

医療過誤における請求権競合

——順位付き請求権競合の提言——

平野哲郎*

目次

- 一 はじめに
- 二 請求権競合を巡る議論
 - 1 請求権競合説
 - 2 法条競合説
 - 3 請求権二重構造説・属性規範統合説・規範統合説
 - 4 その後の展開
- 三 医療過誤に対する契約法の優先適用
- 四 順位付き請求権競合説（私見）
 - 1 契約法と不法行為法の関係
 - 2 発生する請求権の数
 - 3 批判に対する反論
 - 4 2つの請求権の併合態様
- 五 おわりに

一 はじめに

医療過誤は請求権競合が生じる典型的な場面である。診療契約上の債務者である医療者が、債権者である患者に契約で合意した内容の医療行為（特約がなければ医療水準に適合した医療）を提供しない場合、債務不履行を構成し、その結果発生した損害について患者や遺族は医療者に対する賠償請求権を取得する（民法415条）。

* ひらの・てつろう 立命館大学法学部教授

そして、医療水準からの逸脱は、医療者が医療を提供する際に果たすべき注意義務違反として不法行為上の過失にも該当するため、医療者は不法行為による損害賠償義務も負担する（民法709条、711条、715条）。

このように1つの社会的事実から2つの損害賠償請求権が実体法上成立するようにみえるが、果たしてそう考えるべきなのか、さらに患者が損害賠償請求権を訴訟上行使する場合に訴訟物は2つとなるのか1つとなるのか、もし2つだとするとその関係はどうみるべきなのか、従来諸説が唱えられ、いまだ解決のつかない難問とされている。

本稿ではこの問題を整理した上で、特に医療訴訟の実務に即した筆者なりの解決として順位付き請求権競合という考え方を提示したい¹⁾。

二 請求権競合を巡る議論

不法行為による損害賠償請求権と債務不履行による損害賠償請求権の関係について従来の学説は以下のように整理できる²⁾。

1 請求権競合説

この見解は1つの社会的事実が複数の規範の法律要件を満たす場合、請求権は相互に独立して複数発生し、相互に影響しないと考える³⁾。複数の請求権の成立を認め、その行使は被害者＝債権者の自由に委ねることが救済に資するという実際的な理由もこの説の利点として挙げられる。

1) 請求権競合問題には、運送人、受寄者、賃借人等の契約責任と不法行為責任の競合、物権的請求権と債権的請求権の競合、不当利得返還請求権と不法行為による損害賠償請求権の競合など多様な場面があるが、本稿ではもっぱら医療過誤に関する契約責任と不法行為責任の競合を検討対象とする。もっとも、契約責任と不法行為責任の競合に関してはほぼ本稿の議論が妥当すると考えている。

2) 大久保邦彦「請求権競合」山田卓生編『新現代損害賠償法講座・第1巻・総論』（日本評論社、1997）199頁以下の整理が分かりやすい。

3) ここで「請求権競合説」として紹介しているのは、「自由な請求権競合説」と言われる見解であり、「修正請求権競合説（作用的請求権競合説）」については後述する。

これは、社会的事実Aが、規範Pと規範Qのいずれの法律要件にも該当するのであれば、その法律効果として定められている実体法上の請求権p、請求権qのいずれもが発生するのは当然であり、私的自治の原則の訴訟上の表れである処分権主義からすれば債権者はいずれの請求権も訴訟上行使することができるはずであるというある意味素朴な考え方である。ローマ法およびその伝統を引き継ぐドイツ法以来の通説とされ⁴⁾、日本の判例は、一貫して請求権競合説に立つとされる⁵⁾。

この見解によれば、2つの請求権が実体法上独立して発生する以上、実体法上の請求権ごとに訴訟物が観念されるという旧訴訟物理論を前提とすると、訴訟物は2つとなり、理論的に徹底すれば請求認容判決が2つなされることになる。そしていずれの判決についても強制執行をすることは理論上可能で、それらの執行はいずれも有効な債務主義に基づいているわけであるから執行手続上の問題はなく違法執行とはならず、実体法上も2つの請求権が発生していると考えるのであるから実体に反する不当執行にもならない⁶⁾。このように請求権競合説では、債権者が二重の満足を得ることが理論的には許容されることになってしまいそうだが、これは明らかに不当である。

そこでこの不当性を回避するために、実定法に基づく解決手段として考えられる方法は以下のようなものであろう。すなわち、一方の損害賠償請

4) 川島武宜「契約不履行と不法行為の関係について——請求権競合論に関する一考察——」同『民法解釈学の諸問題』(弘文堂, 1949) 27頁(初出法協52巻1-3号(1934))

5) 賃借人が失火により家屋を焼失させた場合に不法行為責任と契約責任を認めつつ、失火責任法による不法行為責任の軽減は契約責任には影響を及ぼさないとした大判明治45年3月23日民録18輯284頁や運送人の帰責事由の不存在についての証明責任の転換という商法による契約責任の軽減は不法行為による請求には影響を及ぼさないとした大判大正2年11月15日民録19輯956頁。これらの大審院判例を最高裁も継承している(最終昭和38年11月5日民集17巻11号1150頁)。ただし、判例は、これらの判例のように自由な請求権競合説を採用するものと後述の修正請求権競合説を採用するものがあり、統一されていない。

6) 平野哲郎『実践民事執行法・民事保全法第2版』(日本評論社, 2013) 96頁

請求権が任意の履行か強制執行によって満足すれば、他方の請求権についても権利発生要件の1つである「損害」が消滅したことになり、債務者は「請求権の存在」に対する異議事由を主張して請求異議訴訟を提起することができる（民事執行法35条）。そして、請求異議訴訟の勝訴判決を執行機関に提出すれば二重払いを強制する執行を阻止することができる（同法39条1項1号、40条1項）。

しかし、明らかに不当な二重執行を阻止するために請求異議訴訟を債務者に強いるのはあまりに負担が重いため、通説・判例は、選択的併合という訴訟上の概念を用いてこの問題を解決している。すなわち、2つの請求は、一方の請求が認められることを他方の請求の判断を求める解除条件とするという併合関係にあると説明し、給付判決が一つしか出ないように操作するのである。

しかし、選択的併合には予備的併合と異なり、いずれの請求が優先して審理・判断されるという関係がないため、審理の結果、いずれの請求も要件を充足している裁判所が判断した場合は、同時にいずれの解除条件も満たされてしまい、結局いずれの請求も判断されないという奇妙な結果になるはずである。選択的併合というテクニックはこの点についての理論的な説明が不十分といわざるを得ない。

