
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— (1)

著 者： 竹村 壮太郎

所 収： 『上智法学論集』第 58 卷 3-4 合併号（平成 27 年 3 月）119-152 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—(1)

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、本号)
- 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

一 はじめに

(1) 問題の状況

医療事故被害の救済は、現在でも容易ならざる問題として我々の前に立ちはだかっている。それが難問である 1 つの理由は、その救済方法に存在しているということができる。

現在のところ、医療事故被害の救済は、主に医療側に損害賠償責任を問うことによってなされている。しかしそこには、おおよそ次の 2 つの問題点がある。

a) まずこの損害賠償責任制度は、必ずしも全ての被害者を救済しうるものではない。というのも、そこで損害賠償を得るためには、被害者は、加害者の過失、因果関係などの要件を証明しなくてはならないからである。医療は専門性の高い分野であり、事故の状況は外部からでは明らかにしにくい。それゆえ 1 つの事案からそれらの要件に該当する事実を導き出すことは、被害者にとって

容易なことではない。

b) しかしながら、a) の点だけを取り上げて損害賠償責任を厳格なものとすると、逆に医療側への圧力が高まるおそれがある。医療技術が進歩したとはいえ、医療が人身を対象とする以上、そこに未解明の事象が潜むことは避けられない。にもかかわらず損害賠償を強いられることがあるとすれば、医療側が単独でその未解明の事象による危険を負担することになる。

しばしば指摘されるように、深刻な人身損害を招きうるという点では、例えば交通事故や製造物による事故も医療事故と同様の状況にある。ただ前二者に関しては既に独自の立法がなされ、そこでは損害賠償責任の厳格化という方向性が明らかにされている。これに比べれば医療事故と損害賠償責任の関係はまだその方向に踏み込めてはいないが、それは上記 b) の点が特に重みを持っているからだといえることができる。医療というものは、そもそも人身の利益のために行われるものである。したがって道路交通や物の製造などのように、必ずしも営利を主要な目的としているわけではない⁽¹⁾。ここで a) の点ばかりに配慮したのでは、医療側の負担が増え、かえって人身の利益を確保することが難しくなることも考えられるのである。しばしば責任の厳格化が医療の委縮を招くという指摘がなされるのは⁽²⁾、こうした医療の特別な状況を背景としているといえることができる。

以上の現状に対して、近時は新たな救済制度をめぐる議論が活発になっている。全体的な方向性としては、保険や社会保障を強化するなど、いわゆる無過失補償制度を確立することが目指されているものといえよう。医療側、被害者側以外に、第三の負担の受け皿を設けることによって、既述の a) と b) の点の間のジレンマを解消しようというのである。

ところでそのような議論を進めた場合、これまでの損害賠償責任制度にはどのような変化がもたらされるだろうか。そもそも損害賠償責任制度が存続する

(1) 山口齊昭「医療事故と民事責任」賠償科学 31号(2004) 26頁以下。ここでは、患者も重大な結果が生じうることを承知の上で医療行為を受けている点にも、交通事故や製造物による事故との差異を見出しておられる。

(2) かつてから繰り返し指摘されてきたところであるが、例えば、山田卓生『医事法 生命倫理』(信山社・2010) 123頁以下(初出は、同・「医療事故責任の厳格化と波及効果-事故法の法理・覚書」判例タイムズ 450号(1981))。このほか、大羽宏一、佐藤大介「医療事故の被害者救済のあり方」大分大学経済論集 62巻3・4号(2010) 218頁でも、損害賠償を現在以上に認めた場合に、医療崩壊につながるおそれがあることを指摘される。

かどうかという問題もあるし、存続するとしてどのような形で残るのか、a)、b)の点の扱いがどう変わるかという問題もある⁽³⁾。

実のところ、後に述べるように、この点の展望に関しては未だに明確に描かれてはいない。それより概括的にでも制度構築を急ぐということも考えられるが、損害賠償責任制度の展望はその制度構築と無関係ではない。なぜなら損害賠償責任制度の展望自体が、新たな制度構築をめぐる議論に影響を及ぼすからである。例えば損害賠償責任制度を廃止してしまうのであれば、それまでその制度が担っていた役割を新制度が代替することになるが、それで十分であるのかという問題が生じる⁽⁴⁾。また残すとしても、a)とb)の点をどう取り扱うかにより、新制度によってカバーされる負担は変わり、それに応じた財源を作る方法を考察しなければならない。このように、仮に現在の議論に従って無過失補償制度を構築するとしても、その前提として損害賠償責任制度の運用の方向性をもあらかじめ描いておく必要性が存在するのである⁽⁵⁾。

(2) 本稿の目的と構成

本稿は、そうした今後の議論に向けた一つの素材を提供すべく、医療事故における将来の損害賠償責任制度の展望という点を、検討の中心としてまとめられたものである。そしてその焦点は、個別の問題に対する解釈論というよりも、損害賠償責任制度の運用自体に絞られている。

本稿の構成は、以下のとおりである。まず本稿二においては、検討素材として、フランス法の動向を参照する。既に周知のとおり、フランス法は2002年に医療事故被害の救済制度を整備し、一種の無過失補償制度を導入した。しかしそこでは、従来の損害賠償責任制度も残されている。そこでなぜ損害賠償責任制度が残されているのかという理由、そしてその内容の変化、今日までの運用によって明らかにされた課題を分析してみることは、新制度が議論される現在の日本法の展望にとって、有益な指針を提供してくれものと考えられる。こ

(3) こうした問題状況は、近時の、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)74頁以下、でも示されている。

(4) この点については、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)763、764頁で検討されている。ただ全体として、まだ十分な議論が蓄積しているとまではいえないように思われる。

(5) 手嶋豊・前掲注(4)766頁では、損失補償の制度構築は民事責任法理のなすべき役割を再考する必要性を生じさせていて、その点の合意形成ができなければ制度構築は進まない、という指摘をされているところである。

のことは、フランス法が日本法の1つの母法であるだけに、一層意義を持つであろう。なお、いうまでもなく、このフランス法の動向を詳細に紹介ないし分析する論考は極めて多数にのぼる⁽⁶⁾。ただ損害賠償責任制度に焦点を当て、2002年法以降の現状をも含めた検討は、比較的少ないようにうかがわれるところである。そして本稿三では、以上の検討結果を持ち帰ったうえで、日本法の状況を確認し、今後の損害賠償責任制度、とりわけ無過失補償制度の導入との関係の素描を試みる。最後に本稿四で検討結果をまとめておくこととした。

二 フランス法における医療事故と損害賠償責任制度

既述のとおり、日本法において医療事故の救済は、主に損害賠償責任制度によってなされている。しかし近時は無過失補償制度の導入が主張されるようになり、その責任制度の将来の立ち位置が問われている。実のところこの状況は、丁度フランス法が経験してきたことでもある。かつてフランス法でも、医療事故の救済は損害賠償責任によってなされていた。しかしその不都合が自覚され、やはり無過失補償制度の導入が議論されてきたのである。結果として2002年法の立法によってそれが達成されたことは既に知られているとおりであろう。詳細は後に改めて取り上げるが、その立法によって、医療事故補償公社、通称 ONIAM が設けられることとなり、被害者は医療側に過失がない場合でも補償を受けることができるようになったのである。

ところでこの新法の特徴は、無過失補償制度を設ける一方、既存の損害賠償

(6) 近時のものに限っても、例えば、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)53頁以下、同・「フランスにおける医療契約と医療被害救済制度」年報医事法学 21号(2006)63頁以下、原田敬一郎「フランスにおける医療事故と社会保障(一)~(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 4巻1号(2004)125頁以下、駒沢法学 4巻2号(2005)97頁以下、駒沢法学 5巻2号(2006)61頁以下、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)49頁以下、高山奈美恵「医療事故による損害の賠償 フランス-責任の法理と賠償の確保-」明治学院大学法律科学研究年報 27号(2011)38頁以下、同・「フランス 2002年法による医療民事責任の「変化」-破棄院 2010年10月14日判決を中心に」明治学院大学法律科学研究年報 28号(2012)235頁以下、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)855頁以下、などがある。フランスの新たな立法の詳細はこちらを参照されたい。

責任制度もほぼ従来の形で存続させている点である。このことが、例えばニュージーランドで展開されているような補償制度などと異なる点であり⁽⁷⁾、1つのモデルケースとして日本でも注目を集める一因となっている。では、なぜここでは損害賠償責任制度はそのまま存続させられているのだろうか。そしてその結果、損害賠償責任制度は、現在どのように運用されているのだろうか。このことを探求するためには、改めて2002年の立法に至るまでの展開から確認する必要がある。

以下では、日本法における議論に先駆けて、まずはフランス法における医療事故と損害賠償責任制度の展開と現在の状況を、順次概観していく。

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

(1) 判例にみる医療事故と損害賠償責任制度の展開

フランス法においても医療事故の救済は損害賠償責任制度によってなされていた、と述べたが、それは歴史的に見れば比較的最近のことであったといわれている。というのは、1800年代中頃あたりまでのフランス法にあっては、医療側の損害賠償責任など問題にはならないと考えられていたからである。かつては人々の知識不足もあり、医師は間違いを犯さないものだと考えられてきた。そのため、被害者が医療側の責任を問いたいと考えても、そもそもその加害行為の存在を証明すること自体が不可能だったのである⁽⁸⁾。

しかしながら1804年に民法典が成立して以降、次の1835年の判決をはじめとする判例で医師に責任を求めうる可能性が示された。その後は医師が責任を免れる例は少なくなったようである。その1835年の判決とは、次のものであった。すなわち、被害者が治療の続行を拒否され、検査されないまま放置された結果、腕を失ったとして、医師の責任が問われた事案に対する判決である。

(7) ニュージーランドなどの、フランス以外の諸外国法の研究も、近時の日本では盛んに行われている。例えば、手嶋豊「医療事故の民事責任をめぐる近時の動き」ジュリ 1339号(2007)57、58頁、浦川道太郎「医療事故補償に関するオーストリア・ドイツの近時の動向」淡路剛久先生古稀祝賀『社会の発展と権利の創造—民法・環境法学の最前線—』(有斐閣・2012)465頁以下、和田仁孝・前掲注(6)868頁以下、などがある。

(8) 1600年代の判決では、医者は責任を負わないという原則が示されていたようである。こうしたフランス法における医療事故と損害賠償責任制度の展開については、例えば、V. Laurent, *La responsabilité médicale sans faute et les systèmes d'indemnisation*, th. Toulouse, 2008, n^{os}12et s. 日本でも、フランソワ・シャバス、野村豊弘(訳)「フランス私法における医療責任」日仏法学14号(1986)38頁で、その一端が知られている。

