HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	最高裁判所判例研究
Author(s)	吉田, 邦彦
Citation	北大法学論集, 39(2), 163-173
Issue Date	1988-08-20
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16631
Type	bulletin (article)
File Information	39(2)_p163-173.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

判例研究

最高裁判所判例研究

未熟児網膜症を診断した眼科医（総合病院嘱託医）につき、本症Ⅱ型の疑いをかけて、頻回の眼底検査を実施して、直ちに経験豊かな他の専門医の診断を仰ぎ、時期を失せず適切な治療を施す（転医する）注意義務違反の過失があったとされた事例――過失ある処置と失明との間には、相当因果関係があり、不確定要素は、慰謝料算定において考慮する

民法四一五条、七〇九条、七一五条一項

昭和六〇年三月二六日第三小法廷判決（昭和五七年(オ)一一一二号、杉本久美子対医療法人景岳会、損害賠償請求事件）民集三九巻二号一二四頁

〔事実〕 X（原告・控訴人＝被控訴人・被上告人）は、Y_1（被告・被控訴人＝控訴人・上告人）の経営する南大阪病院にて、昭和五一年二月八日に出生した極小未熟児（在胎週数三四週、生下時一二〇〇グラム）であるが（主治医であるA小児科医から同日より四月一二日まで、四〇パーセント未満の酸素投与を受けている）、未熟児網膜症に罹患し、複数の眼科医によって数回の眼底検査がなされたが、結局失明するに至っており、この経緯は以下の通りであった。すなわち、(1)Aの依頼により、同年三月一〇日（三二日目）に、同病院に週一回嘱託医として勤務するB（前年に大阪医大を卒業し、同大学の研修医であり、本症の患者二、三名を検査したぐらいで、Ⅱ型の症例の経験はなかった）が、第一回眼底検査を行い、網膜血管の蛇行及び左眼に小さい出血を認めて、本症のオーエンス一期〔血管新生期〕の疑いをかけたが、自然治癒率が高いと考えて、経過観察することにした。(2)一週間後（三月一七日）に、Bは第二回の眼底検査をしたところ、網膜血管の怒張・蛇行が強くなり、左眼には出血がありオレンジ色を呈していたため、一応オーエンス一期と判定したものの、眼底の急変に異常を察し指導医C（大阪医大助手。二〇名位の本症の診察

経験があるが、Ⅱ型・混合型の例はなく、光凝固を自ら実施したこともない）による診察の必要を感じたが、同人〔C〕は月一回診察の嘱託医であったため、一週間後に診察すべく依頼したに止まった。(3)Cは依頼どおり三月二四日（四六日目）に第三回検査を行ったが、網膜に出血斑、境界線が見られ、ヘイジイメディア〔硝子体（中間透光体）混濁〕が強く、本症Ⅰ型の二期〔境界線形成期〕の終りないし三期〔硝子体内滲出・増殖期〕と判定して、できるだけ早い光凝固・冷凍凝固の実施が必要であると考えた。しかし、光凝固等の手術を行う医療機械設備がなかったので、転医させることとした。(4)そこで、Xは三月二六日に大阪市大病院で受診することとなり、第四回検査をしたD助教授（眼科副部長。約三〇例の眼底検査の経験があるが、光凝固手術を施したことはない）は、浮腫（軽度の網膜剝離）を認め、網膜は全剝離の様相を示し、本症末期ゆえ光凝固等の適応でないとして経過観察した（もっとも、当時Dは、光凝固治療が難しいとのみ答えたに止まり、カルテ等にも、境界線、網膜剝離に関する記載をしていなかった）。(5)その間に、Bは再び検査（第五回検査）を行い（三月三一日）、Cの所見（上述(3)参照）を支持している。(6)翌四月一日（五四日目）には、大阪市大教授のE（既に数百名の眼底検査をしており、外科的手術も百例近く実施している）は、第六回検査を行った結果として、泡状網膜剝離を来していてぶどう膜炎による硝子体混濁があり、末期症状のために処置なしと判定した。(7)そしてその後、北野病院で二回冷凍凝固処置がなされた（四月二日、四月八日）が、効果はなかったというものである。

