

平成16年(ネ)第2435号 損害賠償請求事件

控訴人(一審原告) 竹下 勇子

被控訴人(一審被告) 静岡市 外1名

2004年(平成16年)7月21日

控訴人訴訟代理人 弁護士 渡 邊 彰 悟  
同 福 地 直 樹

東京高等裁判所 第5民事部 御中

## 控 訴 理 由 書 ( 2 )

～ 事実認定について～

控訴人は、原審の事実認定について以下のとおり主張する。

### 第1 原審の事実認定のあり方について

- 1 原審判決は、判決書の第3において、本件の経緯について事実認定をしている(判決書 3頁～18頁)。

しかし、これらの事実認定は極めて杜撰であり、証拠に存在しないことを事実と認定していたり、証拠に現れている事実と反することを認定していたり、また、証拠の読み違いによって事実認定をしているなどの点が散見される。

- 2 こうした誤った事実認定によって、「原告が乳癌に罹患していた」との結

論を導いているのであり、控訴人としてはこうした原審の判断は、結論のみが先行し、その結論に向けて誤った判断に基づく事実認定を積み重ねていったとの印象を払拭することができない。

以下では、原審が認定した事実が誤りであること、その誤った事実認定に基づいて判決の結論に重大な影響を及ぼしていることを、それぞれ指摘することにする。

## 第2 原審の具体的事実認定について

### 1 平成3年12月27日喜納教授による病理診断

#### (1) 原審判決はこの点につき

「同日（平成3年12月27日）、この迅速標本（迅速標本は複数作製した）を浜松医科大学に持参し、同大学教授の喜納勇教授に診てもらった・」

（原審判決6頁）

また、

「確かに、同教授（喜納教授）が診断をした結果としての診断書等の書面は存在しない。しかしながら、この点の被告小坂の供述等（説明）は筋が通っており、これを虚偽であるとする根拠はない。」（原審判決22頁）と認定している。

#### (2) しかしながら、迅速標本に対する喜納教授の診断は存在しないというのが控訴人の主張であり、このことは2003年10月9日付準備書面にて詳細に論じたとおりである。

再度、要約して主張すれば控訴人の以下のとおりである。すなわち、当日、小坂は喜納教授に会うために浜松医科大学に向かったとされているが、浜松医科大学に到着した時刻について、乙31号証（小坂陳述書）と法

廷における供述内容が食い違っていること。

当日の喜納教授の行動を客観的に見る限り、喜納教授と小坂が浜松医科大学で出会い、標本を交付することは極めて困難であること。

喜納教授の日記（甲 8 3 号証）の記載内容から判断して、小坂が突然喜納教授を訪問して病理診断を依頼できるような間柄では決してなかったこと。

以上のことから推論すれば、小坂と喜納教授が浜松医科大学で、当日の午前 11 時から 12 時の間に面会し病理診断を依頼するなどということはあり得ない事実である。

- (3) 控訴人の上記主張に対し、小坂は、自分が浜松医科大学に到着した時間、及び、喜納教授が磐田総合病院に到着した時間について、矛盾した供述をしていることがわかる。

小坂調書 139、141、146、

「そうすると、いずれにしても 11 時半は過ぎていきますね。」

「だから、先ほども言ったように、僕はこれ時刻表分かりませんでしたので、初めて見させていただきましたが、11 時過ぎから、遅くとも 11 時半ごろというふうに言ったと思いますけども。」

「11 時半を過ぎたということでもいいんですね。」

「そういうことです。その新幹線のあれから見ると。」

「あなたがおっしゃりたいのは、自分と会ってから、午前中に磐田病院に、喜納先生は着かれたのではないかということをおっしゃりたいんですか。」

「そういうことです。」

ただし被告代理人からの問いには「a.m.イワタへ」への解釈について、小坂は以下のように供述する。

小坂調書 356

「私たちは、この文章を、要するに、出発した時間というふうに解釈しておりますけれども。そう感じておりますけれども」

と答えて、喜納教授が磐田総合病院に到着した時間について矛盾する供述をしている。

(4) しかしながら、原審判決は、

「(控訴人の主張は)確定されていない事実を前提にして一方的な推測をしているもので、採用できない。」と判断し(原審判決22頁)、喜納教授が残した日記の記載をどのように理解するのが合理的か、喜納教授の日記記載と小坂の供述及び供述の不自然な変遷とのどちらが信用に値する証拠であるかを、何ら詳細に吟味することなく、控訴人の主張を一蹴しているのである。

