

# 不作為不法行為論序説（一）

河 原 格

- 一 不作為不法行為とその位置づけ
  - (1) 不作為不法行為とは
  - (2) 作為義務の設定
  - (3) 作為義務違反の意味
  - (4) 不作為不法行為の場合の因果関係
- 二 ドイツでの不作為不法行為の扱い
  - (1) 法的な行為義務
  - (2) 因果関係
- 三 スイスでの不作為不法行為の場合
  - (1) 作為義務
  - (2) 因果関係
  - (3) いわゆる延命利益
- 四 わが国での因果関係及び延命利益について
- 五 一応のまとめ

## 一 不作為不法行為とその位置づけ

## (一) 不作為不法行為とは

不法行為は普通加害行為という作為を前提とする場合と、不作為を前提とする不法行為の双方から成り立ちうると考えられる。<sup>(1)</sup> 七〇九条は単に故意又は過失により他人の権利を侵害したというだけで、権利侵害が何により行われたのか、を明記していない。すると、作為でも不作為でもどちらでもよいと考えられる。<sup>(2)</sup>

不作為不法行為の場面では作為義務のあることが前提とされる。なぜならば、本来すべき義務があつて、その義務に違反して初めて義務を怠った者の責任を問うるからである。

では作為義務はどのような場合に成立するのか。一般に次の場合に作為義務が成立すると考えられている。<sup>(3)</sup> ① 具体的法規に基づいて発生する場合(親権者の監護義務Ⅱ八二〇、親族間の扶養義務Ⅱ八七七など)、② 先行する他人に対する侵害行為がある場合(他人を傷つけた場合に手当てをする義務が発生する、交通事故の場合の道交法七二条一項)、③ 先行する危殆行為(有毒物の売却行為、侵害行為への関与など)があれば、損害抑止のための作為義務が発生する(いわゆる京阪電車置石事件(最判昭62・1・22民集41・1・17)でこのことを説示している)。さらに契約、慣習、条理などによって作為義務が成立しうる。この中で重要なのは契約から生ずる作為義務を怠る場面である。<sup>(4)</sup>

では作為義務はどのようにして成立するのであろうか。それはある者が悪結果の発生することを予見し、その

発生を回避できるにも拘らず、具体的な回避を採らない場合にすべき義務が成立すると考えられる。(この作為義務と悪結果発生との間の関係を規範的因果関係という)。このうち問題となるのは多くは専門的職業義務から発生する作為義務を怠る場合である。いずれにしても作為義務が存在することが要件である。<sup>(5)</sup>

この規範的因果関係で問題となるのは損害回避措置(作為義務)を採ったか否かである。

### (2) 作為義務の設定

植木教授はドイツ民法上の社会生活上の義務をその根拠として持ち出す。<sup>(6)</sup>そして同義務は作為、不作為を問わず妥当する損害防止義務の一般論として理解されているとする。

### (3) 作為義務違反の意味

では作為義務に違反するということはどういう意味なのか。

不作為不法行為での過失は事故の発生を防止しうる状態にあるにもかかわらず、作為義務のあることを認識せずに、適切な行為をしなかったことであり、結局は損害を防止する義務である。<sup>(7)</sup>つまり不作為者に対し不法行為責任を負わせるための判断要因は、作為義務違反である不作為によって損害(結果)の発生することを不作為者が予見しえたか(予見可能性、どの時期にどのような内容を予見しえたか)、また予見しうることによって結果の回避が可能であったか(結果回避可能性、他にとりうる手段がなかったか)の判断つまり、過失の有無そのものの問題に帰着する。<sup>(8)</sup>さらに不作為と結果との因果関係の存在にかかるとして<sup>(8)</sup>

では作為義務としての「損害をひき起こすべき危険状態を招いた者に対して社会観念上課せられた結果発生防

止義務と注意義務としての損害防止義務・回避義務」とは異質・異種のものなのが問題とされる、これについては別種のものとは考える必要はないとされる。<sup>9)</sup>

