安田火災記念財団叢書 No.19
昭和56年度版

医　療　と　法　律

―医療過誤をめぐる法律問題と被害者救済の諸問題―

慶應義塾大学法学部教授

中　谷　瑾　子　氏　講　演

財団法人 安田火災記念財団

医　療　と　法　律

—医療過誤をめぐる法律問題と被害者救済の諸問題—

慶應義塾大学法学部教授

中　谷　瑾　子　氏　講　演

財団法人　安田火災記念財団



本書は、慶応義塾大学法学部教授中谷瑾子氏のご講演（昭和57年3月18日安田火災海上本社ビルで当財団主催により開催）を収録したものです。

昭和57年3月

財団法人安田火災記念財団

もくじ

Ⅰ　はじめに…… 1

Ⅱ　医事紛争をめぐる法律問題…… 2

Ⅲ　いわゆる「医事法学」の形成と医事法領域における
新たな法理論の展開…… 8

1)　「医事法学」── 新たな理論の展開 …… 8

2)　患者の自己決定権と医師の説明義務 …… 9

3)　医療水準（lege artis）論の確立 …… 17

4)　期待権の侵害に基づく慰謝料請求権の法理…… 23

5)　その他，信頼の原則など …… 24

Ⅳ　被害者救済の諸問題…… 26

1)　医事紛争の増加と患者へのしわよせ …… 26

2)　被害患者の救済と医師賠償責任保険 …… 28

3)　医薬品副作用被害救済基金法と薬害患者の救済 …… 29

4)　西ドイツにおける新種患者保険の構想とその批判 …… 30

Ⅴ　おわりに ──まとめと若干の展望…… 34

I. はじめに

御紹介をいただきました中谷でございます。私は，昭和54年の７月に有志の者と相図り，医療をめぐる法律問題研究会を発足させましたが，後に触れますように，この問題は関わるところが極めて多岐にわたり，健康保険はもとより，皆様御承知のように損害保険とも深く関わっております。そこでこの安田火災の火災新種保険サービスセンター部賠償責任保険課の吉田課長にもその会員のおひとりとして参加していただきまして，保険問題についても勉強する機会がございました。また，その御縁でこの安田火災記念財団からのいろいろな御援助もいただいているわけでございまして，目下私どもは，「医療をめぐる法律問題研究会」で医師，あるいは裁判官，弁護士それに法学部・医学部の専任教員有志が，相寄り，相助けて研究を進め，医事法といった体系書を考えたり，あるいは，辞典を作成しようということで，一生懸命努力しているところでございます。

このような御縁で本日，本記念財団において若干のお話を申し上げる機会をお与えいただきましたことにつきまして，大変に光栄に存じ，かつ，厚く御礼申し上げます。

本日は，本記念財団の性格から考えまして，被害者救済の方法に関連させて保険の問題にも若干，言及したいと考えて準備を進めて参りましたが，都合によりまして十分な準備が整いませんでしたので，副題の方も多少，変更させていただいたわけでございます。

御紹介いただきましたように，私自身は専攻が刑法でございまして，医療問題についても，刑法的なアプローチで研究を進めて参りました。従って，保険問題等に触れます場合は，専門外のことでもあり，あるいは的はずれなことを申し上げたり，時としては，誤ったことを申し上げるかもしれません。その際は後ほど，皆様方から御指摘，御教示をいただくことができますならば，大

変幸でございます。

では，大体，レジュメに沿いまして，順次お話し申し上げて参りたいと思います。しばらくお時間をちょうだいしたいと思います。

Ⅱ. 医事紛争をめぐる法律問題

まず，医事紛争の動向を明らかにしたいと思います。医事紛争の動向とは，言うなれば医療過誤事件訴訟の激増，及びその要因という問題について考えてみたいということでございます。

近年になって，医療過誤訴訟，あるいは医事紛争が非常にふえてきました。特に，集団訴訟という形で社会問題化してきているということも皆様すでに御承知のとおりでございます。医療過誤に関する訴訟がふえて参りましたために，意識的に統計を出してみようと考えられたのは昭和44年頃からということでございます。

表— 1　医療過誤訴訟事件第一審訴訟係属数累年比較

年	訴訟係属数
昭和45年末	308
〃 46 〃	376
〃 47 〃	452
〃 48 〃	514
〃 49 〃	618
〃 50 〃	757
〃 51 〃	848
〃 52 〃	952
〃 53 〃	1,007
〃 54 〃	1,081
〃 55 〃	1,115
〃 56 〃	1,213

