



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	米国における「チャンスの喪失 (LOSS OF CHANCE)」理論 (1)
Author(s)	高波, 澄子; TAKANAMI, Sumiko
Citation	北大法学論集, 49(6), 25-76
Issue Date	1999-03-17
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15803
Type	departmental bulletin paper
File Information	49(6)_p25-76.pdf



米国における「チャンスの喪失 (LOSS OF CHANCE)」理論 (一)

高波澄子

目次

はじめに

I章 「チャンスの喪失 (LOSS OF CHANCE)」理論

一 米国における医療過誤訴訟について

(一) その概要

(二) 因果関係基準

二 「チャンスの喪失」理論の発展

(一) 理論の起り

(二) 理論の展開 — 「立証緩和アプローチ」と「キング理論」

三 「立証緩和アプローチ」

(一) ヒックス理論

1 裁判例

2 考察

(二) 被害の危険性増加基準と実質的要因基準の併用

1 裁判例

2 考察

(三) まとめ

1 要旨

2 問題点

3 小括

四 「キング理論」

(一) 論旨

(二) 適用裁判例

(三) 学説の動向

1 好意的見解

2 批判的見解

3 近時の評価

五 チャンスの喪失事案における損害賠償額の算出方法

(一) 喪失したチャンス分の損害額

(二) 過誤による拡大部分の損害額

(三) 死亡に起因する損害額

II 章 「チャンスの喪失」理論の日本法に対する示唆

(以上、本号)

一 「立証緩和アプローチ」適用判決と、「期待権」事案判決

(一) 比較・検討

1 両者の相違

2 相違が生じる理由

(二) 考察

二 「キング理論」と、わが国における損害賠償の割合的減額論

(一) 損害賠償の割合的減額論

(二) 医療過誤事案への割合的減額論適用の妥当性

1 裁判例

2 考察

(三) 「キング理論」と割合的減額論との比較・検討

1 「キング理論」と寄与度減額説

2 「キング理論」と割合的因果関係説

(四) 考察

おわりに

はじめに

癌などの病で、ほぼその死が確実とみられていた患者の診療過程において医師が過失をおかしていた場合、医師はどのような法的責任を負うのであろうか。従来の判例・通説における損

害賠償責任論では、診療上の過失と死亡との間に因果関係が存在することが必要であるから、適切な治療を行っても早晚その死が確実に訪れたといえるときには、この因果関係はないとして医師にはその賠償責任を問えないことになろう。

癌治療の事案ではないが、医療過誤事例における医師の過失

と患者の死亡との間の因果関係立証の困難性を克服しようと、福岡地判昭和五二年三月二十九日判例時報八六七号九〇頁は、患者の「期待権」なる概念を登場させた。すなわち、人工妊娠中絶後の原因不明死の事案において医師の過失と患者の死亡との間に因果関係を積極的に認定しえない場合でも、右の過失がなければ死の結果を避け得たという蓋然性があるときは、患者の「期待権」の侵害ということを理由に慰謝料を請求しうる余地があると判示したのである（以下では、「期待権」判決と略称する）。この「期待権」判決に対して、学説は、賛否相半ばし、共通の理解にまでは至っていないが、医師の診療上の注意義務違反が明らかである場合に、結果発生との間に因果関係が認められないからといって、医師の責任を全く不問にしてよいとする学説は少ないようである。⁽¹⁾

どんな病を患っていたとしても、患者が、医師に対して、自分の疾病について現代の医療水準にある医学的知識・技術を駆使して診療に従事してくれるものという期待を抱くことは至極、当然だといえる。従って、不治の病による死であった、原因が不明であったという理由から、治療上の過失があっても医師には責任が生じないとするには、釈然としないものがある。右「期待権」判決は、従来の損害賠償法では賠償の余地がない

この種の事案において「期待権」を被侵害利益と捉えて、その侵害を慰謝料によって賠償しようとするものであると評価できよう。しかし、「期待権」侵害に起因する精神的損害として概括的・抽象的に捉えた上での慰謝料による賠償より外はないのだろうか。これでは、賠償額が低く抑えられること、さらに「心身の安泰を得る」という患者の法益が軽んじられる畏れがあること等を考えると、患者救済としては不十分と思われる。

ところで、米国においても、「期待権」をめぐるこの種の問題が、患者が生存率の低い疾病を患っていたというような既存状況 (preexisting condition)⁽²⁾ が関わる医療過誤事案において論議されている。原告の最終的な損害が、既存状況よりも被告の過失によって生じたということを伝統的な因果関係基準 (more-likely-than-not) によって立証しなければならぬとしたら、たとえ被告の過失によって原告の生存のチャンスが奪われたとしても、その因果関係の立証が難しく原告は不利益を被ってしまう。このような立場におかれている患者の救済を志向して、「チャンスの喪失 (loss of chance)」理論が議論されているのである。⁽³⁾

「チャンスの喪失」理論とは、医療過誤がなければ当該患者がより良い結果を得られたであろうチャンスは確実になくても、

医師の過失が、患者からそのようなチャンスを奪ったということが明らかである場合に、医師の過失が、患者の損害の一端(主原因)であったことを、患者側はどのように立証すべきかという患者サイドの理論である。⁽⁴⁾

本稿は、アメリカにおける裁判例および学説を通して、この種の事案が如何に解決されているか、その方法論の整理・分析をおこない、それらを考察・検討する。そこから、わが国の「期待権」をめぐる事案の問題処理に何らかの示唆が得られないかを模索する。

註

- (1) 学説としては次のものがある。櫻井節夫「判例批評」判例時報八八三号一三七頁(一九七三)、稲垣喬「医事訴訟と医師の責任」三一七頁(有斐閣、一九八一)、新美育文「癌患者の死亡と医師の責任」『期待権侵害』理論の検討一」ジュリスト七七七号七八頁(一九八三)、饗庭忠男『医療事故の焦点』七八頁(日本医事新報社、一九八七)、石川寛俊「治療機会の喪失による損害」期待権侵害論再考一」自由と正義三九卷一一号二七頁(一九八八)、渡邊了造「過失あるも因果関係がない場合の慰謝料」判例タイムズ六八六号六九頁(一九八九)、古

瀬駿介「損害の発生(1)」裁判実務大系17医療過誤訴訟法三一〇頁(青林書院、一九九〇)、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」ジュリスト九四九号一二五頁(一九九〇)。「期待権」をめぐる裁判例を整理・分析するものとして、吉田信一「致命的疾患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」千葉大学法学論集第六卷三・四号一三七頁(一九九二)等。

(2) 被告医師の診療を受ける以前から既に原告に存在していた疾病や身体的状況をいう。

(3) 「チャンスの喪失 (loss of chance)」という場合のチャンスは、事案や状況に応じて、機会、または可能性の意味で使われている。

(4) ところで、フランスにおいても同種の事案を扱い、判例上、「機会の喪失」自体を確実な損害と捉える「機会の喪失」(perte d'une chance) 理論が存在することが紹介されている(澤野和博「機会の喪失理論について」(一)、『(四・完)』早稲田大学大学院法研論集第七七号九九頁、同七八号九五頁、同八〇号八七頁、同八一号一六三頁(一九九六・九七)、高畑順子「損害」概念の新たな一視点一」*perte d'une chance* 論が提起する問題を通して一」法と政治三五卷四号六一頁(一九八四))。紹介論文から右理論の論理構成の大筋を把むと次のようになる。

それは、被害者が欲していた最終的な結論（利益）ではなく、そのような最終的な結論（利益）を得る「機会の喪失 (perte d'une chance)」自体を損害と捉えることによつて、「確実な損害 (prejudice certain)」があるとすることである。ただし、期待されていた最終的な結論に関する全額の賠償は認められず、一定の減額された額の賠償が認められる。この「機会の喪失」理論は、非常に広い分野で用いられており、分野としては、競馬に関する事案、弁護士または代訴人のフォートによつて勝訴する機会を喪失した事案、医療事件における患者の延命または治療の機会の喪失事案等がある。特に医療においては未知の事項が多く、患者の個体としての特性も存在するので、医師のフォートがなかった場合に、患者が延命または治療したかどうかは確実でないために、機会の喪失が問題となる。また、ここでは、「利益を得る機会」を喪失するという他の事案と異なり、「損失を避ける機会」の喪失が問題となっている。フランスの学説では、判例上確立されてきた機会の喪失理論について、一般論として異議を唱えるものは全く存在しないとされている。

Ⅰ章 「チャンス」の喪失 (LOSS OF CHANCE)」

理論

一 米国における医療過誤訴訟について

(一) その概要

「チャンス」の喪失」理論を考察・検討する上で必要な限りにおいて、米国における医療過誤訴訟について概観する。

(1) 医療過誤訴訟は、患者の診療に当たった医師の negligence に起因する損害に対して提起される民事上の損害賠償請求訴訟であるとされている。そして、身体への加害、特に医師の不当治療 (malpractice) に対する訴訟においては、訴訟の基礎 (gist) なしし主旨 (gravamen) は、misconduct および injury であり、本質的に不法行為訴訟であるとされている。⁽¹⁾

今日では、ほとんどの分野の人身損害事案が不法行為法理論によつて処理される傾向にあるために、医療過誤は、契約違反よりも不法行為として扱われている。⁽²⁾ 裁判所は、当事者間に明示的な書面上の、または口頭の約定がある場合は、損害賠償債務の契約による解決を一般に認めるようであるが、治療を請け合うというような保証があつたにしても、それを契約上の適正な請求原因とは捉えていない。そして、多数の州は、黙示的契

約を根拠に医療過誤訴訟を提起することを許していないし、州によっては、医療過誤訴訟は、すべて、契約違反よりも不法行為で提起するように要求しているところもある。⁽³⁾

このような状況にあつて、近年、不法行為的解決がもたらす医師の責任の厳格化や、損害賠償額の高額化といった諸問題を解決するために、私的自治を強調しての契約的解決を求める契約的アプローチが提示されている。⁽⁴⁾

(2) 訴訟における原告側の主張・立証について概観する。まず、事実審裁判所は、原告の主張事実を認めて、その判断を陪審に付すに十分な証拠が原告によって示されているかどうかを審理する。⁽⁵⁾ そこで、原告は、次の四要素を証明しなければならいとされている。①被告が原告に対して法的義務を負うこと、②被告がその義務に違反したこと、③被告の過失が原告に法益侵害 (injury) を与えたこと (causation)、④その結果として原告に論証可能な法益侵害が生じたこと、である。⁽⁶⁾

医療過誤訴訟において最も議論の多いところは、右③の、被告の過失と原告が法益侵害を受けたこととの間の法的因果関係の立証をめぐるものである。特に、その立証が難しいのは次の二つである。一つは、患者側が、医師の治療上の行為によって一定の結果を被ったとして当該結果から生じる損害を訴えるの

ではなくて、医師の治療上の不作為、つまり診断の遅れや適切な治療をしなかったことを問題にする場合である。今一つは、治療上の過失の有無にかかわらず、当該結果が、その患者の治療を受ける以前の身体的状況から通常発生することが予想される場合である。⁽⁸⁾

また、医療過誤訴訟においては、因果関係は、殆ど常に事実に関する問題であつて、専門家証人の証拠による支持が必要とされ、一般に、専門家は因果関係の有無について、「合理的な医学的確実性」(reasonable medical certainty)をもって証言しなければならいとされている。そこで、専門家が、適切な治療によって好ましい結果が得られたことは確実であるとははいえない (less than certain) とする場合、裁判所は、原告の請求を認めるに十分な因果関係が立証されているか否かを判断しなければならぬ。⁽¹⁰⁾

(二) 因果関係基準

アメリカの裁判所は、医療過誤事例において患者が主張するチャンスの喪失をどのように扱ってきたのか。その関りを理解するには、因果関係をめぐる諸問題を分析する必要がある。⁽¹¹⁾ まず、医療過誤訴訟において従来より採用されてきた因果関係

基準 (traditional causation standard) を見ることにする。

1 三つの因果関係基準

(1) 「合理的な医学的確実性」 (reasonable medical certainty) 基準

最も古く、最も厳格な因果関係基準であり、原告は、自分自身の最終的な損害は被告の過失によるということを「合理的な医学的確実性」をもって証明しなければならぬ。「合理的な医学的確実性」の定義づけは、州（法域）によって異なるが、全ての裁判所は、医学専門家による証明基準に達しているという立証が必要であるとしている。その際に要求される蓋然性 (probability) の範囲は、過失がなければ回復するであろうチャンスが五一パーセントから九〇パーセント以上である。チャンスが五一パーセントから九〇パーセント以上というように適用範囲が広いために、明確さに欠け、予測が難しいという批判がある。加えて、医学専門家が、この基準を正当に適用できるかについてはかなりの疑問がある。さらに、この基準を適用して原告への賠償を否定すると、過誤がなかったならば回復の可能性が高かった（五一パーセントから九〇パーセント以上）患者に全面的な負担を強いることになる。

原告に不公平な犠牲を負わすこと、専門家や陪審側に混乱が

あること等から、この因果関係基準は採用されなくなっている。⁽¹⁵⁾

(2) 「相当の蓋然性」 (reasonable probability, or more-likely-than-not) 基準

多数の法域において採用されている基準であり、医師の過誤がなければ五一パーセント以上の身体的回復のチャンスがあったであろうとの立証を要求する。表面的には、誤判のリスクを公平に分配し、学界でも「おおよその公正さ」 (rough justice) を保証するものとして一応評価され、大多数の法域で採用されてきた。⁽¹⁶⁾

代表的な適用裁判例としては、Cooper v. Sisters of Charity of Cincinnati Inc. 27 Ohio St.2d 242, 272N.E.2d 97 (1971) がある。

Aは交通事故に遭遇し地方病院の救急室に搬入されたが、担当医師が、検査を十分にできなかったために家に帰されて、翌日早朝、頭蓋底骨折で死亡した事案である。裁判所は、「相当の蓋然性」基準を適用した上で、原告は、被告の過失がなければ相当の蓋然性でAが生存したであろうことを立証していない、として被告勝訴の指示評決をした。

この基準によると、過失がない場合の回復の可能性が五〇パーセント以下の事案では、原告は賠償を一切否定され、それが五

一パーセント以上の事例では、被告は完全な賠償責任を負わされる。また、この基準による判決は、生存の可能性が五〇パーセント以下の患者の医療については医師は責任を負わない、という好ましくない結果を生み出すことになろうという批判がある。さらに、この基準によると、致命的疾患や瀕死の状況にある患者の診断・治療の実際において、不法行為法上の責任負担というリスクが、適切な医療の実践を促す動機づけの役割を果たさなくなるのではないかと懸念されている。

(3) 「実質的な可能性」(substantial possibility or substantial factor) 基準

現在、この基準は少数見解であり、⁽¹⁸⁾「合理的な医学的確実性」基準の対極に位置するものと考えられている。⁽¹⁹⁾その起源は「救助の法理」(rescue doctrine) (後述)⁽²⁰⁾にあるとされる。医師の過失行為または不作為が、患者の生存の「実質的な可能性」(substantial possibility)⁽²¹⁾を奪ったという証拠がある場合、裁判所は、陪審に、医師の過失が主原因であるとの決定を促すというものである。三つの基準のなかでは、最近の、そして最も緩い基準であり、五〇パーセントよりも少ない生存または回復のチャンスの喪失を主張する原告の救済を可能にしている。

