

においても、かかりつけ医のいない妊婦に対する出産に関して、後で訴訟になる場合のリスクをおそれて、拒絶する場合が少なくないようである¹⁵。

特に分娩に限定して無過失補償制度を設けているのは、分娩を取り扱っている産婦人科医に対する患者の勝訴率が高く、勝訴した場合の損害賠償額も他の診療類型よりも高額であること、実際に提訴される件数も多いため、産婦人科医の賠償責任保険額が高騰し、保険会社も産婦人科医の賠償責任保険を引き受けなくなり、産婦人科医は賠償責任保険額が低廉な他の州に移動すること、リスクをとまう分娩を行わなくなることなどによって、特に地方での産婦人科医不足が問題となるといった悪循環に陥っているからである。したがって、労働災害補償は、工場での重大な事故の急増に対して、コンモロー上の労働者の権利が不十分であることを保護するために立法化されたのに対して、分娩に関連する無過失補償制度は、被害者の迅速な救済よりもむしろ医師、医療機関および保険会社を医療訴訟から除外することによって、医師および医療機関を保護する視点が強いこと、対象を重度の脳性麻痺に限定しており、幅広い労働者の職場の安全確保を目的とする労働災害補償と制度趣旨が必ずしも同一とはいえないとの指摘がなされている¹⁶。

2 無過失補償制度の概要

(1) 無過失補償制度に参加している医師および医療機関

バージニア州における分娩に関連する無過失補償制度は、医師および医療機関の参加を強制するものではなく、あくまでも自発的な制度である。これに対して、フロリダ州では、医師の参加は自由であるが、病院は必ず無過失補償に参加しなければならない。

バージニア州の無過失補償制度に参加するには、バージニア州で医師、助産師の資格を有し、現に産婦人科医、一般医(family practitioner)あるいは助産師として、常勤あるいは非常勤で業務を行っていることが必要である¹⁷。さらに、無過失補償制度に参加する医師は、貧困者に対する分娩を拒否しないことを健康委員(Commissioner of Health)との間で誓約書を毎年提出する必要がある。病院の場合には、バージニア州で許可され、貧困者にも分娩を行っていることが必要である(バージニア州における分娩に関連する脳性麻痺補償法 § 38.2-5001)。

2008年6月1日現在、37の病院と609名の婦人科医師が参加している(医師の氏名および医師免許番号、所在地の郵便番号などが公表されている)。バージニア州全体では、分娩の65パーセント、バージニア州北部では、85パーセント以上の参加率であるとされており、地域的偏差が存在する。

分娩を取り扱う病院(分娩1例につき50ドル、バージニア州法で不法行為に基づく損害賠償請求の上限が定められているので、無過失補償の場合にも拠出金の年間上限は18万ドル(2008年)に制限されている)および産婦人科医(年間5,400ドル(2008年))の他、他の診療科の医師も一定額(年間290ドル

¹⁵ Joint Legislative Audit and Review Commission of the Virginia General Assembly, *Review of the Virginia Birth-Related Neurological Injury Compensation Program*, at 4-7 (2003) .

¹⁶ Comments, *supra* note 3 at 437; S. Martin, *NICA-Florida Birth-Related Neurological Injury Compensation Act: Four Reasons Why This Malpractice Reform Must Be Eliminated*, 16 *Nova Law Review* 613(2002).

¹⁷ 助産師だけが分娩に立ち会い、担当医師が実際には分娩に立ち会わず、電話で助産師にピトシンの投与を指示している場合に、病院での出産とは認めず、フロリダ州の無過失補償が認められなかった第1審判断を覆し、助産師であっても担当医の監督の下であれば、医師が実際に立ち会ったのと同じであるとした判例がある(*Fluet v. Birth-Related Neurological Injury Comp. Ass'n*, 788 So.2d 1010 (Fla.2d Dist.Ct. App.2001)).

(2007年)を拠出している(§ 38.2-5020)¹⁸。研修医あるいは医師を廃業した者などは、拠出金を支払う必要はない。

産婦人科医以外の医師も拠出金を支払うことに対して、違憲であるか否かが争われた。判例は無過失補償制度によって医師の賠償責任保険額が抑制しうることから、他の診療科の医師も広く賠償責任を引き受けてもらう恩恵を享受していると評価し、合憲であると判断している¹⁹。

分娩に関連する無過失補償は、バージニア州の出生障害基金(Birth Injury Fund, 以下、「基金」と略記する)によって運営されている。具体的には、医師及び医療機関からの拠出金を基にして、運営されている。バージニア州は、基金の運営に関与しているが、バージニア州および連邦政府は、財政的な負担をしていない。実際に無過失補償の対象となる件数が極めて限定されているので、純粋に私的な保険では対応できないからである²⁰。ただし、バージニア州では、後述するように2000年以降に基金の財政状態が逼迫したため、保険会社も一定額を拠出している点に特色があり、フロリダ州においては財政問題が顕在化していない²¹。

無過失補償制度が適正に機能するには、全国均一に医師及び医療機関が参加している必要があるが、実際にはバージニア州では地域的偏差がある。これに対して、我が国の産科医療補償制度の加入状況は、2008年12月16日現在、病院(全体の99.8パーセント)、診療所(全体の98.6パーセント)、助産所(全体の94.6パーセント)と極めて高い割合を占めている²²。

(2) 分娩に関連する無過失補償制度の基準

バージニア州では、分娩に関連する無過失補償は、無過失補償制度に参加している医師あるいは病院における分娩時または分娩直後の蘇生活動時に生じた障害を対象としている(§ 38.2-5001)。したがって、無過失補償制度に参加していない医師による分娩または病院での分娩の場合に新生児に脳性麻痺が生じた場合に訴訟を提起することはできるが、無過失補償制度の対象からは除外されている。これに対して、フロリダ州では、無過失補償制度に参加している病院を対象としており、フロリダ州では無過失補償制度に病院の参加が強制されている。

バージニア州では、出生時から10年以内に申請しなければならない(§ 38.2-5013)。これに対して、フロリダ州では、我が国の産科医療補償制度と同じように出生時から出生時から5年以内に申請しなければならない。

¹⁸ Oliver Wyman, *Virginia Birth-Related Neurological Injury Compensation Program, 2008 Annual Report including projections for Program Years 2008-2010*, Appendix A Exhibit 2, 4.

¹⁹ *King v. Virginia Birth-Related Neur. Inj. Comp. Plan*, 410 S.E.2d 656, 686 (Va. 1991)。フロリダ州においても、合憲であると判断されている (*McGibony v. Fla. Birth-Related Neurological Injury Compensation Plan*, 564 So.2d 177 (Fla. 1st Dist. Ct. App. 1990)。 *Coy v. Fla. Birth-Related Neurological Comp. Plan*, 595 So.2d 943, 945 (Fla. 1992))。

²⁰ Sloan and Chepke, *supra* note 6 at 281.

²¹ フロリダ州も無過失補償制度の財源が悪化した場合に2千万ドルまで保険会社委員会の規制基金 (Insurance Commissioner's Regulatory Trust Fund) から支出する余地を認めている。

²² 加入分娩機関を検索することも可能である (<http://www.sanka-hp.icqhc.or.jp/search/index.php>)。

バージニア州で無過失補償が認められるためには、脳性麻痺の原因について、①低酸素ないしは医療機器の故障の場合であること、②分娩もしくは分娩直後の蘇生(resuscitation)時に生じていること、③脳性麻痺の程度が恒久的な機能障害ないしは恒久的な障害と認められ、かつ日常生活において常に介護を必要とされなければならない(ADLs)(§ 38.2-5001)。

フロリダ州では、脳性麻痺の原因について、?低酸素ないしは医療機器の故障の場合であること、?分娩もしくは分娩直後の蘇生時に生じていること、?生下時体重が少なくとも2,500グラム以上であること、多胎妊娠の場合は、少なくとも2,000グラム以上であること、?肉体的および精神的な障害を実質的(substantially)かつ永続的に被っていることが必要である(§ 766.302)。フロリダ州は脳性麻痺の危険が高い未熟児を除外するために新生児の体重要件を設けているのに、バージニア州では、生下時体重および在胎週数を基準とすることは、人種によっても体重が異なり、基準として明確ではないとして採用されていない²³。

正常な胎児が分娩時に脳性麻痺となった場合でなければならず、遺伝子異常の場合、先天性疾患の場合は対象から除外されており、死産の場合も除外されている。

我が国の産科医療補償制度では、出生体重2,000グラム以上かつ在胎週数33週以上かつ身体障害者等級1級又は2級相当の重度脳性麻痺が分娩に関連して発症した場合を対象としており、低酸素ないしは医療機器の故障の場合である必要はない。在胎週数が28週以上で分娩に際し所定の要件を満たした場合には、個別審査による。

申請の開始時期は、原則として、脳性麻痺の確実な診断が行われる生後1年以降としているが、極めて重症の場合は、生後6ヶ月で一定の要件、例えば複数の脳性麻痺に関する医学的知識を有する小児科医による診断を満たす場合には、生後6ヶ月移行においても申請可能としている。ただし、正確な診断を行うために生後3年程度まで経過を見なければ診断できない場合もあることが指摘されている²⁴。