――そこで、XがA～Cに関してはY1に対し、またDEに関してはY2〔大阪市〕（被告・被控訴人＝控訴人）に対して、債務不履行（医療契約違反）及び不法行為に基く損害賠償を請求したのが本件である。

なお、本症については、昭和五〇年に厚生省研究班による報告書が発表されており、B～Eの各医師はその存在・内容を熟知していたとされており、同書では前記Ⅰ型・Ⅱ型についても整理して検討されており（Ⅰ型は、比較的緩徐に症状が進行するタイプで自然治癒傾向も強いのに対し、Ⅱ型は未熟性の強い眼に生ずるもので、強い滲出傾向を伴い、比較的早く網膜剝離となるため、治療時期を失しないように、適切迅速な対策が必要であり、綿密な眼底検査を可及的早期に行うことが望ましいとされる）、原審の認定では、本件Xの場合は激症型〔Ⅱ型ないし混合型〕であり、前記(3)の段階では既に網膜剝離の状態にあり、他方(2)の時点ならば光凝固等により失明を免れる可能性があったとされている。

第一審（大阪地判昭和五五年一二月二〇日判タ四二九号七二頁）は、

Xの主張のうち、Y_1の小児科医療体制・眼科診療体制に関する責任及びAの酸素投与上の過失については否定したが、眼科医B～Dに関しては、ほぼ請求を認容した。すなわち、Bについては、前記(2)における頻回検査・転医等の義務違反、Cについては、大阪市大病院への転医における指示・説明義務等の義務違反、またDに関しては、転送を受けた大学病院としての専門医間の連絡協議・総合検討を怠る重過失があると判断して、Y_1 Y_2の使用者責任（民法七一五条）及び診療契約の不完全履行の責任を負うとして損害賠償を命じた（但し、不確定要素が多いとして、慰謝料及び弁護士費用の賠償のみ認めている）。これに対して、X Y_1 Y_2各々控訴。原審（大阪高判昭和五七年六月二五日）は、前述したとおり、(3)の時点で既に光凝固の適応時期を逸しているとしてY_2の責任を否定した（Dが説明不充分であった点は道義的非難を免れないが、医師としての過失はないとする）が、Y_1の責任についてはXの控訴を一部認容して賠償額を増額させている。すなわち、大学医局で眼科を専攻し研究報告にも目を通している研究医であるBとしては、(2)の段階でⅡ型の疑いの診断をして頻回検査すべきであり、また、経験豊かな他の専門医の診察を仰ぎ時期を失せず適切な治療を施すべき注意義務に反する過失があり、また、Cとしても、Bを指導監督して適宜適切な措置をとるべき立場にありながら、Bから報告を受けつつ一週間放置したのは杜撰であり、医師としての注意義務を尽さない過失があると述べ、そして、Ⅱ型には光凝固法が全く奏効しないということはできず相当因果関係を否定することはできず、不確定要素（極小未熟児には発症率が高いこと、激症型の場合には適期の治療でも失明となる可能性があること、瘢痕期病変の可能性があること等）については慰謝料額算定の一要素として斟酌すれば足りるとして、Y_1の民法七一五条による責任及び診療契約上の債務不履行責任を負うと判示した。なお、一審判決と異なり、別枠で逸失利益の賠償を認めている（Xは両眼完全失明のため、労働能力は全部喪失したとして算定され、ここでは、不確定要素は考慮されていない）。

Y_1は上告して、原審が前記(2)でⅡ型の疑いをすべきであるとし、また(3)(4)で網膜剝離を認定してDの過失を否定した点を争う（第一点、第二点）他、激症型である本件では現在では光凝固は施行されず硝子体切除術がとって代っており、過失と失明との間には因果関係がないと述べ（第三点）、不確定要素による減額及び弁護士費用の賠償額算定についても言及している（第四点）。

