

博士學位論文

内容の要旨及び審査結果の要旨

第36号

2014年3月

京都産業大学

— は し が き —

本号は、学位規則（昭和 28 年 4 月 1 日文部省令第 9 号）第 8 条の規定による公表を目的とし、平成 26 年 3 月 22 日に本学において博士の学位を授与した者の論文内容の要旨及び論文審査結果の要旨を収録したものである。

学位番号に付した甲は学位規則第 4 条第 1 項によるもの（いわゆる課程博士）であり、乙は同条第 2 項によるもの（いわゆる論文博士）である。

目 次

課程博士

1. 董 向 荣〔博士（法律学）〕…………… 1

論文博士

1. 李 庸 吉〔博士（法律学）〕…………… 15

| | |
|---------|--------------------------------------|
| 氏名（本籍） | 董 向荣（中国） |
| 学位の種類 | 博士（法律学） |
| 学位記番号 | 甲法第5号 |
| 学位授与年月日 | 平成26年3月22日 |
| 学位授与の要件 | 学位規則第4条第1項該当 |
| 論文題目 | 信用状の独立性の例外に関する法的研究 —国際海事詐欺を中心として— |
| 論文審査委員 | 主 査 清河 雅孝 教授 |
| | 副 査 今井 薫 教授 |
| | 〃 山田 廣己 教授 |
| | 〃 戸田 五郎 教授 |

論文内容の要旨

董向荣氏は、「信用状の独立性の例外に関する法的研究—国際海事詐欺を中心として— (International Maritime Fraud: the exception of independence of the letter of credit)」(A4判182頁、36行×40字、未刊)と題する学位論文を申請している。同学位申請論文は、「はじめに」と「おわりに」のほか、第1章の「信用状概述」、第2章の「信用状の法律枠組」、第3章の「信用状詐欺に関する一般理論」、第4章の「信用状独立性の例外の概況」、第5章の「信用状独立性の例外における比較法分析」、第6章の「信用状独立性の例外の立法モデル」、第7章の「信用状独立性の例外による法律効果」、第8章の「信用状独立性の例外の適用例外」および第9章の「総括」によって構成されている。その目次と初出一覧は次の通りである。

(一) 論文の目次

目 次

はじめに

第1章 信用状概述

1.1節 信用状の概念

- 1.1.1 理論解釈
- 1.1.2 国際慣例
- 1.1.3 国内立法
- 1.1.4 信用状の機能
 - 1、代金の回収
 - 2、信用の移転
 - 3、コストの削減
 - 4、訴訟コストの移転
 - 5、法廷地の移転
- 1.1.5 信用状の意義に関する判例
- 1.2 節 信用状の発展歴史
 - 1.2.1 萌芽時代
 - 1.2.2 発展時期
 - 1.2.3 現代の信用状
 - 1.2.4 信用状の発展に関する判例
- 1.3 節 信用状の当事者及び当事者間の法律関係
 - 1.3.1 発行依頼人(Applicant)
 - 1.3.2 受益者(Beneficiary)
 - 1.3.3 発行銀行(Issuing Bank)
 - 1.3.4 通知銀行(Advising Bank)と第二通知銀行(Second Advising Bank)
 - 1.3.5 確認銀行(Confirming Bank)
 - 1.3.6 指定銀行(Nominated Bank)
 - 1.3.7 補償銀行(Reimbursing Bank)
- 1.4 節 信用状の種類
 - 1.4.1 要求書類の有無による分類
 - 1、ドキュメンタリー信用状(Documentary Credit)
 - 2、クリーン信用状(Clean Credit)
 - 1.4.2 発行銀行の責任による分類
 - 1、取消可能信用状(Revocable Credit)
 - 2、取消不能信用状(Irrevocable Credit)
 - 1.4.3 使用方法(信用状による給付の方法)による分類
 - 1、一覽払信用状(Sight Payment Credit)
 - 2、後日払信用状(Deferred Payment Credit)
 - 3、引受信用状(Acceptance Credit)
 - 4、買取信用状(Negotiation Credit)
 - 1.4.4 第三者による信用補強の有無による分類

- 1、無確認信用状(Unconfirmed Credit)
 - 2、確認信用状(Confirmed Credit)
- 1.4.5 信用状の種々の区分
- 1、付加された性質または特殊条件による区分
 - (1) 譲渡可能信用状(Transferable Credit)
 - (2) 回転信用状(Revolving credit)
 - (3) レッドクローズ付信用状(Red Clause Credit)
 - (4) エスクロウ信用状(Escrow Credit)
 - 2、背後にある特殊事情による区分
 - (1) 見返り信用状 (Back-to Back Credit)
 - (2) 国内信用状(Domestic Credit, Local Credit)
 - 3、使用目的による区分
 - (1) 荷為替信用状(Documentary Letter of Credit)
 - (2) スタンドバイ信用状(Standby Letter of Credit)
 - (3) 旅行信用状(Traveler's Credit)
- 1.5 節 信用状の特徴
- 1.5.1 信用状の独立性
- 1、信用状独立性の経済効能
 - 2、法律と規則に基づく信用状独立性の確立
 - (1) UCP600 における信用状独立性の確立
 - (2) UCC 第5編における信用状独立性の確立
 - (3) 中国司法解釈における信用状独立性の確立
 - 3、世界各国判例における信用状独立性の確立
 - (1) 英米法系国家における信用状独立性の確立
 - (2) 大陸法系国家における信用状独立性の確立
 - (3) 中国裁判所における信用状独立性に関する判例
- 1.5.2 信用状の書類取引性
- 1、国際慣例と成文法における書類取引性の表現
 - (1) 書類取引性に関する UCP600 の規定
 - (2) 書類取引性に関する「荷為替信用状に基づく書類点検に関する国際基準銀行実務」(ISBP681 と略称する)
 - (3) 書類取引性に関する UCC 第5編の規定
 - 2、信用状書類取引性の種類
 - (1) 絶対的厳格一致基準—鏡像基準 (Mirror Image)
 - (2) 実質的一致基準—鏡像基準の衡平
 - (3) 新審査基準—理性的書類審査員

- 3、中国実務における信用状書類取引性の確立
- 4、信用状書類取引性に関する判例
- 1.5.3 独立性・書類取引性の長所と短所
 - 1、発行銀行にとっての長所と短所
 - 2、発行依頼人にとっての長所と短所
 - 3、指定銀行にとっての長所と短所
 - 4、受益者にとっての長所と短所
- 1.5.4 信用状と保証状
- 1.6 節 信用状の融資機能
 - 1.6.1 信用状融資の特徴
 - 1.6.2 信用状の機能に関する判例
- 第2章 信用状の法律枠組
 - 2.1 節 国際商業会議所の規則
 - 2.1.1 「ICC 荷為替信用状に関する統一規則および慣例」
 - 1、UCP の歴史発展
 - 2、銀行実務の規則である UCP
 - 2.1.2 「荷為替信用状に関する統一規則および慣例」への電子呈示に関する追補 (eUCP)
 - 1、貿易電子化
 - (1) セキュリティ強化とサプライチェーンマネジメント
 - (2) 書類の自動チェック
 - (3) 貿易関連書類の基準化
 - (4) 信用状送付の電子化
 - (5) 信用状取引における銀行慣行の変化
 - 2、貿易電子化の動向
 - (1) 電子運送書類の要件
 - (2) Bolero (ボレロ)
 - (3) TSU
 - 3、eUCP の適用範囲・定義
 - (1) eUCP の制定と判版 (Version)
 - (2) eUCP の第1条適用範囲
 - (3) eUCP の第2条 UCP に対する関係
 - 2.1.3 「ICC 契約保証証券統一規則」(Uniform Rules for Contract Guarantees;URCG325)
 - 2.1.4 「ICC 請求払保証に関する統一規則」(Uniform Rules for Demand Guarantees;URDG758)
 - 2.1.5 「国際スタンバイ規則」(International Standby Practices ;ISP98)
 - 2.2 節 国際条約 (「国連独立担保およびスタンバイ信用状条約」)
 - 2.3 節 成文法の規定

2.3.1 「アメリカ統一商法典」

2.3.2 国際取引における信用状に関する中国の規範

第3章 信用状詐欺に関する一般理論

3.1節 信用状独立性の限界としての詐欺

3.1.1 例外制限説

3.1.2 例外拡張説

3.1.3 信用状機能保全説

3.2節 信用状詐欺の概念、種類および発生原因

3.2.1 信用状詐欺の概念

3.2.2 信用状詐欺の種類

1、信用状における書類の詐欺による分類

2、信用状における当事者による分類

3、信用状詐欺の分類に関する判例の分析

(1) 書類の不実記載

(2) 第三者による書類の不実記載

(3) 原因取引における商品の瑕疵

3.2.3 信用状詐欺の発生原因

1、信用状詐欺の客観的発生原因

2、信用状詐欺の主観的発生原因

3.3節 信用状詐欺の認定

3.3.1 信用状詐欺の主体

1、狭義説

2、広義説

3.3.2 信用状詐欺の基準

1、信用状詐欺の主観的基準

2、信用状詐欺の客観的基準

3、信用状詐欺の証明基準

3.3.3 信用状詐欺の立証責任

1、立証責任の定義

2、立証責任の法律性質

3、信用状詐欺による独立性の例外における立証責任の分配

3.3.4 中国法律における信用状詐欺に関する認定

1、信用状詐欺の範囲に関する規定

2、詐欺の実施主体に関する規定

3、詐欺の主観的故意

4、詐欺の客観的基準

5、立証責任

3.4 節 信用状詐欺および信用状詐欺罪の比較

3.4.1 国際における信用状詐欺と信用状詐欺罪に関する認定

1、日本刑法典

2、ドイツ刑法典

3、フランス刑法典

4、スウェーデン刑法典

5、イギリス刑法に基づく信用状詐欺罪の規定

(1) Forgery and Counterfeiting Act1981(1981年「偽造と模造法」)

(2) Fraud Act 2006(2006年「詐欺法」)

3.4.2 中国信用状詐欺と信用状詐欺罪に関する認定

第4章 信用状独立性の例外の概況

4.1 節 信用状独立性の例外の発展

4.2 節 信用状独立性の例外に関する法理の分析

4.2.1 信義誠実原則の違反

4.2.2 取引安全原則の違反

4.2.3 詐欺による無効または取消の原則の違反

4.2.4 公序良俗原則の違反

4.3 節 信用状独立性の例外の価値

4.3.1 信用状独立性に関する完全および発展の補助

4.3.2 信用状書類取引性の補足

第5章 信用状独立性の例外における比較法分析

5.1 節 アメリカの成文法の規定

5.1.1 改正前の UCC 第5編の規定

1、改正前の条文

2、改正前の公式解釈

3、改正前の条文の趣旨

5.1.2 改正後の UCC 第5編の規定

1、改正後の条文

2、改正後の公式解釈

3、改正後の条文の趣旨

4、改正後の条文と UCP との関連

5、改正後の条文解釈上の問題

5.2 節 イギリスの判例法の規定

5.2.1 イギリス裁判所の慎重な態度

5.2.2 イギリスにおける信用状独立性の例外を適用する困難な現状

- 5.2.3 イギリスにおける信用状独立性の例外の確立
- 5.3 節 国際商事慣例の規定
 - 5.3.1 UCP
 - 5.3.2 URCCG
 - 5.3.3 URDG
 - 5.3.4 ISP98
- 5.4 節 国際条約における詐欺に関する規定
 - 5.4.1 発行依頼人の誠実義務と合理注意義務
 - 5.4.2 受益人の権利濫用
 - 5.4.3 発行依頼人の詐欺例外抗弁
- 5.5 節 中国司法実務における信用状詐欺による独立性の例外
 - 5.5.1 民事詐欺の基準に基づく信用状詐欺の認定
 - 5.5.2 信用状における船荷証券の詐欺による独立性の例外の確立
 - 5.5.3 信用状自体の詐欺による独立性の例外の確立
- 第6章 信用状独立性の例外の立法モデル
 - 6.1 節 判例法と成文法並行立法モデル
 - 6.1.1 信用状独立性の例外に関する条件の確立
 - 6.1.2 信用状独立性の例外に関する適用基準の確立
 - 6.1.3 信用状独立性の例外における「有限的例外」の確立
 - 6.2 節 判例法立法モデル
 - 6.2.1 イギリス
 - 6.2.2 カナダ
 - 6.2.3 オーストラリア
 - 6.2.4 シンガポール
 - 6.3 節 民商法法律原則の援用の立法モデル
 - 6.3.1 ドイツ法（誠実信用原則）
 - 6.3.2 日本（信義則と権利濫用）
 - 6.3.3 スイス法（詐欺と権利濫用）
 - 6.3.4 韓国法（信託原則）
 - 6.3.5 フランス法（権利濫用の禁止）
 - 6.4 節 中国の立法モデルの選択
 - 6.4.1 信用状詐欺における独立性の例外の原理
 - 6.4.2 統一司法解釈の制定
- 第7章 信用状独立性の例外による法律効果
 - 7.1 節 黙示条項説
 - 7.2 節 司法上の救済