このように作為義務∥過失が認定されると、当該不作为がなければ権利侵害を避けえたという因果関係が必要となるかが問題となる。

(4) 不作为不法行為の場合の因果関係

わが国では不作为の因果関係の問題をどのように扱っているのであろうか。

ア、因果関係否定説(過失認定論)——不作为不法行為ではある事実と他の事実との間には因果関係がないのであるから、事実的因果関係は認められず、むしろ仮定的事実と損害との間の因果関係が問題になるとする。<sup>10)</sup>これを換言すれば、不作为の因果関係に関する問題が特別に切り出されて論じられるのは「作為」規範の積極的確定という作業及び誰に「作為」規範を負担させるかという名宛人の確定が特に問題となるとする。<sup>11)</sup>つまり規範的因果関係の問題に帰着する。この因果関係の問題は結局過失の認定に吸収されてしまうところ、その特徴があるとされるが、<sup>12)</sup>過失の認定に吸収されてしまうとすれば、過失の有無で責任判断がなされることになり、疑問である。イ、因果関係肯定説——不作为不法行為の場合には作為不法行為と同じく、因果関係は肯定されるとする。ただしこの場合の因果関係は作為と異なり、正に自然的因果関係を想定するのではない。その限りで因果関係を肯定するのである。

以下では本稿は作為義務内容の確定と因果関係の問題に絞って考察する。

(1) 水野謙「因果關係概念の意義と限界」(二〇〇〇)一六〇ページは不作為を一定の抽象的な危険の発生を防止するための措置を取らなかったという意味で用いている。ただこの表現では一定の抽象的な危険とは論理矛盾とも考えられる。なぜならば一定のことである程度度の具体性を持たせた表現ともとられるからである。この疑問を付しながら本稿も同じ意味で用いる。

(2) たとえば医師がある特定の時点で本来すべき行為をしなかったため、助かるはずの患者が死亡してしまったような場合を例に考えると、二つに場合分けできる。つまり第一は医師がなんらかの行為をしたが、その行為が不適切であった場合であり、第二が全くすべき行為をしなかった場合であり、共に債務不履行での本旨債務に違反すると同様に、本来すべき義務(作為義務)を怠った場面でもあり、双方が不作為不法行為の場面でもある。Law School 52 (一九八三)六ページ(伊藤進)。なお刑法は不作為犯を真正不作為犯(構成要件規範が不作為の形式で定められている場合(例)夜間無灯火で自動車を走行され、事故を起こした場合)と不真正不作為犯(作為の形式で定められている構成要件が不作為により実現される場合(人を殺してはならないという禁止規範に不作為により違反する、例)自宅の庭に人が倒れているのを発見したが、そのまま放置した時)とに分け、不真正不作為犯を成立させる作為義務の成立根拠を論ずる(Law School 52 (一九八三)二八ページ(中井美雄))。

(3) 澤井裕「事務管理・不当利得・不法行為」(第三版)(二〇〇一)八三ページ。前述のように不作為不法行為の場面は本旨債務不履行と重なる場面でもあると考えられるが、中井教授は契約上の義務が不作為不法行為の作為義務の根拠となりうるか検討の余地があると考えている(「新・現代損害賠償法 第一巻 総論」一二六ページ注(8))(中井美雄)一二六ページ注(8)。本旨債務と不作為不法行為での作為義務との関係は後者が結果回避義務という消極的な面を有するのに対し、本旨債務の内容の確定も不作為不法行為の場合の作為義務の確定自体も困難な証明内容である。

(4) 中井美雄編「不法行為法(事務管理・不当利得)」(一九九三)一〇八ページ(植木哲)。ただし作為義務を予定しながらそれを怠り、悪結果が発生した場合であっても、不作為に対し損害賠償責任を課すには慎重でなければならぬといとされる。ということもなおさず作為義務の設定に慎重でなければならないということである。

