

最高裁判所判決における「機会喪失」に ついての2つの理論モデル

—松本実務研究会研究報告(5)—

栗 田 晶

1 序論

本稿は、第8回松本実務研究会における大江裕幸の報告を素材として、「機会の喪失」による損害の実体を考察するものである¹。以下に、大江の報告について参照するときには、便宜上、同報告を掲載する、本誌第18号167頁以下を引用する。

大江は、2011年6月17日に開催された同研究会において、札幌地方裁判所平成22年3月19日判決判例時報2095号87頁に関する評釈を行った。同判決は、おとり捜査に基づき銃刀法違反の罪で逮捕されたが、警察官によりおとり捜査の事実が隠蔽されたまま、検察官による起訴がなされ、結果、懲役2年の実刑判決を受けた被告人が国家賠償法に基づき地方公共団体を相手に損害賠償を求めた事案に関する。裁判所は、おとり捜査の事実を明らかにしていれば、「起訴猶予としていた可能性も全くなかったとはいえない」、仮に公訴を提起していたとしても「無罪判決が言い渡された可能性も全くなかったとはいえない」、仮に有罪判決を免れないとしても「懲役二年未満の判決が言い渡された可能性もありうる」として、「懲役2年の実刑判決以外の刑事処分を受ける可能性を奪われた」ことによる精神的損害の発生を認めている。

大江は、同評釈において、医療過誤訴訟で「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」の喪失を損害と認めた最高裁判所平成12年9月22日判決民集54巻

¹本稿の内容は、2011年9月27日に開催された松本実務研究会での報告内容に修正を加えたものである。

7号2574頁を通じて、上記の札幌地方裁判所平成22年判決を説明することを試み、「若干の疑問を差し挟む余地はあるものの、平成12年最判の法理を、本件のような司法警察職員の虚偽書類作成等の不法行為の局面に拡張して適用することは、直ちに否定されるものではないであろう」²としている。

さて、本稿は、上記のような大江の報告を受けて、札幌地方裁判所平成22年3月19日判決が用いた、懲役2年未満の判決が言渡された「可能性」概念と、最高裁判所平成12年9月22日判決が用いた、生存していた「可能性」概念とが、同じであったのかについて考察するものである。というのは、可能性の喪失概念は、2つの異なる理論モデルにより説明されるように思われるからである。我が国の学説は、不利益回避の可能性を現実に存在するものと捉え、そうした現実に存在する可能性の喪失を機会の喪失と捉えてきたように見える。しかし、他方で、我が国の裁判例には、最終的な結果に至るまでに一定の過程を経由しなかったこと自体を損害と捉えており、不利益を回避し得る可能性が現実に存在していたかを重視していないかのように読めるものも見られる。それでは、各判決が「可能性の喪失」又は「機会の喪失」という概念を用いる際に、その実体はどのように説明されるのであろうか。以下は、こうした問題を考察するものである。

2 我が国における「機会の喪失」理論

機会の喪失とは、利益を受ける機会・可能性を有していた者が、他者の不法行為又は契約違反によってその利益を受ける機会・可能性を失った場合に、その機会又は可能性の喪失自体を損害ととらえ、これに対応する損害賠償を認める理論である³。因果関係は、利益の喪失との間にはなく、可能性の喪失との間にあればよいとされる⁴。また、損害賠償の額については、可能性の程度に応じて算定されるものとされる⁵。我が国では、こうした「機会

²大江裕幸「札幌地方裁判所平成22年3月19日判決評釈」信州大学法学論集第18号（2012年）179頁。

³澤野「損害概念についての一考察」早研85号78頁。

の喪失」の問題について考察するときには、しばしば、フランスの「機会の喪失」理論が分析され、競馬で3位を競っていた馬の騎手が手綱を緩めたためにその馬が4位に終わったところ馬券購入者が騎手が手綱を緩めなければ賞金が得られた可能性があったとして機会の侵害に対する損害賠償を求めた事案⁶、スチュワーデス受験者が交通事故にあったところスチュワーデスとして勤務する機会を奪われたことに対する損害賠償を求めた事案⁷、医師の情報提供義務違反により妊娠中絶を行うことを決定する機会を喪失したとして機会喪失についての損害賠償を求めた事案⁸、等多数の事案が紹介されている。

