

博士学位申請論文概要書

# 中国における医師の民事責任の法的構造

——日本と中国の比較を通して——

岩志和一郎研究室

川城（張） 憶紅 著

2008 年度

# 中国における医師の民事責任の法的構造

——日本と中国の比較を通して——

## 概 要 書

川城（張） 憶紅

### 一、本研究の目的

本研究は、中国における医師の医療行為と関わる法制度の全体像を明らかにしつつ、日本との比較の中で、中国における医師の民事責任の法的構造を検討することを目的とする。

日本における中国医療に関する法制度の研究は、従来、個別的な問題に関する部分的研究に留まっていた。一方、中国の国内では、とくに近時、医療紛争が多発するにつれ、学界においてもそれについての法の議論が活発となってきた。その中で、注意義務、医療水準、相当因果関係論など、日本の法理論は中国でも紹介され、実務に応用されつつある。このような中国における医師の医療行為における医師の民事責任の法的構成を解明することは、日本法との相関性という面からも中国法研究の取り組むべき重要な課題として残されているといえる。

そこで、本研究では、まず医師の医療行為に関する中国の法制度の全体像を把握したうえで、医師の医療行為より生じる医療紛争の実態、それを処理するシステム、医療行為にける医師の民事責任について、中国の学説や判例また関連法規を全般的に把握し、契約法および不法行為法といった二つの視点から、日本における同様の法律および法理論と相対的に比較するという手法を通して、中国における医師の民事責任の法的構成を解明したいと考えた。

### 二、本論文の構成

本論文は序章と終章を除き、全2編7章で構成され、各編には当研究のより深い理解のために、序説「古代中国の医療制度の変遷」と序説「中国における民法の制定と変遷」をそれぞれにつけて、次のとおりとした。

第1編は「中国の医療制度の変遷と現状」であり、序説「古代中国の医療制度の変遷」、第1章「医師、助理医師及び郷村医生」、第2章「中国の医療法人の特徴」、第3章「中国における医療紛争処理メカニズムの変遷」から構成される。

第2編は「医療過誤における医師の民事責任」であり、序説「中国における民法の制定と変遷」、第1章「医師と患者の法的関係」、第2章「中国における医療契約の法理」、第3章「中国の医療過誤民事責任の侵權構成」、第4章「医療過誤

の判断基準」から構成される。

終章は、「医療に関する法構成の特徴」、「問題点」、「本論文の帰結」、及び「立法への提言」の4節から成る。

### 三、本論文の主な内容

まず、第1編は、医師の民事責任にかかる法的構成の全体像を把握するため、その前提となる中国の医療体制の現状を整理し、それと関連する個別の問題について検討を行ったものである。

#### 序説 古代中国の医療制度の変遷

序説は、古代の中国における医師の原型、そこから生まれてきた医療制度、及び医師の養成などについて、簡単にまとめたものである。

古代の中国においては、巫は職業医師の原型であり、兼職として医業を行っていた。その後、一般人のなかで酒壺に薬草を封じ込み、醸された薬酒を利用する治療方法が流行るにつれ、医と巫が分離し、「醫」という文字も次第に「醫」のような形に変わったと解される。一般人も自由に医療活動に参加するようになるにしたがって、西周時代には、医術を向上させるために、医者 of 医業を評価する基準を設けられた。この医療制度は、唐代に受け継がれ、さらに進化し、その後、宋、元、明、清を経て、中華民国が成立するまで続いた。

唐代に完成した医療制度は、ミスを犯した医者に厳しい刑罰を与えていたため、保身的な医療体制が形成された。明代に至り、一部の量刑が緩和されたものの、その基本的体制が変わることはなく、1912年の中華民国が成立するまで長く続いた。このことは、中国の医療制度の近代化が諸国より遅れることになった一因といえる。

#### 第1章 医師、助理医師及び郷村医生

第1章では、現代中国において、どのような者が医師として認められ、どのような基準に基づいて医師免許を取得するのか、また、医師免許を取得した者はどのような法的権利を持ち、どのような義務を果すべきかを明らかにしたうえ、以下の問題点を指摘した。

第一は、医師の国家試験受験に際する資格要件をめぐるものである。

医師とは医師国家試験に合格した者をいう。しかし、医師国家試験を受ける資格については、医学本科卒業の学歴を持ち、かつ業務執行医師の指導を受けながら、医療、予防、保健機構で研修者として満1年働いた者だけではなく、正規課程が3

年しかない医学専門学校を卒業したすべての助理医師も医療、予防、保健機関での勤務期間が一定の年数を満たせば医師の国家試験を受ける機会を与えられる。私見ではここに問題があるのではないかと考える。なぜなら、すべての医療、予防、保健機関の教育環境は大学の医学部に準ずるものとは言い難く、特に中国各地域の経済発展の不均衡により、大都市と辺地の医療資源の大きな格差が存在しているからである。

