



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	契約と不法行為の協働：民事責任の基礎に関する覚書 ー医療過誤における一つのアプローチー
Author(s)	藤岡, 康宏; FUJIOKA, Yasuhiro
Citation	北大法学論集, 38(5-6下), 85-117
Issue Date	1988-07-30
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/16604">https://hdl.handle.net/2115/16604</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	38(5-6)2_p85-117.pdf



# 契約と不法行為の協働…民事責任の基礎に関する覚書

——医療過誤における一つのアプローチ——

藤岡康宏

## 目次

- 一 問題の提起
  - 二 民事責任と私的自治
  - 三 契約責任志向の問題点
  - 四 おわりに
- 競合から協働へ ——

## 一 問題の提起

(1) 医療行為に起因する医師の責任、より広くは医療従事者側の民事責任において特徴的なことは、そこで保護されるべき法益がわれわれにとつて最も尊重されるべき人の生命、身体（健康）にかかわっているということである。そのため医療過誤にもとづく損害賠償はこれまで不法行為法の主要な課題とされてきた人人身事故損害賠償のあり方一般と対応したものでなければならぬが、医療過誤では、その他に、交通事故、公害、製造物責任などと異なり特に二つの点が考慮される必要がある。それは、第一には、医師の責任を厳格化することは患者の法益を保護するためには望ましいことに違いないが、他方では、医療行為においては専門的職業人としての医師の裁量には十分な配慮が払われなければならないということであり、第二には、そこには当事者間に契約関係（医療契約）がある場合の契約責任と不法行為責任の関係いかんという民事責任の基本につながる問題が含まれているということである。

医師の責任に対する適切な評価基準の設定には困難な問題が含まれていることは、つとに梅毒輸血事件をめぐる議論において明らかにされているとおりで<sup>(1)</sup>である。医師の過失認定を厳しくすることによるマイナス面が現にどの段階で生じているかはそれぞれの国における訴訟制度や損害賠償制度に依りて異なるが、一九六〇年代以降に展開されているアメリカの豊富な議論によれば、一般的には、それは医師が自己の治療において防衛的（保身的）になる、すなわち積極的な治療をしないで萎縮するか、あるいは不必要な措置（検査）を積み重ねることによって医療費の高騰化を招くといった医師・患者間の関係にとどまりえないであろう。責任基準の厳格化とあいまって損害賠償額も高額化すれば責任保険料の暴騰によって責任保険が利用しがたくなるという、損害賠償制度がシステムとして合理的に機能しうる基盤そのものが失われる事態も生じかねないのである。<sup>(2)</sup>このような医療過誤訴訟における原告＝患者側保護の視点に対して想定さ

れるマイナス面のうち、「保身医療」<sup>③</sup>の問題はわが国でも今後の大きなテーマの一つとされているのに対し、医師の責任の基礎づけ、すなわち法的構成については契約的構成と不法行為的構成との間には過失(帰責事由)の立証責任をめぐって訴訟手続上実質的な差異がないことが指摘<sup>④</sup>されて以来、一部で再考の気運は見られるものの、現在のところかつてのような関心が寄せられるまでには至っていない<sup>⑤</sup>。しかし、この問題を比較法的に見れば、われわれには、実務で不法行為的構成が盛行している西ドイツにおいても民法典改正のための鑑定意見では医療契約を民法典の典型契約として取り込むことが提案されているし、アメリカでも近年、医療過誤問題の私的解決(契約的解決)への志向を喚起する議論がまとまったかたちで提示されているのが殊のほか注目されるのである。医療契約を内容的に充実させることと医療過誤によつて生じた損害賠償債務を契約と不法行為のいずれの法技術によつて解決すべきかは一応別個に考察されなければならないとしても(西ドイツの提案でも不法行為的解決が排斥されている訳ではない(通説・判例)、契約責任にあらためて目を向ける比較法的動向は医師の責任の評価基礎、ひいては保身医療の問題とも密接なかかわりあいがあると考えられる。なぜなら、責任の厳格化にともなうマイナス面を検討することは、結局のところ医師は患者との関係においてどのような内容の責任をどの程度負うべきなのかを問うことなのであるが、契約責任が当事者間の意思によつて形成された特別な関係であることに基づいて不法行為責任から独立した法領域として形成された歴史的経緯<sup>⑧</sup>にかんがみると、両責任に固有な任務を踏まえておかないかぎり、医療過誤においても妥当な解決を導きえないと考えられるからである。本稿はこのような視点から法的構成の問題を今いちど基本に据える必要があると考え(全体的な枠組み提示の域をでないものではあるが)その検討を通じて、より一般的には契約と不法行為という私法の根幹を形成する二大債務発生原因の相互関係を考察するひとつの足がかりを得ようとするものである。

(2) 医療過誤の損害賠償はわが国の判例でも、契約責任に対する関心があらわれ始めている西ドイツやアメリカと同

じように、当初はもっぱら不法行為を原因として訴求されていた<sup>(9)</sup>。医師の責任は冒頭で指摘したようにまずもって人身事故損害賠償の一翼を担うものであることを考えると、判例上の不法行為的解決は「人体に対する直接の侵害が一般的に契約責任ではなく不法行為責任として意識されていることを示すものかとも思われ、請求権競合を論じる際に注意すべき事柄である」<sup>(10)</sup>（加藤）のであるが、そのことが示唆されている同じ加藤論文はかえって債務不履行構成（不完全履行）によるべきことを意図的に主張するものであったために、それを含む学説の影響もあって、不法行為のほかに債務不履行を請求原因としてあげる判例が次第に多くあらわれるようになった。それは昭和四十年代以降顕著になってきた契約責任の領域を客観的に拡大する一般的傾向とも符合する<sup>(12)</sup>。

ところで、医療過誤における契約責任は、不法行為責任との競合論一般において不競合説をとれば契約責任の成立する範囲ではもっぱらそれによるべきことが理論的にも貫徹されることになるが、実際には判例（通説）が競合論をとっているために、契約的構成で強調されたのは帰責事由の立証責任と時効期間、特に前者に関して不法行為的構成よりも被害者に有利である、という点である。これは、法的構成の選択においては実益的見地、それも患者側にとつての実益論（被害者保護）が重要な視座になりうることを示すものである。しかし、この問題について今日まで最も重要な問題提起とされているのは、医療債務は手段債務であるために帰責事由（過失）の立証に関しては契約的構成と不法行為的構成との間には大差がないという訴訟法学者（中野）による主張であった<sup>(13)</sup>。わが国で法的構成から目が転じられるようになった一因はこの見解が基本的には定着したことにあるが、契約責任と不法行為責任との関係（優先）が実益論のレベルに矮小化されて議論されてよい問題と受止められるかぎりでは、このような展開も自然の成り行きであったと理解できなくはない。

しかしながら、医療過誤問題の解決のためには多方面からのアプローチが必要であることにかんがみると、訴訟法学

者による問題提起に対してわれわれが考えておくべきことは、医療債務という事物それ自体の本性からは確かにそのように言えるとしても、何故に、立証の負担を実質的に不法行為的解決（原告）に押し戻すような主張がなされる必要があったのかというその理由（意図）であろう。そして、この点についてあらためて注目されるのは、これまでは当然のこととされてきたことかも知れないが、その理由のひとつに萎縮治療への対応が挙げられていることである。<sup>(14)</sup> すなわち、債務不履行の一般原則が医療過誤の場合にもあてはまり、帰責事由の立証が債務者の負担とされれば、患者にとつては有利には違いないとしても、医師にとつては、その負担が債権者にある場合よりも状況は厳しいものとなる。そのことによる医療行為の萎縮化が憂慮されたのである。つまり、ここでは医師の責任の合理的な範囲をどこに求めるべきかという本稿とも一脈通じる問題が主題とされているのであり、中野論文ではそれが契約的構成と不法行為的構成との間には帰責事由の立証責任に関して大差がないという訴訟法のレベルで論じられる必要があったのは、ドイツ法とは異なり、医療過誤においても他の一般の債務不履行と同じようなルールが適用されることが自明視されていたわが国の特別の事情によるものと考えられる。したがって、立証責任についての扱いがすでに共通の理解に達しているのであれば、われわれにとつて次の課題はおのずから明らかであろう。すなわち、中野論文の意図をさらに発展させるためには、医療契約がある場合の契約責任と不法行為責任との関係いかんという実体法上の問題が検討される必要がある。それは契約と不法行為に対する広汎な視野をぬきにしては論じえないものであるし、いわゆる請求権競合問題もこれを前提として初めて妥当な解決が導き出せるものと考えられる。