（最高裁判所民事局第二課事件係調べ　昭57.3.16）

お手許に，あらかじめお届け申し上げました資料の表－1を御覧になっていただきたいと思います。この表－1にあります，昭和45年末というのは，12月31日現在ということでございます。また，訴訟係属数と申しますのは，第1審の訴訟係属数でございます。訴訟係属数と申しますのは，裁判所に訴えを提起いたしましてそれが受理されたが，まだ，判決あるいは和解等による解決ができない，そのまま訴訟中であるという意味でございます。それが昭和45年の12月31日現在で308件であったのが，10年後の昭和55年12月31日現在では1,115件，昨年末には，1,213件となっております。昭和45年と申しますと，もう，すでに医事紛争がかなり多発するようになってからの数でございまして，これを基礎として考えましても，11年間で約4倍になっているということがわかるわけでございます。

もっとも，非常に激増したとは申しますものの，医療という特殊専門的な領域における紛争にもかかわらず，裁判所側にはこれを取り扱う専門の部はありません。裁判官も医療については素人でございますので，その審理等については，専門家の鑑定に俟つことが多いわけでございますし，裁判官御自身がいろいろ医療についての勉強をされて，それから判断を下さなければならないという事件の性質上，解決が困難なため裁判がどうしても長期化いたします。一般の，通常の訴訟事件の審理期間に比べまして医療過誤訴訟の審理期間は約2倍かかるというようなデータもございます。

新しく受け付ける数，これを新受件数と申しますが，年末の訴訟係属数つまり，未済件数に比べますと，新受件数はそれほど多くはない，つまり増加はしていないのですが，未済がたまるものですから，結局，毎年末の訴訟係属数はこのように多くなってくる，という事実を正確に受けとめる必要があります。

しかし，その点を十分考慮したといたしましても，医療をめぐる紛争のすべてが裁判所で争われるわけではありません。むしろ医事紛争の大多数は，訴訟

以前の段階で何らかの形で結着がつけられているのでございます。

例えば，民事事件として考えてみますと，医療サイド，医師・病院と，被害者，ないしは被害患者の家族との間の示談というような形で決済がなされることの方が多いようです。しかし，示談で済まされるのが一般の事件の場合とどのくらい差があるのかというような統計は，私の手許にはございません。しかし，刑事事件になりますと，非常にはっきりいたします。

刑事事件では一般の刑法犯の起訴率（御承知のように日本には，起訴猶予の制度というのがございます。欧米諸国では，通常犯罪の嫌疑がかなり濃厚であると考えられる段階になりますと，被疑者は起訴されてしまいます。これを，起訴法定主義と申します。これに対して日本の場合には，起訴するかしないかは検察官に委ねられている，いわゆる起訴猶予制度というのがとられております。従って，捜査機関によって認知された犯罪件数がそのまま起訴されるわけではありません。そういう形で起訴される率を起訴率と申しますが，その起訴率は一般の刑法犯についてみますと，65％ないし66％で，のこりの34～35％は不起訴その他の処分を受けることになるというのが一般でございます。更に刑罰を科される罪としては，刑法犯だけではなくて，特別法犯というのがあります。たとえば覚せい剤取締まり法違反などもその中に入るわけですが，この特別法違反罪の方が起訴率が高いものですから，刑事事件全体の起訴率をみますと，大体，88ないし89％が起訴されることになっております。

ところが，医療過誤に関する起訴率はと申しますと，これは10％未満でございます。90％以上が起訴されないで，起訴猶予，あるいは不起訴処分を受けているのでございます。この資料の表－1は民事事件でございますが，これも訴訟になるまえに示談その他当事者間の話し合いで解決された大多数の医事紛争の実数から見ると，実にその氷山の一角にすぎないのです。

そういう意味で医事紛争，あるいは医療過誤訴訟というものは，戦前のよう

に稀有な事例でなくて，日常的なものになってきた，我々の身近かなものになってきたということは事実であろうかと思うわけです。

このような医事紛争の増加に伴って，重大で解決困難な，しかも，従来あまり論じられなかった新たな法律問題が次々と提起されるようになりました。このような事態に対して，我が国では昭和44年（1969年）の12月６日だったと思いますが，医師と法学者らをメンバーとする，学際的な日本医事法学会という学会が創設されました。また，その後，医療過誤に関する研究論文，あるいは著書，判例集，「医療と法」といったような雑誌なども，急速に数を増すなど各界の対応もとみに整えられて，問題意識も次第に鮮明になりつつあるというのが現状ではなかろうかと思われます。ところで，このような医事紛争の激増にはそれなりの原因があると考えられているわけですが，それを指摘する多くの見解を概括しますと，大体次のとおりであろうかと思います。

