

# 損害賠償訴訟と人権運動（講義録）

～医事関係訴訟被害者側の視点から

明治大学法科大学院 医事法継続教育

2017年度講座（2018年1月27日、28日）

担当 鈴木利廣

## （目次）

### 第1. 人権運動と修復的正義論

1. 弁護士和使命
2. 修復的正義論と人権確立

### 第2. 展開的損害賠償責任論

#### 第2-1. 総論

1. 損害賠償責任の法理
2. 損害賠償責任訴訟の現代的意義
3. 損害賠償責任要件の展開的構成

#### 第2-2. 各論：要件論

1. 因果関係論
2. 注意義務違反論（過失と違法性）
3. 損害論

### 第3. 戦略的民事訴訟手続論

#### 第3-1. 総論

1. 事件の流れ
2. 民事訴訟の審理理念

#### 第3-2. 各論

1. 計画審理と争点・証拠の整理手続
2. 集中証拠調
3. 鑑定

### 第4. 弁護士の使命と国民的運動論

(はじめに)

損害賠償訴訟と人権運動、従来は損害賠償訴訟に限定して、実体法的な損害賠償責任要件と民事訴訟手続を中心にやっていたのです。頭とお尻のところにですね、人権運動と修復的正義論と弁護士使命と国民的運動を入れました。

今日の課題は主に損害賠償責任要件ですけども、責任要件を被害者の立場に立って、どのように損害賠償請求権が認められるよう工夫していくかというのが今日のところですね。

明日はですね、主に民事訴訟手続ですけども、私は大規模訴訟とか専門訴訟の中で、旧民事訴訟法時代に民事訴訟法破りをやってきたわけなんですけど、これは、民事訴訟破りはあまり公に胸張って言えることではないと思っていたのですが、実は中山幸二先生から民事訴訟法はそもそも私法なのだという考え方が民事訴訟法学の中にあるのだと聞いてですね、民事訴訟法に反することを裁判所と当事者が三者で合意すればどのようにでもできるのだと、また、従来あまり使われていない民事訴訟法の条文を活用したりして、手続きを円滑に行うということは何を目的にしているかということ、裁判官に心証を取りやすいようにやるということです。

弁護士1年目で偶然、医療過誤訴訟の勉強会に参加することになったわけです。若手の頃はですね、医療過誤訴訟、損害賠償訴訟というのは被告との戦いだ。ところが4〜5年目くらいから段々と被告との戦いではないんじゃないかと考えるようになりました。つまり裁判所を説得できなければいかに被告側を屈服させても民事訴訟というのは意味がないのだということが段々と分かるようになってきたんですね。ある時、病院側の弁護士で私よりも一回り上の先生がいらっしゃってですね、最高裁まで私が争って私のほうが負けた事件なんですけど、それが終わってしばらく経って、弁護士会で通りすがりにですね、先生いろいろお世話になりました、って社交辞令的な挨拶をしたんですね。そしたら「あの事件は本当は先生の方が勝たなければいけない事件でしたよね」って言われたんですね。ものすごい無茶苦茶腹が立ったんですね。あんたがちゃんとやれば勝ってたのに、あんたがちゃんとやらないから負けたんだよって言われた気がしたわけです。この事件は原告側が勝って当たり前的事件と思っていたけれど、病院を説得できなかったので和解が潰れて判決になった。ところが裁判官、全然トンチンカンで損害賠償責任要件が立証されてないと、いうんです。

お配りしたのはですね、講義レジュメ、前半が今日の部分、後半が明日の部分、それから資料編というのがあります。資料1から資料11までありますが、これは細かく説明している時間が無いので、資料として、ここの資料を参考にして下さい。判例を引用したりなんかしています。それから、民事訴訟法関係の追加資料の中の一番最後のところに出てますが、計画審理と対審尋問についての、私がやった二つの事件についての、後輩弁護士とジャーナリストが書いた記事を着けておきました。それから、明日、中山幸二先生が主に審理契約論について民訴法学的なコメントをさせていただけるということで、資料をつけました。

## 第 1. 人権運動と修復的正義論

講義レジュメの 2 ページ目。

人権運動と修復的正義論と書きました。これは、損害賠償責任追及というのは何の目的でやるのかということについて、少し理念的な話をしていきたい。損害賠償請求事件っていうのは当たり前ですけど、金銭賠償をさせることが目的だと言えばそれは間違いでは必ずしもないですね。しかし、人身損害の事案っていうのは、お金が欲しくて、つまり、相手からお金を取るによって正義を実現しようという考え方では実はないんですね。これは後で最高裁判決の中でもそれに近いことを言ってるのですが、やはり、被害者の想いというのをきちんと理解して、被害者の想いがどこに重点があるのかと考えると、医療過誤が起きただけでなく、次に依頼した弁護士との間で弁護過誤事件が起こる、医療過誤事件というのは依頼人と弁護士のトラブルも比較的多い分野なんですね。それは、弁護士の捉え方が少し歪になっているのではないかというのもある。修復的正義論というのは、この 15 年くらいの「正義とは何か」という法哲学的な観点での議論ですし、日本ではこの 10 年くらいですね、法学会でも数年前に 1 回、「応報の彼方へ」というタイトルで研究大会が行われています。私も、若い研究者に「正義とは何か」と聞いたらですね、「それは中々難しい問題になりますよ」、って言われて、修復的正義の考え方を 4~5 年前に教えてもらって、ハワード・ゼアっていう人が提唱した修復的正義に対する簡単な解説書みたいのを読んで、修復的正義の考え方は非常に重要だということに気がついているわけですね。そういうことで、損害賠償責任というのは何のためにどんな形で作っていくのが良いのか、ってのが今日の冒頭の総論のところでありませう。

### 1. 弁護士の使命

まず、弁護士の使命ですけども、これは弁護士法 1 条ですね、基本的人権の擁護と社会正義の実現、と書いてあります。そして (2) のところですが、実は、この第 1 項はみんな知っているけれど、第 2 項は弁護士もあまり良く知らない。弁護士の使命は基本的人権の擁護と社会正義の実現だと言えるのは当たり前のことですけども、人権擁護と正義の実現って極めて抽象的なことなんですね。これをもっと具体的にしなければいけないということと、その方法論として、職務の誠実性、社会秩序の維持、法制度の改善と第 2 項に書いてあるんですね。私なりの今日的な解釈は何なのかをお話したいと思います。

#### (1) 基本的人権の擁護と社会正義の実現

##### ① 人権とは何か

基本的人権の擁護と社会正義の実現ですけど、人権とは何か。人権とは何かって辞書引くとですね、「人間の権利」って書いてあるんですね。これ、説明したことになりますかね？

医学の辞典を引いて「腰痛」って引くと「腰の痛み」って出てるんですよ。これと同じで、人権が「人間の権利」って言ったところで何にも説明したことにはならないんですね。私は憲法学の教科書ずいぶん漁ってみましたけど、人権については自由権、社会権、こういう分類の仕方はほとんどというか当たり前ですけど、憲法学の教科書には書いてありますけど、自由権、社会権という分類の他にまず人権とは何かということを考えていかなければいけないのではないかと思います。これは私の考え方ですけど、「人間の尊厳を実現するための主張とか要求をする資格」を「人権」という形で付与しているんだと思うんですね。実は「人間の尊厳」というのは大きく分けると二つあります。「生命の尊厳」と「個人の尊厳」ですね。「生命の尊厳」というのは人間の命は有限だからこそ尊いっていう考え方、命を大事にしなければならないという考え方ですね。「個人の尊厳」というのは人格を大事にしなければいけないという考え方ですよ。意識があまりはっきりしていない認知症の患者さんだろうと、生まれたばかりの赤ちゃんであろうと人格権は存在するのだということですね。この「人間の尊厳」というのはこの二つの権利、「生命の尊厳」と「個人の尊厳」ですけど、それぞれが時代によって大きく変わってきてるんですね。1945年の8月15日、第二次世界大戦が終わった直後の日本人の「人間の尊厳」というのは「腹いっぱい飯を食う」ってことですよ。ですが、今時「腹いっぱい飯を食う」というのが「人間の尊厳」だっけ言ったら笑われちゃうかもしれないですね。しかし、貧富の差が非常に激しくなってきた、毎日きちんとした食事すらとれない人たちも実はいるわけなので、改めて、そこで「人間の尊厳」が問われてるかもしれないわけですよ。ですから、時代によって「人間の尊厳」は違うので、そういう「人間の尊厳」を実現するための主張とか要求をする資格として「人権」という概念が作られてるのだらうと思います。

## ② 正義とは何か

さて、「正義」とは何か。実は「Justice」っていうのは日本語では「司法」とも訳されていて、なぜJusticeが「正義」と「司法」両方に訳されているのかというのは私もよく分からないのですが。多分想像ですけども、「司法」が「正義」を実現すると思いついたのではないかな。少なくとも最高裁判所を頂点とした日本の司法は「正義」を実現するためにあるのだと思ってるかもしれないけれど「正義」を本当に実現しているのでしょうか？

「修復的正義」っていうのもかつては「修復的司法」という訳し方を、特に、刑事法の中でされてきました。私はあえて「修復的司法」って言葉ではなく「修復的正義」って言葉で考えてみたほうがいいのか。司法、法曹は「正義」の実現に本当に努力してきたのか。その「正義」とは何かということについては、最初はハワード・ゼアという方が、応報的正義と修復的正義、これも、修復的正義は応報的正義とどういう関係性にあるのかについては結構議論が発展してきているように思います。私も4~5年前にですね、修復的正義の本を何冊か読んで私なりの解釈の仕方をしています。それは、私独自の新しい学説ではなくて、

ハワード・ゼアが言っていることを理解しやすいように、私の中に落とし込んでいったということですが。

簡単に言うそうですね、応報的正義っていうのは、平穏な社会において、ある人が加害者、ある人が被害者になって、加害者の加害行為によって、被害者がどん底に突き落とされると。この時、被害者は何を思っているかという、加害者もどん底に突き落としてやりたいと思って、その気持ちを大事にして、正義を実現する。つまり、加害者もどん底に突き落とすという形で正義を実現し、被害者の気持ちを理解をして、被害者の気持ち、要望を実現するという考え方が応報的正義の考え方なんです。

ところが、修復的正義っていうのは、応報的正義では社会の正義は改革できないということに気づいていくわけですね。そこでどうするかという、被害者がどん底に突き落とされた時、このどん底に突き落とされた被害者を加害者と社会、ステークホルダーと一緒に元々の立場に戻してあげるといいますね、そして、二度とそういう争いが起こらないような社会の構築を被害者と加害者とステークホルダー、社会と一緒に考えてというのが修復的正義の考え方なんです。

当初、応報的正義と修復的正義は対立概念として、ハワード・ゼア自身も捉えていたようですが、実はこれは対立概念ではないと、応報的正義を超えて修復的正義に近づいてというのが修復的正義論なんです。で、どこが応報的正義と修復的正義が似ているかという、まず、被害者の気持ち、被害の実態、ここを原点にして、正義の在り方を考えるというところは応報的正義も修復的正義も共通しているんです。で、被害者の気持ちを理解した上で、そういう被害者の気持ちを加害者も社会も共有しながら、二度とそういうことが起きないため、そして、その被害者を元の正義に回復してあげるところがあるので、被害者の気持ちから出発するという点では応報的正義も修復的正義も同じ考え方で、今は応報的正義を超えるということですね、応報的正義に留まらないという、そういう考え方で修復的正義っていう考え方が成っているのではないかと。

そうすると、修復的正義っていうのは、二度と同じことが起きないようにするために、まずは出発点を被害者の気持ちや、被害実態を理解するというところから始まると。ということになると、損害賠償責任論っていうのも、原状回復と再発防止というところには、目的が本来あるのではないかと思うわけです。つまり、金さえ取ればいいということでは、これは、金を取ることで自分の懐が潤うということではなく、金を払わせることで、返しをしてやったんだと、ということになってしまうわけなんです。で、被害者っていうのは、医療過誤事件とか薬害事件とか、ハンセン病事件とかやってきましたけど、被害者は二度とこういう事が起きないために社会を変えてほしいと思っている。

更にはですね、金銭の額は、それは、二束三文なはした金では嫌だけれども、そんなにより高額にして欲しいというところまで自分たちは希望しているわけではないと。私が担当した薬害肝炎事件ではですね、フィブリノゲンで感染して肝硬変、肝ガンで亡くなったこのプロセスの中で、5つの裁判所の判決で切り捨てられていった被害者たちがいるわけなんです。

すね。切り捨てられている人たちも切り捨てないでランク別ですけれども、全員一律救済を実現して欲しいと。被害者自身が、私自身の賠償金が減ってでも裁判所で請求棄却された人たちに賠償金を付与して欲しいっていうですね。全員一律救済っていうことを運動のスローガンにするわけなんですね。この全員一律救済ってことに、当時の福田康夫総理が共感をして、全員一律救済のための法律を作って、薬害肝炎を解決しようとなっていくわけなんですね。そういう考え方だとすると、損害賠償責任論の中にも、あるいは民事訴訟手続の中にも、そういった修復的正義を目指していくような要件論や手続論を開拓していく必要があるのではないかというのが私の40年以上経った一定の到達点ということになります。私も若いときからそんなことを考えていたわけではなくて、色んな事をやりながら、そういうところに到達したということになります。

## (2) 方法論としての職務の誠実性、社会秩序の維持、法制度の改善

その正義を実現するために、方法論として、職務の誠実性、社会秩序の維持、法制度の改善この三つはどういう関係性にあるのか。弁護士は人権擁護と正義の実現のためにこの三つに努力しなければいけないと、こう言ってるわけですね。

今日的には職務の誠実性っていうのは、一生懸命きちんと仕事をするのは当たり前ですよ。職務を不誠実にやっていいなんてプロフェッションは無いわけですから、職務の誠実性というのは当たり前のことを言っているように聞こえると思うのですが、今日的にはですね、依頼人と弁護士と社会には責務相反、利害対立があるということが、段々と明らかになってきて、その利害対立を依頼人との間で共有しながら、その利害対立の中でどんな利益を最優先していくのかということを考えるということが職務の誠実性なのではないかと。今は利益相反という言葉が使われていて、利益相反っていうのは広い意味では責務相反とお金ですね。Aさんから金もらってると、Aさんのためによくした方が良くと思うのではないかと、ということで、誰から金もらってるか明らかにしろっていうのが利益相反の狭い意味ですけども、広い意味では責務相反ですね。

さて、依頼人と弁護士って利益が相反しているんですよ。弁護士の報酬をより高くするために、あるいは早く取るために、依頼人の利益を犠牲にするっていう弁護実務ありますよね。判決になると負けるかもしれないから今のうちにこれくらいなら取っておいたほうがいいんじゃないの？みたいなね。つまり、判決になって負けてもいいですと。私は正義を実現したいんだというときに、いやいやそんな生易しいこと言ってるってゼロで負けになっちゃいますよ、みたいなことでもって、裁判官と代理人が一緒になって依頼人を脅かすっていうね。しかもこの別席型和解っていうね、相手にも同じこと言ってるっていうね、っていうようなことで、実は依頼人と弁護士の間でも利益相反がある。

私はよく出す例ですけど、定期金賠償という考え方ね。民訴法の中に、新民訴の中に定期金賠償があることを前提にして、条件変更の場合には確定判決を変更することができるという考え方ですけど、実務をやってればわかりますけど、定期金賠償を請求することな

んかまずありえないですよ。何故ありえないのかと。表向きの理由はですね、加害者に資力がはっきりしないと、途中で加害者が破産した場合に破産以降の定期金賠償が取れなくなる。仮に若干でも取れるとしても、破産財団の中に入ってしまうので優先弁済権は受けられない。こういうことです。加害者の資力が心配だったら定期金賠償じゃないほうがいいよ、こういう言い方をするわけですね。これは今日の一番最後のところでもまたお話ししますが、弁護士の報酬は定期金賠償場合、7年分の対価に対する報酬しかもらえないわけですよ。だけど、満額の場合には、中間利息を考慮されても、満額に対する報酬の方が高いんですよ。そうすると、弁護士の報酬はどちらの方が高いかっていうのが頭の片隅にあって、定期金賠償やめたほうがいいよ、って定期金賠償のこと知ってる依頼人には言うし、知らない依頼人に対しては定期金賠償のこと言わないというようなことですね。常に依頼人と弁護士の利益が対立しているわけではないんですが、時として対立することがあるということですよ。

更に、依頼人と社会の利益が対立することもありますよね。これは、依頼人の言ってることが、正義に反するような要求を掲げているというときですよ。それから、法を手段にして、相手方をコテンパンにやっつけることが本当に正義なのかということですね。それは、修復的正義と違うとすれば、社会的利益と反するのではないかと、ということになります。

こういうところについて、責務相反関係を依頼人と共有しながら、依頼人の利益と弁護士の利益を比較したら、依頼人の利益の方が優先するんですよ。で、依頼人の利益と社会の利益が対立ときには、やはり、社会の利益を重んじる、そういう考え方を念頭に置いて職務を行うのを職務の誠実性というのではないかと私は考えているんですよ。弁護士法の条文解釈でそこまで言ってる本にはまだ私もお会いしていないので、もしかしたら議論されてるのかもしれませんが、そう思います。

それから、社会秩序の維持というのは今ある法律をできる限り正義の理念でもって解釈をして、現行法を活かしていくという考え方ですから、法解釈学が求められるということですよ。法解釈学を、かつて末弘巖太郎が言ったように役人学三則第二条のようにですね、法律を盾に取り、形式的理屈を言う技術を習得することを要す、っていう公務員に。これは反語ですけども、教え子たちに言ってきたわけですね。2000年頃にメディアの人が訳した、というより現代語的に解説した本もあります。現行法をできる限り正義の理念に従って解釈しながら、現行法の解釈学を身に着けていくっていうのが社会秩序の維持なのではないかと思えます。

しかし、現行法ではどうしても社会秩序を維持することが難しいということになれば、法制度の改善まで努めなければならない。しかし、実務家の多くは、現行法を依頼人に利益のように解釈をして敵と戦うということはやっているけれども、特に大量の被害が発生した医療事故だとか薬害とかですね、そういうものに関しては現行法の秩序だけでは人権は守れないということになるので、法制度を改善していくっていうですね。我々も被害回復のために新しい法律を作らせたり、再発防止のために従来法律を改正させたりする戦いを

やってきたわけなんですね。こういうところまでやって初めて、基本的人権の擁護と社会的正義は実現される。

そういった意味では弁護士というのは非常に広範な業務をやっていかなければならない。その全てをできるわけではないので、集団としての自律、集団的な弁護士集団が大事なのではないかと思います。

それから、ある分野における専門性というのを持ちながら、その多くに人権分野の専門性だけでは食っていけないし事務所運営はできないということになりますから、むしろ、人権分野以外のところできちんと事務所の財政や自分の生活を支えるということもノウハウとして持ちながら人権分野をやっていく、私はこれを混合型専門弁護士と呼んでるんですけど、一般事件も金儲けのためって言ったらおかしいんですけど、人権活動するために事務所を運営し、自分の生活を保障していくために、一般事件で収入をいっぱい得ながら、そして人権活動に多くのエネルギーをかけていく、っていうのをですね、そういう混合型専門弁護士として活動していくべきなのではないかと思っています。

## 2. 修復的正義論と人権確立

修復的正義論と人権確立ところについては、被害者の想いを関係者、加害者、社会が共有するということから始まるんですね。それから、被害、人権侵害が生じた時、正義が害された時は、関係者が関係性を修復して新しい社会、正義の回復に努力する正義論という考え方ですね。そして、応報的正義論、加害者への応報に徹する正義論を超えていくところがまとめのところになります。それから、修復的正義論から損害賠償責任の在り方を考えるというのを先程から言っているわけですが、被害の根本原因を追及する、何故被害が起きたのかですね、

後でも出ますが、私は徹底して、不法行為の行為を作為型に捉える、不作為型に安易に捉えないという考え方をしますけれども、作為と不作為の区別は後でまたお話しますが、被害の根本原因を追及する、ですね。そして、人は何度も間違えるを前提にした再発防止策、システムの再構築に努める、これは人は誰でも間違える、というのは **To err is human.** ということですね、1990年代末のですね、アメリカの大統領が IOM（医学研究所）に命じて、5年間で医療事故を半減するための政策を考えようと言って、その政策を書いた本のタイトルが **"To err is human."** ですね。医療過誤を5年間で半分にするためにどんなことをするか考えようって言ったら、「人は誰でも間違える」、って逆ギレみたいなタイトルになってるんですが、実はサブタイトルで、だから安全なシステムを再構築する、ってですね、そういう考え方。人は誰でも間違えるってことを前提にして、その間違いをみんなですべてカバーしていったって、患者さんに害が及ばないようにしていくのかというのが、再発防止システムの構築。つまり、ヒューマンエラーよりシステムエラーという風にこの20年近く言われてきてるわけなんですね。

## 第 2. 展開的損害賠償責任論

### 第 2-1. 総論

#### 1. 損害賠償責任の法理

以上を踏まえて、加害者の特定と加害者の注意義務を構築していくという考え方で、この修復的正義ということを中心に置きながら、損害賠償責任要件を考えるということになります。さて、3 ページですけれど、ここからが損害賠償責任要件になります。

損害賠償責任法理ですが、目的は被害者に生じた損害についての加害者の分担責任なんです。損害賠償法の目的は、被害者の救済と言われてましたけど、被害者に生じた損害について加害者との公平な分担を実現するというのが今の通説になってるわけですね。

さて、理念はなんだろうかですね。損害賠償責任というのは大きく分けると不法行為と債務不履行の二つに分かれます。この関係性はどうかですね。かつて 80 年代にですね、不法行為は立証責任が被害者側に負わせられてると、それに対して、債務不履行は少なくとも過失、注意義務違反については加害者側が不存在を立証責任しなければいけないと言われていて、不法行為よりも債務不履行の方が有利だと言われた時代があるんですね。ところが、債務不履行でどういう構成するかっていうと、ほとんどが損害賠償責任が生じる場合は不完全履行なんです。そうすると、完全履行は何かということ立証しなければいけないので、事実上、債務不履行と不法行為は立証責任は変わらないと言われてきて、債務不履行か不法行為かっていうですね、請求権競合説等がですね、あまり問題にならず、現在では、請求権競合説に基づいて、原告側の弁護士が訴状の一番最後に書くのは、「不法行為及び債務不履行に基づき」って書いて、両方とも一緒に請求すると。それに対して、裁判所はどうするかっていうと、判決を書きやすい方で書いてると。時には債務不履行で書いたり。その方が書きやすいから。時には不法行為で書いたり。その方が書きやすいからですね。この債務不履行と不法行為は医療過誤事件の中では、最高裁判決なんかで、後で見たいと思いますが、書きやすい方に書いてるんだなあということが分かります。さて、不法行為は「他人に害を及ぼすなかれ」という法格言をですね、条文化したもので、債務不履行は「約束は守れ」ですね。ところが多くは、約束が隅々まで約束されていないので、信義則とかそういう物を梃子に使うと、債務の中身を明らかにしていくわけですね。特に医療過誤事件はですね、安全配慮義務と共通するような、最善注意義務とか万全注意義務という概念が出てくるんですね。これが債務不履行的なのか、不法行為的なのかっていうのはまた後でお話したいと思います。

そして、加害者と被害者の間における、損害の公平な分担っていうですね。そして過失責任主義が原則になってるってのが不法行為、債務不履行の理念になります。

方法は金銭賠償主義が原則ということになりますね。何故、金銭賠償主義が原則になって

いるのかということなのですが、人格権侵害とか身体侵害とかってというのは、かなり後になってから出てきた概念で、損害賠償のスタートは、どうも財産権侵害のところが多かったようなんですね。財産権侵害ってというのは、金銭賠償でもって、事後的に原状回復できるわけですよ。しかし、人身被害って、原状回復機能を持っているのかということを見ると、もし、金銭賠償が原状回復を目的にしているのであれば、できる限り原状回復に近い金銭賠償を利用しなければいけないし、場合によっては、名誉毀損事件の謝罪広告みたいに、原状回復に謝罪が必要であれば、そこも入れ込んでいくという考え方が必要なのではないかと。実は、ハンセン病訴訟ってというのは熊本地裁で最初に起こされた時は、国賠訴訟ですけども、賠償請求だけだったんですね。その後ですね、99年の3月で東京地裁に起こした時には、金銭賠償だけでは被害回復はできないということで、謝罪を求めようということで、請求趣旨の中に、謝罪を入れたわけなんですね。結果的には、内閣総理大臣小泉純一郎が謝罪をし、大手新聞の一面全面広告を3回くらい、ハンセン病患者に対する国家としての謝罪をしたわけなんですね。ですから、人身被害についても可能な限り原状回復っていうんですね。これは、慰謝料っていう金銭が被害者の心の痛みを回復できるのかどうかってところは、今日の一番最後の損害論のところでもう一回話をします。慰謝料って、人身損害における慰謝料って何だっていうことをですね、考え直さなければいけないということになります。

## 2. 損害賠償責任訴訟の現代的意義

### (1) 被害者要求の権利化

さて、損害賠償責任訴訟の現代的意義ですけども、被害者要求を権利化していくってのが、被害者側の弁護士にとって重要ってことになります。これは、現状の法律の中に、被害者の権利が条文化されていなければ、新しい制度を作らなければいけない、法制度の改善に努めなければならないということになっていっています。

さて、被害者はどんな要求を、特に人身被害について持つてるかという、まずは原因究明 (A)。加害者の持つている情報の開示、そして、加害者側からの説明責任、こういうところをまず求めてきてるわけですね。そのうえで、原因をはっきりさせた上で二度と起こらないための再発防止 (B) をしてほしいと。そして3つ目には、そこに法的責任があるのであれば、責任を受け入れて謝ってほしい (C) ということですね。そのうえで、幸いにして一命をとりとめた場合には、後遺症が残っているのが医療保障、金銭的賠償、補償 (D) ですね。こういうものを実現してほしい。で、この ABCD が、誠意をもってやってくれない加害者に対しては社会的制裁与えてほしい (E) と、こういう風になるんですね。

ところが、応報的正義論ってというのは、この社会的制裁と金銭賠償ってところに力点があると。で、主には、私は、この ABCDE の順くらいに優先順位は被害者の中にある、まあ、被害者も個々人で考えたら違いますけれども、大体、被害者の要求って集団訴訟で 100 人の被害者の相談を受けて 100 人が弁護士に何を期待してますかっていうとですね、色んな

事を言ってきますが、その色々な事を言ってるのを項目的に挙げていくと大体この 5 つの中に集約できる。そのどこかに入り込んでいく。どこに一番力点を持ってる被害者なのかっていうのは、みんな個性がありますけれども、大体この 5 つに集約できる。その事を被害者側弁護士は理解すべきだということになります。

## (2) 現代的意義

損害賠償責任の現代的意義ですけど、原因究明と法的責任の明確化、そして被害回復制度への反映ですね。そして、法規範の定立と再発防止制度への反映、こういうところを弁護士法 1 条 2 項の方法論を使ってやっていかなければならないと思います。

## (3) 新たな展開的論点

### ① 過失責任か無過失責任か

新たな修復的正義の考え方に基づく展開的論点ですけども、債務不履行と不法行為のどちらの構成が被害者要求、とりわけ、再発防止要求を実現するうえで望ましいかですね。過失責任か無過失責任か。無過失責任は損害賠償の中でもですね、典型的には製造物責任ですね。製造物責任っていうのは、過失の立証が要らないと。欠陥を立証することで過失が推定されるんだという考え方ですね。加害者側が無過失であることを立証すれば、欠陥責任そのものも免れる、という考え方も日本法の中に入ってるわけですね。さて、過失責任と無過失責任があったときに、多くの弁護士は無過失責任の方が簡単だということで、無過失責任に偏りがちになりますが、私はあえて過失責任にこだわるというやり方です。より有責性の濃い過失責任主義をとるということですね。無過失責任というのは、過失的要素が無いので、賠償金の額も過失責任に比べると安くなるという議論も実はあるんですね。再発防止は無過失責任の場合、再発防止って言ったって、私には責任が無いわけですから、注意義務違反は無いわけですから、再発防止なんて言ったって知りませんよということにもなる。

### ② 不法行為か債務不履行か

不法行為か債務不履行かということですね。不法行為は結果回避義務違反性の視点に立つ。そうすると、結果を予め回避しなければいけなかった注意義務に違反したってところが再発防止につながりやすいということになるんですね。しかし、債務不履行は、結果回避義務違反という捉え方ではなくて、やるべき約束を守らなかったということになるので、必ずしも結果回避という概念ではないということになるわけなんですね。この二つに関しては、請求権競合説、法条競合説、規範統合説という三つの考え方があります。私が 42 年前に弁護士になった時は、規範統合説という考え方はありませんでした。私は明治のロースクールに 14 年前に来てですね、損害賠償法を教えると言われてですね、損害賠償法の本をもう一度読み直しました。その時に規範統合説なんて聞いたこともない見解が出てきたわけなんですね。

この不法行為と債務不履行の関係では、皆さんご承知だと思いますけれど、不法行為、債務不履行があって、請求権競合説は二つとも行使していいですよっていう考え方ですね。一般法である不法行為を否定して、特別法の債務不履行が優先するのだというのが法条競合説ですね。これに対して規範統合説という考え方は、不法行為と債務不履行の損害賠償責任要件を一本化して一つの請求権ができるという考え方ですね。実務はですね、請求権競合説をとってるわけなので、不法行為でも債務不履行でもどっちでもいいですよと、両方いっぺんに行使してもいいですよっていう考え方なんですけど、裁判官は書きやすい方で書いてる。結局のところ、債務不履行と不法行為の両方の責任要件を勘案して、一本化する中で書いてるのではないかと。しかし、規範統合説という考え方自体は裁判所の中で受け入れられてません。しかし、実態は、規範統合説的な考え方を裁判所は持っているのではないかと思うわけなんです。通説の比較ですが、不法行為と債務不履行、資料編のところの資料1っていうところを見て下さい。さっきも言いましたけれども、因果関係、注意義務違反、損害という三つの要件で、実態はほとんど変わらないんですね。予見可能性の位置が違うということになっています。債務不履行では予見可能性は相当因果関係論という形で出てきますので、因果関係の中に債務不履行は予見可能性が入ると。しかし、不法行為の場合は、予見可能性は結果回避義務違反を引き出すための前提条件として、過失の中に入ってくるということになります。従って、予見可能性というものが、どういう位置づけになっているのかということが違うだけで、損害賠償責任要件全体としては予見可能性を念頭に置いていますので、要件は変わらないということになるわけなんです。

### ③ 組織責任か個人責任か

組織責任と個人責任ですね。日本の損害賠償法は、どうも個人責任を前提にした法体系になってるんですね。しかし、過ちを犯した個人を責めたところで再発防止にはつながらないってというのが、さっき言った”To err is human.”の考え方ですね。ですから、ヒューマンエラーを特定する形で、ヒューマンエラーを責任追及に結びつけるのではなく、そのヒューマンエラーを見逃したシステムエラーを責任追及につなげるんだと。こういう考え方が重要なので、組織責任という考え方が重要なんですね。不法行為はですね、709条の要件を個人が満たすことによって、715条の使用者責任、という考え方ですから、使用者責任は厳密に言うと代位責任です。従業員が行った不始末を雇い主が代わって払うという考え方です。だからここは、雇い主が悪いわけではないと。被害者を守るために、より金を持つてる雇い主の方にも賠償請求権を認めるんだ。雇い主の方は、俺がしでかしたわけじゃないよと、それはうちの従業員がやらかしたから、それは申し訳ないと思うけど、従業員、お前が悪いじゃないか。従業員の方は、お前、直せって言われても、私は会社の中で月間残業200時間もやってるんですよっていうんですね、そんな中で過ちを犯すのは当たり前じゃないですかと言ったら、やっぱり雇い主の方のシステムエラーの方に注目を持っていかねばいけないということになるんですね。債務不履行はどうかっていうと、契約当事者の履行補助者、Aと

B が契約した時に、債務不履行を犯したら、A が責任を負うわけですけど、実は A という法人が責任を負うことになりますけれども、実はその法人の履行補助者が過失を犯したから、A という団体が責任を持つんですよということになると、これも、実はヒューマンエラーの代位責任ということになるわけですね。

#### ④ 自己責任か代位責任か

そうすると、債務不履行も不法行為も、基本念頭に置いてるのは代位責任だと。代位責任はシステムエラー、組織責任につながっていかないの、再発防止にはつながりにくいというところになっていくわけです。つまり、組織責任を代位責任ではなく自己責任として構成していくことが重要なのではないかと。

医療過誤事件の場合ですね、多くの弁護士、99 パーセントくらいの弁護士は、医師 A が過ちを犯した、だから病院 B が賠償しなさいと、こういう書き方をするんですね。私は、訴状の中では、病院 B が過ちを犯したって書き方をしていくんですね。そういう中で、例えば、重大な過ちを犯したのではないかと疑っても、医師 A に対する業務上過失致死傷罪の告発や告訴はしないという考え方なんです。何故かと言えば、その組織の中で、その医師 A がどんな働き方をさせられているのか、我々、外の被害者側からは見えないんですね。本当にこの A というのが悪質なことをやったということであれば、刑事責任を負う可能性はありますけれど、その事を含めて真実を明らかにするために民事訴訟を起こすわけですね。民事訴訟の目的は、究極には被害回復や再発防止ですけど、その前提として、事実、何が起きたのかを明らかにするっていう機能ですね、真実究明の機能を持たせるということが、重要な民事訴訟手続だと思っていますので、従って、組織の自己責任っていうところを念頭に置くということになります。不法行為も製造物責任も国家賠償責任もそうですよね。公務員の故意、過失によって生じたものを国賠責任にしてるわけですから、結局、基本的枠組は代位責任なのではないのだろうかということになります。組織責任については代位責任から自己責任への転換が必要なのではないかと思います。

### 3. 損害賠償責任要件の展開的構成

ここからが損害賠償責任要件の問題になります。損害賠償責任要件の展開的構成と書きましたけど、例えば、不法行為の損害賠償責任要件は何ですかという風になると、故意・過失、違法性、因果関係、損害という風に書いてる民法学の教科書が大半です。

私は、資料 1 のところに、冒頭に因果関係って挙げましたよね。私は、因果関係が明確になって初めて注意義務違反や損害が明確になるという考え方ですが。医療過誤事件をはじめとする損害賠償責任判決を読むと、ほとんどが、注意義務違反、過失論から判決は論じてるんですね。さて不法行為を構成したときに、予見可能性っていうのは結果に対する予見可能性があるかどうかですよ。で、その結果に対する予見可能性っていうのは、因果関係もある程度認識しないと、予見可能でないといけないわけですよ。そうすると、因果関係を

確定しないで予見可能性を論じること自体が実はおかしいわけなんですね。これは民法 709 条はですね、「故意又は過失に因りて他人の権利または法律上保護すべき利益を侵害したときは」って書いてあるんですね。故意または過失に因りて、因りてっていうのは因果関係の「因」ですよ。故意または過失に因りてって書いてるから、他人の権利の侵害が結果だとすれば、その結果を引き起こした因果関係の出発点、起点は故意・過失なのではないか。ここにほとんど疑問を持たずに民法学の教科書の中では、因果関係は故意・過失と権利侵害・法益侵害のつながりであると書かれている。709 条の条文をですね、そのまま教科書に移し替えたから、そうなってるんだろうと思います。

しかし、刑法学では、因果関係の出発点は実行行為だと、そして結果は法益侵害だということは、刑法学の中では争いの無い事実ですよ。刑法学で、故意と法益侵害との因果関係なんて言い方をしている教科書は無いですよ。ところが、民法学の中では、故意・過失と法益侵害との中のつながりって言ってるわけですね。これは論理的にもおかしいですよ。故意、過失っていうのは、価値的評価ですよ。価値的評価と法益侵害っていう事実が因果関係でつながるっていう考え方自体おかしいですよ。因果関係っていうのは、原因と結果の事実的つながりですよ。その事実的つながりが、雨が降れば桶屋が儲かるっていうような流れまで全部つながった場合に因果関係があるのか、ある程度のところで切ろうっていうのが相当因果関係の考え方です。いずれにしても、事実のつながりをどこまで認めているかというのが因果関係ですよ。ほとんどの弁護士が書かれている訴状や、判決は、まずは、注意義務違反があるかどうかというところに焦点を持ってくるんですね。注意義務違反、落ち度をどれだけ攻撃したところで、それは再発防止につながるかどうかなんて分からないですよ。だけど、因果関係がはっきりしていれば、その原因を取り除くということ、しかも、その原因が作為であれば、そんなことをさせない、不作為であれば、もっと注意（作為義務の履行）をする、そういうことによって、初めて結果回避義務、再発防止っていうところにつながるっていくのではないかと思うんですね。従って、法益侵害、因果関係を全ての出発点とする損害賠償責任要件が必要なのではないかということですね。

私はこの 4 ページのところに図を書きましたけれど、加害行為には作為と不作為があります。そして、作為と不作為の、この加害行為っていうことと、法益侵害っていうところが因果関係でつながるということですね。そして二つ目の帰責事由。故意または過失あるいは違法性。これは両方とも規範的概念なので、これは加害行為の帰責事由である注意義務違反という規範的概念がくっつく。それは、法益侵害に対する予見可能性とか結果回避義務違反とかいう形で価値的評価になるわけですね。そして、その法益侵害が損害額、金銭賠償にどのようにつながっていくのかということになるわけですね。この法益侵害と損害のところ、因果関係って捉える従来の通説的な考え方と平井先生のように、これは保護範囲説って言って、法益侵害そのものが損害の本質であって、それを金銭的にどのように評価するのか。さっき冒頭に言った財産権侵害の場合には法益侵害イコール金銭賠償なんですよ。100 円のをぶち壊されたら 100 円損害っていうのは、これはまさに論理的な飛躍なんか何に

もなくてコインの裏表みたいなものですよね。しかし、人間の命が失われた、だから 5000 万円払えっていうのには飛躍があるわけですよね。何故、人間の命は 5000 万円なんだろうっていうですね。っていうところですから、この法益侵害と金銭賠償は因果の流れ、事実のつながりではないということで、私は、保護範囲説を支持をしてるわけ。ここは因果関係ではないって私は思ってますけど、従来の通説、判例の考え方はここも因果関係だと言われてます。さて、こういうことなので、法益侵害とその原因たる加害行為との因果関係が基本的土台になって、そのうえで、法益侵害についての帰責事由としての行為の、作為、不作為を含んだ行為の注意義務違反、過失と違法性という風になると。そのうえで、法益侵害についての金銭的評価というのが損害賠償責任要件っていうことになるのではないかっていうことですね。因果関係を曖昧にして、その注意義務違反を問うても、その注意義務違反は結果につながりが無いということになると、本当に微々たる見舞金的な賠償しか認められないっていうのが判例の流れになってるわけなんです。土台をはっきりさせることによって、賠償額も増えていくし、再発防止にもつながりやすい。そういう風になるのではないかっていうことになります。

## 第 2-2. 各論：要件論

5 ページですけども、ここからは各論ですね。さっき言った因果関係、注意義務違反、損害という各論をどのように展開的に吟味していくかということになります。

資料 2 の 1 と 2 を見て下さい。これは医療過誤事件での最高裁での破棄判決をですね、平成 7 年から平成 28 年まで 29 の破棄判決、これは最高裁のホームページに載ってるものもあれば、ホームページでは落とされているものもあります。それから判例集の中に載っているものもあれば、判例集にも載っていない、つまり、判例集にも最高裁のホームページにも載ってない最高裁判例というのは実はあるんですね。これは、結局のところ、個別事案の解決事案であって、一般的ルールにはつながりにくいっていうのが実はいくつかあるので、それは判例集の中にも最高裁のホームページの中にも載っていないというのがいくつかあります。例えば、7 番、8 番ですね。11 番というあたりがそうなんです。これは、7 番、8 番、11 番はどうして私が知ってるかと言えば、多分、原告代理人が知り合いなので、教えてもらったということなので。だから、もっとこれ以外にもあるかもしれないですね。だけど、一応拾ってみて、約 20 年ちょっとの間に、30 近いですね、破棄判決、破棄判決ですよこれ全部破棄判決ですからね。

これ以外に、最高裁判決っていうのが、資料 2-2 を見て下さい、平成 7 年で区切りましたけれども、平成 7 七年以降でもですね、重要な判決があります。平成 7 年以前、特に戦後ですね。戦後の平成 6 年までの間に、医療過誤事件で最高裁が高裁判決を破棄した事案はたった 1 件しかないんですね。③です。東大ルンバール事件ですね。これは有名な因果関係に関する判決ですよね。つまり 50 年間、たった 1 件しか無かった破棄判決がその後の 20 年

間で30件も出てるんですね。おかしくないですか、これ。何故おかしいのかということですね。この約30件で、医療過誤における裁判所の考え方というのが大体論点が整理されたということになりますが、この中でも私は最高裁の考え方自体がおかしいと思う判決がいくつもあるわけですね。これは後で各論のところに出していきたいと思います。

それから、23番以降ですね、7件のうちの6件が認容判決の破棄なんですね。つまり、22番までは、棄却判決の破棄だったんですね。つまり、最高裁判所は高等裁判所に対してですね、要するに、形式的な論理でもって、原告の請求を棄却しちゃいけないぞってことを、繰り返し繰り返し言ってきたんですね。これは実は、平成7年までの最高裁判所の考え方を地裁や高裁が踏襲してきて負けさせてきたのを、最高裁が、こんなに負けさせちゃいけないよって言って、バタバタとひっくり返してきたと私は思います。それから23番以降はですね、認容判決が破棄っていうのは、ちょっと高裁、原告を勝たし過ぎてない？っていうんですね、勝たせればいいってもんじゃないぞと、勝たせてはいけないものまで勝たせてるんじゃないのっていうことで、23番以降は立て続けに認容判決を逆転敗訴、請求棄却にしているんですね。

