

論 説

イギリス・アメリカ・カナダ・オーストラリアにおける機会喪失論と日本の相当程度の可能性 (1)

平 野 哲 郎

目次

第1 はじめに

第2 問題の設定

1 定義

2 問題となる場面の区別

ア 悪しき結果の発生の有無による区別

イ 失われた可能性の程度による区別

ウ 機会の喪失後の悪しき結果の発生

エ 医師の過失と機会の喪失の因果関係

3 具体例と問題点の整理

第3 コモン・ロー諸国の機会喪失論

1 イギリス

ア 医療過誤訴訟における機会喪失論の否定

イ 機会喪失論に代わる因果関係法理としての「著しく増加した危険性」テスト

ウ 小括～機会喪失論の表面的な否定と実質的な判断の留保

2 アメリカ合衆国

ア 機会喪失論の旗手キングの理論

イ キング理論の実務への浸透

ウ 小括～機会喪失論の広汎な受容

3 カナダ

ア 連邦最高裁の慎重な姿勢

イ ブリティッシュ・コロンビア州最高裁サウシン裁判官の契約構成アプローチ

ウ 小括～契約構成による機会喪失論の可能性

4 オーストラリア

ア Ipp レポートと民事責任法による医療過誤訴訟の抑制

イ 機会喪失論に関する判例理論の展開と逆転

ウ 小括～各州最高裁の積極説と連邦最高裁の消極説のせめぎ合い

(以上本号)

第4 日本の「相当程度の可能性」理論

- 1 平成12年判決以前
- 2 平成12年判決
- 3 平成12年判決以降

第5 機会喪失論と相当程度の可能性理論

- 1 概観
- 2 過失論
- 3 因果関係論
- 4 損害論
- 5 証明責任論
- 6 証明度
- 7 機会喪失論と相当程度の可能性理論の関係

第6 結論～将来進むべき方向

- 1 機会喪失論と相当程度の可能性理論の適用場面
- 2 具体例に対する当てはめ
- 3 展望

(以上次々号(45巻1号)掲載予定)

第1 はじめに

医師が過失によって診断や治療を誤った場合に、その過誤がなければ患者がより望ましい治療結果を得る機会があったというとき、その機会の喪失自体による損害賠償を患者ないしその遺族が医師に求められるかという問題について、最近10年ほどの間にイギリス貴族院、アメリカの各州最高裁判所、カナダ及びオーストラリアの連邦最高裁判所及び各州最高裁判所で相次いで興味深い判決が下されている。我が国でも下級審判決や学説が積み重ねてきた機会喪失論や期待権侵害論に代わるものとして、最高裁が平成12年及び15年に＜医師の過失がなければ死亡又は重度の後遺症が生じなかった「相当程度の可能性」が認められる場合に損害賠償請求を認める＞という法理を示した。平成12年以降、下級審ではこの「相当程度の可

可能性」法理による判断が続出し、「相当程度の可能性」ラッシュと呼んでもよい状況となっている。判例データベースLEX/DB（株式会社TKC）に登録された医療過誤事件で相当程度の可能性に言及した平成12年以降の地裁判決は平成23年12月7日現在で89件あり、そのうち請求を一部にせよ認容した判決は64件ある¹⁾。89件の年別の内訳は、平成13年の4件に始まり、徐々に増加し、平成18年には19件に達した。その後徐々に減少し、平成22年には5件になっているが、これは相当程度の可能性の法理を採用する判決が減ったということではなく、この法理に関する裁判例の傾向がある程度定まり、新規性がなくなってきたので、あえて登載する価値が減じたからであろう。

一方、相当程度の可能性の法理が因果関係が認められない場合の受け皿として機能するようになってきたため、過失と現実の悪しき結果との因果関係の立証の証明度について裁判所の求める水準が上がり、なかなか因果関係が認められなくなったという指摘がある²⁾。このような傾向があるとしたら、それは果たして正しい方向なのであろうか。

さらに相当程度の可能性の法理と期待権侵害論、機会喪失論との関係も問題となる。相当程度の可能性の法理が成立した後の下級審には、相当程度の可能性を期待権と同視する判決と、相当程度の可能性とは区別された法益としての機会喪失や期待権侵害を認める判決がある。医療過誤事件の最高裁判決としては平成17年12月8日判決³⁾において、横尾・泉判事の反対意見を批判する才口判事の補足意見が初めてやや揶揄的に「期待権」と

1) 「医療判例検索」で「相当程度の可能性」をキーワードとして検索した結果。医療判例に限定しない場合、平成12年以降の地裁判決で相当程度の可能性に言及したものは、2011年12月7日時点で113件登録されており、この法理が医療過誤以外の分野に拡張しつつあることが窺われる。

2) 石川寛俊「医療行為と死傷の結果との間の因果関係」法と政治60巻4号（2010）1頁、石川寛俊＝大場めぐみ「相当程度の可能性の漂流」法と政治61巻3号（2010）81頁

3) 集民218号1075頁、判時1923号26頁、判タ1202号249頁

いう表現を用い、さらに最高裁平成23年2月25日判決⁴⁾がついに法廷意見として初めて「期待権」に言及した。「相当程度の可能性」と「機会喪失」・「期待権」の関係をどう位置づけるべきだろうか。

本稿は、まずコモン・ロー諸国における機会喪失論に関する動向を概観し、次に機会喪失論と我が国の相当程度の可能性を巡る議論を比較検討する。そして、相当程度の可能性の法理と機会喪失論・期待権侵害論の関係を整理し、この領域で我が国の実務と学説が進むべき方向性を探ることを目的とする。

第2 問題の設定

1 定義

本稿では、コモン・ロー諸国における一般的な定義に従い、機会の喪失 (Loss of a Chance) を「現実には発生した、あるいは発生するであろう結果よりも良い結果を得る機会の喪失又は減少」と定義づける⁵⁾。この「機会」は死亡・後遺障害などの悪しき結果それ自体とは区別された利益である。この機会の喪失に対する損害賠償を認める見解が機会喪失論 (Loss-of-a-Chance Doctrine) と呼ばれる⁶⁾。

4) 集民236号183頁、判時2108号45頁、判タ1344号110頁

5) Australian Law Dictionary (Oxford University Press, 2010) p363

6) 機会喪失論についての古典的著作はキング (Joseph King, Jr.; テネシー大学ロー・スクール教授) による 'Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences' [1981] 90 Yale LJ 1353 である。この論文は、アメリカ、イギリス、カナダ、オーストラリアの100を超える判決で引用されている。また、最近の論考としてオーストラリア連邦最高裁が2010年に下した *Tabet v Gett* 判決を契機として執筆されたルンツ (Harold Luntz: メルボルン大学法学部名誉教授。不法行為法の国際的権威である) による 'Loss of Chance in Medical Negligence' [2010] University of Melbourne Law School Reserch Series 14がある。同論文は、紙媒体での公刊はなされておらず、下記のサイトで閲読することができる。本稿で同論文を引用する際には、ページ数に

悪しき結果それ自体による損害（慰謝料，逸失利益，増加治療費，介護費用等）は従来の債務不履行や不法行為による損害賠償によって請求できるが，より良い結果を得られた機会の減少・喪失は機会喪失論を採用することによって初めて賠償可能となるとされている。

2 問題となる場面の区別

本稿では，機会の喪失が問題になる場面を以下のように分けて考察する。

ア 悪しき結果の発生の有無による区別

機会の喪失や減少がなければ避けられたであろう悪しき結果が，すでに現実に発生した場合とまだ発生していない場合とで機会喪失論の適用は異なるか⁷⁾。

イ 失われた可能性の程度による区別

医師の過失がなければ得られたであろう望ましい結果が発生する可能性が50パーセントより多いか否か（正確には原告がそれを証明できたか否か）によって医師の賠償責任の成否に違いがあるか。

ウ 機会の喪失後の悪しき結果の発生

判決によって機会の喪失は認められたが，判決の時点ではまだ結果が発生していなかったという場合に，その後，現実に悪しき結果が発生したとき，悪しき結果による損害はどのように賠償されるべきか。

エ 医師の過失と機会の喪失の因果関係

医師の過失と機会の喪失の間には因果関係が必要か。また，必要とした場合にその証明度はどの程度必要か。

ならず，項目名による。<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/journals/UMelbLRS/2010/14.html?stem=0&synonyms=0&query=luntz>

7) 前掲注6) ルンツ 'Open' and 'closed' casesの項では，結果が未発生の場合をオープン・ケースと，既発生の場合をクロズド・ケースと呼んでいる。

これらの各問に対しては、本稿末尾で筆者の回答を示す。

3 具体例と問題点の整理

具体例で機会喪失論の提起する問題をとらえてみる。

機会の喪失は、患者が医師に何らかの症状を訴え、合理的な臨床医であればさらに検査や専門医への紹介をする必要があると認識すべき場合に、被告医師がそれを認識せず、適切な対応をとらなかったために診断・治療の機会が遅れ、回復可能性が喪失ないし減少したという場合に問題となる。

例えば、医師が患者の癌について、第1回目の検査時（これを以下「適時」という）に適切な診断をし、治療を開始していれば、回復率が60パーセントあったという事例を想定する（ここで、回復率とは、医学で一般的に用いられる5年後の生存率を意味するものとする）⁸⁾。しかし、医師の診断が1年間遅延したためにその可能性が10パーセントになってしまったとする。「60パーセントの回復率」が意味するところは、同じ症状の患者が100人いた場合に適時に治療を開始したとすると、そのうち40人は治療にかかわらず5年以内に死亡してしまうが、60人は5年後も生存しているということである。さらに生存者60人の中の一定の割合の患者（仮に5パーセントとする）は何ら治療をしなくても、生存しているものとする。

このように考えると、100人の患者は各自の遺伝的な特質やライフスタイルによって、次の3つのグループのいずれかに該当することになる。すなわち、Aグループ＝適時に治療が行われても5年以内に死亡する40人、Bグループ＝何ら治療しなくても5年生存が可能な3人（Aグループ以外の60人の中の5パーセント）、Cグループ＝適時の治療の結果、生存可能性が向上する57人である。AグループとBグループに分類された患者にとっては、医師の過失は死亡又は生存の結果自体には直接の影響はなかったことにな

8) 前掲注6) ルンツPradigm scenarioの項

る。なぜなら、Aグループは治療がなされても死亡するし、Bグループは治療がなされなくても生存するからである。

Cグループの患者については、医師が適時に癌を発見しなかった過誤と死亡との因果関係が肯定され、死亡による損害について医師に賠償責任が認められることには異論はないであろう。この場合、因果関係の判断について、まず「あれ（過失）なければこれ（死亡）なし」との関係が成り立つかどうかによって判断をする‘but for’テストによって事実的因果関係が判断され、それが肯定された場合に法的に過失者に帰責を相当するだけの関連性（相当因果関係・帰責的因果関係）が認められるかが判断されるという枠組みは、コモン・ロー諸国もシビル・ロー諸国もほぼ一致する⁹⁾。

以下、上記のケースを前提として、派生する問題を列挙する。従来、これらの問題が十分に区別されずに論じられていたように思われる。

- ① Cグループの患者が賠償対象となることは認められても、当該患者がCグループに入る（あるいはA又はBグループに入らない）ことについては、いずれの当事者がどの程度立証しなければならないのか。
- ② 当該患者がCグループに入ると立証されても、まだ悪しき結果が発生していない段階で、請求は認められるのか。
- ③ Cグループだけが損害賠償に値するのか。AグループやBグループの患者は医師の過失があってもなくても結果は同じであったのだから、過失ある医師に対して何らの請求もできないのであろうか。もし、何らかの請求ができるとしたら、その場合の損害や因果関係はどのように考えるべきであろうか。
- ④ 早期に治療を開始する機会の喪失を損害ととらえるとした場合に、癌の発見が適時から1年遅れたことによって、回復率が60パーセントから10パーセントに低下したのではなく、55パーセントに低下しただけの場合

