

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

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

(分担研究報告書には記入せずに、総括研究報告書にまとめて記入)

G. 研究発表

1. 論文発表

佐藤雄一郎「イギリスおよびアメリカ合衆国における生体移植」城下裕二編『生体移植と法』（日本評論社、2009年）

2. 学会発表

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

厚生労働科学研究費補助金（地域医療基盤開発推進研究事業）
分担研究報告書

ヒトの身体・組織所有権に関する比較法的研究

研究分担者 朴或 東京大学大学院法学政治学研究科博士課程

研究要旨

ジョン・ロックは「すべての人間は自分自身の身体に所有権を持っている」と述べていた。現在では、医療技術の発展による臓器移植、生殖医療、遺伝子医療などの発達、ヒトの身体・組織に新たな法的課題を与えている。本研究では、比較法的な視点から、日米の判例及び学説を紹介し、その法的性格を考察するものである。

具体的には、日本では、大正十年の判例以来、死体や遺骨に関し所有権を認めている。それは、遺族の救済のためであり、所有権の内容より概念論にすぎない。同様に、アメリカにおいても、死体や遺骨に関し、法的帰属主体は近親者にし、準財産権という用語を用いて類似的所有権として認めているものの、その準所有権の内容は、埋葬・保存・管理に限られ、本当の所有権ではないとする。

日米において、ヒトの身体・組織に関する議論の理解など見解は統一するに至っていない。アメリカでは、その出発点を「財貨秩序」に重点を置くか、あるいは「人格秩序」に重点を置くかによって結論が異なる。ヒトの身体・組織が所有権あるいはプライバシー権として見なされるべきかどうかはカテゴリーの選択結果により大きく左右される。本稿では、日本の学説及び判例を紹介した後、アメリカの「準所有権」、「譲渡可能な所有権」あるいは「プライバシー権」など有力な理論に触れ、今後の厚生労働省のガイドラインの作成する際、一種の議論の方向性を提示する。

A. 研究目的

ヒトの身体・組織所有権を取り上げ、日米におけるこれまでの判例及び学説を比較し、新たな法的構成に情報を提供する。

B. 研究方法

日本及び米国の判例または学説を紹介し、分析する。

（倫理面への配慮）

個人情報扱わないので、倫理面を考慮す

る必要性は低いと考える。

C. 研究結果及び考察

はじめに：近時、医療技術の発展が目覚ましい。臓器移植、生殖医療、遺伝子医療などの発達、QOL（Quality of Life=生活・生存の質）を改善し、それは人類福音である。しかし、この著しい科学の発展とともに生物医学（バイオメディシン）ならびに生命工学（バイオテクノロジー）にまつわるヒトの

死体と生体資源化，商品化が進み，巨大な市場が形成されつつあり，「人間の尊厳」に新たな課題を与えている¹。

そのような発展の中，二〇〇〇年にヘルシンキ宣言²の改定の際，注目すべき動きがあった。それは治療的研究と非治療的研究という同宣言のいわば基盤というべき区別を撤廃し，全てのヒトを対象とする実験的研究を同一の基準と尺度のもとで律することである。つまり，宣言の規律対象とする『ヒトに関わる医学研究』の中に，「ヒトそのものを対象とする研究」と並んで，「個人の特典できるヒト由来物質を対象とする研究」と「個人の特典できるデータを対象とする研究」が含まれることを明言したのである³。

日本医師会はヘルシンキ宣言改定の影響を受け，宣言の重要な基本原則を「患者・被験者福利の優先」，「本人の自発的・自由意志による参加」，「インフォームド・コンセント取得の必

要」，「倫理審査委員会による事前審査・監視の継続」，「研究は科学常識に従い基礎実験を経て」の五つとし，宣言と CIOMS（国際医学団体協議会）の「ヒト被験者を含む医生物学的研究の国際的倫理ガイドライン」を参考にし，医師の職業倫理指針を平成十六年二月に定めた⁴。

このような改定は，現代において，人体を取り巻く事実状況及び人体の持つ意味が大きく変化していることを象徴している⁵。ヒトの身体・組織は，従来無価値な廃棄物という認識から高価値で膨大な利益を生み出す資源であると認識されるようになった。身体の商品価値，経済価値を重んじて，ヒトの身体・組織をモノとして扱うべきなのか？ データとして扱うべきなのか？ 市場要素を念頭に入れヒトの身体・組織に所有権を認めるべきなのか？それとも，人間の尊厳を尊重して，プライバシー権を認めるべきなのか？ 仮に，身体・組織に所有権を認めるとしたら，その法的帰属主体は誰に帰すべきなのか？ このように一連の問題が浮上している。

本稿では，古くから議論された身体所有権の概念を日本，アメリカの判例

¹ 「人体そのもの」を対象とする医学研究のあり方については，早くは1948年のニュルンベルク綱領，1964年のヘルシンキ宣言などがあるが，新しい状況の中，各国は次のような機関・規制で新たな課題に対応しようとしている。例えば，アメリカの Office of Technology Assessment (OTA)，U.S. Congress(1988)，イギリスの Nuffield Council on Bioethics Report (1995)，EUの the European Group on Ethics in Science and New Technology (1998)，カナダの Medical Research Council of Canada など。

² ヘルシンキ宣言は，第二次世界大戦当時のドイツにおける人体実験を，ニュルンベルグ裁判を経て，人体実験を行う前提となる倫理的原則として導き出されたものである。人体及び組織，細胞を用いて研究を行う自体は，当時においても否定されていないことに注意しておきたい。

³ ヘルシンキ宣言第一条，第五条を参照

⁴ 日本医師会雑誌 131 巻 7 号を参照。指針 <http://www.med.or.jp/nchikara/syokurin.pdf> を参考。

⁵ このことについて，いくつかの批判がある。たとえば，2000年のヘルシンキ宣言は「従来の考え方を確認したにすぎない，特に具体的にヒトに関する規定を新たに設けていない」という指摘がある。唄孝一，宇都木伸，佐藤雄一郎「ヒト由来物質の医学研究利用に関する問題」ジュリスト 1193（有斐閣）38 頁

及び学説を取り上げ、改めて検討し、「身体・組織所有権」の権利主体と法的性質を考察する試みである。

1. 日本の学説

1) 憲法 29 条は私有所有制度⁶を認め、個人の所有権を保障している。しかし、ヒトの身体・組織に関し、民法や刑法の解釈あるいは立法政策として解決すればよく、憲法解釈を行う必要がない⁷、むしろ憲法はヒトの身体・組織を所有権の対象とすることは予定していないため、ヒトの身体・組織（遺伝子に関する情報も含む）に関しては、憲法上人格的権利の保護（憲法 13 条）に基づき、プライバシー権に準じてその提供者が提供に対する意思決定、利用・処分についてコントロールできると考えるべきである。立法政策として、私人間において、ヒトの身体・組織を商品として取引の対象とすることを認めることはある程度可能であるが、公序良俗の最低限の線引きとして商品化には限界があるかもしれない。他方、憲法上的人格権の要請として、臓器提供者本人の意思に反した処分を国が実行することは原則として禁止されると考える余地はあるかもしれない。

