的多く見られる疾患またはアレルギー体質などであり、ある個人が禁忌者に該当する可能性は右個人的素因を有する可能性よりもはるかに大きいものと言うべきであるから、予防接種によって右後遺症が発生した場合には、当該被接種者が禁忌者に該当していたことによって右後遺症が発生した高度の蓋然性があると考えられる。したがって、予防接種によって右後遺症が発生した場合には、禁忌者を識別するために必要とされる予診が尽くされたが禁忌者に該当する事由を発見できなかったこと、被接種者が右個人的素因を有していたこと等の特段の事情が認められない限り被接種者は禁忌者に該当していたと推定するのが相当である。この点、本件について見るに、必要な予診を尽くしたかどうかなどの点について審理をしていない原審には違法があるというべきである。

この判決は、実際に素因を考慮して賠償額の減額を図ったものではない。しかし、悉無律であれ割合的にであれ、「個人的素因」を特段の事由として考慮すべきものとしていると解釈できる判決であり、このような判決が前掲平成4年判決よりも早い段階で出されていたことは注目すべきことである。そして、また、この判決は、交通事故事例判決の影響を受けていたかどうかは明らかではないが、予防接種に関する数多くの判決の上になされたものであり、予防接種に関する医療過誤事例の積み重ね⁹の上になされた判決であったと見ることができよう。

⁹ 予防接種に関連する裁判例略して以下のようなものがある。徳島地判昭和49年5月17日判時787号105頁、東京地判昭和52年1月31日判時839号21頁、東京地判昭和53年3月30日判時884号36頁、札幌地判昭和57年10月26日判時1060号22頁、⑦高松地判昭和59年4月10日判時1118号28頁、東京地判昭和59年5月18日判時1118号28頁、名古屋地判昭和60年10月31日判時1175号3頁、札幌高判昭和61年7月31日、判時1208号49頁、大阪地判昭和62年9月30日判時1255号45頁、東京地判昭和63年12月21日判時1309号95頁、福岡地判平成元年4月18日判時1313号17頁など。

★広島地判昭和56年10月16日（判時1051号130頁）＜以下本稿では②判決という＞

【事実概要】 Xは生後1年2カ月頃から発熱とともにけいれんを起こす等の症状を呈していた者であったところ、生後1年4カ月後に発熱を起こし、個人開業医に4日間に7回も診察を受けたが、けいれんが持続し、意識不明の状態になったため、別の病院に赴いて治療を受けたがけいれん重積症によって脳性小児麻痺となり、右半身不随の後遺症を残した。XはYに対して、危険な状況に陥ることを避抑すべき時期を看過したとして債務不履行および不法行為責任に基づく損害賠償を請求した。

【判決要旨】 この判決においては、Yの責任を肯定し、Yは医師として、当然、幼児のけいれん重積症発生の危険を予知しけいれん防止のため投薬等適切な措置を講ずべきであったなどとした。その上で、次のように判示して賠償額の減額を認めた。Xが、Y医院が小規模開業医であったことを承知の上で受診したこと、診察を続けた経緯には、医師として十分誠意のある態度を酌みとることができること、本件発症については、その先天的要素も少なからず寄与していると見られ、その明確な診断は必ずしも容易ではない状況の者であったとみられることなどを勘案し、Xについて生じた損害のうち20%の範囲内で実質的に相当因果関係があるものと認めるのが相当である。

この判決では、賠償額の割合的斟酌の構成として割合的相当因果関係論が適用されているようであるが、その斟酌の内容は、被告の非難可能性が低いこと、原告にも非難可能性があることとなっており、非難可能性の斟酌となっていると見ることができる。

★津地判昭和61年9月18日（判時1224号96頁）＜以下本稿では③判決という＞

【事実概要】 Aは昭和55年8月4日未明呼吸困難となり、Y県立病院で受診し、投薬を受け、いったん帰宅したが、具合が悪くなる一方なので、同日朝、再びY病院に赴き診察を受けた。この際、Aは「息が苦しい」などと訴えたが、B医師はのどの外部から視診、触診をただけで喉頭部の状態を十分に確認しないまま診察を中断し、レントゲン検査の後、入院の必要なしという診断をした。Aはその3時間後に突然呼吸停止を起こし、医師らの処置にもかかわらず、植物状態となり、1週間後に死亡した。Aの遺族であるXら6名はY県に対して診療契約上の債務不履行があるなどとして損害賠償を請求した。