(3) 契約責任と不法行為責任との関係については、これまで契約責任の範囲の客観的な拡大傾向によつてもたらされた交錯領域の処理（それは請求権競合問題に関係する）をめぐってすでに相当の蓄積があるが、近年注目されるのは、本来この問題を論じる前提となるべき契約責任と不法行為責任の役割を契約責任の原点——意思自治の原則の貫徹

——に帰って再検討しようとする問題意識が芽生え始めていることである。<sup>(15)</sup> 不法行為法の変容とともに契約法の内実も大きく転換しつつあるが（「契約法の死」<sup>(16)</sup>）、これからの契約法の行方を見据えるためにも、本稿の目的にとつては、損害賠償義務を負わせる考え方には両者の間には明確な差異があるのではないかということをあらためて指摘しておくことは許されるであろう。

不法行為責任と契約責任とは、前者が一般第三者間の関係、後者が契約当事者間の特別な関係を規律するという当初念頭に置かれた枠組みの違いを別にすれば、不法行為における過失（民法七〇九条）と契約責任の帰責事由（四一五条）とは、通常、過失責任（帰責根拠）という点においてはその内容に変わりはないとされている。<sup>(17)</sup> しかしながら、第一に、不法行為法では社会生活で各人に要求される答責領域の範囲が裁判所（ないし立法）を通じて、一般的な規範のかたちで具体化されるところに特色がある。したがって、ある法益をどのように保護すべきかについて社会通念による一致が認められる場合には、過失の内容が厳格化し必要とされれば実質的に無過失責任に近くなることもそれ自体としては決して背理なことではない。実際にも人身事故損害賠償においては過失責任の厳格化は比較法的にも共通の現象である。しかし、不法行為法の過失にみられるような傾向は、それが一般的規範としての性格をもつだけに特別な社会関係に基づくとされる契約責任<sup>(18)</sup>（川島）の帰責事由にもそのままではまるべきものであるとは言い難いであろう。<sup>(18)</sup> さらに、第二に、契約責任ではあらかじめ合意された債務内容が基になっているのであるから、同じ過失責任であるとしても不法行為責任とは同一に処理しえないものが含まれていると考えられる。医療契約で問題とされる債務は最善の注意義務を尽くして治療するという手段債務ないし行為債務であるが、それと帰責事由（善管注意義務）とは、この性質上区別しがたいとされている。このことは訴訟法のレベルでは、原告の立証負担に関し不法行為的構成と債務不履行的構成との間では大差がないことを指摘するために取り上げられたのであるが、同じことを実体法のレベルから見れば、われわ

これにとって重要なのは、むしろ医療契約においては、医療過誤にともなう責任の有無と範囲は実際には帰責事由ではなく債務の内容によって決まってくるのではないかということであろう。

契約責任と不法行為責任についての右のような特色をさしあたって念頭におきつつ、わが国の進むべき方向を探るためには様々なアプローチが可能であろう。不法行為的解決が支配的なアメリカでは医療過誤訴訟が危機的状況にあると言われて久しく、それに対処するためのあまたの改革案が提示されてきた。さらに、法の経済分析に基づいて不法行為の一般理論に新しい地平を切り拓いてきたのもアメリカである。これらはいずれもわれわれが避けて通りえないものであることにかんがみ、本稿ではその中であつて不法行為と契約を含めた統一的な民事責任論を構築すべく原点に立ち返つてそこから医療過誤における契約的解決を提唱するエプスタイン<sup>(19)</sup>（アメリカ）と、みずから統一的な事故補償制度を構想するとともに契約法の発展に対して広汎な考察を加えつつあるアティア<sup>(20)</sup>（イギリス）による契約的解決に対する批判的検討の紹介を軸として、若干の問題点を明らかにすることにしたい。

不法行為理論に対する法の経済分析の寄与は、不法行為を具体的な当事者間の利害調整ではなく、それとは異なる、社会全体の費用の逓減を目的とした効率的なものとして理解しようとするところにある。これに対して、エプスタインは紛争の個別的解決、すなわち、個人の権利（法益）保護、私的自治、行為（者）の自由といったファクターを中心とした責任論のあらたな組み立てを企図するのであるが、行為態様（ネグリジェンス）ではなく、権利保護が基本に据えられているように、そこには発想において大陸法的な色合いがうかがえると云つてよい。そのことは、法体系の異なるアメリカの議論をわが国にとつて身近かなものとするためには重要な連結点となるであろう。すなわち、権利保護はドイツ不法行為法の構想に含まれていた基本思想であり、そのドイツ民法を仲介とすれば、エプスタインは、大陸法を継受したわが国においても権利侵害（民法七〇九条）をめぐる周知の議論の中にその位置を見出すことができるであろう。

要するに、エプスタインを結び目としてわれわれは、大陸法と英米法の発展を視野に収めつつ共通の基盤で民事責任を論ずることも可能なのである。

## 二 民事責任と私的自治

(1) アメリカでは医療過誤の伝統的な訴訟原因は不法行為であるが、<sup>(20)</sup>医療過誤訴訟の帰趨に大きな影響を与える原因として挙げられることが多いのが、訴訟法上の立証責任の緩和に関する事実推定則 (*res ipsa loquitur*) と損害賠償額の高額化の原因にもなる成功報酬である。不法行為に基づいて医師の責任が追及されるためには言うまでもなく過失 (*negligence*) 不法行為のすべての要件が立証されなければならないが、事実推定則の適用により過失が認定され易いために医師の責任は次第に厳格化される傾向にあり、<sup>(21)</sup>それが波及して保身医療をはじめとする多岐にわたる医療過誤問題が生ずる。そのため、アメリカでは、わが国の場合以上に、医師の責任ははたして実質的にも、英米法上過失責任と対置されている厳格責任 (*strict liability*) ないし無過失責任に近づいてよいのかという問題が深刻に提起される。実際にも医師の無過失責任を志向する典型的なものだけでも、保険的解決の外に法の経済分析に基づいた厳格責任論 (カラブレジイ) があり、このような状況の下にあってエプスタインは、一方では不法行為における功利主義的アプローチを排斥した上で、医療過誤の分野では私的自治を強調して契約的解決を提示するわけである。

(2) (1) 契約と不法行為を含む統一的な民事責任論の構築を目指すエプスタインにおいて、その基本に据えられているのは、過失責任ではなく因果関係を基本概念とする厳格責任を、規範的な意味で不法行為の一般理論にすべきであるという考え方である。<sup>(22)</sup>それは、彼が不法行為法の最初の使命は個人の自由の境界を画定することにあるとした上で<sup>(23)</sup>

203)、そのためには過失が基本概念とされたのでは不公平と複雑さをともなうのであって、むしろ不法行為責任の一応の証明 (prima facie case) にとつて本質的なものは、たんに被告が損害を惹起したという因果関係上の論点にすぎないと考えるからである。そこで人または財産に対する有形的加害(侵害) について因果関係上の四つのパラダイムが提示されるが、そのうちでこのような着想の理論的な基になっているのが、伝統的な不法侵害訴訟であるトレスパス (Trespass) の類型にみられるような物理的な力によつて損害が惹起されたというパラダイムであり、さらに實際上重要な意義を持つパラダイムとされるのは製造物責任にも関連するもの、つまり「AがB (の人または財産) に損害を与えるという結果を生じさせた危険な条件をつくつた」ことを問題とする危険な条件の作出による損害惹起である。

ところで、不法行為法が各人に与えられた自由領域の画定を任務とするということは、理念的には、人の自由は他人に対して損害が惹起される場合に終了する。しかしそこに至るまでは自己の選択に従つて行動する自由があり、他者の福祉を考慮する必要はないことを意味する (p.203~204)。この目的にそつて責任論を組み立てるためには、自由領域の画定を明確にすべく人の行為がもつとも単純化されて評価されるのが望ましいが、その結果案出されたのが、ここでは、意思ある積極的行為によつて損害が惹起されたということが要求されるだけの、過失判断を介在させない因果関係上の枠組みである (p.189~191)。それにもとづいて課される被告(行為者) の厳格責任は、一定の場合に抗弁が認められていたためにいわゆる絶対的責任 (absolute liability) とは一線を画するものである。しかし、その意義を原告(被害者) 側からみれば、因果関係があれば被告側には一応の責任があつたとみなされる範囲でそこには権利(法益) を絶対的に保護しようとする考え方を讀みとることができるし、他方で、被告側からみると、損害が惹起されたからといってそれが行為者の積極的行為によつたのでなければ責任を問われることはないとして点が重要である。つまり、たんなる不作為があるにすぎない場合には、個人責任は追及されるべきではないといふところから不法行為理論がつくり上げ