⁶ 憲法二十九条は私有財産制度の保護に関する条文だが、ヒトの身体・組織を個人の財産として考える場合、この条文により保護されると考えられる。

⁷ 前田達明、稲垣喬、手嶋豊『医事法』、(有斐閣、2000 年) 198 頁。ただし、臓器移植や人口生殖に関する法律が制定された場合、摘出された臓器や受精卵の売買・譲渡・利用を制限する規定（臓器移植法十一条）に対し、所有権侵害で憲法違反とする主張が表れる可能性がある。

2) 刑法上、墓の発掘や死体・遺骨または棺内に放置したものの損害、遺棄または領得する行為を処罰するのは死体に対する社会の宗教感情または敬虔感情を保障するためとされている。しかし、近年では、死体などに関する死後に残る死者の人格権と解する見解もある⁸。死体、遺骨、または棺に納めてある物を損壊⁹し、遺棄し、または領得した者を三年以下の懲役に処するとし（刑 190 条）、死体から本人ないし遺族の承諾なく臓器の摘出行為は窃盗罪（刑法 235 条）にあたり、悪意で移植を受けるものは盗品收受罪（刑法 256 条）、墓を暴いて骨を盗んだものは死体領得罪（刑 191 条）で処罰されることになる。

3) 民法上、所有権とは、「法令ノ制限内ニ於テ自由ニ其所有物ノ使用、収益及ヒ処分ヲ為ス権利」（民法 206 条）と定義される。この規定は、ヒトには適用するのか？ ヒトは身体・組織に対し、所有権を有するのか？ この答えに対し、まずヒトの身体を死体と生体に分けて考えることにする。死体につき、我妻栄先生は、「死体は物であり、所有権が成立する」¹⁰。ただし、「その所有権の内容は、普通の所有権のように、使用・収益・処分をすることではなく、専ら埋葬・祭祀・供養をな

⁸ 齊藤誠二『刑法における生命の保護』（多賀出版、1989 年）276 頁

⁹ 損壊とは、死体を物理的に損傷、毀壞する場合をいう。最判昭和 23 年 11 月 16 日刑集 2 巻 12 号 1535 頁

¹⁰ 我妻栄『新訂 民法総則』（岩波書店、1965 年）203 頁

す権能と義務とを内容とする特殊のものと考えねばならない」¹¹としている。その死体の帰属主体については、四宮和夫先生は「慣習法によって喪主たるべき人（民法 897 条）に属すると解するのが正当である」としている¹²。もっとも、このような見解に対し、幾代通先生は死体に関する権利は所有権ではなく、埋葬などのために遺骸などを処分しかつ第三者の不当な干渉を排斥することを内容とする一種の親族法上の権利であるとする見解に立っている¹³。

生体の所有権について、我妻栄先生は「現代法は、人格を有する人に対しては、排他的支配を認めない。従って、物であるためには外界の一部であること、すなわち人の生きた身体ではないことを要する。他人の身体に物権を成立させることは奴隷を認めることであって、許されない。自分の身体にも人格権は成立するが、所有権は成立しない」¹⁴とする。「しかし、切り離された身体の一部、歯・毛髪などはもちろん物であって、切り離され人の所有に属する」¹⁵と主張している（通説）。

ここでは、生体全体について所有権の成立が否定され、生体から分離したその一部についてそれが肯定されているものと考えられる。なお、遠藤浩先生は「人体から分離されたその一部（歯、毛髪、血液など）は「公序良俗に反しない限り」¹⁶物として扱われるという説をとっている。これに対し、末弘巖太郎先生は「人格とはその身体を言うのではなく、身体それ自体は有体物であるから一種の物とみて人格の所有に属する」¹⁷としている。さらに、石田穰先生は「自己の身体に所有権を成立させることを認められる」のである¹⁸。その理由としては、ヒトは自己の身体を使用、収益の対象にし、場合によりその一部を処分することが挙げられている。また、内田貴先生は生体から分離されていないその一部について所有権を認めている。それは、輸血や臓器移植を売買契約によって行うことも理論的には可能であり、排他的支配可能性が確保される限り生存している身体の一部も物でありうるとする説である¹⁹。

以上のように、ヒトの死体につきモノとして考え、その所有権を認め、しかしその内容を制限し、専ら埋葬、祭祀、供養を為す権能と義務にし、その帰属主体については、喪主たるべき人に属されているのが特徴であると

¹¹ 同上。

¹² 遠藤浩『民法（1）総則』（第3版）110頁、四宮和夫『民法総則（第三版）』133頁、松阪佐一『民法提要の総則』（第3版）163頁。

¹³ 幾代通『民法総則』（現代法律学全集5）157頁。ほかにも、柚木馨『民法総則』123頁。死体に対する埋葬、祭祀、供養のような内容の権利を所有権というのは、所有権の通常概念から著しく逸脱しているとして、死体の所有権の成立を否定する見解もある。

¹⁴ 前掲注14）、我妻、203頁

¹⁵ 同上

¹⁶ 遠藤浩『民法基本判例解説』（7）民事研修第431号41頁

¹⁷ 末弘巖太郎『債権各論』（有斐閣、1918年）1022頁

¹⁸ 石田穰『民法総則』225頁

¹⁹ 内田貴『民法I補訂版』348頁

言えよう。また、生体につき、人格権を尊重し、所有権は認められてないが、切り離れた人体の一部、歯・毛髪などは、モノとして見られ、所有権を認めていて、さらに公序良俗により制限されるのが特徴であろう。

2. 日本の判例

大審院判決大正 10 年 7 月 25 日の「遺骨引渡請求ノ件」²⁰をはじめ、肯定説では、遺体ないし遺骨が「モノ」であることを承認しながらも、それがいかなる権利の客体となるかという論点につき見解が分かれている。すなわち、遺体に対しては慣習法上管理および葬儀を為す権利義務を有するだけで、所有権の成立を認めない見解²¹があるのに対し、遺体に対し所有権を認める見解がある²²。ただし、それらの所有権の内容ないし性質については、通常の所有権と違って、埋葬管理や祭祀供養をする権利などという位置づ

²⁰大審院判決昭和 2 年 5 月 27 日「遺骸引渡請求事件」、大阪家庭裁判所審判昭和 52 年 8 月 29 日「祭祀承継者指定申立事件」、東京高等裁判所判決昭和 59 年 12 月 21 日「土地建物所有権移転登記等請求控訴、同参加事件」、東京地方裁判所判決昭和 62 年 4 月 2 日「遺骨引取り妨害差止等本訴請求、祭祀主宰者確認反訴請求事件」、東京高等裁判所判決昭和 62 年 10 月 8 日「遺骨引取妨害差止等本訴請求、祭祀主宰者確認反訴請求控訴事件」、東京最高裁判所判決平成元年 7 月 18 日「遺骨返還請求事件」、大阪地方裁判所堺支部判決平成 7 年 12 月 1 日「遺骨引渡等請求事件」、高知地方裁判所判決平成 8 年 10 月 23 日「共有持分所有権移転登記手続請求本訴・同反訴・物品等引渡請求事件」、東京地方裁判所判決平成 12 年 11 月 24 日「標本返還請求事件」を参照