また、中医学についても、中医医師を養成する師承制度は伝統的な制度であるが、この業界においては秘密主義的な考え方が根強く存在し、その実態は必ずしも明らかではない。不透明な師承制度は不法診療の温床になりかねないとも考えられ、中医の特殊性に配慮したとしても、師承の経験を受験資格要件に含めるべきかどうかについては、さらに検討や論議が必要である。

第二は、助理医師の職務権限の不明確さである。

助理医師とは、助理医師資格試験に合格した者をいう。この助理医師は、医師の指導にしたがって医業を行わなければならない、独自で医業を行ったり、または診療所などを開設したりしてはならない。しかし、医療資源が不足している郷、民族郷、鎮の医療、予防、保健機関に勤めている助理医師は、医療の状況と需要に応じ、衛生院、または衛生室において単独で一般的な業務執行活動を行うことができる。さらに、一般的な業務執行活動に該当しない腹部内視鏡検査でさえも、現場に業務執行医師がおらず、立会診察医もすぐに到着できない場合のみ、業務執行助理医師は郷村級の医療機関で腹部内視鏡検査を施すことができると定められている。

これらの規定の性格はどう理解すればよいのか。助理医師は医師であるのか、あるいは単に医師の補助者であるのか。もし、医師であれば、医療過程から何らかの悪しき結果が発生した場合に、助理医師も医師として責任を追及されることになる。もし、単に医師の指示に従う医師の補助者であれば、勝手に判断したり、行動したりさえしなければ免責されるはずである。しかし、都会では医師とは認められない助理医師が辺地に行けば医師になり、単独で一般的な業務執行活動を行うことができ、さらに場合によっては、一般的な業務執行活動に該当しない腹部内視鏡検査をも施すことができるといった助理医師の身分の不明確および職務権限の不確定によって、医師の法的責任構成は混乱し、患者との信頼関係も脅かされるとの懸念がある。

第三は、無許可医業と不法診療の取り扱いをめぐるものである。まず、通常、無許可医業とは、医師たる者がまだ《医療機構執業許可書》を取得していないのに無断で開業することをいう。そして、不法診療とは医師ではない者が医療行為

を行うことをいう。前者は近い将来、開業許可を有し得る者が為す行為であるので、行政管理上は好ましからざる行為とはいえるが、患者にとっては助かる面もあり得ることを否定できない。これに対し、後者は医師の資格を持たない者が医療行為を行うわけであり、患者にとっては生命、身体を脅かす危険な存在でもあるため、厳しく処罰すべきである。しかしながら、業務執行医師法 39 条によれば、「まだ許可を得られていないのに無断で医療機構を開業、または医師ではない者が医療行為を行った場合には、県級以上の人民衛生行政部門がそれを取り締まり、違法所得および薬品、機械を没収したうえ、10 万元以下の罰金に処する」とされる。医学専門技術を高く要求する医療行為に対する違法性の要件を考える際に、行為者の身分は重要な要件として考慮すべきであるにもかかわらず、同法においてこのような区別のない取り扱いをされていることは問題である。

第四は、中国の各地域の末端医療現場（農村）に多数存在し、活躍している郷村医生についても懸念の及ぶところである。郷村医生は、自己推薦または村民の推薦、もしくは政府関係者の推薦に基づいて、正規な医学教育を全く受けないまま、省レベルの衛生行政部門が制定した郷村医生研修企画に参加しただけでなるものであり、なかには、高卒の者もいるし、中卒の者もいる。

そもそも、郷村医生は「缺医少薬」（医者がいないし薬も少ない）農村のために、国が最小限の医療を提供するという考えに基づいて生まれた医者であり、その前身はよく知られた「裸足の医者」（赤脚医生）であった。しかし、このような政策は、一時の措置なら許容されるかもしれないが、長期にわたってこれらの活動を許可することが適切であるかどうかは疑問である。人の命の尊さ、およびその命の価値の平等の観念からみても、医師、または助理医師の免許すら取得していない郷村医生に医療行為を認めることは危険であると認識すべきである。

## 第 2 章 中国の医療法人の特徴

第 2 章では、1994 年 2 月 26 日に国務院が發布した「医療機構管理条例」条例及びその他の規定に照らしながら、まず、中国における医療機関の分類、およびその性質について考察し、医療機関と医療行政との関係について分析し、次に、医療機関の設置要件、および医療機関の権利・義務について検討した。さらに、医療事故処理条例第 59 条の趣旨について、事例を挙げて分析を行ったうえ、営利性医療の弊害を指摘した。