実は、医療過誤事件だけ明治の時代からですね、今日までの約110年間を見ていくとですね、特に一審判決ですけれども、裁判所は原告側に偏ったり、被告側に偏ったりするのを山あり谷ありで5回も繰り返してるんですね。戦前は、ほとんど原告は勝てなかったんですね。歴史の中に民法学の中で残っている一番最初の医療過誤判決っていうのは、当時の東京区裁判所、後の東京地裁ですね、であったですね、婦人科の手術でお腹を開けて手術をしたらば、お腹の中にガーゼを忘れてきたっていう事案なんですね。これ請求棄却なんですね。ガーゼを忘れてくることがいかなる注意義務に違反しているかの証明が無いっていうんですね。これは、新民訴までの論理の典型の一つになってるんですけど、これからお話しする責任要件の証明が無いっていう形で敗訴してきたんですけど、新民訴は、証明が無いのは調べ方が悪いからだろうっていうんですね、だから、要件事実が証明されていないのではなく、要件事実が存在しないっていうところまで審理を尽くせというのが新民訴の考え方なんですね。だから、ある裁判官はですね、責任要件が証明されていないことで、原告の請求を棄却するのは裁判所の怠慢だと新民訴になってから言い始めて、今までの約100年近い医療過誤訴訟のやり方は間違っていたのではないかというくらい、はっきり言っている裁判官がいらっしゃいますけれど。だから民事訴訟法のやり方も、民事訴訟手続のやり方も間違っていたんですけど、ともあれ、平成6年まではかなりの動きがありました。つまり、戦前に典型しているように、ほとんど原告側が勝てない時代から、戦後の1950年代から1960年代にかけて、新しい医療技術が大量に導入されてきて、医療事故が多発し始めた時代に、例えば、東大ルンバル事件もそうですし、輸血梅毒事件もそうですし、原告側がバタバタと勝っていくっていうんですね。ほとんど勝てなかった時代から原告勝訴率が4割近くまで上がってくるっていうのが1950年代、60年代くらいですけど、70年代の後半から、再び原告勝訴率は下がってきてくるわけですね。実は、1981年、判決の認容率が17パーセントまで落ちて

いくわけなんですね。そして、その後、再び、2004年くらいまで原告勝訴率は4割くらいまで上がってきて、そこからまた2割くらいまで下がっていくっていうね。谷から山に上がり、また、谷に落ち、もう一回山に行って、今また谷に落ちそうになってるっていうですね。5回くらいの山と谷の数があるっていうのが、日本の裁判所の医療過誤に対する判決ですね。これは、世間の医療事故に対する風当たりを見ながら裁判所は付和雷同型に無意識の内に、勝たせたり負けさせたりしてるのではないかというのが、私の分析なんですけど、今は再び、2004年以降ですね、原告勝訴率が4割くらいまで行ったところ、また今、2割くらいでもってさぎ波的になってきているというのが、今の時代なんですね。これが医療過誤事件の判決。資料2-2ですけど、平成7年度以降も、破棄判決ではない著名な判決がいくつもあります。最高裁判決っていうのは、リアルタイムにホームページで読めますから、まず、それで読んでみて、その後、判例集などで解説されてて、読む。みなさんは解説の方に注目するでしょ？まずは自分で判決を読んでみて、自分でその判決を論評してみる。それが、その後判例集の中に出てきた解説、多くは、判タ、判時は、裁判官が書いているわけですよ。論評はね。だから、裁判官たちが、自分たちが出した、担当裁判官が書いているわけではないと思うんですけど、自分たちの業界が出した判決を論評するのをそのまま信じるような、あれではいけない。本当は、学者さんたちがそこをきちんと論評するまでには、ものすごい時間がかかるわけですよ。だけど、その学者さんたちの論評と、自分が最初に判決を読んだときの認識との違いみたいなのを、照らし合わせていくことによって、自分の判決論評力みたいなのが育っていくのではないかって思います。

## 1. 因果関係論

さてレジュメの5ページに行きますが、因果関係論ですね。資料3-1と3-2を使うことになります。3-3もそうですね。

まず3-1ですけど、医療過誤で因果関係についての最高裁判決っていうのは、水虫レントゲン事件、そして、東大ルンバール事件等、かなり古いものもありますけど、平成9年度以降でもですね、11件も、因果関係に関する最高裁判決っていうのがあるんですね。こういう最高裁判所の因果関係に関する判決が、どのように混乱してるのかっていうのが、資料3-3。医療過誤因果関係の起点、最判の混乱と書きましたけれども、これはまた後で解説をいたしたいと思います。

### (1) 被侵害利益の構成

因果関係論は被侵害法益の構成がまず終点を構成しなければいけないということですね。被害者に生じた不利益、法益侵害は何なのかということですね。そして、権利以外の法益については相関関係說的に、ある利益が侵害されてもそれを法益侵害と呼ぶかどうかというのは、加害行為の態様と被害者に生じた利益侵害とを比較衡量しながら、法益というかどうかで考えていくっていう考え方になっています。これは後で出ますけど、相当程度の中

能性とかですね、それから期待権侵害とかいうところに、この論理が現れてくることになります。そして、多くは、被侵害法益は医療過誤事件の場合、健康権、生命権が侵害されるという構成をとらないといけないということになります。

## (2) 原因行為の特定

その生命権侵害、健康権侵害を生じた原因は何かということですね。危険な行為ですね。その危険な行為というのは作為と不作為があります。ここが注意義務違反ではないと。資料 3-3 で、最高裁判所はですね、注意義務違反を因果関係の起点にしてると、行為を起点にしてるとに混乱してるんですね。資料 3-3 を見て下さい。作為型と不作為型に分けてですね、行為が起点であるという最高裁判決を三つ挙げました。

昭和 50 年の東大ルンバール事件ですけど、「本件発作およびその後の病変と本件ルンバールとの間に因果関係を肯定するのが相当である」と言ってるんですね。つまり、ルンバールを打った後に脳内出血を起こしてるというときに、その脳内出血の原因はルンバールなんだと。脊髄に注射してルンバールを押し込んだことが、脳内出血の原因なんだと言って、ルンバールという起点と脳内出血をつないでるから、行為を起点にしているわけですね。ポリープ摘出手術をスタートに出血した場合には、「行為と死亡との間の因果関係」と最高裁は言っています。ですから、これも、死亡の原因は行為という言い方をしているんですね。それから、精神科ですね、PTSD、お医者さんがろくでもないことを言ったために、患者さんが精神的被害を被ったという事案ですけど、「本言動と本件症状が生じたこととの間に相当因果関係があるということができない。」否定ですけども、これは、言動が PTSD の原因とは言えないのだと言っているわけですね。

他方で、作為型の場合に、過失を起点とする言い方も実はあります。このアナフィラキシーショックの事件、このアナフィラキシーショックというのは、薬を投与したこととショックを起こしたことはショックの原因は薬であると言わなきゃいけないんですが、最高裁判決の平成 16 年は「過失と死亡との因果関係を論じなければいけない」と、言ってるわけですね。そして、平成 21 年の麻酔薬の過剰投与事件、これは麻酔薬を多めに打ったために死亡したんだということですけども、「死亡の原因となった過失」という言い方をしてるんですね。

このように、作為型だけとつても、死亡や被害の原因が医療者の行為なのだという考え方がある一方で、注意義務違反、過失が原因なんだと言ってる判決もあるわけですね。これは、作為型の場合にはどちらかという、行為を原因にしているという言い方が若干多いのかもしれないですね。

ところが不作為型になると、その量が逆転していくわけなんですね。例えば、肝細胞ガンですね、2 年以上、検診をずっと通ってきた患者さんに対して、肝細胞ガンになってるといふ診断ができないままに、放ったらかしになって肝細胞ガンで死んだという事案ですね。これは、肝細胞ガンの検査をきちんとしなかったという不作為が肝細胞ガンで死んだって

うことにつながっていくわけなんですけども、「不作為と死亡との因果関係の存否」と平成11年判決は言っているんですね。ところが、実は後半でこの判決は、「前記注意義務違反との間に因果関係が存在する」と言っているんですね。冒頭で不作為と死亡との因果関係の存否を検討しなければならないと言っているのに、結論では前記注意義務違反と死亡との因果関係が存在するっていう言い方で、一つの判決の中に、因果関係の出発点が不作為なのか注意義務違反なのかっていうんですね、ということで混乱している判決になっています。心筋梗塞の見落としの事件ですけれど、「右医療行為と患者の死亡との因果関係」という言い方をしているわけですね。つまり、心筋梗塞をきちんと診断しなかったという医療行為と死亡との因果関係、これは不作為ですね、との因果関係と言っています。

多くは注意義務違反を起点とする判例が多いです。例えば、新生児核黄疸はですね、赤ちゃんが黄疸して、退院させてですね、その後に新生児核黄疸になって脳性まひになってるわけですけれども、何かあったらまた来なさいと、言った程度で帰ってしまったという事案ですけれども、「右処置の不適切と核黄疸罹患との間には相当因果関係が肯定される」、不適切という言い方をしてるので、注意義務違反、過失と核黄疸罹患との間には相当因果関係が肯定されるという言い方ですね。それから腰椎麻酔ショック事件、これは有名な事件ですけれど、腰椎麻酔をして、2分間に1回血圧を測定しなかったために麻酔ショックで重度後遺症になったと、こういう事案ですが、「この過失と脳機能低下症発症との間の因果関係」という言い方をしてるんですね。それから急性脳症の事件は、「転送義務違反と後遺症との間の因果関係」ですね。ガンの見落としについては、「過失と死亡との因果関係」と言っていて、大きく分けると11の判決の中で、行為を起点としてるのが5つですね。そして、過失、注意義務違反を起点としてるのが6つ、ほぼ同じくらいの数で最高裁判決も因果関係の出発点は行為なのか過失なのかということについて、あまりきちんと議論をしなくて判決を書いているということですね。

こういう中で、あえてここを論点として認識して、行為を起点とする、そして、その行為をなるべく作為型で構成するというのが被害者側、原告側弁護士の大事なことなのではないかということになります。これが、原因行為の特定ですね。

さて、今は行為なのか注意義務違反なのかという最初のところをお話しましたが、2つ目の論点は作為か不作為か。作為と不作為の区別は何かですね。この区別は非常に分かりにくいんです。私はよく授業でですね、実際あった事案を出して受講生たちにですね、アンケート調査をしますが、こういうのがあります。草むらがあつて、その向こう側に川があるときに、ある男が川に向かって石を投げましたと。そうしたら、川に届かないでその草むらの中に落ちこちて、実はその草むらにアベックがいて、その女の子の顔にあたって怪我をさせた。この女の子の怪我という結果を引き起こしたのは作為ですか、不作為ですか。これ、作為だよ。石を投げたからでしょ。もう一つは実際あった事件なんですけれど、遊園地で絶叫マシンってあるよね。上がって行ってドーンと落ちこちるやつね。あの上がっていく時に、椅子に座ったお客さんの一人がズズッと落ちこちて落下して死んじゃった事件があるんですね。

これなんで起きたかっていうと、実は上に上げる前に、シートベルトがきちんとはまっているかどうかを係員が回って、点検をして、そして絶叫マシンを上にするボタンを押して、そしてドーンと落とすわけですね。上に上げて行った時に一人だけきちんとシートベルトがはまってない人がいて、それでズズッと落っこちて死んじゃったんですね。さてこれは、少なくとも組織責任なのかあるいは個人責任なのかはともかく、遊園地の責任ですね。この遊園地の行為は作為ですか不作為ですか？不作為？みなさんが見たのは、シートベルトがきちんとはまっているのを確認しなかったっていう不作為を見たんですね。だから不作為だって言うんでしょ。じゃあ、最初の例に戻りましょうか。ここはアベックがたむろしてる有名な河川敷ですからね、草むらにアベックがいるかどうか確認しないで石を投げたんじゃないですか。そうしたら前の例も、不作為なんじゃないの。だけど、草むらに人がいるかどうか確認しないで石を投げたのと、シートベルトがはまっているかどうかを確認しないでスイッチを押したのは、同じ類型じゃないですか。そうしたら、両方とも作為で構成しなければダメですね。何故ならば、作為で構成するか不作為で構成するかで因果関係と注意義務違反の判断基準が大きく食い違うからです。因果関係は石が当たったかどうかでいいんでしょ。ボタンを押して絶叫マシンが上に登って、そこからずり落ちたかどうかでいいんでしょ。だけど、不作為型で構成すると、よく確認しても見えなかったかもしれないし、見えたかもしれない。怪しい因果関係が出てくるでしょ。つまり係員は、お客さんのシートベルトを本当に確認したんだけども見落としたりしたのか、それともきちんと確認しなかったのか。ちゃんと確認していれば落ちなかったっていう、何々していればしなかったという、こういう仮定的因果関係ですね、不作為の因果関係っていうのは。昔、刑法学でもって過失犯は全て不作為犯かって論点があったわけですね。何故ならば、過失犯っていうのは、何々しなければいけないところをしなかったって構成するから、みんな作為義務違反と勘違いするわけですね。だけど、交通事故で前方不注意してひき殺しちゃった場合は作為犯でしょ。前方注視していてもひき殺したかもしれない、なんてことは問題にならないわけですよ。作為でひき殺した、石を投げた当たった、ボタンを押して上げた。しかし、その行為には重大な注意義務違反があったと。不作為型と作為型の因果関係で全然違うし、注意義務違反だって不作為型の場合には、自然や他人がやった自分とは関係の無い危険を見逃したっていう注意義務ですね。だけど、作為の注意義務っていうのは、自分が危険な行為をしでかしたっていう注意義務でしょ。だから、自分が危険を作り出したのか、自分が作り出した危険じゃない危険を見逃したのかによって作為と不作為の違いは全然違うわけですね。このように因果関係の証明でも注意義務違反の証明でも、作為の方が構成しやすいんです。ところが、多くの裁判例は、最高裁ですらこうやっていて、特に説明義務違反のところでは、大きく不作為型にいつの間にか転化されていってしまうということになっているわけです。作為は、行為者が自ら危険を作出する場合を作為というですね、不作為は、他で作出された危険を放置したという不作為になります。ですから、作為の方が、損害賠償責任の因果関係や注意義務違反は捉えやすいと。無意識のうちに不作為で構成すると損害賠償責任は否定

の方向に向かってしまうということになるんですね。可能な限り作為で構成をするということですね、因果関係論、注意義務違反論の認定ハードルを下げるということですね。

作為起因型不作為っていうのが実はあります。危険は自分で作り出したんだけど、その危険を作り出した時に注意義務違反は無いと。しかし、その危険が現実化した時に、不作為の注意義務違反があるというときに作為起因型不作為っていう言い方をしています。この作為起因型不作為を不作為で構成するのか、作為で構成するのかが、通説的には不作為で構成してるんですね。例えば、さっき出た判決の中でですね、平成8年の1月23日判決ですね、腰椎麻酔ショックというのがあります。盲腸の手術をする時に麻酔を入れたわけなんですけれど、薬を入れたらば、最初の10分ないし15分くらいは2分間隔で血圧を測定しなさいという風に言われてるんですね。添付文書にもそう書いてあります。ところが、5分間隔で血圧を測定したために、血圧の低下を見逃してしまったために、脳性まひになったという事案です。これは、麻酔薬を入れて、因果関係は、入れた麻酔薬でもってショックを起こしたわけですよ。だから作為型なんです。だけど、麻酔薬を入れたことについては注意義務違反は無いんですね。腰椎麻酔を盲腸の手術の時にやるのは当たり前ですから。だけれども、血圧を2分間隔で測らなければいけないのに、5分間隔で測っていたというところに注意義務違反があるので、実は、脳性まひを起こした直接原因は血圧を2分間隔ではなく5分間隔でしか測らなかった。つまり、2分間隔で血圧測定しなかったという不作為が原因で脳性まひになったと構成するわけですね。そうすると、2分間隔で血圧を測定していれば脳性まひは防げたのかっていう因果関係になりますよね。更に、2分間隔で血圧を測定しなければいけないという注意義務がですよ、本当に臨床家の中に、医師の注意義務として絶対に守らなければいけないルールとして言えるのかどうかという注意義務として問われなければならないですよ。最高裁は原告側を勝たせてはいるんです。けれども、私だったら論理的に、2分間隔で血圧を測定するそのプログラムを作ったうえで、麻酔薬を入れなさいと。そこに行為の起点を持ってくれば、麻酔薬を入れたことで脳性まひが起きたんです。しかし、その麻酔薬は2分間隔で血圧を測定するというプログラムをセットしない麻酔薬の投与ですから、ここには注意義務違反があるでしょう。5分間隔の検査をセットして麻酔なんか使っちゃいけませんよとすれば、麻酔薬では危険な心肺停止が起こりうる危険な行為をやる時には、その危険な行為を防止する最善注意義務、万全の注意を払ったうえで、最高裁判所は、できる限りのことをやりなさいって言ってるわけですよ。最高裁判所の最善注意義務、考えられる全てをやり尽くしなさいっていう趣旨の判決を出してるわけなんです。そうすると、注意義務違反でも因果関係でももっと捉えやすくなるのではないかと。ですから、できる限り、この作為起因型不作為を不作為型ではなく、作為型に構成すれば、もっと損害賠償責任要件を構成しやすくなるし、2分間隔で血圧を測定するというプログラミングをして、麻酔を使うっていうのは個々の麻酔医の責任でもあるけれども、むしろそういう体制を病院全体がとってるかどうかっていうところにもなるし、再発防止の視点も、病院全体で麻酔チェックをもう一回やり直さなければいけないのではないかとこのところ

つながってくるのではないかなと思います。

### (3) 事実的因果関係

事実的因果関係の事実認定論としての高度の蓋然性ですね。この資料 3-2, 判例 2, 50 年の東大輸血梅毒事件ですけれども、ルンバールを打ったことがその後の脳内出血の原因となったのかどうかというところが争われた事件なんですね。それで「訴訟上の因果関係の証明は、一点の疑義も許さない自然科学的証明ではなく、経験則に照らし全証拠を総合検討し、特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認し得る、高度の蓋然性を証明することであり、その判定は通常人の疑いを差し挟まない程度に真実性の確証を持ち得るものであることを必要とし、それで足りる。」この自然科学的証明と高度の蓋然性を対比しているんですね。この高度の蓋然性っていうのは日本の法制度の中で明文化されていることではなくて、民事訴訟法の事実の証明に関する一般原則、と言われてるんですね。それで、ある程度比喩的に言うと、自然科学的証明っていうのは 9 分 9 厘、原因結果がつながる、というような関係ですね。それから、証明の優越っていう 51 パーセント証明とも言われてるんですね。考え方は、あるのとないのとを比べると、ある方がちょっとは多いっていう考え方ですね。そのちょうど真ん中ぐらいに位置する、8 割証明とかね、7・8 割証明とか言われてるのが、高度の蓋然性っていう概念なんですね。その高度の蓋然性っていうのをどうやって立証していくのかですね。一般の不法行為の因果関係の高度の蓋然性事実の証明っていうのは、そんなに難しくないですね。例えば、石を投げたら顔に当たってけがをしたっていうのは、ビデオテープを回していれば、それは分かるんですよ。もしどっかに防犯カメラか何かがついていて、「石投げた、飛んでった、当たった。顔押さえてうずくまった。」みたいなね。その後病院行ったら、傷があって診断されたみたいなことだって、それは石を投げたから傷ができたと簡単に証明できる、こんな高度の蓋然性なんて言わなくたっていいんですけども、医療過誤事件では、なぜ高度の蓋然性っていうことをあえて問題にしなければいけないのかといえば、ビデオカメラを回していても、「薬を飲んだ 5 分後になんかおかしい感じになってうずくまって、息が出なくて、死んじゃった！」という場合に、それを薬のせいだというのは、ビデオテープを回していても分からないわけですよ。薬のせいなのか、元々もっていた病気のせいなのか、または他に原因があったのか、ですよ。分からないので、高度の蓋然性っていうのは、間接証明で明らかにしていくということになります。それでその間接証明とはですね、大きく分けるとだいたい 3 つぐらいで言っているんですね。立証責任の緩和策としての間接証明、一応の推定は、原因結果の科学的可能性 (a) > それから原因と結果は時間的先後の近接性 (b)。そして、他に考えられる原因との比較をすると、他の原因よりもこの原因の方が優越である (c)。この 3 つぐらい。その他、例えば注意義務違反の程度が激しい場合には、因果関係も推定されるというのはドイツ法の考え方ですね。日本法は、この注意義務違反の程度が因果関係に関係するというのは、1 件だけ判決がありますけども、それがそうだって言ってるのは、円谷先生が論文を書いているんで

すけど、それ以外は無いです。日本法の中では、 $a \cdot b \cdot c$ で因果関係を推定できるというふうに言っているんですね。

さて、この観点で判決をみていこうと思いますが、判例1を見てください。これは水虫レントゲン照射事件で、水虫でかゆみを抑えるためにレントゲンを照射したらば、そこに皮膚がんができて両足を切断することになった、こういう事案ですね。戦後すぐの医療行為では行われていた、ということですね。レントゲン照射と皮膚がんの発生との間に統計的因果関係がある。科学的可能性(a)ですね。しかもレントゲン照射を原因とする皮膚がんは、他の発生原因と比べて比較的多い。他原因との比較(c)ですね。さらに本件皮膚がんは、その照射部位についてのみ発生した、これは部位的整合性ですね。時間的先後近接性に代わって、部位的近接性ですね。この3つで因果関係を肯定する考え方ですね。

さて、その次の②がですね、実は高度の蓋然性って言うてるんですけど、どうなのかって見えるんですね。ちょっとここでは引用してないんですけども、実はルンバールをしたら脳内出血を起こしたというのはですね、もともと脊髄に病気があってそれが悪化したのか、それともルンバールなのかってことが争われた事件なんですけども、脊髄の病気が回復傾向にあったのに脳内出血を起こすのはおかしいということで、しかもルンバールをやった直後に脳内出血を起こしているという、時間的近接性(b)と他原因との比較(c)はあるんですけど、ルンバールを打つと脳内出血を起こすという医学的可能性(a)があるのかどうかってことについては、実は判明していないんですね。なので、この高度の蓋然性の判例が昭和50年判決をよく引用するんですけど、この昭和50年判決よりも、昭和44年のレントゲン照射事件を高度の蓋然性の間接事実の証明として、より重要視したほうがいいのではないかっていう考え方なんです。5つの医学的鑑定書が出てるんですけど、ルンバールと脳内出血との間に因果関係があるかないかってことに関しては、5つの鑑定書の中でも意見が対立してるんですね。なのでもう少しきめ細かく見ていかなければいけないのではないかと。それで実は、科学的可能性っていうのは、ルンバールを打つことで脊髄を通して脳に圧力が掛かったんじゃないかと。その脳に掛かった圧力が脳内出血を起こしたんじゃないかということを経過していくと、科学的可能性は出てくるということだから、結論は正しいんですけど、論理性としては昭和50年判決は説明不足であると言われていて、ルンバールで脳内出血を起こすんだというのは、今でも本当にそんなことがありうるのかということは疑問が呈されているみたい、医学的にはね。

要は、科学的可能性と時間的先後近接性と他原因との比較、この3つ高度の蓋然性を推定するという考え方ですね。さっき言った7・8割証明が高度の蓋然性って言って、51パーセント証明である証明の優越とは違うんだって言いましたけど、この他原因との比較っていうところは、51パーセント証明でいいんです。それで他原因との比較で51パーセントだけでは高度の蓋然性と言わないので、時間的先後近接性とか科学的可能性を要求することになります。

さらに、③ですけど、aの科学的可能性の中には、疫学的因果関係論が入るんですね。疫

疫学という非常に膨大な数値を前提にした原因結果の可能性を疫学的因果関係と言うんですけど、疫学研究って、例えば分母が何万とかいう統計的数値なので、ものすごいお金がかかるんですね。なので、そういうお金がかかって気の遠くなるようなことでもって、疫学的因果関係、疫学を発展させるということについては、一説によると大蔵省が理解をしないので、疫学的研究が日本は進まなかった国だとも科学者の中では言われているんですね。今は疫学って非常に重要な科学なので、だから日本は疫学を科学だと思っていなかった時代があるんですけど、今は世界中でその疫学の考え方がものすごく発展してきているので、疫学的因果関係っていうのを科学的可能性として使う場合が多いです。特に、人間が作り上げた病気という場合に、疫学的因果関係が重要な役割を果たしていくんですね。自然界が作った病気や被害というのは、長い歴史の中で疫学研究が結構あるんですよ。疫学というのは元々はですね、疫病（伝染病）を防ぐ学問、だから「疫学」って言うんですね。それで疫病を防ぐために、疫病の原因は何か。「伝染病の原因を科学的に証明できたその瞬間に、最後の地球人が死んだ瞬間である」という笑い話もあるんですね。だから要するに、科学的証明ができる前に疫学的証明で原因を塞がなければいけないというのが、疫病対策なんですね。そこから疫学という考え方が出てきていて、それが今度は「公害病」という人間が作り出した病気に適用されて、四大公害訴訟判決の中には疫学的因果関係を重視した因果関係論が出てくるんですね。それでその疫学が、公害法の中で成長してきて、今度は環境法の中の予防原則っていうところにつながっているんですね。つまり原因結果が自然科学的証明を待っていたのでは、その病気の対策ができないという関係でもって、疫学的因果関係が科学的証明として重要視されるようになってきた。疫学的因果関係にはですね、「特異的疾患」と「非特異的疾患」というのがあります。例えば、ある病気は原因がいくつもありうる、というのは非特異的疾患なんですよ。その原因を、要するに、この原因はこれが原因だと言う時、例えばH I V感染症というのがありますよね。あれは原因は何かっていったら、性的感染がすごく多いんですけども、つまりウイルスが感染源であるっていうことは分かるんですけども、ウイルスが感染源だと分かったからといって、そのウイルスがどこから飛んできたのかはいろんな飛んでき方があるわけですよ。性的接触、それから人間の血液を使った血液製剤とかですね。だから、H I Vに感染したからウイルスに感染した、というところまでは疫学的にはっきりしていますけど、そのウイルスがどこから飛んできたのかっていう医療行為との関係性を明確にすることは、非特異的なんですよ。いくつもの原因があり得る。だから、薬害エイズ事件というのは血友病患者が血液製剤でH I Vに感染したという場合に、彼らは血液製剤以外の、例えば、性的接触をした可能性はないのか、とかですね。そういうところまで被告側の企業は争ってきたんですね。まあ「血友病でもって血液製剤使ってたエイズに感染したら、血液製剤以外にはないだろう」ってのは、私なんかは考えているんですけど、被告は血液製剤だけとは限らない、だから原告本人尋問の時に、「あなたは海外、とりわけアメリカに行ったことはこの期間ありませんか？」ってですね。「あります。」って言ったら「アメリカで血液製剤と関係なく感染して来たんじゃないか？」っていうことを、推

測させるようなことをやってきたんですね。

しかし、特異的疾患っていうのは結果だけを見ればもうこれが原因としか考えられないっていうのを、特異的疾患と言うんですね。例えば、スモンという病気があります。スモン、亜急性脊髄視神経症（SUMON）。スモンという疾患はキノホルムという化学物質でしか起こらない。だから、逆に言うとスモンという診断さえ受ければ、キノホルムという成分の入ってる薬を使ったことが推定される。だから、それは疫学的因果関係で科学的証明だけやれば、時間的先後近接性とか他原因との比較という証明もいらない。「どこかでキノホルムを使ったからスモンになったに違いない」というふうになるんですね。薬害というのは人間が作り出した病気なんですね。だから特異的疾患が多いんですけど、これは非特異的疾患であるという争いが訴訟の中でもされている場合が結構多いです。サイドマイドはですね、お母さんが妊娠のどの時期にサイドマイド剤を飲んだかによって、赤ちゃんの細胞分裂のどこを侵害しているかをもって、その生まれてきた赤ちゃんの奇形の出るところが全部違うんですね。この段階でお母さんがサイドマイドを飲んでいればこういう奇形の出方、この段階だとこういう奇形の出方ってことになるんですけど、「元々先天的奇形なんだから遺伝病なんじゃないの？」っていう形で争われた訳なんですね。奇形の出方によってサイドマイドを服用した時期が推定できるという疫学研究ができていて、そういう奇形であればどこかでサイドマイドを飲んでいるんですね。しかもサイドマイドの処方っていうのは病院で処方されていれば分かりますけど、このサイドマイド剤っていうのはですね、薬局で売っている一般の医薬品の中にも入っている、キノホルムもそうですけど、入っていたので、一般用医薬品として薬局で買った薬は記録がないですよ。記録がないから投薬証明がとれない。だけれども、サイドマイドベビーやスモンは特異的疾患として疫学的因果関係の証明だけで責任を負わせる、ということができるようになったんですね。だから、もし疫学的因果関係を使う場合でも、非特異的疾患と特異的疾患では、非特異的疾患の場合には疫学的因果関係以外の時間的先後近接性や他原因との比較が必要ですが、特異的疾患の場合には疫学的因果関係の証明だけでいい。ここで実は、疫学学者と日本の民法学者との間で争いがあるんですね。疫学的証明をしているにもかかわらず時間的先後近接性とか他原因との比較を、法律的因果関係の要件とするのはおかしいと疫学研究者達は言っている。特異的疾患と非特異的疾患の区別をつけることで出るとも出てくるんですね。

それから 5 つ目は、確率的心証論とか割合的因果関係論、これはもう最近ほとんど言われなくなった。かつてはいろんな原因で結果が生じたという場合に、A という医療行為が原因で生じた確率的心証はどのくらいなのか、割合的因果関係はどのくらいなのか、A と B と C の原因だけ、「A であれば注意義務違反がある」、「BC であれば他原因だ」という時に、A の原因は否定できない。だからある程度の責任を負わなきゃならないけど、B も C もあるっていうことになると、要するに高度の蓋然性っていうところでは A が原因だと言い切れないのではないかと。そういう時に、請求棄却しちゃっていいのかと。そういうことになると、損害の公平な分担という考え方からすると、その確率的心証の確率的「割合」とか、

割合的因果関係論の「割合」を損害額で調整すると。30パーセントの可能性があるって言うんだったら、損害額の30パーセントだけ認めてあげればいいっていう形で。一時ですね、下級審判例の中で結構登場してきたんですが、最近では「相当程度の可能性」って法益侵害を作り出すことによってこの確率的心証論とか割合的因果関係論っていうのは、判例の中ではほとんど言われなくなったんですね。これは論理的にはちょっと矛盾があるんですね。7・8割の証明をすれば100パーセント取っているのに、3割証明されているときは3割って言うのであれば、100パーセント証明した時になって初めて100パーセントの賠償が得られるんじゃないですかと。どうして3割の時は3割なんですか？っていうところで、因果関係の証明のところでは高度の蓋然性説との間で論理的整合性が図れないってことが、学説的には批判された時期もある。

#### (4) 不作為の因果関係

不作為の因果関係っていうのは「たら・れば」の世界ですよ。期待された作為をしていれば結果が発生しなかった可能性ですから、実は事実の証明ではないんですよ。「もし何々していれば、何々が起こらなかつたかもしれない」っていうですね、空想の世界なんですよね。だからあえて言うと、事実的因果関係の証明ではないんですよ。子どもが溺れている時に、それを親がほったらかしにして子どもが溺れ死んだという時に、親が突き落とし子どもを溺れさせたんだったら、ビデオテープを巻いていけば親がこの子を殺したんだっていうね、これは過失か故意かは別にしてですね、ということは証明できるんですが、子どもが水遊びをしていて川で溺れた、それを親が黙って見ていたっていうのは、ビデオテープをどれだけ撮ったからといって、親の不作為っていうのは写ったとしても、その不作為が子どもを死なせたという因果関係は写らないわけですよ。だから事実の証明では実はないんですけども、裁判所はこれを事実の証明、つまり昭和50年の高度の蓋然性の判決を引用しているんですね。仮定的な関係を前提に可能性の程度及び注意義務違反の程度等から、法的因果関係として価値的、評価的に認定していることになります。しかし、最高裁判所は、資料3-2の5番目(1)の平成11年の肝細胞がんの事件ですけども、線を引いたところだけ読みますが、「不作為と患者の死亡との間の因果関係の存否の判断においても異なることはない」というふうに、つまり判決②の高度の蓋然性の昭和50年判決を引用した上で、不作為の場合にも高度の蓋然性なんだと。高度の蓋然性っていうのは、事実的因果関係で適用される論理だと思おうのですが、これは不作為の間でも同じなんだと、というふうに言ってるんですね。その上で、「不作為と患者の死亡との間の因果関係の存否の判断においても異なることはなく、経験則に照らし、統計資料その他の医学的知見に関するものを含む全証拠を総合的に検討し、医師の右不作為が患者の当該時点における死亡を招来したこと、その死亡の時点においてなお生存していたであろうことを是認し得る高度の蓋然性が証明されれば良い」、と言うんですね。この平成11年判決が出る前は、この時点で見逃さなければ死ななかつたという因果関係を証明しなければいけなかつたですね。肝細胞がんを

見つけていて肝細胞がんの治療をしていれば元気になった、というところまで証明しないと因果関係が認められなかったのですけれども、この平成 11 年判決はピンポイントにですね、「その死亡の時点でなお生存していたであろう高度の蓋然性」でいいのだと言うのですね。だから、厳密に言うのですね、1月1日に死んだとします。しかし、もっと早く診断をして治療をしていれば、1月2日まで生きたということになれば、こんなことは医学的可能性として証明できないですけど、ちょっと机上の空論ですけども、これは因果関係ありとなるんですね。こういう場合は、昔は「延命利益の損害」って言って、賠償金を非常に小さくするために死亡との因果関係はないけれど延命利益の間では因果関係があると、こういう言い方をしたんですが、今はそれを死亡との間に因果関係があるという言い方にこの平成 11 年判決で変わった。しかし、この判決でもって因果関係を認めたからといって、満額の賠償を認めないというのが下級審判決の流れになっています。だからこの平成 11 年判決というのは、実は因果関係を認定しやすくしているにもかかわらず、賠償額を高額化することにはならなかったというところで、そこはまだ、不作為の因果関係の損害額のところではまだまだ問題が残っていることになります。

前提としてのですね、他で作出された危険と法益侵害との事実的因果関係をまず高度の蓋然性説で証明する。肝臓がんで死んだってことをまず証明する。それを前提として期待された作為、診断、治療をしていれば死亡が回避されたという統計的可能性及び注意義務違反の程度等から、法的価値的評価によって法的因果関係を認定していくんですね。これは作為と同程度の因果関係ありと、価値的評価的に、法的に考えていく。だから実は不作為の因果関係っていうのは、高度の蓋然性で事実的因果関係と同じなんだと最高裁は言ってるけど、論理的には法的因果関係とは言えるけれども、事実的因果関係とは言えないのではないかなと思うんですね。法的因果関係は、結果回避の一定程度の可能性と作為義務違反の程度の総合評価になります。平成 11 年判決は、「統計資料その他の医学的知見に関するものを含む全証拠を総合的に検討する」と言っているんですが、その基準は非常にあいまいですね。なのでその基準はきちんとできていないということです。

それから生命権、健康権以外の法益に拡大してきています、今は。つまり生命権、その死亡回避との間では因果関係は認められないけれども、自己決定権侵害とかそれから結果回避の相当程度の可能性とか、治療期待権の侵害等という新たな法益を作って、その法益侵害との間で因果関係を認めるようなことにつながってきています。

治療期待権は、健康権、良質かつ適切な医療を受ける権利から「期待権」と構成すれば、相関関係説の排除が可能になります。つまり、「治療を期待する利益」というふうにすると、治療を期待する利益が法益というふうに言えるためには、注意義務違反が悪質でなければ法益にならないというのが相関関係説なんですね。ところが、健康権とか良質かつ適切な医療を受ける権利っていう憲法 25 条や医療法の権利から構成していけば、これは期待「権」ですから、注意義務の程度に依らずに因果関係が肯定できるということになります。相関関係説っていうんですけど、注意義務違反の程度がひどければひどいほど、それから侵害され

た利益が大きければ大きいほど、法益侵害になり得るという考え方なので、新たな法益と言うためには、権利でないものを法律上保護すべき利益と言うためには、侵害された利益が権利侵害にならない場合には、注意義務違反がなければ法益侵害とは言えない、という考え方が相関関係説なので、そこを権利構成にしていくということでさらにハードルを下げていくということになります。

判例の考え方のまとめなんですが、生命とか健康の高度の蓋然性は生命権、健康権侵害として因果関係のある法益侵害になります。しかし、生命権とか健康権侵害と言えないような場合には、相当程度の可能性ですね、というふうに言って、その因果関係を相当程度の可能性と不作為との間で認めると言って、損害額をワンランク下げるとということになります。さらに下げると治療期待利益というふうになります。それぞれによって損害額のバラつきは出てくることになります。資料の 8 頁の不作為の因果関係のところ、(1) は高度の蓋然性ですけど、(2) (3) というところは期待利益の侵害とか相当程度の可能性として最高裁が認めた論理の考え方になります。9 頁のところですね、適切な医療がされなかったからといって、死亡回避の相当程度の可能性はないと。しかし、適切な医療が受けられなかったということを法益侵害として認めるかどうかという場合にですね、この平成 17 年判決は重大な後遺症が残らなかったという相当程度の可能性の存在が証明されることができない以上、国家賠償請求の理由がないと言って、つまり期待利益の侵害は賠償責任を負わないんだと言っているんですね。ところがその 5 年後、平成 23 年判決では、患者が適切な医療行為を受けることができなかった場合に、医師が患者に対し適切な医療行為を受ける期待権の侵害のみを理由とする不法行為を責任を負うことがあるか否かについては、当該医療行為が著しく不適切なものである事案について検討するに留まるもの、逆に言うと、注意義務違反がひどければこの期待利益の侵害というのを法益侵害として認める可能性はありますよと。そういうことで、この 3 つ目の法益侵害の可能性を認め始めたということですね。けどまだ最高裁がこの期待利益の侵害を賠償責任として認めた事案は、最高裁判決ではまだ平成 23 年以降は出てきていない。だからまだ医療過誤事件では、こういうところはまだ残された論点としてはある、ということになります。

## 2. 注意義務違反論（過失と違法性）

### (1) 総論

注意義務違反論ですけれども、不法行為を「故意又は過失によって、他人の権利又は法律上保護すべき利益を侵害したる場合は」と言っていて、この権利侵害とか法益侵害のことを「違法性」といふように呼んでるんですね。この過失と違法性というのはどういう関係にあるのかというのは、刑法学の中では責任要件として分類されているので分かりやすいのですが、民法学の中では、そういう実行行為とか故意過失とか違法性とかっていうのを、独立に論じている歴史があまりないので、過失と違法性というのは区分するのがすごく分かりにくい。かつて、主観的不注意、「うっかり」というのが過失だったんですね。ところが今は

「うっかり」だけでは過失ではなく、客観的な注意義務違反がないと過失と言えない。刑法学の中では、予見義務違反説と結果回避義務違反説とが対立していますけども、民法学の中では結果回避義務違反説が通説・判例になっているわけですね。つまり、過失というのは、主観的要素ではなく義務違反だということになりました。それから、違法性というのは「客観的な権利侵害」のことを言っていた。人が死んでいれば違法だと言ったんですけど、そしたら寿命で人が死んだ場合、それを違法な状態と言えるのかということですから、客観的権利侵害だけではダメで、違法性も注意義務違反だと、規範的概念だということで、過失が主観的要素、違法性が客観的状態だったのが、両方とも規範的注意義務違反というふうになってきて、過失と違法性が接近してきているので過失と違法性の区別が非常に分かりにくくなっているんですね。

そこで、もし二元説を採るのであれば、過失は予見可能性を前提とした結果回避義務違反とあって、違法性というのはその義務違反の責任を免れさせるための、刑法学で言うと違法性阻却事由のような捉え方にすると比較的分かりやすい。不作為の場合、特に国賠訴訟で不作為の場合は、違法性の中に過失の要素を入れ込んでしまっているんですね。なので、違法性一元説になっていますけれども、やっぱり過失と違法性とを区別して考えていった方がいいのではないかと思います。ともあれ、過失は予見可能性を前提とした結果回避義務違反で、違法性はそのことを正当化する要素があるのかどうかということになります。まず注意義務違反、過失と違法性をあまり区別しないで、「注意義務違反論」という形で一元的捉えてみてはどうかということを考えているんですけども、あんまりまだすっきりとは頭の中が整理されているわけではありません。

まず医療過誤の場合には「安全確保義務」というのが出てくるわけなんですね。資料 4-2 を見てください。昭和 36 年の東大輸血梅毒事件ですね。これは売春婦に性的接触をして梅毒に感染した人が、職業的給血者、血を売って生活を支えているという場合に、その職業的給血者から摂取した血液を産婦人科で輸血に使ったために、梅毒に患者さんが感染したという事案です。「いやしくも人の生命及び健康を管理すべき業務に従事する者が、その業務の性質に照ら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やむを得ないところと言わざるを得ない」、と言っているんですね。ここで、「最善注意義務」、医療過誤事件における注意義務の原点は、この昭和 36 年の判決がたびたびその後も引用されるというのが、この判決です。それから昭和 44 年の水虫レントゲン照射判決の中で、「診療当時の医学的知識に基づき、その効果と副作用等全ての事情を考慮し万全の注意を払う」。この「万全の注意」と昭和 36 年の「最善の注意義務」というのは、異なる概念ではないと思うのですが、最高裁の中では 8 年経って表現の仕方が変わっただけだと思うのですが、この「万全注意義務」というのはその後ほとんど最高裁は引用しないんですね。昭和 36 年判決を、常に「最善注意義務」というのを引用しているんです。それでこの「最善注意義務」というのはどこから出てくるのか、「いやしくも人の生命及び健康を管理すべき業務に従事する者」がと言っ、これは債務不履行から出てきているわけでもないし、不法

行為の中で最善注意義務というのが何がこの義務の発生原因なのかということは、あまり分かっていないんですね。ところがですね、この昭和 36 年より後の判決なのですが、「安全配慮義務」という昭和 50 年 2 月 25 日判決、これは自衛隊の中で起きた交通事故なのですが、自衛隊員と自衛隊というのは雇用契約ではないので、債務不履行責任は追及できないという時に、不法行為で追及すると 3 年の時効にかかっていると。そういう時に、3 年の時効を過ぎた後に債務不履行的に構成する時に安全配慮義務という概念が最高裁で初めて出てきたんですね。これは、安全配慮義務は「ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係に入った当事者において、当該法律関係の付随義務として、当事者の一方又は双方が相手に対して信義則上負う義務として一般に認められるべきもの」、と言っているんですね。「信義則上」と言うと、いわゆる契約法理なんですね。だからこれは契約関係にはないけれども不法行為としての一般的な予見可能性とか、抽象的過失論とかとは少し違う考え方で、安全配慮義務というのは出てきているんですね。この安全配慮義務に関しては、けっこう民法学の中では議論があるところですよ。こんなもの意味ないといっている先生もいれば、意味があるんだと言っている先生もいるんですね。実務的な意味っていうのは、不法行為の 3 年の時効を過ぎた後に責任追及しなきゃいけない時に、債務不履行だったら 10 年まで責任追及できるけれども、契約関係が無いところで不法行為の時効が過ぎた後に責任追及する時に引っ張り出してくる概念として使われていた。3 年の時効を超えるための一つの論理として実務的には意味があると言われてきたんですが、私はこの 3 年の時効とは関係なくですね、ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係、この中に医師－患者関係、あるいは医療者－患者関係、医療機関－患者関係というのが、この、ある法律関係に基づいた特別な社会的接触の関係に入るのではないかと、だからそこから、昭和 36 年の最善注意義務も、昭和 44 年の万全注意も出てくるのではないかと、私は解釈をしているんですね。それでこの安全配慮義務の意義を再検討したり、危険防止の最善義務との関係とか、不法行為の抽象的過失説における注意義務の高度化とかですね、それから安全配慮義務から導かれる調査義務等、そういうところに安全確保義務の原点を持ってくる。つまり、医療過誤とか、あるいは医薬品とかいうのは、契約関係があろうがなかろうが特別な法律関係がありますね。例えば、製薬企業と患者の間には契約関係がないですよ。製薬企業は問屋と間では契約関係があって、問屋と病院の間には契約関係があって、医療機関と患者の間には契約関係があるけれども、製薬メーカーと患者の間には契約関係はないですよ。契約関係がないとすれば不法行為でしかないですよ。不法行為でしかないと抽象的かつ一般人基準で過失があるかどうかを判断するわけですよ。ところが、その製薬企業の注意義務を一般人を基準にして注意義務の判断をするっていう考え方自体は、社会的常識に反するよね。なぜ反するかと言えば、さっき読んだある法律関係の中で特別な社会的接触があるということが、製薬企業と一般市民の間ではあるのではないかとということですね。そういうふうと考えていくと、抽象的過失説っていうその不法行為の一般原則をどうやってこの安全配慮義務という考え方で修正していくか、と考えなければいけない。債務不履行は契約責任ですから、「特約」って