²¹ 柚木馨『判例相続法論』180 頁、石田文次郎『現行民法総論』189 頁

²² 通説。我妻栄『新訂民法総則 1』203 頁、米倉明『民法講義総則 1』242 頁

けをしている。

3. 「臓器の移植に関する法律」及び「死体解剖保存法」

日本では、一九九七年の「臓器の移植に関する法律」により、一部の臓器移植が可能になった。同法は本人の意思²³を最優先しつつ、遺族に拒否の権限を与えている²⁴。なお同法施行規則は使用されなかった臓器は病院・診療所の管理者が焼却処分する義務を負うと規定し²⁵、臓器を提供したことの対価としての財産上の利益の供与を禁止する²⁶。提供を受けた臓器が移植医療に用いられなかった場合には、それを他の目的（研究）に用いることは禁じている²⁷。また、臓器移植は本人

²³臓器提供の意思に関し、各国は異なっている。アメリカ、カナダ、オーストラリアなどは本人の意思が最優先であり、本人意思不明な場合は家族の承諾が必要とされる。また、ヨーロッパは本人の拒否意志がなければ、提供可能という規定である。いわゆる、推定同意原則に基づくものである。なお、世界保健機関（WHO）は「臓器移植に関する指導指針」を 1991 年 5 月に制定し、臓器提供の条件は「本人意思が最優先で、不明の場合は遺族の意思による」とされている。ドナーは臓器・組織の提供に関して合理的な判断力を持っていることが必要である。少年や精神障害者からの摘出は、たとえその親族や法定代理人の同意あったとしても、認めるべきではない。前掲注 10) 前田達明、稲垣喬、手嶋豊『医事法』、(有斐閣、2000 年) 188 頁。組織移植については 2000 年 4 月 28 日厚生科学審議会先端医療技術評価部会に報告された「組織バンク事業を通じたヒト組織の移植等への利用のあり方について」がある。しかし、今日に至るまで正式採択されていない。

²⁴臓器移植法六条を参照

²⁵ 臓器移植法施行規則四条を参照。

²⁶ 臓器移植法十一條を参照。

²⁷ この禁止は、脳死者からの提供という場合ではなく、現在の臓器移植法に先って施行されてき

の意思を尊重する点と対照的に「死体解剖保存法」は原則的に遺族の意向が主に問題をされ、死者の生前の意思には言及してない傾向が強い。また同法は専ら資料としての保存が主たる目的であり、今日のようなヒトの身体・組織の積極的利用を視野にいれていたとは言えない²⁸。

4. 英米法の判例及び学説

1850年のイギリスの Burial Acts は教会が死体に対する法的コントロール権を保有する以上、第三者あるいは非宗教的な裁判所の死体への所有権の主張を認められなかった。1857年の Regina v. Sharpe²⁹ ケースでは、「死体には所有権がない」とし、ヒト所有権を言及する最初の判例となった。その後の判例 Foster v. Dodd³⁰ ケースでは、「公共の福祉のため、死体は何人にも属しない」とし、さらに、The Queen v. Price³¹ ケースでは「死体は所有権の客体ではない」と主張し、死体に対する所有権を否定してきたわけである³²。

た旧法「角膜並びに腎臓の移植に関する法律」においても適用する。

²⁸ 手嶋豊『医事法入門』有斐閣アルマ(2005年)98頁。また、「医学及び歯学の教育のための献体に関する法律」、「ヒトに関するクローン技術等の規制に関する法律」を参照

²⁹ Regina v. Sharpe, 169 Eng. Rep. 959 (1857)

³⁰ Foster v. Dode, 3 Q. B. 67 (1867)

³¹ The Queen v. Price, 12 Q. B. D. 247 (1884)

³² イギリスでは人が身体・一部について、「所有権」を有することは法的に認めない。しかし、組織については所有権でありうるかどうかを明確にしてない。詳細は「研究使用目的でのヒト組織・細胞と生体材料」(日本組織培養学会, 1991)の報告を参照されたい。

1) アメリカの判例

初期のアメリカの判例法はイギリスの伝統を引き継ぎ、ヒトの絶対的な所有権を拒絶するものだった。しかし、Cohen v. Groman Mortuary, Inc. ケース³³では、裁判所は近親者には財産権はないが、埋葬目的という限られた目的での「準所有権」(quasi-property right)³⁴が認められた³⁵。その後の Whitehair v. Highland Memory Gardens, Inc.³⁶ ケースでは、近親者が有する準所有権は、死体の権利を保護する意味を持ち、「準所有権」は残された生存者に与えられた精神的苦痛のための損害賠償を認めるための法技術手法にすぎないと解釈した。また、Carney v. Knollwood Cemetery Ass'n³⁷ ケースでは、「準財産権」の内容を立証する必要がないとし、その後の Culpepper v. Pearl Street

<http://wwwsoc.nacsis.ac.jp/jtca>

³³ 231 Cal. App. 2d 1; 41 Cal. Rptr. 481 (1964)

³⁴ また裁判所は商業的所有権を認めていなかった。³⁴ Mensinger v. O'Hrara, 189

iii, App. 48, 53 (1914); Stephenson v. Duke

Univ., 163 S. E. 698-99 (N. C. 1932); Koerber v.

Patek, 102 N. W. 40-42 (Wis. 1905). Snyder v.

Holy Cross Hospital³⁴ ケースでは州の利益を優先すべきであると判断し検死官の解剖の判断を支持した³⁵。さらに、Scarpaci v. Milwaukee

County³⁴ ケースでは、賠償の根拠として財産権ではなく死者家族の埋葬の権利に基づくものである。

³⁵ Cal Healthy & Safety 7100 によると、死者の親族は死者の身体に対し、コントロール権を有する。その順番は (a) 配偶者 (b) 子供 (c) 親族である。配偶者がいる場合、他の親族は死体の配置をコントロールする権利も埋葬する権利も持たない。

³⁶ 327 S. E. 2d 438 (1985)

³⁷ 514 N. E. 2d 430 (Ohio Ct. App. 1986)

Building Inc.³⁸ケースは、準所有権の理論は真の所有権を保護しないものとした。

2) 臓器移植

一九四七年のカリフォルニア臓器提供法の規定によると、臓器提供は死者に限られた³⁹。その後、ほとんどの州は一定解剖贈与法(UAGA)⁴⁰を採用してから既存の制定法を撤廃した⁴¹。

