
種 別： 研究ノート

タイトル： 医療事故事例における損害賠償責任制度の展望—無過失補償制度との関係をめぐるフランス法の現在と日本法の将来—（2・完）—

著 者： 竹村 壮太郎

所 収： 『上智法学論集』第59巻1号（平成27年7月）51-94頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

研究ノート

医療事故事例における損害賠償責任制度の展望—無過失補償制度との関係をめぐるフランス法の現在と日本法の将来—(2・完)

竹村壮太郎

- 一 はじめに
- 二 フランス法における医療事故と損害賠償責任制度
 - 1 2002年法成立以前の医療事故と損害賠償責任制度の展開
 - 2 2002年法成立以後の医療事故と損害賠償責任制度の展開
(以上 58 卷 3・4 号)
- 三 日本法における損害賠償責任制度の課題と展望
 - 1 日本法の現状と課題
 - 2 日本法における損害賠償責任制度の展望
- 四 おわりに (以上本号)

三 日本法における医療事故と損害賠償責任制度の課題

以上では、フランス法における医療事故と損害賠償責任制度の関係を概観した。2002年法によって損害賠償責任制度を補完する形で無過失補償制度を設けたが、その責任制度の在り方、医療側の義務や損害の位置づけといった点に、なお議論の余地を残していることがうかがわれる。日本でもこのフランス法の制度は注目を浴びているが、上記のような問題点も生じていることは認識しておく必要がある。

医療事故と損害賠償責任制度の関係といえば、いうまでもなく、日本でも極めて多くの議論がなされてきた問題である。ただ現在までのところ、責任制度は責任制度の問題として、とりわけ個別の解釈論が目覚ましい発展を遂げているように思われる。勿論そうした議論の有用性は疑う余地がなく、以後の更なる深化が期待されるところである。ただ近時では、日本でも無過失補償制度の導入が検討され、実際、産科医療補償制度の整備も実現している。こうした状

況にあつては、以後の損害賠償責任制度をめぐる議論も、無過失補償制度との関係をより視野に入れて展開させていくことが有用である。

以下ではそうした視点から、1つのモデルケースであるフランス法の現状で示された課題をもとに、日本法の損害賠償責任制度の展望を素描していくこととしたい。

1 日本法の現状と課題

(1) 判例にみる日本法の現状

もとより日本法の歴史はそう深くはないが、フランス法と同様、そこで医療事故による損害賠償が問題となることは、初期の頃はさほど問題とされていなかったといわれている⁽¹⁾。それが本格的に論じられはじめたのは戦後のことだとされ、次第に医師に損害賠償を求める訴訟も散見されるようになった。その後現代にかけて、医療事故に際して損害賠償を求める例は増加傾向にあることが知られている。ただ、だからといって、それで損害賠償が格段に認められやすくなったかといえば、当然そうではない。むしろ勝訴率はかねてから低く、多少の増加はあったにしても、今現在でも状況はさほど変わってはいないよううかがわれる⁽²⁾。その理由は様々であろうが、やはり医療事故をめぐる訴訟活動が容易ではないことに一因があろう。

さて、その日本法にあつても、医療事故被害者の救済を実現するため、これまで様々な議論が交わされてきた。当初は損害賠償責任制度の解釈論が盛んであったが、それでも今日以上のような状況にあるのは、その制度単独での対応に限界が来ていることの証左だともいえる。そのため、フランスと同じように、無過失補償制度の導入が検討されているのである。

その無過失補償制度と損害賠償責任制度の関係を検討する前に、まずは日本法における現状を、判例ないし裁判例を中心に簡単に確認していくこととしたい。以下で見るように、そこではやはり、被害者の保護が次第に強調されてき

(1) かつての日本法の状況については、加藤一郎「医師の責任」我妻先生還暦記念『損害賠償責任の研究 上』(有斐閣・1957) 505頁。そこでは、諸外国法では日本法と違い、大いに問題とされている、と書かれている。1957年時点とえば、フランス法でも医療事故と損害賠償責任の関係が論じられて、だいぶ時間が経過した頃のことである。むしろ立法初期の頃問題とならなかったという点では、状況は同じだということもできよう。

(2) 浦川道太郎、金井康雄ほか(編)『専門訴訟講座4 医療訴訟』(民法研究会・2010) 5頁(浦川道太郎)によると、勝訴率は平成20年でも26、7%だとされている。

たことがうかがわれるところである⁽³⁾。

(i) 過失をめぐる判例、裁判例

裁判上、医療事故による損害賠償を求めるためには、被害者は医療側の債務不履行（民法415条）か不法行為（民法709条）による責任を主張することになる。この両者に実際上の差異はないとされ、いずれにせよ被害者がその要件である過失などを証明しなければならない⁽⁴⁾。

しかしながら、裁判例のなかには、まず、その過失が一般的な事例よりも厳しく認定される例をうかがうことができる。もっとも、それでフランス法のような結果責任に近い安全保証義務などが認められたわけではない。それというのは、後述のとおり、因果関係や損害の理解の仕方の一因があるものと考えられる。

過失に関していえば、例えば、副鼻腔炎の治療のための手術の結果失明が生じた事案にあって、裁判所は次のように述べて、医療側の責任を認めた。すなわち、手術の過程において失明の結果を生ぜしめるがごとき行為をしないよう万全の注意を払うべき業務上の注意義務があることはもちろんである。いやしくも手術の過程において失明の結果が生じた以上、それが不可抗力によるものであるか、少なくとも現在の医学知識をもって予測し得ない特異体質など、その他これに類する原因に起因することの立証がない限り、当該手術にあたった医師に過失があったものと推定すべきである、と⁽⁵⁾。

(3) こうした傾向が指摘されていたことは、例えば、三藤邦彦『医事法制と医療事故』（信山社・2003）348頁（初出は、同・「医療事故における医師の責任について」日本医師会（編）『日本医師会医学講座昭和45年別冊・医療と法律』（金原出版・1970））、などを参照。

(4) 中野貞一郎「診療債務の不完全履行と証明責任」有泉亨（監）唄孝一、有泉亨（編）『現代損害賠償法講座4』（日本評論社・1974）72頁、参照。

(5) 東京高判昭和44年5月30日判時570号51頁、判タ239号156頁。同旨のものに、鍼治療の結果血気胸が生じた事案に関する、福岡地判昭和51年4月30日判時831号91頁、判タ338号284頁、がある。なお過失の推定に関しては、予防接種事故に際する有名な最判昭和51年9月30日民集30巻8号816頁も挙げることができよう。この判決では「結果を予見しえたものであるのに過誤により予見しなかったものと推定するのが相当である」と述べられた。このほか、医師法19条1項との関係で、患者の受容れ拒否による損害の発生の事案でも、過失の一応の推定がしばしば取り上げられる。例えば、専門医師が在院しなくても、なお患者を受入れて同人に施すべき医療は人的にも物的にも可能であるという神戸地判平成4年6月30日判タ802号196頁、判時1458号127頁は医療側の正当な事由の主張を認めず、過失の一応の推定を否定していない。

これに近似するものとして、過失を推認するという考え方も随所で見られる。例えば病院で頸椎手術を受けたところ四肢の麻痺が生じたという事案では、裁判所は次のように述べて医師の責任を認めた。脊髄の損傷が不可避であったなどの特段の事情のない本件にあっては、医師が過誤によって脊髄を損傷したものであると推認すべきである⁽⁶⁾。

以上の過失の推定、推認以前に、医療側の注意義務の設定自体、一般不法行為の過失に比べて厳格になる例もある⁽⁷⁾。例えば、有名な東大輸血梅毒事件は医療慣行と注意義務を切り離し、真実の答述が期待できるか不明である場合でも、「真実の答述をなさしめるように誘導し、具体的かつ詳細な問診を」する義務を肯定した⁽⁸⁾。判決は「人の生命及び健康を管理すべき業務(医業)に従事する者は…危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務を要求する」としていたが、この義務のあり方は当時議論を呼んだところである。一部では、過失の認定が困難な例だったと解されていた⁽⁹⁾。

そのほか、判例上では、医師には手術にあたりその内容や危険性について説明する義務があることが認められている⁽¹⁰⁾。そのため医療行為の手技自体に問題はない場合でも、それ以前の説明義務違反が問題とされ、結局何らかの賠償責任が認められることも極めて多い。最近の例でいえば、子宮筋腫に対する手術の後に障害が発生した事案でも、硬膜外麻酔の手技に過失はないが、麻酔の危険性や代替手段などの説明を怠ったとして、医療側の責任が認められている⁽¹¹⁾。

-
- (6) 福岡高判平成20年2月15日判タ1284号267頁。また例えば、那覇地判平成23年6月21日判時2126号105頁、判タ1365号214頁も同様である。総胆管結石の除去術を行った際、結石が嵌頓し急性膵炎が発症したとする事案で、裁判所は次のように判断した。結石の把持が困難であったことについて、その他の原因の存在が認められない限り、本件外科手術における結石の嵌頓は、施術実施中の医師の操作上の誤りに起因すると推認し得る。
- (7) このことはかねてから指摘されてきたところでもあろう。例えば、丸山正次「医療過誤裁判の今昔」日本医事法学会(編)『医事法学叢書第3巻医事紛争・医療過誤』(日本評論社・1986)16頁以下、畔柳達雄『医療事故訴訟の研究』(日本評論社・1987)299頁以下、など。
- (8) 最判昭和36年2月16日民集15巻2号244頁
- (9) 例えば、四宮和夫「判例批評(最判昭和36年2月16日)」ジュリ120号(1956)28頁以下、畔柳達雄・前掲注(7)300頁。
- (10) 例えば、最判平成13年11月27日民集55巻6号1154頁、最判平成18年10月27日裁判集民221号705頁。
- (11) 東京地判平成20年5月9日判タ1286号220頁。

(ii) 損害をめぐる判例、裁判例

(i) のとおり、日本法においては、フランス法にいう安全保証義務などの結果責任論は、さほど主張されなかったようにかがわれる。それは、日本法では部分的な責任を認める理論的抵抗が少なかったことに一因があるものと推察される。例えば日本法では、もともと因果関係を割合的に把握する理論が一定程度定着していた。また慰謝料も諸般の事情を加味して柔軟に認められる傾向があり、制裁的慰謝料についての理解も少しずつ広がりを見せている⁽¹²⁾。そのため、結果責任を導入しなくても、被害者の救済は、一応は可能だったのである。

では実際、その因果関係や損害の面で、日本法はどのような対応をとってきたか。概していえば、医療行為と死亡との因果関係が認められなくとも、別の損害を挙げ、それと医療行為との因果関係を認めるという方法が採用されてきた。

例えば、医療行為と死亡との因果関係は認められないが、延命利益の侵害は認められるとする裁判例がそうである。肺結核と診断され入院したものの、結局食道癌で患者が死亡したという事案では、裁判所は次のように述べて医師の責任を認めた。すなわち、いったんこの世に生命を享けて誕生したからには、一日でも長く生きていたいというのは人間の本質に根ざす根源的欲求であって、これは法的保護に値する利益である。死期が相当期間早められたときは、右利益の侵害を理由に損害賠償を請求することができる⁽¹³⁾。

また、人工妊娠中絶の後患者が死亡した事案では、十分な管理のもと診察・診療をしてもらえるとの期待、すなわち期待権侵害について、医療側の損害賠償責任が認められた⁽¹⁴⁾。十分な患者管理のもとに診察、診療をしてもらえる

(12) なおフランス法においても、かねてから多様な精神的損害が認められてはいた。このことについては、住田守道「人身損害賠償における非財産的損害論-フランス法を検討対象に- (一)」法学雑誌 54 卷 1 号 (2007) 305 頁以下、が詳細である。

(13) 東京地判昭和 58 年 2 月 17 日判時 1070 号 56 頁、判タ 492 号 120 頁。これ以前にも、東京地判昭和 51 年 2 月 9 日判時 824 号 83 頁があるが、これは後に述べる期待権侵害に近い考え方を示しているようにも思われる。

(14) 福岡地判昭和 52 年 3 月 29 日判時 867 号 90 頁。一方で、東京地判昭和 56 年 10 月 27 日判時 1046 号 70 頁、判タ 460 号 148 頁は、現代医学の提供する平均的水準の医療を受けられるとの期待は不法行為によって保護されるべき正当な利益とは解し難いとする。この点、後にも挙げるが、最判平成 23 年 2 月 25 日判タ 1344 号 110 頁、判時 2108 号 45 頁は、期待権侵害を理由とする責任は医療行為が著しく不適切である事案に限られると判断した。

との期待は、診療契約において正当に保護されるべき法的権利といっても過言ではない、というわけである。

さらに、日本の裁判例においても、いわゆる機会の喪失理論が用いられることがある。ただ日本で論じられる機会の喪失は、フランス法でいう「最終的な不利益を回避する機会」⁽¹⁵⁾ではなく、「適切な治療を受ける機会」という意味で用いられることが多い。これは厳密には固有の意味での機会の喪失ではなく、上記の期待権侵害に近い内容のものと思われる⁽¹⁶⁾。あえて例を挙げれば、患者の肺がんに対しては肺炎の治療などをしてきた結果、患者が死亡したことで、医師の損害賠償責任が問われた事案がある。ここで裁判所は次のように述べて、医師の責任を認めた。医師が肺がんのような重大な疾患を看過し、そのため適切な治療、看護の機会を奪われたときは、右の機会を不当に奪われたことによって受けた精神的損害についてその慰謝料の賠償を求めることができる、と⁽¹⁷⁾。

その後、薬の点滴などの後、患者が心不全を起こし死亡したという事案で、医療行為と死亡との因果関係が認められないなか、最高裁判所は次のように述べて医療側の責任を認めた。「医療水準になかった医療が行われていたならば患者がその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性の損害が証明されるときは、医師は…不法行為による損害を賠償する責任を負う。ただし、生命を維持することは人にとって最も基本的な利益であって、右の可能性は法によって保護されるべき利益」だからである⁽¹⁸⁾。この相当程度の可能性という理論はその後も広く用いられ、現在に至るまでの多くの裁判例でも採用されている⁽¹⁹⁾。