中国では、営利を目的とするか否かを問わず、企業、団体、または個人が医療機関を設置することができる（管理条例第 6、9 条）。診療所を開設する場合には、医師でなければならないという定めがあるが、組織が医療機関を設置する場合に

は、その代表者が申請することができる（細則第 14 条）。2000 年 9 月 1 日より施行された「關於城鎮医療機構分類管理的實施意見」の規定によれば、医療機関が営利性医療機関と非営利性医療機関に分けられており、営利性医療機関は一般企業の財務制度および会計制度に従って経営され、自ら診療価額の基準を決めることができる。

この「關於城鎮医療機構分類管理的實施意見」が施行されてから 2005 年までのわずか 5 年の間に、実に様々な問題点が露呈した。例えば、患者側による医師への暴力や、医療業務への妨害が多発し、また高額な賠償金を目的とした「医覇」または「討銭帮」というマフィア組織が形成されてきた。一方、医療機関の営利性化に伴い、医療側が薬の価額を水増ししたり、必要以上の検査をしたりして、患者側に高額な医療費の支払いを求めるケースも少なくない。

また、営利性医療機関の出現にともない、営利性医療機関だけではなく、非営利性医療機関においても、医師の個人の勤務報酬とその医師の診療報酬とが結び付けられ、診療報酬が少なければ、その医師の勤務報酬に直接影響を及ぼすシステム、いわば、「首診責任制」を実施する病院が各地域に現れている。このような立場を強いられた医師たちも、診療報酬の増額を目指して過剰診療に走り、極端な例ではあるが、診療費の支払の見込みがない患者を郊外に捨てて死亡させる事件まで発生した。

このように、医師があからさまに利益を追求する姿勢は患者に不安感を与え、医師と患者の信頼関係を悪化させる。医療現場には、以前には無かった相互不信と新たな緊張関係が生まれつつある。

### 第 3 章「中国における医療紛争処理メカニズムの変遷」

第 3 章は、医療紛争をめぐって、中国での法的処置は、今までどのように行われてきたかについて考察し、その将来の方向性を見据えることを意図するものである。

本章は、中華人民共和国が成立してから今日に至るまで、医療紛争をめぐり処理過程を裁判主導期、行政主導期、行政過渡期および裁判主導期の再開という 4 段階にわけ、事例を挙げながらそれぞれの特徴を捉えた。

第一に、裁判主導期（1950～1959 年）においては、医療事故の処理は主に人民法院に任せていた。この時期の人民法院（裁判所）の一部は、新政府が成立する前の司法システムの延長として、医療事故紛争事件の審理は、もっぱら法学と医学の専門知識を兼ね備えた裁判官によって行われ、いわゆる医療事故専門法廷も存在していた。しかし、政治の情勢はまだ不安定であり、政権基盤を固めるため

に、政治運動が全国で頻繁に行われ、裁判官もその政治運動にあわせて適正な司法手続きをとらないまま、厳しく処罰したりすることもしばしば見受けられ、「責任事故」と見なされた事件については、鑑定もせず刑罰まで下した事例もある。

第二に、行政主導期（1960～1987年）の特徴は、すべての医療紛争を当地の衛生行政部門、もしくはその衛生部門が属する上級の衛生部門に任せ、当事者が人民法院に訴訟を提起しても一般的には受理しなかったことである。

第三に、行政過渡期（1988年～2002年）では、行政法規である医療事故处理弁法に基づいて、医療紛争は一般に、非医療過失紛争と医療過失紛争とに分類されていた。そして、医療過失紛争は医療事故と医療差錯に分けられ、医療差錯によって生じた損害は、賠償の対象から除外された。さらに、医療事故を技術事故と責任事故に分け、責任事故による損害のみ、賠償の対象となると定めていた。こうして、損害賠償額をなるべく小さくすること、紛争をなるべく法院に持ち込まず、行政で解決すること、立証責任を原告側に限定することが、この時期の特徴である。

この時期の前半は、行政主導期の延長として行政が主導権を握り、医療と行政との癒着問題は注目され、患者の不信を買った。これに対して後半は、医療紛争の多発につれ、司法機関が介入せざるを得ない状況に置かれて、社会の安定を維持するために積極的に司法鑑定を実施するようになった。

