

# 診療過誤と組織責任の法理

——米国の法状況を参考にして

- I. はじめに
- II. 日本法の現状—裁判例の分析
- III. 米国における病院責任と制度的枠組
- IV. 組織責任の法理
- V. 検討
- VI. 結びにかえて

峯  
川  
浩  
子

## I. はじめに

今日、医学や医療は大きな進歩をとげ、医療技術や医療機器は高度化し、医療の専門分化が進んでいる。このため、診療所で提供できる医療には限界があり、専門的高度医療の中心は、診療所から病院へ移行している。そこにおける医療は医師のみならず、看護師や薬剤師、検査技師といった複数の医療従事者が共同で治療にあたる組織医療（チーム医療）が通常となつている。つまり「今日の医療は、個々の医師のみによつて提供されるのではなく、様々な職種からなる『人』、医薬品・医療用具をはじめとする『物』、医療機関という『組織』といった各要素と、組織を運用する『ソフト』等を含めたシステムによつて提供されており、このいずれが不適切であつても医療サービスは適切に提供されない。例えば、多種多様なチームによつて医療を提供する際、チーム内のルールが不十分であつたり、十分な意思疎通がないために医療事故に発展している事案も少なくない<sup>(1)</sup>。そこで病院を運営する病院組織には、水準に適った医療を提供するために、施設内の物的・人的組織体制を整備し、医療提供にあつたてのチーム内のルールを整備することが求められる。

このような医療の変化を背景にして、医療過誤訴訟においても、「個人の医師対患者」の関係を、「病院組織対患者」との関係に捉え直したうえで、責任の在り方、因果関係の認定の仕方を考える必要がある。けれども、これまでのところ、その課題の検討はごく少数の研究者や実務家にとどまつており、「病院組織と患者」の關係に焦点をあてた分析、法理論の検討がなされてきたとは言い難い。かつて、民法学の観点から医事法を研究された唄孝一教授は、一九七四年当時の課題として「現代医療における病院責任とその法的構成」を挙げられたが、これまでほとんど議論

なされていないことからしても、かのようにいうことができよう。

本稿では、上記のような問題意識に基づき、「医療施設（病院）の組織責任」をテーマとして取りあげる。病院の組織責任（自己責任）が認められる場面としては、病院の物的設備や人的管理体制に不備があつて損害が発生した場合と、診療行為あるいはそれに関連して発生した事故の二つに大別されるが、本稿では特に後者の場面について検討を加えることとしたい。

病院自体の責任を問う根拠としては、工作物や営造物の設置管理に対する責任を別とすれば、民法七一五条に基づく不法行為責任、四一五条による契約責任といった構成が考えられるが、公害事件・薬害事件についての議論が盛んであつた一九七〇年代から一九八〇年代にかけて、医師等個人の過失を媒介とせずに組織体自身の責任を直接追及する七〇九条構成によつてその責任を追求することが提言されるに至り、これが学説の支持を最も得ている<sup>(4)</sup>。本構成の特徴は、七一五条構成が組織体を構成し、かつ被用者とされる個人の行為を問題にするのに対し、組織体を実質的に把握したうえで、法人自体の故意・過失を認定する点にある。その時点での学説の見解は、人的・物的管理体制については勿論のこと、医師に委ねられる診療行為についても、有機的組織体として医療施設の機能が發揮されるべき場合には、七〇九条の下で組織体自体の過失を認めるべきであるということであつた<sup>(5)</sup>。しかし、個人が企業の指示に従う組織体とは異なり、診療行為等においては病院等医療施設が指示するというよりも、むしろ医師の個人的裁量や技術に委ねられる部分が多いことから、病院の自己責任に関する裁判例の集積を待つ必要があるとして、結局のところ問題提起のままに終わった。

医療施設の組織責任をめぐる議論は、それ以降今日にまでほとんどなされておらず、裁判例をみても、診療行為に

関連した事故につき、組織体として医療施設自体が負う注意義務の内容を抽出できるほどに七〇九条構成の下での判例は蓄積されていない<sup>⑥</sup>。但し近時では、医療事故の場合は、契約関係にない当事者間で偶発的に生じた事故や災害などとは異なり、事故前から医療契約という法律関係を有していたのであるから、医療施設の組織責任を追求するにあたっては、不法行為構成よりも、むしろ四一五条に基づく債務不履行構成で問うべきであるという見解がある<sup>⑦</sup>。

債務不履行構成の場合は、医師等個人の責任を媒介とした契約違反を追及するか、そうでなければ、組織編成上の義務に違反したとして、病院側の責任を直接追及することになる。判例・通説は、病院の組織体を契約当事者たる病院開設者と解していることから、七〇九条に基づく不法行為構成よりも四一五条に基づく債務不履行構成のほうがむしろ自然であるといえるかもしれない。

病院の組織責任を考えるにあたっては、医師の裁量の問題が大きくかわってくるほか、不法行為規範と契約規範が交錯することから複雑な様相を呈する。組織責任という概念の定立を認め、かかる責任の根拠を契約違反に求めようとする場合には、その責任の根拠は、安全配慮義務とその違反に求めることになろう。

安全配慮義務とは、「ある法律関係に基づいて特別な社会的接触関係に入った当事者間において、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方に対して信義則上負う義務」であり、昭和五〇年二月二五日判決民集二九卷二号一四三頁の最高裁判決が、この表現を用いて以降、医療過誤訴訟においても、施設の人的・物的瑕疵を追及する手法としてしばしば用いられている。下級審判決では、精神科領域における自傷・他害事故<sup>⑧</sup>、遊戯中の乳幼児の窒息事故<sup>⑨</sup>、転倒や転落の事故等<sup>⑩</sup>において、安全配慮義務違反に基づく使用者（組織体）の責任を認める例がある。

組織責任における安全配慮義務違反という構成の場合は、使用者が負う義務は独立的注意義務（善管注意義務）で

あつて、被用者個人の具体的な注意義務とは異なることになるから、当違反に基づいて医療施設に損害賠償を請求する場合には、七〇九条構成の場合と同様、事故を起こした末端の被用者の故意・過失をたとえ立証できなくとも、ある危険な事象に対し、予見可能性・結果回避可能性があれば医療施設（組織体）の責任を追及することが可能である（どの範囲の被用者にその義務が委託されていたかによるが）。<sup>11</sup>但し、診療契約に基づいてなされる診療（医療行為）は付随義務ではなく、本来的給付義務であると学説は解しており、<sup>11</sup>また、医師には「診療独立原則」が認められ裁量権がある故に、個々の医師の裁量に委ねられている医療行為につき、どの範囲で病院開設者の安全配慮義務を問うことができるかは、七〇九条構成の場合と同様検討を要する。

ところで、医療施設の組織責任という問題を考えるにあたっては、アメリカ法における「組織責任の法理（doctrine of corporate liability）」が参考になると思われる。本法理については、これまでほとんど紹介がないが、病院が患者の安全、医療の質の確保を怠った場合には組織体が直接責任を負うという法理であり、本法理の発展により、合衆国では物的・人的体制の不備のみならず、医療行為から生じた事故についても病院の自己責任を認めるに至っている。本法理は概念的には日本の安全配慮義務に相当するものである。しかし不法行為規範であり、通常、不法行為構成によつて責任追及されるといった特徴がある。

本稿がアメリカ法の「組織責任の法理」に着目する理由は次の二点である。第一に、合衆国においても、患者に対する診療については医師個人の裁量や技術に委ねられるのであり、診療における病院の組織責任を問うにあたって、どのような場合に、どの範囲で、何を基準として組織体が直接責任を負うべきかについての視点を得られると思われる点。そして第二に、従来から学説が指摘しているように、<sup>12</sup>使用者が負う安全配慮義務ないし安全保護義務は、生

命・身体・財産的利益等の完全性利益を侵害しないとする義務であつて、保護法益という点では、不法行為責任の場合とほぼ同じである。契約関係があるからといって、契約法理（安全配慮義務ないし安全保護義務）によつて組織体の責任を追及しなければならぬだけの実益があるのか。またこれとの関係で、債務不履行で構成した場合と不法行為で構成した場合とは、病院が患者に負う義務内容や保護範囲に違いが生じるものなのか等、今後の議論に参考になると思われるからである。こうしたことから、本稿はこのアメリカ法の「組織責任の法理」から示唆を得ることにより、日本における病院の組織責任について検討してみようと思う。

本稿の叙述の順序はつぎの通りである。まず、日本の医療過誤訴訟について紹介し、病院の自己責任の必要性を説く。そして、アメリカの組織責任論について検討を加える。そこから得た示唆をもとに、どのような場合に病院等医療施設が組織体としてその機能を発揮すべきものとして自己責任を負担すべきなのか、そしてどの法規範あるいはどのような法律構成によつてこれを具体化すべきなのか、考えてみたい。

## II. 日本法の現状―裁判例の分析

上述したように、一九七〇年代を中心にして展開された病院の組織責任に関する学説の議論は、その後格別の議論の展開もないまま経過したが、二〇〇〇年代に至り、大学病院等の高度に組織化された医療施設において、チーム内のルールが不十分であつたり、十分な意思疎通がないために医療事故に発展していると思われる裁判例が多々見受けられるようになった（組織医療における医療事故については、本稿末尾表参照）。

診療行為に関連して目立つ事故類型は、(1)薬剤の取り違え等による事故や手術・検査等による事故、(2)連携態勢の

不備により患者の病状の変化に適切に対応できずに生じた事故である。(1)は複数の職種が多数関与していることが少なくなく、医療従事者個人の責任が追及されることも少なくない。たとえば以下のような裁判例がある。

### 1、薬剤の取り違いや手術・検査等の事故

#### 【1】 17事件・東京地判平成二三年二月一〇日判タ一三四四号九〇頁

医師が投与量の処方間違い、薬物が三日間連続で常用量の五倍投与された結果、Aが死亡した。Aの相続人Xらは投与量を間違ったY2医師、調剤を行ったY3薬剤師、監査を行ったY4薬剤師、Y5薬剤師については共同不法行為に基づき、また開設者たるY1については使用者責任に基づき損害賠償を求めた。裁判所は、薬剤師は、用法・用量等を含む処方せんの内容について確認し、疑義がある場合は、処方医に照会する疑義照会義務を負っており、それに違反したとした。被告病院では医薬品の用量や医薬品の相互作用等のチェックを行う薬剤師のオーダーリングシステムが採用されており、薬剤師らはこれを信頼していた旨主張したが、裁判所は、病院の設定方法や周知体制に大きな問題があったとはいえ、設定者や被告病院の責任者等から明確な説明を受けているなど合理的な根拠に基づくものではなく、薬剤師らが病院のオーダーリングシステムを信頼していたことにつき、合理的な根拠がない以上責任は軽減されないとして、薬物の量を誤って処方した医師とこれを調剤・監査した薬剤師四名の共同不法行為責任および病院の使用者責任を認めた。

#### 【2】 15事件・東京地裁平成一六年一月三〇日判タ一一九四号二四三頁

B看護婦がAの点滴終了後に注入する薬液について注射器を取り違えて準備し、C看護婦がこの注射器に張り付けられたメモを確認しないまま患者の点滴液に誤って準備された注射器の薬液を注入したために患者が死亡した。Aの

相続人Xらは、B、Cの過失を主張すると共に、Y1が開設するY病院においては、薬剤容器への記入方法が統一されていなかったことや、注射器にメモ紙を貼り付ける慣習により、間違った薬剤を表示してしまう危険があったこと、また薬液の計量に外形上からは内容物の区別が付かない同形状の注射器を計量器として使用するなどの事故を生じかねない状況があった等の事実から(事故後態勢が変更されている)、Y1の組織態勢が本件事故発生の危険を高めたとして、不法行為もしくは債務不履行に基づき、組織編成上の過失を主張しY1を訴えた。

裁判所は、原告が主張するような一定の措置を講じることによって、本件医療事故のような医療事故が生じる可能性をできるだけ低くすることができるとしても患者の死亡という結果は、病院やY1の看護及び投薬のシステムに何かの問題があったからこそ生じたものではなく、専らB、Cの個人的注意義務の懈怠によって生じたものというべきものであるとして、両名の過失を認めしたが、病院の組織編成上の義務違反の主張については棄却した。

【3】 14事件・京都地判平成一八年一月一日裁判所ウェブサイト(平成一三年(ワ)第二八二〇号)

病状が最終期にあるAに対し継続して人工呼吸器が使用されており、加湿のために滅菌精製水が用いられていた。L看護師は、Aの使用する人工呼吸器の吸気の加湿に用いられている滅菌精製水を交換する際に誤ってエタノールタンクをAの病室に持ち込み、注射器で吸い上げて、チャンバーに注入してAに吸引させた。その後、K看護師がタンクの取り違えに気付くまでの約五三時間・七勤務帯の間に、LとKのほか看護師H、I、Jが、タンクの中身は滅菌精製水だと思いチャンバーにエタノールを補充していた(補充した分量は各人異なる)。Aは、薬剤の取り違えが判明した翌日死亡した。そこで、Aの相続人Xらは、エタノールを病室に持ち込んだLをはじめ、チャンバーにエタノールを補充した看護師五名の注意義務違反を主張し、加えて類似した容器の医薬品を区別のつきにくい状況で同一の保管

場所で保管し、またエタノールタンクに付属のノズルを精製水タンクにも流用する等取り違えの危険性をさらに高める状況を容認していた等主張して、病棟における医薬品の保管・管理・使用に責任を負っていた看護師長F、副看護師長Gの管理上の過失を主張して訴えた。

