

て、応急の手当を行うことを含む。）をいう。」と規定し、救急救命士法ほどでないとしても、救急隊員に応急措置を認めており、その前提として「緊急やむを得ない」か否かの判断権限を与えていること。その観点からみれば正しくトリアージが主目的とする判断行為と合致しているから、消防法の趣旨からも、少なくとも救急隊員によるトリアージは許されると解されること。

④そうでなくとも、災害時に多くの傷病者が同一時期に同一現場で発生した場合に、救急隊は傷病者全員を同時に搬送できないので、そのため、搬送の優先順位を決定する判断を下す必要がある。仮に、トリアージが診断などの「治療行為」の範疇に入るとしても、救急救命士はもとより救急隊が行うトリアージは、本来の業務である「搬送」の優先順位を決定するための一つの過程と判断できる余地があること。

⑤阪神・淡路大震災以降各自治体が作成している地域防災計画では、災害現場でのトリアージを行うべき人員として、救急救命士や救急隊員もその候補として挙げているものがあること。このように地域の行政が、指針として救急隊などにもトリアージを行う必要性を認めており、社会的コンセンサスも醸成されつつあること。

を挙げています（トリアージ・荘道社 122 頁杉本勝彦執筆部分）。

ところで、消防法には、救急救命士法第 44 条（「救急救命士は、医師の具体的な指示を受けなければ、厚生労働省令で定める救急救命処置を行ってはならない。」）というような規定はありませんが、救急隊員にもトリアージの権限を認める以上は準用されるべきと考えます。前述のように、この「医師の具体的な指示」の内容については争いがあり、消防庁の公的見解としては「救急現場又は搬送途上にその都度行われる個別的、具体的な指示ではなく、日頃から包括的に行われているものでよいとしている。」が拡張しすぎであるとする見解も有力ですが、いずれにしても、体制としては、救急隊にも災害時に備えてのトリアージの訓練システムを確立すること、医師の具体的な指示を無線、電話等で確実に受けられるようなシステムを確立することが急務と考えます。

【看護職員・保健婦などによるトリアージ】

肯定説は、前述したような実際の必要性から医師の指示（medical control）のもとでの看護職員・保健婦などによるトリアージを認めます。特に非災害時の通常の業務でも外来業務などで重傷者などの選別や優先順位の判断・決定には看護職員が補助することがあり（triage nurse の存在）、むしろ慣れない医師よりもトリアージ自体には精通している可能性があり、特に災害時にはこれらの能力を活用することは問題ないと言います（前掲・トリアージ 121 頁）。

一応関係すると思われる保健婦助産婦看護婦法（昭和 23 年法律第 203 号）第 37 条但書が、「但し、臨時応急の手当をなし、又は助産婦がへそのおを切り、かん腸を施し、その他助産婦の業務に当然附随する行為をなすことは差支ない。」と規定しているので、臨時応急手当の前提として搬送順位の決定が認められていると解し得るのではないかと考えます。

第 1 条 この法律は、保健婦、助産婦及び看護婦の資質を向上し、もつて医療及び公衆衛生の普及向上をはかるのを目的とする。

第2条 この法律において、「保健婦」とは、厚生労働大臣の免許を受けて、保健婦の名称を用いて、保健指導に従事することを業とする女子をいう。

《改正》平11法160

第3条 この法律において、「助産婦」とは、厚生労働大臣の免許を受けて、助産又は妊婦、じよく婦若しくは新生児の保健指導をなすことを業とする女子をいう。

《改正》平11法160

第4条 削除

第5条 この法律において、「看護婦」とは、厚生労働大臣の免許を受けて、傷病者若しくはじよく婦に対する療養上の世話又は診療の補助をなすことを業とする女子をいう。

《改正》平11法160

第6条 この法律において、「准看護婦」とは、都道府県知事の免許を受けて、医師、歯科医師又は看護婦の指示を受けて、前条に規定することをなすことを業とする女子をいう。

第35条 保健婦は、傷病者の療養上の指導を行うに当つて主治の医師又は歯科医師があるときは、その指示を受けなければならない。

第36条 保健婦は、その業務に関して就業地を管轄する保健所の長の指示を受けたときは、これに従わなければならない。但し、前条の規定の適用を妨げない。

第37条 保健婦、助産婦、看護婦又は准看護婦は、主治の医師又は歯科医師の指示があつた場合の外、診療機械を使用し、医薬品を授与し、又は医薬品について指示をなしその他医師若しくは歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずる虞のある行為をしてはならない。但し、臨時応急の手当をなし、又は助産婦がへそのおを切り、かん腸を施し、その他助産婦の業務に当然附随する行為をなすことは差支ない。

【一般人の場合】

一般人について議論している文献は現在のところ見あたりません。しかし、災害現場で負傷者が極めて多数で、医師も少数であり、医師が一般人に対し、「息のある者に印をつけてきて欲しい」と要請するケースは十分予想できることです。極めて緊急な災害現場であることを前提条件として、一般人を履行補助者とする、かような医師の行為も緊急避難、あるいは社会的に許容されるのではないのでしょうか。

Q18 医師以外の者が行ったトリアージに判断の誤りがあつた場合の法的責任はどうなりますか。また、医師以外のトリアージについて医師であるトリアージ責任者が指図していた場合、トリアージ責任者の責任はどうなりますか。「信頼の原則」との関係で説明して下さい。

A18 基本的には緊急事務管理、あるいは社会的相当行為として悪意、重過失がないかぎり免

責されることになるでしょう（但し、直ちに搬送、救護すべき者を不注意で救護しなかったケースに緊急事務管理の規定が適用されるかについてはQ11、20頁を参照して下さい）。問題は、トリアージ責任者がトリアージを現実に指図した場合のトリアージ責任者の責任です。具体的指図を行い、そこに医師に対し要求される一般的注意義務に違反する過失があった場合には、その医師に責任があることとなりますが、トリアージ実施者の指図の求め方、説明の内容に問題や誤りがあった場合には、医師に過失責任が発生しない場合もあります。この結論の基礎にあるのは、「信頼の原則」です（なお医療と信頼の原則を論じた判例として札幌高裁判決昭和51年3月18日、北海道大学電気メス事件、高刑29巻1号78頁、高検速報102号4頁、判時820号36頁、判タ336号172頁、名古屋地裁判決昭和43年4月30日、下刑10巻4号412頁）。

すなわち、医師の指示（medical control）で他の職種（救急救命士、救急隊、看護職員）によって行われる場合に、そのトリアージの判断と指導した医師の関係は、「信頼の原則」が適用されるべきとの見解です（前掲・トリアージ121頁）。

