

# 医療過誤訴訟における「過失」の証明責任

——ドイツの判例を中心として——

新城 純子

## 目次

- 一 はじめに
- 二 役務提供者責任に関するE.C指令案成立の過程とその波紋
- 三 医療過誤訴訟の「過失」の証明責任に関するドイツの判例
  - 1 B.G.B.二八二条適用の可否
  - 2 医療過誤訴訟における立証困難
  - 3 B.G.B.二八二条の適用が許容される例外領域——医療機器領域——
- 四 判例に対するドイツの学説の対応
- 五 若干の検討
  - 1 日本の議論へのインパクト
  - 2 今後の課題

研究ノート 医療過誤訴訟における「過失」の証明責任（新城）

## 一 はじめに

（一）「死の克服」こそが医の永遠のテーマであるが、その一方で死が不可避であることもまた普通の法則である。我々の挑戦は長い時を経て様々な形で実を結びつつある。しかしながら、その結果我々の面前には、従来神の領域であった生死のコントロールをその僕たる人間が行うことに対する倫理的葛藤と、どんなに医療技術が進歩しても完全には払拭しえない医療事故の発生、という非常に厄介な問題が突きつけられている。

特に後者のうち、医療過誤の場合には医師・患者間の紛争にまで発展するケースが多く、近年、医療過誤訴訟の数は増加の一途をたどっている<sup>(3)</sup>。その原因は主として、患者の権利

意識への覚醒、医療の高度化に伴う危険の増大、医師・患者関係の変化、マスコミの医療に対する厳格な態度、医療の進歩に対する患者の過大な期待と医療の現状とのギャップ、にあることが指摘されている。加えて医療過誤訴訟は、非常に個々の事件の個性が強い反面、他の同種の訴訟やさらには医のあり方にまで波及的效果を及ぼすと共に、いわゆる現代型訴訟に典型的な情報偏在型訴訟の特徴も備えている。従って、医療過誤訴訟に内在する問題を解決することが、実務上も理論上も非常に重要であることはいうまでもない。

(二) そして訴訟法上最大の課題といえるのが、証明責任の分配の問題である。蓋し、医師の診療行為には、医師・患者間の情報の偏在のほか、生体ゆえに個体差から生ずる予測不可能性、という特殊な事情が介在するからである。換言すれば、訴訟当事者である医師、患者双方が、特に過失（帰責事由）と因果関係の点で「立証困難（Beweisnot）」の状況に陥ることが問題である。

医療過誤訴訟においては、不法行為、債務不履行のどちらか一方あるいは双方をその請求原因とすることが可能である。従来は、不法行為請求が圧倒的多数を占めていたが、帰責事由の証明責任と時効期間の点で債務不履行に基づいた請求の方が患者に有利である、という見解が登場したため、債務不履行構成への移行傾向が現れるようになった。こうして、

医療過誤訴訟における証明責任の問題が注目されるようになり、昭和四〇年代には活発な論議が交わった。しかし現在では、債務不履行構成を採っても、原告が履行不完全の内容として医師の注意義務違反の事実を主張、立証しなければならぬため、実質的には不法行為構成と立証の点で差異はない、との認識が定着している。加えて手続上も、専ら不法行為責任と債務不履行責任を選択的併合し、原告が同一の義務違反をもって「過失・不完全履行」を主張するケースが多く、被害者（患者）の負担軽減を目的とした債務不履行説の意義が失われつつある。もともと、こうした状況が他理論の深化を促したことも否定できない。例えば、患者の自己決定権を支える医師の説明義務といった実体法上の理論、表見証明や証明妨害といった訴訟法上の理論に加え、近時では延命利益や期待権侵害という新たな視点に立った見解も開拓されている。しかし、こうした理論の助けを借りても患者の立証の負担は依然として大きいことに変わりはなく、これを解決するためには、医療過誤訴訟における責任制度の改善や、制度自体の転換の可能性も含め、「実践的レベルでは解決済み」とされている医師の責任に関する証明責任の問題を再度とり上げる必要がある。

(三) 注目すべきことに、EC委員会は最近、医療過誤訴訟に対しても影響を及ぼす「役務提供者の責任に関するEC

指令案（以下、指令案または提案<sup>12)</sup>」を提出した。この提案は、瑕疵ある役務を提供した者の責任原則を定めており、その目的は、加盟国国内市場における消費者の信頼促進、役務の安全性確保にある。その射程が医師の診療行為にまでも及ぶことはいうまでもない。特に重要なのは、「過失」に関して役務提供の被害者のために証明責任を転換する制度が採用されたことである。これを医師の責任にあてはめれば、医師は常に「過失＝帰責事由の不存在」の証明責任を負うことになり、その意味では、従来の懸案であつた患者側の立証困難の問題も解消されることになる。

しかし、この様な提案の姿勢に対しては各方面から様々な反響が寄せられた。特にこの分野に関して長期に渡る議論を重ねてきたドイツの論者からは激しく非難されている<sup>14)</sup>。というのも、すでにライヒ裁判所の時代から医療過誤訴訟における証明責任の問題を扱ってきたドイツでは、医師の責任については一般的な証明原則を適用し、基本的に患者が証明責任を負うことが堅持されているからである。これは連邦通常裁判所へも踏襲されており、学説も概ねこれを支持している<sup>16)</sup>。

（四）そこで本稿は、この様なEC指令案を契機に再燃した医療過誤訴訟における証明責任問題を取り上げ、なかでも「過失」の証明責任の分配に関し、従来からどのような問題が提示され、どのような解決策が講じられてきたのかを指摘

し、これからの理論展開への足がかりを築きたいと考えている。そこで以下、議論の端緒ともなったEC指令案（二）と、その対局にありかつ日本の理論へも深く影響を及ぼしているドイツの状況（三、四）を順次簡潔に整理し、最後にこれらを参考に、「立証困難」の解消にむけて今後の検討課題を具体化したい（五）。

## 二 役務提供者責任に関するEC指令案成立の過程とその波紋

（一）「過失」に関する証明責任に関する議論再燃のきっかけとなったのがこのEC指令案であることは既述の通りである。EC委員会が着目したのは、第一に、現在経済活動の大部分を占めている役務給付の分野については、加盟国の法の間でも一致が見られないため、これを放置すると欧州単一市場の実現という共同体の目的が阻害されると欧州単一市場によるマーケティング戦略展開の努力も放棄されかねないこと、第二に、このような加盟国間の法の相違は加盟国内の役務提供の自由にも抵触し、さらには同レヴェルの保護を享受すべき消費者の保護にも違いが生じること、であった。そして、この分野に関して法的措置を講じることが、時代の要請にも適っており、EC条約一〇〇条<sup>18)</sup>から正当化される、

と判断したのであった。こうしてEC委員会は、将来的には国境を越えた取引が予想される役務の分野に関して統一的かつ新しい責任原則の創設を試み、前文と一三箇条からなる指令案を提出した。

