

論 説

医療過誤訴訟における過失の証明と認定(5・完) ——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

第一章 日中の医療過誤訴訟に関する基礎的考察

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

第二節 証明責任の転換——証拠解釈4条1項8号 (以上252号)

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

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

第一節 証明責任の転換に関する日本法の慎重な態度 (以上256号)

第二節 過失の「一応の推定」

第一款 「推定」の概念

第二款 判例

第三款 学説 (以上257号)

第四款 検討

第三節 医療水準論

第一款 判例

第二款 学説 (以上259号)

第三款 検討

第一項 医療水準と医療慣行との関係

第二項 小括

第四節 小括

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

論 説

第一節 証明責任の転換に関する検討

第一款 証明責任に関する検討

第一項 証明責任の意義と機能

第二項 日中における証明責任に関する議論

第三項 中国の現行法における証明責任の本質

第二款 中国法における証明責任の転換に対する新たな解釈

第一項 訴訟の過程における証明責任の不可転換性

第二項 具体的証拠提出責任の提唱

第二節 過失の推定に関する検討

第一款 日本法における過失の「一応の推定」と

中国法における過失の推定との比較

第二款 中国法における過失の推定に対する新たな解釈

第一項 従来の学説の整序

第二項 適用要件の簡略化

第三節 医療水準論に関する検討

第一款 日中における医療水準論の相違

第二款 中国法における医療水準論に対する新たな解釈

結 語

第一節 総括

第二節 今後の課題と展望

(以上本号)

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

第三節 医療水準論

第三款 検討

第一項 医療水準と医療慣行との関係

医療過誤訴訟が医学と法学の二つの専門領域を跨いでいる故、法学の領域での実践の場である裁判実務は、如何なる法的規範（基準）をもって、医学の実践の場にいる医師側の注意義務違反の有無を判断すれば、正當かつ適切な判断を下していると評価され得るのであろうか。このような問題

意識から出発して、日本法では、医師側の注意義務の判断基準として、一連の未熟児網膜症に関する最高裁判決の確立によって、医療水準論という判例理論が形成されてきた。また、医療水準であるか否かを決めるについて、判例および学説は、患者側と医師側の利益のバランスを維持できる最適な基準点を探究・修正する作業を今日に至ってもなお行っている。

前述の判例と学説に対する分析を通じて、医療水準を決する最適な基準点を画定するには、最高裁判決の変遷（〔判例3〕～〔判例8〕の一連の判決から〔判例9〕への変遷）に示され、また、現在の多数説にも肯定されるように、専門性・施設性・地域性等の諸般の事情との相対的判断が必要とされることは明らかとなってきた。しかし、医師が当時の医療慣行に従って医療行為を行っていたことは、医師の責任を否定する理由とはならないのであろうか。この問題の解決に向けて、医療水準と最高裁判決〔判例1〕、〔判例10〕との関係、すなわち、医療水準と医療慣行との関係について更に検討する余地が残され、またそれと同時に、このような検討は、中国法の新たな解釈論を展開するためにも重要な意味を有するものと思われる。

（1）両者の概念

まず、両者の概念について、その性質を定めるものとして以下の定義がある。医療水準とは、医師が負う高度の注意義務と医療の現実との調和を図るための道具概念であり、臨床医療の現場における医師の注意義務の判断基準となるものである¹⁾。そのため、医療水準とは、全国一律なものではなく、医師の専門分野、医療機関の性格、地域の医療環境の特性によって異なっているものである。極端的な例を挙げて説明すると、通常、首都圏地域にある総合病院に働く特定診療科の専門医に要求される医療水準は、僻地にある小さな診療所に働く一般開業医に要求される医療水準よりは高いものであると想定される。これに対して、医療慣行とは、臨床医療の現場において平均的医師によって広く慣行的に行われている方法を指す²⁾。そのため、医療慣行とは、通常、医師の資格を有する者の間に常識として要求される平均的、ひいては最低限的なものとも言えるものである。

1) 西野喜一「医療水準と医療慣行」太田幸夫（編）『医療過誤訴訟法』（青林書院、2000年）103頁。

2) 西野・前掲注（1）114頁。

(2) 両者の機能

さらに、両者の機能について、医療水準は、医師の注意義務の判断基準となるものであるから、医師が医療水準に適合しない医療行為を行っていた場合、注意義務に違反があるとして過失ありと判断され、医師の責任が肯定されることになる。逆に言えば、医師が当時の医療水準に従って医療行為を行っていたことは、医師の責任を否定する理由となると考えられる。これに対して、医師が当時の医療慣行に従って医療行為を行っていたことは、医師の責任を否定する理由とはならないというのが、日本における最高裁の立場である。最高裁のこの立場には、1961年2月16日の〔判例1〕から1995年1月23日の〔判例10〕まで変わりがないとされている。

具体的として、〔判例1〕において、最高裁は、注意義務の存否は法的判断によって決定さるべきものであり、仮に医療慣行に従った医療行為が行なわれていたとしても、それはただ過失の軽重およびその度合を判定するについて参酌さるべき事項であるにとどまり、直ちに注意義務が否定されることはないと判示した。また、〔判例10〕においても、最高裁は、医療水準は医師の注意義務の判断基準となるものであるから、仮に当時の一般開業医が能書に記載された注意事項を守らないまま実践していたとしても、それは平均的医師が現に行っていた当時の医療慣行であるというに過ぎず、これに従った医療行為を行ったというだけでは、医療水準に基づいた注意義務を尽くしたものということとはできないと判示して、〔判例1〕の判断を改めて確認した。

しかし、なぜ最高裁はこのように判示してきたのか。医師が当時の医療慣行に従って医療行為を行っていたにもかかわらず過失責任を問われる根拠はどこに求めるべきであろうか。逆に、なぜ医療慣行は医師の注意義務の判断基準とはならないのであろうか。この点に関して、星野英一教授は、特定の専門・職業・地位等を有する者から成る社会（「部分社会」）における一般的な考え方や慣行は、その部分社会に属する者相互の間においては妥当することであり、それらの者の間に紛争となっている場合には基準として当然であるが、もし紛争の当事者の一方が上記の部分社会に属しない第三者・一般人である場合には基準として妥当しない。「これは、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、部分社会の考え方や慣行は、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」と指摘している³⁾。そして、今日の最高裁の判決状況から言えば、具体的事案につき相対的に判断された医療水準は、星野教授に指摘される「両者を含むより広い社会における考え方」として、医師の注意義務の判断基準として機能してきた。

（3）両者の程度

近年の日本法では、患者側の信頼と期待という視点から、医療水準論の相対化を再考しようとする動きが見られている⁴⁾。このような見解では、患者側が医師側と診療契約を締結する前提には、医師の専門分野、医療機関の性格、地域の医療環境の特性による差異の認識と医師に対する一定の給付能力への信頼があり、医師側はその患者側の信頼のもとで患者への医療を行っているのであるからこそ、医師側の行為規範としての医療水準に患者側の信頼を入れ込まなければならないのであると言われている⁵⁾。そこから敷衍すれば、医療水準は、患者側の信頼に応じた医療技術のレベルの下限を設定することによって、信頼に対する医師の技術保証の役割を担っている一方、上限を考えるにあたっては、患者の信頼は相対的なものとして考慮され、現実の信頼が合理的であるなら医師に要求される医療水準となる。それゆえ、医師側に要求される医療水準（注意義務）の上限に関する限り、医師側の個別な・特殊な属性を相対的に考慮した結果としてかなりの程度まで斟酌され得ることになる。よって、医療水準は医師の技術のレベルの下限を意味しながらも、その上限は個別的な事案ごとに相対的に判断され、医療慣行以上のレベルまで要求される場合が生じてくるわけである。