ここで、最も影響力ある判例として、Moore v. Regents of University of California⁴²を取り上げて、検討したい。裁判所はMooreに対し、摘出された脾臓に対する所有権を認めなかった⁴³。その根拠として、裁判所はカリフォルニア州の制定法⁴⁴の中の「摘出された細胞への患者の摘出後の利益を制限する」という規定に従い、ヒトの身体・組織の処分を制限した。摘出された臓器の利用方法については、信認義務とインフォームド・コンセントの法理を用いて、患者の権利を守ることができる」と解釈した。

3) アメリカの学説

(1) 所有権とプライバシー論

所有権理論に基づいて、身体権利はその「所有者」からの分離が理論上可能であることに対し、プライバシー理論は両者が分割不可能であると主張する。この理論によると、人体の権利を一貫として考える場合はプライバシー論に準ずるべきであるが、身体の権利を分解し、第三者に譲渡可能と考えるな場合は所有権論に基づくべきである。それは身体を貴重な資源として認識し、その資源を社会全体が享有すべき考え方を根拠にしている。

(2) 譲渡可能な所有権論⁴⁵

譲渡可能な所有権⁴⁶とは臓器移植の不足の現状を踏まえ、現行法の限界を考慮し、市場における譲渡可能な所有権⁴⁷と認めることにより、臓器移植問題を解決しようとする理論構成である。人体の価値を認め、厳格に規制された自由市場を作り出すことによって、社会全体が利益を獲得し、より高い臓器移植生存率で全体の寿命延長につながるという主張である⁴⁸。

終わりに：日本では、大正十年の判例以来、死体や遺骨に関し、所有権を認めていることは議論する余地もない。しか

³⁸ 877 P.2d 877(Colo.1994)

³⁹ Russell Scott, The body as property 45(1981)

⁴⁰ UAGA は二つバージョンがある。Unif. Anatomical Gift Act(1968), § A U.L.A. 15 (1983&Supp.1991) ; Unif. Anatomical Gift Act(1987), 8A U.L.A.(Supp.1991)

⁴¹ 1967 Mass. Acts 202

⁴² 793 P.2d 479 (1990), 271Cal Rptr.146

⁴³ 最高裁は第三者が分離した脾臓細胞から所有権を獲得できるかどうかにつき触れてない。

Radhika Rao, *Property, Privacy, and the Human Body*(2000)

⁴⁴ Health and Safety Code 7054.4

⁴⁵ Brian G. Hannemann, *Body Parts and Property Rights: A New Commodity for the 1990s*.Southwestern University School of Law,1992

⁴⁶ Munzer, *A Theory of Property*,49-50「譲渡の可能性は財産用の標準である」としている。

⁴⁷ Radin, Market-Inalienability, 1851「譲渡不可能な財産は、本質的に不安定で不安定なカテゴリー(保持された攻撃の目標である運命)」であるとしている。

⁴⁸町野朔「先端医療—資源化する人体」『現代思想』(2002.2) 臓器・組織の無制限の商品化は認めるべきではないと思われる。

し、それは、単なる遺族の救済の便利であり、所有権の内容より概念論にすぎない。同様に、アメリカにおいても、死体や遺骨に関し、法的帰属主体は近親者であり、準財産権という用語を用いて類似的所有権として認めているものの、その類似的所有権の内容は、埋葬・保存・管理に限られ、本当の所有権ではないという結論である。また、議論の出発点を「財貨秩序」に重点を置くか、あるいは「人格秩序」に重点を置くかによって結論が異なる。或いは、人体が所有権あるいはプライバシー権として見なされるべきかどうかはカテゴリーの選択結果により大きく左右されると考えられる。

古くから、日本の議論の出発点は伝統の慣習を反映し、ヒトの身体・組織所有権の議論に注目する点に対し、アメリカでは、市場需要の発達からの所有権の議論を展開し、適用しようとしている。また、日本では「準所有権」の議論は引用してないが、独自の展開で最先端の遺伝子解析のためのガイドラインが先行している。この点において、E.Richard Gold⁴⁹の経済と所有権の論証とは異曲同工の妙であると言えよう。

今日では、依然としてヒトの組織について、法的規定は不明確である。その中、日本のガイドラインは臨床研究の重要性を踏まえながらも、個人の尊厳と人権

の尊重を中心に、臨床研究に際して遵守を求めることによりその適正な推進を図ることを基本方針とする。その対象は疾病の予防、診断、治療方法の改善、疾病原因及び病態の理解ならびに患者の生活・生存の質（QOL）向上を目的として実施される医学系研究であってヒトと対象とするものであり、研究者個人には同意の確保、個人情報保護、倫理委員会の設置と付議、臨床研究計画の公開等を求めている。また、医療現場では、臓器移植、生殖医療、遺伝子医療において、その法的帰属主体は移植をはじめ、研究のために人体組織の供給を増やし、医療のために情報を収集するという社会的要請があるが、死者に対する敬虔感情を尊重されなければならない、また人体組織の提供者の個人情報を保護することもさらに力を入れる必要がある。

本稿は、ヒトの身体・組織における日米の各自の判例及び学説を紹介した上、それらの法的構成の相違を提示し、今後の議論展開に資料提供する試みである。

F. 健康危険情報

なし

G. 研究発表

なし

H. 知的財産権の出願・登録状況

なし

⁴⁹ Body parts:property rights and the ownership of human biological materials.Georgentown University Press,1996

厚生労働科学研究費補助金（地域医療基盤開発推進研究事業）
分担研究報告書

チーム医療における説明義務

研究分担者 石川 優佳
大阪学院大学法学部専任講師

研究要旨

医療の場において医療関係者が複数関与するということは、古くから行われてきたことである。医師と看護師は協同して患者の治療・ケアにあたっており、病院では複数の医師が共に症例検討を行っている。また、手術に際してはチームの連携が重要となる。しかし、これらの問題を「チーム医療」という言葉でひとくくりにして、その法的問題を検討するようになったのは、比較的最近の現象である。裁判所は、個々の医療従事者の刑事責任に関して、度々「チーム医療」を問題とするようになってきている。例えば、有効な治療法が確立していない場合の治療計画に対する具体的な検証・指導について指導医の監督・指導義務認めたり（埼玉医大抗がん剤過剰投与事件）、患者の同一性確認義務につき、組織的な管理体制が整備状況を検討して信頼の原則の適用の有無を判断したりする（横浜市大患者取り違え事件）。

このような流れの中で、民事責任の領域についても「チーム医療」を意識した判決が現れるようになる。しかし、医療契約の当事者は患者と病院（医療機関）であって、医師は履行補助者にすぎない存在であるし、不法行為責任についても、医師個人の責任とともに、病院の使用者責任（715条）や直接責任（709条）を問うことが可能である。それでは、医師個人ではなく、病院の責任でもなく、その中間に位置する病院内の「医療チーム」の責任を問うことには、どのような意味があるのであろうか。本研究は、チーム医療の総責任者の説明義務について判断した平成20年の最高裁判決を出発点として、我が国のチーム医療の法的問題を探るものである。