【判決要旨】 この判決では、Aの死因は急性化膿性喉頭蓋炎による窒息死であるとされ、B医師は診察において、誤診により気道確保に関する配慮を全くしなかった過失があるなどと認定された。その上で、本件症状による急激な窒息死は稀であること、Aが転勤のため体調不十分で無理をしたことAの体質的素因が寄与していることを勘案し、過失相殺の規定である民法722条2項を類推適用し、損害額のうち逸失利益について40%を減じた額を賠償額とした。

法的構成としては民法722条2項の過失相殺の規定の類推適用を採っている。列挙されている斟酌事由などに鑑みるとこの判決で被害者の体質的素因が斟酌されているのは、やはり、非難可能性

の問題として扱われていると見る事ができる根拠となろう。

(2) 対話者間であることが読み取れる事例

★名古屋地判平成12年9月18日（判時1750号121頁）＜以下本稿では④判決という＞

【事実概要】 Xは小学校2年生の男子であったところ、午前6時ごろ腹部痛を訴え、外科・内科および消化器内科を名乗るYの診察を受け、その時、睾丸痛を訴えるなどしたが、Yは鎮痛剤を処方したのみであった。同日、午後4時頃、再度Xは痛みを訴えてYの診察を受け、Yはこの時、精索捻転症ではないかと疑い、A病院の泌尿器科へ転院を指示した。そこで午後9時頃Xは手術を受けたが、左睾丸を喪失するにいたった。そこで、XはYに、初診時の診断上の注意義務があり、また、転医を勧告する義務および説明義務の各懈怠による過失があるとして、不法行為または債務不履行に基づいて損害賠償を請求した。

【判決要旨】 この判決において、Yの初診時における診断上の注意義務は否定されたが、転医を勧告する義務とその違反について次のように判示した。すなわち、本件初診時においてYがXに対し、精索捻転症に関する説明をした上、Xに対して経過観察上の危険性に関する注意を十分に喚起するとともに、Xに対して泌尿器科専門医への転医を勧告し、右疾患に対する泌尿器科専門医の医療水準の下の診断・治療を受けさせる注意義務があったというべきであるとし、Yの責任を認定して慰謝料400万の賠償を命じた。

この判決は、被害者の素因に関係するものではない。この判決で重要な点は、医療過誤訴訟に典型的とも言える「説明義務」「転医勧告の義務」が医師にはあることが明確に判示されているところである。

このような義務が医師に義務として明確に認められているということは、医療・診療における医師と患者の関係は「対話者」であるということが認められているということに他ならない。患者は自ら疾病の経過や自覚症状等を医師に明確に情報提供する必要があるし、医師は患者に説明義務・転医勧告義務を負っているわけである。

このような医療・診療契約における医師と患者の2者の関係は、交通事故における被害者と加害者の関係のような事故以前から「非対話者」である関係とは大きく異なることに注意すべきである。

★東京高判平成13年7月19日（判時1777号51頁）＜以下本稿では⑤判決という＞

【事実概要】 Y1は、Aが平成5年2月から同6年9月まで通院していた病院である。Y1病院では、T医師がAの精神疾患を治療していたが、同月11日にY2病院に紹介状を書き、AはY2においてS医師の診断を受けて入院したが、病室で首を吊り自殺した。Aの妻子XらはY1に対して、適切な診断をしなかったことがAを自殺に至らしめたと主張し、また、Y2に対して、自殺を予見することが可能であったにもかかわらず、これを回避する措置を採らなかったとして、債務不履行を理由に、Aの死亡による逸失利益の損害賠償を請求した。

【判決要旨】この判決では、Y 1 および Y 2 の双方に責任を認定した。そして、Y 2 に対する損害賠償請求について、以下のように判示して賠償額の減額を図った。すなわち、A が隔離室に入院することになり、その際に S 医師の必要な問診や診察等が受けられなかったため、その当時の精神障害の内容、程度および自殺念慮の強弱、真偽についての的確な判断がなされなかった理由は、本人がビールを飲んで酩酊し、興奮状態にあったことや X らの入院要請が緊急なものであったことによるものであったと認められる。したがって、このような A 自身の落ち度、素因、X 側の事情を斟酌すると、民法418条を適用ないし準用して、A の死亡による損害の3割を減額し、Y 2 の損害賠償の責任の範囲をその7割にとどめるものと認めるのが相当である。

