HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	民事判例研究
Author(s)	水野, 謙
Citation	北大法学論集, 42(1), 343-356
Issue Date	1991-11-30
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16819
Type	bulletin (article)
File Information	42(1)_p343-356.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

判例研究

民事判例研究

水野謙

昭和四六年二月に出生した極小未熟児の保育管理を担当した産婦人科医に光凝固法を実施することを前提とした眼底検査を依頼する義務がないとされた事例

民法四一五条・七〇九条

最高裁昭和六三年三月三一日第一小法廷判決（昭和五七(オ)一三四五号・一三四六号、損害賠償請求事件）判時一二九六号四六頁、判タ六八六号一四四頁ほか（民集未登載）

〔事実〕 一 (1) X_1は昭和四六年二月四日、Y総合病院産婦人科において双胎児の第一子として出生した極小未熟児（在胎週数二九週・生下時体重一三〇〇グラム）である。(2) 産婦人科医Aは出生直後からX_1を保育器に収容し二月一二日まで酸素を投与した（最大濃度四〇パーセント強、以後漸減）。なお双胎児の第二子は出生の翌日に死亡している。またX_1の母親X_2は未熟児網膜症（以下本症という）による失明の危険を恐れ、出生の四、五日後にA医師に対し大きい病院へ転院を依頼したが、A医師は悪いようにしないから病院に任せるように、と答えた。(3) Y

病院は昭和四五年頃から、未熟児を保育器から取り出した段階で眼科に依頼し、眼科外来診察室で反射鏡と電気スタンドを使用して眼底検査を行う慣行があった。眼底検査を実施できる医師は非常勤嘱託医で毎週木曜日に来院する眼科医Bだけであった。(4) A医師は四月二八日にX_1を保育器から出し眼底検査を依頼したが、翌二九日が祭日であったために眼底検査は五月六日に行われた。B医師は、①X_1は本症に罹患しており、②右眼がオーエンス活動期の第四期の初め、③左眼が第三期から第四期への過渡期と診断し、A医師に対して直ちに光凝固手術を受けさせるよう指示した。(5) そこでA医師はX_1の両親X_2、X_3に名鉄病院を紹介し、X_1は五月八日に同病院の眼科で眼底検査を受けたが診断結果はB医師の所見とほぼ同様であった。X_1は五月一四日同病院で光凝固手術を受けたが奏功せず、両眼ともに失明するに至った。そこでXらは眼底検査の遅滞等を理由に、Yに対し損害賠償を請求した。なお、X_1の罹患した本症がI型、II型、混合型のいずれに属していたかは明らかではない。

二 (1) 光凝固法は現状においては本症の治療法として有効と認められるが、本件当時は光凝固法について一部の先駆的研究者による実施例の報告はあったものの、他の医師の追試結果は文献発表されていなかった。従って一般の産科医はもちろん、眼科医の間でも光凝固法の存在および有効性を認識していない者が多かった。(2) もっともY病院の存した名古屋地区では、名鉄病院が昭和四四年頃から、名大病院が四五年頃から、外にも杉田眼科医院が本件当時既に光凝固法の追試ないし治療を行っていた。特にX_1を手術した名鉄病院の田辺医師は昭和四四年頃から追試を行い、四六年初めには光凝固法の有効性を確信していた。(3) またY病院の嘱託眼科医Bは名古屋大学に勤務しており、本件当時既に光凝固法の実施経験があり、その有効性を信じていた。(4) さらに産婦人科医Aは名古屋大学出身で、本件当時一般産科医の平均的知見をはるかに上回る次のような知見を有していた。すなわち、①本症の存在と内容、②本症の発生原因と予防方法、③本症の治療法としてステロイド療法と光凝固法とがあること、④光凝固法は適期に実施すれば本症の進行を阻止する効力を有すること、⑤適切な治療を行うためには可及的早期（生後二、三週間目）に眼底検査を実施するのが唯一の方法であること、以上の事実をすべて知っていた。もっともA医師は医師免許取得後三年余りの産婦人科医で、これまで本症に罹患した未熟児を扱った経験はなかった。

