

医療過誤事例における素因減責の現状とその課題

竹 村 壮太郎

- 一 はじめに
- 二 医療過誤事例における素因減責論の現状と課題
 - 1 医療過誤事例における素因減責論
 - 2 医療過誤事例における素因減責論の課題
- 三 医療過誤事例における素因減責の展望
 - 1 医療過誤と減責制度の拡張の関係性
 - 2 減責原因と患者の素因の関係性
 - 3 医療過誤事例における素因斟酌の一展望
- 四 おわりに

一 はじめに

(1) 問題の状況

医療過誤によって損害が生じた場合、被害者である患者、あるいはその親族が、加害者である医師などに損害賠償を請求する。このとき、損害の発生にその患者の疾患などの素因¹⁾が寄与していることを理由に、医師などの損害賠償責任を減ずる、いわゆる素因減責が認められうるかどうか。この議論は、現在

1) ここで素因とは、被害者の病状や、心因を意味する。なお、素因による減責が実務上定着しているとはいえ、現在の判例においては、被害者の疾患は減責の対象となるが、首の長さなどの、単なる身体的特徴はその対象とはならないものとされている。本稿における検討も、当然このことを前提としている。

に至るまで、長らく論じられてきたところでもある²⁾。現在のところもその議論に帰一するところはないが、実務上も学説上も、素因減責を肯定する立場が有力になりつつあるものといえようか。

ところで、こうした状況においても、なお一つの疑問点が残されているように思われる。それは、その素因減責が、そもそも医療過誤事例においても論じる余地がありうるものなのかどうか、という根本的な点である。

民法の条文上、加害者の減責を規定するものは、不法行為に関するものとして民法722条2項、債務不履行に関するものとして民法418条の、過失相殺制度しか存在していない。被害者の素因を理由に減責をするというのは、交通事故事例において認められるようになった、民法722条2項の類推適用などといった、減責制度を拡張する一つの法解釈に過ぎなかったのである。では、なぜ交通事故事例において認められた減責制度の拡張が、医療過誤事例においても問題となりうるのか。

この点、現在の裁判例や学説において、素因減責が医療過誤事例において問題となりうること自体については、なかば当然のように捉えられる傾向にある。例えば、後に見るように、減責に肯定的な裁判例や学説においては、その理由として、しばしば減責が当事者間の公平に資することが挙げられる。しかしながら、そもそもそうした減責がなにもゆえに可能となるのかについてまで、説明が及ぼされる例は多くない。逆に減責に慎重な立場も、おおよそは次の理由によって、それを否定しているに過ぎない。すなわち、加害者たる医師は病気を持つ患者の治療に当たることを義務付けられているため、その義務違反につい

2) 例えば、錦織成史「医療過誤訴訟における賠償の減額事由について」司法研修所論集93号(1995)1頁以下、塩崎勤「医療過誤訴訟における損害賠償と素因減額」判時1905号(2005)3頁以下、橋本佳幸『責任法の多元的構造－不作為不法行為・危険責任をめぐって－』(有斐閣, 2006)113頁以下(該当部分の初出は、同・「医療過誤訴訟法における損害賠償額の調整」京都大学法学部百周年記念論文集刊行委員会(編)『京都大学法学部創立百周年記念論文集第三巻(民事法)』(有斐閣・1999)所収)、谷口聡「医療過誤事例における被害者の素因」高崎経済大学論集53巻4号(2011)45頁以下、など。

て損害賠償が問題となる場合に、その病気は減責の理由にはならない、と。ただ、その理由によっても、医師の義務がその病気という素因の治療を前提としていない場合、素因減責を認める余地が残ることになる。

確かに、医療過誤事例において医師の民事責任を問題とする場合、民法709条、415条の規定が根拠条文とされることになる³⁾。そのため、医療過誤も一つの民事責任の問題に過ぎないと捉えるならば、同じ責任類型の問題とする以上、交通事故事例であってもそれ以外の事例であっても、素因減責が問題とされうことは格別疑問の余地のないところのようにも思われる。しかしながら、そのことは、必ずしも自明のことなのではない。交通事故については古くから自動車損害賠償保障法（以下、自賠法）が整備されてきたという事情など、民事責任の捉え方も含めて、各事案にはそれぞれの背景の相違がある。したがって各事案において減責制度の拡張の基礎が備わっているかどうか自体には、なお議論の余地を認めることができるのである。このことは、減責が、結果として被害者への救済を縮減する効果を持つだけに、本来はより慎重に検討されるべき課題であるといえよう。

(2) 本稿の目的と検討の手順

(i) 本稿の目的

本稿は、以上の問題意識に基づいて、医療過誤事例において素因減責が認められうるかどうかを改めて検討し、今後の議論の方向性を模索するものである。素因減責が認められてきた背景を探り、それが今現在の医療過誤事例の場合においても妥当しているかどうか、そしてそれは何故であるか、ということを探

3) この場合、不法行為による責任を主張するか債務不履行による責任を主張するかについては、一般的には、大きな差異はないと解されている。このことについては、中野貞一郎「診療債務の不完全履行と証明責任」有泉亨（監）唄孝一、有泉亨（編）『現代損害賠償法講座4』（日本評論社、1974）72頁。この点をめぐる近時の議論の動向については、例えば、米村滋人『医事法講義』（日本評論社、2016）106、107頁、参照。本稿においても、この両者をひとまずは区別せずに検討を進め、医療過誤事例における素因減責の全体像を再確認していくことを試みる。

求することが、中心的な課題となる。実のところ、こうした視点からの検討は、すでに別稿において、労働事故事例と素因の問題に関して試みたところでもある⁴⁾。本稿はそこで用いた検討方法を医療過誤事例にも用い、各類型の事例における素因減責の展望を、改めて描くことをも目的としている。

なお、周知の通り、素因減責に関しては、そもそもそれ自体を肯定するかどうかにつき、現在まで立場の相違が認められるところではある⁵⁾。しかしながら本稿での検討は、その議論自体には深く立ち入らず、専ら医療過誤事例と素因減責の関係に焦点を絞っている。これにより、従来の議論に、事案に即した新たな視点を提供できるものと考えられるからである。

(ii) 検討の手順

本稿での検討は、以下の手順で進めていく。すなわち、まず二において、裁判例や学説の現況を確認し、医療過誤事例における素因減責の課題を確認する。ここでは、医療過誤と素因減責の関係性がどのように捉えられているかを整理するとともに、今後議論していくべき方向性を見出すことが目的となる。次に三においては、二で見出した方向性に従って、具体的な検討を進める。医療過誤事例において素因減責を認めうるか、そしてそれはなぜであるかを突き止めることが課題となる。最後に、四において、本稿の検討結果をまとめ、今後の議論の展望を描いていくこととしたい。

4) 拙稿「労働事故事案における素因減責の問題点－特に過重労働事故の場合－」上智法学論集59巻3号(2016)243頁以下。

5) 素因減責をめぐる議論については、次の代表的な論考を参照されたい。能見善久「寄与度減責－被害者の素因の場合を中心として－」四宮和夫先生古稀記念論文集『民法・信託法理論の展開』(弘文堂, 1986)215頁以下、窪田充見『過失相殺の法理』(有斐閣, 1994)8頁以下、橋本佳幸「過失相殺法理の構造と射程－責任無能力者の「過失」と素因の斟酌をめぐって－(五・完)」法学論叢139巻3号(1996)2頁以下、前田陽一「不法行為法における「損害の公平な分担の理念」と素因減額論に関する一考察－被害者の素因の競合に関する最高裁判例を機縁として－」星野英一先生古稀祝賀論文集『日本民法学の形成と課題 下』(有斐閣, 1996)893頁以下、永下泰之「損害賠償法における素因の位置(1)」北大法学論集62巻4号(2011)680頁以下、など。

二 医療過誤事例における素因減責論の現状と課題

現在の実務においては、医療過誤事例について、被害者たる患者の素因を理由に減責を認めるものも、そうでないものもあり、その原則的な対応は明らかではない。学説においては素因減責に肯定的な見解が多数であるようにうかがわれるが、それに慎重な見解もまた有力に主張されている。

では、そうした実務の動向、あるいは学説上の議論にあって、医療過誤事例において素因減責の余地を認める理由はどのように説明されているか。以下では裁判例、学説を順に取り上げ、この点の整理を行っていく。

1 医療過誤事例における素因減責論

(1) 検討対象となる“素因減責”

まず裁判例、学説を振り返る前に、これから検討対象とする素因減責とは何かを、改めて明示しておくことが便宜であろう。後述のように、とりわけ医療過誤事例においては、被害者である患者の素因と加害者である医師あるいは病院の責任の関わり方は、多様でありうるからである。

既述のとおり、素因減責とは、被害者の素因を理由に加害者の責任を減じることを指す。ここで留意すべきであるのは、それが責任の範囲の問題であって、責任の内容の問題とは異なる、という点であろう⁶⁾。すなわち、素因減責は、加害行為によって被害者に生じた損害の何割までが加害者の負担となるかという問題であって、そうして生じた損害が具体的にいくらであるかといったものとは別の問題である、ということである。

例えば、もともと患者に予後不良の因子があり、医療過誤がなくともいづれ

6) この点については、橋本英史「因果関係(2) - 患者の特異体質」根本久(編)『裁判実務大系第17巻 医療過誤訴訟法』(青林書院, 1990) 356頁以下、橋本佳幸・前傾注(2)131, 132頁、を参照。また例えば、減責規定である過失相殺についても、このように説明されることがある。橋本佳幸・大久保邦彦・小池泰「民法V 事務管理・不当利得・不法行為」(有斐閣, 2011) 228頁(小池泰)、参照。

運動機能に影響が出た、などというような場合に、素因による損害賠償額の減額が認められることがある⁷⁾。これは素因による減額という点で、結果としては、素因減責と共通するが、それは生じた損害の一部にしか医療過誤との因果関係がない場合である。つまり、患者が被った損害が何であるかを策定する中で素因による減額が取り上げられるのであって、損害全体に対する責任範囲の問題ではない。そうした事案による素因の問題は損害の具体的な評価の中で問題とされているものといえ、ここで検討対象となる減責の問題とは区別されるべきものといえよう。

もっとも、以上の両者の問題は、ときに交錯する場面が起こりうる。特に、精神的損害、すなわち慰謝料の算定場面においてはそうであろう。このことと患者の素因の斟酌との関係は、後に改めて整理することとしたい。