- (5) 加藤一郎「不法行為 増補版」(一九七四)一三三ページ、前田達明「民法VI<sub>2</sub>」(一九八〇)一〇九ページは共に作為義務を広げすぎてはいけないとする。この意味は幼児が踏み切りで交通事故にあつた場合に、踏切の番人がそれを防がなかつたのは違法性があるが、他の通行人がそれを防がなかつたとしても違法性がないとしているところから、一般的な注意義務として作為義務を拡大させることを懸念していると考えられる(同旨・前掲一〇五(一〇九)ページ(中井))。
- (6) 前掲・中井一〇ページ注(2)。Law School 52(一九八三)二二二ページ(円谷峻)。
- (7) 前掲・六ページ(伊藤進/織田博子)。だがわざわざ違法という必要性が疑問とされる。ただし、判決で違法性を要件とするものもある。東京地判昭48・8・29判時三〇〇・二六四。
- (8) 前掲・中井一三〇ページ。なお作為義務に違反した不作為は違法であるという理由を挙げる。
- (9) 前掲・円谷二二二ページ。
- (10) 前掲・植木一一一、一四七ページ。このことを前田教授は作為の不法行為の因果関係になぞらえていると指摘する(前掲・前田一〇九ページ)。
- (11) 潮見佳男「不法行為法」(二〇〇二)一一二九ページ以下。
- (12) 前掲・植木一一二二二ページ。

## 二 ドイツでの不作為不法行為の扱い

### (1) 法的な行為義務

ではいかなる場合に前記義務が成立するのか。

ラレンツによれば、他人からの損害を回避し、危険の基礎を除去すべき法的義務が成立した場合にのみ、不作

為と不作為により回避できなかった結果との責任を負わせることができるとする。<sup>(1)</sup>

ラレンツの詳論するところによれば、第一に契約から法的義務が成立する場合である。たとえば監督を必要とする人に対し誰かが監督することになった場合、建物の警備、動物に対する世話を引き受けた場合がそうである。この場合には可能性と期待可能性の枠内で危険を防ぐ義務を負い、行為せねばならない。第二に法律上の法的義務が発生する場合がある。第三に取引上一般的な基本的義務により他人を危険にさらさないように行為する法的義務が発生する。<sup>(2)</sup> 第四に不文の慣習上の原則、つまり危険状態を発生させた者は第三者への危害を防ぐために必要ならゆることをする、事前に措置を講ずる義務を負っているのである。<sup>(3)</sup> このうち、本稿で重要な場合は第三の場合である。

だが一般的に他人に損害が発生しないよう守る義務はないと考えられる。<sup>(4)</sup> 他人の法益を保護するために行為すべきことをすべての人に要求することは行き過ぎであると考えられるからである。

一方、ヴェーレンは加害者の責任としうる不作為は、加害者がいわゆる保証義務に違反した場合に、不法行為の要件を満たすとする。その理由として加害者は保証人の地位に基づき法的行為義務を負うからである。この保証人の地位とは、①被害法益に直接関係する保護義務から発生する場合（いわゆる保護者の保証人 *Beschützer-garant*）、②保証人の地位は不作為者が危険の原因を開いたか、又は危険の原因に対し責任を負う場合に（いわゆる監視保証人 *Überwachungsgarant*）発生する。その典型例として社会生活上の義務 *Verkehrssicherungspflicht* がある。同義務は危険の原因を開いた者の義務をいい、又は他人に損害が発生しないよう回避するため、必要か

つ期待される事前の措置をとるよう維持する者の義務をいう。たとえば家主として地所を人間の往来のために開いた者は、たとえば夜間照明により又は路面凍結の場合、滑り止めの砂を撒くことで地所を危険のない状態にしなければならぬ。<sup>(5)</sup>

社会生活上の義務とは何か。これについてメデイクスは次のように述べる。社会生活上の義務は次の二つの場面で現れる。

不作为は結果回避目的を伴うなんらかの行為をすべき義務が行為者にある場合にのみ、他人に危険が及ばないようにすべき一般的な基本義務が考えられる。

取引を開始しようとする者は取引について危険のないように配慮せねばならないというのは基本的に想定される義務である。

このうち前者の場面での義務違反に基づく不作为による場合が問題とされる。

## (2) 因果関係

作為加害行為による損害発生の場合、自然科学的にみれば、当該加害行為と損害発生との間に因果関係がある。だが不作为と損害発生との因果関係はない。従って不作为は本来の損害発生原因の範囲外と考えられる。つまり自然科学的に事実上の因果関係のレベルでの因果関係を想定することはできないということである。<sup>(6)</sup>では法的に考えるとどうなるのであろうか。