〔判旨〕 上告棄却。「B医師としては、第二回眼底検査の結

果、……第一回の眼底検査から僅か一週間を経過したにすぎないわりには、Xの眼底に著しく高度の症状の進行を認めたのであるから、本症Ⅱ型の疑いの診断をし、頻回検査を実施すべきであり、また、本症の患者二、三名の眼底検査をした程度の経験を有するにすぎなかったのであるから、直ちに経験豊かな他の専門医の診察を仰ぎ、時期を失せず適切な治療を施し、もって失明等の危険の発生を未然に防止すべき注意義務を負うに至ったものというべきであるところ、同医師は、Xの症状の急変に驚き、おかしいと感じながらも十分に未熟児網膜症の病態の把握ができなかったため、頻回検査の必要性にも気付かず、一週間の経過観察として、次週にC医師の診断を求めたのにとどまったが、かかる処置は、Xが未熟児網膜症の激症型であったことに照らすと、不適切なものであったというべきであり、このためXは光凝固等の外科的手術の適期を逸し失明するに至ったものであるから、B医師には医師としての右注意義務違背の過失があったものというべきであり、右処置とXの失明との間には相当因果関係があるものというべきである。これと同旨の原審の判断は、正当として是認することができる。」「所論の不確定要素は、原審が確定した逸失利益及び介護料にかかる損害額を減額すべき事由とはいえない。」

〔評釈〕一　「薬害訴訟を別として史上最大の医療過誤訴訟」と言われる（小堺堅吾「未熟児医療過誤訴訟の動向」判タ四一五号（昭五五）二七頁）未熟児網膜症訴訟は、既に四〇余りの事件、判決数にすると七〇近くに及んでいるが、本判決は、公表された最高裁判決の四番目のものであり、しかも医師側（病院側）の責任を肯定した唯一の判決として注目される。

すなわち、本判決以前の〔一〕最判（第三小法廷）昭和五四年一一月一三日判時九五二号四九頁（長崎市民病院事件）（昭和四二年四月出生児（在胎三一週弱、一四〇〇グラム）が退院の四ヶ月後（生後七ヶ月頃）に視力喪失が判明したケース。網膜症の発症を予見せず、眼科医に依頼して定期的眼底検査しなくとも、小児科医には過失がなく、また、酸素供給管理上の措置も裁量範囲を越えないとして不法行為責任を否定する）、〔二〕最判（第三小法廷）昭和五七年三月三〇日裁判集民事一三五号五六三頁、判時一〇三九号六六頁（日赤高山病院事件）（昭和四四年一二月出生児（一一二〇グラム）が、三八日間酸素投与を受け、生後四五日目以降三度の眼底検査及びホルモン剤の投与（ステロイド療法）がなされ、さらに天理病院に転送されて永田医師により光凝固法が実施された（八五日目頃）が、時期を失した（右眼オーエンス五期、左眼三期晩期）という事案で、混合型のケースとされる。「診療当時の臨床医学の実践における医