#### 第四に、裁判主導期の再開（2002年～）

2002年より「医療事故处理条例」が施行されることによって、「医療事故处理弁法」が廃止された。これによって、裁判主導期が再開される。

「医療事故处理条例」は、「医療事故处理弁法」と比べて、次の特徴を有する。  
①医療事故の概念を是正し、その成立要件が緩和されたこと。  
②行政の鑑定を経ずに、直接人民法院に提訴することができること。  
③精神的損害も認めること。  
④診療情報開示について詳細に定められたこと。  
⑤鑑定を行政から分離させ、特に鑑定の地域的制限をなくしたことなどである。このような変化は、中国において、画期的な変化でもあると評価できる。また、行政の最高機関である国務院がこのような条例を發布したのは、裁判の独立が確立されるために、自ら裁判への介入を絶つことも意味するのではないかと分析した。これらの分析からは、中国における医療紛争をめぐる法的処理が医療行政の介入から脱皮し、独立した裁判へと着々と移行しつつあることが見えてきた。

以上のほか、医療紛争を処理する際に、欠かせない医学鑑定、すなわち中国の鑑定制度についても簡単にまとめて紹介した。

## 第2編「医師の医療行為における民事責任の構成」

本編は本稿の中核部分として構想された部分である。構成としては、まず中国における医師と患者の法的関係について検討したうえ、契約法および不法行為法における医療契約論と医療過誤賠償責任論の構成に入り、さらに、そのいずれの構成をとるにしても、医師の責任は過失責任であるという考えを軸にし、具体的事例を素材にしながら、注意義務違反、医療水準及びその他の考慮すべき要素という三つの視点から、医療過失の判断基準の解明を試みた。この第2編「医師の医療行為における民事責任の構成」は、序説を除き、4章で構成される。

### 序説 中国における民法の制定と変遷

この序説は、中国民法の制定の経緯について、各資料を参考してまとめたものである。

中国において、はじめて近代的な民法が導入されたのは、清末の1911年の「大清民律草案」からのことである。「大清民律草案」の総則、債権、物権部分は、日本人学者松岡義正によって起草されたもので、この草案は、清王朝の没落のため正式に採用されるに至らなかったが、中国の民法史上、はじめて近代的民法の観念とドイツ式民法を導入したものであった。その後、この草案は、1930年代の中華民国民法典のモデルとなった。この民法典は、1949年以後も台湾では引続き施行されているが、大陸では反動的なものと思われ、中央政府によって破棄された。

中華人民共和国が成立して以後、民法典編纂は、1950年代(1954年—1956年)、1960年代(1962年—1964年)、1980年代(1980年—1982年)、1990年代(1998年～)の4回にわたって試みられた。そのうち3回は廃案になり、第4回目もまだ検討中である。民法典がなかなか成立しない理由は、前述したように、私法を排除または否定する考え方が社会主義思想層から根強く支持され、その社会主義的な民法と資本主義的な民法とが相容れないところに起因していると指摘した。

現行民法となる民法通則は、1980年代に作られた民法典第3次草案から単行法として発布したものであり、全部で①基本原則、②公民(自然人)、③法人、④民事法律行為及び代理、⑤民事権利、⑥民事責任、⑦訴訟の時効、⑧涉外民事関係の法律の適用、⑨附則という全9章156条から構成される。

### 第1章 医師と患者の法的関係

私法を認めず、公法と私法を区別しない中国では、どのような過程を経て、私法の存在を認め、公法と私法とを区別するようになったのか、その過程を明らか

にしたのが本章であり、確実な資料に基づいて詳細に分析することを心がけた。

1993 年頃から、少数ではあるが、私法と公法とを区別することの必要性和重要性を唱える学者があらわれ、私法に対する認識の是正を呼び掛けた。しかし、1995 年、共産党中央委員会の機関誌である「求是」雑誌社政治部の編集長李茂管が「求是」に論説を発表してその必要性を否定した。その 2 年後の 1997 年には、旧ソ連的な法理は「単一的な公有制と計画経済の思想の影響を受けただけで、もはや時代遅れの考え方であり」、「社会主義市場経済においては、まず公法と私法の違いを認め、そして区別して適用すべきである」と主張する論者（程信和）が再び現われた。

さらに、1998 年からは民法典の起草活動の復活を機に、私法と公法とを区別すべきとの議論が再燃した。当時北京大学法学院 3 年生であった章永樂博士は、2001 年、北京大学法律情報ホームページにおいて私法と公法とを区別する必要性を訴えた。同年、北京大学の《私法》、中南財經政法大学の《私法研究》が相次いで創刊された。これらの学者たちの活動によって、現在の中国においても、公法と私法とを区別するようになった。

公法と私法の区別についての議論に伴い、医師と患者の関係についても、それが私人と私人の関係であるか、私人と公人の関係であるかという議論が見られるようになった。本章では、このような議論の積み重ねによって、ようやく、一般医療における医師と患者の関係はある種の民事関係、すなわち、私法によってコントロールされる私人と私人との関係であるとする説が通説となったことを、明らかにした。