しかしながら原審判決がいう「確定されていない事実」というのは、喜納教授が既に他界されているという一点に尽きるものであり、喜納教授に直接事実を確認できないから、それは「確定されていない事実」であると判断しているのと同じである。これは、まさに「死人に口なし」を利用した小坂の主張そのものであり、公平な立場から客観的に判断すべき裁判所の役割を放棄するに等しい判断内容である。

## 2 家族に対する説明日の設定及び家族への説明について

### (1) 家族に対する説明日の設定

a 小坂が、控訴人及び控訴人の家族に対して乳癌の告知・説明をする日程について、原審判決は以下のように判示する。

12月28日に「家族への説明の日を同月(平成4年1月)6日と定めた。」

(原審判決 8 頁)

- b しかし、12月28日に家族への説明を1月6日に決めたのではなく事実は以下のとおりである。すなわち、

小坂は、1月4日に説明するから病院に来るよう控訴人に指示した。つまり、控訴人は、すでに生検を実施した翌日である平成3年12月28日にがん告知をされ、その際、家族が同席していなかったため、小坂は控訴人の自宅まで行くと執拗に言っていたのである。それを控訴人が断ったため、小坂から、平成4年1月4日に説明するから病院に来るよう指示を受けた。控訴人は家族とともに1月4日に病院に赴いたが、小坂は病院内におらず、説明を受けることはできなかった(甲64p9~10、p12~13)。

そこで1月6日朝、控訴人が看護婦に催促したことによって家族への説明が当日夕方と決まったのである(乙2号証40枚目、看護記録1月6日6時「早くムンテラをして欲しいという」)。12月28日に決まったのではない。

- c 以上の事実は、控訴人の陳述書に詳細に記載されているところである。しかしながら、原審は小坂の陳述書及び供述のみを採用し、理路整然と記載されている控訴人陳述書については一言も触れずに、事実と反する認定をしているのである。
- d こうした事実誤認が、(2)で論じるように破綻を来たしている。つまり家族への説明の日が前もって決まっていたわけではないため病理科に対し、スケジュールにあわせて病理診断結果を出す依頼はできなかったのである。原審判決は、小坂が客観的資料に基づかずに控訴人に乳癌の告知をしていることを見逃してしまったのである。

(2) 家族への説明(平成4年1月6日)

- a 小坂による控訴人及び控訴人の家族に対する説明について、原審判決は

以下のように判示する。

「説明内容は、上記(2)の喜納教授、多田医師による診断結果を踏まえ、  
・ ・説明がされた。」(原審判決12頁)

b まず、原審判決は、小坂が多田医師による診断結果を踏まえて控訴人に説明したという事実を認定している点が問題である。

なぜなら、小坂が控訴人に説明したとされる平成4年1月6日の時点では、多田医師の病理診断は存在しないからである。多田医師による診断書とは乙1号証36頁を指していると思われるが、この病理組織診断には「92年(平成4年)1月7日」と記載されている。

この点で、原審判決は証拠に存在しない事実を認定している。

c 次に、原審が上記のような事実認定をしたのは、「診断書作成が1月7日で、実際にはその前日である1月6日に多田医師による診断が行われた」と認定したということであろうか。原審判決の趣旨は極めて不明確であるが、仮にそのような認定であったとしても、以下で論じるとおり、それ自体証拠に現れている事実と反するものである。

なぜなら、多田医師は1月6日には被控訴人病院に来ていないからである。病院に来ていない多田医師が、組織に基づいて病理診断などできるはずがない。

そのことは、以下に指摘するように、小坂の法廷における供述に明確に現れている。すなわち、

小坂調書 303～307

「この永久標本を多田先生が見たんですか。」

「そうです。最終的にはそうだと思います。」

「多田先生は、どこで顕微鏡をのぞいたんですか。」

「清水市立病院の病理の部屋です。」

「清水市立病院に来たんですね。」

「そうです。」

「それが何日ですか。」

「カルテをみますと、私の記憶から想像しますと、1月7日になっていきますので、1月7日にお見えになったというふうに記憶します。」

「そうすると、多田先生は、1月7日に清水市立病院で永久標本を見て、癌だというふうに診断したわけですね。」

「そうです。多田先生はですね。」

小坂調書 59～61、63

「前回の法廷でのあなたの供述でも、多田さんが、その診断をしたのは1月7日であると、これは間違いないわけですね。」

「間違いありません。」

「そうすると、多田さんは、6日ではなくて、7日に来ていたと、こういうことですね。」

「7日でございます。」

「そうすると、多田さんの永久標本の診断が1月7日ということは、1月6日のあなたの本人と家族に対する説明のときには、この多田さんの病理結果に基づく説明というのは、なかったということですね。」