A. 研究目的

近年、複数の医療関係者が関与する場面について「チーム医療」という言葉が度々現れ、民事責任が争われる領域でも「チーム医療」を意識した判決が現れるようになった。しかし、民事責任について考えるならば、医療契約の当事者は患者と病院（医療機関）であって、医師は履行補助者であるし、不法行為責任についても、医師個人

の責任とともに、病院の使用者責任（715条）や直接責任（709条）が問われることになる。そこで、医師個人でなく、病院の責任でもなく、その中間に位置する病院内の「医療チーム」の責任を問うことの意義が問題となる。

本研究は、チーム医療の総責任者の説明義務について判断した平成20年の最高裁判決を出発点として、我が国のチーム医療

の法的問題を探ることを目的とする。

B. 研究方法

①チーム医療の総責任者の説明義務について判断した平成20年の最高裁判決について分析・検討する。

②チーム医療における民事責任の問題について、従来、我が国において如何なる議論がなされてきたか、文献を用いて調査を行う。

③複数の医療関係者が関与する場面を「チーム医療」という枠組みを用いて説明するのは、我が国においては、比較的最近の傾向であるが、外国では、この問題をどのように扱ってきたのか。アメリカの場合について、文献を用いて調査する。

(倫理面への配慮)

基本的にすべて公知の資料を用いており、また個人情報扱うものではないので、本分担研究部分においては特別な倫理的配慮の必要性は低いと考える。

C. 研究結果および D. 考察

1. はじめに

—最高裁平成20年判決の紹介

最高裁は、平成20年4月24日の判決¹において、チーム医療における総責任者の説

¹ 最判平成20年4月24日民集62巻5号1178頁。なお、本判決については、山口成樹・判例セレクト2008(法学教室342号別冊)22頁、平沼高明・民事法情報226号82頁、野澤正充・法学セミナー増刊(速報判例解説)4号61頁、手嶋豊・ジュリスト1376号(平成20年度重判)89頁、水野謙・判例時報2042号152頁(判例評論606号6頁)、橋口賢一・法律時報81巻3号117頁、新美育文・私法判例リマークス39号(2009〈下〉)38頁等、多数の評釈がある。

明義務を論じた。まずは、この事件の概要と判決内容を概観したうえで、チーム医療を論ずる上での問題点を考えてみよう。

(1) 事案および判旨

本件は、大動脈弁閉鎖不全のためA大学医学部附属病院(以下「本件病院」という。)に入院して大動脈弁置換術(以下「本件手術」という。)を受けたBが本件手術の翌日に死亡したことについて、Bの相続人であるXら(控訴人、被上告人)が、本件手術についてのチーム医療の総責任者であり、かつ、本件手術を執刀した医師であるY(被控訴人、上告人)に対し、本件手術についての説明義務違反があったこと等を理由として、不法行為に基づく損害賠償を請求した事件である。

B(当時67歳)は、平成11年9月ころ、本件手術を受ける決心をし、同月20日、本件病院の心臓外科に入院した。本件病院では、A大学医学部心臓外科助手(病院講師)であるC医師が主治医となり、術前諸検査が実施され、同心臓外科は、大動脈弁置換術の手術適応を確認した。C医師は、同月27日、B及びXらに対し、翌28日に予定された本件手術の必要性、内容、危険性等について説明をした。同28日午前10時10分ころ、本件手術が開始され、同心臓外科の教授であるYが主に術者となって本件手術が行われた。しかし、Bは、翌29日午後2時34分ころ死亡した。

1審判決は、Yの過失ないし説明義務違反を否定し、Xらの請求をすべて棄却した。これに対し、2審は、「本件病院におけるチーム医療の総責任者であり、かつ、実際に本件手術を執刀することとなったYに

は、Bないしその家族であるXらに対し、Bの症状が重症であり、かつ、Bの大動脈壁が脆弱である可能性も相当程度あるため、場合によっては重度の出血が起こり、バイパス手術の選択を含めた深刻な事態が起こる可能性もあり得ることを説明すべき義務があったというべきである」と判示して、Y自らの説明義務違反を認め、民法709条に基づき、XらのYに対する請求を一部認容した。この2審判決に対し、Yのみが上告及び上告受理申立てをしたところ、第一小法廷は、上告受理決定をした上、原判決中のY敗訴部分を破棄し、本件を原審に差し戻した。

最高裁の判旨は以下の通りである。

「一般に、チーム医療として手術が行われる場合、チーム医療の総責任者は、条理上、患者やその家族に対し、手術の必要性、内容、危険性等についての説明が十分に行われるように配慮すべき義務を有するものというべきである。しかし、チーム医療の総責任者は、上記説明を常に自ら行わなければならないものではなく、手術に至るまで患者の診療に当たってきた主治医が上記説明をするのに十分な知識、経験を有している場合には、主治医に上記説明をゆだね、自らは必要に応じて主治医を指導、監督するにとどめることも許されるものと解される。そうすると、チーム医療の総責任者は、主治医の説明が十分なものであれば、自ら説明しなかったことを理由に説明義務違反の不法行為責任を負うことはないというべきである。また、主治医の上記説明が不十分なものであったとしても、当該主治医が上記説明をするのに十分な知識、経験を有し、チーム医療の総責任者が

必要に応じて当該主治医を指導、監督していた場合には、同総責任者は説明義務違反の不法行為責任を負わないというべきである。このことは、チーム医療の総責任者が手術の執刀者であったとしても、変わることはない。」

そして、原審では、主治医の説明内容や、主治医が本件手術の必要性、内容、危険性等について説明するのに十分な知識、経験を有していたかについての審理がなされなかったとして差戻しとなった。

(2) 「チーム医療」に関する判例の動向

「チーム医療」という言葉が裁判例上に初めて登場するのは、昭和47年のいわゆる千葉大学医学部採決ミス事件²である。これは、採血の補助にあたった看護師が医療機器の操作を誤ったことについて、医師に点検確認の義務違反があったとして刑事責任が認められた事例であるが、その後も、医療機器の接続ミスによる事件において、執刀医が手術開始直前に接続の正否を点検する注意義務があったか否か、すなわち医療チームの他の構成員の行為を信頼し、自らは点検確認を行わないことが許されるか否かが問題となった³。このように、医療機器の操作・接続等において、刑事責任の領域でチーム内の役割分担と信頼の原則との関係は問題とされていたが、他方で、チームの構成員の注意義務へ影響を与える問題としては、あまり認識されてい

² 東京高判昭和48年5月30日刑月 4巻9号1539頁、判時681号22頁

³ 札幌地裁昭和49年6月29日刑月 6巻6号742頁、判時750号29頁、および札幌高判昭和51年3月18日高刑 29巻1号78頁、判時820号36頁（いわゆる北大電気メス器事件）