では、なぜ、そして、いかなる「機会」の喪失が損害と認められるか。高畑は、「『損害』概念の新たな一視点」において、フランスの機会喪失論との関係で以下の点を指摘している。即ち、損害賠償責任の発生のためには損害が確実なものであることが必要とされるが、確実性とは、「十分な蓋然性 (probabilité suffisante) で足り、現在発生していないものであっても、「潜在的に発生が可能であるような損害 (dommage virtuel)」については賠償が可能である。他方、偶発的 (éventuel) 又は仮定的 (hypothétique) な損

⁴高畑「『損害』概念の新たな一視点—perte d'une chance論が提起する問題を通して」法と政治35巻4号(1984年)157頁、中原「機会の喪失論の現状と課題」法時82巻11号95頁。

⁵高畑「『損害』概念の新たな一視点—perte d'une chance論が提起する問題を通して」法と政治35巻4号(1984年)167頁以下、中原「機会の喪失論の現状と課題」法時82巻11号95頁。尤も、高畑は、フランスの機会喪失論について、「事案によっては、被害者が期待していた結果損害の実現の為に費した費用、時間等が考慮されているし、chanceを奪った第三者のfauteが重大(grave)なものであれば賠償額も相応して高くなるという傾向がみられる」(高畑・前掲法と政治35巻4号168頁)としている。

⁶Cass. Civ. 2, 4 mai 1972, D. 1972, 596. 本判決については、澤野「機会の喪失の理論について」早研77号(1996年)103頁、高畑「『損害』概念の新たな一視点—perte d'une chance論が提起する問題を通して」法と政治35巻4号(1984年)137頁。

⁷Cass. Soc. 9. juillet. 1986, D.1987. 2. 476. 本判決については、澤野「機会の喪失の理論について」早研77号(1996年)105頁。

⁸Cass. Civ. 16. juillet. 1991, J.C.P. 1992. 2. 21947. 本判決については、澤野「機会の喪失の理論について」早研第77号(1996年)107頁。

害は賠償責任を生じさせないことになる。そして、機会の喪失においては、「chanceが奪われた時点でchanceが一定の価値を有していたこと」に損害賠償責任発生の根拠があるという。機会の喪失理論とは、予め見込まれた状況や地位に対する当事者の期待を保護する理論である。「期待というそれ自体では漠然とした利益に対して法的保護が与えられるには相応の根拠が必要であるが、それがchanceの核をなす蓋然性である。一程度の蓋然性の高まりがあればchanceは保護され、確実性に至るまでの巾をもって考えられるのである」⁹。また、澤野も同様に、「機会の喪失の理論について」において、「宝くじ、勝ち馬投票券が金銭で取り引きされることから分かるように、機会(chance)は、それ自体、固有の価値を有する」¹⁰とする。そして、このような機会それ自体に価値が認められるのは、被害者がもともと機会しか有していないこと、その機会が現実的なものであることを要するとする¹¹。

以上のように、機会の喪失理論は、損害概念を加工し、不利益の可能性を損害と構成するものであるが、機能的にみれば、行為と損害との因果関係の証明が困難な場合にこれを軽減する作用を担っている。因果関係の証明負担を軽減する方法としては、因果関係の推定という方法もあるが、因果関係の推定と機会の喪失理論とはどのような関係にあるか。中原太郎が特に医療過誤事件との関係で以下のように指摘している。即ち、「機会の喪失論が前提とするのは、患者がすでに最終的な不利益が発生するリスクを抱えていたという状況である」のに対し、「因果関係の推定は、たしかに患者は一定の損

⁹高畑「『損害』概念の新たな一視点—perte d'une chance論が提起する問題を通して」法と政治35巻4号(1984年)164頁。

¹⁰澤野「機会の喪失の理論について」早研77号(1996年)112頁。なお、澤野・早研81号(1997年)176頁以下。

¹¹澤野は、フランス法上、失われた機会は、現実的で重大(sérieuse)なものであることを要するとされるが(澤野・早研77号114頁)、「重大な」の要素は不要であるとする。というのは、「利益を得たであろう(損失を避けたであろう)可能性が低いような事案においても、可能性が客観的かつ現実的に紛れもなく存在するのならば、(少額になるではあろうが)これに対する賠償を認める方がより理論的には一貫しているからである」(澤野・早研81号180頁)とする。

