



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	米国における「チャンスの喪失(LOSS OF CHANCE)」理論(二・完)
Author(s)	高波, 澄子; TAKANAMI, Sumiko
Description	研究ノート
Citation	北大法学論集, 50(1), 119-164
Issue Date	1999-05
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/27950
Type	departmental bulletin paper
File Information	50(1)_P119-164.pdf



米国における「チャンスの喪失 (LOSS OF CHANCE)」理論 (二・完)

高波澄子

目次

はじめに

I章 「チャンスの喪失」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、四九卷六号)

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」と寄与度による減額論

2 「キング理論」と割合的因果関係論

(四) 考察

おわりに

英文参考文献については、四九巻六号七五頁に掲載した。

(以上、本号)

四 「キング理論」

一九八一年、Joseph H. King, Jr. は、被告の不法行為によって

チャンスを奪われた被害者の救済を志向する the valuation system 理論を発表した(以下、「キング理論」と略称する⁽¹⁾)。これは、不法行為制度のもとで保護すべき利益とは何かを検証

し、さらに、その利益を評価するに際して、従来「チャンス」という概念が担ってきた役割を見直そうとするものである。

(一) 論旨

最初に、本稿の目的に適う限りで「キング理論」を概観する。

(1) 裁判所は、因果関係の機能と損害評価の機能とを明確に区別してこなかった。そのため、救済構造に著しいギャップが生じた。また、裁判所は、従来、不利益な結果を避け、好ましい成果を得るためのチャンスそれ自体を保護に値する利益とは捉えていなかった。そして、チャンスは、最終的な結果（死または後遺症等）を避けることができたかどうかで判断されていたため、チャンスの喪失は、*all-or-nothing* によって完全に賠償されるか、一切否定されるかのどちらかであった。⁽²⁾

特に因果関係と損害評価との明確な区別が求められるのは、被害者の既存状況が関わる人身損害や、権利侵害の将来の成行き (*future consequences of an injury*) に対する請求の場面においてである。⁽³⁾

(a) 不法行為による損害賠償請求は、伝統的な因果関係論に従い、*all-or-nothing* の形で判断されてきたので、因果関係が証明されなければ、原告は、賠償を一切受けられない。⁽⁴⁾ しかし、因果関

係の確定と損害評価は同様の前提に基づいて行われるので、不法行為者は、自分が被害者から奪った（因果関係のある）利益の価値分だけの責任を負わされることになる。人身損害の場合、その利益を評価する際には、侵害を被る前の被害者の状況が考慮されるから、損害評価には既存状況の具体的な内容が必要となる。⁽⁵⁾ 一般に既存状況とは、疾病や状況、または、侵害された利益を評価する際の要因に十分になり得る程度に被害者に関連し、かつ、被告の行為が及ぶ以前から、そのような状態——起因力——になっていた事情である。⁽⁶⁾ 二つの起因力、つまり、先在する起因力（既存状況）と被告の行為とが、短期間内に積極的に働きかけて容易に区別がつかない最終的結果を引き起こした場合は、複雑である。しかし、既存状況を考慮に入れず、被告に全損害の責任を負わせることは妥当ではない。なぜなら、既存状況と被告の不法行為の両者が、特定の最終的結果の *but-for or substantial factor* であったといえる場合においても、被告が侵害したところの利益の価値は、既存状況によって既に減少していたのであり、被告に起因する損害は全体には及ばないからである。⁽⁷⁾

(b) 被告が責任を負うべき範囲は、被告の不法行為が、既存状況の進行を放置したり、また、その有害な結果を悪化させる等に

よって当該権利侵害に寄与した部分と、既存状況のみに起因する損害を超えた拡大部分に限られるべきであろう。そして、既存状況の影響については、そのような状況が被侵害利益の現在と将来に及ぼす範囲に止められるべきである。⁽⁸⁾

損害評価の際に被害者の既存状況を考慮すべきであるとするルールは、一般に、被告は被害者があるがままに扱う (*take defendant takes his victim as he finds him*) という従来の論理 (*"find skull"* 法理) と決して矛盾しない。このルールのもとでは、当該被害者が負った傷害が、通常の人々が被るであろうと合理的に予想されているものよりも重篤であるという事実によつて、被告の義務が否定されたり、被告の行為を当該傷害の一原因とすることが妨げられたいしない。しかし、右 *"take him as you find him"* ルールは、被害者の事故以前の状況 (既存状況) を関連のないものとはしない。侵害を受けた利益の価値を評価する際に考慮すべきであるとする。たとえば、翌日の火曜日には死んでいたであろう瀕死の患者であった被害者が、被告の行為によつて月曜日に死んだとする。この場合、被告の行為は被害者の死亡の一原因とみなされるが、翌日には死んでいたであろうという事実は、損害の側面において深く関連してくることは明らかである。要は、右ルールは、事故に起因する被害者の現実の損

害範囲は、合理的に予見可能なものである必要がないということの意味しているだけである。⁽⁹⁾

(2) 既存状況や将来の成行きに関する損害の評価に当たって、何が損害を引き起こしたかは、損害の本質・範囲とは別個の問題である。⁽¹⁰⁾

(a) 不法行為法上、既存状況や将来の成行きに関する損害の請求の際にチャンスをどう扱うかについては、損害を二つの類型に分けて考えるのが有益である。⁽¹¹⁾ 第一は、最終的損害 (*a definitive loss*) であり、特定の損害を完全に回避したり、最終的に好結果に到達するチャンスを喪失した場合である。例えば、原告は、もし患者が適切な治療を受けていたならば、当該病気では死ななかつたであろうと主張することができる。第二は、部分的なまたは最終までには至らない損害 (*a partial or less definitive loss*) である。原告は、最終的損害を主張することはできないが、既存疾病の悪化やその進行が早まったことによる具体的かつ将来に及ぶ部分的な損害や、決定的ではない将来の損害を主張できると。たとえば痛が治癒するチャンスを失ったという主張は否定されても、原告には、なお、症状が悪化した、または、死の瞬間を早められたとして被告の責任を追及する権利があることになる。

最終的損害について、ほとんどの裁判所は、喪失したチャンス自体が賠償に値する損害であることを認識せずに、なおも損失回避のチャンスを伝統的立証基準に従って判断してきた。つまり、原告は、不法行為がなければ、その悪結果を避けることができたであろうことを“more-likely-than-not”によって示すことができる場合に限って、失われたチャンスに対する権利回復が認められた。この場合は、不法行為がなくても生じたであろう損害は、減額されずに賠償されてしまうことになる。一方で、裁判所は、*all-or-nothing* ルール適用による非常に苛酷な結果を懸念して、⁽¹²⁾ 妥当な立証基準を模索してきた。しかしながら、チャンスの喪失に関する諸問題を立証基準の操作によって克服しようとするのは、損害分担をめぐる論議をさらに複雑にさせるだけである。回復されるべき利益と、その利益を評価する際のチャンスの役割をめぐる伝統的な考え方を見直すことこそが適切な問題解決法である。⁽¹³⁾

将来の成行きから生じる損害を立証するための基準には数個の公式がある。⁽¹⁵⁾ 最も一般的な公式は、専門家の合理的な確かさ (*reasonable certainty*) 基準によらなければならないとするものである。この合理的な確かさの意味について、ほとんどの裁判所は、将来の成行きの単なる可能性の立証では不十分であるが、

現実的な確実性 (*actual certainty*) は必要ないとしている。このように、合理的な確かさ基準は、推測と現実的な確実性との中間に位置するといえよう。そして、伝統的ルールによると、不法行為的行為によって当該結果が生じるであろうことがより確からしいことを立証しなければ、結果に対しての権利回復はない。一方、もっと合理的な態度をとる裁判所もある。*Fest v. Sears, Roebuck & Co.*⁽¹⁶⁾ において、裁判所は、将来における五〇パーセントよりも多くないチャンスの喪失に対する権利回復を明示的には認めなかったが、当該病気が将来、具体的にどのようになっているかということよりも、不法行為が、将来、疾病に罹りやすい感受性 (*susceptibility*) を負わせたという点に権利回復を認めた。この *Fest* 判決や他の類似ケースは、このように *all-or-nothing* アプローチから離れて、チャンスの喪失それ自体を賠償に値する利益として直接認める方向へと重要な一歩を踏み出した。将来の結果は、部分的な損害、あるいは損害額算定上の一部分とみなされて、*all-or-nothing* 概念がより制限的に適用されることが多くなる。⁽¹⁷⁾

既存状況との関連において部分的損害には、不法行為が、既存状況を悪化させ治療を遅らせた、その進行を放置した、または、影響が将来に及ぶであろうといった主張が含まれる。この

タイプの損害には、特定の既存状況の存否にかかわらず、将来の成行きや将来の利益の喪失が必ずある。通常、当該損害を避ける五〇パーセントよりも多くないチャンスが失われたという立証は、病気からの完全な回復といった明確な最終の結果を得る機会を喪失したことを立証するよりも、はるかに容易である。同様に、チャンスの喪失に対する *all-or-nothing* アプローチの適用は、右に見た部分的損害の方が、最終的な損害の場合よりも容易であり、損害分担機能の歪みを縮小させるといえる。これは損害の評価にも当てはまる。少なくとも、特定の不法行為が引き起こしたある種のタイプの損害が証明されたならば、問題は、評価の局面に移り、その中では、*all-or-nothing* 原理は機能しない。⁽¹⁹⁾

さらに、損害の範囲の側面では、チャンスが五〇パーセントよりも多くない場合も、その喪失は、賠償に値するものとして認識され評価されるべきである。五〇パーセントよりも多くないチャンスの賠償に対して *all-or-nothing* を適用することは、不法行為法制度下の正当な利益であるチャンスの現実性を、不合理、かつ不公正に否定することになるといえよう。

(b) 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場合、次に問題になるのは、そのようなチャンスの

喪失をいかに適切に評価するかである。チャンスの喪失を補償する主たる目的は、公正な損害の分担を図ることにあるから、予測可能性が高く、詳細に調整された損害評価法が望ましい。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方法が、優れた損害評価法である。このアプローチでは、事実認定者(陪審)が評価することになるが、特定の基準と、裁判所によって示されたパラメーターを用いて評価されよう。このパーセンテージ蓋然性基準の適用は、喪失したチャンスの価値が将来の予測や仮定に基づくような事案では、より複雑になるが、“*expected value*”法が合理的であり、チャンス評価の中心的な目的であるよりの確な損害分配を可能にしよう。“*expected value*”法は、すべての起りうる結果のそれぞれの平均的発生率によって損害額を計算するものである。

既存状況の存在は、将来に及ぶ損害の評価過程に、さらなる要素を加えよう。なぜなら、被告が責任を負うべき損害を評価するに際し、既存状況が将来の損害のチャンスに寄与していることを考慮すべきであるからだ。

結局のところ、チャンスの価値評価は可能である。さらに、不確実性は避けられないとしても、喪失したチャンスの賠償に

よって、実質的でより高い確実性と、それゆえの妥当性が、損害分担の過程に導入されることになろう。

一旦、チャンスは、それ自身が保護に値する利益であること、そのチャンスは、パーセンテージ蓋然性基準によって算出されるべきであることを受け入れたならば、同様の損害評価方法を、五〇パーセントよりも多いチャンスにも適用すべきかという問題に直面することになる。結論として、このパーセンテージ蓋然性基準は、五〇パーセントよりも多いチャンス事例にも、損害のより適正な分配という観点から適用されるべきである。⁽²²⁾

(3) 五〇パーセントより多くないチャンス喪失は、補償に値する損害であるとする一方で、被告がそのチャンスを奪ったことが、なお立証されなければならない。⁽²³⁾ all-or-nothing 原理は、チャンス喪失を評価する目的では採用されないにしても、通常被告の行為によって権利侵害が発生したという因果関係の立証場面では機能する。すなわち、被告が治療のチャンスを喪失させたという証拠が五〇パーセントよりも多くない場合は不十分とされるが、原告が、被告の行為が、おそらくそれを引き起こした原因であり、そのチャンス喪失の理由であるということ⁽²⁵⁾を立証した場合には、そのチャンスの評価分の救済が得られる。⁽²⁵⁾

(4) 結論は次の通りである。既存状況と将来の損害をめぐる領域

では、チャンスの喪失に対する all-or-nothing アプローチは、価値評価の側面では放棄されるべきである。より好ましい結果を得るチャンスの喪失を賠償に値する損害として認め、それらの本質を反映させて適切な評価を行なうための一連のルールを採用すべきである。⁽²⁶⁾

以上が「キング理論」の骨子であるが、次にこの理論をめぐる裁判例や学説の動向についてみる。

(一) 適用裁判例

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。

[C] *Herskovits v. Group Health Cooperative* 664 P.2d 474 (Wash.1983) (四九卷六号五六頁掲載裁判例参照)。

相対多数意見は、「キング理論」を採用して以下のように述べている。⁽²⁷⁾ この理論によれば、原告が受ける損害賠償額は、不法死亡によって生じた全損害に対するものではなくて、被告の過失によって減少させられた患者の回復のチャンスの割合分の賠償額になろう。⁽²⁸⁾ 本件では、Y 病院の肺癌の発見の遅れが亡A の五年間生存率を一四パーセント減縮させたと認定されているので、当理論によれば、Y の過失によって減少させられた回復