(15) フランス法を概観したとおりであるが、このほか、例えば、S. Hocquet-Berg, B. Py, *La responsabilité du médecin*, hcf, 2006, n°111 では、損害を回避する機会の喪失だとされているし、Y. Lambert-Faivre, S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel, système d'indemnisation*, 7^eéd., Dallos, 2011, n°659 では、回復あるいは生存する機会の喪失だとされている。

(16) 中原太郎「機会の喪失論の現状と課題・1」法時82巻11号(2010)99頁の注(12)、でこのことが指摘されている。

(17) 東京地判昭和60年9月17日判時1201号105頁、判タ572号75頁。もともと原告側は期待権侵害を主張していたところである。

(18) 最判平成12年9月22日民集54巻7号2574頁。なお最判平成15年11月11日民集57巻10号1466頁では、急性脳症による重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性についての責任が認められた。スキルス胃がんによって患者が死亡した最判平成16年1月15日判時1853号、判タ1147号152頁も同旨。

(19) 例えば、札幌地判平成24年9月5日判時2169号51頁。患者が大動脈解離によって

これらのほか、手技上の過失はないが、説明義務意違反によって、手術を受けるか否かを選択する権利、すなわち自己決定権が侵害されたとする例も挙げることができる。例えば、脊椎管拡大の手術を受けたところ脊髄損傷を負ったという事案における判決で、このことが示された。裁判所は、手技上の過誤があったとは認められないとしつつ、手術に際する説明を怠ったことで、被害者の自己決定権が侵害されたとし、精神的損害についての賠償が認められるとしたのである⁽²⁰⁾。なお、この自己決定権の侵害は、死亡した時点において生存していた相当程度の可能性の侵害と両立して認められることがある。アドリアン注入術を行った結果、水頭症などを発症して死亡した事案の判決がそのことを示している。そこでは、適応のない治療をした過失はないとされつつも、別の治療をなさなかった過失と生存していた相当程度の可能性侵害との因果関係が認められ、なおかつ治療方法の説明義務違反と自己決定権侵害との因果関係も認められた⁽²¹⁾。

(2) 日本における無過失補償制度の構想

日本法においても、次第に医療側への責任が厳しくなっていく傾向がみられたことは、つとに指摘されてきたとおりであり⁽²²⁾、上記判例、裁判例からもうかがうことができよう。しかし、そうであるからといって、依然として被害者の救済が十分だというわけでもない。このうえ厳格な責任の考え方を導入することも考えられないではないが、既に見たように、医療分野はそうした責任には必ずしも適さない。本稿冒頭に挙げたとおり、a) 被害者の救済と、b) 医療活動の保護の間でのジレンマがあるわけである。そこで、こうした現状か

死亡した事案では、検査義務違反と死亡との因果関係は認められなかったが、死亡時点において生存していた相当程度の可能性への侵害があったとされ、その分の損害賠償が認められている。

- (20) 例えば、東京地判平成 15 年 10 月 29 日 LEX/DB 28091822、最近の例では、東京地判平成 24 年 7 月 26 日判タ 1395 号 246 頁。なお自己決定権に関連するものとして、最判平成 12 年 2 月 29 日民集 54 卷 2 号 582 頁、がある。輸血ができないという宗教上の教義と共に問題となった事案であるが、判決では、「意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない」とされている。
- (21) 大阪地判平成 20 年 2 月 13 日判タ 1270 号 344 頁。
- (22) 例えば、そして、森島昭夫「被害者救済制度」加藤一郎、森島昭夫（編）『医療と人権 医師と患者のよりよい関係を求めて』（有斐閣・1984）448 頁によると、こうした現状に対して過失責任を堅持するためにも、医師賠償責任保険が導入されたといわれている。保険制度によって、過失責任が歪められることを防ごうとしたというわけである。

ら、現近の日本でも医療事故と無過失補償制度の関係が本格的に議論され始め、実際にいくつかの提案がなされている。このあたりの展開も、フランス法の経験したものと同じであろう。

さて、ここ最近日本でなされている提案をいくつか簡潔に見てみれば、次のとおりである⁽²³⁾。

例えば、まず加藤弁護士がかねてから構想されていた、医療被害防止・救済システムを挙げることができよう。これによると、医療被害防止・救済センターを中心とした補償、事故調査の総合的なシステムが提案されている⁽²⁴⁾。そのセンターの財源は、国からの補助金や健康保健・窓口患者一部負担金、医療関係者・医療法人からの拠出金などによって確保される。この点、日本弁護士連合会も、近時「医療事故無過失補償制度」の創設と基本的な枠組みに関する意見書」と題した提案を公表しているところである。そこでは、医療に起因して被害が発生したことが合理的に推測される場合には、一定の要件を満たせば即時に補償が実施されるという方法などが模索されている⁽²⁵⁾。

このほか、現行の保険制度の応用という観点から検討を進める提案もある。例えば自賠責保険や労災保険を参考にされる伊藤教授は、社会保険料に賦課金を加えて財源とし、そこから一定程度の損害についてまで、事故の被害者を補償する制度を検討される⁽²⁶⁾。また保険実務に精通される佐藤教授も、専門のADR 機関を通じた補償方法を提言される。その補償の財源は公的医療保険の保険料と、公的医療保険加入者が負担すべき無過失補償制度の保険料によるよ

(23) 以下で取り上げる以外にも、近時では、日本医師会医療事故調査に関する検討委員会「医療事故調査制度の創設に向けた基本的提言について」(2011) 6、15、16頁で、救済制度の創設が提言されている。

(24) 加藤弁護士の提案については、池永満、久保井撰「医療・薬害被害者救済制度の課題」日本社会保障法学会(編)『講座社会保障法第6巻 社会保障法の関連領域-拡大と発展-』(法律文化社・2001) 154、155頁、山口齊昭「医療事故被害者救済制度について-加藤構想とフランス患者の権利法-」賠償科学 30号(2003) 55頁以下、で紹介されている。また加藤良夫「医療の安全につながる制度とするために-患者側弁護士の立場から」年報医事法学 28巻(2013) 114頁で、その一端が明らかにされている。最近ではインターネット上でホームページを開設されており、詳細はそちらも参照されたい。

(25) 日本弁護士連合会「医療事故無過失補償制度」の創設と基本的な枠組みに関する意見書」(2007) 12頁以下。

(26) 伊藤文夫「医療事故と賠償・補償システム及び現状と課題」伊藤文夫、押田茂寛(編)『医療事故紛争の予防・対応の実務-リスク管理から補償システムまで-』(新日本法規・2005) 324頁以下。

うである⁽²⁷⁾。

そして比較法の検討を交えた提案も数多い。例えばフランス法の動向を参照される原田教授は、医療に内在するリスクを社会的規模のリスクと捉え直し、社会保障の仕組みによって過失によらない医療事故被害の救済制度を構想される⁽²⁸⁾。フランスでいう国民連帯に近い考え方であろう。またアメリカ法の動向を参照された手嶋教授は、かねてからかなり具体的な制度構築を提唱しておられた⁽²⁹⁾。最近の研究によると、あらかじめ過失に起因する可能性の高い事故類型をリストアップし、それに該当する事故が現に発生した場合には過失や因果関係を緩やかに認めて、被害者に補償を提供する方法が有望だとされている。アメリカではこの方法を、ACEsと呼んでいるようである。

なお、日本では2009年から、実際にいわゆる産科医療補償制度の運用が開始されている⁽³⁰⁾。これは、周知のとおり、分娩に関して子どもが発症した重度脳性麻痺の損害を、運営組織（公益財団法人日本医療機能評価機構）が補償するという制度である。運営組織は損害保険会社と保険契約を結んでおり、その保険金を通じて被害者に補償金が支払われる仕組みになっている⁽³¹⁾。この制度自体は産科医療事故に救済対象が限られているが、その運用実績を土台に、医療事故全般についての議論も活発化していることは、これまでの提案を見て

(27) ごく最近のものでは、佐藤大介「損害保険を利用した医療事故被害者救済制度」年報医事法学 28号（2013）23頁以下、特に27、28頁を参照。

(28) 原田啓一郎「フランスに置ける医療事故と社会保障（三）-国民連帯による医療事故賠償・補償制度の構築-」駒沢法学 5巻2号（2006）92、93頁。

(29) 手嶋豊「医療事故被害者救済制度の可能性」加藤一郎先生追悼論文集『変動する日本社会と法』（有斐閣・2011）764頁以下。この方法は既に別稿においても提言されていた。同・「医療事故における被害者救済と事故法の役割-アメリカの医療過誤危機とその立法的対応・提案を中心として-」判タ 563号（1985）71頁以下を参照。そこでは、医療行為者と市民とに二分してそれぞれに財産拠出義務を課すことで、損害補償の財源を形成することを述べておられる。

(30) それ以前では、周知のとおり、医薬品副作用被害救済制度なども整備されている。これは製造者側の過失なく生じた医薬品による副作用被害について、製薬企業による分担金から補償を行うものである。ただこの制度は、青野博之「医薬品副作用被害者救済法」中川淳先生古稀記念論文集『民事責任の規範構造』（世界思想社・2001）125頁よると、製造物責任法の成立によって必要性が低くなったといわれている。したがってここではひとまず注に留めておくことにしたい。制度の詳細は、厚生省薬務局（編）『医薬品副作用被害救済制度の解説』（中央法規・1982）などを参照。

(31) 産科医療補償制度の概要や運用実体について、近時の文献では、上杉奈々「産科医療補償制度-現状と課題」年報医事法学 28号（2013）90頁以下、などがある。

のとおりである⁽³²⁾。

(3) 残された問題点

では、そうした将来において、既存の損害賠償責任制度は、以後どのように運用されることが想定されているのだろうか。また、(1)で概観したような解決は、以後どのように扱われるのだろうか。損害賠償責任制度が既存の救済システムであるだけに、それとの関係が自ずと問題となるわけである。

しかしながら実のところ、この点についての議論は、依然として深まってはいるまいようかがわれる。またそもそも損害賠償責任制度をどのように存続させるかという問題自体についても、まだ明確にされることが少ない。

例えば加藤弁護士提案や日本弁護士会の提案は、公表された意見書などの限りでは、既存の損害賠償責任制度を廃止するのかどうかについて、あまり言及されているようにはうかがわれない。ただ加藤弁護士の提案では、医師に過失がある場合には求償できることが示されているから、この意味では責任制度が残されることになるだろう。

この点、佐藤教授や原田教授の提案では、何らかの形で従来の責任制度を存続させることを比較的明確にされているように思われる。佐藤教授の近時示された私案では、フランスのような過失責任原則と無過失補償制度とを両立させる手法が日本でも参考になるとされている⁽³³⁾。原田教授も、無過失補償制度は、過失によらない医療事故による健康被害の救済を行うものであり、原則として誰にも賠償責任がない場合の救済を目的とするものだとされているところである。こうした提案が損害賠償責任を存続させる理由は、必ずしも明確にされているわけではない。ただそれを残すことの意義は、一般的には、責任制度を排することによって、医師の責任感が減退するおそれのあること、過失による事故まで補償する理由がないこと、などに求められよう。もっともその場合、フランス法で主張されたような、損害賠償責任を通常の訴訟という形で残すのか、求償に限るのかという点については、なお問題が残らうことになる。また従来の過失や因果関係、損害論がどのようになるのかも、将来的には言及する必要があることにならう。

(32) 実際に運用されている制度、という点では、日本ではかねてから労災補償制度が運用されている。周知のとおり、これは全事業を対象として、基本的に事業主から集めた保険料から労災補償が行われる仕組みになっている。

(33) 佐藤大介・前掲注(27)28頁では、補償制度と並列的に過失の有無を判断する仕組みを持つべきである、と述べておられる。

一方で伊藤教授の提案によれば、一定程度の基本補償部分については、損害賠償責任制度を外すことが示されている。その程度を越える部分について損害賠償責任で補完するという形であれば、比較的抵抗なく制度構築を進めることができるというわけである⁽³⁴⁾。さらに進んで手嶋教授の最近の提案では、一旦責任の問題を棚上げすることが想定されているよううかがわれる。その理由は、訴訟の道を別途残すのでは医療側の反発を招き、制度構築が頓挫してしまうおそれがある、ということによられているようである⁽³⁵⁾。ただいずれの提案であっても、仮に求償という方法を残す場合には、まったく責任制度が外されるわけではないようにも思われる。また、やはり過失や損害論などに関して言及されるところもさほど多くはない。少なくとも手嶋教授の提案においては、機会の喪失や説明義務違反に該当する事案を補償の対象にすることには、現時点で消極的になることが示唆されている⁽³⁶⁾。ただそれ以外の期待権や相当程度の可能性といった損害についての対応は、いずれもまだ明かされていない。

以上のように、現在の日本法では、無過失補償制度の構造について活発に議論されるものの、その際の損害賠償責任制度の行方について論じられることはさほど多くない。そもそも無過失補償制度の議論が本格化したこと自体が比較的近時のことであるから、これは当然のことであるともいえる。しかし本稿冒頭のとおり、責任制度の展望は、無過失補償制度の展望と無関係とはいわれない。その展望によって、新制度が果たす役割や、その救済の対象が自ずと変わりうるからである。またその展望から浮かび上がる問題点をフィードバックすることで、無過失補償制度の内容もさらに洗練されていくものともいえよう（例えば、損害賠償責任制度を従来形で残した場合に生じる問題点を解消するために、無過失補償制度の補償形態を修正する、など）。実際、近時成立した産科医療補償制度に関しても、その成立過程において、損害の分散システムとして責任制度をいかに運用していくかにつき検討の及びきらなかった点が課題として指摘されるところである⁽³⁷⁾。無過失補償制度をめぐる議論が深まりつつあ

(34) 伊藤文夫・前掲注(26) 326頁。

(35) 手嶋豊・前掲注(29)「医療事故被害者救済制度の可能性」765、766頁。また、同・「医療事故無過失補償制度の創設への課題」ジュリ1435号(2011)6頁も参照。

(36) 手嶋豊・前掲注(29)「医療事故被害者救済制度の可能性」765頁。

(37) 産科医療補償制度に関しては、秋本奈穂子「産科医療補償制度に見る日本の医事紛争解決システムの方向性」岩田太(編)『患者の権利と医療の安全-医療と法のあり方を問い直す-』(ミネルヴァ書房・2011)298頁参照。