療水準」が注意義務の基準となるとして、光凝固法の専門的研究者における定着は昭和四七年以降であり、まだ一般化していないとして、転医指示義務及び治療方法の告知説明義務を否定する（不法行為責任否定）。なお、第一審判決（①岐阜地判昭和四九年三月二五日判時七三八号三九頁）では、医師としての最善の注意義務が強調されて、これらが肯定された）、〔三〕最判（第三小法廷）昭和五七年七月二〇日裁判集民事一三六号七二三頁、判時一〇五三号九六頁（新小倉病院事件）（昭和四四年四月出生の患児（一八五〇グラム）は四九日間酸素療法を受けたが、退院（二ヶ月後）まで眼底検査がなされず、その約一ヶ月後（生後三ヶ月）第一回健康相談時に光に対する反応がない旨母親が訴えたが、早産児だからとして放置され、第二回診断時（生後四ヶ月）に担当医（小児科医）が眼底に異常を発見し、眼科に受診させたが既に手遅れであったという事例。〔二〕と同様の基準を示し、当時酸素濃度さえ制限すれば、本症発生の危険なしとする知見が一般的であり（九大医学部での光凝固法への取り組み、一流機関の眼底検査への着手は、昭和四五年以降とする）、眼底検査の必要性を認識せず、転医の指示等しなくとも注意義務違背はないと述べ、債務不履行責任を否定する）、また本件後の〔四〕最判（第二小法廷）昭和六一年五月三〇日判時一一九六号一〇七頁（坂出市立病院事件）（昭和四五年一〇月出生の極小未熟児（在胎約三〇週、一二五〇グラム）は、一三日間酸素投与を受け、退院時（二ヶ月後）に両親の依頼により眼底検査をした眼科医は、「今のところ大丈夫ですよ」と伝えたに止まったが、その二ヶ月後に瞳孔に異常を感じ、受診したところ、網膜症により既に失明していたというケース。原審（②高松高判昭和五八年三月二二日判タ五〇一号二〇一頁）は、右眼科医には、誠実に眼底検査を行いその結果を正直に報告し、再検査を促すべき義務及び光凝固法という治療方法を告知すべき義務に違反する過失があり、それと失明との間には相当因果関係があるとして債務不履行責任を肯定した（但し、不確定要素が多いので、一切の事情を勘案した慰謝料のみで算定するとする）が、最高裁は、検査と結びついた有効な治療方法が存在しない段階では、検査結果を告知説明すべき法的義務はないとした）のいずれにおいても、小児科医、眼科医の過失は否定されているのである。

二

(1) そこでこれらの判決との対比により、本判決で積極的判断が示された眼科医の過失の内容を、事案の特殊性に留意しつつ次に検討する。すなわち、本件の未熟児網膜症は、激症型（Ⅰ型とは区別される、Ⅱ型ないし混合型）――これは、昭和五〇年発表の前記報告書によりクローズアップされた分類である――と認定され、本判決では、それをⅠ型と誤診して放置したため光凝固の時期を逸したことによる眼科医の責任が問題とさ

れ、B医師は、Ⅱ型の疑いをもって頻回の眼底検査をすべきであるとし（本件では、眼底検査は数回なされており、眼底検査義務の存否それ自体ではなく、ここでは、ワンランク上の検査の態様が問われているのである）、さらに、経験不充分だとしても、他の専門医への転医義務を負っているとして、その注意義務に違背した過失があるとされている。そしてこの点は、Ⅱ型ないし激症型に関する下級審判決では、いずれも医師の責任が否定されている（例えば、③福岡地小倉支判昭和五五年九月一日判時九九三号七九頁（国立小倉病院）（昭和四九年三月生）、④大阪高判昭和五九年四月二六日判時一一三六号七二頁（関西医大香里病院）（昭和四五年一二月生。Ⅱ型については光凝固法は必ずしも適応とするものでないと説かれるようになったとする）、⑤大阪高判昭和五九年五月二九日判タ五二八号九三頁（同上）（昭和四八年六月生の極小未熟児（一〇〇〇グラム）、⑥神戸地判昭和五八年五月二七日判タ五〇七号二七五頁（社会保険神戸中央病院）（昭和四七年八月生、一〇六〇グラム）、⑦浦和地判昭和五九年三月二八日判タ五三二号二二七頁（浦和市立病院）（昭和五二年五月出生の極小患児（在胎二七週、一〇〇〇グラム）のケースにつき、Ⅰ型二期と誤診した（但し、予後不良としてⅡ型に準じた治療を説く）眼科医の過失を否定する）、⑧神戸地判昭和六〇年五月一六日判時一一七三号一一三頁（尼崎病院）（昭和四八年四月生、一〇八〇グラム。オーエンス二期と診断当時、本症Ⅱ型についての診断基準も確立しておらず、また現在でも光凝固法が有効な治療法として確立されたとは言い難いとする）ことの対比でも珍しく、また、「医療水準論」との関係で、医師責任を認めることに消極的な最高裁の一般的潮流との比較でも、かなり高度の注意義務が課された判決として注目に値すると言える（稲垣・後掲批評二七一頁では、梅毒輸血事件（最判昭和三六年二月一六日民集一五巻二号二四四頁）の立場に回帰する姿勢がうかがえるとされる）。