のチャンスの割合分、三六パーセントだけ (I章三註 (44) 参照) の損害賠償を受けられることになろう。

裁判所は、賠償に値する権利侵害をAの死亡ではなくて、生存のチャンスの喪失それ自体であるとした。⁽²⁹⁾ そうすれば、原告側証人は、Aの生存のチャンスの実質的な減少は、おそらく被告の過失に起因するであろうことを立証したといえるからである。そして、この定義づけの論拠を、他の法域の三裁判例に求めている。⁽³⁰⁾ これらの判決は、死亡自体よりもむしろ、生存のチャンスの減少または喪失を権利侵害と捉えて、被告は、死亡によって生じた全ての損害の賠償ではなくて、生存のチャンスの減少または喪失によって被った範囲内の損害についてのみ賠償責任があるとしているのである。⁽³¹⁾ これらの結論は、「キング理論」を根拠にしているといえよう。⁽³²⁾

【15】 *Mckelips v. Saint Francis Hosp., Inc.*, 741 P. 2d 467 (Okla. 1987) 判決 (四九卷六号五八頁掲載裁判例参照) も、両当事者間での損害の分配に関しては、「キング理論」の適用が最善であるとしている。

【17】 *DeBurkate v. Louvar*, 393 N. W. 2d 131 (Iowa 1986) Ⅱ 生存事例

△事実の経過▽ Xは一九八一年八月、左の乳房にシコリがあ

るのを発見し、すぐY医師の診察を受けた。Yは診察の結果、異常がなかったので一年後に受診するよう指導した。しかし、Xはその後九カ月間に七回、Yを受診した。診察毎にXはシコリを訴えたが、Yは関心を示さなかった。一九八二年六月、甲医師によって癌と診断され、Xは乳房摘出術を受けた。一年後、癌は脊髄と下肢に転移し、さらに、卵巣癌摘出術も受けた。そこで、XはYに対して、手術による醜跡、過去と将来に及ぶ苦痛と苦悩、精神的苦痛、生命の短縮と死等による損害と、医療費の賠償を請求した。

△裁判所の判断▽ 最高裁は、X勝訴の陪審評決を支持してチャンス喪失は賠償に値する損害であることを認め、「キング理論」を引用したうえで、次のように判示した。⁽³³⁾ XがYに診察を求めた当初に癌が発見されれば延命の可能性が五〇パーセントないし八〇パーセントあった。しかし、公判 (trial) 時、それは、〇パーセントになっていた。このことはYがXの生きるチャンス減少させたことを意味しよう。この場合Yの責任は、その生きるチャンスが減少させられた結果、Xが被った損害に限られる。さらに、乳癌が発見されたときは既に転移していて、手術は不可能であり余命も数えるほどであることを知らされた。早期発見・治療による救命の可能性があったという事実直面

してからの、Xの精神的苦痛は明確であるから、過去と将来に

間で意見が分れた。⁽³⁵⁾

わたる精神的な苦痛は賠償されるべき損害である。医療過誤の犠牲者は、たとえ過誤が患者の生命を短縮させたという実質的な証拠がなくとも、延命のチャンス喪失に対する権利回復を求めることができ、医師の過失が、おそらく患者の延命のチャンスの実質的な減少を引き起こしたであろうことを示すだけでよい。⁽³⁴⁾

【8】 *Perez v. Las Vegas Medical Center*, 805 P. 2d 589 (New Mexico, 1991).

△事実の経過▽ 留置所に拘束されていたAは身体の変調を訴えて病院に収容された。Aは、医師に持続的な頭痛を訴えたが、医師は頭痛の原因を探ろうとせずAを留置所に帰した。二、三日後看護婦は、てんかん様の発作を起こしているAを発見し、当番医に連絡したが、医師は、鎮静剤などの投薬をしたのみで検査や治療はしなかった。数時間後、Aは独房で死亡しているのが発見された。死因は、脳動脈瘤か、または、生来の動脈の奇形による脳出血であった。

原告側専門家の一人は、「Aは、もし、適時に適切な治療を受けていたならば、出血を逃れる『相当なチャンス』があった」と証言した。しかし、Aの救命の可能性については、専門家の

△裁判所の判断▽ 最高裁判所は、事実審裁判所のY勝訴のサ

マリイ判決を棄却して、「すぐ適切な減圧法や他の治療法がなされていれば、Aには、生存の実質的なチャンスがあったであろう。Aの生存のチャンスに関して、少しではない疑問が残っているので、原告は、因果関係の論点について事実審に委ねる権利がある」とした。⁽³⁶⁾ さらに、「キング理論」を適用した上で、生存のチャンスが、賠償されるに十分な実質を備えるのはどのような場合かについては言及せずに、「将来において、事案毎

に、この点について判示する」ことになろうとした。結論として、「損害賠償額は、既存の身体状況が、おそらく死亡や重篤な症状に寄与したであろう範囲内で、減額されるべきである」と判示している。⁽³⁷⁾

(三) 学説の動向

次は、「キング理論」に対する学説の動向について概観する。

1 好意的見解

「キング理論」のどのような点が学界から支持を得ているか、好意的な見解を見る。第一は、チャンスの喪失自体は、補償を受けるべき利益であるとする点である。⁽³⁸⁾ *Reagin*は、癌患者や、

重篤な疾患や進行する病状に苦しんでいる患者らには、もはや治療の遅れなどによる権利侵害はないとするのは不合理なことであり、このような患者が、肉体的に精神的に真に被った権利侵害を補償する唯一の公正な方法は、チャンスの喪失自体を損害と捉えて賠償すべきとするキング理論の適用しないと説く。Wolstone & Wolstone⁽³⁹⁾は、故人が適切な治療を受けていたならば生存していたであろうそのチャンスを十分に立証している場合に、なぜ、原告が「チャンスの喪失」の価値に対応した補償を受けることができないのか、それを根拠づける正当な政策上の理由はないとする。また、Rosati⁽⁴⁰⁾は、「キング理論」によれば、どんな伝統的基準を適用しようとも因果関係問題は生じないとする⁽⁴¹⁾。なぜなら、訴訟原因たる権利侵害は、損害を避けるチャンスの喪失であって、損害それ自体ではないからだとする。さらに、Boggs⁽⁴²⁾は、「キング理論」は、チャンスの喪失自体を補償されるべき権利侵害と捉えるから、因果関係を操作しようとする思惑は、もはや無用であり、かつ、基本的に、この分野に関りのある全ての法律を単純化すると説いている。

第二は、チャンスの喪失事案に all-or-nothing を適用すべきではない、とする点である。Wolstone & Wolstone⁽³⁹⁾は、次のように指摘する。すなわち、陪審は、失なわれたチャンスの確率を公平に計算することが可能な場合は、その価値と算出される見込みに従って、失なわれたチャンスを評価することが許されるべきであるとする。また、Rosati⁽⁴⁰⁾は、all-or-nothing を適用しない場合に懸念される責任保険料の増加について、次のように述べている⁽⁴⁴⁾。医療界では責任の増加に伴う保険料の増加が恐れられている。しかし、確かに「キング理論」によると、以前は、all-or-nothing アプローチのもとで請求できなかった者らに対しても責任を負うことになるが、その増加した責任部分は、たなはた式に賠償金を受け取る者の損害額が減少することで相殺されようとする。さらに、実際には訴訟の驚くべき増加はなく、Boggs⁽⁴⁵⁾は、たとえ訴訟の僅かの増加があったとしても、「キング理論」の論拠の一つは、より多くの原告に裁判所へのアクセスが与えられるべきだということにあるから問題はない。正当な訴訟上の請求に対して損害賠償を認めなければ、抑止機能を徐々に崩すことになり、結果的に他の場合よりも過失を増やすことになろうとする。

への補償は、原告らが避けようとしていた損害を現実には被った原告のみに与えられる。二つ目に、行為者の過失が、原告の損害を避ける実質的なチャンスの喪失を引き起こした優勢な要因 (predominant factor) でなければならぬ。三つ目に、原告は、被告の過失によって優勢的に失われた実質的なチャンスの喪失の総計量に比例した損害賠償額が量定される。

2 批判的見解

「キング理論」は、公正な誤審のリスク分配システムとして議論されてきたが、批判もある。まず、Rosaは次のような点を挙げて⁽⁴⁶⁾いる。第一は、医療上の過失によって敗訴した医師らには、原告と公平に分担することのできない費用負担(専門医としての名声に関わる損害、医療過誤保険料の高騰など)を被る可能性があること、第二は、被告が現実はその損害を引き起こしたという蓋然性が少ない場合にも、被告に責任を負わせるとすれば、本質的に推測で評価していることになるといった点である。さらに、Roubikは、^[13] Hershovits判決(四九卷六号五六頁掲載裁判例)におけるPearson裁判官の解釈に疑問を呈し、間接的ながらキング教授が提唱する当理論の問題点を指摘して⁽⁴⁷⁾いる。Pearson裁判官は、因果関係の伝統的な原則に抵触せず原告の権利回復を認めようとするために、補償を受け

るべき権利侵害を、死亡ではなくて延命のチャンス喪失それ自体としたが、その結果、次のような問題点が生じた。まず第一に、もし、チャンスの喪失自体が現実の権利侵害とするならば、裁判所は、論理的にチャンスの喪失を被ったが、しかし、見込みに反し五年間生存したという場合、なら現実的な損害を被っていない原告に対して賠償をしなければならぬことになる。第二に、侵害を死亡ではなくチャンスの喪失と再定義すると、死亡が生じた場合にのみ認められる損害賠償訴訟によって、チャンス喪失に対する権利回復を求めることは困難になる。第三に、Pearson裁判官が説く損害評価の方法は、本質的に権利侵害としての死亡の概念に依拠しているから、評価されるべき実際の権利侵害は最終的な死亡でなければならぬ。Roubikは、結論として次のように述べる。五〇パーセントよりも少ないチャンスの喪失に対する権利回復は、伝統的な因果関係の原則のもとでは不可能である。可能性の基準による証拠によってのみ権利回復は認められ、その場合は、被告に起因する死亡の蓋然性に従って、損害賠償額が決められるべきである。また、生存のチャンスの統計的な証拠それ自体は、この損害を判断するのに十分ではない。当該患者の個人的な状況と、統計的な研究グループ内にいる患者の状況との差異は考慮されなければならない。

3 近時の評価

一九八一年に「キング理論」が発表されて以来、その後キング理論がどのように評価されているか、近時の学説を見る。

まず、Perrochetらのキング理論に対する見解は次のようである。⁽⁴⁸⁾ネバダ最高裁判所〔18〕Perez判決⁽⁴⁹⁾が適用した「キング理論」は、「救済制度における著しいギャップ」をカバーすることになるが、一方で、チャンスの喪失に対する権利回復は、被告の過失と原告が被った損害との間に相当な因果関係がなければならぬとする基本的な不法行為概念を崩してしまうことになる。一般に、チャンスの喪失が関わる事案の場合は、その過誤訴訟は、患者が身体的に侵害を受けたり、死亡した場合にのみ提起される。それは、「原告や損害を被った者は、単に、延命のチャンス、または、疾病や傷害が悪化するのを避けるチャンスを減少させられたという理由だけで、権利回復を得ることはできない。すなわち、原告は、損害賠償金の査定を受けるためには、事実上、死亡または衰退する傷害を被っていないければならない⁽⁵⁰⁾」からである。そうでなければ、患者に極く僅かな延命のチャンスがある場合、医師は、死亡や障害を引き起こしたというよりも、引き起こさなかった方がより多いという事実にもかかわらず責任を負うことになる。また、キング理

論は伝統的な all-or-nothing アプローチよりも、統計的により大きな誤りをおかすことになる。⁽⁵¹⁾「キング理論」は、学者たちからはかなりの支持を得ているが、このチャンスの概念を受けているのは、少数の裁判所にすぎない。⁽⁵²⁾

次は、Ellisの批評である。⁽⁵³⁾「キング理論」に従うと、チャンスの喪失事例における損害賠償額は、誤診の時点で患者の生存の可能性(パーセンテージ)を全損害賠償額に掛けることによつて求められることになるが、これを五〇パーセントよりも多い事例に、損害賠償額を制限する形で適用すると、実質的に原告の損害額に影響を与えることになる。しかし、チャンスの喪失理論は、チャンスが五〇パーセントよりも多くない原告を救済し、少なくとも幾らかの損害賠償を受けられるようにするための技術として発展したものであるから、この理論を、「あればこれなし」基準で因果関係を立証できる原告にも同様に適用して、その損害賠償額を制限することは避けるべきであろう。もしチャンスの喪失理論が五〇パーセントよりも多い事例に適用されると、被告の過失により権利侵害を被った原告は、構造的に少なく補償され、他方、被告の方は、全ての事例において減額されることになる。結論として、裁判所は、チャンスの喪失理論がその意図された適用の枠外に出ることを許し