当基準を適用した裁判例には、Kallenberg判決、Hamill判決、

Herskovic判決 (以上、本章三掲載【7】【11】【13】裁判例) 等がある。例えば、Kallenberg判決は、三日間の治療の遅れによって二〇パーセントの生存の可能性が奪われたという原告の訴えに対して、この「実質的な可能性」基準を適用し、死亡によつて生じた全損害の賠償を認めている (本章三(一)参照)。

2 考察

(1)まず、これらの基準を採用すると、必要基準に達していれば全額の損害賠償を認め、その基準に達していなければ一切の損害賠償を否定するから、all-or-nothingの損害賠償になるとされている。そして、このall-or-nothing処理には仮説的事実が含まれることが避けられず、訴訟によっては、敗訴した側に完全な誤判のリスクを負わせることになる。「誤判のリスク」とは、陪審が、原告の権利侵害 (injury)⁽²⁴⁾の原因について誤った結論に達する蓋然性をいう。すなわち、被告の過失がなければ、原告には七五パーセントの回復可能性があったといえる場合、当該原告の全損害の二五パーセントは、被告の過失によらない原告自身の既存状況より生じていることになる。すると、陪審が原告勝訴にした四つのケースのうち一つにおいて、陪審は、原告が受けた権利侵害の一〇パーセントの損害賠償を被告に命

じるといふ誤りをおかしているといえる。⁽²⁵⁾ 被告の過失が、原告の四〇パーセントの回復可能性を奪つたにすぎない場合に、「実質的な可能性」基準で因果関係が肯定されると、被告は、一〇〇パーセントの損害賠償責任を課され、六〇パーセントの「誤判のリスク」を被ることになる。⁽²⁶⁾

ここで、all-or-nothingアプローチをめぐって論じられている様々な見解に触れてみる。まず、all-or-nothingアプローチは、権利を侵害された原告に、あまりにも厳しく不公平な結果を押しつけるとの批判がある。⁽²⁷⁾ また、以下のような点から否定的に解するものがある。⁽²⁸⁾ 一つ目は、このアプローチは専断的であるということ、二つ目は、侵害行為が引き起こした損害について、その権利回復を否定すれば、不法行為法上の抑止目的を蔑ろにしてしまうこと、三つ目は、当アプローチが持つ本質的な厳格さを緩和させようとする動きが、因果関係や損害賠償に関する他規則を歪めたり変更したりして、結果的には裁判所を規制することになるという点、四つ目は、このアプローチは、被告の不法行為的行動が生み出した不確実性による利益を、被告自身に享受させることになるという点等である。さらに、all-or-nothingアプローチが不法行為的構成に入り込むと、たとえもし、義務違反、因果関係の要素が十分に証明されたとしても、その蓋然

性に比例した損害賠償額の算定が許されないという問題がある、⁽²⁹⁾ とするものもある。

次に、この「実質的な可能性」基準の不確実性と専断性は、原告側に、たなはたの賠償金を期待させ、安定よりもむしろ提訴の引き金となつて、コスト増加の可能性があると指摘されている。そこで、このような不公正を是正する手段の一つとして陪審による損害賠償額の調整が考えられるが、陪審への一任は無理であり、やはり法律による特別な指導が必要であるとされ⁽³¹⁾ ている。

(2) 医療過誤による被害者が、「合理的な医学的确实性」基準、又は「相当の蓋然性」基準による立証責任を負わせられると、損害の主原因は、医師の過失であるとの立証は困難を極めるであろう。⁽³²⁾ その理由として次のような点が挙げられている。⁽³³⁾ 第一点は、医学専門家が、合理的な医学的确实性をもって、もし患者が適切な治療を受けていたならば、その患者はたぶん（五パーセントの可能性よりも多く）生存していたであろうという証言をしたがらないということ。第二点は、医学専門家は、患者の状況や病氣自体に潜在する死すべき運命といったものによつて、患者の生存のチャンスは、適切な治療を受けたにせよ本来一〇〇パーセントよりも少なく、被告の過失によつて失われた

生存のチャンスは、当初から五〇パーセントよりも少なかったと主張するかもしれないということ。第三点は、事実認定者(陪審)は、適切な治療によって、たぶん死亡や障害を避けることができたであろうとする原告側専門家の証言を拒絶することもできるし、また同時に、被告の過失が原告の回復のチャンスを奪ったという他の証言を受け入れることもできるということ。第四点は、医学的・科学的の不確実性のために、いかなる専門家も、当該治療法がおそらく患者の健康を回復させたであろうとは証言できないこと⁽³⁴⁾、等である。

このような状況下にあつて、患者側の因果関係立証の困難性を克服するための方策として、生存のチャンスの喪失によつて被った損害の賠償請求を認めようとする「チャンスの喪失」理論が唱えられた。患者の生存のチャンスを奪った、または減少させた医師に対する損害賠償請求を肯定しようとするものである。以下では節を変え、「チャンスの喪失」理論の総体について、学説、判例等を通して検討することとする。

註

(1) 上野芳昭「アメリカ法における契約違反と不法行為との関係について」山形大学紀要(社会科学)第一一巻第

一号二九頁(一九七九)。

(2) P. S. Atyah, *Medical Malpractice and The Contract/Tort Boundary*, 49 *Law and Contemporary Problems*, Spring 1986, 292は、ほとんどの分野での人身損害賠償が不法行為的構成によつて処理されている理由について、次のように要約している。第一に、人身損害は、法的問題として總体的に捉えられるべき明確な社会的カテゴリーを構成するという意識が増えてきていること、第二に、患者が、サービスを受けるための費用を負担したか否かにかかわらず、当然に受けられる(資格がある)ケアの基準に差をつけるべきではないという考えが広まってきていること、第三に、患者の医療サービス受給資格の根拠づけとして契約を持ち出すと、支払わない患者、例えば乳児、子供、未成年者、精神的無能力者等に面倒な問題が生じるのではないかという懸念が確実に増えていること、第四に、色々な医療サービスの中には、患者と直接の契約関係のない手段や当事者等によつて提供されているものがあるために、患者と医師の関係を契約として扱うことから生じるであろう不都合を避けるために不法行為的構成は利用されてきたこと、等の理由が挙げられている。医師と患者の権利と責任は、不法行為的に判断されることが明確な趨勢であることを示した判例として、*Barnes v. Schlein*, 473 A. 2d 1221 (Conn. 1984)がある。

(3) Glenn, at 752 note 44.

(4) このような事情については、藤岡康宏「契約と不法行為の協働・民事責任の基礎に関する覚書―医療過誤における一つのアプローチ―」北大法学論集第三八巻第五一六合併号九二頁以下を参照。

(5) さらに、Reisig, at 1165 note 12によると、次の通りである。

(ア) 証拠が不十分で陪審に付すべき真の争点がないとされた場合は、被告勝訴の指示評決がなされる。このような判決は、チャンスの喪失事案の審理に当たって多くの事実審裁判官によって行われているが、その理由は、伝統的な因果関係のルールのもとでは、被告の行為と、主張されている損害との間の因果関係が通常十分に証明されないからである。そのため、裁判所は、しばしば、指示評決やサマリー判決（審理抜き判決）によって被告勝訴とするのである。そして、(イ) 証拠が十分な場合は、陪審 (the trier of fact) に付される。この場合、さらに原告には、説得責任があり、被告の過失が原告の損害の主要原因 (proximate cause) であることと、証拠の優越 (preponderance of the evidence) を以て証明することを要求される。

(6) Prosser & Keeton, at 164-65. 被告が原告に対して負う法的義務に関し、Fiscina, Bounil, Sharpe, Head, Medical Lia-

bility, American Casebook Series, at 2 (1989) は、次のようにいう。医師が最善の努力を尽くして治療を行うことを約し、そして、患者がその治療に対して報酬を支払うことを約束した時に、両当事者間に医療をめぐる医師・患者関係が成立する。医師・患者関係の存在が、医師に対する医療過誤訴訟の要件である。また、61-AM JUR 2d, Physicians, Surgeons, and Other Healers §158 (1992) も同旨である。

(7) Prosser & Keeton, §41 at 269 は次のように述べている。過失不法行為の請求原因に関する他の本質的な争点と同様に、因果関係の有無についても、一般的に原告に証明責任がある。原告は、被告の行為がその結果の事実上の原因であるということと、そうでないよりもよりそうらしいという結論の相当な根拠となり得る証拠を以て示さなければならぬ。そのような因果関係の単なる可能性だけでは十分ではない。そして、その争点事実が全くの推量や憶測の一つに止まり、また、その可能性がせいぜい半々である場合は、裁判所は、被告勝訴の指示評決をしなければならない。

See, Roverson v. Counselman, 235 Kan. 1006, 686 P. 2d 151 (1984) 「因果関係の単なる可能性では、原告の証拠提出責任を十分に果しているとはいえない。すなわち、原告の事案が陪審に託されるためには、原告は、被告の

行為が損害を引き起こした実質的な要因ではなかったというよりも、よりそうらしかったことを示さなければならぬのである。このように "more-likely-than-not" と "substantial factor" 基準の併用は、被告の行為が原告の損害を引き起こしたという少なくとも五一パーセント以上の可能性を、原告が立証する際の要件として徐々に発展していったのである (Reisig, at 1166)。

- (8) Boggs, at 421. See, 54 A. L. R. 4th 10 (1987).
- (9) Cross, at 190.
- (10) Boggs, at 421.
- (11) Andel, at 978.
- (12) See, e. g., *Boose v. Digate*, 107 Ill. App. 2d 418, 246 N. E. 2d 50, 53 (1969) (医師が合理的な程度の医学的確定性をもつて意見を述べるように依頼された場合において、医師が言及するその確定性とは、将来にわたる状況が確かに存在する、存在しないということではない。むしろ合理的確定性とは、現在の状況を基に、将来はどのような状況になっているかという蓋然性に関する承認された医学的思考や見解の一般的なコンセンサスについて述べらるものである)。
- (13) See, e. g., *Merriman v. Toothaker*, 9 Wash. App. 810, 515 P. 2d 509 (1973) (患者が損害賠償を認められるためには、医学的専門家によって推量の域を越えた、あらゆる

他の可能な原因を合理的に排除した上での因果関係が立証されなければならない)。その他に、*Hanselmann v. McCaule*, 275 S. C. 46, 267 S. E. 2d 531 (1980) 等がある。

- (14) E. g., *Bertam v. Wunning*, 385 S. W. 2d 803, 807 (Mo. App. 1965) (因果関係の九〇パーセントの蓋然性では、「相当の医学的確定さ」に達するためには不十分である)。
- (15) *Rosati*, at 470. 一方、法律過誤事例の *Freeman v. Rubin*, 381 So. 2d 540 (Fla. Dist. Ct. App. 1975) は、法律過誤の場合、原告は、弁護士の過失がなければ、訴訟で勝訴しうる十分な請求理由があった、ということを示さなければならぬとする。
- (16) *Rosati*, at 471.
- (17) *Id.* at 472.
- (18) *Andel*, at 982.
- (19) *Rosati*, at 472.
- (20) *Andel*, at 982.
- (21) 裁判所は、めったに "substantial" とは何かについて定義づけをしないが、*Restatement (second) of Torts* §431 (a) (1965) は次のように定義する。「"substantial" という文言は、いわゆる哲学的というよりも、むしろ、常に責任という意味合いを伴った常識的な文言を用いながら、通常人が、被告の行為が一つの原因であると考えさせられるような効果を持つ…事実を表すために用いられる。」

- (22) Rosati, at 469.
 (23) King, at 1354.
 (24) Rosati, at 470.
 (25) King, at 1359 は、原告の既存状況を考慮せずに、原告の全損害に対しての責任を被告に負わせることは不正である」としてゐる。
 (26) Rosati, at 473.
 (27) Perdue, at 43-44.
 (28) King, at 1366.Id.
 (29) Andel, at 978.
 (30) Miller, at 274.
 (31) Id. また、Shoenberger, at 74 は、次のように説いている。実際のな結果として、医師は訴訟を恐れる必要は全くなくなる。そして、過誤により発見されなかつた疾病が、たとえ治療をしたとしても生存率が五〇パーセントよりも少ない疾病である限り、特に過誤を避けようと関心を払う必要がなくなる。なぜなら、ある型の癌は回復のチャンスが五〇パーセント以下であるという医学的事実からすれば、医師は決して過誤による責任を負わされないからである。
 (32) King, at 1376-78.
 (33) Perdue, at 43, note 40 は、次のようにいう。「沈黙の共謀 (conspiracy of silence)」とさう言葉は、医療過誤訴訟に

において、医師たちが他の医師等の不利になる証言をしたがらないことを意味する。医師等は、他の医師の過失についてばかりでなく、主原因という論点についても証言をしたがらない。過失の証言に関しては、テキサス州裁判所では、そのような専門家の証言を認定する基準を弛めている。たとえば、テキサス州法は、原告に、被告医師が、適切な医療行為の基準に従わなかつたという証拠を提出することを要求しない。

Perdue, at 43, note 41 は、医学専門家が、患者が喪失したチャンスを定量化することを好まないのは、「沈黙の共謀」のみではなく、主原因の複雑な性質といったものにも理由があるとす。また、あらゆる種類の科学の実践者(医師も含めて)は、「相当の蓋然性」という言葉で意見を述べることに乗り気ではない、なぜなら、これらの言葉は本質的に法律の言葉であり、科学にとつては他所ものであるからである。それゆえにテキサス州裁判所では、医師の証言はその形よりも内容(実質)で判断されるべきであるとしている。

(34) E.g., *Jeanes v. Milner*, 428 F.2d 598, 604 (8th Cir.1970) (本章三(一)掲載【4】裁判例は、「医学は正確な科学ではない」とする)。

しかし、例せば、*James v. United States*, 483F. Supp. 581 (N. D. Cal. 1980) (本章三(一)掲載【6】裁判例)は、統

計的に生存可能性減少のパーセンテージがいえないとしても、患者がチャンスを喪失したということを専門家が立証した場合は、チャンスの喪失に対する権利回復は妨げられない、としている。

二 「チャンスの喪失」理論の発展

多数の法域における因果関係の立証基準は、医療過誤による患者の死（又は、後遺障害）を権利侵害 (injury) と捉えたとえで、原告は、当該権利侵害は被告の行為に起因するということを、より確からしいというレベルで立証しなければならぬとする伝統的な基準に従っている。⁽¹⁾そして、請求原因がチャンスを喪失したという場合、多くの裁判所は、被告の過失の有無にかかわらず、遅かれ早かれ同様の結果を迎えたであろう可能性が高い場合は、被告勝訴の判決を下しているのである。⁽²⁾裁判所が、チャンスを喪失した患者の権利を否定するのは、明らかに、伝統的で、かつ長年採用してきた因果関係の基準を緩めることを畏れるためであるといえよう。⁽³⁾

しかし、患者がこの伝統的な基準で因果関係を立証しなければならぬとすると、生存率が低く効果的な治療法が未だ確立

していない疾病を患う者は、いずれは同様の結末を迎えていたであろうから、常に因果関係の立証に失敗し、救済を一切受けられないことになる。伝統的な因果関係基準がもたらす、この種の問題点を解決するために、「チャンスの喪失」理論が提唱されてきたといえる。