かったように思われる。

この「チーム医療」の問題がにわかに脚光を浴びることとなったのが、やはり刑事の領域ではあるが、横浜市大病院患者取り違え事件⁴と埼玉医大抗がん剤過剰投与事件⁵に関する一連の裁判である。

横浜市大病院患者取り違え事件では、患者の同一性確認義務が争われ、チーム医療における信頼の原則の適用の有無が問題となり、組織的な管理体制が整備されていない状況において信頼の原則による注意義務の免除がない旨の判断が下された。また、埼玉医大抗がん剤過剰投与事件では、指導医および科長が、部下の医師に対する監督・指導義務を果たしたか否かが問題となり、チーム医療を行う際の指導医の義務の内容について原則として、部下の医師が一定の医療水準を保持するように指導監督すれば足り、具体的な診療行為の過誤については刑事責任を負わないこと示された。ただし、難治性の極めて稀な病気に罹患した患者に対し、有効な治療法が確立していない場合には、治療計画に対する具体的な検証・指導を行う義務があるとされ、この事件における指導医の刑事責任が認定された。

埼玉医大の事件では、刑事責任の追及とともに、民事裁判における不法行為責任の追及もなされ、この頃から次第に、チーム

医療というものがその構成員の義務の内容に影響を与えることが意識されるようになってくる⁶。ここで取り上げた最高裁平成 20 年判決は、この裁判例の流れの延長線上にあつて、チーム医療における医療従事者の諸々の義務のうち、説明義務に焦点を当てて判断を下したものである。

(3) 本判決の分析

それでは、最高裁平成 20 年判決の特徴は、どのような点にあるのであろうか。以下では、最高裁の判旨した注意義務の内容を分析したうえで、具体的事例との関係における注意点を指摘することで、本判決の特徴を明らかにしてゆきたい。

①注意義務の内容

本判決において、チーム医療の説明ルールとして最高裁が示した内容は、次の 3 点に集約される。

- a) チーム医療として手術が行われる場合、チーム医療の総責任者は、条理上、患者やその家族に対し、手術の必要性、内容、危険性等についての説明が十分に行われるように配慮すべき義務を有する。
- b) 主治医が上記説明をするのに十分な知識、経験を有している場合には、主治医に上記説明をゆだね、自らは必要に応じて主治医を指導、監督するにとどめることも許される。

すなわち、イ) チーム医療の総責任者は、主治医の説明が十分なものであれば、

⁴ 最判平成 19 年 3 月 26 日刑集 61 卷 2 号 131 頁，東京高判平成 15 年 3 月 25 日東高刑時報 54 卷 1～12 号 15 頁，横浜地判平成 13 年 9 月 20 日判タ 1087 号 296 頁

⁵ 最判平成 17 年 11 月 15 日刑集 59 卷 9 号 1558 頁，東京高判平成 15 年 12 月 24 日刑集 59 卷 9 号 1582 頁，さいたま地判平成 15 年 3 月 20 日判タ 1147 号 306 頁

⁶ 例えば、東京地判平成 17 年 4 月 27 日判例時報 1903 号 81 頁など。

自ら説明しなかったことを理由に説明義務違反の不法行為責任を負うことはなく、ロ) 主治医の上記説明が不十分なものであったとしても、当該主治医が上記説明をするのに十分な知識、経験を有し、チーム医療の総責任者が必要に応じて当該主治医を指導、監督していた場合には、同総責任者は説明義務違反の不法行為責任を負わない。

c) 以上のことは、チーム医療の総責任者が手術の執刀者であったとしても、変わらない。

(i) 原審との比較

まず、aの判旨部分は、チーム医療内部での「総責任者」の特別な義務を認めたものである。そして、総責任者には、「条理上、…説明が十分に行われるように配慮すべき義務」があるとしている。これを、原審の判断と比べると、原審では「チームの総責任者であり、かつ、実際に本件手術を執刀することとなった」医師につき「信義則上の説明義務違反」が認められたことに対して、最高裁は、義務の主体に関しては「総責任者」の問題に限定し、義務の根拠については信義則ではなく「条理」であるとし、また、義務の内容に関しては説明義務そのものではなく、説明が十分に行われるように「配慮すべき義務」としている点に特徴がある。

責任の主体の問題は、cの判旨部分と関係する。すなわち、原審が、チームの総責任者であることと執刀医であることという2つの事情が合わさることにより直接の説明義務そのものを認めたのに対し、最高裁は、「手術の執刀者」という事情を考

慮に入れない立場を明確にしたうえで(判旨c)、その義務の内容を「説明の配慮義務」というものに弱めたのである。チーム医療による手術では状況に応じて執刀医が代わりうることもあり、執刀医であるという事情を考慮に入れて事前の説明に関する義務内容に変動を加えることを避けようとしたのであろう⁷。

(ii) 義務の根拠

それでは、チームの総責任者の義務の根拠が「条理」であるという点については、どのような意味が存するのであろうか。原審が「信義則上の説明義務違反」を認めたこととの対比で考えてみたい。

まず、説明義務は通常、イ) 療養指導としての説明義務と、ロ) 有効な同意を得るための説明義務の2つに分類され、その義務の発生根拠については次のように説明される。イ) 療養指導としての説明義務は診療行為そのものと考えられるため、診療契約に基づいて生じるものであり、また、ロ) 有効な同意を得るための説明義務は、患者の人格権の一内容である自己決定権を保障するために、診療契約上あるいは信義則上認められるものである。ところが、上記の2つに分類されない内容の説明義務として、近時、医療行為が不首尾な結果に終わった場合の経過および結果の説明

⁷ なお、執刀医は誰かということが説明義務の内容に含まれるかという問題もある。この点につき、手嶋・前掲90頁は、本判決の判断の前提として、執刀医が誰であるかは説明義務の対象外と位置付けていると評価する一方で、執刀医の経験・実績が説明すべき内容に含まれないことの問題点を指摘する。

義務が問題となっている⁸。この義務の発生根拠については、準委任契約における顛末報告義務と構成する考え方と、診療契約に付随する義務として構成する考え方とあるが、いずれも契約上の義務を拡張させる形を採っている。

それでは、本判決で述べられている「条理上、患者やその家族に対し、手術の必要性、内容、危険性等についての説明が十分に行われるように配慮すべき義務」には、どのような位置づけが与えられるのであろうか。本件の説明の目的および内容が、手術のために患者の有効な同意を得るためのものであることは言うまでもない。したがって、従来は、患者の自己決定権を保障するために診療契約上あるいは信義則上認められてきた義務である。原判決は、まさにこの点を捉えて、「信義則上の説明義務違反」を認めたのである。しかし、最高裁が対象としたのは説明義務そのものではなく、説明が十分に行われるように「配慮すべき義務」であったため、義務の発生根拠についても、もう一段階広げる必要に迫られた結果、「条理」上の義務として認めることになったと考える。

(iii) 義務の内容とその法的性質

判旨 a で述べられた、チーム医療の総責任者の「説明が十分に行われるように配慮すべき義務」を具体化したのが b の判旨部分であり、今後の実務において最も大きな影響を与え得る部分である。しかし、その

