

# 医療過誤訴訟における過失の証明と認定(2)

## —— 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

第二節 医療過誤訴訟の実際の状況

### 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

第一款 従来の議論の到達点

第一項 肯定説

第二項 否定説

(以上252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

第一款 従来の議論の到達点

第一項 条件付証明責任の転換説

第二項 法律上の事実推定説

第三項 法律擬制説

第四項 表面証拠説

第五項 小括

第二款 裁判実務

---

\* 華東政法大学外国法與比較法研究院研究員

## 論 説

### 第三款 小括——問題点

#### 第四節 医療水準論——不法行為法 57 条

##### 第一款 従来の議論の到達点

第一項 立法者に想定される医療水準論

第二項 法学者に想定される医療水準論

##### 第二款 裁判実務

### 第三款 小括——問題点

#### 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 (以上本号)

#### 第二節 過失の「一応の推定」

#### 第三節 医療水準論

#### 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

#### 第一節 証明責任の転換に関する検討

#### 第二節 過失の推定に関する検討

#### 第三節 医療水準論に関する検討

## 結 語

## 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

### 第二節 証明責任の転換——証拠解釈 4 条 1 項 8 号の解釈論

#### 第二款 裁判実務

中国では裁判例の法源性が認められていない。しかし、学説また実務では「最高人民法院公報」・「人民法院報」・「人民法院案例選」に掲載された裁判例については、ほかの裁判所が同種の訴訟の審理にあたって過去の裁判例を「参照にすることができる」<sup>1)</sup>と解釈されている。これら

---

1) 宇田川幸則「中国における精神損害賠償に対する金銭賠償をめぐる法と実務 (3)」北大法学論集 48 卷 2 号 (1997 年) 371 頁。同旨、周道鸞「中国案例制度の歴史発展」法律適用 (2004 年第 5 期) 5 頁。なお、近時、「指導性案例」を代表とする中国の案例指導制度の中身に関する議論も活発に行われている。詳細は、徐行「現代中国における訴訟と裁判規範のダイナミックス (3)：司法解

の裁判例は法的拘束力を有していないものの、司法実務において重要な役割を果たしている。これらの裁判例を検討することによって、ある分野の裁判実務の動向を把握することも期待される。医療過誤訴訟において証明責任の転換を適用すると解釈される証拠解釈4条1項8号が施行された2002年4月1日以降、裁判実務において変化が起きているか否か、あるいは証明困難の問題が緩和されているか否かについては、これまで殆ど議論されてこなかった。そこで本款では、医療過誤訴訟における患者側の証明責任の軽減を立法目的とする証拠解釈4条1項8号が施行されて以降の裁判例を素材として、裁判実務における証明責任の転換の実践的な検証を試みたい。

### [裁判例1]<sup>2)</sup>

#### <事実>

原告X1の子(患者)はX1に連れられて被告Y1病院に歯の診察を受けたところ、Y1の医師Aは問診後、患者に医療行為として抜歯を施したが関係記録を作成しなかった。帰宅後、患者は異変を起こし、その後、被告Y2病院の診察を受け入院した。しかし、病状は悪化し続けた。その後、患者は遂に訴外Q病院に転院させられ、治療・応急手当が行われたが、効果なく死亡した。そこで、X1らはY1、Y2に対して損害賠償を求めて提訴した。

#### <判決>

#### [1審]

裁判所は「病理解剖の結論に基づき、患者の死亡と医師Aの医療行為との間に必然的關係を確認することができない」ことを判決理由として、「患者の死亡が医師Aの抜歯医療行為によるものというXらの主張を証拠不足により支持しない」と判断した。ところが、他方で裁判所は「医師Aがカルテを作成しなかったことにより、本件の責任の認定を困難に陥らせた」と判断した上で、適度な経済的補償として5万元の支払いを

積と指導性事例を中心に」北大法学論集63巻6号(2013年)89～146頁を参照することができる。

2) 1審：河南省鄭州市中級人民法院・判決日時不明、(2001)鄭民初字第38号。  
2審：河南省高級人民法院・2002年6月17日判決、(2001)豫法民終字第579号。

Y1 に命じた。

X らは 1 審判決を不服として控訴した。

## 【2 審】

裁判所は「医療過誤鑑定委員会の鑑定結論においては、患者の死亡と医師 A の抜歯という医療行為との間に因果関係がないと判断された。この鑑定結論を判決の根拠として、Y1 に賠償責任はない」と判断する一方、「Y1 に管理上の落ち度が存在していたため、ある程度の補償を命じることが適当である」として、原審判決を維持した。

[裁判例 2] <sup>3)</sup>

<事実>

原告 X1 の夫（患者）は、突然転倒し、歩行障害と頭痛を訴えた。その一時間後、X1 の夫は被告 Y 病院に搬送され、診察を受け入院した。入院中、二回手術を受けたが、術後傷口が完全には癒合しなかったため感染症にかかり、治療・応急手当が行われたが効果はなく、退院後に死亡した。そこで、X1 らは、医療行為に過失があったことを理由に、Y に対して賠償を求めて提訴した。

<判決>

## 【1 審】

患者の死亡原因について、広東省医療過誤鑑定委員会の鑑定では、「治療過程において医師側の医療行為には患者の死亡につながる直接的な職務上の怠慢または過失がない」との結論が出されていた。裁判所は、この鑑定結論に基づき、「Y 側の医療行為は直接的に患者の死亡を引き起こす原因とはならない」と判断し、「損害賠償を請求する X1 らも、Y 側の医療行為が直接的に患者の死亡を引き起こした原因になることについて十分な証拠を提出していない」として、X1 らの請求を棄却した。さらに、裁判所は「診察中、一回目のレントゲン写真から既に手術が必要である兆しがあらわれていたにもかかわらず、二日後の二回目のレントゲン写真撮影後ようやく手術の実施を決定している。これにより手術

---

3) 1 審：広東省順徳市人民法院・判決日時不明、(2002) 順法民初字第 1269 号。  
2 審：広東省佛山中級人民法院・2003 年 4 月 17 日判決、(2003) 佛中法民一終字第 729 号。

の遅延を招いた可能性はあるが、これはただの技術上の問題である。よって手術の遅延は患者の死亡の直接の原因ではない」との鑑定結論を根拠にして、「Y側の医療行為にはただの軽微な不足が存在するだけで、医療過誤を成立させることはできない」と判断した。他方、Yが自らすすんで一時金として5000元の補償を支払うことを裁判所は認めた。

Yの賠償責任が認められなかったことを不服として、X1らが控訴した。

## 【2 審】

裁判所は「証拠解釈4条2項1号に基づき、医師側が自分の技術上の不足と患者の死亡との間に因果関係がないことについて証明責任を負うことになる」と判示した上で、「広東省医療過誤鑑定結論において、遺体解剖が行われないことで患者の死因を判明することができないとされた点については、遺体解剖が実施できなかったのはX側が遺体を火葬したからである」と認定し、「X1らの行為によって医療行為と患者の死亡との間の因果関係の有無の判明が不可能となったため、X1らに対して責任を負うべきである」として、原審判決を維持した。

## 〔裁判例3〕<sup>4)</sup>

### <事実>

2004年4月4日に、原告Xは腹痛のため被告Y病院にて診察を受け、絞扼性(こうやくせい)腸閉塞と診断され入院し、同年4月21日に手術を受けた。数日後、Xは手術の傷口に灼熱感と激しい痛みがあることを医師に訴えたが、医師からは術後の正常な反応と返答された。同年5月7日、手術の傷口が化膿し、再び検査を行った結果、腸瘻(ちょうろう)と診断され、同病院で継続治療を受けたが、なお回復の見込みがなく、同年6月4日に訴外Q病院に転院した。同年7月1日に回復し、訴外Q病院から退院した。そこで、手術の傷口が化膿し、腸瘻となったのはYの実施した手術に過誤があたためであるとして、XはYに対して損害賠償を求めて提訴した。

4) 重慶市武隆县人民法院・2005年11月17日判決、(2005)武民初字第551号。

<判決>

裁判所は「本件において、Yの治療過程中に過失は存在しておらず、たとえ患者に対する観察・記録に細心の注意、適時な対応の欠如があったとしても、Xの腸瘻とは因果関係がない」と認定した。その上、裁判所は「確かに医療過誤訴訟において、因果関係がないことについての証明責任は医師側にあるが、Yは、カルテを提供し、医療鑑定を申請したことによって既に証明責任を果たしている」と判示した。以上により、裁判所は「Xは因果関係が存在することについて証明責任を負わなければならないことになる」と判断し、「Xは因果関係の存在を証明するための新たな証拠を提出していない」ことを理由として、Xの請求を棄却した。

[裁判例 4]<sup>5)</sup>

<事実>

2002年1月5日12時に、原告Xの父(患者)は疾患(病状・病名不明、筆者注)によりY1の経営の下にあるY2病院にて診察を受け入院し、三日後の8日に同病院で死亡した。患者の死亡当時、Xは異議を申し立てなかったため、遺体は火葬され遺体解剖は行われなかった。なお、審理の過程において、当事者の申請により遼寧省鞍山市医療過誤鑑定委員会および遼寧省医療過誤鑑定委員会による医療過誤鑑定が行われ、双方ともに本件は医療過誤ではないという結論が出されている。

<判決>

【1審】

裁判所は「二つの医療過誤鑑定はいずれも、遺体解剖が行われていない状態で主に医師側が提出した資料を基に行われており、不完全で客観性を欠く」ことを理由に、医療過誤鑑定の結論を採用しなかった。その上で、裁判所は「本件において遺体解剖が行われておらず、患者の死因が明らかでなく、被告は自己の医療行為と患者の死亡との間の因果関係の不存在について説得力を有する証拠を挙げて証明できないため、証拠

---

5) 1審：遼寧省鞍山市鉄西区人民法院・判決日時不明、(2003)西民権初字第78号。2審：遼寧省鞍山市中級人民法院・2006年3月23日判決、(2005)鞍民二終字第375号。

解釈4条1項8号に基づき、Yは賠償責任を負わなければならない」と判断した。他方、裁判所は「証拠の滅失に関して原告にもある程度の過失があるため、損害賠償の金額において考慮されるべき」であるとも判示し、「人身損害賠償金として48,040元、精神損害賠償金として5,000元の支払い」をYに命じた。

Xは1審判決を不服として控訴した。

## 【2審】

裁判所は「医療過誤鑑定委員会の鑑定結論によれば、Y側の医療行為に過失がないと判断できる。故に、不法行為を請求原因とする医療過誤訴訟における過失の不存在に関する証明責任をYは既に果たしたとみなすことができる。遺体解剖が行われていなかったのは、Xがこれを申し込まなかったからであり、これにより生じた責任がYにあるわけではない。故に、患者の死亡に対してYは賠償責任を負わない」と判断した上で、原審判決を取消し、Xの請求を棄却した。

## 〔裁判例5〕<sup>6)</sup>

### <事実>

原告Xは、勤務先で作業中、鉄屑が左目に入ったため、訴外Q病院で診察・手術を受けたが、左目の中にある異物を取り出すことができなかった。その後、知人の紹介でXはY病院で手術を受け、異物は取り出されたが、Yによる術後経過検査を受けたとき、左目の網膜剥離が発見されたため、再び訴外Q病院に戻り入院・治療を受けた。Xは手術によって網膜剥離を起こしたとしてYに対し損害賠償を請求し提訴した。なお、Y病院から退院する際、Xは、取り出された異物、レントゲン写真、問診カルテの一部を持ち帰った。審理の過程において、Yは医療過誤鑑定を申請したが、Xとの協議が調わなかったため、結局鑑定は行われていない。

6) 1審：遼寧省沈陽市和平区人民法院・判決日時不明、(2005)和民権初字第1127号。2審：遼寧省沈陽市中級人民法院・2006年2月14日判決、(2006)沈民(1)権終字第25号。