さらに実際の医療過誤訴訟の認容判決では、原告の請求としては「原告は被告に対し、債務不履行または不法行為に基づき〇〇円の損害の賠償を求め」と記載されているものの、裁判所の判断理由ではいずれの請求を認容したかは明記されていないものも少なくない。せいぜい、判決主文で、遅延損害金が、不法行為時と認定された日から起算されていけば不法行為による請求権が⁷⁾、請求時である訴状送達の日翌日から起算されていけば債務不履行による請求権が⁸⁾認められたと推測できるととどまる。もともと遅延損害金の請求がなかったり、訴状送達の日翌日からしか請

7) 最判昭和37年9月4日民集16巻9号1834頁

8) 民法412条3項

求されなかったりした場合には、判決のどこを見てもいずれの請求権を裁判所が認めたのか分からない場合さえある。いずれの請求権が認められたのか明らかにならなければ、例えば医療機関が患者に対して有する債権と損害賠償義務を相殺しようとした場合に、それが許されるのかどうか分からないことになってしまう(民法509条)⁹⁾。これも判断の順序づけをしない選択的併合を認めたことによる弊害である。

通説・判例は、請求権競合説と旧訴訟物理論の組み合わせによって生じる不都合を回避しようとして選択的併合という概念を導入したことで、かえって理論的に破綻してしまったといわざるを得ない。

さらに診療契約で債務者(医療側)の責任の軽減や加重を特則で定めていても不法行為責任はその影響を受けずに成立し、債権者は行使する請求権を自由に選択できるとすれば、契約の定めはいずれにしても無意味になる¹⁰⁾。

比喩的に説明すれば、「請求権競合説+旧訴訟物理論+選択的併合」という組み合わせは、債権者は契約の刀と不法行為の刀の二刀流で、どちらの刀も好きに使えるという考え方といえよう。両方の刀を一度に使ってもいいし、好きな方を一本選んで使ってもよい。しかし、これだと二本同時に使った場合に、どちらの刀で切れたのか(どちらの訴訟物が認められたのか)が最後まで明らかにならないことがある。また、被害者救済のためと称して、原告に二本の刀を与えて、同時に好きに使ってよいというのは、原告に一方的に偏しており、実質論としてもかえって不公平といえる(被告は二本の刀による攻撃に同時に、あるいは二度にわたって防御しなければならない)。

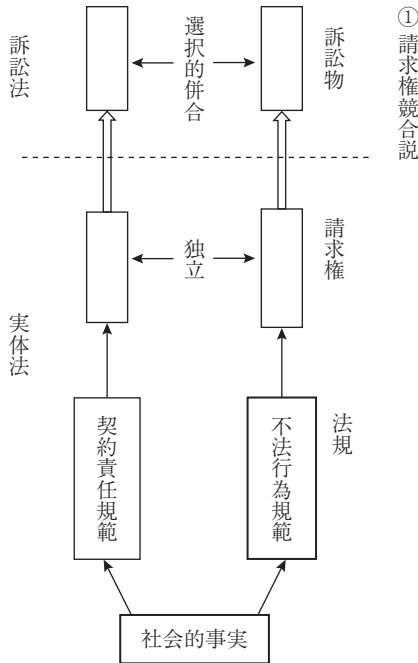
最終的にどの請求権が行使されたのか当事者も裁判所も分からないというのでは、請求権ごとに訴訟物が決まるという旧理論との接合もできな

9) もっとも後述の修正請求権競合説のように、債務不履行による損害賠償請求権についても509条の趣旨が及ぶと解することでこの問題を回避する見解もある。

10) 自由な請求権競合説によれば、商法による受寄者や運送人についての責任軽減も民法による不法行為責任を追及すれば無意味になる。このような結論を容認する判例として大判昭和3年6月13日法律新聞2864号6頁。

い。なお、前田達明は、最終的に判決をするときは債務不履行か不法行為かいずれによるか明らかにすべきであり、その属性は判決によって固定し、以後、別な請求権の属性を準用することはできなくなるとする¹¹⁾。たしかにこのように考えればいずれの権利が認められたかは明らかになる。しかし、前田は原告がいずれの主張もしたときにどちらを採用して判決をするかは裁判所の裁量に委ねられると考えるようであるが、債務不履行と不法行為の関係について優先適用の関係を認める私見からはこの点については賛成できない（後述）。

なお、前田達明は請求権競合説を以下のように図示する¹²⁾。



11) 前田達明『口述債権総論第3版』（成文堂、1987）205頁

12) 前田・前掲注11) 204頁

2 法条競合説

法条競合説は、実体法上、請求権の競合はなく、法律の条文が競合しているにすぎないととらえる見解である。もともと特別な法律関係のない者の間に生じた暴行や事故などに適用される不法行為法に対して、契約法は自らの意思で特別な法律関係に入った者の間に適用される特別法であるから、特別法が一般法に優先して適用されるという一般法理により、契約責任が不法行為責任に優先して成立すると考えるのである。

川島武宜が1934年に唱えて以来¹³⁾、有力な学者の支持を集め、1970年代には請求権競合説と拮抗するほどになった¹⁴⁾。

この見解は、不法行為法と契約法の関係から導かれる理論的な帰結に加えて、訴訟の場面における証明責任の観点からも債権者(被害者)救済に関して契約構成の方が有利になる実益があると主張した。すなわち、過失の証明責任は不法行為では被害者にあるとされているが、債務不履行では債務者が自らに帰責事由がないことについて証明責任を負うから、被害者としては契約構成を選ぶことにメリットがあるというのである¹⁵⁾。この点について星野英一は「(東大梅毒輸血事件¹⁶⁾についての:筆者注) 唄教授の評釈中、一般論として、医療行為等によって生じた損害の賠償の問題を、不法行為としてでなく、債務不履行として法的に処理するのが妥当であるとする点については、筆者も全く賛成である。従来(弁護士が)何故自己に不利な不法行為の問題としていたのかがわからない。ただ、その場合においても、結局債務者すなわち医師あるいは病院側の『責二帰スヘキ事

