慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	医療過誤における損害賠償責任の一元化の可能性： 人身損害賠償法における法的構成のユートピア
Sub Title	Une regard sur l'unification du fondement de la responsabilité civile médicale
Author	平野, 裕之(Hirano, Hiroyuki)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2018
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.91, No.2 (2018. 2) ,p.223- 254
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	犬伏由子教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20180228-0223

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

医療過誤における損害賠償責任の一元化の可能性

——人身損害賠償法における法的構成のユートピア——

平野裕之

1 はじめに
(1) 債務不履行責任（契約責任）と不法行為責任との接近
(2) 本稿の目的
2 医療過誤の債務不履行責任による法的構成
(1) 医療過誤事例の責任構成についての概説
(2) 債務不履行の妥当領域
3 医療過誤における不法行為責任の成立
(1) 防止型事例は不法行為になりうるのか
(2) 不法行為法上の作為義務論の展開——不作為不法行為から作為義務違反へ
4 二つの責任の競合問題
(1) 競合肯定説
(2) 不法行為責任のほうがよいという学説
(3) 責任の一本化（統一）を志向する解決
(4) その後の責任の性質論・法的構成論への無関心
5 医療過誤における二つの責任における過失
(1) 過失の証明責任
(2) 過失同一説の検証——行為義務
6 過失以外の要件・効果
(1) 成立要件について
(2) 効果について
7 おわりに

1　はじめに

(1)　債務不履行責任（契約責任）と不法行為責任との接近

民法には、「債権の効力」として位置づけられた債務不履行による損害賠償責任（四一五条）、及び、それ自体が債権の発生原因である不法行為責任の二つの民事責任制度がある。歴史的には両責任は異なる制度として理解されてきた。ローマ法の訴権体系に遡る分類では、契約不履行については各契約の訴権に含まれ、不法行為責任はアクィリア訴権として整理されていたのである。

この二つを引き離すも近づけるも、ひとえに債務不履行責任（フランスでは契約責任と呼ばれるが、日本で慣用される債務不履行［責任］の用語による）の理解にかかっている。債務不履行による損害賠償義務を債権の効力として、契約上の債務が同一性を保って変形ないし拡大したものであり、「代償」による契約上の「履行」義務だと考えれば、不法行為とは断絶する。ところが、債務不履行責任を、債務不履行「によって生じた損害」の賠償責任であると考えれば、履行の「代償」に拘泥する必要はなく、いわゆる「拡大損害」もカバーすることになり、二つの責任は近づくことになる。更に、その出発点をなす「債務不履行」を拡大するならば、「作為義務」違反を問題とする不法行為との限界は限りなく不明瞭になる。実際、両責任の拡大により、そのようになっている。

一方で、安全配慮義務を代表とする信義則上の義務については、その義務違反を債務不履行に取り込み、これにより不法行為法上の法益侵害が債務不履行責任と構成されることになる。既に古くより、寄託等の契約事例においていわゆる「拡大損害」につき契約責任が認められ、予見可能性といった契約原理に支配される債務不履行責任により規律され、また、契約により事前に損害賠償をめぐる合意が認められていた。不法行為責任の領域に属する損害であるが、債務不履行責任と同様の原理に服せしめ、また合意による取決めが許されるものと考え、

債務不履行責任と構成されてきたのである。債務不履行「によって生じた」損害であれば、「代償」かどうかを問題にすることなく債務不履行責任を認めていたのである。このような「代償」以外の「拡大損害」型の債務不履行責任が、「寄託」型の契約を超えて、旅客運送等で人身損害に拡大され、更には安全配慮義務違反にも拡大されているのである。

他方で、不法行為責任においては、全くの他人の間の加害に限定されるものではなく、契約場面において、作為義務が問題になる不作為型（不作為不法行為）更には作為義務の不完全履行型の不法行為が認められており、また、財産権や人格権の侵害ではない純粋経済損害の賠償も取り込もうとしている。

(2) 本稿の目的

二つの責任の関係については解釈論また立法論としてどう考えるべきであろうか。近時のフランス民事責任法改正草案は、[1] 民事責任として二つの責任をまとめて規定し、共通規定を置いた後に、契約責任とそれ以外の民事責任（契約外責任）の特則を置き、更に、交通事故や製造物責任について責任を問わずにその規定を適用する立法をしようとしている。契約責任を不法行為責任という区別を解消して民事責任に一元化するわけではなく、二つの責任の上位概念――契約と単独行為の上位概念としての法律行為のように――を設定するだけである。その上で、人身損害については不法行為責任に一元化されている。[2]

筆者のかつて主張したのと同じ内容が立法として実現されようとしており、これは人身損害賠償法の法的構成をめぐるユートピアなのであろうか。本稿は、上記の人身損害についての不法行為責任への一元化を、立法論として可能かどうか検証するものである。そのため、人身損害について債務不履行と不法行為とが問題となる典型事例である医療過誤の事例について、日本における不法行為責任による統一的な規律の可能性について模索して

みたい。

2　医療過誤の債務不履行責任による法的構成

(1)　医療過誤事例の責任構成についての概説

医療過誤[3]における患者または遺族ら（以下、遺族も含めて「患者」と呼ぶ）による医師や病院などの法人（以下、両者を含めて「医師」と呼ぶ）の責任追及については、当初、訴訟そして判決自体が珍しく、戦後になると判決がわずかずつ増加していくが、生命・身体・健康にかかわることから不法行為責任が問題とされてきた。

しかし、昭和三二年（一九五七年）に、加藤一郎教授が債務不履行を根拠にして責任追及をすることを提言[4]し、過失の証明責任、履行補助者、消滅時効の点での利点を指摘した[5]。その後、昭和四〇年代以降には、医療事件の訴訟自体が増加し、判例でも債務不履行による責任が認められていく[6]。

皮肉にも、判例が定着するに及び、債務不履行によったからといって、不法行為によるのと運用が異なることがないことが明らかにされ、学理的にも、過失の証明責任に不法行為との差はないことが中野教授により主張され、一般の承認を受けるようになる[7]。もともと実益を狙って導入された医療過誤における債務不履行構成であるため、責任構成により差がないことが判明すると学理的な研究の熱が一気に覚め、昭和五〇年代の半ばくらいから、責任の法的構成への関心は薄れていった。

(2)　債務不履行の妥当領域

(a)　医療過誤の二つの類型――拡大損害と治療結果の不獲得

生命・身体・健康の被害が問題となるといっても、医療過誤の事例は二つに分けることができる。①一つは、注射を誤って死亡させたり後遺症を残させた、手術に際して腹の中にガーゼを残したまま縫合したという事例である（以下、「**加害型**」と呼ぶ）。②他は、疾病や事故により、そのままでは死亡するまたは後遺症が残るのを、疾病や負傷を見落としまたは適切な治療をせず、もしすぐに適切な治療をしていたら死亡を避けられた、より長く生きられた、より軽い後遺症で済んだ事例（以下、「**防止型**」と呼ぶ）である。

