

【研究ノート】

医療水準判断における周知の事実の除外と専門家の必要性

—— アメリカにおける周知の事実除外規則を参考に ——

長 屋 幸 世

研究ノート

医療水準判断における周知の事実の除外と専門家の必要性

— アメリカにおける周知の事実除外規則を参考に —

長 屋 幸 世

目次

はじめに

- I. 周知の事実除外規則 (the common knowledge exception rule)
 1. 周知の事実除外規則とは
 2. 除外規則の適用場面と問題点
- II. 周知の事実除外規則の適用基準
 1. 専門的治療水準と三つの評価基準
 2. King 教授による適用基準の提言
 3. 小括
- III. 日本における医療水準判断への示唆
おわりに

はじめに

今日、医療水準は、医師の説明義務違反を判断する為の、一つの基準として機能している。この医療水準概念は、未熟児網膜症訴訟を背景とし、松倉豊治教授により提唱されたものである。すなわち、医療水準とは、学問として判断される医学水準とは別の、現に一般普遍化した医療としての現在の実施目標である、実践としての水準であり⁽¹⁾、それまで、医師の注意義務の内容そのものを判断するにあたり用いられてきた医学水準という指標に代わる、新たな法的評価基準として定立されたものであった。その後、医療水準の判断にあたり、医療機関の性格や地域的特性等、諸条件を考慮する判決が登場し⁽²⁾、医療水準はより相対的な基準へと展開されている。

このような医療水準は、医療慣行とも関係

する。医療慣行とは、臨床医療の現場において平均的医師によって広く慣行的に行われている方法をいうものと解され⁽³⁾、判例は、医療水準は規範であり医療慣行とは必ずしも一致しないとするが⁽⁴⁾、医療慣行として形成されていること自体が、平均的行為として合理性および現実の臨床医療の現場における合理的な実現可能性に裏打ちされているからであって、一般的標準的な医師の注意義務を設定するに際しては極めて重要な影響を与えるものであり、したがって、医療慣行は、医療水準を認定するにあたっての極めて重要な間接事実との評価を受けるものであるとして、医療慣行が医療水準に与える影響を指摘する見解もある⁽⁵⁾。

医療水準概念が、その文言自体抽象的・客観的であったとしても、地理的条件や時代背景、その他の諸条件を踏まえ、事例に応じてその内容を形成するものであるとするならば、上記の指摘は肯首し得るものである。したがって、判例が言うよう、医療水準と医療慣行が一致しないとしても、少なくとも当時どのような医療が実施されていたのか、またそれがどの程度一般化されたものであるのか等、当該医療の実施状況をはかる上では、医療慣行を吟味する必要があるのではないだろうか。また、そのような医療慣行が、規範である医療水準と一致しないことが妥当であるかどうかを判断することが必要となる場面も生じよう。そのような場合、医療慣行についての判

断は専門的事項を含むものと考えられることから、専門家が必要とされる可能性がある。果たして、当該場面における専門家活用の必要性はあるのだろうか。

以下では、専門家が医療水準、特に、実施されている医療慣行について専門的知見を提供する必要があるか否かを判断するにあたり、アメリカにおける専門家証人の事例を検討する Joseph H. King 教授の論文⁽⁶⁾を参考にしながら、考察を進めるものとする。

I. 周知の事実除外規則 (the common knowledge exception rule)

1. 周知の事実除外規則とは

アメリカにおける医療過誤訴訟において被告の注意義務違反を問う場合、その注意義務違反を判断するにあたっては、専門的職業に適用し得る専門的基準に基づく⁽⁷⁾。その際、専門的基準の判断の一助として、専門家証人が要求される場面がある。例えば、原告が、当該行為は医療水準を下回る義務違反の行為であることを主張する場合、それらを証明するために、専門家証人の証言を提出する必要があるであろう。しかし、このことは同時に、一応有利な事件⁽⁸⁾とされるためには、専門家証言が不可欠のものとして要求される場合があることを含む。そのため、患者である原告は、専門家証言を獲得すべく様々な努力をしなければならないことになる。

そこで、このような専門家証言の要求に対する対抗措置として挙げられるのが、周知の事実除外規則 (the common knowledge exception rule) である。すなわち、医療水準を明らかにし、それに対する違背を明白にするため専門家証言が必要とされる場合であっても、義務違反を申し立てられている行為が、専門家ではない、非医療従事者である通常人にも、一般知識の範囲内に (すなわち周知の事実の問題として) 収まるようなものとして

理解できる場合には、この周知の事実除外規則が適用され、専門家証言は必要がないと判断されるのである⁽⁹⁾。

周知の事実除外規則は、ほとんどが裁判所による判決の産物であり、医療過誤訴訟を扱う法を立法化しているごくわずかの州のうちの、ほんの少数だけが、この規則について明確に述べるに過ぎないことを、King 教授は指摘する⁽¹⁰⁾。しかし、周知の事実の除外は、医療水準について専門家証言を求めることに対する、広く認識された例外であり、ほとんどの州では、少なくとも原則として「周知の事実」の除外を承認しているという⁽¹¹⁾。

原告が、周知の事実除外規則の適用を求める背景には、先に述べたよう、専門家証言を提出しなければならないという制度的な要求を退けるためということがあるが、ヨリ実質的な理由としては、専門家証人に支払う費用の問題があげられる。専門家証人に対する費用は、最終的にクライアント自身が負担することになるため、原告がその利用を考える際には、自己の損害の大きさ (結果として得られる賠償金の額) に左右されるであろうし、専門家証人の費用の多寡にも影響され得る⁽¹²⁾。そのため、ヨリ安価に訴訟を遂行することを求める原告にとって、除外規則の適用は魅力的なものとして映るであろう。