そこで破毀院審理部の判決は、次のように述べて、重大なフォートに基づいて責任を認めていた原審の判断を肯定した⁽⁹⁾。事案は個人の民事責任を生じさせうるものであり、それは民法典1382条、1383条の規定によって、裁判官の評価に服する、と。つまり医師の行為も、損害賠償責任制度の対象となりうるということがここで示されたのである。これは後の判決にも受け継がれているところであり、例えば次の破毀院民事部判決がそうである。負傷し医師に治療された被害者が死亡したため、その親が医師の責任を問うた事案において、破毀院は次のように述べて、医師の責任を認めた⁽¹⁰⁾。傷口は創面切除も洗浄もされず、衣服や毛屑に晒され、被害者は死亡原因となる感染症に罹患した。このような状況において、原判決は、医師が責任を生じさせる重大なフォートを犯したと判断しえた。

さて、これ以降フランス法においても、医療事故と損害賠償責任制度の関係については、数多くの議論が交わされるようになった。それは次第に深刻になる医療事故被害をいかに救済するかという形で論じられ、その責任の内容も議論の進展に応じて変化していったのである。

以上の判決からもうかがわれるとおり、初期の頃は、医療側の責任は重大なフォート (*faute lourde*. 日本法で言えば重過失に近い) によって生じるものだと解されていた。しかし次に挙げる、日本でも極めて著名な、いわゆるメルシエ (*Mercier*) 判決が、医療側の責任も一般の民事責任と同様に、通常フォート (*faute*. 日本法でいう過失) に基づくものだという立場を明らかにした (以下のとおり、少なくとも民事事件においては)。そしてそのフォートは結果 (*resultat*) ではなく、手段 (*moyen*) に関わるものであるという原則が、そこで示されたのである (手段債務)。邦語文献が繰り返し詳細に紹介する事例であるが⁽¹¹⁾、議論の整理のため、以下では判決内容を簡潔に挙げておくこととしたい。

(F1) 破毀院民事部 1936年5月20日判決⁽¹²⁾

(9) Cass. req., 18 juin 1835, *DP*, 1835, I p. 300 concl. Dupin, ; S., 1835, II, p. 410.

(10) Cass. civ., 11 janvier 1932, *DH*, 1932, p. 131.

(11) フランスの医療事故と損害賠償責任をめぐる判例は、日本でも数多く紹介されている。例えば、高山奈美恵・前掲注(6) 265頁以下、参照。

(12) Cass. civ., 20 mai 1936, *DP*, 1936, I p., 88, concl. Matter, rapp. L. Josserand, note E. P.; S., 1937, I, p. 321, note A. Besson. なお、メルシエ判決で医療側の賠償責任の性質が契約責任と解されたために、患者の同意がなければ医療行為はできないという規範がより鮮明になったといわれている。このことについては、G. Visseaux, *Devoir d'information au*

鼻の疾患に罹患した患者が放射線科医のもとで X 線による治療を受けたところ、放射性皮膚炎を負った。このことにつき、患者の夫は、それが医師のフォートに基づくものだと考え、彼に損害賠償を求めたという事案。控訴院は治罪法典に定められた民事手続への時効の適用を否定しており（つまり民事責任は独立して問題となるということである）、破毀院はおおよそ次のように述べてその判断を肯定した。医師と依頼者の間には、病気を回復させ、少なくとも誠実で、注意深く、科学の知見に合致した治療を提供する約束を含む真の契約が存在する。その契約的義務の違反は、やはり契約的な責任によって制裁される。

この判決の結果、医療側の責任を求めるためには損害が生じたというだけでは足りず、契約責任に基づき、被害者側が治療過程での医師のフォートなどを証明する必要があることになったのである⁽¹³⁾。

しかしながら、その後、医療が発展するとともに、その内容もさらに複雑になっていった。そうすると、上記のような証明は、被害者にとって一層困難なものとなる。この状況を是正するため、以下のような判例、裁判例が相次ぎ、これがフランス法の医療事故と損害賠償責任制度の關係に進展をもたらすこととなった。

(i) 行政事件における厳格な責任

まず行政事件（国立病院などの責任が問われる事案）を中心に、医療側に厳格な責任を認める例が多く現れるようになる。例えば次の判例は、行政事件に特有の問題であるが、医師の責任を認めやすくする点で大きな意義を有してい

patient et responsabilité médicale, crainte fondée ou fictive?, Éditions universitaires européennes, 2012, p. 7. 後掲注 (13) のとおり、しばしばフランス法では、医療側の損害賠償責任は不法行為責任か契約責任かが論じられることがある。ここでメルシエ判決がそれを契約責任と解したことで、こうした付随する義務を觀念しやすくなったものと考えられることができよう。

(13) このメルシエ判決によれば、その責任は契約責任だということになる。ここでメルシエ判決がそれを契約責任と考えた 1 つの理由は、D. Bert, «Feu l'arrêt Mercier!», *D.*, 2010, p. 1801 が述べる場所では、著名なジャンドゥール (Jeand'heur) 判決を避けるためだったと解される。すなわち、フォートを要件としない、いわゆる無生物責任法理を示したその判決は、不法行為責任の規定である 1384 条 1 項に関するものであった。医療側の責任も不法行為責任であるとする、この無生物責任が問題となる可能性が生じうる。それを避けるべく、医療側の責任を契約責任として捉えたというのである。このことから、後にも見るような、医師の責任に関しても伝統的なフォート責任への支持が強かったことをうかがうことができよう。

た。

(F2) 国務院訴訟集會 1992年4月10日判決⁽¹⁴⁾

帝王切開を受けた被害者に突然の血圧低下が起こり、心停止となった。蘇生を試みたが、結果として脳の無酸素症状により、被害者は神経に障害を残すこととなった。そのことにつき、病院の責任が問われた事案。裁判所は次のように述べて、その責任を認めた。鑑定によると、帝王切開には出血や血圧の低下などの危険があるところ、そこに特に血圧低下の危険がある硬膜外麻酔がなされ、そのうえ麻酔医は薬を過剰に投与していた。これらのことから、犯されたミスは病院の責任を生じさせるフォートを構成する。

既述のメルシエ判決にも関わらず、行政側の責任を問うためには、1835年判決などと同様、加害側に重大なフォートがあることが必要だと解されていた。これは行政事件に限ったことで、過度に責任が問われることを避け、職業人の活動を保護するために設けられた要件だとされていた⁽¹⁵⁾。一般開業医などの責任が問われる民事事件ではこの要件は用いられていないが、その違いは以下の点によって説明されている。すなわち、公的病院は持続的に活動する必要があり、患者を選ばず、困難、緊急の事案を引き受ける例が少なくないこと⁽¹⁶⁾。この(F2)判決がその要件に言及せず、通常のフォートで責任を認めたということは、それだけ被害者の救済にとっては有利になることなのである。

そして行政事件に関して特に注目されるのが、日本でも度々紹介される、ゴメス(Gomez)判決とビアンキ(Bianchi)判決であろう。これも周知の事案であろうが、以下で簡潔に挙げておきたい⁽¹⁷⁾。というのは、こうした判決によってフォートのない責任が認められ、その厳格さが後の立法への動機となつたとされているからである。

(14) CE ass., 10 avril 1992, *JCP G*, 1992, II, 21881, note J. Moreau ; *D.*, 1993, somm. 146, obs. P. Bon et P. Terneyre.

(15) L. Morlet, «La faute caractérisée dans le droit de la responsabilité civile», in *Mél. Hubert Groutel*, Litec, 2006, n°27et s.

(16) J. Moreau, note sous CE, 10 avril 1992, *JCP G*, 1992, II, 21881. 単純なフォートで責任を認めていたのでは、医療の進展にブレーキがかかってしまうと考えられていたようである。

(17) 以下に挙げる判例については、北村和生「フランス行政賠償責任における医療事故と無過失責任」政策科学3巻3号(1996)39頁以下、などが詳細に紹介、分析されている。

(F3) リヨン行政控訴院 1990 年 12 月 21 日判決⁽¹⁸⁾

シヨイエルマン病の徴表である脊柱後湾を患った患者が新規の治療法による手術を受けたところ、重度の神経障害などを負った。このことにつき、病院の責任が問われた事案。裁判所は以下のことを挙げ、その責任を認める判断を示した。その結果が全体的に未解明で、新規治療が病者の生命の維持にとって必須のものではないとき、フォートがなくとも、その直接の結果である例外的で重大な合併症について、病院の責任が生じる。

(F4) 国務院訴訟集会 1993 年 4 月 9 日判決⁽¹⁹⁾

脊椎の動脈造影が適切になされなかったために四肢麻痺や錐体路症候群などを被ったとして、被害者がマルセイユの公立総合病院に損害賠償を求めた事案。原審まででは当該造影法にフォートがないとして賠償は認められていなかったが、国務院は次のように述べて、それを認めた。治療などに必要な医療行為が、その存在が知られ、しかし生じることが稀であり、どの理由によっても患者がそれに晒されるとは思われないようなリスクを生じさせる場合、損害が、患者の初期状態とは関係なく、医療行為を直接の原因とするとき、病院の責任が生じる。

(ii) 民事事件における厳格な責任

これに対して、民事事件（一般開業医などの責任が問われる事案）では、裁判所は、メルシエ判決以降、伝統的なフォート責任を維持する傾向にあったが、いくつか厳格な責任を認める例も散見された。

例えば、単なる手技上の責任だけではなく、患者に対する説明義務が認められたのもその文脈で挙げることができる。この説明義務を最初に明示的に認めたとされる著名な破毀院審理部の、いわゆるテシエ (Teyssier) 判決は、次のように判断していた。病院の医師は、不可抗力の場合を除いて、手術を実行する前に患者の同意を得ることを義務づけられる。その義務に違反することで、医師は患者の権利を侵害した、と⁽²⁰⁾。これがその後破毀院第一民事部においても引き継がれ、説明義務の存在が一般的に承認されるようになっている⁽²¹⁾。

(18) CAA Lyon, 21 décembre 1990, *JCP G*, 1991, II, 21698, note J. Moreau,

(19) CE. ass, 9 avril 1993, *JCP G*, 1993, II, 22061, note J. Moreau.