そして、このような立場が示された理由として考えられるのは、まず第一に、本件未熟児〔X〕の出生時期が昭和五一年二月とかなり新しく、Ⅰ型とⅡ型との症状及び治療方法の相違が一般的に示された報告書が発表された後のケースであるという点であり、第二に、B～Eらは、総合病院ないし大学病院に勤務する、未熟児網膜症にかなり通じた医師陣であり、昭和五〇年の報告書も熟知していたとされていることである。（なお、本判決が右報告書に依拠した立論をするのは、同書が本件激症型に関する診療基準を示しているからであり、それとの関連で射程距離を考える必要があろう。従って、通常のⅠ型の場合には、昭和四六～四七年あたりで光凝固法が医療水準となり責任肯否の分れ目となるとの見解（小堺・前掲二八頁、中谷瑾子・判評

二八六号（昭五七）二三頁、野田寛・民商八七巻四号（昭五八）六四八頁）を維持しても、本判決と矛盾することにはならず、その意味で、本判決を契機に昭和五〇年を境に線引きされるに至ったとする近時有力な見解（稲垣・後掲批評一一五頁、徳本・後掲解説八〇頁、浦川「民事判例レビュー」判タ六一九号（昭六一）六三頁、畔柳達雄「未熟児網膜症裁判の現状」判タ六一八号（昭六一）一八八頁（間接的に本判決が追認したとする）、丸山英二「未熟児網膜症訴訟」ジュリ九〇〇号（昭六三）二二九頁）には疑問である（同旨、判時一一七八号七四頁（本判決のコメント）、手嶋・後掲研究一〇〇頁、滝井繁男＝藤井勇「『医療水準論』の現状とその批判」判タ六二九号（昭六二）一七頁。なお、野田・後掲解説八八頁でも、「すべて昭和五〇年を基準として判断することができないことは言うまでもない」とされる）。もっとも、光凝固法の有効性に対する評価に変化があるならば、後述するとおり本判旨とは別の問題として検討する必要がある。

(2)　また、産科・小児科・眼科という複数の部門が関わっており、しかも先端的治療がなされる必要があるために、未熟児網膜症の訴訟においては、しばしば転医義務が問題となるのが特色であると言うことができ、本件でも、複数の眼科医が関与しているために、その相互間での転医――しかも本件の場合は同一病院内の転医である――が問題とされ、その義務違反が肯定されていることも、従来見られなかった新たな過失（義務違反）の態様を付加したものとして意義深い（従来、転医義務違反が認められた下級審判決例としては、⑨釧路地網走支判昭和五四年一月一九日判時九二四号九二頁（斜里町国保病院）（産婦人科医の眼科医受診を勧告・教示すべき義務の懈怠）、⑩名古屋高判昭和五七年九月二九日判時一〇五七号三四頁（名古屋掖済会病院）（眼底検査のための産婦人科医から眼科医への転医を遅らせたことに過失があるとされたが、転医の依頼もあったケース）、⑪佐賀地判昭和五七年三月二六日判時一一六七号四二頁（佐賀病院）（眼底検査のための、小児科医の転医措置義務違反が認められたが、控訴審（福岡高判昭和六〇年一月二四日同上）で取消された）、⑫津地判昭和六一年一二月二五日判時一二三三号一二七頁（日下病院）（昭和五五年八月出生の患児につき、担当産婦人科医の定期的眼底検査もしくは他の専門医への転医の義務に違反したとする。母親の本症の危険性の訴えにもかかわらず、生後七八日間眼底検査を実施しなかった事例）等がある）。

