

いわゆる「期待権の理論」である<sup>22</sup>。この考え方は、そもそも患者は治癒や延命・救命等の可能性の如何にかかわらず、医療水準に従った、真摯で適切な診療を受けることを期待し、かつその権利を有するのであり、医療側のミスやずさんな診療によりその期待や権利が侵害された場合には、結果との因果関係が認められなくとも、それら期待を裏切られたことによる精神的損害の賠償が認められるべきとするものであり、それらは、具体的には、「延命の可能性」、「救命期待権」、「期待権」、「適切な治療を受ける機会」の侵害という形で多くの裁判例に現れ、下級審の判例理論として定着しつつあった<sup>23</sup>。

### (2) 医療水準論

次に、③の点は、医師や医療機関にどのような注意義務が課されるかという問題である。このため、従前の判例理論においては、この点はおもっぱら医療水準の問題として議論がなされ、医療水準に従った治療・診断・説明が行われている限り、医師には責任が生じないとの結論が導かれていた。判例においては、仮に患者がその治療法に関心を有し、それを前提とする検査等を具体的に依頼していた等の事情があっても、当該治療法が医療水準として確立していない限り、その治療法を前提とする義務はないとの立場が、維持されていたからである<sup>24</sup>。その結果、医療水準として確立していない治療法についても説明を受け、熟慮判断する等の患者の利益は、それによる等の特別の合意がない限り、認められる余地はなかった。

## 3 近時の判例理論

しかし、近時の最高裁における判例理論はこれらの点につき、違ったアプローチを採って問題の解決を図った。すなわち、「事案に応じた新しい法益を認め、それに応じた注意義務や損害賠償責任を認める」という手法である。

### (1) 因果関係の不明＝期待権論について

まず、先に見たように、前掲の①、②のような事案の解決方法として、下級審裁判例において定着しつつあったのは期待権論であったが、とりわけ結果との間に因果関係がなくとも損害賠償を認めるという、純粹な期待権論に対しては、注意義務違反が認められるのみで損害賠償が認められるという帰結を導くこと、不法行為における過失要件と、法益侵害や損害発生等のそのほかの要件を混同するものである等の強い批判も存在していた<sup>25</sup>。

このため、まず、実際に前掲①のケースが問題となった平成11年判決<sup>26</sup>においては、期待権論の枠組みに従って精神的損害の賠償を認めたとされる原審の判断を破棄し、「死亡の時点における生存」の高度の蓋然性が証明されれば、医師の注意義務違反と死亡との因果関係が認められるとした。これにより、死亡の後どの程度の延命が可能であったかという事情は——損害額の算定には関わるものの——死亡との因果関係には関わりのないものであること、本事例は結果との間に因果関係がなくとも損害賠償が認められる事例ではないことを確認した。

そして、②のような事案が問題となった平成12年の判決<sup>27</sup>は、「死亡との間の因果関係の存在は証明されない」という事例にもかかわらず、「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時は、医師は損害賠償責任を負うとした。しかし、その理由は、期

<sup>22</sup> 期待権論につき、石川寛俊「期待権の展開と証明責任のあり方」判タ686号(1989年)25頁、同「延命利益、期待権侵害、治療機会の喪失」『新・裁判実務大系1医療過誤訴訟法』288頁等を参照。

<sup>23</sup> 裁判例につき、前掲石川論文のほか、浦川道太郎「いわゆる『期待権』侵害による損害」判タ838号(1994年)54頁。

<sup>24</sup> この点につき、拙稿「医療水準と法益」賠償科学34号97頁参照。

<sup>25</sup> 桜井節夫・判評232号139頁、渡邊了造「過失あるも因果関係がない場合の慰謝料」判タ686号66頁、稲垣喬『医事訴訟と医師の責任』320頁以下等。

<sup>26</sup> 最一判平成11年2月25日民集53巻2号235頁。

<sup>27</sup> 最判平成12年9月22日民集54巻7号2574頁。

待権が侵害されたからではなく、「生命を維持することは人にとって最も基本的な利益であって、右の可能性は法によって保護されるべき利益であり、医師が過失により医療水準にかなった医療を行わないことによって患者の法益が侵害されたものといえることができるから」である。すなわち、この立場は(死亡の時点における生存の)「相当程度の可能性」という新たな法益を認め、この法益侵害と過失との間に因果関係が存在する場合には、損害賠償が認められるとしたものであり、因果関係がなくとも責任を認める「期待権論」とは一線を画しているものとして理解しうる。そして、その後、この「相当程度の可能性」の理論は、後遺障害が残存したケースについても<sup>28</sup>、債務不履行の場合についても<sup>29</sup>認められ、すでに確定した判例理論となっている。

(2) 注意義務論＝医療水準との関係について

次に、上記のとおり、従前の硬直的な医療水準論においては、学説や実務において自己決定やインフォームド・コンセント等の重要性が主張されるにもかかわらず、これら患者側の権利や利益を取り入れることが難しい状況にあった。しかし、その後ようやく平成7年の姫路日赤病院事件判決<sup>30</sup>において、医療水準自体に患者の期待などの要素を取り込む判断がなされ、「医療側が決定する」医師の注意義務論に変化の兆しが現れる。

続いて、平成12年の、いわゆるエホバの証人無断輸血事件判決<sup>31</sup>において、最高裁は、「患者が、輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合」に、「このような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない」とし、本件のような事情の下では相対的無輸血の方針を説明して本件手術を受けるか否かを患者自身の意思決定

に委ねるべきだったとして、医師の注意義務違反を認めた。

そして、平成13年の乳房温存療法判決<sup>32</sup>においては、患者が強い関心を有しており、適応可能性もあったなどの、当該事案に即した限られた要件下ではあるものの、当時「医療水準として未確立」であるとされた治療法(乳房温存療法)につき、最高裁として初めて説明義務を認めた。これも、従前、医学側が決定する「医療水準」の名のもと、結果的に切り捨てられていた法益である。「患者が自らの身に行われようとする療法(術式)につき、その利害得失を理解した上で、当該療法(術式)を受けるか否かについて熟慮し、決断すること」を助けるためのものであった。

その後においても、最高裁は、患者の家族に対する癌の告知が問題となった事件の判決<sup>33</sup>において、「適時の告知によって行われるであろうこのような家族等の協力と配慮は、患者本人にとって法的保護に値する利益であるというべき」ことを理由として、「少なくとも、患者の家族等のうち連絡が容易な者に対しては接触し、同人又は同人を介して更に接触できた家族等に対する告知の適否を検討し、告知が適当であると判断できたときには、その診断結果等を説明すべき義務」を診療契約に付随する義務として認める。また、帝王切開術を強く希望していた夫婦に対して経膈分娩が行われ、出生児が死亡した事件の判決<sup>34</sup>においては、担当医師から胎児の最新の状態等の説明を受けて「胎児の最新の状態を認識し、経膈分娩の場合の危険性を具体的に理解した上で、担当医師の下で経膈分娩を受け入れるか否かについて判断する機会」を与えられるべきことを認め、その説明が不十分であったとする。さらに、予防的な療法として行われた未破裂脳動脈瘤のコイル塞栓術による死亡事件の判

<sup>28</sup> 最三判平成15.11.11民集57巻10号1466頁。

<sup>29</sup> 最一判平成16.1.15判タ1147号152頁。

<sup>30</sup> 前掲最判平成7.6.9民集49巻6号1499頁。

<sup>31</sup> 最判平12.2.29民集54巻2号582頁。

<sup>32</sup> 最三判平成13年11月27日民集55巻6号1154頁。

<sup>33</sup> 最三判平成14年9月24日判時1803号28頁。

<sup>34</sup> 最判平成17.9.8判タ1192号249頁。

決<sup>35</sup>においては、医療水準として確立した療法以外に、保存的に経過を見るという選択肢も存在するとした上で、その選択肢も含め、「患者がいずれの選択肢を選択するかにつき熟慮の上判断すること」ができるための説明義務が医師に課されるとしている。

#### 4 損害論における位置づけ

そこで問題となるのが、以上のような「事案に応じた新たな法益とその侵害による損害賠償を認める」という手法が、損害論においてはどのように位置づけられるかであるが、これは端的に言って医療事故の損害論に損害事実節的考え方が組み込まれているものとの評価が可能であろう<sup>36</sup>。すなわち、平成11年判決の原審においては、その死亡の後「どの程度の延命が期待できたかは確認できない」ことを理由に死亡との因果関係を否定したが、最高裁は、「右時点(死亡)の後いかに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由であり」死亡との因果関係を左右しないとす。これは、注意義務違反(不作為)があった場合とない場合の「差」が明確でなく、その証明がなされていなくとも「その時点での死亡」という事実自体があれば損害は発生しているものであり、後は金額の算定の問題となるという、損害事実説的考え方を明確に表しているといえよう。また、平成12年判決も、従前の考え方は、差額も明確な概念としての死亡という損害のみを念頭に置いたことから、それと過失との因果関係という形で問題が把握されたが(それゆえ期待権論は「因果関係がなくとも損害賠償が認められる」ための理論として構成された)、同判決においては、「生命維持の可能性の侵害」という、必ずしもその差額は明確でない事実自体を、損害としてとらえたがゆえ、損害賠償が認められたものといえる。