三 (1) 第一審判決（名古屋地判昭和五五年六月二五日判時九九三号七九頁）は、A医師の酸素投与は医学上の定説に従ったもの

で過失はない、また光凝固法を前提とした定期的眼底検査が全国的に定着したのは昭和四七、八年以降であり、Y病院も定期的眼底検査を実施し得る態勢にはなかったなどとして、未熟児を保育器から取り出すことが可能となった時点で眼底検査を実施するY病院の慣行は、当時の医療水準を下回らない、とした。その上でA医師が出生後八四日目の四月二八日にX_1を保育器から取り出し眼底検査を依頼した点について、①X_1は四月中は強度の貧血状態が続いたため抵抗力が極めて弱く、保育器から取り出すと細菌感染等のおそれがあったこと、②双胎児の第二子が既に死亡していたこと、③A医師は眼底検査の早期実施の必要性を認識していたが、光凝固手術の適期についての認識はなかったことなどに照らし、A医師の措置は裁量の範囲内にあり過失はないとした。その他、Y病院の医師の配置等にも問題はないとして請求を棄却した。Xらが控訴。

(2) 原審判決（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）も、酸素投与及び定期的眼底検査に関する過失判断については第一審判決を支持したが、A医師が眼底検査を四月二八日に依頼した点については、次のように判示した。まず、医師は自己の専門分野ないしその隣接分野における医療水準に従って医療行為を実施する義務を負う、とした上で、「およそ医師たる者は人の生命及び健康を管理する上で最善の注意義務を尽すことが要求されているのであるから」「具体的事案において医師が当時の医療水準を超える知識を身につけていた場合には、当該医師の知識に基づく医療水準を基準にして過失の有無が検討されなければならない」とし、さらに当該医師の置かれた社会的・地理的その他の環境等を考慮して具体的に過失を判断すべきであるとした。その上で、①A医師は前記（二(4)参照）の知見を有しており、②またA医師はX_1の貧血状態が好転しないことをあまり重視していなかったことが窺われ（X_1を保育器から取り出した時点でもX_1の貧血状態は好転していなかった）、③さらに眼底検査に要する時間は約一〇分にすぎず、④またX_1は細菌感染に対しある程度抵抗力を有していたことが窺える（X_1の保育器は空気清浄装置のない場所に置かれていた）とし、以上の点を考慮すればA医師は遅くとも四月二二日に眼底検査を依頼することが可能であったと認められ、そしてX_1がこの時点で眼底検査を受けていれば適期に光凝固手術を受けることが可能となり、失明を免れ得た蓋然性が大であったとして、A医師の過失に基づくY病院の債務不履行責任ないし不法行為責任を肯定した（逸失利益の算定にあたり、本症はX_1の網膜の未熟性が素因であるとして、過失相殺の法理を類推適用し五割を減額）。これに対しYが上告。上

告理由でYは、①原審は光凝固法の医学水準としての確立及び医療水準としての定着の時期の判断を遺漏している、②A医師の知識を直ちにA医師の具体的医療水準とみなすのは短略的であるなどと主張した。

〔判旨〕　全員一致で一部破棄自判。「人の生命及び健康を管理すべき業務に従事する者は、その業務の性質に照らし、危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務を要求されるが（最判昭和三六年二月一六日民集一五巻二号二四四頁参照）、右注意義務の基準となるべきものは、一般的には診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準であると解されるところ（最判昭和五七年三月三〇日裁判集民事一三五号五六三頁参照）、前記確定事実によれば、被上告人X」が本件病院で出生した昭和四六年二月当時、光凝固法は当時の臨床医学の実践における医療水準としては本症の有効な治療法として確立されていなかったものであるから、A医師としては、光凝固法を実施することを前提とした眼底検査を依頼する法的義務まではなかったものというべきである。もっとも、A医師は、本症に関し前記……のとおりの知見を有していたというのであるが、同医師が医師免許取得後三年余りの産婦人科医であり、しかも、本症に罹患した未熟児を扱った経験がないこと、原審の認定によっても同医師が光凝固手術について実施の適期等詳細を知っていたとまでは認められないこと等に徴すると、同医師は単に文献等により光凝固法についての知識を一応抽象的に有したというにとどまるものというべきであり、同医師の右知見を考慮しても前記判断を左右するものとはいえない」。

「したがって、A医師の右知見を重視し同医師に眼底検査依頼義務の違背があったとした原審の判断には、法令の解釈適用を誤った違法があり、……右部分は破棄を免れない」。（その他、民訴法一九八条二項の規定に関する判示等は省略する）。