法的な行為義務があり、行為をすれば損害発生を防止できたとすれば、不作为であっても損害原因と考えられ

るのである。

ラレンツは、①加害者が結果を回避し、そのためになんらかの行為をすべき義務がある場合には、作為の場合と同視する。②目的に沿った行為をすることにより、当該状況において客観的に必要な注意をすれば、法的に是認されない結果を回避し、発生した損害を避け、あるいは少なくとも和らげられたことである。この可能性があった場合にのみ、何もしなかったという状況がたとえ消極的であっても、当該状況は結果惹起の要件であるとする。<sup>(7)</sup> ラレンツは活動を必要とする一定の状況での不作為であっても、意思のコントロール下にあり、帰責性の根拠となりうる人間の行為の一形式なのであるから、実際の原因行為との同視は正当であると考えている。<sup>(8)</sup>

- (1) Larenz, a.a.O.
- (2) Larenz, a.a.O.
- (3) a.a.O. 566 危險原則 Gefahrensatz 257 以下。
- (4) Gubh/Koller/Schnyder/Druey, a.a.O., 24.12.
- (5) Wörten, Schuldrecht, BT.5.A(2002) Rd392.
- (6) Gubh/Koller/Schnyder/Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9.A(2000) 24.14.
- (7) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 14.A(1987), §27 III c. 行為義務を前提とする考えはオプティンガーの考え (Oftinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht I AT 4.A(1975) S.88) による。
- (8) Larenz, a.a.O. 566 同前による。 Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, AT.2.A(2000) 19.01. 不作為が損害原因であると確認されれば、違法性の判断を含み、違法性は常に行為義務違反を含むとされる。 Gubh/Koller/Schnyder/ Druey, a.a.O., 24.11.

### 三 スイスでの不作为不法行為の場合

#### (1) 作為義務

前記の因果関係の問題以外に作為義務が存在していなければならぬ(不作为の義務違反の問題は因果関係と関係なく、有責性を満たしていることとの関連で説明される問題とすべきであるとする反対説もある)。この作為義務つまり、損害発生の法的回避義務が存在するかについては入念に審査せねばならない。こうした法的義務は、たとえば危険を作り出す者は必要な予防措置を採らねばならないという危険原則から肯定される。

#### (2) 因果関係

自然科学的に見て、不作为は外部的事象の原因とはなりえない(ex nihilo nihil fit)。事実上なんらの行為も行われていないのであるから、事実的因果関係を確定すること自体が不可能なのである。従って不作为不法行為は事実的因果関係の問題ではなく、規範的因果関係があるにすぎないとホンゼルはいう。<sup>①</sup>だが学説、判例は不作为と損害との間にも因果関係を認めようとする。ではどのようにして不作为と損害発生との間に事実的因果関係を認めるのであろうか。

ライ教授は損害は法的に必要なだが、現実にはなされなかった行為をしたとすれば、損害が発生しなかったであろうという仮説により確認されると考える。それによれば、因果関係の判断は次の二段階で行われるとする。①損害発生を防止させる行為義務があるか否かである。②当該行為義務を見つけ、その行為により結果発生を妨げ

られるのであれば、その行為と結果との間には因果関係があると考えられる。ただしこの場合の関係はあくまでも仮定的な関係である。<sup>(2)</sup>被害者は損害発生を妨げる行為を果たせば、損害が発生しなかったであろうことを証明せねばならない。その証明は生活経験と事物の通常の経過から、この仮定的因果関係についてかなりの蓋然性があれば足りるとされる(つまり科学的な正確さと説得力のある方法で証明する必要はない)。<sup>(3)</sup>Conditio 式が不作為でも適用されるが、作為と異なり、思想上当該行為を足すので(仮定に基づいて因果関係を確定する)、思想上の因果関係の場面の問題である。<sup>(4)</sup>つまり不作為と損害との因果関係は仮説により確認するので、仮定的な単なる思想上の因果関係を問題(仮定的関係)とする。<sup>(5)</sup>

(3) 因果関係の蓋然性

するとここでいう仮定的因果関係とは何と何との関係での因果関係なのかを明らかにしなければならない。<sup>(6)</sup>またかなりの蓋然性とはどれ位を必要とするのが問題とされる。因果関係の内容と蓋然性の程度については以下の判例から知ることができる。<sup>(7)</sup>