(一)理論の起り

当理論の起源は初期のイギリス契約法にあり、Chaplin v. Hicks [1911] 2 K.B.78 が嚆矢となる判例である。事案の概要は次の通りである。三年間女優として雇用される者を選ぶ美人コンテストで、六〇〇人の応募者の中から、原告は、五〇人の準決勝出場者選ばれて、決勝戦に進む二人のうちの一人となる可能性が与えられた。⁽⁴⁾しかし、被告の過失により、原告への面接日の通知が遅れたために、面接を受けることができず結果的に、原告は一人の一人に選ばれなかった。⁽⁵⁾そこで、契約違反による損害賠償を求めて提訴したというものである。裁判所は、損害の評価が不可能だという被告の主張に対して、損害評価が困難であるというだけでは、原告の損害回復の妨げとならない、⁽⁶⁾と判示して棄却した。さらに、潜在的利益の損失に対する賠償金は支払えないという被告の抗弁に対して、原告の損失は、賞そのものの喪失ではなく賞を獲得する機会喪失で

あると判示して、その抗弁を退けた。その上で、被告の過失がなければ五〇分の一二のチャンスで決勝戦に進めたはずであるとして、原告に一〇〇ポンドの賠償を認めた。

この判決の意義は、「チャンス」自体を独立した価値として認めたことにあるとされている。⁽⁷⁾

その後、イギリスでは、右判決が明示したところの、チャンスの喪失は、賠償を受けるに値する利益の喪失であるという本来の概念が広く受け継がれていき、イギリスの裁判所は「Chaplin 判決」理論を採用して、そのチャンスが与えられていれは、こうなっていたであろうという、その蓋然性に即した損害回復を認めていった。⁽⁸⁾

(二)理論の展開 — 「立証緩和アプローチ」と「キング理論」

(1)アメリカの裁判所は、「Chaplin 判決」以来、当理論を、ある原因が、他の原因によって既に生じている損害の評価を変化させた場合に、その最終的な損害を両原因の間で分配する理論として利用してきた。⁽⁹⁾

判決例として、Dillon v. Twin States Gas and Electric Co. 85 N. H. 449, 163 A. 111 (1932) がある。これは、少年が橋の梁から落ちて、地面に向かって落下する途中で被告会社の電線に触れ、

そのショックで少年は橋の上に投げ出されて感電死したという事案である。もし、少年が電線に触れていなかったら、彼は地面に落ちて死んでいたか、または重篤な傷害を負っていたであろうという状況の下で、少年の両親が電気会社に対して、電線を絶縁していなかったことが死亡の原因であると主張して提訴したものである。裁判所は、被告会社の過失を認め、少年が感電死した時点での少年の生命の価値に対する損害の賠償を命じた。すなわち、少年が感電死しなかった場合には、障害者としてではあるが生き延びたであろうとして、その範囲内での生存のチャンスの喪失に対する損害賠償額を認容したのである。⁽¹⁰⁾

その後、多くのアメリカの裁判所は、「Dillon 判決」理論を、不法死亡訴訟において原告が以前からの損害を既に背負っているか、または、既存の疾病にかかっている場合の損害賠償額を制限するための手法として利用した⁽¹¹⁾。しかし、「Chaplin 判決」が明示したチャンスの喪失本来の概念は、ある種の契約に関する事例や、救助が必要とされている場合にそれを怠った不作為事例⁽¹²⁾において限定的に取り入れられたにすぎなかった。⁽¹³⁾

(2)やはり、アメリカでの多數的見解である「all-or-nothing」アプローチがチャンスの喪失に対する権利回復の主な障壁となっている。もし損害の発生が確実性をもって証明されなければ、権

利回復は一切否定されるからである。⁽¹⁶⁾「確実性 (certainty)」の基準は、「合理的確実性 (reasonable certainty)」へ、そして「相当な蓋然性 (reasonable probability)」へと徐々に弛められてきてはいるが、⁽¹⁷⁾大多数のアメリカの裁判所は、なおも、権利回復を認めるためには、被告の過失がなければ結果は好ましいものであったであろうことを、「そうでない場合よりも、そうである蓋然性がより多い」(または、五一パーセントよりも幾らか多い)ことを以て示さなければならないとしている。⁽¹⁸⁾

以下では、そのような状況下、チャンスを喪失した患者の救済をめぐって裁判所はどのような判断をしてきたか、そして、それらの判決への学説の対応等について検討する。検討に先立って、医療過誤における「チャンスの喪失」理論は、患者救済の手法をめぐって次の二つに区分できることを、まず指摘しておく。一つは、既に見た因果関係基準の内の最も緩やかな「実質的な可能性」(substantial possibility or substantial factor)基準を採用しながら、all-or-nothingアプローチによって患者の救済をはかる理論である。二つ目は、因果関係立証における all-or-nothing 的処理の不合理さを指摘して、損害評価の側面から患者救済を説く理論である。便宜上、以降の「チャンスの喪失」理論の検討に当たっては、前者を「立証緩和アプローチ」、

後者を「キング理論」として、区別して進めることにする。

註

- (1) Cross, at 194.
 - (2) Id. at 195.
 - (3) Andel, at 982.
 - (4) 2 K. B. 786 (1911), at 787.
 - (5) Id. at 787-88.
 - (6) Id. at 795.
 - (7) Boggs, at 423.
 - (8) Andel, at 976.
- See, *Hoston v. Fitzgerald*, 3 All E.R. 167 (1985) (腰骨骨折を誤診された原告に対して、より良い治療結果を得る実質的なチャンスがあったとして損害賠償を認めた)；*Domine v. Grimsdall*, 2 All E.R. 119 (1937) (原告は、借金を支払うチャンスを失ったことに対する権利回復が認められた)。
- (9) Prosser & Keeton, §52 at 353.
 - (10) 85 N.H.449, 163 A.114-15 (1932).
 - (11) Id.
 - (12) Cross, at 194.
 - (13) Andel, at 976 は、これらの事案では、損害は特別のも

のであって、被告が、そのような損害は被告の侵害行為の結果として合理的に見られるものであるということを知っていたか、または知っているべきであった場合、被告はその損害に対する責任があるにすぎない」とする。E.g., *Wachel v. National Alfalfa Journal Co.*, 190 Iowa 1293, 176 N.W.801 (1920) (賞を獲得できるマガジンコンテストで、原告の地方でのコンテストが中止されたために原告は応募することができなかった。そのために原告が失った「競争する権利」に対する損害賠償が認められた事案である)；*Hall v. Nassau Consumers' Ice Co.*, 260 N.Y. 417, 183 N.E.903 (1933) (被告が、どんなくじであれ、原告にくじを引かせなかった場合、原告は、くじで五〇〇〇ドルの賞金を受ける機会を失ったことになるとして、原告の権利回復を認めた事例である)。

- See, *Mange v. Unicorn Press*, 129F. Supp.727 (S.D.N.Y.1955).
 (14) See, *Gardner v. National Bulk Carriers, Inc.* 310 F.2d 284 (4th Cir.1962).
 (15) *Cross*, at 194.
 (16) *Andel*, at 976.
 (17) *Id.*
 (18) *Id.* at 977.

三 「立証緩和アプローチ」

本節では、「立証緩和アプローチ」について裁判例・学説を通して考察し検討する。「立証緩和アプローチ」の皮切りは、業務過誤訴訟である *Gardner v. National Bulk Carriers, Inc.* 310 F.2d 284 (4th Cir.1962) であった(以下、*Gardner* 判決と略称する)。船員が船上に居たとみられる最後の時から約五時間半の間、その船員を探そうともせず、船員がいなくなったという報告もしなかった船長の不作為が問われた事案である。第一審は、救助を試みなかったことと、船員の死亡との間に因果関係はないとして原告の敗訴としたが、控訴審は、以下のように判示して原審を破棄し差戻した。すなわち、*“rescue doctrine”* (救助の法理)⁽²⁾ によるところの、船外に落ちた船員の命を救うために、あらゆる合理的な手段を講ずるといふ船長の義務は、救助の合理的可能性がある場合に生じる。一旦、救助の合理的可能性の存在が立証されると、その程度にかかわらず状況に応じて「本事例のように救助を試みようとするしなかった」、つまり、全く当該義務を無視した場合は責任が生じるとした。⁽³⁾
 裁判所は、無力な船員よりもむしろ、船長に、救助が不可能であったことの立証責任を負わせているといえよう。⁽⁴⁾

(一) ヒックス理論

以下では、裁判例の紹介にあたり便宜上、患者をA、原告をX、被告をYとする。そして、A事実の経過Vとして、診療経過等につきその流れを①、②を付して追っていく。さらに、A裁判所の判断Vとして、Yの過失と、Yの過失に起因するAの損害は何か、因果関係立証につき、どのように判断しているかを見る。

1 裁判例

Gartner判決から僅か四年後、医療過誤訴訟で初めて「救助の法理」を採用した判決、Hicks v. United States 368 F.2d 626 (4th Cir. 1966) が出された。

△事実の経過V ①午前四時、Aが、一時間前より、突然、激しい腹痛と嘔吐におそわれたため、Xは、Aを診療所 (dispensary) に連れてきた。衛生兵は、今までの経過を簡単に尋ね、血圧、脈、体温、呼吸を測ってから当直医Yに連絡した。

②Y医師は、Aに症状を尋ね腹部の触診、聴診をして腹の虫による胃腸炎と診断した。腹痛止めの薬をわたして、八時間以内
に再診するように伝えた。約一〇分で診察を終えた。③帰宅後、Aは、再び嘔吐した後、処方された薬を飲んで横になった。④同日の昼近く、Aは、水を飲んだ直後に吐いて意識を失った。

⑤すぐ診療所に運ばれ、救命措置が講じられたが三〇分後に死亡した。死因は、生来の小腸奇形の部分に腸かん頓がおり、その結果腹膜穿孔を起こしたためであった。

— X側証人は、②時点におけるYの一連の行為は、診療基準に達していない杜撰なものであるとした。すなわち、YはAに下痢をしたかどうかを尋ねるべきであったし、胃腸炎ではなくて腸閉塞を疑って直腸診をすべきであった。腸閉塞である場合には、即刻手術がなされなければ、ほとんど死に至る。適切な診断をして即刻手術をしていればAを救えたであろうと主張した。△裁判所の判断V 裁判所は、「救助の法理」を採用して、「被告が、原告の生存の実質的な可能性を奪った場合、被告には責任が生じる」と判示して⁽⁵⁾。Gartner判決を踏まえたうえ⁽⁶⁾、「救助し得た相当の可能性 (reasonable possibility of rescue)」の基準によって、原告の権利回復を認め、原告が被った損害について審理させるために原審を破棄し、差戻した⁽⁷⁾。

本件事案では、緊急手術によってAが救命される蓋然性は高かった。しかし、後の判決は、生存または回復が確かではないチャンスの喪失をめぐる事案において、しばしば、本判決の「被告が、原告の生存の実質的な可能性 (substantial possibility) を奪った場合は、被告は責任を負う」という判旨を、「チャンスの喪失」

失」理論の法源「ヒックス理論」として、患者の立証責任緩和の論拠としてきた。⁽⁸⁾ヒックス理論は、不法行為リストイットメント(第二版)四三二条(2)の「実質的な要因」基準に依拠しながら、「実質的な可能性」アプローチを適用して因果関係の証明基準を緩和している。つまり、実質的要因基準を組み入れて、被告が、実質的に(substantially)原告の生存のチャンスを失わせたか否かを問うものといえる。

(1) 裁判例

【一】Schuler v. Berger, 275F.Supp.120 (E.D.Pa.1967).

△事実の経過▽ ①二月二十七日、Aは、初めての妊娠でY医師を受診し、その後も継続してYがAを担当していた。②八月一日、陣痛が始り、午後五時、Yの指示により入院した。しかし、同日午後八時二十七分、Aが未熟児を出産する直前まで、YはAを診察しなかった。③八月一日、Aはケイレン性の下腹部痛を訴えた。翌日、その痛みは増強し、体動時にひどくなった。激痛で時折悲鳴をあげるほどであったが、診察をしたレジデントの丙は、産褥期の精神障害と判断し精神安定剤を処方しただけであった。④Yは、丙からAの様子を知らされたが、何の指示も出さなかった。⑤午後八時、Aは激痛で歩くこともできなかつたため、X(Aの夫)はYに連絡した。しかし、Yは、

痛覚閾値の低下による正常な産褥期ケイレンと診断して、精神安定剤の投与の外は何ら措置を講じなかった。⑥午後一時半、Aはショックに陥り、翌日の午前三時三〇分死亡した。S字状結腸憩室の破裂に伴う腹膜炎によるショック死であった。

一 専門家は、適正な診断に基づいて即刻手術をしたならば、Aが生存したであろう確実性はどの程度あつたかについては言及しなかつた。

△裁判所の判断▽ ヒックス理論を採用して、Aの生存のチャンス喪失を認めた。原告側の専門家が、Aの生存の確実さの程度について立証できなかつたにもかかわらず、単に、それを信じるに十分な理由があるという事実を証言すれば、因果関係を肯定するに足るとした。⁽¹⁰⁾

【二】Whitfield v. Whitaker Memorial Hosp., 210 Va.176, 169 S.E.2d 563 (1969).

△事実の経過▽ ①三月一日、Aは、抜歯と扁桃腺摘出術を受けるために、Y病院に入院した。②一六日、手術室に運ばれた。麻酔看護婦甲は、催眠のための静脈麻酔を開始し、同時に、Aの口の中に置かれたフックを通して麻酔薬を、鼻カテーテルを通して酸素を供給した。③まもなくAの意識がなくなり、抜歯と扁桃腺摘出が行われた。④手術が始ど終了したとき、甲が、

Aの胃部の拡張と顔面蒼白に気づいた。乙医師は、胃に流入したガスの抜去を試みたが巧くいかなかった。回復室へ運び、Aの蘇生を試みたが無駄であった。⑤同日午後六時、Aは死亡した。

—専門家は次のような証言をした。Aは鼻カテーターを通して胃に迷入したガスによって胃が破裂し、そのショックで死亡したと推認される。②時点で採用された麻酔法には胃にガスが迷入するという周知のリスクがあったのに、それを回避するための何らの措置も講じずに行われた本件麻酔管理手順は、当時の医学的水準から逸脱していた。さらに、④時点における措置も、管理基準に達していなかった。Aがショック状態に陥る前に緊急手術がなされていたならば、恐らくAは救命されていたであろう。

△裁判所の判断▽ 最高裁判所は、Y病院と甲看護婦の過失を否定したが、乙医師の過失に関しては、次のように判示して破棄し差戻した。乙の術後処置は、その当時の同地域における緊急外傷患者の管理基準に照して不適切なものであった。⁽¹¹⁾さらに、緊急手術によって、おそらくAは救命されていたであろうとするXの証言を、Yが、推論に過ぎないと反論することは許されない。Yが、自らの過失ある作為または不作為によって、Aの

実質的な救命のチャンスを奪って救命を實現不可能なものとしておきながら、その可能性について推論をするようなものであるからである。⁽¹²⁾

【c】 Thomas v. Corso, 288 A.2d 379 (Md.1972).

