

医療過誤訴訟における過失の証明と認定(1)

—— 日中の比較法的考察に基づく中国法の 新たな解釈論の展開 ——

張 瑞 輝*

序 論

第一節 問題の所在

第二節 研究の視角および構成

第一章 日中の医療過誤訴訟に関する基礎的考察

第一節 医療過誤を理由とする責任追及の方法

第一款 概説

第二款 債務不履行構成と不法行為構成

第二節 医療過誤訴訟の実際の状況

第一款 訴訟の特徴

第二款 訴訟の実態

第二章 医療過誤訴訟における過失の証明と認定に関する中国法の考察

第一節 医療過誤訴訟に関する中国の法整備

第一款 法整備の第一段階

第二款 法整備の第二段階

第三款 法整備の第三段階

第二節 証明責任の転換——証拠解釈 4 条 1 項 8 号

第一款 従来の議論の到達点 (以上本号)

第二款 裁判実務

第三款 小括——問題点

第三節 過失の推定——不法行為法 58 条 1 項 1 号

第四節 医療水準論——不法行為法 57 条

第五節 小括

* 華東政法大学特任講師

第三章 医療過誤訴訟における過失の証明と認定に関する日本法の考察

第四章 日中の比較法的考察に基づく中国法の新たな解釈論

結語

序論

第一節 問題の所在

現代型訴訟の一類型と位置付けられる医療過誤訴訟において、その多くの場合、債務不履行または不法行為のいずれの法的構成に基づいても、医師側の不完全履行や過失・因果関係等の存在を明らかにすべき事実を主張立証することは、患者側に対して過酷な証明責任を負わせることになる。これはつぎのような理由による。第一に、患者側には通常専門化・複雑化の著しい医療行為を明らかにする上で必要な医学的専門知識が欠如していること、第二に、手術等の治療が一般に医師側の専属領域で行われ、患者側が治療行為の全過程を事後的に検証することは、対象の性質上制約されるため、甚だ困難な場合が多いこと、である。それゆえ、当事者間の訴訟上の武器平等の原則に基づき、証明困難によるノン・リケット判決を下すのでは正義に反するため、医療過誤訴訟における過失の証明と認定については、原告たる患者側から被告たる医師側への証明責任の転換が許されるべきか否か、証明責任の転換が許されないのであれば、必要でかつ是認できる証明責任の軽減とは如何なるものであるのか、また、実際の裁判において如何なる判断基準をもって過失の認定が行われるべきであるのか、といった疑問が生じる。

このような問題に対し、中国では、医療過誤訴訟における患者側の証明困難を軽減することを目的として、2002年4月1日に最高人民法院の「民事訴訟証拠に関する若干の規定」¹⁾ (以下、証拠解釈と略称する) が施行され、その結果、不法行為を請求原因とする医療過誤訴訟において証明責任の転換が導入されることになった。すなわち、証拠解釈4条

1) 中国語表記される法令名では「最高人民法院關於民事訴訟証拠的若干規定」である。2001年12月6日採択・公布、2002年4月1日施行。

1項8号に基づき²⁾、過失・因果関係についての証明責任は、原告たる患者側から被告たる医師側に転換されることとなったのである。

証明責任の転換は、その後の8年間に実務で運用された結果、患者側の証明困難を軽減させるという当初期待された機能を果たすことができなかつたばかりか、かえって医師側からの猛烈な反発、ないし消極的な対応とされる過剰な検査や萎縮医療を招いた。そこで、2010年7月1日施行の不法行為法では、実体法のアプローチから日本法等の経験を参考にした新たな試みとして、過失の推定、医療水準論に関する規定が設けられた³⁾。具体的には、過失の証明に関して、不法行為法58条1項1号では⁴⁾、患者側に損害があり、法律、行政法規、規則およびその他の診療規範に違反したときは、医師側に過失があったものと推定されることとなった。また、過失の認定に関して、不法行為法57条では⁵⁾、医師側が診療活動においてその当時の医療水準に適合する診療義務を尽くさず、患者に損害を生じさせたときは、損害賠償責任を負わなければならないこととされた。

このように、法整備の視点からみると、医療過誤訴訟における過失の証明と認定に関する立法作業は急速に進められている。旧法（証明責任の転換）が問題解決に資することができないと指摘されると、新法（過失の推定と医療水準論）の創出に努力するという迅速な対応がなされている。他方で、法解釈の視点からみると、立法に対応する従来の解釈論はほとんど裁判例の評釈を行わず、立法趣旨の説明にとどまっております。裁判実務における法適用の適用要件の具体化、ないし実務上の適用状況から条文の現実の機能を論ずる研究が欠けている。急速に整備された立

2) 証拠解釈4条1項8号においては「医療行為による不法行為訴訟において、医療機関は、医療行為と損害結果との間に因果関係がないこと、又は過失が存在しないことについて、証明責任を負う。」と規定している。

3) 中国語表記される法令名では「中華人民共和国侵權責任法」である。2009年12月26日採択・公布、2010年7月1日施行。以下では不法行為法と称する。

4) 不法行為法58条1項1号においては「患者に損害があり、これが次に掲げる事情の一つによるときは、医療機関に過失があったものと推定する。(1) 法律、行政法規、規則およびその他の診療規範に関する規定に違反したとき。」と規定している。

5) 不法行為法57条においては「医療従事者は診療活動においてその当時の医療水準に適合する診療義務を尽くさず、患者に損害を生じさせたときは、医療機関が賠償責任を負わなければならない。」と規定している。

〈86〉 医療過誤訴訟における過失の証明と認定 (1) (張)

法に欠陥があり、くわえて従来の解釈論に不備があるため、裁判実務における法適用が極めて混乱した状態に陥っているのである。このことから、中国法が現に直面している切実な問題は立法の欠如ではなく、立法の急進に伴う解釈論の欠如ということができよう。そこで、立法上の欠陥を補完させつつ、法適用に適切な指針を与えることを目的とする新たな解釈論を展開することが⁶⁾、中国における焦眉の課題となっている⁶⁾。

第二節 研究の視角および構成

以上のような意識問題を踏まえ、本稿では、証拠解釈4条1項8号、不法行為法58条1項1号および不法行為法57条を対象に、医療過誤訴訟における過失の証明と認定に関する日本法と中国法の比較法的考察を行い、それに基づいて中国法の新たな解釈論を展開することを目的とする。

日中の比較を行う理由は、以下のとおりである。医療過誤訴訟における過失の証明と認定という課題は、日中が直面する共通問題であり、それをめぐる解釈論の展開もまた共通の方向性を示している。すなわち、医療過誤を理由とする責任追及の方法として、日本においても民法上の債務不履行または不法行為という法的構成が考えられており、また、医師側の不完全履行・過失や因果関係等の存在を明らかにすべき事実を主張立証することは、事実上、患者側にとって甚だ困難な場合が多いことが医療過誤訴訟の一つの特徴とされる⁷⁾。そのような状況下において、医療過誤訴訟の特徴を考慮せず、原告たる患者側に厳格な証明責任を強いることは過酷であり、被害者の救済に支障を生ずるようになってきたと指摘される⁸⁾。そのような問題意識を出発点とし、日本法でも医療過誤訴訟における過失の証明と認定について、証明責任の転換、過失の「一応の推定」および医療水準論が議論され展開されている。前節ですでに

6) 段匡「日本民法解釈学对中国法解释学的启示意义」法商研究(2004年第2期)8～11頁。

7) 中野貞一郎「医療裁判における証明責任——立証の困難さをどう解決するか」ジュリスト548号(1973年)308～313頁。

8) 藤原弘道「一応の推定と証明責任の転換」新堂孝司ほか(編)『講座民事訴訟法⑤証拠』(弘文堂、1983年)128頁以下、157頁以下参照。

指摘した中国法の展開状況を踏まえ、共通の方向性を示す日中の比較法的考察は、立法論の延長線上にとどまる中国法の従来の解釈論を再構成するために有益かつ必須であると言っても過言ではない。さらに、比較法の野心作⁹⁾とも評される中国の不法行為法は、日本法等の外国法を参考にして起草されたものの、従来の体系に忠実に従うものでなく、独自のオリジナリティを取り込む要素を多く含んでいる¹⁰⁾。したがって、これからの法適用にあたって、文字で書かれた条文を超え、現実にとどのような機能を期待できるかという運用レベルの解釈論を展開するため、日本法の元来の要素と中国法の独自の要素とを分離させ、その上での取捨選択を行う必要がある。このような目的を達成するには日本法との比較法的考察が有用であろうと判断した。

本稿は、以下の構成からなる。

第一章においては、比較法的考察を行うための前提として、日中の医療過誤訴訟に関する基礎的考察を行う。具体的には、第一節では、医療過誤を理由とする責任追及の方法を確認し、医療過誤訴訟を提起する段階において、原告たる患者側が請求原因を債務不履行と不法行為法のいずれかを選択するにあたって何を基準にして、いずれを選択すればよいかという問題を検討する。第二節では、司法統計データの分析を通じて日中の医療過誤訴訟の特徴と実態を考察し、患者側が実際に直面する訴訟実務上の困難な状況を明らかにする。

第二章においては、医療過誤訴訟における過失の証明と認定に関する中国法の従来の議論の到達点と問題点を明らかにする。具体的には、第一節では、中国の医療過誤訴訟に関する法整備の全体像を把握し、その中で取り上げられた証明責任の転換、過失の推定および医療水準論の位相を確認する。第二、三、四節では、学説状況と裁判実務の角度から、証明責任の転換を規定する証拠解釈4条1項8号、過失の推定を規定する不法行為法58条1項1号および医療水準論を規定する不法行為法57条をめぐる従来の議論の到達点と問題点を考察する。その上で、第五節

9) 章程「中国の事務管理法の機能的考察——中国裁判例の整理を通じて」北大法政ジャーナル18号(2011年)51頁。

10) 野村豊弘ほか「(座談会)アジア民法——その比較法的意義と特色」ジュリスト1406号(2010年)6、7、15、16、28頁[鈴木賢発言]。

では、中国法における克服すべき課題を析出し、新たな解釈論の展開の方向性を提示する。

第三章においては、日本法における過失の証明と認定に関する解釈論を整理し、その内在的メカニズムを明らかにする。具体的には、第一節では、医療過誤訴訟における証明責任の転換について、民事訴訟法学者によって紹介された当時の議論状況を確認する。第二節では、過失の「一応の推定」について、判例上の法理の生成過程および学説状況を整理し、現在において過失の「一応の推定」という用語の中に混在される種々の要素を分離させ、筆者が提唱した許容前提と許容基準という二要素に基づき「一応の推定」法理の純化を試みる。第三節では、医療水準論について、判例上の法理の生成過程および学説変遷を整理し、医療水準と医療慣行との関係を明らかにする。その上で、第四節では、医療過誤訴訟における過失の証明と認定に関する日中の比較法的接近を確認する。

第四章においては、第一章、第二章、第三章での検討を踏まえ、日中の比較法的考察に基づき、駆け込み乗車と譬えられた中国の立法から生じた欠陥を補完し、実務上の法適用に適切な指針を与えるための新たな解釈論の展開を試みる。

結語においては、本稿を総括しながら、中国の医療過誤訴訟における過失の証明と認定に関する今後の課題と展望を示すこととする。

第一章 日中の医療過誤訴訟に関する基礎的考察

本稿は、医療過誤訴訟における過失の証明と認定に関する日中の比較法的考察に基づいて中国法の新たな解釈論を展開することを目的としている。比較法的考察を行うための前提として、日中の医療過誤訴訟における医療過誤を理由とする責任追及の方法を確認し、両国の訴訟実務におけるその具体的な態様を明らかにする。

第一節 医療過誤を理由とする責任追及の方法

第一款 概説

日本における医療過誤を理由とする責任追及の方法としては、民法上

の債務不履行または不法行為が考えられる。この点に関して、日本法と中国法は一致する。

まず、日本法においては、医師側が診療契約における保護義務・注意義務に違反して患者側に損害を与え、医師側の医療行為と患者側の死亡又は後遺障害との間に因果関係が認められる場合、民法 415 条による債務不履行責任のみならず、民法 709 条による不法行為責任が生ずる。債務不履行による損害賠償請求権と不法行為による損害賠償請求権は、法条競合の関係にあるとする見解も有力であるが、請求権競合の関係にあるとするのが判例・通説である¹¹⁾。