〔評釈〕　一　本判決は本症に関する八番目の最高裁判決である（最判昭和五四年一一月一三日判時九五二号四九頁、最判昭和五七年三月三〇日判時一〇三九号六六頁、最判昭和五七年七月二〇日判時一〇五三号九六頁、最判昭和六〇年三月二六日民集三九巻二号一二四頁、最判昭和六一年五月三〇日判時一一九六号一〇七頁、最判昭和六一年一二月四日判例集未登載、最判昭和六三年一月一九日判時一二六五号七五頁に次ぐ）が、一般臨床医の平均的知見を上回るものを有する担当医はどのような注意義務を負うのかという、従来の最高裁判決で論じられていない問題を取り扱っており注

目される。

ここで一般臨床医を上回る知識を有する担当医の注意義務を決定するためには、次の二つの問題を検討する必要があると考える。第一に、注意義務の基準となるのは当時の標準的な医師の知識なのか、あるいはそれを上回る当該医師の特別の知識なのかを検討しなければならない。これは抽象的過失説の意義とその射程をどう考えるのかという問題である。しかし仮に担当医の特別の知識が注意義務を決定する際の一つの基準になり得ると解しても、それをもって直ちに当該知識に基づいて医療行為を実践する注意義務が生ずる訳ではない。すなわち第二に、注意義務ありと言えるための具体的な諸事情（医療水準の問題を含む）が、本件の事案に現実に存したかどうかを考察しなければならない。以下では、まず前者の問題を検討した上で（二）、後者の問題を考察する（三）。その上で本判決の意義について若干のコメントを加えたい（四）。

二 (1) 過失判断の前提となる注意義務の内容は通常人を基準に決定されるという説（抽象的過失説）は通説・判例である。この根拠について多くの学説は次のように説明する（例えば加藤一郎「過失判断の基準としての『通常人』」（我妻追悼）（昭和五〇）四三七頁、前田達明・民法VI$_2$（昭五五）四五―四六頁、四宮和夫・事務管理・不当利得・不法行為中巻（昭五八）三三七頁など参照）。すなわち健全な社会生活を行うためには、お互いが合理的に行動することを期待し信頼し得ることが必要であり、そのためには注意義務の基準は一般的・客観的である必要がある、と。本症に関する判例でも東京地判平成元年七月二一日判時一三三四号二一頁が、加藤説に依拠し患者側の合理的な期待ということを抽象的過失説の根拠とする。このように被害者や社会の期待ないし信頼の確保という視点をとると、①職業・地位などそれぞれの活動の場に応じて「通常人」の類型化がなされるべきこと、②類型化された通常人を下回る能力しか有していない行為者は能力不足によるリスクを自ら負担すべきことは、それぞれ説明がつく。しかし本件で問題となっているのは行為者（担当医）が通常人（当時の一般の産科医）を上回る知識を有している場合である。抽象的過失説はおそらくこのような場合を念頭に置いて唱えられたものではなかった。それだけにこの問題について判例・学説の議論は、以下に述べるとおり必ずしも十分になされているとは言えない。

(2) 本症に関する判例で担当医の特別の知識に言及したものに次のものがある。まず名古屋高判昭和五四年九月二一日高民三二巻二号一六五頁は、担当医が偶然にせよ専門的知識を有し

ていたのなら、「医療行為が本来医学的法則に基づきなされなければならないことからしても当然」に、右知識を十分に活用して患者の治療にあたるべしとしたが、当該事案では担当医の光凝固法の知識が不十分とされたため、右の判示は傍論であった。また本件原審判決の後に出された名古屋地判昭和五九年二月二二日判タ五三一号二〇七頁、福島地判昭和六〇年一二月二日判時一一八九号八七頁、大分地判昭和六一年三月二六日判タ六一五号八五頁は、いずれも担当医の過失の判断は一般的医療水準を基準とする外、当該医師が高度の臨床医学の知識を有している場合はそれを含めて考慮すべし（根拠不明）と判示するが、やはり傍論にとどまっている。このように本症に関する判例は、一般論として担当医の特別の知識を考慮して過失判断を行うことに好意的だが、その根拠は必ずしもはっきりせず、また実際にそれを行ったのは本件の原審だけであった。