△事実の経過▽ ①午後一時頃、Aは自動車に轢かれてY1病院の救急室に搬入された。Aは意識があり、右腰部痛を訴えていた。②午後一時一五分、救急室の甲看護婦は、Aのバイタルサインを測定した(血圧八〇/六〇、脈拍八四/分、呼吸二六/分)。③甲は、当日の当番医Y₂に、①・②の事実を電話で連絡した。Y₂は、鎮静剤を注射して入院させるよう指示した。④(一時三〇分、鎮静剤が注射された。甲は、脈拍数(八四)は正常と判断し、その後は、血圧に注意して一〇分毎に測定した。⑤翌日午前二時五分、乙看護婦がバイタルサインをチェックした(血圧七〇/五〇、脈拍一二〇、呼吸四〇)。乙は、Aの痛みを異常とは捉えず、また、血圧の低下は④の鎮静剤投与に因るものと判断した。乙は、血圧七〇はチェックしたが、Aの皮膚が冷たく汗ばんでいることや、呼吸が深く早いことなどの兆候には注意を払わなかった。⑥午前二時すぎ、呼吸は微弱で、チェンストーク式であり、脈拍は触れなかった。⑦午前二時三〇分、Y₂が、病院に着き、Aの死亡を告げた。死因は、大

腿骨及び骨盤の骨折による外傷性ショックであった。

— Y₂は、⑤の時点で、Aは、血圧が七〇/五〇でショックの兆候を示しており治療が必要な状況にあったから、看護婦等は、Y₂にAのバイタルを知らせるべきであったと証言した。

△裁判所の判断▽ 控訴裁判所は、Y₂の過失とAの死亡との間の因果関係が立証されていないというY₁らの主張⁽¹³⁾に対して、ヒックス理論を引用しつつ、次のように判示した。Y₂の自白(⑤)時点の前(Aがショック状態に陥る前)に呼ばれていれば、Aを救命できたであろうし、医師が治療しなかったことがAの死亡の危険性を増加させたという主張⁽¹⁴⁾は、Aの生存のチャンスは治療に直結していたことを示す。そして、ショックは即刻、効果的に治療されなければ、回復不能になるという専門家の証言は、陪審が、Y₂の検査・診断治療上の過失がAの生存の実質的な可能性を奪ったということを認定するに十分である。Aの死亡によって生じた損害の賠償責任は、Y₂とY₁病院(⑤時点のAのバイタル・サインをY₂に知らせなかった看護婦らの過失に対する使用者責任)にある。

【4】 *Jeanes v. Milner* 428 F.2d 598 (8th Cir. 1970) .

△事実の経過▽ ①八月頃からAは、喉の痛みと腫れを訴えていた。②当初は、咽喉炎と診断されて、約一か月間ペニシリン

療法を受けたが効果はなかった。③九月一六日、Y₁医師は初めてAを診察して、咽頭膿瘍と診断し抗生物質を投与した。④その後も治療の効果はあがらなかった。⑤十一月二日、Aは甲病院に入院した。翌日、Y₁は、バイオプシーをしてAの腫瘍部分から標本を採取した。検査の結果、悪性のもではなかった。

⑥一七日、Y₁は二回目のバイオプシーを施行し、組織を採取した。⑦翌日、Y₁はX(Aの母親)に、組織のスライドを癌専門医に送ることを告げ、Y₂医師にそのスライドを送るよう指示した。⑧二二日、Aは甲病院を退院した。喉の腫瘍は未だ残っており、激しい頭痛が持続し、右耳の聴力はなかった。喉と頸の痛みが増悪し、夜は熟睡できなかった。また、口を十分に開けることができなかったので、小さく砕いた食物さえも飲み込むのに苦労した。⑨その後一か月間、スライド送付の指示は実践されなかった。Xは、自ら働きかけて、スライドを送らせた。

⑩翌年一月六日、Aは、乙病院を受診し、組織検査の結果、悪性リンパ腫と診断された。⑪乙病院で一三日から翌月の一八日まで、Aは、放射線療法を受けた。その結果、腫瘍は縮小して苦痛はなくなり、Aは左耳の聴力を回復し頭痛は消えた。同年六月の検査では、再発はなかった。⑫しかし、八月の検査で腹部と小腸に癌が発見され、やがて全身に広がり、一年後、Aは

死亡した。

—Xは、Y₁らの過失のために癌の診断が四カ月遅れたと主張し、専門家は、その診断と治療の遅れが癌の進行を早め、Aのパーセントの生存可能性を奪ったと証言した。

△裁判所の判断▽ アーカンソー州法の下では、医師は、同様の、または類似の地域における医師または専門家等が所有し、実践している程度の技能と知識を駆使して診療に当たらなければならぬ。それらに照して考えると、Y₁は、X側専門家が求める期間内(⑤時点)にバイオプシーを行っているので、最初のバイオプシー実施の時機を逸した等の過失はない。しかし、リンパ腫における早期診断、早期治療の重要性に関するX側専門家の証言からも、Y₁、Y₂両医師及び甲病院にはスライドをすぐ専門機関に送る義務があった。さらに専門家は次のように証言している。Aのリンパ肉腫は⑩時点でステージ二であった。癌が②〜③時点で既にあったとすれば、それはステージ一で、この期間に癌がステージ一から二へ進化したことになる。その間の治療の遅れがAの回復の可能性を奪っており、その遅れは、Y₂医師が標本の送付を確実に行わなかったことにあるからY₂医師らには過失がある。

Aは、Y₁の治療を受けている間、激痛と苦しみに耐えていた

こと、乙病院で⑪時点で始められた放射線療法によって喉の腫れと、それによる苦痛が治ったこと、Aの死因は癌であること、早期に治療を受けていれば、Aは、救命され、少なくとも延命され、そして、彼の苦痛はより少なかったであろうこと等を推測し得る記録上の証拠がある。これらは、Y₁らの過失がAの死亡の主因であること示している。

医学の不正確性と、医学的確実性を以て因果関係を立証することが不可能であることを考慮すると、この種の事案において合理的な疑いを超えて主原因を証明する必要があるとするなら、原告の権利回復は不可能となるであろう⁽¹⁵⁾ (Lanier v. Trammell, 207 Ark.372, 180 S.W.2d at 823 (1944))。X側の証言は、もしAが早期に治療を受けていたならば、Aの命は救われていたか、あるいは、少なくとも命を長らえることができたであろうこと、Aの苦痛はより少なかったであろうことを示すに十分な証拠であり、因果関係の判断は陪審の手に委ねられる⁽¹⁶⁾。

本判決は、ヒックス理論を、主原因の証明に必要な確実性の程度を緩和させる説得的な論拠と捉えている。結果的に、陪審は、患者のパーセントの生存可能性の減少から主原因を推論することができる、としたことになろう⁽¹⁷⁾。

【15】O'Brien v. Stover, 443 F.2d 1013 (8th Cir.1971).

△事実の経過▽ ①五月一〇日、Aは、歯痛を訴えてY医師を受診した。Yは、Aの下顎右第一大臼歯を抜き、歯槽膿漏と診断した。②二六日、抜歯後の歯槽が回復していなかった。③六月九日、なおも抜歯後の歯槽状態が不良であった。Aは断続的な出血と、歯肉の脆さを訴えた。Yは、治癒の阻害原因を探るために血液検査をしたが、わからなかった。④八月二二日までAは定期的を受診したが、依然、同様の症状が続いた。容易に出血し、断続的な自然出血があった。Aは気分不良を訴えた。

この時点で、確実な診断のためには組織バイオプシーが必要であったが、実施されなかった。⑤Yは、慢性骨髓炎という診断をして、抗生物質を処方した。⑥九月、Aは、歯槽底からの出血がひどいため二度Yの治療を受けた。抗生物質による治療が進行された。⑦二六日、Yは、Aの歯肉に癌性の腫瘍のようなものを発見した。⑧一〇月四日、Aは甲大宇病院に入院し、そこで、直ちに悪性の表皮癌と診断された。広範囲に及ぶ手術、放射線治療等がなされた。⑨翌年八月二三日、癌のため死亡した。

△裁判所の判断▽ 事実審にて、X側専門家は次のような証言をした。Aの癌は、当初①時点から、おそらく存在したであろうこと、③時点で、Yは、組織バイオプシーをすべきであった

し、それによって癌は発見されていたであろうこと、Aの癌が、その時点か、または実際の時(⑧)よりも早い時期に治療を受けていたならば、Aはより長く、そして、より穏やかに生きられたであろうことである。X側は、これらを勘案して、組織バイオプシーによって癌を診断できなかったことは、過失であるとした。しかし、Yの過失によってどの程度のAの生存率が減少したかについては明示していない⁽¹⁸⁾。

控訴裁判所は、【4】Jones判決に依拠しながら、専門家の右証言は、事案を陪審に付して主要原因を決定させるに十分であると⁽¹⁹⁾した。さらに、AがYの過失によってどのような損害を被ったかについて以下のように判示した。Aは、癌が診断されなかった②から⑧までの四か月あまり、かなりの苦痛と不必要な治療に苦しんだことが、証拠より明らかである。Aは、死を目前にしたその間、激痛と醜貌、自分では食べられない、話せないといった総体的な不快さ、さらに精神的苦痛を被った。Aがより早く治療を受けていたならば、このような苦痛は緩和されていはずである。Yの過失が、救命のチャンス、または、少なくともより長く、より快く生きるためのチャンスを、実質的に減少させたということがいえる。

本判決は、次のことを認めたといえよう。この種の癌の生存

率は総体的に三〇パーセントであること、及び、癌がより早く発見されていたならばチャンスはかなり増えていたであろうという証言は、因果関係を立証するに十分である。さらに、Aが被った「延命の、または少なくとも、より長くより快適に生きるためのチャンスの減少」は、損害賠償の対象となる。また、被告の過失が、五〇パーセント以下（曖昧でも）の生存のチャンスを減少させたという実質的な証拠が提示され、陪審がそれを主要原因と認定した場合、被告には賠償責任があるとしたことになる。

【6】 McBride v. United States, 462 F.2d 72 (9th Cir.1972).

△事実の概要▽ ①一月、Aは、胸下部痛の原因を調べるためにY病院の胸部病棟に五日間入院した。その結果、心臓病の確定診断はなされなかったが、その疑いは残った。Aは、数週以内に検査のため受診するよう指導されて、退院した。②二十八日、退院して三日後、Aは再び激しい胸部痛に襲われた。早朝、Y病院の救急室にいった。若いレジデント甲がAを診察した。甲は前の検査結果を読み、心電図をとった。心電図には心筋の攣縮を示す電気的变化が見られた。Aの痛みはすぐ弱まり、検査の間にバイタルサインも正常になった。甲は胃腸疾患による痛みと診断したが、心疾患の可能性も疑ってCCU（心臓疾患治

療室）への入院を勧めたが、Aは家に帰ることを希望した。医師は、痛みが再発したらすぐ受診することを条件に帰宅を許可した。③しかし、Aは、家に着くや、すぐ死亡した。

△裁判所の判断▽ 医師が患者に対して負う注意義務の基準は、当該医師の個人的な知識や教育によって変らない。Aには、医療界において通常なされている程度の治療を期待する権利があり、Y病院にはその基準に見合った知識・技能を有する医師を配属する義務があった。入院によってAが救命されたチャンスは、Aの病状と、CCUでの治療による救命率からすると、少なくとも五〇パーセントはあったであろう。医師が治療上の過失により患者の快方に向かうかなりの (significant) チャンスを奪った時は、その治療が病氣や死をくい止めたであろうという確実性がなくとも、患者は医師に対して回復を求めることができよう。以上から本判決は、被告勝訴の原審判決を破棄し、差戻した。⁽²²⁾

【7】 Kallenberg v. Behn Israel Hospital, 45 A.D.2d 177, 357 N.Y.S.2d 508 (1974).

△事実の経過▽ ①八月一日、Aは、Y₂内科医、Y₃脳外科医の私的な患者 (a private patient) として脳動脈瘤の手術のためにY病院に入院した。Y₂は、Aの血圧コントロールのために内

服治療が必要と判断し、毎朝の服薬を指示した。この内服は Y_3 によって予定されていた手術の前処置として不可欠なものであった。しかし、Aには一度も薬が投与されなかった。②二二日、神経学的悪化を伴う再出血の兆候があった。③三日、Aは血圧が高く重症で、その状態が二五日まで続いた。④二六日、血圧が二四〇まで上がり、出血を起こして死亡した。

— Aは、②時点での出血の後、七十二時間は回復可能であったことが記録上明らかであった。 Y_2 は、Aは、八月二四日においても末期状態ではなかったこと、そして、Aの死亡は、薬を飲まなかったためであると証言した。X側専門家は、Aに降圧剤が投与されなかったことが、②以降の回復を妨げたこと、さらに、Aが適切な薬物治療の後、手術を受けていれば二〇パーセントから四〇パーセントの生存のチャンスがあり、救命の可能性(possibility)があったと証言した。⁽²⁴⁾

△裁判所の判断▽ 被告等の上訴に対して裁判所は次のように判示した。⁽²⁵⁾もしAに適切な投薬がなされていれば、Aの血圧はコントロールされて手術が可能となり、Aは回復できたかもしれない。主要原因の問題は、陪審によって審理されるべきものであり、陪審だけで争いのある証拠を審査し、専門家の証言に基づいてその重要性について判断できる。

しかし、この判決に対して次のような批判がなされている。すなわち、裁判所は、証明基準としてチャンスのどの程度の減少がなければならぬか、その割合について定量化しなかった。そのために、ニューヨーク州では、医師が、患者の権利侵害を、その程度にかかわらず、増加させたというだけの立証によって原告勝訴の陪審評決が出ることになろう。⁽²⁶⁾

【8】Kimball v. Sears, 59 A.D.2d 984, 399 N.Y.S.2d 350 (1977).

△事実の経過▽ ①八月、Aは、便潜血、痔や消化不良などを訴えて甲医師を受診した。甲は胆石症状と判断した。②Y病院に入院し、甲による胆嚢摘出術を受けた。手術に先立ち、甲は、腸管レントゲン検査はしたが、胸部レントゲン検査の指示はしなかった。腸管レントゲン写真によって右肺中央部分の陰影が発見された。③翌年、Aは再度、Y病院に入院した。この時の胸部レントゲン写真では、その肺部の病変は注目されなかった。④その後、胸部転移癌と診断されて、その巨大な病巣の切除術がなされたが、切除不能であった。⑤一年後、Aは、悪性の気管支原発癌のため死亡した。

△裁判所の判断▽ 患者が掛かりつけの医師を受診し、その医師と患者の関係が、医師が自ら診療をするといった基本的なものであり、さらに、当該病院と雇用等の関係にはなく、患者と

の契約関係にある医師が撮ったX線写真が争点である場合は、当該病院は責任を負わないというのが結論である。

そして、最高裁判所は、陪審が判断すべき点について次のように判示した。陪審は、故人の生存のチャンスがどんなに小さなものであれ、被告の過誤がそれを奪ったかどうかを判断するだけでよいとする【7】Kallenberg判決は、原告にとって有利なものではない。最終的に判断すべき事項は、Aの回復のチャンスの割合ではなくて、むしろ、Aには、過誤がなければ回復していたであろう実質的な可能性があったか否かである。過誤の有無にかかわらずAは死んでいたことが立証されていない場合は、陪審が、医師の過誤が直接的かつ実質的なチャンスをAから奪ったどうかを判断して、解決⁽²⁷⁾できる。その上で被告勝訴を支持した。

【5】James v. United States 483F.Supp.581 (Cal.1980).

