

損害賠償訴訟と人権運動（資料編）

明治大学法科大学院 医事法継続教育
2017年度講座（2018年1月27日、28日）
担当 鈴木 利 廣

I. 展開の損害賠償責任要件論

（資料1）損害賠償責任要件の比較	 2
（資料2-1）医療過誤：最判破棄一覧	 3
（資料2-2）医療過誤：その他重要最判一覧	 5
（資料3-1）医療過誤・因果関係：最判一覧	 6
（資料3-2）医療過誤・因果関係：最判紹介	 7
（資料3-3）医療過誤・因果関係の起点：最判の混乱	 10
（資料4-1）医療過誤・注意義務違反判断基準：最判一覧	 11
（資料4-2）医療過誤・注意義務違反判断基準：最判紹介	 12
（資料4-3）安全確保義務に関する判例	 16
（資料5-1）医療過誤・説明義務違反：最判一覧	 18
（資料5-2）医療過誤・説明義務違反：最判紹介	 19
（資料6）医療事故案における損害論の特殊性	 24

II. 戦略的民事訴訟手続論

（資料7）医療過誤：わかりやすい訴状書き方試案	 26
（資料8）医療過誤訴訟における争点整理の手法	 31
（資料9）鈴木式「敵性医師尋問の心得」	 34
（資料10）被害者尋問の意義	 36
（資料11-1）医療過誤・鑑定評価：最判破棄一覧	 38
（資料11-2）医療過誤訴訟における鑑定結果の評価について	 40

(資料 1) 損害賠償責任要件の比較

		不法行為 (民709)	債務不履行 (民415)
因果関係		事実的因果関係論	予見可能性を要件とする相当因果関係論 (民416)
注意義務違反	故意・過失	結果の具体的予見可能性を前提とする回避義務違反 (結果回避義務違反説)	責めに帰すべき事由 * 立証責任は 債務者 (加害者)
	違法性	権利・法益の侵害 (結果不法) を行為態様 (行為不法) との相関関係で判断 (相関関係説)	債務の本旨に従った履行をしないこと * 債務の本旨は合意、信義則等によって決まる
損害		基本的には同一	

(資料 2-1) 医療過誤：最判破棄一覧

＊平成 7 年以降

＊~~23~~~~24~~~~26~~~~27~~~~28~~~~29~~を除き、すべて患者側逆転勝訴

- ① 平成 7 年 5 月 30 日 最高裁第三小法廷判決（判時 1553-78）
新生児核黄疸、退院時の説明・指導義務
- ② 平成 7 年 6 月 9 日 最高裁第二小法廷判決（民集 49-6-1499、判時 1537-3）
未熟児網膜症、医療水準
- ③ 平成 8 年 1 月 23 日 最高裁第三小法廷判決（民集 50-1-1、判時 1571-57）
腰椎麻酔ショック、医薬品の添付文書の記載と過失、慣行否定、鑑定に問題あり
- ④ 平成 9 年 2 月 25 日 最高裁第三小法廷判決（民集 51-2-502、判時 1598-70）
顆粒球減少症、鑑定と裁判上の証明（認定）、開業医の注意義務
- ⑤ 平成 11 年 2 月 25 日 最高裁第一小法廷判決（民集 53-2-235、判時 1668-60）
肝がん、医師の不作为と因果関係
- ⑥ 平成 11 年 3 月 23 日 最高裁第三小法廷判決（判時 1677-54）
脳神経減圧術、手技ミス（過失・因果関係）の認定、鑑定に問題あり
- ⑦ 平成 12 年 9 月 7 日 最高裁第一小法廷判決（判例集未登載）
脳梗塞、不作为と損害（後遺障害）との因果関係
- ⑧ 平成 13 年 2 月 16 日 最高裁第二小法廷判決（判例集未登載）
急性虫垂炎、重篤な結果を予見すべき時期の判断、鑑定に問題あり
- ⑨ 平成 13 年 3 月 13 日 最高裁第三小法廷判決（民集 55-2-328、判時 1747-87）
交通事故との競合（自判）
- ⑩ 平成 13 年 6 月 8 日 最高裁第二小法廷判決（判タ 1073-145、判時 1765-44）
細菌感染症、細菌検査を予見し得べき時期
- ⑪ 平成 13 年 11 月 16 日 最高裁第二小法廷判決（判例集未登載）
腹部大動脈瘤破裂、死因の説明、鑑定に問題あり
- ⑫ 平成 13 年 11 月 27 日 最高裁第三小法廷判決（民集 55-6-1154、判タ 1079-198、
乳癌、説明義務 判時 1769-56）
- ⑬ 平成 14 年 11 月 8 日 最高裁第二小法廷判決（判タ 1111-135、判時 1809-30）
S J S（スチーブンスン・ジョンソン症候群）
- ⑭ 平成 15 年 11 月 11 日 最高裁第三小法廷判決（民集 57-10-1466、判タ 1140-86）
急性脳症、転送義務、結果回避の相当程度の可能性と慰謝料

- ⑮ 平成 15 年 11 月 14 日 最高裁第二小法廷判決 (判タ 1141-143、判時 1847-30)
食道癌、 気道確保義務
- ⑯ 平成 16 年 1 月 15 日 最高裁第一小法廷判決 (判時 1853-85)
スキルス胃癌、 相当程度の可能性
- ⑰ 平成 16 年 9 月 7 日 最高裁第三小法廷判決 (判タ 1169-158、判時 1880-65)
抗生剤ショック、 経過観察
- ⑱ 平成 17 年 9 月 8 日 最高裁第一小法廷判決 (判タ 1192-249、判時 1912-16)
経膈分娩か帝王切開か、 説明義務
- ⑲ 平成 18 年 1 月 27 日 最高裁第二小法廷判決 (判タ 1205-146、判時 1927-57)
MR S A、 鑑定に問題あり
- ⑳ 平成 18 年 4 月 18 日 最高裁第三小法廷判決 (判時 1933-80)
冠状動脈バイパス手術後の腸管壊死
- ㉑ 平成 18 年 10 月 27 日 最高裁第二小法廷判決 (判タ 1225-220、判時 1951-59)
未破裂脳動脈瘤コイル塞栓術、説明義務
- ㉒ 平成 18 年 11 月 14 日 最高裁第三小法廷判決 (判タ 1230-88、判時 1956-77)
ポリープ摘出術後出血性ショック、鑑定意見書評価
- ㉓ 平成 19 年 4 月 3 日 最高裁第三小法廷判決 (判タ 1240-176、判時 1969-57)
精神科吐物誤えん窒息死 (認容判決の破棄)
- ㉔ 平成 20 年 4 月 24 日 最高裁第一小法廷判決 (判タ 1271-86、判時 2008-86)
心臓手術死、チーム医療総括責任者の説明義務 (認容判決の破棄)
- ㉕ 平成 21 年 3 月 27 日 最高裁第二小法廷判決 (判時 2039-12)
骨折手術中の麻酔事故死、過失と因果関係
- ㉖ 平成 22 年 1 月 26 日 最高裁第三小法廷判決 (最高裁ホームページ)
身体拘束 (認容判決の破棄)
- ㉗ 平成 23 年 2 月 25 日 最高裁第二小法廷判決 (判時 2108-45)
骨折手術後の後遺症、期待権侵害 (認容判決の破棄)
- ㉘ 平成 23 年 4 月 26 日 最高裁第三小法廷判決 (判時 2117-3、判タ 1348-92)
精神科診療後の P T S D、因果関係 (認容判決の破棄)
- ㉙ 平成 28 年 4 月 21 日 最高裁第一小法廷判決 (最高裁ホームページ)
拘置所カテーテル挿入による鼻腔出血、安全配慮義務 (認容判決の破棄)

(資料 2-2) 医療過誤：その他重要最判一覧

(1) 平 7 以前

- ①最判昭 36.2.16 民集 15-2-244 (輸血梅毒事件)
- ②最判昭 44.2.6 民集 23-2-195 (水虫レントゲン照射事件)
- ③最判昭 50.10.24 民集 29-9-1417、判時 792-3 (東大ルンバール事件)
*破棄判決
- ④最判昭 56.6.19 判時 1011-54 (頭蓋骨陥没骨折事件)
- ⑤最判昭 57.3.30 判タ 468-76 (未熟児高山日赤事件)

(2) 平 7 以降

- ⑥最判平 7.4.25 判時 1530-53 (胆のう癌不告知事件)
- ⑦最判平 8.9.3 判時 1594-32 (精神病患者の殺人事件)
- ⑧最判平 12.2.29 民集 54-2-582、判時 1710-97 (エホバの証人事件)
- ⑨最判平 12.9.22 民集 54-7-2574、判時 1728-31 (心筋梗塞事件)
- ⑩最判平 14.9.24 判時 1803-28 (末期肺癌告知事件)
- ⑪最判平 15.7.18 判例集未登載 (定期検診見落事件)
- ⑫最判平 17.12.8 判タ 1202-249、判時 1923-26 (拘置所脳梗塞事件)

(資料 3-1) 医療過誤・因果関係：最判一覧

- ① 水虫レントゲン照射事件
最判昭和 44 年 2 月 6 日 民集 23-2-195
- ② 東大ルンバール事件
最判昭和 50 年 10 月 24 日 民集 29-9-1417
- ③ 顆粒球減少症事件
最判平成 9 年 2 月 25 日 判時 1598-70
- ④ 肝細胞癌事件
最判平成 11 年 2 月 25 日 判時 1668-60
- ⑤ 脳神経減圧術事件
最判平成 11 年 3 月 23 日 判時 1677-54
大阪高判平成 13 年 7 月 26 日 判時 1797-51
- ⑥ 心筋梗塞事件
最判平成 12 年 9 月 22 日 判時 1728-31
- ⑦ 急性脳症事件
最判平成 15 年 11 月 11 日 判時 1845-63
- ⑧ スキルス胃癌事件
最判平成 16 年 1 月 15 日 判時 1853-85
- ⑨ 拘置所脳梗塞事件
最判平成 17 年 12 月 8 日 判時 1853-85、判タ 1202-249
- ⑩ ポリープ摘出術後出血性ショック事件
最判平成 18 年 11 月 14 日 判時 1956-17、判タ 1230-88
- ⑪ 麻酔薬過量投与死事件
最判平成 21 年 3 月 27 日 判時 2039-12
- ⑫ 骨接合術後の深部静脈血栓症事件
最判平成 23 年 2 月 25 日 判時 2108-45
- ⑬ 精神科診療後の P T S D 事件
最判平成 23 年 4 月 26 日 判時 2117-3、判タ 1348-92