(3) 学説は次のように説いている。まず旧・加藤説（注釈民法(19)（昭四〇）一三頁）は、通常人より注意力の勝る人（例えば名医など）は通常人より重い注意義務を課されないとするが、その実質的な理由としては名人に通常人より重い責任を課するのは妥当ではないからとするにとどまる。次に唄説（医事法学への歩み（昭四五）二六九頁）は、不法行為責任ではなく契約責任と構成すれば、注意義務の上限に関する限り、債務者の個別的特殊的な属性を斟酌し得るのではないかとする。さらに新・加藤説（前掲論文四三八頁）は、右の旧説を改め、通常人より能力が勝る人の場合は、その優れた能力を基準に過失を判断すべしとする。その理由として被害者の保護と事故防止という二点を指摘する。この新・加藤説には近年梶村判事も賛成している（裁判実務体系(17)（平二）一五六頁）。

(4) この問題は、比較的議論が豊富な英米法を参考にしながら次のように考えてみたい。(a)第一に、当該行為者が通常人の知識（knowledge）・技量（skill）・知性（intelligence）を上回るものを有していることを、あらかじめ相手方に主張（hold out）していた場合には、行為者に対する期待は通常人へのそれを上回るから、行為者はその高められた期待に応えて行為すべきである（英米でこれに異を唱える学説は見当らない）。これは抽象的過失説の根拠(1)参照）と整合している。(b)第二にそのような主張がなされていない場合はどうか。この場合は、行為者に対する期待という要素が弱まるため、行為者側の負担や被害者保護の要請などの利益衡量が併せ必要になると考える。まず、①通常人を上回る資質が、知識か技量か知性かで区別して考えるべきであろうか。これにつき英米の学説が、行為者が特別の知識を

有している場合にはそれに基づいて行為すべきことでほぼ一致を見ているのに対し、行為者の特別の技量や知性が問題となる場合には、注意義務の基準は通常人の資質で足りるとして知識と技量・知性とで異なる解釈をするものがある（古くは Edgerton, "Negligence, Inadvertence, and Indifference", 39 Harv.L.Rev. 849, 857-858 (1926). 最近では Street, *The Law of Torts*, 8th ed. (by Brazier), 203-206 (1988) など）のが興味を引く。その理由は必ずしも明確に説明されていないが次のように考えることができよう。普通の人はそれぞれ、日常生活の中で不可避的に多くの特別の知識を得て、それに基づいて行動している（Edgerton, *supra*, at 857）と思われる。従ってその特別の知識に基づいて行動する義務を行為者に課すことは、被害者保護に資するばかりでなく、行為者にとってもさほど負担とはならないと考えられる（例えば、通り慣れた道のある箇所に穴が開いていることを知っている運転手は、たとえ通常の運転者がそれを知らないとしても、その穴を避けて運転するのが普通だろう）。また特別の知識に基づいて行動することが日常的だと言えるのならば、社会はそれをあらかじめ、概括的にせよ、期待していると構成できなくもない。これに対して、特別の技量や知性については、それに基づいて行動することは決して日常的なことだとは言えず、またそれを常に要求するのならば行為者に不断の緊張やコストを強いることになりはしないだろうか。従って、特別の技量や知性について常にそれに見合った注意義務を負うという解釈は、一方で被害者保護に資するとはいえ、他方で必ずしも社会の期待に合致してはおらず、また行為者にも相当酷な結果となり、採ることは難しいと考えられるのである。②もっとも知識と技量・知性との間に、右のような判然とした区別を設けることができない場合もあろう。例えば、特別の知識の実践の際に同時に特別の技量を必要とする場合も考えられるし、また特別の技量や知性それ自体が問題となる場合でも、(イ)予想される損害が深刻なものであり、かつ(ロ)特別の技量や知性を現実に行使することが完全に行為者の力量内にあり負担とならないと言える場合には、一方で被害者保護の要請が高まり、他方で行為者の負担という要素は減じるから、それに見合う注意義務を負う（1 Dooley, *Modern Tort Law*, 26 (1977) 参照）という解釈の余地も出てくると思われる。

以上のように解すると、唄説（(3)参照）のように特に契約責任という構成を採らなくても、不法行為責任の枠内で行為者の特別の資質を一定の限度で考慮することが可能となろう。