これに対して、中国法においては、契約法¹²⁾ 107 条では「当事者の一方が契約義務を履行せず、又は約定通りに履行していないときは、履行の継続、救済措置の採用、又は損害の賠償等の債務不履行責任を負わなければならない」と規定している。このことから、医療過誤によって死亡又は後遺障害等の損害を被った患者側は、後遺障害を含めて医師側の過失ある医療行為と損害との間に因果関係がある限り、債務不履行による損害賠償を請求できることになる。また、同法 122 条では「当事者の一方の違約行為により、相手方の人身、財産の権利・利益が侵害されたときは、被害者はこの法律により債務不履行責任又は他の法律に従い不法行為責任を負わせることができる」と規定している。同条によれば、債務不履行責任のほか、民法通則 106 条 2 項¹³⁾、また不法行為法 6 条、54 条¹⁴⁾ に基づいて不法行為責任を追及することもできる。債務不履行

11) 加藤一郎「医師の責任」川島武宜(編)『損害賠償責任の研究(上)』(有斐閣、1957年)509頁。並木茂「医療過誤訴訟一般」根本久(編)『医療過誤訴訟法』(青林書院、1990年)4頁。

12) 中国語表記される法令名では、「合同法」である。1999年3月15日公布、1999年10月1日施行。

13) 1986年4月12日公布、1987年1月1日施行。106条2項においては「故意又は過失によって他人の財産または人身に損害を及ぼす場合は、民事責任を負わなければならない」と規定している。

14) 不法行為法6条においては「1項 行為者が故意又は過失によって他人の民事権利利益を侵害したときは、権利侵害責任を負わなければならない。2項 法律の規定に基づき行為者に故意又は過失があると推定される場合において、行為者が自己に故意および過失がないことを証明できなかったときは、権利侵害責任を負わなければならない」と規定している。54条においては「患者が診療活動中に損害を被った場合において、医療機関および医療従事者に故意又は過失があったときは、医療機関が賠償責任を負う」と規定している。なお、条文の訳文は、森脇章=石黒昭吉(訳)「中華人民共和国不法行為法」法律時

〈90〉 医療過誤訴訟における過失の証明と認定 (1) (張)

による損害賠償請求権と不法行為による損害賠償請求権は、請求権競合の関係にあるとされる¹⁵⁾。

以上から、医療過誤を理由とする民事責任については、中国では契約法、民法通則および不法行為法を根拠に、日本法とほぼ同様の法律構成のもとに、債務不履行責任または不法行為責任を追及できることが分かる。

第二款 債務不履行構成と不法行為構成

前述のように、医療過誤を理由とする責任追及の方法としては、民法上、債務不履行構成と不法行為構成の二つが考えられる。そうだとすると、訴訟において当事者が如何なる基準によってどちらの構成を選択するかという問題が出てくる。

この問題に関して、日本法においては、1950年代後半から1960年代半ばにかけて、債務不履行構成を採れば帰責事由がないことの証明責任が債務者（医師側）にあり患者側にとって有利となるため、「不法行為としてではなく、債務不履行として法的処理するのが妥当である」¹⁶⁾とする時期があった¹⁷⁾。ところが、1970年代初期に入り、医療過誤訴訟の場合に限って、債務不履行が手段債務を内容とする診療債務の不完全履行を意味し、債務不履行があったとの事実すなわち手段債務の履行の不完全な点を指摘する責任は債権者（患者側）にあるため、両構成には過失の証明責任を含めて大差がないと認識し始める¹⁸⁾。今日に至って「不法行為構成をした場合であっても債務不履行構成をした場合であっても、実際上の効果にはほとんど差異がない」¹⁹⁾という見解が通説的な理

報1018号(2010年)69～73頁、王晨(訳)「中華人民共和国不法行為責任法」
大阪市立大学法学雑誌第56巻第3・4号(2010年)606～617頁を参照した。

15) 張新宝＝明俊「医療過失挙証責任研究」河南省政法管理幹部学院学报第97期(2006年)112頁。

16) 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問診義務の有無程度」法学協会雑誌81巻5号(1965年)567～568頁、特に566頁[星野英一執筆]、560～561頁[唄孝一執筆]参照。

17) 加藤・前掲注(11)509頁。清水兼男「診療過誤と医師の民事責任」民商法雑誌52巻6号(1965年)3～21頁、特に8頁以下参照。

18) 中野貞一郎「診療債務の不完全履行と証明責任」唄孝一＝有泉亨(編)『現代損害賠償法講座(4)』(日本評論社、1974年)71～104頁、特に103頁以下参照。

19) 加藤新太郎「医療過誤訴訟の現状と展望」判例タイムズ884号(1995年)4

解となる²⁰⁾。

これに対して、中国法においては、医療過誤訴訟における債務不履行構成と不法行為構成の異同を、(1) 帰責原則²¹⁾と過失の内容、(2) 証明責任、(3) 履行補助者または被用者の故意・過失、(4) 過失相殺、(5) 免責特約の効力、(6) 損害賠償の範囲、(7) 訴訟時効という視点から分析し、明らかにする。

(1) 帰責原則と過失の内容

不法行為構成を採る場合、不法行為法 54 条に基づき、医師の医療行為における過失によって患者に損害を与えた場合に生じる損害賠償責任は過失責任と理解される。換言すれば、成立要件としての「過失の存在」が認められなければ損害賠償責任は成り立たない。医師の過失を判断する基準は、医師の注意義務違反の有無にある。医師が医療行為を行った際、注意義務に違反していれば過失があると判断される。

これに対して債務不履行構成を採る場合、通説によると、中国契約法において嚴格責任の原則が適用される²²⁾。すなわち、債務者の主観的な故意又は過失が問われておらず²³⁾、債務不履行の責任の構成要件が「ただ不履行の事実のみ」²⁴⁾で足りるとされ、債権者が「債務不履行があった事実」を証明することができれば、債務者は賠償責任を負わなければ

頁参照。

- 20) 遠藤賢治「医療過誤訴訟の動向(一)」司法研修所論集 50 号(1972 年) 24～39 頁、特に 38 頁以下参照。中川善之助＝兼子一(監)『医療過誤・国家賠償』(青林書院新社、1973 年) 36 頁以下 [石垣君雄執筆]、109 頁以下 [江田五月執筆]、243 頁以下 [松野嘉貞執筆] 参照。新美育文「診療債務の内容特定のための『医療水準』ジュリスト 1091 号(1996 年) 64 頁以下参照。稲垣喬『医事訴訟入門 [第 2 版]』(有斐閣、2006 年) 25 頁以下参照。手嶋豊「医療機関に要求される医療水準の判断」中田祐康＝潮見佳男＝道垣内弘人(編)『民法判例百選 [第六版]』(有斐閣、2009 年) 163 頁以下参照。
- 21) 「帰責」(imputatio/imputation) は、「賠償義務者の民事責任に対する確認と追及」であり、「帰責原則」(criterion of liability) は、「賠償義務者の民事責任を確認・追及する根拠となるもの」である。張新宝『侵權責任法原理』(中国人民大学出版社、2005 年) 20 頁参照。
- 22) 梁慧星「從過失到嚴格責任」民商法論叢第 8 卷(1997 年) 4～5 頁。王利明「侵權責任法與合同法的界分——以侵權責任法的擴張為視野」中国法学(2011 年第 3 期) 115 頁。
- 23) 彭賽紅「論債務人之履行補助人責任」北京理工大学學報社会科学版第 8 卷第 2 期(2006 年) 39 頁。
- 24) 梁慧星(著)久田真吾＝金光旭(訳)「中国統一契約法の起草(下)」國際商事法務 26 卷 2 号(1998 年) 195 頁。

〈92〉 医療過誤訴訟における過失の証明と認定 (1) (張)

ならないことになる²⁵⁾。

しかし、契約法は総則で契約責任を厳格責任と定義したが、各論の部分については必ずしも厳格責任の原則が貫かれていない。むしろ、典型契約の類型の中に過失責任を規定する条文が多く見られる²⁶⁾。その上、診療契約の法的性質は準委任契約か請負契約か、それとも一種の非典型契約もしくは無名契約であるかにつき争いがあり、必ずしも明らかにされていない。診療契約の特殊性を看過し、売買契約、賃貸借契約という典型契約と同様な厳格責任を適用させるのは、診療契約における債務者たる医師側に過酷な証明責任を課すおそれがある²⁷⁾。このため、債務不履行を取る場合にも、過失責任の原則を適用すべきであるという有力説がある²⁸⁾。

一方、私見によれば、厳格責任を採るにせよ、過失責任を採るにせよ、診療契約における医師の診療債務が「結果債務」ではなく「手段債務」である限り、債務者たる医師は疾病の治癒等診療の奏効まで義務づけられているわけではない。技術上適正な注意深い診療の実施を義務付けられているだけなので、債務不履行責任を規定する契約法 107 条の「契約義務を履行せず、又は約定通りに履行していない」という義務違反の判断も、根本的には、医師が注意義務を尽くしたか否かをめぐって行われなければならないことになる。以上から見れば、この点で債務不履行構成と不法行為構成との間に大きな差があるわけではない。

(2) 証明責任

(1) を踏まえ、医師の「手段債務」の不履行構成を採る場合、厳格責任と解するにせよ過失責任と解するにせよ、注意義務の違反の有無についての証明責任が債権者たる患者側にあることが分かる。確かに、厳格責任の原則を適用する場合、一見すると、債務者たる医師側の「過失の

25) 他の見解としては、厳格責任の原則に基づき、債務不履行責任が「債務不履行があった事実および当該行為と損害との因果関係」を成立要件とする学説がある、田韶華「論我国合同法上の厳格責任原則」河北法学第 101 期 (2000 年) 44 頁。

26) 李峰「過失責任から厳格責任へ—中国契約責任法をめぐるとの考察—」東京大学大学院法学政治学研究科専修コース年報 (2003 年) 24 頁。

27) 同旨、韓世遠『違約損害賠償研究』(法律出版社、1999 年) 70、93、130 頁。

28) 崔建遠「厳格責任か過錯責任か」民商法論叢第 11 卷 (1998 年) 197 頁、田韶華・前掲注 (25) 46 頁。

存在」が債務不履行の成立要件とされておらず、債権者たる患者側は、「過失の存在」について、証明責任を負わないことになるようである。ところが、厳格責任の原則の下でも、「手段債務」の不履行責任の成立要件たる「債務不履行があった事実」は、患者の不治療・死亡等ではなく、善良管理人としての医師に期待される行為義務の違反とは注意義務の違反そのものを指している。そのため、「債務不履行があった事実」を証明することは、注意義務の違反の証明に等しい。また、上記のような証明責任を債権者が負担しなければならないとの結論を導くために、次のような考え方も存在する²⁹⁾。債権者たる患者側が債務不履行を請求原因とし医療過誤訴訟を提起した場合、ここでいう債務不履行は、具体的には債務不履行の一類型である「積極的債権侵害」を指している。債権者が積極的債権侵害に基づき損害賠償を求めるとき、損害賠償請求権はもとの債務内容によるものではなく、もとの債務内容から派生してきた付随義務の違反によって生じた権利である。それゆえ、このような付随義務の違反＝注意義務の違反を債権者たる患者側が主張立証しなければならないのである。

不法行為構成における成立要件の証明責任についても、一般論として学説上の有力説に従えば³⁰⁾、不法行為に関する規定は「権利根拠規範」に属しているため、権利を発生させようとする原告側（患者側）は、このような権利根拠規範に規定されている全ての成立要件について証明責任を負わなければならない。このため、証拠解釈による証明責任の転換を考慮しないとすれば、原則として両構成における証明責任について差はあまりないと思われる。

(3) 履行補助者または被用者の故意・過失³¹⁾

債務不履行構成を採る場合、実務と学説は債務者の帰責事由に履行補

29) 龔賽紅「医療損害賠償研究」中国社会科学院研究生院博士学位論文（2000年）47頁。

30) 李浩『民事証明責任研究』（法律出版社、2003年）146頁以下参照。

31) 診療契約における履行補助者については主に二つの類型があると思われる。一つは、患者と病院が当事者となる診療契約で、この類型においては、医師又は看護師が病院の履行補助者に当たる。もう一つは、患者と医師が当事者となる診療契約で、この類型において看護師の故意過失によって医療過誤が生じた場合には、看護師が履行補助者に当たる。

〈94〉 医療過誤訴訟における過失の証明と認定 (1) (張)

助者の故意・過失を包含させている³²⁾。この履行補助者とは、債務者が債務を履行するに当たって、自分の手足の如く使用し、協力せしめる者である。なお、当事者（債務者と履行補助者）の間の雇用契約の有無、一時的な関係か連続的な関係か、および有償無償は問われず³³⁾、当該債務の履行の際に使用される者であればよいとされている。債務者と履行補助者は同一の人として扱われ³⁴⁾、債務者は、債務不履行による賠償責任が追及される際に、自分と同一視される履行補助者に対する選任監督に過失がなくても、賠償責任を負わなければならない³⁵⁾。