同様に、従来の医療水準論においても、「失明」など、「差」の明確な損害のみが念頭に置か

れていた。このため、「自己決定」などの利益や権利が主張されても、当該治療法が医療水準として確立していない以上、失明等の損害を避けることができなかったとして、そもそもそのような結果回避のための義務がなかったとの判断がなされていたといえる。しかし、自己決定等に関わる法益を認める近時の判例は、上のような意味での「結果」(死亡、乳房の喪失等)が避けられたかどうかとは関わりなく、自己決定や熟慮の機会が奪われたこと自体に損害賠償を認めるものである。これも、損害事実説的立場に立って初めて可能となる手法である。

#### 5 医療事故における「損害」

以上のような損害のとらえ方は、医療事故における一定の場合について、不可欠な手法である。確かに、交通事故においては事故のあった場合となかった場合の差が明確であり、それゆえ差額説によることは——細かい部分での問題はあれ——理論的にも、被害者保護の観点からも、いまだ支持されて差し支えないであろう。ところが、これに反し、医療事故においては、事故があった場合となかった場合の「差額」はもとより、「差」自体が明確に証明されないという場合が少なくない。しかし、だからといって、医師の不適切な対応があったにもかかわらず、すべての損害賠償が否定されるとするならば、それは我々の公平感に反するだけでなく、医師の患者に対して負う役割を否定することにすら繋がる。確かに医師は患者に対して治癒を保証する義務までは負わないが、まさにそれゆえに、医師は、医療水準に従った、適切で真摯かつ誠実な治療を行う義務を負っているからである<sup>37</sup>。

仮に治癒の蓋然性の証明が十分でないからといって、あるいは「差額」が証明されていないからといって、十分な治療をしなかった医師の責任を認めないということは、当該患者や遺族にとっては、そのような患者(治癒の可能性が蓋然性と

<sup>35</sup> 最二判平成18.10.27判タ1225号220頁。

<sup>36</sup> 窪田充見「損害概念の変遷」『交通賠償論の新次元』88頁。

<sup>37</sup> 医師の負う債務が「手段債務」とされ、結果についてまでは必ずしも責任を負わないのは、このような医療水準に従った真摯かつ誠実な治療を行うことが大前提とされているからであると考えられる。

いいうるまで高くはない患者や寝たきりの患者)は見捨ててよいと言うのと、ほとんど同義である(しかるに、純粋な差額説によれば、そのような帰結が導かれかねない)。差額が明確でなくとも、当該事案において認めうる法益の侵害があれば損害を認める、近時の裁判例の手法は、それゆえ、支持されるべきである<sup>38</sup>。

## 五 新たに生じた問題について

### 1 新たな問題点

しかし、以上の流れは新たな問題をも引き起こした。以下にそれについて述べる。

#### ① 「事実としての損害」に対する金銭的評価の「低さ」または「ぶれ」について

これは、簡単には、「最高裁で画期的な判決が出されたにもかかわらず、その差し戻し審や、原審のレベルで現実に認められる損害賠償の額があまりにも低い」というものである。実際、社会的にも注目を集めた、平成12年のエホバの証人事件判決において、最高裁がその判断を維持した原審<sup>39</sup>が認めた損害賠償額は、慰謝料50万円と弁護士費用5万円に過ぎなかった。翌年の乳房温存療法の判決についても、その差し戻し審<sup>40</sup>で現実に認められた損害賠償も、わずかに慰謝料100万円と弁護士費用20万円であった。学説においても、エホバの事件に関するものであ

るが、当初より、認容額の低さを問題とするものが多量に存在する<sup>41</sup>。

また、「その時点における死亡」概念を導入した平成11年判決は画期的なものであったが、その後の裁判例において、平成11年判決の枠組みに従った判決においては、慰謝料額の「相場」が明確に上がったとの傾向は見られず、従前の期待権論によっていたときとの損害賠償額における大きな差異は見られない<sup>42</sup>。

さらに、「相当程度の可能性」の侵害による不法行為を認めた平成12年判決の判決に関し、その後その枠組みに従った判決については、上と同様、低額(場合によっては極端に低額)な慰謝料しか認められていないものが多いという点を指摘しうる<sup>43</sup>。しかし、中には、例えば死亡との因果関係が肯定された事例と比較しても、それよりも高額な慰謝料を認めるものもあり、実質的に中身の異なる事案が混在していること、また、裁判所によって評価する事実の違いがありうること、そして、それらが判断における「ぶれ」としての印

<sup>41</sup> 樋口範雄・法教215号108頁、吉田邦彦・判評521号17頁、野口勇・法セ549号66頁、平野哲郎・判タ1066号34頁ほか

<sup>42</sup> 平成11年判決後の、同枠組みによる裁判例の動向につき、植草桂子「医療事故における損害論—延命利益・期待権・機会喪失等—」『医療事故紛争の予防・対応の実務』113頁。平成11年と同様の事案においては300万円～500万円程度の(死亡?)慰謝料が認められるというのが、おおよその「相場」であるように思われる。

<sup>43</sup> 東京地判平成19.8.24最高裁HP(死亡事例。慰謝料150万円)、名古屋地判平成18.3.29判時1956号139頁(死亡事例。慰謝料180万円)、東京地八王子支判平成17.1.31判時1920号86頁(死亡事例。慰謝料200万円)、大阪地判平成16.4.28判タ1175号238頁(死亡事例。慰謝料100万円)、東京地判平成15.6.3判タ1157号227頁(死亡事例。慰謝料200万円)、東京地判平成15.1.27判タ1166号190頁(死亡事例。慰謝料100万円)、東京地判平成13.11.5判時1778号69頁(死亡事例。慰謝料200万円)、東京地判平成13.7.4判タ1123号209頁(死亡事例。慰謝料200万円)等。

<sup>38</sup> もっとも、医療従事者は、人の生命および健康を管理すべき立場にあることから、その注意義務の最も基本的なものは、生命や健康という法益に向けられた、医療水準に基づく注意義務であることはいうまでもない。したがって、生命や健康とは関わりのない、あるいは医療水準と関わりのない新たな法益を、「安易に」認めることは——医師の専門家としての責任という要素に反するものでもあり、患者側としても現実に生命・身体の部分の被害が生じているのにその部分の救済がなされないことにつながりうるため——慎重であるべきであろう。前掲拙稿「医療水準と法益」106頁参照。

<sup>39</sup> 東京高判平成10.2.9判時1629号34頁。

<sup>40</sup> 大阪高判平成14.9.26判タ1114号240頁。

象を与える可能性があること等が、問題点として指摘されよう<sup>44</sup>。

## ② 財産的損害の扱い

また理論的な問題点としては、自己決定にかかわる法益や「相当程度の可能性」の侵害等による不法行為において填補される損害の中に、慰謝料だけでなく、逸失利益や介護費用等の財産的損害が含まれるかという点が上げられる。

この点、学説においては、早くから「相当程度の可能性」の侵害の場合において財産的損害の賠償も認めようとの見解が存在した<sup>45</sup>。しかし、その他にも、たとえば予防的な治療により患者が死亡したが、当該治療法を勧めたこと自体、その当否が疑わしいなどの場合（しかもそれを自己決定の侵害の部分でしか評価できない場合<sup>46</sup>）、誤った情報に基づいた本意な自己決定が、直接に財産的な負担を強いる場合<sup>47</sup>など、精神的な損害の賠償が認められれば被害者の救済に十分とは、必ずしもいえないケースは極めて多い。

そのような自己決定にかかわる法益侵害の類型に入ると思われるケースにおいて財産的損害の賠償を認める裁判例も近時現れる<sup>48</sup>に至って、これら「新たな法益」侵害による損害が——従来は