医療訴訟の場合には医師の作為または不作為によって障害が生じたことを立証する必要があるが、分娩に関連する無過失補償においては、出生時に障害を被ったことを主張立証するだけではなく、低酸素ないしは医療機器の故障が原因で、障害が発生したことを主張立証しなければならない。したがって、障害の結果を回避し得たかというアプローチではなく、障害の結果が発生し、障害が分娩と関連して生じていることを主張立証する²⁵。ただし、労働災害のように資格要件を形式的に満たすか否かというよりも、低酸素ないしは医療機器の故障が原因で、障害が発生したかをめぐって、互いに専門家証人が対立する構造に陥りやすいとされている²⁶。

出生時に臍帯血流障害によって脳性麻痺となる症例が多いとされ、機器の故障もほとんどなく、鉗子、吸引分娩の場合に装置の誤った使用による事故が一般的のようである²⁷。

²³ バージニア州で、無過失補償が実際に認められた72名の内、22名が生下時に2,500グラム以下であり、在胎週数が23週から41週であるとされている。(Joint Legislative Audit and Review Commission of the Virginia General Assembly, supra note 15 at 75-76)。

²⁴ 産科医療補償制度運営組織準備委員会・前掲注(7)12頁参照。

²⁵ G.Siegel, M.Mello and Studdert, *Adjudicating Severe Birth Injury Claims in Florida and Virginia: The Experience of a Landmark Experiment in Personal Injury Compensation*, 34 *American Journal Of Medicine*(2008)497.

²⁶ Martin, supra note 16 at 615.

²⁷ Joint Legislative Audit and Review Commission of the Virginia General Assembly, supra note 15 at 12.

低酸素による脳性麻痺を判断する指針は、一義的ではなく、かつ無過失補償を申請する者が証明することは困難である。そこで、バージニア州では、労働補償委員会が脳性麻痺の資格要件を満たすと判断すれば、恒久的な機能障害ないしは恒久的な障害であると推定され(§ 38.2-5008(A)(1)(a))、医師あるいは病院が反証責任を負っている。

脳性麻痺の原因を判断するには、分娩監視装置のモニターが不可欠であるにもかかわらず、モニターの記録などの医療情報は、裁判所からの罰則付召還令状(subpoena)がないと病院から積極的に提出されないといった当事者の不満も少なくなかった²⁸。そこで、病院が新生児の親権者が無過失補償の申出をしたとの書面での通知を受領した場合には、なるべく早く、分娩監視装置の記録などの分娩に関連する医療記録を親権者に提出しなければならない、と法律を改正している(§ 38.2-5004 (E),(F))。病院が医療記録を提出しなければ、分娩に関連する重大な義務違反が生じたことが推定される(§ 38.2-5008(A)(1)(b))。

我が国の産科医療補償制度においても、原因分析を適切に行うためには、分娩に係る診療内容等の記録の正確性が重要であり、かつ資料として提出される必要があることが指摘されている²⁹。医師・病院に分娩監視装置などで、胎児の状態を監視するとともに、医療記録を適切に保管することを周知徹底する点で、バージニア州の規定は我が国においても参考になる。

バージニア州で1988年から2007年までに無過失補償が認められた総件数は、申請総件数192件中134件であり、却下件数38件、取下件数は12件である³⁰。

無過失補償が認定された地域は、バージニア州北部(33パーセント)、リッチモンド地域(州都)(14パーセント)、Tidewater地域(14パーセント)に集中し、シエラナンドーレ山脈、南部及び南西部地域はほとんど申請がなく、地域的な偏差があるようである³¹。バージニア州の北部、都市部に無過失補償制度に参加している医師が集中していることも要因として考えられるが、詳細は不明である。なお、1988年当時で、障害者は1才から14才までおり、既にその内の8人が死亡しているようである。

フロリダ州で1989年から2003年までに無過失補償が認められたのは、申請総数489件中171件(35パーセント)に過ぎず、無過失補償の要件を満たさないとされたのは、267件(55パーセント)にもほぼる。

無過失補償の受給資格を審査する機関は、バージニア州では労働者補償委員会(Workers' Compensation Commission)であり、フロリダ州では労働補償委員会から行政法審判官(Administrative law Judge)に審査機関が変更されている。いずれの審査機関も医療機関ではない。分娩に関連する脳

²⁸ Id. at. 87.

²⁹ 産科医療補償制度運営組織準備委員会・前掲注(7)14頁。原因分析及び再発防止の検討の際に必要な診療録・助産記録等の記載事項について、整理されている(産科医療補償制度原因分析・再発防止に係る検討会『産科医療補償制度の原因分析・再発防止に係る診療録・助産録等の記載事項に関する報告書』(2008年)参照)。ただし、分娩監視装置の記録に関しての記載はない。我が国では、診療録(医師法24条1項)および助産録(保助看法42条)は5年間、病院日誌、各科診療日誌、手術記録、エックス線写真などは2年間(医療則20条⑩)と統一されていないので、早期に組織的に保存期間を統一的に規定すべきであると考えられる。

³⁰ Siegal, Mello and Studdert, supra note 25 at 537 Table 3.

³¹ Joint Legislative Audit and Review Commission of the Virginia General Assembly, supra note 15 at 10.

性麻痺の認定は、労働災害よりも事案が複雑のため、専門的な医療の知識が必要であるのに、何らの専門教育や指針が示されていないことに対して批判がある³²。

審査機関が無過失補償の受給資格を審査する際には、医療専門家の意見を照会している。これらの専門家の意見には拘束力がないが、実際の受給資格の認定において極めて強い影響力があるとされている³³。

低酸素症の影響や将来の介護の必要性の度合いを判断するために、産婦人科医だけではなく、小児神経科医が重要であるとされている³⁴。フロリダ州では、ハイリスクの分娩の専門家である産婦人科医1名と小児脳外科1名がそれぞれ個別に意見書を行政法審判官に示す。特定の専門家が分娩に関連する脳性麻痺の判断を継続的に行うことによって、より専門性を修得できるとされている。

バージニア州では州内の3の医学専門大学の学長が産婦人科医3名を選任していたが、小児神経科医の役割が重要であることから、2008年に産婦人科医3名の構成から産婦人科、小児科、小児神経科、物療医学などの関連する分野から構成される3名の専門医を選任するように改正されている³⁵。ただし、バージニア州では近年まで無償で意見書を作成しているため、裁判所に対する鑑定書の記載よりも簡略化しているとされている³⁶。

フロリダ州では単一の専門家が個別に意見書を作成することによって、バージニア州のような委員会構成よりも迅速かつ低廉に行うことができ、特定の専門家を選任することによって、専門的知識も蓄積できるとされている。

バージニア州のような委員会構成では、専門家が互いに議論することによって、分娩に関連する脳性麻痺のように複雑な争点に関して有益な判断を行うことができるとされている³⁷。ただし、このように複雑で専門性が高いにもかかわらず、いずれの州においても医療の専門家および審査機関の構成員に対する専門教育は公式には行われておらず、特に医療専門家にとっては、法律上規定されている無過失補償の法律用語を理解するのが困難であるとされている³⁸。さらに、類似の無過失補償制度であるにもかかわらず、バージニア州とフロリダ州の間で意見交換はほとんどされていないとされている³⁹。

我が国の産科補償制度では、脳性麻痺に関する医学的専門知識を有する産科医、小児科医が申請書類に基づき書類審査を行い、この結果を受けて、審査委員会で最終的に補償の可否を決定するという二段階の審査の形式をとることが予定されている⁴⁰。

さらに、分娩に関連する脳性麻痺に対する無過失補償に関して、専門的意見書を作成した医師が後で訴訟が提起された場合に鑑定人となりうるか、当該医師と専門的意見書を作成した医師との間にどの位

³² Siegal, Mello and Studdert, *supra* note 25 at 521.

³³ *Id.* at 521.

³⁴ *Id.* at 521.

³⁵ *Id.* at 522.

³⁶ *Id.* at 523.

³⁷ *Id.* at 524.

³⁸ *Id.* at 524.

³⁹ *Id.* at 526.

