



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	有害物質の被害者（潜在的被害者を含む）の民事救済に関する一考察：日中米法を素材として
Author(s)	李，雯静
Degree Grantor	北海道大学
Degree Name	博士(法学)
Dissertation Number	甲第12088号
Issue Date	2016-03-24
DOI	https://doi.org/10.14943/doctoral.k12088
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/61829
Type	doctoral thesis
File Information	LI_WENJING.pdf



北海道大学大学院法学研究科学位（博士）申請論文

有害物質の被害者（潜在的被害者を含む）の民事救済に関する一考察
——日中米法を素材として——

学位申請者

博士後期課程三年 李雯静

学籍番号 15125012

学 位 論 文 内 容 の 要 旨

1. 本論文の目的と構成

本論文は序章を除き、全 2 編 9 章で構成される。第 1 編「輸血・血液製剤による感染症に関する不法行為責任の日中比較」は、有害物質による顕在化した被害者の民事救済問題を取り扱い、近年中国で問題となる輸血・血液製剤汚染（HIV、HBV、HCV など）により現実に損害の生じている被害者の民事救済法理について、日本法を比較法の対象としつつ、両国の議論状況を考察する。具体的には、中国における輸血・血液製剤感染に関する裁判例を整理、分析したうえで、過失の判断基準と因果関係の証明に関する日中比較研究を行い、中国の現行制度の問題点を明らかにするとともに、日本法から得られる法理論的・法政策的示唆を検討する。要するに、第 1 編は、日中の比較法的考察を通して、中国法の新たな解釈論の展開を試みる。

第 2 編「アメリカ法における有害物質による潜在的被害者の民事救済」は、第 1 編の研究の延長線上に位置づけられるものである。輸血・血液製剤の汚染被害、アスベスト被害、環境公害、放射能による曝露被害のような有害物質による蓄積的損害には潜在性と遅発性という特徴がある。このような不法行為の潜在的被害者の民事救済法理の確立は、21 世紀の不法行為法学における喫緊の課題となっている。アメリカの裁判所は、現実の要請に対して、司法実務の枠組み中で、伝統的な法解釈論（それは、現在発症している身体的傷害がなければ、権利回復は認めないとする立場である）に修正を加えることにより、潜在的被害者の救済を支援してきた。第 2 編は、アメリカ法における有害物質による潜在的被害者に対する法律救済及びその方向性を検討した上で、各裁判基準を明らかにし、中国法への示唆を得ることを目的とする。

2. 本論文の内容

(1) 第 1 編

第 1 章「中国における輸血・血液製剤感染事例の類型的考察」では、中国における輸血・血液製剤感染に関する具体的裁判例の概要と判旨を整理、分析したうえで、類型的な考察を行い、その考察によって実務的な判断基準を析出する。裁判例が示した過失の判断基準、欠陥製造物の判断基準、因果関係の証明責任の分配、そして公平責任の援用の有無などの角度から裁判根拠を整理する。

第 2 章「中国における輸血・血液製剤による感染症に関する不法行為責任の法的構造」では、裁判例の分析を踏まえ、学説における議論を検討する。中国では、血液と血液製剤は区別されている。本章では、まずこの点を明らかにし、その上で、それぞれの固有の問題について検討する。具体的には、血液による感染の過失責任の問題、血液製剤による感染の製造物責任の問題を検討する。次に、両者に共通する問題を考察する。具体的には、因果関係の証明責任の問題、公平責任の問題、侵權責任法（不法行為法）による血液と血液製剤の新たな扱いの問題である。

第 3 章「輸血・血液製剤による損害賠償責任に関する日本法の考察——中国法と比較しつつ」では、日本法の理論及び裁判例を取り入れつつ、輸血・血液製剤による感染症に関する不法行為責任の日中比較研究をする。具体的には、血液製剤の定義、分類及び法律上の性質、過失の判断基準、因果関係の証明法理、欠陥の判断及び開発危険の抗弁、責任主体と責任分配、感染訴訟の特徴、国家責任の広狭及び行政的救済制度を比較する。

第 4 章「結び——まとめと課題」では、法教義学的動向の日中比較の整理を通して、中国法への示唆を示す。中国では「過失」は未だに主観的に捉えられているが、日本では客観的に捉えられている。医師の過失を認定するとき、客観的かつ高度の注意義務に基づいて、医師の責任を厳格化すべきである。因果関係の証明に関して、中国では、直接かつ必然的な因果関係は、依然として因果関係の主な判断根拠となっている。これに対して、日本の判例理論では、訴訟上の因果関係の立証は、自然科学的な因果関係の証明ではなく、経験則に照らした高度の蓋然性の証明で足りるとされる。「経験則」が積極的かつ弾力的に用いられ、原告の立証困難を救済しようとする動きが注目される。中国では、因果関係の証明法理の再検討や事実上の推定を認めることが不可欠であると考えられる。司法的救済である賠償と行政的救済である補償という二つの救済手段を通じて、最大限の被害者救済は実現されうる。

(2) 第 2 編は、本論文の中核部分である。

第 1 章「有害物質による被害について」では、有害物質による被害訴訟について、その類型論及び被害の特徴（潜在性と遅発性）を述べた上で、潜在的被害者に対する法的救済の苦境及び成因、時効制度による救済の緩和と伝統的損害概念に基づく救済の不充分性を検討する。

第 2 章「潜在的損害の法律救済に関する理論枠組み」では、潜在的被害に対する法律救済のディレンマを突破するために、アメリカ法の考察を通して、有害物質による潜在的被害者に対する法律救済及び方向性を論述する。疾病罹患のリスク増加、将来の疾病罹患に対するおそれ・恐怖（精神的苦痛）、医療モニタリング費用による損害賠償訴訟が提起されてきた。それらの権利主張の具体的内容、反対意見及び裁判所の判断基準を明らかにする。

第 3 章「医療モニタリングによる権利主張に関する理論状況」では、その三つの非伝統的訴訟の中で一番支持されやすい権利主張である、医療モニタリングによる権利主張の具体的内容及び賠償範囲を確定し、他の二つの非伝統的権利主張との異同を分析する。また、医療モニタリングによる権利主張をめぐる論争（賛否両論）を整理した上で、医学的観点から医療モニタリングの適用条件を検討する。

第 4 章「医療モニタリングによる権利主張に関する裁判例の推移及び現状」では、まずリーディング・ケースとしての *FFAC v. Lockheed Aircraft Corp.* 事案を考察する、その上で、有害物質による不法行為の領域で、最初に医療モニタリング救済が認められた事案である *Ayers v. Township of Jackson* 事案を検討する。それに加えて、その後の医療モニタリングを認める裁判例を争点ごとに整理し、分析する。さらに、医療モニタリング費用に基づく権利主張について司法の大幅後退とみなされる、*Metro-North Commuter Railroad Co. v. Buckley* 事案を分析する。最後に、医療モニタリングを棄却する裁判例を

いくつか紹介し、医療モニタリングによる権利主張の現状について若干の考察を行う。

第5章「まとめ及び中国法への示唆」では、アメリカ法をまとめ、中国法への示唆を示す。伝統的不法行為法では、法律上に賠償されうる損害を現実的な身体的傷害に限定することは、いかなる場合でも妥当であるかについて疑問が生じる。つまり、「損害」を法解釈・法政策的にどう評価するかという問題が生じるのである。「損害」に対する判断は、法律上の問題であり、政策的考量あるいは価値判断も含まれている。損害の概念は、物理的に捉える（物理的損害）のではなく、法律上の損害概念（法的損害）として多元的に捉えるべきである。現代のリスク社会において、不法行為法の機能として、損害填補以外に不法行為に対する予防、抑止および制裁機能は、徐々に重視されるようになってきた。有害物質による不法行為責任法理がリスクを責任根拠にするものでありと捉える見解が示されている。とくに、環境法の領域では、予防原則に基づいて、深刻かつ不可逆な損害が発生する可能性がある場合に、従来の伝統的損害論を拡張的に解釈し、潜在的被害者を救済すべきである。

有害物質の被害者（潜在的被害者を含む）の民事救済に関する一考察

——日中米法を素材として——

第一編 輸血・血液製剤による感染症に関する不法行為責任の日中比較

第二編 アメリカ法における有害物質による潜在的被害者の民事救済

第一編 輸血・血液製剤による感染症に関する不法行為責任の日中比較

目 次

序章

第一節 背景及び問題の提起

第二節 本編の目的と進め方

第一章 中国における輸血・血液製剤感染事例の類型的考察

第一節 輸血による梅毒感染の裁判例

第二節 輸血・血液製剤によるC型肝炎感染の裁判例

第三節 輸血・血液製剤によるエイズ感染の裁判例

第四節 小括

第二章 中国における輸血・血液製剤による感染症に関する不法行為責任の法的構造

第一節 輸血用血液と血液製剤における法律上の性質の争い

第二節 輸血による感染における過失及び過失の判断基準

第一款 医療損害賠償責任の帰責原則及び過失の構造

第二款 医療従事者の注意義務及び医療水準の相対性を巡る論争

第三款 医療機関及び血液センターにおける定型的な行為準則の内容

第三節 血液製剤についての製造物法の扱い

第一款 「欠陥」の判断基準及びその批判

第二款 血液製剤における開発危険の抗弁

第四節 医療損害賠償責任に関する因果関係の証明

第一款 因果関係の認定及びその発展

第二款 「証明責任の転換」規則及び現状

第三款 因果関係の証明責任の緩和ルール

第五節 無過失輸血による感染の責任問題及び公平責任の位置づけ

第一款 責任主体の責任分配

第二款 公平責任の位置づけ

第六節 侵権責任法における血液・血液製剤の扱い

第一款 輸血・血液製剤による感染の責任主体における責任分配

第二款 侵権責任法五九条の解釈論及び批判

第三款 医薬品による被害の責任主体の責任分配——政策的な観点からの再検討

第三章 輸血・血液製剤による損害賠償責任に関する日本法の考察——中国法と比較しつつ

第一節 血液製剤の定義、分類及び法律上の性質の争い

第二節 裁判例における過失の判断の比較——医師の注意義務をめぐって

第一款 医療慣行の位置づけ

第二款 侵権責任法五九条の解釈論及び批判

第三款 輸血・血液製剤の使用における必要性の争い

第三節 裁判例における因果関係の証明の比較

第一款 因果関係の証明法理の違い

第二款 重複感染における因果関係の認定及び事実上の推定

第四節 血液製剤に関する欠陥の判断枠組み及び開発危険の抗弁の比較

第一款 「欠陥」の判断及び輸血用血液の欠陥判断の特性

第二款 血液製剤における欠陥の判断基準としての危険効用基準

第三款 開発危険の抗弁

第五節 血液・血液製剤を含む医薬品の責任主体と責任分配の違い

第六節 血液製剤による感染訴訟の特徴の違い

第七節 国の責任の有無及び被害者への行政上の救済

第一款 規制権限不行使に基づく国の責任の有無

第二款 血液製剤を含む欠陥医薬品に対する国の警告・回収義務

第三款 被害者への行政上の救済

第四章 結び——まとめと課題

第一節 まとめ——日本法から中国法への法理論的・法政策的示唆

第一款 新たな所有理論（市場理論批判）との関わり

第二款 法教義学的動向の日中比較の整理

第二節 残された課題

第二編 アメリカ法における有害物質による潜在的被害者の民事救済

目 次

序章 問題意識及び課題

第一章 有害物質による被害について

第一節 有害物質による潜在的被害の類型論

第一款 欠陥製造物（医療製品や薬品など）による被害

第二款 職場での有害物質による被害（アスベスト被害）

第三款 環境被害（放射能被害を含む）

第二節 有害物質による不法行為から生じる被害の特徴

第一款 不法行為の隠蔽性

第二款 損害の潜在性と遅発性（蓄積型損害）

第三節 潜在的被害に対する法的救済の苦境および成因

第四節 時効制度による救済の緩和と不十分性

第五節 判例法の新たな動向

第二章 潜在的損害の法律救済に関する理論枠組み（pre-manifestation damage theories）

第一節 法律ディレンマを突破する試みⅠ——疾病罹患のリスク増加（increased risk of disease）による権利主張

第一款 権利主張の具体的内容

第二款 反対意見

第三款 裁判所の判断基準及びその緩和

第四款 小括

第二節 法律ディレンマを突破する試みⅡ——将来の疾病に罹患するおそれ（fear of disease）（精神的苦痛）による権利主張

第一款 権利主張の中身と分類

第二款 反対意見

第三款 司法実務上の判断基準及びその緩和

第四款 小括

第三節 法律ディレンマを突破する試みⅢ——医療モニタリング（medical monitoring）による権利主張

第三章 医療モニタリングによる権利主張に関する理論状況

第一節 権利主張の具体的内容及び賠償範囲

第二節 他の潜在的損害に基づく権利主張との異同

第一款 精神的苦痛に基づく権利主張との異同

第二款 リスク増加に基づく権利主張との異同

第三節 医療モニタリングによる救済をめぐる論争

第一款 医療モニタリングによる救済のメリット

第二款 医療モニタリングへの反対意見

第三款 医療モニタリングが裁判所に受け入れられる原因分析

第四款 医療モニタリングによる請求の正当性

第四節 医療モニタリングの適用条件——医学的観点から

第四章 医療モニタリングによる権利主張に関する裁判例の推移及び現状

第一節 リーディング・ケース——FFAC v. Lockheed Aircraft Corp.

第二節 有害物質による不法行為のケース——Ayers v. Township of Jackson

第三節 その後の医療モニタリングを認める裁判例及び分析

第一款 医療モニタリングを認める裁判例

第二款 権利主張の性質に関する争い

第三款 医療モニタリングを主張できる原告の資格

第四款 原告の証明すべき要素及び裁判所の判断基準

第五款 賠償金の支払い問題——「一時金」（lump-fund）か「裁判所監督の信託基金」（court-supervised trust fund）

第四節 Metro-North Commuter Railroad Co. v. Buckley

第五節 医療モニタリングを棄却する裁判例

第六節 現状

第五章 まとめ及び中国法への示唆

第一節 アメリカ法のまとめ

第二節 若干の試論——比較法的留意点と批判的考察

第一款 比較法的留意点

第二款 批判的考察

第三節 日本法とのつながり——放射能による潜在的損害を中心に

第四節 本論文の帰結——中国法への示唆

第一款 中国の有害物質による不法行為の深刻さ

第二款 中国法への示唆（総論的）

第三款 具体的な検討（1）——純粋な精神的苦痛による権利主張に関して

第四款 具体的な検討（2）——医療モニタリング費用による権利主張に関して

第五款 小括

第五節 残された課題

第一編 輸血・血液製剤による感染症に関する不法行為責任の日中比較

序章 問題意識

第一節 背景及び問題の提起

第二節 本稿の目的と進め方

第一章 中国における輸血・血液製剤感染事例の類型的考察

第一節 輸血による梅毒感染の裁判例

第二節 輸血・血液製剤によるC型肝炎感染の裁判例

第三節 輸血・血液製剤によるエイズ感染の裁判例

第四節 小括

第二章 中国における輸血・血液製剤による感染症に関する不法行為責任の法的構造

第一節 輸血用血液と血液製剤における法律上の性質の争い

第二節 輸血による感染における過失及び過失の判断基準

第一款 医療損害賠償責任の帰責原則及び過失の構造

第二款 医療従事者の注意義務及び医療水準の相対性を巡る論争

第三款 医療機関及び血液センターにおける定型的な行為準則の内容

第三節 血液製剤についての製造物法の扱い

第一款 「欠陥」の判断基準及びその批判

第二款 血液製剤における開発危険の抗弁

第四節 医療損害賠償責任に関する因果関係の証明

第一款 因果関係の認定及びその発展

第二款 「証明責任の転換」規則及び現状

第三款 因果関係の証明責任の緩和ルール

第五節 無過失輸血による感染の責任問題及び公平責任の位置づけ

第一款 責任主体の責任分配

第二款 公平責任の位置づけ

第六節 侵権責任法における血液・血液製剤の扱い

第一款 輸血・血液製剤による感染の責任主体における責任分配

第二款 侵権責任法五十九条の解釈論及び批判

第三款 医薬品による被害の責任主体の責任分配——政策的な観点からの再検討

第三章 輸血・血液製剤による損害賠償責任に関する日本法の考察——中国法と比較しつつ

第一節 血液製剤の定義、分類及び法律上の性質の争い

第二節 裁判例における過失の判断の比較——医師の注意義務をめぐって

第一款 医療慣行の位置づけ

第二款 医師の注意義務の基準

第三款 輸血・血液製剤の使用における必要性の争い

第三節 裁判例における因果関係の証明の比較

第一款 因果関係の証明法理の違い

第二款 重複感染における因果関係の認定及び事実上の推定

第四節 血液製剤に関する欠陥の判断枠組み及び開発危険の抗弁の比較

第一款 「欠陥」の判断及び輸血用血液の欠陥判断の特性

第二款 血液製剤における欠陥の判断基準としての危険効用基準

第三款 開発危険の抗弁

第五節 血液・血液製剤を含む医薬品の責任主体と責任分配の違い

第六節 血液製剤による感染訴訟の特徴の違い

第七節 国の責任の有無及び被害者への行政上の救済

第一款 規制権限不行使に基づく国の責任の有無

第二款 血液製剤を含む欠陥医薬品に対する国の警告・回収義務

第三款 被害者への行政上の救済

第四章 結び——まとめと課題

第一節 まとめ——日本法から中国法への法理論的・法政策的示唆

第一款 新たな所有理論（市場理論批判）との関わり

第二款 法教義学的動向の日中比較の整理

第二節 残された課題

序章 問題意識

第一節 背景及び問題の提起

中国の医学界では、血液は「生命の源泉」と呼ばれてきたものの、近年、臨床輸血あるいは血液製剤¹の増加を背景として、疾患（梅毒、B型肝炎、C型肝炎、エイズなど）の感染原因となっている。

例えば、中国政府側の統計によると、2005年9月まで、国内のエイズ感染者数は13万5630人にのぼり²、そのうち、感染症を持つ者から採血した血液の輸血及びそれを原料とする血液製剤により感染した者の人数は約7万人である³。それがエイズ感染者全体の50%弱を占めていた。とりわけ、河南省政府によれば、2005年9月30日までに、河南省HIV感染者数は3万387人、そのうち、汚染された血液による感染者の人数は2万7429人で、河南省のエイズ感染者全体の実に90.26%を占めていた⁴。特に河南省上蔡県⁵「文楼村」は、「エイズ村」⁶とさえ呼ばれている。河南省におけるエイズの大規模被害の一つの原因は、経済利益のため、農民の売血活動が集団的に行われたことが考えられる。

中国では、1998年の「献血法」⁷が公布されたのだが、それまで河南省においては売血行為が流行していたため、売血する村民らがエイズ感染者の使用した採血針を交換しないまま複数で使い回すことになり、集団的にエイズ罹患する上記の常態となったのである。また、それにとどまらず、河南省各病院の患者についても、エイズ感染した血液を輸血され、感染に至った例も少なくな

¹ 中国では、輸血用血液（日常用語では、「血液」または「輸血」と呼ぶ）と血液製品（日本語での「血液製剤」）は分けて検討されている。それに対して、日本では、実定法上、「血液」という法令用語は存在せず、「血液製剤」と呼ばれ、法律上位置づけられている。また、輸血用血液は、血液製剤の一種である「輸血用血液製剤」として検討されている。金子昇平「血液行政の法律問題」『行政法の発展と変革——塩野宏先生古稀記念（下）』（有斐閣、2001年）633頁参照。初歩的な用語説明であるが、読者の理解混乱を避けるために、注を付した。詳細は、後に掲げる。

² 2005年11月28日、国務院によって開催されたエイズ防止治療事業の、テレビ及び電話会議（実録）における衛生部副部長王隴徳の発言による。しかし、2007年、「中国エイズ防止治療に関する連合評価報告（2007）」によると、2007年10月までに、エイズ感染者は22万3501人であった。そして、2009年の衛生部の通報によれば、同年の末までに、報告されたエイズ感染者は74万人弱である。これは政府に発表されたエイズ患者の人数であるが、専門家によると、実際の数値は約100万人と推断されている。

³ 2005年11月30日、当時の衛生部部長高強のエイズ防止治療の現況についての記者会見における発言による。

⁴ 2005年11月28日、国務院が開催したエイズ防止治療事業のテレビ及び電話会議（実録）における、河南省政府の副省長王菊梅の発言による。中国政府は、かつて長い間にわたり、HIVの大量感染の事実を否定しており、多くの犠牲者が隠れているとされた。しかし、河南省の農民が集団的にHIV感染した状況は悲惨を極めており、中国において、これほどエイズ被害による大規模な惨劇が起きた省は、河南省のほかにはないとされる。これについては、さしあたり、ピエール・アスキ（山本知子訳）『中国の血』（文藝春秋、2006年）が参考になる。同書は、中国当局に売血をすすめられ、エイズに感染した農民が治療も受けられず、次々に死んでいった大惨事を活写している。また、余華『許三觀売血記（第二版）』（作家出版社、2011年）も参考になる。

⁵ 中国における「県」は、日本の町にあたる。

⁶ 文楼村の村民3211人中、HIV感染者は678人で、そのうち578人がすでに発症している。エイズ犠牲者やエイズ孤児に対して、どのように支援するかは大きな問題になっている。この点について、ピエール・アスキ・前掲注（4）が参考になる。

⁷ 中国の「献血法」は1998年に施行された。2005年に、無償献血からの採血血液が臨床の供血血液を占める比率は1998年の22%から94.5%へ増えてきた。前掲注（2）衛生部副部長王隴徳の発言による。

い。血液売買は 1990 年代初期から中期まで盛んであった。しかし、エイズ発症まで数年間の潜伏期間があるため、1990 年代の終わりになって感染例が出現したのである。つまり、この長期潜伏性ゆえに、輸血によるエイズ被害訴訟が今日の深刻な課題をもたらしている。このような血液売買によるエイズ感染者や、彼らの売血によって採血した血液を素材とした血液製剤（特に非加熱第Ⅷ因子製剤）によってエイズ感染した血友病患者⁸は、非常に悲惨な状況に陥っている。しかし、これらの被害者に対する国家による支援は脆弱であるため、被害者の権利保護は未だ不十分なままである。

輸血による感染被害に関する紛争では、従来、主に病院側または血液を提供した血液センター⁹（原語は「血站」）の過失及び輸血と疾病感染との間の因果関係の有無が争われた事件が多い。過失と因果関係の認定は、輸血による医療過誤訴訟の焦点であり、患者側が勝訴できるか否かの肝心な要素である。そのため、過失の前提となる注意義務の判断と因果関係の証明は、過失責任の成立要件として、理論的にも実際のにも重要な問題であると考ええる。とりわけ、中国では、日本のような医師の過失の客観化・高度化の理論は未だ裁判実務上浸透していない。加えて、過失についての法律上の推定はなされていても、その事実上の推定はあまり見られない。また、歴史的に見て、中国は旧ソ連などの元社会主義国家の影響を受けており、それゆえ、法学においても旧ソ連法の影響が色濃く残っている。その一つを例示すると、医療訴訟において、因果関係の認定が非常に厳格であり、直接かつ必然的な因果関係の存否が、因果関係認定の判断根拠となっている。¹⁰

ところで、血液製剤による感染被害は、製造物責任法¹¹によって扱われている。「製品品質法」（原語は「產品質量法」）においては製造者・販売者の過失の有無を問わず、「欠陥」の存在のみを要件に賠償責任を認める無過失責任が採用されている。しかし、欠陥の判断基準が決して妥当であるとは言えない。というのも、「欠陥」の有無は、製品が国家または業界による行政基準に合致するか否かによってのみ判断されるためである。それゆえに、医薬品による健康被害の事案について、裁判所は、医薬品が行政基準に合致していた場合には、その医薬品が欠陥医薬品に該当しないとした。しかし、行政基準に合致する医薬品は、必ずしも「通常有すべき安全性」を備え、「不合理な危険」がない製品になるわけでない。

また、血液製剤が製品品質法上の製造物に属するべきであることは広く認められてきたが、輸血用血液が製造物とみなされるかに関しては、学説の評価が分かれており、従来議論されてきた¹²。

ところで、「侵権責任法」（日本語は「不法行為法」）¹³は 2009 年 12 月 26 日に全国人民代表大会（全人大）常務委員会によって可決され、2010 年 7 月 1 日から施行された。この法律では、専ら第七章において「医療損害責任」

⁸ 「治療血友病竟治出艾滋病？」広州日報 2009 年 9 月 10 日 A19 版。これは百人以上の血友病患者が血液製剤によりエイズ感染したことに関する報道である。

⁹ 中国の「血液センター」は血液を採供する医療衛生機構であり、日本の赤十字社に当たるものである。

¹⁰ 陳鉄水＝李清林「論相当因果関係」雲南大学学报法学版 2005 年 18 卷 2 期 24 頁参照。

¹¹ 中国の製造物責任、いわゆる PL については、1993 年に施行され、2000 年に改正された「製品品質法」により、具体的な要件が定められている。

¹² 日本において、輸血用血液が法律上の製造物とみなされるかどうかに関しては、遅くとも 1994 年製造物責任法の立法当時も大々的に論じられた。これを見ると、日中間において、法律学の格差がはっきりしていることが垣間見られる。

¹³ 2010 年に実施された侵権責任法は、中国における不法行為分野の基本法となり、民法通则との関係は「特別法は一般法に優先する」、「新法は旧法に優先する」のルールにより、侵権責任法が民法通则に優先して適用される。

に関する様々な条文が規定された。同法 59 条¹⁴によると、「輸血用血液」は「血液製剤」と同様に製造物とみなされ、責任主体の責任分配も従来と異なっている。また医療機関は、医薬品の販売者とみなされ、医薬品の製造者・販売者とともに製造物責任上の責任主体とされる¹⁵。

なぜならば、中国の医療政策は日本と異なり、医療保障制度の改革、医療機関の市場化などに伴い、従来の医療福祉制度が崩れ、「薬で医療を養う」（原語は「以薬養医」）¹⁶現象が広まっているからである。これは、「薬代で病院の経営経費を補う」というもので、営利のために、医師が患者に買わせた薬品の利潤から収入を上げることであり、中国特有の現象である（日本でも薬漬け診療の弊害は指摘されるが、中国はそれ以上なのである）。医師は医薬品の販売者のように、患者に多量の高価な薬品を処方し、「上乗せ薬代」による収入の最大化を求める。それに対し、患者は無駄な医療費を強いられ、必要のない負担を課せられている¹⁷。そのため、中国の社会的政策や特別な国情を踏まえ、医療機関と血液・血液製剤の提供者・生産者との責任分配につき個別具体的に分析しなければならない。

また、学説は、一般的に、侵權責任法 59 条の規定を医薬品の製造物責任（無過失責任）の規定と捉え、医療機関が医薬品の販売者とみなされるべきであると解する¹⁸。しかし、製造物責任主体は医療機関側であるか、それとも輸血用血液の提供者たる血液センターや血液製品の生産者たる製薬会社であるかに関しては、学説の対立がみられる¹⁹。

ところで、近年中国では、立法作業に当たって日本法制度のメリットや法整備の成功経験などを取り入れたものが少なくない。例えば、侵權責任法 7 章では、57 条²⁰に「当時の医療水準」という概念の採用²¹および 58 条²²に診

¹⁴ 侵權責任法 59 条の規定は、「薬品、消毒剤、医療機器の欠陥、または不合格の血液の輸血により患者に損害を与えた場合、患者は製造者または血液提供機関に対して賠償を請求することができ、また医療機関に対しても賠償を請求することができる。患者が医療機関に賠償を請求する場合、医療機関は賠償を行った後、責任を負うべき製造者または血液提供機関に対して求償する権利を有する」である。

¹⁵ しかし、この条文に対しては、学者からの批判が強くなされている。詳細は、後に掲げる。

¹⁶ 夏芸「中国における医療保障制度および医療事故紛争処理の改革動向」比較法学（早稲田大学、2006 年 1 月）162 頁参照。

¹⁷ 中国の医療衛生事業が公益性を欠く事態に導いた主な原因は、この点にある。こうした事態を回避するためには、医療改革を進めることが肝要である。「差額ゼロ」で薬価低減という社会的要望に対応すべきである。この現状については、「効果上がる新医療改革」人民中国（2012 年 3 月）12～31 頁参照。なお、2012 年 1 月、新年第一回の国家衛生工作会議において、国家衛生部陳竺部長は「2015 年まで、全国において『薬で医療を養う』という現象を取り除く」と決意した。

¹⁸ 奚曉明『「中華人民共和國侵權責任法」条文理解与適用』（人民法院出版社、2010 年）414 頁。

¹⁹ 例えば、59 条について、一方、医療機関は販売者とみなされ、製造物責任（無過失責任）を負うべきであるという主張がある。他方、「医療機関は過失がない限り、損害賠償責任を負うべきではない。さもないとすれば、その責任は最終的に医療費の増加を手段として、患者全体に転嫁するおそれがある」という主張もある。楊立新『「侵權責任法」改革医療損害責任制度的成功与不足』中国人民大學學報 2010 年 4 期 13～14 頁参照。

²⁰ 侵權責任法 57 条は「医療従事者が診療活動においてその当時の医療水準に相応しい診療義務を十分に果たさず、患者に損害を与えた場合、医療機関は賠償責任を負わなければならない」と規定する。ここで、注意義務の基準となるべきものは、診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準である。

²¹ 楊立新・前掲注（19）11 頁。

²² 侵權責任法 58 条は「患者に損害が生じた際、以下の状況のいずれかに当てはまる場合は医療機関に過失があったと推定する。（一）法律、行政法規、規章及びそのほかの診療規範に関わる規定に違反していた場合；（二）紛争に関わる病歴資料を隠匿またはその提供を拒絶した場合；（三）病歴資料の偽造、改竄または廃棄処分を行っていた場合」と規定する。

療過誤の具体的な認定基準の客観化が規定され、一定の事実から、医療機関の過失を推認できることとした。

他方、日本の輸血に関わる医療問題には、血液型不適合の輸血（例えば、異型輸血過誤事件²³）、輸血時の手技による過誤（例えば、千葉大採血ミス事件²⁴）、宗教上の原因での輸血拒否（例えば、宗教的理由による輸血拒否事件²⁵、エホバの証人信者の両親による輸血委任仮処分申請事件²⁶）など様々な問題がある。また、中国と同様に、輸血・血液製剤によるウイルス感染症に罹患した事案も問題となっている。具体的には、梅毒、血清肝炎²⁷、さらに近時では、C型肝炎（HCV）及びエイズ（HIV）等のウイルス感染症が挙げられる。代表的な裁判例として、輸血による梅毒感染事件²⁸、輸血による血清肝炎感染事件²⁹、血液製剤によるC型肝炎感染事件³⁰（薬害C型肝炎事件）、血液製剤によるエイズ感染事件³¹（薬害エイズ³²事件）が挙げられる。

²³ 広島高岡山支判昭和 57 年 3 月 24 日判タ 678 号 50 頁。甲斐克則「異型輸血過誤事件」『医療過誤判例百選（別冊ジュリスト 102 号）』（有斐閣、1989 年）56～57 頁参照。甲斐克則「異型輸血過誤事件」『医療過誤判例百選（第 2 版）（別冊ジュリスト 140 号）』（有斐閣、1996 年）100～101 頁参照。後藤弘子「異型輸血過誤事件」『医事法判例百選（別冊ジュリスト 183 号）』（有斐閣、2006 年）180～181 頁参照。そのほか、仙台高判昭和 36 年 5 月 22 日医療過誤民事裁判例集 1733 頁。平林勝政「血液誤判事件」『医療判例百選（別冊ジュリスト 50 号）』（有斐閣、1976 年）30～31 頁参照。

²⁴ 東京高判昭和 47 年 3 月 31 日判時 663 号 65 頁。宇都木伸「千葉大採血ミス事件」『医療判例百選（別冊ジュリスト 50 号）』（有斐閣、1976 年）96～99 頁参照。船山泰範「千葉大採血ミス事件」『医事法判例百選（別冊ジュリスト 183 号）』（有斐閣、2006 年）188 頁参照。

²⁵ 最判平成 12 年 2 月 29 日民集 54 卷 2 号 582 頁。潮見佳男「輸血拒否——東大医科研病院事件」『医事法判例百選（別冊ジュリスト 183 号）』（有斐閣、2006 年）96～97 頁参照。

²⁶ 大分地判昭和 60 年 12 月 2 日判タ 570 号 30 頁。山下登「エホバの証人信者の両親による輸血委任仮処分申請事件」『医療過誤判例百選（別冊ジュリスト 102 号）』（有斐閣、1989 年）112～113 頁参照。山下登「宗教上の輸血拒否者の両親からの輸血委任仮処分申請事件」『医療過誤判例百選（第 2 版）（別冊ジュリスト 140 号）』（有斐閣、1996 年）102～103 頁参照。

²⁷ かつては、輸血に起因して、血液感染した肝炎を血清肝炎・輸血後肝炎と呼んでいたが、これには B 型肝炎と C 型肝炎が含まれていた。その後、A 型肝炎でも B 型でもない第 3 のウイルスの存在が確認され、昭和 50 年ころから、非 A 非 B 型肝炎と呼ばれるようになった。それは C 型肝炎に相当するものであった。平成元年になって、原因ウイルス（HCV）が特定された。HCV に感染すると、相当数は慢性肝炎となり、さらに、一定数が、長期間を経て、肝硬変、肝がんに至るとされている。「C 型肝炎東京訴訟第 1 審判決（東京地裁平成 19. 3. 23 判決）（特集 C 型肝炎東京訴訟第 1 審判決）」判例時報 1975 号（2007 年）4 頁（匿名コメント）参照。

²⁸ 最判昭和 36 年 2 月 16 日民集 15 卷 2 号 244 頁。この判決については、さしあたり、星野英一＝唄孝一「輸血による梅毒感染についての医師の過失責任——職業的給血者に対する医師の問診義務の有無程度」法学協会雑誌 81 卷 5 号（1966 年）568 頁以下参照。また、浦川道太郎「東大輸血梅毒事件」『医事法判例百選（別冊ジュリスト 183 号）』（有斐閣、2006 年）178 頁参照。新美育文「輸血梅毒事件」『不法行為法（法学セミナー増刊）』（日本評論社、1985 年）96 頁。錦織成史「輸血梅毒事件」『医療過誤判例百選（第 2 版）（別冊ジュリスト 140 号）』（有斐閣、1996 年）98～99 頁。奥田昌道「輸血梅毒事件」『医療判例百選（別冊ジュリスト 50 号）』（有斐閣、1976 年）25 頁。

²⁹ 東京地判平成 3 年 11 月 25 日判時 1417 号 83 頁。この判決については、さしあたり、飯塚和之「輸血による血清肝炎罹患事件」『医療過誤判例百選（第 2 版）（別冊ジュリスト 140 号）』（有斐閣、1996 年）105 頁。植木哲「輸血による血清肝炎罹患事件」『医療過誤判例百選（別冊ジュリスト 102 号）』（有斐閣、1989 年）167 頁。

³⁰ 大阪地判平成 18 年 6 月 21 日判時 1942 号 23 頁。「特集 C 型肝炎関西訴訟第 1 陣第 1 審判決——C 型肝炎訴訟大阪地裁判決をめぐって」判例時報 1942 号（2006 年）2 頁以下参照。それから、東京地判平成 19 年 3 月 23 日判時 1975 号 2 頁。

³¹ これについては、さしあたり、淡路剛久「HIV 訴訟と和解」ジュリスト 1093 号（1996 年）53 頁以下参照。淡路剛久＝鎌田薫＝清水洋二＝宗像恒次「〔座談会〕血液・血液製剤被害とその安全・救済対策」ジュリスト 1097 号（1996 年）10 頁以下参照。

³² 血液製剤は、千人ないし万人以上の供血者の血漿をプールして作られたため、病原体に汚

したがって、日中両国の輸血・血液製剤による感染症の裁判例を検討したうえで、この共通の社会的問題がどのように法的に扱われているかの共通点・相違点を明らかにし、医療過誤責任や製造物責任に関する比較研究を行うことが必要である。特に、日本の裁判例および学説の検討を通して、被害者を保護するために、どの程度まで事実的因果関係を立証すればよいのかという立証の必要の程度をめぐる議論が必要となろう。例えば、判例によって確立された「高度の蓋然性」³³理論や、一定の事実から、因果関係があることを、経験則上推認する「因果関係の事実上の推定」などは参考になると思われる。このように、原告の立証責任を軽減し原告を救済するための、過失あるいは因果関係の判断枠組み等に関する研究は、中国における今後の法解釈あるいは裁判官が類似した事件を裁くのに有益であると考えられる。また、血液・血液製剤をはじめ、欠陥医薬品における製造物としての法律上の扱いに関する研究は、中国の学者・実務家の重要課題となるだろう。

なお、被害者救済のために、民法上の救済のみならず、行政上の救済制度も社会保障的観点からは不可欠である。被害者への救済を考える際には、被害者個人に対する国家補償のアプローチを見落としてはならず、中国は日本と同様に、血液製剤に関する感染につき行政救済制度を作り、補償を行うことも現実的かつ可能な解決方法として検討すべきであった。しかし、今日まで中国における汚染した血液・血液製剤によるウイルス（HBV、HCV、HIV）感染事故に関しては、このような趣旨の救済制度が未だに実施されていない。日本における血液製剤によるエイズやC型肝炎感染者への国家賠償³⁴制度、医薬品の副作用被害救済制度³⁵、および医師や製薬会社の責任保険制度などの行政上の救済制度は、今後、中国では参照に値する。

以上、問題背景を筆者なりに分析を試みてみた。もっとも、筆者の行えることには限りがあるので、以下の本論においては、日中比較法の検討を通して、輸血・血液製品によるウイルス感染の損害賠償制度を対象とし、その方面に関する比較研究を進めることとする。

第二節 本稿の目的と進め方

輸血・血液製剤による感染について、中国では1990年以降に、日本と同様、感染事件や紛争が多数発生していたが、その法律上の処理に関する裁判例と学説は、今日まで日本であまり紹介されていなかった。そこで本稿においては、輸血・血液製剤に関する現行法制度と旧法上の制度との縦方向の比較を試みるとともに、日本法との横方向の比較を通じて、中国における輸血・血液製剤感染に関する具体的裁判例の概要と判旨を整理、分析したうえで、類型的な考察を行い、その考察によって実務的な判断基準を析出するというを第一の目的とする。

染されている確率が高い。だが、HIVは熱に弱く、加熱処理が施された血液製剤は安全である。しかし、加熱処理がなされる前の非加熱血液製剤の投与によって、多くの血友病患者らがHIVに感染した。これらの被害のことを日本では一般的に「薬害エイズ」と呼んでいる。「薬害エイズ（特集）」外国の立法34巻5=6合併号（1996年）1頁。

³³ ルンバール事件差戻し判決（東京高判昭和54年4月16日判時924号27頁）。

³⁴ 塩野隆史「薬害HIV訴訟と薬害HCV訴訟について」古村節男＝野田寛編集『医事法の方法と課題——植木哲先生還暦記念』（信山社、2004年）368頁。また、西塾章「C型肝炎訴訟の今後の展開（特集C型肝炎関西訴訟第1陣第1審判決——C型肝炎訴訟大阪地裁判決をめぐって）」判例時報1942号（2006年）22頁。

³⁵ 日本の医薬品副作用被害救済基金法は、1979年に公布され、そして、医薬品の副作用による健康被害を速やかに救済するため、医療費、障害年金、遺族年金等の救済を支給することとし、救済基金が設立された。2004年に、医薬品医療機器総合機構が設立され、医薬品副作用救済業務はこの機構で実施されることとなった。

また、裁判例に対して若干の考察を加えることを中心としながら、最新の文献を参照し、輸血・血液製剤による感染につき、2009年の侵權責任法 59 条によって医療機関の無過失責任を認めるべきか否かについての学説を探究する。特に、この規定が患者側と病院側に与える影響を考察し、中国の背景に鑑みて分析を行う。つまり中国の特別な国情（実情及び変動）を踏まえつつ、輸血用血液・血液製剤が製造物とされることがと医療機関の帰責制度の適性分析を試み、私見を述べる。その上で、過失の判定基準と因果関係の日中比較研究を通し、日本法からの示唆を出発点として、中国での問題解決の指針を提示することが、本稿の第二の目的である。

本稿の進め方として、まず、輸血・血液製剤による感染の不法行為責任の成否についての中国裁判例を類型化して紹介、整理する（第一章）。次に、中国の学説の展開状況を分析、検討したうえで、判決の射程距離、法的根拠、理論的根拠の三つの側面から判決や学説の問題点を把握する（第二章）。さらに、その改善と充実の方向を検討するために、日本の裁判例及び学説を取り入れつつ、比較研究によって、日中両国の司法現状、理論構成の異同を明確化し、中国の現行制度の問題点を明らかにする（第三章）。最後に、以上の考察により、日本法から得られる中国法への法理論的・法政策的な示唆をまとめ、法教義学的動向の日中比較の整理がなされる（第四章）。

第一章 中国における輸血・血液製剤感染事例の類型的考察

以下では、中国における裁判例を取り上げて、輸血用血液・血液製剤によるウイルス感染症に類型化して、各々検討を試みることにする。

第一節 輸血による梅毒感染の裁判例

〔1〕北京市第一中級人民法院民事判決書（2008年3月28日の判決）

〔事実の概要〕³⁶ 上诉人（原审原告）X〔王某〕は貧血のため、2005年4月1日に被上诉人（原审被告）Y〔北京某人民病院〕に入院し、4月2日、輸血を受け、4月11日、梅毒感染と診断された。XはYに対し、不法行為における損害賠償に基づいて、慰謝料10万元を請求した。

〔判旨〕一審法院³⁷は「XがYの診療行為とXの梅毒感染との間の因果関係を証明できない」とし、Xの請求を棄却した。

しかし、二審法院（北京第一中級法院）は「Xが自分とYの間に医療関係があることおよび梅毒感染の事実を立証できれば、証明責任を尽くしたとみなすべきである」と判示した。また、最高人民法院の「民事訴訟の証拠に関する若干規定」（原語は「關於民事訴訟証拠の若干規定」）（法釈〔2001〕33号）

（以下「民事証拠規定」と略す）4条8項³⁸の医療過誤訴訟の立証責任の転換規定により、「Yは診療行為とXの梅毒感染との間に因果関係がないこと及び診療行為の過失がないことを立証すべきである。YはXが輸血を受ける前に、梅毒を感染されたことを立証できないほか、紛争発生した後Xのカルテを人為的に加筆したので、因果関係とYの過失の認定を免れない」とし、Xの請求を認め、YはXに対し、慰謝料10万元の賠償を命じた。

³⁶ 於涛＝李軍＝李佳「輸血感染梅毒案」法制と経済（上半月）2008年5号45～46頁参照。

³⁷ 中国の「法院」は日本の裁判所に当たる。

³⁸ 2002年に施行された最高人民法院の「民事証拠規定」という司法解釈の第4条第8項は、医療過誤訴訟について立証責任の転換を定めた。「医療行為により引き起こされた権利侵害の訴訟は、医療機関が、医療行為と損害の結果との間に因果関係が存在しないこと、及び医療過誤が存在しないことについて立証する責任を負う」という規定である。

第二節 輸血・血液製剤によるC型肝炎感染の裁判例

1 輸血によるC型肝炎感染の裁判例

〔2〕北京市第一中級人民法院民事判決書（2003）一中民終字第 5736 号

〔事実の概要〕1993年2月26日、上訴人（原審原告）X〔何某〕は、被上訴人（原審被告）Y1〔徳外病院〕に入院し、肝機能の検査をしたところ、肝機能は正常であった。その後、Xは、Y1で2回にわたり、被上訴人（原審被告）Y2〔北京市血液センター〕から、総計800mlの輸血を受けた。同年7月30日にC型肝炎感染と診断された。そこで、XはY1、Y2に対して損害賠償の連帯責任を追及した。

〔判旨〕一審法院（北京市西城区人民法院〔2002〕西民初字第8078号民事判決書）は、Y2がY1に提供した血漿が規定に従って合法的に採取されたので、Y2には過失がないとし、また、Y1の医療行為が規定に違反しておらず、Y1にも過失がないと判示して、Xの請求をいずれも棄却した。

これに対して、二審法院は、以下のように判示し、Y2の賠償責任を認め、Xに対する精神的損害を含む、26万8216.81元の賠償を命じた。

すなわち、①医療機関は医療行為と損害結果との間に因果関係の不存在及び過失の不存在に関する証明責任を負うべきである。患者は、診療を受けるとき、自身が損害を受けたことを証明できれば、証明責任を尽くしたとみなされる。

また、②Y1の輸血行為は規定に従ってなされ、しかも、輸血用器械は合法的に購入されたので、Y1に過失はない。しかし、Y2は、献血者に関する最初の記録文書、例えば、献血時の個人的健康診断資料や血液検査の結果など書類を保存しておらず、過失があり、しかも、Xの肝炎が輸血以外の別の経路で罹患したことを証明できないので、Y2が提供した血液とXの感染との間に相当因果関係が存在することを推定すべきである。

〔3〕河南省鄭州市二七区人民法院民事判決書（2009）二七民一初字第1469号

〔事実の概要〕（原告）X〔王某〕は、1991年7月下旬に（被告）Y〔鄭州市骨科（整形外科）病院〕で結核を治療するため、手術中血漿300mlが輸血された。その後Xは、2008年4月に河南省人民病院でなされた健康診断により、C型肝炎感染と診断された。そこでXは、Yに対し、損害賠償を請求した。

〔判旨〕法院は以下の通り判示した。すなわち、「Xは、1991年に輸血がなされたが、17年を経て、2008年にC型肝炎と診断された。輸血によるウイルス感染はHCV感染の一つの経路であるが、唯一の経路ではない。しかも、C型肝炎の特徴として潜伏期があるので、Yの医療行為とXのHCV感染との間に因果関係の存在を肯定することはできない。その他、衛生部衛医発〔1993〕第2号の通知³⁹によると、1993年7月1日から血液検査を行うとき、血型と梅毒ウイルスの検査を除き、HCV検査が要求され始めた。そのため、1991年当時は医学の発展に限界があり、HCV検査はなされておらず、その検査技術もなかったのである。それ故に、Yには過失がないと判断すべきである。Xの請求を棄却した」。

〔4〕重慶市第五中級人民法院民事判決書（2009）渝五中法民終字第843号

³⁹ 1993年2月、衛生部は「血液センターの基本基準」（原語は「血站基本標準」）を發布した。この行政規則は、「血液センターが血液の提供者に対して健康診断と血液検査を行うとき、HCV検査をしなければならない」と初めて規定し、1993年7月に実施された。

〔事実の概要〕2006年11月10日、上訴人（原審原告）X〔胡某〕は、被上訴人（原審被告）Y1〔重慶医科大学附属第一病院〕に入院し、11月16日、肝機能の検査をしたところ、HCVの検査結果は陰性であった。その後、同年12月6日、Y1での手術中に被上訴人（原審被告）Y2〔重慶市血液センター〕から、総計400mlの血液が輸血された。しかし、2007年1月16日にC型肝炎患者と診断された。そこで、Xは、2008年8月、Y1、Y2に対して損害賠償の連帯責任を追及した。

〔判旨〕一審法院（重慶市渝中区人民法院〔2008〕中区民初字第4430号民事判決書）は、以下のように判示し、Y1、Y2には過失がないとして、Xの請求を棄却した。

①当該事案は、医療過誤訴訟に属しており、立証責任の転換規則を適用し、Y1、Y2に立証責任を負わせるべきである。すなわち、Y1、Y2は、自らの法定義務を果たしたと、及び医療行為と損害結果との間に因果関係が存在しないことを証明すべきである。

②医療鑑定の結果に即して、Y1の医療行為と診療プロセスは「医療機構の臨床に用いる血液の管理弁法（暫定）」（原語は「医療機構臨床用血管理弁法（試行）」）及び「臨床に用いる血液の技術規範」（原語は「臨床輸血技術規範」）の規定に従って行われた。しかも、Y1は患者側に対して、輸血によりウイルス感染の恐れがあることを説明した。言い換えれば、Y1はインフォームド・コンセントないし説明義務を果たしたので、注意義務を尽くしたと判断できる。そのため、Y1には過失がない。

③Y2は「献血法」によって設立された専門的な採血機構であり、Y2の採血行為と検査の手続はGB184672001「献血者に対する健康検査の要求」（原語は「献血者健康検査要求」）という規定に反していない。しかも、Y2がXに提供した血液の品質は、「全血及び成分血に対する品質の要求」（原語は「全血及成分血質量要求」）という国家基準に合致していたので、Y2は目下の科学技術状況の中での最大の注意義務を尽くしたと判断できる。それゆえ、Y2には過失がない。

二審法院は、一審の判決とほぼ同じ理由付けで、Y1、Y2には過失がないと判断し、また、XはY1の医療行為、Y2が提供した血液と自己の健康損害との間に因果関係の存在を立証できないとして、Xの請求を棄却し、一審判決を維持した。

〔5〕湖南省長沙市芙蓉区人民法院民事判決書（2010）芙民初字第419号

〔事実の概要〕（原告）X〔陳某〕は、1989年7月5日から1990年8月にかけて、溶血性貧血の治療のため、（被告）Y〔中南大学某病院〕の血液内科に入院し、七回にわたり、輸血によって治療されていた。2009年8月5日、HCV感染と診断された。そこで、Xは、Yに対して損害賠償を請求した。

〔判旨〕法院は、「Xは、Yの医療過誤、及びYの医療行為と損害結果との間に因果関係の存在を立証できない」として、Xの請求を棄却した。

〔6〕河南省駐馬店市中級人民法院民事判決書（2010）駐民三終字第486号

〔事実の概要〕被上訴人（原審原告）X〔姚某〕は1993年3月12日から4月1日まで上訴人（原審被告）Y〔駐馬店市第一人民病院〕で子宮切除の手術のため、輸血した。その後、2008年1月24日、健康診断により、XはHCV感染者と診断された。そこで、Xは、Yに対して損害賠償を請求した。

〔判旨〕一審法院は①医学常識により、血液感染はHCV感染の主な経路であるとはいえるものの、唯一の経路ではないとみなされる。また、Yの医療行

為と X の HCV 感染との間に因果関係の存否を証明できる証拠はない。そのため、Y の行為と X の感染との間に因果関係の存在を否定した。

②Y の医療行為につき過失の存否は、Y の行為がそれに関する診療規則に合致したかどうかにより判断すべきである。1993 年 3 月、衛生部は「採供血の機構と血液管理弁法」⁴⁰、「血液センターの基本基準」のように供血者と血液の HCV 検査を強調する行政規則を發布し、1993 年 7 月から実施してきた。しかし、X の輸血は 1993 年 3 月に行われたので、行政規則は適用されない。つまり当時 Y には、X に輸血した血液の検査義務はなかったもので、Y には過失がないと判断した。

③Y は損害賠償責任を負うべきか否かについて、医療損害賠償の帰責原則は過失責任主義であり、Y は過失がないので、賠償責任を負うべきではないのは当然のことである。しかしながら、X の HCV 感染は Y の医療行為によるものであることの証拠がないと言いつつ、X は Y による輸血の事実があり、HCV 感染により莫大な精神的損害と財産的損害があることを考量し、公平原則と人道主義に基づいて、3 万元の適当な金銭的な補償を与えるべきであると判断した。

二審法院は、X の HCV 感染と Y の医療行為との間に因果関係を証明できる直接証拠がないにもかかわらず、Y の行為と X の感染との間に因果関係がある可能性に対する反証もできないとして、一審判決を維持した。

〔7〕湖北省孝感市中級人民法院民事判決書（2012）鄂孝感中民一終字第 00281 号

〔事実の概要〕2002 年 10 月 3 日、上诉人（原审原告）X〔文某〕は、貧血の治療のため、被上诉人（原审被告）Y1〔孝感市センター病院〕に入院し、被上诉人（原审被告）Y2〔孝感市血液センター〕から、供血者黄某と盛某が提供した血液が輸血された。同年 10 月 4 日、X が退院した。その後、2011 年 4 月 14 日、X は HCV 感染と診断された。そこで、X は、Y1、Y2 に対して損害賠償を請求した。

〔判旨〕一審法院（孝感市孝南区人民法院〔2011〕孝南民初字第 1385 号民事判決書）は、「Y2 が提供した血液は、HCV 検査を受けたところ、血液に異常はなかった。また、Y1 の診療行為が医療慣行に違反しておらず、X の肝炎罹患が事実であるとはいうものの、X の感染が Y1、Y2 の行為によるものであることの証拠がない。しかも、X は Y1 に入院する前に、輸血を受けたことがある」として、X の請求を棄却した。

二審法院は、以下のように判示し、X の請求を棄却し、一審判決を維持した。

すなわち、「①当該事案は、医療製造物責任に関わる事案であり、侵權責任法 59 条を適用すべきである。そこで、Y2 は、X に提供した血液という製品に欠陥がないことを立証すべきである。Y2 が血液に HCV の陰性反応という検査結果を証明できたため、血液に欠陥がないといえる。そのため、Y2 に製造物責任を負わせるべきではない。

②Y1 の診療行為は医療規定に従ってなされたので、Y1 が合理的な注意義務を果たしたと評価できる。それ故に、Y1 の行為と X の感染との間に因果関係は存在しないと判断すべきである。しかも、X は、Y1、Y2 の行為によって自分が感染させられたことを証明できないため、X の立証は不十分であると言わざるを得ない」。

⁴⁰ 1993 年 3 月 20 日に、衛生部は「採供血の機構と血液の管理弁法」（原語は「採供血機構和血液管理弁法」）を公布した。この規則は、採供血の機構が献血者または供血者に対して健康診断を行うとき、HCV 検査をしなければならないと規定した。

2 血液製剤によるC型肝炎感染の裁判例

〔8〕江蘇省東台市人民法院民事判決書（2005）東民一初字第890号

〔事実の概要〕⁴¹（原告）X〔顧某〕は、1991年11月24日、出血を治療するため（被告）Y1〔江蘇省国営瓊港農場〕が設立したY2〔江蘇省国営瓊港農場労働者病院〕に入院し、11月27日にY2で受けた肝機能検査は正常であった。それから、11月28日、30日に二回にわたって冷凍乾血漿総計400mlを受け、12月14日に退院した。

しかし、退院してから、Xは頭がぼうっとし、全身に倦怠感を感じたため、再びY2で検査したが、病名は明確に診断されなかった。その後、1997年9月、南通病院で検査した結果、C型肝炎と診断された。

また、Y2がXに提供した冷凍乾血漿は、（被告）Y3〔江蘇省海安医薬品会社〕から購入したものである。Y3は、（被告）Y4〔浙江省英特薬品会社〕から購入した。そのほか、原告によると、この冷凍乾血漿の製造者は、（被告）Y5〔四川省蜀陽製薬会社〕である。

なお、2003年11月13日、Xはテレビが放送した「経済と法」という番組を通して、輸血や血液製品がHCV感染の重要な経路ということを知ることとなった。そして、同年、XはYらに対し、損害賠償の連帯責任を追及した。

〔判旨〕法院は「XとY2（病院）との間の訴訟は、医療過誤訴訟であるが、XとY3（血液製剤の販売者）、Y4（販売者）、Y5（製造者）との間の訴訟は、製造物責任訴訟である。したがって、帰責事由について、前者は過失責任を適用するが、後者は無過失責任を適用する。

ところで、国家衛生部は、1992年に『冷凍乾血漿の生産と使用を停止すべきことについての緊急通知』（原語は「關於暫時停止生産和使用凍乾血漿的緊急通知」）「衛医発（1992）第2号」を發表し、冷凍乾血漿の使用は病気に感染する恐れがあることを警告した。そのため、1991年当時は、まだ血液製剤の危険性が解明できておらず、Y2には主観的過失がなく、行為に違法性がないといえるので、責任を負うべきではない。さらに、この点に関して、Y5は製造者として製品品質法の免責事由⁴²に該当し、責任を負わない。

しかし、XにはHCV感染による莫大な精神的損害と健康被害があることを考量して、民法通則132条⁴³による公平原則に基づいて、YらはXに対し、適当な金銭補償が必要である。そして、損失分担の比率を決するに際しては、当事者の経済状況、利益の得失、原因力を考慮すべきである。この点、製薬会社の経済実力は医療機関と患者より強いが、医療機関は患者より強い。それゆえ、製造者Y5と医療機関Y2と患者における損失分担の比率は、6.5 : 3 : 0.5とすべきである。

さらに、1991年当時において、Y2には独立の法人格がないため、Y1はY2の代わりに賠償責任を負うべきである。また、販売者であるY4は理由なく出廷しないので、Xが受けた血液製剤は製造者Y5から製造されたことについて、証拠が不十分であるため、当法院では認定できない。したがって、製品品質法

⁴¹ 国家法官学院＝中国人民大学法学院編『中国審判案例要覽・2006年民事審判案例卷』（中国人民大学出版社＝人民法院出版社、2007年）418頁～425頁参照。

⁴² 製品品質法41条2項は、製造者の免責事由として、①製品を流通に投入していないこと、②製品を流通に投入したときには、損害を引き起こした欠陥が未だ存在していなかったこと、③製品を流通に投入したときにおける科学技術の水準では、未だ欠陥の存在を発見することが不可能であったことの三つを定めている。ここで、裁判官は製造者の三番目の免責事由を適用している。

⁴³ 民法通則132条は「損害の発生について、当事者には過失がない場合は、当事者は実情に応じ、民事責任を分担することができる」と規定する。

42 条 2 項⁴⁴によると、医薬品の販売者が欠陥製品の製造者や供給者を明確に指摘できない場合は、販売者が賠償責任を負わなければならない。したがって、Y4 は製造者 Y5 の代わりに、責任を負うべきである」と判示した。

3 輸血・血液製剤による C 型肝炎感染の裁判例

〔9〕上海市第一中級人民法院民事判決書（2008）沪一中民一（民）終字第 4567 号

〔事実の概要〕 上訴人（原審原告）X〔汪某〕は、1995 年 6 月 26 日、左大腿骨の病巣のため、被上訴人（原審被告）Y〔上海交通大学医学院附属瑞金病院〕の治療を受けた。手術する前の検査では、X の肝機能は正常であった。

1995 年 7 月 19 日、X は手術を受け、上海市血液センターから提供された血液、血漿および非 Y によって生産されたⅧ因子 AHG 濃縮物と CKT 血漿冷沈殿物を輸血した。手術の後、X の HCV 検査結果は陰性反応であった。X は、8 月 3 日、退院した。

8 月 23 日、X は再び入院し、HCV 検査が陽性反応であると診断された。その結果、2006 年、X は上海市血液センターから 6 万元の補償金が支払われた。その後、2007 年 6 月、X は Y に対して損害賠償請求訴訟を提起した。

〔判旨〕 一審法院は、Ⅷ因子 AHG 濃縮物と CKT 血漿冷沈殿物などの血液製剤は C 型肝炎感染の唯一の原因ではなく、しかも、X は上海市血液センターから 6 万元の補償金を受領したので、X の請求を棄却した。

二審法院は、X が原告として自己の主張をするとき、証拠を提出し、Y の加害行為、損害結果、加害行為と損害結果との間の因果関係、以上の三つをすべて立証すべきであると判示した。血液製剤は HCV 感染の一つの原因といえるが、直接かつ唯一の原因とは言えない。また、X の立証は不十分であるので、Y に過失があるか否かの判断はできないとして、X の請求を棄却し、一審判決を維持した。

第三節 輸血・血液製剤によるエイズ感染の裁判例

1 輸血によるエイズ感染の裁判例

〔10〕河南省高級人民法院民事調解書（2000）豫法民終字第 340 号

〔事実の概要〕 1996 年 2 月、上訴人（原審原告）X〔李某〕（1990 年 11 月 23 日生れ）は、転んで受傷し、被上訴人（原審被告）Y1〔河南省新野県人民病院〕において、被上訴人（原審被告）Y2〔新野県衛生局、元新野県血液センターの管理機関〕から、供血者三人分、総計 400ml の血液が輸血された。また、3 月 29 日、30 日、X の父から、2 回にわたり総計 200ml 血液が輸血された。4 月 2 日、X は HIV 陽性反応と診断されたが、4 月 3 日、X の両親は二人とも HIV 陰性反応と診断された。X は Y1、Y2 に対して損害賠償を請求した。

〔判旨〕 一審法院（判決日付不明）は、①原告 X は、6 歳であるにもかかわらず、エイズに感染したのは、性伝播以外の経路であると考えられ、また、X の両親はとも HIV 陰性反応と診断されたのであるから、親子伝播という経路も除外すべきである。こうした場合、立証責任の転換規則によると、Y らは X が HIV 感染したほかの経路を証明できない限り、Y らが提供した血液には HIV が含まれていたことと推定すべきである。したがって、X が HIV 感染した唯一の経路は、輸血であると判断すべきである⁴⁵。

⁴⁴ 製品品質法 42 条 2 項は「販売者が欠陥製品の生産者を明確に指摘できず、欠陥製品の供給者をも明確に指摘できない場合は、販売者が賠償責任を負わなければならない」と規定している。

⁴⁵ 中国では、エイズの感染経路が性交渉感染、母子感染及び血液感染三つのルートに限定されていると言われている。血液感染には、売血者や麻薬中毒患者らの注射針の使い回しによる

②Y2 は、供血者の原始資料を提供することができないので、X に提供した血液は合格血液であると判断できない。

③Y1 は医療機関であり、血液の生産者ではなく、血液の品質に対する検査義務を負わない。また、Y1 の医療行為は医療慣行に従ったのであり、しかも、その行為とXの感染との間に直接因果関係がないので、民事上の責任を負うべきものではない。他方、Y2 には、血液の検査義務がある⁴⁶というべきであるから、民法通則 119 条⁴⁷に基づいて、賠償責任を負わせ、11 万 3754 元の賠償額を命じた。

なおこの事件は、最終的には、河南省高級人民法院の民事調解書が Y2 の賠償金額を増額し、38 万元となった。

〔11〕江蘇省蘇州市中級人民法院民事判決書（2001）蘇中民一終字第 1032 号

〔事実の概要〕X3 は、上訴人（原審原告）X1〔申甲、X3 の夫〕の妻であり、上訴人（原審原告）X2〔申乙、X3 の娘〕の母であるが、1998 年 1 月 16 日、妊娠合併貧血症を患い、治療のために、被上訴人（原審被告）Y1〔吳中病院〕において、被上訴人（原審被告）Y2〔蘇州市血液センター〕と被上訴人（原審被告）Y3〔靖江市血液センター〕から提供された血液 400ml が輸血された。

1998 年 1 月 27 日から 2 月 5 日まで、X3 は上訴人（原審被告）Y4〔南章第二人民医院〕で、4 回総計 1250ml の輸血を受けた。2000 年、X3 はエイズに感染したと診断され、また同年 8 月 7 日、X1 と X2 とともにエイズ感染者と診断され、X3 は 11 月 6 日、死亡した。X1 と X2 は Y らに対し、損害賠償を請求した。

〔判旨〕一審法院は「①Y2 と Y3 が提供した血液は、抗 HIV 検査がなされ、国家衛生部の品質基準に合致していた。Y1 の診療行為、Y2 と Y3 の採血・供血行為は、衛生部の規定に違反せず、過失がないので、X3 のエイズ感染との間の因果関係を否定すべきである。したがって、Y1、Y2、Y3 は、不法行為による損害賠償責任を負わないと解すべきである。

②Y4 は、国家から採血・供血の許可証を発行されていないにもかかわらず、勝手に採血・供血をした。また X3 に提供した血液は、抗 HIV 検査がなされておらず、衛生部の品質基準に適合しない。したがって、Y4 の採血・供血行為は衛生部の規定に違反したので、過失があるといえる。そのため、Y4 の行為と X3 の感染との間には因果関係があると推定され、最終的に Y4 は責任を負うべきである」と判示した。

なお、二審法院は一審の判決を維持した。

〔12〕河南省焦作市中級人民法院民事判決書（2009）焦民終字第 1133 号

〔事実の概要〕1999 年 8 月 19 日、被上訴人（原審原告）X1〔丹甲〕と被上訴人（原審原告）X2〔唄某〕との娘 X3〔丹乙〕（1993 年 12 月 31 日生れ）は、耳下腺炎により、上訴人（原審被告）Y〔焦作市人民病院〕に入院した。8 月 24 日、Y で X3 は手術を受け、手術中焦作市血液センターから A 型血液

感染と、輸血や血液製剤の使用による感染がある。

⁴⁶ 1993 年、衛生部により制定された「採供血の機構と血液管理弁法」28 条。同弁法は、1998 年に失効した。

⁴⁷ 同条は「他人の人身を侵害して傷害を負わせた者は、医療費・休業損害等の合理的な費用を賠償しなければならない。被害者に障害が残ったときは、身障者用装具・器具購入費および後遺障害逸失利益が同時に賠償されなければならない。被害者が死亡したときは、葬儀費用および死亡逸失利益が同時に賠償されなければならない」と定めている。

200ml の輸血を受けた。同年 9 月 4 日、X3 は退院したものの、2004 年 7 月 28 日、X3 はエイズ陽性反応と診断され、9 月 16 日、死亡した。X1 と X2 は Y に対し、損害賠償請求訴訟を提起した。

〔判旨〕一審法院は、以下の通り判示した。すなわち、「X3 と Y との間に医療契約が成立し、Y は適当な医療サービスや安全な血液を提供すべき義務があるところ、Y は、行為義務を履行したことを証明できず、また X3 が Y 以外ほかの輸血を受けたことも証明できない。したがって、X3 は Y での輸血によりエイズ感染された可能性がある」と判断すべきである。

また、最高人民法院の民事証拠規定 4 条 8 項により、Y は、X3 が手術前にエイズ感染されたのか、手術後に別の原因でエイズ感染されたのかについて立証責任を負うべきである。Y はこのような立証ができない場合、Y の過失があると推定すべきである。したがって、Y は賠償責任を負うべきである」。

なお、二審法院は一審の判決を維持した。

2 血液・血液製剤によるエイズ感染の裁判例

〔13〕上海市長寧区人民法院民事判決書（2002）長民一（民）初字第 843 号

〔事実の概要〕（原告）X〔楊某〕は、1979 年に（被告）Y1〔上海第二医科大学付属瑞金病院〕に血友病と診断され、それ以来 Y1 において Y2〔上海ライス血液製剤会社〕と Y3〔上海生物製品研究所〕が提供した血液製剤や Y4〔上海市血液センター〕が提供した血漿によって治療されていた。

1999 年 8 月、X は Y1 において、凝血第Ⅷ因子という血液製剤と血液 400ml の輸血を受けた。その後、2002 年 1 月 10 日、X はエイズ感染者と診断された。X は Y らに対して損害賠償を請求した。

〔判旨〕法院は以下の通り判示した。

すなわち、「不法行為責任の構成要件として、加害行為の違法性、損害結果、加害行為と損害結果の間に因果関係があること、加害者の主観的過失という四つの要件をすべて満たす必要がある。本件では、Y2 と Y3 が提供した血液製剤は当時の国家強制基準と合致していたので、品質不合格的な製造物とは言えない。それに加えて、わが国の医療検査技術には限界があるので、客観的に言えば、血液・血液製剤にウイルスの混入を防ぐことはできない。それゆえ、Y らには過失があると言えず、責任があると判断できない。しかし、リスクを公平に分配するために、Y らは X の人身損害に対し、過失がないといいつつ、X がエイズ感染により莫大な精神的損害と健康被害を受けたことを考量し、公平原則に基づいて、Y らの連帯責任として X に金銭補償 10 万元を与えるべきである」。

第四節 小括

以下では、前節までで紹介した裁判例を概観し、不法行為責任についての肯定裁判例と否定裁判例の根拠づけを分析する。患者側の請求を認める理由と認めない理由を争点ごとにまとめると以下の表（表 1-4-1 と表 1-4-2）になる。ここでは判決が示した過失の判断基準、欠陥の判断基準、因果関係の証明責任の分配、そして公平責任の援用⁴⁸の有無などの角度から裁判根拠を整理する。なお、法院の裁量権収縮論は、裁量権積極論に比して、被害者救済に薄いと考えられる。

⁴⁸ 民法通則 132 条の規定。「当事者に損害の発生に対し、いずれも故意または過失がないときは、実際の状況に基づいて、当事者が民事責任を分担する」という制度である。魏振瀛『民法（第二版）』（北京大学出版社＝高等教育出版社、2006 年）30～32 頁参照。

表 1-4-1：請求支持の裁判根拠

	過失の判断基準	因果関係（立証責任）	公平責任
輸血による 梅毒感染	病院側がカルテを改ざんしたこと。（〔1〕の二審）	医療過誤訴訟の立証責任の転換規定の援用。病院側は診療行為と被害者の感染との間に因果関係がないこと及び診療過誤がないことを立証すべきである。病院側の立証不能。（〔1〕の二審）	
輸血・血液製剤による C型肝炎感染事件	①血液製剤の販売者が欠陥製品の製造者や供給者を明確に指摘できないため、販売者は、製造者の代わりに、賠償責任を負う。（〔8〕） ②血液センターは、供血者に関する資料、例えば、供血者の健康診断や血液検査の結果などを保存していないため、過失がある。（〔2〕の二審）	立証責任の転換規定の援用。血液センターが医療機関とみなされ、立証責任を負う。しかし、血液センターは患者の肝炎が輸血以外の別の経路で罹患したことを証明できないので、血液と感染との間の相当因果関係の存在が推定される。（〔2〕の二審）	援用。（〔6〕） 損失分担の比率は当事者の経済状況、利益の得失、原因力によって決まる。例えば、製薬会社・医療機関・患者が損失を分担する際に、法院は三者の経済状況を考量したうえで、比率を決める。ただし、これは裁判官の自由心証によって決まる。（〔8〕）
輸血・血液製剤による エイズ感染事件	①血液センターは、血液の品質を保証するための検査義務を負うのに検査をしなかった。（〔10〕） ②病院は採血・供血の許可証を持っていないのに、勝手に採血・供血をした。（〔11〕） ③血液センターは、供血者に関する最初の記録文書を保存していないため、過失がある。（〔10〕）	①立証責任の転換規定の援用。血液センター・病院側の立証不能。（〔10〕〔12〕） ②両親がエイズ感染者ではない場合、子供がエイズに感染する唯一の経路は、輸血・血液製剤による感染である。（〔10〕） ③病院側は、患者が別の原因でエイズ感染されたことについて立証責任を負う。病院側の立証不能のため、過失と因果関係の存在が推定される。（〔12〕） ④病院側は過失が存在するため、因果関係が推定される。（〔11〕）	援用。（〔13〕） 医療機関、血液センター、製薬会社に連帯責任を負わせる。しかし、「賠償」ではなく、「補償」と呼ばれる。

表 1-4-2：請求否定の裁判根拠

	過失及び 欠陥製造物の判断基準	因果関係 （立証責任）	公平責任
輸血による 梅毒感染事件		患者側が病院側の診療行為と損害との間の因果関係の存在を立証すべきである。しかし、患者側は立証不能。（〔1〕の一審）	未援用。患者の請求を棄却した。（〔1〕の一審）
輸血・血液製剤による C型肝炎感染事件	①病院側は 1993 年 7 月以前行われた輸血による肝炎感染に対し、行政規定に違反しなかったため、過失がない。しかも、1991 年当時は医学の発展に制限があり、HCV 検査技術	①輸血・血液製剤による感染は HCV 感染の主な経路であるが、唯一の経路ではない。すなわち、直接因果関係はない。（〔3〕、〔6〕	未援用。患者の請求を棄却した。（〔2〕の一審、〔3〕〔4〕〔5〕〔7〕〔9〕）