-
- 3) 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。星野英一『民事判例研究第 2 巻 2 債権』（有斐閣、1972 年）570 頁所収。
 - 4) 寺沢知子「医療水準の相対化と『医療水準論』の質的転換——最高裁平成七年六月九日判決と最高裁平成八年一月二十三日判決を契機として」阪大法学第 47 巻第 1 号（1997 年）69～99 頁。
 - 5) 寺沢知子「医療水準と『説明義務』」年報医事法学 13 号（1998 年）9～16 頁。特に 10 頁以下参照。

第二項 小 括

以上から本節のまとめとして、日本法において、医療水準という概念は、最初に医学水準と区別されつつ、法の世界に持ち込まれ、判例の変遷によって、医師の注意義務の判断基準として機能してきた。また、その形成過程において、医療水準は、絶対的判断の段階から相対的判断の段階まで進化を遂げ、平均的医師が現に行われている医療慣行とは必ずしも一致するものでないとされていることが明らかになった。

第四節 小 括——日中の比較法的接近

本章の前三節と第二章を総合しながら、日本法における証明負担の軽減法理の生成過程を日中の比較法的視点から見ると、そこに極めて興味深い現象が生じていることが分かる。その現象として、少なくとも以下の三点を挙げることができる。まず、実務上緊迫した事態が迫っている医療過誤訴訟における証明困難に対処するため、日中とも実体法上（民法上の過失・権利侵害など要件）の解釈論の展開ではなく、手続法上（特に証明責任の分配と証拠評価の関係）の解釈論の展開を議論の端緒としている。つぎに、日中の法学者はともに証明責任の転換が患者側の証明困難の軽減に資する策と予想し、曾て、証明責任の転換に対して特別な好意を寄せた経験を持っている。最後に、時下の日中両国において、医療過誤訴訟の証明困難をより柔軟に解決するため、実体法と手続法の両法域を協働させる傾向が表れているものと思われる。

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

此処まで、第一章では日中の医療過誤訴訟の基礎を総論的に考察し、第二、三章で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、および日本法をそれぞれに各論的に考察してきた。最後として、本章では、急進された立法から生じた欠如を補完しつつ、法適用に適切な指針を与えるために、日中の比較法的考察を行った上で、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新たな解釈論の展開を試みる。

第一節 証明責任の転換に関する検討

医療過誤訴訟における証明負担の軽減を目的として、中国法においては、証明責任の転換という制度が証拠解釈4条1項8号によって確立された。この証拠解釈4条1項8号をめぐる学説は主に肯定説と否定説の二つに分かれて展開している。しかし、裁判実務における8年間（2002年～2010年）の適用状況からみると、実際的には機能していないことが分かる。以下では、その機能不全の原因を究明し、証拠解釈4条1項8号をめぐる新たな解釈論の展開を試みる。

第一款 証明責任に関する検討

証明責任は「民事訴訟の脊椎（バックボーン）」⁶⁾とも言われるほど、東西の学者の間で激しい見解の対立があり、未だにその帰趨も明らかではなく、民事訴訟法における最も重要な論点の一つである。以下では、証拠解釈4条1項8号における証明責任の転換を再構成するために、(客観的)証明責任の意義と機能⁷⁾、日中における証明責任に関する議論について概観する。

第一項 証明責任の意義と機能

通常、裁判所は、一定の法律要件に一定の法律効果を結合する実体法の規定を大前提とし、具体的事実を小前提として、その事実に法規をあてはめ、法規の定める法律効果を結論にするという三段論法によって、裁判を行う。しかし、事実審理の終了時に、裁判の基礎となる事実（主要事実）の存否を判断し難い（真偽不明の）場合が生じ得る。その場合にも、裁判所は、事実の存否の不明を理由に、裁判を拒否することは許されないのである。そこで、真偽不明の場合にも、裁判（その事実を要件とする自己に有利な法律効果の発生を認めずに、当事者の一方に不利益な法律判断を下

6) ローゼンベルク（著）倉田卓次（訳）『証明責任論・全訂版』（判例タイムズ社、1987年）73、87頁。三ヶ月章『民事訴訟法』（有斐閣、1959年）407頁。（中）畢玉謙『民事証明責任研究』（法律出版社、2007年）1頁。

7) 日本の民事訴訟法学においては、通常、「証明責任」とは「客観的証明責任」を指すものとされている。本稿においても、特別な説明がない場合には、「証明責任」を「客観的証明責任」として用いることにする。

すこと)を可能ならしめる法則が、証明責任である。すなわち、証明責任は訴訟審理の最終段階において、事実の真偽不明の場合に作用している⁸⁾。この意味での証明責任が客観的証明責任であり、確定責任、結果責任とも呼ばれ、証明責任の本質をなす。これに対して、客観的証明責任が「弁論主義というプリズムを通して投影されたものが主観的証明責任」⁹⁾であり、行為責任、(抽象的)証拠提出責任とも呼ばれる。

第二項 日中における証明責任に関する議論

日本における証明責任の本質論について、当初、証明責任は、訴訟で証拠を提出する当事者の行為責任(証拠提出責任)と把握されていた。そして、証明責任の本質を客観的証明責任と把握するようになったのは、1917年に発表された雫本朗造博士の論文¹⁰⁾が最初のものである¹¹⁾。これが通説として確定されていることには異論がないものと考えられる¹²⁾。

一方、証明責任の分配をめぐる議論については、1960年代の半ばまでローゼンベルクの見解に代表される規範説が圧倒的な通説であった¹³⁾。その後、西ドイツにおける従来の通説であった規範説を批判する新たな学説¹⁴⁾が登場したことに影響されて、日本においても規範説の形式性を批判し、新たな分配基準を提唱する学説が主張された。こうして、通説(法律要件分類説)¹⁵⁾と新説(利益衡量説)¹⁶⁾の間に証明責任の分配基準をめぐる

8) 村上博巳『証明責任の研究』(有斐閣、1986年)2～4頁。

9) 中野貞一郎=松浦馨=鈴木正裕(編)『新民事訴訟法講義』(有斐閣、2007年)359頁[青山善充執筆]。同旨、齊藤秀夫『民事訴訟法概論』(有斐閣、1969年)295～296頁。(中)張衛平「証明責任概念解析」鄭州大学学报社会科学版第33卷第6期(2000年)57頁。

10) 雫本朗造「挙証責任ノ分配」『民事訴訟法の諸問題』(有斐閣、1955年)187頁以下(初出、同「挙証責任ノ分配」鳩山秀夫編『私法論集：土方教授在職二十五年記念』(有斐閣、1907年)473～602頁)。

11) 小林秀之「証明責任の意義と分配」判例タイムズ39巻665号(1988年)5頁。

12) 兼子一「立証責任」同『民事訴訟法講座第二巻』(有斐閣、1954年)567頁。三ヶ月・前掲注(6)407頁。齊藤・前掲注(9)295頁。村上・前掲注(8)6～7頁。松本博之『証明責任の分配』(有斐閣、1987年)6～7頁。上野泰男「証明責任」法学教室267号(2002年)14～19頁。

13) 三ヶ月章『民事訴訟法』(有斐閣、1959年)407頁

14) 竜崎喜助「挙証責任論序説—ドイツ挙証責任論における行為責任と結果責任の交錯—(一)・(二)」法学協会雑誌92巻11号(1975年)29頁以下、同12号63頁以下。

15) 中野=松浦=鈴木・前掲注(9)361頁以下[青山善充執筆]。

16) 石田稷『民法と民事訴訟法の交錯』(東京大学出版社、1979年)72頁以下。

議論（いわゆる石田倉田論争）¹⁷⁾ が盛んに行われるようになり、1975年6月15日に開催された民事訴訟法学会の「証明責任（挙証責任）の分配」をテーマにするシンポジウム¹⁸⁾で論争は最高潮に達した。今もなおその帰趨は明らかではないが、法律要件分類説が通説として唱えられているといえる¹⁹⁾。