裁判所は、被告看護師各人には注意義務違反があるとし、看護師らのエタノールの誤注入とAの死亡との因果関係の立証が不十分であるとしても、看護師らそれぞれの勤務形態などからすれば、同各看護師間においてはいわゆる強い関連共同体が認められるため、被告看護師らの同各行為について共同不法行為（民法七一九条）が成立し、もし被告看護師らの同各行為について弱い関連共同体しかないと判断される場合であっても、同各行為とAの死との間の因果関係は法律上推定される、として看護師五名の共同不法行為責任を認めた。しかし、看護管理者の過失については、医薬品の確認義務は看護師として最も基本的な注意義務であったことからすると、本件事故は被告L看護師及び被告看護師らが少なくとも本件エタノールタンクのラベルを確認すれば、同事故が起きなかったことが明らかであり、薬品を識別するための措置やそれに対する注意喚起まですべき法的注意義務があったとまではいえないとした。

#### 【4】表18事件・京都地判平成一七年七月一二日判時一九〇七号一一二頁

尋麻疹の治療のためにY1が開設する病院の医師の診察を受けたX1は、准看護師が医師の指示を誤解して誤った薬剤を静脈注射をしたために、急性心肺停止による低酸素脳症を発症して不可逆的な後遺障害を負った。そこで、X1とその両親X2・X3が、注射を指示したY2医師の過失、注射を実施したY3准看護師の過失、およびY3准看護師から薬剤のことについて質問を受け回答したY4薬剤師の過失、およびY1は本件病院において投与される薬剤の効能・効果についての最新の情報や同病院に常備されている薬剤の種類について、医師・薬剤師・看護師等に周知

させる等組織的な事故防止策を怠っていた旨主張して、Y2とY3兩名に対しては共同不法行為に基づき、Y1に対しては債務不履行ないし不法行為に基づいて損害賠償を請求した。裁判所は、Y2とY3には過失があることは明らかであるとし、兩名の各不法行為の成立とY1の使用者責任を認めた。他方Y1の組織的な事故防止策の義務違反、および薬剤師の注意義務違反については、七一五条の責任が成立している以上検討する必要はないとして判断しなかつた。

【5】 表22事件・青森地判平成六年一月二〇日判時一五五二号一〇七頁

AはY病院で急性虫垂炎の手術を受けた。手術には執刀医、補助医、外回りの看護師、器械出しの看護師、Aの容態を観察する看護師の五名があつた。執刀に先立ってネオペルカミン剤の脊椎麻酔が注入されたが手術中にAは呼吸停止及び心停止を来し死亡した。裁判所は、腰椎麻酔においては心電図モニターの着用が保険診療の対象とならず、かつ臨床の場合においても一般的に使用されているものでもなかつたので酷ともいえるが、被告病院には心電図モニターがあつたのだから、麻酔事故が発生しないように心電図モニターをあらかじめ装着して患者の状態を嚴重に監視すべき注意義務があつたとした。また心電図がつけられていなかったのに、患者の容態を看る看護師が、血圧や脈拍に異常がないことを確認後、出血量の確認等のために患児のそばを離れたことは、その時間がほんの数分間のわずかな時間であつたとしても、監視義務に違反したといわざるを得ないとして、開設者の使用者責任を認めた。

2、医師と看護師との連携

組織医療における重要な機能のひとつとして、入院中における患者の病状の変化への迅速かつ適切な対応が挙げられる。ここにおいては、患者のケアに携わる医療従事者が、患者の症状を的確に把握しているか、症状に対して適切

な対応を採っているかが問題となる。特に、夜間を含めて担当医が帰宅した場合などは、主治医・担当医、当直医、看護師の連携が重要であり、組織としては、適切な人員を配置し報告体制を整えることが重要といえる。この類型の事故については医師による患者の病状の把握の前提として、看護師の報告義務違反が問題とされることが多いが、大部分の事案においては、患者の病状の変化に対応できなかったことの過失は、看護師に対して指示権限を有する医師の過失として処置される場合が多い。同時に、そのような体制を構築できなかったことについても医師の過失とし、それを根拠に病院の責任が肯定されることが少なくない。

【6】 表31事件・松山地判平成二四年六月二六日判例集未登載（平成一八年(ワ)第四一九号）

Aは意識障害を伴う重篤な糖尿病により、Y病院に入院し、B医師がその主治医を務めた。入院の翌日、看護師がAの容態を確認したところ、右下肢の痛みの訴えと右下肢の循環障害の存在を認めた。看護師から報告を受けたB医師は大腿骨折を疑い、レントゲンやCT検査を実施した。そして、検査結果の画像を確認したが、明らかな骨折の所見を認めることができず、また、同日午後が公休であったため、看護師に対し、C医師にAの診察を依頼するよう指示し、併せて、その旨のC宛の連絡文をカルテに記載した後、病院を出て自宅に向かった。午後二時、看護師は、Aの右足の足背動脈が触知しないことを確認したが、医師に連絡することはしなかった。午後五時頃、外来診察を終えたCがAを診察し、右の大腿動脈が閉塞していると診断した。そして、Cからその旨の連絡を受けたBは病院に戻り、Aを血管外科の専門病院へ転送したが、既に右下腿が壊死していたため右下腿切断となった。Aの相続人Xらは、被告の経営する病院の担当医師が、Aの右下肢の循環障害の症状を看過して誤診するなどした結果、高次の医療機関への転送が遅れ、右下肢切断を余儀なくなされたとして、Yに対し、四一五条に基づき損害賠償を求めた。

裁判所は、主治医は、診療行為を協同にする他の医療従事者（看護師その他）を統括する者として、自らが病院を不在にする場合には、患者の症状の変化に速やかに適応できる態勢を構築する役割を果たすべきものであるとして、Bとしては、午後の公休を取得するに当たり、看護師に対し、引き続き、循環障害ないし虚血症状の悪化に備えて、症状の変化の有無を経時的に観察し、症状の変化が認められた場合には、直ちにCに診察依頼の連絡をすることを説明しておく必要があったものと認められる。しかし、そうした措置を講じた形跡はなく、連絡態勢を構築できなかったBには注意義務違反があるとして、病院の債務不履行責任を認めた。

【7】 表26事件・富山地判平一三年二月二八日判時一七六一号一〇七頁

Aは咽喉炎の他に、肺炎及び気管支喘息が強く疑われてY病院に入院した。外来で診療にあたったY2は種々の薬剤の投与を看護師に指示した。Y病院では医師の勤務時間は午後五時までとなっており、主治医制は採られておらず、夜間については宿直医とは別に輪番制で担当医が決められ、特に問題が生じた場合には連絡がいくようになっていた。事故当日の宿直医はL、担当医はMであり、Y2は帰宅の途につく前、Mに対しAの経過や検査結果等を伝えたが、綿密な打合せまではしなかった。Y2の帰宅後、Aには高熱、多呼吸、陥没呼吸、喘鳴等の症状がみられたが、準夜帯を担当したN看護師も深夜帯を担当したO看護師もいずれの医師にも報告しなかった。午前七時頃に呼吸状態が悪化したためOは酸素マスクで酸素吸入の処置をとったものの午前七時三〇分頃にAの呼吸が停止したため、Mに電話連絡した。しかし、Lの電話番号がわからなかったことからポケットベルを鳴らしたがすぐには連絡がこなかった。その後、蘇生措置などがとられたがAは死亡した。Xらは、Aの死亡は医師や看護婦らが適切な処置を怠った結果であるとして、Y病院を設置するY1に対して使用者責任及び債務不履行を追及すると共に、外来診療にあたったY2

を被告として不法行為責任を追及した。

裁判所は、主にY2の責任問題について断じ、Y2は外来診療にあたったのだから、他の医師に比し格段の差をもってAの病態を把握していたことになり、Aの治療について第一に責任を負うべきものである。このことは、Y病院で主治医制が採られていなかったことを考慮しても変わりはない。また、夜間は担当医が輪番制で決められ、当日はMがそれに当たっていたとはいえ、中発作ないし大発作の程度から次第に大発作へと悪化しつつあったAの容態に鑑みれば、夜間においてもY2はAの治療について第一に責任を負い、自らAの症状を観察しあるいは看護師に報告を指示するか、少なくとも夜間の担当医であったLとの間で事前に綿密に打合せを行い、以降の治療に遺漏のないようにしておくべきであったとして、Y2の不法行為責任とY1の使用者責任を認めた。

### 3、考察

以上紹介した裁判例は、組織における態勢の不備が損害の発生に寄与した、あるいはそれが原因だったと考えられるものの一部であり、末尾に示した裁判例も併せて考察すると以下のような特徴を指摘することができる。

第一に、診療過誤の場合は、七・一五条構成によって責任を肯定される場合が多い。

第二に、診療（医療行為）に関連して生じた事故につき、患者側あるいは医療者側から、組織態勢の不備について主張されても、それが医療行為に関連しかつ医療従事者の過失を肯定しうる場合には、組織上の過失を認めないか検討しない傾向にある。

第三に、病院の安全管理態勢について欠陥があるからこそ、医師等その業務を統括する者は二重にチェックをしなければならぬというふうにして、被用者の注意義務の強化（注意義務の高度化）に病院の管理の落度が取り上げられ

ている。<sup>(13)</sup>

けれども、医療サービスという病院の活動に関し、各部門間・各専門職者の連携のルールや伝達システムを総合的な視点から決定し、管理・監督できるのは個別の部署、またはそこに属する個人ではなく病院（法人）であり、その不備によつて損害発生メカニズムを創出しているのであれば、被用者の行為を媒介とすることなく病院自身の過失として扱うのが現実的である。

学説の中には、「故意・過失は自由意思を持つ自然人についてだけ語ることができ、法人についてはその意味での行為は存在しない、したがつて医療事故について、病院の管理・監視体制が問われている事例では、医療法人自体の過失ではなく、病院管理者の注意義務を問題にすべきである」という見解がある。<sup>(14)</sup> しかし、過失の重点が行為者の内心といった主観的なものから客観的な注意義務に置き換えられる傾向にある現在、病院としての取るべき行為義務とその違反としての過失を論ずることは可能である。また、病院の組織構造の観点からも、「病院は、マトリクス型組織が見事に機能しており、病院長の介入がなければ成り立たないものでもなければタフなミドルマネージャーも存在しない。医療機関は、マトリクス組織が極めて自然な状態で機能している珍しい事業であると考えられ」る、との指摘がある。<sup>(15)</sup> 病院がその組織構造をもとに、自然人と同様の行為主体性を備えているのであれば、その責任を直に問うことが現実的であり、それができないとはいえないであろう。

### Ⅲ．米国における病院責任と制度的枠組

以上、日本の法状況について述べてきたが、以下では、まず日本と米国の法制度や医療制度の相違点を明らかにし

た上で、アメリカ法の組織責任論について検討する。

### 1、履行補助者法理の不存在

日本では、損害賠償責任を追求する場合には、債務不履行責任と不法行為責任による責任追求の二つの形式があり、債務不履行における場合には、債務の履行の過程で用いた履行補助者の過失については、債務者が責任を負うといった法理が存在する。しかし、アメリカ法には「履行補助者」の法理の概念がないとされてきた。すなわち、コモン・ローにおいては、契約違反は厳格責任とされており、契約上の債務は、当事者の責めに帰することができない後発的履行不能を理由としてもその責任を免れることができない。したがって、契約責任では、契約の履行を妨げる事由が補助者の行為であっても、債務者が債務不履行責任を負うのは当然であって、契約上の責任について他人の行為による責任原則を特別に発展させる必要がなかった。そこで他人の行為による責任は、専ら不法行為責任における使用者原則として発達することになった。かくして、英米法は「履行補助者」という概念を知らず、他人の行為の本人への帰責問題は、契約責任、不法行為責任を問わず、全て一元的に使用者責任法理によって解決されるという法的構成が形成されている。<sup>(16)</sup>

### 2、使用者責任 (respondeat superior)

アメリカ法において使用者責任 (respondeat superior) は我が国と同様、自己責任を負う当事者との関係において代償的な責任を負う立場にある者が、過失がなくとも負う厳格責任 (代位責任) であり、「雇用、サービス、代理の過程および範囲で生じた被用者、使用人、代理人の過失ある行為に対しては、使用者、主人、本人が責任を負う」という代理法 (agency law) の基本原則である。<sup>(17)</sup> ただし我が国におけるとは異なり、代理法が、取引的不法行為のみならず事

実上の不法行為もカバーしており、被用者の有責な加害行為が「雇用の範囲」にあるのであれば使用者は代位責任を負う。免責立証は認められない。

いかなる者が被用者とされるかを決定する基準は、その者を支配する権限・支配できる能力を有していたか、すなわち指揮監督ができるかどうかである。使用者に指揮監督権があればその者は被用者であつて、使用者が使用者責任の下で責任を負う。コモン・ローの下では、使用者の支配の及ばない「雇用の範囲を越える行為」や使用者がその行為を支配しえないと考えられる「独立契約者 (independent contractor)」の行為、そして、その使用者の被用者が第二の使用者や代理人の支配に実際的に服していると考えられる「借用された使用人 (borrowed servant)」の行為には使用者責任は適用されないというのが原則である。

医療のコンテキストでは、医師は「独立契約者」と考えられており、看護師を含めた医師以外の専門職者は「被用者」と考えられている。したがつて、病院は、独立契約者として考えられている医師の過失に対しては責任を負わないというのが一般原則である。<sup>(18)</sup> また看護師に「借用された使用人法理 (borrowed servant doctrine)」<sup>(19)</sup> が適用された場合は、病院は看護師の過失に対しても責任を負わないことになる。

そこで、使用者責任の下では、原告がつぎの三つの事項を証明できた場合に病院は責任を負うことになる。①不法行為が生じ、②その不法行為を犯した行為者が使用者の被用者ないし代理人であり、③その不法行為がその被用者の雇用の範囲で行為している被用者や代理人によつてなされたこと、である。