これを慰謝料で評価すれば足りるとの考え方が支配的だったように思われるが——どのように評価されるかの問題が、改めてクローズアップされているものといえよう。

## ③ 「新たな法益」の範囲について

さらに根本的な点としては、その侵害が不法行為となる「新たな法益」が今後どの程度拡大するか、法的に保護されるべき法益をどの範囲で認めるかという問題がある。

これに関して、最も議論となっているのは、「相当程度の可能性」の理論にかかわるところで、さらに「相当程度の可能性」の証明いかんにかかわらず、「医療水準にかなった適切な医療行為を受ける」患者の法益、およびその侵害による不法行為が認められるべきかという点であろう。拘置所に勾留中の者が脳こうそくを発症し重大な後遺症が残った場合における外部の医療機関へ転送義務が問題となった、平成17年の最高裁判決<sup>49</sup>においては、この部分、より具体的には「患者が適時に適切な医療機関へ転送され、同医療機関において適切な検査、治療等の医療行為を受ける利益」の侵害による損害賠償が認められるかという点が最高裁裁判官の間での大きな対立点となった。しかし、2名の（横尾、泉）裁判官によりこれを積極的に解する反対意見が出されたものの、法廷意見は「重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性の存在が証明されたということができない以上、…医師が被告人を外部の医療機関に転送すべき義務を怠ったことを理由とする（国家）賠償請求は、理由がない」とし、この部分の判断には踏み込んでいない<sup>50</sup>。このため、この部分に関する議論は尽くされなければならないであろう。そこで、以下にその点を検討する。

<sup>44</sup> 前掲低額認容事例以外には、後遺症の事例も含めて、慰謝料300万円から1000万円に至るまで、さまざまなものがある。なお、平成12年判決以降（直後に限られるが）の、同枠組みによる裁判例の動向についても、前掲植草論文参照。

<sup>45</sup> 大塚直「不作為医療過誤による患者の死亡と損害・因果関係論」ジュリ1199号15頁、窪田充見『不法行為法』269頁。

<sup>46</sup> 未破裂脳動脈瘤の手術に関する一連の裁判例のうちのいくつかは、このようなものの例として挙げられよう。

<sup>47</sup> 不適切な説明による望まない出産の場合など、東京高判平成17.1.27判時1953号132頁。

<sup>48</sup> 同上平成17年東京高裁判決。なお同判決は1審被告（病院開設者）からの上告がなされたが、上告棄却および不受理とされ、確定したとのことである（服部篤美「同判決判批」別冊ジュリ183号140頁）。

<sup>49</sup> 最判平成17.12.8判時1923号26頁。

<sup>50</sup> もっとも、後に触れるとおり、「『相当程度の可能性』の証明いかんにかかわらず過失責任を認めるとの意見は、判例変更を示唆するものである」（オロ裁判官）、「そのような法益侵害による過失責任を認めるのは、当該医療行為が著しく不適切不十分な場合に限るべきである」（島田裁判官）などの補足意見は出されている。

### 3 若干の検討

#### ① 「事実としての損害」の評価

まず、先にも述べたように、医療事故、医療過誤における一定の類型の損害を、差額ではなく事実として捉える近時の裁判例の傾向は、従来、救済が必要でありながらそれが困難であった類型の被害者を救済することができるという観点からして、評価されるべきであろう。繰り返しになるが、寝たきりで労働能力の部分は評価し得ない患者であっても、末期癌の患者であっても、救命や回復の可能性が必ずしも高くない患者であっても、医師・医療機関はそれら患者を見捨てて良いわけではなく、医療水準に従った、実験上要求される最善の注意義務をもって治療や回復へ向けての努力をしなければならぬし、現になされている。

それにもかかわらず、訴訟の場において、適切な医療はなされなかったが「差額」がない、証明されないために責任が認められないとの判断や、そのような主張が医療側からなされたとするならば——法律家の常識からはある程度理解できたとしても——「素人」である患者や遺族からすると、そして、一般的な感覚からすると、寝たきりや末期癌、回復の見込みが少ない患者は見捨てても良いと受け取られても仕方がない。自己決定等の法益侵害についても同様であって、医療水準に従っていれば、あるいは救命のためであれば、責任が認められないということであれば、患者の意向は聞かなくても良いというと同義であろう。裁判員制度が現実に動き始めた現在、民事訴訟においても、そのような帰結が支持され得ないことは明らかであって、むしろ、多くの国民にとっては、医療に対するまっとうな信頼が裏切られたために、不幸な結果が生じた場合には——「差額」があると否にかかわらず——それに対する損害賠償が認められるべきということこそ、当然の感覚であると思われる。

#### ② 金銭的評価の問題点＝低額であることについて

そこで、問題となるのは、「差額」としては評価し得ないそのような事実としての「損害」を、金銭的にどのように評価すべきかであるが、一部の裁判例においては、そのような損害が金銭的な観点

からは十分に証明されていないこと、あるいはそもそも評価の対象とならないことを意識してか、低額の慰謝料としてしか評価しない場合があることは、先に見たとおりである。しかし、裁判例の中には、そのような減額の度合いが、若干極端に思えるものも散見され、また、これら裁判例が、当然に低い金額でよいと考えているとするならば、そのことにも疑問が生じよう。

たとえば、自らが受ける治療法について極めて高い関心を有しながら、信頼が裏切られるかのような形で不本意な治療がなされたエホバの判決や乳房温存療法の判決、「相当程度の可能性」の枠組みに従ったいくつかの判決が、損害を慰謝料としてのみ評価するのは当該事実に鑑みてやむを得ない場合であっても、実際に認容された金額があまりに低すぎるとの感覚は、筆者の知る限り比較的多くの法律家の共有するところであると思われる<sup>51</sup>。実際、複数の学説も指摘しているように<sup>52</sup>、仮に注意義務違反とそれによる損害賠償が認められても、その認容額があまりに低額であるなら、注意義務に違反してもその額を支払えば許されるということを経験者が認めていると理解されても仕方がない。それは、義務の履行を促す効果という点で疑わしいだけでなく、現在導入が検討されている、裁判外での紛争処理制度等を実現するにあたっての障害となるおそれすらある<sup>53</sup>。

また、平成11年判決の枠組みに従い、死亡との因果関係が認められるとされる事例についても、多くの場合逸失利益等が認められないのはやむ

<sup>51</sup> この点、期待権理論に対してなされた「『期待権の侵害』という文言を藉りて、ごく僅かな金額を算定し、事案の解明を曖昧なものとした」（桜井・前掲25頁）とするのと同様の批判が当てはまるであろう。

<sup>52</sup> 樋口・前掲109頁、平野・前掲34頁。

<sup>53</sup> この点、若干論点が拡がりすぎるくらいがあるかもしれないが、他の裁判外紛争処理システムにおいても、裁判による「基準」が、調停や相対交渉による示談を含め、効果を及ぼすことが多いことが意識されるべきであろう。小島武「紛争処理制度の全体構造」『講座民事訴訟第1巻』360頁参照。

を得ないにしても、2000万円～3000万円程度が基準となり、高齢者や事故後相当の期間が経過した後に死亡した場合でも1000万円以上の死亡慰謝料が認められている交通事故の慰謝料と比して<sup>54</sup>、あまりにも低額であるとの印象は否めない。同じように、精神疾患を有していた患者が医療事故により死亡した事案などで、慰謝料が低額に抑えられる裁判例が存在することを先に指摘したが、そもそも交通事故における死亡慰謝料の基準も死亡という事実自体を評価している(逸失利益等は別個に評価されている)ものであることからすると、この点についても——ある程度の減額は理解しうるとして——極端な減額は、(被害者や遺族からすれば)精神疾患患者は健康人よりも命自体の価値が低いと見なされているとの感想すら生じうるであろう。

確かに、これらに対しては、そもそも「医療事故であるから」、慰謝料であっても減額が認められるべきとの考え方もありえ、医療が本来リスクを内在するものであることを考え合わせると、実は、このような反論がもっとも強力なものであるかもしれない。しかし、一方で、出産事故に関するものではあるが、医療事故による慰謝料は交通事故のそれよりも高額となりうることを認める裁判例も近時出されており<sup>55</sup>、交通事故と違って医療事故は

もともと医師と患者とが信頼関係により結ばれていることを勘案すると、同判決のように、医療事故のほうがより高額(の事実としての)損害＝慰謝料が認められるべきという理屈も十分にありうる。むしろそれは事案にもよるであろうが、その点の評価も必要であり、少なくとも「一般的な減額」については、今後反省の余地がある。