(20) Cass. Req. 28 janvier 1942, *DC*, 1942, p. 63. 自動車事故によって被害者が上腕部の骨折などを負い、病院で骨接合術を受けたところ、感染事故が起き、その腕の切断することになった事案である。

(21) Cass. civ. 1^{re}, 21 février 1961, *D*, 1961, p. 534 ; *S*, 1961, p. 291 ; *JCP G*, 1961, II, 12129, note R. Savatier. 被害者が、前頭洞粘液嚢胞であったものの、耳鼻咽喉科には副鼻腔炎だと知らされた事案である。

こうして医師に説明義務が認められる1つの理由は、被害者が手技上のフォートを証明することができず、一切救済されない状態を緩和するためだと考えられている⁽²²⁾。

そしてこのことは、日本でもよく知られる、いわゆる機会の喪失理論⁽²³⁾にも結びつくこととなった。例えば破毀院第1民事部の判決では、手術を受けた場合の結果を明らかにする義務を欠くことが、最終的に生じうるリスクを避ける機会を被害者から奪ったとして、医師に対する損害賠償が認められた。ただし後の判決によると、この説明義務の違反は、基本的に、機会の喪失にしか結びつけられない⁽²⁴⁾。

また、医師の説明義務違反は当初被害者が証明するものとされていたが、後の判決によって、医師に適切な説明したことの証明が義務づけられることとなった。例えば、ポリープの手術に伴う結腸鏡検査のおり、腸の穿孔の危険性について被害者が情報を伝えられなかった事案における、1997年の破毀院第一民事部判決がそうである。破毀院は次のように述べて医師の責任を認めた。すなわち、法的に、あるいは契約上、情報の特定の義務を負う者は、その義務を履行したことの証明をしなくてはならない⁽²⁵⁾。

このほか、損害が発生したことからフォートの存在を演繹するという、いわゆる事実上のフォート (faute virtuel) という考え方を採用する判決も現れるようになったことも注目しなければならない。その後、いわゆる院内感染 (infection nosocomial) の例ではあるが、フォートの推定の余地を認めた例も続いたことから、医療側に対する責任が一層厳しさを増したことがうかがわれた。

(F5) 破毀院第一民事部 1984年2月28日判決⁽²⁶⁾

被害者が、手術の結果感染症に罹患したことにつき、医師の責任が問われた事案。破毀院は次のように述べて、医師の責任を認めた控訴院の判断を肯定した。鑑定によって、その感染症は、接種による穿孔から二次的に生じたものであることが認められる。事実審裁判官は、結果義務を課すことなく、殺菌について医師に怠慢があったこ

(22) 例えば、M. Bacache, «Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance», *D.*, 2008, p. 1909.

(23) フランス法における機会の喪失理論については、澤野和博「機会の喪失の理論について(一)」早稲田大学大学院法研論集77号(1996)101頁以下を参照。

(24) 例えば、Cass. civ. 1^{re}, 7 février 1990, *D.*, 1991, somm. 183, note J. Pennau. つまり、身体損害全体にはつながらないということである。

(25) Cass. civ. 1^{re}, 25 février 1997, *D.*, 1997, somm. 319, obs. J. Pnneau.

(26) Cass. civ. 1^{re}, 28 février 1984, *D.* 1984, IR 460-461, obs. J. Penneau.

と、無菌法を尊重することの手段義務の懈怠があったことを演繹できる。

(F6) 破毀院第一民事部 1996 年 5 月 21 日判決⁽²⁷⁾

手術のうちに感染症に罹患したとして、被害者が医師に損害賠償を求めた事案。破毀院は次のように述べてフォートの推定の余地を認めたが、結局フォートがないということで請求は認めなかった。医院は手術のうちに患者が感染症に罹患したことにつき、フォートがないことを証明しなければ、その責任を推定される。

そして、医師の厳格な責任を認めた最たる例として、次のパリ控訴院の判決を挙げなくてはならない。これは、後に挙げる学説が提唱した、医師の安全保証義務 (*obligation de sécurité*) を肯定し、その責任を認めた事案であった。

(F7) パリ控訴院 1999 年 1 月 15 日判決⁽²⁸⁾

上顎の異形成を修復するために、その基盤の骨を切る手術を行ったところ、右目の失明を負ったとして、被害者が医師の責任を求めた事案。控訴院は次のように述べて、医師の責任を認める判決を下した。医師と依頼者との間で結ばれた契約は、医師に原則として手段義務しか課さないが、その義務は患者の安全を保証する付随的な義務を排除しない。生じた損害が患者の初期状態から予見できる推移とは関係のないとき、医師はフォートがなくともその損害を賠償する安全保証義務を負う。

この判決によれば、医療側はフォートがなくとも、損害が生じた以上何らかの責任を問われる可能性が残ることになるが、患者側の権利を保護するものとして、一部の学説からは高く評価された⁽²⁹⁾。

(iii) 民事事件におけるフォート責任原則

ところが他方で、以上の諸判決と同時期にあっても、やはり医師は手段債務しか負わないから、その点のフォートが証明されなければ責任は生じないとす

(27) Cass. civ. 1^{re}., 21 mai 1996, *Gaz. pal.*, 1996, 2, panor. 185 ; *RTD civ.*, 1996, p. 913, obs. P. Jourdain. なお院内感染については、2002 年法以降もフォートのない責任が認められている。

(28) CA Paris, 15 janvier 1999. *JCP G*, 1999, II 10068, note L. Boy. 同旨に、TGI Metz, 12 août 1998, *Gaz. pal.*, 1999, 2, 303, note S. Hoquet-Berg がある。耳に障害があったために麻酔手術を受けた患者が、植物状態に陥ったという事案である。控訴院は、医師は原則として手段義務を負うが、結果義務に基づいて治療に必要な医療行為によって患者に生じた損害を賠償する義務を負う、と判断した。

(29) 例えば、L. Boy, note sous CA Raris, 15 janvier 1999, *JCP G*, 1999, II, 10068.

る例も少なくなかった。この点で、判例の立場は揺らいでいたということができよう。例えば次の例は、(F5) 判決で用いられた事実上のフォート理論を否定した(判決上では *faute incluse* と書かれているが、これは *faute virtuel* とほぼ同旨である)。

(F8) 破毀院第一民事部 1998年5月27日判決⁽³⁰⁾

血管腫を硬化させる注射を受けたところ、被害者の右目に炎症性の浮腫が生じ、視力を失った。そこで医師の責任が問われた事案。原審は、損害の発生が異常であり、例外的に重い障害を生じさせたからには、事故はフォートに由来する (*faute incluse*) として、医師の責任を認めていた。破毀院は次のように述べて、その判断を破棄した。フォートの存在は損害の異常性や重大性から演繹することはできず、控訴院は条文に違反した。

そして既述の (F7) 判決以後も、破棄院民事部は伝統的な損害賠償責任のみを認める立場を明らかにした。以下の例がそれである。

(F9) 破毀院第一民事部 2000年11月8日判決⁽³¹⁾

歩行障害が生じ、水頭症と診断されたために、脳脊髄液を抜く手術を受けたところ、両下肢の麻痺を被ったとして、被害者が医師の責任を求めた事案。鑑定によればいかなる方法によってもこの障害が生じるという偶然は予期できなかったとされていたが、控訴院は安全に対する結果義務を挙げて医師の責任を認めていた。しかし破毀院は以下のとおり、その判断を破棄した。治療上の偶然 (*aléa thérapeutique*) は医師が患者に対して契約上課せられるところの義務の範囲には入らない。医師のフォートの外で医療行為に内在する危険が現実化したことを確認しながら、控訴院は条文に違反した。

これにより、少なくとも民事事件においては、(F7) 判決のいう安全保証義務が否定されることとなった。ただそのことでフォートのない責任を認めていた (F3)、(F4) などの行政事件の判決と対応が分かれることになり、被害者が国立病院の患者かどうかによって、救済されるかどうかの結論が大きく異なる

(30) Cass. civ. 1^{re}, 27mai1998, *Gaz.pal.*, 1998, II, somm. 724, obs. J. Guigue ; *D.*, 1999. p. 21, note S. Porchy.

(31) Cass. civ. 1^{re}, 8 novembre 2000, *JCP G*, 2001, II, 10493 ; *D.*, 2001, somm. 3083, obs. J. Penneau 同旨の判決として、脈管のトラブルの結果、被害者が失明した事案において、医師はフォートがなくても責任を負うという控訴院判決を破棄した例がある。Cass. civ. 1^{re}, 27 mars 2001, *D.*, 2001, somm. 3083, obs. J. Penneau.

るといふ不平等も生じた。周知のとおり、これが後に挙げる立法への機運を高める一つの要因になったのである。

(2) 学説にみる医療事故と損害賠償責任制度の展開

以上の判例、裁判例の流れとともに、学説上も医療責任の行く末をめぐって多くの議論が重ねられた。そこでは、とりわけ行政事件や一部の民事事件の判決例に見られた、厳格な責任を認めることができるかどうかが主な争点となっていたといえよう⁽³²⁾。以下では、この点に関する代表的な学説をいくつか振り返ってみたい。

(i) 伝統的フォート責任を支持する見解

しばしばフランス法においては、伝統的なフォート責任に対する支持が根強いことが指摘される。それは、個人の自由という発想が損害賠償責任の出発点に据えられているからだといわれている。人は基本的には自由に行動できるが、自分に非がある場合にはその結果を賠償しなくてはならない。人の行動の自由と損害負担を調整できるのが、フォートだというわけである。

医療側の損害賠償責任についても同様の観点から、これを医師のフォートに基づかせるべきだという主張が少なくはなかった。例えば、かつてサヴァティエ (Savatie) 博士がそのような立場を示しておられた。それというのは、医療というものが、そもそも人の安全を増大させるものだったからである。確かに医療は危険なものであるが、一方的に人を危険に晒す自動車事故などとは違い、医師は患者の利益のために危険な行為に及んでいる⁽³³⁾。そのため、自動車事故ではフォートがなくてもその危険性から加害者に責任を負わせることが考えられるが、医療事故では危険だというだけでは足りず、被害者が医師のフォートを証明する必要があることになる、というわけである。この見解にあつては、結果義務はもとより、フォートの推定も認められない⁽³⁴⁾。

またその後のドーズナー-ドリヴェ (Dorsner-Dolivet) 教授も、医療側の損害

(32) フランス法の学説の動向については、V. Laurent *thèse préc.*, n^o469-472などを参照。また、邦語の文献でも、ローラン・ルヴヌール、小粥太郎 (訳)「医療責任に関する最近のフランス民事判例」ジュリスト 1205号 (2001) 68頁以下、でその議論状況の一端をうかがうことができる。

(33) R. Savatier, « Sécurité humaine et responsabilité civile du médecin », *D.*, 1965, chr. 35.