「信頼の原則」とは、「多数の者が仕事を分担する共同作業においては、特別の事情がない限り、行為者は他の者が適切な行動をとるであろうことを信頼してよく、したがって他の者が不適切な行動にでることまで考慮する必要はない」とするものです。この原則は特に高速道路上の交通事故などの過失の認定にあたって適用を認められてきたものですが、判例と学説により、医師の治療行為、大規模な工事、危険を伴うその他の作業等についても適用がみとめられます。すなわち、各人は他の共同行為者の判断を原則的に信頼することが許され、その限りで法的責任は生じないとする考え方です。但し、前述のように医師の具体的指図自体に誤りがあれば医師に責任が発生することになりますから、トリアージを推進し、災害時のボランティア活動を推奨するために「よきサマリヤ人の法理」等を検討する余地がでてきます。

なお、トリアージ責任者にのみ法的責任を集中させ、同人にのみ結果回避義務を課そうとする見解もあり得ます。現場のトリアージ実施者は、トリアージ責任者の完全な手足とする考え方（拠点病院体制確立説）があることはQ17で述べたとおりです。

Q19 仮にトリアージ実施者、救急医療者に民事上の責任が認められた場合の損害賠償責任を検討する上で、どのような点が考慮事由として論じられますか。

A19

①もともとあった身体的素因の斟酌による減額

被害者の身体的素因（判例に取り上げられた例としては未熟児網膜症の未熟児）は被害者側に属する要因であり、それも原因となって損害が発生した場合は、被害者の身体的素因も考慮してよいとする説です。

②救命利益に関する問題

- ・救命率（その程度を表示し得る可能性）と救命率の低い患者にミスを犯した医師の責任
医師がその診察当時の医療水準に照らして、その水準にある医療行為をしても、その救命（治療）程度は、患者の疾病の内容、疾病の程度、患者の身体の状況によって相違が

ありますが、最近、判例の中で、ある疾患に対する救命効果（癌の場合には5年生存率など）について、統計的な資料を用いて、その程度を判示の中で認定し、それを救命の可能性の考慮要因とし、救命率の低い患者に対してミスを犯した医師の損害賠償責任を軽減できるとするもの。

・延命利益に関する問題

最近、医師のミスと患者の死亡との間には事実的因果関係は認めないが、右ミスと患者の延命の喪失との間に事実的因果関係を認め、右延命をもって法的保護に値する利益として、それを慰謝料算定の一要素として、医師に一定の責任を認めた判例があります。

・期待権に関する問題

医師のミスと患者の死亡との間に、また、患者の延命利益の喪失との間に事実的因果関係が認められないが、そのミスによって患者の当時の医療水準にある医療（治療）行為を受けうるという期待が侵害された場合、右侵害によって患者が受けた精神的苦痛を法的に保護しようとするものです。

・医療行為それ事態の困難性の考慮

ある疾病に対する医療（治療）行為として手術が施行される場合、同手術が常に成功するとは限りません。そこで、成功率の低い手術で医師がミスを犯し、その結果、患者を死亡させた場合、医師は患者に対し、どの範囲で責任を負うべきかという問題です。

Q20 トリアージ実施後、患者と医療機関との間の法律関係を整理して下さい。また、事務管理が成立するとしても、いつから契約関係に入りますか。

A20

まずトリアージの実施主体によって法律関係が変わってきます。

①トリアージの実施主体に法的義務がある場合（災害救助法の適用がある場合の医師等や、職務上の義務がある救急隊員や、地方公共団体と契約を結んだ病院が医師を派遣するように第三者のための契約に当たる場合も含む。）には、法的義務がないことが前提である事務管理・緊急事務管理は成立しないと思われます。この点、負傷者に対して直接の義務を負わない場合（救急隊員がこれに当たるか）には、事務管理が成立する可能性はあるように見えますが、「職務行為である場合は事務管理は成立しない」（注釈民法（18）183頁）とされているので、やはり事務管理は成立しないのではないのでしょうか。

そうだとすると、実施主体として、事務管理が成立しうるのは、契約関係のない都道府県から要請でボランティアとして参加した医師・看護婦や一般人だけということにならないのでしょうか。

当然、事務管理が成立しないのであれば、緊急事務管理も成立しないので、注意義務が軽減される範囲も相当狭いものになると考えざるを得ないでしょう。

②契約関係のない都道府県からの要請でボランティアとして参加した医師・看護婦の場合、トリアージの当初の段階から搬送までの間は、①事務管理あるいは②緊急事務管理であると考えてもよいと思います（但し、Q7参照）。それではいつまで、この法律関係が継続するのでしょうか。契約関係に入ることがあるとすれば、それは何時からでしょうか。

民法第700条は、「管理者ハ本人、其相続人又ハ法定代理人カ管理ヲ為スコトヲ得ルニ至ルマテ其管理ヲ継続スルコトヲ要ス。但其管理ノ継続カ本人ノ意思ニ反シ又ハ本人ノ為メニ不利ナルコト明カナルトキハ此限ニ在ラス」と規定しています。

したがって、一般には、医師らが応招義務を履行し、それに対して患者ないしその家族から医師らの診療を受け入れる旨の承諾ないし同意があれば、その時点で医師らと患者の間で診療契約が成立します。

これに対してはつぎのような意見がありましたのでその要旨を紹介致します。

トリアージが問題となる具体的場面としては、①病院へ搬送すべきか、搬送すべきとしてどの病院に搬送すべきか等の災害現場における判断、②災害現場からの搬送後、治療を行うべき順序を決める受け入れ病院での判断、③自力で病院にたどり着いた負傷者について、治療を行うべき順序を決める受け入れ病院での判断があります。

ところで、意識がない負傷者には事務管理が成立するとしても、緊急性あるものと判断される傾向が強いので、まず優先的に搬送され、まず注意義務に関する過誤は起こり得ないでしょう。したがって、トリアージによる法的責任が問われる過誤事例は、負傷者に意識があり、緊急性はないと判断したら、実は緊急性の高い負傷者であったというような場合が多いのではないのでしょうか。この場合に緊急事務管理の規定が適用され得るかについてはQ11を参照して下さい。

そうすると、まず、負傷者に意識がある場合に病院内に「入れば」、その時点でかなり簡単に準委任契約の成立を認めている実務を前提とすると、②③について負傷者に意識がある場合に事務管理・緊急事務管理が成立することはないので、準委任を前提として一般の注意義務が課せられることになるでしょう。

Q21 救急医療の場合の医師の義務について通常の場合と異なるところがありますか。

A21 前述のように、一般には、少なくとも医師らが応招義務を履行し、それに対して患者ないしその家族から医師らの診療を受け入れる旨の承諾ないし同意があれば、その時点で医師らと患者の間で診療契約が成立しますが、それ以降、医師らは診療契約に基づいて患者に対し、診療、治療を行うことになります。この場合、医師らは一般的注意義務として「その業務に性質に照らし、危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務が要求される」（前掲、最判昭36.2.16）こととなります。