7.2.1 禁止命令

- 1、アメリカ法の禁止命令
- 2、イギリス法の禁止命令

7.2.2 大陸法系の司法救済

- 1、ドイツ司法救済
- 2、フランス司法救済
- 3、スイス司法救済
- 4、日本司法救済
- 5、中国法律規定の司法救済

7.3 節 銀行の支払拒否権

- 7.3.1 銀行の支払拒否権に関する性質の検討
- 7.3.2 銀行の支払拒否権の行使における条件
- 7.3.3 銀行の支払拒否権の行使における手続き
- 7.3.4 銀行の不当な支払拒否の効果
- 7.3.5 中国法律における銀行拒否権

第8章 信用状独立性の例外の適用例外

8.1 節 適用例外制度の概述

- 8.1.1 独立性例外の適用の分類
 - 1、善意の受益者に対する適用例外
 - 2、正当な所持人に対する適用例外
- 8.1.2 適用例外制度の理論基礎
 - 1、公平取引原則
 - 2、善意取得制度

8.2 節 適用例外制度の適用条件

- 8.2.1 主体条件
- 8.2.2 主観的条件
- 8.2.3 客観的条件

8.3 節 適用例外制度の司法運用

- 8.3.1 アメリカにおける適用例外制度の司法運用
- 8.3.2 イギリス判例法における適用例外制度の司法運用
- 8.3.3 中国における適用例外制度に関する規定

第9章 総括

9.1 節 信用状詐欺の形態に関する総括

9.2 節 信用状詐欺の認定と独立性の例外を援用する条件に関する総括

- 9.2.1 UCC による認定
 - 1、詐欺的行為を行う者に関する認定

- 2、独立性の例外を援用する条件
- 9.2.2 UCPによる認定
- 9.2.3 中国司法解釈による認定
 - 1、詐欺的行為を行う者に関する認定
 - 2、独立性の例外を援用する条件
- 9.3節 信用状詐欺に対する司法救済に関する総括
 - 9.3.1 UCCによる司法救済
 - 9.3.2 中国司法解釈による司法救済
- 9.4節 信用状独立性の例外に関する適用例外の総括
 - 9.4.1 UCCによる適用例外
 - 9.4.2 中国司法解釈による適用例外

おわりに

参考文献一覧

(二) 論文の概要とその特色

1 本稿の目的は、本論文のはじめにおいて次のように論じられている。

信用状詐欺は、信用状の特殊性である独立性に乗じた不法行為であり、信用状をめぐる紛争において、海上動産売買、手形、運送、保険などの法律関係にまで及んでいる。国際取引の当事者に莫大な損害をもたらすのみならず、国際取引の秩序をも乱す要因にもなっている。信用状の独立性について、適正な例外を設けることは、国際取引を促進するうえで欠かせない課題である。信用状の独立性の例外については、国際取引の実務および法律理論においても、盛んに議論されている。

信用状は、発行依頼人・受益者間において、その発行原因である取引とは別個に成立し、独立している債権・債務関係を表彰する独立抽象性を有する証券である。その決済は、船積書類に関する表示の審査による書類取引という独特の規則いわゆる厳格一致の原則によって行われる。信用状の実務では、かかる規則の逆手をとって、受益者が偽造の船荷証券その他の船積書類ならびに空船荷証券、不実記載の船荷証券その他の船積書類を呈示し、発行銀行から不法に取引代金の支払を受ける事例が日増しに増加している。

取消不能信用状が発行された場合は、発行依頼人にはほとんど打つ手がなく取引の代金が詐取されてしまう。発行依頼人ができることは、受益者の当該違法行為を理由に裁判所から信用状の支払差し止め命令を得て対抗することぐらいである。そこで、信用状取引については、信用状の発行銀行による支払の迅速性と、受益者による偽造・詐欺などの不正行為から発行依頼人の利益を保護する安全性との調和が深刻な問題となる。

しかし、国際間では、信用状詐欺の対処について、共通の法制度が確立されておらず、もっぱら各国の国内法に委ねられている。したがって、信用状の独立性の原則を重んじるか、または信

用状の独立性の例外を重視するかによって生じる輸入業者・輸出業者または輸入国・輸出国間の対立は、国際貿易のグローバル化によりますます盛んになる国際取引を阻害しかねない。

本論文では、信用状取引の独立性の原則とその例外を制定法（UCC）に置くアメリカ法、判例法で体系化されているイギリス法、判決で個々の問題を取り扱う日本法、または最高人民法院の通達で統一処理しようとする中国法について個別的に評価する。その結果、信用状詐欺について、イギリス法は、信用状取引の独立性の原則を順守し信用状独立性の例外を厳格に適用し、アメリカ法と日本法は、信用状取引の独立性の原則を順守しながら、一定の範囲内に信用状独立性の例外が認められている傾向があるが、日本法は、イギリス法に近い。これに対して、中国法では、信用状独立性の例外について拡大適用され、イギリス法、アメリカ法と日本法を超えて、船荷証券その他の船積書類の不実記載も信用状詐欺として取り扱われている。

本論文は、イギリス法、アメリカ法と日本法を検討した結果、信用状取引の独立性の原則とその例外を調和する基準を探りながら、中国法の特異性を明確化して外国の輸出業者に警鐘を鳴らしている。

2 第1章、第2章では、「ICC 荷為替信用状に関する統一規則および慣例（UCP600）」、「『荷為替信用状に関する統一規則および慣例』への電子呈示に関する追補（eUCP）」、「ICC 契約保証証券統一規則（URCB）」、「ICC 請求払保証に関する統一規則（URDG458）」、「国際スタンバイ信用状（ISP98）」などの国際規則、UCC 第5編、その他の国内立法や判例、国際慣例を通じて、信用状の概念、機能を検討し、信用状の法律枠組を明確にしている。そのうえで、本論文研究の対象を荷為替信用状に限定した理由を論じている。いずれも、本論文の第3章以下に展開される筆者の論述や理論の基礎とする。

3 第3章の信用状詐欺に関する一般理論においては、信用状詐欺の概念、種類および発生原因を分析した上で、信用状詐欺の認定基準、立証責任および民法刑法における詐欺の規定を考察している。

信用状詐欺による独立性の例外に関する学説は、信用状の制度の保護と当事者間の利益の衡平を図る視点から展開されている。本論文では、三つの学説を紹介している。①信用状詐欺を「顕著な詐欺（egregious fraud）」に限定すると主張する例外制限説、②信用状取引における詐欺が多発している状況では、例外制限説の正当性を再検討する必要があると主張する例外拡張説、③信用状詐欺を信用状取引上の詐欺、書類上の詐欺に限定すべきだと主張する信用状機能保全説がある。

筆者は「アメリカの詐欺の抗弁が認容された判決において、常に独立性原則の重要性を強調しつつも、実質的には個々の事案ごとに当事者の衡平を図ってきた」と述べて例外拡張説に賛意を示している。信用状詐欺事件において、個々の原因取引における当事者の合意に基づく取引上のリスクの分配を考量して、「顕著な詐欺（egregious fraud）」あるいは「意図的な詐欺（intentional fraud）」について柔軟な基準で対処するべきであると主張する。

信用状詐欺の主体については、信用状詐欺の主体が受益者のみであると主張している狭義説と詐欺者を受益者に限定しないと主張する広義説がある。筆者は後者に従っている。

信用状詐欺の定義または詐欺者の範囲について、筆者はいずれも中国法に影響されている。

4 第4章においては、信用状取引の独立性の例外が展開されている。

ここで、筆者は、アメリカ 1941 年 *Sztejn* 対 *J. Henry Schroder Banking Corp.* 事件 (177 Misc. 719, 31 N. Y. S. 2d 631 (1941)、以下「*Sztejn* 事件」という) の判示および同判示を成文化した 1962 年の UCC 信用状編第 5-114 条 (1995 年改訂 5-109 条) 第 2 項を詳細に検討している。筆者は信用状独立性の原則に限界を示す法理として、英米法では「詐欺の抗弁」が論じられており、それに対応するものとして大陸法では「権利濫用の抗弁」が論じられていると指摘する。

信用状詐欺が多発された状況では、信用状独立性の原則を尊重しながら、「詐欺の例外 (Fraud Exception)」の理論が確立される必要性があり、当事者間の紛争の解決には、信用状の独立性と独立性の例外が相対的に考慮されるべきであり、信用状の独立性を認める前提においても、受益者の呈示した書類は充足されても、当該書類が偽造・変造されている場合には、銀行あるいは発行依頼人が代金の支払を拒否できると力説されている。

5 第5章 信用状独立性の例外における比較法分析

本章では、検討する対象を拡大して信用状独立性の例外に関する比較法の分析を行い、具体的な救済策を明らかにしている。

アメリカ法、イギリス法の初期の判例は、信用状詐欺の事案について、信用状の固有な問題として取り扱われなかった。むしろ、伝統的な商事紛争として契約法の原則で処理されてきた。信用状詐欺の事件の増加につれ、裁判所の経験の蓄積により、信用状の独立性の例外が確立された。

信用状詐欺は、受益者による書類上の詐欺であり、かつその詐欺は重大なもの (materiality) でなければならない。

しかし、アメリカ UCC 第 5-109 条では、UCC 第 5-114 条を改めて「取引における詐欺 (fraud in the transaction)」が導入された。信用状の発行依頼人から差止命令および類似の訴訟上の救済の申立てを受けた裁判所は、発行依頼人による保証金の積み立てを命じるほか、申立てが所定の要件を充足しているかを見極め、発行依頼人と受益者との原因取引を調査したうえで、詐欺的な行為が重大なものであると判断したときに限って、信用状の機能を損なわない範囲内に差止命令を発する。この点について、筆者は、UCC 第 5-109 条の規定を高く評価している。

イギリスの判例法は、信用状の独立性の例外について、慎重な態度を取っている。多くの判例では、厳格な要件が設けられ、独立性の例外の要件に当たる主要事実である書類上の詐欺と受益者の詐欺意図について明確な証拠が要求されている。イギリスの判例に近似している日本法は、書類上の詐欺から一步踏み出して重大な取引の詐欺をも信用状の詐欺として処理されているが、詐欺の主体を受益者に限定している。

中国では、「最高人民法院の信用状の紛争の審理に関する規則」第 8 条では、信用状の詐欺に

ついて、①受益者が書類を偽造しまたは虚偽記載のある書類を呈示するとき、②受益者が悪意により物品の引渡をせず、または価値のない物品の引渡をするとき、③真実の原因関係がないにもかかわらず、受益者、発行依頼人またはその他の第三者が共謀して虚偽の書類を呈示するとき、④その他の信用状詐欺が行われるときに限定されている。詐欺の範囲は、書類上の詐欺のみならず、取引の詐欺をも含んでいる。その上、書類上の詐欺は、船荷証券その他の船積書類の不実記載をも対象としている。しかも、詐欺の主体には、広義説により、受益者のみならず第三者をも含まれている。

6 第6章は、信用状の詐欺の形態（書類上の詐欺かまたは取引上の詐欺）および詐欺の主体（受益者のみか、または第三者をも含むか）について、各国の実定法の態様を説明している。

信用状の独立性の例外については、アメリカでは、UCC という法典に規定されているが、イギリスでは、成文法が設けられておらず、もっぱら判例法に委ねられている。カナダ、オーストラリア、シンガポールは、イギリスの判例法に追随している。

ドイツ、フランス、スイス、韓国、日本などの大陸法国家は、判例において信義誠実の原則、権利濫用の原則などの私法上の一般原則に基づいて信用状の独立性の例外を形成している。