る現在の日本法においては、いよいよこの損害賠償責任制度の行く末をも論じる時期が来ているように思われる。

なおこの点、その産科医療補償制度においては、結局損害賠償責任制度は従来形のまま残されている。すなわち、補償金を受け取った場合でも、被害者はなお医療側に対して訴訟を提起することができることになっている。その理由は、民事訴訟の制限が憲法上困難だということに求められているようである(憲法32条)⁽³⁸⁾。この点については、以下で改めて取り上げることとしたい。

2 日本法における損害賠償責任制度の展望

では以上の状況を踏まえて、将来的に損害賠償責任制度はどのように運用されていくことが考えられるだろうか。またそこではどのような問題が生じ、いかなる対応が求められることになるだろうか。次に、無過失補償制度導入との関係に焦点を当てながら、フランス法を概観したおりに明らかとなった2つの問題点をもとに、若干の考察を加えていきたい。それはすなわち、(1)責任制度のあり方と、(2)説明義務などの義務や、機会の喪失など、各種損害の位置づけである。

なお、ここで無過失補償制度との関係といっても、そもそもその制度の構造自体が多彩でありうることは、これまでの提案を見てもうかがわれるところである。ただこれまで概観した制度や提案を改めて整理してみれば、差し当たって、次の2つのタイプを出発点として想定しておくことができるように思われる。1つは、本稿の検討対象であるフランス法のようなタイプ。2002年法による無過失補償制度においては、補償は定型で行われるのではなく、被害者によって個別に評価されることになっている⁽³⁹⁾。2つめは、逆に、定額、あるいは定率というように、定型的、そして部分的な補償を行うタイプ。日本法においてはこうした型を想定されている提案が多いように見受けられ⁽⁴⁰⁾、実際にも労災補償制度、産科医療保障制度などはこの型を採用している。ただこのタイプには、さらに訴訟手続を廃止することを前提とするものもあり、例えばニュージーランドが、総合的なものではあるが、そのような補償制度を整備して

(38) 上杉奈々・前掲注(31)97頁。

(39) フランスにおけるONIAMの補償は定額ではなく、このようになっている。このことは、原田啓一郎「フランスに置ける医療事故と社会保障(二)-国民連帯による医療事故賠償・補償制度の構築-」駒沢法学4巻2号(2005)112、113頁。

(40) 明確にされているようにうかがわれるものでは、例えば、伊藤文夫・前掲注(86)326頁、佐藤大介・前掲注(27)26頁、など。

いたことが知られている。また既述したように、フランスの労災補償制度もその型を採用しているところである⁽⁴¹⁾。日本法における同様の提案も、一応この型に含めて考えることができよう。

勿論、さらに財源や補償内容（どのような損害をカバーするか、など）といった要素によって、制度の構造は変わりうるところである。そしてそれによって無過失補償制度と損害賠償責任制度の関係も変わることが考えられよう。しかしそれらについては依然として未決定の要素が多い。そのため、以下ではひとまず上記2つの型を出発点にしながら、適宜それ以外の要素について言及する形で、基本的な方向性を模索していくこととする。ただし本稿はフランス法を検討の素材としたものであるから、ここでは特に念頭に置かれるのは1つめのフランス法のタイプだということにはなる。今後、無過失補償制度の議論がより具体的になっていくとしても、以下の検討結果を応用していくことは可能であろう。

(1) 無過失補償制度と損害賠償責任制度の関係性

損害賠償責任制度には、元来から、損害補填の機能、予防的機能、抑止的機能があるとされている⁽⁴²⁾。このうち損害補填の機能は、仮に無過失補償制度の導入するのであれば、その意義をほとんど失うことになる。この点で、例えばニュージーランド法のように、責任制度を徹底的に排斥してしまうということも、可能性としては考えられるところである。

しかしながらそれ以外の予防、抑止的機能に鑑みれば、まだその制度に有用性があるとも考えることもできる⁽⁴³⁾。フランス法において損害賠償責任制度が残された1つの理由も、そこにあった。近時でも、経済学的視点からこのことが肯定されている。例えばボッカラ（Boccaro）氏の研究によると、無過失補償

(41) このタイプによっても、例えば故意や重大な過失については、訴訟手続を残すことが考えられる。現にフランスの労災補償制度は、そのような構造を採用していることである。

(42) 例えば、平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』（弘文堂・1992）4、5頁。

(43) 医療事故についても、一般的には損害賠償責任保険がついている。したがってその分、予防や抑止効果が期待できない可能性があることは、かねてから指摘されてきた。ただこの点はかつてドルズネール・ドリヴェ教授が述べておられたとおり、まったく別の問題だとも考えられるところである。また山田卓生「不法行為法の機能」森島昭夫教授還暦記念論文集『不法行為法の現代的課題と展開』（日本評論社・1995）21頁においても、保険によりカバーさせるからといって事故抑止がおろそかになるわけではないことが示唆されている。

制度単独では、事故の社会的なコストの最小化、予防コストの最適化には合わない。というのは、まず、それによって民事上の責任がほぼ全て免除 (immunité) されることになるうえ、医療側からの (財源として拠出する) 保険料が生じうるリスクと見合っていない場合、治療の質を改善する動機が生まれない。制裁などは医療側内部や保険会社間で解決されることも考えられるが、実際にはそれは同業組合主義的な性格によって上手くいかないことが考えられる、というのである⁽⁴⁴⁾。日本法においてもこうしたことが意識されているようにうかがわれ、例えば浦川教授も、責任という重しがとれた場合の医師の行動については予測ができないことを指摘されている⁽⁴⁵⁾。この点、ニュージーランドでは医師の再教育や懲戒処分制度なども整備されているが⁽⁴⁶⁾、それでもモラルハザードの危険が指摘されているところである。そして加害者の制裁機能の低下などから、国民の不満も高まりつつあることには注目しなければならないだろう⁽⁴⁷⁾。フランス法において事故のリスクを配分する意義も取り上げられてきたことなども踏まえれば、ひとまず何らかの形で責任制度を存続させる意味はまだあるということになる。

ただ何らかの形といっても、そこで従来のとおり訴訟手続を想定するのか、あるいはそれを廃し、求償手続などの方法を想定するのかについては、さらに問題が生じるところではある。これについて、既述したように、求償などの方法によっても責任制度の目的を果たしうるとの主張は、フランス法の議論のなかでもなされてきた。また訴訟手続を廃止することによって、次のようなメリットが生じることもしばしば指摘される場所である。すなわち、事故の原因の解明が進み、その再発予防に役立つこと。医療側は直接責任を問われるこ

(44) S. Boccarda, *Responsabilité médicale et qualité des soins, unu analyse économique du droit*, th. Aix-Marseille III, 2009, 198et s.

(45) 浦川道太郎「医療における賠償と補償—無過失補償制度について」年報医事法学 28号 (2013) 75頁。

(46) この点については、水野謙「ニュージーランドに学ぶ医療紛争の解決のあり方」岩田太 (編)『患者の権利と医療の安全—医療と法のあり方を問い直す—』(ミネルヴァ書房・2011) 344頁以下、を参照。

(47) こうした点については、浅井尚子「ニュージーランド事故補償制度の三〇年」判タ 1102号 (2002) 63頁、佐野誠「ニュージーランド事故補償制度の現状と課題—立法40周年を迎えて—」損保 74巻4号 (2013) 43頁以下、などを参照。また、損害賠償責任制度を徹底的に排斥する場合、負担の分配もできないことになる。そうすると財政上の負担が過大となり、補償額も低下するおそれがある。現在のニュージーランドにおいては、このことに対する不満もあるといわれている。

とがないので、原因解明に協力的になりうるというわけである⁽⁴⁸⁾。

しかし責任を問われないから協力的になるという事態そのものに問題が感ぜられるところでもあり（何らかの責任が認められやすいために非協力的になっているというのであれば、その状況を改善すれば足りるようにも思われる）、事故原因の調査も別途制度を設け、それを訴訟手続と組み合わせることも不可能ではないであろう（周知のとおり、平成27年の10月から、医療事故調査制度が施行されることになっている）。なにより後に述べるような憲法上の問題が生じるなどからすると、それを残すことで大きなデメリットが生じない限りは、ひとまずは従来の訴訟手続を存続させることを想定しておく方が穏当であるといえることができる。もっとも場合によって、訴訟手続の廃止も視野に入りうることは、後に改めて述べるとおりである。

さて、一応以上のような前提に立った場合には、さらに次のような問題が生じることが考えられる。

(i) 損害賠償責任制度の純化

無過失補償制度を導入し、なおかつ損害賠償責任制度を存続させる場合、フランス法と同じく、そこでは責任制度の純化が目指されることになる。無過失補償制度の大きな目的は、a) 被害者の救済と、b) 医療側の活動の自由の間のジレンマを解消することにあるといえる。その制度の導入によって a) の問題がカバーされるとすると、残った損害賠償責任制度においては b) の点を意識し直すのが理屈に沿うことになろう。したがって、フランス法に倣い、基本的には伝統的な過失の証明を損害賠償の前提とし、その過失の過度に厳格な解釈や推定は用いられなくなることが考えられる⁽⁴⁹⁾。

(48) 例えば、手嶋豊「医師の責任」山田卓生（編代）、加藤雅信（編）『新・現代損害賠償法講座第4巻 製造物責任・専門家責任』（日本評論社・1997）336頁は、過失責任制度では事故関係者の協力を得て事故再発の防止を考えることは期待できないことを指摘される。

(49) ところで責任の純化に伴う1つの問題として、減責、とりわけ被害者の素因による減責が挙げられるように思われる。というのは、素因が加害者の賠償責任を減ずる原因とされているのは、損害賠償責任が認められやすくなったことに一因があるからである。このことは、例えば、橋本佳幸「過失相殺法理の構造と射程（五）。完一責任無能力者の「過失」と素因の斟酌をめぐって－」法学論叢139巻5号（1996）21頁以下などを参照。そうだとすると、責任が純化した場合、それが認められやすいというような特段の事情は存在しなくなることが考えられるから、素因などによる減責を認める理由もなくなるように思われる。この点については、今後の検討課題としたい。

もっともそのフランス法と異なり、新制度による補償を定型的なものにする場合には、a)の問題が一部しかカバーされないのではないかという疑問も生じ、結果として純化は果たしえないものとも考えられうる。現に、例えば定率制をとる労災の分野にあっても、いわゆる安全配慮義務を厳格に解する裁判例が存在するなど、責任が純化しているといえるかは必ずしも判然としない⁽⁵⁰⁾。また、損害賠償責任の立証要件が緩和されてきたことに伴い、労災補償で満足しない被害者が、民事訴訟を活用するという傾向が現れたことも指摘されているところである⁽⁵¹⁾。しかしこの点については、定型的とはいえず、それによって被害者が救済されていることにはかわりはないというべきであろう。少なくとも、補償制度を設けた場合には、それが無い場合に比べて、救済措置として損害賠償責任制度に依存する度合いは低くなっていく。また労災の分野であっても、安全配慮義務も基本的には手段債務だと解するのが通説であるから⁽⁵²⁾、そこで責任の純化が一定程度実現されているとみることも不可能ではない⁽⁵³⁾。

(50) 実際にも、使用者側に厳しい判断が示されることも少なくはない。例えば著名な日本化キョクロム労災訴訟第一審判決では、厳格な予見義務や結果回避義務が認められたことでも知られている。労働者がクロム酸化合物の製造作業に従事中、癌などに罹患したことで、企業の責任が問われた事案である。また現在の安全配慮義務についても、その内容はある程度抽象的なもので足り、被害者は義務違反を推認させる間接事実を立証すればよいとも考える見解もある。このことについては、例えば、菅野和夫『労働法（第10版）』（弘文堂・2012）466頁を参照。

(51) 西原道雄「人身損害補償における損害賠償と社会保障」ジュリ 691号（1979）36頁を参照。

(52) 菅野和夫・前掲注（50）466頁、西野敏『労働法（第2版）』（日本評論社・2013）375頁などを参照。

(53) かつて大正5年に施行された工場法は、その15条1項で次のように規定していた。「工場主ハ勅令ノ定ル所ニ依リ職工カ業務上負傷シ、疾病ニ罹リ又ハ死亡シタル場合ニ於テ本人又ハ其ノ遺族若ハ本人ノ死亡当時其ノ収入ニ依リ生計ヲ維持シタル者ヲ扶助スヘシ」。その後労働基準法などが整備され、安全配慮義務という考え方も実務で定着してきたが、その初期の頃は以上の工場法の規定を受け、安全配慮義務を結果債務だと解する見解もあった。例えば、川島武宜『民法解釈学の諸問題』（1949・弘文堂）（初出は、同・「契約不履行と不法行為との関係について—請求権競合論に関する一考察—」法協 52巻1・2・3号（1934）95、152、154頁は、工場主などは自分の社会的分業の範囲において重い注意義務、重い責任を課せられるべきは当然であって、一種の結果的責任に基づく安全配慮義務を負担する、ということ述べておられる。またその後も、例えば、岡村親宜「使用者・事業主の民事責任」日本労働法学会（編）『現代労働法講座 第12巻労働災害・安全衛生』（総合労働研究所・1983）304、305頁が、すべての労災職業病につき使用者は万全の装置を講じてこれを防止する義務があるというべきだとし

医療事故が労働事故と事情に異にしていることからしても（既述のとおり、医療においては営利性がそこまで強調されない）、特に前者の分野では、補償が定型であるかどうかに関わらず、より純化を進めるべき理由があるということになる。ただし、当然そのためには、補償額は相応に高いものが求められることになる。

さて、ここでさらに問題点を挙げるとすれば、それは、そもそもどうあれば責任が純化したことになるのかが、必ずしも明らかではないことである。フランス法においても、メルシエ判決で示されたような、伝統的なフォートに基づく責任に回帰することが指摘されるものの、その具体的な内容についてまで言及されているわけではない。この点については、かつてメモトー教授が指摘されていたことが参考になろう。すなわち、無過失補償制度の導入に際して問題となるのは、損害賠償請求が認められなかった場合の数ではなく、フォートなどの責任がない、本当の医療リスクの数を知らぬことだが、それは依然明らかにされていない、と⁽⁵⁴⁾。実際、日本においても、先に概観したとおり、医療側の過失などは厳格に解される傾向にあったといわれているが、それがどの程度厳格なものであり、純粋な過失の理解とどの程度乖離した例があるのかについては、十分な検証が及んでいなかったようにかがわれる⁽⁵⁵⁾。損害賠償責任制度の純化の目的は、その予防や抑止の機能を存分に活かすことでもある。そのため現実には賠償責任に値する行為がどのような行為で、逆に本当に医療に内在するリスクがどれであるのかは、既述した裁判例などを交え、改めて検証してみる必要があるだろう（この意味では、事故類型のリストアップも有効であるように思われる）。その際には法学以外の分野からの検証が不可欠である。