	がなかったので、病院に過失はない。（〔3〕、〔6〕の一審） ②国家衛生部は、1992年に「冷凍乾血漿の生産と使用を停止すべきことについての緊急通知」という行政規則を発表し、血液製剤の使用は病気に感染する恐れがあることを警告した。しかし、1991年当時、血液製剤の危険性が解明されておらず、病院側は結果発生についての主観的予見可能性がないため、過失が認められない。（〔8〕） ③病院側・血液センターが医療規定や医療慣行に違反していないため、主観的過失がない。（〔2〕の一審、〔4〕、〔7〕の一審と二審） ④血液が国家強制基準に合致していたので、血液センターには過失がない。（〔4〕） ⑤1991年当時、血液製剤の危険性が解明されていないため、製造者の免責事由がある⁴⁹。血液センターは責任を負わない。（〔3〕） ⑥血液センターは、血液にHCVの陰性反応という検査結果を証明できたため、血液に欠陥がない。血液センターは、製造物責任を負わない。（〔7〕の二審）	の一審、〔9〕の一審） ②患者側が病院側と血液センターの過失及び因果関係の存在を立証すべきである。しかし、患者側は立証不能。（〔4〕〔5〕〔6〕〔7〕） ③患者側は原告として自己の主張をするとき、証拠を提出すべきであり、加害行為、加害者の過失、損害結果、損害結果と加害行為との間の因果関係を立証すべきである。しかし、患者側は立証不能。（〔9〕の二審）	
輸血・血液製剤によるエイズ感染事件	①医療機関は、輸血用血液・血液製品の生産者ではないため、血液の品質への検査義務を負わない。しかも、病院側は医療慣行に従ったので、過失がない。（〔10〕） ②病院と血液センターの採血及び供血行為は当時の衛生部の規定に違反したか否か。違反していなければ、過失がない。（〔11〕） ③血液製品が当時の国家強制基準と合致していたか否か。合致していたならば、血液製品は欠陥製造物に該当しない。（〔11〕〔13〕） ④医療技術には限界がある。ウイルスのウィンドウ期、潜伏期間内の感染を発見する科学的方法がなく、予見可能性がない。（〔13〕）	患者側は原告として自己の主張をするとき、証拠を提出すべきであり、加害行為、加害者の主観的過失、損害結果、損害結果と加害行為との間の因果関係を立証すべきである。患者側の立証不能。（〔13〕）	

⁴⁹ しかし、イギリスの裁判例を見ると、2001年に、イギリスの高等法院が、血液製剤がHCVに汚染されていた事実について、製造物責任上の「欠陥」を認定し、その血液製剤の製造当時に、HCVの存在が具体的に認識されていない場合においても、製造者の責任を認める判決を下した。左近充寛久「日赤に対する製造物責任追及訴訟の顛末」法と民主主義 422号（2007年）70頁参照。

第二章 中国における輸血・血液製剤による感染症に関する不法行為責任の法的構造

本章では、前章での事例分析を踏まえ、学説における議論を検討する。中国においては、「血液」と「血液製剤」は区別されている。それゆえに、本章では、まずこの点を明らかにし（第一節）、その上で、それぞれの固有の問題について検討する。具体的には、血液による感染の過失責任の問題（第二節）、血液製剤による感染の製造物責任の問題（第三節）を検討する。次に、両者に共通する問題をみる。具体的には、賠償責任に関する因果関係の問題（第四節）、公平責任の問題（第五節）、侵権責任法による血液と血液製剤の新たな扱いの問題（第六節）である。

第一節 輸血用血液と血液製剤における法律上の性質の争い

まず本稿の研究範囲となる「輸血用血液」（以下「血液」と略す）と「血液製剤」（原語は「血液製品」）との二つの概念における法律上の特性及び論理構成上の違いを、以下において分析する。一般的に、裁判実務・学説は、「血液」と「血液製剤」を区別して論じる⁵⁰。その理由としては、第一に、「血液」と「血液製剤」は、法律上異なる取扱いがなされていること（後述）、第二に、裁判官は現実の法的処理、法解釈の作業をするとき、法技術的な概念及びそれによる論理構成上の違いを重視し、結論を導くという思考様式が強いこと、が挙げられる。

第一の点について、具体的にみると、「血液製剤」は薬品管理法 102 条の規定⁵¹により、薬品の一種として扱われており、製品品質法上の製造物に属するため、無過失責任を適用すべきであることが異論なく認められている。他方、2009 年の侵権責任法が公布される以前、立法上は「血液⁵²」（全血血液⁵³及び成分血液⁵⁴を含む）に対して製品品質法が適用されるか否かが明らかにされていなかった。そのため、上記の問題について、学説の議論は、「血液」が製造物に当たるかどうかを中心に展開されてきた⁵⁵。

伝統的通説は、「血液は製造物ではない」とする「非製品論」⁵⁶に立つ。その根拠としては、次の三点が挙げられる。①血液は、一般商品とは異なり、基本的には高度な加工処理されていないこと⁵⁷、②血液センターは非営利団体であり、製品品質法上の製品の営利性に該当しないこと⁵⁸、及び③血液が

⁵⁰ 中国において、血液製剤は化学的、物理的处理方法によって作られ、薬品の一種であるが、血液は全血血液と成分血液を含め、血液製剤と異なり、法律上独立性がある概念である。例えば、侵権責任法 59 条「薬品、消毒薬剤、医療器具の欠陥または不合格の血液を輸血したことにより、患者に損害を生じさせたときは…」という条文上は「血液」という法令用語がある。

⁵¹ 薬品管理法は、1984 年に可決され、2001 年に改正された。同法 102 条は、「薬品とは、人間の病気の予防、治療、診断に用いるための目的を持ち、人の生理機能を調節し、…血清、ワクチン、血液製剤及び診断薬品を含む」と定める。

⁵² 2006 年に衛生部による施行された「血站の管理弁法」65 条によると、血液は全血血液、血液成分、特別血液成分の、三つの種類の血液を意味する。

⁵³ 血漿と血球の両者を合わせた、血液の全成分を含む血液。

⁵⁴ 全血血液を遠心分離して、血液を成分化した血液。

⁵⁵ これに対して、日本では、輸血用血液が法律上の製造物とみなされるかどうかに関して、1994 年に製造物責任法の立法当時も相当な議論が出されていた。

⁵⁶ この観点は梁慧星教授をはじめ、輸血用血液が製造物に属するべきではないと強く主張している。

⁵⁷ 張国香「輸血感染案件の法律適用——民法学家梁慧星答記者問」人民法院報 1998 年 9 月 29 日第 3 版参照。

⁵⁸ 張国香「為什麼說血液不是『產品』——民法学家梁慧星再答記者問」人民法院報 2000 年 3 月 23 日第 3 版参照。梁教授は、製品品質法 2 条が「本法でいう製品とは加工、製造を経て、

製造物に属するとした場合、輸血事業や医療事業に不都合な影響を及ぼす恐れがあること、④1979年「合衆国連邦統一製品責任法(Uniform Product Liability Law)」の規定が、血液は製品ではない⁵⁹としており、これが参考になるということである⁶⁰。以上のように、その結論として、この立場は、血液による感染があった場合、加害者に製品品質法に基づいて厳格責任を負わせるのではなく、民法通則106条2項⁶¹に基づいて、過失責任を負わせるべきであると主張している⁶²。

もっとも、こうした通説の立場に対しては、近時、患者側の利益保護を強化する観点から、血液も血液製剤と同様に法律上製造物であるとみなす「製品論」が有力に主張されている⁶³。その根拠としては、①輸血用血液は、保存液、抗凝固剤が加えられ、パック詰めされて流通しているため、加工された製造物とみなされること、また、②製品品質法の帰責原則は無過失責任であり、被害者救済という点を重視し、輸血用血液も製造物に該当すると解すべき⁶⁴であること、が挙げられる。

さらに以上の有力説を補強する見解として、血液は事実上の製品ではないかもしれないが、製品とみなすべきであり、血液の提供者には、血液製品の生産者と同様、ほぼ同じ製造物責任を負わせるべきであると主張する立場も現れている⁶⁵。その根拠は次の通りである。すなわち、輸血用血液と血液製品の原料は、ともに献血者の体内に自然的に流れる血液であるという点で共通している。もちろん、輸血用血液は、血液センターによってより簡単な加工技術で製造されるのに対して、血液製品は、製薬会社によってやや複雑な加工技術を経て製造されるという差異がある。しかし、こうした形式的区別を強調することは、不公平な帰結、すなわち、血液製品が製品として異論なく認められ、製薬会社は無過失責任を負うのに対して、血液センターは過失責任を負うにとどまるという帰結を導く。それゆえ、こうした帰結を回避するために、輸血用血液が厳密な意味での製品と評価しにくいと考えても、製品とみなし、血液センターに無過失責任を負わせるべきである。

こうした論争は、最終的に、立法により解決されるに至る。2010年に施行された侵權責任法59条が、「薬品、消毒薬剤、医療器具の欠陥または不合格の血液を輸血したことにより、患者に損害を生じさせたときは、患者は、生産者または血液の提供機構に賠償を請求することができるほか、医療機関にも賠償を請求することができる。患者が医療機関に賠償を請求した場合、医療機関は、賠償した後、責任のある生産者または血液の提供機構に対して求償する権利を有する⁶⁶」と規定したことにより、「血液＝製造物」論が採用されるに

販売に用いる製品を目指す」と定めたため、輸血用血液は製品の本質に相応しくないと述べた。
⁵⁹ 馮開紅＝陶建華「論輸血感染疾病的法律属性及其民事損害賠償問題」華東政法学院学報2001年3期37頁。

⁶⁰ 輸血用血液を製造物責任法の対象となるEU諸国は参照されなかった。

⁶¹ 民法通則106条2項は、「公民・法人が故意または過失によって国家・集団の財産を侵害したとき、他人の財産・人身を侵害したときは、民事責任を引き受けなければならない」と規定している。

⁶² 梁慧星教授の観点。張国香・前掲注(58)参照。

⁶³ この観点は華東理工大学の唐榮智教授が強く主張している。唐榮智＝錢水娟＝王珍「輸血後丙肝法律責任探討」北京政法職業学院学報2006年2期1～7頁参照。唐榮智＝孫瑩瑩＝呂子瑜＝王珍「輸血安全法的比較研究」北京政法職業学院学報2007年1期25～31頁参照。

⁶⁴ 華東理工大学の唐榮智教授の観点。馮開紅＝陶建華・前掲注(59)38頁参照。

⁶⁵ 高聖平主編『中華人民共和國侵權責任法立法争点・立法例及び經典案例』(北京大学出版社、2010年)628頁。

⁶⁶ 森脇章＝石黒昭吉「中華人民共和國不法行為法」法律時報82巻2号(2010年)72頁。

至った⁶⁷。それゆえに、今後は、医療機関及び血液の提供機構の責任要件は、（「過失」ではなく）「欠陥」で足り、製造物責任（無過失責任）を負わせることが可能になったといえよう。

第二節 輸血による感染における過失及び過失の判断基準

中国では、近年、輸血用血液に関わる重大な医療事故（具体的には、輸血後梅毒感染、HBV感染、HCV感染、HIV感染等）が相次いで発生しており、それにより被害者は莫大な損害を被っている。以下本節では、侵權責任法施行前の裁判例（第一章）をもとに、これらの事案における過失責任論について検討する。

第一款 医療損害賠償責任の帰責原則及び過失の構造

輸血用血液に関する医療事故に際しては、第一に、輸血実施者である医師・医療機関と血液の供給者である血液センターの過失責任の当否が問題となる。また、第二に、両者の不法行為責任が追及されるとき、その相互の責任分担が争いとなる。

医療損害賠償責任に関する裁判例を理解するために、まず、中国の不法行為法領域の帰責原則を紹介する。一般的に言えば、責任主体の帰責根拠として、帰責原則が二種類あるとする議論が通説的見解である⁶⁸。すなわち、過錯⁶⁹責任主義と無過錯責任主義があるとされている。

学説は、医療損害賠償責任について、類型的に論じる。すなわち、医療技術による賠償責任、医療倫理による賠償責任、医療製品による賠償責任という三つの責任類型に分類する⁷⁰。その上で、この三つの賠償責任の帰責原則はそれぞれにおいて異なっている。医療技術による賠償責任と医療倫理による賠償責任には過錯責任主義を適用すべきである⁷¹が、医療製品による賠償責任には無過錯責任主義を適用すべきであると主張されている⁷²。

⁶⁷ しかし、学説には異なる見解もある。

⁶⁸ しかし、学説における帰責原則に関する主張は異なっており、四つに大別できる。第一は、過錯責任を帰責原則の唯一の帰責原則として主張している一元論である。王衛國『過錯責任原則：第三次勃興』（中国法制出版社、2000年）185頁参照。第二は、過錯責任と無過錯責任を帰責原則として主張している二元論である。魏振瀛・前掲注（48）678～681頁参照。第三は、過錯責任、厳格責任と公平責任を帰責原則として主張している三元論である。王利明『侵權行為法研究（上巻）』（中国人民大学出版社、2004年）209頁。第四は、過錯責任、過錯推定責任、無過錯責任と公平責任を帰責原則として主張している四元論である。郭明瑞『侵權立法に関する若干の問題の思考』中国法学 2008年4期 25～30頁参照。以上のような学説整理は、高聖平・前掲注（65）75～78頁参照。

⁶⁹ 中国法の「過錯」とは故意及び過失を意味する概念である。ところで、日本においては、この意味で「過責」の用語を用いられることがある。すなわち、不法行為による損害賠償責任の成立要件の中で、権利侵害に代わる要件として違法性を挙げる見解、とりわけ相関関係論は、裁判実務の支持を得た通説であった。これに対して、平井宜雄博士はドイツ法における「故意過失」（「過責」）と対置する意味での「違法性」概念を用いることを否定した。そのうえで、過失を客観的に捉えるとともに、不法行為が成立するかどうかは、過失要件によって一元的に判断されると主張している。平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会、1971年）参照。このような考え方、つまり、加害者の過失と被害者の権利侵害という二つの要件を「過失」へ収束させる見解（過失一元論）も有力である。中国において、「過錯」と「違法性」との関係について、違法性要件を不法行為における過錯責任の構成要件である過失要件に取り込むか否かは争われている。また、中国の学術状況は後に注（73）において詳述する。

⁷⁰ 楊立新『医療損害責任研究』（法律出版社、2009年）23～26頁参照。

⁷¹ より具体的に言うと、医療技術による損害賠償事案では、医療機関に完全な過失責任を負わせるが、医療倫理による損害賠償事案では、医療機関に過失推定責任を負わせると主張している。

⁷² 楊立新・前掲注（70）66～71頁参照。

いわゆる過錯責任主義は、故意または過失によって他人の権利を侵害したときは、加害者はその発生した損害について損害賠償責任を負わなければならないという帰責根拠である。侵權責任法 6 条は、「行為者が過錯により他人の民事權益を侵害したときは、不法行為責任を負う。法律の規定により行為者に過錯があることを推定するものとするときは、行為者は自己に過錯がないことを証明できない限り、不法行為責任を負う」と定めている。条文から明らかなように、過錯責任主義は不法行為法の一般原則である⁷³。

学説は過失論について、①過失の本質（過失は本来的に主観的なものか、それとも客観的なものか）、及び②具体的な判断基準（主観的基準を採用するか、それとも客観的基準を採用するか）を中心に論じている。

まず、過失の本質に対する見解は、二つに大別できる。すなわち、「主観説」と「客観説」である。

具体的にみると、通説である「主観説」によれば、「過失」とは、自己の行為により他人の權益を侵害するという結果が発生することを認識すべきであるのに、不注意でそれを予見できなかった、あるいはそれを予見できたにもかかわらず、安易に自分がその結果の発生を回避できると信じ、結局その結果を回避できなかったことに対し、非難性があるという主観的心理状態である⁷⁴。

これに対して、有力説である「客観説」⁷⁵は次のように主張する。過失とは、人の主観的心理状態ではなく、法律に定められた注意義務を違反した違法行為である。つまり、過失の本質は、法定義務に違反した違法行為である。筆者自身はこの「客観説」に共感を覚える。

次に、過失の本質と関連して、過失の判断基準における学説は、二つに大別できる⁷⁶。すなわち、主観的基準説⁷⁷と客観的基準説⁷⁸である。

主観的基準説は、①の「主観説」（「過失＝行為者に非難性がある主観的心理状態」）の影響を受け、具体的な行為者本人を基準に過失を判断すべきであ

⁷³ この点と関連して、日本においては、民法 709 条の不法行為責任を肯定する前提として、加害者の故意・過失、被害者の権利・法益侵害、損害、加害行為と権利侵害との間の因果関係及び権利侵害と損害との間の因果関係が必要である。しかし、中国において、不法行為責任の構成要件に関しては異なる見解があり、二つに大別できる。第一は、損害事実(財産損害及び精神損害)の存在、行為者の加害行為と損害事実との間の因果関係、行為者の過錯（故意過失）を主張する三要件説である。王利明・前掲注（68）346～347 頁参照。張民安「作為過錯侵權責任構成要件の違法性與過錯——我國過錯侵權制度應當採取的規則」甘肅政法學院學報 2007 年 7 月 12～14 頁参照。孔祥俊＝楊麗「侵權責任要件研究（上）」政法論壇（中國政法大學學報）1993 年 1 期 43 頁参照。第二は、加害行為の違法性、損害事実の存在、加害行為と損害事実との間の因果関係、行為者の過錯を主張する四要件説である。楊立新『侵權法論』（人民法院出版社、2005 年）140 頁参照。葉金強「侵權構成中違法性要件的定位」法律科學（西北政法學院學報）2007 年 1 期 101 頁参照。なお、医療損害賠償責任の構成要件において、医療過失、損害事実及び過失と損害事実との間の因果関係を主張する三要件説がなされている。龔賽紅「關於過錯與違法性的再探討——兼論醫療損害侵權責任的構成要件」北京化工大學學報（社會科學版）2002 年 1 期 48 頁参照。

⁷⁴ 魏振瀛・前掲注（48）689 頁。このような立場は、日本の伝統的通説である主観的過失論の立場とほぼ同じである。つまり、「過失」とは、ある結果が発生することを知らなければならないが、不注意のためそれを知らずに行為をするという心理状態である。平野哲郎「東大梅毒輸血事件の不安感説による再検討」古村節男＝野田寛編集『医事法の方法と課題——植木哲先生還暦記念』（信山社、2004 年）202 頁参照。

⁷⁵ 張民安・前掲注（73）12～14 頁参照。

⁷⁶ 高聖平・前掲注（65）86～87 頁参照。

⁷⁷ ここでの「主観的基準」は、日本での「具体的過失」の判断に相当するものであろう。「具体的過失」に関する説明は、潮見佳男『基本講義・債權各論Ⅱ不法行為法（第二版）』（新世社、2009 年）30 頁参照。

⁷⁸ ここでの「客観的基準」は、日本での「抽象的過失」の判断に相当するものであろう。「抽象的過失」に関する説明は、潮見佳男・前掲注（77）30 頁参照。

ると主張する。つまり、当時の具体的状況の下での行為者本人の、年齢、性別、健康状態、個人的判断能力等の主観的要素に基づいて、行為者の過失を判断するというわけである。

他方、客観的基準説は、①の「客観説」を前提としつつ、当時の具体的な行為者本人の注意義務を基準とするのではなく、「合理人」ならば尽くすべき善管注意義務（予見可能性を前提としての結果回避義務）を基準として、行為者の過失を判断すべきであると主張する。過失の判断は、必ず過失を客観的に評価し、客観的な判断基準を採用すべきである。このように、過失の本質と過失の判断基準とは結合することができる。

以上に対し、両者の折衷的な立場がみられる。この見解は、過失の本質と過失の判断基準を分離して捉えている。すなわち、①は主観的なものと理解するが、②は客観的な基準を採用する。この学説によると、過失の本質は、行為者の行為義務違反によって表現された、非難性がある主観的心理状態であるという⁷⁹。過失には二つの側面、つまり主観的な側面と客観的な側面がある。主観的な側面は、行為者の不注意な主観的心理状態である。客観的な側面は、行為者の客観的な注意義務違反である。過失は主観的な心理状態と客観的な行為義務違反によって構成される⁸⁰のである。それゆえ、過失の本質は主観的心理状態であるが、過失の判断は客観的判断基準を適用する。これは中国の多数説であると言われている⁸¹。

過失の判断は医療過誤訴訟において極めて重要な問題である。過失の認定基準として、比較法的には、主観的判断基準ではなく、客観的判断基準が採られている。学説は客観的な判断基準を強調しており⁸²、さらにこれを帰責基準とする場合には、「過失責任の客観化」⁸³と呼ばれている。例えば、侵權責任法 58 条によって医療過誤の判断基準が類型化され、医療機関の過失が、法律の規定によって推認されることとなった。

しかし、通説である「主観説」によれば、過失は、行為者の「主観的心理状態」のみによって判断される。それゆえ、第一章に挙げた輸血・血液製剤による感染事例において、裁判官が医療機関の過失を判断する際、通説の考え方に立ち、「主観的過失」の存否をとくに重視したのである。

言い換えれば、裁判官は、行為者において損害の発生を認識できるかどうかの主観的な心理状態に基づいてその過失の存否を判断したのである。また、医療過誤の判断基準についても、行為者なりの予見可能性の有無が過失の決定的な判断基準となっているのである。このように、裁判官は、過失が行為者への非難可能性であると理解しており、過失の認定基準を行為者本人が予見できるかどうかという主観的要素によるものと定めた。もっとも、過失における客観的注意義務は、主観的心理状態を推定したものにはすぎず、過失概念自体の客観化を意味しないという指摘⁸⁴もなされている。

第二款 医療従事者の注意義務及び医療水準の相対性を巡る論争

⁷⁹ 馬俊駒＝余延滿『民法原論（第三版）』（法律出版社、2007年）1010頁。

⁸⁰ 王利明『侵權行為法帰責原則研究』（中国政法大学出版社、2003年）219頁。楊立新『侵權法論（第三版）』（人民法院出版社、2005年）195～196頁参照。張新宝『侵權責任構成要件研究』（法律出版社、2007年）433～438頁参照。

⁸¹ 高聖平・前掲注（65）84頁参照。

⁸² 王澤鑑『侵權行為法（一）』（中国政法大学出版社、2003年）326～327頁。

⁸³ 王家福主編『中国民法学・民法債権』（法律出版社、1991年）461頁。

⁸⁴ 其木提「中国社会の変容と不法行為法（一）——過渡期におけるその多元性」北大法学論集 51 卷 5 号（2001年）161頁。

医療従事者に要求される注意義務の内容は、通常の専門家としての善良管理義務のことである。具体的に言えば、この善管義務は、結果予見義務と結果回避義務との二段階に分けて抽象的に考察される⁸⁵のが通常である。つまり、過失の前提となる注意義務の有無の問題は、実際に結果予見可能性と結果回避可能性の有無の問題である。医療過誤事件においては、現代の医療水準からみると、この両可能性の有無をめぐる争われることが少なくない。

医療機関・血液センターの注意義務を判断する際には、「当時の医療水準」を考慮しなければならない。侵權責任法 57 条は、「医療従事者が診療活動においてその当時の医療水準に相応しい診療義務を十分に果たさず、患者に損害を与えた場合、医療機関は賠償責任を負わなければならない」と定める。つまり、医療機関の診療行為は、当時の医療水準に照らして、適切かつ妥当な診断、措置及び治療方法に鑑みて、行うべきなのである。ここで、医療従事者の注意義務の基準となるべきものは、診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準である。言うまでもなく、医療機関の性格、専門性、地域性及び医療行為の緊急性は、医療水準の判断における重要な考慮要素となり⁸⁶、これについての論争がなされている。

医療過誤の前提となる「医療従事者の注意義務」の基準について、侵權責任法第 2 次、第 3 次草案では、57 条⁸⁷は二つの条項で構成されていたが、その 2 項は第 3 次草案以降削除された。同項は、「医療従事者の注意義務を判断するとき、地域性、医療機構の状況及び医療従事者の素質などの要因を適当に考量しなければならない」と定めており、いわゆる「相対的医療水準論」を採用したものであった。これは、中国の面積が広く、各地域の経済発展が不均衡であること、そして、その帰結として医療資源に大きな格差が生じることを考慮したものであった⁸⁸。実際のところ、中国の医療現状に即して検討すると、地域ごとに（例えば、東部と西部、都市と農村の間で）医療レベルにかなりの差異が存在しており、また、同じ地域であっても医療機構の規模によって、医師のレベルや検査設備をはじめ医療水準が異なっているのである。

ところが、侵權責任法第 3 次草案の審議過程において、次のような批判がなされた。すなわち、①2 項は 1 項と矛盾するのではないかという点、また、②2 項を考慮して、医療レベルが普通より低いことを口実にして責任を免れるという結果が、果たして妥当かという点である。つまり、相対的医療水準論の導入により、各地の法院が 2 項を援用し、「現地の医療水準が当時の医療水準より低いので、医療機関の過失を否定し、賠償責任を免れる」という判決を下し、医療担当者の注意義務が不当に軽減されかねないという懸念があったわけである。それゆえに、全人大法律委員会は、その批判を受け入れ、2 項を削除し、「当時の医療水準」を医師の過失における統一の判断基準にした⁸⁹。

第三款 医療機関及び血液センターにおける定型的な行為基準の内容

医療過誤事件においては、注意義務の類型化・定型化がなされており、医療機関・血液センターの遵守すべき行為規範の内容は、法令や規則によって明示されている。そこで、医療機関及び血液センターの作為義務の根拠やその射程

⁸⁵ 龔賽紅「医療損害賠償研究」中国社会科学院博士学位論文（2000 年）74～75 頁。

⁸⁶ 最高人民法院中国应用法学研究所主編『人民法院案例選（2009 年第 1 輯）』（人民法院出版社、2009 年）162～164 頁参照。

⁸⁷ 侵權責任法第三次草案では、57 条 1 項は現行侵權責任法 57 条の規定と変わらず、「医療従事者が診療活動においてその当時の医療水準に相応しい診療義務を十分に果たさず、患者に損害を与えた場合、医療機関は賠償責任を負わなければならない」という規定であった。

⁸⁸ 梁慧星「論『侵權責任法』中の医療損害責任」法商研究 2010 年 6 期 38 頁参照。

⁸⁹ 梁慧星・前掲注（88）38 頁参照。

の問題を考察する必要がある。以下では、医療機関と血液センターの具体的な行為規範についてみてゆこう。

まず、医療機関の負うべき義務としては、以下のようなものが挙げられる。

①血液の形式的な検査義務。具体的には、医療機関が、センターから発送された血液に対し、血液の包装に記載された血液センターの名称、献血番号、血液型、血液の品種および採血の期日、血液の有効期限等を照合する義務⁹⁰である。

②説明義務。ウインドウ期・潜伏期間内の血液感染を発見する科学的方法が確立されていないため、患者側に輸血によりウイルス感染の恐れがあることを説明し、患者側の輸血の同意をもらう義務⁹¹である。

③安全採血義務。緊急の場合に、病院側が血液センターの代わりに採血することは可能である。しかし、採血するとき、HBV、HCV、HIV、梅毒ウイルスの検査が必要である⁹²。

④保存義務。カルテに輸血したことともに輸血後の治療状況を記入し、輸血に対する承諾書と輸血の記録を併せて保存する義務である⁹³。なお、カルテの保存期間は少なくとも15年⁹⁴と規定された。

次に、血液センターの負うべき義務としては、以下のようなものが挙げられる⁹⁵。

①血液の実質的検査義務。具体的には、肝炎・エイズなどウイルスに関する検査をする義務⁹⁶である。

②内容表示義務。具体的には、血液の包装に、血液センターの名称、採血の許可証番号、献血番号、血液型、血液の品種および採血の期日、血液の有効期限等を記入する義務⁹⁷である。

③保存義務。具体的には、採血および献血者に関する最初の記録文書の保存（10年とされる）及び提供義務⁹⁸である。

④安全運送義務。血液を病院まで安全に運送する義務⁹⁹である。

輸血用血液は、医療機関から血液センターに申し込みがあったときに、医療機関に届けられる。しかし、血液が不足している緊急の場合には、患者の生命を救うために、病院は第三者から血液を採らなければならないことになる。この場合には、医療機関で採血、供血が行われるため、緊急性、安全性、必要性が求められる。しかも、医療機関は血液に対して、ウイルスの実質的検査義務を負うのである。

最後に、2002年の「医療事故処理条例」（以下「条例」と略す）に関して、注意すべき点を検討する。同条例49条は、医療事故に当たらない場合に、医療機関は賠償責任を負わないと定める。しかし、「医療事故」は民法上の概念ではなく、行政上の概念にすぎない。しかも、医療事故の鑑定、つまり、医療行為が医療事故に該当するか否かという認定は、法院ではなく、医療事故の鑑

⁹⁰ 2012年衛生部により制定された部門規則「医療機構臨床用血管理弁法」（以下「弁法」と略す）16条。この弁法により、衛生部に1999年に公布された「医療機構臨床用血管理弁法（試行）」は失効した。その他、献血法13条。

⁹¹ 弁法21条。

⁹² 弁法27条。また、献血法15条。

⁹³ 弁法28条。

⁹⁴ 2002年「医療機構病歴管理規定」20条。

⁹⁵ 血站の管理弁法61条は血液センターの法律責任を明確に定めている。

⁹⁶ 血站の管理弁法61条。その他、献血法10条。

⁹⁷ 血站の管理弁法34条。2006年に衛生部により施行された「血站品質管理規範」（以下「規範」と略す）10条。

⁹⁸ 規範11条。

⁹⁹ 血站の管理弁法62条。規範17条。

定機構によってなされる¹⁰⁰。そのため、鑑定結果は、裁判官が医療機関に過失を認め、賠償責任を認めるか否かに関する判断要件に相当しないとすべきである¹⁰¹。換言すれば、鑑定機構は、当該医療行為が医療事故に相当しないと判断しても、裁判官は、その結果に拘束されず、事案の審理に基づいて、医療機関に過失があると判断できれば、医療機関に賠償責任を負わせるべきである。

従来の裁判例（第一章）によれば、裁判官は、医療機関・血液センターの過失を認定するとき、医療衛生管理の法律、国务院の行政法規、衛生部の部門規則、診療・看護規範等の明確な規定に従って判断した¹⁰²。しかし、以上から明らかなように、こうした判断の仕方は、硬直的であり、被害者救済にとって不十分であるようにと思われる。それゆえに、帰責の根拠となる医療機関の行為義務は、定型的な行為準則によってのみならず、当時の医療水準に基づく高度の注意義務に従って柔軟に決定されるべきである。

第三節 血液製剤についての製造物法の扱い

第一款 「欠陥」の判断基準及びその批判

中国の製造物法は、製造者・販売者の責任について、過失の有無を問わず、欠陥の存在のみを要件に賠償責任を認める無過失責任主義を採用する¹⁰³。つまり、製造者・販売者は、厳格な責任を負い、「欠陥」は製造者に製造物責任を負わせるための重要な要件として位置づけられる。

製品品質法 46 条は、欠陥とは¹⁰⁴、「製品に人身、他人の財産の安全に危害を及ぼす不合理な危険が存在することをいう。製品に身体、健康または人身、

¹⁰⁰ 梁慧星・前掲注（88）36 頁。

¹⁰¹ 最高人民法院中国应用法学研究所主編『人民法院案例選（2008 年第 1 輯）』（人民法院出版社、2008 年）87～88 頁参照。

¹⁰² 「医療事故处理条例」の 2 条参照。同条例 2 条によると、医療事故の定義は、医療機関及び医療従事者が医療活動において、医療衛生管理法律、行政法規、部門規則及び診療看護の規範、慣例に違反し、それによって患者が人身損害を受けた事故と定められている。学説は、医療機関及び医療従事者の注意義務の内容を法律、法規、規則及び規範によって判断する評価がある。張新宝「医療過失挙証責任研究——比較法的経験と我国の実践」河南省政法管理幹部学院学報 2006 年 4 期 113 頁参照。

¹⁰³ 民法通則 122 条は、「製品の品質の不合格により、他人の財産、人身に損害をもたらした場合、製造者あるいは販売者は、民事責任を負うべきである。輸送業者、倉庫業者に責任がある場合、製品の製造者、販売者は輸送業者、倉庫業者に対して、賠償を請求する権利を有する」を規定する。製品品質法 43 条は、「製品に欠陥が存在したことにより、人身、他人の財産に損害をもたらした場合、被害者は製品の製造者に賠償を請求することができる。また、製品の販売者に対しても賠償を請求することができる。製品の製造者に責任があり、製品の販売者が賠償した場合、製品の販売者は製品の製造者に求償する権利を有する。製品の販売者に責任があり、製品の製造者が賠償した場合、製品の製造者は製品の販売者に求償する権利を有する」を規定する。侵權責任法 43 条は、「製品に欠陥が存在したことにより損害が生じた場合、権利が侵害された者は製品の製造者に対して賠償を請求することができる。また、製品の販売者に対しても賠償を請求することができる。製品の欠陥が製造者によって生じたものである場合、販売者は賠償を行った後、製造者に対して求償する権利を有する。販売者の過失により製品に欠陥が生じた場合、製造者は賠償を行った後、販売者に対して求償する権利を有する」を規定する。以上の条文を要約すると、欠陥製品の被害者が製造者または販売者に損害賠償を請求した場合、製造者と販売者は、その欠陥が製造と販売のいずれによって生じた欠陥であるかにかかわらず、また、自分が欠陥の存在につき過失があるか否かにかかわらず、被害者に対して損害賠償責任を負わなければならないことになる。つまり、製造者、販売者に無過失責任を負わせるのである。ただし、製造者と販売者は被害者に対して、共同不法行為による不真正連帯債務を負う。高聖平「論產品責任的責任主体及歸責事由——以『侵權責任法』『產品責任』章的解釋論為視角」政治与法律 2010 年 5 期 2 頁参照。

¹⁰⁴ 2009 年に侵權責任法が公布され、製品品質法との関係は「新法は旧法に優先する」のルールにより、侵權責任法が製品品質法に優先して適用される。ただし、侵權責任法には「欠陥」

財産の安全を保障するための国家基準、業界基準がある場合は、当該基準に適合していないことをいう」と定める。ここで、同条の前段の「不合理な危険」とは、「通常有すべき安全性」を欠くこと、あるいは「社会通常の消費者の合理的期待¹⁰⁵」に違反することである。もっとも、中国では、多数の行政基準が存在するため、前段の基準が適用される余地はあまり少ない。それゆえに、現実的にも、理論上も、後段の適用が重要な問題となっている。46条の前段と後段の関係および後段の「国家基準、業界基準」（以下「行政基準」とする）の理解をめぐって、学説の評価が分かれている¹⁰⁶。第一の見解は、製品に行政基準がある場合に、行政基準と合わせて欠陥の存否を判断し、行政基準がない場合にのみ、不合理な危険を基準として、欠陥を判断すべきとする¹⁰⁷。例えば、血液製剤による肝炎感染・エイズ感染事例において、「血液製品は当時の国家強制基準に合致していたので、欠陥製造物に該当しない」という判決は、この立場に立つ。つまり、血液製剤に不合理な危険が存在するにもかかわらず、製品品質法 13 条¹⁰⁸に基づき、血液製剤が行政基準に合致するため、欠陥が認められない。

こうした理解に対しては、次のような疑問が提起される。すなわち、第一に、他人の人身または財産に損害をもたらしたものの、医薬品が行政基準に合致すると、製造者が常に責任を負わないことは果たして妥当か、第二に、たとえ製造者が責任を負わないとしても、被害者は国に対して損害賠償請求権を有するか否か、第三に、医薬品の製造者が被害者に対して賠償を行った場合、国に対して求償権を有するか否かという疑問である¹⁰⁹。

それゆえに、第二の見解は、製品につき行政基準があってもそれは不合理な危険を基準として判断すべきであるとする¹¹⁰。というのも、行政基準に適合することは必ずしも欠陥製品でないわけではないからである。医薬品が行政基準に合致するか否かは、欠陥を認定するときの直接かつ唯一の基準ではなく、考慮すべき諸要素の中の一つの基準にすぎない。その理由としては、上記の批判に加えて、①行政基準が現時点での科学技術、生産要素などに基づいて制定された基準であり、特定の時期、業界または地域の技術レベル及び特別の政策要求に照らしたものにすぎず、科学技術の発展や社会生活の変化に遅れをとりやすいこと、②比較法的にもこうした立場が優勢であることが挙げられる。それゆえに、血液製剤のみならず医薬品の欠陥を認めさせる場合にも、被害者は行政基準ではなく、不合理な危険の存在を証明できれば、裁判所は医薬品の欠陥を認めるべきであると考ええる。

第二款 血液製剤における開発危険の抗弁

血液製剤が製品品質法 46 条の「欠陥製造物」にあたると判断されるとしても、同法 41 条に該当する場合には製造者は免責される。すなわち、同条は、

という概念の解釈がないので、裁判官は製品品質法を参照するはずである。

¹⁰⁵ 楊立新『類型侵權行為法研究』（人民法院出版社、2006 年）742 頁。中国において、製造物責任に関して、この判断基準を適用する裁判例が存在する。最高人民法院中国応用法学研究所主編『人民法院案例選（2007 年第 2 輯）』（人民法院出版社、2007 年）145～154 頁参照。

¹⁰⁶ 崔光日「中国製造物責任における無過失責任の受容と変容(2)」北大法学論集 54 巻 6 号（2004 年）464 頁。

¹⁰⁷ 石慧榮「製品欠陥研究」現代法学 1996 年 2 号 85 頁。

¹⁰⁸ 製品品質法 13 条 1 項は「人体の健康及び人身・財産の安全を脅かす恐れのある工業製品については、必ず人体の健康と人身・財産の安全を保障する国家基準、業界基準に合致していなければならない。国家基準、業界基準を制定していない場合は、必ず人体の健康と人身・財産の安全を保障する要求に合致していなければならない」と規定している。

¹⁰⁹ 高聖平・前掲注（65）498 頁。

¹¹⁰ 劉静『製品責任論』（中国政法大学出版社、2000 年）134 頁。

以下のように定める。製造者が「製品を流通に投入した時点での科学技術レベルでは、未だ欠陥の存在を発見することが不可能であった」ことを証明できれば、製造者は免責される。これは、いわゆる開発危険（Development Risk）の抗弁である。

問題は、この抗弁が、医薬品にも適用されるべきかどうかである¹¹¹。この抗弁の採否をめぐる、学説では見解が分かれている。まず、肯定説は、その理由として、①この抗弁は、製薬会社が積極的に新薬の研究・開発に取り組み、科学技術の発展・革新、あるいは製薬産業・医療事業を進歩させるのに有益であること、②ある程度「安全性」を犠牲にして効用を高め、製薬会社の新薬開発への躊躇を解消させ得ること、さらに③製薬会社の開発に対するモチベーションが上がると、最終的に製薬産業・医療事業の発展と患者の福祉にとって大きなメリットを生むことを挙げる。

これに対して、否定説は、①肯定説の理解（「過失責任主義的理解」）が製造物責任の性格（無過失責任）と矛盾すること¹¹²（すなわち、製造者に無過失責任を負わせるにもかかわらず、製造者が製品を市場に流通させた時点で、欠陥の発見ができなかった場合、過失がなかった〔欠陥に対する予見可能性がなかった〕ことを証明できれば、製造物責任を免れる。これは、過失の立証責任の転換規則が援用されるのとはほぼ同じである）、②患者の救済に欠けること（被害者救済を図るために、この抗弁の適用条件を厳しく限定し、医薬品〔血液製剤を含む〕における開発危険の抗弁が広く認められないようにすべきである）を理由として挙げる。

両説の対立点は、新薬開発に関する社会的効用と被害者救済のいずれを重視するかという点に帰着する。もっとも、いずれの利益が優越するといえるかは一義的には判断できない。それゆえに、個別的な判断が要求されるように思われる。

第四節 医療損害賠償責任に関する因果関係の証明

中国の医療訴訟において、因果関係の認定が非常に厳格であり、直接かつ必然的な因果関係が裁判官によって求められる。第一章で取り上げた裁判例を考察すれば、原告の請求が棄却された主な理由は、因果関係の立証が不十分であったことにある（例えば、事例〔1〕の一審、〔3〕〔4〕〔5〕〔6〕〔7〕〔9〕〔13〕）。不法行為法上の因果関係は、研究者であるか実務家であるかを問わず、極めて複雑な問題とされている。したがって、法院が因果関係を正確に認定できるための方策を考えることが重要な課題であると言えよう。

第一款 因果関係の認定及びその発展

中国において、不法行為における因果関係の分類方法は二種類あるとされる。一つは、因果関係を「責任成立の因果関係」（責任が成立するか否かに関する問題）と「賠償責任範囲の確定の因果関係」（責任が成立した後、損害賠償責任をどの範囲で認めるかに関する問題）に区別して理解する¹¹³。

¹¹¹ 各国の立法では、血液製剤の製造者が開発危険の抗弁を援用できるか否かについての規定が様々に異なっている。一例を挙げると、フランスにおいて血液・血液製品による損害について製造物責任を追及するとき、製造者は開発危険の抗弁を援用してはならないとされている。梁亜「比較法視閥下的開発危険抗弁」経済研究導刊 2012 年 4 期 121～122 頁参照。

¹¹² 李蔚「論産品の発展危険責任及其抗弁」法学評論 1998 年 6 期 67～68 頁参照。

¹¹³ 王澤鑑『侵權行為法（一）』（三民書局、2000 年）212～216 頁。魏振瀛・前掲注（48）685～686 頁。この分類は、日本及びドイツで言う「責任設定的因果関係」及び「責任充足的因果関係」に対応しており、時期的にもそちらが先行しており、オリジナリティもそこにある。

より明確に言及すれば、「責任成立の因果関係」とは、帰責可能な行為（加害行為）と権利侵害（または他人を保護する法律の違反）との間の因果関係であるが、「責任範囲の因果関係」とは、権利侵害と損害との間の因果関係である¹¹⁴。

また、もう一つの分類方法としては、因果関係を「事実的因果関係」と「法律上の因果関係」に区別する学説がある¹¹⁵。

「事実的因果関係」は、事実上の判断であり、帰責可能な行為が事実上損害をもたらした原因となるか否かを確定することを目的とし、「あれば、これなし」という意味での因果関係である。これに対して、「法律上の因果関係」とは、法律上の判断であり、既に事実上の原因を構成する帰責可能な行為が法的にどのように評価されるかを確定することを目的とする。そして、法律上の因果関係の存否を考慮する際は、事実だけでなく、法律の規定、司法政策、社会福祉、公平または正義の観念から法的価値判断を加えて、総合的に考量しなければならない¹¹⁶。

ところで、医療損害賠償責任に関する因果関係の認定について、1988年に衛生部が実施した「医療事故処理弁法に関する若干の問題の説明」（原語は「衛生部關於『医療事故処理弁法』若干問題の説明」という行政規章が制定された。これによれば、医療事故の成立を認定する際には、医療過誤と損害結果との間に直接的因果関係が必要である¹¹⁷。

これに対して、2002年に国务院が施行した「医療事故处理条例」という行政法规 49 条¹¹⁸は、医療事故における複雑な因果関係に配慮し、同条は、「医療事故の損害賠償は医療過失の程度に従って判断すべきである。医療機関の賠償範囲は医療過誤の割合と損害結果との積によって決まるべきである」¹¹⁹との趣旨の下で制定された。これにより、「弁法」の直接的因果関係説は否定された。その上で、条例の起草者によれば、医療過誤訴訟における賠償金額の具体的計算は、以下のように定式化された。すなわち、 $P=(P_1+P_2+P_3+P_n) \times Z$ である（Pは加害者が賠償すべき金額、P1～Pnは賠償の種目（損害額）、Zは加害者の責任の割合とする）。つまり、加害行為と他の原因（例えば、被害者の特異体質、疾病の素因）とが競合して損害が生じた場合に、それぞれの原因力と損害との因果関係を認定したうえで、加害行為の

¹¹⁴ 王澤鑑・前掲注（113）214～216頁。

¹¹⁵ 王家福・前掲注（83）477～491頁。これは、リアリズム法学の影響下の不法行為論（例えば、L. Green）及び日本の平井宜雄博士の分類（すなわち、「事実的因果関係（Cause-In-Fact）」、及び「法的因果関係（平井博士の言う「保護範囲」）」）に対応し、時期的にもそちらが先行していて、分類視角のオリジナリティもそこにある。

¹¹⁶ 胡呂銀「論侵權行為法上の因果關係——兼評因果關係兩分法」揚州大学学报（人文社会科学版）2001年9月5卷5期55～56頁。

¹¹⁷ 弁法2条は、「医療事故は、医療関係者が診療および看護活動を行う中において診療または看護の過失を犯し、それによって直接的に患者に死亡、身体障害、または臓器機能障害をもたらしたことを指す」と定めた。その後、民法理論の進歩とともに、相当因果関係という因果関係理論は少しずつ紹介されてきた。この点、相当因果関係説を持つ学者は、「裁判官は一般人の経験則に基づいて事実上の原因と損害との間は通常の状態に因果関係の相当の可能性が存在することを判断できれば、因果関係があるといえる」と主張している。黄清華『医薬衛生法制理論研究と弁護士実務』（中国法制出版社、2001年）87頁。

¹¹⁸ 医療事故处理条例 49 条は、「医療事故の賠償は、下記の要素を考慮したうえで、具体的な賠償額を決めるものとする。（1）医療事故の等級、（2）医療過失行為の医療事故損害結果における責任の程度、（3）医療事故による損害の結果と患者がもともと有している疾病の状況との間の関係」と規定している。

¹¹⁹ 医療事故处理条例起草小組主編『医療事故处理条例积義』（中国法制出版社、2002年）141頁参照。

寄与度に応じて、賠償責任を負わせる。これは、因果関係の割合的認定といえるであろう。

第二款 「証明責任の転換」¹²⁰規則及び現状

輸血による感染事故が起きた場合に、被害者が、感染と医療行為との間の因果関係を証明できず、因果関係を確定できないということが度々生じている。そこで 1999 年 11 月、江蘇省高级人民法院は、率先して、輸血感染事件の審理に関して下級審の裁判業務を規範化させるために、各級地方法院に対して、「全省民事審判工作座談会紀要」（蘇高法〔1999〕466 号）という司法解釈（司法判断の指針となる）文書を公布したのである。

まず、医療機関と血液センターの訴訟上の地位につき、当該紀要は「①患者が輸血によって B 型肝炎または C 型肝炎を罹患し、医療機関及び血液センターに対して提訴する場合には、両者を共同被告にすべきである。②患者が血液センターのみに提訴する場合、医療機関を被告として追加すべきである。そして、③患者が医療機関のみに提訴する場合、血液センターを被告として追加すべきである。ただし、血液が医療機関によって採取された場合を除く」と定めた。

また、立証責任の分配及び因果関係の証明につき、当該紀要は「①輸血による感染事件には立証責任の転換規則を適用すべきである。②患者が、自らに輸血がなされた事実、輸血後の一定期間内にウイルス感染が確定されたことを証明できれば、裁判所は、感染と輸血との間の因果関係を推定すべきである。一方で、③患者が輸血される前にウイルスに感染したこと、あるいは輸血以外の別の経路で感染したことを医療機関が証明できれば、裁判所は、感染と輸血との間に因果関係がないことを認定すべきである」と定めた。

要するに、江蘇省における裁判所は、患者の医学知識の不十分さ及び証拠資料（例えば、カルテ）の入手困難性を考慮して、上記の規定によって、被害者に救済を与えようとした。

その後、最高人民法院は、医療過誤訴訟において「証明責任の転換」制度を採用したことにより、立証レベルでの被害者救済は一層進展することとなった。2002 年 4 月 1 日に施行された「民事訴訟の証拠に関する若干の規定」（以下は「証拠規定」と略す）という司法解釈 4 条 8 項によれば、医療機関が、医療行為と損害結果との間に因果関係が存在しないこと及び医療過誤が存在しないことについて立証責任を負う。すなわち、因果関係の証明責任が転換され、患者側は、医師・医療機関が医療行為を実施したこと及び自身が損害を受けたことを証明できれば、証明責任を尽くしたとみなされる¹²¹。

しかし、こうした試みにもかかわらず実際は、法院は医療過誤事件を審理する際に、必ずしもこの規則を援用するわけではない。というのも、各地の裁判官は、医療紛争事案を審理する際に、どの法律のどの条項を適用するのか、また当事者にどのような証明責任を分担させるのか、については一致していないからである。

証明責任の転換規則を適用すべき事案であるにもかかわらず、この法的拘束力のある規則を適用しない裁判例が跡を絶たない。なぜならば、当事者だけでなく、当事者の訴訟代理人（当事者が訴訟費用の節約を考え、訴訟代理人を頼

¹²⁰ ここでは、日本法の「証明責任の転換」という用語は、中国における理論、実務双方に良く使われる「証明責任の倒置」という用語と同じ意味である。本稿では、説明の便宜のため、「証明責任の転換」という用語を用いることとする。

¹²¹ なお、立証責任の転換はもっぱら医療過誤訴訟において適用され、非医療過誤訴訟には適用されないとされている。

むとき、弁護士ではなく、一般人に委託する事例があることを想起しなければならない〔中国の民事訴訟法 58 条 2 項参照——弁護士・基層法律サービス従事者、当事者の近親者または従業員、当事者の所在コミュニティ・勤務先および関係のある社会团体が推薦する公民は、いずれも訴訟代理人として委任されることができる〕）、あるいは裁判官でさえもこの規則を知らず¹²²、若しくは了解していても、具体的な事案に即して規則の内容を正確に理解し、適用することができないからである。したがって、法院がこの規則を援用しない場合には、患者側は、因果関係の証明責任を負う。そうすると、患者側はいっそう不利な地位に置かれてしまうといえる。

ところが、医療過誤訴訟における因果関係の証明責任について、侵權責任法第七章「医療損害責任」には何も規定されていない。証明責任の転換について、侵權責任法第 2 次草案までは、証拠規定と同様に医療側に因果関係の不存在の立証責任を負わせる規定が認められた。しかし、この規定は医療機関に萎縮効果、防衛医療等をもたらす恐れがあり、医療事業の発展を阻害する心配が出るといった批判がなされた。そのため、第 3 次草案以降は削除された。したがって、侵權責任法施行後、原則として、因果関係の証明責任が患者側にあることは、少なくとも立法者の意思であると推定できる¹²³。

学説においてもこうした立場は、多くの支持を受けている¹²⁴。しかし、こうした理解に対しては、証明責任の転換規則が定められた証拠規定を適用することにより患者の保護を図るべきとの見解も少数ながらみられる。というのも、立法者の意思は、研究者や実務家が条文を読むだけでは必ずしも明らかではないので、実務上、上記の証拠規定に従って証明責任の転換規則が運用され続ける余地があるからである。

今後、医療過誤訴訟において、患者側と医療側との間に、実務上証明責任の分配がどのようになされるかは注目に値する。というのも、この問題は、裁判官が証明責任を具体的に分配する際に、公平、正義などの価値判断を出発点とし、訴訟当事者双方の社会的な役割、利益の対立、衝突の状況及び保護の要求について総合的に判断されなければならない、そのような高いレベルの判断を裁判官に求めることになるからである¹²⁵。

第三款 因果関係の証明責任の緩和ルール

これまで分析してきたように、証明責任の転換規則は、医療側の証明責任を加重する。これは患者の救済に資するものの、こうした帰結は、医療側のリスク回避的行動（例えば、①過剰診療、②重篤患者の受診拒否及び高難度手術の回避）を誘発し、その結果として、社会的な非効率（効用の低下）を導く（例えば、①の帰結として、患者の経済負担・医療コストの増加、また、②の帰結

¹²² というのも、2000 年以前の中国では、司法試験に参加せずに、退役した軍人が裁判官になることが普通であったからである。この点については、賀衛方「復転軍人進法院」南方週末 1998 年 1 月 2 日参照。この法現象を理解するために、中国の現実の状況を知る必要がある。かつての中国では、法律実務家になるのにあらかじめ法学の基礎的素養が要求されず、何らの資格要件または試験もなしに、多くの場合、法の素人が、いきなり裁判官等の「政法幹部」として迎えられた。法律実務部門に勤務するには、政治思想や立場こそが重視されたのである。木間正道＝鈴木賢＝高見澤磨＝宇田川幸則『現代中国法入門（第 4 版）』（有斐閣、2006 年）302～303 頁。

¹²³ 住田尚之「中国における新しい不法行為法の制定」ジュリスト 1406 号（2010 年）51 頁。

¹²⁴ つまり、侵權責任法が立証責任の転換を明記していないために、患者側が因果関係の証明責任を負うべきであるとの見解である。葉名怡「医療侵權責任中因果関係の認定」中外法学 2012 年 1 期 137 頁。

¹²⁵ 周翠「『侵權責任法』体系下的証明責任倒置及減輕」中外法学 2010 年 5 期 713 頁。

として、患者に不利益をもたらすこと)¹²⁶。このように、当事者の利益と社会的な利益の衝突が起こっている。

それゆえに、学説は、立証責任の完全な転換（証明責任の免除）ではなく、立証責任の軽減（証明責任の緩和ルール）によって両者の利益を調整してきた。つまり、医療過誤訴訟における証明責任について、完全な証明責任の転換までいかなくとも、被害者の証明責任負担の軽減・緩和にとどめてよい、という見解が有力に主張されている¹²⁷。

具体的には¹²⁸、①患者は、自身の損害と医療行為との間に存する因果関係の必然性を証明せずとも、蓋然性あるいは相当程度の可能性が証明できれば、証明責任を尽くしたものとみなされる¹²⁹。また②（①を満たすと）裁判官は、通常人が有する一般的な社会知識、経験に基づいて、医療行為と患者の損害との間に、客観的かつ合理的な関連性があれば、因果関係の存在を推認する（因果関係の事実上の推定）。さらに③この時点から医療機関は、因果関係の不存在に関する証明責任を負う。この証明が成功すれば、前に推定された因果関係は覆され、医療機関は賠償責任を免れる。逆に言えば、医療機関が反証できない限り、賠償責任を負う。ただし、医療機関の証明責任については、高度の蓋然性基準を採用すべきである。つまり裁判官が、因果関係を否定するとき、自由心証における内心の確信の程度に至るほどの証明度が必要である。

こうした取扱いは、患者（弱者）保護という点で共通することを踏まえると、欠陥のある医療製品による損害賠償訴訟にも適用する余地がある。すなわち、患者がその欠陥医薬品の使用による損害発生の蓋然性を証明できれば、裁判官は、欠陥医薬品と損害との間の因果関係を推定すべきである。次に、証明責任が転換され、医薬品の製造者は、製造物に欠陥がないこと、免責事由の存在、あるいは因果関係の不存在に関して、証明責任を負うべきである。医薬品の製造者は、以上のことを証明できない限り、賠償責任を免れない。

第五節 無過失輸血による感染の責任問題及び公平責任の位置づけ

第一款 責任主体の責任分配

より深刻な問題は、病院側・血液センターが善良管理義務を尽くした（従って、無過失である）にもかかわらず、患者が病院・血液センターの提供した血液によって感染し、損害を被った場合である。具体的には、（a）血液検査技術には限界があるので、血液中に既知のウイルスが存在していたが、感染初期のウインドウ期、あるいは検査キットの感度による見逃し率があるなど、客観的な原因によって血液検査では陰性反応しか現れなかった場合、及び（b）血液中にある未知の新種のウイルスが存在していたが、当時の科学技術には限界があり、そのウイルスの検査ができなかった場合である。

このような場合、①医療機関、②血液センター、③血液製品の生産者（製薬会社）、④血液製品の販売者（医薬品会社）は、どのように責任を分担し合うべきであろうか。この問題について学説は、上記②～④の責任を肯定すべきであるという点では一致している。しかし、①（医療機関）の責任を肯定すべきか否かという点については、評価が分かれている。

¹²⁶ 胡学軍「解説無人領会的語言——医療侵權訴訟挙証責任分配規則評析」法律科学（西北政法大學學報）2011年3期100頁。

¹²⁷ 楊立新・前掲注（70）90～95頁参照。そのほか、葉自強「挙証責任的倒置与分割」中国法学2004年5期138～149頁参照。また、葉名怡・前掲注（124）145～146頁参照。周翠・前掲注（125）720頁参照。

¹²⁸ 楊立新「医療損害責任的因果關係証明及挙証責任」法学2009年1期42～43頁参照。

¹²⁹ 楊立新・前掲注（19）14～15頁参照。

まず、肯定説によれば、①～④の責任は賠償責任と区別された補償責任、すなわち、患者の健康被害に対して「公平」の観点から補償しなければならないという責任として理解される¹³⁰。こうした立場は、学説で有力に主張されており、また、輸血による感染事件の裁判例においてもみられる（例えば、第一章の事例〔6〕〔8〕〔13〕）。

これに対して、否定説によれば、①の責任は過失責任であるとされ、①は過失がない場合には責任を負わない¹³¹。その理由としては、以下が挙げられる。

（i）科学技術には限界があり、輸血された血液にウィンドウ期にあるウイルスの有無を予見することは非常に困難であるため、そのウイルスを含んだ血液が輸血されたとしても、（過失の前提としての）予見可能性があるとはいえないことである（その帰結として、医師の過失は否定され、医師は免責される¹³²）。また、（ii）2002年の医療事故処理条例2条は、「医療事故とは、医療機構及び医療従事者が医療活動において…、過失によって、患者に人身損害を与えた事故を指す¹³³」と定めるものの、無過失輸血の感染によって生じた不良結果は2条の医療事故に該当せず（同33条）、さらには「医療事故ではないものについては、医療機構は賠償責任を負わない」（同49条）と定めていることである。

もっとも、②（血液センター）及び③（製薬会社）はともに製造者として製造物責任を負うはずである（製品品質法）。それにもかかわらず、なにゆえ別途に公平責任の適用を問題にする必要があるのか、という疑問が生じる。これは、製造物責任を認める要件が厳格であるためである。すなわち、同責任を負わせるためには、三つの要件——〔1〕血液が製造物に該当すること、〔2〕血液に欠陥があること、〔3〕製造者に免責事由（例えば、開発危険の抗弁）がないこと——が充足されなければならない¹³⁴。しかし、これらの要件を満たすことが現実的には困難であることは、既に検討した通りである（例えば、〔1〕の要件については、血液＝製造物説は多くの支持を得ていない〔第二章第一節〕。また、〔2〕の要件については、欠陥＝行政基準違反説は実務上採用されている〔同章第三節第一款〕。さらに、〔3〕の要件については、開発危険の抗弁が血液製剤にも適用される〔同章第三節第二款〕）。

なお、侵権責任法は製造者の免責事由を規定していないが、医療製品責任が製造物責任の一種であることを考慮すると、製品品質法の免責規定が適用される余地があろう。その場合、無過失輸血による感染事案においても、開発危険の抗弁を適用することにより、血液にウイルスの陰性反応があるという検査結果を製造者が証明できれば、免責される。すなわち、上記の二つの感染原因（〔a〕〔b〕）は、いずれにしても、開発危険の抗弁の適用があるので、製造者は免責されうる。

さらに、血液製剤の販売者も、免責事由を援用することで免責される。というのも、製造物責任の最終的な責任（「重い」責任）を負うもの（製造者）でさえ開発危険の抗弁を援用しうるのだから、より「軽い」責任を負うもの（販

¹³⁰ 王利明『中国民法典学者建議稿及立法理由・侵權行為編』（法律出版社、2005年）269～272頁参照。また、楊立新『中華人民共和國侵權責任法草案建議稿及說明』（法律出版社、2007年）270～271頁参照。

¹³¹ 梁慧星『中国民法典草案建議稿附理由（侵權行為編・繼承編）』（法律出版社、2004年）66頁参照。

¹³² すなわち、結果回避の論理的前提としての危険につき予見可能性がない限り、予見の不可能な危険に対する輸血後疾病の罹患の回避は事実上不可能である。

¹³³ 岩志和一郎＝川城憶紅「中国の医療事故処理条例」比較法学（早稲田大学）37巻2号（2004年）300頁。

¹³⁴ 趙西巨「因輸血感染所致損害的法律救済探析」法律与医学雑誌2007年4期288頁。

売者)は、当然それを援用できるからである(これは、中国の法格言の一つである「挙重以明軽」の現れである)。

以上をまとめると、患者が無過失輸血によって感染した場合、証明責任の転換規則を援用しても損害賠償の問題は解決できないのである。しかも、前述の裁判例によれば、無過失輸血による感染事案においては、裁判官は、医療機関や血液センターに過失責任主義という帰責原則を適用し、患者の請求を棄却するのが通例であった。もっとも、それにもかかわらず、裁判官は「公平責任」によりこうした帰結に修正を加える。それゆえに、次に公平責任についてみてゆくことにする。

第二款 公平責任の位置づけ

公平責任は、被害者救済のために、裁判官に一定の自由裁量権を与えており、内心の公平観念に基づき賠償責任及びその範囲を確定することができるように創造された中国式の制度である¹³⁵。公平責任の根拠としては、民法通則 132 条¹³⁶や侵權責任法 24 条¹³⁷が挙げられる。

もっとも、この責任の位置づけをめぐるのは、評価が分かれている。一方で、公平責任を不法行為法の一つの帰責原則とみなす見解がある。この見解によれば、公平責任とは、当事者双方が共に損害の発生に対して過失がなくても、裁判所が公平の観念に基づき、当事者の財産状況、被害者への精神的損害及びその他の状況を考量したうえで、行為者に被害者の損失につき適当な補償を与えるように命じるという帰責原則である¹³⁸。

他方で、公平責任が不法行為法の帰責原則ではなく、当事者に損害を分担させる一つの方法にすぎないとの見解がある。例えば、日本の中国法研究者によると、「公平責任とは、過失がなくても事実関係や行為者と被害者との経済的格差等による『公平』の観点から中国法独特の原理である損害の分担をする原則である」¹³⁹とされる。これは、侵權責任法の起草者の立場に近いとされる¹⁴⁰。

公平責任の位置づけについてはこのように争いがみられるものの、裁判所は、医療機関・血液センターに過失責任主義を適用することが、患者にとって著しく不公平な帰結を導くとき、患者の利益を保護し、社会の安定を維持するために、公平責任によって当事者に損害を分担させる。例えば、江蘇省高級人民法院の「全省民事審判工作座談会紀要」(蘇高法〔1999〕466 号)は、輸血による感染事件の民事責任の分担について、「血液センターと医療機関は、自らの法定義務を果たしたか否かを立証すべきである。両者は、各自の法定義務を果たし、患者の健康損害に過失がない場合にも、公平の観点から、公平責任に基づいて民事責任を分担すべきである」と規定した。

また、侵權責任法の施行後、2010 年 11 月 18 日、北京市高級人民法院は「医療損害賠償事案の審理に関する若干の問題の指導意見(暫定)」(原語は「關於審理医療損害賠償糾紛案件若干問題的指導意見(試行)」)(京高法発

¹³⁵ 王利明主編『民法・侵權行為法』(中国人民大学出版社、1993 年)114 頁。

¹³⁶ 「損害の発生について、当事者に過失がない場合は、当事者は実情に応じ、民事責任を分担することができる」との規定である。

¹³⁷ 「損害の発生について被害者と行為者のいずれにも過失がない場合、実際の状況に基づいて、双方が損失を分担する」との規定である。

¹³⁸ 王利明・前掲注(135)105 頁。

¹³⁹ 住田尚之「中華人民共和國權利侵害責任法(不法行為法)の解説」NBL926 号(2010 年)74 頁。

¹⁴⁰ 立法者は、侵權責任法の帰責原則は過失責任主義と無過失責任主義であることを明確に指摘した。十一届全国人大常委会第六次会议文件「全国人民代表大会法律委员会關於『中华人民共和国侵權責任法草案』主要問題的匯報」(2008 年 12 月 22 日)3 頁参照。

〔2010〕400号）を公布した。同意見34条によれば、無過失輸血による感染について、法院は、損失を公平に分担させるために、公平原則に基づいて、医療機関と血液センターに対し、患者に適当な補償を与えるように命じることができる。

前述の裁判例（第一章）をみると、公平責任は多くの場面で援用されている（例えば、事例〔6〕〔8〕〔13〕）。因果関係が認められない場合にも、公平責任の援用が認められている。さらに、公平責任原則は、医薬品の副作用による健康被害における裁判例、つまり、薬害の裁判例においても広く適用されている。

確かに、これらの場合に、被害者救済の受け皿として、公平責任の援用は、被害者にとって、様々なメリットがあるかもしれないが、最善策であるとは思わない。なぜならば、公平責任の適用それ自体は、裁判官の自由心証に頼るものに過ぎないからである。やはり被害者の保護を最大限に実現するためには、公平責任は、裁判官の裁量に委ねられるべきではなく、固定的かつ安定的な制度によって運用されなければならない。というのも、血液製剤を含む医薬品は、一般の商品とは異なり、国民の生命ないし身体健康に関わり、公共利益との間に緊密な関連性を有することから、取扱いを明確にすべきと考えるからである。

また、血液検査では陽性反応が現れない感染初期のウィンドウ期・潜伏期にある血液を輸血したことによるウイルス感染事故を完全に遮断することは実際上不可能である。無過失輸血による感染者に対して、中国では、国家的な補償システムや医療保険制度が整備されていないため、裁判官は、公平責任を適用し、医療機関及び血液センターに責任を負わせるわけである。したがって、社会保障の観点から考えると、この問題を徹底的に解決するためには、国は無過失輸血による感染被害者に何らかの形で救済を与えることが求められるであろう。

第六節 侵權責任法における血液・血液製剤の扱い

第一款 輸血・血液製剤による感染の責任主体における責任分配

侵權責任法の公布後、輸血用血液・血液製剤に関わる医療事故（例えば、汚染された血液・血液製剤による輸血後の感染症罹患のケース）は、異なる取扱いを受ける。同法は、医師・医療機関の責任について変更した。これにより、血液の供給者（血液センター）、血液製剤の製造者（製薬会社）、血液製剤の販売者（医薬品会社）、輸血実施者（医師・医療機関）の責任分配の問題が顕在化する。したがって、医療機関と血液センターと血液製剤の製造者・販売者との間の責任分担の検討に迫られるのである。

医療機関と血液・血液製剤の製造者との責任分配について、侵權責任法59条は「薬品、消毒剤、医療機器の欠陥、または不合格の血液の輸血により患者に損害を生じさせた場合、患者は、製造者または血液の提供機構に対して賠償を請求することができるほか、医療機関に対しても賠償を請求することができる。患者が医療機関に賠償を請求する場合、医療機関は賠償を行った後、責任を負うべき製造者または血液の提供機構に対して求償する権利を有する」と規定する。

通説によると、同条は、医療製造物責任に関する規定であり、医薬品の製造者・販売者・医療機関に無過失責任を負わせる条文である。医療機関は、医薬品の販売者とみなされ、責任主体の一つとなり、共同不法行為による不真正連

帯債務を負うべきであるとされる¹⁴¹。すなわち、医療機関は血液・血液製剤の販売者とみなされ、患者に対して不真正連帯責任を負い、製造者とともに製造物責任主体となる。なお、同法 43 条¹⁴²によって、製造者と販売者の責任が明確に規定されている。

中国において、輸血用血液・血液製剤が患者に被害を与えた場合に、医療機関、血液センター、製薬会社、医薬品会社との間の責任の分配がどうなされるかに関して、以下の表 2-6-1 にまとめたので、これを用いて各責任主体の責任分配を明らかにしたい。

表 2-6-1：血液・血液製剤による感染の責任主体の責任分配

	医療機関 (病院)	輸血用血液の供給者 血液センター (血站)	血液製剤の製造 者（製薬会社）	血液製剤の販売者 (医薬品会社)
輸血用血液による感染	2009 年侵権責任法公布前：過失責任。 2009 年侵権責任法公布後：輸血用血液は製造物とみなされる。医療機関は無過失責任を負う。ただし、血液の欠陥が血液センターによって生じた場合、病院側は過失がないため、賠償を行った後、血液センターに対する求償権を行使しうる。	2009 年侵権責任法公布前：過失責任。 2009 年侵権責任法公布後：輸血用血液は製造物とみなされる。血液センターは輸血用血液の製造者とみなされ、無過失責任を負う。ただし、血液の欠陥が医療機関によって生じた場合、血液センターは賠償を行った後、医療機関に対する求償権を行使しうる。		
血液製剤による感染	2009 年侵権責任法公布前：過失責任。 2009 年侵権責任法公布後：医療機関は血液製剤の販売者とみなされ、無過失責任を負う。ただし、病院側は責任がある血液製剤の製造者・販売者に対する求償権を行使しうる。		無過失責任 ただし、血液製品の欠陥が販売者の過失によって生じた場合には、血液製剤の製造者は、賠償した後、販売者に対する求償権を行使しうる。 製薬会社と医薬品会社は患者に対して、共同不法行為による不真正連帯債務を負う。	無過失責任 ただし、血液製品の欠陥が製造者によって生じた場合には、血液製剤の販売者は過失がないので、賠償した後、製造者に対する求償権を行使しうる。 医薬品会社と製薬会社は患者に対して、共同不法行為による不真正連帯債務を負う。

上記の表によれば、侵権責任法 59 条により、血液にも、製造物責任が適用されることになったため、病院側の負担はより重くなったことが理解できる。

¹⁴¹ 奚晓明・前掲注（18）414～419 頁。

¹⁴² 前掲注（103）参照。

より厳密に分析すると、表面上、医療機関、血液センター、製薬会社と医薬品会社は、患者に対して無過失責任を負うが、四者における最終責任（製造物責任の最終的な帰属）の分担としては、四者は共同不法行為による不真正連帯債務を負う¹⁴³。

具体的に言えば、一方で、患者が、医療機関、血液センター、製薬会社と医薬品会社に対して損害賠償を請求する場合、この四者は、血液・血液製剤の欠陥が製造と販売のどの段階で生じたものか、また四者自身にその欠陥につき過失があるか否かを問わず、患者に対して、賠償責任を負わなければならない。しかも、患者は、四者の過失を証明する必要がないのである。

他方、四者における各自の責任については、最終的に血液製剤を含む医薬品の製造者の責任は無過失責任であるが、医療機関あるいは医薬品の販売者の責任は過失責任である。医療機関と医薬品会社は、欠陥につき過失がないにもかかわらず、被害者の請求に応じて（実際に責めを負うべき者の代わりに）責任を負わされ、賠償をした後で製薬会社に求償することができる。そしてその際、医療機関と医薬品会社は製造者に対して無過失責任を追及する場合、製造者が販売者に引き渡した製品に欠陥があったことさえ証明すれば足り、製造者の過失を証明する必要はない¹⁴⁴。

なお、侵權責任法は、医薬品の製造者の免責事由を規定していないが、医療製品責任は製造物責任の一種といえるので、裁判官は製品品質法における製造者の免責事由を適用する。しかし、医療機関は販売者とみなされ、製造者ではないため、製造者の免責事由を援用することができるかどうかという問題がある。これについては、製造者が製造物責任の最終的な責任を負うものでさえ免責事由を援用しうることに鑑みて、「挙重以明輕」の解釈論によって、販売者である医療機関は、当然免責事由を援用する余地があるように思われる¹⁴⁵。

第二款 侵權責任法五十九条の解釈論及び批判

侵權責任法五十九条は、医薬品の製造物責任の規定であり、無過失責任を採用したものであると理解されている。また、医療機関は、医薬品の販売者とみなされるべきであると考えられている¹⁴⁶。

同条の立法趣旨は、次の点にある。第一に、医療機関と医薬品の製造者・販売者との間でお互いに責任を押し付け合うことを防止し、患者の権利を確実に保護することにある¹⁴⁷。第二に、患者の法的救済を強化し、便益を与えることにある¹⁴⁸。すなわち、欠陥医薬品の製造者・販売者が他の市、他の省、さらには他国にいるため、被害を受けた患者が製造者・販売者のいる地域の裁判所に赴き、損害賠償訴訟を起こすのが大変困難な場合がある。そこで、同条は、医薬品の製造者・販売者のほか、医療機関に対する賠償請求権をも患者に与えることにより、このような不便を解消し、患者の保護を図る。

しかし、同条は、構造上及び文言上も、製造物責任の規定とみなされているが、「無過失責任」の言葉を使っていないため、この条文の解釈をめぐって、学説において大々的に論じられている。

¹⁴³ 製造者と販売者との間の責任分配に関する分析について、張新宝『侵權責任法原理』（中国人民大学出版社、2005年）401頁参照。また、高聖平「產品責任中生產者和銷售者之間的不真正連帶責任——以『侵權責任法』第五章為分析對象」法学論壇 2012年2期 16～22頁。

¹⁴⁴ 崔光日・前掲注（106）484頁参照。

¹⁴⁵ 楊立新＝岳業鵬「医療產品損害責任的法律適用規則及缺陷克服——“齊二藥”案的再思考及『侵權責任法』第59条的解釋論」政治与法律 2012年9期 121頁。

¹⁴⁶ 奚曉明・前掲注（18）414頁。

¹⁴⁷ 王勝明『中華人民共和國侵權責任法解讀』（中國法制出版社、2010年）292頁。

¹⁴⁸ 梁慧星「論『侵權責任法』中的醫療損害責任」法商研究 2010年6期 39頁。

一方で、59 条は侵権責任法の「医療損害責任」という章の下の特項であるので、「医療損害責任」は、専門家責任の一種であり、過失責任主義が適用されるため、医療製品による賠償責任に関して、医療関係者には過失責任を負わせるべきであるという見解がある。そして 59 条は、当事者の訴権に関する規定であるが、欠陥医薬品による被害あるいは輸血による被害の賠償責任における帰責原則及び責任主体は変わっていない。そのため、欠陥医薬品による被害事案において、製造者は無過失責任を負うが、販売者は、過失責任を負い、また血液による被害事案において、血液の提供者は過失責任を負うのである¹⁴⁹。