(34) R. Savatier, *art préc.*, 37. 自動車事故のように、身体損害の賠償を一般化させ、医師が責任を争うのを避けるような対応は、医療では不適當だとされている。

賠償責任について、フォート責任の維持を提唱された。その理由は、損害賠償責任には、損害予防のために加害行為者を罰する使命があるからだとされる。医師のフォートなく損害賠償を認めたのでは規範的意識が緩み、長期的には被害者の安全を害することになることを指摘されていた⁽³⁵⁾。また、このことは責任保険が付されていても変わらないとも述べておられた。損害賠償責任が保険によってカバーされることでフォート責任の意義が後退するといわれるが、その保険によるカバーと制裁とは別のことである。仮に賠償金の負担がなくともその医師の評判が下がることで、制裁機能はなお維持される。厳格な責任を課すことはかえって保険料の高騰など不都合を生じさせる、と⁽³⁶⁾。

このほか、シャバス(Chabas)教授の見解もここで挙げることができよう。この見解によれば、共同体全体に利益を与える医師に、治療を確実に成功させなかったことの責任を自動的に負わせるのは矛盾だとされる。また結果的な責任を課すことで、医師が積極的な治療を恐れ、消極的な医療に走る危険も指摘されていた。患者の保護よりも自主防衛的な医療を望むのかという疑問が呈されていることから、そのような危惧をうかがうことができる⁽³⁷⁾。

さて、以上のような見解はいずれも、既述したような医療の特性に着目しているといえることができる。すなわち、医療はもともと人の利益のために行っているものであること、したがって自動車事故のような厳格な責任を課すことは必ずしも妥当な結果をもたらさないことである⁽³⁸⁾。また、当時アメリカにおいては医療側に対する過失のない責任法理が整備され始め、訴訟のインフレーションが起こっていたといわれる。フランスにおいてもそうした状況が知られ始めたため、いわばアメリカ化を目指す動きから医療側を保護するという意識

(35) A. Dorsner-Dolivet, *Contribution a la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et penal dans l'homicide et les blessures par imprudence: A propos de la chirurgie*, préf. Pierre Raynaud, th. Paris II, Paris, 1986, n°557et s. そのn°572では、責任を重くすることは不運を制裁することになり、医師の予防努力を妨げてしまうことも指摘されている。

(36) A. Dorsner-Dolivet, *thèse préc.*, n°558.

(37) F. Chabas, «L'obligation de moyens du médecin», in *L'indemnisation des accidents médicaux*, Act du colloque du 24 avril 1997, sous la dir. G. Viney, LGDJ, p. 5et s. シャバス教授の見解は、フランソワ・シャバス、野村豊弘(訳)・前掲注(8)40頁以下、からもうかがうことができる。

(38) 上記以外の見解では、G. Memeteau, «La réforme de la responsabilité médicale et la remontée aux sources du droit civil», *Gaz.pal.*, 1994, 2, p. 1152も、医療行為に危険が伴うとしても我々はそこから利益を得ており、それを考慮せず、あるいは一種の消費者運動的に医療は危険な活動と捉えられている、と指摘されている。

も強く働いていたものと推察される⁽³⁹⁾。

しかしながら上記の各見解も、必ずしも従来のフォート責任制度そのままでも医療事故の救済を図れるとは考えていなかったことは注意を要しよう。例えばサヴァティエ博士は、損害発生からフォートの自動的な推定は認められないが、何らかの徴表からフォートの存在を導くことは認められるとされた。それというのは、やはり医療事故においては責任の証明が難しいからである⁽⁴⁰⁾。またドーズナー-ドリヴェ教授は、フォート責任を維持される一方で、賠償基金の創設を提唱されていた。被害者の保護と、損害の予防や医師の職業行為の尊重を両立させうる解決は、フォートによる個人責任の原則を再肯定し、そこに従属的なものとして、集団による損害負担を構想することだと述べておられたところである⁽⁴¹⁾。ここでもやはり医師にフォートがない事案で被害者が救済されないのは不正義だという認識が持たれていた。この点については、シャバス教授も保険の促進を提案されていたことがうかがわれる。それは、損害賠償責任制度が被っていたかつてない歪曲（後に見る、安全保証義務という考え方がその例であろう）に対する一時しのぎのためである、と説明されていた⁽⁴²⁾。

このように、フォートによる責任制度を維持しようとする見解も、その意義を強調する一方、それによる被害救済の限界を自覚していたということが出来る。

(ii) 厳格な責任を支持する見解

他方で、次第に厳格な責任を肯定する見解も強力に主張されるようになった。ここでは特に、医師の安全保証義務を主張されたオケーベルグ

(39) M. Morlaas-Courties, *L'indemnisation des victimes d'accidents medicale*, th. Montpellier I, 1999, n°741. こうした議論がなされていたころは、アメリカを中心に消費者運動が展開されていた。このことは医療においても例外ではなかったようである。この動きへの懸念は、前掲注(38)のメモトー(Mémeteau)教授の見解からもうかがうことができよう。ただアメリカとフランスとは事情が異なるため、必ずしもアメリカ化の危険は説得力を持たないという見解もあった。例えば、上記テーズのn°745は、アメリカの事情は、アメリカには社会保障制度がなく、裁判官も多くは市民から選ばれているという特性によっていることを指摘されていた。

(40) R. Savatier, art préc., 38. 例えば無菌法を明らかに欠いているとか、動脈から出血が起こったという事情は、その原因としてフォートを考えることも禁止されない、とされる。

(41) A. Dorsner-Dolivet, *thèse préc.*, n°s571 et s.

(42) F. Chabas, note sous Cass. civ. 1^{re}, 8 novembre 2000, *JCP G*, 2001, II, 10493.

(Hocquet-Berg) 教授の仔細な研究を挙げるができる⁽⁴³⁾。オケーベルグ教授によると、医療契約においては治療を目的とする義務のほか、患者の安全を確保する義務が付随的に生じる⁽⁴⁴⁾。何故なら社会的な秩序からしても、あるいは当事者の真の意思からしても、医師は患者の安全を守ることを約束しているといえるからである。このことは患者が治療に対して全く受動的であること(例えば麻酔がかかって眠っている状態、など)からも正当化される。そこで医師は患者の安全を引き受ける最良の地位にあるというわけである。そしてそれにも関わらず、患者にその病状の推移とは異なる損害が生じたのならば、この安全保証義務の懈怠が推定されることになる。治療自体とは異なり、安全を確保することに偶然是に存在しないからである。この見解によるならば、仮に治療そのものにフォートがないとしても、損害が発生したからには安全の侵害があったものとして、結局何らか医師の責任が認められうることになる⁽⁴⁵⁾。

この見解は学界に強く影響し、例えばヴァイネイ(Viney)教授、ジュルダン(Jourdain)教授の共著の論文で支持されているほか⁽⁴⁶⁾、ボーイ(Boy)教授も採用されていたところである⁽⁴⁷⁾。

このほか、結果債務の導入も不可能ではないとされるサルゴス(Sargos)裁判官の見解もここで挙げることができよう。この見解によると、医療に1936年時点では想像できなかった危険が増大しているため、フォートがない損害の危険に責任制度を適合させていく必要があると指摘される。そこで考えられるのが結果債務であり、これは治療行為の際に患者に自立性がないこと、医療上

(43) S. Hocquet-Berg, *Obligation de moyens ou obligation de resultat? A propos de la responsabilité civile du médecin*, th. Paris XII, 1995, n°454et s.によれば、安全保証義務は20世紀初頭の運送契約法理に端を発するようである。その後労働の分野にも同様の議論が見られたことは日本でも知られているところである。このことは、山口俊夫「社会法と民事責任-とくに社会法による民事責任排除の意義について-」日仏法学4号(1967)15頁以下、参照。

(44) S. Hocquet-Berg, *thèse préc.*, n°495et s. 日本法でいうところの安全配慮義務という考え方にやや近いように思われる。ただ以下でみるとおり、ここでは結果責任に近い扱われかたをしているため、厳密には異なるものとなろう。

(45) 無論、他原因が損害発生に関与したことを医師が証明すれば責任は免れる。また、安全保証義務違反も、そもそも損害発生回避可能性自体が存在しない場合には認められないとされる。この意味で、オケーベルグ教論の主張される安全義務違反による責任は完全な結果責任そのものとは異なるようである。S. Hocquet-Berg, *thèse préc.*, n°582et s.

(46) G. Viney et P. Jourdain, «L'indemnisation des accidents médicaux : que peut faire la Cour de cassation? (À propos de Cass. 1^{re} civ., 7 janv. et 25 fév. 1997)», *JCP G*, 1997, I, 4016, n°22.

(47) L. Boy, note sous CA Raris, 15 janvier 1999, *JCP G*, 1999, II, 10068.

の偶然があるとしても 1000 分の 1 か、10000 分の 1 程度の極めて稀にしか存在せず、訴訟もそもそも少ないため、その損害を医師に負担させても酷ではないこと、などによって正当化される、と述べておられたのである⁽⁴⁸⁾。

以上の見解、とりわけ代表的なオケーベルグ教授の見解は、医療事故によって毀損される被害者の権利という側面に着目していたように思われる。実際、教授は医師の安全保証義務を考察される際に患者の権利を確立する必要があることを指摘され、随所で「患者の安全に対する権利 (droit du patient à la sécurité)」という言葉を用いておられたところである⁽⁴⁹⁾。この点はボーイ教授も同様であり、患者の身体の安全性への権利を尊重すべく、医師にフォートがないから賠償されないというのはもはや有益ではないことを指摘されていた⁽⁵⁰⁾。

ところでこうした論者が患者の権利に着目した背景には、かつてスタルク (Starck) 博士が提唱された、いわゆる保障理論の影響をうかがうことができる。日本でも極めて著名なこの理論は、損害賠償責任制度を、加害者の自由と被害者の権利という視点から整理し、法がどの範囲で人に自由と安全を与えているかという形で考察するものである⁽⁵¹⁾。スタルク博士によれば何の権限もなく人の身体を害することはそれだけで違法となる⁽⁵²⁾。この点をオケーベルグ教授も実際に援用されており、こうした身体的損害の特性は医療事故においても考慮されるべきことを説かれていたのである⁽⁵³⁾。

もっともここで主張される医師の安全保証義務があくまで「付随的」なものだとされていたことにも注意を要するだろう。つまり医師の責任の本体は、依然として手技上のフォートに基づく責任だと解されていたのである⁽⁵⁴⁾。保障理論に接近し患者の権利に着目するならば、医師の責任自体を全面的に結果責任に近づけ、わざわざその義務を付随的なものとする必要はない。しかしそこまで主張されていなかったのは、医療における伝統的なフォート責任の意義が

(48) P. Sargos, «Réflexions sur les accidents médicaux et la doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière de responsabilité médicale», *D.*, 1996, chr. 365, n°6. また、n°13et s. オケーベルグ教授の見解との差は、安全保証義務の実行を期待できない場合の対応にあったように思われる。

(49) 例えば、S. Hocquet-Berg, *thèse préc.*, n°449 など。

(50) L. Boy, *note préc.*, p. 738.

(51) B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, th. Paris, Rodstein, 1947, p. 37et s.

(52) B. Starck, *thèse préc.*, p. 47et s.

(53) S. Hocquet-Berg, *thèse préc.*, n°597.

(54) S. Hocquet-Berg, *thèse préc.*, n°498.