これに対して不法行為構成を採る場合には、問題は若干複雑になる。中国においては民法典が存在しておらず、不法行為における使用者（中国語では「雇主」）責任³⁶⁾に関する立法作業は遅れており、2003年12月26日に公布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」³⁷⁾（以下、人身解釈と略称する）において、初めて使用者責任が明文化された³⁸⁾。債務不履行構成においては雇用契約の有無、有償無償等は問われないのに対して、使用者責任の構成を採る場合には、使用者と被用者の間の雇用関係が成立要件として要求され、雇用関係の存在を判断するにあたって雇用契約の有無、有償無償等も重要な事由として考慮されなければならないとされる³⁹⁾。

32) 韓世遠「他人過錯與合同責任」法商研究第69期（1999年）35、37～38頁。

33) 韓世遠・前掲注（32）36頁。

34) 彭賽紅・前掲注（23）39頁。

35) 王沢鑑『民法学説判例研究〔修訂版〕第3冊』（中国政法大学出版社、2005年）77頁参照。

36) 岳衛「人身損害賠償事件の審理に当たって適用される法律に関する若干の問題の解釈」立命館法学294号（2004年）566頁。なお、中国語の「雇主」を「使用者」に訳すこと自体正しいかどうかについて疑問があるが、今日の日本では定訳となっていることから、本稿では「使用者責任」という訳語を雇主責任にあてることとする。

37) 中国語表記される法令名では「關於審理人身損害賠償案件適用法律若干問題的解釋」である。2003年12月4日に最高人民法院審判委員會第1299回會議で採択され、2004年5月1日から施行された。その9条1項に「使用者は、被用者がその事業の施行について第三者に損害を加えた場合、賠償責任を負わなければならない。被用者は、故意または重大な過失によって第三者に損害を加えた場合、使用者と連帯して賠償責任を負わなければならない。使用者が連帯責任を負うときは、被用者に求償することができる」と規定されている。

38) 靳文靜「我國雇主責任主体制度的缺陷和完善之路径」北方法学第3卷第16期（2009年）5頁。

39) 王利明＝楊立新『侵權行為法』（法律出版社、1996年）261頁。楊立新「試論雇用人の転承賠償責任」当代法学（1987年第3期）11～14頁。

つぎに、使用者が、被用者の選任およびその事業の監督について過失がない場合に免責されるかという問題について、学説は多岐にわたっているが、以下のようにまとめることができる。人身解釈9条1項を文理解釈するならば、規定は「一律に使用者に賠償の代位責任を負わせようと定め、(中略)人身解釈における使用者責任に適用する帰責原則は無過失責任」であると定めているため、債務不履行構成を採る場合と同様に、使用者は被用者の選任監督に過失がなくても賠償責任を負わなければならないとされる⁴⁰⁾。他方、一部の論者は、使用者の利益に対する考慮、裁判実務の分析、代位責任の性質、国外の立法状況等を参考に、被用者の選任およびその事業の監督につき過失のない使用者が免責されうるという結論を導き出そうとしている⁴¹⁾。

しかし、現実には医師の賠償責任を認めながら、使用者である病院の免責が認められることはほとんどない状態にあり、さらに、不法行為法54条で「医療機関および医療従事者に故意又は過失があったときは、医療機関が賠償責任を負う」(傍点は筆者)と規定されたため、今日では、この問題に関して両構成には全く差異がないと評価できよう。

(4) 過失相殺

中国法における過失相殺に関する規定として、民法通則131条および不法行為法26条を挙げることができる。民法通則131条は「被害者に損害の発生について故意又は過失があったときは、裁判所は加害者の民事責任を軽減することができる」と規定し、また不法行為法26条は「被権利侵害者に損害の発生について故意又は過失があったときは、権利侵害者の責任を軽減することができる」と規定している。債務不履行構成、不法行為構成を問わず、過失相殺の適用によって、被害者に過失もしくは不注意があったことを(たとえば、医療過誤訴訟における患者自身の病的素因等が考えられよう)、賠償責任の認定および損害額算定に反映させることができる。

もっとも、過失相殺の効果として加害者および債権者の賠償責任が全

40) 張新宝『侵權責任法原理』(中国人民大学出版社、2005年)201頁。龔賽紅・前掲注(29)47頁。

41) 環建芬「雇主責任の帰責原則和雇用活動的適用範圍辨析」政治與法律(2007年第1期)150～155頁。楊立新『侵權法論』(人民法院出版社、2004年)393頁。

〈96〉 医療過誤訴訟における過失の証明と認定 (1) (張)

て免責されるか否かについては、通説によると、債務不履行構成の場合と不法行為構成の場合とでは結論が異なってくる。具体的には、債務不履行構成においては、過失相殺の適用によって当事者間の債務は対当額で消滅する。一方、不法行為責任構成においては、被害者に損害の発生について重大な過失が存在していたとしても、加害者の損害賠償責任を全て免責することは認められないと考えられている⁴²⁾。このように両構成の間には、債務が過失相殺により全て消滅しうるかどう点で差異があるように思える。

しかし、契約法 99 条 1 項但し書きは「法律の規定、又は契約の性質に基づき相殺により消滅させることのできない債務を除く」と規定する。このことから人間の身体、生命にかかわる診療契約における債務は、過失相殺の適用によって消滅させることのできない債務にあたと解することができる。そうだとすれば、過失相殺について、両構成の間に大差はないであろう。

(5) 免責特約の効力

債務不履行構成の場合、契約を締結する際に、法律により明文で禁止されている場合および公序良俗に違反する事項を除き、当事者は予めその他の事項に関して免責特約を結ぶことができる。一方、不法行為構成の場合、免責条件は法によって定められ、当事者の合意によって賠償責任を免除することは基本的に許されていない。具体的に問題となるのは、債務不履行構成を採る場合に、医療過誤訴訟における患者が署名・捺印した「手術中に生命の危険が生じた場合、併発症およびその他の予想できない事情が発生した場合、当院は一切の責任を負いかねます。本人は以上のことを十分理解した上で、その実施を承諾致します」という旨の「手術・検査・麻酔同意書」等に免責特約としての法的な効力を認めるか否かの問題である。確かに、債務不履行構成において、このような同意書が免責特約に当たるとすることによって、医師側の責任は免除されうるように思われる。しかし、疾病治療のために入院又は手術を受けざるをえない立場にある患者には自由選択の余地がないことから、このように一方にのみ有利な免責特約には例文解釈を適用してその法的効果を

42) 程嘯「論侵權行為法上の過失相抵制度」清華法学(2005年第1期)51頁。

否定すべきである。あるいは、かかる免責特約はその内容が公序良俗に違反することを理由に、無効とされることもありうるであろう⁴³⁾。

(6) 損害賠償の範囲

民法通則 112 条 2 項に基づき、当事者は、債務の不履行について損害賠償額および損害賠償額の算定方法を予定することができる。賠償額の予定がない場合において、賠償責任の範囲は、債務の不履行によって通常生ずべき損害を原則とし、契約を締結した時点の当事者が予見し、又は予見することができた損害を超えることができない。これに対して、不法行為構成を採る場合には、賠償額の予定はあり得ないし、不法行為と損害との間に因果関係が存する限り、賠償責任が存すると考えられている。ところが、医療過誤訴訟の場合、診療契約の締結にあたって、事前に賠償額を予定することはめったにないため、債務不履行を請求原因として提起された医療過誤訴訟においても、賠償責任の範囲に関する判断は、結局、不法行為構成の場合と同様に行われることになろう。

一方、精神的損害については、最高人民法院「民事不法行為の精神損害賠償責任に関する若干の問題の解釈」⁴⁴⁾ 1 条、また不法行為法 22 条によれば、生命権、健康権、身体権等の権利が侵害された場合に精神損害賠償が認められる。すなわち、不法行為構成における賠償責任の範囲は財産損失の賠償のみならず、人身傷害と精神損害に対する賠償をも含んでいる。これに対して、債務不履行構成における賠償責任の範囲は、通説によれば、財産損失の賠償のみに限定され、人身傷害と精神損害に対する賠償を含んでいないとされる⁴⁵⁾。しかし、債務不履行構成においても精神損害の賠償が認められると主張する有力説もある⁴⁶⁾。

43) 龔賽紅・前掲注 (29) 23 頁。

44) 中国語表記される法令名では、「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」である。2001 年 3 月 8 日公布、2001 年 3 月 10 日施行。

45) 王利明『違約責任論・修訂版』(中国政法大学出版社、2000 年) 560 ~ 563 頁。張新宝 = 明俊「医療過失挙証責任研究」河南省政法管理幹部学院学報第 97 期 (2006 年) 112 ~ 113 頁。王利明「侵權責任法與合同法的界分——以侵權責任法的擴張為視野」中国法学 (2011 年第 3 期) 114 ~ 115 頁

46) 韓世遠『違約損害賠償』(法律出版社、1999 年) 47 頁。同旨、張寧「論違約與精神損害賠償」安徽電子信息職業技術学院学報第 18 期 (2005 年) 66、67、81 頁。龍著華「違約責任中的精神損害賠償」政治與法律 (2006 年第 1 期) 78 ~ 83 頁。

(7) 訴訟時効

民法通則 135 条および 136 条は、一般の債務不履行と不法行為に基づく損害賠償請求権の訴訟時効は同じく 2 年であり、特殊の事件に関しては短期の 1 年の訴訟時効が適用されると規定する⁴⁷⁾。医療過誤訴訟は民法通則 136 条 2 項 1 号が規定する「人身が傷害されることによって損害賠償を求める」事件に属しているため、短期の 1 年の訴訟時効を適用すべきである。不法行為構成における 1 年の訴訟時効は、債務不履行構成における 2 年の訴訟時効より患者側に不利といえる。しかし、不法行為構成の場合にであっても後遺障害が事後に生ずることもあり、後遺障害発生時から時効を起算する余地等が残されていることから、両構成の間に大差をきたすものではないと言えよう。

以上の分析を総合して見れば、中国法においても、医療過誤訴訟における債務不履行構成と不法行為構成の間に、(1) 帰責原則と過失の内容、(2) 証明責任、(3) 履行補助者または被用者の故意・過失、(4) 過失相殺、(5) 免責特約の効力、(6) 損害賠償の範囲、(7) 訴訟時効という視点からは、患者側にとって、両構成間に優劣は存しないと思われる。

このように、医療過誤訴訟における責任追及の方法としては債務不履行構成と不法行為構成があり、それを患者が選択できること、両構成の間に実質的な差異がほとんどないこと、という点では日中で共通している。医療過誤訴訟における両構成は競合から協働の方向へと移るとも考えられる⁴⁸⁾。ただし、中国では (イ) 損害賠償の範囲に関して、通説によると精神損害賠償の請求が認められるのが不法行為責任構成に限定されること、(ロ) 不法行為法には特別に「医療損害責任」という一章の規定が新しく設けられており、今後、不法行為構成を採用のケースがさらに増えていくことが想定されること、(ハ) 証明責任の転換、過失の推定といった特別制度が不法行為構成の下で適用されるものとされていること、を理由に、本稿においては、不法行為構成を前提として検討を進

47) 一定期間行使されない場合に「実体的権利」を消滅させる日本法における消滅時効とは異なり、中国法における訴訟時効とは、一定期間行使されない場合に「勝訴できる権利」を消滅させ、「実体的権利」は消滅させない制度である。劉士国『民法総論』(上海人民出版社、2001 年) 208 頁参照。

48) 藤岡康弘「契約と不法行為の協働：民事責任の基礎に関する覚書——医療過誤における一つのアプローチ——」北大法学論集 38 卷 5・6 号 (1988 年) 1435 ~ 1467 頁。

めていくことにする。

第二節 医療過誤訴訟の実際の状況

前節では、日中における医療過誤を理由とする責任追及の方法を考察した。この点のみを見れば、損害を被った患者側からは、明確な責任追及の方法とされる債務不履行と不法行為の両構成の下で、裁判所に訴訟を提起すれば救済され得るように思われる。ところが、訴訟実務からは、泣き寝入る患者が大勢存在し、なかなか救済され難いことが、従来から問題点として指摘されている⁴⁹⁾。そこで、本節では、司法統計データの分析を通じて日中の医療過誤に基づく損害賠償請求訴訟の特徴と実態を考察し、患者側が直面する実務上の問題を明らかにする。