他方で、医薬品による被害に関する賠償責任は、医療過誤責任と製造物責任という二重の性質を持つので、59 条は、医療機関にとっては医療過誤責任であるが、医薬品の製造者にとっては製造物責任であるとの見解もある¹⁵⁰。医療機関は、社会公益性がある非営利機構であり、社会福祉制度の重要な構成部分である。そして、医療機関の薬品の価額は、国が判断・調整した上で定められている。そのため、医療機関は、医薬品の販売者ではなく、ただの医薬品の提供者あるいは使用者にすぎない。欠陥医薬品及び不合格の血液による被害に対して、医療機関に無過失責任を負わせるのではなく、医療機関の過失を一応推定し、その後、医療機関は診療過誤がないことを証明できれば、責任を負わせないという主張がなされている¹⁵¹。したがって、医療機関の診療行為に過失がなく医薬品を合法的に購入した場合、欠陥医薬品による損害に対して、医療機関には、製造者とともに連帯責任を負わせるべきではないとするのである¹⁵²。

また、侵権責任法 59 条に対する批判も強くなされている。以下、廖煥国准教授や楊立新教授をはじめとする二つの代表的な批判的見解を取り上げる。

まず、廖煥国准教授は、医療機関に対して欠陥医薬品の連帯責任を負わせることについて以下のように批判する¹⁵³。

すなわち、①医療機関は、医療サービスの専門的な提供者であるから、医薬品の製造者の無過失責任につき連帯責任を負担させられるべきではない。製造物責任の責任主体範囲は、医療における専門的なサービスの提供者の領域に拡大してはいけないのである。その理由は、アメリカ法律協会が出版した第三次不法行為法リステイトメント第 19 (b) 条〔製造物責任〕において、サービスは、商業的に提供されても、製造物に当たらないとされているからである。また、サービスと製造物との違いに関して、裁判所は、商業的に提供したサービスが、厳格責任が適用される製造物責任における製造物に当たるとすることを一切拒否している。要するに、製造物責任はサービスの提供者には適用されないのである。

②医療機関は、医薬品の販売者あるいは主な販売者ではない。医薬品は医療機関を通じて患者の手に入ると言われているが、医療機関は医薬品の主な販売者というわけではない。医療機関の主要な機能は、各種類の専門的な診療サービスの提供によって、患者の健康を回復させることである。それゆえ、患者に医薬品を提供することは、総合的な診療活動に伴う単なる補助的行為にすぎない。言い換えれば、医療機関及び医師の役割は、専門的知識を通して、診療サービスを提供しつつ、患者の具体的な症状に応じて、医薬品を組み合わせ処方し、患者の健康を改善させることである。そのため、医師・医療機関は、専門

¹⁴⁹ 梁慧星・前掲注 (148) 39 頁。

¹⁵⁰ 楊立新＝岳業鵬・前掲注 (145) 111～112 頁。

¹⁵¹ 楊立新＝岳業鵬・前掲注 (145) 113 頁。

¹⁵² 全国人大常委会法制工作委员会民法室主編『侵権責任法立法背景与觀點全集』（法律出版社、2010 年）788 頁。

¹⁵³ 廖煥国「医療機構連帯承担薬品缺陷責任之質疑」法学評論 2011 年 4 期 55～60 頁。

家としてのサービスを提供しており、決して単なる医薬品の販売者とみなしてはいけないのである。

③医療機関は、事実上医薬品を販売しても、単なる販売行為のみならず、患者の生命や健康を守るために、専門知識と経験を活用し、医療サービスを提供しつつ、サービスと販売の総合行為を行っているものとみなされるべきである。

④医療機関は、医薬品の販売者とみなされても、連帯責任を負わせるべきではない。なぜならば、医療サービスの性質、効用及びこれらに対するニーズは、人々の健康さらには生命に関わり、全体的な福祉に対して非常に重要であるからである。医療機関に無過失責任を負わせると、医療機関は防衛医療を選択せざるを得ない。その結果、医療コストが増加する一方で、医療関係者の仕事に対する意欲が薄れ、「萎縮医療」または「医療崩壊」に至る可能性が十分にあると考えられる。したがって、このような現象を回避する、あるいは医療事業の進歩・発展を保護するために、政策的に考えるとすれば、医師に厳格責任を負わせてはいけないのである。

次に、楊立新教授は、医療機関の責任を重くすると、医療費の増加を通じて損害賠償責任が最終的に患者全体に転嫁される恐れがあるとして、賠償責任を確定する場合には、欠陥医薬品の生産者、販売者及び医療機関を区別すべきであると主張する¹⁵⁴。それゆえに、医薬品の生産者と血液の提供者は無過失責任を負うべきであるが、医療機関は、過失（注意義務違反）があるときに限り、過失責任主義に基づいて賠償責任を負うべきである¹⁵⁵。具体的には、以下のよう に提唱する。

①患者に欠陥医薬品を使用する際に医療機関に過失があるとき、医療機関は、販売者とみなされ、製造物責任の一般規則を適用されるべきである。例えば、医療機関が、その医薬品を患者に強制的に使用させ、患者に損害を被らせた場合において、患者は、欠陥医薬品の生産者または販売者に賠償を請求することができるほか、医療機関にも損害賠償を請求することができる。

②医療機関は、欠陥医薬品による損害に対して過失がない場合、賠償責任を負うべきではない。このとき患者は、欠陥医薬品の製造者または販売者に対して、製造物責任における損害賠償を請求できるが、それ以外は医療機関に対して損害賠償を請求することができない。

③医療機関は、欠陥医薬品の使用により患者に損害をもたらした場合、欠陥医薬品の製造者または供給者を明示できないときは、侵權責任法 42 条 2 項¹⁵⁶により規定された、製造物の販売者に関する責任規則が援用され、医療機関は賠償責任を負うべきである。

④医療機関自体が欠陥医薬品の製造者の場合に、患者に損害を被らせたときは、侵權責任法 41 条¹⁵⁷に規定された、製造者に関する責任規則が援用され、医療機関は賠償責任を負うべきである。

⑤侵權責任法 59 条に医薬品の販売者責任が定められていないので、同法 42 条¹⁵⁸と 43 条¹⁵⁹の規定により販売者の責任を確定すべきである。

¹⁵⁴ 楊立新・前掲注（19）14～16 頁参照。

¹⁵⁵ 楊立新『「中華人民共和國侵權責任法」精解』（知識産權出版社、2010 年）240 頁。

¹⁵⁶ 本項は、「販売者が欠陥製品の製造者もサプライヤーも明示できない場合、販売者は權利侵害責任を負わなければならない」と規定する。

¹⁵⁷ 同条は、「製造物の欠陥により、他人に損害を生じさせたときは、製造者は不法行為責任を負う」と定める。

¹⁵⁸ 同条は、「販売者の過失により、製造物に欠陥を生じさせ、他人に損害を加えたときは、販売者が不法行為責任を負う。販売者が欠陥製品の製造者もサプライヤーも明示できない場合、販売者は權利侵害責任を負わなければならない」と定める。

¹⁵⁹ 前掲注（103）参照。

第三款 医薬品による被害の責任主体の責任分配——政策的な観点からの再検討

20 世紀末に入ってから、中国では、市場経済体制に向かって改革が進行するのに伴って、医療衛生体制も急速に改革されてきている。計画経済体制の下で、いわゆる純粋な社会公益的な活動とされてきた医療事業は、有償的、専門的な技術サービスの提供活動と捉えられつつある。

実際のところ、医療機関は、医薬品の卸値を基礎として、ある程度の値上げを実施している。このとき、何倍にも値上げすることがあり、医療機関は、自らその運営の損益を負担する。そのため、民営医療機関に止まらず、国営医療機関も、医療費を引き上げるなど、経済的利益を追求することに専念している。特に国家は、医療機関が薬品の販売価格を仕入れ価格より **15%** 値上げし、その価格の差を経営資金の足しにするということを許容している。経営上の苦境を緩和するために、医療機関は薬を必要以上に処方したり、輸入した高額な薬品を処方したりする。それゆえ、「薬で医療を養う」現象が段々拡大しているのである。しかし、こうしたやり方は、患者の負担する医薬品代の支出を大幅に増加し、多くの患者の不満を惹起している。

現在中国では、医療費の支出が **10** 数年前に比べ、数十倍まで上昇したことに影響して、医療事故をめぐる紛争は増加している。医療紛争の処理は、司法界に止まらずマスコミないし社会の注目を浴びる深刻な問題となっている。この現状の下で、医療機関は、医薬品の値段を値上げすることによって大量の経済的利益を得るにもかかわらず、欠陥医薬品が患者に損害をもたらしたとき、医療機関が販売者としての損害賠償責任を負わないとすれば、公平原則に相応しくないばかりではなく、権利と義務の統一という法律原則にも違反するものと思われる。

ところが、近年、中国における医療システムの改革について、国務院は「医療衛生体制改革近期重点实施方案（2009—2011）」を公布し、医薬品の販売と医療サービスを分け、医療分業を目指し、「薬代で病院の経営経費を補う」現象を取り除くことを明確に要求した。この流れを踏まえて、血液製剤をはじめ、医療機関は必ずしも医薬品の販売者ではないので、医療機関が販売者であるかどうかの認定は、具体的な個々の事案ごとに、事実の状況に即して判断する必要がある。もし病院が医薬品の販売者と認定される場合には、病院は、製造者とともに、製造物責任に基づいて不真正連帯賠償責任を負わなければならない。しかし、病院が医薬品の販売者と認定されない場合には、病院は製造物責任ではなく、過失責任のみを負う。また医療機関が医薬品の販売者であるか否かを認定するとき、医療機関の性質を考慮し、営利性医療機関と非営利性医療機関を区別したうえで、医療機関が医薬品を販売するときの値上げの程度も考慮すべきである。

そして、血液製剤を含む医薬品に関わる医療事故では、製薬会社側と、医薬品会社と、医師・医療機関等の医療従事者側の責任分担が問題となる。そして、その相互の責任分担に関して、医薬品の損害賠償責任を確定する場合には、医薬品の生産者、販売者と医療機関とを区別すべきであると考ええる。

まず、医薬品による被害事件を類型化すると、以下の三つの種類が挙げられる¹⁶⁰。すなわち（i）欠陥医薬品による被害、（ii）医薬品の不当使用による被害¹⁶¹、（iii）有用性がある医薬品の「不都合な薬の副作用（Adverse

¹⁶⁰ 曾智＝楊悦「薬害事件中製薬企業と医療機構の民事責任研究」中国薬房 2010 年 13 期 1156～1157 頁。

¹⁶¹ 「医薬品の不当使用による被害」とは、製薬会社からの指示や警告が適切になされている

Drug Reaction)」による被害¹⁶²である。医療機関は、医薬品の不当使用による被害に対して過失があるとき、賠償責任を負うことは明らかであるが、欠陥医薬品による被害及び「不都合な薬の副作用」による被害の賠償責任の問題はやや複雑である。具体的には、以下のように説明する¹⁶³（表 2-6-2 参照）。

①医療機関は、医療機関が患者に強制的に（欠陥）医薬品を使用させ、損害を被らせた場合のように、その使用に関する過失があるときは、製造物責任を負うべきである。つまり、患者は、医薬品の有効性に比べ副作用の重篤さが顕著であり、しかも副作用の回避が不可能な医薬品による被害の場合においては、欠陥医薬品の生産者または販売者に賠償を請求することができるほか、欠陥医薬品の販売者と等しい地位とみなされる医療機関にも賠償を請求することができる。

②医療機関に欠陥医薬品による損害に関する過失がない場合、現在の段階においては、欠陥医薬品の販売者と等しい地位とみなされる医療機関にも賠償責任を負わせるべきである。このとき病院側には、責任がある血液製剤の製造者に対し求償権を有する。しかし、「薬で医療を養う」という現象が取り除かれた段階では、医療機関は医薬品の販売者に該当しないため、過失がないときに賠償責任を負うべきではない。この場合において、患者は、欠陥医薬品の製造者または販売者に賠償を請求することができる。ただし、欠陥医薬品の製造者・販売者の確定ができないときは、侵權責任法 42 条 2 項の規定が援用され、医療機関は、医薬品の提供者として、損害賠償責任を負うべきである。

③「不都合な薬の副作用」による被害のような、医薬品の有効性が副作用より大きく欠陥医薬品に該当しない場合、すなわち医薬品が適正に使用されたにもかかわらず被害がある場合には、医療機関は、過失がない限り、賠償責任を負うべきではない。また患者は、医薬品の生産者または販売者にも損害賠償を請求することもできないことになる。こうした場合に備えて、国家は、医薬品副作用救済基金を設立すべきであると考ええる。その上で、患者側は、医薬品副作用救済基金に対し損害補償救済を請求すべきである。

しかし、現在の中国においては、「不都合な薬の副作用」による被害に対して国の主導する補償システムが存在していない。こうした患者を救済するために、裁判所が、公平の観念に基づき当事者の財産状況や被害者への損害の深刻さ及びその他の状況を考量したうえで、製薬会社、医薬品会社及び医療機関が被害者の損失に適当な補償を与えるべきであると考ええる。

④医薬品による被害はあるが、医薬品の有効性が副作用より大きくて欠陥医薬品に該当しない場合でも、医療機関は、自身に過失がある場合は、損害賠償責任を負うべきである。例えば、医療機関の説明義務違反や医薬品の不当使用、あるいは患者に強制的に使用させる場合に過失責任を負うと考えられる。

⑤国家は、医薬品の安全確認義務を負うべきである。また、患者に対して、欠陥医薬品の警告責任や販売停止・回収責任を負うべきである。

にもかかわらず、不適正な使用により健康被害が生じた場合を指す。

¹⁶² 有用性がある医薬品は、副作用を上回る有効性があるので、欠陥医薬品に当たらない。しかし、その医薬品が適正に使用された場合にも、やむを得ない副作用がある場合もある。「不都合な薬の副作用（Adverse Drug Reaction）」による被害の場合とは、このような場合を指す。

¹⁶³ ここでは、浦川道太郎教授の論文「医薬品・注射と医師の注意義務＜報告＞（シンポジウム 2 医療上の注意義務のあり方——判例の変遷を踏まえて）」年報医事法学 16（2001 年）110 頁から多くの示唆を得た。詳細は、後に掲げる。

表 2-6-2 : 医薬品による被害の責任主体の責任分配の再検討

医薬品		製薬会社 (製造者)	医薬品会社 (販売者)	医療機関	国家
回避不能 の副作用 による被害	副作用 ＞有効性 欠陥製品に該当する	①患者に対して、無過失責任を負う。 ②ただし、販売者の過失により医薬品に欠陥が生じた場合、製薬会社は賠償を行った後、医薬品会社に対する求償権を行使しうる。 ③なお、製薬会社と医薬品の販売者は、患者に対して、共同不法行為による不真正連帯債務を負う。	①患者に対して、無過失責任を負う。 ②ただし、医薬品の欠陥が製薬会社によって生じたものである場合、医薬品会社は賠償を行った後、製薬会社に対する求償権を行使しうる。 ③なお、医薬品会社と製薬会社は患者に対して、共同不法行為による不真正連帯債務を負う。	①現段階で、医薬品の販売者とみなされ、無過失責任を負う。 ②「薬で医療を養う」という現象を取り除いた後、過失責任を負う。つまり、過失がない場合に責任を負わない。 ③ただし、欠陥医薬品の製造者または供給者を明示できないときは、賠償責任を負う。	①医薬品の安全確認義務。 ②欠陥医薬品の販売停止・回収責任を負う。 ③欠陥医薬品につき警告を発する義務。
	有効性 ＞副作用 欠陥製品に該当しない	患者に対して、製造物責任を負わない。しかし、公平責任を負わせる余地はある。	患者に対して、製造物責任を負わない。しかし、公平責任を負わせる余地はある。	患者に対して、製造物責任を負わない。過失責任を負う。過失がない限り、賠償責任を負わない。ただし、公平責任を負わせる余地はある。	医薬品副作用救済基金を設立すべきである。
回避可能 の副作用 による被害	欠陥製品に該当しない	患者に対して、製造物責任を負わない。	患者に対して、製造物責任を負わない。	過失責任を負う。 例えば、①輸血するとき、不手際により感染、過失責任を負う。②血液製剤使用に関する危険の説明義務違反により、過失責任を負う。	

第三章 輸血・血液製剤による損害賠償責任に関する日本法の考察——中国法と比較しつつ

本章では、日本法の理論及び裁判例を取り入れつつ、輸血・血液製剤による感染症に関する不法行為責任の日中比較研究をする。具体的には、血液製剤の定義・分類（第一節）、過失の判断基準（第二節）、因果関係の証明法理（第三節）、「欠陥」の判断及び開発危険の抗弁（第四節）、責任主体と責任分配（第五節）、感染訴訟の特徴（第六節）、国家責任の広狭と行政的救済制度（第七節）を比較する。

第一節 血液製剤の定義、分類及び法律上の性質の争い

中国法と異なり、日本法では、血液そのものと（中国法でいう）血液製品とは、区別されずに、「血液製剤」と一括して扱われている。「安全な血液製剤の安定供給の確保等に関する法律」2条1項によれば、血液製剤とは、人血漿その他の人体から採取された血液を原料として製造された医薬品である、とされる。

血液製剤には、全血製剤、血液成分製剤及び血漿分画製剤の三つの種類がある¹⁶⁴。全血製剤は、血液の全成分を含む血液製剤である。血液成分製剤には、血液の成分に対応して赤血球製剤、血小板製剤、血漿製剤があり、採血された全血を遠心分離することにより、または成分採血により調製される¹⁶⁵。全血製剤と血液成分製剤は、（中国法の「血液」に相当する）輸血用血液製剤である。

これに対して、（中国法の「血液製品」に相当する）血漿分画製剤は血液中の血漿部分を化学的、物理的方法により分画精製して、個々の血漿蛋白に分けられたものであり、免疫グロブリン製剤（感染症等の治療に用いる）、血液凝固因子製剤（血友病の治療に用いる）等がある¹⁶⁶。

そして、日本では、1994年に製造物責任法の制定に際して、血液製剤のうち「血漿分画製剤」は、異論なく高度な加工処理がなされた製造物に当たるとされたが、「輸血用血液製剤」が製造物に当たるかについては、見解が分かれた。

まず、日本輸血学会が公表した「輸血用血液を製造物責任（PL）法の対象とすることについての日本輸血学会の考え」によれば、現時点で輸血用血液をPL法の対象に含めることは適切ではないと主張されている。その理由としては、①輸血用血液製剤が基本的には加工処理されておらず、②善意の献血により非営利団体である日本赤十字社（以下「日赤」という）のみが国の方針により供給しており、③完全な血液を追求し、ウイルス感染症の危険を減らすべく、個人のプライバシーまで踏み込んださらなる詳細な問診の必要が生じることとなり、時には輸血用血液の製造を一時中止せざるを得ない状況も想定しうる等ことが挙げられる¹⁶⁷。

これに対して、当時の日本弁護士連合会の土屋公献会長は、次のように反論した¹⁶⁸。すなわち、①輸血用血液製剤は保存液を加え、包装して大量に供給

¹⁶⁴ 中井一士「血液事業の現状と展望——血液製剤の自給をめざして」社会保険旬報 1738号（1991年）15頁参照。

¹⁶⁵ 淡路剛久「血液製剤とPL法」ジュリスト 1097号（1996年）29～30頁参照。

¹⁶⁶ 手嶋豊「血液製剤（製造物責任法の論点）」金融・商事判例増刊 960号（1995年）19頁参照。

¹⁶⁷ 「輸血用血液を製造物責任（PL）法の対象とすることについての日本輸血学会の考え」NBL548号（1994年）66頁。

¹⁶⁸ 「（輸血用血液製剤に関する）日弁連会長談話」NBL548号（1994年）67頁。

されるので、製造物に該当する。②輸血学会の見解は輸血後C型肝炎の発生率の高さを理由とするものである。検査技術により避けがたい危険性があれば、当該被害者の個人負担とするのではなく、利用者全体で薄く負担することがPL制度の意義であるとする。③さらに、輸血用血液製剤をPL法の対象としているEU諸国では、血液製剤の安定的供給に何ら支障も生じていない。

最終的に、政府側は、「輸血用血液製剤は、保存液および抗凝固剤が加えられて処理されており、これは加工行為と考えられることから、製造物に該当するものと解される¹⁶⁹⁾」ことを明らかにした。

血液・血液製剤の分類の日中比較に関して、具体的には、以下のように説明する（表3-1参照）。

表3-1：血液・血液製剤の分類の日中比較

中国法	日本法
血液製剤（原語は「血液製品」） ——薬品の一種、製造物に該当する	血漿分画製剤 ——異論なく製造物に該当する
血液（全血血液と成分血液） 伝統的通説：血液＝非製品論 2009年の侵権責任法：製造物とみなす	輸血用血液製剤 （全血製剤と血液成分製剤） 1994年の製造物責任法：製造物に該当する（政府側の見解）

以上のように、日本においては、製造物責任法が輸血用血液製剤を製造物として認定したので、血液製剤による感染症罹患事故は、製造物責任の問題として議論されることとなった。しかしながら、日本の薬害エイズ事件と薬害C型肝炎事件については、何れも血液製剤の製造された時期がPL法の実施時点以前であったため、PL法の問題として扱われなかった。

なお、輸血用血液製剤は1974年以降、すべて献血で賄われており、日赤により一元的に供給されている¹⁷⁰⁾。それゆえ、輸血用血液製剤の製造物責任の主体は日赤のみであって、献血者及び医療関係者は血液製剤の製造者ではなく、製造物責任の主体とならない。

第二節 裁判例における過失の判断の比較——医師の注意義務をめぐって

第一款 医療慣行の位置づけ

第一章で取り上げた裁判例を見ると、中国の裁判官は、医療機関が医療慣行に従って医療行為を行った場合においては、過失責任を負わないとしている（例えば、第一章の事例〔2〕の一審、〔3〕、〔4〕、〔6〕の一審、〔7〕、〔10〕〔11〕）。

これに対して、日本の輸血による梅毒感染の判例¹⁷¹⁾では、医師が注意義務に違反したか否かという判断は、医療慣行に従うか、それとも、注意義務に対する法的判断または法的評価に従うかが争点になった。最高裁は、医師の注意

¹⁶⁹⁾ 衆議院商工委員会議事録平成6年6月3日12頁参照。

¹⁷⁰⁾ 淡路剛久・前掲注（165）30頁参照。

¹⁷¹⁾ 最判昭和36年2月16日民集15巻2号244頁。

義務の存否は、医療慣行によるものではなく、それと独立して「法的判断によって決定すべき事項」であることを明示した。

最高裁は、医療慣行に従ったか否かは、注意義務違反の有無を決定する唯一の要件ではなく、「唯だ過失の軽重及びその度合を判定する際」の一つのファクターであるにすぎない、と判示した。すなわち、医師の過失の判断は、法律上の問題としての過失の存否と、医学界上にいわゆる医療過誤の存否とを概念的に区別したうえでなされなければならない¹⁷²。医師が医療慣行に従った医療行為を行ったとしても、医師が高度の注意義務を尽くしたと法律上判断することはできないのである。

また、星野博士はこの事件に関して、医療慣行の位置づけについて、以下のように述べた。すなわち、医師の注意義務は、（当事者）「両者を含むより広い社会における考え方に従って判断されるべきであり、部分社会における考え方や慣行は、情状酌量の要素とはなっても、紛争解決の基準そのものにはならない¹⁷³」。換言すれば、医師の過失を判断する際に、医師の常識や診療によるべき規範、医療慣行、若しくは医学文献上の記載だけでなく、一般人を含むより広い社会における考え方や国民全般の感覚を取り入れるべきである。

ただし、この判決に批判的な立場の学者が指摘するように、被害者の保護を重視する上記のような考え方や議論は、過失の認定を苛酷にする。これでは非現実的な注意義務の擬制に近く、過失責任の形態を採りながら衡平の要求に基づいて、実質的には無過失責任を肯定したのと同じであるという批判がなされているのである¹⁷⁴。

第二款 医師の注意義務の基準

中国の医療過誤事件において、一般的に、医師の注意義務の内容は「医療衛生管理法律、行政法規、部門規則及び診療、看護規範」によって決まる。侵權責任法 58 条では、診療における医療過誤の具体的な認定基準の客観化がなされている¹⁷⁵。先に紹介した裁判例をみれば、中国の裁判官は、医師の医療水準に基づく高度の注意義務より、むしろ医療現場において遵守すべき行為規範のみを強調している。

ひるがえって、日本法では、過失の前提となる注意義務の判断をめぐって、被侵害法益は生命や身体という最も重大性の高い法益であるので、輸血による梅毒感染の判例は、医師に高度の注意義務を課し、「いやしくも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、その義務の性質に照らし、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されるのは、已むを得ないところといわざるを得ない。」とした。この判決が示した医師の一般的かつ抽象的注意義務の基準は、最高裁として初めて提示したものであり、以後の医療過誤事件の判決でしばしば引用されている¹⁷⁶。

また、日本では、具体的個々の医療過誤事案において、医師の注意義務の基準となるものは、通常診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準である。さらに、中国の侵權責任法においては相対的医療水準論が否定されたが、日本の最高裁は、「臨床医学の実践における医療水準は、全国一律に絶対的な基準として考えるべきものではなく、診療に当たった当該医師の専門分野、所属する診療機関の性格、その所在地域の医療環境の特性等の諸般の事情を考慮

¹⁷² 唄孝一『医事法学への歩み』（岩波書店、1970年）262～264頁。

¹⁷³ 唄孝一＝星野英一「輸血による梅毒感染についての医師の過失責任——職業的給血者に対する医師の間診義務の有無程度」法学協会雑誌 81 巻 5 号（1965年）568頁（星野英一執筆）。

¹⁷⁴ 唄孝一・前掲注（172）266～267頁参照。

¹⁷⁵ 楊立新・前掲注（19）11頁。

¹⁷⁶ 平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版社、1971年）407頁。

して決せられるべきものである¹⁷⁷」という判断基準を明示し、医療水準の相対性を認めた。

第三款 輸血・血液製剤の使用における必要性の争い

中国と違って、日本での血液製剤の使い方は、生命を救うための唯一の手段として用いる使用法ではないとの批判が強く存在し、そうした場合には、医師・医療機関の医療過誤の問題になり得る¹⁷⁸。つまり、中国ではほとんど問題とならない輸血の必要性が、日本の裁判実務上¹⁷⁹争われている。

輸血・血液製剤の使用の頻度が高ければ高いほど、ウイルスへの感染リスクが高まるので、輸血・血液製剤の使用を本当に必要な場合に限定して使用回数を抑える必要がある。輸血による血清肝炎感染の裁判例¹⁸⁰では、医師の過失の認定について、当時の知見の下で輸血後肝炎を防ぐ方法がなかったことを前提として、輸血を必要とした出血を引き起こした原因が問題となった。そして、医師が輸血を必要とした原因の発生に関与したか否か、また、医師から輸血の実施決定、つまり輸血の必要性について、妥当な判断が行われたか否かということは、医療側の責任の成否基準となっている¹⁸¹。換言すれば、不必要あるいは安易に使用された輸血・血液製剤による事故については、不必要に使用したこと自体に責任を認め得るというものである。

しかし、実際のところ、肝炎ウイルスによる輸血後肝炎事案で公表された、いくつかの裁判例¹⁸²においては、輸血の必要性の判断を含むどのような診療手段を使用するかは医師の自由裁量であること、あるいは当時その診療手段による輸血後肝炎に罹患することの予見可能性がないという理由で、医療機関の責任を問わないことが多い。そして、医師が置かれた状況のなかで、患者の健康改善に向けて、当時の医療水準の下で最善の努力を尽くしたことを証明できれば、医師の損害回避に関する義務違反を否定することができる¹⁸³。ただ、「当時の医療水準」の捉え方を検討する際に、如何にして医療水準を判断するか、何を基準とするかという問題は、未だ争いがあると思われる。

第三節 裁判例における因果関係の証明の比較

中国における輸血・血液製剤による感染事例においては、患者側の請求が認められない判決理由の中で最も注目すべき不可解な点は、「直接因果関係がない」、「唯一の原因ではない」としていることである。今後、裁判の場において問題を解決する際に、裁判官が、公平、説得力のある判決を下すことができるのか疑問である。特に、患者側の立証責任に関して、どの程度まで立証する必要があるかは、輸血による感染事件にせよ、血液製剤によるにせよ非常に大きな問題となっている。

それゆえ、次に、日本における裁判例の検討を通して、加害者に損害賠償責任を負わせるために、どの程度まで事実に因果関係を証明すればよいのかという立証の必要の程度について検討していく。

¹⁷⁷ 未熟児網膜症姫路日赤病院事件（最判平成 7 年 6 月 9 日民集 49 卷 6 号 1499 頁）。また、腰椎麻酔ショック事件（最判平成 8 年 1 月 23 日民集 50 卷 1 号 1 頁）。

¹⁷⁸ 手嶋豊・前掲注（166）24 頁参照。

¹⁷⁹ 京都地判昭和 62 年 2 月 20 日判時 1248 号 97 頁。大阪地判昭和 58 年 2 月 25 日判タ 502 号 170 頁。東京地判平成 3 年 11 月 25 日判時 1417 号 83 頁。

¹⁸⁰ 東京地判平成 3 年 11 月 25 日判時 1417 号 83 頁。

¹⁸¹ 飯塚和之・前掲注（29）105 頁。

¹⁸² 京都地判昭和 62 年 2 月 20 日判時 1248 号 97 頁。大阪地判昭和 58 年 2 月 25 日判タ 502 号 170 頁。

¹⁸³ 植木哲「輸血による血清肝炎罹患事件」『医療過誤判例百選（別冊ジュリスト 102 号）』（有斐閣、1989 年）167 頁。

第一款 因果関係の証明法理の違い

原告の証明責任に関して、どの程度まで立証する必要があるかが問題となる。すなわち、原告がどのようなことをどの程度証明すれば、裁判官が「過失あり」、「因果関係あり」と認めるかということである。これは医療過誤訴訟の一つの焦点になりうる。なお、訴訟上の因果関係は法的評価を受けるものである¹⁸⁴。

中国の裁判例によれば、直接かつ必然的な因果関係は、依然として事件を審理するときに因果関係があるか否かの主な判断根拠となっている。この点、裁判官は、判決理由において、より正確な法律根拠を付け加えるべきである。裁判上の証明は、論理的に純粹かつ厳密な科学的証明とは異なり、経験則に即して科学上の可能性がある限り、他の事情とあいまって因果関係を認めることに障害がなく、その程度の証明でよいといえるであろう。

これに対して、日本では、事実的因果関係を判断する際に被害者の立証負担を軽減するために、ルンバール・ショック最高裁判決¹⁸⁵の判例理論をはじめとして、自然科学的な因果関係の証明ではなく、経験則に照らした高度の蓋然性の証明で足りるとされる。なお、近年、「経験則」が積極的かつ弾力的に用いられて、立証の困難を克服しようとする動きが注目される¹⁸⁶。

ルンバール事件において、最高裁判決は、ルンバールと脳出血の病変という因果関係が蓋然的に証明できていれば、それは肯定されるべきであるとしている。また、因果関係の証明については、差戻し審¹⁸⁷が「訴訟上の因果関係の立証は、一点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく、経験則に照らして全証拠を総合検討し、特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認する高度の蓋然性を証明すること」と判示した。「高度の蓋然性で足りる」とは、分かりやすく言うと、「経験上ある行為からある結果が発生したと信じられる程度」に立証されればよいとする趣旨である。したがって、過失と損害結果の因果関係について、自然科学的証明をする必要はなく、全証拠に照らして経験則上高度の蓋然性を立証すれば足りることになる。

さらに、薬害C型肝炎訴訟の東京地裁判決は、因果関係の主張または立証についてのリーディング・ケースであるルンバール・ショック最高裁判決の判例法理を引用し、因果関係の立証は、高度の蓋然性をもって原因結果の関係があることを証明することであり、その判定は通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性の確信を持ち得るものであることが必要とし、かつそれで足りるとした¹⁸⁸。

第二款 重複感染における因果関係の認定及び事実上の推定

一方で、中国の裁判官はしばしば「輸血・血液製剤がウイルスに感染した直接かつ唯一の原因とは言えない」として、原告の請求を棄却した。他方で、①日本の薬害C型肝炎訴訟の大阪地裁判決は、血液製剤と輸血による重複感染の可能性があることを認め、輸血からのHCV感染である以外に想定できないという事情がない限り、因果関係が認められるものと判示した。また、この判決は、

¹⁸⁴ 野田寛『医療事故と法』（新有堂、1982年）77頁。

¹⁸⁵ 最判昭和50年10月24日民集29巻9号1417頁。

¹⁸⁶ 吉田邦彦『不法行為等講義録』（信山社、2008年）43頁。例えば、顆粒球減少症事件は経験則を活用する判例となる。最判平成9年2月25日民集51巻2号502頁。

¹⁸⁷ 東京高判昭和54年4月16日判時924号27頁。

¹⁸⁸ 新美育文「薬害C型肝炎訴訟東京地裁判決の意義と残された課題」判例時報1975号（2007年）48頁。

HCV重複感染の場合に、被告が多原因の可能性を指摘するだけでは足りないと
して、具体的な「感染経路の存在をうかがわせるような事情の主張立証はなく」、
「抽象的な可能性の指摘にとどまる」として、被告の反論を認めなかった¹⁸⁹。
つまり、被告が他原因による原告の感染を主張しようとするならば、
抽象的な可能性ではなく、具体的な事実を立証できない限り、裁判所は、因果
関係の存在を否定しない。

結論として、他原因による肝炎感染にせよ、血液製剤による肝炎感染にせよ、
両者の因果関係は、相互に排他的関係に立たない¹⁹⁰ので、他原因による感染
の存在の有無にかかわらず、血液製剤の使用とHCV感染との「高度の蓋然性」
が認められるならば、血液製剤の使用とHCV感染との間の因果関係が肯定され
ることになると解される。

大阪地裁の判決とほぼ同様に、②薬害C型肝炎訴訟の東京地裁判決は、感染
原因が重なり複合しているケースで、「原告らがこれらの製剤を使用したこと
とその後にHCVに感染したことを立証した場合には、製剤の使用とHCV感染と
の間の因果関係が推定され」と判断した。これは、因果関係の推定（事実
上の推定）の手法を用いて、因果関係の証明度を原告（患者）側に有利に軽減
したもの¹⁹¹と言えよう。「経験則に照らせば、当該事件において因果関係の
要件事実に該当する主要な事実がある」と推定する、つまり、原告は因果関係
の立証に成功したとするのである。

しかも、本判決において、この因果関係の推定を覆すためには、「単に輸血
が併用されたこと、あるいは単に抽象的にそのほかの原因が存在し得ること」
を立証しただけでは足りないこと、さらに、被告には「原告らが各製剤の使用
と同程度の感染危険性を有する感染源に曝露したこと及び原告らに発症した
HCV感染がその発症時期等からみて製剤の投与による感染としては不自然であ
ること」などの「特段の事情」を証明しなければならないとしたことが、注目
されるべきである¹⁹²。つまり、加害者に因果関係があることを推定する場
合に、加害者側が経験則の適用を排除する特段の事情がない限り、因果関係を認
めるべきである¹⁹³。

この点と関連して、③集団予防接種B型肝炎訴訟¹⁹⁴において、最高裁は
「本件集団予防接種等のほかには感染の原因となる可能性の高い具体的な事実
の存在はうかがわれず、他の原因による感染の可能性は、一般的、抽象的なも
のにすぎないことなどを総合すると、原告らは、本件集団予防接種等における
注射器の連続使用によってB型肝炎ウイルスに感染した蓋然性が高いというべ
きであり、経験則上、本件集団予防接種等と原告らの感染との間の因果関係を
肯定するのが相当である」、と判示した。したがって、最高裁は、被告側が単
なる抽象的な感染原因ではなく、具体的な可能性の高い感染原因を立証できな
いことによって因果関係を肯定するとした。

第四節 血液製剤に関する欠陥の判断枠組み及び開発危険の抗弁の比較

¹⁸⁹ 手嶋豊「製薬会社の責任（平成 18. 6. 21 大阪地判）（特集 C 型肝炎関西訴訟第 1 陣第 1 審判決——C 型肝炎訴訟大阪地裁判決をめぐって）」判例時報 1942 号（2006 年）8 頁。また、渡邊知行「因果関係論・損害論（平成 18. 6. 21 大阪地判）（特集 C 型肝炎関西訴訟第 1 陣第 1 審判決——C 型肝炎訴訟大阪地裁判決をめぐって）」判例時報 1942 号（2006 年）16 頁参照。

¹⁹⁰ 手嶋豊・前掲注（189）12 頁。

¹⁹¹ 潮見佳男「C 型肝炎訴訟東京地裁判決をめぐって因果関係と損害賠償」判例時報 1975 号（2007 年）39 頁。

¹⁹² 潮見佳男・前掲注（191）39 頁。

¹⁹³ 潮見佳男『不法行為法 I（第二版）』（信山社、2011 年）375 頁。

¹⁹⁴ 最判平成 18 年 6 月 16 日判時 1941 号 28 頁。

第一款 「欠陥」の判断及び輸血用血液の欠陥判断の特性

中国法では、前述のように、血液製剤を含む医薬品の欠陥¹⁹⁵を認定するとき、欠陥の判断基準は「不合理な危険」と「行政基準」という「二重基準」を採用している。そして、「血液製品は当時の国家強制基準（行政基準）に合致していたから、血液製品は欠陥製造物に該当しない」という判決がしばしば現れる。

それに対して、日本の製造物責任法 2 条 2 項¹⁹⁶によれば、製造物の欠陥とは、製造物が通常有すべき安全性を欠いていることをいうと定義されている。つまり、「欠陥」の判断は、製造物が引き渡された時期の「当該製造物が通常有すべき安全性」があるか否かということを基準にしている。

しかし、輸血用血液製剤が「製造物」に含まれたものの、その使用によって副作用の被害が発生した場合、必ずしも血液製剤に欠陥があるとは言えない。これについて、日本政府は次のような見解を示した。すなわち、「輸血用血液製剤の欠陥については、次のような製品の特性等の事情を総合的に考慮し、判断する必要がある。①生命を救うために使用され、他に代替する治療方法がなく、極めて有用性が高い。②輸血によるウイルス等の感染や免疫反応等による副作用が生ずる危険性があるについての警告表示がなされている。③輸血用血液製剤は、世界最高水準の安全対策を講じたうえで供給されているが、技術的にウイルス感染や免疫反応等による副作用の危険性を完全には排除できない。したがって、現在の科学技術の水準の下で技術的に排除できないウイルス等の混入や免疫反応等による副作用は欠陥に該当しないものと解される¹⁹⁷」。

第二款 血液製剤における欠陥の判断基準としての危険効用基準

他方、欠陥の判断基準に関して、日本では「標準逸脱基準」、「消費者期待基準」、「危険効用基準」という三つの基準が示されるのが通例であった¹⁹⁸。そのうち、危険効用基準は、法と経済学の分析手法を用いて、医薬品の副作用（危険）と有効性（効能）との比較によって欠陥を判断する方法である。薬害 C 型肝炎訴訟の東京地裁判決が示したように、医薬品の有用性¹⁹⁹につき判断は「医薬品の効能・効果（有効性）と副作用との比較考量によって行われるべきもの」である。有用性を欠く医薬品は欠陥医薬品に当たるであろう。そして、効能と副作用の比較考量は血液製剤を含む、医薬品の欠陥判断の特質であるといえるのではないか。

¹⁹⁵ 中国では、近年、医薬品の欠陥による健康損害事件が相次いで発生している。例えば、竜胆瀉肝丸(中国語での「龙胆泻肝丸」)事件が挙げられる。本件は、竜胆瀉肝丸の成分である関木通や馬の鈴草により腎障害や尿毒症が起こり、それによって被害を被った患者が竜胆瀉肝丸の生産者・販売者に対して損害賠償を請求した事案である。本件は設計上の欠陥に当たる典型的な事案とされる。しかし、患者側の勝訴事件はあまりなかった。これと関連して、日本では、漢方薬の成分に関木通があったために、患者に腎障害を発生させ、医薬品の製造物責任が問われた裁判例がある。これについては、名古屋地判平成 16 年 4 月 9 日判タ 1168 号 280 頁を参照。

¹⁹⁶ 「欠陥」の定義は次の通りである。「この法律において『欠陥』とは、当該製造物の特性、その通常予見される使用形態、その製造業者等が当該製造物を引き渡した時期その他の当該製造物に係る事情を考慮して、当該製造物が通常有すべき安全性を欠いていることをいう」。

¹⁹⁷ 製造物責任法を審議した衆議院および参議院の商工委員会の附帯決議による。浦川道太郎「輸血後 GVHD と日赤および医療機関の責任」年報医事法学 17 号（2002 年）164 頁参照。

¹⁹⁸ 潮見佳男『不法行為法Ⅱ（第二版）』（信山社、2011 年）386～389 頁参照。

¹⁹⁹ 医薬品の有用性と有効性との関係は、要するに、医薬品の有用性が、有効性と副作用リスクとの比較衡量により判断されるべきものである、ということである。

本来、人体にとって異物である医薬品は、効能だけでなく副作用を伴う危険がある。しかし、健康を回復させるため、当該医薬品に危険が存在することをある程度理解していても、効能より小さな副作用を我慢し、得られる疾病を治す効能に期待し、その医薬品の使用を選択することになるわけである。しかし、その医薬品を使用したところ、予期した治療の効果を得られないばかりか、予想だにしていなかった効能より大きな副作用被害を受けた場合は、それに「通常有すべき安全性」が欠けるか、あるいは「欠陥」があることが明白であるといえる。

前述と関連して、医薬品の安全性に対する「社会通常の消費者（患者）の合理的期待」値を定める際に、考慮要素として、医薬品の副作用（危険）と有効性（効能）との比較衡量に基づいて「欠陥」を判断すべきである²⁰⁰。

その上で血液製剤に関する「欠陥」の判断枠組みを検討してみる。血液製剤には医療における有効性や非代替性がある一方で、血液製剤には不可避な危険性（ウイルスの感染または免疫反応の副作用）も存在する。したがって、血液製剤の有効性や不可代替性と不可避な危険性を比較考量し、前者が後者を上回れば、同製剤の「通常有すべき安全性」は充足される、つまり欠陥に該当しないと結論づけるべきである²⁰¹。逆に言えば、血液製剤の副作用・リスクが有効性を上回るとき、その血液製剤は欠陥製造物に該当すると判断すべきである。

薬害 C 型肝炎訴訟における東京地裁の判決は、医薬品の性質に基づいて、医薬品の有用性を分析し、それを通して製薬会社の注意義務を検討した。医薬品の有用性の判断について、東京地裁の判決は以下のように述べた。すなわち、「医薬品の有用性は、有効性と副作用リスクとの比較衡量により決せられるべきであるが、それは代替治療法との比較において判断されるべきである。なぜならば、当該医薬品の有効性が副作用リスクを上回る場合においても、代替治療法のそれに劣る場合は、医薬品としての必要性に乏しいからである。その上で、有効性の要素としては、適応症の範囲・重篤性、それに対する治療効果の大きさ、医薬品の利便性などが、他方で副作用リスクとしては、副作用の重篤性・治癒可能性、発生頻度などが考慮されるべきである」。

なお、ここで注意すべき点は、仮に危険効用基準を用いて「設計上の欠陥」を判断した結果として、「設計上の危険」がなかったとされる場合でも、「指示・警告上の欠陥」が問われる余地があるということである²⁰²。つまり、医薬品の副作用について適切な指示や警告がなされていなければ、「指示・警告上の欠陥」が存在するとして、製薬会社の賠償責任を免れない可能性がある。

第三款 開発危険の抗弁

製造者の免責事由について、先に紹介した中国の裁判例は以下のような場合に、製造者が責任を負わないと示した。すなわち、「血液製剤の使用が病気に感染する恐れがある」という行政的警告が発表される前に、「欠陥の存在を発見することが不可能であった」ことは、開発危険の抗弁に当たり、製造者の免責事由になる。加えて、中国では日本のような製造者に対する注意義務の客観化・高度化の理論は、学説でも裁判例でも存在しない²⁰³。

²⁰⁰ 鎌田薫「欠陥」判例タイムズ 862 号（1995 年）59 頁。

²⁰¹ 浦川道太郎・前掲注（197）164 頁。

²⁰² 潮見佳男・前掲注（198）386～388 頁参照。

²⁰³ 崔光日「中国製造物責任における無過失責任の受容と変容（3・完）」北大法学論集 55 巻 2 号（2004 年）454 頁。

それに対し日本では、製造物責任法 4 条 ²⁰⁴1 号が示したように、「当該製造物をその製造業者等が引き渡した時における科学または技術に関する知見によっては、当該製造物にその欠陥があることを認識することができなかったこと」は製造者の免責事由になり、開発危険の抗弁が認められる。換言すれば、欠陥に関する予見可能性の有無は、欠陥製造物を認定する際に当然検討すべき要件となっている。その上で血液製剤は、開発危険の抗弁が成立する可能性のある製品となる。また、その「科学または技術に関する知見」とは、客観的に存在している世界最高水準の科学・技術上の知見を意味すると解釈されている²⁰⁵。

実務上、薬害C型肝炎訴訟の東京地裁判決は、「製薬会社が負担する安全性確保義務は、時々々の最高の学問水準に基づく厳格な予見義務を前提とする広範な結果回避義務である」と明らかにした。また、医薬品の有効性の判定方法として、「専門家の意見、臨床報告・臨床実績、海外における同種製剤の使用状況等が斟酌されるべきものと解される」とした。これにより、製薬会社に対して、製造そして販売開始時、開始後それぞれにおける調査義務、情報収集・分析義務、適応症限定義務、指示・警告義務、情報提供義務、有用性がなくなった場合の回収義務など²⁰⁶を認めた。例えば、製造時点における義務について、「製薬会社は、医薬品の開発時においては、その時点における最高の学問水準に則り、調査研究を尽くし、有効性を検証するとともに副作用リスクを予見し、それに基づき有用性の判断を適切に行わなければならない」と示した。

以上のように、製造者は、血液製剤の製造に際しての注意義務として、当該製造時における最高の科学技術水準に照らして、ウイルスを排除する義務を負うと考えられる。国内の事情を考えるというよりも、むしろ外国事情を含む世界的な科学水準を考慮すべきである。

第五節 血液・血液製剤を含む医薬品の責任主体と責任分配の違い

日本法では、通常医薬品の製造者に対しては製造物責任を追及するが、医薬品の販売者に対しては契約責任を追及する。他方中国法では、医薬品の製造者及び販売者の両者に、製造物責任を追及することが可能である。

日本における血液製剤に関する医療事故では、もとより主として輸血実施者である医師・医療機関と、血漿分画製剤の供給者である製薬会社と輸血用血液製剤の供給者である日赤の責任が問題となってきた。血液製剤の製造物責任主体は、製薬会社と日赤のみである。また、医療機関は、血液製剤を製造または加工した者ではないので、製造物責任法上の責任主体とはならない。

ただし、輸血の際の不手際による感染または説明義務違反の場合には、医療機関等の輸血実施者の医療過誤責任を追及することが可能である。つまり、医薬品の欠陥問題というよりも、医療過誤の問題として医師・医療機関の責任を問うことが多いのである。特に、医薬品使用上の注意義務を判断する際に、副作用についての指示に関して説明が十分に行われたか否かは問題とされる。

より広く議論すれば、血液製剤を含む、医薬品に関わる医療事故では、医薬品を投与した医師・医療機関等の医療従事者側の責任と、医薬品の製造者たる製薬会社側の責任が問題となり、その責任分担が争いになることが多い。

²⁰⁴ 製造物責任法 4 条は製造者の免責事由に関する規定である。

²⁰⁵ 潮見佳男・前掲注(198) 412 頁。

²⁰⁶ 山口斉昭「C 型肝炎訴訟東京地裁判決をめぐって製薬会社の責任」判例時報 1975 号(2007 年) 30～31 頁。

それについて、浦川道太郎教授は、医薬品の有効性と副作用との比較考量及び責任主体の責任分配について、詳しく分析した（図1参照）²⁰⁷。それによれば、医薬品の副作用は、①適切な使用法によっても回避不能な副作用と、②適切な使用方法によれば回避可能な副作用に分類され、回避不能の副作用における法的責任は医薬品の有効性と副作用の関係により区別される。具体的には次の通りである。

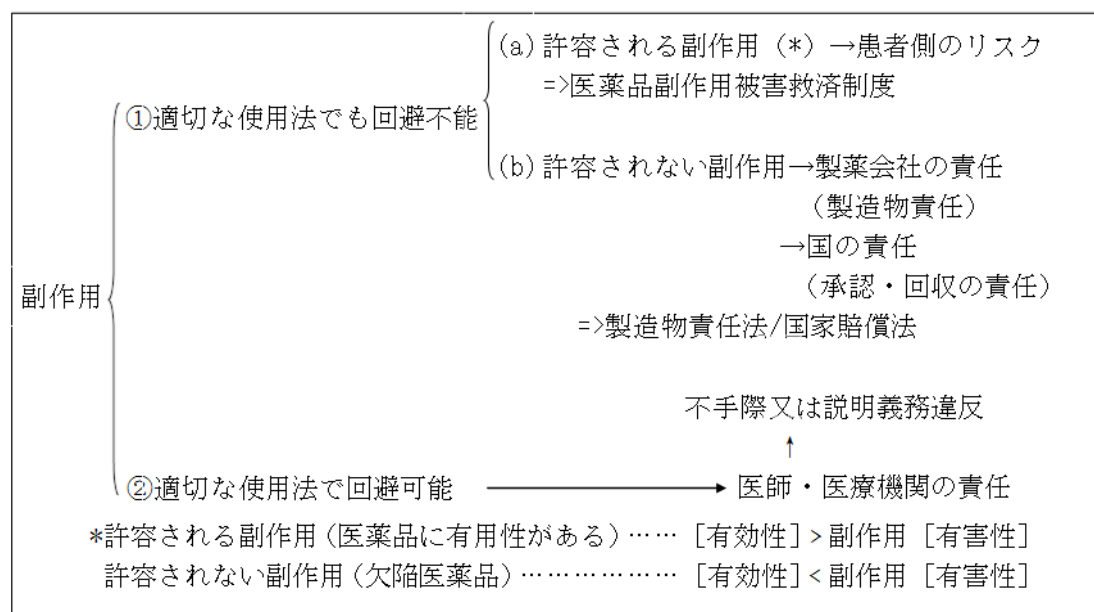
①医薬品を適切に使用したときにも副作用が避けられない場合に、（a）当該医薬品の有効性が副作用を超えるという「許される副作用」であるならば、原則的に、その副作用による被害は、民事責任の対象とならない。しかし、この場合、医師が副作用について患者に対して十分な説明をせず、それゆえに医薬品による被害が生じた場合に、説明義務違反として、医師側が過失責任を負う可能性がある。またこのような場合、医薬品副作用被害救済制度に基づき救済は可能である。なお、日本では、1980年以後の医薬品副作用被害については、無過失補償である医薬品副作用被害救済制度が設けられている。

他方、（b）副作用の危険が有効性を上回るという「許されない副作用」が出る場合には、当該医薬品は欠陥薬と評価され、医薬品の製造・供給者である製薬会社側の製造物責任が問われる。それとともに、当該医薬品を承認し、あるいは回収命令を発しなかった国の責任（国家賠償責任）の問題が生じる。

②医薬品を適切に使用していれば副作用被害を回避できるにもかかわらず、医師が医薬品を適切に使用しなかった場合に、医師の責任が問われる。その際には、医師が当該医薬品の使用法を遵守したか（例えば、添付文書に従ったか）、また、副作用被害を回避するために必要な注意を払ったかが問題になる。

なお、医師・医療機関の責任について、欠陥がある血液製剤を使用した医師・医療機関は、使用について過失があれば、民法 709 条の責任を負う。患者が輸血の際の不手際により感染した場合に、医師・医療機関の責任を追及することが考えられる。他方で、使用者が国である場合、国は賠償責任を負うべきである。

図1 血液製剤を含む医薬品の副作用事故における責任の分配



²⁰⁷ 浦川道太郎・前掲注（163）110頁参照。

(ただし、日本の裁判例を批判的に分析し、より精確に検討すると、輸血・血液製剤の使用によって発生した輸血事故は二つの種類に分類することができる²⁰⁸。①血液製剤それ自体の副作用。例えば、輸血後紫斑病、輸血後単球増加症、極めて稀ではあるが致死率が極めて高い疾患として、心臓手術後など大量の輸血後に発生するGVHD²⁰⁹(移植片対宿主病)がある。②本稿が議論している輸血・血液製剤によるウイルス感染症である。ただ、裁判例において、両者は区分されていない。)

第六節 血液製剤による感染訴訟の特徴の違い

伝統的不法行為の典型例は、ある特定の加害者のある特定の被害者に対する個別的不法行為である。しかし、血液製剤をはじめ、医薬品による不法行為には、一つの注目すべき特徴がある。それは、薬害事件の被害者は、特定の個人に止まらず、不特定の多数の人々であることである。現代社会における医薬品には公共的性格があるため、薬害による不法行為は、ある特定の薬品によって、不特定の多数人の健康に対する集団的な権利侵害となる²¹⁰。そして、集団的訴訟の発生は、薬害訴訟の特徴であるといえる。その典型例として、日本における薬害エイズ事件、薬害肝炎事件が挙げられる。

まず、日本における薬害エイズ事件を簡単に紹介する。血液製剤によるエイズ感染事件とは、HIVが混入した非加熱の輸入濃縮血液製剤(非加熱第Ⅷ因子製剤、非加熱第Ⅸ因子製剤)²¹¹を血友病患者に対して輸血したことにより、当時日本の血友病患者約5000名のうちの約3割である1434名がHIVに感染した²¹²深刻な事件である。

薬害エイズ訴訟は被害者の一部が1989年から1996年にわたって大阪地裁ないし東京地裁において、血液製剤を製造・販売した血液製剤メーカー五社に対して、債務不履行責任(安全配慮義務違反)と民法709条に基づく不法行為責任、及び薬事行政を担当する国に対して、国家賠償法1条1項に基づく責任を根拠として、損害賠償を請求した訴訟である²¹³。

結局、1996年に大阪地裁及び東京地裁で和解が成立した。エイズ患者を迅速に救済するために、事案審理の時間をできるだけ減らし、和解という形で早期に解決したことは積極的に評価される。和解の内容は、主として被告らが責任を認め、原告らに謝罪し、被害者一人当たり4500万円を支払うというものである。また、当時未結審者、未提訴者についてもこの和解と同条件で和解できることとなった。それは、訴訟当事者以外の多数の被害者に重要な影響をもたらした。この和解の注意すべき点は感染者の感染時期を問わず、一律に一時金の賠償を与えたことにある。

²⁰⁸ これは手嶋豊教授の見解からの示唆である。手嶋豊・前掲注(166)24頁参照。

²⁰⁹ これに関する裁判例、さしあたり、横浜地判平成12年11月17日判時1749号70頁。輸血後GVHDと日赤及び医療機関の責任について、判決は日赤の責任を否定したが、医療機関の責任を認めた。

²¹⁰ 劉長秋「論薬害侵權及其民事救済理論与制度」法律科学(西北政法大学学報)2008年3期135頁参照。

²¹¹ 本件の濃縮血液製剤はアメリカの売血所で集められた血液が原料であり、2000名から25000名に至る多数の売血者(その中には麻薬中毒や同性愛者も含まれていた)から集められた大量の血漿を一つの容器に入れてプールして作られた(「プール血漿」と呼ばれる)。供血者の中にHIV感染者がいたため、プール血漿はHIVによって汚染され、その汚染された血液製剤が輸入され、ついに血友病患者がHIV感染された。淡路剛久「HIV訴訟と和解」ジュリスト1093号(1996年)53頁参照。

²¹² 塩野隆史「薬害HIV訴訟と薬害HCV訴訟について」古村節男＝野田寛編集『医事法の方法と課題——植木哲先生還暦記念』(信山社、2004年)364頁。

²¹³ 淡路剛久・前掲注(211)52頁。

次に、薬害C型肝炎事件を簡単に紹介する。血液製剤（特定フィブリノゲン製剤（血液凝固第Ⅰ因子）²¹⁴・特定血液凝固第Ⅸ因子（Christmas因子）複合体製剤）にHCVが混入し、多くの患者が血液製剤の投与を受け、HCVに感染したという薬害肝炎事件が発生した。

そして、感染被害者は、血液製剤の製造・販売等を行った製薬会社及び国に対し、最初に大阪地裁に損害賠償を求める訴訟を提起した。その後、福岡、東京、名古屋、仙台の地裁に、同種事件が相次いで提訴された。2006年から2007年にかけて、大阪地裁²¹⁵・福岡地裁²¹⁶・東京地裁²¹⁷・名古屋地裁²¹⁸・仙台地裁²¹⁹でそれぞれ判決が言い渡された。

さらに、控訴審のうち大阪高裁及び福岡高裁において、原告と国との和解が成立しており、その後も各裁判所で原告と国との和解が相次いで行われた。その結果、2008年に、「特定C型肝炎ウイルス感染者救済特別措置法」（以下「特別措置法」）という特別な立法が生み出された。

以上のような薬害における集団訴訟には、様々なメリットがあると考えられる。例えば、訴訟のコストを節約し、効率性を向上させることのみならず、集団的訴訟は、集団の力を結集することにより、個人的な訴訟よりマスコミに注目されやすく、被害問題の深刻さを民衆に伝える。強い立場にある加害者に対抗し、薬害の問題を徹底的に解決する際に、集団訴訟は、司法機関に大勢の患者を救済させ、立法機関あるいは行政機関に特別立法や公共的政策を引き出させることに特に効果的であると論ぜられている²²⁰。

日本の状況をみれば、その大規模な集団訴訟のメリットは明らかである。日本において、輸血によるHCV感染者は200万人以上に上り、さらに、HBV感染者は150万人以上いると言われている²²¹。以前、国民病となっている肝炎についての予算はせいぜい数億円であったが、2002年に薬害肝炎訴訟を提訴したのち予算が増やされることになり、判決後には更に増額されるようになったのである²²²。

他方、中国では、1998年以降、上海生物製品研究所が生産した非加熱第Ⅷ因子製剤の投与によって、百人以上の血友病患者がエイズに罹患した報道がある²²³。しかし、遺憾なことに、血液・血液製剤による被害事案においては、被害者が個別に訴訟を起こしたケースが圧倒的に多く、集団訴訟はあまりみられない。というのも、政府は、原告らが集団訴訟をきっかけにして、大規模の群衆事件を生み出す恐れがあるために警戒的であり、それに対する規制が厳格だからである。

²¹⁴ フィブリノゲン製剤は、人の血液の成分を原料とした医薬品の一種で、かつては大量出血時の止血（出産や手術での大量出血などの際に）等の目的で、特に昭和63年6月以前は多くの医療機関で用いられていた（その以降、同製剤は、基本的に「やむを得ない場合に必要最小限量を使用すること」とされたため、販売数量は激減した）。しかし、その当時、血液製剤の原料に混入した肝炎ウイルスを不活性化するための技術が十分でなかったことから、平成6年以前に同製剤を投与された者は、そうでない者に比べて、HCVに感染する可能性が高いと考えられる。薬害肝炎全国弁護団編『薬害肝炎裁判史』（日本評論社、2012年）119～150頁参照。

²¹⁵ 大阪地判平成18年6月21日判時1942号23頁。

²¹⁶ 福岡地判平成18年8月30日判時1953号11頁。

²¹⁷ 東京地判平成19年3月23日判時1975号2頁。

²¹⁸ 名古屋地判平成19年7月31日訟務月報54巻10号2143頁。

²¹⁹ 仙台地判平成19年9月7日訟務月報54巻11号2571頁。

²²⁰ 劉長秋・前掲注（210）137～138頁参照。

²²¹ 加藤高志「公益訴訟（政策形成訴訟）としての薬害肝炎訴訟」ノモス（関西大学法学研究所）25号（2009年）7頁。

²²² 加藤高志・前掲注（221）8頁。

²²³ 「治療血友病感染艾滋病 佛山3患者索賠600万」南方都市報2009年7月21日。

それと関連して、中国の政策形成訴訟、つまり、政策志向型訴訟の位置づけを検討する。政策を変えるための訴訟では、司法が単なる法的判断ではなく、公共的役割を果たす側面がある。平井宜雄博士は、こうした訴訟類型を、かねて「政策志向型訴訟」として析出された²²⁴が、これは中国で「影響性訴訟（Impact Litigation）」²²⁵と呼ばれるものと類似している。簡単に言えば、「影響性訴訟」は、かなり大きな社会的影響を持ちつつ、一般民衆の法律観念に影響を及ぼす代表的な訴訟である。しかも、それは、個人の権利・義務をめぐる紛争を解決するというよりも、むしろ立法、司法の改革を起こさせ、あるいは公共的政策を変化させることを目的とする典型的な訴訟事案である。

しかし、近年の「影響性訴訟」と呼ばれる訴訟の結果、個人が訴訟に勝訴することが敗訴することよりも多くなってきているにもかかわらず、それらの事案によって、司法制度または公共的政策を調整させようとする期待が満たされることは殆どないとの批判がなされている²²⁶。しかも、中国では、個人が公益訴訟あるいは政策形成訴訟を提起することは、現行民事訴訟法の枠組みには認められていない²²⁷のである。

第七節 国の責任の有無及び被害者への行政上の救済

これらの行政規制の重要性は、血液製剤を含む医薬品が人間の生命や身体に直接影響を及ぼすことから、決して見落すべきではないのである。そして、血液製剤による感染事件において、国家責任を追及するか否かが日中の大きな相違点として浮かび上がっている。

第一款 規制権限不行使に基づく国の責任の有無

日本において、薬害C型肝炎感染者は、製薬会社のほか、国に対し、国家賠償法 1 条 1 項に基づいて損害賠償を求め、国を被告に提訴した。そして、いくつかの判決は、規制権限不行使に基づく国の責任を肯定し、注目されたところである。例えば、大阪地裁の判決をめぐって、国については 1987 年 4 月時点で責任の有無を線引きした。国は、その時点における医学的・薬学的知見の下において、厚生大臣の不作为につき、過失を認められた²²⁸のである。さらに、名古屋地裁の判決は、指示・警告義務違反を理由として、製薬会社とともに国の責任を認めた。

そのほか、薬害エイズ訴訟に関して、被害者は、薬事行政を担当する国に対して、国家賠償法を根拠として、損害賠償を請求した。国の責任を判断するとき、いつの時期に国が血液製剤の販売停止・回収あるいは指示・警告などの規制権限を行使すべきなのかということが問題となった²²⁹。

東京地裁が示した「和解勧告に当たっての所見」は、「このような事態については、製薬会社が第一次的な救済責任を負うべきであるが、被告国もまた、被告製薬会社とともに、原告らが被った前記のような莫大な感染被害を早急に

²²⁴ 平井宜雄『現代不法行為理論の一展望』（一粒社、1980 年）66～79 頁。

²²⁵ 劉武俊「影響性訴訟：法治進歩的司法引擎——解説 2005 年度十大影響性訴訟」人大研究 2006 年 3 期 13 頁参照。

²²⁶ 栗嶺「伝媒与司法的偏差——以 2009 十大影響性訴訟案例為例」政法教壇 2010 年 5 期 109 頁参照。

²²⁷ 2012 年に中国の民事訴訟法が改正され、公益訴訟と呼ばれる法制度が設けられた。現行民事訴訟法 55 条は、「環境汚染、多数の消費者の権益侵害などの社会公共利益を損なう行為に対しては、法律が規定する機関および関係組織は人民法院に訴訟を提起することができる」と規定している。つまり、個人は公益訴訟において原告適格が認められない。

²²⁸ 宇賀克也「国家賠償責任を中心に（平成 18. 6. 21 大阪地判）（特集 C 型肝炎関西訴訟第 1 陣第 1 審判決——C 型肝炎訴訟大阪地裁判決をめぐって）」判例時報 1942 号（2006 年）2 頁。

²²⁹ 塩野隆史・前掲注（212）368 頁。

救済すべき責任を果たすべきである」と述べた²³⁰。そして、和解条項や確認書が明示したように、国は製薬会社とともに、被害者に対して謝罪し、一時金を連帯して支払う（国の負担割合は 4 割）こととなった。さらに、厚生省薬務局生物製剤課長であった者に業務上過失致死罪の成立も認められた。

しかし、中国においては輸血による肝炎・エイズ感染にせよ、血液製剤による肝炎・エイズ感染にせよ、国を被告に提訴することは想像できない。中国の国家賠償法（1994 年に公布され、2010 年に改正された）によると、公務員が行政権限を行使して一定の行政行為を行い、これにより公民などの人身権や財産権が侵害されたときは、被害者は国家に対し、損害賠償を求めることができる。しかし、上述の規制権限の違法な不行使に関する規定はない²³¹。また、国の行政賠償範囲は、行政機関の具体的行政行為²³²に限られ、抽象的行政行為²³³は国の賠償対象に含まれないとされる。

それゆえ、血液製剤を含む製造物の欠陥による損害が発生するときに責任が問われるのは、主に製造者と販売者であり、この場合、国家が直接責任を負うことは予想できないと言えよう。そして、行政訴訟法にいう抽象的行政行為、つまり行政立法は、国家賠償法に定める賠償対象からも除外されている²³⁴。国家または業界の行政的基準の誤り、遅れや行政的基準作成についての違法な不作為が問われることは全く規定されておらず、この状況は今でも依然として変わっていない。

日本の製造物責任法はわずか 6 条しかないが、中国の製品品質法は全 6 章 74 条からなり、包括的な内容を持つものである。しかし、植木哲教授が指摘²³⁵したように、中国では、国家中心の管理方式に基づいて、これほど強力な国家による介入があるにもかかわらず、製品品質法は公務員の故意または過失に伴う国家自体の責任については何も触れていない。

第二款 血液製剤を含む欠陥医薬品に対する国の警告・回収義務

医薬品の必需品的性格は強いので、一定のミニマムの規制だけでなく、行政規制も必要である²³⁶。日本の薬害エイズ・肝炎訴訟でも、国の責任がクローズアップされている。その責任としては、欠陥医薬品の製造・販売を停止させ、さらには、既に市場に流通している医薬品を回収しなければならない。また、国は医薬品の副作用等の危険性情報を得た場合に、患者や医療従事者に向け、警告すべき義務を生じる。

しかし、中国において、欠陥医薬品に対する国の警告・回収義務に関する規定はない。例えば、「竜胆瀉肝丸事件」では、国家医薬品监督管理局は、医療機関からの副作用の報告及び国内外の研究資料を無視し、薬品に関する行政基準を適時に訂正しなかった。該管理局は、竜胆瀉肝丸にある関木通により腎障害や尿毒症に罹患するリスクを認識し得るにもかかわらず、患者の病気の罹患

²³⁰ 西埜章「C 型肝炎訴訟の今後の展開（特集 C 型肝炎関西訴訟第 1 陣第 1 審判決——C 型肝炎訴訟大阪地裁判決をめぐって）」判例時報 1942 号（2006 年）21 頁。

²³¹ 植木哲（謝志宇訳）「産品（製造物）責任の中日比較」関西大学法学論集 45 巻 2=3 合併号（1995 年）66～67 頁参照。

²³² 「具体的行政行為」とは、行政機関が行政管理を行う際に、特定の人または具体的な事柄に対してなされる行為（不作為も含む）である。それは、日本法の行政処分にほぼ相応する。木間正道＝鈴木賢＝高見澤磨＝宇田川幸則・前掲注（122）108 頁。

²³³ 「抽象的行政行為」とは、行政機関が行政法規、規則、決定、命令など普遍的な拘束力を有する「規範性文件」を定立する行為である。木間正道＝鈴木賢＝高見澤磨＝宇田川幸則・前掲注（122）108 頁。

²³⁴ 木間正道＝鈴木賢＝高見澤磨＝宇田川幸則・前掲注（122）121 頁。

²³⁵ 植木哲・前掲注（231）65～66 頁参照。

²³⁶ 吉田邦彦・前掲注（186）86 頁。

を防止するための必要な措置を取らなかった。例えば、竜胆瀉肝丸の副作用リスクを医療従事者や患者に警告したり、他の安全な代替薬の使用を指示したり、竜胆瀉肝丸の生産・販売を停止させたり、また生産・販売済みの薬品を回収したり、といった有効な方策を取る必要があった。実際には、以上の措置が適時に行われたならば、被害の結果回避可能性が十分あったともいえる。

ところが、そのとき、欠陥医薬品の回収制度²³⁷がなかったため、医薬品会社は、竜胆瀉肝丸の販売を継続し、薬品の回収が十分に行われることなくその投与が継続され、それにより患者に甚大な健康損害を被らせるに至った。そのため結果的に、国の対策が遅れてしまったことと、患者が腎障害や尿毒症に罹患するまでに至り悲惨な被害が拡大されたこととの関連性は否定し難いと言わざるを得ない。国は、製薬会社、医薬品会社とともに、患者の健康被害を速やかに救済する責任を果たすべきである。

こうしたなか、侵権責任法 46 条²³⁸は、ついに欠陥医薬品の生産者・販売者の警告義務や回収義務違反に関する損害賠償責任²³⁹を規定した。しかし、医薬品の安全性の確保及び副作用による被害防止のために、当該医薬品を製造・販売する会社のみならず、国も欠陥医薬品についての警告義務や回収義務を負うべきであろう。

以上をまとめると、中国の薬監機構は、薬品を監督・管理する行政部門であるにもかかわらず、薬品に関して制定した行政基準が合理的ではない場合に、何らかの責任が問わなければならないと思われる。同様に、薬監機構は、流通している薬品における深刻な副作用被害があるという臨床報告を受けたにもかかわらず、医療機関または患者、一般民衆に対して指示、警告権限を行使しない場合、責任を負うべきである。さらには、ある薬品が欠陥医薬品と認定された後、国は、医薬品の製造者、販売者に対し、生産・販売停止、回収させるという規制権限の行使を怠った場合にも責任を負うべきである。

第三款 被害者への行政上の救済

日本において、独立行政法人である医薬品医療機器総合機構は、1993 年から血液製剤に混入した HIV による健康被害者の救済に関する業務を行っており、また、2004 年以降の血液製剤の使用による肝炎感染者に対して感染救済給付も行っている²⁴⁰。

²³⁷ 2009 年の侵権責任法は欠陥医薬品を含む欠陥製造品の生産者、販売者の警告義務、回収義務を規定した。しかし、筆者は国も欠陥医薬品の警告責任、回収責任を負うべきであると考ええる。

²³⁸ 同条は「製品が流通に投入された後に欠陥の存在が発見された場合、製造者、販売者は速やかに警告、リコール等の救済措置を行わなければならない。速やかに救済措置を行わなかった、または救済措置が不十分であったために損害が生じた場合は、損害賠償責任を負わなければならない」と規定している。

²³⁹ これに対して、日本の薬害肝炎訴訟の東京地裁判決において、製造・販売開始後の義務については、「製薬会社は、製造・販売開始後も、副作用リスクのみならず有効性、安全対策技術についての情報収集、調査研究を継続し、当初知られていなかったかまたは予想されたよりも重大な副作用リスクが判明したり、有効性についての疑問が生じた場合には、有効性についての再検証を行い、その結果、医薬品に有用性が全く認められなくなった場合は、即時に製造・販売を中止し、既に流通している医薬品を回収する措置をとらなければならない、一部の適応症について有用性を肯定できなくなった場合は、適応症の中からその症例を排除し、その旨を周知しなければならない。また、副作用のリスクにもかかわらず、有効性があり、適切な代替治療法がないことから有用性が肯定されるとして、製造・販売を継続する場合には、副作用リスクについて詳細な情報提供を行うべきである。さらに、技術の進歩により、当初とられていた副作用リスクに対する安全対策では社会的に許容できない状況となった場合には、これに対応した安全対策を講じなければならない」と判示された。