られているのである。これに對して、医療過誤では後に述べるように、あることをなすべき積極的な注意義務の違反が問題とされる。このような注意義務はそれを引き受ける契約的合意から生ずるにすぎず、したがって、医療過誤は不法行為法（厳格責任）ではなく、もっぱら契約法の枠内で処理されるべきであるとするのがエプスタインの見解であるが、このような契約的解決（過失責任）は、不法行為法が厳格責任の支配する世界として規定された論理的帰結として導き出されているのであるから、われわれはまずエプスタインが厳格責任を通じて強調しようとしていたものの、われわれにとつての意義を考へておく必要がある。

(四) エプスタインの厳格責任論は功利主義的不法行為法に對するアンチテーゼとして、それが渦巻くアメリカで登場したものであり、このような背景を抜きにしてはその意義を正確に語りうるものではないが、それを措くとしても不法行為法の重要な課題は社会生活で不可避的に生ずる損害を社会全体でいかに配分するかにある（特に人身事故損害賠償）こともよく知られている<sup>(24)</sup>。それは不法行為法においては政策的判断が介入する余地がそれだけ大きくなることを意味している<sup>(25)</sup>。このような状況にあつて因果関係の概念を基軸として紛争当事者間の衡平をめざす不法行為理論がわれわれに語りかけているものは、どのような権利ないし法益がどのように保護されるべきなのかということ（法益保護）、ひとは本来自由に行動できるはずなのに何故に損害賠償義務を負わされるのかということ、あるいはそれらを明らかにするために責任基礎は明確であること、そういった視点も忘れ去られてはならないということであろう。そしてこのような問題は、わが国でも底流にあつて連綿として問われ続けている事柄なのである。

わが国の不法行為理論の伝統的な範型（違法性と過失との対置）の形成に影響を与えたドイツ民法には、過失責任と無過失責任との違いはあるにしてもこのようなモティーフは明らかに存在する。周知のようにドイツ不法行為法の構成要件は三つの柱（ド民八二三条一項、八二三条二項、八二六条）から成り立っているが、中核としての位置を与えられ

ているのが絶対権侵害の構成要件（八二三条一項）である。絶対権侵害は直ちに違法という法的無価値判断を受けるところに特色があるとされているのであるから、そのかぎりで権利の絶対的保護の観点は、エプスタインにおけるように規範的な理念としてではなく、すでに実定法の中に具体化されていると言うことができるし、そこで想定されていた不法行為は積極的行為による侵害である（フォン・トゥール）とされることがあるのも、そのような場合に限って絶対権侵害即違法の評価が与えられるという意味でのバランスが考慮されていると解することができる。いずれにせよ不作為による損害惹起は原則として答責範囲に含まれないことは、加害者側の行為の自由の確保にとって重要であるが、ドイツ民法にとって特徴的なのは、個人の自由が被害者側からも、すなわち絶対権侵害には、権利領域を割り当てられている者にはその中の活動の自由が保証されるという意味も与えられていたことである。<sup>(27)</sup> ところで以上のような構想を持つ民法典が成立する際、ドイツの立法者が考えていた不法行為法の指導像は、「コモンロー上の比較的古い不法行為類型から大きくかけはなれたものではない」<sup>(28)</sup>（シュトル）と言われる。このことは、エプスタインの厳格責任論の原点と目される物理的な力による損害惹起という因果関係上のパラダイムが英米法上のトレスパスを念頭においていたことを思い起すならば実に興味深いことであり、アメリカで固有に展開されている議論も大陸法にとって決して縁遠い存在ではないことがよく分かるのである。

絶対権侵害の構成要件が基本に据えられ権利保護のあり方が現に明文で規定されているドイツ民法と対比すれば、わが国の問題状況はそれと若干異なっている。すなわち日本民法七〇九条にも権利侵害という文言が挿入されているが、わが国では七〇九条はドイツ民法八二三条一項とは異なり、フランス民法一三八二条につらなる唯一の統一的な不法行為構成要件と解されているために、権利保護のあり方そのものではなく、七〇九条の権利侵害を通じて保護される対象を社会生活の変容に対応させるべく拡大することが不法行為法の主要課題とされた。それに応えるべく提唱されたのが周

知の権利侵害から違法性へというテーゼであり、今日では権利侵害の概念にとらわれることなく法的に保護に値する利益であれば不法行為法上も保護の対象とされるという点については、それをも権利概念に包摂するかどうかを別にすれば、およそ異論は見られない。<sup>(29)</sup> 不法行為要件の基本概念のうち権利侵害に焦点が合わされるという議論の経過は、諸外国では一般に過失が中心的テーマとされてきたのと対比して、わが国の不法行為理論の展開に著しい特色をもたらしつつもなつたが、それによって権利（法益）保護のあり方を問う側面が見失われてしまったというわけではない。それどころか、かつては権利侵害がドイツ民法八二三条一項の絶対権侵害と等置して解されていたこともあるし、現在でも不法行為法上保護に値する利益の中には絶対的に保護されるべき権利領域があることが解釈論の基本に据えられている場合のあること<sup>(30)</sup>をわれわれは見出すことができるのである。この問題が民法典の中でどのように考えられていたのかは、他方では過失についての起草者の理解ともかかわりがある。

権利侵害の概念が不法行為法上の保護の対象を画する基準としてだけでなく、保護のあり方もそこに含まれていたのかどうかは、権利侵害が他方の基本概念である過失との関連で七〇九条の中に位置づけられていたのかどうかという問題であると言つてよい。かりに過失は主観的要件、権利侵害は客観的要件として対置されていたのであれば、権利侵害には、その要件を欠いて損害の発生だけを問題とするのでは損害賠償義務を負わされる場合が広がりすぎるという実際的理由<sup>(31)</sup>を越えた実質的な内容が付与されていたはずであるから、それが何であるかを問うことにはドイツ民法におけると同じように積極的意義があると解せられる。この点については、法典調査会の議論の中に過失を行為者の主観面である意思のあり方（心理状態）ではなく、行為義務、つまり作為不作為義務違反そのものと把握しているかに見える箇所があることから、七〇九条の過失は沿革的には不法行為要件の中に権利侵害の概念を介在させていないフランス民法一三二二条のフォートに由来するとの見解がかなり断定的に主張される傾向にある。<sup>(32)</sup> これは言うまでもなく、過失は権利

侵害と対置されることなく一体的に把握されていると解するものであり、これによれば権利保護のあり方を問う問題は民法典の当初の構想には取り込まれていなかったということになる。しかしながら、われわれはこれからの不法行為法の発展を見定めるにはこのような視点のみではなく、それに相反する見解、すなわち権利侵害の概念が採用されたことにより、それと過失が区別された結果わが民法は沿革的にはドイツ法と同じように違法（客観的要件）―有責（主観的要件）の範型を実質的に共有するものであった、との主張が他方に存在することにも目配りをする必要がある。<sup>(33)</sup> それに加えてわが国では、違法性概念の導入を契機として違法性と過失を対置させる範型が通説として長い間維持されてきたという事実を無視することはできないであろう。もちろん過失の内容は大きく変質しているために通説の範型はそのままのかたちでは存続しうるものではないことは明らかであるが、違法性と過失が関連あるものとして論じられてきたということは、権利ないし法益保護のあり方がわが国なりにそれ自体として重要な論点であったことを物語るものである。それをどのように継承していくかは、エプスタインの厳格責任論が最も先進的な法の経済分析に基づくアプローチの問題点の抽出を意図するものであったと同じように、わが国においても優れて現代的な課題なのである。

(3) (イ) 不法行為法の規範的な理論、それもアメリカで主張された一見したところ独自に過ぎると思われる厳格責任もその意図を探れば、われわれにとって決して疎遠なものではないとして、ここで当面のテーマである契約関係が存在する場合の契約責任と不法行為責任との関係にふたたび戻ることになしよう。エプスタインにおいては統一的な民事責任論が目指されている以上、因果関係にもとづく厳格責任が不法行為法の一般理論としての性格を与えられているとしても、それとは異なる考え方がすべて排斥されているわけではない。ニューサンズ法でも厳格責任の一般原理があてはまるとはされているが、ここではその外に功利主義的思考の入り込む余地とともに、個別的な損害賠償では処理しえない私法的枠組みを越える領域のあることが当然ながら認められている。<sup>(36)</sup> さらに厳格責任ではなく、過失責任 (negligence) に