他方、医療水準を検討するにあたって、現行の専門家証人システムが、十分に機能していない側面があることも、除外規則の適用を考慮する理由の一つであるかもしれない⁽¹³⁾。この問題は、医療水準に特化したものではなく、従来から指摘されている、専門家証言に対する不信感と、当事者による専門家証言への過度な期待という、専門家証人制度の問題点に由来する。つまり、専門家証人は、当事者に雇われていることから、金銭的なインセンティブの下、クライアントに有利な働きをすることが容易に予想され、その証言もバイアスを含んだものである可能性が高く、仮に

そうでないにしても、単なる専門的知見の供給というよりは、むしろ事実認定者を惑わし、その判断を曖昧にさせるような危険性を伴ったものであるという点であり、これらは古くから、いわゆる「ジャンクサイエンス」⁽¹⁴⁾の持ち込みや党派性の問題として指摘されてきたものでもある。そして、このことは同時に、当事者が専門家証人に対し、自己に有利な証言をするよう暗黙のうちに求めるという状況をも発生させる。このようにして採用された専門家証人は、両当事者にとって有利な主張を繰り返すこととなり、いわゆる「専門家闘争」(battle of expert)という訴訟の状態が生じ、その結果、専門家証言へのバイアスを相乗的に増加させる。全ての訴訟において、専門家証言を排斥することが妥当ではないが、周知の事実という枠組みの中で解決し得る問題であれば、無用な専門家闘争の状態を回避することが可能となる除外規則の適用は、検討の余地があると考えられる。

最後に、若干迂遠ではあるが、専門家証人の歴史的な発展経緯からも、裁判所による除外規則の適用を眺める事ができる。そもそも、専門家証人は、反対尋問の技術の発展と社会の合理化に伴い、それまでの陪審による調査に代わって普及してきたもので、同世紀後半までには、イギリスにおいてその証言の許容性が一般的に承認されるに至った⁽¹⁵⁾。アメリカにおいては、この専門家の意見の許容性に対しては幾分制限的に解され、証拠規則制定前の連邦裁判所では、一般人による通常理解の範囲を超えた事柄に対してのみ、専門家の意見が許容されるという態度が採られてきた⁽¹⁶⁾。まさにこの、一般人による通常理解の範囲を超えた事柄に対してのみ専門家の意見を許容するという点は、通常人の理解の範囲内であれば専門家を要しないということと表裏であろう。

以上のように、原告による費用負担の問題と、専門家証人システムに内在する欠陥をは

らんだ専門家証言の要求を回避する手段として、周知の事実除外規則の適用が求められるのである。

2. 除外規則の適用場面と問題点

周知の事実除外規則の適用が正当化される場面と、逆に明らかに適用除外を受ける場面には、比較的明白なものがあると King 教授は述べる⁽¹⁷⁾。例えば、歯科医が別な歯を抜いてしまったり、獣医が誤って違う馬の手術をしたり、手術器具や装置の抜去に責任ある医療提供者が、それらを患者の体内に放置したままにしてしまったような事例は前者に属し、外科医が原告の怪我に対し、ある特定の外科技術を以って治療することを決定した場合等は後者に属するとする。その一方で、その他の事例は、両者の間のどこかに位置するとし、その一例として Seippel-Cress v. Lackamp 事件⁽¹⁸⁾をあげる⁽¹⁹⁾。同事例は、虚弱な年長いた患者が、急激な体重減少と固形物嚥下に困難を生じていたことから、上部胃腸管を検査するためバリウム検査を受けたという事例である。患者は、X線処置の間に容体に変化し、X線処置は、患者が明らかに不快感を見せ、疲れ果て、濃厚なバリウムを飲み込むことができないために終了、患者は車輪付き担架に乗せられ運ばれた。患者の妹によると、患者は、帰宅途中何も言葉を発することはなく、家に着くと、患者の頭が後ろに倒れ息をしていないように見えたという。結局、患者は救急車で救急治療室に運ばれたが、わずかの時間で、脳死と確定された。このような事例において、原告は、医療提供者がバリウム溶液の吸引処置をしないまま患者を帰宅させたことにより、患者は、中毒反応や化学的肺炎、脳死と神経組織の機能低下の原因となった無酸素状態に陥ったとして、被告である医療提供者の注意義務違反を主張した。

患者側は、検査後に生じた事件について、治療水準違反を示すために専門家証言を用い

る必要はないとしたところ、裁判所は、「平均的な、医師ではない素人は、以下の事を知っている。すなわち、患者の容態が医療処置中突然変化した場合、医療提供者は、それが患者の生命や状態をおびやかすような発現に関係する問題なのか否かを識別するために、患者の状態や変化の原因を判断しなければならない、と。また、このことは明らかに医療提供者の責任であり、疑問を挟む余地はない。」と判断し、原告側の主張を支持している。

これに対して、King 教授は、被告に注意義務違反があったかどうかの質問は、素人の一般知識の範囲内に属する問題であったかどうか、すなわち、周知の事実とすることができるか否かという点につき疑問を呈する⁽²⁰⁾。そして、除外規則の適用をめぐる、多くは事実審や上訴審における裁判所の見解に依存するにもかかわらず、裁判所はその指針を提示していないことを指摘する⁽²¹⁾。