## 第 2 章 医療契約の法理

本章は、現在の中国の医療契約論を概観したものである。医療を契約ととらえる場合、その医療契約の法的性質については、無名契約ないし非典型契約と解するのが一般的であるが、委任契約に準ずると解する説もあるなど、日本と近似した議論が展開している。その理論自体は未熟なところがあるが、日本、台湾などの考え方に影響された形跡がみられる。このことから、今後も、日本や台湾の医療契約理論が、中国に大きな影響を与えるであろうことが予想される。

しかし、中国で医療契約を考える場合、日本にはない事情も考慮に入れる必要があると指摘した。

まず、日本においては、すべての国民は何らかの健康保険制度に加入することを義務づけられており、その結果、医師は疾病の診断および治療にかかった経費の未収を恐れることなく、治療行為に専念することができる。これに対して、す

でに 13 億人口を超えた中国では、1 億 2 千万人ほどの国民しか医療保険に加入していないため、各地の医療機関では診療報酬の未払い現象が多発し、なかには悪質な未払い行為もある。

次に、そもそも日本では、弱い立場にいる被害者（患者側）を救済するために、違約責任論が進められてきた。医療を医療契約に基づくものと解すれば、立証責任の転換（原告側から債務不履行側へ）、またはより長い時効の援用（3 年間の不法行為責任時効〔日本民法 170 条〕から 10 年間の債務不履行時効〔日本民法 167 条〕へ）ができる、というメリットがあるからである。

しかしながら、中国では、時効について、普通時効、特殊短期時効、最長時効という三つに分けて定めている。普通時効は 2 年で、一般の違約訴訟や侵權訴訟と同じくそれが適用される（民法通則 135 条）。すなわち、中国では、時効に関しては、違約訴訟でも、侵權行為訴訟でも、日本ほどの差は存在しないことになる。

また、立証責任に関しても、2002 年 4 月 1 日より「最高人民法院關於民事訴訟証拠的若干規定」が施行されたことによって、被害者側は立証責任から解放された。同規定の第 4 条第 8 項には、「医療行為により生じた侵權訴訟について、医療機構は医療行為と損害結果との間に因果関係、及び医療過錯は存在しないことを立証する責任を負う。」と明記されている。

このように、日本と異なる法構成を持っている中国ではあるが、今後、医療契約論がどのように展開されていくのか、注目されるところである。

### 第 3 章 中国の医療過誤民事責任の理論構成

本章は、中国の不法行為法に基づく不法行為責任論、および医療過誤賠償責任論を考察したものであり、不法行為の構成要件をめぐる各要件についての各々解釈の紹介と検討を行った。そこでは、最も重要な要件である「過錯」の意味についての解釈を、詳細に分析した。

本章では、多くの法学者が支持している侵權行為法の、過錯には故意と過失が含まれるという解釈の由来および問題点について、詳細に調査した上、次の事実を判明、または確認した。①過錯という言葉は、中国大陆では使用されているが、その他の中国語文化圏では使用されていないこと。②過錯の意味については、一般には過失の同義語であると理解されていること。③「過錯には故意と過失が含まれる」という解釈は、1950 年代に一部の翻訳者が、政治的な理由で、中国の伝統、文化あるいは慣習を無視して、故意・過失を厳格に区別しないソビエト法の В И Н А を過錯と訳したことに由来し、この時「過錯には故意と過失が含まれる」という解釈が、中国法曹界に持ち込まれたこと。④この解釈は実務に応用され得

ず、理論と実務との乖離現象が起こっていることなど。すなわち、実務においても、または一般人の理解においても、この解釈が受け入れられていないのは事実であることを判明した。また、この解釈を支持する論者の論説には、一貫性を欠くものが多い。

以上に鑑みて、不必要な誤解または混乱を避けるために、また言葉を厳格に運用するためにも、私見としては、「過錯は故意と過失を含む」という説を採らず、過錯は過失の同義語であると理解している。したがって、一般侵權行為の成立要件の構成について、私見は、次の五要件で構成され则认为。すなわち、①責任能力ある者が（責任能力）、②故意または過錯によって、③他人の權益を違法に侵害し（加害行為の違法性）、④その行為によって（加害行為と損害の間に因果関係の存在）、⑤損害が発生する（損害）、という各要件である。

次に、医療事故賠償責任の成立要件についての議論は、大きく三つに分けられる。すなわち、医療人員の過失行為と患者にもたらした損害、および医療人員の過失行為と患者が被った損害との因果関係を要件とする三要件説と、行為の違法性、損害、因果関係、加害者の過失を要件とする四要件説、および行為の主体は医療従事者であること、行為者に過失があったこと、医療行為であること、患者に損害をもたらしたこと、その医療過失行為が患者の人身損害との間に因果関係があることを要件とする五要件説である。