第１に，医療の実情と，それ自体にある要因が考えられなければなりません。我が国では，昭和36年以降，御承知のとおり，国民皆保険制度が確立されました。それによって，医療機関の利用が被保険者の当然の権利として飛躍的に増大しました。しかし，これは一方では，医師と患者との信頼関係の希薄化につながります。何故なら，保険による診療を受けるということで，個人的な信頼関係を前提としない医療というものが行なわれるようになってきたからです。信頼関係が希薄化いたしましたために，患者の思いどおりの結果が得られないと，ただちに紛争に発展する土壌ともなりました。他面，被保険者である患者は，当然のこととして医療を安易に受けるようになりましたから患者が殺到いたします。いわゆる「３時間３分」ということが言われるようになりました。病院にいくと３時間も待たされて，診察時間はたった３分間でおわるという不満がずいぶん聞かれるようにもなりました。

医師は，患者が多数殺到するために問診診療，保健指導などに十分な時間をさくことができないようになりました。これも，医事紛争，医療過誤を醸成し

たということがいえるだろうと思います。

また，医療保険の診療収入としては，単純な診察だけでは低い点数しか与えられませんので，採算がとれませんから，医師としては自ずからできるだけ数をこなすようになります。従って医療行為数というのが飛躍的に増大するわけです。医療行為数が飛躍的に増大すれば，それに伴って医療過誤・医事紛争もそれに随伴するということになろうかと思います。

第2番目の要因としましては，薬剤や，医療器機の日進月歩の開発，これは誠に目ざましいものがございますけれども，これによって，従来は助からなかったような命も助けられるようになりました。

しかし，その反面，それは従来予測できなかったような未知の危険を孕み，これが，患者の生命，身体の侵害の結果を発生させたときは，医師の個人的過失を越えた被害者救済責任が問題になることもあり，スモンとかサリドマイドあるいは，未熟児網膜症の事件に見られるように，非常に大きな社会問題化して，新しい集団訴訟の形態での紛争が続発するようになりました。

これも比較的近年，昭和40年代以降に続発している現象のひとつだろうと思います。

3番目の要因といたしましては，医療の高度の専門化がかえって，全身的な健康状態の把握を困難にし，専門的には非常に細かく詳しく精密な診療をするけれども，しかし，全体的な診療が忘れられてしまう，全体的な健康状態に関する医療というものがかえって忘れられてしまうといったようなことがあります。

また，高度の専門化は，必然的に，チーム医療方式をとらせることになります。昔は，外科手術でも，ひとりのお医者さん，せいぜい2～3人のお医者さんが看護婦を使って手術をしていたわけですが，今日では多人数のチームによる外科手術が行なわれるのは，珍しいことではなくなりました。そのように多数の者が参画することになりますと，それだけ責任分担が明確にならなければな

らないわけですが，その責任分担が明確にされませんと，思わざるところにブラックホールができてしまい，思わぬ医療過誤が発生しがちになってきているということがいえるだろうと思われます。

第4番目の要因といたしましては，以上の医療サイドの要因に対して，患者サイドの要因として，民主社会における一般人の権利意識の向上が指摘されます。患者としては，医療サービスを受けることは権利であると考えますし，同時に，権利侵害が行われた場合に，昔のように，お医者様がやってくださった，お医者様が努力をしてくださっても患者は死亡した，これはやむをえなかったんだというように，あきらめたりしないで，そういう侵害があれば，必ず損害賠償，慰謝料の請求をするというような，そういう権利意識が今日ではかなりはっきりしてきたということが指摘されます。

これが，最近の医師と患者との間の信頼関係の減少と相まって，被害者の泣き寝入りを減らして紛争を増発させた要因であろうかと考えられます。

以上のような要因がありまして，やはり，医事紛争なり，医療過誤訴訟なりは当然に，必然的に増加する傾向にあるわけです。しかも，これら現存の問題が遂次，ひとつひとつ解決されたとしても，科学・医療・医薬の進歩というものが，次々と新しい方法なり治療なり薬剤なりを開発いたしますと，またそれに随伴して，今まで考えられなかったようなさまざまな結果を新たに発生させてしまうということがあるわけです。したがって今後医療が進歩すれば，必ず医事紛争，医療過誤が減るかというと，どうもそうではない，やはり，次々と問題が解決されても，また次の新たな問題が出てくるというような形で，やはりそう急速にこういう状況は終焉しないのではないかと考えられるのでございます。