先にも述べたよう、除外規則は原則的に受け入れられる傾向が強い半面、このような裁判所による指針の提供の欠如により、除外規則の適用は不透明なものとなり得る。なぜならば、除外規則の適用範囲を一般化しようと試みる際、その文言自体が本質的に無意味なまでに一般化され、結局のところ、事例に応じて適用の有無を決するほかないこととなり、除外規則は、直観的に甚だしい誤りに対してのみ引き合いに出されるものであるにしても、当該事例において裁判所が除外規則を適用する保証は何もなく、そこには多くの非予見性が存在するからである⁽²²⁾。

King 教授は、この適用の不確実性との関係で、様々な利害関係者の関わりを理解することが有用であるとして、原告や潜在的被告となり得る医療提供者、幅広く複雑な社会利益に目を向ける⁽²³⁾。

まず、原告は、上述したような専門家証言に関わる費用負担の問題と、代理人獲得の困難さから、専門家証言の要求を退けるために

除外規則の適用を求めるが、適用の除外を受けると、被告が申し立てているサマリジャッジメントに直面する可能性がある。除外規則の適用が予想できない以上、適用除外の場合を想定した訴訟活動を行うべきではあるが、除外規則の適用のみを念頭に置いて専門家証言を排除し、その利用を申し立てていなかった原告、あるいは、様々な事情から専門家証言無くして戦わなければならない状況にあった原告⁽²⁴⁾にとってみると、適用の不確実性という問題は非常に大きく、賭けにも似たものとなる。

一方で、被告である医療提供者にとってみると、除外規則の適用事例が増加することは、医療過誤責任保険の負担の増加と、高度なリスクを負っている専門医による医療実施の場面に、潜在的かつ不公平な影響が生じることを伴って、医療訴訟が順に増加することにも繋がり、加えて、実際何が複雑で多極主義的医療行為の問題であるかを評価するに際し、医療の専門家の関与が回避されるという点で、除外規則は本質的に危険であるという懸念がある⁽²⁵⁾。さらに、除外規則は、多くの州で有効である、医療過誤の主張に対する特別な法規制のバイパスとなり得、その結果、大変な苦勞をして獲得してきた法改革が台無しにされてしまうという議論もある⁽²⁶⁾。これらを考慮した時、医療提供者としては、万が一の場合に除外規則の適用を免れるために、本来不必要であるかもしれない医療を実施するなどして、防衛的医療を行うようになるかもしれない、その結果、必然的に医療コストの増加がもたらされ、社会一般の利益に反する状態を惹起することとなる。また、除外規則適用の不確実さは、訴訟のさらなる遅延をもたらしつかもかもしれない。

このように、除外規則の適用をめぐる不確実さは、他方向に様々な危険性をもたらし得るが、除外規則が事例に応じて適用を検討される以上、これを解消することは難題である。

そこで、少なくとも、除外規則が適用されるための最低限の条件を定めることにより、当該事件の方向性に一定の見込みを与える事が可能となるであろう。ここに、除外規則の適用基準を考察する、第一の意義を看取できる。

第二の意義は、ヨリ実践的である。除外規則の適用を検討するにあたっては、当該医療行為が、医療水準に満たない行為であるかどうかを判断しなければならず、その場合、当該医療行為を専門的な観点から判断しなければならない。ここに、一つのジレンマが生じる。すなわち、当該医療行為が一般的知識として周知の事実の範囲内で判断し得るとの判断は、まさに、専門的知識を活用した結果得られる専門的判断に他ならず、そこでは専門家の関与なくして専門的判断を行わなければならないのである⁽²⁷⁾。この点、特に被告である医療提供者にとってみると、除外規則の適用によって、素人により誤った専門的判断がなされるのではないかという具体的危惧が存在する。この危惧を解消するためには、一定の場合に、除外規則が明らかに適用されるということにつき、合理的な指標が必要となり、ここから、除外規則の適用基準を検討する必要性が導かれる。

そこで、この除外規則の適用にあたって、King 教授は一定の基準を提示する。これについては次章で検討することとする。

II. 周知の事実除外規則の適用基準

1. 専門的治療水準と三つの評価基準

医療上の過失を判断するにあたっては、当該医療行為が医療水準以下の行為であることを示さなければならず、そこでは、通常人に予想される治療レベル、つまり、合理的治療水準に依拠すべきであるとされる⁽²⁸⁾。この合理的治療水準は、専門的治療水準と換言することができ、被告の専門に適用可能な医療の教義や臨床を反映したものであると解され、

具体的には三つの評価基準により構成されるという⁽²⁹⁾。

第一は、医療提供者独自の専門と特性から形成される専門的評価基準であり、ある伝統的構成の下では、医師にとっての医療水準は、「慣習（慣行）」あるいは慣習的な治療と医学的体験知という観点から、規範的に定義される⁽³⁰⁾。慣習上の治療方針を決定するに際しては、何が慣行上行われるかに焦点が当てられているようであり、近年は医療過誤を目的とした医療水準を、法令においてたびたび定義し、慣習や慣習上の臨床という言葉で専門的水準を明確にする一方、ほとんどの州では、医療水準は明白には定義されず、ただ、少なくとも、どのような行為が伝統的に踏襲されてきたものであるかということに焦点を絞るような文言を法令に含ませ、慣習上の治療の観点を構成しているとする⁽³¹⁾。そして、多くの法令や事例においては、慣習等に代えて、「被告の職業や専門に属する、通常のメンバーに期待される治療レベルを提示する」というより規範的表現を以って、医療水準を述べる⁽³²⁾。

第二は、地理的評価基準である⁽³³⁾。専門的基準は、しばしば地理的位置づけでその範囲が確定されてきており、被告の専門や専攻は、特定の地理的範囲や特定の類型の中にあるとされ、最も一般的には、「同一あるいは類似の地域性」または「連邦基準」という言葉で定義されるとする⁽³⁴⁾。