(2) 裁判例、学説における医療過誤と素因減責

さて、(1)の整理を踏まえ、以下では、(i)裁判例の動向と、(ii)学説の状況を取り上げ、医療過誤と素因減責との関係がどのように捉えられているかを確認していくこととしたい。

(i) 裁判例における医療過誤と素因減責

すでに広く知られるとおり、素因減責の考え方自体は、交通事故事例を中心に、実務上でも昭和40年頃から散見された。そしてそれが最高裁判所において最初に認められたのは、やはり交通事故をめぐる、昭和63年の判決である⁸⁾。

7) 例えば、福岡地判平成19年2月1日判時1993号63頁、判タ1258号272頁。ギラン・バレー症候群の患者が転送直後に心停止に陥り、低酸素脳症による四肢の機能障害を負ったという事案である。ここでは、医師の転送時期選択の誤りなどの責任が問われた。

8) 最判昭和63年4月21日民集42巻4号243頁。この判決は、被害者が車両の衝突事故でむち打ち症を負ったという事案のものである。もっともこの事案は、被害者の、いわゆる心因的素因が問題となったものであるところ、最判平成4年6月25日民集46巻4号400頁において、被害者の疾患による素因減責も認められた。車両衝突事故の責任につき、被害者が罹患していた一酸化炭素中毒を減責理由としたもの

この事案は、被害者のいわゆる心因的素因が問題とされたものであったが、その後平成4年判決において、被害者の疾患という体質的な素因も減責原因とされることが明らかとなった。すなわち。「加害行為と被害者のり患していた疾患とがともに原因となって損害が発生した場合において…加害者に損害の全部を賠償させるのが公平を失するときは…民法七二二条二項の過失相殺の規定を類推適用して、被害者の当該疾患をしんしゃくすることができる」、というわけである。そして、平成8年判決⁹⁾などを通じ、交通事故事例を中心として、素因減責は実務上も定着することとなった。これらの例は、ほとんど自賠法が適用されていた例ではあったが、さらにその後には、労働事故事例についての平成12年判決¹⁰⁾が、平成4年判決の主旨を過重労働事例においても同様に解すべきであるとした。これにより、自賠法が適用される交通事故事例以外にも、その減責が問題となりうる余地が示されるに至っている。

しかしながら、本稿の検討対象となる医療過誤事例において、そのことを正面から述べる最高裁判例は、現在まで確認されていない。それゆえ、その事案と素因減責の関係については、実務上統一された方向性は示されていない状況にある。最高裁判例として問題とされてこなかった理由としては、おおよそ次の理由を挙げることができよう。すなわち、そもそも医療過誤事例自体がその他の事例に比べて多くはなかったこと、そのうえ勝訴率は高くなく、責任自体が否定される例が多かったこと¹¹⁾、明らかに医師に過失があった場合の多く

である。

9) 最判平成8年10月29日民集50巻9号44頁。車両の追突事故によってバレリュー症候群などを負った被害者に、首が平均よりも長かったという身体特徴があった例である。結局のところ、この判決においては、減責は認められていない。なお、周知の通り、同日には、追突事故の被害者に頸椎後縦靱帯骨化症があった事案である、最判平成8年10月29日交民29巻5号1272頁、がある。

10) 最判平成12年3月24日民集54巻3号1155頁。長時間労働の結果、従業員がうつ病に罹患し、自殺するに至ったという事案である。

11) 近時の状況については、加藤良夫(編)『実務 医事法(第2版)』(民事法研究会, 2014) 174頁以下(高橋智)を参照。なお、それによれば、一般事件における請求認容率は84%ほどであるのに対して、近年の医療過誤訴訟の請求認容率は22.6%程度であるとされる。

では和解手続きによる解決などが見込まれ、争点として顕著化しなかったこと、など。ただ、このことから、医療過誤事例においても素因減責があり得ること自体、現在まで特段の問題とはされてはこなかったことをもうかがうことができる。

他方でこの点、下級審裁判例においては、医療過誤事例においても、素因減責がたびたび問題とされている。ただ、その下級審裁判例にあっても、今日まで、必ずしもその減責の理由が明示されてきたわけでもない。そこで以下では、(a)素因減責を認めた例と、(b)それを認めなかった例を幾つか取り上げ、その概況を確認していくこととする。

(a) 素因減責肯定例

まず、素因減責を認めた例はどうか。平成4年判決以前から、下級審裁判例においては、医療過誤事例においても、しばしば素因減責が認められていた¹²⁾。例えば、検査の遅れによって新生児の未熟児網膜症が悪化した事案についての、【事例①】名古屋高等裁判所昭和57年9月29日判決¹³⁾、がそうである。この判決は素因減責を認めたものであるが、その理由については次のように説明されている。すなわち、生命維持のために止むを得ず必要最小限度でなされた酸素投与が誘因となって未熟児網膜症が発症したのであるから、このような事情は損害賠償法の基礎にある公平の原則に立脚すると被害者側の事由として考慮すべきである、と。また、精神分裂病の患者が抗精神薬の投与を受けたところ急性心不全で死亡した事案である、【事例②】東京地方裁判所平成2年7月27日判決は¹⁴⁾、以下の点を挙げて減責を認める判断を示していた。患者の心

12) 以下で挙げるもの以外では、国家賠償法上の責任が問われたものであるが、例えば、患者が急性化膿性喉頭蓋炎によって死亡した事案である、津地判昭和61年9月18日判時1224号96頁、判タ633号191頁、がある。この判決は、患者の体質的素因を取り上げて、民法722条2項の類推適用を認めているが、それが可能である理由についてまで言及されていない。

13) 名古屋高判昭和57年9月29日判時1057号34頁、判タ480号74頁

14) 東京地判平成2年7月27日判時1375号84頁

臓の低形成が死の転機に寄与した可能性を否定することができないことからすれば、損害の全額を医師に負担させることは相当ではない。

周知の通り、古くから民事責任法の指導原理は「損害の公平な分担」にあるとされ、それを布衍する形で、すでに交通事故事例において素因減責を認めたかのような判決が出されていた¹⁵⁾。【事例①】の判決が「公平の原則に立脚する」と述べているように、以上の諸判決は、そうした交通事故事例の方向性にならったものといえよう。ただ、そこでは、それが交通事故事例以外にも妥当する理由についてまでは明示されていない。このことからすると、以上の判決においては、素因減責が医療過誤事例にも妥当することが、民事責任の一環として、ほぼ当然のように捉えられていたことがうかがわれる。

実のところ、こうした傾向は、現在に至るまで変わってはいない。既述の平成4年判決、平成12年判決などを通じて素因減責が次第に定着したことにより、その減責がありうることに格別の疑問も生じなくなったものと推察されるところである。例えば、比較的近時の例に限って見ても¹⁶⁾、次の通りである。【事例③】大阪高等裁判所平成20年1月31日判決¹⁷⁾は、胃透視検査後のバリウムの排出に過誤があったため、被害者のS状結腸に穿孔が生じた事案である。ここでは憩室の脆弱性という被害者の身体的要因が減責事由とされているが、その理由はやはり「損害の公平な分担の趣旨」が医療過誤事例においても適用されることに尽き、それ以上の説明はなされていない。また、説明義務違反の事

15) 不法行為法に関する記述であるが、我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社、1937）98頁でも、損害の公平妥当なる分配が最高の理想であると説かれていた。このことを背景に、交通事故事案においては、公平という理由から、被害者の素因による減責を認める下級審裁判例があった。例えば、いわゆる確率的心証論を採用したものとして著名な、東京地判昭和45年6月29日判時615号38頁。このほか、高知地判昭和46年5月27日判タ272号374頁、大阪地判昭和46年4月30日交民4巻2号697頁、など。

16) やや古い例になるが、胃内視鏡検査を受けた患者がキシロカイン中毒で死亡したという事案である、東京高判平成6年10月20日判時1534号42頁、判タ883号231頁、もある。この判決では、患者の高血圧や動脈硬化、気管支喘息などの身体的素因を減責事由としているが、かような減責が可能である理由には触れていない。

17) 大阪高判平成20年1月31日判時2026号16頁。

例ではあるが、【事例④】岐阜地方裁判所平成21年11月4日判決¹⁸⁾も、その一例として取り上げる。患者が中大脳動脈瘤の破裂予防手術（脳動脈瘤頸部クリッピング術）を受けた後に脳梗塞を発症させ、右片麻痺の後遺障害を負った事案につき、患者が糖尿病でありすでに動脈硬化が進んでいたことなどを挙げ、「損害の公平な分担の観点から」減責が認められている。ここでも、損害の公平な分担を理由とした減責が医療過誤事例に適用されうることについて、特段の言及はなされていない。

(b) 素因減責否定例

一方で、実務上は、素因による減責を否定する例も少なくはない。では、そうした判決においては、医療過誤と素因減責との関係はどのように捉えられているか。

まず、素因減責を認めなかった例の中には、そもそもその減責自体に否定的な例も散見された。例えば、損害賠償の減額事由は被害者に過失があった場合に限られる、と判断していたものなどがそうである¹⁹⁾。ただし、それらは素因減責そのものの余地を認めない責任制度観を前提としているものといえ、素因減責がありうるとしたうえで、それと医療過誤事例との関係に言及したものではない。実際にも、そうした判決は特に昭和63年判決以前のものが多し。素因減責が最高裁判所によって認められて以降は、医療過誤事例に関して、かような判断を示した例は見受けられないところである。

この点、両者の関係を取り上げたものとしては、次の裁判例を挙げることができる。例えば、難聴の既往症を有する患者が肺結核の治療によってその難聴

18) 岐阜地判平成21年11月4日裁判所ウェブサイト。

19) 例えば、大分地判昭和60年12月19日判時1180号7頁、判タ579号26頁。逆行性膽管造影検査を受けたところ、急性汎発性後腹膜炎によって死亡したことにつき、その被害者の親族が、医師に対して、損害賠償を請求した事案である。裁判所は次の点を挙げて、減責を否定した。原則として、過失相殺は何らかの意味で被害者に落ち度など非難されるべき点が存在することが必要であり、単に損害発生、拡大に寄与する素因を有していること自体をもって、過失相殺の対象とすることはできない。