<判決>

**【1 審】**

裁判所は「Xは、Yのもとに残っているカルテ等の資料の真実性に疑いを持っていたが、これにつき関係証拠を提出していない。その上、医療過誤鑑定の実施にも同意していない。よってXの請求に事実に根拠および法的根拠がない」ことを理由として、Xの請求を棄却した。

1審判決後、Xは、Yのもとで治療を受けており、今、網膜剥離という損害事実も明らかであるとして、1審判決を不服として控訴した。

**【2 審】**

裁判所は「Yは原審ならびに本審においてともに医療過誤鑑定の申請を出していたが、Xからの同意が得られていないために、鑑定が行われていない。したがって、Yは既に医療過程における過失または因果関係がないことについての証明責任を果たしたとみなすことができる」ことから、「証明責任は再びXに転換される」と判示した。その上で「XはYの医療過程において過失および因果関係について証拠を提出して証明することができない」ことから、原審の請求棄却判決が正当であると認め、控訴を棄却した。

[裁判例6]<sup>7)</sup>

<事実>

原告X1の娘(患者)は、計画外での妊娠(中国で実施されている計画出産に従わない妊娠を指す。筆者注)のために、訴外Q(政府の幹部)に連れられて被告Yの衛生院で人工妊娠中絶の手術を受けた。しかし、手術中に羊水塞栓を併発し、応急手当が行われたが、死亡した。その事後、両当事者の協議の下で、訴外S大学司法鑑定センターに鑑定を依頼した。鑑定の結論は、分娩誘発過程においてYに過失があり、過失と患者の死亡との間には関連性が認められ、患者の死亡に対する寄与度について患者とYは各50%であると認定された。XらはYに対して損害賠償を求めて提訴した

---

7) 1審：重慶市酉陽土家族苗族自治州人民法院・判決日時不明、(2005)酉法民初字第120号。2審：重慶市第四中級人民法院・2006年3月28日判決、(2006)渝四中民一終字第94号。



<判決>

**【1 審】**

裁判所は鑑定の結果のみに基づき、患者の死亡による賠償費用総額の50%の負担をYに命じた。

Xらは1審判決を不服として控訴した。

**【2 審】**

裁判所は「患者には自然出産の場合においてもなお羊水塞栓が発生する可能性のある素因がある」と判断した上、「Yは、上記の可能性について証拠を提出して証明することができなかった」として、「YがXの死亡による賠償費用総額の50%を負担しなければならない」という原审判決を取消し、Yに全額の損害賠償を命じた。

[裁判例7]<sup>8)</sup>

<事実>

原告Xは、咳・鼻水の症状があるとして被告Y病院で診察を受け入院した。入院時、Xは気管支肺炎と診断されていた。二日後、Xは、病状が悪化し、家族の要求で訴外Q病院に転院し、入院した。その際、重症肺炎、心障害、中毒性脳症と診断された。Xの疾患は入院九日後に全快した。そこで、Xは、Yに対して医療過誤による損害賠償を求めて提訴した。

<判決>

**【1 審】**

裁判所は「佛山市医療過誤鑑定に基づき、XがYの病院にいる時の病状から見れば、未だ中毒性脳症と診断すべき根拠が不足しているため、Yの医療行為に過失がなく、治療措置も医療衛生管理に関する規定に違反していない」として、Xの請求を棄却した。

Xは、医療過誤鑑定の結論を事実認定の基準とすべきではないことを理由として控訴した。

---

8) 1審：広東省佛山市順徳区人民法院・裁判日時不明、(2005)順法民一初字第01698号。2審：広東省佛山市中級人民法院・2006年7月26日判決、(2006)佛中法民一終字第630号。

## 【2 審】

裁判所は「本事件は医療過誤訴訟であり、医療活動は高度の技術性と専門性を有することから、過失・因果関係の判断は医療過誤鑑定を基準とすべきであり、一般社会的な経験則を根拠とすべきではない」と判断した上で、「佛山市医療過誤鑑定の結論に基づき、Yの医療行為に不法行為を成立させる成立要件が満たされていないのでXのYに対する不法行為損害賠償責任を負わせる請求には法的根拠がない」として、控訴を棄却し、原審判決を維持した。

上記の7つの裁判例の分析から、中国の医療過誤訴訟において以下の特徴があることが分かる。

1 過失および因果関係に関する認定がほとんど鑑定結論どおりに行われていること。

日本では、裁判官には事実的因果のメカニズムを解明・判断する上で必要な専門的知識が不足しており、こうした知識・経験を補充するため、医療過誤訴訟の大半の場合には証拠調べとしての鑑定が行われる<sup>9)</sup>。しかし、これら中国の裁判実務では、裁判所による過失および因果関係の認定はほとんど鑑定結論どおりに行われている。例えば、[裁判例1]の2審における「鑑定結論を判決の根拠として、Y1に賠償責任はない」、または、[裁判例7]の2審における「医療活動は高度の技術性と専門性を有することから、過失・因果関係の判断は医療過誤鑑定を基準とすべきであり、一般社会的な経験則を根拠とすべきではない」という判旨に顕著である。このように、中国では日本と異なり、鑑定が証拠調べとして位置づけられていないものと考えられる。

なお、[裁判例4]では、1審は、「二つの医療過誤鑑定はいずれも、遺体解剖が行われていない状態で主に医師側が提出した資料を基に行われており、不完全で客観性を欠く」ことを理由に、鑑定結論を判決の根拠として採用せず、鑑定結論に従わなかった。ところが、2審は、「鑑定結論によれば、Y側の医療行為に過失がないと判断できる。故に、不法行為を請求原因とする医療過誤訴訟における過失の不存在に関する証

---

9) 吉川義春「因果関係の立証」根本久(編)『医療過誤訴訟法』(青林書院、1990年)439頁以下参照。

明責任を Y は既に果たしたとみなすことができる」として、1 審判決が取消された。結局、[裁判例 4] も、最終的には過失および因果関係に関する認定が鑑定結論どおりに行われることとなった。

2 医師側にある過失・因果関係の不存在についての証明責任を、カルテの提供、医療鑑定の申請という行為責任としての証拠提出責任とみなしていること。

証明責任の本質とは、訴訟審理の最終段階においてなお事実の真偽不明の場合に裁判官に裁判の指針を与えるという意味での客観的証明責任である。この意味での証明責任は、確定責任、結果責任とも呼ばれる。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、具体的訴訟において証拠を提出する行為責任としてあらわれるのは証拠提出責任と呼ばれる<sup>10)</sup>(なお、この点につき第四章第一節で改めて検討する)。これらの裁判例をみる限りでは、中国の医療過誤訴訟における証明責任は単なる証拠を提出するという意味での行為責任として理解されていると考えられる。すなわち、医師側にある過失・因果関係の不存在についての証明責任を、カルテの提供、医療鑑定の申請とみなしている。例えば、[裁判例 3] において、「Y は、カルテを提供し、医療鑑定の申請したことによって既に証明責任を果たしている」と判断され、また、[裁判例 5] の 2 審では、「Y は原審ならびに本審においても医療過誤鑑定の申請を出していたが、X からの同意が得られていないために、鑑定が行われていない。したがって、Y は既に医療過程における過失または因果関係がないことについての証明責任を果たしたとみなすことができる」と判断されている点に明らかである。

3 遺体を火葬したことにより、医療過誤鑑定が行えない場合に生じる不利益を患者側に課していること。

証明責任の転換の下では、患者側は過失 (の存在)・因果関係 (の不存在) について証明責任を負わず、よって遺体解剖の申請や、積極的な医師側との協議を行う動機が欠乏する可能性も十分に想定し得る。にもかかわらず、遺体を火葬し、遺体解剖を申請しなかったことによって医療過誤鑑定が行えない場合に、医師側が鑑定を申請するだけで証明責任

10) 中野貞一郎=松浦馨=鈴木正裕(編)『新民事訴訟法講義[第2版補訂版]』(有斐閣、2007年)359頁[青山善充執筆]。

が履行されたとみなされている。例えば、[裁判例2]の2審では「遺体解剖が行われないことで患者の死因を判明することができないとされた点については、遺体解剖が実施できなかったのはX側が遺体を火葬したからである」と認定し、「X1らの行為によって医療行為と患者の死亡との間の因果関係の有無の判明が不可能となったため、X1らがこれに対して責任を負うべきである」と判断している。また[裁判例4]の2審では、「遺体解剖が行われていなかったのは、Xがこれを申し込まなかったからであり、これにより生じた責任がYにあるわけでない。故に、患者の死亡に対してYは賠償責任を負わない」と判断している。このように、鑑定が行えないことを患者側の過失によって生じた事由とし、請求棄却と判断されるのであれば、証明責任の転換の機能について疑問視せざるを得ない。

### 第三款 小括——問題点

中国では弁論主義への移行が目指された司法改革にあっても、裁判所の職権主義が依然として強く<sup>11)</sup>、証明責任の転換が証拠提出責任としての表層的な段階の理解にとどまっているという事情がある。そのため、医師側にある過失・因果関係の不存在についての証明責任を、「カルテの提供、医療鑑定の申請」だけとみなし、過失および因果関係に関する認定がほとんど鑑定結論どおりに行われている。これでは証明責任の転換が証明困難の軽減を果たしているとはいえないどころか、かえって被害者の救済にマイナスに作用しているといえる。なぜ、立法に期待された証明責任の転換が機能していないのか。その原因を探るために日本法を比較的考察した上でさらに検討を行うことにする。

## 第三節 過失の推定——不法行為法 58 条 1 項 1 号

前節で述べたように、医療過誤訴訟における証明負担の軽減を目的として、過失および因果関係の証明責任を原告たる患者側から被告たる医師側へ転換させる証明責任の転換の制度が、立法によって確立された。

---

11) 宇田川幸則「中国の民事訴訟手続における法院の役割：『訴訟モデル』をめぐる議論を契機に」社会体制と法 13 号（2013 年 3 月）26～39 頁。

ところが、証明責任の転換は、裁判実務における適用状況から、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、ないし消極的な対応である過剰な検査や萎縮医療を招いた。このため、実体法のアプローチから日本法における過失の「一応の推定」を参考にして新たに立法されたのが、過失の推定を規定する不法行為法 58 条 1 項 1 号である<sup>12)</sup>。不法行為法 58 条 1 項 1 号が施行されたのは 2010 年 7 月 1 日であり、関連する司法解釈は未だ存在しないため、この条項の解釈について、その議論は、多岐にわたり極めて混乱した状態に陥っている。以下、第一款では、不法行為法 58 条 1 項 1 号の解釈に関する学説、すなわち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、表見証拠説の四つに分類して考察し、第二款では、施行以降今日までの 2 年間の裁判実務の適用状況を分析することによって、不法行為法 58 条 1 項 1 号に対する従来の解釈論の到達点と問題点を析出したい。

## 第一款 従来の議論の到達点

### 第一項 条件付証明責任の転換説

#### 1 学説の整理

条件付証明責任の転換説とは、不法行為法 58 条 1 項 1 号に規定される「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き」という条件があった場合に、過失についての証明責任を原告たる患者側から被告たる医師側へ転換させるものである。この説を唱える論者は、証拠解釈 4 条 1 項 8 号と不法行為法 58 条 1 項 1 号とを比較して、その変化に議論の重点を置きながら、後者が前者の「一律の証明責任の転換」に対する修正によって制定されたものと位置づけている<sup>13)</sup>。具体的な内容を以下に述べる。

12) 楊立新『中華人民共和國侵權責任法』条文解釋與司法適用(人民法院出版社、2010年)378頁。張新寶『侵權責任立法研究』(中國人民大學出版社、2009年)301頁。

13) 高鵬志「医療侵權構成要件挙証責任分配の流変」証拠科学第19巻第3期(2011年)321頁。同旨、楊立新『医療損害賠償責任研究』(法律出版社、2009年)72～119頁、特に90、105、106、111頁。なお、楊立新教授の見解については注意の必要がある。楊立新教授は、2009年に出版された前記著書の106頁においては、58条1項1号が覆され得る推定であり、一律の証明責任の転換