この判決では、注目すべき点が2つある。

1つには、患者が S 医師の必要な問診や診察等が受けられなかったことが患者側の事情によるものであるとして、医師の責任を減じていることである。医師と患者は「対話者」であり、情報交換をなすべき間柄であるということである。病状などについて十分な情報交換ができなかった責任が患者側にあるとして医師の責任を減じているこの判決は、医師と患者は「対話者」であるということを改めて強調する。

もう1つには、賠償額減額の法的構成である。「民法418条の適用ないし準用」によるものであり、患者側の非難可能性を過失相殺規定の直接適用により減じている点である。患者側の責任が過失相殺規定の本来の意味での「過失」に該当する場合には「類推適用」という構成でなしに、直接適用すればよいのである。また、それが、素因考慮のあるべき構成であると筆者は以前から述べている¹⁰。

★福岡地判平成10年3月13日（判時1669号102頁）＜以下本稿では⑥判決という＞

【事実概要】X 1 はインフルエンザワクチンの予防接種を養護学校において集団予防接種として受けたところ、てんかんおよび精神薄弱の後遺症を残すこととなった。X 1 と両親である X 2、X 3 は国（Y）を相手取り、損害賠償請求の訴えを提起した。これに対して Y は、当該予防接種と X 1 の後遺症の間の因果関係については争わなかったが、問診を十分に行い過失はないと主張した上で、X らにも過失があるとして過失相殺の抗弁をして争った。

【判決要旨】この判決では、まず、最判平成3年4月19日判決（①判決）が引用された。そして、それに沿う形で判示がなされた。約1時間30分の間に468人内外の児童を対象に予診と接種を行っている。平均すると児童一人当たり23秒程度に過ぎない。X 1 は、昭和60年春頃からアレルギー性鼻炎に罹患していた上に、第一回目および本件予防接種の前後には学級での健康観察において喉の痛みを訴えていたのであり、接種当日に喉の痛みが治癒していなかったものと認められる。以上説示したところに照らせば、禁忌者を識別するために必要とされる予診が尽くされたとは到底認められず、また、X 1 が後遺障害を発生しやすい個人的素因を有していたとの主張立証はな

10 前掲谷口「労働災害事例における被害者の素因」84頁以下参照。

い。したがって、X 1については、本件予防接種時において禁忌者に該当していたものと推定するのが相当である、としてYの責任を認定した。

そして、以下のように判示して過失相殺を行った。すなわち、現実に前記のとおり、第一回目、第二回目の予防接種とも40人内外という決して少なくない人数の児童が接種見送りとなっている事実からすれば、問診表にのどの痛みが記載されてあれば、接種は見送られたであろうと認められる。よって、子供の健康状態を最も把握していることが期待されるX 2、X 3らがX 1の喉の痛みを看過し、少なくとも第一回目の問診票の「その他健康状態について、特に気づいたこと」の欄にかかる喉の痛みを記載しなかった点で過失があると言わざるを得ない。よって、本件損害賠償の算定に当たっては、X 2、X 3の右過失を被害者ないし被害者側の過失としてしん酌するのが相当である。Xらの損害にそれぞれ5%の割合による過失相殺をする。

この判決は、素因減額が主張されたものではない。ここで、この判決を採り上げた理由は、やはり、医療過誤事例における医師と患者は情報を共有し合うべき「対話者」であるということである。この事例では、両親が被害者の児童の喉の痛みについて問診票に記載しなかったことが過失相殺事由とされたのである。

また、この判決では①判決が引用されて、それに沿う形で判示がなされていることにも注目すべきである。①判決はこのように後の事案においても先例となって影響を与えていたのである。