▲事実の経過▽ ①一九七六年一二月、Xは、Yによる採用前健康診断の際、胸部レントゲン写真で気管の右側附近にある異常陰影を発見された。甲放射線医は、癌の可能性があることや、再検査が必要なこと等をレポートに記載した。②しかし、Yの事務的な手違いから、Xの胸部写真とそのレポートが、採用判定医師に渡されず、Xにも、何ら知らされることなくXは採用

された。③一九七八年一〇月頃から胸痛、咳等の症状が出現し、主治医による診察の結果、胸部レントゲン写真上、右肺に大きな塊りがあることが判明した。それは、気管附近のカルチノーマで、縦隔膜に浸潤しており手術不能であった。④一一月と一二月、放射線療法を受けた。⑤事実審当時、Xは放射線療法を受けて腫瘍が小さくなり体重も戻って職場に復帰していた。一Xは、YがXの癌性腫瘍を見逃したため、五年生存のチャンスが一〇ないし一五パーセント減少したと主張したが、証人は全員、適宜に発見されていたとしてもXの腫瘍は手術が不可能であったとした。

▲裁判所の判断▽ 一旦、医療過誤訴訟の原告が被告の過失を証明した場合、単に憶測ではない相当の医学的根拠で当該権利侵害との因果関係を示す証拠は、主要原因を立証するに十分である。Yの過失によってXは、早期に治療を受ける機会、余命や身体的・精神的快適さを実現するチャンスを奪われた。そのチャンスがどんなに小さくて、その大きさを確認することができな

いとしても、誰も彼の延命のための、または、苦痛を緩和するためのチャンスを価値のないものということはできない。裁判所は、損害について癌が見つかったならば、おそれなく適切な治療によって、延命が図られ、苦痛も少なくなってい

たであろうとし、この範囲での損害賠償を認めた。⁽²⁸⁾ 早期に、より効果的な治療を受ける機会を失ったことに対して三万五千ドルと、それらによる精神的苦痛に二万五千ドルの賠償を命じた。この場合、①から③時点までの間は、Xは癌を知らされていないかつたので精神的苦痛はないことになり、その間の損害額は差し引かれるべきであるとする。

【10】 *May v. United States*, 608 F. Supp. 1476 (D. Colo. 1985).

△事実の経過▽ ①一九七七年一月、Aは、声がないことや、気管支炎様症状を訴えてYメデイカルセンターを受診し、胸部X線写真の結果、左肺の陰影が発見された。甲放射線医は、近日に再検査の必要がある旨カルテに記載したが、Aには、それらは一切説明されなかった。②三月、Aは、頸と肩の持続痛を訴えてYセンターを受診した。その時、①の異常は取り上げられなかった。③一九七八年四月、Aは、頑固な疲労が続いたため退職した。④五月、①における写真上の左肺陰影は、さらに増大していた。⑤六月、Aは、Yセンターに入院して左肺下葉の切除術を受けたところ、病理解剖の結果、癌であった。Aは、放射線治療（六月六日から始まり、完了は九月八日）を受けて、順調に回復した。⑥しかし、その後、下肢の感覚喪失等が生じて徐々に歩くことができなくなった。⑦一九七九年一月、

Yセンターに入院した。当初の診断は放射線治療による放射線脊髄炎で治療法がなかった。⑧その後、放射線による第四・第五胸椎骨の骨髄炎のため胸部中位まで麻痺が上行した。回復不能であった。⑨一九八〇年春から、呼吸困難とうっ血性心臓発作が出現した。その後、数回病院を変え、多くの合併症に苦しみながら治療を継続した。放射線治療による重篤な組織損傷に對してはおびただしい外科的療法が施された。⑩一九八一年一月、二月、癌は治療不能と判断された。一年後、Aは自宅で死亡した。

△裁判所の判断▽ ①ないし②において、YがAの診療録を適切に維持管理しなかったこと、Aに肺癌であることを知らせなかったこと、そして適切なフォローアップ・ケアを実践しなかったことは、看護及び治療上の過失にあたる。本件の場合、基準に達しないケアによって引き起こされた権利侵害は、Aの癌からの回復または延命のチャンスを実質的に縮減させたこととなる。チャンスの喪失を判示した多くの判決（*Hicks, Jeanes, McBride, James*等）は、延命のチャンス喪失に対する賠償を認めている。Xは、Yの過失により、Aの五年間生存のチャンスが、四〇パーセントから一五パーセントに減少したことによつて生じた損害の賠償を受ける権利がある。⁽²⁹⁾ 結論として本判決は、

コロラド州法を適用して、Xに、延命のチャンス喪失に基づき、五〇四三〇〇ドルを損害賠償を命じた。⁽³⁰⁾

2 考 察

(イ)裁判所が判決理由の根拠としているのは、患者側が示す、被告の行為が患者の身体的損害を引き起こしたという絶対的で確実な証拠そのものではなくて、被告の行為が、患者の生存または回復の実質的なチャンスを奪ったという事実である。⁽³¹⁾ 換言すれば、裁判所は、不法行為者が被害者から実質的なチャンスを奪った場合は、不法行為者は、実質的な可能性またはチャンスを實現可能な枠外においた者であるから、その事後に及んで、その結果は避けることができなかつたと反駁することは許されない、としていると解される。⁽³²⁾

これらの判決については、被告である医師側から、回復の可能性のない侵害が既に起つていたか、または医師の過失行為や不行為の有無にかかわらず、患者にそのような損害が生じていたであろうから、被告の過失ある行為・不行為は主原因ではないとの反論がなされている。⁽³³⁾ しかし、「ある過失行為が、問題とされている権利侵害の主原因であるためには、その過失行為が当該権利侵害の唯一の原因である必要はない」(Robak v. United States, 658 F.2D 471, 477 (7th Cir.1981)) から、右の反論

は当たらないといえよう。また、このような反論は、生存または回復のチャンスの喪失よりも、死亡や悪結果に焦点をあてるという、大多数の裁判所がおかしているのと同様の間違いから生じる誤解であるとの見方もある。⁽³⁴⁾

(ロ) ヒックス理論を適用した裁判例の事案的特徴を、△事実の経過▽と△裁判所の判断▽から検討すると、以下の三つの特徴があることがわかる。

第一は、患者の病状の経過に従つて、その状況下でなされるべき医師の注意義務内容が、専門家の証言に基づいて認定されていることである。例えば、【2】は、事件当時、同地域の医療界で行われていた麻酔管理の水準と、外傷による緊急患者に対する管理基準を設定した上で、本件医師の医療行為はそれらの基準に照して妥当でなかつたと判断している。【3】は、緊急室勤務に当たる看護婦が、患者の容態をオン・コール医師に通知しなければならぬ場合について当時の看護水準から見ている。【4】は、州法が求める医師が医業を行うに当たつて有すべき知識と技能の程度について、【5】は、組織バイオプシーを行つて癌を早期に発見すべき義務について判示する。さらに、【6】は、医師が患者に対して負う注意義務の基準は、個別具体的な医師毎の事情に応じて変化するものではなく、ある程度

までは抽象的に決められるとする。

第二は、医療側の明らかな過失が問われている事例が多いということである。【3】において、Y₁医師は、事件当日のオン・コール医師でありながら、Aが苦しんでいた頃、他の患者を診ていたわけでもなく、病院から一〇分の自宅に居たにもかかわらず救急室に来なかった。【4】は、標本を送らなかつたという極めて単純なミスである。【5】では、治療の効果がなく出血などの症状が悪化していたのだから、原因究明のため当然に組織バイオプシーをすべきであったのに実施しなかつた。【6】は、心電図を解説する能力が未だ備っていない若いレジデントを診察医として配置した病院側の過失である。【7】は、術前措置として不可欠な血圧降下剤を投与しなかつた。【9】は、事務的な連絡上のミスである。

第三に、医師側の過失が明白であるためか、その過失による患者の損失を曖昧な程度で認めているという点である。その程度を次に挙げてみる。【3】は、Aの生存の実質的な可能性、【4】は、一パーセントの生存可能性、【5】では、どの程度の生存率の減少か立証していない、【6】は、快方に向かうかなりのチャンス、【7】は、一〇から四〇パーセントの救命可能性、【9】は、おそらく適切な治療によって延命がはから

れ苦痛も少なくなっていたであろう、というものである。

実質的な可能性 (substantial possibility) の程度について、その解釈は幾つかに分れている。一つは、greater than 50 percent chance of survival (例えば、Hicks 判決) である。もう一つは、probably anything greater than 5 percent であり、恐らく五パーセントよりも大きい場合 (例えば、【4】は一パーセント) とする。【3】、【6】は、具体的な数字を示さずに、実質的な、かなりの、といった表現を用いていることから、その程度は緩とされているといえよう。

(二)被害の危険性増加基準と実質的な要因基準の併用

因果関係立証の緩和を志向するもう一つの手法として、歴史的に、被告の救助義務を明示するものとして活用されていた、不法行為リストイメント (第二版) 三三三三条 (a) の適用がある (以下では、被害の危険性増加基準と略称する)。三三三三条 (a) は、次の通り規定する。

「無償、有償の区別なく、他人や物を保護するために必要と認められるサービスを他人に提供する業務に従事する者は、業務を遂行するに際して相当な注意を払わなかつたために生じた他人の身体的損害に対して、次の場合には責任を免れない。(a)

そのような注意の不履行がそのような被害の危険性を増大させる場合、(b) …」⁽³⁶⁾。

この不法行為リステイトメント(第二版)三三三条(a)の適用は、陪審に事実審理を委ねるに必要な「確実さの程度」を緩和させるものと捉えられている。同時に、因果関係に関する「実質的な要因」基準(不法行為リステイトメント(第二版)・四三二条(2)) (頁参照)が併用されている。

1 裁判例

【11】 *Hamil v. Bashline* 392 A.2d 1280 (Pa.1978) が、初めての適用裁判例である。

△事実の経過▽ ① Xは、真夜中、激しい胸痛を訴えているAをY病院に連れていった。② しかし、救急室に当番医がいなかったため、代って甲医師が心電図の指示を出したが、差込み口がこわれていたので心電計が動かなかった。他の心電計を探している間に甲は病院を離れた。③ Xは、Aを他の病院に搬送したが、そこで心電図をとっている間に心筋梗塞によって死亡した。△裁判所の判断▽ 事実審は、全ての証拠からX側証人は、Yの過失がAを死亡させた主要原因であるということを、医学的确实性の程度を以て立証していないと結論づけた。

しかし、最高裁判所は、ヒックス理論に賛同し、⁽³⁷⁾被害の危険

性増加基準の効果を、他の不法行為訴訟で通常要求される确实性の程度を緩めることにあるとした上で、次のように判示している。⁽³⁸⁾一旦、Xが、被害の危険性増加基準が適用されるような状況において、Yの過失が、他人への損害の危険を増大させたということを示したならば、それは、さらに事実認定者(医療の専門家ではない)が審理して、その危険性の増加が、損害を引き起こす実質的な要因であったことを認定する根拠になる。

後に続く判決例は、このハミル(Hamil)判決を、本基準を採用するときの論拠として⁽³⁹⁾る。

【12】 *Grudel v. Inouye*, 491 Pa.534, 421 A.2d 674 (1980) Ⅱ後遺

障害事案

△事実の経過▽ ①七月、X₁(五才)は、左前腕を骨折した。Y医師は手術をしてギブス固定をした。②一〇月末、ギブスは取り外され、X₁は退院した。③X₂(母)は、退院時、骨折部位に塊りがあることに気づいた。徐々に大きくなってきたので、X₂は受診の度に、Yにレントゲン写真を撮ってもらった。X₂は、その塊を単なる硬結と判断して写真を撮らずに治療を続けた。④翌年一月、X₁は、甲整形外科医の診察を受けた。レントゲン写真の結果、骨折部位に軟組織による浸潤が認められた。さらにバイオプシーの結果、線維肉腫と診断され、

その骨部位を切除した。⑤しかし、一年後、癌は同部位に再発し、X₁のひじから上の上腕部が切断された。

Y側は、Yが、X₁のレントゲン写真を撮らなかつたことがX₁の腕切断の原因なのか、または、そのような過失がなければ腕の切断は回避できたのか、という点について相当程度の医学的確實性を以て主張することができなかった。

△裁判所の判断▽ 最高裁判所は、X₁側専門家の証言について次のように判示する。⁽⁴⁰⁾ 即刻のバイオプシーによって、骨への浸潤が始まる前に骨肉腫が発見できたであろうこと、すなわち、適切な診療をしていれば、増大している塊りのレントゲン撮影をし、さらにバイオプシー検査へと進んでいたはずである。そして、骨肉腫がより早く摘出されていたならば、上腕切断の危険性はより少なかつたであろうとする証言は、陪審がY医師の過失が権利侵害を引き起こした実質的な要因であると十分に十分である。立証すべきことは、医師が現実に腕切断を引き起こしたという事実ではなく、むしろ、医師の過失行為が切断という危険を増大させたかどうかである。そして、そのような過失が、患者の権利侵害を引き起こした実質的な要因であるか否かを判断するのは陪審の責任である。

【13】 *Herskovits v. Group Health Cooperative* 664 P.2d 474

(Wash.1983).

△事実の経過▽ ①Aは、胸痛と咳があり、一九七四年初め、Y病院を受診した。胸部レントゲン写真には左肺野に浸潤像がみられた。その後も右症状が持続したが、鎮咳剤の投与だけが秋まで続けられた。②一二月五日の診療録には、咳が問題事項として挙げられてはいたが、胸部レントゲン写真が、時折、撮られただけであつた。③翌年春、Aは、転地による回復を期待して南部へ行つたが、改善がみられなかつた。④そこで、Aは自らの判断で、甲医師の診察を受けたところ肺腫と診断された。⑤同年七月、肺切除がなされたが、放射線療法等を行われないまま、一九七七年三月、死亡した。

1-Xの証人は、②時点までには肺腫の診断ができたはずであり、その時のAの五年間生存率は三九パーセントであつたが、確定診断がなされたときのそれは、二五パーセントにすぎなかつた⁽⁴¹⁾と主張した。一方、Y医師は、Aが罹患した肺腫について、早期診断によつてAの生存が可能になつたとはいえず、いかに早く診断がなされようとも、この種の肺腫は数年の内に死を迎えることは確実であるから、Y病院の医師等ができることは何もなかつたと、相当の医学的蓋然性をもって証言した。⁽⁴²⁾

△裁判所の判断▽ 事実審裁判所は、but-forテストと、Y医

師の行為はAの死亡の事実上の原因でなかったことを理由として、X敗訴としたが、ワシントン州最高裁は、事実審判決を破棄し差戻した。そこでの *lead* 意見は、ハミル理論(11)裁判例)に依拠して被害の危険性増加基準によると、生存率が三六パーセント減少したということは、医師の不適切な疾病診断がAの死の実質的な原因であったか否かを、陪審が審査するに際しての十分な証拠である、としている。そうでなければ、医師の過失がいかに重大であれ、生存のチャンスが五〇パーセントよりも少ない時はいつも、医師や病院の責任を一律に問えないことになろうからとする。その上で、*lead* 意見は、損害については、Yの過失によって死が早められたために直接に被った損害に限られるべきだとする。⁽⁴⁶⁾

【14】Thompson v. Sun City Community Hospital, Inc. 688 P.2d 605 (Ariz. 1984) Ⅱ後遺障害事案

△事実の経過▽①九月四日夕方、A(一三才)は、交通事故に遭遇しY病院の救急室に搬入された。甲医師は、点滴を始め輸血を指示し、乙整形外科医を呼び出した。乙は手術が必要と判断し、丙血管外科医に電話で相談した。②しかし、午後九時半すぎ、AをB病院に転送する決定がなされた。③AはB病院に転送され、翌日午前一時ころ手術が開始された。切断された

股動脈の整復が行われ、Aは、救命されたが、左下肢に後遺障害を残すに至った。

ⅠY病院の手術の拒絶と転院が、Aに障害を与えたとしてX(Aの母)が提訴した事案である。甲は、Aの状況が医学的に転送可能と判断した上で、経済的理由から転送させたとして述べている。Yは、傷害は非常に重症なものであったから、たとえXが主張するような過失がなくても、左足には障害が残ったであろうと反論した。

△裁判所の判断▽最高裁判所は、Y勝訴判決を破棄して差戻し、次のように判示した。被害の危険性増加基準の適用は、Yの本来の義務が、Aが最終的に被った類型の権利侵害を防止することにあり、且つ、Yがその義務に違反した場合に限られる。さらに、「法が保護しようとする利益は、チャンスそれ自体である。そして、その主たる問題はチャンスの評価であり、それは、特に陪審の活動範囲内にある機能の一つである。」⁽⁴⁷⁾

本判決について次のような指摘がある。本判決が、チャンスの喪失自体を補償すべき損害であると認めただ点は評価できるが、真のチャンスの喪失ルールを適用していない。⁽⁴⁸⁾つまり、陪審にチャンスの喪失の価値を確定して、その価値分だけの損害賠償額を量定することを求めずに、いくらかの回復のチャンス喪失

をもって、陪審に因果関係問題を審議させているからである⁽⁴⁹⁾とする。結果的に陪審は、被告の過失がなくても、権利侵害が起つたであろうその可能性（チャンス）を差し引かずに損害分担を自由に行つた⁽⁵⁰⁾といえよう。

【15】 *McKellips v. Saint Francis Hosp., Inc.*, 741 P.2d 467 (Okla.1987).