⁴⁰ 財団法人日本医療機能評価機構・前掲注(7)12頁など参照。

の親密性が存在する場合に利益相反となりうるか、が問題となる。あまり厳格に考えると、専門医があまりいない地方においては、担い手を見いだすことが困難となる⁴¹。

(3) 分娩に関連する無過失補償制度の補償の対象

バージニア州およびフロリダ州における無過失補償制度は、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟で勝訴した場合に認められる一時金ではなく、主として必要経費に依拠した定期金による補償を行う点に違いがある。補償の具体的な対象となるのは、看護費用(専門看護を原則とし、両親、兄弟など家族による看護費用は含まない)、介護費用、治療費、住宅の改造費用、リハビリ費用、移動用の自動車購入、医療機関への交通費、コミュニケーションのために必要とされる医療機器を含めた医薬品の購入費および弁護士費用などに関して合理的であると認められた費用である(§ 38.2-5009 A1,3)⁴²。

補償するのは、あくまでも必要経費であると認められた範囲に限定されるので、脳性麻痺の程度やニーズに即して、個別案件ごとに決められる。なお、健康保険、傷害保険などに当事者が加入している場合には、無過失補償の対象からは除外される。これに対して、不法行為に基づく損害賠償請求の場合には、公平性の観点から保険などでカバーされていても賠償金に算定には考慮されない点が異なる。

補償金の用途の細目について指針が定められており、個別の事件に応じて補償金が決定される。具体的には看護費用および住宅の改造費用が7割を占め、交通費、医療費などが続く。

新生児が18歳まで生存すると非農業従事者でバージニア州における私企業の週給の半分(2000年において、年間約17,600ドル)が65歳まで逸出利益として支給される(§ 38.2-5009 A2)⁴³。1987年に無過失補償制度が設立されているが、無過失の補償に関して、申請が最初になされたのは、1990年であり、補償金が最初に支払われたのは、1992年である。したがって、逸出利益の受給資格が18才からなので、まだ資格要件を満たす対象者は存在していない。

補償金額の上限の制限はないが、慰謝料などの非金銭賠償は補償の対象から除外される。精神的損害については、経済的損害と比較して、算定が困難であるだけでなく、再発の抑制と損害の補償との比較衡量をあわせて行う必要があるが、裁判所は陪審に対して精神的損害の明確な算定基準を示せない。陪審が法外な賠償金を認定し、医療機関がリスクの高い医療を行わなくなるなど防御的な医療、賠償保険料の高騰につながるおそれがあるとの批判があった。そこで、州法レベルで医療訴訟の損害金の上限を抑制する対象は、主に精神的損害賠償を念頭にしていたからである⁴⁴。

バージニア州では、出生時から180日以内で新生児が死亡した場合には、2003年から通常の補償とは別に10万ドルを限度として裁量で支給することができるように改正されている(§ 38.2-5009.1)。

バージニア州では、法律上明確な規定は存在しなかったが、住宅および監護費の解釈として、住宅手当を支給している。1993年から障害者用の住宅改造費を提供していたが、基金の財源が増加しているのに、当初は認定数も少なかったため、予算処理の圧力が高まっていた。そこで、1994年から障害者のために住宅を購入し、障害者が死亡するまで提供することに政策を転換している。住宅購入希望者はほとんど

⁴¹ Siegal, Mello and Studdert supra note 25 at 523.

⁴² フロリダ州では、損害賠償請求をするか否かの事前準備に要する費用、専門家の意見などが支払われない、と批判されている(Bovberg and Sloan, supra note 13 at 97-98)。

⁴³ フロリダ州では、逸出利益は認めておらず、その代わりに最大10万ドルを家族に一時金として、支給する。両親がその後離婚した場合に、10万ドルを二人で別けることを命じている事例がある(Wojtowicz v. NICA, Fla. Div. of Admin. No. 93-4268N, Final Order (July 22, 1994); Bovberg and Sloan, supra note 13 at 91)。

⁴⁴ C. Sharkey, *Caps and the Construction of Damages in Medical Malpractice Cases*, on W. Sage and R. Kersh (eds.) supra note 9 at 155.

いないと予測していたが、実際には、ほとんどの障害者が希望したため、費用が膨れあがり⁴⁵、基金の債務超過が顕在化した2000年に廃止された。住宅購入の本来の趣旨は、障害者に対して、適切な住宅を提供することであったが、住宅が適切であるかの審査はほとんど行われていなかった。現在では、住宅購入に代わって年間最大総額17万5千ドルの家屋の改造費あるいは賃料の補助が認められている。支給額は、特に受給者の保険の加入状況などによって異なっているが、2002年までの年間支給額は、8,400ドルから247,000ドルの間であるとされている⁴⁶。

障害者が嚥下をするための特別な治療が適切であったとはいえない⁴⁷など補償金の支出について適切に管理・運営されていない問題点が指摘されている。

我が国の産科医療補償制度では、看護・介護費用の一助という位置づけから考えると、全額一時金で給付するよりも、介護のための住宅・車両改造、福祉機器の介護用品などにあてるためのいわば準備金の他は、毎年定期的に一定額を20歳に達した後に支給される障害年金に結びつくまで支給し、不幸にして死亡した場合はその時点で給付終了とする年金方式の方がふさわしいと指摘されている。しかし、損保商品が、原則として単年度で収支を確定させ、事故率等を検証する必要があるため、保険金の支払い方法は一時金支払いが基本とされ、補償の対象となる脳性麻痺児についての生存曲線に関するデータは皆無に近く、年金方式による収支の見込みを立てられないことから補償金の分割金方式が提唱されている⁴⁸。したがって、バージニア州およびフロリダ州における無過失補償のように個別に必要な額を補償するというよりも、一律定額に支給する方式を採用し、事務処理作業を簡素化している。

一時金および分割金の使途に関しては、産科医療補償制度標準補償約款上は何ら明記されていないが、重症脳性麻痺児に対する補償額を適正に算定するには、一時金および分割金の使途に関しても統計などを取るべきではないか、と考える。医療費、介護費用の目安が蓄積されることは、将来、産科補償制度を見直す際に有益なだけでなく、重症脳性麻痺児の両親にも有益だからである。

3 無過失補償基金の財政問題

バージニア州の基金は、2000年以後、債務超過の状態に陥っているとされている。これは、分娩に関連する脳性麻痺の新生児に対する必要な補償額を具体的にいくらにするかに関して、データがなく、脳性麻痺の新生児の余命も当初の予想よりも長かったため、特に看護費用が増加し、実際の補償額が予想よりも増大する要因となったことが挙げられている。

基金の財政状態も認定された障害者を基準とし、申請はされていないが潜在的な障害者の数も予測して、財源を確保することもしていなかった。さらに、基金の財政状態が健全であることを前提として、役員会は、無過失補償制度への参加年数に応じて、医師および医療機関の拠出金を引き下げ、1993年には産婦人科以外の医師からの拠出金も免除したため、基金の収入は頭打ちであった。

無過失補償の件数が当初少なく、基金の財政状態も健全であると考えられていたため、1994年以後、住宅を購入し、支給しており、住宅購入資金が膨れあがり、基金の財政基盤は急速に悪化している。ところ

⁴⁵ 1988年から2002年6月30日までに、23件に関して家屋を購入するのに、総額720万ドルあまりを支給している (Joint Legislative Audit and Review Commission of the Virginia General Assembly, *supra* note 15 at 107)。

⁴⁶ *Id.* at 14.

⁴⁷ *Carreras v. NICA*, Fla.Div.of Admin.Hearings, 665 So.2d 1082(Fla.App.3Dist.1995).

⁴⁸ 産科医療補償制度運営組織準備委員会・前掲注(7)9頁。

が、基金の収支状況に関する精細な検査をしなかったため、財政基盤の悪化していることは表面化しなかった。

2002年になってから、保険会社から拠出金を徴収すること、産婦人科以外の医師に対する拠出金を再度徴収すること、年数に応じて拠出金を減額することの廃止などによって基金の財政基盤の立て直しを行っているが⁴⁹、迅速な手当がなされたとは言えない。

このように分娩に関連する無過失補償に関しては、長期的な基金の運用が不可欠である⁵⁰。我が国の産科医療補償制度においても、損害保険会社や運営組織における長期にわたる資金管理、給付事務などが必要になるため、その事務処理体制の確保が指摘されている⁵¹。

特に深刻な問題は、補償責任を負う分娩機関が廃業や破産した場合にはたして、補償金が児・家族への給付が減額されないか、である。このような問題に対応するためには、医療機関が保険に加入するなどして、リスクを分散すべきであるが、現在の保険制度では、産科医療補償制度で議論されたように実現が困難である。

E 結論—分娩に関連する無過失補償制度と裁判手続による救済

1 分娩に関連する無過失補償制度の利点

アメリカにおける無過失補償制度は、裁判による損害賠償請求と比較して以下の利点があるとされている。

第一に当事者は、医師あるいは病院の過失を証明しなくても、無過失補償の要件を満たせば補償されるので、結果的に当事者の救済される範囲が拡充されている。第二に民事裁判による場合には、当事者対抗主義がとられ、患者は医師などの医療機関と対峙する関係にあるのに対して、無過失補償制度はむしろ行政上の救済手続であり、裁判での敗訴をおそれて、医療機関が過度に防御活動をする必要はなく、裁判手続よりも低廉で迅速な解決が図ることが出来る。

第三に不法行為に基づく損害賠償請求で勝訴した場合には、一時金で支払われ、被害者が裁判所の認定よりも早期に死亡した場合には、実際に生じた損害よりも多額な賠償を認めることになる。これに対して、無過失補償は、精神的損害は除外され、必要経費を定期金として支給され、被害者が死亡すれば、その時点で終了するため、補償額は実際の損害により即したものとなる。ただし、補償制度の厳格な運用をするには、障害者の身体的、精神的障害の程度を定期的に診断し、障害者のニーズを的確に把握することが必要となる。

不法行為に基づく損害賠償請求には、上限は画されるが精神的損害も含まれているのに対して、無過失補償制度の補償には精神的損害は含まれない。

バージニア州における分娩に関連する無過失補償制度と裁判手続による救済手続との役割分担を検討する場合には、医療過誤訴訟で認められる賠償金総額の上限が制限されていることが重要といえる。

⁴⁹ 2006年に基金の委員会は、バージニア州知事と議会に対して、基金の財政基盤の健全化案を提出している(Report of the Virginia Birth-related Neurological Injury Compensation Board, A Study to Establish an Economically Balanced Approach for Funding the Birth-Related Neurological Injury Compensation Fund, House Document No.11(2006).)