第一款 訴訟の特徴

医療過誤に基づく損害賠償請求訴訟（以下では、医療過誤訴訟と称する）は高度の科学的、技術的判断を要する事項が争点となる現代型訴訟の一つとされている。訴訟上その主な争点は、医師側の医療行為上の過失の存否、ないし医師側の不適切な医療行為と患者側に生じた死亡又は後遺障害等の結果との因果関係の有無に関連する。通常の民事訴訟と比べて、医療過誤訴訟の場合には、当事者間すなわち原告たる患者側と被告たる医師側との間に専門的知識の格差があり、証拠資料は医師側に偏在し、患者側と医師側との間には事前の信頼関係が存在する等が特徴として挙げられる。このような医療過誤訴訟の特徴を考慮せずに、通常の損害賠償請求訴訟と同様、賠償責任の成立要件とされる過失および因果関係の証明を専門知識のない患者側に厳格に強いることは、当事者間の武器平等原則に違反し、格別な証明困難の問題を生じさせる。訴訟実務において、証明困難によって患者側に過重な証明責任を負担させることは、実際に、審理期間の長期化、鑑定の過度依頼ならびに認容率の低迷等の態様で現われている。

49) 加藤良夫「医療過誤問題をめぐって」功刀由紀子ほか（編）『生命のフィロソフィー』（世界思想社、2003年）160～181頁。

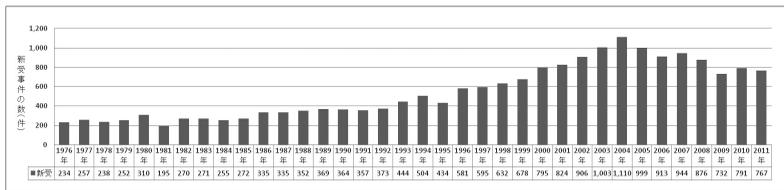
第二款 訴訟の実態

日中の医療過誤訴訟の動向を把握する目的で、以下では、司法統計データを照合しながら、日中の医療過誤訴訟の実態を (1) 事件数、(2) 審理期間、(3) 認容率という視点から探ってみる。

(1) 事件数

日本では、戦後の1945年から1960年半ば頃まで事件数が少なく、合計で僅か24件にとどまっている⁵⁰⁾。その後、特に1970年代後半から新受件数が激増し、1984年が255件⁵¹⁾、1994年が504件⁵²⁾、2004年は最も多く1100件を新受した。その後、2005年からやや減少し、2011年が767件となっている⁵³⁾。なお、1976年から2011年までの裁判上の統計データに基づいて⁵⁴⁾、日本全国の医療過誤訴訟の年間新受事件数の推移状況を図表1-1にまとめた。

図表1-1 1976～2011年 医療過誤訴訟の新受事件数の推移



- 注1 医療過誤訴訟の新受事件には、地方裁判所および簡易裁判所の事件が含まれる。
 2 2004年までの各数値は、各庁からの報告に基づくものであり、概数である。

50) 野田寛「わが国における医師の診療過誤訴訟(民事)の実態とその問題点」法学論叢77巻3号(1965年)107頁。
 51) 最高裁判所事務総局(編)『医療過誤関係民事訴訟事件執務資料』(法曹会、1994年)9頁参照。
 52) 林道晴「裁判統計から見た医療過誤訴訟の実情」浅井登美彦=園尾隆司(編)『現代裁判法大系7』(新日本法規、1998年)8頁参照。
 53) 出典:最高裁判所ホームページ。http://www.courts.go.jp/saikosai/vcms_lf/804006.pdf (最後訪問:2012年12月25日)。
 54) 出典:①1976年から1987年までの統計データは最高裁判所事務総局(編)『医療過誤関係民事訴訟事件執務資料』(法曹会、1994年)9頁による。②1988年から1997年までの統計データは林道晴(最高裁事務総局民事局第二課長)「裁判統計から見た医療過誤訴訟の実情」浅井登美彦=園尾隆司(編)『現代裁判法大系7』(新日本法規、1998年)8頁による。③1998年から2007年までの統計データは浜秀樹(東京地方裁判所判事)「判決・和解・調停」秋吉仁美(編)『医療訴訟』(青林書院、2009年)154頁による。④2008年から2011年までの統計データは最高裁判所ホームページ・前掲注(53)による。

中国では理論と実務が乖離し、ほとんど裁判例の評釈をしないというのが従来からの法学研究のスタイルである。それが影響して、司法統計に関する関心度も低く全国的な統計データが存在しないが、一部地域の統計データは著書・論文を通じて知ることができる。たとえば、北京（総人口約2千万）市の各級裁判所を対象として行われた調査報告書の統計によれば⁵⁵⁾、北京市の各級裁判が第1審で受理した医療過誤訴訟の件数は、2003年327件、2004年329件、2005年342件、2006年428件、2007年468件と、逐年増加する傾向にある。また、江蘇省（総人口約7千万）の衛生部門の統計によれば⁵⁶⁾、1998年から2000年までの3年間に、江蘇省全域で発生した医療過誤訴訟の事件総数は6938件で、年増率は22%となっている。さらに、北京市海淀区裁判所の研究班の調査報告書によれば、1999年から2007年に当該裁判所が審理した医療過誤訴訟の年間平均増加率は43%を超えているという⁵⁷⁾。

以上のデータの比較から、新受事件数について、日本では増加のピーク期（1996年～2004年）が過ぎており、年次減少する傾向にあるに対し、中国では激増する一方であるという違いが存在する。ちなみに、このような中国の傾向は医師と患者との険しい利害衝突の一面を反映し、医療過誤訴訟という問題の嚴重さを表していると思われる⁵⁸⁾。

（2）審理期間

日本では、医療過誤訴訟の平均審理期間（第1審裁判所で訴えが提起されてから、判決、和解等で事件が終了するまでの期間）は、1990年から2010年までの全国の統計データによれば⁵⁹⁾、1990年には42.5ヶ月（約3年半）であったのに対して、2000年には35.6ヶ月（約3年）、2010年には24.9ヶ月（約2年）となっており、短縮の傾向にある。一方、

55) 邢学毅『医療糾紛処理現状分析報告』（中国人民公安大学出版社、2008年）97頁。

56) 江蘇省高級人民法院民一庭「關於医療損害賠償糾紛案件的調查報告」人民司法（2002年第10期）21頁。

57) 北京市海淀区人民法院課題組「關於医療糾紛案件法律適用情況的調研報告」法律適用（2008年第7期）62～67頁。

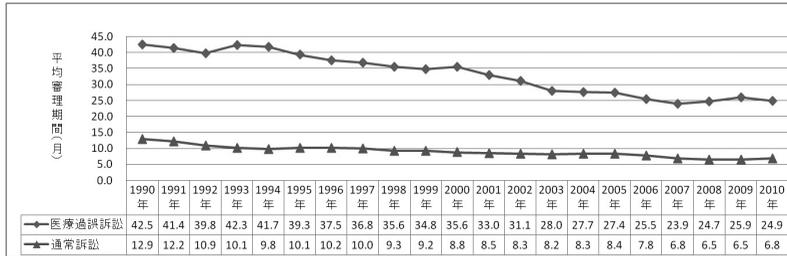
58) 常紀文「医療損害糾紛處理的若干法律問題——兼論『侵權責任法』的不足及完善」中国政法大学學報第一六期（2010年）86頁。陳界融＝胡佳「医療侵害因果關係及其證明負擔分配探析」証拠學論壇第15卷（2010年）193頁。

59) 最高裁判所『裁判所データブック2011』（財団法人判例調査会、2011年）70、72頁。

〈102〉 医療過誤訴訟における過失の証明と認定 (1) (張)

地裁民事第1審通常訴訟事件(全体)の平均審理期間は、1990年には12.9ヶ月、2000年には8.8ヶ月、2010年には6.8ヶ月となっており、これと比較した場合、医療過誤訴訟の審理期間の長期化は一目瞭然である(図表1-2参照)。

図表1-2 1990～2010年 医療過誤訴訟および地裁民事第1審通常訴訟の平均審理期間の推移



- (注) 1 平均審理期間は、各年度の既済事件のものである。
 2 地裁民事第1審通常訴訟には、地方裁判所の医療過誤訴訟が含まれる。
 3 2004年までの各数値は、各庁からの報告に基づくものであり、概数である。

このような中で、審理期間の長期化を改善するため、司法制度改革の一環として大阪地方裁判所では、2001年4月1日、医療過誤訴訟を集中的に取り扱う医事事件集中部が2部発足した。その後、千葉、名古屋、福岡、埼玉、横浜にも順次設置されている。なお、大阪地方裁判所に医事事件集中部が発足した2001年4月1日から2006年3月31日までの5年間に配転された事件は567件であり、うち既済となった事件が351件ある。大阪地方裁判所専門訴訟事件検討委員会が351件の既済事件の審理期間をまとめたものが以下の図表1-3である⁶⁰⁾。図表1-2と図表1-3を比較してみれば、医事事件集中部が取り扱った医療過誤訴訟の審理期間は、全国のそれより短くなったものの、なお半数以上にあたる56.1%の事件の審理には1年以上の時間が必要とされていることが分かる。

60) 大阪地方裁判所専門訴訟事件検討委員会「大阪地方裁判所医事事件集中部5年を振り返って」判例タイムズ社1218号(2006年)61頁参照。

図表 1 - 3 大阪地裁医事事件集中部発足 5 年間の既済事件審理期間

	1 年未満	1 ～ 2 年未満	2 ～ 3 年未満	3 ～ 4 年未満	合 計
件 数	154	148	44	5	351
割 合	43.9%	42.2%	12.5%	1.4%	100%

他方、中国では、北京市の各級裁判所が第 1 審で受理した医療過誤訴訟を対象にした調査結果がある。それによれば、2003 年から 2007 年までの 5 年間の事件数は合計 1894 件であり、その審理期間をまとめたものが図表 1 - 4 である⁶¹⁾。図表 1 - 4 に示された数字からみれば、地方の裁判所より裁判官の素質が高く、司法資源が豊かであると評価されている中国の首都の北京市においてさえ、医療過誤訴訟事件の 76% の審理期間が 6 ヶ月を超過している。これは、大阪市および日本全国の状況に比べると大幅に短いものの、民事訴訟法に規定される第 1 審の審理期間（6 ヶ月以内）⁶²⁾ より長いことが分かる。

図表 1 - 4 北京各級裁判所の第 1 審で受理した医療紛争事件の審理期間

	1 ～ 3 ヶ月	3 ～ 6 ヶ月	6 ～ 12 ヶ月	12 ヶ月以上	合 計
件 数	185	265	844	600	1894
割 合	10%	14%	44%	32%	100%

以上から、医療過誤訴訟の審理期間が通常訴訟事件の審理期間よりも長い点が日中の共通の問題であることが分かる。審理期間の長期化の要因としては、医療過誤訴訟事件においては、医師側の医療行為の適否（過失の存否）ないし医師側の不適切な医療行為と患者側に生じた死亡又は後遺障害等の結果との因果関係の有無等が争点となることが多いため、その審理にあたる裁判官は法律の専門家であるが、通常は医学に関する専門的知見を有していないことや、当事者からの依頼で鑑定を実施する場合が少なくなく、かつその実施には相当程度の期間を要することが影

61) 邢学毅・前掲注（55）100 頁。

62) 民事訴訟法 149 条。または最高人民法院「関與嚴格施行案件審理期限制度的若干規定」2000 年 9 月 14 日採択、2000 年 9 月 22 日公布、2000 年 9 月 28 日施行。

〈104〉 医療過誤訴訟における過失の証明と認定 (1) (張)

響しているものと考えられる⁶³⁾。さらに、診療記録は医師である被告側のみが保有するものである等、原告と被告との間には、診療経過に関する情報量に構造的な格差があるため、原告側が診療記録を入手し、これを分析するには時間と労力を要すること等があげられる。その他、患者側と医師側との間の激しい感情的対立が、間接的な要因としてではあるが、審理の長期化に影響していると指摘する見解もある⁶⁴⁾。

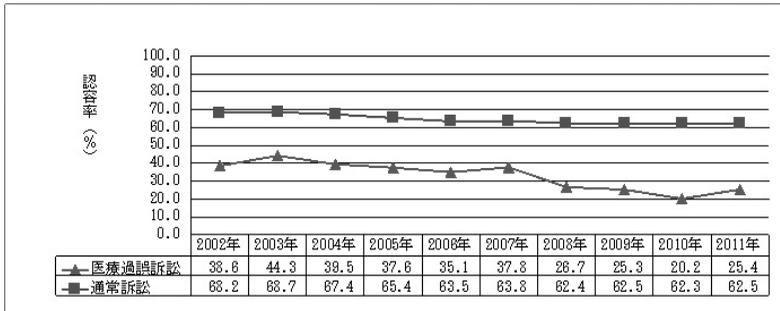
(3) 認容率

日本では、最高裁判所の医療関係訴訟委員会の統計データによれば、2002年度から2011年度の10年間の全国の医療過誤訴訟事件の第1審判決総数を基準値としての、一部認容を含む医療過誤訴訟事件の認容率は平均で33.1%となっている。これに対し、地裁民事第1審通常訴訟事件(うち人証調べ実施)の全体では、一部認容を含む民事通常訴訟事件の認容率は平均で64.7%である。すなわち、医療過誤訴訟の認定率は、民事通常訴訟(うち人証調べ実施)半分程度しかない。また、民事通常訴訟(うち人証調べ実施)ではその認定率が64%前後でほぼ一定しているのに対し、医療過誤訴訟では相当のばらつきがあり、2002年から2007年まで30～40%台で推移していたが、2008年以降は20%台に減じている。