て、結果債務に近い考え方を示しておられる。これに比べれば、現在安全配慮義務が手段債務だと考えられていることは、責任の純化の一例と捉えることも可能であろう。この点の学説の展開については、保原喜志夫「労災補償責任の法的性格」日本労働法学会（編）『現代労働法講座第12巻労働災害・安全衛生』（総合労働研究所・1983）277頁も参照されたい。

(54) G. Memeteau, «Les evolutions redoutées de la responsabilité médicale : loi ou jurisprudence?», *Gaz. pal.*, 25 octobre 1997, *doct. p.* 1358, 1359. これは、新たな立法に反対するおりに述べられたものである。

(55) こうした検証が全くなかったわけでは勿論ない。例えば、三藤邦彦・前掲注(3) 285頁以下（初出は、同・「医療事故における医学的判断と法的判断」東京都医師会雑誌22巻3号（1969））が、医学的な判断と法律学的判断の間に「ズレ」がどの程度あるかを検証されている。ただこれ以降の事例に関しては、まだ総合的な検証が及びきつてはいないといえるだろう。

(ii) 訴訟手続と補償制度の関係

損害賠償責任制度を訴訟手続の面で残す場合、それはどのような形式で残すことになるか。このことは無過失補償制度の導入によって自ずと決まるものではなく、やはりいくつかの関係性を想定することができる。

この点、日本の労災補償制度においては、補償の価額を超える損害について、さらに損害賠償訴訟を提起することもできるという、いわゆる併存主義が採用され、産科医療補償制度も類似の方法を採用している。労災補償制度に関していえば、併存主義が採用された理由は、おおよそ次の点に求められている。すなわち、それが全損害のうち一部分を簡易迅速に補償する制度として出発したこと、また民法上の損害賠償の範囲全てを補償対象としているわけではないこと⁽⁵⁶⁾。ただこの併存主義の結果、補償と賠償の調整の問題が頻繁に生じたことは、既に指摘されているとおりである⁽⁵⁷⁾。このことは特に補償を定型的にした場合に生じることであるが⁽⁵⁸⁾、それを個別に評価する場合であっても、同じように生じる可能性があるろう。例えば、補償を受けながら不満を感じた被害者が医療側に訴訟を提起し、そこで補償機関による評価と裁判所の評価に差異が生じうるのだとすれば、状況は定型的な補償の場合と変わらない(そのうえ、この場合、医療側に過失が認められたとすると、医療側が補償機関から求償を受け、同時に同じ内容について被害者から訴訟を提起される可能性もあることになる)。そうだとすると、こうした問題を避けるために、純粋な併存主義というよりも、基本的には医師に対する損害賠償請求訴訟を中心とし、それを補完する形で無過失補償制度を設ける形態を採用する方が便宜であるとも考えられる。この方法は迅速な補償という面で劣りうるが、それも同種の形態を基本とするフランス法のように、何らかのADR機関などへの申立てという選択肢を設けることで、ある程度はカバーすることが可能なように思われる⁽⁵⁹⁾。

(56) この点については、例えば、菅野和夫・前掲注(50)466頁を参照。

(57) 近時でも、浦川道太郎・前掲注(45)74、75頁。

(58) その場合、給付の性格などが問題とされるからである。この点については、労災補償に関してではあるが、岩村正彦『労災補償と損害賠償』(東京大学出版会・1984)354頁などを参照。

(59) この点で、しばしば言及されるように、フランスのCRCIのような機関を設けることが有用である。フランスのCRCIは、被害者からの申立てを受け、医療側の過失などを鑑定によって判断する。そして過失があるとなれば保険会社に賠償勧告をし、逆にならばONIAMからの補償を認める。これにより被害者は、医療側に直接訴訟を起こすこともできるし、訴訟手続をとらずにCRCIを通じて補償を得ていくこともできるということになる。訴訟制度単独であるよりかは、被害者が迅速に救済を受ける可能性が

なお、この方法によっては訴訟数が減らないことも指摘され、現にフランス法においても、医療機関の共済保険会社 SHAM の統計資料によれば、訴訟数はむしろ増えているという⁽⁶⁰⁾。しかし、それは一定額を超える損害の賠償についてのみ訴訟手続を残す場合でも変わらない。生じた損害がそれを越えるかどうか自体につき争いの生じる可能性があり、被害者が納得しなければ結局訴訟に持ち込まれることになるからである⁽⁶¹⁾（訴訟手続を残しながらその数を減少させるならば、その額をかなり高水準に見積もるか、他の保障制度などがよほど完備される必要がある⁽⁶²⁾）。純化が達成されていれば医療側の負担は従来ほど重くはならないことからすると、訴訟数が減らないことはここで強調すべきデメリットにはならないだろう。あえて付言すれば、この点、訴訟数を制限することを考えた場合、被害者が補償を受けるか損害賠償訴訟を提起するかを選択する方法を採用することも考えられるところではある。この方法は、かつてイギリス法で用いられてきたことで知られ、被害者がそのいずれかを選択した場合、選択しなかった方法をとることができなくなるというものである。ただそれでは選択権の行使がされたかどうか、どうあれば選択権を行使したことになるかなど、困難な問題が生じることが指摘されている⁽⁶³⁾。実際イギリスにおいても、後にこの方法は用いられなくなっている。

あるといえよう。なお、フランス法においては、被害者は裁判を提起していても CRCI に申し立てることができ、CRCI の手続中でも裁判を提起できることになっているという。そしてこれにより和解が成立した場合には、裁判は終結することになる。こうした CRCI の詳細については、我妻学「フランスにおける医療紛争の新たな調停、補償制度」首都大学東京法学会雑誌 46 巻 2 号（2006）81 頁を参照。

- (60) それは ONIAM による補償制限があり、しかもそれが高い水準になっていることに一因があろう。フランス法に対するこの点の指摘は、和田仁孝「無過失補償制度導入の二つのモデル—スウェーデンとフランスの医療事故補償制度」九州大学法政研究 79 巻 3 号（2012）885 頁。SHAM の資料は、Y. Lambert-Faivre, S. Porchy-Simon, *op. cit.*, p. 785 にも一部掲載されている。
- (61) 労災に関しても、実際に訴訟は多く提起されている。このことは、浦川道太郎・前掲注（45）75 頁などを参照。
- (62) この点の参考になるものとして、和田仁孝・前掲注（60）875 頁以下、また 888 頁よると、無過失補償制度導入以降も訴訟手続を存続させているスウェーデンにおいては、訴訟があまり提起されなくなったという。ただその理由は、他の手厚い保障制度を背景としているようであり、日本における同様の制度の導入は難しいとされている。
- (63) 選択制の難点などについては、岩村正彦・前掲注（58）352 頁以下が詳細である。

(iii) 補償制限の問題

ところで、最も注意を要する点として、次の問題を挙げることができる。それは、フランス法の経験の示すように、仮に以上のとおり訴訟制度を存続させる一方で、無過失補償に高水準の補償制限をかけた場合、責任の純化には失敗する可能性があるということである⁽⁶⁴⁾。というのは、補償制限を設けた場合、それ以下の被害を受けた被害者が救済されるためには医療側に訴訟を提起するほかに、その訴訟が功を奏しなければ一切救済されない状態におかれることになる。そうなるに訴訟活動の必要性が依然大きいままとなり、裁判所は前記 a) 被害者の救済の点を無視することができず、過失などを被害者の有利になるよう解釈する理由がまったく排除されないからである。

この補償制限の問題は、特に補償額を個別的に評価する場合に生じうるようと思われる。というのは、その場合により完全に近い救済が可能になりうる反面、被害の規模が大きいだけ財源への負担もまた大きくなるからである。その負担を軽減するためにこそ高い補償制限が設けられるのであり、既述のように、フランス法の制度がそうした制限を設けている理由もそこに求められている。ただこの純化の失敗は、実際は補償制限を設けた場合にだけ生じうるものではないようにも思われる。仮に補償額を定型化した場合でも、その水準が低ければ同様に生じるものと考えられよう。低水準の補償しかされないのであれば、それ以上の完全な救済に対して訴訟活動が果たすべき役割は、やはり大きいままになるからである。なお、前者の場合では小規模の被害に対して純化の失敗が生じ、後者の場合では大規模の被害に対して純化の失敗が生じうるといふ違いはありうる。前者の場合は補償制限以下の規模の被害をいかに救済するかが問題となり、逆に後者は一定以上の被害に対する救済が問題となるからである。このことからすると、前者の場合の方が純化の失敗による医療側への負担は重くはならないものといえる（定型的な補償の場合でも、いわゆる少額事件を補償の対象外とするなど補償制限を設けることがありうるが、そうすると以上の2つの難点を抱えることになる）。

この問題を避けるためには、無過失補償制度の補償制限を可能な限り緩くするか、そもそも設けない必要があり、あるいは支給する補償額を大きく見積もる必要もある。ただし、それを実現するには、当然それに応じた莫大な財源を

(64) 手嶋豊・前掲注(29)「医療事故被害者救済制度の可能性」763頁によれば、アメリカでもこの点は懸念されていたという。ただこれまでに概観したとおり、フランス法では実際に起きていることである。

設けることが求められる。この点、これまでに挙げた各提案などによると、財源としては、社会保険料のほか、国庫、医療側による拠出金などが考案されている。しかし、伊藤教授が示唆されるように、広範な財源はかえって実現可能性を欠くおそれがある⁽⁶⁵⁾。そうすると財源を絞ることも考えられるが、それでは負担の集中を何処に強いることになるから、やはり実現可能性は低くなることも考えられる。例えば国民健康保険などを中心的な財源とした場合、より多くの被害者を救済しようと思えば、その分を保険料に上乘せすることになる。だがそれはその分を社会全体に負担させることにもなるから、直ちにその同意が得られるかは疑問なしとはいかないだろう。これは財源を、医療側からの分担金など、職域で絞った場合でも変わらない。こうしたことからすると、訴訟手続を残したままでの責任制度の純化は、結局は限界があるとも考えられるところである。現実的に責任の純化の達成をどの程度見込めるか、またそれによってどの程度被害者を救済できるかという点は、今後財源の形成方法、その実現可能性とともに詰めていくことが求められよう。(補償制限を設ける場合でも、フランス法における水準とは単純に比較できないが、例えば労働不能率15%以下程度は目指すべきことが考えられる。また定型的な補償の場合でも相応の水準を確保する必要があり、あるいは産科医療補償制度による3000万円の補償金が不十分であるともいわれているため⁽⁶⁶⁾、とりあえずはそれを越える額にも対応可能とすべきことが理想となろうか。この点の検討は、無過失補償制度自体のさらなる検討に譲らざるを得ない)。

(iv) 求償制度による責任の純化

さらに、近時フランスのローラン講師が示しておられたように、どんなに補償制限を引き下げても、あるいは支給額を多くしても、訴訟手続を残す以上は過失の証明の困難がつかまとうのだと考えると、その純化は一向に達成できないことが考えられる。そうであるならば、かつてフランス法で論じられたとおり、将来的には従来の訴訟手続を廃し、責任制度の純化は求償などの形で実現させることも想定しておく必要があるだろう。純化が達成できないのでは、上記 a)、b) の間のジレンマを解消したことにはならないからである。そのとき、各提案に見られたように、責任制度の主旨をより活かすべく、医療側への分担金の増額などの方法を組み合わせることも有効になりうる。

(65) 伊藤文夫・前掲注(26)327頁。

(66) このことについては、上杉奈々・前掲注(31)96頁、を参照。

ただし、このとき、主に次の3つの問題点が生じうることは、ここで挙げておかななくてはならない。以下で、順次それぞれをまとめておくこととしたい。

なお、あらかじめ付言しておけば、この場合での補償形態は、基本的には定型的な補償を想定することになる。というのは、訴訟手続を廃し、なおかつ補償を個別評価にすると、財政上の負担が相当に重くならざるを得ないからである。そこで補償制限を設け、それ以下の被害については訴訟手続を存続させることも考えられるが、それでは基本的に訴訟手続を廃した意味がなくなるため、いずれにしてもあまり現実的な方策とはいえないように思われる。以下でも、基本的には定型の補償を念頭に置いて考察を進めていく。

① 裁判を受ける権利との関係

まず、最初に解決しておかなければならない問題として、被害者の裁判を受ける権利にどう配慮するかが問われることになる。日本国憲法もその32条で、「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪われない」ことを規定しているところである⁽⁶⁷⁾。この規定は「裁判の拒絶」を禁止しているものだとされ、民事事件についていえば、国民が裁判所に対して権利、利益侵害の救済に必要な裁判を要求しうることを意味しているという⁽⁶⁸⁾。仮に医療側に対する直接の訴訟手続を廃するという場合、この憲法の規定に違反する可能性があることは否定できない。訴訟手続の廃止をいかに正当化しうるかは、産科医療補償制度を整備する際にも懸念されたことであり、まさに難問となっている。

その点、本稿の検討対象であるフランス法にあっては、既述のように、労災補償制度が基本的に訴訟手続を廃する立場を採用している（社会保障法典L.451—1条）。だがこのことは、判例上、今も憲法に違反しないものと考えられている。例えば、近時2010年の憲法院の判決は、おおよそ次のように述べ

(67) 総合的な社会保障制度を整備したニュージーランドにおいては、訴訟手続を廃することに大した抵抗はなかったようである。というのは、裁判を受ける権利を返上して行政的救済に委ねることも、1つの新たな社会契約であると考えられたからだという。このことは、浅井尚子・前掲注(47)60頁。なお、佐野誠・前掲注(47)11頁などによって紹介される所々では、ニュージーランド法においては、代位求償は認められていないようである。その代わり、懲罰的損害賠償について例外的に提訴することができることになっているという。

(68) このことについては、例えば、兼子一、竹下守夫『裁判法(第4版)』(有斐閣・1999)146頁以下、芦部信喜、高橋和之(補訂)『憲法(第5版)』(岩波書店・2011)250頁、を参照。