中国では、信用状に関する法律規定が設けられていないが、成功したと認められる立法モデルを基礎として、中国の政治経済体制および司法実務のニーズに応じて、信用状の独立性の例外に関する独自の立法モデルを選択した。これは、前述最高人民法院所公布の規定である。同規定は裁判所の実務経験と大衆の意見により制定された。

7 第7章では、信用状の独立性の例外の法律効果が検討されている。イギリス法、アメリカ法では、信用状取引において受益者の提示した書類が虚偽の内容を含まず、真実且つ有効でなければならない黙示的担保があると推定される。受益者が黙示的担保に反するときは、発行依頼人または発行銀行は、その救済方法として、信用状による支払の請求を拒否することができる。拒否の方法は、裁判所の差止（支払の拒否と一時禁止）命令である。ドイツ、日本などの大陸法国家では、信用状詐欺が信義則違反または権利濫用に当たり、緊急事態において採用すべき措置として裁判所の差止命令が用いられる。

中国における信用状詐欺に対する司法救済は、一般的に裁判所の差止命令であるが、それを補充するものとして裁判所の差押決定と銀行の支払拒否権の行使が認められる。しかし、銀行の支払拒否権の行使が濫用されるおそれがあると指摘されている。

8 第8章は、信用状の独立性の例外の適用が阻却される事由を検討する。同阻却事由は、裁判所が受益者の行為が信用状詐欺に当たるかどうかを判断する際に考慮される事実関係であり、信用状の独立性の例外の範囲を画する原則として機能するわけではない。しかし、前述最高人民法院の規定10条では明文規定が設けられている。すなわち、①発行銀行の指定、授権を受けたものが善意により発行銀行の指示にしたがって支払をしたとき、②発行銀行の指定、授権を受け

たものが善意により信用状における為替手形の引受をしたとき、③確認銀行が善意により支払義務を履行したとき、④買取銀行が善意により買取をしたときは、裁判所はたとえ信用状詐欺が認められるとしても、差止命令などを認めてはならない。

9 本論文の第9章では、前8章の総括として、信用状詐欺について詐欺の形態、詐欺の主体、独立性の例外要件、詐欺に対する司法救済およびその阻却事実の問題点が検討されている。その重点は、UCC 第5編規定と前述最高人民裁判所の判断との比較検討に置き、中国法の特殊性を浮き彫りにしている。

10 本論文のおわりでは、私見が展開されている。すなわち、信用状詐欺の範囲が書類上の詐欺から取引上の詐欺に、詐欺者が受益者から第三者に拡大されると、信用状の独立性の原則が形骸化されることにより、国際取引の決済の迅速性が阻害され、信用状の独立性の原則を固持しすぎると、輸出業者の合法的な利益が害されることにより、信用状取引の制度が崩壊される。いずれの場合でも、国際取引が萎縮されるおそれがある。中国法は、前者に傾いているがイギリス法は後者に偏っているのである。この両者間のバランスを取れる法制度が必要不可欠である。

筆者は、学説的に中国法に賛成しているが、各国の法制を検討した結果、アメリカ UCC 第5編規定に善意的な態度を示している。また、信用状に替わるより完璧な国際取引決済制度がない以上、信用状の独立性の原則とその例外との均衡が取れる国際間の条約または規則が必要であると唱えている。

11 最後に公聴会または口頭試問では、筆者が本論文において用いている私法上の一般原則の引用、法律用語の翻訳または脚注の方法の間違いについて指摘された。

私法上の一般原則（信義則、権利濫用）の引用、法律用語の翻訳の不正確さが本論文の論旨の明快さを妨げ、脚注の方法の間違いは論文の体裁を害していることは否めないが、その部分は僅少であるので、本論文の価値を損なうものではない。

論文審査結果の要旨

本論文は、中国の信用状の独立性の例外について、比較法の観点から考察した初めての体系的な専門研究である。イギリス、アメリカまたは日本では、これに関する論文が散見されているが、イギリス法、アメリカ法または日本法の比較的な検討をしたうえで、信用状の独立性の例外に関する中国法の展開を解明しその特殊性を浮き彫りにした体系的研究は前例がない。被審査者は、2011年に京都産業大学大学院博士前期課程を修了し、「中国における信用状の独立性の例外—信用状詐欺に関する実務の分析を中心として—」を題とする修士論文を提出し、審査を経て修士学位をえている。本研究は、その修士論文の延長線にある成果であり、被審査者の後期課程の3年

間の研学生活から到達された境地である。

同氏の研究は、日、英米の関係資料と数多くの先行論著を丹念に博搜する地味な作業をしたうえで、慎重に熟慮して確実な結論を導き出す手堅い実証方法で一貫されている。本論文は、英米法研究の正攻法というべき判例の分析を取り入れているので、その意味で実証的な研究と称することができる。特に中国の信用状の独立性の例外である信用状詐欺については、詐欺の範囲が信用状上の詐欺のみではなく、取引上の詐欺をも含み、詐欺者も受益者に限定されず第三者にも及んでいることが解明され、対中貿易者に実務上の指針が示されていることは評価できる。

筆者の採ったアプローチは、正攻法であるだけに、多大な精力を必要とする困難な道であったといえよう。また、発展の歴史が異なる英米法との比較研究であるから、その道は一層複雑困難になる。したがって率直にいうと、厳密に査読すれば、公聴会または口頭試問での指摘のほか、細かい点で若干の誤解があり、論述が重複する部分もみられ、文章にも流暢さを欠くところが散見されている。しかし、論文の全編を通じて評価するならば、筆者のテーマの選定と堅実な論法がこれらの欠点を補い、従来はこの種の研究よりも、本論文のスケールの点で、また手法の緻密さの点で評価できる論文である。文章についていえば、筆者が、中国からの留学生であるという事実を考慮すると、むしろ達意があると評価すべきであろう。

以上を総合して、われわれ審査委員四名は、本論文の筆者である董向荣氏が、博士（法律学）の学位を授与されるに十分な資格を有するものと一致して判定する。

| | |
|---------|--|
| 氏名（本籍） | 李 庸吉（韓国） |
| 学位の種類 | 博士（法律学） |
| 学位記番号 | 乙法第9号 |
| 学位授与年月日 | 平成26年3月22日 |
| 学位授与の要件 | 学位規則第4条第2項該当 |
| 論文題目 | 医療紛争の予防と解決に向けた法的枠組みの検討 —日本からみた韓国医事法と制度システム— |
| 論文審査委員 | 主 査 西村 峯裕 教授 |
| | 副 査 耳野 健二 教授 |
| | 〃 山口 亮子 教授 |
| | 〃 寺沢 知子 教授 |

論文内容の要旨

以下、「医療紛争の予防と解決に向けた法的枠組みの検討—日本からみた韓国医事法と制度システム—」（An Investigation of Legal Framework for Prevention and Resolution of Medical Dispute: Health care Law and System in Korea seen from Japan）の審査内容について報告する。一 論文の構成を示すものとしての目次、二 論文内容の要旨、三 引用文献 を示した上で、四 論文審査の結果要旨を述べるものとする。

一 論文の構成としての目次

論文の構成を示す為にその詳細な目次を以下に掲げる。

| | |
|------------------------|----|
| 第1章 序論 | 1 |
| 第1節 問題視角と予備的考察 | 1 |
| I 問題視角 | 1 |
| II 予備的考察 | 2 |
| 第2節 本稿の構成 | 10 |
| 第2章 韓国における医療紛争の動向と問題状況 | 11 |

| | | |
|-----|-------------------------|----|
| 第1節 | 問題の所在 | 11 |
| 第2節 | 近時の医療紛争の動向とその特徴 | 15 |
| I | 医療紛争の現況とその特徴 | 15 |
| 1 | 増加趨勢 | 15 |
| 2 | 医療紛争当事者の行動 | 17 |
| 3 | 刑事告訴の利用 | 18 |
| 4 | 紛争当事者行動と法意識 | 19 |
| II | 医療紛争の増加原因 | 20 |
| 1 | 医療者側の要因 | 20 |
| 2 | 患者側の要因 | 24 |
| 3 | 制度的要因 | 25 |
| III | 医療紛争が生み出す社会的副作用 | 27 |
| 1 | 防御的診療の傾向 | 27 |
| 2 | 医療費等社会的費用の上昇 | 27 |
| 3 | 診療環境（医療現場）に与える影響 | 28 |
| 第3節 | 民事訴訟の状況 | 28 |
| I | 一般的傾向 | 28 |
| II | 医療訴訟の審理方式 | 29 |
| 1 | 書面による争点整理手続 | 30 |
| 2 | 調停回付 | 30 |
| 3 | 事件分類 | 31 |
| 4 | 争点整理期日 | 31 |
| III | 法院における医療訴訟事件の処理状況 | 31 |
| 1 | 平均審理期間 | 31 |
| 2 | 既済事件の終局区分件数とその割合 | 33 |
| 第4節 | 医療紛争解決のための立法動向 | 42 |
| I | 医療紛争調停法案の目的と主な内容 | 42 |
| 1 | 法案制定の必要性 | 42 |
| 2 | 医療紛争調停法案（94年政府提出案）の主要骨子 | 43 |
| II | 医療紛争調停法の立法推進経緯 | 43 |
| 1 | 立法推進過程の概観 | 43 |
| 2 | 医療紛争調停法の主な争点とその議論状況 | 45 |
| III | 小括 | 49 |
| 第3章 | 紛争発生「前」の制度的デバイスー説明義務 | 51 |
| 第1節 | 韓国における医師の説明義務法理の生成と展開 | 51 |

| | | |
|-----|--------------------------------------|-----|
| I | 序説 | 51 |
| II | 説明義務の意義と根拠 | 52 |
| 1 | 説明義務の意義と沿革 | 52 |
| 2 | 説明義務の認定根拠 | 53 |
| 3 | 説明義務の法的性質 | 55 |
| 4 | 説明義務の類型 | 57 |
| III | 説明義務の範囲と限界 | 60 |
| 1 | 序説 | 60 |
| 2 | 説明義務者と同意権者 | 61 |
| 3 | 説明義務の形式 | 62 |
| 4 | 説明の範囲を決定づける事項と基準 | 63 |
| 5 | 説明義務の免除 | 69 |
| 6 | 小括 | 72 |
| IV | 説明義務と立証責任の問題 | 72 |
| 1 | 説明義務履行に対する立証責任 | 72 |
| 2 | 過失・因果関係と説明義務 | 74 |
| (1) | 立証責任軽減(緩和)理論 | 74 |
| (2) | 立証妨害 | 76 |
| (3) | 近時おける過失と因果関係をめぐる大法院の態度 | 77 |
| (4) | いわゆる「多汗症事件」判決 | 79 |
| (5) | 大法院 2004. 10. 28. 宣告 2002 다 45185 判決 | 85 |
| (6) | 小括 | 89 |
| V | 説明義務違反の効果 | 92 |
| 1 | 学説 | 92 |
| 2 | 判例の態度と動向 | 93 |
| 3 | 説明義務と慰謝料 | 105 |
| VI | 小括 | 106 |
| 第2節 | 日本における医師の説明義務法理の生成と展開—裁量との関係を中心に | 107 |
| I | 問題提起 | 107 |
| II | 説明義務の根拠 | 108 |
| 1 | 患者の自己決定権に基づく説明義務 | 108 |
| 2 | 診療契約に基づく説明義務 | 108 |
| 3 | 医師法・医療法に基づく説明義務 | 109 |
| III | 日本における説明義務の位相 | 109 |
| 1 | 日本における説明義務論の勃興 | 109 |
| 2 | 従前の裁判例にみる説明義務と学説からの批判—総論的把握 | 110 |