この点に言及して初めて債務不履行による構成を分析した加藤一郎教授は、一種の積極的債権侵害の場合であって、従来不法行為とされていた領域を債務不履行の中に取り入れるために作り出されたものであり、医師の責任をすべて債務不履行の問題として考えるべきであるという提案をした。[8] 不完全履行の場合、本来の債務不履行による損害と積極的債権侵害による損害とを区別できるが、「医師の責任については、それを区別することが不可能に近い。そこで、理論的にも、実際的にも、医師の契約責任は、そこから生じたすべての損害に及ぶ」と断言した。

その後の判例・学説も、加害型か防止型かを問わず[9]債務不履行による構成を受け入れている。例えば、「医師は、患者に対し、医療の場において、これを遂行するうえで、あるいは、それに際して、その場の安全を患者のために確保しなければならない義務を社会的に負っており、このことは、診療契約にも当然反映され、債務化されているものと解される」といわれている。[10] この点は、次に分析を試みよう。

(b) 債務不履行の構造論・義務論から

(ア) 医療契約をめぐる医師の義務　医療契約上、医師側の義務については、種々のものが認められている。例えば、これを九つに分類する試みがある。[11] ①最善の医療を実施する義務（狭義）、②問診義務、③転院（医）・転

送義務、④説明義務（顛末報告義務）、⑤安全管理（配慮）義務、院内感染対策義務、⑥死因説明・解明義務、⑦診療録記載・保管・開示義務、⑧個人情報保護義務、及び、⑨証明文書交付義務の九つである。

(イ) 診察・治療に関する義務は手段債務であり未確定　上記の医師の債務の中で、診察・治療などに係わる債務は手段債務であり、結果の実現を債務内容とせず、そのための最善を尽くす義務に過ぎないだけでなく、その最善を尽くす具体的行為内容も契約当初に確定されておらず、徐々に診察、治療、症状の具合を見て具体化されるものである。次のようにいわれる。

「診療契約において医師の患者に対して負うべき債務は、当初は、『医学的に適切な治療を行う。』という抽象的表現のものに止まらざるをえないものであり、行うべき個々の診療内容は、医療が進む中で初めて具体化するものである。また、医師の債務は、通常の契約におけるものとは異なり、全体としても、具体化された個々のものとしても、特定の結果を達成すべき『結果債務』ではなく、疾病の克服のための手段としての適切な医療行為自体を行うべき『手段債務』にほかならない」[12]。

(ウ) 医師の義務の債務構造論的分類　医療契約上の義務につき、給付義務と治療に際する具体的行為義務との関係については、次の三つの学説に分けられている[13]。

①まず、具体的行為義務を治療義務と同一視し、一元的に捉える見解が考えられる。この見解では、具体的な診察・治療等の行為義務は給付義務そのものにほかならず、具体的行為義務の懈怠が即ち治療義務違反を意味するものであると理解されている。

②これに対して、具体的な行為義務については、治療義務が具体化したものと捉える見解も考えられている。抽象的な治療義務があり、それから、診察、転送、転医等の具体的義務が導かれるものと考えることになる。抽象的な治療義務を債務不履行とし、具体的な行為義務の違反は過失に位置づけることになり、後述の過失をめぐ

る議論につながることになる。

③更には、治療義務とは別に付随的履行義務または付随的注意義務と捉える見解の可能性も指摘される。売買でいったら、財産を給付する義務が債務（給付義務）でそれに付随して生命・身体などを侵害しない付随義務を認めるのとパラレルに構成することになる。加害型はよいが防止型にまで妥当するものかは疑問である。

この分析を行った論者自身は、当事者の自律的な合意の位置づけを重視する観点から次のように分析する。まず、①は具体的行為義務まで当初の合意によって契約上の義務として根拠づけることになり、あまりにも擬制に過ぎ、逆に③は、細目についてはいきなり信義則に依拠するということになり、自律的な契約を締結したという点が等閑視されてしまうと批判する。そのため、②のある意味融合的な考え、具体的契約内容を規範的に解釈して確定するという方向性が最も難がないと評する。また、これがわが国の柔軟な契約解釈の運用に合致するものとして評価する。[14] 筆者は、医療契約上の義務は手段債務であり、過失と債務不履行を区別することはできず、①の構成が適切であると考える。

㈡ 加害型は信義則上の付随義務　加害型は治療に際する信義則上の付随義務違反の事例であるといえる。そのほか、患者が入院しており、更にその患者が高齢であれば、老人ホームにおけると同様の配慮義務が問題になる。高齢者の入院契約については老人ホーム同様の適切な介護が治療以外に契約上の債務と位置づけることもでき、契約上の給付義務か信義則上の付随義務かということ自体、明瞭に区別することが難しい事例も考えられる。

3　医療過誤における不法行為責任の成立

(1)　防止型事例は不法行為になりうるのか

(a)　当初の議論――不法行為の成立を当然視

防止型事例においては、債務不履行の他にそもそも不法行為が成立しうるのであろうか。加藤一郎教授は、「医師の過失によって損害が生じた場合には、不法行為の要件をもみたすことになるので、契約責任と不法行為責任との競合の問題が生じてくる」と述べるだけで、不法行為の成立を当然視している。その上で、過失の証明責任、履行補助者の過失、また、消滅時効で契約責任の方が被害者に有利であり、その他に不法行為責任を競合的に認める「実益は少ない」といい、「総理論的にまさっていると思われる不競合説を安んじてとるべきだと思われるのである」という。(15)

(b)　不法行為の成立を疑問視する学説

ところが、奥田教授は、不法行為の成立を疑問視する。まず、「不法行為が一般保護であるのに対し、契約法では、第一には、契約利益の保護を目的としている。つまり、契約当事者が当該契約により達成しようとしている利益の保護が問題なのであり、これを離れては契約法の問題を考えることはできない」として、両責任を峻別する。(16) そして、「これに対して、損害が右に述べた意味での履行利益の額を超えて――遅滞・不能による損害を超えて――、あるいは履行利益とは別の利益の侵害という形で発生するときには種々の問題が生じる」として、両責任の競合の問題を生じるものとする。(17) 債務不履行しか成立しない理由として、そもそも不法行為上の義務違反が認められないというのである。

奥田教授は、続けて、加害型の事例につき、「一般的な不可侵義務にも反したことになり不法行為の要件が充足されている」として不法行為の成立を肯定するが、「入院患者に対して医師がなすべき手術なり投薬を怠って患者を死に至らしめたときは、診療契約上の義務違反として債務不履行責任は発生しても、一般不法行為責任は発生しない」と述べる。これは「契約責任が不法行為責任を排除するからではなく」、「一般人としての不可侵義務のみを眼中に置くならば、決して、手術の義務や投薬の義務は存しない。したがって、死亡は一般人としての不可侵義務違反の結果ではないとみることができるからである」と説明する。[18] こうして、防止型の事例について、不法行為が成立することの説明が求められたのである。

(c) より長く生きられた・より軽い後遺症であった「相当程度の可能性」

判例は、証明問題も加味して、より長く生きられた「相当程度の可能性」、より後遺症が軽くなった「相当程度の可能性」という人格的利益を想定し、その侵害による不法行為の成立を認めている。[19] 不法行為法上の法益侵害を認め、それに配慮をする積極的な不法行為法上の義務を認めるというのが、判例による右の問題提起に対する暗黙の解答であるといえようか。