### 3、医療制度上の相違<sup>(20)</sup>

もつとも、医師が独立契約者であるという評価には、医師の有する専門性が、使用者によつて支配できない程に高

度であるということだけでなく、日本とは異なる医療制度の特殊性を考慮する必要がある。すなわち、アメリカにおいては一九世紀に発展したアテンディング・ドクター・システム（いわゆるオープン・システム）がそのまま維持されており、多くの医師は病院の組織に帰属することなく、医療サービスを行っている。すなわち、病院からその業務を委任された管理者たる医師や研修医を除いて、病院で仕事をしている大部分の医師は、診療部門の医師スタッフ委員会によって、病院の人的・物的設備を使用するスタッフ特権が認められた者であつて、病院と医師との間に雇用契約はなく、病院施設に関する利用契約が単に締結されているにすぎない。診療部門からスタッフ特権が認められた医師は病院の管理者の介入なくして、自己のオフィス等で診ている患者を自由に入院させ、治療を行い、個人の事業主として、自らが行ったサービスにつき患者や保険会社に対して直接技術料を請求する。他方病院は、医師とは別に、例えば薬物や臨床検査、宿泊や食事、看護といった患者に提供した医療サービスの費用を患者や保険会社に請求する。スタッフ特権を与えるか否か、そしてスタッフ特権を中止したり、停止したりするかどうかは、医師スタッフ委員会の専権事項である。しかし、スタッフ医師の選択について過失があつた場合は伝統的に病院が責任を負っており、この責任は後述する組織責任において病院が患者に直接負う義務の一つである。

#### IV. 組織責任の法理 (doctrine of corporate liability/ corporate liability theory/ institutional liability)

##### 1. 企業責任 (enterprise liability) との相違

組織責任の法理とは、「病院が患者の安全・医療の質の確保を怠つた場合には組織体が直接的に責任を負うという

法理であり、病院に滞在する間の、患者の安全と福祉を保障するものである<sup>21)</sup>と定義されている。つまりそれは、病院組織を医療従事者の実在として扱い、管理上・運営上の病院の義務の中心に据えるものである。

裁判所は従来病院組織の義務を、医師や看護師の選択と保持、建物や土地の管理、備品の管理といった「人的・物的な管理」の領域に制限していた。しかし、イリノイ州で一九六五年に判決されたDarling事件<sup>22)</sup>が、診断や治療といった医療の専門的領域において病院の自己責任を認めて以降、多くの州がこれを採用し、病院の組織責任の法理が発展することとなった。

本項では病院の組織責任について説明を加えるが、その前にしばしば混同されやすい「企業責任」つまり「enterprise liability」について説明しておきたい。

企業責任とは、組織体そのものがその活動から生じた人身損害に対し企業が責任を負うというものである。その意味で組織責任と同一ではあるが、病院の組織責任は後述するように「譲渡できない義務」に根拠があり、「患者の安全と福祉」を目的とした直接責任であるのに対し、企業責任は報償責任・危険責任の原理に立脚した「責任の公平な分担」を主たる目的としたものである。

すなわち、企業責任は、①責めを負うべき活動から生じた事故の費用は、内部化されるべきであり、②事故の費用は、その活動に係り、利益を得る者の間で分散・分配されるのが公平であるという理念に基づいた厳格責任(代位責任)<sup>23)</sup>である。危険な活動を行う企業の責任や製造物責任が企業責任の典型であり、日本において一九七〇年代から一九八〇年代にかけて盛んに議論された七〇九条構成によって法人の責任を問う「企業責任」とほぼ同じ概念である。企業責任の下では、その企業の活動から生じた事故につき、被害者は被用者や理事等個人の過失を特定しなくとも

賠償を得ることができるとも、消費者は医師個人を特定することなく、製薬会社そのものを加害者たる被告として訴え賠償を得ることができるとも、<sup>(24)</sup>

企業責任は、企業にその責任が集中することができることから事故を防止させるインセンティブを企業に与えることができ、また被用者個人の責任追及や求償が通常ないことから、責任保険の効率化という点でも利点がある。こうした理由で、クリントン政権の下で損害賠償責任保険危機が問題となったときに病院の企業責任を立法化することが提案された。<sup>(25)</sup> けれども国民や医師等医療従事者の猛烈な反対にあつて実現しなかつた。反対の最大の理由は、その内容が医療専門職者個人への責任追及を全面的に廃止し、病院に責任を集中させるものだからである。病院の企業責任の強制は、国民の訴訟における選択を制限し、医師―患者間の専門家責任を前提とした黙示的な取り決めや、当事者として病院に責任があるかどうかの実質的判断をも締め出すことになる。<sup>(26)</sup> 組織責任については、アメリカ不法行為法が損害の填補とならんで強調する「事故の抑止」にどれだけ効果があるのか、と疑問視する見解もあるが、<sup>(27)</sup> 大部分の学説や判例は過失責任たる組織責任を支持している。<sup>(28)</sup>

## 2、Darling 事件

一九六〇年半ば頃まで、裁判所は一般に、病院組織の義務を「人的・物的管理」の領域に制限していた。これを、診断・治療といった診療の領域にまで発展させたのは、一九六五年にイリノイ州最高裁判所で判決された Darling 事件<sup>(29)</sup> である。

原告 Darling は、フットボール・ゲームの最中に右足を骨折し、被告病院の救急室で、整形外科医と病院の看護師によって、ギプス包帯を巻かれた。ギプスをあてがわれてすぐから、原告は多大な痛みを感じ、ギプスから出ている

踵は腫脹し、変色し、知覚が消失していった。その治療を行った医師は、翌日つま先附近のギプスを一部切り取ったが症状は悪化し続けたため、その二日後にはギプスが除去された。しかし、この時には既に Darling の下肢は壊死しており、血液と浸出液と悪臭が観察された。暫くして Darling は、他病院に移ったが時は既に遅く、Darling の足は膝から下を切断せざるを得なかった。Darling は、医師の専門家過失と使用者責任、病院の組織上の過失を主張して訴訟を提起した。訴訟放棄の医師との契約書の存在によつて、医師に対する訴訟は事実審以前に却下され、病院のみを被告として争うことになった。事実審において原告を支持する判決が下され、病院が控訴したが棄却された。上告審における法律問題のひとつは、原告が証拠として提出した、規則、基準、内規 (By-laws) を病院の組織責任を問うための注意義務水準として用いることの適否にあった。

最高裁判所がまとめた原告の申立ての趣旨は次の通りである。第一に、被告病院がこの整形外科医に仕事をさせておいたことがネグリジェントであった。また、整形外科医の行っている治療を、医療スタッフを介して調査し、改善するように指導しなかったことがネグリジェントであった。第二に、JCAHO (Joint Commission Accreditation of Healthcare Organization)<sup>(30)</sup> の基準に則つて被告病院が採択した病院の内規には、本件のように患者の病状が悪化している場合に看護師は、一〇〜二〇分毎に血液の循環の状態を観察しなければならぬ義務があったにもかかわらず、一日に数回しかなされなかったという注意義務違反がある。看護師がそれらを行っていないかどうかを確認することが病院管理スタッフの義務であり、そして看護師が症状の悪化を管理者に報告していないことによつて、原告は、医師スタッフの注意を喚起されることがないまま放置された、あるいは、医師スタッフが何の行為も取らなかったことはいずれかにネグリジェンスがあった。さらに原告は、免許規則、JCAHO の基準、被告病院の内規は、病院の義務を

定義しており、それらに対する違反行為の結果として生じた侵害に対しては責任が課せられることを主張した<sup>31)</sup>。これに対して、被告病院は従来の責任理論に従って次のように反論した。「適切な教育を受け、免許を持った個人だけが医業を実施できるのであり、法人ができるのではない。したがって、病院は法の下で、専門的実務を行う医師や外科医に対して、如何なる行為も禁じたり、要求する権限を持っていない。病院は、患者の状態に要求されるような合理的な注意をなす義務と、そのコミュニティにおける一般的な病院によってなされる程度の注意と技術と思慮深さを行使する義務を患者に負う。証拠は、病院が基準的な業務に従っていたことを示しており、原告はこれに対して反証がないことを明らかにしている。看護師が、もしそのような指示を実施すれば患者に対して多大な侵害が生じることを、如何なる合理人にも予期できるほどに明らかにネグリジェントであるのでなければ、看護師が医師の指示を単に実施したに過ぎない場合には、その看護師が行った不法行為に対して、病院には責任はない。医師によってなされるような専門的性質の医療ケアに対する病院の義務範囲は、医師の選択において合理的な注意を払うことである。スタッフの選択においてそのような注意がなされ、そのようにして選択された医師の能力がない、あるいは、そのような無能力さが発見されるべきであったことを示すものが何もないとき、それ以上のことを病院の管理に期待することはできない<sup>31)</sup>」。

本件において、病院が整形外科医の行った診療を調査し、協議しなかったという事実について争いはなかった。Schaefer 裁判官は、JCAHOの病院認定基準や州免許規則、被告病院の内規は、病院が患者のケアに対して責任を負うことが望ましく、そして、適正であることを明らかにしているとして、「JCAHOの基準、免許規則、内規」を病院の注意義務水準を証明するための証拠として用いることを認めた。

結論として、裁判所は、病院の責任において、全てのときに、全ての患者に対するベッドケアのために、そして、この患者の右足の進行的壊死状態を改善するために、病院の管理者と医療スタッフに対して、そのことを通告する能力のある、訓練された十分な数の看護師を有していなかったこと、および、整形外科医によって患者になされている治療を調査し、必要により上級医師に関与を求めなかったことに関して、二つの点で被告病院にはネグリジェンスがあつたと判示した。<sup>(32)</sup>

本判決以前における、診療に対する病院組織としての義務は、医師や看護師の選択において合理的な注意を払うことであるとされてきた。本判決は、それを医療の専門的業務の領域にまで高めて、スタッフ特権を持つ医師の行う医学的ケアの質の監督と、その医師がなした治療を調査する病院の義務を承認し、組織責任の法理の下で、病院自身が患者に対し直接的責任を負うことを認めた。このことは、それまでの独立契約者に対する病院の責任の免責を制限し、患者に対する病院の責任が医療ケアをなす医師の責任と共存することを明らかにした点で重要である。原告が提示した病院免許法の下での州公衆衛生省によって規定されている準則およびJCAHOが要求する病院の組織運営のあり方としての基準、病院組織が定めている内規といった、これらの諸規定は、裁判所が認めたように、病院組織を運営する統治機構が、患者が病院において最善の医療を受けられるように、責任を持つて病院組織の確立と運営にあたることを明らかにしている。公共の利益を意図した制定法や行政法規への違反は、当然違法ネグリジェンス (negligence <sup>(33)</sup> *par se*) あるいはネグリジェンスの証拠のいずれかであることは、既に一般的な法となっていた。しかし、第三者機関たる病院の認定組織であるJCAHOの基準や病院の内規が証拠として認められたのは、本件がはじめてであつた。

Darling 事件判決を契機にして、多くの州が病院の組織責任を採択していった。本法理が採択される理由はほぼ一

致しており、「病院はもはや医師がその仕事をなすための単なる施設ではなく、様々な専門職者や、様々な部門が関わり合って包括的な医療サービスを提供する医療の担い手と把握できること、そして国民は、病院医療においてはあつた特定の個人の医療専門職者ではなく、病院が治療をなし、治してくれると信じていること、こうした病院への国民の信頼が、組織責任を課す主要な理由である」と説明されている。<sup>34)</sup>

### 3、組織責任の内容、責任の性質

一九九一年にペンシルベニア州最高裁判所で判決された「Thompson 事件」<sup>35)</sup>の裁判所は、同州で初めて組織責任の法理を採択した。本裁判所は全州における病院の組織責任に関する判例を包括的に調査した後、組織責任を採択している法域において、裁判所が認めている病院の義務は、主に次の四つに分類されることを明らかにした。

- (i) 安全と適切な設備・備品の保持において合理的な注意を行使する義務
- (ii) 能力ある医師を選択し、保持する義務
- (iii) 患者のケアに関して病院の中で、医療を行う全ての人を監督する義務
- (iv) 患者に適切なケアを保障するための、適切なルールおよび手続きを案出し、採択し、執行する義務

また、他の裁判所や学説がしばしば指摘するように、<sup>36)</sup>本法理は患者に対し、病院が直接的に負う「譲渡できない義務 (non-delegable duty)」を創設すると述べた。そして、組織上の過失を代理法の原理から区別する中で、裁判所は、患者に対して直接的に責任を課すためには、損害が生じた構造上の欠陥や手続きに対し、知っていたあるいは知るべきであつたという、事実認識 (actual knowledge) ・擬制認識 (constructive knowledge)<sup>37)</sup>がなければならぬとした。この要求は、組織過失は、矯正が可能であつた組織構造上の欠陥や手続きに対してのみ、病院は責任を負うということ

である。つまり、組織責任は、病院が損害を避けることが可能であったかどうかとは無関係に、施設の中で生じたあらゆる過失に対して、容易に責任を課す厳格責任、すなわち、「代理法第二次リステイトメント二一四条」に規定されている伝統的な「譲渡できない義務 (non-delegable duty)」そのものではない。それ故に、原告が病院の組織責任を追及するためには、①病院が適切な注意義務水準から逸脱したこと、②病院は、矯正が可能であった構造上の欠陥や手続きに対して、事実認識あるいは擬制認識があつたこと、③病院のネグリジェンスが、権利侵害を受けた当事者に対して、損害をもたらす実質的要因 (substantial factor)<sup>(38)</sup>であつたことを証明しなければならない。加えて、病院のネグリジェンスが明らかでない場合には、第一の義務違反と第二の近因を証明するために、専門家証人による証言が求められる<sup>(39)</sup>。裁判所は、病院に対し、病院の患者に対する直接的責任を課すためには、この要求は適えなければならないとした。