しかし、救急医療は、通常の診療行為と比較すると、以下のような特色を有しています。

(1) 患者の特殊性

- ①軽傷から重傷までを含めた様々な患者がいること（患者の病状の千差万別性）
- ②患者の現病歴が不明確な場合も多く、そして、あらゆる疾病、症状（突然の発症や慢性疾患の急性増悪もあります）を持つ患者がいること（病名、症状の不明確性及びその千差万別）
- ③多発外傷、火傷、多臓器障害を示す内科疾患、各種ショック、中毒など従来の単一診療科で対応できない患者がいること（診療科目の多様性）
- ④治療に比較的良好に反応する可能性がある患者がいること

(2) 医師ら側の特殊性

- ①事故や疾病の発症が時間を問わず発生するため、患者が受診する時期を予想することができず、何時如何なる時でも患者に対応できることが要請されること
- ②救急医療に当たる医師（当直医など）は、アルバイト医であることも多く、当直医も限られた人数であるため、専門外のことになる機会も多くあること
- ③救急医療においては、従来の診療科では対応できない場合も多く、したがって、救急医療を専門的に扱う救急医療（診療）部が設置される医療施設も多くなってきたこと

(3) 診療の際の特殊性

- ①診断の原則は、救急措置の必要な状況の判断にあり、最終的病因診断や生理学的診断が重視されること
- ②時間的制約のため、患者に対する情報が不十分のまま治療を迫られること（情報量の不十分性）、そして、事前に各種の検査をした上、診断を下し、治療（手術を含めて）を行うことができない場合があること
- ③重篤な症例においては、患者の病態が刻々と急激に変化し、それに対して速やかに、かつ、適切な判断をした上、治療しなければならないこと

救急医療には、以上のような特殊性がありますが、この場合も、注意、問診、説明、検査、入院、経過観察、入院、経過観察、転医義務等はいずれも免除されず、救急性との関係から、それらの全部、一部を行えない場合に正当事由が認められるに過ぎないという見解が有力です（前掲、判事 中村哲・判例タイムズ 940.31「救急医療を巡る法律問題」）。

Q22 トリアージの補償について説明して下さい。

A22 補償に関して言うと、国立大学、国立病院、自治体立病院の医師の場合は、「国家公務員災害補償法による補償」あるいは「地方公務員災害補償法による補償」、日赤の場合は「労災」による補償になります。

その他の民間病院のボランティア医師の場合は、災害救助法による救護命令に基づく場合は災害救助法 29 条の扶助金、所属病院長の命令に基づく場合は労災が支給されますが、そうでない場合は補償制度はありません。ボランティア医師が災害現場に行く場合の多くは、災害救助法の救護命令発令前でしょうから労災以外の補償制度がない状態で活動することになります（特に、個人の資格で自発的に赴く個人病院の医師ボランティア医師の場合は労災の適用もないでしょう）。救護命令が発令される前こそ最も危険な状態であり、疾病、死亡の可能性も高いのですから、立法的解決あるいは何らかの基金等の創設が検討されるべきです。

ちなみに医療関係者に対する災害救助法の従事命令は、病院、診療所及び助産所を営業者に対しては発することはできないとされています。すなわち、医療関係者に対する従事命令は、医師、歯科医師、薬剤師、保健婦、助産婦又は看護婦個人に対してなされるものであり、医療の経営体としての病院、診療所又は助産所そのものになされるものでは

ないのです。

なお、救急救命士、救急隊員の場合は、それぞれの費用支給、補償制度があります。

(参考)

労働者として認められるかどうか、次に、その怪我が業務に基づいて起きたのか、つまり、業務遂行性、業務起因性があるかどうかによって労災認定の可否が判断されます。

労働者災害補償保険法（以下「労災保険法」という）は、労働者の業務上の事由による災害に対する労働基準法上の使用者の補償義務を担保する目的で制定されたものです。したがって、労災保険法が適用される「労働者」は、労働基準法第9条で定める「労働者」と同一のものと解されています。ところで、労働基準法第9条では労働者の定義について「労働者とは、職業の種類を問わず、事業又は事務所に使用される者で、賃金を支払われる者をいう。」としています。つまり、使用者に使用される者であり、かつ、その報酬が労務の提供への対価として賃金の性格を有する場合には、労働基準法上の労働者に該当し、したがって、労災保険法の保護の対象となる労働者となります。ただし、これは形式上の契約形態でなく、実態で判断しなければなりません。ちなみに、研修医も労働基準法上の「労働者」にあたるといわれています（大阪地判平成14.2.25）。

また、ある負傷が労災保険の業務上災害と認められるためには、原則として業務中に（業務遂行性）、その業務が原因となって（業務起因性）、罹災したものでなければなりません。作業中である（業務遂行性がある）ことが確認され、また、その作業が使用者の命令下で行われたことが明白であれば、労災保険の適用は可能と思われれます。つまり、その負傷が作業に伴う必要行為または合理的行為中に発生したもの、作業に伴う準備行為または後始末行為中に起きたものであれば、労災と認められ、給付が行われるということになります。

法人の重役等で業務執行権、又は代表権を持たないものが、工場長、部長の職にあつて賃金を受ける場合はその限りにおいて法第9条に規定する労働者として扱われる（昭和23.3.17労基発第461号）。

代表取締役以外の取締役について、労働者に該当することがある。

◆労働者性の判断基準

(1) 使用者の指揮監督を受けている

- ・仕事の依頼、業務従事の指示等に対し諾否の自由があるかどうか
- ・業務遂行上の指揮監督の有無

(2) 労働の対償として報酬を支払われている

- ・報酬の性格が使用者の指揮監督の下に一定時間労働を提供していることへの対価と判断されるかどうか

※判断を補強する要素

- ・事業者性の有無
- ・専属性の程度

- ◆部長、課長等の形式にとらわれることなく、実質的に一定の権限を与えられているか否かによります。また、このような権限が与えられてなく、単に上司の命令の伝達者にすぎない場合は、「使用者」とはみなされません。

(昭和 22.9.13 労働基準局関係の労働事務次官名通達 17 号)

(参考判例)