よって解決されなければならない分野がある。それが医療過誤であり、そこで支配的な役割を演じるのはほかならぬ契約法である。<sup>36)</sup>

医療過誤には二つの大きな類型があるが、そのいずれにおいても医師の責任が認められるためには過失が問題とされなければならないが、それは不法行為(厳格責任)ではなく契約に由来する。すなわち、第一は、医師が正確な診断をしなかったか、適切な治療を施さなかった場合である。この種のケースが医療過誤の問題とされるのは、医師が患者との特別な合意による関係 (consensual relationship) の一部として行為義務 (duty to act) を引受けていたからである。行為義務が要求されるということは、この場合に適切な医師の責任の原理はもはや厳格責任ではなく、医師が引受けた注意義務の程度にかかわっているがために契約から引き出されるべきである。医師の責任が医療基準 (medical standards) および個人的努力のかたちで論じられるものとする、問題は職業上の義務が履行される場合のネグリジェンスということになる (p.103)。厳格責任を意思のある積極的行為を起点とする因果関係に依拠する責任原理と解する場合には、医師の注意義務のようにある状況においてとられるべき積極的義務 (affirmative duties) が厳格責任との関連で用いられるとすれば、それはこの概念の濫用であって、このような義務は合意に由来しなければならぬ。すなわち、厳格責任では治療が与えられるか、あるいは、治療によって有益な結果が保証されるということは要求しえないものであろう (p.103)。

第二は、手術や投薬がなされたときに、原告が厳格責任のもとでも自己に対する加害に対して一応の証明 (prima facie case) に成功しえたという場合である。この場合には(積極的行為があったのであるから厳格責任によって解決しようようにみえるかもしれないが)、医療過誤訴訟では因果関係による一応の証明は責任を認めるための最初の判断となるにすぎない。すなわち、原告のイニシアティブによってとりあえず一応の証明が認められるとしても、治療

は患者自身の意思に反してなされたわけではないから、被告たる医師には、自己の立場を防禦するために患者による危険の引受があつたことを主張する道が残されている。この防禦の範囲は医師と患者との間の合意によって制限しうるが、このことは典型的ケースにおいて患者には次のような議論、すなわち患者は、医師が合理的な注意義務と判断を行使するであろうと理解して手術や投薬に同意したにすぎない、と主張する権限があることを意味している。そして危険の引受に対するこのような制約によつて、このケースにおいても第一の場合と同じようにふたたびネグリジェンスが問題とされることになるのである。もちろん、いずれの場合にも危険の分配に関する当事者間の合意は必ずしも常に明白であるというわけではないが、いずれにせよ医療過誤訴訟においては、ネグリジェンスがどのように適用されるべきなのかということが、法の主要な任務となるのである (p.103)。

(四) 以上のような医療過誤における事物適合的な解決は不法行為ではなく契約によつてもたらされるとする主張は、言うまでもなくコモンロー上の不法行為は因果関係に基づく厳格責任の支配する世界であるという、それ自体としては独自の考えを前提として導き出されたものである。しかし、この立場において医療過誤が契約法に委ねられる必要があつたのは、民事責任を統一的な視点の下に首尾一貫して論じようとする意図がそこにあるからである。すなわち、厳格責任で積極的行為による損害惹起や権利の絶対的保護が強調されたのは、行為の自由の範囲の画定という意味において私的自治の観念が不法行為法においても重要な柱になると考えられたことによるものであろう。したがつて、医療過誤の<sup>37)</sup>ように例外的に積極的行為ではなく、不作為的狀況において求められる積極的義務の違反によつて責任を負わされる場合にはその義務は契約に基づかなければならないということは、医療過誤責任の解決も私的自治によるべきことを意味することにならう。このようにエプスタインにとつては契約的解決はいわば当然の帰結なのであるが、われわれにとつて重要なのは、厳格責任との対比において浮彫りにされた契約的解決の特色が今日の医療過誤問題にとつてどのような

意義を持ちうるかということであろう。それは民事責任の規範的なあり方に対する立場の違いのいかんにかかわらず、われわれが避けて通りえない問題である。

ところで医療過誤はネグリジェンスによつて、しかもそれは不法行為ではなく契約的合意に基礎を置くべきであるとする見解は、結論的には不法行為的解決の問題点、すなわちネグリジェンスの認定が厳しくなっている実務の傾向によつてもたらされた様々のマイナス要因を克服しようとする意図を持つていると同時に、理論的には医療過誤における厳格責任導入の主張と対立するものである。私的自治による契約的解決と対極にあるのは功利主義的アプローチによる厳格責任であるが、カラブレジのそれは、事故の費用は、事故費用と事故回避費用との間の費用・便益分析をおこなった上で、その判断に基づいて行為するのに最良の立場にある者に負わせられるべきである、という考え方もとづいてい<sup>38</sup>る。エプスタインによると、そこに示されている誰が最良の判断者であるかという問題に関連する情報コストの重要性は、法の主要な機能は個人の救済ではなくて、稀少資源の効率的な分配を促進するルールを發展させることであるという信念に由来している。たしかに患者が指示に従わない僅かのケースを除いては、医師は何がなされるべきかについてのよりよい情報と、それに基づいて行為する手段をあわせ持つてい<sup>39</sup>ることはかなりの程度に明白であるから、カラブレジの主張は、医師に対するある種の厳格責任を正当化しているようにみえる。しかしここでは、不法行為法と契約法の基礎にある伝統的な個人による自己決定の考え方に反する積極的義務が要求されている。医師は権利の主体として自分の労働を提供する条件を決定できる者としてではなく、より大きな社会的に善きものの名の下に操作されるべき手段ないし資源として扱われなければならない。エプスタインにとっては、そのようなことがまさに問題とされるべき事柄なのであり、さらに医療過誤訴訟では大部分のケースで医師・患者間の合意的関係が先行していることが危険の配分という点からも重要なのであつて、そこに目が向けられるべきなのである。<sup>39</sup>

### 三 契約責任志向の問題点

(1) 医療過誤は不法行為ではなく契約を通じて解決されるにふさわしい領域ではないかという主張が生ずるのは、歴史的に遡れば契約責任が不法行為責任から離れることよってわれわれには損害賠償債務の発生原因として二つのカテゴリーが用意されることになったからである。複数のカテゴリーが与えられると、そこに協働という問題が生じ、必要があれば一方から他方への移行という問題が生じる。それは、医療過誤とは反対に直接の契約関係のない被害者を救済するために契約から不法行為への移行が議論されてきた製造物責任に典型的に見られるように、あるカテゴリーに伴う法的障害を克服するためにしばしばなされる工夫である。<sup>(40)</sup> 医療過誤における契約的解決もこのような背景を踏まえた問題の一環として位置づけられるが、それに応えるためには受皿としての契約法が今日契約的解決によって意図されていたものを実現するに適した法的カテゴリーなのかという検討を抜きにすることはできない。さしあたってわれわれに必要なのは前節で規範的な意味を含めて提示された契約的解決を医療契約の民法典への編入を提案する西ドイツの鑑定意見書と対比させて、その特色を述べておくことであろう。

(2)(i) 契約的解決はアメリカや西ドイツのように不法行為的解決が主流であったところより関心を集めうるとしても、それが強調される事情は、西ドイツではアメリカのように医師の責任の厳格化がもたらす問題に対処する方策として主張されているのではないというように、それぞれ国によって異なっている。<sup>(41)</sup> しかし、そこには医療過誤は過失責任によつて解決されるべきであるという共通の認識がある。もつとも過失責任と言つても過失の意味は各国の法体系によつて異なっている。ドイツの現行法では契約責任と不法行為責任のいずれにおいても有責性(Verschulden)が要件とされ、有責性形式(Schuldform)としては、過失(Fahrlässigkeit)が考慮されるという前提があり、それにもとづ

説いての立法提案（九条）においても、医師は有責の義務侵害（schuldhatfe Pflichtverletzungen）に対して責任を負うものとされる。これに対してアメリカ法における過失（negligence）はドイツ法のように有責任をあらわすものではなく、責任構成要件である。<sup>42</sup>