これに対して、中国における「挙証責任」²⁰⁾ という概念は、当初は証拠を提出する責任という意味で理解されており、これは清朝末期の変法運動を経て日本から「輸入」されてきたといわれている²¹⁾。その後、ソ連法の影響もあり、1980年代まで証拠提出責任は、証明責任の本質として把握されており、今もなおこのような見解が散見される²²⁾。客観的証明責任が、証明責任の本質として把握されるようになったのは、1985年の春に公表された李浩教授の論文が（日本より約70年間遅れたが）最初のものであった²³⁾。ここで注目すべきは、証明責任の本質が結果責任（客観的証明責任）であるとの通説²⁴⁾を批判し、結果責任と行為責任（証拠提出責任）の両者はともに証明責任の本質をなしているという「二重説」が登場したことである²⁵⁾。この学説が今日も多数説として形成されている。

他方、証明責任の分配については、具体的訴訟類型において危険領域説と利益衡量説が紹介されることはあった²⁶⁾。しかし、中国国内において新たな分配基準を提唱する議論は見当たらず、法律要件分類説が通説として理解されている²⁷⁾。

17) 石田穰「立証責任論の現状と将来」法学協会雑誌 90 巻 8 号（1973 年 9 月）26～55 頁。倉田卓次「証明責任分配における通説の擁護—石田説の批判—」判例タイムズ 318 号（1975 年 5 月）57～65 頁。石田穰「立証責任の再構成—通説の批判—」判例タイムズ 322 号（1978 年 8 月）2～29 頁。

18) 1975 年 6 月 15 日に一橋大学で開催された民事訴訟法学会シンポジウムにおける採録「証明責任（挙証責任）の分配」民事訴訟雑誌 22 巻（1976 年）153～254 頁。

19) 中野＝松浦＝鈴木・前掲注（9）365 頁〔青山善充執筆〕。

20) 日本法の証明責任を指す。

21) 張衛平「証明責任概念解析」鄭州大学学报・社会科学版第 33 巻第 6 期（2000 年）60 頁。

22) 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。

23) 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）42 頁。

24) 張衛平『民事訴訟法教程』（法律出版社、2008 年）82 頁以下。

25) 畢玉謙・前掲注（6）28 頁。李浩「民事証明責任研究」（法律出版社、2003 年）17 頁。

26) 畢玉謙・前掲注（6）89 頁。

27) 李浩・前掲注（25）146～158 頁。

第三項 中国の現行法における証明責任の本質

既に触れたように、中国の現行法における証明責任に関する規定は民事訴訟法 64 条 1 項の「主張する者が証明責任を負う」である。当初、1991 年の民事訴訟法の制定過程に関するシンポジウムに参加した学者の回想によると、如何なる証明責任を規定すべきであるかについて、制定過程への参加者の間に激しい論争があったという²⁸⁾。

論争においては主に次の二つの見解が対立していた。一つは、証明責任が結果責任と行為責任の二つの意味を包含しており、両者がともに民事訴訟法において規定されるべきであるとする見解である。証明責任に基づく不利益な法的効果を規定せずに、単に行為責任としての意味での証明責任を規定する証明責任制度は、一種の不完全な証明責任制度となる。立法の科学性・厳格性を保つために、証明不能または証明不十分による不利益な法的結果が条文上に規定されなければならない。すなわち、証明責任を負う当事者が自分の主張に対して証拠を提出して証明できない、または十分に証明できない場合に、不利益な法的結果を負担しなければならないのである。もう一つは、民事訴訟における勝訴・敗訴の決め手は事実の認定であり、証拠を提出できないことは、必ずしも敗訴を意味するわけではないとする見解である。中国の人口の絶対的多数を占めているのは農民である。農民は法律知識と法律意識に比較的乏しいために、もし証拠を提出できなければ敗訴の不利益を負わなければならないというように規定すると、彼らの権利・利益はより合理的に保護されなくなってしまう。同時に、このような立法は、裁判所が自己の職能を重視し、裁判官の積極性を呼び起こすことに不利な影響を与えてしまうおそれが生じる。このように、この見解は証拠を提出し証明できなければ不利益な法的結果を負わなければならないことを規定すべきではないというものであった。民事訴訟法 64 条 1 項はこの二つの意見に対する折衷的な選択を行った結果である。

したがって、中国の現行法における証明責任の本質は、不明確で、結果責任としての客観的証明責任とも、行為責任としての証拠提出責任とも言い切れない曖昧なものである。

28) 常怡『民事訴訟法学』（法律出版社、1994 年）165 頁。

第二款 中国法における証明責任の転換に対する新たな解釈

第一項 訴訟の過程における証明責任の不可転換性

医療過誤訴訟における証明責任の転換に肯定の立場を取る学説は、証明責任の転換を以下のように定義している。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、もと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負担させることを指す。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も言える²⁹⁾。

しかし、私見によれば、証明責任は、訴訟審理の最終段階においてなお事実の真偽が不明な場面において始動し、裁判官に指針を与え裁判を可能ならしめるという機能を発揮するものであるため、訴訟審理の最終段階にしか作用しない。したがって、証明責任は訴訟の過程において当事者が如何なる証拠を提出したか、また裁判所がどの程度の心証を得たかなどの事情によって影響されるものではないのであろう。

以上を前提とすると、証明責任の転換や第二次分配という考えは成り立たないことが結論として導かれることになるだろう。すなわち、証明責任は、証明責任の分配原則に基づき、まず原告が「権利の存在」にとって原因たる事実について証明責任を負い、被告が「権利の不存在」にとって原因たる事実について証明責任を負わないものとして分配される。それにもかかわらず、訴訟の過程において、原告が事実の存在について証明責任を負うという状態から、一転して被告が事実の不存在について証明責任を負うという状態へと証明責任を転換させるのは、証明責任の本質が確定責任、結果責任としての客観的証明責任にあることから乖離し、矛盾を生じさせる。したがって、証明責任の転換や第二次分配という考えは成り立たないものとする。

確かに、訴訟の過程において原告が証明責任を負う事実の存在（要証事実）に関して一応有力な証拠を提出すると、裁判官の心証または暫定的な心証が形成され、被告は不利益に判断されないようにこの心証形成の基礎

29) 李浩・前掲注（25）165頁。

に対し他の証拠の提出によってこれを覆すことを試みなければならない。事実の不存在（反対事実）についての証明責任が被告に転換される、と説明するような設例（以下、「設例」と称する）にあるように、これは証明責任の問題ではなく、反証の問題である³⁰⁾。なぜなら、有力な証拠が提出されたことによって、裁判官が既に要証事実について確信を得ている場合には、事実の真偽不明の状態とはならないため、証明責任の問題ではないからである。これに対し、被告にとっては、反対事実について裁判官の確信を生じさせることは必ずしも必要でなく、要証事実についての裁判官の確信を動揺させ、真偽不明という証明責任の働く状態へ持ち込む努力が必要となるのみである。

第二項 具体的証拠提出責任の提唱

1 具体的証拠提出責任

日本においては、設例のような、訴訟の過程における当事者の立場から証拠を提出しなければ不利益に判断される状態、即ち具体的な証明の必要性を、抽象的証拠提出責任（主観的証明責任）に対して具体的証拠提出責任と名付ける考え方がある（類似の学説として反証提出責任説がある³¹⁾）。具体的証拠提出責任は、「裁判官の心証が確定的に生ずることを妨げ真偽不明の状態に引き戻すため証拠を提出する相手方当事者の必要」³²⁾と定義されている。