判例要旨〔労基 9〕

- 1◎労務提供の形態を実質的に考慮して使用従属関係が認められる場合には、契約の形式が請負・委任等の要素を含むものであっても労働基準法上の労働者に該当する。－九州電力委託検針員事件－（福岡地小倉支判昭 50・2・25 労民集 26-1-1）
- 2◎会社において塗料製法の指導・研究に従事することを職務内容とするいわゆる嘱託であつて、直接上司の指揮命令に服することなく、また遅刻・早退等によって賃金は減額されることはない等、一般従業員と異なる待遇を受けている従業員であっても、毎日ほぼ一定の時間会社に勤務し、これに対して所定の賃金が支払われている場合には、労働者である。－大平製紙事件－（最判昭 37・5・18 民集 16-5-1108）
- 3◎証券会社の外務員は、会社の顧客から株式等の売買またはその委託の媒介・取次などの注文を受けた場合、これを会社に通じて売買その他の取引を成立させるいわゆる外務行為に従事すべき義務を負担し、業者はこれに対する報酬として出来高に応じ賃金を支払うとともに、外務員のした有価証券の売買委託を受理すべき義務を負担しているときは、二〇条の適用を受けるべき労働者ではない。－山崎証券事件－（最判昭 36・5・25 民集 15-5-1322）
- 4◎雇用と請負との混合的性格をもつ契約の場合にも、従属労働としての雇用的性格の範囲において、労働法上の保護を受ける。－東京 12 チャンネル事件－（東京地判昭 43・10・25 労民集 19-5-1335）
- 5◎合資会社の有限責任社員で「専務取締役」の名の下に無限責任社員の職務を代行していた者につき、会社の指揮命令の下に労務を提供していたにとどまるものであり、「給料」はその対価と解されるとして、従業員を対象とする退職金規定の適用があるとされた事例。－合資会社興栄社事件－（最判平 7・2・9 判時 1523-149）
- 6◎東京営業所長と常務取締役とを兼任する者につき、営業所長としての労働契約が主要な部分であり、常務取締役としての委任契約が付随的なものとされた事例。－津軽三年味噌販売事件－（東京地決昭 62・3・20 労判 495-12）
- 7◎トラックを所有し、特定の運送会社のために専属的に運送業務にかかわっていた運転手につき、自己の危険と計算の下に運送業務に従事していたものであり、会社は、業務の性質上当然に必要とされる運送物品、運送先、納入時刻の指示をしていた以外に業務の遂行に関し特段の指揮監督を行っていたとはいえず、時間的、場所的な拘束の程度も、一般の従業員と比較してはるかに緩やかであり、会社の指揮監督の下で労務を提供していたと評価するには足りないとして、報酬の支払方法、公租公課の負担等を含めて考慮して、労働基準法および労災保険法上の労働者であることが否定された事例。－横浜労基署長（旭紙業）事件－（最判平 8・11・28 判時 1589-136）

- 8◎トラック持込み勤務の者と会社との関係を労働契約と認めた事例。－北浜土木碎石事件－
 （金沢地判昭 62・11・27 判時 1268-143）、同、雇用契約と自動車賃貸借契約との混合契約
 と認めた事例。－セキノ興産事件－（富山地判昭 49・2・22 労旬 856-72）、同、請負と認
 めた事例。－大阪トヨタフォークリフト事件－（大阪地判昭 59・6・29 労判 434-30）
- 9◎本条の労働者は民法上の雇用契約に基づくことを要件とはせず、事業主の指揮監督に従っ
 て労務給付をなしているか否かによって決すべきで、ガス料金の集金事務に従事する者が
 労務給付につき自主的に決定しうる程度、範囲よりも、事業主の指揮監督を受ける程度、
 範囲が大きい場合は本条の労働者である。－日本瓦斯事件－（鹿児島地判昭 48・8・8 判
 時 721-96）
- 10◎優先契約に基づいて年間を通じてキャバレーに出演していたバンドマンの労働者性が認
 められた事例。－阪神観光事件－（神戸地尼崎支判昭 53・7・27 労民集 31-4-913）（大阪
 高判昭 55・8・26 労民集 31-4-902）
- 11◎甲会社との契約に基づき海外に赴任し、乙会社が納入したポンプ設備の現地据え付け工
 事に従事していた労働者につき、甲会社と乙会社の契約が労働者派遣契約とされ、甲会社
 と労働者の契約が派遣を内容とする雇用契約であるとされた事例。－三和プラント工業事
 件－（東京地判平 2・9・11 労民集 41-5-707）

災害被災地派遣医師等への被災時の補償について

医師の 所属	従 事 命 令 者	
	都道府県知事 (災害救助法第 24 条)	所属病院長
国立大学 国立病院	国家公務員災害補償法 による補償	国家公務員災害補償法 による補償
自治体立	地方公務員災害補償法 による補償	地方公務員災害補償法 による補償
日 赤	労災の適用は可能	労災の適用は可能
公的 日赤以外	災害救助法第 29 条の 定める扶助金	災害救助法第 29 条の 定めによる扶助金
民間病院	同 上	労災の適用は可能

Q23 「よきサマリア人の法理」について解説して下さい。

A23 この点に関する日本版の文献は極めて少ないのですが、平成 9、10 年度（財）消防科学総合センター助成事業「応急手当の免責に係わる比較法研究会「よきサマリア人法（日本版）の検討」によると概略、次のように理解できます（但し、サマリア人の法理そのものは緊急の治療行為、救助行為の軽過失を免責するためのものであり、患者選別に関するトリアージにおける軽過失—たとえば過失ある選別によって救護をしない場合もある—の免責を直接的に目的としたものでないことは注意を要します）。

アメリカにおいては、現在 50 の州すべてとコロンビア特別区に、「よきサマリア人法」と呼ばれる法律が制定されている。州ごとに法の異なるアメリカ合衆国においてこの足並みのそろい方は異例といつてよい。

しかもその歴史は比較的新しい。1959 年のカリフォルニア州に始まり、1987 年までに上記のような状態になった。

ただし、法律の内容は、ボランティアとして緊急状態にある人に救命手当を実施した人に対し、それに関する民事責任を免除するという点で共通の性格をもつものの、こまかな要件等、州毎に異なる。

- (1) 免責対象とする救助者の類型。
- (2) 誠実に (in good faith) という要件。
- (3) 報酬を宛にしないというボランティアとしての要件。
- (4) 緊急状態の発生する場所的要件。
- (5) 求められる行為と禁じられる行為の明示。

これら 5 つの要件をすべて含む例として、アリゾナ州の制定法がある。

それに対し、誠実要件と、免責の対象者が医療従事者の救急チームであることが明示され、それ以外の要件がないものとしてカリフォルニア州法がある。

- ①よきサマリア人法の名称とその意義については、医師の間で、よく知られている。大学の授業でも触れられている模様。
- ②各州における制定の過程については、推測ではあるが、アメリカ医師会もサポートしたと思われる。
- ③これらの法律の結果、医師によるボランティアとしての救命行為が増加したか否かは、検証がむずかしい問題であるが、このような法律の存在が広く知られていることは事実である。

以上のような経緯にもかかわらず、実際には、すべての人を対象とする州法が多い。

●すべての人を対象とする州（コロンビア特別区を含む）

アラバマ、アラスカ、アリゾナ、アーカンソー、カリフォルニア、コロロド、デラウェア、コロンビア特別区、フロリダ、ジョージア、ハワイ、アイダホ、インディアナ、アイオワ、ルイジアナ、メイン、ミネソタ、ミシシッピ、モンタナ、ネブラスカ、ネバダ、ニュー・ハンプシャー、ニュー・ジャージー、ニュー・メキシコ、ノース・カロライナ、ノース・ダコタ、オハイオ、オクラホマ、サウス・カロライナ、サウス・ダコタ、テネシー、テキサス、バーモント、バージニア、ワシントン、ウェスト・バージニア、ウィスコンシン、ワイオミング（37州とコロンビア特別区）。