そして、この義務により、経験不足の医師においても高度の水準を要求することができ、これはある意味で医療体制上の責任が問われているのと大差ないであろう（Xの請求原因では、その旨の主張もなされている）。また、ここで問題とされる医師相互

の連携における過失の場合には、治療上の過失とはやや異なり、複数加害者の不法行為の特殊性に類似する状況があり、その意味でもやや高度の義務が課せられ、因果関係も必ずしも厳密には要求されないと考えるべきであろう（民法七一九条の「関連共同性」をめぐる議論――例えば、川島・判民昭和九年度一三三事件（縦の因果関係と横の因果関係とを区別される）、平井「共同不法行為に関する一考察―『因果関係』概念を手がかりとして―」民法学の現代的課題（川島還暦）（昭四七）三〇〇頁以下、淡路・公害賠償の理論（増補版）（昭五三）一二七頁以下――を参照。本件の如き転医義務違反の事例以上に、治療方法の説明ないし転医の指示勧告の義務違反の場合に、損害との因果関係の存否が微妙になろうが、ここでの問題と関係するであろう。また、本件Bの転医義務違反と裏腹をなすCの監督義務違反による責任（原審はこれを肯定する）は、民法七一四条の責任を想起させるものである）。

そして、このような場合には、そもそも逐一医師個人の過失を個別的に認定していくのが妥当であるのか、むしろ「企業責任」の考え方との対比でも、病院自体の過失を問う余地はないのか、という点も問題たりえよう（唄教授が夙に指摘される病院責任論（例えば法協八一巻五号（昭三九）五五九―五六三頁、「現代医療における事故と過誤訴訟」現代損害賠償法講座4（昭四九）二三頁以下参照）の問題である。研究会では、小山教授も、本判決のように、転医義務という形でBの能力を越える注意義務を課して個人責任を問うことにはやや無理があり、むしろ未熟児センターを設置した総合病院でありながら眼科医の人的設備が不充分であった南大阪病院自体の責任が問われるべきであったと発言されて、評釈者の疑問に同調された）。

三

ところで、激症型に対する光凝固が必ずしも万全なものとは考えられていない（中谷・前掲一九頁、饗庭忠男「医療水準と説明・転送義務」判タ四一五号（昭五五）五七頁（昭和五〇年報告書も、この点では曖昧である旨の指摘があるとする）等）こととの関連で、Bの過失と失明との因果関係の有無が問題となり、上告理由第三点でも説かれている。そしてこの点につき、本判決は、光凝固法の有効性を一応肯定して（原判決では、その旨明言されている）相当因果関係を肯定しつつ、他方で、未熟児網膜症の治癒に関する不確実性を、慰謝料算定のレベルで「不確定要素」として考慮するという形で処理している。類似の問題は、光凝固に関する説明義務違反等の場合にも存在しているが、下級審判決では、何らかの方法で賠償責任の減額が認められることが多い（例えば、(i)寄与度によるもの――⑬静岡地判昭和五二年六月一四日判時八六二号二二頁（静岡日赤病院）（担当小児科医の眼底実施義