を増強させた事案である、【事例⑤】大阪高等裁判所昭和63年3月25日判決²⁰⁾がある。この判決は、医師側の既往症による減責の主張を認めなかったものであるが、その理由は次のとおりである。医師はその難聴の認識を前提に治療行為を行うものであるところ、そこに医師としての重大な注意義務懈怠があり、患者の聴覚を喪失せしめるという悲惨な結果をきたしたのであるから、損害額を減殺すべき事由を認め得ない。【事例⑥】名古屋地方裁判所平成16年6月25日判決²¹⁾は、急性大動脈瘤の典型的な症状を示しながら適切な医療機関に転送されなかったことにより、大動脈解離によって患者が死亡した事案である。この判決でも、【事例⑤】と同様の理由によって減責が否定された。一般に医師は医療の専門家として、患者が何らかの病的素因を有していることを前提として医療行為をすることが予定されている、というわけである。さらに、不適切な帝王切開により、出生児に脳性麻痺が生じた事案である、【事例⑦】大阪高等裁判所平成17年9月13日判決²²⁾。責任を問われた医師側は、帝王切開が必要になったのは母親に前置胎盤があったことによるとして減責を主張したが、裁判所は次の理由によって、それを退けた。前置胎盤は素因減責が問題とされる疾患に当たると言えるが、まさにその疾患を前提として安全に子を出生するためにこそ病院と診療契約を締結して入院し、医療措置を受けた。本件は、産婦人科医による安易な帝王切開時期の選択と、予想された危険に対する予防措置を怠ったこととが相まって生じた医療事故である、と。

これらの判決は、減責を否定する理由を、おおよそ次の事情に求めている点で共通している。すなわち、そもそも医師は患者の素因を前提に治療行為を行うことが予定されているため、その治療行為の過誤の責任に対しては、患者の素因を減責の理由にはできない、というわけである。しかしながら、これらの判決は、素因減責それ自体を否定しているものではない点には、留意が必要であろう。それというのは、上記の判決の理由に従うならば、患者の素因を治療

20) 大阪高判昭和63年3月25日判時1286号61頁，判タ679号144頁。

21) 名古屋地判平成16年6月25日判タ1211号207頁。

22) 大阪高判平成17年9月13日判時1917号51頁。

の前提としない場合には、なお減責を認める余地が残りうるからである。この意味で、こうした判決にあっても、医療過誤事例において素因減責がありうるかどうかという問題自体は、等閑に付されていることになる。

(ii) 学説における医療過誤と素因減責

周知のとおり、学説においては、素因減責を認めるかどうか自体について、未だに議論が続けられている。実務の動向を反映し、素因減責を肯定する見解が多数であるが、被害者保護の観点から、減責に慎重な見解も有力な状況にある。

では、とりわけ医療過誤事例においては、素因減責はどのような関係にあるものとして捉えられているだろうか。以下では、この点に焦点を当て、裁判例と同様、(a)素因減責を認める見解、(b)素因減責に慎重な見解を整理していくこととしたい。

(a) 素因減責を認める見解

素因減責を認める見解の多くは、それを交通事故事例と医療過誤事例との両者に、当然に共通するものとして捉える傾向にある。例えば、交通事故事例において見出された、いわゆる割合的因果関係論²³⁾を提唱される野村教授が、次のように述べるとおりである。すなわち、「既往歴、加齢要因、心因性などが寄与した場合にどのように解決すべきか、という問題は、交通事故に限らず、医療事故、労働災害、公害など他の人身被害事でもしばしば起こり得る問題であり、寄与度に基づく割合的責任という手法をもっと利用してもよい」と²⁴⁾。また、近時、塩崎教授が述べるところからも、そのことをうかがうことができ

23) 割合的因果関係論とは、損害の発生に関与する諸原因の寄与度に応じて因果関係を割合的に認定し、それによって減責を理論づけたものである。この理論については、例えば、野村好弘「因果関係の本質～寄与度に基づく割合的因果関係論」交通事故紛争処理センター（編）『交通事故損害賠償の法律と実務』（ぎょうせい、1976）62頁以下、が詳細である。

24) 野村好弘「判例解説（横浜地判昭和61年10月9日）」別冊ジュリスト102号（医療過誤判例百選）（1989）133頁。

よう。「損害の公平な分担という原理は、交通事故損害賠償であっても、医療過誤訴訟であっても、基本的には変わりはないとみられるので、医療過誤前の患者の疾患というのは、当然、損害賠償の算定に当たって考慮することが許される」²⁵⁾。ただ、こうした立場にあっては、両事例においてなぜ変わりがいいのか、十分な検証がなされてはいないよううかがわれる。もちろん、両事例の差異は意識されることがないではない。ただ、例えば割合的因果関係論などにおいては、それは寄与度、起因力を判断する際の考慮要素とされているのみで、減責を認めるかどうかの次元で問題とされているわけではないのである²⁶⁾。

この点、実務の動向を分析しつつ、両者の関係の解明を試みた見解もある。例えば、いわゆる領域原理論²⁷⁾を主張される橋本教授は、次の点から医療過誤における素因減責を説明される。すなわち、医療過誤事例においては、不可避免的に医師の危険除去力が制約される場面が生じえ、そうした限界事例においては全く医師が責任を負わないことになる。そこで、そうした場合、被害者の保護を考慮し、その危険を減少させる限りで、医師に患者の病的危険を量的に引き取らせる余地が生じた、と²⁸⁾。詰まるところ、この指摘は、医療過誤とい

25) 塩崎勤・前掲注(2)9頁。同様の趣旨を述べる見解は多い。例えば、村上博巳「損害賠償請求訴訟における心証割合による認定」判タ387号(1979)15頁、でも既に指摘されていたところである。また、植木哲ほか『医療判例ガイド』(有斐閣、1996)84頁(植木哲)も、交通事故における素因減責は医療紛争においてもそのまま適用される、とされる。ただし、両見解とも、その根拠については明示されていない。

26) 割合的因果関係論における医療過誤事例の位置付けについて、野村好弘・前掲注(2)133頁。

27) ここで領域原理論とは、惹起された損害に対しては加害者と被害者がそれぞれの責任領域にしたがって危険を負担する、として、減責を正当化する理論をいう。領域原理論については、橋本佳幸・前掲注(5)21頁以下。また、同・前掲注(2)116頁、参照。

28) 橋本佳幸・前掲注(2)116頁以下。近い見解として、稲垣喬『医師責任訴訟の構造』(有斐閣、2002)157頁、は、次のように述べておられる。医学的に解明できない事情が存在するとするならば、患者の素因について過失相殺に順じた処理のできることを予定し、その枠内において幅のある解決の余地を残すことが、損害賠償法における解釈上の柔軟な対応であり、公平の要請にも合致する、と。

う不可避免的に生じうる事故の責任負担の調整という観点から、素因減責の理由を説明したものといえ、議論に重要な視点を提供するものといえよう。ただ、実務の動向を分析したものという性格上、この見解にあっても、そうした責任の量的調整が生じてよいということ自体は、まずもっての前提とされている。医療過誤事例において責任の調整がなぜに正当化されるか、また患者の素因がその理論枠組の中で実際に扱える原因であるのか、といった点について、未だに検討すべき課題が残されているものといえよう。

(b) 素因減責に慎重な見解

一方、素因減責に慎重な立場を示す見解はどうであるか。その多くは、減責に慎重な裁判例と同じ理由によって、それを否定しているようになりかねない。例えば、次のような指摘がある。交通事故事例とは異なり、医療過誤事例においては、「医師は、まさに被害者の疾病を医療水準に照らし適切に治療する義務に違反しているものであり、このとき医師の側の責任の有無や賠償額を定める際に、患者の疾病が当然に斟酌されると考えるのは不合理」である²⁹⁾。また、「医療事故においては、患者はまさしくその素因たる疾病や障害を治療するために医療機関に受診していることからして、少なくとも一般的には、これを斟酌することができない」と³⁰⁾。ただ、こうした見解については、上記の裁判例において指摘したことと、同じことが問題となろう。すなわち、その理由に従うならば、患者の素因が治療に際して無関係の要因であった場合には、なお減責

29) 畔柳達雄ほか(編)『医療の法律相談』(有斐閣, 2998) 285, 286頁(水野謙)。

30) 浦川道太郎ほか(編)『専門訴訟講座④ 医療訴訟』(民事法研究会, 2010) 145頁(山口齊昭)。このほか、加藤良夫(編)・前掲注(11)212頁(石川寛俊)は、「もともとけがや疾病からくる生命身体への危険を防止する営みが医療であり、医療行為の適否が評価の対象となる医療過誤訴訟では、病態や疾病という自然的事実を起因力として、規範レベルにおける過失相殺や類似の効果をめざすのは本末転倒というべきである」とされる。また、中村也志「損害2(過失相殺, 素因減額)」福田剛久ほか(編)『最新裁判実務大系 第2巻』(青林書院, 2014) 691頁以下、では、診療の対象となるなど、医師が認識し得た病的状態は減額の対象にはならず、このことが医療訴訟における特色であるとされる。もっとも、同時に、認識可能性のない疾患については、減額の対象となることも示されている。

を認める余地が残りうる。この点で、そうした見解によっても、医療過誤事例において素因減責がありうること自体まで否定されているわけではない。

このほか、医療過誤事例を素材としながら、素因減責そのものの難点を取り上げる立場もある。例えば、減責の基準が不明瞭であることの指摘³¹⁾や、患者の素因が医療過誤と同列の寄与原因とはなりえないとする指摘³²⁾などがそうであろう。これらは、素因による減責の理論的な問題点を指摘するものとして、極めて重要なものではある³³⁾。しかしながら、それも、あくまで問題の一面を指摘したものに過ぎないというべきであろう。こうした見解にあっても、何らかの基準が策定されるなど、理論上の難点が回避されさえすれば減責が認められるのかどうかという問題は、なお残されることになるからである。この意味で、こうした見解は、医療過誤事例において素因減責を認める余地がありうるかどうかという問題そのものには、全面的に応接しているわけではない。