最判平一二・九・二二民集五四巻七号二五七四頁は、「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相当程度の可能性の存在が証明されるときは、医師は、患者に対し、不法行為による損害を賠償する責任を負う」という。また、最判平一五・一一・一一民集五七巻一〇号一四六六頁は、「適時に適切な医療機関への転送が行われ、同医療機関において適切な検査、治療等の医療行為を受けていたならば、患者に上記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、医師は、患者が上記可能性を侵害されたことによって被った損害を賠償すべき不法行為責任を負う」という。

確かに、美容整形によりより美しくなるという利益獲得であれば、生命・身体・健康侵害の防止を怠ったのではなく、債務不履行だけを考えればよい（慰謝料を認める余地はある）。しかし、第三者の行為、自然災害更には被害者本人の行為により生命・身体・健康が侵害されること自体を防止する作為義務ではないが、既に身体が侵害されているがそれにより死亡・後遺症発生といった結果にならないよう防止すべき義務を不法行為法上の作為義務として認めることは可能である。そこでは、死亡を避ける、より長く生きる、より後遺障害が軽くなるという人格的利益を保護法益として想定することが許されるであろう。検討されるべきは、その法益に対する作為義務が認められる根拠づけである。次に分析を試みたい。

(2) 不法行為法上の作為義務論の展開——不作為不法行為から作為義務違反へ

(a) 不作為不法行為論

不法行為法上の作為義務は、法令、慣習、契約、条理などにより導かれ[20]、条理による場合として先行行為から作為義務を認めることも可能である。不作為不法行為については、支配領域基準と先行行為基準更に法益関係型と危険源関係型に分類する試みがされているが[21]、医療契約は、医師側の支配領域において行われ、また、病気や怪我について原因関与していないが、契約により治療を引き受けたという先行行為に基づいている[22]。契約上の作為義務また信義則上の義務は、そのまま不法行為法上の作為義務の内容また不法行為法上の作為義務そのものとして認められるべきである。債務不履行にしかならないという狭い理解によるべきではない。

(b) 積極的な利益獲得のみの場合

契約責任に対して不法行為責任を無関係な社会生活関係における加害を規律するのが不法行為だという狭い理

解もある。しかし、不法行為をそう狭く理解すべきではなく、契約また契約的接触関係において、契約、法令、信義則等を基礎とした作為義務を取り込んで広く解釈運用がされるべきである。アメリカ法では、契約ではなく信認関係といわれ、不法行為による解決が支配的であるといわれる[23]。

不法行為法上の作為義務は、権利または法律上保護される利益に向けられた義務である必要があり、単に給付利益を取得させるという作為では足りない。美容整形、散髪、脱毛、ネイルアート等は、単なる給付利益の取得の延長線上に位置づけてよいであろう。これに対して、防止型の事例では、先にみたように死亡を避ける・より生きられる・より後遺症を軽くするといった人格的利益の保護のため不法行為法上の作為義務を生じさせると考えてよい。

(c) 作為義務の不完全履行?——不作為不法行為から作為義務違反へ

(ア) 作為義務の違反は不作為だけではない（不完全履行型）　不法行為法上作為義務が認められる場合には、防止行為をまったくなさない不作為不法行為が議論されている（置き石事件等）。しかし、不作為ではなく適切な行為でなかったため結果発生を防止できなかった、ないし、不十分にしか防止できなかった事例も、等しく作為義務違反である。不法行為法上の作為義務についても、不作為と評価される不作為不法行為（「不作為型」と呼ぶ）と作為義務を十分に果たさなかった場合（「不完全履行型」と呼ぶ）とが考えられるのである（以下、両者をあわせて「作為義務違反型」と呼ぶ）。

この作為義務違反の不完全履行型が、医療過誤の事例の多くを占めることになる。例えば、患者が肝硬変に罹患しており、医師として肝細胞癌発見のための注意を怠ってはならない高危険群の患者に属し、肝細胞癌の発生が疑われる場合には、早期に確定診断をするため、更にエックス線による身体断面の画像の解析検査（CT検

査）その他の検査を行う必要があるものとされていたのに、これを怠り癌の早期発見ができず手遅れになった事例で、医師の不法行為が認められている（最判平一一・二一・二五民集五三巻二号二三五頁）。

(イ) 作為義務違反による責任の法的構成　医療契約また先行行為等に基づいて負う不法行為法上の作為義務の内容は、契約上の債務としての診察・治療等の義務の内容と等しい。ただ不法行為法上は、医療法人たる病院の場合、誰が不法行為法上の作為義務を負うと考えるべきなのかという疑問がある。

①まず、医師個人が作為義務を負担し、病院は使用者責任（七一五条一項）を負うという構成が考えられる。この場合には、債務不履行とは責任構造が異なることになる。②他方、病院に作為義務が帰属し、医師はこの作為義務の履行補助者と構成して、債務不履行とパラレルに構成することも考えられる。いずれかに限定されるものではなく、両義務を認めて二重の責任関係が成立すると考えるべきである（後述）。

4　二つの責任の競合問題

(1) 競合肯定説

判例は、物品運送契約の判例が殆どであるが、債務不履行と不法行為のいずれを選択することも自由であり、その選択された請求権にはその請求権についての法規範を適用している（自由競合説）。そのため、問題となる事例を規律するために特別規定は、不法行為による損害賠償請求権を選択することで、まったく無意味になる（商法五七八条、五九五条につき大判大一五・二・二三民集五巻一〇四頁、商法五六六条、五八九条につき最判昭三八・一一・五民集一七巻一一号一五一〇頁）。ただし、責任についての特約は、不法行為責任についても合意が有効であることを前提として、債務不履行だけでなく不法行為による損害賠償請求権についても対象になっているという

解決がされている（最判平一〇・四・三〇判時一六四六号一六二頁）。

医療過誤に関する限り、商法上の特則があるわけでもなく、債務不履行についての規律が不法行為責任を選択することにより無意味になるという問題はない（後述）。

(2) 不法行為責任のほうがよいという学説

鈴木俊光教授は、債務不履行の活用をしようという動きが高まっていた時期に、診療過誤訴訟はむしろ不法行為で構成したほうが実務上よいのではないかということを提案していた[24]。「より争点が明確になる不法行為を請求原因とすべきであると考える」と、断言していた[25]。病院と勤務医を共同被告にした場合に、勤務医に対しては不法行為しか責任追及できないので、病院について債務不履行で構成されると債務不履行と不法行為とを書き分けなければならず、不法行為で一本化してくれるほうがはるかに書きやすいといわれる[26]。他にも、「私は本来、債務不履行構成説に反対し、不法行為説がいいのではないかという立場に立っております」、債務不履行構成説は「理論的に分析すべきだと思うのですが、その点の掘り下げができていないのは遺憾だと思います」と主張する[27]。

(3) 責任の一本化（統一）を志向する解決

(a) 不競合説（法条競合説）――債務不履行責任に一元化

昭和初期に、川島博士により、債務不履行責任のみを認める不競合説（法条競合説）も主張され[28]、戦後には、加藤一郎教授が不法行為法の教科書においてこれを採用し[29]、その後、商法学者を中心に賛成する者が増え[30]、昭和四〇年代においては、競合説と不競合説のいずれが有力であるか必ずしも明らかではないとまでいわれた[31]。しか