この具体的証拠提出責任の提唱の経緯を分析してみると、1950、60年代頃では、主観的証明責任については裁判官の具体的な心証の問題に過ぎず³³⁾、弁論主義を通して特殊な投影をしたものに他ならず、その独自性が乏しいものであり³⁴⁾、概念を導入することの実益はなお十分に論証されたものとはいえない³⁵⁾、といった否定的色彩の強い見解が多かった。しかし、1970、80年代に入ってから、否定的見解を納得させる意図のもと、弁論主義の下において客観的証明責任の投影としての従来の主観的証明責任に

30) 兼子一＝竹下守夫『民事訴訟法・新版』（弘文堂、1993年）127頁。

31) 山木戸克己「自由心証と挙証責任」大阪学院大学法学研究1巻1・2号（1976年）79頁、86頁以下。

32) 松本博之『証明責任の分配・新版』（有斐閣、1996年）11頁。

33) 兼子・前掲注（12）569頁

34) 三ヶ月・前掲注（13）408頁。

35) 新堂孝司『民事訴訟法』（筑摩書房、1964年）351頁。

関する理解よりさらに進んだ独自性のある主観的証明責任を主張する見解が登場した。すなわち、これまで法的概念でないとされていた具体的な証明の必要性も包含し、弁論主義のみならず職権主義の下でも働き、かつ客観的証明責任を負う当事者の相手にも主観的証明責任を認めるという具体的証拠提出責任が提唱されるようになったのである³⁶⁾。要するに、従来の主観的証明責任を抽象的証拠提出責任ととらえ、これと独自性のある主観的証明責任である具体的証拠提出責任とが区別された³⁷⁾。この具体的証拠提出責任を提唱する意義は次の四点にまとめることができる。

第一に、訴訟審理の最終段階における真偽不明の場合の裁判に指針を与えるのが客観的証明責任であるのに対して、訴訟の過程において要件事実の存否を不利益に判断される危険を避けるための証明の必要性（反対事実について証拠を提出しなければならない責任）を具体的証拠提出責任と定義づけることによって、設例における（客観的）証明責任が訴訟の過程では機能しないということを制度的に裏づけて整合的に説明できる。これにより証明責任の本質論に関する学説の一貫性を保つこともできる。

第二に、具体的証拠提出責任を負っていることを明確にすれば、それを負う当事者にとっては証拠を提出しないことは結審の予告となる。そのほうが、それにより敗訴する危険がある当事者にとって不意打ちを防止するので手続上の権利保障にも資する。

第三に、客観的証明責任を負わない当事者は負担しない抽象的証拠提出責任（従来の主観的証明責任＝抽象的証拠提出責任は客観的証明責任を負う当事者にのみ生じる）とは異なり、具体的証拠提出責任は客観的証明責任を負わない当事者にも生じる。

第四に、具体的証拠提出責任は行為責任であり、裁判官の心証が形成されつつあるのに反証を提出しない相手方は、不利益となる事実認定に甘んじなければならないという客観的証明責任の意味での結果責任ではない。要するに、具体的証拠提出責任は抽象的証拠提出責任と客観的証明責任との境界に位置づけられ、両者の境界線を明確化し、両者の整合性を整える。

以上のように、具体的証拠提出責任という概念には、証明責任を負わない当事者の証拠提出義務に制度的裏づけを与えるという意義がある。さら

36) 小林秀夫『証拠法』（弘文堂、1989年）138頁以下。

37) 松本・前掲注（32）13頁。

に、「一応の推定」法理や「間接反証」法理が裁判所の釈明活動の指針（裁判官が釈明に基づき証明を促す当事者は、必ず証明責任を負う当事者ではなく、具体的証拠提出責任を負う当事者であることからみても分かる）として働くことを考慮すると、客観的証明責任とは別個独立した行為責任としての具体的証拠提出責任に独自の意義を認めるのが適切であることが、かつて否定的見解をとっていた学者にも認められるようになっていく³⁸⁾。

2 中国法における証明責任の転換に対する新たな解釈

以上のことを踏まえると、如何なる意味で証明責任という語を用いるかによって証明責任の転換の意味も異なることになる。そこで、証明責任に関する議論が決着をみていない中国において、証拠解釈4条1項8号における証明責任の転換に関する二つの学説、すなわち「肯定説」と「否定説」を通して、証明責任の転換を客観的証明責任と主観的証明責任、双方の立場から再検討することにする。

まず、証明責任の転換を客観的証明責任の意味に用いる立場（およそ「肯定説」がこのような立場にあるであろう）に立てば、以下で分析するように、訴訟の過程における客観的証明責任の転換に同意することはできない。つまり、客観的証明責任は訴訟審理の最終段階に始動し、機能するものであり、訴訟の過程において当事者が如何なる証拠を提出したか、また裁判所が如何なる程度の心証を得たかなどの事情によって影響されるものではない。故に、証明責任の分配原則に基づいて原告たる患者側が過失・因果関係の存在について証明責任を負うという状態から、一転して被告が過失・因果関係の不存在について証明責任を負うという状態へと証明責任を転換させるのは、証明責任の本質から乖離し、矛盾を生じさせる。訴訟の状況に応じて移動するという意味での客観的証明責任の転換は考えられないことになる³⁹⁾。

38) 新堂孝司『新民事訴訟法〔第四版〕』（弘文堂、2008年）534頁。この新著書における新堂氏の見解（新堂新説）は、旧著書＝新堂・前掲注（35）351頁における見解（新堂旧説）とは正反対になっている。なお、具体的証拠提出責任に関連する立証程度・証明度について「証拠提出責任の移動を生じさせるための立証の程度は、裁判官の事実認定の際に要求される証明度と関連するが、客観的証明責任を負う当事者の立証は本証をなすことが要求されるので、反証で足りる相手方の立証よりも高いレベルものになろう」と指摘されている。小林秀之『新証拠法〔第2版〕』（弘文堂、2003年）171頁。

39) 三ヶ月章『民事訴訟法・第3版』（弘文堂、1992年）445～447頁。

これに対して、証拠解釈4条1項8号における証明責任の転換とは、訴訟の過程における客観的証明責任の転換ではなく、訴訟の開始時における証明責任の転換を意味するという批判は生じ得る。しかし、通説の法律要件分類説に基づく証明責任の分配基準をなす医療過誤に関する実体法が設けられていない状況において、手続法に対する任意の司法解釈をもって過失責任が妥当する医療過誤における不法行為責任を無過失責任へと接近させることになり、賛成することはできない。

つぎに、証明責任の転換を従来の主観的証明責任（抽象的証拠提出責任）の意味に用いる立場に立ったとしても、結論は変わらない。なぜなら、主観的証明責任（＝抽象的証拠提出責任）は「客観的証明責任が弁論主義というプリズムを通して投影されたもの」⁴⁰⁾であり、客観的証明責任に常に随伴して生ずる責任である。したがって、客観的証明責任を負う当事者のみに生じ、訴訟の状況に応じて客観的証明責任を負わない当事者に移動するという意味では、訴訟の過程における主観的証明責任の転換も考えられないことになるだろう。

他方、証明責任の転換自体に否定する「完全否定説」においては証明責任の「転移」⁴¹⁾が証明困難の軽減策として提案されている。また、証明責任の転換の適用に否定する「適用否定説」においては証明責任の「輪換」⁴²⁾が証明困難の軽減策として提案されている。ところが、前述と同様の理由で、証明責任を客観的証明責任もしくは抽象的証拠提出責任として理解する以上、証明責任の「転換」のみならず、証明責任の「転移」も「輪換」もできないとの結論に至る。