私見は、医療事故賠償責任の成立要件は、①行為の主体は医療従事者であること、②過失によること、③患者に損害を与えたこと、④過失と損害の間に因果関係の存在、⑤違法性があること、という五つの要件で構成され则认为。

判例の多くは、医療事故賠償責任を認める際に、①患者の損害、②因果関係、③過錯、④医療従事者という四つの要件は必須の要件であると示しているが、公平原則を適用し、無過失責任論の立場をとる判例もある。

#### 第4章 医療過錯（過失）の判断基準

中国では、医師または医療側の義務の分類についてよく議論がなされている。従来は医師の義務を主給付義務、従給付義務および附随義務に分類していたが、近年は、新たな分類方法が提唱されてきた。その代表としては、程嘯説と劉心穩説が挙げられる。そこでは、「基本注意義務と高度注意義務」、「法定義務、約定義務および職業義務」などが議論されている。しかし、学説が理論的に深まっている一方で、判例からはそのような理論構成の深化が実務にどう影響を与えているのかをうかがい知るほどの材料は得られない。判例は個別的であり、かつ数が少ないということもあるが、本章では、過失が問題となる場面ごとに分類し、それ

に対応する日本の判例をはさみながら概観し、医師の注意義務の基準を決する際に、如何なる要素を考慮すべきかについて検討を行った。

### 1 診断・処置における過失について

医療紛争の事例の中で、誤診という類型そのものの中に医師の過失が認められた判決は、日本にも、中国にも比較的少ない。これは、治療過程そのものが試行錯誤の繰り返しという性質を持つ上に、また執るべき措置が急を要するのに対し、限られた資料データから判断を下すには、当時の医療水準からの限界を認めざるを得ないからである。このように、多くの判例は、誤った診断そのものに対し直ちに責任を追及するのではなく、診断前の問診および診断後の処置における注意義務を適切に果たしたか否かに着目する。

### 2 投薬における過失について

輸液ショックが発症した場合は、いかに的確、かつ迅速に緊急処置をとるかによって、与後の差がでてくる。通常、日本でも中国でも各薬品の効能書に記載されている「一般的注意」にその薬の副作用についての対策が書かれており、輸液ショックに関する緊急処置についても、医療の基本教養として医師または看護師は習得しているはずである。

本章に挙げた判例を見る限り、社会システムや法構成の異なる日本と中国でも、西洋医学という同じ土台から生じる問題に対する共通の認識、または類似した法的処理方法を持つことがあり得るということが示されている。

また、投薬による事故では、医薬品を内包する際の副作用事故がよく見られる。薬品の副作用については、通常、適切に使用すれば回避可能な副作用と、適切に使用しても回避不可能な副作用に分けられる。前者の場合は、医師が細心の注意を払って使用法を遵守することが要求され、それを怠った場合は、医師の責任が問われる。後者の場合は、患者側がそのリスクを承知したうえ、病を治すためにあえてそれを選択した場合は、かりに患者が損害を被っても、通常、民事責任の対象とはならないと解される。

### 3 輸血における過失について

輸血に関わる医療問題では、中国では主に血液型の不適合輸血、輸血時の過誤など、特に輸血による感染事故が目立っている。いわゆる宗教的理由による輸血拒否のような事例は中国では見当たらない。感染事故でも事例⑮のような輸血を受けた少年がエイズに感染したという衝撃的な事件が大きい話題を呼んだ。

中国も日本と同じく、昔は各病院で職業的給血者から採血した血液を患者に輸血していた。しかし、各病院の検査のレベル及び検査の設備はさまざまであり、輸血による感染事故を防ぐための十分な検査設備が整っていない病院も少なくない。

かった。輸血の安全性を確保するために、中国では、1993年3月20日、衛生部が「采供血機構和血液管理弁法」を發布した。5年後に、血站（血液ステーション）の管理を強化するために、前弁法を廃止し、新たな条例「血站管理弁法」を發布した（1998年9月21日發布）。この条例の施行により、輸血事故は一種の薬害事故へと変貌した。

#### 4 予防接種における過失について

予防接種は、中国では強制的予防接種と自主的予防接種との二つに分けられる。強制的予防接種とは、国が国民に無料で提供し、国民が国家の規定に従ってその接種を受けなければならないものをいう。自主的予防接種とは、国民が自費で自ら選択した接種を受けるものをいう。前者は強制の性質を持っているのに対し、後者は自由な意思に基づいて接種するかどうかを決めることができる。そして、前者の接種によって生じた異常反応によってもたらされた損害への補償は、各地方政府の予防接種の経費から支給される。後者の接種によって生じた異常反応でもたらされた損害の補償は、そのワクチンを生産した企業が負担する。予防接種異常反応により生じた損害への補償の具体案については、各省、自治区、直轄市の人民政府がそれを制定する。