し、現在はその勢いは見られない。

(b) 人身損害についての不法行為責任に一元化する学説

大久保教授は、①人の生命・身体・健康にかかわる不法行為上の義務は、当事者の合意によって引き下げることはできず、私的自治の外の問題であり、契約法によるリスク配分になじまず、不法行為責任しか成立しない、としてそもそも責任競合の前提に欠けるとする。その上で、②財産権侵害では、両責任の要件が同時に充足されうるため責任競合問題が発生するが、その解決は純粋法条競合説によるという。[32] 医療過誤が問題になるのは、①の類型であり、この結果、医療過誤事例は不法行為責任によってのみ損害賠償請求ができるに過ぎないことになる。フランスの民事責任法改正草案と同じ解決が主張されており、筆者の立場と基本的には同じである。

(c) 協働説

藤岡教授は、「当事者の私的自治に委ねられてよいものとそうでないものとに区別し、前者を契約責任、後者を不法行為責任によって処理すべきではないかと考えられる。これは、医療過誤は人身侵害であるために一般的には不法行為として解決されるべきであるという考え方を基本に据えながら、契約的合意にも一定の役割を与えようとするものであるが、……契約責任と不法行為責任の競合やその優先関係ではなく両者の協働を志向すべきではないか」、「契約責任に取り込み得ない領域では、不法行為法固有の考え方に従って責任がより厳しくなることもそれ自体としては構わない」といった提案をしている。[33] 趣旨は必ずしも明確ではないが、筆者と方向性を同じくするようにもみえる。

(d) 規範統合説

以上の他に、いずれかの責任を選択して全く異なる結論になることの不合理さを解消しようとして、二つの責任に基礎づけられた一つの損害賠償請求権のみを認める提案がされている。その一つの請求権をどう構築するかは学説により分かれる[34]。

①奥田教授は、訴訟物としての損害賠償債権は一個であり、競合する請求権の属性から合理的に選択して単一の請求権の属性を決定すべきであると考えている（請求権二重競合説）[35]。②上村教授は、ある事実が複数の法規に包摂される場合でも、実定法秩序が一個の給付だけを是認するに過ぎない場合には、実体的請求権は一つであり、基礎をなす複数の法規の総体によって決定される統一的な属性を持つと主張する（属性規範統合説）[36]。③四宮教授は効果面のみに止らず要件を含めて統一的な請求権規範を考えようとする全規範統合説を主張する[37]。そして、効果面では、私的自治による法益の処分が許される限度では契約責任規範によるリスク配分を優先させ、要件面では、不法行為規範に最少限度の法的保護を保障するという任務を認めねばならず、契約責任規範が予想する場面を逸脱する場合にはそのリスク配分は及ばないものとする[38]。

(4) その後の責任の性質論・法的構成論への無関心

医療過誤の事例に関する限り、二つの責任で要件・効果に差はなく、責任の選択を認めても何ら不都合はない。そのことは、どちらか一つでも十分であることを意味する。安全配慮義務違反もそうであるが、当初はいずれの責任なのかが重視されたが、今やいずれの責任によるかは関心を持たれていない[39]。当初、医療過誤における債務不履行責任構成は、過失の証明において被害者を救済する正義のヒーローの如くに期待されて登場した。ところが、実際に債務不履行に依拠して訴訟をしてみると、過失の証明が緩和されるわけではないことが判明し、正義

のヒーローは期待外れに終わり、かといって壇上に上げたのでひっこめることはできず、そのまま民事責任の主役二人が変わり映えのしないまま併存しているのである。

次に二つの責任の要件・効果上の差について検討してみよう。

5　医療過誤における二つの責任における過失

(1)　過失の証明責任

先に指摘したように、加藤一郎教授により、債務不履行と不法行為における過失の証明責任の差を医療過誤にあてはめ、債務不履行によることの利点が指摘された。不法行為責任では、被害者が被告の過失を証明しなければならないのに対し、債務不履行責任では、債権者は債務不履行の事実のみを証明すればよく、その証明があると、債務者の側で自分に過失がなかったことを証明しなければ責任を免れないと考えられた。

(a)　差を認めない学説

中野教授は、医療過誤は債務不履行と構成しても不完全履行の類型であり、上記の理解を否定した。医師の債務は手段債務であり、債務の内容が、治癒といった結果の実現ではなく、治癒しなかったとしても当然には債務不履行にはならず、医療水準に従った最善の診察・治療等をすることが債務の内容であり、なすべき行為を怠ったという過失の行為義務違反の判断構造と異ならないと考える。そのため、債務不履行（不完全履行）と不法行為の過失判断とは異なることはなく、その前提として医療契約上の手段債務たる注意義務・行為義務と不法行為法上医療に際して要求される注意義務・行為義務とは、内容として等しいと主張したのである（以下、「過失同一

説」と呼ぶ[40]。今や過失同一説が実務上確立されているものといえる[41]。

(b) 債務不履行の利点を認める学説

❶ 債務不履行による利点を認める提案　このような主張がされた後も、債務不履行の有利性を主張する学説があった。新堂教授により「意外な結果」を生じさせないようにする債務があり、意外な結果だけで診療債務の不履行を認める考え――外形的不完全説と呼ばれることもある――が提案されたが[42]、意外な結果の主張・立証は過失と同様の法的判断を含む等と反論がなされた[43]。

その後も、実務家の論稿により次のような主張がなされた。「診療債務の内容である病気の治療の目標には意外な結果を招来しないようにする意味が含まれており、医師の診療行為から意外な結果の発生があれば診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準を基準とする危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務を尽くしていない蓋然性があると考えられるから、医師の履行不完全という規範的要件事実を右の意外な結果の発生とそれ以外の事実すなわち右の注意義務を尽くしたことの二つの社会的類型に分解し、患者などの債権者側に医師の診療行為から意外な結果が発生したことの主張・証明責任を、医師などの債務者側に診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準を基準とする危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務を尽くしたことの主張・証明責任を負担させることも背理ではない」。「意外な結果の発生の主張・証明は、単に診療行為による症状の悪化、新症状の発生又は死亡の主張・証明では足りないが、原因行為をできるだけ明らかにし、それが医療水準に適合しないことまで主張・証明しなければならないものではない」という[44]。しかし、不法行為における過失の証明責任の軽減と変わりはない。

❷ 債務不履行によることの利点を認める判例　大阪高判昭四七・一一・二九判時六九七号五五頁は、「診療契

約……の履行が債務の本旨に従ってなされたか否かを検討する場合、医師であるYのなした治療行為につき患者側（患者またはその遺族）に右治療行為が債務の本旨に従わないものであることを具体的に主張立証する責任を負わせることは、右が医療の如き高度に専門的、技術的な業務を内容とするものだけに難きを強いる結果となることにかんがみ、結果からみて外形的に不完全な治療がなされたと認められる以上、Yのなした前記治療行為は債務の本旨に従わない不完全履行と推認すべく、右の不完全履行による債務者たるYの責任はYにおいてその帰責事由の不存在――亡Aの本件ショック死が一般開業医の能力をこえた不可抗力によるものであること――を主張立証しない限り免かれないと解するのが衡平の観念等に照らし相当であ」ると判示する[45]（旭川地判昭四五・一一・二五下民集二一巻一一・一二号一四五一頁も同様）。