契約責任と不法行為責任の関係を比較法的に考察する場合には、このような違いを考慮しなければならないとしても、過失責任は契約的解決をまつまでもなくすでに現行の不法行為法が受け容れている原理である。したがって、それが充分に機能していないのであれば不法行為法内部の改革にまつべきであるとも言えるのであるが、それにもかかわらず契約的解決を支持する立場があらわれるのは、同じ責任基準が用いられるにしても責任の問い方が契約と不法行為では基本的に異なるべきではないかと考えられるからである。エプスタインが指摘するのはこの点である。すなわち、契約と不法行為との区別は医療過誤の分野では、理論的のみならず実質的にも重要である。なぜなら医療過誤があたかも不法行為の論点のみを提起するかのように処理されるときには、司法上のルールは柔軟性のない実定法の命令として扱われるという明白な傾向がみられる。これに対して状況が契約的なものとみなされるならば、医師・患者間を支配する基本的ルールは、当事者自身が自分達の関係を支配するために選択するであろうルールに近似したものとして最もよく理解される。要するに医療過誤に対する現代的アプローチの問題点は、裁判所と立法者の双方が私法の問題に対して、あまりにも公的政策的解決によって応じようとするところにある。しかし、医療過誤にとって必要なのは、より多くの支配ではなく、より少ない支配であり、私的なイニシアティブとコントロールに対するより大きな尊敬なのである。<sup>43</sup>

以上の考えに従えば、医療過誤における私的解決の優位は、われわれの主題からみれば既存の法状況に対して二つの意義があると考えられる。第一は、ネグリジェンスがもつばら不法行為のレベルで判断されるならば、不法行為の一般規範的性格のために医療過誤にとって必ずしも事物適合的でない厳しい基準が固定化されるおそれがある。そのような

事態を避けるためには、医療過誤を排他的に契約責任の領域とすることが合理的なのではないかということである。第二に、そこまでは進まなくて医療過誤が従来のように不法行為の問題として解決される場合にも、医療過誤では本来私的合意に基づく解決が望ましいという考え方が前提にあることになれば、不法行為法の内部においてすでにそのことがネグリジェンスの基準にはねかえることも考えられる。それは、一般不法行為法では合理的注意義務の客観的基準がてはまるとしても、医療過誤訴訟では医師の立場が考慮されて主観的要素が加味されて修正を受けるのではないかという問題であり、それによれば医師の責任を判断するさいに中心的役割を担うのは職業内部における慣行的基準である、<sup>(44)</sup>という考え方は契約的規準に支えられたものということになる。

(ロ) 契約的解決には不法行為的解決にはない特色があるとして、それが活かされるためには、その趣旨が契約内容に反映される必要がある。その際に重要なのは、どの範囲までが医師・患者間の私的合意に委ねられてよいのかというそのルールを設定することであろう。その具体的な検討は本稿の直接の関心事ではないが、契約的解決は不法行為的解決がともないがちの責任の厳格化に対する歯止めとして機能しうる点にかんがみると、論点としてまず挙げられるべきなのは、医師の免責という問題であろう。実際にもエプスタインにおいては、故意または重過失の場合にかぎって医師が責任を負うという医師・患者間の合意は、医療過誤責任にみられる最近のあらゆる司法上の拡大を拒絶することになる<sup>(45)</sup>として、免責の認められるべき場合について積極的な提案がなされているのが注目される。これに対して、西ドイツの鑑定意見書では、免責が認められていない(一〇条「責任を予め排除もしくは制限することはできない」<sup>(46)</sup>)ように、医師・患者間の情報量の落差を勘案すれば、契約責任をとった上でなおかつ免責までも認めることは議論の余地があることは確かであるが、医師の責任が私的合意の支配する領域に含まれるべきものと理解される場合には、そのいきつくところに免責の問題が控えていることを認めざるをえないであろう。さらに契約責任の趣旨を貫徹させるためには、不法行為

責任との競合が考えられる場合の措置について考えておく必要がある。医療過誤におけるエプスタインの契約責任説では、この問題は意識的に取り上げられているわけではない。しかし、そこでは不法行為法の一般理論として嚴格責任をとった上で、他方では医療過誤はネグリジエンスによつて処理されるべきであるとして、それを基礎づけるのが契約的合意とされているのであるから、医療過誤でははじめから契約責任しか考えられず、不法行為責任との競合を論じる前提がここにはそもそも存在しないということにならう。これに対して、同じように契約責任の意義が強調されるといつても、西ドイツの鑑定意見書では医療契約に典型契約としての位置を与えて、その内容を充実させることが企図されているにすぎないから、契約責任は既存の不法行為的解決と抵触するものではない。すなわち、医療契約の存在が認めたい場合には、不法行為的解決によらなければならぬことはもちろんとしても、契約責任が成立しうる場合にも不法行為責任との競合が認められるのであつて、契約法における医師・患者関係の新しい規制は原則としてこの重畳関係になんらの変化をもたらすものではないとされている。この点は契約責任では従来から慰謝料が認められていなかったために、不法行為責任と並存させる意義があつたのであるが、この問題が克服されると契約責任の優先的適用に対する実質的な障害はないはずである。そこで今後の進むべき方向としては、それを示唆した上で不競合の立場をとるフランスの学説との関連が指摘されていること<sup>(47)</sup>にわれわれは目を向ける必要がある。

(3)(1) 医療過誤問題を解決する手段として契約にも充分な意義があるとして、それでは今後法改革がすすめられる場合にも契約的アプローチ、つまり私的解決を目指す方向が唯一妥当な選択肢なのであろうか。混乱状況の打開策をなお見出しえないアメリカにおいては、近年私的解決を正面から検討するシンポジウム<sup>(48)</sup>(一九八六年)が催され、エプスタインを含めて私的解決への志向がまとまつたかたちで提示されることになつたが<sup>(49)</sup>、その是非を論じるさいに示唆的なのは、アティア(イギリス)がシンポジウムの議論に対して、不法行為と契約の発展を踏まえて展開している批判的検討

であろう。<sup>(50)</sup>

医療過誤問題の解決には契約が適しているといえるためには、言うまでもなく現代の契約法が不法行為法には期待しえない役割を担いうるものでなければならぬが、その点についてアティアが考慮すべき事情として挙げているのは、ギルモアの「契約の死」<sup>(51)</sup>（一九七四年）が与えた影響とその後の動向である。アティアによれば、ギルモアが提起したのは約束（Promise）の要素が契約から消え去ろうとしているのではないかという問題である。すなわち、契約法は伝統的には社会的価値を含まないという点において中立的とされていたのであるが、次第に私的関係への社会的価値の注入を必然的にとまなうとされ、その方向から配分的正義が語られるに至った。これは伝統的契約法学者にとってはいわば革命的要素と言ふべきものであるが、これに対する反動としては哲学的側面からのアプローチと経済的側面からのアプローチがある。後者といえども、正義ではなくて合理的に行動するための自由で任意な約束に基礎をおく（社会的）<sup>(52)</sup> 効率性のみが論じられているところに問題があるとされるが、前者を代表する者として位置づけられているのがフリード<sup>(53)</sup>（「約束としての契約」）であり、われわれにとつて興味深いのは伝統的な契約理論を擁護する立場にあるフリードの医療過誤問題に対する考え方である。すなわち、フリードが言わんとしているのは、契約上の債務には純粹に約束に基づいている真の中核部分があるということであり、それ以外についてはフリードも社会的価値、したがって配分的考慮に従わせているのである（Atiyah, p.290）。このことは契約上の債務のほんの僅かなもののみが責任法上の厳格な約束理論に基づいて正当化されるにすぎないことを意味するが、アティアによれば医療過誤問題にとつて最も重要なのは、そのフリードが医療過誤のような予見されない偶然的な出来事に関するルールは約束による責任によつて適切に基礎づけられるものとは考えていないことである。<sup>(54)</sup>