(5) さて本件においては、まず、本症による失明の危険を恐

れたX_2の転院の依頼に対し、A医師は悪いようにしないから病院に任せるように、と答えている（〔事実〕一(2)参照）。これは私見(4)(a)の要素を含んでいると解せられないこともない（札幌医療過誤民事判例研究会の出席弁護士の間でも、もしこの点を上告審でX側が強調していれば、勝敗は変っていたかもしれないとする意見が多かった。ちなみに最高裁は「事実関係の要旨」で、この点に触れていない）。また、本件ではA医師の特別の知識が問題となっており、私見(4)(b)①に照らせば、その特別の知識に見合った注意義務を負うことになる。もっとも医療行為においては、当該知識に基づいて行動する際に、高度の技量を同時に必要とすることが多かろう。しかし、本件において、もし適切な治療を受けなければ失明という重大な結果が生じるのであり、またA医師に要求されている技量とは、眼底検査や光凝固法を現実に実施する（このためには熟達した小児眼科医としての経験や、眼底の所見がどのような状態となれば光凝固法を実施すべきかという詳細な知識が必要となる）ことではなく、眼底検査を依頼するための前提として、X_1の全身状態が、保育器から出て約一〇分間の眼底検査に耐えられるだけの状態となっているかどうかを――生後二、三週間を過ぎたあたりから特に注意をして――見極めることであった。この判断は、たとえA医師が医師免許取得後三年余りだったとしても、当該知識を持つ産婦人科医として、当然その力量内にあることではないだろうか（もっともこの判断においては医師の広範な裁量が認められると考える。三(2)の要件(c)に関するコメント参照）。従って、私見(4)(b)②の(イ)・(ロ)の要件もここでは満たされていると考える。これに対し本判決の判旨後段は、A医師の知見が抽象的で法的考慮に値しないとする理由として、A医師が本症に罹患した未熟児を扱った経験がなく、また光凝固手術について実施の適期等詳細を知ってはいなかったことなどをあげている。しかし右に述べた、A医師の特別の知識を実践するに必要な技量の内容に照らすと、それらはいずれも説得力に乏しい理由付けであるように思われる。

以上のように考えると、本件ではA医師の特別の知識を前提として、A医師の注意義務を論ずることが許されよう。もっともA医師の注意義務の内容はこれだけでは決定できない（一参照）。医療水準の問題も含め、より具体的な諸事情を次に検討しなければならない。

三 (1) 本件で問われているのは、A医師の眼底検査の依頼義務の有無である。そこで、これまでの判例で、担当産科医ないし小児科医の眼底検査依頼（転医を含む）義務を否定したもの（これが圧倒的に多い）を取り上げ、そこでの理由付けから、逆に

当該義務の要件を探ってみたい。(a)第一に、担当医が光凝固法の存在、有効性ないし眼底検査の必要性を認識しておらず、それは通常の臨床医の知見を下回るものではないとするものがある（前掲最判昭和五七年七月二〇日、前掲最判昭和六一年五月三〇日をはじめ、高松高判昭和五八年三月二二日判タ五〇一号二〇一頁、前掲福島地判昭和六〇年一二月二日、前掲大分地判昭和六一年三月二六日など）。これは担当医の認識の内容に注目したものである。(b)第二に、近隣に眼底検査ないし光凝固法を実施し得る病院がない、あっても受入体制が整っていないとするものがある（高松高判昭和五八年二月二四日判時一〇八七号七七頁、徳島地判昭和六〇年七月三日判時一一八二号一二九頁、前掲福島地判昭和六〇年一二月二日、秋田地判昭和六一年一〇月二〇日判タ六二五号二〇五頁など）。これは眼底検査・光凝固法の実施可能性を問うものである。(c)第三に、未熟児の全身状態が眼底検査ないし光凝固法に耐えられなかったとするものがある（那覇地判昭和五三年三月二七日判時九〇八号八二頁、前掲高松高判昭和五八年三月二二日、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）。これは未熟児の全身状態に注目したものである。(d)第四に、出生当時、光凝固法が有効な治療法として確立していなかったとするものがある。これは眼底検査それ自体は何ら治療効果を有するものではなく、光凝固法と結びついて初めて意味があるという考え方に基づいている。判例（眼科医の眼底検査実施義務が争われたものも含む）に現れた光凝固法の治療法としての確立の諸段階としては、①まず光凝固法が、開発者の試行の段階にあり追試を経ていないとされる時期がある（大阪地判昭和五一年五月一二日判時八一六号二一頁［昭和四二年八月出生児］、浦和地判昭和五八年八月二九日判時一一〇五号八六頁［昭和四四年四月出生児］など）。②次に光凝固法が、追試の段階にあるにとどまり、その有効性が一般的には承認されていないとされる時期がある（前掲最判昭和五七年七月二〇日［昭和四四年四月出生児］、前掲最判昭和六一年五月三〇日［昭和四五年一〇月出生児］、前掲最判昭和六三年一月一九日［昭和四七年一月出生児］の外、名古屋地判昭和五五年一〇月三日判タ四三八号一二九頁［昭和四四年六月出生児］、釧路地帯広支判昭和五七年六月二一日判時一一〇五号一一六頁［昭和四六年一一月出生児］、前掲徳島地判昭和六〇年七月三日［昭和四七年七月出生児］など）。③さらに、有効性が一般的に承認されたとしても、治療基準が統一されていない、あるいは副作用が明らかにされていないことが重視される段階がある（福岡高判昭和六〇年一月二四日判時一一六七号四二頁［昭和四八年三月出生児。担当小児科医が定期的眼底検査の必要性を認識していた事案］、札幌地判昭和六二年八月