### ③ 財産的損害が含まれるか

この点については、上に示した一部学説等を除き、このような新たな法益侵害による損害賠償は精神的損害の賠償のみで評価すればよいとの考え方が——必ずしも明確な根拠をもってではないが——学説においても裁判例においても、今のところ支配的な傾向であるように思われる。しかし、たとえば、交通事故と医療事故(過誤)が競合して被害者が死亡し、あるいは後遺障害を負ったが、医療機関を被告とする訴訟の中では救命の蓋然性に至るまでの証明がかなわなかったという場合には<sup>56</sup>、何らかの形で相殺や減額が認められるにしても、基本となる全損害の算定においては、逸失利益等の財産的損害が含められるであろう。完全な自損による受傷と自らにも過失のある交通事故との間には連続性が存在することを考えると、場合によって——差額の証明できない——そのような法益侵害にも、財産的損害が含まれることは当然あり得るはずである。自己決定等の法益侵害についても同様であって、不適切な説明のために誤った判断がなされ、現実の財産的被害や負担が生じたならば、一連の事実の評価として、財産的被害や負担を損害の金銭的な評価の中にも含めることはむしろ自然であろう。

従来の差額説によれば、それら財産的被害や負担自体が「損害」であり、それゆえ義務違反と間の因果関係の証明が困難であったり、「望まない

<sup>54</sup> 例えば、東京地判平成14年3月12日は、心不全・心臓弁膜症の疾患を有していた96歳の女性が、事故による受傷のため歩行障害をきたし、膀胱バルーンを挿入して尿路感染症に罹患し、事故の四か月後に慢性心不全で死亡した場合に、事故と死亡との間に相当因果関係を認めよう。損害賠償責任を40パーセントの限度で減じるのが相当であるとし、死亡による慰謝料としては、1800万円から40パーセント減額して、1080万円を認め、また、神戸地判平成12年7月18日は、事故の被害者(男、82歳)が事故10年後に死亡した場合において、事故と死亡の間に因果関係は認められるものの、直接の死因は急性心筋梗塞の疑いで、その原因は冠動脈硬化症であることから、死亡慰謝料を1200万円の範囲で認める。なお、平成11年判決と同様の事案における(死亡)慰謝料の相場がおおよそ300万円～500万円程度であることは既に述べた。

<sup>55</sup> 東京地判平成18.7.26判時1947号66頁。

<sup>56</sup> むろん、このような場合には、通常、交通事故と全損害との間の相当因果関係が認められるため、実務的には交通事故加害者に対する請求が認められればよいとも考えられる。しかし、とりわけ交通事故における被害者の過失割合が著しく大きい場合などには、医療機関への責任追及、および被害者の損害をどのように算定するかが重要な争点となり得よう。

出産によるマイナス」の状態を損害としてとらえることに対する疑問が生じた。しかし、医療ミスにより被害者の将来を含めた「可能性」が奪われたという事実、意思決定や熟慮、その機会を奪われて、財産的な被害や負担が生じたという一連の事実を損害としてとらえた場合に、たとえば、部分的であれ生き残る可能性があった被害者の、いわゆる逸失利益に対応する被害の一部分や、一家における財産的支柱が失われた部分、障害を持つ子供を介護し、育ててゆく部分等を金銭的に評価してゆくことに、論理的な問題はない、むしろ、その負担を全面的に医療機関に負わせることが適切かなど、政策的な部分等の議論はあり得る。しかし、少なくとも被害者に生じた損害を純粹に把握するという目的からすると、新たな法益侵害による損害賠償は精神的損害のみで評価すればよいと一般的に考えることは——そのような場合が多いことは否定し得ないにしても——ミスリーディングであると思われる。

なお、先に「相当程度の可能性」の枠組みによる裁判例には、その認容する慰謝料の額に「ぶれ」とも見られる認容額の開きがあることを指摘したが、その中には、「慰謝料」としながらも、その財産的損害の補完・調整機能を意識して、実質的には財産的損害への評価をすることによって、それが見かけ上の「ぶれ」となっている場合があることも考えられる。むしろ、その場合には、その「ぶれ」自体は問題がないが、むしろその場合は、実質的には財産的被害・負担への評価がなされていることを意識しておくべきであろう<sup>57</sup>。

#### ④ 「医療水準にかなった適切な医療行為を受ける」法益について

最後に、事案に応じた新たな法益と、その侵害による不法行為をどの範囲で認めるかの問題を見よう。この点、最も問題となる「医療水準に従った適切な医療を受ける法益」については、先に見たように、「患者が適時に適切な医療機関へ転送され、同医療機関において適切な検査、治療等の医療行為を受ける利益」が問題となった

平成17年最判は「重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性の存在が証明されたということができない以上、…医師が上告人を外部の医療機関に転送すべき義務を怠ったことを理由とする(国家)賠償請求は、理由がない」とした。したがって、「相当程度の可能性」の存在如何に関わらず「患者が適切な医療を受ける利益」と、その侵害による損害賠償を認めることについては、一応、同判決は消極的な立場をとったものと位置づけることができる。

このことについては、平成11年、12年において、従来の期待権論と一線を画する形で新しい枠組みを提示した最高裁の流れからすれば、上のような立場がとられることは自然であったといえる。しかし、先にも見たように、横尾、泉両裁判官の反対意見は「医療水準にかなった適切な検査、治療等の医療行為を受ける利益」が認められるべきことを明言している。また、一方の補足意見も、『相当程度の可能性の存在』すら証明されない場合に、なお医師に過失責任を負わせるのは、著しく不適切不十分な場合に限るべき(島田補足意見)、「医師の検査、治療等が医療行為の名に値しないような例外的な場合には、『適切な検査、治療等の医療行為を受ける利益を侵害されたこと』を理由として損害賠償責任を認める余地がないとはいえない」(才口補足意見)とし、これらも、医療水準に満たない不適切で不誠実な医療に対する損害賠償を全く否定しようとするものではない。このことからすると、かつての期待権論に対する批判と全く同じ批判である、「責任が認められる範囲が限りなく広がるおそれがある」という懸念<sup>58</sup>と、過失が認められるだけで不法行為の成立が認められる可能性があるという要件論上の問題点さえクリアされれば、「医療水準に従った適切な医療を受ける法益」と同様、また

<sup>57</sup> 拙稿「医療事故訴訟における損害論」日本大学商学部商学集志商学部創設100周年記念号202頁。

<sup>58</sup> この点は才口補足意見も指摘するところである。もっとも、当初のプリミティブな形の期待権論と違い、反対意見がその法益性を認めるのは、「医療水準にかなった適切な検査、治療等の医療行為を受ける利益」であって、「医療水準」による一応の限定がなされていることには注意すべきである。



はそれに類似する法益が認められる余地は、今後ともなおあり得ると思われる。

むしろ、平成17年の判決に関わる部分で問題となりうるのは、「相当程度の可能性」の証明がなされていないならば、医療水準に従った医療が行われたか否かを判断しなくとも、損害賠償を否定することができるとの解釈を導く余地が生じたことであろう。すなわち、実際の医療事故においては、確かに救命等の「相当程度の可能性」の証明がなされなかったが、その証明ができなかったのは、まさに医療水準に従った適切な検査や診断等が行われていなかったからであるといったことがあり得る。そのような場合には、むしろ立証責任の転換や事実上の推定等で対処すべきであり、これまでもそのような手法が採られてきたことなどを考慮すると、やはり「医療水準に従った適切な医療」がなされたか否かは、まずその点が判断されるべき重要な点である。このため、法益という形で認めるか否かは別としても、その点の判断を避けることがあってはならないと思われる<sup>59</sup>。

#### D. まとめと考察

##### 1 まとめ

以上をまとめると以下のようになる

- ① 医療事故において、被害者に生じた損害を差額として把握することができる場合、医療事故であるからといって、その損害を(損害論の部分で)減額すべき理由はほとんど見あたらないこと。
- ② ところが、医療事故においては、その損害を差額としては把握できない、あるいは証明できない損害がきわめて多いこと。
- ③ このため、近時の判例は、差額をとらえられない、証明できない場合でも、当該事案に応じた新たな法益と、その法益侵害による損害賠償を認めるという手法を示しており、そのような法益侵害という事実自体を損害と捉える手法は、基本的に支持されるべきこと。

<sup>59</sup> もっとも、平成17年判決も、拘置所において「症状に対応した治療」、「所要の治療」が行われていたとの認定については、これを維持している。

④ しかし、そのような(差額を捉えられない)新たな法益侵害の事実という損害に対して、裁判所が現実に行っている金銭的評価の中には、低額に過ぎると思われるものが存在するため、より適正な評価が目指されるべきこと。

⑤ また、そのような新たな法益侵害による損害の評価においては、精神的損害だけでなく、財産的な被害や負担に対する評価も、事案によっては含まれることが意識されるべきこと。

⑥ 「医療水準に従った適切な医療行為を受ける法益」が認められるかについては、かつての期待権論に対する批判がそのまま当てはまるため、さらに検討が必要であるが、医療水準に従った適切な医療がなされなかったために法益侵害が証明されない場合もあるため、損害賠償責任の有無の判断にあたって、少なくとも医療水準に従った適切な医療が行われたかの判断は常になされるべきこと。