13) 川島・前掲注4)1頁

14) 加藤一郎『医師の責任』川島武宜編『損害賠償責任の研究(上)』(有斐閣,1957)509頁,同『不法行為』(有斐閣,1957)52頁,兼子一『民事訴訟法体系』(1958)166頁,淡路剛久『医療契約』『新民法演習4』(有斐閣,1968)183頁,広中俊雄『債権各論講義』(有斐閣,1968)418頁(1996年の第6版でも同一の見解が維持されている),浜田稔『契約責任と不法行為責任』『近代法と現代法』(法律文化社,1973)223頁

15) ほかに契約構成の利点として時効期間が長いことがあげられる(民法724条,167条1項)。

16) 最判昭和36年2月16日民集15巻2号16頁

由』がないという証明が成功すれば、その責任はない¹⁷⁾と述べる¹⁸⁾。実務でも、この立場に立って医療過誤について債務不履行構成を採用して帰責事由の不存在の証明責任を被告に課す下級審裁判例も次々に登場した¹⁹⁾。

ただ、この法条競合説の実益とされた過失の証明責任について、医療過誤が典型である不完全履行に関する限り、債務不履行、不法行為いずれの構成でも原告にあるという見解が通説化した結果²⁰⁾、現在では説得力に乏しくなっている。

また、法条競合説は、実体法上の要件を満たしているはずの不法行為責任がなぜ発生しないのかについて説明が難しいように思われる。

なお、現在の訴訟実務においては不法行為構成の方が遅延損害金の起算点が不法行為日からなる点で被害者に有利なことから原告代理人は不法行為構成だけ、あるいは不法行為構成と債務不履行構成を並べて主張することが多い。不法行為による損害賠償請求権が時効によって消滅している場合以外は、債務不履行構成だけで訴状を書くことはないといってもよい。しかし、この遅延損害金の起算点の相違は法律上根拠があるものではない。本来は債務不履行であれ、不法行為であれ、損害賠償請求権は期限の定めがない債務であるから、履行の請求を受けたときから遅滞責任が発生

17) 法協81巻5号（1965）566頁

18) ほかに水準を守った医療を行ったことについての証明責任を医師に負わせる見解として、前田達明「判批」別冊ジュリ50号（医事百選）（1976）100頁。

19) 神戸地龍野支判昭和42年1月1月25日判時481号119頁は「債務不履行の場合の過失の立証責任は被告側にあると解すべきであるから死因が薬物注射によるショック死であつても医師においてそれが不可抗力に基く等自己に過失がなかつたことを立証し得ない限りその責任を負うものと云わねばならない」と判示する。ほかに同様の立場からの裁判例として旭川地判昭和45年12月25日判時623号52頁、大阪地判昭和46年4月19日判タ266号242頁、福島地若松支判昭和46年7月7日判時636号34頁等。

20) 中野貞一郎「診療債務の不完全履行と証明責任」唄孝一・有泉亨編『現代損害賠償法講座4』（日本評論社、1974）71頁（『過失の推認』（弘文堂、1978）67頁以下所収）、江田五月「第一編医療過誤 第二章医療過誤に基づく責任 3 過失 二過失の類型」鈴木潔編『医療過誤・国家賠償（実務法律大系第5巻）』（青林書院新社、1973）109頁以下

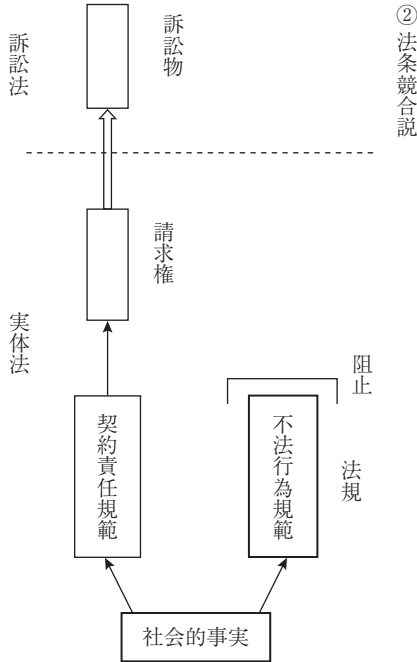
する(民法412条3項)はずであり、判例が不法行為について起算点を早めているのは被害者救済のためであり、理論的に確たる根拠のあるものではない。本稿では深くは立ち入らないが、この判例の扱い自体に疑問がある²¹⁾。

法条競合説についても比喩的に説明すれば、債権者=原告は一見、不法行為構成と契約構成の二本の刀を持っているように見えるが、不法行為の刀は実は竹光にすぎず、契約の刀しか使えないということになる。

法条競合説を前田は以下のように図示する²²⁾。

21) 不法行為と債務不履行で遅延損害金の起算点に差をもうけない見解として以下のようなものがある。請求の時から遅延損害金を認める見解として谷口知平「損害賠償額の算定」『総合判例研究叢書民法(4)』(有斐閣, 1957) 40-41頁, 新美文『安全配慮義務』の存在意義」ジュリ823号(1984) 103頁, 口頭弁論終結の翌日から認める見解として藤原弘道「損害賠償債務とその遅延損害金の発生時期」(上)判タ627号2頁・(下)629号2頁(1987), 訴状送達時を起算点とする見解として平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』(弘文堂, 1992) 165-166頁, 故意の場合は直ちに, 過失の場合は請求時に遅滞に陥るとする見解として奥田昌道「請求権競合問題について」法教159号(1993) 24頁。ドイツでは, 原則として不法行為による損害賠償義務も債務不履行による損害賠償義務と同様, 請求の時から遅滞に陥るとされているとのことであり(半田206-207頁), オーストラリアでも不法行為構成か契約構成かによる起算日の差はない(Harold Luntz, *Assessment of Damages for Personal Injury and Death*, 4th ed, Butterworths, Sydney, (2002) p. 603)。

22) 前田・前掲注11) 204頁



3 請求権二重構造説・属性規範統合説・規範統合説

その後、民事訴訟法学説において、実体法上の請求権は、そのまま訴訟物になるわけではなく、請求を基礎づける法的観点になるにすぎないとする三ヶ月章による新訴訟物理論²³⁾が展開したことを受けて、民法学説にお

23) 三ヶ月章「法条競合論の訴訟法的評価——新訴訟物理論の立場よりの一考察——」川島武宜編『損害賠償責任の研究（中）』（有斐閣，1957）715頁等

いても観念的には複数の請求権が競合するが、実在としては一個の請求権だけが存在し、訴訟物としての損害賠償請求権は一つであるとする請求権二重構造説が登場した²⁴⁾。ただ、そこで観念される「実質的請求権」の要件・効果が不法行為規範と契約責任規範のいずれによって定まるのかは明らかでなく、また新訴訟物理論を前提としている点からも実務が採用するには障壁があった。