必ずしも否定できないことに理由があったように思われる。例えばヴィネイ・ジュルダン両教授の論文では、治療の義務に関しては手段債務を原則として残すことが主張された。というのは、治療自体にはどうしても偶然性があり、また手段債務による責任には違法行為の予防や、道徳的な機能という利点があるからだとされた。この点、オケーベルグ教授も一方で既存の損害賠償責任制度自体が規範的機能を失っているのではないかと指摘されるものの、他方後の論文においては次のことを指摘される。誠意ある治療のために、責任制度の倫理的意味を放棄してすべてを職業意識に委ねるのでは不十分である、と⁽⁵⁵⁾。結局、フォート責任の機能を期待する点では①の見解と同様であるものの、なお被害者を救済する方法として考案されたのが、“付随的”な安全保証義務だということになるだろう。このことは同時に、医療事故への損害賠償責任制度単独での対応の限界も明らかにしており、実際各見解においても新たな立法が望ましいものと考えられていた⁽⁵⁶⁾。何らかの新制度の構築を求めているという点でも、①の見解も②の見解も変わらなかったとすることができる。

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

(1) 新制度の提案における無過失補償制度と損害賠償責任制度

フランス法においては、かねてから個人による損害賠償の負担をカバーするべく、責任保険を導入する例が多く見られた。例えば、労働事故に対する義務的な保険が創設され、続いて自動車、建設の分野でもそれが導入されたことは広く知られている。これと同時に、事故のリスクを社会に分散するため、賠償基金を設けることも同様に構想されていた。現に、自動車事故やテロなどに対する賠償基金が相次いで設けられたのである。

1で見たとおり、フォート責任を維持しようという見解からも、厳格な責任

(55) S. Hocquet-Berg, «Responsabilité médicale et solidarité nationale: D'un rapport de subsidiarité à une logique de substitution», in *Mél.François Chabas*, Bruylant, 2011, n°12. S. Hocquet-Berg, *thèse préc.*, n°658では、近時の責任は社会的道徳違反ではなく、損害の発生から演繹されており、もはやかつて論じられたような自由の対価とはなっていないことを指摘されている。

(56) 例えば、S. Hocquet-Berg, *thèse préc.*, n°598. また、P. Sargos, art. préc., p. 366が以下のよう述べておられるところからも、このことをうかがえよう。裁判官は政治的解決がないことを考慮し、法や正義の要求に応えることを考えなくてはならないのではないかと。新たな判例を加味して立法的に介入する必要があるかどうかを評価するのは、政治的役割である(それはデマール判決と同じ論法である)、と。

を認めようとする見解からも、医療事故における損害賠償責任制度の限界が示唆されていた。それは本稿冒頭で挙げたような、被害者の保護の必要性、医療活動の保護の必要性の間で、既存の損害賠償責任制度が板挟みになっていたということである。そこで医療事故に対しても、上記の保険や基金を用いた、医師の責任を問わない新たな制度、すなわち無過失補償制度の構築が模索されるようになった。古くはタンク (Tunc) 博士や、その後のペノー (Penneau) 教授がそうした提案をされていたところである。そして立法が現実味を帯びてきた1990年代前後にも、責任保険、そして基金の導入を提言されたランベール-フェヴル (Lambert-Faivre) 教授や、モルラア-クルティ (Morlaas-Courties) 教授、グエス (Gouesse) 弁護士などの法学界からの提案、保険企業の GEMA 案、保険会社連合の APSAD 案、医療行為被害者の援助と保護のための連盟、AVIAM 案なども、医療事故救済のための基金の創設を提唱されたことが知られている⁽⁵⁷⁾。

ところで本稿における検討課題との関係で問題となるのは、そのようにして無過失補償制度を設ける場合、既存の損害賠償責任制度はどのように扱われるかということである。この点、それを全く排除してしまうということも考えられたが、多くの提案においてはその制度自体は存続されるべきものと考えられていた⁽⁵⁸⁾。そしてその理由はおおよそ次の2点にまとめることができる。1つは、損害賠償責任制度の伝統的な機能がなお有用であると考えられたこと。法学界の提案に限っても、例えば、医師が加入する補償基金の導入を提案されたペノー教授は、次のことを意識されていた。すなわち、自動的な補償構造を採用する場合の当然の結果でありうる医師の怠慢を防ぐためには、損害賠償責任制度の損害発生を抑止としての機能が有効である⁽⁵⁹⁾。この点については、既述の①の見解が意識していたことであり、また②の見解も決して軽視しているわけではなかったものであった。そしてもう1つの理由は、基金などを設けようとしたことによって、特に強く意識されるようになったことだといえる。すなわち、医療事故のリスク負担の適切な配分である。基金などを設けることで無過失補償制度を構築する場合、医療側のフォートの結果も基金に負担させ

(57) 各提案の詳細は、M. Morlaas-Courties, *thèse préc.*, n°526et s. 邦語文献では、原田啓一郎・前掲注(6)「(一)」138頁以下が詳細である。

(58) このことについては、M. Morlaas-Courties, *thèse préc.*, n°526. もっとも以下に見るように、何らかの修正が施されている例が多い。

(59) J. Penneau, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, th. Paris I, préf. A. Tunc, LGDJ, 1973, n°554.

る事態が考えられる⁽⁶⁰⁾。基金の財力にも限度があることからすれば、フォートの結果はそれを犯した医療側自身が負担すべきだというわけである。この点、例えば一般社会拠出金(社会保障一般税、CSG)の税率の増加や専門家の分担金による基金を構想されるモルラア-クルティ教授も次のことを指摘される。損害賠償責任制度を残すことで、支払われた給付金を回収し、社会的コストを和らげることができる、と⁽⁶¹⁾。またグエス弁護士も、損害賠償責任制度の存続によって公金の幅広い拠出を避けられることを指摘されていたところである⁽⁶²⁾。

ただここで注意が必要なのは、損害賠償責任制度を残すとしても、どのような形で残すかについては立場が分かっていたという点である。例えばランベール-フェーヴル教授は、保険を伴う損害賠償責任を基本とし、その保険でカバーする額の上限を超える場合に、基金から賠償される方法を説かれていた⁽⁶³⁾。通常の損害賠償訴訟を残すことは、グエス弁護士の提案にも見られたことである。これに対して、ペノー教授は、有責性のある医師などへの求償を中心に、拠出金の増額などによって、損害賠償責任制度が活用されるべきことを提案しておられた⁽⁶⁴⁾。この点では、モルラア-クルティ教授も近似する立場にあったことがうかがわれる⁽⁶⁵⁾。こうした損害賠償訴訟と距離を置く形式は、フランスにおいてかつて立法された、後述の労災補償法を想起させるところでもあろう。ただ後者の立場にしても、既述のように責任という側面をまったく無視しているわけではなく、かえって有用なものとして捉えていた。しばしば無過失補償制度を構築し既存の訴訟制度を廃止すると、責任という側面が制度から失われると指摘されることがある。しかし少なくともフランス法にあっては、求償など他の方法を用いることによっても、責任制度の趣旨を十分に活かせるものと考えられていたのである。

(60) C. Larroumet, «L'indemnisation de l'aléa thérapeutique(1)», *D.*, 1999, chr. 37, n°25.

(61) M. Morlaas-Courties, *thèse préc.*, n°861.

(62) E. Gouesse, «Réflexions sur l'aléa thérapeutique et son indemnisation», *Petites affiches*, 25 janvier 2000, p. 21.

(63) Y. Lambert-Faivre, «L'indemnisation des victims post-transfusionnelles du Sida : hier, aujourd'hui et demain...», *RTD civ.*, 1993, p. 1, n°29et s.

(64) J. Penneau, *thèse préc.*, n°554et s.

(65) M. Morlaas-Courties, *thèse préc.*, n°855et s.

(2) 2002 年法における無過失補償制度と損害賠償責任制度の関係

(1) で見たような議論を経て、2002 年、日本でも周知の、クーシュネル (Kouchner) 法と呼ばれる法律が立法された。「患者の権利と健康保健システムの質に関する」法律と銘打たれたこの新法の 1 つの骨子は、いわゆる国民連帯 (solidarité nationale) による補償制度を導入し、医療事故被害の救済体制を整備することにあった。具体的には、賠償と和解についての地方委員会、CRCI を導入したこと (公衆衛生法典 L. 1142-5)、医師の責任保険を強制化したこと (公衆衛生法典 L. 1142-2 条) などのほか、医療事故補償公社、ONIAM を設けこと (公衆衛生法典 L. 1142-22 条) を挙げることができる⁽⁶⁶⁾。ここで国民連帯というのは、1 つの人間主義的なアプローチとして考えられるものとされ、苦難にある人に対する国民の相互援助を意味している⁽⁶⁷⁾。公共の財源によって賠償基金を設けることがその例で、まさにここでいう ONIAM がそれにあたる。ONIAM の財源は主に疾病保険の交付金によって賄われ、2009 年の予算額は 117,000,000 ユーロ、2010 年では 70,000,000 ユーロだといわれている⁽⁶⁸⁾。基金の財源を広く国民に求めている点も、この法律の特徴だといえることができる。

さて、このフランスの新たな立法で注目すべきなのは、一方で上記の無過失補償制度を整備しながら、他方で、これまでに挙げてきたような、既存の損害賠償責任制度もそのまま存続させている点である。しかもその責任は、やはり伝統的な、フォートの証明に基づくものだとされた⁽⁶⁹⁾。2002 年法に伴って加えられた公衆衛生法典 L.1141-1 条 I では、おおよそ次のことが示されている⁽⁷⁰⁾。

(66) このほか、事故の報告が義務化したことなどが挙げられる。こうした 2002 年法の内容に関しては、既に日本でも広く知られているため、ここでは簡潔に挙げるに留める。詳細は、例えば前掲注 (6) の各研究が詳しく取り上げているため、そちらを参照されたい。

(67) S. Hocquet-Berg, art. préc., n°1.

(68) Y. Lambert-Faivre, S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel, systèmes d'indemnisation*, 7^{éd.}, Dalloz, 2012, n°724.