(3) 非対等者間であることを理由に素因考慮を否定した事例

★東京高判平成13年9月26日（判時1779号29頁）〈以下本稿では⑦判決という〉

【事実概要】 X 1は、平成6年12月にY経営の病院に通院し、躁うつ病（抑うつ型）、境界性人格障害と診断された。X 1は平成7年2月12日に、X 1の母X 2の同意により右病院に医療保護入院した。X 1は精神科の当直担当のS医師から鎮静のためサイレース及びヒルナミンの投与を受けたところ、呼吸停止になるなど容体が急変し、救命治療を受けて蘇生したものの、蘇生後脳症（低酸素脳症）によりいわゆる植物状態になった。X 1、X 2およびX 1の兄X 3は、S医師に鎮静・入眠薬の投与後の経過観察を怠った過失がS医師にあるとして、Yに損害賠償を請求した。

【判決要旨】 この判決では、S医師に経過観察義務違反があったことが認定され、損害賠償責任が是認された。その上で、被害者の体質的素因について以下のように判示した。すなわち、Yは、X 2及びX 3が境界性人格障害を有するX 1の不穏・興奮等の症状を鎮静させるため、X 1を墨東病院に医療保護入院させるよう強く希望したこと、X 1の境界性人格障害に基づく医療保護入院がなければ、X 1が呼吸停止等の症状を発症しなかったこと及びX 1の薬物耐性に基づく体質的素因が薬剤投与の過程に影響を及ぼしていることを考慮すると、公平性の観点から、過失相殺の規定を類推適用して、損害の公平な分担を図るべきである旨主張する。「しかし、病気に悩む患者又はその親族が医療機関に治療を求め、入院等を希望することは当然のことであり、これを非難される謂われはないのであり、また、X 1の薬物耐性に基づく体質的素因が薬剤投与の過程

に影響を及ぼし本件医療事故を発生させたことを認めるに足る証拠はないから、本件において過失相殺をする余地はないというべきである。」

この判決では、医師は病気に悩む患者のために出来る限りの診療を施さなければならないということが認められている。そのことに言及した延長線上において、患者の体質的素因の斟酌についても否定している。医師と患者は「非対等者」であり、患者が弱者の立場であることが示されており、その点を踏まえた上で、過失相殺の主張が退けられている事例であるといえる。

★名古屋地判平成16年6月25日（判タNo.1211 207頁）〈以下本稿では⑧判決という〉

【事実概要】 Aは、66歳、株式会社の取締役として勤務する者であったが、平成10年1月11日、身体に異常を訴えてYの経営する病院の救急外来を受診し、同日、諸検査の実施を受けたが、B医師は、AとAの妻X1に検査の結果特に異状がない旨説明し、15日Aは退院した。その後、17日、Aは、再びB医師の外来診療を受けた後、帰宅する途中、胸内苦悶などの異常を訴え、病院を再受診し、同日、入院した。18日午後1時50分ころ、Aの容態が急変し、同日午後6時45分、Aは死亡した。鑑定の結果Aは、大動脈解離の急激な伸展によって死亡したものと認められた。X1及びAの子供X2、X3、X4は、Aが死亡したのは、担当医師のBが大動脈解離の鑑別診断を怠り、専門医のもとに転医させなかったためであるとして、Yに対して債務不履行ないし不法行為に基づく損害賠償を請求した。

【判決要旨】 この判決では、B医師の過失が認定され、Yの損害賠償責任が是認された。Yの過失相殺の類推適用の抗弁については、以下のように退けた。すなわち、Yは、Aが以前から高血圧で大動脈弓部の部分的拡張もあったもので、Aの血管その他の循環器官に被害の拡大を誘因する病的素因が存在していたから、過失相殺の法理が類推適用されるべきである旨主張する。しかし、「病的素因」の具体的内容や程度は明らかでなく、それがAの死亡に何らかの影響を及ぼしたことを認めるに足る証拠もないし、一般に医師は医療の専門家として、患者が何らかの病的素因を有していることを前提として医療行為をすることが予定されているのであるから、本件において過失相殺をするのは相当でなく、Yの上記主張は採用できない。

下級審の判決ではあるものの、医療過誤と素因と言う問題を考える上で、非常に重要な説示を行った判決であると言える。すなわち、「一般に医師は医療の専門家として、患者が何らかの病的素因を有していることを前提として医療行為をすることが予定されている」という一節は非常に重要な説示である。医師と患者は非対等な関係にあり、それゆえ、一般に、医師側は素因考慮による減額の主張は許されないという考えに繋がっていく。近時における意義深い裁判例である。