第三は、当該医療行為の行われた当時に存在する、適用可能な専門的基準を定義することにより一般的に具体化される評価基準である⁽³⁵⁾。

これら三つの評価基準のうち、特に第一の評価基準については、「慣習」あるいは「慣習上の治療」を明らかにすることが必要であり、そこには専門的見解の提示が介在する余地が多分にある。このことは、除外規則の適用という観点から眺めた時、先に指摘したジ

レンマへと回帰し、適用基準の必要性へと導かれるであろう。そこで、King教授は除外規則の適用基準を提示する。

2. King教授による適用基準の提言

King教授は、この周知の事実除外規則の適用は、裁判所の選択権として裁判所に留保されるべきであると説き、原告が専門的治療水準とその違背につき専門家証言を提示することなく医療過誤訴訟を起こすことを認める一方で、裁判所が周知の事実除外規則を裁量により適用する場合には、以下の二つの前提条件のうち、少なくとも一つが存在することを要求すべきであるとする⁽³⁶⁾。すなわち、

- (a) 過失を構成すると主張される特定の行為が、免許のない素人によっても行うことができる性質の行為であり、その際、医療免許付法やその他の正式に認可された規制に違反しないこと、かつ、免許のない素人が、典型的にその行為を行うことは、十分かつ予見的に期待されると、通常みなされる行為であること。
- (b) 問題となっている損害の原因たる特定の意思決定が、唯一の専門的医療技術の実施であったり、医療上のリスクと利益の均衡を熟慮した結果であったり、治療上の判断の行使といったことに無関係であったこと。

この二つの前提条件のうち、少なくとも一つを満たすことが必要であるが、それを満たしたからといって、裁判所による除外規則の適用が保証されるわけではなく、また、除外規則の適用により、本案で勝利することが必然的に導かれるわけでも当然ない⁽³⁷⁾。

第一の条件につき、King教授は、問題となっている行為が、免許の無い素人でも合法的、予見的、そして十分に行うことができる性質であることを要求するものであると述べ、この基準の下では、訓練やその他により、通

常、素人が当該行為を行う能力があり、その行為を行うことが予見的に期待されると裁判所が認めるのではない限り、単に問題となっている行為を行うのに、免許が必要ないということをもってして、それ自体で除外規則の適用を許すとみなすべきではないことになるとする⁽³⁸⁾。そして、以下のような具体的事例を挙げる。

まず、FERENCE v. V.I. Family Sports & Fitness Center, Inc. 事件⁽³⁹⁾である。この事例は、原告が医師から、心血管と背中中の痛みに対する理学療法のため、被告であるリハビリテーションセンターに問い合わせるよう告げられ、原告が被告の施設を訪れたところ、トレッドミル装置検査を受けた際に事故が起こったという事例である。原告は、運動トレーナーによる血圧測定後、トレッドミル装置に上がるよう指示されたが、その時、トレーナーは原告に介添えしたわけではなく、トレッドミルのスピード設定も行わなかった。そのため、原告はそのスピードを危険なほど高い値に設定してしまい、そのスピードについていけず、結果、同装置から落下してしまった。原告は被告に対し、原告の治療を監督すべきであったとしてその過失を主張したものである。これに対し裁判所は、トレーナーが理学療法を行う免許が無いという事実にも関わらず、原告による過失の主張の結論は、周知の事実として素人に評価し得るものではないと判断している。本件のような場合において、(a)の前提条件を満たすためには、仮にトレーナーに、療法士としての資格があることが要求されない場合であっても、トレーナーの行為は、免許のない素人でも原告のような状況にある患者のために行うということが通常認められ、期待されることが予見できる類のものであると裁判所が認めることが必要であると、King教授は述べている⁽⁴⁰⁾。

加えて、(a)の前提条件の認定にあたり、被告の行為や意思決定という観点で問題を構成

するのではなく、被害者の特別な医学的状況に関連して構成することが重要であると指摘し⁽⁴¹⁾、類似する二つの事例、Cunningham v. Riverside Health System, Inc. 事件⁽⁴²⁾と Lawrence v. Frost Street Outpatient Surgical Center, L.P. 事件⁽⁴³⁾を挙げて対比する。前者は、原告が、膝の手術後に被告である病院から治療を受けていたが、被告の従業員である看護助手が原告をベッドに連れて行く際、原告の足をひねってしまい、その結果、原告は大腿骨を骨折したと主張された事例で、後者は、被告の施設でヘルニア治療を受けた原告が、被告の従業員に介助されながら車椅子から車へ移動する際、従業員がきちんと支えていなかったために転倒し骨折したと主張された事例で、どちらも、外科手術後の患者が移動中に骨折した事例である。裁判所は、Cunningham 事件において次のように判断した。すなわち、事故時点の患者は、進行性の関節退行症と診断されており、病院スタッフもそれを知っていた状況にあって、被告の行為が医療水準に違反していることを示すためには、専門家による証言が必要である、と。他方、Lawrence 事件では、従業員の介助行為と医療水準に関する判断において、従業員が車椅子から移動させる際に支える行為というのは、専門的に医療の訓練を受けていない個人が、手術後の家族や友人を抱えるときに、標準的な根拠に基づき通常行う類の行為であり、その方法については一般的な知識を持って評価し得ることから、除外規則適用の範囲内にあるとしたのである。

この二つの事例から、King 教授は、(a)条件の適用にあたり、原告の置かれている個々の状況を検討すべきと分析しており、このことは、先に指摘されたよう、「事例に応じた」判断を行う際の、一種の考慮要素を提示したものと考えることができよう。