⁵⁰ フロリダ州では、基金が債務超過に陥らないように、再保険に加入し、未処理の事件によって、長期的な損失が生じないように、支払いの概算、障害者の余命年数その他を勘案して、基金の流動資産の8割を超過することになる場合に、新たな申立てを認めていない(766.314(9)(a)(d)).

⁵¹ 産科医療補償制度運営組織準備委員会・前掲注(7)10頁。

アメリカでは、弁護士が成功報酬契約を締結するのが一般的であり、患者側が勝訴した場合には、賠償額の少なくとも40パーセントは弁護士費用に充てられている。しかし、無過失補償では合理的な弁護士費用と認められるのは、時間給に基づいて算出されている。したがって、過失の有無をめぐって裁判で争い、弁護士が過大な弁護士報酬を得ることはなく、無過失補償制度では、弁護士が積極的に事件を受任しないため、迅速に紛争を解決し、弁護士費用を軽減しうる⁵²。ただし、バージニア州においても、弁護士費用が訴訟と比較して低廉であっても、特定の弁護士が無過失補償制度を取り扱い、当事者が無過失補償を得られるように他の州の医療専門家から意見を聴取するなど調査費用をかけ、手続もより当事者対抗的となり、費用と時間がかかっているとされている⁵³。

医療過誤訴訟が提起された医師が賠償金を支払っている場合には、判決で終了した場合だけではなく、和解で終了した場合にも全国医師データバンク(National Practitioner Data Bank(NPDP))以下、「データバンク」と略記する。)に登録される。

1990年からは責任賠償保険会社も賠償金を訴訟で支払った場合の情報をデータバンクに提供する義務を負っている。したがって、データバンクを利用して、州の医師免許管理部門では、医師免許を認めるか否か、病院では医師の専門性の認定(credentialing)の判断材料にしている。これに対して、無過失補償制度で処理された場合には、医師の責任は追及されないため、分娩に関連する脳性麻痺の事例に関して医師は、データバンクに登録されない⁵⁴。

無過失補償の申立てがなされた場合に、必要な診療・治療行為が行われたか、などの原因究明について、バージニア州の健康保健省(Virginia Department of Health)は、独自に調査しなければならない(§ 38.2-5004 B,C)。無過失補償の場合には、訴訟が提起された場合のようにデータバンクに医師の情報は記録されないため、はたして医師が適切な治療行為を行ったか、過失の有無などについては、バージニア州の保険省の調査が極めて重要となる⁵⁵。しかし、具体的な調査は、患者あるいは医療機関による申出によってはじめて開始され、専ら診療記録などの書面に基づく調査のため、医師が行政処分となった事例はほとんどない。無過失補償制度が医師の賠償責任保険額の高騰を抑制する目的で、制度設計されているので、原因究明を徹底するのは限られた予算では困難であると指摘されている⁵⁷。

分娩に関連する脳性麻痺の制度は、もともと医療の質を向上するために行われているものではないため、分娩に関連する脳性麻痺の事案が医療の現場にフィードバックされることもほとんどないと批判されてい

⁵² Bovberg and Sloan, *supra* note 13 at 108, Sloan and Chepke, *supra* note 6 at 278. バージニア州では、裁判所が認めた損害賠償額がフロリダ州のように公表されていないため、損害賠償請求と無過失補償を比較することは不可能である(Sloan and Chepke, *supra* note 6 at 389 note 23).

⁵³ 2007年3月25日にバージニア州における無過失補償制度基金の代表 Deebo氏による聞取調査に基づく。 Siegal, Mello and Studdert, *supra* note 25 at 529.

⁵⁴ 1986年医療の品質の改善に関する法律によって設立されている。このような制度が設けられたのは、同僚による審査を促進し、医師に関する全国規模のデータベースを構築することによって、能力のない医師および他の州に移動し、医療行為を行うことを妨げることにある(詳細に関しては、我妻学「アメリカにおける医療安全と医療事故情報」都法49巻1号135頁(2008年)など参照)。

⁵⁵ Joint Legislative Audit and Review Commission of the Virginia General Assembly, *supra* note 15 at 33-34.

⁵⁶ *Id.* at 92-93.

⁵⁷ Sloan and Chepke, *supra* note 6 at 281; Siegal, Mello and Studdert, *supra* note 25 at 519.

る。無過失補償制度では、医療記録の記載が重要であるにもかかわらず、分娩を行った産婦人科医が適切に記載することも徹底されていない⁵⁸。

たしかに、患者を不適切な診療・医療行為から保護する必要性は極めて高いが、医療事故に関して、訴訟などによってサンクションを課される可能性があるとの医師・医療機関は自発的に報告しない危険があるとされている。医療機関の職員に秘匿特権を認めていても実際に分娩に関連する医療行為が適切であったかを裁判などで明らかとするとは限らない。

むしろ、無過失補償制度によって、医師・医療機関が自発的に医療事故を報告しやすい環境を生み出し、結果的に医療安全に資することの方が重要であり、行政機関による調査によってどの程度の実効性があるかは疑問であると考えられる⁵⁹。さらに、不法行為訴訟による救済よりも、組織的な認定を行うことによって、より公平で予見可能性のある救済を与える⁶⁰。

我が国の産科医療補償制度においては、原因分析、再発防止に関して独立の第三者機関ではなく、運営組織内の各委員会で行われる予定である。しかし、補償機関と原因分析、再発防止は相互に利益が相反する可能性があり、同一組織とすることは極めて問題があり、中立・公正な第三者機関を構築すべきである⁶¹。

2 無過失補償制度の問題点

アメリカにおける無過失補償制度は、訴訟手続による救済と比較すると、以下の問題点がある。

第一に無過失補償の場合には、不法行為に基づく損害賠償のように、精神的損害に対する補償は認められず、逸失利益も制限されており、具体的に救済される範囲が訴訟手続による救済よりも限定されている。当事者が保険に加入している場合には、無過失補償制度では、かえって現実に支給される補償額が減少する危険がある、と指摘されている。裁判による損害賠償請求では、勝訴した患者側が、保険金が支給されていても、公平の観点から賠償金を減額する必要はないとされているが、補償制度ではあくまでも必要経費しか支給されないからである。

第二に分娩に関連する無過失補償制度の対象は極めて重症の場合に限定しているため、無過失補償が認められるためには、出生時に障害を被ったことだけを主張立証するだけではなく、低酸素ないしは医療機器の故障が原因で、障害が発生したことを主張立証しなければならない。したがって、労働災害のように就業時に傷害を負ったかといった資格要件を形式的に満たすか否かというよりも、低酸素ないし

⁵⁸ Bovberg and Sloan, *supra* note 13 at 103,109; Siegal,Mello and Studdert, *supra* note 25 at 526.

⁵⁹ Studdert and Brennen, *Toward a Workable Model of "No Fault" Compensation for Medical Injury in the United States*, 27 *Am.J.L &Med*, 225, 227-228 (2001).

⁶⁰ Bovberg and Sloan, *supra* note 13 at 111; Studdert and Brennen, *supra* note 59 at 228; Sloan and Chepke, *supra* note 6 at 279.