以上の検討から、本節の結論として、一方で、証明責任を客観的証明責任もしくは抽象的証拠提出責任としての意味に用いる場合には、証拠解釈4条1項8号を医療過誤訴訟における証明責任の転換と解釈する考え方に賛成することはできない。もっとも、客観的証明責任が転換することは考えられないのである。また、裁判実務に対する検討によって示されるよう

40) 中野＝松浦＝鈴木・前掲注(9)359頁[青山善充執筆]。

41) 「転移」とは、すでに証明された一部の事実をもとに原告の主張する事実の成立を推定し、それによって証明責任を被告に移転させることを指す。裴蒼齡＝魏虹「拳証責任不能倒置」政治與法律第146期(2007年)158頁。

42) 「輪換」とは、訴訟の係属中において裁判官は自由裁量権を行使することによって原告と被告の間で合理的に証明責任を分配し、移転させることを指す。陳明国「論医療侵權糾紛案件的拳証責任」西南政法大學學報第47期(2006年)113頁。

に、医療過誤訴訟における過失や因果関係について証明責任は転換せず依然として患者側にあるとも解すべきである。他方で、証明責任を具体的証拠提出責任としての意味に用いる場合には、証拠解釈4条8条1項は、訴訟の開始時における両当事者の具体的証拠提出責任を明らかにするものであり、訴訟の審理中における医師側にあるカルテの提供、医療鑑定の申請という行為責任としての具体的証拠提出責任を訴訟の開始時に繰り上げることによって証明負担を軽減するというように解釈すべきものであると考える⁴³⁾。

第二節 過失の推定に関する検討

医療過誤訴訟における証明負担の軽減のため、中国法において証明責任の転換の後続として、過失の推定という制度が不法行為法58条1項1号の立法によって確立された。ところが、既に第二章第三節において分析してきたように、この58条1項1号をめぐる解釈論は多岐に涉って展開されているように見える一方、裁判実務に即した議論はなく、適用の際の要件の具体化に関する議論もないため、実務上は混乱の状況ばかりを呈している。本稿以下では、適用の際のより具体的な指針を与えることを目的として、日本法における過失の「一応の推定」と中国法における過失の推定との比較法的考察に基づき、不法行為法58条1項1号をめぐる新たな解釈論の展開を試みる。

第一款 日本法における過失の「一応の推定」と中国法における過失の推定との比較

日本法における過失の「一応の推定」は判例法から形成された法理である。その法的性格は裁判官の自由心証の一作用として経験則の適用による事実上の推定である。一般の事実上の推定と区別されるべき場合には、過失の「一応の推定」の特質は（イ）過失事実の抽象的・不特定の認定の許容、（ロ）過失の抽象的・不特定の推認を妨げる特段の事情についての

43) 同旨、ゴットフリート・バウムゲルテル（著）勅使河原和彦（訳）「ドイツ民事訴訟法における証明責任の転換と具体的証拠提出責任との関係」早稲田大学外国民事訴訟法研究会（編）『ヨーロッパにおける民事訴訟法理論の諸相』（早稲田大学比較法研究所、1999年）1～9頁。

相手方の反証責任という二点に求めることができる。（イ）の許容を支える根拠として抽象化された許容基準は、高度の蓋然性をもつ経験則である。（ロ）の反証責任という許容効果からは、過失の「一応の推定」の許容範囲をさらに拡大させ、実質的な根拠を実体法的利益の考慮に求め、そこから証明責任の転換という許容効果を導くことも考えられている。

他方、中国法における過失の推定は、裁判例の蓄積また学説における議論から展開されたものではなく、立法者による実体法的利益を考慮した上での法的政策的価値判断にすぎない。不法行為法 58 条 1 項 1 号における過失の推定は、証明責任の転換という許容効果を追求し明文化されたものであると考えられる。以下では、不法行為法 58 条 1 項 1 号における過失の推定の本質を明らかにするために、具体的に（1）許容前提、（2）許容基準および（3）許容効果といった項目から、日本法における過失の「一応の推定」との比較法的考察を行うことにする。

（1）許容前提

日本法における過失の「一応の推定」の許容前提とされるのは、①加害行為および②損害という二つの前提事実の証明である。これに対して、中国法における過失の推定の許容前提とされるのは、①加害行為、②損害および③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すること（以下では、「法律などに違反すること」と略称する）という三つの前提事実の証明である。①加害行為および②損害といった二つの前提事実が表見の客観的事情に当たるため、通常、患者側にとって証明は困難とはならない。そのため、①および②の二点を要求する日本法における過失の「一応の推定」は医療過誤訴訟における証明負担を軽減する機能を果たすことができる。これに対して、中国法における③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することという前提事実はそもそも証明され難いものである。そのため、①、②および③の三点を要求する中国法における過失の推定は、医療過誤訴訟における証明負担を軽減する機能を果たせるか否かについて疑問が残る。

(2) 許容基準

日本法における過失の「一応の推定」の許容基準とされるのは、高度の蓋然性をもつ経験則である。①加害行為および②損害といった二つの前提事実さえあれば、過失事実という推定事実の心証を一挙に証明度に近づかせるのはこの許容基準の働きからである。これに対して中国法における過失の推定の許容基準とされるのは、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である。診療規範とは一定期間内における全国の平均的な医師に要求される最低限度の診療義務を集権的に規定するものである。診療規範が一定期間内で不変なものであり蓋然性をもつ経験則にあたる場合は多いが、必ずしも高度の蓋然性をもつ経験則に当たるとは限らない。そのため、診療規範は、過失事実という推定事実の心証を一挙に証明度に近づかせる働きが弱い。したがって、法律、行政法規、規則という類はともかく、診療規範は許容基準として成り立つのかについて疑問が残る。

(3) 許容効果

日本法における過失の「一応の推定」の許容効果とされるのは、過失の抽象的・不特定の推認を妨げる特段の事情について、相手方に課される反証責任である。実際には、高度の蓋然性をもつ経験則の適用による「一応の推定」が許容されると、被告側の過失につき固まってきた裁判官の確信を動揺させるための反証というものも、場合によってそれが奏功するために相当の重みがなければならない。その意味においては、実体法的安定性を確保した上で、必要な範囲で「一応の推定」の適用によって「証明責任転換の半歩手前」の許容効果が期待できる⁴⁴⁾。さらには、実体的利益考慮に基づき、「一応の推定」に「法律上の事実推定」と同一の「証明責任の転換」という許容効果を付与させる見解もあり、かつ近時の有力説ともなりつつある⁴⁵⁾。

これに対して、不法行為法 58 条 1 項 1 号の立法趣旨から、中国法にお

44) 中野貞一郎『過失の推認』(弘文堂、1978年)60頁。

45) 藤原弘道「一応の推定と証明責任の転換」新堂幸司ほか(編)『講座民事訴訟⑤証拠』(弘文堂、1983年)156頁。同旨、太田勝造『裁判における証明論の基礎——事実認定と証明責任のベイズ論的再構成』(弘文堂、1982年)215頁。高田裕成「過失の一応の推定」伊藤眞=加藤新太郎(編)『民事事実認定』(有斐閣、2006年)64頁。

ける過失の推定は証明責任の転換という許容効果を付与されている。この点について、第二章第三節第一款で紹介した条件付証明責任の転換説、法律上の事実推定説、および表面証拠説は共に異論がないところである。立法の急進に伴う欠陥が多いものの、日本法では証明責任の転換という許容効果を認めるのに実体法的な根拠がないという欠点があるのに対して、中国法では立法が容易かつ軽率に行われた結果として実体法的根拠を獲得した。しかし、駆け込み乗車といえる中国式立法モデルは外国法の優れた経験を法移植することで、証明責任の転換という許容効果を期待するあまり、構成要件の設計に精緻な考慮が欠けているものと思われる。