害発生リスクを抱えていたが、最終的な不利益が発生するリスクは医師によって設定されたと評価されるべき状況が前提となる。従って、「両者の使い分けの基準は、患者に最終的な不利益を発生させるリスクがすでに患者に存在していたと評価すべきか（機会の喪失論）、それを医師が新たに設定したと評価すべきか（因果関係の推定）に求められる」¹²。

3 「機会」についての理論モデル

(1) いわゆる「機会の喪失」理論における理論モデル

現実中存在するものとしての不利益回避の可能性を機会と捉えるのか、最終的結果に至るまでに辿るべき過程を経由することを機会と捉えるのかという観点を対比させるとすると、いわゆる「機会の喪失」理論は、前者の観点から「機会」を構成するもののように見える¹³。即ち、高畑は、不利益回避の可能性の蓋然性を問題とし、この蓋然性が一定程度の水準を超えていれば、不利益回避の可能性には保護に値する価値が認められるという。ここには、最終的な不利益回避に価値がある以上は、回避可能性にも保護に値する利益が認められるという思考が現れている一方で、ある損害を回避するために経由すべきであった過程を経由しなかったことは、「機会」の実体に関する理解としては、重視されていないように見える。

ところで、こうした機会の喪失に関する考え方は、我が国でも、医療過誤

¹²中原「機会の喪失論の現状と課題」法時82巻12号118頁。

¹³この対比は、高波澄子「米国における『チャンスの喪失 (LOSS OF CHANCE)』理論」北法49巻6号(1999年)25頁50巻1号(1999年)119頁にも見られる。高波は、アメリカの機会喪失論との関係で、機会の喪失には2つのアプローチがあることを指摘している。すなわち「医師の過失と、患者の最終的結果(死亡や後遺障害等)との因果関係を立証できない患者の不利益を救済するために、損害の対象を、患者の最終的結果ではなく結果に至る課程に置くことによって因果関係立証を図ろうとする」手法(立証緩和アプローチ。高波・前掲北法50巻1号163頁)と、「チャンスはそれ自体が保護に値する利益であるという前提」を受け入れた上で、「被告の不法行為が、好ましい結果に達する可能性を減少させた蓋然性のパーセンテージによって、チャンスの価値を計算する」手法(キング理論。高波・前掲北法50巻1号125頁)である。

訴訟に関する複数の最高裁判所の判決の中に表れているとされる。そこで、上に述べたような、機会の喪失の理論モデルの特徴を最高裁判所平成12年9月22日判決民集57巻10号1466頁¹⁴にそくして具体的に示すことにする。同判決は、医療過誤訴訟との関係で可能性の喪失を損害と認めたりディングケースとされる判決である。

事案は、以下の通りである。即ち、Aは、背部痛のため、平成元年7月8日午前5時35分頃、Y病院の救急外来でB医師の診察を受けた。Aは、上背部及び心窩部の痛みを訴えたが、聴診所見では、心雑音や不整脈等の異常は見られなかった。B医師は、10分程の診察の結果、第1次的に急性腭炎、第2次的に狭心症を疑い、急性腭炎に対する薬を加えた点滴を行った。ところが、Aは、点滴のための部屋に戻って5分程して痛みを訴え、いびきをかき深い眠りについた。それからほどなくして、呼吸が停止し、脈も微弱となり、午前7時45分頃死亡した。死因は不安定型狭心症から切迫性急性心筋梗塞に至り、心不全を来たしたことにあると認められた。

最高裁判所は、以下のように示した。「本件のように、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。けだし、生命を維持することは人にとって最も基本的な利益であって、右の可能性は法によって保護されるべき利益であり、医師が過失により医療水準にかなった医療を行わないことによって患者の法益が侵害されたものといえることができるからで

¹⁴本判決については、稲垣喬・民商123巻6号、澤野和博・名経法学10号、溜箭将之・法協118巻12号、新美育文・私法判例リマークス（法律時報別冊）24号59頁、杉原則彦・法曹時報54巻4号、渡辺達徳・法学セミナー555号、窪田充見・ジュリスト臨時増刊1202号69頁等、多数の評釈がある。