²⁴⁰ 西塾章・前掲注（230）22 頁。

さらに、司法の限界を超えて、被害者救済に関する特別法が生み出された。例えば、2008 年に C 型肝炎感染被害者を救済するために、給付金の支給に関する「特別措置法」が制定された²⁴¹。特別措置法は、血液製剤の投与と感染との因果関係がカルテなどで認められれば、投与時期を問わず、症状に応じ一時金を被害者に支給することを示した。その一時金は国と製薬企業が負担する。また、「投与の事実」、「因果関係」及び「症状」の認否に当たっては、カルテのみを根拠とすることなく、手術記録、投薬指示書等の書面記録、医師・看護婦・薬剤師等による投与事実の証明、あるいは本人・家族等による記録、証言等も考慮するとされる²⁴²。

他方、中国では、河南省のような輸血によるエイズ集団感染の問題を含む、エイズ被害の問題を解決するために、2006 年 3 月 1 日に国务院は「エイズ予防治療条例」（原語は「艾滋病防治条例」）を施行した。その 44 条によれば、「県クラス以上の人民政府は農村のエイズ患者と都市（町）の経済的に苦しいエイズ患者に、エイズに対する治療薬を無償で提供し、エイズに感染した妊産婦にエイズの母子間感染を予防するための治療を行い、相談に応じなければならない」と定めている。

しかし、河南省における売血によるエイズ感染事件のような重大な事件において、国の法的責任を明らかにしなければならないと考える。なぜならば、国は、悲惨な被害者にとっても、また、今後このような事件が繰り返されないようにするためにも、積極的かつ大きな影響力を及ぼすからである。また、政府が被害者に補償するほかに、輸血によって感染したエイズ犠牲者の遺族（とりわけエイズ孤児）に、補償金（生活補助金）を受け取らせるべきであると考えられる。さらに、血友病を治療するための血液製剤によるエイズ感染者に対しても、国は救済制度を設立すべきである。

そのほか、中国における HCV 感染者は 4000 万人²⁴³に達しているにもかかわらず、国は、無過失輸血による肝炎感染者に対して、行政救済または補償システムを設立するには至っていない。それゆえ、早急に HCV 感染者や C 型肝炎発症者が治療に専念できるような体制を作るべきである。輸血・血液製剤による被害者を効率的に救済するためには、社会保障の観点に立ち、行政的被害者救済制度が必要であると考えられるのである。つまり、政府は広汎な被害者の存在と被害の深刻な性質を意識しつつ、行政上の救済制度を設立することにより問題を徹底的に解決すべきである。

現段階において、中国では、国には損害賠償責任というよりも、補償責任を負わせる方が適当かつ現実的であると思われる。輸血・血液製剤によるエイズ・肝炎の集団的感染事件では、司法的救済というよりむしろ日本が薬害肝炎事件を対応する際の「特別措置法」のような特別な立法が求められるべきであると考えられる。日本では、薬害 C 型肝炎事件後、2009 年の肝炎対策基本法の成立によって、国が、提訴できた原告のみならず、多数のウイルス性肝炎患者の被害救済のために根本的かつ恒久的な対策を講じなければならないことを明確にした²⁴⁴。

最後に、日本では、社会保障の伝統的考え方に従って医師の過失と無過失を峻別するとすれば、過失のある場合には責任保険が採用され、無過失の場合に

²⁴¹ 笠松珠美「特定の血液製剤による C 型肝炎感染被害者の救済」時の法令 1808 号（2008 年）38 頁。

²⁴² 平成 20 年 1 月 8 日の衆議院厚生労働委員会決議。

²⁴³ 「86% 丙肝患者染病不自知——庄輝院士呼吁：及時排查丙肝隱患」新民晚報 2006 年 10 月 26 日 A1—11 版。

²⁴⁴ 加藤高志・前掲注（221）7 頁。

は被害者救済のための損害補償制度が考えられている²⁴⁵。現在、日本において、医薬品副作用被害や予防接種事故については、以上のような趣旨の救済制度²⁴⁶が実施されている。特に、医薬品の副作用による健康被害については、行政上の救済制度が存在している。そのため、被害が生じた場合には、製造物責任法とは別に、医薬品副作用被害救済制度²⁴⁷による救済アプローチがある²⁴⁸。

中国では、現在まで医薬品副作用救済制度はなく、被害者の損失は自身で負担するしかない。それゆえ、行政的損害填補制度あるいは国の主導する補償システムを確立する余地があると思われる。

第四章 結び——まとめと課題

第一節 まとめ——日本法から中国法への法理論的・法政策的示唆

第一款 新たな所有理論（市場理論批判）との関わり

日本において、輸血用血液製剤は 1974 年以降、日赤が一元的に供給している。それに対して、血漿分画製剤は、製薬会社が原料血漿または製剤を外国から輸入してその大部分を供給しており、一部は日赤が献血血液を原料として、あるいは民間企業に製造依頼して供給している²⁴⁹。薬害エイズ事件の発端となった血液製剤は、多数の人のプール血漿を原料として作られたものであった。しかも、アメリカにおける有償血液、つまり売血からの血液を主原料としていたので、ウイルスなどが混入する危険性が普通の献血より大きいといえる。しかしながら、薬害エイズ事件後、血液凝固因子製剤については、日赤が原料血漿を国内の献血によって確保し、一元的に製造・供給している²⁵⁰。

そもそも身体取引について、血液の無償贈与は、市場主義に基づき血液の売買行為より集まりにくいデメリットがあるが、メリットの方が大きい。日本では、吉田邦彦教授により、一アメリカ法学の有力潮流を摂取する形で、血液提供だけでなく、臓器移植、人工生殖（精子・卵子提供、代理母）などを含む、身体取引における非商品化・非市場化の原理が議論されて、市場化志向の強い川島所有権法に対して問題提起がなされている。「市場取引」に委ねることの弊害はどこにあるのか、なぜ無償原理による贈与的アプローチを採る必要があるのかという点に関して、次のような指摘がなされている。すなわち、市場システムに依存する場合には①フリー・ライドの問題が生じる可能性があり、②品質低下及びウイルス汚染の問題が深刻となるのみならず、しかも、③貧困者への「搾取」という問題をも深刻化させうる²⁵¹。

翻って中国では、もとより輸血・血液製剤をめぐる感染事故は、血液供給体制の不備から生じるケースが多かった。中国では、1998 年の献血法が公布さ

²⁴⁵ 三藤邦彦『医事法制と医療事故』（信山社、2011 年）453 頁。

²⁴⁶ 予防接種法第 16 条以下、医薬品副作用被害救済基金法参照。

²⁴⁷ 現在は、独立行政法人医薬品医療機器総合機構法（2002 年）のもとで、医薬品副作用被害の救済が図られている。内田貴『民法Ⅱ債権各論（第三版）』（東京大学出版社、2011 年）522～523 頁参照。この法律によって、医薬品の「適正に使用された場合」の副作用による被害につき救済給付を行う。しかし、この制度には限界があり、制癌剤または血液製剤などは除外されているし、死亡または重症の場合に限定されている。吉田邦彦・前掲注（186）92 頁。

²⁴⁸ 薬事衛生研究会『薬事関係法規及び薬事関係制度解説』（薬事日報社、2009 年）26 頁。

²⁴⁹ 淡路剛久＝鎌田薫＝清水洋二＝宗像恒次「〔座談会〕血液・血液製剤被害とその安全・救済対策」ジュリスト 1097 号（1996 年）22 頁参照。

²⁵⁰ 淡路剛久・前掲注（165）30 頁参照。

²⁵¹ 吉田邦彦『契約法・医事法の関係的展開』（有斐閣、2003 年）245～250 頁参照。同・『民法解釈と揺れ動く所有論』（有斐閣、2000 年）も参照。

れてから、血液供給体制は売血から自発的な無償献血へ切り替わった。それ以前は、職業的売血者から採血した血液を患者に輸血していた事例がごく普通であったから、この点において、日中の間に 24 年間の差が見てとれる。

第二款 法教義学的動向の日中比較の整理

①（輸血用血液の製造物責任の有無）

日本では、1994 年に製造物責任法が制定されたとき、輸血用血液が「製造物」に該当するか否かをめぐる争いは、政府側から示された見解によって終わった。他方、中国では、輸血用血液は「製品」とする学説が有力に主張されているが、実務上では「非製品論」が採用されている。2010 年に侵權責任法が実施されても、司法解釈の制定をめぐって、それに関する論争が未だになされている。

②（「過失」の内容・認定と事実上の推定）

中国では、「過失」は、行為者の行為義務違反によって表現された非難性がある主観的心理状態であると定義する学説が通説である。それに対して、日本の現在の不法行為学説は、通例、過失を「結果発生の見込み可能性がありながら、結果の発生を回避するために必要とされる措置（行為）を講じなかったこと」（結果回避義務違反）と定義する²⁵²。それゆえ、両者の間には大きな違いが見られる。つまり、中国では「過失」は未だに主観的に捉えられているが、日本では、客観的に捉えられている。

日本の多くの裁判例では、医師の高度の注意義務が強調されたり、医師に過失の推定が認められたりしている。例えば、輸血梅毒事件は、医師に最善の注意義務を課したものである。また、薬害や食品公害等の事件につき、製造者に高度の注意義務を課したり、過失を事実上推定したりするなどして被害者の救済を図ってきた。例えば、スモン事件では、ある程度の状況事実が証明されれば、欠陥のある医薬品の製造者には、過失が一応推定され、製薬会社は、反証がないあるいはその推定を崩さない限り、責任を免れないとされる²⁵³。

つまり、証拠によって過失の具体的事情を認定できなくても、間接事実の存在を確認できれば、過失を経験則の適用によって推定しようとした。また過失の「一応の推定」²⁵⁴が許されるためには、加害の客観的事実に対する経験則の適用によって、一般的事実認定につき要求されるのと同程度の「真実の高度の蓋然性」をもって過失を推認できる場合でなければならないとともに、その程度の蓋然性をもって過失を推認できれば足り、過失がなかったことの可能性が全く存在しない程度までの証明は必要がない²⁵⁵。製薬会社に過失が推定されることは、一応過失ありと見ることを意味するので、無過失責任に近い考え方であるという評価もある²⁵⁶。

中国で注目されるのは、医師の過失の認定方法である。裁判官が法解釈論に即して、医師の過失を認定するとき、注意義務の程度を高く設定し、主観的注

²⁵² 潮見佳男・前掲注（77）27 頁。

²⁵³ スモン事件の福岡地判昭和 53 年 11 月 14 日判時 910 号 33 頁。この考え方は、カネミ油症事件の判決にも採用された。福岡地判昭和 52 年 10 月 5 日判時 866 号 21 頁。

²⁵⁴ なお、過失の一応の推定は、高い蓋然性を持つ経験則に基づく過失の事実上の推定である。中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕『民事訴訟法講義：基本的理論と判決手続（第三版）』（有斐閣、1995 年）333 頁。具体的にいえば、過失の「一応の推定」とは、過失の具体的内容は明らかでなくとも、加害行為ないし損害発生事実がある程度を証明されれば、そこから推測して何らかの過失行為があったことの一応十分な心証がとれ、その反対の蓋然性がその心証を揺るがすに足らない、という場合である。「一応の推定」理論は、社会正義の要求に適合し、社会的意義を持つと考えられる。中野貞一郎『過失の推認（増補版）』（弘文堂、1987 年）11～12 頁。

²⁵⁵ 中野貞一郎・前掲注（254）43 頁。

²⁵⁶ 川井健『欠陥商品と企業責任』（日本経済新聞社、1980 年）26～27 頁。

意義務ではなく、客観的かつ高度の注意義務に基づいて、医師の責任を厳格化すべきである。さらに、患者側の救済を図るために、医師に高度の注意義務を課したり、過失の事実上の推定をしたりなどすべきであろう。

③（「因果関係」——とくに立証問題）

中国には、医療過誤訴訟における「証明責任の転換」規則がある。しかし、立証責任の転換に対する強い批判もなされている。その問題を解決するためには、患者側の証明責任を免除することではなく、証明責任を軽減する方向の規則を検討しなければならない。

輸血・血液製剤による感染症訴訟のように、原告側において客観的に立証困難の場合には、弱者保護のために、（患者は）自身の損害と医療機関の行為との間に存する因果関係の必然性を証明せずとも、高度の蓋然性を証明できれば、患者側の証明責任は完成したものとみなされ、因果関係の存在が推定されるべきである。つまり、患者側は、因果関係の立証における高度の蓋然性を証明できれば、裁判官は、間接事実なり経験則に基づいて、医療行為と患者の損害との間に、客観的かつ合理的な関連性があるとし、因果関係を認めるべきである。推定された因果関係を覆すために、被告側が、経験則の適用を排除する反証なり特段の事情を証明できない限り、損害賠償責任を免れないのである。

日本においては、医療訴訟における因果関係証明の困難を緩和するために、いくつかの間接事実を経験則を適用し、因果関係を推認する方法が判決に採用されている。さらに、学説においても、経験則に照らして、因果関係の認定に必要な立証の程度を軽減する「蓋然性」説、因果関係の事実上の推定説などの理論が模索されてきた。このような貴重な経験は、中国にとって大きな参考になる。それにとどまらず、「経験則」が積極的かつ弾力的に用いられ、原告の立証困難を救済しようとする動きも注目されるべきである。通常人の経験則による判断、あるいは日常経験則での物事のつながりの判断とは、蓋然性の集積と因果関係の事実上の推定のようなものである。それによって、経験則の多様な活用により因果関係認定の緩和が図られる。日本法の成功経験を参照しつつ、中国では、因果関係の事実上の推定を認めることが不可欠であると考えられる。

④（責任主体）

日本法では、通常医薬品の製造者に対しては製造物責任を追及するが、医薬品の販売者に対しては契約責任を追及する。他方、中国の侵權責任法 59 条は医薬品の製造者・販売者・医療機関に製造物責任を負わせる規定である。しかし、「薬で医療を養う」現象を取り除く政策が採られているため、医療機関が製造物責任の主体として扱われるべきか否かについて、中国の社会的政策、特別な国情を踏まえ、血液センター・製薬会社・医薬品会社・医療機関の責任分配との関連で、批判的な再考が必要である。

⑤（「欠陥」の判断基準と開発危険の抗弁）

中国では、「欠陥」の判断基準について、血液製剤を含む医薬品が国家、業界による安全基準に合致するか否かは、欠陥を判断するときの直接かつ唯一の基準ではなく、考慮すべき諸要素の一つにすぎないと考えられている。そして、被害者は、行政基準に適合する製品についての行政基準に不備があり、当該製品に「通常有すべき安全性」を欠く、あるいは「不合理な危険」が存在することを証明できれば、裁判所は欠陥製品と認めるべきであると考ええる。この点と関連して、医薬品の安全性を判断する際に、医薬品の副作用（危険）と有効性（効用）との比較考量をなすべきであろう。

また、開発危険の抗弁について、その抗弁の判断基準となる「製品を流通に投入した時点での科学技術レベル」を以下のように厳格に解釈すべきである。すなわち、「科学技術レベル」とは、特定の国、特定の地域に限る科学技術レ

ベルではなく、世界的な範囲における最先端の科学技術レベルと解釈すべきである。医薬品の必需性、薬害被害者の広汎性、集団性、悲惨性に鑑みると、製造者は、単なる自らの国家、業界における薬品の行政基準に限らずに、調査、情報収集、分析義務を尽くし、その時点の医学的・薬学的知見の下で、海外の同種医薬品の使用状況、臨床実績、臨床試験の結果、専門家の意見、報告等を斟酌しなければならない。さらには、製造者の免責事由が認められるか否かについて、ドイツをはじめとして、一般的な商品には開発危険の抗弁を認めても、医薬品には開発危険の抗弁を認めない国もある²⁵⁷。

⑥（国家責任の広狭）

比較法的に見ると、中国では、国家責任の追及は日本より限定されている。日本では、薬害 C 型肝炎訴訟にせよ、薬害エイズ訴訟にせよ、国の責任がクローズアップされていた。中国においても、国は、医薬品の副作用リスク情報を得た場合に、速やかに患者や医療従事者に対し、警告をすべきである。また、国の責任として欠陥医薬品の製造・販売を停止させ、さらには、既に市場に流通している医薬品を回収しなければならない。

⑦（行政的救済制度）

最後に、司法的救済である損害賠償制度に限らず、行政的救済である補償制度も必要であると考えられる。加害者に損害賠償責任を負わせるには、一般的に法的な非難可能性、つまり厳格な帰責要件が必要である。しかし、因果関係の立証困難性を踏まえると、法的救済は難しくなる。したがって、具体的事案における法的責任の存否の判断に止まらず、より広い場面で輸血・血液製剤によるウイルス感染症による損害、あるいは医薬品の副作用による損害を分担させる制度を構築すべきである。すなわち、政府は、医薬品が患者に重大な健康被害をもたらした場合において、医薬品の性質から、適正に使用されても生じる被害に対して補償すべきである。その意味で、国は、医薬品の副作用による被害の救済・補償制度の創設を急がなくてはならない。なぜならば、中国は、日本とは異なり行政権力が強大であり、行政命令によって制度を大きく変革できる国家と言われているからである。それゆえ、政策が当事者に強く影響を与えられるという点を考慮する必要がある。

以上のように、司法的救済である賠償と行政的救済である補償という二つの救済手段を通じて、最大限の被害者救済は実現され得ることになるだろう。

第二節 残された課題

中国の医療技術は、この 20 年で目覚ましく発展してきている。その結果、血液の検査法等の進歩及び血液供給体制の転換により、輸血・血液製剤による疾病感染事案は以前より少なくなってきた。しかし、献血法が公布されてから 10 年以上を経たにもかかわらず、暴利のために、隠れて違法に売血する状況が今日でも依然として存在している²⁵⁸。また、各病院、血液センターは、輸血による感染事故を防ぐための先進的な検査技術、検査キット及び設備が必ずしも整っているわけではない。さらに、いくら血液の検査法等が進歩したといっても、ウイルス潜伏期の輸血による感染事故は、完全に遮断できない状態なのである。

²⁵⁷ ドイツの欠陥製造物責任に関する法律の第 15 条は、「薬事法の適用範囲において、消費者に譲渡され、かつ、認可義務が定められ、または法規命令によって認可義務が免除された医薬品であって、人間による服用を目的とする医薬品の使用により、人が死亡し、またはその身体若しくは健康が侵害された場合において、製造物責任法の規定は、これと適用しないものとする」、と規定している。法務大臣官房司法法制調査部編『諸外国における製造物責任法』（法曹会、1992 年）121 頁。

²⁵⁸ 「県委書記保駕護航——血站站長騙人売血斂財数千万」淮海日報 2009 年 1 月 20 日 A9 版。

2009 年に、中国では、日本の薬害エイズ事件と同様な血友病患者らに投与された凝血第Ⅷ因子という血液製剤によるエイズ集団感染事件²⁵⁹が報道された。そこで、輸血・血液製剤による感染症に関する不法行為責任の問題は、今日の中国での一つの法的課題として、より学問的研究を進める価値があると考えられる。しかし、筆者が調査した限りにおいて、2010 年に侵權責任法が施行されてから、同法によって審理された輸血・血液製剤による感染事例はごく僅少に過ぎない。そのため、侵權責任法における輸血・血液製剤に関する医療損害賠償責任の分析は理論上の検討に止まり、最新の裁判例による実務上の分析が不足している。

また、血液製剤を含む医薬品について製造物責任制度が導入されても、既知の副作用のうち製造物責任制度の対象とならないもの及び未知の副作用のうち欠陥に当たらないものによる被害については、製造者の民事責任を問うことができない。したがって、今日の輸血・血液製剤による感染被害問題の解決策を探る際は民法の領域に止まらず、民事訴訟法、行政法、国家賠償法、社会保障法など広い視点から、総合的に研究することは避けられないのである。今後いっそうこうした視点からの学際的研究が不可欠となってくる²⁶⁰であろう。

本編は、有害物質のうち、HIV、HBV、HCV などによって汚染された血液や血液製剤に関する不法行為責任の問題に限定して検討を加えてきた。他方、血液製剤の他にも有害物質（例えば、環境有害物質、アスベスト、放射能など）に起因する健康被害の場合も少なくなく、公害や薬害の場合に、加害行為と被害の顕在化との間に時間的広がりが大きいため、潜在的損害の民事的救済の問題は、まさに喫緊の課題となりつつある。したがって、筆者は有害物質による潜在的被害者の民事救済問題に焦点を絞り、アメリカ法の裁判例・学説を参照しつつ、今後より深く研究していこうと考える。

²⁵⁹ 本件は百人以上の血友病患者が血液製剤によりエイズ感染したことに關する事件の報道である。前掲注（8）参照。

²⁶⁰ 植木哲「医事法の方法と体系」古村節男＝野田寛編集『医事法の方法と課題——植木哲先生還暦記念』（信山社、2004 年）22 頁。

第二編 アメリカ法における有害物質による潜在的被害者の民事救済

序章 問題意識及び課題

第一章 有害物質による被害について

第一節 有害物質による潜在的被害の類型論

第一款 欠陥製造物（医療製品や薬品など）による被害

第二款 職場での有害物質による被害（アスベスト被害）

第三款 環境被害（放射能被害を含む）

第二節 有害物質による不法行為から生じる被害の特徴

第一款 不法行為の隠蔽性

第二款 損害の潜在性と遅発性（蓄積型損害）

第三節 潜在的被害に対する法的救済の苦境および成因

第四節 時効制度による救済の緩和と不十分性

第五節 判例法の新たな動向

第二章 潜在的損害の法律救済に関する理論枠組み（pre-manifestation damage theories）

第一節 法律ディレンマを突破する試みⅠ——疾病罹患のリスク増加（increased risk of disease）による権利主張

第一款 権利主張の具体的内容

第二款 反対意見

第三款 裁判所の判断基準及びその緩和

第四款 小括

第二節 法律ディレンマを突破する試みⅡ——将来の疾病に罹患するおそれ（fear of disease）（精神的苦痛）による権利主張

第一款 権利主張の中身と分類

第二款 反対意見

第三款 司法実務上の判断基準及びその緩和

第四款 小括

第三節 法律ディレンマを突破する試みⅢ——医療モニタリング（medical monitoring）による権利主張

第三章 医療モニタリングによる権利主張に関する理論状況

- 第一節 権利主張の具体的内容及び賠償範囲
- 第二節 他の潜在的損害に基づく権利主張との異同
 - 第一款 精神的苦痛に基づく権利主張との異同
 - 第二款 リスク増加に基づく権利主張との異同
- 第三節 医療モニタリングによる救済をめぐる論争
 - 第一款 医療モニタリングによる救済のメリット
 - 第二款 医療モニタリングへの反対意見
 - 第三款 医療モニタリングが裁判所に受け入れられる原因分析
 - 第四款 医療モニタリングによる請求の正当性
- 第四節 医療モニタリングの適用条件——医学的観点から
- 第四章 医療モニタリングによる権利主張に関する裁判例の推移及び現状
 - 第一節 リーディング・ケース——**FFAC v. Lockheed Aircraft Corp.**
 - 第二節 有害物質による不法行為のケース——**Ayers v. Township of Jackson**
 - 第三節 その後の医療モニタリングを認める裁判例及び分析
 - 第一款 医療モニタリングを認める裁判例
 - 第二款 権利主張の性質に関する争い
 - 第三款 医療モニタリングを主張できる原告の資格
 - 第四款 原告の証明すべき要素及び裁判所の判断基準
 - 第五款 賠償金の支払い問題——「一時金」(lump-fund)か「裁判所監督の信託基金」(court-supervised trust fund)
 - 第四節 **Metro-North Commuter Railroad Co. v. Buckley**
 - 第五節 医療モニタリングを棄却する裁判例
 - 第六節 現状
- 第五章 まとめ及び中国法への示唆
 - 第一節 アメリカ法のまとめ
 - 第二節 若干の試論——比較法的留意点と批判的考察
 - 第一款 比較法的留意点
 - 第二款 批判的考察
 - 第三節 日本法とのつながり——放射能による潜在的損害を中心に

第四節 本論文の帰結——中国法への示唆

第一款 中国の有害物質による不法行為の深刻さ

第二款 中国法への示唆（総論的）

第三款 具体的な検討（1）——純粋な精神的苦痛による権利主張に関して

第四款 具体的な検討（2）——医療モニタリング費用による権利主張に関して

第五款 小括

第五節 残された課題

これまでの研究において、近年中国で問題となっている輸血・血液製剤汚染により現実に損害の生じている被害者の民事的救済法理について、日本法を比較法の対象としつつ、両国の議論状況を詳細に検討した。もっとも、そこでは、日中ともに、潜在的被害者の救済に関する検討は、課題として残されていた。本研究は、こうした従来の研究の延長線上に位置づけられるものである。

伝統的な不法行為法は、権利侵害と現実の損害発生との間に潜伏期間を伴わないケース（例えば、自動車事故）が念頭に置かれてきた。しかし、近年、輸血・血液製剤の汚染被害、アスベスト被害、環境公害、放射能による曝露被害などにみられるように、権利侵害と現実の損害の発生との間に潜伏期間（しかも、何十年にも及ぶ）を伴うケースが登場している。ところが、このような事案類型を念頭に置いていない伝統的な不法行為法学は、時効の起算点を遅らせるという方法を除けば、蓄積的損害の問題に対して直截的な対応策を持たず、不法行為の潜在的被害者の民事的救済法理の確立は、二十一世紀不法行為法学における喫緊の課題となっているといえるであろう。本編の研究は、以上の問題意識を前提に、有害物質による潜在的な被害の問題およびそれに対する法的救済の問題に検討を加えることを目的とする。

第一編は、既に発症した HIV、HBV、HCV 患者の法的救済の問題に焦点を置いて検討した。この点、HIV、HBV、HCV のような有害物質の潜伏期間は何十年にも及ぶことがあり、損害が顕在化していない患者の法的救済の必要性について、日中両国では指摘されてはいるものの、未だ本格的に検討されてはいない。それゆえに、本編ではこの潜在的損害に対する民事救済問題を取り扱う。もっとも、この問題について直接的に扱うものは、少なくとも日中ではみられない。他方、アメリカでは、分析対象（血液製剤を対象に限定するのではない）は異なるものの、血液製剤を含む欠陥製造物、アスベスト、環境公害にある有害物質によって生じた潜在的損害についての議論が大々的に論じられている。実際には放射能などの有害物質による潜在的健康被害は、一定量以上の曝露で、がんまたは深刻な疾病などの発病の危険性が増加したが、いまだ発病していない状況であるため、肝炎やエイズなどのウイルスに感染したが、いまだ発病していない状況と同じである（薬害事件に似たところがある。ただし、発がんリスクの増加の程度によるものなので、異なる点もある）。アメリカでは、これらの被害をその意味で一括りにして議論しようとする動きが見られる。

第二編の研究は、以上に際して、比較法的手法を用いる。その際に、比較法の対象となるのは、アメリカ法である。その理由は、以下の点に求められる。第一に、アメリカ法では、本研究の対象となる潜在的被害者救済に関する現実的問題が発生していること（その嚆矢は、アスベスト訴訟・環境訴訟にみられる）、第二に、アメリカの判例は、現実の要請に対して、司法実務の枠組みの中で、伝統的な法解釈論（それは、現在発症している身体的傷害がなければ、権利回復は認めないとする立場である）に修正を加えることにより、潜在的被害者の救済を支援してきたこと（例えば、将来の疾病にかかる恐れから生じた精神的苦痛を認める法律救済や医療モニタリングの費用請求の承認）、第三に、こうした判例の動向を踏まえ、学説も、様々な見地からこの問題に検討を加えており、こうした問題については、いまだに日中では十分な紹介・検討が加えられておらず、考察に値すると考えることである。それゆえに、第二編では、この問題についてのアメリカの判例・学説に検討を加えることにしたい。これらの議論から、上記残された課題（日中での有害物質の潜在的な被害者の法的救済の問題）にある程度の示唆を与えればと考える。

序章 問題意識及び課題

高度工業化社会において、有害物質（toxic substances）の接触者や曝露者は、健康被害あるいは潜在的な疾病の脅威を受けている。有害物質による不法行為訴訟は、現代社会の進展及び科学技術の発展の一つの現れとして、複雑なものとなる²⁶¹。製品の「副作用」や環境に排出された「副産品」は、社会・工業・技術発展の代価またはマイナス面として、我々が予想しえない形で存在するといえるであろう。有害物質により不本意に曝露した被害者は、健康への悪影響（人身損害）あるいは財産的損害を受けることがしばしば存在する。

アメリカでは、このように、有害物質による大規模な不法行為に基づく人々の健康被害に関する損害賠償訴訟が数え切れないほど多く、裁判所において騒がれている新たな訴訟類型——有害物質による不法行為訴訟（toxic tort claim）となってきた²⁶²。「有害物質による不法行為（toxic tort）」とは、欠陥製造物にある有害物質（例えば、鉛）、あるいは職場にある有害物質（例えば、アスベスト）、環境汚染にある有害物質（例えば、危険廃棄物、放射能など）への不本意な接触あるいは曝露から生じた不法行為である。

新たな不法行為の類型が発生するとともに、新たな被害の態様が現れる。有害物質による不法行為訴訟に関する例として、欠陥製造物をめぐる不法行為訴訟、アスベスト訴訟、または地下水汚染、廃棄物汚染、大気汚染、重金属汚染、放射能汚染などの公害訴訟が挙げられる。これらの有害物質による被害は、伝統的な不法行為による被害と異なっており、その特徴は不法行為が続くと、潜在的損害が蓄積し、不法行為が停止してもリスク・危険性の増加が継続することにある²⁶³。つまり、有害物質による不法行為から生じる損害には、潜在性と晩発性（進行性）という二つの特徴が存在する。多くの場合に、被害者は有害物質との接触をして身体的傷害や疾病の症状が即時的に現れるわけではなく、有害物質が体内に蓄積して、長時間が経ってから、若しくは数年後、（有害物質が一定の量に至って）傷害が顕著化するわけである。このような損害は、日あるいは月で損害の段階を分けることができず、進行性を持ちながら有害物質が蓄積され、症状が最終的に顕在化するのである。この損害は、一旦発生すると、不可逆的なものとなる。

有害物質による不法行為訴訟における原告の場合、必ずしも健康上の被害は顕在化していないので、損害論あるいは権利侵害のレベルで、伝統的な「物理的侵害」概念に厳密に固執すると、不法行為的救済は難しいことになる²⁶⁴。有害物質（特に、神経システム、生殖システム、あるいは呼吸システムを侵害する有害物質）の潜伏期間は長い²⁶⁵。例えば、化学重金属汚染の場合に、有害物質は成人から妊婦が生んだ子供（遺伝性疾患を持つ個体）まで、健康に対する悪影響を及ぼす。また、アスベスト²⁶⁶に曝露した被害者は曝露してから、

²⁶¹ Bill Charles Wells, *The Grin without the Cat: Claims for Damages from Toxic Exposure without Present Injury*, 18 (2) WM. & MARY ENVTL. L. 285, 347 (1994).

²⁶² JAMES T. O'REILLY, TOXIC TORTS PRACTICE GUIDE § 2.01 (2d ed.)(New York: McGraw-Hill, 2001) 21.

²⁶³ Barton C. Legum, *Increased Risk of Cancer as an Actionable Injury*, 18 GA. L. REV. 563, 566 (1984).

²⁶⁴ 吉田邦彦『契約法・医事法の関係的展開』（有斐閣、2003年）388頁参照。

²⁶⁵ CARL F. CRANOR, TOXIC TORTS: SCIENCE, LAW AND THE POSSIBILITY OF JUSTICE, (Cambridge U. P., 2006) 173.

²⁶⁶ アメリカ合衆国では、1970年代までアスベストは広く使われていたが、その後呼吸器系の疾患との関係が明らかとなり、その環境上のコストの大きさを考えた上で、アスベスト産業の保護を否定し、欧州連合や日本では、アスベストを禁じている。

肺がんあるいは悪性胸膜中皮腫に罹患するまで、少なくとも十年かかるようである。三十年かかった場合もある。しかもアスベストの場合には、中皮腫などの損害が現出してまもなくして死亡する例が多く存在する。要するに、有害物質による不法行為から生じた傷害は、潜在的かつ進行中の健康被害である。現実損害発生までの潜伏期間の長さで発病後の短期致命性は、その健康被害の特質である。ここでは、長期間の後に損害が顕在化するために、期間制限の問題のほかに、科学上の不確定性があるので、因果関係の認定が困難で、加害者の特定も厄介となる。伝統的不法行為法のもとでは、司法的な事後的解決は適切に機能せず、不十分である。

被害者の健康被害が顕在化したかどうかを基準にして考えると、有害物質による不法行為訴訟の原告は、二種類に分けることができる。一つは、「健康被害が顕在化した被害者」である。これらの被害者は、すでに疾病の症状が顕在化しており、彼らが提起した不法行為訴訟は、伝統的な不法行為法によって解決される。例えば、医療費用の賠償に関して、身体的傷害を治療するため既に発生した医療費用、あるいは将来的に発生しうる合理的な医療費用などは、訴訟によって請求できる。そのほか、原告は肉体的傷害から生じた精神的損害について賠償請求を主張することができる。

他方で、被害者のうち、もう一つの「潜在的な被害者」、すなわち、「単なる有害物質と長期的に接触したが、まだ健康被害が顕著ではない被害者 (post-exposure, pre-symptom) ("PE/PS")」に関する法律救済の問題は、簡単に解決することができない。

伝統的不法行為法のもとで、前者（健康被害が顕在化した被害者）が提訴した訴訟（例えば、身体傷害に対する医療費用請求や入院に伴う慰謝料請求など）は、伝統的不法行為法の既存規則によって、処理されるが、後者（つまり、潜在的被害者）が提訴した訴訟は、法律上においていくつかの問題が生じうる。なぜならば、アメリカの不法行為法において、伝統的判例法のもとでは、（現在発症している身体的）「傷害 (an injury)」(損害) がなければ、権利回復は認められないからである²⁶⁷。つまり損害は、現実が発生した後、事後救済（損害賠償）の対象となるものである。従来「損害」概念は、物理的に捉えられているので、原告の物理的損害あるいは身体的傷害が発生したことは、損害賠償を請求する前提となっているのである。そのため、有害物質による不法行為の潜在的な被害者は、法的救済を求めようとするとき、難点がある。従来の不法行為損害論は、顕在化した被害者に対する損害賠償の枠組みとして限界があり、新たな損害論の構築が必要である。

有害物質に曝された被害者は、実際に疾病を発症するまでに至らなくても、その被害に関連する不利や不快な経験をしていることが少なくない。例えば、被害者は深刻な疾病、特にがん罹患するリスクが顕著に増加すること、医療検査が必要となること、あるいは有害物質の曝露によって精神的ストレス、不安や苦痛を感じるなどである²⁶⁸。さらに、疾病に罹患する危険性の増加によって、これらの副次的影響に起因する身体的傷害は、一つの世代において、若しくは何世代にもわたって長期の間症状が現れるかもしれない²⁶⁹。それゆえに、がん又は他の疾病が発症するまでには、危険物質との接触によって生じ

²⁶⁷ WILLIAM L. PROSSER, HANDBOOK OF THE LAW OF TORTS (4th ed.)(West Pub. Co., 1971) 54.

²⁶⁸ See, e.g., *Sterling v. Velsicol Chem. Corp.*, 855 F.2d 1188, 1192, 1205 (6th Cir. 1988); *Jackson v. Johns-Manville Sales Corp.*, 781 F.2d 394, 410-411 (5th Cir.), cert. denied, 478 U.S. 1022 (1986); *Ayers v. Jackson Tp.*, 525 A.2d 287,291 (NJ. 1987); *Kosmacek v. Farm Service Co-op of Persia*, 485 N.W.2d 99 101, 104 (Iowa Ct. App. 1992).

²⁶⁹ Harvard Law Review Association, *Developments in the Law, Toxic Waste Litigation*, 99 HARV. L. REV. 1458, 1618-1619 (1986).

うる多くの疾病に関わる潜伏期間が長いと、被害者は早めに訴訟を起こすことが望ましい。このように、工業技術の発展に伴う副次的健康被害や健康影響をどのように法的に対処するかということは、現代社会の一つの重要な課題であるといえるであろう。

それらのことは、従来の不法行為法に重大かつ深刻な課題を突きつけており、コモン・ローの不法行為法体系が、新たな被害を迅速かつ実質的に補償するために、どのように対応するかという能力を検証する。アメリカでは、この未解決問題に対して、多くの研究者の法的関心が向けられるようになってきた。とくに深刻かつ不可逆な損害が発生する可能性がある場合に、被害者には疾病罹患が不確定であっても、一定の条件のもとで損害賠償を認めようとする裁判例や学説が現れており、相当な議論がなされていることが注目される。

かつては、潜在的・将来的な傷害に関する単なる危険な兆候に基づく権利主張は認められていなかった²⁷⁰。不法行為責任に関する一般的な救済理論や時効の規定などの裁判原則を踏まえると、伝統的なルールに従えば、有害物質による不法行為における多くの潜在的な被害者は、深刻な問題に直面させられる。最近の三十年間、アメリカでは、潜在的損害や潜在的な被害者に対して、何らかの法律救済を与えようとする動きが重視されるようになってきた。本編はこの課題をどのように解決するかを中心に議論する。

アメリカでは、潜在的被害者を救済しようとする考え方は、1980年代から有力化してきた新たな発想であり、伝統的な不法行為責任の発想とは異なる面がある。実際のところ、提訴時点で実際の症状あるいは身体的影響が現れていなくても、権利回復を求めるために裁判所に提訴する被害者が多く存在する。それゆえに、現代社会の変化とともに、法律は社会現実からの要請にある程度答えなければならない。これらの被害者に対して、以上のような潜在的な損害に関する損害賠償の障害を克服するに当たって、二つの問題解決プロセス（「立法による対応」と「司法による対応」）が考えられると主張されている²⁷¹。一つは最も深刻な状況に対して立法の形で問題を解決するというプロセスである（a legislative solution）。例を挙げると、特定の職業的な曝露を受ける被害者（例えば、アスベストに曝露した労働者）に対して、立法者は被害者の規模や損害の特徴を検討したうえで、特別な法案を成立させ、潜在的な被害者を救済する方法である。しかし、実際には、このプロセスはあまり積極的に使われていない。

もう一つの問題解決プロセスは、司法実務の枠組み内で何らかの法解釈によって潜在的な被害者に救済を与えるプロセスである（a judicial “lowering of the bar”）。狭義の損害概念と異なり、リスク・危険性を含む広い意味での損害概念が認識されるようになってきた。社会からの要請に対する反応として、損害や傷害の概念を拡大することによって、原告が回復されうる損害賠償の範囲は修正されている。例えば、Brafford 事件²⁷²において、裁判所は、傷害の概念を再定義することによって、化学物質への接触による細胞内染色体障害が「現在の傷害（current injury）」としてみなされるので、原告はそれを理由に起訴できると判断した。つまり、がんが発展しうる細胞内傷害は、訴訟原因として認められているのである²⁷³。また、1980年代以来、裁判所は、有害

²⁷⁰ JANET S. KOLE, STEPHANIE NYE, EDITOR, STEPHEN SPITZ, CONSULTING EDITOR, ENVIRONMENTAL LITIGATION DEFENDING LIBERTY PURSUING JUSTICE (2d ed.) (Chicago. Ill, 1999) 133.

²⁷¹ Latent harms and risk-based damages, 111 (6) HARV. L. REV. 1512 (1997-1998).

²⁷² See Brafford v. Susquehanna Corp., 586 F. Supp. 14, 18 (D. Colo. 1984).

²⁷³ しかしながら、本格的な疾病に先立つ外見上は明確でない物理的傷害が鑑定できるとしても、必要な医学的評価には費用がかかる。とくに、原告が多く存在している場合である。

物質に曝露された潜在的な被害者からの新しい種類の権利主張（損害賠償訴訟）を受け付けるようになった²⁷⁴。その訴訟において用いられたのは、主として疾病罹患のリスク増加（**increased risk of disease**）、精神的苦痛（**emotional distress or mental distress**）、医療モニタリング（**medical monitoring**）による権利主張である。しかも、その三つの訴訟類型は、単独に存在しているわけではなく、三者の間に一貫性がある。

本編では、潜伏期がある有害物質による不法行為の問題およびそれに対する法律救済（とくに司法救済）の問題に着目して検討したい。まず、第一章では、有害物質による被害訴訟について、総論的に事案類型、被害の特徴、潜在的被害に対する法律救済の苦境及び成因、伝統的な救済の不十分性を述べていく。次に、前述の司法による三類型の対応について、検討していくことにする。第二章では、潜在的損害に関する理論枠組み（**pre-manifestation damage theories**）として、司法による第一の対応策（疾病に罹患するリスク増加による権利主張）、第二の対応策（疾病罹患に対する恐れ・精神的苦痛による権利主張）について、それらの具体的内容、反対意見及び裁判所の判断基準などを具体的に検討していく。それに加えて、以上のような二つの対応策の欠点を克服するために、司法による第三の対応策（医療モニタリングによる権利主張）を簡単に紹介する。また、第三章において、司法による第三の対応策である、医療モニタリングによる権利主張に関する理論状況を検討する。さらに、第四章において、医療モニタリングによる権利主張に関する裁判例の推移及び現状を俯瞰し、最後に、第五章において、本編で検討したアメリカ法の状況をまとめたうえで、若干の考察をし、中国法への示唆を得ることとする。

第一章 有害物質による被害について

アメリカの司法実務が直面する大きな問題は、有害物質との接触によって健康被害が生じたことに基づく損害賠償訴訟であるといわれている。本章では、大規模潜在的被害の具体例を取り上げ、その法的対応の特色と問題点を比較する。有害物質による大規模被害とは、次のように定義されている。「有害物質の生産・加工・貯蔵・販売・使用・処分の過程において、有害物質が環境に放出されることによって、人の健康・環境に被害のリスクが生じること、あるいは有害物質に接触するか、曝露、汚染されることによって現に人の健康・財産に広域、多数、大規模的被害が生じること」をいう。多くの場合、有害物質による汚染から相当の期間を経て被害が明らかになる²⁷⁵。

アメリカでは、近年、原告が何年も前に、いわゆる有害物質（**toxic substances**）・危険な物質（**hazardous substances**）（これらの物質は、化学物質、生物学的物質、放射性物質などを含む）への不当な曝露に起因する人身傷害（例えば、疾病に罹患したこと）と関連する被害（例えば、疾病に罹患するリスク増加）によって、損害賠償を求める不法行為訴訟の数が増加しているように思われる²⁷⁶。これらの訴訟は、損害賠償や懲罰的損害賠償の領域において、毎年被告に何百万ドルもの負担をかけ、製品の回収やより厳格な規制の促進剤として機能するという評価がある²⁷⁷。

²⁷⁴ James Pizzirusso, *Increased risk, fear of disease and medical monitoring: Are novel damage claims enough to overcome causation difficulties in toxic torts?*, 7(1) ENVTL. LAWYER 183, 197 (2000-2001).

²⁷⁵ 藤倉皓一郎「アメリカ大規模被害への法的対応」比較法研究 51 巻（1989 年）10 頁。

²⁷⁶ See generally Granelli, *The Asbestos Case Explosion: More Suits Expected after Latest Appellate Rulings*, 4 NAT'L L.J. 1 (1981).

²⁷⁷ See *supra* note 274, at 183.

本章では有害物質による被害訴訟について、その類型論（第一節）及び被害の特徴（第二節）を述べた上で、潜在的被害に対する法律救済の苦境および成因（第三節）、時効制度による救済の緩和と不十分性（第四節）と、判例法の新たな動向（第五節）について、検討する。

第一節 有害物質による潜在的被害の類型論

工業の高度な発達とともに、多くの人々（一般市民や専門家などを含む）が、有害物質や危険物質などへの潜在的な接触を頻繁に行っており、潜在的な被害（latent harms）が存在するという認識は広まりつつある。過去三十年来、アメリカでは、州裁判所が、次のような有害物質の曝露によって潜在的な被害を受けた原告に対して、不法行為法上の救済を与えることが増えてきている。すなわち、確定的な身体的傷害まではいかなくとも、生産された危険な医薬製品・薬剤や他の欠陥消費者製品、あるいは作業場や職場の危険有害性物質への曝露の結果として、癌または深刻な疾病罹患の長期的リスクを被った原告である。また、有害物質による環境的不法行為の被害者も含まれている。例えば、ダイオキシンを含む枯れ葉剤（Agent Orange）²⁷⁸、投棄された有害廃棄物、石油製品²⁷⁹、殺虫剤²⁸⁰、有機化学薬品²⁸¹、重金属汚染によって、環境・健康上の被害を受けた潜在的な被害者である。

ここではそれらを、欠陥製造物（医療製品や薬品など）による潜在的被害、職場での有害物質による被害（アスベスト被害）、（放射能被害を含む）環境被害の三つに分類する。

第一款 欠陥製造物（医療製品や薬品など）による被害

大規模な有害物質との接触による損害賠償訴訟の一つの種類は、人々が潜在的な有害物質を含む欠陥製造物の接触・使用あるいは曝露から生まれる²⁸²。まず、医療製品による被害に関して、例えば、①シリコン乳房ゲルのインプラント（silicone breast gel implants）が行われてから十年が経過し、乳房プロテーゼゲルが漏れ、シリコン乳房ゲルが破裂した結果として、原告は身体的傷害と精神的苦痛を受けている²⁸³。さらに、インプラントの潜在的被害に関して、かつて手術を受けた患者は、精神的不安を感じる。また、②ダルコンシールド（Dalkon Shield IUD's、ダルコン株式会社が開発した子宮内避妊具）の使用によって、多くの女性が副作用（例えば、子宮感染、子宮穿孔、自然流産、さらには子宮摘出など）を生じている。そこで、被害者たち（潜在的被害

²⁷⁸ ベトナム戦争による枯れ葉剤被害者であるアメリカ復員軍人が枯れ葉剤への曝露によって損害賠償訴訟を起こした。See, *In re "Agent Orange" Prod. Liab. Litig.*, 996 F.2d 1425 (2d Cir. 1993).

²⁷⁹ See, e.g., *Bocook v. Ashland Oil, Inc.*, 819 F. Supp. 530, 532 (S.D.W.Va.1993).

²⁸⁰ See, e.g., *Villari v. Terminix Int'l, Inc.*, 663 F. Supp. 727, 728 (E.D.Pa.1987).

²⁸¹ See, e.g., *Brown v. S.E. Pa. Transp. Auth.*, 35 F.3d 717, 732 (3d Cir. 1994); *Ball v. Joy Techs., Inc.*, 958 F.2d 36, 37(4th Cir. 1991); *In re Paoli R.R. Yard PCB Litig.*, 916 F.2d 829, 835 (3d Cir. 1990).

²⁸² PHILIP QUARANTA, *UNITED STATES EXPORT PRODUCT LIABILITY: A PRIMER FOR CHINESE MANUFACTURERS AND THEIR INSURERS (CHINESE-ENGLISH)*, (Beijing: China Citic Press, 2008) 457.

²⁸³ Breast implant litigation について、例えば、*Lee v. Baxter Healthcare Corp.*, 721 F. Supp. 89 (D. Md. 1989).

者を含む)は、Dalkon Shield (会社) に対して補償的損害賠償および懲罰的損害賠償を求めるために訴訟を起こした²⁸⁴。

次に、薬品(化学製品)に含まれる有害物質による被害に関して、例えば、①ジエチルスチルベストロール (Diethylstilbestrol略してDESとも呼ばれる、かつて流産・早産防止剤などに用いられた合成女性ホルモン〔合成エストロゲン〕の薬剤)を服用した妊婦が出産した女兒は、その子が成年後(つまり、妊婦が薬を使ってから何十年も後)に生殖システムに関するがん(膣がん、子宮がんや乳がん等)にかかるリスクが高まる²⁸⁵。(母の)DES服用後から(女兒の)当該がんの発症まで十数年もかかる。また、②妊婦はベンデクチン (Bendectin) という妊婦用の薬(悪心嘔吐や妊娠時のつわり症状を抑えるための薬)の使用によって、後で生んだ子どもに短縮四肢、出生異常などの状況を引き起こす可能性があった²⁸⁶。さらに、③フェンフルラミン (Fenfluramine) とフェンテルミン (Phentermine)、つまり「Fen-Phen」という肥満症治療の薬剤を使った患者は、心臓病を引き起こすリスクが普通より高くなる²⁸⁷。以上のように、薬害の場合、ある薬品の一時的あるいは継続的な服用による健康被害の一つの特徴は、損害の潜在性にある。

そのほか、近年子供たちが使用した玩具の表面に使われたペンキの鉛の含有量が高かったため、健康被害のリスク増加を受けた事案もある²⁸⁸。例えば、2007年8月に、Mattel, Inc. 会社は、玩具の表面に使われたペンキの鉛の含有量が高かったため、数十万の玩具を回収した。汚染された玩具に曝露した子どもたちには傷害が起きたという報告がないにもかかわらず、多くの子どもたちの両親はMattelなどの製造会社に対して、これらの汚染された玩具が市場に出されたことによって、製造業者に責任を持たせるために、曝露された子供の医療モニタリングに対する損害賠償訴訟を提起した²⁸⁹。その結果、数十万の同類玩具が回収され、各製造会社に対する損害賠償請求が行われている。

第二款 職場での有害物質による被害(アスベスト被害)

伝統的なアスベストによる損害賠償訴訟は、アスベストの採掘企業、バルク・アスベストの運送企業、アスベストを含む建築材料や断熱材の生産工場に対して行われた訴訟であった。これらの伝統的な被告は、鉱山、鉄道、造船所や建築材料の生産会社などであった。

それに対して、昨今のアスベスト訴訟事件の増加の原因は、他の作業環境におけるアスベストを含んだ製造物に曝露した人々からの損害賠償請求が増えていくにある。これらの訴訟は、アスベストを含んだガスケット、断熱材、あるいはブレーキパッドのような摩擦材に遭遇する機械工や労働者によって、起こされるのである。これらのガスケット、断熱材及び摩擦材などは、自動車、建築に関する設備機器、フォークリフト、電気モーター、発電機や工作機械な

²⁸⁴ Dalkon Shield IUD の使用によって骨盤内炎症性疾患にかかった被害者は、Dalkon Shield という会社に対して、訴訟を起こした。結果的に、Dalkon Shield という会社は破産に至った。

²⁸⁵ DES への母親の曝露(妊娠中の女性が化学物質などにさらされること)による訴訟について、製薬会社の注意義務違反が認められ、民事責任が課された。E.g., *Morrissey v. Eli Lilly & Co.*, 394 N.E.2d 1369 (Ill. App. Ct. 1979). *Sindell v. Abbott Labs.*, 607 P.2d 924 (Cal. 1980).

²⁸⁶ 例えば、*Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579 (1993).

²⁸⁷ Richard B. Schmitt, *Thinning the Ranks: Diet-Pill Litigation Finds Courts Frowning on Mass Settlements*, WALL ST. J., Jan. 8, 1998, at A1. 例えば、*Petito v. A.H. Robins Co.*, 750 So. 2d 103 (Fla. Dist. Ct. App. 1999). これらの訴訟は、将来の心臓弁疾患に関する医療モニタリング費用に対する損害賠償を求めている。

²⁸⁸ *Lewis v. Lead Indus. Ass'n, Inc.*, 793 N.E.2d 869 (Ill. App. Ct. 2003).

²⁸⁹ Amir Efrati, *Toy Recalls May Push 'Medical Monitoring' Debate; Suits Seek Funds to Test Children before Injuries Show*, WALL ST. J., Aug. 20, 2007, at A7.

どに使われている。また、工場や倉庫におけるアスベストに覆われたパイプ、あるいはアスベストのスプレー式の断熱材に曝露した労働者もアスベスト訴訟を行っている。

近年、中皮腫に罹患する被害者による損害賠償請求の数が大きく増えてきた²⁹⁰。というのも、一つの原因として、数年前にアスベストに曝露した被害者の症状が今まさに現れているからである。そのほか、アスベスト訴訟の一つの側面は、判例法の発展とともに、危険物質に曝露した被害者に機能障害がまだ現れないとしても、彼らの損害賠償の請求を認める余地があることである。また、アスベスト訴訟に関して、以下のようなもう一つの特徴が現れてきた。ランド研究報告（the Rand study）によると、1990年代から2004年にかけて、アスベスト訴訟の数の増加に関して、訴訟の増加量の90%は、無症状者あるいは非機能障害者による損害賠償訴訟なのである。機能障害がまだ現れていなくても、身体に有害物質が既に存在していることは傷害あるいは損害であると考えられているであろう。

身体に症状を現さない非機能障害による損害賠償請求に対応するために、いくつかの裁判所は「異なる訴訟事件一覧表」（differed dockets）あるいは「不活性訴訟事件一覧表」（inactive dockets）を発展させた。この「不活性訴訟事件一覧表」に記載された事件は、原告が疾病に関するいくつかの医学証拠（多くの州は、肺機能検査あるいは悪性腫瘍を見せるX線の検査結果を要求する）を提出してから始めて活性化され、運行される。そして、証拠開示手続きのスケジュールと口頭弁論の期日が確定される。

具体的にいえば、運行された訴訟事件一覧表（active dockets）において、個人の原告は緊急性を表明することによって優先権を得る可能性がある。例えば、致命的中皮腫と診断されたある原告は、すべての被告に対し、彼がある日に宣誓証言のため出頭することを通知することができるようになる。被告は、その日に宣誓供述書を作成する以外に選択肢がない。致命的中皮腫に罹患した原告は、事案を審理段階に迅速に持ち込むことができるようになる。

他方では、数多くのアスベストに関する訴訟に困惑されることを防ぐため、裁判所はいろいろな方法を採用し、証拠開示手続きと多量の審理事案を管理しなければならない。また、法律評論家、裁判官、弁護士、製造会社と保険会社は、民事司法体制がアメリカ全国における何千何万の係争中にあるアスベスト訴訟によって過大な負荷を掛けられることに対して、意見が一致する。多くの法律学者は、司法資源が司法体制の前にあるすべての未決の訴訟事案に取り組むことはできないので、司法体制が正義の実現する能力を大幅に妨げられているということを断言している。

石綿（肺）症、肺がん及び中皮腫は、いずれも長期間の潜伏期間がある。多くの不法行為ケースにおいて、時効は原告が傷害を発見した日から起算する。そのため、アスベスト被害者の問題で例を挙げると、胸膜プラークあるいはアスベスト症（軽い症状）が傷害に当たる場合に、様々な問題が生じる²⁹¹。なぜならば、（「シングル・アクション・ルール（the single action rule）」を考えた）原告が無症状の胸膜プラークあるいはアスベスト症に罹患していたとすると、その後、胸膜中皮腫に実際にかかってからはじめて訴訟を提起した

²⁹⁰ ここで注意すべきアメリカにおけるアスベスト訴訟の特徴は、職業曝露でアスベスト疾患に罹患した被災者が、主に労働災害として雇用者の責任を追及するのではなく、アスベストを含む製品を製造や販売したアスベスト企業を被告にした点である。松本克美「日本におけるアスベスト訴訟の現状と課題」立命館法学 331号（2010年）863頁。

²⁹¹ James A. Henderson, Aaron Twerski, *Asbestos Litigation Gone Mad: Exposure-Based Recovery for Increased Risk, Metal Distress, and Medical Monitoring*, 53 S. C. L. REV. 815, 820 (2002).

ならば、時効によって訴訟原因が排除されうるからである。他方で、胸膜中皮腫に罹患することを待たずに、アスベストに関する軽い症状（例えば、胸膜肥厚斑）が発見されたときにすぐに訴訟を提起するならば、将来の損失に対する損害賠償が認められるかどうかという問題が生じる。

第三款 環境被害（放射能被害を含む）

有害物質の漏れ、あるいは他の地方での環境汚染事件は往々にして発生する。例えば、有害化学物質流出（toxic chemical spills）²⁹²、化学殺虫剤（insecticides）²⁹³、地下水汚染物（groundwater contaminants）²⁹⁴、有害物質廃棄場（landfill toxins）²⁹⁵、ポリ塩化ビフェニル（polychlorinated biphenyls略してPCBsとも呼ばれる）²⁹⁶、放射能（radiation）²⁹⁷に関する被害事件がある。

例えば、①Sterling v. Velsicol Chemical Corp事件が挙げられる²⁹⁸。この事件は、ゴミ廃棄場から漏れた発がん性物質が飲料水を汚染した事件である。また、②Gates v. Rohm & Haas事件では²⁹⁹、地下水の汚染が地域の住民の脳がん罹患する危険性を高めたことを理由に、潜在的被害者の医療検査に対する損害賠償が認められた。③In re Paoli Railroad Yard PCB Litigation では、48名の住民がPCBs（ポリ塩化ビフェニル）に曝露したため、住民である原告の金銭的損害賠償請求が認められた³⁰⁰。さらには、④In re Fernald Litigationがある³⁰¹。これは製造工場からウラニウムが放散した事件である。⑤Cook v. Rockwell Int'l. Corp事件³⁰²は、核兵器の生産施設から放射性物質が漏れた事件である。環境汚染による健康被害は重大な公共事件とみなされ、それに関する報告と警告は頻繁に公表されているにもかかわらず、環境汚染は拡散する傾向にある。

第二節 有害物質による不法行為から生じる被害の特徴

これまでの過失による不法行為、例えば、前述した欠陥製造物被害（薬害、食品被害）、労働災害（アスベスト被害）、環境公害などの類型ごとに捉えられていた損害賠償の請求を、有害物質による被害という点に着目して、新たな不法行為または不法行為訴訟の一つの類型（toxic tort）として構成しようとする試みがなされている³⁰³。このような新型の不法行為類型が議論されるようになった背景には、有害物質による健康被害がアメリカ各地で頻発しているのが、深刻に認識されるようになったことがある。有害物質による不法行為から生じる被害には、二つの明らかな特徴が存在する。それは、不法行為の隠蔽性及び損害の潜在性と遅発性である。ここでは、これらの有害物質による被害の特徴を検討していく。

²⁹² See Hagerty v. L & L Marine Servs., Inc., 788 F.2d 315 (5th Cir.1986).

²⁹³ See Villari v. Terminix Int'l Corp., 677 F. Supp 330 (E.D.Pa.1987).

²⁹⁴ See Merry v. Westinghouse Elec. Corp., 648 F. Supp. 847 (M.D.Pa.1987).

²⁹⁵ See Ayers v. Township of Jackson, 493 A. 2d 1314 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1985).

²⁹⁶ See In re Paoli R.R. Yard PCB Litig., 916 F.2d 829 (3d Cir. 1990).

²⁹⁷ See Cook v. Rockwell Int'l Corp., 755 F. Supp 1468 (D.Colo. 1991).

²⁹⁸ 855 F.2d 1188 (6th Cir. 1988).

²⁹⁹ Gates v. Rohm & Haas, Co. (E.D.Pa. 2007).

³⁰⁰ 916 F.2d 829 (3d Cir. 1990).

³⁰¹ 1986 WL 81380 (S.D. Ohio Sept. 18, 1986).

³⁰² 151 F. R. D. 378 (D.Colo. 1993).

³⁰³ 藤倉皓一郎「アメリカ大規模被害への法的対応」比較法研究 51 卷（1989 年）10～11 頁。

第一款 不法行為の隠蔽性

有害物質による被害には、不法行為の隠蔽性という特徴がある。これらの種類の損害賠償事件においては、普通の大規模な不法行為訴訟と異なり、有害物質との接触・曝露による健康被害は、接触し次第現れるものではなく、接触して何年も経ってから症状が現れることが多い。被害者は加害者の不法行為によって、身体に蓄積する物質が原因で健康が害され、あるいは一定の潜伏期間が経過した後に症状が現れる疾病による被害が発生する。当該不法行為には隠蔽性があり、不法行為により発生する損害の性質上、加害行為が行なわれてから相当な期間が経過した後に損害が発生する。

また、有害物質が被害者の身体に侵入する経路（つまり、有害物質の曝露経路）について、注入・注射によるケース、（口から体内への）摂取によるケース、吸入あるいは吸収によるケース、接触によるケースなど、様々なケースがある。例えば、輸血・血液製剤のエイズ感染、薬害、大気汚染、アスベストなどによる被害である。さらに、これらの被害の共通点は、被害の原因究明に長時間を要し、最初の被害発生から何十年も経てから提訴がなされるため、問題が複雑となることである。

一般的に言えば、被害者に何らかの損害が発生しても、それが加害者の不法行為によって発生した損害であることが認識できない限り、その加害者に不法行為責任に基づく損害賠償請求権を行使できないわけである。被害者は加害者に法的責任を負わせるために、自分の損害が、加害者の違法行為によって発生したこと、つまり、加害行為と損害の発生との間の因果関係を認識しなければならない。

しかし、不法行為に隠蔽性がある場合、被害者は、有害物質に最初的に曝露したとき、「何十年か後最終的に損害を発生させた加害者の行為がその行為時に不法行為であると評価すべきである」という認識を持っていない。というのも、欠陥製造物・職場・環境にある有害物質に曝露しても、曝露によってがんまたは深刻な疾病に罹患するリスクが増加することに関する当時の研究資料、科学的なデータや証拠、あるいは研究結果がない限り、曝露と将来の健康被害との間に関連性があることを被害者が知るのは困難である。しかも、特定の個人が疾病に罹患するリスクは、その人の生活習慣を含むライフスタイルによって大きく変化するため、なおさらである。

第二款 損害の潜在性と遅発性（蓄積型損害）

20 世紀後半、有害物質の曝露によって生じた損害を受けた被害者の人数は増えてきている。そのような損害の発生には、不法行為の隠蔽性と関連して、もう一つの大きな特徴が存在している。それは、損害の潜在性と晩発性である。一般的に言えば、損害の潜在性と晩発性の問題とは、疾病には潜在性があり、あるいはゆっくり進行していくため、原告は有害物質に曝露したあと、長期間経過したあとでなければ、健康被害が顕著とならず、疾病の症状が自覚できないという問題である。例えば、原子力発電所の爆発事故が発生した後、放射能を浴びた被害者、特に継続的な曝露を受けた被害者には健康被害が徐々に進行していく。

有害物質による不法行為事案では、被害者は、低量の継続的な曝露によってすぐに身体的傷害が生じるわけではない。いくつかの発がん性物質には長い潜伏期がある。疾病の潜伏期とは、疾病の誘導期（induction period）の完成から疾病の医学上の症状が現れるまでの間の期間である。がんの潜伏期は数ヶ

月から何十年まで様々なタイプがある。そのほか、生殖に影響する有害物質や神経系に影響する有害物質の潜伏期間は、がんの潜伏期間のように明らかではないかもしれないが、有害影響が確定されるまで相当な時間がかかりうる³⁰⁴。

進行中の損害は長期的かつ継続的で、その損害の進行が止んだとき、症状の発見が可能となる。例えば、薬害、輸血・血液製剤による肝炎、エイズ被害及びじん肺症などの進行・蓄積型の損害がその典型である。薬害の場合、長期間にわたるある薬品の継続的な服用による健康被害は、この蓄積型損害に相当すると考えられる。また、血友病患者が長年をかけて血液製剤の継続的使用によってエイズに罹患した場合もその一つの例である。そのほか、特に、じん肺などのアスベスト健康被害には蓄積性があり、不法行為が止んだ後でも被害の特質から損害が進行・蓄積していく。

さらに、環境汚染の被害にもその特徴がある。その被害は、遺伝因子異常や生化学的障害にも影響を及ぼす。例えば、重金属（水銀や、クロム、鉛など）による汚染は、土壌、田畑、池、河川に浸透し、しかもその健康被害は時間をかけて進行し、被害者に長年にわたってようやく脳障害、眼球障害、皮膚、腎臓、ひいては、流産、子どもの神経の機能異常に及ぶ³⁰⁵。短縮四肢のような出生異常と比べると、有害物質の曝露が原因で子どもの知力を低下させる状況では、因果関係の発見はもっと難しくなる。言うまでもなく、数世代にわたって有害物質の悪影響が現れる場合には、問題の解決はずっと困難となる。

潜伏期の存在は、疾病の発展プロセスの複雑さを増加させ、しかも曝露と疾病の発症との間の因果関係の繋がりを認定することを難しくさせる。というのも、曝露してから疾病の症状が出るまでのずれは、疾病を起こさせるいくつかの介入ファクターが存在すると考えられ、疾病の発生原因に対する説明は混沌となる。

以上のように、薬害、じん肺、アスベスト被害、重金属汚染、公害、そして近時の放射能汚染をはじめ、このような蓄積型損害の解決は大きな課題となっている。被害の潜伏期が長いこと、科学上の不確定性、加害行為と損害との間の因果関係の立証困難、加害者の不確定性、被害者の不確定性、訴訟時効などが問題となる。それゆえに、伝統的な不法行為法に対する挑戦として、潜在的な損害によって生じた被害はどのように救済を得られるかという問題が論じられるようになった。アメリカにおいて、多くの裁判官や学者は問題を解決するために潜在的な損害やその損害を受けた被害者に着目している。

第三節 潜在的被害に対する法的救済の苦境及びその原因

有害物質による被害には潜在性と晩発性という特徴があるからこそ、伝統的な不法行為法は、潜在的被害者に救済を与えることが困難となる。以下では、有害物質による不法行為責任の構成という視点から、有害物質による潜在的損害に対する法的救済のディレンマ、そのディレンマが生じた原因および理論の難点を分析する。

一般的にいえば、加害者の故意・過失行為によって他人の身体に物理的損害（傷害）を与えた場合に、不法行為責任が生じる。しかし、有害物質による不法行為の事例においてその状況は複雑となる。伝統的な不法行為法のルールに従って、不法行為責任の構成に関して、原告が以下のような四つの要件を証明

³⁰⁴ See *supra* note 265, at 673.

³⁰⁵ Joe Cochrane, *From Ore to Nuggets, With Peril*, N. Y. TIMES, Jan. 3rd, 2014, at B1; Joe Cochrane, *A Mercury Poisoning Risk in Indonesian Villages*, N. Y. TIMES, Jan. 3rd, 2014, at B4.

する必要がある³⁰⁶。それは、被告に注意義務が存在すること、被告が注意義務を違反したこと、原告が傷害・損害を受けたこと、被告の注意義務違反と原告の傷害・損害との間に因果関係があることである。被告に注意義務があること、被告が注意義務を違反したことに関する証明は、原告にとってそこまで困難ではない。被告の行為（例えば、有害物質を含む製造物を生産した、あるいは環境に有害物質を排出したことなど）が原告を有害物質に不当に曝露させたことが証明されれば、原告の証明責任が満たされるといえるであろう。

ところが、そのあとの二つの要件に関する証明は、潜在的損害に対する法律救済の理論の難点となる。というのも、有害物質の潜在的被害者は身体に物理的損害がまだ現れていないため、「法律上認められる傷害」を受けたことを証明できないからである。法律上要求される身体的傷害は、医学的に観察される健康被害、あるいは疾病の症状が現れることであると狭く解釈されているのである。このように、被告の故意あるいは過失行為によって、原告が潜在的な有害物質に曝露された場合に、原告は身体に現実的な傷害がなければ、伝統的な不法行為法のもとで訴訟請求が認められない。しかし、一旦原告が（数年後疾病の症状が顕在化したとき）ようやく「法律上認められる傷害」を証明できるとしても、曝露してから長い年月が経ったため、因果関係の証明は致命的な難問となる。なぜならば、危険物質の曝露に関する事案においては、不法行為が発生してから、損害が顕在化するまで、何年もの時間が経過するので、被害者側にとって、証拠の紛失など不利益が生じるからである。

疾病の誘導期完成と医学上の症状出現との間に、長い潜伏期が存在するので、被害者は症状を発見するとき、損害賠償請求を主張する際に、いくつかの現実困難を対面せざるを得ない。加害行為と疾病発生との間に長期間が経ったことに伴って、時効が完成するかもしれない。それにとどまらず、時間の経過とともに、（前述したように）証拠が紛失し、証拠の収集が非常に難しくなり、因果関係の証明が困難であるという現実的問題が生じうる。とくに、疾病の発展には影響因子が複数存在する場合、最終的結果に対して、原因の究明が困難であり、因果関係の確定は必ずしも明確ではない。しかも、潜伏期が長ければ長いほど、介入するファクター（*intervening factor*）や寄与因子（*contributing factor*）（例えば、生活習慣や遺伝因子など）は、疾病と有害物質との間の因果関係を崩しうる³⁰⁷。そのほか、請求権時効に対する厳格な規定があり、加害者の特定困難などによって、被害者は、一層困難な苦境に陥るのである。

これに加えて、仮に後から発症する疾病に関する請求権時効が未だ完成していないとしても、あるいは原告の疾病が現れるとき、前述のような法律障害を克服し、最終的に勝訴判決が確定したとしても、加害者の行方不明あるいは組み換え、さらには廃業、破産によって、勝訴した判決が実際に執行できない状況になる事例も少なくない。企業が汚染物質を排出しており、その有害物質によって近くの住民が深刻に曝露され、何十年後多数の近隣住民が癌に発展した場合、この汚染企業は、依然として存在すること、及び癌になった住民に対して、損害賠償金を全額負担できるケースは稀である。また、いまの汚染企業が、何十年後負担しうる不法行為責任を考えながら、目下の行為様式を変えることを期待することは、ほぼ不可能である。だからこそ、環境法理論は「予防原則」

³⁰⁶ W. L. PROSSER, W. PAGE KEETON, D. B. DOBBS, R. E. KEETON, D. G. OWEN, PROSSER AND KEETON ON THE LAW OF TORTS § 30 ELEMENTS OF CAUSE OF ACTION (5th ed.)(West., 1984) 164~169.

³⁰⁷ Robert F. Blomquist, *Emerging Themes and Dilemmas in American Toxic Tort Law, 1988-91: A legal-Historical and Philosophical Exegesis*, 18 S. ILL. U. L.J. 1, 43 (1993).

を強調するようになったのである。有害物質の潜在的被害者に対する法律救済は、重要かつ緊迫である。

しかしながら、伝統的不法行為法の既存規則のもとで、有害物質の潜在的被害者は、法律救済のディレンマに直面している。これらの法律のハードルは、不法行為法の抑止機能（制裁機能と予防機能を含む）の発揮を妨げており、アメリカ法の評論家と実務家は、現実社会の要請に伴ってこれらの現有規則を再検討するようになってきた。

第四節 時効制度による救済の緩和と不十分性

有害物質に曝露した人々は、時効に関する厳格な規定が彼らの請求を排除させるという心配を持っている。というのも、加害行為と疾病の発症との間が長期化するため、出訴期限（消滅時効——出訴期間が過ぎたことによる訴権消滅）は、このようなケースに基づく訴訟行為を除外しうるからである。症状が現れるまで待つことは、被害者の利益にとって必ずしもよいとは言えない。そのため、非機能障害による損害賠償訴訟（no functional impairment claims）は、上記の被害者によって提起された。

時効に関する問題を解決するにあたって、蓄積型損害による訴訟の典型例としてのアスベスト訴訟の一つの重要な側面は、時効に関する規則が進化したことである。アメリカでは、法的障害を克服するため、「発見時起算準則」³⁰⁸

（discovery rules）は原告に救済を与えている。すなわち、損害賠償訴訟において、有害物質に曝露した日より、むしろ病気を発見した日に基づいて起訴することが認められるのである。この「潜在的な被害」に関する時効の規則の変化によって、製造物責任に関する訴訟において、被害者は、疾病が発症してから、時宜を得て、訴訟を開始させることが可能となる。このように、人身傷害と製造物責任に基づく権利主張に対して、多くの州は、「発見時起算準則」を認めるようになった。

しかし、すべての州が「発見時起算準則」を採用するわけではない。採用していない州では、出訴期限は最後の被害の発生日（the day of the last instance of harm）（つまり最後の加害行為が発生したとき）を起算点として計算する³⁰⁹。もし傷害が何十年後ようやく疾病の発症とともに発生したとすれば、時効に関する規定から、原告の権利回復は排除される。

また、「発見時起算準則」を採用する州でも、有害物質による被害訴訟を認めるとき、時効に関する深刻な問題が立ち現われている。それは、「発見時」はいつから起算するかという問題である。具体的には、原告が疾病にかかるリスクが増加していることを発見するときか、それとも、原告に症状が現れるときかが争われる。疾病が発症してから、損害賠償請求を認めようとすることは、原告に法的救済を与えている。にもかかわらず、このような問題解決プロセスは、加害行為と疾病発生との間に長期間が経ったことに伴って生じる問題を十分に考慮していない。言うまでもなく、曝露されてから何十年も経つと、除斥期間の経過、証拠収集の困難や因果関係の証明問題などの現実的問題が存在する。特に、時間の経過とともに、責任がある不法行為者の確定や彼らに責任を負わせるために必要となる因果関係の証明が非常に難しくなる。これに加えて、

³⁰⁸ 例えば、医療過誤訴訟においては出訴期間（limitation）の起算点を不法行為時でなく患者が過誤を発見した時点とするように、出訴期間を権利侵害発見時ないしは合理的に見て発見されるべきであった時点から起算する原則である。小山貞夫（編著）『英米法律語辞典』（研究社、2011年）323頁。

³⁰⁹ See *supra* note 271, at 1508.