務及び光凝固法に関する説明義務を怠る過失が、失明という結果に寄与した度合は五割とする)、⑭釧路地網走支判昭和五四年一月一九日〔前掲⑨〕(公平の観点から見て、損害全部を医師に負担させるのは妥当でないとし、酸素管理及び眼科医受診勧告・教示に関する過失が失明に寄与した限度(六割)につき責任を負わせる)、(ii)過失相殺によるもの――⑮名古屋高判昭和五七年九月二九日〔前掲⑩〕(公平の原則に立つ過失相殺の法理を類推適用するとして、逸失利益の賠償の三割を減額する)、(iii)蓋然性理論――⑯高松地判昭和五五年三月二七日判時九七五号八四頁(高松逓信病院)(本症罹患の危険性に関する説明義務違反と失明との因果関係には種々の不確定要素を伴うが、説明を尽したならば失明を防止できた蓋然性も否定できないとし、一応因果関係を肯定したうえで、不確定要素については損害の範囲ないしは損害額の縮小事由として考慮する。そして、逸失利益など財産的損害を含めた意味での精神的慰謝料の一部の賠償を肯定する)、⑰神戸地尼崎支判昭和五六年六月一二日判時一〇一三号九六頁(平岡病院)(本症の危険につき説明し、専門医による診療の機会を与えるべき注意義務(説明義務)違反があったとし、義務を尽していれば両眼失明という結果を免れる蓋然性は高いと述べて、不確定要素があるものの一応相当因果関係は肯定されるとする。そして、不確定さゆえに、財産的損害の賠償を否定し、慰謝料算定においても考慮している)、(iv)機会喪失(期待権侵害)論――⑱名古屋高判昭和六一年一二月二六日判時一二三四号四五頁(山田赤十字病院)(診療当時光凝固法は医療水準になく、転医義務・説明義務等の違反はないとするが、「緻密で真摯かつ誠実な医療を尽くすべき約」に違反して粗雑・杜撰で不誠実な医療がなされたときは、結果との間に相当因果関係が認められなくとも、光凝固法受療の機会が与えられなかったことによる精神的苦痛の慰謝に任ずる責があると述べる)、⑲札幌地判昭和六一年六月五日判タ六〇四号六三頁(旭川厚生病院)(転医・説明義務違反及び眼底検査義務違反の過失を肯定するが、他方で、光凝固法等の有効性については、現在では大きな疑問が投げかけられているとして、右過失行為と失明との間の因果関係を否定しつつ、失明回避の余地のある治療を受ける機会(可能性)を奪われたことによる精神的苦痛との間には相当因果関係があるとして、慰謝料の賠償を認める)。

この問題は、素因競合とも見うる(患児の未熟性という素因との競合である)が、未熟児網膜症の治療行為〔光凝固法・冷凍凝固法〕の先端性ゆえに不確実性を伴うという特殊性にも由来しており、網膜症訴訟を通じて浮上してきた新たな問題として、今後の法理の進展が待たれるところである。つまり、医師の過失(義務違反)と損害(失明)との間の因果関係が、通常の不法行為と比較して稀薄であり(すなわち、過失がなければ、失明の