しかし、「債務者が慎重に行動していれば通常到達すべき結果というような眼前的な『結果』をもって、結果債務にいう『結果』と呼ぶことは適切ではない」、「医師に法的に請求しうることは、かかる意味での患者の治癒という結果ではなく、現在の医療水準に照らして患者の状態に最も適合的な処置を正確に履行することである」と批判される[46]。不法行為上の過失といいかえて過失の証明の軽減の説明をしても変わることはなく、債務不履行・不法行為を通じて一応の証明など証拠法の課題として解決される方向での意見の終結をみて、先のように責任の法的構成への無関心へと至るのである。

(2) 過失同一説の検証――行為義務

(a) 過失の内容に差はない

両責任で注意義務の程度に差を認める主張もあったが[47]、内容に差はないという評価が今や確立されている。「不法行為法上の注意義務違反と診療契約上の義務違反とでは注意義務の内容や損害賠償の範囲について差はな

いものと考えられる[48]」、「いずれの構成をとっても実際上はさしたる差異はないという認識が、今日、ほぼ定着したといえるであろう[49]」、二つの責任構成で「論じられる医師の『過失』の内容は、事実としてはほとんど同じものである」。「構成の問題に余り固執することは意義のあることとはいえず、むしろ、医療行為の特性を十分に踏まえた上でいかなる場合に医師は責任を負うべきかを考える方が適切だといえよう[50]」、「この両請求についての法的処理として、同時的にいずれにせよ一括した結論がとられている状況であり、この両構成による請求についてのこのような取扱いは、実務的な傾向として固まっている[51]」、「債務不履行か不法行為か、すなわち法律的構成のいかんによって、私は結論を左右していないと断言していいと思います」、「仮に二つの法律構成をとったとしましても、すべてパラレルな関係で、平行した関係で判断をやっているのが実態だと理解していただいて結構かと思います[52]」などと評されている。

そのため、「問題となる医師側の過失の内容自体はほとんど変りがないのに、訴訟手続上、債務不履行と不法行為のいずれが主張されるかによって過失の証明責任の所在が異なり、したがって訴訟の勝敗が逆になることもありうるというのは、根本的におかしい」といわれている[53]。過失に内容的な差がないため、先にみたようにその証明も異ならないことになるのである。

裁判例でも、例えば、大阪地判昭五九・一二・二〇判タ五五〇号二三一頁は、「A医師及びB医師の右義務は、診療契約上の債務の内容ととらえても、不法行為の成立要件である過失の前提としての義務ととらえてもその実体となる規範は同一のものと考えられる」と断言する。最高裁判決をみても、「人の生命及び健康を管理すべき業務（医業）に従事する者は，その業務の性質に照し，危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務を要求される」（最判昭三六・二・一六民集一五巻二号二四四頁）、医師の注意義務は「診療契約に基づき医療機関に要求される医療水準」であると（最判平七・六・九民集四九巻六号一四九九頁）、医師の注意義務について債務不履

行か不法行為かを限定することなく論じている。

(b) 分析

①加害型が不法行為責任を導くことは問題なく、これを債務不履行に組み入れるためには信義則上の義務違反構成が必要になる。②不法行為の成立をめぐっては、先にみたように防止型（作為義務違反型）が問題であり、奥田教授の問題提起があり、不法行為法上も同様の作為義務が認められることを説明しなければならない。この点は、何度も述べたように、やはり生命、身体、健康にかかわる問題については、契約をしたことにより不法行為法上も作為義務が問題になり、不作為型だけでなく不完全履行型も作為義務違反として認められる。死亡や後遺症が残ったことは、疾病や事故の結果であるが、死亡を避ける可能性、より長く生きる可能性、より後遺症を軽くする可能性といった人格的利益を保護法益として想定することができる。そして、作為義務の内容については、不法行為上の義務であり一般市民間の義務に過ぎないとして、契約上の履行義務としての行為義務と内容を違える必要はなく、契約上の債務内容と同様の作為義務を認めるべきである。従って、その内容については、医療過誤一般の議論をすることになるので、ここでは深入りを避ける。結局、両責任の過失またその前提となる行為義務について差はないという理解は正当なものである。

6 過失以外の要件・効果

(1) 成立要件について

(a) 「権利又は法律上保護される利益」の侵害

債務不履行責任では、債務不履行によって損害が生じればよいが、不法行為では、「権利又は法律上保護される利益」の侵害が必要とされている（七〇九条）。この点、まず加害型では、生命・身体・健康を積極的に侵害しているのでこの要件を満たす。他方、作為義務違反型は不作為型も不完全履行型も、疾病や事故による死亡・後遺症を防止しなかったものであるが、そのような損害の発生を防止する義務の違反である。繰り返し述べたように、死亡を避けられた可能性、延命可能性、より後遺症が軽くなった可能性といった人格的利益を保護法益として認めることができる。

(b) 被用者の行為についての責任

被用者である医師や看護師の故意または過失につき、使用者である医師または法人が責任を負う場合に、債務不履行責任では、四一五条の帰責事由の解釈として履行補助者の過失は債務者の過失と同視するという処理がなされている。被用者たる医師は患者と契約関係にはなく、契約上の債務を負担し債務不履行が問題になるのは病院である。

不法行為では、①まず、加害型については、医師の個人的過失を問題にして、その七〇九条の不法行為の成立を認め、病院の責任は代位責任たる使用者責任（七一五条一項）という構成が考えられる。しかし、債務不履行についても付随的注意義務違反については病院自体を義務者とし、その違反を問題にすることができ、また、不法行為においても、病院に結果回避義務を問題にする余地がないわけではない。②次に、作為義務違反型では誰に作為義務を負わせるかが問題である。この点は先に述べたように二重の作為義務を考えることができる。医師自身に作為義務を認め、その違反による七〇九条の不法行為を認めて、病院に使用者責任を認めることができる。[54] また、病院自体に作為義務を認めて、医師らを使用してこの義務を尽くすべきであり、不法行為法上の作為義務

の履行であるが、履行補助者の故意・過失と同じ法理をここに適用することが考えられる。

(2) 効果について

(a) 二〇一七年改正により差が解消されたもの

❶ 消滅時効　二〇一七年改正前の規定では、①不法行為では、主観的起算点から三年、または、不法行為時から二〇年で消滅時効（判例では二〇年は除斥期間）にかかり（七二四条）、②、債務不履行では、債権の消滅時効の原則規定により、権利を行使しうる時から（一六六条）、一〇年の時効期間である（一六七条一項）。二〇一七年改正法は、生命または身体を害する不法行為については、三年と二〇年が五年と二〇年に変更され（七二四条の二）、債務不履行に適用される一般の消滅時効は、一六六条一項の五年と一〇年の原則に対して、生命または身体侵害については一六七条で五年と二〇年とされている。この結果、人身損害については、いずれも特則を設けることで、主観的起算点から五年、客観的起算点から二〇年と統一されている。(55)

❷ 相殺の受働債権とすることの禁止　二〇一七年改正前の規定では、①不法行為上の損害賠償債権は相殺の受働債権としえないが（五〇九条）、②債務不履行責任についてはこのような制限は規定されていなかった。改正法は、不法行為・債務不履行を問わず、「生命又は身体の侵害による損害賠償の債務」について相殺を禁止する（五〇九条二号）。