この提案の背景に、同様のインセンティブによって一九八五年に成立した「欠陥製造物の責任に関するEC指令」<sup>(19)</sup>の影響があることは間違いない。この指令は、現代の高度に技術的な生産過程においては、そのどこに原因があったか、また複数の関係者が介在しているときには誰に過失があったかを被害者が探知するのは困難である、という見地から、危険責任の考えに基づき無過失責任主義を採用している。これを受けて、本指令案も、当初は無過失責任主義を念頭に置いた予備草案を作成したが<sup>(20)</sup>、それは結局実現されなかった。ほとんどの加盟国では過失責任主義が採られており、この立場を変更するのは早計に過ぎる、との非難が相次いだからである。他方で、最近の判例が、この過失責任の原則を変えることなく証明責任の転換という方法によって、瑕疵ある役務によって損害を被った被害者を救済する傾向にあること、「過失」概念の流動性から、裁判所がこれを非常に広く解釈する傾向にあることも顧慮されるべきであり、委員会はこれらを総合的に検討して、被害者の利益になるように証明責任を転換する責任制度の確立を目指すことにした。それにより、本提案

では一条二項において、役務提供者が役務の提供の際に過失がなかったことを立証しなければならぬ旨が明文化されている。この規定には、瑕疵ある役務の結果損害を被った者が必要な専門知識を有しておらず、かつ役務はしばしば損害が生じた後に消滅してしまっているために、立証は非常に困難であること、それに対して役務提供者は、その処理に関して専門知識を有しており、その逆を立証するのがより容易であること<sup>(21)</sup>、さらには、役務の性質上代替的給付が不可能であることも考慮に入れられている。加えて役務の安全性に対する消費者の正当な期待に関連して、加盟国の国内法や裁判所が消費者を支持する傾向にあることへも配慮されている。

(二) この様な提案に対しては、賛否両論がみられ、欧州議会内でも見解は一致していない。例えば環境・保健・消費者保護委員会や経済・通貨問題委員会はこの提案を積極的に支持したのに対し、法律委員会は消極的な態度を見せた。他方、経済社会評議会はこの提案を僅差で否決し、委員会はこの提案を再検討し、新たな提案を提出することが余儀なくされた。

その他、この領域に利害を有する専門家団体や法律家からもいくつかの問題点が指摘され<sup>(22)</sup>、第一に、本提案が役務提供の種類を区別せず、包括的な責任基準を創設しようとしたことに疑問の声があがった。果たして、本稿で問題とされてい

る診療行為のような「手段債務」と請負のような「結果債務」とを区別せずに、統一的な処理というものが可能であろうか。第二に、まさに本稿の議論の対象である「過失」の証明責任の転換を、特に医療行為に対して認めることに對する懸念が表明された。これが認められてしまうと、医師に過剰な負担が強いられ、結果責任が課されたのと等しい結果を招来しかなないからである。

こうしてEC委員会は、この指令案を再度検討し直し、(a)過失責任主義+証明責任の転換、(b)手段債務+過失責任、結果債務+無過失責任、(c)過失責任主義+証明責任の転換、なお役務提供への正当な期待は消費者の証明責任、という三つのシナリオを用意した。しかし消費者の期待と現実とのギャップ、役務の種類毎の特別な事情、特に建築や医療分野の特殊性・独自性を考慮に入れ、右のような批判も斟酌した結果、EC委員会は、この分野に関しては重ねて検討する必要性があると判断し、修正案の呈示はおろか、指令案自体を撤回してしまった。<sup>23</sup>しかしその様な指向をもって役務の領域に関する法整備へのインセンティブが失われたわけではなく、EC委員会は、この領域への関心を持続させること、個別的に必要な領域については、特別な指令を作成する用意があること、について特に言及している。これが医師の責任領域を意図した指摘であることは明かであり、<sup>24</sup>今後のEC委員

会の動向が注目される。

### 三 医療過誤訴訟の「過失」の証明責任に関するドイツの判例

#### 1 BGB二八二条適用の可否

(一) 患者が医師に対して損害賠償請求訴訟を提起する際に問題となるのが、履行不能に関するBGB二八二条の適用可能性である。この規定は、履行不能の場合に、帰責事由の不存在の証明責任を債務者に転換することを定めるものであり、これを、医療過多の際問題となる不完全履行(積極的契約侵害)にも適用しうるかどうかは従来から争われてきた。判例は、積極的契約侵害を理由に請求を申し立てる場合、基本的には債権者側がすべての要件、「過失」もふくめて立証しなければならぬ、という証拠法上の一般原則を貫く<sup>25</sup>一方で、個々の事例に柔軟に対処する可能性を留保し、必要に応じて、例外的に証明責任の転換を認めてきた。<sup>27</sup>しかしながら、医療過誤訴訟の場合には通常このような例外は認められていない。<sup>28</sup>というのも、ドイツ法上医師の診療契約は雇用契約と解されており、医師というのは、専門的にみて適切な処置を行う努力のみを保証しうるのであって、治療を確約することはできないからである。<sup>29</sup>また、そこには診療結果の不幸

のすべてにつき医師に責任を負担させることは、医師の過剰負担を強いることになり、「防衛的医療」を招来しかねないとの配慮も働いている<sup>30)</sup>。しかし、前にも触れたが、医師の責任に関する証明責任の問題が特殊な事情のもとにあることもまた事実である<sup>31)</sup>。

(二) そこで以下では、一九七〇年代から八〇年代にかけて下され、現在でも注目に値する判断のうち、医師・患者間の「立証困難」を認識しながらも従来の立場（BGB二八二条不適用説）を踏襲した事案（後述判例①・②）と、医療過誤訴訟の領域にあって例外的に「過失」の証明責任の転換を認めた事案（後述判例③・④）とに分けて紹介し、最後に後者の拡大傾向を示す近時の判例（後述判例⑤）を呈示する。

## 2 医療過誤訴訟における立証困難

(一) 判例①では、BGB二八二条を医師の行為に適用することは不可能であること、医師・患者双方に立証困難という医療過誤訴訟に特殊な事情が存在すること、医師は、武器対等の原則から、その処置について患者に対し説明しなければならず、それを達成するために医師は患者に対して適正な診療録を作成し、提出しなければならぬこと<sup>32)</sup>、の三点が確認された。中でも第三の点は本件で初めて判断された点であり、診療録の証拠法上の評価に大きな影響を与えた。この様

な医師の診療録作成義務はその後の判例に受け継がれ、医師・患者双方の立証困難を解消する手法として歓迎されている。加えて、近時この領域には「証明責任の転換まで視野に入れた立証軽減（Beweiserleichterung）」が認められている<sup>33)</sup>。その際、こうした理論展開の起点となったのが判例①であること、その根底には、「立証困難」の回避策として主張されたBGB二八二条の適用が原則として認められず、原告の過剰負担を軽減する必要性に迫られた、という事情があること、を看過すべきではない。