●医療従事者や消防隊員・警察官などに限定する州

コネティカット、イリノイ、カンザス、ケンタッキー、メリーランド、マサチューセッツ、ミシガン、ミズリー、ニュー・ヨーク、オレゴン、ペンシルバニア、ロード・アイランド、ユタ（13州）

以上のように圧倒的多数の州が、医師に限らず、誰れであってもそれがよきサマリア人的行動であれば、民事免責を図ることにしている。これら37州とコロンビア特別区においても、単に「誰であれ」と規定するのではなく明示的に医療従事者を含むと規定するものが多いこと、それによってまず素人でなく医療従事者による救命ボランティア的行動を促進しようとしていることが重要である。

- ・アメリカにおいては、一般的に、医師と患者が医師患者関係を結ぶのは契約によることとされ、契約締結の自由が働くために、医師には診療義務が課せられていない。いやな患者は断ることができる。唯一の例外が緊急状態である。例えば意識不明で運ばれてきた患者について、医師が診療を拒めば、不法行為責任（医療過誤）を発生させる。だが、緊急状態で治療をして、結果的に功を奏さなかった場合にも医療過誤訴訟になるのでは、医師にとって、前進も後進もできない。もちろん、意識不明の患者が病院にかつぎこまれるという場合でなく、たまたま休日の行楽中に緊急状態の病人に出くわした医師が、医療過誤をおそれて手を出さないというのも問題である。そこで、よきサマリア人法を制定して、前に進むように促しているわけである。
- ・アメリカに隣接するカナダにおいても、同様の法律を制定しているところがある。たとえば、ブリティッシュ・コロンビア州では、重過失のない限り救助者の免責を認める。

ここでは、医師に言及することなく、すべてのボランティアの民事責任の免責を定める。推測であるが、このような定め方がなされている背景には、カナダにおける医療過誤訴訟とアメリカにおけるそれとの相違があるように思われる。

- ・あるアメリカの法学教授は、よきサマリア人法の説明を次のような文で始めている。
「医師の間には、危急に貧した人を助けるために立ち止まった場合、救助行為の結果が思わしくなかった場合に、訴えられることになるという神話が広まっている。だが、

本当は、このようなよきサマリア人的行動で訴訟を闘い敗れた医師は一人もいない。・・・このような神話の広がりゆえに、ほとんど州は、何らかのかたちのよきサマリア人法を規定し、患者が訴える権利を抑制することにした。」

- ・要するに、よきサマリア人法は、救急手当の普及促進を目的として事務管理制度を経由することなく直接的に不法行為責任から免責措置を講じた規定を置くものである。

Q24 拠点病院の要件は何か、災害拠点病院から救護班（医師・看護婦・薬剤師・事務）を災害現場に派遣することになっているが、その法的根拠はなにか。派遣は、拠点病院としての、義務なのか？等について各地方公共団体の見解を紹介して下さい。

A24

いくつかの都道府県から回答が寄せられましたが、要約すると次のとおりになると思います。

【A地方公共団体からの回答】

1. 災害拠点病院から救護班（医師・看護婦・薬剤師・事務）を災害現場に派遣することになっているが、その法的根拠は？派遣は、拠点病院としての、義務なのか？

法的根拠はない。お願いであるとのこと。

A立病院に対しては、Aとして業務命令として派遣すること

（この場合は、当然、補償に関しては労災が適応。医療業務に関する民事・刑事事件の請求先は、Aとなり、個人には原則としていかない）

救命救急センター（第三セクターの法人であり、所長のみがAの職員）や他の民間の災害拠点病院とは、個別の事前の契約を結ぶ必要があると考えているが、まだ契約を結んでいない。

災害救助法が適応できれば、第24条を適応し、応援を指示できるとのことであるが、都道府県としての合意事項にはなっていないとのこと（担当者個人の意見）。

Aとしては、各拠点病院と個別に事前契約を結ぶ方向で行きたいとのことであった。

現段階では、法的根拠もなく、単なるお願いであるので、拠点病院としては、派遣を拒否することは出来る。

2. 派遣者の補償は？ 現場で医療業務に関する民事・刑事事件を受けた場合の窓口は？

現段階では、A立病院以外は、各拠点病院で労災などの適応を考えていただきたい（希望）民事・刑事事件も個人で対応していただきたいとのこと。

- ＊ ＊ Aは、災害拠点病院連絡協議会を持っており、次回の議題に提出し補償等も含め、各拠点病院とAの事前契約をどのように結ぶかを検討したいとのことであった。
- ＊ ＊ 三宅島噴火に際し、東京都の災害拠点病院から医療班の派遣があったが、このチームは、都立病院から派遣したので、東京都の業務命令であったとのことである。

【B 地方公共団体からの回答】

災害拠点病院から救護班を災害現場等に派遣するのは、災害対策本部が設置され、知事の要請で出動が依頼されるという形式です。

この場合の補償については県が責任を持つこととなります。

トリアージ実施の責任については、検討されていません。

地域的な災害での自発的な救護班出動については、拠点病院の判断に委ねられているので、その病院での責任になると思います。

したがって、今後、Bと各拠点病院が事前協議を行い、取り決める必要があり、検討課題です。

【C 地方公共団体からの回答】

1) 災害派遣の義務について

都道府県は、住民の生命、身体および財産を災害から保護するため、関係機関等の協力を得て、地域防災計画を作成、実施するとともに、区市町村等の防災事業の実施を助け、その総合調整を行います（災害対策基本法第4条）。

都道府県知事は、災害救助法の適応基準を超える被害が生じた場合、被災者の保護と社会秩序の保全を目的として同法の規定に基づく救助を実施します（災害救助法第2条）。災害救助法による救助とは、被災者に対する医療および財産を含むものです（同23条）。

また、救助を行うため特に必要があると認められる時は、医師等の医療関係者個人に対し従事命令を、病院、診療所等の施設に対し管理命令を発することができます（同24条、26条）。

さらに、都道府県知事の従事命令により救助に従事させる者への実費弁償、損害補償を規定しているほか、従事命令に従わなかった者に対する懲罰規定もあります（同24条、29条、45条）。

このことから、災害救助法の規定に従って都道府県知事が従事命令を発した場合には、これに応じる義務が生じるものとなります。

ただし、災害救助法が適応されない災害の場合には、医療関係者への従事命令を発することはできないとされています（昭和42年12月行政実例）。

このため、災害救助法の規定によらないで、都道府県知事が医師等の医療関係者個人や、病院の管理者に災害派遣を要請する行為は、命令→義務という一方向的関係でなく、協力依頼←→承認という双方の意志の合致が必要ということになります。