(b) 解釈に任されているもの

❶ 損害賠償の範囲　当初、①債務不履行は四一六条により規律されるが、②不法行為では、七〇九条の「よって生じた損害」の解釈に任され、社会通念上の因果関係と解され（大判大六・六・四民録二三輯一〇二六頁、

大判大九・四・一二民録二六輯五二七頁)、二つの責任の賠償範囲は区別されていた。しかし、四一六条二項は、原案が損害の予見可能性を要求していたのを、事情の予見可能性に変更し損害の予見可能性を不要として賠償範囲を拡大した。そのため、損害の範囲を何で限界づけるかが議論され、これを相当因果関係によることが考えられ、そうすると、不法行為にも妥当するものと考えられ、四一六条が類推適用されることになる(大判大一五・五・二二民集五巻三八六頁[富貴丸事件判決])。

しかし、事情の予見可能性と損害の予見可能性を区別するのは適切ではなく、四一六条は一項二項あわせて予見可能な損害の賠償を定めた制限賠償主義の規定と考えるべきである。そうすると、債務不履行は制限賠償主義、不法行為は完全賠償主義となり、両責任に賠償範囲で差が生じる。しかし、寄託型契約における財産権侵害の場合については、不法行為法上の法益侵害であり、その責任の本質は不法行為であるが、取引における計算可能性を保障するために不法行為に債務不履行と同様の規律がされるべきであり、また、契約において損害賠償についての合意が許されるべきである。その意味で、いわば「疑似債務不履行責任」とでもいうべきものであり、「債務不履行の衣を纏った不法行為責任」である。履行利益にかかわる「代償」たる損害賠償だけでなく、債務不履行「によって生じた損害」の賠償も、債務不履行の規律に服することになる。すでに不法行為的要素を取り込んだ債務不履行責任が成立するため、責任の競合は問題にはならず、債務不履行の規律を取り込んだ不法行為責任が一つ成立するのみである。

これに対して、人身損害については、法令で認められている場合を除き、契約により自由に合意することは許されず――ただ事後的に和解まで否定するものではない――、損害賠償の範囲については、予見可能性による制限は認めずに不法行為責任の規律によるべきである。人身損害については、不法行為責任による規律のみによるべきである。

❷ 免責条項の効力　古くは、①不法行為責任では、一般的法益の保護を目的とし公の秩序にかかわるので免責条項は無効とされるが（不法行為法規定は強行規定）、②債務不履行責任では、契約で自由に取り決められる取引上の利益が問題となるため（契約自由の原則に従う）、免責条項は有効と考えられてきた。債務不履行についても全く自由というわけではなく、債務不履行構成と不法行為構成とで、変わりがないという評価もある。[56]

①寄託型の財産権侵害型事例については、不法行為責任の本質を持ち債務不履行の規律にも服する疑似債務不履行責任が成立し――請求権競合はない――、法令の制限内で合意も認められる。②他方、人身損害については、法令で認められている以外は、責任を制限したり免責条項を締結することは許されない。医療過誤では、加害型か防止型（作為義務違反型）かを問わず、不法行為責任のみが問題となる。

❸ 遺族固有の慰謝料　不法行為については七一一条により遺族固有の慰謝料が認められるが、債務不履行については、「債権の効力」なので債権者ではない遺族が債務不履行を理由に固有の慰謝料が認められることはできない。安全配慮義務違反について、七一一条を安全配慮義務違反を理由とした債務不履行について類推適用することは否定されている。即ち、最判昭五五・一二・一八民集三四巻七号八八八頁は、「雇傭契約ないしこれに準ずる法律関係の当事者でないXらが雇傭契約ないしこれに準ずる法律関係上の債務不履行により固有の慰藉料請求権を取得するものとは解しがたい」（傍線は引用者）と、遺族の固有の慰謝料請求を債務不履行を理由に行うのを否定する。医療過誤に関する限り、消滅時効と遺族固有の慰謝料の二つの責任に実質的に差が認められるに過ぎないと評価されている。[57]

ただそもそも信義則上の義務違反は「債権の効力」として位置づけられる代物ではないので、異説はある。債務不履行責任説をとっても、七一〇条、七一一条を類推する主張[58]や、この問題について債務不履行を不法行為と異別に扱わなければならない理由はないから、債務不履行構成で損害賠償を求める場合においても遺族固有の慰

謝料請求を認めるべきであるという主張もなされている。[59]

❹ 過失相殺その他の特別規定など　不法行為責任では、被害者の過失を考慮するかは裁判所の自由であり、また、免責まではできないが（七二二条二項）、債務不履行責任では、被害者（債権者）の過失は必ず考慮せねばならず、また、免責まで認められる（四一八条）。しかし、両者の差の合理性がなく、同様の扱いをすべきことは夙に主張されているところである。医療過誤で問題になる特別規定は少ない。①失火責任法は、債務不履行責任は免責されないが、病院内の火災が問題になる程度である。②土地工作物責任（七一七条）が病院施設では問題になるが、債務不履行責任には適用にならない。医療関係については商法の特則は問題にならない。

(c)　判例法理――弁護士費用及び損害賠償義務の遅滞時期

損害賠償義務の遅滞時期については、不法行為責任では、催告なしに直ちに遅滞に陥るという解釈が確立しているが、債務不履行責任では、期限の定なき債務の原則が適用され、催告により初めて遅滞に陥いる（四一二条三項）。そうすると、改正法では利息発生時の利率によるため（四〇四条一項）、いずれの責任によるかで利率が変わってくる可能性がある。しかし、安全配慮義務違反のように、債務不履行によりながら不法行為と同様の処理を組み込む判例も少なからずある。弁護士費用の賠償では、安全配慮義務についての最判平二四・二・二四判時二一四四号八九頁、判タ一三六八号六三頁のように、不法行為に限定されず債務不履行により安全配慮義務違反の損害賠償請求をする場合も認められており、その趣旨は医療過誤にも及ぶ。[60] 人身損害については、立法また解釈により責任の統一が志向されているということができる。

7　おわりに

人身損害については、旅客運送契約なども含めて、生命・身体は――治療行為は別にして――合意による処分の対象とはなっておらず、取引原理に服することはなく不法行為法の原理により規律されるべきである。不法行為のみが成立し、請求権競合の問題は生じない。しかし、契約原理を無視して他人間の関係を規律するものとして不法行為法上の義務を問題にすべきではなく、契約原理を取り込んで同一の行為義務を認めるべきである。このため、医療過誤においては、加害型と防止型（作為義務違反型）の二つが考えられるが、いずれも不法行為法の原理により規律することができる。防止型の事例については不法行為責任の成立については疑問が提起されている。確かに美容整形では加害型でなければ、改善という利益を得られないだけであり債務不履行にしかならない。ところが、医療過誤の防止型（作為義務違反型）は、死亡を避ける、より長く生きる、より軽い後遺症で済むといった人格的利益を保護法益として、不法行為法上の作為義務を認めるべきである。