以上みてきたように Thompson 事件判決は、組織責任において病院が患者に負う義務を四つに類型化し、この責任は「譲渡できない義務」であると述べる一方で、病院自身の過失に基づく直接責任であることを強調した。ところで、「譲渡できない義務」とはどのようなものなのか、説明を加えよう。

#### 4、譲渡できない義務 (non-delegable duty)

譲渡できない義務とは、「第三者を保護する義務を負う本人 (使用者) は、その義務の履行に際し用いた行為者が被用者であるか独立契約者であるかを問わず、その作為・不作為によって義務が履行されなかった場合には、たとえ本人 (使用者) に過失がなくとも厳格責任 (代位責任) を負う<sup>(40)</sup>というものである。代理法第二次リステイトメント二一四条は、「譲渡できない義務」の履行に対する本人の責任について、つぎのように説明している。

「他者や他者の財産を護るために保護を与えたり、注意を用いる義務を有し、かつ、使用人やその他の者に対してそのような義務の遂行を体系化 (codify) する使用者やその他の本人は、その義務の遂行に対し、そうした代理人の失敗によって他者や他者の財産に与えた損害に対して責任を負う」。右のような責任が使用者(本人)に対して課される理由として、本項のコメント(a)は、次のように説明する。「人は、特定の不法な行為や結果を指示したり、過失があつたりしたのでなければ、雇用の範囲内で行った代理人や使用人の行為を除き、他者の行為について通常責任を負わない。しかし、人は契約によって、あるいは他者とある関係に入ることによって、雇用の範囲にない代理人や被用者の行為によって引き起こされた損害に対して責任を負う可能性がある。この責任の範囲は引き受けている義務による。また、ある者が達成されるべき結果を契約し、起り得る損害が生じた場合には、彼の代理人でも使用人でもない者の行為に対しても責任を負うことになる。譲渡できない義務は、そうした義務の一つであり、他者を保護するために適切な注意が用いられることを保障する義務 (duty to see) である。他者にその義務の履行を委任して注意行使することでは満たされず、保護の仕事を委任された人物が注意深く保護を与えた場合、そして、その場合にのみ満たされる義務である」。

このようにして、第三者を保護する譲渡できない義務を負う使用者は、使用者責任の一般原則とは離れて雇用の範囲内だけでなく、雇用の範囲にない被用者や代理人の過失ある行為に対しても責任を負うことになる。

この義務は、契約<sup>(42)</sup>、制定法、チャーター (charter)、フランチャイズ (franchise)、コモン・ローのいずれかによって生じるが、コモン・ローから生じる譲渡できない義務は、本人と第三者とが契約上の関係ないし、ある特別な関係に入った場合に生じるとされており、概念的には我が国の安全配慮義務 (保護義務) と同じである。<sup>(44)</sup>

譲渡できない義務は、一般に以下のような状況において適用されている。

請負人を使用して自己の財産を修理する家主は、修理が適切になされたか否かを確認する譲渡できない義務を負い、不適切な修理が原因となって生じた侵害に対して代位責任を負う<sup>(45)</sup>。一般運送業者は積荷したものを適切に運送し、安全を保障する譲渡できない義務を有し、不安全な運送に因って生じた侵害に対して代位責任を負う<sup>(46)</sup>。同様に、乗客輸送において、合理的な注意を行使することが公的あるいは私的運輸会社の譲渡できない義務である<sup>(47)</sup>。地方自治体は安全な道路を提供する譲渡できない義務があり、たとえ州の国土省によってその維持が引き受けられていたとしても、瑕疵ある修理によって引き起こされた侵害に対して代位責任を負う<sup>(48)</sup>。また、公道や公共施設を修理するという市の義務は、譲渡できない義務であり、使用した業者の過失が原因となって市民を侵害した場合には代位責任を負う<sup>(49)</sup>。

右に挙げたように、譲渡できない義務は様々な状況で適用されているが、全てに共通するのは、譲渡できない義務を課せられる被告は、生命や身体・財産の保護を原告から委ねられた者であり、逆に原告は、その扱いについて被告に信頼を寄せなければならない者や無防備な者ということである。

医療過誤訴訟の領域では、この法理の活用は救急医療に限定されている。本法理を初めて採択したのは、一九八七年アラスカ州最高裁判所で判決された Jackson 事件<sup>(50)</sup>であり、「一般救急施設として免許を付与されている病院は、救急室のケアに対し、医師を提供する譲渡できない義務を負う」と判示して同法理を採択した。その他フロリダ州、ニューヨーク州においても救急医療の領域で同法理が採択されたが、他の法域は採用していないとされている<sup>(51)</sup>。

McWilliams v Russell は、組織責任は嚴格責任ではなく直接責任であるにもかかわらず、判例や学説が繰り返し「譲渡できない義務」であると説明することについて、「病院に対する国民の信頼と、患者の運命に対して責任を持つ

べき当事者として行動すべきであるとの公共政策を反映している」と説明する。<sup>(52)</sup>つまり、厳格責任か、過失責任かという相違はあるが、病院は、生命や身体の安全・財産の保護を患者から委ねられた者であり、逆に患者は、病院に信頼を寄せなければならぬ者という関係が認知しうるものであり、その意味で組織責任は、譲渡できない義務の一形態として捉えても良いということであろう。

## 5、組織責任における義務範囲と内容

先述したように病院の組織責任は大きく四つの義務に類型化されているが、本項では各々どのような義務内容であるのか、説明を加える。

### (1) 安全と適切な設備・備品の保持において合理的な注意を行使する義務

不法行為法理によって確立している伝統的な義務であり、法人は人々に提供する、施設や設備を合理的に保持することが要求されている。たとえば、

【1】Fisher v. Barnert Memorial Hospital 事件<sup>(53)</sup>は、病院の壊れたストレッチャーから患者が転落し、頭蓋骨骨折を負った事案であった。ストレッチャーを適切に維持していなかったことが原因であるとして、病院の組織責任が認められた。

なお、この義務のカテゴリーには以下の義務も含まれるとされている。<sup>(54)</sup>

- (a) 適切な医学機器、薬物、食物を提供するために合理的な注意を行使する義務
- (b) 患者と被用者に対して、安全な構内、環境を提供するために合理的な注意を行使する義務
- (c) 病院の来訪者を保護するために、建物・土地の保持において合理的な注意を行使する義務

- (d) 患者の貴重品を保護する義務
  - (e) 効果的な感染防止を図る義務
  - (f) 患者の看護と治療において合理的で適切な診断機器、安全な装置を提供する義務
  - (g) 薬物の取り扱いにおいて効果的なシステムを確立する義務
- (2) 能力ある医師を選択し、保持する義務

病院は、病院のスタッフ医師としての特権を付与する前やその更新の際に、その医師の能力、資格、履歴を調査しなければならぬ。スタッフ医師の申請書の評価、任用を考慮するにあたって、病院が知っていたあるいは知るべきであった関連する情報に対し責任を有し、審査の過程に落ち度があれば、たとえ数年後にそれが発覚しても、病院は患者に対し責任を負うことになる。たとえば次のような事案がある。

【2】 Johnson v. Misericordia Community Hospital<sup>(55)</sup>事件

Y1医師は、Y病院で、単独で整形外科医療を行うことのできるスタッフ特権を与えられた医師であった。Y1は、Xの腰の手術において不必要にピンの破片を取り除こうとしたことから、Xの右大腿の神経を損傷し、筋肉に不可逆的な麻痺を生じさせた。Xは、Y1の専門家過失とYがY1の能力を調査せずに、病院のスタッフメンバーとして軽率かつ不注意に選択し、また当該手術をする能力がないのに、病院内で整形外科手術を行うことを許可したことに組織上の過失があつたとして、Y1とYを被告として訴えた。

事実審において、Xは、Y1がYの整形外科医療スタッフを申請するにあたり、申請書を提出したが、それには専門医の資格と経歴が不実記載されていたにもかかわらず、スタッフ特権を認めたとYの過失を主張した。Yは、ス

スタッフ特権を認めるにあたり、Y自体が申請書を調査しなかったことを認めたが、スタッフ医師の資格の審査は医師で構成される委員会が行っており、一般的な実務に適ったものであったと主張した。陪審は、Y1には二〇%の過失があり、Yには八〇%の過失があると評決した。二審もこれを支持したため、Yが上告した。

最高裁判所は、病院は、医師をスタッフ医師として任用し、また特権を付与するにあたり、類似した事情の下で、平均的な病院によつてなされる程度の、注意、技術、判断が求められる、と通常のネグリジェンス訴訟で用いられる注意義務水準を定立したうえで、元来能力のない医師は患者に対する危険を創出する可能性が高い、病院が適切な注意を行使したかどうかの問題は、YがY1の資質について事実認識・擬制認識があつたかによるとして、つぎのように述べ、原審の判断を支持した。

「Y病院においては、Y1医師を採用するにあたり、何ら調査がなされていなかったために、Y1医師の能力に関して事実認識はないが、当事者が調査をなすことによつてある特定の事実が得られうる場合には、擬制認識があつたと認められる。事実審の専門家証人は、平均的な病院は、医師から提出された申請書の正確性について注意を行使すると証言している。もしY病院が、Y1の申請書に記載されている病院とコンタクトをとったならば、Y1のスタッフ特権は二つの病院で剥奪されており、一つの病院で特権を認められなかったという事実や、顧問医特権を有していないこと、また整形外科手術において専門的手術を行うための資格を有しておらず、同僚医師の大半が、彼は整形外科医として能力がないと認知していた事実がわかつたはずである。さらに、Yが巡回裁判所のファイルをチェックしたならば、Y1には七回民事訴訟が提起されていたことも知り得たはずである。病院が適切な調査を実施したならばこうした情報を得ることができたのであり、Y1のスタッフ特権を認めた時点で、これらの事実全ての情報を得るこ

とができた病院には責任がある<sup>56)</sup>」と判示した。

(3) 患者のケアに関して、病院の内で医療を行う全ての人を監督する義務<sup>57)</sup>

Darling 事件以降に、新たに課せられるようになった病院の義務が、本類型とこれに関連した(iv)の義務であり、(ii)とは異なり、施設の中で業務を行う医師と看護師等病院の被用者によってなされる医療全てを監督する義務である。

「建物の中で、医療を行う全ての人を監督する義務」という表現は、一見して、医師がなした医学的決定に関して、病院が介入することを許容するようにも思えるが、患者の治療内容の決定は専ら治療する医師の裁量に属する事項である。また、免許ある医師は、医業を行うための同様の免許を得ていない者から、診断や治療に関連する特定の指揮・監督を受けることはできない。免許を有しない者にそれをなすことを許容することは、非合法的な医業の実施を招くことになる。Darling 事件はこの類型に分類されているが、病院組織に課せられる義務は、診断や治療上の手続きに関するガイドラインを執行するための合理的な手段を取ることに、すなわち、管理者として、病院が設定しているガイドライン (基準) に従ったケアや手技がなされるように管理することであり、その範囲にとどまる<sup>58)</sup>。

先に Darling 事件判決を紹介したが、他にもつぎのようなケースがある。

【c】 Whittington v. Episcopal Hospital 事件<sup>59)</sup>

患者は、妊娠中毒症との診断を受けていた。これにより、出産時に成人呼吸窮迫症候群に陥り、産後肺塞栓症によつて死亡した。遺族は Y1 医師と Y 病院に対し損害賠償を請求した。原告の専門家証人は、治療の遅れが妊娠中毒症を憎悪させ、それにより産後に肺塞栓症という合併症を引き起こした要因だったと証言した。そして患者が病院で診察を受けた一二月一五日、二二日及び入院した二三日から二四日にかけて、また分娩後の治療において、病院の被

用者や代理人である看護師と研修医、および被用者でも代理人でもない主治医Y1によって、繰り返し注意義務水準からの逸脱があり、その逸脱と患者の死亡との間には実質的要因（＝因果関係）が認められると証言した。

陪審は、Y1医師には七五%の責任、病院は組織責任に基づいて一五%、及び使用者責任に基づいて一〇%の責任があると評決した。Yは、組織責任の認容の部分につき、法や証拠に基づいていないとして控訴した。Yの使用者責任・組織責任の主要な内容は、以下の二点である。

第一に、妊娠中毒症はよく知られている合併症であり、看護師はこれについての教育・訓練を受けている。一五日の検診のときに、患者の血圧が異常に上昇しているにもかかわらず、Y1ないし研修医の指示にしたがって、患者を帰宅させたことは、患者の状態を不十分に評価しているということであり、産科看護の注意義務水準から逸脱している。このような場合には患者の血圧を数時間に渡って観察することが看護師の注意義務水準であり、それが医師らの指示によって実施できない場合には、なされるべき看護と患者を帰宅させることの矛盾を解決するために、通常は“chain of command”が用いられており、ここでも用いられるべきだった。“chain of command”は、その部署のトップや看護管理者に、問題に関する情報がいく。この点について間違いがあり、これらの注意義務水準の逸脱が患者の死亡に寄与した。一五日の検診のときに、患者の血圧は上昇しており、尿蛋白も二プラスであり、浮腫もあった。患者は分娩期にあり、この時点で入院させ、血圧のコントロールやその他の処置がなされれば、病気の進行を妨げることができ、患者が死に至ることはなかった。また、二三日の検診においては、劇的な妊娠中毒症の悪化がみられており、患者を至急入院させ、分娩を誘発し胎児を娩出すべきであったのに、同様に帰宅させた。