(資料 3-2) 医療過誤・因果関係：最判紹介

1. 判例①最判昭 44.2.6

「原判決が適法に確定した事実、すなわち、被上告人がいわゆる水虫（汗疱性白癬。以下単に水虫という）に罹患し、その治療をした経過、国立東京第一病院（以下単に東一病院という）と京都大学医学部附属病院（以下単に京大病院という）におけるレントゲン線照射（以下単にレ線照射という）の時期、量、回数および部位、レ線照射と皮膚癌の発生との間の統計的因果関係などの諸事実、とくにレ線照射と癌の発生との間に統計上の因果関係があり、しかも、レ線照射を原因とする皮膚癌は他の発生原因と比べると比較的多いこと、被上告人は、昭和二五年四月一九日から同二七年七月二九日までの約二年三箇月の間に東一病院で、前後四四回にわたり水虫にかかっていた左右足蹠の部分に合計五〇四〇レントゲン線量（以下単にレ線量という）の照射を加え、本件皮膚癌は、その照射部分についてのみ発生したことの諸事実に徴すると、本件皮膚癌の発生は東一病院の本件レ線照射がその主要な原因をなしていると判示した原判決の判断は、当審も、これを正当として肯認しえないわけではない。」

2. 判例②最判昭 50.10.24、判例③最判平 9.2.25

「訴訟上の（因果関係の）立証は、一点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく、経験則に照らし全証拠を総合検討し、特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性を証明することであり、その判定は通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうるものであることを必要とし、かつそれで足りるものである。」

3. 鑑定意見の評価をめぐって

＊自然科学的証明論に陥りがちな下級審への批判

(1) 判例③最判平 9.2.25

「本件鑑定は・・・症状のすべてを合理的に説明し得ているものではなく、経験科学に属する医学の分野における一つの仮説を述べたにとどまり、医学研究の見地からはともかく、訴訟上の証明の見地からみれば起因剤及び発症日を認定する際の決定的証拠資料ということはできない。そうすると、本件鑑定のみに依拠して、ネオマイゾンが唯一単独の起因剤であり、・・・本症発症日を4月13日から14日朝とした原審認定は経験則に違反したものというべきである」

(2) 判例⑤最判平 11.3.23

「本件手術の施行とその後の・・・脳内血腫の発生との関連性を疑うべき事情が認められる本件においては、他の原因による血腫発生も考えられないではないという極めて低い可能性があることをもって、本件手術の操作上に誤りがあったと推認することはできないとし、・・・発生した血腫の原因が本件手術にあることを否定した原審の認定判断には、

経験則ないし採証法則違背があると言わざるを得ず」

(3) 判例⑩最判平 18.11.14

「Bは、5月2日早朝に初めて多量の出血があったのではなく、4月29日から既に出血傾向にあったのであるから、5月2日早朝までに輸血を追加して、Bの全身状態を少しでも改善しながら、その出血原因への対応手段を執っていれば、Bがショック状態になることはなく、死亡の事態は避けられたとみる余地が十分にあると考えられ、G意見書……は、相当の合理性を有することを否定できないのであり、むしろ、E意見書……の方に疑問があるというべきである。それにもかかわらず、原審は、G意見書とE意見書の各内容を十分に比較検討する手続を執ることなく、E意見書……をそのまま採用して、上記因果関係を否定したのではないかと考えられる。このような原審の判断は、採証法則に違反するものといわざるを得ない。」

4. 疫学的因果関係論（集団的一般的因果関係論）

名古屋高判 金沢支部 昭 57.8.9 判時 674・32（イタイイタイ病判決）

「およそ公害訴訟における因果関係の存否を判断するに当たっては、企業活動に伴って発生する大気汚染、水質汚濁等による被害は空間的にも広く、時間的にも長く隔たった不特定多数の広範囲に及ぶことが多いことに鑑み、臨床医学や病理学の側面からの検討のみによっては因果関係の解明が十分に達せられない場合においても、疫学を活用していわゆる疫学的因果関係が証明された場合には原因物質が証明されたものとして、法的因果関係も存するものと解するのが相当である。」

5. 不作為の法的因果関係論

(1) 高度の蓋然性説（生命健康を被侵害利益として）

判例④最判平 11.2.25

～法的因果関係としての「高度の蓋然性」の存在

判例②を引用したうえで

「右は、医師が注意義務に従って行うべき診療行為を行わなかった**不作為**と患者の死亡との間の因果関係の存否の判断においても異なるところはなく、経験則に照らして統計資料その他の医学的知見に関するものを含む全証拠を総合的に検討し、医師の右不作為が患者の当該時点における死亡を招来したこと、換言すると、医師が注意義務を尽くして診療行為を行っ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であろうことを是認し得る高度の蓋然性が証明されれば、医師の右不作為と患者の死亡との間の因果関係は肯定されるものと解すべきである。患者が右時点の後いかほどの期間生存し得たかは、主に得べかりし利益その他の損害の算定に当たって考慮されるべき事由であり、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。」

(2) 相当程度の可能性（新たな法益の設定）

イ. 判例⑥最判平 12.9.22

～死亡との法的因果関係（高度の蓋然性）を否定して、「相当程度の可能性」侵害を前提に賠償責任を肯定した判例

「疾病のため死亡した患者の診療に当たった医師の医療行為が、その過失により、当時の医療水準にかなったものでなかった場合において、右医療行為と患者の死亡との間の因果関係の存在は証明されないけれども、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存在が証明されるときは、医師は、患者に対し、不法行為による損害を賠償する責任を負うものと解するのが相当である。」

＊判例⑧は、3ヶ月前の治療開始により良好な結果が得られたものと認めるのが合理的として、相当程度の可能性について一応の証明の理論（間接証明）で推定し、不存在の特段の事情の立証責任を被告に事実上転換して肯定した。

ロ．判例⑦最判平 15.11.11

- ・判例⑥を引用したうえで、義務違反行為と重大な後遺症残存との間の因果関係につき

「適切な……医療行為を受けていたならば、……重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性の存在が証明されるときは、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」

- ・完全回復率 23%について「相当程度の可能性が存することをうかがわせる」とした。

(3) 期待利益侵害（更なる法益侵害の可否）

イ．判例⑨最判平 17.12.8

「上告人に重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性の存在が証明されたということができない以上、……国家賠償請求は理由がない」

＊2つの補足意見と1つの反対意見（2名分）あり。

反対意見は、「相当程度の可能性を侵害されたこと」と「適切な医療行為を受ける利益を侵害されたこと」とは別個の利益侵害であるとし、最判平 12.2.29 エホバの証人輸血拒否事件判決、最判平 13.11.27 乳がん事件判決、最判平 14.9.24 末期がん事件判決、最判平 17.9.8 経膈分娩事件判決を列举して、適切な医療行為を受ける利益を侵害されたとして精神的損害を賠償すべきとした。

ロ．判例⑫最判平 23.2.25

「患者が適切な医療行為を受けることができなかった場合に、医師が、患者に対して、適切な医療行為を受ける期待権の侵害のみを理由とする不法行為責任を負うことがあるか否かは、当該医療行為が著しく不適切なものである事案について検討し得るにとどまるべきものである」

6. 過失と因果関係の関連性について

- (1) 判例⑪は、麻酔薬の投与量の調整を怠った過失の存在により過失行為と死亡との相当因果関係を肯定した。
- (2) 判例⑬は、医師の言動について注意義務違反と言えないとして、言動と PTSD との相当因果関係を否定した。

(資料 3-3) 医療過誤・因果関係の起点：最判の混乱

1. 作為型

(1) 行為（作為）を起点とする判例

- ① 最判昭和 50 年 10 月 24 日（東大ルンバール事件）
「本件発作及びその後の病変と本件ルンバールとの間に因果関係を肯定するのが相当である」
- ⑨ 最判平成 18 年 11 月 14 日（ポリープ摘出術後出血性ショック事件）
「行為と死亡との間の因果関係」
- ⑪ 最判平成 23 年 4 月 26 日（精神科 PTSD 事件）
「本件言動と本件症状が生じたことの間に相当因果関係があるということができない」

(2) 注意義務違反（過失）を起点とする判例

- ⑧ 最判平成 16 年 9 月 7 日（アナフィラキシーショック死事件）
「過失と死亡との因果関係」
- ⑩ 最判平成 21 年 3 月 27 日（麻酔薬過量投与死事件）
「死亡の原因となった過失」

2. 不作為型

(1) 行為（不作為）を起点とする判例

- ④ 最判平成 11 年 2 月 25 日（肝細胞癌事件）
「不作為と死亡との間の因果関係の存否」（なお、後段では「前記注意義務違反と死亡との間には因果関係が存在する」との記載あり）
- ⑤ 最判平成 12 年 9 月 22 日（心筋梗塞事件）
「右医療行為と患者の死亡との間の因果関係」

(2) 注意義務違反を起点とする判例

- ② 最判平成 7 年 5 月 30 日（新生児核黄疸事件）
「右措置の不適切と核黄疸罹患との間には相当因果関係が肯定される」
- ③ 最判平成 8 年 1 月 23 日（腰椎麻酔ショック事件）
「この過失と脳機能低下症発症との間の因果関係」
- ⑥ 最判平成 15 年 11 月 11 日（急性脳症事件）
「転送義務違反と後遺症との間の因果関係」
- ⑦ 最判平成 16 年 1 月 15 日（スキルス胃癌事件）
「過失と死亡との因果関係」

(資料 4-1) 医療過誤・注意義務違反判断基準：最判一覧

(1) 東大輸血梅毒事件

最判昭 36.2.16 民集 15-2-244

(2) 水虫レントゲン照射事件

最判昭 44.2.6 民集 23-2-195

(3) 高山赤十字病院未熟児網膜症事件

最判昭 57.3.30 裁判集民事 135-563

(4) 姫路赤十字病院未熟児網膜症事件

最判平 7.6.9 民集 49-6-1499

(5) 腰椎麻酔ショック死事件

最判平 8.1.23 判時 1571-57

(資料 4-2) 医療過誤・注意義務違反判断基準：最判紹介

(1) 東大輸血梅毒事件判決

(最判昭和 36 年 2 月 16 日民集 25-2-244)