次いで、実体法秩序が一回の給付しか認めない場合、基礎をなす法規が複数存在しても、単一の実体法上の「統一的請求権」しか成立せず、その属性は競合する法規間に順位関係があれば上位の法規によって決定され、順位関係がなければそれぞれの法規の意味や目的に照らして、原則として債権者に有利に決定されるという属性規範統合説が提唱された²⁵⁾。属性規範統合説は、規範の間に適用順序があることを肯定する点は賛同できるのだが、債権者に有利に属性を決定することを原則とすると、法が債権者と債務者の合理的な利益調整を図るために債務者の負担軽減を図ろうとしている場面で法の趣旨を没却することになる点は賛成できない。

さらに、既存の請求権規範のわくにとらわれず、それらの規範を統合し、法的効果（請求権の発生）の面だけではなく、構成要件まで統合すべきとする全規範統合説²⁶⁾も主張された。しかし、解釈によって統一的構成要件を作ることは現実には困難であり、それはもはや立法の仕事といわざるを得ない²⁷⁾。立法がないまま個々の裁判官が独自の要件を立てて適用すれば法的安定性を欠くことになるし、弁護士としては事件を担当することになる裁判官が果たしてどのような要件事実を求めているのかが提訴時に分からないわけであるから、訴状の書きようがない。全規範統合説を実務上採用することは不可能であろう。

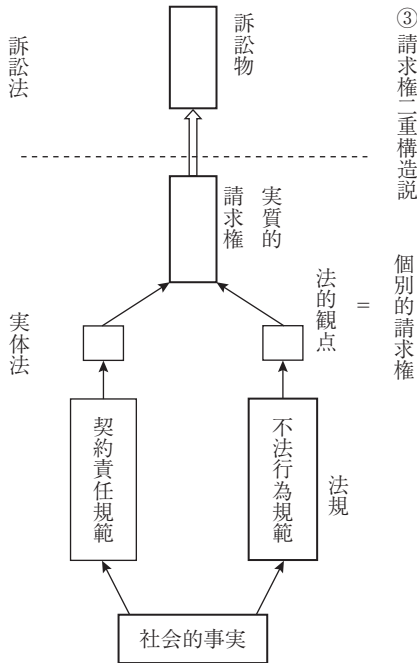
24) 奥田昌道「請求権と訴訟物」判タ213号（1968）4頁、214号（1968）2頁

25) 上村明広「給付訴訟の訴訟物」岡山大学法経学会雑誌18巻2号（1968）325頁、同「請求権と訴訟物」民訴17号（1971）189頁

26) 四宮和夫『請求権競合論』（一粒社、1978）

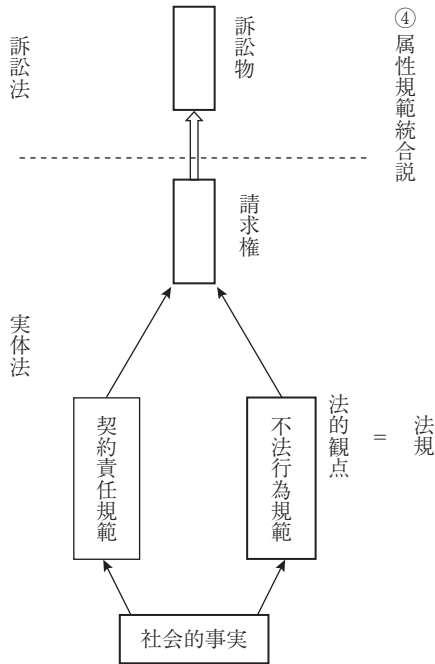
27) 前田・前掲注11）205頁

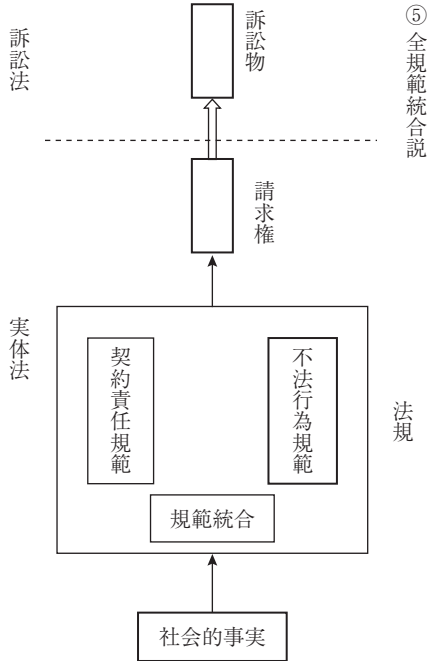
前田は、請求権二重構造説、属性規範統合説、全規範統合説を以下のよ
うに図示する²⁸⁾。前述のとおり、前田自身は、請求権二重構造説に近い
が、最終的に判決をするときには債務不履行か不法行為かいずれかによる
べきであり、それによってそれぞれの請求権の属性は固定すると述べ
る²⁹⁾。



28) 前田・前掲注11) 204, 205頁

29) 前田・前掲注11) 205頁。奥田昌道「請求権競合問題について——債務不履行責任（契約責任）と不法行為責任との関係を中心に——」法教159号（1993）25頁もこの考え方がいちばん妥当としている。





4 その後の展開

規範統合説が行き詰まった後、損害賠償請求権の法的性質は個々の場面に依じて解釈すれば足り、一律に決定する必要はなく、証明責任の点でもほとんど差がないと解するのであれば、議論する実益はあまりないとして、性質決定不要説が唱えられ³⁰⁾、請求権競合論についての議論は棚上げにされているに近い状況にある。

なお、平野裕之は、競合論と不完全履行論を関連づけて、契約で定められた給付義務が債権者にもたらす利益が契約利益であり、その侵害（本来の債務不履行）に対して発生するのが契約責任で、契約に関連して発生するそれ以外の利益は完全性利益であり、その侵害（保護義務違反）に対し