第二に、患者は誘発分娩を受けるために、計画通り二三日に入院した。被告病院のプロトコールによれば、妊娠中

毒症に罹患している患者の場合は入院後即座に分娩室に入室させ、一時間毎の容態チェックが定められている。それにもかかわらず、一四時間もの間患者を待機室で待たせ、バイタルサインの測定はたった一回しかなされていない。被告病院の医療スタッフは患者が二四日に誘発分娩が始まるまで、原告に対し誰も何ら対応していない。これらの事実は、被告病院自身が定めたプロトコルが執行されていないということであり、この点につき義務違反がある。またこれは当該患者に対する病院の情報管理、文書の欠如によるものでもある。結果として、患者は非常に悪い身体状況の下で分娩に臨むこととなり、死亡という結果に寄与した。

控訴裁判所が事実審の判断を支持したため、Y病院は、本件で問題となっている病院の義務違反は(ii) (iv)の類型のいずれにも法的根拠がないと主張して上告したが、最高裁判所は、本件は病院が負う一つ以上の義務に重層的に違反したケースであり、被告病院における多数の義務違反は、(iii)の義務の下での証拠としてまとめて認容できるとし、病院にはこれらについての擬制認識が認められ、注意義務水準に従わなかった病院の行為は、患者に対する危険を増大させたとして、上告を棄却した。

【4】Thompson v. Nason Hosp. 事件<sup>(6)</sup>

交通事故によって傷害を受け、被告病院で頭部と脚治療を受けたXとその夫が、Y病院を被告として訴えた。Xは、スタッフ特権を有するY1医師により治療を受けたが、医師は大脳内の大きな血腫を見落とした。また、Xは心臓病で以前から抗凝固治療を受けていたが、Y1はその治療法を知らず、これに対する治療を行わなかった。Xは当初救急室で治療を受けていたが、集中治療室で治療を受けることになった。他の医師がXを診察した結果、彼女には左半身に麻痺があることが判明した。これを受けてY1がXを診察し、麻痺が進行している明らかな徴候があることを認

知したにもかかわらず、外科的な治療を行わなかった。入院から四日後、Xの左半身は完全に麻痺した。Y1は、神経系に問題があると判断し、Xを他の病院に転送したところ、大脳内に大きな血腫があることが明らかになった。外科治療の遅れの結果としてXは、左半身が麻痺するという後遺症を負った。Xらは、特定の行為者の過失を特定することなく、Xの傷害は、被告病院のネグリジェンスにより、直接的あるいは近接的に生じた。彼らは、治療の間、彼女の状態について協議し、監視するということを定めた病院のルールに従わなかった。特にXは、協議を通じて、適切な医学的注意を患者が受けることを、医師スタッフが確実にしていないのに、Yは、医師スタッフを統治する準則・規則を無視した、と主張してYの組織責任を追及した。

最高裁判所は、「医師スタッフを統治する病院の準則・規則は、病院スタッフのメンバーや被用者が、患者の治療や状態についての異常を認知し、報告する義務があることを明らかにしている。院内開業医が、そのような異常を通知された後に行わない場合には、病院のメンバーや被用者は、適切な行為がとられるように病院当局に報告する義務がある。患者の状態の変化や医学的実務の水準に従っていない医師の指示に疑問を持たず、結果として患者が侵害された場合には、病院は責任を負う<sup>61</sup>」と判示して、病院の組織上の過失を認めた。

以上みてきたように、病院の組織的な義務を示す証拠として、病院の内規や準則・規則・JCAHOの認可基準といった文書が、審理における証拠として用いられている。もし、病院がこれらに記載されたルールや水準に違反したことが、患者の損害を引き起こした近因であれば、文書を与えた事実が期待されるべき注意義務水準の証拠として、病院の責任を推定させる。しかし、それが直ちにネグリジェンスを構成することにはならない。というのは、裁判官や陪審は、これらのガイドラインに示された事項を注意義務水準の証拠として拒否することは自由だからである。<sup>62</sup>

(4) 患者に適切なケアを保障するための、適切なルールおよび手続きを案出し、採択し、執行する義務

この義務はしばしば(iii)の義務と重なり合い区別できないことも少なくないが、病院が、適所に、適切なガイドラインやマニュアル等の文書を持つべきであったのに、それを保持していなかった場合や、採択しても実施していない場合、あるいは採択したルールが不適切であった場合に義務違反が生じる。

【5】 Keen v. Methodist Hospital 事件<sup>(63)</sup>

喧嘩で右目に傷害を負った患者が、被告病院の救急室で院内開業医の診察を受けた。医師はレントゲンを撮影した後、治療をしないまま患者を帰宅させた。翌朝、たまたま患者のレントゲン写真を見た放射線医Aが、頭蓋骨折の可能性があることに気づき、再度のレントゲン写真の撮影を推奨する意見を病院のレコーダーに記録した。しかし、その日が休日だったことから、彼の意見は休日明けまで誰にも聞かれることはなかった。他方、録音がなされた日の午後、患者は自宅において突然意識を消失し、被告病院に搬送されたが、頭蓋骨折と頭蓋内出血のために死亡した。救急室で診察した医師が頭蓋骨折を見落としたことが死亡の近因であった。裁判所は、「病院は、医業を行うことができないゆえに医師の行為に対して責任を負うことはできないが、施設として病院の運営に關し管理上の責任がある。病院は、雇用契約に基づき放射線医Bを放射線部門の管理者として置いており、同部門におけるサービスの方法について文書化している。放射線医Aの意見が、治療を行っていない医師、または、その医師がいない場合には病院の管理者に伝わるような手続きをルールとして採択していなかったことにつき、病院にネグリジェンスがある<sup>(64)</sup>」と判示して、病院の組織責任を認めた。

【9】Edwards v. Brandywine Hospital 事件<sup>(65)</sup>

Xは、腰痛のためにY病院の救急室に行き入院した。入院後すぐに、看護師がヘパリン・ロック（複数の点滴薬液の注入を可能にするために静脈カテーテルに専用の器具を付けたもの）をXの左手に挿入したが、入院中、Xの静脈カテーテルは入院後の三日目に一回しか交換されなかった。退院後左手が発赤・腫脹したため、Xは再度Y病院の救急室を受診し検査を受けたところ、ブドウ球菌による感染であることが明らかとなり、Xは再度Y病院で約一か月間入院治療を受けた。

XはY病院に対して、保健省の規則（regulation）は感染を防止するために静脈カテーテルの留置期間を四八時間とし、その後留置場所を変更することを規定しているが、Y病院はそれを遵守していないとして、組織上の過失を主張して、訴訟を提起した。他方、Y病院は、保健省の規則で用いられている、アメリカ病院協会の“Infection Control in the Hospital (1979)”は時代遅れのものであり、四八時間の基準は“Centers for Disease Control”によつて七十二時間に変更されている、という抗弁を提出した。

事実審は、保健省の規則を重視し、被告病院のルールでは静脈カテーテルは七十二時間で交換することになっており、保健省の規則に反して静脈カテーテルを取り除かなかったことは「当然違法ネグリジェンス（negligence per se）」であり、病院の注意義務違反を構成するとしたが、因果関係が証明されていない、として、指示評決を言い渡した。他方、控訴審は、保健省の規則の文言は、四八時間ルールを強制しておらず、その基準からの逸脱は「当然違法ネグリジェンス」を構成しない、として原審の判断を覆した。

最高裁判所は原審の判断を支持したうえで、「病院自身が（公式な感染コントロール委員会を通して）、静脈カテーテル

の交換に関する標準以下のルールを採択したのであれば、病院は組織の能力に関し責任がある。病院のルールに従った看護師をとがめることはできないが、病院がその静脈カテーテルのルールが不適切であることを知っていた、あるいは知るべきであった場合には、病院に過失があつたといふことができる<sup>(66)</sup>とした。そのうえで、「保健省の規則 (regulation) は、四八時間のルールに絶対的に従うことを要求しておらず、七十二時間というルールを採択することを禁じていない。カテーテルの位置を頻繁に変えることが感染に対する危険を増大させる可能性もある。病院が四八時間後にへパリン・ロックの場所を変えなかつたという事実は、当然違法ネグリジェンスを構成しない<sup>(67)</sup>」として控訴審の判断を支持し、再審理を命じた。

## 6、組織責任論に対する評価

多くの法域で新たに採択されている組織責任の形態は、Darling 事件判決が採択した(iii)の類型とこれに関連した(iv)の類型である。これらの新たな組織責任を支持する裁判所や学説はその根拠を、「病院はもはや医師がその仕事をなすための単なる施設ではなく、様々な専門職者や、様々な部門が関わり合つて包括的な医療サービスを提供する医療の担い手であること」、そして、「国民は、包括的な医療サービスを提供する病院を頼っており、増大する国民の信頼が、組織責任を課す主要な理由である」としている。

しかし、この新たな組織責任論の発展が、普遍的に受け入れられているわけではない。例えば、Thompson 事件で反対意見述べたFlaherty 裁判官は、裁判所が誤った経済政策の創出を導くことになるとして、次のように批判している。「この新たな責任理論の採択において、多数意見は、当州の法に対し途方もない、無分別な変更をなしている。被用者ですらない人物の行為に対し、病院に財政的責任を置くという変更は、deep pocket の責任理論に反映される。

同時に、病院費用は、驚異的に上昇している。これは、既に国民にとって多大な負担となっている医療費をさらに押し上げる。上級者責任のような伝統的責任理論が、不法行為に対する組織の責任を確認するのに適切である<sup>68</sup>。

## 7、小括

以上述べてきたように、アメリカの病院は、物的・人的体制の瑕疵のみならず、医師や看護師が行う医療行為に關しても直接的義務を負うようになっていいる。この考え方の根底にあるのが「組織責任の法理」である。組織責任は、予見可能性、結果回避可能性を前提とした過失責任であること、雇用関係にない医師の加害行為に対しても責任を負うこと、使用者の義務と被用者が患者に対して負う義務は異なるものとして区別していることから、概念的には日本の安全配慮（保護）義務に相当し、同時に使用者の不作为不法行為の一類型として捉えることができるものと思われる。

今日、病院が患者に対し直接負う義務の内容は、(i)安全と適切な設備・備品の保持において合理的な注意を行使する義務、(ii)能力ある医師を選択し、保持する義務、(iii)患者のケアに関して、病院の内で医療を行う全ての人を監督する義務、(iv)患者に適切なケアを保障するための適切なルールおよび手続を案出し、採択し、執行する義務、の四つの類型に大別される。このうち、(iii)(iv)が診療行為に關連して新たに発展してきた病院の義務である。

病院の組織責任を問うためには、損害が生じた組織構造上の欠陥や手続に対し予見可能性が必要であり、その義務違反を証明するにあたっては、行政法規やJCAHOの組織運営に關する基準、病院が定めた内部規則（病院で作成されたマニュアルやガイドラインも含む）等が、その証拠として用いられる。けれども患者の診療に対し裁量権を有する医師の業務に違法に干渉することにもならない。なぜなら、これらによって病院の日常業務をスムーズに稼働させ、また患者に対する適切なケアを保障するものとして、医師もその活用に同意していると考えられるからである<sup>69</sup>。

このようにして、組織責任の法理の発展により病院は、独立契約者たる医師が行う専門的医療行為や医師の指示に基づいて医療行為を行う看護師らの専門的行為についても、患者に対しその質を保障する義務を負うようになった。

ところでコモン・ローにおいて、組織責任を基礎づける患者に対する保護義務（作為義務）は、何を根拠に生じるかであるが、組織責任を採択する裁判所は第二次不法行為リステイトメント第三二三条を挙げるか、あるいはこれに類似した自州のコモン・ローをその根拠として挙げている。<sup>(70)</sup> 第二次不法行為リステイトメント第三二三条はつぎのように規定している。

三二三条〔サービス提供の引受けのネグリジエントな行為〕

「他者の身体・財産の保護が必要であると認めうるサービスの提供を無償ないし約因によって引き受ける者は、(a)注意を払うことの懈怠が損害に対する危険を増大させたり、あるいは、(b)他者がその引受けに信頼をおいたために損害を蒙った場合には、引受けを履行するために合理的な注意を懈怠したことから生じた人身損害に対して責任を負う」<sup>(71)</sup>。

そうして、不法行為責任において、当事者間で保護義務が生じるか否かを判断するにあたり、裁判所は、以下のようなファクターを考慮して、片方当事者に行為義務が生じるか否かを判断しているとされる。<sup>(72)</sup>

すなわち、(i) 当事者の関係<sup>(73)</sup>、(ii) その行為者の行為の有用性、(iii) 危険の性質および生じた損害に対する予見可能性、(iv) 行為者に義務を課した場合の結果、(iv) 提唱されている解決策における (in the proposed solution) 社会全体の利益である。

## V. 検討

以下では、アメリカ法から得た示唆をもとに、日本法の下での、「安全配慮（保護）義務」すなわち「病院の組織責任」について考えてみたい。

まず最初に、なぜアメリカ法においては安全配慮（保護）義務が、不法行為法によって統治されるのかを明らかにしておかなければならない。

先述したリステイトメント第三二二三条における、「約因<sup>(74)</sup>」によって引き受ける場合とは「明示の契約（express contract）」の場合であり、「無償」によって引き受ける場合とは、約因がない場合、すなわち、「黙示の契約（implied contract）<sup>(75)</sup>」の場合である。

明示の契約とは、口頭もしくは文書による当事者間の明確な意思表示と合意によって生じる契約であり、黙示の契約（implied contract）とは、当事者間において明確な意思表示（約因）がなくとも、当事者の行為やある状況から合意があったものと法が推定するものである。患者が病院と明確な取り決めをしないで、病院に委ねて医療サービスを受ける場合には、契約の本質的要素たる約因を欠くために黙示の契約をしたことになり、人身損害が生じても不法行為に基づく訴えができるのみである。裁判所は原告が申し立てている義務違反が、病院との特別な合意から生じたものか、黙示の契約によって生じたものか、を判断することによって訴因を確定し、損害賠償額を算定する。このようにして、アメリカでは「黙示の契約」は契約法では統治されないことから不法行為訴訟となるし、また病院が患者に対して負う義務は、当事者の合意によって生じた義務ではなく、当事者間の関係を前提に法が創出した義務であるから、