63) 鑑定実施と平均審理期間の長期化との関係について、①2010年の日本では地裁民事第1審通常訴訟事件(全体)の鑑定実施率は0.4%であったのに対して、医療過誤訴訟の鑑定実施率は14.4%であった。鑑定を実施した医療過誤訴訟事件における平均審理期間は48.1ヶ月となっており、全体の場合の24.9ヶ月の約2倍を要している。出典：最高裁判所事務総局『裁判の迅速化に係る検証に関する報告書(概況編)』(2011年)64頁。②大阪地方裁判所民事事件集中部の既済事件351件の平均審理期間は14.8カ月であったのに対して、鑑定採用事件の平均審理期間は28.1ヶ月であった。鑑定採用事件の審理期間は鑑定を採用していない事件の場合の2.2倍を要している。出典：大阪地方裁判所専門訴訟事件検討委員会・前掲注(60)62、65頁。

64) 最高裁判所事務総局『裁判の迅速化に係る検証に関する報告書(概況・資料編)』(2009年)9～10頁。最高裁判所事務総局『裁判の迅速化に係る検証に関する報告書(分析編)』(2009年)38～54頁。

図表 1 - 5 2002 ~ 2011 年 医療過誤訴訟および地裁民事第 1 審通常訴訟の
認容率の推移



- 注 1 認容率とは、判決総数に対して認容件数の占める割合であり、認容には一部認容を含む。
 2 地裁民事第 1 審通常訴訟には、地方裁判所の医療過誤訴訟が含まれる。
 3 2004 年までの各数値は、各庁からの報告に基づくものであり、概数である。

中国では、全国的な統計データがないが、次のようなケースが多く存在すると指摘されている⁶⁵⁾。すなわち、医師側に問診、およびカルテの記載と管理等での過失があると判断されたが、鑑定の結論に基づいてその過失と（死亡又は後遺障害等の）結果との間に因果関係がないと判断された場合には、象徴的意味で一定金額（少額であり、原告の主張する賠償金額に比べて遥かに低い額）の経済的補償が命じられる判決が多く存在する。とすると、一部容認判決を含む認容率が上がることが想定される。ただ、名目上の金銭補填であるので、被害者救済には遥かにおよばないと思われる。

さらに、中国では、ここ数年間、医療過誤による損害を被った患者側が、勝ち目がないないし相当低い裁判には訴えず、医師側の賠償または謝罪を直接求めるために、徒党を組んで病院に押し掛け、病院の器械を壊したり、病院に棺を安置したりする等の騒ぎを起こす「医鬧」という現象が全国で多発している。これについては、中国の衛生部医政司の委託を受けて実施された中国医師協会の調査報告がある。それによれば、全国の一部の省、直轄市における 115 ケ所の病院では、2004、2005、

65) 刑学教・前掲注(55) 98 頁。

〈106〉 医療過誤訴訟における過失の証明と認定 (1) (張)

2006年度の「医鬧」事件の発生率は、それぞれ89.5%、93.75%、97.92%となっており、一病院あたりの平均回数は、それぞれ10.48回、15.06回、15.31回となっている。また「医鬧」で患者やその家族・遺族から暴行を受けた医療従事者の人数は、一病院あたりそれぞれ4.23人、5.50人、6.92人に達しているという⁶⁶⁾。

以上のように、中国では、医療過誤訴訟における低い認容率と関連し、また法的アプローチによって医療過誤が適切に処理されない結果、患者と医師の信頼関係は日々悪化し、新聞やテレビのニュース等でも頻繁に取り上げられ、深刻な社会問題となっている。法的手段によって公平な救済を得られないため、暴力的手段による自力救済に訴えるケースが、近時の中国で多発している。よって、それに対応すべく医療過誤訴訟をめぐる法整備および法解釈が重要とされている。

以上の考察から、日中の医療過誤訴訟の裁判実務において、以下の特徴を指摘することができる。新受の事件数からみれば、日本では増加が鈍化しているのに対して、中国ではこれからさらに増加していく傾向がみられる。審理期間、認容率からみれば、審理期間の長期化および認定率の低迷は日中に共通する特徴である。以上のことから、通常の民事訴訟に比べて遥かに低い認容率を呈している医療過誤訴訟では、その特徴を考慮しない法制度・法理論のままでは、患者の救済にとって不十分である。中国法における努力は、医療過誤訴訟を規律するための法整備を嚆矢とする。このように、医療過誤訴訟に関する法整備に伴って、証明責任の転換、過失の推定および医療水準論が次第に登場してきた。

第二章 医療過誤訴訟における過失の証明と認定に関する中国法の考察

医療過誤訴訟における専門知識の格差、証拠の偏在等の特徴が、その裁判実務上の審理期間の長期化および認容率の低迷に直接に影響を及ぼ

66) 王淑軍「中国医師協会調査顯示：3年来“医鬧”愈演愈烈」人民日報2007年1月10日第11版。研究報告「中国医師協会關於“医鬧”的調研分析報告—2006“医鬧”發生率97.92%」中国衛生（2007年第6期）34～36頁。

し、原告たる患者側に通常訴訟に比べ、より重い証明負担を強いることとなっている。そこで、中国法では、特別な立法上の手当てによる証明負担の軽減策として、証拠解釈4条1項8号における証明責任の転換、不法行為法58条における過失の推定および不法行為法57条における医療水準論が設けられた。

このような中国の医療過誤訴訟に関する特別な立法上の手当てを考察する際、法整備の視点からみると、日本法では、この領域に関する特別立法に対する慎重かつ保守的な姿勢をとっているのに対し、中国法では、立法作業が急速に進められ、新法（過失の推定と医療水準）の創出に努力するという迅速な対応がなされている。他方、法解釈の視点からみると、①なぜ証明責任の転換は証明負担を軽減する機能を果たすことができなかつたのか、②特に日本法等の外国法の継受によって新たに立法された中国法の過失の推定および医療水準論は日本法における過失の「一応の推定」および医療水準論とどこが異なるのか、③今後の裁判実務における法適用に向けてその適用要件をどのように具体化するのか、等に関する解釈論的分析は、研究領域としてほぼ空白の状態となっている。

そのため、本章では、中国法の新たな解釈論を展開するために、上記の三つの条文をめぐる従来の議論の到達点と問題点を確認した上で、中国法における克服すべき課題を析出し、新たな解釈論の展開の方向性を提示する。

第一節 医療過誤訴訟に関する中国の法整備

中国において、医療過誤訴訟に関する立法・法実務は以下の三つの段階に分けることができる。当初は、医療過誤訴訟に法的根拠と基準を与え、かつ医療過誤に対する的確な行政解決によって証明困難に予防的効果をあげる実体法＝行政法規の整備に取り組み、医療事故処理辦法と医療事故処理条例という二つの行政法規が制定されることになった。これは法整備の第一段階である。つぎに、行政法規に不備があるために依然として存在する医療過誤訴訟における証明困難の問題に直面すると、手続法の面からアプローチして解決するという道が選ばれた。そこで患者側の証明負担の軽減策として取り上げられたのが、証明責任の転換に関

する立法である。これは法整備の第二段階である。ところが、証明責任の転換は、実務上に適用されていても、結局、患者側の証明負担を軽減させるという当初期待されていた機能を果たすことができず、かえって医師側からの猛烈な反発、過剰な検査や萎縮医療を招いた。それらへの対応策として、今度は実体法の面からアプローチによる解決が目指された。その際、日本法等の経験を参考に新たな試みとして行われたのが、過失の推定と医療水準に関する立法である。これは法整備の第三段階である。以下では、三つの段階の法整備を順次に考察することによって、中国における医療過誤訴訟法⁶⁷⁾の全体像を描き、その中での証明責任の転換、過失の推定および医療水準論の位相を確認する。

第一款 法整備の第一段階

第一項 医療事故処理辦法

1987年に公布された医療事故処理辦法⁶⁸⁾(以下「辦法」と略称する)は、中国における初めての医療過誤紛争解決に関する全国的な行政法規である。辦法は計29カ条があり、総則、医療事故の分類と等級、医療事故の処理手続、医療事故の鑑定、医療事故の処理、附則の六章からなる。

ところで、辦法制定以前における紛争解決の様態は、以下の四つの時期にまとめることができる。①建国後1950年代までは、医療過誤紛争は主に検察機関により管轄・解決され、訴訟の形で現れた医療過誤紛争は、その全てが検察機関により解決されることになっていた。②1960年代に入ってから、衛生行政部門の管理機能の強化に伴い、医療過誤紛争は検察機関から衛生行政部門による解決へと変化した。③1966年からの文化大革命の十年間は、裁判機関が機能停止に陥る中、医療過誤紛争の解決は、理非曲直を言わずに医療過誤に関わる医師を弾圧したり、死に追いやったりする極めて混乱した状態となっていた。④その後、文化大革命の終結が宣言され、民主法制理念のもと法整備が進む中で、1985年に上海市が率先して全国初の医療過誤紛争の解決に関する地方性法規を制定し、各省・市も相次いで医療過誤紛争解決に関する地方性

67) 本稿では、医療過誤訴訟法とは医療過誤・医療過誤訴訟を対象に規定する実定法、手続法および手続法に関する司法解釈のことを指すこととする。

68) 国务院1987年6月29日公布・施行、2002年9月1日廃止。

法規・規則を制定した⁶⁹⁾。このような変遷を背景に、全国的な行政法規としての辦法は登場した。

施行されていた15年ほどの間に、辦法は衛生行政部門が医療過誤紛争を解決するための法的根拠や基準を提供し、医療機関の規制および医療過誤紛争の正確な解決に、一定程度、積極的な作用を及ぼしていたと評価することができる。しかし、次のような問題が指摘されていた。すなわち、損害賠償責任の賠償範囲が狭く限定されていたこと、医療事故鑑定委員会の構成が行政機関に偏り公平を欠いていたこと、証拠保全に関する制度設計の不備が顕在していたこと、損害賠償の範囲と金額が過少に設定されたこと、等である⁷⁰⁾。そこで、患者の人的な法的権利の保護を主な理由に、辦法の改正、あるいは新たな立法作業が広く呼び掛けられていた。

第二項 医療事故処理条例

以上のような種々の問題点に対する指摘に応じて、辦法は2002年に医療事故処理条例(全7章63カ条、以下「条例」と略称する)として全面的に改正された。条例は、その第1条で「正確に医療事故を処理し、患者と医療機関および医療従事者の合法的権利利益を保護すると同時に、医療秩序を維持し、医療の安全を保証し、医学の科学的発展を促進するために、この条例を制定する」と宣言している。条例は2002年2月20日国務院の第55期常務会議で採択され、同年4月4日公布(国務院第351号令)、同年9月1日より施行された。

条例の公布について、最も評価されるべきところは、2条で「本条例にいう医療事故とは、医療機関およびその医療従事者が医療活動において、医療衛生管理に関する法律、行政法規、部門規則および診療看護規則、医療慣行規則に違反し、過失によって、患者に人身損害を与えた事故を指す」と規定したことによって、医療事故の概念が新たに定義され

69) 顧長浩＝劉建平「医療事故処理法律制度改革芻議」政治與法律第49期(1990年)38～41頁。張秦初「我国医療事故處理的簡要回顧」中国臨床医生第189期(2004年)61～62頁。木間正道＝鈴木賢＝高見澤磨＝宇田川幸則『現代中国法入門【第四版】』(有斐閣、2006年)36頁。

70) 龐才濱「關於『医療事故處理辦法』的幾點意見和建議」法律與医学雜誌(1997年第2期)68頁。馮秀云＝王軍「對『医療事故處理辦法』的幾點思考」山東法学(1999年第3期)13頁。