(69) なお 2002 年法以後も、院内感染や製品の欠陥事例など、一部の責任については、フォートのない責任が認められている。ただ本稿は医療責任一般についての考察を目的とするため、これらについては注に留めることとしたい。

(70) 2002 年法に関しては、日本でも翻訳が出されている。例えば、澤野和博「フランスにおける「患者の権利および保健システムの質に関する 2002 年 3 月 4 日の法律」—第 I 編および第 IV 編—」東北学院大学論集 62 号 (2004) 282 頁以下、が参考になる。

保健製造物を理由に責任が生じる場合を除いて、法典の第一部に言及される健康保健職の従事者や、予防、診断、治療の個々の行為を行う施設、部局、あるいは機関は、フォートがある場合しか、その予防、診断、治療行為の有害な結果について責任を負わない。

これに対して上記 ONIAM に補償を求めることができるのは、医療側の損害賠償責任が生じない場合に限られている⁽⁷¹⁾。このことは同法典の L.1141 - 1 条 II によって示されている(以下では 2002 年法によって作成された段階のものを取り上げるが、この条文は後の 2004 年法や 2009 年法によって改正されている。これらによって被害者が死亡した場合に権利承継人も補償金の支給対象とされるようになったほか、条文上の永続的不能、いわゆる IPP の部分も、身体、精神の完全性への毀損という AIPP に改められた。その理由は、職業に就いていない人の永続的不能が問題となりにくかったことなどによるようである⁽⁷²⁾)。なおここで注意を要するのは、そうして補償を受けることができるのは、被害者が被った損害が医療事故に起因している場合だけだということであろう。このことは当然ではあるが、例えば損害とされているものが、被害者の病状が自然と悪化した結果に過ぎない場合には、補償の対象外となる。

I で言及される職業従事者、施設、部局、機関あるいは製造物の製造者に責任を負わせられないとき、医療事故、医原性の疾患あるいは院内感染は、それらが予防、診断、治療行為に直接起因し、患者にとって健康状態やその予見できる進展に鑑みて異常な結果を示し、労働の永続的不能率や一時的不能の期間を考慮して判断される身体機能の喪失や私生活、職業生活への結果から、デクレによって設定された程度のもを示すとき、国民連帯の名のもと、患者の損害の補償を受ける権利を生じさせる。

この条文から明らかなおり、医療事故の救済は主にフォートに基づく損害賠償責任制度によって担われ、国民連帯による補償はそれを補完するという形

(71) なお、その補償は定額で行われるわけではない。後に述べるように、個別に評価されることになっているところである。

(72) M. Bacache-Gibeili, *Traité de droit civil, tome5, les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, 2^eéd., Economica, n°817 また、近時の FRA (欧州基本機関) のメンバーであったダンチャッコ (Dintilhac) 氏が示した損害項目にも合致しないことも意識されたようである。いわゆるダンチャッコレポートについては、日本でも、住田守道「フランス人身損害賠償と Dintilhac レポート-非財産的損害の賠償が示唆するもの-」龍谷大学社会科学研究所年報 40 号 (2010) 148 頁以下、で紹介されている。

になっているのである⁽⁷³⁾。この意味で、厳密には両制度は併存しているわけではない。

以上のとおり損害賠償責任制度を従来からの形で存続させた理由は、医師と被害者の利益の調整のためだと説明される⁽⁷⁴⁾。これまでに概観したとおり、フランス法においてもかねてから医療事故救済の重要性が認識される一方で、訴訟を提起され、厳格な責任を課されることによる医療側の負担も懸念されていた。そこで国民連帯の考え方を導入することにより、医師の負担を増加させなくても被害者を救済しうる途を開いたのである。そうしてこのことはまた、損害賠償制度の諸機能を存分に活かすことをも視野に入れている。例えばジュルダン教授も、この補完関係は次の点によって正当化されることを述べておられる。一方で、補償を本当に必要なものに限定すること、そして他方で、損害賠償責任制度の通常の役割の維持、損害の予防に役立つこと、と⁽⁷⁵⁾。またかつて医師の安全保証義務を提唱されたオケーベルグ教授も、次のことを指摘される。損害賠償責任制度と国民連帯の分類は我々にはバランスの取れた結果に至るように見える。損害賠償責任制度は救済機能において争われているとしても、規範的機能においては必要不可欠な役割を維持している⁽⁷⁶⁾。このように、実際の法律の責任制度への対応は、これまでに挙げた議論や各種提案の内容を、大いに反映しているといえることができる。

(3) 損害賠償責任制度の展開とその問題点

問題は、以上のとおり損害賠償責任制度を存続させたとして、具体的に、その内容にはどのような変化がもたらされたのか、という点である。

(73) 損害賠償責任制度と国民連帯の関係性については、例えば S. Hocquet-Berg, art préc., n° 10.

(74) S. Hocquet-Berg, art préc., n°3. 医師やその保険者の経済的負担を重くすることなく被害者の苦しみを改善しようという一見して矛盾する目的を実現するために、一方で国民連帯、他方で責任制度を残している、と説明される。このほか、F. Dreifuss-Netter, «Feu la responsabilité civile contractuelle du médecin? » *RCA*, 2002, chr. 17, p. 7 ; J. Coelho, «La nouvelle configuration de l'indemnisation des conséquences des risques sanitaires : distinction entre responsabilité et solidarité», *RDM*, 2003, n°9, p. 34 ; C. Caillé, «La responsabilité médicale nouvelle», *RDM*, 2003, n°10, p. 60.

(75) P. Jourdain, «L'indemnisation entre responsabilité et solidarité nationale», in *La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des maladies ; 10 ans après, Act de colloque du 5 et 6 mars 2012*, sous la coord. Mireille Bacache, Anne Laude et Didier Tabuteau, LGDJ, 2013, p. 207.

(76) S. Hocquet-Berg, art préc., n°12.

この点について挙げられるのは、いわば損害賠償責任制度の“純化”であろう。すなわち、無過失補償制度の導入により、損害賠償責任制度は純粹なフォートに基づく形へと回帰した⁽⁷⁷⁾。この点、ドーズナー・ドリヴェ教授が述べておられる、次の点が参考となる。これまでのフォートの観念の発展は、2002年法の施行と共に消えなくてはならない。ONIAMを創設したことにより、フォートの観念を歪曲することなく、かつて救済されなかった被害の救済をすることができる⁽⁷⁸⁾。

既述のとおり、かつてフランス法は、医師の付随的な安全保証義務といった考え方のほか、フォートなき責任、フォートの推定や事実上のフォートといった考え方なども駆使し、医療事故被害の救済にあたってきた。ただこれは、加害者が何らかの規範にフォートで違反したために損害賠償を負担するという、当初想定されていた損害賠償責任制度を逸脱したのもでもあった。というのは、フォートの認定の仕方が被害者に有利になっていたため、問題となる行為が本当に規範に違反したのかが明らかではなかったからである。ところが被害者の救済が別の制度によって担われるとなると、フォートの内容を改変してまで被害者への賠償を認める必要はなくなる。こうして純粹なフォートに基礎を置きなおすことで、損害賠償責任制度は、規範の確立や損害の予防といった、その制度本来の機能を発揮することができるというわけである⁽⁷⁹⁾。

ところで、これと近似した状況は、実は1946年の労災補償制度に関する立法のおりにも見られたことである。労働事故の分野においても、かつてからフォートに基づいた損害賠償責任制度の限界が意識され、行動のリスク自体に基づく責任の考え方、いわゆるリスク理論なども有力に主張されていた。そしてこの法律では、労災の補償が社会保障制度に担われることにより、その分野で

(77) このことについては、例えば、J. Coelho, art. préc, p. 35et s.

(78) A. Dorsner-Dolivet, *La responsabilité du médecin*, préf. F. Dekeuwer-Défossez, *Economica*, 2006, n°121.

(79) ドーズナー・ドリヴェ教授は、既述のとおり、損害賠償責任制度を維持しつつ、賠償基金を設けることを提案されていた。これは現在の2002年法の構想と近似するものがある。そして教授が賠償基金を設けようとした理由も、損害賠償責任制度本来の役割を取り戻すためであったといえる。A. Dorsner-Dolivet, *thèse préc.*, n°574, 545では、次のことを述べておられる。医師の自由や損害の予防を尊重するためには、真のフォートだけを制裁する必要がある。そして、基金の介入は、真のフォートによる個人責任への回帰を保障する。また、V. Laurent, *thèse préc.*, n°656でも、社会保障制度の導入によって裁判官はもはやフォートをゆがめる必要はなく、本当の民事責任に戻りうることを指摘される。

の損害賠償責任制度の適用範囲は大幅に制限されることとなったのである。この動向を子細に分析された山口博士は、労災補償制度の展開が損害賠償責任制度に与えた影響について、次のことを指摘されていた。いわゆる社会法の到来と制度の確立が、民事責任の本来の役割である加害者の故意過失に対する制裁機能を回復し、同時に合理的な範囲における補償機能に専念することを許す。無過失責任論を進めてきた民事責任の歴史的発展の役割は達成され、民事責任と社会保障のそれぞれの領域の間には画然とした区分がなされる、と⁽⁸⁰⁾。このように損害賠償責任制度が、リスク理論などを取り込む必要がなくなり、純粹な責任法に回帰することを、博士は責任の純化と呼んでおられたのである。

ただこの労働事故への対応と、今回の医療事故の対応とで大きく異なるのは、後者において、被害者による医療側への直接の訴訟が依然として認められているという点である⁽⁸¹⁾。それはこれまでに見たとおり、医療側に伝統的なフォート責任を問う必要性が存在していると考えられたことによるが⁽⁸²⁾、労災補償制度の対応について予めから批判が多かったことにも一因があろう。すなわち、労災を受けた被害者は、制度に従って一定額の給付金を受けることができるものの、基本的に訴訟提起ができないため、それ以上の完全な救済を受ける術をほとんど失ってしまうのである⁽⁸³⁾。この点をクリアし、被害者に完

(80) 山口俊夫・前掲注(43) 39頁、42、43頁。ただ、ここで述べられている純化は、厳密には、故意による責任などを指しておられるようにうかがわれる。それは、以下で述べるように、労災補償制度のもとでは、故意による行為について伝統的な損害賠償責任訴訟が維持される一方、通常のフォートについてはそれが維持されていないからである。とはいえ、フォートの意味を拡張して捉える必要がなくなったという点では、共通項を見出すことができるだろう。

(81) なお、周知のとおり、被害者はCRCIによる賠償勧告を通じて損害賠償を得ることもできる。この点は、我妻学・前掲注(6) 61頁以下、和田仁孝・前掲注(6) 880、881頁などを参照。

(82) C. Évin, «La philosophie des dispositions relative à la réparation des consequence des risques sanitaires» *LPA*, juin 2006, p. 6によると、医事関係訴訟はただ賠償を得るだけでなく、医師と被害者の間にあった信頼関係の断絶を修復するためにも必要な要素であり、そうした要請に立法が応じたのだと述べておられる。このようにフォート責任の意義、訴訟の必要性が2002年法の内容に影響しているものと思われる。

(83) F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, les obligation*, 10^eéd., Dalloz, 2009, n°921によると、この点についての批判があり、交通事故法の整備のおりにはこうした制度が採用されなかったようである。またこうした批判については、岩村正彦『労災補償と損害賠償』（東京大学出版会・1984）323頁以下、も参照。このことは、後に改めて取り上げるように、憲法上の問題も生じさせているところである。J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto, R.