①事案の概要

売春婦に接した職業的給血者（血液幹旋所の会員証、血清反応陰性の血液検査証明書を持参）に対し、医師は、「身体は丈夫か」と尋ねただけにとどまり、梅毒感染の危険の有無を問診しなかったことから、採血した血液を輸血された患者が梅毒に感染させられた。

②判決（上告棄却、患者勝訴）

- i) 「いやくしも人の生命及び健康を管理すべき業務（医業）に従事する者は、その業務の性質に照し、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のは、已むを得ないところといわざるを得ない。」
- ii) 「注意義務の存否は、もともと法的判断によって決定されるべき事項であって、仮に所論のような慣行が行われていたとしても、それは唯だ過失の軽重及びその度合を判定するについて参酌さるべき事項であるにとどまり、そのことの故に直ちに注意義務が否定されるべきいわれはない。」

(2) 水虫レントゲン照射事件判決

(最判昭和 44 年 2 月 6 日民集 23-2-195)

①事案の概要

水虫の治療にあたり過大なレントゲン照射をした（当時の知見で、発癌の危険を伴わないとされていた照射量は 600～1000Y とされていたところ、5040Y を照射した）ことから、皮膚癌となり両下肢切断に至った。

②判決（上告棄却、患者勝訴）

東大輸血梅毒事件判決の i) 部分を引用した後、

「医師としては、患者の病状に十分注意しその治療方法の内容および程度等については診療当時の医学的知識にもとづきその効果と副作用などすべての事情を考慮し、万全の注意を払って、その治療を実施しなければならないことは、もとより当然である」

(3) 未熟児網膜症・高山赤十字病院事件

(最判昭和 57 年 3 月 30 日裁判集民事 135-563)

*一審判決は岐阜地判昭 49 年 3 月 25 日判時 738-39（請求認容）

*未熟児網膜症事案の最判は、(3)(4)を含めて9件が公刊されている。

①事案の概要

昭和44年12月に出生した未熟児に対して、光凝固法やそのための眼底検査を行わず、光凝固法の実施が可能な施設にも転医させず、未熟児網膜症による視力障害となった。

②判決（上告棄却、患者敗訴）

東大輸血梅毒事件判決のi) 部分を引用した後、

「右注意義務の基準となるべきものは、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」

(4) 未熟児網膜症・姫路赤十字病院事件

(最判平成7年6月9日民集49-6-1499)

*差戻審大阪高判平成9年12月4日判タ977-205、再上告審最判平成10年12月17日判

*最判昭和63年1月19日判時1265-75伊藤正己の補足意見が多数意見に(2. (2)参照)

*これまでの判決は昭和50年線引論

①事案の概要

昭和49年12月に出生した未熟児について、光凝固法やそのための眼底検査を行わず、光凝固法の実施が可能な施設にも転医させず、未熟児網膜症による視力障害となった。

②判決（破棄差戻、患者勝訴）

東大輸血梅毒事件判決（最善注意義務）、未熟児網膜症・高山赤十字事件判決（医療水準論）を引用し、「**診療契約**に基づき医療機関に要求される医療水準とはどのようなものであるかについて検討する。」としたうえで、

「ある新規の治療法の存在を前提にして検査・診断・治療等に当たることが**診療契約**に基き医療機関に要求される医療水準であるかどうかを決するについては、

a) 当該医療機関の性格、

b) 所在地域の医療機関の特性

等の諸般の事情を考慮すべきであり、右の事情を捨象して、すべての医療機関について**診療契約**に基き要求される医療水準を一律に解するのは相当でない。

そして、新規の治療法に関する知見が

a) 当該医療機関と類似の特性を備えた医療機関に相当程度普及しており、

b) 当該医療機関において右知見を有することを期待することが相当と認められる場合には、

c) 特段の事情が存しない限り、
右知見は右医療機関にとっての医療水準であるというべきである。

そこで、

- a) 当該医療機関としてはその履行補助者である医師等に右知見を獲得させておくべきであって、
仮に、履行補助者である医師等が右知見を有しなかったために、右医療機関が右治療法を実施せず、又は実施可能な他の医療機関に転医させるなど適切な措置を採らなかったために患者に損害を与えた場合には、当該医療機関は、**診療契約**に基づく債務不履行責任を負うものというべきである。
- b) 新規の治療法実施のための施術・設備等を有しない場合には、右医療機関は、これを有する他の医療機関に転医をさせるなど適切な措置を採るべき義務がある。」

(5) 腰椎麻酔ショック事件判決

(最判平成8年1月23日判時1571-57)

①事案の概要

麻酔薬の添付文書(能書)の「使用上の注意事項」のとおり、血圧管理をしなかったことから、腰椎麻酔ショック(腰椎麻酔剤の影響により、血圧低下→脳血流減少→低酸素脳症→心停止・呼吸停止になるショック)となり、重度の脳機能低下症の後遺症が生じたケース

②判決(破棄差戻、患者勝訴)

- a) 東大輸血梅毒事件(最善注意義務)、未熟児網膜症・高山赤十字病院事件(医療水準論)、未熟児網膜症・姫路赤十字病院事件(医療水準相対説)の各判決を引用した後

「医療水準は、医師の注意義務の基準(規範)となるものであるから、平均的医師が現に行っている医療慣行とは必ずしも一致するものではなく、医師が医療慣行に従った医療行為を行ったからといって、医療水準に従った注意義務を尽くしたと直ちにいうことはできない」

*薬害エイズ帝京大病院事件刑事判決

(東京地判平成13年3月28日判時1763-17(p193))

「刑事責任が認められるのは、通常の血友病専門医が本件当時の被告人の立場に置かれれば、およそそのような判断はしないはずであるのに、利益に比して危険の大きい医療行為を選択してしまったような場合であると考えられる。」(注：刑事責任は医療慣行と注意義務基準は一致？ なお、最判平成19年3月26日横浜市立大学病院事件刑事判決は、患者の同一性確認のような基本的義務について医療慣行で免責しない)

- b) 「医師が医薬品を使用するに当たって右文書に記載された使用上の注意事項に従わず、それによって医療事故が発生した場合には、これに従わなかったことにつき特段の合理的理由がない限り、当該医師の過失が

推定されるものというべきである。」

＊「添付文書は、医薬品の副作用等につき最も高度な情報を有している製造業者等によって患者の安全を確保するために記載されるもの」「少なくとも添付文書に反する措置を採った以上、その合理性を医師側が明らかにする必要があると考えられる。本判決のいう過失が推定されるとは右の趣旨をいうものと思われる。」（最高裁判例解説）

（６）一応のまとめ

- ・「人の生命及び健康を管理すべき業務（医業）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のであるが、具体的な個々の案件において、債務不履行又は不法行為をもって問われる医師の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。そして、この臨床医学の実践における医療水準は、全国一律に絶対的な基準として考えるべきものではなく、診療に当たった当該医師の専門分野、所属する診療機関の性格、その所在する地域の医療環境の特性等の諸般の事情を考慮して決せられるべきものであるが、医療水準は、医師の注意義務の基準（規範）となるものであるから、平均的医師が現に行っている医療慣行とは必ずしも一致するものではなく、医師が医療慣行に従った医療行為を行ったからといって、医療水準に従った注意義務を尽くしたと直ちにいうことはできない。」（最判平成８年１月２３日）

(資料 4-3) 安全確保義務に関する判例

1. 安全配慮義務（生命及び健康等を危険から保護するよう配慮すべき義務）

(1) 最判昭和 50 年 2 月 25 日民集 29-143

「安全配慮義務は、ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係に入った当事者間において、当該法律関係の付随義務として、当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上負う義務として一般的に認められるべきもの」

(2) 最判平成 28 年 4 月 21 日最高裁ホームページ

「未決勾留による拘禁関係は当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上の安全配慮義務を負うべき特別な社会的接触の関係とはいえない。」

2. 医療専門職の責任（資料 4-2 参照）

(1) 東大輸血梅毒事件判決

（最判昭和 36 年 2 月 16 日民集 25-2-244）

①事案の概要

売春婦に接した職業的給血者（血液幹旋所の会員証、血清反応陰性の血液検査証明書を持参）に対し、医師は、「身体は丈夫か」と尋ねただけにとどまり、梅毒感染の危険の有無を問診しなかったことから、採血した血液を輸血された患者が梅毒に感染させられた。

②判決

「いやくしも人の生命及び健康を管理すべき業務（医業）に従事する者は、その業務の性質に照し、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のは、已むを得ないところといわざるを得ない。」

(2) 水虫レントゲン照射事件判決

（最判昭和 44 年 2 月 6 日民集 23-2-195）

①事案の概要

水虫の治療にあたり過大なレントゲン照射をした（当時の知見で、発癌の危険を伴わないとされていた照射量は 600～1000y とされていたところ、5040y を照射した）ことから、皮膚癌となり両下肢切断に至った。

②判決（上告棄却、患者勝訴）

上記東大輸血梅毒事件判決を引用した後、

「医師としては、患者の病状に十分注意しその治療方法の内容および程度等については診療当時の医学的知識にもとづきその効果と副作用な

どすべての事情を考慮し、万全の注意を払って、その治療を実施しなければならないことは、もとより当然である」

3. 薬害の企業責任

クロロキン薬害 東京高判昭 63.3.11 判時 1271-400

「医薬品の製造または輸入を業とする者は、人の病気の予防、治療に供する目的とはいっても、その反面、前記のような本質的に人の身体、健康に有害な危険が顕在もしくは内在する化学物質たる医薬品を製造し、輸入し、ひいてはこれを販売して当然利潤を得ているのであるから、その製造、販売等に伴う法的責任は非常に重いものであるといわざるを得ず、薬事法の諸規定を遵守しなければならないのは無論のこと、その時々最高の医学、薬学等の学問技術水準に依拠して、医薬品の最終使用者である医師や患者らを含む一般国民に対し、その本来の使用目的（治療効果）以外の働き、作用による危険を未然に防止するよう努めなければならない注意義務があり、その注意義務の内容も医薬品の開発、製造段階から販売、使用後の段階までにわたる広汎なものであると解せられる。」