### ① 連邦通常裁判所一九七八年三月十四日判決<sup>34)</sup>

医師が患者の出産の負担を和らげるために施した会陰切開（Dammchnitt）の際に、肛門括約筋（Afterschließmuskels）の筋繊維（Muskelfaser）までも切つてしまつて、さらにそれを看過して適切な処置を怠つたことから、原告に排便障害と切開面の痛みが生じた、という事案である。排便障害については再手術後も改善されなかったため、原告は病院経営者と担当医に対して損害賠償請求訴訟を提起した。本件の争点は、担当医が肛門括約筋の筋繊維切除を看過したことが「技術過誤（Kunstfehler）」にあたるか否か、であった。裁判所は、医療行為の特性ゆえ、予期せぬ事態や診療の失敗から直ちに医師の義務違反を推論することはできず、その結果医師の給付にBGB二八二条を準用することはできない、という従来

の立場を踏襲したうえで、医療過誤訴訟における証明責任の分配には、原告、被告双方の「立証困難」という特殊な事情が考慮されなければならないことを指摘した。ここでいう原告すなわち患者の立証困難とは、医師の不手際を立証しなければならぬにも拘わらず、患者はしばしばその医師の行為を認識することが非常に困難であること（例えば患者が麻酔をかけられている場合）を指し、被告である医師の立証困難とは、生体の予測不可能性から生じる予期せぬ事態が必然的にも生じうることをいう。後者については医師が自らの行為に内在する個別的事情を、診療録や証人を通して防衛した場合にのみ、確実な立証がなされたといえる。その様な医療過誤訴訟の特殊性に鑑み、裁判所は「武器対等」の原則に基づいて、医師には、患者へその処置を説明し、それに関して良医の慣行に合致するとおりに適正に作成された診療録等を出する「立証義務 (Beweispflicht)」があることを認めた。加えて医師は診療録を提出するのみならず、その記録の信頼性までも立証しなければならない。というのも、この様な立証を専門的な知識を持たない原告に期待することは酷であり、その点被告には立証が容易であり、従ってその期待可能性があるといえるからである。その限りにおいて「典型・純粋な弁論主義」は不可能である、と裁判所は判断した。

(二) 判例②では、医師の責任に対するBGB二八二条の

不適用が明示され、「立証困難」の問題には、医師に「診療録作成義務 (Dokumentationspflicht)」を課したり、その他の「立証軽減」の方法で対処するしかない、と判断されている。

## ② 連邦通常裁判所一九八〇年一月二十二日判決<sup>36)</sup>

リューマチ関節炎 (Gelenk rheumatismus) の治療に訪れた患者に、甲状腺腫が発見され、悪性腫瘍 (bösartigen Geschwulst) の可能性が高かったため、手術により腫瘍を除去した事案である。手術によって腫瘍は切除されたが、反回神経の分離によって左右の声帯神経 (Stimmbandnerv) に麻痺が残り、それが手術を経ても治癒しなかったため、原告は医師等に損害賠償を請求する訴訟を提起した。裁判所は、予期せぬ事態の介在なくして治癒を保証しえない医師の行為の特性から、BGB二八二条の直接適用も、準用も認めていない判例の立場を支持し、上記判例①を引用して患者、医師双方の立証困難を再度強調した。本件は、患者には基本的に証明責任があり、BGB二八二条の証拠規則は適用されないことを明示した、一九七九年七月二十五日の連邦憲法裁判所の決定<sup>37)</sup>を支持している。結局、医療過誤訴訟では、一方で「医師の診療行為に対する著しい危険の傾斜」、他方で「しばしば患者の困難な訴訟状況」といった様々な利害状況を考慮に入れなければならないが、後者は、疾患を生ぜしめた侵襲の

危険は、生体組織の予測不可能性によりまずは患者に向けられる、という考慮から正当化されている。従って、医師と患者間の証拠法上のバランスは、医師へ診療録作成義務を要求したり、例えば、執刀医の経験不足あるいは医師の侵襲行為が予期せぬ事態の危険を高めた場合に患者の証明責任を軽減する、という方法で調整するしかない。

### 3 B G B 二八二条の適用が許容される例外領域——医療機器領域——

(一) 以上のように、医療行為の手段債務性という特性から、医療過誤訴訟には「過失」の証明責任の転換は認められないが、判例上、非常に例外的ではあるがB G B 二八二条の適用が許容される領域も存在する。この様な類型は、事案の特徴から「医療機器領域 (technisch-apparativer Bereich)」と呼ばれているが、重要なことは、損害の原因となる医師の行為が、その行為中あるいは患者への効果発生段階で「完全に支配可能」であったかどうかである。そのため医師が完全に支配可能でかつ支配しなければならぬ危険が現実のものとして現れたときには、B G B 二八二条の（類推）適用が認められ、医師は帰責事由の不存在を証明しない限り、責任を免れることはできなくなる。

ここでは、近時の同種の事例にも度々引用される判例(3)・

(4)と、この領域の拡張を示唆する最近の事案(5)を紹介しよう。

#### ③ 連邦通常裁判所一九七七年十月十一日判決<sup>(38)</sup>

股関節手術 (Hüftgelenkoperation) 中、麻酔器 (本件では挿管式麻酔器 シュビロマート) の機能不全のため一時的に酸素欠乏の状況に陥った患者に、重大な脳障害が残った事案である。患者は病院設置者である州に対して訴訟を提起した後、死亡している。原因は、気化器と麻酔器を結ぶゴムの閉塞による酸素供給の停止にあったが、使用された麻酔器は手術前約二〇分間、病院内の廊下に放置されていた事実があり、その間に麻酔器の機能不全(ゴム管閉塞が生じたのか、手術中に生じたのか、訴訟でも明らかにされなかった。手術開始五分ないし一〇分後には、酸素の供給不足を疑うるチアノーゼが確認されたものの、その際麻酔担当医が、麻酔器の機能や流量計をチェックし、その後酸素供給量を増やすと、チアノーゼはほどなく解消された。従来から裁判所は、医師が保証できるのは通常、治療ではなく専門的な処置を施す努力のみであるとして、B G B 二八二条の適用を限定的にしか認めていない。しかし、このような原則は、「完全に支配可能な付随義務の履行、特に適切かつ安全な診療 (sachgemäße und gefahrlose Behandlung) について専門的前提条件を整えなければならない場合」<sup>(39)</sup>には適用されない。本件の場合、



病院設置者は、患者との病院診療契約から、手術に機能を果たす麻酔器を使用させる義務を負っている。従って、本件被告は、使用された麻酔器の機能不全が、履行補助者（医師）によって惹起されたものでないことを立証しなければならぬ。使用の有無が患者の生命にかかわるような機器の機能内容について習熟しておくべき義務から医師を解放するわけにはいかなないのである。