た点にある。辦法上での「本辦法が称する医療事故とは診療・看護業務の際中に、医療従事者が診療・看護上の過失によって、直接的に患者に死亡、障害、組織器官の損傷による機能障害を与えるものを指す」(辦法2条)という医療事故の概念より、その外延は拡大されていると考えられる。すなわち、辦法の医療事故概念においては、損害は「直接的に」与えられた「死亡、障害、組織器官の損傷による機能障害」に限定されていたところ、条例では医原性・薬原性疾病(医療をうけながら、新たな疾病が生じた場合のように、医師や看護師が原因として疾病を引き起こしてしまうことや薬の副作用等)も損害として含まれることになった。また、医療事故に基づく損害賠償責任の主体についても辦法における「医療従事者」のほかに、「医療機関」も包含されるようになった⁷¹⁾。さらに、医療事故鑑定体制の改革、医療事故の分類・等級の改定、患者の合法的権利・利益をより効果的に保護するための患者の権利に関する規定の増加、医療事故に基づく賠償項目の細分化、象徴的な意味で認められる一時的損害賠償を精神的損害賠償にあらためる等といった進歩もあった。

以上のような取り組みは、医療過誤訴訟に具体的な実体法上の根拠を与え、行政による的確な医療過誤の解決を可能とし、それにより裁判に訴える前の段階に医療過誤における患者側と医師側の合法的権利・利益を調整しうることにつながる。このため、訴訟上における証明困難の問題の発生を抑えようとする予防的効果として一定程度評価されるべきであろう。さらに、医療過誤紛争が訴訟に至った段階でも、裁判実務上行政法規は裁判規範としての機能を果たすことで意義を有している。

ところが、条例は、採択日から公布日までのわずか2ヶ月弱の期間において、既に「当該条例において立法欠陥の問題は明らかである」⁷²⁾との批判に遭った。施行された後も、医療過誤訴訟において重要な役割を果たす医療事故鑑定の公正性を保つための制度保障の不備が指摘されている⁷³⁾。また、行政法規であるにもかかわらず、医療過誤に基づく民事

71) 馮衛國「突破與局限：簡評新的『医療事故处理条例』」(出典：北大法律信息网)。

72) 陳榮友「新『医療事故处理条例』在立法程序上存在缺陷」医院領導參考(2002年第6期)20～21頁。(初出、新聞紙の南方都市報2002年3月7日版)

73) 呂高玉「淺談『医療事故处理条例』中的若干不足及其完善」南京医科大学報社会科学版(2003年第2期)110～113頁。

責任および賠償について条例に多くの規定が設けられている。しかも、その賠償原則、賠償項目および賠償基準はいずれも民法通則および関連する司法解釈⁷⁴⁾と一致していない。たとえば、医師側に著しく重大な過誤があつて医療事故と認定された場合に認められる賠償金の金額は、軽度な過誤があるものの医療事故が認定されなかった場合のそれにより少ないのである(図表2-1参照)⁷⁵⁾。その上で、医療過誤訴訟に適用すべき実体法が明らかでないために、事案ごとに医療過誤に関する実体法が恣意的に選択されている。こうした医療過誤に関する法の適用についての「二元化」⁷⁶⁾とも言える異様な現象は、より深刻化している。

74) 中国語表記される法令名では「關於審理人身損害賠償案件適用法律若干問題的解釋」である。2003年12月4日に最高人民法院審判委員會第1299回會議で採択され、2004年5月1日から施行された。

75) 図表2-1に示された項目の以外、医療費・入院時の食事補助費・看護費・障害補助器具費・葬儀費・交通費・宿泊費等の諸費用についても算定基準が異なっている。特に最も大きな差額が生じたのは患者が死亡した場合である。北京市を例とすると(楊立新『医療損害責任研究』(法律出版社、2009年)13頁参照)、医療事故条例の規定される算定基準を適用する場合には、死亡賠償金がなく、最高で7万9486元(約1万2千円)の精神損害撫慰金が認められ得る。一方、民法通則および関連する司法解釈に規定される算定基準を適用する場合には、最高で35万3060元(約5万4千円)の死亡賠償金が認められ、さらに10～20萬元(約1500～3000万円)の精神損害撫慰金が認められ得る。

76) 「民法通則」と条例とは法律と行政法規という上位法・下位法の関係にあるが、条例は、医療過誤の解決を規定する専門的行政法規になり、医療過誤の解決およびそれによる損害賠償に対して、國家の特別な立法政策を體現している故に、裁判所が医療過誤による人身損害賠償訴訟を解決する際には、基本的には条例を法的根拠とすべきである。参照「最高人民法院民一庭負責人就審理醫療糾紛案件的法律適用問題答記者問」(北大法律信息网)。

図表 2 - 1 賠償金の算定基準の二元化

	医療事故条例	民法通則および関連する司法解釈
休業補償 (逸失利益)	【50条1項2号】：固定収入のある患者の場合は、本人の休業によって減少した固定収入を基準として計算し、当該 固定収入が医療事故の発生地の前年度の平均所得の3倍よりも高い場合は、平均所得の3倍で計算する。	【20条3項】：固定収入のある被害者の場合は、休業補償は 実際に減少した収入を基準として計算する。
障害 賠償金	【50条1項5号】障害等級に応じ、医療事故の発生地 の住民の平均生活費 を基準に計算し、障害が確定した月から最長の場合は30年で計算する。ただし、60歳以上の場合は15年以内に限定し、70歳以上の場合は5年以内に限定して計算する。	【25条】喪失した労働力および障害等級に応じ、法院所在地の前年度の都市部住民の 平均可処分所得 または農民の 純収入 を基準とし、障害が確定した日から20年で計算する。被害者が60歳以上の場合は1年減額し、75歳以上は5年で計算する。障害が残ったもの の実際の収入 に影響がある場合は、適宜調整する。
被扶養者の 生活費用	【50条1項8号】戸籍所在地または居住地住民の 最低生活保障基準 で計算する。16歳未満の場合は16歳まで、16歳以上のものの労働能力のない者の場合は20年で計算する。ただし、60歳以上の場合は15年以内に限定し、70歳以上の場合は5年以内に限定して計算する。	【28条】：喪失した労働力および障害等級に応じ、法院所在地の前年度の都市部住民の 平均消費支出 または農民の 生活消費支出 を基準として計算する。被扶養者が未成年の場合は18歳まで、労働能力のない者の場合は20年。60歳以上の場合は1年減額し、75歳以上は5年で計算する。

第二款 法整備の第二段階

以上のように、医療過誤訴訟に関する行政規定を中心とする実体法の整備は、裁判実務に法的根拠を与え、裁判規範として機能している一方、鑑定体制の中立性を保つ制度上の不備等の問題もなお存在している。そこで、より効果的に実体法の被害者保護という立法趣旨を実現するために、手続法上の特別立法によって、裁判実務における証明困難による敗訴の結果を免れない患者の権利救済を図る手段として、証明責任の転換が登場した。

もっとも、中国の民事訴訟法⁷⁷⁾では、証拠に関する規定は第6章に僅か12カ条(63条～74条)しか設けられていない。そのうえ、これらの条文は素朴な原則規定であり、裁判実務における具体的適用可能性を欠いている。そのため、証拠に対する裁判官の自由裁量権が過大となり、裁判審理の公正と効率までもが問われていた⁷⁸⁾。それを背景として最高人民法院「民事訴訟証拠に関する若干の規定」(以下、証拠解釈と略称する)という司法解釈が制定・公布された⁷⁹⁾。

その中で、医療過誤訴訟における証明負担の軽減策として設けられたのは、4条1項8号の「医療行為による不法行為訴訟において、医療機関は、医療行為と損害結果との間に因果関係がないこと、又は過失が存在しないことについて証明責任を負う」という規定である。立法の理由は、起草者である最高人民法院民事審判第一庭の「起草説明」⁸⁰⁾によれば以下の通りである。不法行為を請求原因とする医療過誤訴訟の実務において、医療機関と医療従事者は、専門的な知識と技術を備え、事前にカルテ等の関連する資料・証拠を管理していることで、より強い証拠能力を有する。これに対して、患者は相対的に弱い立場にいる。証明責任の分配に関する一般基準に従うと、患者は、常に証明不能を理由に損害賠償を得られなくなってしまう。当事者間の利益の均衡を保ち、より効果的に実体法の被害者保護という立法趣旨を実現するために、不法行為を請求原因とする医療過誤訴訟における証明責任の転換を規定するとした。このような背景から、不法行為を請求原因とする医療過誤訴訟において、証拠解釈4条1項8号は、医療過誤訴訟における証明責任の転換を導入した。

第三款 法整備の第三段階

中国では今日まで民法典が存在していないが、最初に民事上の権利義

77) 1991年4月9日採択、同日施行、2007年10月28日修正2012年8月31日修正。

78) 宋春雨「『最高人民法院關於民事訴訟証拠の若干規定』の理解與適用」法律適用第191期(2002年)28頁。

79) 最高人民法院民事審判第一庭が起草し、2001年12月6日の最高人民法院裁判委員會第1201回會議で採択・公布され、2002年4月1日に施行された。

80) 全称は、「最高人民法院民事審判第一庭による『民事訴訟証拠に関する若干規定』の起草説明」である、中国語表記では、「最高人民法院民事審判第一庭『關於民事訴訟証拠の若干規定』の起草説明」である。

務を規律する基本法として制定・公布されたのは民法通則である。条文数は合計で僅か 156 カ条しかないため、一般的で重要な原則規定しか設けられていない。その後、民事単行法令として 1999 年に契約法が、2007 年に物権法が、順次制定・公布された。民法典を構成するそれぞれの分野を先に単独法として制定し、その後これらをまとめて民法典とするという一連の法整備作業において、中国でははじめとなる不法行為法は、2009 年 12 月 26 日に第 11 期全国人民代表大会常務委員会第 12 回会議で採択・公布され、2010 年 7 月 1 日より施行された。この法律は全 12 章からなり、医療損害責任は第 7 章に規定されている。

不法行為法は公布されるまでに全国人民代表大会常務委員会において計 4 回の審議が行われた。4 回の審議の中で計四つの草案審議案が作成された。以下本稿では四つの草案審議案をそれぞれ草案第 1 回、2 回、3 回および 4 回審議案と称する。そのうち、医療賠償責任を規定する条文に関して、草案第 1 回審議案では 1 カ条も設けられていなかったが、草案第 2 回審議案では 14 カ条、草案第 3 回審議案では 11 カ条、そして草案第 4 回審議案でも 11 カ条が設けられ、最終成案では計 11 カ条が設けられる結果となった。ちなみに、医療賠償責任を規定する第 7 章は、特殊の不法行為を規定する他の各章に比して条文数が最も多い一章となっている。

医療賠償責任を規定する第 7 章の 11 カ条はその性質から以下の三つに分類することができる。①責任の成立に関する規定。54 条、58 条および 60 条がこれに該当する。第 7 章の最初にある 54 条は、一般規定として「患者が診療活動中に損害を被った場合において、医療機関および医療従事者に故意又は過失があったときは、医療機関が賠償責任を負う」と規定することによって、過失責任の帰責原則を確認した⁸¹⁾。ただし、54 条の原則の下で、58 条に列挙された三つの特殊の事情が存在する場合に限っては過失が推定される。60 条は医師側の免責事由を規定するものである。②医師側が履行すべき義務に関する規定。55 条～57 条お

81) 54 条のもう一つの重要な役割が賠償責任の請求対象の明確化である。すなわち、認められた医療損害賠償責任は、医療機関によって負担され得る。当然ながら医療機関の医療従事者に対する内部求償権が残される。それは、患者の利益の保護および医療機関の財産・判決の執行等の考慮によるものである。

よび 61 条と 62 条がこれに該当する。具体的に過失を判断する際に医師側に要求される義務を規定するものである。③その他。59 条は患者側が医療製品の製造物責任に関する求償権を行使できる対象を確認する。また 63 条、64 条は証拠解釈 4 条 1 項 8 号に規定された証明責任の転換によって生じている過剰な検査、ないし現実的に存在し、かつ悪化する一方である「医闘」を取り締まるための政策的な禁止規定である。条文の構成をまとめると図表 2-2 のようになる。

図表 2-2 成案の条文の分類一覧

責任の成立	医師側が履行すべき義務	その他
54 条 過失責任	55 条 説明義務	59 条 医療製品の製造物責任
58 条 過失の推定	56 条 緊急時の説明義務の例外規定	63 条 過剰な検査の禁止
60 条 免責事由	57 条 診療義務（医療水準）	64 条 医療秩序妨害の禁止
	61 条 病歴資料の記載・保管・開示義務	
	62 条 守秘義務（患者のプライバシー権）	