ているところである。すなわち、憲法に留保される範囲で、憲法の目的の実現、調整のために新たな方法を適用することは、立法者の自由である。また立法者が、一般的な利益を理由に、責任の発生しうる条件を整えることも妨げられない。そのため、フォートに基づく訴訟を起こす被害者の権利、裁判に助けを求める権利に不釣り合いな侵害をもたらさない限り、フォートに基づく訴訟原則の排除、あるいは制限をもたらすことも可能である。問題となる規定は、被害者に補償の権利を与え、また許し難いフォート (*faute inexcusable*。日本でいう重過失と故意の中間に位置すると考えられる) や故意がある場合に提訴する権利を排除せず、被害者に社会保障裁判に訴える権利を与えている。こうしたことによって被害者はフォートの証明を免れており、労災補償の規定は補償の自動性、迅速性、確実性を保証している。したがって、基本的に訴訟手続を制限しても、それは不釣り合いな制限とはならない、と⁽⁶⁹⁾。

日本法においては上記フランス法のような制度は存在せず、したがって以上の点の検討が必ずしも深められているわけではない。ただ参考になるものとして、おおよそ次の2つを挙げることもできるだろう。

まず1つは、郵便法旧68条(平成14年に改正されている)をめぐる議論である。郵便物などの亡失、毀損について、国家賠償責任を免除、制限していた当該規定と憲法17条(いうまでもなく、32条と同じく受益権に関する条文である)が問題となった、いわゆる郵便法違憲判決⁽⁷⁰⁾では、次のことが明らかにされている。すなわち、国などの損害賠償責任を免除または制限する法律の規定が

(69) Cons. const., 18 juin 2010, *RDSS*, 2011, 76, note S. Brimo ; *JCP S* 2010, 1361, note G. Vachet. ただしフランスの判例のような理由で正当化できているかどうか、疑問なしとはいかない。というのは、そのことは補償制度を導入する理由にはなるが、訴訟手続を廃止してよいことについての積極的な理由とはなっていないからである。実際、依然として労災補償法の規定には違憲の疑いのあることが指摘されている。例えば、J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto, R. Lafore, *op. cit.*, n°833. いずれにしても、被害者の権利に侵害が生じていないかどうかは相当慎重に検討する必要があることになるだろう。

(70) 最判平成14年9月11日民集56巻7号1439頁。なお後に挙げるように、故意や重大な過失についてまで責任制限をすることなどは違憲だとされている。平成14年の改正によって、このことが明記されることとなった。また、尾島明「判例解説(最判平成14年9月11日)」法曹会(編)『最高裁判所判例解説民事篇平成14年度(下)』(法曹会・2005)634頁によれば、この事案は不法行為責任の問題であって、債務不履行責任の問題ではない。そのため、郵便契約の債務不履行責任に基づいて責任を問うる可能性があり、訴訟手続を廃止し、まったく個人の責任を問えなくするのは事情が異なる。あくまで参考にとどまることである。

憲法に適合するかは、当該規定の目的の正当性、その目的達成の手段として免責または責任制限を認めることの合理性及び必要性を総合的に考慮して判断される、と。そして、その判決は、当該規定は公共の福祉を増進することを目的として規定されており、そこで設けられている免責または責任制限も正当だとしたのである。さらに2つめとして、国家賠償法1条自体の議論を取り上げることもできる。周知のとおり、通説、判例の理解によれば、国家賠償法1条の責任が問われる事案については、被害者は公務員個人の責任を追求することができないものと解されている⁽⁷¹⁾。その理由は、国家に責任を認めることで被害者の救済は達成できること、また公務員個人の責任を否定することで、公益活動の萎縮を防げること、などが挙げられている⁽⁷²⁾。

勿論、国家賠償と医療事故補償とは事情が異なるところではある。しかし、補償制度を導入すればそれによって被害者の救済が一定程度は確保されること、また医療が公共の福祉を増進するものであり、その活動の萎縮を避ける必要もあるという点では、両者は事情を同じくする面もあろう。そして現実にごうした責任制限が認められる例がないわけではないことからすれば、日本法においても、まさにフランス法の判例が述べるように、補償を通じて被害者の権利に不釣り合いな侵害が生じない限りは、医療側への直接訴訟を廃止することも、法的に全くの不可能ではないものとする余地があるはずである⁽⁷³⁾。

もっとも、実際にその権利の侵害が生じないかどうかについては、さらに慎重な判断を必要とする。被害者は訴訟手続によって完全な救済を求めることができたかもしれず⁽⁷⁴⁾、また公の場で、直接医療側に対して、自らの主張をす

(71) 判例については、例えば、最判昭和30年4月19日民集9巻5号534頁など、多数。学説については、宇賀克也『行政法要説Ⅱ 行政救済法(第3版)』(有斐閣・2011)383頁以下、などを参照。

(72) 最判昭和47年3月21日判時666号50頁、判タ277号138頁は、国家に損害の賠償を求めうるのであるから、被害者に特段の不利益は生じないとしている。また、宇賀克也・前掲注(71)385頁は、公務員個人の責任を認めることは、公務員を危機懸忌的にし、人材確保なども難しくする恐れがあることを指摘される。

(73) ところで、周知のとおり、公務員個人の責任が問えないことについては批判が少なくはない。その理由の1つは、例えば、植村栄治「公務員個人の責任」ジュリ993号(1992)163頁によると、国が敗訴しても上訴することがありえ、被害者の保護に欠けることにあるようである。ただ、仮に補償制度を設けた場合には、それによって被害者の保護を確保することが可能である。そうすると、そのような制度下で個人責任を否定するデメリットは、そう大きくないものともいえよう。

(74) なお、フランス法の労災補償法について、この点への批判があったことは既述したと

る権利を持っていたはずだからである。したがって訴訟手続を廃止するというのであれば、被害者に訴訟手続をとる場合と比肩しうる利点を保証する制度を、別途設けなくてはならないことになる。

この点は困難を極めるが、差し当たっては次の2つの対応を考えることができる。

まず、被害者がその補償制度、ないし支給される補償額について裁判上で争うことが考えられる⁽⁷⁵⁾。この意味で、医療側に対する直接訴訟を廃止する場合でも、直ちに「裁判の拒絶」が許されることになるわけではない。ただその直接訴訟を廃止する以上は、そこではより厳格な判断が求められることになる。この際に考慮すべき事項としては、補償額だけではなく⁽⁷⁶⁾、補償期間やその手続の過程なども挙げられるように思われる。なお、その補償が個別的に評価されるものであった場合は、この点はそこまで深刻に捉える必要がないものともいえる。その場合、被害者が完全な救済を受けられる可能性は高いからである（ただし、既述のとおり、補償期限との関係が問題となりうる）。

次に、求償制度への被害者の関与を保証することが考えられる。この点については、フランス法のモルラア-クルティ教授の見解が参考なる。教授は、基金を介入させ、医療側の責任を求償に限る方法は、救済という意味では利点があるが、いわば鎮静という意味では十分ではないことを指摘される。やはり被害者からフォートのある医師に直接訴訟を提起する権利を奪い、フラストレーションを溜める結果になるからである。そこで教授が提案されたのは、基金を運営する組織は被害者の賛同がある場合だけ求償訴訟を放棄することができる、という方法であった。こうした権利を被害者に与えることは法外なことで

おりである。しかしその労災補償法に従った制度を提唱されるローラン講師の見解によっても、それに対する明確な反論はなされてないように思われる。このことについては、V. Laurant, *thèse préc.*, n°535et s を参照。

(75) 上記フランス法の判決によって、裁判所は、各ケースにおいて、被害者の権利に不釣り合いな侵害が生じていないかどうかを確かめる必要があることが示された、と解されている。このことは、J. -J. Dupeyroux, M. Borgetto, R. Lafore, *op. cit.*, n°833.

(76) 西野敏・前掲注(52) 363頁によると、日本の労災補償制度において使用者側に対する直接の訴訟手続が維持されているのは、その補償額が高くはないことに一因が有るといわれている。このことからすると、訴訟手続を廃するという場合には、相応の額の補償を提供しなければならないことになる。また、上杉奈々・前掲注(31) 97頁は、産科医療補償制度をめぐる訴訟を制限すべきという指摘がなされるものの、現在の補償額で訴訟を制限することは被害家族の損害賠償請求権を不当に害することになると指摘されている。

はなく、それというのは、例えば刑事上でも検察が控訴を渋っているときに同様の権利があるからだとして述べられるのである(なお、ここで求償訴訟を認めたとしても、責任の純化の妨げには直ちにはならない。被害者の救済は既に補償によって終えているからである)⁽⁷⁷⁾⁽⁷⁸⁾。またその求償訴訟以前に、何らかの和解手続を設け、そこに被害者を参加させる方法も想定しうる。フランスの求償制度にあっては、基本的には和解手続を優先し、それが上手くいかなかった場合に、訴訟に移行することになっている(社会保障法典L.376-1条6項、同法典L.454条1項)⁽⁷⁹⁾。こうした仕組みを応用することで、被害者が医療側と対面する機会についても、一定程度は配慮することができるように思われる。

② 訴訟手続排除の例外

次に、訴訟手続を廃すとしても、そこではいかなる例外も認められないのかどうか問われることになる。すなわち、故意や重大な過失についてまで、訴訟手続を廃することになるかが問題となるわけである⁽⁸⁰⁾。

この点、フランスにおいては、例えばローラン講師が、許し難いフォートなどに対する訴訟手続を残すことを提唱される。その理由は、フォート責任には依然として教育的な価値があり、無責任化を避ける必要があること、そのうえで問題となるフォートを限定することで医師の保護に資すること、などに求められている⁽⁸¹⁾。またフランスの労災補償制度においても、例外的に、使用者

(77) 日本法における無過失補償制度の提案においては、医療側が誠実な対応をした場合に求償を制限する、いわゆる医療版のメリットシステムの導入が提言されている。例えば、日本弁護士連合会の意見書などを挙げることができるだろう。このことは訴訟手続自体を残す場合には問題なく受け容れられるように思われるが、それを廃止する場合には事情が異なりうる。それというのは、その場合、本文のとおり被害者の訴訟を受ける権利との関係が問題となるからである。

(78) M. Morlaas-Courties, *thèse préc.*, n°866.周知のとおり、日本においても現在は検察審査会制度が設けられている。勿論これは検察の不起訴処分に対する国民のチェックとしての意味で設けられており、しかも一個人がどうこうするものでもない。ただこうした国民のチェックを及ぼすということは、補償という場面でも有用であろう。特にそれが被害者の直接訴訟の権利を封じている場合、あるいは補償の財源を国庫から支出している場合には、なおのことである。

(79) J. Dupeyroux, M. Borgetto, R. Lafore, *op. cit.*, n°1450, 1451.

(80) この点、労災補償に関してではあるが、岩村正彦・前掲注(58)355頁以下は、例外なく訴訟手続を廃することは不合理だとされている。

(81) V. Laurent, *La responsabilité médicale sans faute et les systèmes d'indemnisation*, th. Toulouse, 2008, n°577et s.

側に故意がある場合に被害者は通常の訴訟手続をとることができ、許し難いフォートがある場合には社会保障裁判所に訴え出ることができる（ただしその際実際に支払うことになるのは基金である）ことになっている（社会保障法典 L. 452-3 条、L. 452-5 条）。

しかしながら故意の場合は別にしても、例えば日本でいう重過失などについては慎重になる必要があろう。というのは、訴訟手続を残す場合、被害者が補償額に不満を感じれば、いずれにせよ訴訟を提起することが考えられるからである。そして仮に補償額が満足いくものではない場合などは、既述のように、被害者を救済するため、責任が厳格に解される可能性もないわけではない。これについては、フランスの労災補償制度に関して、近時許し難いフォートが厳しく評価されていることも参考になる。かつて許し難いフォートは、故意とは異なるものの、意識的な行動や怠慢、危険の認識などに由来する、例外的に程度の重いフォートであると解されてきた⁽⁸²⁾。しかし 2002 年の判決により、次のことが示されることとなった。すなわち、使用者は結果の安全義務を課され、使用者が危険を認識し、あるいはすべきとき、その義務の違反は許し難いフォートの性質を有する⁽⁸³⁾。つまり、抽象的にでも危険を認識していれば、損害が発生したことから許し難いフォートが認められうるというわけである⁽⁸⁴⁾。この判決により容易にそのフォートが認められることになり、使用者側が訴訟、そして損害賠償責任を免れる余地は狭くなった。このことは、被害者の利益のためだとも説明されているところである⁽⁸⁵⁾。以上のことからすると、訴訟手続を例外的にでも残した場合、結局責任の純化が達成できないおそれが残るため、それを廃するというのであれば、極力全面的である方が効果的であるように思われる⁽⁸⁶⁾。

(82) Cass. réunies, 16 juillet 1941, *D. C.* 1941, p. 117, note Rouast.

(83) Cass. soc., 28 février 2002, *D.* 2002, p. 2696.

(84) Y. Lambert-Faivre, S. Porchy-Simon, *op. cit.*, p. 385 et s.