4. 薬害の行政責任

クロロキン事件判決（最判平 7.6.23 判時 1539-32）は改正前薬事法下でも規制権限ありとした。

「薬事法が医薬品の製造、販売等について各種の規制を設けているのは、医薬品が国民の生命及び健康を保持する上での必需品であることから、医薬品の安全性を確保し、不良医薬品による国民の生命、健康に対する侵害を防止するためである。」「薬事法の前記の各規制は、医薬品の品質面における安全性のみならず、副作用を含めた安全性の確保を目的とするものと解されるのである。」「前記の薬事法の目的に照らせば、厚生大臣は、特定の医薬品を日本薬局方に収載し、又はその製造の承認（承認事項の一部変更である効能追加の承認を含む。以下、同じ。）をするに当たって、当該医薬品の副作用を含めた安全性についても審査する権限を有するものであり、……」

(資料5-1) 医療過誤・説明義務違反：最判一覧

- ① 頭蓋骨陥没骨折開頭手術事件判決
最判昭和 56 年 6 月 19 日 判時 1011-54
- ② 胆のう癌不告知事件判決
最判平成 7 年 4 月 25 日 判時 1530-53
- ③ 新生児核黄疸事件判決
最判平成 7 年 5 月 30 日 判時 1553-78
- ④ エホバの証人輸血事件判決
最判平成 12 年 2 月 29 日 判時 1710-97
- ⑤ 乳ガン事件判決
最判平成 13 年 11 月 27 日 判時 1769-56
- ⑥ 肺癌不告知事件判決
最判平成 14 年 9 月 24 日 判時 1803-28
- ⑦ 経膈分娩事件判決
最判平成 17 年 9 月 8 日 判タ 1192-249
- ⑧ 未破裂脳動脈流コイル塞栓術事件判決
最判平成 18 年 10 月 27 日 判タ 1225-220
判時 1951-59
- ⑨ 心臓手術死事件判決
最判平成 20 年 4 月 24 日 判タ 1271-86
判時 2008-86

(資料 5-2) 医療過誤・説明義務違反：最判紹介

1. 悪しき結果（生命健康侵害）の回避義務違反

(1) 医原病型（作為型）

＊説明義務の内容は、㉔病状・病名㉕医療行為の内容㉖その有効性㉗危険性㉘行わなかった場合の予後㉙他の選択肢との比較

＊医原病型と危険の回避

＊因果関係論及び損害論についての問題あり。

①緊急手術における説明義務

・判例①最判昭 56.6.19 判時 1011-54（頭蓋骨陥没骨折開頭手術事件判決）→説明内容㉕㉗（但、不確定要素不要）

＊「頭蓋骨陥没骨折の傷害を受けた患者の開頭手術を行う医師には、右手術の内容及びこれに伴う危険性を患者又はその法定代理人に対して説明する義務があるが、そのほかに、患者の現症状とその原因、手術による改善の程度、手術をしない場合の具体的予後内容、危険性について不確定要素がある場合にはその基礎となる症状把握の程度、その要素が発現した場合の対処の準備状況等についてまで説明する義務はない」

＊本件は緊急手術の事案。患者が認識し、当然認識すべき事情については説明義務がないとされている。

②説明義務の内容と未確立療法

・判例⑤最判平 13.11.27 判時 1769-87（乳癌事件判決）→㉕㉖㉘㉙

＊なお、仙台高判平 6.12.15 判時 1536-49（腰椎ヘルニア手術事件判決）は「しない場合の予後の見通し」も説明すべきとする。

a. 説明義務の一般原則

＊「医師は、患者の疾患の治療のために手術を実施するに当たっては、**診療契約**に基づき、特別の事情のない限り、患者に対し、当該疾患の診断（病名と病状）、実施予定の手術の内容、手術に付随する危険性、他に選択可能な治療方法があれば、その内容と利害得失、予後などについて説明すべき義務があると解される。」

＊「ここで問題とされている説明義務における説明は、患者が自らの身に行われようとする療法（術式）につき、その利害得失を理解した上で、当該療法（術式）を受けるか否かについて熟慮し、決断することを助けるために行われるものである。……医療水準として確立した療法（術式）が複数存在する場合には、患者がそのいずれを選択するかにつき**熟慮の上**、判断することができるような仕方それぞれの療法（術式）の違い、利害得失を分かりやすく説明することが求められるのは当然である。」

b. 未確立療法と説明義務

＊「当時としては**未確立な療法**（術式）とされていた乳房温存療法についてまで、選択可能な他の療法（術式）として被上告人に説明義務があったか否

か、あるとしてどの程度にまで説明することが要求されるのかが問題となっている。」

- ＊「一方は既に医療水準として確立された療法（術式）であるが、他方は医療水準として未確立の療法（術式）である場合、医師が後者について常に選択可能な他の療法として説明すべき義務を負うか、また、どこまで説明すべきかは、實際上、極めて難しい問題である。」

「一般的にいうならば、実施予定の療法（術式）は医療水準として確立したものであるが、他の療法（術式）が医療水準として未確立のものである場合には、医師は後者について常に説明義務を負うと解することはできない。」

c. 本件判示

- ＊「とはいえ、このような未確立の療法（術式）ではあっても、医師が説明義務を負うと解される場合があることも否定出来ない。

①少なくとも、当該療法（術式）が少なからぬ医療機関において実施されており、

②相当数の実施例があり、

③これを実施した医師の間で積極的な評価もされているものについては、

④患者が当該療法（術式）の適応である可能性があり、かつ、

⑤患者が当該療法（術式）の自己への適応の有無、実施可能性について強い関心を有していることを医師が知った場合などにおいては、

たとえ医師自身が当該療法（術式）について消極的な評価をしており、自らはそれを実施する意思を有していないときであっても、なお、患者に対して、医師の知っている範囲で、当該療法（術式）の内容、適応可能性やそれを受けた場合の利害得失、当該療法（術式）を実施している医療機関の名称や所在などを説明すべき義務があるというべきである。そして乳がん手術は、体幹表面にあつて女性を象徴する乳房に対する手術であり、手術により乳房を失わせることは、患者に対し、身体的障害を来すのみならず、外観上の変ぼうによる精神面・心理面への著しい影響ももたらすものであつて、患者自身の生き方や人生の根幹に関係する生活の質にもかかわるものであるから、胸筋温存乳房切除術を行う場合には、選択可能な他の療法（術式）として乳房温存療法について説明すべき要請は、このような性質を有しない他の一般の手術を行う場合に比し、一層強まるものといわなければならない。」

③予防療法と説明義務

- ・判例⑧最判平 18.10.27（未破裂脳動脈瘤コイル塞栓術事件判決）→㊦

＊判例⑤の一般原則を引用したうえで、

「医師が患者に予防的な療法（術式）を実施するに当たって、医療水準として確立した療法（術式）が複数存在する場合には、その中のある療法（術式）を受けるという選択肢と共に、いずれの療法（術式）も受けずに保存的に経過を見るという選択肢も存在し、そのいずれを選択するかは、患者自身の生き方や生活の質にもかかわるものでもあるし、また、上記選択をするための時間的な余裕もあることから、患者がいずれの選

択肢を選択するかにつき熟慮の上判断することができるように、医師は各療法（術式）の違いや経過観察も含めた各選択肢の利害得失について分かりやすく説明することが求められるものというべきである。」

＊差戻審東京高判平 19.10.18 判タ 1264-317

④チーム医療と説明義務

・判例⑨最判平 20.4.24（心臓手術死事件判決）

＊「一般に、チーム医療として手術が行われる場合、チーム医療の総責任者は、**条理上**、患者やその家族に対し、手術の必要性、内容、危険性等についての説明が十分に行われるように配慮すべき義務を有するものというべきである。」

「主治医の上記説明が不十分なものであったとしても、当該主治医が上記説明をするのに十分な知識、経験を有し、チーム医療の総責任者が必要に応じて当該主治医を指導、監督していた場合には、同総責任者は説明義務違反の不法行為責任を負わないというべきである。」

（２）治療不実施・疾病悪化型（不作為型）

＊悪しき結果との因果関係（高度の蓋然性）を否定して、相当程度の可能性を認容する判決が多い。

①新規・未確立の治療法

・判例⑤最判平 13.11.27 判時 1769-87（乳癌事件判決）参照

②退院時、外来時における療養指導義務

・判例③最判平 7.5.30 判時 1710-97（新生児核黄疸事件判決）

＊「産婦人科の専門医である被上告人としては、退院させることによって自らは上告人Aの黄疸を観察することができなくなるのであるから、上告人Aを退院させるに当たって、これを看護する上告人Bらに対し、黄疸が増強することがあり得ること、及び黄疸が増強して哺乳力の減退などの症状が現れたときは重篤な疾患に至る危険があることを説明し、黄疸症状を含む全身状態の観察に注意を払い、黄疸の増強や哺乳力の減退などの症状が現れたときは速やかに医師の診察を受けるよう指導すべき注意義務を負っていたというべき」

③治療法の選択と患者の希望

・判例⑦最判平 17.9.8（経膈分娩新生児死亡事件判決）

＊「帝王切開術を希望するという上告人らの申出には医学的知見に照らし相応の理由があったということが出来るから、被上告人医師は、これに配慮し、上告人らに対し、分娩誘発を開始するまでの間に、胎児のできるだけ新しい推定体重、胎位その他の骨盤位の場合における分娩方法の選択に当たっての重要な判断要素となる事項を挙げて、経膈分娩によるこの方針が相当であるとする理由について具体的に説明するとともに、帝王切開術は移行までに一定の時間を要するから、移行することが相当でないと判断される緊急の事態も生じ得ることなどを告げ、その後、陣痛促進剤の点滴投与を始めるまでには、胎児が腹殿位であることも告げて、上告人らが胎児の最新の状態を認識し、経膈分娩の場合の危険性を具体

的に理解した上で、被上告人医師の下で経膣分娩を受け入れるか否かについて判断する機会を与えるべき義務があったというべきである。ところが、被上告人医師は、上告人らに対し、一般的な経膣分娩の危険性について一応の説明はしたものの、胎児の最新の状態とこれらに基づく経膣分娩の選択理由を十分に説明しなかった上、もし分娩中に何か起こったらすぐにでも帝王切開術に移れるのだから心配はないなどと異常事態が生じた場合の経膣分娩から帝王切開術への移行について誤解を与えるような説明をしたというのであるから、被上告人医師の上記説明は、上記義務を尽くしたものであるということとはできない。」