いう概念がありますよね。特約を作ればいくらでも権利者は義務者を縛ることができますよね。だけど専門家との間ではそういう特別な関係を、「合意」という形で明文化するってことはないですよ。「先生は医者ですから、私の診療に関しては最善を尽くしてください」ということを契約書に書いて診療契約を結ぶ人なんていないですよ。そうすると、それは合意という概念ではなくて、特別の社会的接触関係の中から引っ張り出す、「注意義務の高度化」ということが必要なのではないか。それは一般人、平均人を基準にした抽象的過失説とは違うのではないか。これは不法行為に分類されるのか、債務不履行に分類されるのかは私もよく分かりませんから、まさしく過失と違法性を一元化した注意義務違反論という形で安全配慮義務を基点にしていく。安全配慮義務というのは、危険が生じる可能性がある分野については積極的に安全を確保していかなければいけない、という義務なんです。ですから、「注射を打ちました、ほったらかしにしておきました、その人がショックを起こすまでは時間が掛かりました、ショックを起こしたのでやったけど間に合わなかった」というのではダメなんです。むしろ、ショックを起こす可能性のあるものについては、ショックを起こさないような対応をすとか、ショックが起こるのではないかとということ注意深く観察しながらやっていくというふうになるんです。例えば、医薬品を販売する場合に、抽象的過失説を基準とした不法行為責任でいくとすれば、「この薬で未知の副作用が起こるかどうかは副作用報告を待っていればいいんだ」ということになると、具体的予見可能性ってというのは、「死者が出ましたよ」と言って、それがボンボンボン出てきたときに始めて、具体的予見可能性があるというふうになっちゃいますけど、安全配慮義務があるんだったら、開発段階から市販後に至るまで、そういう危ない被害が出るかどうかをきめ細かく調査していかなければいけない、と。それで、調査義務を尽くしている場合の予見可能性と、調査義務のないところの予見可能性では、調査義務を尽くしたときの予見可能性の方がより具体的予見可能性になる、ということになるんです。例えば、フェブリノゲン製剤で肝炎に感染するかどうかというのを、ミドリ十字社は、フェブリノゲン製剤で肝炎に感染したという報告が病院、製薬企業を通して国に挙がってくるのが、ポツーンポツーンとしかなかった。だからフェブリノゲン製剤でC型肝炎に感染するなんて予見可能性はなかった、ある時期まではなかった、ある時期から急激に出てきた、と言っているんです。ところが、実はミドリ十字社が病院に対してアンケート調査をして、「フェブリノゲン製剤を使った人のその後はどうですか？」ってやったら、膨大な数の肝炎感染が挙がってきたというわけですね。こんなものは血液製剤ですから、血液でもって肝炎に感染する可能性があるというのは、20世紀の初頭から分かっている話なんです。だから、製薬企業とか国や医療機関が安全配慮義務があるってことになると、積極的に考えられる害悪が起きていないかどうかを調査しなければいけない、そうすれば予見可能性も上がるんです。そういうような考え方で、安全確保義務とか管理体制構築義務等というのを専門家に定立していくことが必要なのではないか。これはどこから出てくるかと言えば、抽象的過失としての一般的な「他人に害をなすなかれ」という倫理から出てくるわけでもないし、診療契約とか売買契約という契約か

ら出てくるわけでもなく、むしろ「専門職責任」ということからでてくるのではないかと思  
っているんですね。そういう意味では、不法行為の損害賠償の注意義務っていうのは、不法  
行為の一般理論や債務不履行の一般理論からだけでは高度の注意義務を定立するのはなか  
なか難しい。判例の中にはさっき言った最善注意義務とか安全配慮義務といった概念が散  
らばっていますから、それを上手く加工しながら医療機関や製薬企業や国の安全配慮義務  
というのを確立していくということになると、国や製薬メーカーや医療機関の責任追及は  
しやすくなるね。

そしてそこでは、医療機関とか企業とか行政の組織責任を位置付けていくということが、  
安全配慮義務というのは個人にあるだけではなく、組織の中に安全配慮義務というのを位  
置づけるというふうにしていけば、組織責任というところにつながりやすくなるのではな  
いか、ということですね。

さらには、法的根拠として医療法とか薬機法、新しい改正条文の中にはこういう安全配慮  
義務的な条文が散らばり始めていますので、具体的な法規の中にも専門職責任とかそうい  
う抽象的な概念ではなく、医療法の中や薬機法(旧薬事法)の中にもそういう根拠条文とい  
うのは出てきていると考えて、その条文を根拠にしてやるのと、専門職責任という両方か  
ら注意義務を高度化していくという努力をしていくことが必要なのではないかと思います。

それから作為と不作為の注意義務の判断基準の違いですね。作為は予見可能性が中心、不  
作為はさらに作為義務の定立が必要になります。さらに作為起因性不作為については作為  
型に再構成する、それから予備的主張としての注意義務を作為並みに高度化していく。、作  
為起因型不作為として構成するというのが原則だと思いますが、そこに無理があるとすれ  
ば、作為起因型不作為は通常の不作為よりも注意義務は重いんだという構成の仕方はでき  
るのではないかと思いますね。危険が外から降ってきた時に、その危険を放置してはいけな  
いという義務だけではなくて、自分が作り出した危険が将来もっと大きい危険に発展する  
となれば、作り出した人の注意義務は普通の、他からきた危険を放置してはいけないとい  
う注意義務よりも、もっと高い注意義務にしていくことは可能なのではないかと思います  
ね。そういうような構成をしてきました。

## (2) 過失と違法性の関係 (略)

### (3) 過失

#### ① 具体的予見可能性説

予見可能性を発生要件とする結果回避義務違反とするのが通説になっています。この予  
見可能性というのは、具体的予見可能性説と言われています。予見可能性の程度を回避義務  
の対応と関連させて判断させるというのが、判例の考え方でもあります。予見可能性って  
「具体的」というふうに言うと、危険が察知できるものが、危険が差し迫っていないと具体  
的予見可能性があると言わないのではないかと思いがちになるんですが、実はこの具体的

予見可能性の「具体的」というのはどのくらい具体的なのかという「ものさし」は、実は無いんですよ。ものさしがあればね、「このくらい見えるんだったらこれは具体的、こんな程度しか見えないんだったら抽象的」と言えますけども、これは具体的とか抽象的という概念は、実は現実の社会の中にもものさしがあるわけではなく、裁判官が「この事件は被害者を勝たさなければいけない」というときに、具体的予見可能性があると、「ここまで責任を負わせるのはかわいそうだよ」と思うときに、具体的予見可能性は立証されていないと言ってる、いわば「葵の御紋」みたいなものなんですね。それで実は、ボヤアっと見えるのが抽象的予見可能性だから結果回避義務は生じないということも可能なんですけど、ボヤアっと見えるのが具体的じゃないかと言って、結果回避義務を緩やかに解釈するという考え方もあり得るんですね。例えば、自分が線路の上に立っていたら、霧が深い中で向こうの方から、どうも線路の遠いところから「ボー」と音がしてきたと。そしたら、「オレの立っている線路の上に汽車が走って来ているのかもしれない」というときに、でも汽車は見えないと。音が「ボー」と汽車っぽい音が聞こえてるだけだと。というときに、これを具体的予見可能性と言うためには、結果回避義務の程度を和らげればいい。つまり、「そこに立っていると危ないかもしれないぞ。向こうから汽車みたいな音がするから注意しろよ。」という結果回避義務が生じる。しかし、霧が晴れて、線路の上に汽車が走って来ていると。「どかなきゃ大変だよ！」と言って、どかなきゃいけないという結果回避義務が生じるという。結果回避義務にも製造物責任なんかでは「警告義務」というものがありますね。警告義務の前提となる予見可能性は、予見可能性の程度が低くてもいいのではないかと。疫学的因果関係とか予防原則とかですね。「もしかしたら、あの煙突からの煙が危ないかもしれないぞ。あの煙を吸ったらば、肺がんになるということは証明されてない。けどこの町であの煙を吸っている人たちの中には、他の町よりも肺がんの発生率が高い」という疫学的関係があれば、「あの煙突はあぶないかもしれないから気をつけろ」という結果回避義務が生じるのではないかと。あの煙突の煙が肺がんの原因となっているということが疫学的因果関係として証明されたのであれば、煙を出してはいけないという結果回避義務にならなければいけないというわけですね。つまり結果回避義務の態様というのは、警告とか販売禁止とか回収というところの間には程度の差があるので、結果回避義務の具体的結果回避義務はどんなものを想定するかによって、予見可能性の程度は薄くてもいいということも可能なのではないか、と言えるわけなんです。まあ警告義務から行為の中止義務まで、より具体的になってくれば行為の中止義務まで出てくるんですけど、それがボヤアっとしている場合、結果回避義務としての警告義務というわけなんです。これは薬害エイズ事件でアメリカのCDCの調査官が、大阪地裁の法廷に出てきた時にですね、血液製剤がエイズの感染源になり得るというときに、「血液製剤がエイズの感染源になるという科学的証明ができていなかった」という被告側が反論してきた時に、彼はですね、向こうから赤いランプが点滅し、サイレンの音まで聞こえてきていると。なのにその正体が見えないからといって何もしないのは、それは過ちであるというような例え話の証言を、大阪地裁でしたんですね。その時に私は「そ

ういう論理っていうのはあるんだなあ」と思ったんですけれども、アメリカ政府も日本の政府も、正体が見えないからといって何もしなかった、というのは許せないという趣旨の証言をしたんですけれどね。そういうのにも匹敵すると思います。

## ② 判断基準としての抽象的過失説

判断基準としての一般人平均人基準説というのが抽象的過失説ですね。具体的予見可能性と抽象的過失説というのはよく混同される、要するに暗記的な勉強をするときに混同するんですよ。「どっちが具体的でどっちが抽象的だったっけ？」って。抽象的予見可能性と具体的過失と言ってはいけないわけで。具体的予見可能性が要件ですけれども、注意義務違反の判断基準は抽象的過失説と言って、一般人平均人基準説ですね。ところが、一般人平均人という基準は、これもものさしが実はないんですね。僕はよく学生にですね、「自分が一般人平均人だと思う人、手を挙げてごらん」と言うと、手を挙げるやつがいるんですけど、一般人、平均人というのは法の概念なんですね。アメリカ法の **reasonable person** 合理人基準。これは法的に注意義務を認めるための基準として、それを「合理人」と言ったり「平均人」と言ったり、「一般人」と言っているだけの話で、「一般人」「平均人」という人が実在するわけではない、という概念なんですね。ところが、一般人、平均人というのを、まさしく人類 70 億人を基準にして一般人平均人と言ったら、注意義務の程度はグッと下がってくるわけです。例えば、血友病専門医の中の一般的基準、平均的基準、それをもうすこし広めて小児科医一般。血友病患者で血液製剤をずーっと投与してきた血友病患者の一般人平均人。注意義務はどんどんどんどん低下していく。つまり、注意義務の一般人平均人という枠組みを、絞っていけば絞っていくほど、注意義務は高度化していく。たった一人しかいない専門医というのがもしいたとすると、その人の基準というのはその人の基準になっちゃうという訳で、これは一般人平均人ではなく個人ということになっちゃうからあれですけど、ある程度抽象化できる限りでグループ分けしていくというところで、安全配慮義務を高度化することが可能になる、ということになるんですね。それで、特別事情踏まえた高い注意義務論というのをまた作ることはできるんですね。例えば、血友病専門医という枠組みの中で注意義務の基準を作るだけではなく、その血友病専門医の中でも特別に情報を持っている人と持っていない人というふうに枠組みを作ると、特別な情報を持っている血友病専門医というふうにして、もっと特別な事情を持っていることに注意義務を及ぼすことができるんですね。こうやって注意義務の高度化を、債務不履行的なのか不法行為的なのかはともかくとして、高度化する。

債務不履行はですね、特約という概念があるので、例えば、「私のところではがんの告知をします」とホームページで書いているのにがんの告知をしとくれなかったのはおかしいじゃないか、こう言えるわけですけど、一般のがんの専門医を基準にすると、告知をしている人はまだ少ない、というふうになってしまう訳ですよ。だって、それはがんの告知をするとホームページに書いてあるから知っているんじゃないですか。「新生児特別室がある」

ってホームページに書いてあるから、未熟児の子どもたちが日赤病院に送られるじゃないですか。日赤病院は全国に新生児の特別のプログラムを作っているって言うから、未熟児で生まれた子どもは日赤に送られているのに、日赤は未熟児に対する酸素管理の仕方をいいかげんにして、未熟児網膜症を発症させている。それって債務不履行的な特約って概念なのかと思うんですけど、さっき言ったように不法行為で構成するとすれば、安全確保義務というところで高度化していけば、債務不履行の特約と同じような考え方をすることができるといことになりますね。

ここで私が言いたいのは、抽象的過失説というのは注意義務の基準を非常に低いところに落とし込める基準ですけれど、それを高いところに持ち上げていくために安全配慮義務という概念を作っていくことが大事だと、言いたいわけですね。判断基準の曖昧化の中で、被害の実相からも説得していく。これだけひどい被害が出ている、という時には、やっぱりそういうことも起こり得るということを前提にして、高い注意義務を持っていかなければいけないのではないかということですね。

#### (4) 違法性 (略)

#### (5) まとめ：注意義務違反論の再構成

注意義務違反の再構成。ここもちょっと分かりにくいですね。自分で書いていてもちょっと分かりにくいんですけど(笑)。まあ安全配慮義務を定立する、その中で調査義務を入れて具体的予見可能性につなげていくという。それからこの安全配慮義務で高度の結果回避義務を導いていくということですね。それで予見可能性は客観的危険性の存在を前提に、その具体的を結果回避義務との関係で予見可能性を論じていく、ということですね。最終的には結果回避義務違反ということにつなげていく、ということになるんじゃないか。

#### (6) 各論

##### ① 医療水準論の位置づけ

医療過誤における各論、医療水準論というのがあります。資料4-2を見てください。

医療過誤事件における注意義務の判断基準についての最高裁判決の推移を並べておきました。まずはですね、輸血梅毒とか水虫レントゲン照射で「最善の注意義務」、「万全の注意義務」ということを言っているんですよ。輸血梅毒は「輸血」という作為を原因とした注意義務なんですね。水虫レントゲン照射も「レントゲン照射」という作為の万全注意義務なんですね。つまりこの「最善注意義務」、「万全注意義務」というのは事案から見ると、作為型の注意義務として登場してきた概念になってきています。

ところが、未熟児網膜症の事件で2つの判決を引用してありますが、これは代表的な2つの判決です。昭和57年の高山赤十字事件判決ですね。未熟児網膜症というのは日赤病院で起きた事案がすごい多いんです。なぜかと言えば、日赤が要するに未熟児に対する対応をや

っていると宣伝してきたので、全国の未熟児で生まれた赤ちゃんたちは日赤の病院を中心に転院させられてきたと。そういうところで、酸素投与でもって未熟児を成熟児にしていくために酸素投与していったんですが、その酸素管理等が曖昧なために、網膜剥離してしまった、というのが未熟児網膜症なんですね。それで57年判決はですね、一番の岐阜地方裁判所は請求を認容しているんですけども、名古屋高裁が破棄して、請求を棄却して、最高裁判所が請求棄却を認容した判決です。これはですね、東大輸血梅毒事件の最善注意義務を引用した上で、「右注意義務の基準となるべきものは、診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準である」と言って、初めて医療水準という言葉を使ったんですね。この未熟児網膜症というのは、厳密に言うと、「作為型」と構成することも可能なんです。未熟児というのは、小さな赤ちゃんなんですね。つまり通常であれば2000グラム代の後半から3000グラム代くらいで生まれる児が、2000グラムを割ったりして、小さく生まれてくるわけなんですね。それで、小さな赤ちゃんというのは普通の赤ちゃんをただ小さくしているわけではなくて、未熟児で生まれた子というのは多くの場合妊娠満期までいかずに、1か月とか2か月早く生まれちゃう可能性があるんで、お母さんの中で十分に成長しないままに出てきちゃうわけなんですよ。そうすると、未熟児というのは普通の成熟児に比べると、細胞がものすごく未熟にできている。血管が細いとかですね。血管が細いということは、血液の循環も十分にいけないので、全身の細胞に栄養が行き届かない。酸素も行き届かない。こういうことがあるために、小さく生まれた未熟児を普通の子にまで育てていくためには、ある程度高濃度の酸素を与えるんですね。高濃度の酸素を勢いよく与えるとどうなるかというと、細い血管を太くしないと流れていけませんよ。通常よりも細い血管を高濃度の酸素を入れることで太くしていくわけですね。そうすると、太くした血管が、眼底にある血管が細いからくっついていくんですけど、太くすることで剥がれちゃう。これが未熟児網膜症の発生原因だと言われてるわけです。まあこれも仮説の中の一つで、高濃度の酸素を勢いよく入れるってことだけではなく、そもそも網膜が未熟で生まれたから剥がれやすくなっているというのもあるので、これが酸素が原因の作為型の不法行為なのか、それとも未熟児で生まれたことの不作為型の未熟児網膜症なのか。当初、未熟児網膜症では作為型で請求認容を認めた判決も多いんです。全国で200以上の裁判が起きて、病院側が非常に力を訴訟対策に入れたために不作為型になっていって、結局、酸素の投与と未熟児網膜症は原因でありうる可能性もあるけどない可能性もあるってことで、責任論の焦点が、この未熟児で生まれた子どもの眼底検査をしっかりやって、網膜が剥離しそうになったら焼き付けてくっけなさいという、作為義務型の医療過誤事件に固定化されていくわけなんですね。だから、未熟児網膜症で出てくる注意義務違反の医療水準論というのは、不作為型で出てきた議論なんですね。医療水準という概念自体が、病気をもってきた時に、その病気の診断、治療をどうするかという時に、「診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準」と言ったわけです。

ところが、例えば、輸血をする時とか水虫にレントゲン照射する時とか、今まで「レント

ゲン照射すればがんになるかもしれない」、それから「輸血をすれば、その中に梅毒だとかウイルスだとかが入っているかもしれない」。そういう危険な行為をあえてする時には、「業務の性質に照らし、危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務」というのもまた、それを安全にやるためにやれることはなんでもやれという考え方ですよね。やれることはなんでもやれという考え方と、臨床医学の実践としての医療水準という考え方には、距離があるのではないかというのが僕の分析なんですね。だから作為型で危険なことをやる時には、危険防止のためにやれることはなんでもやれというのと、病気がもち込まれた時に、病気という危険は自分が作ったわけではないから、そういう時には臨床医学の実践として皆がやっていることはやりましょうという注意義務の間には、隔たりがあるのではないかというのが、私の考え方なんですね。つまり、資料4-2では、(1)と(2)は作為型で出てきた最善、万全という安全配慮義務のような考え方ですが、(3)や(4)の未熟児網膜症というのは不作為型で出てきた論理です。

(3)では「診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準」と言っても、未熟児網膜症を防止するために眼底検査をやらなきゃいけないかどうかは、眼底検査が平均的な基準になってきた以降については責任があるけれど、そうでなかった発展途上の場合には責任がないんだということでもって、この昭和57年判決以降の未熟児網膜症はバタバタと負けていくんですね、原告が。そういう中で、「負けすぎじゃないの?」という状況が起きてきて、最高裁判所がいくつかの判決、さっき言った平成7年以降に、原告を負けさせ過ぎだと言っていくつも破棄判決を出した。その冒頭の二つの判決の中の 하나가、姫路赤十字病院、これもまた日赤ですよ。姫路赤十字平成7年6月9日判決になります。これはさっき言った輸血梅毒事件の最善注意義務と飛騨高山事件昭和57年判決の医療水準を引用して、診療契約に基づき医療機関に要求される医療水準はどのようなものかについて検討すると言って、その医療水準の中身を検討し始めたというわけなんですね。「診療契約」という言葉が出てきているんですね。これはまさしく最高裁判所が、債務不履行的に構成したほうが書きやすい、と言って書いてきて、不法行為的な高度の最善注意義務から導くのではなくて、診療契約からやった方が注意義務を導きやすいというふうにしてきたわけなんです。なぜならば、日赤は高い医療水準で未熟児治療をやってきた病院ですから、そういう診療契約の特約的配慮で、日赤病院の注意義務を高めた方がいいのではないかというところで、つまり眼底検査とか光凝固法というのは発展途上の治療法だったんですね。発展途上の治療法は一般的な治療水準の中に入っていないから、バタバタと負けさせてきたわけですけど。未熟児の赤ちゃんを引き受けた病院は、この眼底検査と光凝固法をもって、未熟児網膜症を防止しなさいというガイドラインが昭和50年にできることになります。それで、昭和50年以前の事案は全部原告敗訴。そして昭和50年以降は厚生省が作ったガイドラインができた後なので、全部勝訴。ということで、昭和50年線引きっていうのが固まったんですね。ところが、この姫路赤十字病院は昭和49年12月の事案なので、昭和50年のガイドラインができる直前。だから本来は昭和50年一律責任論からいけば、病院側が勝って当たり前の事件

で、大阪高裁は、原告側を敗訴にしたわけですけど最高裁裁判所はこれをひっくり返した。未熟児網膜症っていうのは新しい治療法が発展途上にあって、まだ確立した医療ではなかった時代なんですね。この確立した医療でない段階に、上り始めた医療をやらなきゃいけないのかどうかっていうのが、実は、医療水準の判断基準として利用されてきた。だから実は医療水準っていう概念は、不作為型で、なおかつ発展途上の治療法でどの段階でやらなきゃいけないか、と。ガイドラインとして確立していたらすぐさまそれをやらなきゃいけないんですね。未確立で誰もやっていない段階だったら誰もやってなくたって責任を問われないんですね。ちょっとずつ発展途上にあるときに、どの段階でどの病院がやらなきゃいけないかというところを個別的に判断した基準を、この平成 7 年判決は出したということになります。「ある新規の治療法の存在を前提にして検査診断治療に当たることが診療契約に基づき、医療機関に要求される医療水準になるかどうかを決定する場合には当該医療機関の性格、所在地域の医療機関の特性など諸般の事情を考慮すべきであり、右の事情を捨象してすべての医療機関について診療契約に基づき要求される医療水準を一律に解するのは相当ではない」。医療水準っていうのは、発展途上の治療法ですから全国一律に解して、一番レベルの低いところを基準にした抽象的過失で判断して、みんな請求棄却になっていたんですね。それを、診療契約にもとづき要求されるんですから、当該医療機関の性格、所在地域の担う特性、つまり、この地域で未熟児やるのは日赤しかないじゃないですか。しかも日赤はずっと未熟児医療に専念してきたじゃないですか。その病院が全国一律で昭和 50 年のガイドラインができるまでやらなくていいというのはおかしいでしょうが、という注意義務の基準をつくってきたわけなんですね。日赤だけ特別な病院だっていうのは、不法行為では、抽象的過失でさえ導きにくいと。そうすると診療契約で日赤は、特別に高い医療をやってるところなんだから、高い注意義務があつて当たり前でしょう。「新規の治療法に関する知見が、当該医療機関と類似の特性を備えた医療機関に相当程度普及しており、当該医療機関において右知見を有すること期待することが相当と認められる場合には、特段の事情の存しない限り、右知見は右医療機関にとっての医療水準というべきである。」そこで、当該医療機関に右知見を獲得させておくべきであつて、仮に違法行為者である医師等が右知見を有しなかったために右医療機関が右治療を実施せず、または、実施可能な他の医療機関に提出するなど適切な処理をとらなかったために、患者に損害を与えた場合には、当該医療機関は診療契約に基づく債務不履行責任を負うべきものというべきである。という、こういう論理なんですね。

繰り返しにはなりますが、最善・万全が作為型。そして医療水準は新規の医療水準の不作為型、こういうところに、それぞれ適用範囲が違う。射程距離が違う論理をですね、次の平成 8 年 1 月 23 日はみんな一緒くたにまとめてしまうということをやっているんですね。これは、作為起因型不作為で、麻酔剤で 2 分間に 1 回血圧測定をしないで 5 分間に 1 回血圧測定をしたために、重要な兆候を見逃したという事案ですね。これについて、東大輸血梅毒事件の最善注意義務と、未熟児の高山判決の医療水準と、姫路判決の医療水準相對

説（絶対的に全国を一律に考えずに相対的に考えなさい）を引用しながら注意義務の基準を言ったこととなります。これを判決のなかで括弧書きを全部はずしたところが、まとめということになります。人の生命、健康を管理すべき業務、医療に従事する者はその業務の性格に照らし、最善注意義務、医療水準、絶対的な基準として捉えられるべきものではなく、諸般の事情を考慮して決せられるべき、相対基準ですね、しかも、医療水準は医師の注意義務の基準となるべきものであるから、医療慣行と必ずしも一致するものではない。こういう論理を引っ張ってきたわけです。これが一応平成8年1月23日判決のまとめのところ、医療過誤における医師や医療機関の注意義務の一般論としての今の段階での最高裁判所の考え方と言えますが、作為型の最善注意義務と不作為型で発展途上の治療の医療水準をごちゃ混ぜにしているところがですね、おかしいということなんですね。この麻酔薬の腰椎麻酔ショック事件でこの判決を並べてこうした結論的言い方をしているのか僕は全く納得いきません。なぜならば、これは、添付文書に書いてある「2分に1回血圧測定をなさい」ということを守らなかった医者への責任なのに、なぜ相対的医療水準という用語を持ってこなければならなかったのかが全く理解できません。これは結局のところ、こういう一般論を展開しながら、添付文書に2分に1回血圧を測定をなさいっていったのにそれやってないから責任あるよってという結論出してるんですね。何も相対的医療水準とか全く出してないんですね。添付文書違反だからけしからんっていっただけなんです。添付文書違反でけしからんって有責を認めてるのに、なんでこんなおおげさな医療過誤事件の過失の認定基準の最善注意義務とか医療水準、医療水準相対説、さらには医療慣行の違いみたいなところまで引っ張んなきゃいけないんだということ。医療過誤事件が非常に多いので、最高裁判所は、今後はこの基準で下級審は考えてくださいというところで表したんだと思うんですが、これはちょっと言い過ぎてるんじゃないかなと思います。現にこれ以降の最高裁判決でも、この一応のまとめの基準を全く使っていない判決は山ほどあります。これは、神戸大学の手島豊先生が「医事法入門」のなかで、こんな基準を使わない最高裁判決はいくらでもありますと言っているんですね。

## ② 医療過誤における注意義務違反の類型化

医療過誤の注意義務や注意義務違反を考えると、作為型・医原病型と治療の不実施・不作為型とを分けて考えるということですね。

注意義務違反をピンポイントで考えて、多数の主張をする「点の義務違反」から、注意義務違反を発生責任と治療責任で捉える「帯の注意義務違反」。交通事故の直近過失論っていうのは、刑事事件で業務過失致死傷罪に問われるときに、直近過失論っていうのがあるんですね。その交通事故を防止するための一番直近の義務違反だけを扱えばいいものなんですね。人が横断歩道を通ってないときに前方不注意をしたって、別に事故起きないんだからいいじゃないって。人が横断歩道を渡ろうとしていて、いまここでブレーキを踏まないとか事故になりますよって時に、はじめてブレーキを踏みなさいという結果回避義務が生じる

んだ、と。この直近過失までは、いかなる不注意があっても、結果とは何の関係もない注意義務違反なんだという捉え方が直近過失論ですよ。注意義務違反っていうのは、一連の経過の中で、最後に死亡となるわけですけども、ここにはこういう注意義務がという形で、5つくらいの注意義務違反を捉えるとしますよね。直近過失論的な考え方っていうのは、最後の注意義務違反を捉えなさいっていうものなんです。ここで注意義務違反を怠らなければ、結果が回避できるという場合にしか、当てはまらないんですね。医療事故っていうのは、ある病気をもってきました、検査をしました、診断をしました、治療開始をしました、それでもなおかつ、さらにステップアップしていくつかの治療をしたんですけど、死亡しましたっていうときに、各段階で何々をしなかったしなかったって言って、ピンポイントで捉えるんですよ。検査をしたときに、ここで検査をしなくても、死亡を回避できる場合には、ギリギリここで検査すればよかった、というときに、ここでも検査しなかった、ここでも検査しなかった...、ここでやっと検査したけども間に合わなかったみたいな、というときにですね、一個一個判断していくと、この段階ではまだこの注意義務は、結果防止との関係では、この段階で様子を見ても、手遅れではない、といって、ここは義務違反なしになる可能性がありますね。もうこの段階でやったら手遅れ、ということになったとすると、早い段階での注意義務っていうのは結果回避と関係ない。遅い段階での注意義務違反っていうのは、もう間に合わないから、結果回避とは関係ないといって、どこかでルビコンの川を渡ってしまって、両方とも責任を棄却されちゃうという、こういう認定の仕方は昔の判決の中で結構多かったんですね。僕はですね、こういうところを大きく枠組みをして、医原病型で言えば、最初にやるときの過失、そして、疾病悪化型で言えば、その治療を開始するまでの過失っていうのは一本ずつでやる。つまり、例えば癌の見落としだとなれば、この癌の治療するときには、ここでもやるチャンスがあった、ここでもやるチャンスがあったのに、どこでもやらなかったっていうものですね。そういう過失の枠組みを捉えて注意義務を構成する。あんまり注意義務を断片的に、直近過失論みたいに、この段階ではあれ、この段階ではあれ...って数多くやるのではなく、一つの病気に対しての検査、診断、治療っていう全プロセスで、きちんとしたことをやっていないっていうような枠組み、注意義務をできる限りその疾患との関係で、どんなことをやらなければならないか、というような形で注意義務を捉えるという、やりかたでやってるわけですね。繰り返しになりますけど、これまでの医療過誤事件っていうのは、どっちかっていうと、原告側は因果関係ではなく注意義務にまず焦点が行ってしまうので、あれもだめ、これもだめっていう、早い段階で、そこは医療水準として注意義務を尽くさなければいけないとは言い切れない。遅い段階で、この段階でやらなかったのはおかしいけれども、この段階でやったからといって、死亡が回避できるとは限らないんですね。片っぽで注意義務を否定され、片っぽでは因果関係を否定されるというようなことで、結局敗訴になってしまうので、なるべく、注意義務っていうのを帯で、検査、診断、治療っていうプロセスになっていて、そのあらゆる段階でもって後手後手になっているっていうのを、帯で捉えて注意義務違反と構成する。そういうやり方を私はやってきました。

### ③ 説明義務違反

説明義務違反というのは、医療過誤事件では、もっとも混乱しているところの一つになります。資料 5-1 で最高裁判決が昭和 56 年から平成 20 年まで、9 つほどあります。

説明義務違反は注意義務論でやっていますが、因果関係論のところも関係してくるのです。説明義務違反っていろいろなところで問題となるのですが、典型的なのは、手術をした、合併症をした、死亡した、こういう構造を考えたときに、手術合併症がありますということの説明しなかったことが帰責事由。作為型でこの手術をする場合には、合併症について説明しなさいという説明義務が、刑法学的にも、民法学的にも、確立しているわけですね。医療行為をやる場合には、医学的適合性がある、なおかつ患者の承諾が必要になる。この手術には医学的適合性はあるけれども、説明義務を尽くしていなかったので承諾が無効だということが帰責事由となってるわけなんです。このままの論理でいけば、手術で死亡したという因果関係があつて、この手術には説明義務違反という帰責事由がのっかっているということで、これを過失ととらえるか、あるいは違法性と捉えるかですけど、どちらにしても注意義務違反がある、ということになるわけです。ところが、説明義務違反を認めた判決ってというのは、この資料 5-1 の、かなりのものが、説明義務違反を認めているんですね。癌の告知だけが怪しい判決なんですけど、癌の告知を除くと、説明義務違反を認めている。典型的に言えば、乳がんとか、経膈分娩とか、未破裂脳動脈瘤とか、心臓手術、こういう事案なんです。ところが、下級審では、因果関係をどういうふうに構成しているかっていうと、説明義務違反がなければ手術を受けていない、手術を受けていなければ、合併症を起こさなくて死亡もしなかった。つまり、説明義務を尽くしていれば、手術を受けなかった可能性。手術を受けなければ死んでいなかったという不作為型の因果関係を問題にしているんですね。そこで、大半の事案が、説明義務を怠っていなかったとしても、手術を受けた可能性は高いので、死んでいた可能性も高い、と。つまり、説明義務違反が、死亡の原因になっていない、という因果関係否定論です。説明義務違反はイコール自己決定権の侵害と位置付けていて、これを、死亡ではなく自己決定権侵害で損害賠償を認めて、安いのだと数百万円、高いのだと、一千万くらいの説明義務違反と自己決定権侵害を認めている。

最高裁判所はいまだかつて医療について自己決定権という概念は一切認めていないんですね。エホバの証人の時には人格権っていう言い方はしているんですけど、最高裁判所はどうも、今の実定法の枠組みの中で、自己決定権という言葉はどこにも使っていないので、自己決定権っていう言葉は使わずに、説明義務違反とか人格権侵害っていう言い方しかしていないんですけども。要するにこれが法益ですね。守られるべき法益が侵害されたことで、つまり説明義務違反によって死んだ場合に、死亡に対する責任は認めない、というのが判例の流れになっています。ここにおいては、患者側弁護士は従来の説明義務違反を不作為型の因果関係でつなげる枠組みを肯定して、この中でなんとか全額賠償を取る方法はないかっていうところばかり知恵をだして、僕は、それは患者側弁護士としてはお粗末す

ぎるという風に言ってるんですが（笑）、若い弁護士たちは、鈴木先生何言ってるかさっぱりわからん、とか、いうんですけどね（笑）。今日講義した論理からすれば、手術で合併症で死亡ですよ。説明しないと人は死ぬんですか。説明しないってことに危険性はあるんですか。ないですよ。手術に危険性があるのであって、説明不実施に危険性があるわけではない。因果関係は、危険な行為と結果ですよ。説明義務違反はほとんど満額賠償をとれない、ということになりますね。裁判官のなかにもたぶん、説明義務違反というのはデュー・プロセスなので、デュー・プロセスを犯したくらいで、この死亡という結果まで責任を負わせるのは酷なのではないかと、いうふうに考えているのかもしれないですね。そうなってくると、別のテーゼです。現行犯逮捕の要件がないのに、逮捕状取らないで現行犯逮捕したという場合に、この現行犯逮捕は違法ですよ。違法な現行犯逮捕で、身柄を解放されるまで、3日あったとすれば、3日間の身体拘束に対する賠償は採れるわけですよ。ところが、この例で言えばですよ、「この事案は令状請求すれば令状出た事案です」と。令状請求しなかったことが責任ですけども、令状請求すれば令状が出た事案ですから、令状請求しなかったことと身体拘束には因果関係ありません、と。こう言ってるのと同じですよ。この手術をしたことは、説明を怠っていたんだから、この手術自体は違法なんだ、と言ってしまえば、違法な手術で死亡を起こしたんだから、全損賠償をすべきじゃないか。

私は、説明義務違反を、主たる請求原因にしたことは一度もないんですね。説明義務違反というのを主張することはあってもそれは、そもそも手術ミスを起こす背景事情として、説明もしないやつがちゃんとした手術なんかできっこねえだろ、とそういう言い方で、説明義務違反をとらえて、手術ミスを裁判所に認めてもらうというやり方をするか、あるいは説明義務は予備的請求原因。医療集中部の裁判官は、説明義務違反一本でくる弁護士がすごく増えていると言っています。説明義務違反を認める最高裁判例いっぱいありますからね。説明義務違反だったら勝てると思っているんでしょうね。だけど、満額請求はできないということになってしまってるんですね。説明義務違反を過失構成という形ではなく、違法性構成、さっき言った、説明義務違反を予見可能性の問題ではなくて、手術という医的侵襲を合法化するための違法性阻却事由だと考えるようにすればいいのであって、しかも予見可能性を問うていけば、この手術で合併症が起こるという予見可能性はあるわけですから、過失もとれる。それで、説明義務違反というデュー・プロセス違反だけで満額の死亡という7千万とか8千万の賠償を認めるのはおかしい、というのであれば、それは全体として、損害論は、裁判所の自由心証主義の中で認めていけばいいわけですね。損害額で調整するのか、責任要件論で調整するのかっていったら、損害額の中で調整すべき事案なんだろう、と思うんですよ。

説明義務の具体的な中身に関しては資料 5-2 のところはかなり引用してあるんですが、「診療契約に基づき」という言葉が②の判決の中に出てますよね。説明義務も、診療契約債務不履行論を念頭において書いた方が書きやすいと思っているということが表れているということになります。

#### ④ 国賠責任のとらえ方

国賠責任の違法性論というのは、職務行為基準説というのがあって、その職務行為基準説に基づいて、不作為型の規制権限不行使の場合に、裁量権消極的濫用論がある。国賠訴訟を認めるのはすごくハードルが高いと言われてきているんですね。私は、国賠訴訟でも、なるべく作為型に構成することによって、この不作為における規制権限不行使という、消極的濫用論が適用できないような形でいるべきなのではないかと思ってます。薬害事件がありますけど、この薬はそもそも、危険性と有効性を比べると危険性のほうが大きいから、承認すべきでなかったというところを帰責事由として取り上げて責任を認めることがあるんですけども、判決の多くは、国の医薬品の承認行為ってというのは、規制権限の行使なんだ、と。承認すべきでない薬を承認したってのは、規制権限を行使しなかったからだ、っていう不作為型に捉えてるわけですよ。あえて刑法学的に言えば共同正犯なんじゃないの、っていうわけですよ。承認という作為が、過失があつて違法だととらえれば、規制権限不行使の違法の消極的濫用論なんて該当しなくなるわけですね。単に予見可能性があつて結果回避義務違反だつていう捉え方だと、国家賠償責任は非常に広く広がっていくんですよ。例えば、競馬場で、ゲートがしまっていて、そこに荒馬がいて、騎手がいて、いまにも飛び出したい馬を騎手がおさえながらゲートも抑えている。そういうときに、まだ、競馬場の中の安全確認ができていないにもかかわらず、ゲートをあけて、競馬場の中にいた係員を轢き殺してしまう、と。この場合に、走った荒馬が轢き殺したのだから、騎手は作為だけどゲートを開けたのは不作為ですか、と。安全を確認しないっていうところをみれば不作為かもしれないけど、ゲートを上げるっていう作為行為が危険を作り出したんじゃないですか、って考えるわけですね。これは、危ない薬を売りたいっていうときに、ゲートを国が上げて承認をした、というのが一緒になって薬害を起こしたのではないか、ということなんですけども。薬害事件における最高裁判決ってというのは非常に数が少ないんですよ。クロロキン事件とイレッサ事件しかないんです。ここでは、承認行為自体を問題にしていない。下級審判決のなかでも、承認行為を不作為型で捉えてる判決もあれば、作為型で捉えてる判決もあるんですよ。薬害事件における被害者側の弁護士はそこを、承認を作為型と捉えるべきだつていう発想はあまりないんですよ。私も薬害事件やってきてそんなこというのもなんですけど、なかなか弁護団の中での理解が得られにくい。今日みたいに論理的に積み重ねてくつていうよりも、これは感覚的にこれは作為なんじゃないかって思ったんだけど、「いや不作為でしょう」って。規制権限を、きちんと安全性と有効性をきちんと吟味しなかったつていう不作為的などところに着目しちゃう。国賠の場合には、規制権限不行使でとらえがちになるわけですね。国にとっては、自分が危険を作り出したんじゃないんだ、と。企業が危険を作り出したのを、国が見逃した、という形で捉えると不作為型になるわけですね。しかし、危険なことのゲートを上げたつていう承認行為を見れば作為型になる、ということをやっつけていかなければならないんですよ。

それから、職務行為基準説っていうのは、国賠責任を考えると時の出発点、つまり注意義務違反の出発点なんですけど、職務行為基準説っていうのは医療過誤事件の中で否定した、医療慣行免責論とすごく似てるんですよ。職務行為の基準ってどんな基準かっていうと、現実に行われている職務行為の基準で、注意義務違反があるかどうかを考える。その職務行為の基準そのものがおかしいというときに、職務行為の基準はこうなんだから、それは義務違反がないって考えるのが、どうも職務行為基準説ではないか、と。そうすると、職務行為基準説っていうのは、医療過誤の昭和 36 年の輸血梅毒事件判決が言った、「医療慣行では免責されない」っていう考え方を前提にすると、あるべき職務行為基準を前提にして注意義務を設定しなければいけないのに、現実に存在する職務行為の基準を過失の基準にしている、ということなんです。なかなか日本の裁判所は国賠責任認めたららないですね。それが 2 つ目に書いた、職務行為基準説による職務慣行免責化というのを考えなければならない、というものです。それは国の安全配慮義務を強調することによって、国賠責任を捉えていくことが大事なのではないか、と思うわけでありませう。

### 3. 損害論

医療過誤における損害論は人身損害ですので、人身損害を中心に考えていきたいと思ひます。とくに、財産権侵害のところ、財産権の価値を行為時で見ると、それとも侵害時で見ると、それとも中間で見ると、算定の仕方にもいろいろな意見があることはあり得ますが、人身損害を損害賠償の損害として捉えるというのは、どういうふうを考えていったらいいのだろうか、ということを考えてみたいと思ひます。