(85) 例えば、M. Bacache-Gibeili, *Traité de droit civil, tome 5, les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, 2^eéd., Economica, n°171, 172 を参照。

(86) 参考として、国家賠償法に関してではあるが、宇賀克也・前掲注(71) 385、386 頁では、次のことが指摘されている。すなわち、故意重過失のある場合に責任を制限したとしても、原告がその存在を主張しさえすれば、公務員は訴訟の矢面に立たされることになる、このことが公務員に対して与える萎縮効果は、無視しえないものがある、と。直接訴訟の余地の残した場合には、本当に故意や重過失があるかどうかは関係なく、結局訴訟が提起されるおそれのあることがうかがわれよう。なお最判昭和 53 年 10 月 20 日民集 32 卷 7 号 1367 頁は、故意または重過失がある場合には加害公務員の個人責任は妨

なお、先に挙げた郵便法違憲判決は、故意や重大な過失についてまで責任を免除、制限することは違憲だとしている。ただし無過失補償制度が整備された場合には、被害者が全く救済されなくなるという事態はなくなる。そのため、仮に責任制限をしたとしても、直ちにそれが不合理だということにはならない。

③ 求償の根拠とその条件となる行為

最後に、求償の根拠が問題となる。求償を中心に責任の純化を目指すとしても、そもそも何を根拠としてそれが可能になるかを確認する必要があるからである。

この点、求償といえば、一般的には代位求償が想定されることになろう⁽⁸⁷⁾。しかし、被害者から医療側への訴訟手続そのものを廃している場合、必ずしもそう解することはできない。理論的にみて、代位する請求権がないからである。実際、基本的に訴訟手続を廃しているフランスの労災補償制度に関して、判例によって、代位求償は認められないことが明らかにされている。すなわち、一般法に基づいて、労働事故の被害者が使用者に対していかなる訴訟手続をとることもできないとき、補償機関は代位求償をすることはできない、と⁽⁸⁸⁾。それにもかかわらず求償という方法を採用するのであれば、それは補償を提供したことによって被った損害を医療側に求めるという、補償機関固有の権利の行使と解されることになるものといえる⁽⁸⁹⁾⁽⁹⁰⁾。

げられないとする原告側の主張を認めていない。

(87) フランス法でも一般的にこのように解されている。このことは、J. -J. Dupeyroux, M. Borgetto, R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, 17^eéd., Dalloz, 2011, n°1425. 交通事故に関する、いわゆるバダンタール(Badinter)法もこのことを明らかにしているとされる。なお、邦語文献では、信濃孝一「フランス法における重複填補の調整のシステム—社会保障の求償訴訟をめぐる理論と実務を中心として—」法曹時報35巻2号(1983)282頁以下、が詳細である。

(88) Cass. crim., 11 février 2003, D. 2003, p. 2335, note Y. Saint-Jours. もとより不正な労働ではあったが、そこで事故が発生し、労災補償がなされたという事案である。

(89) J. -J. Dupeyroux, M. Borgetto, R. Lafore, *op. cit.*, n°1424の注によると、こう解することで、鑑定に要した費用なども求償の対象となる。なお信濃孝一・前掲注(87)283頁によると、フランス法でも一時期はこのように解する学説があったようであるが、現在は代位求償と捉える考え方が通説だとされる。とはいえ、訴訟手続を完全に廃止する場合には、理論的には本文のように解さざるを得ないとも思われる。

(90) なお参考になるものとして、国家賠償法1条における求償をめぐる議論がある。国家賠償法1条は周知のとおり公務員個人の責任を否定するものとされるが、それでも国は

ところでここで次の点も併せて検討しておく必要があろう。それは、医療側にどのような行為があることがその求償の条件となるかということである。

この問題について、フランスのペノー教授の構想によれば、そこで求償の条件となるのは、故意や、いわゆる許し難いフォートに値するような行為に限られるとされた⁽⁹¹⁾。その理由は、真に予防的機能を果たすためにも、そこで軽微なフォートを取り上げて意味がないからである。また、モルラア-クルティ教授も同様の見解を述べておられた。通常のフォートでは個人的な保険でカバーされることが考えられ、それでは抑止力を発揮することができない、と⁽⁹²⁾。これに倣えば、日本法においても、例えば対象を重大な過失などに限定するということも考えられよう。

しかしこの問題は、補償制度の財源が何によって形成されているかということによっても左右されるように思われる。例えば国民健康保険など社会全体から拠出したものを中心に財源がつくられている場合、求償を重大な過失に限定すべきではないだろう。というのは、重大であっても、重大でなくても、医師の過失の結果を社会全体で負担する理由はないからである。逆に労災保険のように、医療側からの拠出金を中心に財源が形成されていた場合は、重大な過失に限ることに合理的な理由がある。既に日本でも指摘されているように、そのような場合、既に支払っている分担金を、一種の損害保険料として捉えることができるからである⁽⁹³⁾（なお、社会全体と医療側の両方から財源が形成されているような場合には、社会全体の負担を考えれば、前者と同じ考え方をとることになる。その際には後者の点にも配慮し、求償額を調整するなどの方策を講じる必要もあるように思われる）。もっとも、フランス法でも指摘されているように、軽微な

公務員に求償をすることができる。その求償の性質について、職務上の義務違反を理由とする固有の請求と解する見解が有力なようである。このように求償を独立の請求権とする構成も、日本法においても不可能ではないであろう。以上の点については、例えば古崎慶長『国家賠償法』（有斐閣・1982）202頁以下、などを参照。ちなみにこの国家賠償法1条における求償は、その2項によって、故意または重大な過失に制限されている。その理由は、軽過失の場合に一々求償義務があるということでは公務員が職務執行につき臆病になってしまうおそれがあることなどによっているようである。

(91) J. Penneau, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, th. Paris I, préf. A. Tunc, LGDJ, 1973, n^o556et s.

(92) M. Morlaas-Courties, *thèse préc.*, n^o863et s.

(93) 総合的な救済システムを提唱される、加藤雅信「不法行為の将来構想-損害賠償から社会保障的救済へ-」加藤雅信（編）『損害補償から社会保障へ』（三省堂・1989）32頁でも示唆されている。

過失を取り上げて求償をしたとしても、責任制度の予防的機能を発揮することはできない。かえって責任の純化に失敗することになる。そのため、真に予防的機能を果たしうる行為とはなにか、本当に補償制度がカバーすべきではない事故とはどのようなものかを、改めて検証してみる必要があることになる。このことは、(i) で述べたことと共通するところである。

(v) 訴訟制度、求償制度以外の制度について

ところで、訴訟手続や求償以外に、損害賠償責任制度を補完する仕組みを導入すべきであろうか。というのは、訴訟によって、あるいは求償によって損害賠償責任制度が活かされるとしても、それは現実には金銭の負担を課すものに過ぎないともいえるからである。この意味でも、近時は、損害賠償責任制度が事故の再発や予防にとって決定的ではないことが考えられ、従来の訴訟手続に対する疑問を呼んでいるわけである。

フランス法においては、既述のとおり、無過失補償制度導入後においても、損害賠償責任制度が従来の訴訟手続のなかで維持されることになっている。そしてそれが純粋に抑止的機能、予防的機能を果たすことも期待されている。ただし、ここで注意を要するのは、そのフランス法においては、損害賠償責任制度以外にも、いわゆる懲戒責任 (*responsabilité disciplinaire*) 制度が設けられているという点である。実のところ、この懲戒責任制度を背景として、損害賠償責任制度の有用性、そしてその純化が語られているという面にも注意する必要がある。そこで (1) の最後に、ここで、この懲戒責任について、簡単に補足しておくこととしたい。

周知のとおり、フランスにおいては、かねてからある職域に関して職業倫理規定 (*code de déontologie*) が存在し、その違反に対しては懲戒裁判が行われることになっている。この職域には、勿論、医師も含まれているため、医師も懲戒責任 (具体的には、譴責、医業停止、除籍などがある) の対象となる⁽⁹⁴⁾。この裁判は、2002 年法以降、第一審を地域の懲戒部、第二審を全国の懲戒部、上告審を国務院が担当するものとされ、そこには医師会 (フランスでは加入が義務づけられている) のほか、裁判官も参加することになっている。この懲戒の申

(94) このことについては、例えば、髙橋次郎「フランスにおける医師の職業倫理」日本医事新法 4052 号 (2001) 16 頁以下、同・「フランスにおける医師に対する行政処分の実態——地域での懲戒事例の紹介を中心に」日医雑誌 141 巻 12 号 (2013) 2690 頁以下、磯部哲「フランス医師懲戒裁判についての一考察」原田尚彦先生古稀記念「法治国家と行政訴訟」(有斐閣・2004) 427 頁以下を参照。

立てができる者は、従来から限られている。例えば医師会の全国評議会や、県評議会、公衆衛生担当大臣や、知事、共和国検事などが該当するが、一国民である被害者はここには含まれていない⁽⁹⁵⁾。被害者は県評議会に苦情を伝え、間接的に懲戒の請求をするほかないのである。この点、2002年法によって改正が行われ、一国民も第一審の判断に対して控訴できるようにはなっている(公衆衛生法典 L. 4122-3)⁽⁹⁶⁾。ただそれでも、被害者が直接懲戒請求すること自体は依然として認められておらず、また例えば基金が懲戒請求をするということも認められてはいない。

さて、この懲戒の責任は損害賠償責任とは制度上別のものであり、損害の修復、それを通じた財産的な制裁ではなく、職業活動の統制を目的とするものとされている⁽⁹⁷⁾。したがって、両制度は互いに排斥するようなものではなく、むしろ全体として職業活動に伴う問題の解決にあたっているといえることができる。逆にいえば、どちらかの制度がない場合には、存在する制度の方に、その分多くを期待しなければならないことにもなりうる。特に (iv) で述べたように、損害賠償責任制度を廃止した場合には、懲戒責任のような制度が一層取り上げられなくてはならないことになろう。その場合、公に訴追されることがなく、支払う損害賠償も一定率、ないし定額のものに限定される可能性があるため、損害賠償責任制度が担っていた分の抑止的機能なども、何らか別の制度が引き受けなくてはならないからである⁽⁹⁸⁾。現に、フランス法においても、訴訟手続の廃止を提案する論者がこの懲戒責任に積極的に言及しており、例えば

(95) 制度の仕組みについては、A. Dorsner-Dolivet, *La responsabilité du médecin*, Economica, 2006, n°413.などを参照。

(96) この点の展開などは、J. Penneau, *La responsabilité du médecin*, Dalloz, 3^eéd., p. 123、磯部哲・前掲注(94)440頁以下を参照。

(97) A. Dorsner-Dolivet, *op. cit.*, 2006, n°408et s.したがって損害賠償責任制度上のフォートと懲戒制度上のフォートは厳密には同じではないが、近時は両者の考え方が接近しているようである。例えば説明義務の考えなどがそうだとされている。

(98) 参考として、千葉華月「医療事故補償制度の比較法的検討」年報医事法学 28号(2013)85頁では、スウェーデンでは、医師の懲戒制度が保護観察を中心とする制度となり、制裁機能が弱まったことが指摘されている。スウェーデンでは依然として不法行為に基づく損害賠償請求ができることになっているようであるから、訴訟手続を廃さない場合であっても、こうした責任制度の補完が必要となることが示唆されよう。また基本的に損害賠償責任訴訟を廃止したニュージーランドにおいては、懲戒制度が整備されているというが、それでも国民の不満があるとされていることは既述したとおりである。

モルラアークルティ教授が懲戒責任の活用を提唱されていた。教授は次のように述べておられたところである。基金による求償訴訟は、それが実行されれば予防効果を持つが、しかし十分ではない。何故なら経済的な制裁は全ての人に同じ影響を持つわけではないし、それも保険によってカバーされることが考えられるからである。そこで、基金に、職業倫理違反について懲戒を申し立てる権利を与えることが考えられる、と⁽⁹⁹⁾。

この点、現在の日本の医療分野においては、公的な懲戒制度は存在しないようにうかがわれる（日本医師会自体は全ての医師が加入しているわけではなく、懲戒処分があるとしても、各団体の自治によるとされている⁽¹⁰⁰⁾。なお厚生労働省の医道審議会も存在するが、これは刑が確定した医師に対する行政処分を判断する機関に過ぎない。公的な懲戒制度を設けている例としては、周知のとおり、弁護士を挙げることができよう）。ただ近時ではフランス法などの諸外国、そして国内の世論の動向に沿って、全ての医師が加入する自治組織の創設（周知のとおり、最近では医療法人制度の整備も進められている）、それに伴う職業倫理の遵守の徹底や⁽¹⁰¹⁾、医師の免許制度を通じた医療現場への国民の監視のあり方⁽¹⁰²⁾が議論されている。損害賠償責任制度は、被害者に損害賠償を支払うという、加害者にいわば対外的な負担を課すことで、その抑止機能、予防機能を発揮する。ただ真に事故の抑止、予防を目指すのであれば、職業内部の対内的な負担をも加害者に課していくことが求められることになる。このことは、フランス法において、事故の抑止、予防は、究極的には懲戒制度によって支えられる、とする指摘があることからもうかがわれるところである⁽¹⁰³⁾。さらにいえば、そうした対内的な負担を課す制度があつてこそ、損害賠償責任制度は合理的な尺度において機能することができ、これまでに述べてきた純化を達成させることができるものともいえよう。このことからすると、今後、無過失補償制度、損害賠償責任制度の内容と併せて、懲戒制度の内容も一体となって詰めていくことが必要となる。

(99) M. Morlaas-Courties, *thèse préc.*, n°868et s.

(100) こうした点から、日本において職業倫理の遵守のあり方が問題となることは、西村高宏「日本における「医師の職業倫理」の現状とその課題」医療・生命と心理・社会 5 巻 1 - 2 号 (2006) 4 頁以下。

(101) 髙島次郎・前掲注 (94) 20 頁、また、西村高宏・前掲注 (100) 7 頁以下。

(102) こうした議論がされつつあることは、磯部哲・前掲注 (94) 428、451 頁以下、からもうかがわれる。

(103) M. Morlaas-Courties, *thèse préc.*, n°870.