2 医療過誤事例における素因減責論の課題

ここまで、医療過誤事例における素因減責の議論を概観した。ではその現況はどのように整理でき、そこにいかなる課題が存在するものといえるか。

31) 淡路剛久「判例評論（東京地判昭和45年6月29日）」判時627号（1971）129頁は、次のように述べておられる。加害行為の寄与度に応じて責任を認めることは可能ではある。しかし寄与度は裁判官の自由な心証によって判断されることになるため、すべての損害賠償法の領域に導入するべきではなく、交通事故訴訟のような非訟事件化の方向に向かっている領域でこそ、活用されるべきである、と。この見解は、素因減責の認定が安易な方向に向かい、医療過誤の被害者にとって不利になることを指摘するものといえよう。なお同様の指摘として、中川善之助、金子一（監）鈴木潔（編）「実務法律大系第5巻 医療過誤・国家賠償」61頁（石垣君雄）。

32) こうした点を指摘されるものとして、橋本英史・前掲注(6)356頁以下、同・「医療過誤訴訟における因果関係の問題」太田幸夫（編）『新・裁判実務大系第1巻 医療過誤訴訟法』（青林書院、2002）224頁。

33) この点が、労働事故事例において素因減責を認める際の問題点となりうることについては、すでに別稿で検討を試みたとおりである。拙稿・前掲注(4)273頁以下、参照。

(i) 素因減責論の問題点

この点、ここまでの裁判例や学説を踏まえれば、改めて次の問題点を指摘することができよう。すなわち、なぜに医療過誤事例においても素因減責を論じうるか、という最も基本的な問題点が残されていることである。

実際、素因減責を肯定的に捉える裁判例や学説の多くにおいては、その減責がありうることはほとんど当然の前提とされている。例えば、裁判例の中には、交通事故事例に見られる、損害の公平な分担という趣旨から減責を認める例がある。しかしながら、その趣旨による減責が医療過誤事例においても他の事例と同様に通じうるものなのかどうか、そしてそれはなぜかについて検討を及ぼしたものは存在しない。この点は学説も同じであり、しばしば、素因は「当然、損害賠償の算定に当たって考慮することが許される」とは述べられるなど、そうした減責がありうることを前提とした見解が見られる。ただその一方、それが「当然」である理由に言及されることは少ない。こうした立場は、医療過誤事例を、交通事故事例と同じ民事責任の問題として捉えることを前提としているものといえよう。しかし、既述したように、交通事故事例においては自賠法が適用され、実際素因減責を認めてきた判例、裁判例の多くは、あくまでその自賠法の適用事案である。また後に見るように、医療過誤責任については過失の認定方法など、独自に生成された責任の枠組みも存在している。したがって、そうした背景事情の違いが減責の問題にどう反映されるかを突き詰めなければ、「当然」に同じ減責法理が医療過誤事例においても妥当すると考えることは困難なはずである。

他方で、減責に慎重な裁判例、学説によっても、必ずしもこの点についての回答が明示されているわけではない。そうした立場を示す裁判例や学説の多くは、患者の素因が治療の前提とされている場合にそれを否定したに過ぎず、素因減責を論じうること自体を否定しているのではない。理論上の難点が指摘されることはあっても、それはあくまで実現の困難という、問題の一面を捉えたものに過ぎないというべきであろう。

(ii) 素因減責論の課題

以上で確認したとおり、現在の医療過誤事例と素因減責をめぐる議論は、未だにその基礎的な検討を十分に果たしていない状況にある。既述のように、減責が損害賠償額の減少という重大な結果をもたらすものであるならば、改めてその基礎に立ち返った検討を要するところであろう。

では、具体的にどういった視点から、その基礎的な課題に取り組むことができるであろうか。これまでの議論状況を踏まえるならば、ここで必要とされる考察課題は、おおよそ次の3点に細分化して捉えることができる。

すなわち、【課題①】一つ目は、そもそも医療過誤事例において、素因減責のような、減責制度の拡張が認められうるか、という点である。いうまでもなく、現行民法の条文上、素因減責を直接認めた規定は存在しない。一言したとおり、それは交通事故事例において認められた、減責制度の拡張の結果として認められたものなのである。そしてそこには、その制度の拡張を支える、何らかの基礎が備わっていたものといえよう。そうすると、医療過誤事例においても素因減責がありうるかと考えることは、まずもって、医療過誤事例についても、その拡張の基礎が備わっていることを前提とすることになる。多くの減責肯定論の立場はそれを「当然」とするが、しかしその前提が適当であるかどうか。交通事故事例と医療過誤事例の責任の枠組みを比較し、両者の相違と減責制度との関係を整理することが求められる。

【課題②】仮に①の問題を解消したとしても、それに付随するものとして、なお二つ目の問題点が残ることになる。それは、患者の素因がその減責制度の中で扱われるべき原因であるのかどうか、という点である。民法上では、現在のところ、減責原因として、民法722条2項などの被害者の過失しか規定されていない。減責制度を拡張するということは、減責原因をその被害者の過失に限定しないということを意味することになる。確かに、このこと自体は、民法722条2項の類推適用などの解釈方法によって解消することは可能である。ただ、そうであるからといって、あらゆる原因が減責原因となりうるわけでもない点には留意する必要があるだろう。現に、一つの事故についても多様な原因が関

与しているはずであるが、それらはいちいち減責原因とはされていない。そうであるならば、患者の素因によって減責を認めるということは、その素因が減責原因となりうる何らかの性質を有したものであると考えられているということになる。しかし、その前提にも、問題はないだろうか。ここからは、減責原因として想定される原因はどのようなものかを整理し、患者の素因が医療過誤とどのような関係にあるかを、改めて精査していく必要性が浮かび上がる。

【課題③】以上の①、②の点によって、患者の素因と減責制度の拡張との関係はある程度整理し直すことができよう。ただ、ここでは同時に、次の課題も現れることになる。それはすなわち、従来減責制度の中で扱われていた患者の素因は、今後どのように医師の責任と関連させていくか、という問題である。仮に減責制度の拡張という枠組みの中で捉えられない場合でも、患者の素因を別の視点から医師の責任と関連させていくことも想定される。ではその場合、どのような構成によることが考えられるか。医療過誤事例における素因減責の一つの展望を示すこともまた、欠かすことのできない課題ということになる。

三 医療過誤事例における素因減責の展望

さて、ここまでのとおり、医療過誤事例においても素因減責を論じうるか、という問題は、主に次の二つの視点から捉えなおすことができる。すなわち、一つは減責制度の拡張と医療過誤の関係性、もう一つは、減責原因と患者の素因の関係性、である。この二点の検討を経ることによって、医療過誤事例においても素因減責がありうるものが、果たして「当然」といえるかどうかを、より一層明らかにすることができるものといえよう。

そこで以下では、先に挙げた【課題①】、【課題②】のそれぞれの視点から考察を進め、医療過誤と素因減責の関係を検討しなおしていくこととしたい。併せて、【課題③】で取り上げたとおり、今後の議論の方向性も模索していくこととする。

1 医療過誤と減責制度の拡張の関係性

(1) 減責制度の拡張とその正当性

既述のように、医療過誤事例においても素因減責がありうる、と考えることは、いわば減責制度の拡張が、その医療過誤にも及ぶことを前提とすることになる。では、そもそもその減責制度の拡張、そしてそれを基にした素因減責は、何によって正当化されているのであろうか。

(i) 減責制度の拡張の背景

この点、すでに別稿でも確認したとおり、そうした減責制度の拡張は、主に過失責任原則への引き戻しという、いわば民事“責任”の原則性によって支えられているといえる。

いうまでもなく、日本民法における民事責任法は、その立法当初から、責任を負う者について故意または過失があることを前提としている。これは、故意、過失による行為をしたが故に損害賠償責任を負う、ということを原則とすることで、原因主義を克服し、個人の自由な活動を保障することを目的としたものとされる³⁴⁾。ところで、産業が発達し、それに伴って事故の危険が増大すると、加害者の“責任”よりも、被害者への“賠償”が強調されるようになる。その結果、無過失責任立法や過失の客観化が生じることになり、従来の過失責任原則には大きな修正が迫られていく。その最たる例が、交通事故分野における自賠法であろう。昭和30年に制定された自賠法は、立法当初から、自動車事故被害の増加を背景に、その責任構造を無過失責任に近づけることを1つの目的としていたという³⁵⁾。この自賠法上の責任は、規定の上では、あくまで、過失の証明責任を転換する中間責任に属するものに止まっているが、周知の通り、実際には免責が認められる例は少なく、事実上の無過失責任とも評されるところ

34) この点については、例えば、加藤一郎『不法行為（増補版）』（有斐閣、1974）7頁、参照。

35) 自賠法の成立過程については、吉野衛「自賠法の立法過程」有泉亨（監）吉岡進（編）『現代損害賠償法講座3』（日本評論社、1972）17頁以下、を参照。

である³⁶⁾。ただ、そうすると、今度は“責任”という側面の果たしていた、自由な活動の保障、またそれに伴う行動規範の提示という機能が脅かされかねないことにもなる。そこで、何らかの過失責任は認めながらも、加害行為の態様に応じてその量を調整することで、原則であった加害者の“責任”という側面を取り戻すことが求められる。ここで用いられたのが過失相殺規定といった減責規定の拡張であり³⁷⁾、素因減責はその一環として現れるに至ったのである³⁸⁾。

(ii) 医療過誤における減責制度の拡張

かくして、とりわけ交通事故事例において、素因減責が利用されることとなった。では、医療過誤事例において、以上の点は、どのように解されるだろうか。

この点、医療過誤の責任についても、過失責任主義が妥当すべきことについ

36) 自賠法3条によれば、自己および運転者が自動車の運行に関して注意を怠らなかったこと、被害者または運転者以外の第三者に故意または過失があったこと、自動車の構造上の欠陥または機能の障害がなかったこと、という、いわゆる免責三要件を証明しなければ、責任は免れない。ただその証明は容易ではなく、それゆえに、自賠法の責任は無過失責任に近いものと評価されている。こうした点については、例えば、藤村和夫・山野嘉朗『概説 交通事故賠償法(第3版)』(日本評論社、2014)49頁以下、参照。

37) 過失相殺規定に関する記述であるが、加藤一郎(編)『注釈民法(19債権10)』(有斐閣、1965)349頁(沢井裕)では、次のように述べられている。「被害者のためには、無過失責任・違法性の理論によつて不法行為の成立を容易し、加害者のためには、無過失責任における最高限度額の設定、故意・過失についての段階的区別、相当因果関係の反省などがなされているが、過失相殺こそ、まさに加害者への配慮のため、実定法上根拠を持つ有力な手段を提供している」。また、鈴木潔ほか(編)『注解 交通損賠賠償法』(青林書院、1982)5頁(松本朝光)は、被害者の保護が厚くなった一方で自動車事故による全損害を加害者に一方的に負担させることを適当としない場合があり、そうした場合での因果関係の割合的認定などの実務上の動きは自賠法の精神に沿うものである、と評される。