条件付証明責任の転換説は、一律の証明責任の転換に対する批判を出発点とする。この説は、まず、証明責任の転換の必要性を認める。その必要性としては、①医療の専門性という特徴、②患者側と医師側との間の実質的正義に対する追求、③患者側と医師側との間の証明能力の格差の是正、および④ドイツ・日本など外国法の参考といった事情が挙げられている<sup>14)</sup>。さらにこの説は、証拠解釈4条1項8号の施行後の実態から、一律の証明責任の転換を批判する。その理由としては、以下の三点がある<sup>15)</sup>。

(1) 医師側による過剰な検査を誘発し、医療費の高騰を招来していること。

一律の証明責任の転換によって、過失および因果関係についての証明責任は医師側に負担されることになる。その結果、訴訟リスクを回避するため、医師側は、治療費に比べて極小な治療効果しか期待できないにも拘わらず、念の為に過剰な検査をしたり、不必要な手続をしたり、書類・証拠を沢山作成したりしている。それは患者側が負担する医療費用の高騰化に繋がる。また、中国では大部分の病院が国立病院であるが、国からの直接予算が少なく、病院の事業を維持する資金は結局医師の執業から賄われる。医師側が敗訴した場合に命じられる高額な損害賠償金を捻出するために、患者側に負担金額を転嫁させていることもあると言われている<sup>16)</sup>。

(2) 医師側からの萎縮医療を誘発し、医療技術の進歩を阻害していること。

一律の証明責任の転換の下では、複雑な疾患や難病に対し効果があると見られる高度な治療法であっても、敗訴の危険を恐れる医師側はできるだけ回避したり、もしくは緊急対応が必要となる患者であるにもかか

---

を修正するものと主張していたが、その後の2011年に出版された『侵權責任法：条文背後の故事與難題』（法律出版社、2011年）の208頁においては見解を一変させ、58条1項1号が覆され得ない推定であると主張している。

14) 譚恩恵＝白麗云「論侵權責任法對調整医患關係的價值」法学雜誌（2011年第2期）53頁。高鵬志・前掲注（13）320頁。石悦『医療侵權法』（北京師範大学出版社、2011年）191～194頁。

15) 陳現潔『中華人民共和國侵權責任法条文精義與案例解析』（中国法制出版社、2010年）202頁。

16) 高鵬志・前掲注（13）322頁。

わらず受け入れを拒否して自院以外の病院に転送したりする傾向がある。これらは患者の為の積極的な医療ではなく、医師側にとっての法的利益の為の萎縮医療である。それは、最終的に国民の多くが十分な医療を受けることのできる機会を失うことに繋がる。また、医療技術の進歩を阻害することともなる。

(3) 患者側からの訴権の濫用と悪意訴訟を誘発し、深刻な社会問題を誘発していること。

一律の証明責任の転換制度が施行されることによって、患者側が医療過誤訴訟を提起するには、請求原因から過失について主張する責任も必要とされなくなっている。そのため、患者側は容易に訴訟を提起することができることとなる。このため、訴権を濫用したり、医師の名誉を毀損する悪意から訴訟を提起したりするケースが少なくないと指摘されている<sup>17)</sup>。一律の証明責任の転換は、もともと脆いものであった医師側と患者側の信頼関係をさらに悪化させ、深刻な社会問題を誘発している。

以上から、条件付証明責任の転換説は、不法行為法の58条1項1号は、一律の証明責任の転換を修正したものであり、医師側の行為が法律、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場合に限定されている条件付証明責任の転換であると評価されている<sup>18)</sup>。

## 2 考察

この条件付証明責任の転換説は、証拠解釈4条1項8号と不法行為法58条1項1号との整合性に対する説明として、意義のあるものと評価できる。つまり、この説によれば、58条1項1号は、4条1項8号に対する修正または変更を加えたものであると考えられる。しかし、この説は、単に患者側と医師側の社会的関係の利益衡量から一律の証明責任の転換を批判しているにとどまり、正面からどのような理論的根拠に基づいて条件付証明責任の転換を行わなければならないか、また、なぜ他の条件ではなく58条1項1号に規定されるような条件に限定しているの

17) 嚴菲「医療糾紛訴訟証責任倒置研究」黒竜江省政法管理幹部学院学报第71期(2009年)98～100頁。龔賽紅=喻科軍「医療訴訟証拠問題研究」証拠科学第17卷第3期(2009年)365頁。

18) 陳現潔・前掲注(15)204頁。譚恩惠=白麗云・前掲注(14)53頁。高鵬志・前掲注(13)323頁。石悦・前掲注(14)188、191頁。

か、という問題の本質についての適切な説明を欠いているといえよう。

## 第二項 法律上の事実推定説

### 1 学説の整理

法律上の事実推定説とは、不法行為法 58 条 1 項 1 号の本質が法律上の事実推定の一種であり<sup>19)</sup>、その効果が証明責任の転換を有するものであると主張する学説である<sup>20)</sup>。不法行為法 58 条 1 項 1 号に証明責任の転換の効果を賦与することが立法趣旨であるため、条文の性質は法律上の事実推定の一種である、という後（効果）から前（性質）までの逆推理の解釈方法を採用しているところにこの説の特徴がある。その具体的な内容は以下のとおりである。

(1) 立法趣旨から、58 条 1 項 1 号は証明責任の転換を規定するものであると主張する。その理由に関する論述は、全国人民代表大会常務委員会による立法審議報告の引用から始まっている。「疾病の発生は患者自身の素因に関連しており、疾病の治療には患者の協力を必要とするため、医療紛争は無過失責任を適用すべきではなく、世界的に見ても無過失責任を適用する国は殆ど見当たらない。したがって、その代りとして、一律、一般的に過失の推定を適用することができるのかについて、二つの意見がある。一つは、診療行為の専門性が高く、患者側と医師側との間で情報は不均衡であり、診療過程における多くの証拠が医師側に保有されているため、一律に過失の推定を適用すべきであり、医師側により重い証明責任を負わせるべきである、と主張する意見である。もう一つの意見は以下のようなものである。診療行為に未知性・特異性があるために、医療紛争において一律に過失の推定を適用すべきではない。理非曲直を問わずに過失の推定を一律に適用することは、萎縮医療を誘発し、医学の進歩を阻害することに繋がる。したがって、医療行為によって生じた紛争につき、一般原則として過失責任を適用すべきであり、例外的

19) 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)113～122頁、特に119頁。同旨、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、特に27頁。孫偉峰＝彭嫻麗「論法律上的事實推定」延辺党校学報第27卷第1期(2012年)56～59頁、特に57頁。上記の三つの論文は文理解釈を採っている。

20) 単国軍『医療損害』(中国法制出版社、2010年)153頁。



に医療従事者が法律、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、(中略)という事情があった場合にのみ、証明責任の転換を適用すべきである。患者側と医師側との間で情報が不均衡であるという問題は、情報交換と情報開示などの方法によって解決されるべきである」<sup>21)</sup>。

立法された結果としての54条と58条1項1号の関係からみると、立法者は二番目の意見を採用していることがわかる。以上から、54条は、一般原則としての過失責任を規定する条文であり、58条1項1号は、特別事情の一つとして証明責任の転換を規定するものであると結論づけている。

(2) 条文の内容から、58条1項1号が法律上の事実推定であると主張する。その理由は、以下のとおりである。医療分野は非常に複雑な問題に涉っており、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は、全て診療慣行規則に関連して規定される。診療慣行規則とは、医師が通常遵守すべきとされる診療規範である。たしかに、診療慣行規則というものは絶対的かつ変更不可なものではないので、医療従事者が法律、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しても、これを過失の存在と同一視することはできない。しかし、診療慣行規則は、医療従事者の通常かつ基本的な注意義務を意味する。したがって、医療従事者が診療慣行規則に違反したことは、過失の存在を証明するための表面証拠であり、しかも極めて強い表面証拠であるため、事実上の推定を活用して過失の存在を認定することができる。58条1項1号は、事実上の推定を法律上の事実推定にまで昇格させた結果である。

(3) 58条1項1号を証明責任の転換とみなすことは合理的である。その理由は以下のとおりである。証明責任とは、事実の真偽不明によって生じる不利益を分担させるものである。したがって、58条1項1号の本質は、医師側の反証から事実の真偽不明が生じた場合、患者側と医師側のどちらにその不利益を負担させるかを定めることにある。前記(2)で述べたように、患者側から医師側の診療慣行規則の違反という事情が

---

21) 単国軍・前掲注(20) 151頁。

証明された場合に、常識的に考えるだけでも過失の存在が推定され得る。このとき、さらに医師側の反証から事実の真偽不明が生じたとしても、医師側の診療慣行規則の違反が先に存在するため、真偽不明によって生じた不利益を逆に患者側に負担させることは不合理である。したがって、58条1項1号が証明責任の転換を規定するものと考えるのは合理的であるとされる<sup>22)</sup>。

## 2 考察

法律上の事実推定説は、立法趣旨から58条1項1号の効果を解釈するものとして適切な説明であると評価できる。すなわち、この説によれば、いったん患者側が医師側の診療慣行規則の違反という事情の証明に成功したとき、医師側は過失の不存在について単に反証を提出して真偽不明の状態に持ち込める程度の証明では足りないとされ、裁判官の確信を抱かせない本証程度までの証明が要求される。58条1項1号に証明責任の転換と同様の効果が期待されている。しかし、この説は、58条1項1号に証明責任の転換の効果を期待するあまり、法律上の推定だと後知恵的に断定しているにすぎず、問題の正面からどのような法理的根拠に基づいて58条1項1号の性質が法律上の事実推定といえるかといった説明が欠けており、不十分と言わざるを得ない。

### 第三項 法律擬制説

#### 1 学説の整理

法律擬制説とは、不法行為法58条1項1号の本質が法律上の事実推定ではなく、法律擬制であると主張する学説である<sup>23)</sup>。すなわち、58条1項1号に規定される法律、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き、医療機関に過失があったものと「推定」するのではなく、「認定」する、または「みなす」べきである、と主張する見解である。この法律擬制説は中国の法学界の第一線で活躍する著名

22) 単国軍・前掲注(20)155頁。

23) 陳慧慧「反思医療侵權損害拳証責任的再分配——由『侵權責任法』第58条的法解釋延伸」中国衛生法制第116期(2012年)4～14頁、特に5頁。王竹「特殊侵權行為中受害人過錯制度的適用研究——以『侵權責任法』第六章到第七章為中心」河南財經政法大學學報第129期(2012年)79～87頁、特に82頁。

な民法学者により提唱されたものである。その代表的な論者は、張新宝教授<sup>24)</sup>、梁慧星教授<sup>25)</sup>、楊立新教授<sup>26)</sup>、郭明瑞教授<sup>27)</sup>である。もっとも、郭明瑞教授の主張はただ定性的な判断にとどまっており具体的な根拠を示していないため、以下では、張新宝教授の主張、梁慧星教授の主張、楊立新教授の主張をそれぞれ検討する。

#### (1) 張新宝教授の主張

張新宝教授によると、58条1項1号における「推定」という用語は「認定」の誤記であるという。2009年「8月から、私（張新宝教授）は全国人民代表大会法制工作委员会で開催される全ての会議に出席し、この条文について、『推定』を『認定』に変えるべきであるという修正意見を提起した。法制工作委员会の責任者も全ての会議において同意を表明しており、（会議終了後）帰って修正すると約束していた」（括弧は引用者による補足）。しかし、実際には草案第3回、第4回審議案で修正は行われていなかった。その原因について、張新宝教授は以下のように分析している。「法制工作委员会の責任者が私を誤魔化す必要はなく、最も可能性の高い原因は、毎回の会議の議事録作成者が私の意見を議事録に反映させていなかったことである。私の標準語の問題で、議事録作成者は聞き取れなかったか、あるいは私のこの意見が重要でないと判断し記録しなかったのであろう。したがって、その結果として、このような『推定』規定が何の拠り所もなく出てきたのと考えられる」<sup>28)</sup>。