▲事実の経過▽ ①七月二日午後二時半、Aは、両胸部の放射する痛みを訴えて、Y病院の救急室に運ばれた。当番医は、胃炎と診断して、午後四時一五分頃家に帰した。②その後、Aは心臓発作を起こして、再びヘリコプターで病院に搬入されたが、午後九時半、死亡した。

―事実審にて、原告の専門家は、被告等の診断上の過失を主張し、入院しても発作をくい止めることはできなかったであろうが、Aの生存のチャンスをかなり（significantly）増加させることができた、と証言した。

△裁判所の判断▽ 最高裁判所は、次のように判示する。⁽⁵¹⁾原告が、被告の行為が、患者の回復または生存のチャンスの実質的な減少を引き起こしたと主張する場合で、その回復または生存のチャンスの喪失が、五〇パーセントよりも少ないような医療過誤事例においては、被害の危険性増加基準がより望ましく、

最も合理的な理論であり、統計的な証拠とは関係なく、主要原因の問題は陪審に付される。それは、医療従事者等に、彼等自身の過失ある行為によつて生じた「不確かさ」がもたらす利益を与えるべきではないからである。本件の場合、「疑いなく、Aのチャンスは、実質的にかなり増えていたであろう」という証言は、増加した生存のチャンスの量を示してはいないが、陪審に本件を委ねるに十分である。損害の分配について、「チャンスの喪失」理論が適用される医療過誤事例においては、損害賠償は、被告の義務違反によつて直接引き起こされた損害のみに限られるべきである【13】 *Herskovits* の判決引用⁽⁵³⁾。そして、損害賠償額は、キング教授の価値評価システム *The Valuation System* 論（本章四「キング理論」参照）を適用して、不法死亡訴訟で認容される損害賠償額にチャンス喪失の割合（パーセント）を乗じて得られる額に⁽⁵⁴⁾すべきである。

【16】 *Evers v. Dollinger*, 95 N.J. 471 A.2d at 405 (1984). ▮ 生存
事案

▲事実の経過▽ ①一九七七年三月、Xは、右の胸に痛みを伴う非常に小さな（very tiny）腫瘍が触れたので、Y医師に検査を依頼した。Yは、診察の結果、異常がないと判断した。②しかし、その後、痛みが増強し腫瘍の大きさも増し、一〇月には、

当初の四倍になっていた。さらに、小さな傷口から出血もしていた。③その傷口の膿の培養結果では感染はなかったが、Xはなおも心配で、癌センターの乙医師の診察を受けた。その結果、癌の疑いもたれた。④一〇月三十一日、Xは当癌センターに入院し、右乳房の浸潤性腺カルチノーマの診断の下、広範囲の乳房切除術を受けた。⑤事実審(一九八一年五月)の時点では、Xは、順調に経過していた。しかし、当裁判所に控訴し判決を待っている間に、肺に癌が転移して末期状態にあり精神的ケアを受けている。さらに最近手術を受けた。

— X側病理学者は、Xの癌は、適切な診断治療によっても再発の確率は二五パーセントであると証言した。⁽⁵⁵⁾

△裁判所の判断▽ 上訴部は、事実審判決は、Yの行為が診療水準から逸脱していたか否かは陪審の審理問題としたが、Xの証拠は、その逸脱によってXにどのような損害が生じたのかを示していないとした。⁽⁵⁶⁾

しかし、最高裁判所は、破棄し差戻して次のように判示した。⁽⁵⁷⁾
精神的な苦痛・苦悩は医療過誤の分野においては補償されるべき損害であり、Xの精神的・感情的な苦痛は、Yが、Xの癌を発見できず、迅速で適切な治療をしなかったことを示す証拠から判断されるべきである。さらに、Yの過失によって手術カ

カ月遅延したことが、Xの癌の再発、または転移の危険を増大させたこと、そして、その増大した危険が、Xの現在の苛酷な状況を生み出した実質的な要因であることを提示すべきである。さらに、医療過誤事案には被害の危険性増加基準を適用し得る。

2 考察

(イ)以上の判決は、チャンスの喪失に対してというよりも、被害の危険性を増加させられた原告の救済を図るために当基準を採用している⁽⁵⁸⁾ということがわかる。すなわち、被害の危険性の増加が認められると、適切な治療によって得られたであろう治療または救命の可能性の程度を問わずに、陪審の審理対象になるとするからである。その上で、裁判所は、「実質的なチャンス⁽⁵⁹⁾の喪失」という基準の下で、その「実質的な(substantial)」の定義づけを通して制限を受けることになる。

これらの判決は、原告の因果関係立証責任の緩和のために被害の危険性増加基準を適用しているといえよう。⁽⁶⁰⁾原告が、一旦、被告の過失が権利侵害の危険性を増大させたということを立証したなら、その過失がその実質的な要因であるか否かの判断は、陪審に委ねられるとする。⁽⁶¹⁾

しかしながら、裁判所は、チャンスの喪失の概念を十分に理解していなかったため、被害の危険性の増加自体を賠償に値す

る権利侵害と捉えたが、被害者に正当な権利回復を認めているとはいえないという批判がある。すなわち、これらの事案では患者は、医師の過失がなければ、生存または回復のチャンスを喪失しなかったであろうと主張するだけでよいとすべきだ、ということであろう。

(四) △事実の経過▽と△裁判所の判断▽から、どのような事案の特徴があるかを見る。

第一は、医療側の過失が明白であり、そして、その過失は、患者の訴え（主観的・客観的）を放置または無視したという評価が可能なものが多いことである。【11】では、Aは、救急室で放置された（②時点）、【12】では、Xが、Aの骨折部位に異常な塊りがあることに気づき、心配してレントゲン検査を何度も要請したがYは聞き入れなかった（③時点）。Xは、やむをえず④時点で、自ら転医している。【13】は、Aが苦痛を訴えているにもかかわらず、Yは、効果のない従前の治療を続けた（①）（②）。Aは自ら転医して、転医先で肺癌を宣告されているのである（④）（⑤）。【14】は、緊急手術が必要であるとの診断を下した（①時点）後で、患者が加入する医療保険が不適切という経済的理由で転医させている（③時点）。【15】は、入院させて経過観察をする必要がある心臓病患者を胃炎と誤診して

帰宅させた。【16】は、Xは、毎日に大きさを増す腫瘍を心配して何度も受診したが、Yは真摯に対応しなかった、というものである。

これらの判決は、医師の過失の重大さから被害者救済を第一に据えて、被害の危険性増加基準を適用しているといえよう。つまり、過失が引き起こした権利侵害の内容を危険性の増大という点に求めて、因果関係の立証を緩和しているのである。

第二は、医師の過失が、患者の死亡や後遺障害を引き起こした主因であることを十分に立証していないとした事実審の判断を、最高裁は、医師の過失が、最終的な結果（死亡、または後遺障害）に至る危険を増大させた主因である、ということを立て証すれば足りるとして、破棄し、差し戻していることである（【11】【12】【13】）。

第三として、事実審が、Yの過失に起因する原告の損害は何かを明確にしていなかったものを、最高裁は、チャンスの喪失それ自体が損害であると明示した（【14】【16】）ことが挙げられよう。

(三)のまとめ

1 要旨

アメリカの裁判所が、原告のチャンス喪失に対する権利回復を認めたがらないのは、伝統的な因果関係基準が壊れることを恐れ、また、「因果関係証明基準の緩和は、医療過誤によって不利益を被った可能性 (possibility) は証明できるが、因果関係の蓋然性 (probability) を証明できない原告に対する不公平を是正することはできるだろうが、同時に不公正を創出するであろう」ことを懸念するからである。⁽⁶³⁾

しかしながら、伝統的基準の適用がもたらす患者側の不利益を是正するために、「海軍救助の法理」を医療過誤事例に適用することによって因果関係の立証基準を緩和させ、医師側の責任を認めようとするヒックス理論が提唱された。つまり、裁判所は、不法行為者が被害者から実質的なチャンスを奪った場合、その不法行為者は、実質的な(救命または生存の)チャンスを實現の枠外に置いた者であるから、その事後に及んで、当該結果は避けることができなかつたと反駁することはできないとするのである。被告の行為と原告の最終の結果との因果関係を問うのではなく、被告の行為が原告患者の生存または回復の実質的なチャンスを奪ったかどうかを問題にしているといえよう。

さらに、被害の危険性増加基準と実質的な要因基準を併用して、医師の過失が危害の危険性を増加させたことが認定されると、審理は陪審に付される。すなわち、因果関係の基準の緩和と、訴訟上の審理対象を判断する「確実さ」の程度の緩和を図るものといえよう。

2 問題点

(1) 実質的な可能性基準については次のような指摘がある。第一は、伝統的な因果関係基準から生じる不公正を是正しようとするものであるから、他人の過失によって、実質的損害を被った者に対して損害賠償をするという伝統的不法行為法に影響を及ぼすことになる。⁽⁶⁴⁾ 第二は、当基準を採用することによって、新たな原告らに、裁判所の門戸を開くことになる点は賞賛されようが、そのためには、事例を正当に評価するためのより正確な方策が講じられなければならない⁽⁶⁵⁾ということである。

また、ヒックス理論によると、一般に、被告の過失に因る損害の割合に比例した賠償額を算定しようとする努力がはらわれない。すなわち、この理論を採用する裁判所は、被告が当該損害の全てを引き起こしているのではなく、競合している他の原因があることに関心を払おうとしない⁽⁶⁶⁾からである。右の問題が生じる原因は、死亡を金銭賠償の対象たる権利侵害と捉えるこ

とにある。⁽⁶⁷⁾死亡を損害賠償の対象とする場合に適用される因果関係基準は“more-likely-than-not”であるのに、当理論は、チャンスの喪失を権利侵害と認識せずに、結局は、死亡や後遺障害を権利侵害と捉えたまま立証責任を操作しているとする。

(2) 被害の危険性増加基準に対する批判的見解をみる。

一つ目は、裁判所は、三三三条(a)を適用しながら、三三三条(a)自体の内容について正しく捉えていないのではないかとこのものである。三三三条(a)は、単に、人が他人にサーヴィスを提供することを引き受けた場合の、受け取り手に対する権利侵害の危険性増大を回避すべき義務を規定したものである。すると、責任はその業務を遂行するに当たって相当の注意を怠ったときに生じるのであり、被害の危険性増加基準の適用によって因果関係要件を緩める必要はないし、不法行為の概念を変更する必要もない。⁽⁶⁸⁾二つ目として、このアプローチは、危機の真つ只中にある医療過誤訴訟を増加させるだろうし、さらに、裁判所は複雑な統計的証拠に今までよりも多く頼るようになるのではないかとこの点である。三つ目として次のような指摘がある。まず、このような事例では、チャンスの喪失ルール⁽⁶⁹⁾の適用、つまり、原告は生存のチャンスの喪失の価値分だけの損害賠償を受けるのがより公正であるとする。⁽⁷⁰⁾すなわち、原告

は、拡大した権利侵害部分の立証を要求されるだけであり、被告には、増大した危険の価値分だけの責任が課されるべきである。損害賠償と因果関係の問題を別個に判断するよりも、原告が、因果関係の存在について、蓋然性よりも少ない可能性のみを主張した場合は、それに応じて、損害賠償額が減額されるようにすべきであるとする。四つ目に、裁判所が、被害の危険性増加基準と、実質的な要因基準を併用していることについては、次のように指摘するものがある。⁽⁷¹⁾実質的な要因基準の下では、患者は、被告の過失が患者の権利侵害を引き起こした実質的な要因であることを、さらに証明しなければならぬとされるが、*Prosser & Keeton* によれば、⁽⁷²⁾実質的な要因 (substantial factor) ルールとは、複数の原因が、重要な役割を果たして損害を引き起こしたというような特殊な事例において、「あれなければこれなし」基準を超えてさらに踏み込んで適用されるものである。従って、そのような事例においては、単に、他の原因が結果に寄与しているということだけで、過失ある被告は債務を逃れることはできない。責任は、権利侵害を引き起こしたすべての原因に課されるべきであるからである。すなわち、このルールの下では、被告の過失がなくても、当該権利侵害が起つたであろうという理由で、被告が責任を免れることはないことになる。

前掲、ペンシルバニア州の裁判例〔11〕判決、〔12〕判決〕にみられるように、多くの裁判所で、医学的誤管理を含めた医療過誤事例における因果関係立証基準として、被害の危険性増加基準に加えて、この実質的な要因基準の併用がなされてきた。⁽⁷³⁾

しかし、そのような事例への実質的な要因基準の適用について詳細に分析してみると、患者がチャンスの喪失を権利侵害として訴えている場合には、この基準は機能しないことは明らかである。すなわち、そのような事例においては、患者の生存のチャンス喪失に対して共同で働きかける原因がない、むしろ、医師の過失行為、または不作為が、このチャンスを喪失させた唯一の原因であるからである。すると、そのような事例では、チャンスの喪失を権利侵害と捉えれば「あれなければこれなし」基準を適用できるから、実質的な要因基準を適用する必要性はないといえよう。

(3) 「立証緩和アプローチ」を否定的に解する裁判所と、それに対する学説の反応をみてみよう。

チャンスの喪失理論を否定する裁判所は、「立証緩和アプローチ」から生じるであろう次のような結果について懸念を抱いてきた。⁽⁷⁴⁾ 一つ目は、陪審は、生存のチャンスの有無を推測で判断しなければならぬこと、二つ目は、医療過誤におけるチャン

スの喪失事案では、被告は他の過誤事案の場合よりも、因果関係基準が引き下げられることになる点、三つ目は、チャンスの喪失に対して権利回復を認めることは、主要原因の要件を排除することになる、という点である。

このような陪審の思惑や推測を恐れて「チャンスの喪失」理論を否定する裁判所の見解に対しては反論がある。⁽⁷⁵⁾ Putze は次のように説く。合衆国最高裁判所判決の「陪審の評決に思惑や推測が存在するという見方は正しくない。事実が論議され、公正な精神の持ち主が、証拠から異なった結論を引き出す可能性があるような場合は、常に、思惑と推測という方法(量り)が必要となる。それらは、何が彼等にとつて最も合理的な推論であるかを選択して、論争を解決させる義務がある者の側に要求されるものである。」⁽⁷⁶⁾ という判旨が、そのような懸念を一扫するはずである。医療過誤事例は、因果関係の論点が不明瞭で、陪審が割合的に損害を分配しなければならぬ場合が多いため、⁽⁷⁷⁾ おそらく、この最高裁判決が最も適切にあてはまる領域であろうからである。そして、右のことから、医療過誤訴訟の被告に⁽⁷⁸⁾ より低い因果関係基準が適用されるとはいえないし、また、チャンス喪失の論点を陪審に付すことによって、主要原因の基準が排除されることもないとする。