「そういうことでございます。」

「少なくとも、多田さんの診断が、1月6日になかったことは間違いありません。」

「そういうことです。ですから、1月6日は喜納教授です。」

- d 以上、指摘したとおり、小坂自身も、多田医師が病院に来たのは1月7日であることを認めている。しかも、その他に、1月6日の説明時に、多田医師の診断に基づいて説明したと認定すべき証拠は一切存在しない。

原審の事実認定は証拠に基づかないものであることが明白である。

- e そればかりではなく、この点の事実誤認が判決全体に重大な影響を及ぼすものであることを指摘しておきたい。つまり、院内の病理医に基づく病理診断が出る前に、小坂は控訴人及び控訴人の家族に乳癌であることの説明を行っているのである。この事実こそが、小坂が客観的根拠に基づかずに乳癌であることを決めつけ、控訴人にその旨の説明を施し、手術に踏み切ったことを裏付ける大きな事実だからである。

しかしながら、原審はそれを見逃した。原審は、証拠に基づかない、あるいは証拠に存在しない事実を認定し、誤った結論を導き出したとのそしりを免れない。

### 3 1月6日喜納教授の診断

- (1) 以上のように、1月6日における控訴人に対する説明が多田医師の病理診断に基づくものではなかったとすれば、小坂の主張を正当化できるのは、喜納教授による病理診断である。

原審判決は、喜納教授による永久標本の診断について、不当にも以下のよう  
に認定した。

「同月(平成4年1月)6日、被告小坂は、前年12月27日に浜松医科



大学の喜納教授に、原告の永久標本が作製されたらこの診断をお願いしたいと依頼済みであったので、・・・喜納教授は、この永久標本によって、浸潤性乳管癌、乳頭腺管癌と診断し、その結果を被告小坂に連絡した。」(原審判決11頁)

- (2) 1月6日の永久標本に対する診断は、12月27日に小坂が浜松医科大学に行ったときに喜納教授に依頼したというのであるから、当然に12月27日に小坂が喜納教授に会っていることを前提とする事実である。

しかしながら、前記第2の1で論じたとおり、また、2003年10月9日付原告準備書面で論じたとおり、12月27日に小坂が喜納教授に会ったとの事実は、認定できないものである。

この点における原審の不当性は前述したとおりであるが、1月6日における永久標本の運搬についても、関係者の供述内容と小坂の供述内容とが食い違っているものであり、これをもって小坂の供述内容どおりの事実認定をした原審は批判を免れるものではない。

この点を以下に論ずる。

- (3) 1月6日に標本を喜納教授のもとに運んだとされる塩野義製薬のT氏は以下のように供述している(甲87号証)。すなわち、

「その際、小坂医師から預かったものは茶封筒(大きさはA4よりも大きくなかったと思います)に入れられておりました。その中身については、説明も受けておりませんし、私から内容を確認したこともありません。その中身がなんであるか特に意識しないまま助手席にその封筒をおいて浜松に行きました。」

「以前に清水市立病院から依頼を受けて、陳述書に署名をしましたが、その文章は私自身が作成したのではなく、清水市立病院からその当時の塩野義の担当者を通して社内メールで送られてきたものでした。私としては何かを運んだことは事実でしたので、その中身が問題となっているとは知らず

に、その送られてきた文書を読んであれは標本だったのかと思いつつ、そのまま送られてきた文書に署名をしたものでした。」

(4) これに対し、小坂の供述は以下のとおりである。

小坂調書 291、293～295

「浜松医大までは、だれが標本を運んだんですか。」

「Tさんです。」

「どういうふうに頼んだの」

「検体を搬送してもらえないかということをお願いだけです。」

「なんの検体ですか。」

「病理標本ですね。」

「予備の標本だとか言って説明したんですか。」

「ええ、これはもちろんスペアですので、予備の標本だということも説明しました。」

小坂調書 (430～431、436)