そのうえで、張新宝教授は自らの主張の実質的根拠として以下のような見解を示した。すなわち、58条1項1号に基づき、患者側が当該条

24) 張新宝『侵權責任法立法研究』（中国人民大学出版社、2009年）38頁、69頁、89頁、301頁。

25) 梁慧星『中國民事立法評說』（法律出版社、2010年）373～374頁。同「論『侵權責任法』中的醫療損害責任」法商研究第140期（2010年）35～39頁、特に39頁。

26) 楊立新『侵權責任法——条文背後的故事與難題』（法律出版社、2011年）208頁。中国人民大学民商事法律科学研究中心“侵權責任法司法解釋研究”課題組「中華人民共和國侵權責任法司法解釋草案建議稿」河北法学第28卷第11期（2011年）18頁の128条参照。

27) 郭明瑞『『侵權責任法』関與醫療損害責任の規定体现了社会公正』法学論壇2012年第2期（2012年）14～39頁、特に16頁。

28) 張新宝「侵權責任法一般條款理解與適用——西南政法大学金開名家講壇実録」（2010年6月24日）<http://www.iolaw.org.cn/showNews.asp?id=23479>（最終確認日：2014年05月15日）。

項に規定される法律、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事情の証明に成功した場合、医師側からの過失の不存在に関する反証は許されない。したがって、58条1項1号は過失を「推定」するのではなく、過失を直接に「認定」する規定である、という。「この条文に規定された『推定』は、被告からの反証を許せると意味するのか？もし被告からの反証を許せると意味するならば、少しでもロジックのある人は必然的に以下のような結論を導くことができる。すなわち、違法行為を行った一部の人に過失はないと判断することになる。それは明らかな誤りである。法を犯した人に過失が存在しないとも判断されるのであれば、誰も法を犯すことに恐れを覚えなくなる。そのような事情は決して立法者の本意でないと思われる」。したがって、張新宝教授は「推定」という用語の使用を賛同しないのである。「なぜなら、違法行為を行った一部の人に過失が存在しないという結論を導くからである。このような導きは法律の常識のある人が誰でも認め難いものである。過失を認めずに、人に傷を付けさせた者に責任を負わせなくて済むことは不公正である。法を犯した者に当然に過失はあり、ある行為が違法であると判断されたとき、再び過失の有無を判断する必要性もうなくなり、違法すなわち過失」<sup>29)</sup>である、と張新宝教授は考えている。

## (2) 梁慧星教授の主張

梁慧星教授によると、58条1項1号における「推定」と「みなす」とは同等の効力を持つものであるとされる。これは以下のように説明される。現代民法上の「推定」は、一種のテクニカルな法概念であり、立法者が法律を制定する際に予め設定した「仮定」である。すなわち法律に定められているある事実の存在からもう一つの事実を「仮定」することである。現代法律における「推定」は二種類の「推定」に分けられる。一つは、被推定人からの反証によって覆す余地のある推定である。もう一つは、被推定人からの反証によっても覆す余地のない推定である。58条1項1号は、後者の覆す余地のない推定（下文では後者の推定と略称する）である。なぜなら、過去の裁判実務において医師側が診療規範に違反したことが明らかであると判断されたとしても、医師側の過失の存

---

29) 前掲注(28)参照。

在を認定せずに不法行為に基づく損害賠償責任を認めなかったケースが存在するからであるという。58条1項1号に関する立法理念は、全国人民代表大会常務委員会民法室主任の胡康生氏が説明するように、診療規範などの規定に違反した場合に、過失の「推定」ではなく、過失の「直接認定」がなされることである。したがって、厳格的な意味で後者の推定と位置づけされる58条1項1号とは、真の推定ではなく、「仮定」でもなく、立法者が予め設定した「直接認定」である。覆す余地のない後者の「推定」は「みなす」と同等の効力を持つものである。そのため、58条1項1号に定められた事情の存在が審理によって明らかにされたとき、裁判所はただちに被告である医師側に過失があることを認定しなければならない。診療規範などの規定に違反したことによって過失の存在が「直接認定」されるのは、原告に対して過失の存在の証明を要求してはいけないこと、および被告からの過失の不存在に関する主張立証も許されないことを意味している。

### (3) 楊立新教授の主張

楊立新教授によると、58条1項1号における推定は覆す余地のない推定であるとされる。なぜなら、医師側が法律、行政法規、規則および診療規範に関する規定に違反するとき、それは過失の存在そのものであり、覆す余地がないからである。58条1項1号に掲げる事情が証明されたとき、過失を直接に認定すればよい。このような解釈でなければ被害を被った患者側に対する保護に不利を生じさせ、医療過誤訴訟において患者側が負っている過重な証明負担を軽減させる効果を達成することができない。

## 2 考察

この法律擬制説は、三人の教授に共通の主張であり、かつその特徴として、58条1項1号の条文上の「推定」という用語に議論の焦点を当て、文理解釈から離れてこの「推定」が覆す余地のない推定と考え、法律上の事実推定説（覆す余地のある推定）と正反対の立場を取っていることが挙げられる。一方、診療規範などの規定に違反したことと過失の存在との両者の関係について、「違法すなわち過失」というのは、この法律擬制説を支えている唯一の実質的な根拠となっている。しかし、「違法

すなわち過失」という定式がそもそも成立し得るかに疑問が残り、58条1項1号が用語上に使われている「推定」を立法趣旨から「みなす」と同等視するような「覆す余地のない推定」と言い切る解釈論自身にも一抹の牽強附会の疑いが残ると言わざるを得ない。その理由は以下の表面証拠説の説示から求めることができよう。

#### 第四項 表面証拠説

##### 1 学説の整理

表面証拠説という名称は、この説の主張の特徴から筆者が命名したものである。表面証拠説とは、不法行為法58条1項1号に規定される「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」という文言が医療機関に過失が存在することを証明するための表面証拠であり、しかも極めて強い表面証拠であるため、このような事情の下では過失の存在を推定すると主張する学説である<sup>30)</sup>。表面証拠説は、全国人民代表大会常務委員会法制工作委員会の見解によるものであり、その後、学者によってそのまま承認されているが<sup>31)</sup>、法制工作委員会の見解を超える解釈が見当たらないため、厳格な意味では学説ではない。厳密に言うと、表面証拠説は、中国の立法機関（全国人民代表大会常務委員会）の委託を受け実際に不法行為法の起草にあたった起草者による「積義」である。

表面証拠説もまた、法律上の事実推定説と同様に、不法行為法58条1項1号と不法行為法54条との関係から分析を始める。表面証拠説では、54条は「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」と規定しており、これは医療損害責任には原則として過失責任の帰責原則を適用することを意味するという。ただし、例外として58条1項1号に掲げる「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」という事情がある場合、医療機関に過失があった

30) 全国人民代表大会常務委員会法制工作委員会（編）『中華人民共和国侵權責任法 積義』（法律出版社、2010年）289～290頁。

31) 高聖平（編）『中華人民共和国侵權責任法』立法争点、立法例及經典案例（北京大学出版社、2010年）620～622頁。

と推定される。

他方、表面証拠説が法律擬制説と異なる点として、表面証拠説では「患者に損害があり、58条1項1号に掲げる事情がある場合は、医療機関に過失があったと推定するが、当然の帰結として医療機関に過失があったと認定するのではなく、（中略）医療機関は反証を提出して自分に過失がないことを証明することができる」<sup>32)</sup>と強調している点である。具体的には、54条に規定される一般原則（過失責任）の下で、57条の規定に基づき、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。例外として、58条の1項1号に規定される「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」というのは、医療機関に過失の存在を証明するための表面証拠であり、しかも極めて強い表面証拠であるため、このような事情の下では医療機関に過失の存在を推定する。ところが、医療従事者が法律、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は、医療従事者に過失があったことと同一視することができない。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行ったとしても、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。

## 2 考察

表面証拠説は、法律起草者によって唱えられ、58条1項1号の本質に関する解釈として十分な説得力があると思われる。この説では、58条1項1号に規定される事情があった場合に、一応として過失があったものと推定する。ところが、特別の事由がある場合には推定が働かず、医師側が法律、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に相当な事由があったことの証明に成功したとき、裁判所は過失の不存在を認定することとなる。興味深い点として、中国法における58条1項1号の本質に関する前記のような解釈論の帰結は、第三

---

32) 全国人民代表大会常務委員会法制工作委员会・前掲注（30）290頁。

章第二節で取り上げる日本法における過失の「一応の推定」に関する解釈論の帰結と一致している。しかしながら、日本法は、そのような解釈の帰結のためのメカニズムをめぐる議論を数えて百年以上にわたり盛んに行ってきた歴史を有するが、中国法における表面証拠説は、立法されてから僅か2年しか経っていないこともあり、上記の解釈の帰結が導かれるメカニズムに関する説明、すなわち、なぜ表見証拠の場合に過失を推定できるのかに対する説明がまったくなされていないのが現状である。

#### 第五項 小括

本款の検討を通じて、58条1項1号をめぐる理解について、中国の法学界においては、文理、立法趣旨などの角度から解釈論が展開されていることがわかった。ところが、その問題点として、多くの論者がたんに自説の展開にとどまっており、その実質的な法理的根拠を示す論述がまったくないか（条件付証明責任の転換説）不十分（法律上の事実推定説と法律擬制説）である。さらに、最も重要なのは、実際の裁判実務において58条1項1号を適用する際の「過失の推定」の許容基準、許容範囲などの適用条件について触れる論者が殆どいないことである。

一方、推定の前提事実とされる診療規範などに違反したことの証明が患者側にとってそもそも困難であるため、実際の裁判実務において58条1項1号は現実に機能しない可能性が大きいか、もしくはその適用範囲が極めて狭くなる懸念が指摘されている<sup>33)</sup>。その対応として「将来の司法実践において裁判官が事情に応じて適宜に融通を効かす」という期待が寄せられている<sup>34)</sup>。また、58条1項1号とは別個に、英米法における *res ipsa loquitur*、ドイツ法における表見証明（*Anscheinsbeweis*）、または、日本法における一応の推定を参照すべきとの提案もなされている<sup>35)</sup>。

33) 劉鑫＝張宝珠＝陳特（編）『侵權責任法「医療損害責任」条文深度解説與案例剖析』（人民軍医出版社、2010年）69～70頁。

34) 劉鑫ほか・前掲注（33）70頁。

35) 王星星「論医療侵權糾紛的举证責任分配」赤峰学院学报科学教育版第3卷第7期（2011年）13～15頁。包冰鋒＝陳今玉「医療糾紛損害賠償訴訟举证責任分配原則之比較」西華大学学报哲学社会科学版第29卷第1期（2010年）86～91頁。環建芬「論我国医療損害举证責任緩和規則的建立」政治與法律（2011年第5期）145～152頁。楊秀清「医療行為侵權訴訟举证責任分配之探討」新



## 第二款 裁判実務

本章第一節第三款で触れたように、不法行為法が2010年7月1日に施行されてから、日が浅い。また、中国では裁判例が原則として公開されるわけではないことも関連して、不法行為法58条1項1号を適用する裁判例は、本稿執筆時においてわずか23件を集めることができたにとどまる<sup>36)</sup>。そのなかで、本稿の興味関心に即し、かつ判旨が明確に示されているものとして以下の3例を挙げることができる。これら3例の検討を通じて、2010年7月1日に不法行為法が施行されて以降、裁判実務における58条1項1号の適用の実態を明らかにするとともに、どのような問題が存在するかを析出する。なお、各裁判例に付された表題は、筆者が便宜的に付したものである。