ある」¹⁵。ここで、裁判所は、医療水準に適った医療を受ける機会を喪失したことを損害としているわけではなく、適切な医療を受けていたとしたら、生存していたであろう「相当程度の可能性」の喪失を損害と捉えている。従って、本判決に現れているのは、最終的な生存に価値が認められる以上は、生存の可能性にも価値が認められるべきであるという思考であって、本判決の枠組みは、最終的な不利益を回避する可能性を「機会」と捉える理論モデルと合致するものと言うことができる¹⁶。

医療過誤以外の事案で可能性又は機会に対する侵害が問題となった事案としては、公開買付による株式売却の機会の侵害が問題となった最高裁判所平成22年10月22日判決民集64巻7号1843頁¹⁷がある。事案は、XがA社の普通株式1500株を保有し、他方、B産業再生機構らもAの事業再生の過程で、Aの種類株式を引受けていたというものである。Yは、平成18年1月31日及び2月21日に、公開買付の方法によることなく、B産業再生機構らから本件種類株式全部を譲受けたところ、Xは、Yが旧証券取引法（平成18年改正以

¹⁵中原「機会の喪失論の現状と課題」法律時報82巻11号98頁参照。中原は、判例が「相当程度の可能性」という枠組みを設定した背景には、以下のような顧慮があるという。即ち、「医師が職責に応じた高度な義務を負うという建前は確保すべきである一方で、当該医療行為の危険防止効果が技術的に不確実であることは（常に発展途上にある）医学の性質上不可避的に生じるものにすぎない以上、もはや患者がすでに有していた損害発生リスクの現実化について医師に全責任を負わせるべきでなく、患者との間で不確実性の程度に応じて損害を分配すべきである。このように、i 患者との関係での医師の高度な職責と、ii 技術的不確実性を背景とする損害分配の要請が、機会の喪失論としての『相当程度の可能性の侵害』の枠組みを支えている」。従って、上記の2つの要因を満たすときには、機会喪失を損害と認めることができるという。

¹⁶中原「機会の喪失論の現状と課題」82巻11号97頁参照。中原は、平成12年判決について、「期待権侵害論との相違は比較的明瞭である。期待権侵害論においては、適切な医療行為がなされたことそれ自体により損害が認められるのに対し、平成一二・一五年判決の枠組みでは、適切な医療行為がなされなかったことにより『相当程度の可能性』という別個の利益の侵害がなければならない」と対比している。

¹⁷本判決に対する評釈としては、黒沼悦郎・金融・商事判例1366号2頁、石丸将利・ジュリスト1428号109頁、加藤貴仁・私法判例リマークス43号82頁、金香子・六甲台論集法学政治学篇57巻1・2号59頁等がある。

前) 27条の2第1項に反して、公開買付を行わなかったことにより、公開買付の場で株式を売却する機会を逸したとして損害賠償を求めた。

原審である東京高等裁判所平成20年7月9日判決は、Yの旧証券取引法違反を前提に、「Xは、仮にYが本件各買付けに当たり公開買付けの方法を採った場合、公開買付けに応募したものと推認されるから、この機会を失ったことによりなにかの損害が発生したものと認められる」とし、さらに、「仮に公開買付けの方法よるとした場合に、買付数量、買付価格等がどのように設定されたかは証拠上明確でなく、売却の機会を失ったことによる損害額の立証は極めて困難であるというべきである」として、民事訴訟法248条に基づいて2万100円の損害を認定した。これに対して、最高裁判所は、種類株式の買付の際にはその特定の種類の株式保有者の同意があれば、普通株式の株主の同意がなくても、証券取引法27条の2には反しないとして、原審判決を破棄した。

最高裁判所は、証券取引法違反の売却行為自体を否定したが、原審である東京高等裁判所判決についてみると、機会を失ったことを損害と据えた上で、公開買付がなされていたとした場合の買付数量、買付価格が不明であることに着目して、損害額の立証は困難であるとしている。原審判決は可能性の喪失を損害と据えることを明示するものではないが、最終的な不利益を回避する可能性を「機会」と捉える理論モデルにより説明の可能な事案であったとすることができるであろう。

(2) 一定の過程を経由する機会の喪失

以上に見てきたように、我が国のいわゆる機会喪失理論は、不利益回避の可能性に一定の価値を認め、そうした可能性が喪失されたことを損害として把握する理論であるように見える。これに対して、裁判例には、最終的な不利益を回避する可能性があったか否かではなく、最終的結果に至るまでに一定の過程を経由することに利益の実体を求め、辿るべき過程を辿る機会を奪われたことを「機会の喪失」としているように読めるものもある¹⁸。