38) こうした減責制度の拡張の背景については、能見善久「「痛み分け」社会の民法」落合誠一(編)『論文から見る現代社会と法』(有斐閣、1995)118、119頁、執行秀幸「過失相殺の適用拡大の背景と論理」小野幸二教授還暦記念論集『21世紀の民法』(法学書院、1996)107頁以下、大塚直「政策実現の法的手段—民事的救済と政策」岩村正彦(編)『岩波講座 現代の法4 政策と法』(岩波書店、1998)188頁、などを参照。

ては、今日まで疑いのないところであろう³⁹⁾。しかしながら、かねてより、医療過誤事例においては、しばしば医師にとって厳格な責任が課される例が見られた。例えば、輸血の際の問診義務が問われた、東大梅毒輸血事件判決として知られる最高裁判所昭和36年2月16日判決⁴⁰⁾は、次のことを述べて医師の過失を認めたものである。「いやしく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のは、已むを得ないところといわざるを得ない」。この判決は実質的に不可能とも言える問診義務の懈怠つき過失を認めたものとして、学説においては、「実質的には衡平の要求に基づく無過失責任を認めたものと言えないこともなさそうである」とも評された⁴¹⁾。その後も、いわゆる未熟児網膜症について、当時未確立であった治療方法(いわゆる光凝固法)の懈怠をめぐる一連の裁判例などでも、医師の責任を認める例が出された⁴²⁾。また、過失判断の1つの基準となる医療水準論が確立して以降も、医学的視点と乖離しているともされる判決⁴³⁾が出されるなど、全体としては患者側の保護が次第に強調される傾向がうかがわれ⁴⁴⁾、近時では責任の厳格化による萎縮

39) 最判平成4年6月8日判時1450号70頁によれば、医師は、治療の結果を達成させる努力をすることにつき義務を負い、それを達成すること自体を義務付けられているわけではない。人体については、未だに解明されていない点も少なくないからである。もっとも、現在にあっても、厳格な責任制度への転換を支持する見解も有力となっている。近時の文献として、植木哲「医療水準(論)に関する一管見」判タ1191号(2005)51頁、など。

40) 最判昭和36年2月16日民集15巻2号244頁。

41) 谷口知平「判例批評(最判昭和36年2月16日)」民商法雑誌45巻3号(1961)48頁。

42) 例えば、静岡地判昭和52年6月14日判タ351号120頁。

43) 一例として挙げられるものに、最判平成7年6月9日民集49巻6号1499頁。この判決が、医学的視点と乖離しているとの指摘については、川崎富夫「未熟児網膜症姫路日赤事件における医療水準の論考－医学的視点から・認識統合のために－」Law&Technology46号(2010)38頁以下、同・「未熟児網膜症姫路日赤事件最高裁判決と医療現場感覚との落差－司法と医療の認識統合を求めて－」甲斐克則(編)『医事法講座第3巻 医療事故と医事法』(信山社、2012)7頁以下。

44) 例えば、前田和彦『医事法講義(新編第3版)』(信山社、2016)237頁は、医療水準の判断が患者の視点を含んだものとして進展してきている旨を指摘される。

医療の問題も懸念されるに至っている⁴⁵⁾。これらのことを所与のものとするならば、医療過誤事例においても、交通事故事例と同様、過失責任主義への引き戻しといった目的での減責も、認められうるように考えられる。

実のところ、医療過誤事例における素因減責も、こうした事情を1つの背景としていることがうかがわれる⁴⁶⁾。例えば、錦織教授は、未熟児網膜症をめぐる判決で素因減責が認められた例を取り上げ、次のように述べておられる。「一方で医師の義務違反を認めておきながら、提唱され、次第に知られるようになった光凝固法という治療法に対応する、特定の時期における医師に課せられた上記の義務が非常に高度なものであり、また、それを遵守することが相当困難であることへの配慮、ないしは高度な義務違反は違法性ないし避難性が低いといった意識が、あるいは見られるのではないか」、と⁴⁷⁾。また、既述した、橋本教授の見解も、素因減責が認められてきた諸事例は、未確立療法をめぐるものなど、いずれも医師の危険除去力が制約されている場面であることを指摘される。そのうえで、次のように述べておられる。治療に対する生体反応にもばらつきがあり、医学そのものも発展途上にあるため、診療過程にあっては、医師の危険除去力が制約される場面が、不可避的に生じうる。ここで、患者に対する責任法的保護を確保するためには、そうした危険除去力の制約場面にまで医師責任の成立を割合的にではあれ前進させることが必要となる。他方でその構造的、不可避性に鑑みれば、危険の量の次元での危険減少力に基づいた過失責任を問いうることになる、と⁴⁸⁾。

45) こうした指摘は、松川正毅「医療における民事責任」日臨麻会誌31巻5号(2014) 807頁、など。

46) 以下で挙げる学説のほか、鈴木経夫「医療過誤訴訟における過失相殺」太田幸夫(編)『新・裁判実務大系第1巻 医療過誤訴訟法』(青林書院、2000) 313頁、でも、「無過失に近い責任を負わされる場面では、過失相殺は適用ないしは類推適用されやすく、かつ、その率も高くなる傾向があるといえる」、と指摘される。

47) 錦織成史・前掲注(2)22頁。なお、実際にも未熟児網膜症をめぐる事案では、しばしば素因の寄与が問題とされていたとされる。このことについては、丸山英二「判例解説(最判昭和61年5月30日)」別冊ジュリスト102号(医療過誤判例百選)(1989) 217頁、参照。

48) 橋本佳幸・前掲注(2)130頁以下、参照

(2) 医療過誤責任と素因減責の可否

以上で見たように、医療過誤における減責制度の拡張は、まずもって、伝統的な過失責任主義の存在という、不法行為責任の原則によって正当化されているものと考えられる。それゆえに、交通事故と同様、一つの民事責任の問題として、素因による減責が問題とされているのである。

しかしながらこの点については、なお疑問が残されているように思われる。それというのは、医療過誤事例において、その過失責任主義との調整という理由は、必ずしも妥当するものではないからである。これについては、おおよそ次の2つの点に留意する必要があるだろう。

① まずは、責任の成立面での理由を挙げることができる。周知のとおり、医療過誤訴訟における医師の過失の判断に当たっては、現在のところ、いわゆる医療水準が一つの指標として機能している。ここで医療水準とは、診療当時の臨床医学の実践における医療水準をいうとされる。そして肝心であるのは、判例上、医師は、患者との特別な合意がない限り、その医療水準を超えた医療行為を前提とした注意義務を負わない、とされていることであろう⁴⁹⁾。確かに今日の医療水準は所在地域の医療環境などに従って相対的に判断されるようになり、次第にそのあり方が問い直されるようになってはいる⁵⁰⁾。ただ、何れにしても、医師の責任の成立の段階においては、臨床医学と結びついた、比較的明瞭なボーダーラインが存在していることにはなろう⁵¹⁾。この点で、事実上の

49) 最判平成4年6月8日判時1450号70頁、判タ812号177頁。こうしたことから、医療水準が医師の免責のための1つのマジックワードとして機能していたことは、つとに指摘されてきたとおりである。このことについては、良永和隆「医療事故と医師・病院の責任」専修ロージャーナル6号(2011)99頁、加藤良夫(編)・前掲注(11)124頁(上田正和)、などを参照。

50) 前掲注(43)の平成7年判決を参照。

51) 周知のとおり、個別の事情が色濃い場合など、画一的な基準を用いるに適さない事例においては、医療水準に言及せずに過失を認定する判例も存在する。例えば、最判平成18年4月18日判時1933号80頁、判タ1210号67頁。また、かねてから、西野喜一「医療水準と医療慣行」太田幸夫(編)『新・裁判実務大系第1巻 医療過誤訴訟法』(青林書院、2000)115、116頁、など、画一的に基準を定めることの困難から、これまでの医療水準の考え方に懐疑的な見解も少なくはない。とはいえ、

無過失責任とも評される交通事故事例とは、前提となる事情が異なっているということもできる。

確かに、これまでの判決の中には、そのボーダーライン自体が医師にとって厳しく捉えられている例もある。診断が極めて困難とされながらも、疑いを持つべきだったという点を踏まえて過失を認めた例⁵²⁾などがそうであろう。ただ、一般的にいうならば、未だに、交通事故事例におけるほどは、過失の判断が厳格になっているというわけでもないように思われる⁵³⁾。例えば、過失を判断する際の予見可能性も、あくまで具体的に捉えられている例が多い。股関節症の治療のため骨盤骨切り術を受けた患者が深部静脈血栓症、肺血栓症によって死亡した事案について、裁判所は次の点を挙げて医師の過失を認めなかった。肺梗塞に至る一般的・抽象的な予見義務はあったにせよ、深部静脈血栓症の発症を具体的に予見し得なかった以上、深部静脈血栓の発見のための検査をすべき義務があったとはいえない⁵⁴⁾。また、近時のものでいえば、急性心筋梗塞によって患者に後遺障害が残った事案について、以下のとおり判断して、医師の責任を認めなかった例もある。典型的な急性心筋梗塞の状態が示されていないことから、急性心筋梗塞の可能性を念頭に置かなければならなかったものの、専門医療機関に転送すべき義務までは存在しない⁵⁵⁾。このほか、医療水準の策定自体に関しても、安易な認定はなされていない⁵⁶⁾。例えば、脳内出血

なお医療水準が責任の1つの目安になりうることに変わりはないであろう。この点については、浦川道太郎ほか(編)・前掲注(3073頁(手嶋豊)),などを参照。

52) 例えば、福岡高判平成18年7月13日判タ1227号303頁。入院していた患者が転院先で肺血栓症により死亡したことにつき、病院などの責任が問われた事案。裁判所は、肺血栓症に罹患していると診断することまで期待するのは無理であるとしながら、疑いを持つことは可能だとして、過失を認めている。そのうえで、素因による減責も認めている。これは、一旦過失を認めつつ、後で責任を量的に調整するという、減責の典型的な例といえよう。