4 因果関係の問題として把握している事例

素因の斟酌がなされる典型的事例は、例えば、骨粗鬆症（ α ）の高齢者が僅かに触れる程度の加害行為（ β ）によって骨折をしてしまうというように、あたかも α という因子と β という因子が化学反応を起こして爆発してしまうかのような「損害」が発生する場合である。

しかし、以下に掲げる医療過誤事例における数少なくない裁判例においては、そのような「素因」の斟酌がなされているものではない。医療過誤が起こった場合に、そこで発生している事実（損害）と、仮に医療過誤が存在していなかったとしても患者がたどったであろう状態を割合的に斟酌するというものであり、言わば、「仮定的因果関係の割合的斟酌、ないし、仮定的因果関係の確率的心証による斟酌」とでも呼ぶべき賠償額の減額なのである。裁判例を示していきたい。

(1) 諸判決

★釧路地網走支判昭和54年1月19日（判時924号92頁）＜以下本稿では⑨判決という＞

【事実概要】 X 1 は在胎 8 ヶ月出生時 1350 g の未熟児であり、出生時から保育器内に酸素供与がなされたが失明した。X 1 の両親 X 2、X 3 は、Y 病院の担当医師の過失によって過剰な酸素供与がなされ、また、光凝固法の治療を受ける機会を失ったとして、使用者責任に基づき Y 病院に損害賠償を請求した。

【判決要旨】 この判決では、担当医師の過失が認定され、Y の使用者責任に基づく損害賠償請求が是認された。しかし、次のような事情を考慮して、賠償額を寄与割合の 6 割にとどめた。未熟児網膜症の素因たる患児の網膜の未熟性が高く、容易に重症の同症に至る危険性が高い状態にあったこと。患児にはある程度の酸素投与を余儀なくされるような状態にあったこと。光凝固法が奏功しなかった可能性自体はこれを否定し去ることができないことなどである。

★高松地判昭和55年3月27日（判時975号84頁）＜以下本稿では⑩判決という＞

【事実概要】 X 1 は Y 1 病院において在胎 30 週間、生下時 1340 g の未熟児として出生した。出生後直ちに保育器に收容され、Y 2 医師の指示により酸素投与がなされた。その後 X 1 は退院したが、両眼が失明していることが分かった。X 1 および母 X 2 らは、Y 2 が未熟児網膜症に罹患する危険があるにもかかわらず専門医に診せ、光凝固法等の治療を受けさせる機会を失わせる説明義務違反があったなどとして Y 1 病院に損害賠償を請求した。

【判決要旨】 この判決では、Y 2 および Y 1 の賠償責任が是認された。その上で、不確定要素、すなわち、患児の本症発生の時期、進行経過ないし症例別も不明であり、また、同患児の全身状態が光凝固のための搬送ないしは手術に耐えられたとの確証はなく、仮に Y 1 病院退院後間もない時期に光凝固法の施行を受ける機会が与えられたとしても、すでにその適期を逸していたかも

知れず、また、同患児の本症が光凝固法によっても進行を阻止しえない症例であった可能性も否定することができないなどの不確定要素の存在を損害の範囲ないし損害額の縮小事由をして考慮するのが、損害の公平な分担をその本旨とする民事損害賠償制度の理念に副うものというべきであるととした。

★奈良地葛城支判昭和59年5月23日（判タNo.541 214頁）＜以下本稿では⑩判決という＞

【事実概要】昭和54年1月19日夜Aは激しい頭痛を催し、翌20日医院長がYである病院に搬入され、Yの診察を受けて、CT スキャンなどの検査を受けたが、Aは経過を観察されるだけにとどまった。同月23日に別の病院で検査したところ、19日発症のクモ膜下出血と診断された。Aは同月30日に死亡した。Aの両親Xらは、Yは過失によってクモ膜下出血を発見できず、また、別の病院に搬送することもなかったなどとして、Yに対してA死亡によ損害賠償を請求した。

【判決要旨】この判決では、Yの責任が認定された。その上で、Yおよび病院の各処置、手術時期が異なる場合の生存率等の事情を考慮して、A死亡に対するYの不法行為の起因力を10分の6と評価してその限度においてYの損害賠償責任を肯定するのが相当であるととした。