第二款 中国法における過失の推定に対する新たな解釈

第一項 従来の学説の整序

不法行為法 58 条 1 項 1 号をめぐる解釈論として、主に条件付証明責任の転換説、法律上の事実推定説、法律擬制説、および表面証拠説という四つの学説が存在する（第二章第三節第一款を参照）。その中、法律擬制説を除き、その他の三つの学説は、本質、法理的根拠、および適用の効果といった整序素因によれば以下のようにまとめることができた。法律上の事実推定説が述べるように、不法行為法 58 条 1 項 1 号の本質は、法律上の事実推定である。表面証拠説が述べるように、不法行為法 58 条 1 項 1 号を支える法理的根拠は、表面証拠（*Anscheinsbeweis*）＝「一応の推定」（*Anscheinsbeweis*）法理である。そして、条件付証明責任の転換説が述べるように、不法行為法 58 条 1 項 1 号は適用の効果として証明責任の転換を追求しているものである。

一方、法律擬制説について、法律擬制説によれば、不法行為法 58 条 1 項 1 号の本質は反証によって覆す余地のない推定である。法律擬制の特徴は、虚偽たることの明白なる事実を、それが恰も真実なるかの如くみなす一種の認定である⁴⁶⁾。そのため、推定とは異なり、法律擬制は反対事実の主張を許さないとされる。とろろが、裁判実務において 58 条 1 項 1 号の場合でも、すでに触れたように、たとえば、重症患者を救助するような特別の事情がある場合には、医療従事者が診療規範に適合しない医療行為を

46) 張海燕『「推定」和「視為」之語詞解讀——以我國現行民事法律規範為樣本』法制與社會發展（2012 年第 3 期）106 頁。

行っていたが、もし当時の状況においてそのような医療行為を行っていたことに相当な事由があったと証明されたとき、裁判所は、医療機関に過失がないことを認定することができる。また、患者の特別な病状に鑑み、医師が診療規範を超える用量や異なる手法の薬物投与を行った医療行為は過失のないものとして認定されることができる。したがって、58条1項1号の本質は、反証によって覆す余地のある推定であり、法律擬制ではないと考えることができる。

第二項 適用要件の簡略化

本稿全体的な分析を踏まえ、本節の結論としては、不法行為法58条1項1号の本質は、医療過誤訴訟において過失の「一応の推定」の法理の適用を認めて法定化した法律上の事実推定である。

しかし、許容前提として①加害行為および②損害のほか、③法律などに違反することという前提事実の証明を要求することによって、証明責任の転換という効果を期待することはできなくなっている。なぜなら、通常であれば、法律上の事実推定規定は、証明困難な推定事実の代わりに、証明の容易な前提事実の証明をすれば足りるとする趣旨の定めであり、推定事実についての証明責任を軽減するためのものである⁴⁷⁾。ところが、58条1項1号に挙げられる「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する」という前提事実の証明はそもそも容易ではないため、医療過誤訴訟における証明負担の軽減に資することができなくなるからである。

また、58条1項1号における過失の推定は、覆す余地のある推定であるか、それとも覆す余地のない推定であるかについて、私見では以下のとおり考える。裁判実務における法適用に当たって、法律上の事実推定であるため、原告たる患者側からは前提事実の証明をすれば、過失の存在が推定される。もっとも直ちに過失の存在を認定することはできない。被告たる医師側としては、前提事実の証明を妨げる立証をしてもよいが、前提事実が存在しても、推定事実・過失の不存在を証明して推定を覆すことが許される。

47) 新堂幸司『新民事訴訟法〔第四版〕』（弘文堂、2008年）540～541頁。

さらに、時下の中国の裁判実務において「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ないならば、過失の不存在を認する」というような適用上の傾向が顕著である。この点について、診療規範とは、一定期間内における全国の平均的な医師に要求される最低限度の診療義務を集権的に規定するものであるに過ぎない。そのため、診療規範に違反しないとしても、直ちに過失の不存在を認定することはできないと認識されるべきである。

以上から、58条1項1号が表見証拠＝一応の推定という法理によって支えられる推定規定であるため、高度の蓋然性をもつ経験則が存在することを前提として、①加害行為および②損害といった客観的事情さえ証明されれば、58条1項1号の適用を許容し、過失事実の存在を一応推定することが許されるべきである。その意味で、58条1項1号は原告たる患者側に証明主題の選択を許すとともに、推定の覆滅にあたっては過失の不存在といった反対事実の証明責任を被告たる医師側に転換させるものとなり、医療過誤訴訟における証明負担を軽減する立法趣旨を実現することとなるだろう。

第三節 医療水準論に関する検討

第一款 日中における医療水準論の相違

日本法における医療水準論は、光凝固法という新規治療法の存在を前提とする一連の未熟児網膜症の判例を背景に形成され、医師側が負う高度の注意義務と医療の現実との調和を図るための道具概念である。医療水準論は、臨床医療の現場における医師の注意義務違反の有無を判断するための具体的な基準とされる。医療水準であるかどうかを決するについては、判例と学説は共に、全国一律に絶対的な基準として考えるべきものとした時期から、医師の専門分野、所属する医療機関の性格、その所在する地域の医療環境の特性等の諸般の事情を相対的に考慮すべきものとする時期へと変遷を辿っている。また、医療水準は、平均的な医師が現に行っている医療慣行と区別されており、医師が医療慣行に従って医療行為を行ったからといって、医療水準に従って注意義務を尽くしたと直ちに判断することはできないとされる。

これに対して、2002年以降、日本法における医療水準が、日本法に詳しい中国人の法学者により中国本土に紹介され、医師の専門分野、医療機関の性格、および地域の医療環境の特性等の諸般の事情を相対的に考慮すべきものであると共同認識された⁴⁸⁾。その後の不法行為法の立法・起草段階において、不法行為法草案第2、3回審議案の57条1、2項の形で法移植として起草されていた。ところが、最終の成文案・第4回審議案において相対的に考慮される要素を規定する57条2項（原文「医療従事者の注意義務を判断するときは、地域の特性、医療機関の性格、医療従事者の資質等の要素を適切に考慮しなければならない」）文言は削除された。現在、立法者によって解釈されている中国法の医療水準論は、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といった全国一律の絶対的な基準によって判断されるものとなった。裁判実務においても立法者によって提示された判断枠組みのもとで、裁判所は、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といった全国一律の絶対的な基準をもって、医師側の医療行為が医療水準に達しているかどうかを判断している。さらに、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ないならば、医師の医療行為が医療水準に達したものと認定し、直ちに過失の不存在を認定する。このような状況では日本法における医療水準論を導入した実益がなくなったと言わざるを得ない。

第二款 中国法における医療水準論に対する新たな解釈

第一項 現行法の欠陥の分析

不法行為法57条における医療水準論を再構成するために、「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」といった判断基準を先に考察しておく必要がある。中国法の現状では、法律、行政法規、規則と比べて、診療規範の定義・範囲に関する検討がないが、私見では、中国のような広域の中央集権の政治体制のもとでは、診療規範を「一定期間内における全国の平均的な医師に要求される最低限度の診療義務を集権的に規定するものである」と定義することができるだろう。とすれば、平均的な

48) 関淑芳「論医療過錯的認定」清華大学学报哲学社会科学版（2002年第5期）51～57頁。新美育文（著）夏芸（訳）「日本医療訴訟の現状」清華法学（2003年第2期）375～381頁。