53) 2000年代前半のものであるが、高瀬浩造「現代医学と医療訴訟」司法研修所論集109号(2002)119頁によると、なお一部に医療現場の意識と乖離した判決があるとされるも、8、9割程度はそれほどの乖離はうかがわれないとされる。

54) 高松地裁平成22年3月29日判タ1358号165頁。

55) 東京地判平成23年4月27日判タ1372号161頁。

56) また、例えば、文献上の指摘があったとしても、それが直ちに医療水準とされ

によって入院した患者が高度の視力障害を負った事案について、脳室ドレナージの実施が合理的な選択肢になるとの共通認識があったものの、別の見解も十分合理的であるとして、ドレナージの施行が医療水準に達しているとは認めず、医師の責任を否定した例がある⁵⁷⁾。

この点、例えば既述の【事例②】や【事例③】も、格別に厳格な判断が示されていたわけではなかったように思われる。前者は、明らかに患者に頰傾傾向が生じていたにもかかわらず漫然と抗精神薬の投与を続けた点、後者も、通常なされるべき下剤の処方、投与や水分摂取の指示を怠った点などが、過失とされているところである。

② そして何より留意すべきであるのは、過失責任主義との調整としての減責、という考え方自体が、医療過誤事例においては適当ではないこと、である。

交通事故は、近年に至るまでの自動車利用者の増加を背景に、日々何らかの形で生起している。そのうえ、周知のとおり、交通事故損害賠償については、強制保険として自賠責保険制度も設けられている。そうした構造上、自賠責法上の責任には、事故抑止力といった、規範的機能に欠ける点があることは、つとに指摘されてきたとおりであろう⁵⁸⁾。そのうえ、その自賠責保険自体が責任保険でもあるため、一旦加害者の責任の存在は認めたくえで（つまり免責そのものは否定したくえで）、後から幅広く減責という形でその負担を調整することも、適当と解される余地がある。

ところが、医療過誤は、その交通事故とは異なり、日々生起することが不可

るわけでもない。一例として、札幌高判平成19年1月31日判タ1272号210頁。このほか、医療水準が相対的に考慮されたことによって、医師の過失が否定された例も挙げることができよう。例えば、岡山地判平成14年11月26日判タ1138号212頁。大腿骨骨折を負った患者に肺動脈血栓塞栓症で死亡した事案につき、深部静脈血栓症が肺塞栓症を引き起こすことは患者が入院した時から知られていたが、地方の整形外科医であった医師に予測させるのは困難であるとして、医師の過失が認められなかった。

57) 大阪高判平成25年5月31日判時2203号38頁。

58) この点については、例えば、すでに挙げた、淡路剛久・前掲注(31)128頁、においても指摘されている。

避とはいえない。また、医療自体が人身を救う最後の砦である以上、医療過誤責任は、事故の抑止のため、その規範的機能を維持し続ける必要がある。学説の指摘の通り、医療水準などの過失の判断は、医師の責任の範囲を確定するとともに、行為規範の創設、提示という重責を担っているわけである⁵⁹⁾。仮に未確立療法などが問題とされる事案であるならば、その法的な規範の提示はなおのこと重要となろう。そうした状況にあって、被害者への賠償のために医療水準などの過失判断を緩め、後の調整は減責によって行うこととなれば、医療実務上の行動規範が不明瞭になり、結果として事故の抑止が等閑に付される恐れがある。

なお、現在の医療責任についても、医師会が保険契約者となる日本医師会医師賠償責任（いわゆる日医責任保険）が設けられている⁶⁰⁾。その点で、責任保険が付されている交通事故事例との共通性を捉えることもできよう。ただ、医師会自体が強制加入ではないうえ、上記の事情によるならば、保険が存在することによってひとまず責任を認めるという考え方は、やはり妥当性を欠くものといえる。

2 減責原因と患者の素因の関係性

以上、1で検討したところからすれば、医療過誤事例においては、まずもって減責制度の拡張を認める基礎は存在しないものと考えることができる。そうした事例には、過失責任主義との調整という考え方自体が、必ずしも馴染まないからである。したがって、この点で、医療過誤事例においても素因減責が「当然に」認められるものと考えすることはできないということになる。

もっとも、今後も未確立の療法が問題となる場合など、医師の過失の判断が

59) 医療水準に求められる機能について、良永和隆・前掲注(49)100頁。

60) 日医責任保険については、平沼高明「医師賠償責任保険」川井健、塩崎勤（編）『新・裁判実務大系8 専門家責任訴訟法』（青林書院、2004）266頁以下、参照。医師賠償責任保険一般の概況に関しては、加藤愼「医師賠償責任保険」平沼高明先生古稀記念論集『損害賠償法と責任保険の理論と実務』（信山社、2005）350頁以下、が詳細である。

困難を伴う場が現れることも、大いに予想されるところではある。では、この第一の点を措くとした場合には、素因減責を認めることができるのであろうか。ここでは先に挙げた第二点、すなわち、減責制度と患者の素因の関係性が問われることになる。

(1) 減責要素となりうる原因

日本法においては、加害者の過失の軽重のみを取り上げ、それに対応した分の責任を課すという、いわゆる過失比例主義は採用されていない⁶¹⁾。したがって、仮に医師や病院の責任を割的に調整するのだとしても、少なくとも建前上は、単純な行為の評価とは別の理屈によってそれを実現しなければならないことになる。そこでしばしば着目されるのが、他原因の寄与、あるいは競合、という点である。減責を正当化するための理論は、例えばそれを因果関係の分割に求めるもの、違法性の縮減に求めるもの、と様々である。しかしその何れにおいても、加害行為とは異なる他の原因が損害の発生に加わっている故に、その分加害者に帰責される負担が減少する、と解することで、その責任の量を調整することになる。

問題は、ここで減責原因とされうる他原因とは何か、という点であろう。この点、民事責任法上では、被害者の過失行為以外、明確な限定はされていない。ただし、そこに限定しないのであっても、当然、事故当時の環境など、僅かでも関与し得た事情すべてが一々減責原因とされてきたわけでもない。素因を除けば、減責原因とされてきたものとしては、例えば、被害者の親などの、いわゆる被害者側の行為であるとか、天災や不可抗力といった、概して加害者による行為とは無関係に損害の発生に関与し得る事情が挙げられる⁶²⁾。このことからするならば、差し当たっては、加害行為とは独立した動力源を持つ原因こそ

61) このことについては、前田陽一・前掲注(5)917頁。

62) なお、特別法においては、天災や社会的動乱、不可抗力といった要因を、明示的に斟酌要因としているものもある。例えば、原子力損害賠償法3条、鉱業法113条、水質汚濁防止法20条の2、など。

が、ここで減責要素になりうる他原因として想定されるものといえる⁶³⁾。過失相殺の判断に際しても、加害行為に起因した被害者の行為は、減責事由とはされていない⁶⁴⁾。このことは以上の推察を裏付けることとなろう。

そして実際、医療過誤事例において素因減責を論じるという場合、素因もそこでいう独立した寄与、競合する他原因になっていることが当然の前提とされている。この点は、そもそも平成4年判決が「加害行為と被害者のり患していた疾患とがともに原因となって損害が発生した場合」に素因減責を認めていることからも、明らかであろう。医療過誤事例の場合でも、例えば下級審裁判例の中には、医師の責任の範囲に属しないと解すべき事情が加わったことを明言して患者の素因による減責を認めた例もある⁶⁵⁾。

学説の多くも、またこのことをその前提としていることがうかがわれる。例えば、既述した割合的因果関係論にあって、寄与度に基づく割合的責任を患者の素因にも適用するとすることは、それが医療過誤とは独立した寄与度を有していることを前提とすることになろう。また危険減少力に応じた割合的責任を考慮する場合であっても、過失比例原則を導入するのでなければ、その医師に課せられた危険の減少措置とは無関係の事情が存在することを前提とすることでこそ、その減少力が縮減することを説明することができるのである。

63) こうした減責の理論上の問題点については、すでに、拙稿「素因減責の理論的課題－フランス法との比較検討から－(2・完)」上智法学論集55巻3・4号(2012)148頁以下、でも検討を行った。

64) 医療過誤事例においても、例えば、医師が検査の必要性を十分に説明していなかったような場合、その検査を受けなかったことは患者の過失とはされていない。近時の例として、東京地判平成17年11月30日判タ1244号298頁。

65) 横浜地判平成2年4月25日判時1385号93頁、判タ739号156頁。新生児が出産に至る過程で大腸菌による敗血症などに罹患し、それが脳や脊髄にまで侵入し、脊髄炎などを負ったと言う事案である。ここでは、医師の治療開始の時期の遅れなどによる責任が問われた。また、子宮筋腫手術を受けたところ腹壁癒痕ヘルニアが生じたという事案である。東京地判平成7年9月18日判タ914号225頁は、患者の筋膜が弱かったことが「競合的に寄与」しているとして減責を認めた例である。

(2) 減責制度と患者の素因の実態

仮に患者の素因がここで想定されている原因となっているのであれば、確かに、理論上はそれによる減責を認めることも可能になるものと解される。

ただ、この点についても、やはり問題が残されているように思われる。というのは、既述の減責否定説が示唆するとおり、一般的にいつて、この他原因の競合という理論的な構造からは、患者の素因による減責を説明することが困難であるからである⁶⁶⁾。

このことは、実際の例を取り上げてみれば、なお明らかとなる。試みに、先に挙げた減責肯定例の中から、手技上の過誤が問題となった【事例①】から【事例③】を取り上げて、この点の検討を進めてみたい。

まず、【事例①】（検査の遅れから、新生児の未熟児網膜症が悪化した例）をやや仔細に振り返ると、次のとおりである。その判決では、眼底検査の遅れから未熟児網膜症が悪化し失明するに至ったことにつき、本件医療事故がなければ順調に生育したはずであるとして逸失利益の賠償を認めた一方、本件の「未熟児網膜症は同人が極小未熟児として出生したため網膜の未熟性が素因となり、生命維持のため止むを得ず必要最小限度でなされた酸素投与が誘因となって発症したもの」であるとして、減責を認めている。これは要するに、未熟児網膜症自体は患者の網膜の未熟性という他原因に起因していることを、減責の理由としているものといえよう。ただ、確かに未熟児網膜症自体は避けえないところであったとはいえ、それがここで問題となっている疾患の悪化という損害に