| | | |
|-----|--|-----|
| 3 | 具体事例（下級審裁判例）にみる説明義務—各論的検討 | 112 |
| IV | 最高裁判例による説明義務法理の展開 | 122 |
| 1 | 説明義務が初めて現れた最高裁判例 | 122 |
| 2 | 医療水準論の登場とその後の判例の推移 | 123 |
| 3 | 説明義務概念の拡張傾向とその内実 | 125 |
| 4 | チーム医療と説明義務 | 126 |
| 5 | 小括 | 127 |
| V | 診療債務と説明義務 | 127 |
| 1 | 診療債務の特質としての手段債務性 | 127 |
| 2 | 医療の性質と説明義務の規範構造 | 128 |
| 3 | 説明義務の判断基準 | 131 |
| 4 | 説明義務と裁量の関係とその特質 | 131 |
| 5 | 自己決定権との関係 | 132 |
| VI | 小括 | 133 |
| 第4章 | 紛争発生「後」の制度的デバイス—裁判外紛争解決システム | 134 |
| 第1節 | 韓国における従来の非司法的医療紛争解決制度 | 134 |
| 1 | 医療審査調停委員会 | 134 |
| 2 | 大韓医師協会共済会 | 134 |
| 3 | 民間保険会社による医師賠償責任保険 | 136 |
| 4 | 韓国消費者院による被害者救済 | 136 |
| 5 | 小括 | 140 |
| 第2節 | 新たな医療被害救済制度と韓国医療紛争調停仲裁院 | 142 |
| I | 問題の所在 | 142 |
| II | 韓国における医療訴訟の動向 | 142 |
| III | 医療紛争調停法の導入経緯 | 143 |
| 1 | 既存の制度とその問題点 | 143 |
| 2 | 医療紛争調停法導入経過の概観 | 144 |
| 3 | 新たに制定された「医療事故被害救済及び医療紛争調停等に関する法律」の 主要骨子 | 145 |
| IV | 韓国医療紛争調停仲裁院の歩みとその実績 | 147 |
| 1 | 創設の必要性 | 147 |
| 2 | 医療仲裁院の役割と組織構造 | 149 |
| 3 | 医療仲裁院の業務の内容における特徴 | 150 |
| 4 | 医療仲裁院1年の実績 | 151 |
| 5 | 医療事故鑑定団と鑑定業務について | 152 |

| | |
|---------------------------|-----|
| 6 調停委員会の構成と調停業務について | 160 |
| 第3節 小括 | 161 |
| 第5章 結語 | 163 |
| I 問題状況の整理とまとめ | 163 |
| 1 韓国社会における医療現場並びに医事法事情の特徴 | 163 |
| 2 説明義務法理の比較法的概観 | 164 |
| 3 裁判外紛争解決制度 | 168 |
| II 総括と展望 | 168 |

二 論文内容の要旨

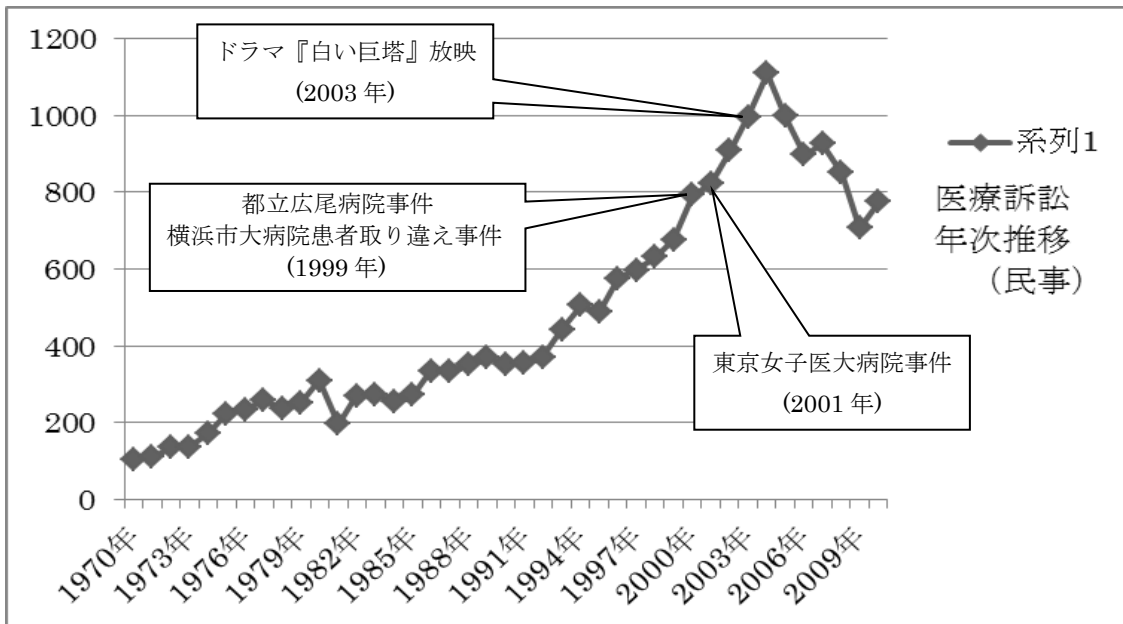
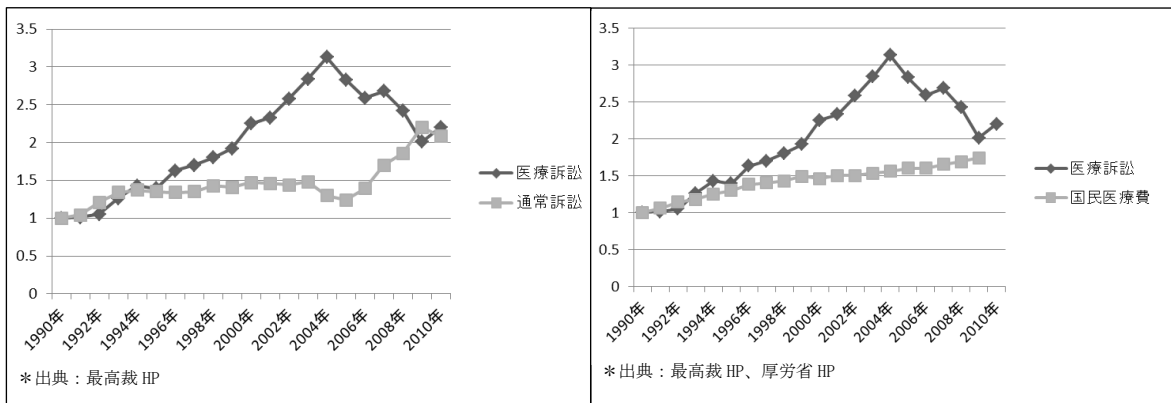
第1章 序論

(一) 問題視角

医療において不幸な結果が発生した場合の責任追及の根拠とされているのは技術過誤と説明義務違反である。後者は近時特に注目されている。医療の素人である患者側には、診療行為のどこに過誤があったのか知ること、それを立証することも極めて困難である。診療に当たっては、事前に患者側が経験則に基づいて理解できる程度の病院側の説明が必要であろう。患者側が提訴に及ぶその主な理由は損害賠償もさきながらむしろ真相を明らかにしたいという思いである。病院側に説明義務を求める法理は患者側の提訴をより容易にするのみならずむしろ訴訟にまで至ることなく紛争を予防する機能を担うのではないと思われる。十分な説明が為されれば患者側の病院側への信頼を回復させるであろうからである。説明義務に紛争予防効果を期待することはあながち的外れではないと考える。それでも紛争が発生した場合には、訴訟前にADR(Alternative Dispute Resolution 代替的紛争処理)によって解決することが期待される。韓国のこの新しい紛争解決システムを紹介し、その意義を明らかにすることは類似の制度を模索している日本の法状況にも資するであろう。韓国の医事法はめざましい変化を遂げており、その研究成果も蓄積されているが、日本ではまだ殆ど知られていない。日韓両国は欧米とは位相を異にする文化の共通性を有しており、資本主義国家として緊密な交流がある。日韓の比較法研究としての本研究の意義は決して小さくはないと考える。

(二) 予備的考察

ここでは本論に入る前に、この論文での問題提起が単なる憶測や思いつきではなく、客観的な根拠を有するものであることを以下のデータによって示すことにする。詳細は論文中で述べているので、詳しい説明はそこに譲る。医療紛争は患者側の病院側への不信に根ざすものであり、紛争は潜在していたが、説明義務の措定によりそれが訴訟として顕在化してきたものであること、インフォームドコンセントの導入以降十分な説明が為されるようになり訴訟が減少傾向に転じたことから、病院側の説明義務が紛争予防に寄与すると思われること等を示した。



第2章 韓国における医療紛争の動向と問題状況

第1節 問題の所在

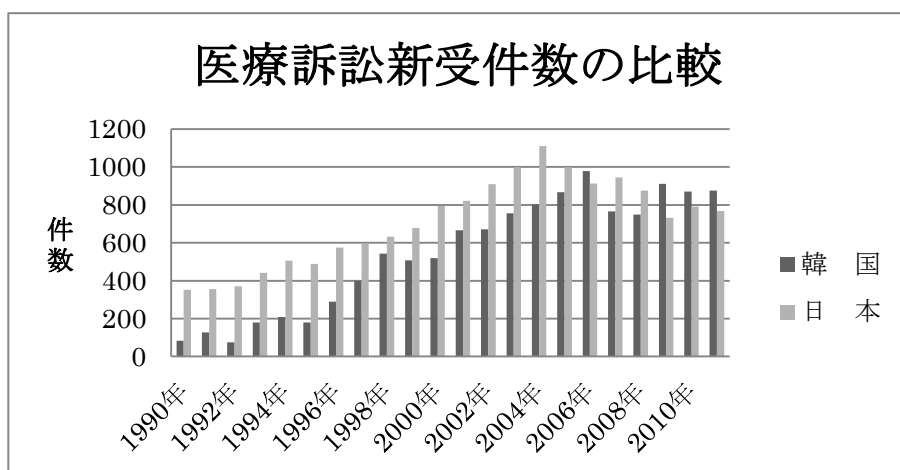
韓国民法学は日本の法律学書籍を翻訳、出版することから始まり、ドイツの学説や日本の判例の影響を受けながら発展してきた。韓国医事法は日本と類似の性格を有しながらも独自の発展を遂げてきた。日韓両国の医療文化は共通性を有し今日においても若干の相違はあるもののなお共通性がある。日韓の共通する医療文化は欧米とは位相を異にするものであり、医事法の比較研究は従来の欧米との比較研究には見られなかった新しい成果を生む可能性がある。

第2節～第4節

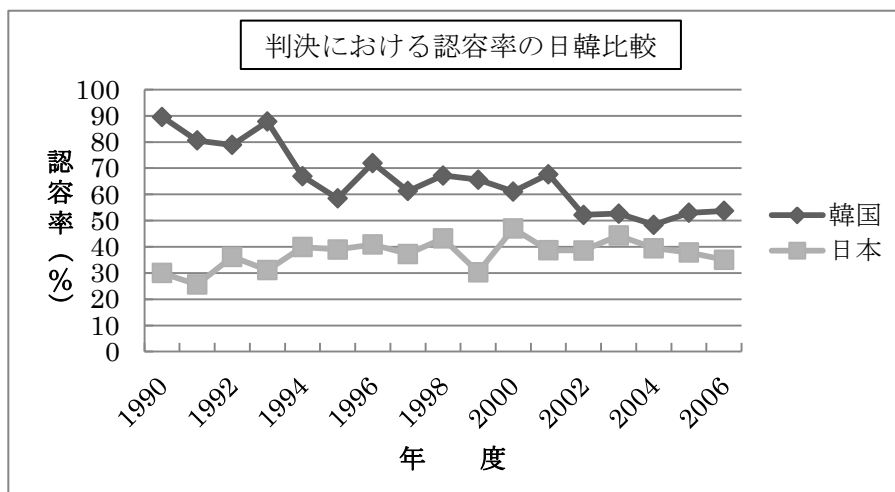
第2節においては韓国における「近時の医療紛争の動向とその特徴」、第3節においては「民事

訴訟の状況」、第4節では「医療紛争解決のための立法動向」につき紹介し、データを示しつつ検討を加えている。

韓国では1990年代後半までは患者側の実力行使に病院側が屈する形での和解が一般的であったが、2000年以降消費者院を中核とする行政主導の紛争解決制度が創設され、訴訟と併せ、制度利用による紛争解決の割合がアップした。民事訴訟に先んじて刑事訴訟により真相を究明しようとする傾向も見られた。尤も、カルテのコピーの提出請求権が認められてからは刑事事件化への傾向は沈静化しつつある。2002年7月には、日本の平成8年改正民訴法に倣い民事訴訟法が改正され、これにより訴訟の受理件数は大幅に増加した。日本に比してその増加率は大幅であり、事態は一層深刻である。上訴率が高いのも韓国の特徴である。2011年には、新たに「医療紛争調停法」が制定され、2012年4月から新制度が発足している。これについては第4章で詳述する。