Ⅲ. いわゆる「医事法学」の形成と医事法領域における新たな法理論の展開

1）「医事法学」—— 新たな法理論の展開

このような医療過誤，あるいは医事紛争等を通じて，いろいろな問題が法の領域でも提起されるようになりました。そこで，今までは考えられなかった医事法といったような新たな学問領域というものも形成されるようになりました。

昔から医事法あるいは，医事法制というような講座は医学部の講座の中にあったかと思いますが，その場合の医事法制というのは，医師法，医療法，あるいは伝染病予防法，結核予防法，母子保健法あるいは優生保護法，精神衛生法，薬事法，その他いわゆる医事，医療衛生に関する諸法規，諸制度を対象とした学問領域でありました。

しかし，先ほど申し上げましたような医療過誤事件や薬害事件の多発を契機といたしまして，これらをめぐる法律問題に対応するためには，単なる法理論（従来の民事責任論，あるいは刑事責任論といったような）あるいはそういう法解釈学だけでは不十分であることが痛感されるようになりました。

そこで，前に申し上げましたように昭和44年に「医事に関する法の研究を推進し，それにより国民の健康にして文化的な生活に貢献すること」を目的として日本医事法学会が創設され，医事法という新しい法分野が公認されるようになったわけです。この学会では発足以来，特に医師－患者関係についての研究にウエイトを置いた研究が行なわれて参りましたが，単に医薬に関する制度や仕組みを明らかにする以上の内容をもつものでございます。

そのような意味での医事法は，法的責任が民事法上の責任と刑事法上の

責任と行政法上の責任とに分かれるところから,民事法的，あるいは刑事法的，行政法的なアプローチを必要とすると共に，更に，結果が被害者の生命身体に関わるものでありますので，社会法，社会保障的な視座をも必要といたします。

同時にそれだけではなくて，生命の始まりとか，終わりあるいは死の概念，安楽死などの問題も研究の対象としています。このように医学の進歩は人類の発達にいろいろの問題を提起するだけに，医事法は，いわゆるバイオテクノロジーあるいはバイオエシックス（生命倫理）といったものとも深く関わりをもっているのです。そういう意味では医事法は，非常に壮大な学問領域であるということが考えられるわけでございます。

しかし，その対象も研究方法もまだ若い学問領域でございますので，形成途上にあるわけで，これからの研究の成果が大いに期待されるところでございます。

このように医事法学は，まだ若い学問領域で，いろいろな複雑な問題を抱えておりますけれども，その中から特に注目すべき法理論の若干を以下に御紹介しようというわけでございます。

2）患者の自己決定権と医師の説明義務

患者の承諾（自己決定権）と医師の説明義務の問題について少しお話申し上げたいと思います。

患者には基本的に治療に関する自己決定権があると考えられます。それは医師の説明というものを前提としての特定治療に対する本人の承諾という形で行使されようかと思います。

この患者の治療に対する承諾ないし同意というのは，民法上，契約の成立に重要であることに疑いはないわけですが，刑法上は「被害者の同意」という，犯罪を不成立にする要件のひとつとして従来から論じられて参りました。

特にドイツでは19世紀末頃からすでにこういう問題は長く論じ続けられて

きたところでございます。これに対して我が国では，古来「医は仁術」と考えられて，医師に対する絶大な信頼が寄せられてきたこと，患者自身の人権意識の薄弱なことなどから，患者の承諾，つまり，自己決定権と医師の説明義務については最近まではそれほど本格的な研究というものはなかったように思われます。

また，この点に関する裁判例も戦前は，わずかに1例を数えるだけでございました。その1例というのは，昭和5年5月の長崎地方裁判所佐世保支部の判決でございまして，子宮の周辺にできた腫瘍の摘出にあたり，患者の承諾を得ないで子宮そのもの，及びその付属物を摘出した事件で，説明を十分していないし，患者の承諾も得ていなかったということで，その治療は違法であると判断され，150円の損害賠償が認められております。