⁶¹ 公表されている産科医療補償制度運営組織準備委員会の議事録上、原因分析・再発防止を別組織で行うことが飯田修平委員より指摘されている（第8回「産科医療補償制度運営組織準備委員会」会議録20頁〔飯田発言〕）が、利益相反の観点から議論がなされなかったのは極めて残念である。なお、自動車事故における後遺症認定は、第三者機関である損害保険料率算出機構・自賠責損害調査事務所が行っている。医療の安全を向上させるために、医療事故による死亡が発生した際に、解剖や診療経過の評価を通じて事故の原因を究明し、再発防止に役立てていく仕組みについて、2007年4月に診療行為に関連した死亡に係る原因究明等の在り方に関する検討会（座長：前田雅英首都大学東京法科大学院教授）で検討され、同年11月には、「診療行為に関連した死亡の原因究明等の在り方に関する試案—第二次試案—」が公表されている。さらに、2008年4月には、第二次試案に対する意見をふまえて、「医療の安全の確保に向けた医療事故による死亡の原因究明・再発防止等の在り方に関する試案—第三次試案—」が公表されている。このような動向と産科医療補償制度の中立・公正さを担保することとは別次元の問題と考える。

は医療機器の故障が原因で、障害が発生したかをめぐって、互いに専門家証人が対立する構造に陥りやすく、弁護士の間与が奨励されている。

さらに低酸素による脳性麻痺を判断する指針が一義的ではなく、脳性麻痺の原因を特定し、その証明を厳格に求めると、大部分の事件では、無過失補償制度の資格要件を満たさなくなる危険がある。受給資格を充たさなければ、無過失補償制度の本来の目的である損害賠償請求を抑制することが困難となる。そこで、分娩時に低酸素状態であったこと、脳性麻痺が発症したことを患者側が立証すれば、医師あるいは病院が争う場合には、分娩に関連して発症しているのではなく、恒久的な障害が生じていないなど無過失補償が認められないことに関して患者ではなく、医師あるいは病院に反証責任を負わせている⁶²。さらに、バージニア州では、2003年に医師および病院に分娩監視装置の記録などの分娩に関連する医療記録を障害者の親権者に早期に提出する義務を課し、医療記録を提出しなければ、分娩に関連して重大な障害が生じたことを推定している。当事者間の公平、障害者を救済する観点から、わが国でも参考となる。

第三に過失の有無を問わず、補償されるので、真に必要な診療・治療行為が行われたか、過失の有無などを後から判断することが困難である。無過失補償では、事故の原因究明というよりは、当事者の保護と医師・医療機関の賠償保険の受け皿を確保する点が重視されているからである。

第四に無過失補償制度による救済を選択し、補償が認められると分娩に関連して、障害者および障害者の両親固有の損害賠償請求もはや認められない。したがって、分娩時に母体に障害が生じ、別個に損害賠償請求訴訟が提起しうる場合であっても、無過失補償制度による救済が認められると、障害者だけではなく、母親も分娩に関連して、不法行為に基づく損害賠償請求を裁判所に提起することはできない(§ 38.2-5002(B),(C))⁶³。したがって、無過失補償制度と裁判による損害賠償請求は制度として併存しているのではなく、いずれか一方しか認められないため、実体法上の権利が修正されている。

無過失補償制度による補償が認められれば、もはや不法行為に基づく損害賠償請求を失うので、障害者の手続保障の観点から無過失補償制度に関して事前に説明がなされる必要があり、無過失補償制度は強制的な制度ではない以上、無過失補償制度は当事者の同意がある場合に認められる⁶⁴。

バージニア州では、妊娠した患者に対して、医師、病院および助産師は、無過失補償制度に参加しているかを事前に書面で告知し、無過失補償制度に関する資料を配布して、説明することが義務づけられている(§ 38.2-5004.1)。しかし、医師は将来紛争の火種になることを恐れるのか、資料を積極的に説明することはほとんどなく、患者は、弁護士と医療過誤訴訟に関して相談する中で、無過失補償制度を知る場合が多いようである⁶⁵。ただし、出産を間近に控えた母親も可能性が低いにもかかわらず、脳性麻痺に関して積極的に尋ねようとなし背景があることにも留意する必要がある⁶⁶。

⁶² Siegal, Mello and Studdert, *supra* note 25 at 507.

⁶³ 帝王切開中に膀胱が傷つけられたため、6週間カテーテルが装着された母親は、膀胱と背中の神経が傷つけられたが、新生児に無過失補償が認められている以上は、母親はもはや医療過誤を理由に損害賠償請求をすることはできない。別個にヒアリングを行い、医療費を支払うことは可能であるとされている(Joint Legislative Audit and Review Commission of the Virginia General Assembly, *supra* note 15 at 30)。

⁶⁴ Studdert and Brennen, *supra* note 59 at 240; Bovberg and Sloan, *supra* note 13 at 84.

⁶⁵ Joint Legislative Audit and Review Commission of the Virginia General Assembly, *supra* note 15 at 99-101.

⁶⁶ Sloan and Chepke, *supra* note 6 at 389.

フロリダ州では、本来無過失補償制度の要件を満たす場合であっても、不法行為に基づく損害賠償請求を提起した障害者の親に対して、医師あるいは病院が無過失補償制度の適用を主張し、訴え却下の申立てが認められるか、が判例上問題となっている。フロリダ州の弁護士は、医師などの医療従事者が事前に無過失補償制度を患者に適切に説明していない以上、損害賠償請求は排除されない、と考え、無過失補償を利用しないで、医師あるいは病院に対する損害賠償訴訟を裁判所に提起し、判例も医療従事者の訴え却下の申立てを退けている^{67,68}。

フロリダ州においては、分娩を行っている病院および医師全員が無過失補償制度に事実上参加しており、患者に対する無過失補償制度に関する説明義務が重要となっている。これに対して、バージニア州においてはフロリダ州とは異なり、病院の参加は任意であるため、およそ半分の病院しか参加しておらず、産婦人科医の6割しか無過失補償制度に参加していない。このため、患者に対する無過失補償制度の説明よりも無過失補償制度に参加している医師、病院を選択するか否か重要となる。しかし、実際には、無過失補償制度に参加している病院で出産した妊婦の大部分、特に貧困で教育水準の低い者は自分が承諾した具体的な無過失補償制度の内容をほとんど理解していないと指摘されている⁶⁹。

我が国の産科医療補償制度では、安定期を迎える妊娠五ヶ月頃の妊産婦に登録書の記入を依頼する際に、産科医療補償制度に関する一定の説明をすることが想定されているが、フロリダ州におけるようにほとんどの医療機関が産科補償制度に参加している以上、説明内容をめぐって紛争が生じないように医師および医療機関に周知徹底することが重要であろう。

3 分娩に関連する無過失補償制度の評価

アメリカにおける無過失補償制度を適切に評価するには、被害者のニーズに即して適切に補償しているか、賠償責任の保険料を合理的な範囲に抑制しているか、障害の発生を抑制しているか、運営が適切に行われているか、等を総合的に判断する必要がある⁷⁰。

バージニア州の無過失補償制度は、重篤な脳性麻痺となった新生児だけを対象としており、症状の軽い脳性麻痺に対しては、補償していない。無過失補償制度がもともと分娩に関連する重度の脳性麻痺に関して、訴訟で医師、医療機関が敗訴すれば、弁護士費用を含めて賠償金が増大し、結果として産婦人科医の賠償責任保険料が高騰するのを抑制するために導入されたからである。このため、無過失補償制度において原因究明を徹底的に行うことも予算上困難であると指摘されている。

さらに、アメリカにおける無過失補償制度の対象としている分娩時における酸素不足、危惧の不具合による脳性麻痺の症例は極めて限定され、無過失補償の対象外となる未熟児、子宮内の発育不全、子宮内の感染症などの妊娠中および出産前の原因によって脳性麻痺となる症例が大部分を占めている。脳性麻痺の原因を究明するのは、個別事案ごとに行われている。

産婦人科医の賠償責任の保険料を抑制するような効果があったか、が問題となる。

⁶⁷ Braniff v. Galen of Fla., Inc., 669 So.2d 1051, 1053 (Fla. 1st Dist. Ct. App. 1995); Galen of Fla. Inc. v. Braniff, 696 So.2d 308, 309 (Fla. 1997); Bradford v. Florida Birth-related Neurologic Injury Compensation Ass'n., 667 So.2d 401 (Fla. 4th Dist. Ct. App. 1995).

⁶⁸ O'Leary v. Florida Birth-Related Neurological Injury Compensation Ass'n., 757 So.2d 624 (Fla. 5th Dist. Ct. App. 2000)では、不法行為に基づく損害賠償請求に対して、病院が無過失補償制度の適用を主張した場合に、いずれの制度を利用するかに関しては、行政法審判官 (administrative judge) が最終的に判断するとしている。

⁶⁹ Siegal, Mello and Studdert, supra note 25 at 514.

⁷⁰ Sloan and Chepke, supra note 6 at 281.

1980年代において、産婦人科は、他の診療科と比較して、訴訟件数も多く、和解の場合を含めて、医師および病院が支払う損害賠償額が高騰したため、産婦人科医の賠償責任保険料も急騰している。さらに、賠償責任保険料を引き上げても、産婦人科医が敗訴する事件数も多いため、保険会社が賠償責任を引き受けなくなり、産婦人科医が賠償責任保険に加入できなくなり、訴訟リスクを恐れて産婦人科医を廃業するという悪循環が生じていた⁷¹。

1987年に分娩に関連する無過失補償が導入された後、1989年から1992年までは、バージニア州における産婦人科医の賠償責任保険額は他の州の平均と比較しても比較的低廉な水準を維持している⁷²。バージニア州において賠償責任保険から撤退していた保険会社が再度、保険を引き受けることにより、産婦人科医および病院は、恩恵を享受しているといえる。

バージニア州での出産の半数は、無過失補償制度に参加している医師及び医療機関によって行われているので、分娩に関連して、脳性麻痺が生じても潜在的に無過失補償制度でカバーされる割合が高いとされている。したがって、重度の脳性麻痺の件数自体は極めて少ない(バージニア州では、年間7件と予測している)が、和解の場合を含めて、医師および病院が支払う損害賠償額は他の類型よりも一般に極めて高額になる可能性が高いので、過失の有無を問わず、補償され、訴訟が回避される意義は高いと考えられている⁷³。