#### ④ 連邦通常裁判所一九七八年五月九日判決<sup>(4)</sup>

本件は手術に使用された消毒用アルコールが汚染されていた、という事案である。患者は、出産の停滞、発熱のため、被告である州設置の大学病院において帝王切開による出産を余儀なくされた。出産直後から患者の手術部位や背中の皮膚が赤みを帯び、水疱を形成したが、その原因は消毒用アルコールの汚染にあった。その後患者は急性の腎機能不全（無尿症（Anurie））を併発、ICUで薬剤療法を受けたにもかかわらず、聴力及び視力に重大な障害が残された。そのため患者はすべての損害が出産直後の皮膚炎症に帰因すると主張し、病院設置者である州を被告として損害賠償請求訴訟を提起した。裁判所は、治療の際に特定の化学製品が「偶然」別の化学製品と混合することが病院内で起こってはならず、病院管理者は適切な措置を講じてこれを防止しなければならない、と述べている。本件の場合、問題の消毒用アルコールは、購

入時の容器から、手術室用の容器に詰め替えられており、その際に選ばれた容器に、別の化学薬品（おそらく過酸化水素のような酸化剤）が残存したままであったと思われる。通常、これらの容器には意図された薬品が詰められ、適切に区分されていることが前提とされるため、本件のような事件は、容器が取り違えられたか、看護婦の認識不足によってしか起こり得ない。以上のことから、損害が、「適切かつ安全な診療に対する専門的準備」という被告の「完全に支配可能な領域」から生じていることが確認された場合には、帰責事由の不在について被告は証明責任を負わなければならない。

#### ⑤ 連邦通常裁判所一九九〇年十二月一八日判決<sup>(4)</sup>

本件は、ドイツ地域健康保険組合（AOK）が被保険者である患者に代わって損害賠償請求訴訟を提起した事案である。その患者は半身不随であり、被告の病院の泌尿器科で膀胱炎（Urocyitis）の治療を受けていたが、その治療の際、担当の看護婦が彼を椅子状便器（Nachstuhl）からベッドの縁まで移動させようとしたとき、いわゆる体位変換時に転倒してしまい、左足の大腿骨頸部（Oberschenkelhals）を骨折した。そこで、原告は、担当の看護婦が六〇kgもある患者を一人でかかえて移動させようとした行為は有責であると主張して、患者が骨折の治療に要した費用の賠償を被告に要求した。裁判所は、従来の判例を踏襲すれば、通常の医師の行

為にはBGB二八二条は適用できないが、他方で、特に病院の運営上、病院の管理者あるいはそこで働く従業員によって完全に支配可能なリスク、例えば「治療経過の構成や調整、治療に必要な機器や物の状態が問題となった場合」には、例外的にBGB二八二条を適用して証明責任の転換が認められることを再確認し、上記判例③、④も含めて、そのような例外が認められた判例を列挙している。なぜならこうした場合、「病院管理者や医師は、適切かつ安全な診療のために申し分のない前提条件を整えなければならない」からである。本件の場合も、患者の転倒の原因は病院管理者の「完全に支配可能な危険領域」にあり、上記の例外に含まれることから、看護婦がその義務に適った行為を行った事実については被告が立証しなければならない。「不幸な偶然」による消毒剤の汚染が病院内で起こつてはならないのと同様に、患者が担当の看護婦の看護行為の際に、はつきりした根拠は不明だが転倒した、ということもまた起こつてはならないのである。患者が転倒しない方法で体位変換を行う、という職務は診療契約の構成要素であると同時に、適切な看護を行うべき病院管理者の義務の一部である。それにも拘わらず本件のように患者が転倒した場合には、それが看護婦の過誤行為によって生じたものでないことを指摘し、証明するのは病院管理者の責任である。

（二）このような判例を斟酌すると、当初は「医師の完全に支配可能な領域」と呼べるものは「医療機器領域」くらいしかなかったが、判例の蓄積が進むにつれ、医師に適切かつ安全な診療のための専門的準備が要求される領域はそれだけに留まらないことが明らかにされている。ここで紹介された事案や同種の判例を概観すれば、（a）麻酔器や気管カニョーレのような侵襲性の高い医療機器の投入及び管理、（b）これらが使用される患者自身の管理、（c）医的侵襲を伴わない医師や看護婦の看護行為や病院管理一般、が概ねその対象となりうる。そうすると、この領域に従来の「医療機器領域」という表現を充てるだけでは不十分であるように思われる。そこで本稿では、以下、判例⑤の表現を借りて「治療経過の構成や調整、治療に必要な機器や物の状態に関わる領域」を「医師の完全に支配可能な領域」ととらえることにしたい。

#### 四 判例に対するドイツの学説の対応

（一）判例が、積極的契約侵害については原則としてBGB二八二条の適用を認めず、これを例外的に適用する可能性に関しては契約類型の別に求め、場合によっては危険領域理論（Gefahrenbereich）に依拠するのに対し、学説上は、従来から、積極的契約侵害領域に普遍的に妥当する証明責任の

分配基準が模索されてきた。

当初支持を集めたラーペの見解に立てば、医療過誤を含めた積極的契約侵害のすべてにBGB二八二条の類推適用が認められる。債権者に「過失」の証明責任を課せば彼が立証困難の状況に陥るのは必至であるが、それに対して債務者がこれを負担することは公正の概念にも適うからである。これに対してシュトルは、ラーペのテーゼに疑問を持ち、BGB二八二条適用の可否は、侵害された義務の内容や性質に依拠して判断されるべきものとし、ラーレントス<sup>(48)</sup>も、基本的にシュトルを支持しながら、積極的契約侵害のうち「結果債務義務(erfolgsbezogene Leistungspflicht)」についてはBGB二八二条の適用を、「手段(verhaltensbezogen)債務」については不適用を説く。現在では積極的契約侵害は様々な態様を内包していることが認識されている。

(二) こうした理論の発展を背景に、積極的契約侵害に対してもBGB二八二条適用の拡張傾向がみられる中にある。医師の責任領域については、興味深いことにいずれの見解も一貫してその適用を認めていない。ドイツ法上、医師の診療行為は雇用契約と考えられており、その職務は「手段債務」であって、請負契約のような「結果債務」ではないからであり、これは判例と同旨である。すなわち医師は、治療に向けてあらん限り尽力することを確約するだけであつ

て、治療自体を保証するものではない。各論者の見解は概ね以下の通りであるが、若干表現の違いこそあれ、その趣旨は軌を一にしている。

シュトルは、医師が治療の成功や侵襲の有効性を保証し得ない立場にあることから、その手段債務性を強調し、「過失」については証明責任の転換は認められないと考えるが、他方で「因果関係」の立証困難に着目し、その限りにおいてBGB二八二条の適用の余地を留保している。ランゲによれば、病气により生じた医的侵襲の危険は、「患者の側」に由来するため、BGB二八二条は典型的な医師の処置の枠内では適用されない。ラウフスもこれを支持し、医師の制御可能性は限られた場面しか想定できず、生体組織特有の予測不可能性ゆえに、侵襲の危険はまず患者の領域に帰するという。ヴァイヤースも、患者が医師の注意義務違反を証明しなければならぬことを出発点とし、BGB二八二条が準用されるのはまれでしかない、と考えている。エマーリツヒは、医療過誤訴訟における証明責任の分配には、医師の技術過誤および技術過誤と起こりうる損害の間の因果関係の立証においてすべての患者が遭遇する困難性を念頭に置かねばならない、としながらも、医師の責任に対してBGB二八二条を一般適用することは認めない。なぜなら、医師は通常、その「行為」に対して義務を負っており、生体のプロセスは、最も熟達した医