* 出典：日本最高裁 HP、韓国大法院 HP



* 出典：日本最高裁 HP、韓国大法院 HP

第3章 紛争発生「前」の制度的デバイス—説明義務

第1節 韓国における医師の説明義務法理の生成と展開

医師の説明義務に関する問題は韓国における医師責任法の中で最も熱い議論を展開してきた課題の一つである。かつては韓国でも「医は仁術」とされ、信頼関係に基づく医療行為がなされてきたが、現代ではこのような信頼関係が崩壊し、医療紛争が増加するに至った。医療行為を不法行為として訴訟に持ち込むと、患者側に病院側の過失を立証する負担が重くのしかかり、このことが病院側の説明義務と患者側の同意権の問題を彷彿させる背景となったようである。

米独の議論の影響も受け、1970年代終わり頃から説明義務についての議論の萌芽が見られ、1980年代には議論も活発となり、近年に至って日本法に多大の関心が寄せられるようになり、その影響を受けていることが文献からも垣間見られる状況である。判例については、1979年に大法院の「喉頭腫瘍除去手術」事件がその嚆矢となり、その後幾つかの下級審判決がこれに続き、1987年には、「手術前に具体的な説明を行い同意を得ることは業務上の注意義務である」とする大法院判決がでて、その後、1990年代には同様の事案が急増するようになった。

なお、ここでは資料の収集が極めて困難である故、大法院の判例に限定せざるを得なかったが、今後はこれを克服し、下級審判例をも併せてより精緻な研究へと進みたい。

1. 説明義務の範囲

説明義務の範囲について、大法院は医療過程全般ではなく、手術等の侵襲を与える場面、悪結果が発生する蓋然性の高い医療行為や死亡等の重大な結果が予測されるなど、患者の自己決定による選択が求められる場合であるとする。且つ、後遺症や副作用が回復不可能な重大なものである場合は、発生の可能性が稀少であることを理由に免責されるものではないとする。「当時の医療水準に照らし相当と思われる事項」に関しては、当該患者がその必要性や危険性を十分比較し、選択できるようにする義務があるとしている。医療行為が緊急を要する場面では説明義務は免除ないしは縮小されるが、時間的ゆとりがある場合には詳細な説明が要求されるとされており、美容整形や形成外科の手術も医療行為に含まれ、上記の法理が適用される。

2. 説明義務と立証責任の問題

大法院 2007. 5. 31 判決は、病院側に説明義務を尽くしたことの立証責任を負わせ、「医師負担説」を採っている。過失及び因果関係の立証については、大法院「多汗症事件」判決は過失と因果関係を同時に推定する方式を採用した。これらの法理はいずれも日本法にはない韓国法の特徴である。その後、大判 2004. 10. 28 において、他原因があるとは言い難い間接事実を立証することにより医療上の過失との因果関係を推定することも可能であるが、その場合でも医師の過失による結果発生を推定することができる程度の蓋然性が担保されない事情を以て漠然とした重要な結果から医師の過失との因果関係を推定することによって、結果的に医師に無過失の立証責任を負わせることまで許容するものではないと判示し、日本の判例にやや接近している。ここに二つの異なった方式の採用が見られる。これは患者側の立証責任を緩和することで、病院側を過度に萎縮させ、医師の自殺さえ見られたので、立証責任の緩和にブレーキをかけたものと解されている。

医師責任法において、説明義務は、医療上の注意義務と共にその違反が過失の内容を構成する。それは、財産的損害を認めるのが困難な場合に、迂回的に慰謝料賠償に導くための概念道具でもなく、諸事情の割合的解決に委ねる為の手段でもないはずである。それ故、説明義務の規範構造と共に慰謝料の法理的機能に関する深度ある継続的な研究が必要とされよう。

3. 説明義務違反の効果

大法院は、慰謝料賠償の原因としての説明義務違反に対しては、「医師の説明欠如ないし不足によって選択の機会を喪失したという事実のみ立証すればたり」、その結果による全損害を請求する場合には、「その重大な結果と医師の説明義務違反ないし承諾取得過程における落ち度との間に相当因果関係が存在しなければならず、その場合、医師の説明義務違反は患者の自己決定権ないし治療行為に対する選択の機会を保護するという観点から、患者の生命、身体に対する医療的侵襲過程において要求される医師の注意義務違反と同一視できる程度のものでなければならない」として、慰謝料請求の原因としての説明義務違反と財産的損害賠償の原因としての説明義務違反とを区別し、二本立てとした。前者では賠償額が比較的低額に留まる傾向がある。

第2節 日本における医師の説明義務法理の生成と展開

韓国の大法院は、医師は適切と判断しうる治療方法を選択する相当の範囲の裁量権を有するとしつつ、またその故に医療の専門家でない患者が医師の医療行為上の注意義務違反と損害との因果関係を医学的に完璧に立証することは極めて困難であるとし、裁量を医師の責任構成要素に含まれるものと位置づけた。

日本では裁量と説明義務は拮抗する二項対立のジレンマ関係として捉えられ、久しく難問とされてきた。日本における説明義務法理の生成と発展を裁量との関係に重点を置きつつ韓国法との比較を交えながら論じていく。

1. 日本における説明義務の位相

判例は、説明義務法理が登場してきた昭和40年代中頃から50年代中頃までは承諾の必要性を説き、説明義務を強調してきた。それ以後は説明義務違反を認めるものは減り、医師の裁量権を強調するものが目立つようになった。学説は、インフォームド・コンセントが強調されながら、具体的な結論としては、むしろ医師の裁量権が強調されて説明義務の範囲が縮減しつつあると分析し、批判した。

一方、このような状況の下、癌を初めとする予後不良における告知や複数の治療法がある場合の選択肢の開示等の場面で医師の裁量と説明義務のジレンマ的關係を如実に示す下級審判例が多数現れた。それらを要約すると、説明さえすればよいのではなく、正確でわかりやすい説明をする義務を措定し、「誤認・誤解を生じるような説明」は「説明の瑕疵」ないし説明義務の不完全履行とし、「特段の事情」により説明をなしえない場合には、「その旨」を説明すべきであるとする。手術に危険も伴う場面では緊急の場合を除き説明義務を免除する「聖域」を極力縮減しようとする裁判所の姿勢が見て取れる。以上の二つの対立する裁判例を検討すると、医師の裁量は患者保護に立脚してこそ初めて正当化するものといえる。

2. 最高裁判例による説明義務法理の展開

まず、昭和 56 年に抽象論の範囲でのみ説明義務を認めた判例が現れ、その後医療水準論の影響を受けた判決が続き、医療水準は全国一律でなく、地域や医療機関の特性によって異なりうるものであることや「医学的知見」が説明義務の判断基準の重要なポイントであることが判示された。平成 12 年のエホバの証人輸血拒否事件では限定的にはあるが、患者の自己決定権を初めて承認した。平成 13 年の乳房温存療法事件、平成 17 年、18 年判決などその後の判例は、説明義務の範囲を拡張するとともに自己決定権の行使を担保する機能をも担うものとし、また説明義務が時々刻々変化する医療過程との関連でプロセス性を有するものであるとした。平成 20 年判決はチーム医療における総責任者は説明が十分に行われるよう配慮すべき条理上の義務を負担することを示した。これは一般の説明義務よりもやや広い医療環境醸成義務ともいうべきものである。

以上、最高裁はその判断枠組みと基準において際だった拡張傾向を示し、説明義務を診療債務における他の様々な義務との有機的連関に立つ主要な債務として把握しようとするに至っている。

3. 診療債務と説明義務

ここでは、医学・医療の不確実性を前提とし、且つ診療債務を医療側と患者側の相互の働きかけによる絶えざるフィードバックによって構成されるところの本質的に過程的なものととらえる観点から論を進める。

医療には Cure と Care という二つの要素がある。前者は科学の応用で合理的な判断に基づくが、後者は科学を超えた医師と患者の信頼関係、患者や家族の生活の質を高める仁術の側面があり、適切な医療は Cure を前提とした Reasonable Care である。従って、裁量は権利というより権限であり、権利構成するとしても親権と同様、義務でもあり、患者のために真摯且つ誠実に用いられるためにのみ行使されねばならず、患者の保護義務に立脚したものであってはじめて正当化されうる。

第4章 紛争発生「後」の制度的デバイスー裁判外紛争解決システム

第1節 韓国における従来の非司法的医療紛争解決制度

医療紛争の増加とその内容の深刻さが社会問題になったことから、1981 年 12 月、医療法改正の際、医療審査調停委員会の根拠規定が制定され、中央と地方に医療審査調停委員会が設けられた。また大韓医師協会共済会といった保証システムも存在したが、前者は公報不足や、手続き上の制約、公正性に対する疑問等の理由から殆ど利用されず、後者は強制加入ではないために危険分散機能が果たせず、最高で 3000 万ウォンという低い補償額から現実に即した解決手段とはなりえなかった。

韓国では医師賠償責任保険の制度が脆弱であり、その影響も大きいと指摘されてもいる。民間保険会社の再度の市場参入も試みられたが、高額な保険料やリスク引き受けの問題点から見るべき成果を挙げなかった。そのため、医療紛争が多発し、被害者の実力行使による強訴が日常化して医療現場は疲弊した。政府は消費者院を通じて問題の解決を図り、一定の成果も見られた。消費者院の機能と実効的効果については得るべき示唆も多々ある。

第2節 新たな医療被害救済制度と韓国医療紛争調停仲裁院

被害者の救済と安定した医療環境の確保を目指して2011年3月に医療紛争調停法（略称）が制定され、2012年4月8日から施行されている。

1. 医療紛争調停法の骨子

（1）韓国医療紛争調停仲裁院の設立

医療仲裁院は法人とされ、①医療紛争の調停・仲裁および相談、②医療事故の鑑定、③損害賠償金代払（立替払い）、④医療紛争関連制度と政策の研究、等の役割を担う。政府出捐金と運営収益金を財源とする。

（2）医療紛争調停委員会の設置

医療仲裁院は、紛争の調停と仲裁の二つの機能を一つの機関が担う形をとっている。そのために、「医療紛争調停委員会」をおくことを規定し、医学的並びに法的側面から事件を検討したうえで調停案を作成し、これを基に当事者を説得し、適切な解決に導く制度的装置として機能するようにしている。この委員会は、委員長および50人以上100人以下の調停委員で構成され、法曹資格を有する者が定数の5分の2、保健医療団体または保健医療機関団体が推薦する者、消費者権益に関する学識と経験が豊富な者で、非営利民間団体が推薦する者、大学や公認の研究機関で副教授以上、またはこれに該当する有識者の中から任命、委嘱された者がそれぞれ5分の1である。さらに5人の調停委員から成る分野別、対象別、地域別調停部をおくことができ、また、調停委員の業務を補佐するために審査官をおくことができる。

（3）医療事故鑑定団の設置

立証責任の主体を法文に明示しない代わりに、この機関が医療者の過失の有無と因果関係の鑑定を行う。

（4）医療事故の調停・仲裁手続

調停の申請は、原則として、医療事故の原因となった医療行為が終了した日から10年以内、かつ被害者やその法定代理人がその損害および加害者を知った時から3年以内でなければならない。申請があれば、まず鑑定団が60日以内に鑑定を終え、その結果に照らし、調停部は調停申請があった日から90日以内に調停決定を行わなければならない。申請人は手続中いつでも被申請人と和解することができ、調停調書が作成され、同調書は裁判上の和解調書と同一の効力を有する。一方、当事者の書面による仲裁取り決めに基づき仲裁が申請されると、仲裁裁定は確定判決と同一の効力を有する。

（5）その他

その他、分娩時の無過失医療事故の補償規定、代払制度の規定、刑事処罰特例制度の規定がおかれている。

2. 医療仲裁院1年の実績

申請があった804件の終局区分をみると、被申請人の応諾により、調停開始となったのが、299件で40%を割っており、これを高めていくのが今後の課題となろう。ただ、このうち手続き中の和解も含め調停成立率は83.1%と高率である。なお、外国人の為の電話通訳サービスも設けて

おり、1年間の申請は12件であった。

以上、新制度を概観してきたが、発足して1年余なので、まだ成果を見極めるには時期尚早である。独立した法人とはいえ、国の財政に支えられている部分が多いから、どれだけ第三者機関として客観性を維持できるかも疑問なしとはしない。医療側の患者側への説明意欲を失わせないようにするとともに、診療経過とエビデンスを両者が共有することで相互理解を促進するといった働きかけも重要である。そうすることにより、この制度の実効性がより高まるであろう。