てはならないとする。
 キング理論は、公正で衡平のようであるが、しかし、生命の喪失のみの救済であつて、生存のチャンス喪失を救済の対象としない現法律のもとでは、十分に機能し得ないのが実情である⁽⁵⁴⁾とされている。

註

- (1) King, at 1353.
 - (2) Id. at 1354.
 - (3) Id. at 1355.
 - (4) Id. at 1356.
 - (5) Id.
 - (6) Id. at 1357.
- Dillon v. Twin States Gas and Electric Co. 85 N. H. 449, 163 A. 111 (1932) (四九卷六号四〇頁参照) は、賠償額の算定に先き立ち被害者の既存状況を評価している。
- (7) Id. at 1359.
- 条件や力はある場面においては侵害に寄与する原因として作用し、他方では既存条件として作用する。例えば、医師が過失によって患者に既存する疾病を診断せずに、進行するにまかせ危険な結果になったとする。この場合、疾病は明らかに損害 (harm) の一原因であるし、その疾

病を進行するがままにした医師の過失もまた損害を引き起こしたといえる。損害について価値評価をする際には、疾病は既存する条件としてみなされるべきであり、考慮されるべきである (Id. at 1358)。

- (8) Id. at 1359-60.
- (9) Id. at 1361.
- (10) Id. at 1363 (因果関係は、大部分において、all-or-nothingの問題として扱われ、被告によって損害が引き起こされたか否かを問う。原告は、通常、適切な証明基準によって、被告が当該損害を引き起こしたことを証明する必要がある。しかしながら、何が損害を引き起こしたかは、その損害の本質と、範囲とは別個にされるべき問題である。裁判所は、この区別をしてこなかったように思われ、その結果として、あらゆる点において、チャンスの喪失は完全に補償されるか、全く否定されるかのどちらかであるとしてきた。この点につき、次のような例で説明できる。医師が、過失によって患者の癌を手術が不可能な状態になるまで、診断できなかった事例を想定してみよう。さらに、たとえ適時に診断がなされたとしても、その患者には、病気を回復し相当期間延命できたであろうチャンスは三〇パーセントしかなかったと想定する。このような事例を扱うには二つの方法がある。第一に、伝統的なアプローチによれば、五〇パーセントより

も多くない回復するチャンスの喪失は賠償されない。患者は、適切な治療を受けたならば生存していたであろうということ、そうでないよりも、よりそうらしいと明示できないからである。賠償されるべき損害は、もしあるとするなら、癌が、タイムリーな診断と治療を受けた場合よりも、患者をどの位早く死に至らしめたか、そして、診断の遅れが、さらなる苦痛を引き起こす等により患者の容態をどの程度悪化させたか、によるべきである。第二の、より論理的なアプローチは、治癒のチャンスの喪失に対する権利回復を、たとえそのチャンスが五〇パーセントよりも多くなかったとしても、許すことであろう。ここでは、原告が、被告の過失によって治癒できなかったことを、証拠の優越によって証明できなかったにしても、原告は、彼は治癒する三〇パーセントのチャンスを奪われたことを優越に示すことができる。)。

- (11) *Id.* at 1364.
- (12) *Id.* at 1365.
- (13) *Id.* at 1370.
- (14) *Id.*
- (15) *Id.* at 1371.
- (16) 267 Or. 402, 517 P. 2d 675 (1973).
- (17) *Id.* at 1373.
- (18) *Id.*

(19) *Id.* at 1374.
 (20) *Id.* at 1376.
 (21) *Id.* at 1382. さらに、キング教授は次のような例を挙げている。心臓発作に襲われ、その結果死亡した患者を想定してみよう。被告医師が過失によって患者の容態を誤診した、しかし、患者には、たとえ適時に診断し適切な治療をしたとしても四〇パーセントの生存のチャンスしかなかったとする。被告が故人の死亡を引き起こしたといえるか否かには関係なく、被告はチャンスの喪失を招いたこと、そして、チャンスの利益はそれ自体の権利として、完全に補償されるべきだといえることはいえよう。キング・ルールによれば、原告の心臓発作から生還するチャンスの喪失に対して、原告が受けるべき補償は、原告が生き延びた場合の原告の補償されるべき生命の価値(死亡するまでの年間に得たであろう労働収入を含む)の四〇パーセントとなろう。患者の生命を基礎にした価値は、患者の年齢、健康状態そして収益能力等の要素に影響され、その中には、原告が心臓発作に襲われたという事実、そしてそこから生還したという仮定が含まれることになる (*Id.* at 1382)。

- (22) *Id.* at 1387.
- (23) *Id.* at 1394.
- (24) *Id.*

- (25) Id. at 1395.
- (26) Id. at 1397.
- (27) 664 P. 2d 474, 487.
- (28) King, at 1382.
- (29) 664 P. 2d 474, 481.
- (30) Id. at 485; 三つの事例は、【4】Jeanes、【5】O'Brien、【6】James (四九卷六号四六〇四八、五二頁掲載裁判例)である。

- (31) Id.
 - (32) Id. at 486-87.
 - (33) 393 N. W. 2d 131, at 139-40.
 - (34) Id. at 138-39.
 - (35) 805 P. 2d 589, at 590.
 - (36) Id. at 592.
 - (37) Id.
- Falcon v. Memorial Hosp., 462 N. W. 2d 44, 49 (Mich. 1990)
- は、一九才の女性が健康な新生児を分娩した直後、一般状態が急変し、呼吸・循環性ショックを起して死亡した事例であるが、ミシガン州最高裁判所は次の通り判示する。医療過誤の結果生じた権利侵害には身体的侵害のみならず、それを回避するチャンスの喪失をも含む。身体的侵害を避けるチャンスの喪失は、たとえその機会の喪失が五〇パーセントよりも少ない場合であったとして

も、医療過誤訴訟の訴因たる別個の権利侵害である。医療過誤によつて三七・五五パーセントの生きるチャンス丧失了患者に対する、適切な損害賠償額の算定は、不法死亡に与えられる損害賠償額に三七・五五パーセントが乗じられた額となる。

See, John D. Hodson, Annotation, Medical Malpractice: "Loss of Chance" Causality, 54 A. L. R. 4th 10 (1987).

「キンク理論」を採用したその他の裁判例を次に挙げる。
Boody v. United States, 706 F. Supp. 1458 (Kan. 1989);
Sanders v. Christ, 421 N. W. 2d 520 (Iowa 1988); Hastings v. Baton Rouge Gen Hosp., 498 So. 2d 713 (La. 1986); ジェンズの事例と比べ、Wendland v. Sparks and Davis County Hosp., 574 N. W. 2d 327 (Iowa, 1998) である。

- (38) Reisig, at 1185.
- (39) Wolfstone & Wolfstone, at 140.
- (40) Rosati, at 475.
- (41) King, at 1353-55, 1376-82.
- (42) Boggs, at 438-40.
- (43) McCormick on Damages (1935), §31 at 117-23 の回復的である。
- (44) Rosati, at 476.
- (45) 【8】Perez v. Las Vegas Medical Center, 805 P. 2d 596 (Nev. 1991).

- (46) Rosati, at 479.
 - (47) Roubik, at 985-86, 991-92.
 - (48) Perrochet, Smith, and Colella, at 621-22.
 - (49) King, at 1354.
 - (50) 805 P. 2d at 592.
 - (51) Perrochet, Smith, and Colella, at 622 は、次のように説明する。例えば、適切な治療によって三三と三分の一パーセント生きる延びる可能性を持っていた九九人の癌患者が、医師の過失によって死亡したとする。この場合、伝統的なアプローチによれば、九九人すべての賠償は否定される。統計的にみれば、適切な治療によって三三人は生き、六六人は適切な治療を受けたとしても死んだであろうから、生きたであろう患者三三人の補償も否定したことによって、このアプローチは三三人に間違いをおかしたことになる。
- 他方、チャンスの喪失理論によると、適切な治療によっても三三人しか生きられなかったはずなのに、九九人全てに三三と三分の一パーセントずつの賠償を許すことになる。すると、三三人は、統計的には、適切な治療によって生き延びたはずなのに正当な補償の三分の一しか受けられず、一方、被告の過失がなくとも preexisting conditionの結果として死んだはずの六六人は、三分の一の過度の補償を受けたことになる。このようにチャンスの喪

失理論は九九人全てに誤りをおかす。これらの過度の補償を受けた患者は、彼等が患っていた疾病の本質的な経過に対して補償を受けたことになり、これは被告が原告の損害を引き起こした時だけ、原告は補償を受けられるとする不法行為の原則に反する結果となる。

- (52) See, Perrochet, Smith, and Colella, at 624, note 62, 63.
- (53) Lori R. Ellis, note, Loss of chances as technique: Toeing the line at fifty-percent, 72 Texas Law Review: 369 (1993), at 376-402.
- (54) Cross, at 200.

五 チャンスの喪失事案における損害賠償額の算出方法

チャンスの喪失をめぐる裁判例、学説について詳細にみてきたが、ここでは、チャンスの喪失による損害賠償が認められた場合に、その賠償額はどのように算出されるかを一瞥する。その前提として、チャンスの喪失によって原告は如何なる損害を被ったのか、つまり、補償されるべき損害は何かが明確にされなければならないが、本節では、チャンスの喪失をめぐる医療過誤訴訟事案において、どのような損害額の算出法が採用され

ているかを見るに止める。

裁判所は、一般的に、チャンスの喪失事案においては次の三つの方法のうちの何れかを用いてきた。第一は、原告が喪失したチャンス分だけの回復を認める方法である。第二の方法は、被告の過失が、その疾患を適宜に診断し治療していた場合と比べて、その患者の死をどれだけ早めたかを問ひ、その早めた範囲での損害を賠償する方法である。付加的な苦痛や医療費のような患者の状態の悪化に対する補償である。第三は、あたかも被告が被害者の損害を全部引き起こしたかのように、原告に発生した全ての損害の賠償を許す方法である (all-or-nothing by 2)。

以下、それぞれの賠償方法について実際の判決例を通して見ることとする。

(一) 喪失したチャンス分の損害額

【10】 May v. United States, 608 F. Supp. 1476 (D. Colo. 1985) (四九卷六号五二頁掲載裁判例参照) で採用された算出方法である。被告の過誤によって肺癌の発見が遅れて一年四か月もの間手術がなされなかったために、生存のチャンスが二五パーセント減少したとされた事案である。損害額は以下のように算出され

た。現実的損失額 (医療費、労働収入の損失、家事労働の損失を含む。これらは、チャンスのパーセントには影響されず、金額賠償されている) は四二五、〇〇〇ドル、故人が将来得たであろう労働収益 (一七三、二〇〇ドル) は二五パーセント減少したと捉えて、一七三、二〇〇ドル \times 〇・二五で四三、三〇〇ドル、さらに consortium (配偶者権) の喪失として三六、〇〇〇ドルで、合計五〇四、三〇〇ドルが認められた。

【11】 Herskovits v. Group Health Cooperative 664 P. 2d 474 (Wash. 1983) (四九卷六号五六頁掲載裁判例参照) における Pearson 判事の賛成意見の中で採用されている。これは、延命のチャンス、または損害を避けるチャンスの喪失を評価する方法であり、蓋然性の百分率法 (percentage probability method) である。⁽¹⁾

またこの方法は、医師の過失が損害の危険性を増加させた場合においても、その事例を評価するため使用される。⁽²⁾ 例えば医師の過失によって、てんかんを引き起こすチャンスが増加した二〇才の男性の事例を考えてみよう。⁽³⁾ 単独の結果 (single outcome) 的アプローチでは、陪審はまず、てんかんが発病する可能性の最も高い年齢を決めなければならない。陪審が、その年齢を三〇才として、てんかんによる損害を五〇万ドルと認定

したとする。それから、てんかんが何時でも起きる蓋然性(五〇パーセント)を、そのてんかんによる損害(予想)の五〇万ドルに掛ける ($0.5 \times \$500,000 = \$250,000$) のである。

チャンスの喪失や増加した危険性を評価する方法は、いずれも、過度に複雑で、技術的であり、そして平均的な陪審の能力を越えるものだという批判にさらされている。確かに、陪審は、無批判に複雑な統計的な資料を受入れる可能性がある⁽⁴⁾。しかし、陪審の能力によつてもチャンス喪失の評価は可能であるとする見解も多く、不法行為的損害を適切に補償するためには、チャンス喪失の評価が不可欠であるとする⁽⁵⁾。

(二) 過誤による拡張部分の損害額

適時に診断と治療がなされた場合に比べて、被告の過失が、患者の死亡をどれ程早めたか、その程度の範囲内において損害賠償額を算出するというものである。患者に加わつた苦痛や医療費などのように、患者の症状の増悪分が賠償額として加えられることになる。

【6】 Chester v. United States, 403 F. Supp. 458, 460-61 (W. D. Pa. 1975). は、食道癌の発見が遅れたために死期が早められたという事案である。