例えば、既に参照した最高裁判所平成12年9月22日判決民集57巻10号1466

頁の原審である、東京高等裁判所平成8年9月26日判決は、「診療契約は、患者の病気の治癒ないし救命自体を目的とするものではないが、医師としてはそれに向けて最善の手段方法を選択し、医療水準に適った医療を施すべき義務を負うものである。したがって、仮に患者を救命することが可能であったとはいえない場合においても、医師としては、診療契約上の義務として、また、不法行為法上も最善を尽くすべき義務があるのであり、これを怠った場合には、これにより患者が適切な医療を受ける機会を不当に奪われたことによって受けた精神的苦痛を慰藉すべき責任があるというべきである」として、被告病院に、200万円の慰謝料賠償責任を認めている。此処では、裁判所は、適切な医療を施していたとしたら、患者が生存していたか否かではなく、医療水準に従った医療を受けること自体に利益を認め、そうした医療を受ける機会を喪失した点に損害を認めている。従って、本判決の前提とする損害についての見方は、一定の過程を辿る利益を「機会」と構成する理論モデルと合致する。

また、意思決定の機会喪失に関するものであるが、最高裁判所平成16年11月18日判決¹⁹についても参照の必要がある。事案は以下の通りである。即ち、住宅都市整備公団は、賃借人らに賃貸していた団地の建替事業に着手することとした。その際、公団は、立退きを円滑に進めるために、立退に協力的であった賃借人Xらとの間で、一般公募に先立つ優先入居、仮住居の確保、移

¹⁸医療過誤に関する事案で言えば、適切な医療を受けることに対する期待権の侵害を損害と構成した一連の裁判例がこれに属する。裁判例分析については吉田信一「致命的疾病に罹患していた患者が医師の義務違反により被った損害——裁判例に見るいわゆる『延命利益』『期待権』侵害——」千葉大法学論集6巻3・4号(1992年)137頁以下参照。なお、吉田は、「多くの判決が問題にしているのは『適切十分な医療を受ける』こと自体であり、義務違反との因果関係がない死亡や延命とは切り離されたものである。従って結論から言えば、ここでは『適切十分な医療を受けることによる心の満足といった、純粹の精神的利益が問題にされていると見るべきであるように思われる』としている(吉田・前掲千葉大法学論集6巻3・4号167頁)。

¹⁹本判決に対する評釈としては、原田剛・法学セミナー602号120頁、大中有信・金融商事1216号75頁、鎌野邦樹・法教298号106頁、円谷峻・法律のひろば58巻7号77頁がある。

転費用相当額を支払う等の合意を取交わした。ところが、公団は、Xらの入居後、未分譲住宅について、いかに販売促進をしても民間との比較において設定価格では購入者がつかないという理由で、一般公募を行わなかった。そして、Xらへの分譲住宅販売からおおよそ3年後に、25%から30%値下げした価格で、未分譲住宅の一般公募を行った。

最高裁判所は、以下のように判示した。「公団は、Xらが、本件優先購入条項により、本件各譲渡契約締結の時点において、Xらに対するあっせん後未分譲住宅の一般公募が直ちに行われると認識していたことを少なくとも容易に知ることができたにもかかわらず、Xらに対し、上記一般公募を直ちにすることを全く説明せず、これによりXらが公団の設定に係る分譲住宅の価格の適否について十分に検討した上で本件各譲渡契約を締結するか否かを決定する機会を奪ったものというべきであって、Aが当該説明をしなかったことは信義誠実の原則に著しく違反するものであるといわざるを得ない。そうすると、Xらが公団との間で本件各譲渡契約を締結するか否かの意思決定は財産的利益に関するものではあるが、公団の上記行為は慰謝料請求権の発生を肯認し得る違法行為と評価することが相当である」。裁判所は、値下げ販売をすることについての情報提供ではなく、一般公募をする意思のないことについての情報提供を問題としている。しかし、事案においては、一般公募をする意思がないことの説明が、原告らの異なる判断に結びついてきた蓋然性は必ずしも高かったわけではない²⁰。裁判所も、異なる意思決定の可能性があったか否かではなく、むしろ「分譲住宅の価格の適否について十分に検討した上で本件各譲渡契約を締結するか否かを決定する機会」を奪った点に損害を認めている。本判決に見られる損害の構成の仕方も、最終的な不利益回避の可能性ではなく、最終的な結論に至るまでに一定の過程を経る利益を「機会」と構成する理論モデルと一致するよう見える。