法律構成については検討を要する。

判旨 b は、主治医が上記説明をするのに十分な知識、経験を有している場合には、主治医に上記説明をゆだね、総責任者自らは必要に応じて主治医を指導、監督するにとどめることも許されるとする。その理由について最高裁は述べていないが、このような総責任者の選任ないし指導・監督義務は、従来、民法上で代理監督者の責任（民法 715 条 2 項）として捉えられてきたものと重なる面がある。

そこで、本判決で述べられているチームの総責任者の責任と、代理監督者の責任との関係が問題となる。この点、学説の立場は分かれている。まず、本判決が説明配慮義務という条理上の義務を認めただうえで民法 709 条による処理をしている点を捉えて、総責任者を代理監督者とみるべきではなく、もっぱら民法 709 条の直接責任のみを論じるべきとの立場がある⁹。他方、本判決が代理監督者責任に触れなかったのは、それが争点にならなかったにすぎないからであるとして、ピラミッド型の医療チームの場合、総責任者は代理監督者として捉えうるとする立場もある¹⁰。代理監督者責任を追及する場合には、使用者責任の場合と同様に、代理監督者が輪が選任・監督義務を尽くしていたとの免責立証をすることは事実上困難であるため、民法 715 条 2 項で代理監督者の責任を追及するよりも、民法 709 条の直接責任として総責任者の義務を追及する方が、患者側の立証の負担は重くなるとの指摘もあるが¹¹、その

⁸ 河上正二「医師の死因解明義務について」能見善久他編『民法学における法と政策（平井古希）』（有斐閣、2007年）593頁、剣持淳子「医師の顛末報告義務」判例タイムズ1304号35頁等、参照。

⁹ 平沼・前掲86頁。

¹⁰ 野澤・前掲、新美・前掲41頁等。

¹¹ 山口・前掲22頁。

一方で、「代理監督者の判断基準及びその要件事実の立証責任に着目すると、実質的な違いはほとんどないのではなかろうか」との指摘もある¹²。

本判決が民法 715 条 2 項に触れなかったのは、それを排除する意図ではなく、代理監督者責任との関係についての最高裁の立場は白紙の状態にあると考えて良いように思われるが、715 条と 709 条で患者の立証の負担が大きく異なるとするのは妥当ではない。本判決の述べる総責任者の説明配慮義務の主張・立証責任と、代理監督者の地位にあることの主張・立証責任との均衡が望まれると考えられる¹³。

②本判決におけるいくつかの疑問点

以上のようなものとして本判決を理解した場合、しかしながら、いくつかの疑問点が浮かび上がってくる。

(i) 「チームの総責任者の義務」を認定する必要性の有無

総責任者の責任が、民法 715 条 2 項の代理監督者責任とほぼ変わらないものであるならば、実は、新たに「チーム医療の総責任者」としての責任を論ずる必要はなく、既存の法理を用いて責任内容を確定していくのみで十分だったのではないか。さらに言えば、従来、医療機関側の責任を追究する場合には、医師個人に加えて、あるいは医師個人に代えて、使用者である医療

機関、すなわち病院の責任が問われてきたことを考えるならば、病院の責任とは別に「チームの総責任者」の責任を追及する必要性が、果たして存していたのだろうかという疑問も生ずる。そもそも複数賠償義務者の問題は、賠償を実質的に確保するために資力ある者を引きこもうとする場合、または、単独では過失の認定が困難な場合などに生じる。そうであるならば、資力の面に関しては病院を引きこむことができればよいはずである。それでは、過失認定の面が問題となったのであろうか。

本件に対しては、当事者の本来の意向が、執刀医の手技上のミス of 責任を問うことにあったのではないかと指摘が多くなされている¹⁴。しかし、この手技上の過誤の有無についての証明が困難であることから説明義務違反に論点に移行したという事情がある。また、主治医が本件の被告となっておらず、執刀医の責任を追及しようとした結果、当該執刀医の「チーム医療の総責任者」という属性が問題となった。このように、本件では当初から「チーム医療」の問題が論じられていたわけではなく、具体的事案における特殊な事情が相俟って、「チーム医療における説明義務」の問題が浮上してきたものといえよう。

(ii) 説明義務の「主体」への論点の移行

また、本件では立証の容易さゆえに説明義務違反の問題に論点に移行したのだとしても、その説明義務の問われ方には、従来とは異なる点が見出せる。つまり、従来、説明義務に関しては、説明の内容・程度が

¹² 新美・前掲 41 頁。

¹³ 新美・前掲 41 頁は、代理監督者責任が問題となった最近の裁判例を概観し、代理監督者責任を問うための主張・立証の内容と、本判決がいう説明配慮義務を課す場合の主張・立証の内容が、実際にほとんど異なることを指摘する。

¹⁴ 手嶋・前掲 90 頁、水野・前掲 154 頁等。

問題とされてきたが、本件では説明の「主体」に論点に移った。しかし、説明義務の主体を問題とする必要は存したのであるうか。

最高裁の考え方は、「チーム医療の総責任者」の説明配慮義務から出発して、指導監督している主治医の能力に応じて、説明を委ねることが可能か否かを判断するというものであるが、患者の受ける説明内容から出発して、(説明主体が誰であれ)その説明が不十分な場合には、説明した医師に対する責任を問うるとして、説明を行った医師の能力が不十分である場合にはその指導監督者に対して代理監督者責任を問うのでも、結論は同じことになる。

前述のように、本判決が、手技上の義務の主体(執刀医が誰であるか)については柔軟な立場を示しているながら、説明義務の主体を強く意識した判示をしている点には、やや違和感を感じる。

(iii) 本判決の射程

さらに、本件では「チーム医療」の問題として総責任者の義務が論じられているが、本判決において「チーム医療」という概念に関する積極的な定義付けはなされていない。このことを以って「現実に行われているチーム医療にも様々なものがあることに照らせば、かかる謙抑的態度は支持できる¹⁵⁾」と積極的に評価する立場もあるが、「総責任者」の「指導・監督」を想定していることから、ここでの「チーム医療」は、各医師の独立性・裁量性を尊重するタイプのものではなく、むしろピラミッ

¹⁵⁾ 手嶋・前掲 90 頁。

ド構造の組織体を念頭に置いたものであると考えるべきであろう。その中でも、とりわけ同じ職種の中での上下関係が問題となっているケースである。チーム医療が最もその真価を発揮するのは、医師同士が診療科の垣根を越えて患者の治療にあたる時、あるいは医師以外の様々な医療従事者との協同が必要なときであると考えられるが、このような水平合議型のチーム医療に関しては本判決の射程外となっており、本判決の射程は非常に狭いものと考えられるべきであろう¹⁶⁾。