裁判所は次のような種々のファクターを斟酌して損害額を算出している。Aは、長い間高血圧・肥満・高コレステロール・心臓血管の病気を患っていたこと、心筋梗塞の発作で入院した病院で癌が発見されたが、その時点では既に手遅れであつたと等の事情を考慮すると、たとえ癌が適宜に発見されていたとしても、Aは、死ぬまでの期間、働くことができなかつたであろう⁽⁶⁾。さらに、Aは、通常人の平均余命を生き抜くことはできなかったし、労働可能な平均的年数だけ働くことはできなかった⁽⁷⁾とした。そこで、Aの余命を計算するにあつて考慮すべき因子として次のようなものを挙げてゐる。Aの年齢、母親が食道癌で死亡していること、Aの母方の祖母が胃癌で死亡し、Aの妹が癌であるという事実、Aの生前の健康や身体状態、生活習慣、食道癌患者の延命率は非常に低くおよそ九パーセントであり、ほとんどは六ないし九カ月で死亡する事実などである⁽⁸⁾。

これらの要素を考慮して、もしAの癌が一九七二年八月から一月の間に切除されていたならば一九七六年二月までは働けたとして、その期間に得られたであろう労働収益を計算している⁽⁹⁾。

(三) 死亡に起因する損害額

【7】 *Kallenberg v. Beth Israel Hospital*, 45 A. D. 2d 177, 357 N. Y. S. 2d 508 (1974) (四九卷六号四九頁掲載裁判例参照) で採用されている。

もしAに適切な治療がなされ、その後、脳動脈瘤の手術が施行されていたならば、Aには二〇ないし四〇パーセントの延命のチャンスがあったであろう、という専門家の証言によって、陪審は、被告医師と病院側の敗訴とした。不法死亡による全責任を医師側に認めた。

裁判所が、陪審に、裁判上のガイダンスなしで陪審自身による証拠理解と常識によって、チャンスの喪失を評価させることも可能である。⁽¹⁰⁾しかし、この方法による問題は、全く主観的であることと、公正な損害の分配が期待できないことであると指摘されている。⁽¹¹⁾

註

- (1) *King*, at 1382.
- (2) *Id.* at 1383.
- (3) *Id.* at 1383-84.
- (4) *Thurman*, at 110-11.
- (5) *King*, at 1384-87.

- (6) 403 F.Supp.458, at 460.
- (7) *Id.* at 461.
- (8) *Id.*
- (9) *Id.*
- (10) *King*, at 1381-82.
- (11) *Id.* at 1382.

II章 「チャンスの喪失」理論の日本法に対する

示唆

I章では、アメリカでの「チャンスの喪失」理論（「立証緩和アプローチ」と「キング理論」）について裁判例・学説を通して吟味した。さて、本章では、わが国における「期待権」事案の解決に向けて「チャンスの喪失」理論より何らかの示唆が得られないかを検討する。

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

「立証緩和アプローチ」を適用した事案では、医療側の過失

の程度が決して軽微とはいえない場合が多く(一章三(一)(二)参照)、それゆえに患者側の救済が求められるのであり、その一方策として「立証緩和アプローチ」が提唱されているといえよう。この論理は、わが国における「期待権」事案判決が志向するものと類似している。さらに両者とも対象が救命率・生存率が低い疾患をめぐる過誤事例であるために、医師の過失と患者の最終的な結果との因果関係を問えば、その存在は否定されよう。そこで、最終的な結果ではない、そこに至る過程に着目しているという点でも共通している。

しかし、両者には、次のような差異が見られる。第一は、因果関係の認定に関する違いである。まず、「立証緩和アプローチ」は、医師の過失行為が、どの程度の危険を増大させたのか、実質的な可能性とはどの程度かを明確にしないまま、医師の過失によって、患者の死亡等に至る危険性が増加した、または、生存等の実質的な可能性が喪失したとして因果関係を認めているのである。例えば、【1】Schuler 判決は、どの程度の確実さをもって患者が生存できたかの立証がなくても、単にそれを信じるに足る理由があるという事実の証言があれば因果関係を認定できるとする。また、【6】McBride 判決は、医師の過失が、患者の回復のかんりの (significant) チャンスを奪ったときは、

適切な治療によって死や病気の悪化が避けられたであろう確実性がなくとも患者の権利回復は許されるべきであるとしている(一章三(一)(二)参照)。これに対し、わが国における「期待権」事案判決は、医師の過失が、医療水準にある適切な治療を受けたいと願う患者の権利、すなわち、患者の「期待権」を侵害したと構成し、医師の過失と患者の「期待権」侵害との因果関係を肯定する。例えば、神戸地判昭和六三年二月一日判例時報一三三四号九一頁は、脾臓癌による死亡事案において次の通り判示している。「…地域高度医療機関としてのY病院を信頼して受診したAの期待を裏切ったものとして、精神的損害賠償の対象になるとしなくてはならない。」第二は、被告医師側に課される損害賠償責任の範囲の違いである。「立証緩和アプローチ」では、医師の過失と、患者の生存等の実質的な可能性の喪失、あるいは死亡等の危険性増加との因果関係が認められると、患者の最終的な結果から生じる損害の賠償責任が医師に課されることになる(一章三(一)(二)参照)。しかし、「期待権」事案判決は、医師の過失と患者の最終的な結果との因果関係を否定した上で、医師の過失の態様・程度から患者を一切救済しないこととの不合理さに言及し、「期待権」侵害による精神的損害を認めて慰謝料の支払を命じている。例えば、東京地判平成五年一月二八日

判例時報一四七三号六六頁は、肝臓癌による死亡事案につき、医師に対して、生命の維持または延命に向けて真摯な治療を求める患者の期待は合理的なものとして法的に保護されるべきであるとする。そして、Yによる不適切な診療と死との間に相当因果関係はないが、適切な診療を受ける機会を失ったことよる精神的損害は慰謝料によって償われるべきであるとしている。

2 相違が生じる理由

それでは、右のような差異が生じる理由は何か。アメリカにおける陪審制度と、わが国が採用する大陸型事実審制度の相違を挙げなければならない。⁽¹⁾すなわち、アメリカの陪審制度における陪審には、訴訟に対して積極的に働きかける権限が与えられておらず、ただ黙って法廷における攻防をみていなければならないことから、彼等に因果関係存在に関する高度の確信を期待することができないという事実がある。一方、わが国では職業的裁判官が積極的に事件に働きかけ納得いくまで審理することができるので、因果関係の肯否は厳格に審理され判断されることになる。

そして、右の違いを大きくする理由としてアメリカの陪審制度自体に潜む問題を挙げておく。一つ目は、被告の過失がなくても原告に生じたであろう既存状況の比率分を医師の責任か

ら差し引いて損害賠償額を算定しなければならないとする準則がないために、医師はその損害の一部にしか関与していなかったという事実がある場合でも、陪審は、不法死亡に対する完全な損害賠償額を自由に査定してしまうことである。⁽²⁾また、損害賠償額に関する何ら特別な説示がないために、たとえ両当事者の専門家が、被告が減少させた患者の回復のチャンスは僅かであると証言したとしても、陪審は、原告に生じた全損害の賠償責任を被告に負わせることができる。⁽³⁾二つ目は、陪審の推測に頼る部分が多いということである。陪審はゲスゲーム (Guessing game) に押し込まれて、どの専門家を信じるべきか推量せざるをえないとする。⁽⁴⁾三つ目は、医療過誤事例における証拠上の特徴が、「立証緩和アプローチ」の適用を望ましくないものになっていることである。ほとんどの医療過誤事例における証拠は、高度に技術的なものであつて、素人は、その一般的知識で因果関係に関する合理的な推論をすることができない。⁽⁵⁾通常、原告は、被告の過失と原告の法益侵害との因果関係を立証するために、医学専門家の証言を活用しなければならないとされている。⁽⁶⁾ところが【14】Thompson判決では、たとえ、原告側専門家の証言や他の証拠が因果関係の蓋然性を立証していない場合でも、陪審は因果関係を認定することが許されるとし

た(四九卷六号五七頁)。これは、陪審が、医学的証拠から因果関係を推測することを許容するものであり、陪審が、推測や憶測によって因果関係を認定することを可能にするものであると批判されている。

(二) 考察

1 両国間における裁判制度の違いによって、「立証緩和アプローチ」と「期待権」事案判決とは事案の解決結果に差が生じることを見た。しかしながら、両者とも、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に限定せずに、その概念を操作することによって因果関係を立証しようとする一つの手法であると捉えられよう。では、両者の損害概念の操作を通して、つまり、事案解決の過程で示唆を引き出すことができないだろうか。

(1)まず、その前提として、本稿で捉える「期待権」事案を次のように分類し、その範囲を明確にしておこう。過誤が発見された時点 $\parallel a_2$ から事後的に、被告が過誤をおかした時点 $\parallel a_1$ に遡って、 a_1 での過誤がなければ患者にはどの程度の救命率があったかを数字で表示できる場合と、できない場合とに分類

する。そこで、医師の過失の態様による検査データの有無に着目した。

A 検査の不履行(症状の看過、患者の訴えの放置、検査要請の無視等)

△検査データがない $\downarrow a_1$ の病態がわからないため救命率を数字で表示できないが、 a_1 で適切な診断を受けていれば、幾ばくかの(皆無ではない)救命の可能性があった場合

B 最善の治療の不履行

①検査結果を読み違えた場合
 \downarrow 不適切な治療

②検査が不十分であった場合
 \downarrow 不十分な治療

△検査データがある $\downarrow a_1$ と a_2 のデータの比較をしても数字にはできないが、 a_1 で最善の治療が開始されていれば、幾ばくかの救命の可能性があった場合

本稿では「期待権」事案を次のように捉える。すなわち、A
 Ⅱ 被告医師の過誤により、患者が α_2 で確定診断を受けたときは既に回復困難な状態にあったという場合に、 α_1 で、被告医師が適宜に診断をしていたとしても、数字では表示できない幾ばくかの救命の可能性があったに過ぎなかったという事案。B
 Ⅱ α_1 から最善の治療がなされていたとしても、数字では表示できない幾ばくかの救命の可能性があったに過ぎなかったという事案とする。

(2) A・Bにおいて患者が被った不利益は何か。Aの必要な検査をしなかった、Bの検査結果を読み違えたり、不十分な検査で確な診断をしないまま治療を開始した等の過失が、その後の患者にどのような不利益を負わせているかである。Aの場合、悪性疾患の発見を遅らせ、その間に当該疾患は進行して、どんな治療も受け入れなくなるであろう。 α_1 での患者の生存の可能性が幾ばくもなかったとしても、その時点で当該患者を放置することは、その幾ばくかの（この意味で実質的な）生存の可能性すらも奪うことを意味しよう。これは、ヒックス理論が説く生存の実質的な可能性の喪失に当たる（I章三（一）参照）。Bの場合、医師は最善の治療をしなかった。これは、病態を重篤化させ、被害の危険性増加基準による患者の死に至る危険性を

確実に増加させているといえよう（I章三（二）参照）。すなわち、A・Bにおける医師の過失は、患者が適切な治療によって受けられたはずの次の利益を奪っているのである。一つ目は、死期を幾らかでも遅らせること、二つ目は、苦痛の緩和を図ること、そして、三つ目は、我が人生の差し迫った終焉を知って自分なりに如何に生き抜くかを考え、余生をその人らしく送ることである。たとえ、 α_1 から α_2 まで、また死に至るまでの間、患者にそれ程の身体的苦痛がなく、自分の疾患が悪性であること知らなかったとしても、右の一つ目と三つ目の利益が侵害されているといえよう。

「期待権」事案において、医師の過失と、患者の生存の実質的な可能性の喪失、または、死亡等の危険性の増加との因果関係が立証された場合は、それらに起因する「身体的・精神的苦痛の増強」自体が損害となろう。すなわち、医師の過失によって右の利益が侵害されたことが立証された場合には、それによって生じた身体的苦痛（適切な治療によって緩和されていたであろう身体的苦痛の持続と、増悪）、精神的苦痛（身体的苦痛に伴う精神的苦痛、医師の診療に対する不信と不満、症状の悪化に対する不安、そして、為す術もなく無為に過していることへの苛立ち等）⁽⁸⁾が損害となる。

2 では、わが国の実際の判決は、1で捉えた「期待権」事案における患者の損害をどのように見ているか。さらに、英米法はどうか。

(1)わが国の判決には、患者の、十分な患者管理の下で診察・診療してもらえないという期待、または、高度医療機関への信頼が裏切られたことによる患者の精神的苦痛を損害と捉えるものがある。⁽⁹⁾

英米法は、このような精神的苦痛を如何に扱っているかである。ここで、英米法における精神的苦痛 (Mental distress, mental disturbance) の捉え方を一瞥する。⁽¹⁰⁾ 英米法は、心の平和に関する利益を独立した法的保護を与えるべきものとは捉えていなかった。たとえ故意的な侵害があつたとしてもである。⁽¹¹⁾ 精神的侵害の権利回復が進まない理由として次のことが挙げられている。

一つは、証明の難しさと、損害の量定の難しさである。Lord Wensleydale は、有名なイギリスの事案で次のように判示している。法は精神的苦痛や不安を評価することはできない、そして、不法な行為がそれだけを引き起こした場合には、救済するふりさえしない。⁽¹²⁾ 極めて難解、微妙で、さらに推論的であり法律のいかなる基準をしても量ることができないからである。⁽¹³⁾