ただその際に注意を要するのは、こうした職業倫理の徹底に際しては、医療側の自律性が確保される必要があるということであろう。というのは、医療は国民の関心に関わることであるから、その医療分野の懲戒に関しても、例えば行政を通じて国民の監視を強化することが考えられる⁽¹⁰⁴⁾。ただその点を強調し過ぎた場合、医療側の活動に関して、その活動に明るくはない外部からの過剰な干渉を招くおそれもあるからである（勿論、医療が人の生命、身体に直接関わる以上は、一定の介入は必要になる）。そうすると、損害賠償責任制度で責任の純化を果たしたとしても、職業倫理の点では適切な判断がなされず、結果的には医療側の活動の自由の確保が達成されないことが考えられるのである⁽¹⁰⁵⁾。何が職業倫理であり、何がその違反にあたるかは、損害賠償責任制度における過失とは何かという点とを併せて、あらかじめ明確にしておくことも有用である。

(2) 無過失補償制度と各種義務、損害の関係性

日本法においても、フランス法と同じく、治療義務本体とは別に、それに付随するものとして説明義務が認められている。また損害の捉え方が柔軟であり、フランス法でも見られる機会の喪失以外にも、期待権侵害、相当程度の可能性の侵害、自己決定権侵害などといった多彩な損害が認められている。では上記のように、仮に無過失補償制度を導入し、損害賠償責任制度が純化する場合、これらはどのように扱われることになるだろうか。ここではフランス法の経験が示すように、それぞれが本体となる治療義務や身体損害とどのような位置づけにあるのかが焦点となるように思われる。

なおあらかじめ付言しておけば、このことは、既述したような、補償を定型的にするかどうかなどという補償形態の問題とは、基本的には関係がないもの

(104) 医師に関してではないが、宇賀克也・前掲注(71)446、447頁では、公務員への懲戒が必ずしも適切になされているわけではないことが指摘されている。そして、そこでは懲戒審査会を設け、被害者への懲戒過程への参加を認める制度が提案されているところである。公務員と医師とは事情が異なるが、類似の懲戒制度も想定される可能性があるだろう。なお、弁護士への懲戒責任について、例えば懲戒委員会は、弁護士、裁判官、検察官、学識経験者によって構成されている。

(105) 磯部哲・前掲注(94)443頁によると、実際フランス法においても、裁判官が中心となって懲戒裁判を行うことには疑問も呈されている。その理由は、裁判官が必ずしも職業倫理に精通しているわけではないからだという。法的判断はともかく、こうした職業倫理という観点からの判断に関しては、その職業集団の自律性が求められることが示唆されよう。

と考えられる。各種義務や損害の位置づけ自体は補償内容に関わるものであり(例えば精神的損害をも補償対象にするかどうか、など)、補償形態によって左右されるわけではないからである。ただし、その形態によって、例えば機会の喪失などを認める動機が排除されない可能性は否定できない。この点は後述する。

(i) 無過失補償制度と説明義務

日本法において、説明義務は、患者の承諾を得るための説明義務と、療養方法などの指示、指導としての説明義務の、おおよそ2種があると解されてきた⁽¹⁰⁶⁾。このうち、後者は診療行為と一体となるものともいわれているが⁽¹⁰⁷⁾、特に前者に関しては、患者のいわゆる自己決定権を背景に認められるものだと解されている⁽¹⁰⁸⁾。したがって、フランスでいう安全保証義務といった抽象的な付随義務ではなく、少なくとも前者の意味での説明義務は1つの独立した義務として既に確立しているということになりそうである⁽¹⁰⁹⁾。このことはいくつかの裁判例からもうかがわれるところであり、実際、治療上の過誤と説明義務が別々に認定されることは通例である。また、手技上の過失などと説明義務違反が認められ、その説明義務違反が明示的に慰謝料の増額事由になっている例も少なくはない⁽¹¹⁰⁾。こうしたことからすれば、説明義務は損害賠償責任制

(106) 例えば、稲田龍樹「説明義務(1)」根本久(編)『裁判実務大系第17巻医療過誤訴訟法』(青林書院・1990)189。190頁参照。

(107) 大島眞一「医療訴訟の現状と将来-最高裁判例の到達点-」判タ1401号(2014)38頁。

(108) 中山博之「説明義務」浅井登美彦、園尾隆司(編)『現代裁判法大系〔医療過誤〕』(新日本法規・1998)133頁は、説明義務と自己決定権は表裏の関係にあることを指摘される。

(109) 例えば、浦川道太郎・前掲注(2)13頁では、医師の説明と患者の同意が帰責の1つのあり方として独立して問われている、と述べられている。大島眞一・前掲注(107)48頁では、「医療行為上の義務違反は患者の生命、身体、健康に対する侵害であり、説明義務違反は患者の自己決定権等の人格的利益に対する侵害であって、訴訟物は別と考えられ」る、とされる。

(110) 例えば、大阪地判平成13年9月28日判時1786号97頁、判タ1095号197頁。左眼窩内の腫瘍摘出手術について、医師が手術適応なく視神経を切断したという事案である。こうした例はほかにもあり、例えば結果的に控訴されたものの、京都地判平成22年12月28日LEX/DB25472517がある。脂肪吸引術を行った結果被害者が皮膚潰瘍を負った事案で、手術の際に誤って皮下血管網などを傷つけた手技上の注意義務違反が認められたほか、説明義務違反も認められ、それは慰謝料額の算定にあたって考慮することとする、とされた。

度が純化したとしても、消滅するものではないものと考えることができる。

また以上のことは、次の結果も生じさせうる。すなわち、仮にその制度が治療行為自体から生じた損害を対象とするものであった場合、別途この説明義務を理由に訴訟を提起できる可能性もあるし、逆にそれを理由に賠償を得ても、なお補償を受けることができることになる（当然生じた損害が同一であるならば問題とはならない）、ということである⁽¹¹¹⁾。既述のとおり、後者の点については、フランス法の判例でも認められた例が見受けられる。

ただそこで本当に問題になるのは、それによって実際どのような損害が生じるかということであろう。この点については、以下でさらに検討を進めていく。

(ii) 無過失補償制度と各種の損害

無過失補償制度の補償内容は、基本的には身体に対して生じた損害（死亡や傷害など）を中心に評価されるものと思われる⁽¹¹²⁾。そこで問われることになるのは、機会の喪失など、これまで認められてきた様々な名目の損害を、無過失補償制度の導入以降も認める必要があるかどうか、という点である。周知のとおり、日本法では、機会の喪失だけではなく、相当程度の生存可能性など、多様な名目の損害が認められている。そのため、これら損害の将来をめぐる議論は、とりわけ機会の喪失を取り上げてきたフランス法よりも、一層込み入ったものとなる。

もっとも現在の日本でも各損害についてはその位置づけが議論されている最

(111) 説明義務によっていかなる損害が生じるのかについては、かねてから議論がなされてきたことである。概して言えば、一方では精神的損害に限定する立場があり、他方では財産的損害も含むとする立場があるところである。もっとも、いずれにしても精神的損害、慰謝料は認められている。この議論状況については、栗屋剛「説明ないし承諾取得の瑕疵に起因する損害」西南学院大学大学院法学研究論集1号（1982）27頁以下、西野喜一「説明義務、転医の勧奨、患者の承諾、自己決定権」判タ686号（1989）82頁を参照。ただ本稿の課題との関係でいえば、問題は説明義務の損害は治療義務違反の損害とどのような関係に立つかということであろう。

(112) 一例として、総合的な救済制度を整備する、ニュージーランドの事故補償制度がそのようになっていることが知られている。浅井尚子・前掲注（47）65頁以下によれば、補償対象は基本的に身体傷害で、その結果としての精神的傷害、または性的侵害の結果としての精神的傷害以外の精神的傷害は、その対象外となっているようである。また日本の労災補償はより限定的で、そこでは一定の財産的損害がその対象とされ、慰謝料などは含まれていない。

中であり、また結果は最終的な補償制度の整備の仕方に依存する。そこで以下では、差し当たって、補償対象を身体損害に限った場合に見込まれうる、1つの展望を描いてみることにしたい。

① 全体の指針

まず、これまでに概観したとおり、フランス法における機会の喪失は、判例上、やや中途半端な独立性を持たされた形で残されている。すなわち、被害者は、機会の喪失による損害賠償が認められても、なおそれ以外の損害については補償を求めることができる。ただその補償は、全体の損害から機会の喪失分を抜いた損害に限定される、というのである。

日本法における各種損害も同様に考えられる可能性があるが、これには次の不都合を考えることもできる。すなわち、訴訟によって全損害の一部が何らかの名目で医療側の負担となった場合、被害者は残った部分についてしか無過失補償制度によって救済を受けることができない。そうすると、まず訴訟制度上医療側は控訴をすることができるから、結局、一部につき損害賠償が認められた分、救済が遅れることになる可能性がある。また、そもそも加害者たる医療側が保険をつけておらず、資力が不足する場合にも、被害者がその分を負担しなければならないことになろう（なお、強制保険を制度化することも考えられ、既述のとおり、フランスにおいてはそのようになっている。ただそれによって、必ずしも医師が保険をつけていないという事態を回避できる訳ではない）⁽¹¹³⁾。フランス法において一部を ONIAM と連帯させるとか、全損害を一律に扱うべきとの主張があるのは、こうした点でも意義のあるもののように思われる⁽¹¹⁴⁾。そしてこのことはまた、医療側への過度な負担を抑制するという、責任の純化の目的とも整合しないであろう。

(113) なお保険に関して若干言及しておけば、日本においては、主に日本医師会医師賠償責任保険がある。この保険の現状については、例えば、太田秀哉「賠償責任保険」ジュリ 1339号(2007)82頁以下を参照。それによると、現在の医師賠償責任保険は、発見ベース（障害を発見したときを保険事故とする）と請求ベース（被害者から請求を受けたときに保険事故とする）の2種の約款によって運用されているようである。従来の訴訟手続を残す場合はその現状が維持されることになろうが、訴訟手続を廃するという場合、被害者から直接請求を受けることがないから、請求ベースもやや修正せざるをえないように思われる。詳細は保険に関する議論に譲らざるを得ない。

(114) 例えば、P. Jourdain, note sous CE, 20 mars 2011, *RTD. civ.*, p. 552, 553 では、特に無資力の危険について言及されている。

したがって、各種損害が本体である身体に対する損害と本当に独立性を持っていないのであれば、あえてその名目で損害賠償を認め続けることには、将来的には消極的になるべきように思われる。

② 機会の喪失、延命利益、相当程度の可能性

この点、日本法において、固有の意味での機会の喪失は、既述のとおり「最終的な不利益を回避する機会」という法益の侵害を意味するものとされている⁽¹¹⁵⁾。つまり身体に対する損害そのものとは別の法益の侵害であり、それゆえその賠償を求めるためには、加害行為とその機会の喪失との間に因果関係がなくてはならないと解されている⁽¹¹⁶⁾。機会の喪失理論は部分的な賠償を認めるのではなく、機会の喪失という損害全体に対して賠償を認めている、というわけである⁽¹¹⁷⁾。

このことは延命利益の喪失についてもいいうことであろうが、近時取り上げられている相当程度の可能性侵害も同様に考えられているようである。相当程度の可能性侵害は、多数の見解に従えば、やはり独立の法益侵害を構成するものと考えられている⁽¹¹⁸⁾。上記判例の調査官解説も次のように述べているところである。すなわち、平成12年判決は、「生存の可能性」を新たな法益（人格的利益）として肯定したものであって、生命の割合的侵害を肯定したもので、生命侵害についての確率的心証を肯定したものでない、と⁽¹¹⁹⁾。また実際の裁判例において賠償が認められる損害も、逸失利益などの一部としてではなく、慰謝料として考慮されるのが通例になっている⁽¹²⁰⁾。

(115) 日本法でも、例えば、中原太郎・前掲注(16)97頁。

(116) 澤野和博「機会の喪失の理論について(四・完)」早稲田大学大学院法研論集81号(1997)178頁。

(117) 澤野和博・前掲注(116)179頁、を参照。

(118) そのため、単純な因果関係の緩和理論とは、厳密には異なることが指摘されている。志村由貴「『相当程度の可能性侵害論』をめぐる実務的論点」ジュリ1344号(2007)70、71頁、米村滋人「『相当程度の可能性』法理の理論と展開」法学74巻6号(2010)243、244頁、などを参照。無論、機能的にはそのような面があることに争いはない。

(119) 松並重雄「判例解説(最判平成15年11月11日)」法曹会(編)『最高裁判所判例解説民事篇 平成十五年度(下)』(法曹会・2006)646頁。

(120) 前掲注(19)の札幌地判でも、生存していた相当程度の可能性を侵害され、その結果被った精神的苦痛に対する慰謝料、と述べられている。このほかごく最近の例としては、福岡地判平成25年9月17日LEX/DB25446112、など。志村由貴・前掲注(118)73頁は、相当程度の可能性論の保護法益を相当程度の可能性そのものであると捉える場

しかしながら、これらの損害は、実際には身体に対する損害本体と完全に独立しているわけではないものと考えられる。というのは、いずれもその本体の賠償が認められれば、認める必要のないものだからである。例えば機会の喪失については、最終的な不利益に対する賠償が認められる場合、それを避ける機会だけをあえて別に取り上げる理由がなくなる。また相当程度の可能性の侵害についても、そもそも「医療行為と患者の死亡との間の因果関係の存在は証明されない」場合が前提とされていた。これがまったく独立の損害を構成するのであれば、死亡との間の因果関係が存在するかどうかは関係がないというべきであろう⁽¹²¹⁾。

結局、これら損害の捉え方は、死亡など身体に対する損害自体が認められない場合を補完するため、主張されているに過ぎない⁽¹²²⁾。実際は、身体に対する損害本体と連続するものなのである。そして仮に将来的に無過失補償制度を導入するのであれば、それが何らかの医療事故に起因するかぎり、その本体は補償制度によって補填されることが考えられよう。そうすると、例えば死亡という生命の喪失について補償されるのであるから、さらに延命利益の侵害や機会の喪失、生存の可能性を理由に損害賠償を認める必要性は乏しいことになる。認めた場合には、かえって被害者に二重の救済を得させてしまうおそれもある。

なお、日本法においては、しばしば期待権侵害が取り上げられることがある⁽¹²³⁾。ただこれは、もともと、被害者に期待権という権利を保護するもので

合、その損害は慰謝料に限られることになることを指摘される。

(121) 近時の、橋口賢一「適切な医療行為を受ける期待権」の内実 田井義信(編)『民法学の現在と近未来』(法律文化社・2012)117頁でも、相当程度の可能性という法益は生命、身体といった法益と連続性があるものと指摘されている。現実にも、本体となる損害賠償を認めてなお相当程度の可能性に言及する例はどうかかわれない。あえて一例を挙げれば肺癌の疑いで転院してきた患者がC型肝炎ウイルスに罹患し、死亡した事案である、横浜地判平成17年9月14日判時1927号79頁、判タ1249号198頁では、原告側は死亡時点で生存していた相当程度の可能性侵害も併せて主張していたが、過失と死亡との間に高度の蓋然性が認められたため、判決では言及されていない。

(122) 例えば、橋口賢一「法益としての「相当程度の可能性」」富大経済論集52巻2号(2006)55頁は、次のことを指摘される。すなわち、機会の喪失も、この相当程度の可能性侵害も、過失と損害との間の因果関係を立証できないという状況を前に、責任の正否をオールオアナッシングで決めてしまうこのとの不信感を払拭すべく主張されてきたものである。