2) 派遣要請をしたCの責任について

平成13年6月に厚生労働省から公表された「災害医療体制のあり方に関する検討会」報告書では、「トリアージを行った場合の個別判断については、事後的に見て他の判断が最善

であると考えられる場合であっても、当該状況下で収集可能な情報に基づいて行われた合理的な判断であれば、一般的に法的責任は生じないという整理が可能と考える。」としております。

このことから、「災害派遣を要請された医師がトリアージの実施に関して法的に訴えられた場合でも、医師に重大な過失がなければ、」直ちにその責任を問われることはないと考えられます。

しかし、医師に対する法的責任が問われる以上は、災害救助法の規定に従って医師等の医療関係者個人に従事命令を発した都の責任や、都の協力依頼を承認して医師を派遣した病院管理者の責任および病院管理者に協力依頼を発したCの責任も問われることになるものと思われま

【D 地方公共団体からの回答】

先日の災害拠点病院の医療チームが事故にあたりした場合の費用弁償等については、災害救助法第 24 条で、「都道府県知事は、救助を行うため、特に必要があると認められるときは、医療関係者を主任大臣の命令を実施するため（中略）救助移管する業務に従事させることができる。」としており、また、第 29 条で、その実費弁償及び、事故等による負傷等のための扶助金の支給について定めております。

例えば、実費弁償は、医師が 1 日救助に従事すれば 17,900 円を限度として支給されることとなります。

また、災害救助法施行令第 14 条では、治療に要する費用が負傷した場合等の療養扶助金として必要な療養に要する費用を支給することとなっております。

その他、休業扶助金、障害扶助金、遺族扶助金、葬祭扶助金、打切扶助金（疾病が 3 年を経過しても治らない場合の療養扶助金を打ち切る際の扶助金）についても定められております。

そして、これらは、いずれも都道府県が支払う（ただし、都道府県は災害救助基金を積み立てることになっている。また、一部については、国庫補助金も受けることができる。）こととなっております。

Q25 各地方公共団体から回答が寄せられましたが、それらを踏まえ、医師によるトリアージの際のタッグの付け間違い等を原因として患者が死亡したとして遺族等が損害賠償請求訴訟を提起した場合の問題点と課題について、裁判実務の観点から整理して下さい。

A25

第 1 個別的問題点

1 災害救助法の適用があり知事の従事命令に基づいて行われた場合

① 公立病院の医師

当該医師に、医師として一般に要求される注意義務に違反する行為が認められれば（民法上の不法行為責任が認められれば）、国家賠償法第 1 条 1 項により、国又は地方公共団体が損害賠償責任を負うこととなります。

この場合には、医師個人が損害賠償責任を負うことはありません。但し、故意・重大な過失が認められる場合には、国又は地方公共団体から求償されることとなります（国家賠償法第1条2項）。

② 私立病院の医師

当該医師が「公権力の行使にあたる公務員」といえるかが問題となります。

一般に、国家賠償法上の「公務員」とは、単に組織法上の公務員のみならず実質的に公権力の行使たる公務の執行に携わる者を広くいうと解されており（名古屋高判昭61.3.31、判時1204、112）、また、予防接種法に基づき国の機関委任事務として市長が実施すべき予防接種を市長の委託を受けて行った医師につき、国の公権力の行使にあたる公務員に該当するとした裁判例もあることから、災害救助法の適用があり知事の従事命令に基づいて行為を行った医師については、「公権力の行使にあたる公務員」に該当し、①と同様に国家賠償請求の問題になると解されます。

従って、上記のように、医師個人が責任を問われることはありません。

2 知事の従事命令はなく、都道府県からの協力依頼に基づいて行われた場合

この場合、公立病院の医師であったとしても、なんら法的根拠のない協力依頼に基づく行為であるため、「公権力の行使」とは認められないと解されます。従って、国や地方公共団体に対する国家賠償請求は認められず、医師個人又は医師の所属する病院に対する損害賠償請求が問題となります。

その前提として、患者と医師個人又は医師の所属する病院との間で契約関係が生じないかが問題となります。

都道府県からの協力依頼があり、それに基づき病院が所属する医師を被災地に派遣したような場合、都道府県と患者との間には契約関係はありません。また、患者に意識があり医師との間で診療契約を締結したのであれば、医師の所属する病院（又は医師個人）との間に契約関係が生じますが、トリアージが問題となる患者について意識がなければ、このような契約関係が生じることは考えられません。ただし、協力依頼が都道府県と病院の事前の契約に基づくものであれば、いわゆる第三者のためにする契約（民法第537条以下。この場合、都道府県が要約者、病院が諾約者、患者が受益者となります。）として、協力依頼を受けた病院（諾約者）は患者に対して適切なトリアージ行為や治療行為（給付）をする債務（法律用語では対価関係といいます）を負うと考えることができ、不適切なトリアージ行為等があった場合には、この契約に違反（債務不履行）があったとして、患者が、病院に対して損害賠償請求訴訟（民法第415条）を提起することが予想されます。この場合、医師個人が病院から再依頼を受け、患者との間で第三者のためにする契約として債務を負担すると考えることは不自然であることから、医師個人に対して債務不履行に基づく損害賠償請求がなされることは考えにくいでしょう。

なお、この場合の都道府県が病院に支払う報酬の内容、病院に損害があった場合の補償の内容、損害賠償請求を受けた病院が都道府県に損害分を求償できるか否か（例えば、病院側に全く落ち度がないのに訴訟に巻きこまれた場合の訴訟費用はどうか、病院側に故意、重過失はなかったが、軽過失は認められた結果損害賠償義務が課せられた場合、派遣協力をした都道府県もその一部を負担しないのか等）、都道府県から報酬を取得する場合、

患者から別に診療報酬を取得してよいか否か（第三者のためにする契約でも受益者に反対給付・対価を支払わせてもよいとされています。新版注釈民法(13)、606頁参照）等のいわゆる補償関係や逆に病院が協力義務を怠った場合に都道府県に損害賠償責任を負うか否か等の具体的内容は、都道府県と病院との間の事前の契約内容によります。上記補償関係は無償でもよいとされていますが、それでよいか否かは互いに重大な関心がある筈であり、これについてはA地方公共団体の回答に見られるように都道府県側も今後の課題であり、病院側も検討すべき重要項目となるでしょう。

① 医師の所属する病院に対する請求

a 415条（準委任契約の債務不履行）

病院と患者の間に契約の成立が認められるかが問題となりますが、上記のように第三者のためにする契約として肯定する余地があります。

胎児の出生を条件とし、胎児を受益者とする第三者のためにする契約として、母親と病院との間で出生に関する医療契約の成立が認められた裁判例があり（長崎地判平成11年4月13日）、これと同様の考え方が可能と思われます。ただし、第三者のための契約の利益を享受したいという患者の受益の意思表示をどのように認定すべきかについては問題が残ります。患者の受益の意思表示を必要としないとする要約者・受諾者間の契約も有効とする見解もあります（新版注釈民法(13)、632頁参照）。