実際、一九七〇年代の劇的なインフレーションが訪れる以前

は、裁判所は、軽度の身体的傷害に伴う精神的な苦痛自体に対する損害賠償としてかなりな額をごく容易に認めていた。また、精神的苦痛が重大な権利侵害の判断に際して一つの実質的な要素になり得ることはよく認識されている。しかし、やはり、精神的な結果は、目につかず、形がなく、非常に特殊なものであり、そして個々人に生じる苦痛の範囲は様々であるから、それらは予測し得ない。そのため被告の行為との合理的・近因的つながりの範囲外に置かれてきた。⁽¹⁴⁾ しかし、医学は、畏れやショックばかりでなく、悲嘆、不安、怒りや屈辱なども、それら自体は身体的傷害であつて、専門家には容易に識別可能な身体上及び症候上の非常に特徴的な変化を生み出すことを、早くから認識している。もし、それらは、法的原因にはなり得ないとするならば、他の納得がいく理由が必要である。それは、やはり訴訟数の増加であろう。偽りの請求だけでなく、些細な事件や単にやり方が悪いといった訴訟が増えるということである。法律が、万人の心の平和を保護するために走り回ることが愚かであり、他の社会的コントロール機関に任せることが必要であるからである。しかし、これも非常に重大な精神的侵害に対する権利回復を否定する理由としては十分ではない。いかに訴訟があふれようと、悪を矯正するのが法の役目であるからだ。

求められるのは、偽りの請求から真の請求を見極めることであるという点からいえば、むしろ請求を支える証拠を注意深く吟味することであろう。⁽¹⁵⁾

それでは、どのような精神的苦痛が補償されるのか。精神的苦痛のみの訴えに対する権利回復はあるか。伝統的なルールは、単なる屈辱、無礼、邪魔、または威しさえも状況の悪化に伴わない場合は、これらに対する権利回復を否定してきた。しかし、今までにそのような状況になくとも権利回復を認めてきた一連の事例がある。それらに共通していることは、特殊な状況から生じる、当該主張が偽りのものではないことを保証する真の、かつ重篤な精神的苦痛の存在を示す特殊な可能性がある、という点である。保証があり、精神的苦痛が、疑いなく真実で重い場合には権利回復を否定する正当な理由がないということになる。しかし、身体的傷害を引き起こす程重くはない精神的苦痛が、明らかに救済に値し、かつ十分な不法性を備えることを、当該事例の状況から立証できる場合は本当に少ないといえるよう。

身体的侵害を伴う精神的苦痛はどうか。被告の過失が即、身体的傷害を引き起こした場合、例えば、足を折られた場合等は、それに伴う損害の純粹な精神的要素、つまり、傷害を受けたと

きの恐怖、その結果に対する不安や神経の高まり、または身体が損われた屈辱感などへの補償を認めることについて反対はなかった。身体的傷害による訴訟理由と一緒に、寄生的な (parasitic) 損害賠償も認められる。精神的侵害は偽りではないという十分な証拠があるとみなされるからである。

しかしながら、原告が身体的傷害をすぐ負わずに、被告の過失に起因する当該事故の後で、原告の精神的苦痛の結果として身体的傷害が生じた場合などはどうするかについては、なお論争がある。例えば、流産がその典型的な例である。多くのアメリカの裁判所は、原告の身体上に「impact」がなかった場合には、そのような結果に対する権利回復は認めなかった。しかし、早期のアイルランド判決⁽¹⁶⁾を皮切りに、今、多くの裁判所は「impact」要件をはずしている。身体的傷害、疾病、又は他の客観的な徴候によって、精神的苦痛の存在が、十分に立証され得るとされたのである。

以上見たように、身体的傷害を伴わない、または原告の状況の悪化が伴わない精神的苦痛だけの主張に対しては、その訴えが偽りではなく真に重篤なものであることを保証する特殊な事情が必要ということになる。つまり、その特殊な事情とは、通常感覚、a reasonable person of ordinary sensibility を持つ合理

的な人であれば、当該精神的苦痛を被るであろう状況である。
 (2) 患者が抱く医師または医療機関への期待が裏切られたことによつて生じるという精神的苦痛は、英米法には見当たらない。

そこで、医師の重大な過失が患者の期待を裏切つたとする「期待権」侵害構成は採らずに、医師の重大な義務違反を患者に対する冒瀆とし、それが、人格権たる人間の尊厳を侵害したと捉えてはどうか。⁽¹⁷⁾これは、英米法に見られる患者にとつて単に迷惑 (mere annoyances) 以上の屈辱 (insult)、または、人間の尊厳の侵害 (indignity) に該当しよう。当該主張が偽りではないことが保証され、真の、重大な精神的苦痛の存在が示されると精神的苦痛が疑いなく真実で重い場合として、権利回復が肯定されよう。すなわち、この屈辱と人間の尊厳の侵害によつて、患者が被つた身体的・精神的苦痛は、賠償に値する損害であると構成できよう。

しかしながら、「期待権」事案においても患者の期待が裏切られたとするものは少数である。多くは、医師の過失が患者の適切な治療を受ける機会を奪つたとし、その結果生じた身体的苦痛とそれに伴う精神的苦痛、さらに、適切な診断・治療の機会を逃した無念さ、後悔、そして、生命の終焉を知つた驚嘆などの精神的苦痛を認めている。⁽¹⁸⁾右の身体的苦痛と精神的苦痛は、

特殊な環境から生じる、偽りではない、通常感覚 "a reasonable person of ordinary sensibility" を持つ合理的な人であればそのような精神的苦痛を当然に被る場合として保証されよう。これらの身体的苦痛と精神的苦痛は、既に触れたように、pain and suffering として当然に賠償されるべき損害である (四九巻六号六七頁参照)。

医師の過失がなかつたとしても同様の結果を迎えたであろう蓋然性が高い「期待権」事案における患者の損害は、次のものである。すなわち、医師の過失が、患者の幾ばくかの生存の可能性を奪つた (ヒックス理論—生存の実質的な可能性基準—)、または、死への危険性を確実に増加させた (被害の危険性増加基準) ことによつて生じた患者の「身体的・精神的苦痛の増強」自体である。

註

- (1) 楠本安雄「事実的因果関係とその立証」木村保男編・現代実務法課題二三四頁(一九七四)。
- (2) Cross, at 198.
- (3) Counce, at 263.
- (4) Boggs, at 435.

- (5) *Counce, at 262.* しかしながら、素人が、一般的知識によつて、医師の過誤と権利侵害との因果関係を判断できる場合がある。例えば、外科医が誤つて健康な臓器や四肢を取り除いたり、患者の身体に異物を残したりした場合は、医師の過誤は素人にも明らかであり、過失の推定則による過失の推定が許される。同様に、過失行為が健康な四肢の切断である場合には、専門家の立証を必要としない。このような極端な事例の場合には、特別な医学的証言がなくとも、因果関係を推認することが可能である (*Id. at 262, note 36.*) からである。
- (6) *Hiser v. Randolph, 617 P. 2d 774, 778 (Cl. App. 1980).*
- (7) *Counce, at 262.*
- (8) 裁判例としては次のようなものがある。宇都宮地足利支判昭和五七年二月二五日判例タイムズ四六八号一二四頁、東京地判昭和五六年一〇月二七日判例時報一〇四六号七〇六頁、神戸地判昭和六〇年一月三一日判例時報一六九号九七頁、東京地判平成五年一月二八日判例時報一四七三三号六六頁等である。これらの事案において、患者は症状の持続、悪化に苦しみ、医師への不信・不満、疾患への不安をつのらせて、他の医療機関を自ら受診し、そこで既に手遅れであることを宣告されているのである。
- (9) 「期待権」事案として、次のような事例を挙げられよう。福岡地判昭和五二年三月二九日判例時報八六七号九〇頁、神戸地判昭和六三年一月二四日判例時報一三三二四号九一頁、東京地判平成五年一月二八日判例時報一四七三三号六六頁等。
- (10) *Prosser & Keeton* からである
- (11) *Prosser & Keeton, at 54-55.*
- (12) *Lynch v. Knight, 1861, 9 H. L. C. 577, 598, 11 Eng. Rep. 854.*
- (13) *Mitchell v. Rochester Railway Co., 1896, 151 N. Y. 107, 45 N. E. 354.*
- (14) *Prosser & Keeton, at 54-55.*
- (15) *Id.*
- (16) *Bell v. Great Northern Railway, 1890, L. R. 26 Ir. Rep. 428.*
- (17) ちなみに、日本法の解釈論としてであるが、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）がある。
- (18) 例えば、宇都宮地足利支判昭和五七年二月二五日判例タイムズ四六八号一二四頁は、被告医師の誤診のために無為に過ごした日々につき悔恨の情をつのらせたことは容易に推認し得るところであり、その精神的苦痛は決して些少とはいえないと判示している。

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

「キング理論」の骨子を次のように要約できよう。まず、既存状況が関わる人身損害を評価する際には、損害に占める被害者の既存状況を正當に評価すべきである。その上で、医師の過失によって、死亡を回避する(又は、疾病が治癒する)五〇パーセントよりも多くないチャンスを失うこと、それ自体は補償に値する損害であるとする。そして、その損害の評価に当たっては、*all-or-nothing*アプローチを適用するのではなくて、チャンスの高低にかかわらずそのパーセンテージに応じた損害を賠償すべきであると説く(一章四(一)参照)。

本稿で取り上げた「期待権」事案は、患者が治療率・救命率の低い悪性の癌疾患等であつて、医師の過失の有無にかかわらず同様の結果を迎えた蓋然性が高い事案である。すると、「期待権」事案は、「キング理論」によれば患者の既存状況、つまり、患者の疾患自体の治療率・救命率の低さに起因する損害が全損害の大部分を占める場合ということにならう。従つて、「期待権」事案への「キング理論」適用の是非を検討するに当たっては、まず、損害の僅かな部分に寄与した医師の過失に対して、如何なる責任を課すべきか。その性質と範囲が問われる

ことにならう。さらに、「キング理論」は、パーセンテージ蓋然性基準によつて損害額を算定し、その割合が五〇パーセントよりも大きいチャンスの喪失事例にもこの算定法を適用する(一章四(一)(三)参照)として、被害者の既存状況が損害に占める割合を一定の数字で表示できる場合を前提とするといえよう。本稿では、「期待権」事案を患者が喪失したチャンス(救命率・治療率)を一定の数字で表すことができな場合と捉えたこと(一四二頁参照)等を考え合わせると、キング理論を「期待権」事案解決の手がかりとすることは難しからう。以下では、「キング理論」の右主旨を踏まえた上で、「期待権」事案以外の領域で当理論を取り入れることが可能かを探る。まず、手始めに「キング理論」に類似するわが国の損害賠償の割合的減額論について概観する。さらに両者の比較・検討をおこない、両者の有機的な結合を模索する。

(一) 損害賠償の割合的減額論

交通事故訴訟で、いわゆる被害者の「素因」(以下では、潜在的疾病・持病、病的な体質等を含めて「素因」と呼ぶことにする)と交通事故が競合して被害者の損害が拡大した場合に、被害者の「素因」を最終的な損害との間でどのように扱うかが

問題となる。この種の事案において加害者の賠償責任の有無、範囲を認定するにつき、損害賠償法の理念である事故関与当事者の損害分担の公平化という観点から、割合的に解決しようとする見解が登場した。これが損害賠償の割合的減額論であり、各当事者が被害者の損害(死亡、又は後遺障害から生じる損害)にどの程度寄与したかを問い、その割合分だけを負担させようというものである。

交通事故訴訟において展開された割合的減額論の概要は次のようである。第一は、心証度による割合的認定説⁽²⁾である。文字どおり心証割合を直截に判断内容に反映させようという考え方であり、因果関係であれば、その存在について七〇パーセントの心証を得た場合には、そのままその割合を生かして七〇パーセントの相当因果関係があるとす。第二は、事実的因果関係そのものを量的・割合的に把握できるという考え方を基礎とする割合的因果関係説⁽³⁾である。事実的因果関係の存否は、「当該要素が結果発生にどの程度寄与したか」というように寄与度(寄与率)の問題として、量的な把握をすべきものとする。倉田元判事は、割合的解決を図っている裁判例の七、八割がこの構成によると指摘されている⁽⁴⁾。第三は、寄与度によって判断しようとする説であり、さらに次のように分類できる。①寄与度

減額説は、被害者の素因などの寄与度を損害の金銭的評価のレベルで捉えて寄与度に応じた賠償額の減額を認めるものである⁽⁵⁾。②一般条項援用説は、公平の原則ないし信義則などの一般条項を根拠として素因など事故以外のその他の事由の存在を損害の減額事由として斟酌しようとするものである。損害の金銭的評価のレベルで素因などを考慮しようという点で、寄与度減額説と同系列のものとみてよいが、減額の根拠を右のような一般条項の理念に求めている点に特色がある。③過失相殺類推適用説は、事故と傷害・死亡との間の事実的因果関係を肯定したうえで、過失相殺の類推適用によって素因などの結果に対する寄与度に応じた損害の減額を認めていこうとする考え方である。これは、問題を損害の金銭的評価のレベルで扱うことにより割合的因果関係説の難点を克服し、寄与度減額説の根拠を補強しつつ、実質的に同様の結論を導き得る解釈論として整備された所説⁽⁶⁾といえる⁽⁷⁾。