30) 鈴木緑弥『債権法講義4訂版』（創文社、2001）311頁

て発生するのが不法行為責任であり、両者は重ならないと論じたことがある(峻別説)。この考え方によれば「不完全履行」という類型の債務不履行は否定され、完全性利益の侵害は不法行為責任を発生させるので、請求権が競合することはないことになる³¹⁾。しかし、不完全履行という債務不履行態様を完全に否定して、債務不履行を履行遅滞と履行不能だけに純化することは特に医療過誤のような場面を考えると難しい。診療債務のような手段債務については、一応の履行はなされたがそれが最善とはいえないものであったという場面は現実には生じうるし、それを履行遅滞や履行不能として説明することはかなり無理をすることになる。例えば、適時に適切な医療を提供するべきだったのに、それをしなかったことはいわば定期行為の履行遅滞あるいは履行不能(民法542条)といえなくはないが、やはり技巧的な説明であるとの違和感は否めない。

平野裕之はその後、契約責任と不法行為責任の2つの責任の成立とその選択を認めつつ、必ずその事例に適用されるべき規範については、いずれの責任が選択されても必ず適用するという修正請求権競合説(作用的請求権競合説)を採用している³²⁾。しかし、この説も運送契約や寄託契約の高価品に関する特則(商法578条、595条)は、不法行為構成が選択された場合でも適用されるという場面では説明がしやすいが、過失・帰責事由の証明責任の分配のように契約責任と不法行為責任の法理が正面からぶつかる場面については説明できない。結果債務である運送債務を例に考えてみると、目的物を毀損したことについて運送人に過失・帰責事由があったこと

31) 平野裕之「契約責任の本質と限界」法律論叢58巻4・5合併号(1986)575頁。同「完全性利益の侵害と契約責任論——請求権競合論及び不完全履行論をめぐって——」同60巻1号(1987)43頁。同「契約責任と不法行為責任の競合論について——保管型契約に関する商事特別規定をめぐって——」同68巻3・4・5合併号(1996)295頁

32) 平野裕之『民法総合6不法行為法第3版』(信山社、2013)529頁。ほかに修正請求権競合説をとるものとして半田吉信「責任競合論——請求権競合説への回帰」『契約責任の現代的諸相(上)』(東京布井出版、1996)242-243頁。判例としては大判昭和4年3月30日民集8巻349頁。

の証明責任について、不法行為構成であれば荷主が証明しなければならないが、契約構成であれば運送人がその不存在を証明しなければならない。どちらの構成を取るかで証明責任の所在が全く反対になるのに、それが当事者の自由選択に委ねられるというのは不合理であろう。また、2つの責任の間の相互作用を認めれば結局は同一内容の請求権が2個存在することになり、無意味であるとの批判もある³³⁾。

さらに大久保邦彦は医療過誤のような生命・身体・健康については私的自治の範囲外の問題で、契約法によるリスク配分にはなじまず、不法行為責任しか発生しないとする³⁴⁾。しかし、医療過誤が生命・身体・健康に関わるからという理由で私的自治の範囲外とする説明はやや根拠に欠けるように思われる。ほかにも医薬品販売、介護福祉、食品提供、建築、旅客運送等の契約による債務も生命・身体・健康に関する場合があり、医療だけを特別視して、契約法理の対象外とするのは説得力に欠ける。

藤岡康宏は、医療過誤について当事者の私的自治に委ねられてよい部分は契約責任としつつ、そうでない部分は不法行為責任とする請求権の「協働」という考え方を示す³⁵⁾。しかし、医療のうち私的自治に委ねられてよい部分とそうでない部分という区別がそもそも困難であるし、仮に区別できるとしても一個の人身損害の一部について契約責任として、残りについて不法行為責任として請求するということは実務的には非現実的である。

このように幾つか新たな展開はあるものの、全体としては請求権競合問題をめぐる議論の現状は「いぜんカオスの中にある」³⁶⁾とか、「いずれの説

33) 大久保・前掲注 2) 200頁

34) 大久保・前掲注 2) 219頁。財産権侵害の場面では競合が生じ、その場合は契約責任の領域では不法行為責任は成立しないとして法条競合説をとる。

35) 藤岡康宏「契約と不法行為の協働：民事責任の基礎に関する覚書——医療過誤における一つのアプローチ——」北法38巻5・6合併号（下）（1985）1460頁。ただし、医療過誤が人身損害であるという特殊性を強調し、不法行為として解決されるべきであるという考え方を基本に据えるとしている。

36) 加藤雅信「請求権競合論」『民法学説百年史』（三省堂、1999）353頁

も学界の広汎な支持を得たという程度には至っておらず、学説は混沌としている」³⁷⁾と評されるとおり、膠着状況にある³⁸⁾。

また、三ヶ月以降、民事訴訟法学者からの新しいアプローチは見当たらず³⁹⁾、裁判実務も1980年代以降は請求権競合説+旧訴訟物理論+選択的併合という組み合わせでこの問題を処理することで揺るぎないようにみえる⁴⁰⁾。

しかし、請求権競合全般の問題はおいておくとして医療過誤の問題だけに絞って考えても、本当に契約法理で処理しても不法行為法理で処理してもいずれでもかまわないものだろうか。そしていずれで処理しても帰結は変わらないのだろうか。医療過誤に適用されるべき法理が何であるかに遡って検討したい。

三 医療過誤に対する契約法の優先適用

既述のとおり医療過誤については不法行為責任と契約責任のいずれも追及できるというのが通説・判例である。しかし診療契約に基づく医療行為の不完全な履行から損害が発生した場合には契約責任が発生するのは当然としても、不法行為責任も当然に追及できるということになるのだろうか。

37) 平井宜雄『債権各論I上契約総論』(弘文堂, 2008) 15頁

38) 本文での説明は省略したが、契約法が不法行為法を排除する場面と両責任が競合する場面との双方を認める折衷説もある。例えば石田穰は、債務不履行法が不法行為法を排斥することが明らかな場合は、債務不履行責任だけが発生し(この場合は法条競合説)、そうとはいえない場合は同一内容の2つの請求権が発生する(この場合は修正請求権競合説)とする(高木多喜男ほか『民法講義6不法行為等』(有斐閣, 1977) 150-151頁)。ほかに平野充好「高価品に関する運送人免責規定とその適用排除」山口経済学雑誌43巻6号(1995) 645頁。

