

## 『医師民事責任の構造と立証責任』平野哲郎（2018年、日本評論社）

### はしがき

一 医療過誤法理は、今まで総論のないまま事案解決のためにアドホックに形成されてきた感がある。これを体系化し、契約法の枠組みを使って医師・患者関係を統一的に説明できる理論を構築し、医師の民事責任についての新しいパラダイムを提供することが本書の目的である。

医事法学において医療過誤は従来概ね不法行為法の枠組みで議論され、実務上も、医師の民事責任は不法行為構成で追及されてきた。しかし、本来、治癒という目的に向けて努力することを合意し、それを実現するパートナーである医師と患者の間を、ひとたび紛争が発生した場合に加害者と被害者に分断して、不法行為法によって解決を図るのは適切とはいえない。医師と患者の関係を結合し、規律するツールとして医療契約を用いて、紛争の予防と解決を図ることが望ましい。医療契約の枠組みで医師・患者関係をとらえ、両者の権利と責任を明確にし、双方が安心できる医療環境を整えるための法理論的な基盤を提供したいというのが私の目標である。

二 2017年の民法改正は「社会の契約化」をねらいの一つとしている。契約社会は、人々が契約というツールを使って関係を規律する社会であり、われわれ自身が、契約を用いて社会の仕組みをより良いものに変えていくことを目指している。そこでは、契約は財産交換のツールにとどまらず、人と人を結合する基本ツールとなる。医師と患者の関係もまさに契約というツールでとらえ直す時期にきている。

2009年に創設された産科医療補償制度、2015年に開始された医療事故調査制度、各地で利用されている医療ADR（代替的紛争解決）なども、医師・患者間の紛争解決を不法行為訴訟によって行ってきたシステムを変える可能性を持っている。比較法的にも、ドイツでは2013年に民法の中に医療（診療）契約に関する規定が創設され、コモン・ロー諸国でも医療過誤を契約責任として再構成する動きがある。

三 契約観念を医療の世界に持ち込むことを、医療裁判と並んで法の医療への介入ととらえて拒否する見方も医療界にはある。しかし、現代社会における医療の多くは、法的には契約に基づいて提供されている以上、契約法の枠組みの中で医師・患者関係を理解することは、紛争の予防という面でも紛争の解決基準の明確化という面でも合理性がある。医師が法に対して抱いている反発や不安は、法的

判断が彼らにとってはブラックボックスでなされており、予測不能と感じられることに起因するのかもしれない。しかし、医師民事責任を契約法理によって位置づければ、法的判断の基準が事前に示され、解決のプロセスが透明化されるため、医療の法化の積極面が理解されるであろう。

本書ではフローチャート等の図表を多用しているが、これは医師の法的責任判断の枠組みを、法律関係者のみならず、医療関係者にも分かりやすく提示したかったからである。本書が、医師の法に対する不信感を払拭し、医療と法の断絶を埋め、相互の理解と協力を深めるのに有益な思考モデルを提供することに役に立つことを願っている。

四 本書で論じた私の問題意識の発端は、学生時代、民法では、契約法と不法行為法は全く異なる体系であると説明されるのに、民事訴訟法では、医療過誤訴訟は契約構成でも不法行為構成でも、ほとんどその主張立証責任に変わりはないと説明された時の違和感に遡る。なぜ実体法における二つの法理の区別が訴訟の場面では無視されてしまうのか、本当にそれでよいのかという疑問はその後実務に携わっても、研究を続けても消えなかった。

私の医事法に関する研究の大部分は、この疑問に対する答えを求めた軌跡ともいえる。もっとも最初から医療契約を軸とする体系を構想できたわけではないため、その軌跡は曲がりくねったり、引き返したり、同じ道をたどったりしている部分もある。本来は、真っ直ぐな線に引き直して1冊の書物にまとめたいたいという思いは当然あった。また、本書で取り上げた問題は民法と民事訴訟法と要件事実論にまたがり、いずれの問題についても参照すべき先行研究はおびただしい。新しい仕事に取り組みつつ、研究を見直し、整理する作業はいつ終わられるのか見通しがつかなかった。

そこで、執筆時にはいずれも最善を尽くしたつもりではあるが、現在読み返すと未熟さも目につく論文群をひとまず取りまとめて出版し、読者諸賢の批判を仰ぎ、さらに考察を深める一里塚とすることにした。

このような本書の成り立ちから、その構成は必ずしも体系的とはいえないが、各論文が主に取り上げた内容に従って一応以下のように配列した。

第Ⅰ部では、医療水準論や不可抗力の主張を契約法理の判断枠組みの中に位置づけ、債務不履行と因果関係の主張立証責任の分配を要件事実論的に分析する。

第Ⅱ部では、医療過誤に特徴的な損害法理である、治療に関する自己決定権、相当程度の可能性、期待権、機会喪失等の内容を検討する。

第Ⅲ部では、訴訟法理論及び訴訟実務的な観点から、債務不履行と不法行為の損害賠償請求権の競合問題、診療ガイドラインの訴訟での利用、医療水準の変動が判決の既判力の範囲に与える影響、医療訴訟において不可欠な専門家の活用方