これに対して、産婦人科医の診療に関して、無過失補償制度によって、どのような影響を受けているかに関しては、バージニア州の産婦人科医の分布状況、婦人科だけの診療を行い、分娩をしていない医師がどの位なのか、など詳細な統計が存在しないため、長期的な効果は必ずしも明確ではないとされている。特に、産婦人科の専門医は都市部に集中し、地方では一般医が分娩を担当している場合も多いので、明確ではない。さらに、無過失補償制度が導入された後にも、バージニア州では医療訴訟、賠償責任保険料の高騰を理由に産婦人科医を廃業する医師もあり、分娩に関連する無過失補償制度によって、はたして産婦人科医の診療に関して、どの程度の効果をもたらしているのか評価することは困難であるとされている⁷⁴。

1990年代以後、再び賠償責任保険料は上昇傾向に転じており(第3次医療危機)、無過失補償制度および医療訴訟における損害賠償請求額の上限を制限することによって、損害賠償額および責任賠償保険料を抑制する長期的な効果を積極的にもたらしているとはいえない⁷⁵。ただし、もともと無過失補償制度の対象が極めて限定されているので、賠償責任保険額の抑制の効果も限定されていると指摘されている⁷⁶。

無過失補償制度の利用件数が増加しないのは、分娩で適切な措置が行われなかったことに起因して、脳性麻痺が発症する割合が以前考えられていたよりも少ないことも否定できないが、フロリダ州におけるほとんどの脳性麻痺の家族が無過失補償制度ではなく、訴訟を選択したとされている。無過失補償制度

⁷¹ Joint Legislative Audit and Review Commission of the Virginia General Assembly, supra note 15 at 2-3.

⁷² Id. at 39; Bovberg and Sloan, supra note 13 at 100.

⁷³ Joint Legislative Audit and Review Commission of the Virginia General Assembly, supra note 15 at 33-34.

⁷⁴ Id. at 40.

⁷⁵ Bovberg and Sloan, supra note 13 at 110-111; Martin, supra note 16 at 643-644.

⁷⁶ Sloan and Chepke, supra note 6 at 287.

の対象が極めて限定されているのに対して、2003年まで、フロリダ州における医療訴訟において賠償額の上限が画されていなかったため、潜在的に賠償額が高額化し、勝訴の見込みがあると考えて受任する弁護士にとっても弁護士報酬に関して、無過失補償制度ではなく、むしろ損害賠償請求を選択する誘因が認められるからである。これに対して、バージニア州においては、1992年において、賠償総額の上限が画されており、損害賠償訴訟の立証が困難なため、フロリダ州ほど無過失補償制度ではなく、訴訟を選択する誘因は存在しないとされている⁷⁷。このため、フロリダ州では、弁護士が無過失補償の要件を満たすことではなく、むしろ無過失補償制度に関して事前に適切な通知がなされていないことを理由として損害賠償請求を裁判所に提訴する傾向にあるとされている⁷⁸。

無過失補償制度が適切に機能するためには、無過失補償制度に医師の積極的な関与が不可欠であるにもかかわらず、バージニア州およびフロリダ州においては患者に無過失補償制度を積極的に告知していないことが問題となっている。これに対して、スウェーデンでは、患者に損害が生じた場合に医師は患者に報告する義務が課されているのとは対照的である⁷⁹。さらに、スウェーデンでは、医師は無過失の賠償責任保険に加入する義務があり、かりに医師が無過失の賠償責任保険に加入していない場合であっても、患者は救済される制度設計がなされている⁸⁰。

我が国における新たな産科医療補償制度に対して、適用範囲が限定されているとの批判がある。しかし、無過失補償制度の制度設計において、対象を広範に認めれば、高額な制度となり、財源を確保することが困難となり、実現性の低いものになるおそれがある。これに対して、分娩に関連する無過失補償制度のように対象を限定している場合には、医師および病院の賠償責任保険を抑制しうるように、事例を個別に補償額を精査し、無過失補償制度の支出を制御しうるとの指摘がなされている⁸¹。したがって、アメリカにおける無過失補償制度による救済の範囲を拡充しようとするれば、従来のように医師および医療機関に依存するだけではならず、税金などの公費を投入する必要がある。その際には、もともとの医師および病院の利益とどのように調和しうるかも問題となってくる⁸²。

G. 研究発表

1. 論文発表

特になし

2. 学会発表

特になし

H. 知的財産権の出願・登録状況

(予定を含む。)

特になし

⁷⁷ Siegal, Mello and Studdert, *supra* note 25 at 499.

⁷⁸ *Id.* at 530.

⁷⁹ スウェーデンの無過失補償制度に関しては、千葉華月「医療事故における被害者の救済」『損害賠償法の軌跡と展望（山田卓生先生古稀記念論文集）』227頁（2008年）、伊集守直＝藤澤由和「医療事故の予防と患者補償制度」経営と情報21巻1号1頁（2008年）など参照。

⁸⁰ Sloan and Chepke, *supra* 6 note at 299.

⁸¹ *Id.* at 284.

⁸² *Id.* at 287.

医療被害者救済制度と損害の算定：医療事故訴訟における損害論の整理

研究分担者 山口齊昭 日本大学・法学部・教授

(研究要旨)

交通事故被害における救済システムを観察すると明らかのように、医療事故においても、産科以外のすべての医療事故を含めた救済制度が検討される場合、その補償水準をどのように考えるかが、迅速な救済を実現する上での一つのポイントとなる。しかし、医療事故の現状を見る限り、基準となる被害者の損害額について、それを検討する出発点になるはずの裁判所の損害算定すら、その基準が見いだせない状況にある。このため、迅速な救済を図るには、このような医療被害者の損害算定につきあらかじめ検討し、少なくとも基準作成のための方向性につき考察しておくことが必要であろう。

本研究はこのような目的から、わが国の医療事故訴訟における損害論について、議論を整理して今後の方向性について考察するものである。

A. 研究目的

これまでも盛んに議論がなされてきた、医療事故の無過失補償制度に関しては、わが国でも、その第一歩として、産科医療補償制度が2009年1月より発足し、対象者に対しては総額3000万円（一時金600万円および子どもが20才になるまで毎年120万円の分割金）が支給されることになった。また、これまでも役割を果たしてきた無過失補償の先駆けともいえる、医薬品副作用被害救済制度においても、疾病、障害、死亡に対して、一定の基準にしたがった給付金が、比較的迅速に支払われている。

さらに、他の分野における被害者救済システムを観察した場合においても、例えば交通事故被害の救済は、わが国においては、被害者を迅速に救済することを目的として、自賠責保険を中心として創り上げられてきた、世界的にも優れているとされるシステムが存在するが、これが被害者の迅速な救済に寄与している一つの要因として、損害額の算定に関する、極めてわかりやすい体系が存在する（実務家らが「赤い本」、「青本」などの損害算定基準を作ってきた）ことを指摘しよう。

このため、医療事故においても、産科以外のすべての医療事故を含めた救済制度が検討される場合、その補償水準をどのように考えるかが、迅速な救済を実現する上での一つのポイントとなる。しかし、医療事故の現状を見る限り、基準となる被害者の損害額について、それを検討する出発点になるはずの裁判所の損害算定すら、その基準が見いだせない状況にある。このため、迅速な救済を図るには、このような医療被害者の損害算定につきあらかじめ検討し、少なくとも基準作成のための方向性につき考察しておくことが必要であろう。

以上のような目的から、救済における損害算定につき、国内・海外の動向を含め検討することが必要であるが、本年度は、さしあたりわが国の医療事故訴訟における損害論について、議論を整理して今後の方向性について考察した。

B. 研究方法

わが国の医療事故裁判例を分析し、損害算定においてどのような考え方がとられているかを検討するとともに、学説の評価・動向をも検討し、医療事故訴訟における損害論の現状を確認した。その上で、今後の在り方について検討した。

が、とりわけ無過失の場合を含めた被害者救済制度をも念頭に置いた場合に、医療事故の損害論がどのように考えられるかについて考察を加えた

C. 研究成果

一 はじめに

医療事故における損害論についての問題点は複雑であるが、概観すると以下のとおりである。

従来、医療事故訴訟における損害についても、これが人身損害であることから、人身損害賠償の基準となっている、差額説を基礎に組み立てられた交通賠償の算定方法が用いられてきた。しかし、医療事故訴訟における損害は、交通事故とは根本的に異なるさまざまな特殊性を有しており、たとえば、被害者である患者があらかじめ何らかの傷病を有していること、医療にはリスクと不確実性が内在し、適切な治療が行われても完全に回復するとは限らないこと、医師(医療機関)と患者との間には契約関係が存在し、それに基づく多様な義務があること、また、その義務違反による法益侵害の態様も、生命や健康だけでなく、自己決定やその機会等多様なものがありうること等、交通事故とは別個の考え方が必要である。このため、これを修正する試みが、交通事故の損害算定理論の枠内で、あるいは期待権理論等の全く別の枠組みを用いて行われてきたという経緯が存在する。