師でさえ支配不可能であるからである。<sup>55</sup> バウムゲルテルも、生体組織のプロセスの支配可能性は限定されているために、患者の損害の発生が医師の過誤を意味するものではないと考えている。医師は、注意を尽くして治療をする以上のことはできないのであり、場合によっては健康侵害は必然的に生じる可能性もある。従って医師の処置はその結果ではなく行為に関連し、BGB二八二条の証拠規則は適用されない。<sup>56</sup>

それゆえ医療過誤訴訟の場合、基本的には患者が、医師の診療過誤、因果関係、医師の過失を立証しなければならぬ。しかし、この原則を貫くと、やはり立証困難の問題は解決されないため、学説も判例と同様「立証軽減」や「表見証明」の理論に関心を示している。<sup>57</sup> 他方、この様な理論は、証拠評価と証明責任の境界を不明確にし、ひいては証拠法の判断に対する予見可能性や均一性が危険にさらされることになる、という危惧の声もある。<sup>58</sup> もっとも、判例を中心にBGB二八二条適用の例外として確立された「医療機器領域」については、学説もその多くがこれを支持している。<sup>59</sup>

(三) 以上のような通説に対して全面的に反論するのは、現在ではギーセンくらいである。彼はその著書において膨大な数の判例を分析・検討し、危険・責任領域理論の立場から、右の通説を批判している。彼は、判例や通説が、医師の責任について患者の有利に証明責任の転換を認めなかったこ

とを嘆いた。彼の見解によれば、BGB二八二条は、危険領域による証明責任の分配に従って、医師の責任に準用することができ、<sup>60</sup> 医師は、患者に施された処置との関係では、それを説明すべき立場に「より近接」しているからである。彼は、プロエルスの見解、すなわち債務者は事実関係の解明のみならず証拠の不存在の効果の負担にも「より近接した」立場にある、という危険領域理論に立脚して、その見解を展開しており、先のEC指令案についてもこの見地から賛同の意を表している。<sup>61</sup> しかしながら、この理論に対しては、かねてから「危険領域」の概念が不明確であるとの批判が寄せられていることに加え、医療過誤の領域にこれを認めると医師に危険責任を課すことにつながりかねないことも危惧されている。<sup>62</sup>

この様な批判を浴びているにも拘わらず、彼は、この理論が、製造物責任の証明責任に関する事例に採用されていること、<sup>63</sup> その判例の構成や文言が医療過誤訴訟のそれと酷似していること、さらには、医療過誤訴訟の判例にもBGB二八二条の適用が例外的に認められる領域が存在していること、<sup>64</sup> を根拠に、医師の過失についても証明責任を転換する余地は残されているものと理解した。<sup>65</sup> このようなギーセンの見解については、ウェーバーによつて的確な批判がなされている。<sup>66</sup> ウェーバーは、ギーセンが引用した「鶏ペスト事件」や「エ

イズウィルス感染事件」は、前者が不法行為責任に関する判断であり、後者が「因果関係」の証明責任を問題とした事案であることから、いずれも医師の責任領域におけるBGB二八二条の適用の当否を根拠づけるものではない、と摘示し、その理論に打撃を与えている。確かに、病院の組織的責任の場合は製造物責任の事案との類似性を強調することも可能であるが、だからといってそれが法的判断の一致までも示唆するものではないのである。

従って、ギーセンの見解も、現時点では判例や通説を動揺させるまでには至っておらず、結局、医療過誤訴訟の証明責任の負担が患者側にあることは、ドイツ法における動かしがたい大前提である。

## 五 若干の検討

### 1 日本の議論へのインパクト

(一) これまでの議論をふまえると、医療過誤訴訟における「過失」の証明責任の分配との関係では、次の二点が重要であると思われる。第一は、既に決着の付いたと考えられている請求原因の法的構成問題を再検討する必要性如何であり、第二は、「過失」の証明責任に関する例外領域画定の是非である。これらを今後検討していくために、前節までの議論に

加えて日本の議論も若干整理することにした。

(二) まず、医師の診療契約が「手段債務」であり、準委任契約(ドイツ法上は雇用契約)と解される点については疑問を差し挟む余地はない。その限りにおいて、EC指令案が、役務の種類を全く区別せずに、横断的に役務者の責任原則を規定しようとした態度は非難されてしかるべきである。しかしながら、ドイツの理論や実務が手段債務性を盾に、医療過誤訴訟におけるBGB二八二条の適用を全面的に排除している態度も硬直にすぎるのではないだろうか。確かにギーセンのような見解を無条件に支持することはできないが、少なくとも彼が医師と患者の実際上の強弱関係に配慮した点は、注目すべきである。

他方で日本の見解が、診療過誤を理由に医師の責任を問う場合、債務不履行構成、不法行為構成のいずれの法的構成を採れば被害者に有利となるか、という議論ばかりに終始してきたことに対しても異論がないわけではない。特に、現在ではいずれの法的構成を採っても実質的に差は生じない、と解されているが、いかに重なり合う部分が多いとはいえ、本来法的構成を異にするのであるから、その注意義務の範囲に差異が生じても不思議ではない。

近時、この問題については、契約に由来する保障人的地位を根拠に、積極的契約侵害には不法行為では及ばない固有の

婦責事由が存在すること主張する見解がある。<sup>(68)</sup>そして、さらにこれを抛り所として、この見解は、医療行為の場合にはその行為の特殊性から医師が事実上診療を引き受けたときから契約の有無に拘わらず保障人的地位が発生するとし、その意味で法的構成による差異は生じない、という帰結を導いており、注目に値する。今後は、この見解を参考に、医療行為の特殊性、診療契約の成立とその内容について、より深く検討を加える必要がある。

(三) しかしいづれの見解を採っても、履行不完全を証明しなければならぬ患者の負担を取り除くことはできない。従つて現時点ではその解決策として、「証明責任適用の半歩手前」で機能する表見証明や証明妨害の理論が利用されている。<sup>(69)</sup>では、医療過誤訴訟には証明責任の羅針盤が機能する余地は全くないのだろうか。

そのヒントとなるのがドイツの判例（前掲判例③④⑤）である。確かにドイツ判例上も、医療過誤訴訟において「過失」に関する証明責任の転換が認められるのは極々例外的な事例に限られている。しかし、近年判例の蓄積が進み、その様な例外領域にも拡大傾向がみられる。これが「治療経過の構成や調整、治療に必要な機器や物の状態に関わる領域」であり、この領域内で損害が発生した場合、病院や医師は自ら婦責事由の不存在を立証しなければならない。こうした領域内で病