人身被害の場合の被害の実相というのは損害額算定のために適正な反映をしなければいけない。人間が死んだってということは、人間はよく死んでいますから、人間が死んだってということだけでなく、その死んだってことについて本人がどんなに無念を感じているのか、家族がどんな精神的ダメージを受けているのかとか、そういう被害の実相っていうのは、人間の死っていうピンポイント的なものだけを取り上げるのではなく、死へのプロセス、死を振り返った時のくやしき、そういうものを損害として被害の実相として損害額の反映にしていかなければならないのではないかと、思ひます。

金銭賠償主義が、最高裁平成 5 年 3 月 24 日大法廷判決の中で、不法行為による損害賠償制度っていうのは原状回復が目的だと言っています。なので、金銭賠償と原状回復機能がどのように絡んでくるのかってことですね。例えば死んだ人に対して賠償金を与えたからって生き返るわけじゃないので、原状回復ができないわけですよ。しかし、可能な限りで原状回復をするっていうのがどういうことを意味してるのかってことを、人身被害の場合には考えていく必要があるのではないかと、思ひます。

#### (1) 差額説と損害事実説

まず、差額説と損害事実説(死傷損害説)に分かれています。通説・判例は差額説ですね。

交通事故が典型です、「赤い本」ですね。東京三会がやってる交通事故の被害に対する賠償金の算定の仕方は赤い本で書いてあるとあって、これがだいたい、東京地裁以外の首都圏でよく使われている、と。それ以外の道府県の裁判所では、日弁連が作った「青い本」ですね、これが使われている。なぜこれが赤い本、青い本かっていうと、本の表紙が赤かったり青かったりするのと、表紙の端っこの方に「赤い本」「青い本」で書いてあるんですね、字でね（笑）。我々は医療過誤事件の損害額の算定の基準本を「黄色い本」という形で作りたと思ってたんですが、これがなかなかあんまり一本化しなくて、いかんせん黄色い本はできていないんですけど（笑）。これが差額説の個別損害積み上げ方式と呼ばれているやつですね。

損害とは不法行為がなければ被害者が現在有していたであろう仮定的利益状態と、不法行為がなされたために、被害者が現在有している現実の利益状態との差額であるというのが通説の考え方になります。その差額説、個別損害積み上げ方式の中には、財産的損害と精神的損害があって、実は、人身損害っていうのは、財産的損害とか精神的損害には分類できないものが結構あるんですけど、なるべくこの2つに分けよう、と。原則は全部、財産的損害に落とし込んでいく、ということですね。つまり、被害者やご遺族の精神的損害という部分は、財産的損害を補完する名目として作られていて、財産的損害の中にできる限り転化していく、ということですね。人が死んだら働く道具がなくなった、働く道具がなくなったので、稼げなくなったのは、財産侵害だ、と。こういう捉え方なんですね。そして、この考え方だけではだめなので人身損害において、差額説、個別損害方式の修正・限界がかなり指摘されていて、人身損害における個別損害積み上げ方式っていうのは空想の世界なのではないか、ということも言われているんですね。

例えば、幼児や主婦の遺失利益。生まれたばかりの赤ちゃんが医療行為によって死んだ、と。この赤ちゃんは、大学まで行って、そして平均年齢・平均賃金で稼げたのに稼げなかった、とこういう風に考えるわけですね。1歳で死んだ子が成人に達したとき、いくら稼ぐかってなどっていうのは、将来20年近く先の平均賃金がいくらかもわからないし、この子が学歴がどういうふうに行くかもわからないし、ですね。その時どんな職業に就くかもわからない。けれども、みんな平均賃金で行くっていう考え方になっているんですよ。

専業主婦。「私は仕事をしたくない、夫の稼ぎで仕事をしないで一生専業主婦になりたい」という人が医療事故で死んだ場合でも、働きに出れば、いくら平均賃金と同じくらいが得られたかっていうこういう空想世界で描くわけなんですね。例えば、50歳の主婦が亡くなったという場合の遺失利益は、ずっと働いてきた人が50歳になったときに平均賃金どのくらいもらっているかっていう賃金で計算するんですね。50歳の専業主婦が働きに出て、ずっと20歳代から働いてきて50歳になった時もらってる人の給料まで貰えるなんてあり得ない話。パートしかできないわけですよ。時給だいたい800円から1000円くらい。だけれども、50歳の人口の中で50歳稼いでる人の平均賃金で計算した遺失利益で想定するわけなんですね。平均賃金で計算するっていうのは、労働能力っていう概念をつくって、この労働能力が奪われたっていうことで、この労働能力を金銭に換算するといくらなのかって

ということで、実際にこの人がいくら稼いだってということとは無縁の計算の仕方をするんですね。

近親者付添看護費用っていうのがそうですね。3歳の赤ちゃんが病気で入院して医療過誤にあって障害児になった、というときに、その障害児になった赤ちゃんが、お母さんに一日当たり5000円の手当を出して看護してもらおう、という想定ですよ。3歳の赤ちゃんがお母さんに毎日5000円の手当を出す。そんなことはありませんよね。だけど、その場合、職業的付添人を置いたときに、一日1万何千円も払わなきゃいけないのに、お母さんがやったときタダなのはおかしい、ということで近親者付添看護費用というものを想定した空想の世界で、赤ちゃんが毎日お母さんに払い続けるという想定をしているわけですね。

男女の賃金格差というものがありますよね。平均賃金でいけばね、女性の方が賃金は安いんですよ。そうすると、命や健康の値段は女の方が安くていいのかっていうことになると、憲法14条に違反しているんじゃないか、ということになりますよね。平均賃金で計算すると、男の方が高いんですよ。ところがですね、死亡事案の場合、生活費控除、稼ぎの多い男は生活費がかかるから、生活費控除5割。女性は生活費控除がすくないので3割。安い賃金の3割生活費控除引いたものと、高い賃金で5割生活費控除引いたものは結論的には同じっていうことになるんですね。こうやって辻褃合わせて、男の命の値段と女の命の値段をほぼ同じくらいのレベルにあわせているんですね。

遺失利益を中間利息を控除するのは5%って法定利率で控除するんだっていうのは最高裁判例で出てくるわけですけども、バブルの時にはですね、定期預金金利がだいたい7,8%,それで5%低すぎるっていうことを言ったんですね。バブルが崩壊した後、ゼロ金利の時代がきて、5%で引かれたって、預金で積み立てたってそんな5%なんて預金、利息くれる銀行なんてありませんよって言って、実は、利率を5%から3%とか2%に下げようって。議論がずっと民法改正の時からありますよね。法定利率の5%を動かすことで、なんとかそこを辻褃合わせようとしてるんですね。

学説の少数説では、平井先生とか、損害事実説（死傷損害説）ですね。損害は被害者に生じた一定の不利益事実。死傷が不利益事実なので、人が死んだってことが損害なのである、と言ってるわけですね。因果関係の終点としての「法益侵害」と「損害額」のどちらが損害の本質なのか、で分かれているわけですね。差額説、個別損害積み上げ方式は、損害額が損害だと言ってるわけですけど、死傷損害説は法益侵害が損害だと言ってるわけです。差額説の個別損害積み上げ方式は法益侵害と損害額のつながりも因果関係だというわけです。死傷損害説は保護範囲説として、この損害をどのように金銭に換算するかという話でしかない。財産権侵害の場合には、100万円のものを壊された時には100万円という、これは当たり前ですけど、人間が死んだときにそれをいくらにするのかっていうのは、人間の命の値段をいくらに換算するのかっていう価値的な問題が絡むのだ、と。

## (2) 包括一律請求論

民法学で数年前に亡くなった清水誠先生っていう、都立大学の民法学の先生がいたのですが、私が43、4年まえにですね、当時はですね、法律学の学者さんたちは、公害事件の弁護士会議と一緒に出て、法の論理と一緒に弁護団の会議で考えてたのがすごく多いんですね。ところが最近では、学者のやることと実務家のやることが全然関係なく、実務家が学説を無視して変えたり、学者も判決が出ないと論評しないですね。清水誠先生は四大公害訴訟の中で損害論を担当していたんですね。四大公害訴訟のときにはじめて、包括一律請求論という考え方がでてきて、人間の命や健康に関する賠償金の考え方っていう、個別損害積み上げ方式、差額説はおかしい、ということで、包括一律請求論が出始めていたのは、四大公害訴訟の判決だったんですね。清水誠先生が当時住んでいた世田谷のご自宅にまでお邪魔をして、修習生4、5人ですね、清水先生が公害事件の中の損害論の在り方を説いてくれたわけですが、でも。当時清水先生が「人間の命というのは被害者が1億といえば1億、被害者が2億といえば2億なんですよ」と、こう言ったんですよ。「そしたら被害者の言うなりですか、それっておかしくないですか」って言ったんですね。そしたら清水先生は、「それは個別損害積み上げ方式差額説がおかしいってことを僕らは言ってるんで、ああいう考え方で人間の命の値段を決めてはいけないってことを言ってるので、僕は伝統的な交通事故が作ってきた個別損害積み上げ方式差額説が間違い、この伝統的理論をぶち壊す破壊班なんです、この個別損害積み上げ方式が壊れた後、人間の命をどうやって換算するのかって考え方は、君たちが作っていきなさい」って言ったんですね(笑)。「私は古い考え方の破壊班、新しい考え方の作成班は君らだ！」って言われたんですけど(笑)。まあ...そう言われて「そんなもんかなあ...」と思ったんですけど、その後、人身損害なんかをやりながら、いつも清水先生のその考え方が頭の中によぎったりして。公害事件とか集団訴訟っていうのは、損害事実説に基づきながら、包括一律請求論を採るという考え方になってきているわけなんですね。

差額説が労働能力喪失中心の損害論であることに対する批判としての意義ですね。民訴法248条はですね、新しい新民訴の中ではじめてできた条文で、旧民訴の中にはなかったんですが、「損害が生じたことが認められる場合において、損害の性質上その額を立証することが極めて困難であるときは、裁判所は、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づき、相当な損害額を認定することができる」と言ってるんですね。これって広く考えたら、人身損害ってまさしくこれなんじゃないのって。人間の命っていう損害が生じたことがはっきりしているけど、人間の命の算定は法律上どこにも書いてないじゃんっていうことになって、広く考えれば、248条の対象として人身損害を考えるということも可能じゃないのか、ということはあるんですが、人身損害そのものが248条だってしてしまうと、裁判官の心証によって、1億といえば1億、500万といえば500万になっちゃうわけですね。そうすると損害の公平な分担とか、損害保険の算定とか、そういうことが全部ぶちこわされてしまう。人間の命の算定や健康の算定はどうやってしていくのか、ですね、ここをやっぱしもう一回捉え返していく必要があるのではないかと、ということですね。そういう中で出てきたのが、包括一律請求論、になっているわけです。

この包括一律請求論というのは、特に公害事件を始めとする、集団訴訟の中で出てきた論理なんです。これは、包括請求と一律請求を合体した考え方です。包括請求っていうのは、加害行為が生じた全人間的破壊分の損害を総体として包括としてとらえ、この賠償を包括して請求する方式と。財産権侵害になるべく含ませながら入れた算出には、隙間がいっぱい空いていると、その隙間も全部含めた上で人間の命や健康の値段を算出するんだ、と言っているんです。一律請求というのは、同一被害の多数の被害者の賠償金に差を設けない。年間1億稼いでいた人の命が失われても、年間50万円しか稼がなかった人の命が失われても、命が失われた、という同じ法益侵害であれば、そこに差を設けてはいけない、という考え方なんです。しかし、出来る限り財産権に化体しながらやっていくという差額説は、稼ぎの高い人は賠償金が増える、ということになるんです。稼ぎの多い人の賠償金の高さと同様に稼ぎの少ない人の賠償金の低さを上手く調整するのが、慰謝料の補完的機能だ、といわれていたんですが、実は慰謝料額もいまは、稼ぎの多い人の方が高いんですよ。稼ぎの少ない人は慰謝料が少ないわけですよ。これが、赤い本の中でいえば、一番少ないのが2000万、一番高いのは2800万が基準になっているわけですよ。一家の支柱は2800万、一家の支柱じゃない人たちは、一番低いのは2000万、で800万も差が出てきてしまっている、ということなんです。これはどちらかというと、この一家の支柱かどうかというのは、その人がどれだけ稼いでいるか、労働力がどれだけあるのか、ということが基準となっていて、扶養家族がいるかどうかということも関係しているので、結局のところ、財産権侵害は矛盾だらけになるわけですけども。まあそういう中で、考え方として包括一律請求論はですね、正しい考え方だと私は思っていますが、しかし実務の中では、うまく運用されていないんですね。

さて、意義ですけど、被害の実相を責任論へ反映、という意味では、被害の大きさというものをきめ細かく見ていく、というところで違法性にも反映できますし、損害額を単純に人間の命が失われた、というだけでなく、その命が失われることで、何が、その人本人やその家族に起きているのか、ということも含めて、被害の実像をきちんと表しながら金額を膨らませていく、という考えですね。

それから、個別損害の積み上げの中で評価されつくせない被害の総体を金銭評価する。主に集団訴訟において、個別損害積み上げ方式による、原告ごとの、具体的損害項目の立証の負担を軽減し、訴訟促進に資する、というのですね。生命侵害に関してはいくら、後遺症一級に対してはいくら、と、こういうランク別の包括一律請求的な考え方で、個別一人ひとりの損害度の立証をしなくてもよい。原告100人いれば、個別損害積み上げ方式だったら100通りの立証が必要になってくる、ということ、代表的な何人かを立証すれば、他の人たちは同じ損害額にしてゆく、ということになります。

原告の間で差をつけないことによって、原告の連帯性、運動論的意義も持てる、と言われているんですね。

だから私は医療過誤事件を含めて、この包括一律請求論の考え方は正しい方向性だと思

っているんですが、実は結構批判もあるんですね。これは、個別損害積み上げ方式に比べて、結果的に、その上限額が低額認定となって、必ずしも損害額の高額化につながらない。つまり、隙間を埋めて損害額を増やそうといったのに、結局グロスでガサッと取ることによって、損害額をちっちゃく萎縮してしまっている。現実的には、個別損害積み上げ方式の方が損害額が大きくなるんですね。例えば、薬害集団訴訟の中でも、クロロキンの企業に対する賠償金額というのは、結構高いんですね。これは、個別損害積み上げ方式をだから。クロロキンの中では、収入の少ない人はめちゃくちゃ少ないんですね。だから、クロロキン被害者の、クロロキン網膜症になったという同じ被害なんですけれども、収入の高い人の賠償金は高いし、収入の低い人の賠償金は低い、ということなんですね。ということで、高いところだけを見ていくと、包括一律請求よりも全然高くなっているんですね。それで、各原告の共有損害のみが評価に繋がりにかからないんですね。

ハンセン病事件の中で、包括一律請求論をとりました。1億請求したんですね。1500万円の弁護士費用を含めて、1億1500万円の請求をしたんですね。ハンセン病患者は、療養所という牢屋に繋がられただけでなくです、伝染病だ、ということでもって法律に基づいて、断種・中絶が強制される、とかですね。それから、表に感染を広げないために、園の中だけで人生を送らせるために、終生強制隔離で、1回入ったら二度とださないことを原則にした。だから自由も奪われ、人生そのものを奪われるわけなんですね。さらに、強制労働ですね。身体の障害の多い人たちは働かせられないので、ハンセン病でも身体障害の少ない人については、園内で作物を作らせたりですね、修繕をさせたり、それから障害の重い人の介護をさせたりですね。そういう強制労働なんかもさせているわけなんですね。そういう隅々までやってくると、人生そのものを奪われた被害ではないか、というふうに言ったわけなんですね。

包括一律請求論という考え方を、例えば複数の被害者、3人の被害者がいるとすると、1人がAという範囲で被害を起こしている、もう一人の被害者はBという範囲で被害を起こしている、もう一人はCという範囲の被害、こういったときに、A・B・Cという人は、このAという人が、Bの一部とCの一部は被害は出ていないけれども、こういう被害がでる環境に、自分もこのB・Cと同じ被害に移行するかもしれないし、逆に自分が社会からBやCと同じように見られるという、そういう被害を相対的にもっているの、これは、もう少し広げた、こういう被害として構成をして、各人が100だとすれば、130くらいに広がっていく被害なのではないか。ということで包括一律請求という考え方を、こういう被害の総体、現象的にAのところに出ている被害だけではなく、同じ疾患でBやCのところに出ている被害のことも考慮して、被害を見ていく、という考え方をとったわけなんですね。しかも、もしA・B・Cが段階的にどんどん悪化していくということになれば、将来悪化するということも含めて、現在の後遺症の中にそれも含めていく、ということなんです。

国側は、原告が言っている包括一律請求論というのは、実は共通損害だけをいっているんだ、というんですね。だから包括一律請求、というのは、A・B・C被害者全員に共通する

んだ，という考え方。いやいやいやいや，共通損害だけですよ，と。で，A・B・Cがハンセン病で受けた共通損害は，強制隔離という1点が共通しているだけです，Bさんは別に断種の手術を受けたわけでもないし，Cさんは強制労働させられたわけでもないんです。ということで，強制隔離だけなんです，と国がいったら，熊本地裁は，残念ながら共通損害しか損害額に反映できない，といって，熊本地裁はこの共通損害のところだけ，でランク別に賠償請求を，非常に安めの，800万円～1400万円の間に入所期間でランクを4つくらい設けて，800万，1000万，1200万，1400万の4つのランクに分けてた。つまり，原告が言っている包括一律請求論という考え方を，悪用されたんですね。しかし熊本判決は，皆に起きた被害は，共通の言葉で言えば，「人生被害そのもの」だ，といっているんですよ。人生被害そのものなのにこんなに安いのかよって。人生奪われて最高額が1400万かよ。そしたら俺もう，もう1個2個，1400万で買って新しい人生買いたいよねって，いう風に思いますよね。そんな人間の人生って安いもんじゃないんだろう，って思うんですけども，裁判所はまあギリギリ，高等裁判所のことも考えて，そういう判決を下したということですね。

医療過誤事件の中で，かなり古い判決なんですけども，引用はちょっと出来ていないですけども，私の記憶ではですね，「人間の命は全地球より重し」といって死亡に対して100万円の賠償金しか認めなかったという事案ですね。全地球，100万円より安いんだ，という。そういう，裁判所というのは，どっちかっていうと，原告にはリップサービスで納得して貰うのと，被告には金額で納得して貰って，政策的な判決を出すということもあるんですね。

実際は賠償金額が高ければ高いほど良い，というわけではないんですけども，日本の裁判における命の値段というのは安すぎるのではないかと，思うわけなんです。

人身損害の個別性が無視されている，という批判もあります。しかし，個別性を無視してでも，人間の命を高め評価していけば，個別性の無視はあまり問題にならないと思うんですけども，この個別性というのは，やっぱし，経済的収入なんかの個別性なんかのことを，多分，言っているんだと思います。

包括一律請求って，被告の防御権がどこまで保障されているのか分からない，というような批判も民法学の中ではあります。

これが包括一律請求論の考え方は正しいんですけど，実務各論的には十分まだ反映されていない。ということなので，我々実務家がやれる重要な点は，死んだ被害者本人の悔しさ，とか，残された遺族の悔しさ，とかいうのを，きめ細かい日常的感情的感情論も含めて，それを裁判所に伝えていく，というですね。それは，包括一律請求論というかたちであまり成功しないかもしれないんですが，修復的正義論という，被害を共有する，というそういうところで勝訴率を高めていく。それは，必ずしも賠償金には反映していないかもしれないけれども，勝訴率を高めるという効果は多分あるんじゃないかと，と。それを積み重ねていくことによって，賠償額を少しずつ高めていくということになるのか，と思います。

### (3) 定期金賠償論

3つ目は、定期金賠償ですね。これは民訴法 117 条が、定期金賠償を存在するものだ、ということ的前提にして、この 117 条で、「...定期金による賠償を命じた確定判決について、口頭弁論終結後に、後遺障害の程度、賃金水準その他の損害額の算定の基礎となった事情に著しい変更が生じた場合には、その判決の変更を求める訴えを提起」できる、ということで、被害者側からの求めがなくとも、定期金賠償を命じることができる前提状況がそろった、と民訴法学の中では言われているようですね。この定期金賠償というのは、実は、一時金賠償の分割払いではない、と言われています。ですから、定期金賠償が適用されるものというのは、人身損害では、遺失利益の部分ですね。遺失利益の部分が定期金賠償。中間利息を控除しないで毎年毎年一定額を払って貰うと、その 10 年分は中間利息を控除していないので、10 年分丸々 1000 パーセント貰えるわけですけども、中間利息を控除してしまうと、それが、300 とか 400 に縮まってしまう、ということなので、定期金賠償は非常に意味のある制度だと思います。

集団訴訟で、スモン訴訟の弁護団がかつて、原告の人たちが賠償金を得て 10 年後位にどのような経済的な実状にあるのか、というアンケート調査をしたようなんですね。それで、その被害を受けた原告の人たちは、一生その障害を抱えて生きていかなければならないわけですよ。何千万の賠償金を貰っているわけですけど。ところが、大半の人たちが、10 年位でお金を使ってしまっている、と。つまり、実は一時金賠償というのは、その人の一生を保障するための賠償金なんですけれども、ほぼ最初の 5 年か 10 年ぐらいしか保障できていない。その先は経済的に非常に困窮になって、生活保護を受けたりしなければいけないので、実は賠償金というのは被害回復には役立っていないのではないかと、言われています。

薬害エイズ事件ではですね、大体 20 歳前後くらいの若い男の子たちが被害者だったんですね。彼らは 4500 万の賠償金を、薬害エイズの和解で貰うことになりました。この 4500 万をどう使ったか、というんですね、無駄遣いをして 5 年くらいでなくなった人もいますけれども、比較的有意義な使い方をした人たちというのは大体、自分の親たちの老後を自分が面倒をみななければいけない、と。男の子として、自分の両親の面倒を見なきゃいけないけど、自分はエイズに感染しているためにいつ死ぬかわからない、と。であれば、両親が老後に安心して生きていけるために、家を買おう、といって、家を買って、それを父親・母親に遺すというかたちで死んでいくんだ、という人たちも少なくなかったんですね。ということは結局、家は残りましたが、その人のその後の生活を支えるものにはなっていない。人身損害の賠償金って、本当に被害を回復したり、被害を救済したりすることに繋がっているんだろうか、という疑問を持つんですね。そう意味では、定期金賠償の方が、非常に被害者の老後を保障するためには良い、ということになります。

薬害事件でたった 1 つだけ定期金賠償をした事件があるんですね。それは、サリドマイド訴訟です。サリドマイド訴訟はランク別もあるんですけども、賠償金の内の半分の金額

を、定期金賠償で選択することが可能だ、ということになったんですね。つまり、原告被害者の選択によって、半分までが定期金賠償を選択できるということになって、その定期金賠償の期限は60年間を定期金賠償にして、それは物価スライドしてるんですね。だから今でも、月7～8万くらいの保証金を、定期金賠償を選択した人たちが貰っているんですね。ところが、子供が障害児となったときの夫婦というのは、すごく離婚率が高いんです。で、サリドマイドの家庭の中でも、賠償金を驚掴みにして、お父さんが外で女作って逃げたなんていう事案もあるらしいですね。いまもう50を過ぎてますけど、定期金賠償を選択した人は、あの時親が定期金賠償を選択してくれてすごく良かった、とっているんですね。

問題は、定期金賠償は、実は今日の冒頭でも言ったように、被告の財産的支払い能力がなくなってしまうと、定期金賠償は破壊されてしまうわけなんですね。なので、定期金賠償を、人身被害の場合非常に有益なものだとすれば、その定期金賠償をきちんと制度的に確保してゆく、という制度が必要なのではないか。つまり、一時金賠償の金額で、どこかに金を積んで、それを政府が定期金賠償としてある程度運用をしながら、きちんとした定期金賠償を物価スライド的に使っていけるような、そういう仕組みにする、ということも大事なのではないだろうか、と思うんですね。進行性の被害の場合でも、定期金賠償は、被害がどんどん悪くなる、ということで賠償金が少しずつ上がっていく、ということにもなるわけですね。加害者の被害回復責任を前提とする定期賠償論というのを、そろそろ議論していかなければいけない時期なのではないかなあ、と思います。

#### (4) 精神的損害に対する慰謝料とは何か

精神的損害に対する慰謝料とは何か、ですね。

このことに私が問題意識を感じたのは、福島原発でした。浪江町全体が、二本松というところに町役場も移転するし、浪江町の人たちで行く所がない人たちは皆、二本松に移動したわけなんですね。そのときに、二本松にパチンコ屋があったそうですが、福島原発があって浪江町が引っ越してきた後は、朝の10時の開店のときにもう人が行列して待っていると。そして、夜遅くまでパチンコ屋でいる。それをみた二本松の人たちは、「あのパチンコ屋に行っているのは、浪江の連中だ、浪江の連中はいいなあ朝から晩までパチンコやって遊べて。その金は東京電力から出てる慰謝料月額1人5万円でもかかっているらしい。1人5万円といたら7人家族だったら月に35万円だぜ。働きもしないのに。」と、こういうことを言って、実は浪江の人たちを差別したわけなんですよ。そのときに、これは定期金賠償ではありませんが、慰謝料なわけですね。確か最初の3年ぐらいの間、東京電力が1人当たり5万円から始まった、3万、2万とかいって払ってきたわけですよ。浪江町の平均1所帯の家族っていうのは、2人前後です。それを、7人家族だったら35万円なんて現実的にありえない話なんですね。それから、毎月その慰謝料を例えば5万円貰ったとして、つまり故郷を追われた、という心の悩みを金銭で償う、というのはどういう意味があるんだろうか、ということですよ。小さい頃から今まで住んできた故郷を追われた、先祖の墓にも戻れない。

どうやって生きていったらいいかわからない人たちが、1月5万円の慰謝料貰ったときに、それで心を癒すというのはどういうことなんだろうかと、つまり、精神的損害を慰謝料というカタチで、金銭で回復する、とか償うとかってというのがどういう意味を持っているのか、ということを実は福島原発のときに初めて考えさせられたんですね。

慰謝料っていうのは、一時の気の紛れ、を作るために金を使う、という概念ではないかということですね。つまり、そうだとすると、被害者の人たちが何千万もの賠償金をもったけど10年もたなかった、とか、浪江の人々がその月5万円持って朝から晩まで何にも考えずにパチンコやっていたと、という気持ちがすごく理解できるようになったんですね。つまり、健康で生きていけるはずだったのに、あの薬のおかげで障害者になった。その気持ちをどうやって収めたらいいのか。悔しくて悔しくてしょうがないというときには、無駄遣いをするによって一時の気まぐれを作って、気を休めていく、ということが実は、精神的被害に対する慰謝料という概念なのではないかと。とするとですよ、それをどんどんどんどん使っていく内にだんだんと気が紛れてきて、心の痛みが少しずつ減っていく、ということもあるけれども、心の痛みが減らない人はいるということですよ。だとすると慰謝料というのは、短期間にぶわーっと使われる、という運命にあるお金なのではないか、と思うわけなんですね。だから、あの原発の被害に関しては、現状回復請求をして、現状回復までの慰謝料として月額いくら、という構想をしていくことが正しいのではないだろうか、と思うようになったんですね。私は原発訴訟の弁護団に入っているわけではないんですけども、一般的に家族の命を失われたとか、自分が障害にあったとかいう人たちの賠償金を考えるときに、慰謝料が2000万だ、2800万だ、といったからといって、それで精神的被害が回復できるわけではない、本当は回復できるわけではないことの方が多いわけですね。一時的に怪我をして、その入通院期間に伴う慰謝料をもらって、もう怪我が治りました、というときの慰謝料はまた別、だと思いますが、障害とかですね、あるいは故郷を追われるという慰謝料というのは、もっと深いのではないかと。慰謝料は補完機能、といっているけど、賠償金が安い賠償金の人に少し上乘せしてあげるというだけなんで、そんなことに意味はないのではないかと、思いました。

それから、近親者慰謝料というのがあるんですが、近親者慰謝料という、民法711条の条文あります。つまり配偶者や親や子供、親子関係がある場合には、近親者慰謝料という概念があって、711条に基づいて慰謝料が請求できる、ということなんですね。つまり、これは慰謝料ですから、心の痛みなんですけど、精神的損害を立証しなくても、親や子供や夫婦であれば、そのことを立証するだけで、賠償金を請求できる、という根拠条文なんですね。この根拠条文は、間接損害の条文なんですね。交通事故でもそうですし、人身損害の場合には、親族が固有の慰謝料請求することは非常に多いんですが、近親者の慰謝料額と本人慰謝料額の合算額は、足して1なんですね。つまり、人が死んだとき、その人が一家の柱のときに、慰謝料2800万で、妻や子供が固有の近親者慰謝料を請求しない場合には、夫の慰謝料として2800万を裁判所は認定して、それを法定相続に従って、分けるということになるわ

け。ところが、多くは、本人慰謝料 2800 で、妻が 500 万、子供たちが 3 人いて、1 人 300 万=900 万で、あわせて 1400 万を 2800 万に加算して請求しますよね。そのとき裁判所は、親族の慰謝料の 1400 万は認めますが、本人慰謝料 1400 万引くんですよね。で結局、合算して一緒なんです。これって何か意味ある？親族がバラバラになって、けんか腰になってやって別訴訟起こしているんなら、いいよねこれで。これでいいと思いますよ。けども、一つの家族が連帯を組んで、加害者に対して賠償請求するときには、分散したって合算したって、金額が同じだったら意味ねーじゃん、ということなんですよね。それで私はですね、そこに気がついて、まあ 10 年くらい前ですけども、実は近親者慰謝料を 711 条に基づく請求ではなく、709 条に基づく、直接損害として請求した事件があるんです。お母さんが被害を受けたことで、夫や子供や孫たちが皆精神的に病んだんだ、こういう 709 条に基づく夫の損害や子供たちの損害を直接立証したんですよ。そうしたらですね、裁判所はなんと、本人慰謝料額満額認めたうえに、2800 に、まあ 1 級の寝たきりの障害者になっちゃったんですね、それで、夫については 300、子供については 150、2 人に 150、合計 600 を 2800 に足して、3400 万の慰謝料請求を認めてくれたんです。

つまり寝たきりのおばあちゃんが、気管切開をしていたんですが、お風呂に入るときに看護師が間違えてこの気管切開のところにテープを貼っちゃったんですね。閉塞性気管切開で、そこからしか息をしていない、開放性の気管切開と間違えて、テープを貼っちゃったんですよ、水が入らないように。シャワーを浴びるために。そして息ができなくなって倒れてしまったと。それでそれに気がついてテープを剥がしたんですけども、脳が全滅でもって、植物状態になってしまったんですね。これを、保険会社は 1 級の寝たきりから 1 級の植物状態になったんだから、賠償額は差額説で言うと 0 だと、けど 0 では和解出来ないから 150 万でどうですか、といったんですよ。それで家族が怒った。私のところに相談に来たんですね。それで、若い弁護士にですね、この事件一緒にやってみないか、と。さて、賠償金はいくらでしょう、と研究会でやったら、圧倒的多数の、3 分の 2 以上の弁護士たちが、最大で 1000 万ですね、と。2000 万を越えた請求ができるといった弁護士は 1 人もいなかった。それなのに私は約 7000 万の請求をしたんですね。しかも慰謝料は 3400 万。裁判所はね、和解勧告をしたんですね。裁判官が、「鈴木先生、申し訳ないねえ、裁判所の和解案は先生の請求案の半分もいかないんですよ」、つとって。そうしたら、3400 万でどうですか、と。確かに 7 千何百万だから半分もいかないんだけど、慰謝料額は満額認めてくれたんです。そのときに、何故認めたかという、夫は、妻が、寝たきりだけでも、気管切開して言葉はでないけれども、脳ははっきりしているし、孫たちがおばあちゃんの誕生日に、絵とかを描いてきて、おばあちゃんと一緒にご飯を食べるのが物凄く、毎年毎年が楽しみで、おばあちゃんの誕生日に孫たちが、おばあちゃんにあげた手紙とかね、残ってるのね。これ全部証拠にだしたんですよ。こういう孫との関係性も壊されて、2 人の娘たちは自分の子供たちがおばあちゃんと一緒に暮らせる、ということが、楽しみにしていたのにできなくなった、とかね。夫は、全部家の中をバリアフリーにして、それで、公園の近くなんです、

陽の当たっている日は公園に車椅子で連れて行って、物凄く老後を 2 人でのんびり楽しもうとしていたのに、こんな状態になったと。こういったんですね。それで、夫の証言と娘の 2 人の内の 1 人の証言と、孫とかが書いたものとか色んなものを積み上げて、民法 709 条に基づいて、直接損害として、夫や娘たちは精神的損害を負っているんだ、ということを立てたんで、認めてくれた。そのときに、裁判官とも話したんですけども、あれだけ立証できれば、本人の 2800 万以外に、やっぱり家族も固有の慰謝料権を持っているんだ、と。近親者慰謝料ではないのだ、という考え方で認めてくれたんですね。この事件は最高裁まで行きましたが、高裁の裁判官たちも三行半で控訴棄却ですね。最高裁も上告受理・却下で確定したんですね。

#### (5) 医療事故事案の特殊性

資料 6 をみてください。医療過誤事件というのは、交通事故なんかと比べるとですね、人身損害なんですけれども非常に特有ですね。

狭義の説明義務違反、生命健康被害として全損を認める判決は、極めて少ないです。全損を認める場合でも不作為型の因果関係で繋がる、という論理で認めているに過ぎないんですね。古くは、違法な手術であるということで全額認めた下級審判例は、大審院時代に 1 つと、戦後も 2 つぐらいしかない、と。後はほとんど、自己決定権侵害の慰謝料のみ、というのが実際ですね。実務では、自己決定権侵害でも 100 万円前後から 1000 万円くらいの幅があって、裁判官の裁量に任されていると。命の値段全額賠償した事件はほとんどない、ということですね。

それから因果関係の不特定要素ですね。不作為の因果関係では、因果関係を認めた事案でも、300 万円から全損まであって、バラけている。それから相当程度の可能性でも、200 万円から 1000 万円ぐらい。つまり、因果関係を否定して相当程度の可能性でも 1000 万の賠償金を認めた事案がある一方、因果関係を肯定しているのに 300 万しか認めない事案もある、というんですね。つまり死亡との因果関係が繋がっていても 300 万、繋がらなくても 1000 万という風にバランスを失っているわけですね。このあたりは「黄色い本」を作りたい、という動機の 1 つにもなっているわけなんで、やはり裁判官の自由心証的なバラつきを、人身損害はある程度平均化していく、ということが重要なのではないかな。それは交通事故とは違うのではないかなと思います。

寄与率とか割合的因果関係、素因減額などがありますね。それから過失相殺ですね。過失相殺もですね、不正確な説明をした、というので 10 パーセント過失相殺した、とか、高松高裁では自己管理を怠ったとして 30 パーセントとかですね。交通事故の過失相殺とはまた異なるんですね。本来的には、不正確な説明をしたからといって、過失相殺をすべきではなく、正確な情報を如何にして専門家が患者から引き出すか、というところが重要なのであって、患者が不正確な説明をした、というところを責めるべきではない、と思います。それから自己管理を怠る、というのも、医師の説明が不足しているから自己管理を怠っているの

はないか、ということで、こういうものを過失相殺として損害額を削る、というのをおかしいのではないかと考えています。

被害者の QOL です。生命の質と慰謝料、です。障害者の場合にですね、統合失調症で医薬品で死んだ場合に、慰謝料を 600 万円認定した事案があります。慰謝料は、交通事故の赤い本でいえば、最低額でも死亡の場合は 2000 万、といわれているんですが、高額判例もありますけれども、600 万などという話もあるんですね。裁判官によってはですね、人間の命ってというのは、健康な人が死んだ場合は 2800 万円いくけれども、病人の人が死んだ場合には、あるいは障害者が死んだ場合には、もっと安くてもしょうがないんだ、ということ平然と言っている裁判官もいらっしゃるんですね。それから余命ですね。余命期間が短い癌の患者とか高齢者の慰謝料額が低額傾向にあるんですね。1 級の障害者が植物状態になった、という事案ですけれども、これでですね、実は本人慰謝料 2800 万もですね、1 級が 1 級になったただだから、差額説的考え方からすれば、慰謝料額は 0 でいいんだ、とこういうことを保険会社は言っていたわけですがけれども。実は、小脳萎縮症という病気があつてその寝たきりだとしても、植物状態で寝たきりは、別の障害を負ったんだ、と。ということで、元気な人が植物状態になるのと、小脳萎縮症で寝たきりが植物状態になるのは、同じ慰謝料額でいいのだ、という論陣をはって、本人 2800 万と家族 600 万の慰謝料額を認容してくれた、さっきご紹介した判決です。

胎児死亡ですね。胎児というのは人格を持たないので、お母さんの身体の一部に対する傷害という位置づけなんですね。しかし、児の生命なのか母体損傷なのかということについては、裁判所は、真正面から母体傷害で仕方ないんだ、という言い方はしないですけれども、児の命の値段というよりも母体傷害に近い数字を出している判決も少なくないですね。東京地裁の八王子支部の平成 8 年の判決で、母 600 万、父 300 万、計 900 万の賠償金を認めた事案があります。母親の方が金額が高いということは、母体損傷の要素もあり、なおかつ父親に 300 万認めたということは、児の生命に対する侵害という要素もあるのではないかと考えています。平成 14 年はですね、カルテの改ざんの悪質性を考慮して、胎児が死亡したんですけれども、その父・母に各 1400 万で、合計 2800 万の賠償金を認めた、とう事案もあるんですね。

先天性障害児の出産と損害ですね。先天性障害児、つまり妊娠中に異常があつて先天性障害児が生まれる可能性があるというときに、先天性障害児が産まれる可能性がありますよ、ということを説明しなかった医師がどの程度の賠償金を負うのか、ということになります。この場合に、先天性の障害児を産んだことの被害は何なのか、ということですね。先天性の障害児が産まれてきた、ということ損害と構成することができないですよ。障害児の命を差別することになりますから。元気で産まれないで、障害児になったことによって損害を講じたんだというのは、元気で産まれるはずなのに、何かの行為が加わったために障害児になった、というであつたら別ですけども、元々障害児として妊娠しているわけですよ。妊娠した後に、例えば風疹症候群にお母さんがかかって、胎児に障害がうまれる可能性がある

とか、あるいは先天性にダウン症が生まれることがわかっていながら、その出生前診断をしなかったために、ダウン症の子供を産んだとかいう場合にですね、何を損害として捉えるのか、ということですね。

実は請求棄却の判決も、判例集では1つあります。それは、障害児が生まれるからといって、選択的妊娠中絶を合法化しているわけではない。従って、妊婦は障害児が生まれることが分かっても、法律的に、適法に中絶をすることは許されないのだから、そこで生まれた障害児は損害ではない、という考え方ですね。それで棄却判決もあるんですが、多くは、実際上は先天性障害児が生まれる可能性があったとき、選択的妊娠中絶も考慮に入れながら、自分の選択に何らかの侵害行為があるのだ、といって賠償を認めている判決の方が多いんですね。この風疹症候群とダウン症では、3つの判決で、300万、600万、900万と3つあるんですね。このときにですね、何を損害とみたか、ということなんですが、事前に説明を受けていれば、障害児が生まれる可能性が高いと分かってから、障害児を産むまでの時間が何ヶ月もあると。その間に障害児が生まれてくることの心の準備ができると。にも関わらず、その心の準備がないままに突然と障害児を授かったと。そうしたらやっぱしとまどうでしょうね、というところを精神的損害にしてるんですね。それで、突然に障害児を産まされたことによる精神的損害という概念を使って、慰謝料額を認めている、ということになります。この3つの判決とは別にですね、平成17年の判決で、東京高裁からこれは最高裁まで行っているんですが、この事件はですね、第一子が遺伝性の障害児だったんですね。それで、第二子を妊娠するかどうかでもって、家族計画を立てるときに医師に相談して、2人目を産んだらまた障害児になりますか、ときいたらですね、必ずしもそういうことではありません、ということで2人目は産んでも障害児になる確率は低いんじゃないか、と両親は思って2人目を産んだんです。そしたら、障害児ではなく健常児が産まれたんですね。良かった一と思って3人目を産んだら障害児だったんです。それで、遺伝性の障害児ですから、遺伝なので一定の確率で障害児が生まれるんだ、ということキチンと両親に話していなかった。ということで説明義務違反でもって、この障害児が産まれたことについての賠償を求めたわけなんですが、裁判所はこの障害児が産まれたことを、損害として認めることはできないけれども、もし家族計画でもって妊娠しないと決めていたのであれば、支出しなくても良かった、この障害児に対する介護費用が積極的財産侵害として認められる、というかたちですね、慰謝料の他にこの介護費用を認める、という判決が実は出ているんですね。過失相殺とかも認めながら、最高裁まで被告側も争ったんですけど、この判決は確定している、ということになります。

7番目は交通事故基準で算定困難な臓器損害ですね。子宮摘出、ですね。判決は2つあって、いずれの事例でも女性の子宮の値段は500万円。子宮摘出しなくてもよかったのに子宮摘出した、という医療過誤事件で、500万という認定をしています。子宮だけとられる、なんてのは交通事故ではありえないですね。交通事故でもし子宮が潰されるとすれば、子宮の前にお腹自体が傷害を受けているわけですから、もっと大きな傷害になるわけですね。こ

ういう意味では、摘出しなくて良かった子宮を摘出した、というのは医療過誤事件に特有の損害、臓器損害ですね。判決はありませんけれども、別に考えると、例えば2つある臓器の内の1つの臓器をとられた、などですね。腎臓なんかは2つあるわけですけど、その腎臓のうち2つあるときの1つをとらなくてもいいのにとってしまった、という場合にどういう損害として算定するかって非常に難しいですよ。臓器が2つあるということは、1個がダメになったときでも、もう1つが使える、というために神様が創ったのか、それとも2つの役割をそれぞれ創ったのかは良く分かりませんが、腎臓は2つあることによって1つ潰れてもなんとかなるけれども、1個しかなかったら、それが潰れたらダメになる、ということなので、神が授けてくれた2つの臓器の内1つを失ってもやっぱし損害は損害としてあるんですけど、そういう場合にいくらとして損害を算定するか、というのは非常に難しい計算ではないかなと思います。