これらの議論は、近時の判例理論においては、法益論の進展という形で、一定の方向性が示されている。すなわち、上記のようなさまざまな側面における医療事故の特殊性は、事案に応じたさまざまな法益を認めることにより、それを取り込み、その法益を侵害したことによる不法行為の成立と、これによる損害賠償を認めるというものであり、これは従来、差額説によるために全く救済が認められないことも多かった被害者を、部分的にはあれ、救済することに寄与してきた。しかし、一方で、これらの最判理論は、新たな疑問や問題点を生み出し、医療事故訴訟における損害論の理解が、近時、さらに困難になっている。そこで、本研究においては、近時の議論の流れをまとめ、医療訴訟の損害論の、現時点におけ

る到達点を確認し、その上で、近時の理論より新たに生じてきた問題点についても、論点の確認を行った。その上で今後の在り方につき検討の方向性を示した。

二 従来の損害論＝交通賠償を基礎とした損害論

1 交通賠償における損害＝差額説を基礎とした損害論

医療事故の損害賠償は、いわゆる人身損害賠償の一部を占めるため、他の人身賠償と同様、交通賠償の算定方法に準拠した算定方法がこれに対して用いられてきた。

交通事故において、とりわけ「算定方法」、「算定基準」が確立しているのは、交通賠償の事例が、他の人身賠償に比較して圧倒的に多いことと、裁判を含めた実務においても、早くからそのような「方法」や、「基準」を創り出そうとの意識的な努力が行われ、現在に至るまで、絶えずその努力が積み重ねられてきたからである¹、このような算定方法は、部分的に批判はありうるものの、円滑な示談交渉の遂行や被害者の救済に大きく寄与し、交通事故以外の人身賠償においても、損害算定において指導的な役割を果たしているものといえる。

そこで交通賠償における損害算定方法の考え方であるが²、この基本は事故によって生じた財産状態と、事故がなかったならば生じたであろう財産状態の差額を損害として捉える、いわゆる

¹ 交通事故の算定方法をまとめ、体系化したものとして、『民事交通訴訟損害賠償算定基準』（いわゆる「赤い本」）、『交通事故損害額算定基準』（いわゆる「青本」）など。むしろ、これらは、直接に規範としての効力を有するわけではないため、交通訴訟の算定基準「そのもの」ではないことは当然である。しかし、裁判を含めた交通賠償システムにおける損害算定方法を知るにあたっての最も重要な資料としての位置づけには異論がなからう。

² 交通事故における損害算定法については、上記「赤い本」、「青本」の他に、藤村和夫・山野嘉朗『新版概説交通事故賠償法』日本評論社、2003年を参照。

差額説が基礎となる³。しかし、この考え方を厳格に維持した場合、たとえば事故前に収入がなかった場合には損害がないとの帰結を導くなど、多くの問題が生じるため、下級審や実務においては、事故により失われた、労働により収入を得る能力が喪失されたことを損害と捉える、いわゆる労働能力喪失説が取り込まれている(しかし、これも、人間をいわば「収入を生み出す装置」として捉えた上での収入を生み出す能力の「差」に着目したものである)。その上で、損害の各種項目、すなわち治療費や介護費などの積極損害、逸失利益や休業損害などの消極損害、非財産的損害(慰謝料)ごとの分類を行って、それぞれについて損害を算定し、これを積み上げる、いわゆる「個別損害積み上げ方式」がとられている。

なお、このような交通賠償の損害算定法において、想定されている保護対象の法益は、(物損を除き)生命や身体の完全性(労働能力)のみであって、後に見る、「自己決定」や、「相当程度の可能性」などにかかわる法益は、念頭に置かれていない。

2 医療事故への適用

医療事故における損害の算定においても、このような交通賠償の損害算定法が基礎となるが、上記のとおり、医療事故には交通事故と異なる特性があることから、一定の修正が行われ、その結果、医療事故においては、被害者が受けた障害等の程度が同様であっても、交通事故と比較して、実際に認容される損害賠償額が、低額となることが、一般的な傾向として認められる。

この理由は、交通事故と違い、医療事故の被害者は、多くの場合あらかじめ何らかの傷病を有しており、それゆえに医療機関に受診しているからである。実際、交通賠償においては、そのような被害者につき、賠償額を減額するという考え方

が採られてきており、それを適用する形で、医療事故においてもしばしば損害の減額が行われた。

① 素因減額論

素因減額論は、被害者の有していた素因により損害が拡大した場合、または加害行為と被害者の素因とがともに原因となって損害が発生した場合において、全損害を加害者に負担させることが公平に反する場合、その素因を斟酌して、全体の損害から賠償額を減額する理論である。学説におけるこの考え方の理解としては、「割合的因果関係」や「寄与度」の問題として捉えるもの、損害の公平の分担という観点からの過失相殺の類推適用として捉えるもの等説が分かれており⁴、それらの検証は本稿の目的ではないが、一定の場合に素因を斟酌することにより、損害の減額を認めるという考え方自体は最高裁の判例理論においても認められている⁵。

ここで問題となるのは、いかなる素因が斟酌されるかである。この点につき、最高裁は、(交通事故に関する判断として)心因的要因が斟酌されうることを認め⁶、体質的素因については、平均的な体格ないし通常の体質と異なる身体的特徴を有していたとしても、特段の事情がない限り斟酌することはできないが⁷、それが「疾患」にあたる場合はこれを斟酌することができる⁸。この点は、被害者があらかじめ既往症や疾患など、損害とも評しうる素因を有していた場合に、その部分についてまで加害者に責任を負わせることは公平でないとの理解に基づいているものと思われる⁹。

⁴ 学説のまとめとして、藤井勲「交通事故と素因・持病」『新・現代損害賠償法講座第5巻交通事故』96頁。

⁵ 最一判昭和63.4.21日民集42巻4号243頁、最一判平成4.6.25日民集46巻4号400頁。

⁶ 前掲昭和63年最判。

⁷ 最判平成8.10.29日民集50巻9号2474頁。

⁸ 前掲平成4年最判。

⁹ 拙稿「被害者が既往症を有していたことから、事故後の損害につき、一定期間、既往症が増悪した限りにおいて相当因果関係があるとされた

³ 最判昭42.11.10日民集21巻9号2352頁、最判昭56.12.22日民集35巻9号1350頁。但し、後者の判決は差額説を基本としながらも、労働能力喪失説を導入する余地を認めたものとして位置づけられている。

これを医療事故について見ると、患者があらかじめ有している「素因」は、多くの場合、傷害や疾病など、これが交通事故であれば、特に問題なくその斟酌が認められるものである。このため、傷害や疾病とまではいえないものでも、患者に特異体質があった場合などを含め、これらを素因として斟酌するものは、裁判例においても実際に存在する¹⁰。

② 過失相殺

次に過失相殺の問題がある。なお、ここで問題とするのは、損害の発生自体に、被害者側の過失、またはそれに類する状況がある場合にそれを斟酌するものである。

医療訴訟でこれが問題となるのは、まず、そもそもの損害発生の原因となった疾病や受傷においての被害者に落ち度があった場合がある¹¹。また、治療経過において被害者の受診態度に問題があった場合¹²や、問診等の対応において被害者側が診断に必要な情報を十分に提供しなかった、あるいはできなかった場合¹³などについては、

事例」交通民集29巻索引・解説号399頁以降。

¹⁰ たとえば、未熟児網膜症訴訟において、患児が極小未熟児であったことおよび網膜の脆弱性を素因として、これを斟酌するものが存在するほか（名古屋高判昭和57.9.29判タ480号74頁、広島高判平6.2.7判タ860号226頁等）、福岡地判平成19.2.1日判タ1258号272頁はギラン・バレー症候群を、新潟地判平成6.2.10判タ835号275頁は脳動脈瘤奇形(AVM)を、それぞれ素因として、損害を減額している。

¹¹ 横浜地判平成17.9.14判時1927号79頁（発癌への30年にわたる累積飲酒の寄与を考慮）、東京地判平成4.7.31判時1458号94頁（無免許運転による事故）、東京地判昭和62.12.21判時1287号95頁（飲酒運転による事故）大阪地判昭和55.6.26判タ420号112頁（ふぐ肝食による中毒）等。

¹² 前掲平成17年横浜地判（一応の禁酒指示を守らなかった）、神戸地判平成6.3.24判タ875号233頁（医師の指示の不遵守等）、大阪高判昭和53.12.25判タ389号133頁（親による医師の指示の不遵守）等。

¹³ 広島地尾道支判元.5.25判時1338号127頁、最判平成13.3.13民集55巻2号328頁、福岡地小倉支判昭和60.3.29判タ555号295頁（但し搬送

（本来的な）過失相殺が問題となる。これらについては実際に減額が認められている。

③ 損益相殺

損益相殺とは、被害者が損害を受けた同じ事故によって利益を受けた場合に、その利益を控除して損害額を算定する考え方のことである。交通事故においては、死亡逸失利益における生活費の控除が最も一般的な例であるが、その他にも、事故により自賠責保険や政府保障事業から填補金が既に支払われた場合、これが損害額から控除される。年金についても、現実に支給された分はむろん損益相殺の対象となるが、支給を受けることが確定した将来給付分についても控除されるとの判例理論が確立している¹⁴。