二四日判時一二七六号七一頁〔昭和四七年五月出生児〕など)。

なお以上と異なり、担当医の眼底検査依頼義務を正面から肯定した判例には、本件の原審の外に、新潟地長岡支判昭和六二年九月二日判タ六四六号二三五頁〔昭和五一年一〇月出生児。(a)、(b)、(c)の要件が満たされていたとする〕、京都地判昭和六二年一二月一一日判時一二七九号五五頁〔昭和五一年一二月出生児。要件(c)が満たされていたことを重視する〕などがある。

(2) このように、担当医の眼底検査依頼義務の成立には幾つもの要件が必要である(判例が医療水準を決定する際は、要件(d)の外、要件(a)(b)などを総合的に考慮している場合が多い)ため、担当医が一般産科医を超える知識を有している場合でも、右の要件を満たしていない場合には依頼義務の成立が否定される(前掲福岡高判昭和六〇年一月二四日は、そのような事案であった)のである。そこで次に、本件の事案が右の要件を充足しているかを具体的に見てみたい。

まず本件でA産科医は眼底検査を依頼するために必要な知見を十分有していたと解せられる(二(5)参照)。従って要件(a)は充足されていると考える。

次に要件(b)もここでは満たされていると考える。なぜなら、Y病院のB医師は眼底検査を実施できる能力を有し、またやや不十分ではあった(眼底周辺部を見るために有用な倒像鏡はなかった)が眼底検査のための設備もY病院に備わっていた。さらに、近隣に光凝固法の先駆的な専門家として知られる田辺医師を擁する名鉄病院があり、A医師の紹介でX1が直ちに転院できたことを考えると、Y病院と名鉄病院との間に何らかの連絡体制が整っていたことが窺われるからである。

それでは要件(d)はどうだろうか。まず要件(d)①②について。②で取り上げた三つの最高裁判決は、昭和四四年四月ないし四七年一月当時、光凝固法は追試の段階にあると解しており、また本件の原審の認定事実によれば、昭和四六年二月当時光凝固法の追試結果は文献発表されていなかった。従ってこの点に形式的に注目すれば、当時光凝固法は試行の段階は脱していたとしても、その有効性が一般的に承認されていたとは言えないことになる。本判決の判旨前段はおそらくこの趣旨であろう。しかしY病院の存した名古屋地区においては、既に名鉄病院が昭和四四年頃から、名大病院が四五年頃から、外にも幾つかの病院が本件当時光凝固法の追試ないし実施を行っており(〔事実〕二(2)参照。なおこの点は本判決の「事実関係の要旨」において一切言及されていないことに注意)、またY病院のA医師及びB医師も光凝固法についての知見あるいは技量を有していたという特殊な