### [裁判例1]<sup>37)</sup>【左耳带状疱疹事件】

#### <事実>

2001年9月21日にXは左耳の不調を訴え、Y病院のS医師の診断を受けたところ、左耳外耳炎と診断された。そこで左耳外耳炎に対症する薬の投与が行われていたが、2日後の9月23日に病状が益々悪化し、左顔部筋肉硬直の症状が見られたため、再診の結果、左耳带状疱疹と診断された。直ちに左耳带状疱疹に対症する薬が投与され、10月15日に症状は好転し退院した。その後、2001年11月4日にA病院、2005年8月15日にB病院、2011年10月4日にC病院に転々して治療を受けていたが、現在では感音性神経難聴および顔部麻酔状態と診断されている。そこで、Xは、Sの誤診また投薬ミスのため治療を受ける最良の機会を逃してしまったことを理由に、Yに対して不法行為に基づく損害賠償を請求した。

#### <判決>

国務院衛生部により公布された全国病院業務条例<sup>38)</sup>第8条においては、

疆大学学报哲学人文社会科学版第39卷第3期(2011年)30～38頁。胡学軍「読者無人領会的語言——医療侵權訴訟举证責任分配規則評析」法律科学(2011年第3期)98～106頁。

36) 出典：北京大学法律信息网(北大法宝)司法案例データベース。

37) 重慶市酉陽土家苗族自治県人民法院・2012年3月23日、(2011)酉法民初字第04656号。

38) 中国語表記された法令名では「全国医院工作条例」である。衛生部1982年

「入院患者に対して担当医師を配分し、(中略)適時かつ正確な診断および治療を行うべきである」と規定している。Xが実際に罹患したのは左耳帯状疱疹である。一方において、医学上の判断によれば、当該疾患に対して適時の治療が行われなかった結果、顔部神経の損傷ないし顔部麻酔状態を惹起させ、聴力低下ないし完全喪失に至らせた。一方において、医学上の判断によれば、当該疾患は当時の医療水準の下で治療可能な疾患である。ところが、本件では、Xには、入院してからの最初の2日間ずっと異なる疾患に対症する薬が投与され、3日目以降にようやく再診によって真の病因が確認され、投薬の調整が行われた。その結果、治療を受ける最良な機会を逃しXに永久の傷害を与えた。したがって、Sの行為は明らかに上記の行政法規に違反しており、これはYの手落ちおよび誤診とすることができるため、不法行為法57条、58条1項1号に基づき、Yは損害賠償責任を負わなければならない。

<検討>

上記の判旨と58条1項1号に要求される構成要件とを合わせてその適用状況を考察してみると、裁判所の判断枠組みは以下のようなものである。本件につき、Xの感音性神経難聴および顔部麻酔状態が損害の要件に当たり、全国医院工作条例が医師の医療行為を規律する行政法規に当たる。左耳帯状疱疹という疾患が当時の医療水準の下で治療可能な疾患であるにも関わらず、医師Sの適時かつ正確な診断および治療が行われなかった結果、Xに治療を受ける最良な機会を喪失させてしまった。そこで、前述のようなSの医療行為が全国医院工作条例第8条に規定される「適時かつ正確な診断および治療を行うべきである」に違反したため、不法行為法57条および58条1項1号に基づいてYは損害賠償責任を負わなければならない。

しかし、不法行為法57条では「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」と規定されている。そのため、本件において、Sの医療行為が診療当時の医療水準に適合する診療義務を尽くしておらず、またXに損害を生じさせている

ことから、57条のみに基づいてもYが賠償責任を負わなければならないと判断され得る。したがって、本件の判決においては、58条1項1号(過失の推定)を適用し、患者側の証明負担を軽減させる必要はなかった。

[裁判例2]<sup>39)</sup>【未熟児網膜症事件】

<事実>

Xは2010年9月17日にY病院において未熟児として出生し、ただちに小児科に収容され、同年9月21日までの間継続的に酸素投与を受けていた。Yは、酸素投与の前にXの両親に対して未熟児への酸素投与の危険性を告知せず、また、酸素投与の継続中に酸素用量の測定および調整も一切行わなかった。Xの退院時、酸素投与を原因として未熟児網膜症の発症を誘発する可能性があるため定期的に眼底を検査することの告知もされなかった。その後、Xは2011年4月28日にA病院の眼底検査を受けたところ、すでに両眼とも失明していた。そこで、Xとその両親は、Yに対して損害賠償を請求し、訴訟を提起した。

<判決>

国務院衛生部は、2004年4月3日に未熟児に対する酸素投与と未熟児網膜症の予防および治療に関する指針<sup>40)</sup>(以下、「指針」と称する)という通知を公布した。「指針」第三条において、①未熟児に対する酸素投与の特徴、②未熟児に酸素を投与する際の酸素用量、③病因を究明し治療計画を適時に調整すること、④未熟児の両親への告知義務、⑤定期的な眼底検査、⑥酸素用量の測定および調整ないし転医義務などの注意義務が規定されている。ところが、YのXに対する酸素投与は、「指針」の②、③、④、⑤、⑥に違反した。よって、不法行為法58条1項1号に基づき、本裁判所は、Yの過失の存在を推定し、Xに対する損害賠償責任を命じる。

<検討>

本判決も[裁判例1]と同様の問題点が存在する。すなわち、(1) Y

39) 湖南省激浦县人民法院・2011年10月29日、(2011)激民一初字第684号。

40) 中国語表記では「早産児治療用氧和視網膜病変防治指南」である。衛生部2004年4月27日公布・施行。

の医療行為が「指針」の②、③、④、⑤、⑥に違反していることから、Yの医療行為は当時の医療水準にまで達していたものとはいえない。したがって、57条のみに基づいてもYは損害賠償責任を負わなければならないことになる。(2) Yは酸素投与の危険性および眼底検査などに関する告知義務に違反している。このことから、55条<sup>41)</sup>のみに基づいてもYは損害賠償責任を負わなければならないことになる。したがって、本件判決における58条1項1号の適用は、本来果たすべき証明困難の軽減の役割を期待されたケースと考えられるが、55条や57条と併用されてしまったことによって、58条の機能が不明瞭となってしまう、適切な適用とは言えない。

[裁判例3]<sup>42)</sup>【HCV(+)事件】

<事実>

2002年10月6日、Xは、子宮筋腫の治療のためY病院に入院し、子宮筋腫摘出術を受けるべきであると診断された。術前の血液検査を受けたところ、HCV(+)が検査報告書に記載されていたが、Y側からのHCV(+)に関する口頭の説明および告知はなかった。同年10月12日にXは手術を受け、同月19日に退院した。退院の際にも、Xは、YからHCV(+)が記載されてある退院記録書を交付されたが、HCV(+)に関する口頭の説明および告知は受けていなかった。その後、Xの健康状態が悪化しつづけ、2010年12月15日の司法鑑定所の鑑定結果によれば労働能力喪失(四級)となった。2011年3月8日にXは、Y側が告知義務に違反したことによって肝硬変、白血球の低下などの損害が生じたとして、Yを相手に損害賠償訴訟を提起した。

---

41) 不法行為法55条は「1項 医療従事者は、診療活動において、患者に対して、病状および医療措置を説明しなければならない。手術、特殊な検査、特殊な治療を実施する必要があるときは、医療従事者は、速やかに患者に対して医療リスク、代替的医療方法等の状況を説明し、かつ、その書面による同意を取得しなければならない。患者に対して説明するのが適切でないときは、患者の近親族に対して説明し、かつ、その書面による同意を取得しなければならない。2項 医療従事者が前項の義務を尽くさず、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。」と規定する。

42) 湖南省常德市中级人民法院・2011年12月31日、(2012)常民四終字第2号。

<判決>

**【1 審】**

YはXに対して術前の血液検査を行い、その検査結果であるHCV(+)を退院記録書に記入していた。その一方で、HCV(+)が医学専門用語であるため、一般人はこのような外国語の表記を理解できないというXの主張は認められない。国務院衛生部に公布されたカルテ作成の基本規範<sup>43)</sup>第5条の規定に基づき、カルテの作成には中国語を使用しなければならないが、通用する外国語の略語と正式的な中国語の訳語のない症状、身体特徴、疾病についての名称は、外国語を使用することができる。HCV(+)が「丙肝」(日本語では「C型肝炎」である)として通用する外国語の略語であるため、Yのカルテ記入形式は規定に違反しない。Xは完全な民事行為能力者であり、理解できない外国語の表記に遭遇したときには、すぐに医師に尋ねるべきであるため、X自身に過失がある。また、Xが1995年にすでに「乙肝」(日本語で「B型肝炎」である)と診断されており、「乙肝」も肝硬変を誘発する可能性があるため、Yの告知義務の不履行によって「丙肝」に対する治療を遅らせたことから肝硬変を誘発したとのXの主張には証拠が不足している。したがって、第1審裁判所は、Xの請求を棄却した。

**【2 審】**

不法行為法54条は過失責任の一般原則を規定している。それに対して特別の状況として58条1項1号に掲げる事情があるとき、過失の推定が適用される。しかし、本件においては、①YがXに対して術前の血液検査を行い、その検査結果であるHCV(+)をそのまま退院記録書に記入した行為は法律、行政法規、規則などの規定に違反していない。②HCV(+)が「丙肝」の通用する外国語の略語であるため、Yのカルテ記入形式はカルテ作成規範に違反していない。③XがY病院に入院した目的は、子宮筋腫摘出術を受けることであり、健康診断ではない。その際の術前の血液検査の目的は、単に手術を受ける条件の存否を判断

43) 中国語表記では「病歴書写基本規範」である。衛生部2010年1月22日公布、同年3月1日施行。第5条は「カルテの作成には中国語を使用しなければならない。通用する外国語の略語と正式的な中国語の訳語のない症状、身体特徴、疾病の名前であるときは、外国語を使用することができる」と規定する。

することであり、「丙肝」の検出は子宮筋腫摘出術になんらの不利益を生じさせていなかった。以上の三点をもって、第2審裁判所も第1審と同様、Yに過失の存在を認めることができないとして、Xの上告を棄却した。

<検討>

判旨から、58条1項1号の適用に関する第1審、第2審裁判所の判断枠組みは、以下のように裁判所は理解していることがわかる。すなわち、Y側がHCV(+)をそのままカルテに記入した医療行為がカルテ作成規範という行政法規に違反していないという一事から、58条1項1号に規定される適用条件が満たされていない。よって「過失の推定」の適用を認めない。そのうえ、「過失の推定」の適用不可という一事から、C型肝炎の罹患をめぐる説明・告知義務の違反の有無さえ判断せずに、直ちに過失の不存在を認定した。あたかも行政法規に違反していないことが過失の不存在と等しいと見なしているようである。

しかし、百歩譲って、仮に58条1項1号の適用を抜きにして考えた場合、一般論として、他人の生命および健康を扱う医師は、その職業の特殊性に照らし、患者に対して危険をもたらさないように最善の注意義務を尽くさなければならない。いわゆる医師に要求される注意義務は専門領域で相対化・類型化された注意義務である。合理人ならば尽くしたであろう注意義務では足りないものとされている。中国の現状から「丙肝」(C型肝炎)とHCV(+)という二つの用語を比べると、前者は生活上通常用語として使われるものであり、後者は一般人に馴染まない用語である。また、たとえ後者のHCV(+)という用語が医師の間では一定程度通用するものであるとしても、それは「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」<sup>44)</sup>に過ぎない。それ故、医師同士の間で通用するHCV(+)をもって、患者と医師との間に生じた紛争解決、すなわち注意義務違反の有無を判断することは、不適切である。したがって、仮に58条1項1号の適用の有無を考えないとしても、一般論から、医師側の「丙肝」についての口頭での不告知などの不作為は注意義務の違反にあたり、過失が存