これらの諸説についてさらに立ち入る余裕はないが、ここでは、交通事故訴訟において展開をみた割合的減額論を医療過誤訴訟に適用して損害額を減額することの妥当性について検討する。交通事故は、それまで何ら関わり合いがなかった加害者と被害者との間で大量に発生し、その迅速な処理が何よりも望ま

れるために、事故処理に際しては機械的かつ公式的当てはめがある程度は必要となる。また、交通事故は加害者・被害者の立場の交換可能性が強い事故類型であって、人は、いつ歩行者として交通事故に遭い、他方、運転者として歩行者に死傷を負わせるかもしれないことがある。さらに、加害者の非難性の程度が必ずしも大きくない事案も含まれるといった事情も割合的減額論が主張される背景にあるように思われる。しかし、医療過誤訴訟の場合は、それまで医師と患者が共に治療を求めてきた関係や、訴訟に至るまでの経緯がある。そして、医療過誤における医師の立場と患者の立場の交換可能性は遙かに弱いことも交通事故との違いとして挙げられよう。つまり、医学教育を経て国家資格を得た医療の専門家・医師と、医学的知識の乏しい素人・患者といった関係からも、患者に消極的效果をもたらす割合的減額論の医療過誤訴訟への適用については、十分に論議されるべきであろう。この点につき次節にて検討する。

(二) 医療過誤事案への割合的減額論適用の妥当性

本稿における「期待権」事案に「キング理論」を取り入れることは難しいと思われる(一四七頁参照)。それでは、患者の素因と医療過誤との競合事案において、疾患自体の救命率・治

癒率等を一定の数字で表示できる場合(素因としては、適切な治療によっても治癒が見込めない率や、疾患自体が持つ死亡率ということになる)はどうだろうか。ここで、患者の「素因」等の諸事情が、医療過誤と競合して損害の発生または拡大に寄与している場合(「期待権」事案以外)につき、損害額の割合的減額論が適用されている近時の裁判例を取り上げてみる。これらの裁判例を通して、患者側の「素因」等の諸事情を理由に損害額を減額することの妥当性について考える。さらに、患者側の諸事情のうち、数字で示された疾患自体の死亡率・生存率等が減額事由としてどのように位置づけられているかと、その適用の是非について見る。

1 裁判例

近時の医療過誤裁判例から損害賠償額が割合的に減額されているものを選び、(一)で見た割合的減額論の分類に従って次のように区分し考察する。まず、(ア)割合的因果関係説による減額事例と、(イ)寄与度による減額事例とに分類し、さらに、(イ)を①寄与度減額説の採用、②一般条項援用説の採用、③過失相殺類推適用説の採用、に細分する。

以下では、各分類(未熟児網膜症事例以外)毎、判決年月日順に掲載し、便宜上、原告をX、被告医師をY、患者をAと表

示する。

(ア) 割合的因果関係説による減額事例

【1】奈良地葛城支判昭五九・五・二三判タ五四一〇号二二四頁は、クモ膜下出血の患者の確定診断と転医措置が遅れたために死亡した事案につき、Aの死亡に至る経緯、Yおよび転送先病院医師のAに対する各処置、手術時期が異なる場合の生存率、その他本件に現れた諸般の事情を考慮すると「Yの過失による債務不履行ないし不法行為上の損害賠償責任の関係においては、A死亡に対する起因力を一〇分の六と評価し、その限度において被告の損害賠償責任を肯定するのが相当であると認める」とする。

【2】広島地判昭六二・四・三判時一二六四号九三頁も【1】と同様の事案において、Yの過失のAの死亡に対する起因力（因果関係の割合）を三五パーセントと評価してその限度において被告の損害賠償責任を肯定している。

【3】札幌高判平六・一・二七判時一五二二号七八頁は、気管支喘息発作の症状を和らげるための点滴注射中に呼吸停止・心停止をした三才の幼児に対して、マウスツーマウス式人工呼吸をしなかったYに過失があるとした。Yの適切な処置によってAが中枢神経系の後遺症を全く残さずに蘇生し得た可能性はあ

り得るものの、諸事情を総合考慮すると、Aの損害の五〇パーセントについて、Yの過失と因果関係があるものとしてその責任を負担させるのが相当とした。

(イ) 寄与度による減額事例

① 寄与度減額説の採用

【4】横浜地判昭五五・一〇・三〇判タ四三〇号一一九頁は、SFD児（発育遅延児）の治療に当たったYについて、経時的な体重測定や血糖検査の不実施、及び無呼吸症状に対する杜撰な処置等から患児を低血糖に陥れ、これによる脳出血と脳障害を発生させたとして債務不履行責任を認めた。その上で、SFD児の一般的死亡率が一割であることから、逸失利益から一割減額している。

【5】広島地判昭五六・一〇・一六判時一〇五一号一三〇頁は、幼児の痙攣症状を見逃したために、痙攣重積により脳性小児麻痺による半身不随となった事案である。判決は、Yの過失を認めたが、損害額の算定に当たってYが、いわゆる町医者で本件の場合も真夜中の再三の診療に応じ休日にも診療したこと、本症の発症には先天的要素も寄与しているとみられ、その明確な診断は必ずしも容易でない状況にあったなどの諸般の事情を勘案して、損害のうち二〇パーセントの範囲内で相当因果関係を

認めた。

【6】岡山地判昭五八・八・三一判時一〇九九号一一六頁は、転倒して頭を打ったAの硬膜外血腫の発見が遅れて死亡した事案である。硬膜外血腫除去手術による救命率が七〇パーセントであること、Yの過失がなく、救命されたとしても、転医措置などに時間を要したはずである等、必ずしも予後が良好であったとはいえないとの理由から、損害額の六割についてのみYの賠償責任を肯定した。

【7】千葉地判昭六一・三・一四判タ六〇一号五二頁は、乳癌を乳腺炎と誤診したYの債務不履行とAの死亡との間の因果関係を認定し、その上で損害については、根治手術受けたステージIの乳癌患者の五年生存率は八九から九二パーセントであることを考慮して一〇パーセントの減額をした。

【8】津地判昭六一・九・一八判時一二二四号九六頁は、感冒による候頭炎と診断されていたAが、突然呼吸停止を起こして植物状態になり急性化膿性候頭蓋炎で死亡した事案である。判決はYの過失を認めたが、本症によって急激な窒息死に至る事例は稀であることや、Aが体調不十分の状態で無理をしたこと、及びAの体質的素因が急激な窒息死に寄与していること等を考慮して逸失利益の四〇パーセントを減じた。

【9】神戸地判石支判平二・一〇・八判時一三九四号一二二八頁は、Aが酔って階段から転落して頭を打った事案につき、Yの義務違反がなければ、七時間あまり手術を早めることができ、重症事例であること、早期手術によっても後遺症等が残った可能性が否定できない等として、損害賠償の範囲は全損害の五割にとどめた。

【10】宮崎地判平六・九・一二判時一五四七号一一四頁は、くも膜下出血と診断されたAが、バイパス・頸動脈結紮術を受けるために待機中に昏睡状態になり、その直後クリッピング術に対しては早期にクリッピング術を行うべきであり、手術方法としてクリッピング術が最善であることを家族に具体的に説明しなかったとして医師に説明義務違反を認めた。但し、早期のクリッピング術が行われたとしても、大学病院等でも一〇ないし二〇パーセントの患者は死亡または社会復帰できない程度の後遺症を残していることなどを考慮して、Yの損害賠償責任が七割に限定された。

【11】いわゆる未熟児網膜症事例で、患者の失明とYの過失(産婦人科医師に対する酸素管理上の過失や、眼底検査の依頼または転医義務違反、眼科医に対する定期的眼底検査実施義務

違反、及び光凝固法に関する説明または勧告義務違反等）との因果関係を肯定した上で、患者の失明に対するYの過失の寄与度を割合的に認定して、賠償責任を減じているものには次のようなものがある。静岡地判昭五二・六・一四判タ三五二一〇頁、釧路地網走支判昭五四・一・一九判時九二四号九二頁、福島地判昭六〇・一二・二判時一一八九号八七頁は、Yの過失がX₁の失明に寄与した割合を、それぞれ五割、六割、五割としている。つまり、網膜の未熟性という患者の素因が寄与した割合を五割、四割、五割、と捉えていることになる。

②一般条項援用説の採用

【12】福岡地判昭五一・三・九判タ三四八号二七六頁は、古釘を踏んで破傷風に感染したAに対する適切な創傷措置、化学療法を怠ったとしてYの過失を認定し、過失と死亡との因果関係を肯定した事案である。その上で、Aが四日間自宅で傷の手当をしていて受診が遅れたことや破傷風の予後（オンセットタイムが三日以内の場合は死亡率が二八パーセント）と、Yの過失の態様等を考慮の上、Yに対し損害の全額を負担させるのは公平の見地から妥当ではないとして、四割の減額をしている。

【13】大分地判昭六〇・一〇・二判タ五七七号七五頁は、次のような事案である。メニエル氏症候群の治療を受けていたAが、

ふらつき状態が悪化し、ろれつが回らない状況でY病院に入院した。入院直後から痰がからみ、痰の喀出困難状態が続いたが、電話指示によるフェノバルブ注射（呼吸抑制作用、血圧降下作用がある）が看護婦によって行われた他、何ら処置を受けることがないまま、翌日の午後一時過ぎに球麻痺によって死亡した。判決は、Yには治療上の注意義務違反があるととして、Yの責任を肯定したが、賠償責任の範囲については、球麻痺の性質上、適切な治療をしていても確実に健康体に復することができな疑問である（治癒率？）として、公平の原則から全損害の九〇パーセントを賠償させるのが相当であるとした。

【14】横浜地判平二・四・二五判時一三八五号九三頁は、出産経過中に出生児が大腸菌による敗血症等に罹患した場合につき、黄疸・哺乳力の低下を伴う敗血症様の症状を呈した時点で細菌検査・治療を実施しなかったYの過失を認めた事案である。判決は、本件後遺症につき、新生児の敗血症や髄膜炎の予後は著しく不良であること、合併の時期が明らかでないこと、Yの責任範囲にないと解すべき事情も加わって本件後遺症が重篤化したこと等が考えられるとして、損害の衡平な負担の原則に基づき、Yは、Aの被った損害のうち、その三分の二を負うと解するのが相当とした。

【15】神戸地判平三・四・二二判例タイムズ七七〇号二二六頁は、結核治療薬の副作用で患者が失明した事案である。Xは、結核治療のため、Y病院に約一年間入院し、この間抗結核剤であるエクタンブトールの投与を受けたところ、視力が低下し、やがて失明してしまった。判決は、Yのエクタンブトール投与とXの失明との間の因果関係を肯定した上で、損害額の判断に当たり、Yの過失を軽度と評価すべきであること、結核予防のために医師は、薬剤の副作用が知られている場合でも一定の危険を冒しても使用しなければならない(社会的に許された危険)場合があること等を、衡平原則の理由として考慮すべきであるとした。その上で、逸失利益の六割を控除した。

【16】大阪地判平六・一〇・二〇日判時一五四〇号八二頁は、泥酔状態で吐き気と腹痛を訴えて入院したAに対し、Yが、興奮状態の鎮静化のために薬剤を複数投与したところ、それらの相互作用により急激に意識を消失し、呼吸停止をきたして死亡した事案である。判決は、Yには、これらの薬剤の相互作用により急激に意識消失を生じさせる危険のあることを予測して慎重な呼吸管理をすべきところ、これを怠るなどの過失があるとされた。その上で、Aの死亡の結果にはAの飲酒が相当程度寄与(因果関係の割合的考察か)しているとして、損害の公平な分

担の見地から全損害のうち、三割相当分に限りYに賠償させた。
【17】東京地判平七・一・三一判タ九〇三号二〇二頁は、小脳部腫瘍の摘出手術中に発生した空気栓塞によってAが死亡した事案である。判決は、空気栓塞の早期診断のためのモニター装置を備えなかったYの過失及び空気栓塞に備えた中心静脈カテテルの装置をしなかった過失があるとした。そして、これらの義務違反とAの死亡との因果関係を肯定したが、損害については、因果関係がないという可能性も否定できないこと、手術自体の危険性、腫瘍による死亡率(約三割という報告があること)等を考慮して、公平の観点からYの賠償責任を七割とした。

【18】東京地判平七・九・二二判時一五六六号五九頁は、Y病院で腺様嚢胞癌と診断されたAが、四回の放射線治療を受けたところ、放射線脊髄症となり死亡した事案である。判決は、放射線治療に当たり放射線脊髄症の発症を回避すべき義務に違反した過失を認めた。その上で、適切な治療によってAが完治して通常の生活が営めることを前提に損害額を算定するのはかえって公平を失するとし、Aが受けた損害の七割について右放射線治療との相当因果関係があるとした(不治癒率から減額)。