「Tさんには標本を渡したという話になっているんですけども、Tさんには、これは標本だといわゆるプレパラートだということをお示して渡したんですか。」

「ケースがございますので、そのケースの中に入れて、お渡ししたというふうに記憶しております。」

「そのケースの中に、そういうものがあるということを示してということですか。」

「そういうことです。先生がさっきご覧になった大きいやつのはれの小さいやつです。」

「中身は、Tさんに分らずに、これを浜松医大に届けてくれと。」

「中身も教えないで届けるということは、別にTさんに限らず、そういうことではありません」

- (5) 以上のとおり、T氏の供述と小坂の供述とは、その内容を異にしている。どちらかが事実と反する供述をしているということであるが、T氏は、標本を喜納教授に届けたかどうかという点について、何ら利害関係を持たないいわば第三者的立場にあるのに対し、小坂は標本が喜納教授のもとに届けられるという事実を作らなければ、その主張事実・供述事実を裏付けることができない関係にあるので、大きな利害関係を有していることになる。そうだとすれば、どちらの供述が客観的であるかは明白である。

原審判決は、この点の認識を誤り合理的な認定を怠り、判決の結論に重大な影響を及ぼす事実誤認を犯したとの批判を免れない。

- 4 以上指摘した点は、判決の結論に重大な影響を及ぼす事実誤認であるが、これは、本書面の冒頭に述べたように、原審判決が、控訴人が乳癌ではないということは否定できないという結論を強引に導くために、証拠に基づかない事実認定を行ったという姿勢の表れである。

判決の結論に重大な影響を及ぼすかどうかは別にして、原審のこうした姿勢が現れている点を以下に指摘することにする。

- (1) 初診日の検査内容について

- a 初診日である平成3年12月26日に、小坂が控訴人に対して実施した検査について、原審は以下のように判示する。すなわち、

「なお、この日、被告小坂は原告のプロゲステロンレセプター及びエストロゲンレセプター（いずれも女性ホルモン受容体）の検査を行っている（乙1 p 4、乙1 2）が、」（原審判決4頁）

- b しかしながら、小坂は控訴人に対する初診時には上記検査を実施していない。しかも、以下のとおり、検査を実施していないことを小坂自身が自認しているのである。

小坂調書 482～484

「これはどういうつもりで書いたんですか。」

「これは、要するに26日でこういうことをやるというふうになりましたので、外科的生検をやるということをしたので、ここにこういったような形を、処方、こういったことの検査及び薬剤の投与をしようということで書いたわけです。」

「今後こういうことをやっていくという予定を書いたということですか。」

「予定を書いたということですか。」

- c 原審は、客観的資料にも存在せず、小坂自身も実施を否定している検査の存在を認定しているのである。

## (2) 術前検査について

- a 術前検査について、原審判決は以下のように判示している。すなわち、  
「なお、同様の検査は、前日の6日にも、前々日の5日にも行われている」（原審判決13頁）

- b しかしながら、術前検査は1月5日には実施されていない。

控訴人は、平成4年1月4日午後1時15分から翌5日午後8時まで自宅に外泊中であった。このことは、乙2号証40頁に明確に記載されてい

る（看護記録）。控訴人が1月5日に自宅から病院に戻ったあと、検査を実施したとの記録は診療記録上のどこにも存在しないし、1月5日が日曜日であることからして、外泊から帰院した日曜日の夜8時以降に術前検査を実施することは常識的にあり得ない。

乙2号証40頁（看護記録）には以下のように記載されている。

「20時 帰院 特に苦痛の訴えなし」

「24時 不眠訴う」

c 記録のどこにも検査を実施したとの記載はない。

(3) 癌であることを控訴人が自認しているとの認定について

a 原審判決は、

「なお、本訴の第5回口頭弁論期日（平成9年1月16日施行）において、原告側は『癌の性状の点を除き、原告が癌であったことは認める』と陳述している。」（原審判決17頁）