---

44) 星野英一『民事判例研究第2巻2債権』(有斐閣、1972年)570頁。

在すると判断される可能性は十分に残されているといえる。

それにもかかわらず、58条1項1号の適用の有無を前提とする本件の判決では、行政法規に違反していないことの一事から、58条1項1号の適用を認めないとした。そのうえ、前述のような一般論としての「口頭の説明および告知」に関する注意義務の違反の有無を考慮せずに、58条1項1号の適用不可の一事をもって、直ちに過失の不存在を認定した。このような判断枠組みを承認することは、58条1項1号が医療過誤訴訟における証明負担の軽減策とはならないどころか、かえって支障を生じさせることになってしまうものと考えられる。

### 第三款 小括——問題点

本節の検討を通じて、学説では58条1項1号についての議論が多岐にわたっているが、各説を支える法理的根拠に関する検討が殆ど欠如している。また、その適用要件の具体化に関する検討もほぼ空白となっている。一方、裁判実務では、55条（説明義務の違反）と58条1項1号との混用、および57条（医療水準の違反）と58条1項1号との混用によって、58条1項1号に対して本来期待された証明負担を軽減させる機能が果たされない事態が生じている。さらに、診療規範などに違反しないことが過失の不存在と同一視するという実務上の傾向が顕在化している。その結果、58条1項1号の存在は、証明負担の軽減に資するどころか、かえって支障を生じさせているということができよう。

## 第四節 医療水準論——不法行為法57条

不法行為法の起草に当たって、立法者が医療過誤訴訟における証明責任の分配から患者側と医師側の利益考慮によってその両者間の最適な分配点を探るためのもう一つの工夫は、日本法における医療水準論の中国法への導入に現れている<sup>45)</sup>。その具体的な成果としては過失の判断基準とされる医療水準論が不法行為法57条によって明文化されたことである。法移植によって日本法における医療水準論を導入せんとする明文化

45) 楊立新『侵權責任法——条文背後的故事與難題——』（法律出版社、2011年）203頁。

それ自体は、医療過誤訴訟における法整備にとって大きな進歩と思われる。ところが、残念ながら、立法者の三回の審議を経て最終的に制定された57条の医療水準論は、日本法における医療水準論および法学者の間に想定される医療水準論との間に大きな乖離を発生させている。以下では、立法者に想定される医療水準論と法学者に想定される医療水準論を第一款および第二款でそれぞれ分析し、両者間に発生した齟齬を明らかにする。そのうえで、第三款では、法律施行後の裁判実務に関する若干の検討を通じて、57条の実際の適用状況とその問題点を析出したい。

### 第一款 従来の議論の到達点

#### 第一項 立法者に想定される医療水準論

##### 1 草案段階における57条の変遷

医療賠償責任に関する条文規定は、草案第1回審議案においてはまだ存在しておらず、草案第2回審議案から設けられ、立法者による計3回の審議を経た（本章第一節第三款参照）。この3回の審議案における57条の内容には以下の図表2-3に示されたような変遷があった。

図表2-3 草案段階における57条の変遷

草案第2回審議案	草案第3回審議案	草案第4回審議案
<p>57条1項 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<b>注意義務</b>を尽くさなければならない。医療従事者は当該義務を尽くさず、患者に損害を生じさせたときは、賠償責任を負わなければならない。</p> <p>2項 医療従事者の<b>注意義務</b>を判断するときは、<b>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</b>なければならない。</p>	<p>57条1項 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<b>注意義務</b>を尽くさなければならない。医療従事者は当該義務を尽くさず、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。</p> <p>2項 医療従事者の<b>注意義務</b>を判断するときは、<b>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</b>なければならない。</p>	<p>57条 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<b>診療義務</b>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。</p> <p>2項 削除</p>

図表2-3からわかるように、草案段階における57条の内容には、(1)



「注意義務」を「診療義務」に変更したことと、(2) 2項を削除したことの二点の大きな変化があった。このような変化は、立法者である常務委員から提起された以下のような意見に基づく草案修正の結果である。

## 2 常務委員等の意見

2009年10月28日午前、第十一期全国人民代表大会常務委員会（立法機関）第十一回会議において、不法行為法草案第3回審議案が常務委員らによって審議された。その審議記録の抜粋は全国人民代表大会のホームページにおいて公開されている<sup>46)</sup>。

(1) 「注意義務」から「診療義務」までの変更に関する常務委員等の意見

不法行為法草案第3回の審議討論において、「注意義務」から「診療義務」までの変更に関する立法者の発言を引用してまとめたものが以下である。

① 常務委員・呂薇氏<sup>47)</sup>

「草案57条について、まず『注意義務』の意味が分からない」。

② 常務委員・王佐書氏<sup>48)</sup>

「全体からみると、草案が尚未熟の状態にある。一部の概念がとても曖昧であり、例えば、57条における『注意義務』について、何が『注意』で、何が『不注意』で、何を『注意』するか、(中略)非常に判別困難である」。

③ 全国人民代表大会代表・秦希燕氏<sup>49)</sup>

「『注意義務』の一語は抽象的で、医学用語であり、法律用語ではない。『注意義務』とは何か、不明確、曖昧である。『注意義務』の判断基準は何か、具体的な規定内容がない」。

以上のような立法者の意見に基づいて、成文化された57条における「注意義務」は、「診療義務」に変更されることになった。

---

46) 中国人大網：[http://www.npc.gov.cn/huiyi/cwh/1111/2009-11/12/content\\_1526505.htm](http://www.npc.gov.cn/huiyi/cwh/1111/2009-11/12/content_1526505.htm)（最終確認日：2014年05月15日）。

47) 呂薇：管理学博士、全国人大常委委員。國務院發展研究中心技術經濟研究部部長。

48) 王佐書：理学学士、全国人大常委委員。

49) 秦希燕：弁護士、全国人民代表大会代表。

(2) 草案第2・3回審議案における57条2項の削除に関する常務委員等の意見

不法行為法草案第3回の審議討論において、草案第3回審議案にあった57条2項が削除されることとなった。その削除に関する立法者の発言を引用してまとめたものが以下である。

「1項にすでに『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注意義務を尽くさなければならない』と規定しているので、再び2項に『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』との規定を追加すると、あたかも水準が低いため責任を負わなくとも済むと考えられがちであり、もともと水準が低いため、如何にも水準を向上させことは使命とされるべきである。したがって、2項を削除するよう提案する。」<sup>50)</sup>

元来、不法行為法の草案を起草する者が57条2項を設置する理由は、「広大な領土をかかえる中国では、異なる地域の医療水準に格差が生じているし、同一の地域においても資質の異なる医療機関の医療水準に格差が存在しているために、医療従事者の履行すべき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」<sup>51)</sup> というものである。しかし、上記のような一部の委員の意見に基づいて、客観的に存在している地域差、施設差、専門医の事情が軽視され、成文化された57条において2項は削除されることになった。

### 3 法制工作委員会の積義

近年の中国では、法律が公布されてから、社会各界に立法の趣旨と法律の適用を正確に把握させるために、法律の実際の起草部門にあたる全国人民代表大会常務委員会法制工作委員会により、法律に対する『積義』が出版されることが傾向となっている。今回の不法行為法も同様に、2009年12月26日に採択され、その翌日の12月27日にはやくも全国人民

---

50) 呂薇・前掲注(46)参照。

51) 梁慧星「論『侵權責任法』中的医療損害責任」法商研究第140期(2010年)38頁。

代表大会常務委員会法制工作委员会の手による『不法行為法釈義』<sup>52)</sup>の編集が終わり、翌月の2010年1月に出版されている。この『不法行為法釈義』では、不法行為法57条は以下のように解釈されている。

まず、57条の性質については「本条文は診療活動における医療従事者の過失の判断に関する規定である」<sup>53)</sup>という。また、条文上に規定される「当時の医療水準に適合する診療義務」とは「不法行為法における重要な概念、すなわち注意義務を表現しているものである」<sup>54)</sup>という。このような解釈は、前述した常務委員の意見によって変更された「診療義務」と、元来の草案第3回審議案にあった「注意義務」との関係を明確にし、「注意義務」の存在価値を認めている。そこから敷衍して、注意義務の具体的判断基準が当時の医療水準であることが強調され、当時の医療水準が法律、行政法規、規則および診療規範に対する違反の有無によって判断され得ることが提示されている<sup>55)</sup>。草案2項の削除については、「法律、行政法規、規則およびその他の診療規範は、医師に要求される診療行為を具体的に規定しているものであるため、通常、医療機関および医療従事者は全てそれを遵守すべきである。地域の特性、医療機関の性格、医療従事者の資質等の要素によって格差のあるものではない」という理由をもって、2項の削除を正当化しようとしている。

上記の法制工作委员会の釈義をまとめると、その見解は、(1)「注意義務」を「診療義務」に変更したことに批判的であり、(2)57条2項を削除したことに好意的である。裁判実務における57条の適用については、以下のような判断枠組みが提示されている。すなわち、医師側の過失の存否は、注意義務の違反の有無によって判断される。注意義務の違反の有無は、医療水準に達しているか否かによって判断される。医療水準は、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よって判断される。これによって、立法者に想定される医療水準論は、通常、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よって判断され、全国一律に絶対的な基準として考えるべきものであり、地

52) 全国人民大会常務委員会法制工作委员会(編)『中華人民共和國侵權責任法釈義』(法律出版社、2010年)285～289頁。

53) 全国人民大会常務委員会法制工作委员会・前掲注(52)285頁。

54) 全国人民大会常務委員会法制工作委员会・前掲注(52)285頁。

55) 全国人民大会常務委員会法制工作委员会・前掲注(52)286頁。

域性・施設性・専門性に対する相対的な判断が必要とされないものとなっている<sup>56)</sup>。

## 第二項 法学者に想定される医療水準論

一方、法学者の想定する医療水準論というのは、医師が注意義務に違反したか否かを判断するためのより具体的な判断基準であり、地域性・施設性・専門性に対する相対的な判断も必要とされている。その議論状況は、58条「過失の推定」をめぐる多岐にわたる学説の展開とは異なっており、57条をめぐる解釈に関する学説の分岐はほとんど見られない<sup>57)</sup>。なお、学説上の分岐がない現状を生じさせている原因としては、多くの論者が日本法における医療水準論の単なる紹介にとどまっていること、裁判実務の適用状況に目を向けていないことなどが思われる。

まず、医療水準とは、医療従事者が診療活動を行うとき、その学識、注意程度、技術および態度につき、同一の時期における一般医療専門水準を有する医療従事者が同一の状況の下に遵守すべき基準であると定義される<sup>58)</sup>。広義の医療水準には、「学問としての医学水準」と「実践としての医療水準」の二つがある。前者は学界から認められる研究水準である。後者は、経験水準であり、一般臨床医にとって十分な知識経験として普及したものである。医師が注意義務に違反したか否かを判断するための具体的な基準とされるのは、後者の「実践としての医療水準」である。

つぎに、医療水準は、(1) 医師の専門分野、(2) 医療機関の性格、(3) 地域の医療環境の特性、(4) 医療の緊急性などの要素を適切に考慮して判断されなければならない。

---

56) 同旨、孟強『医療損害責任』（法律出版社、2010年）113、150頁。

57) 趙彦平＝曹志宏「試論医療過失標準の構建原則」江蘇衛生事業管理第110期（2009年）94～95頁。馬輝「論医療水準の確定」法学雜誌（2010年第3期）25～28頁。傅学慶「医療過錯的判断基準——医療數位準説」華東政法大學專業學位碩士論文（2010年）1～24頁。強美英「論医療過失的認定」法学雜誌（2010年第8期）48～51頁。蔣彬「浅析医療過錯的判断標準」中国衛生法制第109期（2010年）48～51頁。吳祖祥「論医療技術過錯」東岳論叢第32卷第3期（2011年）168～171頁。杜亞東「論診療義務與診療過錯的推定——以医療損害侵權責任的理解與適用視點」科技與法律第93卷第5期（2011年）81～86頁、96頁。