何年後に加害者の破産あるいは行方不明によって、勝訴した判決は実際に執行できない状況も多く存在する。

以上のように、時効制度は発展してきたが、それにも限界がある。そのため、時効に関する規定が「発見時・症状発見の日」をベースにする規則に発展したにもかかわらず、無症状者・非機能障害者による損害賠償請求は引き続き認められている。有害物質による健康被害の深刻さ、被害者の広汎性を考慮した上で、法律実務や法理論は、このような厳しい現実直面し、法的救済のあり方に正面から取り組むべきである。

第五節 判例法の新たな動向

アメリカにおいて、伝統的コモン・ローのもとでは、（現在発症している身体的）「傷害（an injury）」がなければ、権利回復は認められない³¹⁰。その根拠は主に以下の通りである³¹¹。まず、衡平の観点から、将来的に「身体的傷害」を発生せずに済む原告に対して被告が賠償金を支払わされることを防ぐためである。次に、司法リソースが限られているので、その効率性を良くするために、裁判所は確実な傷害を求めているようである。なぜならば、確実性のない傷害に損害賠償を与えることは、数え切れないほど多くの原告が訴訟を提起することを引き起こすおそれがあるからである。そうすると、政策的な観点から司法リソースを浪費する（無駄遣い）可能性があるため、あまり価値のない訴訟は抑止されるべきであるということになる。最後に、裁判所が確実性のない傷害を持っている原告に割引された賠償金額（a discounted amount）を払うことそれ自体が不適當である。というのも、それは、裁判所がある原告（将来的に傷害が確実に発生した原告）に通常より低い補償金を払うが、それと同時に、ある原告（将来的に傷害を発生しない原告）に過補償をするという傾向にあるからである。

それゆえに、歴史的には裁判所や医学専門家いずれも被害が確実に観察されなければならぬと要求する。伝統的な不法行為法の原則によると、被害者が加害者の不法行為によって被害を受けた場合には、不法行為の訴訟原因が発生すると規定されている。多くの解釈論では、それは傷害が顕在化してから初めて被害者側の訴訟原因が生じるということを意味する。言い換えれば、被告の過失によって原告が現実的に損害を被ったこと、つまり現実の損害が必要となる。現実の物理的傷害がない限り、単なる危険性・リスクそれ自体は、訴訟を起こすには足りない。一旦傷害が確定されれば、その傷害に関する将来的な影響が合理的に確定される場合に限って、その将来的な影響に基づく損害賠償が認められる。

しかし、伝統的な損害概念にこだわると、不法行為法理論は時代遅れなものとなりうる。判例法の発展とともに、アメリカの裁判所は潜在的被害者を救済するために、伝統的ルールに一定の修正を加えながら、実務上司法のハードルを乗り越えようとしている。例えば、裁判所は「傷害」や「損害」の概念を広げる、あるいは再定義することによって、その意味の範囲を拡大させ、潜在的被害者の訴訟請求を認容する。こうした裁判例の流れのなかで、裁判所は潜在的な被害者（potential victims）を救済するために伝統的な不法行為法のルールを修正してきた。次の章では、有害物質による被害訴訟のうちの、とくに潜在的な損害に基づく権利主張から派生している問題のひとつである、潜在的な損害をどう補償するかという問題について検討していきたい。ここでは、前述

³¹⁰ See *supra* note 267, at 54.

³¹¹ See *supra* note 271, at 1505, 1506, 1509.

した「司法による対応」に関する典型的な権利主張として、三つのタイプに分けて議論することができる³¹²。

第二章 潜在的損害の法律救済に関する理論枠組み (pre-manifestation damage theories)

近年、潜在的損害や潜在的被害者に対して、どのように法律救済を与えるかという課題は、研究者や実務家の関心を集めてきた。疾病罹患のリスク増加、将来の疾病に対するおそれ、医療モニタリングなど、いわゆるノンインパクト (nonimpact) による損害賠償訴訟が提起されてきた。それらの非伝統的な訴訟は、20 世紀の後半に入ってから初めて登場する。これらの訴訟の係属が裁判所に許可される理由は、有害物質に曝露した原告の身体に有害物質あるいは悪影響が既に存在することにあるのである。

以下はアメリカ法の考察を通して、有害物質による潜在的被害に対する法律救済及びその方向性を論述する。すなわち、第一に、将来ある特定の疾病の発症する危険性・リスクが増加する (increased or enhanced risk of disease) ために、提訴して救済を求める権利主張が挙げられる。第二に、将来の疾病にかかるおそれから生じた精神的苦痛 (emotional distress) に基づいて、権利回復を求める権利主張が挙げられる³¹³。第三に、医療モニタリング (medical monitoring)³¹⁴の費用、つまり、有害物質にさらされた結果、潜在的な被害者が特定の疾病にかかったかどうかを判定するための診断テスト費を求める権利主張である。

第一節 法律ディレンマを突破する試み I —— 疾病罹患のリスク増加 (increased risk of disease) による権利主張

近年来、アメリカ裁判所は、一定の条件のもとで、原告が将来的に疾病に罹患するリスク増加に基づいて提訴した訴訟を認めようとする。

第一款 権利主張の具体的内容

疾病に罹患するリスク増加 (increased risk of disease) に基づく権利主張は、有害物質の潜在的被害者が将来の病気又は疾患 (潜在的な疾病) にかかるリスク (疾病への発展可能性) によって、損害賠償を請求することである。このような権利主張は、「疾病のリスク増強 (enhanced risk of disease) 」、

³¹² D. ALAN RUDLIN, LINSEY W. STRAVITZ, NOVEL TOXIC TORT AND SUPERFUND CLAIMS, IN ENVIRONMENTAL AND TOXIC TORT CLAIMS: INSURANCE COVERAGE IN 1991 AND BEYOND (Prac. L. Inst. 1991) 163, 175. 有害物質の曝露にさらされた被害者は、主にこの三つの方法で救済を求めてきた。つまり、疾病のリスク増加、精神的損害、医療モニタリングという経路である。また、多くの原告の弁護士は、損害賠償を求めるために、同時期に (その三つのうちに) 二つ、あるいは二つ以上の方法を利用している。

³¹³ もちろん、精神的苦痛によって訴訟を提起する被害者は、提訴のとき、身体的症状がある被害者と身体的症状がない被害者に分けられる。本稿は、身体的症状がない被害者によって提訴された訴訟を中心に議論する。

³¹⁴ 例えば、“medical monitoring”をはじめ、“medical surveillance”, “medical testing”, “preventive monitoring”, “diagnostic testing”という言葉などが裁判所や評論家によってしばしば挙げられる。これらのすべての用語は、有害物質に接触した潜在的な被害者のための医療検査手続きを指す。See Allan T. Slagel, *Medical Surveillance Damages: A solution to the Inadequate Compensation of Toxic Tort Victims*, 63 (4) IND. L. J. 849, 850 n.8 (1988).

もしくは「将来の傷害のリスク増加 (increased risk of future injury)」による権利主張とも呼ばれるが、内容はほぼ同じである。

疾病のリスク増加に基づく権利主張において、原告は有害物質への曝露によって、曝露していない人々と比べると、将来的に疾病にかかるリスクが増加したことを理由に損害賠償を請求する。リスクの増加した疾病とは、一般的に、機能障害のような深刻なもの、あるいはがんなどのような致命的なものに限られる。こうした請求は、有害物質に曝露した結果として、将来ある疾病に罹患するリスクの増加に基づく権利主張である。つまり、原告は従来の伝統的な「傷害」の概念と異なり、被告の過失行為によって、原告の疾病に罹患するリスク増加それ自体が傷害 (injury) であると主張している。

しかし、このような権利主張には一つの難点がある。すなわち、将来の身体的傷害が実際に発生するかどうかは分からないので、原告は将来的に疾病にかかることが確かであることを保証できない³¹⁵のである。そのため、このような訴訟における損害賠償を決める際に、裁判所は、原告が将来的にかかるリスクの増加した疾病に罹患しない可能性があることを考慮しなければならない。

一般的に言えば、有害物質による不法行為訴訟において、未だ症状が現れていない疾病に将来かかる十分な可能性 (リスク) があることによって、原告の現段階の損害賠償請求が認められうる。原告は、疾病にかかるのを待って、それが到来してはじめて損害賠償を請求するのではなく、潜在的な危険性がある製造物、あるいは職場や環境の危険有害物質に曝露したため、将来の疾病にかかるリスクが十分に増加するのだという確実性や蓋然性を示せば、損害賠償請求が認められうる。

第二款 反対意見

実際のがんまたは他の深刻な疾病に罹患したことに基づく伝統的な権利主張と対照的に、潜在的被害者 (無症状の被害者) からのリスク増加に基づく訴訟は、伝統的な不法行為法に挑戦をもたらしつつ、結果的にいくつかの問題も生じている (例えば、原告に対する過剰賠償 (over compensation) の不合理さ、被告に過剰な負担を課すること、司法資源の浪費などが挙げられる)。具体的に言えば、リスク増加による権利主張を反対する理由は、以下のようにまとめられる。

(1) 公平の観点から、無症状の原告に対する損害賠償は、加害者や既に発症した被害者、あるいは将来的に実際に発症する被害者にとって不公平である。その理由として、次の三点が挙げられる。すなわち、①加害者が、発症した被害者に対して賠償するのみならず、一生発症しないまま済む人々に対して賠償すること (部分的に賠償することでも) は、決して加害者にとって公平とはいえないことにある。また、②ほとんどの場合、原告は実際におそれた病気を患ったとき、裁判所に訴訟を提起する。リスク増加を根拠に損害賠償請求を認めるのは、実際に病気にかかった人にとって不公平である。というのも、被告は将来的に損害賠償に関する資力を失う可能性があり、無症状の原告に対する賠償を認めると、発症した被害者に属するはずの賠償金が分散される可能性があるからである³¹⁶。さらに、③単なる数学的・統計的確率をもとにして、裁判

³¹⁵ そのため、多くの裁判所は、リスク増加を理由づけとする損害賠償請求を認めようとしない。例えば、*Stites v. Sundstrand Heat Transfer, Inc.*, 660 F. Supp. 1516 (W.D. Mich. 1987) においては、トリクロロエチレンへの曝露に基づき、将来の損害のリスク増加による損害賠償請求が棄却された。

³¹⁶ ALLAN KANNER, ENVIRONMENTAL AND TOXIC TORT TRIALS, (Charlottesville, VA, Michie Co., 1991) 284.

所がリスク増加による権利主張を認めるのは、将来的にがんを実際に発症する人にとっては、通常より著しく低い補償金を払うことになるが、実際にがんを患わない人にとっては、思いがけない大きな収入になりうることにある。とくに、前者の場合に、原告が何十年後かに本当に疾病にかかったとき、もう一度訴訟を提起できるかどうかは大きな問題である³¹⁷。

(2) 前述と関連して、裁判所は、同じ原告の重複賠償——リスク増加によるものと、本格的な疾病に関するものの二回の損害賠償を認めること——を認容できない。それは、「シングル・アクション・ルール (the single action rule)」に違反するのであり、ひとつの傷害（あるいは曝露）に起因するすべての権利主張は、ひとつの訴訟で提出しなければならない (single cause of action)。一回目の訴訟で原告が本当に疾病にかかったときと同様に損害賠償が認められたのであれば、二回目の訴訟では、裁判所が原告の請求を排除しなければ、原告への重複賠償になる。

(3) 効率の観点から、条件なしにすべてのリスク増加に基づく権利主張を認容すると、司法資源の浪費となる可能性が大きい。要するに、裁判所は単なるリスクが現在の傷害 (present injury) に当たらないことを理由に、リスク増加による権利主張を認めないのは、訴訟の殺到に対するおそれがあるためである。物理的傷害という要件は、訴訟のフィルターとみなされ、信頼できる権利主張によって被告に本当の被害に関する法的責任を負わせるためであるといわれている。条件なしにリスク増加による訴訟を認めることは、司法資源の浪費につながりうる。すなわち、大量の無症状の原告が訴訟を起こすことを原因に、実際の身体的傷害を受けた被害者に属する司法資源が分散されうるのである。そこで、一定の賠償する要件を設定し、もっとも保護に値すべき被害者に法律救済を与えることにより、緊張しすぎた司法リソースをある程度緩和することができると考えられる。

(4) 疾病にかかるリスクを算定するときには、国民全体としての基礎的リスク (baseline risk) を考慮すると、無症状の原告の権利主張は簡単には認められない。なぜならば、疾病罹患のリスクが増加しても、賠償に至るまでのリスクとしては不十分だからである。例えば、胸膜肥厚に発展した無症状の原告は、アスベストに曝露していない人と比べると、がんにかかるリスクが 5 倍となり、胸膜中皮腫にかかるリスクが 300 倍に増加したにもかかわらず、そのリスクは全体的なレベルとして極めて低いという主張がある³¹⁸。というのも、一般住民における肺がんにかかる基礎的リスクはおおよそ 10 万分の 10 であり、原告のリスクは 5 倍を増加しても、10 万分の 50 であるにすぎないからである³¹⁹。無症状の原告は、がんにかかるリスクがわずかな量 (10 万分の 50 である) にとどめているので、原告に対する損害賠償は、伝統的な不法行為法によって認められないという主張がなされている。このように、損害賠償を認めるために、疾病の罹患率がどの程度増加する必要があるかについて争いがある。

(5) さらに、疾病のリスク増加に基づく権利主張を認容するルールは、多くの難しい問題に直面する³²⁰。例えば、①リスク増加による訴訟で敗訴した原告は、その後、本当に実際の疾病にかかった場合に、どのように対応すべきであるか、②有害物質に曝露し、進行中の傷害にある原告は、疾病のリスク増加に基づく目下の賠償請求を主張していない場合、どのように対応すべきであ

³¹⁷ See *supra* note 274, at 183, 205.

³¹⁸ See *supra* note 291, at 815, 832.

³¹⁹ See *Simmons v. Pacor, Inc.*, 674 A.2d 232, 233 (Pa. 1996).

³²⁰ See *supra* note 270, at 134.

るか、③このような原告は、疾病が（例えば）数年後に発症した場合に、時効に関する期間制限規定に服さしめられるべきかどうかという問題がある。

第三款 裁判所の判断基準及びその緩和

（一）疾病に罹患するリスクに対する程度の要求

有害物質による不法行為訴訟の原告が、将来の（発症するかもしれない）疾病に罹患するリスクの増加を理由として、損害賠償を請求するケースは頻繁に行われている³²¹。一般的に言えば、もし原告がある要件を充たせば、裁判所は、原告がまるで今まさに病魔に犯されたかのように、すべての損害賠償請求を認容する。有害物質による不法行為訴訟の原告らは、疾病に罹患するリスクの増加に頻繁に直面するにもかかわらず、彼らが現在の基準の要件を充たせない限り、リスク増加に関する損害賠償請求が認められない。

疾病に罹患するリスクに基づく訴訟を認めるかどうかについて、裁判所はいくつかの要素を考慮しなければならないとする。多くの裁判所は、原告が疾病に罹患するリスクの程度を証明することを求める。しかも、裁判所はリスクの程度に対して一定の要求を定める。この要求は、三つに分けることができる。すなわち、原告は将来の疾病に罹患するリスクが①「合理的な確実性」を持つこと、②「医学上の合理的な確実性」を持つこと、あるいは③「発生率が50%を超えること」を証明しなければならない。具体的に、裁判所の判断基準は以下のように記載されている³²²。

（1）原告は疾病発症の「合理的な確実性（合理的かつ確実に発生すること）」（**reasonable certainty or “reasonably certain to occur”**）を証明しなければならない。例えば、*Stites v. Sundstrand Heat Transfer, Inc.*,³²³において、原告はトリクロロエチレンへの曝露に基づき、疾病発症の「合理的な確実性」を証明できないため、裁判所は、将来の損害のリスク増加による損害賠償請求を棄却した。

（2）原告は疾病発症の「医学上の合理的な確実性（あるいは医学上の合理的な蓋然性）」（**reasonable medical certainty or reasonable medical probability**）を証明しなければならない。リスクの増加が医学上確実であると評価できる場合に、「医学上の合理的な確実性」という基準が満たされるとみられる。例えば、*Dartez v. Fibreboard Corp.*,³²⁴において、アスベストに接触した作業員のがん又は中皮腫に罹患するリスク増加による請求が認められるためには、原告が、疾病が現れるであろうということについて、医学の合理的な蓋然性があることを示す医学専門家の証言（医学的証拠）を提供しなければならない。

³²¹ See *Jackson* 781 F.2d at 410 (seeking damages for increased risk of cancer); *Gideon v. Johns-Manville Sales Corp.*, 761 F.2d 1129, 1134 (5th Cir. 1985) (seeking damages for increased risk of cancer). 例えば、癌に罹患するリスクの増加による損害賠償請求など。

³²² See, e.g., *Hagerty v. L & L Marine Servs., Inc.*, 788 F.2d 315, 319, recons. denied, en banc, 797 F.2d 256 (5th Cir. 1986) (plaintiff must show cancer more likely than not); *Gideon*, 761 F.2d at 1137 (likelihood of developing cancer must be proven by preponderance of evidence); *Anderson v. W.R. Grace & Co.*, 628 F. Supp. 1219, 1231 (D. Mass.), later proceeding sub nom, *Anderson v. Cryovac, Inc.*, 805 F.2d 1 (1st Cir. 1986), later proceeding, 862 F.2d 910 (1st Cir. 1988), aff'd sub nom, *Anderson v. Beatrice Foods Co.*, 900 F.2d 388 (1st Cir.), and cert. denied, 498 U.S. 891 (1990) (plaintiffs must show reasonable probability that future illness will occur).

³²³ 660 F. Supp. 1516 (W.D. Mich. 1987).

³²⁴ 765 F.2d 456, 466 (5th Cir. 1987).

(3) 原告は、疾病発症の可能性が発症しない可能性より高い (the disease is more likely than not to occur) ということを証明しなければならない。つまり、原告は、将来の病気に罹患するリスクが 50%を超えることを証明する必要がある。例えば、①Hagerty v. L & L Marine Services, Inc.,³²⁵において、裁判所は、原告の発がん性の化学物質への曝露によるがん発症の可能性が、発症しないほうより高くなっていること (「more probably than not」) を証明できる場合に、リスク増加が認められると示した。また、②Johnson v. Armstrong Cork Co.,³²⁶において、裁判官は原告に対して、次のようなことを要求した。すなわち、原告は、有害物質との接触によるがん発症の可能性が、発症しない可能性より高いということを証明しなければならない。言い換えれば、原告は、がんの発症リスクが 50%を超えることを証明できない限り、裁判官は、がんの発症リスク増加による損害賠償請求を認容できないというのである³²⁷。

以上の要件を考察し、裁判所は、以下のことを明確に示した。つまり、裁判所はリスク増加による請求を認める前に、原告の疾病にかかるリスクの (1) 「合理的な確実性」、(2) 「医学上の合理的な確実性」、(3) 「50%を超えること」を要求する。しかし、(1) と (2) との区別は、ある意味で言葉使いの違いにとどまり、どの程度のリスク・可能性が (1) あるいは (2) を構成するのかは厳密に必ずしも明らかではない。実際のところ、疾病にかかるリスク増加の程度は、相関性の有無の観点から考慮すべき事柄になるので、多くの被告は、以上の三つの基準のいずれにおいても、リスクが 50%を超えなければならないと主張している。

ここで見解は分かれている。前述のように、リスクの確率が蓋然性 (50%) を超える場合に限ってリスク被曝の責任を肯定する見解に対して、リスクの確率が小さくとも責任を肯定する見解もある³²⁸。すなわち、少数の裁判所は、原告の疾病を罹患するリスクが 50%を超えないとしても (例えば、40%であっても)、合理的な蓋然性若しくは可能性を認める、あるいは原告の損害賠償請求を認める余地があると示した³²⁹。例えば、①Sterling v. Velsicol Chemical Corp.,³³⁰において、裁判所は、疾病にかかる確実性の程度が 51% 以下でも十分であると示した。つまり、将来の疾病を発症する確実性が低いときでさえ (the degree of certainty must only be greater than “possibly” or “could have”)、将来の疾病にかかるリスクが合理的であるという事実が認定できれば、原告の権利主張が認容される。②Mauro v. Raymark Indus., Inc.,³³¹において、裁判所は、将来の疾病の発症する可能性が 40% の場合でも、相当程度の可能性があり、「合理的な蓋然性」基準が満たされ、リスク増加による権利主張が認められると示した。

これからみれば、(1) あるいは (2) の判断基準に対して、裁判所は一定の自由裁量権を行使できる。そのほか、有害物質の曝露によって疾病に罹患するリスクが 50%を超えなくても、裁判所は疾病に罹患するリスクの増加する

³²⁵ 788 F.2d 315 (5th Cir.1986).

³²⁶ 645 F. Supp.764, 769 (W.D.La.1986).

³²⁷ See *supra* note 316, at 285.

³²⁸ 例えば、Brafford v. Susquehanna, 586 F. Supp. 14, 17-18 (D. Colo. 1984) において、裁判所は、原告が明確に曝露したことを合理的に証明できれば、リスク増加によって権利を回復できるとした。

³²⁹ Sterling v. Velsicol Chemical Corp, 855 F.2d 1188, 1206 (6th Cir. 1988); Mauro v. Raymark Indus., Inc., 561 A.2d 257, 266 (N.J. 1989).

³³⁰ 855 F.2d 1188, 1206 (6th Cir.1988).

³³¹ 561 A.2d 257, 266 (N.J. 1989).

程度に応じて被告に損害賠償責任を命じることができる³³²。つまり、リスク因子の示す統計的確率に応じた民事責任を課すことに賛成する見解が見られる。例えば、原告は身体的傷害が顕在化した場合、1万ドルの損害賠償金を得られるのに対して、身体的傷害が現れていない場合、疾病に罹患するリスクが10%を増えたとき、1千ドルの損害賠償金をもらえることになるのである³³³。

しかし、多くの裁判所は疾病のリスク増加に基づく権利主張に対して、疾病にかかるリスクが50%を超えないと、損害賠償請求を認めない傾向にある³³⁴。つまり、原告は病気にかかる可能性が50%を超えることを証明しなければならない。

(二) 疾病に罹患するリスクの量化要求及び緩和

一般的に、疾病罹患のリスク増加に基づく訴訟では、裁判所は、原告が数値化されたデータや統計資料（明確化したパーセント）を提出することが望ましいとされる。つまり、裁判所は原告に実際の量化されたリスクを実証することを求める。そして、リスクが抽象的で、定量化できない場合には、リスク増加に基づく権利主張が棄却されうる。また、被告に支配されないファクター（例えば、原告自身の原因など）が、原告の将来の疾病に罹患する可能性の構成要素となりうるかどうかについて、科学的かつ医学的に評価できない場合に、裁判所は原告の請求を棄却しうる。さらに、裁判所は、将来の損害の発生可能性に関する数値が合理的な量に満たされない場合に、原告に損害賠償を与えるのが投機的であると考えており、原告の請求を拒否するのである。

ある被害について、特にある十分な研究がなされた化学物質（例えば、アスベスト）によって曝露されたリスクは、既に相対的に正確に知られている。ところが、多くの場合、ある化学物質の有害性、接触・曝露による健康被害の確率について、十分な科学的データが存在しない。例えば、ある未知な有害物質、あるいはさらに新しい化学物質によって曝露されたリスクは、現段階において、まったく明らかになっていない場合である。そのため、多くの事案において、原告は、科学的にリスクの確率のことを算定・証明できる可能性がほとんどないので、損害賠償を請求するのが困難である。疾病罹患の不確実性を伴い、生命・健康等の甚大な被害が発生しうる事件において、大規模な潜在的被害者を救済するために、少数の裁判所は判決においてリスクの定量化の問題を意図的に回避している。

例えば、*Ayers v. Township of Jackson*,³³⁵において、原告は都市の埋立地から滲出された廃棄物（有毒化学物質）によって、彼らの飲料水が汚染されたことを主張した。この事案において、原告339人が訴訟を起こしたとき、被告が汚染した飲料水によって身体的損害又は病気の発症に苦しんでいる者は、原告側にいなかった（ただし、専門家は、被告の化学物質にさらされたことによってどの毒物から健康に対する潜在的な影響があるかについて証言した）。従来通りの通常訴訟においては、原告には実際の傷害がないため、ここで訴訟が終わるはずである。しかし、このケースにおいて、ニュージャージー州最高

³³² 藤倉皓一郎「アメリカにおける有害物質による健康被害訴訟の動向」法曹時報 46 巻 6 号（1994 年）1049 頁。

³³³ *In re Pao li R.R. Yard*, 916 F.2d 850 (3d Cir. 1990).

³³⁴ リスク増加による権利主張の事案と異なって、精神的苦痛による権利主張や医療モニタリングによる権利主張の事案では、多くの裁判所は、病気にかかる可能性が50%を超えることについての証明を原告に要求していない。50%を超えるという厳格な基準は、裁判所によってある程度下げられている。

³³⁵ 525 A.2d 287 (N.J.1987).

裁判所は、リスクの増加のみを理由に起訴することを認容した。裁判所は、ニュージャージー州不法行為訴訟法案（New Jersey Tort Claims Act）のもとで、汚染された飲料水によるがんのリスク増加が加害（injury）を構成すると判断した。原告ががんのリスク増加の程度を数値化することができないとしても、裁判所は専門家の証言によって、医学的にみて重大であると合理的に推測できることを理由に、その結論に至ったわけである。

第四款 小括

伝統的な不法行為法ルールに従う裁判所は、物理的加害をリスク増加による権利主張にも要求する。その発想の出発点として、裁判所は、将来的に起こりうる疾病が、現在の健康被害と同じようなプロセスを経て、その延長線上のものとして発症することを求める。リスク増加に基づく権利主張の被告は、将来の疾病の発症が合理的に確信できる、あるいは疾病を起こすリスクがあると主張する原告に対して、しばしば以下のように反論する。すなわち、原告は、十分な量に曝露したことを証明できない場合に、他の原因によって疾病に罹患することを適切に排除できない、あるいは本件曝露と将来発症しうる疾病をリンクできないため、権利主張は認められるべきではないと反論するのである。

このように、いくつかの裁判所は、リスク増加に基づく損害賠償請求を認めようとしなない。実際のところ、リスク増加に基づく権利主張においても、原告に物理的傷害を要求する裁判所の数は少なくない。リスク増加の損害賠償は、原告に被告の同じ加害行為に起因する「現在の傷害」と「将来の被害のリスク増加」（両方とともに）が生じた場合にのみ与えられる³³⁶。つまり、裁判所は、リスク増加に関する損害賠償を認めるために、原告の潜在的な疾患の発展するリスク増加のみならず、現在の物理的損害（「現実の損害」、「現実の傷害」）をも要求する。現存する被害に関するいくつかの証拠は、将来的に類似した損害の発生率が高いということの基礎付けであると考えられているからである。しかしながら、物理的加害の認定基準は、必ずしも硬直的なものではなく、緩やかに捉えられている。

伝統的な不法行為法によると、「加害」は、「身体が実際の傷害を受けたこと」あるいは「疾病の症状が現れたこと」であると狭く解釈される。それに対して、疾病に罹患するリスク増加による権利主張の賛成者は、有害物質による不法行為訴訟において、被告の過失行為によって原告の「疾病にかかるリスク」が増加されたことそれ自体が「加害」であり、損害賠償の対象になると主張する。

リスク増加による損害賠償訴訟は、しばしば集団訴訟の形で提起される。現在の傷害を受けている原告とともに、最終的な傷害が発生するまでまだ至らない原告は訴訟を提起する。一般的に裁判所は、損害賠償の判決を出すとき、以下の三つの場合によってその損害賠償額を算定しなければならない³³⁷。すなわち、①本格的な疾病が出るとした場合に、完全な損害賠償を与える。②原告が実際に疾病に罹らない可能性を考慮して、損害賠償額を割引いて考える。③また、原告が疾病に罹患しても、その原因（例えば、遺伝因子などのような原告自身の原因）は被告の不法行為の以外が原因である場合に、被告が責任を負わないのは当然のことである。

②の場合に、このような権利主張では、反対意見が指摘した通り、原告は、最終的に疾病に罹患するかどうかについて確定できないため、一生病気に罹患

³³⁶ See *supra* note 271, at 1505, 1509, 1510.

³³⁷ David S. Pregno, *An Analysis of the Enhanced Risk Cause of Action (Or How I Learned to Stop Worrying and Love Toxic Waste)*, 33 VILL. L. REV. 437, 438 (1988).

せずに済む原告に対する損害賠償は、法律の公平正義原則に違反する。つまり、リスク増加に基づく権利主張は、結果的に原告に利益をもたらす可能性がある。だからこそ、アメリカにおける多くの裁判所は、原告に対して、統計的資料あるいはデータの提供を求め、疾病に罹患するリスクを定量化させる。しかも、そのみならず、リスクの程度に関して、原告はリスクを量化し、疾病に罹患する可能性について、そうである可能性が、そうでない可能性より高い (**more probably than not**) ことを証明しなければならない。つまり、一般的に原告は被告の行為が原告の特定の疾病を引き起こす確率が **50%**を超えることを証明しなければならない。そのうち、投機的訴訟を防ぐために、原告は、そのリスクが(医学上の)合理的な確実性を持つ、あるいは **50%**を超えることを証明できる場合にのみ、損害賠償請求が認容されうる。

実際のところ、多くの事案において、原告はリスクの確率が **50%**を超えることを証明できる可能性はほとんどない。そのため、以上の基準と対照的に、少数の裁判所は、疾病にかかるリスクが **50%**を超えなくても、原告の損害賠償請求を認める余地があると示した。すなわち、確実性 (**certainty**) や蓋然性 (**probability**) のレベルに至らない可能性 (**possibility**) であっても、被害の発生を認める裁判所がある。それらの裁判所は、有害物質に曝露した被害者には疾病の増加したリスク(自然発症率を超えるリスク)について認定できる因果関係の確率に相応した補償を与える。疾病が有害物質によって生じた確率が **50%**を超えなくても、有害物質への曝露により疾病にかかるリスクの増大がある場合には、増大したリスクに相応する賠償を認める³³⁸。つまり、リスクの増加する程度に応じて、損害賠償金が与えられる。このように、裁判所は、将来の被害の発生可能性が高いという条件が満たされた場合、部分的あるいは割合的な損害賠償を認めることによって、全部かゼロか (**all or nothing rule**) という「二者択一」のルールを緩和している³³⁹。

さらに、多くの場合、ある有害物質の有害性及び、接触・曝露による健康被害のリスクの確率に関する十分な科学的データが存在していない。そのため、個別の裁判所は、リスクの定量化を回避し、医療専門家によって十分な医学説明がなされる場合に、原告が疾病にかかるリスク増加によって起訴し、損害賠償を得ることを認める。以上のように、少数の裁判所は、リスク増加による権利主張において、合理的な確実性 (**reasonable certainty**)、医学上の合理的な確実性 (**reasonable medical certainty**)、疾病発症の可能性が発症しない可能性より高い (**more likely than not to occur**) という要件を回避するために、固有の問題を解決するのに様々な解決策を提供してきた。

そのほか、リスク増加による訴訟では、どのようにリスクを算定するかについて、以下のいくつかの要素を考慮しなければならない。まず、法と経済学の観点からみれば、リスクを決めるコストと可能性は、事案ごとにそれぞれ異なっている。一般的に言えば、多くの原告が同じ潜在的な有害物質による被害を理由に訴訟を起こす場合には、リスクを決めることは、コスト効率 (**cost-efficient**) がより高い。他方、あまり使われていない化学物質によってある特定の一人が曝露された場合には、リスクの確立は相対的に難しく、コスト効率が低い。注意すべきなのは、以下の点である。リスクに基づく訴訟は、他の社会的な利益を提供しうる場合に(特に有害物質による大規模な被害が生じた場合)、法体系がリスク決定に関する研究を促進するのは、効率的であるかもしれない。とくに、異なる加害者によって多くの被害者が生じた場合である。

³³⁸ 藤倉皓一郎「アメリカにおける有害物質による健康被害訴訟の動向」法曹時報 46 巻 6 号 (1994 年) 1049 頁。

³³⁹ See *supra* note 270, at 133.

次に、曝露によって増加されたリスクは、少なくとも背景か経歴上のリスク（background risk）を超えなければならないという主張がなされている³⁴⁰。背景のリスク（例えば、被害者の生活習慣、特別な経歴など）の有無は、リスクの算定に影響を及ぼす。ある疾病に関する背景のリスクがない、あるいはわずかな場合に、曝露によって引き起こされたリスクは、相対的に容易に算定される。それに対して、背景のリスクがある場合に、分析者は、そのレベルを算定した上で、曝露によって生じたリスクと比較しなければならない。

第二節 法律ディレンマを突破する試みⅡ——将来の疾病に罹患するおそれ（精神的苦痛）に基づく権利主張

伝統的には、実際に身体的傷害を受けた原告は、裁判所で経済的損失について請求するのみならず、精神的苦痛による損害賠償を求めようとする³⁴¹。しかしながら、近年来、その状況には多少変化が生じている。多くの有害物質による不法行為の潜在的な被害者は、疾患あるいは他の身体的障害がないにもかかわらず、将来の疾病に罹患するおそれ（fear of disease）があることなどに基づいて、精神的不安や苦痛（emotional distress）を受けたことを理由づけ、精神的損害賠償に関する訴訟を起こしている³⁴²。

第一款 権利主張の中身と分類

一般的に、有害物質の潜在的被害者は、長期的に有害物質に曝露するあるいは接触することによって、深刻な疾病ないし癌にかかるリスク増加とともに、それに関する医学知識の理解に伴って、将来的に癌あるいはほかの深刻な疾病に罹患することに対して、深刻なおそれや精神的不安を抱えるようになった。長期的に欠陥製品を使用し、または接触してきた被害者や、職場での有害物質または汚染された環境に曝露された被害者は、このような訴訟の原告になりうる。

これらの被害者は、精神的苦痛（ある現実的損害）が生じたことを理由に、現実的に受け止めた精神的苦痛が法律上認められる加害あるいは権利侵害であると主張する。つまり、原告は、将来の加害に対する損害賠償を請求するのではなく、現在の経験している巨大な精神的プレッシャーや深刻な精神的苦痛に対して、損害賠償を請求しているのである。精神的苦痛に基づく権利主張では、少なくとも訴訟を提起する時点で、原告が実際に一種の加害（非身体的な加害にもかかわらず）を受けたことを主張できる。このような損害賠償請求は、しばしば「将来の傷害へのおそれ（fear of future injury）」による請求、あるいは「がん罹患するおそれ（fear of cancer）」による精神的損害賠償請求と呼ばれる。

なお、原告である被害者の家族などのような関係者（bystander）が、がん苦しんでいる被害者の身体的苦痛に直面することから生じた精神的苦痛の賠

³⁴⁰ David Rosenberg, *The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A "Public Law" Vision of the Tort System*, 97 HARV. L. REV. 851, 858 (1984).

³⁴¹ DAN B DOBBS, *HANDBOOK ON THE LAW OF REMEDIES: DAMAGES, EQUITY, RESTITUTION* (St. Paul: West., 1973) 545.

³⁴² Terry Morehead Dworkin, *Fear of Disease and Delayed Manifestation Injuries: A solution or a Pandora's Box*, 53 FORDHAM L. REV. 527 (1984). 例えば、Herber v. Johns-Manville Corp., 785 F.2d 79 (3d Cir.1985), Anderson v. W.R.Grace & Co., 628 F. Supp.1219(D. Mass.1986); Bernbach v. Timex Corp., 989 F. Supp. 403, 408 (D.Conn.1996)., Laxton v. Orkin Exterminating Co., 639 S.W.2d 431(Tenn.1982). 原告が精神的被害に基づいて、損害賠償金をもらった。

償は、認められない³⁴³。というのも、過失によって精神的苦痛が与えられた場合に、差し迫った物理的・身体的被害に直接脅かされたのは原告であり、前述の関係者等との間に直接の関連性がないからである。

ところで、有害物質による精神的損害賠償の事例において、原告が主張する精神的苦痛は、以下のように分類することができる。すなわち、

(一) 将来の傷害へのおそれ・恐怖 (fear of future injury) (疾病のおそれとがんのおそれを含む)

将来の傷害へのおそれによる権利主張は、有害物質に曝露した原告が、疾病あるいは癌に罹患するリスクが増加するとともに、がん又は他の深刻な疾病を患うおそれによって、現在の深刻な精神的苦痛を受けていることを理由として、精神的損害賠償を請求することである。この権利主張は、疾病のおそれ (fear of disease) による権利主張とがんのおそれ (fear of cancer) による権利主張に一応分けられ、いずれも精神的苦痛と密接に関連している。例えば、アスベスト訴訟を例として挙げると、いくつかの裁判所は、がんに罹患するおそれ (特に肺がんの発症するおそれ)、あるいは他のアスベストに関する疾患 (胸膜中皮腫など) にかかるおそれに基づく損害賠償訴訟を受理する。Gideon v. Johns-Manville Sales Corp.³⁴⁴において、裁判所は、アスベスト症に罹患していた原告が、将来肺がんや中皮腫に罹患する可能性があることを理由に、精神的損害に関する損害賠償を認めた。

がんにかかるおそれは、「将来の傷害へのおそれ」の一種であるが、あらゆる病気にかかるおそれではなく、がんのみに対するおそれである。がんにかかるおそれに基づく権利主張 (fear of cancer claim) は、進行性がんにかかるおそれを原因とする精神的苦痛、ないしは感情的苦しみに基づく不法行為上の権利主張である。例えば、被告の有害物質を含む製品あるいは他の違法行為によって、被害者が発がん性物質にさらされた場合が該当する。また、このような請求は、次のような状況に限定されている³⁴⁵。すなわち、①がんにかかる深刻なおそれがある、②このおそれが危険物質への曝露あるいは接触によって起こされる、③その曝露又は接触によってがんにかかるおそれが合理的に見込まれる、という状況である。

(二) がん恐怖症 (cancerphobia)

がん恐怖症は、癌に罹患することに対して極端な恐怖を持っており、医学的には、精神的病気の一つとして認められている。がん恐怖症による権利主張の一部は、故意又は過失によって精神的苦痛が与えられたことに起因する正当な請求という形で扱われることがある。しかしながら、がん恐怖症による請求は、(デマや風評のような不確実な情報に基づく) 推測や臆測によって提起された不当な請求にすぎないこととして扱われることもある。

「がん恐怖症」という言葉の使い方には問題があり、誤解されやすいという見解がある³⁴⁶。なぜならば、被告側の弁護士から「誰でもがんに対する恐怖を持っている」という反論がなされかねないからである。しかし、多くの有害物質の被害者が「がんそれ自体をおそれている」わけではなく、その代わりに、彼らは次のような二つの原因で精神的苦痛に苦しんでいる³⁴⁷。まず、彼らは、自分自身及び家族の将来の健康状態が確保できないということを心配している。

³⁴³ See *supra* note 291, at 815, 825.

³⁴⁴ 761 F.2d 1129 (5th Cir.1985).

³⁴⁵ See, *Deleski v. Raymark Indus., Inc.*, 819 F.2d 377 (3d Cir. 1987).

³⁴⁶ See *supra* note 316, at 289.

³⁴⁷ *Id.* at 289, 290.

特に、有害物質に曝露した後、（例えば、曝露によって即時の傷害とそれよりはるかに深刻な後続被害両方が引き起こされる場合）、短時間で急性症状が現れた場合に、あるいは期待されない身体的被害が発生した場合に、このような心配は現実のものとなる。次に、被害者は、彼らの被害が避けられるはずであったこと、あるいは加害行為の安全性に関して、加害者がその潜在的な加害行為を正当化できる証拠がないことである。彼らはこのことを知り始め、不安を持つようになっていくのである。

また、いくつかの裁判所は、「がん恐怖症」と「将来の傷害へのおそれ（fear of future injury）」を区別し、「がん恐怖症」による損害賠償を請求する側には特別な負担を課し、認定する条件を厳格にする。この区別の立脚点は、次のようなものである。すなわち、がん恐怖症が精神的疾患あるいは心理的障害であるので、医療専門家によって、その存在、発生する原因、具体的内容と影響を及ぼす範囲を究明することが必要とされる³⁴⁸。

さらに、以上の考え方と同じように、裁判所は、専門家証言の必要性に関して、「がん恐怖症（cancerphobia）」による権利主張と「がんに対するおそれ（fear of cancer）」による権利主張に分けて考えている。後者の場合に、原告はがんにかかるリスク増加に起因するおそれをより容易に証明できる。原告の知識（医師からのがんにかかるおそれがある、あるいは定期的な医療監視が必要であるという通知など）と精神的苦痛との間にある因果関係は、そんなに難解ではない。そのため裁判所は、そのおそれがなぜ生じるかについて、専門家の証言を求める必要がとくにないと示した。他方、前者の場合には、専門家による証言が必要となる。というのもがん恐怖症は、がんにかかることに対する極端なおそれであり、精神医学的病気として一般的に認められている。がん恐怖症による権利主張において、医療専門家は、そのがん恐怖症の存在、原因及び具体的内容を究明する必要がある。

最後に、「がん恐怖症」による権利主張が成立するかどうかの争点は、往々にして原告のライフスタイルの問題と関連する。例えば、原告の喫煙史、職業、趣味などである。これらの問題が設けられるのは、原告が被告の不法行為によって危険物質に曝露した以外にもがんになる心配すべき原因がある、あるいは曝露する前に彼らのライフスタイルが原因で、がんになる危険性があるということを示すためである。そのため、「がん恐怖症」による訴訟においては、原告と被告両方が統計資料を裁判所に提出するようになった³⁴⁹。一方で、原告側はリスクアセスメントに関する雑誌を提出する。他方で、被告側は、他のリスクに関する抽象的証拠を紹介しようとするか、あるいはリスクを数値に転換し、矮小化しようとする。

（三）心的外傷後ストレス（post-traumatic stress）

心的外傷後ストレスによる請求は、一般的な精神的苦痛による権利主張と似ている。しかしながら、このような請求を認めるため、医療専門家と法律専門家は、原告に対して、以下のような証拠を求める。すなわち、原告はその障害を明らかな精神障害であることを認識し、また、原告の行動に特定の明確な特徴が存在することである。例えば、Sterling v. Velsicol Chemical Corp.,³⁵⁰において、裁判所によると、心的外傷後ストレスのエレメントは、以下の通りである。すなわち、①認識できるトラウマ、②何らかの形でトラウマを再体験すること、③患者の通常の予想される行動様式に変化があること、④患者がトラ

³⁴⁸ Eagle-Picher Indus. V. Cox, 481 So.2d 517,526 n.13 (Fla.Dist.Ct.App.1985).

³⁴⁹ See *supra* note 316, at 290~291.

³⁵⁰ 855 F.2d 1188, 1210 (6th Cir.1988).

ウマの前に、存在しなかった新たな行動様式が現れること、⑤原告の主張した心的外傷後ストレスが少なくとも一ヶ月持続することである。

第二款 反対意見

伝統的不法行為法では、原告が物理的損害を受けた場合にのみ、精神的損害賠償を請求することができる。つまり、被告が過失によって原告に精神的苦痛を与えるケースに関して、伝統的なルールは、有害物質に曝露した結果として、原告に物理的影響を与えたこと、原告が物理的傷害を受けたこと、あるいは身体的反応に伴う物理的症状が現れたことを必要とする。

アメリカ不法行為法では、一旦不法行為が成立したとされれば、精神的損害に対する賠償が認められる。しかし、原則として、精神的損害は、現実の損害があることに付随して認められるにすぎないとされている³⁵¹。つまり、身体的・物理的損害がある場合に生じた精神的損害への賠償は認められるが、精神的損害だけ（純粋な精神的被害）（*pure emotional harm*）の場合には、救済はあまりなされない。

これに関して、いくつかの理由が挙げられる。（1）それは、投機性請求や不誠実請求などの不正請求の増加に対するおそれ（*the fear of fraudulent claims*）である³⁵²。すなわち、潜在的被害者が主張した精神的損害は、性質から言えば、内部的かつ隠蔽性があり、利己的な証拠が悪用されるリスクが存在する。アメリカ法律協会が出版した第二次不法行為法リステイトメントのセクション 436A条規定によれば、被告の行為が結果的に原告に単なる感情の障害又は情緒不安定をもたらしたただけの場合に、被告は損害賠償責任を持たない。この条文を狭く解釈すれば、原告の身体的被害またはほかの補償すべき損害が発生していない限り、被告は損害賠償責任を負わない、ということになる。このような規定を設けることは、少なくともある程度、軽率かつ詐欺的な不正請求の数を制限するのに意味があるといわれている³⁵³。

（2）それは、規範的問題（*normative concerns*）と関連している。現代社会において、人々が完全な情緒的な平穏の状態を実現することは不可能であるといえる。そのため、法律は、原告が訴訟で自己の不幸の責任を他人に押し付けることを促進させるというよりも、むしろ人々が自らの精神的安定に関する責任を持つことを要求している。だからこそ、多くの裁判所は、このような精神的損害による訴訟に対して、不安と警戒を持っている。実際の身体的傷害がなくても精神的損害を認めることによって、捏造者または神経症患者からの不良訴訟が氾濫する結果になるかもしれない³⁵⁴。さらに、身体的傷害がない限り、原告が明白に受けた精神的被害に対して、金銭的評価を求めるための客観的な基準がない。以上のことから、多くの裁判所は、潜在的被害者または無症状の被害者が「加害者の過失によって精神的苦痛が与えられたこと」に基づいて提起した権利主張に対して、厳格な制限をかけなければならないという態度を表明した³⁵⁵。

³⁵¹ 樋口範雄『アメリカ不法行為法』（弘文堂、2009年）127頁。

³⁵² Justice Breyer's majority opinion in *Metro-N. Commuter R.R. Co. v. Buckley*, 521 U.S.424, 443 (1997).

³⁵³ See *supra* note 270, at 131.

³⁵⁴ *Temple-Inland Forest Prods. Corp. v. Carter*, 993 S.W.2d 88, 93(Tex. 1999) (citing *Metro-North Commuter R.R. Co. v. Buckley*, 521 U.S. 424, 432-433 (1997)).

³⁵⁵ See *supra* note 291, at 815, 824.

第三款 司法実務上の判断基準及びその緩和

(一) 被告の故意によって原告が有害物質に曝露された場合

加害者が故意によって原告に精神的苦痛を与えたことは、独立した訴訟原因として、裁判所に認められる³⁵⁶。一般的にいえば、身体的加害を証明できない場合、原告は、純粋な精神的苦痛を理由づけ、訴訟を起こすことができるのは、以下のような場合に限られる。それは、被告の行為が故意で、しかも、「非道な加害行為」(outrageous conduct)であると評価できる場合である。この場合に、裁判所は原告の精神的損害賠償請求を認めうる。

つまり、物理的傷害がない場合に、「非道な加害行為」は、精神的苦痛によって損害賠償を請求するのに必要な条件となる。もし加害行為が極度に言語道断な行為である(極端で、極めて非道である)と評価できれば、裁判所は、原告の身体的傷害がない場合においても、被告の故意(ここでは、故意に限らず、未必の故意(無謀)ないし認識にある不注意・過失(reckless)も含む)によって、原告に深刻な精神的苦痛を与えたことを認定することができる。それは、加害行為には非道と認められる特質があるので、裁判官は、原告が精神的苦痛を受けたことを合理的に推定できるためであろう。

例えば、**Capital Holding Corp. v. Bailey (Ky.1994)**³⁵⁷というケースがある。その事案において、原告は、ビルの所有者である被告と契約し、ビルの地下室からパイプやダクトを移動させる仕事を受け入れた。しかし、被告は、これらのものが、アスベストに汚染されたことを原告に知らせなかった。つまり、被告が原告を雇用する前に、アスベストの汚染を知っていたにもかかわらず、原告に危険性があることを告げなかった。原告が二年後にアスベスト汚染のことを知り、医療検査を受けたところ、まだ疾患は生じていなかった。しかしながら、原告は、医者から石綿肺症と胸膜中皮腫に発展するリスクが増加することを告げられた。そこで原告は、アスベスト疾患のリスク増加とともに、精神的苦痛が生じたことを根拠に、損害賠償訴訟を起こした。ケンタッキー州の裁判所は、被告の行為が「非道な加害行為である(outrageous conduct)」と評価し、何カ月もの間、原告が被告の「故意(又は未必の故意ないし認識にある過失)」によって、アスベストに曝露していたことから、原告の精神的苦痛による権利主張を認容した。

なお、非道な加害行為は、被害者に対して、間接的にではなく、直接的に行われたわけではないとされる。例えば、**Contreras v. Thor Norfolk Hotel, L.L.C.**,³⁵⁸において、裁判所は、非道な加害行為が原告に対して、直接的に行われたわけではないとして、精神的苦痛による損害賠償請求を棄却した。

(二) 被告の過失によって原告が有害物質に曝露された場合

(1) 「身体的加害」という伝統的な基準及び反対意見

被告の過失によって原告の精神的苦痛が引き起こされた場合において、軽率かつ詐欺的な不正請求を防ぎ、不良訴訟の数を制限するために、伝統的に裁判所は、原告が提訴するとき、現実には身体的加害を受けたことを証明することを求めようとする。しかし、「身体的加害」あるいは「物理的損害」の必要性をめぐって、裁判実務上では争いがあり、反対意見を表明する裁判所もある。

³⁵⁶ AMERICAN LAW INSTITUTE, RESTATEMENT OF THE LAW, SECOND, TORTS 2D § 306(St. Paul: American Law Institute, 1965) 97.

³⁵⁷ 873 S.W.2d 187, 192 (Ky. 1994).

³⁵⁸ 292 F. Supp. 2d 798 (E.D. Va.2003).

例えば、①Potter v. Firestone Tire and Rubber Co.,³⁵⁹において、カリフォルニア州最高裁判所は、物理的損害（身体的傷害）の位置づけについて、以下のように述べた。すなわち、物理的損害という要件は、（精神的損害賠償のフィルターとして）救いようがなく不明確なスクリーニング装置（hopelessly imprecise screening device）にすぎないので、このような物理的損害という伝統的要件は、有害物質に曝露した後、がん罹患するおそれによる権利主張にとって、必要なエレメントではないと判断した³⁶⁰。

同様に、②Chizmar v. Mackie³⁶¹において、アラスカ州の裁判所は、エイズに罹患するおそれから生じた精神的苦痛による請求には物理的損害の証明を必要としなかった。同裁判所は、伝統的な精神的損害賠償訴訟では、物理的損害という要件には次のような両面性（二つの問題）があると評価した。それは、一方、損害賠償を与えるのにあたって、ささいな物理的損害を包含することからみれば余分であるが、他方で、現在の身体的苦痛がなくても合理的に発生した感情被害（精神的苦痛）を除外することからみれば、不十分であることである。実際には、現実的な身体的傷害を受けなくとも、精神的苦痛が生じうるのは、十分考えられる。さらに、③Day v. NLO³⁶²においては、オハイオ州の裁判所によると、原告が過度の放射線を浴びたことに起因し、深刻な精神的苦痛が生じたことは、物理的損害がなくても、精神的苦痛による請求が「詐欺的あるいは投機的（fraudulent or speculative）」ではないという合理的な結論を導くことが十分できるとされた。

このように、被告の行為が原告の身体を、傷害を受けるという危険な状態に置かせたことは、原告に実際の物理的損害がいまだに生じていないにもかかわらず、裁判所は、原告の精神的損害賠償請求を認容すべきかどうかについて争いがある³⁶³。

（２）「身体的影響」という基準の誕生及び伝統的基準の緩和

これらの争いが生じたゆえに、近時いくつかの裁判所は、一定の範囲内において、身体的傷害がなくても、精神的苦痛が生じた潜在的被害者を救済するようになってきた。これらの裁判所は、身体的傷害という伝統的な基準を採用せずに、司法のハードルを下げてきた。それは、有害物質の曝露が「物理的損害」あるいは「身体的傷害」を起こさなくても、原告が「身体的影響」（physical impact）を受けたこと、あるいは精神的苦痛を表す「身体的異常・症状」（physical manifestation）を証明できれば、精神的損害賠償請求が認容されることである。

例えば、①Herber v. Johns-Manville Corp.³⁶⁴において、アスベストに曝露した原告は、アスベストに関する疾患に対して、深刻なおそれを抱えており、胸膜肥厚の証明（その以外、ほかの石綿症に罹患する証明、あるいは身体的傷害を受けた証拠は、一切提出されていなかった）を提出した。裁判所は、胸膜肥厚が「身体的影響」にあたり、原告の損害賠償請求を認めた。

³⁵⁹ 863 P.2d 795, 25 Cal. Rptr.2d 550 (Cal. 1993).

³⁶⁰ しかし、Potter ケースにおいて、裁判所は、原告に対して、次の要件を課した。すなわち、原告が訴訟を勝たせるために、原告側は、有害物質に曝露したこと、そして、その曝露によって、がんの発症する確率が 50%以上であるということを証明しなければならない。なお、このような要件は通常、疾病にかかるリスク増加によって損害賠償を請求する原告のみに、課されている。

³⁶¹ 896 P.2d 196, 201, 202 (Ala.1995).

³⁶² 851 F.Supp.869, 879 (S.D.Ohio1994).

³⁶³ See supra note 291, at 815, 824.

³⁶⁴ 785 F.2d 82 (3d Cir.1986).

いくつかの進歩的な判決において、裁判所は、不法行為の構成する要件を緩和するため、身体的影響を解釈する際に緩やかな基準を採用しており、その解釈を拡大させる傾向にある。例えば、ほぼすべての身体的症状（軽微な頭痛や嘔吐を含む）は、身体的影響の範囲に含まれ、潜在的被害者の損害賠償請求が認容されやすくなる³⁶⁵。それにとどまらず、個別の裁判所は、原告が「身体的影響」あるいは「身体的異常」を証明できない場合においても、被告の故意や過失行為によって、自分自身が有害物質に「確定的に曝露したこと」を証明できるならば、身体的健康が脅かされたことを理由に、原告に対して、法的救済を認めることができる³⁶⁶。

以上のように、身体の傷害がない場合に、被告の過失行為による精神的損害は賠償されうる。有害物質に曝露した原告は、身体的傷害という深刻な程度に至らなくても、原告は、身体的影響（軽微な影響を含む）あるいは身体的異常（偏頭痛ないし連続的な不眠を含む）を証明できれば、精神的損害賠償の請求権が認容されうる。

将来の疾病に罹患するおそれに基づく権利主張において、多くの裁判所は、原告に対して、身体的傷害あるいは身体的影響という要件を求める。しかしながら、身体的傷害あるいは身体的影響の具体的内容について、明確な基準は定められていない。そのため、何が身体的傷害あるいは身体的影響を構成するかについて、裁判所ごとに大きな違いが生じる。近年来、有害物質の潜在的被害者を救済するために、一部の裁判所は、司法のハードルを下げるようになってきた。つまり、少数の進歩的な裁判所は、「身体的傷害」、「身体的影響」あるいは「身体的異常・症状」などの概念を広く解釈する傾向にある。

例えば、②Brafford v. Susquehanna Corp.,³⁶⁷において、裁判所は、原告が訴訟を起こす際に、有害物質に接触したことによって細胞構造と細胞下構造に損害が存在することを証明できれば、身体の実害（current injury）の存在が認められると判示した。それと同様に、③Askey v. Occidental Chemical Corp.,³⁶⁸において、ニューヨーク州の裁判所は、有害物質に曝露した後、原告には症状が生じていなくても、有害物質による細胞損害が「身体的傷害」に至るとみなした。原告側の専門家証人は、「有害物質に曝露した者は、将来のある時点で、20年後かもしれないが、DNAの損傷から生じる健康に対するマイナスの影響を受け」、「原告は、細胞核の二つの螺旋構造から生じた生物学の微病変を不利に経験する。それは、長く果てしなく、複雑の生物学の変化の起点であり、将来的に癌あるいは他の深刻な疾病に発展するかもしれない」と証言した。

当然なことであるが、無症状の原告から精神的苦痛による権利主張が増加するとともに、アメリカの裁判所は、恐らく以下のような難問に直面しなければならない。それは、裁判所が潜在的被害者の適切な請求に法律救済を与えることと同時に、どのように軽率かつ詐欺的・投機的な不正請求を持っている疑わしい原告を選別して排除するかという技術的な難問である³⁶⁹。裁判所では、訴訟に値しない請求を排除するために、慎重な検討が必要となる。

（3）精神的苦痛の真実性及び合理性への重視

³⁶⁵ See *supra* note 274, at 183, 200.

³⁶⁶ See *supra* note 291, at 815, 824, note 37.

³⁶⁷ 586 F.Supp.14 (D.Colo.1984).

³⁶⁸ 477 N.Y.S.2d 242 (A.D. 4 Dept. 1984).

³⁶⁹ See *supra* note 270, at 133.

一般的にいえば、裁判所によると、原告は、将来のがんにかかるおそれに基づく損害賠償を請求するとき、以下のことを証明しなければならない。すなわち、①原告は深刻なおそれ、精神的苦痛あるいはがんに対する臨床的に診断された恐怖症に苦しんでいること、②その精神的苦痛は有害物質に曝露したことによって直接的に引き起こされたこと、③原告が有害物質に曝露したことに対して、被告が法律的に責任を負うこと、④有害物質への曝露によって、原告が将来的にがん罹患することに対するおそれが合理的であることである³⁷⁰。

以上からみればわかるように、将来の疾病に罹患するおそれ（精神的苦痛）による訴訟では、原告は、疾病に罹患するリスクが50%を超えることや罹患する確定性を証明する必要がない。その代わりに、疾病のリスク増加に関する訴訟と比べると、疾病に罹患するおそれによる訴訟では、裁判所は、原告の受けた精神的苦痛あるいは現れた精神的不安の真実性と合理性を重視している。その真実性と合理性を認定する際に、裁判所は、原告に信頼できる医学専門家の証言を求めようとする。

例えば、*Sterling v. Velsicol Chem. Corp.*³⁷¹において、第六巡回裁判所は、調査の焦点を、原告の精神的苦痛の真実性に当てている。裁判所によれば、原告の将来的に疾病に罹患するリスクが低いときでさえ、将来の疾病に罹患することに対する恐怖の真実性が認定でき、さらに、その恐怖が深刻かつ合理的であれば、原告に疾病の症状が現れなくても、精神損害賠償の請求は認められうる。そのほか、「理性ではなく、しかし、普遍的に生じた恐怖」に関する精神的賠償請求をも認容する裁判所がある³⁷²。

精神的苦痛による権利主張において、「精神的苦しみ」の判断基準は、裁判所ごとに大きな差がある。多くの裁判所は、その精神的苦痛が医学的に診断されていること、あるいは医学上の重大性を有するに相当すると判断できることを原告に要求する。例えば、①*Potter v. Firestone Tire and Rubber Co.*,³⁷³において、カリフォルニア州裁判所は、精神的苦痛による請求が、必ず信頼できる医学証言又は科学的データに根差した知識を根拠づけにしなければならないと判示した。

また、精神的苦痛の証明に関して、②*Metro-North Commuter Railroad Co. v. Buckley*,³⁷⁴において、一審裁判所は、一審の原告であるBuckleyが精神的損害を証明できないことを理由として、精神的苦痛による損害賠償請求を否定した³⁷⁵。裁判所は、主に以下の三つのことから、原告が曝露によって生じた深刻な精神的苦痛を受けたことを証明できないと判断した。すなわち、①原告は、精神的苦痛という主張を支えうる専門家の証言を提供しなかったこと、②原告は、実際に、精神的苦しみを取り除くための専門家の助けを求めていること、③精神的苦痛に関する唯一の証拠は、原告が将来的にがんにかかる心配という「自己に利益となる証言」(self-serving testimony)であることである。

第四款 小括

将来の傷害へのおそれによる権利主張をはじめ、このような精神的苦痛による権利主張は、原告が有害物質に曝露したことによって、将来的にがんまたは

³⁷⁰ *Devlin v. Johns-Manville Corp.*, 495 A.2d 495 (N.J. Super. 1985).

³⁷¹ 855 F.2d 1188, 1206 (6th Cir. 1988).

³⁷² *Marchica v. Long Island R.R.*, 810 F. Supp. 445 (E.D.N.Y.1993).

³⁷³ 863 P.2d 795(Cal.1993).

³⁷⁴ 521 U.S. 424 (1997).

³⁷⁵ *Metro-North Commuter Railroad Co. v. Buckley*, 521 U.S. 424, 445 (1997).

他の深刻な疾病の発生というような特殊な傷害のリスクが増加しうることに根ざしている³⁷⁶。しかし、損害賠償請求を認めるために、最も多くの裁判所は、疾病にかかるおそれが増加できること、具体的かつ現実的であることを要求する。

確かに、純粋な精神的苦痛 (**pure emotional distress**) による権利主張を認めることに反対する者が主張する通り、ほぼすべての人々は、深刻な疾病あるいは癌に対して、おそれや恐怖を持っている。しかし、このような抽象的恐怖は、本来受け入れられる範囲にとどまるが、ある事件が起こることによって急速に増加し、しかも具体化されるようになるのである。例えば、有害物質に曝露した人は、自分がある有害物質との長期的な接触によって、癌に罹患するリスクが顕著に増加したことを知ったときに、恐怖や精神的不安を感じるなどが考えられる。仮に、依然として疾病の症状が現れていないとしても、一般的な医学知識や医者の医学勧告に基づいて有害物質に曝露したことを知った後、何らかのプレッシャーや精神的苦痛を受けることは、想像に難くないのではないか。

伝統的不法行為のもとで、多くの裁判所は、精神的苦痛によって被害回復が請求できる前に、原告の物理的損害を必要とする³⁷⁷。そのため、将来の傷害へのおそれ（深刻な疾病またはがんのおそれを含む）による権利主張の背景において、物理的損害が要件化され、精神的苦痛を受けた原告は、現在の身体的傷害を証明しなければならない。このように、傷害あるいは症状の顕著化が要求されると、原告は彼らの症状が拡大するとき、あるいは身体的傷害に発展するときを待ってはじめて起訴することができることになる。

ところが、「物理的損害」をめぐる実務上の争いがある。被告の行為が被害を実際に起こしたといえなくても、原告を「物理的に危険な状態 (**physical danger**)」に置かせたといえる場合に、原告の精神的苦痛による権利主張が認められるべきであるか否かについて論争がなされている³⁷⁸。「曝露だけでも「傷害」を構成するのに充分である」と示した裁判所もある³⁷⁹。一つの例としてあげると、裁判所が **Ethyl Corp. v. EPA**³⁸⁰ において述べたように、「危うくする (**endanger**)」ことの意味には争いがない。判例法または辞典からの定義によれば、危うくすることは決して実際の被害が必要であることを意味するわけではない。誰かが危険にさらされたとき、あるいはその脅威にさらされたとき、被害が脅かされており、実際の傷害が発生する必要はない」。

それゆえに、折衷案を提出するにあたって、長い間裁判所は被告の行為が原告に少なくとも「物理的影響 (**physical impact**)」をもたらしたことを要求した。一旦「物理的影響」が確立されたら、それが物理的・肉体的加害を引き起こしたことを必要としない。つまり、原告は物理的傷害ではなく、「物理的影響（軽い影響でもかまわない）」のみを示せば、精神的苦痛による損害賠償請求が認められうる。例えば、精神的苦痛による権利主張について、進歩的な裁判例として、裁判所は、不法行為の要件を満たすために傷害の概念を広げ、緩和し、ほとんどの身体症状（頭痛、嘔吐でさえを含む）、つまりは物理的影

³⁷⁶ そのため、「癌にかかるおそれによる請求」と「癌に罹患するリスク増加による請求」を区別せずに、下された判決もある。例えば、**Broussard v. Olin Corp.**, 546 So.2d 1301 (La.App.1989)。

³⁷⁷ *E.g.*, **Eagle-Picher Indus. v. Cox**, (Fla.App.3d Dist.1985); **Norfolk & Western Ry. Co. v. Ayers**, 538 U.S.135 (2003)。

³⁷⁸ *See supra* note 291, at 815, 824。

³⁷⁹ **Herber v. Johns-Mansville Corp.**, 785 F.2d 79, 85 (3d Cir. 1986). *See supra* note 274, at 183, 200。

³⁸⁰ 541 F. 2d 1 (D. C. Cir. 1976)。

響を「傷害 (injury)」として認める³⁸¹。現在のところ、少数の裁判所は物理的影響という要件をも緩和している。原告は、物理的傷害あるいは物理的影響を受けていなくても、被告の過失によって実証できるように差し迫った物理的被害に脅される場合に、精神的苦痛による損害賠償が認められる³⁸²。

換言すれば、一般的に多くの裁判所は、精神的苦痛による権利主張を背景に、物理的傷害や物理的影響という要件を採用している。しかしながら、何が物理的傷害あるいは物理的影響を構成するか、何が被害に当たるのかという争点は、裁判所によって大きな差がある。

疾病またはがんのおそれによる請求は、精神的苦痛による請求にとってより一般的な二つの中心的争点を提示するようになった³⁸³。それは、(1) 精神的苦痛と同時に生じた身体的傷害、症状、あるいは影響の必要性に関する要件が様々であることと、(2) 要素として要求された精神的苦痛の程度がまちまちであることである。実際の状況によっては、どのようなテストまたは治療が適切であるか、医療専門家の間で意見が違うこともある。

まず、(1) と関連して、多くの裁判所は、精神的苦痛（疾病またはがんのおそれなど）による請求を成立させるために、物理的・身体的傷害 (physical injury) あるいは物理的・身体的影響 (physical impact) を求めている。しかしながら、何が身体的傷害あるいは身体的影響を構成するかについて、裁判所の判断基準は幅広く異なっている。例えば、①放射能に曝露したことに関して、一般的に、放射能への高いレベルの曝露は傷害を構成するのに足りるが、低いレベルの曝露では足りないとされる。しかし、どの程度の曝露レベルが傷害に当たるのか、あるいはその具体的な線引きはどのくらいであるかについては、必ずしも明らかではない。また、いくつかの裁判所は、②アスベスト症への発展が傷害を構成することを認めるが、無症状の胸膜肥厚は身体的傷害に当たらないとした。しかし、その統一な判断基準は見当たらない。

次に、(2) と関連して、多くの裁判所は、原告の精神的苦痛を厳格に認定する。他方で、「精神的苦痛の深刻さ (seriousness)」というハードルを高く設定しない裁判所もある。そのような裁判所における事案では、ほとんどの原告がそのハードルを乗り越えられる³⁸⁴。その例として、例えば、*Hennesy v. Commonwealth Edison Co.*,³⁸⁵においては、精神的苦痛の深刻さを確信するのに明確な理由 (tangible reason) があれば、足りるとした。

なお、疾病罹患のリスク増加による権利主張の原告と異なり、精神的苦痛による権利主張の原告が、疾病発症の可能性が発症しない可能性より高い (the disease is more likely than not to occur) ということを証明する必要はないと示した裁判所がある。例えば、*Sterling v. Velsicol Chem. Corp.*,³⁸⁶ 事案において、裁判調査の主な焦点は、将来の疾病が発生するかどうかにあるのではなく、精神的苦痛にあるのである。裁判所は、将来の疾病を発症する可能性

³⁸¹ *Villari v. Terminix Int'l Inc.*, 677 F. Supp. 330, 337-338 (E.D. Pa. 1987); *Anderson v. W.R. Grace Co.*, 628 F. Supp. 1219, 1226-1228, 1227 n.4 (D.Mass. 1986). See *supra* note 274, at 183, 200.

³⁸² *Battalla v. State*, 176 N.E.2d 729, 730-732 (N.Y. 1961) において、裁判所は、物理的影響がなくとも、安全（セキュリティ）対策が施されていないスキースリフトから落ちることに対するおそれから生じた精神的苦痛が回復できると判じた。また、*Molien v. Kaiser Foundation Hospital*, See *supra* note 291, at 815, 824, note 37.

³⁸³ See *supra* note 270, at 131.

³⁸⁴ *Id.* at 133.

³⁸⁵ 764 F. Supp. 495, 506 (N.D. Ill. 1991).

³⁸⁶ 855 F.2d 1188, 1206 (6th Cir. 1988).

が低いときでさえ、将来の疾病に対するおそれが合理的であるという事実を認定できれば、原告の主張を認容する³⁸⁷。

ところで、(1)の補足として、単なる有害物質の曝露が身体的傷害あるいは身体的影響を構成するのに十分であるかどうかについて、裁判所の意見は二つに大別できる。反対する側の裁判例を挙げると、例えば、**Metro-North Commuter Railroad Co. v. Buckley**,³⁸⁸において、連邦最高裁判所の有力な決定（先例とならない）は、州判例法における先例を調査した上で、単なる発がん性物質への曝露（甚大な曝露としても）のみでは身体的影響を構成するのに十分ではないとした。それゆえに、裁判所は、**Federal Employer's Liability Act**（連邦雇用者責任法）のもとで、過失によって精神的苦痛を与えたことを理由に提起した損害賠償請求を認容できないと決定した。

いうまでもなく、精神的苦痛による損害賠償請求を認める裁判例は、原告に有害物質への曝露という事実以外の要件をも要求する。実質的に、多くの裁判所は、病気を引き起こす物質への曝露、将来の疾病にかかるおそれ、そして、両者の間の因果関係を原告側が立証することを求める。例えば、(1) ニューヨーク州法によると、症状が現れない限り、過失によって精神的苦痛を与えたことに基づく権利主張について、裁判所は、疾病に対するおそれを訴訟原因として認めるにあたって、有害物質に曝露した原告は、以下のことを証明しなければならない。すなわち、①「極端かつ非道な加害行為（**extreme and outrageous conduct**）」が存在すること、②被告が故意に原告の深刻な精神的苦痛を引き起こしたこと、あるいは深刻な精神的苦痛を引き起こす相当な可能性を無視したこと、③加害行為と将来の傷害との間に因果関係があること、④深刻な精神的苦痛が生じたことである。

また、(2) **Sterling v. Velsicol Chemical Corp.**³⁸⁹事案において、原告は、疾病やがんにかかるリスク増加によるおそれを理由に、損害賠償を請求した。裁判官は、原告が飲料水に含まれた化学物質への接触によって生じた精神的苦痛に対して、代表的な五人の原告に、合計金額 725,000 ドルの損害賠償を認めた。この判決を下すにあたり、裁判所は、以下のような五つの要素を考量した。①原告それぞれの年齢、②巻き込まれたリスクに関する認識能力、③彼あるいは彼女の家庭状況、④原告の精神的苦痛に影響を及ぼしうる既往病歴があるか否か、⑤原告の飲料水が汚染物質に曝露されたことに対するそれぞれのレスポンスの合理性である。

最後に、疾病罹患のリスク増加による権利主張と比べ、リスクの精神的苦痛による権利主張が認容されやすい。例えば、**Devlin v. Johns-Manville Corp.**,³⁹⁰において、原告は、被告の会社で働くことが原因で、職場でアスベストに接触していたため、被告に対して、現段階では、がん罹患していなくても、①石綿（肺）症に関するがんのリスク増強を理由に、また、②接触によって付随するがん恐怖症あるいはがんに対するおそれが生じたことを理由に、損害賠償を求めた。ニュージャージー州最高裁は、がんのリスク増強のみによる権利主張を棄却した。その理由づけは、ニュージャージー州がそのような種類の訴訟原因（**a cause of action**）を認めないことである。しかしながら、州最高

³⁸⁷ See *Sterling v. Velsicol Chem. Corp.*, 855 F.2d 1188, 1206 (6th Cir. 1988). 裁判所は、精神的苦痛が合理的かつ深刻である場合に、有害廃棄物に隣接した土地所有者が、今の段階で疾病が発生していなくても、将来的に癌にかかるリスクによるおそれについて権利回復できると判じた。

³⁸⁸ 521 U.S. 424 (1997).

³⁸⁹ *Sterling v. Velsicol Chem. Corp.*, 855 F.2d 1188, 1206 (6th Cir. 1988).