次に、第二の前提条件につき、これを満たすことは、医療の実施が、免許ある専門家に

より行われることや、少なくとも、非医療従事者により行われることは通常予想されない（期待されない）場合であっても、裁判所が除外規則を適用することを認めることに繋がるとする⁽⁴⁴⁾。そして、この条件の適用にあたり、過失とされる特定の意思決定に対し、詳細に焦点を当てることが非常に重要である旨付言し⁽⁴⁵⁾、裁判所がこの点を考慮し、専門家証言は必要ないと判示した事例として、看護師が患者の脇から抜糸する際に、消毒薬を患者の目に滴らせたため、化学的火傷を負ったと主張された Dugas v. Massiha 事件⁽⁴⁶⁾を例にあげる。

さらに、過失とされる行為とそれに対する意思決定の問題を敷衍するために、Harvey v. Wolfer 事件⁽⁴⁷⁾と Mcbee v. HCA Health Service of Inc. 事件⁽⁴⁸⁾を検討している⁽⁴⁹⁾。両事件は共に患者の転倒事例で、前者は、注射後に整骨医の介助を受けて歩行していたが転倒してしまったという事例であり、後者は、子宮摘出術の二日後に、歩行の訓練において転倒したという事例である。Harvey 事件において原告は、整骨医や助手の介助が無かった、あるいは患者を転倒させたと主張したところ、裁判所は、整骨医や助手が患者を転倒させたということは、医療科学を含蓄するものではなく、一般的な経験に基づき評価できるものとして、除外規則の適用を認めた。他方で Mcbee 事件においては、原告は、看護師による適切な補助や介助なしに、原告の歩行を認めたのは過失であると主張。これに対し裁判所は、外科手術を受けた患者の術後の歩行能力の評価と、歩行方法の選択は、素人が通常有しない特別な技術と訓練に関係すると判示し、本事例における看護師の行為は専門的判断にかかるもので、素人陪審の知識の範囲外であったとする⁽⁵⁰⁾。

教授は、これら同一管轄で生じた転倒事例を基に、特定の行為とそれに関する意思決定の関係性を考慮することを説く一方で、ある

医師から療法の推薦をなされた協力医が同時に患者の主治医であったり、患者の治療を行った医師であったりするような場合、そのような協力医は他の医師の推薦に従う義務が無いかもしれない、推薦に従わなかったという主張は、除外規則の範囲に収まらないかもしれないということをもまた、例外的場面として指摘する⁽⁵¹⁾。

さらに、第二の前提条件は、例えば、手術器具等を患者の体内に取り残してしまったような場合にも有効に作用しうるとするが、医師の決定が医学的判断を伴う場合は異なる結論となるとする。この点、教授は、Callahan v. Cho 事件⁽⁵²⁾をあげて説明する⁽⁵³⁾。同事例では、原告の股関節部の補綴のための外科手術の際、縫合の針が折れてしまい、その小さな破片が患者の股関節部内の筋肉組織に、およそ6インチ刺さったが、針の欠片を探し出すにあたり、ヨリ侵襲的に探さなければそれを発見できない状況にあった。そのため、被告の外科医は、時間をかけて探すことは筋組織の重要な部分を破壊するというだけでなく、その小さな破片を上手く除去できる保証も存しないと判断、かつ、経験に基づき、その欠片が患者に害を与えることはないと予想した上で、結局、欠片を体内に残したままにしたのである。裁判所は、外科医の行った、欠片を筋組織内に残存させることと、搜索し取り出すこととのリスクを比較衡量したという判断は、まさに専門的医学的判断の真髄であって、この点が問題となるとすると、専門家の証言を参考にしてのみ解決し得るものであるとの判断を下しているとした。

以上のように、問題となる行為が、重要な医学的決定の結果になされたものであるような場合、(b)要件を満たさず、除外規則の適用は回避されるべきであるとの結論に達することになるが、King 教授は、規則の適用の際、関連する個々の医療提供者に別々に焦点を当てることもまた、重要な点であるとする⁽⁵⁴⁾。

例えば、Carver v. United States 事件⁽⁵⁵⁾では、腹腔鏡を用いる手術において、患者の体内に器具の一部を残してしまったことが過失ある行為として主張されたところ、それは素人の一般知識の範囲内にある問題だと判断されている。しかし、ここでは外科医に焦点が当てられており、外科医の証言によると、自身は、手術において器具等の数を数えたり、状態を確認、監督する立場に無く、あるいはそれが期待される立場にも無かったと証言している。ここから、外科医と、器具の状態、状況を監督することが通常期待される看護師等に分けて、焦点を当てるべきであったという点が指摘でき、本事例の結論は、教授の提示する前提条件に妥当しないかもしれないとする⁽⁵⁶⁾。

最後に、(a)、(b)二つの前提条件について、その両者が満たされる場合、被告が医療水準につき専門家証言を提供することを求めるか否かに関わらず、裁判所は自由に除外規則の適用をすべきであるが、除外規則の適用が適切か否かについて判断材料を提供する専門家証言を許容することは、医療水準に违背しているかどうかに関する専門家証言の許容とは、別個に考えるべきであると指摘する⁽⁵⁷⁾。そして、教授はこの点に関し、被告の行為が素人によって適切に評価されるかどうかについての範囲の問題につき、専門家証言の許容を排除すべきではないとする⁽⁵⁸⁾。

3. 小括

ここで、これまでの King 教授の議論を整理しておく。

アメリカにおける周知の事実除外規則は、過失があると主張される低水準の行為が、周知の事実のように一般的な知識の範囲内にあり、そのため医療の訓練を受けていない素人にも理解できるような場合には、専門家の証言は必要がないということを決めている。これに対して、教授は、裁判例における除外規