医療過誤の場合は事故後の不誠実な対応ということで賠償を認めている事案がいくつかありますね。死因に対する事後説明義務違反でもって、広島地裁が100万円。それから死因解明義務違反ということでもって、解剖についてキチンとした説明をして解剖を進めなかった、ということで400万。それから、カルテ改ざんですね。不誠実な診療と併せて400万ですね。甲府地方裁判所は、カルテ改ざんで1700万円も認めているんですけど、これは、お産の事故で妊婦さんが死んでいるんですね。ところが、カルテを全面改ざんしたんですね。そのために、分娩中に何が起きたか全く分からないんですね。でこれは実はカルテを改ざんしているということは、内部通報で分かったんですね、後でね。カルテを改ざんしただけではなくて、改ざんした事実に沿う証言を、その分娩に立ち会っていない助産師を証人として申請して、立ち会ったかのような偽証教唆をしているんですね。それで、この私文書偽造と偽証教唆で刑事告発をされて、有罪判決を受けているんですね。これ確か実刑だったと思いますけれども。ところが、カルテが改ざんされたために、診療経過が、一切真実が分からないので、過誤があつて死んだかどうか分からない。お産で死んだけれども、このお産の中でどんな注意義務違反があつて死亡に繋がったのか、というのが立証できないので、妊産婦の死亡に対する請求は棄却する方たちで、カルテ改ざんと偽証教唆で1700万円の賠償金を認めたんですね。このカルテ改ざんを証明妨害として、民訴上の立証責任を転換して、ドイツ法のようにこれは過失が推定される、とすれば、死亡にまで行けるんですが、日本は証明妨害を立証責任の転換にしないで、自由心証主義の一環として位置づけているわけですよ。ここのところが、実務の裁判官としては腑に落ちないというか、この事件としては相応しくないと思って、賠償額でもって調整したのではないかと、思うんですね。実はこの甲府事件は東京高裁でもって和解をしているんですね。この和解をしたときに、和解条項の中に、一切、和解金額も含めて和解の中身を公表しない、という合意をしているんですが、この原告代理人は私の知り合いなんですよ。高等裁判所はどういう和解をしたいのか、ということ聞いたんですが、「申し訳ないけど言えないんです」と言ったからですね、何か一審判決の倍額くらいで和解したって噂が流れてるんですけど本当ですかと聞くと、「だ

から言えないって言ってるじゃないですか」と何度も言うから、本当なんだと思ってですね。この被告側が1審で実刑の有罪判決を受けているので、示談、和解が成立させたことを、量刑として反映させるために、原告側のいう、代理人の和解に応じたのではないかな、という感じはするんですけどもね。ともかく、これはちょっと特殊な事件なので。

こうやって考えていくと、結論ですけども、医療過誤事件の損害額というのは、非常に特殊、多様化というか、原理原則がぐじゃぐじゃになっていると考えてもいいんですけども。基本は差額説、個別損害積み上げ方式を基本にしているんですけども、医療過誤訴訟は別の損害額の算定の仕方があってもいいのかな、と思うんですけどね。

私は黄色い本を作りたいなと思っていたんですが、もう医療用ADRができたり、医療事故調査制度が出来たりして、医療紛争・民事紛争を裁判で決着をつけるという時代は、もう終わったのではないかと考えているので、ADRとか示談交渉とか、そういうところで決着をつけるということが必要なのではないかなあ、と思っています。裁判所に黄色い本を作らせるのは、まあ赤い本も青い本も、基本は東京地裁の交通部が東京三会の講演で示した基準を、弁護士会が1つの基準にしていると考え方なので、裁判所の基準であることには間違いはないというわけですけども、裁判所が医療過誤事件における損害額の考え方について、何か一定の基準を作るというのは中々難しいかなあ、という感じはしますけどね。

(おわりに)

私自身の頭の中も十分整理されていないんですけども、この中で医療過誤訴訟にこれを活用して貰う、というよりも、むしろ、人身損害を基本にした損害賠償訴訟って、どんな役割で、どんな理論を作っていけなければいけないのか、というところに反映してもらえると嬉しいですね。

医療過誤に特有の問題、という話し方をしましたけれども、損害論にしても注意義務違反にしても因果関係にしても、そこに人身損害特有の問題点が含まれていると。それを色んな分野で活用して、今のある裁判実務の現状を打破していくと、ということが若い弁護士たちに求められているのではないかと、と思っています。

### 第3. 戦略的民事訴訟手続論

それではレジュメの12頁、資料7。

戦略的民事訴訟法・民事訴訟手続といったのは、民事訴訟法の手続を粛々とやっているだけでは、困難な事件が手続的にもかなりギクシャクしてしまう、ということで、特に専門訴訟とか大規模訴訟で私がやってきた民事訴訟法手続の考え方についてお話したいと思いません。

当時、特に薬害エイズ事件は、89年に提訴して96年に解決したわけです。この年96年の3月に解決した後に、国会を新民訴法が通過して、98年の1月1日から新民訴法が施行された。したがって我々が薬害エイズ事件までやってきたことは、新民訴にはきちんと反映はされていなかった。ところがその後、最高裁判所の司法研修所で大規模訴訟の審理に関する研究が行われて裁判官たちが薬害エイズ事件、大気汚染事件、じん肺訴訟の3つの事件を参考にして大規模訴訟の審理について新たな研究を始めるわけです。

これは、法曹会から『大規模訴訟の審理に関する研究』（注：司法研修所編・法曹会・2000年）という本が出ていますが、これを踏まえて平成15年とか平成19年に民訴法を改正して、我々がやってきたことをいわば合法化するというやり方になっている。

だから、実務でそれぞれの事案に適した民事訴訟手続を裁判所と原被告双方が考えて、色々な改革をしていくということが必要なのではないかと思います。

手続は立法趣旨をきちんと念頭において手続の解釈をするということ、それから、その枠を超えてでも正義の考え方で手続を改革していくということ、そのことがその後の民事訴訟法改正につながったのではないかと思います。

旧法時代の民事訴訟法は、どのように民事訴訟法が約100年続いてきたのかということ、は、よくわからないが、新法になってから裁判所もかなり柔軟な対応になったし、それは、やはり旧法の最終段階でいろいろなことが裁判所と当事者で考えられてきたことの表れなのではないかと思います。

「被害救済を阻む4つの壁」と書きましたが、加藤良夫弁護士は、「3つの壁」、「密室性」「専門性」「封建性」と言っている。私はそれに加えて「司法の壁」というのを追加して「4つの壁」と言っています。

密室性というのは、医療は密室の中で行われていることで、密室で行われることがおかしいとは言っているわけではない。密室の中で行われていることの事実の立証は非常に難しいという意味です。

専門性というのは、専門的な分野なので、素人が事実を見聞きしただけでは、その本当の意味を理解できない。医学的知識がなければ、密室で行われていることの解説もできない、そういう時に専門家の意見を聞かなければいけない。

これは、旧法時代は鑑定が中心だったが、この鑑定に様々な問題点があるということでもって専門性の壁と言われていた。専門的な知識が必要だというのが専門性の壁。

封建性の壁というのは、専門家達が、鑑定事項など、鑑定手続などで被告のかばい合いをするという医療界の封建的体質が医療訴訟の真相解明を阻んでいるというのが三つ目です。

そして、司法の壁というのは、そういう密室性・専門性・封建制を裁判所が理解をして当事者の武器対等の原則でもって審理をするのではなくて、どうしても専門家寄りになってしまう。司法・法曹は、医療という分野については素人である。素人は専門家の意見に従わなければならないという古い伝統的な考え方に毒されていて、その専門家の意見が、のちに説明する誠実性・論理性・科学性に反した専門家意見であっても、それを評価する力を持っていなかった。

これは、のちに話しますが、私は、専門家意見の誠実性・論理性・科学性の視点から、専門家意見の評価の仕方というのを旧法時代に作った。私が作った専門家意見の評価基準というのは、実は私が最初に発想したということではなく、最高裁判所が破棄判決を平成7年から大量に出したが、その破棄判決のなかの論理の背景にある考え方をすこし文言化してみたということにしか過ぎない。極端に言うと裁判官がこんなものを信じて・鵜呑みにして横書きの鑑定書を縦書きの判決に写すだけではだめだと述べた背景を分析したということなので、鑑定のところで話したい。

私は、民事訴訟法が公法だと思っていて、国家と国民を関係する法規なので、国家は国民に逆らってはいけないということなので、強行法規だと思っていた。そういう手続きは裁判所と当事者の間だけでひそかに知らんぷりをして行うということだったが、証人や原告本人尋問の時に、原告本人の供述台と傍聴席の間についたてを置いたというときに、魚住庸夫裁判長が法廷で言った言説に、私は背筋がゾクゾクとした。彼はそれをオープンにして、その聴衆、とりわけ傍聴席にいるメディアの方々を中心にした傍聴席に理解を求めるということをやった。まさか裁判所は知らんぷりしてやるのではないかなと思ったが、裁判長は、こういうやり方について是非ご理解を頂きたい、と94年の公開法廷で言ったわけです。

それがまた最高裁判所の司法研修所がやった大規模訴訟の審理に関する研究に繋がっているわけですが、そういうその時にゾクゾクとしたのですが、それでも公法だけでも裁判官が言うのであれば、別にどうってことはないか。私たちは内緒でやらなければいけないけれどもみたに思っていたわけですが、2004年に法科大学院に来て新法の民事訴訟法を勉強し、法科大学院に来て教える中で、中山先生に「審理契約説」という聞いたことのない言葉を教えていただきました。これは中山先生があとで講義をするということだったので、審理契約説という私法なんだという考え方をまず総論的に念頭に置いたうえで、私がどういう民事訴訟法やぶりを行ってきたのかということを書いた上で、中山先生のレジュメでお話していただいたほうが良いですかね。少し具体的にイメージを作ったうえで、審理契約説というのを理解していこう、と思います。審理契約説というのは古くからあって、もう最近ではあまり議論されていないものと私は誤解していたようなのですが、山本和彦（一橋大学教授）がそれを書いている（注：民事訴訟法の現代的課題・民事訴訟審理構造論）ということに今またびっくりしたのですが、その意味では現代的意義を持っているということ

なのでですね。

### 第3-1. 総論

#### 1. 事件の流れ

さて、事件の流れですが、事件が発生して、法律相談があって、調査受任をして交渉をやり、そして訴訟に進展するというのが専門訴訟型です。

大規模訴訟型は、交渉が成り立たないので、大規模訴訟型には交渉がないのですが、いずれにしても、医療過誤訴訟は、法律相談から始まって、まず調査を受任するというプロセスがあります。そして、その上で、その延長線上で交渉したうえで、訴訟を受任するという形になります。

大規模訴訟の場合には、被害者の方の数も多いですし、実際上は調査受任ということを経ずに、弁護士集団がその実態を調査しながら、総論的に被害実態や責任論を調査研究したうえで、一定の方向性がでたところで意見書を公表して電話相談を始める、ということでもって大量の被害者から、電話を受けて、その中で訴えを提起したいという方々を組織して、原告団を作って訴訟に挑むという形になる。

専門訴訟型というのは、鑑定という手続きがかなりの割合を占めている。かつては判決になった事案のうちの医療過誤事件で鑑定がどのくらい行われたのかという統計はないのですが、私の印象では、判決になった事案のうちの半分くらいは鑑定をしていたのではないかと思います。今は東京地裁で1割を大幅に割っている。これもまた鑑定のところで、鑑定をやりたがる裁判官とやりたがらない裁判官とに分かれることになりましたが、鑑定のところで再論します。

大規模訴訟型と専門訴訟型で大きな違いは、専門訴訟型とか一般事件というのは、争点と証拠の整理手続きは、弁論準備でやるのですが、大規模訴訟型というのは、公開法廷で情報を発信するということが非常に重要なので、非公開での弁論準備を使わない。その代わりに、進行協議期日という新しい民事訴訟の手続を活用することになります。

#### 2. 民事訴訟の審理理念

さて、民事訴訟法の理念ですが、民事訴訟法の第2条「裁判所は、民事訴訟が公正かつ迅速に行われるように努め、当事者は、信義に従い誠実に民事訴訟を進行しなければならない。」これは新しく新民訴で入った条文なのですが、結局、このことを念頭に置いて新しい審理手続きの理念としていくことが必要だと思います。

こういう一見当たり前のことを書いているだけだと思いがちなのですが、あとで、裁判所の任務と当事者の任務、これが分離されることなく裁判所と当事者が協力関係を持ちながら、迅速かつ公正な裁判を遂行して去っていくということが大事だろうと思います。

ちなみに新しい民事訴訟法がなぜできたかという点、色々な背景があると思います。手続きが旧民訴で古くなったということもあるのですが、実はこれは、かつて日弁連の会長が「2割司法」という言葉を言いました。それは、国民の中で、司法を使ってみたく、何かあったら司法にお願いしたいという国民の割合は、2割しかない。

つまり Justice という正義を司法 Justice という手続きで実現していくということは日本の国民にとっては、まったくそういう実感がない、ということが分かったのだらうと思います。そういうことで、いわば本当に正義を実現できるような司法を作っていくという意味では、新しい民事訴訟法の理念が必要なのではないかとということが実はあったのです。

ただ、使ってみたくない、使いたくないと思わないといった人の最も多い理由は、「時間がかかる」「金がかかる」これなんです。金がかかるということは、法律で規定するのは日本の場合にはなかなか難しいかなということで、これは、弁護士の専門職責任ということに委ねることになるのですが、時間がかかるということだけは何とかなければいけない。新民訴の理念は、私は、公正かつ迅速と書いてありますが、実は、迅速というところにウエイトがあったのではないかと思います。迅速さを求めることに関しては、私は、結果的に迅速になるし、あるいは迅速にすることがかえって公正になるのではないかと思います。非常に手続を迅速に遂行することについて裁判所に協力、というか、裁判所と一緒に民事訴訟手続を、特に1999年新民訴ができた直後から最高裁判所の民事局から依頼を受けて民事局と色々な意見交換をやってきた。そういう中で、「迅速さを慮っては拙速になる」といつてきた中堅・ある程度のベテラン弁護士の層がありました。私は、早い段階から新民訴ができるずっとまえから計画審理とか、集中証拠調べの考え方に基づいて民事訴訟法を開拓してきたので、そのやり方を新民訴は理念として引き継いでくれた、というように私は勝手に思ってきたので、新民訴の方針自体、迅速さを求めることがかえって公正さを担保することになるのだと。ゆっくりのんびり歩いているとダラダラ歩くけれども、短い距離でいっきに到達するためには、事前に体力を鍛えなければならないし、事前準備もして一気に突っ走る、と、こういう考え方でかえって迅速が公正につながるのではないかと思います。実際の各論的なことは後でお話したいと思います。

こういう公正かつ迅速な審理の理念は、まずスタートのところは、計画審理という考えから始まっています。そして、さらには、より困難な専門訴訟や大規模訴訟にきちんと対応していく。旧法は一般訴訟も専門訴訟も大規模訴訟も同じ手続きでやったわけですが、新しい民訴法は、最初にスタートした時には大規模訴訟の特則というのを作りましたし、平成15年の法改正では専門訴訟への対応というのを条文化したわけです。こういう審理理念、大規模訴訟にも専門訴訟にも対応できるような計画審理の進め方というのを開拓してきた。

1999年に最高裁の民事局から、いきなり私の事務所に電話かかってきて、「最高裁の民事局なんですけどちょっとご相談したいことがありますので、事務所に伺ってもよろしいでしょうか。」と。新しい民訴法をとりわけ医療過誤訴訟に適應するような実務の在り方を考え

ていきたいといって、一緒に最高裁と考え始めて、大阪地裁・東京地裁が医療過誤訴訟の新しい審理の在り方に関する指針を作っていくことになる。

### 第3-2. 各論

13 頁に行きたいと思います。

各論として計画審理をどう設計していくかということなのですが、計画審理に対応する、対極にある言葉は、東京地裁の医療集中部の裁判官たちが言った言葉なのですが、漂流型審理というのですね。ある裁判官は、今まで約 100 年間の審理は明らかに間違いだった。反省しなければならない、つまりゴールを抽象的に決めているが、そのゴールに、どういう回路を通じて、どのように船を動かしていくのか設計が全くないままに目標を設定しただけなんだ、と言っていました。

建築に例えるならば、とりあえず土台を作ってみよう。土台が出来上がったときに柱をどう作るか。柱を作ったところで、屋根どうするって。その次には壁をどうするって。そういうことを歩きながら考える建築設計があったとしたらそんなもの馬鹿じゃないのって言われるけど、民事訴訟は弁護士も裁判所もそうやってきたのだ、と言っていました。この漂流型審理を計画審理へするということになりました。

追加で後輩の書いた資料をお渡ししたと思いますが、「計画審理」という、寺町東子が書いた 2009 年のエッセイが、コラムがあります（注：鈴木利廣監修＝医療問題弁護団編『医療事故の法律相談』学陽書房、全訂版、2009 年、199 頁）。

これは 1994 年、まだ新民事訴訟法が国会も通過していない、まだ新しい民事訴訟の在り方を検討している段階で、福島地裁いわき支部で、いびきの手術で亡くなった医療過誤訴訟をやりました。

この主任代理人は、小野寺利孝という私が尊敬する弁護士です。彼の生まれ故郷の、彼は高校を卒業して 1 年間民間の企業に行って、民間企業に行く中で、やはり高校の時になりたかった弁護士になりたい、会社を辞めて中央大学に入って司法試験を受けて弁護士になったんですね。彼が高校の時に、高校のすぐそばの庄屋さんのお宅の納屋に住まわせてもらって 3 年間暮らしたんですね。その庄屋さんの息子が医療過誤で死ぬんですね。それで彼は、この事件で、福島県いわき地区の医療を改革したいという思いで、亡くなった患者のご両親と一緒に訴訟に立ちあがることになるのです。訴え提起をしたときに記者会見をしたのですが、私は、いわき支部というところに初めて行ったので、書記官と少しお話をしました。

「このいわき支部ではいくつ医療過誤事件がありますか」、「審理はどのくらいかかっていますか」そういうことを書記官に聞いたのですが、「このいわき支部に来て 10 年たちますが、この 10 年間で新しい医療過誤事件は 1 件も提訴されたことはありません」と言ったわけですね。ということは、ここに配属された裁判官たちは、医療過誤訴訟をしらないという

ことを前提にして、考えなければならぬということで、私は、第一回期日が開かれるまでの2か月くらいの間に今でいうところの審理計画書を上申書として作りました。この事件はこういう事件です。争点はここです。この争点で当事者から申請される証人にはこういう人がいます。私たちからはこういう証人を申請し、被告からはこういう証人が出てくると思います。それで被告側から申請される証人は不要だと思います。

さらにこれでもし裁判所が心証をとれないとすれば、次のステップで鑑定を検討しなければならないことになり、とそういう審理計画書を作って裁判所に提出した。そして第一回期日に、裁判所は、その計画を頭に入れて審理を進めてくれることになったわけです。

それまでは、被告側医師の尋問というのは、僕は1事件で合計6回やったことがあります。2か月に1回、約1年間やっていくと、第1回目の尋問で言ったことなんか、第6回目の尋問で裁判官は忘れている。そうなるとうなるかという、調書で心証を採るということになる。なので、こんなでは心証形成ができない、と思うようになって、主尋問・反対尋問は、同一期日にやるということ、当時ではおよそ考えられない。そんなことをする患者側弁護士は馬鹿じゃないのって言われていたくらいです。つまり被告側の専門医がどんなことを言うかわからないのに、同一期日に主尋問の後に反対尋問するって馬鹿じゃないのって。きちんと主尋問を聞いたうえで、それを科学的に分析して反対尋問をしなければだめだと言われていたのですが、私は、むしろこちら側からも主尋問請求をすることで、反対尋問に拘束されない主尋問をしようということで、この事件に計画審理のやりかたを教えてもらった、そういう発想を形成するきっかけになりました。

この94年5月に提訴した事件がそういう風になったというのには、少しプロローグがあります。これは、薬害エイズ事件は89年に始めたときに、当時薬害というのは、下手をすると一審で10年かかる。どんなに早くても、当時サリドマイドとかスモンは、6年から8年くらいかかっていた。それを3年以内に終わらせなければならない、という覚悟で薬害エイズ事件を私は始めたわけです。したがって、きちんと事前に訴え提起のときから、審理計画書を作るという発想は、薬害エイズのときはなかったのですが、薬害エイズは、ゴールを見据えながら審理計画を作りながら、かなり早い段階に、争点整理の段階で、当時は争点整理という言葉もなかったのですが、計画審理を作ってやってきたわけですね。それでも薬害エイズ事件は、89年から96年ですから6年5か月くらいかかったわけです。それでもそれ以前の集団訴訟よりも短い期間で終わってはいるのですけれども。この薬害エイズの考え方を医療過誤事件に当てはめたらどうなるだろうか、というので、審理計画書を作ったことになりました。

平成10年新民事訴訟法下での医療訴訟における新審理方式が、平成15年の民訴法改正における『計画審理』に結実しました。この計画審理という考え方は、98年にスタートした新民訴の時に全くなかったわけではないのです。実は、大規模訴訟の特則のなかに入っていた。大規模訴訟こそ審理計画を作ってやっていかなければならない、と大規模訴訟の特則に入ったわけなのです。ところがその後、医療過誤訴訟で東京・大阪で新しい審理方式を作

って、専門訴訟でもやれるという確信を最高裁判裁は持ちました。そのうえで、一般民事事件であったとしてもめっちゃくちゃ困難な民事事件というのもありうるわけです。これは、専門訴訟を中心にした S 型訴訟から、A 型 B 型という、つまり計画審理が必要な、民事訴訟を三つの分類（に分けた）。専門訴訟・大規模訴訟が一番難しい S 型、それから、A 型 B 型ですね。訴訟の難易度に従って計画審理の在り方を少しずつ変えていくというやり方。そして、C 型訴訟というのは、計画審理をとりわけやらなくてもはっきりしているというような訴訟です。これは、計画審理についての、後で出てくるかと思いますが、裁判官の書いた論文の中に出てくる分類の仕方になります。したがって、この 147 条の 2 というのは、大規模訴訟の特則から、一般条項のなかに計画審理という章が入ったということになるわけなんです。

この計画審理とか集中証拠調べのやり方については、ベテラン弁護士から反対されたのですが、私は、そのころから、「私がやる集中証拠調べをみんな傍聴に來い」ということを言っていました、自分がやっている集中証拠調べというのは、かならずしも自信があるわけではない。その当時、新しい民事訴訟法下でもってやった医療過誤事件のとりわけ集中証拠調べは、若い弁護士たちに、事前に、メーリングリストが始まったころですが、メーリングリストで通報して、「見に來い」と、「争点はこれだ」と、「こういう人が証人だ」と、「主尋問と反対尋問は 1 期日で終わるのだ」と、というようなことでもって、みんな東京地裁の医療集中部の私の尋問にはよく見に來たのです。

こういう計画審理というのを旧法時代に実践を始めることになりました。

## 1. 計画審理と争点・証拠の整理手続

### (1) 総論

さて、まずは計画審理と計画審理のスタートでの争点と証拠の整理手続です。

私は、原告代理人ですが、基本的考え方は、審理計画の主導を果たすということです。計画審理の考え方は、審理計画書は誰が作らなければならないか、というのは民事訴訟法の条文がないのです。結局はさっきいった新民訴法の第 2 条「裁判所は、民事訴訟が公正かつ迅速に行われるように努め」という中に、審理計画書は裁判官が作るということがもしかしたら盛り込まれているのではないかと。そして、「当事者は、信義に従い誠実に民事訴訟を進行」する（という文言から）、裁判所が作った審理計画に協力をしていくというのがあるのではないかと、というように民事訴訟法の解釈としてはでてくるのではないかと。しかし、「審理計画を裁判官に任せてはいけない」というのが私の考え方なんです。

漂流型審理は、歩きながら考えればよいという考え方ですが、計画審理というのは、最初に計画を作って一気に突っ走るといった建築設計のような考え方ですから、途中でウロウロしてはいけないということになるとすると、審理計画書という列車を作ってですね、それを我々がエンジンのように牽引して行って、その荷台に裁判官と相手方代理人を載せてって一気に突っ走るんだと。こういう考え方を私は思うようになりました。なので、私は、

一般民事事件で被告代理人になったときも私が審理計画書を作るんですね。ですから、あとで出ますが、次の争点整理も自分が主導するんだ。争点整理をきちんとやったうえでもって集中証拠調べに突入していく。それは、最初から、訴え提起のときからやるんだ、と考えるようになりました。

迅速審理と充実審理の関係というのは、さっきお話ししましたね。審理を迅速にするということは、最初に計画を作らなければならないから、その計画の内容を訴え提起の前に立案しなければならない。そのことで、その立案通りにやっていく、ないしは、途中で多少設計変更があることもあるのですが、そうやることによって、一個一個の審理が充実していくということに繋がるということを実務の中で教えられてきました。

専門訴訟型は、争点と証拠の整理手続きを前提にして、集中証拠調べは、1日で終了ですね。昔は、被告側医師、原告本人、それからそれにあと1人か2人足すというやり方で、それを1証人当たり、大体2期日、主尋問・反対尋問で各1期日ずつやって、医師の尋問なんかの場合には、反対尋問期日を1期日で終わるのはすごく難しいので、私は5期日、だから主尋問と併せて6期日、新人弁護士の時に先輩が起こした医療過誤訴訟でやらせてもらったんですね。それは、結局、裁判官の心証形成に、きちんとした影響力を与えることができなかった、というのが最初にやったときの事件の私の印象でした。

ちょっと面白い話があるんですが、最初に私が担当した医療過誤事件は、先輩弁護士が引き受けた事件で、私はまだ2年目の弁護士だったんですが、医療問題弁護団を立ち上げたときに、「先輩がやっている医療過誤事件があるのだったら、私に報酬はいらないので、参加させていただけませんか」と言ったんです。そうしたら、私より6期上の先輩なんですが、「じゃあいいよ、俺の事件に入って来いよ、実はな、大きい声じゃ言えないけれども俺も医療過誤事件は初めてなんだ」って、言ってやったんですが、最初1時間くらい、被告側の主尋問が行われたんですね。それから原告代理人5人が立て続けに交代交代しながら、5期日、2時間ずつ10時間反対尋問したんですね。時間終わるとですね、「まだこれ聞ききれていないな」というので、2回目。2回目「まだまだ少し残っているんですけど」って言って3回目。3回目「まだまだ駄目なんですけど」といって4回目。4回目「次回だけで終わりにしますからぜひ！」5回目。ってやって、裁判官も「まあしょうがないかな」っていうのでやったわけですね。それで、実は、盲腸炎の手術をして、盲腸炎というのは医学的には虫垂炎というんですね。虫垂の先端に炎症が起こるので、急性虫垂炎というんですけど、盲腸の突起のところの虫垂というところに炎症が広がるというもので、虫垂の突起自体が肝臓の裏側にべったり引っ付いていたので、アルバイトの外科医が腰椎麻酔で探していたら探せなかったんですね。探せなかったアルバイトの外科医がどうしたかということ、閉腹しないままに帰ってしまったのです。明日、要するに、常勤の外科医の先生に手術を続けてほしいという意味で帰ってしまったんですね。だけど彼は、自分の本務の外科の仕事を夕方終わったときに「昨日のあの患者さんどうしたかな」って気になってその病院に行ったんですね。そしたら、まだお腹開いたままだったんですね。それで「これは大変だ」というので、院内

に緊急にお医者さんたちに声をかけて、全身麻酔にして虫垂を全身麻酔で肝臓の裏側に引っ付いていたやつを探し当てて切除したんですね。ところがもうそのとき虫垂は破裂していて、腹膜炎を起こしていて、38日目に腹膜炎で、腸閉塞になって、腸が腐ってしまって感染症で死んでしまった。とこういう事件なんですね。僕は一番最初の事件だったのでよく覚えているのですが、我々が5回の反対尋問をやっているときに、腸閉塞とイレウスというのは同じ言葉なわけですね。それを弁護士5人が「イレウス」だ「腸閉塞」だ「腸閉塞」だ「イレウス」だと言っていたら、最後の裁判官の補充尋問で「さっきからイレウスと腸閉塞が出ていますけれども、イレウスと腸閉塞はどう違うんですか」とって質問が来たんですね。つまり、被告側医師との勝負で勝つのだといっても、裁判官はポカンとしているっていう。これではいけないということに気付くことになるのです。それで、集中証拠調べは一日で終わるとするのは、却って裁判官の心証を採りやすくなるのではないかと、思うように思いました。

大規模訴訟型ですが、大規模訴訟は、さっき述べた通り、公開の法廷がすごく大事、なのです。大体1か月半から2か月の間で1回行われる公開法廷できちんと傍聴席・メディアに情報を発信していくという戦略的な訴訟手続きをやっているのですが、公開法廷と公開法廷の間には、弁論準備ではなく、進行協議という民訴法規則95条で、これも新しい民事訴訟法の中で、できてきた手続なのですが、進行協議という手続。従来は、進行協議ということは、やってはいたのですが、民訴法的根拠はなかったのです。それを、進行協議という新しい民訴法手続を活用しながら、1か月半から2か月の間に、中間に、毎回毎回、進行協議をやって、次の公開法廷で何をやるのかということをお原被告と裁判所でもって協議をして決めるというようにしました。

それから、集中証拠調べは、大規模訴訟では、1期日で集中証拠調べを終えることはとても困難です。例えば薬害についていえば、原告側被告側から、最低、2人や3人の専門家証人がでてくるわけです。それを足しても4人から5人くらいになるわけです。そして、さらに、原告本人は集団訴訟ですから、証拠調べを少なくても10人やったとしても、1人1時間にして10時間くらいかかるわけです。多い時は、40数人、我々はやったことがありますので、そんなことをやっていたら1日で終わるはずは絶対にない。そうすると大規模訴訟の集中証拠調べというのは、一般訴訟や専門訴訟のように1日で終わるということはできないので、これは、また後で集中証拠調べのところで各論でお話をしたいと思います。

## (2) 争点・証拠の整理手続

2つ目、争点と証拠の手続きですが、計画審理の主導は、自分が主導で計画書を作るのだという考え方に立ってやるとすると、争点整理も積極的に、裁判所に任せないで、原告側で争点整理をするのだ、というやり方を医療過誤訴訟でやってきました。一般民事事件でも、僕は被告になって、去年の暮れに、最後の民事訴訟が和解で終わりになったわけなんですけれども、それは、被告代理人だったんですね。それで、被告代理人で5年くらいかかったの

ですが、なぜ5年もかかったのかというと、和解で1年くらいかかったのですが、争点整理でなぜ4年くらいかかったのかというと、原告側が我々が出す求釈明や争点整理に対する意見を毎回毎回期日に遅れて出してくる、というですね。なんでこんなにかかったと言ったら、ひたすら原告側の準備が足りない、ということを経験所に印象付けることにもなりましたし、それを先取りして、「もし原告側がこういうように述べてくるのであれば、こういう争点整理になる」という、そういうこともやってきました。

もし私が原告代理人だとして、原告側で争点整理をすれば、争点整理の出発点は訴状になるわけです。ですから、争点整理を念頭に置いた訴状の書き方をしなければならぬ、ということになるわけです。その、争点整理をしていくためには、訴状が出発点ということになりますので、事実の調査、医学的知見の調査、協力医の助言、判例調査、こういうものを準備段階、訴え提起の前に完璧にやり尽くしておくということが大事です。

そして、訴状で裁判官に一定の心証形成をさせることを目的にしています。書証を引用した主張とか不利益文献の扱いなども、今、これから資料7を見ながらお話したいと思います。

そして、「証拠調べ事案の減少と証拠調べ前の和解事案の増加傾向」ということは、争点整理で、昔は、医療過誤訴訟は、争点整理もしないままに、漂流型でいっていたわけなので、弁論終結しても心証が取れないという事件が圧倒的多数だったんですね。だから、弁論終結するけれども、裁判官が変わって弁論再開される事件がやたら多かったんですね。私は、弁論終結して2年間ほったらかしにして裁判所が判決を書かなかった医療過誤事件があつてですね、何度も上申書で「判決期日を指定してください」とか「もし心証がとれないのであれば、弁論再開してください」という上申書をだして、最大で2年引き延ばされたことがありました。で2年後どうなったかといえば、裁判官交代ですね。裁判官は心証が取れないから判決を書きたくないんですね。なので、自分の任期が終わるまで、ダラダラ引き延ばしてやっているというようなことになったので。ところが新しく争点整理をきっちりやることによって、証拠調べの前、争点整理終了段階で、裁判所が心証を採って和解勧誘をすることがすごく増えてきました。今は、昔と和解率はそんなに変わってなくて5割から6割なのですが、5割から6割のうちのさらに6割が証拠調べする前の和解勧誘なんですね。医療過誤事件でこんなことというのは旧民訴時代では考えられなかったことなわけです。「和解勧告をしてください」というと「じゃあ当事者が考えてきてください」って。で「裁判所の心証は」というと、「いや、それは今の段階では言えません」って。言えませんじゃないんだよ。心証がないんだよ。そういうのが旧民訴の時代だったんですね。

それから、裁判所及び被告からの求釈明が考えられないように訴状を作成するというのが私のやり方でした。結論から言うんですけどね。まず、原告側に不利益な証拠が調査段階で見つかったときは、それを隠すというのが古いやり方でした。しかし、相手方弁護士が専門弁護士であれば隠したってバレるに決まっているわけですね。医学文献とか、我々が訴状で書いていることと違う医学的考え方とかですね。我々が訴状で引用している原告家族の日記

とは違うカルテの期日とかですね。対立する期日とかですね。事実についても医学的知見についても対立的に不利益な証拠というのは、ちりばめられているのです。その証拠を昔のやり方だと、小出しにするというですね。相手の足元をみながらこちらの主張をなるべく相手に足元をみられないように、小出しにして短い訴状を書くというのが昔の弁護技術だったわけなんです。これがゲーム的な民事訴訟法というものに繋がっていったわけですが、私は不利益な証拠も訴状に引用したうえで、訴状で不利益な証拠に対する反論も完璧にして訴状を作り上げる、とこういうやり方をやっていました。それで、第1回期日の時に、私たちが書いた訴状というのには、医学文献が10点以上引用されていますし、カルテも被告側が翻訳して出すべきものですが、我々が引用したところだけの頁は、我々が翻訳してカルテも我々が出すというやり方をしているんですね。そしてできる限り分かりやすい訴状の書き方をする、ということですね。私は、「わかりやすい訴状書き方試案」というものを、これを、2005年5月17日最終改訂となっていますが、これは、私が1997-8年、薬害エイズ事件が終わってから、後輩に自分たちが作ってきた技術を受け継がせていこうということで、今日の民事訴訟論については、こういう簡単に言うと鈴木試案みたいなんですねやつがいっぱいあるのですが、尋問のやり方にしても鑑定にしてもですね。こういう鈴木試案みたいなものを1990年代の後半から作り始めて、2005年5月17日に最終改訂となっているということが何を意味しているかということ、2005年5月に私が書いた訴状は最後だったってことになるんですね。私は訴状を書く度にこの書き方試案を改訂してきました。だから、2005年5月17日以降、改訂していない、というのは、2005年5月以降に私が起草した訴状が一個もない、ということの一つの証明ではあるのですが。それは、逆に言うと、後輩たちに書かせた訴状を私が添削するというやり方をしてきたんですね。それで、分かりやすい訴状の第一次的な目標は、裁判官がこの訴状を読んで、「いやあ、すごく分かりやすくて一定の心証形成が可能だったよ」と思わせることが大事なんです。昔は、訴状だけでは心証形成していけないと。相手の反応があって、心証形成につなげていくんだと、こういう考え方だったのですが、私の訴状は、相手方が答弁書や第一準備書面で主張してくる反論を先取りした訴状になっているんですね。だから、相手方がどう言うであろうということを訴状の中に書き込んでいるので、ある程度、裁判所は、相手方の主張も予想しながら訴状を読んでもくれるんですね。

第一回期日が、「原告、訴状陳述、よろしいですね」って言って、「はい。訴状陳述します」って。これで。被告側がだいたい欠席が多いから、答弁書は、請求の趣旨に対する答弁しかしていないと。「被告側の答弁書、擬制陳述します」と。これで終わっちゃうんですね。で、実質的には、次回からは弁論準備期日にしますって言って、弁論準備期日のなかでやり取りをするわけなんです。それで、実際は、第1回期日のときに、訴状に対して、裁判所が、「では、被告側の実質的な反論が始まる前に、原告側に求釈明があります」って言って、何項目も求釈明してくるとというのが、医療過誤事件ではすごく多かったんですね。それで、その点については、原告側が先に主張するのか、被告側が先に主張するのかを喧々囂々議論を

するというのが古いやり方だったのです。私は、求釈明を絶対に受けない、つまり求釈明されない訴状を書くというのを目標。で、全然求釈明がないと裁判官は、第一回期日に、本来、原告側の訴状について求釈明するというのが、伝統だったので、求釈明しようがないので、裁判官が何というかというのですね。「訴状陳述よろしいですか。この訴状わかりやすいですねえ」って。これ2回言わせたことがあるんですね。被告がいる前でそれを言うと、なんか差別的な。ですね。「もう原告側に肩入れしているのかよ」みたいになるので、被告が答弁書の犠牲陳述をして、出頭してないときには、そういう風に言ってくれるんですね。

それで、被告側に優秀な専門弁護士が就いたときには、私の分かりやすい訴状に対してもリーズナブルな合理的論理的な準備書面を書いてくる。そういう時に1回だけですけれども、「訴状わかりやすいですね」って言われて、弁論準備の時に、被告側の準備書面を見て、「被告側の準備書面もわかりやすいですねえ」って言われて、「ヤバイ…」っていう感じになったことが1回だけありますけれども、そうやって、裁判所に積極的に心証を採らせていく。で、ポイントはどこなのかというのを共有していくというのが大事なやり方だろうと思います。

さて、資料7の方にいきます。

これは、後で訴状を作るときに、非常に長いので、資料7をまた読んでいただきたいと思っています。

まずですね、目次をつくるっていうですね。私は、準備書面でも訴状でも5頁以上にわたるものについては、目次を作ります。これは、頭の引き出しがみんな違うので、僕も自分の引き出しに合わせて言っているだけなので、裁判官がこの引き出しに合うかどうかはなかなか分かりにくいんですけども、私は本を読むときに、はしがきを読んで、あとがきを読んで、目次を読んで、その中で一番関心を引いた章から読んでいくというやり方をしているんですね。で、やはり目次をつけるということは、原告側が損害賠償請求権について、どういう論理構造で議論を立てているのか、ということが目次でまずわかる。そして、その目次を作っていくと、全体の構想がわかったうえで読めるので、あえて言うと斜め読みをしてもだいたいわかってくる。次に何が出てくるか頭の中に入れて読むことができるから斜め読みすることができる。だけれど、全体の構想が全部読んでみないとわからないとですね、斜め読みができない。

目次の無い相手方の準備書面に関しては、項目に全部マーカーをつけるということをやっているのですね。で、その項目のマーカーを自分なりに相手方準備書面に鉛筆書きで目次を作ってしまう。そうじゃないと、頭の中に入ってこないんですよ。なので、相手方の書面が頭の中に入ってこないのは、裁判官の頭に入ってこないのは良いことですが、でも、我々は、さらに反論していかなければならないので、相手方の準備書面を、じっくりと「非論理的である」、「非科学的である」と、そういうことを反論していかなければならないので、目次というのはすごく大事ですね。それで、後輩たちには、まず、全体にどういう構想で書いているのかを頭の中で確定しないで思いつくままに書いてはダメだと言っています。こ

の目次が、26 頁から 27 頁にあります。事案の概要 冒頭にどんな事件かを 4~5 行程度で書く。これは実はですね、私は、かなり、90 年代の半ばくらいからこういう訴状を意識的に書くようになってきたわけなのですが、実は新民訴になってからの判決を読んでもとまず判決書きの理由の冒頭に事案の概要というのが出ていますよね。で僕らは、それを裁判所の判決で事案の概要なんていうのは、新民訴になってしばらく経ってから出るようになったのですが、僕らは、新民訴より前の時代にこの事案の概要というのを分かりやすく 4~5 行で書くと。事案の概要をダラダラ書いてはいけないと。だいたい「~が~して~した事案」ぐらいのもので、簡単に事案の概要を書く。

そして、登場人物を紹介する。原告・被告。で、証拠を引用するときに、証拠で人間を引用しなければならない場合が出てくる。損害賠償責任要件論としては、組織責任を念頭に置いておくので、「被告病院は」という書き方をしますが、証拠では、「被告の〇〇医師が」というように書かなければならないことはたくさん出てくる。で、そうなってくると、登場人物をあらかじめ書いておいたほうが分かりやすいと。当事者等という、原告・被告・その他の登場人物の説明をあらかじめしておく、という風にします。

それから、第 3 は、診療経過、いよいよ本論ですね。発病や受診から本件訴訟に至った経緯を簡略に述べつつ、原因論、責任論にとって重要な診療経過事実を抜き書きする。そして、死亡事案であれば、死亡にどのような医学的機序で死亡に至ったのかという、まず原因論を書いておきます。作為型の場合には因果関係論になりますし、不作為型の場合には不作為の因果関係の前提たる疾患によって死んだという機序を書くことになります。

診療経過については、あえて言うと Excel 表にいつでも移せるように箇条書きにしています。「いついつxx」という書き方をしていきます。昔の訴状は、「何年何月何日、某誰々が被告病院を初めて受診した」とこう書いていたんですね。「何年何月何日初診」でいいわけですね。問題になっている患者の話しかしてないわけだから、もう出てくる患者は全部問題の患者、要するに原告側の患者のわけですから、そんなものを文章化してダラダラするよりは、いついつどうとうしたみたいな文章で 2~3 行書くよりも一行で終わるんですね。そうすると、争点整理の前提となる診療経過一覧というのにいつでも移せる、という風になっています。

それから、原因論のところですけども、この医学的機序はですね。いろいろな病気や、この、例えば、医学的機序を図式化する。ある病気とある医療行為が一緒になって合併症を引き起こして死亡に至った。こういう風にして文章化する際は模式図を挿入すると、一目瞭然でわかりますよね。一応、文章化で分かりやすく書く。そのうえで、この模式図をつけるってね。例えば、手術で合併症を起こしたけれど、この合併症は、手術だけが原因ではなくて原因疾患も関連していたということになると、この原因疾患を書いたうえで手術をしたためにこの手術で原因疾患がさらに悪化して重篤な合併症になって死亡したのだ、というようなこの因果の流れを模式化しておくとも一目瞭然に裁判官は、文章を頭に押し付けるというだけではなく、目でそのままわかるという書き方をするわけなんですね。

責任論は、—これはもう昨日お話したところですね。医原病型・作為型と疾病悪化型・不作為型の区別を意識して構成すると、という風にしています。

最後に被害論ですね。これは、当事者の思い、被害の実相という言葉は私は使っているのですが、書いたうえで、損害額の算定に入る。多くの訴状は、人が死亡したことに対する損害賠償訴訟は、責任論が終わるといきなり算定論に入っているんですね。でその算定論は、個別損害積上方式で赤い本を写している。要するになぜこの金額が妥当なのかという前に、被害の実相として、亡くなった本人の無念さとか、そして遺族の悲しみとか、そういうことをきちんと書くのですが、それは、私たちの文章で書くよりも、原告本人の遺族であるとか、後遺症を負った本人だとか、そういう人たちに文章をどんなに長くてもよいから書いてもらい、その中の印象的な言葉を、遺族は、以下のように語っている、という鍵括弧つきで書いて、そのうえでもって損害額の算定に入るというやり方をしています。