この場合、病院は、当該医師の行為に故意・過失（注意義務違反）が認められれば、これが病院の故意・過失と同視され（履行補助者の故意・過失）、病院が損害賠償責任を負うこととなります。しかし、上記のように、医師個人が患者に対して直接準委任契約に基づく民事責任を負うことは考えにくいでしょう。

b 415条（事務管理に基づく善管注意義務違反）

前提として、病院と患者との間に事務管理が成立するか否か問題になりますが、医師が病院からの要請で災害現場に赴いたのであれば、医師は病院の履行補助者（いわゆる手足）と考えることができ、病院との関係でも事務管理の成立を論じ得る可能性もあるのではないのでしょうか。そうであれば、病院に対しても事務管理に基づく善管注意義務の債務不履行として損害賠償責任を問えることとなります。その他の問題点については、下記②aを参照して下さい。

c 715条（不法行為としての使用者責任）

「或事業の為に他人を使用する者は被用者が其事業の執行に付き第三者に加えたる損害を賠償する」責任を負いますが（民法第715条）、医師個人の行為が不法行為（民法第709条）の要件を満たしていることが前提となります。

この場合は、医師の行った行為が病院の「事業の執行」についてなされたことが必要になりますが、病院から派遣されて医師本来の職務と相当の関連性を有するトリアージに従事している以上、肯定されることになるでしょう。病院としては、医師の「選任及び其事業の監督に付き相当の注意を為した」ことを立証すれば免責されますが、この立証が認められることはほとんどないでしょう。

また、医師個人の不法行為責任と病院の使用者責任は、不真正連帯債務の関係に立ち、どちらも患者が受けた損害全額につき責任を負うこととなります。

② 医師個人に対する請求

a 415条（事務管理に基づく善管注意義務違反）

患者と医師個人の間には事務管理（民法第697条）が成立すると、医師は、善管注意義務（医師として要求される一般的な注意義務）を負うこととなりますが（Q7参照）、故意・過失によりこの注意義務に反し患者に損害を生じさせたということであれば、医師は患者に対し損害賠償義務を負うこととなります。

この場合には、病院との間に事務管理が成立するか否か問題になりますが、医師が病院からの要請で災害現場に赴いたのであれば、医師は病院の履行補助者（いわゆる手足）と考えられ、病院との関係でも事務管理の成立を論じ得る可能性もあるのではないのでしょうか。そうであれば、病院に対しても事務管理に基づく善管注意義務の債務不履行として責任を問えることとなります。

この点、緊急事務管理が認められれば、故意・重過失の場合にのみ損害賠償義務を負うこととなりますが、医師については緊急事務管理の適用がないとする見解が有力であることから、軽過失であったとしても責任を問われる可能性もあります（Q7参照）。

b 709条（不法行為責任）

医師として一般に要求される注意義務に違反する行為が認められれば、患者に対し損害賠償責任を負うこととなります。

トリアージが緊急時の医療行為として行われることから、理論上は、正当業務行為として不法行為の成立が阻却されることもあり得ますが、実務上は、注意義務の内容・程度をどのようにとらえるかという問題に集約されるものと思われます。医師の側は民法第698条の緊急事務管理の規定を援用し、故意・重過失がないかぎり責任を負う謂れはない旨を主張することになるでしょう。

医師に責任が認められれば、医師個人の不法行為責任は、上記のように病院の使用者責任と不真正連帯債務の関係に立ち、患者が受けた損害全額につき責任を負うこととなります。

《各当事者が負う可能性のある責任の種類》

【国家賠償請求】

国又は地方公共団体：○

病院：×

医師：×

【契約責任】

国又は地方公共団体：×

病院：民法415（準委任契約の債務不履行、事務管理における善管注意義務違反）

医師：民法415（事務管理における善管注意義務違反。準委任契約は困難）

【不法行為責任】

国又は地方公共団体：×

病院：民法 715

医師：民法 709 (719)

《各当事者ごとの問題点》

被告	法律上の根拠	問題点等	訴訟上の対応等
国又は地方公共団体	国賠法 1	・公務員性（私立病院の場合）	・医師個人は責任を負わない（故意・重過失の場合は求償）
病院	民法 415	・第三者のためにする契約 ・病院自身の事務管理の成否	
	民法 715	・事業の執行につき ・病院の免責規定あり ・医師の不法行為の成立	・医師個人と不真正連帯債務
医師	民法 415	・緊急事務管理の成否	
	民法 709 (719)	・正当業務行為？	・病院と不真正連帯債務

第2 実際の訴訟における問題点・対策等

1. トリアージの結果被害を受けたとする患者側（原告）は、訴訟になれば自己に有利な法的構成を選択的、あるいは併存的に主張できますから、主張し得る可能性のある契約違反（債務不履行）の主張、不法行為の主張が全て、あるいはその一部が訴訟の場で展開されることとなります。そして、そのいずれの場合でも結局、主な争点として争われるのは、「医師の注意義務の内容・程度」と「医師が行った行為と患者の死・傷害との間の因果関係」等と思われれます。

今後議論の中心となるのは注意義務の問題です。現行の民法においては（国家賠償法においても同様）、医師に故意又は過失が要件とされており、この過失を具体化したものが注意義務です。現実には当該事案において医師としてはいかなる行為をすべきだったのか、いかなる行為をすべきではなかったのかが争点となります。この注意義務は個々の事案においてそれぞれ認定されますが、一般的な医療水準を基準に判断されることとなります。