9) 我が国では、平井説（平井宜雄『損害賠償法の理論』東大出版会、1971）以降、相当因果関係に代えて保護範囲という概念を採用する見解が多い。

合もその機会の喪失は損害と認められるのであろうか。

- ⑤ 適時に発見した場合でも、回復率が50パーセント以下だった場合、例えば45パーセントだった場合は賠償責任が発生するのか。これが30, 20, 10・・・パーセントだった場合はどうか。
- ⑥ 死亡や機会喪失といった結果と因果関係の立証の程度に応じた割合的な賠償を認めるのか¹⁰⁾。
- ⑦ 契約構成か不法行為構成かで、機会喪失論の適用に違いはあるのか。

以上のように、医師の過失によって患者が治療機会を喪失した場合については、多くの問題がある上に、議論が過失論、因果関係論、損害論、証明責任論にまたがるため錯綜している。諸外国においても、それぞれの場面で裁判所がどのように判断するかは判例・裁判例からある程度の推測はできるものの、未解決の問題も少なくないとされている。

これらの問題を解決して、妥当な結論を導くためには、過失論、因果関係論、損害論、証明責任論などのいずれか、又はいずれにおいても伝統的なルールを修正する必要があると思われる。そのために、例えば機会喪失論の採用、不法行為責任と契約責任の関係の見直し、立証責任の転換などが考えられる。私は、これらの問題を今後研究していく予定であるが、本稿だけで全てを解決することはできないので、本稿ではまず損害論に焦点を当てることにする。ただし、上記の問題提起に対する回答は本稿末尾で示す。

以下、まずコモン・ロー諸国における機会喪失論を巡る判例・裁判例の状況を概観する。

10) すなわち、因果関係の立証があった場合には100パーセントの賠償を認め、立証がない場合は0となるのか、立証の程度に応じた賠償を認めるのかという問題である。

第3 コモン・ロー諸国の機会喪失論

1 イギリス¹¹⁾

イギリスでは、医療訴訟以外の分野においては、機会喪失論は古くから採用されている¹²⁾。医療過誤の結果としての機会喪失が損害賠償の対象となるかは、イギリスの最高裁に相当する貴族院 (House of Lords) で二度にわたって審理の対象となった¹³⁾。すなわち、1987年の *Hotson v East Berkshire Area Health Authority* 事件¹⁴⁾ と 2005年の *Gregg v Scott* 事件¹⁵⁾ である。

ア 医療過誤訴訟における機会喪失論の否定

(ア) *Hotson v East Berkshire Area Health Authority* 事件

この事件は、下肢骨折をした13歳の少年について医師が脚のX線写真は当日撮影したものの、腰については撮影しなかったために適切な処置が遅れ、股関節に血管性壊死が生じ、股関節運動障害が残ったというケースで、病院も過失を認めていた。第一審裁判所は適時に適切な処置が執られていたとしても、最初の診断の時点ですでに壊死は発生しており結果が変わらなかった可能性が75パーセントあるが、被告は過失により原告から25パーセントの回復可能性を奪ったと認定して、障害による損失 (4万6000ポンド) の25パーセント (1万1500ポンド) の賠償を病院に命じた。因果関係は証拠の優越 (51パーセント以上の蓋然性) によって立証される必要

11) イギリスの医療訴訟における機会喪失論をめぐる状況については荒谷謙介「イギリス医療訴訟における『可能性の喪失論』について」判タ1210号29頁以下(2006)に詳しく紹介されている。

12) 美人コンテストへの参加通知が遅れたために参加の機会を喪失したことについて損害賠償を認めた *Choplin v Hicks* 事件 ([1911] 2 KB 786 (CA)), 弁護士事務処理怠慢により勝訴の機会を喪失したことについて損害賠償を認めた *Kitchen v Royal Air Force Association* 事件 ([1958] 2 All ER 241 (CA)) 等。

13) イギリスでは、2009年10月1日に、連合王国最高裁判所が設立され、司法権が立法府から分離した。以下、紹介する事件はそれ以前の判決である。

14) [1987] UKHL 1; [1987] AC 750[HL]; [1987] 2 All ER 909.

15) [2005] UKHL 2; [2005] 2 AC 176[HL]; [2005] 4 All ER 812.

があるというコモン・ローの伝統的な考え方からすれば、回復可能性が25パーセントしか立証できていないのであれば、被告の過失と原告の障害の間の因果関係が立証されていないことになるから損害賠償請求は認められないという結論になることが予測された。しかし、第一審は伝統的な考え方から離脱し、「25パーセントの回復可能性の喪失」という損害が生じていると認め、その賠償として上記の額の支払を被告に命じたのである¹⁶⁾。控訴と付帯控訴は全員一致で棄却された¹⁷⁾。

これに対して上告を受けた貴族院は、本件を事実認定の問題として取り扱い、最初の診断時に壊死が発生していた可能性は75パーセントではなく、確実（100パーセント）なものであったと認定した。そのような認定のもとでは、医師が適切な処置をしたからといって状況が変わることはあり得ず、原告が何らかの機会を失ったということもないとして、貴族院は被告（病院）の上告を認容した。したがって、この事件では貴族院は機会喪失論そのものを取り上げることなく結論を導いたので、機会喪失論の採否自体は未解決の問題として残された。

（イ）*Gregg v Scott*事件

次に機会喪失論が貴族院の判断を受けることになったのは*Gregg v Scott*事件である。この事件では、被告医師は原告の左腕のしこりを脂肪腫と診断したが、9か月後に原告が他の医院から紹介された専門病院では、このしこりは癌性リンパ腫と診断された。第一審では診断の遅れにより原告の10年生存率が42パーセントから25パーセントに減ったと認定された。しかし、第一審裁判官は、*Hotson*事件の貴族院判決によれば医療過誤事件においては機会喪失論は適用されないものと解して、裁判の時点で考えれば原告はまだ生存している以上、被告の過失が原告の生存可能性の減少という

16) [1985] 1 WLR 1036.ほかに被告の治療が5日間遅れたことによって原告の痛みが継続したことによる150ポンドの賠償も認められた。

17) [1987] 1 All ER 210; [1987] 2 WLR 287.

損害を生じさせたことは立証されていないとして請求を棄却した¹⁸⁾。

控訴審は、2対1で控訴を棄却した¹⁹⁾。多数意見のうちマンス (Mance) 裁判官は、機会喪失論を認めることは割合論による請求の門を開くことになり、損害賠償請求の新たなカテゴリーを作り出すことになるとして、消極説を採った。多数意見をとったもう一人のブラウン (Brown) 裁判官は、*Hotson*事件の第一審裁判官であるが (すなわち同事件では機会喪失論を採用したわけだが)、*Hotson*事件で貴族院は実質的に機会喪失論を否定したもののとの理解を示して、その適用を否定した。これに対して、レイサム (Latham) 裁判官は、後述のオーストラリア最高裁の1998年の*Chappell v Hart*判決などを引いて、機会の喪失が重大 (significant) な場合は損害賠償の対象となるとの反対意見を述べた。

原告から上告がなされたが、貴族院は上告を棄却した。なお、事件が貴族院に達した時点ですでに被告医師による診断時から10年が経過していたが、原告はまだ生存していた。

貴族院の多数意見はホフマン (Hoffmann) 裁判官、ヘイル (Hale) 裁判官、フィリップス (Phillips) 裁判官の3名である。このうち、ホフマン裁判官とヘイル裁判官は機会喪失論そのものを否定した。ホフマン裁判官は、全ての事象は因果律によって予め決定されており、それが我々には分からないだけであり、その知識の欠如は立証責任 (因果関係の立証責任は原告にある) によって法的には処理されるという決定論に立ち、本件では原告の10年生存率は被告の過失の時点においても50パーセント以下であったから原告は証拠の優越によって因果関係を立証できていないと述べた²⁰⁾。へ

18) 控訴審である[2002] EWCA Civ 1471, [2002] All ER (D) 418 (Oct).におけるレイサム裁判官の引用による[42]-[44]

19) [2002] EWCA Civ 1471, [2002] All ER (D) 418 (Oct).

20) [79]。このホフマン裁判官の決定論に対しては、荒谷裁判官が「『可能性など存在しない』との主張は、我々の直観に反する」「例えば原告においてがんがあることを知らされていれば、飲酒・喫煙をやめるなど、より健康的な生活を送った

イル裁判官は、後述のキング教授の論文²¹⁾に言及し²²⁾、その論理は認めつつも、機会喪失論を採用するとほとんど全てのケースについて賠償責任が発生することになり、それは望ましくないという政策論を理由に機会喪失論の採用を否定した²³⁾ ²⁴⁾。フィリップス裁判官は、医学的証拠を詳細に検討して、9か月の治療の遅れが原告の生存可能性に何らかの影響を与えたとは認められず、特に原告がまだ生存している本件では原告の回復可能性の侵害程度を認定することは困難である、と述べた²⁵⁾。

これに対して、2名の少数意見は、ニコルズ (Nicholls) 裁判官とホープ (Hope) 裁判官である。ニコルズ裁判官は機会喪失論を明確に支持し、患者の損害は、望ましい結果を得られた可能性であると捉えている。すなわち、同裁判官は、足を保持できる可能性を失うことと足を失うことは別ではあるが、それは医師が直接責任を負うべき可能性の喪失を損害として評価することを拒絶する理由とはならない、機会の喪失は訴求可能な損害を構成すると述べている²⁶⁾。ホープ裁判官は、本件における損害は、治療機会の喪失ではなく癌の拡大という身体的な変化であり、それを避けるべきことは医師の義務の範囲内であるから、医師はそれについて責任を負うとする考え方であり、機会喪失論とは異なる見解から請求を認めている²⁷⁾。

可能性があり、その結果生存率も向上したかもしれない。このような点を考えると、決定された状況と決定されていない状況は必ずしも簡単に区別できない場合もあり得る」と批判している（前掲注11）42-43頁）。

21) 前掲注6)

22) [213], [221]

23) [224]

24) ただし、ヘイル裁判官は「幾ばくかの遺憾の気持ちとともに（“with some regret”）」棄却すると述べている[227]。

25) [169]

26) [24], [25]

27) [117], [121]-[124]. 身体的変化を損害と捉えるホープ裁判官の見解は一見伝統的な枠組みの中で原告を救済できる考え方のように思われるが、原告の求めている治療の機会喪失そのものによる損害に対する賠償を認めるものではなく、問題の本質を突いていないと批判されている（荒谷前掲注11）39-40頁）。