戦前の例としては，それが1例ぐらいです。ところが，昭和46年ごろから，この医師の説明義務，あるいは承諾というものを問題にした裁判例がかなり出てまいりました。

まず，承諾なしになされた乳腺摘出手術を違法として合計450万円の損害賠償を認めた裁判例があります。これは，若い女性タレントさんが左の乳腺炎の手術をするというので，左の乳房の摘出については承諾を得て手術を開始したが，いざ手術を始めてみると，反対側の方にもその症状があるのでとった方がいいという医師の判断で，両方摘出してしまったわけです。しかし，この場合は，御本人がまだ若い女優さんである，両方の乳房が摘出されたのでは非常に困るといったようなこともありまして，承諾なしにされたこういう手術というものは違法であるとして，東京地裁は昭和46年5月19日合計450万円の損害賠償を認めたわけでございます。

その次に，昭和48年の3月27日には，秋田地方裁判所大曲支部で，舌ガンに関する手術についても，ガンであったために本人には病名を知らせなかったので，本人は手術を希望しなかった，それにも拘わらず手術を行なったと

いうことで，これについても，損害賠償が認められているわけでございます。

この事件においては30万円が，損害賠償として認定されております。

その他いくつかのケースを挙げることができます。たとえば，精神病質治療のためのロボトミー手術を行なった。ところが，予想外に人格低下の後遺症を被ったということで，原告本人に対する3,800万円を上回る額の他に，妻とふたりの子供に対しても合計345万円という高額の損害賠償を認めた札幌ロボトミー事件というのが昭和53年にあります。

更に横浜地裁昭和54年2月8日の判決の事例では，交通事故にあった6歳の少年が，事故の手術の結果下腿部にケロイド傷が残りましたので，それを治すために皮膚移殖，皮殖手術を行なうように医師が勧めたわけです。父親はそれに賛成いたしませんでしたが，母親は医師の勧めに応じて，それじゃあお願いしますといって手術を受けさせました。ところが，その手術に際して化膿防止のためにクロロマイセチンサクシネートの点滴を投与したところその子供がショック死をしてしまったという事件では，最近では親権は，両親のいずれかが親権を単独行使すればいいというものではなく両親の共同行使でなければならないので，母親の承諾はあったけれども父親の承諾がなかったということを理由に，両親に対し合計1,800万円あまりの債務不履行及び不法行為責任が認められております。

このように注目すべき裁判例が相次いでおります。

また，裁判例としてそれが違法だということになったのではありませんが，現場のお医者様の間でかなり問題になっておりますのに，輸血拒否の問題があります。「エホバの証人」というキリスト教の一宗派（わが国では一般に，「ものみの塔」という宗派として知られている）においては他人の血液を受けると自分自身がなくなってしまうという考え方で，輸血拒否を行なうわけです。

かなり大きな交通事故にあった「エホバの証人」の信者が病院にかつぎ込

まれました。輸血をして手術を行なえば十分助かる見込みがある，ところが，このかつぎ込まれた人の奥さんも熱心な「エホバの証人」の信者で，どうしても輸血について承諾をしない。他の親類はぜひ輸血をしてでも助けてほしいと言ってるけれども，奥さんがどうしても承諾をしない。一方では奥さんの説得を続けながら，一方では輸血用の血液を用意して手術をして，最後まで奥さんの承諾を得られなかったために輸血することができず，結局その患者は死亡したというケースなどもあるわけです。

こういう場合にアメリカでは，裁判所による輸血許可命令というものを裁判所から受けるようになっている（宣告判決訴訟）わけです。本人の承諾がなくても裁判所の輸血許可命令を受けて（しかも裁判所は24時間中申請をすればそれが出せるような体制になっています），それで救済されるという場合があるわけですが，日本にはそういう制度もございませんから患者（ひいては家族）の自己決定権というものを尊重すると，こういうような場合にみすみす助かる命も助けられなくなるので，それでいいのかといったような問題もあるわけです。自己決定権を100％尊重しようとすれば，それでかまわないのだというふうに割り切ってしまうこともできるわけですけれども，果たしてそれでいいのかというような問題もあるわけです。

そういうことで，日本でも患者の自己決定権，患者の承諾あるいは，その承諾を得るためには医師には説明義務が課せられている。説明を十分しなかった場合には，仮りに承諾があってもその承諾は有効とはいえない。従ってその結果，悪い結果が発生した場合にはその説明義務を尽くさなかったという理由で，あるいは，得られた承諾は適法な承諾ではなかったという理由で医師は責任を問われるというようなことになるわけでございます。

ドイツでは昔からこの医師の説明義務，あるいは患者の承諾・自己決定権というものが論じられてきましたから，その範囲もどれだけの説明をしなければならないのか，すなわち，どういう病気の場合にはどれだけの説明をしな