こうして、医療過誤の事例は、不法行為責任による規律ができるだけでなく、ここまで検討したように、現行法（二〇一七年改正法も含めて）を前提としても不法行為責任に一元化したとしてもそれで何ら不都合はない。[61] 過失の証明責任、消滅時効などの規律が、特に両責任で変わることはないのである。そのため、少なくとも将来の立法論としては、人身損害については不法行為責任に一元化することが考えられてよい。既に、製造物責任は責任の性質を問わず責任が一本化され、また、時効と相殺禁止については、二〇一七年改正法により人身損害に関する限りは統一的な規律が導入されている。いたずらに二つの責任を認めて混乱を生じさせるのではなく、責任を一元化することが、人身損害賠償の法的構成――補償の方法等は措く――についてのユートピア的構成と考えられる。

（1）二〇一六年四月二九日の民事責任改正草案の翻訳として、中原太郎訳「民事責任の改正に関する法律草案（フランス司法省・二〇一六年四月二九日）」法学八〇巻五号（二〇一六）一〇四頁、鈴木清貴「フランス民事責任改正法草案（二〇一六年四月二九日）試訳」武蔵野大学政治経済研究所年報一四号（二〇一七）一二一頁以下の二つの翻訳がある。

（2）拙稿「身体損害についての損害賠償責任の一元化――フランス民事責任改革準備草案」法研九〇巻五号（二〇一七）一頁以下。

（3）医療過誤とは条文上の用語ではないが、「医療事故」の中で、病院側に責任がある場合を「医療過誤」というと整理されている（森山満『医療現場における法的対応の実務』［中央経済社・二〇一二］九頁、手嶋豊『医事法入門［第四版］』［有斐閣・二〇一五］二一三頁）。加藤一郎・鈴木潔監修『医療過誤紛争をめぐる諸問題』（法曹会・一九七六）一頁以下で初めて本格的に議論され、その後、唄孝一「現代医療における事故と過誤訴訟」唄孝一・有泉亨編『現代損害賠償法講座四　医療事故・製造物責任』（日本評論社・一九七四）二～三頁がこのような整理をする。

（4）加藤一郎「医師の責任」『我妻榮先生還暦記念　損害賠償責任の研究（上）』（有斐閣・一九五七）［同『不法行為法の研究』（有斐閣・一九六一）所収］）。

（5）清水兼男「診療過誤と医師の民事責任」民商五二巻六号（一九六五）三頁も債務不履行による可能性を探るものである。

（6）加藤・鈴木監修・前掲書八三頁以下［加藤一郎］参照。

（7）中野貞一郎「診療債務の不完全履行と証明責任」同『過失の推認』（弘文堂・一九七八）六七頁以下（初出は、唄孝一・有泉亨編『医療事故・製造物責任』［日本評論社・一九七四］七一頁）。

（8）加藤・前掲論文五〇八頁

（9）「医療過誤」は「医師の診断であれ治療であれ、あるいは看護師による患者に対する診療上の世話であれ、患者の生命ないし身体に本来の疾患とは別の有害事象（悪しき結果）が生じてしまったときに、その有害事象を避けるべき注意義務に違反するパターン」と定義されている（森山・前掲書一〇頁）。また、同書一〇頁以下は、医療過誤を、

「注意義務違反型（過失型）」と「説明義務違反型（自己決定権違反型）」とに分け、前者を更に医師の医療行為を対象として医療水準が基準となる注意義務に違反する類型と、それ以外の業務上課される注意義務に違反する類型に分け、ガーゼの取り忘れ、患者の取り違えなどの人為的エラーが後者の事例とする。

(10) 岩垂正起「診療契約」根本久編『裁判実務大系一七　医療過誤訴訟法』（青林書院・一九九〇）四三頁。

(11) 増田聖子「医療契約総論」加藤良夫編著『実務医事法〔第二版〕』（民事法研究会・二〇一四）九九頁。

(12) 岩垂・前掲論文三五頁。

(13) 村山淳子『医療契約論』（日本評論社・二〇一五）一三六頁。

(14) 村山・前掲書一三七頁。

(15) 加藤一郎・前掲論文五〇九頁。

(16) 奥田昌道「契約法と不法行為法の接点」『民法学の基礎的課題（中）：於保不二雄先生還暦記念』（有斐閣・一九七四）二〇九頁。

(17) 奥田・前掲論文二一〇頁。

(18) 奥田・前掲論文二一三頁注7。また、物品運送契約において、「運送品の取り扱いを誤って物を壊してしまったときは、一般人としての不可侵義務にも違反したことになる」が、「途中で盗まれないように監視・保管する義務」は「一般人に課せられる不可侵義務を超えている。一般人は他人の物が盗まれないよう監視・保管する義務を当然に負うものではな」く、「運送品の盗難による滅失の責任は契約責任ではありえても、一般不法行為責任は発生しえない」と述べている

(19) 近藤昌昭「建物建築における設計者、施工者及び工事監理者の不法行為責任について」『現代民事法の実務と理論　上巻』（金融財政事情研究会・二〇一三）五五二頁注一三。

(20) 四宮和夫『不法行為』（青林書院・一九八七）二九二頁、中井美雄「不作為による不法行為」『新・現代損害賠償法講座1総論』（日本評論社・一九九七）一〇九頁。

(21) 橋本佳幸『責任法の多元的構造』（有斐閣・二〇〇六）二六～三〇頁、藤岡康宏『不法行為法』（成文堂・二〇一三）一一八頁。

(22) 山田卓生「医療事故と作為義務」同『医事法　生命倫理』（信山社・二〇一〇［論文初出は一九八一］）は、ある処置をすべきであったのにしなかった過失と、ある処置に際しての注意義務についての過誤についての過失とを分け、アメリカ法では、non-feasance と misfeasance の区別に対応すると整理する。いずれか明らかでない場合として、院内感染の事例を挙げる（一〇一頁）。non-feasance を不法行為と認めるためには「作為義務」が認められる必要があることを指摘する。

(23) 手嶋豊「医療事故における被害者救済と事故法の役割」判タ五六三号（一九八五）三六頁以下参照。

(24) 鈴木俊光「診療過誤訴訟上の諸問題」法論四一巻四・五・六号（一九六八）三〇一頁以下。同「医療過誤訴訟についての一考察」日本医事法学会編『医事法学叢書三医事紛争・医療過誤』（日本評論社・一九八六）一〇三頁も同旨――同一〇七頁は、債務不履行で構成しても、主張・立証に大差はないという

(25) 鈴木・前掲論文三一二頁。

(26) 加藤・鈴木監修・前掲書八四～八五頁（鈴木潔）。

(27) 稲垣喬「医療過誤訴訟について」『医療過誤訴訟の理論』（日本評論社・一九八五）二二八～二二九頁。

(28) 川島武宜『民法解釈学の諸問題』（弘文堂・一九四九）一二九～一三一頁。

(29) 加藤一郎『不法行為』（有斐閣・一九五七）五一～五二頁。

(30) 例えば、商法五九五条につき、大隅健一郎『商行為法』（青林書院・一九五八）一四一頁，西原寛一『商行為法』（有斐閣・一九七三）四一三頁、神埼克郎『商法総則・商行為法通論（新訂版）』（同文舘出版・一九九九）二五七頁等。