院や医師に課されている「適切かつ安全な診療のための専門的な前提条件を整えるべき義務」は、個々の事案毎に具体化する。判例⑥を例に採れば、麻酔器といった「医療機器領域」の場合、病院や医師には、手術中に本来の機能を果たす麻酔器を投入すべき義務（管理義務も含む）があることになる。

こうした思考は日本の議論にも参考になると思われる。実際、日本でも、こうしたドイツの理論展開に着目し、「医療機器」に関する事故を医療過誤の一つとして類型化することを提唱する見解がある。<sup>(70)</sup>その論者は、「医療機器」を「患者の身体に接触し又は身体内に侵襲を行う機能を持つ機械装置及び器具」と定義付け、医療機器事故については、民法七一条一項の土地工作物の占有者の責任との連続性に着目している。この規定が、中間責任を定めており、通常の証明原則と抵触することなくドイツの専門機器領域に関する判例と同様の解釈を採ることができる点では極めて示唆的である。しかし論者はさらに進めて、この領域に関しては無過失責任が認められるべきである、との結論に達した。これは、当時ドイツで債権法改訂作業の一貫として提出された二つの鑑定意見<sup>(71)</sup>を論者が分析した結果、導かれた帰結である。しかし、この見解が最終的に危険責任をその射程に取りこんだことに対しては、EC指令案と同種の批判が向けられることになるであろう。

しかしながら、現在、医の現場ではO A化、分業化、医療機器の精密化、大型化が進んでおり、それに伴ってこの様な領域内における事故も多発することが予想される。加えてこの領域は、現代型医療の特徴の一つである組織医療の責任分配問題とも関わりがある。従って、右領域における理論の精緻に励むことが、医療過誤訴訟のこれからの理論展開にも弾みをつけることになり、新たな視点で当事者の「立証困難」の解決を探求する契機ともなりうる。

## 2 今後の課題

(一) 本稿の最初で取りあげたE C指令案は結局撤回されるに至ったものの、役務の専門化、多様化が進む現状を鑑みれば、役務提供者に対する責任強化指向は今後ますます高まっていくであろう。またE C委員会が医療行為について、その特異性に着目し、個別制度の策定を留保したことも看過してはならない。

(二) 加えて、医療過誤訴訟におけるわが国の証明責任理論については、ドイツ理論の影響が大きいことも忘れてはならない。その際、ドイツの判例上発展したB G B二八二条の例外適用領域の理論は、日本の制度との整合性も含めて、今後さらに検討を重ねる必要がある。中でも、領域内容の細分化、証明責任の根拠、本理論と危険責任との関係、の三点は

まず明らかにされなければならない。

(三) 以上、本稿は、医療過誤訴訟の「過失」の証明責任の分配問題に限定して言及してきたが、もちろん医療過誤訴訟をめぐる問題はそれだけではない。医師・患者関係の複雑性からもたらされる疑問は単純ではなく、将来の一般的な手続きですべてを満足させることができるとも限らない。従って、将来的には、右指令案のように医療過誤紛争解決に適した新制度の創設も視野に入れて、議論を展開するのが望ましいと思われる。実際に、このような特別法が成立すれば、その過程で、請求原因の法的構成に関する議論にも決着がつけられるであろう。

しかしながら、それに着手する以前に本稿の射程においても問題は山積しており、ここではさしあたり指示するに止めた問題点の解決に向けてさらに検討を加えることを記して、とりあえずの結びとしたい。

## 註

- (1) 例えば、新生児死亡率の低下。最近では科学技術の飛躍的進歩の寄与するところが大きくなっている(臓器移植、遺伝子治療等)。
- (2) 本来の診療行為が開始される段階から終了すべき時期までの過程において、予想外の事故が発生したことを「医療事故」、そのうち医療関係者に過誤がある場合を「医療過誤」という。唄孝一「現代における事故と過誤訴訟」現代損害賠償法講座4(一九七四年)

三頁、稲垣喬「医療事故と被害者側の過失」医療訴訟と医師の責任（一九八一年）、村上博巳「医療過誤訴訟における債務不履行構成の再検討」判タ四一五号六八頁。

(3) 手嶋豊「医師の責任」新・現代損害賠償法講座3（一九九七年）三四頁注二を参照すれば、医療過誤訴訟の数は現在昭和四五年の五倍以上に昇っており、今後増加するであろうことは想像に難くない。

(4) 加藤新太郎「医療過誤訴訟の現状と展望」判タ八八四号四頁参照。中野貞一郎「医療過誤訴訟の手続的課題」過失の推認（増強版）（一九八七年）一〇三頁は、医療過誤訴訟の増加原因を、医療に対する患者の期待、医療の高度化による危険度の上昇や損害の重大性、訴訟の普遍化、都市における医師患者関係の変化、マスコミ報道のあり方にある、とする。

(5) 中野貞一郎「医療過誤訴訟について」法学教室二六号六頁以下。

(6) 加藤一郎「医師の責任」損害賠償責任の研究上（我妻過曆記念）（一九五七年）五〇九頁。

(7) 中野貞一郎「診療債務の不完全履行と証明責任」前掲書六七頁、新堂幸司「診療債務の再検討」昭和五〇年度東京弁護士会秋期講習会講義録九八頁等。

(8) 加藤新太郎「前掲論文」判タ八八四号七頁。

(9) 証明責任との関係で説明義務については、小池和彦「医師の説明義務違反と証明責任」立正法学論集一九卷三・四号二九頁、表見証明については、中野貞一郎「過失の「一応の推定」について」前掲書一頁、藤原弘道「一応の推定と証明責任の転換」講座民事訴訟第五卷（一九八三年）一二七頁、春日偉知郎「表見証明——医療事故訴訟を例として——」民事証拠法研究（一九九一年）七九頁等。

証明妨害については、本間義信「証明妨害」民商法雑誌六五卷二号一八一頁、春日偉知郎「証明妨害」前掲書一九一頁等、期待権ないし延命利益侵害については、石川寛俊「期待権の展開と証明責任のあり方」判タ六八六号二五頁等。

(10) 加藤「前掲論文」判タ八八四号七頁。

(11) Commission Proposal for a Council Directive on the liability of suppliers of services, 1991 O.J.C 12/8. 正式には「役務提供者の責任に関する閣僚理事会指令のための提案」であり、本指令案の成立過程と内容については、浦川道太郎「役務提供に関わる責任」民法学の新たな展開（高島平蔵古稀記念）（一九九三年）六〇一頁に詳しい。

(12) Commission Proposal for a Council Directive on the liability of suppliers of services, COM(90)482 final-SYN 308 at 2.

(13) 第一条二項「故意又は過失（Verschulden ≡ fault）があることを証明する責任は、役務提供者が負う」。

(14) 例えば、Heinemann, Auf dem Wege zur europäischen Dienstleistungshaftung, ZIP 1991, 1193 ff.; Baumgärtel, Die beweissrechtlichen Auswirkungen der vorgeschlagenen EG-Rechtlinie zur Dienstleistung auf der Arzthaftung und das Baurecht, JZ 1992, 321 ff.