さらに、右のような懸念は、チャンスの喪失事例における請求原因を正しく理解していないことから生じる⁽⁷⁹⁾として、次のようにいう。チャンスの喪失が争点である場合、原告が被った権利侵害は、まだ実現されていないチャンスの喪失であって、この点からいえば、主要原因の判断基準は同じで、何を権利侵害と捉えるかに差異が生じるだけである。チャンスの喪失訴訟で原告が求める損害賠償は、究極の状況（最終的な結果）に対するものでは決してない。従って、チャンスの喪失事例で権利回復を認めると、主要原因に関する判断基準が複雑になるのではないかという思惑から、権利回復を否定してきた裁判所は、チャンスの喪失に起因する原告の権利侵害は何かを、正しく捉えるべきであるとする⁽⁸⁰⁾。

そして、「チャンスの喪失」理論の評価に際しては、他の専門家と比べて医師等には、人に既存する状況を悪化させる機会がより多いということを念頭におくべきであると指摘する。それゆえに、医療従事者は、他の過誤事例の被告よりもチャンスの喪失による訴訟が提起されやすいといえようが、チャンスの喪失で問われる主要原因の判断基準は他の分野と何ら変りはないとする。

また、Thuman は、「医療過誤訴訟における「チャンスの喪失」

理論の適用が医療界に与える影響について次のように述べている⁽⁸²⁾。「チャンスの喪失」理論の適用による因果関係立証基準の緩和は医療過誤提訴のコストを下げるから、結果的に医療過誤訴訟の数を増加させる。そして、医療過誤訴訟の増加によって必ずもたらされる結果は、医療過誤責任保険の保険料の上昇と、医療過誤保険の有効性の低下である。一般的に、医師等は医療過誤訴訟の増加に防御的医療（defensive medicine）⁽⁸³⁾によって対抗しようとするから、「チャンスの喪失」理論の広い適用が、果たして、医療ケアを改善させるかどうかは疑問である。ただ質的向上がないままにコストの負担が増すだけではないだろう。医療過誤訴訟が医師に過誤を防ぐための抑制的な効果を与えるという証拠も、医師らが医療過誤訴訟を恐れて、より良い医師になるという証拠もない。しかしながら、専門家責任機構（professional liability system）が、医療ケア組織に莫大な公的財源を落とさなければならぬということは立証されている。専門家責任保険料、専門家の責任負担の増加に起因する診療の変化、そして責任保険によってカバーされない請求への支払によって、コストが上昇するのである。結論として、「チャンスの喪失」理論は、より良い医療の提供という結果ではなくて、ただ単に、より高額な医療を招くという結果につながるだけ

あると懸念される。

3 小括

(1) 「立証緩和アプローチ」は、医師の過失の対象を最終的な死や後遺障害ではなく、チャンスの喪失自体と捉えようとするものといえる。医師の過失と患者の最終的な結果との因果関係を問題にすると、その存在を立証することが難しいからである。さらに、(一)で考察したように【1】から【16】までの事案における被告医師の過失の態様をみると、いずれも診療に当たる医師として当然なすべき注意義務を懈怠しているものである。これらの過失によって不利益を被った患者を救済するための一方が「立証緩和アプローチ」といえよう。

しかしながら、「立証緩和アプローチ」は、次のような矛盾を孕んでいると思われる。第一は、右2においても指摘されているように、チャンスの喪失自体と医師の過失との因果関係の問題にしながら、因果関係が肯定されると、損害賠償は、*all-or-nothing* アプローチにより死亡(又は後遺障害)に起因する全損害を認める、という点である。第二は、救命率や治療率は、死亡や後遺障害という結果に至らせない確率であるから、チャンスの喪失それ自体は、見方によっては、死亡や後遺障害

が生じて初めて損害となるのであり、それまでは損害は何ら生じていないともいえよう。そうすると、最終的な死や後遺障害を回避するチャンスがどの程度であったかが、まず問われなければならぬのに、チャンスの程度を考慮せずに「立証緩和アプローチ」を適用した上で、*all-or-nothing* で死亡や後遺障害による全損害の賠償を医師に課している、という点である。

学説も、チャンスを喪失した原告を救済するための公正なアプローチが必要として (Coss)⁽⁸⁴⁾、次のような見解を示している。まず、裁判所は、チャンスの喪失を患者が被った真の権利侵害として対処し、このチャンスの価値を相当に評価すべきである (Andel⁽⁸⁵⁾ Perdue)⁽⁸⁶⁾ とする。さらに、陪審は、発生した損害の価値を評価する機会を与えられるべきだ (Shoenberger)⁽⁸⁷⁾ と説いている。しかし、これらの見解には、*all-or-nothing* による右のような処理の不合理さ突いて、それに代る手法を明確に提唱するものは見当たらない。

(2) これらの矛盾を解決するためにはどうすればよいか。「立証緩和アプローチ」が適用されるような事案は、医師の過失の有無にかかわらず死を免れることができなかったという場合が多く、死を契機とする財産的損失を損害と捉える限り、医師の過失と患者の損害との因果関係は存在しないといえる。この種の

事案に損害賠償の側面から対処するためには、最終的な死一点を損害賠償の対象とするのではなくて、死の時点から死に至る過程にその対象を移動させる必要がある。すなわち、患者が死に至る過程で被った、または現に被っている身体的・精神的苦痛 *pain and suffering* 自体に着目するのである。

学説には、*pain and suffering* 自体を損害の対象と捉えて、そこから生じる損害を賠償すべきであるとするものは未だないようであるが、判決例では、死や後遺障害を回避するチャンスが低い事案において、結果に至る過程で患者が実際に被った *pain and suffering* を損害の対象として捉えているものがある。例えば、【4】*Jeans* では、Aは、 Y_1 の治療を受けている間、激痛と苦しみに耐えていたこと、早期に治療を受けていればAの苦痛はより少なかったであろうこと等を、 Y_1 の診断の遅れが、Aのパーセントの生存の可能性を奪った主因であるとする証拠として挙げている。⁽⁸⁸⁾【5】*O'Brien* の場合、Aは、 Y に歯槽膿漏と診断されて拔牙をしてもらったが、その後、五か月もの間、歯肉部分が回復せず断続的な出血が続いていた。判決は、原因究明もされずに過ごしたその間のAの苦痛や不安、苦悩に着目して、Aが被った「延命の、または少なくとも、より長くより快適に生きるためのチャンスの減少」を、損害賠償の対象

としている。⁽⁹⁰⁾【6】*McBride* では、Aは、胸部痛に苦しみ確定診断が下されないまま入院を繰り返して死亡した。裁判所は、Aには医療水準に適合した治療を期待する権利があり、 Y 病院にはその基準に見合った知識・技能を有する医師を配属する義務があるとした。医師が適切な治療をしなかったために、患者が苦悩しながら死に至ったことを損害と捉えていると解される。⁽⁹¹⁾ そうではあるが、右の事案では、*pain and suffering* が最終的に、損害としてどの程度に換算評価されたのか、その金額を判決文からは読み取ることができなかった。

さらに、患者本人が訴訟を提起している事案（生存事案）では、何が損害と捉えられているかである。患者が生存している患者本人が提訴しているものは【9】・【12】・【14】・【16】であり、そのうち後遺障害を訴えるものが【12】と【14】である。

【6】*James* では、 Y の過失によって失われたものは、早期の適切な治療によって得られたはずの身体的・精神的苦痛の緩和と、長らえられたであろう生命であるとする。これらを損害と捉えた上で、その額を正確に算出することができなくても賠償されるべきであるとして、次のように損害額を計上している。 Y の過失によって、より早期に、より効果的な治療を受ける機会 (*opportunity*) を失ったために被った損害額は三万五千ドル、

さらに、精神的損害に対する合理的な補償額は二万五千ドルである。⁽⁹²⁾

【16】*Cortes* では、X は、最近手術を受け、現在、癌末期状態にあり精神的ケアを受けているという状況である。さらに将来においても、これらの身体的苦痛と精神的苦痛が継続するであろうということが強調されている。その上で、裁判所は、精神的苦痛は医療過誤の分野においては補償に値する損害であり、Y の過失によって原告の精神的・感情的苦痛が生じたという証拠に基づいて判断されるべきであるとしている。

右の二つの事案に共通していることは、被害者本人が生存し、実際に癌と闘っている場合、それに伴う精神的苦痛は損害として認められやすいということである【16】は、今、まさにそうであり、【9】は、X の癌は、あまり速くない将来に再燃することはほぼ確実であるとする。ところが、【9】は、癌による症状がなく、その存在も知らなかった間は精神的苦痛はないと判示している。このことから、精神的苦痛は、身体的苦痛に付随するものとして捉えられていることが分かる。

そして、患者が、受傷して死亡するまでに被った *pain and suffering* は、*wrongful death statute* 及び *survival statute* の損害項目として挙げられている。⁽⁹³⁾

これらを踏まえると、医師の決して軽微とはいえない過失によって、患者が死または後遺障害を避けるチャンスを奪われた場合で、しかも、そのチャンスの程度を明確な数字をもって提示できない、または曖昧にしか表示できない場合は、*pain and suffering* 自体を損害と捉えるべきであろう。その上で、医師の過失の態様・程度を勘案して *pain and suffering* の内容に応じた損害額を認容することが、最も事案に適合した解決であると思われる。

註

(1) 310 F. 2d 284, at 285.

(2) See, *Cortes v. Baltimore Insular Line, Inc.*, 287 U.S. 367 (1932); *Harris v. Penn.-sylvania R. R.*, 50 F. 2d 866 (4th Cir. 1931).

(3) 「船員を助けること自体は義務とはいえないが、救助を誠実に試みるものが義務であったことは確かである。ここでいう義務とは、その義務の懈怠が船員の死を招来する一因となりえたという性質のものである。その義務は、救助の合理的な可能性がある場合に発生する。主要原因についても同様の基準ではかられ、もし船長の不作為が救助の合理的な可能性を奪うものであるなら、因果関係は

証明され、ここでの義務懈怠が主原因であることは明らかである。一旦、証拠によつて救助の合理的な可能性が主張されたならば、その可能性の多寡にかかわらず、状況に応じて、義務を全く無視し、救助を試みようとなさえなかったことに対しては責任が生じるのである。さらに、船長の過失は、当該義務が履行されていた場合、その捜索が成功していたか否かを判断するための全ての手段を消滅させている。このことだけでも、同様の状況において、不法行為者に責任を課す十分な根拠である」(310 F. 2d 284, at 287)。

(4) 同様の状況、つまり、被告に過失があり、そして被告側が、権利を侵害された原告よりも、その権利侵害に関する証拠に近づきやすい場合、裁判所は、被告側に事実上の原因についての証明責任を課しているといえよう。

E. g., *Summers v. Tice*, 33 Cal. 2d 80, 199 P. 2d 1 (1948) (二人の被告のどちらかが、過失によつて狩猟銃で原告の顔を撃ったかが分からないとき、罪のない原告ではなくて、二人の被告に、原告を撃った弾丸はもう一方の被告のものであることを証明する責任を負わせた)； *Halt v. Lone Palm Hotel*, 3 Cal. 3d 756, 478 P. 2d 465, 91 Cal. Rptr. 745 (1970) (父と五才の息子が、被告のプールで溺れた事案である。被告が救命具を具備するか、または、救命具の備えがないという警告をするという法的義務を尽くし

ていなかったことから、裁判所は立証責任を被告に課した。なぜなら、そのような過失が、当該原告から、溺死に結びつく事実関係を確認するための手立てを奪ったからである。さらに、「証明責任の転換は；、被告の過失が事故の原因であるという実質的な蓋然性がある場合、そして、この過失が、実際的な問題として、原告の決定的な近因関係立証を不可能にしている場合、もし被告が自分の過失が当該権利侵害の原因ではないことを証明できなければ、罪のない原告の権利回復を否定するよりも、被告の責任を認めるほうがより正当であるという、政策的な判断に依拠しているといえる」とする)。

(5) 310 F. 2d 284, at 287.
(6) 368 F. 2d at 633.

Andel, at 985, note 55 は、被告が生存のチャンスを奪った場合の被告の責任について言及するヒックス判決の判旨は、*Cullum v. Seifer*, 1 Cal. App. 3d 20, 81 Cal. Rptr. 381, 386 (1969) にもみられるとしている。被告医師が、原告の悪性リンパ腫の診断・治療に遅れたということは、たとえその時点で、治療したかどうか明確でなかったとしても、原告が、より早く治療がなされた場合、原告の癌が治癒したか、または、進行が止まっていたであろうことを証明するための手段を奪ったことになる、とするものである。

E.g., *Whitfield v. Whitaker Memorial Hosp.*, 210 Va.176, 169 S.E.2d 563 (1969) (ピックス理論に従って、原告が、過失をおかした被告に不法死亡に対する権利回復を求める場合に、被告の過失行為がなかったならば、患者は生きていたであろうことを確実に示す必要はない)。

(7) 本判旨は、*Harvey v. Silver*, 300 Mich.510, 2 N.W.2d 483 (1942) (被告が、Aの腹部の広範囲にわたって弾丸が貫通していることを見逃したために、多量の内出血を招き、それが原因でAが死亡したという事例において、判決は、手術によってAの命を救うことができたであろうという蓋然性があったことと、誤診が手術を妨げたことを理由に、誤診もまた彼の死亡の主原因であるとした) から引用されている。

(8) *Andel*, at 984.

E.g., *Dunham v. Village of Canisio*, 303 N.Y.498, 104 N.E.2d 872 (1952) (七六才の男性が、医療を受けられないままに、一八時間市の牢獄に監禁されて、その後肺炎で死亡した事例である。裁判所は、原告は、他の全てのありうる原因を排除する必要はないが、そこから被告の過失が主原因であることを、相当に推論できるような事実を示すだけでよい、と判示している)。

(9) *The Restatement (Second) of Torts §432* (1965) は、次のように規定する。

Negligent Conduct as Necessary Antecedent of Harm

(1) ...

(2) If two forces are actively operating, one because of the actor's negligence, the other not because of any misconduct on his part, and each of itself is sufficient to bring about harm to another, the actor's negligence may be found to be a substantial factor in bringing it about (註(七十一)の訳参照)。

(10) 275 F. Supp. 120, at 123-24.

(11) 169 S.E.2d 563, at 564.

(12) *Id.* at 568.

(13) 288 A.2d 379, 387.

(14) *Id.* at 390.

後のメリーランド州控訴裁判所は、*Weimer v. Heric*, 309 MD 536, 525 A.2d 652 (1987) にて、不法死亡法により、実質的なチャンスの喪失の事案における被告の過失は、証拠の優越によって証明されなければならないとしている。

(15) 428 F.2d 598, at 604.

(16) *Id.* at 605.

(17) *Thurman*, at 97.

(18) 443 F.2d 1013, at 1018.

(19) *Id.*

(20) *Id.* at 1019.

(21) 462 F.2d 72, at 74.

- (22) *Id.* at 75.
- (23) 45 A.D.2d 177, at 179-80.
- (24) *Id.* at 181.
- (25) *Id.* at 180.
- (26) Thurman, at 103.
- (27) 399 N.Y.S.2d 350, at 351.
- (28) 483 F.Supp.581, at 587.
- (29) 608 F.Supp.1476, at 1481.
- (30) *Id.* at 1482-83.