★福島地判昭和60年12月2日（判時1189号87頁）＜以下本稿では⑪判決という＞

【事実概要】Xは、在胎8ヶ月、1650gの未熟児として出生したので、Y病院で酸素投与の治療を受けて退院したが、後日母が眼の異常に気付き、別の病院で受診したところ、両眼が既に失明していることが分かった。Xは、酸素投与が大量で不必要なものであったものであり、担当医に過失があったなどとして債務不履行ないし不法行為に基づいてYに対して損害賠償を請求した。

【判決要旨】この判決では、担当医の過失を認定してYの損害賠償責任を肯定した。この上で、未熟児であったXの網膜の未熟性が前記傷害の発生の一因となっていることは否定できず、担当医の過失がXの両眼失明に寄与した割合は5割であるとして、逸失利益を減額して算定した。

★千葉地判昭和61年3月14日（判タNo.601 56頁）＜以下本稿では⑫判決という＞

【事実概要】Aは左乳房にしこりを感じたのでY開設の病院でYの診察を受けたところ、乳腺炎と診断され、同病院において3回にわたりプリモジアンを投与された。その1年1カ月後に別の大学付属病院でこの疾患が乳癌であると診断され、さらに別の病院で左乳房の摘出手術を受けたが、それからさらに約1年後、乳癌の肝転移による呼吸不全で死亡した。Aの遺族XらはA死亡についての損害の賠償をYに請求した。

【判決要旨】この判決では、Yが専門医による診察を勧めることを怠った点およびプリモジアンを投与した点で過失があることが認定され、また、この過失とAの死亡との間の因果関係も肯定され、Yの損害賠償責任が認定された。その上で、次のように判示した。すなわち、Yに誤診がない場合においてもなおAには初期乳がん患者として体質的に10%程度の死亡の可能性があった

と認められるので、これを損害の公平な分担という理念に照らし、民法722条を類推適用してXらの損害のうち10%を減ずるのが相当である。

★広島地判昭和62年11月27日（判時1287号124頁）＜以下本稿では⑭判決という＞

【事実概要】 Y産婦人科医院に入院中の妊婦であったXは、出血をともなう羊水の流出があり、陣痛間隔が10分から5ないし6分間隔になったため、再三にわたり当直の准看護婦AにYの診察の要請をしたが、とりついでもらえなかった。翌日、XはAに尋常ではない旨を告げ、Yが胎児の心音を測定したところ、心音は聞こえず、分娩をしたところ死産であった。胎児の死因は臍帯真結節であった。XはYにA死産による損害の賠償を請求した。

【判決要旨】 この判決では、Yには、早期に徐脈を発見すべきであったなどの注意義務違反の過失が認定され、債務不履行と不法行為による損害賠償選任が認定された。そして、賠償額の算定においては次のような判示がなされた。「早期に徐脈を発見し、Yが早急に帝王切開手術を施行したが分娩前後に死産するか、低酸素性脳障害などの後遺症を残した場合」と胎児が「入院後既に死亡していた可能性」を胎児側の素因の寄与として過失相殺の類推適用により斟酌するのが相当である。

★仙台地判平成14年12月12日（判タNo.1185 267頁）＜以下本稿では⑮判決という＞

【事実概要】 Xは、Yの経営する産婦人科医院において、平成11年7月2日午後6時に自然分娩により出生した者であり、在胎週は37週5日、体重は2630gであった。その後、Xは早期型敗血症及び髄膜炎に罹患し、重度脳機能障害及び精神発達遅滞等の後遺症を残した。Xは、Yに対して、出生後十分な観察を行わず、また、転医させ、適切な治療を受けさせなかったなどとして、損害賠償を請求した。これに対して、Yは、適切な治療を行っており、Xの後遺症との因果関係がないこと、また、敗血症および髄膜炎の予後は非常に悪いものであり、死亡率も高いものであるから、Xの後遺症は避けることができなかったこと、Yは、仮に、Yに過失があったとしても、Xには、B群溶連菌（GBS）による敗血症及び脳髄膜炎という素因が存在し、その予後は前記のとおり非常に悪いものであるから、過失相殺の規定を類推適用して、損害賠償額を減額すべきであるなどと主張して争った。