第 7 章の規定の中でも、特に医療過誤訴訟における証明負担の軽減に関連して、現在関心の的となっているのは、過失の推定を規定する 58 条 1 項 1 号、および医療水準を規定する 57 条をめぐる解釈論の展開である。他方、証明負担の軽減策としては証明妨害の法理を規定する 58 条 1 項 2 号、3 号も存在する⁸²⁾。58 条 1 項 2 号、3 号については、妨害者たる医師側に反対事実の証明責任を課するという画一的な効果を有する証明責任の転換として認識されており、解釈論上ほぼ異論が存在していない⁸³⁾。多様かつ柔軟な解決を提唱している日本法の解釈論⁸⁴⁾とは異なる

82) 58 条 1 項 2 号、3 号は「患者に損害があり、これが次に掲げる事情の一つによるときは、医療機関に過失があったものと推定する。(2) 紛争に関するカルテ等の資料を隠匿し、又は提供を拒絶したとき。(3) カルテ等の資料を偽造し、改ざんし、又は廃棄したとき。」と規定している。

83) 陳界融「中国大陸侵權責任法推定制度之瑕疵」法学新論第 29 期（2011 年）15～35 頁。

84) 小林秀之『新証拠法 [第 2 版]』（弘文堂、2003 年）143 頁。

り、このような中国法の認識は証明妨害の効果として証明責任の転換だけを考えるのが画一的にすぎるともいえよう。ところが、条文上の規定がきわめて明確であることから裁判実務も条文にしたがって処理がなされているため、本稿では58条1項2号、3号に関する詳細な検討に立ち入らないことにする。

そこで、以下の第二節、第三節および第四節では、中国の医療過誤訴訟に登場された三つの条文、すなわち証拠解釈4条1項8号、不法行為法58条1項1号および不法行為法57条の解釈論を順次に考察していくことにする。

第二節 証明責任の転換——証拠解釈4条1項8号の解釈論

手続法上の特別立法により医療過誤訴訟における証明困難の軽減策として条文化されたのは、過失・因果関係についての証明責任を医師側に転換すると定めている証拠解釈4条1項8号であった。証拠解釈公布当初の2002年頃、4条1項8号の定める証明責任の転換は多数の学者の支持を得ていた。ところが、施行後次第にこれに対して反対の声も上げられるようになった。そこで以下では、証明責任の転換に関する学説上の議論を「肯定説」と「否定説」の二説に分け、検討する。

第一款 従来の議論の到達点

第一項 肯定説

1 証明責任の転換という概念

肯定説は証明責任の転換を、証明責任の分配に関する一般原則の例外⁸⁵⁾、あるいは局部修正⁸⁶⁾と位置づけている。

まず、そもそも証明責任の分配に関する一般原則については、二つの見解が対立している。すなわち、(a) 法律要件分類説と、(b) 民事訴訟法64条1項の定める「主張する者が証明責任を負う」という規定が、

85) 柴発邦『中国民事訴訟法学』(中国人民公安大学出版社、1992年)337～338頁、王利明「論挙証責任倒置的若干問題」広東社会科学(2003年第1期)150頁。単国軍「民事挙証責任倒置研究」法律適用第191期(2002年)20頁。

86) 李浩『民事証明責任研究』(法律出版社、2003年)165頁。

証明責任の分配に関する一般原則であると解する見解である。そして、両説の内部でも証明責任の転換は以下のように異なるものとしてとらえられている。

(a) 法律要件分類説においては、証明責任の転換に対する理解について以下の2つの見解がある。第一に、証明責任の転換は、証明責任の分配に関する原則と対置される例外ととらえる見解である⁸⁷⁾。この見解における証明責任の転換とは、例外的場合には原則にしたがった証明責任の分配を行うのではなく、個別の紛争類型に応じて当該原則と相反する基準により分配を行うことを指す。つまり、元来、原告側が負うべきであった証明責任を免除し被告に当該要証事実と相反する事実について証明責任を負わせることであるという。第二に、証明責任の転換は実質的に元の証明責任の分配の結果に対する局部修正であり、証明責任の第二次分配ととらえる見解である⁸⁸⁾。証明責任の転換とは、法律要件分類説に基づき双方の当事者の間に証明責任が分配された後、元もとの分配の結果に基づき一方の当事者にある法律要件事実についての証明責任を負わせるべきであったところを、再度もう一方の当事者に当該事実の不存在についての証明責任を転換することであるという。

(b) 民事訴訟法の64条1項に基づき「主張する者が証明責任を負う」ことを、証明責任の分配に関する一般原則と考える見解においては、証明責任の転換に対する理解について以下の2つの見解に分かれている。第一に、証明責任の転換は、裁判官が訴訟の審理過程において証明責任の分配に関する一般原則に変更をくわえ、新たな証明責任の分配の基準を創出することであると解する見解がある⁸⁹⁾。この見解においては、証明責任の転換は、公平の見地から、ある状況の下に主張を提出する一方の当事者が客観的な原因によって証拠を挙げるのが困難、又は不可能である場合に、他方の当事者に証明責任を転換することととらえられる。第二は、証明責任の転換を法に基づき確定された「主張する者が証明責任を負う」という証明責任の分配に関する原則の例外と考える見解であ

87) 江偉『証拠法学』（法律出版社、1999年）83頁以下。

88) 李浩・前掲注（86）164～165頁。

89) 王懷安『中国民事訴訟法教程』（人民法院出版社、1992年）154頁以下。

る⁹⁰⁾。この見解は、第一の見解が証明責任の転換を公平の見地から裁判官の自由裁量による産物とする点を批判し、証明責任の転換とは、法律の規定に基づき元々は主張を提出する当事者がある事実の存在について証明責任を負うべきであったのに、他方当事者に当該事実の不存在について証明責任を負わせ、他方当事者は事実の不存在について証拠を挙げ証明できなければ、原告の要件事実に対する主張の成立を推定させるというもので、これは証明責任の分配に関する例外的基準であるとする。

上記のように、証明責任の分配に関する一般原則をどのように考えるかにより証明責任の転換についての概念も異なっているが、その例外的分配基準としての意義を認めている点、およびある状況の下にこれを証明責任の分配に関する一般原則の例外又は修正として位置づけている点で相違がないと考えられる。

2 証明責任の転換の適用肯定説

医療過誤訴訟における証明責任の転換を肯定する学説は、主に、(1) 証拠との距離、(2) 証明能力の強弱、(3) 事実の性質による証明の難易、(4) 立法趣旨の考慮、(5) 証明妨害等の角度から根拠づけようとする。その上でさらに、証明責任の転換という制度を適用することによって、民法の弱者保護機能、裁判の公平(正義)・効率(経済性)を追求する民事訴訟法の理念を実現できると考えている。

(1) 証拠との距離

証拠との距離とは、双方の当事者と証拠との距離の遠近を指し、加害者と証拠との距離は近いが、被害者と証拠との距離は遠いことから、肯定する学説では医療過誤訴訟において証明責任の転換を適用すべきだと主張する⁹¹⁾。具体的には、医師側は、専門知識における自らの優越的地位があり、かつ患者からの信頼を利用して如何なる医療行為を実施するかを決定することができることから、診療中における問診や病状の把握も可能であり、またカルテ等の資料を自らの手で作成・保管している。したがって、加害者たる医師側は証拠との距離が近いといえる。他方、

90) 王利明・前掲注(85) 150～158頁。

91) 李浩「举证責任倒置：学理分析與問題研究」法商研究第96期(2003年) 87～94頁。

被害者たる患者側は、医療行為と医療過程についての知識・情報が乏しい状況に置かれ、医師側よりこれらの証拠を入手するのも困難であり、入手にかかるコストも高い。したがって、被害者たる患者側は証拠と距離が遠いといえる。証拠と近い距離にいる医師側は、当然、より容易に証拠を提供することができるので、「より容易に挙証できる一方の当事者に証明責任を負担させることで、公平が図られ、より効率的となり、かつ挙証のコストも削減でき」⁹²⁾、このことは証明責任分配の実質基準とも一致しているとされる。

(2) 証明能力の強弱

証明能力とは証拠の収集、証拠調査、証拠の利用に関する能力を指す。民事訴訟法に当事者平等原則が定められているが、実際には各種の原因に左右される訴訟当事者間の平等は十分には確保されていない。こうした不平等を促す原因は多数存在しており、その一つが証明能力の強弱である。しかも、証拠解釈7条において「法律に具体的な規定がなく、本規定又はその他の司法解釈に基づき証明責任の負担を確定できない場合、裁判所は公平原則と信義誠実原則を根拠に、当事者の証明能力等の要素を総合して証明責任の負担を確定することができる」と規定されているように、証明能力の強弱は、裁判所が証明責任の分配を確定する時に考慮すべき要素のひとつとされている⁹³⁾。もっとも、証明能力の強弱とは、あくまでも両当事者間で相対的判断を行った結果であり、通常の訴訟においては双方の当事者間の証明能力の格差はそれほど大きくない。しかし専門的知識・技術等の手段を用いることによってしか証拠の収集・証拠調べができない医療過誤訴訟においては、医師側に、医療行為と損害結果との間の因果関係の存否、注意義務違反の有無に関してより強い証明能力を備えていると判断される。なぜなら、医師側が関連する医学的専門知識を有しているからである。それ故、一般原則に基づき、証明能力の弱い患者側に証明責任を分配するのは公平の理念に反するとして、証明責任の転換を適用することができるとされる⁹⁴⁾。

92) 湯維建「論民事訴訟中の挙証責任倒置」法学論壇第195期(2002年)4～11頁。王利明・前掲注(85)155頁。

93) 湯維建・前掲注(92)9頁。

94) 単国軍・前掲注(85)19～24頁。湯維建・前掲注(92)9頁。

(3) 事実の性質による証明の難易

証明責任の分配に関する学説には要件事実の性質によって証明責任の分配を行うべきとする消極的事実説がある。この学説は、要件事実を積極的（肯定）事実と消極的（否定）事実に分け、消極的事実を主張する者は証明責任を負わず、積極的事実を主張する者が証明責任を負うと説く見解である⁹⁵⁾。もっとも、消極的事実については統一的な概念がなく、これを①内心に存在するもの⁹⁶⁾、②事実の未発生⁹⁷⁾、③事実の不存在⁹⁸⁾、といった把握がなされている。それでも、この学説は、要件事実が消極的事実である場合において、消極的事実を主張する者が事実の未発生または不存在について証拠を挙げて証明することが困難もしくは完全に不可能であることを理由として、転換という証明責任の分配によって困難の解決を図ろうとする点で共通している⁹⁹⁾。その上で、医療過誤訴訟の場合、医師側の医療行為に過失の不存在（＝注意義務に違反していない）、または過失のある医療行為と患者が被った損害との間の因果関係の不存在というのは医療行為の合理性に関する説明および情報開示などのような積極的事実の証明によって実現されるため、これら二つの事実についての証明責任を医師側に負担させることになる。このようにして消極的事実説は、医療過誤訴訟における証明責任の分配に関する一般原則に修正を加えることで、証明責任の転換の適用を導いている。

(4) 立法趣旨の考慮

立法趣旨を考慮して、医療過誤訴訟において証明責任の転換を適用すべきとの主張も存在する¹⁰⁰⁾。ここでは「証明責任の転換とは、立法者が各種の実体的権利と義務を調整して挙げられてきた特殊な立法上の配慮を示そうとする手段の一つであり、（中略）たとえ明文上の規定が存しない状況においても、司法機関は法に体现された全体の趣旨と抽象的原

95) 李秀芬「從訴訟証明的角度看消極事實的特徵」法学論壇第106期（2006年）90～93頁。単国軍・前掲注（85）22頁。

96) 劉天興＝威庚生「民事訴訟中的証拠制度」法学天地（1997年第2期）7頁。

97) 李浩・前掲注（91）89頁。

98) 曹詩權「論保證人的抗弁權」中外法学第55期（1998年）70頁。

99) 李浩・前掲注（86）169頁、李浩・前掲注（91）89頁、単国軍・前掲注（85）22頁。

100) 馮獻田「民事訴訟中舉証責任倒置辨析」浙江工商大學學報第74期（2005年）7頁参照。

則もしくは法の解釈に基づき、新たな証明責任の転換という規則を創り出すことができる」¹⁰¹⁾と説く。すなわち、医師側の不法行為賠償責任を成立させるすべての成立要件についての証明責任を被害者である患者側に負わせる「主張する者が証明責任を負う」という証明責任の分配に関する一般原則を貫徹しようとする、民法の弱者（＝患者側）保護機能を害する危険がある。また、近代法における形式的正義から実質的正義へ転ずる民法の理念や、法的安定性から社会的妥当性へ転ずる民法の価値指向に負の影響を及ぼすおそれも生じうる。故に、被害者にとって証明し難い要件事実の一部（医療過誤における過失・因果関係の不存在）についての証明責任を加害者に転換して負担させることによって、損害を被った患者側の権利救済、民法の弱者保護機能、公平・効率を追求する民事訴訟法の理念、立法趣旨と立法目的を実現できると考えるのである。