イ 機会喪失論に代わる法理としての「著しく増加した危険性」テスト

以上のとおり、機会喪失論はイギリスではひとまず否定されたように見えるが、これと関連するもう一つの法理を検討する必要がある。すなわち、イギリスでは因果関係について伝統的な‘but for’テストの例外として「著しく増加した危険性」テスト (material increase of the risk) という法理が1973年の *McGhee v National Coal Board* 事件貴族院判決²⁸⁾ で確立されており、このことは2002年の *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* 事件貴族院判決²⁹⁾ によって確認されている³⁰⁾。このテストは、病気の発症の危険性を著しく増加させたことの立証をもって因果関係の立証に代えられるとの新しい法理とされている。これによって、発生機序が明確でない病気の場合 (McGhee事件ではレンガ窯の中で働いていた原告のレンガの塵による疱疹状皮膚炎) や感染の経路が明らかでない病気の場合 (Fairchild事件では石綿を扱う複数の雇用者の下で働いていた原告の中皮腫) でも、因果関係を認めることが可能となった。この「著しく増加した危険性」テストと機会喪失論は表裏の関係にあるという理解も可能である。すなわち、病気に罹患する危険性を著しく増加させることは、罹患しない可能性を著しく減少させることと同視できるからである³¹⁾。

したがって、貴族院が因果関係論について「著しく増加した危険性」の証明をもって足りるとしているということは、損害論からいえば「重大な機会の喪失」について賠償対象と認めたということと同じと評価することも可能といえる。ただし、Gregg事件においては著しく増加した危険のテストを適用すべきであるとの原告の主張は排除された。

28) [1973] 1 WLR 1 (HL)

29) [2002] UKHL 22

30) 荒谷前掲注11) 36頁

31) *Hotson* 事件判決786頁のマッケイ (Mackay) 裁判官の意見。

ウ 小括へ機会喪失論の表面的な否定と実質的な判断の留保

イギリスでは*Gregg*事件貴族院判決によって医療過誤訴訟における機会喪失論は否定されたと見るのが一般的な理解のようである³²⁾。しかし、*Hotson*事件では、第一審及び控訴審裁判官は、機会の喪失論を採用しており、貴族院も積極的にはこれを否定しなかったこと³³⁾、*Gregg*事件では、原告が実際にまだ生存していて、救済の必要性がそれほど高くないと考えられたことが請求棄却の結論に影響を与えたとも考えられること、*Gregg*事件の貴族院の判断自体3対2の僅差による判決であり、特にニコルズ裁判官は明確に機会喪失論を支持していたこと、イギリスでは医療過誤以外の分野（弁護過誤や事業上の損失など）では機会喪失論が古くから採用されていること、因果関係論についての「著しく増加した危険性」テストは損害論において機会喪失論を採用するのと同義ともいえることなどからすると、イギリスにおいて機会喪失論が完全に否定されたと結論づけるのは早計であり、今後採用される可能性も残されているように思われる。さらに、*Gregg*事件の射程は悪しき結果がまだ現実化していない場合に限られており、すでに結果が発生した場合については、貴族院は判断を留保しているとの解釈も可能である。

2 アメリカ合衆国³⁴⁾

ア 機会喪失論の旗手キングの理論

かつてアメリカ合衆国の裁判所の多くは、損害の証明に「確実性」

32) ルンツ前掲注6) “United Kingdom” の項では、イギリスの裁判所が機会喪失論を採用する可能性は乏しいとの評釈が多いと紹介されている。

33) ただし、*Gregg*事件でブラウン裁判官が示した理解のように*Hotson*事件判決は実質的には機会喪失論を否定したものと解する立場もある。

34) 1990年代までのアメリカにおける機会喪失論を巡る状況の紹介は高波澄子「米国における『チャンスの喪失 (LOSS OF CHANCE)』理論」(一) 北大法学49巻6号 (1998) 25-76頁、同 (二) 同50巻1号 (1999) 119-164頁が詳しい。

(certainty) を求めており、機会喪失論を否定していた。しかし、キング教授が1981年に発表した「既存の状況と将来の結果を含む人身損害不法行為における因果関係、損害評価及び機会」と題する論文³⁵⁾によって大きく状況が変化した。

キング教授は、生存率・回復率が50パーセントを超えると立証された場合にのみ賠償を認める悉無律 (all or nothing rule) によれば、生存・回復可能性が50パーセント以下の患者について医師は何ら責任を負わなくてよいことになり、不法行為法の侵害行為抑止目的が実現できないこと、被告の不作为によって生じた不確実性による利益を被告自身が享受することになり不公平であることなどを指摘し、機会喪失論を採用すべきことを主張した。

キング理論の骨子は以下のように要約できる³⁶⁾。

- ①人身損害においては、損害に関する既存の状況 (preexisting condition) を考慮に入れるべきである。被告が責任を負うのは、既存の状況に起因する損害を超える部分に限られる。
- ②医師の過失によって、回復する機会を喪失することは、その機会が50パーセント以下の確率であったとしても賠償に値する損害である。
- ③損害の評価に当たっては、悉無律ではなく、喪失した機会のパーセンテージに応じて賠償額を算定すべきであり、それは喪失した機会が50パーセントを超える場合でもそれ以下の場合でも同様である。

さらに、キング教授は1998年に「蓋然性の減少：機会喪失論の再定式化その他の修正」と題する論文を発表している³⁷⁾。その中でキング教授は、過去20年間に機会喪失論の支持者は増えたものの、誤解や混乱も生じてい

35) 前掲注6)

36) 前掲注34) 高波 (二) 参照

37) "Reduction of Likelihood" Reformulation and Other Retrofitting of the Loss-of-a-Chance Doctrine' [1998] 28 U.Mem.L.Rev. 492

ると述べ、この誤解は文字通りの機会 (literal chance) を認定することがこの理論を適用する必須条件であるという固定観念に縛られている裁判所 (例えば前述の *Hoston* 事件におけるイギリス貴族院) の存在に起因していると批判している。キング教授は、事実認定者 (裁判官) は患者の置かれた条件を完全には知り得ない以上、真に文字通りの機会を認定することはできず、むしろその知見が限られていることこそが機会喪失論を適用する根拠であると指摘する。そして、文字通りの機会が存在するかどうかは、機会喪失論を適用するかどうかの決定要素ではないとする。かえて、被告の不法な行為の被害者への影響を事実認定者が知り得ない理由が、被告自身の不法な行為であることが機会喪失論の適用を導くと述べる³⁸⁾。そして、被告の行為によって被害者がより良い結果を得る蓋然性が減少したといえれば、その減少に応じた賠償を要するとして「機会喪失論」から「蓋然性減少論」への再定式化を提唱する。

キング教授が1998年論文で挙げるこの理論の適用の要件は以下のとおりである³⁹⁾。

- ①何らかの良い結果を得られる被害者の期待を被告が保護・維持するという義務が違法に満足させられなかったこと
- ②a) 被害者に対して負う被告の義務が、特別な関係、引受け等、より良い結果を得る被害者の蓋然性を守るべき十分な根拠に基づくこと
又は
b) 被告が積極的に、現実的損害を惹起したということが蓋然性をもって証明され、損害算定において既存の状況をどのように反映させるかだけが唯一の争点であること

38) 医師がなすべき検査を怠ったために、患者の病状に対する医師の過誤の影響を認定できないという場面こそ機会喪失論が適用される場面であるということであろう。

39) PP. 559-560 これらの要件の内容・関係の理解は必ずしも容易とはいいがたいが、本稿ではこれ以上立ち入ることはできない。詳細な分析は他日を期したい。

③被害者がより良い結果を得られたであろう蓋然性を被告が違法に減少させたこと

④被告の違法行為がなければより良い結果を得られたのかどうかを正確に認定することができない理由が、当該違法行為であること

ただし、キング教授は、被告の生み出した将来の危険が現実化するまではこの理論の適用を待つべきであるとの留保をつけている。

なお、キング教授は、イギリス貴族院の*Hoston*判決に対する批判の中で、医療行為の時点で結果を回避し得る可能性がなかった（すなわち因果関係が認められない）ということは、機会喪失論の適用を否定する理由にはならないと述べている。すなわち、被告の行為と実際に生じた結果（*Hoston*事件であれば血管性壊死）の間の因果関係が証明できない場合こそが、キング理論の適用場面と理解することができる。

イ キング理論の実務への浸透

(ア) *Herskovits v. Group Health Cooperative of Puget Sound*事件

キング教授の論文を契機として、アメリカの裁判所の姿勢に変化が生まれた⁴⁰⁾。初期の例としてよく挙げられるのが1983年のワシントン州最高裁の*Herskovits v. Group Health Cooperative of Puget Sound*事件判決⁴¹⁾である。この事件は、患者の咳が癌の徴候であることを医師が見落としたことによって、患者が適時に治療を受ける機会を失い、死亡したとして遺族が医師を訴えた事案である。この事案では、患者が失った回復の機会は50パーセント以下とされていたが、ワシントン州最高裁は、医師の責任を認めた。この判決の中でピアソン（Pearson）裁判官は、「悉無律は証明可能な損害の回復を否定するものであり、それには根拠がないとする学説には説

40) キング以外にも、機会喪失論の支持者としてパーデュー（J. M. Perdue 'Recovery for a lost chance of survival' 28 South Texas Law Review 37 (1987), ロサーティ（J. Rosati 'Causation in Medical Malpractice: A Modified Valuation Approach' 50 Ohio State Law Journal 469 (1989)）などが挙げられる。

41) 99 Wash, 2d 609, 664 P. 2d 474 (1983)

得力がある。故人には14パーセントの生存可能性があり、それは賠償に値する」と述べ、キング理論を明示的に採用した。

(イ) *Matsuyama v Birnbaum*事件

最近では、2008年のマサチューセッツ州最高裁の*Matsuyama v Birnbaum*判決⁴²⁾がこの分野における重要な判決である。これは、被告医師が患者の癌を3年以上も見落としていたために患者が治療の機会を逸して死亡したが、患者の回復の機会は50パーセントよりも少なかったという場合について、治療機会の喪失について被告医師に賠償を命じた陪審による事実審判決を最高裁が維持した事例である。マサチューセッツ州最高裁は、この判決で、医学の発達により患者の生存率がどの程度侵害されたかを数値化する信頼性のある方法が発達していること、医療過誤被害者の救済と適切な医療水準からの逸脱を抑止する強い公益上の必要性があることなどを理由に、医療過誤事件に機会喪失論を適用するべきであると積極的に論じている。

さらに、証明責任については、原告は被告の過失が原告の損害を生じさせたことを証拠の優越（preponderance of evidence）をもって立証しなければならないが、この場合の「損害」は死亡を意味する必要はなく、より良い結果を得られた可能性の減少でよいと述べている。その意味では機会喪失論は証明責任の原則を修正するものではないが、癌のステージがいずれかについての正確な立証は不要としている。

また、損害の算定について、裁判所はまず全損害を金銭的に算出した上で、そのうち被告の過失によって減少させられた割合だけを被告に賠償させなければならない、これが被告が寄与していない損害を被告に負担させない公平な方法であると判示している。この判決の採用した具体的な算定方法は以下のとおりである。

①患者に生じた全損害を金額的に算出する（本件では875,000ドル）。

42) 452 Mass 1; 890 NE 2d 819 [Mass, 2008]

②医療過誤がなかったならば患者に見込まれた生存率又は回復率を算出する（同じく37.5パーセント）。

③さらに、医療過誤の後で、患者に残された生存率又は回復率を算出する（同じく5パーセント）。

④②の割合から③の割合を控除する（ $37.5 - 5 = 32.5$ パーセント）。

⑤①の金額に④の割合をかける（ $875,000 \text{ドル} \times 32.5 \text{パーセント} = 284,375 \text{ドル}$ ）。