第5章 結語

本論文は、日韓における医師の説明義務法理の生成過程とその適用状況をフォローし、それが紛争解決に果たす役割と法理論に与える反射的效果如何を確認することを具体的課題とする。この文脈で、説明義務では解決できない部分を裁判外紛争解決システムではどのように対処が可能なのかも併せて考察すべく、これらを共通の枠組みで検討しようと試みた。

医療紛争が他の一般事件と異なるのは、医学・医療専門家の行為のなかで発生するものであることから、一般責任法理による解決には自ずと限界がある点である。そこには情報の非対称性による格差という構造上の問題がまず横たわっている。説明義務はこれをある程度解消する機能を有するのは間違いないが、場合によっては裁判手続きによるよりもADRによる方がより実効的な効果が得られることは想像に難くない。ただ、専門性と公正性、および独立性（第三者性）を如何に担保するかが要諦となる。

韓国は日本にはまだない紛争解決制度を構築した点では一步先んじている。今後は日韓の理論状況や制度上の相違が社会状況のどのような差異に基づくのか、社会学的研究も併せて進めていきたい。日韓の学問交流が大いに期待される。

三 引用文献

*第1章

石川寛俊[2004]:『医療と裁判—弁護士として、同伴者として』(岩波書店)

伊丹敬之=加護野忠男[2003]:『ゼミナール経営学入門[第3版]』(日本経済新聞社)

加藤良夫[1981]:「医療訴訟が医療に及ぼす影響について—問題提起の意味で—」ジュリスト745号48頁

川上武[1971]:『医療と人権』(頸草書房)

小林暁峯[2004]:「クリニカルガバナンス」『医療経営白書2004年度版』151頁

手嶋豊[1997]:「医師の責任」『新・現代損害賠償法講座3』(日本評論社)311頁

仲田朝子[2010]:「裁判統計から見る医事関係訴訟事件の状況」法曹時報62巻8号27頁

中村哲[2000]:「医師の説明義務とその範囲」太田幸夫編『新・裁判実務体系1・医療過誤訴訟法』(青林書院)69頁

新美育文[1986]:「医師=患者関係に対して法の果たす役割」日本医事法学会編『医事法学叢書1』

- (日本評論社) 111 頁
- 浜町久美子[2005]:「看護職の立場からのクリニカル・ガバナンス—納得のためのプロセスとしての合意形成」現代のエスプリ 458 号 140 頁
- 平沼高明[1997]:『医事紛争入門』(労働基準調査会)
- 平山愛山[2008]:「医師紛争解決に向けた医療機関の取組み—透明性の確保と説明責任の遂行—」判タ 1271 号 66 頁
- 福島雅典[1993]:『医療不信・よい医者は患者が育てる』(同文書院)
- 古川俊治[2005]:『患者さん参加型医療のすすめ』(かんき出版)
- 星野雅紀[1991]:「医師の説明義務と患者の承諾」山口和男=林豊編『現代民事裁判の課題⑨医療過誤』(新日本法規) 123 頁
- 堀田和宏[1999]:『経営管理論講義』(新東洋出版社)
- 吉田邦彦[2003] (初出[1994]):「近時のインフォームド・コンセント論への一疑問—日本の医療現場の法政策的考察を中心として—」同『契約法・医事法の関係的展開』(有斐閣) 278 頁 (初出:民商法雑誌 110 巻 2 号 254 頁、110 巻 3 号 399 頁)
- 武藤正樹[2004]:「病院組織改革の新たな取組み—クリニカル・ガバナンスの構築」教育と医学 52 巻 11 号 85 頁
- 六本佳平[1974]:「医療事故に対する患者側当事者の行動—医療事故紛争発生を中心に—」唄孝一=有泉亨編『現代損害賠償法講座 4 医療事故・製造物責任』(日本評論社) 159 頁
- * 第 2 章**
- ◆日本語文献
- 青木清[1993]:「資料・韓国法制研究院『国民法意識調査研究』」南山法学 16 巻 3・4 号 322 頁
- [2003]:「第 1 1 章 韓国の社会と法」河合隼雄=加藤雅信『人間の心と法』(有斐閣) 262 頁
- [2005]:「韓国人の法意識〔特集 契約観・訴訟観・法意識の国際比較〕」ジュリスト 1297 号 79 頁
- イヴァン・イリッチ〔金子嗣郎訳〕[1998]:『脱病院化社会—医療の限界』(晶文社)
- 李聲杓[2003]:「韓国における医師の説明義務」早稲田大学大学院法研論集 106 号 236 頁
- 李永煥(西尾昭訳)[1985]:「診療行為における医師の説明義務—判例を中心として〔韓国〕」同誌社法学 37 巻 1・2 号 195 頁
- 医療人類学研究会編[1992]:『文化現象としての医療』(メディカ出版)
- 大村敦志[1999]:「日韓比較民法研究序説」同『法典・教育・民法学—民法総論研究』(有斐閣) 159 頁
- [2006]:「韓国民法の 50 年と日本民法の 60 年—二つの民法学と民法典の未来のために—」ジュリスト 1322 号 38 頁
- 加藤雅信ほか編[2005]:『21 世紀の日韓民事法学—高翔龍先生日韓法学交流記念—』(信山社)

- 金祥洙[1996]:『韓国民事訴訟法』(信山社)
- 金成俊[2008]:「韓国韓医学通信(第28報)」漢方の臨床55巻6号138頁
- 金英信[2006]:「韓国韓医学の現代史と現状」
 (上)漢方の臨床53巻8号9頁
 (中)漢方の臨床53巻9号163頁
 (下)漢方の臨床53巻10号117頁
- 高翔龍[1998]:『現代韓国法入門』(信山社)
 ——[2007]:『韓国法』(信山社)
- 佐野勝信[2007]:「裁判統計から見る医事関係訴訟事件の状況」民事法情報249号3頁
- 菅野雅之[2006]:「訴訟の促進と審理の充実—裁判官から」ジュリスト1317号61頁
- 鄭鍾休[2002]:「韓国民法改正試案について—債権編を中心として」岡孝編『契約法における現代化の課題』(法政大学出版局)157頁
 ——[1989]:『韓国民法典の比較法的研究』(創文社)
- 朴相哲[2005]:「韓国人の法意識」加藤雅信ほか編『21世紀の日韓民事法学—高翔龍先生日韓法学交流記念—』(信山社)29頁
- 尹龍澤=姜京根編著[2004]:『現代の韓国法—その理論と動態』(有信堂高文社)
- 梁彰洙[2006]:「韓国民法における『外国』の問題—韓国民法学史の一齣を契機として」ジュリスト1310号138頁
- ◆韓国語文献
- 國會事務處法制室[2000]:醫療紛争調停法案에 대한 法制的檢討(医療紛争調停法案に対する法制的檢討),國會事務處法制室
- 국무조정실(國務調整室)[2008]:참여정부핵심공약추진결과(國務調整室「参与政府核心公約推進結果」),국무조정실(國務調整室)
- 김선중(金善中)[2002]:새로운 審理方式에 따른 醫療過誤訴訟의 審理와 實務上 諸問題—민사사건관리방식에 따른 서울지방법원의 실무를 중심으로—(新しい審理方式に則した医療過誤訴訟の審理と實務上の諸問題—民事事件管理方式に則したソウル地方法院の實務を中心)—, 재판자료 97 집(裁判資料 97 輯), 법원도서관(法院図書館)
 ——[2005]:최신실무 의료과오소송법(『最新實務 医療過誤訴訟法』), 博英社
- 김선중=이경환=김원호(金善中=李慶桓=キム・ウォノ)[2003]:연세의료법윤리학총서 3 의사와 변호사가 함께 풀이한 최신의료판례(『延世医療法倫理学叢書 3 医師と弁護士が共に解析した最新医療判例』), 동림사(トリンムサ)
- 김용균=이원형(김・ヨンギョン=イ・ウォニョン)[2002]:「의료분쟁조정법」제정을 위한 공청회, 공청회자료집(『医療紛争調停法』制定のための公聴会)公聴會資料集)
- 대한의사협회 의료정책연구소(大韓醫師協會医療政策研究所)[2003]:

- 무과실 의료사고의 피해자 구제제도를 위한 실태조사 및 인식도조사에 관한 연구
 (「無過失医療事故の被害者救済制度のための実態調査及び認識度調査に関する研究」),
 의료정책연구소 (医療政策研究所)
- 朴永浩[2005a] : 의료분쟁과 법 (『医療紛争と法』), 법률정보센터 (法律情報センター)
- 丁容鎮編著[1999] : 대법원판례정선 보건의료법의료분쟁
 (『大法院判例精選 保健医療法学・医療紛争』), 울림사 (ウルリムサ)
- 최재천 (崔載千) [1998] : 의료분쟁조정법안에 대한 비판적 고찰, 법률신문 2726 호
 (「医療紛争調停法案に対する批判的考察」法律新聞 2726 号)
- 최진홍 (チェ・ジノン) [2005] : 의료분쟁의 해결방안에 관한 연구, 서강대학교대학원
 석사학위논문 (「医療紛争の解決案に関する研究」西江大学校大学院碩士 (修士) 學位論文)
- 한국의료법학회보건의료법학편찬위원회 (韓國医療法学会保健医療法学編纂委員会)[2003] :
 보건의료법학-개정판- (『保健医療法学 - 改訂版-』), 동림사 (トニリムサ)
- 이덕환 (李德煥) [1998] : 의료행위와 법 (『医療行為と法』), 文英社
- 李載衡[2007] : 醫療事故의 被害救濟에 관한 研究 (「医療事故の被害救済に関する研究」), 漢陽
 大学校大学院博士學位論文

* 第3章

◆ 日本語文献

- 飯塚和之[2004] : 「患者の自己決定権と司法判断—近時の最高裁・説明義務判決をめぐって—」 湯
 沢雍彦=宇都木伸編『人の法と医の倫理』(信山社) 263 頁
- 池田恒男=李庸吉[2007] : 「説明義務違反を認めなかった原審の判断に誤りがあるとされた事例—
 予防的な治療に際しての医師の説明義務について」 龍谷法学 40 卷 3 号 200 頁
- 幾夜通=広中俊雄編[1989] : 『新版注釈民法(16)』(有斐閣)
- 石川寛俊[2000] : 「延命利益、期待権侵害、治療機会の喪失」 太田幸夫編『新・裁判実務大系』(青
 林書林) 288 頁
- 伊藤道哉[2002] : 『生命と医療の倫理学』(丸善)
- 稲田龍樹[1990] : 「説明義務」 根本久編『裁判実務大系 17 医療過誤法』(青林書林) 188 頁
- 植木哲[1998] : 『医療の法律学』(有斐閣) (第2版:[2003], 第3版:[2007])
- 内田貴[2007] : 『民法Ⅱ債権各論 [第2版]』(東京大学出版会)
- 宇都木伸[1974] : 「患者の承諾—イギリスにおける未成年者の取り扱い—」 唄孝一=有泉亨編『現
 代損害賠償法講座 (4)』(日本評論社) 105 頁
- 浦川道太郎[1993] : 「説明と医師の裁量」 年報医事法学 8 号 78 頁
- 卜部文麿[1997] : 「医療と宗教—医療と哲学」 民事法情報 132 号 60 頁
- 大橋憲広=鈴木龍也他[2001] : 『レクチャー法社会学』(法律文化社)
- 大橋弘[1999] : 「最高裁判所判例解説」 曹時 51 卷 2 号 163 頁
- 加藤新太郎[2006] : 「59 東大脳動脈奇形 (AVM) 事件」 医事法判例百選 (別冊ジュリスト 183