契約におけるように当事者間の交渉によって義務内容を変更することはできない(例えば免責約款等)。

他方、日本法の下では、「黙示の契約」も契約法によって統治されるが、安全配慮(保護)義務は、当事者間の「合意」ではなく、その「関係」によって「信義則上」生じる義務である。最高裁は債務不履行構成を採用したが、日本民法は「信義則」を民法典の冒頭に置き、民法全体、すなわち、物権や家族法全体および債権債務関係が生じる以前の社会的接触関係全般に通じる一般原則として規定されていることから、債務不履行構成、不法行為構成のいずれであっても、義務者に対し作為義務を觀念し得る場合には、その責任を追及することができるものと解される(ただし、請求権の問題は残る)。

では日本の病院に対し患者との関係を前提としてアメリカの病院に課せられているような作為義務を課することができるだろうか。検討すべきは現行の行政規制である。

高度化した医療施設において医療事故が多発するなかで、厚生労働省の医療安全対策会議は、平成一四年に医療安全対策を医療政策の最重要課題のひとつと位置づけ、今後の中長期の国家の医療安全対策の基本方針についてとりまとめた報告書である「医療安全推進総合対策」を公表した。現在、同報告書に基づいて様々な医療安全対策が実施されている。<sup>(76)</sup> また、平成一八年の医療法改正では、第三章において「医療の安全の確保」を掲げ、第六条の一〇において、病院、診療所又は助産所の管理者に対し、医療の安全を確保するための指針の策定、従業者に対する研修の実施、その他の医療の安全を確保するための措置を義務付け、また第六条の九において、国、都道府県、市や特別区に対し、医療の安全の確保に關し必要な措置を講ずる努力義務を定めている。さらに、医療法施行規則は特定機能病院に対し、安全管理および院内感染対策の専従者の設置、安全管理部門の設置を義務付けるほか(九条の二三)、各医療施設に対

し、輸液ライン誤接続防止の基準や、医薬品・医療用具等に関連した基準等の整備といった多くのことを義務づけている。

これらは公法上の義務であり、それに反したからといってただちに、個別の患者に対する義務違反とまでは評価できないが、まさに国家が患者の生命・身体を保護するために必要とされる一般的安全措置を講じることを意図したものであることには違いなく、実際のところ病院は厚生労働省の指導の下で、内部規則や一定の医療行為に関する手順書（マニュアル）やガイドライン等の文書等を多数作成し執行している。下級審においても近時、医療従事者の過失と並んで医療施設の組織編成上の義務違反が主張されており、病院自身の責任を問うための証拠として病院の臨床部門が作成したガイドラインや病棟が作成したマニュアルが病院の過失を証明するものとして持ち出され、それに基づいて過失判断する事例が見られている（表13・19・37事件）。

こうした日本法の現況に鑑みると、アメリカ法の下で発展した病院が患者に直接負う(iii)、(iv)の義務は、日本法の下でも病院に作為義務を課す根拠として観念することができると思われ、患者の安全が害されたと考えられる場合には、設置者の自己責任を認めることも可能ではないかと考える。

問題は、いずれの規範によってこれを具体化すべきかである。診療行為の過誤に関しては、病院の組織上の過失と被用者の専門的過失が競合した場合が前提となるから、被用者個人を訴えることができず被用者個人たる履行補助者の負担する義務が病院の債務内容の一部または全部と一致すれば使用者の責任を問いうる四一五条構成、そして、「人的・物的な環境に起因しない侵害」をその適用範囲外とする安全配慮義務構成は、ひとまずここでは除外する。したがって、七一五条構成か、七〇九条構成のいずれかということになるう。

七一五条構成は、被用者の故意・過失を前提とすることから使用者の責任を認める必要上、被用者に高度の注意義務を課すことになりかねない。病院の管理体制の不備が加害行為の原因ないし加担したと考えられる点において、使用者にも独立した責任が認められるのに、加害被用者に責任を収斂させることになりかねず、使用者の無責任化を招来させる結果（適切な行為規範を創設しない）となつて、正しい解決とは思えない。他方七〇九条構成は、病院の責任を直接追求することができ、かつ全ての国民に対して医療の安全という権利の実現・保障を可能にしうる。

したがって、病院が一つの組織的機能として診療機能を果たし得ない場合は、七〇九条により病院が自己責任を負担すべきであると考えるのが適切であろう。しかし、医療過誤訴訟においては、企業責任を前提に提唱された七〇九条構成とは異なつた理論的検討が必要であると考ええる。以下では、これに対する私見を示し、結びにかえたい。

## VI. 結びにかえて

一九七〇年代に神田孝夫教授によつて提唱された七〇九条構成は、報償責任・危険責任を前提として、①代位責任として理解された七一五条では被用者個人としての責任が成立すること、②行為者たる被用者を特定しその者に過失があつたことを立証するのは被害者にとつて容易ではないこと、また、③企業から被用者に対する求償が問題となるため企業への責任の集中が実現できないことの三つの問題を克服するために提唱されたものである。<sup>(78)</sup>しかし、②についていえば、医療事故の場合は、病院に独立した責任主体性を認めたとしても、患者は通常医師や看護師等加害者を比較的容易に特定ないし限定できるのが通常であり、病院が損害賠償責任を負う場合に過失ある被用者が共に共同被告として訴えられることも少なくないものと思われる。病院で発生した医療事故を理由とする従来の損害賠償請求訴

訟の形式は、まず医師等の診療上の過失を主張し、当該医師等については七〇九条の不法行為責任を問うのと同時に、その使用者である病院（開設者）に対して七一五条の責任の適用を主張し、両者の不真正連帯債務であるとして損害賠償請求を追及するものであったが、使用者が独立の不法行為性を備えることよって、使用者と被用者との共同不法行為の成立の可能性を示唆するものである。七一九条が適用される場合、各人の独立の不法行為責任の成立と関連性が必要であるから、被用者の加害行為とこれに加担した使用者の行為は、独立して不法行為の成立要件を満たすとともに、関連共同性ありと認められることになる。七一九条はその効果として、共同不法行為責任が成立すると、共同行為者は全員でその責任を全部負担することになり、对被害者との関係では免責されず、内部関係においても負担部分が指定されこれを超えた賠償金を支払った場合のみ、他の共同不法行為者に超過部分の求償を求めることができる。しかし、順次あるいは連鎖的に不法行為が生じた場合で、損害に対する寄与度が異なり連帯責任を課すには酷な事案がある。また監督的立場にある医師と看護師といった主従の関係にある職種や、個人で責任保険をかけている職種とそうでない職種がこのラインに加わる場合がある。これに病院を責任主体として加えた場合に、果たして七一九条による処理が良いのか、それとも競合的不法行為とすべきなのか、事故を類型化して、それに応じた適切な処理を検討することが必要となつてこよう。

また、③についていえば、医療の分野では医師等被用者個人が損害賠償責任をかけている場合も少なくなく、求償の制限が必要かという問題がある。病院の自己責任を認めるということは、それだけ従来被用者が病院に代わって負担していた責任が減少し均衡がとれた状態となるともいえるが、他方で個人は病院の自己責任の陰に隠れて専門的責任から逃れかねないともいえる。医療事故の場合は、一度事故を起こせば法益性の高い患者の身体・生命を害するこ

と、また医療事故被害者は真相解明や再発防止といったものを求めていること、さらに国家が患者の生命・身体を保護するために必要とされる一般的安全措施を積極的に講じていることに鑑みると、わたくしは被用者に過失がある場合は、求償は制限すべきではないと考える。むしろ、医療過誤訴訟では、今後の医療事故を防止するために、外部で被害者に対する補償を確実にしつつ内部関係において、求償によって制裁を図り、事故を抑止していくべきだと考えるからである。

以上、本稿はアメリカの法状況を参考に、医療施設の組織責任について検討を加えてきた。診療の領域における組織責任の成立の可能性を検討するにあたっては、因果関係の問題や契約法理に基づく安全配慮義務と不法行為法理に基づく不作為不法行為との関連についても検討が必要であった。今後の課題としたい。

事故類型	NO	裁判所・判決年月日・出典	被告	事案・原告の主張等	判決
管理上の過失	1	横浜地判昭和58年5月20日判タ506号167頁	医療法人	ナーズコールプザーの説明や設置に問題があった事例	709
	2	東京地判平成14年1月31日判時1790号119頁（一審）、東京高判平成21年4月28日判時2086号25頁（控訴審）	県厚生農業協同組合連合会	母親が持参し、同病院の看護婦が与えたコップ用の玩具で遊んでいたところ、窒息した事例	415
	3	千葉地判平成23年10月14日裁判所ウエブサイト（平成21年(ワ)1651号）	医療法人	院長が患者の入浴について、入浴に関する看護基準を設定・指示し、病院内の安全管理態勢を確保すべき義務があったにもかかわらず、これを怠ったとして争われた事案	715
	4	東京地判平成10年3月23日判時1657号72頁（一審）、東京高判平成13年10月17日東京高等裁判所判決時報52巻1～12号16頁（控訴審）	大学法人	死因としてうつぶせ寝による窒息か、未然型乳幼児突然死症候群（SIDS）かが争われた事案	715
	5	広島高判松江支判平成24年5月16日（TKC文献番号25481766）	国立大学法人	パルスオキシメータの警報音を聞き漏らした過失、保守点検等病院の医療体制等における過失が争われた事例	715
	6	東京地裁平成17年11月22日判時1935号76頁（一審）、東京高判平成21年4月28日判時2086号25頁（控訴審）	地方公共団体	アラームが直ちに聞こえるようなナーズステーションを設置する措置を採っていないことが争われた事例	715（一審）、取消、棄却（控訴審）
	7	神戸地判平成23年9月27日判タ1373号209頁	医療法人	心拍数モニターに係るアラームに気付かなかった看護師に過失があったとされた事例	715
	8	名古屋地判平成21年6月24日判時2069号84頁、判タ1320号211頁	医療法人	スピーカーから聞こえる胎児心音の異常に気付くのが遅れた看護師の過失が認められた事例	715
	9	東京高判平成11年9月16日判タ1038号238頁	医療法人	両下肢大腿切断をした長期入院患者がベッドから転落した事案	415
	10	東京地判平成14年6月28日判タ1139号148頁	大学法人	リハビリ中に転倒して頭部を打撲し、患者が死亡した事例	415

医師の 診療行為	11	大分地裁平成24年11月1日裁判所ウエブサイト (平成23年(ワ)第899号)	地方公共団体	①能書に記載された注意事項に従うような体制を構築しなかった注意義務違反、②能書に記載された注意事項に従うように適切に指導・監督しなかった注意義務違反、③医療過誤の発生を予防できるシステムを構築しなかった注意義務違反を主張した事例	請求棄却
	12	東京地判平成16年3月24日判時1879号96頁(一審)、東京高判平成17年1月27日、平成16年(ホ)第2477号(控訴審)	学校法人ほか 医師4名	抗がん剤の過剰投与による患者の死亡	医師4名 は709、 設置者は 715
医師の 共同診療	13	東京地判平成22年9月27日判タ1377号151頁	学校法人、病院長 ほか医師3名	医局で作成されたCVカテーテルマニュアルが問題となった事例	請求棄却
	14	京都地判平成18年11月1日裁判所ウエブサイト (平成13年(ワ)2820号)	国立大学法人、 看護師5名、 管理者2名、 医師2名	滅菌精製水とエタノールを取り違えた事例	看護師 5名は 719 I、 設置者 は715
看護師の 共同	15	東京地裁平成16年1月30日判タ1194号243頁	地方公共団体、病 院長、医師2名	点滴薬剤の取り違い、看護師による誤注射	715
	16	【刑事】横浜市立代患者取り違え事件(民事訴訟なし) 最判刑集61巻2号149頁	看護師2名、 医師5名	手術における患者の取り違え	医師、看 護師全員 罰金刑
	17	東京地判平成23年2月10日判タ1344号90頁	共済組合連合会、 担当医ほか医師2 名、薬剤師3名	薬剤の過剰投与による患者の死亡	719 I 前段、 715
医師と他の 専門職者の 共同	18	京都地判平成17年7月12日判時1907号112頁	医療法人、医師、 准看護師	准看護師による誤注射	709, 715

19	新潟地判平成15年12月26日裁判所ウエブサイト (平成12年(ワ)384号)	地方公共団体	腹部造影検査後の止血処置の過誤	715
20	福島地判平成20年5月20日判時2019号69頁、判タ1289号211頁	公立大学法人	緊急帝王切開後の新生児仮死	715
21	大阪地判平成11年3月8日判タ1034号222頁	教団病院、病院管理者、主治医、看護師	麻酔薬によるショック死	709,715
22	青森地判平成6年12月20日判時1552号107頁	地方公共団体	ネオペルカミン剤の脊椎麻酔がかげられたところ、右患者が手術中に呼吸停止及び心停止を来し死亡した事故	715
23	大阪地判平成23年7月25日判例タイムズ1354号192頁	財団法人	出産後に羊水塞栓症を原因とするDICに陥り、転送先で患者が死亡。	715
24	東京高判昭和58年10月27日判時1093号83頁、判タ516号143頁	国、当直医	帯位胎盤早期剥離による胎児の死亡事故	715
25	名古屋地判平成19年1月31日判時1992号101頁、判タ1277号386頁	医療法人	頸椎骨切除手術を受けた患者の死亡	715,415
26	仙台地判平成13年4月26日判時1773号113頁、判タ1181号307頁	地方公共団体	骨折した小学生にフォルクワンプン拘縮が生じ、後遺障害が残った事案	715,415
27	富山地判平13年2月28日判時1761号107頁	県厚生農業協同組合連合会、外来で診療にあたった医師	患者の死亡は医師や看護婦らが適切な処置を怠った結果であるととして、担当医と法人が訴えられた事例	709,715
28	大阪地判平成11年2月25日判タ1038号242頁	医療法人、院長兼主治医	腸閉塞の手術を受けた患者が術後縫合不全による腹膜炎を併発し、死亡した事案	415
29	大阪地判平成16年1月21日判時1907号85頁、判タ1174号264頁	医療法人、地方公共団体	気道確保の処置を受けた際、呼吸停止及び心停止となり、いわゆる植物状態に陥った事案	719
30	前橋地判平成22年4月30日判時2083号122頁	医師会	A鎖骨骨折、肋骨骨折等の傷害を負い、翌朝窒息死した事例	715,415