2. 自己決定権（人格権、QOL選択権を含む）の侵害

（1）輸血拒否

・判例④最判平 12.2.29 判時 1710-97（エホバの証人輸血事件判決）

＊「患者が、輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合、このような意思決定をする権利は、**人格権**の一内容として尊重されなければならない。そして、Aが宗教上の信念からいかなる場合にも輸血を受けることは拒否するとの固い意思を有しており、輸血を伴わない手術を受けることができると期待して医科研に入院したことをB医師らが知っていたなど本件の事実関係の下では、B医師らは、手術の際に輸血以外には救命手段がない事態が生じる可能性を否定し難いと判断した場合には、Aに対し、医科研としてはそのような事態に至ったときには輸血するとの方針を採っていることを説明して、医科研への入院を継続した上、B医師らの下で本件手術を受けるか否かをA自身の意思決定にゆだねるべきであったと解するのが相当である。」

（2）癌の告知

＊目的は何か？ 判断基準は？ 例外は？

イ．判例②最判平 7.4.25 判時 1530-53（胆のう癌不告知事件判決）

＊「A医師にとっては、Bは初診の患者でその性格等も不明であり、本件当時医師の間では癌については真実と異なる病名を告げるのが一般的であったというのであるから、同医師が、前記3月2日及び16日の段階で、Bに与える精神的打撃と治療への悪影響を考慮して、同女に癌の疑いを告げず、まずは手術の必要な重度の胆石症であると説明して入院させ、その上で精密な検査をしようとしたことは、医師としてやむを得ない措置であったということができ、あえてこれを不合理であるということとはできない。」

「医師としては真実と異なる病名を告げた結果、患者が自己の病状を重大視せず治療に協力しなくなることをないように相応の配慮をする必要がある。」

「真実と異なる病名を告げたA医師としては、同女が治療に協力するための配慮として、その家族に対して真実の病名を告げるべきかどうか検討する必要があるが、.....同女に対して手術の必要な重度の胆石症と説明して

入院の同意を得ていたのであるから、入院後に同女の家族の中から適当な者を選んで検査結果等を説明しようとしたことが不合理であるということとはできない。」

「患者として医師の相談を受ける以上、十分な治療を受けるためには専門家である医師の意見を尊重し治療に協力する必要があるのは当然」

ロ．判例⑥最判平 14. 9. 24 判時 1803-28（肺癌不告知事件判決）

＊「医師は、**診療契約上**の義務として、患者に対し診断結果、治療方針等の説明義務を負担する。そして、患者が末期的疾患に罹患し余命が限られている旨の診断をした医師が患者本人にはその旨を告知すべきではないと判断した場合には、患者本人やその家族にとってのその診断結果の重大性に照らすと、当該医師は、**診療契約**に付随する義務として、少なくとも、患者の家族等のうち連絡が容易な者に対しては接触し、同人又は同人を介して更に接触できた家族等に対する告知の適否を検討し、告知が適当であると判断できたときには、その診断結果等を説明すべき義務を負うものといわなければならない。なぜならば、このようにして告知を受けた家族等の側では、医師側の治療方針を理解した上で、物心両面において患者の治療を支え、また、患者の余命がより安らかで充実したものとなるように家族等としてのできる限りの手厚い配慮をすることができることになり、適時の告知によって行われるであろうこのような家族等の協力と配慮は、患者本人にとって法的保護に値する利益であるというべきであるからである」

＊上田豊三裁判官の反対意見

「上記債務あるいは注意義務の具体的内容を定めるに当たっては、本件診療契約に基づく診療が行われていた平成 2、3 年当時における医療水準に照らして判断すべきである。」

「厚生省は、末期医療のケアに関する現状、問題点を総括し、末期医療における患者あるいはその家族の要望にこたえるため、昭和 62 年 7 月に末期医療に関するケアの在り方の検討会を設置し、同検討会は平成元年 6 月に報告書をまとめた、同報告書においては、がんによる末期状態を中心に、告知の在り方、望ましい末期医療のケアの在り方等について提言を行っている」

「平成 2、3 年当時における末期がんの告知に関する医療水準がどのようなものであったかを検討するに当たっては、上記の『がん末期医療に関するケアのマニュアル』を十分に斟酌すべきである。」

「しかるに、原審はこの点に関する検討が不十分であるため、平成 2、3 年当時における末期がんの告知に関する医療水準を明らかにし、これに照らして、末期がんの告知につき、診療契約上、医療機関側がどのような債務を負うのか、あるいは医療機関側にどのような注意義務が課せられるのかを明らかにしていないが、これは、重要な法律問題についての解釈を誤ったものといわざるを得ない」

(資料6) 医療事故事案における損害論の特殊性

1. 狭義の説明義務違反と損害

- *生命健康侵害（全損）か、自己決定権侵害（慰謝料のみ）か
- *実務では、自己決定権侵害は死亡事案でも100万円前後から超1000万円まで巾が広い。

2. 因果関係の不確定要素

(1) 不作為の因果関係

- *実務では、因果関係肯定例で300万円慰謝料から全損まで、相当程度の可能性侵害で200～1000万円と巾が広い。

(2) 寄与率、割合的因果関係、素因減額

3. 過失相殺

- *松山地今治支判平3.2.5判タ752-212は、不正確な説明で10%
- *高松地判平8.4.22判タ939-217は、自己管理を怠ったとして30%

4. 被害者のQOL（生命の質）と慰謝料

(1) 障害者

- *東京地判平2.7.27判時1375-84は、統合失調症の医薬品副作用死で慰謝料600万円。
- *高額判例も存する。

(2) 余命期間

- *癌患者、高齢者で慰謝料低額判例あり。
- *東京地判平18.4.20判タ1225-286、東京高判平18.11.22（判例集未登載）は、小脳萎縮症で寝たきり患者の無酸素脳症による意識障害被害に対し、慰謝料3400万円を認容。なお、近親者慰謝料を直接損害とした。

5. 胎児死亡

- *被侵害利益は児の生命か母体損傷か
- *東京地八王子支判平8.2.19判時1585-48（母600万円、父300万円）
- *東京地判平14.12.18判タ1182-295（カルテ改ざん等の悪質性を考慮して、父・母に各1400万円）

6. 先天性障害児の出産と損害

- *被侵害利益は何か
- *従来の下級審判例（風疹症候群・ダウン症）は、慰謝料（300万円、600万円、900万円）と弁護士費用のみ認定
- *東京高判平17.1.27判時1953-132は、慰謝料（1200万円）の他に、介護費用等（4654

万円)を認定(但、過失相殺25%)。なお、東京地判平15.4.25判時1832-141、判タ1131-285(一審判決)は、慰謝料(1600万円)と弁護士費用(160万円)を認定。

7. 交通事故基準で算定困難な臓器損害

＊子宮摘出につき、東京地判平13.3.21判時1770-109及び広島地判平8.3.28判タ912-223は、いずれも慰謝料500万円を認定。

8. 事故後の不誠実な対応

＊被侵害利益は何か

(1) 死因に関する事後説明義務違反

＊広島地判平4.12.21判タ814-202(100万円)

(2) 死因解明義務違反

＊東京地判平9.2.25判時1627-118(400万円)

(3) カルテ改ざん行為等

＊仙台高判平2.8.13判タ745-206は不誠実診療と合わせて慰謝料(300万円)を認定。

＊甲府地判平16.1.20判時1848-119、判タ1177-218は1700万円。

(資料 7) 医療過誤：わかりやすい訴状書き方試案

2005.5.17 最終改訂

はじめに

計画審理・集中証拠調型の医療訴訟における争点整理には、裁判官が原告の主張を理解し、書証（主として診療記録と医学文献）も踏まえて早期に心証形成に入り込みながら、争点整理を効率よく迅速に行うことが求められている。そのために重要なことは訴状からわかりやすい主張を展開することである。

新審理方式は、当事者に対し、争点整理段階で

①主張整理のために「診療経過一覧表」（検査結果一覧表、投薬一覧表等を含む）、「医学用語集」

②書証の整理のために、書証のABC分類に基づくABC別の「個別証拠説明書」及び争点別「総括証拠説明書」

の作成を求め、「争点整理表」を完成することをめざしている。

このことは各整理が争点を明確にすることに資し、集中証拠調に役立ち、よって早期かつ集中的な心証形成に達すると考えているからに他ならない。

そうであれば、かかる諸文書の作成を含めた争点整理の中間ゴールに向け、わかりやすい書面づくりを心がけるべきは原告代理人の責務ではないだろうか。

本稿はかかる問題意識で、原告主張とりわけ訴状作成の技術的ポイントを念頭に問題提起をするものである。

1. 目次づくりと訴状の構成

(1) 訴状とくに原因論、責任論は詰まるところ診療経過的事実（診療記録等から）と医学的知見（主として文献から）の組合せで主要事実を組み立てて主張することになる。

(2) これらの指摘が詳細になればなるほど論理的には説得性を増すが、印象的には“難しい”との思いを裁判官に抱かせてしまう。

(3) まずは全体の構成を目次で予告し、内容の記述は主張とその根拠（証拠）のレベルを使いわけ工夫（文字のポイントの区別等）が必要であろう。

(4) 訴状・請求原因の目次的構成についての1例である。

第1. 事案の概要

冒頭にどんな事件かを4～5行程度で説明する。

第2. 当事者等

原告、被告、その他の登場人物の説明をする。

第3. 診療経過等

発病や受診から本件訴訟に至った経緯を簡略に述べつつ、原因論、責任論にとって重要な診療経過事実を抜き書きする。

第4．原因論

被害に至った医学的機序を明らかにする。

第5．責任論

医原病型と疾病悪化型の区別を意識して構成する。

※原因論、責任論の構成及び法的論点は別紙参照。

第6．被害論

当事者の思い（被害の実相）を書いたうえで、損害額の算定に入る。

第7．事故後の状況

第8．結語

2．医学専門用語の解説

訴状段階では、初出の該当部分に脚注的に記載する等の工夫が必要である。

被告との用語の使い方のズレ等がでることを防ぐためには文献的裏付け（引用明示）をつけられればなおよい。

「医学用語集」への転記は直ちに可能である。

前述目次の第2と第3の間に「医学的知見」の項を立てて、まとめ書きする方法（判決にままみられる）もある。

3．文献の引用方法等

医学文献の引用の仕方は、従来から立証命題の事実を書いて文献参照とする方法と、引用文献の記述を並べて、立証命題の事実を引き出す方法があるが、立証命題を明確に主張して、その証拠として文献の引用部分（ポイントを落とす等の工夫があるとよい）の記述をするのがよい。文献引用が「個別証拠説明書」や争点別「総括証拠説明書」作成に連動しやすい方法を予め念頭においた方が便利である。