【判決要旨】 この判決では、Yには観察義務違反と転医義務違反の過失が認められ、また、因果関係も肯定され、損害賠償責任が認定された。その上で、Yの抗弁については、次のように判示された。すなわち、Yの観察義務及び転医義務違反がなければ、現実には生じた後遺症は残らなかったものと認めるべきことは前記のとおりであるが、前記認定の後遺症残存率が高いことを示す見解も示されていることからすると、Yの観察義務及び転医義務違反がなかったとしても、XがGBS感染症に罹患したことにより、現実には生じたよりは軽度の神経学的後遺症が残存した可能性は相当あるものと認められる。この点を考慮すると、Xの逸失利益の算定に当たっては、適切

な治療が行われたとしても、Xには労働能力喪失率において20%程度と評価すべき神経学的後遺症が残存した可能性があったと認め、Xの逸失利益の算定に当たっては、労働能力喪失率を80%（100%－20%）とすべきである。

(2) 「リスク控除型損害賠償額算定論」について

上述諸判決は、被害者の非難可能性を割合的に斟酌したものではない。したがって、過失相殺ないし過失相殺の類推適用になじむものではない。また、素因を成立要件たる因果関係のレベルで斟酌することには批判が強く、その説はもはや過去のものとなってしまった¹¹。

このように、非難可能性（ひいては過失）ではない、仮定的因果関係の割合的な斟酌をする賠償額の算定方法として、筆者は以前、「リスク控除型賠償額算定論」を提唱した¹²。これは、被害者が損害発生当時抱えていた損害拡大の「リスク」そのものを賠償額算定における「負の財産」として、賠償額を算定するというものである。このような算定の是非については、規範的な損害論から様々な批判も想定される。慎重に考察しなくてはならないが、被害者に非難可能性のない場合で、仮定的因果関係が割合的に斟酌されることが問題になるようなケースにおいてはそのような賠償額算定方法が導入される可能性も探ってよいのではないかと考えられる。

5 まとめ

労働災害事例における被害者の素因の問題については、すでに筆者が整理したところである¹³。そこにおいては、第一に、労働災害事例における判例・裁判例は、交通事故事例のそれとは明らかに異なった経緯で進展してきたものであること、第二に、労働災害事例では、加害者・被用者が「対話者」「非対等者」であるという交通事故事例とは異なる特徴があることを指摘した。

本稿における医療過誤事例においても、その第一および第二のことがそのまま該当すると言えようである。

①判決は、多くの予防接種事例の積み重ねの上に平成3年に最高裁は傍論ながら素因を斟酌出来るという趣旨の判決を出しているが、これは交通事故事例において「疾患」が斟酌事由として認められた平成4年判決に先行するものである。素因斟酌事例の展開の経緯が異なっていることはここにおいてもまた明らかである。

また、④⑤⑥判決は医療過誤事例が「対話者」間の問題であることを明確に示している。さらに、⑦⑧判決は医師ないし医療機関と患者が「非対等者」であることを理由として素因の斟酌を否定したものである。これらに見てとれるように、医療過誤事例においても医師と患者は「対話者」「非対

11 谷口聡「素因考慮の本質と法的構成」明治大学大学院法学研究論集第9号（1998年）193頁以下参照。

12 前掲谷口「素因考慮の本質と法的構成」193頁以下。

13 前掲谷口「労働災害事例における被害者の素因」参照。

等者」であるという交通事故事例における加害者・被害者間にはない特徴を示しているのである。

そして、医療過誤事例において最も注目すべきは、本来、典型的には「被害者の素因」というのには問題があるような事情を斟酌しているということである。これは、被害者の非難可能性ではなく、仮定的因果関係を割合的に斟酌するというものである。このような事情を斟酌する裁判例が少なくないことは⑨⑩⑪⑫⑬⑭⑮判決を見れば明らかである。しかし、これは被害者の非難可能性の斟酌ではないため、民法722条2項の過失相殺の規定の類推適用にはなじまないものである。この点も、医療過誤事例における被害者の素因の一つの大きな問題として留意すべきである。

最後に、このような検討のシンプルな結論として、医療過誤事例における被害者の素因の問題も、労働災害事例におけるそれと同様に、交通事故事例におけるそれとは異なったものであることを一つの根拠として、民法改正論における性急な減額条項の立法論には疑問符を付けることとしたい。

（了）

（たにぐち さとし・本学経済学部准教授）