	31	松山地判平成24年6月26日判例集未登載 (平成18年(ワ)第419号)	医療法人	医師が患者の症状の変化に速やかに適応できる連携態勢を適切に構築できなかったとされた事例	415
	32	神戸地姫路支判平成14年2月25日裁判所 ウエブサイト (平成9年(ワ)第684号)	病院事務組合	原告が、ガス壊疽を発症し、左足の膝関節下切断を余儀なくされた事例	715,415
院内感染	33	熊本地判平成17年3月24日判タ1285号240頁	国立大学法人 地方公共団体	MRS A敗血症による死亡。感染対策予防措置の不十分	715,415
自殺	34	東京地判平成21年9月15日判タ1328号196頁	国立大学法人	患者が病室から失踪し、敷地内に併設された看護師宿舎の屋上から転落して死亡した事例	請求棄却
	35	名古屋地判平成19年4月25日判時1994号80 頁、判タ1269号246頁	医療法人	自殺未遂に気づいた看護師が他の看護師の応援を要請するために病室を離れた間に、患者が自殺をした事案	請求棄却
	36	東京高判平成13年7月19日判時1777号51頁、 判タ1107号266頁	医療法人	患者が自殺したのは、以前通院していた病院の担当医師が診断を誤り、必要な治療、措置をとらなかつたためであるとして訴えた事例	415
精神科	37	福岡高判平成3年3月5日判時1387号72頁	医療法人	加害患者が無断外出し果物ナイフを買って持ち帰り、程なくして被害患者が殺害された事案	415,709
		38	大津地判平成12年10月16日判タ1107号277頁	医療法人	精神分裂病を発症して同室に入院していた患者が暴行を加え、甲を死亡させたことに関し、病院に対し損害賠償を求めた事案
	39	福岡地小倉支判平成11年11月2日判タ1069 号232頁	医療法人	患者が首をつり自殺したため、昼夜病室を巡回するなどの自殺防止措置をとることを怠った等主張して争った事案	415
	40	大阪地判平成10年3月20日判タ984号208頁	医療法人	精神病院に入院した患者が同室者の暴行を受けて、内科を専門とする他院に救急搬送されたが、MRS A感染により死亡した事例。	415,709

- (1) 医療安全総合対策会議「医療安全推進総合対策―医療事故を防止するために」三頁（二〇〇四年四月一七日）。
- (2) 後掲注(3)、注(5)に掲げた文献のほか、潮見佳男「責任要件としての「加害者の過失」の現代的変容」私法五五号一七頁（一九九三年）、橋口賢一「ドイツにおける診療過誤と組織過失論」同志社法学五四卷五号一二九頁以下（二〇〇三年）がある。
- (3) 唄孝一「現代医療における事故と過誤訴訟」唄孝一・有泉享編『現代損害賠償講座四・医療事故・製造物責任』（日本評論社、一九七四年）。
- (4) 後掲注(5)に掲げた文献を参照されたい。
- (5) 唄教授は、病院管理に関するミスを問題とする下級審判決を参照されたうえで、「そのほとんどがいまだ民法七一条の構成におおわれているものの、社会的、実質的には病院自体の有责性そのものが問責の対象とされていることを判文上にも感じさせる事例がある」と指摘し、「遅かれ早かれ、七一条という構成に満足しえず七〇九条の内包を拡大してそこには組織自体の不法行為責任をはらましめるに至ることは、もはや当然のなりゆき」とされた。唄・前掲注(3)二五頁。同様の見解をとるものとして、林良平ほか「医療行為とは何か―組織医療を含めて」ジュリ六一九号五三頁〔錦織成史〕（一九七六年）、金川琢磨「医療事故における病院の自己責任」法社会学三二卷一四一頁（一九七九年）、筋立明・中井義雄編『医療過誤法』一七三頁以下〔川村フク子〕（青林書院、一九九四年）、大野真義編『現代医療と医師法制』八〇頁以下〔野田寛〕（世界思想社、一九九五年）、國井和郎「使用者責任とその周辺問題―他人を使用する者への帰責をめぐる法的構成」法律時報四八卷一二号四四頁（一九七六年）等がある。
- (6) 七〇九条の下で処理されたケースとして、横浜地判昭和五八・五・二〇判タ五〇六号一六七頁（表1事件）があるが、それ以外はみあたらない。
- (7) 西口元、島田佳子「医師の制度疲労責任―個人責任から組織責任へ」判タ一一三三号一四頁（二〇〇三年）参照。
- (8) 例えば、大津地判平成二二年一〇月一六日判タ二〇七号二七七頁（表38事件）がある。精神科の領域の裁判例については、手嶋豊「判批」判時一四〇九号一五五頁（一九九二年）、長谷川義仁「判批」別ジュリ二一九号二一六頁（二〇一四年）を参照。

照されたい。

- (9) 東京地判平成一四年一月三二日判時一七九〇号一一九頁(表2事件)。
- (10) 例えば、東京高判平成一一年九月一六日判タ一〇三八号二三八頁(表9事件)。
- (11) 高橋眞『続・安全配慮義務の研究』一〇頁(成文堂、二〇一三年)、近江幸治『民法講義V契約法(第三版)』三四二頁(成文堂、一九九八年)等。
- (12) 平野裕之「安全配慮義務の観念は、これからどの方向に進むべきか」椿寿夫編『講座 現代契約と現代債権の展望二・債権総論(二)』三三三頁以下(日本評論社、一九九一年)、新見育文『安全配慮義務』の存在意義」ジュリ八二二号九九頁以下(一九八四年)、同「『安全配慮義務の存在意義』再論」法律論叢六〇巻四・五合併号六〇八頁以下(一九九一年)。
- (13) これについては、医療従事者がひとたび事故を起こせば人命を危険に曝すおそれのある者であることに照らして、医師に対して極めて高度の注意義務を課した東大輸血梅毒事件(最判昭和三六年二月一六日民集一五巻二号二四四頁)が前提となっているものと思われる。
- (14) 平井宣雄『債権各論Ⅱ不法行為』七一頁(弘文堂、一九九二年)。
- (15) 赤瀬朋秀ほか八名「平成一七年度学術委員会第五小委員会報告・病院組織における薬剤部門の位置づけに関する調査研究」一一〇八頁(二〇〇七年)。
- (16) 落合誠一「補助者の行為による運送人の責任(二)」法学協会雑誌九五巻一号一三頁(一九七九年)。
- (17) Lynn D. Lisk, A Physician's Respondent Superior Liability For the Negligent Acts of Other Medical Professionals-When the Captain Goes Down Without the Ship, 13 UALR L. J. 183, 184 (1991).
- (18) Milliron v. Francke, 243 Mont.200, 793 P2d 824 (Mont.1990) 事件の裁判所は、「この一般原則は、医師の知識やサービスは非常に専門的であり、医師は素人によって支配することができない者である、という裁判所の確信を反映している」と述べるが、医師が独立契約者とされる最大の理由は、病院が行使できる「支配の不足」にその根拠がある。
- (19) 借用された使用人法理とは、その状況を支配し、その仕事を委任している者に責任を課す法理であり、特別な使用者の支

配が及んでいる。あるいは権限がある場合にだけ、一時的に特別な使用者に対し、通常の使用者の責任を移転するものである。組織責任の発展により病院における「借用された使用人法理」は衰退しているため本稿では論じないが、本法理は、しばしば医師の指示に基づいて医療行為を行う看護師に適用されてきた。本法理が適用された場合には、医師が特別な使用者として看護師の過失に対して使用者責任を負うことになる。この点は日本法においても、看護師が過誤を侵した場合、医師の指示監督責任が必ずといていいように問題となるのと同じである。詳細は、峯川浩子「アメリカ合衆国における看護師のネグリジェンス責任（一）」立教大学大学院法学研究第二二号八七頁以下（一九九九年）参照。

- (20) 合衆国の病院制度の詳細については、See RAND ROSENBLATT ET AL., LAW AND THE AMERICAN HEALTH CARE SYSTEM (1997) が詳しい。
- (21) Thompson v. Nason Hosp., 527 Pa.330, 591 A.2d 703, 707 (Pa.1991).
- (22) Darling v. Charleston Community Hospital, 311 Ill. 2d 326, 211 N.E.2d 253 (Ill. 1965).
- (23) Gregory Keating, Tort: Rawlsian Fairness and Regime Choice in the Law of Accidents, 72 Fordham L.Rev. 1857, 1886 (2004).
- (24) Lori Andrews, Symposium Starting the Medical malpractice System: Article: Studying Medical Error in Situ: Implications for Malpractice Law and Policy, 54 DeP. and L. Rev. 357, 383 (2005).
- (25) William Sage, Enterprise Liability and the Emerging Managed Health Care System, 60 Law and Contemporary Problems 159, 162-69 (1997).
- (26) See, e.g., Andrews, supra note 24, at 387; Clark Havighurst, Making Health Plans Accountable for the Quality of Care, 31 Cal.Rev. 587, 605-06 (1997); Mark Hall, Institutional Control of Physicians Behavior: Legal Barriers to Health Care Cost Containment, 137 U.Pa.L.Rev. 431 (1988).
- (27) Paul Weiner, The Case for No-Fault Medical Liability, 52 Mb.L.Rev. 908 (1993).
- (28) See, e.g., Daniel Shuman, The Standard of Care in Medical Malpractice Claims, Clinical Practice Guidelines, and Managed Care: Towards a Therapeutic Harmony?, 34 California Western Law Rev. 525, 572 (1988); Gary Schwarz, Corporate

Tort Liability Symposium: Article: The Hidden and Fundamental Issues of Employer Vicarious Liability, 69 S. Cal. L. Rev. 1739, 1748-49 (1996); Randall Bovbjerg, Medical Malpractice on Trial: Quality of Care is the Important Standard, 49 Law & Contemp. Probs. 321, 325 (1986).

(29) See supra note 22 Darling 311 Ill. 2d 326, 211 N.E.2d 253 (Ill. 1965).

(30) JCAHOとは、患者のケアを包括的に改善し、病院が従わなければならない最低の水準を創ることを目的として、アメリカ内科医学会・アメリカ外科学会・アメリカ歯科医師会・アメリカ病院協会・アメリカ医師会によって設立されたシカゴに本拠地を持つ私営の非利益団体である。JCAHOは、ICAHOの認定を受ける病院のために、認可基準を公表しているが、この病院認可マニュアルが實際上全米における病院運営の一般的ガイドラインとなっている。日本における公益財団法人「日本医療機能評価機構」はJCAHOをモデルとして創設されているものと思われる。

(31) Darling, 211 N.E. 2d, at 256.

(32) Id at 257-58.

(33) 当然違法ネグリジェンスとは、ある制定法への違反が、ある事情の下では、当然過失となるものである。制定法への違反は、全て不法行為上の過失を導くものではないが、ある者がその制定法が保護しようとしている範囲にあり、被った損害が立法者が防止することを意図していた種類のものであった場合には、当然違法ネグリジェンスの主張を台頭させることになる。当然違法ネグリジェンスに関する邦語の説明として、樋口範雄『アメリカ不法行為法』(弘文堂、二〇一一年)一〇三頁以下がある。

(34) See, e.g., Strubhart v. Perry Memorial Hospital Trust Auth., 903 P. 2d 263 (Ok. 1995); Pedroza v. Bryant, 101 Wash, 2d 226, P. 2d 166 (Wash. 1984); Arthur South wick, Hospital Liability: Two Theorie Have Been Merged, 4 Journal of Legal Medicine 1, 18-23 (1983).

(35) Thompson v. Nason Hosp., 527 Pa.330, 591 A.2d 703 (Pa.1991).

(36) Martin McWilliams & Hamilton Russell, Hospital Liability for Torts of Independent Contractor physicians, 47 S.C.L.Rev.

431, 468-69 (1996).

(37) 擬制認識とは、現実に認識していなくとも、合理的な注意を払えば認識していたであろう事実について、認識 (Knowledge) があると見なされることである。田中英夫『英米法辞典』(東京大学出版会、一九九五年) 一八九頁より引用。

(38) 歴史的にコモン・ロー裁判所は、ある者の行為と損害との事実的因果関係があるかどうかを判断するために、二つのテストを用いてきた。一つは、「あれなければこれなしテスト (“but for” test) であり、他の一つは「実質的要因テスト (“substantial factor” test) である。「but for”テスト」は二つ以上の原因が競合して一つの侵害をもたらした場合や、いずれか一つの原因だけでも同一の侵害をもたらすことができた場合には不合理な結果が生じる可能性がある。すなわち、こうした状況においては、不法行為者は、自分自身のネグリジェンスにもかかわらず、同一の侵害が生じたはずであると主張することができからである。医療過誤訴訟では、先在する患者の状態も含めて、実質的要因テストが適用される場合が少なくない。「実質的要因テスト」の下では、複数の加害行為が競合する場合に、問題の加害行為以外の要因が被害発生 of 支配的要因であれば、当該加害行為は当該被害の原因ではないことになる。実質的要因の分析においてまず検討されるべき問題は、合理的な医学的蓋然性の枠内で、証拠があるかどうかである。すなわち、先在する患者の状態を前提として、ネグリジェントな行為が危険を増大させたかどうかである。つぎに陪審は、その危険の増大が最終的な損害を引き起こした実質的要因であったかどうかを決定しなければならない。これら二つが充たされた場合には、損害を適切に配分することになる。損害額は、終局的な結果が、被告のネグリジェンスなくして生じた範囲や、先在した患者の容態が生じさせた範囲を反映させて調整されることとなる。 See also, RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 431, 432 (1965).