BGE 1988. 11. 17. SJZ 1989, 119ff <sup>(7)</sup>

〔事実〕七一年四月患者Aはいんのうガンでツリーヒ州立病院Bを訪ね、同Bは検査をした。同一〇月腹部のリンパ節切除術が実施された。放射線治療が七二年初めに実施されたが、同一〇月Aは死亡。これに対し妻と三人の子が州に対し訴を提起した。

七一年一〇月の段階では疾病はかなりの段階(II B段階)、つまりAには当時ごくわずかまたは実際ほとんど治

癒の機会がなかった（真の治癒機会は第Ⅰ段階（なんら転移がない段階）と初期の段階（ⅡA）のみであった）。疾病が第Ⅰ段階なら延命の機会が非常に高い。疾病が第ⅡA段階ならば、延命の機会は六〇％であった。疾病は七一年初め（その時に半分の去勢術を実施しなかった）Ⅰ段階を越えていなかったことが考えられる。適切に治療され、その治療時での延命の機会が六〇％であれば、すべき治療をしなかった治療と患者の死亡との間の自然的因果関係を肯定するのは正当である。つまり患者が六〇％の確立を伴う適切な治療があれば、かなりの確率で患者に対する誤った治療と死亡とに因果関係があった。

〔判旨〕ガンで死亡した患者の遺族が医師の犯した医療過誤と患者の死亡との間の因果関係を証明できない場合には、因果関係についての挙証責任から開放される。この場合、事実上治療過誤と患者の死亡とが因果関係にあることを証明する必要がない限りにおいてである。この場合、遺族はこのような因果関係の可能性がかなり高いことを証明しなければならない。

本判決はすべき治療をしなかった治療と患者の死亡との間の因果関係について肯定するには、延命の機会つまり死亡しない可能性が治療の時点で六〇％であれば、治療と死亡との間の因果関係が肯定されるということがわかる。このことが正にかなりの蓋然性があるという意味なのである。

- (1) Honsell, Schweizerisches Haftpflichtrecht (1995) S. 27.
- (2) Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht 2. A (1998). N592.

- (3) Rey, a.a.O., N594a,601.オフティンガーは単に蓋然性という。Ofinger,S.90.
- (4) Rey, a.a.O., N596.
- (5) するといわゆる仮定的因果関係とどう異なるのかが問題とされる。
- (6) Jaag, ZSR 122(2003)S.40ff.
- (7) Loser-Krogh, ZSR 122(2003)3.SS.171(172).

#### 四 わが国での不作為不法行為での因果関係及び延命利益について

わが国では従来の若干の下級審裁判例は不作為不法行為の事例について患者の損害形式として延命利益ないし期待権を法益として認める判断がされてきた。<sup>①</sup>その意味は不作為がなければ(つまり行為義務になつた行為をすれば、死亡、障害は避けられたであろうという点から因果関係を考えると、特に死亡が避けられない(完治が難しい疾病に罹患している)患者の場合は極めて証明が難しい)、少なくとも延命が得られたであろうという因果関係を証明する、つまり不作為不法行為の因果関係を証明することを中心として判断し、論じてきた。この場合、延命利益を結果とすることが妥当か否かが最大の問題である。

最近に至り、最高裁は以下のようないくつかの判決を出しているので、それを材料として因果関係及び損害形式の問題を論ずる。

①最判平11・2・25民集五三・二・二三三<sup>②</sup>五

〔事實〕五三歳男性Aは肝臓病を専門とするY医院を紹介され、YはAが肝細胞癌発生の危険性の高い患者群であったにも拘らず、発見に有効なAFP検査や腹部超音波検査をしないまま、昭和五八年一月四日から同六年七月一九日までの間に計七七一回の内科的治療を行ったが、Aの死亡直前にやっとAFP検査を実施したが、結果は陰性であった。一〇日後、C病院に転院し、そこで肝細胞癌と確定診断されたが、既に手遅れで、一週間後死亡した。そこで遺族は定期検査を実施していれば、肝細胞癌を発見し、適切な治療を受け、ある程度の延命効果が得られたとし、延命の可能性を奪われた精神的苦痛として、妻四〇〇万円、二人の子それぞれ一五〇〇万円の損害賠償を請求した。