(4) 「チーム医療」における真の問題は何か

結局、本判決はチーム医療における総責任者の説明義務について論じた初めての最高裁判決であるとはいえ、そこで論じられていることは「チーム医療」の法的问题を解決する指針となるようには感じられない。チーム医療に関する問題への真の解決にはつながっていないように思われるのである。それでは、何が真の問題なのであるか。また、「チーム医療」に関連する問題とは如何なる問題なのであるか。それを知るために、一度、視点を米国に移してみたい。

2. 医療機関の責任に関する検討の視点

—米国におけるチーム医療の法的问题を参考に

¹⁶⁾ 石田剛「演習」法学教室 342 号 138 頁は、平成 20 年判決の射程につき「水平合議型チーム医療との関連が問題になる場合にも及ぶのか、議論となりうる」としつつ、水平合議型に射程が及ぶ場合の法的処理について論じている。

米国においても、当然のことながらチーム医療は重要な役割を有しているが、「チーム医療」の法的問題に関する独立した議論はなされていないように感じる。むしろ、チーム医療の問題の多くは、「病院」の責任の問題に吸収されているように感じる。そこには、わが国とは異なる、米国の医療制度、とりわけ医師と病院の役割分担というものが存する。

米国の医療の伝統は、それぞれの医師が複数の病院において、病院とは独立に医療活動に従事するという形式のものである。この形式はオープンシステムと呼ばれ、そこにおいては、病院は医師に仕事を提供し、医師は患者に病院を提供するという、医師と病院の共生的な関係が見出されていた。つまり、病院は、かつては、医療ではなくケアを提供するだけの存在と考えられていたのである。しかし、医療の科学的進歩により、医療実践の場としての病院が最新技術を提供する役割を担うようになってくるのに従って、医師と病院の関係にも変化が現れる。医師は、病院と独立した存在のままでも、患者の受入れ権限等の諸々の特権を有する、病院の医療スタッフとなることもある。このような医療提供体制の変化は病院に対する法的評価にも影響を与え、個々の医師の独立した責任のみが追及されてきた伝統的立場に対して、病院内における医療チームの責任を問うべく「病院の責任」の問題がクローズアップされてきたのである。

したがって、わが国の場合とは「チーム医療」の問題が生起してきた背景が大きく異なる点には注意しなければならないが、それでもなお、米国のチーム医療がどのよ

うな場面を問題としているか、また関連する問題が何であるかを知ることは、わが国の「チーム医療」の法的責任の今後を考える上で有益であると考えられる。そこで、以下に、米国のチーム医療に関する議論の舞台となっている「病院の責任」について、概観することとする¹⁷。

①「病院の責任」についての法律構成

i) 概観

—免責から代位責任、そして企業責任へ

米国において、伝統的には、病院や施設は慈善事業あるいは宗教的団体により運営され、そこでは専らケアの場を提供することに主眼が置かれていた。したがって、病院の設備を利用し独立した医療活動を行なう医師の行為について、病院は免責されるものと考えられていた。

しかし、その後、医療の発展とともに病院の役割が拡大するのに伴って、病院にも一定の責任を及ぼすべきであるとの考え方が支持されるようになる。例えば、1957年の *Bing* 判決¹⁸において、ニューヨーク州最高裁は次のように判示する。

「病院は患者の治療や医師・看護師の行為については引き受けておらず、医師や看護師が自己の責任の下で行動するのを仲介することを引き受けるにすぎない、という考え方は、もはや事実を反映するものではない。今日の病院は、その手術方法が明確に示すように、治療のための設備を供給する以上のことをしている。病院は、常時、固定給採用の医師・看護師・インターン、

¹⁷ 以下の記述の多くは、Barry R. Furrow, et al., *Health Law* 5th ed. West, 2004 に依拠する。

¹⁸ *Bing v. Thunig*, 143 N.E.2d 3 (N.Y. 1957)

それに経営・作業に関わる労働者といった多くのスタッフを雇用しており、患者に対し治療・療養費を請求し、場合によっては法的手段を用いて、そのような費用を徴収している。」

つまり、ここでは、病院の報償責任を根拠とした代位責任が、病院に対して課されているのである。このような、病院内の医療スタッフの行為に対する病院の代位責任という考え方は、次第に裁判所によって拡張されてゆき、ついには、病院の直接責任が認められるようになってゆく。

直接責任としての企業責任 (corporate liability) が病院に対しても課されうること示した、1965年のDarling判決¹⁹は、米国においては、非常に大きなインパクトを持って受け入れられた²⁰。この事件は、イリノイ州内の病院において、脚の骨折により病院の救急室に運び込まれた患者が、担当した医師の未熟な治療により膝から下の切断を余儀なくされたという、ある意味、単純な医療過誤の事件であった。しかし、患者側が、治療に当たった医師の責任を追及するのではなく、未熟な治療をなす医師を治療にあたらせていた病院の過失 (スタッフによる適切な監督の欠如)、看護師の経過観察義務違反、スタッフの監視・対応と看護師の報告義務違反、規則に

定める病院の義務違反等を主張し、病院の責任を追及したことから²¹、イリノイ州最高裁は、病院自身の義務の所在を検討する必要性に迫られた。また、病院自身の義務の問題が、共同体の注意義務の問題として捉えられることはもちろん、各種の規則 (規則、基準、内規) に関係することにも気付かされたのである。そして、結論としては、病院内での医療の提供に関して、管理者やスタッフが適切な監視・監督義務を有していることを認め、本件ではその義務を怠ったことに対する病院自身の直接責任を認めることとなった。

Darling判決が認めた病院自身の義務について、その内容をより一層明確化したのが、1991年のThompson判決²²である。この判決では、病院の義務の法的性質が企業責任の法理 (corporate liability) に基づくものであることが示され、また、病院の義務の内容が明確化された。そこで、Thompson判決において、裁判所が示した病院の義務の内容について見ておこう。

ii) Thompson判決によって示された病院の義務の内容

Thompson事件そのものは、交通事故に遭った心臓疾患のある患者を内科医が診察し、眼科医の手術・助言、循環器の医師に助言を受けたが、翌日の外科医の診断で神経病の兆候を発見し、神経科医のいる病院へ転院したものの、脳内出血による左半

¹⁹ Darling v. Charleston Community Memorial Hosp., 33 Ill.2d 326, 211 N.E.2d 253 (1965)

²⁰ Darling判決の評価に関しては、FOURTH ANNUAL HEALTH LAW COLLOQUIUM: OH, DARLINGS 40 YEARS LATER: THE LEGACY OF DARLING v. CHARLESTON COMMUNITY MEMORIAL HOSPITAL AND THE EVOLUTION OF HOSPITAL LIABILITY, Annals of Health Law, Vol. 14, Issue 2, Summer 2005 を参照。

²¹ 患者側は当初、医師と病院の両者を被告としていたが、医師に対する不起訴の合意 (covenant not to sue) により、病院のみに対する訴訟となったという経緯がある。

²² Thompson v. Nason Hosp., 527 Pa. 330, 591 A.2d 703 (1991)