³⁹⁰ 495 A.2d 495 (N.J. Super. 1985).

裁は、がんのリスク増加に関連する精神的被害に対する損害賠償と将来の医療検査（medical surveillance）が必要となることから生じる損害賠償を認めた。

第三節 法律ディレンマを突破する試みⅢ——医療モニタリングによる権利主張

将来の疾病や苦痛を防ぐために、医療モニタリングの費用による損害賠償請求は相対的に新しい救済策であるとみられる³⁹¹。このような救済策は、理論的にも実的にも重要な意味を持つ。精神的苦痛による請求とリスク増加による請求とは異なり、医療モニタリングの費用を対象とする訴えを裁判所に提起するときは、裁判所は、このような医療モニタリングが原告に健康効果をもたらし、しかも因果関係に関する現在医学の限界を克服するのに必要であるという主張を認容しやすい³⁹²。このように、医療モニタリングによる損害賠償という発想は、リスク増加による権利主張の欠点を克服し、原告の救済に対応するために発展してきた。

実際のところ、カリフォルニア州の最高裁など多くの裁判所によって、医療モニタリング制度が受け入れられている。多くの裁判所は、リスク増加による請求と非意図的に精神的苦痛が与えられること（non-intentional infliction of emotional distress）による請求を拒否したが、医療モニタリングによる請求を認めてきた。例えば、以下のような判決があげられる。

①Hagerty v. L & L Marine Services, Inc., 788 F.2d 315 (5th Cir.1986)において、原告は発がん性物質（ベンゼン及びトルエンを含む）を浴びせられた。控訴裁判所は、原告が疾病の発症する可能性が発症しない可能性より大きい（more likely than not）ということを証明できないとして、リスク増加による請求を棄却した。しかし裁判所は、原告の定期的な医療検査に関する継続的な費用による損害賠償請求を認めた。

②Ayers v. Township of Jackson, 525 A.2d 287 (N.J. 1987)において、裁判所は、医療モニタリングによる請求を認めたが、リスク増加に基づく請求は次のような場合に限定した。すなわち、原告が将来の物理的損害を発生する蓋然性（more probable than not）を証明できる場合である。

③Hansen v. Mountain Fuel Supply Co., 858 P.2d 970 (Utah 1993)において、修繕作業中にアスベストに曝露した原告は人身的傷害、精神的苦痛および医療モニタリングによる損害賠償を請求した。しかしユタ州裁判所は、不法行為に起因する実際の傷害に関する証拠がないことを理由に、過失による精神的苦痛が与えられることに基づく請求を拒否したが、医療モニタリングによる請求を認めた。

④Potter v. Firestone Tire & rubber Co., 863 P.2d 795 (Cal 1993)において、カリフォルニア州の裁判所は、医療モニタリングによる請求を認めたが、精神的苦痛による請求とリスク増加に基づく請求を次のような場合に限定した。すなわち、原告が予想される物理的傷害の発生の蓋然性（「more probable than not」）を証明できる場合である。

⑤Doe v. City of Stamford, 699 A.2d 52 (Conn.Super.Ct.1997)において、HIVに感染した供血者の血液から作られた血液製品への曝露（HIVと結核の感染）について、コネティカット州の最高裁は、州の労働者への補償に関する法律の下で、医療モニタリングによる救済を命じた。その事件に付随する物理的傷害やトラウマがなくても、潜在的かつ致命的な伝染性の疾病への曝露は、「傷害」に当たるとされた。

³⁹¹ See *supra* note 316, at 286.

³⁹² *Id.* at 287.

⑥Bower v. Westinghouse Electric Corp., 522 S.E.2d 424 (W.Va.1999)において、ウェストバージニア州の裁判所は、精神的苦痛による請求を拒否したが、医療モニタリングによる請求を認容した。

以上のように、リスク増加による権利主張や精神的苦痛による権利主張と比べると、医療モニタリングによる権利主張は裁判所に親和性があるので、認められやすい。

第三章 医療モニタリングによる権利主張に関する理論状況

本章では、医療モニタリングによる権利主張に関する理論状況について、まず、その権利主張の具体的内容及び賠償範囲を確定する（第一節）。次に、医療モニタリングによる権利主張と精神的苦痛による権利主張、あるいはリスク増加による権利主張との異同を検討する（第二節）。さらに、医療モニタリングによる救済をめぐる論争（賛成する意見と反対する意見を含む）を検討したうえで（第三節）、最後に、医学的観点から医療モニタリングの適用条件を分析する（第四節）。

第一節 権利主張の具体的内容及び賠償範囲

一つの主張として、提訴時に医療モニタリングが必要となることそれ自体が権利侵害とするものがある。不法行為それ自体が原告を死亡または深刻な疾病の発症のリスクに曝したので、原告は、医療専門家の医療勧告に従い、高額の定期的な医療モニタリングを受けることが医学上必要となる状態に陥る。医療モニタリングと医療監視サービスは、将来の健康への特定の悪影響（健康被害）に対する早期発見・診断を目的とする。そうすると、疾病の早期発見によって被害者は、早死を避けることができ、あるいは深刻な疾病を和らげることができる。医療検査費用あるいは健康診断費用（医療モニタリング費用）は、できるだけ一番早い段階で曝露と関連する潜在的疾病の発症を診断するための、定期的な医学検査と診断テストに関する費用である。被告は、原告の医療モニタリング費用を負担するのは当然なことであろう。

医療モニタリングによる権利主張は、原告に将来の疾病の罹患に関するすべての費用を請求することを認めることを意味しない。簡単に言えば、医療モニタリングの費用は、将来の潜在的な疾病を発見するための合理的な（定期医療）診断及び検査費用である。その費用は、（将来的に発生する）疾病の治療費用を含まないという見解が強く主張されている³⁹³。医療モニタリングを承認する裁判所は、損害賠償費用を、問題となる特定の疾病（他の病状ではない）の検出、モニタリング、検査（治療ではない）費用に限定する³⁹⁴。また、当然の結果として、医療モニタリングの対象は、疾病の症状が未だ現れていない原告、つまり無症候性の原告のみに限定している。理論的に考えると、医療モニタリング費用の支払いは、問題となる疾病の潜伏期間という継続期間に限定されている。いったん有害物質によって引き起こされた疾病が発症したならば、その治療費用は医療モニタリング費用に含まれない。

第二節 他の潜在的損害に基づく権利主張との異同

³⁹³ Richard Bourne, *Medical Monitoring Without Physical Injury: The Least Justice Can Do for Those Industry Has Terrorized With Poisonous Products*, 58 S. M. U. L. REV. 251, 257 (2005).

³⁹⁴ See *supra* note 270, at 136.

医療モニタリングによる権利主張は、がんに対するおそれによる権利主張やリスク増加による権利主張と同様に、傷害の将来の不確実性と関連している。しかし注意すべきなのは、精神的苦痛、あるいはリスク増加による権利主張と医療モニタリングによる権利主張との間には、共通点があるが、明らかな相違点もあるのである。

要するに、医療モニタリングによる権利主張は、曝露と関連する疾病の診断するための、定期的な医学検査費用を請求する。それは、原告が将来的に疾病に罹患するおそれを何らかの形で補償するわけではない³⁹⁵。しかもそれは、将来の疾患をもたらす可能性（リスク増加）と関連する何らかの損害に対する賠償を求めるわけでもない。さらに、医療モニタリングに関する費用は、診断された疾病あるいは発症する可能性が大きな疾病に対して賠償するものではない。

第一款 精神的苦痛に基づく権利主張との異同

精神的苦痛に基づく原告の権利主張は、有害物質に曝露されたことにより、健康被害等へのおそれが生じたという現実的損害を受けていると主張する。多くの裁判所は、精神的苦痛による権利主張において、物理的傷害あるいは物理的影響という要件を採用している。つまり、精神的損害は現実の物理的傷害がありそれに伴って認められるとされている。一般的に、物理的傷害がない場合に、少なくとも被告の「非道な加害行為」の存在は、精神的苦痛によって損害賠償を請求するために必要な条件である。

それに対して、医療モニタリングに基づく権利主張は、現在のところ無症状の原告によって、曝露と関連する疾病の発症を発見・診断するための医学検査費用を請求するために提出される権利主張である。文言上の定義からの説明によれば、原告は、医療モニタリング費用を請求するとき、実際の身体的傷害を証明する必要がないとされている。また、ある見解では医療モニタリング費用に対する損害賠償は金銭的損害賠償であり、間接的損害賠償の一つの項目として認められる。

第二款 リスク増加に基づく権利主張との異同

一般的に言えば、医療モニタリングに基づく権利主張の原告は、リスク増加に基づく権利主張の原告と同じような特質を示している。それは、両者の権利主張の前提条件ともいえるが、有害物質への重大な曝露がなされたにもかかわらず、未だ疾患の身体症状が現れていないという点にある。もっとも、裁判所は、リスク増加による請求と比べると、医療モニタリング・医療観察による請求を認容しやすい傾向にある³⁹⁶。

医療モニタリングによる請求とリスク増加による請求との共通点は、ある意味で、リスクが両者の損害賠償の根拠づけとなるところにある。もちろん、リスク増加に基づく訴訟にせよ、医療モニタリングによる訴訟にせよ、原告は、被告の不法行為によって疾病にかかる絶対的ないしは相対的なリスクが実質的に増加したことを証明しなければならない。換言すれば、裁判所は、原告の遺伝因子や生活習慣・経験と関連する特質的な因子を超えて、原告の疾病にかかるリスクがどの程度増加したかということの評価しなければならない。

しかしながら、医療モニタリングによる損害賠償には、疾病のリスク増加に関する推測できる確実性、あるいは理論上存在する精確性がそこまで要求され

³⁹⁵ JEAN MACCHIAROLI EGGEN, TOXIC TORTS IN A NUTSHELL (3d ed.)(West, 2005) 318.

³⁹⁶ *Id.* at 318.

ない。つまり、一般的に言えば、医療モニタリングを認める判決の根拠となるリスクのレベルは、リスク増加による権利主張の多くに一般的に要求されたリスクのレベルより低い。そのため、リスク増加に基づく訴訟における因果関係と損害の確定困難性と比べると、医療モニタリングによる訴訟の証明問題は、そこまで難しくはないのである。

要するに、医療モニタリング費用による請求は、将来の疾病にかかるリスク増加による請求と異なる面がある。具体的に分析すれば、医療モニタリングに基づく権利主張とリスク増加に基づく権利主張との相違は、以下の通りである。

第一に、リスク増加による訴訟は、現在の加害に基づく訴訟ではなく、リスクに基づいて、将来の疾病に対する損害賠償を求めることを目指す。しかし被害者は、一生の間に予想される疾病に罹患しないまま済む可能性もある。それに対して、医療モニタリング費用を求める訴訟において、基本的な原理として、被告は、原告を定期的な検査が必要となる状態に置かせたので、その費用を補償するわけである。それゆえに、原告が最終的に病気にかかるかどうかは、被告の帰責根拠ではない。

言い換えれば、医療モニタリングによる訴訟に賛意を示す者によると、医療モニタリングは、リスクそれ自体による損害賠償を求めるわけではない。その代わりに、現在の加害を探し出すために、早期に疾病を診断し迅速に治療を行うことを目的とする。医療モニタリングの原告は、自分の命を救うために、早期発見を保証する医療検査を受けなければならないことによる経済的被害、つまり現実的損害を受けている。この経済的損害は、被告の不法行為によって生じた結果であり、被告は原告をこのような状況に置かせたわけである。被告が違法に原告を、医療モニタリングを必要とする状態（まだ物理的傷害に苦しんでいる状態ではない）に置かせたため、医療モニタリングという救済が必要となってきた。この点から見ると、リスク増加に基づく権利主張との間に大きな差がある。

第二に、リスク増加に基づく訴訟において、原告はリスク、リスクの程度、金銭的評価を証明する必要がある。そのうち、リスク増加による権利主張に関する損害賠償が、直接的に将来の疾病にかかるリスクに基づいているため、リスクの認定基準は厳格である。疾病にかかるリスクに関して、「合理的な確実性」にせよ、「医学上の合理的な確実性」にせよ、「疾病発症の可能性が発症しない可能性より高いこと」にせよ、原告がいずれも将来の疾病の発症リスクが 50%を超えることを立証しなければならないと多く主張されている。原告は、それを証明できない限り、裁判官は、将来の疾病の発症リスク増加による損害賠償請求を認容できない。

しかし、これと異なり、医療モニタリングに基づく訴訟において、裁判所は、被告の行為が、原告に特定の疾病にかかるリスクをどのくらい増加させたかということを決めるとき、リスクに関する数学的精度への要求を切り下げる。いくつかの裁判所は、リスクの増加については、陪審員が必要な検査費用を決めるときの一つの考量すべきファクターにすぎないことを示した³⁹⁷。というのも、合理的な医者は、原告が被告から生じた危険物質との接触後に、医療モニタリングを合理的かつ必要である状態となることを判断できれば、医療モニタリングが適用されるはずである。例えば、Ayers判決³⁹⁸によれば、リスクを数値で表すことは要求されていない。

第三に、医療モニタリングの費用に関して、一括払い金（一時金）（lump sums）として払われるべきであるか、それとも裁判所監督の信託基金

³⁹⁷ See *supra* note 316, at 287~288.

³⁹⁸ Ayers v. Township of Jackson, 525 A.2d 287 (N.J. 1987).

(court-supervised trust fund) によって払い戻されるべきであるかの議論がある。しかし、医療モニタリング費用に対する損害賠償と異なり、リスク増加による損害賠償は、基本的に一時金の形で払われることが想定される。不法行為制度は損害を填補するために作られた制度であるので、リスク増加の権利主張によって原告の潜在的に得られる大きな利益が実際に何のために使われるかは、一つの問題である。つまり、原告が一時金として多額の損害賠償金をもらった後、その中のどれだけが実際に損害を補償するために使われるのかという疑問が生じる。

第三節 医療モニタリングによる救済をめぐる論争

医療モニタリングによる救済の成立については、学界においても、裁判実務においても、賛否両論である。以下では、医療モニタリングによる救済に賛成する側の観点と反対する側の観点とに分けて、議論を争点ごとに整理して検討していく。具体的には、医療モニタリングによる救済のメリット（第一款）、医療モニタリングへの反対意見（第二款）、医療モニタリングが裁判所に受け入れられる原因分析（第三款）、医療モニタリングによる請求の正当性（第四款）について分析していく。

第一款 医療モニタリングによる救済のメリット

医療モニタリングによる救済のメリット・機能は以下に述べるとおりである。

(1) 疾病の発見が遅れるため、有害物質、特にがんを誘発する物質に曝露した被害者は身体的不利益を受けている。そのため、医療モニタリングは、その損害の拡大を防止する一つの救済手段である。疾病の早期発見は、被害者にとって、疾病の予後診断を大幅に向上させ、治療を早い段階で迅速に行い、被害者の生存率を高めるひとつの方法である。しかも、多くの疾病の早期診断は、疾病と闘うコストを下げることができる³⁹⁹。

(2) 既知の有害物質に曝露された被害者は、精神的不利益を受けやすいので、被害者の不安をある程度解消するために、医療モニタリングが必要となる。つまり、医療モニタリングは、原告の未知のものへのおそれに関する精神的苦しみを緩和できるであろう。

原告は、疾病の早期発見のための予防治療を受けられることによって、直面しなければならない未知のものに関するおそれが軽減される。というものの、どうすることもできず、疾病を起こさないことばかりを祈るしかできない状況よりも、むしろ被害者は、早死にを防ぐために、何らかの訴訟手続を行うことによって、自分の精神的苦痛を（完全に取り除くことができないとしても）、大幅に減少させられるからである。

(3) 被告の行為から潜在的な疾病が発症するまで長時間が経過することによって、原告の訴訟が現行法の出訴期間を超える可能性がある。そのほか、長期間が経つと、証拠の紛失によって、因果関係の証明も難しくなる。そして、大規模有害物質による不法行為には被害者が多いため、数年後加害者が破産するに至り、被害者の救済が十分に行われない場合、社会の不安定をもたらすおそれがある。医療モニタリングによる救済は、早い段階で、その問題を解決しうる。

³⁹⁹ Kira Elert, *Dillon v. Evanston Hospital: Illinois Adopts the New Increased Risk Doctrine Governing Recovery for Future Injury*, 34 LOY. U. CHI. L. J. 685, 709 (2003).

(4) 被害者を救済するのみならず、加害者の不法行為を抑止する側面もある。加害者に医療モニタリングの費用を課すと、間接的に、加害者の不法行為に一定の抑止や予防という効果を及ぼす余地がある。医療モニタリングによる救済を認めるのは、少なくとも、加害者に部分的な説明義務を与えているのと同じである。しかも被告は、自分が引き起こしたすべての傷害に対して損害賠償を命じられるとすれば、これらの加害のコストを「内部化」(internalize)し、自分の行為から生じうる利益とコストを適切に比較検討するようになる⁴⁰⁰。そうしないと被告は、将来的に数えきれないほどより多くの傷害を引き起こす可能性がある。

第二款 医療モニタリングへの反対意見

医療モニタリングに基づく権利主張は、疾病の発症を発見・治療するために、現在のところ無症状の原告によって提出される権利主張である。それゆえに、文言上から説明すると、裁判所で医療モニタリング費用を請求するとき、原告は実際の身体的傷害を証明する必要がないとされている。この点に対して、医療モニタリングについての反対意見は、主に以下のようである。

(1) 被害者の症状が現れるまで傷害の現実的脅威に関する証拠は、科学上不明確すぎるため、司法の干渉は正当化できない⁴⁰¹。裁判所が単に危険物質に曝露したこと(身体的傷害・症状なし)に基づく医療モニタリングによる権利主張を広く認めるならば、大規模多人数がこのような訴訟を提起することにより、司法資源が大幅に不足することとなる。このような訴訟を許可すると、高額な訴訟あるいは大いに無駄な訴訟の連発を促進する⁴⁰²。とくに、現代社会では、環境に数えきれないほど多くの汚染物が存在するため、医療モニタリングによる権利主張が広く認められることは、訴訟の急増する原因となる⁴⁰³。しかも、それは限られた医療資源に重い負担をかけ、医療制度に混乱をもたらしうる⁴⁰⁴。

(2) それと同時に、潜在的な訴訟の規模と原告の人数を考えれば、被告が無限責任を負うリスクがあり、企業の利益を骨抜きにする可能性がある。もし企業が破産する状態に至ったならば、より深刻な身体的傷害を受けた被害者に対する補償基金が不十分となるかもしれない⁴⁰⁵。その結果、確定された症状を持つ被害者への補償に充てられるものとするファンドが占められ、実際に症状が現れた被害者が存在する場合に利用できるはずの補償金がなくなり、被害者の救済はとどまることになる。しかも、無症状の原告は最終的に二重の損害賠償金を得る、つまり損害が二重にでん補される可能性があり、原告は健康保険会社あるいは雇用者から医療モニタリング費用の払い戻しを受けた上で、医療モニタリング訴訟によって同じ金額をもらえることになりうる。

(3) 前述と関連して、産業に莫大な費用を課すよりはむしろ、被害者が医療保険を手段としてこれらの費用を負担したほうが、社会にとってより効率的である。この問題を解決するためには医療保険制度を採用することがより効率的である。

⁴⁰⁰ See *supra* note 271, at 1505, 1509.

⁴⁰¹ Victor E. Schwartz et al., *Medical Monitoring—Should Tort Law Say Yes?*, 34 WAKE FOREST L. REV. 1057, 1071-1072(1999).

⁴⁰² See *supra* note 291, at 815, 844.

⁴⁰³ See *supra* note 274, at 183, 206.

⁴⁰⁴ George W.C. McCarter, *Medical Sue-Veillance: A History and Critique of the Medical Monitoring Remedy in Toxic Tort Litigation*, 45 RUTGERS L. REV. 227, 280 (1993).

⁴⁰⁵ Victor E. Schwartz, Leah Lorber, Emily J. Laird, *Medical Monitoring: The Right Way and the Wrong Way*, 70 (2) MISS. L. REV. 349, 379 (2005).

(4) 医療モニタリングという救済それ自体は、医学上実質的な有効性があることが稀である⁴⁰⁶。「早期検査・診断の価値」について、一部の医学専門家は、（特に、がんの場合）早期検査・診断（医療モニタリング）と被害者の疾病予防・治療や生存率の上昇との間に必然的な関係がないことと示した。特定の個人ががん罹患するリスクは、その人の（生活習慣を含む）ライフスタイルによって大きく変化する。予防医学における多くの専門家は、無症状の原告の健康を維持するために、医療モニタリングというよりも、むしろ食事制限、運動、薬物濫用を抑制することに焦点を合わせて、行動様式を調整したほうが重要であることを強調する⁴⁰⁷。さらに、この見解によると、がん罹患するかどうかについて一番関連する要素は、個人の遺伝因子であるので、早期検査・診断は、疾病を発見する程度の意味以外は存しない。そして、医療モニタリングによって疾病の自然的な発展と最終的な結果が変えられることは不可能である。

第三款 医療モニタリングが裁判所に受け入れられる原因分析

伝統的な不法行為訴訟において、身体的傷害を受けた被害者に対して、将来の医療費用に対する損害賠償請求がしばしば認められるが、有害物質に曝露された無症状の被害者への医療モニタリング費用の提供には、若干難点が残されている。政策的な対応として、裁判所が医療モニタリング請求を受け入れるようになったいくつかの理由は、以下の通りである⁴⁰⁸。

(1) 裁判所は、法律が特殊な権利侵害に対して、救済の方法を与えていないことを知りつつ、有害・危険物質による不法行為の原告からの様々な請求を棄却せざるをえないことに対して、しばしば遺憾の意を表明している。裁判所は、衡平の観点から、医療モニタリングによる権利主張を認めるならば、重大な曝露を受けた原告への何らかの支援となると考えるからである。

(2) 裁判所は、医療モニタリングによる請求がリスク増加による請求よりもずっと安価な代替選択肢である（**much less costly alternative**）とみなしている。それによって、裁判所は、最終的に病気にかからない人々への過剰な賠償金の支払を避けることができる。また、曝露した人々が早期発見と早期治療を受けるならば、多くの被害者は治癒され得る。原告が医療モニタリングを受け、命が救われた場合、被告の最終的なコストが軽減され则认为られる。すなわち、医療モニタリングという救済は、公共的な利益（健康利益）を高め、請求に関する将来コストを全体的に減らしうるのである⁴⁰⁹。

(3) 医療モニタリングに基づく権利主張は、被告が過失による不法行為を行うことを阻止しうる。不法行為制度の機能として、被害者の損害填補という主な機能のほかに、不法行為を抑止するという機能も挙げられる。それは、潜在的な加害者が、損害賠償責任の負担を回避するために、注意深く行動をさせたり、危険な行動を控えさせたりとする機能である。ここで適用すると、原告の症状が現れるまで被告が責任を負わないことを放任したままというよりも、むしろ被告が有害物質を排出した直後、あるいは原告に危険物質の曝露をさせる他の行為を行った後、被告にはある経済的義務を課し、プレッシャーを与えるほうが合理的であると考えられる。

⁴⁰⁶ THOMAS M. GOUTMAN & MARK G. ELLIS (EDS.), *MEDICAL MONITORING: HOW BAD SCIENCE MAKES BAD LAW*, (Washington, D.C.: National Legal Center for the Public Interest, 2001) 6.

⁴⁰⁷ See *supra* note 404, at 227, 278.

⁴⁰⁸ Allan T. Slagel, *Medical Surveillance Damages: A Solution to the Inadequate Compensation of Toxic Tort Victims*, 63 (4) IND. L. J. 849 (1988).

⁴⁰⁹ Geoffrey C. Hazard, Jr., *The Futures Problem*, 148 U. PA. L. REV. 1901, 1905 (2000).

(4) それは、被告が医療モニタリング費用を被害者に転嫁することを防ぐためである。もし原告が被告に提供されたモニタリングサービスを拒否した場合には、被告の弁護士は、危険の引受け (*assumption of risk*)、寄与過失の法理 (*contributory negligence doctrine*)、あるいは抑止可能損害の原理 (*avoidable consequences doctrine*) を通じて、被告側の最終的な責任を緩和させうる。

(5) 医療モニタリング救済を認容する判決は、このような法的救済手段が公衆の利益のためであるとししばしば主張している。例えば、危険な製品の場合である。それは、被告が公衆を危険な製品にさらすことについて防止せずまににいることを阻止できるのであり、国民の命を救うことにつながるのである。これは公共政策の要求にも対応しているといえるであろう。それに加えて、疾病から国民の寿命と将来の健康への悪影響を防止・限定するために、この制度は必要となるであろう。

(6) そのほか、少数の裁判所⁴¹⁰は、早期医療モニタリングが被害者に長期的な病気にかかるという（末期症状の）前兆を伝え、被害者に避けられない結果に対する計画を立てさせることができる機能を有している以上、早く進んで医療モニタリング救済を与えるべきであると述べた。

第四款 医療モニタリングによる請求の正当性

医療モニタリングによる請求の正当性に関して、感情的に言えば、公平性の観点から、その理由はごく単純かつ魅力的であるようにみえる⁴¹¹。すなわち、被告が原告を不当に（不法に）そのような状況に置かせたため、被告は医療モニタリング費用を負担することによって、原告の経済的負担を軽減すべきである。例えば、被告には過失があつて、運転した自動車が原告の車と衝突して、その後、原告は、交通事故が身体に何らかの影響を与えたかどうかのを調べるために、病院で医療検査とレントゲン写真を取った。検査した結果は、原告の身体に傷害がなかったにもかかわらず、裁判所は、予防検査の費用に対する損害賠償を認めた。その判断は、被告の行為が原因で、専門家によって合理的に導かれるからである。とくに、現在の専門的な医学的判断の下では、このようなモニタリングは原告の死亡率または長期の健康に関する見通しを改善するのに有効である場合が多い。医療スクリーニング（症状が現れる前に病気を発見するための検査）は、被告の行為が原告の（疾病の）罹患率と死亡率を引き起こすリスクを最小限に抑える一つの方法としてみなされる。それゆえに、多くの裁判所は、医療モニタリング救済を命じる。

また、進歩的な裁判例は、被害者の受ける経済的損失に焦点を当てている。例えば、危険物質を含む製造物の場合、被告が生産した製造物との接触がなかったとすれば、現在の医療基準によると、原告は、医者に定期的なスクリーニングを勧められないはずである。そのため、（被告の）危険製品または有害物質への接触によって、原告は医療モニタリングが必要となる場合に、被告は原告の代わりに、モニタリング費用を払わなければならない。つまり、被告の故意または過失行為によって、原告は、有害物質に曝露し、癌または他の深刻な疾病の脅威に直面し、高額な定期医療検査あるいは医療監視を受けなければな

⁴¹⁰ *Redland Soccer Club v. Dep't of the Army*, 696 A.2d 137, 146 n.8(Pa.1997) ; *Bower v. Westinghouse Elec. Corp.*, 522 S.E.2d 424,434 (W.Va.1999).

⁴¹¹ *Leslie S. Gara, Medical surveillance Damages: Using Common Sense and the Common Law to Mitigate the Dangers Posed by Environmental Hazards*, 12 HARV. ENVTL. L. REV. 265, 269, 277 (1988).

らないということになり、これから生じる健康検査費用は、経済的損失（現実的損害）として、被告に填補されるはずである。原告は、医療モニタリング費用に関する経済的負担を被告に転嫁させることが公平かつ正義の法律原則に適合すると強く主張する。しかも、医療モニタリング費用は医学知識と医療技術の進歩に伴って変化するものの、その金額は相対的に明確であり、予想可能である。そのため、医療モニタリングの適用には実践的な意味がある。

ところで、この制度に対して、シングル・アクション・ルール（the single action rule）に関する疑問がある。すなわち、歴史的にみれば、原告が損害賠償を請求するとき、同じ不法行為に基づいて、二重訴訟を提起することは禁止されている。しかしながら、アスベスト訴訟において、裁判所はこのシングル・アクション・ルールを適切に排斥している。それによって原告は、まず加害者に対して、軽症疾患に関する損害賠償を求めるために訴える。次に原告が、アスベストに関連したより深刻な疾病（例えば、中皮腫、肺がん）の発症によって訴訟を再度提起することは、裁判所に認められている。

それと同様に、医療モニタリングに基づく訴訟においても、原告が最初に単独の損失（例えば、医療モニタリング費用）のため、訴訟を起こし、その後、疾病の発症に関する損害賠償を請求する場合に、裁判所はシングル・アクション・ルールを使わずに、原告の請求を認容しうる⁴¹²。というのも、医療モニタリングに関する損害賠償を認める裁判所は、将来の傷害を補償するのではなく、医療モニタリング費用のみを償うからである。二回目の訴訟の原因は、疾病が実際に生じたことにあるので、それは一回目の医療モニタリングによる権利主張の訴因とは別のものであり、両者の訴因は区別できる。そのため、医療モニタリングを求める原告は、二回目の訴訟を起こしても、二重補償にはならない。多くの考えは、この立場に立つ⁴¹³。

第四節 医療モニタリングの適用条件——医学的観点から

医療モニタリング訴訟は、「人身傷害訴訟と公衆衛生との間の長期にわたる分離を超えて手を差し伸べる」と評価されている⁴¹⁴。医療モニタリングは、早期診断を可能とし、疾病の有効な治療に対して合理的な可能性をもたらすかもしれない。原告は、早期診断によって、深刻な疾病が緩和されうる。しかし、科学界・医学界は、この学際的問題に対して、法曹界とまるで異なる考え方を持っているようである（一つの例を挙げると、因果関係の問題に対して、法学と医学の意見の相違が想起される）。

科学者と医療専門家は、医療モニタリングを医療ケア・疾病予防の一つの構成要素とみなしている。そうすると、多くの医療専門家は医療モニタリングに関する権利主張がなされるとき、医療モニタリングが有効であるという可能性があることを欠かせない要件にしている。つまり彼らは、医療モニタリングによって疾病が治療されうる、あるいは予防されうるという効果が生じる場合にのみ、医療モニタリングの適用が適切であると信じている。そこで、科学的・医学的な視点（主流派）からの医療モニタリングに対する適用要求を紹介する。

以下では、医学的観点から医療モニタリングの適用への要求に関して、医療モニタリングに対する一般に認められた科学的かつ医学的なアプローチを検討

⁴¹² Kara L. McCall, *Medical Monitoring Plaintiffs and Subsequent Claims for Disease*, 66 U. CHI. L. REV. 969 (1999).

⁴¹³ Pankaj Venugopal, *The Class Certification of Medical Monitoring Claims*, 102 (6) COLUM. L. REV. 1659, 1674, 1675 (2002).

⁴¹⁴ David M. Studdert et al., *Medical Monitoring for Pharmaceutical Injuries: Tort Law for the Public's Health?*, JAMA, Feb. 19, 2003, at 889, 890.

していく。一般的な科学的かつ医学的な視点から、医療モニタリングは以下のような四つの疾病の場合に、適切であるかもしれないと主張されている⁴¹⁵。すなわち、(1) 患者の症状を通して疾病の兆候が一般的に捉えられる前に、医療モニタリングを通して(疾病の)発見が可能である場合や、(2) 早期発見が、疾病の早期診療・治療を導くことができる場合、(3) 医療モニタリングによって期待できる利益が医療モニタリングのコストを上回る場合及び(4) 医療モニタリングによって期待できる利益が医療モニタリングのリスクを上回る場合である。

具体的には、以下のように説明する⁴¹⁶。(1)の場合には、医療モニタリングは適当である。つまり、医療モニタリングによって疾病が発見されることは、症状に気付いてから疾病が発見されることに比して、時間的に早いので、医療モニタリングには価値があると認められる。この原則に従って、多くの医療専門家は、次のような疾患カテゴリーのためになされた医療モニタリングに反対する。それは、ある種のがん、あるいは鉛曝露に起因する腎障害の場合である。

なぜならば、それらの疾患カテゴリーにおいて、医療モニタリングが疾病を発見できるとき、あるいは発見できる前に、一般的には患者の症状が現れるからである。そのため、医療モニタリングが必要ではないといえる。そして上記の場合に、医療モニタリングの適用に対して、「コストがかかり、しかも疑問の余地がある」という評価もある。

(2)の場合には、医療モニタリングによる疾病の早期発見は有益であり、疾病に対して可能な治療をもたらしうると評価できる。しかし、すべての医療専門家は、医療モニタリングが常に有益であると信じているわけではない。そのため、多くの医療専門家は、治療不可能な病気(不治の病気)が医療モニタリングの対象に当たるのは適切ではないと考えている(例えば、中皮腫、AIDS、多発性硬化症および筋萎縮性側索硬化症[ALS]などの疾病が挙げられる)。

なぜならば、不治の病気に対する早期発見は、患者に大きな精神的苦痛を与えうるからである。これらのケースでは、早期診療から何らかの利益も得られず、しかも不治の病気という診断結果に対して、相当の精神的ダメージ(ショック)が生じうる。早期発見は、患者に不安を与える一方で、疾病の治療に何らかの役にも立たないとされる。そのため、多くの医療専門家は、それらの病気について、医療モニタリングの適用が適切ではないと判断したわけである。

(3) 医療モニタリングの潜在的な利益は、コストを上回らなければならない。つまり、医療モニタリングを適用するか否かに当たっては、コストを考慮に入れなければならないという主張がある。適用される医療モニタリングは、経済的に分析すれば、費用対効果の良いアプローチ(cost-effective)でなければならないとされる。この原則に従って、多くの医師は、「疾病の低罹患率にある無症状の人々にほとんど価値のないあるいは治療価値が確認されていない医療テストを適用することは、コストがかかり、疑問の余地がある」と信じている。

(4) 医療モニタリングの潜在的な利益は、リスクを上回らなければならない。すべてのスクリーニングプログラムには副作用がありうるので、医療専門家は、医療モニタリングが常にある程度のリスクを伴うと考えている。例えば、S状結腸鏡検査には、結腸穿孔というリスクがあり、それは特に侵襲型医療モニタリングの一つの副作用である。また、前立腺がんに関するスクリーニング

⁴¹⁵ See *supra* note 405, at 352.

⁴¹⁶ *Id.* at 353~357.

に引き続く追跡検査、生検及び治療においては、インポテンツのリスクが生じうる。さらに、マンモグラムには、40歳以下の女性にとって、放射線被ばく（厄介なリスク）が常に生じうる。同様に、医者は、がんスクリーニングがしばしば患者にリスクを引き起こすと信じている。以上から、医療モニタリングのリスクは、避けられないものであるとみられている。

医療モニタリングにはリスクがあるため、医者は、患者が医療モニタリングに参加するという決定に対して、次のように指摘する。すなわち、患者が医療モニタリングに参加するという決定を行う際に、患者に十分な情報が与えられなければならない。しかも、患者は利益とリスクとの両者を十分に理解したうえで、医療モニタリングへの自発的な参加をすることが望ましい。一部の思慮深いオブザーバーは、前述の医療監視に参加することについて、患者がインフォームド・コンセント用の書類にサインすべきであると主張している。

そして、医療モニタリング救済について、法律評論家の間では、以上のような医学的な見解を受けつつ、次のような主張がなされている。すなわち、医療モニタリングによる救済は、以下の場合に限定されるべきである。①被告の加害行為が、原告の深刻な疾病にかかるリスクの著しい増加を引き起こしたこと、及び②医師が、現在のところ早期診断の有効な方法によって、この疾病が実質上緩和されうると考えられることである。

具体的には、①原告が、外面的に採用された基準（専門家の証言など）を使って、曝露によって自分が病気にかかる蓋然性が大きいことを証明できる場合に限定されるべきである。このような場合には、原告は将来的に深刻な病気にかかる実質的な可能性に脅かされている。裁判例も、医療モニタリング救済を限定的に認めている。それらの裁判例によると、医療モニタリング救済は以下の場合にのみ与えられる。それは、最終的には被告の行為が実際に原告の疾病を引き起こすという医学上の合理的な確実性がある場合である。

②医療モニタリングが有効である場合である。もし、すぐに利用できる医療モニタリング方法によって、病気の初期発見が早期になされ、適当な処置が採られ、この病気が効果的に治療できる場合には、医療モニタリングの価値は明らかであると考えられる。それゆえに、多くのケースにおいて、医者は、上記の場合に、医療モニタリングレジームを患者に勧めている。言い換えれば、それは、被害者に脅かされる疾患について、早期発見と早期治療によって、将来的に、深刻な疾病または死亡を引き起こす可能性、あるいは将来の発症に関する危険性が軽減されることができる場合である。実質的には、多くの法律専門家は、以下の場合にのみ、身体的傷害がなくても被害者に医療モニタリング救済を与えると主張する。それは、目下の医療診断手段と治療介入によって、モニタリングの提供が、実質上被害者に長期的かつ深刻な病気による健康被害を減少させる可能性を増やせる場合である。もっとも、実際の状況を見ると、どのような医療テストまたは治療が適切であるかについて、医師や医療専門家の間で意見が分かれている。

第四章 医療モニタリングによる権利主張に関する裁判例の推移及び現状

医療モニタリングに基づく権利主張は、疾病（の発症）を発見・治療するために、現在のところ無症状の原告に検査・診査の資金を提供することを目的としている。1980年代まで、法的概念としての医療モニタリングは、傍論において言及されるにとどまっていた⁴¹⁷。医療モニタリングによる権利主張を最

⁴¹⁷ See *supra* note 404, at 227, 231, and 232.

初に認めたケースは、*Friends for All Children, Inc. v. Lockheed Aircraft Corp.*,⁴¹⁸事件である。

本章では、医療モニタリングによる権利主張に関する裁判例の推移及び現状を中心に検討していきたい。まずリーディング・ケースとしての *FFAC v. Lockheed Aircraft Corp.* 事案（第一節）を考察する、その上で、有害物質による不法行為の領域で、最初に医療モニタリング救済が認められた事案である *Ayers v. Township of Jackson* 事案（第二節）を検討する。それに加えて、その後の医療モニタリングを認める裁判例を争点ごとに整理し、分析する（第三節）。さらに、医療モニタリング費用に基づく権利主張について司法の大幅後退とみなされる、*Metro-North Commuter Railroad Co. v. Buckley* 事案（第四節）を分析する。最後に、医療モニタリングを棄却する裁判例（第五節）をいくつか紹介し、医療モニタリングによる権利主張の現状（第六節）について若干の考察を行い、本章をまとめる。

第一節 リーディング・ケース——*FFAC v. Lockheed Aircraft Corp.*

1975 年 4 月 4 日、ベトナムの戦争孤児に対する救援任務（“Operation Babylift”）において、サイゴンからベトナムの孤児を避難させるために、ロッキード航空機製造会社（*Lockheed Aircraft Corp.*）の飛行機（*The Lockheed C-5A Galaxy aircraft*）が子どもたちをアメリカへ運んでいた⁴¹⁹。しかし、離陸した直後に、その飛行機は墜落し、乗客 301 人の中の 149 人は生き残ったものの、飛行機の爆発性気体の圧力損失と酸素喪失の結果として、子どもたちには神経発達障害の一種である MBD（minimal brain dysfunction: 微小脳機能不全・微細脳損傷）という脳機能障害が残るリスクが存在すると判明した。

そこで、*Friends for All Children*（FFAC）という組織は、この 149 名の未成年者の法定後見人として、コロンビア地区裁判所（*District Court for District of Columbia*）に以下のような損害賠償訴訟を起こした。FFAC は、ロッキード会社には飛行機の製造に関する過失があり、墜落事故の責任があったため、その会社に対して、墜落事故が子どもに脳機能障害症候群という後遺症を残したか否かということを確認するために、定期的な診断的検査と継続的医療モニタリングの支払いを請求した⁴²⁰。

コロンビア地区裁判所は、原告であるベトナムの孤児の強制的な仮差止命令（*injunction*）に対する申請を認めた。その作為的仮差止命令は、被告であるロッキード会社が子どもたちのために、診断検査の費用に関する 45 万ドルのファンドをつくることを命じるものであった。裁判所は、「権利侵害」を「個人の診断テストや医療処置を必要としない状態を保つ権利が侵害された」と定義し、墜落事故によって子どもは上記の権利侵害を被ったと判断した。つまり、裁判所は、被告の不法行為によって子どもが検査及び治療を必要とした場合に原告の権利が侵害されたと判断し、被告に賠償義務を課したのである。

その後、ロッキード会社は、コロンビア特別区の不法行為法のもとで、実際の物理的傷害の証拠がない限り、人をリスクがある状態に置かせることに関する訴訟原因が認められないと反論し、上訴した⁴²¹。

⁴¹⁸ 746 F.2d 816 (D.C.Cir.1984).

⁴¹⁹ *Friends for All Children, Inc. v. Lockheed Aircraft Corp.*, 746 F.2d 816, 819 (D.C.Cir.1984).

⁴²⁰ *Id.* at 816, 819.

⁴²¹ *Id.* at 816, 823.

コロンビア特別区巡回裁判区の控訴裁判所は、一審の差止命令を認容した。まず、裁判所は、物理的傷害があるという証拠がない状況では、原告が訴訟を起こせるかどうかという特別な問題について、コロンビア特別区の法律は、沈黙を貫く（"be silent"）と指摘した⁴²²。しかしながら、裁判所は、次のような予測を述べた。それは、コロンビア特別区の控訴裁判所は、もし物理的傷害の存在しない場合、医療モニタリングによる権利主張をひとつの訴訟原因として認めようとするであろうことである⁴²³。裁判所は、不法行為法の二つの根本的な目的からこの結論が支持されると述べた。それは、不正行為の抑止および不法行為の被害者に対する正当な補償の提供（"the deterrence of misconduct and the provision of just compensation to victims of wrongdoing"）である⁴²⁴。

また、裁判所は、医療モニタリングの必要となる状態が第二次不法行為法リステートメント（*restatement (second) of torts (1965)*）による「傷害（injury）」の概念を構成できるという結論を出した。1965年の第二次不法行為法リステートメントは、「傷害」の定義を「他人の法的に保護される利益の侵害（"the invasion of any legally protected interest of another"）」としたからである。個人は、高額で定期的な医療モニタリングの費用の支払を防ぐことに利益を持つ（"an individual has an interest in avoiding expensive diagnostic examinations."）⁴²⁵。子どもたちが爆発的減圧と低酸素状態を経験しなければ、診断検査は必要ではなかったはずである。

さらに、原告が過度の損害賠償金をもらうことを防ぐために、裁判所は、地方裁判所のファンドを設置すると命令した。この利息付きのファンド（*interest-bearing fund*）は、原告が専門家委員会からの特定の医療診断的検査を受けた上で、（原告の）費用の支出が詳述された領収書や証明書（*voucher*）を提供してから、はじめてその費用が支払われることとされる。しかも、裁判所は、原告が思いがけない収入をもらうことを防ぐために、医療モニタリングの期間が終了した後（一生の医療モニタリングではないので）、ファンドに残されたお金あるいは未使用の部分は、被告に戻されることを明確に述べた⁴²⁶。

そのほか、裁判所は、以下のようなケースでは、物理的傷害がない状態での医療モニタリング費用による権利主張を認めないという傾向にある。それは、「物理的傷害の裏付けとなる存在の欠如」の場合に、主張された傷害が賠償されるのは投機的であると判断できるケースである。

第二節 有害物質による不法行為のケース——*Ayers v. Township of Jackson*

Ayers v. Township of Jackson（1987年）⁴²⁷事案は、有害物質による不法行為の領域で、アメリカの州最高裁（ニュージャージー州最高裁）が最初に医療モニタリング救済を命じた事案である⁴²⁸。医療モニタリングの理論では、現在の物理的傷害（*physical injury*）は必要ではないとされる。*Ayers*のケースにおいて、裁判所は、地下水汚染によって地下水に含まれた化学物質が付近住民の健康に影響を及ぼす可能性があることを理由に、原告による医療モニタ

⁴²² *Id.* at 816, 823.

⁴²³ *Id.* at 816, 824, 825.

⁴²⁴ *Id.* at 816, 825.

⁴²⁵ *Id.* at 816, 826.

⁴²⁶ *Id.* at 816, 823, n.10.

⁴²⁷ *Ayers v. Township of Jackson*, 525 A.2d 287 (N.J. 1987).

⁴²⁸ *See supra* note 261, at 279, 285.

リングに基づく損害賠償請求を認容したが、その際原告に対し、曝露による実際の傷害を要求しなかった。

原告は、被告の埋め立ての不当な操作によって、地下水汚染に起因する疾病にかかるリスク増加による損害賠償、精神的苦痛による損害賠償及び医療モニタリング費用の損害賠償を裁判所に請求した⁴²⁹。地方裁判所は、原告側が将来の疾病にかかる合理的な可能性を証明できないことを理由に、原告のリスク増加による請求を棄却した。陪審評決は、原告の精神的苦痛と将来の医療監視に対して、両者とも損害賠償金を与える内容を含んでいた。結果的に、地方裁判所は、ニュージャージー州法が疾病のリスク増加による訴訟を認めていないという評決を下したが、医療モニタリングによる費用の損害賠償を認め、被告に一時金賠償（a lump sum payment）を払わせた⁴³⁰。

しかし、第二審裁判所は、医療モニタリングの損害賠償が投機的すぎる（too speculative）と理由づけ、第一審判決を破棄した。第二審裁判所の控訴審では、科学的な証拠が欠如しているため、原告がリスク増加を定量化できないことを理由に、医学監視の費用に対する損害賠償請求を破棄した。具体的な判決理由は、次の通りである。すなわち、「被告が（原告の）がんにかかる合理的な確率をそこまで著しく増加させたとは言えない。それゆえ、原告の誰もががんにかかるであろうということを理由に、がんの早期臨床兆候を発見するための一生の医療監視に関する経済的負担を被告に課することが正当であると説明できない」。

結局、ニュージャージー州最高裁判所は、「医療監視による権利主張を認めることは、必ずしもリスク増加による権利主張を認めることに依存するわけではない⁴³¹」と述べ、一審の医療監視の費用に対する損害賠償を認めるという判断を支持し、医療モニタリング費用の損害賠償（一時金賠償）を認めた。また、医療モニタリングが合理的に必要となり、しかもそれが「現代科学の原理」と一致したことを証明するための、有力な証拠が提供されたと判断した。それゆえ、信頼できる医療専門家の証言がある場合に、原告側が医療監視に関する費用を得られると示したのである。

具体的に、この事案において、医療モニタリング費用を回復するために、ニュージャージー州最高裁は、医療モニタリングが必要かつ合理的であるかどうかの判断に際して、以下の五つの要件を設定した⁴³²。すなわち、①化学物質の曝露の重大性と程度、②危険化学物質の有毒性、③疾病にかかるリスクの相対的增加、④原告が罹患しうる疾病の深刻さ、⑤早期診断の価値である。原告は、この五つの要件について、いずれも「信頼できる専門家証言」（"reliable expert testimony"）によって、証明しなければならない。③の要件であるリスクの相対的增加については、精密に定量化される必要はないが、医学的に重大であると評価する必要がある。

疾病のリスク増加の程度（リスクの定量化）について、裁判所は以下のように述べた⁴³³。すなわち、「たとえこれらの原告ががんにかかる可能性が、全国平均より少し高いにすぎないであろうとしても、治療者の状況を考慮して、医療介入は完全に適切であるといえるであろう。汚染された井戸水を何年も飲んでいて子供に対して、医師が疾病の症候への早期診断を確保するために子供が毎年診察されるべきであると判断しても、その医師はほとんど批判されない

⁴²⁹ See *supra* note 427, at 287, 291.

⁴³⁰ *Id.* at 287, 297.

⁴³¹ *Id.* at 287, 304.

⁴³² *Id.* at 287, 312.

⁴³³ *Id.* at 287, 312.

であろう」。つまり、裁判所はリスク増加の程度の量化にはあまり意味がないことを示した。

結局、裁判所は 339 名の原告に対して、合わせて 8,204,500 ドルの医療モニタリング費用の損害賠償金を与えた。この判決は、**Friends for All Children** 判決で確立された「慎重な言葉と厳格な制限」(measured language and strict limitation) から激しく離脱するようになったという評価がある⁴³⁴。しかも、**Ayers**事案では、医療モニタリング費用に対する損害賠償が認められるために、裁判所は、原告が満たさなければならぬいくつかの基準を初めて設定しようとした⁴³⁵。つまり、裁判所は、原告の側が専門家証言によって前述した五つの要件を証明しなければならないと示したのである。しかしながら、これらの要件は「数量化不可能な一般論」にすぎないという批判もなされている⁴³⁶。それにもかかわらず、**Ayers**事案の後、多くの州の裁判所は、医療モニタリングによる権利主張を認めるとき、それらの要件を用いるようになった。

第三節 その後の医療モニタリングを認める裁判例及び分析

第一款 医療モニタリングを認める裁判例

Friends for All Children事案の後、各州の裁判所は様々なケースで、医療モニタリングによる損害賠償を認めるようになった⁴³⁷。例えば、有害化学物質流出(toxic chemical spills)⁴³⁸、DES への曝露(exposure to DES)⁴³⁹、アスベスト(asbestos)⁴⁴⁰、化学殺虫剤(insecticides)⁴⁴¹、地下水汚染物(groundwater contaminants)⁴⁴²、有害物質廃棄場(landfill toxins)⁴⁴³、ポリ塩化ビフェニル(polychlorinated biphenyls略してPCBsとも呼ばれる)⁴⁴⁴、放射能(radiation)⁴⁴⁵に関するケースである。

(1) **In re Paoli Railroad Yard PCB Litigation** 916 F.2d 829 (3d Cir. 1990)において、第三巡回区控訴裁判所は、医療モニタリング費用に対する権利主張による金銭的損害賠償が認められると示した。この事案では、48 名のPCBs(ポリ塩化ビフェニル)に曝露した原告は、医療モニタリング費用が合理的に期待できる(reasonably anticipated)ことを証明できれば、医療モニタリング費用が経済的傷害(economic injury)として認められるとされた⁴⁴⁶。

(2) **Cook v. Rockwell International Corp.**, 755 F. Supp. 1468 (D. Colo. 1991)において、核兵器の生産施設から漏れた放射性物質に曝露した原告の医療モニタリングに対する損害賠償が認められた。医療モニタリング費用は、**CERCLA**(「包括的環境対策・補償・責任法」)のもとで、危険物質の投棄に

⁴³⁴ Adam P. Joffe, *The Medical Monitoring Remedy: Ongoing Controversy and A Proposed Solution*, 84 (2) CHICAGO-KENT L. REV. 663, 667 (2009).

⁴³⁵ Carey C. Jordan, Comment, *Medical Monitoring in Toxic Tort Cases: Another Windfall for Texas Plaintiffs?*, 33 HOUS. L. REV. 473, 489 (1996).

⁴³⁶ *Id.* at 473, 489, notes 56 (1996).

⁴³⁷ See *supra* note 274, at 183, 202.

⁴³⁸ See *Hagerty v. L & L Marine Servs., Inc.*, 788 F.2d 315 (5th Cir.1986).

⁴³⁹ See *Payton v. Abbott Labs.*, 437 N.E. 2d 171 (1988).

⁴⁴⁰ See *Patton v. Gen. Signal Corp.*, 984 F. Supp. 666 (W.D.N.Y. 1997).

⁴⁴¹ See *Villari v. Terminix Int'l Corp.*, 677 F. Supp. 330 (E.D.Pa.1987).

⁴⁴² See *Merry v. Westinghouse Elec. Corp.*, 648 F. Supp. 847 (M.D.Pa.1987).

⁴⁴³ See *Ayers v. Township of Jackson*, 493 A. 2d 1314 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1985).

⁴⁴⁴ See *In re Paoli R.R. Yard PCB Litig.* 916 F.2d 829 (3d Cir. 1990).

⁴⁴⁵ See *Cook v. Rockwell Int'l Corp.*, 755 F. Supp. 1468 (D.Colo. 1991).

⁴⁴⁶ *In re Paoli Railroad Yard PCB Litigation* 916 F.2d 829 (3d Cir. 1990).

寄与する被告の「対策費用」に含まれ、訴訟の原因として認められた。コロラド州裁判所は、CERCLAのもとで、医療モニタリングによる権利主張が裁判権内にあるかどうかという問題について、医療モニタリング費用の損害賠償が限定された場面で認められると判断した⁴⁴⁷。それは、CERCLAのもとで、原告が危険物質の放出または脅かされる放出による環境的影響を検証するために、医療モニタリングが必要であることを証明できる場合である。コロラド州のコモン・ローは、損害賠償を請求する際に物理的傷害が必要であるにもかかわらず、裁判所は、FFAC事案の判決を引き続き、医療モニタリングによる権利主張という非伝統的不法行為（non-traditional tort）による請求を認めるようになった⁴⁴⁸。

(3) *Hansen v. Mountain Fuel Supply Co.*, 858 P.2d 970 (Utah 1993) において、修繕作業中にアスベストに曝露した原告は、人身的傷害、精神的苦痛および医療モニタリングによる損害賠償を請求した。しかし、ユタ州最高裁判所は、不法行為に起因する実際の傷害に関する証拠がないことを理由に、過失による精神的苦痛が与えられることに基づく請求を拒否したが、医療モニタリングによる請求を認容した。裁判所は、アスベストに曝露したことそれ自体および付随する医療検査への必要性が原告の「傷害」を構成すると示したのである。

(4) *Potter v. Firestone Tire & rubber Co.*, 863 P.2d 795 (Cal 1993) において、原告は、飲用水が埋め立て地からの有害廃棄物に汚染されたことを理由に、医療モニタリング費用を請求した。カリフォルニア州最高裁判所は、*Miranda*事案⁴⁴⁹の判決を引用し、「物理的傷害」ルールを回避し、医療モニタリングによる権利主張を認容した。すなわち、カリフォルニア民法典（California Civil Code）が不法行為に適用する損害賠償を定義する際に、損害賠償の「物理的被害（physical harm）」の代わりに「被害（harm）」を使っているので、予想できる医療モニタリング費用は、補償できる（カリフォルニア民法典 § 3282 (Deering 1984) では、「損害」（detriment）が「人身あるいは財産における損失や被害」（a loss or harm suffered in person or property）として定義される⁴⁵⁰）。「将来の医療モニタリングへの必要が原告の有害物質に曝露した合理的な結果として避けられないこと、および勧められた医療モニタリングが合理的であること」を証明できれば、原告は医療モニタリング費用の賠償が認められるとされた⁴⁵¹。

(5) *Redland Soccer Club, Inc. v. Department of the Army* 548 Pa.178, 696 A.2d 137 (Penn 1997) 事件において、原告（サッカー選手、近くの住民、サッカーパークを整備した雇用者を含む）は、被告が有害物質でサッカー競技場を汚染したことを理由に、医療モニタリングの信託ファンドの設置を請求した。ペンシルベニア州最高裁判所によると、*Pennsylvania Hazardous Sites Cleanup Act* (HSCA) は、連邦CERCLAと同じように、有害廃棄物の放出に起因する「対策費用」に関して、被告に厳格責任を負わせる⁴⁵²。原告は誰も物理的傷害を受けていないにもかかわらず、ペンシルベニア州最高裁判所は、ペンシルベニア州のHSCAのもとで、医療モニタリングが裁判権内にあることが

⁴⁴⁷ *Cook v. Rockwell International Corp.*, 755 F. Supp. 1468, 1474 (D. Colo. 1991).

⁴⁴⁸ *Cook v. Rockwell International Corp.*, 755 F. Supp. 1468, 1477 (D. Colo. 1991).

⁴⁴⁹ *Miranda v. Shell Oil Co.* 26 Cal. Rptr. 2d 655 (Ct. App. 1993), cited in *Potter*, 863 P.2d 822.

⁴⁵⁰ Cited in *Miranda*, 26 Cal. Rptr. 2d 658.

⁴⁵¹ *Potter v. Firestone Tire & rubber Co.*, 863 P.2d 795, 824 (Cal 1993).

⁴⁵² *Redland Soccer Club, Inc. v. Department of the Army*, 696 A.2d 137, 142 (Penn 1997).

州議会の「危険物質の放出から市民を保護するために、新しい救済を提供する」という目的と一致していると示した⁴⁵³。

(6) *Bourgeois v. A.P. Green Industries, Inc.*, 716 So. 2d 355 (La. 1998) において、ルイジアナ州最高裁判所は、アスベストファイバーに曝露した原告（造船所の従業員）の、将来の定期的な医療モニタリング費用を補償するために、司法的に管理されるファンドの設置を認容した。まず、アスベストに曝露したことの結果として、医療モニタリングが必要となる無症候の原告は、ルイジアナ州の民法典（Louisiana Civil Code）の 2315 条によって定義された「損害（damage）」を受けたかどうかの問題について、裁判所は以下のように示した。すなわち、確かに伝統的な不法行為法は、付随する物理的傷害が生じた場合にのみ、原告に医療費用を与える。それにもかかわらず、裁判所によると、「損害（damage）」という用語は、「ある程度の損失あるいは不利益をもたらす侵害、しかもそれは補償する可能である」（“an invasion that brings about some degree of loss or detriment and is capable of repair”）と特徴付けられている。被告の過失によって引き起こされる高額な医療モニタリング費用は、ルイジアナ州の民法典の 2315 条のもとで、補償する可能な法的不利益に当たり、損害の一つの補償できる項目なのである⁴⁵⁴。

(7) *Lewis v. Lead Indus. Ass’n, Inc.*, 793 N.E.2d 869 (Ill. App. Ct. 2003) において、ペンキに使われた高濃度の鉛顔料に曝露した子どもたちに対して、イリノイ州控訴裁判所は、ペンキの製造業者に子どもたちの医療モニタリング費用を払わせた。裁判所によると、医療検査のための損害賠償を請求する事案では、存在する傷害とは、将来の傷害のリスク増加を意味するのではなく、被告の過失に起因し、原告に高額な医療検査費用を支払わせることを伴って原告の個人の利益を侵害することである⁴⁵⁵。

(8) *Gates v. Rohm & Haas, Co.* (E.D.Pa. 2007) 原告は、地下水の汚染が地域の住民の脳がんに罹患する率が高いことを引き起こしたを理由に、医療モニタリングに対する損害賠償を請求した。裁判所は、イリノイ州にある連邦裁判所と控訴裁判所の明らかな動向を考えると、イリノイ州法のもとで、診断的検査費用がたとえ定期的であるか継続的であるかいずれにしても、補償できる傷害に当たると判じた。

以下（第二款から第五款）では、アメリカの裁判例を争点ごとに整理して検討していく。具体的には、権利主張の性質に関する争い（第二款）、医療モニタリングを主張できる原告の資格（第三款）、原告の証明すべき要素及び裁判所の判断基準（第四款）、賠償金の支払い問題（第五款）について検討していく。

第二款 権利主張の性質に関する争い

実務的には、医療モニタリングによる権利主張の性質につき、それは独立の訴訟原因（訴因）（a cause of action）であるか、それとも損害賠償請求の一種あるいは損害賠償の一つの項目（a compensable item of damage）であるかの争いがある⁴⁵⁶。前者の例として、① *Donovan v. Philip Morris USA, Inc.*, 914 N.E.2d 891 (Mass. 2009) 事件において、マサチューセッツ州最高

⁴⁵³ *Id.* at 137, 142.

⁴⁵⁴ *Bourgeois v. A.P. Green Industries, Inc.*, 716 So. 2d 355, 360 (La. 1998).

⁴⁵⁵ *Lewis v. Lead Indus. Ass’n, Inc.*, 793 N.E.2d 869, 874 (Ill. App. Ct. 2003).

⁴⁵⁶ See *supra* note 270, at 134.

裁は、無症状の原告である喫煙者に対して、喫煙によって肺がんにかかるリスクが増加するため、医療モニタリングを訴訟原因として認めた⁴⁵⁷。

②Cook v. Rockwell International Corp., 755 F. Supp. 1468 (D. Colo. 1991) において、コロラド州裁判所によると、医療モニタリング費用は、CERCLA (Federal Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act 「包括的環境対策・補償・責任法」) のもとで、危険物質の投棄に寄与する被告の「対策費用 (response costs)」⁴⁵⁸に含まれるので、訴訟の原因として認められた。

③Bower v. Westinghouse Electric Corp., 522 S.E.2d 424 (W.Va.1999) において、ウェストバージニア州最高裁は、医療モニタリング費用の回復の求めを訴訟原因のひとつとして認めた。ウェストバージニア州最高裁によると、被告の不法行為によって直接的な結果として明白に生じた必要かつ合理的な費用は証明できれば、将来的な医療費用である医療モニタリングコストへの請求は訴訟原因として認められる⁴⁵⁹。裁判所は、コモン・ローの伝統的な不法行為原則からの十分に根拠がある拡張として、このような訴訟原因を承認している。

④Gates v. Rohm and Haas Co., 618 F. Supp. 2d 362 (E.D. Pa. 2007) において、土地の所有者は物理的傷害がなくても、化学会社から生じた有害物質によって飲料水が汚染されたことを理由に、化学会社に対して、医療モニタリングのための訴訟原因が認められた。

しかし、伝統的な不法行為法理論によれば、原告の身体的傷害あるいは疾病の症状が明らかになる場合にのみ、人身損害に関する訴訟原因が発生する⁴⁶⁰。身体的傷害が生じる前に訴訟を提起するのは、不成熟あるいは不充分であると考えられる。それゆえに、一般的に、医療モニタリングによる権利主張の性質を、独立した訴訟原因ではなく、損害賠償請求の一種であるとみなすほうがより合理的である。損害賠償請求の対象は、できるだけ早い段階で曝露と関連する疾病を診断するための定期的な医学検査と診断テストに関する費用である。

例えば、①In re Paoli Railroad Yard PCB Litigation 916 F.2d 829 (3d Cir. 1990) において、第三巡回区控訴裁判所は、医療モニタリングによる権利主張が金銭的損害賠償を含むと示した。PCBsに曝露した原告は、医療モニタリング費用が合理的に期待できることを証明できれば、医療モニタリング費用が損害賠償の一つの項目、つまり経済的傷害 (economic injury) として認められる⁴⁶¹。

⁴⁵⁷ 原告は、被告であるタバコ会社に対して、金銭的な損害賠償金の代わりに、肺癌スクリーニング検査を含めて、裁判所監督の医療モニタリングプログラム (a court-supervised medical monitoring program) を求めていた。裁判所は、「原告は、疾病の有効な治療を最大化するために、できるだけ早期の段階で、癌の発症を確定するための現在と将来の医療費用のみを求める」と述べた。See, Donovan v. Philip Morris USA, Inc., 914 N.E.2d 891, 900. (Mass. 2009).

⁴⁵⁸ 「対策費用」は、公衆健康・福祉や環境への損害を防止、最小化、軽減する (prevent, minimize, or mitigate damage to the public health or welfare or to the environment) ために、危険物質をモニター、評価、判断する (to monitor, assess, or evaluate) 必要な費用である。42 U.S.C. § 9601 (23) (1994).

⁴⁵⁹ Bower v. Westinghouse Electric Corp. 522 S.E.2d 424 (W.Va.1999) において、原告が被告の保存する廃材によって危険物質に曝露され、医療モニタリング費用の形で、間接的損害の賠償を請求する事案である。被告は、ウェストバージニア州法がそのような独立した訴訟原因を承認しないと反論した。これに対して、州最高裁は、一定の条件が満たされれば、医療モニタリング費用のための訴訟原因が存在すると判じた。

⁴⁶⁰ 例えば、「物理的傷害がない限り、原告が訴訟を起こすのは不十分である。」See, *Latent harms and risk-based damages*, 111 (6) HARV. L. REV. 1505, 1506 (1997-1998).

⁴⁶¹ In re Paoli Railroad Yard PCB Litigation, 916 F.2d 829 (3d Cir. 1990).

②Potter v. Firestone Tire & rubber Co., 863 P.2d 795 (Cal 1993) において、カリフォルニア州最高裁判所は、「被告の行為が将来の医療モニタリングの必要性を作り出したことに対する認識・承認は、新たな不法行為を創造するわけではない。それは、伝統的な損害回復理論に基づいて責任が確立される場合に、損害の一つの補償できる項目 (a compensable item of damage) にすぎない」と判じた。つまり裁判所は、発がん性物質に曝露した原告の請求に対して、医療モニタリングを損害賠償のひとつの補償できる項目として認めた⁴⁶²。

③Bourgeois v. A.P. Green Industries, Inc., 716 So. 2d 355 (La. 1998) において、ルイジアナ州最高裁判所は、医療モニタリングを損害賠償のひとつとして認めた。最高裁は、主張された損害が原告の有害物質への曝露を原因として、必要以上に受けなければならない医療検査によって生じた経済的損失であると認めた。

④Badillo v. Am. Brands, Inc., 16 P.3d 435, 441 (Nev. 2001) において、ネバダ州最高裁判所は、医療モニタリングを独立した訴訟原因ではなく、救済の一種として認めようとする。

⑤Duncan v. Northwest Airlines, Inc., 203 F.R.D. 601 (W.D. Wash. 2001) において、ワシントン州西部地区地方裁判所は、ワシントン州法のもとで、客室乗務員が航空会社に対して、国際線の受動喫煙に曝露したことに基づく独立した「医療モニタリングの請求」という訴訟原因は存在しないと判示した。しかしながら、裁判所によると、客室乗務員は、航空会社がそれらの航空便での喫煙を許可することにおける過失があるとき、現存する身体的傷害（チカチカ痛む眼、鼻炎、呼吸困難及びたびたび喉の痛みなどを含む）に基づいて、法的救済として医療モニタリング費用を請求することができる。

⑥Sheridan v. NGK metals Corp., 609 F.3d 239 (3d Cir. 2010) において、製造工場のベリリウム関連製品を使った被雇用者（原告）は、検査によってベリリウムに感作されていないにもかかわらず、医療モニタリングによる訴訟を提起した。第三巡回区控訴裁判所は、ペンシルベニア州法のもとで、原告が次のことを証明できれば、医療モニタリング費用を損害賠償の項目として認めると示した。すなわち、ベリリウムへの曝露の直接的な結果として、原告は慢性ベリリウム症（CBD）にかかる個人リスクが著しく増加したことである。

⑦Askey v. Occidental Chemical Corp., 477 N.Y.S.2d 247 (A.D. 4 Dept. 1984) において、ニューヨーク州最高裁は、「原告が短い間に疾病の症状を発見できないにもかかわらず、被告は、その後に原告に発生可能な傷害、合理的かつ予見可能な間接損害に関する責任を負うべきである。」とし、「原告の傷害を目で観察することができないにもかかわらず、原告には遺伝子の損害が生じるかもしれない。原告は、これに基づいて、合理的かつ予見可能な間接損害に対して損害賠償を請求することはできる。将来の疾病を発見するための医療検査費用は、請求できる間接損害である。」と判示した。

アメリカの司法実務を考察すれば、損害という概念の拡大解釈がなされていることは明らかである。多くの裁判所は、医療モニタリングの費用に関する権利主張を損害賠償請求の一つとみなし、これらの費用が、有害物質との接触に起因して、間接的損害の一つの要素にすぎないと考えている⁴⁶³。

というのも、伝統的原則のもとでは、被害者が疾病の症状を示さない限り、人身傷害に関する訴訟原因としては充分ではないとされる。つまり、傷害が診断される前に提訴された訴訟事件は早すぎると判断されうる。それを避けるた

⁴⁶² Potter v. Firestone Tire & rubber Co., 863 P.2d 795, 823 (Cal 1993).

⁴⁶³ See *supra* note 316, at 287.

めに、医療モニタリングという救済は間接的損害賠償の一つの項目として認められている。医療モニタリング救済のための権利主張は、不法行為や契約違反に関する訴訟原因と緊密に関連付けられていた。例えば、詐欺、警告義務違反、虚偽の陳述や不実・不当表示、厳格責任、過失、意図的に精神的苦痛を与えること (**intentional infliction of emotional distress**)、危険物質への曝露、消費者保護に関する法律違反などの場合に、医療モニタリングに対する権利主張がしばしば行われる。このことは懲罰的損害賠償制度にも関連するとの指摘もなされている。

近年、最新の研究によると、ますます多くの研究者は、医療検査費用に関する権利主張の性質が、本質的に裁判所の衡平法上の救済手段であると主張する。すなわち、裁判所は、損害の項目として原告に救済を与えるのではなく、衡平法上の権限 (**courts' equitable powers**) の実践を通じて、被告が原告の疾病にかかるリスクを増加させたという事実に基づいて、被告に原告の将来の医療モニタリング費用を提供・負担させることを強制する⁴⁶⁴。つまり、医療モニタリングを認めるか否かは、裁判所の衡平法上の権限の一つであるとみなされる。

その主張によれば、伝統的な（衡平法上の）正当な権利要求に関する原理において、裁判所は原告の死亡・傷害リスク及び精神的苦痛を軽減・緩和するために、原告に医療モニタリング費用を提供する。つまり、裁判所は大きな衡平法上の権限 (**equitable powers**) を持っており、死亡率の増加というコンテクストに限定し、ある形式で、予防的救済である自発的・自主的な医療スクリーニング・サービスを医療費用として被告に支払わせる。なお、法的救済 (**legal remedy**) は、主に過去の被害をめぐって適用されるのに対して、衡平法上の救済 (**equitable remedy**) は、過去の被害も将来の被害も（両方とも）をめぐって適用されうるといわれている⁴⁶⁵。本質的にいえば、医療モニタリングは、将来的に有害物質の曝露に起因する疾病の発見あるいは起こり得る発症を防げることを目的とする。そのため、すなわち、裁判所が医療モニタリングの救済を認めることには、医療モニタリング費用の経済的損失を単純に賠償することを求めようとするというよりも、むしろ将来の被害の発生あるいは拡大を防止しようとする意義が見出せるのであら。だからこそ、研究者は、医療モニタリングの救済を裁判所の衡平法上の救済手段として分析する。

以上のように、司法実務上、一般的に医療検査費用は、経済的損失あるいは間接損害であるとみなされる。それと同時に、学説によれば、裁判所が医療モニタリングによる権利主張を認容するのは、法的救済に加え、衡平法上の権限を持ち、有害物質の潜在的被害者に衡平法上の救済を与えている。

第三款 医療モニタリングを主張できる原告の資格

裁判例を踏まえると、医療モニタリングの賠償対象は直接的な被害を受けた者に限られており、間接的な被害を受けた者は含まれていない。例えば、① **Bower v. Westinghouse Electric Corp.** 522 S.E.2d 424 (W.Va.1999) 事件において、ウェストバージニア州の裁判所によれば、原告は病気の症状の存在を証明する必要がない。しかし、裁判所は少なくとも原告が危険物質に「直接的に」曝露したことを要求した。

この点に関して、より明確な裁判例がある。例えば、② **Theer v. Philip Carey Co.**, 628 A.2d 724 (N.J.1993) 事件において、亡くなったアスベスト作業員の夫を持つ妻は、夫の作業服を洗濯することによって、アスベストに曝

⁴⁶⁴ See *supra* note 393, at 251, 252.

⁴⁶⁵ See *supra* note 413, at 1659, 1668.