- 号) 128 頁
- 金川琢雄[1997]:「判批」判評 463 号(判例時報 1606 号) 197 頁
- 河合隼雄=加藤雅信[2003]:『人間の心と法』(有斐閣)
- 河上正二[2010]:「診療債務について(覚書)」法学 74 卷 6 号 72 頁
- 河原格[1998]:『医師の説明と患者の同意—インフォームド・コンセント法理の日独比較』(成文堂)
- 熊代雅音[2006]:「医療訴訟における説明義務について」ジュリスト 1315 号 138 頁
- 倉島浩二=森田恵佑[2000]:「裁判統計から見た医療過誤訴訟事件について」民事法情報 169 号 10 頁
- 倉島浩二=高橋慎也[2001]:「医療関係訴訟事件の概況—裁判統計を中心として—」同 180 号 34 頁
- 小西知世[2000]:「癌患者本人への医師の病名告知義務」
- (1) 法学研究論集〔明治大学大学院〕13 号 69 頁
- [2001]:(2) 法学研究論集〔明治大学大学院〕14 号 111 頁
- (3) 法学研究論集〔明治大学大学院〕15 号 133 頁
- [2002]:(4・完) 法学研究論集〔明治大学大学院〕16 号 73 頁
- 佐野勝信[2006]:「裁判統計から見る医事関係訴訟事件の状況」民事法情報 237 号 2 頁
- [2007]:「裁判統計から見る医事関係訴訟事件の状況」民事法情報 249 号 2 頁
- 潮見佳男[2006]:「44 輸血拒否—東大医科研病院事件」医事法判例百選(別冊ジュリスト 183 号) 96 頁
- 高畠英弘[1987]:「診療契約の特質と内容」
- (一) 民商法雑誌 96 卷 6 号 777 頁
- (二完) 民商法雑誌 97 卷 1 号 76 頁
- 瀧川裕英[2003]:『責任の意味と制度—負担から応答へ』(頸草書房)
- 田中康茂[2003]:「裁判統計から見た医事関係訴訟事件を巡る最近の動向」民事法情報 202 号 2 頁
- [2004]:「裁判統計から見た医事関係訴訟事件を巡る最近の動向」民事法情報 214 号 2 頁
- [2005]:「裁判統計から見た医事関係訴訟事件を巡る最近の動向」民事法情報 226 号 2 頁
- 塚本泰司[1996]:「5 東大脳動静脈奇形(AVM)事件」医療過誤判例百選[第 2 版](別冊ジュリスト 140 号) 20 頁
- [2004]:「未破裂脳動脈瘤に対する予防手術の 4 症例」年報医事法学 19 号 164 頁
- [2006]:「58 未破裂脳動脈瘤に対する予防手術」医事法判例百選(別冊ジュリスト 183 号) 126 頁
- 手嶋豊[1997]:「医師の責任」山田卓生編集代表・加藤雅信編『新・現代損害賠償法講座 3』(日本評論社) 311 頁
- [2005]:「医療と説明義務」判例タイムズ 1178 号 185 頁
- [2006]:「65 未熟児網膜症事件」医事法判例百選(別冊ジュリスト 183 号) 142 頁

- 寺沢知子[1992]：「未成年者への医療行為と承諾」
（1）民商法雑誌 106 巻 5 号 655 頁
（2）民商法雑誌 106 巻 6 号 799 頁
（3完）民商法雑誌 107 巻 1 号 56 頁
- 土井文美[2008]：「医師の説明義務」判例タイムズ 1260 号 18 頁
- 富田清美[1993]：「カナダと日本におけるインフォームド・コンセントについての比較法的研究」
東京都立大学法学会雑誌第 34 巻第 1 号 157 頁
- 新美育文[1975]：「医師と患者の関係—医師と患者の法的側面—」
（1）名古屋大学法政論集 64 巻 67 頁
（2）名古屋大学法政論集 65 巻 182 頁
———[1976]：（3）名古屋大学法政論集 66 巻 149 頁
———[1985]：「医師の説明義務と患者の同意」民法の争点Ⅱ（有斐閣）230 頁
- 二宮周平[2009]：『家族法〔第 3 版〕』（新世社）
- 野澤正充[2009]：「チーム医療における総責任者の説明義務」速報判例解説 4 号 64 頁
- 唄孝一[1965]：「治療行為における患者の意思と医師の説明—西ドイツにおける判例と学説」『契約法体系 7 巻』（有斐閣）66 頁以下（後に同[1970]『医事法学への歩み』（岩波書店）3 頁以下に所収）
- 原島重義[2002]：『法的判断とは何か』（創文社）
- 樋口範雄[2000]：『「エホバの証人」最高裁判決』法学教室 239 号 41 頁
- 日野原重明[1996]：「キュアとケア」大井玄＝堀原一＝村上陽一郎編『医療原論—医の人間学—』（弘文堂）52 頁
- 平野哲郎[2001]：「新しい時代の患者の自己決定権と医師の最善義務—エホバの証人輸血拒否事件判決がもたらすもの」判例タイムズ 1066 号 19 頁
- 廣瀬美佳[1995]：「新潟 AVM 塞栓術説明義務訴訟」年報医事法学 10 号 141 頁
- 平林勝政[1974]：「プロフェッショナル・ネグリジェンスとしての医療過誤」唄孝一＝有泉亨編『現代損害賠償法講座 4 医療事故・製造物責任』（日本評論社）41 頁
- 福岡聰一郎[2001]：「判批」民事法情報 179 号 116 頁
- 細川清[1976]：「医師の開示義務—アメリカの場合—(上)(下)」判例時報 817 号 3 頁、818 号 10 頁
- 堀川博司[2008]：「裁判統計から見る医事関係訴訟の状況」民事法情報 261 号 2 頁
- 松倉豊治[1974]：「未熟児網膜症による失明事例といわゆる『現代医学の水準』」判例タイムズ 311 号 61 頁
- 松倉豊治[1980]：「医療行為における裁量の特質—特に説明義務に関連して」判例タイムズ 415 号 9 頁
- 丸山英二[1996]：「72 未熟児網膜症事件」医療過誤判例百選〔第二版〕（別冊ジュリスト 140 号）162 頁

- 村上陽一郎[1996]:「科学史と医療」大井玄=堀原一=村上陽一郎編『医療原論—医の人間学—』(弘文堂) 23 頁
- 山下登[1983]:「医師の説明義務をめぐる最近の論議の展開—ドイツの判例・学説を中心として」
 (1) 六甲台論集 30 卷 1 号 96 頁
 (2) 六甲台論集 30 卷 3 号 33 頁
 ——[1984]: (3) 六甲台論集 31 卷 3 号 20 頁
- 山下洋一郎[2005]:「判批」判例タイムズ 1178 号 212 頁
- 吉田邦彦[2003] (初出[1994]):「近時のインフォームド・コンセント論への一疑問—日本の医療現場の法政策的考察を中心として—」同『契約法・医事法の関係的展開』(有斐閣) 278 頁
- 六本佳平[2004]:『日本の法と社会』(有斐閣)
- ロバート・B・レフラー (長澤道行訳) [2002]『日本の法と医療 インフォームド・コンセントルネッサンス』(勁草書房)
- 和田仁孝=前田正一[2001]:『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)
- ◆韓国語文献
- 權五乘[1993]: 민법의 쟁점 (『民法の争点』), 법원사
- 김만오 (キム・マノ) [2005]: 의료과오에 관한 판례의 동향 (医療過誤に関する判例の動向), 민사법학, 27 권 (民事法学 27 卷) p. 299
- 金敏圭[1994]: 醫師의 過失判斷構造, 法學研究, 第 6 輯, p. 121
- [1997a]: 醫師의 說明義務와 그의 免除 (医師の説明義務とその免除), 耕嚴洪天龍教授華甲紀念論文集, p. 627
- [1997b]: 醫師의 說明義務違反과 그 效果 (医師の説明義務違反とその効果), 外大論叢 17 輯, p. 527
- [1998]: 醫療事故에 있어서 因果關係에 관한 立證責任 (医療事故における因果關係に関する立証責任), 外大論叢 18 輯 2 卷, p. 209
- [2001]: 醫療水準論, 民事法理論과 實務, 4 卷 1 號, p. 31
- [2002]: 說明義務違反과 慰藉料, 比較法學第 13 輯, p. 175
- [2008]: 의료과오 책임소송에 있어서 「의료수준」 개념의 재구성 (医療訴訟における「医療水準」概念の再構成), 동아법학, 41 호 (東亜法学 41 号), p. 165
- 김민중 (キム・ミンジュン) [1993]: 의사책임 및 의사법의 발전에 관한 최근의 동향 (医師責任及び医師法の發展に関する最近の動向), 민사법학 9・10 호 (民事法学 9・10 号), p. 325
- [2011]: 의료의 법률학 (『医療の法律学』), 신론사
- 金善中[2008]: [신정판] 최신실무 의료과오소송법 (『[新訂版] 最新実務 医療過誤訴訟法』), 博英社.
- 金相容[1997]: 不法行爲法, 法文社.
- [2003]: 債權各論[改訂版], 法文社.

- 김재윤 (キム・ジェユン) [2006] : 의료분쟁과법 (『医療紛争と法』), 을곡출판사 (ユルゴッ出版社) .
- 金天秀[1988] : 의사의 설명의무 (医師の説明義務), 민사법학, 7 호 (民事法学 7 号), p. 147
- [1994] : 환자의 자기결정권과 의사의 설명의무 (「患者の自己決定権と医師の説明義務」), 서울대학교대학원 박사학위논문(ソウル大学大学院博士学位論文)
- 김지석 (キム・ジソク) [2011] : 의사의 설명의무의 범위에 관한 고찰 (医師の説明義務の範囲に関する考察), 재산법연구 28 권 1 호 (財産法研究 28 卷 1 号), p. 341
- 김용빈(キム・ヨン빈) [2008] : 의료과오소송에 있어 입증책임 완화에 따른 의료과실의 의미와 판단기준 (医療過誤訴訟において立証責任緩和に伴う医療過失の意味と判断基準), 의료법학, 9 권 1 호 (医療法学 9 卷 1 号), p. 57
- 朴鐘元[2002] : 醫師의 說明義務 (医師の説明義務), 全北大學校大學院 博士學位論文
- 박영호 (朴永浩) [2005b] : 의료과실과 인과관계의 입증에 관한 대법원 판결의 태도(医療過失と因果関係の立証に関する大法院判決の態度), 의료법학 6 권 2 호(医療法学 6 卷 2 号), p. 235
- [2009] : 손해배상액 산정에 관한 최근 10 년간 판례의 동향(上) (損害賠償額算定に関する最近 10 年間の判例の動向 (上)), 의료법학 10 권 2 호 (医療法学 10 卷 2 号), p. 11
- 朴一換[1990] : 醫療訴訟에서의 立證責任 (医療訴訟における立証責任), 민사법학, 8 호 (民事法学 8 号), p. 371
- [1997] : 醫療契約, 郭潤直編輯代表, 民法注解 XVI債權(9), p. 268
- 백경희 (ペク・キョンヒ) [2007] : 의료과오소송에 있어서 인과관계의 판단과 입증책임에 관한 판례의 최근 경향 (医療過誤訴訟における因果関係の判断と立証責任に関する判例の最近の傾向), 의료법학, 8 권 1 호 (医療法学 8 卷 1 号), p. 179
- 백경일 (ペク・キョンイル) [2008] : 의료계약상 설명의무위반책임의 법적성질과 입증책임의 문제(医療契約上説明義務違反責任の法的性質と立証責任の問題), 민사법학 40 호 (民事法学 40 号), p. 291
- 石熙泰[2007] : 의료과오소송 원고의 증명부담 경감(医療過誤訴訟原告の証明負担の軽減), 의료법학, 8 권 2 호 (医療法学 8 卷 2 号), p. 195
- 宋榮珉[2007] : 의사의 설명의무에 관한 최근 판례의 동향과 그 비판적 고찰 (医師の説明義務に関する最近の判例の動向とその批判的考察), 재산법연구 23 권 1 호 (財産法研究 23 卷 1 号), p. 229
- 신현호 (申鉉昊) [1997] : 의료과오소송총론 (医療過誤訴訟総論), 育法社.
- 신은주 (シン・ウンジュ) [2008] : 의료과오소송 입증책임론의 전개와 발전(医療過誤訴訟における立証責任論の展開と発展), 의료법학, 9 권 1 호 (医療法学 9 卷 1 号), p. 9
- 鄭淇雄[2007] : 의사의 설명의무와 환자의 승낙 (医師の説明義務と患者の承諾), 민사법학, 39 권 1 호 (民事法学 39 卷 1 号), p. 439
- 全炳南[2002] : 의사의 설명의무와 손해배상책임 (医師の説明義務と損害賠償責任), 의료법학, 3 권 1 호 (医療法学 3 卷 1 号), p. 270