なお、これに加え、たとえば慰謝料の「相場」をどのように考えるか、事実としての損害に財産的評価が含まれるとして、それをどのように行うか(確率論・機会喪失論によるか<sup>60</sup>、裁判官の「自由裁量的な損害の算定」を認めるか<sup>61</sup>、後述の包括一律算定によるか、慰謝料の財産的損害の補完・調整機能を拡大するか等)などの点については、さらに検討すべきことになる。

##### 2 考察:医療事故被害者救済制度を考えるに当たって

これに関しては、そもそも「医療事故であるから」、一般的に、交通事故とは異なる、それよりも減額された損害が認められるべきとの考え方に

<sup>60</sup> 機会喪失論について、澤野和博「機会の喪失の理論について(一)~(四・完)」早稲田大学大学院法研論集77, 78, 80, 81号, 同「損害概念についての一考察-『機会の喪失の理論』を通じて-」早稲田大学大学院法研論集85号(1998年)77頁。なお、中村哲『医療訴訟の実務的課題』(判例タイムズ社, 2001年)299頁(初出1988年)も参照。

<sup>61</sup> 水野謙「損害論の現在」ジュリ1253号196頁(大阪地判平成13.1.19判時1747号123頁が、患者の余命を明確にしないまま逸失利益を認定した部分に関する評価)。

について検討することが有用である。なぜなら、医療はそもそもリスクを内在するものであり、本来、患者はそのことを承知でそれを自ら引き受け、受診しているはずであって、その点が交通事故とは異なるからである。

しかし、そのことは、医師や医療機関の「責任」を軽減する要素にはなりえたとしても、本来、患者に生じた「損害」を評価する際に考慮されるべき要素ではないということ指摘しうるのであろう。たとえば医療事故と交通事故が競合した場合の損害を考えても、その場合、過失相殺等の問題は別としても、被害者に生じた損害の額は、当然、交通賠償の額（いわゆる完全賠償）を基準に算定することになる。仮に受傷の原因となった交通事故の程度が重大でなく、医療事故による責任のほうが重大である場合でも同様であって、その場合、被害者は本来受診すべき必要がなかったところ、交通事故により、そもそもリスクを内在するところの医療を受けることを余儀なくされ、その結果、さらなる被害を受けるに至ったことを考えると、そのような場合には共同不法行為の成立を認め、交通事故の基準による、いわゆる完全賠償が認められるべきである<sup>62</sup>。

このことが、実は現在検討が進められている無過失を含めた医療事故被害者の救済制度における補償のあり方を考える際にも重要となるものである。むろん、私はそのような救済制度において、交通事故と同様の損害算定基準が用いられ

るべきということを主張するものではないが（むしろ現実的にはそれよりも控えめになることも予測されよう）、過失の有無にかかわらず補償が認められるという前提においては、医師・医療機関の責任如何にかかわらず、当該医療行為のリスクの多寡にかかわらず、保護され、補償されるべき損害、および患者の利益が客観的に探られるべきだからである。

このような被害者の救済制度をも視野に入れた場合、公害や薬害訴訟などにおいて既にいくつかの裁判例が認めている、いわゆる損害の包括一律算定の手法についても、その可能性等についてさらなる検討がなされるべきであろう。実際、これまで見てきたように、医療事故においては、その損害を（明確に証明しうる）差額としては把握しにくいものも多く、それゆえ近時では法益侵害自体を損害として捉える手法が採られた。しかし、これも既に述べたように、それでもなお、その評価の中に財産的な被害や負担に関するものが含まれることになるとするなら、このような考え方に適合するのは、まさに包括一律算定の方法だからである。むろん、この手法に対しては、被告側の攻撃防御を困難にするとの批判があるが、そもそも、差額の証明が困難であるという前提のもとでの損害論を考察するにあたって、政策的にであれ、このような手法を採るという選択肢は検討されてよい。被害者の迅速な救済を目的とする裁判外での救済制度を見据えた場合においては、なおさらこのことが妥当しよう。

交通事故においても、裁判外での示談を含め、迅速かつ、効果的に被害者の救済が可能になっている理由としては、損害算定に関する基準が明確で、被害者、加害者双方が、訴訟になった場合の結果を予測しやすいことを挙げることができ<sup>63</sup>。それゆえ、医療事故においても、

<sup>62</sup> 他の事故、あるいは医療事故どうしが競合した場合に、共同不法行為が成立するかについては、本稿の目的である損害論からは外れるが、両者の行為が、被害者の視点から「一つの災禍」と見られる場合には、関連共同があると見て共同不法行為の成立を認め（客観的関連共同説）、加害者のいずれに対しても、全損害の賠償を請求することができる（被害者に過失がある場合はむろんそれを考慮するが）と解すべきである（拙稿「共同不法行為論の概観と検討」民事法情報174号159頁、同「交通事故と医療事故の競合」『交通賠償論の新次元』235頁。この点、引き継ぎがなされた病院間での連携不全があり、その連携不全にもやむを得ない事情があったことを考慮して、損害を減額した裁判例（福岡高判平成18.7.13判タ1227号303頁）については、若干の疑問が残る。

<sup>63</sup> むろん、交通事故の損害算定基準として、事例をあげれば矛盾点を限りなく指摘しえようが、それでもなおその基準が機能し、迅速な紛争処理と被害者救済に寄与しているのは、一定の根拠に基づき、それが体系化されているからであろう。損害算定論の「体系化」は、このように、当事者の納得の効果という点からも、重要な意味を有すると思われる。

被害者の迅速な救済の面から、また、当事者の納得の面から、今後、より損害論が整理されることが望まれる。

#### E. 結論

医療事故における無過失補償の制度については、ようやくわが国でも産科医療補償制度により、前進が見られたが、すべての医療事故被害者補償制度を構築するに当たっては、疾病、障害、死亡、延命利益喪失、延命可能性喪失等、すべての患者の法益侵害をカバーする損害算定基準を構築する必要があり、その理論化が急務である。むろんそのためには海外の制度や他の補償制度との比較も必要であるが、当事者が納得しない場合に最終的には裁判での決着がつけられることを考慮した場合、わが国の裁判基準自体の整理が必要であろう。わが国においてこの部分の研究はいまだ十分ではなく、それゆえ裁判所自体にも「ふれ」がある状況にあるが、今後これらを国民的に注視し、安定した「基準」が、まず裁判においても作られるよう理論化が進められるべきである。

#### G. 発表

1. 論文発表  
なし
2. 学会発表  
なし

#### H. 知的所有権の取得状況

1. 特許取得
2. 実用新案登録
3. その他  
いずれも該当なし。

医療の発展と患者の保護をめぐる倫理・法の現代的課題に関する研究

研究分担者 佐藤 雄一郎 神戸学院大学法学部准教授

#### 研究要旨

アメリカ合衆国においては脳死は人の死として受容されているとわが国では考えられがちであるが、近年、彼の国においても、様々な議論がある。この問題は、ドナーという「患者」の保護にも関わる問題であり、諸外国における議論を参考にしながら、わが国でも議論を行っていくことが必要と考える。

#### A. 研究目的

わが国においては、脳死が人の死かどうかは、法律の解釈上も、国民一般の理解の上でも、決せられているとは言い難い状況にある。一方、アメリカ合衆国においては、脳死が人の死であることはかなり受容されているものと思われるが、近年、その根拠となっている生物学的理解—脳が身体の有機的統合性にとって必須である—は揺らんでいるようである。このアメリカの状況および議論からどのようなことを学べるか。脳死判定を受けた後なお「患者」といえるかについては若干の留保も必要であろうが、ドナーの保護<sup>1</sup>と、臓器移植の発展という観点からは、本研究の対象となるものであろうと考え、検討を行う。

#### B. 研究方法

アメリカ合衆国における有力な説である、J・アナスの『患者の権利』、および、近年の彼の国における議論、とりわけ、2008年12月に出された、大統領委員会の白書を検討した。  
(倫理面への配慮)

公知の資料のみを検討対象にし、保護が必要な情報は扱わない。

#### C. 研究結果

検討の結果、以下の知見を得た。

##### 1. アナスの主張

アナスは、死亡を宣告するのは医師であるとした上で、その判断基準について、以下のようにいう：「集中治療室における医療資源の浪費を回避し、暴行や殺人の罪を犯すことなく臓器を適法に回収できるようにするため、死を判定する新たな基準が提案され、今や合衆国では広く受け入れられている。それが脳死である」。この思い切りの良さ、あるいは正直さについては後で検討することにしよう。アナスは続けて、1968年のハーバードクライテリア以降の脳死概念の歴史を説明し、脳死説を前提として(「脳死」という言葉は不幸な表現で、その人が「本当に死んで」はいないかのように思わせる表現である。しかし、それは間違っている。脳死の基準に当てはまる人は死んでいるのであって、単に「死んで」と表現されるべきである」とする)、PVSとの違いを説く。さらに、脳死基準は第一義的には医学的な概念であり、法的な概念ではな