この計算によって算出される賠償額を超える損害は、もともとの疾患によるものということになる⁴³⁾。

上記の計算からも明らかなように、この判決は、機会喪失論の適用が患者の失われた機会が50パーセント以下の場合も適用されることを前提としている。

さらに、この判決は、2008年現在で少なくとも全米の20州及びワシントンDCの各最高裁において機会喪失論は受け入れられていると指摘している⁴⁴⁾。

ウ 小括～機会喪失論の広汎な受容

*Matsuyama*判決も認めているが、アメリカの全ての州の裁判所が機会喪失論を支持しているわけではない。この判決よりも1か月前に下された *Kemper v Gordon*⁴⁵⁾ 判決で、ケンタッキー州最高裁は、機会喪失論は医療過誤の事件においては適用されないという判断を示した。とはいえ、この判断は全員一致ではなく、2名の裁判官はこの理論の適用を支持しており、*Kemper*判決は必ずしも堅固な判例とはいえない。

このような判例・学説の趨勢を踏まえて、アメリカ法律家協会が2010年

43) ただしこの計算方法は、過誤と疾患の結果への寄与率を算定する方法として適切とはいえないと思われる。詳しくは本稿(2)で述べる。

44) [23]

45) 272 SW 3d 146 [Ky, 2008]

に公表した第3次不法行為法リステイメント26条⁴⁶⁾は「最近のほとんどの裁判例により、機会の喪失は法的に認められた損害であるという方向性が決定的なものになった」と述べるに至っている。

基本的にアメリカでは機会喪失論は不法行為法の領域で広く受容されているといえよう。しかも、失われた機会の程度が、かなり低くても損害賠償の対象とされている。

3 カナダ

ア 連邦最高裁の慎重な姿勢

カナダ連邦最高裁で医療過誤訴訟における機会喪失論が初めて問題となったのは、1991年の*Laferriere v Lawson*事件⁴⁷⁾である。この事件では、被告医師は患者の乳房のしこりを生体検査して除去し、それが癌性のものだと分かったのに、それを患者に告げず、フォローアップのための治療を受けるように指導もしなかった。その後、患者は癌が全身に転移し、手術をはじめ、多くの治療を受けることになったため、被告医師に対して訴えを提起したが、一審係属中に死亡した。遺族が訴訟を承継したところ、一審は因果関係を否定して請求を棄却したが、上訴審であるケベック州最高裁は原審を破棄し、被告に対して遺族への賠償を命じた。州最高裁の多数意見（3人中の2人）は、被告の過失は、患者が適切な治療を受ける機会の現実的かつ深刻な喪失をもたらし、その喪失は患者にとっての損害を構成すると判示し、5万カナダドルの賠償を認めた。これに対して少数意見は精神的苦痛のみに対して5000カナダドルの賠償を認めた⁴⁸⁾。

これに対して、カナダ連邦最高裁は、6対1で州最高裁判決を一部破棄

46) The Restatement of the Law, Third, Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 26 (the America Law Institute)

47) [1991] 1 SCR 541.

48) [1988] 20 QAC 52

した。

ゴンシア (Gonthier) 裁判官の筆による多数意見の要旨は、以下のよう
なものである。

--ゴンシア裁判官 (多数意見)-----

患者が、4年間癌であることを知らず、何ら適切な治療を受けないまま
無為に過ごしてしまったことを後で知ったことによって生じる精神的苦痛
による損害は、被告の過失によるものであり、賠償対象となる。しかし、
患者の肉体的な苦痛と死期が早まったことによる損害賠償を請求するため
に機会喪失論を用いることは、少なくとも死亡や疾病が現実には発生した事
案では適切ではない。悪結果が現実には発生した事案では、機会喪失を独立
の損害として認識することには疑問があり、このような事案では伝統的な
因果関係の原則を適用すれば十分である。

従来、フランスとベルギーでは、悪結果が発生した事案にも機会喪失論
を適用することについて概ね異論はなかったが、最近、現実には結果が生じ
ている事件に因果関係の立証の必要を避ける目的でこの理論を適用するこ
とに対して強い反対がある。反対説は、現実には結果が生じている事件で
は「機会」は使い果たされているというのである⁴⁹⁾。フランス同様シビル・
ロー法域であるケベック州では因果関係の立証に関するルールがフランス
ほど比較的厳格ではないこともあり、機会喪失よりも現実の悪結果に重点
を置いた審理がなされており、それは好ましいものである⁵⁰⁾。

49) ゴンシア裁判官はViney, Genevieve. *Traite de droit civil*, t. IV, Les obligations: la
responsabilite-conditions. [1982] を引用する。フランスの機会喪失論を巡る状況
についての邦語文献としては、高畑順子「フォート (faute) から因果関係へーフ
ランス民事責任法の一考察ー」法と政治34巻2号 (1983)、同「『損害』概念の新
たな一視点ーperte d'une chance論が提起する問題を通してー」同35巻4号 (1984)、
澤野和博「機会の喪失の理論について (一)」早稲田法研論集77号99頁 (1996)、
「(二)」同78号95頁 (同)、「(三)」同80号87頁 (1997)、「(四・完)」同81号163頁
(同) 参照。

50) フランスで、因果関係の厳格な立証 (裁判官からすれば認定) を回避するため

本件の証拠によれば、診断をきちんと伝えず、フォローする治療をしなかったという被告の過失が、初診から7年後の患者の死を惹き起こしたとはいえない。しかし、患者はその過失によって自分自身の健康状態を知り、より良い医療を求めることができなかったという精神的苦痛を被ったのであり、その苦痛を慰謝するのに相当な額は1万カナダドルである。

また、患者がより早く自分の病状を知り、適時に適切な医療 (proper and timely treatment) を受けていれば、彼女の生活の質は向上し、より快適な状態で晩年を過ごすことができたはずであり、その生活の質の改善はそれほど大きなものではないかもしれないが、現実的で蓋然性 (real and probable) の高いものであり、賠償の対象となる。その額は7500カナダドルが相当である。

したがって、被告は合計1万7500カナダドルを賠償すべきである。

少数意見のラ・フォレ (La Forest) 裁判官は、機会の喪失による損害は賠償対象となるとの短い判断を示した (ただし、賠償金額はケベック州最高裁の認容額 (5万ドル) より控えめでよいとした)⁵¹⁾。

に機会喪失論が安易に用いられる傾向があるという指摘は、最近の我が国の下級審で「因果関係の高度の蓋然性」の立証・認定を回避するために、安易に「相当程度の可能性」が用いられているという石川の指摘と合致し、興味深い。フランスと同じシビル・ロー法域でも、最終審であるカナダ連邦最高裁ではコモン・ローが適用されるケベック州では、因果関係立証のルールが緩やかなため、機会喪失論に安易に流されていないという指摘も重要である。我が国では判例の「高度の蓋然性」という言い回しから証明度が非常に高度なものと想定されているが、「証拠の優越」で証明は足りると解すべきであり、それによって厳格な因果関係立証回避のために相当程度の可能性が濫用されるという問題は避けられる。詳しくは後述する。

51) ただし、この事件はシビル・ロー法域であるケベック州の事件であり、コモン・ロー法域である他州については連邦最高裁自身が判断を留保している。しかし、オンタリオ州最高裁は、*Cottrelee v Gerrard* ([2003] 67 OR [3d] 737 (CA)) において、*Laferriere*判決の判断がオンタリオ州 (コモン・ロー法域) でも妥当すると述べ、これに多くの裁判例が追随している。

イ ブリティッシュ・コロンビア州最高裁サウシン裁判官の契約構成アプローチ
(ア) *de la Giroday v Brough* 事件

Laferriere 事件の6年後、1997年にブリティッシュ・コロンビア州最高裁は、*de la Giroday v Brough* 事件⁵²⁾ で機会喪失論を取り上げた。これは、細菌感染による壊死性筋膜炎を患っていた原告を、被告である家庭医がインフルエンザによる筋肉の炎症と診断し、単なる安静指示と鎮痛剤投与などの治療しかしなかったために、原告が生命の危機に瀕し、何回にもわたる手術、透析、広範囲の皮膚移植を余儀なくされたという事件である。壊死性筋膜炎はまれな症状で診療当時（1990年）、家庭医にはほとんど知られていなかった。原告の主張は、原告が壊死性筋膜炎であると被告が診断すべきだったというのではなく、空咳や熱がなく、右足に痛みが集中するなどインフルエンザとは異なる症状が現れた時点で、何かは特定できなくても深刻な病気である可能性を考えて専門医のいる病院に転送すべきであったというものである⁵³⁾。

この事件の原審は、被告が原告の症状をインフルエンザであると診断して、経過観察をしたことは結果的には誤診であったが、不合理とまではいえないとして請求を棄却した。これに対して、ブリティッシュ・コロンビア州最高裁は原告の請求を認めた。最高裁判決では、サウシン (Southin) 裁判官⁵⁴⁾ が詳細で、興味深い意見を述べ、これにニューベリー (Newbury) 裁判官が賛同し、フィンチ (Finch) 裁判官が反対意見を述べた。サウシン裁判官の意見は極めて示唆に富むので、やや長くなるが、その要旨を以

52) [1997] 33 BCLR [3d] 171 [CA]

53) 診療当時あまり知られていなかった急性脳症の事案について開業医の転送義務を認めた我が国の平成15（2003）年11月11日の最高裁判決民集57巻10号1466頁の事案と似ている。

54) ブリティッシュ・コロンビア州最高裁在任期間1988-2006。学者的なアプローチをとり、明快かつ厳格な議論をすることで、評価の高い女性裁判官。

下に紹介する⁵⁵⁾。下線は筆者による。

--サウシン裁判官（多数意見）-----

医療過誤事件においては、弁護過誤同様、契約責任と不法行為責任が請求原因となりうるが、その構成要件は異なる。本件での原告の主張は契約責任と不法行為責任を含んでいるものと理解できる。これに対して、被告は、本件は健康保険（Medical Service Plan）によって医療行為がなされており、医師と患者の関係について契約法が適用される事案ではないと主張する。しかし、誰かがX医師の患者であるとか弁護士Yの依頼者であるとかということは、通常は両者の間に契約関係があるということを意味する。わざわざ契約関係に入るかと尋ねられなくとも、当事者の意思はそれを包含しているのである。少なくとも本件が発生した1990年当時のブリティッシュ・コロンビア州の医療制度⁵⁶⁾のもとでは医師・患者関係は契約関係であったといえる⁵⁷⁾。

コモン・ロー上の義務違反に基づく不法行為責任追及訴訟とサービス提供契約（それが配管工であろうと医師であろうと）に包含される義務違反に基づく契約責任追及訴訟の違いは、不法行為責任訴訟においては損害が訴訟の基礎（gist of an action。筆者注：それが欠ければ訴訟原因（cause of action）がなくなってしまうという意味で訴えの本質をなすもの）⁵⁸⁾であるのに対し、契約責任訴訟ではそうではないことである。なぜなら全ての契約違反は帰責事由のない当事者（the innocent party）に、名目的なものにせよ、損害賠償請求権を与えるからである。

過失によって期間を遵守せずに依頼者の提訴の機会を奪った弁護士が、

55) *de la Giroday*判決サウシン裁判官の意見 [1]-[49]、特に [31] 以下。

56) Medical Service Act, R.S.B.C. 1979, c. 255

57) サウシン裁判官は、本件発生後である1992年に発効したMedicare Protection Act (R.S.B.C. 1992, c.76) の下でどうかについてはコメントしない、とする。

58) 田中英夫『英米法辞典』381頁（東京大学出版会、1991）、小山貞夫『英米法律語辞典』476頁（研究社、2011）

依頼者が彼の勝訴の可能性について証明できない場合でも契約上の責任を負うのに、契約上の義務に違反して、患者を専門医に転医させずに患者から適時に適切な治療を受ける機会を奪った医師が契約責任を問われない理由があるだろうか。そのような事件では、損害の算定は容易ではないが、責任があるということと損害賠償の算定は別問題である。