(四) それでは医療過誤は私的解決に委ねられるべきであるという主張は、契約法の動向の中でどのような意義を与え

られるのであろうか。エプスタインにおいては、私的自治を実現するために契約的合意の役割を最も純粹なたちで規範的に理解し、それによって不法行為的解決との違いを浮彫りにすることに主眼が置かれていた。したがってこれを受け止めるためには、医師・患者関係は本質的に不法行為的であるより以上に契約的であるのか、という問題がまずこたえられる必要がある。アティアが取り上げるのは、このような問い方に含まれている意味である、すなわち、医師・患者関係はより私的になるべきであるというように、公的関心事であるよりも私的関心事ではないのかというように解されないことはないが、そのような議論は不法行為から契約への移行を主張するための独立した理由ではなく、また現実的なものでもない。そこでもう一つの意味、すなわち、この関係は約束または少くとも合意的要素に基づくべきであるという捉え方が生ずるが、医師・患者関係の一般的性格は契約的に処理されるべきであるとしても、ここでの主張はあくまでも医療過誤、つまり医療から生じた侵害または不運にもとづく損害賠償請求である。このような出来事は、フリードのような伝統主義者によってさえも契約理論の枠内では調節されない、契約的関係の予見されない偶然的な副産物にすぎない。もともと、ここでのリスクは予見可能で純粹に契約的に処理されるべきであるというのは、もともとらしい議論ではないというわけではない。しかしその場合には、契約当事者がリスクを知っていなければリスク配分は純粹に契約的とは見られ得ないのであつて、そうすると、ことは経験的な問題ということになり、問われるべきなのは本質論ではなくて、契約法は医療過誤訴訟を処理するために不法行為法よりも適切な法的カテゴリーであるのかということである、とされる (p.293-295)。

この実際の側面からのアプローチに対してもアティアは、これを消極的に解するに足る充分な理由があると言う。そこで挙げられているのは、第一に、医療サービスの実質的な消費者は無能力な人間（精神的無能力者、非常な高齢者、虚弱者、幼児、子供など）であるということであり、第二は、情報の欠如、リスク評価ができないこと、交渉能力の不

平等という問題である。さらに、誰しも相当の程度のヘルス・ケアを求める権利を持つているのであつて、そのためにそれが「特別に選択されたもの」であるかのように支払うことを要求されるべきではない、という倫理的立場からの問題もある。今日提供されている多量のヘルス・ケアは全く不要で、医学的には無用かもしれないと批判する極端な倫理的立場は十分に根拠のあることかもしれないが、それは純粹に必要な医学的措置に関する倫理的議論と抵触するものではないとされる(p.295-297)。これは言うまでもなく医療過誤問題の中心的なテーマである保身医療に関連する議論である。

それでは契約的解決の志向によつて何が目指されているのであろうか。アティアが見抜いているところによると、それは現状の不法行為的解決によつてもたらされた不満足の状態を解消させ、異なった結論を引き出すための方法論の選択という問題である。ヘルス・ケアの基準があまりにも高く、コストとの関連もほとんど無視して設定されること、あるいは慰謝料が高すぎることに、その外が現状のマイナスとして改革者によつて挙げられているが、契約責任と不法行為責任との関係が実益的見地からアプローチされているという点においては、方法論の選択の問題は、その内容を異にするとはいへ、従来からわが国で見られた議論と軌を一にするものである。しかし、この角度からもアティアの理解するところでは、契約法は必ずしもベターな手段ではないのである。すなわち、契約法が右のような諸状況を変えうるかどうかは、すべてヘルス・ケアの消費者が何を望んでいるかに依存する。さらにたとえば、不法行為法で適用される合理的注意義務の基準 (reasonable care) は妥当ではないと批判されるが、契約法への移行はこれに変更を加えうるものではない。医療契約で適切になされる唯一の了解は、医療供給者は不法行為法の合理的注意義務の基準に従うであろうということであるから、改革の目標が達成されるためには不法行為法とは異なる基準を要求する明示の契約的合意が必要である。しかし、このような厳密な基準が要求されると、そこにはジレンマが生ずる。すなわち、契約法への移行を

企図する者は、自分達が注意義務の合理的基準や合理的補償よりも低いものを求めつつあることを認めるか、現在作用している不法行為法は単純に間違っていると主張しなくてはならない。だが、不法行為法が単純に間違っているのであれば、明らかな解決方法はそれを改革することではなかるうか。アティアはそのようにも示唆するのである。<sup>(56)</sup>

#### 四 おわりに

——競合から協働へ——

(1) 医療過誤は必然的に人身侵害をとまなうためにまずもって被害者である患者側の保護が十分に図られるよう工夫が講じられる必要がある。それは不法行為法の一般的な発展方向にもかなう重要な視点であるが、医療過誤では損害惹起の帰責基準を厳しくすることは——特に不法行為に基づく場合には一般的規範性のゆえにその基準が固定化しやす——い——保身医療などへのはね返りを考えれば患者側にとつて必ずしもプラス面ばかりとはいえず、他方で医師側にとつても責任の問われ方については専門的職業人としての立場が考慮される必要がある。このように医療過誤では医師・患者双方に対する適切な配慮が求められることを考えれば、当事者間の契約的合意に委ねておけばあるいは妥当な解決を見出しうるかもしれない、という考えが浮ぶのは決して不自然なことではない。それは一般には、契約関係がある場合の契約責任と不法行為責任との関係いかんという問題であると言つてよい。これにこたえるためには、両者を対置させその本質的な差異を指摘する考えを手がかりにするのが便宜であろう。本稿は、医療過誤問題が現に深刻化するとともに不法行為理論も大きな転換期にあるアメリカにあつて、<sup>(57)</sup>私的自治に基礎をおく古典的な契約責任の考えを医療過誤にあてはめようとする立場を取り上げ、一方では大陸法や日本法との関連、他方では不法行為法と契約法の発展を背景

に意識しつつ、そこに含まれている問題点の検討を通じて今後の方向を探ろうとするものであった。

(2) 医療過誤訴訟の特徴のひとつは、通常の場合それに先立って契約関係が存在することである。契約責任では、責任の範囲全体については当事者間の合意によってあらかじめ定められた債務内容の不履行が主題なのであるから、帰責事由そのものが評価の対象とされる不法行為の場合とは異なった結論、必要があればその範囲を狭めることも理論的には可能である。そうすると問題は医師の責任は当事者が望むならばそれに委ねられるままでよいのか、あるいは今日の契約法はそれを是認し実現しうるものなのかであろう。これを考えるにあたってわれわれに示唆的なのは、先に紹介したように、当面の問題は医師・患者関係の一般的性質ではなく、医療過誤そのものではないのかということである。そこにかがわれるのは、医療過誤には予見されない不可避的な損害というように、私的自治の領域に取り込みがたいものが初めから含まれているのではないかという疑問である。それはわが国の当初の判例がそうであったように、契約関係が存在するにもかかわらず医療過誤が何故に不法行為として扱われるようになったのかというわれわれにとつての最初の問いかけにも関連するが、一般的には医療過誤が人身侵害をとまなうからであり、人身侵害は全体として考察されるべきひとつの社会的カテゴリーなのであって、契約と不法行為を分離するのはわざとらしいと考えられたからである<sup>(59)</sup>（アティア）。医療過誤を他の人身事故類型と区別すべき特別な理由は見当らないので、被害者保護のサイドにたてば、このような考え方には十分な説得力があることは確かである。

しかし、医療過誤訴訟が社会的に大きな関心事となっているのは、そこに被害者保護のサイドだけではとらえきれない多面的な論点が含まれているからである。契約責任への志向はこれらを解決するための選択肢として主張されていることを考えると、その意図を活かすのが今後の進むべき方向であり、そのためには、当事者の私的自治に委ねられてよい問題とそうでないものを区別し、これを医療過誤に起因する損害賠償にもあてはめることが考えられる。これは契約

責任と不法行為責任とはその及ぶ範囲が異なると考え、それぞれの守備範囲を画定することであるが、その場合に從來からわが国で有力とされてきたのは、契約という特別の社会関係が形成されているというそのことによつて両者を區別しようとする考え方であつた。<sup>(60)</sup>これに対して近時、契約責任は契約利益(給付利益)、不法行為責任は完全性利益(給付外利益)というように両法域において保護される利益や義務内容の違いを指摘し、それを両者を分かつ基準にしようとする見解が主張されている。<sup>(61)</sup>これは契約関係という当事者間の紐帯ではなく具体的な合意の内容に着目する考え方と解せられるが、契約責任と不法行為責任との関係に関するこのような視点は、われわれがここで検討してきた医療過誤問題の解決にとつても示唆的であるように思われる。すなわち、医療過誤に起因する損害賠償を契約内容あるいは契約によつて保護されようとしていた利益の内容を明らかにすることによつて、当事者の私的自治に委ねられてよいものとして、医療過誤は人身侵害であるために一般的には不法行為として解決されるべきであるという考え方を基本に据えながら、契約的合意にも一定の役割を与えようとするものであるが、これを一般的な請求権競合問題の中でとらえるならば、契約責任と不法行為責任の競合やその優先関係ではなく両者の協働を志向すべきではないかということである。契約責任に取り込み得ない領域では、不法行為法固有の考えに従つて責任がより厳しくなることもそれ自体としては構わないわけであり、医療機器に起因する事故を実質的には危険責任として民法七〇九条の解釈論の中に位置づけようとする試み<sup>(63)</sup>〔七〇九条に仮託された危険責任〕も、両者の役割をふまえればよりよく理解しうることにならう。要するに、契約と不法行為の協働を民事責任の基礎に置くならば、それはわれわれが直面している医療過誤問題にとつても解決の糸口になりうると考えられるのである。