判例の引用も同様である。

4．診療経過的事実の記載方法

診療経過や原因論・責任論を書くうえで、時系列的事実は文章性より一覧性を重視した方が理解しやすい。

診療記録からの引用はその旨の明示を行う。

いつでも「診療経過一覧表」に移せる用意を予め行っていることにもなる。

5. 原因論の記載方法

医原病型であれ疾病悪化型であれ、死亡や後遺症という結果に至った医学的機序を明らかにすることになる。

結果に至る経路が多少なりとも長目ないし複雑化している場合は「模式図」をつくって明示した方がわかりやすい。

6. 責任論の構成方法

(1) 被告の選択にも関連するが、個々の医療従事者の過失を個別に構成する（かなり複雑な主張になりうる）より、開設医療機関の責任（法人の不法行為責任、診療契約責任）として構成する方がわかりやすい。

(2) 判例・多数説に従えば、過失は結果回避義務違反説である。回避義務は、予見可能性のみで発生すると考えることもできるが（とくに医原病型の場合）、診療上の注意義務（主として文献立証）も合わせて主張することで説得性を増す。

＊なお、私見では最近、別紙のとおり予見義務違反に立脚して、医原病型と疾病悪化型とで、過失・違法性・因果関係を区別して論じている。

(3) 医療過誤責任では注意義務違反の数が複数に及ぶことも少なくない。理解しやすくするためには、数は医原病型では①発生責任（医原病防止義務違反）②治療責任（医原病の診断治療義務違反）の2つでまとめ、疾病悪化型では治療責任として1つにまとめる方がわかりやすい。

(4) 過失の時点（これが不明確な訴状も少なくない）はピンポイントでとらず、時間帯でとらえるようにしている。過失をピンポイントでとらえると過失の数は増え、構成も複雑となり、理解も難しくなる。

(5) 疾病悪化型では結果回避可能性（治癒率等）を因果関係論として主張立証することになる。

終わりに

これらの手法を用いて訴状を起案すれば、「争点整理表」における原告の主張欄は瞬く間に記載できるはずであるが、実際はそうでもない。重要なことは

①短いタイトルで表現できる項目づくり

②主要事実について短い記述で理解できる主張

③その根拠となる診療事実と医学知見の要領のよい指摘

の3段階を使い分けるセンスが必要である。

「争点整理表」は、簡略版でも、詳細版でもつくれる使い分けも必要である。

弁護技術にとって重要なことは“裁判官の理解を促進する”手法を開発することである。

【別 紙】

(1) 医療過誤の2つの類型

- ① 医原病型（作為型）
 - ・医療行為の危険性を原因とする被害のタイプ
 - ・医原病の発生責任と治療責任（作為起因型不作為）が問題となる
- ② 治療不実施・疾病悪化型（不作為型）
 - ・疾病悪化を原因とする被害のタイプ
 - ・治療責任が問題となる

(2) 原因論、因果関係論（加害行為の特定）

- ① 医原病型
 - ・原因性ある医療行為の特定
 - ・原因となる医療行為と結果発生的事実的因果関係を医学的可能性と時間的接近性とは他原因との比較で推認
 - ・最判S50.10.24 判時 792-3（東大ルンバール事件判決による因果関係認定論）
 - ・他原因との比較、原因不明論、割合的因果関係論、原因の寄与率が問題となる。
- ② 疾病悪化型
 - ・事実的因果関係としての疾病悪化の過程を特定し、疾病と結果発生の医学的可能性で推認
 - ・加害行為としての治療行為の不実施（不作為）
 - ・他原因との比較、原因不明論が問題となる。
 - ・治癒率、救命率の法的因果関係論への影響が議論となっている。
 - ・割合的因果関係論、寄与率も問題とされている。
 - ・最判H11.2.25 判時 1668-60（肝臓癌事件判決、「高度の蓋然性」による不作為の因果関係論）、最判H12.9.22 判時 1728-31（心筋梗塞事件、「相当程度の可能性」を保護利益とする）

(3) 注意義務違反論（過失論、違法性論）の類型化

- ① 過失
 - 結果の予見義務違反説と回避義務違反説
- ② 医原病型
 - a. 発生責任
 - *これらの義務は、私見では医療行為の適法化要件（違法要素）と解する。

イ 医療行為の医学的適応に関する義務違反

ロ 実施の際の付随的注意義務違反

- ・問診義務
- ・医原病発生時のための事前準備
- ・手技上の注意等

ハ 危険性等の説明義務違反

- ・最判H13.11.27 判時 1769-87（乳がん事件判決）

b. 治療責任（作為起因型不作為）

疾病悪化型（治療不実施型）と同じ。但し、私見では先行行為たる医療行為に基づく被害であることから、③の疾病悪化型よりも注意義務の程度は高いと考えている。

③ 疾病悪化型

*これらの義務は、私見では診療契約等に基づく作為義務（違法要素）と解する。

*点の過失と帯の過失

a. 診察義務違反（経過観察、検査義務違反を含む）

- ・疾患の診断可能性を前提として、具体的診療行為を特定する。

b. 診断義務違反（誤診）

- ・診断の対象とされる疾患名を特定する。

c. 入院勧告・転医（勧告）義務違反

d. 療養指導義務違反

最判H 7.5.30 判時 1553-78（新生児核黄疸事件判決）

e. 治療義務違反

- ・正しい診察診断を前提として行うべき具体的治療行為の内容と時期を特定する。
- ・a～dは最終的に治療義務違反の前提となる。

④ 注意義務の基準

*私見ではa. b. eは医原病型（最善注意義務）、c. dは疾病悪化型（医療水準）に関するものと考えている。

a. 最判S 36.2.16 民集 15-2-244（輸血梅毒事件判決）

*最善注意義務、医療慣行不免責

b. 最判S 44.2.6 民集 23-2-195（水虫レントゲン照射事件判決）

*万全注意義務、診療当時の医学的知識

c. 最判S 57.3.30 判タ 468-76（未熟児網膜症事件判決）

*臨床医療の実践たる医療水準

d. 最判H 7.6.9 判時 1537-3（ 〃 ）

*医療水準論における相対説

e. 最判H 8.1.23 判時 1571-57（腰椎麻酔事件判決）

*医療慣行不免責、能書違反の過失推定

(資料 8) 医療過誤訴訟における争点整理の手法

2002 年 3 月

1. 迅速な争点整理の基本は原告主張の明確化

争点整理の基本は何と言っても原告主張（請求原因）の明確化にある。そのためには損害賠償責任の要件事実を踏まえなければならないことも自明の理だ。

2. 損害賠償責任の要件事実

損害賠償責任の要件事実とは債務不履行責任で構成するか、それとも不法行為責任にするかで、過失と因果関係の骨組みの違いはあるが内容は変わらない。すなわち結果の予見可能性、回避義務（診療義務）と因果関係が責任要件である。

債務不履行責任は履行すべき診療義務（結果との因果関係が求められることから結果回避義務と一致する）の違反を過失とするが、相当因果関係で通常生ずべき損害に限定されて予見可能性が要求される。そして不法行為責任は、予見可能性と回避義務（診療義務と内容を一にする）と因果関係が責任要件である。結局どちらも同じというわけだ。

3. 医原病型と疾病悪化型

(1) はじめに

責任論構成の違いはむしろ医原病型（作為型）医療事故と病状悪化型（治療不実施型、不作為型）医療事故の区別の方が重要だ。

医原病型では医原病の発生責任と治療責任が、病状悪化型では疾病の治療責任のみが問題となる。

(2) 結果と原因の機序

事実の主張として基礎をなすのは、被害（結果）の原因である。被害に原因力を与えた事柄を医原病型と病状悪化型の区別を念頭に、その医学的機序をまづもって明確にする必要がある。

原告の主張は、どちらかという過失の構成に目を奪われすぎて、この点が不明確な主張が少なくない。

(3) 医原病発生責任

医原病発生責任の過失と因果関係は次のような事実によって構成される。すなわち、①具体的医療行為（検査、手術、投薬等）の特定②結果（死亡、後遺症等）との因果関係（これは前述の被害の原因論と一致する）及び③予見可能

性を前提として、当該医療行為を実施した注意義務違反（過失）を主張することになる。

この過失は大概①医学的適応性の欠如（有効性・必要性にくらべ危険性が高い）②実施に伴う付随的注意義務違反（薬の投与方法の誤り等を含む）③説明義務違反（有効な承諾の欠如）によって構成される。

（4）疾病治療責任

次に疾病（医原病を含む）の治療責任については、まず過失として診察（問診、検査を含む）不十分や誤診（重症度を含む）も加わりながら、行うべき治療行為を特定した適切な治療の不実施を主張することになる。実施すべき治療については説明義務や転医義務が問題となることもある。

結果の予見可能性及び因果関係論としての回避可能性（治癒率等）がこれに加わる。

4. 被告の主張と争点整理

診療経過についての争いは少なくないが、責任論の大筋に対する被告の積極否認としては、因果関係についての他原因の主張があるくらいである。

以上のような骨格で原被告双方が診療経過に則した具体的主張をすることで争点は明確になる。

なお、法律上の主張としては、過失免責論としていわゆる「医療水準論」（最判平成7年6月9日判時1537-3、平成8年1月23日判時1571-57参照）や「医師の裁量論」が被告から主張されることもある。また因果関係論では蓋然性論（最判昭和50年10月24日判時729-3参照）の他には割合的因果関係論や不作為の因果関係論（最判平成11年2月25日判時1668-60参照）も問題となりうるが被告から積極的に主張されることは少ない。

5. 診療経過のズサンさと責任論構成

被告の診療内容や診療記録の記載があまりにズサンで、診療経過の特定が困難な事案においては、前記の原因論や責任論の特定に困難を生じることがある。とりわけ疾病悪化型の治療責任について考えられる。かかる場合には結果から考えた大胆な仮説を想定し、疾病解明義務違反を大前提として、被告側に重い反証責任を課すことも考慮する必要がある。