(5) 証明妨害

証明妨害とは、証明責任を負わない当事者が、故意または過失により作為または不作為を以って証明責任を負う当事者の証拠提出を不可能にさせることを指す¹⁰²⁾。証拠解釈 75 条は、「一方当事者が証拠を持ちながら正当な理由がなくその提供を拒否したことは証拠を以って証明された場合に、他方当事者が当該証拠の内容が証拠を持つ当事者に不利となることを主張したときは、裁判所は当該主張の成立を推定することができる」と規定する。この規定に基づき、医師側が自分に有利となる証拠（カルテ等の資料）を偽造したり、相手方の患者側に有利となる証拠を破棄・隠匿したりする等、作為または不作為を以って患者側の証明を失敗させ、または困難にしたとして証明妨害が認められた場合、裁判所は、妨害された証拠の指向する要件事実（医療行為に過失があることまたは過失のある医療行為と損害との間に因果関係があること）の証明がされていると推定することができる。つまり、「証明妨害が証明責任の転換を実行する一つの原因になる」¹⁰³⁾と考えるのである。

101) 湯維建・前掲注 (92) 9 頁。李浩・前掲注 (86) 170 頁。

102) 奚瑋 = 余茂玉「論民事訴訟中の証明妨害」河北法学第 161 期 (2007 年) 151 頁。

103) 湯維建・前掲注 (92) 10 頁。

〈122〉 医療過誤訴訟における過失の証明と認定 (1) (張)

なお、肯定説の理由として補足的に以下のことも挙げられている。社会的・現実的意義という視点からみると、中国において、医療過誤訴訟が頻繁に発生することによって国の医療衛生事業の目標とする状態が達成されておらず、未だに国民の健康および社会の安定が医療過誤の重大な脅威に晒されているといえる。そこで、証拠解釈に基づく証明責任の転換を医療過誤訴訟で適用することは、患者側の証明能力不足の填補、医療過誤訴訟の公正かつ効率的な解決を実現するだけでなく、医療過誤の抑制ならびに国の医療衛生事業の促進、ひいては社会全体の繁栄と安定を図り得るとする。

第二項 否定説

否定説は以下の二つに分けられる。(a) 肯定説の理論的前提である証明責任の転換という概念そのものを否定する見解(完全否定説)である。この見解によれば、概念そのものの存在を否定する以上、医療過誤訴訟におけるその適用も問題となり得ない。(b) 証明責任の転換という概念そのものは承認するものの、医療過誤訴訟におけるその適用を否定する見解(適用否定説)である。

1 証明責任の転換の不存在—完全否定説

証明責任の転換は2002年に証拠解釈の形で定められたため、学界では証明責任の転換についての位置づけ・具体的適用様態(たとえば医療過誤訴訟に於ける適用の当否)等をめぐる議論が盛んに行われているが、証明責任の転換の存在自体に対する批判的見解は少数である。

証拠解釈の制定・公布以前の1990年代において、陳剛教授は、肯定説の中でも見解が対立していることを証左に、「理論界に証明責任の分配基準としての『正置』¹⁰⁴⁾がなお確立されていない状態で、『証明責任の転換』をめぐる議論が盛んに行われるのは、学術上の誤りである」¹⁰⁵⁾と指摘している。また、学界において「主張とは何か」についてなお共通の認識が得られていない状態では、民事訴訟法64条1項にいう「主張する者が証明責任を負う」は証明責任の分配原則とはなり得ない。つ

104) ここで、「正置」とは「倒置」・「転換」の反対語として使われている。

105) 陳剛「民事証明責任法研究」西南政法大学博士学位論文(1998年)125頁。

まり、中国にはそもそも証明責任の分配原則が存在していないのだから、証明責任の分配に関する一般原則の例外または修正と位置づけられる証明責任の転換も存在し得ないというのが、陳剛教授の見解である。くわえて、そもそも証明責任の転換とはドイツ法上の概念で、しかも法律要件分類説を修正するために提出された概念である。これに対し、中国の民事訴訟法における「主張する者が証明責任を負う」との原則は法律要件分類説とはまったく異質的な概念であるため、証明責任の転換が「主張する者が証明責任を負う」との原則を修正するために提起された概念ではないと陳教授は考える¹⁰⁶⁾。

証拠解釈の制定・公布以降、証明責任の転換の存在に最も痛烈な批判を与えたのは裴蒼齡教授である¹⁰⁷⁾。裴教授の批判は主に肯定説の理由とされる(2) 証明能力の強弱と(4) 立法趣旨の考慮をめぐって展開されている。

まず、証明能力の強弱については次のように反論する。①「主張する者は証明責任を負う」との原則が中国民事訴訟法における証明責任の分配原則であり、これはまた、ローマ法以来継承され続けて来た、人の意思に左右されない永遠に不変の客観的規律である。②証拠解釈4条に規定された八つの訴訟類型における原告は、不法行為の被害者として証拠の収集・調査の能力を完全に備えていないわけではなく、少なくとも損害事実に関しては全面的な証明能力を備えている。③証明能力の強弱と公平の理念とは関係がない。公平か否かは客観的規律に違反するかどうかの問題である。したがって、証明責任の転換は、「主張する者は証明責任を負う」という客観的規律に違反し不公平であると評価する。

つぎに、立法趣旨の考慮については次のように反論する。①肯定説が唱える弱者救済(=弱者保護機能)は民法学上の概念で、民事権利・利益に関わり、人間の主観的意識に支配されている。②証明責任の免除(すなわち、証明責任の転換の適用によって、原告にある証明責任は事実上免除されることになってしまうこと)は証拠法の概念で、要件事実に関わり、客観的規律に制約されている。③「弱者救済」と「証明責任の免

106) 陳剛・前掲注(105)110～112頁、123頁以下。

107) 裴蒼齡=魏虹「拳証責任不能倒置」政治與法律第146期(2007年)156～159頁。

除」はその本質において完全に異なる二つの概念である。証明責任を免除することは弱者の救済となり、証明責任を負うことは救済とならないというのは論理が一貫しない。よって、証明責任の転換を以って民法上の弱者保護機能の実現と同一視することはできない。さらに、原告の証明不能によって要件事実が真偽不明の状態になるが、真偽不明は被告にとって一種の静止状態とも言える。しかし、ここで証明責任の転換を定める証拠解釈によって一種の強制力が生み出され、この強制力が静止状態にある証明責任を被告に転換させることは完全に客観的規律に違反している。以上を理由に、裴教授はこの条文を「断固として廃止すべき」と主張した。

2 証明責任の転換の適用否定説

証明責任の転換の存在自体を否定する完全否定説とは異なり、証拠解釈4条1項8号の規定を医療過誤訴訟に適用する理由が不十分であること、実体法的根拠に不備があり、医師側に対する手続法上の保障が欠如しており、医学の発展に不利であることを理由に、医療過誤訴訟に証明責任の転換を適用することに反対する適用否定説も主張されている¹⁰⁸⁾。適用否定説は、以下のようにまとめることができる。

(1) 「証拠との距離」に対する反論

条例10条1項は以下のように規定する。「患者は、自らの外来カルテ、入院日誌、体温記録、医師の指示記録、検査記録（検査報告書）、医学レントゲン検査資料、特殊検査同意書、手術同意書、手術および麻酔記録、病理資料、看護記録、ならびに國務院衛生行政部門により規定されるその他のカルテ資料を複写または複製する権利を有する」（括弧は原文）。この規定に基づき、患者側はカルテ等の資料を複写する権利を有しており、医師側だけではなく患者側もカルテ等の資料について把握することが出来るようになってきている。一方、確かに通常は上記のカルテ等の資料は医師側によって管理されているが、カルテの管理は単純な

108) 羅筱琦=陳界融「最高人民法院『民事訴訟証拠規則』若干問題評析」国家檢察官学院学報(2003年第1期)26頁。陳明国「論医療侵權糾紛案件的舉証責任」西南政法大學学報第47期(2006年)106~114頁。宋朝武「証明責任倒置新論」証拠科学(2007年第1期)145~153頁。

技術上の問題にすぎず、「ダブルカルテ」制度の設計等により問題の解決が可能である。事実、中国ではカルテの全てが病院により管理されているわけでもなく、通常の外来診察カルテは患者自身によって管理されている¹⁰⁹⁾。故に、医師側の証拠との距離が患者側のそれより近いとは必ずしも言えない。よって、証拠との距離を理由として、医療過誤訴訟において過失と因果関係についての証明責任を医師側に転換し、敗訴の危険を転嫁することは合理的とは言えない¹¹⁰⁾。

(2) 実体法的根拠の不備

証明責任の分配は実体法により具体的に規定されるべきであり、手続法はこれを定めることができない¹¹¹⁾。医療過誤訴訟における証明責任の転換の適用は、事実の真偽不明（要件事実の存否が確定されない）状態による敗訴の危険を患者側から医師側へ転嫁させ、医師側に不利益を負担させるという重要な問題となるので、実体法上の根拠が必要とされる¹¹²⁾。しかし、医療過誤による不法行為損害賠償については、民法通則に特別な規定（証明責任の分配に関する規定）が設けられていない。また条例にも該当する規定が存在せず、さらには最高人民法院による司法解釈の中にも、「医療過誤による不法行為は特殊な不法行為である」というような実体法に関する司法解釈も存在しない。実体法上の根拠がない以上、医療過誤訴訟において証明責任の転換を適用することは、その前提条件に違反し、法に適っているとは言えない。

(3) 医師側に対する手続法上の保障の欠如

条例 20 条は医療過誤鑑定を開始に関して規定する。同条によれば、医療過誤訴訟が提起される前に医療過誤鑑定を開始させる方法が二つある。一つは医療過誤の報告を受けた衛生行政部門が医療過誤鑑定を担当する医学会（行政機関）に委託するという方法で、もう一つは当事者双方が共同で医学会に委託するという方法である¹¹³⁾。しかし、証明責任の

109) 日本とは異なり、中国では通常の外来診察の場合には、カルテの一部は患者自身に手渡され、管理される。

110) 陳明国・前掲注（108）109 頁。

111) 羅筱琦・前掲注（108）25 頁。同旨、陳明国・前掲注（108）109～110 頁。

112) 春日偉知郎「証明責任論の一視点—西ドイツ証明責任論からの示唆—」判例タイムズ 350 号（1977 年）108 頁以下。

113) 沈健＝韓波「論医療事故鑑定結論在民事訴訟中的応用」法学評論第 124 期（2004 年）135 頁。

〈126〉 医療過誤訴訟における過失の証明と認定 (1) (張)

転換が適用されれば、患者側は証明責任を負わないので、患者側にとって衛生行政部門に行政処理（行政的紛争処理）を求める動機、および共同委託を得るため積極的に医師側と協議する動機の欠如が予想される。その上、「医療過誤技術鑑定暫行辦法」¹¹⁴⁾（以下、「暫定辦法」と略称する）13条2項1号の規定（「下記の情況の一つに該当する場合、医学会は医療過誤技術鑑定を不受理とする。（一）当事者の一方が直接に医学会に鑑定申請を提出する場合」）によると、医師側にとって、訴訟前に自ら医療過誤鑑定を求めることは困難であり、手続法上の保障の欠如が明らかである¹¹⁵⁾。故に、医療過誤訴訟における証明責任の転換を適用することは、医師側に不公平を生じさせ、裁判の公正公平が失われる。

(4) 医学の発展に不利であること

医療過誤訴訟において証明責任の転換を適用することは、医師側を証明困難の状態に陥らせ、萎縮医療を導く可能性を生じさせ、結果として医学の発展に不利な影響を与えることになってしまうという可能性が指摘されている。医学は、複雑で専門性が極めて強く、臨床の現場では常に不確定性が伴い、未だに科学的に解明されていない部分も多く存在する。自らの医療行為に過失がなく、自分の医療行為と患者の死亡等との間に因果関係が存在しないと証明することは、専門家とされる医師にとっても難問である。このため、証明不能による敗訴の危険を回避するために、不安感を抱く医師は困難な病状には対応・挑戦しなくなり、結果として、萎縮医療が広がり、医学の発展と進歩に不利な影響を及ぼす、と指摘されている¹¹⁶⁾。

(以上本号)

114) 衛生部 2002 年 7 月 19 日公布、2002 年 9 月 1 日施行。

115) 宋朝武・前掲注 (108) 150～151 頁。

116) 陳明国・前掲注 (108) 111 頁。