39) 山本克己による請求権二重構造説の肯定的評価が目につく程度である(同「メタ・ルールによる規範調整と規範統合方式」ジュリ1096号(1996) 92頁)。

40) 井筒宏成「医療過誤民事争訟の最近の動向と問題点」ひろば37巻2号(1984) 4頁。

医師が診療に当たって「ち密で真しかつ誠実な医療を尽くすべき注意義務」を患者に対して負うことを否定した最判平成4年6月8日⁴¹⁾を評して、潮見佳男は「一部論者（手嶋豊等）を除いた医事法学における基礎理論に関する従前の議論の不毛が、契約法理から遊離したかかる最高裁判決の理論構成を生んだとも言えるのではなからうか」、「注意義務論と契約解積論との接合を意識した医療過誤理論を提示する作業へと向かうべ」きであると厳しい指摘をしている⁴²⁾。

そもそも、医師患者関係を継続的契約関係としてとらえることを出発点とすべきであるということは日本における医事法学のパイオニアである唄孝一がとくに主張していたことであるが⁴³⁾、私も医療過誤法は医療契約を中心に構築するべきであると考えている。それは、本来、治癒という目的に向けた合意内容を実現するパートナーであった医師と患者の間を、ひとたび事故が発生したら加害者と被害者に分断して不法行為の枠組みで解決を図るのは不適切だと考えるからである。理念的に言えば契約法は共生的法観に基づくのに対し、不法行為法は対立的法観に基づく。契約法は、同じ目的に向かって合意し、合意内容を実現する関係（意思共同体）を形成した当事者に対して、その実現に助力する。そして、合意内容が実現できなかった場合も契約法の枠組みによる解決がまず図られるべきである。

このような私見は、「患者の権利保護」だけではなく、「医療契約保護」を図る立場ということもできる。医療契約が医療者と患者の合意である以上、医療契約を保護することが結果的に患者と医療者双方の保護につながる。患者の権利の保障が制度面でも判例法理によっても一定程度進んできた現在、「患者＝弱者＝被害者」との図式を描いて、患者保護だけを唱えていればよい時代ではなくなってきている。実際、医師は不法行為訴訟

41) 判時1450号70頁，判タ812号177頁

42) 潮見佳男『契約責任の体系』（有斐閣，2000）209-210頁

43) 唄孝一「現代医療における事故と過誤訴訟」同・有泉亭編『現代損害賠償法講座4』（日本評論社，1974）9-10頁

で、「加害者」として「被告」にされることに対して強い違和感、恐怖感、反発を覚えている。医師が患者をいつ訴えてくるか分からない潜在的な「敵」とみなして防衛的な医療に傾くことは、双方にとって不幸であるし、過剰医療を招くという点では患者にとっても社会全体にとってもマイナスである。

来るべき改正民法が目指している契約法の領分の拡張は、「社会の契約化」を推進することをねらいとする。「契約社会」は、人々が契約というツールを使って、自分たちの関係を規律しようとする社会であり、われわれ自身が、契約を用いて社会の仕組みをより良いものに変えていく社会である。契約社会では、契約は財産の交換のツールというだけではなく、人と人を結合する基本ツールとなる⁴⁴⁾。

この考え方を医療契約へ当てはめると、以下のように考えられる。「医療契約」は、患者と医療者を結合し、その関係を規律するツールであり、医療契約を用いて、両者の関係をより良いものに変えていくことができる。医療者の間には、契約観念を医療の世界に持ち込むことを、医療裁判と並んで法の医療介入ととらえて拒絶する反応もなくはない。しかし、医療契約は医療者と患者双方の権利と責任を明確にし、より良い医療を実現することに資するためのツールである⁴⁵⁾。医療契約を医師患者関係のベースととらえることは、医師の民事責任判断のルールを透明化し、医療と法の断絶、医師と患者の断絶を埋め、相互の理解と協力を深めるのに有益な思考モデルである。

以上のように考えると、医療の適切性を巡って医療者と患者の間に紛争が生じた場合、その関係が契約に基づくのであれば契約法による解決が不

44) 大村敦志『民法改正を考える』(岩波書店, 2011) 第4章 (160-179頁)

45) アメリカでも医療過誤を不法行為ではなく、契約法の枠組みで構成しようとする傾向があることについて、藤岡・前掲注35) 1437頁、手嶋豊「アメリカにおける『診療契約論』について」神戸法学雑誌59巻4号 (2010) 324頁、Katharine Van Tassel, *Hospital Peer Review Standards and Due Process: Moving from Tort Doctrine Toward Contract Principles Based on Clinical Practice Guidelines*, 36 Seton Hall L. Rev. 1179 (2006)。

法行為法に優先して図られるべきである⁴⁶⁾。すなわち、医療過誤に関しては契約責任が不法行為責任よりも優先して適用されると考えるべきである。

そして、紛争が訴訟に発展したからといって、実体法における順位付けが突如なくなるわけではない。実体権が先にあり、訴訟は実体法を基準に実体権の存否を判断するものと理解すれば当然である。実体法上の適用ルールの順位付けは訴訟の場面でも反映されるべきであるから、訴訟上の請求も、まず契約責任、その次に不法行為責任という実体法上のルールの適用順序に従って順位付けがなされなければならない⁴⁷⁾。

四 順位付き請求権競合説（私見）

1 契約法と不法行為法の関係

上記のとおり、私は、契約法は不法行為法に対して特別法の関係にあると考えており、その点では法条競合説と理解をとにもする。ただし、当事者間の力が不均衡な場合に、単純に契約法を優先すると優位の当事者に有利な契約内容が定められてしまう実質的不都合が生じるため、それを修正する必要がある。企業活動の発展期に法条競合説が支持を失ったのは、契約責任しか認めないと弱者である消費者に不公平な契約が締結され、保護

46) 植木哲が『人の一生と医療紛争』（青林書院、2010）37頁において「医療責任の本質を債務不履行責任の法理に基づき、契約の思想を医療の現場に導入することには十分な意義がある」と述べるのも私見と方向性は同じであろう。

47) 付随的な問題について簡単に言及すると、債権譲渡については、別個の請求権なので、別々に譲渡することも可能だが、不法行為に基づく損害賠償請求権が先に行使された場合、債務者は、債務不履行に基づく損害賠償請求権を先に行使しよう抗弁を提出できると考える。よって、不法行為に基づく請求権だけを譲り受けても無意味なので、債務不履行に基づく請求権と一括して譲渡するか、債務不履行に基づく請求権を譲渡するのだけ意味がないことになる。また、免除も同様に債務不履行に基づく請求権が免除された場合のみ不法行為に基づく請求権は請求できる。ただし、通常は免除するのであれば両方まとめて免除するであろう。