③過失相殺類推適用説の採用

【19】京都地判平六・二・二五判時一五二四号九三頁は、両側

前腕骨折に対する手術における過誤が認定された事案である。

Xは、橋から転落して両手を骨折し、Y病院で両手の骨折部の手術を受けたが、Xの左手には強い変形と知覚及び機能障害、右手には手関節と拇指の機能障害の各後遺症が残った。判決は、Yの手術手技は術式選択上の裁量を逸脱し、一般医療水準に達しない過誤があったとした。その上で、被害者に対する加害行為と、被害者の罹患していた疾患が共に原因となつて損害が発生した場合は、過失相殺の規定を類推適用して被害者の罹患していた疾患を斟酌するのが相当であるとした。そして、Xの左手に生じた後遺障害の六割は転落事故による骨折に起因するものと認められるから左右両手を通じたXの後遺障害のうち五割は転落事故による骨折に起因して発生したものと認めるのが相当とした。

【20】東京高判平六・一〇・二〇判時一五三四号四二頁は、高血圧傾向、喘息の持病を有するAが胃内視鏡検査の前処置として経口麻酔剤を飲んだところ、痙攣等を起こして死亡した事案である。判決は、死亡と麻酔剤投与との因果関係を肯定した上で、損害について次のように判示した。Aのキシロカイン中毒症状の発現及び回復できなかったのは、当時のAの身体的素因が影響を与えていると認められるので、死亡の結果生じた損害

全部をYに負わせることは正当でない。民法七二二条二項の規定の類推適用により、五割に限定すべきである。

【21】未熟児網膜症事件において、患者の失明とYの過失との因果関係を肯定した上で、Yの賠償責任を過失相殺法理の類推適用により減じているものがある。名古屋高判昭五七・九・二九判時一〇五七号三四頁、広島高判平六・二・七判タ八六〇号二二六頁は、それぞれ五割を減じている。

2 考察

(1) 医療過誤事案に(ア)割合的因果関係説、及び(イ)寄与度による減額説を適用することの妥当性について考える。

(ア)は、医療側から医師等の過失が患者の結果にどの程度寄与しているかを問うている。【1】・【2】は、クモ膜下出血の確定診断の遅れが手術の遅れを招いた事案につき、事案の個別性を考慮した上で適宜に手術が行われた場合の生存率を根拠に医師の損害賠償責任の割合を決している。妥当な判断と思われる。

(イ)は、患者の素因部分を損害賠償額算定の側面で斟酌して、賠償額から減ずる寄与度減額を行っている。②裁判例は、一般条項Ⅱ公平の原則を援用し、その事由として、【13】・【18】は、適切な治療をしても完全な健康体に戻れたかどうか疑問であること、また、【14】は、予後が著しく不良であることなどを

挙げる。これらを考慮すると、医師に全額の損害賠償を課すことは、公平な損害分配という観点から許されないとする。しかし、疾患の性質上とか、予後が著しく不良という曖昧な文言のみでは、事由としては不十分であり、やはり、減額も止むなしと原告側を納得させるためのさらなる客観的事情が必要であろう。その内、【13】判決は、原因疾患の特殊性を考慮して一割の減額をしたものと思われるが、減額するか否かは、本件の場合は、医師の過失の程度・態様を斟酌した上で慎重に判断されるべきであろう。すなわち、医師が、患者を入院させておきながら、その後、患者を一切診察せず、看護婦からの電話連絡だけで結果的に症状悪化を促すこととなった薬剤を患者に投与させているのである。この医師の過失の態様からも責任の減額は許されない事案であったといえ、患者側から見た公平を失するといえよう。③裁判例は、過失相殺条項を類推適用するに当たって、損害拡大に影響を与えた患者側の事由として、【19】は転落事故による骨折自体を、【20】は患者の高血圧傾向や喘息等の持病を、【21】は患者の網膜の未熟性をそれぞれ挙げていた。民法七二二条二項の過失が被害者の客観的な態様(客観的注意義務違反)⁽⁸⁾にすぎないとすれば、それに、やはり被害者の客観的態様である病的素因を重ね合わせることは一見自然のこの

ように見える。とくに被害者の過失は加害者の責任決定のための一事情と考えるのであれば病的素因もその一事情ということであったくバラレルに解決されようである。しかし、これらの事情があったからこそ医師に診療を依頼したこと、医師は、これらの事情を熟知した上で治療に当たっていること等を考慮すると、そもそも、これらは過失相殺の対象となる被害者側の事情といえるのか疑問である。⁽¹⁰⁾この種の医療過誤事案において病的素因を過失相殺条項の対象とすることは難しいと思われる。では、学説は、患者の身体的体質を帰責事由とすることをどのように見ているか。まず、肯定的見解である。未熟児網膜症事例のように素因(網膜の未熟性)の予見可能性は存在するが、そもそも過失が認められるかどうか微妙なケースにあつては、過失を肯定したこととのバランス上、減責したものと見るべきであるとする。⁽¹¹⁾未熟児への酸素投与については、医学的判断が要求されるという事情もあつて判決上はかなり広く医師の裁量が認められてきたこと、さらに、特定の時期における眼底検査等の義務が非常に高度のものであり、また、それを遵守することが相当困難であることへの配慮、ないしは高度な注意義務の違反は、違法性ないしは非難性が低いといった意識が見られるのではないか。⁽¹²⁾つまり、一般臨床医に未熟児眼底検査を義務づ

けることが難しい等の理由から、素因（網膜の未熟性）の予見可能性はあるが、そこから回避義務を課すことに躊躇する事案が多くなるということである。このような事情にあつて医師の過失を肯定することは難しいことであろう。しかし、失明という結果の悲惨さを考え、医師の過失を認めた上で損害賠償の範囲につき素因（網膜の未熟性）を事由に減額していると捉えられよう。次は、否定説である。右で触れたように、この種の事案で問題となっている患者の体質的事情は、その事情ゆえに医師に診療を求めている⁽¹³⁾【5】【8】ことから、それらは診療契約の内容となるとする。そこで、契約内容の不履行によつて疾病等が悪化・拡大して損害が生じた場合には、その診療過誤と最終的な損害との間に因果関係が肯定されれば、全損害につき賠償責任が発生する。また、医師に課される損害拡大を回避すべき義務は、損害の全部に注意義務違反の効果、原因力が及んでおり、その医療過誤と全損害との間の因果関係が肯定される以上損害を割合的に減額すべき要請はないとする⁽¹⁴⁾。

(2) 1の裁判例において患者の疾病自体の死亡率・救命率は、損害賠償額の減額事由としてどのように位置づけられているか、さらに、その適用の是非について考察する。

まず、位置づけである。へa）疾病自体の死亡率（生存率）

を損害に対する患者の寄与度として捉え、直截にその割合を賠償額に反映させている裁判例には、【4】【7】【17】がある。へb）死亡率・救命率と他の諸事情とを勘案した上で減額割合を決めているものには、【6】【10】【12】がある。さらに、へc）死亡率・救命率を数字で表示せずに疾患自体の性質として、次のようにいうものがある。重症なケースであり後遺症が残った可能性も否定できない【9】、確実に健康になれたかどうかわからない【13】、予後が不良である【14】等である。

では、これら死亡率・救命率の適用をどのように見るか。へa）へb）の疾病自体の死亡率・救命率を理由に減額することについて、死亡率・救命率は、数字的に評価しやすく裁判官の恣意を許すおそれも少ないことから、既に発生した医療事故の事後的な医師と患者の関係を公平に規律するものとして基本的に是認してよいとする見解がある。一方、否定的見解として次のものがある。第一は、死亡率が一割ということは、適切な治療を受けていたならば生存した可能性（率）が九割あったといえるから、医療過誤における因果関係認定の原則的立場に立ち、各事案に即した証拠の総合的検討により蓋然的な因果関係存否の判断を導くことで足りるとする。第二に、医師の帰責原因・因果関係が肯定された以上、現行法上はいかに過失の程度

が低くても、過失相殺の場合以外は他の要因を考慮せず全損害の賠償を肯定すべきものとされているから、死亡率が一割である⁽¹⁸⁾ことを事由として一割の減額をすることは妥当ではないとする。

(3)以上の考察を踏まえると、医療過誤事案に割合的減額論を適用して損害額を減額するに当たっては、当該事案の個別性・特殊性を勘案し、さらに医師の過失の態様・程度を加味した上で、慎重に判断されるべきであるということになる。そして、右の事案の個別性・特殊性は、当該疾患自体がもつ客観的データとしての数字による救命率・治療率を軸にして、当該患者に的確に置き換えられた具体的数値をもつて提示されるべきであろう。また、次に見る医療における医師と患者の関係からも、疾病の特異性や患者の体質といった曖昧な事由によって損害額を減額することは、本来の割合的減額論の主旨に反して、医師と患者間の損害分担に不公平な結果を招くことになる。すなわち、医師は診療に際して、患者を医師に向かわしめた病と、当該疾病の周囲に潜在するであろう患者の特異体質や疾患等を踏まえた上で、起り得る危険性を予見して悪しき結果を回避すべき注意義務を負っているということである。にもかかわらず、疾病自体の特異性や患者の体質といった抽象的、かつ、漠とした事由によって損害額を減額すると、あらゆる事案において、

医師には過小な責任しか問えないことになると思われるからである。

(三)「キング理論」と割合的減額論との比較・検討

割合的減額論を、割合的因果関係説と、寄与度による減額説とに区分した上で、「キング理論」との比較・検討を行う。

1 「キング理論」と寄与度による減額説

「キング理論」は、被告の過失と被害者のチャンス喪失との因果関係を問い、因果関係が肯定されると、被告が被害者から奪ったチャンスのパーセント分だけの損害を被告に賠償させるとする。この点につき次のような批判がある。伝統的因果関係論によれば当然に一〇〇パーセントの賠償が得られるはずの被害者にキング理論を適用すると、失われたチャンスのパーセント分の賠償に止めてしまうため、結果的に被害者の損害額を減額することになるとする(一三二頁参照)。一方、寄与度による減額説は、加害者の過失と被害者に生じた結果との因果関係を肯定した上で、損害評価の側面で被害者の素因等の事情が結果にどれだけ寄与しているかを判断して、寄与分の賠償額を減額する。寄与度による減額説も、寄与度の割合に応じて減額するから、右の「キング理論」への批判が当てはまる場合がある

う(二)1掲載【4】【7】裁判例)。

両者における相違点は、次のように捉えられる。第一は、被告の過失との因果関係を問うのは、前者では被害者のチャンスの喪失であり、後者では被害者における最終的な結果である。

第二は、賠償すべき損害額の算出法の違いである。すなわち、前者は、被告が被害者から奪ったチャンスのパーセント分(全損害額にチャンスのパーセントを乗じたもの)の額であり、後者は、全損害額から被害者側の素因等が寄与した割合分(全損害に寄与度(割合)を乗じたもの)の額を差し引いた額である。

以上より次のことがいえよう。「キング理論」は、被害者の既存状況、つまり患者の疾患自体の救命率・治療率等をその高低にかかわらず損害評価の側面で正当に扱うことを前提とするから、被告の損害賠償責任は、被告が奪った患者の疾患の救命率・治療率に依存する。ところが、寄与度による減額説では、加害者の過失と被害者の結果との因果関係を肯定した上で、被害者側の諸事情を斟酌すると加害者に全損害の賠償責任を課するのは公平ではない等の理由から減額をする。それゆえ、(一)1の裁判例からも明らかなように疾患の死亡率や不治癒率は、患者をめぐる諸事情の一つとして斟酌されるにすぎない。すなわち、両者には損害評価における被害者の既存状況の捉え方に相違が

あることが理解されよう。

2 「キング理論」と割合的因果関係説

「キング理論」は、既存状況や将来の成行きが関わる事案は、因果関係というよりも価値評価の問題であると説くように、被告が引き起こした損害の程度・範囲に関する理論であるといえる。悪しき結果を避け、好ましい結果を得るチャンスを喪失したことの価値評価であり、チャンスの喪失自体が損害賠償の対象となる。すなわち、被告の過失と、被害者のチャンスの喪失との因果関係が立証されると、被告は、被害者に生じた損害のうち当該チャンス(割合)分の損害を賠償しなければならぬのである。「キング理論」を採用した裁判例は、被告の責任範囲について次のように判示する。例えば、**[13] Herskovits** 判決は、患者の死亡自体よりも生存のチャンスの減少や喪失を被侵害利益と捉えた上で、医師等は、死亡によって生じた全ての損害ではなくて、生存のチャンスの減少、または喪失が引き起こした範囲内の損害の賠償責任があるとしている(四九巻六号五六頁掲載裁判例参照)。

一方、割合的因果関係説は、結果との一〇〇パーセントの事実に因果関係のうち、加害者の過失が占める因果関係ほどの程度かを割合的に判断し、これを法的因果関係と一体として位置