露したを理由に、夫の雇用者に対して医療モニタリングに対する損害賠償を請求した。しかし、ニュージャージー州最高裁判所は、それが間接的な曝露であったため、有害物質（アスベスト繊維）が実際に原告の身体に入ったかどうかについて疑問を持つに至った。すなわち、原告は実際に曝露したことを証明できないので、医療モニタリングに関する損害賠償を請求するにあたり、必要な資格を得ていないと判断した。裁判所は、「間接的な形で製品に曝露した原告は、曝露に関する身体的傷害が生じていなければ、間接的な曝露と将来の傷害のリスクとの間に直接的な相関関係を決めることは、法廷と陪審員にとって、ますます困難となる⁴⁶⁶」と述べた。このように、危険物質の直接的な曝露と間接的な曝露を区別することは、あふれるほどの膨大な訴訟の数を防ぐための重要な制限であると考えられる。

第四款 原告の証明すべき要素及び裁判所の判断基準

原告は法的な適格者として医療モニタリングに対する損害賠償を求めるために、いくつかの厳格な基準を満たさなければならない。医療モニタリングの請求を認める裁判例を考察すると、これらの裁判例は、こうした請求を認める前提条件となる、いくつかの異なる要素を明確に述べてきたことがわかる。

例えば、(1) **Hansen v. Mountain Fuel Supply Co.**, 858 P.2d 970,981 (Utah 1993) 事件において、ユタ州最高裁判所は医療モニタリングを認める際に、原告が証明すべき要素を以下のように定めた。すなわち、原告は、①被告の過失を原因とする、②有害物質への曝露、③その結果として、重大な疾病または傷害になる可能性（リスク）が上昇し、④その疾病または傷害の早期発見のための医療テストが存在し、⑤早期発見は医療的に有利かつ効果的であり、⑥現代の科学原則に基づき、資格を有する医師が上記のテストを指示することを証明しなければならない。このように、ユタ州最高裁判所は、ニュージャージー州最高裁判所の判決（**Ayers v. Township of Jackson**）より、医療モニタリングの有用性の具体的な証明（⑤）を求めている。

(2) **Potter v. Firestone Tire & rubber Co.**, 863 P.2d 795 (Cal 1993) 事件において、カリフォルニア州最高裁は、医療モニタリングの合理かつ必要な適用に関する判断基準を明確に述べた⁴⁶⁷。裁判所は、①原告の曝露の深刻さ及び程度、②化学物質の有毒性、③曝露した原告が（a）仮に曝露していない状態の自分と比べると、（b）国民がその疾病にかかる一般的なチャンスと比べると、疾病に罹患するリスクが相対的に増加していること、④罹患可能な疾病の重篤さ、⑤早期検査と早期診断の臨床的価値を強調する。（しかし、被告は、⑤（早期検査・診断の価値）について、医療モニタリングそれ自体には欠陥があると主張する。理由は次の通りである。すなわち、疾病の早期検査は不可能であり、またリスクが保証されていないため、現段階の検査技術は被告に実質的に不当なコストをもたらす可能性があるからである。）

(3) **Redland Soccer Club, Inc. v. Dep't of the Army** 548 Pa.178, 696 A.2d 137 (Penn 1997) 事件において、ペンシルベニア州最高裁判所は、原告が以下のことを証明しなければならないと示した。①証明された危険物質に、一般的なバックグラウンドレベル（基礎濃度）より大きい（**greater than normal background levels**）曝露をしたこと、②原告の曝露は被告の過失によって引き起こされたこと、③曝露の直接の結果として、原告は、潜在的かつ深刻な病気にかかるリスクが著しく増加したこと、④医療モニタリングが疾病

⁴⁶⁶ **Theer v. Philip Carey Co.**, 628 A.2d 724, 733 (N.J.1993).

⁴⁶⁷ **Potter v. Firestone Tire & rubber Co.**, 863 P.2d 795, 824, 825 (Cal 1993).

の早期発見を可能とすること、⑤処方された医療モニタリングが、曝露していない人が通常に進められるモニタリングと異なること、⑥処方された医療モニタリングが現代医学の原理に基づいていて、必要かつ合理的なものであること、以上の六点である。

(4) *In re Paoli Railroad Yard PCB Litigation* (3d Cir. 1994)のケースは、最も多くの裁判所によって採用されたアプローチの典型である。控訴審の裁判所は、以下のように、原告が証明しなければならない五つの考慮要素を定立した。すなわち、①原告は、被告の過失行為によって、証明された危険物質にかなり曝露したこと、②曝露した直接の結果として、原告は、深刻な潜在的疾病にかかるリスクが著しく増加することを被る（に苦しむ）こと、③リスクの増加のため、定期的な診断に関する医療検査が合理的に必要となること、④医療モニタリングと検査の医療手当が存在することは、疾病の早期発見と早期治療を可能にし、かつそれに有益な効果をもたらすこと、⑤合理的な医師が被害者である原告に対して、曝露していない人と異なる医療モニタリングプログラムを処方することである。

(5) *Bourgeois v. A.P. Green Industries, Inc.*, 716 So. 2d 355 (La. 1998) 事件において、裁判所は、原告が医療モニタリングによる訴訟を成功させるために、以下のような七つの考慮要素・判断基準を示した。すなわち、①証明された危険物質にかなり曝露したこと、②曝露の直接の結果として、原告は、深刻かつ潜在的な疾病にかかるリスクが著しく増加すること、③原告の深刻かつ潜在的な疾病にかかるリスクは、(a) 自分が曝露していない状態で同じ疾病にかかるリスク、(b) この疾病にかかる国民の一般的なチャンス、より大きいこと、④疾病の早期診断を可能にする医療モニタリングが存在すること、⑤医療モニタリングは、資格を持つ医師によって処方され、現代の科学原理に照らして、合理的かつ必要であること、⑥処方される医療モニタリングは、曝露していない状態に通常に勧められるモニタリングレジームと異なること、⑦疾病の早期発見と診断にはある程度の実証できる医学的価値があること、である。

(6) *Bower v. Westinghouse Elec. Corp.*, 522 S. E. 2d 424 (W. Va. 1999) において、原告は、被告の不法行為を原因とする有害物質に曝露したことによって生じた医療モニタリング費用に基づく損害賠償請求を提出した⁴⁶⁸。医療モニタリングによる権利主張を認めなかったMetro-North事案（以下の第四節で説明する）があるにもかかわらず、ウェストバージニア州最高裁は、現存する物理的傷害がなくても、医療モニタリングを訴訟原因として認められるとした。裁判所は、ウェストバージニア州法のもとで、現在の物理的傷害がない場合に、原告が医療モニタリング費用を請求する訴訟を正当化するいくつかの判断基準を明確に述べた⁴⁶⁹。すなわち、①被告の不法行為によって、②原告が有害物質にかなり曝露したこと、③この有害物質は、既に証明された危険物質であること、④曝露の直接の結果として、原告は一般住民と比べると、深刻かつ潜在的な疾病にかかるリスクが増加したこと、⑤疾病のリスク増加によって、原告が定期的な医療診断・検査を受けることを合理的に必要となること、⑥この医療診断・検査は、曝露していない人が処方される医療検査と異なること、⑦疾病の早期発見を可能とする医療モニタリングが存在すること、以上の七点である。

(7) *Petito v. A.H. Robins Co.*, 750 So. 2d 103 (Fla. Dist. Ct. App. 1999) において、フェンフルラミン（Fenfluramine）とフェンテルミン

⁴⁶⁸ *Bower v. Westinghouse Elec. Corp.*, 522 S.E.2d 424, 431 (W. Va. 1999).

⁴⁶⁹ *Id.* at 424, 432, 433.

(Phentermine)、つまりFen-Phen という肥満症治療の薬剤を使った原告に対して、フロリダ州裁判所は、傷害がなくても、原告の医療モニタリングを認めた。その判示によると、原告は、以下のような七つの要件を満たさなければならない⁴⁷⁰。すなわち、①一般的なバックグラウンドレベル（基礎濃度）より大きい（**greater than normal background levels**）曝露をしたこと、②その物質は証明された危険物質であること、③被害は被告の過失（**negligence**）によること、④曝露の直接の結果として、原告は、深刻かつ潜在的な疾病にかかるリスクが著しく増加すること、⑤疾病の早期診断を可能にする医療モニタリングが存在すること、⑥処方された医療モニタリングレジームは、曝露していない状態に通常に勧められるモニタリングレジームと異なること、⑦処方された医療モニタリングレジームは、現代の科学原理にしたがって必要かつ合理的であることである。

(8) *Abbatiello v. Monsanto Co.*, 522 F. Supp. 2d 524(S.D.N.Y.2007)において、裁判所は、ニューヨークの法律のもとで、原告が以下の七つの要素を証明できれば、医療モニタリングに関する賠償請求を認める。すなわち、①被告の不法行為によって、②証明された危険物質に、③普通のバックグラウンドレベルより大きい（**greater than normal background levels**）曝露をし、④曝露の直接の結果として、原告は、潜在的かつ深刻な病気にかかるリスクが著しく増加することとともに、⑤医療モニタリングというプロセスの存在が疾病の早期発見を可能とし、⑥処方された医療モニタリングは、曝露されていない人が通常に進められるモニタリングと異なり、⑦現代医学の原理に基づいて、必要かつ合理的なものであることである。

以上のように、多くの裁判所は、医療モニタリングの費用を求めるケースにおいて、いくつかの要素について合意するようになった⁴⁷¹。裁判所は、様々な言葉を使って、以下のようなことの立証責任を原告に負わせるのである。これらの要素は、専門家証言によって証明されなければならない。すなわち、

(1) 被告の過失による不法行為が原因となり、原告が危険物質に実際に曝露したこと、(2) 曝露の直接的な結果として、原告の潜在的かつ深刻な疾病に罹患するリスクがかなり増加すること、(3) リスク増加によって定期的な医療モニタリングが必要となったこと、(4) 医療テストが存在しており、その適用によって、潜在的な疾病の早期発見が可能となり、疾病の漸進的発展が阻止されうることである。

まず、多くの裁判例では、被告に医療モニタリング費用を補償させるために、原告が有害物質に曝露した程度が重要な考慮要素となる。一般的に、原告の曝露の程度はバックグラウンド（基礎濃度）の線量（**background level or background dose**）を超えなければならないと要求されている。つまり、有害性影響を生じさせるのにかなりの曝露をしたことが必要である。というのも、現代のリスク社会において、微量の発がん性物質を含むものが多く存在しており、曝露の量や有害物質の濃度に一定の制限をかけなければ、数え切れないほどの訴訟が引き起こされるからである。もちろん、原告の曝露した程度は、実際に必ずしも有害性影響を起こすのではなく、専門家の証言によれば、有害影響を発生させることができる（起こしかねない）程度で充分であるとされる⁴⁷²。

⁴⁷⁰ *Petito v. A.H. Robins Co.*, 750 So. 2d 103, 106, 107 (Fla. Dist. Ct. App. 1999).

⁴⁷¹ それにもかかわらず、医療モニタリングによる権利主張について、いまの裁判所の判断基準は、曖昧であるという批判がなされている。

⁴⁷² *See supra* note 404, at 227, 246.

次に、原告の将来的に疾病にかかるリスクを重視する裁判所が存在する。原告の罹患しうる疾病は、深刻な疾病（例えば、がんのような致死的な疾患など）に限られ、曝露によって生じたリスクは著しく増加し、少なくともバックグラウンド（背景）リスクを超えなければならない。また、損害賠償は以下のような場合に限定されるべきであるという主張がある⁴⁷³。すなわち、原告の危険・有害物質との接触後に疾病にかかるリスクが、接触前より二倍に増えたことを証明できる場合のみである。しかし、一般的に多くの裁判所は原告が医療モニタリングの救済を求めるとき、曝露の結果として特定の疾病の発生が確実であること、あるいは生じる可能性が高いこと（**"to show that a particular disease is certain or even likely to occur as a result of exposure"**）を証明しなくてよいとしている。また、リスクの増加を量化せずに、医療モニタリングを認めた裁判例もある。

例えば、①Bower案において、ウェストバージニア州最高裁は、原告が特定の疾病にかかるリスクが著しく増加することを証明しなければならないと示した。しかし、疾病のリスク増加の立証に関して、リスク増加のレベルを数量化する必要はないとされた。②医療モニタリングのリーディング・ケースである **Ayers v. Township of Jackson** では、裁判所は、疾病にかかるリスクの相対的增加という要件について、リスクの増加が精密に定量化される必要はないが、医学的に重大であると評価できれば足りると示した。しかし、批判する側からみれば、リスク増加が量化されることを要求しない限り、それ自体は不法行為法の因果関係要件を完全に破壊してしまう（**"completely destroy"**）⁴⁷⁴。

さらに、曝露した結果と医療モニタリングの必要性との間の因果関係が求められる。いくつかのケースにおいて、判決は原告がその両者の間に道理に合っている程度の医学上の一定の確実性を確立しなければならないことを示した。すなわち、医療モニタリングの費用は、曝露の結果として惹起されたことを合理的に予想されなければならない。裁判所が医療モニタリングによる請求を認めるかどうかを決める際の判断の焦点は、医療モニタリングそれ自体の必要性があるかどうかにある。それぞれの裁判所は、異なる言葉を使いつつ、基本的に以下のことを示した。それは、原告において医療モニタリングが疾患の発生を診断するのに合理的かつ必要であることを示さなければならないということである。一つの見解は、危険物質への曝露それ自体とそれに付随する医療検査の必要性が、「傷害（injury）」を構成するという主張である。この見解によれば、原告には曝露の結果として深刻な疾病にかかる十分な蓋然性の証明は要求されない。しかし、原告に要求されるのは、医療モニタリングが、医学的な蓋然性の合理的な程度を持って、疾病の危険な兆候を適切に診断するために必要とするかどうかのことである。ALI（アメリカ法律協会）の研究は、医療モニタリングの必要性が、裁判所に指定された専門家か科学委員会（**court appointed experts or science panels**）からの「信頼できる専門家証言」（**reliable expert testimony**）によって実証されると主張する⁴⁷⁵。

最後に、医療モニタリングの価値が強調されている。プロトコルは、予測される診断価値に十分な注意を払わないと、無症状の原告に多くの誤判定を生じさせ、他の必要ではない手順を踏ませる⁴⁷⁶。それらの手順は、原告に肉体的

⁴⁷³ Andrew R. Klein, *Rethinking Medical Monitoring*, 64 BROOK. L. REV. 1, 21 (1998); Susan L. Martin, Jonathan D. Martin, *Tort Actions for Medical Monitoring: Warranted or Wasteful?*, 20 COLUM. J. ENVTL. L. 121, 130-131 (1995).

⁴⁷⁴ Andrew R. Klein, *Rethinking Medical Monitoring*, 64 BROOK. L. REV. 1, 18 (1998).

⁴⁷⁵ AMERICAN LAW INSTITUTE, ENTERPRISE RESPONSIBILITY FOR PERSONAL INJURY: REPORTERS' STUDY VOL.1 THE INTERNATIONAL FRAMEWORK (Philadelphia: American Law Institute, 1991) 379, 380.

⁴⁷⁶ See *supra* note 404, at 227, 276.

苦痛、精神的ストレス、さらにはリスクをもたらすかもしれない。また、被害者に普通の健康診断ではなく、特定の有害物質に曝露したことによって生じる特定の疾患向けの医療モニタリングが求められている。つまり、曝露していない人が処方される医療検査と異なり、高い選択性と特定性を有する医療モニタリングが望ましい。なぜならば、曝露していたかどうかと関係なく、原告に同じ医療モニタリングを与えると、被告にとっては不公平であるからである。医療専門家は、どの検査が医療資源の適当な使用に当たるか、どの検査が無駄であるかについて慎重に分析しなければならない。実際の身体的傷害がない限り、医療モニタリングという権利主張に肯定的な裁判所は、医療モニタリングの有効性を求める。

しかしながら、医療モニタリングの有効性、コストおよびリスクを評価せずに、医療モニタリングによる請求を許可する裁判所も存在する。例えば、**Bower** の事案では、ウェストバージニア州最高裁判所は、潜在的な疾病が不可逆的かつ治療不可能であるとしても、医療モニタリングが認められると示した。つまり、原告は、早期発見が有益な治療効果をもたらすこと（「早期診断の価値」）を証明する必要があるということである。医療モニタリングは、被害者の疾病予防・治療や生存率の増加をもたらす効果がなくてもよいのである。このような扱いによって、後者のような裁判所はコモン・ローに抜本的な改革をもたらしたといえるであろう。

第五款 賠償金の支払い問題——「一時金」（lump-fund）か「裁判所監督の信託基金」（court-supervised trust fund）

医療モニタリングに関する損害賠償の適切な利用を確保するために、何らかの制限が要求されるべきであるかについて、疑問が残されている。大規模な有害物質の曝露による集団的不法行為のケース（mass-exposure toxic-tort cases）において、訴訟で争われた医療モニタリングの費用は膨大な費用になりうる。この問題に関して、医療モニタリング費用の適当な利用を確保するために、以下のことをめぐる実務的な議論がある。すなわち、医療モニタリングに対する損害賠償が認められたとき、医療モニタリングの費用はどのように払われるべきであるかという議論である。実務上では、医療モニタリング費用に関する賠償金の支払い方法は、二つの種類に分けている。それは現在の価値に割引かれ、一括払い金（一時金）（lump sums）として払われるべきであるか、それとも原告が実際の医療検査を受けるとき、「裁判所監督の信託基金」（court-supervised trust fund）によって払い戻されるべきであるかについての議論である⁴⁷⁷。

実際のところ、いくつかの裁判所は前者のように被害者に法律救済として一括してかなりの金額を与えるが、それに加え、衡平法上有効な権力を持って信託基金を設置する裁判所もある。後者の場合、被害者である原告が病院で実際に医療モニタリングを受けたとき、請求書・領収書という証拠があれば、ファンドからその支払った金額が補償される⁴⁷⁸。

ところが、前者、つまり一括払いの払い方法には、問題があるといわれている。まず、一括払い金の計算には問題があると指摘される。なぜならば、医療モニタリングのために将来の必要となる実際の金額を精密に予測することができないからである。一般的に、支払金は、普通の医療テストや検査ではなく、被告の行為と関連する特別なモニタリングの費用のみを命じられるべきである。

⁴⁷⁷ See *supra* note 270, at 136.

⁴⁷⁸ See *Hansen v. Mountain Fuel Supply Co.*, 858 P.2d 970,982 (Utah 1993).

また、損害賠償金の濫用の可能性が残される。つまり、大きな額の一時金が支払われた後、その一時金の内いくらが実際に医療モニタリング費用のために使われたかという疑問が生じる。

例えば、有害物質による不法行為において、提訴時点で身体的症状がなくても、医療モニタリングの権利回復を明確に認めた初めてのケースは、**Ayers v. Township of Jackson** ケースである。1987 年の **Ayers v. Township of Jackson (N.J.1987)** 事案⁴⁷⁹では、339 名の原告は、合わせて 800 万ドル以上の賠償金を受け取った。この事案において、当初ニュージャージー州最高裁判所は、支払金を管理するための「裁判所監督の基金」(court-supervised fund)を希望することを述べた。この基金は、実際に支払われた支払金の金額を限定することができると考えられるからである。しかし、結果的に、裁判所は、「『裁判所監督の基金』を選ぶことができるとすると、ニュージャージー州における支配的な慣例との断固たる決別を意味する」と述べ、原告に「一時金」の形で賠償金を与えることにした。それにもかかわらず、実態調査によれば、**Ayers**事件後、被害者は、医療モニタリング請求に基づいて得た損害賠償金を使って家を購入したりしていた⁴⁸⁰。このように、医療モニタリングの賠償金を受けたとしても、原告は健康診断のためにそれを使うと限らない。

それと同様に、**Hansen** 事案の多くの原告は、一時金の形で損害賠償金が支払われたのち、七年間経っても、厳格かつ正規の医療検査ではなく、ぞんざいな医療検査しか受けていなかった⁴⁸¹。多くの一括払いの事案では、その賠償金は、疾病を発見するための定期的な医療検査ではなく、新しい家、車、バカンス等のために利用される可能性が大きい⁴⁸²。したがって、医療モニタリングの一括支払いの損害賠償金は、濫用される可能性があるため、医療モニタリングプログラムを設置する目的に違反すると言わざるをえない。

原告の思いがけない大きな収入になることや、医療モニタリングに対する損害賠償金の不適切な使用がなされることを防ぐために、損害賠償金を一時金の形で原告に直接に渡すことは批判されている。しかも、**American Law Institute (ALI)** は、医療モニタリングの賠償金を原告に直接に渡すのに賛成しかねている⁴⁸³。

さらに、医療モニタリングを衡平法上の救済手段（例えば、差止命令 (injunction) などの柔軟な救済方法）としてみなす裁判所は、一時金ではなく、裁判所監督のファンドが衡平法上の救済を構成できると示している⁴⁸⁴。というのも、一時金のような金銭的損害賠償は、法的救済手段として、既に発生した傷害を補償することを目的とする。それに対して、衡平法上の救済は、特定の傷害（あるいは将来のより大きな被害）を防止、軽減、あるいはアンドゥーすることを目的とするからである。

したがって、医療モニタリングに対する損害賠償金の分配において、医療モニタリング救済の特性、資金の可算性と監督の重要性を考慮すると、信託ファンドの適用は、最も効果的な方法であると考えられている。司法的救済手段として、裁判所は厳格な損害賠償システムを創設し、原告の意外な利益の取得を防ぎながら、医療モニタリングのための金銭的損害賠償が実際に医療検査に使われていることを確実にすべきである。なお、ファンドの支払金に対する専門

⁴⁷⁹ 525 A.2d 287 (N.J. 1987).

⁴⁸⁰ See *supra* note 404, at 227, 257 n. 158.

⁴⁸¹ See *supra* note 405, at 349, 372.

⁴⁸² Arvin Maskin, Konrad L. Cailteux, Joanne M. McLaren, *Medical Monitoring: a Viable Remedy for Deserving Plaintiffs or Tort Law's Most Expensive Consolation Prize?*, 27 (1) W.M. MITCHELL L. REV. 540-543 (2000).

⁴⁸³ AMERICAN LAW INST., ENTERPRISE RESPONSIBILITY FOR PERSONAL INJURY (1991) 379.

⁴⁸⁴ See *supra* note 413, at 1659, 1667.

家の認可が必要となるバウチャー制度 (voucher system) の導入を伴って、必要ではない浪費的な診断的検査の頻度を減らすために、専門家委員会は、特定の場合に、特定の検査の使用に関して、拒否権を行使できる⁴⁸⁵。

第四節 Metro-North Commuter Railroad Co. v. Buckley

医療モニタリング費用に基づく権利主張について司法の大幅後退とみなされるのは、Metro-North Commuter Railroad Co. v. Buckley,⁴⁸⁶訴訟における連邦最高裁の判決であるという評価がある⁴⁸⁷。

1985年から1988年にかけて、鉄道従業員（配管工）であるBuckley（原告）は、仕事日ごとに一時間ぐらいアスベストにさらされた。彼の仕事の内容は、パイプから断熱材を移動させることであった。しかし、その断熱材の粉塵にはアスベストが含まれていた。1987年、Buckleyは、「アスベストに対する認識クラス」に参加し、がんや他のアスベストに関連した疾患にかかるおそれを持ち始めた⁴⁸⁸。1989年に、Buckleyは、がんと他のアスベストに関連した疾患のための定期的な医療検査レジームを受けた。

その後、Buckleyは、FELA (Federal Employer's Liability Act連邦雇用者責任法⁴⁸⁹) に基づいて、Metro-North鉄道会社に対して、職業的な曝露から生じた精神的苦痛による損害賠償および医療モニタリング費用に関する一括払い損害賠償を請求するために、訴訟を起こした。そして、Metro-North鉄道会社は、過失があったことを認めたが、原告が物理的被害を受けていないので、FELAが原告の傷害による損害賠償という権利主張を認められないと反論した。

ニューヨーク南地方裁判所は、原告が①精神的傷害 (emotional injury) を受けたことを十分に証明できず、②物理的影響 (physical impact) ・人身被害 (physical harm) がないので、FELAのもとで、それがないと精神的傷害は認められないと理由づけ、原告の主張を棄却した⁴⁹⁰。なお、裁判所は、医療モニタリングによる権利主張に対処しなかった。

上訴審の第二巡回区裁判所は、一審判決を破棄し、以下のように判示した。すなわち、①アスベストを含む断熱材の粉塵への接触は、FELAのもとでの「物理的影響」の定義に適合する⁴⁹¹。そのため、FELAのもとで、それに伴う精神的苦痛による損害賠償は回復できる。②原告は、被告の過失（ネグリエンス）から生じた有害物質に曝露したことに起因し、合理的な医者が、曝露していない人と異なる医療モニタリングレジームを原告に処方することを証明できれば、原告は、医療検査に関する費用を回復することができる。なぜならば、FELAは、合理的に発生したすべての医療モニタリング費用に関する損害賠償を（合理的な医者が、曝露していない人と異なる医療モニタリングレジームを処方するときはいつでも）認めるからである⁴⁹²。

⁴⁸⁵ See *supra* note 434, at 663, 681.

⁴⁸⁶ 521 U.S. 424 (1997).

⁴⁸⁷ Wittie S. Vance, Becker Kathryn W., 「医療モニタリング費用の扱いに苦慮する米国司法--有害物質にさらされた人身被害の将来の疾病の可能性をどう補償する?」 国際法務戦略 7(4), (1998年) 10-13頁。

⁴⁸⁸ See *supra* note 486, at 424, 427.

⁴⁸⁹ 州際・国際通商に従事する鉄道会社被用者の事故による傷害・死亡について雇用者が過失責任を負うことを定めた 1906 年の連邦法である。小山貞夫（編著）『英米法律語辞典』（研究社、2011年）421~422頁。

⁴⁹⁰ See *supra* note 486, at 424, 428.

⁴⁹¹ Buckley v. Metro-North Commuter R.R. Co., 79 F.3d 1337, 1345 (2d Cir. 1996).

⁴⁹² *Id.* at 1337, 1347.

しかし、1997 年の米国連邦最高裁判所は二審の判決を破棄し、本件を差戻した。つまり、連邦最高裁はFELAのもとで、物理的傷害がない限り、原告の精神的苦痛による損害賠償とがんに対する将来の健康検査費用、つまり医療モニタリングの救済を両方とも拒否した。連邦最高裁判所は、明らかな症状が現れていない被雇用者がFELAに基づいて起訴するケースにおいて、医療モニタリング費用を一括して賠償する（一括払い）訴因がないと示した。①連邦最高裁判所は、過去の医療モニタリング判決を調べた上で、多くの州最高裁が医療モニタリングに対する損害賠償請求を認めるとき、慎重かつ不安であることがわかるようになり、一括払いの損害賠償に関して、医療モニタリングによる権利主張を支持する「成立過程にある慣習法」がないと判断した。つまり、医療モニタリング費用による権利主張について、成熟した本格的かつ伝統的な不法行為法における一括払いによる損害賠償のための訴訟原因は承認されていない⁴⁹³。不法行為の新たな訴訟原因は、様々な政策課題を創造しうるからである。

また、②最高裁判所は、（判例法における）医療モニタリングに関する決定を調査し、「伝統的な一時金のような損害賠償救済に関して明らかな不安」を感じ、その注意点と限界が気になった。上記の原告は、被告の過失によってアスベストに曝露したが、提訴時点ではアスベストに関連する疾病の症状を発見していなかった。それゆえに、最高裁は、その時点で身体的な傷害に関する証拠がない限り、医療モニタリング費用は認められないとした。その理由は、以下の通りである。

まず、原告はコモン・ローの原則に基づいて、具体的な症状が現れるときにはじめて、関連する合理的な医療モニタリング費用が損害賠償の一つの項目として補償される。そのため、アスベストに関連する疾病の症状が出ていない原告は、現在の段階で物理的傷害を証明できないので、医療モニタリング費用による請求は認められない。

次に、原告のアスベストを含む粉塵への物理的接触は、原告がFELAのもとで、精神的苦痛による権利主張をするための「物理的影響」に達するかどうかの問題について、最高裁判所は、「物理的影響」は、有害物質（その有害物質に関する唯一の物理的被害は、将来的に疾病を引き起こす可能性があること）への軽い接触を含めないと示した⁴⁹⁴。つまり、FELAのもとでは、被雇用者は、アスベストと関連する疾病の症状を証明できない限り、過失によって与えられた精神的苦痛に関する損害賠償を回復できない。さらに、最高裁は、この事案とFriends for All Children事案（医療モニタリングが認められた）とを区別し、本事案にはFriends for All Children 事案にあった「トラウマの物理的影響が存在すること」が欠如していることを示した⁴⁹⁵。

結局、アスベストに関連する潜在的疾患を発見するために、原告が将来の医療モニタリングに関する検査費用による損害賠償を回復できるかどうかについて、最高裁（七対二⁴⁹⁶）は、連邦雇用者責任法（FELA）のもとで、医療モニタリングによる損害賠償を拒否した。

⁴⁹³ U.S. Supreme Court Reports 138 L Ed 2d 561.

⁴⁹⁴ 確かに、前の最高裁判例において、「身体的健康への影響」は言及され、連邦雇用者責任法に基づいて、過失によって与えられた精神的苦痛に関する損害賠償を認めた。しかし、その判例における「身体的健康への影響」は、直接の外傷性被害を指すが、以下のような物質との単純な接触を含まない。すなわち、(a) この物質は、相当しばらく経ってから疾病を引き起こしうる。(b) この物質は、疾病と関連するリスク以外の被害を脅かさない。U.S. Supreme Court Reports 138 L Ed 2d 560.

⁴⁹⁵ See *supra* note 486, at 424, 440.

⁴⁹⁶ Ginsburg 裁判官と Stevens 裁判官は、判決の一部を賛成し、一部を反対する。彼らは、(1) 裁判所の精神的苦痛に関する権利主張の否認を賛成する。しかし、(2) 以下の見解を示す。① 精神的苦痛についての権利主張を否認する理由は、被雇用者が、精神的苦痛に関する客観的な

要するに、この問題に関して最高裁は、以下の四つの理由を挙げたのである。すなわち、①無効かつささいな権利主張から有効かつ重要な権利主張を区別するのは、裁判官と陪審員にとって難しいことである。例えば、裁判官と陪審員が、どのように医療モニタリングのコストと定期的な医療的ケアのコストとを見分けられるかについて問題になる⁴⁹⁷。

②大量の相対的に重要ではない権利主張が生じる可能性があるので、裁判所は、加害者に「無制限の責任と予想できない責任」（"**unlimited and unpredictable liability**"）を負わせることに対しておそれがあることである⁴⁹⁸。

③裁判所は、膨大な「それほど重要ではない」ケースが増えることについて、より深刻な身体的傷害を受けた被害者（"**those more seriously harmed**"）に向けられた司法資源や医療資源及び財源が取り込まれる心配を持っていることである⁴⁹⁹。

④医療モニタリングによる権利主張を認めることは、既存の代替的支払源の存在を無視する（"**ignore the presence of existing alternative sources of payment**"）⁵⁰⁰ことになる。例えば、使用者・雇用者または保険政策は、原告に医療モニタリング費用を提供しうる。そのため原告は、最終的に二重の損害賠償金を得る（損害が二重にでん補される）可能性があり、原告は健康保険会社から医療モニタリング費用の払い戻しを受けた上で、医療モニタリング訴訟を続行しうることとなる。

ここで注意すべき点は、最高裁の上記判決は連邦雇用者責任法（FELA）に基づいて発生したケースにしか直接適用されないことにある⁵⁰¹。すなわち、ほかの不法行為ケースについて、各州の裁判所はこの判決に従う必要はないのである。それゆえに原告は、有害物質の不法行為に関する各州法に基づいて、医療モニタリング救済を請求しており、実際に**Metro-North Commuter Railroad Co. v. Buckley** 事案の後にも、医療モニタリングを合法的な救済として認めた裁判例がある⁵⁰²。しかし、州法に基づいて判断が下されるがゆえに、医療モニタリングを請求するケースの結果は、州によって大いに異なる。

第五節 医療モニタリングを棄却する裁判例

医療モニタリングの費用に基づく権利主張は、損害賠償請求の一種として扱われる場合、様々な判例法によって認容されてきた。しかし、これに反対する観点によると、医療モニタリングによる請求が依拠する根拠は、プロスペクティブ（前向き、前方視的）であるという問題点がある⁵⁰³。それゆえに、目下

証拠を示さないことにある。②被雇用者は、連邦雇用者責任法のもとで、一括払いの損害賠償金を得る資格（権利）がある。しかし、その賠償金は、アスベストへの曝露の結果として、合理的な医者に勧められる検査の増分費用に限定される。

⁴⁹⁷ See *supra* note 486, at 424, 441.

⁴⁹⁸ *Id.* at 424, 442.

⁴⁹⁹ *Id.* at 424, 442.

⁵⁰⁰ *Id.* at 424, 442, 443.

⁵⁰¹ Wittie S.Vance, Becker Kathryn W, 「医療モニタリング費用の扱いに苦慮する米国司法—有害物質にさらされた人身被害の将来の疾病の可能性をどう補償する?」 国際法務戦略 7(4), (1998年) 10-15頁。

⁵⁰² 例えば, *Petito v. A.H. Robins Co.*, 750 So. 2d 103 (Fla. Dist. Ct. App. 1999) フェンフルラミンとフェンテルミンという肥満症治療の薬剤に基づいて訴訟において、裁判所は、傷害がなくても、原告の医療モニタリングを認めた。*Lewis v. Lea Indus. Ass'n, Inc.*, 793 N.E.2d 869 (Ill. App. Ct. 2003) 裁判所は、物理的傷害がなくても、含鉛ペイントに曝露した子どもたちに対して、医療モニタリングを認めた。

⁵⁰³ See *supra* note 395, at 318, 319.

の物理的傷害がない限り、医療モニタリングに対する承認を拒否したり、あるいは未だその可用性を取り組んでいなかったりする裁判所がある⁵⁰⁴。以下では、医療モニタリングによる権利主張を棄却した裁判例のいくつかを紹介する。

(1) *Purjet v. Hess Oil Virgin Islands Corp.* 1986 WL 1200 (D.V.I. 1986) において、作業服に組み込まれたアスベスト繊維によって曝露した原告は、医療モニタリング費用を請求した。裁判所は、実際の傷害を示すことは不法行為の訴訟原因が成立するための不可欠な要素である ("indispensable element of a tort cause of action") として、原告の請求を拒否した。

(2) *Ball v. Joy Technologies, Inc.*, 958 F.2d 36 (4th Cir. 1991) において、被告の雇用者である原告は、採掘装置からグリース（油脂）を除去したときPCBsに曝露したを理由に、医療モニタリングによる訴訟を起こした。第四巡回区控訴裁判所は、ウェストバージニア州法を適用しており、医療モニタリング費用が将来的に生じうる傷害に対する損害賠償の一つの形態にすぎないとした⁵⁰⁵。したがって、将来的に起こりうると思われる疾病・傷害の発生率がそれほど高くない限り、損害は回復できないと判示した。その上で、提訴時点で疾病または身体的傷害の症状がない原告に対し、医療モニタリング費用を認めるか否かについての判断は、州議会に委ねるほうが正しいとの見解を示した⁵⁰⁶。つまりそれは、潜在的な被害に関する訴訟について、司法ではなく、立法に委ねるという考え方である。

(3) *Hinton v. Monsanto Co.*, 813 So. 2d 827, 829 (Ala. 2001) において、アラバマ州最高裁は、アラバマ不法行為法を拡張し、PCBs に曝露した原告に対して、物理的な身体傷害がない場合の医療モニタリング救済を包含するのは「正当化する理由が不十分である」とした。つまりアラバマ州法は、物理的傷害や疾病の症状が現れない場合に、医療モニタリングによる権利主張を訴訟原因として認めていないといえる評価しうる。

(4) *Wood v. Wyeth-Ayerst Labs.*, 82 S.W.3d 849, 852 (Ky. 2002) において、ケンタッキー州最高裁は、Fen-Phen に曝露した原告が、医療モニタリングに対する損害賠償を請求するとき、症状が見つかった物理的傷害を証明しなければならないことを示した。

(5) *Paz v. Brush Engineered Materials, Inc.*, 949 So.2d 1, 3 (Miss. 2007) において、ミシシッピ州最高裁は、空中ベリリウムに曝露した原告に対して、ミシシッピ州法が物理的傷害のない場合の医療モニタリングに対する損害賠償を認めないと判じた。

第六節 現状

伝統的な不法行為訴訟において、現実の身体的傷害を受けた被害者に対して、将来の医療費用に対する損害賠償は常に認められる。しかし、有害物質に曝露された無症状の被害者に対する医療モニタリング費用の提供に関して、各州の意見は、必ずしも一致するわけではない。不法行為法の伝統的理論は、実際の身体的傷害を求め、身体的傷害が証明された場合にのみ、医療モニタリングという救済を間接的損害賠償の一つの項目として認める。しかし、1984 年の *Friends for All Children v. Lockheed Aircraft Corp.* 事案で、初めて身体的傷害がなくても医療モニタリングに対する損害賠償が認められてから、30 年

⁵⁰⁴ See *supra* note 501, at 10, 12.

⁵⁰⁵ *Ball v. Joy Technologies, Inc.*, 958 F.2d 36, 38 (4th Cir. 1991).

⁵⁰⁶ *Ball v. Joy Technologies, Inc.*, 958 F.2d 36, 38 (4th Cir. 1991).

間が経った。それ以後の各州の裁判所は、医療モニタリングによる救済の妥当性に関して意見が大きく対立している。

現在の物理的傷害がなくとも、医療モニタリングを認める州は以下の通りである。マサチューセッツ州 (Massachusetts)、アリゾナ州 (Arizona)、カリフォルニア州 (California)、コロラド州 (Colorado)、コネティカット州 (Connecticut)、コロンビア特別区 (District of Columbia)、フロリダ州 (Florida)、グアム島 (Guam)、イリノイ州 (Illinois)、モンタナ州 (Montana)、ニュージャージー州 (New Jersey)、ニューヨーク州 (New York)、オハイオ州 (Ohio)、ペンシルヴェニア州 (Pennsylvania)、ユタ州 (Utah)、ウェストヴァージニア州 (West Virginia) である⁵⁰⁷。つまり、十四州とグアム島、そしてコロンビア特別区は、物理的傷害がない場合の医療モニタリングによる権利主張を認めようとする。

現在の物理的傷害がないときには医療モニタリングを認めない州は、以下の通りである。アラバマ州 (Alabama)、デラウェア州 (Delaware)、インディアナ州 (Indiana)、カンザス州 (Kansas)、ケンタッキー州 (Kentucky)、ルイジアナ州 (Louisiana)、ミシガン州 (Michigan)、ミネソタ州 (Minnesota)、ミズーリ州 (Missouri)、ネブラスカ州 (Nebraska)、ネバダ州 (Nevada)、ノースカロライナ州 (North Carolina)、サウスカロライナ州 (South Carolina)、テキサス州 (Texas)、バージニア州 (Virginia)、ヴァージン諸島 (Virgin Islands)、ワシントン州 (Washington) である⁵⁰⁸。つまり、十六州及びバージン諸島は、原告が現在の物理的傷害を証明できる場合にのみ、医療モニタリングによる権利主張を認めようとするのである。

また、ALIは、the Restatement (Third) of Torts: Economic Torts And Related Wrongs § 21 (Council Draft No. 1, 2006) をめぐって議論するとき、医療モニタリングの損害賠償を承認しようとしている⁵⁰⁹。ALIは、以下の四点を主張する。まず、潜在的な病気の早期診断が有益な医学的介入のチャンスを増やされるという見込みによって、医療モニタリングが医学的に正当である場合にのみ、被告は医療モニタリングの費用を負う。次に、医療モニタリングの費用は、原告に身体的被害のリスクを予防あるいは軽減すること以外には物質的な利益をもたらさない。さらに、金銭的損害賠償の払う方法として、一時金ではなく、ファンドのほう望ましい。最後に、曝露が医療モニタリングを必要とするかどうかを確定できない場合に、あるいは、原告が医療モニタリング費用を簡単に負担できる場合に (例えば、医療モニタリングの費用が少ない、または原告の健康保険や雇用者から医療モニタリングの費用が払われる場合に)、医療モニタリングに関する賠償金を拒否すべきであると提案する。

さらに、医療モニタリングによる権利主張を認めることには、内在的に複雑かつ重大な公共的政策の問題があるので、医療モニタリングによる権利主張を許可するか否かは司法ではなく、立法に委ねるべきであるという観点が強く主張されている⁵¹⁰。つまり、立法問題として丸投げする傾向がみられるのであ

⁵⁰⁷ D. Scott Aberson, *Note: A fifty-state survey of medical monitoring and the approach the Minnesota supreme court should take when confronted with the issue*, 32 WM. MITCHELL L. REV. 1095, 1114, 1115 (2005-2006). 筆者は、ここでマサチューセッツ州を加えた。Donovan v. Philip Morris USA, Inc., 914 N.E.2d 891 (Mass. 2009) 事件において、マサチューセッツ州最高裁は、無症状の原告である喫煙者に対して、喫煙によって肺癌にかかるリスクが増加するため、医療モニタリングを訴訟原因として認めたからである。

⁵⁰⁸ D. Scott Aberson, *supra* note 507, at 1095, 1115, 1116.

⁵⁰⁹ See *supra* note 434, at 663, 664.

⁵¹⁰ Victor E. Schwartz, Mark A. Behrens, Emma K. Burton, Jennifer L. Groninger, *Medical Monitoring—Should Tort Law Say Yes?*, 34 (4) WAKE FOREST L. REV. 1057 (1999).

る。医療モニタリングによる権利主張に対する規制は、なぜ立法に委ねるべきであるかということにはいくつかの理由が挙げられる⁵¹¹。①立法機関は、裁判所と比べると、必要な情報を入手するあるいは医療モニタリングの損害賠償に関する複雑な問題を考慮するのにより良い状況にある。それらの問題（例えば、ファンドに関するプログラムの執行や管理）について、司法のコントロールが及ばない⁵¹²。立法機関は、法律に関する幅広い変化について慎重に検討すべきである。②伝統的不法行為法に対する抜本的改革は、立法者からの許可が必要である。歴史的には、アメリカの司法は、不法行為法について、漸進的な改革をもたらしている。しかし、アスベスト訴訟が示されるように、民事司法裁判が法律スタンダードを下げると、新たな原告が民事司法システムに殺到する。医療モニタリングに対する損害賠償は、損害賠償理論の新型類型とはいえ、伝統的コモン・ローの法律規則に反する。このように、民事司法に対する根本的改革は、司法機関ではなく、立法機関に委ねるべきである。③立法機関は、オープンエンドな損害賠償にパラメーターを設立するのに最も適合する。例えば、立法機関は公衆の利益を考え、有害物質に曝露する最大の基準（レベル）を定め、その基準を超えた有害物質に曝露した被害者に対して、医療モニタリングのための特別な法律を作る。

第五章 まとめ及び中国法への示唆

第一節 アメリカ法のまとめ

伝統的な損害賠償法理は、物理的傷害を受けている原告が、合理的な医学可能性を持って将来の傷害が実際に発展していくことを設立させる場合にのみ、将来の傷害に関する損害賠償を回復できることを認める⁵¹³。有害物質の潜在的被害者に関する法律救済のディレンマに対して、アメリカの司法理論と実践は、潜在的被害者を助け、伝統的法律障害を克服しようとする。アメリカでは、物理的傷害がなくても、「将来の傷害（future injury）」、あるいは「不完全な不法行為（inchoate torts）」の緩やかなバナー（名義）のもとで、疾病罹患のリスク増加、精神的苦痛あるいは医療モニタリング費用に対する権利主張、この三つの非伝統的権利主張に関する理論を一括して扱うことがしばしばある⁵¹⁴。有害物質による健康被害については、これまで伝統的に認められてきた財産・非財産的損害に加えて、このような三つの被害に対する損害賠償を求めるようになってきている。いずれも現在は有害物質による特定の症状が現れていなくても、損害賠償を求めようとする（伝統的な不法行為法ルールのもとでは、原告の請求はこの段階で棄却を免れない）。「損害」に対する判断は、法律上の問題であり、政策的考量あるいは価値判断も含まれている。これらの非伝統的理論は、伝統的不法行為が「法律上に認められる傷害」を「身体的加害」に限定することに対して疑問を提起し、「加害」の概念を再定義しようとする

⁵¹¹ *Id.* at 1057, 1071-1081.

⁵¹² 具体的に、例えば、ファンドの資金源と分配はどのようになされるべきであるか、ファンドの存在期間はどれくらいにするべきであるか、医療モニタリングプログラムはどのように執行されるべきであるか、潜在的な適格者はいつこのプログラムに参加できるかなど、多くの複雑な問題が存在する。Jesse R. Lee, *Medical Monitoring Damages: Issues Concerning the Administration of Medical Monitoring Program*, 20 AM. J.L. □ MED. 251, 267-272 (1994).

⁵¹³ *See supra* note 291, at 815, 817.

⁵¹⁴ John C.P. Goldberg □ Benjamin C. Zipursky, *Unrealized Torts*, 88 VA. L. REV. 1625, 1629 (2002).

⁵¹⁵。これにより、実際に原告の因果関係を証明する負担がある程度減らされた。

疾病に罹患するリスク増加の訴訟においては、「損害」が有害物質に曝露した後生じた疾病に罹患するリスクの現実的な増加であると解釈される。疾病に罹患するおそれ（精神的苦痛）による訴訟においては、「損害」が有害物質の曝露に関する疾病にかかる心配あるいは精神的不安であると解釈される。医療モニタリングの費用による訴訟においては、「損害」が定期的な医療検査費用の支払い、あるいは医療監視から生じる経済的負担、経済的損失であると解釈される。伝統的不法行為法では、法律上に賠償されうる傷害を現実的な身体的傷害に限定することは、いかなる場合でも妥当であるかについて疑問が生じる。法教義学は、従来の伝統的損害論を拡張的に解釈すれば、あるいは伝統的な傷害の範囲を拡大するならば、因果関係の理論を徹底的に変革しなくても、潜在的被害者を救済する可能性が十分存在する。なぜならば、これは原告の証明責任の程度を実質的に大いに緩和するからである。

注意すべきなのは、これらの三種類の非伝統的な権利主張は概念上に明白な区別があり、しかも法律救済を求めようとする経路が異なるが、それぞれは独立の存在ではなく、一定の内在的つながりがあり、相関性を持っている。例えば、医療モニタリング費用を請求する訴訟は、差し迫った傷害に関わる精神的苦痛を取り込む訴訟から分離されるべきではないという主張もある⁵¹⁶。原告は自身の状況に基づいて、三つのうちから適切な権利主張を選択することができる。実際のところ、原告は常に二つ、もしくは三つを合わせて主張する。本質から言えば、この三者の共通性は、実際に被告の行為によって深刻な疾病が発生する前に原告が法律救済のチャンスを受け取ることにある。被告の行為によって、原告の疾病に罹患するリスクが増加したこと（がんなどの深刻な疾病の発生率の統計的な増加）は、この三種類の権利主張の背後にある共通点である。リスクが現実化すると深刻な健康被害が生じる（現実化した場合の損害が深刻化する）。

換言すれば、この三つの権利主張は、健康被害のリスク増加に基づいて生じた潜在的被害者の損害賠償理論を構築、あるいは支えている。「損害」の概念に「リスク・危険性」が含まれるようになったことで、不法行為法の保護法益が拡大し、新たな枠組み設定の要求が反映されるようになってきた。有害物質による不法行為責任法理はリスクを責任根拠にするものであると捉える見解が示されている。この主張によれば、仮に有害物質に関する不法行為責任が、身体的傷害の実際の発生ではなく、人身損害のリスク増加を基礎づけるならば、現代不法行為法の基本的機能はより容易に実現される。この機能は、道徳的機能（矯正的正義と個人的公平）と功利主義的機能（不法行為の抑制と損害の分担）を両方含む⁵¹⁷。実際には、有害物質の潜在的被害者が提起する訴訟は、アメリカの懲罰的損害賠償制度と関連していると考えられる⁵¹⁸。

1980年代以来、アメリカの裁判所は原告が現実的に身体的傷害を受けていない場合においても、ある条件のもとで、被告の不法行為責任を認めるようになってきた。潜在的被害者の提起しうる大量の訴訟が殺到することと衡量しつつ、アメリカの多くの裁判所は、この三つの権利主張にそれぞれ一定の制限をかけており、原告に異なる要件を求めようとする。

⁵¹⁵ Tamie A. Grodsky, *Genomics and Toxic Torts: Dismantling the Risk-Injury Divide*, 59 (6) STAN. L. REV. 1671, 1679 (2006-2007).

⁵¹⁶ See *supra* note 393, at 251, 257.

⁵¹⁷ See *supra* note 515, at 1671, 1681.

⁵¹⁸ アメリカの司法は強力であり、巨額の損害賠償で企業を倒産に追い込むところまで行っている。

例えば、(1) 疾病に罹患するリスク増加による権利主張の原告は、より高い証明責任を負担する。原告は、統計的資料を提出し、そのリスク増加の程度を量化して説明するのみならず、疫学的証拠を示し、将来の疾病に罹患するリスクが「医学上の合理的な確定性」を持ち、あるいは疾病に罹患するリスクが50%を超えることを証明しなければならない。(2) 疾病に罹患するおそれあるいは精神的不安による権利主張の原告は、一定の程度の身体的傷害あるいは身体的影響を証明するのにとどまらず、しかも、医学的証明や医学専門家の証言を提起し、おそれや不安などの精神的苦痛の真実性と合理性を説明しなければならない。(3) 医療モニタリングの費用による権利主張の原告は、有害物質の深刻な曝露を受け、疾病に罹患するリスクが増加するとともに、医療専門家の証言を提起し、医療検査の必要性和合理性、時には医学上の有効性を証明し、疾病の発展とコントロールに一定の機能が期待できることを証明しなければならない。このように、アメリカの裁判所は利益衡量の考え方から潜在的被害者に法律救済を与えることと大量の訴訟の殺到を防ぐこととの間に平衡点を探し出し、有効訴訟と投機的訴訟を区別しなければならない。

そのほか、アメリカの裁判所は、特に医学証言と疫学的専門家の証言を重視する。専門家は、疫学的統計資料を通じて、ある疾病の人口分布およびこの分布を決める原因を調査し、疾病の影響を受けた人々の特徴を研究し、異なる地域の疾病発生率や死亡率の変化を測定することによって、疾病と危険因子との関連性を探す。専門家の証言は、有害物質の曝露によりある種の特定の疾病が特定のグループにおいて増加したことを証明できる。裁判所はそれらの証言を通して、原告の主張が投機的であるかどうかを判断する。

以上のような三つの権利主張のなかで裁判所に最も認められやすいのは、医療モニタリング権利主張であり、次は疾病に罹患する恐れ(精神的苦痛)による権利主張であり、最後は疾病罹患のリスク増加による権利主張である。医療モニタリングと精神的苦痛による権利主張と比べ、疾病罹患のリスク増加による権利主張が認容されにくい理由は、原告に対する不必要な賠償を防ぐために裁判所は伝統的な因果関係の証明ルールを適用し、被告の行為によって原告の疾病に罹患するリスクが50%を超えることについて原告に証明責任を課したことにある。(しかし、)その証明に成功する原告はほとんど存在しない。多くの場合に、医療専門家は、原告のある疾病に罹患するリスクの増加を証明できるが、この疾病の発生に関する確実性を証明できない。

これをみるとわかるように、新型の権利主張を伝統的な不法行為モデルに入れると、伝統的なルールとの融通がうまくいかない状況が生じうる。言い換えれば、裁判所は「損害」を「疾病の罹患」に限定したので、原告は疾病に罹患するリスクが50%を超えることを証明できない限り、原告の損害賠償に関する主張が認容されない。もし裁判所は「疾病に罹患するリスクの増加」を「損害」とみなすならば、因果関係の証明困難という問題は解決されかねない。数多くの学者は、加害原因不明(因果関係の証明が困難である)の場合に、損害が現実的に発生する可能性(つまりリスクの発生原因の割合)によって各者に責任を分担させることを主張している。しかし、学説は、このような訴訟に好感を持っているにもかかわらず、実務上多くの裁判所はリスク増加による損害賠償請求を認容しない。

リスク増加による権利主張と比べると、医療モニタリングによる権利主張はより合理的であり、しかも公衆の利益に適合すると考えられる。医療モニタリングによる権利主張は、最終的に疾病に罹患しない原告に対して必要ではない損害賠償金を払うことを防ぎ、また、疾病の早期予防と発見を通じて原告の治療を早めに行い、生存率を高める効能がある。これも一定の程度で原告の不安

と精神的苦痛を緩和させる。さらに、マクロの視点からみれば、医療モニタリングによる権利主張により、公衆の健康や社会の安定は維持され、最終的に社会全体のコストが削減することにつながりうる⁵¹⁹。特に、有害物質による大規模な不法行為が生じた場合に、有害物質を含む欠陥製品が市場に流通し、公衆の健康に深刻な脅威あるいは不利な影響を与えると、健康被害を受けた人々に対して法律救済を提供することは、公共政策の要求に応えうるものである。医療モニタリングの費用に対する損害賠償は、不法行為法の懲罰的機能につながるというよりも、むしろ不法行為法の予防的機能を強く求めている。被告の企業は、不法行為を通して大量の経済的利益を獲得したので、原告の健康検査費用を負担すべきである。加害者に経済的負担を課し、潜在的被害者の医療検査費用を払わせることは、行った不法行為の負担を加害者のコストに「内部化 (internalize)」させる。そうすると、このことは以下のようなことを促進する。すなわち、加害者が不法行為を行ったことに伴うコストと収益を比較衡量し、将来的により大きな傷害を防ぐために、用心深い行動をとることである⁵²⁰。

さらに、精神的苦痛による権利主張に関する訴訟原因は、現在のところ原告の将来の傷害に対する既存のおそれ・恐怖に基づくもののため、疾病罹患に関する合理的な（医学）確定性という基準が避けられる。しかし、一般的に多くの裁判所は、精神的苦痛による権利主張に対して、物理的傷害や物理的影響という要件を求めている。疾病に罹患するおそれによる権利主張と比べると、医療モニタリングの費用による権利主張においては、裁判所は原告が訴訟を提起するとき、原告に実際の身体的傷害あるいは身体的影響に関する証明責任を負担させない。疾病罹患のリスク増加による権利主張とは対照的に比べると、医療モニタリングによる権利主張では、裁判所は原告が疾病に罹患するリスクの程度を証明することを原則的に求めない。つまり、原告は疾病罹患のリスクが50%を超えることを証明しなくてもよい。また、原告は疾病の発生する確定性あるいは蓋然性を証明しなくてもよい。原告は、有害物質に曝露していない自分、あるいは国民の疾病罹患に関する一般的なリスクと比べ、自分の疾病罹患のリスクが一定の程度で増加することを証明できれば充分である（ただし、「顕著に増加したこと」を要求する裁判所もある）。原告の疾病罹患のリスクが増加する程度は、裁判所が医療モニタリング費用を決める際の一つの衡量因子にすぎない。

原告の有害物質の曝露程度について、多くの裁判所は原告に基礎濃度を超える曝露を受けたこと、あるいは深刻な程度で曝露したことを要求する。有害物質の軽微な曝露について、裁判所は原告に医療モニタリング費用の救済を提供しない。また、裁判所は原告が有害物質に暴露した後、医療モニタリングの必要性和合理性を証明することを重視する。アメリカ法律協会（American Law Institute, ALI）は、医療モニタリングの必要性和合理性を認定する際に、裁判所が医療専門家あるいは科学委員会及び科学パネルを指定して、信頼できる専門家証言によって判断すべきであると主張する。

そのほか、裁判所は通常、原告の処方される医療モニタリング項目が、一般的な人々と異なる特別な健康検査でなければならないことを求める。一部の裁判所は、医療モニタリングの医学的価値と有効性を要求し、医療モニタリングが一定の程度で疾病の発展をコントロールできるように求める。ところが、一部の裁判所は、医療モニタリングが疾病の発展の最終的結果を変えられないとしても、医療モニタリングによる権利主張を認めるべきであると主張する。な

⁵¹⁹ Geoffrey C. Hazard, Jr., *The Futures Problem*, 148(6) U. PA. L. REV. 1901, 1905 (2000).

⁵²⁰ See *supra* note 271, at 1505, 1509.

ぜならば、疾病の早期発見を目的とする医療モニタリングが疾病治療の効果を持っていなくても、原告に早めに末期疾病の存在を知らせるので、原告は変えられない結果について心理的準備をすることができ、より充実した人生計画やスケジュールを立て、残る命をより効率良く過ごすことができるからである。

最後に、医療モニタリングによる権利主張に対する判断（これは不法行為法改革の一種類とみなす）は州議会に委ねたほうがいいという主張もなされている⁵²¹。この主張によれば、州議会は医療モニタリングによる請求が一体有効な権利主張であるか否かを決めなければならない。というのも、立法機関は法律に関する情報収集力や幅広い視野を備えているため、新しく設立されうる法律の将来的な扱いが予想できるので、司法実務に広範囲の改革を与えられるからである⁵²²。

第二節 若干の試論——比較法的留意点と批判的考察

第一款 比較法的留意点

比較法的に見て、アメリカ法学における損害賠償主張の分岐現象は、契約責任訴訟（契約利益論）については、吉田邦彦教授が既に指摘している⁵²³が、本稿の対象とする有害物質の大規模訴訟においても、類似のことが見られるわけで、興味深い。

アメリカでは、潜在的な損害に関する補償の「司法による対応」の具体策として、リスク増加に対する損害賠償請求、精神的苦痛に対する損害賠償請求及び医療モニタリング費用に対する損害賠償請求は、ある意味で実践的にも理論的にも支持されている。特に、現代医学の発展とともに、疾病の治療に成功するために、予防と早期診断が重要な意味（ある場合、決定的な意味）を持つようになった。そのため、医療モニタリング費用に対する損害賠償請求がなされる場合に、医療専門家によって（医療モニタリングの）疾病の早期診断や疾病治療に対する有益性の肯定がなされれば、アメリカの裁判所は不法行為法を拡張し、無症状の原告に対して医療モニタリング費用による権利主張を認める傾向にある⁵²⁴。例えば、被害者がDNA染色体や細胞レベルの変異を生む危険性が何倍も高いと医師に告げられ、治療の成功率を上げるために、がんの早期発見のため定期的に医療検査を受けるべきであるという忠告がなされた場合に、医療モニタリング費用による権利主張を行うことは認められるべきである。提訴時に医療検査が必要になることそれ自体は、損害であると考えられるからである。

アメリカでは、現在までのところ、被害者の救済は不法行為訴訟に委ねられている。大規模被害の被害者への救済が訴訟をほぼ唯一の手段として行われてきた背景には、アメリカにおける社会保障制度あるいは公的医療保険制度の不備がある⁵²⁵。公共医療衛生サービス（public health services）の提供は、

⁵²¹ See *supra* note 405, at 349.

⁵²² Victor E. Schwartz, Mark A. Behrens, Emma K. Burton, Jennifer L. Groninger, *Medical Monitoring—Should Tort Law Say Yes?*, 34 WAKE FOREST L. REV. 1057 (1999).

⁵²³ 吉田邦彦「アメリカ契約法学における損害賠償利益論」アメリカ法〔1992—2〕（1993年）。同・『契約法・医事法の関係の展開』（有斐閣、2003年）68頁以下。とくにアメリカ判例法理につき、85頁以下参照。

⁵²⁴ *Recent Cases Tort Law—proof of harm in tobacco cases—Supreme Judicial Court of Massachusetts recognizes causes of action for medical monitoring of tobacco users.* -- *Donovan v. Philip Morris USA, Inc.*, 914 N.E.2d 891 (Mass. 2009), 123 HARV. L. REV. 1771 (2009-2010).

⁵²⁵ 藤倉皓一郎「裁判所による和解の作法——アメリカ大規模被害クラス訴訟の展開」法の支配 138号（2005年）25頁。

依然として不十分であると言われている。そのため、政府はある状況のもとで曝露された人々に医療モニタリングプログラムを提供すべきであるという主張がある⁵²⁶。そのほか、多くの事案において、不法行為による損害賠償について、とくに潜在的な損害に対して、保険という形を取って補償する必要があるのではないかという主張もなされている⁵²⁷。それとは対照的に、日本の公害訴訟、特に水俣病事件では、未認定患者の救済が最大の課題となっており、政府の解決案によって全面的な解決が生み出された。

また、アメリカにおけるアスベスト訴訟の特徴は、職業暴露でアスベスト疾患に罹患した被災者が、使用者ではなく、アスベスト製品を製造や販売したアスベスト企業を被告（アメリカでは、アスベストを含む製品の製造者が被告とされるが、イギリスでは、労働災害として雇用主の責任が追及される）にした点である⁵²⁸。それに対して、日本の建設アスベスト訴訟⁵²⁹では、建設作業に従事した労働者が、国の規制権限の不行使を理由に、国をも被告に損害賠償請求を提起した。すなわち、アスベスト被害の救済を求める民事損害賠償訴訟——国家賠償訴訟——が多数提起された。

アスベスト被害固有の問題として、賠償責任を問うべき原因者が特定しにくいこと、また曝露から長期の潜伏機関を経て発症するため、因果関係が明らかではなくなる、非特異の症状の場合には曝露の事実が証明できないと他の原因による疾患に紛れ込んでしまう、原因企業の解散・破産等によって消滅するといった、被害者が裁判で救済を求める上での困難が大きいという事情がある⁵³⁰。建材メーカーの責任について、アスベスト含有建材を製造販売した建材メーカーは複数存在するため、原告のアスベスト曝露の原因となった建材とそのメーカーを特定することは簡単ではない。しかも、建設作業従事者はいくつもの作業現場を転々として作業することが一般的であるため、メーカーの特定が一層困難である⁵³¹。そのため、被害者は国に対しても損害賠償を請求するのである。そのほか、規制権限の不行使に起因する国家賠償について、日本の最高裁はじん肺事件、水俣病関西事件において、国家賠償責任を肯定した⁵³²。

さらに、アメリカでは、有害物質による訴訟には一つの特徴がある。それは、原告はしばしば集団訴訟の形を採用し、起訴することである。典型的に、大勢の人々がある有害物質に曝露されたことを理由に、原告は共同体として、集団訴訟を通じてリスク増加に対する損害賠償請求、精神的苦痛に対する損害賠償請求、医療モニタリングに対する損害賠償請求を提起する。しかし、医療モニタリング費用に対する損害賠償訴訟において、いくつかの裁判所は、それを集団訴訟として処理することを拒否していた⁵³³。というのも、医療モニタリングを適用するとき、裁判所は個々の原告ごとの個別の健康事情と病歴状況を考慮せずに、平等に評価・検討するわけではなく、通常は個別の基準で個人的に

⁵²⁶ Andrew R. Klein, *Rethinking Medical Monitoring*, 64 BROOK. L. REV. 1, 33 (1998).

⁵²⁷ See *supra* note 271, at 1505.

⁵²⁸ 吉田邦彦「北海道炭鉱塵肺訴訟・アスベスト補償とリスク・環境問題」『多文化時代と所有・居住福祉・補償問題』（有斐閣、2006年）580頁以下。

⁵²⁹ 日本の建設アスベスト訴訟とは、アスベスト含有建材を使った建設作業に従事した労働者らが、国と建材メーカーを相手にした損害賠償訴訟である。

⁵³⁰ 訴訟上の困難については、淡路剛久「アスベスト健康被害者救済と立法」環境と公害 36巻1号（2006年）52頁参照。

⁵³¹ 吉村良一「アスベスト被害の救済——建設アスベスト訴訟東京地裁判決をてがかりに」環境と公害 42巻4号（2012年）63頁参照。

⁵³² 宇賀克也「国家賠償責任を中心に（平成 18. 6. 21 大阪地判）（特集 C 型肝炎関西訴訟第1陣第1審判決——C型肝炎訴訟大阪地裁判決をめぐって）」判例時報 1942号（2006年）2頁。

⁵³³ See *In Re Rhone-Poulenc Rorer* 51 F.3d 1293(7th Cir. 1995), cert denied, 116 S. Ct. 184(1995).

評価・検討しなくてはならないからである。それゆえ、裁判所は集団訴訟との関連で、医療モニタリングによる権利主張を棄却する傾向にある⁵³⁴。

他の環境汚染事件においても、裁判所は個人問題が共同問題より優位を占めることに気付いており、集団訴訟の資格を排除する。もし共同被害が単一の事件によって起こされたならば、集団訴訟は適当であるかもしれない。「ジェネリック（generic）の因果関係」の問題、つまり、ある化学物質への曝露が紛争になって、健康被害が起こされたかどうかの問題は、一緒に合併され審理される。他方、集団訴訟に含まれたそれぞれの被害者の「個別的損害賠償請求」は、それぞれの被害者自身に基づく個人の訴訟手続きによって判決を下される。それぞれの損害賠償請求には個別化する特徴（例えば、各州の州法の多様性や因果関係に関する理論の相違など）があるので、裁判所は大規模な有害物質による不法行為事案が集団訴訟として扱われることはできないということを示している。それゆえに、多くの裁判所や法律専門家は、全国範囲内の裁判所において、革新的な解決法を発展させ、莫大な数の個人訴訟を処理せざるを得ない。

最後に、アメリカでは、大規模な有害物質による不法行為訴訟（通常は集団訴訟）は、製造物訴訟や環境訴訟とつながり、実際上有害物質の潜在的被害者が提起する訴訟は、アメリカの懲罰的損害賠償制度⁵³⁵とも関連すると考えられる。しかしながら、不法行為法の目的や機能に関して、すべての国が不法行為法の損害賠償・損害填補機能以外に、（不法行為発生の）予防・抑止機能および制裁機能を重視しているわけではない。例えば、日本では、被害者に実質的な損害がない以上、不法行為が成立しないのは当たり前だと思われる。日本の不法行為法の主な目的は、被害者の損害に対する公平な填補にあるといわれている。そのため、他国は、アメリカの経験を参考にする際に、制度的に円滑な融通が図れない難点が現れる。

第二款 批判的考察

アメリカでは、大規模不法行為訴訟（mass torts）が現代訴訟の一類型として認められるようになった。それと同時に、有害物質による大規模不法行為訴訟（toxic tort）は、不法行為訴訟の新しい類型として、裁判所に様々な問題を投げかけている。有害物質による不法行為訴訟は、製造物、化学物質、放射能への曝露から生じた損害を回復する権利を主張する民事訴訟と定義されうる。有害物質による不法行為訴訟には、いろいろな種類がある。例えば、アスベスト、タバコ喫煙、血液製剤によるHIV感染などの健康被害訴訟である⁵³⁶。そのほか、欠陥製造物、有害化学物質、放射能汚染などによって、広い範囲で大規模の健康被害を生じる事故が世界各国で相次いで発生している。こうした大規模被害は、科学技術の発展に伴い現代社会が共通して抱える問題である。このような大規模健康被害事故に対しては、被害者による損害賠償訴訟、特別基

⁵³⁴ 例えば、Castano v. American Tobacco Co., 84 F.3d 734 (5th Cir.1996); In re American Medical Systems, Inc., 75 F.3d 1069 (6th Cir.1996); Kennedy v. Baxter Healthcare Corp., 43 Cal.App.4th 799, 810, 50 Cal.Rptr.2d 736 (1996). この問題の解決は困難となるが、その原因は次の五つにあるといえる。①潜在的被害によって生じた事実と法律問題、②訴訟のリスク性、③和解交渉において将来的な被害と潜在的な被害者（原告）を考慮しなければならないという問題である、④集団訴訟における固有の利益紛争であること、⑤裁判所が事件を合併しようとするとき生じるディレンマ、である。See Deborah Hensler, *Understanding Mass Personal Injury*, 59 BROOKLYN L. REV. 3 (1993).

⁵³⁵ これについては多数の文献がある。例えば、会沢恒「米国懲罰的賠償制度の近時の動向」法の支配 162 号（2011 年）18 頁以下。同・「懲罰的賠償の終焉！？私人は法を実現できないのか？（1、2、3）」北大法学論集 59 巻 1、3、4 号（2008 年）。

⁵³⁶ 藤倉皓一郎「裁判所による和解の作法——アメリカ大規模被害クラス訴訟の展開」法の支配 138 号（2005 年）12 頁。

金・特別立法による行政・立法的救済、公的な災害復興・補償政策など、様々な法的・政策的対応がなされてきた。有害物質による不法行為の被害者は、民事訴訟あるいは行政訴訟を通じて救済することができる。例えば、製造物責任に関する民事訴訟が行われることもあるし、危険物質へのクリーンアップをめぐる行政訴訟が行われることもある。

しかしながら、有害物質による潜在的な大規模被害は、従来の不法行為法の枠組みによって十分に解決されたとはいえない。有害物質の曝露は、物理的損害、あるいは精神的損害を起こしうるといわれている。ここでは、発がん物質などへの曝露によって生じた様々な被害（潜在的被害を含む）は、伝統的な定義のもとでの「加害・損害（injury）」に当たるかどうかという問題がある。アメリカでは、従来伝統的な「損害」は、現実が発生した後不法行為法の損害賠償制度によって救済されるものとされてきた。しかし、現代リスク社会では、人々に危険の不確定性や精神的不安をもたらすと同時に、伝統的不法行為制度は、新たな不法行為類型を処理するにあたって、限界がみえるようになってきた。

近年、現代社会の発展あるいは現実社会からの要請に応じるために、法律の理念や法的ルールが変化しており、伝統的な不法行為法の対象となる「損害」の範囲は徐々に広げられている。損害を評価するとき、狭い意味での「物理的損害」ではなく、不法行為法の予防的機能のもとで、事前予防の対象となるリスク・危険性に基づいて、「リスク被害」、「経済的被害」、「純粋な精神的苦痛」などの広い意味での「損害」の概念は、多元的に捉えるようになってきた。不法行為法の機能変遷について、救済機能のほかに予防機能が重視されるようになったことは、現代社会がリスク社会に入ったことと緊密に関連している。リスク社会の特徴は、リスクの不確定性と損害発生の可能性にある。人々の生命・健康という最も重要な法益に被害が及ぶ可能性がある場合に、不法行為制度の機能・目的の変遷から、不法行為法の保護範囲あるいは損害の概念を考え直す必要がある。このように、潜在的な被害に関する損害賠償請求が認められることによって、原告が実際に疾病に罹患することを待たずに、早い段階で訴訟を提起するという現象がより進むかもしれない。しかしながら、前者（潜在的な被害による訴訟）の場合は、思いやりがあるので、後者（疾病に実際に罹患してから訴訟）より普通の人にとってもっと共感できる（more sympathetic）、それほど投機的ではない（less speculative）という評価がある⁵³⁷。

ところで、精神的損害賠償に対する保守的な立法政策は、次のことに起因するかもしれない。すなわち、精神的損害の真実性を確定すること、及び金銭で精神的損害を計算することは困難であることである。より正確に言えば、精神的損害賠償は金銭で損害を計算するというよりも、むしろ金銭で被害者を慰める機能を持っている。だからこそ、精神的損害賠償を確定するとき、裁判所は自由裁量権の行使が避けられない。精神的損害賠償を主張する原告が精神的苦痛を受けているかどうか、どの程度の精神的苦痛を被っているかについて、客観的に確定することは重要である。もちろん、身体に物理的傷害がある場合に、被害者の精神的苦痛が認められやすくなる。

アメリカ不法行為法において、過失による不法行為に現実の損害が生じたことを要件とする最大の理由は、自由な行動に対して過剰な抑止効果を発揮しないように制約をかけることにあると理解しうる⁵³⁸。それは、行為者の行動の自由をある程度保護しようという趣旨である。アメリカでは、特色をもつ新型

⁵³⁷ See *supra* note 270, at 133.

⁵³⁸ 樋口範雄『アメリカ不法行為法』（弘文堂、2009年）130頁。

の不法行為訴訟には、訴訟の結果について予見性が乏しく、訴訟の性質が投機的性格を帯びるなど、批判がなされている⁵³⁹。これと同様に、大陸法では、法的保護に値する利益の範囲を確定するとき、裁判所は二つの利益が対立することに直面しなければならない。つまり、一方の利益が増えれば他方の利益が減るという利益が対立している。法律は、ある人の権利あるいは法益に対して保護を提供するとき、それと同時に他の人がそれらの権利あるいは法益を尊重することを要求する。しかし、これらのことは、他の人の自由な行為を制限するとみなされる。そのため、法的保護に値する利益の範囲を確定するとき、裁判所は法益の優先順位、価値判断及び公共的利益の要求などを検討した上で、お互いに対立している利益を衡量しなければならない。人格的利益、例えば、生命、身体、健康などの利益の順位は、財産的利益より優先させるべきである。加害者は、これらの人格的利益に対して、最高の注意義務を持つべきである。もちろん、加害者の行為に期待性があるか否かについての判断は、損害の発生を回避するコストや、損害を防ぐための加害者による努力が行われたかどうかにも関連する。現実的損害の発生が差し迫ったとき、加害者と被害者の経済状況の格差や、加害者が不法行為によって得た利益を検討した上で、加害者は、積極的に潜在的被害者を救済するべきではないかと考えられる。

アメリカでは、潜在的被害者による新たな権利主張の性質に関する争いがある。例えば、①将来の疾病に対するおそれという精神的苦痛に基づく権利主張は、過失責任または厳格責任における損害賠償の一つの要素であるか、それとも、「過失によって精神的苦痛を与えたこと（*negligent infliction of emotional distress*）」としての独立した不法行為から生じた訴訟原因（訴因）であるかに関して、議論がなされる。後者の場合に、例えば、*Evers v. Dollinger*⁵⁴⁰において、ニュージャージー州最高裁は、将来のがんにかかるおそれに基づく精神的被害による訴訟原因を認めた。これと同様に、②医療モニタリング費用による権利主張の性質につき、それは一つの救済手段として損害賠償請求の一種であるか、それとも独立の訴訟原因（訴因）（*a cause of action*）であるかの争いがある⁵⁴¹。例えば、メリーランド州法のもとで、医療モニタリングは損害賠償の一種であるが、イリノイ州法のもとで、医療モニタリングは独立した不法行為の訴訟原因として認められている。しかし、医療モニタリングの性質が明らかではない州も存在する。例えば、デラウェア州法のもとでは医療モニタリングが両者（独立した訴訟原因かひとつの救済手段か）のうちのどちらであるかは不明確である⁵⁴²。

裁判所が将来の疾病に対するおそれ、あるいは医療モニタリング費用による権利主張などを訴訟原因として認めない理由の一つは、訴訟の殺到に対するおそれにある。訴訟原因となるためには独立する要件や訴訟手続きが必要である。物理的傷害という要件は、正当な訴訟のフィルターとみなされ、信頼できる権利主張によって被告に真実な被害に関する民事責任を負わせる。そのため、多くの裁判所は、物理的傷害がない限り、訴訟原因の構成にあたって、有害物質の曝露だけでは不十分であるとする。しかし、これらの非伝統的な権利主張の背後において、「加害（*injury*）」は、法律的に保護される利益（その利益は、精神的苦痛を被らない、あるいは身体的傷害を防ぐための高額な診断検査を回避することにある。）への侵害であるという原則のもとで、政策的考量あるい

⁵³⁹ 藤倉皓一郎「アメリカにおける有害物質による健康被害訴訟の動向」法曹時報 46 巻 6 号（1994 年）1052～1053 頁。

⁵⁴⁰ 471 A2d 405 (N.J. 1984).