- 주호노 (チュ・ホノ) [2012]: 의사법총론 (『医事法総論』), 法文社.
- 채순 (チェ・スン) [2007]: 의사의 치료전설명의무와 환자의 동의권(자기결정권)
(医師の治療前における説明義務と患者の同意権(自己決定権)), 비교사법연구, 14 권 4 호(比較私法研究 14 卷 4 号), p. 477
- [2008]: 의료과실과 법(『医療過失と法』), 신지서원.
- 催載千=朴永浩[2001]: 의료과실과 의료소송 (『医療過失と医療訴訟』), 育法社.
- 閔裕淑[2005]: 의료과오로 인한 손해배상소송에 있어서 인과관계과실의 추정과 설명의무(医療過誤による損害賠償訴訟における因果関係の推定と説明義務), 대법원판례해설 51 호(大法院判例解説 51 号), p. 279
- 安法榮[1997]: 의료사고의 불법행위책임(医療事故の不法行為責任), 법학논집 (法学論集), 33 輯, p. 231
- [2005]: 의료사고소송상 인과관계 추정-대법원 판례의 요지에 관한 소견-(医療事故訴訟上の因果関係推定—大法院判例の要旨に関する所見—), 의료법학 6 권 2 호 (医療法学 6 卷 2 号), p. 248
- 梁彰洙[1997]: 의료과오에 관한 재판례, 민법연구 3(『医療過誤に関する裁判例』『民法研究 3』), 博英社, p. 445
- 李慶桓[2004]: 醫療訴訟에 있어서의 過失과 관련된 爭點 (医療訴訟においての過失と関連した争点), 저스티스, 77 호 (ジャスティス 77 号), p. 138.
- 李德煥[1991]: 民法上 醫師의 説明義務法理에 관한 研究 (民法上醫師の説明義務法理に関する研究), 한양대학교대학원 박사학위논문 (漢陽大學校大学院博士學位論文).
- 이정환 (イ・ジョンファン) [2012]: 의료과오소송에서의 증명책임경감론-일응의 추정 이론을 중심으로-(医療訴訟においての証明責任軽減論—一応の推定理論を中心に—), 의생명과학과 법, 7 권 (医生命科学と法 7 卷), p. 151
- 李銀榮[2004]: 채권각론 (債權各論), 博英社

* 第 4 章

◆ 日本語文献

- 児玉安司[2013]: 「医療ADR」法律時報 85 卷 4 号 37 頁以下
- 高安雄一[2010]: 「韓国における雇用の非正規化について」佐藤仁志編「雇用の非正規化と国際貿易」調査研究報告書 (アジア経済研究所)

◆ 韓国語文献

- 金敏圭[2003]: 우리나라 의료과오소송의 실태와 의료분쟁해결방안 (わが国の医療訴訟の実態と医療紛争解決方案) 比較私法第 10 卷 4 号
- 박준수 (朴俊秀) [2010]: 의료사고 피해구제 및 의료분쟁조정등에 관한 법률(안)의 주요쟁점에 관한 고찰 (医療事故被害救済及び医療紛争調停等に関する法律(案)の主要争点に関する考察), 보건의료산업학회집, 4 권 2 호 (保健医療産業学会集 4 卷 2 号), p. 107

- 朴永浩[2005a] : 의료분쟁과 법 (『医療紛争と法』), 법률정보센터 (法律情報センター)
- 최진홍 (チェ・ジノン) [2005] : 의료분쟁의 해결방안에 관한 연구(의료분쟁조정법률안을 중심으로) (医療紛争の解決方案に関する研究 (医療紛争調停法律案を中心に) ,西江大学大学院碩士 (修士) 学位論文
- 李載衡[2007] : 医療事故의 被害救済에 관한 研究 (医療事故のの被害救済に関する研究) , 漢陽大学校大学院博士學位論文

* 第5章

◆日本語文献

- 石川博康[2008] : 『信賴』に関する学際的研究の一動向」中山信弘編集代表・藤田友敬編『ソフトローの基礎理論』(有斐閣) 67頁
- 大村敦志=権徹[2010] : 『日韓比較民法序説』(有斐閣)
- ニクラス・ルーマン (大庭健=正村俊之訳) [1990] : 『信賴—社会的な複雑性の縮減メカニズム』(勁草書房) [原書 : Luhman, N. [1973], Vertrauen: Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität, 2. erweiterte Auflage]
- 手嶋豊[2001] : 「医療における同意の前提としての説明義務に違反したために認められた慰謝料の算定に関する考察」ジュリスト 1199号
- [2011] : 『医事法入門 [第3版]』(有斐閣)

◆韓国語文献

- 金敏圭[2005] : 日本 民事法 研究에 (に) 대한 (对する) 批判的 考察—醫療過誤責任法上의 「過失判斷構造」를 소재로—, 比較私法 12 卷 1 號, p. 53.

◆英語文献

- Frankel, T. [1983] : Fiduciary Law, Cal. L. Rev. 795.

論文審査結果の要旨

学位請求論文は医療紛争の予防と解決に向けての制度的枠組みを韓国法を中心に日本法と比較しつつ論じるものである。比較法研究は広い意味で比較研究に属するが、一般に比較の方法論は必ずしも十分に認識されているわけではない。対照実験は自然科学では法則を発見し、定立するための不可欠の方法である。法律学にも馴染みの疑似科学たる疫学においても対照調査が必須である。科学においては比較という視点を欠いた研究はあり得ないといってよいだろう。しかし、社会科学や人文科学では、厳密に初期条件を整えて実験を行うことは不可能であり、できるだけ厳密に条件を整えるべく信頼性のあるデータを以て対照調査を行うことも極めて難しい。しかし少しでも信頼にたる結論を得るためには対照実験や対照調査の意義を十分理解し、不十分ではあってもできるだけそれに近い方法で比較研究が為されるべきである。論者は医療紛争の発生件数の経年変化を日韓双方のデータを下に比較検討している。概ね増加傾向にある点で共通しているが、韓国では増加率が著しく、ここに韓国固有の要因を見出そうとする。事実を記述し、分類し、法則の定立へ至るのが理想ではあるが、社会科学ではこの理想をかなえることは極めて困難であり、客観的なデータからそのデータに信頼のおける範囲で推測する程度に留まるのが通常である。データは既存のものを活用しているが、自ら調査を行うことは時間と費用の関係で不可能であり、やむを得ない。ただ、論者はデータが与える以上の情報を憶測によって与えることはせず、あくまでデータの与える情報の範囲で自己の判断を示している。医療従事者として科学的客観的立場に身を置こうとする姿勢を窺うことができ、その学問姿勢は高く評価できる。

比較の共通の土壌としての文化については、江戸時代の朝鮮通信史を通じた文化交流に僅かに言及しているに留まるが、論文には現れないものの、論者は日朝の文化史についても常日頃造詣の深いところを見せている。日本語も朝鮮語も言語の系統としてはアルタイ系に属していると言われている。言語体系が思考の構造を示すものであるとするならば、文法構造が極めて類似する日韓の思考に共通性があることは否定できない。我が国の古代史については闇の部分が多く、この時代の日朝の関係については確かなことは何も言えないが、交流を否定する者はいない。キトラ古墳の天文図は往時の平壤付近の星座を示すものと言われている。百濟（313～660）を通じて仏教が伝来し、百濟滅亡後その支配者層が我が国に亡命した節もある。各地に百濟観音や百濟寺が現存することもこのことを窺わせている。朝鮮半島北部から東南満州にかけて渤海（698～926）が繁栄していた時代には我が国との間はかなり緊密な交流があったものと推測される。日朝間の文化的接触は間断なく続いていたといえる。近年における日韓の高度成長の背景に儒教文化という共通要因があるという経済学からの有力な指摘もある。他方、漢、唐、元の時代には、朝鮮半島は中国に併合され、その独立の国家としての存在を失っている。明や清の時代にも、中国は宗主国であった。我が国では、鎌倉幕府以降およそ700年もの長期に亘り武家政治が行われたが、朝鮮半島では中国と同様貴族政治や科擧の制度を通じた官僚政治が行われた。この点では韓国は歴史的に我が国とは異なる様相を呈していたともいえる。このような共通点と相違点が医療

紛争の発生やその予防、解決の為の制度構築に間接的ながら何らかの影響を及ぼしているのではないと思われる。本論文の深奥には、学位請求者の在日韓国人としての両文化に対する理解と共感が潜在している。

現在では、日韓両国とも私有財産制、自由と民主主義、人権尊重という共通項を有しており、福祉国家の理念も共通する。韓国は台湾、シンガポールなどと並んで既に先進国入りし、しかも日韓はともに高度産業社会の域に達している。韓国民法はその成立のいきさつ等から日本民法とかなりの部分が共通しているといわれている。戦後の法の発展には日本の判例や学説が影響したこと、ドイツの学説の影響を強く受けてきたことなどが説かれている。ドイツ法の影響を強く受けてきた点は我が国も同様である。日韓の比較法的研究は既にその機が十分に熟している段階にあるとあってよい。

従来比較法研究は西欧や米国の学説や判例を我が国の同様の状況に当てはめるべくモデルとして紹介するのが一般的であった。それは近代以降西欧が優れた先進性を示し、アジアがはるかに後進的な地域であったことによる。自然科学の方法論を確立し、その成果を一方では軍事技術に転用し、他方では大量生産システムへと振り向け、圧倒的な軍事力と経済力を以て西欧列強がアジア太平洋地域の支配に乗り出した。支配され、もしくはその危険性のあるアジアの後進的諸国は欧米先進国の技術や制度を採り入れ、後発のメリットを活かしてキャッチアップするしかなかった。我が国が、明治以降西欧の中では英仏に後れを取り、キャッチアップを目指していたドイツをモデルにしてきたのは当然のすすみゆきであった。しかし、戦後復興から立ち直り、経済大国となって世界の最前列に立つようになった今日、欧米にあるべきモデルを求める時代は既に遠い過去となった。米国を中心に経済のグローバル化が進み、西欧はその勢いを弱めて、経済成長の中心はアジアに移行しつつある。アジアでも中国はなお基本的には社会主義法制を維持している。体制を異にしているから、投資家に重要な法情報を提供するという意味で中国法を国際取引法として研究することは、大いに意義があるが、なんらか我が国に参考となるモデルを得ようとして比較法研究を行っても意味が無い。比較法研究は経済体制を同じくし、法の基本理念を共通にする国や地域の間で為されなければならない。欧米との比較法研究はなお意義を有するが、韓国、台湾、香港、シンガポールなどアジア先進国や先進地域との比較法研究も今後は進められていくだろう。本論文は先鞭をつけるものであり、パイオニアとして高い評価に値する。

韓国は市場の規模こそ大きくないが、我が国の重要な取引相手であり、国際取引法の研究と比較法研究の双方の面で重要な意義を有する。医療は日韓双方において、観光資源化しつつある。高度医療の受診の為に訪れた外国人との間に医療紛争が生じる可能性もないではない。外国人にも利用しやすい医療紛争の解決方法を用意しておくことはこの点からも十分意義がある。韓国は人口 4700 万人と我が国の半分にも充たないが、海外からの観光客の数は我が国を凌駕している。互いに切磋琢磨する関係にあるから、韓国の医療紛争解決制度の詳細を紹介し、その問題点を究明する本論文は我が国の実務界と学会の双方に重要な一石を投じることになる。

実践的な解釈法学の側面では、患者側の過失の立証責任が軽減され、新たな医療仲裁制度を利用するには立証負担を免れることが詳細に既述されている。説明義務違反を過失と捉えると、

この制度の下では患者側は病院側の説明義務違反についても立証責任を免れることになる。韓国でも我が国と同様近年では不法行為構成から契約構成へと変化していることが報告された。そうすると、患者側は訴訟においても病院側の過失を立証する責任はなく、病院側で自らに過失が無かったことを立証しない限り賠償責任を免れ得ないことになる。この文脈では、説明義務違反を過失概念に取り込むことにより、病院側は説明義務が十分尽くされたことを立証しない限り免責されないことになる。病院側を訴訟に移行させることなく調停によって紛争解決に向かわせる契機となろう。説明義務違反を過失と捉えることには、なお躊躇を覚える向きもあろうが、訴訟へと紛争を拡大することを防ぐという意味では、韓国の理論状況も十分意義を有する。新たな調停仲裁制度は発足してまだ日も浅く、それが初期の成果を得ることができるかどうかは今後の動向を注意深く見守らなければならない。しかし、我が国に一步先んじた韓国の取り組みは我が国にとっても大いに参考となろう。本研究は日韓双方の理論と実務に大いに寄与するであろう。学術交流の架け橋としても高く評価できる。

以上により、調査委員全員一致を以て本論文を博士（法律学）の学位に相当するものと認定する。