<sup>1</sup>アメリカ合衆国で、医師が、臓器摘出のため患者の死を早めた康で起訴され、昨年12月に無罪判決が出たことは記憶に新しい(たとえば、Los Angeles Times Dec. 19 2008 p.3)。

く、すべての州の裁判所は、死の問題の判定に関しては、医療専門家に従ってきた、とする。であるから、当然、患者の家族は、医師の行った死の判定について発言権はないとするが、ただし、神経内会または脳神経外科医といった資格のある医師に判定をさせたり、あるいは判定の場に立ち会うことを求めることができる、とする。

## 2. 最近の議論

上述のように、1968年のハーバードクライテリア以降、脳死は広く受け入れられており、1981年の統一死判定法 (Uniform Determination of Death Act) は全州で採択されている。そして、「臓器を得るためにドナーが殺されてはならない」ことを要求するデッド・ドナー・ルール (1988年に法学者のJohn Robertsonが定式化したとされる) を前提とすれば、脳死の人は死んでいるから臓器をとってよいのであり、死んでいない人から臓器がとられることはないはずである。しかし、近年、このデッド・ドナー・ルールに対する例外論も出されてきている<sup>2</sup>。その一方で、ラザロ兆候や、シューモンが報告した長期脳死生存例などから、脳死が人の死とする考えに対するそもそもの疑問が生まれ、また、脳死説が前提としてきた、脳は身体の有機的統合性の中核であるとする説に対しても、脳死状態において、脳以外の器官による身体の調整がはかられていることがわかってきたことから、疑問が投げかけられるようになってきた。

そのような中、ブッシュ大統領が設置した生命倫理に関する大統領委員会が、その最後のレポートを出したのである。

## 3. 大統領委員会の報告書

President's Council on Bioethics (以下PCBとする) は、ブッシュ前大統領が組織したもので (前任のクリントン大統領時代には、NBACと呼ばれる委員会があった)、2001年11月の大統領令によって設置された。PCBは、NBACが比較的実務的な議論をしていたのと比べ、思想的・哲学的な色彩が強いように思われる。それはともかくとして、PCBは、2008年12月に、Controversies in the Determination of Deathというタイトルの報告書をブッシュ大統領に提出した。

委員は以下の通り:

EDMUND D. PELLEGRINO, M.D.,  
CHAIRMAN  
Professor Emeritus of Medicine and Medical  
Ethics, and Adjunct Professor of Philosophy,  
Georgetown University  
FLOYD E. BLOOM, M.D.  
Professor Emeritus in the Molecular and  
Integrative Neuroscience Department at The  
Scripps Research Institute  
BENJAMIN S. CARSON, SR., M.D.  
The Benjamin S. Carson, Sr., M.D., and Dr.  
Evelyn Spiro, R.N., Professor of Pediatric  
Neurosurgery, Director of Pediatric  
Neurosurgery, and Professor of Neurosurgery,

Oncology, Plastic Surgery, and Pediatrics,  
Johns Hopkins  
Medical Institutions  
REBECCA S. DRESSER, J.D., M.S.  
Daniel Noyes Kirby Professor of Law and  
Professor of Ethics in Medicine, Washington  
University, St. Louis  
NICHOLAS N. EBERSTADT, PH.D.  
Henry Wendt Chair in Political Economy,  
American Enterprise Institute  
JEAN B. ELSHTAIN, PH.D.  
Laura Spelman Rockefeller Professor of Social  
and Political Ethics, University of Chicago, and  
Thomas and Dorothy Leavey Chair in the

<sup>2</sup> 児玉聡「デッド・ドナー・ルールの倫理的検討」生命倫理17巻1号183～189ページ (2007年)。

Foundation of American Freedom, Georgetown University

DANIEL W. FOSTER, M.D.

John Denis McGarry, Ph.D., Distinguished Chair in Diabetes and Metabolic Research, University of Texas Southwestern Medical Center, Dallas, TX

MICHAEL S. GAZZANIGA, PH.D.

Director of Sage Center for the Study of Mind, University of California, Santa Barbara

ROBERT P. GEORGE, J.D., D.PHIL.

McCormick Professor of Jurisprudence and Director of the James Madison Program in American Ideals and Institutions, Princeton University

ALFONSO GOMEZ-LOBO, DR. PHIL.

Ryan Family Professor of Metaphysics and Moral Philosophy, Georgetown University

WILLIAM B. HURLBUT, M.D.

Consulting Professor, Neurology and Neurological Sciences, Stanford Medical Center, Stanford University

DONALD W. LANDRY, M.D., PH.D.

Professor of Medicine, Director of the Division of Experimental Therapeutics, and Chair, Department of Medicine, Columbia University

PETER A. LAWLER, PH.D.

Dana Professor and Chair of the Department of Government and International Studies, Berry College PAUL R. MCHUGH, M.D.

University Distinguished Service Professor of Psychiatry, The Johns Hopkins University School of Medicine

GILBERT C. MEILAENDER, PH.D.

Richard and Phyllis Duesenberg Professor of Christian Ethics, Valparaiso University

JANET D. ROWLEY, M.D.

Blum-Riese Distinguished Service Professor of Medicine, of Molecular Genetics and Cell Biology, and of Human Genetics, Pritzker School of Medicine, University of Chicago

DIANA J. SCHAUB, PH.D.

Professor of Political Science, Loyola College

CARL E. SCHNEIDER, J.D.

Chauncey Stillman Professor of Ethics, Morality, and the Practice of Law, and Professor of Internal Medicine, University of Michigan

主な柱立ては、第1章:イントロダクション(死の判定に関する神経学的基準の歴史と現在の議論,本報告書の目的および構成),第2章:用語法,第3章:全脳機能不全についての臨床例および病態生理(脳損傷後の生理,全脳機能不全とPVSとの違い),第4章:哲学的議論(神経学的基準には正当性はないとする立場と,正当性はあるとする立場両方を取り上げている),第5章:政策および実際へのインプリケーション,第6章:心臓死体からの臓器提供,第7章:サマリー,となっており,その後,3人の委員による個人的な見解が示されている。

ここでは,紙面の関係で,目的(第1章)インプリケーション(第5章)およびサマリー(第7章)を簡単に紹介する。

まず,報告書は,自らの目的を,A.公衆を啓蒙すること,B.神経学的基準に対する挑戦に対応すること(「全脳死」について,現在では,1968年や1981年よりもよりよくわかっていると),C.死の判定と臓器のprocuringとの関係を定かにすること,であるとす。

その上で,第5章では,前章において検討した,(1)今日の神経学的基準を生物学的に正当化はできない,(2)今日の神経学的基準を生物学的に正当化できる,とする二つの説の帰結として,(1')神経学的基準を否定したうえで(1'-A)死んでいない人からでも臓器提供を認める,(1'-B)心臓死のドナーからのみ生存に必要な臓器を取る,および,(2')神経学的基準を認める,があるとす。ただし,(これまでア

メカ合衆国において当たり前であったはずの(2')説に対する疑問は、全く筋違いでも簡単に否定できるものではなく、重篤な脳損傷後、全脳機能不全の診断が下った後であっても、身体システムは統合された形で協働するかもしれず、この機能のレベルは期限付きでなく(indeterminate amount of time)保たれるかもしれないとするのである。しかし、として、同報告書は、これまでの長年の経験により、「脳死」の患者は、生物の特性である、環境への対応の能力を回復することはないとする。

最後に、サマリーとして、同報告書は、報告書における議論を確認した後で、委員会の大勢は、死の判定に関する現在の神経学的基準は生物学的および哲学的に擁護できるが、すなわち、「全脳機能不全の状態にある患者は死亡しているのか?」「そのような状態にある身体を、人間の亡骸(mortal remains)と取り扱うに足るほど、第一の質問に対して確実性を持って答えられるのか?」の2点に関して、肯定的な答えを出すことができるが、しかしこれはこれまでのやり方ではなく、もっとよいやり方によって支えられなければならない、とする。これまでは、以下の二つの事実から死の宣言が支持されてきた:(1)この判定がなされた身体はもはや「somatically integrated whole」ではない、(2)循環機能は有限の期間のうちに終わる。しかし、この両者とも、疑問が投げかけられてきた。これ以外の議論として、同委員会の多くのメンバーが健全で説得的と考えるものとして、外界に対する反応という、生物の働きが、不可逆的に失われていること、という議論もある。また、一部のメンバーの見解として、全脳機能停止の患者のバイタル状態についてははっきりしておらず、それゆえ、これらの患者は重度障害の—しかし死んでいない—人間であり、その治療中止は、治療が無益であるかどうかで判断されるべきで、心臓が停止しない限り埋葬も臓器摘出も許されない、とするものもある。ともかく、新たな証拠および議論に基づいて、人の死に関する理念や実務が再評価されることが必要だし望ましいとするのである。