〔判旨〕原審の趣旨とするところは患者の肝細胞癌が昭和六一年一月に発見されていたならば、以後当時の医療水準に応じた通常の診療行為を受けることにより、同人は同年七月二七日の時点でお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認められるというにあると解される。そうすると、肝細胞癌に対する治療の有効性が認められないというのであればともかく、このような事情の存在しない本件においては被告前記注意義務違反と、患者の死亡との間には、因果関係が存在するものというべきである（ただし患者が右時点の後に、前記因果関係の存否に関する判断を直ちに左右するものではない）。

前記判決の意味するところは従来因果関係という作為義務を尽くせば、生命侵害は避けられたであろうという証明に代え、作為義務を尽くせば、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うる高度

の蓋然性が証明されれば、医師の不作為と死亡との間の因果関係を認めるといふものであり、死亡時点以後どれほどの期間生存できたかは、得べかりし利益その他の損害の額の算定にあたり考慮すべき事情であつて因果関係の存否を直ちに左右するものではないとした。このことの意味は義務遵守行為があれば現実の結果発生 の時点であつて、どうなつていたかを問題とし、必ずしも病的リスク実現事例における結果回避可能性の問題に対応していないと評されている。

②最判平12・9・22民集五四・七・二五七四

〔事実〕訴外Aは自宅で突然の上背痛、心か痛に襲われ、Y病院でB医の手当てを受けB医は急性すい炎、第二次的に狭心症を疑つたが、すい炎に対する処置として点滴中痛み、けいれんした後、呼吸停止、死亡した。

〔判旨〕背部痛、心か部痛の自覚症状のある患者に対する医療行為について、本件診療当時の医療水準に照らすと、医師としては、まず、緊急を要する胸部疾患を鑑別するために、問診によつて既往症等を聞き出すとともに、血圧、脈拍、体温等の測定を行い、その結果や聴診、触診等によつて狭心症、心筋梗塞等が疑われた場合には、ニトログリセリンの舌下投与を行いつつ、心電図検査を行つて疾患の鑑別及び不整脈の監視を行い、心電図等から心筋梗塞の確定診断がついた場合には、静脈留置針による血管確保、酸素吸入その他の治療行為を開始し、また、致死的不整脈又はその前兆が現れた場合には、リドカイン等の抗不整脈剤を投与すべきであつた。しかるに訴外B医はAを診察するに当たり、触診及び聴診を行つただけで、胸部疾患の既往症を聞き出したり、血圧、脈拍、体温等の測定や心電図検査を行うこともせず、狭心症の疑いを持ちながらニトログリセリンの舌下投与も

していないなど、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いかつた。

B 医が 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。急性心筋梗塞の患者に対する初期の治療についての医師の過失で、患者が医療水準になかった診療を受けられなかったことと死亡との間に因果関係の存在を立証できなくとも、医療水準になかった診療がなされていれば、患者がその死亡時点でなお生存していた相当程度の可能性の存在が証明できれば、医師は不法行為による損害賠償責任を負うと判示した(妻一一〇万円、二人の子それぞれ五五万円の慰謝料)<sup>③</sup>。

では②判決と前記①判決との関係はどうなのであろうか。つまり②判決の独自性はどこにあるのか。

それについては①判決を基礎として、医療水準になかった診療がされていれば、患者を救命しえた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とし、一一年判決のような高度の蓋然性まで要求してはいないが、証明の点では同じく患者がその死亡の時点でなお生存していた相当程度の可能性の存在が証明できれば、医師は不法行為による損害賠償責任を負うと判示した点が同一一年判決と区別される独自性がある。<sup>④</sup>ただ一二年判決が同一一年判決と区別されるべき点は後者が検査過程を経ての因果関係を問題としている点である。

次の平成一六年判決ではどうか。

③最判平16・1・15判時一八五三・八五〥判タ一一四七・一五二

〔事実〕Y医は平成一一年七月一七日に訴外Aを診察、同二四日に胃内視鏡検査を実施した。胃の内部に大量の食物残渣が存在すること自体が異常をうかがわせる所見であり、当時の医療水準によれば、この場合、再度胃内視鏡検査を実施すべきであった。異常をうかがわせる所見もあったにも拘らず、再検査を実施しようとはせず、Aの症状を慢性胃炎と診断した。その後Aは同一〇月七日、B医療機関で診察を受け、同月一五日から二一日までに胃透視検査、胃CT検査、胃内視鏡検査等の各種検査を受け、スキルス胃癌と診断された。当時のAは胃壁全体の硬化が認められ、また、腹水もあり、癌の腹膜への転移が疑われた。その後Aは同月二二日にB医療機関に入院し、化学療法を中心とする治療を受けたが、同年一月には骨への転移が確認され、翌年二月四日に死亡した。