日本では、予防接種による疾病を「一類疾病」と「二類疾病」に分けている。予防接種法は、一類疾病に係る定期の予防接種若しくは臨時の予防接種または二類疾病に係る緊急時の予防接種（強制的予防接種）を受けたことによる疾病、障害または死亡についての給付、たとえば、医療費および医療手当、障害児養育年金、傷害年金、死亡一時金、葬儀料等の給付は国から支給される、と明確に定めている。これに対して、中国では「補償の具体案については、各省、自治区、直轄市の人民政府がそれを制定する」とするに留まっている。このことは、まったく同じ事案でも地域によって異なる補償金が支給される可能性があることを意味する。

さらに、日本では、公権力によって強制的に実施した予防接種による損害についての責任は国にあると明記し、その賠償は地域の区別をせず、すべて国家賠償法に基づいて手厚く賠償する。これに対して、中国では、第1類の予防接種による損害の責任は行政にあると認めながら、「国」という言葉の使用を避け、国家賠償法をも適用せず、その責任を各地方政府に転嫁している。そこでは、地方政府がいかなる賠償よりも低い、僅かな一時金しか給付しないのが現実である。

#### 5 考慮すべき要素について

医師の注意義務の基準を決する際には、通常、医療水準、医師の専門性、治療の緊急性および医療現場が置かれた環境などを考慮しなければならない。

医療水準については、理論面では独自の見解はあまり見られないが、実務においては、日本と同様に絶対的医療水準論から、相対的医療水準論へ展開してゆくことは確かである。日本発の医療水準論が中国で応用されることは、非常に有意義であると考ええる。しかし、医師の専門性、地域性などについての解釈も日本のそれを鵜呑みにした場合には、どのようになるのが懸念される。日本と中国とでは、社会構造、あるいは法構成に異なる所が多く見られる。

例えば、中国では、国民には居住の自由はなく、国民の農村部から都市部への入居を防ぐために、二元的構造の戸籍制度を設けている。また、農村の勤務に限定された正規の医学教育を受けていない郷村医士に「一般的な医学処置を行う」権限を与えている。すなわち、中国では、人為的、あるいは政治的に、長い年月をかけて二元的構造の社会が作りあげられている。

これに対して、日本ではすべての国民に居住の自由があり、医師免許を有する者のすべては 6 年の医学の正規課程、または同レベルの医学課程を修めた者である。その大前提のもとで、人的、物的設備が十分ではない僻地では、非専門分野の医療担当者が、緊急の治療を必要とする患者のために敢えて医療行為を行った場合、その医療担当者の注意義務基準が緩和されるという考えが通説となりうる。

しかし、同じ解釈を中国に当てはめることになると、中国の農村部住民の人権問題はさらに拡大しかねないのではないかと懸念される。医学の正規課程を修めていない者（郷村医生）が、医療過誤を引き起こした場合には、その者の専門性、またはその医療現場が置かれた環境を考量するのではなく、その者に医療行為を許可した医療行政（国）が被害者について何らかの形で救済しなければならないと考える。

## 終章

本章では、第 1 節「医療に関する法構成の特徴」、第 2 節「問題点」でこれまで論述したことをまとめたうえ、第 3 節「本論文の帰結」ではこの論文の一応の結論を、さらに、第 4 節「立法への提言」では本論文の研究から得られた知見に基づいて、立法に向けた若干の提案を示した。

前章まで述べてきたように、中国でも日本と同じように、医師の民事責任を問う法律構成には、契約法の視点と不法行為法の視点の二つがある。しかし、中国の民法と日本の民法とを比べると内容的に異なる部分も少なくない。「本論文の帰結」では、このような違いを念頭におきながら、中国の法構成の特徴に鑑み、そして、本論文で提示した問題点を踏まえたうえで、中国における医師の民事責任の問い方について、私見として次のように考える。

## 1 契約法の視点から見た場合

まず、通常の契約が、当事者双方の自由な意思に基づく、契約内容を熟慮し理解した上の合意であるのに対し、医療契約では、その内容が高度な専門性を有し、例えば、手術のリスク、薬の副作用などについて、かりに医師が説明義務を果たしていても、患者側に医師と同レベルの理解を期待することが難しい。