6. 多岐的主張の功罪

私の経験から言えば、原告の過失や因果関係の主張が多岐にわたると裁判所の心証が分散されることからあまり得策でない印象を受ける。従って戦略的に主張を絞り込むことも検討対象である。

7. 争点整理と専門知見の要否

近年医療訴訟が専門知見を要する事案であるが故に、裁判所が専門家の協力なしには争点整理を迅速に行い難い旨の主張が目立つ。しかし、争点整理に手間取っているのは、当事者の主張に具体性・特定性が欠けているか、あるいは損害賠償責任の要件事実が念頭にないからではないかと思われる。当事者とりわけ原告の主張が明確にされていれば、争点整理は医学専門知見を有しなくとも容易に行い得ることを認識する必要がある。そして争点の明確化の責任は当事者にこそあると言うべきである。

なお、当事者の主張が医学的知見を踏まえた主張であるべきことは事案の性質上当然のことで、かかる前提となる医学的知見については可能な限り医学文献等の裏付けをもって主張することが望ましいこともまた当然のことである。

8. その他

訴提起前に被告から診療経過に関する説明がなされていれば、原告の主張（訴状請求原因）は争点を意識したものになり、従って争点整理も迅速に行われてしかるべきである。

しかし、訴提起前の説明が被告から拒否された事案においては、被告の主張を具体的に予測し得ない訴状もありえ、争点整理についての被告の責任はより重いものとなりうるであろう。

（医療問題弁護団通信から）

(資料9) 鈴木式「敵性医師尋問の心得」

2007.7 最終改訂

1. はじめに

- (1) 反対尋問ではなく、主尋問請求（証人申請）を行う。
- (2) 尋問は、証人とのディベートでの勝利より裁判官の説得こそが最終目的であることを念頭に準備する。
- (3) 尋問後準備書面で裁判官を説得するのではなく、尋問自体での説得・心証形成をめざす。そのためには、依頼者や傍聴人を理解基準にした尋問を準備する。

2. 文献の活用法

- (1) 事前準備で当該証人執筆文献、所属医療機関執筆文献、出身医局執筆文献の検索をする。相手の土俵（争いにくい知見）で勝負するためであり、こちらの土俵に引きずり込む尋問は失敗（水かけ論）の確率が高い。
- (2) その他の参考文献は反対説を使うのではなく、指導的論文（第一人者）、学会その他のスタンダードを活用。証人が勉強不足の医師であるなら更に反対説文献も活用。
鑑定人質問では反対説文献の存在を前提に、鑑定意見の相対性を強調することも検討。
- (3) 文献検索については、尋問事項準備中に繰り返し思いついたキーワードで再検索する。
- (4) 検索済文献の分析は書証未提出分も含めて、年代別に新しい順に並べ替えて歴史的に分析する。加えて、執筆者グループ別（学派別）にも分析する。

3. 診療記録の分析

- (1) 診療経過の分析は、被告の主張や医師陳述書に惑わされず、診療記録をベースに行う。ベースのない事実の再現は心証をとらせにくい。
- (2) 診療記録の中には「後日記録」がありうることを前提に、不自然な記載を探し出し、「改ざん」を印象づける。改ざんには免責ストーリーを前提とする動機・意図があるので、その意図を明確にする。
- (3) 被告主張・陳述書の変遷を分析して一覧表をつくる。

4. 準備

- (1) 訴状作成段階、争点整理終了段階、尋問準備段階と、有責ストーリーの充実化は、昇華してゆくと考えて準備する。
- (2) 尋問準備に時間をかけ、手抜きをしない。持てる想像力・企画力をフルに動

員する。

- (3) 尋問案づくりは、繰り返し行う記録検討中の思いつきをメモに残して、再構成する。
- (4) 尋問案には、証拠上の指摘（診療記録、文献）を残し、誘導で否認したら、いつでも提示できるようにする。予め書証を示した尋問は時間の無駄なので行わない。

5. 尋問手法

- (1) 尋問案の組立は、文献的知見（一覧表を活用）と診療事実（一覧表を活用）を前提として、立証命題へのあてはめを証人に認めさせる誘導型を基本とする。
- (2) 尋問の前提になりうる確認的事項は、事前の求釈明、当事者照会で行い、時間の無駄なので尋問では回避する。尋問時間が短いほど裁判官の心証はとりやすい。
- (3) 有責ストーリー性の重視で論点主義の尋問を心がける。時系列確認尋問は裁判官の心証にとってインパクトがない。裁判官に尋問意図が理解できる尋問を心がける
- (4) すべての質問は有責ストーリーにつながるように誘導する。オープンな質問は有責論につながる可能性の高いもののみとする。
- (5) 尋問は回答を予測し、意味のないあるいは薄い証言（回答）をできるだけ避ける。
- (6) 一般論で追い込めない時は、本件の特殊事情を強調して例外で追い込む。
- (7) 悪しき結果からの反省・教訓と事故前文献の有機的結合をはかり、過失を印象づける。
- (8) 尋問案に過度にこだわり過ぎずに、臨機応変さも考慮する。
- (9) 相代理人に尋問意図を理解させて尋問中リアルタイムの証言評価と尋問補充の協力を求める。
- (10) 各論点における結論的質問は、「いいえ」が予測されても問う意味があることもある（「強弁」の印象を与える）。

6. 尋問メモの準備書面への活用

尋問準備メモは尋問後準備書面の構成に直ちに活用する。

(資料 10) 被害者尋問の意義

1. 裁判官の認識

(1) 福岡スモン判決（1978 年）から

「以上に述べてきた種々の被害は、それぞれが個別的なもの、孤立的なものでなく、互いに密接に不可分な総体として複合して、原告患者らを包み込み、日夜休む間もなく喘ぎ苦しめている。その根源が肉体的苦痛にあることからの叫び、安全であると信頼して飲んだ薬が毒であったことを知った悲しみからの叫びであることに裁判所も被告らも、よく耳を傾けなければならない。これこそが本裁判の原点であるからである。

それは

第一に、『もとの体にかえせ』との叫びにみられる早期完全救済への当然の願いであり、

第二に、『薬害根絶』との訴えにみられる道義性の高さである。17 番高砂佳枝は、スモンで青春をなくし、婚約者との結婚をあきらめ、6 年の闘病生活を経て到達した心境を次のように述べている。『同じ患者に原田澄子さんがいます。その人が今年のスモン県民集会のときに、心の歌のひとつとして出されたものに、「こわれたる この身が役に立つという 薬害訴え 今日も街ゆく」 スモンにかかって私の希望することを何ひとつ自分でできない、それでも私の身体でやれることがあった。健康な人よりも誰よりも。そして、すべての人々のためになることが。私は本当に教えられました。』

（原第 17 号証の 3）薬害根絶という訴訟当事者の域をこえた国民的課題にどう答えるかが、今問われている。」

(2) 薬害エイズ和解勧告所見（1995 年）から

①東京訴訟：「何らの落ち度もないのに、前記のように悲惨というほかないような死に至る苦痛を甘受せざるを得ないことは、社会的、人道的に決して容認できるものではないと考える。」

②大阪訴訟：「原告ら多数の被害者が HIV の感染により悲惨にして過酷というべき状況に鑑みると、本件医薬品による被害の発生につき、これら被害者を救済し解決をなすべき責任のある被告らが、なおも原告ら被害者の上記状況を放置することは、もはや人道的、社会的に許されないというべきである。」

2. 被害者本人にとっての意義

＊薬害肝炎原告出田発言「薬害肝炎とのたたかい」（桐書房、2009 年、258 頁）

「訴訟をやっている間、ずっとつらい状態でしたが、一番つらかったのは 2005 年 10 月の原告本人尋問の準備でした。3 ヶ月ほどかけて、弁護士との打ち合わせを 20 数回しました。実名を公表していましたので、それまでも講演会や勉強会で自分の被害状況を語ってはいたのですが、原告本人尋問では、これまでのような内容で被害を語るくらいではとても済まされなくて、弁護士の追求がとても厳しく徹底されていたのです。

そのとき、私が今まで講演会などで話していたことは、自分が言いたいことだけだったことに気が付いたのです。法廷で被害を語るというのは、話しやすいことだけを語るのだけでは済まされない、一番つらいところや苦しいところをさらけ出し真実を話さないと、裁判官には届かないということがそこでやっとわかりました。こうして自分の被害と向き合い、言葉にする作業が 3 ヶ月間続いたのです。

感染してからいろいろなことをあきらめてきました。そのことには触れないようにして、心の隅に隠してきました。そのようにして 20 年近く生活してきたので、またそこに触れなくてはならないことが、私には一番つらいことでした。毎日、毎日被害のことを話すのが苦痛で、その上厳しい追及にどう答えていいのか言葉が見つからず、泣いたこともありました。そのときふと弁護士に目を向けると、弁護士も目に涙を溜めていました。『この先生は私の苦しみを本当にわかってくれている』とその時思いました。二人三脚で乗り越えた本人尋問でした。弁護士との強い信頼関係が最初からあったわけではなく、打ち合わせを重ねるうちに信頼関係ができたような気がします。」

(資料 11-1) 医療過誤・鑑定評価：最判破棄一覧

①最判平 9.2.25 民集 51-2-502、判時 1598-70 (顆粒球減少症事件)

ネオマイズン投与とその後発症した顆粒球減少症との因果関係と開業医の転院義務について鑑定意見を根拠にこれを拒否した原判決を破棄。「本件鑑定は、症状のすべてを合理的に説明しえているものではなく、経験科学に属する医学の分野における 1 つの仮説を述べたにとどまり、医学研究の見地からはともかく、訴訟上の証明の見地から見れば、起因剤および発症日を認定する際の決定的な証拠資料ということはできない」「本件鑑定のみに依拠してなした原審認定は経験則に違反したもの」

②最判平 11.3.23 判時 1677-54 (脳神経減圧術事件)

脳外科手術と術後に発症した脳内血腫との因果関係を鑑定意見を根拠に否定した原判決を破棄。「診療記録中の記載内容等から窺われる事実に符合していないうえ、鑑定事項に比べ鑑定書はわずか 1 頁に結論のみ記載したもので内容は極めて乏しい」「客観的資料を評価検討した過程が何ら記されておらず、その体裁からは、これら客観的資料を精査した上での鑑定かどうか疑いがもたれないではない」「過大に評価することはできない」