58) 陳現潔・前掲注（15）201頁。単国軍・前掲注（20）67頁。強美英・前掲注（57）50頁。

(1) 医師の専門分野について。経済の発展と科学の進歩に伴い、医学また臨床医学の専門化・細分化の傾向は、極度に進行しつつある。中国では、医師が一般の医師（全科医と称する）と専門医に分けられている。全科医とは診療科別によって区分されていない者であり、専門医は特定の診療科別によって区分され、その特定の科別範囲内で医療行為を行う者である。専門医に対するその特定の専門分野で要求される医療水準は、全科医に対して要求される医療水準より高い。したがって、全科医は、平均的医師によって広く行われている医療行為を実施した場合に、客観的な注意義務を履行したとされるが、専門医は、平均的医師によって広く行われている医療行為を実施しただけでは、客観的な注意義務の履行に足りないと言われる。そして、実際の状況に応じて専門医の診療が必要と判断されるとき、全科医に専門医への転医義務が課されることがあり得る。

(2) 医療機関の性格について。中国では、殆どの病院は国立病院であるが、それ以外に個人の開業医、民間の専門科病院を含め多様な種類の病院が存在する。また、病院の機能、管理水準、設備状況、医師数および技術能力などの基準によって中国の病院は一級、二級、三級病院に分けられ、そのうえ、同級の病院をさらに甲等、乙等、丙等に区分し、その中の三級病院は甲等、乙等、丙等の以外にさらに特等が増設されており、計 10 種類に分類されている。医師数および技術能力が最も優れている三級特等病院に要求される医療水準は、医師の数および技術能力が劣っている一級丙等の病院に要求される医療水準より高い。したがって、医療水準を判断するとき、医療機関の性格を具体的に考慮しなければならない。

(3) 地域の医療環境の特性について。広大な領土をかかえる中国では、地域間の教育、経済、文化の発達状況に非常に大きな格差が存在する。そのような格差の存在は、地域ごとに所属する医師の医療環境、医療経験の蓄積および医療技術の上達に大きな影響を及ぼしている。経済等が発展している東南沿海地域に所属する医師に要求される医療水準は、経済等が発展していない西北内陸地域に所属する医師に要求される医療水準とは当然異なるはずである。したがって、医療水準を決する最適な基準点を画定するには、地域ごとの具体的な状況を総合的に考慮しなけれ

ばならない。ただし、地域の医療環境の特性に対する考慮は、未発達の地域に所属する医師に要求される医療水準を一般の医師が備えている最低の注意基準の以下の程度まで許すことを決して意味しない。

(4) 医療の緊急性について。医療の緊急性とは、患者の病状が緊迫した状態に陥り、適切な医療判断に必要とされる精密な検査を行う時間が不足し、直ちに緊急医療措置を採らなければならない状況を指す。通常、医療行為はその他の業務行為と比べて緊急性が高いという特徴を有する。そのため、医療水準をもって医師の注意義務を判断するとき、緊急性が医療行為に及ぼす影響をも考慮しなければならない。

## 第二款 裁判実務

立法者と法学者の間に生じた医療水準論の理解の齟齬は、裁判実務における57条の適用状況に如何なる影響を及ぼしているのか。換言すれば、裁判実務において具体的にどのような判断基準をもって医療水準を決めているのかについて検討する必要がある。以下では、本稿執筆時につき収集した57条を適用した10件の裁判例から、本稿の興味関心に即し、かつ判旨が明確に示されているものとして以下の2例を挙げることができる。これらの2例の検討を通じて、中国の裁判実務における医療水準論の判断枠組みを考察する。

[裁判例1]<sup>59)</sup>

<事実>

2010年8月2日に、Xは生理が3カ月遅れたため、Y1病院に入院し、子宮筋腫と慢性子宮頸管炎と診断された。同月4日、子宮筋腫核出術を受け、7日後の8月11日に退院した。退院後の8月29日に、Xは、膣から出血が14日間続き、症状が悪化したため、Y2病院に搬送され、入院時には膣出血要検査、失血性ショックと診断された。同日、Y2に所属する医師から子宮鏡下手術を受け、翌日の8月30日から9月1日19時40分まで、膣からの出血は減少し、明らかな悪化は見られなかった。しかし、9月1日19時40分に、Xは、急に膣から大量に出血し、直ち

---

59) 重慶市渝中区人民法院・2011年11月16日、(2011)中区法民初字第03179号。

に Y2 に所属する医師により広汎子宮全摘出術を受け、その後、回復し、9月11日に退院した。そこで、Xは、Y1とY2からの治療が手術技術管理規範および診療慣行規則などに違反していることを理由に、医療過誤に基づく損害賠償請求訴訟を提起した。

審理中、医療過誤鑑定が行われた。その鑑定結果は以下のとおりである。① Y1とY2の治療は手術技術管理規範および診療慣行規則などに違反しておらず、当時の医療水準に適合する治療である。② Y1については、Xの8月11日の退院時、もしbモード超音波検査を実施していれば子宮壁内血腫を発見することができた可能性があった。Y2については、8月29日の術後から9月1日19時40分の再出血までの間に積極的な治療を行っておらず、消極的であった。このような不足または消極的な対応は存在しているものの、いずれも手術技術管理規範および診療慣行規則などに違反しないため、Y1とY2の診療行為は当時の医療水準に適合しているといえるから、過失が存在すると認定することはできない。

<判決>

医療従事者は、診療活動において高度な注意を払う必要があり、危険と損害の発生を防止するために、最善な注意を払わさなければならない。本件につき、Y1とY2は上述の義務を尽くしておらず、その医療行為に不足また消極的な対応が存在するため、過失の存在を認定すべきである。ただし、損害の発生にXの身体上の素因もあるため、33%の過失相殺を認める。

<検討>

中国の医療過誤訴訟において、裁判所はほとんど医療過誤鑑定の結論どおりに判断する傾向がある。そして、医療過誤鑑定は、単なる専門的知見による事実上の認定のみならず、過失と因果関係という法的政策的価値判断まで判断しなければならないとされている(本章第二節第二款参照)。本件の医療過誤鑑定書の結論では、Y1とY2の医療行為には不足または消極的な対応が見られるが、手術技術管理規範および診療慣行規則などに違反しないため、過失の存在を認定することができないと判断している。これもまた、医療行為に不手際があっても、行政法規、規則および診療規範に関する規定に違反しないならば、過失の存在を認め

ない、という法制工作委員会に提示される判断枠組みを採用しているものと思われる。

一方、本件を審理した裁判所が医療過誤鑑定結論に従わずに、Y1とY2の過失を認めたところは大いに評価されるべきである。しかし、鑑定書では明らかに医療水準に達していると判断されたため、裁判所は止むを得ず医師に要求される最善の注意義務から過失の存在を導くことしかできなかった。この点から、57条に規定される医療水準論は、最善の注意義務を判断する具体的な基準という本来の機能を果たすことができていないものと考ええる。

[裁判例 2] <sup>60)</sup>

<事実>

Xは、2010年5月14日（妊娠25週）に、妊娠中の胎児診断のため、Y病院でbモード超音波検査を受けた。検査の結果は「胎位と羊水などの影響で、胎児の四肢部分および顔部が識別不明である。子宮内妊娠中期、生存単体胎児、再診を勧める」というものであった。同年7月1日（妊娠32週）に、2回目のbモード超音波検査を受けた。検査の結果は「四肢が部分的可視、子宮内妊娠晚期、生存単体胎児、胎位頭位」というものであった。同年8月21日（妊娠40週）に、3回目のbモード超音波検査を受けていた。検査の結果は「四肢が部分的可視、顔部が胎位の影響で識別不明、子宮内妊娠晚期、生存単体胎児、胎位頭位」というものであった。Xは、分娩予定日となったため、Y病院に入院した。その翌日の8月22日に、右手の手の平と左手の指が欠損する女子を分娩した。そこで、Xは、Yに対して胎児の四肢奇形の不告知、あるいは奇形の疑いがあるにもかかわらず、カラードップラー超音波検査を実施できる上級病院への転医を勧めなかったこと、説明義務を尽くさなかったとして、損害賠償を請求し、訴訟を提起した。

<判決>

**【1 審】**

第1審裁判所は、審理を経て、以下の二点の事実を認定した。①『臨

---

60) 湖南省邵陽市中級人民法院・2011年3月10日、(2011)邵中民一終字第107号。



床技術操作規範——超音医学分冊』の内容からみれば、医療慣行で胎児の手の平は超音波検査のチェック項目として記載されていない。<sup>②</sup>また「産前超音波診断技術規範」<sup>61)</sup>第3条「現在の超音波技術の水準によれば、妊娠16週～24週に診断しなければならない致命的な奇形は無脳症、脳膨出、開放性二分脊椎、腹胸壁欠損、内臓脱出、心臓奇形、致命的な軟骨形成不全などを含む」に基づいても、胎児の手の平、指の欠損奇形を検査する内容は含まれていない。以上の認定された事実のもとで、Yの医療行為（超音波検査の行為）は医療衛生管理に関する法律、規則および診療規範に違反しないため、過失がないと認定される。よって、不法行為法57条などに基づき、Xの請求を棄却した。

その後、検査の結果が「四肢が部分的可視」となっており、胎児の発育不全あるいは奇形の疑いがあるにもかかわらず、確診の検査やカラードップラー超音波検査を実施できる上級病院への転医、説明義務を尽くさなかったことを理由に、Xは上告した。

## 【2 審】

第2審裁判所は第1審裁判所と同様、Y病院のXに対する超音波検査の医療行為が医療慣行規則と現行法律法規の規定に違反しないため、過失がないと判断した。そのうえで、Xが右手の手の平と左手の指の欠損する女子を分娩したことは、妊娠過程において形成された奇形であり、Y病院の検査行為によって生じたものではないため、Yは賠償責任を負うべきではないと判断した。

### <検討>

本判決は、法制工作委員会の積義によって提示される57条の適用に関する判断枠組みを採用したものとと思われる。すなわち、医療水準は法律、行政法規、規則およびその他の診療規範に関する規定によって判断される。本件Yの医療行為は、『臨床技術操作規範——超音医学分冊』と「産前超音波診断技術規範」に違反していないことから、当時の医療水準に達しているものと考えられ、直ちに過失は存在しないものと認定された。

61) 中国語表記では「超音産前診断技術規範」である。この診療規範は行政規則「産前診断技術管理辦法」（衛生部2002年9月24日採択、同年12月13日公布、2003年5月1日施行）に附属して公布されたものである。

しかし、このような判断枠組みであれば、相対的な考慮が必要ないとされる医療水準論のもとでは、医療水準を前提とする転医・告知・説明義務の有無をまったく考慮せずに、単に法律、行政法規、規則およびその他の診療規範に対する違反の有無だけで、医師側の過失の有無が判断されることになる。そのため、日本法における医療水準論を導入する実益は殆どなくなると言わざるを得ない。

本来、日本法における医療水準論とは、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徴等の要素を相対的に考慮した上で決される基準である。ところが、法律、行政法規、規則およびその他の診療規範などは、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に過ぎない。さらに医学・臨床医学が日々進化し、新規療法が過去に比べてより短い時間で普及する実情と重ねると、診療規範などは、通常、医療水準より遅れていることが多い。そのため、診療規範だけをもって医療水準の判断基準とすることは妥当とは言えない。診療規範に違反しない場合でも、医療水準に達しているとは限らず、直ちに過失の不存在を認定することができないと考えるべきである。