4 結語

「機会の喪失」という損害は、2つの異なる理論モデルに従い、説明され

ると考えられる。我が国のいわゆる「機会の喪失」論は、最終的な不利益を回避する可能性を「機会」と捉え、こうした可能性を喪失した点を損害と評価する理論モデルに従い説明される。これは、最終的利益の毀損自体を損害結果とするものではないから、「発生した結果との因果関係が立証されないか結果が発生しない場合にまでも過失責任を認める」²¹ものではない。

こうした利益取得の可能性に要保護性が認められるのは、原則として、利益取得の可能性に高い蓋然性が認められる場合であるが、終局的な利益が極めて重要な価値を有するときには、その実現可能性が低い場合にも機会が保護に値すると判断される余地はある。この余地は、上述の最高裁判所平成12年判決が、必ずしも高いとは言えない救命の可能性に要保護性を認めるに際して、「けだし、生命を維持することは人にとって最も基本的な利益であって」と根拠づけている点にも現れている。従って、その反面として、この理論モデルは、最終的な利益が生命その他の重大な利益に関するものではなく、また過失行為がなかったとしても損害発生の結果に変更を生じなかったであろうという場合（利益の蓋然性が低い場合）の損害賠償責任を説明することが困難となるように見える。

²⁰大中が、取引的不法行為における自己決定権侵害の捉え方について、次のように指摘している。すなわち「当事者の契約締結に至る自己決定が相手方の勧誘行為によって惹起された場合に意思の形成過程における相手方の介入行為それ自体を違法と評価することを通じて、契約締結によってもたらされた財産の減少を不法行為上の損害と把握するという構成」（大中・金融商事1216号76頁）と、「不適切な説明がおこなわれたことによつて十分な情報のもとでの契約締結がおこなえなかったことにより、自由な意思決定機会が失われたことそれ自体に不法行為法上の保護を与える可能性」がある。そして、後者については、「十分な説明を受けたとしても契約を締結したかもしれないが（この点で相手方による契約締結に対する説身義務違反と契約締結との問題は少なくとも不法行為の成立との関係では視野の外に置かれることになる）、不適切な説明が行われたことあるいは適切な説明が行われなかったことそれ自体が違法であると観念することになる」（大中・金融商事1216号77頁）。また、原田剛「評釈」法学セミナー602号120頁参照。尤も、本判決については、説明がなされていれば異なる内容の契約が締結されていた可能性があるという見方もある（鎌野「評釈」法教298号106頁参照）。

²¹最高裁判所平成17年12月8日判決判時1923号26頁〔島田裁判官補足意見〕。

しかし、前述の最高裁判所平成12年判決の原審や、最高裁判所平成16年判決の中に見られるように、裁判例の中には、不利益回避の可能性を「機会」と捉える理論モデルによっては説明されないものも含まれている。ここでは、むしろ、損害結果に至るまでに一定の期待されるべき過程を経ることを「機会」と捉える理論モデルが示されている²²。これによれば、著しい違法行為が関与したときには、違法行為の関与がなかった場合に損害の発生を回避し得ていたかが明確でない場合であっても、違法行為の干渉を受けずに結果の発生不発生を確証する機会を喪失したことを損害と捉えることが可能となるように見える。上述の最高裁判所平成16年11月18日判決は、公団の説明義務違反について、「分譲住宅の価格の適否について十分に検討した上で本件各譲渡契約を締結するか否かを決定する機会を奪った」ものであって、信義誠実の原則に「著しく違反する」としているが、信義誠実の原則に対する著しい違反と機会の喪失とを結び付けている点にも、上記の機会喪失概念の理論モデルが現れているのではないかと考えられる。

そこで、続いて、以上のような観点に従い、冒頭にも掲げた札幌地方裁判所平成22年3月19日判決判例時報2095号87頁について見ることにする。同判決は、「懲役2年の実刑判決以外の刑事処分を受ける可能性を奪われた」ことを損害と認めるものであるから、不利益を回避する可能性を「機会」と構成する理論モデルと合致するものように見える。従って、高裁判所平成12