#### D. 考察

このように、脳死が受け入れられ、また、デッド・ドナー・ルールを前提に移植が進められてきたと私たちが考えているアメリカ合衆国において、近年、批判や疑問が出されており、大統領委員会においても取り上げられている(あるいはこれは、近年のpro life派の台頭と関係があるものであろうか?)。大統領委員会報告書は、脳死説および反対説から中立であろうと、Brain Deathではなく、Total Brain Failureという用語を使うのである。

さて、アナスは、脳死は、終末期医療の効率化のため、および、臓器摘出のための概念であるとしていた。たしかに、ハーバード委員会は、新たな死の理解から得られる二つの主たる利益の一つとして、移植のための臓器を得る際の議論を回避することを上げていたが、その後の委員会(Task Force on Death and Dying of the Institute of Society, Ethics and the Life Sciences)も、多少はこの点を考慮に入れていたようであるものの、人の生死はそれ自体として語られるべきであって、その硬化を念頭に置くべきでないとしていた。大統領委員会報告書も、自身は、この歴史に確固として位置づけられるとするのである。

わが国においては、臓器移植法が、本人が提供の意思を書面によって示し、家族がいる場合には家族がこれを拒まない場合にのみ、法的脳死判定ができることになっている。しかし、これでは、脳死は臓器移植のために認められる特別の概念であり、つまり、脳死は一般的には人の死でないという理解を生むように思われる—もちろん、これは一つの立場ではあるものの—。本来は、順序が逆であるはずで、まず、人の死についての判断があり、その後、では臓器提供が許されるか、という判断がなされるべきなのであろう。

#### E. 結論

紹介、検討してきたように、アメリカ合衆国においてかなりの理解がされてきた、少なくとも私たちがそのように理解してきた、脳死は人の死であるとする立場は、批判にさらされ、大統領委員会までもがこの批判を検討する状況にある。わが国においては、臓器移植法が、この点について「三方一両損」的な解決をした

から、明らかではない点である。臓器移植法の見直しの際には避けては通れないものであろう。アメリカ合衆国の議論は、大いに参考になるものと思われる。

F. 健康危険情報   なし

G. 研究発表

学会発表

佐藤 雄一郎「人体の一部の法的性質と本人の権利—いわゆる「ヒト由来試料」をめぐる—」(私法71号掲載予定)

H. 知的財産権の出願・登録状況

(予定を含む。)

- |           |    |
|-----------|----|
| 1. 特許取得   | なし |
| 2. 実用新案登録 | なし |
| 3. その他    | なし |



「小児医療における生命倫理の課題—重症障害児に対する親の治療拒絶」

研究 分担者 畑中綾子・東京大学公共政策大学院特任研究員

医療の発展と患者の保護をめぐる倫理・法の現代的課題に関する研究の一つの課題として、小児患者に対する治療の自己決定権についてとりあげる。医療の発展により、1000gに満たない新生児の命をつなげることができるようになり、新生児医療の現場では日々多くの子供がケアを受けている。しかし、これら医療の発展により多くの命が助けられることの表裏には、早産や低体重による障害を抱える子供も少なくない。また、先天的な遺伝子疾患による重症障害児についても、医療の発展により延命を行う手段も存在する。

このようななかで、子を監護する親が子供の障害を理由に、治療や延命を望まない場合がある。自ら意思を表明することのできない子にとって親の決定は重要な意味をもち、この決定が治療拒否にたつと子の生きる利益と親の決定に対立が生まれる。そこで治療拒否、治療中止の判断を誰がなしえ、またこのとき医療者はどうすべきであるかの課題がある。

本研究は、この重症障害を負った新生児や幼児に対する親の治療拒絶に主に焦点をあてて、日本の現状での問題点を発見することを目的とするものである。新生児および幼児期は未成年者のなかでも医療の選択に対する自らの意思を表明することができず、すべてについて親に依存している状況にある。このような親への依存度の高い時期の子の利益をいかに保護すべきかを問題とする。

わが国における子どもに対する親の治療拒否は相当数の医療機関で経験されており、それにどのように対応するかには、法制度・運用ともに切迫した状況に置かれていることがわかった。さらに、現状の親の治療拒否に対応する児童相談所の介入や親権喪失宣告は、親の監護権に対する不適切な介入の可能性があるために申し立て自体が難しい状況にあり、また適用される事例もかなり限定される傾向にある。

親の治療拒否は、数日間の判断の遅れにより子どもの生死に影響を与える切迫した状況に置かれているのであり、より柔軟かつ迅速に対応できる制度の確立が望まれている。ただし、制度設計には、親の監護権を不当に侵害しないような司法などの第三者の介入や、明確な判断基準も必要となる。さらに、現在のガイドラインの運用においては、病院倫理委員会だけではなく、親と子を治療後にもサポートする地域における医療以外の制度やアクターとの連携も重要な課題であることがわかった。

A. 研究目的

医療の発展と患者の保護をめぐる倫理・法の現代的課題に関する研究の一つの課題として、小児患者に対する治療の自己決定権についてとりあげる。医療の発展により、1000gに満たない新生児の命をつなげることができるようになり、新生児医療の現場では日々多くの子供がケアを受けている。しかし、これら医療の発展により

多くの命が助けられることの表裏には、早産や低体重による障害を抱える子供も少なくない。また、先天的な遺伝子疾患による重症障害児についても、医療の発展により延命を行う手段も存在する。

このようななかで、子を監護する親が子供の障害を理由に、治療や延命を望まない場合がある。自ら意思を表明することのできない子にとって

親の決定は重要な意味をもち、この決定が治療拒否にたつと子の生きる利益と親の決定に対立が生まれる。そこで治療拒否、治療中止の判断を誰がなしえ、またこのとき医療者はどうすべきであるかの課題がある。

本研究は、この重症障害を負った新生児や幼児に対する親の治療拒絶に主に焦点をあてて、日本の現状での問題点を発見することを目的とするものである。新生児および幼児期は未成年者のなかでも医療の選択に対する自らの意思を表明することができず、すべてについて親に依存している状況にある。このような親への依存度の高い時期の子の利益をいかに保護すべきかを問題とする。

## B. 研究方法

本研究課題については、エホバの証人の信者による輸血判決事件が世界各国で問題となっていると同時に、既存の文献もいくつかみられる。

本研究では、既存の文献や小児医療学会等のホームページ、各省庁審議会資料および議事録、新聞記事を収集・分析することで、現在の問題点を洗い出し、さらに現在提示されている解決方法、その後の展望に関して言及することとする。

### (倫理面への配慮)

既存の文献を利用しているため倫理的側面への配慮はとくに問題とならない。

## C. 研究結果

わが国における子どもに対する親の治療拒否は相当数の医療機関で経験されており、それによりどのように対応するかには、法制度・運用ともに切迫した状況に置かれていることがわかった。さらに、現状の親の治療拒否に対応する児童相談所の介入や親権喪失宣告は、親の監護権に対する不適切な介入の可能性があるために申し立て自体が難しい状況にあり、また適用される事例もかなり限定される傾向にある。

親の治療拒否は、数日間の判断の遅れにより子どもの生死に影響を与える切迫した状況に置かれているのであり、より柔軟かつ迅速に対応

できる制度の確立が望まれている。ただし、制度設計には、親の監護権を不当に侵害しないような司法などの第三者の介入や、明確な判断基準も必要となる。さらに、現在のガイドラインの運用においては、病院倫理委員会だけではなく、親と子を治療後もサポートする地域における医療以外の制度やアクターとの連携も重要な課題であることがわかった。

## D. 考察

### 1. 現状

#### (1) 我が国の小児医療の実態

生まれながらに重い障害を抱えて出生する子が一定の割合で存在する。わが子の誕生という喜びの瞬間に、一転してわが子の障害と死の可能性に直面する親は数日間の中に苦しい選択を迫られることになる。すぐに治療をすれば生存は可能であるという状況下で障害をもったわが子の将来を悲観し、治療をうけないことを望む場合もある。親による子の治療拒否がなされたとき、医療者として司法あるいは社会としてどのように対応すべきか、は小児医療の生命倫理のなかで重要な課題であり、わが国だけではなく世界的な検討がなされている。