これらの理は医療事故についても基本的にそのまま適用されるため、生活費、各種給付金、支給された、または支給されることが確定した年金等が控除されることは問題がない¹⁵。しかし、事故前に必要であった医療費や介護費についてはこれを損益相殺の対象としてよいかは問題である。すなわち、もともと介護や治療を要する障害や疾患を有していた被害者が医療事故により死亡した場合、死亡により治療費や介護費は不要になるため、理論的には、生活費の控除と同様、それらは損益相殺の対象になるはずであるが、そのような理屈を認めると、介護を要する重度な障害を有する患者が生存する場合と、当該患者

した緊急事務管理者の説明不足を被害者側の事情として勘案）等。なお、後述する、患者の自己決定、熟慮判断の機会等が問題となる場合について、安易な自己判断等を過失相殺により斟酌する裁判例（東京高判平成17.1.27判時1953号132頁）も存在する。

¹⁴ 最大判平成5.3.24民集47巻4号3039頁。

¹⁵ 最二判平成11.10.22民集53巻7号1211頁は、医療事故に関する判断として、支給を受けることが確定した遺族年金が控除されることを認めている。なお、本件においては障害基礎年金および障害厚生年金の逸失利益性を認めたが、加給分についてはこれを否定し、また、遺族年金の控除は逸失利益部分に限られ、他の財産的損害や精神的損害から控除することはできないとする。

が死亡した場合を比較して、患者が死亡したことを利得と認める(患者が生存していたことを損害とする)ことになるからである。このため、裁判所も真正面からこれを認めることには否定的であるようにも思われるが¹⁶、一方で、たとえば精神障害者や重度の疾患、障害を抱えた患者等が医療事故により死亡したなどの場合に、通常の被害者よりも低額な慰謝料しか認めないという例も散見される¹⁷。

三 交通賠償理論による損害算定の問題点と限界

1 問題点

しかし、以上のように、交通事故の損害算定理論を医療事故に適用することは、よく考えてみると疑問点が多く、これら理論により医療事故における損害額が低額に抑えられること自体も、その妥当性が問題とされよう。

① 素因減額論による減額について

まず、素因減額論につき、被害者と加害者の間に関係性がない交通事故においては、確かにそれを斟酌することが妥当なとしても、医療事故においては、患者はまさにその素因たる疾病や傷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はできないはずである。仮に患者に特異体質があり、治療の困難なケースであったとしても、そのことも含め、困難なケースであるからこそ、高度な医療を受けうることを前提にその医療機関(たとえば大学病院・先進的基幹病院)に受診していることも多く¹⁸、その特異体質等

に対処することが医療水準として要求されておらず、責任が認められない場合はともかく、それに対処することが当該医療機関における医療水準として要求され、それゆえ責任が認められる場合には、特異体質は、少なくとも当然に減額を認める理由とはならない。

また、そもそも、交通賠償が基礎とする差額説は、侵害行為があったために生じた財産状態とそれがなかった場合の財産状態との差である。すると、医療水準に従った適切な治療行為が行われていたならば治癒・回復していたという場合においては、その状態と現実が生じた状態との差を考えればいいのであって、あらかじめ有していた傷病は考慮する必要はない。このため、学説、裁判例とも、近時では医療事故において、それを治療するために受診していた疾患等を患者の素因として考慮することについては、批判的な立場が多い¹⁹。

② 過失相殺による減額について

過失相殺についても同様であり、たとえば、患者の不摂生により病気になったという場合や、被害者の過失により受傷したなどの場合、確かにその不摂生や過失が極めて重大な場合は、検討の余地はあろう。しかし、医師は、原因の如何を問わず医療水準に従った適切な治療を行う義務を負うものであり、このため、適切な治療が行われたならば治癒した・回復したなどの場合に、それを行わずに損害が発生したなら、原因に被害者の過失があったとしても、本来、それを減額する理由はない。

一方、治療中の態度、問診に対する患者の説明不足等についても、上と比較すれば過失相殺が適用しやすいともいえるが、一方で、患者は治療や診断にあたって、何が重要な要素であるかについて知識がなく、このため自己判断で不適切な対応をとり、または重要な情報を医師に伝えられないという場合も多いことを考慮し、そ

¹⁶ 東京地判平成18.4.20判タ1225号286頁。

¹⁷ 京都地判平成19.10.23最高裁HP、東京地判平成16.10.27判時1887号61頁、福岡地小倉支判平11.11.2判タ1069号232頁、東京地判平成9.4.28判時1628号49頁、大阪地判平成5.2.17判時1486号96頁、福岡高判平成3.3.5判時1387号72頁等。なお、こうした裁判例の傾向については、かつて筆者が医療問題弁護団の実務研修会にゲストとして出席した際に教示を頂いた。

¹⁸ 最二判平成7.6.9民集49巻6号1499頁は、このような理由から、すべての医療機関について医療水準を一律に解するのが相当でないとする。

¹⁹ 水野謙「損害額の算定—患者の疾病を理由とする減額の可否」『医療の法律相談』285頁。その他、大阪高判平成17.9.13判時1917号51頁、名古屋地判平成16.6.25判タ1211号207頁等。

これらの指導や、懇ろに重要な情報を聞き出すことも医師の責任として考えるならば²⁰、少なくとも交通事故のような定型的な過失相殺は、医療訴訟になじまない。

2 損益相殺と医療訴訟における差額説の問題点

さらに、上記③で挙げたような、疾病や障害を有していた患者が医療事故により死亡した(あるいは障害が残った)などのケースを考慮すると、そもそも財産的な状態の「差」を損害の基礎におく、交通事故の算定方法が、医療事故にはそぐわない場合があることが明らかである。実際、このような場合、純粋な差額説によれば、金銭的には差額が生じない、あるいは「利得」が生じるとの帰結すら導かれてしまうが、そのような結論は到底認め得ないからである。従って、被害者が精神的な、あるいはその他の障害を有していた場合において、逸失利益等の財産的損害だけでなく、慰謝料についてまでこれを低く見積もるという上記のいくつかの裁判例や、さらには慰謝料の算定の際に差額説的な手法を用いること²¹等には疑問が生じうる。

²⁰ 患者本人に対するものではないが、輸血梅毒事件最判(第一判昭和36.2.16民集15巻2号244頁)の間診義務に関する立場は、このようなものとして位置づけられよう。

²¹ 一例として、福島地会津若松支判平成12.8.31判時1736号113頁。同判決は、一般論として損害賠償額の算定に当たり、被害者の疾患を斟酌することは許されないとしながら、後遺症慰謝料について、被害者が既往の後遺症を有していたことから、等級の進んだ部分(等級該当慰謝料の差額)について算定するのが公平であるとして、350万円(2級と3級の差)の後遺症慰謝料を認めた。もっとも、これは後遺障害の評価を機械的に等級表に当てはめることの問題点でもあるが、いずれにせよ、これと同様の論理を貫くと、もともと等級1級相当の障害を有する患者に対して医療事故が生じ、さらに状態が悪くなっても、等級上の「差」がなく、慰謝料が認められないことになってしまう(なお、この点も先述の医弁実務研修会において後藤真紀子弁護士が指摘したところによる)。

そこで、以下ではこれら問題点の克服のために生じたと位置づけられる、近時の議論を取り上げて検討する。

四 医療の不確実性・多様性に関する議論

1 問題の所在

医師・医療機関は、医療水準に従った、適切な医療を行う義務を負い、この義務に反して患者に損害を与えた場合には損害賠償責任を負う。しかし、繰り返すように、医療はあらかじめ病気や傷害(障害)を有した患者を扱うものであり、確実に治癒や回復が見込めるものでもなく、医療そのものに内在するリスクも存在する。また、特に近時の医療において医療に求められる役割は、単に患者の怪我や病気を治せばよいということではなく、そのようなリスクも含め、患者に十分な納得を与えた上で治療を行うことや、患者の生活の質にも配慮した上でさまざまなケアを行うこと等も含まれる。

このため、実際の医療訴訟においては、たとえば、①医療水準に従った適切な治療は行われなかったが、患者が末期癌に冒されて余命が限られており、適切な治療がなされていたとしても死亡していただろうという場合、②心筋梗塞や脳梗塞など急性の疾患を有する患者であって、適切な医療は行われなかったが、それが行われていても救命し得たか、どの程度回復し得たかが不明であるという場合、③実施された治療法は当時の医療水準に反していないが、その方針や他の治療法についての説明が不十分であり、結果として患者の意思に沿わない治療が行われた場合、等がある。そして、これらの点は、従来、因果関係論や注意義務論の問題として、それぞれ損害賠償が認められるかが論じられてきた。

2 従来の議論

(1) 期待権論

まず、①、②は、因果関係論において議論がなされ、「過失はあったが結果との間の因果関係が証明されない場合」の損害賠償の問題として議論がなされた。そして、確率的心証論、機会喪失論などの学説も主張されたが、下級審の裁判例において、もっとも支配的になった考え方は、