法について提言を行う。

それぞれの論文について若干の修正は行っているが、基本的には発表時のまま収録したうえで〔後記〕を付して補足を行った。また、発表時には付していた「教授」「博士」等の肩書きは原則として省くことにした。

五 私、医事法の研究を始めたきっかけは、裁判官に任官した 1994 年に母を直腸癌で亡くしたことである。母の主治医は、なかなか本人に病名を告知しようとせず、父が、母は真実を求める姿勢で人生を送ってきた人だから真実を告げてほしいと何度頼んでも応じてくれなかった。また、延命医療を拒否していた母に、どこまでの治療をするべきかも難問であった。酸素吸入は本人にとって楽になるからの方がよいと医師は言うが、気管切開は必要なのか、ものを読んで書くことが楽しみであった母の意識レベルを保つことと、意識は朦朧となるが苦痛からは解放してくれる鎮痛剤投与のバランスをどのようにとればよいのかなど、治療を進めていく上で割り切れない悩みが次々と生じた。

そのころ、すでに患者の自己決定権やインフォームド・コンセントという言葉はそろそろ目にするようになっていたが、誰が、何を、いつ、どう決定したらよいのか医師も患者・家族も手探りの状態であった。医師が真実を伝えてくれないのも困るが、患者と家族で決めてください、と全てを委ねられても戸惑ってしまう。

私は、医療の分野における医師と患者の関係を法的に解明し、医師や患者の迷い・悩みを少しでも軽減することに役に立ちたいと痛切に思い、母が亡くなった後、裁判実務をしながら少しずつ医事法の勉強を続けてきた。

2002 年に退官し、大学に職を得てからは、医事法が民事訴訟法や要件事実論と並んで、私の主な研究対象の一つとなった。

六 ときとして誤解されることがあるが、医事法は決して狭い領域の学問ではない。実際、医事法関係の研究会・学会には、憲法、民法、民事訴訟法、刑法、法哲学、法社会学等の法学者、患者側弁護士、医療側弁護士、裁判官、検察官などの実務法曹に加えて、医療の世界からも法医学者、医師、看護師等の医療関係者、さらに倫理学者、医療経済学者などさまざまな領域からの参加者がおり、極めて間口の広い学際的な分野である。それは、医事法学の対象が「人」という総合的で割り切れない存在を対象としていることから来るのであろう。

医事法学の窓は広く、この窓を通して見えてくる世界は医師と患者の関係にとどまらず、それ以外の専門家とその利用者・依頼者の関係を分析することにも役に立つ。

法学や医学のような実学においては、理論は実用化されてこそ意味があると私

は考えている。いかに精緻な美しい理論でも実用化されなければ意味がない。法学が、社会に生きる人を対象とするものである以上、社会に役に立つ研究、実務に影響を与える研究でなければ存在意義に乏しい。そして、実務で何が問題になっているかは、自ら実務に身を置いてこそ感得できるものであると思って、私は今もわずかではあっても、弁護士として実務に携わっている。

このように研究と実務の狭間で考えてきたことをまとめたこの書物が、少しでも医事法研究の進歩とより良い実務に寄与し、医療と法の新しい関係の発展に貢献できれば幸いである。

七 最後に、刑事法研究者であり、弁護士でもあった佐伯千仞の「理論の世界には疑ふことの許されない権威はない」（「原因において自由なる行為」日本刑事法学会編『刑事法講座第二巻』〔有斐閣、1952年〕309頁）という言葉をつよみに、我が道を行く研究を続けてきた私を指導してくださった神戸大学の手嶋豊先生に感謝を捧げたい。ほかにも個々の名前を挙げることは控えるが、助言や激励をいただいた多くの法律と医療に携わる研究者、実務家、医療事件当事者等多くの方々の支えなくしては本書の刊行にたどり着くことはできなかった（個別の論文執筆に当たって、特にお世話になった方については、各章の後記でお名前を挙げた）。日本評論社の柴田英輔氏は、法学セミナー誌の編集長という重責のかたわら、本書の編集作業を着実に進めてくださった。校正に当たっては、立命館大学法学部における私のゼミ生で、同大学法科大学院に進学する長澤茉莉乃さんに手伝ってもらった。カバーの英文タイトルについては、同志社大学のコリン・ジョーンズ先生にアドバイスいただいた。法と医の連携を表現したカバーの装画は、叔父平野二郎に描いてもらった。これらの方々に心からお礼申し上げる。

\* 本書の刊行に当たっては日本学術振興会・科学研究費助成事業（研究成果公開促進費）の助成を受けた。

2018年1月

平野哲郎