²²医療過誤の事案について、適切な治療を受ける機会に対する期待権の侵害を損害と構成する見解（石川寛俊「期待権の展開と証明責任のあり方」判例タイムズ686号（1989年）25頁、山崎進「診療債務の不履行と死亡との因果関係が肯定されない場合の損害の成否」ジュリスト949号（1990年）127頁）は、一定の過程を経由する利益を「機会」と構成する理論モデルに属する。これに対しては、適切な治療を受けることができるという期待は診療債務の内容そのものであり、これに対する侵害は損害とは言えないという批判（渡邊了造「過失あるも因果関係がない場合の慰謝料」判タ686号〔1989年〕69頁）や、期待権の喪失を根拠に医師の賠償責任を認めると治療行為の委縮を招くといった批判（青柳文雄「医療における治療期待権への疑問」法学研究56巻10号（1983年）32頁）がなされたことがある。しかし、最高裁判所平成16年判決では、「機会」概念は、債権者の側の期待というよりも、信義誠実に対する「著し」い違反という、債務者側の違法性の強弱の問題を損害概念に反映させる役割を担っているように見える。

年判決の採用した「可能性」概念と札幌地方裁判所平成22年判決の用いた「可能性」概念とは概念上同一であると言ってよいように思われる²³。

しかし、札幌地方裁判所平成22年判決の事案における損害概念を、最終的不利益回避の可能性を「機会」と捉える理論モデルにより十分に説明し得るかについては検討の余地がある。この事案では、おとり捜査自体は適法であることが前提とされており、仮におとり捜査の事実が隠蔽されなかったとしても、懲役2年の実刑判決以外の判決が出たであろうという高度の蓋然性が存在していたとは認め難いからである。平成12年判決の用いた「相当程度の可能性」20%程度でも認められるとされるが、大江の指摘する通り²⁴、札幌地方裁判所の用いた「全くなかったとはいえない」という程度の可能性はこの20%という必ずしも高くない数値をさらに下回る疑いがある。

本件事案は、最終的不利益回避の可能性を「機会」と構成する理論モデルによっては、本来的には、説明が困難な事案だったのではないだろうかと考えられる。判決における、懲役2年の実刑判決以外の判決を得たであろう可能性の低さを補いものとして、大江は、「警察官による虚偽供述調書作成等という故意不法行為が問題となったものであり、安易な拡張適用が結果予見義務、結果回避義務の過剰な負荷につながりかねないという懸念が生じうる過失不法行為の場合とは異なり、拡張適用の弊害が少ないと考えることもできる」²⁵と指摘している。しかし、不法行為が故意であったか否かは、不利

²³大江・前掲信大法学論集18号（2012年）179頁参照。大江は、最高裁判所平成12年判決と札幌地方裁判所平成22年判決とを比較するに際して、最高裁判所平成12年判決の事案では「生命という最高度の要保護性が認められる法益」が問題となっているのに対し、札幌地方裁判所平成22年判決の事案では「人身の自由、適正手続の保障といった憲法上の価値」が問題となっているが、人身の自由や適正手続の保障を直ちに生命と同価値と認めることは困難であるとする。この点をさらに敷衍すると、保護の対象となる利益を、人身の自由を求めるのと適正手続の保障を求めるのとでは損害の構造に違いを生じるように見える。即ち、人身の自由に利益を求める見方の前提にあるのは、懲役2年の実刑判決以外の判決を求める「可能性」の侵害を損害と構成する理論モデルであるのに対し、適正手続の保障に利益を求める見方の前提となるのは、違法行為の介在を受けずに手続を受けるという「過程」に対する侵害を損害と構成する理論モデルである。

²⁴大江・前掲信大法学論集18号（2012年）179頁。

益回避の可能性を「機会」と構成する理論モデルにおいては本来的には異質であり、直ちには損害評価には反映し難い観点であろう。むしろ、此处では、実際に懲役2年の実刑判決以外の判決を得る可能性がどれほどあったのかは重要ではなく、故意による隠蔽行為の介在を規範的に損害と評価したというのが損害の実体であるようにも思われる。このようにみると、本件事案における損害は、本来的には、最高裁判所平成16年判決に見られる、一定の過程を経由する利益を「機会」と捉える機会概念とより親和的だったのではないかと考えられる。

²⁵大江・前掲信大法学論集18号（2012年）179頁以下。