書証の ABC 分類というのがあるのですが、A に分類するか C に分類するかあるのですが、医学文献の B 以外のところでの、冒頭の多くは A 分類に入れるのですが、甲 A の 1 号証には、生前の元気だった時の患者の姿、そして、闘病して死ぬ直前に写真を遺していることもあるのですが、そういうときの写真を書証として提出するんですね。裁判官は、「なんか写真が出ていますけど、この立証趣旨はなんですか」って。「いや。この立証趣旨は、この人が死んだんです」。ってケンカしたことがあるのですが、裁判官や医者というのは、人の死ぬ事案をいっぱい扱っていますよね。人が死ぬということは、人間の尊厳を念頭に置くと、どれだけ大事なことになるのか、ということをお身にしみて理解してもらうための入り口として、本人の写真を書証として出すことにしています。

そして第 7 として、事件後の状況、なぜ訴訟に至ったのか、ということを書いて、第 8 の結語のところは、不法行為および債務不履行に基づく請求の趣旨記載の請求をするものである、というような書き方をしています。

問題は、二のところ、医学専門用語の解説なのですが、多く判決は、医学専門用語の解説を当事者と診療経過の間に、第二と第三の間に医学用語の解説を書いている判決が凄く多いんですね。ところが、医学用語の解説を先に頭に入れて、この医学用語は、こういう意味ですよということを頭に刻み付けて診療経過を読むということが大事だと思って、そう書いている人がいるのですが、そんなに医学用語がいっぱい出てくるのに、まだどういう脈絡でその医学用語が出てくるかわからないときに、医学用語だけ暗記するってすごく難しいんですよ。僕は、診療経過のなかに、専門用語が出てきたときに、その専門用語にアスタリスクをつけて、その文章の段落が終わったときに、文字の画数を少し落として、一段階下がって、アスタリスクでもって医学用語の解説をすると、いうやり方をやっているんですね。これは、両方のやり方があると思うのですが、私は、そのほうが頭に入りやすいのではないかと行って、論文であれば、脚注に書くという書き方ですけども、その脚注は、そのページの一番最後の脚注に書くほうが読みやすいか、それとも全部の論文の最後にダラダラと脚注で書くほうが分かりやすいかということ、僕はどちらかということそのページに脚

注を落としていただいたほうが読みやすいと思っているので、それを頁の最後に書くのではなく、その文章が終わった段落の直後に、本文中に段落を落として書く、というやり方をしています。

文献の引用もですね、そのまま本文中に、文献の引用をカッコ書きで書く人もいれば、その立法趣旨というか、何を要証事実としているかを書いたうえで、その証拠として脚注をアスタリスクを付けて書く、という書き方もあると思います。

つまり、大事なことは、裁判官が、斜め読みもできるし、詳しく読もうと思えば詳しく読むこともできるし、幾通りも読み方ができて心証形成に役立っていくっていうですね、読み手の意識を念頭に置いて訴状を書くということをやっています。

ですから、だいたい最少でも文献は、10個以上は引用しますし、私が書いた医療過誤事件の訴状というのは、大体20頁くらいあるんですね。なるべく詳しく必要な事項に限って書いていくということで。我々の側で、立証責任を負っているか否かではない。真実を明らかにするのだ、ということでもって書いたことになります。

レジュメの13頁②に戻ります。

自ら進んで争点整理を行う。争点整理の手法に関しては、資料8のところに書きました。項目だけ見ていただければ。迅速な争点整理の基本は原告主張の明確化ですね。医療過誤訴訟ですね、争点整理が非常にウロウロしながら行ったり来たりしている事件の大半が原告側の主張自体が明確になっていないということが凄く多いんですね。それから、損害賠償責任の要件事実化を、医原病型と疾病悪化型を明確に区別して因果関係や注意義務違反を論じる、ということですね。被告の主張を積極的にこちらが争点整理していく、ということなのです。

最近は少ないのですけれども、医療過誤事件の判決と当事者の主張という、被告が全然主張していない論理構成が裁判所の判決の中に出てくるということは結構あるんですね。それは、医療水準とか医師の裁量論。医療水準や医師の裁量論を、積極的に被告の書面が主張していないにもかかわらず、裁判所は、請求棄却判決を書く時に、医療水準や医師の裁量を登場させる。医療水準とか医師の裁量論というのは、もともとは医師の免責論として出てきた論理なんですね。それが途中から、平成7年の姫路赤十字病院から、医療水準は、免責論ではなく有責論の論理として転換してくるとというのが平成7年最高裁判決なんですね。だから、平成7年の姫路赤十字病院事件以前に医療水準という言葉が判決に出てきたら、それは、敗訴判決だと、ほぼ100%そうになっていたんですね。医師の裁量論というのもそう、免責論として出てきたわけですね。それから、診療経過のズサンさは、間接事実として使っていくということですね。

多岐的主張の功罪、点の過失を主張するのではなく、帯の過失を主張するということにならなければいけません。

13頁③にもどります。

争点整理を前提とした相手方主張への反論・反証で締めくくる、ということなんです、

実は、訴状を本当に充実したものとして書くと、その後の準備書面は、被告が何回にも分けて、論点別に準備書面を形成してくる。それを我々は、じっと我慢して待つ、というですね。こういうことになってくるので、我々の第一準備書面というのは、被告が出し尽くした主張を原告主張との関係で争点整理したうえで、さらに反論の必要なところについては、反論をして締め括ってしまう、と。これが争点整理で、その争点整理一覧表のなかに移し替えていって、その時に集中証拠調べの申請を行うと、こういうやり方をやっているんですね。そして、争点整理は、争点整理表を作って、集中証拠調べの申請をするところで締め括るわけなので、その申請をするときに、同時に、こちら側の証人の陳述書も準備をしておく、ということになります。

## 2. 集中証拠調べ

次は集中証拠調べになります。

計画審理に対する対の用語は漂流型審理と言いましたね。集中証拠調べに対する対の言葉は、「五月雨式証拠調べ」です。これは、次の鑑定のところもちょっと見ていただくと、15頁のところの鑑定の一行目ですね。鑑定依存型心証形成からの脱却ですね。この漂流型審理、五月雨式証拠調べ、鑑定依存型心証形成、というのは、私が作った言葉ではなくて、第一世代の東京地裁の医療集中部の裁判官が作った言葉なんですね。だから、漂流型でもって五月雨式証拠調べで鑑定に依存して心証形成するんだと、「だったら裁判官いらないじゃん」っていうようなですね。計画審理、集中証拠調べ、鑑定依存型心証形成からの脱却、この3つを新しい専門訴訟でのキーワードに裁判官たちと一緒に改革してきたわけなんですね。

昔は、医療過誤訴訟というと、まず被告側の担当医から調べようということが定石になっていたんですね。証人調べを始めると。それを5回も6回もやった上でですね、「次、誰、行きますかね」っていうとですね、原告側は、「被告側医師の言うことは、客観的事実に符合していないと思いますので、看護師を原告側の敵性証人として、申請します」と。「じゃあ次、看護婦聞きましょうか」ってね。そうすると被告側は、「だったら私の方からも申請します」と言って、看護師を被告側の主尋問をやって、そのまた次の期日に原告側の反対尋問を、これは、大体1回くらいですね。「医師と看護師やってきましたので、あとは原告本人ですかね」「まあそうですね」という感じでやっていって、その都度その都度、「次、何やりますか」っていうんですね。で、全部証拠調べ終わると、「えー、さあ証拠調べ終わりましたけど、さあどうしましょうか。進行についてのご意見は如何ですか」ってですね。こういうのが、やっていって...、だから、証拠調べそのものも漂流型・五月雨式になっていった、ということになります。

実は、集中証拠調べで大事なものは、医学的な立証をきちんとしていくということと、それから原告被害者の想いをきちんと裁判所に伝えていく、というこの2つなんですね。それで、医学的な知見については、①文献、②私的鑑定、③被告側医師の尋問、④鑑定、この4つの手法があるわけです。私は、実は、②の私鑑定と④の鑑定は、原則おこなわないという考え

方なんです。多くの弁護士は、やれるものは何でもやる、ということでもって、④の鑑定は、後で言うように、原告側に不利益な鑑定が凄く多いので、④をつぶすために②でいく、というやり方をしています。私は、②をどうしてやらないかというんです。③の被告側医師の尋問、敵性医師尋問で自白をとる、ということを目指しているんです。なぜ②を出さないかという、②を出せば、かならず被告側から、私的鑑定書が出てきます。この私的鑑定書の争いというのは、結構難しいのです。医療過誤被害者に協力してくれる専門医というのは非常に少ないです。これは封建性の壁があるから、ですね。被害者のために私的鑑定書を書いたなどということが、彼らが加入している学会などの偉い人に知られるとですね、「おまえ何やってるんだよ」というね。ということで、怒られるという。だから、どちらかという一匹狼的な出世をあきらめて臨床に専念しているようなお医者さんしか書いてくれないと。ところが、被告側は、原告側からそういう私的鑑定書が出てくると、それを反論するような、反対の私的鑑定書を出すときに、まず最初にどこに訴がるかという、自分が所属していた、大学病院の医局の指導教授に訴がるんです。それまでは、大学の自分の先生であるところの指導の教授には訴がらないんです。なぜかという訴訟を起こされたことが恥ずかしいから、言わないのですが、「このままでは負けてしまう」ということでもってなりふり構わず師匠のところに行くわけですね。そうすると、師匠はどうするかというと、「しょうがねえな。じゃあ俺が私的鑑定書を書いてやるよ」という風になるんです。関西地区のある産婦人科の大学教授は、公開のシンポジウムの際に、こういいました。「大学教授の医療過誤訴訟における役割は、自分の弟子が訴えられたときに、それを擁護する私的鑑定書を書くことだ」とこういう風に言ったんです。「へー中立公正じゃないんだ」ということですよ。少なくとも利益相反関係にあるわけだから、そんなもの本当は信用できないわけ、ですけれども裁判所は、鑑定依存型、専門家意見依存型の心証形成になっているので、こちらは一介の臨床医、向こうは大学の教授、ですよ。この私的鑑定書を見ると、裁判所は、「科学的論争は自分には決着がつかないので、まあ大学教授の方を信用しようかな」となっちゃうんです。つまり、②の私的鑑定書をだせば、かならず被告側の私的鑑定書が出てきます。

私は、患者側弁護士たちにアンケート調査を今から15年くらい前にしたことがあります。私的鑑定書を出した事案、出さなかった事案は、どのくらいありますか。私的鑑定書を出したときに被告側からの私的鑑定が出てきた事案と出てこなかった事案はどのくらいありますか。ですね。そういうアンケート調査をしたらばですね、こちらから私的鑑定書を出した事案のうちの8・9割がた、相手方から私的鑑定書が出てきている。こちらから私的鑑定書を出さなかった事案で、積極的に向こう側から私的鑑定書が出てきた事案はほとんどない。こういうことなんです。そうすると、敵側から出てきた大学教授の意見書をぶっ潰すよりも、被告側医師を、敵性医師尋問でもって、証言をぶっ潰すほうが簡単なんです。だから、被告側医師尋問をぶっ潰すことでもって鑑定・私的鑑定にかえる、そこは自白を取ってくる。論理的、科学的に攻めていくというやり方を、私はやってきたわけです。これは、非主流派

です。裁判官は、私的鑑定書を出せるのだったら出してほしいし、鑑定をやったほうが良いかなという事案については、鑑定をやろうじゃないかという考え方なので、今の裁判所の傾向や患者側弁護士の傾向からすると、極めて非主流派ですね。私は、文献と医師尋問で責任を形成するというのが、私のやり方になっています。

#### (1) 尋問方法としての論点主義

「尋問方法としての論点主義」ですね。昔は、出来事を時系列的に聞いていくという尋問が凄く多かったんですね。一般事件ですけれども。ある事件ですね、学生を傍聴に連れて行ったときにですね。時系列的に聞いていくとですね、自分が依頼した弁護士のどんな質問、全ての質問に1945年8月15日の終戦の日から話始めるおじいさんがいたんですね。そこから話さない物語を思い出せないって言うんですね、という人がいてですね。3つくらいの質問が、ずーっと終戦から始まる物語を聞かされると。だから話もものすごく長いんですね。それは、自分が依頼している弁護士が、オープンクエスチョンであろうが、YesかNoかの誘導尋問であろうが、みんなそういう答え方をするんですね。それで、それを10分くらいやったら、裁判官がですね「原被告代理人ちょっと来てください」と裁判官の前に、法廷の、法壇のところに来て、裁判官がですね、「20分くらい打合せの時間を差し上げますから、もうちょっと要領の良い尋問をやってもらえませんかね」って言ってですね「はい、休廷します」ってなったことがあるんですね。

特に反対尋問なんかはですね、何を立証しようとしているのか見抜かれないようにして上手くこちら側に有利な証言を引き出すというね、こういうやり方を結構弁護技術としてやっていた人たちがすごく多いんですね。これは、うまくいくこともあります。しかし、あの時の質問が実はこういう意味であって、あのときの敵側の証言は、こういう評価ができるんだというのを尋問が終わった後の準備書面で明らかにして、準備書面を読んで始めて裁判官は、「あ、そういう意味だったんですね」ということが分かるんですね。つまり、松本清張の推理小説のように、最初に犯人が登場するんですが、彼が、あるいは彼女が犯人だということを伺わせないような当所の仕方をして、最後にどんでん返して、「え!?!タバコ屋のおばさんが犯人だったんだ」っていうね。こういう、推理小説であればそれは面白いけど、法廷での証言は推理じゃないから。私は、因果関係のこの論点、注意義務違反のこの論点についてお聞きしますということを、最初に敵側に論点を知らせたうえで反対尋問をしていくというやり方をしています。これは、敵に論点を見破られるというマイナスがありますけれども、裁判所にとっては、心証形成をすごくしやすいんですね。論点主義で、僕は尋問をやっているんですね。

#### (2) 尋問形態としての別席・同席・対質の使い分け

そして別席・同席・対質の使い分けをするということをやっています。対質尋問については、このまた胃がん判定をめぐる裁判で、対質という追加資料を見て下さい。医療専門のジ

ジャーナリストが、私が初めてやった対質尋問（1991年12月6日、浦和地裁）を、医療過誤事件取材したいというので、「だったら今度、多分、医療過誤事件では、対質なんてことをやったことがあるのは、僕が調べた限りでは、患者側弁護士も被告側弁護士も裁判所も全く論文がないので、たぶん初めての経験だと思うけど、一回見に来ないか」と言って、雪の降る91年12月6日浦和地裁の法廷を2時間半だったかな傍聴してくれました。この傍聴記がここに書いてありますので、これを読んでいただければわかると思います。

これは胃がんの判定ですね、健康診断で12枚の健康診断のレントゲン写真ですね。バリウムでやったレントゲン写真のなかから、何枚か胃がんを疑える異常所見があるということでもって、胃がんの見落としで亡くなった奥さんの事件を御主人から受けてやった事件なんですね。で、我々の私的鑑定人は、消化器内科医で、これは、この12枚のうち2〜3枚に異常があるから、これを胃がんの疑いがあるということで内視鏡検査につなげなければ意味がないと。これはむしろ医学部教育の中で、医学生に見せて「これが異常なんだ」ということを教える典型的な良い教材にもなる、ということをやっているのですね。だから「こんなものを臨床医が見逃したのでは話にならない」と我々の私的鑑定人は言っているのですね。ところが被告側から出てきた院長のお友達の東大小児外科のしかもアルバイトで民間病院で健康診断でレントゲン写真をいっぱい見ている、そういう医師はですね、「こんなものを異常と言ってしまっちは、異常だらけになってしまう」というような趣旨で証言をされていてですね、「こんなものを見落としたり話にならない」というのと「こんなものを異常と言ったのだったら話にならない」というですね。そういう意見書が出てきて、私はこの2人を法廷で裁判官の前でケンカをさせたいという風に思っていますね。ところが91年、私はまだ民事訴訟法を読んだことがない、というところで、民事訴訟法を読んだらですね。当時は民訴法規則に対質というのが出てきたんですね。これを「たいしち」と読むか、「たいしつ」と読むか「たいじち」と読むか、読み方が違うんですね。「ゆいごん」を「いごん」と法律家を読んでいるじゃないですか。あれと同じで、これは、「たいしち」なのか、「たいじち」なのか「たいしつ」なのか、っていう読み方すらも法律家のなかでは読んだことがある人がいないのでわからないっていう時代ですね。それで、条文を見つけてですね、「これは、法廷で並ばせて2人でケンカさせているのを、裁判官と俺たちは見ていればいいんだ」というものだと思います。裁判所に相談したんですね。そうしたら、「私もやったことがないんですが、やってみますか」と言って、書記官に調べさせたら、書記官研修所のマニュアルのなかに、調書の書き方のマニュアルのなかに、対質の場合には3種類の書き方があるというのが当時あった。で、「こんなあったんですね。私知りませんでした」と書記官が教えてくれたんですね。つまり、2人のやり取りをリアルタイムに書く一本の調書とですね、一人ひとりの別々の2種類の調書と、さらにそれに加えて、論争している調書という3種類ですね。1本で書く調書の取り方、2本で書く調書の取り方、3本で書く調書の取り方があるのだ、ということが書記官マニュアルに載っていた、ということなんですね。それで、実は、どうも対質というのを調べると、2人を並べて、裁判官や原告被

告の代理人が、交互に質問をするやり方なんだというですね。例えば A さんにしたら同じ質問をその直後に B さんにしてみると。で、B さんに（質問）したらその直後に A さんに「あなたに対してああいう反応をしましたが、それに対する再反論はありますか」って言って、論点ごとに心証形成を明確にしていくというのが対質尋問なんですね。これをやって、第 1 回目みごとに成功したんですね。実は、第 2 回目、失敗するんですよ僕は。そして第 3 回目にやったのが、このいわきの事件、なんですね。この第 3 回目で 2 回目の失敗を踏まえて、また見事に成功していくんですね。そして新民訴になってから、実は、この対質「的」尋問。2 人の対立的意見の相手、例えば原告本人と被告本人とかね、それから双方の私的鑑定人、これを両方置いて、その 2 人に対立的な意見を言わせておいて、裁判官が心証取るというのを、一緒に並べておいてやるのは、対質ですけれども、同席型にして別々に、「まず A さんから聞きましょう」と。それで「じゃあ次 B さんから聞きましょう」と。で「次にもう一回 A さんから聞きましょう」と。そして「もう一回 B さんから聞きましょう」って言って、個別の、本当は、一回で主尋問・反対尋問が終わるところを、主尋問一回・反対尋問一回を、それぞれやって四回の尋問を行う、というやり方を医療集中部は開拓したわけなんですけど、これは、対質「的」尋問というやり方なんですね。

これを今度は複数鑑定に利用したのが、ラウンドテーブル型鑑定、なんですね。要するに複数の鑑定人の場合に、東京地裁は、ラウンドテーブルでやる。千葉地裁は、一人一人に独自の考え方を言わせる。こういうやり方に繋がって行って、新民訴になってから医療集中部では、対質ないし対質的尋問は、ごく普通のやり方になっていったんですね。私が 3 回やって 2 勝 1 敗だったんですが、3 回目成功した最後の対質尋問というのは、旧民訴時代、1994 年だったんですが、これが 98 年以後、医療集中部ができて日常的になって行って、20 件くらい訴訟をやっていますので、平均的に、普通にやる手続になっていったわけなんですね。

実は、この浦和地裁の対質尋問のときに、右陪席にいた裁判官がですね。これは、ジャーナリストが書いた記事にも載っていますけど、裁判官 3 人がこうやって身を乗り出すように聞いていたんですね。その中に、主任は左陪席なんですけど、右陪席の裁判所がですね。その 12 枚のレントゲン写真で、異常があると原告側の私的鑑定人が言っている数枚の写真を取りあげて、異常がある、異常がない、ってやったのを最後に「さっき示したところですが、あ！そこそこそこ。...こっちからみると異常に見えるんですけど」ってね。裁判官が。これを、法廷で聞かずに調書で読んだ裁判官、高裁の裁判官が調書だけ読んだら、意見が対立して心証が取れないって、こういう風になると思うんですけど、2 時間半この論争を聞いている裁判官達は、「異常があるように見えるよねえ...おかしくない？」っていう心証になったんですよ。

今、東京三会で、医療 ADR というのをやっていて、僕は、患者側の示談あっせん人なんですね。ある時、裁判官を退職して弁護士になった人で医療 ADR のなかに入ってきた元裁判官の弁護士がいて、「初めまして」って言って名刺交換したら、「私は、先生、初めてじゃありません」って言われたんですね。「えっ!? そうだったんですか。すいません。御無礼しま

した」って言ったらですね、「私は、裁判官生活の中で最も印象に残った事例は、先生が浦和地裁でやった対質です」って言われたんですよ。「えー!？」って、その人の顔をじーっと見たら思い出してきてね。それで、次に第2回の医療...医療ADRに行ったときに、「先生覚えていただいたやつ、これじゃないでしょうか。書いたやつ持っています」って「こんなのあったんですか」みたいないう風になって。「ああそれだけ印象深い事件で嬉しいなあ」って。裁判官から、「あんたの事件は、一生のうちで一番印象に残っているよ」なんて言われたことないからね。

要は、対質尋問というのが、非常にやり方によっては効果がある。

2回目失敗したのが3回目の教訓になっている。小児科の事件でですね、裁判所が選任した麻酔科の先生が、原告側に有利な鑑定書を書いてくれたんですね。ところが、これは、実は、手術で、術後にアレルギーを引き起こしたという事案なんですけれども、ですから、アレルギーをもっている子供の手術というのは、どういうところに注意しなければいけないのかということで、麻酔科に鑑定書を、裁判所が選任して鑑定書を書いてもらって、我々の主張に全く沿う鑑定書を書いてくれたんですね。ところが、被告代理人が解任されて新しい被告代理人が入ったんですね。その新しい被告代理人が大学医学部の小児科の出身で、ダブルライセンスだったんです。それで、彼は、大学の自分の所属している医局の指導教授に、小児科として鑑定を書かせたんですね。被告側から出てきた私的鑑定書は、小児科アレルギー科の教授。片一方は、公立病院の麻酔科ですが、片一方は、大学教授。そして、問題は、アレルギー科という専門知識が問題になるときに、麻酔科と小児科。もう、どれを見ても、裁判所が選任した鑑定人が、我々に有利なことを言っても、アレルギーで大学教授が、公立病院の麻酔科で、アレルギーに関する意見の対立で、形式的にみて勝てるはずがないわけですね。しかも、論点は、3つも4つもあって、2期日に及んだんですね。集中証拠調でもありましたが、対質でも2期日に及んでしまった。

それで、対質尋問をやるときは、論点が極めて数少なく、明確であること。それから、相手方の意見を言っている人と、こちら側の意見を言っている人が、いわば医学的な業績や論理性や資格などが、ある程度、対等に渡り合えること。そして、論点が少ないから、1期日で終わること。この教訓をですね、第3回目には念頭に置いて、対質尋問をやったんですね。第3回目は、こちら側の意見を言ったのは、大学病院の法医学の教授。向こう側が言ったのは、公立病院の病理医だったんですね。だから、資格の上においても、しかも、論点は、極めて単純な論点だったので、このいびきで死んだときの死亡原因は何かということによる意見だったわけなんで、成功したのです。

### (3) 敵性人証尋問

集中証拠調のところですが、資料9にあります。

これは尋問技術ということなんですが、尋問技術については、弁護士が書いた何冊かの本があるんですが、尋問技術というのは、どれが正しいやり方なのかなんて、その事件の性格や、

自分のやり方みたいなものを開拓していく分野なのではないかなと。だから、「これが正しい」のではなく、自分と違うやり方を見てみて、その中に、共感する部分というか、学ぶ部分があるかどうか、という感じかな。「これが常道なのでこのやり方をやらなきゃ」という分野ではどうもない感じが私はしていますね。だから、自分が、自分の専門にしている事案で、どういう尋問の仕方を開拓していくのか、というのをやりながら、それを色々な事件に応用していくということなのではないかなという風に思います。

私は、反対尋問ではなく、主尋問請求ですね。敵性医師主尋問にします。尋問は、証人とのディベートでの勝利より裁判官を説得するのが最終目的であることを念頭にせよですね。敵をやり込めたと思っても、裁判官は、チンプンカンプンで何を言っているのかわからないというのでは、尋問をやる意味はないわけですね。そして、また、尋問後準備書面で裁判官を説得するのではなく、尋問自体での説得・心証形成をめざす。そのためには、依頼者や傍聴人を理解基準にした尋問をする、ですね。だから、私は、若い弁護士たちに尋問を見てほしいということでもって傍聴席に置いたり、あるいは依頼人に、当事者席から聞いてもらって、その事案をあまりよく知らない傍聴人ですら、その事案の中身や心証形成が可能になるんですね。

一度、私は、法科大学院の学生を10人くらい連れてですね、人がやっている医療過誤事件の美容外科事案だったかな。法廷を傍聴したんですね。そうしたら、一応、法廷が終わった後ですね、判事がですね、私にですね、「鈴木先生、なんか若い人いっぱい連れてきているけど学生？」とか聞いてきて「そうです」って。「それじゃあ、良かったら裁判官室遊びに来いよ」って言われて、10人くらい学生を連れて行ったんですね。そうしたら判事がですね、学生たちに、「君らは今日の尋問聞いて、どんな心証？」って聞くんですね。で一人ずつ自分の心証を言わせて「なんか...いまいちピンとはこなかったけれども、どちらかという原告勝訴的な事件ですかね」みたいのがだいたい10人の学生の多数意見だったんですね。そしたら判事がこう言ったんですね。「うん...君たちの心証と、僕ら裁判官の心証はほとんど変わらないよ」って言っていたんですね。つまり、だから、それは、その事件をやっている原告代理人は、僕らの知らないすごく若手で、そんなに尋問技術が優れているとは思わなかったのですけれども、やはり集中部の審理のやり方で心証がとりやすくなったんだなっていうですね。もちろん主尋問・反対尋問を同じ期日の中でやっているわけなんですね。

尋問は、当たり前ですけども医学文献と診療記録を上手く使いながら、診療記録で事実を提示し、医学文献で医学的知見を提示して、それを上手く当てはめて、因果関係や注意義務違反につなげていく、というこういうやり方をやっています。医学文献はですね、40年間で200くらいの事件をやったと思いますが、自分が担当している事件をその担当の医師が医学論文として書いているというのに1件だけ当たったことがあるんですね。ところが、「この論文は、やっぱり私の事実認識が間違えているので、間違えていると思います」って言うてるんですね。つまり彼が書いた論文が責任を立証する証拠として僕は出したわけですけど、それを尋問でひっくり返して「ちょっと私の勘違いでした」みたいなことを言っ

て、「よく言うなお前」みたいな。しかも大学教授ですからね。というのもありましたけれども。とにかくキーワードをいっぱい駆使して、その被告の所属医療機関のその分野の文献とかですね、担当医の出身医局の文献とかですね、そういうことを取って、相手の土俵に入り込むというやり方を私はやっています。意見の違いでこちらの土俵に引きずり込むというのは、まだ前頭の15枚目くらいが横綱に向かって自分の取り口に引きずり込むなんか到底できない話ですから、相手の懐のなかに入って相手の争いのないところで落としていくというやり方をやりました。

真相を明らかにするというのが医療訴訟の目的だと思うんですが、ある意味では空想の世界で論争しているのかなと思うことも時としてありますね。つまりそれは、事実関係にしても、医学的知見にしても、相手の基本的考え方のなかに入り込んで、その弱点を追求していくというやり方なので、もしかしたら真相と違うところで戦っているのかもしれないという風に思うことも、時としてあるんですね。もちろん事実の関係についてカルテに書いていることが嘘っぱちだったときは、依頼人主張の事実を立証するというところで行くんですけども、依頼人がそこを争えないという場合に、本当にそのカルテが正しいのかというと、最高裁判決のなかでも、カルテの改ざんとかそういうものを前提にして否定しているような事案もないわけではないので、しかも、結構、下級審判例なんかでカルテ改ざん・後日記載を事実認定している判例も過去は結構ありましたので、どこを基盤にして戦うのは、なかなか、「本当の真相はこれだ」というのでやると空中戦になってしまうというので、なかなかそこは技術と戦略、難しいところがあるようにも思います。

参考文献は反対説を使うのではなく、指導的な論文ですね。学会その他のスタンダードを活用するですね。証人が勉強不足の医師であるなら更に反対説文献を活用することもある、ですね。鑑定人質問では反対説文献の存在を前提に鑑定意見の相対性を強調することも検討する。検索文献の分析は、未提出文献も含めて、年代別に新しい順に並べ替えて歴史的に分析したり、執筆者のグループ別に分析したりします。

原告と被告が言っている医学的知見に対立があるときには、2通りあります。考え方の違いという対立の場合と、古い考え方と新しい考え方という対立もあるんですね。被告側は古い考え方を言っていると、我々は、新しい考え方を言っているときに、そういう考えばかりではありません、ということでもって医師の裁量に引きずり込もうとするわけですけども、あなたの言っている考え方は、その後、こういうプロセスを経て変わってきているじゃないですかということを抑え込むというやり方と、それから、グループがちがう、例えば、例示ですけども、慶應グループと東大グループと京大グループがそれぞれ医学的知見の考え方が違うというときに、相手方が争いのできない自分の母校、あるいは指導教授の論文、そういうところを基盤にして、この考え方は、私の考えとは違いますがと言わせないところで勝負をする、というですね。そういうことをやってきました。

診療記録ですけども、被告の主張や医師陳述書に惑わされず、診療記録をベースに行う。ベースのない事実の再現は心証をとらせにくいですね。ここにはこう書いてありますけれ

ども、患者の家族の記憶ではこうですって言っても、患者の家族の記憶に書証的根拠はないわけなんですね。だから、なるべく書証的根拠のあるものをベースにして戦っていくというやり方をします。

不自然の記載などや、後日記載などがあることを前提に改ざんを印象付けることもあるんですが、よく「これは改ざんだ」とか、不利益な事実を、後日記載だと言うんですけども、実は、その改ざんや後日記載がどんな動機でやったのかと、こういう記載があると不利益だから、こういう記載に紛争化した後に変えたんだ、という動機まで立証しないと、改ざんのところは、裁判所は認定してくれないんですね。

私がやった事件でですね。開業医の事件だったですけども、3か所に後日記載がある、ということで、証拠保全したカルテに後日記載のところを全部ホワイトで全部消して、書証化したのと、ホワイトで消さない書証化のところを比較してみると、3か所消した記述の方が、極めて自然に書かれているじゃないかと、ですね。こんな狭いところに、上の2行とは違う大きさの字で、もっと小さい字で書き込んでいうですね。言うことからすると、この3か所は後日記載ではないかということと言ったんですね。被告側代理人は、中堅クラスで結構医療側では有名な代理人だったんですが、和解で解決したあと、廊下出て彼はこういいました。先生、改ざん後日記載は、3か所あるって言いましたよね。本当は4か所なんです」って「僕は、その4か所目を、先生の気付かなかった4か所目を見つけました」。それで、「集中証拠調べであの医師を先生の尋問にさらしたならば、医者をやっつけていかれないくらいストレスを感じると思うので、和解することになりました」そう言ったんですね。なかなか、「そうか凄いな」と言いましたけれども。被告側代理人も、法廷でその後日記載が暴かれたのでは、取り返しがつかなくなるので、被告側代理人も健全な弁護士は、後日記載があるという原告側の主張を吟味してみて、本当にあるのかどうかということを確認して、それに対するさらなる弁明の仕方を考える、というですね、ということをやってきたのではないかな。

実は、医療過誤事件というのは、裁判官が医療事件に経験があるか、原告代理人に経験があるか、被告代理人に経験があるか、この有り無しは、2の3乗で8通りの区分があるんですね。我々がやっているのは医療集中部で裁判官も専門家。原告代理人、我々も専門家、被告も医療過誤事件を数多くやってきた専門家のA型審理と言っているんですけども、ところが3者ともあまり経験がないというH型審理というのがあって、A型審理からH型審理の8通りについて、証拠調べも含めて審理のやり方を少しずつ変えていくということも、こういう専門訴訟ではありうることなのではないかと。我々は、専門委員は使ってはいけないと、鑑定も原則やっけてはいけない、こういう考えですけども、H型審理の場合には、裁判官も原告代理人も被告側代理人も素人ですから、これは、専門委員を使ったり色々な事をしていかないと審理は充実しない、というやり方なので、「一律にこうだ」というのではないのか、というですね。だけど、僕らは、専門訴訟は、三者が専門家だということをも前提にしてどういう審理のやり方が最も充実するのかということを考えてやっています

けれども、色々な審理の組み合わせがあるということを念頭においてやっていかなければならないように思います。

準備は、訴状作成段階、争点整理段階、尋問準備段階と、有責ストーリーの充実化は、昇華していく。だから文献も、訴状書く前に調べた文献、争点整理の段階で調べた文献、尋問準備の段階で調べた文献というですね。それぞれどんどんどんどん充実していくということになります。尋問の準備に時間をかけ、手抜きをしない。持てる想像力・企画力をフルに活用する。尋問案づくりは、繰り返し行う記録検討中の思い付きをメモにする。記録を読む度に、気が付いたことをメモに書いておいて、最後にそのメモを論点ごとに分けて、尋問事項を完成させていく、というですね。極論すると尋問当日の地下鉄のなかでも、その尋問メモについては補充したりしながらやるんですね。そういうやり方をしています。尋問案には、書証上の指摘を残し、誘導で否認したら、いつでも書証を提示できるようにする。予め書証を示した尋問は時間の無駄なので行わない。これはどういうことかという、昔は、「乙第何号証カルテ何ページを示します。このカルテには、これこれこれこれの症状があるという風に書いてありますよね」、「はい書いてあります」こういう風にいうんですね。この事実については争っているわけではないのですけど、次に「文献にはこれこれ書いてありますよね。そうするとこの文献を前提にして、先ほどお示した診療経過をみると、この段階で疑い診断をして、こういう検査をしなければいけなかったんじゃないですか、してないじゃないですか」と。こういうふうに行くわけなんですね。この三段論法、事実関係を示して、文献を示して、そして当てはめを自白させるという、このやり方というのは、書証を示しているとものごく時間がかかるんですね。これ実は、90年代の半ばぐらいまでは、こういう風にして書証を示すという時間の制限のない五月雨式証拠調べですから、こういう書証を示して段階を踏んでいくというのは、一般的なやり方でした。しかし今はですね、例えば、敵性医師尋問の時の医師側の被告代理人の尋問は40分、原告代理人は、1時間半、こういう風に決められちゃうわけですね。1時間という場合もあります。そうすると、いかにして時間を短くしながら、テキパキと尋問していくかということを考えなければならないのです。ですから、私たちは今はですね、カルテを示して「こういう事実がありましたよね」、文献を示して「こういう考えがありますよね」、とこういうことはやらないんですね。どうやっているかという、「この患者さんは、いついつこういう症状でしたよね」って言って、「はい」って言えばそれで次に行くんですね。「え？そうでしたっけ？ちょっと記憶がありません」って言うと、相代理人がすぐその部分のカルテを、私の尋問事項書のなかに、どの部分にそれが書いてあるかということを書いてありますから、その尋問事項書を持っている相代理人が「乙第何号証、何頁を示します」こうやるんですね。「書いてあるじゃないですか」「あ、すいませんうっかりしていました」っていうんですね。こういう風になるんですね。示して気が付いたようではこの人全然ダメという印象も与えることもできるんですね。「医学的には、こういう症状の場合には、こういう検査をして、こういう疑い診断で次のこういうステップに移らなければならないと言われていますが、あなたもそう思いますか」って聞いたときに、

「そういう考え方もありますけど、」って言ったときに、文献を示すと。そうすると、「証人の大学の教授は、こう書いている」「あ、そうでした。うっかりしていました」みたいなですね。こういうところでどんどん被告側の失点は増えていくわけなんですよ。逆にそれをスムーズに「はい。その通りです」って言ったならば、時間がぐっと節約できるっていうですね。というやり方を私はやっています。

尋問のやり方は、(1) (資料 9) ですが、文献的知見と診療記録を前提として立証命題へのあてはめを証人に認めさせる誘導型。これは、法科大学院の授業でも教材で使っているんですけど、「はい先生！民事訴訟法では誘導尋問は禁止されていますよ」ってこういうんですね。そうすると僕は、「誘導尋問って禁止されてるんだっけ？へえー...それは、どういう立法趣旨で禁止されているの？」って聞くわけですね。「立法趣旨までは法律に書いてありませんから分かりません」って言うわけですね。つまり誘導尋問が民事訴訟法規則 115 条 2 項 2 号で禁止されているのは、なれ合い尋問を防ぐために誘導尋問を禁止しているわけですね。敵性尋問の場合には誘導尋問は、正当な理由がある（但書）ので禁止されていないんですね。被告側の医師の尋問は、すべて誘導尋問で構成するというやり方をしているんですね。Yes と言わざるを得ない誘導尋問を駆使していくということになるんですね。なので、誘導尋問を多用するというやり方をやっています。たまに誘導尋問じゃなくて、オープンクエスチョンをすることがあるんですね。それは、誘導尋問をしているときに、「はい...」「いいえ...」言っているときに、「どうもあまり知識がないなあ」と。「何を目的にして、何を聞こうとしているかで、うまくそこを乗り越えようとしているな」と思ったときに、オープンクエスチョン、ですね。「こういう考え方とこういう考え方とこういう考え方が医学的にはありますよね」と、いう風に言って、「はい。あります」と。「あなたはこういう考え方ですよ」と言うのと「はいそうです」と言ったときに、どうも知らないんじゃないかなと思ったときには、次の質問でオープンクエスチョン。「ほかの二つの考え方についてあなたの理解を述べてください」というとですね。「えーっと、あの、その、ちょっとの間までは知っていたんですけどお...」みたいなことを言う人がいるんです。それは、尋問の前の日に我々が出した書証を読み込んできているんですね。だから知らないわけじゃないんだけれども、その中身までは理解していないという「反対説の考え方も知らないでこの考え方は正しい」と言っているんだみたいなね。いう風にして、信頼性を失わせるようなことも、やったり、高等戦術としてやったりすることもあります。

すべて質問は、有責ストーリーに繋がって誘導する。尋問は回答を予測し、意味のないあるいは薄い証言をできるだけ避ける。一般論で追いこめない時は、本来の特殊事情を強調して例外で追い込む。悪しき結果からの発生・教訓と事故前文献の有機的結合をはかり、過失を印象付ける。

被告側代理人の中には、鈴木弁護士の汚いやり方と批判する弁護士もいます。前方視的ですね、「この患者さんは、こういう症状がありましたよね」「はいありました」で「こういう症状に関しては、こういう治療が必要だ」という医学的な考え方がありますし、先生、それ

支持なさいますよね」「はい。支持します」「じゃあ、何でこれをやらなかったんですか」「いや、それは、必ずやらなきゃいけないということではなく、こういうやり方もあるって、そういうやり方が望ましいと思いますけど、そこに多少の疑問があったら、もう少し経過観察をしながら様子を見るということも許されると思います」とこう言って、私の誘導尋問的自白強要を逃げるわけですね。「あ、そうですか...」って言って、最後にですね、「先生、この患者さんは残念ながら亡くなりましたけれども、この患者さんの診療経過に関わった医師として、先生の反省点というか総括については、どのような考えがあるでしょうか」という風にオープンクエスチョンで聞くんですね。そうするとですね、「まあ、もう少し早いあの段階で、こうしていれば、死亡は防げたかもしれないと思います。そこが反省点です」とこう言うんですね。そうすると「先ほど、私、この段階でこうすべきだって言いましたよね」ね。「その時は、様子を見るということも十分許された選択の一つだと言いましたよね。しかし、あなたは、やっぱりあの時こうやっておけば良かったという反省点なんですね」とこういうことになるんですね。で、これはね、良心的なお医者さんなんです。「反省点ですかあ...特にありませんね」ってこう言う医師もいます。すると僕は次の質問でこう言うんですね。「ああそうですかあ...」「すると、同じ症状の患者さんが来たときは、またその患者さんは死ぬんですね」とこう聞くんですね。「いやいや！そうとは限らないとおもいますけど...」とか言うんですね。つまり、これは、どっちに依っても、私が掘った穴に沈んでいつているんですね。こういう尋問の仕方をしていて、良心的な医者ですら追いこまれるような質問の仕方はおかしいって言う風に言ってる医療側弁護士もいるんですけど。最近、僕はもう法廷に行かないですけれども、こういうものを色々若い連中に患者側弁護士を教えているということが医療側の先生にも伝わっているみたいで、「鈴木だったらこういうところを言うてくるから、その時はこう言え」という訓練をしているみたいですね。

尋問案に過度にこだわり過ぎずに、臨機応変さも考慮する。

特に敵性医師尋問をするときに、やり方は2通りに分かれます。一問一答的に全ての質問事項を文章化してそれを読み上げている弁護士、ですね。それから、私は、論点ごとに、この論点で、どの証拠をつかって、どういう観点で追いこむかということは、尋問事項書に書きますけれども、質問の仕方や反応の仕方については文章化はしないっていうね。臨機応変にやっていくっていうね。で時間を食いすぎると、この質問、次はステップして、飛ばしてから行くかというようなこともやるんですけども、文章化している人は、気が動転しても質問は忘れない、文章に書いてあるからという利点もあるんですが、質問事項通りに読んでいかないと、次に渡れないということになるんですね。例えば、第1の質問でYesということ的前提にして第2第3の質問があるときに、Yesと言わないで、Noと言ってしまったときに、「そんなこと想像してなかったよ」って頭のなかが混乱してしまうということもあるんですね。なので、私は、論点ごとに行って、重要な論点と、重要でない...というか、補足的な論点を上手く区別しながら、常に時計を見ながらピッタリ終わるやり方をやっています。昔は五月雨式ですから、時間を多少超過しても、別に裁判所は何も文句を言わな