次に、中国でも、自由契約理論から発展した患者の自己決定権（中国では、患者の自主権または自主決定権と称される。第2編3章3節2款4項）が受け入れられており、患者は、自分が望む治療を受け、または望まない治療を受けないことが認められる。この患者の自己決定権は、日本では一種の幸福追求権と解され、中国でも、患者の基本的人権と解される。しかし、医療の特徴として、医療の提供に際しては、医師と患者とがともに協力することを要する。中国では、この医療への患者の協力を診療協力義務と称し、不真正義務と解されており、そのため、患者が、医療側から提供される医的処置を拒否する自己決定権を行使した場合は、患者の債務の不履行に関する過失と判断されうる余地が生じる。すなわち、医師が提案する医的処置への患者による拒否を受領義務の解怠（被害者の過失）と解することで、医師の善管注意義務（加害者の責任）は減輕される（民法通則第131条）。他方、患者が、医療側から提供される医的処置に同意する自己決定権を行使した場合は、患者は自ら手術のリスクや、薬の副作用などを甘受することになる、こうして、自己決定権に内在する自己責任原則を患者に過度に課すことで、患者の保護が後退させられることになる。

1990年代後半から、中国の医療現場では、医療紛争の対策として、医療側は患者に医療を提供する前に、治療方法について、そのリスクを過大に強調した内容を記載した医療契約書に当たる同意書を持ち込み、それに同意した患者のみに治療を行うという傾向が、各病院で固まりつつある。このように、現在の中国では、契約構成を強調しすぎることは、医療側が治療のリスクのすべてを患者側に負わせるという結果につながりかねず、切実に治療を求める患者は極めて不利な立場に追い込まれてしまう。

## 2 不法行為法の視点から見た場合

一方、不法行為法は、一定の条件（例えば、行為の違法性、過失など）のもとに、被害者に生じた損害を、それに原因を与えたものに損害賠償責任を負わせることを目的とする制度であり、この制度は、医療過誤においても、加害者への制裁、被害者への被侵害利益の填補、社会秩序の回復および反社会的行為の予防な

ど、極めて重要な役割を果たしている。中国においても、従来から医師の民事責任は侵權行為法で追求され、その経験は蓄積されてきている。ただし、通常、不法行為法では、損害を被った被害者は、その損害発生の原因となる行為、すなわち、加害者に帰責事由、いわば過失があることを立証しなければならず、高度な専門性を有する医療過失を立証することは、その専門知識のない患者側にとっては極めて困難である。このため、日本では、立証責任が加害者側にあり、債務消滅時効も不法行為責任より長い債務不履行責任で、医師の過失責任を追及する医療契約論が提唱されてきた。

これに対して、中国では、2001年12月21日「最高人民法院關於民事訴訟証拠の若干規定」が發布され、この規定によれば、医療行為により生じた紛争について、医療側は、その医療行為と患者が被った損害との間に因果関係のないことを立証しない限り責任を免れないことになった。このことは、患者側が医療過失の立証責任から解放されたことを意味する。

また、債務消滅時効についても、中国では普通時効、特殊短期時効、最長時効という三つに分けて定めている。普通時効は2年で、一般の違約訴訟は侵權行為訴訟と同じくそれが適用される（民法通則135条）。すなわち、中国では、時効に関しては、違約訴訟でも、侵權行為訴訟でも、日本ほどの差は存在しないことになる。

さらに、2002年に發布された「医療事故处理条例」、「医療事故技術鑑定暫行弁法」並びに「医療事故分級標準」は、医療紛争をめぐる法的処理の詳細を定めており、これらの条例は、不法行為構成による処理を基礎において考えられている。

このように、中国では、契約法より、不法行為法に基づいて医師の民事責任を問う法的環境が整っている。

以上のような諸点に鑑みて、私見は、医師の医療過失の認定に際しては、法によって保護される利益の内容を明らかにしたうえ、契約があり、その内容が社会通念に照らして有効であると判断された場合は契約責任、契約が存在しない場合には不法行為責任を問うということを原則にしつつ、原告側の裁量によってそのいずれを選択することも許されんとする構成が相当であると考ええる。契約の内容となっている患者の意思を生かしつつ、医療契約の行き過ぎを食い止めることができる考えるからである。

### 3 公平原則の適用について

最後に、中国でも債務不履行責任、あるいは不法行為責任のいずれによろうと

も、医師の責任は過失責任であるという考えが通説である。しかし、中国では、公平原則、いわば無過失責任論で損害を当事者に分担させた判例も見られる。

医療行為の侵襲性、高度の専門性および非営利性などの点を考えれば、医療過失の認定は、交通事故、公害、あるいは製造物責任などとは異なって、患者の法益を保護すると同時に、高度の専門職である医師の裁量にも十分な配慮を払わなければならないという違いがある。このため、国が主導する補償システムが確立されていない状況の中で、医療側に無過失責任を問い、補償または賠償責任を負わせるのは、適切ではないと考える。医師の責任を厳格化することは、それが萎縮医療あるいは保身医療に繋がりがねず、そのことは、患者にとっては必ずしもプラスとは言えないからである。

以上