可能性が減少したとは言えても、失明がなかったとは言えないという意味で、「弱い因果関係」があるにすぎない)、このことをどのように法律構成するかが問題となるが、さしあたり考えられることを、以下に検討しておく。(i)まず、近時有力に期待権侵害論なる立場が説かれている(新美育文・ジュリ七八七号(昭五八)八一頁、判タ六三五号(昭六二)六三頁(患者側には、未確立の治療方法を受ける自由があり、医師は現状を説明し、患者に健康状態打開のための努力をする機会を与える義務があるとする)、五十嵐清、年報医事法学2(昭六二)一三二頁)が、その趣旨は、判例一般の損害の理解とは異なり、「期待権侵害ないし治療機会の喪失」を損害と考え――従って相当因果関係は難無く肯定されることになる――、その金銭的評価において治癒の不確実性を考慮するということなのであろうか。この点は、医師側にいかなる診療債務を設定するか、とくにどの程度の告知説明義務を要求するか(患者の自己決定権との関係で、前記〔四〕判決をどう評価するか。場合によっては、医療水準に達していなくとも、新規治療を教示・告知する義務を負うと考えるか)ということとも相関しており、契約責任構成(評釈者は、唄・前掲一一一二頁などとともに、医療過誤について基本的にはこの立場を採りたいと考える)に即した法律構成として、今後注目に値すると言えよう(藤岡教授も、研究会でこの点を指摘された)。(ii)これに対して、本判決は、「失明」との間の因果関係を問題にし、相当因果関係を肯定するのであるが、理論的にはやや無理があるように思われる。なぜならば、相当因果関係(保護範囲)の前段階である(事実的)因果関係について、「あれなければこれなし」(conditio sine qua non)の準則を適用する限り、本件では否定されることになるからであり、判決の結論を正当化するためには、別の理屈が必要となろう。(iii)そこで評釈者としては、かかる場面においては、別種の事前的(ex-ante)なリスク配分の見地からの蓋然的因果関係というべきもの(これについては、平井「損害賠償法理論の新展開-因果関係論を中心に-」昭和五二年度特別研修叢書(日弁連)二五-二六頁、同・現代不法行為理論の一展望(昭五五)二一七-二一八頁参照)を考える必要があり、事実的因果関係を否定してリスクを全て患者側に配分することには問題があり、ある程度医師側に負担させることが望ましいように思われる。そしてここにおいては、「部分的因果関係」ないし寄与度減責的な帰結(この点は、さしあたり能見善久「寄与度減責」(四宮古稀)民法・信託法理論の展開(昭六一)二一五頁以下参照)を導きうるのではないかと考える(もっとも、前述したように、共同不法行為的性格がある場合は別である)。その意味で、慰謝料に限ってのみ不確定要素を考慮

しうるとした本判決の立場には問題がある（前記⑬～⑮のように、逸失利益についても減責を認めるのが筋である。もっとも、慰謝料一本で賠償が認められることもままあるが、それについては、実際上の便宜の見地から別の評価を加えうるであろう。なお、研究会では、逸失利益の算定の仕方について、盲人はもはや準禁治産者でない（民法一一条の昭和五四年改正）こととの関連で、労働能力の全部喪失として計算する（未熟児網膜症訴訟ではこれが通例である）のはおかしいのではないかとの疑問が出された（五十嵐教授）。もっともな指摘であるが、かと言って一部喪失とすることは患者側に不利に働き、また喪失の割合についての判断にも困難が伴うので、実際には、従前の立場が維持されるのではなかろうか）。

四　なお、本件にはその他、医学の進展と過失の判断との関係（本症に対する光凝固法の有効性に対する評価が、その後消極的となった場合（研究会に出席された、札幌の未熟児網膜症訴訟を担当される黒木俊郎弁護士は、この点を強調された）には、過失の判断も影響を受けると解するかという問題で、鑓庭・前掲六七頁では、司法的判断の要請から、「行為時」を基準とするのが原則であるが、他方で自然科学としての医学の不断進歩性という医療事故訴訟の特質も考慮されるべきであるとする）、過失（注意義務違反）の判断主体（かなり医学的に専門的な判断が要請される過失の認定を、裁判官に委ねることには無理はないかという点であり、研究会では、小山教授が指摘された。かかる問題意識から、畔柳・前掲一八七頁では、医師の鑑定の必要性を説いている）、未熟児網膜症訴訟の「政策訴訟的性格」（それゆえに、訴訟の枠を離れて、いかに患者救済をはかるべく制度設計するかという問題がある）等々、より基本的な問題が累積しているが、評釈の域を越えるので、もはやここでは立ち入らない。

本判決については、野田寛教授の解説（ジュリスト八三九号八五頁）、稲垣喬弁護士の批評（民商法雑誌九四巻二号二六四頁）、徳本鎮教授の解説（昭和六〇年度重要判例解説七九頁）、松浦以津子教授の簡単な解説（法セミ三七五号五五頁）、手嶋豊講師の研究（法学論叢一一九巻一号九四頁）がある。

（吉田邦彦）