註

- (1) 最判昭和三十六年二月一六日民集一五卷二四四頁。この判決に対する見方として、四宮和夫(控訴審判決)・ジュリ二〇〇号三二頁(昭三二)、星野英一・判評・法協八一巻五号五七〇―五七一頁(昭四〇)、唄孝一・医事法学への歩み(昭四五)二六七頁など参照。
- (2) アメリカの事情については、手嶋豊「医療事故における被害者救済と事故法の役割」判タ五六三号三六頁以下(昭六〇)で詳細に検討されている。なお、この問題については、たとえば、片岡直「検査漬ぐ過剰診療と診療報酬請求権との関係―川合医院過剰診療事件―」(大阪地判昭和五六年三月二三日判時九九八号一頁)法字論叢(福岡大学)二八巻二・三・四号二一七頁以下(昭五九)参照。
- (3) 新美育文「医療過誤―その現代的論点」ジュリ八二八号一五二頁(昭六〇)。「保身医療」という表現は同論文で用いられているものであるが、この問題については本稿も示唆を得た山田卓生「医療事故責任の厳格化と波及効果」判タ四五〇号二五―二六頁(昭五六)など参照。
- (4) 中野貞一郎「診療債務の不完全履行と証明責任」現代損害賠償法講座4(昭四九)、所収、同・過失の推認(昭五三)一〇一頁によると、「兩種の構成における帰責事由についての抽象的証明責任の差異はさして問題でない。手段債務としての診療債務の特質上、その履行不完全の事実が診療経過における医師側の注意義務違反の具体的事実を内含せざるをえず、履行不完全につき患者側が負担する具体的証明責任が、実質上、一般の場合に帰責事由の証明責任の内容として取り扱われるべき事項をも大幅に背負い込む結果となり、そのかぎりにおいて、不法行為構成によったときに医師側の過失の証明責任を患者側が負担するのと大差がないからである。」この点につき、倉田卓次監修・要件事実の証明責任(債権総論)(昭六一)一三二頁。但し、中野説の問題点については、同書一三六一―一三七頁参照。
- (5) たとえば、平林勝政「医療過誤における契約的構成と不法行為的構成」ジュリ増刊民法の争点II二二九頁(昭六〇)、新美・前掲論文(注(3))一五四頁など参照。但し、実体法上の観点から請求権の具体的内容を明らかにするために契約的構成に目を向けることを示唆するものとして、山本隆司「医療過誤訴訟における契約責任構造と帰責要件(二・完)」立命館法学一四五号三六九頁(昭五四)が注目される。

- (9) Deutsch/Geiger, Medizinischer Behandlungsvertrag, in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II (以下「Deutsch, Gutachtenと略称」1111-1113.これらについては、山本隆司・手嶋豊「西ドイツにおける医師の民事責任に関する立法提案」判タ五二二号一四五—一四六頁、一六三頁以下(昭五九)参照。なお、診療契約については、高鷲英弘「診療契約の特質と内容(一)(二・元)―西ドイツの議論を中心に―」民商九六巻六号三七頁以下、九七巻一七七六頁以下(昭六二)で詳細な検討がなされている。
- (7) See, Medical Malpractice: Can the Private Sector find Relief? 49 Law & Contemp. Probs, Spring 1986.
- (8) See, Atiyah, Medical Malpractice and the Contract/Tort Boundary, 49 Law & Contemp. Probs, Spring 1986, 289. (以下「Atiyah, Contract/Tortと略称」。
- (9) 加藤一郎「医師の責任」我妻遺曆記念・損害賠償責任の研究(上)(昭三三)、所収、同・不法行為法の研究(昭三六)八頁。なお、湯浅太郎「医療過誤訴訟の法的構成」中央大学大学院研究年報一五号I-2(昭六一)七八頁以下参照。
- (10) 加藤・前掲書(注(9))九頁注⑩。
- (11) 加藤・同右・五—八頁。
- (12) 平野裕之「契約責任の本質と限界」法律論叢五八巻四—五号六〇—六〇三頁(昭六一)参照。
- (13) 中野・前掲書(注(4))一〇一頁。
- (14) 中野・同右・九七頁参照。
- (15) 平野・前掲論文(注(12))五七七頁参照。
- (16) たとえば、See, Gilmore, The Death of Contract, 1974, 紹介として、曾野和明・アメリカ法〔1978-2〕一九九頁以下乃至。
- (17) 奥田昌道・債権総論(上)(昭五七)一二五頁、前田達明・口述債権総論(昭六二)一一六頁など。但し、平井宜雄・債権総論(昭六〇)四二頁参照。
- (18) 川島武宜「契約不履行と不法行為との関係について」法協五二巻一・二・三号(昭九)、所収、同・民法解釈学の諸問題(昭二四)一一九頁。そのほか、「契約関係は一般社会生活関係に対し一の特別な危険関係を構成し、その社会関係の特殊性は契約外の一般関係とは異なる特殊の規律を要求する。契約法はまさにこの特殊の規律としての機能を担当するものであるが、不

法行為法の規定はかかる特殊な関係に適用されるに適しない所の一般的標準的内容を有しており、このように解して始めて不法行為法と契約法の規定の差異の合理性を理解し得るのである。」とされる。

(18a) 本文とは若干視点は異なるが、不法行為責任と契約責任とは注意義務の程度に差異がありうることを示唆するものとして、唄・前掲書(注(一))二六九—二七〇頁、同「現代医療における事故と過誤訴訟」現代損害賠償法講座4(昭和四九)一八頁注(初)。

(19) 本稿で主として取り上げるのは Epstein, Medical Malpractice: The Case for Contract, Am. B. Found. Research J. 1976, 87. (以下、Epstein, Medical Malpracticeと略称)であるが、その他に関連するものとして Epstein, Contracting out of the Medical Malpractice Crisis, 20 Persp. Biology & Med., 1977, 228; Epstein, Medical Malpractice: Its Cause and Cure, in The Economics of Medical Malpractice 245 (S. Rottenberg ed. 1978) (この文献の入手については手嶋豊助教授(龍谷大)から格別の配慮を賜わった。この記述は厚くお礼申し上げます。次第である) ; Epstein, Medical Malpractice, Imperfect Information, and the Contractual Foundation for Medical Services, Law & Contemp. Probs., Spring 1986, 201 などがあつた。

(20) See, Atiyah, Accidents, Compensation and the Law, 4th ed., 1987, 545 ff.

(20a) なお、契約と不法行為との一般的な関係については、上野芳昭「アメリカ法における契約違反と不法行為との関係について」山形大学紀要(社会科学)一一巻一—二頁以下(昭五五)参照。

(21) この問題については、たとえば、平林勝政「医療過誤訴訟における過失認定の一側面」私法四一—三五頁以下(昭五四)、松浦以津子「医療事故訴訟における res ipsa loquitur」(未完)法政論集六七号一—二頁以下、七一—七九頁以下(昭五二)など参照。

(22) エプスタインの厳格責任論については、See, Epstein, A Theory of Strict Liability, 2 J. Leg. Stud., No.1, 1973 (本文やこの論文を引用する)。これは Epstein, Defense and Subsequent Pleas in a System of Strict Liability, 3 J. Leg. Stud., No.1, 1974 と一緒にまとめられて Epstein, A Theory of Strict Liability, 1980 に収められている。エプスタインについては、小林秀文「アメリカ不法行為法における新潮流」法学志林八一巻二—九頁以下(昭五八)に詳細な紹介がなされているが、本稿では、藤岡康宏「私法上の責任」岩波講座基本法学4—責任(昭五九)二三八頁以下に従ってその要点を示す

にとどめたい。

(23) その批判的検討については、See, England, *The System Builders: A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory*, 9 J. Leg. Stud., 1980, 57-63.