とはいえ、契約違反によって機会の喪失が生じたケースと何ら機会が喪失されていないケースは区別が必要である。例えば、患者が病院に着いた時点ですでに瀕死だった場合には、誤診があっても機会の喪失はない。

結論として、カナダで、不法行為責任訴訟において機会喪失論のアプローチを採用するためには立法による修正か連邦最高裁の判断が必要であるが、契約責任訴訟において合理的な注意と技術を実施する黙示の義務に医師が違反した場合に、機会喪失論のアプローチを採用することには何らの法的障害もないと私は考える。

よって、たとえ契約違反があっても原告には損害が生じていないという被告の主張は採用できない。もちろん、機会の喪失を算定することは困難であるが、あたかも水晶の玉を覗くように、人身損害の事案において算定困難なものを算定しなければならないのは裁判官の宿命である⁵⁹⁾。

以上のサウシン裁判官の意見に対して、フィンチ裁判官の少数意見は、サウシン裁判官の問題提起に正面から答えるものにはなっていない。フィ

59) このあと、サウシン裁判官は、本件での損害の算定について、「仮に原告の非金銭的損害 (general damages = 苦痛や精神的損害等、金銭的に評価しにくい損害に対する賠償) の喪失率が50パーセント、経済的な損害の喪失率が80パーセントとして、早期の診断の可能性が40パーセントだとしたら、原告が回復すべき損害は非金銭的損害が20パーセント (40パーセント×50パーセント)、経済的損害が32パーセント (40パーセント×80パーセント) である」との原告代理人の主張を紹介しつつ、直ちにそれを採用することはせず、その点は最高裁では判断せず、事実認定のために原審に差し戻すと結論づけている。差し戻審判決は公開されていないようである。

ンチ裁判官は、被告医師の医療行為は1990年2月当時のヴァンクーヴァーにおける家庭医に期待される医療水準から逸脱するものではないという事実審裁判官の認定は十分な証拠に基づくものであり、最高裁は事実審の事実認定が明白かつ決定的な過ちを犯している場合でなければ事実認定に干渉できないというのが判例であること、本件は契約違反として申し立てられ、審理された事案とは認められないので、その問題についての検討は将来に留保したいことを理由として、原告の上告を棄却すべきであると判示した⁶⁰⁾。すなわち、フィンチ裁判官も、契約責任構成の場合に機会喪失論の適用を認めるサウシン裁判官の見解を積極的に否定したわけではない。

(イ) *Oliver v Ellison*事件⁶¹⁾

サウシン裁判官は、2001年の*Oliver v Ellison*事件でも上記の*de la Giroday*事件で述べた契約責任と不法行為責任を峻別する意見を敷衍している。このケースでは、妊娠糖尿病の見落としと帝王切開術の遅れのために障がいのある子を産んだと主張する母親によって、介護のために就労できなかったことによる逸失利益や苦痛に対する慰謝料などの損害賠償請求が医師に対してなされた事案であり、機会喪失による損害が直接問題となったケースではない。しかし、本件でのサウシン裁判官の意見も、契約責任と不法行為責任の関係に関する同裁判官の見解を理解する上で有益と思われるので、再び紹介する⁶²⁾。ただし、この事件では、サウシン裁判官は少数意見である（多数意見はホリンレイク（Hollinrake）裁判官とマッケンジー（Mackenzie）裁判官）。下線は筆者による。

--サウシン裁判官（少数意見）-----

カナダ連邦最高裁は、弁護過誤訴訟である*Central Trust Co. v. Rafuse*

60) [50]-[59]

61) *Oliver [Guardian ad Litem of] v Ellison* [2001] 90 BCIR [3D] 101 [CA]

62) *Ibid.* [1]-[115]。特に [58] 以下。分かりやすくするため、要約し、順序も若干入れ替えている。

*and Cordon*事件⁶³⁾において、弁護士は依頼者に対して、合理的な注意と技術 (reasonable care and skill) をもってサービスを提供する契約上の義務を負うことを認めている。専門家として弁護士が引き受ける義務と医療者が引き受け受けるべき義務の間に区別をすることは合理的とはいえない。いずれの専門家も合理的な注意と義務を用いることを約束しているのである。

契約上の義務違反はそれ自体請求原因となり、たとえ原告が何らかの特定の損害を証明できなくても少なくとも名目的な損害賠償は受けられる。その場合、被告が侵害したのは、契約がその条項に従って履行されることを求める原告の権利である。

一定の義務を引き受けることを約束した者の責任とそうでない者の責任の間には道義上の断絶があり、法はその断絶を反映すべきである。

また、医師が患者に対して行う、患者の支払約束と引換えに、合理的な注意と技術を疾病治療に対して行使するとの約束は明示のものでも黙示のものでも結論は異ならない。

さらに、誰が支払をするかも結論に影響しない。ブリティッシュ・コロンビア州では、医師は患者を診察すると、保険会社に診療報酬を請求して支払を受けるが、患者と医師の関係は契約関係であり、その契約は請求原因として十分である。

すると、残された問題は、原告に名目的賠償以上の賠償請求を認められるかである。

妊娠・出産に関わる全ての医療者にとって、就労中の女性が出産した子どもに障がいがあれば彼女が予定したとおりには仕事に復帰せず、子どもを他人に預けるよりは自分で面倒を見るであろうことは合理的に予見可能といえる。原告は、収入のある仕事を奪われたのであり、それは経済的な損失である。

63) [1986] 2 S.C.R. 147; 69 N.R. 321.

損失の算定のために事実審に差し戻すことは珍しいことではないが、本件では原告の出産から19年が経過し、提訴からでも7年が経過しており、差し戻しは妥当ではない。結論として、被告の契約上の義務違反によって原告が子どもの介護のために8年間働けなかったことによる損害は20万ドルであると認めるのが相当である。

上記のサウシン裁判官の意見に対してホリンレイク裁判官による多数意見（マッケンジー裁判官が同調）は、原告の妊娠中と手術による苦痛のみに対して不法行為による損害賠償3万5000ドルを認めた⁶⁴⁾。ただし、多数意見がサウシン裁判官に同意しなかったのは、本件では審理経過に照らすと原告の主張は不法行為に基づく請求であり、最高裁で契約構成を前提とする判断をすることは被告にとって不公正であるという理由であるから、サウシン裁判官の契約構成と不法行為構成を峻別し、前者の場合には認められる損害の範囲が広くなるという見解を前提にしていると理解することもできる⁶⁵⁾。現に、ホリンレイク裁判官は、もしサウシン裁判官の契約構成によるアプローチに同意するならサウシン裁判官と同額を契約責任として認めるだろうと述べている⁶⁶⁾。

ウ 小括～契約構成による機会喪失論の可能性

*Laferriere*判決について、カナダ連邦最高裁は、不法行為に基づく医療過誤のケースでは機会喪失論は採用しないとの判断を示したと解釈することも不可能ではない。しかし、同判決の事案と判示からは、連邦最高裁は悪結果が現実には発生した場合については機会喪失論は適用しないと述べたに留まり、悪結果が発生しなかった場合については判断を留保していると

64) [116]-[132]

65) 本件では原告は弁護士をつけずに本人訴訟をしており、そのために法律構成が不明確であったという事情があるようであり、サウシン裁判官は原告を救済する方向で原告の主張は契約構成を包含していると解釈したとも考えられる。

66) [119]

理解する方が妥当であろう。

むしろ、*de La Gironday*判決におけるサウシン裁判官の意見からは、カナダ、特にブリティッシュ・コロンビア州では、医療過誤訴訟における機会喪失論は契約法の領域で認めるという方向に進む可能性が示唆されており、その場合、少なくとも名目的な損害賠償は認容され、喪失された機会の内容によってはそれに応じてより高額な損害賠償が認められる可能性もある。

4 オーストラリア

ア Ipp レポートと民事責任法による医療過誤訴訟の抑制

アメリカで2001年に発生した同時多発テロを一つの契機として、オーストラリアでも保険会社の経営が悪化する「保険危機」が生じているとの認識に基づいて2004年までに、オーストラリアの全ての法域で民事損害賠償責任が認められる範囲と損害賠償額を制限する州法が制定された⁶⁷⁾。その多くは「民事責任法」と名付けられている⁶⁸⁾。

これらの民事責任法は2002年に発表された過失責任法を見直すことを提言するIppレポートに由来する⁶⁹⁾。このレポートは、損害賠償額と訴訟費用の高騰に対処するために保険業界の強い要請を受けて作成されたもので、「保険会社のウィッシュ・リスト」とも評されており、患者の請求のハー

67) Loane Skene "Law and Medical Practice" [3rd] (2008, LexisNexis Butterworths) pp.1-22.

68) ニュー・サウス・ウェールズ州Civil Liability Act 2002 (NSW), クイーンズ・ランド州Civil Liability Act 2003 (Qld) etc. ヴィクトリア州はWrongs Act 1958 (Vic) の改正による。

69) Commonwealth of Australia, Review of the Law of Negligence: Final report, Canberra, 2002. Ippは委員長であるニュー・サウス・ウェールズ州最高裁判事 David Ipp の名前に由来する。Ippレポートについて日本語の紹介としては、水野謙「オーストラリアにおける不法行為法の現況 (1)」法教325号 (2007) 4頁がある。

ドルを高くする提言が多くを占めている⁷⁰⁾。

(ア) 因果関係

因果関係については、Ippレポートは、当時すでに実務と学説で支配的になりつつあった「原告が過失と予見可能な範囲の損害を証明した場合には、因果関係を反証する証明責任が被告に生じる」という見解に対し、「原告は常に因果関係に関するあらゆる事実を、蓋然性を超えて証明しなければならない」という考え方を推奨し、この見解が立法に影響を与えている。

Ippレポートは、因果関係が「事実的因果関係」と「帰責的因果関係」の2つの段階によるアプローチを要するという点では伝統的な見解に従っており、各州の立法もこれに従った。事実的因果関係は‘but for’テストによって判断されるが、一定の場合には例外を認める必要が認識されている。

以下、ニュー・サウス・ウェールズ州の民事責任法を例に説明する。

同法の5D条項・総則は以下のように規定している。

[1] 過失と特定の損害の因果関係の認定は以下の要件を満たす必要がある。

[a] 過失が損害の発生の不可欠の条件であったこと（事実的因果関係）

[b] 損害を過失ある個人に帰責することが相当であること（帰責的因果関係）

[2] 過失が損害発生の不可欠の条件であると立証されていない例外的な場合に当たるとの認定のためには、確立された原則（established principles）によって、裁判所は責任が過失のある当事者に帰責されるべきかどうか、されるとしたらなぜかを考慮しなければならない⁷¹⁾。

70) レポート以前に裁判所が人身侵害事件について高額な賠償を命じていたというレポートの想定には実証的裏付けがないとの批判がある。さらに2007年にはIpp裁判官自ら改革が度を越したものとなっていることを認めるスピーチを行い、改革の見直しも検討されている（水野・前掲5頁）。

71) 事実的因果関係の例外についての規定である。

[3] 過失ある当事者が過失を犯さなければ、被害者が何をしたらろうかということを仮定的に認定することが事実に因果関係の認定に必要であれば⁷²⁾。

[a] 被害者の置かれた状況において主観的に決定されなければならない。

[b] その際、被害者が、被害が生じた後で、何をしたらろうかということについて述べたことは証拠能力を認められない。ただし、その者の利益に反する場合は例外である⁷³⁾。