事情が存した。従って、全国的にはともかく、名古屋地区の先駆的病院間では、本件当時光凝固法の有効性に対する共通の認識ができていたと言えないだろうか（このように文献的発表に先立って、特定の地域である治療法に対する平均的認識が形成される可能性については、既に田上富信「判批」判評二三〇号二一頁、滝井繁男＝藤井勲「『医療水準論』の現状とその批判」判タ六二九号二二頁注(32)が指摘するところである。なお前掲最判昭和六三年一月一九日における伊藤正己裁判官の補足意見も、特定の地域の医師の医療水準に照らして法的責任を問い得る場合があるとする）。もっとも光凝固法の有効性は、本症のうち症状が比較的緩やかに進行するI型及び混合型については、ほぼ認められている（但し比較対象実験を経ていない等の問題点は残されている）が、症状が急速に進行するII型については医学上も見解が分かれている。そして最近の判例の中には、この点に注目して、光凝固法は今日でも有効性が確定したものとは言えないとするものがあり（前掲札幌地判昭和六二年八月二四日、甲府地判平成元年五月一〇日判時一三二四号九七頁など）、またII型の事案で医師の責任を肯定する場合でも、本症の治癒に関する不確実性を考慮して何らかの形で損害額を減額するものが多い（この点は吉田邦彦「判批」北法三九巻二号四二二―四二五頁が既に整理している）。しかし本件で原審は、X_1の罹患した本症が何型かは断定できないとしつつも、II型の発症の割合は極めて少ないこと、II型の場合でも適期に光凝固法を実施すれば予後は悲観的ではないこと、その他B医師の証言等に照らして、四月中に眼底検査を受けていればX_1が失明を回避し得た蓋然性は相当に高いと判断しており、ここではこの判断を前提に論を進めたい。次に要件(d)③について。第一に、治療基準の統一については、一般には、昭和四九年度厚生省特別研究班が発表したいわゆる「五〇年報告」によって一般臨床医が治療を行う際に依拠し得る基準が確立された、と解されている。しかし、本件では先駆的病院における治療が問題となっており、この五〇年報告の存在を過大視することは適当ではないと考える（例えば前掲東京地判平成元年七月二一日は、傍論ながら、先駆的医療機関では五〇年報告以前の段階でも光凝固法の実施時期や凝固部位について臨機応変の判断が可能であったろうとする）。第二に、副作用（網膜や硝子体などの微妙な発育のバランスが光凝固手術により干渉され、遠い将来に合併症が生ずる可能性など）については、光凝固法の最初の実施が今からわずか二〇年ほど前にすぎないため、現在でもその長期的予後は明らかではないとされている。しかしこの点を重視して光凝固法の有効な治療法としての確立を否定する（前掲札幌地判昭和六二年八月二四日参照）ことは説得

力に乏しい。むしろ副作用の問題は、光凝固法を実施しないことにより生ずる失明という重大な結果及びその蓋然性（本症が自然治療しない蓋然性）との比較衡量の中で捉えるべきである（このような手法をとる判例に福岡地小倉支判昭和五三年一〇月三日判タ三六八号一五三頁、大阪高判昭和五七年一〇月二九日判タ四八六号一五三頁、前掲東京地判平成元年七月二一日があり、いずれも副作用の問題を決定的なものとは考えていない。外に森島昭夫・不法行為法講義（昭六二）二〇〇頁参照）。少なくとも本件で光凝固手術を行った田辺医師は、本症が自然治癒しない蓋然性の高まる時期（光凝固法の実施時期）を知っていたと思われるから、この問題を過大視することは妥当ではないと考える。

以上のように考えると、最終的に問題となるのは要件(c)だけであると思われる。これについて、原審判決は第一審判決を覆し、X_1は遅くとも四月二八日以前の眼科診断日である四月二二日までに眼底検査を受け得るだけの全身状態となっていたと判断している。この判断が医学的に妥当といえるのかは私の能力を超える問題である。もっとも、未熟な全身状態のまま保育器から未熟児を取り出すと、細菌感染により脳性小児麻痺のおそれがあり、これは本症による失明よりも重大な後遺症を残すものと一般に解されている（本件でもY側はこの点を強調していた）。従って、未熟児の全身状態の判断においては、担当産科医の高度に医学的な裁量が働く余地がある（一審判決はこれを重視する）。特に本件では双胎児の第二子が既に死亡しており、A医師としても相当に慎重な対応を迫られていたものと推測される。このように考えると、例えば原審判決が、X_1の貧血状態が四月二八日になっても好転しなかったにも拘らずA医師がX_1を保育器から取り出したことに照らし、A医師は実はX_1の貧血状態をさほど重視していなかったと認定している（〔事実〕三(2)②参照）のは、いささか割り切りすぎた結果論ではないのかという疑問を禁じ得ない。この点をY側が理由不備等により争うことは可能であったと考える。