ったんですね。ところが、今は、与えられた時間を守れないと、裁判官に途中でストップさせられると。いうことになるので、時間の使い方を、非常に気を付けなければならないわけなんですね。私は、これも姑息なやり方なんですが、ちょっと時間を5分くらいちょっとオーバーしそうだなと思うときには、自分の持ち時間の、あと残りの5分がまだ残っている段階で、「裁判長。ちょっと色々、論議があつて、私の質問は、5分くらい超過しそうなんですけど」という風に言うんですね。そうすると、私の尋問が、意味があるので、5分超過してもやってほしいという裁判官はですね、「続けてください」って言って、引き続き尋問をやるんですね。ところが裁判官の方から5分くらい前になると、裁判官は、法壇の対面に大きい時計があるんですね。どこでもね。それなのに、わざと自分の腕時計を見ながら、「代理人、あと何分くらいかかりそうですか」こう聞くんですね。これはね、「お前の尋問つまらないから、必ず5分以内に終われよ」って意味なんですね。「ええそうですねえ、あと10分くらい」「いやいやいや、約束あと5分ですから、5分で必ず終わってくださいね」ってこう言うんですね。で、これは「5分続けても、あまり意味のない質問だ」ってことを裁判所は「お前の質問、全然、心証形成、役立っていないし、くだらねえ質問だからもうやめてくれよ」って、そういう意味なんですよ。つまり、裁判官の心証というのは、「心証どうですか」ってダイレクトな質問しなくても、そういう姑息な手段を使いながら、心証形成を伺うということが大事なんですね。で若手弁護士が尋問しているときは、私は、裁判官の表情をずーっとみているんです。裁判官が一つ一つの質問に、どういう反応を示すかを見ながら、裁判所は、心証を取っているのか、疑問を持っているのか、悩んでいるのか、というんですね。場合によっては、若手弁護士がやっている尋問の途中に私が介入するというのもあったんですね。だから、やっぱりこの計画審理とか迅速な裁判というのは、時間に終わらせるというだけではなくて、その時に裁判官がどんな心証形成をしているのか伺いながらやっていくということが凄く大事だと思うんですね。

集中証拠調べが終わった後、裁判官は、必ず、次の2つの発言のどちらかをします。1つの発言は、「今後の進行について御意見を伺いたいですが、いかがでしょうか」ってこういう質問ですね。これは、総じて、「心証が取れないけどどうすんの？」っていう意味なんですよ。「今後の進行について御意見」ってのは、「鑑定やるつもりはありますか」という意味なんですよ。職権鑑定が許されていないので、「鑑定を申請する用意はあるのかどうか」ということを、とりわけ原告代理人に聞いているのですが、ダイレクトにそうは聞けないので、「今後の進行について御意見」って、こういう言い方をするんですね。もう1つは、「代理人、このあとお時間ありますか」あるいは「次回期日、和解勧試をしたいので、和解にしたい」と。心証取ったってことなんですよ。集中証拠調べで、一般事件と同じように、だいたい8割の心証がゴールだとすれば、6割くらいまでは、争点整理で心証取っていると。残りの1・2割で詰めのところを集中証拠調べでやるというときに、心証がどうも取り切れてない時には、鑑定やるか、心証がとれているならば、和解勧試をするかというんですね。こういうのを裁判官の終わった後を見るとわかるんですね。

私は、後輩がやっている尋問なんかをたまに学生を連れて行って見に行ったりして、「今後の進行について御意見どうぞ」と聞かれた後には、出てきて、原告代理人の後輩に、「裁判官心証取ってないぞ」という風に言うんですね。「どうしてわかるんですか」「そりゃ分かるだろうよ。傍聴席で聞いているし」みたいな。「裁判官も同じ心証だと思うけどね」と言うんですけど、ほぼ当たりますね。裁判官も言葉では心証は表せないけれど、やっぱり態度や進行の仕方、心証形成を伺うことはできるんですね。

集中証拠調というのは、実は、こういう...、未定だった心証を固める役割をするので、もし心証形成が、しかも心証形成ができていくというのは、請求認容の心証もありますけれども、請求棄却の心証もあり得るわけなんですよ。

昔は、心証形成ができていなくて、証拠調が終わったあとの最終準備書面で物語を書くという、それで、心証を取ってもらうというのが、昔のやり方ですけど、今は証拠調で心証を取ってしまっているの、もう「最終準備書面を用意しています」と言っても、「あ、お出しになるのであれば出してください。拝見はしますけど」と言っても、「最終準備書面を提出していただくだけの弁論期日は、入れません」という裁判官も多いんですね。それは、もう「私、心証取っちゃってますから、あんたが何言おうがその心証崩れませんよ」とって意味なんですよ。「参考意見として出してくるんだしたら、どうぞお出しください。読みますから」とって。こういう感じなんですよ。ということは、集中証拠調というのは、「短い時間のなかに心証形成を、がっちり裁判官に心証形成させられる」というプラスと、「不利益な心証形成をされたら、それをひっくり返すことは、極めて困難だ」というマイナスが残っているということになるんですね。

ある裁判官がいるんですが、この人は、他地裁の医療集中部の第一世代の裁判官になるんですが、東京地裁の医療集中部のときの裁判官と我々の意見交換のときに、その裁判官も来ていたんですね。「集中証拠調なんて私無理！」こう言っていたんですね。「どうしてですか」と言ったら、「私、一日中法廷にいたら頭痛くなっちゃって、絶対いられない」とってこう言うんですね。その時に、その後行った飲み会で「さっき無理って言ったよね。あなたの気持ちよくわかる。だってさ、くだらない質問を長時間聞かされたら頭痛くなるもんね」と言ったら、「その通りよ」とってこういうんですね。それで、「もしよかったら、僕の事件の集中証拠調を傍聴に来てみませんか。クリアな心証を取れるような尋問を、見本を見せてあげますから」とって。結局、その直後に他地裁にいつちゃって来なかったんですけど。裁判官によっては、やっぱり、こう一生懸命やっている人ほど、「長時間、そんなところに居させられたんじゃたまんない」と思うんだけど、やっぱり集中証拠調のときに、長時間の尋問なんですよけれども、それは論点ごとにきりきりと心証を積み上げていって、ちゃんと本当にうまく成功した尋問というのは、裁判官、だんだんこうやって身を乗り出してくるんですね。言っていることの本質をその人の表情とか、そういうことを汲み取りながら、心証形成をする。だからこそ高裁に行ってはいけない、高裁は記録しか読んでいないから。やはり、直接主義というのはこれだけ重要なやつなんだということをそういう中で思い知らされて

いったわけなんですね。

#### (4) 味方人証尋問（略）

#### (5) 大規模訴訟手続

##### ① 責任論専門家証人尋問

大規模訴訟では、例えば、最低でも2つ、3つ、多い時は4つ、5つの地方裁判所で同じような審理が行われている。例えば薬害事件を1つとっても原告側から、責任論立証で固めていかなければいけない時には、5人くらいの専門家と呼ばなければならないと。

被告側だって5人位の証人は、申請してくると。すると、合計10人の証拠調なんかやっていたならば、いくら集中証拠調で一人当たり1日で終えたり、あるいは半日ずつ区切って主尋問と反対尋問で近接期日でやったとしても、ものすごい時間がかかるんですね。なので、これは、「分散審理」、これは、私が名付けた審理のやり方で、この分散審理に対する言葉は、民事訴訟の正当な直接主義ですよ。ですけど、大規模訴訟を直接審理で全部、5つの裁判所で10人呼ばなきゃいけない、すると5つの裁判所で時間がかかるし、一人の証人が5つの裁判所で同じ証言をするために5回も呼ばれたんじゃ、「私お断りします」という風になって、証人を引き受けてくれないわけですね。そうすると、この10人の証人を5つの裁判所に分散させるんですね。

それで原告側専門家証人1人・被告側専門家証人1人で、5つの裁判所で合計10人やると。そうすると昔流のやり方ですと、他の4つの裁判所で証人調べをした8人に関しては、その証人に提示した書証と尋問調書を書証として、A裁判所にBCDEの裁判所の記録を投げる。こういうやり方ですよ。そうすると書面審理なんですよ。だから、書面審理だとやはり直接主義ということからすると、「この証人については、直接自分で調べてみたい」という裁判官の気持ちもよくわかるんですね。あと審理は長期間かかってしまう。そこで、あみ出したのが分散審理。東京地裁を含めて5つの裁判所で分散しましょうと。原告代理人は、全部一緒ですから。原告代理人は、裁判所ごとに違いますけれども、それでも統一の我々が全国弁護士を作っているの、僕は、他の4つの裁判所の進行協議の時も行きますので、それぞれ他の4つの裁判所でどういう審理をやっているのかということも裁判所にお話したうえで、この5つの裁判所全体を同時進行的にやって、同じ結論のところに行きましょうと。こういうやり方をやっているんですね。そこで考えたのがですね、「他の4つの裁判所の裁判官は、3人の合議体の横に座っていただけませんか」といったんですね。実は、大規模訴訟は、裁判官の交代を合わせて5人の裁判官で審理する、っていう条文(269条)があるんですね。だけど、これは、他の地方裁判所の裁判官を座らせるって話じゃないんですよ。で、「いやいやそんな民事訴訟法の手続はありませんし、それは無理です」って。ね。つまり3人の裁判長の両側に2人ずつ他の裁判所の裁判官が座ってるわけですよ。A裁判所の法廷でB, C, D, Eの各左陪席が座る。こんなの変ですよ。ねえ。

手続的に言ったら。「だけど、そういう風にやれば直接主義でもって心証を他の裁判所に受命裁判官制度でもってできるじゃないですか」と。「だから、他の法廷に受命裁判官として出向させるってことだったら民事訴訟法手続使えるじゃないですか」といったんですけど、「駄目です」と。「わかりました。じゃあですね、東京地裁の尋問を、他の4つの裁判所に宇宙中継で送るっていうのはどうですか」って。ね。「その日、法廷を開いていただいて、裁判官室だけでも良いし、当事者だけでも良い、傍聴人いなくても良いですから宇宙中継でやって、やったら...」「そんなもん条文上の根拠が」「じゃあビデオ取らせてください」と。「ビデオ撮ったやつを調書と一緒にくっつけて、そのビデオを見れば、多少は直接主義的になるではないですか」と。「そんな条文ありません」と言ったんですね。そうしたらその後、平成15年法改正で映像化の条文が、入ったんですね。平成15年改正で、その尋問の映像化が入った直後に、大阪でやったイレッサ薬害訴訟の時に、イレッサを飲んで間質性肺炎になったんだけど奇跡的に一命をとりとめた患者さんというのが原告にいますね。イレッサは、ほぼ間質性肺炎になって死んじゃってる患者さんが100%なんですけれども、原告のなかに、たった一人だけ、一命をとりとめた患者さんがいて、その間質性肺炎になったときの苦しみや、振り返ってみてイレッサを飲んだことについてどう思うかということをお大阪地裁で原告本人として尋問したわけです。これを東京地裁です、ね、「たった一人しかいないから東京地裁に来てください」って言えば、来られないことはないけれども、だって末期の肺がんの患者さんですよ。彼を東京まで新幹線で来させて、また1時間~1時間半の尋問に耐えられるだけの体力はない。であれば、新しく平成15年の規則68条で、尋問の映像化ができたから、この尋問の映像化をお大阪地裁でやって、この映像化したやつを東京地裁の法廷で流すということをやったらどうかって、僕はイレッサ弁護団ではないですけど、イレッサ弁護団に言ったんですね。イレッサ弁護団は、この平成15年の直後だったので、「あ、こんな条文できていたんだ」って言って、それを大阪地裁に言ったら大阪地裁が映像化してくれたんですね。それを東京地裁に持ち込むということもできるようになったんですね。こういう、だから、大規模訴訟・集団訴訟の場合には、あちこちの裁判所で分散しながら、しかもそれをなるべく直接主義に近い形で、やっていくというやり方をやったらどうか、というみたいなことをやってきました。

更には、争点別の集中証拠調です。これは、専門家証人ですが、医療過誤とはちょっと違うんですね。例えば1つの裁判所で、2人か3人呼ぶとすると、最初の第1回目の期日は、A証人の主尋問。第2回目の期日は、A証人の反対尋問とB証人の主尋問。そして第3回目の期日はB証人の反対尋問・C証人の主尋問、そして第4回目の期日はC証人の反対尋問。こういうやり方をやって、その期間を短くしていく、という形で、集中証拠調をやるっていうですね。

医療過誤事件だったら、Aの主尋問Aの反対尋問ということでもって1日で終わるということになるんですけど、なかなか専門家証人で、大規模訴訟の場合には、反対尋問をそれでもって構成するというのは非常に難しいんですね。文献に書いてないようなことまで

言う可能性がある。医療過誤事件では、文献に書いていないようなことを言った証人は、おかしいんだって言う風に攻撃できますけど、その分野の最先端の専門家を選んでくるので、文献で書いていないようなことまで証言される可能性があるんですね。そして、例えば、主尋問を録音させて、その録音を、この反対尋問までの間に調書ができないので、録音を聞いて分析していくとかですね。これが外国人証人だった場合には、通訳まで必要になるんですよ。それで、その外国人のときには、その傍聴席に通訳を置いて、裁判所が選んだ通訳の誤訳をチェックする。薬害エイズの場合は、木曜日の午後に主尋問をやって、金曜日の午前中に反対尋問っていうんですね。つまり、尋問が終わった5時くらいから翌朝の10時までの間に、この外国人の専門家の反対尋問を考えると、しかし、尋問するときに睡眠時間をたっぷりとらないと頭が回転しないんですね。だから、睡眠時間をとりながら、なおかつやるというので、医学通訳の専門家に夜中まで付き合ってもらって、こういうのを分析したりもしていくんですね。ともあれ、こういうやりかたで集中証拠調を完結させるっていうんですね、こともやってきました。

## ② 原告本人尋問

原告本人尋問はです。

最初に結審する、原告が50人いたときに、50人全員調べるというのはなかなか難しいので、そのうちの10人分あるいは15人分だけ結審しましょうということを裁判所がやることがあるんですね。その時の第一次結審の原告全部、原告本人尋問をやるのか、それともグループ別に分けて、代表選手を尋問するのかですね。例えば、肝炎で言えば、未症候性キャリアの人、慢性肝炎の人、肝硬変・肝がんの人、遺族。こういう4つくらいに分けて、それぞれ代表選手1人ないし2人くらいを選んで、それ以外の十数人の原告の話は聞いていないんですけど、同じようなカテゴリーで、同じような被害が起きているのではないか、という形でやるっていうやり方。裁判所によってなんですが、私は、薬害エイズのときは、結審の全原告を尋問してもらおう。それから、薬害肝炎の時は、グループ別に分けて代表選手でやろうと、というやり方をやりました。薬害エイズのときは、43原告を調べたんですが、「全員調べる」とは言ったわけですね。「全ての原告の話を聞きたい」ということで、どうやったかって言うんですね、受命裁判官による非公開による東京地裁の法廷で、毎週1日、全日、午前10時から午後の5時まで1日3家族の尋問を12週間連続で36家族やる。それ以外の方は、公開の法廷や証拠保全で。亡くなりそうな人を、各地の病床にまで行ってやってもらったのがあります、その時、左陪席の主任裁判官はまだ2年目、12週間連続で、1日3家族。多い時は、1家族二人とかですね。というので尋問をやることになりました。旧民事訴訟法で受命裁判官というのは、裁判所外に出ない限り受命裁判官制度っていうのはなかったんですね。受命裁判官というのは、合議体のなかで、主任裁判官が、他の2人からも受命を受けて、裁判長権限をもって行くわけだから、同じ自分の裁判所の中でやるんだったら、3人でやればいい、って話だけど、3人が外に出るということは、なかなか難しいです

よってことでもって受命裁判官をつくって、表にでてやるっていうのが受命裁判官制度ですね。ところが僕らは、この毎週水曜日朝から晩まで、3人の裁判官で審理をしてもらうというのは東京地裁「とてもじゃないけどできない」と。「他の事件にしわ寄せがきちゃう」と。ということだったんで、「じゃあ主任裁判官の受命裁判官でやって、なおかつ東京地裁で」と。ということをやったんですね。これ民事訴訟法やぶりですよ。受命裁判官は、外に行ったとき、はじめてできるっていうやり方で、外に行くからこそ、裁判所の庁舎管理権が及ばないので非公開、ということになるわけなんですね。民訴法改正で、大規模訴訟の条文にそれが反映されて、今は、合法化されているわけです。民訴法の268条に、あと195条が本人尋問の準用になっていると思います。

それから、原告本人を法廷で証言させると、そこで名前を言わなければならない。顔も公開の法廷で明らかになるわけですね。そうすると薬害エイズの場合に、エイズの差別の最中に訴訟を起こしたわけですから、そんな公開の法廷で自分が名前と顔を出して証言しなければならないっていったら、「私は原告になるのを諦めます」とこういう風になるわけですよ。それで、私たちは、訴状の段階から匿名訴状。原告本人の住所と名前は目録には書きますけれども、法廷では一切これを明らかにしないでください。被告代理人も、この当事者目録の保管については、会社に置かず代理人、裁判所は民事15部の主任書記官が管理する鍵のかかるロッカーの中に入れてくださいと。ですね。それを見る人は、見る必要性があるときに限って例外的にみるようにしてくださいと。裁判所の記録閲覧は制限して一般人には見せないでください。と。こういう厳格な匿名主義で裁判をやってきたんですね。

93年10月、裁判長は、原告尋問席の後ろに衝立を置くという形で尋問や意見陳述を始めたわけなんですね。「原告本人の尋問にあたって原告の後ろ側に衝立を置きました」と。「これは、原告の裁判を受ける権利と公開の裁判、そして憲法13条の個人の尊厳ですね。プライバシーの権利。この3つの憲法上の要請を調和するために、裁判所と当事者が相談したうえで決めたやり方ですので、傍聴人、とりわけメディアの方にはご理解を頂きたいと思えます」と法廷が始まったときに言うんですね。でその時には、すでに傍聴人が入る前に、法廷の入口に鍵をかけた上でもって衝立を置いて、その前に原告本人を座らせて、そして、裁判所が入ってきて、傍聴人が入ってくると、こういうやり方なんですね。で尋問が終わった後は、傍聴人をまずだして、傍聴人がすべて出た後に、鍵をかけて、その衝立をはずして、原告は、裁判官用の廊下を通って裁判所の外側に出ると、こういうやり方やったんですね。この衝立尋問も条文がなかったですね。この条文も新民訴のなかに入れていただいたわけなんですね。こんなことが、民事訴訟法やぶりだと思って、大きな声で自慢話にできないということだったのですが、どうも審理契約説から言うと合法的なやり方だということにどうもなるようです。

原告本人尋問というのは、裁判官の心証形成にどのように影響が与えられるのかということですね。例えば、交通事故のときに、損害立証とか、事故態様の立証のために原告本人尋問をすることがありますが、原告本人尋問のまさに供述そのもので心証を取るというこ

とは、あまり考えられないですね。一応聞いておかないとならないし、高等裁判所の判断資料として作っておかなければいけないから、尋問はやって調書は作りますけれども、裁判所が当事者本人からの供述や証言でもって心証を固めるというのは非常に少ないと思います。しかし、特に集団訴訟のなかでは、原告本人の尋問で裁判所の「この事件を請求認容しなければいけない」という決意を引き出すのだ、という風に私は思っていますので、原告本人尋問というのは、とりわけ大規模訴訟では極めて重要な視点になりますし、医療過誤訴訟でも、使うことができると思います。

資料の 10。36 頁の方に入ってください。薬害スモンと薬害エイズのなかで、裁判官の和解勧告所見・判決の中で、どのように裁判所が原告本人のことについて述べているのか、ということを書きました。福岡スモン判決は 1978 年ですね。

「以上に述べてきた種々の被害は、それぞれが個別的なもの、孤立的なものでなく、互いに密接に不可分な総体として複合して、原告患者らを包み込み、日夜休む間もなく喘ぎ苦しめている。その根源が肉体的苦痛にあることからの叫び、安全であると信頼して飲んだ薬が毒であったことを知った悲しみからの叫びであることに裁判所も被告らも、よく耳を傾けなければならない。これこそが本裁判の原点であるからである。それは第一に、『もとの体にかえせ』との叫びにみられる早期完全救済への当然の願いであり、第二に、『薬害根絶』との訴えにみられる道義性の高さである。17 番高砂佳枝は、スモンで青春をなくし、婚約者との結婚をあきらめ、6 年の闘病生活を経て到達した心境を次のように述べている。『同じ患者に原田澄子さんがいます。その人が今年のスモン県民集会のときに、心の歌のひとつとして出されたものに、「こわれたる この身が役に立つという 薬害訴え 今日も街ゆく」 スモンにかかって私の希望することを何ひとつ自分でできない、それでも私の身体でやれることがあった。健康な人よりも誰よりも。そして、すべての人々のためになることが。私は本当に教えられました。』（原第 17 号証の 3）薬害根絶という訴訟当事者の域をこえた国民的課題にどう答えるかが、今問われている。」（資料 10）

とこういっているんですね。

これだけのことを判決の中に書かせる。この前段は、スモン患者がいかなる身体的・精神的苦痛を伴ってきたのか、ということ膨大に事実認定しながら、最後の結びでこう書いているんですね。裁判官にこういう思いにさせるっていうんですね。

それから薬害エイズのときは、私は、東京弁護団の事務局長でしたけれども、東京地裁の勧告所見ではですね、：

「何らの落ち度もないのに、前記のように悲惨というほかないような死に至る苦痛を甘受せざるを得ないことは、社会的、人道的に決して容認できるものではないと考える。」（資料 10）

と言っているんですね。

これは、短い和解勧告所見のなかの前文なんです

大阪地裁の方はですね、和解勧告案自体は、金銭的な和解勧告案自体は、東京と大阪と相談して決めたことなので、この相談自体が裁判官の独立に反しないのかという問題も実はあるんですね。もしこの和解勧告所見が原告に不利益な和解勧告所見だったら、「東京地裁と大阪地裁が相談してやるなんて裁判官の独立に反しているじゃないか」と言っていたと思うんですけども、これは我々に有利なものだったので、そうは言わなかったわけなんです。しかし所見の前文のところは、東京と大阪で相談していないんですね。

「原告ら多数の被害者がH I Vの感染により悲惨にして過酷というべき状況に鑑みる  
とき、本件医薬品による被害の発生につき、これら被害者を救済し解決をなすべき責任  
のある被告らが、なおも原告ら被害者の上記状況を放置することは、もはや人道的、社  
会的に許されないとすべきである。」(資料 10)

と、同じようなトーンですね。

実は、東京地裁の裁判長が、大阪地裁に「我々が国を落とすから、大阪地裁も我々が国を落とした時に同調して和解に乗ってくれないか」ということを、どうもひそかに言ったみたいなんです。大阪地裁は和解に消極的だった。なぜかという、大阪地裁の当時の裁判長は訟務検事をやっていて、国の指定代理人として関与した時に、いかに官僚を説得することが難しいことなのかということの思い知っていたと。だから、「この薬害エイズ事件がどんなに悲惨な事件でも国を説得して和解に持っていくのは難しい」と。この事件を和解で解決をしたいと言ってから、和解勧告をするまで、3年近くかかったんですね。そのたびに「証拠調が終わったら和解勧告をします」「結審をしたらば和解勧告をします」。それでも和解勧告しなかったんですね。それは、本当に地道に、その水面下で国の指定代理人を法務省と医薬品副作用対策室長の説得をずーっと続けていたんですね。それに、だから3年くらいかかっているんです。まあよくやったなあと思いましたね。裁判長だった魚住庸夫さんの葬式に行ったときに、彼の親しい裁判官仲間が、「あなたの最大の功績は薬害エイズ事件だ」と。

「あんなことをやった裁判官はいない」と言って、皆が泣きながら魚住さんのことをほめていた。実は、裁判官の定年を何年か残して法科大学院が開設する前の年の2003年4月1日付で京都大学法科大学院の専任教授になっているんですね。裁判官でやってきたことを若い法律家を育てることに活かしたいという前向きなのかなと思った。しかし、法科大学院のスタートする2004年4月1日の数日前の3月28日に、彼は亡くなった。期せずして結審をしたのが1995年3月28日。彼が死んだのは2004年3月28日というんですね。そういう巡りあわせだったんですけども。まあ本当に凄まじいことをやってきた。その凄まじいことを、あえて、自分の実務や様々なことを犠牲にしながらやったのは、この原告本人の声を裁判官に響かせた、というところがすごく大きいのではないかという風に思っています。

さて、その原告本人が原告本人尋問を準備するときに、どんな風に準備をしてきたのか、というのが37頁に書いてあります。これは、僕がやった薬害肝炎のですね。九州訴訟の原告代表の出田さんという方が、薬害肝炎の原告団が出版した『肝炎との闘い』という本のなかの座談会のなかで言っていることです。

「訴訟をやっている間、ずっとつらい状態でしたが、一番つらかったのは 2005 年 10 月の原告本人尋問の準備でした。3 ヶ月ほどかけて、弁護士との打ち合わせを 20 数回しました。実名を公表していましたが、それまでも講演会や勉強会で自分の被害状況を語ってはいたのですが、原告本人尋問では、これまでのような内容で被害を語るくらいではとても済まされなくて、弁護士の追求がとても厳しく徹底されていたのです。そのとき、私が今まで講演会などで話していたことは、自分が言いたいことだけだったことに気が付いたのです。法廷で被害を語るというのは、話しやすいことだけを語るのだけでは済まされない、一番つらいところや苦しいところをさらけ出し真実を話さないと、裁判官には届かないということがそこでやっとわかりました。こうして自分の被害と向き合い、言葉にする作業が 3 ヶ月間続いたのです。感染してからいろいろなことをあきらめてきました。そのことには触れないようにして、心の隅に隠してきました。そのようにして 20 年近く生活してきたので、またそこに触れなくてはならないことが、私には一番つらいことでした。毎日、毎日被害のことを話すのが苦痛で、その上厳しい追及にどう答えていいのか言葉が見つからず、泣いたこともありました。そのときふと弁護士に目を向けると、弁護士も目に涙を溜めていました。『この先生は私の苦しみを本当にわかってきている』とその時思いました。二人三脚で乗り越えた本人尋問でした。弁護士との強い信頼関係が最初からあったわけではなく、打ち合わせを重ねるうちに信頼関係ができたような気がします。」

こういう作業をやって初めて裁判官の心に響くような尋問が得られる、ということになるんですね。私は、若い弁護士たちに言っています。弁護士は専門技術を使って解決困難な大量の被害を救済し再発防止に繋げていかなければならないと。しかし、弁護士がどれだけ頑張ったって勝利を弁護士の手でもぎ取ることはできないのだと。私たちは何をするかと言えば、原告本人にとっては、勝利は手の届かないところにあると。それを手の届くところまで引き寄せるのが弁護士の役割だと。手の届くところまで引き寄せたときそれを弁護士がつかみ取ろうと思っても、つかめないのが本当なんだと。その原告が手を伸ばせば勝利がつかみ取れるところまで勝利が近づいてきたときこそ、原告が実名を公表して手を伸ばしてそれをがっちりみんなでつかむんだと。だから、原告と弁護士の共同作業なしに勝利は得られないんだ、ということをや若い弁護士たちに言ってきたんですね。

一人一人の裁判官の素質を刺激する訴訟活動をしていかなければならないのではないかと思います。原告本人尋問というのは、そういう意味のある活動なんだと。通常的人身損害の損害賠償で、原告本人尋問は、原告側代理人にとっては軽視しがちなプロセスなんですけど。こういうことをやりながら支援運動の人たちが傍聴席に来て、リアルタイムにこの苦しい尋問を聞いているわけですね。そのことによって、また、この、被害者の想いを社会に伝えていこうということでもって、社会がつながり、それが国会に伝わり、そういうことの総体でもって「この事件は解決しなければならない」という機運がみなぎってくるのではないかと、と思います。

被告責任者への影響なんですけど、こうやって本人尋問するだけではなくて、弁論終結した直後からですね、和解を勧める前提として原告本人の被害を被告の責任者に聞いてほしいと。例えば、被告が国であれば、薬務局長ですよ。しかし薬務局長は、指定代理人でもないし法廷に来たことなんかないわけですよ。原告本人尋問を決裁権限のある人に聞いてほしいんですよ。裁判所を説得できているんですから、被告側だって説得できるだろう、ということで、少数の原告と被告の責任者の直接面談を実現してほしいということを、ずっと弁論終結の95年3月から裁判長に言い続けてきたんですね。ところが裁判長は、「いずれ必要な時期がきたら考えます」って言ってずーっと引き延ばしてきたんですね。そして、3月結審して、10月6日に東京大阪、同時に和解勧告をしたんですね。

被告側、国も含めて全部、和解のテーブルに座りましたけれども、謝罪文言一つとっても意見は真っ向から対立しているんですね。「遺憾の意を表する」って被告側は言っているし、原告は、「謝罪という漢字の2文字」って言っているんですね。それをめぐりめぐって、裁判長は、悩んだうえ、ひらがなの「おわび」っていう字にしていくわけなんですよ。サリドマイドではですよ。基本合意書というのを被害者と被告の間で作るんですが、その時の謝罪文言は、「遺憾の意を表する」っていうこういう文言だったんですね。それで、遺憾の意というのは謝ったんだと原告が思ったんですね。要するに「謝罪した」って言ったら、「謝罪していません」って被告側が言い始めたんですね。「だって遺憾の意を表するって書いてある...」「遺憾の意を表するって言うのは、謝罪とは違います」とこういったわけですよ。遺憾の意というのは、広辞苑を引くと「残念なことと思う」ということなので謝罪的な思惑はないんですね。それでまた、トラブル化したんですね。サリドマイドの被害者と被告企業・国との間でトラブル化して、「遺憾の意とは、謝罪の意である」という確認書を作るんですね。

原告側・被告側・裁判所が三者で、東京地裁と大阪地裁と被告代理人と東京弁護士、大阪弁護士が、5者で和解協議を東京地裁の会議室でしているんですね。だから、これはさっき言った通り、裁判官の独立に反するんじゃないかという批判だってありうるやり方をずーっと10月から翌年の3月まで続けていくわけなんですよ。ところが、年を超えて一向に和解の条項が確定しないというときに、裁判長は、最後の手段として、「原告との直接面談をやりたい」と言ってきたんですね。2月の寒い冬空のときに、1週間後に厚生労働省前に座り込みをするんですけど、その1週間前にですよ、被告の5つのメーカーの責任取締役。それと薬務局長。この6者・6人を並べて、そして、原告と家族11人が並んで、切々と一言ずつこう語っていくというのを、被告側は、だまってそれを聞いている、というのをやっていたんですね。僕らは、戦略として、原告らに対して言ったんですね。「絶対に非難してはいけない」と。「被告を非難してはいけない」と。一つは、形式的に言えば、別に彼らが被害を起こしたわけではなくて、被害を起こした組織の今の責任者にすぎないんだから。というのは、自分の想いを語りながら、「あなた方の決断でこの事件が解決するかどうかにかかっているんです」というそういう文脈で一人ひとり、自分の体験とつなげて話してください

ということをやったんですね。

ある原告は、いきなり腕をまくってですね、管のついている注射をだして、自分の静脈に針を刺して、—血友病患者は自己注射しているのです、毎日やっているんですね。そして、その注射針にずーっと逆流してくる血液を相手方に見せて、「皆さん、血液って温かいんですよ」って。言うんですよ。私はそれを後ろの席で弁護団で聞いていて、ゾッとしましたよ。何を言おうとしているのかって。彼は、その後、被害を語って、「あなた方のなかにもこの温かい血液が流れているんです」ってことを言おうとしたんですね。

エイズ脳症になって、もう耳も聞こえない、記憶もはっきりしない18歳の原告がストレッチャーに載せられて病院から、現場に、駆けつけてきた。看護師さん付き添いで駆けつけてきた。「私のお金はもうありません」。「私の命を返してください」と言うんですね。その後、息詰まってストレッチャーに乗せて、また病院に連れていかれたんですね。その原告のお母さんは「今、うちの子は、耳も聞こえない。エイズ脳症になっているんです」と。「あとわずかな命だってことはうすうす知っていると思いますけれども、もう救われない命かもしれないので、この子を言ったことだけは真剣に受け止めてください」みたいなことを言うんですね。

被告の責任者たちは、「俺の手にかかっている」と、「この事件を解決して、この人たちが安心して暮らしていける社会を作るためには、俺の決断にかかっているんだ」という風にもうも思ったんですね。

実は、この儀式というのは、裁判史のなかに、—我々が作ったこんな分厚い裁判史のなかのほんの一行だけ、何月何日被告責任者と原告団の直接面談と書いてあるだけで、何にも解説されていなんです。これは、裁判長が、少なくとも事件が解決するまでの間、このことは、一切、門外不出。ところが私は裁判長の指示をやぶってですね、6人の彼らが何を考えたのか知りたいと思って、信頼できる某新聞社の一線のキャップに、「実は、今日こういうことがあった」と。で、もう連日薬害エイズが報道されているところで、その6人の人たちは、毎日のように色々な出来事で、取材・メディアに追っかけられているんですね。夜中に6人を回って、「今日なんかあったんですか」って知らんぷりして聞けと言って聞いたら、今までは、「今日はこういうことだったじゃあな」って言って、もう門前で返されたけれども、その6人が6人みんな、「今日は家に上がれ」と言って、家に上げてくれたと。実は今日はな、絶対外には言うなよ。記事にするなよ。実は、今日、こういうことがあったんだ、て、皆6人がしゃべってくれた。それで、「俺が決断しなければ解決しない。俺も決断せざるを得ない状況かなっていう風に思った」という風に6人が6人言ってくれたってのをその日のまた真夜中に、私のところに来てその記者は伝えてくれたんですね。「やった」っていう風に思いましたね。

そして、その1週間後に座り込みをして菅直人厚生大臣が国を代表して謝罪をするわけなんですね。そして、そのちょうど1か月後に5社の企業が次々に謝罪をすることに及んでいくんですね。

だからまあこういう考え方というのは、修復的正義論の視点からと書きましたけど、当時、私は、修復的正義なんか知りませんが、, 相手を恨むのではなく、一緒に解決していこうじゃないか、という姿勢が、紛争解決にはすごく大事だというですね、ということ、修復的正義論を学んだ時に、「あ。あの時の直接面談って、やはり修復的正義の考え方だったんだな。」「相手を攻撃しないという戦略は正しかったんだ」ということに気付かされるんですね。

#### (6) 医学的な知見・評価の分析方法

医学的な知見・鑑定に対しては、資料 11-1 の鑑定評価基準というところを見ていただきたいと思います。

専門家の私的鑑定であろうか、被告本人尋問であろうか、鑑定人の評価であろうか、専門家意見の評価をどういう視点でやっていくのか。これは、鑑定依存型心証形成ですね。科学的なのが法定的かというですね。医療過誤訴訟の多くは、科学的なことと法定的なことは、二元論で、科学＝法だと考えてはいけなないと。科学でわかっていないことについて法で決着をつけるということも必要なんだということを言っているわけですね。一点の疑義も許さない自然科学的な証明ではなく、高度の蓋然性で決めるというこの因果関係の認定も、科学的なことと法定的なことには距離がある、というですね。それを誤解して「科学＝法なんだ」という風に考えた裁判官の発想自体から脱却しなければならないということでもって、専門家意見の評価の仕方ですね。

### 3. 鑑定

#### (1) 医療訴訟における鑑定率のバラつき

鑑定率には非常にばらつきがあります。裁判官によって鑑定やりたい人もいればやりたくない人もいる、ということになります。

#### (2) 鑑定採否基準

それから、鑑定採否基準のところですけども、実は、鑑定をなぜやるのかということについて、ここに書いてある（レジュメ 15 頁）前田判事と藤山判事の言っていることの共通点というのは、心証形成できないときには、勝訴にすべきか敗訴にすべきかわからないときには、鑑定をやるべきだと。それを、鑑定をやらないで判決を書いたならば、立証責任が尽くされていないということで原告敗訴判決にならざるを得ないということ。裁判所としては、立証責任でけりをつけるのは、裁判の敗北だ、って彼らは言っていたわけなので、これでもかこれでもかということまで証拠調べをやったうえで、もうこれ以上、証拠を見つけることはできないところまで行って、それでもなおかつ心証が取れなかったときに、裁判の敗北を認めて立証責任論でけりをつける。請求棄却にするということなんですね。

昔はこの立証責任論というのは、民事訴訟の入口にあって、立証責任を負う者が全部証拠を出せと。立証責任を負わない者は、証拠を出さなくてもいい、とこういう考え方だったん

です。新しい民事訴訟法 2 条ですね。公正かつ迅速な裁判が、実は、証明を尽くせ。それは、立証責任とは関係ない、立証責任は入口の問題ではなく出口の問題だと。出口で心証形成がどうしてもできないときには、立証責任で苦渋の選択として立証責任で請求棄却にするんだ。立証責任で請求棄却をするのは、裁判の敗北だっていうですね、ということが、これも中山先生に、「立証責任は、入口ではなくて出口だということは、民事訴訟法上どこに書いてあるんですか」って質問して「これは、民訴法 2 条かな」っていうようなことを受けたような記憶があるので、後でまたコメントを御願いしたいと思うのですが。そういう中で、つまり、心証形成ができない時に鑑定に行くことについては一致しているのですが、それでは、「心証形成ができたときに、その不利益な心証形成をした側から鑑定申請があったときにどうするのか」というところで、前田意見と藤山意見は対立しているんですね。前田意見というのは、医療過誤訴訟は、専門訴訟でなおかつ知的財産権のような専門家同士の争いではないと。素人と専門家の争いなんだと。請求棄却の心証を得たというときに、武器対等の原則から言えば、敗者復活戦として原告側の鑑定申請は認めては良いのではないかと、というのが前田意見なんですね。これに対して、請求認容の心証をもったとき、被告側から鑑定申請が出てきたときには、前田判事は却下しますと。大人が子供とケンカして勝てないからと言って、更に応援を求めるのはおかしいだろうって、これは、武器対等の原則から、前田さんはそう言っているんですね。ところが藤山さんはですね、被告が請求認容型心証で被告側から鑑定申請があったら、それは、鑑定やるべきだと言っているんですね。その論理は、一審強化主義、いずれ敗けた被告が控訴した時に、控訴審で鑑定申請をしたらば、一審で鑑定していないんだから、高等裁判所で鑑定採用するでしょうと。そして高等裁判所で鑑定を採用してまた時間かけてやるぐらいだったら、一審全てをわかっている裁判官や当事者で、鑑定やりましょうよと。一審強化主義のところ鑑定をやるというのが藤山裁判官の考え方なんですね。どっちも、私は、最初に前田さんの意見を、敗者復活戦をやって、原告側は、認めるけれども被告側は認めないという、という考え方で、前田さんの意見に賛成していたのですが、その後、藤山さんが一審充実化説を唱えて、「なるほど藤山意見にも一理あるな」と考えているんですね。ただ、後で話す通り、鑑定には様々な問題点があって安易にやってはいけないという風に思うようになりました。

### (3) 鑑定方法の多様化

レジュメの 16 頁の冒頭のところで、鑑定方法の多様化。従来は、一人で書面鑑定をしていた。千葉地方裁判所は、複数鑑定というのをやるようになったんですね。この複数観点をやるようになった理由は何かと言うとですね、当時の帝京大学市原病院の麻酔科の教授が、「医療事故でもって、一人だけで鑑定意見を求められて、すごくストレスがあるんですよ。私の意見だけでこの事件の方向性が決まってしまうということだとすごく躊躇しますね」ということを言ったんですね。そうしたら、千葉地方裁判所は、「だったら複数の人でやりましょう」って言って、3 人の鑑定人を選んで、3 人の鑑定人にそれぞれ 1 通鑑定書を、合

計 3 通出してもらって、それを総合して裁判所が鑑定評価をするというですね。こういうやり方をやったんですね。

それが今度は東京地裁に飛んで、この複数の鑑定で、同じラウンドテーブルになってみんな意見交換をするような鑑定というのはどうでしょうかというので、これはカンファレンス鑑定っていうやり方に繋がっていったんですね。

で、実は、一人鑑定から複数鑑定、複数鑑定からカンファレンス鑑定という風になるに従って、この科学性というところがどんどんどんどん軽視されていくんですね。「3 人から意見を聞いているんだから科学的根拠なんかなくなっちゃっていいじゃん」ということになってしまっているわけなんですよね。だから、カンファレンス鑑定でも複数鑑定でも「科学的根拠は、文献 1・2 点でもいいからきちんと出してほしい」ということを言っていて、カンファレンス鑑定は、複数鑑定の簡易化のための一つのトライアルであるけれども、そのトライアルは、大成功であるというのが東京地裁集中部の考え方です。けれども、私は、大成功ではないと言っているわけなので、私もカンファレンス鑑定は、2 件、裁判所に心証を取らせることができなかった事案で 2 件カンファレンス鑑定をやったんですね。それでもその 2 件とも敗訴判決になりましたけれども、高裁でひっくり返しました。高裁でひっくり返して勝訴的和解をすることになったわけですけども、鑑定の問題点というのは、現在も進行中でまだまだあるということになります。

#### (4) 平成 15 年改正 (略)

#### (5) 鑑定人への情報提供と鑑定事項 (略)

#### (6) 鑑定評価基準と鑑定結果の弾効

資料 11-2 に鑑定の問題点を書いております

実は、医学鑑定には 2 つの問題点があります。一つはですね、鑑定人の被告かばい合いですね。これはさっき言った、医療の封建性の表れとして、多くの鑑定結果が被告をかばうためにやっているのだ、とこういう流れがずっと続いてきたわけなんですね。つまり、不公正な鑑定結果が出るという問題と、その不公正な鑑定結果を裁判官が独自に評価する基準を持っていないので、鑑定依存型心証形成になると。実は、この 2 つの問題点を鑑定制度の中で正していかなければならないというのが、とりわけ 90 年代初頭からの闘いなんですね。

どっちか 1 個が是正されれば、結論は良くなるんですね。鑑定依存型心証形成の裁判官の体質が変わらなくても、鑑定が公正になっていけばいいかということになるんですね。あるいは、鑑定人が業界の被告かばい合いの不公正な鑑定を書いたとしても、それが不公正な

んだという裁判官の評価基準がきちんとしていれば、「そんな鑑定は排斥します」ということになれば、判決は妥当なものになっていくと。だけど、我々は、不公正な鑑定と裁判官の依存体質、この2つを直していかなければいけないと。で、この2つを直すためには、鑑定評価基準というものを作らなければならないというのが私の考え方なんです。これも医療問題弁護団通信に、2001年10月に書いた、私の鑑定結果の評価という小論文みたいなものですが。資料の41頁のところに書いてありますが、立命館大学の渡辺千原さんという、法社会学・法哲学の研究者ですけれども、彼女は、2001年、私が、この小論文を書く直前に出した、ミネルヴァ書房というところの『法の言説分析』という本の中で、「医事鑑定の語るもの」というを書いているんですね。その本を読むとですね、鑑定結果と裁判所の心証がほぼ同列だと。つまり、大半が鑑定結果をそのまま引き落としている判決になっている。つまり、鑑定をやった事件で判決が公表されている事件を、54件抜き出して、そのうちの45件が、ほぼ鑑定結果を尊重した判決になっていて、鑑定結果を批判した判決が1件もないと、こういう風に言ってきたわけなんです。これはたぶん（出版時には）事件が終わっているので、比較的、2001年、同時進行のものを分析したのではなく、1990年代の中ごろくらいまでのやつの54件を分析した結果だと思うんですね。