(24) これに関連する問題として、ハンス・レオ・ヴァイヤース(村上淳一訳)「私法における配分的正義と公共的利益の問題」法協一〇一卷八号一—三七頁以下(昭五九) 参照。

(25) 前注(24)の問題意識とは異なるが、平井宜雄・現代不法行為理論の一展望(昭五五)一八一頁以下参照。ヴァイヤースによると「法の経済分析(economic analysis of law)では、「民法の問題を考へる場合に経済的生産性を決定基準として重視すべきものとされる。その反面、個々の決定の分配機能が軽視される危険が少なくありません。まして伝統的な正義と公平の観点がなおざりにされるおそれは大きいのです。」前掲論文(注24)法協一〇一卷八号一—四六頁(昭五九)。なお、平井宜雄・法政策学(昭六二)一五六頁注(5)参照。

(26) 錦織成史「民事不法の二元性」法学論叢九八巻三号三二頁(昭五〇)。

(27) 同右(一)法学論叢九八巻一号三一頁(昭五〇)によると、「ドイツ民法典の不法行為法の出发点は、個人の自由である。個人の自由は、権利の領域という形で、具体化せられる。他人の意思に従属することなく、自己の意思によって支配すべく個人に割り当てられている領域があるということが、ドイツ民法典の不法行為法の出发点である。そしてこのような個人の意思の支配に割りあてられた領域としての権利の領域を、現実には他人が、行為によって客観的に侵害するとき、その行為は違法である。」さらに、この違法な行為が、行為者の有責に基づいて行なわれたときに、行為者に損害賠償義務が課せられる。行為の違法性と行為者の有責性という二段階の評価が、不法行為法においては、行なわれるのである。」

(28) 同右(三)・(完)法学論叢九八巻四号七四頁(昭五二)。

(29) 日本不法行為法リステイトメント⑤(権利侵害)ジュリ八八二号六七頁以下(昭六二)(星野英一)参照。

(30) たとえば、沢井裕「不法行為法学の混迷と展望」法セ二九六号九〇頁(昭五四)参照。

(31) 法典調査会民法議事速記録五(商事法務研究会版)二九八頁以下、三一四頁参照。

(32) 典型的には、前掲リステイトメント(注29)②(過失一般)ジュリ八七九号四七頁(昭六二)(淡路剛久)。その他、平井宜雄「責任の沿革的・比較法的考察」岩波講座基本法学5—責任(昭五九)三一—三二頁、星野英一「故意・過失、権利

- 侵害、違法性」私法四一号（昭五五）、「所収、同・民法論集第六卷（昭六一）三二〇頁など参照。過失一般についてのリスティメントの条文はこの趣旨に即応したものであるが、他方で「単一ルール主義」の立法方式をとることとして「違法性」を *Widerrrechtlichkeit*、「過失」を *Verschulden* にあたるとする「ことも、理論的には可能である。しかし、判決例に即して考えるリスティメントとしては、このようにすることは適当でない」とコメントが付けられていることにも留意する必要がある。前掲リスティメント（注(29)）⑤（権利侵害）ジュリハ八二号六四、七三頁注(33)。
- (33) 錦織成史「違法性と過失」民法講座6（昭六〇）一三七、一四二、一五五―一五六頁。
- (34) 加藤一郎・不法行為（増補版）（昭四九）三〇、六一、六四、一〇六頁以下参照。
- (35) See, Epstein, *Nuisance Law : Corrective Justice and its Utilitarian Constraints*, 8 J. Leg. Stud., 1979, 67, 74ff., 102.
- (36) Epstein, *Medical Malpractice*, 87.
- (37) See, Epstein, *A Theory of Strict Liability*, 2 J. Led. Stud., 1973, 198.
- (38) See, Calabresi & Hirschhoff, *Toward a Test for Strict Liability in Tort*, 81 Yale L. J., 1972, 1055, 1060.
- (39) Epstein, *Medical Malpractice*, 101, 104-105.
- (40) See, Atiyah, *Contract/Tort*, 288-289.
- (41) たゞとて、Deutsch, *Gutachten*, 1092-1093 には契約的構成の長所についてふれられているが、そこには、アメリカにみられるような医師の責任の厳格化にともなう保身医療に対処するための方策という視点はあらわされていない。
- (42) Deutsch, a. a. O., 1067, 1081, 1108-1109, 1112.
- (43) Epstein, *Medical Malpractice*, 94-95.
- (44) See, id. 97.
- (45) Epstein, *Medical Malpractice : Its Cause and Cure*, in *The Economics of Medical Malpractice* (S. Rottenberg ed. 1978), 256.
- (46) Deutsch, *Gutachten*, 1110-1113.
- (47) Deutsch, a. a. O., 1093-1094.
- (48) 注(7) 参照。

- (49) 注(7)に掲載されたものの中で本文で述べた視点から注目されるのは、たとえば、O'Connell, Neo-No-Fault Remedies for Medical Injuries : Coordinated Statutory and Contractual Alternatives, 125 ; Havighurst, Private Reform of Tort-Law Dogma : Market Opportunities and Legal Obstacles, 143 ; Epstein, Medical Malpractice, Imperfect Information, and the Contractual Foundation for Medical Services, 201. などな<sup>89)</sup>。
- (50) See, Atiyah, Contract/Tort, 287.
- (51) 注(9) 参照。
- (52) Fried, Contract as Promise : A Theory of Contractual Obligation, 1981. これについては、木下毅・アメリカ法 (1983-2) 二六四頁以下に紹介がなされているが、ここでは、「彼の立場は、古典的意思理論とギルモア、アッティアに代表される不法行為説との中間を行く(しかし、意思理論に傾斜した)折衷説として位置づけることができようか」(二七〇—二七一頁)とされている。
- (53) 以上を<sup>90)</sup> Atiyah, Contract/Tort, 289-291.
- (54) Id. 290-291. なお、フリーゼの前掲論文(注(52)) 五八頁以下、特に六〇頁参照。
- (55) Id. 298.
- (56) Id. 299-301.
- (57) この点については、たとえば、リチャード・S・ミラー／松本恒雄「アメリカ合衆国における不法行為改革の動向(上) (下)」判タ六二二号二五頁以下、六二二号三〇頁以下(昭六二) 参照。
- (58) たとえば、奥田昌道「医師の責任の機能と限界」北川善太郎・ヴォルフガング・ギッター編著「医療制度と法(昭五五) 一七八頁によると、「医の側でかような(最善の)ギリギリの努力がなされた上で、なお、個々の医療過程において、不可避免地生じうる医療事故に対して、その事後処理として、そこから生じたマイナスを、どのような要件のもとに、なんびとの間で負担すべきかが、医療の世界における民事責任の問題であり、また問題解決の出発点でなければならぬ。」(傍点筆者)とされていることに留意した。
- (59) Atiyah, Contract/Tort, 292-293.
- (60) 注(18) 参照。

(61) 平野・前掲論文(注(12))六〇八頁以下、同「完全性利益の侵害と契約責任論」法律論叢六〇巻一号四三―四八、一〇六―一〇九頁(昭六二)参照。

(62) この点で、「契約責任は契約利益、不法行為責任は完全性利益のそれぞれの侵害に対して成立するのであり、両責任は事例、類型的に重なりあっても、内容的にはふれもかすりもしない」(平野・前掲論文(注(61))法律論叢六〇巻一号四五頁)という指摘が示唆的である。

(63) 錦織成史「医療機器事故に基づく民事責任(二)・完」法学論叢一一五巻六号三、六一七、二七頁(昭五九)。

※ なお、脱稿後、平野裕之「利益保障の二つの体系と契約責任論―契約責任の純正化及び責任競合否定論―」法律論叢六〇巻二二三号五一九頁以下(昭六二)に接した。

【附記】

山島正男先生には在学中演習に参加させていただいて以来、公私両面にわたって終始変らぬ暖かいご指導を賜わったが、ふりかえってみると言葉に尽くせないものがある。紙数上の制約が厳しかったこともあって、本稿では標題のテーマについて文字どおり覚書き程度の構想の一端を示すにとどまらざるをえなかったが、これからの精進をお約束して献呈させていただきますと思う。