医師といった要素に注目するときは、診療規範は日本法における平均的な医師が現に行っている「医療慣行」という概念と一致する内容が多いものと思われる。そこで、医師が診療規範（医療慣行）に従って医療行為を行ったからといって、医療水準に従って注意義務を尽くしたと直ちに判断することができないとされるべきである。また、最低限度の診療義務といった要素に注目するときは、少なくとも、最も精密かつ先進的な医療器械を備えている中国の[三級甲等]（最上級の）病院に勤務する医師に対しては、診療規範以上の注意義務を課しても妥当とされる場合が多いと思われる。他方、中国全域で計10種類に分類される病院またその病院に所属する医師のすべてに対して、区別がなく全国一律の絶対的基準とされる診療規範をもって医療水準と判断することは、不当と言わざるを得ない。したがって、「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」と医療水準を同等視することは、日本法における医療水準論を中国に法移植した意味を失わせ、上のレベルにある病院およびその病院に所属する医師を過度に保護することに繋がると言わざるを得ない。そこで、医療過誤訴訟の裁判実務において、過失の推定のもとで医療水準論を規定する条文を適用し、医師側の注意義務違反（過失）の有無を判断する際、裁判所は「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」に執着しないように十分な注意を払う必要がある。

他方、なぜ日本法における医療水準論を移植しながら、「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」という判断基準を別項目として追加したかについて、私見では以下の三つの理由が考えられる。

第一に、立法上の踏襲によるものである。

中国の医事関係立法において「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」という文言を用いる立法例は非常に多く存在している。例えば、医師法22条、37条⁴⁹⁾、医療事故処理条例2条、5条、6条、

49) 中国語では「中華人民共和國執業醫師法」である。1998年6月26日採決・公布、1999年5月1日施行。22条においては「医師が医業に従事する活動において、次に掲げる義務を履行しなければならない。(1) 法律、法規、技術操作規範を遵守する義務」と規定している。31条においては「医師が医業に従事する活動において、本法の規定に違反し、次に掲げる行為があったときは、県レベル以上の人民政府衛生行政部門からの警告あるいは六カ月以上一年以下の医業停止の処罰を受ける…(1) 衛生行政規則また技術操作規範に違反し、嚴重な結果を招いた場合」と規定している。

27条、31条、35条⁵⁰⁾などが挙げられる。

第二に、法律、法規、国家基準、業界基準などに過度に依存する裁判実務上の傾向である。

中国では裁判所に対する統制が依然として強いため、裁判官は保身主義の考慮から出発して「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」といった外在の強制的な国家・業界基準などに依存することによって裁判リスクを転嫁させることを図っている⁵¹⁾。

第三に、既存の最低ラインを用いて下向きに過失の存在を判断する立法趣旨である。

立法者に想定される医療水準とは「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」といった全国一律の絶対的な最低ラインである。この既存の最低ラインを用いて、教育・経済・文化の発達状況が不均衡的に伸び広がる中国の現実において、最低ライン以下であれば過失の存在を判断するという判断枠組みは、操作され易いものである。また、立法者に「医療従事者の個人の学識、技術能力、研究水準、所属する専門領域の経験における差異は、医療従事者の履行すべき注意義務を軽減する理由とすることができない」⁵²⁾と強調された主張からも、既存の最低ラインを用い

50) 中国語では「医療事故処理条例」である。2002年2月20日採択、2002年4月4日公布、2002年9月1日施行。2条においては「本条例が称する医療事故とは、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」と規定している。5条においては「医療機関および所属する医療従事者は医療活動において、厳格に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、医療慣行規則を遵守しなければならない…」と規定している。6条においては「医療機関は、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、医療慣行規則に基づき所属する医療従事者を教育しなければならない…」と規定している。27条においては「専門家鑑定グループは、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、医療慣行規則に基づき…医療事故であるか否かを鑑別・認定し、医療事故紛争の処理に医学的根拠を提供する」と規定している。31条においては「…医療事故鑑定書に下記の内容が含まれるべきである…(4) 医師の医療行為が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、医療慣行規定に違反したか否か」と規定している。35条においては「衛生行政部門は、本条例また関連する法律、行政法規、部門規則の規定に基づき医療事故が発生する医療機関と医療従事者に行政的処罰を課すべきである」と規定している。

51) 王成「医療侵權行為法律規制の実証分析——兼評『侵權責任法』第七章」中国法学(2010年第5期)116～117頁。趙西巨「論我国立法和司法对法定外在基準的過度依賴——以我国医療損害責任鑑定與訴訟實踐为例」証拋科学(2012年第三期)301頁。

52) 孟強『医療損害責任』(法律出版社、2010年4月)150頁。常務委員の呂薇氏の

て下向きに過失の存在を判断するというような立法趣旨が窺われる。

第二項 医療水準の相対化の提唱

前述の中国現行法における医療水準に反して、絶対説から相対説への変遷を辿った結果としての現在の日本法における医療水準論とは、具体的な事案ごとに、医師の専門分野、医療機関の性格、地域の医療環境の特性等の諸般の事情を相対的に考慮しながら、上向きにどこまで期待すれば双方の当事者にとっての妥当点とすることができるかを判断基準とする。この医療水準論は、多くの場合において先端的な治療法の存在を前提とする検査・診断・治療・転送・説明義務の有無を判断するときに用いられる。これはまた中国法における全国一律に要求される最低限度の診療義務を判断するときに用いられる医療水準・「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」より高いものと考えられる。したがって、医療過誤訴訟における証明負担を軽減する目的で、不法行為法57条における医療水準論を再構成するには、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」に対する絶対的かつ盲目的な執着から離れ、その上で、②医師の専門分野、医療機関の性格、地域の医療環境の特性等の諸般の事情を考慮した相対化された医療水準を提唱することが必要とされる。

また、もう一つの注目すべき新しい動向として、近年の日本法では、従来考えられなかった患者側の視点を入れ、患者側の信頼と期待から医療水準論を再考する動向が見られる。具体的には、患者側が医師側と診療契約を締結する前提には、医師の専門分野、医療機関の性格、地域の医療環境の特性による差異の認識と医師に対する一定の給付能力への信頼があり、医師側はその患者側の信頼のもとで患者への医療を行っているのであるからこそ、医師側の行為規範としての医療水準に患者側の信頼を入れ込まなければならないのである⁵³⁾。よって、当時の状況に照らし、患者側の信頼が合理的であるなら、医師に要求される医療水準となる。

さらに、医療水準論を前提としながら、より一方を前進させ、医療過誤訴訟における患者側の証明負担を軽減するために、「相当程度の可能性」

発言、中国人大網：http://www.npc.gov.cn/huiyi/cwh/1111/2009-11/12/content_1526505.htm（最後訪問：2016年11月29日）

53) 寺沢・前掲注(5)10頁以下参照。

法理といった新たな判例法理は、最高裁平成12年9月22日判決をリーディングケースとして正面から肯定され⁵⁴⁾、その後の一連の最高裁判決によってほぼ定着されるに至っている⁵⁵⁾。具体的には、医師側の医療行為が当時の医療水準にかなったものでなかった場合において、医療行為と患者の死亡（もしくは重大な後遺症）との間の因果関係の存在が証明されない場合でも、医療水準にかなった医療が行われていたならば患者がその死亡の時点においてなお生存していた（もしくは患者に重大な後遺症が残らなかった）相当程度の可能性の存在が証明されるときは、医師側は、患者側に対し、不法行為による損害を賠償する責任を負うものと解されている。したがって、相当程度の可能性法理は、立証命題を解釈上変更することによって、証明負担の軽減をはかることができた⁵⁶⁾。

以上から、相対説の下での医療水準論とそれを前提とする最新の実務動向を念頭に、医療過誤訴訟における証明負担を軽減するためには、診療当時の医療水準に適合しない医療行為があったことを前提としたうえで、「相当程度の可能性」を人格権の保護法益の一つとして認めるという新たな判断枠組みは、今後の中国法における医療水準論の解釈論の更に展開する可能性を与えるものと考えられる。