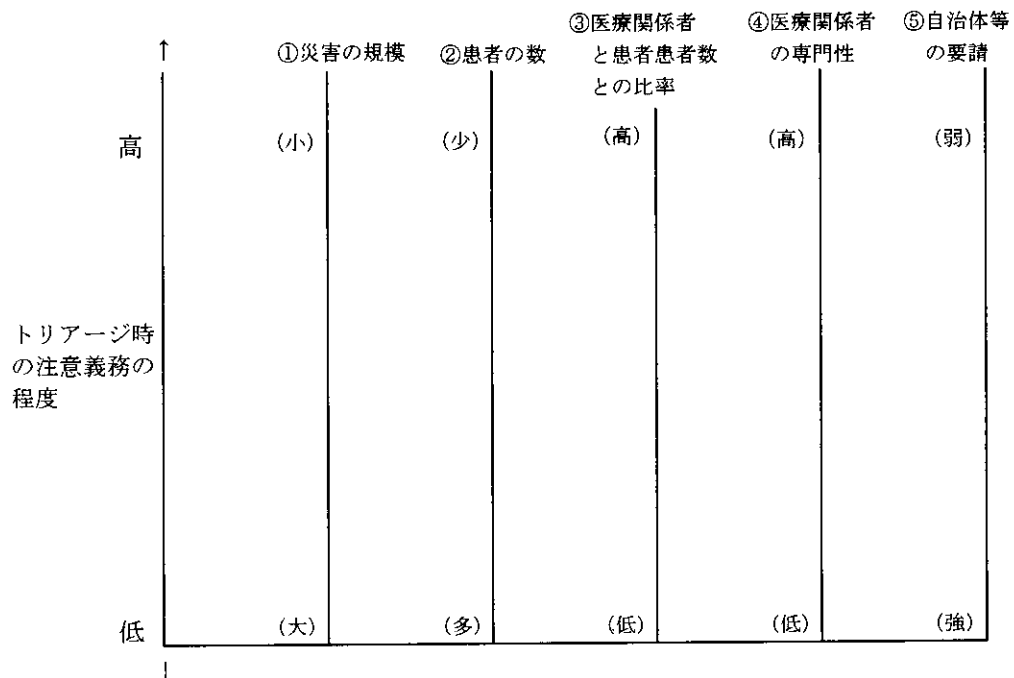
被告となる病院、医師側は、債務不履行、不法行為的構成のいずれの場合でも、原告が主張する過失責任の積極否認として、「トリアージの判断には絶対的なものではなく、同じ災害であってもその判断にはトリアージを行う人員の素養や災害の状況あるいは時間的な変化によって、種々の異なった結果が導かれる可能性があり、どのトリアージの判断が正しいのかについては明確なものがあるわけではない。したがって、『トリアージの判断の妥当性』を判断する一つの根拠としては、トリアージ時の状況の下で収集可能な情報に基づいて合理的な行動が行われるのであれば、たとえ事後的に別の選択がよりベターであったとしても直ちに法的責任が生じるものではない」と主張するか、そ

うでなくても緊急事務管理の条文（民法第698条）を援用して軽過失部分の免責を主張することになると思われます（もしこの被告側の病院、医師の主張が認められれば、トリアージの際に医師に要求される注意義務の程度は、一般的な医療水準よりも相当低いもので足りるということになり、よほどのことがない限り被告側の医師個人らが責任を問われることはないと考えられます）。しかし、実務の運用が確定していない現時点において訴訟を提起された場合、過失責任が必ず否定されるとの保証はないこと、また、事務管理についても契約関係発生を広く認めるなどして事務管理成立の余地を狭く解する立場もある上(Q20参照)、緊急事務管理の適用を否定する見解も有力ですから、軽過失が免責されるとは限らず損害賠償責任を負われされる可能性もあると思われます。したがって、トリアージを積極的に普及させるためには、サマリア人の法理を含めた法的な整備を検討する必要があります。但し、サマリア人の法理そのものは緊急の治療行為、救助行為の軽過失を免責するためのものであり、患者選別に関するトリアージにおける軽過失（たとえば過失ある選別によって救護すべき者を救護しないケース）の免責を直接的に目的としたものでないことは注意を要します。

なお、通常の医療過誤訴訟と異なり、医師が事故当時にどのような行為をしたのかがカルテ等の客観的な資料として残っていないことが考えられることから、訴訟を提起された場合の証拠となるものとして、患者ごとにどのような対応・診察等をしたのかが分かるもの（タグにチェック式の欄を作る等）を残しておくことも検討すべきではないかと思われます。

さらに、実際の訴訟においては、注意義務の内容を特定するため、トリアージにおいて医師が通常どの程度の対応・診察をするのかが重要となるので、目安となるような一般的な基準・マニュアルを早急に作成しておくことが望ましいでしょう。

なお、トリアージの際の医師の注意義務の程度に影響を与える要因を図式化すると次のようになるでしょう。①から⑤の要因の組み合わせによって注意義務の高低が異なってくるでしょう。



2. 医師・病院に注意義務違反が肯定される場合、この義務違反と患者の死亡・傷害との間に因果関係があるか問題になります。因果関係が認められない場合には生じた結果について責任を問うことはできないからです。因果関係については、医師の行為（作為のみならず不作為も含まれます。）と患者の死・傷害との間にどの程度の関係があれば肯定され、責任を負うのが問題になります。

最高裁の判例は、「訴訟上の因果関係の立証は、一点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく、経験則に照らして全証拠を総合検討し、特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認し得る高度に蓋然性を証明することであり、その判定は、通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性の確信を持ち得るものであることを必要とし、かつ、それで足りるものである。」（最高裁第2小法廷判決昭和50.10.24）とし、このことは、「医師が注意義務を従って行うべき診療行為を行わなかった不作為と患者の死亡との間の因果関係の存否の判断においても異なることなく、経験則に照らして統計資料その他の医学的知見に関するものを含む全証拠を総合的に検討し、医師の右不作為が患者の当該時点における死亡を招来したこと、換言すると、医師が注意義務を尽くして診療行為を行っていたならば患者がその死亡の時点においてなお生存していたであろうことを是認し得る高度の蓋然性が証明されれば、医師の右不作為と患者の死亡との間の因果関係は肯定されるものと解すべきである。患者が右時点の後いかほどの期間生存し得たかは、主に得べかりし利益その他の損害の額の算定に当たって考慮されるべき事由であり、前記因果関係の存否に関する判断を直ちに左右するものではない。」（最高裁第1小法廷判決平成11.2.25）という基準を示しています。

従って、訴訟においては、全証拠から、医師が適切なトリアージを行っていたならば、患者が実際に死亡の時点においてなお生存していたであろうことは是認しうる高度の蓋然性が認められるかが判断されることになります。

さらに、医療行為と患者の死亡との間に上記のような因果関係（救命し得たであろう高度の蓋然性）があることが証明されなかったとしても、「医療水準にかなった医療が行われていたならば患者がその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性の存在が証明されるときは、医師は、患者に対し、不法行為による損害を賠償する責任を負うものと解するのが相当である。」として、患者は適切な医療を受ける機会を不当に奪われ、精神的苦痛を受けたとしてこの苦痛に対する慰謝料の支払いを認めた事例もあります（最高裁第2小法廷判決平成12.9.22）。

3. また、現時点においては、知事の従事命令に基づかないでトリアージがなされた場合、国や都道府県に国家賠償責任を問うのは困難であると解され、医師個人及び医師を派遣した病院自体（公立病院の場合は、設立する地方公共団体）の責任が問われることになると思われ、トリアージを積極的に普及させる立場からは、この点に関するサマリア人の法理を含めた法的な整備を検討する必要がでてくるでしょう。
4. 実際の訴訟においては医師個人のみが訴えられることはあまりないでしょうが、医師個人のみが訴えられた場合の対応としては、国家賠償請求の適用がある場合には医師個人が損害賠償責任を問われることはないのですから、被告側の医師としては、国又は都道府県に被告を変更するように要求することになり、国家賠償請求の適用がなく不法行為責任を追