(15) 生体組織における生体的・生理学的プロセスを完全に究明することは不可能である（RGZ 78, 435, 128, 123, 165, 338）。ライヒ裁判所のリーディングケースを含め、ドイツの医療過誤訴訟の初期の判例については、中野「診療債務の不完全履行と証明責任」前掲書七七頁以下が詳しい。



(16) VersR 1952, 180; VersR 1956, 499 又は、「医師の治療が失敗に終わったことをもって医師に責めを負わせるというのは適當ではない。最も熟達した医師であっても、彼らが機械ではない以上、全能力を傾け細心の注意を払っても、通常は成功するはずの処置が失敗する可能性を拭うことはできない。」と指示された。NJW 1977, 1102. を含め数多くの判例が、「生体組織の予測不可能性故に、診療の失敗や予期せぬ事態は一般に医師の過失とされることはない。」と判断している。近時では、NJW 1991, 1340 など。

(17) ドイツの判例を詳細に分析したものとして、中野貞一郎「過失の「一応の推定」について」『診療債務の不完全履行と証明責任』『医療過誤訴訟の手続的課題』前掲書、春日偉知郎「証明責任論の視点」『証明妨害』『表見証明』民事証拠法研究（一九九一年）、吉野正三郎「西ドイツにおける医療過誤訴訟の現状と課題（上）」判タ五三〇号二二頁など。

その他この問題に関するドイツの論者の講演を翻訳したものととして、シュツルナー（石渡訳）『民事訴訟上の証拠法の発展傾向と医師の責任訴訟』法学研究五五巻一、八八頁（一九八二年）、パウムゲルテル・ウィットマン（木川・吉野訳）『ドイツ医療過誤訴訟の証明責任分配について』判タ四二〇号一七頁、ブリュッティング（小池訳）『医療過誤訴訟における証明問題』判タ五五六号二五頁、パウムゲルテル（三上訳）『医師責任追及訴訟における証明責任分配の交錯』民訴雑誌二七号六二頁（一九八一年）などがある。

(18) EC 条約 II 欧州経済共同体設立条約第一〇〇条「理事会は、委員会の提案に基づき、全会一致で、共同市場の設立または運営に直接影響を及ぼす構成国の法令及び行政規則を接近させるために命令を発する」。

(19) Council Directive of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, O.J.L 210/28. 本指令については、様々な紹介、解説があるが、EC 指令の前文を含めて翻訳したものとして、好美清光「EC 指令と製造物責任」判タ六七号一六頁を参照。第一条は「製造者は、その製造物の欠陥によって生じた損害について責に任ずる」と規定されており、従って被害者は、損害を生ぜしめた製造物の瑕疵につき製造者に過失があったことを立証する必要はない。

他方、ドイツの連邦通常裁判所は、「鶏ベスト事件（ベスト予防の注射を受けた鶏がベストになり多くの死亡者が出た事件。BGHZ 51, 91 NJW 1969, 269.）」において、無過失責任主義を採用せず、過失に関して証明責任の転換を図っている。

- (20) 予備草案の内容については、浦川「前掲論文」六〇三頁参照。
- (21) Commission Proposal for a Council Directive on the liability of suppliers of services, COM(90)482 final-SYN 308 at 8.
- (22) Heinemann, a. a. O.S. 1197; Baumgärtel, a. a. O.S. 312.
- (23) Communication from the Commission on new Directions on the liability of suppliers of services, COM(94)260 final at 6.
- (24) ギーセンは提案の立場を、「危険領域理論から支持し、この様な議論が再燃するときに必ず来ると示唆している (Giesen, Arzhaftungsrecht, 4. Aufl.(1985), Rdnr. 1)。
- (25) 「給付の不能が債務者の責めに帰すべき事情の結果であるか否かに付き争いのあるときは、証明責任を債務者が負担する。」
- (26) BVerfGE 52, 131 NJW 1979, 1925 VersR 1979, 907.
- (27) 特定の契約類型、例えば請負契約等には BGB 二八二条の適用

- が認められづる（BGHZ 23, 288 = NJW 1957, 746）<sup>32</sup> Raape, Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung, AcP 147(1941)217 ff.; Probs, Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen, VersR 1964, 901, 902; Baumgärtel, Handbuch der Beweislast im Privatrecht Bd. 1, 1991, § 282 Anh. Rdnr. 4, 5, 6, 7; Emmerich, Recht der Leistungsstörungen, 3. Aufl.(1991), § 22 IV, S. 252.
- (32) BGH, NJW 1977, 1102. 本件裁判所の態度については注(31)を参照。

- (32) BGH, NJW 1977, 1102.
- (30) BGH VersR 1967, 664; NJW 1969, 554.
- (31) Musielak, Die Beweislast, Jus 1983, 609/611 ff.
- (32) 但し本件では「医師の診療録は単なる医師の内面的な記憶の支えにすぎない」という従来の判例の見解（BGH NJW 1963, 369）を明確に放棄したとは評価されていない。

- (33) 連邦通常裁判所一九七八年六月二十七日判決（BGHZ 72, 132 = NJW 1978, 2337）。なお、この判決を含め「診療録作成義務」を含むドイツの状況については、春日偉知郎「証明妨害」前掲書一九三頁、坂原正夫「不十分な医者の診療記録と証明責任の軽減について」判タ四〇六号五二頁、吉野正三郎「前掲論文」判タ五三〇号二〇頁を参照。

本件は、虫垂炎の手術（Blinddarmpoperation）後、循環器衰弱等によって死亡した患者の遺族が執刀医に対して損害賠償請求訴訟を提起した事案である。血液あるいは尿検査は、カルテの記載に反して行われておらず、手術の翌日にはじめて尿検査が行われた。そのほか、カルテ、死亡診断書（なお死体解剖はおこなれていない）、主治医の報告書簡の記載に不備が見られ、この点についての証拠法

上の評価が問題とされた。本件で裁判所は、医師の診療録が証拠法上特別な意義を有していることを認め、医師の作成した診療録に不備や、誤記があれば、「医師に証明妨害が認められる場合に」、「証明責任の転換にまで至りうる」立証軽減が図られる」とした。しかし本件で看過してはならないのは、診療録作成の懈怠自体が請求権を根拠づけるわけではなく、診療録作成の懈怠によって生じた患者の立証困難を打開するために立証軽減が図られるにすぎない、という点である（Laufs, Arztrecht, 5. Aufl.(1993), Rdnr. 619）。

- (34) NJW 1978, 1681 = VersR 1978, 542.

(35) 判例上「技術過誤」とは「一般的に承認された医学上の諸原則に対する侵害」（BGHZ 8, 138.）とされる。学説は判例の立場をふまえ、技術過誤をより狭く考えている。医師の過失ある行為の全てが技術過誤となるのではなく、診断や治療における重要な医学上の無視のみが技術過誤とされるのである（Laufs, Arztrecht, 5. Aufl. (1993), Rdnr. 469）。現在では技術過誤と同義で診療過誤（Behandlungsfehler）という語を用いるようである。例えば輸血を要する手術で血液型を確認しないことなどがあげられる。

- (36) NJW 1980, 1333.