四　これまでの検討の中で本判決に対し幾つかの批判をしてきたが、以下ではその総括をしながら、さらに若干の評価を付け加えたい。第一に、本判決は判旨前段でA医師の眼底検査依頼義務を否定するにあたり、光凝固法は昭和四六年二月当時、臨床医学の実践における医療水準としては有効な治療法として確立していなかったからとしている。しかしこれは要件(d)①②についての検討（三(2)参照）で触れたように、全国レベルの一般臨床医を念頭に置いた形式的な判断に過ぎず、賛成できない。少なくとも本判決が、名古屋地区の特別の事情を一切考慮せずに

医療水準を判断しているのは説得的ではないと考える。

第二に、本判決は判旨後段でA医師の特別の知見を法的に考慮し得ない理由として、A医師の光凝固法に対する知識の抽象性を指摘している。しかし、前述のとおり（二(5)参照）、眼底検査を依頼するために必要なことは未熟児の全身状態の把握である。その際に必要とされる知識は、光凝固法に関する詳細で具体的な知識ではなく、光凝固法の実施のために眼底検査を可及的早期（生後二、三週間）に行う必要があるというA医師の知識で十分ではないだろうか。またA医師は産婦人科医であり、X_1の全身状態の把握は当該知識を有する彼の当然の力量内のことであったと考える。判旨の後段もまた疑問である。

第三に、本判決は判旨前段で眼底検査の依頼義務を否定した上で、後段でA医師の知識の抽象性を指摘し、従って「同医師の右知見を考慮しても前記〔判旨前段の――筆者注〕判断を左右するものとはいえない」としている。しかしこれは、仮にA医師の知識が具体的なものであれば、たとえ光凝固法が有効な治療法として確立していなくても、眼底検査の依頼義務が発生する余地があるという趣旨であろうか。もしそうならば賛成できない。有効とされていない治療法を実践することは、法的責任の対象となり得ても法的義務の対象とはなり得ないからである。そうではなくて、A医師の知識が具体的であれば、光凝固法の有効な治療法としての確立の判断そのものが変り得るという趣旨であろうか。しかし、A医師の知識という具体的な事情が治療法確立の判断の一資料となり得るのなら、当該判断の際に本判決が名古屋地区の特別の事情を一切捨象したことと均衡を欠くことになる。この前段と後段との関係についても判旨は不分明である。

第四に、従って本判決は、理解困難な事例的判断に止まり、その理論的な射程というものが存在するかは疑わしい。特別の知識を有する行為者の注意義務の内容という論点についても、本判決はその態度を保留している。もっとも今後の裁判例に及ぼす事実的な波及効として、本判決が光凝固法の医療水準について、全国レベルの一般臨床医への普及度をもとに形式的な判断をしたということの持つ意味は少なくないかもしれない。本症自体に限定すれば、近年では「五〇年報告」（三(2)(d)③参照）以降に出生した未熟児について争われる判例も出始め（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〔昭和五五年八月出生児〕、広島地判平成元年一一月一五日判時一三五二号九五頁〔昭和五三年八月出生児〕、大阪地判平成元年一一月二四日判時一三五二号九五頁〔昭和五六年五月出生児〕など）、そこでは医療水準の問題

はもはや主要な争点とされていない。しかし光凝固法以外の治療法が今後問題となる場合に、本判決を一つの参考にして、形式的な判断が安易になされかねないことが懸念される（この意味で、前掲最判昭和六三年一月一九日における伊藤裁判官の補足意見（三(2)(d)①②参照）が、医療水準を全国一律に判断することに反対していることは注目されるべきである。もっとも伊藤裁判官も、当該事案では全国的な医療水準の未確立をもって医師の過失を否定した原判決の結論に賛成している）。

以上を要するに、本判決は判断の各過程において具体的な事情を考慮に入れることを嫌った（この背後には判断のコストを軽減しようとする姿勢が、あるいは存するのであろうか？）、説得力の乏しい判決であると考える。

本判決には手嶋豊助教授の分析（民商九九巻四号五五頁）、瀬戸正義調査官の解説（ジュリ九二七号七七頁）、野田寛教授の評釈（判評三六九号四六頁）がある。なお原判決には若杉芳博氏の研究（愛知学院大学法研会論集九巻一号二二三頁）がある。