⁵⁴¹ See *supra* note 270, at 134.

⁵⁴² *Guinan v. A.I. duPont Hosp. for Children*, 597 F. Supp. 2d 517 (E.D. Pa. 2009) (applying Delaware law).

は法律上の価値判断によって、潜在的被害者の請求はより認められるようになるのではないかと考えられる。

また、医療モニタリングによる権利主張に対して一つの異議を唱えるのは、既に発症した被害者である。彼らは、無症状の原告によって提起された損害賠償請求が司法資源を占めることに対して、もっとも大きな心配を抱いているのである。彼らの立場からみると、無症状の原告による権利主張の増加は、被告の倒産の一因となり、また確定できた被害者の補償金や補償されうるファンドを減少させてしまう。大量の潜在的訴訟の急増を防ぐために、だれかが権利主張を行う潜在的被害者の適格者となるべきであるかということに対して、徹底的な研究が必要となってくる。

加害者に過度の損害賠償責任を課すると、重大な不利益が生じるであろう。そのため、加害者の責任は、予見できる損害に限定しなければならない。損害の発生を予見できる必要があるので、「損害の予見に関する計算可能性・確実性」なども問われる。不法行為責任の成立する前提となる合理的な注意義務として、加害者は原告に対して一定の損害を与えることが予見できなければならない。損害発生防止義務は、予見可能性に基づくもののため、損害の予見が不可能な場合には、加害者に予防的責任を課することは困難である。

さらに、集団訴訟において、「健康被害が顕著となった被害者」の利益と「単なる危険物質と接触したが、まだ健康被害が顕著ではなく、潜在的な被害者」の利益をどのように調和させるのかが大きな問題である。というのも、現在の傷害を受けている原告（currently injured）と曝露のみがなされた原告（exposure-only）の利益訴求点には矛盾があり、両者が追求する損害賠償は異なるものとなりうるのである⁵⁴³。前者の場合、原告は一括して迅速な支払を求めようとする。それに対して後者は、将来のためのインフレ防止できる充分なファンドに目を向ける。両者に対する損害賠償には、もう一つの特徴がある。実際には、潜在的な被害を受ける原告は、ほぼ似た危険リスクの見通しに基づいて損害賠償を求めるため、損害賠償の算定結果には大した差がないはずである。他方、症状が現れた被害者は、実際の損失に基づいて賠償されるので、損害額の算定結果にはかなりの差があるかもしれない。

以上のように、不法行為制度だけによって被害者に対する損害賠償の問題を完全に解決することは困難である。有害物質による不法行為の被害者（とくに潜在的被害者）を全面的に救済するために、不法行為法、責任保険及び社会保障などの制度を組み合わせ、多元化した救済システムを作ることが重要である。被害者に対する賠償不足あるいは過度賠償を防ぎ、各制度の間の調和関係も考える必要がある。そうであるにしても、こうした異論はあるものの、多数の裁判例が少なくとも医療モニタリング費用についての損害賠償を認めていることの意義は小さくないと考える。

第三節 日本法とのつながり——放射能による潜在的損害を中心に

日本では、戦後の工業化の進展に伴って、労災・職業病や公害が引き起こされた⁵⁴⁴。初期の段階には、鉱山でのじん肺症などの労災や、銅や水銀などの重金属による中毒、住宅密集地における水質汚染や大気汚染といった公害が発生してきた。その後、職業性がんや廃棄物問題・土壌汚染などの新しい労働災害・公害が起るようになった。有害物質による被害は、世界共通の深刻な問題である。

⁵⁴³ Amchem, 117 S. Ct. at 2251 (1997).

⁵⁴⁴ 森裕之・南慎二郎「アジアにおけるアスベスト問題の動向」環境と公害 41 巻 3 号（2011 年）59 頁参照。

日本の伝統的な損害賠償法の仕組みに関して具体的に述べると、人身損害を財産的損害と精神的損害とに区別し、財産的損害については、現実にかかった費用を賠償する積極的損害と、得られたであろう利益を賠償する消極的損害とに分け、精神的損害は慰謝料として賠償する（損害賠償法の）仕組みであると整理できる⁵⁴⁵。この点、公害・薬害・労災事件などに関する損害賠償訴訟が提起されるようになり、集団的に生じた不法行為事件において、人身損害を各損害項目に分割することなく一括的に、一律的に、全損害を包括的に評価する包括的算定の方式が用いられるようになった⁵⁴⁶。しかしながら、放射能による損害賠償に関して、このような損害の算定方式について、包括的賠償ではやや一般的にすぎるとして、より具体的な賠償算定の必要性を説く見解も出されている⁵⁴⁷。

東日本大震災後、原発事故による広汎な放射能被害が生じている。その被害には、「広汎性、継続性、長期性、深刻性」という特徴があり、広汎な範囲で長期的かつ蓄積的に深刻な健康被害をもたらしている。リスクの広域化、越境化の現象が前面に出て、その因果関係のメカニズムの複雑さの認識による従来の科学主義的責任原理の限界という問題が意識される⁵⁴⁸。環境上の危険とは、蓋然性により予見でき、事前予防の対象となるものをいい、（１）発生の蓋然性は低いが発現すれば重大な損害を伴う結果となるものと、（２）発生の蓋然性は高いが個々の損害は小さく、または蓄積してはじめて大きな損害となるものに大別することができる⁵⁴⁹。可能性による賠償、あるいは予防原則による賠償法理の必要性が検討されている⁵⁵⁰。すなわち、予防原則はこれまで、事前規制などの行政法規の分野で進展してきた法理であるが、放射能公害においては、これを損害賠償の分野でも認めることが求められるとされる⁵⁵¹。

伝統的な理解によれば、生命・身体に対する侵害の可能性（リスク）は、法律上保護に値する利益の侵害ではないと認識される。しかしながら、生命・身体に対する侵害の可能性が現実化した、あるいは侵害が差し迫った場合に、侵害されるのは生命・身体という重大な権利・法益である。実際に対象区域から避難した者については、権利・法益の重大性、及び放射線の作用は不可視のまま身体を侵襲する可能性があるという侵害態様に照らすと、生命・身体に対する侵害の可能性は、法律上保護に値するものと解される⁵⁵²。そして、放射能の被ばくによって生じた精神的苦痛については、事故との因果関係が否定され、賠償の対象にならないという主張が被告からなされる。それは、被ばくの影響に関する科学的不確実性のゆえに不安を感じ、精神的なストレスを受けるのにもかかわらず、事故との因果関係を否定する主張である。中間指針（2011年

⁵⁴⁵ 淡路剛久「福島原発事故の損害賠償の法理をどう考えるか」環境と公害 43 巻 2 号（2013 年）2～3 頁。吉村良一「福島第一原発事故被害の完全救済に向けて」環境と公害 44 巻 1 号（2014 年）28 頁以下。

⁵⁴⁶ 淡路剛久・前掲注（545）3 頁以下参照。吉村良一・前掲注 28 頁以下参照。

⁵⁴⁷ 吉田邦彦「区域外避難者の転居に即した損害論・管見——札幌『自主避難者』の苦悩とそれへの対策」環境と公害 45 巻 2 号（2015 年）62 頁以下。同・「居住福祉法学と福島原発被災者問題（上）（下）——特に自主避難者の居住福祉に焦点を当てて」判例時報 2239 号、2240 号（2015 年）。

⁵⁴⁸ 吉田邦彦『都市居住・災害復興・戦争補償と批判的「法的支配」』（有斐閣、2011 年）375～376 頁参照。

⁵⁴⁹ 山本草二「環境損害の概念」『国際環境法の重要項目』（日本エネルギー法研究所、1995 年）22～23 頁。

⁵⁵⁰ 米倉勉「『福島原発避難者訴訟』における損害論」環境と公害 43 巻 2 号（2013 年）35 頁以下。

⁵⁵¹ 淡路剛久・吉村良一・除本理史（編）『福島原発事故賠償の研究』（日本評論社、2015 年）11 頁以下（淡路剛久執筆）。

⁵⁵² 豊永晋輔『原子力損害賠償法』（信山社、2014 年）75 頁。

8月5日)によれば、避難など対象者が受けた精神的苦痛(生命・身体的損害を伴わないものに限る)のうち、避難生活を長時間余儀なくされるために生じた精神的苦痛は、賠償すべき損害と認められる。しかし、放射線被曝による健康不安に対する賠償は対象外であった。

一定線量の被曝によって、将来健康被害に至る可能性が増大したと認められ、健康の不安を抱えさせられた場合の精神的苦痛は、どのように考えるかという問題がある。それは、精神的損害をどのように定義するかとも関連している。一般的に精神的損害とは、「不法行為によって主体者が感じた苦痛・不快感のごとく、人間としての精神の安定状態が破壊されたことをいう」⁵⁵³。精神的苦痛の独立性が認められるか否かは、純粋な精神的苦痛に対する損害賠償が賛成されるかどうかの分岐点になっている。性質からみれば、「精神的苦痛」は、必ずしも現実の財産損害や人身損害から生じるものではなく、独立性を持つものである。

しかし、精神的損害は、複雑多様であって、客観的評価が困難なものである。純粋な精神的損害に反対する見解によれば、「身体傷害を伴わない精神的苦痛の有無、態様及び程度などは、当該請求者の年齢、性別、職業、性格、生活環境及び家族構成並びに人生観、世界観及び価値観などの種々の要素によって著しい差異を示すものである点からも、損害の範囲を客観化することには自ずと限界がある。このような性質を有する身体傷害を伴わない精神的苦痛の申し出に対し、仮に一律の基準を定めて賠償の適否を判断しようとする場合には、ともすれば過大請求が認められる余地を残してしまう可能性があるとともに、他の損害項目に対する賠償との間でも不公平をもたらす可能性がある」⁵⁵⁴。また、「単なる精神的苦痛」は社会生活上受忍すべきであり、「重大な精神的苦痛」について受忍すべきではないという主張もある。すなわち、この見解によれば、精神的損害について、様々の程度、段階があるから、その軽微な程度のものは、受忍の範囲内にあるから補償の対象にならないとされる。要するに、どの程度の精神的苦痛があるかは、相対的量的問題に帰着する。

確かに、関係ない人が原子力事故や放射性物質の放出に対する一般的・抽象的な不安感や恐怖感などは、精神的損害として認められるものではない。しかし、一応放射性物質に曝露したが、まだ具体的な健康被害に至っていない被害者には、精神的苦痛が発生することは十分に考えられるので、精神的損害賠償の対象になり得る。中間指針は、不安や恐れが「合理的」である場合に補償するという基準を提示しており、「不合理」な不安や恐れが補償対象にならないとしている。健康被害の危険性が高い場合に、その危険性が現実化したら、生じうる被害は、非常に深刻なものとなるから、いわゆる「予防原則」の視点から「合理性」を判断すべきである⁵⁵⁵という主張がある。「合理性」を判断するとき基準となるのは、一般人が同様な状況に深刻な恐怖感を持つかどうかである。つまり、一般人を基準にして、精神的不安を感じることが合理的と認められる場合には、この精神的不安・恐怖は法的保護の対象となるべきである。

放射線被曝による不安は、健康被害への不安であり、またそのような不安には客観的根拠(例えば、放射線被曝による甲状腺がん患者の増加に関する科学的なデータ)がある。放射線被ばくの恐怖感は想像に難しくない。福島原発事故のケースでは、二つの被害のタイプがある。一つは、物理的損害とともに生じた精神的損害である。それに関する慰謝料は請求できる。もう一つは、汚染

⁵⁵³ 幾代通『不法行為』(筑摩書房、1977年)260頁。

⁵⁵⁴ JCO事故時の損害認定指針(平成12年3月)。

⁵⁵⁵ 淡路剛久・吉村良一・除本理史(編)『福島原発事故賠償の研究』(日本評論社、2015)10頁。

情報が与えられず、かつ避難区域の指定が遅れたために高濃度汚染地域に一定期間居住し続け、あるいはそこに避難し続けたことによる、避難中の被曝の恐怖感（恐怖の数日間）、あるいは将来にわたる被曝による健康被害（がんの発生率が高くなる）の恐怖感である⁵⁵⁶。また、原発事故避難者には心的外傷後ストレス症状の度合いが高く、PTSDになる可能性が増える⁵⁵⁷。放射線被曝の恐怖感・深刻な危惧感は、それ自体で賠償されるべき精神的損害と評価されるべきである⁵⁵⁸。放射線被曝による健康不安に対する賠償の問題について、日本では、「被ばくへの恐怖・不安に対する慰謝料」など、新たな損害概念が認められたことは、今後の訴訟においても影響を与えるものであるという評価がある⁵⁵⁹。例えば、飯館村長泥地区の集団申立において、「被ばくへの恐怖・不安に対する慰謝料」（一時金）50万円（妊婦及び子供は100万円）が認められた事例がある⁵⁶⁰。この点はアメリカの有害物質に関する不法行為訴訟における「将来疾病に対する恐怖（精神的苦痛）による権利主張」との間に共通点がある。

さらに、放射線の「被ばく」による健康影響に関する潜在的な被害が生じる。低線量や長期にわたる被ばくについて、危険性を指摘する研究は少なからず出されているにもかかわらず、頑なに一定線量以下の健康影響を切り捨てるような態度は、低線量の残留放射線の被ばく影響を無視した国の被爆者援護の考え方に重なるという批判がなされている⁵⁶¹。そこで、放射線の長期被曝による健康影響・被害に関して、放射能汚染のような集団的な被害が生じる場合には、国に継続的な健康調査体制を確立させ被ばくを原因とする晩発性障害を発症した場合の賠償請求に備えて、それらを組織化していくことが必要である⁵⁶²。中間指針第3―1によれば、原発事故の発生以降、避難等対象者のうち避難若しくは屋内退避をした者、又は対象区域内滞在者が、放射線への曝露の有無又はそれが健康に及ぼす影響を確認する目的で必要かつ合理的な範囲で検査を受けた場合には、これらの者が負担した検査費用を賠償すべき損害とする。被曝による将来の健康影響や不安に対する補償について、「現在の『健康管理調査』は、不安を消すという目的で行なわれており、必ずしも健康の維持管理を目的としたものではない⁵⁶³」という批判がなされている。したがって、定期的な健康診断や医療費の補助など、真の意味での健康管理費用の補償が問題となりうる⁵⁶⁴。

原爆の例を挙げると、原爆被害が発生してから放射性物質を含む塵が飛散あるいは「黒い雨」として降雨した地域が徐々に判明する中で、残留放射線による健康被害の可能性がある地域を「健康診断特例区域」として指定し、そこで被曝した可能性のある人々に「健康診断受診者証」を交付して毎年の健康診断を行っている⁵⁶⁵。健康診断受診者が指定疾病に罹患した場合には、改めて被

⁵⁵⁶ 淡路剛久・前掲注（545）4頁参照。

⁵⁵⁷ 鳥飼康二「放射線被ばくに対する不安の心理学」環境と公害 44巻4号（2015年）31頁以下。

⁵⁵⁸ 淡路剛久・前掲注（545）5頁参照。

⁵⁵⁹ 小海範亮「原発事故損害賠償請求に関する弁護士の具体的取組み——これまでのADR申立活動と地域住民の組織化」環境と公害 43巻2号（2013年）26頁。

⁵⁶⁰ 淡路剛久・前掲注（545）5頁。

⁵⁶¹ 尾崎寛直『「被爆」と「被曝」から被害補償を考える』環境と公害 43巻2号（2013年）49頁参照。

⁵⁶² 小海範亮「原発事故損害賠償請求に関する弁護士の具体的取組み——これまでのADR申立活動と地域住民の組織化」環境と公害 43巻2号（2013年）28頁。

⁵⁶³ 淡路剛久・吉村良一・除本理史（編）・前掲注（555）8頁。

⁵⁶⁴ 淡路剛久・吉村良一・除本理史（編）・前掲注（555）8頁。

⁵⁶⁵ 尾崎寛直『「被爆」と「被曝」から被害補償を考える』環境と公害 43巻2号（2013年）46

爆者として、被爆者健康手帳が交付されることになる。このことは、アメリカの医療モニタリングによる権利主張との間に共通点がある。

福島原発事故による放射能災害が人々の生活と心身の健康に与える影響を捉える際、重要な視点の一つは、現段階で「顕在化したダメージ」だけでなく、「潜在的なリスク」が人々の生活を制限し、健康に影響を及ぼしているという主張がなされている⁵⁶⁶。すなわち、既に生じた（顕在化した）被害だけでなく、将来生じるかもしれない被害の予期が人々の生活を制限し、健康に影響を及ぼしている。「潜在的なリスク」が徐々に重視されるようになってきた。

「未知の危険」を認め、「権利侵害の危険が抽象的に存在するにとどまる段階においても、その抽象的危険を伴う行為が生命・健康への回復不可能な重大な被害をもたらすおそれのあるような賠償には、抽象的危険を現実のものとしないうに適切な措置をとるべき義務（とくに、未知の危険ないし危険の徴表となる事実を探知するための情報収集・研究調査義務と、危険を認識できた場合の回避措置や適切な公表措置をとるべき義務）⁵⁶⁷」があるとする見解が示されている。このような議論は、新しいリスクや科学的不確実性に対して、予防・警戒義務を課する枠組みに基づいているといえるであろう⁵⁶⁸。

日本における戦後での最大の不法行為事件に数えられる、アスベスト被害事件と福島原発事故被害事件では、既存のでき上がった法規範をただ適用するのではなく、加害あるいは被害の実態に適合した規範の創造的適用が求められていると主張される⁵⁶⁹。不法行為損害賠償の対象となる損害概念について、損害事実説（「実態として存在する被害をそのまま損害として把握する見解」）は最近有力な考え方である⁵⁷⁰。損害事実説は、法益によって生じた不利益そのものの、あるいは被った不利益として主張されている事実そのものを損害と捉える考え方である⁵⁷¹。上述したアメリカと日本の状況を比較してみれば、有害物質による潜在的被害者に対する損害賠償については一定の類似性がみえるようになった。

第四節 本論文の帰結——中国法への示唆

第一款 中国の有害物質による不法行為の深刻さ

中国では、有害物質による健康被害に関する訴訟において、数千人が同じ有害物質にさらされている事件がしばしば起こる。例えば、①「三鹿粉ミルク」のような事件である。「三鹿」というブランド乳児用粉ミルクに工業溶剤メラミンが混入しており、長期に渡りそれを飲んでいた子供が重い腎結石を起こすというものである。健康被害を受けた子供の人数は五万人を超え、何人もの死亡も確認された。また、被害乳児の中には既にその因果関係が分からないまま亡くなった子供もいる。②薬害の場合、長期間に渡るある薬品の継続的な服用

頁参照。

⁵⁶⁶ 成元哲・牛島佳代・坂口祐介・松谷満「放射能災害下の子どものウェルビーイングの規定要因——原発事故後の福島県中通り9市町村の親子の生活・健康調査から」環境と公害44巻1号（2014年）46頁参照。

⁵⁶⁷ 潮見佳男『不法行為法』（信山社、2004年）160頁。

⁵⁶⁸ 今野正規「リスク社会と民事責任（4・完）：フランスHIV感染事件を中心に」北大法学論集60巻5号（2010年）169頁。

⁵⁶⁹ 淡路剛久「不法行為の新たな類型と規範の創造的適用——建設アスベスト賠償訴訟と福島原発賠償訴訟より」立教法務研究第8号（2015年）1頁。

⁵⁷⁰ 淡路剛久・前掲注（569）10頁。

⁵⁷¹ 淡路剛久・吉村良一・除本理史（編）・前掲注（555）8頁。

による健康被害の一つの例として、中国と日本両国で使用されている漢方薬の成分の一つである関木通による被害が挙げられる。関木通は腎障害を引き起こし、医薬品の製造物責任が問われた⁵⁷²。

また、中国・台湾を中心とした東アジア地域は、世界の半導体産業の生産拠点となっているが、その裏で労働者の健康被害や環境汚染が深刻に進行している。中国では、電子工場における有機溶剤によって労働者が疾病にかかるリスクが増加している。これらの研究報告によれば、仕事開始の年齢・年数がいずれも労働者の発がんに影響する重要な要素となっている⁵⁷³。

さらに、急速な経済成長に伴い多くの大気汚染物質が排出され、その排出量は増加し続けている。そのため、大気汚染の問題は深刻となり、大気環境の悪化による健康被害が広まるという指摘がなされている。例えば、中国における微小粒子状物質（Particulate Matter）P.M2.5（直径 $2.5\mu\text{m}$ 以下の大気粒子）によって大気汚染が発生することを起因に、早期死亡数の増加、さらに、人の呼吸器系や循環器系に悪影響を与えることは明らかである。P.M2.5（Particulate Matter 微粒子）や粉塵環境に長期的に曝露した結果として、大気汚染の被害者は、肺がん、心臓病、脳卒中、不安障害症に罹患する危険性が顕著に増加し、妊娠期の曝露と生んだ子供の自閉症との間の関連性も医学的に証明された。また、環境汚染について、ゴミ焼却場から排出されるダイオキシン汚染のような有害化学物質の汚染問題も深刻化している。

以上のように、食品、薬品などの欠陥製造物及び環境汚染物質における潜伏性がある有害物質による健康被害には、一定期間を経て初めて症状が現れるという特徴があり、広汎な範囲での深刻な健康被害が長期的かつ累積的に継続する。この潜伏期の長短は個人によって異なり、何十年を経て症状が初めて現れることもある。潜伏期の長短は、個人の体質や遺伝因子、あるいは有害物質と接触した程度や時間などと密接に関連している。

そのほか、職業病で最も多いのはじん肺で、全体の 8 割を占める⁵⁷⁴。じん肺とは粉塵や微粒子を長期間吸い続けた結果、肺の細胞にそれらが蓄積されることによって起こる病気である。中国の患者数はすでに 60 万人を超えており、じん肺にかかった犠牲者のうち、補償を受けることができるのは中国全体で推定 10～20%程度にとどまる。潜伏期間が長いため、ほとんどの労働者が発病時までには雇用関係を証明する書類を失くしてしまったり、企業が破産したり、経営者が変わってしまったために訴訟できない場合が多い。また、企業側が責任を否定するケースも多く存在する。

長期間の潜伏期を経て発病するアスベスト疾患については、中国では次々と犠牲者（とくに労働者犠牲者）が出て、因果関係がよくわからないままに死亡するというケースが多く存在する。中国では未だにアスベストが断熱材や防火材に使われている。アスベスト被害の長期潜伏性と発病後の短期致命性ゆえに、アスベスト訴訟は深刻な課題なのである。じん肺と比べて、アスベスト被害は蓄積型ないし潜伏型損害という意味では共通しているが、特に中皮腫の場合に

⁵⁷² 中国では、竜胆瀉肝丸（中国語での「龙胆泻肝丸」）事件と呼ばれている。本件は、竜胆瀉肝丸の成分である関木通や馬の鈴草により腎障害や尿毒症が起こり、それによって被害を被った患者が竜胆瀉肝丸の生産者・販売者に対して損害賠償を請求した事案である。本件は設計上の欠陥に当たる典型的な事案とされる。しかし、患者側の勝訴事件はあまりなかった。これと関連して、日本では、漢方薬の成分に関木通があったために、患者に腎障害を発生させ、医薬品の製造物責任が問われた裁判例がある。これについては、名古屋地判平成 16 年 4 月 9 日判タ 1168 号 280 頁を参照。

⁵⁷³ 林宜平「台湾の電子工場における有機溶剤の健康リスクをめぐる論争」環境と公害 41 巻 4 号（2012 年）8～14 頁。

⁵⁷⁴ 張俊岩「風険社会与侵權損害救済途徑多元化」法学家 2011 年 2 期 92 頁。

は、潜伏期が長く、発病後死亡するまでが、じん肺一般よりも短いとされるので、この被害に即した法的保護を考えなければならない⁵⁷⁵。発展途上国ではできるだけそういう悲劇が続かないように、潜在的被害者に対する法的保護あるいは行政的保護が行わなければならない。このように、中国においても放射能被曝、「じん肺やアスベスト、タバコ訴訟など、広範囲で蓄積的に損害が生じるような蓄積的不法行為は今後の課題である⁵⁷⁶」。

第二款 中国法への示唆（総論的）

早くも 1994 年に、中国の学者はアメリカの有害物質による不法行為訴訟の状況を注目するようになった⁵⁷⁷。その後 20 年間、中国の高度工業化の発展とともに、多くの潜在的有害物質が現代工業や産業に使用され、環境不法行為に関する潜在的損害の問題の深刻さは軽視できなくなっている⁵⁷⁸。人類はリスク社会に入ってから、人により多くの損害あるいは損害のリスクを与えたのは、単一の個人的不法行為というよりも、むしろ企業の活動を中心とする大規模な不法行為に転換してきた。企業の生産・経営活動は環境汚染を引き起こし、現代社会の主要な危険源となっており、環境崩壊や社会公害のような現代的環境汚染が頻繁に発生している。環境有害物質による潜在的損害の問題に対してどのように法律救済を与えるかは、リスク社会に入った近時の中国で差し迫った課題である。

大陸国家の伝統的な不法行為法は、原告の身体的傷害、つまり、人身損害を損害賠償の要件とするので、潜在的被害者の利益の保護は、不十分である。中国では、一般的に言えば、不法行為責任が成立するための一つの要件として、被害者が起訴する際には、疾病・被害の顕在化という点が求められている。したがって、中国の不法行為法も同様に有害物質の潜在的被害者の救済ジレンマに直面せざるをえない。被害者の生命・健康という最も重要な法益に被害が及ぶ可能性がある場合に、多元化する被害者救済のメカニズムを設立し、整えることは非常に重要である⁵⁷⁹。有害物質による大規模不法行為事件の処理について、中国は行政を主導とするモデルから司法救済を主導とするモデルに変更している⁵⁸⁰。中国の司法実務において、アメリカ法の経験を参考に、法解釈学の角度から潜在的被害者の法律救済に関する難関を突破することができるかどうかは、熟考の価値がある。アメリカ法の考察を通して、以下の四点が中国の法解釈論の参考になるだろう。

(1) アメリカ法は、中国法に一つの新たな思考様式をもたらしている。それは有害物質による不法行為から生じる損害の認定は、「人身損害」に限るべきであるかどうかには疑問があるということである。確かに、「人身損害・肉体的加害」は、損害賠償のフィルターとして、ある程度一番保護に値する被害者を弁別することができる。しかし、被害者は長期的に深刻な環境汚染に曝露し、疾病に罹患するリスクは顕著に増加する。そして、そのことによって深刻な精神的苦痛が生じる、あるいは医療監視が必要となる。この場合に、単に疾

⁵⁷⁵ 吉田邦彦『多文化時代と所有・居住福祉・補償問題』（有斐閣、2006 年）603～604 頁参照。

⁵⁷⁶ 吉田邦彦『不法行為等講義録』（信山社、2008 年）2 頁。

⁵⁷⁷ 張新宝「米国有害物体侵權行為法介評」外国法訳評 1994 年 1 期 88 頁。この論文は、中国国内ではじめてアメリカの有害物質に関する不法行為訴訟の状況を紹介する論文である。

⁵⁷⁸ 例えば、中国の重金属汚染の深刻な状況は、以下の論文で示されている。劉士国「關於設立環境污染損害国家補償基金的建議—以重金属污染損害為中心的思考」政法論叢 2015 年 2 期 111～118 頁。

⁵⁷⁹ 王利明「建立和完善多元化的受害人救済機制」中国法学 2009 年 4 期 146 頁。

⁵⁸⁰ 孫大偉「我国大規模侵權領域困境之考察—基於制度功能視角的分析」当代法学 2015 年 2 期 48 頁。

病の症状が生じていないことを理由に潜在的被害者からの損害賠償請求を完全に排除することは、本当に正当かつ合理的であるか、法律の公平かつ正義の原則に適合するか、あるいは法律の目的とする人本主義に当たっているかについて、疑問が生じると言わざるを得ない。法解釈の場に反映する際に法技術的制約が出ることが予想される。すなわち、この場面における原告の場合、必ずしも健康上の被害が顕著化しているわけではないので、損害論ないし権利侵害のレベルで、例えば、伝統的な「物理的損害」に厳密に固執すると、不法行為法の救済は難しいことになる⁵⁸¹。損害を法的にどう評価するかという問題について、仮に、損害の概念を他人の帰責できる行為が被害者の権利（人身権利若しくは財産権利）あるいは法益（法的保護に値する利益）に不利益をもたらした状態に拡張するならば⁵⁸²、潜在的被害者に対して、法律救済を行う余地が生まれる。損害の概念は、物理的に捉える（物理的損害）のではなく、法律上の損害概念（法的損害）として多元的に捉えるべきである。不法行為法の解釈では、法的保護に値する利益の侵害に対して、予防原則に基づいて損害の概念を拡大し、潜在的被害者を保護すべきである。

中国の法律学界は、潜在的被害者あるいは潜在的損害に対する法律救済の重要性あるいは緊迫性を重視しているとはいえない。とくに、有害物質による大規模不法行為（例えば、瑕疵製造物あるいは環境汚染）があるグループに深刻な健康被害や健康脅威をもたらした場合に、潜在的被害者の保護問題は、より深刻なものとなり切迫したものとなる。潜在的被害には、長い潜伏期間が存在し、しかもその健康被害がいったん顕在化すると、健康に対する被害の結果は、決して逆転することはない。被害の特質を踏まえた真の救済をする必要がある。そのため、潜在的被害者に対する事後損害賠償と比べると、事前の予防的救済はより有効であり、価値があると思われる。「予防・警戒原則（precautionary principle）」の重要性は、国際の環境法学界によって広く認識されるに至った⁵⁸³。予防原則の影響のもとで、国際環境法に関する議論が展開されており、発想としての予防原則が民事責任法（とくに不法行為法）にも影響を与えている⁵⁸⁴。起こりうる損害に対する予防的救済は、公衆の常識に適合するのみならず、社会の期待やニーズを満足させ、しかも民衆の賛成の声に合う。不法行為法の予防的機能をどう捉えるかについて、現段階では、一定の範囲で加害者の責任を肯定し、加害者に損害防止義務を課することは重要である。

（2）アメリカ法の経験は、中国の不法行為法の解釈に経路を示している。それは、有害物質による潜在的損害に対する法律救済の方向性である。人身傷害の発生に現実可能性と高度の蓋然性がある場合に、アメリカの不法行為法では、潜在的被害者保護のために、非伝統的理論が提議され、伝統的な不法行為法の弱点を補充する。中国の現行不法行為法では、有害物質の曝露から生じる「損害」あるいは「人身傷害」を広く解釈する可能性があるか否か、アメリカ法を対照し、概念の移植によって、新たなタイプの被害として、有害物質の曝露による「疾病罹患のリスク増加」、「疾病罹患に対する恐怖や不安（精神的苦痛）」、「医療モニタリング費用の支出」などを「損害」、「傷害」、「経済的傷害」あるいは「法益侵害（法的保護に値する利益の侵害行為）」の概念に含ませるか否かについて、深く検討・研究する必要がある。

⁵⁸¹ 吉田邦彦『契約法・医事法の関係的展開』（有斐閣、2003年）388頁参照。

⁵⁸² 寧金成＝田土城「民法上之損害研究」中国法学 2002年2期 105頁。

⁵⁸³ 吉田邦彦「チェルノブイリ原発事故調査からの『居住福祉法（民法）』的示唆——福島第一原発問題との決定的な相違」NBL1026号（2014年）41頁。

⁵⁸⁴ 中山竜一「科学的な不確実性と法」法律時報 85巻3号（2013年）87頁以下。

単なる法解釈学の角度からみれば、中国の不法行為法は、潜在的被害者に法律救済を与える余地が存在する。例えば、中国の不法行為法（原語は「侵權責任法」）第 22 条では、「他人の人身についての權益を侵害し、他人に重大な精神的損害を加えたときは、被害者は精神損害賠償を請求することができる」と規定されている。これは、中国の法律がはじめて精神的損害賠償を規定する条文である（その前に、精神損害賠償に関する司法解釈がある）⁵⁸⁵。この条文からみれば、精神的損害賠償制度の保護範囲は人身権利に限られているのではなく、人身権利及び法的保護に値する人身利益も含まれている。つまり、人身權益は、生命権、身体権、健康権、名誉権、姓名権、肖像権、人身自由権、プライバシー権などの権利及び人格的利益（例えば、精神的利益）あるいは身分的利益などを含む。この条文は、裁判官の自由裁量権が行使できる条文であり、しかも柔軟性があり、非常に包容的な条文であるといわれている⁵⁸⁶。

精神的損害賠償の保護利益は、精神的利益であり、賠償の対象は、深刻な精神的苦痛である。被害者の精神的苦痛を認定する際に、精神的苦痛が必ずしも物理的損害とともに生じるわけではなく、身体的傷害がなくても、精神的苦痛を受ける余地があるという認識を持たなければならない。精神的苦痛の深刻さは、精神的損害賠償を認定するのに法律要件である。しかしながら、深刻な精神的苦痛は、それ自体曖昧な言葉なので、何が深刻な精神的苦痛を構成するかは裁判官の自由裁量権に委ねられるものである。また、不法行為の被害者は、物理的損害（身体的傷害および財産的損害）ではなく、単純な精神的苦痛のみを受ける場合においても、精神的損害賠償を請求する可能性が残る。例えば、原子力発電所事故によって、近くの住民が放射線に被曝した場合に、疾病の症状がいまだに示されていない（放射線による健康被害は、遅発的かつ潜在的という性質を有する）、高強度の放射線に被曝したことから生じる精神的不安や恐怖、あるいは将来の健康状態に対する深刻な心配は、重大な精神的苦痛として認められるべきである。原子力発電所は、住民のこれらの精神的苦痛に対して損害賠償責任を負うべきである。

（3）アメリカ法の理論や実務上の経験は、中国法の潜在的損害に関する裁判規範を確定する、あるいは関連理論を構成するにあたって有益な参考になる。中国において、潜在的被害者の認定にあたって、どのような場合に有害物質に曝露したことによる将来の健康被害に対して法的救済を認めるべきであるか、何の基準で認めるかを検討するとき、アメリカ法は必ず視野に入れるべきであると思われる。潜在的被害者に対して、新型の権利主張を認めることによって新たな法的救済を認めることは、創造的かつ改革的である。

伝統的不法行為法の主な機能は、被害者に対する損害填補である。そのため、観察あるいは確定できる損害や人身傷害は、不法行為法の救済機能を起動させるための前提となる。しかし、現代のリスク社会において、不法行為法の機能として、損害填補以外に不法行為に対する予防、抑止および制裁機能は、徐々に重視されるようになってきた。不法行為法の機能の位置づけは、不法行為法の趣旨、構成体系及び制度の設置と直接に関連する。アメリカ法が不法行為法の予防機能や制裁機能を重視すると同様に、中国の不法行為法 1 条は、同じような趣旨を定めた。すなわち、1 条では、「民事主体の適法な権利および利益を保護し、不法行為責任を明確に定め、不法行為を予防又は制裁し、社会の調和と安定を促進するため、この法律を制定する」と規定されている。この条

⁵⁸⁵ 高聖平主編「中華人民共和國侵權責任法立法争点・立法例及び經典案例」（北京大学出版社、2010 年）285 頁。

⁵⁸⁶ 叶金□「精神損害賠償制度的解釋論框架」法学家 2011 年 5 期 98 頁。

文は、リスク責任の定めや潜在的損害に対する法律救済についての中国法研究に、基礎となる理論的支えを提供している。

中国の「侵權責任法」は、伝統的な不法行為法にある「損害」の概念を「現実はまだ発生していない傷害」、あるいは「法益に危険を及ぼしたことなどの侵害」に拡大した。例えば、同法 2 条では、「民事権利及び法益を侵害したときは、本法に従い不法行為責任を負わなければならない」と規定されている。同法 6 条では、「行為者が故意・過失により他人の民事権利あるいは法益を侵害した場合には、不法行為責任を負わなければならない」と定められている。この二つの条文は、「損害」ではなく、広い意味での「權益侵害」、つまり法的保護に値する利益に対する侵害の重要性を強調する。

また、同法 15 条では、「不法行為責任を負担する方法は、主に以下のとおりである。侵害停止、妨害排除、危険除去、財産返還、原状回復、損害賠償、謝罪、影響の除去、名誉回復である。以上の不法行為責任を負担する方法は、単独でこれを適用し、またはこれを併用することができる」と規定されている。同法 21 条では、「不法行為が他人の身体、財産の安全に危険を及ぼしたときは、被害者は加害者に侵害停止、妨害排除、危険除去などの不法行為責任を負うよう請求することができる」と定められている。つまり、中国の不法行為法では、以上のように、被害者を全面的に救済・保護するために、加害者に予防的不法行為責任を負担させる規定があるのである。不法行為法の主な機能は、損害賠償である。すなわち、原告が受けた損害に対して、填補することである。しかし、不法行為法の予防機能及び懲罰機能は、加害者にリスクに関する責任を課するので、原告の現実的損害を賠償要件にしない。

予防的不法行為責任（特に環境被害に関する損害賠償責任）の帰責基礎は、加害者の過失行為によって被害者の損害を受けるリスクが増加することにあるといえるであろう。また、この損害が一旦発生すると、その結果は深刻かつ不可逆的である。リスク社会では、このような特別な性質を持つ損害に対して、不法行為法の基本的機能である損害てん補の機能が必ずしも発揮できるとはいえない。中国において、一定の条件に満たす潜在的被害者に対して、一定の程度法律救済を与えることは、不法行為法の立法趣旨に適合するのみならず、不法行為法の機能がより有効に発揮される。伝統的なルールの訂正は、企業に生産・経営活動における可能な違法コストを計算させ、新型の化学物質あるいは生物技術の人類健康に対する潜在的影響を再び評価させる⁵⁸⁷。最終的に、それは、企業が環境と人類に有利な戦略を定めることを促進する。

(4) アメリカ法の訴訟の殺到を防ぐための努力、あるいは利益衡量の重視は、中国法の参考になる。被害者に人身傷害の症状が生じていなくても、法律保護の対象になると認識することは、新たな考え方である。しかし、それは簡単に受け入れられることなく、前途には険しい道がいたるところにある。潜在的損害に対する救済は、コモン・ローにマイナスの影響を及ぼす可能性があるので、アメリカの司法実務は、それに警戒を持ち、原告の損害賠償請求に対して、厳格な制限をかけようとする。例えば、純粋な精神的苦痛による損害賠償の金額には、低額化の傾向がある。

また、潜在的被害者を救済するとき、利益衡量の問題は、考えなければならないことである。例えば、潜在的被害者の人数が多い場合に、被告が敗訴後かなり重い損害賠償責任を負い、破産する可能性がある。それは、実際の身体的傷害を受けた被害者にとって、もらえるはずの賠償金に不利な影響を及ぼすか

⁵⁸⁷ Tamsen Douglass Love, *Detering Irresponsible Use and Disposal of Toxic Substances: The Case for Legislative Recognition of Increased Risk Causes of Action*, 49(3) VAND. L. REV. 789, 822 (1996).

もしれない。そのため、企業に過重な責任を負わせることを防ぐために、潜在的被害者の救済と企業の発展との間に、バランスを探さなければならない。それと同様に、現代リスク社会では、環境汚染物質は種類が多く存在するので、有害物質のリスク被曝それ自体を法益侵害とすることは不適切である。無症状の潜在的被害者に対して、区別せずにすべてを支持することは、訴訟の事案を爆発的に増やす一方であり、司法資源の浪費にもつながる。それゆえに、裁判所は、適当な基準を設立し、無意味な訴訟を排除するとともに、損害賠償に値する訴訟の原告を救済すべきである。

「訴訟大国」といわれるアメリカにおいても、すべての州が必ずしも潜在的被害者からの損害賠償請求を認容するわけではない。訴訟の爆発的増加を招くことになるとの批判がなされており、損害概念は安易に拡張すべきではない。有害物質の潜在的被害者から提起された訴訟について、慎重に検討し、明らかな判断基準や適切な証拠に関するルールを確定し、不良訴訟を排除する必要がある。アメリカ法からの示唆を検討する際には、このような議論を行うべきである。例えば、もし医療モニタリングが合法的な救済として認められるならば、無益な訴訟を減らす、あるいは司法資源の浪費を防ぐために、原告がこの救済を求める際に、裁判所は適当な基準を設定する必要がある。さらに、原告が勝訴した後に、原告が医療モニタリング費用を実際に医療検査のために使うということをもどのように保障するのも重要である。

根本的にいえば、人身損害がまだ現実化・顕在化されていない場合に、潜在的被害者からの損害賠償請求は、認められるべきであるか、加害者に予防的不法行為責任を負わせるべきであるか、不法行為責任の構成要件は人身損害の実際の発生に基づくものにすべきであるか、それとも、損害発生リスクの顕著な増加あるいは損害危険の極度に迫ることに基づくものにすべきであるか、これらの問題は、法政策の問題ともつながり、慎重な選択が必要である。言い換えれば、予防的不法行為責任は、機能や目的、帰責根拠、正当性に基づく基礎、成立要件および法律効果などの様々な方面において、伝統的不法行為法に大きな変化あるいは巨大な挑戦をもたらしている⁵⁸⁸。もちろん、海外の法律経験を参考にすることにあたって、自分の国の状況に合わせて、一番適切で自国が発展しうる道を歩んでいき、法律の移植あるいは適用の現地化を実現すべきである。

第三款 具体的な検討（1）——純粋な精神的苦痛による権利主張に関して

一般的に言えば、中国では、精神的損害は二種類に分けることができる。一つは、物理的損害（人身的損害あるいは財産的損害（例えば、人格を象徴する意義を有する特定の記念物品の毀損））を受けたことによって生じた精神的損害である。もう一つは、物理的損害がなくても生じた精神的損害である。後者は、純粋な精神的損害（pure mental injury）とも呼ばれる。伝統的不法行為のもとで、人身的損害あるいは財産的損害の事実がない限り、原告の精神的損害に対する請求は認められない。最新の研究によると、加害行為が被害者に健康被害の危険をもたらしているならば、被害者が、現段階で身体的傷害を受けていなくても、将来の身体的傷害を受けることから生じた恐怖あるいは精神的不安定（精神的損害）は賠償されうる。

（1）純粋な精神的損害の性質について

学説では、純粋な精神的損害の性質について、二つの見解に分けることができる。①一つは、純粋な精神的損害を、「法的保護に値する独立した精神的利

⁵⁸⁸ 葉名怡「論侵權預防責任對傳統侵權法的挑戰」法律科学 2013 年 2 期 121 頁。

益が侵害されたこと」と解釈する学説である⁵⁸⁹。この学説によれば、精神的損害は精神的利益の損害ともいえる。精神的利益は、不法行為法の損害賠償範囲内にあり、法的保護に値する法益である。最近の研究によると、精神的利益が具体的な権利に含まれる以上、精神的利益には独立性がある。一方、具体的な権利（人身権あるいは人格的利益、身分的利益を含む財産権（例えば、結婚指輪、家族記念写真などの特定記念物）⁵⁹⁰、あるいは精神的利益を含む財産（例えば、ペットなど））が存在する場合に、精神的利益はこれらの具体的な権利に含まれている。もしこれらの権利が侵害されるならば、被害者は精神的利益が侵害されたことを理由に、精神損害賠償を請求することができる。他方、それらの民事権利が侵害されていない場合においても、被害者は自然人としての精神的利益が侵害されうる。この場合に、精神的利益は不法行為法上の独立した保護法益に当たる。分析したように、純粋な精神的損害には非伝統性と独立性という二つの特徴がある。

それに対して、②もう一つの学説は、「身体権・身体的利益や健康権・健康的利益」を柔軟に解釈し、その範囲を拡大し、精神的利益をそれらの利益に含ませ、純粋な精神的損害を「身体権・身体的利益あるいは健康権・健康的利益」が侵害されたことと解釈する学説である⁵⁹¹。つまり、精神的利益は法的保護に値する独立した利益ではなく、身体的利益あるいは健康的利益に含まれるという学説である。この見解によると、精神的利益が侵害されたことは、身体権あるいは健康権が侵害されたこととみなすべきであるとされる。そのため、この学説は、純粋な精神的損害が独立した訴訟原因ではないと主張する。この見解によると、法的保護に値する身体的利益（身体権）や健康的利益（健康権）の範囲は、徐々に拡大されている。これらの利益は、物理的（肉体的）利益だけでなく精神的利益も含まれている。なぜならば、自然人としての存在は社会的な意味を持つ存在であり、健全な肉体的存在と安定な心理的または精神的状態の統一体からである（つまり、身体的、精神的、社会的に良好な状態にあることを「健康」と捉える見解）。身体的損害や健康的損害は、人の生理、心理あるいは健康状態に不利益をもたらしたことを意味している。もちろん、疾病に罹患することは、健康が侵害された典型例の一つである。まだ通常の反応の範囲内にある痛み、悲しみ及び失望感ということは健康侵害として認められない。しかし、逆にいえば、健康が侵害されたことは、必ずしも肉体的損害に限らない。肉体的損害を伴わない精神的損害は、健康権あるいは健康利益の損害とみなすべきである。中国の司法実務では、訴訟原因が厳しく規定されているので、この見解は前者（①）より容易に受け止められると思われる。

異論なく、被害者の精神的利益が損害を受けることの主な表現は、精神的苦痛を感じることである。純粋な精神的損害の場合に、被害者は身体に傷害が生じていなくても、また疾病の症状が現れていなくても、精神的利益の損失、あるいは純粋な精神的苦痛（**pure emotional distress**）が生じうる。不法行為法の発展に伴って、加害行為が被害者に差し迫った（健康被害に関する）危険を与えており、被害者が、現段階で身体的傷害を受けなくても、将来の身体的傷害を受けること（将来の疾病罹患）から生じた恐怖あるいは精神的不安定・苦痛（精神的損害）は賠償されうる。有害物質の曝露によって純粋な精神的苦

⁵⁸⁹ 魯曉明「論純粹精神損害賠償」法学家 2010 年 1 期 123 頁。

⁵⁹⁰ 2001 年の「最高人民法院關於確定民事侵權精神損害賠償責任若干問題的解釋」（司法解釋）第 4 条によって規定されている。

⁵⁹¹ 管洪彦「德法奥对精神打口法律救济的比較与啓示」河北科技大学学报（社会科学版）2012 年 9 月 38 頁。

痛が生じた場合に、原告の精神的損害賠償の問題は、健康権が侵害され精神的損害が生じたこととみなされ、解決されうる。

(2) 純粋な精神的損害に関する損害賠償の要件

「侵權責任法（草案）」の 24 条では、「故意によって他人の人格権、身分権を侵害し、他人に深刻な精神的損害を与えたときは、被害者は精神損害賠償を請求することができる」と規定されていた。しかし、多くの学者は、「精神的損害賠償の要件が厳格に限定されたことは、被害者の保護に不利をもたらす」ことを理由に、この条文に強く反対していた。そのため、その後正式に公布された「侵權責任法」22 条では、「他人の人身についての權益を侵害し、他人に深刻な精神的損害を加えたときは、被害者は精神損害賠償を請求することができる」と定められている。この条文をみればわかるように、立法者は、加害者の主観的要件（故意または過失）を削除した。つまり、加害者の故意または過失の有無は、精神的損害賠償の要件ではない。加害者の無過失の場合においても、精神的損害賠償の適用は可能となった。しかし、「深刻な精神的損害」という要件は依然として残されている。

そのほか、実務では、2003 年 12 月 26 日に公布され、2004 年 5 月 1 日から施行された「最高人民法院人身損害賠償事件の審理に適用する法律の若干の問題に関する解釈」（原語は「最高人民法院關於審理人身損害賠償案件適用法律若干問題的解釋」）第 8 条によれば、不法行為により他人に精神損害を与えたものの、重大な結果を惹起しておらず、被害者が精神損害の賠償を請求する場合、一般的にこのような請求は認容されず、裁判所は状況に基づいて、権利侵害者に侵害の停止、名誉の回復、影響の除去、謝罪を判決で命じることができる。不法行為により他人に精神損害を与え、重大な結果を惹起した場合、裁判所は権利侵害者が侵害の停止、名誉の回復、影響の除去、謝罪等の民事責任を負うよう判決で命じることができるほか、被害者の請求に基づいて、権利侵害者に相応の精神的損害賠償金を賠償するよう判決で命じることができる。

精神的損害賠償の要件として、「深刻な精神的損害」あるいは「重大な結果」が求められるかについて、学説では争いがある。中国の不法行為法の制定にあたって、この問題に関して、①精神的損害賠償を二つの場合に分けて取り扱うという主張がある⁵⁹²。その主張によれば、加害者の故意行為によって精神的苦痛が生じた場合に、深刻な精神的苦痛という要件は必要ではない。つまり、一般的な程度（軽微な程度を含む）の精神的苦痛で充分である。他方で、加害者の過失行為によって被害者の精神的苦痛が生じた場合、被害者の精神的苦痛は深刻な程度に至らないと精神的損害賠償は請求できない。②それに対して、反対する学説もある。つまり、加害者が故意であるかまたは過失であるかを問わず、一般的な程度の精神的苦痛が生じれば損害賠償を請求するのには充分であるとする⁵⁹³。また、加害者が無過失責任を負う場合に、被害者は精神的損害賠償を請求できる。精神的苦痛の深刻さは、裁判官が損害賠償額を確定する際に考えるべき因子（ファクター）にすぎない。

(3) 「深刻な精神的損害」の解釈及び精神的苦痛の認定

現実の危険によって深刻な精神的損害が生じた場合には、被害者が将来に身体的傷害を受けることに対する恐怖によって起こされた合理的な精神的損害は、

⁵⁹² 楊立新「侵權責任法草案应当重点研究的 20 個問題」河北法学 2009 年 2 月。

⁵⁹³ 張新宝「從司法解釋到侵權責任法草案：精神損害賠償制度之建立及完善」暨南學報（哲學社會科學版）2009 年 2 期。

賠償されうる。深刻な精神的損害は、被害者が医学的に確定できる精神的疾病（例えば、神経症、うつ病、精神病など）に限られているかどうかについて意見が分かれている。もちろん、医学的に確定できる精神的疾病が現れた場合には、被害者の精神的損害が認定されやすくなる。しかし、各被害者の精神的忍耐力には差があるので、同じ精神的苦痛を受けても、被害者は、例外なく必ずしも精神的疾病に罹患するとは限らない（自分で不安を克服しようとする人もいる）。そのため精神的苦痛は、精神疾患の程度に達していない場合においても賠償可能である。したがって、社会の現実に基づいて、ケースバイケースによって「深刻な精神的損害」が柔軟に解釈されるべきである。現段階では、「深刻な精神的損害」という言葉は曖昧であるため、その解釈について、裁判所は自由裁量権を持つと思われる。とくに被害者の特別の精神的な不安定さは、原則として、加害者の負担となるのである。

医学的に確定できる精神的疾病の存在は、潜在的被害者が精神的損害賠償請求を提起するときの要件ではなく、裁判所が精神的損害賠償の金額を決めるときに考量する因子の一つであると解釈すべきである。つまり、医学的に確定できる精神的疾病が存在する場合に、裁判所は被害者に対して、精神的損害賠償の金額を適切に増やす余地がある。他方、有害物質による大規模な不法行為が生じた場合、裁判所は特別な事情がない限り、数多くの不特定の原告（潜在的被害者）による精神的損害賠償請求に対して、一律の精神的損害賠償金を決めることは、効率よく、公平である。この場合、被害者の精神的損害を認定するとき、基準となるのは、一般人・標準人が身体に侵害を被るという深刻な恐怖感（いつ自分に健康被害が起こるかわからない深刻な恐怖感）を持つかどうかである。つまり、一般人・平均人を基準にして、精神的不安を感じるものが合理的と認められる場合には、この精神的不安・恐怖は法的保護の対象となる。

精神的苦痛の真実性及び苦痛の程度を確定することは困難であるため、精神的損害賠償を認めるとき、慎重な判断が必要であるといわれている。一方で、法政策的な考慮から、潜在的被害者を救済するために、精神的損害賠償は解釈を拡大する傾向にある。他方、訴訟の大量増加と虚偽の訴訟を回避するために、一定の要件を使って精神的損害賠償に制限をかける必要もある。これは、利益衡量の一つの反映であるといえるであろう。科学技術の発展や医学研究の進歩に伴い、精神的損害の表現や影響は、医学的に証明できるようになってきた。純粋な精神的苦痛は、身体に何らかの変化をもたらさう。例えば、頭痛、不眠や嘔吐などである。これらの身体症状は、精神的苦痛の真実性をある程度証明できる。しかし、注意すべきなのは、これらの症状が加害行為によって直接的に生じた肉体的侵害の損害結果（身体の傷害あるいは身体権の直接侵害）ではなく、精神的苦痛の存在の証拠であることである。もちろん、これらの身体的症状がなくても、純粋な精神的損害を受けた人もいる。だからこそ、精神的損害には内部性や無形性という特徴があるので、精神的苦痛を誇張する可能性が十分にあり、精神的損害賠償を確定するとき、侵害された法益の価値、保護範囲、保護されるべき程度などのことを考慮しながら、慎重に判断しなければならない。

また、精神的損害は、「名義上の精神的損害」と「証明する必要がある精神的損害」に分けることができる。前者の場合は、法律の推定によって成立し、当事者の証明は要らない。後者の場合には、被害者が精神的損害を証明しなければならない。一般的に、後者の場合の被害者に対する精神的損害賠償金は前者より高い。訴訟の濫用や詐欺を防ぐために、裁判所は純粋な精神的苦痛による損害賠償請求に制限をかけ、まずは証明できる精神的損害あるいは明らかに

推測できる精神的損害に対して、原告の請求を認めると、潜在的被害者がある程度救済できるようになるであろう。

精神的損害賠償の金額を確定するにあたって、中国では、2001年3月8日に公布され、同年3月10日から実施された最高人民法院「民事不法行為における精神損害賠償責任を確定する若干の問題に関する解釈」（原語は「最高人民法院關於確定民事侵權精神損害賠償責任若干問題的解釋」）という司法解釈の第10条によれば、裁判所は、精神的損害賠償額を確定するとき、①加害者の故意あるいは過失の程度、②不法行為の手段、場合、行為方式などの具体的状況、③不法行為によって生じた結果、④加害者の利益を得る状況、⑤加害者の責任を負う経済的能力、⑥受理する裁判所の所在地の平均生活レベル、を考慮しなければならない。もっとも、精神的損害賠償の金額に関して、客観的な計算基準はない。

第四款 具体的な検討（2）——医療モニタリング費用による権利主張に関して

（1）医療モニタリングの社会的価値

中国では、食品・医薬品などを介する有害物質への曝露は頻繁に発生する。アスベストなどの労災事故や大規模な環境汚染もしばしば報道される。大規模被害への法的対応として、医療モニタリング費用による権利主張を支持する余地があると思われる。前述したように、環境法における予防原則の考え方を不法行為責任に導入する議論がなされている。社会公害あるいは環境汚染の深刻な地域における住民に対して、特別な定期医療モニタリングを行うことは、予防原則の要求にも応えうるのである。

疾病のリスク増加を作出する有害・危険物質に曝露された人々のための医療検査へのアクセスを発展させることには、重要な公衆衛生の利益がある。特に、多くのがん患者にとって、早期診断と治療には価値があることを踏まえると、その意義は重大である。原告の曝露によって生じた結果が現れる前の段階で、実質的な救済を利用できることは、将来深刻な疾病を防止する、あるいは軽減・緩和するためには、有益な影響をもたらすかもしれない。また、加害者に経済的負担を課し、潜在的被害者の医療モニタリング費用を払わせることは、加害行為のコストを増やし、「加害者が不法行為を行ったことに伴うコストと収益を比較衡量し、将来的により大きな損害を防ぐために、用心深い行動をとること」を促進する。それとともに、最終的に総合的な社会的費用・コストが減少されうる。それが社会的安定の維持にもつながる。しかも、医療モニタリングは、原告の深刻な疾病に罹患することに対する不安や恐怖感など、精神的苦しい状態を一定程度緩和できる。しかしながら、医療モニタリング費用による権利主張と差し迫った傷害に関わる精神的苦痛による権利主張は両立できると思われる。

さらに、有害物質による損害の発生プロセスは非常に複雑であるため、定期的な医療モニタリングは、有害物質の曝露を受けた人々に医療観察をもたらし、疾病の発生を早期に診断することができる。被害者の広汎性から考えると、これは、有害物質による健康被害に関する疫学調査に対して、有益な効果をもたらすことにとどまらず、因果関係の解明につき科学的証拠を提供することにも役立つ。なぜならば、有害物質による損害に関する因果関係の証明は極めて複雑なものであり、医学的・科学的発展には限界があるので、有害物質の曝露による不法行為において、疾病の発症原因や因果関係を精確に証明することは困難だからである。潜在的被害者に対する医療モニタリングを通して、医療専門

家や研究機構などは、そのデータを科学的に分析しながら、有害物質の曝露による疾病が発症するに至るメカニズムを究明できるであろう。

(2) 医療モニタリング費用を適用する具体的な基準

医療モニタリング費用による権利主張を認めるには、二つの問題を解決しなければならない。一つは、どの基準で医療モニタリングを適用するのかという問題である。もう一つは、医療モニタリングに関する費用（例えば、ファンドの場合）をどのように有効に管理するのかという問題である。

まず、医療モニタリングの適用する具体的な基準を検討する。アメリカ法の裁判例を参考にして、次のような四つの基準を要件にすることができる。すなわち、①原告が実際に危険物質にかなり曝露したこと、②原告の罹患しうる疾病は、深刻な疾病に限られ、曝露によって生じたリスクは著しく増加したこと、③リスク増加によって定期的な医療モニタリングが合理的かつ必要であること、④医療モニタリングによって潜在的な疾病の早期発見が可能となることである。

具体的にいえば、①医療モニタリング費用に対する損害賠償を求めるためには、多量の有害物質に曝露したことが必要である。言い換えれば、軽微な曝露は起訴するのに不十分である。原告の曝露する程度は、一定の線量を超えなければならない。客観的かつ測定可能な基準は必要であるが、その線量を決めるにあたっては、国内の基準だけでなく、国際的基準や海外の経験にも参考になる。②有害物質の曝露によって疾病に罹患するリスクは、50%を超える必要がない。原告の特定の疾病にかかるリスクが著しく増加したことは、医学専門家の証言によって証明されれば足りる。例えば、医療専門家からの証言が示すように、放射能汚染・被曝によって甲状腺がんの発症率は一般的に上がる。リスクの増加を定量化する必要はない。③医療モニタリングの合理性と必要性は、医療専門家の証言によって実証されなければならない。④医療モニタリングは、特定の疾病の早期発見に効果があれば十分である。すなわち、医療モニタリングは疾病の治療や生存率の増加を必ずしももたらすことを要しない。なぜならば、一般的に、原告が罹患しうる疾病はがんのような深刻な疾病であるので、医療モニタリングが疾病の治療・改善にも役に立つことはあまり過度に期待できないからである。しかしながら、正確に判断できる検査法が確立されていれば、原告は、疾病の早期発見を通して、（生存期間の延長が難しいとしても）悪い結果に対して心理的準備ができる。このことにより、より充実した人生計画が立てられ、残された寿命がより効率的に過ごせるものとなるならば、医療モニタリングには重大な意義があると思われる。他方、ある治療できるがんに対して、対策型の医療モニタリングをしっかりと受けておけば、ある程度の治療ができ、予防の観点ではずっと充分といえる。

次に、医療モニタリング費用に対する損害賠償金をどのように管理するかについて、信託基金は、一括払い金より適切である。原告の損害賠償金を濫用する、あるいは被告の将来的な支払い能力を失うリスクを回避するために、損害賠償金に関するエスクロー制度が採用される⁵⁹⁴。つまり、被告が損害賠償金をエスクローとして第三者に預託し、原告には医療モニタリングが実際に行われた場合にのみ、原告に医療モニタリング費用を支払うことになる。そうすると、医療モニタリングを行うことなく済む被害者にとっては、不必要な補償が支払われない。他方、実際に医療モニタリングが行われた被害者にとっては充分な補償が与えられる。それゆえに、不法行為法の目的・機能を出発点にして

⁵⁹⁴ See *supra* note 271, at 1518.

考えれば、エスクロー・システムは、被害者への補償機能と不法行為への抑止機能の両方とも実現させうるであろう。

また、医療モニタリング費用の管理や段階的支払について、アメリカの裁判例は、参考になる。例えば、**Askey v. Occidental Chemical Corp.** (N.Y.App.Div.1984)⁵⁹⁵において、原告は、埋め立て地からの様々な有害化学物質によって曝露したことを主張し、地方裁判所は原告のすべての合理的に予想される間接的損害賠償を認めた。控訴裁判所は、原告が専門家証言によって、医療モニタリングの費用の発生に関して、医学上の確実性の合理度を確立しなければならないということを確認した。そして、早期診断は二つの段階に分けて行われる。第一段階での検査は、原告が有害物質に曝露してから三年後に行われる。この医療検査あるいは健康調査の目的は、被害者の健康に関する基本的なデータを収集し、その後の疾病の分析や情報交換の基礎をつくることである。第二段階での検査は、スクリーニング・プロセスと呼ばれる。そして、被害者に対する毎年の定期検査に関する継続的な費用が支払われる。医療モニタリング・プロジェクトが成功するかどうかは、基金の特別執行官（**special masters**）と密接に関連している。彼らは、基金の運営者・管理者である。

最後に、注意すべき重要なことがある。中国では、司法的救済には限界があるので、行政的救済が求められるようになる。大規模被害からの回復をすべて損害賠償の形で実現することは、ほぼ不可能であり、国や政府による制度的対応・援助が重要となる。損害賠償の限界ないし限定性を踏まえた上で、深刻な公害や環境汚染が生じた場合に、政府は潜在的被害者に対して医療モニタリングを適用するプログラムを行政的に構築する余地がある。なぜならば、中国は行政権力が強大であり、行政命令によって制度を大きく変革できる国と考えられるからである。中国では、有害物質による不法行為に関する救済システムでは、伝統的不法行為法のルールに限界があり、訴訟のコストも高いため、潜在的被害者は、十分な法的救済を得られない。しかも汚染企業や工場は、発達していない地域にあることが一般的であり、その近隣住民の経済的状況は必ずしも豊かではなく、高額な医療モニタリング費用は、彼らにとって過重な負担となり、個人では支払えないことが多い。とくに、農村に住む人々は、公的医療保険の対象にもならないため、状況が一層苦しくなる。

損害の現実化・発生が被害者の身体に重大かつ不可逆な悪影響を及ぼしうる場合には、政府は、予防原則のもとで、医療モニタリング制度の適用により、行政的権限の範囲内で、潜在的被害者に行政的救済を与えるべきである。つまり、いまは健康であるが、疾病に罹患するリスクが長期的かつ潜在的に蓄積され、将来的に疾病の症状が現れるというタイプの疾患に対する公的医療保険あるいは行政的救済のあり方を見落としてはいけない。このように、有害物質の曝露による被害者を十分に保護するために、制度化された医療モニタリングプログラムと伝統的不法行為法制度を結合して、各段階での被害者の権利救済を最大化することが求められる。すなわちそれは、発病前の潜在的被害者に対して、医療モニタリングを制度化させ、発病後の顕在化した被害者に対して、伝統的不法行為法制度を持って対応することである。そのほか、包括的な補償立法なども必要であろう。

第五款 小括

現代中国では、リスク社会が進んでおり、新しいリスクや科学的不確実性への対応を迫られてきた。リスク社会にどのように対応するかについて多くの議

⁵⁹⁵ *Askey v. Occidental Chemical Corp.*, 102 A.D.2d 130 (1984).

論がなされている。一つの法律制度がどのような社会的機能を発揮するか、あるいはどのように機能を発揮するかは、その時々、社会のニーズを反映するためである。不法行為法は、ある意味で、特定の時代や文化の中で社会生活や倫理的観念から生まれた産物である⁵⁹⁶。不法行為法の変遷を分析するときは、時代や社会が発展していることを見落としてはいけない。社会の発展は、不法行為法の社会的基礎となっており、不法行為法の変遷や改革をもたらしている。

従来の不法行為損害論には、現代社会にある広範かつ多様な被害に対する損害賠償の枠組みとして限界があり、新たな損害論の構築が必要である。不法行為法の発展傾向からみれば、不法行為法の保護範囲または損害の概念や類型は、徐々に拡大されている。有害物質による被害の特質（潜在性・遅発性）を踏まえた上で、従来の損害把握の枠組みと本質的に異なる視点から、損害概念を再検討すべきである。潜在的な損害に関する問題には、科学的不確実性、被害規模の大きさ・広汎性、被害の継続性・長期性、薬害・労災・公害・放射能被害との間に共通の特徴がある。欠陥製造物被害・労働災害・公害事件を想起すると、もし不法行為法の法理が新たな損害論に拡張すれば、多くの新型の訴訟が進んでいくことは想像できる。有害物質による不法行為のケースは、不法行為法の原理の限界を推し進めており、伝統的な法理から新たな法理への進化をもたらすという評価がある⁵⁹⁷。

現代リスク社会では、不法行為法がどのように被害者に法律救済を与えるのかは重要な課題である。「損害」を法解釈・法政策的にどう評価するかという問題について、有害物質による不法行為被害の特質を踏まえて伝統的な理論を修正し発展させることは、決して批判されるべきではない。むしろ公害における損害賠償論に代表されるように、理論はこのようにして発展してきたのであり、新たな事情に直面した非伝統的理論と実務が伝統的な考え方を修正して確立していくべきである⁵⁹⁸。それらの新たな事案に応じて、新たな損害賠償の法理が徐々に形成されていくと思われる。

公害・薬害訴訟にとどまらず、リスク増加など潜在的な被害に関する損害賠償訴訟は、人身損害が實際上中心となる領域である。不法行為法は、伝統的な損害賠償法の固定した視点と枠組みからこの問題にアプローチしても解答は容易に得られない。しかし、被害者の侵害された権益を補償・回復させるために、新たな視点から被害者の救済を支援することは一つの方法であるといえるであろう。創造的な法解釈論の適用を通して、「損害」概念の外延を拡張していく余地が大いに残されている。このような考え方は、依然として少数説にとどまっているものの、現実には少なくとも伝統的な考え方に対して、一石を投じたものであることは確信できるであろう。

最後に、不法行為法の保護範囲が拡大する傾向にあることに対する一つの解釈あるいは背景事情として、責任保険や社会保障システムは未だに成熟していないため、不法行為法は、これらの機能を分担するようになったのである。不法行為法の損害賠償のほか、責任保険や社会補償などは、損害補償と連携して被害者の損害を分担することができる。現在は健康であるが、長期的に疾病リスクが潜在ないし蓄積され、将来的にそれが発見するというタイプの疾患に対する医療保険あるいは行政救済のあり方も検討する必要がある。要するに、潜在的・蓄積的損害に関する研究は、学際的で、私法と公法、実体法と手続法、法学と科学・医学、あるいは政策と法原理の共通問題であるといえる。

⁵⁹⁶ 張俊岩「風険社会与侵權損害救済途徑多元化」法学家 2011 年 2 期 93 頁。

⁵⁹⁷ See *supra* note 395, at 318.

⁵⁹⁸ 淡路剛久・吉村良一・除本理史（編）『福島原発事故賠償の研究』（日本評論社、2015 年）130 頁。

第五節 残された課題

有害物質によって引き起こされた健康被害に関する事案について、いくつかの課題が残されている。確かに、純粋な精神的苦痛による権利主張は徐々に認められるようになってきている。しかし、精神的苦痛に対する損害賠償金額の低額化には問題がある。妥当な精神的損害の賠償額をどう設定するかは、新たな課題となる。実際のところ、権利主張は認容されるが、潜在的被害者には、低額の損害賠償金が支払われるのみである。この場合に、法的救済の機能には限界がある。

また、潜在的被害者が損害賠償を請求するとき、「損害」の認定のほかに、不法行為責任の要件である因果関係が難点となる。被害が様々なリスク因子が原因となって引き起こされる疾患について、被害者が、癌に罹患することと職業・環境曝露とが関係あると疑い訴訟を起こすには、因果関係の存在を法的に証明しなければならないという困難がある。なぜならば、不可分の一つの被害について、それぞれ独立した複数の原因が存在するからである。例えば、**Metro-North Commuter Railroad Co. v. Buckley**のケースにおいて、原告は訴訟を提起するまで、15年の間に毎日タバコを一箱吸ったという事実が明らかになっている。そのため、原告が（肺がんに対する）医療モニタリングを受けることについて、被告の行為に起因するのか、それとも自分の健康的でない生活習慣を原因とするのか、権利主張の難点になっている。裁判所は、原告のアスベストへの曝露によって、「死亡に関する（追加された）特別なリスク（1%～3%、ないしは1%～5%）を引き起こした⁵⁹⁹」と判断した。結果として、医療モニタリングに対する必要性における権利主張は、弱体化させられたのである。このように、有害物質による不法行為訴訟において、医療モニタリングによる権利主張に固有問題があるため、因果関係証明の緩和が、依然として法律家に求められる⁶⁰⁰。

さらに、蓄積的損害に関する実質的因果関係の研究にも問題がある。がん発病に関する研究の典型例は、主に個人の遺伝因子と生活習慣をめぐる研究である。多くの場合に、有害物質の曝露による健康被害に関する研究資料の欠如という事態により、被害者のがん発病と有害物質の曝露との関連性を証明できる資料が入手できないため、科学的な証拠で因果関係を証明することがいっそう難しくなっている。その上、同じ有害物質による健康被害について、様々な研究報告書に異なる研究結果が発表されることがしばしば存在する。加えて、有害物質の曝露とがん発病との関係に関する研究結果が、国内のみならず、海外の研究機関でも証明されていない場合には、有効な証拠がないため、因果関係が難問となるとの議論がなされている。例えば、放射能被害、とりわけ低線量被曝による健康影響に関しては、科学的知見の不十分性が残っており、その結果、安全基準に関する意見が分かれている。

以上からみれば、有害またはその疑いのある物質の数が飛躍的に増大している現代社会においては、リスク段階からの対策が不可欠であり、その必要性はますます高まっている。がん発生に影響を与えうる各種の環境曝露についての研究（例えば、環境汚染事故に起因する食料品中の放射性物質による食品汚染実態及びほかの有害化学物質による健康影響実態調査など）、あるいは有害物質・発がん性物質による健康リスク評価が重視されるようになる。有害物質による健康リスクが現実の健康被害に転化する前、あるいは特定の化学物質によ

⁵⁹⁹ 521 U.S. 424, 427 (1997).

⁶⁰⁰ See *supra* note 274, at 183, 206.

る健康影響が現実の被害問題になる前に評価し、リスク情報を一般民衆に発信することは重要である。汚染物質が地域住民の健康に影響を与えうる濃度を有している場合、環境疫学の研究を通じて、住民のがん細胞の発生率が高い結果を分析し、対策が出されるはずである。がんの予防は、「個人の生活形態を改善させる」を期待するにとどまらず、環境の中の発がん物質を抑制する公衆衛生政策を打ち出すことにより実現されるべきである。