に欠けるおそれがあることから、被害者救済のために不法行為構成の選択の余地を認めるべきという価値判断があったからかもしれない。

しかし、その後、公序良俗、信義則、権利濫用等の一般条項を活用して契約構成による不平等を是正する法理が相当に発展し、さらに借地借家法、利息制限法、消費者契約法、労働契約法、自動車損害賠償保障法、製造物責任法など弱者・被害者保護のための特別法が整備され、契約構成優先による実質的不都合は民法外でも解消されてきており⁴⁸⁾、法条競合説が否定されたときは時代的背景が大きく異なる。となると、契約法を優先適用すると考えるのが民法の体系に沿うし、「社会の契約化」という時代の方向性にも即しており、「契約法>不法行為法」という位置づけを出発点にすべきである。

2 発生する請求権の数

とはいえ、法条競合説に立ち戻ることには賛成できない。なぜなら、医療過誤が不法行為の要件も満たすのに不法行為に基づく損害賠償請求権という効果が実体法上発生しないことについて、論理的に説明することが困難だからである。民法の条文上認められるはずの不法行為による損害賠償請求権が発生しないという解釈は、裁判所との関係では法に基づく裁判を定める憲法76条3項に、原告との関係では裁判を受ける権利を定める憲法32条に抵触する。請求権は実体法の契約責任規範と不法行為規範それぞれに対応して2つ発生すると考えるほかない。

したがって、複数の規範から請求権が1つしか発生しないと考える請求権二重構造説、属性規範統合説、全規範統合説にも賛成できない。そもそも適用されるべき条文が複数あるのに請求権が1つしか発生しないと考えるのであれば、その権利の性質決定をいつ、誰が、どのような基準でする

48) 医療契約についても、契約上の格差は本来立法(特別法としての医療契約法を制定する又は民法中に「医療契約」の章を設ける)で解消すべきだが、それまでは民法及び消費者契約法などの解釈で解決を図らなければならない。

のか不明である。最初の訴訟では請求権の存在だけが認められ、性質決定が必要となったらそのための再訴をせよ、というのは当事者としては耐えがたい負担であり、現実的ではない。そもそも権利の性質が定まらなければ、証明責任の分配も決まらないし、時効や相殺の抗弁が提出できるのかも不明で、訴訟の審理がそもそもできなくなってしまうので、実務上採用しがたい。

3 批判に対する反論

なお、請求権を2つ認めるという立場に対しては、2つの方向からの批判がありうる。

まず、一方では2つの異なる義務を認めるならば当事者はどのように行動したらよいか分からなくなるという批判がある⁴⁹⁾。しかし、2つの異なる義務が並列的に発生するのではなく、契約上の義務>不法行為法上の義務と順位付けされていると考えれば、当事者はまず契約上の義務を果たすことを考えればよいのであり、混乱が生じることはない。1つの社会的事実から2つの請求権が発生するとしても、両者が何の順位付けも伴わずに並列的に存在すると思えなければならないわけではない。法が社会規範である以上、ある規範を優先させることが当該社会の要請に合っているのであればその規範から発生する請求権が他の請求権に対して優先するという関係を認めてよいし、むしろその方が合目的である。発生する複数の請求権の間に優先関係を認めない自由な請求権競合説は法の社会規範性を看過するものといわざるを得ない。

そもそも診療契約を締結している以上、契約当事者の一次的な義務はその契約の履行になるのは当然である。契約責任ではカバーできない損害が生じた場合だけ、一般法たる不法行為法による救済を考えれば足りるのである。契約法では救済できず、不法行為法でしか保護されない場面はそれ

49) 大久保前掲注 2) 218頁

ほど多くはないと思われるが、医療契約に基づく医療行為とは直接関わりのない病院の施設の瑕疵による事故や看護師による虐待や窃盗などによる損害がこれに当たると考えられる。これらの場合、契約責任ではなく民法717条や715条による責任を追及することになろう⁵⁰⁾。

請求権を2つ認める立場に対する他方の批判は、同一の義務を2つ認めることになるならば無意味であるというものである⁵¹⁾。たしかに修正請求権競合説のように2つの義務が発生するとしつつ、義務の内容や発生要件を同一と考えるのであれば結局は1つの義務を認めるのと同じことになる。しかし、医療過誤の場面で考えれば、契約責任では医療契約の存在・内容を請求権者が主張立証する必要があるし、医療機関の使用者責任(民法715条)を追及するのであれば医師や看護師との雇用関係の主張立証が必要になり、逆に被告が監督責任を果たしていたことが免責事由になるというように2つの義務の発生要件や免責要件は異なるから、義務内容は同じではない。また、私は契約責任と不法行為責任では過失の証明責任の所在が異なる考えるので⁵²⁾、その点でも2つの義務の間で要件事実が異なることになる。

4 2つの請求権の併合態様

さらに、債務不履行による損害賠償請求権と不法行為による損害賠償請求権を判例・通説のような選択的併合ととらえることについては、前述のとおり理論的にも、実質的にも問題がある。両者の関係は適用に順序の付けられた併合関係になると考えるべきである。

この順位付き併合は、予備的併合とは異なる。予備的併合は、契約が有効であれば契約の履行を主位的に求め、無効であれば原状回復を予備的に

50) 医療者による個人情報不正利用や医療記録の改ざんも不法行為になることは間違いないが、契約上の保護義務・付随義務の違反との構成も可能かもしれない。

51) 大久保・前掲注2)218頁

52) 中野説(前掲注20))ではなく、加藤説(前掲注14))のように考える。

求めるというように2つの請求が実体法上両立しない場合（排斥関係）の併合態様であるが、契約責任と不法行為責任は行使に順位付けがあるだけで実体法上はいずれも成立するからである⁵³⁾。なお、大久保はドイツの議論を参考に請求権競合の場合にも予備的併合を認めることを提唱し⁵⁴⁾、その要件として「再訴の可能性が低い」ことをあげる⁵⁵⁾。しかし、日本の予備的併合概念は実体法上排斥関係にある請求権の間の併合関係であるという定義が定着しており、ここに排斥関係にない請求権競合の事例を含めることは概念の混乱を招く。無理に予備的併合の概念を広げるのではなく、排斥関係にはない請求権の間で順位付けのある併合をする別な併合態様を観念する方が簡明であろう⁵⁶⁾。

再び、比喩的に説明すれば、私見は、原告が二本の刀（いずれも竹光ではない）を持っていることは認めるが（実体法上請求権は同時に二つ発生するから。この点が法条競合説や予備的併合とは異なる）、使う順序が決まっいて、まず契約の刀を使ってそれが折れたら不法行為の刀を使うという順位付けをする。これなら二本の刀が使えるので、法条競合説に対する憲法違反の