超低体重児(出生時の体重が1000g未満)の出生児に対する割合は増加しており(1960年0.03%, 1970年0.07%, 1980年0.09%, 2000年0.20%, 2003年0.32%), 同時に早期新生児死亡に占める低体重児の割合も増加している。超低体重児としても8割は救命でき、また救命できればおおむね8割は後遺症なく生存する傾向にあるとの報告もある。超低体重児の生存後の後遺症の残る割合の傾向は従来の新生児医療の傾向とは変わらないとされており、この見解にたてば、超低体重児の救命医療が高度化したことが、そのまま重度障害をもつ新生児の割合が増えたことにはならないといえる。しかしそうとしても、重症障害児がある一定の割合で出生している現状において、緊急の判断を余儀なくされる状況下での親の治療決定権が問題となる。厚生労働省の研究班の調査した結果によると、親による治療拒否を経験した小児系の病院は2003年1年間だけで18%(全国で小児のある

566病院を対象としたアンケートで328病院が回答)に登ることがわかった。拒否事例があった対象となる病名は、染色体異常に伴う内臓奇形や、水頭症などの神経疾患、心臓病、脳障害、白血病などでゼロ歳児が58%を占めた。拒否の理由は完治が望めず子どもや家族の将来を案じたとするものが40%と最多を占めた(2004年発表)。

調査では医師の説得により途中で治療を受け入れた親もいた一方、酸素や栄養補給など最低限の対応しかできなかつたり、通院が途絶え連絡が取れなくなつたりしたケースが計48%を占めた。また治療を尽くしても救命困難と予測されたケースは12%であったのに対し、治療拒否後には33%で子どもが死亡しており、親の治療拒否が子どものその後に大きな影響を与えることがわかった。

## 2. 法的検討課題

### (1) 親の決定と子の最善の利益

親は親権のもとに子に代わって決定を行う。通常の小児医療においてなされる親という他者による決定が、子の治療拒否にかかわるとき、子の最善の利益と相反する可能性がある。このとき治療拒否を行う親には、子に害する意思はなく、むしろ子どもの将来予測される困難を回避させてやりたい、現在の苦しみから解放させてあげたいとの一心であろう。しかし、それが医療者から見て、あるいは客観的にみて子の最善の利益が医療を受けさせることにあると考えることもある。子の「最善の利益」とはいかなる選択を行うことで、誰が決定できるのであろうか。

ここで区別が難しいのは、親が医師の治療提案を拒否しても、必ずしもここで想定する治療拒否にはあたらない場合である。なぜなら、治療によっても救命の見込みが低く、侵襲性の高い治療のような場合には、自然に委ねる、また、現状の治療を維持するという判断も尊重されるべき一つの方針であるからである。一方で、標準的な治療で、早急に行えば救命・延命の可能性が高いのに、両親がその治療を拒絶するような場

合には、医師として話し合い以上の別の対応がとれないか、が問題となる。

### (2) 医療者としての対応

医療者は親の治療拒否について説得しても親の希望がかわらない場合、いかなる手段をとることができるであろうか。医療者の良心に基づき、医療者が独断で治療を行うことは生命維持に最低限必要な措置であればともかく、手術などの積極的な治療行為を行うことはできなくなる。例えば、両親の意思に反して治療を断行した場合に、その結果が不成功に終わった場合に不法行為による損害賠償責任を認めた判例がある。成功した場合にも患者の自己決定権を侵害したとして損害賠償を請求する可能性がある。そこで、親の治療拒否に直面した医療者には次のような手段、現行の制度を利用し自らの立場を守りながら、法的対応を求めることが考えられる。民法および児童福祉法による①親権喪失宣告の申立て、②児童相談所の介入の利用などである。

#### ①親権喪失制度

親が子の治療拒否を行っている際の医療者の対応として、親権喪失宣告制度(民法834条)を利用し、法によって子の治療を行うことが利用可能性として検討されている。これは、親による治療拒絶を親権の濫用とらえて親権喪失宣告を家庭裁判所に請求し、裁判所の審判(家事審判法9条1項甲類12号)を経て後見人を選任すれば(民法841条)、その同意を得て子の生命維持に必要な治療を実施することができるものである。また、親権喪失宣告審判前の保全処分として、親権者による職務の執行を停止し、職務代行者の選任(家事審判法15条の3、家事審判規則74条)により、職務代行者から治療の同意を得ることも一つの方法として考えられる。

しかし、この親権喪失制度が現実にはいくつかの難点がある。まず、審判の申立て権をもつ親族は、親権者との関係に配慮し、申立には消極的になることである。また、同様に申立権をもつ検察官は、本来の中心的な業務である刑事事件とは離れた役割を期待されるのであり、実際にはこのような期待が現実的ではない。

また、親権喪失後の後見人の選出も実際には困難で、かつ親権喪失という非常に強い法的効果を伴うことから、裁判所でさえも、制度の発動を躊躇する傾向にある(永水裕子『子どもの医療と法』(2008)p39-40)。さらに、児童福祉法33条の6は、民法834条に対する特別規定として、審判の申立権を児童相談所長に付与するものの、この申立権を行使すると、親との信頼関係が破壊されるとして実際にはこの権限を発動しないことも十分考えられるところである。

後述のように2000年代に入り連絡をうけた児童相談所が親権停止を家庭裁判所に申し立て認められた例が数例ある。ただし、これはきわめて稀なケースで通常は親の治療拒否によって病院はそれ以上の対応ができないことが多い。

## ②児童相談所による介入可能性

児童虐待や監護懈怠を発見したときに児童相談所には立ち入り調査権(児童福祉法29条)が付与されている。そこで、親による治療拒否の場合に、児童相談所による介入が可能であるかという点が考えられる。

この点、1983年に日本国内で実際におきた新生児に対する治療拒絶の事件では、児童相談所から病院に対して立ち入り調査の申し入れがなされている。ただし、栄養失調の放置などの児童虐待にあたるケースであればまだしも、親にとっての真摯な意思による治療拒絶が児童虐待として認定できるかが問題となる。また、児童相談所が病院の立ち入り検査によって児童虐待や監護懈怠に関する事実を確認したとして、次に児童福祉法上の一時保護(33条)および措置承認(27条・28条)制度の利用<sup>1</sup>にあたる介入措置をとりうるのか次の問題となる。

一時保護制度とは児童相談所長が必要と認めるときに、親権者の同意に依拠することなく子ども・一時保護を加え、または適当な者に委

託して一時保護を加えることができるというものである。これを治療拒否に適用すると児童相談所は医療機関に子どもの一時保護を委託することになる。そのうえで、一時保護により児童相談所長に対し子どもの医療に対する同意権が付与されるとの理解に立つならば、児童相談所長は親権者に代わり子どもの医療に対して同意を与えうる。

一時保護制度には児童相談所が必要と判断すれば司法の介入なくして医療機関の治療が可能となる。しかし、なぜ児童相談所によって親の監護権を制限することが可能となるのか、少なくとも司法判断の介入により恣意的な判断の可能性を防ぐべきであるとの批判がなされている。

措置承認審判制度は、保護者による児童虐待や著しい監護懈怠、その他保護者に児童を監護させることが著しくその福祉を害する場合において、親権者が児童福祉施設入所等の措置への同意を拒絶しても、児童相談所長が家庭裁判所の承認を得てその措置をなすというものである。この制度を親の治療拒絶に適用できるという立場では、親権者の意思に反する措置承認審判を経れば児童相談所長が治療に同意する権限を有すると解する。

しかし、この措置承認審判制度には、児童虐待防止および児童保護という措置目的達成のために必要な範囲において、親権者と子の面会・通信を制限し、親権行使を間接的に抑制するための権限を児童相談所長に付与したにすぎない。したがって、この制度を児童相談所長に親権者に代わって子の治療に同意するまでの行為を予定するものではないとの批判もある。

2006年に全国約190箇所の児童相談所を対象に厚生労働省が調査した結果、病院が親の治療拒否について虐待として児童相談所に通告したものの十分な対応ができず、幼児が死亡したケースが2件起きていたことがわかった。1件は急性の血液の病気を発症した幼児のケースで、医師は緊急の治療が必要な状態を判断したが、親は治療への不信感が強く拒否した。通告を受けた相談所が親の説得を試みたが親の同意が得られず、通告から約10日後に子どもは

<sup>1</sup> 石川稔「家族法のなかの子ども—子どものための家族法とは」ジュリスト増刊総合特集『子どもの人権』147頁(1986)、同『子ども法の課題と展開』254頁(有斐閣、2000)、樋口範雄『親子と法—日米比較の試み』158頁(弘文堂、1988)