最後に、診療規範などに違反しないため過失が存在しないとした本件裁判所の判断には若干粗雑な点があると思われる。Y 病院の設備状況、検査を行う医療従事者の技能程度、「産前超音波診断技術規範」が公布されたのは 2002 年であるが）2010 年の当時における胎児の形態異常のスクリーニングに関する医療水準、またそのような医療水準を前提とするカラードブラー超音波検査を実施できる上級病院への転医義務や説明義務の有無などの状況を総合的に判断した上で、過失の有無を決すべきである。そのほか、損害と加害行為との間の因果関係に関する判断、すなわち「X が右手の手の平と左手の指の欠損する女子を分娩したことは、妊娠過程において形成された奇形であり、Y 病院の検査行為によって生じたものではないため、Y は賠償責任を負うべきではない」という判断も、上記で言及したような転医や説明義務の有無を判断した上での是正が必要であろう。

### 第三款 小括——問題点

本節の検討を通じて、57条をめぐる解釈論の問題点を以下のようにまとめることができる。まず、立法者が想定する医療水準論と法学者が想定する医療水準論との間に理解の齟齬が生じている。すなわち立法者が理解する医療水準論は、法律、行政法規、規則およびその他の医療規範に関する規則というような全国一律な基準をもって判断されるものである。これに対して、法学者が理解する医療水準論は、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。一方、裁判実務においては、立法者に想定される医療水準論のもとで、裁判所は法律、行政法規、規則およびその他の医療規範に関する規則をもって医療水準に達しているか否かを判断している。このように、診療規範などに違反しないならば、当時の医療水準に達しているものと考えられ、過失の不存在が認定されてしまつては、日本法における医師側に要求される注意義務を具体的に判断するための医療水準論を導入した実益はないと言わざるを得ない。

## 第五節 小括

本章第二、三、四節での検討を踏まえ、以下では、各条文をめぐる従来の議論の到達点を再整理しつつ、そこに存する問題点を確認する。そのうえで、中国法における克服すべき課題を析出し、中国法の新たな解釈論の展開の方向性を提示することとする。

### 1 証明責任の転換——証拠解釈4条1項8号

従来の議論の到達点として、その解釈論（肯定説と否定説）は、主に証明責任を転換すべきか否かをめぐって展開されている。また、裁判実務における適用状況からは、証明責任の転換が事実上機能していないことが判明した。そこで生じた問題点としては、立法趣旨と裁判実務の乖離である。なぜ立法また解釈論に期待されている証明責任の転換が裁判実務において機能していないのか。その原因の究明こそが克服すべき課題である。

なお、原因の究明にあたって、医療過誤訴訟における証明責任の転換に対して日本法は保守的態度であるため、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の比較法的考察を、新たな解釈論の展開の方向性として提示することができる。

## 2 過失の推定——不法行為法 58 条 1 項 1 号

従来議論の到達点として、その解釈論（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）は、主に条文の本質をめぐって展開されている。しかし、従来議論が本質論にとどまっているため、58 条 1 項 1 号をめぐる適用要件の具体化に関する検討は殆どなされていない。また、表面証拠説を除く他の学説では自説を支える法理的根拠も欠けている。その影響を受け、裁判実務においては、適用要件が不明確であるため、実際に機能しているのは 55 条と 57 条のみであり、58 条 1 項 1 号が証明責任の軽減策として存在する価値が見いだせない。さらに、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ため、58 条 1 項 1 号の存在がかえって証明負担の軽減に支障をもたらしていると考えられる。そこで、従来解釈論を再構成するために、58 条 1 項 1 号の本質を明らかにし、それを支える法理的根拠および適用の際の判断枠組みを探求することが克服すべき課題として挙げられる。

なお、新たな解釈論の展開の方向性として、日本法における過失の「一応の推定」についての検討が有益と考えられる。以下の点はその理由としてあげられる。すなわち、表面証拠説または法制工作委員会の積義によると、58 条 1 項 1 号は、過失の存在を証明するための表面証拠であり、しかも極めて強い表面証拠であるため、過失の推定を導くことができる。表面証拠は表現証拠<sup>62)</sup>、表現証明あるいは表見証明（*Anscheinsbeweis*）とも称される<sup>63)</sup>。一方、日本法において「一応の推定」という法理は表見証明（*Anscheinsbeweis*）と同一視されている<sup>64)</sup>。したがって、58 条 1

62) 楊立新「論医療過失的証明及挙証責任」法学雑誌（2009 年第 6 期）4 頁。

63) 沈冠倫『民事証拠法與武器平等原則』（元照出版公司、2007 年）105 頁。同旨、趙西巨『医事法研究』（法律出版社、2008 年）398 頁。

64) 中野貞一郎『過失の推認』（弘文堂、1978 年）18～19 頁。村上博巳「法律上の推定と事実上の推定」三ヶ月章＝青山善充（編）『民事訴訟法の争点』（有斐閣、1979 年）241 頁。渡辺武文「表見証明と立証軽減」吉川大二郎博士追悼論集『手続法の理論と実践〔下巻〕』（法律文化社、1981 年）139 頁。藤原弘道

項1号における過失の推定を支えている法理的根拠は、日本法における過失の「一応の推定」に求めることができよう。

### 3 医療水準論——不法行為法57条

従来の議論の到達点として、その解釈論（立法者および法学者の間の議論）は、主に医療水準が全国一律な基準として考えるべきか否かをめぐって展開されている。問題点としては、立法者が想定する医療水準論と法学者が想定する医療水準論との間に齟齬が存する。裁判実務においては、裁判所は、立法者が想定する医療水準論のもとで、全国一律な基準とされる法律、行政法規、規則およびその他の医療規範に関する規則をもって医療水準に達しているか否かを判断している。その結果、診療規範などに違反しないならば、当時の医療水準に達しているものと考えられ、過失の不存在が認定されてしまう。これによって、日本法における医師側に要求される注意義務を具体的に判断するための医療水準論を導入する実益がなくなる。そこで、診療規範などの規定と医療水準との関係を究明することが克服すべき課題として挙げられる。

なお、新たな解釈論の展開の方向性として、立法の参考とされる日本法における医療水準論の生成過程（医療水準の相対化過程）に対する比較法的考察が必須かつ有益であろう。

## 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

日本法においても、中国法と同様、医療過誤に基づく損害賠償訴訟において過失の有無や因果関係の存否の証明は、訴訟の勝敗を決する重要な意義を有している。そして、原告たる患者側にとって、過失の存在などを証明することは困難な場合が少なくない。このような証明困難に対処するために、日本法においては、絶えず新しい議論が提起され、学説が複雑に林立している。本章では、手続法と実体法の二つの法領域から、

---

「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）146頁。小林秀之『新証拠法 [第2版]』（弘文堂、2003年）62頁。新堂幸司『新民事訴訟法 [第四版]』（弘文堂、2008年）542頁。上田徹一郎『民事訴訟法 [第7版]』（法学書院、2011年）377頁。高橋宏志『重点講義民事訴訟法（上） [第2版]』（有斐閣、2012年）557頁。

証明責任の転換、過失の「一応の推定」、医療水準論という三つの法理を研究対象に選び、これらの法理が生成される過程において現れた一連の裁判例と、これらの法理に関する学説上の議論を検討した上で、日本法において過失の証明と認定に関する解釈論がどのような展開を見せたのか概観する。

## 第一節 証明責任の転換に関する日本法の慎重な態度

証明責任の転換は、一般の場合の証明責任の分配と異なり、特別の場合に、法律の規定によって、反対事実について相手方に証明責任を負わせる法技術である<sup>65)</sup>。例えば、不法行為に基づく損害賠償請求では、民法709条により損害賠償請求権を主張する原告が、被告の過失の存在についての証明責任を負うのが原則であるが、自動車事故に基づく損害賠償請求では、自賠法3条但書によって、被告が自動車の運行に関し注意を怠らなかったこと、被害者又は運転者以外の第三者に故意又は過失があつたこと並びに自動車に構造上の欠陥又は機能の障害がなかつたことについて、証明責任を負うとされる。

証明責任の転換は、証明責任の分配を規定する一つの法技術であり、転換を規定するか否かは立法政策の問題である。したがって、証明責任の転換を規定する実定法の特別の法規があるときは問題がないが、解釈論としての証明責任の転換は、ほとんど支持されていない<sup>66)</sup>。また、立法政策の問題であるため、証明責任の転換は、具体的事件の審理の経過により、一方の当事者が有力な証拠を提出し裁判官の心証がその当事者有利に形成されつつあるとき、不利益を免れようとする相手方はそれを崩すためにさらに有力な証拠を提出しなければならない状態に追い込まれる現象——立証の現実的必要<sup>67)</sup>の移動——とは異なる<sup>68)</sup>。

65) 中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕『新民事訴訟法講義 [第2版補訂版]』(有斐閣、2007年)367頁 [青山善充執筆]。

66) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法(上) [第2版]』(有斐閣、2012年)553頁。

67) 立証の現実的必要とは、裁判官の心証に対応する事実的なものであり、証明責任のような法的・規範的な概念ではないである。立証の必要、証明の必要とも呼ばれる。高橋・前掲注(66)518頁。

68) 中野・前掲注(65)367頁。同旨、新堂幸司『新民事訴訟法 [第四版]』(弘文堂、2008年)540頁。

1970、80年代の日本の民事訴訟法学界では、医療過誤訴訟が増加している状況を背景に、原告たる患者側の証明困難を軽減するため、ドイツの医療過誤訴訟における証明責任の転換理論が紹介されたことがあった<sup>69)</sup>。しかし、最終的に、日本法においては過失責任の原則が強く維持されており、医療過誤訴訟における証明責任の転換理論は、紹介だけにとどまっている。なお、当時紹介された証明責任の転換は、医療過誤そのすべての事案において一律に証明責任を転換する中国の制度とは異なっている。以下では、中国法における証明責任の転換との違いを明らかにするため、当時紹介された証明責任の転換を簡単に整理してみよう。

当時紹介された証明責任の転換は、過失でなく、因果関係についての証明責任のみを被告側に転換しようとするものである。それによると、証明責任を転換するには、以下の二つの要件を充足することが必要とされている。(1) 医師に重大な診療過誤があったこと、(2) 診療過誤が既発生健康障害を惹き起こすに適した性格を有すること。(1) について、①重大な診療過誤は、医術について承認された基準に対する明白な違反があったことである。判例では、証明責任の転換のために、時折「ひどい技量過誤」をも要求している。②重大な診療過誤の確定は、診療行為時の医療水準に従って行われなければならない。(2) について、この適格性というメルクマールは、証明責任転換の実質的な射程距離を画している。すなわち、証明責任の転換が診療過誤と健康障害の間の因果関係に及ぶのは前者が後者の原因適格性を有すると見られる範囲に限られるのである。証明責任の転換には、既発生の障害がその診療過誤によって惹き起こされたという蓋然性は必要ではない。診療過誤の原因適格性は、現に行われたような診療過誤が原因であったかもしれないという可能性だけで十分である。

ところが、証明責任を転換することは、不法行為法の基本原則を揺るがしかねないため、過失責任の原則を採用する日本法は、転換に対して

69) 中野貞一郎「証明責任の転換(一)——医療過誤訴訟における因果関係の証明をめぐる」判例タイムズ 342号(1977年)2～10頁。バウムゲルテル＝ヴィットマン(著)/木川統一郎＝吉野正三郎(訳)「ドイツ医療過誤訴訟の証明責任分配について」判例タイムズ 420号(1980年)9～20頁。中山幸二「医療過誤訴訟における証明責任の転換」(ドイツ民事訴訟法関係新判例紹介)判例タイムズ 510号(1984年)86～88頁。

慎重であった。そのため、医療過誤訴訟における因果関係の証明責任の転換は定着することがなかった。一方、ドイツ法においては、証明責任を転換するための一つの要件である、「重大な診療過誤」の有無は診療行為時の医療水準を基準に判断されるところ、このような理解は、その後の日本法の医療水準論の展開と密接に関連しているように思われる。そして、証明責任の転換が導入されなかったため、医療過誤訴訟における証明困難を如何に解決するかにあたって、過失の「一応の推定」法理はより注目されるようになっている。