(39) See *Welsh v. Bulger*, 548 Pa. 504, 698 A.2d 581, 585 (Pa.1997). なお「事案が非常に容易であり、かつ技術の不足や注意の欠如が非常に明らかであるような場合、非専門家たる一般人にとって通常の経験と理解の範囲にある場合には、専門家証人は必要ない」とされている。そのような場合は、過失推定則 (*res ipsa loquitur*) が適用される。 See *Toogood v. Rogal*, 573 Pa. 245, 824 A.2d 1140, 1146-47 (E.D. Pa. 2003).

(40) See RESTATEMENT (SECOND) OF AGENCY § 214. 「譲渡すべきない義務」の責任の性質は、アメリカ法では伝統的に

「他人の行為に対する代位責任（厳格責任）」であると解されている。この点において、イギリスにおける「譲渡できない義務」の責任の性質とは異なる。イギリスにおいては自己責任であると紹介されている。田上富一「独立契約者の不法行為に対する責任—イギリスにおける non-delegable duty 法理が示唆するもの—」法と政治四七巻一号一八二頁（一九九六年）、落合誠一『運送責任の基礎理論』（弘文堂、一九七九年）四七頁参照。

(41) 二〇〇六年に代理法第三次リステイメントが発刊されており、二二四条は §7.06 として規定され直されている。第二次リステイメントの方が詳細な解説があること、及び時代背景も考慮して、本稿では二二四条を引用している。代理法第三次リステイメント §7.06 については、樋口範雄「代理関係と不法行為」樋口範雄、佐久間毅編『現代の代理法—アメリカと日本』二二五頁以下（弘文堂、二〇一四年）を参照されたい。

(42) 例えば、当事者は契約を締結するにあたり、義務の履行に際し独立契約者を使用することがあるが、その場合であっても相手方当事者あるいはその他の第三者の身体・生命の安全や財産を絶対的に保障するということを明示することも可能である。See, RESTATEMENT (SECOND) OF AGENCY § 214, Comment (a); *Edwards v. Petrone*, 160 Wis. 2d 255, 258, 465 N.W.2d 847, 848 (Ct.App.1990); *Majorwicz V. Allied Mutual Ins. Co.* 212 Wis.2d 513, 526, 569 N.W.2d 472, 476 (Ct.App.Wis.1977). 当事者の意図が不確かな場合は裁判所が改めて契約の内容を解釈することにより、その義務が譲渡できない義務であるかを決定することになる。

- (43) *W. P. KEETON et al. PROSSER AND KEETON ON THE LAW OF TORTS* § 71 at 511-12 (1984).
- (44) Comment (a), RESTATEMENT (SECOND) OF AGENCY § 214.
- (45) *Jackson v. Powe*, 241 S.C.35, 39, 126 S.E.2d 841, 842-43 (S.C. 1962).
- (46) *Lenkins v. F.L. Long Mortor Lines, Inc.*, 233 S.C.87, 95-96, 103 S.E.2d 523, 527-29 (S.C. 1958).
- (47) *Dixie Stage Lines v. Anderson*, 222 Ala. 673, 134 So. 23 (Ala. 1931).
- (48) *Dolan v. City of Canadian*, 326 S.C.543, 550, 485 S.E.2d 126, 130 (Ct.App.1997).
- (49) *Prowell v. City of Waterloo*, 144 Iowa 689, 123 N.W.346 (Iowa. 1909).

- (50) Jackson v. Power, 743 P.2d 1376 (Alas. 1987).
- (51) Simmons v. Tuomey Regional et al., 341 S.C. 32, 533 S.E.2d 312, 318 (Cal. 2000).
- (52) Martin McWilliams & Hamilton Russell, supra note 36 at 470-71.
- (53) I. Zarin, Negligent Failure to maintain hospital stretcher. New Jersey Verdict Review & Analysis, 15 (17), at 20-1 (1994).
- (54) MARÉS A CRONIE-RETIFF, THE LEGAL LIABILITY OF HOSPITALS, 358 (2000).
- (55) 99 Wis.2d 708, 301 N.W.2d 156 (1981).
- (56) Id. at 172-74.
- (57) この義務のカテゴリーには以下の義務も含まれるとされる。(a)患者やその遺族に対して、傷害や死を招いた注意義務水準からの逸脱について説明する義務、(b)適切な診療録を保持する義務。See CRONIE-RETIFF, supra note 54 at 364.
- (58) Mark A. Hall, Institutional Control of Physicians Behavior: Legal Barriers to Health Care Cost Containment, 137 P.A. L. Rev. 431, 451; Mitchell J. Nathanson, Corporate Negligence: Enforcing The Hospital's Role of Administrator, 28 Tort & Ins. L. J. 575 (1993). Nathanson は、次のように述べている。「病院は、患者のケアを調整することを企図したガイドラインの執行に対して合理的な手段をとる義務がある。しかし、この義務を遂行したならば、患者のケアを監督する義務は終わる。なぜならば、さらなる病院による関与は、非合法的な医業の実施となるからである」。同様に、Johnson v. St. Bernard Hospital, 399 N.E.2d 198, 200-01 (Ill.App. 1979). は、病院の適切な役割を議論する中で、病院の内規 (bylaw) は、医師らを補助するため合理的な努力をなすことを病院に義務づけていると述べた。この義務は、非合法的な医業の遂行とはならない。というのは、医学的な専門性が要求されているわけではなく、スムーズに病院の日常業務を稼動し、そして、適切な患者のケアを保障するために病院によって採択され、そして医師が運営に同意している規則や規定を執行する管理上の専門性が要求されているからである。
- (59) 768 A.2d 1144 (Pa. 2000).
- (60) See supra note 35 Thompson 591 A.2d 703 (Pa. 1991).

- (61) *Id.* at 708.
- (62) 例え<sup>64)</sup> *Burks v. Christ Hospital*, 44 N.C.App 638, 262 S.E. 2d 391 (N.C.1980) は提出された病院のガイドラインに示された事項を注意義務水準の証拠として採用することを拒否した。
- (63) 324 F. Supp.233 (N.D. Ind. 1971).
- (64) *Id.* at 234-35.
- (65) 438 Pa. Super. 673, 652 A.2d 1382 (Pa. Super. 1995).
- (66) *Id.* at 686.
- (67) *Id.* at 687.
- (68) *Thompson*, 591 P.2d at 709.
- (69) See *Nathanson, Johnson*, *supra* note 58.
- (70) See, e.g., *Scampone v. Highland Park*, 57 A.2d 582 (Pa. 2012).
- (71) 同条(b)は契約法第一次リステイトメント第九〇条に規定された「約束的禁反言 (promissory estoppel)」、すなわち、約束の相手方が約束を信頼し、それによって何らかの不利益を被ったこと、そしてそれを約束者も十分予期していた場合に、約束がなくともその約束に法的拘束力を認めるものである。See also, *RESTATEMENT FIRST OF CONTRACTS* § 90. 約束的禁反言については、木村義和「英米における信頼に基づく契約責任と約束的禁反言(一、二(完))」法と政治四九卷二・三号 二五九頁、同四号四八九頁(一九九八年)、樋口範雄『アメリカ契約法』(弘文堂、一九九九年) 八二頁以下参照。
- (72) See, e.g. *Altus v. Cohen*, 756 A.2d 1166 (Pa. 2000).
- (73) アメリカのネグリジェンス法は、契約法の原理をその構造の中に取り込んでおり、被告に対してどのような義務が課せられるのかを決定するにあたり、侵害が生じる前に形成された当事者間の関係を問題とする。詳細は、峯川浩子「注意義務論と医療慣行」甲斐克則編『医事法講座第三卷・医療事故と医事法』一二七頁以下(信山社、二〇一二年)。
- (74) 「約因」とは、簡単に言うると「約束の対価となるもの」、たとえば現金の支払い、ある行為を行うこと、またはある作為を

行わないことといった明確な約束のことである。

(75) 黙示の契約には、「黙示の事実による契約 (implied-in-fact contract)」と「黙示の法による契約 (implied-in-law contract = quasi contract)」との二つがある。前者は、当事者があることを十分に意図していたが、形式上そのような意図が表示されていない場合をいう。この類型は裁判所によって明示の契約とされる場合があり、その場合は契約違反に基づく損害賠償が認められることになる。他方で「黙示の法による契約」の場合は、不法行為に基づく損害賠償ができるのみである。黙示の契約については、See RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACT Ch. 9 (on the scope of contractual obligations and interpreting contract terms); see also LON FULLER & MEVIN EISENBERG, BASIC CONTRACT LAW 486 (1996).

(76) 医療事故防止マニュアルの作成および周知徹底、特定機能病院の安全管理体制の義務化、輸液ライン誤接続防止の基準、医薬品・医療用具等に関連した基準等の整備、医療機関の管理者及びリスクマネージャーに対する研修、過誤を導く原因を特定するための、ヒヤリ・ハット情報の報告の義務づけ、収集・分析等が実施されている。また、平成一四年八月三〇日の医療法施行規則改正により、病床を有する全ての医療機関に対し、①医療にかかる安全管理のための指針の整備、②医療にかかる安全管理のための委員会の設置、③医療にかかる安全管理のための職員研修の実施、④医療機関内における事故報告等の医療に係る安全の確保を目的とした改善のための報告を講じること、が義務づけられた。また、特定機能病院については、①専任の安全管理者の配置、②報告書を集めて原因分析を行う「リスクマネージメント委員会」の設置、③医療機関内に患者からの相談に適切に応じる体制（患者相談窓口）の確保が義務づけられた。そして、「安全管理者」及び「安全管理部門」は、①事故報告制度、②報告書を集めて原因分析を行う「リスクマネージメント委員会」の設置、③医療事故防止マニュアルの整備、④医療事故防止のための教育研修を行うことになっている。医療安全に関する施策の詳細については、新木一弘「我が国の医療安全対策について」保健医療科学第五一卷三号一一四頁以下。今中雄一『病院』の教科書』八三頁以下（医学書院、二〇一〇年）参照。

(77) 学説から批判はあるが、判例は、安全配慮義務は、「(被告が) 支配管理する人的・物的な環境から生ずべき危険の防止」を内容とし、「人的・物的な環境に起因しない侵害（例えば、被害従業員の同僚の運転ミス…最判昭和五八年五月二七日民集

三七卷四号四七七頁)に直結しない侵害行為はカバーしないという立場を採っている。検討する必要は十分あるが、判例の立場を前提とする限りは、医療行為に関連して生じた侵害は安全配慮義務の問題ではなく、使用者責任の不作为(行為の問題)になると思われる。本稿が影響を受けたものとして、瀬川信久「『事業執行性』の展開と使用者責任の多源性」『民法学における古典と革新』五六九頁以下(成文堂、二〇一一年)がある。瀬川信久教授は、使用者の不作为(行為)に関する判例、下級審判例を詳細に分析されたうえで、「不作为の不法行為が拡大する中で、契約の付随義務という観念が不法行為法上の義務に浸潤しているが、使用者責任でも、被用者の加害行為に着目する伝統的な不法行為帰責構造の中に、被害者との関係に基づく契約責任的な帰責構造が部分的に入り込みつつある」とし、不作为の使用責任と安全配慮義務の責任とどのような関係に立つのか、使用者と在学関係・雇用関係などにある者に対する不作为の使用責任は、使用者責任のなかで独立の存在を持つべきか、この問題は、不作为による使用者責任と安全配慮義務や職場環境配慮義務に基づく責任との違いから考えなければならぬことを指摘される。

(78) 神田孝夫『不法行為責任の研究』一一四二頁(一粒社、一九八八年)。

(79) 加藤良夫「救済システムが事故防止に機能する」年報医事法学第一八号九六―七頁(二〇〇三年)。同「医療の安全につながる制度とするために―患者弁護士立場から」年報医事法学第二八号一〇七頁以下(二〇一二年)。また、「(仮称)医療被害防止・救済システムの実現を目指す会」作成のパンフレット、および、同会のホームページ(<http://homepage2.nifty.com/pemv/001kyusai.htm>)参照。この報告は、アメリカにおける研究データとも一致する。患者側は医療側に対し、主として、①情報開示、②真相の究明、③謝罪(誠意)、④再発防止の取組を求めており、金銭取得を目的として訴訟を提起するのは、二三%であった(複数回答方式による)。和田仁孝・前田正一『医療紛争―メディカル・コンフリクト・マネジメントの提案』(医学書院、二〇〇一年)一〇二―一〇四頁。同様に、オーストラリアにおいても、治療によって悪い結果が生じた患者は賠償を求めるというよりも、「治療中に何が起きたのかわからない」、「情報が隠されているという信念」、「医療事故の再発防止がなされていない」といった理由で訴訟を提起していることが明らかになっている。See Review of Professional Indemnity Arrangement for Health Care Professionals, Compensation and Professional Indemnity in Health Care: Final Report 46, 65 (1995).