(37) 前掲注(26)。本決定では、医療過誤訴訟においても証拠法の一般原則が妥当するが、場合によっては証明責任の転換にまで至りうる立証軽減が認められることも確認されている。

- (38) NJW 1978, 584. 本件については、錦織成史「医療機器事故に基づく民事責任（一）」法学論叢一二二巻六号二二〇頁注二三参照。

- (39) NJW 1975, 2245. （使用された気管カニョーレの適切な状態）の傍論で触れられた。

- (40) NJW 1978, 1683.

- (7) NJW 1991, 1540.
- (8) 判例③および④のほか、前掲注 (23) / BGH, NJW 1982, 699. (患者の健康被害が授与された注射薬の汚染があることは病院の無菌状態が保たれていなかったことから生じた事例) / BGHZ 89, 263 = NJW 1984, 1400 (注入機器が気化かない内と外をわけていた事例) / BGH, NJW 1984, 1403 (手術台における患者の適切な体位が問題とされた事例) があげられている。
- (9) BGH, NJW 1978, 1683.
- (10) その後の事案として、BGH, NJW 1991, 1541 (手術チームの保菌者による手術創傷感染の事例) / BGH, NJW 1993, 1618. (右腕の神経叢不全麻痺の原因が挿管麻酔時の腕の位置によるものか患者の体質によるものかが争われた事例) がある。
- (11) 危険領域理論から判断された事案として、例えは BGHZ 27, 236 = NJW 1958, 1629 (請負契約)。
- (12) Raape, a. a. O., AcP 147(194)222.
- (13) Stoll, Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen, Festschrift für von Hippel (1967), S. 517 ff.; ders., Haftungsverlagerung durch beweistechnische Mittel, AcP 176 (1976)146 ff. ショパールは「義務の態様をみてはローベのシャヤが該当する領域がある」とも認めている。
- (14) Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht I, 14. Aufl.(1987), § 24 I b, S. 373. 医師の診療契約が「手段債務」であることを鑑みれば、ラーベントツの展開する BGB 二八二条の適用領域は、医師の行為は含まれない。
- (15) Stein/Jonas-KommZPO-Leipold, 21. Aufl.(1997), Rdrt.86 b.
- (16) Stoll, aa.O., S.553 f. -Münch Komm-Emmerich 3. Aufl.
- (1994) Vorb. § 275 Rdrt. 363; Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht I, 14. Aufl.(1987), § 24 I b, S. 372; Esser/Schmidt, Schuldrecht I, 2. Teilbd., 7. Aufl (1993), § 29 III 5 b, S.151; Baungärtel, a. a. O., Anh. § 282 Rdrt. 46; Musielak, Jus 1983, 609(611).
- (15) Stoll, AcP 176, S. 156, 157.
- (16) Lange, Schadensersatz, 2. Aufl.(1992), § 3 X III 2 b (Beweisfragen).
- (17) Laufs, a. a. O., Rdrt. 619.
- (18) Jus 1980, 317(319, 322).
- (19) Emmerich, a. a. O., § 22 W, S.255; ders., Münch Komm., Vorb. § 275 Rdrt. 363.
- (20) Baungärtel, a. a. O., Anh. § 282 Rdrt. 46, 60.
- (21) Emmerich, a. a. O., § 22 W, S.256; Stein/Jonas, a. a. O., Rdrt.111.
- (22) Stein/Jonas, aa.O., Rdrt. 130.
- (23) Kaufmann, Die Beweislastproblematik im Arzthaftungsprozess (1984), S. 21; Laufs, NJW 1978, 1180; ders., Arztrecht, 5. Aufl.(1993), Rdrt. 619; Musielak, Jus 1983, 609(616); Steffen, Neue Entwicklungslinien der BGH Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht, 6. Aufl.(1995), S. 193.
- (24) Arzthaftungsrecht(1981) Wandlungen des Arzthaftungsrechts (1983); Arzthaftungsrecht, 4. Aufl.(1995). 最初の二冊は図として、山本隆司／手嶋豊「西ドイツにおける医師の民事責任に関する判例法の展開」判タ五五六三号八六頁において非常に詳細な紹介がある。
- (25) Wandlungen des Arzthaftungsrechts, S. 102 = Arzthaftungsrecht, 4. Aufl.(1995), Rdrt. 454.
- (26) Pröbbs, Beweisverleichterungen im Schadensersatzprozess,

(1966, S. 65) この理論は、債務者によって実際に支配可能な生活領域を「危険領域」とし、損害の原因が債務者の危険領域にあることが確認された場合には、過失だけでなく、客観的義務違反や因果関係にまで証明責任の転換の余地を認める、というものである。ただしプロエルスは、医療過誤訴訟の場合には過失はともかく因果関係の証明責任の転換は認められない、と考えている。彼の見解については、柏木邦良「西ドイツ民事訴訟法学の現況（4）」ジュリ四九三号一二五頁を参照。

(32) Giesen, Zur Annäherung von Arzthaftung und Dienstleistungshaftung in Deutschland und Europa, JR 1991, 489. 以下は対する批判として Fahrhorst, Beweislast im Arzthaftungsprozeß, ZRP 1992, 60°.

(64) 例えば Musielak, AcP 176(1976)465.

(65) キーセンはその例として「鶏ベスト事件」(BGHZ 51, 91 = NJW 1969, 269.)、<sup>1)</sup>「エイズウィルス感染事件」(BGHZ 114, 284 = NJW 1991, 1948.)を挙げる。前者については、前掲注(19)<sup>2)</sup>後者については、春日偉知郎「製造物責任訴訟における事実説明」民事証拠法論集（一九九五年）一八九頁参照。

(66) Giesen, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl.(1995), Rdnt. 171.

(67) Weber, Muß im Arzthaftungsprozeß der Arzt seine Schuldlosigkeit beweisen?, NJW 1997, 761(764).

(68) 賀集唱「請求の構成と準証責任及び訴訟指揮への影響」判タ六八六号五頁。なお、この見解を支持するものとして、加藤新太郎「前掲論文」判タ八八四号七頁。

(69) 賀集「前掲論文」判タ六八六号一〇頁

(70) 中野「医療過誤訴訟の手続的課題」前掲書一五二頁。

(71) 錦織成史「医療機器事故に基づく民事責任（一）（二・完）」法學叢一一二巻六号一頁、同一一五巻六号一頁以下。

(72) 一つはドイチュ／ガイガーの鑑定意見であり、もう一つはケッツの鑑定意見である。いずれも、錦織「前掲論文」法學叢一一五巻六号四頁以下で詳細に分析されている。なお、前者については、山本隆司／手嶋豊「西ドイツにおける医師の民事責任に関する立法提案」判タ五二三号一四四頁参照。