づけて、損害額をその割合で決めるというものである。また、この説については次のようにも説明されている。⁽²¹⁾これは、損害の発生・拡大につき、複数の原因が考えられる場合に、それぞれの原因は損害に対して一定の割合でしか因果関係を有しないという考え方である。つまり、加害者は、加害者の過失が結果発生に寄与した(因果関係を持つ)割合分だけの損害を賠償するということになる。

このようにキング理論と割合的因果関係説は、加害者と被害者との間における相当かつ公平な損害の分配を志向する理論であり、損害の評価においても同様な思考法を採るといえよう。例えば、医療過誤事例において、医師の過失が治癒率六〇パーセントの患者の治療を不成功に終わらせたとする。キング理論によると医師の過失が患者の六〇パーセントの治療のチャンスに奪ったことになり、また、割合的因果関係説からみると、医師の過失は、患者の死亡に対して六〇パーセントしか因果関係を持たないということになろう(残りの四〇パーセントは疾病自体が持つ不治の確率である)。

(四) 考察

日本法における割合的減額論は、加害者の賠償責任の有無と

その範囲を決める際の、事故関与当事者の損害分担の公平化という観点から唱えられたものである。加害者側と、それによって不利益を受けた被害者側との間で、当該不利益から生じた損害をいかに公平に分担するかである。「キング理論」も同様に、従来の、既存状況が関わる人身損害において被害者救済が十分であったことを指摘し、妥当な損害の分配方法を提示している。つまり、悪しき結果を避け、より良い成果を得るチャンスが正当に評価されず、医師の過失によってチャンスを喪失した場合の損害評価が、*all-or-nothing*アプローチによってなされていたために、患者は賠償されるか否かのどちらかであったとする。そこで、五〇パーセントよりも多くないチャンスを喪失した場合も、そのチャンスの率(救命率・治癒率など)に応じた損害賠償がなされるべきであると主張する。

これら両論の主旨を踏まえると、具体的事実関係より当該患者の救命率・治癒率等を数字で提示できる場合は、「キング理論」を寄与度減額説に取り入れて、医師の過失が奪った患者のチャンス(救命率・治癒率)分の損害額の賠償責任を医師に課す方法が妥当しよう。わが国の裁判制度にあつては、救命率・治癒率は、数字的に評価しやすく裁判官の恣意を許すおそれもなく、医療事故における医師と患者の関係を公平に規律する

ものとして基本的には認してよいであろう。⁽²²⁾ すなわち、日本の裁判においては、専門家である裁判官が証拠を十分に検討・吟味するから、「キング理論」に向けられているような懸念（一三〇頁参照）は不要であり、法廷に持ち込まれた統計的資料は正当に判断されよう。そして、裁判官は、具体的な診療経過に基づいた当該患者特有の資料等を検討した上で、妥当な損害額を算出することができると考えられる。

「キング理論」は、医師が奪った患者の救命率・治癒率が損害額算出の基礎となる（一章四（一）参照）。一方、寄与度減額説では、被害者の素因としての患者の死亡率が、損害の金銭評価の側面で、賠償額を減額する一要素として捉えられる。例えば、心臓発作で患者が死亡した場合に、医師の誤診が患者の三割の救命率を奪ったことが立証されたとする。医師の賠償責任は、キング理論によれば患者の死亡によって生じた損害額に三割を乗じた額になるが、ここで、寄与度減額説によって死亡率七割を中心に、他の患者側の諸事情を斟酌して患者側の寄与度を再決定する。患者の年齢、それまでの健康状態、患者が重症な心疾患を患っていたこと、心疾患を抱えながら生きていかなければならなかったことなどの諸事情である。さらに、医師の過失の態様と程度も割合の決定に影響を及ぼす。最終的な患者側の

寄与度（割合）から導びかれた医師の責任割合を死亡による損害額の総計に乗じて損害額を決めることになる。⁽²³⁾

註

(1) いわゆる「仮定的因果関係」の問題としても論じられよう。

櫻見由美子「不法行為における仮定的な原因競合と責任の評価（1）」（6・完）判例時報一一二四号、一一二七号、一一三四号、一一五三号、一一六六号、一一八四号（一九八四）八六、同「損害賠償法における仮定的因果関係等をめぐる問題」判例タイムズ五九六号（一九八六）、同・日本交通法学会編「人身賠償・補償研究第一巻」（一九九一）。

本稿で扱う「期待権」をめぐる事案は、仮定的因果関係等をめぐる問題として、事実的因果関係のレベルではなく、損害賠償の側面で処理されるべきものともいえる。

(2) 倉田卓次「被害者の素因との競合」交通法研究一四号九六頁以下（一九八五）。

(3) 野村好弘「因果関係の本質―寄与度に基づく割合的因果関係論」交通事故損害賠償の法理と実務六三頁、七八から七九頁（一九八五）。割合的因果関係の考え方は、野村「自動車事故における因果関係の認定」交通民集一巻

索引・解説号二二三頁において登場したものであり、その後も野村教授によって整備されていった(加藤新太郎「因果関係の割合的認定」判例タイムズ六三三三三三四頁注(33)(34)(二九八七)。

(4) 倉田・前掲註(2)九七頁。

(5) 田邨正義「交通事故訴訟の処理上の問題点」新実務民訴講座5四五頁(一九八三)。

(6) 加藤新太郎「因果関係の割合的認定」判例タイムズ六三三三三三四頁。

(7) このような見解が対立する中で、最高裁は、まず、最一小判昭六三・四・二一民集四二巻四号二四三頁で、被害者の素因のうちの心因的要因につき次の通り判示した。「損害の拡大について被害者の心因的要因が寄与しているときは、損害を公平に分担させるといふ損害賠償法の理念に照らし、裁判所は、損害賠償額を定めるに当たり、民法七二二条二項の過失相殺の規定を類推適用して、その損害の拡大に寄与した被害者の右事情を斟酌することができる」。次いで、最一小判平四・六・二五民集四六巻四号四〇〇頁は、加害行為と被害者の疾患とが損害発生に寄与した場合には、「損害賠償の額を決めるに当たり、民法七二二条二項の過失相殺の規定を類推適用して、被害者の当該疾患をしんしゃくすることができる」と判示した。さらに、最一小判平八・一〇・二九民集五〇巻九

号二四七四頁は、次のような判断をしている。すなわち、被害者が平均的な体格や通常の体質と異なる身体的特徴を有していたとしても、それが疾患に当たらない場合には、特段の事情がない限り、被害者の右の身体的特徴を損害賠償の額を定めるに当たり斟酌することはできない。さらに、交通事故により傷害を被ったことに基づく損害賠償の額を定めるに当たり首が長いという被害者の身体的特徴を斟酌することはできない、とした。

これらの判決から、損害賠償額の算定において被害者側の事情を斟酌する法的根拠は、民法七二二条二項(過失相殺)の類推適用にあることが明らかになったといえる。

(8) 東京地判昭和四四・一〇・二二判時五七五号五八頁。

(9) 窪田充見「被害者の素因と寄与度概念の検討——不法行為上の損害賠償額決定過程の一考察——」判例タイムズ五五八号五九頁(一九八五)。

(10) 浦川道太郎「不法行為による損害賠償額の算定と被害者の身体的特徴の考慮」私法判例リマックス一九九八(上)六四頁は、次のように言及する。最高裁(最一小判平八・一〇・二九民集五〇巻九号二四七四頁)は、「極端な肥満など常人の平均値から著しくかけ離れた身体的特徴を有する者が、転倒などにより重大な傷害を被りかねないことから日常生活において通常人に比べてより

慎重な行動をとることが求められる場合」を例外として、このような特段の事情にある身体的特徴は斟酌できるものとして、るところをみると、本来的な過失相殺が問題となり得る被害者自ら損害の発生・拡大回避が求められるような状況の観点から素因を区分し、単なる「身体的特徴」はそのような状況に当たらぬものと把握しているようにも考えられる。

- (11) 能見善久「寄与度減責—被害者の素因の場合を中心に—」民法・信託法理論の展開—四宮和夫先生古稀記念論文集—三三—三三三頁（一九八六）。
- (12) 錦織成史「医療過誤訴訟における賠償の減額事由について」司法研修所論集一九九五—一九九頁。
- (13) 大阪高判昭六三・三・二五判時—二八六号六一頁は、医師は、患者の特異素因である難聴を認識した上で治療行為を行うのだから、当該素因を事由に損害額を減殺することは許されないとする。
- (14) 橋本英史「21因果関係—患者の特異体質」裁判実務大系17 医療過誤訴訟法三六三頁（一九九〇）。
- (15) 小笠 豊「15損害額減額要素—渡邊良夫編 医療事故と患者の権利—四一頁（一九八八）。
- (16) 最判昭和五〇・一〇・二四民集二九卷九号一四一七頁。
- (17) 稲垣喬「医療過誤訴訟の理論」九七頁（日本評論社、一九八五）。

(18) 西垣道夫「鞭打ち症」における損害算定上の諸問題—現代損害賠償法講座7 三二七頁（一九七四）。

(19) King, at 1394-96.

キング理論は、被告の過失と最終的損害との因果関係を all-or-nothing によって否定するのではなく、チャンスの喪失自体を権利侵害と捉えた上で、過失に因るチャンスの喪失が立証されたら（この場合の立証基準としては、all-or-nothing アプローチを否定しない）、チャンスの割合に応じた損害賠償を認めるとする損害評価の理論である。

(20) 小賀野晶「割合的因果関係論—議論の沿革と判例における割合的判断の定着」判例タイムズ八四七号五九頁。

(21) 能見善久「寄与度減責—被害者の素因の場合を中心として—」加藤一郎・水本浩編 民法・信託法理論の展開—四宮和夫先生古稀記念論文集—二一九頁（一九八六）。

(22) 小笠・前掲註(15)。

(23) King, at 1382.

おわりに

死亡した患者の疾患が、たまたま治癒率・救命率が低いものであった場合には、その診療過程において医師が過失をおか

ていたとしても、過失と死亡との間に因果関係がないというところで、医師の過失や、患者が被った不利益について立ち入る余地がないのだろうか。

本稿が、「期待権」事案として捉えたものは、医療過誤が生起した時点における患者の生存、または回復の可能性は僅かであり、医師の過失の有無にかかわらず同様の結果を迎えた蓋然性が高い疾患の場合である。しかし、医師の過失の態様を見ると、当然尽くすべき基本的な注意義務を懈怠したとか、患者の精密検査の申し入れを放置した等、その程度が決して軽微とはいえないものが多い。それゆえ、この種の事案における医師の過失とそれに因る被侵害利益を明らかにして、患者救済のための理論を構築することが本稿の課題であった。

そこで、アメリカの「チャンスの喪失」論(「立証緩和アプローチ」と「キング理論」)を学説・判例を通して分析・検討し、「期待権」事案判決が採る論理との有機的な結合を探った。まず、「立証緩和アプローチ」から次のような示唆を得た。「立証緩和アプローチ」は、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過程に置くことによって因果関係立証を図ろうとする

一手法であると捉えた。その上で「期待権」事案には、ヒックス理論(生存の実質的な可能性基準)と、被害の危険性増加基準を次のように取り入れられよう。すなわち、医師の過失と、

患者の生存の実質的な可能性が奪われた、または被害の危険性が増加した等の権利侵害との間に因果関係が立証された場合は、右の権利侵害によって生じた「身体的・精神的苦痛の増強」自体 (pain and suffering) を損害として評価するのである。次に、「キング理論」については、「キング理論」の背景と主旨を踏まえた上で、「期待権」事案以外の医療過誤事案における患者・医師間の公平な損害分配を求めて検討した。「キング理論」は、日本法の寄与度減額説と同様の理念を持つところから、患者の救命率・治癒率を数字で示すことができる事案では、寄与度減額説に「キング理論」を取り入れることを主張した。これによって、賠償するかしないかの二者択一ではない柔軟な対応、すなわち、患者・医師間におけるより公平な損害分担が可能となるう。

以上、診療過程における患者の心身の被侵害状態を損害と捉えるべきであるとしたが、これにより、診療における医師と患者の関係から生起する様々なものが損害として評価されることになる。例えば、医師の病名告知に関わる問題がある。医師

と患者の継続的な関係の中で、その告知の時期や内容及び相手、さらに、病名を告知した後の患者の精神的ケアを医療側がどのように引き受けていくか等の問題が生じよう。今後の裁判例の集積を待つてこれらを分析・検討することにより、「身体的・精神的苦痛の増強」自体の内容を評価する際の手がかりが得られると考える。

また、「期待権」事案における患者の「身体的・精神的苦痛の増強」は、医師の過誤によって、悪性疾患にどのように対峙していくかを患者自身が決める、いわゆる患者の「自己決定権」が侵害された結果生じた身体的・精神的苦痛と捉えることもできるのではないか。患者が自分の余生をどう生きるかというライフ・スタイルの問題、あるいは、生活の価値といったものをどのように法的利益として認めていくかの議論を要しよう。

さらに、精神的苦痛という人の内面の問題、身体的苦痛といった人の感受性の問題、つまり、本質的に本人以外には量り得ないものを損害として評価することの不合理さをどのように解決するかである。

これらの問題の分析・検討を通して、事案により適合した理論を構築することができるかと考える。今後に託される研究課題である。

以上