則の適用場面を分析し、当該規則は事例に応じて適用されるものだとしながら、原告からは専ら専門家証人の必要性を排するために適用を求められ、他方で被告からは、サマリジャッジメントや原告の申立の却下を求めて、その適用除外を求められる構造にあるとする。その中で、当該行為が専門的な医学的評価には関係しない行為であるという専門的意見なしに、規則の適用があることをどのようにして決めるのかという矛盾が存在すると指摘する。この除外規則の適用あるいは不適用の主張は、専門家証言にかかる費用の問題や、素人である陪審が専門的内容を含む事項の判断を誤るのではないかといった不安要素に駆り立てられる部分もあり、社会の複雑な利益も考慮されるべきであるが、専門家証人の要求に対する除外規則は、原則として保持されるべきであると教授は説く。その適用方法としては、裁判所に適用についての裁量を認め、適用を認めるにあたっては、(a)免許を有しない素人が、適用可能な医療免許法や治療専門家の行為に適用される正当に認められた規則に違反したりすることなく、その行為を法的に行うことができるという性質を有する行為であるのみならず、そのような免許のない素人であっても、それらの行為を行うことが通常予見あるいは期待されるとみなされるものであること、(b)過失ある行為を構成するとされる医療提供者による特定の意思決定が、唯一専門的な医療技術の行使や、熟慮された医療上の危険と利益の比較衡量、治療的判断の行使とは無関係の行為であること、といった二つの前提条件のうち、少なくとも一つを満たすべきであるとする。これにより、先に指摘した、素人である陪審が専門家証人なしに、どのように医療提供者の行為を公正に評価するかという問題点につき、重要な指針を与えることができるという⁽⁵⁹⁾。

結局のところ、(a)、(b)両基準の適用場面の違いは、次のように考えられるであろう。

(a)基準は、当該行為が、非医療従事者により通常行われることが予想される場面を念頭に置いており、逆に(b)基準は、当該行為が、非医療従事者により通常行われることは予想されない場面を想定する。(a)基準の想定する状況においては、非医療従事者によっても行われ得るという側面に焦点を当てたため、一般的に言って、当該行為には専門性が要求されないであろうことが予想される。そのため、除外規則の適用可能性が必然的に増大することから、裁判所としては、除外規則が適用できない要因の存在を検討する必要が生じ、結果として、適用に対する例外要素となり得る、患者に特有の医学的状況に目を向けることになる。

他方で(b)基準は、その想定場面からして、その医療の実施は本質的に専門性を有するものと考えられる。したがって、基本的には除外規則の適用可能性は少なく、(a)とは異なり、行為の性質そのものを問題にする必要は生じない。その中であって、専門的判断が必要とされない場合はいかなる場合かを検討しなければならず、それはつまるところ、全体としては専門性を有する事柄の中で、ある部分はその専門性が無関係になる領域を探すことであり、それを示すことが、除外規則の適用可能性を拓げることに繋がる。

このように、King教授の提言による基準は、それぞれの場面において共に「例外」に着目することで、除外規則の適用範囲（換言すれば、専門家関与の範囲）を定めようとするものである。また同時に、一般的知識により判断し得る範囲に明らかに収まる明白なミス事例と、その対極にある、専門的判断の必要性が明白である事例との間で、当該行為は周知の事実として一般的に素人に判断可能であるとするにあたっての境界線をどこに設けるか、またその上で、それらに分類できない他の数多くの事例が、どこに位置するのかを決する指標となり得るものでもあり、ケー

スパイケースでの判断が必要とされる医療水準の検討において、一定の指針となり得るものと言えよう。

Ⅲ. 日本における医療水準判断への示唆

翻って、日本における医療水準の問題状況に目を向けてみると、King 教授の議論が参考となる点が多く見受けられる。

まず、医師の過失を判断するにあたっての専門的治療水準（いわゆる医療水準）をめぐる評価基準については、アメリカの場合と同様に考える事が可能である。すなわち、医療水準を検討する際の地理的状況という評価軸に関しては、最高裁の判例においてもその点考慮すべき要素として指摘されている⁽⁶⁰⁾。また、当該医療行為実施時に適用し得る専門的基準により、当該行為の妥当性を判断することは、言うまでもない。そうすると、第一の評価基準として示された「慣行」という観点から定立され得る、専門的評価基準の問題が残される。

このような慣行とされる行為は、二つの場面で専門家の判断が必要とされる。

第一に、何が慣行であるかという問いに対する答を模索する場面である。医療慣行とは、臨床医療の現場で平均的医師により広く行われている方法であることは既に述べた。その方法そのものにつき、どのような性質を有し、どのように実施されるかということ判断することは、King 教授も指摘するよう、まさに医学的知識、つまり専門的判断が必要とされるものである。

第二は、そのようにして判断された慣行的行為が、一般的な知識とどのような関係にあるかということを考える場面である。言い換えると、特定の行為が一般知識の問題として評価し得るのか、あるいは、一般知識の問題として解決し得る範囲には含まれないものであるのかを判断することであり、このような

評価は医学的判断として、専門家による専門的判断が求められる可能性がある。

これら第一、第二の場面は、互いに関連する。第一の場面における、特定の行為の性質決定は、第二の場面における、特定の行為と一般的知識で対処し得る問題との関係を決するため、前提要素となるからである。そうであるとする、前述した King 教授による除外規則適用のための(a)、(b)の選択的前提条件は、どのように関わるか。