\* 渡辺千原「医事鑑定の語るもの」 棚瀬孝雄編著『法の言説分析』（ミネルヴァ書房・2001年）81頁によれば、「医療事故情報センターの発行している鑑定書集に搭載されている鑑定書、および、判決に至った事件のうち、入手することができた五四件については、その判決文を利用した」とあり、そこには注24が付されており、その注24（97頁）においては、「医療事故情報センター『医療過誤訴訟鑑定書集（1）-（10）』。この鑑定書集は、…2000年9月現在、十一巻まで刊行されているが、本章では十巻までを分析対象としている」と記載されている。

医療事故情報センター編「医療過誤訴訟鑑定書集（10）」（医療事故情報センター・1999年）は、平成9年（1997年）までの鑑定書が掲載されていた。

こういう鑑定依存型体質が判決分析のなかでも明らかになっているということで、判定基準を作ろうということで作りました。それが、私が作った鑑定評価基準というですね、誠実性・論理性・科学性という3つの基準なんです。これはいずれも原典は、最高裁判決ですね。例えば42頁に、平成11年3月の最高裁判決が。それから(3)のところは、平成9年2月の最高裁判決を引用しています。この2つの判決が本当に言おうとしているところを咀嚼すると、この3つの論理に繋がっていくのではないかと、思いました。

1つは誠実性ですけれども、これは、鑑定人は誠実に鑑定しなければならない、というのは、民訴法規則131条に書いているんですね。誠実に鑑定しますという宣誓までさせられるわけですね。この誠実性ってなんなんだろうかと。これは、平成11年3月の判決の中に出てきます。資料42頁ですけど、「客観的資料を評価検討した過程が何ら記されておらず、その体裁からは、これら客観的資料を精査した上での鑑定かどうか疑いがもたれないではない」と最高裁は言っているんですね。つまり、こんな客観的資料を、きちんと検討もしないで書いた意見を尊重した高裁判決はおかしいだろう、と言って破棄しているわけなんです。ここから誠実性が出てきて、鑑定資料をきちんと読み込んでいるのかどう

かということがまず誠実性の原則としてあらわれてくる。

次は論理性ですね。これは、平成11年の同じ判決の中に「鑑定は、診療録中の記載内容等から伺われる事実と符号していない上、鑑定事項に比べ鑑定書はわずか1頁に結論のみ記載したもので内容は極めて乏しい」ですね。つまり、ここから出てくる論理性って何かというと、鑑定事項の質問にきちんと答えているのか。その質問に対する答えは、きちんとした結論になっているのか。結論には理由がついているのか、ここが論理性の問題だったんですね。鑑定は、鑑定事項がひどいということもあったんですけども、酷い鑑定事項に結論だけ書いて、理由を付記していない、というものがあれば、理由と結論が齟齬しているという鑑定書なんかもあったんですね。これが論理性。

次は、科学性。結論を支える理由に科学的根拠があるのかと。多くは、「私はそう思います」と。「科学的根拠は?」「それは、私が思うだけですけれども、それは、私が思っているんですから間違いないですよ」みたいな鑑定書が出てきているんですが、実は、この平成9年2月の最高裁判例の中には、「本件鑑定は、スエ子の症状のすべてを合理的に説明し得ているものではなく、経験科学に属する医学の分野における1つの仮説を述べたにとどまり、医学研究の見地からはともかく、訴訟上の証明の見地からみれば、起因剤及び発症日を認定する際の決定的な証拠資料ということはできない」こう言っているんですね。つまり、この2つの最高裁判決を、私は、誠実性・論理性・科学性というキーワードでもって分析基準を作った。この視点から鑑定書を分析していけば、裁判官が鑑定依存型にならなくて済むのだというですね、ということになったんですね。「あなたの言っていることは、医学界のなかでは通用するかもしれませんが、医学界の外には通用しませんよ」というようなことをはっきり言えばいいじゃないかと。それを最高裁の2つの判決は、非常に医学界に配慮しながら、「でも...、こんなものを信じちゃいけないよね」って高裁裁判官に指導を加えるような形で、この二つの判決を書いているんですね。これが鑑定評価基準ということになります。

#### (7) 新たな試みとしての「法と科学」の関連性

最近はですね、新たな試みとしての法と科学の関係性ということで、これは、『法廷に立つ科学』という本も出ていますし、「コンカレント・エビデンス」という専門家証人を証人尋問という形ではなく、ラウンドテーブルみたいなところで面談的なかたちで、専門家の座談会方式というのをやっている——信濃孝一先生っていう裁判官上がりの弁護士です。医学とか自然科学とかというものを法廷の中でどのように活用していくのか、というのは、新しい1頁が拓かれたのではないかと。自然科学の分野の人たちの文化と、人文科学とりわけ法律界の文化は、全く異なった文化なんですよ。その全く異なった文化を「法の方が上にある」という考えはおかしいだろうということで、自然科学と法は対話をするということ、これまでこの10年くらいやってきたんですが、次は、これは、対話だけではなくて両方を調和するような新しい仕組みを作るといって、こういう時代になってきたのではないかと、いふところになります。

#### 第4. 弁護士の使命と国民的運動論

高い専門技術というのですけど、この専門技術は、非常に不確実性がある。医療も同じですが、必ず治るとはかぎらない。ですね。紛争は必ず解決するとは限らない。人権侵害は2度と起こらないとは限らない。極めて不確実な分野で、クライアントの苦悩を解決し、社会を改善していくというのが、我々がやっているのです、こういうことを、集団的自律によって依頼人と社会の信頼に応えるというのがプロフェッショナルなのではないかなと思っています。で、こういうものの考え方で、弁護士法1条も解釈していく必要があるのではないかなというのが、昨日の冒頭の講義でした。

さて、こういう考え方に基づいて、今回の医事法で言えば、患者の権利を守るために医療被害を患者の権利侵害をなくしていくためにどんなふうにしていかなければならないか、そういう患者さんたちの人権侵害を回復していくためにはどんなことをしていかなければならないか。というのは、訴訟だけでできることではない。それは、国民運動の背景がなければならぬし、それによって、制度も変わってくると。ですね。制度が良くなって、紛争が減っていくと、弁護士の仕事がなくなるんじゃないかと思っている人がいて、制度改革をしないほうが弁護士の収入につながるってどうも密かに考えている人たちはすくなくない、と私は思うんですね。だけど、我々は、今抱えている紛争形態をなくして、こういう紛争は、二度と起きないのだという社会システムを作ることによって、また、社会の隅々で、いままで声をあげなかった人の存在に気が付いて、そこにまた手を差し伸べながら一緒にやっていくということで、社会の隅々に法の支配を行き届かせることができるわけですね。

最近、ジャーナリストに性的な嫌がらせをされた。記者会見をしてやったのを逆にネットでは、彼女の責任があるということであたかかれているんですけど。人間社会の近代的なところで、人権侵害の中で、最も表に訴えにくい分野が、性的被害なのではないかなと思うので、次々に色々な被害が出てくるということは、今まで我々が、あまり重大な問題関心をもっていないところが次々に出てくる。それは、それ以外のところがだんだん解決されて、社会的な環境が整ってきたから、また逆に吹き出しやすくなってきたという関係にあるのかなという風に思います。

そういう意味で、制度を変えるというですね、法政策論に関係するところですが、展開的損害賠償責任要件論、戦略的民事訴訟手続論、国民的運動論とこの3つを標語にしているのですが、よく考えたら人権とは何だというのはですね、「人権とは人間の権利なり」というですね。「腰痛とは腰の痛みなり」というのと一緒で何の説明にもなっていないのですけど、これは、私の定義です。「人権はよりよい人間的存在、人間の尊厳を実現するための保護されるべき要求・主張」と言っています。これは、こういうものを国民的運動によって作っていくためには、7つくらいの柱があるのではないかなという風に思って、少し数が多いで

すけれども書きました。

(1) 弱者の立場に立って、被害者に共感する心を育てる

「弱者の立場に立って、被害者に共感する心を育てる」。

僕らが 40 数年前に、司法修習生だったとき、4 大公害訴訟が華やかなときだったので、私は、いくつかの公害地に行って、都会から事務所をその地域に移してですね公害事件と取り組んでいる何人もの弁護士の話を聞きました。彼らはいつもこういうんですね。「被害に始まり、被害に終わる」。「事実が弁護士を鍛える」。で、それは、どういう意味で、この考え方をどんなふうにも実務に反映させていけばよいのか、などということは、なかなか語ってくれない時代だったんですね。「それは俺たちがやっていることを、俺たちの背中を見て育て」みたいな感じだったんです。実際に、「被害に始まり、被害に終わる」とか、「事実が弁護士を鍛える」というのはどういう意味なのか、ということを考えていかなければならない。

また修復的正義論に戻るんですけど、「被害に始まり、被害に終わる」。つまり、被害者の想いを社会や加害者が共感するというこの修復的正義論からはじまって、被害が終わる。被害が終わるという意味は、その被害を二度と発生させないような再発防止の仕組みをつくるというところで、被害がある、というその被害が消えて、もう被害がなくなった、というところで、終結していく、という意味なのではないかと。そういう一つ一つの事実がやる気を育てたり、新しい理論構成を育てたり、していくのではないかと思います。

ですから、我々が新しい被害と知り合ったときには、自分一人ではできなかつたら、多くの弁護士たちに呼びかけながら、まずは、被害のほり起こし運動というところからやるわけですね。今は、無料法律相談みたいなことをすると、電話がぶわーっとかかってくるんですけども、私たちのときは、無料法律相談って当たり前の話でですね、あえて仕事が欲しいから無料と言っているのではなく、本当の被害がどのくらいの規模、どんな被害実態であるのか、ということを知りたくて、被害の掘り起こし運動ということをやっている、公害事件の場合には、「都会の事務所でもって被害の掘り起こし、電話相談なんかやっていたはだめだ」と、「現場に行かなければだめだ」と言って、いわば福島原発の事件は、福島県に多くの弁護士たちが入って行ったわけですね。これは、4 大公害訴訟の歴史のなかでは、あたりまえの話ですけれども。

更に加えて、「患者の心を心として」って。これも「どういう意味ですか」聞く暇もないし、聞いても答えてもくれないしですね。酒飲んでいるときに「あー、こういうことが、先生が言っている『患者の心を心として』なんだな」って思うようにだんだんやってきた。これもまた修復的正義論との関係で言えば、「被害者の想いを共感し、その事実を共有する」というですね。共感力と言っている人もいるんですけど、共感というですね、その被害者の心を自分の気持ちに同調させながら。2.5 人称という言葉、3 人称というのは他人事だと。2 人称というのは、愛する人だったり、家族だったり、というのが 2 人称と言うと。そ

して1人称というのは、自分の事ですね。で、専門職というのは、本人のきもちにもなれない。しかし、家族のきもちというのも、もう少し距離があるのではないかということで、1.5人称と言ってみたり、あるいは家族と一般人の間の2.5人称と言ったりですね。そういう少し2人称周辺のところまで立ち入っていくというのが、専門家の仕事なのかなと思って、「患者の心を心として」というのは、なかなか1人称2人称にはなり切れないけれども、それに近づけるようなことを考えながらやるというのが「患者の心を心として」という意味かなと思いました。

## (2) 依頼人・社会との協同を追究する

「依頼人・社会との協同を追求する」ですね。弁護士でしかやれない、弁護士集団しかやれないというのは、こんな専門的なところに「本人でやれ」と言ったって、難しい話です。専門職は専門職でしかできないこともやりながら、依頼人や社会と協働することも迫及するというのが大事なのではないか、というのが2つ目の要素です。

私は、2人目の師匠が木村利人という生命倫理学の権威で、早稲田大学名誉教授ですが、私は、この人と1984年に出会ったことによって、自分の人生は大きく変わったんですね。だから、何かにつけて学会なんかでは木村利人の言葉を引用するわけですが、「情報と決断の共有」というのは、実は、医の倫理を説くために、生命倫理学を説くために作った言葉。正確に言うと、「情報と決断と方策の共有」と彼は言っているのですけれども、「情報と決断の共有」というところを私は強調しています。実は、これは、専門職倫理で、クライアントと一緒に情報と決断を共有する。つまり、インフォームドコンセントは、専門家と患者が、意見が違ったら、患者の意見に従うところが強調されるのですが、理念形は、患者と医師が一緒に情報を持ちながら、決断を共有する、意見が異ならないというところを理想形にするんですね。で、その意味で考えていくと、実は、民主主義というのは、多数決原理ではない。意見が違ったら、多数人の意見で行くんだというのはおかしい。意見の違いというのは、多くは、情報の違い、持っている情報が違うから、意見が違うということが多いので、まず、お互いが持っている情報を共有していったって、どうすれば良いかということを考えていくと、決断は共有されていく。したがって、民主主義というのは、全員一致が原則なんだというのをこの論理のなかで考えることができるわけですね。ですから、時間がないので、多数決原理でいかなければならないというとき、多数者は、少数者の意見を、可能な限り、多数意見のなかに織り込ませていったって、少数者にも理解をしてもらいながら、政策を進めていくというのが民主主義の原理なのではないか。だから、その究極は、古代ギリシアの直接民主主義ですね。最近では、色々な代議員制、間接民主主義が流行っていて、それを多数決原理で押し切ろうとする政治が凄く多いわけですが、できる限り地域、地べたの民主主義、一人一人の人たちが生活に根付いた民主主義をつくるというですね。それには、できるかぎり直接民主主義的な、専門家の意見も聞きながら、みんなで意見を一致させていくというですね。というところを目指していかなければならないですね。

それから、これは、ラルフ・ネーダーが 1995 年に日本に来た時に、日弁連で講演した中  
で行ったんですが、「情報は民主主義の通貨である」。つまり、お金というのは、経済社会の  
なかで、還流していかなければ経済は円滑に進んでいかないということを利用して、情報が  
まさに民主主義の通貨。情報が民主主義の中で還流することによって、民主主義社会は健全  
になっていくんだということを行っているのです。これは、ラルフ・ネーダーが、古くから  
言っている言葉なんです、日弁連に来た公演のときには、「情報は民主主義の通貨」の後  
に、「弁護士は、公正のエンジン」って言ったんですね、「公正な社会、民主主義を作るため  
に、弁護士は、エンジンにならなければならない」って私は、背筋がゾクゾクゾクってした  
んですけど、よく考えたら、「ラルフ・ネーダーも弁護士じゃないかよ」という風に思った  
んですが、そういう主導的な役割を果たしていかなければならないということを行ったの  
ではないか。要は、依頼人や社会と共同することを追求するということになります。

### (3) 集団弁護団づくり

18 頁ですけど、(3)のところですが、「集団的弁護団づくり」ですね。新しい人権課題は、  
社会の変化に伴って生じてくる。人権課題が生じるというのは、正確な言い方ではないかも  
しれないですね。古くからある人権侵害が、社会問題になり始めてきたときに、その社会問  
題になることをいち早く察知して、あるいは、闇に埋もれている人権侵害をいち早く発掘し  
て、集団弁護団を作って、それを変えていくというですね。いつの時代も、新人・若手弁護  
士が担って、被害者と困難な課題が新人若手弁護士を育ててきた。私は、弁護士になって、  
1 ヶ月目のときに、医療過誤に足を踏み込むことになるのですけれども、やはり 40 年間や  
ってきましたけれども、やはり、公害事件も、医療過誤事件も、薬害事件も、その時代の若  
手が四苦八苦しながら、先輩の助言も受けながら、作ってきたという風にも思うので。新し  
い人権課題に専門家はいないんですよ。高い専門技術を持っている、専門家、スペシャリ  
ストというのはいないのです。だから、プロフェッションが、その高い専門技術をその新  
しい課題のなかから形成していく。その形成の仕方というのは、古い時代の形成の仕方を学  
びながら、時代の変化に応じた、その課題にあった、技術・戦略を作って、次の世代に申し  
送っておくということが凄く大事なことで、これは、「Professional Autonomy」とも関連する  
のですが、集団弁護団づくりを色々なところでやってきました。

医療問題弁護団は、創立のメンバー、最初の研究会に集まったのは、20 人くらいでした  
けれども、1 年後に創立したときは、60 人くらいですね。今や、医療問題弁護団は 250 人  
以上。東京地域だけで、47 都道府県ほとんどに患者側弁護士集団があるという形になっ  
てきた。全国交流集会という全国の患者側弁護士が、ちょうど 40 年前に集まったときには、  
20 人足らずしか集まらなかったですけども、今は、毎年 200 人以上が集まっているとい  
うですね。この 10 年くらいの若手の患者側弁護士をみると、明治大学法科大学院出身者が  
多いというか、この 13 年間、明治大学で医事法学をやってきた効果は少しずつ出始めてい  
るのかなとも思い始めているのです。

#### (4) 要求・主張の法的権利性を考える

弁護士というより、法律家だからこそできること、だと思います。まずは、「要求・主張の法的権利性を考える」ですね。被害者の要求というのは、この5つ「①原因究明、情報開示、説明責任 ②再発防止 ③責任の明確化と謝罪 ④賠償・補償 ⑤社会的制裁」に分かれているわけですが、これをそれぞれ1個1個を法的権利性に育てていくということが大事で、最近の医療関係法律は、医療法とか薬機法とかを見ると、こういう、この5つの事のなかで今までほったらかしにされていた、患者の権利が少しずつ条文化されてきた、努力目標であることも少なくはないのですが、条文化されてきたのではないかと思っています。そういう中で、この権利性を損害賠償訴訟とか、国家賠償訴訟でもって、法政策形成機能を訴訟にもたせると。

裁判というのは、政策形成のためにあるのではない、しかし、裁判の結果、政策形成を促すということは、副次的な効果としてはある、ということも今の裁判所は考え始めている。政策形成機能を民事訴訟にかけているのではなくて、民事訴訟法のなかで、やらなければならないことは、被告の法的責任を明確にすることだと。法的責任を明確にさえすれば、あとは、当事者間の話し合いでも可能になるし、それは、国会に持ち込めば新しい法律を作ることにもつながると。だから、損害賠償訴訟の目的は、金銭の権利義務関係をはっきりさせることではなく、その前提の法的責任の有無と程度を明らかにすることが司法の役割なのではないか、と言っているんですね。だから、判決をとってはいけないと。和解勧告所見で法的責任が明確になるのであれば、上訴権を保障した判決を取るべきではないと。和解で終結させなければいけないと。仮に全面勝訴しても、高等裁判所で被害者の想いを共感できない高等裁判所の裁判官が全面敗訴にひっくり返すことなど簡単なことだと。だから、一審判決はとってはいけないし、一審判決をとるのであれば、それは、2週間以内に確定させるという運動を形成させなければいけないし、それがうまくいかなかったとしても、ある程度の成功を収めれば、2週間後に控訴されたとしても、その控訴審の第1回期日くらいのときに裁判官は、「和解による解決を模索しましょう」と言ってくるのではないかと。絶対にとってはいけないのは、高等裁判所の判決だと。彼らは被害者の想いを共感していない、というんですね、そういう思いでやってきたのですが。結局、負けている事件というのは、どんどん上にいって、駄目になって(いる)。最近の例で言うと、イレッサ判決がそういうことになっているんですね。一審、大阪地裁は企業責任、東京地裁は、企業と国賠償責任を認めさせながら、大阪高裁と東京高裁では、企業も国も全面的に請求棄却になって、最高裁が確定すると。こうなってしまったんですね。

#### (5) 司法制度（訴訟）を最大限に活用する

こういった司法制度を最大限に活用するんですね。職能としての持てる武器を活用するというですね。しかし、あくまで訴訟は手段だと。訴訟に勝つことは目的ではないと。訴訟

は「手段」。その手段を有効に活用できるかどうかのスキルを磨くべき。ただ、訴訟をやっ  
ていてだんだん苦しくなるんですね。苦しくなるのはなぜかという、「もしかしたら負け  
るかもしれない」という危惧が頭の片隅によみがえり始めると、だんだんと辛くなるん  
ですね。そのとき弁護士はどういう心理状態になるかという、「早くこの訴訟を終わら  
せたい」という心理状態になるんですね。「全面勝訴して社会を変えたい」という意  
欲で始まったはずの訴訟が、「もう、とにかく負けてもいいからこの訴訟早く終わ  
りたい」という気持ちになるんですね。そういう時に、私は、ラルフ・ネーダーの「  
弁護士は公正のエンジン」とか、次の6番目に出てくるアーサー・キノイの「  
民衆の怒りに火を付けろ」などということを実アルタイムに聞いてですね、「あ  
あ、いかんいかん。反省しなければいかん」と言って、少し士気を鼓舞して  
いくということをやってきました。

#### (6) 社会問題化のための戦略と運動

「社会問題化のための戦略と運動」ですけれども、被害者の共感を社会に広げると  
いうことをやってきました。だから、若い弁護士たちに原告本人尋問の準備して、  
その被害者たちがどんな思いをするのかを被害者に文章化させたり、あるいは代  
理人たる弁護士がそれを書いたりして、パンフレットを作って、大きく広げてい  
くというですね。法廷のなかにあるものを文章化しながら、社会のなかに  
パンフレットや出版でもって広げていくというようなことをやってきたわけ  
です。まずは被害者の共感を広げる。

そしてメディア戦略。昔は、メディア「対策」と言ったんですね。我々が思っ  
ているような報道をいかにしてメディアにさせるかというですね。つまり、  
メディアは手足だという発想で昔の弁護士運動というのはやられていた  
んですね。しかし、よく考えると、メディアは、我々の単なる取材源だと思  
っていて、メディアと我々は、お互いに相手を利用しようという形  
でずーっとやってきたんですね。僕は弁護士になった70年代後半から  
80年代の初めまではそうでした。だけど、僕らは、80年代の前半  
くらいからだんだんと気が付き始めてきて、メディアは、同志である  
というですね。メディアというのは、報道媒体のことをメディアと言  
うので、テレビのことはメディアと言いますけれども、その記者のこ  
とはメディアとは言わないんですね。彼らのことは、ジャーナリスト  
と言うのですが、ジャーナリストとの個人的な信頼関係がものすごく  
重要なのではないかと。だから、本当に信頼できるジャーナリスト  
と共闘する。で、そのジャーナリストとは、情報を共有していくん  
ですね。だから、こちらが内緒の情報を、こちらを隠して、向  
こうの情報を引き出そうというお互いのやり方では、お互いが  
対策、弁護士対策になるし、メディア対策になってしまうので、  
それは、対策をやめよう、ということでもって、ある意味では  
メディア戦略という言葉を使って、信頼関係を形成。1対1の  
ジャーナリストとの信頼関係を形成していくというですね。私の携  
帯には1200くらいの名簿が入っているのですが、そのうちの200  
以上が、メディアの人たちのジャーナリストの個人的なメール  
アドレスとか携帯電話の番号が入っているんですね。だから、  
そうやってメディアの人たちとも一緒にやっていくんですね。

それから、情報公開法とかです。情報を、政府や企業の情報を引き出せるために使える法律は何でも使うということで、最近、情報公開法は、また少し後ろ向きに、この間、最高裁判決出ましたけれども、いくら使ったということは出してよいけど、何に使ったということは出してはいけないというあの最高裁判決を弁護団が「一歩前進」なんて言っているのですが。内閣府の機密交際費みたいなやつですよ。金額は開示しなければならない、誰に対してどういう名目で払ったのかということを開示すると、内閣の秘密情報が洩れるということになると言うのですけれども、それではいけないのではないかという風に思いますが、とにかく情報公開法なんかも使っています。

そして、弁護士として市民運動と一緒に連携をすることもありますが、弁護士という職業を離れて地元の市民運動のなかに、同じようなことで人権運動を進めるというようなこともやってきました。

そして、最後ですけれども、アーサー・キノイはですね、これも 95 年に日本に来たんですね。アーサー・キノイ、10 年ぐらい前に亡くなってしまいましたけど、民衆派弁護士といって、アメリカの労働弁護士なんですね。彼は、労働弁護士で法廷活動もするのですけれども、いわば活動家なんですから、このアーサー・キノイをですね、金沢の菅野先生という弁護士が、日本に 2 度呼んでいるんですね。それを 1 度目に呼んだとき、私、東京弁護士会でアーサー・キノイの講演を自由法曹団がやってくれたので、その時に、通訳を介してアーサー・キノイの話の話を聞きました。ちょうど、クロロキン訴訟の最高裁判決が平成 7 年ので、国が勝訴して、もしかしたら薬害エイズも国賠責任を追究することは難しいかもしれないという空気が弁護団に流れ始めたときに。アーサー・キノイはこう言いました。「誤解を恐れずに言えば、裁判に勝つことよりも民衆の怒りに火をつけることの方がどれだけ重要なのかということを弁護士は心に刻まなければならない」と言われたんですね。私は、95 年 3 月に結審して、96 年 3 月に最終解決のための和解になるか、それとも判決になるか、どちらになるか試されている、その年の 8 月ででしたか、暑い最中にアーサー・キノイが来た時に、「裁判に勝たなければならない。もうもしかしたら負けるかもしれないけど、こんなつらいものは、早く勝っても負けても良いから、決着をつけて終わりにしたい」と思い始めていた時期に、アーサー・キノイのこの話を聞いてですね、「そうか、裁判に負けたって民衆の怒りに火をつけて社会が変わればそれでもいいじゃないか」と思い始めたんですね。

実は、中国残留孤児事件は、日本国内で、たしか 10 を超える裁判所で裁判を起こして、神戸地方裁判所しか勝てなかったんですね。あと全部、日本国政府に対する損害賠償請求は棄却されているんですね。昔は、10 個の裁判所で裁判を起こしたら、10 個全部勝てないと解決しないと言われたんですね。ところがハンセン病は、台湾と韓国の療養所事件で 1 勝 1 敗だったのに制度改善したし、薬害肝炎も 5 つの裁判所のうち、1 個仙台地裁で負けたんですけど、勝利したんですね。最終的には、つまり、全部勝たなくても良いんだって。全部勝たなくてはいけないという自分にかけた重圧もあったし、なんと、神戸地裁しか勝たなかった残留孤児問題は、解決したじゃないかと。

これがアーサー・キノイの言葉で、自分の考え方の狭さに、ある意味でピリオドを打って、ふっきれて、もう薬害エイズ事件は、勝つしかない、勝つんだ。負けることなど想像もしない、ということで、和解勧告所見は勝ちだ、判決になっても勝つんだ。そのためにどう運動を作っていくんだというですね。そのためには、多くの日本人の怒りに火を付けなければいけないというですね。このアーサー・キノイの言葉で、社会的運動に火をつけるというのは、火の三要素というですね。火がなければならぬ。酸素がなければならぬ。薪がなければならぬ。この3要素を人間に当てはめたりなんかしてですね、最初に発火するのは被害者だと。燃えるのは民衆だと。空気は弁護士が送るんだと。飲んだ席だけの話ですけれども、そんなことを言いながら、この社会的な運動というところに繋げていきました。

#### (7) 社会変革（制度改善）をめざす公共政策づくり

そして、その民衆の怒りに火をつけた先に、社会変革・制度改善・公共政策ですね。私は1984年に日本で初めての患者の権利宣言案の起草委員会事務局長をやった。これは、1980年に、日本弁護士連合会で人権大会の「健康権宣言」を実は岡山でやっているんですね。その日弁連の人権大会の宣言の第一試案を起草したのは、私たちなんですね。当時、弁護士3年目か4年目だったのですが。それと師匠の渡辺良夫と、それから鈴木篤という同志と、3人で日弁連を動かして、健康権宣言をつくり、そして、それを患者の権利宣言ということで、1984年10月14日に名古屋で発表をして、ですね。翌日の全国紙の一面は、全部この記事で埋め尽くしたんですね。そしてそれを法案作りまではじめて、今は、患者の権利法をつくる会というのが、1990年に「患者の権利法」という要綱案をつくり、そして、今から6-7年前に医療基本法というですね、これを患者の権利だけに焦点を当てるのではなく、医療システム全体にまで広げるという法案作りをやろうということで、去年出版もしました。こうやって、宣言から提言、さらには法案作りというところに行きながら、これを政府への提言にし、国会のロビー活動につなげて法律を作っていくというですね。

私たちは、1980年に患者の権利宣言やったその直後くらいから、国会が色々な形で動いて、医療法のなかにこの患者の権利宣言案の骨子というのは入ってきているのですね。努力義務規定なんですけれども、結構入ってきていて、いよいよ医療制度全体を作り替えていく機運が盛り上がってきたのではないかとということで、その出版をしました。この出版は、日本医事法学会が、今から6-7年ぐらい前に、シンポジウムで「医療基本法を考える」というシンポジウムをやったんですね。実は、この医療基本法という発想自体は、ハンセン病の被害を踏まえた検証会議の最終提言が出発点となって、その検証会議を受けて再発防止検討会というところに、私が弁護団から推薦されて委員に入って、そこの厚生労働省が金を出した三菱総研のやっている検討会のなかで、医療基本法が大事だということを出して、リアルタイムに日本中の医療関係組織にこれを考えるきっかけを作ったんですね。それでその翌年に日本医事法学会でもってシンポジウムをやって、その時に報告してくれた若い研究者たちを、その翌年から、私たちの薬害エイズ弁護団が研究費を出して、年に3-4回ずつ

研究会を重ねながら、6・7年かかってやっとその出版にたどり着いた。という形で、ちょうど機運が盛り上がったところで出版した。ちょうどよいチャンスになってきたかなという風に思っています。

(おわりに)

別に医事法に限らないと思うのですが、それぞれの方々が、新しい人権課題でやっていくときには、このような7つくらいのポイントを考えながら、先読みをしながら、運動も、計画を作りながら進めていってゴールを決めていくとすると、あまり悩まないで一気にみんなでもやれるかなと思います。それでもやはり、その運動の中核部で組織の代表とか、事務局長とかになる人は、本当に仲間には全部を語り切れないような悩みも持っていることも、私は経験的に知っているので、私が顧問になったり、代表になったりする組織のなかでは、事務局長のサポートや若手も事務局次長のサポートは、本当に定期的にですね、一緒に若手とやっていくというようなことをこの特に10年、法科大学院に行ったからこそ、そういう余裕というか、位置づけができたのではないかなと思います。

(質疑)

全体を通して、なにかご質問とかご意見とか、いかがでしょうか。一言ずつ感想っぽいことをおっしゃっていただきたいと思うのですが、いかがでしょうか。

A：感想と言うとあれなんですけど。私のなかで、いままで、弁護士を10年やってきて、交通事故被害者側で結構取り組んでまして、交通事故ですと、自賠責の後遺障害の認定が非常に厳しいものがありまして、なかなか後遺障害認定が出ないにもかかわらず、それでは納得いかないということで、裁判でひっくり返すというような活動をやってた。で、今もやっているんですけども。被害者尋問をそれほど重視してこなかった自分がおりまして、どちらかという、医学的にこうなんだ。これは正しい結論なんだ、というところはずっとやってきたかなと。分からなければお医者さんにも面談に行って教えていただいて、どちらかという、今まで、それで通してきまして、今回、受講させていただききっかけとなったC型肝炎の訴訟といいましょうか、手続のなかでも、被害者さん本人の尋問——次々回尋問予定なんですけど——を非常に悩んでいまして。そのC型肝炎の患者さんの場合には、奥さんが患者さんなんですけど、弁護士との打合せは、ご主人さんが担当されていて、ご主人さんが自主的に依頼者になって自分の妻は苦しんでいるからやってほしいんだと言われて、カルテも何もないし、証拠とかも全くないんですけども、お医者さん探しからはじめて、担当してくれたお医者さんが今生きておられるのかどうかもわからない状況のなかからはじめて、電話を掛けながら探し出して、お医者さんが見つかってというところで、来ているんで

すけれども、奥様は反対なんです。弁護士費用もかかるじゃないと。何弁護士やってると。お金が欲しいのかとか電話がかかってきて、結構批判的なんです。で、ご主人さんは、そういう悔しい思いを、このままでは納得いかないから、やってください、というスタンスで依頼が来てまして、次々回尋問の時に、奥さんをお呼びして、どういったお話をしてもらおうかというのは、未だに悩んでおりまして、今日の先生のお話を伺って、そういう肝炎にならなければ、どういう風な人生を送っていたのかとか。今、御主人さん曰く、夫婦間もめっちゃめっちゃだと。御主人さんは、奥さんに対して献身的に結構尽くされているように、私なんかは見えるんですけど、例えば、非常に飲んだ薬がよくなくて肌荒れとかひどくてかゆみがでていたと。困ってお医者さんに相談して、良いお医者さん紹介していただいて、お医者さんから良いお薬を教えていただいて、そうしたら肌荒れが治った、というような、そういうエピソードを、なんかほほえましいというのは違いますが、良いエピソードを聞いていたら、横から奥さんが、そんなんじゃないんだみたいな、そのちょっと揚げ足を取るような感じで、ご主人のいうことをすべて否定的な感じで言われたりして、イライラされてらっしゃるのは良くわかるんですけど。そういう奥さんを被害者尋問で呼んで悔しい気持ちとかを話をさせていただく、そのための打合せを入れるのも少し怖くてですね、どうしよかなと。奥さんはこの裁判にあまり意味を持たれていないような、今まで印象も受けていたものですから。

肝がんを発症されていて苦しい思いをされていて、長いことないんだということを自分で言われていて、「うーん。どうしたものかな」と、悩みながら尋問の意義というのを聞かせて頂きました。

鈴木：法廷というのは、一般の素人の人から見るとすごい特殊な雰囲気をもっているところなんです。我々は年中行っていますから、別にどうってことはないっていうね。事務所のなかと法廷で雰囲気が違うなんて感じたこともないし、あれですけど。一般の人から見ると法廷ってものすごく異質なところなんです。その異質な雰囲気が、その人の尋問の時に、その人の心にどんなふうに風をふかしていくのかというのは、読み切れないところもありますね。それで、もし、上手くいかなかったときに、失敗したときに、マイナスがあるのか、って考えたときに、たぶんないと思うんですよ。尋問失敗したからといって、賠償金が棄却されるわけでもないし。尋問に失敗したからと言って賠償金の額が減らされるという、つまり、裁判官にとっては、聞く必要なかったよね、というのが失敗のもとになっているわけで、やってもやらなくても変わらなかったということになるんだとすれば、やったほうが良いと思うんですね。その時にね、実は、薬害エイズでもってね、ある10代後半の少年がエイズに罹ったんですね。「あなたはエイズに感染したということで、どんな気持ちになりましたか、どんな被害を受けましたか」って聞いたらね。結構、感染したってことを知ってから、やっぱり相当自分で自虐的になったんですよ。それで、若い弁護士の質問に対しては、「別に。僕は被害なんか受けていませんよ」とこういう言い方をしたんですよ。血液製剤で HIV

に感染したことは、はっきりしているんですよ。なのに自分に被害者意識がないということと言ったんですね。次の質問にも黙っているんですよ。そういう時に、やっぱりあるとき急にうっとうつむいて、要するに、その言い方の表情を裁判官が見たときに、「なんで彼は感染しているのにこんなことを言うのだろうか」という思いを想像させたと思うんです。けれども、そのことによって、だから、そういう表情、だから五感の作用でその証言を汲み取るということは、法廷でしかできないんですよ。だから、そういうことを見せる場でもあるので、尋問というのは、言語で質問して言語で答える、というところにあまり重きを置かないで、その人が本当に思っていることを推測でもよいから窺い知れる、なにか雰囲気から体からにじみ出ているというようなことをやれる可能性もあると思うんです。

若い弁護士が薬害エイズの時にね。「あなた HIV に感染しているということを医者から聞いたその瞬間に、どんな風に思いました」という質問をしたんですね。そうしたら、感極まってしまって答えられなかったんですよ。「うっ」って。ずーっと、この文書であらわすと「...」というのがね、2-30秒続いたんです。ね。そしてその2-30秒間で、僕は、代理人席の一番端っこでその尋問をずーっと見ている。僕は、いつもそういうときに裁判官の顔をじーっとみているんですね。そのときに、こう、たんたんたんと文章化すると「・」が並んでいるときに、裁判官は、その子の想いに、こうだんだんのめり込んでいるんじゃないかな、という風に思ったんですね。そのとき若い弁護士はね、「辛かったんですよ」って聞いちゃったんですよ。「どう思いました」とオープンクエスチョンをしているのに「辛かったんでしょうね」って。この空間の20秒30秒が持ちこたえられなかったのね。それで、「はいそうです」と言って終わってしまったんですよ。それで、法廷から出たときに「馬鹿じゃないか」と言ったらね、その「辛かったんですよ」って言ったときの声は、その弁護士は、涙ぐんでいるんですよ。辛かったのはお前じゃないんだからって。お前が辛くて涙流してどうするんだと。裁判官が涙を流してなんぼではないのかと。馬鹿何やってるんだ」とぼろくそに怒ったんですよ。そうしたら「すみませんでした」とか言ったんですけど。やっぱりその、それは、先輩の弁護士が、この「...」をどこまで我慢することができるかが勝負だって若いころに言われたことがあるんですよ。「あー。凄いな」と思った瞬間なんですけれども、やっぱりその、じーっと黙っている空間を、裁判所の顔をこう見ながら、証人の顔を見ながら、相手方代理人の顔を見ながら、その空間をじーっと、誰かが遮る。絶対自分は遮らない。相手は遮れない。遮るとすれば裁判官しか遮れないんですよ。裁判官は、もうなんというか、思い余って、自分が苦しくなって遮ることはあったけれども、だったら遮ってもらえばいいじゃん。もう効果があったんだから。そういう、こう、なんというか。何回も経験してこないと得られないものも、もしかしたら得られるかもしれない。やってみたら良いんじゃないですか。

できる限りオープンクエスチョンが良いですね。「どんなお気持ちだったんでしょうか」ね。それで、「別に」と言われたら、「別に」でも良いんですよ。どんな答え方をするのか。さっきの座談会の時の話、自分は今まで話しやすいことや話したいことを話していただ

で、本当に話さなければいけないこと、それを話してきたことはないということを、3か月間 20 回を超える尋問準備。今回ね、そんなことやられてられないけど、それは、最後の勝負にかけてときにその思いは伝わるかもしれない。失敗するかもしれないよ。失敗したってマイナス効果何もないじゃん。

B: 私、ちょっと修習生なので、今、刑事裁判を見ているので、ちょっとそことの比較で。やはり、その原告と被告との争いだな、という風に、それを裁判所が見て判断するのだなというので、最初、印象としては、やはり、原告と被告の闘いみたいな印象が、私のなかではあったんですけども、やはり、最終的には裁判所を説得できないといけないというところで、その、鈴木先生が、こう、色々なところで、裁判所をどうやって説得するのかというところに向けて、工夫をされていらっしゃる。それに向けての活動というものを感じ取ることができたかなと思ひまして、その点が凄く勉強になりましたし、あまりこういうことはなかなか聞けない事かなと思ったので、凄く勉強になりました。

鈴木: スポーツに似ていますよね。つまり、相手方代理人は、競い合う相手だと。その相手と競っているのを楽しみながら、一般聴衆を楽しませる。それは、裁判官を楽しませて、裁判官を説得するという意味では、スポーツマンシップに似ていると思うんですよね。だから、その時に、フェアなやり方をしながら、相手もこちらに共感し、こっちも相手に共感しながら、妥当な解決を模索していくというあたりがスポーツと民事訴訟が似ているのですけれども。でもそれは、敵味方に分かれて攻撃をしあつた裁判が、ある程度、山を越えたときに気付くというか、「ああそうだな」という風に思う経験の積み重ねだったんですね。相手との熾烈なケンカ、血みどろのケンカみたいなところに訴訟をもっていわずに、お互いに、こっちを理解してもらいながら、最終的には、裁判官を説得して、裁判官の妥当な解決案を模索していくみたいな風に考えれば、そんなに難しい話でもないかなと思うんですけど。これは、色々な経験をしていくなかでまた思い出していただければ良いかなとおもいます。

C: 私も今ちょうど刑事裁判の修習をしているので、ちょっと違う点もあるかもしれないのですが。裁判の傍聴に入った後で、被告人質問ですとか、証人尋問について、部の裁判官の方から、「どう思った」という感想をよく聞かれて。それで、自分だったらどうするかというのを考えながら傍聴してほしい、というのを良く言われていて。その後、その裁判官の方々が、その今までやっていた尋問ですとか、被告人質問をどう思ったかという簡単な感想みたいなものをちょっとちらつかせてくださる方々が多くて、部の裁判官が。そういうのを参考にして、本当に、それこそ、自分だったらどういう風にするかなというのを考えながら、これから修習に挑んでいきたいなという思いを強くしたのが 1 点と。あともう 1 点

が、昨日の話だったと思うのですけれども、注意義務違反の場面で、不作為をできるだけ作為としてとらえるという話が、私にとってすごく衝撃的と言いますか、印象に今も残っていて、私も来年から一般民事を中心に切り抜っていく事務所に勤務する予定なので、そういった点を常に頭において、訴状を書くですとか、そういった場面で気を付けていきたいなと思いました。

鈴木：はい。というところで、この講義を終わりにしたいと思います。中山先生、何か一言コメントあれば。

中山：はい。今回、参加者は、少なかつたんですけども、中身は、大変意味のあるものであったと思います。特に修習生のお二人、ラッキーでしたね。こんな機会に立ち会えて、私、羨ましいね。法曹の出発点で、この話を聞いたというのは。今日は、法曹倫理。これから法曹、実務法曹になろうという意味で、その際前をつくる過程では、とても良い授業だったと思います。これ、研修所の一コマと言っても良いぐらいかな。土日ですけど、ここに来たのは無駄ではなかったというか、凄く大きな収穫だったのではないかなという風に、予想、想像します。良かったなと言う風に思いますね。遠く岡山倉敷からもいらしていただいて、私も良く覚えているゼミ生でしたので、一期生は頼もしいなと。逆に今や責任をもって悩んでいるんだなと言うのを良くわかりましたけれども。こういう機会でもたこう、師弟も、それから同期の連中ともネットワークを使ってやると良いなと。鈴木先生の運動論などは、ネットワークづくりですよ。ネットワークを作るとできないこともできるという点で大きいなと。

今回、一応、いま立場上、鈴木先生に代わってピンチヒッターで。ピンチヒッターというか、形式上医事法センター長ってやっているんですけども、形式上は医事法センター主催ですけれども、これをうまく活用して、ネットワークに乗せて、これを多くの人に伝えたいなと思います。