全な救済への道を開きながら、なお訴訟を多発させないということが、医療側と被害者の利益を調整するという、この後者の法律の目的だというわけである。学説の指摘するとおり、この法律の対応は、損害賠償責任制度と無過失補償制度の新たな関係性が果たして成果を上げるかどうかという、1つの試金石としても捉えることができた⁽⁸⁴⁾。

しかしながら、立法から10年余りを経過した現在においては、必ずしもこの純化が貫徹されていない事態をうかがうことができる。そしてそのことは、両制度を並行させたことによって生じた、制度上の問題を示すものでもある。ここでは特に、次の2点を挙げておくこととしたい。

(i) 損害賠償責任制度の現状

2002年法以降の損害賠償責任は、既述のとおり、伝統的なフォートに基づく責任だと解されている。これは1936年のメルシエ判決で示された、フォートに基づく手段債務が改めて医療側の責任の基本に据えられたということである。すなわち、医師は、医療科学、医療意識に合致した医療行為を行う義務を負い、それに違反したときのみ、賠償責任を負うことになる⁽⁸⁵⁾。このことはまた、これまで用いてきたフォートの修正理論をほとんど否定したということでもある。例えばかつて行政事件で判例が示したような重大なフォートという考え方が否定されたことはもとよりであるが⁽⁸⁶⁾、医師の安全保証義務という考え方も以降は採用されないことがここで明らかになっている⁽⁸⁷⁾。

実際、2002年法以降、破毀院判決ではそれを否定する扱いがなされている。つまり、被害者は医師の治療行為上のフォートを証明しなくては、損害賠償を得ることはできない。例えば、次の判決がそうである。

Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, 17^eéd., Dalloz, 2011, n°833などを参照されたい。

(84) 2002年法の目的の1つには、既述のとおり、これまで訴訟を提起され、厳しい判決を下されてきた医療側の保護もあった。これに関して、Y. Lambert-Faivre, S. Porchy-Simon, *op. cit.*, n°648は、次のように述べておられる。裁判所への道を残したことは、訴訟を制限しようとした法律の、成功が失敗のテストになる。

(85) Y. Lambert-Faivre, S. Porchy-Simon, *op. cit.*, n°655.

(86) 例えば、J-M. Sauvé, «La loi du 4 mars 2002, une loi de référence», in *La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des maladies ; 10 ans après, Act de colloque du 5 et 6 mars 2012, sous la coord. Mireille Bacache, Anne Laude et Didier Tabuteau, LGDJ, 2013, p. 23.*

(87) このことについては、例えばC. Cailé, *art. préc.*, p. 62を参照。

(F10) 破毀院第一民事部 2007 年 11 月 22 日判決⁽⁸⁸⁾

外科手術のおり用いられた合成ゴム製の手袋と粘膜が接触し、被害者にアレルギー反応が生じたとして、医師の責任が問われた事案。原審は、その手袋が損害の原因であると証明されたからには、医師は結果の安全を保証する義務を負うことを挙げ、医師の責任を認めた。しかし破毀院は次のように述べて、その判断を破棄した。治療上の偶然の結果を賠償することは、医師が契約上負う義務の範囲には入らない。控訴院はフォートなく事故が発生したことを確認しながら医師の責任を認めたことで、条文に違反する判断を下した。

しかしながらここで問題となるのは、責任はフォートの証明に基づくとしても、そのフォートの証明を推定などで補助することは、一切認められないのかどうかという点である。この点、条文からは必ずしも明らかではない⁽⁸⁹⁾。ドーズナー・ドリヴェ教授などが指摘されるような、損害賠償責任のいわゆる純化が生じているのだとすると、そうした推定理論などは否定されることになろう⁽⁹⁰⁾。またそもそも損害賠償制度を維持しながら国民連帯の考え方を導入した1つの理由は、そうして医師に過度な責任を負わせないことにあったのである。

ところが、判例上、フォートの推定を認めたとされる、次の例が存在する。

(F11) 破毀院第一民事部 2008 年 1 月 17 日判決⁽⁹¹⁾

知歯の抜歯の際に舌の神経を傷つけられたとして、被害者が医師に損害賠償を求めた事案。控訴院は、舌の神経の走行路が侵害を不可避にする異常なものであったとの証明がないことから、医師の責任を認めていた。これに対して、医師側は、責任はそ

(88) Cass. civ. 1^{re}, 22 novembre 2007, *D.*, 2008, 816, note M. Bacache ; *JCP G*, 2008, II, 10069, note I. Corpart. なお、これ以前の、Cass. civ. 1^{re}, 4 janvier 2005, *JCP G*, 2005, II, 10061, note P. Mistretta が同様の判断を示していた。麻酔時の挿管のおり、歯に損害が生じたことで、医師の責任が問われた事案。原審は手段債務に付随する、結果の安全保証義務を認め、医師の責任を認めた。しかし破毀院第一民事部は次のように述べてその判断を破棄した。医師の責任はフォートの証明のもとにおかれ、結果の安全保証義務を挙げる原審の判断は法文に違反した。

(89) C. Caillé, art. préc., p. 62 などを参照。

(90) 例えば後述のフォートの推定を認めたとされる判決について、ラーデ教授は次のように述べておられる。国民連帯の実行のおかげで医療責任へのプレッシャーが解かれたからには、そうした判決を維持しておく必要はなく、医療上のフォートのよりオーソドックスな観念へと戻るのが便宜である。C. Radé, note sous Cass. civ. 1^{re}, 17 janvier 2008, *RCA*, 2008, com. n^o111

(91) Cass. civ. 1^{re}, 17 janvier 2008, *RCA*, 2008, com. n^o111, note C. Rade

のフォートについてしかを負わないはずだと非難した。そして破毀院は次のように述べて、控訴院の判断を肯定する判断を示した。知歯の抜歯が損害の発生を前提としないことを確認し、控訴院は正当に、医師のフォートある怠慢への損害の帰責性の推定を認めた。

(F12) 破毀院第一民事部 2008年7月18日判決⁽⁹²⁾

結腸鏡検査を行ったところ、内部に穿孔が生じたことにつき、医師の責任が問われた事案。控訴院は医師の責任を認めたが、医師側はそれに対して、フォートは被害者が証明しなければならないところ、その判決はただ損害の存在から演繹してフォートを推定したものと反論した。破毀院は以下のように述べて、控訴院の判断を肯定した。実行された結腸鏡検査は内面への侵害を伴うものではないことを挙げ、控訴院は素因がないことや結腸鏡検査の方法から、医師の不手際が穿孔の原因であることを演繹し、医師がフォートを犯したと認めることができた。

では、なぜ2002年法以後も、こうしたフォートの推定と云う解決が存続しているのか。その理由の1つは、制度上、全ての被害者がONIAMから補償を受けることができるわけではないことに求められよう⁽⁹³⁾。これも日本でも周知のことであるが、実のところ、ONIAMから補償を受けることができる被害者とは、25%以上のいわゆる永続的不能(職業活動を行えないこと)を被った者などに限られている(既述のとおり、2009年法による改正以降は、身体や精神の完全性に対する毀損率、いわゆるAIPPが問題となる)。これはONIAMの財源に限りがあることから設けられた基準であるとされるが⁽⁹⁴⁾、25%以上の永続的不能という事態は自動車事故でも珍しいといわれている⁽⁹⁵⁾。したがって25%未満の永続的不能を負った多くの被害者は、救済を求めるのであれば医療側に損害賠償を求めるほかはなく、そこで医療側のフォートを証明することができなければ結局救済されないことになる。そうした事態を避けるため、フォートの推定など、かつて用いられていた手法が現在でもなお有用性を失っていないわけである。

(92) Cass. civ. 1^{re}, 18 septembre 2008, *RTD civ.*, 2009, p. 123, obs. P. Jourdain.

(93) P. Jourdain, obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 18 septembre 2008, *RTD civ.*, 2009, p. 123 は、国民連帯の対象が限定されていること、専門家の責任の性質などから、この判決は正当化できることを述べておられる。

(94) 例えば、C. Caillé, art. préc, p. 66 などで示されている。

(95) M. Bacache-Gibeili, *op. cit.*, 2^{ed.}, *Economica*, n°818 によると、おおよそは2~3%程度のものである。無論医療事故と交通事故は状況が異なるが、それでも25%以上の永続的不能が珍しいことには変わりはないであろう。

学説においても、依然として、医師の安全保証義務や、事実上のフォートという考え方も問題となりうるという指摘がある⁽⁹⁶⁾。例えば、カイレ（Caillé）助教授は条文中推定されるフォートがなお問題となりうることを指摘されたうえ、次のことを述べておられる。医療上のフォートについて法が何も述べていないことは、その発展に自由な余地を与えている⁽⁹⁷⁾。例えば国民連帯から補償を得られない被害者を守るため、裁判所は新たなフォートの推定ケースを作ろうとするかもしれない、と。またミストレッタ（Mistretta）教授も次のように述べておられる。深刻な被害を被った被害者しか救済されないことから、フォートの柔軟な運用や、安全保証義務という技術に頼り、法の不十分さを補うことは正当に理解される。それゆえ、医療分野においていわゆる結果義務に対する要望も終わらない⁽⁹⁸⁾。あるいは、ONIAM のよって提示された高い水準を考えれば、被害者への賠償を有利にするため、破毀院がフォートの過激な解釈を続けることは排除されない、とするラーデ（Radé）教授の指摘もここで挙げることができよう⁽⁹⁹⁾。

結局、2002 年法によって無過失補償制度を導入したものの、損害賠償責任制度がその純化に成功したとはいいい切れないのが、現状だということができる。そしてそのことはまた、これまでの議論、それを受けた 2002 年法が目指した、医師（その活動の自由）と被害者（その救済）双方の利益を調整するという目的が、必ずしも達成できていない疑いも生じさせるところである⁽¹⁰⁰⁾。

これに対しては補償制限を引き下げるべきではないかという議論もあるが、

(96) 例えば、M. Bacache-Gibeili, *op.cit.*, n°813. ただしこれを否定する判決もある。Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 2005, n°03-16272 は、嚢内結石の治療のために腹腔鏡検査をしたところ急性腹膜炎が生じたという事案で、症状が内臓の火傷の結果生じたという鑑定の結果だけから責任を認めていた控訴院の判断を破棄した。

(97) C. Caillé, art. préc., p. 63.

(98) P. Mistretta, note sous Cass. civ. 1^{re}, 4 janvier 2005, *JCP G*, 2005, II, 10061, p. 903. また、事実上のフォートを依然として支持される M. Bacache-Gibeili, *op.cit.*, n°818 は、大変高い基準をもって多くの医療事故被害者の賠償を制限してしまう事態は恐れられなければならないと、述べておられる。

(99) C. Rade, note préc., p. 26.