と判示している（原審判決17頁）

b このことを、原告が癌であることを認定する根拠の一つにしているとすれば、原審の不当性は極めて大きいといわなければならない。平成9年1月16日に実施された口頭弁論期日以降、控訴人は乳癌ではなかったことに重点をおいて主張を詳細に展開してきたわけであるし、乳癌ではなかったことを立証するために鑑定手続を行ったのである。こうした裁判手続を一切無視して、平成9年1月時点での口頭弁論調書に基づいて、控訴人を乳癌と認定する原審の態度は、本書面第1で論じたとおり、初めに結論を決めていたといわなければならない、厳しく非難されなければならない。

c 貴庁に対する2004年（平成16年）6月9日付上申書において、このような記載が調書になされた経緯を説明したとおり、「ガンの性状の点を除き、原告は標本がガンであったことは認める。」という内容が正しい

ものである。

原審も、被控訴人側も、上記のような経緯を十分に承知していたはずであり、原審が上記のような調書記載を「控訴人が乳癌であること」を認定する一資料としたことは極めて不当であるといわなければならない。

### 第3 控訴人の鑑定人との接触について

- 1 第1及び第2において述べたように、原審の姿勢は、その判示の至る所に表現されているように、偏頗そのものであり、控訴人の訴訟活動を正面から虚心坦懐に見つめようとしなかったといわざるを得ない。

その表れのひとつが、控訴人が鑑定人と接触した事実を歪曲していることである。

例えば、

- (1) 並木恒夫鑑定人について、原審判決は以下のように判示している。

「裁判所も被告らも知らない関係があるのではないかとの疑いを持たせることになっていて、上記鑑定信用性に暗い影を落としている。」(原審判決7頁)

- (2) また、佐藤慶太鑑定人に関しても次のように判示する。

「裁判所が支倉教授に依頼した鑑定であったのに裁判所も知らない間に共同鑑定人となり、しかも、裁判所も被告側も知らない間に原告からの依頼で意見書を作成するという不透明な手続の危うさが現れている。」(原審判決21頁)

- (3) しかしながら、高度な専門分野を扱うことになる医療に関係した訴訟において、鑑定が終了した後に、その鑑定内容の理解のために、原告側も含めて鑑定人に接触し、その内容を聴取することは決して不透明なことではなく、公正さを侵害するものでもなく、いわば当然のことである。その当然のことを控訴人が実行していたにすぎず、その手法を非難されるいわれはない。

佐藤鑑定人が共同鑑定人になったことについては、控訴人も鑑定書を見て初めて知ったことであり、あずかり知らぬ事情によるものであるし、あたかも控訴人の働きかけによって佐藤鑑定人が共同鑑定人に名を連ねたかのごとく認定すること自体、原審裁判所の偏頗なもの見方の現れであるといわざるを得ない。今回のミトコンドリアDNAに基づく分析については、支倉教授にはその技能が不足しており、佐藤鑑定人が実際には実務を担っていたと、控訴人は聞いている。

また、後に提出された佐藤鑑定人の意見書は、まったく鑑定と矛盾するものではなく、そのことも「不透明さ」云々をいわれる原審の姿勢は、まったく理解できない。鑑定書では押さえられた表現ではあったものの、他人由来の組織であると判断する「可能性」も否定できないからこそ、そうした事実を佐藤鑑定人は明らかにしたにすぎず、いわば鑑定書の補充的な内容を提出したにすぎないのである。

また、並木鑑定人についても、甲109号証の意見書は、それまでの鑑定とは無関係の事項に関する専門的見地からの意見であり、しかも原審判決でも指摘するように、「原告の主位的請求を否定する方向に働く証拠」であって、特別の関係を前提にしているものとは到底いえない。また、並木鑑定人は、病理に関する専門家であるから、一般的な病理検査の方法を聴取したにすぎず、その際にたまたま並木鑑定人が喜納教授と同級生であり、その性格も含めて人となりを良くご存じであり、率直な意見が寄せられたため、その内容を意見書という形式にまとめて裁判所に提出したまでのことである。

明らかに、控訴人側に対する偏った原審の姿勢が、上記のような裁判所の憶測に基づく指摘を引き出したとしかいいようがない。非難されるべきは控訴人側の行動ではなく、こうした裁判所の姿勢こそが極めて厳しく非難されるべきである。

#### 第4 まとめ

初めにも述べたことであるが、原審は、初めに結論ありきであった。そのため、事実認定においても控訴人の疑問に正面から答えることを回避しているわけである。こうした事実認定の姿勢そのものが不自然の謗りを免れるものではない。