(123) 期待権侵害についても、それが独立の法益侵害を構成する者であるかどうかは、かねてから議論のあったところである。例えば、一方で、新美育文「癌患者の死亡と医師

はなく、賠償を受けられない被害者の境遇に鑑みて、医師の義務履行のあり方自体を問題としたものだともいわれてきた⁽¹²⁴⁾。実際、最近の平成23年の最高裁判所の判決によっても、期待権侵害は「当該医療行為が著しく不適切なものである事案について検討し得るにとどまるべきもの」だとされている。このことからすると、仮に無過失補償制度が導入された場合、やはり期待権侵害という考え方を残しておく必要性はなくなることが考えられる。賠償を受けられるのであれば、ことさら義務履行のあり方を持ち出す理由もなくなるからである^{(125) (126)}。

の責任-「期待権侵害」理論の検討-」ジュリ787号(1983)81頁が、生活(生命)の質ないしはライフ・スタイルという視点から期待権侵害を1つの法益侵害と捉えておられる。また、近時の橋口賢一・前掲注(121)117頁も1つの法益侵害になりうることを示されている。また他方で、渡邊了造「過失あるも因果関係がない場合の慰謝料」判タ686号(1989)69頁は、期待権侵害を認めれば無因果関係論に通じるおそれがあり、また期待権侵害が法益侵害であるとしても不法行為とまではいうことができないことが指摘されている。

- (124) 浦川道太郎「いわゆる「期待権」侵害による損害」判タ838号(1994)56頁を参照。米村滋人「医療事故における損害」内田貴・大村敦志(編)『民法の争点』(有斐閣・2007)301頁は、期待権を「行為関連法益」と分類されておられる。この時点で、少なくとも考え方の上では別個の法益侵害という構成を強調しうる、機会の喪失や相当程度の可能性侵害などよりも、その独立性が目立たないことは否めないように思われる。中原太郎・前掲注(16)97頁では、期待権侵害と相当程度の可能性侵害の違いを、別個の利益の侵害があるといえるかどうかに見出されておられるところである。
- (125) 期待権侵害を1つの法益侵害とする見解も、生命侵害を理由とする損害賠償も相当程度の可能性侵害を理由とする賠償も認められない場合に限定して、それを認めているようにもうかがわれる。例えば、橋口賢一・前掲注(121)119頁。平成23年判決を分析するうえで示唆されておられる。こう解することによって、期待権が俎上にのせられる場面が限定されること、専門家の賠償責任を安易に認容してしまうことが回避される、とされている。
- (126) なお、浦川・前掲注(124)58頁、でも示唆されているように、期待権侵害という考え方には、医師への制裁という面もあると考えることができる。仮に制裁のみを理由とした慰謝料が認められるようになるのであれば、医師の過失の態様が激しい場合には、補償とは別に問題となることもありうるように思われる。ただこの点に関しては、特に訴訟手続を基本的に廃する場合には注意を要しよう。というのは、制裁的慰謝料の請求の方法を残した場合、それが実際制裁に値する事案かどうかに関わらず、被害者によって訴訟を起こされる可能性があるからである。参考として、佐野誠・前掲注(47)18頁、34頁以下によると、ニュージーランドにおいては、補償額が低額であることから、事故補償制度によっても禁止されていない懲罰的損害賠償訴訟のニーズが少なくないようである。そうすると責任の純化には結局失敗することが考えられるため、補償額を一

ところで、以上のことは、補償に制限がかかっていた場合にはなお問題となりうることも考えられる。というのは補償制限以下の被害を被った被害者は補償を受けることができず、救済を受けるために、これまでと同様、加害者側の責任を立証していかなくてはならないからである（この点で、補償を定型的なものにした場合には、いずれにせよ一定額の補償を受けることができるから、ほぼ問題とはならないことになる。ただ少額事件を補償の対象外とした場合は、ここで挙げたことと同様の問題を抱えることになる）。ただ、そうした事態は限定された場合にしか生じない。例えば補償制限の水準を労働不能率15%程度とした場合、それを下回る被害というのは生命侵害ではあり得ないから、延命や生存の可能性はそもそも問題とはならない。やや軽度の障害（15%以下の労働能力喪失率を仮定すると、後遺障害の等級でいえば、12級以下ということになる）を避ける機会や適切な治療を受ける期待は問題となりうるが、既に述べたように、これらの損害は身体への損害そのものと独立性を持たず、規模の大きくはない被害についてまで認められるものであるかは明らかではない⁽¹²⁷⁾。責任が過剰に課されることを避けるという、責任の純化を目指すのであれば、この点は消極的なものと考えられよう。この点は、今後、補償制限の水準をめぐる議論と併せて検討していく必要がある。

③ 自己決定権侵害

逆に、この点で特に問題となりうるものとして、説明義務違反に伴う、自己決定権侵害を挙げることができる。この自己決定権は、周知のとおり、いわゆるインフォームドコンセントの考え方を背景に発展してきたものであり、1981年のリスボン宣言によって世界的に承認された権利でもある。日本法も例外ではなく、包括的基本権といわれる憲法13条を根拠として認められるといわれている⁽¹²⁸⁾。この自己決定権侵害が「治療の結果の当否が問われているものはな」く、「医療行為の過程に患者が主体的に関与できなかったことを損害と

定以上確保しつつ、訴訟手続廃止の例外は基本的には設けない方がよいように考えられるところである。

(127) 例えば、相当程度の可能性侵害は死亡以外でも問題となることがあるが、それでも重度の障害が問題となるケースがほとんどのようにかがわれる。最近の例でいうと、放射線治療の遅れにより癌が転移し、喉頭前摘出を行うことになった事案である、東京地判平成23年3月23日 LEX/DB25443484、ガス壊疽により左大腿切断が生じた事案である、青森地判平成18年10月2日判タ1244号250頁などがそうであろう。

(128) 中山博之・前掲注(108)132頁、参照。

して捉える」⁽¹²⁹⁾ものであるならば、それは身体に対する損害本体と独立した権利侵害を構成しうるようにも考えられる。

しかしながら、両者がどのような関係に立つのかは一見して明らかではない。というのは、裁判例において、それらが別々に評価される例もあれば、されない例も存在するからである。例えば一方では、医師には治療を怠った過失があり、したがって意思決定権について判断するまでもなく、被告には患者の死亡による損害を賠償する責任がある、とする裁判例がある⁽¹³⁰⁾。そして他方では、医師がインフォームドコンセント原則にも違反したことから、逸失利益の賠償などを認めうえ、慰謝料の評価において「被験者の自己決定権を無視したこと」を明示的に挙げる例も存在する⁽¹³¹⁾。

ここで問われることになるのは、その慰謝料の評価において、自己決定権侵害が個別の精神的損害を構成しているのかどうかという点であろう。慰謝料の評価に関しては裁判官の裁量によるところが多く、しばしば「本件に現れた一切の事情を考慮して」などという形で示されているため、その内容は直ちには判断することはできない。

ただ、自己決定権侵害自体は、既述のように、厳密には身体に対する侵害とは別の意味を持っている。そして上記のとおり身体に対する損害本体が認められてもなお取り上げられる例があるのであれば、自己決定権侵害はそれ単独で、固有の精神的損害を構成しうるということが考えられよう⁽¹³²⁾。したがっ

(129) 大島眞一・前掲注(107) 39頁。

(130) 千葉地判平成14年6月3日 LEX/DB 28072334。患者が食道癌の治療のために食道癌切除、食道再建の手術を受けたところ、多臓器不全で死亡した事案で、原告側が呼吸管理などの義務違反のほか、説明義務違反によって意思決定権を奪われたとして損害賠償を求めている事案である。慰謝料の評価において加味されている可能性は否定できないが、明らかではない。この点、自己決定権という表現は用いていないが、被害者が豊胸手術を受けたところ低酸素脳症による植物状態に陥り、医師の麻酔管理不足の過失や説明義務違反が問われた、東京地判平成15年11月28日 LEX/DB 28090425も、同様の判断を示す。すなわち、被告に麻酔管理を十分行わなかった過失が認められる以上、説明義務違反などの各過失については、後述の慰謝料額の判断を左右するものとは認められないから判断しないこととする、と。また、西野喜一・前掲注(111) 82頁では、医師に説明義務違反があり、治療の過程にも過失があった場合、患者はその過失を追求すれば足りるから格別の問題は生じない、とされる。

(131) 名古屋地判平成12年3月24日判時1733号70頁。卵巣腫瘍の治療に際して、医師が投薬による化学療法を行ったところ患者が死亡した事案である。

(132) 窪田充見『不法行為法』(有斐閣・2007) 138頁以下では、他の損害賠償請求が困難な場合の補完的な役割以外に、それ自体で自己決定権侵害が問題となりうることを示さ

て将来的に無過失補償制度を整備した場合でも、自己決定権侵害はなお問題となりうる。そう考えたとしても、被害者に二重の救済を得させることにはならないだろう。

四 おわりに

近時は世界的動向に鑑みて、日本法においても無過失補償制度の導入が検討されている。その際1つの論点となるのは、損害賠償責任制度を以後どのように運用していくかということである。ただこの問題に関しては、既に日本法でも指摘があったものの、その細部についてまで踏み込んで検討されることはなかった。それは無過失補償制度の大枠も決まっていないからだともいえ、それにも関わらずその点の検討を進めるのは、やや先取りの感もある。ただ、これまで損害賠償責任制度が既存の制度として被害者の救済を担っていった以上、その制度の将来をも視野に入れざるを得ないのは当然であろう。かえって無過失補償制度の大枠を決めていく際にも、それと不可分の問題として、損害賠償責任制度の変化をあらかじめ描いておく必要があるといえる。その分野の検討が手薄であったとすれば、一度責任制度の将来を重点的に検討してみることも、議論のバランスを整える意味ではいくらか有用になりうるだろう。

本稿は、以上の関心から、無過失補償制度を導入したフランス法を参考に、損害賠償責任制度の展望、そしてそこで生じうる問題点を試験的に描いたものである。もっともその概略しか示すことはできず、ここで明らかとなった問題点をどのように補償制度の構想に活かすことができるか、そして日本の実態に併せた制度をいかに整備していくかといった全体的な考察は、今後に残された課題となっている。その際詰めていくべき論点は多様であろうが、損害賠償責任制度の将来という点からすれば、おおよそ次の2点を挙げることができよう。最後に、本稿における検討結果を交えながら、その論点をまとめておくこととしたい(本稿における検討結果の概要については、後掲【表】参照。以下の第一の部分に相当する)。

第一に、損害賠償責任制度をどのような形で残していくかという問題がある。損害賠償責任制度には依然として有用性が認められるとしても、それを従来の訴訟手続という形で残すのか、あるいは求償に限るのかという問題がさらに生じることになるわけである。そしてこのことについては、損害賠償責任制

れている。

【表】 損害賠償責任制度の展望とその課題

＜個別評価による補償＋直接訴訟、または定型的な補償＋直接訴訟＞

主な問題点	検討結果
損害賠償責任制度の役割	責任制度の予防的機能、抑止的機能はなお有効。直接訴訟手続を維持することが想定される。また、無過失補償制度の導入により、損害賠償責任の純化が生じる。ただし、どうあれば純化したことになるのかを改めて検討する必要がある。
訴訟手続と補償制度の関係	損害賠償責任が生じない場合に補償される、補完関係が想定される。またその前提としてADR機関の設置も有効になる。
補償制限の問題	補償を個別評価にした場合でも、補償制限は設けないことが望ましいが、設けるとしても低水準でなければ責任の純化に失敗する。また定型的な補償の場合でも、その額が低額であれば同様の問題が生じる。



＜補償（個別評価または定型）＋求償制度など＞

主な問題点	検討結果
裁判を受ける権利との関係	被害者の権利に不釣り合いな侵害をもたらさない限りで、訴訟手続を廃止することが考えられる。その際、求償手続への被害者の参加制度などを設ける必要もある。
訴訟手続排除の例外	訴訟手続を例外的にでも残した場合、責任の純化に失敗する可能性があるため、極力例外は設けないことが考えられる。
求償の根拠とその条件となる行為	求償は補償機関固有の権利行使と考えられる。求償は、補償の財源が医療側から拠出されていた場合は重過失などに限定。社会全体から拠出されていたような場合は、一般的な過失で足りるものと考えられる。

度の純化をどの程度確保できるかが1つの判断材料になるように思われる。例えば、訴訟手続をそのまま残した場合、補償制限を設けるとすると、純化には失敗する可能性がある。これに対して従来の訴訟手続を廃止し、求償に限る場合には、責任制度の純化を達成する見込みはある程度は高くなるだろう。ただ既存の手続を廃止することは現実には抵抗が大きいことが予想され、なおかつ憲法上の問題も避けることができない。またその難点を解消するためには、補助的にいくつかの制度を別途整備する必要性も生じうるところである。そうであるならば、1つの方向性としては、ひとまず従来の訴訟手続を残す方向で考え、それでも厳しい補償制限を設けざるを得ない、またそれによって純化が達成できないなどの不都合がある場合には、最終手段としてそれを廃止するという方法を考えることができよう。このように制度を段階的に変化させていくことは

かなり長期的な計画にはなろうが、現状からすればその方が実現も円滑になるようにも思われる。この純化の問題は、今後、補償制度の財源をどのように形成するか、補償の水準をどの程度確保するか、そしてそれが持続可能であるのかといった議論の動向に沿って、さらに詰められていくことになるだろう。

第二に、説明義務や相当程度の可能性などの多様な損害を、将来的にどのように扱うかという問題がある。この問題は、それぞれの義務や損害が、実際はどのように位置づけられるものであるのかによって結果が異なりうる。例えば身体損害について補償を受ける場合、それと連続した損害を別途訴訟手続において認める必要はなくなるだろう。ただ現在のところ、その位置づけについては判然としないところが少なくない。各種損害に関しては、それがまったく独立の法益侵害を構成しうるものであるのかについて疑問の残るところが多く、本稿の検討からすれば、無過失補償制度を導入した場合、差し当たって自己決定権侵害以外はその必要性が失われることも見込まれるところである。この問題は、最終的には無過失補償制度の補償対象とも関連するため、今後はそれと併せて検討していく必要があるだろう。

※本稿は、公益財団法人医療科学研究所の研究助成を受けて執筆したものである。

(本学法学部特別研究員)