[4] 責任の範囲を決定するためには、裁判所は過失のある当事者に帰責されるべきかどうか、されたとしたらなぜかを考慮しなければならない⁷⁴⁾。

機会喪失論に関連する問題を検討するには、5D [1] [a] と [2] を考慮する必要がある。この条項によれば、事実に因果関係の認定に当たって裁判所は通常は 'but for' テストを用いなければならないが、例外的な場合にはそれから離脱できる。そして、何が例外であるかは、「確立された原則によって」律せられる。

ここでIpp委員会は、事実に因果関係の 'but for' テストの「確立された原則による例外」として、イギリスの状況で取り上げたじん肺訴訟 *Fairchild* 事件⁷⁵⁾ でイギリス貴族院が示した「著しく増加した危険性」テストを念頭に置いていたのだが、じん肺事件はニュー・サウス・ウェールズ

72) 例えば、説明義務違反のケースで、説明がされていたら患者がどのように行動したかということを認定する場合の条件についての規定である。

73) 患者が「もし説明を受けていたら手術を受けなかった」というような発言を、被害が生じた後にしたとしてもそれは証拠としては認めないという趣旨である。それを認めると患者がそのような行動（手術を受けないという選択）をしたらろうかということ、被害者の事後的で恣意的な発言によって認定してしまうことになるからである。ただし、「もし説明を受けていても手術を受けた」という患者自身に不利になる自白的な発言は証拠能力を認められている。

74) 帰責的因果関係に関する規定である。

75) [2002] UKHL 22

州の民事責任法の対象外になったので、委員会の意図に反して「著しく増加した危険性」テストが「確立した原則による例外」として扱われることはなくなった。すると何が「確立した原則による」例外に該当するのか知ることは難しいが、機会喪失論の法理が「確立された」といえば‘but for’テストの「例外」になりうることになる。

ルンツ教授は、「Fairchild事件において、中皮腫の発生機序が不明であるという理由で雇用主の責任を否定したならば、『雇用主は従業員を合理的理由なくアスベストに曝露させてはならない』という義務が無意味となっただろうということと同様に、医療過誤事件において、‘but for’テストによれば因果関係が立証できていないという理由で過失のある医師に全く責任を負わせられないのであれば、医師の患者に対する義務の内容が無意味になってしまう」と述べており、機会喪失論が「著しく増加した危険性」テスト同様に「確立した原則」に当たることを示唆する⁷⁶⁾。

5D [3] 条項は、従来のオーストラリアの判例の立場を確認したものである。すなわち、原告が何をしただろうかということは客観的にではなく、主観的に決せられるものであるということである。これは、原告個人が、被告がすべきだった助言や警告を受けていたら、手術その他の治療をしていたか、していなかったかを問題にするということを意味する。アメリカやカナダのいくつかの法域と異なり、オーストラリアでは合理的な人間ならどうするかは問題とされない⁷⁷⁾。ただし、主観的か客観的かの違いはそれほど大きくはない。なぜならオーストラリアでも裁判所は一般的に原告の外形的な行動に照らして判断するからである。[b] 条項が原告自身の発言の証拠能力を否定したために、ニュー・サウス・ウェールズ州ではますます客観的な証拠の重要性が高められている。

76) ルンツ Australia, 1.Statuteの項

77) アネット・マフォーディング（溜箭将之訳）「医療上の過失オーストラリア法における近年の展開」時の法令1628号（2000年）41-48頁〔43〕

したがって、この条項によれば、機会の喪失による損害の回復を認められるためには、原告は因果関係について、適切な助言や警告を受けていたら自分がどうしただろうかということを、蓋然性を超えて証明しなければならないことになる⁷⁸⁾。

帰責的因果関係に関する5D [4] 条項は、機会の喪失が損害であると裁判所が認定することの妨げにはならない。

以上の検討によれば、5D条項は、機会喪失論を医療過誤事件に適用する上での障害になることはないといえるというのがルンツ教授の見解である。

(イ) 損害

損害については、キャップ (cap) といわれる請求上限が設けられた。

ニュー・サウス・ウェールズ州民事責任法によれば、非経済的損失の賠償額の上限は3万5000オーストラリアドルとされ、利息は付かない⁷⁹⁾。逸失利益の基準額は平均賃金の3倍までとされ、将来の経済的損失については5パーセントの控除がなされる⁸⁰⁾。懲罰的損害賠償は認められない⁸¹⁾。

しかし、これらの賠償額の制限は、機会喪失による損害賠償の請求自体を認めないという理由にはならない。

イ 機会喪失論に関する判例理論の展開と逆転

(ア) 医療過誤以外のケースでの判例

オーストラリアにおいても、イギリス貴族院の判例は先例的価値を有しているので、*Choplin v Hicks*判決や*Kitchen v Royal Air Force Association*判

78) 例えば、原告はスポーツ選手であることから競技生活を重視した選択をしたであろうことなど。

79) Civil Liability Act 2002 (NSW) s16 (2). なお、金額は平均賃金の動向にスライドすることになっている (s17 (2))。

80) s14 (2)

81) s21

決等⁸²⁾、医療過誤以外のケースで機会喪失論を認めた判例は尊重される。

オーストラリア連邦最高裁としては、1994年にTrade Practices Act 1974 [NL]に基づく訴訟である*Sellars v Adelaine Petroleum NL*判決⁸³⁾において、営業上の機会の喪失が損害として認められている（7人のうちの4人の裁判官による多数意見）。同判決は以下のように判示した。

民事訴訟における一般的な証明責任の基準は、因果関係及び損害の立証に原則として適用される。したがって、原告は自分が何らかの損失を被っていることを、蓋然性を超えて証明しなければならない。しかし、本件のような場合、原告は契約違反が一定の無視できない程度の価値を有する営業的な機会の損失を生じさせたと証明すればよい。損害は、蓋然性 (probabilities) 又は可能性 (possibilities) の程度に従って価値が認定される。そして、この法理は契約法にも不法行為法にも適用がある。

(イ) *Tabet*以前の裁判例⁸⁴⁾

オーストラリア連邦最高裁は2010年に機会喪失論を否定する*Tabet*判決を下したが、まず同判決以前の裁判例の流れを概観する。

1990年代から2000年代初頭には、医療過誤の事案で機会喪失による損害を認めた判決が幾つかあり、その中には失われた可能性が50パーセント以下であると評価されていたものもある。以下、それらの判決を紹介する。

82) 前掲注12) 参照

83) [1994] HCA 4; [1994] 179 CLR 332; 120 ALR 16.

84) オーストラリアは州レベルの裁判所と連邦レベルの裁判所があり、通常民事事件は州裁判所の管轄となる。通常民事事件の第一審はDistrict Court (ニュー・サウス・ウェールズ州など)、County Court (ヴィクトリア州など) などで審理されるのが原則であるが、訴額が大きい場合には各州のSupreme Courtが第一審裁判所となる。Supreme Courtの判決に対する上訴は、Supreme CourtのCourt of Appealセクションにおいて審理され、さらなる上訴は特別許可を得た上でHigh Court of Australia (連邦最高裁) に対してなされる。

a *Board of Management of Royal Perth Hospital v Frost*事件⁸⁵⁾

オーストラリアにおいて、医療過誤事件で初めて明確に機会喪失論を採用したのは、1997年の西オーストラリア州最高裁の*Board of Management of Royal Perth Hospital v Frost*事件の判決であるとされている。この事件で同州最高裁は、胸の痛みを訴えて病院を訪れた男性患者に対して、医師が二度目の心電図を撮影しなかったことによって、患者が血液凝固溶解剤による治療をすれば心筋梗塞による死亡を防ぎ得たかもしれない機会を失ったとして賠償を認めた。

b *Cappel v Hart*事件⁸⁶⁾

機会喪失論が、連邦最高裁の俎上に初めて載せられたのは1998年の*Cappel v Hart*事件である。これは、原告が被告医師の執刀により咽頭嚢除手術を受けた際、内視鏡による食道穿孔が生じ、そこから胸腔内の病原菌に感染し、それが縦隔炎を惹き起こし、原告に右声帯麻痺の後遺症が残ったという事案である。この手術は緊急を要しないものではあったが、いつまでも放置できる性質の症状でもなかった。手術に先立って、被告は、原告に手術について説明し、原告は手術に同意した。その際、原告は、被告がその処置に伴う全てのリスクについて注意をしたものと理解して手術に同意したが、被告から声帯麻痺のリスクについての説明はなかった。やや詳しく紹介すると、原告は州教育局の要職（すなわち声をを使う仕事）に就いており、医師による説明の際にわざわざ「私は（喉の手術の結果ガラガラ声になった元ニュー・サウス・ウェールズ州首相の）ネヴィル・ラン（Neville Wran）のようにはなりたくない」と述べていたにも関わらず、

85) WA FC, Malcom CJ, Rowland & Wallwork JJ, 26 February 1997, unreported, BC97700642.ルンツ前掲注6) 及びBill Madden 'Loss of chance in medical litigation: High Court decision Tabet v Gett deliverd' (2010) 18 (5) Australian Health Law Bulletin pp.58-61の紹介による。

86) [1998] HCA 55; 195 CLR 232. 本件については前掲注77) マフォーディング「医療上の過失」で紹介されている。

声帯損傷の危険性を医師が説明しなかったという事情がある。

原告は、手術そのものについての過誤と説明義務違反を根拠に、債務不履行・不法行為による損害賠償を求めたが、手術過誤の主張はその後取り下げられた。

この事案で、第一審は請求を認容し、上訴審であるニュー・サウス・ウェールズ州最高裁もこれを支持したため、被告が連邦最高裁に上告した。被告の上告理由の一つは、もし原告が声帯麻痺のリスクについての説明を受けて手術の時期や術者を変えたとしても、いずれ遅かれ早かれ手術を受けなければならなかったのであり、しかも原告の障害はいつ手術を受けても起こりえたものであるから、原告の損害は機会の喪失として評価されるべきものであり、それは損害賠償の対象とはならないか、せいぜい名目的な賠償の対象にすぎないというものである。

連邦最高裁は5人の裁判官で審理し、3対2の僅差で上告を棄却したが、いずれの裁判官も本件は実際に身体損害が発生しており、機会喪失論の適用されるケースではないという点では一致しており、判断の分かれ目は因果関係の成否であった。したがって、機会喪失論の採否についての最高裁の判断は将来に残された課題となった。

ただ、以下に紹介するガモウ（Gummow）裁判官の意見にもあるように、損害が現実には発生していなくても、契約上の義務違反や不法侵入による権利侵害があれば原告の請求が正当なものであるという証しとして少なくとも名目的な損害賠償請求を認めるという考え方はオーストラリアを含むコモン・ロー法域で一般的である⁸⁷⁾。この考え方は、オーストラリアにおける機会喪失論の採用に発展する可能性はあり得る。

被告の上告を棄却するという多数意見の立場のガモウ裁判官の意見は、過失論、因果関係論、損害論それぞれについて判例を引いて詳しく説明し

87) 例えば、前掲注67) Skene, "Law and Medical Practice" p219

ているので、要約・引用する⁸⁸⁾。

--ガモウ裁判官 (多数意見)-----

当裁判所は、*Rogers v Whitaker*事件⁸⁹⁾の判決で、医療従事者は、患者に提案している処置・治療に固有の重要な危険 (a material risk) について、患者に対して警告する義務があると判断した。「危険が重要である」場合とは、①当該患者の立場におかれた合理的な人が、もしも危険を警告されたなら、それが意味あるものとする場合、または②医療者がその特定の患者が、もしも危険を警告されたならそれを意味あるものとするであろうと知っていたもしくは知り得べき場合である。本件で被告は、上記の *Whitaker* 判決で示された義務に違反した。