66) こうした指摘については、例えば、石橋秀起『不法行為法における割合的責任の法理』（法律文化社、2014）162頁（該当部分の初出は、同・「医療過誤における割合的責任論」立命館法学339=340号（2012）1頁以下）、参照。石橋教授は、被害者の素因は単独では結果を引き起こすが威力を有さず、加害行為を起点とする因果関係の中に吸収されることになる、と指摘される。なお、民事責任法上、原因競合の明確な定義は存在しないが、素因に関連しての記述として、北河隆之「素因減責論の現状と課題」東京三弁護士会交通事故処理委員会（編）『交通事故訴訟の理論と展望－創立30周年記念論文集－』（ぎょうせい、1993）130頁、は、加害行為と被害者の素因とが並存し影響しあうことによって、加害行為だけでは発生しないような重篤な結果が発生する場合を素因競合とされる。

何らかの寄与をしているのではない。未熟児網膜症の悪化は、その疾患があるうえでなされた医療過誤によってはじめて生じたものであり、網膜の未熟性自体が未熟児網膜症の悪化に対して独自に寄与したわけではないのである（そもそも、医療過誤がなければ順調に生育していたことを前提に逸失利益を認めていたはずである）。その網膜の未熟性は、医療過誤行為によって、いわば強制的に損害発生に寄与させられたものということができよう。

次に【事例②】（抗精神薬の投与を続けられた患者が死亡した事案）を整理してみれば、次のことがうかがわれる。この判決は、患者の心臓の低形成という身体的素因が抗精神薬の副作用による変化を加速し、死の転機に寄与した可能性を否定できない、として、患者の素因による減責を認めたものである。これも結局のところは、心臓の低形成が抗精神薬の投与を続けたという医療過誤とは別の寄与原因として考えることを前提としているものといえよう。ただ、実際のところ、ここでもその心臓の低形成という患者の素因は、医療過誤と競合する他原因となっているわけではない。判決における事実認定によれば、次のことがうかがわれる。すなわち、抗精神薬の副作用が心臓の低形成という身体的素因によって重篤化し、患者の死亡という結果に至った。しかし副作用の予防措置を講じていれば、死亡などの結果を回避することは十分に可能であった、と。そうであるとするならば、結局のところ死亡の原因は、専ら副作用に注意も払わず抗精神薬の投与を続けたという医療過誤行為に起因しているのであって、心臓の低形成が独自に死亡という結果に寄与したわけではないことになろう。この点で、その素因の寄与は、本来、医療過誤自体の寄与の一内容に解消されることになるはずなのである。

最後に、【事例③】（胃の検査後のバリウム排出の過誤により、患者のS状結腸に穿孔が生じた事案）は、患者の憩室がもともと穿孔の危険性が高いものであったとして、その身体的要因の寄与を理由に、減責を認めたものである。ただ、事実認定を見る限り、この事例においても、やはりその要因は、医療過誤と独立した原因になっているとは考えられない。それというのは、憩室の脆弱性が問題となったのは、もともと医師が下剤の処方もせずにバリウム便が停滞し、

S状結腸部分に圧迫が生じることになったからである。そうであるならば、憩室の脆弱性は競合する他原因であったというよりも、実際には医療過誤行為の一つの結果を示すものに過ぎないことになる。

結局、以上のことからするならば、おおよそ患者の素因は、これまで減責制度が想定してきた原因としては捉えることができない。それは医療過誤行為の寄与の過程の中で捉えられるものであり、それと「ともに原因となって」いるわけではないからである⁶⁷⁾。したがって、この点でも、直ちに医療過誤事例において素因減責が当然ありうるとすることはできないことになる。

3 医療過誤事例における素因斟酌の一展望

ここまで、先に挙げた【課題①】、【課題②】の両点から、医療過誤事例における素因減責の問題の再検討を進めてきた。ここでその結果を示すとすれば、次のとおりである。すなわち、従来から、患者の素因は、拡張された減責制度の中で、医師の責任の調整要素とされてきた。ところが、素因による減責は、実際には、その正当化根拠を欠いているということが出来る。それというのは、①医療過誤事例においては減責制度の拡張の基礎が備わってはならず、②患者の素因自体も減責制度が想定するような原因とはなっていないから、である。それゆえ、実のところ素因減責は、医療過誤事例においては原則として認められるものではないということになる。

さて、以上のことからするならば、患者の素因は、実際のところは減責制度の拡張という枠組みの中ではほとんど考慮しえないことになる。そうであると

67) 実際のところ、原因が競合していないことによって減責を否定している例もある。参考になるものとして、患者が狭心症の治療を受けたところアレルギーショックを起こし植物状態になったという事案である、横浜地判平成15年6月20日判時1829号97頁、がある。患者の冠動脈狭窄や事故時に発症した心筋梗塞を理由に減責が認められるかが問題となったが、裁判所は次のように述べて、それを認めなかった。薬剤の静注によりアナフィラキシーショックを発症させ、それによって心筋梗塞が発症したものであるから、心筋梗塞は心停止の原因でもないし、後遺障害に寄与しているものと認めることはできない、と。

するならば、あえてその素因を責任の調整要因と解するのであっても、それは別の論理によって実現しうる限りで可能となるに過ぎないということになろう。

では、実際にどのような視点から、患者の素因と医師の責任の関係を捉え直すことができるであろうか。この点については、差し当たって、おおよそ次の2つの点から考察を進めることが考えられる。すなわち、(i)本来の意味での過失相殺制度との関係、部分的にはあるが、(ii)慰謝料などの損害算定との関係、である。以下では、最後に、【課題③】への取り組みとして、その2点について若干の補足を加えていくこととする。

(i) 過失相殺制度と患者の素因の関係

従来から、素因減責に慎重な見解であっても、過失相殺制度の枠内で捉えられる限りでは、減責を肯定するものがあつた。素因の発見、統制の義務を策定する見解などがそうである⁶⁸⁾。ただ、すでに別稿でも検討したとおり⁶⁹⁾、そうした解釈は、一般の事故の場合には適用が困難となる。全く無関係な一般私人間では、自らの素因の発見、統制を求められる理由がないからである。仮にそれを求めるものとして減責を認めるならば、それはもはや素因それ自体を減責原因としていることと、さして異ならないことにもなり得よう。

しかしながら、一度当事者間に緊密な関係が生じたならば、この点からの減責を積極的に認めていくことが可能となる。医師と患者の医療関係は、特にそのことが妥当するものといえよう。いうまでもなく、現代における医師と患者の関係は、かつてのパターナリスティックな関係を脱している。医療が疾病を治癒に至らしめるかどうかは医師と患者との共同責分による、ともいわれるように⁷⁰⁾、治療は双方の協力によってはじめて実現するものとされ、それゆえに

68) かような観点から過失相殺の類推適用構成を基礎付けるものとして、潮見佳男『不法行為法』(信山社、2005)324頁。同様の観点から、過失相殺そのものの適用を試みるものとして、永下泰之「損害賠償法における素因の位置(6・完)」北大法学論集65巻1号(2014)53頁以下。

69) 拙稿・前掲注(4)282頁、参照。

70) 松倉豊治「医療過誤をめぐる諸問題－医学の立場から」日本医事法学会(編)『医

患者の側でも可能な限り治療に協力する義務を負うものと解されているのである⁷¹⁾。ここでその義務を怠たり、医療過誤の発生につながった場合、民法418条、あるいは同722条2項の本来の意味での過失相殺が問題とされることになる⁷²⁾。そうであるとする、患者の素因の問題も、こうした視点から捉えらるる限りでは、責任の調整要素として取り上げる余地があろう。その場合には、もともと民法上そのような条文が用意されている以上、減責制度の拡張との関係のような、理論的な困難も生じない。もっとも、当然そこで減責原因とされるのはあくまで患者の何らかの非難性であって、素因自体が減責の理由とされるわけではない。

それでは、具体的にどのような事情によってそうした減責が認められるか。この点、一般には、情報を提供しないこと、医師の指示に従わないこと、などが、典型的な患者側の過失とされてきた⁷³⁾。このことからすると、自身の把握している素因をことさら秘匿するとか、治療に際する医師の指示に従わなかった結果、素因が医療過誤の結果を増悪させたような場合には、患者の非難性を通して減責が認められることとなろう。

素因減責を認めた裁判例のなかでも、この点から減責を認めていく余地のあるものもある。例えば、【事例⑧】横浜地方裁判所平成10年10月28日判決⁷⁴⁾を挙げることができよう。この事案は、喘息発作を起こした患者が治療を受けたところ、病態把握の不備などによって、結局気管支喘息重積発作によって死亡した、というものである。ここで裁判所は、次のことを理由に、減責を認めた。

事法学叢書第3巻『医事紛争・医療過誤』（日本評論社、1986）33頁。

71) こうした患者の義務は、一般に、診療協力義務、などと呼ばれている。このことについては、前田和彦・前掲注44)238頁、などを参照。

72) 医療過誤事例においても、古くから過失相殺の適用が認められてきた。古い例でいえば、大阪地判昭和48年4月18日判時710号80頁、がある。余病の恐れがさしてないにもかかわらず、あえて困難な手術を依頼したところに患者の軽率な点があったとして、過失相殺を認めた事例である。

73) 概して、いかなる場合に過失相殺が認められてきたかについては、鈴木経夫・前掲注46)313頁以下、が詳細である。

74) 横浜地判平成10年10月28日判タ1021号219頁。

喘息がもともと突然大発作を起こし死亡するリスクを持つ病気であること、患者には幼い頃から患っていた喘息があったこと、など。しかしながら、認定された事実の経過を見るならば、以下の事情から減責を説明することも考えられるように思われる。すなわち、患者には当時緊張性気胸が生じており、これが発作による換気障害に追い打ちをかける形になっていた。そしてその気胸の明確な原因は不明とされるが、患者が治療の過程で呼吸器の使用をめぐり親と激しい口論をし、興奮状態に陥ったことによる可能性も否定されないようである。そうであるとすると、治療過程でのやや不用意ともいえる患者の行動が一つの端緒となって気胸が発生し、それが自身の素地の持つ突然大発作による死亡のリスクを高めたものと捉えることも、不可能ではないことになろう。このことを前提とするならば、患者の有していた喘息という素因の寄与は、最終的には患者の行動の非難性を通じて評価することも可能となる余地がある。