結 語

第一節 総括

従来、医療過誤は訴訟で争うことが難しいと言われてきた。その理由としては、医師側と患者側との間に存する専門知識の格差、証拠の偏在などが挙げられる。当事者間の訴訟上の武器平等原則に基づき、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原告たる患者側が直面する過酷な証明負担を軽減させることは、日中

54) 野々村和喜「医療過誤における『相当程度の可能性』法理——登場から八年を経て」同志社法学 60 卷 7 号（2009 年）575～609 頁。

55) ①最判平成 15 年 11 月 11 日民集 57 卷 10 号 1466 頁。②最判平成 16 年 1 月 15 日判時 1853 号 85 頁。③最判平成 17 年 12 月 8 日判時 1923 号 26 頁。④最判平成 21 年 3 月 27 日判時 2039 号 12 頁。⑤最判平成 23 年 2 月 25 日判時 2108 号 45 頁。

56) 新堂・前掲注（47）545 頁。

の民事法上の共通課題となる。本稿は、医療過誤訴訟における証明負担の軽減を最初の出発点とした。

中国法では、医療過誤訴訟における過失の証明と認定に関して、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、医療水準論を規定する不法行為法57条が立て続けに立法された。ところが、中国法における実務と乖離する従来解釈論の展開、また実務上の混乱した適用、そして立法論に対する過剰な重視により、期待されていた証明負担の軽減の効果が果たされないのが現状である。したがって、上記の三つの条文をめぐる従来解釈論を再構成することが、中国の医療過誤訴訟における患者側の証明負担を軽減する目的を実現するための直近の道となる。

急進された立法から生じた欠如を補完しつつ、法適用に適切な指針を与えるために、本稿は、日中の比較法的考察に基づき中国法の新たな解釈論を展開することを目的とした。そこで、第一章では日中の医療過誤訴訟の基礎を総論的に考察し、第二章で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を、第三章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本法を、それぞれ各論的に考察した上で、最後に、第四章では日中の比較法的考察に基づき、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新たな解釈論を試み、以下の結論を導いた。

まず、証拠解釈4条1項8号における証明責任の転換について、従来解釈論では、転換すべきか否かをめぐって肯定説と否定説に分けられた。しかし、裁判実務上の適用状況を分析した結果、証明責任を客観的証明責任として理解するという意味においては、過失と因果関係の証明責任が実務上原告たる患者側から被告たる医師側へ転換されておらず、証拠解釈4条1項8号は医療過誤訴訟における患者側の証明負担を軽減する機能が果たされていないことを明らかにした。そこで、本稿は、医療過誤訴訟において一律に証明責任を転換すべきか否かという従来議論の束縛から脱出し、証明責任の転換の一段階下の次元での、証明責任に関する日中法の検討に再構成の立脚点を置き、中国の現行法における証明責任が結果責任としての客観的証明責任と行為責任としての主観的証明責任との間に遊離する曖昧なものであるとの結論を導いた。その上で、具体的証拠提出責任の概念の提唱によって、証拠解釈4条1項8号における証明責任の転換は、

具体的証拠提出責任の転換として解釈されるべきものであると主張した。

つぎに、不法行為法 58 条 1 項 1 号における過失の推定について、従来の解釈論では、その本質をめぐって、条件付証明責任の転換説、法律上の事実推定説、法律擬制説と表面証拠説という四つの学説がある。しかし、法律擬制説（この説に対する筆者の反論は第二章第三節第一款と第四章第二節第二款を参照）を除き、他の三つの学説は区別が曖昧で、ほぼ同じものと見做されてもしかたのないものである。また、各説は、その展開が立法論の延長線上にとどまり、自説を支える実質的な根拠に欠けており、裁判実務上の法適用に指針を与えるような適用要件に関する検討が殆どなされていない。そのような状況の下で、裁判実務上の適用状況はいっそう混乱に陥る。裁判実務では、不法行為法 58 条 1 項 1 号の逆方向への適用に基づき、被告たる医師側が診療規範などに違反しないならば、直ちに過失は存在しないものと認定される。不法行為法 58 条 1 項 1 号を立法する当初の趣旨からは大きな乖離が生じているといえる。そこで、本稿は、日本法における過失の「一応の推定」との比較法的考察に基づき、不法行為法 58 条 1 項 1 号は、日本法における過失の「一応の推定」法理と同質なものと考えられることを明らかにした。その上で、法適用の段階において条文に規定される「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」という適用要件への執着から離れ、原告たる患者側からの「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」ことの証明がない場合であっても、裁判官の自由心証として高度の蓋然性をもつ経験則の下で、加害行為および損害といった二つの許容前提の充足によって、過失の存在を一応推定し、被告たる医師側から「過失の不存在について本証程度まで」の証明がなければ、過失の存在を認定すべきと主張した。

最後に、不法行為法 57 条における医療水準論については、立法者に想定された医療水準論と法学者に想定された医療水準論との間に生じた乖離が、中国法が直面する主な問題となる。この二者択一の問題に対し、本稿は、日本法における医療水準論をめぐる判例と学説の変遷の考察に基づき、不法行為法 57 条における医療水準を以下のように解釈すべきと主張した。すなわち、不法行為法 57 条における医療水準とは、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、具体的な事案ごとに医師の専門分野、

医療機関の性格、および所在地域の医療環境の特性等の諸般の事情を相対的に考慮した上で決されるものである。またそれと同時に、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をもって医療水準であるかどうかを決するといった現に中国の裁判実務上で採用されている医療水準の判断枠組みは放棄すべきである。その代わりに、不法行為法 58 条 1 項 1 号に内在する過失の「一応の推定」の法理に基づき、患者側の信頼に応じて、具体的な事案につき医師の専門分野、医療機関の性格、および所在地域の医療環境の特性等の諸般の事情を相対的に考慮した上で、前記の患者側の信頼が相当である場合、医師側が医療水準となることを妨げる特段の事情について反証をしない限り、医師側に要求される医療水準として判断されるべきと主張した。そこから、証明負担を軽減する効果を図る。

第二節 今後の課題と展望

以上では、医療過誤訴訟における過失の証明と認定に関して、日中の比較法的考察に基づき、急進された立法から生じた欠如を補完しつつ、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してきた。以下では、医療過誤訴訟における証明負担の軽減に関する解釈論の今後の更なる展開の方向性について提示することにする。

まず、証拠解釈 4 条 1 項 8 号における証明責任の転換については、過失責任の原則が不法行為法 54 条により確認された現行法の下で、近いうちに公布される予定のある不法行為法の司法解釈の中に留保される可能性は少ないと思われる。ただ、事案を解明するにあたって医師側に協力を求め、信義則から出発する証明責任を負わない当事者の事案解明義務から新たな解釈論が展開されることは大いに期待され得るであろう。

つぎに、不法行為法 58 条 1 項 1 号における過失の推定については、問題の性質上、今後の多くの裁判例の蓄積を通して理論的な整備がより進められ、適用要件の更なる具体化も期待され得るであろう。

最後に、不法行為法 57 条における医療水準論については、医療過誤訴訟における因果関係の希薄化に伴い、今後に向けて相当程度の可能性法理の発達と合わせて、立証命題の変更による証明負担の軽減というような解釈論の展開が十分にあり得ると思われ、これを筆者の次の研究課題としたい。

論 説

〔付記〕 本研究の一部は、平成 28 年度名古屋経済大学教育研究活性化経費「日・中・台における医療紛争の理論と実践～医療鑑定と医療 ADR を中心に～」の助成を受けたものである。