(100) もとより ONIAM の補償制限には批判が多かった。このことは、例えば C. Caillé, art. préc., p. 66. などからうかがうことができる。また、S. Hoquet-Berg, note sous Cass. civ. 1^{re}, *RCA* 2006, comm. 21 では、判例の医療責任法の伝統的な基礎への回帰は、損害が一定程度に達していない被害者にとって、賠償を得る全ての希望を否定する結果を伴う、と述べておられる。

近時では医療事故救済制度を更に整備すべきとする提案もなされているところである。例えばローラン (Laurent) 講師は、既述の労災補償制度を参考に、医療事故分野でも同様の社会保障制度を整備することを提唱される。その理由は、仮に補償の基準となる永続的不能率を引き下げても、それ未満の被害者が救済を受けるためには、やはり医療側のフォートの証明をしなくてはならないからである。そのうえ、ある事故がフォートによるのか、まったくの偶然によるのかということは、必ずしも確かな基準があって判断されているわけではない。そうであればやはり医療事故に起因する損害については、一定額の給付金を一律で被害者に給付する方が、その証明に煩わされることなく手早く、シンプルに被害を救済することができ、なおかつ医者も不名誉な訴訟を免れるメリットがある、というわけである⁽¹⁰¹⁾。この見解によれば、医療側に対する直接の訴訟は基本的に認められない。責任制度は、求償や、重大なフォートなど例外的な場合に訴訟手続を認めることで、活かされることになる⁽¹⁰²⁾とされている。

以上のような判例や、改正案が現在まで続いている状況は、損害賠償責任制度の在り方を再考させる余地を示しているものともいえよう。

(ii) 無過失補償制度と説明義務、機会の喪失の関係

これまでに概観したとおり、医療側の義務は単に誠実に治療行為を行うことに止まるものではなく、それに付随するものとして、患者に治療に関する説明をすることも含んでいるものと考えられてきた。2002年法によっても、このことは肯定されている。したがって、新たな法律が伝統的なフォート責任を再肯定したとしても、事情が全く1936年の時点に戻ってしまったわけではない。そしてこの意味で、責任制度が純化したとしても、医師の付随的な義務が全て否定されたわけではないということになる。むしろ医師が説明することは患者の権利に関わるということが新たな立法によって改めて明記されるに至り、抽象的な付随義務とは一線を画されている⁽¹⁰³⁾。そのうえ、適切に説明したことは医療側が証明しなければならないということも条文に盛り込まれ、1で挙げた破毀院判決の解釈が法律上も認められることとなった。

(101) V. Laurent, *thèse préc.*, n^o564et s.

(102) V. Laurent, *thèse préc.*, n^o577et s. この点で、かつてのベノー教授の提案などに近似するように思われる。

(103) こうした動向については、澤野和博「患者の権利に関するフランスの近時の動向について」東北学院大学論集法律学62号(2004)124頁以下、が詳細である。

また、この説明義務の承認は、機会の喪失という法理論に結びついていたことも、既に見たとおりである。それは遡れば医療側の責任を認めにくい場面を補完するものとしても機能していたが、これもやはり責任の純化を伴うとされる2002年法以降も維持されている。しかも近時では、説明義務が患者の権利に結びつけられるようになったこととの関係で、機会の喪失を越えた賠償を認める考え方もうかがわれるようになってきた。その一例としては、2010年の破毀院第一民事部判決を挙げることができよう。前立腺の腺腫摘出手術の結果、性的不能になったとして、被害者が医師を訴えた事案において、破毀院はおおよそ次のように述べてその損害賠償責任を認めた。すなわち、民法典16-3条2項、1382条に基づいて、全ての人には検査や治療などの前にそれに内在するリスクについて情報を与えられる権利を持っている。その身体状態が同意なく治療を必要とする場合を除いて、その人の同意が医師によって得られなくてはならない。それを尊重しないことは損害を生じさせるものであり、裁判官は被害者への賠償を認めなければならない、と⁽¹⁰⁴⁾。機会の喪失は、通例、生じた損害に失われた機会のパーセンテージをかけて評価されるといわれている⁽¹⁰⁵⁾。したがって、例えば説明義務違反の場合、説明をしても被害者がある治療行為をやめた可能性が見込めないのであれば、損害が認められないおそれがあった。この点、以上の2010年判決によると、説明をしなかったこと自体で、損害が認められることになるのである⁽¹⁰⁶⁾。そしてこのことから、身体損害そのものが発生してもしなくても、患者の手術に同意する権利を毀損したことだけで損害賠償が認められる余地のあることがうかがわれる⁽¹⁰⁷⁾。

ところでここで問題となるのは、こうした説明義務や機会の喪失理論などが、無過失補償制度とどのような関係に立たされているかという点である。例えば医師に治療行為上のフォートは認められなかったが、説明は怠っていた場合。この場合、機会の喪失などの損害賠償が認められることになるから、ONIAMから補償を受けることはできなくなるとも考えられる。逆に、説明義務はその手技上の義務と独立し、機会の喪失などの損害も身体の損害とは自立した別個のものであると考えれば、被害者は前者について損害賠償を得てもなお、ONIAMによって補償を受けることができることになる⁽¹⁰⁸⁾。

(104) Cass. civ., 1^{re}, 3 juin 2010, *D.*, 2010, p. 1522, note P. Sargos.

(105) Y. Lambert-Faivre, S. Porchy-Simon, *op. cit.*, n°659,672,673.

(106) 上記判決によって、1つの独立した精神的損害 (prejudice moral) が認められたときとされている。このことは、Y. Lambert-Faivre, S. Porchy-Simon, *op. cit.*, n°673.

(107) M. Bacache- Gibeili, *op. cit.*, n°777.

このことに関して、近時の判例は、損害賠償責任制度と ONIAM による補償の、いわば複合的な運用を認める。例えば次の判例は、医師が説明義務を怠った場合のものである。

(F13) 破毀院第一民事部 2010 年 3 月 11 日判決⁽¹⁰⁹⁾

椎間板ヘルニアの手術の結果、両下肢の麻痺を負ったとして、被害者が医師に損害賠償を求めた事案。破毀院第一民事部は次のように述べて医師の責任を認めたが、同時に被害者は ONIAM から補償を受けられないとする控訴院の判断を破棄した。すなわち、医師は事情を説明する義務を欠いたことで、被害者の身体損害を避ける機会を奪った。この点、控訴院は医師にフォートが認められ、国民連帯はそれに従属するものだとし、被害者の ONIAM への請求を否定した。しかし被害者に支払われる賠償は機会の喪失を対象としており、事故自体はフォートのないものである。したがってその ONIAM への請求を否定した判断は、条文に違反している。

続いて国務院において、治療上の過失が機会の喪失にしか結びつかなかった場合でも、同様の対応がとられることが明らかにされている。

(F14) 国務院 2011 年 3 月 30 日判決⁽¹¹⁰⁾

被害者が病院で左頸動脈の動脈内膜摘除術を受けたところ、血栓症となり、それに対する治療が遅れたため、今度は脳の脈管に偶発症候が生じ、部分的な永続的不能を負った。第一審裁判所は病院に 80% の賠償を認めたが、残りの 20% については ONIAM に補償を求めることができないと判断した。しかし控訴院はその分への ONIAM からの補償を認めた。このことにつき、国務院はおおよそ以下のように述べて、その控訴院の判断を肯定した。公衆衛生法典 L. 1142-1 条は、損害が全体的にその責任を生じさせる行為の直接の結果である場合のみ、ONIAM による補償を全て排除するものである。本件でフォートと結びつく損害は、事故の発生を避ける機会を喪失したとするものであり、身体損害そのものはフォートではない事態に結びついている。したがって、その事故は国民連帯による補償を可能とする。

これらの判決がなぜ複合的な制度運用を認めているか。その理由は、被害者への完全な救済を実現するためだと説明されている。例えば (F13) 判決の説明上のフォートに関して、それが無い場合に ONIAM から全体の補償を受けられ、逆にあった場合にそれが得られなくなるというのはおかしいという指摘が

(108) このような問題の状況については、P. Jourdain, art. préc., p. 208et s.

(109) Cass. civ. 1^{re}, 11 mars 2010, *D.*, 2010, p. 1119, note M. Bacache.

(110) CE, 20 mars 2011, *RTD.civ.*, p. 550, obs. P. Jourdain.

ある。すなわち、法律上、ONIAMによる補償は医療側の治療上のフォートが認められない場合に限られているため、説明上のフォートが条文にいう治療上のフォートに当たるとすると、それによって生じた損害はONIAMの補償の対象外ということになる。そうなれば、被害者は機会の喪失という一部分の賠償で満足せざるをなくなり、説明上のフォートが認められた分、かえって救済されなくなるわけである。この問題を解決するために、説明上の義務が治療上の義務とは独立したものとして捉えられ、なおかつ、それに結びつく身体損害以外の損害も独立した損害だと捉えられたのである⁽¹¹¹⁾。この配慮は、(F14)判決にも同様にうかがうことができよう。

もっとも、こうして治療本体と独立した義務、そして身体損害と独立した損害を策定することは、1つの医療事故について、被害者が複数の損害賠償を重ねて得る可能性を残すことになる。つまり、ここでは、逆に被害者を富ませることになるのではないかという疑問も生じるのである⁽¹¹²⁾。その点は上記判例においても考慮されており、(F13)、(F14)判決とも、全体の損害から機会の喪失分の80%を差し引いた20%についてのみ、ONIAMから補償を受けることができる旨を示している。しかしこのことは、独立した義務、独立した損害を策定したことと矛盾しているとも指摘され⁽¹¹³⁾、その義務や損害の位置づけが曖昧になっていることは否定できないようにうかがわれる。

上記判決を受けて、学説においては、ONIAMによる全体の補償を認めようとする見解が示されている。例えば、機会の喪失も身体損害と相対的な独立性しか持っていないとし、生じた身体に対する損害全体についてONIAMによる補償を認め、機会の喪失分の負担を医療側と連帯(in solidum)させる見解がある⁽¹¹⁴⁾。また説明義務でも治療上の義務でも、それ自体損害全体と結びつくものだとし、その全体についてONIAMによる補償か、医療側による責任を認める見解も出されている⁽¹¹⁵⁾。こうした見解にあつては、説明義務違反の損害は本体である身体損害と独立性を持たないものだということになる。ただ近時の判例のとおり、医師の説明義務などが患者の権利に結びつくと考えらるなら

(111) M. Bacache, note sous Cass. civ. 1^{re}, 11 mars 2010, *D.*, 2010, p. 1122. この意味で、医師の過失があるとONIAMの補償は受けられない、という基本原則の適用は、手技上の事故に限られることになる。

(112) P. Jourdain, art. préc., p. 214.

(113) M. Bacache, note préc., p. 1123.

(114) P. Jourdain, art. préc., p. 214, 216.

(115) M. Bacache, note préc., p. 1123, 1124.

ば、身体損害に関する責任とはまったく別に評価されることも、理論的には十分考えられるところである⁽¹¹⁶⁾。

この問題は、ONIAMによる補償が高い基準によって制限されているため、現在のフランス法において、未だ多発するようなものではないかもしれない。しかしその補償制限には批判があることは既述したとおりであり、仮にこの補償制限を改めるか、取り払うかした場合には、頻繁に問題となりうるようにも思われる。今後の動向を注視していく必要がある。

※本稿は、公益財団法人医療科学研究所の助成による研究の成果である。

(未完)

(本学法学部客員研究員)

(116) なお、この点につき、P. Jourdain, art. préc., 209.によると、上記(F13)判決のような解決は、説明義務違反が精神的損害に結びつく場合も同様だと解されている。ただ現在のところ、この点に関する判例は確認できていない。