(ii) 慰謝料などの損害算定との関係

既述したように、患者の素因を損害の具体的な算定の中で加味することと、減責事由とすることとは、厳密にはその意味合いが異なるところである。しかしながら、両者が交錯しうる場面においては、責任の調整という目的を、損害の具体的な算定の段階においてある程度実現していくことも可能である。それというのは、精神的損害に対する賠償金、すなわち、慰謝料の算定事由として捉えることができるからである。

言うまでもなく、慰謝料は、基本的には、被害者の精神的な損害を補填することを目的としたものと解されている。ただ、現実には多様な事情を斟酌してその額が決定されており、もはや精神的損害の賠償という実態が失われているとも指摘されている⁷⁵⁾。実際、補填すべき精神的損害の評価にあたっては、被侵害利益などはもとより、過失相殺の対象となるような被害者の態様や加害行

75) このことについては、平井宜雄『債権各論Ⅱ 不法行為』（弘文堂、1992）131頁、参照。

為の態様、過失の大小といった、違法性の量にわたりうる事情もまた、考慮要素とされてきたところである⁷⁶⁾。そうであるとする、被害者たる患者の素因の寄与も、加害行為の態様の斟酌などに付随して、考慮要素となりうる余地があるものといえよう。この点で、あくまで慰謝料の算定という形式によるものの、患者の素因の斟酌は、減責制度の目的であった責任の調整類似の機能を果たしうる⁷⁷⁾。

実際、そうした観点から、患者の素因を慰謝料の斟酌事由としていると捉えられる例がある⁷⁸⁾。例えば、小脳出血で入院した患者が、腎不全によって死亡した事案である、【事例⑨】東京地方裁判所平成9年4月28日判決⁷⁹⁾を挙げることができよう。裁判所は、医師が適切な体位変換を怠ったことで生じた褥瘡も死亡の一因をなしているとしたうえで、次の点から慰謝料の算定を行った。すなわち、患者には既往症として糖尿病があり、そうした身体的素因が腎不全に少なからず影響を及ぼしているものと推察される、と。この事案は、もともと慰謝料しか請求されていなかったものではある。ただ、かような点からの斟酌は、既述の減責制度の拡張との関係で見た素因の斟酌に通じるところがある。そしてこうした点から患者の素因を捉えることには、違法性の量にわたる事情が考慮要素とされうる以上、その減責制度の拡張との関係で問題となったような、理論上の困難は生じないものと考えられる。

76) 古くからこのような事情がその算定要素とされてきた。このことについては、例えば、加藤一郎・前掲注34244頁、などからうかがうことができる。

77) 実際、被害者の過失が慰謝料において考慮要素とされる場合、基本的に、慰謝料に対して過失相殺はなされないものと解されている。このことについては、山口正夫「判例解説（大阪高判昭和42年7月25日）」別冊ジュリスト18号（交通事故判例百選）（1968）125頁。この点で、慰謝料の算定と減責の問題との接近をうかがうこともできよう。

78) 以下で取り上げる事例以外でも、耳の異常を訴えて来院した患者が治療を受けたところ、鼓膜に広大な穿孔が生じたという事案である、長崎地判平成7年8月28日D1-Law判例体系（28161537）を挙げることができる。裁判所は、損害の公平な分担という観点を挙げ、患者の体質的な素因を慰謝料の算定事由とした。

79) 東京地判平成9年4月28日判時1628号49頁、判タ949号192頁。

四 おわりに

本稿は、これまで当然と解される傾向にあった、医療過誤事例と素因減責の関係について、再度検討を試みたものである。果たして素因減責は当然に認められうるものであるかどうか、そしてそれはなぜか、といった点から、両者の関係を基礎付けることが、そこでの課題となっていた。本稿の最後に、これまでの検討結果を簡潔にまとめ、今後に残された課題を提示しておくこととしたい。

(i) 本稿における検討結果

ここまでの検討によるならば、医療過誤事例において素因減責を認めうるか、という問題は、次の3つの点に細分化して捉えることができる。

① 第一に、医療過誤事例においても減責制度の拡張が認められうるか、という、もっとも基本的な課題がある。いうまでもなく、日本の民法上では、被害者の素因を理由に減責を認めるなどという直接の規定は存在していない。それにもかかわらず素因を理由に減責を認めるためには、まずもって減責制度の拡張が認められるのかどうかという問題を解消しなければならないのである。

この点、交通事故事案とは異なり、医療過誤事例においては、その減責制度の拡張は認め難い。実際、医師や病院は交通事故事案ほど厳しい責任を課されているわけではないし、そのような責任のあり方は不適當でもある。それゆえ、減責制度の拡張を支える、過失責任主義との調整という目的が、そもそも妥当しないからである。

確かに、この先も未確立療法や難易度の高い治療に際して事故が生じた場合には、責任の厳格化をもって、医師や病院の責任をひとまずは認めていくことも考えられるところではある。ただ、以上の点からするならば、そうした医療に伴うリスクについては、強いて当事者間で按分するというよりも、社会化によって解消する道を模索すべきように思われる⁸⁰⁾。

80) 例えば、四宮和夫「梅毒輸血事件の判決について」ジュリスト120号(1956) 32

② ①の問題に加え、第二に、減責を理論上正当化することができるかどうかという問題が生じることになる。仮に減責制度の拡張を行うのであっても、無限定にあらゆる原因が減責事由とされてきたわけではない。ここでは、患者の素因が、その減責制度の中で扱いうる原因であるのかどうかが問われることになるわけである。

この点、多くの場合、患者の素因は、減責制度の拡張の中で捉えられる原因とはならない。裁判例や学説が前提としてきたような、患者の素因は医療過誤と「ともに原因となって」いるわけではないからである。仮になる場合があるとすれば、治療とは無関係の疾患が医療過誤と同時に発症した場合、くらいであろう。ただ医師が治療に際して負う義務は、多くの場合、患者に素因があることを前提として設定されるものである。したがって、それを医師も感知し得ないような、極めて例外的な場合しか、患者の素因が「ともに原因と」なることはないというべきであろう。

③ 結局、①、②の点からするならば、実のところ、医療過誤事例において、素因減責はその基礎を欠いているということが出来る。したがって、患者の素因を責任の調整要素とするのであっても、それは減責制度の拡張とは違った方法によるべきことになる。

この点、減責制度との関係でいえば、本来の過失相殺制度から捉らえ直すことが考えられる。一度医師と患者の間で治療に向けた活動が始まったのであれば、患者の側も、治療に協力する義務を負う。その義務を怠り、結果として患者自身の有する素因が損害を重篤なものとした場合には、その素因の寄与は被害者の過失行為の寄与の結果として、一つの減責要素となりうるのである。もっ

頁においても、被害者を救済したい欲求と加害者に過大な責任を負わせたくないというディレンマの中では、損害の負担をいずれか一方に振り分けるのではなく、それをできるだけ社会的に分散し負担させることが必要である、と説かれていた。最近でも、新たな医療過誤の救済制度の構築を目指す動きが活発になっている。そうした動向については、例えば、手嶋豊「医療事故被害者救済制度の可能性」加藤一郎先生追悼論文集『変動する日本社会と法』（有斐閣、2011）749頁以下、を参照。

とも、治療にあたっては、まずもって専門家である医師が説明義務や治療過程全体の管理を行うことになる⁸¹⁾。したがって、医師自身が自らの義務を怠った結果、患者の過失行為を招いた場合には、当然、この意味での減責も認められないものとなろう。その場合、患者の過失行為を招いたこと自体が、医師の過誤行為となるからである。

また、慰謝料の項目に限っていえば、責任の調整要素として、患者の素因を斟酌する余地もある。慰謝料が加害行為の態様など様々な事情を斟酌して評価される以上は、患者の素因をそれに伴って斟酌要素とすることも妨げられないからである。

(ii) 残された課題

本稿で検討の対象とした医療過誤の問題は、近時、そのリスクの社会化を含めた議論が活発になされている⁸²⁾。また、現在行われている民法改正に合わせ、債務不履行責任や将来的な不法行為責任のあり方なども議論されていることから、医療過誤と民事責任の関係もまた改めて問い直されていくことになろう。そうした状況にあっては、医療過誤の責任を縮減するという減責の問題も無関係ではいられない⁸³⁾。

かような現状を前に、本稿では、医療過誤事例においてしばしば論じられる素因減責の問題を改めて検討した。その結果を踏まえるならば、特に次のことを指摘することができる。すなわち、今後素因減責の問題を論じるにあたって

81) 米村滋人・前掲注(3)108頁、によれば、医師は患者に対して次の義務を負うものと整理されている。すなわち、生命・身体に対する保護義務、情報提供義務、処方箋の交付などのその他の義務。

82) 医療過誤事例における損害賠償責任制度の展望については、別稿においても検討を進めたところである。拙稿「医療事故事例における損害賠償責任制度の展望－無過失補償制度との関係をめぐるフランス法の現在と日本法の将来－(2・完)」上智法学論集59巻1号(2015)51頁、以下。

83) なお、不法行為法の立法的な課題の一つとして、減責制度のあり方自体も議論が進められている。例えば、最近のものでいえば、橋本佳幸「損害賠償額の割合的調整－原因競合事例を中心に」NBL1056号(2015)39頁以下、参照。

は、それを正当化する方法を模索するよりも、改めて、減責制度の目的や機能といった、その基礎から立ち返った考察が求められることになる。その際には、特に既述の①、②の点に留意していく事が有用であろう。

ただし、本稿での検討を終えてなお、残された課題は少なくない。本稿において検討対象とした減責の問題は、そもそも何らかの責任が発生していることを前提としている。したがって、減責のあり方を論ずるに当たっては、本来は、まず責任制度自体がどのようなものとして想定されるか、といった点から検討しなおす必要がある⁸⁴⁾。この点、本稿での検討は、あくまで被害者の素因という原因と減責制度の現状を結びつけたものに過ぎない。今後は、第一に医療過誤責任をどのようなものとして策定すべきか、といった点を詰め、それに合わせた形での減責制度を構築していく必要がある。特に医療過誤責任のあり方については正確な現状の認識も肝要となるため、医学と法学とのさらなる協働が求められることになる。

※本研究はJSPS科研費JP16H06606による研究成果の一部である。

84) 例えば、藤岡康宏『民法講義Ⅴ 不法行為法』（信山社、2013）464、465頁、においても、減責制度の議論も、最終的には責任制度の目的に遡った検討が必要とすることが示唆されている。