さらに、原告の声帯麻痺の結果は合理的に予見可能であった。

被告の契約上の義務違反によって、少なくとも原告には名目的損害賠償請求は認められる。ただし、それ以上の回復を認めるためには、因果関係の立証が必要である。

因果関係については、オーストラリアでは、連邦最高裁の *March v Stramare (E & MH) Pty Ltd* 事件判決⁹⁰⁾によって、法的な因果関係概念は、哲学的な、又は科学的な因果関係とは区別されることが確定している。その判決でメイソン (Mason) 裁判官は「法的な意味での因果関係の問題は、ある結果に対する法的な責任を確定し、又は分担させるという文脈であらわれる」、「一般的に言えば、被告に過失がなければ原告の損害が発生しなかったであろうという場合には十分な因果関係の証明といえるが、'but for' テストは、包括的で排他的な尺度ではない。その適用結果は、価値判断や政策的考慮によって調整される」と述べた。

88) ガモウ裁判官は「この法廷における議論は、因果関係に関する問題と損失の評価に関する問題を適切に区別していないために混乱している」と述べている。

89) [1992] HCA 58; (1992) 175 CLR 479. 本件については、前掲注77) マフォーディングで紹介されている。

90) [1991] HCA 12; (1991) 171 CLR 506

本件では、原告に生じた損害は予見可能な範囲であり、原告は声帯麻痺の危険性について説明を受けていれば被告による手術を受けなかったであろうということが認められる。すると、被告の義務違反が損害発生に影響がなかった、又はたとえ被告が声帯麻痺の危険について警告をしても同様の権利侵害が生じたであろうという証拠がないのであれば、被告の義務違反と原告の損害との間には因果関係が認められる。

最後に将来の不確実性による損害の減額が問題になる。この問題には、*Malec v JC Hutton Pty Ltd*⁹¹⁾で示された法理が適用できる。この事件では、連邦最高裁は、原告が被告の過失とは関係なく、精神的に落ち込み、失職した可能性があるとして認定された場合には損害を減額できると判示し、その可能性の認定のために原審に事件を差し戻した。

もし、その可能性が「1%以下と言ってもよい」程度のものであれば、蓋然性という見地からは推論的なものとして無視するのが適切である。

この法理によれば、本件では、原告の被った損害が将来のいつか被告の過失とは独立に生じた可能性があることと、その可能性に応じた損害の減額がなされるべきことを推論の域を超えて被告が証明すべきである。しかし、本件で、推論の域を超えて、蓋然性の程度までこれを証明することは極めて困難である。

したがって、被告の上告は棄却されるべきである。

c *Gavalas v Singh*事件⁹²⁾

次の事件は2001年のヴィクトリア州最高裁の*Gavalas v Singh*事件である。この事件の第一審裁判官は、医師が脳腫瘍を適時（実際の診断よりも10週間前）に診断しなかったと認定し、損害として3万ドルを認めた。しかし、もし患者に発生した損害について被告医師に全責任が認められるの

91) [1990] HCA 20; (1990) 169 CLR 638

92) [2001] VSC 23; [2001] 3 VR 404 [CA].

であれば、損害は数十万ドルにはなったはずの事案であった。

ヴィクトリア州最高裁は、早期の治療によって原告の現在の後遺症は防げた可能性があり、その機会の喪失は賠償に値するとし、かりにその機会が5～10パーセント程度の低さであっても原審の認めた賠償額は低すぎるとして、損害額の算定のために審理を差し戻した。

この判決で、キャラウェイ (Callaway) 裁判官は「診断の遅れという患者への義務違反が明らかに治療の成功の可能性を減少させた場合に、その回復を否定することは、現代の法システムにおいては許されない」と述べた。また、スミス (Smith) 裁判官は、「原告が被告の過失によって機会を奪われた場合には、過剰賠償や無賠償の不合理を避けるために機会の喪失にたいする損害賠償請求を認めるべきである。ただし、そのような請求の正確な境界線は将来の決定に委ねられる」と述べた。

d *Rufo v Hosking* 事件

次の *Rufo v Hosking* 事件のニュー・サウス・ウェールズ州最高裁の判決は *Tabet* 判決以前の判決としては最重要とみなされている。

この事件の第一審を担当したスタッダート (Studdert) 裁判官は、被告は原告の狼瘡^{ろうもう}に対してコルチコステロイド (副腎皮質ホルモン) を投与したが、他の薬を処方しなかった点及び副作用から保護する薬を併せて処方する義務に違反した点について過失があり、これらの過失がなければ原告の骨粗鬆症による脊柱骨折は避けられたかもしれないと判断した。ただし、過失がなかったとしても骨折が起きた可能性は、そうでなかった可能性よりは高いとも認定し、それゆえ原告は因果関係の立証に成功していないとして、機会喪失による損害賠償請求を棄却する判決を2002年に下した⁹³⁾。

しかし、上訴を受けたニュー・サウス・ウェールズ州最高裁は、明確に

93) [2002] NSWSC 1041.

機会喪失論を採用して原審を破棄する判決を2004年に下した⁹⁴⁾。

この判決の中でサントウ (Santow) 裁判官は、まだ医療過誤のケースで割合的な機会喪失論の採否に関する連邦最高裁の判断はないものの、州最高裁を含む下級審ではこのアプローチに好意的な裁判例が続いていること、失われた機会が50パーセントより多ければ全損害の賠償を認め、少なければ全く賠償を認めないというアプローチよりも、機会に応じた賠償を認める方が一貫性があることを指摘している。さらに、同裁判官はこの判決によって医療過誤訴訟において、さらには民事訴訟一般において、損害賠償の水門を開くわけではないとしている。なぜなら、第一に機会喪失それ自体の存在と機会が提供されていれば患者がそれを選んでいたであろうということは蓋然性を超えて証明されなければならないし、第二に説明を受けた患者の選択に従い、実践上可能な手段を用いて、より望ましい医学的な結果に向けて最善の努力をし、合理的な治療をすることは医師の義務の本来的性質であり、他の職業における義務とは次元が異なるものであるからである⁹⁵⁾。

サントウ裁判官は、最後にルンツ教授の論文⁹⁶⁾の以下の部分を引用して意見を結んでいる⁹⁷⁾。

「医療従事者が合理的な治療を行わなかった場合に、原告を治療が行われなかったものとしてではなく、適切な治療が行われたものとして考えるのが法（不法行為法であろうと契約法であろうと）の目的にかなう。多くの場合に、適切な治療が行われても原告には回復または従前の症状の軽減の『機会』が与えられるにすぎない。しかし、この機会こそが価値のあるものであり、多くの人がそれを得るために金銭を

94) [2004] NSWCA 391; [2004] 61 NSWLR 678 [CA]

95) [52]

96) H. Luntz 'Loss of Chance' in "Causation in Law and Medicine" edited by Ian Freckelton and Danuta Mendelson (1992) at 183

97) [54]

払うだろうものである。法は、そのような機会を、保護する価値のあるものとして取り扱わなければならない。」

e *Halverson v Dobler*事件

ニュー・サウス・ウェールズ州の*Halverson v Dobler*事件では、第一審裁判官は*Rufo v Hosking*事件の州最高裁判決に拘束力を認めたが、同判決の射程は失われた機会の割合が50パーセント以下の場合であると考え、それを超えて損害の蓋然性を証明した原告に対して全損害を認容した⁹⁸⁾。この判決は、機会喪失論を前提としつつ過失と現実の結果の因果関係を、蓋然性を超えて原告が立証した場合には全損害を認めるという見解もありうるということを示している。この判決は2007年の州最高裁判決でも維持された⁹⁹⁾。

f *Naxakis v Western General Hospital*事件¹⁰⁰⁾

上記 e の見解と異なる考え方を示したのが1999年の*Naxakis v Western General Hospital*事件の連邦最高裁判決である。カリナン (Callinan) 裁判官は、因果関係が51パーセントのときには全損害の賠償を命じ、50パーセント以下のときは割合的に損害賠償を命じるという区別をすることは困難であると述べている。損害額は、過失がなくとも損害が発生したであろう蓋然性によって減じられるべきで、それは損害を避けられた可能性が50パーセント以上であっても以下であっても変わらないとの趣旨と解される。同裁判官は、このような考え方は、弁護士怠慢などによって原告から提訴の機会が奪われたというような弁護過誤事件では一般的に採用されていると述べている¹⁰¹⁾。

98) [2006] NSWSC1307; BC200609964.

99) *Dobler v Halverson* [2007] NSWCA 335; [2007] 70 NSWLR 151 [CA]

100) *Naxakis v Western General Hospital* [1999] HCA 22; [1999] 197 CLR 269; 162 ALR 540. *Finders Medical Centre v Waller* [2005] SASC 155; [2005] 91 SASR 378 [FC]

101) e, f の事件では、因果関係論、損害論、証明度に関する議論が錯綜しているようにも思われる。これらの関係についての筆者の整理は本稿 (2) で示す。

g *New South Wales v Burton*事件¹⁰²⁾

医療過誤の事件ではないが、警察官が雇用主である州がストレスに対するカウンセリングを提供しなかったとして州を訴えた*New South Wales v Burton*事件で、2006年にニュー・サウス・ウェールズ州最高裁は2年前の*Rufo v Hosking*判決を判例として適用し、カウンセリングがなされていたらより良い結果が得られたであろう可能性について認定するために事件を差し戻した。

このように*Rufo v Hosking*判決によって、機会喪失論がオーストラリアで定着しつつあるかのように思われたときに*Tabet v Gett*事件において連邦最高裁がこれを否定したのである。

(ウ) *Tabet v Gett*事件

本件は、6歳の少女タベット (Tabet) が、度重なる頭痛と水痘のためまず第一被告である医師を受診して入院し、退院後間もなく第二被告であるゲット (Gett) 医師 (小児科医) を受診して再入院して治療を受けたが、最終的に脳損傷が生じ、深刻な障害が残ったという事案であり、第一審判決は第一被告に対する請求は棄却したが、第二被告であるゲット医師に対する請求を認容した。ゲット被告が上訴し、上訴審であるニュー・サウス・ウェールズ州最高裁は原判決を取り消した。上告審であるオーストラリア連邦最高裁は、原告の上告を棄却した。

a 第一審¹⁰³⁾

第一審判決は2007年に下された。*Tabet*事件の第一審裁判官は、*Rufo*事件と同じスタッグート裁判官だったが、同裁判官は*Tabet*事件には*Rufo v Hosking*事件において機会喪失論を認めたニュー・サウス・ウェールズ州最高裁判決の拘束力が及ぶとみなし、自身の*Rufo*事件第一審判決とは異なり、本件では機会の喪失に対する賠償を認めた。

102) [2006] NSWCA 12; [2006] Aust Torts Reports 81-826; 3 DDCR 398 [NSW CA].

103) *Tabet v Mansour* [2007] NSWSC 36; BC200700483.