この点、以下のように見ることができよう。つまり、(a)基準は、特定の行為を、それを構成する具体的内容そのものという点から特徴づけ、(b)基準は、その特定の行為が表出するにあたり作用した原因という点から、行為を特徴づける。したがって、両基準は、想定している適用場面は正反対にあるが、共に、特定の行為の性質決定に関連する指標と見ることができ、このことは、まさに第一の場面と関連する。

では、第二の場面に関してはどうか。第二の場面は、第一の場面で決定された性質を有する特定の行為と、一般的知識との関係性を判断する場面であり、(a)、(b)両基準が直接作用することはないと考える。しかし、先にも述べたよう、当該行為の性質を決することが関係性判断の前提となる以上、前提の確定という意味においては、両基準が間接的に作用すると言えるのではないか。

ただ、素人が、当該行為は専門的知見を要する判断事項を含むものではないと判断したことが正しいかどうかは、結局のところ、専門家による評価によってのみ、その妥当性を判断し得るのであり、その意味においては両基準は機能しないと言わざるを得ないことに注意が必要である。

ここで、今一度、日本における医療水準と医療慣行の考え方に触れると、医師の法的責任追及場面においては、医療慣行に従った行為というだけでは過失の責任を免れえず、医

療水準に従った行為でなければならないと判断されているが⁽⁶¹⁾、最初に指摘したように、このような医療水準が医療慣行により強く影響を与えられるとするならば、専門家の意見により明らかにすべきものとして、医療慣行を認識することもできるのではなからうか⁽⁶²⁾。そうであるとすると、慣行としておよそどのような行為が行われているのかを明らかにする意義はなお存するであろうし、その際には、当該行為がそもそも医療専門的慣行であるのかどうかを判断する必要も生じる。King 教授の提言する(a)、(b)両基準は、除外規則の適用を判断するにあたっての前提条件ではあるが、当該行為が専門家により判断されるべきである医療慣行としての性質を有するかどうかを判断する際の、有用な基準となると考える。

さらに、King 教授の提示する基準は、専門家証言を排除し、周知の事実除外規則の適用可能性を検討するにあたって作用するものであったが、このことは同時に、専門的治療水準を判断するにあたって、専門家の見解が不可欠となる場面があることをもまた、明らかにしている。除外規則の適用を検討し、専門家の関与を否定することは、審理の迅速化や訴訟費用といった側面からも必要ではあるが、裏を返すと、事例に応じて専門家の適切な関与を求める事でもある。

よって、アメリカにおける医療水準に関して検討される、周知の事実除外規則の適用をめぐる前提条件は、日本においても、医療水準を把握する前提となる医療慣行の性質判断、あるいは、医療慣行とされる行為の専門性評価という場面で有効に作用すると共に、医療水準の場面における専門家活用の余地を明らかにするものでもあると言える。

おわりに

現在のところ、日本において、医療水準そ

のものについて訴訟で判断するにあたり、鑑定をして専門家の見解を求めるということは、ほとんど例が見られない。しかしながら、これまで行ってきた、アメリカにおける周知の事実除外規則の適用をめぐる諸条件と、医療水準判断にあたり必要とされる医療慣行に対する専門的判断の余地についての検討から、医療水準の判断にあたっては、専門家の見解が必要とされる場面があることが指摘できる。医療水準の判断にあたっては、具体的には医療慣行に対する判断が必要になることは繰り返し述べたが、医療慣行の概要を知るためには、鑑定人に代わり、専門委員の活用という方策も考えられる。この専門委員の活用により、医療慣行一般に関する知識を得る事は可能である。しかし、実際に訴訟で医療水準が争われ、それを認定することになれば、鑑定人により明らかにする必要が生じることになる。

なお、特定の行為が慣行として専門的見地から判断すべきものであるか、あるいは素人による一般的な知識の範囲内で評価し得るものであるのかという第二の場面については、King 教授の定立される基準が十分に機能しないことも明らかになった。この点、まさに医学的専門的判断が必要とされる場面であり、結局のところ、多くの事例による判断の蓄積が必要であり、一般的な知識で判断できることが明白ではない場合には、専門家による判断を求めるほか無いことになるのではないだろうか。

最終的には、教授も指摘するよう、問題となる特定の行為は、一般的に抽象化される「医療水準」という、一定で揺るぎない評価指針に照らし合わされるようであり、その実、事例に応じて判断される専門的治療水準から判断される。ここに、医療水準概念の空洞化が見られ、このことは日本においても妥当な問題である⁽⁶³⁾。そのため、具体的な医療の実施における、個別的な判断基準が必要とな

る場合が生じることが予想され、その際には、上記のように、当該行為の性質決定と、医療慣行との比較検討、その上で医療水準に照らした評価という作業が、専門家の意見を要求する場面を伴いながら展開されていくであろう。

⁽¹⁾ 松倉豊治「未熟児網膜症による失明事例といわゆる『現代医学の水準』」判タ311号(1974年)64頁。

⁽²⁾ 最判平成7年6月9日民集49巻6号1499頁。

⁽³⁾ 西野喜一「医療水準と医療慣行」太田幸夫編『新・裁判実務大系1』(青林書院, 2000年)114頁。

⁽⁴⁾ 最判平成8年1月23日民集50巻1号1頁。

⁽⁵⁾ 飯田隆「注意義務の程度(2)―医療水準の重層構造と注意義務」根本久編『裁判実務体系17』(青林書院, 1990年)164頁。

⁽⁶⁾ Joseph H. King, *The Common Knowledge Exception to the Expert Testimony Requirement for Establishing the Standard of Care in Medical Malpractice*, 59 Ala. L. Rev. 51 (2007).