③最判平 13.11.16 判例集未登載 (腹部大動脈瘤破裂事件)

「本件鑑定には、急性心筋虚血のみが原因である心不全という可能性が、腹部大動脈りゅうの破裂等による失血があったことを前提とする可能性に比してどの程度考えられるかについて具体的記載はなく、また、前記の事情をいかに評価するのか、腹部大動脈りゅうの破裂等による失血の可能性を否定し得る根拠は何かについても、具体的言及がないのである。」「原審は、医学的には前記のいずれであるかを特定することはできないということにとどまり、それぞれの可能性を否定していない本件鑑定の結論部分に依拠し、宗一郎の死因として前記のうちいずれの可能性が高いかを検討することなく、宗一郎の死因が腹部大動脈りゅうの破裂による心不全であるとする上告人らの主張を認めるに足りないと判断したものであり、前記の原審の判断には、経験則違反、審理不尽の違法があるといわざるを得ない。」

④最判平 18.1.27 判タ 1205-146、判時 1927-57 (MR S A事件)

「○鑑定書、I 意見書及びL 意見書に基づいて………バンコマイシンを投与しなかったことに過失があるということはできないとした原審の判断は、経験則又は採証法則に反するものといわざるを得ない。」(鑑定書及び意見書の評価の誤りを指摘している)

⑤最判平 18.11.14 判タ 1230-88、判時 1956-77 (ポリープ摘出術後出血性ショック事件)

「前記確定事実によれば、Bは、5月2日早朝に初めて多量の出血があったのではなく、4月29日から既に出血傾向にあったのであるから、5月2日早朝までに輸血を追加して、Bの全身状態を少しでも改善しながら、その出血原因への対応手段を執っていれば、Bがショック状態になることはなく、死亡の事態は避けられたとみる余地が十分にあると考えられ、G意見書………は、相当の合理性を有することを否定できないのであり、むしろ、E意見書………の方に疑問があるというべきである。それにもかかわらず、原審は、G意見書とE意見書の各内容を十分に比較検討する手続を執ることなく、E意見書………をそのまま採用して、上記因果関係を否定したものではないかと考えられる。このような原審の判断は、採証法則に違反するものといわざるを得ない。」

(資料 11-2) 医療過誤訴訟における鑑定結果の評価について

2001 年 10 月

1. 医療訴訟における鑑定評価をめぐる問題点

(1) 鑑定人の中立性と信頼性

当事者の依頼による私的鑑定意見（書証、証人尋問）にくらべ、裁判所選任の鑑定人による鑑定結果は、その選任手続自体によって中立公正であると考えられがちである。しかし、医療訴訟においては、医学界の封建的体質から、しばしば鑑定人によって同業者である被告をかばった鑑定がなされることが指摘されてきた。現に平成 11 年秋に行われた 8 高裁管内の鑑定人等協議会では医学界から鑑定人に何らかのプレッシャーがかかり、中立公正な鑑定をすることの困難さも指摘されている。

他方、私的鑑定意見については当事者の依頼によることや、書証の場合は鑑定と異なり宣誓手続がないこともあって、中立性、信頼性の担保がないので証拠性に乏しいとの意見もある。

しかし、医療訴訟の鑑定においては、かかる選任手続から中立性や信頼性を推察することは困難である。私的鑑定書も被告から提出されるものは信頼性に疑問なしと言い切れないが、原告から提出されるものは作成者も医学界からの非難を覚悟して提出しており、当事者からの依頼ゆえに中立性、信頼性に乏しいとは言いきれない。

要は、鑑定意見の内容こそが検討されなければならないのである（この意味で私的鑑定意見も経歴を明らかにして尋問手続を経由する等して、その内容を検証して信頼性を判断することが必要である）。

(2) 裁判官の鑑定依存傾向

- a 近年医療過誤訴訟において、最高裁の破棄判決が相次いでいる。平成 7 年からの 7 年間で 11 件もの破棄判決（平成 12 年の 2 件、平成 13 年の 3 件は判例集未登載）が言渡され、そのすべてが原告患者側の請求を棄却した原判決に対してのもので、高等裁判所がなした事実認定や医療機関の過失のとらえ方を批判している。このような現象はかつてなかったことで、戦後の医療裁判史をみても、かかる破棄判決は昭和 50 年の東大ルンバール事件（民集 29 卷 9 号 1417 頁）しかない（なお、純粋な医療過誤訴訟とはいき切れないが、その他には予防接種国賠訴訟についての最判平成 3 年 4 月 19 日判タ 758 号 118 頁がある）。

ここで注目すべきは、破棄された原判決の多くが破棄理由を鑑定意見に依拠していることである。

例えば、最判平成 8 年 1 月 23 日（判時 1571-57）は、麻酔薬の使用について添付文書の記載に反した血圧測定の方法を免責した原判決を破棄

したものであるが、原判決の主たる根拠が鑑定意見であることは可部裁判長の補足意見で明らかである。

最判平成9年2月25日（判時1598-70）は、ネオマイゾーンという薬剤と投与後に発病した顆粒球減少症との因果関係及びと開業医の転医義務について、鑑定意見を根拠にこれらをいづれも否定した原判決を破棄したものであるが、判決は因果関係について「本件鑑定のみに依拠して」なした「原審認定は経験則に違反したもの」とした。

最判平成11年3月23日（判時1677-54）は、脳外科手術後に発症した脳内血腫の事案について、手術と血腫発生との因果関係を鑑定意見を根拠に否定した原判決に対し、「鑑定は...客観的資料を評価検討した過程が何ら記されておらず、...過大に評価することはできない」とした。

最判平成13年11月16日（判例集未登載）も「本件鑑定の結論に依拠した原審の判断には違法がある」としている。

これら最高裁破棄判決が、鑑定意見に過度に影響されて誤った事実認定論や責任論を展開している下級審裁判所に対し、繰り返し警告を発していると理解する必要がある。

すなわち鑑定意見に対しては、結論にのみ目を奪われることなく、その理由、根拠について十分な吟味、検討が必要であるということである。

b 渡辺千原氏（立命館大学法学部助教授）は「医事鑑定の語るもの」（「法の言説分析」ミネルヴァ書房 2001 年）の中で、医療訴訟判決のうち83%（54件中45件）が「ほぼ鑑定結果を尊重した判決」（鑑定受容型）であるとし、その余の13%（7件）も部分的に排斥する取捨型ではあるが結論は鑑定書に依拠した判決が多いとし、いわゆる鑑定排斥型はなかったとしている（残りの4%2件は関連性が不明とする）。

c 以上のことは、裁判官が鑑定に依存して判決書を作成している例が少なくないことを物語っている。医療訴訟は裁判官にとって専門的で審理が長期に渡ることから心証形成が困難であり、いきおい鑑定に判決の結論を委ねる傾向が出ている。本来であれば鑑定は専門的知識の補充にすぎなく、医療訴訟においては、文献書証、被告側医師や前医・後医の尋問、私的鑑定意見等鑑定以外にも専門的知識の補充方法があるが、裁判官はこれらの検討が不十分なまま鑑定に結論を依存したがる傾向がある。

このような傾向に対する批判もうけながら、東京地裁医療訴訟集中部では「鑑定に寄りかかる裁判からの脱却」（民事第30部福田裁判官の東京弁護士会における講演レジメから）を始めている。

2. 鑑定評価基準

それでは、鑑定結果の信頼性はどのような基準で判断すべきであろうか。以下3つの判断基準（誠実性、論理性、科学性）を示すこととする。

(1) 誠実性

鑑定人は、誠実に鑑定することを宣誓している（民訴規則131条①）。

その意味するところは広範であるが、まずもって与えられた資料を十分に検討することが求められ、鑑定書からそのことがうかがわれるか否かが検討されるべきである。そして鑑定結果の内容も充実したものである必要があろう。

この点、前述最判平成11年3月23日では、「客観的資料を評価検討した過程が何ら記されておらず、その体裁からは、これら客観的資料を精査した上での鑑定かどうか疑いがもたれないではない」として鑑定意見を排斥している。

また、当事者の一方に偏している意見と見られる形跡があるか否かも誠実性判断にとって重要である。

(2) 論理性

鑑定結果は鑑定（質問）事項に回答し（しばしば質問に対する回答を回避している鑑定がみうけられる）、その結論を支える理由が示されて初めて論理的なものといえる。

そのためには、鑑定（質問）事項に対応した鑑定結果（回答）になっているか、理由は付されているか、結論と理由に齟齬はないか、理由は論理的整合性があるか等が検討されなければならない。

この点、前述最判平成11年3月23日では、「鑑定は、診療録中の記載内容等から伺われる事実に符号していない上、鑑定事項に比べ鑑定書はわずか1頁に結論のみ記載したもので内容は極めて乏しい」と鑑定意見を批判している。

(3) 科学性

医療訴訟における鑑定は医学的事項が問われている。そして鑑定人は、その医学的専門分野における特別の学識経験者である。従って、鑑定結果（結論）と理由には科学性（科学的根拠）が求められる。合理的な科学的根拠が示されているか否かで鑑定結果の信頼性は大きく分かれる。鑑定意見の中にはしばしば科学的根拠を無視した自己の経験のみに基づく経験主義的意見が見られる。科学的根拠には、出来れば医学文献の引用も必要である。

この点、前述最判平成9年2月25日では、「本件鑑定は、スエ子の症状のすべてを合理的に説明し得ているものではなく、経験科学に属する医学の分野における1つの仮説を述べたにとどまり、医学研究の見地からはともかく、訴訟上の証明の見地からみれば、起因剤及び発症日を認定する際の決定的な証拠資料ということとはできない」と述べて、鑑定意見を排斥している。

なお合わせて鑑定結果と矛盾する私的鑑定意見が提出されている場合には、私的鑑定意見と比べてどちらが科学性に優れているかを裁判所が検証判断しなければならないといえる。

(4) まとめ

以上のような点から鑑定意見を評価し、信頼性に乏しければこれを排斥し、あるいは取捨して一部のみを採用し、信頼性があると判断すればこれを

採用することになる。

鑑定結果と矛盾する私的鑑定意見が提出されている場合には、私的鑑定意見と比べて、どちらが誠実性、論理性、科学性に優れているかを裁判所が検討して信頼性を判断しなければならないといえる。

そして信頼性の乏しい鑑定に依拠してなした判決には経験則ないし採証法則違背があることとなる。