53) 民法学者の多くは、両請求権を順位付けして主張させることを予備的併合と呼んでいるが、民事訴訟法学の用語法によれば予備的併合は本文のような意味で用いられる。奥田・前掲注29)19頁、浜田・前掲注14)220頁が予備的併合と呼んでいるものは、本稿で順位付き併合と呼ぶ態様を指していると考えられる。

54) 大久保邦彦「新実体法説に関する一考察」神戸学院24巻1号（1994）52-53頁

55) 大久保邦彦「請求の客観的予備的併合の適法要件」神戸学院26巻1号（1996）166頁

56) 履行請求権と履行に代わる損害賠償（填補賠償）請求権の関係も、後者は前者が形を変えたものであり、両立しないから（転形論）、両請求は訴訟上予備的併合の関係になると考えられてきた。しかし、改正民法は415条2項2号において「債務者がその債務の履行を拒絶する意思を明確に表示したとき」、3号において「債務の不履行による契約の解除権が発生したとき」に填補賠償請求権は発生すると定めており、これらの場合には履行請求権が填補賠償に転形したわけではなく、両請求権は両立する。このように改正民法においては転形論が排除され、請求権が併存する場合が認められることになったが、それらの訴訟上の併合関係については立法過程では議論されていない。両請求がいずれも認容されることはないので単純併合ではなく、排斥関係ではないので予備的併合ではなく、どちらが認められてもよいという関係でもないので選択的併合でもない。したがって、これも履行請求を第1順位とする順位付き併合ととらえるべきであろう。

疑問は回避できる。また、どちらの刀でも好きに使って、好きな方で切って、どちらで切れたか最後まで分からない(結局その訴訟の訴訟物が何であったのか最後まで分からない)という選択的併合の不合理性もない。

なお、二本の刀を一度の戦いの中で順番に使わせるか、先に契約の刀で戦って負けた後、不法行為の刀で二回戦をするということを認めるかは、どちらの考え方もあり得る。訴訟物理論について、旧理論をとるなら「請求権が異なる」＝「訴訟物が異なる」ので、契約の刀を使って負けてからもう一本の不法行為の刀を使うこともできるという考え方も可能である。しかし、これでは紛争の蒸し返しになるので、紛争の一時的解決を重視するなら二本の刀を一度の戦いで使わせる方がよい。すなわち、一度の訴訟で、契約構成を第1順位の請求とし、不法行為構成を第2順位の請求として同時に請求させるべきである⁵⁷⁾。旧訴訟物理論を前提にすると、請求権が2つなので訴訟物は2つとなり、両者の関係は順位付き併合となる。こう考えれば旧訴訟物理論に立ちつつ、紛争は一回で解決できる。この処理は、旧訴訟物理論＋請求権競合説＋選択的併合説に立ちつつ、一つの請求権で敗訴した後別の請求権で再訴することが実質的に同一の紛争の蒸し返しとなる場合には信義則に反するとして否定する判例⁵⁸⁾とも結論において一致する。

実際に、第1順位の契約責任による請求が棄却され、第2順位の不法行為責任による請求が認められるのは、契約の存在が立証できなかったような場合や、損害が契約違反ではなく不法行為によってのみ発生していたような場合である。

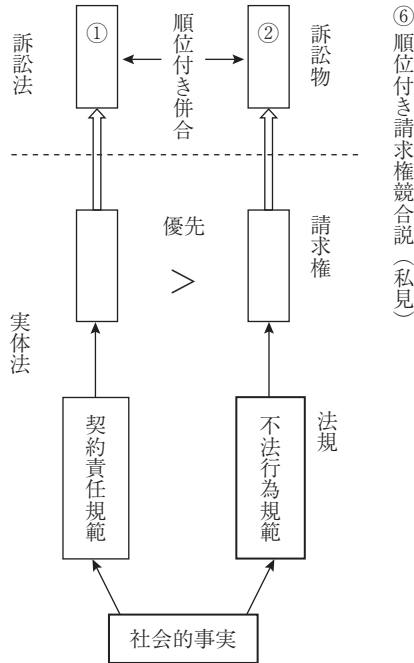
裁判所としては、原告が不法行為による損害賠償請求権を訴訟物としているが、事実関係に照らすと債務不履行による損害賠償請求権も成立するという場合には、その訴訟物を追加するよう釈明し、追加した請求(訴え

57) 請求異議訴訟における異議事由の同時主張の強制と同様の規律である(民事執行法35条3項、34条2項)。

58) 最判昭和51年9月30日民集30巻8号799頁

の追加的変更当たる。民事訴訟法143条1項）を第1順位とする旨の申立てをさせるべきである。それをしないまま、裁判所が債務不履行による損害賠償請求を認めれば処分権主義違反となる。もっとも原告が裁判所の釈明に応じず、最後まで不法行為による請求しかしなければそれについて判断をするしかない。実体法上不法行為による損害賠償請求権も発生しているのであれば認容判決がされることになろう。もっとも私見によれば不法行為請求では証明責任について原告が不利となるので、裁判所から釈明までされながらそのような不合理な選択をする原告は現実には少ないであろう。不法行為請求だけをして敗訴した後に、債務不履行責任を追及する再訴をすることは信義則に反して認められない。

順位付き請求権競合説を前田の図にならって図示すると以下ようになる。



五 おわりに

契約法理が不法行為法理に優先適用されると考える点では、私見は法条競合説と認識を共通にする。もともとローマ法以来の伝統的通説とされる素朴な請求権競合説に対して、契約法理の優位性を認める法条競合説が比較的短期間に支持を広げたのは、その方が現代の契約社会に適合した解釈であるという認識を多くの研究者・実務家が共有したからではないだろうか。判例が請求権競合説を維持したために法条競合説の支持者が減ったとはいえ、その考え方の方向性は正当であった。その方向性を生かしつつ、判例の採る請求権競合説と旧訴訟物理論と接合可能で、かつ、選択的併合概念を用いることによる不合理性を回避する順位付き併合という新しい併合態様を認める「順位付き請求権競合」という考え方を採用すれば、理論上も実際上も妥当な結果を得られると考える。

* 本論文は、科学研究費基盤研究(B)研究課題番号25285005、同(C)同15K03256の研究成果の一部である。