〔判旨〕スキルス胃癌により死亡した患者について、慢性胃炎と誤診され、適切な治療を受けられなかった場合につき、実際より約三ヶ月早く医師が適切な胃の内視鏡再検査を行っていたら、実際に開始される約三ヶ月前である上記時点で、病状及び当時の医療水準に応じた化学療法を始めとする適切な治療が開始され、特段の事情がない限り、Aが実際に受けた治療よりも良好な治療効果が得られたものと認めるのが合理的であり、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がある。このような場合、医師は患者が上記可能性を侵害されたことによって被った損害を賠償すべき不法行為責任を負うものと解すべきであると判示した。

③判決は検査を実施しなかったという点では①判決に同じレベルにある。では①判決との相異はないのである

うか。①判決は生存していたであろう高度の蓋然性といい、③判決は相当程度の可能性という点で、蓋然性の程度が低められている点は異なる。このことは患者側の証明を低減化したものとも読むことができる。<sup>⑤</sup>ではどの程度の証明を要するのであるうかについてはここからは読み取ることができない。

するとここで参考とされるのがスイスの判例という延命の可能性が六〇%すべき治療時であったという判示内容である。

(1) 多数の下級審の中で代表的なものとして、延命利益についての最近のものとして名古屋高判平15・11・5判時一八五七・五三、期待権については東地平15・5・28判タ一四七・二五五がある。

(2) 民商法雑誌一三〇(二〇〇四)八七〇(八八一)ページ(前田泰)。なお重要判例解説平成一一年度(二〇〇〇)八七(八八)ページ(新美育文)は適切な検査をしていけば外科的切除術の実施が「可能であった」という確率と、それによって長期の延命が「高度に可能であった」という確率とを乗じるならば、適切な検査の不実施と死亡との間の因果関係に「高度の蓋然性」を認めることができないう理由で、高度の蓋然性をもって因果関係の存在を認めることはできないとして、結論に反対する。だが高度の可能性を前記のように考える必要性があるのか疑問が残る。不作為不法行為での因果関係は初めから仮定的な場面での議論であるところから、外科的切除術、延命の可能性とを乗じなければ、ならない必然性はないと考えられる。

(3) ジュリスト一二五三(二〇〇三)一九六ページ(水野謙)は法益をそれぞれ一年判決のそれを死亡の時点以降も一定期間生存することのできたはずの権利とし、一二年のそれを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しているが、共に生命そのものが法益となっており、従来のような延命利益を法益としてはいい点は注目すべきであり、これを前田教授は下級審の現実に再検討を促した点にあるとみるべきであるとする(前田・前掲八八五ページ)。

- (4) 前田・前掲八八二ページ。法学セミナー五九七(二〇〇四)一一二ページ(角田美穂子)。  
(5) 平成二一年判決を変更したとも読める。

## 五 一応のまとめ

不作為不法行為の因果関係については、従来より作為義務を措定し、作為義務と当該結果との因果関係を前記のように論じてきた。

一 作為義務は予見可能性、回避可能性を中核とする過失概念から導かれると考えられる。予見可能性と回避可能性は医療水準により限界づけられていると考えられる。

一 連の最高裁判決によれば、作為義務を尽くさなかった不作為の医師に対する責任追及は拡大していることが判明した。

ではいずれの範囲で不作為の医師に対する責任は限界づけられるのであろうか。<sup>(1)</sup>この責任の限界づけの要件はいかにして措定するのであろうか、あるいはすべきかが今後の課題である。

また従来の延命利益、機会喪失論との関係はどうなのであろうか。これらの議論は既に論ずる価値のないものなのであろうか。

(一) 前田・前掲八八六ページ以下。根本氏は責任要件として延命利益を最低限度月単位の可能性で主張・立証されたこと、因果関係のないことをあげる(横浜国際経済法学二三巻一号(二〇〇四)一四五ページ)が因果関係の不要を要件とするのは疑問であらう。