その他のピックス理論採用事例として、次によいものがある。Daniels v. Hadley Mem.Hosp., 566F.2d 749 (D.C., Cir.1977) (事実認定者は、生存のチャンスと、被告がそれをどの程度減少させたかその範囲を考慮しなければならぬ)；Truan v. Smith, 578 S.W.2d, 73 (Tenn.1979) (治療の遅れが、癌が究極的に死を引き起こすそのチャンスを増加させた、又は、その癌を悪化させたという証拠は、因果関係を証明するに十分である)；Cloys v. Turbin, 608 S.W.2d 697 (Tex. Ct. App. 1980) (患者の生存のチャンスが減少したか、または、生存期間が短縮されたかどうかは事実上の争点である)；Roberson v. Counselman, 235 Kan.1006, 686 P.2d 149 (1984) (因果関係の問題は、証拠によって、患者には適切な治療が与えられたならば生存のかんりのチャンスがあったかという)とが示される場合

- (31) 陪審の問題となる) .その他に、Glicklich v. Spievack, 15 Mass.App.Ct.488, 452 N.E.2d 287 (1987)；Brown v. Koulikakis, 229 Va.524, 331 S.E.2d 440 (1985) 等の裁判例がある。
- (32) Wolfstone & Wolfstone, at 137.
- (33) *Id.*

(33) のような理論は、過失行為が行われる前に、胎児に障害が既に生じていた場合の不法出生事例 (wrongful birth case) において、被告医師が主張する理論と似ている。See, e.g., Robak v. United States, 658 F.2d 471, 477 (7th Cir.1981) (風疹症候群をもって生まれた子供の両親が、病院に対して、両親に胎児の先天性異常の危険性についての情報を提供しなかったこと、そうすれば母親は人工妊娠中絶を受けることができたであろう、と主張して不法出生訴訟を提起した事例である)。

- (34) Andel, at 986.
- (35) Thurman, at 103.
- (36) The Restatement (Second) of Torts §323 (1965) は次のように規定する。

One who undertakes, gratuitously or for consideration, to render services to another which he should recognize as necessary for the protection of the other's person or things, is subject to liability to the other for physical harm resulting from

his failure to exercise reasonable care to perform the undertaking, if

(a) his failure to exercise such care increases the risk of such harm...

(37) 392 A.2d 1280, at 1286-87.

(38) Id. at 1286, 1287-88.

(39) Boggs, at 433.

(40) 421 A.2d 674, at 679.

(41) 664 P.2d 474, at 480.

(42) Id. at 475.

(43) See, e.g., *Herberson v. Parke-Davis, Inc.*, 98 Wn.2d 460, 476, 656 P.2d 483, 493 (1983) (被告の義務違反がなければ当該権利侵害は起らなかったであろうと「この」ことを証明することによって、事実上の原因を立証する)とが「ある」); *O'Donoghue v. Riggs*, 73 Wn.2d 814, 824, 440 P.2d 823, 830 (1968) (医療過誤事例では、事実上の原因は専門家の証言によって立証されなければならず、そのような証言の証明基準は蓋然性をもってする)。

(44) 裁判所は、被告のチャンスの三九%から二五%への減少について、当該故人の延命のチャンスの減少は三六%であると正しく算定している。

(a-b)/a × 100 = 延命のチャンスの喪失の割合% (a = 当初の延命のチャンス、b = 被告の診断上の過失による

減少をせられたチャンス)

(39-25)/39 = 14/39 × 100 = 35.9%

(45) 664 P.2d 474, at 476-77.

(46) Id. at 479.

(47) 688 P.2d 605, at 615, 616.

(48) Boggs, at 434.

(49) *Counce*, at 261.

(50) Boggs, at 434.

(51) 741 P.2d 467, at 474.

(52) Id. at 475.

(53) Id. at 475.

(54) Id. at 476.

(55) 471 A.2d 405, at 407-08.

(56) Id. at 409.

(57) Id.

(58) Boggs, at 433.

(59) Boggs, at 434.

(60) 実際「【1】Hamil 判決は、「被害の危険性増加」基準の効果は、要求される確実性の程度を緩和させることにある」と公然と認めている (392 A.2d at 1280)。

(19) 392 A.2d 1280, at 1288.

(20) *Andel*, at 988.

(21) *Gooding v. University Hosp. Bldg.*, 445 So.2d.1015 (Fla.

1984), at 1019-20.

(64) *Boggs*, at 431.

(65) *Id.*

(66) *Boggs*, at 429.

(67) *King*, at 1364 は、裁判所が、もし原告の不法死亡に対する金銭賠償について考えるならば、正当な額にしようとしたり、減額しようとしたりする必要はない、とする。

(68) *Boggs*, at 435.

(69) *King*, at 1385-87.

(70) *Id.*

(71) *Id.*

See, e.g., *Sharp v. Kaiser Foundation Health Plan* (1985,

Colo. App.) 710 P2d 1153) (患者の心臓の状態を診断できなかった被告の過失が、患者の心臓発作を引き起こしたとして提訴された事例である。裁判所は、陪審が、増加した被害の危険性が患者の損害を生んだ実質的な要因であったかどうかを判断することを許すべきであると判断している。そして、明確に *Cooper* 判決の立場を拒絶しながら、そのルールは恣意的なパーセンテージ域値を設け、生存または回復のチャンスが五〇パーセントよりも少ない事例では、過失的行為が抑制されないとした)。

(72) *Prosser & Keeton*, §41 at 267 は次のようである。不法行為のリステイトメント (第二版)・四三三条 (一九六五)

は、特殊な事例において、この理論類型を採用している。右四三三二条によると、たとえもし、当該行為者に過失がなかったとしても、その権利侵害が起っていたであろうという場合は、その行為者の過失は他人に生じた権利侵害の実質的な要因ではない (四三三二条 (1)) とする一般的なルールの例外は、二項に規定されている。それは、「二つの起因力が有効に働きかけているとき、一つは、その行為者の過失によるものであるが、もう一つは彼の過失行為によるものではない場合、かつ、その二つがそれぞれ、他人に損害を与えるに十分なものである場合、その行為者の過失は、他人への損害を引き起こす実質的な要因とみなされ得る」(四三三二条 (2))。条文は註 (9) 参照) というものである。このように、損害が二つ以上の原因によって引き起こされるとき、そして、「あれなければこれなし」基準が使えない場合、原告は、被告の過失がそのような損害を引き起こす「実質的な要因」であることを示すだけでよいのである。

(73) See, e.g., *Ehingers v. Sipes*, 454 N.W.2d 754 (Wis.1990) (双子を出産したが、僅か三二週の在胎期間で生まれたために、一人は痙攣性の四肢麻痺、もう一人は言語障害を伴った重度の聴覚損失の障害を持って生まれた。そこで、両親は、二人の障害は、被告医師の双子妊娠を診断しなかったこと、未熟児出産、多児出産の通常考えられ

- る併発症を防ぐための方法をとらなかった過失の結果である、として提訴した。最高裁判所は、ウインズコンシオン州にて因果関係を立証するためには、原告は、被告の過失が、原告の障害を引き起こす「実質的な要因」であった、ということを経明する責任を負う、と判示している。
- (74) *Perdue*, at 44-45.
- (75) See, e.g., *King*, at 1353; *Shoenberger*, at 67.
- (76) *Lavender v. Kum*, 327 U.S. 645, 653 (1946). 当事案の概要は次の通りである。鉄道の従業員が鉄道敷地内で頭蓋骨を骨折して死んでいるのが発見された。この事故の目撃者は誰もいなかったが、原告側は郵便自動車の突き出たカギが従業員の頭に当たったと主張し、被告側は放浪者に殺されたと反論した。ミズーリー州最高裁判所は、主要原因の証明が不十分であるという理由で巡回裁判所の原告勝訴判決を破棄した。しかし、合衆国最高裁判所は、たとえ、郵便自動車のカギが従業員に突き当たることが物理的にも数学的にも不可能であった、ことを示すような証拠があったとしても原告勝訴である、として巡回裁判所の判決を支持した。
- (77) *Perdue*, at 45.
- (78) *Id.* at 45-46.
- (79) *Id.* at 46. *King*, at 1365 は、以下のように述べる。ほとんどの裁判所は、喪失したチャンス自体を補償すべき損害 (loss) と捉えることなく、喪失した利益の本質を誤って理解してきた。そのかわり、裁判所は、(伝統的な証明基準の下で) 不法行為的に減少させられた損害回避の可能性 (likelihood) が五〇パーセント (even) よりも多いか否かによって、損害回避のチャンスを扱ってきたのである。
- (80) *Perdue*, at 45.
- (81) *Id.* 裁判例としては、*Sharp v. Kaiser Found Health Plan of Colo.*, 710 P.2d 1153 (Colo. Ct.App. 1985); *Northern Trust Co. v. Louis A. Weiss Mem.Hosp.*, 143 Ill. App. 3d 479, 493 N.E.2d, 6 (1986) などがある。
- (82) *Thurman*, at 115-18.
- (83) *Perochet, Smith, and Colella*, at 26 は、"defensive medicine" について以下のように述べている。"defensive medicine" とは、医師が、責任を避けるために、不必要な検査、治療処置、入院、入院の延期を処方するものであり、次のようなものが含まれる。より詳細な患者の診療記録や紹介記録を備えること、診断のために附加的なテストをする、患者のために長い時間を費やす、また附加的に治療処置をすることなどである。そして、"defensive medicine" は、"公的な医療コストをコントロールしようとする議会の努力とは全くあい入れないものである。すなわち、一九八〇年代の初期、議会は Medicare プログラム

によるコスト上昇をコントロールするための立法をはかった。この新しい法律の下では、病院側は、患者に行った検査の数や入院期間の長さとは無関係に、一群の診断名に基づいた現行率だけの払い戻ししか受けられないのである。医療側は、今、コストをコントロールするという非常に圧力下に置かれている。このような状況下で「チャンスの喪失」理論の適用は、医師等を、政府のコスト抑制の中で苦境に立たせることになる。コスト削減の政策に忠実に従う医師等が、患者にコストの高いテストや処置を指示しなかった、入院を勧めなかった、入院を延ばさなかったために、患者は生存の可能性を失ったという場合には、その医師は医療過誤責任を負わされることになる。結局、医師等は、合理的な代替手段を持たないまま、経済的決定に従ったがための医療の結果に対して法的責任を負わされるということになる。

なお、Medicareプログラムは六五才以上の老人および障害者に対して、医療費および入院費を給付する政府管掌の包括的な医療健康保険の制度であり、Medicaidは、医療扶助で、連邦、州および地方の財源で一定限度内の収入しかない全ての人に入院加療と医療保険を与える制度である。部分的に防衛的医療に答えるために講じられたこれらの制度は、ケアの質を下げるばかりではなく、医師の自主性を奪うコスト引き下げの方法を採ってきた

のである。

(84) Cross, at 199-200, 203.

(85) Andel, at 997-98.

(86) Perdue, at 63-64.

(87) Shoemaker, at 82-83.

(88) *Id.* at 69-70. は次のように説き、それは補償を受けるべき侵害であるとする。どんな場合でも患者が死ぬ前に、もっと早く診断と治療を受けていたならば治癒していたかもしれないことを知ったとき患者は、精神的な苦痛を被るであろう。たとえ一パーセントのチャンスの喪失であつても患者の尊厳を侵害しうるのである。

(89) 428 F.2d 598, at 604, *Id.* at 605.

(90) 443 F.2d 1013, at 1018, *Id.* at 1019.

(91) 462 F.2d 72, at 74, *Id.* at 75.

(92) 483 F.Supp.581, at 587.

(93) 原告の損害額は、次の二つの州法によって算出される。一つは、*wrongful death statute* (不法死亡法) (生存近親者) 訴権賦与法) であり、近親者が受けた損害の賠償を求めその死亡によって生存近親者が受けた損害の賠償を求め、その権利を賦与する法律である。この法律によって金銭的損害・非金銭的損害、填補されない医療費と葬儀費用の賠償を受けることができる。もう一つは、*survival statute* (訴権存続法) であり、受傷して死亡するまでの間に、

被害者が受けた侵害に対する死亡者の訴権を保証するものである。

死亡するまでの間の被害者の pain and suffering の程度については、陪審は常識と経験を活かし、通常認識されている癌治療の苦痛を考慮すれば困難はないであろうとする (Boody v. United States, 706 F.Supp.1458 (Kan.1989))。

〈参考文献〉

しはしば引用する英文参考文献については、次のように略称して引用している。以下、略称のアルファベット順に掲載する。

- Andel**; Patricia L.Andel, Medical Malpractice:The right to recover for the loss of a chance of survival, 12 Pepperdine Law Review 973 (1985).
- Boggs**; Beth Clemens Boggs, Lost Chance of Survival Doctrine: Should the courts ever tinker with chance?, 16 Southern Illinois University Law Journal 421 (1992).
- Counce**; David W.Counce, V. Medical Malpractice A.The Increased Risk Rule: Establishing “Probable”Causation Through Mere Possibility, 27 Arizona Law Review 257 (1985).
- Cross**; Laura L.Cross, Alfonso v. Llund: Loss of chance rejected as a basis for recovery in medical malpractice, XII Oklahoma City University Law Review 187 (1987).
- Glenn**; Sharon M.Glenn, Liability in the absence of a traditional

physician-patient relationship;What every“on call”doctor should know :Mozingo v. Pitt County Memorial Hospital, 28 Wake Forest Law Review 747 (1993).

- King**; Joseph H.King, Jr., Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences, 90 Yale Law Journal 1353 (1981).
- Miller**; Miller, Herskovits v. Group Health Cooperative:Negligent Creation of a Substantial Risk of Injury is a Compensable Harm, 9 U.Puget Sound L.Rev.251.
- Perdue**; Jim M.Perdue, Recovery for a lost chance of survival, 28 South Texas Law Review 37 (1987).
- Perrochet, Smith, and Colella**; Lisa Perrochet, Sandra J. Smith, and Ugo Colella, Lost Chance Recovery and The Folly of Expanding Medical Malpractice Liability, 614 Tort & Insurance Law Journal Vol.XXVII, No.3, Spring 625 (1992).
- Prosser & Keeton**; Prosser & Keeton, On the Law of Torts (5th Ed.1984).
- Reisig**; Robert A.Reisig, Jr., The loss of a chance theory in medical malpractice cases:An overview, American Journal of Trial Advocacy Vol.13:1163 (1990).
- Rosati**; Jack Rosati, Note, Causation in Medical Malpractice: A Modified Valuation Approach, 50 Ohio State Law Journal 469 (1989).

- Roubik**; Linda M.Roubik, Recovery for “Loss of Chance” in a Wrongful Death Action-Herskovits v. Group health, 99 Wn.2d.609, 664 P2d.474 (1983), 59:98, Washington Law Review 981 (1984).
- Shoenberger**; Allen E. Shoenberger, Medical Malpractice Injury: Causation and Valuation of The Loss of a Chance to Survive, The Journal of Legal Medicine Vol.6, No.1, 51 (1985).
- Thurman**; Francis Wayne Thurman, Note, Loss of Chance in Medical Malpractice Cases: A Contra View With an Examination of Tennessee’s Current Position, 20 Memphis State University Law Review 81 (1989).
- Wolfstone & Wolfstone**; Leon L.Wolfstone and Thomas J.Wolfstone, Recovery of Damages for the Loss of a Chance, Scalpel and Quill, Vol.13, No.4, December 121 (1979).