⁽⁷⁾ *Id.*

⁽⁸⁾ 被告からの訴え却下の申立や指示評決(トリアルで提出された証拠から、陪審に付すべき争点はなく、勝敗が明らかであるとして裁判官が下す評決)の申立を免れるだけの証拠を、原告が提出している事件のこと。

⁽⁹⁾ King, *supra* note 6, p.52.

⁽¹⁰⁾ *Id.*, p.63.

⁽¹¹⁾ *Id.*, p.62.

⁽¹²⁾ King, *supra* note 6, pp.79-80.

⁽¹³⁾ *Id.*, p.55, pp. 84-89.

⁽¹⁴⁾ Peter W. Huber, GALILEO'S REVENGE, p.2.

⁽¹⁵⁾ 7 WIGMORE EVIDENCE §1917 (1978), p.4.

⁽¹⁶⁾ Charles Alan Wright, Victor James Gold, FEDERAL PRACTICE AND PROCEDURE Vol. 29 §6231-6320 (1997), p.175.

⁽¹⁷⁾ King, *supra* note 6, pp.52-53.

⁽¹⁸⁾ 23 S.W.3d 660 (Mo. Ct. App. 2000).

⁽¹⁹⁾ King, *supra* note 6, p.53.

⁽²⁰⁾ *Id.*

⁽²¹⁾ *Id.*, p.53, pp.65-66.

⁽²²⁾ *Id.*, pp.65-67.

⁽²³⁾ *Id.*, pp.77-89.

⁽²⁴⁾ *Id.*, p.82. King 教授は、四人による連邦政府に対する医療過誤訴訟の事例をあげ、「そのような原告にとって、実際、弁護士も専門家も手に入らない場面では、裁判所が周知の事実除外規則に頼る危険性を警告しても、うつろに響くだけであろう」とする。

⁽²⁵⁾ *Id.*, p.83.

⁽²⁶⁾ *Id.*

⁽²⁷⁾ *Id.*, p.55.

⁽²⁸⁾ *Id.*, p.57.

⁽²⁹⁾ *Id.*, pp.57-59.

⁽³⁰⁾ King, *Reconciling the Exercise of Judgment and the Objective Standard of Care in Medical Malpractice*, 52 Okla. L. Rev. 49 (1999), p.51.

⁽³¹⁾ *Id.*, pp.52-53, King, *supra* note 6, pp.57-58.

⁽³²⁾ King, *supra* note 30, pp.52-53, King, *supra* note 6, p.58.

⁽³³⁾ King, *supra* note 6, p.58.

⁽³⁴⁾ *Id.*

⁽³⁵⁾ *Id.*, pp.58-59.

⁽³⁶⁾ *Id.*, pp.90-91.

⁽³⁷⁾ *Id.*, p.91.

⁽³⁸⁾ *Id.*, p.92.

⁽³⁹⁾ No. Civ. 657/2002, 2004 WL 626280, p.5 (V.I. Feb. 23, 2004).

⁽⁴⁰⁾ King, *supra* note 6, p.93.

⁽⁴¹⁾ *Id.*

⁽⁴²⁾ 99 P.3d 133 (Kan. Ct. App. 2004).

⁽⁴³⁾ No. D042108, 2004 WL 2075401, p.5 (Cal. Ct. App. Sept. 17, 2004).

⁽⁴⁴⁾ King, *supra* note 6, p.95.

⁽⁴⁵⁾ *Id.*

⁽⁴⁶⁾ 934 So. 2d 878, 882 (La. Ct. App. 2006).

⁽⁴⁷⁾ No. 03A01-9512-CV-00452, 1996 WL 94819 (Tenn. Ct. App. Mar. 6, 1996).

⁽⁴⁸⁾ No. M2000-00271-COA-R3-CV, 2000 WL 1533000 (Tenn. Ct. App. Oct. 18, 2000).

⁽⁴⁹⁾ King, *supra* note 6, pp.95-96.

⁽⁵⁰⁾ *Id.*, p.96.

⁽⁵¹⁾ *Id.*, p.97. 例として, Wilson v. Manning 事件。880 So. 2d 1101, 1111 (Ala. 2003).

⁽⁵²⁾ 437 F. Supp. 2d 557, 563 (E.D. Va. 2006).

⁽⁵³⁾ King, *supra* note 6, p.98.

⁽⁵⁴⁾ *Id.*, pp.99-100.

⁽⁵⁵⁾ Nos. 3:04-0234, 3:04-0991, 2005 WL 2230025, p.10 (M.D. Tenn. Aug. 30, 2005)

⁽⁵⁶⁾ King, *supra* note 6, p.100. しかし, 器具を管

理する責任がある医療提供者の行為を評価することは、おそらく一般的知識の範囲にある問題であるとする。

⁽⁵⁷⁾ *Id.*, pp.101-102.

⁽⁵⁸⁾ *Id.*, p.103.

⁽⁵⁹⁾ *Id.*, p.105.

⁽⁶⁰⁾ 前掲注(2)。

⁽⁶¹⁾ 前掲注(4)。本判決では、前掲注(2)の平成7年判決を引用した上で、「医療水準は、医師の注意義務の基準（規範）となるものであるから、平均的医師が現に行っている医療慣行とは必ずしも一致するものではなく、医師が医療慣行に従った医療行為を行ったからといって、医療水準に従った注意義務を尽くしたと直ちにいうことはできない」としている。

⁽⁶²⁾ 医療慣行の専門性の度合いが、実質的に判決の帰趨を決するという問題点を指摘するものとして、小西知世「医薬品添付文書と医師の注意義務—腰椎麻酔ショック事件」医事法判例百選（有斐閣，2006年）148頁。

⁽⁶³⁾ 西野・前掲注(3)，117頁。