スタッグート裁判官による判断は以下のとおりである。

原告は1991年1月11日に水痘の発疹と継続する頭痛を訴えて被告の診察を受け、髄膜炎と診断され、その日に入院することになった。そして、1月13日に腰椎穿刺を受けたが、1月14日に病状が悪化したためCT撮影がなされ、16日に手術が、その後放射線治療と化学療法がそれぞれ行われた。

もし、13日にCT撮影が行われていれば髄芽腫（脳腫瘍の一種）が発見できていたはずなのに、被告にはCT撮影を適時に行わなかった過失があり、もし一日早く髄芽腫が発見できていればドレイン留置などの治療によってより良い結果を得られた可能性がある。

ただし、原告の障害には、元々の疾患、16日の手術、放射線治療などが寄与しており、CT撮影が遅れたことの結果への寄与度は25パーセントを超えることはない。そして、より良い結果を得られた可能性については統計的な数値を示す証拠はないが、もしCT撮影によって髄芽腫が発見できていた場合に取り得た治療法やその成績などを総合的に考慮して40パーセントと算定する。

そして、脳損傷による全損害を609万2586オーストラリアドルと算出し、その25パーセントである152万3146オーストラリアドルの、さらに約40パーセントである61万オーストラリアドルの賠償を認める。

b 控訴審¹⁰⁴⁾

ところが、2009年に下されたニュー・サウス・ウェールズ州最高裁による控訴審判決は同裁判所自身の判例である*Rufu v Hosking*判決に従わなかった。通常は、先例を覆すには5人の裁判官で合議体を形成する必要があるにもかかわらず、この事件では州最高裁は3人の裁判官でこの決定をした点も問題とされている¹⁰⁵⁾。3人の裁判官は全員一致で*Rufu v Hosking*判決と*Gavalas v Singh*判決は、被告の過失が損害を惹起したあるいは実質的

104) *Gett v Tabet* [2009] NSWCA 76; [2009] 254 ALR 504 [NSW CA].

105) 前掲注6) ルンツAustralia 2. Case law on loss of chance in medical negligenceの項

に寄与したと原告が証明しなければならないという原則に矛盾しており、明白に誤っていると述べた。そして、それらの判決をした裁判官達は、機会喪失論を適用する際の実務上の困難も考慮していないと批判した。

*Tabet*事件は、2001年に提起されており、2002年のニュー・サウス・ウェールズ州の民事責任法¹⁰⁶⁾が効力を生じる前に手続が開始されていたので、同法は適用されないが、州最高裁が機会喪失論をこの事件に適用することを拒否した理由の一つには、同法における加害(harm)概念が制限的になったことを反映するべきであるとの認識が影響したという見解も示されている¹⁰⁷⁾。

さらに、州最高裁は、保険会社などの社会の構成員が、機会喪失理論を前提として個人的な、又は商業的な関係を形成しているとは認める証拠はない、すなわち同理論は「確立した原則」(民事責任法50 [2])とはいえないということも理由に挙げている¹⁰⁸⁾。さらに、州最高裁は仮に機会喪失論が適用されても、本件で喪失された機会は15パーセントと見積もられるべきだとも述べた。

c 上告審¹⁰⁹⁾

原告は、連邦最高裁に対して上告の特別許可を求めた。原告は、機会の喪失が賠償対象になるということ、そしてその機会は15パーセントではなく40パーセントであるということを上告理由として主張した。連邦最高裁

106) Civil Liability Act 2002 [NSW]

107) しかし、新法では“harm”の概念は包括的であるということが注記されており、機会の喪失を排除するものではないという指摘もある。前掲注6) ルンツAustralia, 1. Statuteの項。

108) この点も、*Australasian Medical Insurance Ltd v CGU Insurance Ltd* ([2009] QSC 235; BC200907779)の事件は、2004年のRufo v Hosking事件ニュー・サウス・ウェールズ州最高裁判決以後、オーストラリアでは機会喪失論を前提に訴訟上の和解がなされていることを示しているという指摘がされている。前掲注6) ルンツAustralia, 2. Case law on loss of chance in medical negligenceの項。

109) *Tabet v Gett* [2010] HCA 12

は、このように事実関係に深く立ち入る必要がある事件の上告は通常受け付けないことになっているが、この事件では例外的に受理した。

上告は6人の裁判官の全員一致で棄却された¹¹⁰⁾。そのため、連邦最高裁は、あたかも機会喪失論を否定するために上告を受理したかのようにも思われる。

キーフェル (Kiefel) 裁判官は、コモン・ローとシビル・ローの両方の法域における機会喪失論の状況を概観した上で、例えば同じコモン・ロー法域でもイギリスは消極的、アメリカは積極的、シビル・ロー法域でもフランスは積極的、ドイツは消極的など各地域によって判断は区々であり、正しい解決というものはないということをまず述べてから、因果関係は原告が蓋然性をもって証明しなければならず、その証明がなされた場合には全額賠償、証明されない場合は無賠償という原則は維持されなければならないこと、過失事件の訴因である損害を「機会」という用語によって再定義するべきではないことを論じ、本件では原告の機会喪失以外の損害が蓋然性をもって証明されていないため原告の請求は認められないという結論に達している¹¹¹⁾。キーフェル裁判官はこの事件では、過失不法行為法における証明水準を引き下げるという重大な原則変更をしてまで、被告に責任を負わせなければならないほど強い基礎 (Strong ground) はないと指摘している点も注目される。ヘイドン (Heydon) 裁判官以外の裁判官がキーフェル裁判官に同調した。

ガモウ (Gummow) 裁判官はキーフェル裁判官に一部同調した上で、本件では機会の喪失が立証されていないとしつつ、法的問題に踏み込み、機会の喪失がなかったという蓋然性が、あったという蓋然性よりも高い場合には損害賠償は認められないと判示した。なお、ガモウ裁判官は、カナ

110) オーストラリア連邦最高裁は7人の裁判官で構成されるが、この判決にはフレンチ (French) 長官は関与していない。

111) [104]-[151]

ダのブリティッシュ・コロンビア州最高裁の*de la Giroday* 判決におけるサウシン裁判官の意見にも言及して、本件は契約責任追及の事件ではないから、サウシン裁判官の契約構成によるアプローチを考慮する必要はないと述べた¹¹²⁾。同裁判官は同時にこの事件の結果自体は、機会喪失論を一般的に否定する趣旨と受け取る必要はないとも論じている。

なお、マサチューセッツ州最高裁の*Matsuyama*判決は、*Tabet*事件でもキーフェル裁判官とガモウ裁判官によって検討されたが、説得的ではないと判断され、キーフェル裁判官は、*Matsuyama*判決には損害概念や従前からの癌の存在を考慮に入れていない点などに理論的混乱があると評した¹¹³⁾。

クレナン (Crennan) 裁判官も、キーフェル裁判官に同調しつつ、補足意見として、機会の喪失も保護するという政策変更は、防衛医療を促進し、保険のスキームにも影響を与えるので、このような根本的な変更は裁判所ではなく、議会の仕事であると述べた¹¹⁴⁾。

ヘイドン裁判官は、証拠を詳細に検討した上で、原告はいかなる機会も失っていないという事実認定上の理由で棄却したので、機会喪失論の採否

112) [1]-[64] ただし、*Breen v Williams* [1996] HCA 43 A.L.J. 481では、ガモウ裁判官以外の他の裁判官全員が医師患者関係を契約関係として扱っている（同裁判官は国設・国営の健康保険による関係ととらえる）。

113) キーフェル裁判官の意見に対して、ルンツ教授は、*Matsuyama*判決は、責任の問題と、被告の過失と原告の損害（この場合は機会の減少）との因果関係は原告が証明しなければならないこと、及び、損害の算定の問題を明確に区別していると批判を加えている。ルンツ教授によれば、少なくとも、オーストラリアでは、患者の「全損害」を算定するに当たっては、患者が癌に冒されていたことは考慮に入れられる。前掲注6) ルンツ*United States*の項そうだとすると、*Matsuyama*判決をしたマサチューセッツ州最高裁（例えば、*Rufo*判決をしたニュー・サウス・ウェールズ州最高裁）とオーストラリアの裁判所は、損害の割合的な算定は、被告が惹き起こしたのではない損害については被告に帰責させないという点で公平かつ簡易に適用できる計算方法であるとする点で一致しているとみることができ

114) [100]-[103]

という法的問題には立ち入っていない¹¹⁵⁾。

ウ 小括～各州最高裁の積極説と連邦最高裁の消極説のせめぎ合い

1990年代以降、オーストラリアでは、キング教授、ルンツ教授などの学説やアメリカの判例の影響を受けて、幾つかの州最高裁が機会喪失論を採用した。特に影響力の大きいニュー・サウス・ウェールズ州最高裁が2004年に*Ryfo*判決を出したことによって、オーストラリアにおいては機会喪失論がほぼ定着したものと考えられていた。

ところが、連邦最高裁の2010年の*Tabet*判決がその流れを覆したのである。オーストラリアの評釈では、*Tabet*判決の法理によれば、失われた機会＝より良い結果を得られた可能性が50パーセント以下の場合に損害賠償請求が認められる可能性は極めて限られており、ほとんど認められることはないだろうというのが一般的な理解のようである¹¹⁶⁾。

ルンツ教授は、*Tabet*判決によって、オーストラリア連邦最高裁は、被告の過失によって原告の損害が惹き起こされたという蓋然性の存在を原告が証明しなければならないという立場を修正すること、さらに機会の喪失それ自体を損害として認めることも拒否したと評している。また、最高裁自身が機会喪失論を認めている営業上の利益と医療過誤によって失われた利益を合理的理由なく区別し、さらに弁護士の賠償責任において採用している理論からの類推も無視したと批判している。

ルンツ教授は、「(オーストラリアで機会喪失論が採用される・筆者注) 残された小道は、(カナダのサウシン裁判官が示唆した・筆者注) 契約責任による理論構成だけであるが、弁護士は敗訴の高いリスク（そしてそれはほぼ不可避である）を冒してまでそのような道に挑戦はしないだろう。この事件は、現在の最高裁の構成員の立場が圧倒的に保守的であるという

115) [70]-[99]

116) Bill Madden 'Loss of chance in medical litigation: High Court decision *Tabet v Gett* delivered' Australian Health Law Bulletin (June 2010) p60

見解を確認させるものである」と論文を結んでいる¹¹⁷⁾。

オーストラリアの大規模法律事務所Maurice Blackburnの医療過誤部門責任者であるダブロー弁護士も「最高裁は、*Tabet*事件が不法行為構成に基づくもので、契約構成ではないことに注意を払っている。請求が契約構成によるものであったなら、医師の注意義務違反によって、約束された機会が失われたことに対して、名目的なものにせよ賠償が認められた可能性がある。したがって、医療過誤の事案では可能な場合には、契約構成による申し立てをなすべきであるという見方もできる」と述べている¹¹⁸⁾。

しかし、州最高裁レベルでは、機会喪失論に好意的な裁判官が多いことは上記の裁判例の分析から明らかであり、連邦最高裁の裁判官が替われば、あるいは、キーフェル裁判官のいう「強い基礎」に基づく事件が最高裁の前に現れれば連邦レベルでの判例変更が近い将来起きることも十分あり得ると思われる¹¹⁹⁾。

117) 前掲注6) ルンツConclusionの項

118) Dimitra Dubrow 'Loss of a chance in Medical Negligence' Law Institute Journal 84 (9) (September 2010) pp.36-41, at p40

119) オーストラリア連邦最高裁の裁判官は7名であり、そのうち4名が州最高裁裁判官経験者である（ただし1名は連邦下級審裁判官の経験もある）。残りは連邦裁判所裁判官・学者・弁護士出身。ただし、全員が弁護士経験がある（2011年12月現在。High Court of Australiaホームページ）。