(31) 浜田稔「契約責任と不法行為」『近代法と現代法』（法律文化社・一九七三）二二七頁。

(32) 大久保邦彦「請求権競合」『新・現代損害賠償法講座第一巻総論』（日本評論社・一九九七）二一六頁以下。

(33) 藤岡・前掲書［構造］三〇四頁。

(34) 加藤教授は、「統一的請求権」という概念を提唱するが、不法行為と債務不履行のような横型の統一的請求権については、規範調整の必要性を示すだけで、それ以上ではなく、「これまで主張されてきた（法規の）重畳適用論を超えるものではない」という（加藤雅信『事務管理・不当利得・不法行為［第二版］』［有斐閣・二〇〇五］四二四

頁）。

(35) 奥田昌道『請求権概念の生成と展開』（創文社・一九七九）三七四～三七五頁。

(36) 上村明広「給付訴訟の訴訟物」岡法一八巻二号（一九六八）七〇頁以下。

(37) 四宮和夫『請求権競合論』（一粒社・一九七八）四二頁。林良平ほか『債権総論［第三版］』（青林書院・一九九六）一一六頁［林・安永］はこれに賛成する。

(38) 四宮・前掲書九三～九四頁。この他に、優先する規範があれば優先する規範を適用し、優先関係がなければ契約責任を免責する規範によって、不法行為請求も免責されるというのは、不法行為責任の持つ「最小限度の保障」という意味から適当ではないとして、商法の特別規定と「最小限度の保障」の不法行為規範を組み合わせて理想の規範を創造しようという学説もある（能登真規子「契約責任と不法行為責任の競合問題㈡完」名法一七六号［一九九八］三七五頁以下）。

(39) 責任の法的構成が重視されなくなったのは、債務不履行と構成しても不法行為と構成しても、過失の証明責任また証明内容について差がないという考え（中野）が定着したことにあると評される（藤岡・前掲書［構造］二七九頁）。ただし、近時、筆者とは正反対の観点からこの問題にアプローチする論文が出されている。平野哲郎「医療過誤における請求権競合」立命館三六九・三七〇号（二〇一七）五八〇頁以下は、「医療契約」を重視し、「医療過誤に関しては契約責任が不法行為責任よりも優先して適用される」とし（五九九頁）、しかし、法条競合説は採用せず二つの請求権の成立を認めるが、まず債務不履行責任、それが認められなかった場合に不法行為責任という、「順位付き請求権競合」と自ら命名している。比喩的な説明として、「原告が二本の刀」を持っているが（実体法上請求権は同時に二つ発生する）、選択的ではなく、「使う順序が決まっていて、まず契約の刀を使ってそれが折れたら不法行為の刀を使うという順位付け」をする（六〇三頁）。

(40) 黒田直行「医療過誤訴訟における審理上の諸問題」『新・実務民事訴訟講座五』（日本評論社・一九八三）二九五頁は、手段債務という提案に賛成して、安全配慮義務違反同様に、「診療債務の違反に基づく損害賠償請求訴訟においても、『診療債務の内容を特定し、かつ、義務違反に該当する事実を主張・立証する責任は、医師の義務違反を主張する原告にある』と解すべきである」という。

(41) 河上正二「診療契約と医療事故」『民法トライアル教室』（有斐閣・一九九九）三六五頁以下、簡単には、米村慈人『医事法講義』（日本評論社・二〇一六）一〇六頁以下など。「請求を認容する場合、できるだけ義務違反即ち過失を特定して認定することが判決理由としての説得力に優るし、責任を認める以上義務違反を具体的に認定すべきであると考えられたためであろう」と評されている（船越隆司『民事責任の構造と証明』［尚学社・一九九二］一二〇頁）。裁判官からも、大島眞一『Q&A医療訴訟』（判例タイムズ社・二〇一五）一三頁によって差はないといわれる。

(42) 新堂幸司「診療債務の検討」『昭和五〇年度秋期講習会講義録（東京弁護士会）』八九頁以下［同『民事訴訟法学の展開（民事訴訟法研究第五巻）』（有斐閣・二〇〇〇）九七頁以下所収］、鈴木俊光・前掲論文（一考察）一二二～一二三頁。

(43) 中野貞一郎「医療過誤訴訟の手続的課題」前掲書一一一頁。

(44) 並木茂「医療過誤訴訟における債務不履行構成と不法行為構成」根本久編『裁判実務大系一七　医療過誤訴訟法』（青林書院・一九九〇）一〇頁。近時の論稿としては、平野哲郎「医師民事責任の構造と立証責任」判時二三三六号（二〇一七）一六頁は、「原告が事実としての不履行を請求原因において主張・立証した場合には、被告が帰責事由の不存在を主張・立証しなければならない。提供した医療が医療水準に適合していたと反論したり、原告の主張する医療水準を争ったりするのは請求原因の否認である」という。これを「新契約責任説」と命名し、詳細に議論を展開している。

(45) 唄孝一「現代医療における事故と過誤訴訟」唄孝一・有泉亨編『現代損害賠償法講座四　医療事故・製造物責任』（日本評論社・一九七四）は、一定の要件の下に事案によってはこのような判断は許されて然るべきであるが、これは不法行為訴訟における「過失の一応の推定」に対応するものであると評している。

(46) 森田宏樹『契約責任の帰責構造』（有斐閣・二〇〇二）一四～一五頁。

(47) 唄・前掲論文一八頁注（27）は、

(48) 大島・前掲書一二頁

(49) 平林勝政「医療過誤における契約的構成と不法行為的構成」『民法の争点Ⅱ』（有斐閣・一九八五）二二九頁

(50) 莇立明・中井美雄編『医療過誤法』（青林書院・一九九四）一三〇頁［川村フク子］。

(51) 莇・中井編・前掲書二四一頁［稲垣喬］。
(52) 稲垣・前掲論文二三五頁。
(53) 中野・前掲論文一〇一頁。
(54) 使用者責任において免責は認められておらず、「債務不履行の場合の履行補助者責任と大差はないであろう」と評されている（莇・中井編・前掲書九一頁［中井美雄］）。
(55) 債務不履行か不法行為かではなく、ドイツ新債務法やスイス新提案では、発生した債権がどのような被害法益にかかるものかによりその期間や起算点が定められているが、「このような構成は、付随義務違反や保護義務違反が不法行為と契約責任に共通に問題になることが多い今日の日本の実情を考慮すると、積極的に評価すべきではないか」と評されている（半田吉信「スイス債務法総則編の改正（二・完）」駿河台二八巻二号［二〇一五］三八頁）。
(56) 莇・中井編・前掲書九一頁［中井］。
(57) 河上・前掲論文三六五頁以下。
(58) 加藤・鈴木監修・前掲書九二頁（加藤一郎）。
(59) 並木・前掲論文一二頁。
(60) 並木・前掲論文四頁は、昭和五〇年代の中ごろから債務不履行に対する有利性の認識が薄れた理由として、医師の帰責事由の主張・立証が、債務不履行構成で特に患者側に有利ではないことが明らかになり、反対に、間接被害者は固有の損害賠償請求は債務不履行にはよれず、また、弁護士費用の賠償請求が認められないことが明らかになったことを指摘する（補足すれば履行遅滞時期も）。
(61) その他の人身損害については、拙稿「安全配慮義務の契約法における密かなる浸透」『瀬川信久先生・吉田克己先生古稀記念・社会の変容と民法の課題』（成文堂・近刊）において判例の分析をした。