ければならないのか，あるいはどれだけのリスクがあれば，それについて説明をする必要があるのか，逆にこのくらいのリスクなら説明する必要がないといったようなかなりきめ細かな議論が展開されてきております。いずれにせよ，その承諾というものに非常にウエイトが置かれておりますし，また，承諾を得ないで手術をした場合どうかということについて，立法で解決しようという提案などもあるわけです。

ドイツでは立法化は進められておりませんが，1974年のオーストリア刑法110条では「専断的治療」と題してそういう規定を置いております。その規定をちょっと御紹介申し上げますと，「医学の水準に合っているものでも，承諾を得ないで他人を治療した者は，6月以下の自由刑あるいは，360日以下の日数罰金に処する」とあります。

日数罰金という刑罰は，皆様方にはちょっと耳新しい方もおられるかと思いますので，説明申し上げます。わが国の場合罰金は，4,000円以上いくら以下，例えば業務上過失致死傷の場合は20万円以下，贈賄の場合は100万円以下，ポルノの頒布，販売，陳列の場合も100万円以下というように決まっているわけです。それは，富める者にも貧しい者にもすべて，ほとんど同じ額を科されることになります。

もとよりその一定の範囲内で裁量ということが行なわれますけれども，しかし，基本的な額は変わりません。そうしますと，例えば1万円の罰金でも貧しい人にとっては大変経済的な負担になる。ところが，お金持ちの人にとっては，1万円なんていうのは本当にお小遣い程度，あるいはお小遣いにもならないくらいかもしれません。そういう意味で，刑罰の個人に与える効果は，個人の資産その他経済的事情によってまるで違うわけです。それは法の下の平等の保障に関して，ノミナルな平等は保障されても実質的な平等という点から言うと問題があるわけです。そこで刑罰効果の実質的な平等を得るために富める者にも貧しい者にも同じくらいの痛みを与えようということで考え

られたのが日数罰金制なのです。この制度では罰金を責任に応じて一定の日数で示すわけです。この点では貧富の差によらず同一に決定されます。しかし，経済的に豊かな者，収入の多い者については，1日の罰金額というものの基準を高くするわけです。

その1日の基準は，ドイツの場合は2マルク以上1万マルク以下ですから，大体，1マルクを100円と単純に計算しますと，1日200円以上200万円以下という中で量刑されることになります。

オーストリアも同様の日数罰金制をとっておりまして，1日が，オーストリアの場合20シリングで，最高が3,000シリングになっており，その360日以下の日数罰金に処することになっております。

少し脱線しましたが話をもとに戻しましょう。オーストリア刑法110条第2項は,「行為者が，手術が遅れると患者の生命または健康が重大な危険にさらされると考えてその者の承諾を得なかったときは，あると思った危険が存在せず，かつ，必要な注意をはらえばそのことを知ることができたと認められる場合に限り，第1項によりこれを罰する。」と規定しています。つまり，遅れると生命が危ないという場合は本人の承諾を得ないで手術をしてもいいが，しかし，その危険が本当は存在しなかったとか，誤診であったという場合で，しかも，注意をはらえばその誤診をしないですんだはずだという場合には，処罰されるというのが第2項の規定です。

第3項は，行為者は，専断的な治療を受けた者の請求に基づいてのみ訴追する。つまり親告罪であるという規定になっているわけでございます。

これに対して，アメリカにおいて確立されたinformed consentの法理という問題があります。アメリカでは1960年に，カンサス州のネーサンソン対クライン事件という判決で初めて，このinformed consentの法理というものが細部にわたって詳細に論ぜられたといわれております。

それによりますと，医師は，患者の疾病に関するありとあらゆる事実を

完全に，かつ率直に説明することを義務づけられるというのがルールであるとされています。しかし，まだ1960年の段階では，医師に専門的判断の余地というものを残しました。医師が専門的な判断から，これは患者には知らせない方が絶対にいいと考えた場合には，あえて知らせなくてもよいと考えられておりました。ところが，1972年のワシントンＤ．Ｃ．のカンタベリー(Canthabury)対スペンス(Spence)事件，及びカリフォルニア州のコップス(Cobbs)対グラント(Grant)事件という二つの判例が出まして，それによって，医師の専門的判断というものは退けられました。お医者さんはありとあらゆる資料を全部患者に通告しなければならず，その通告に基づいて患者が判断をする。どういう選択をするか，その患者の選択に従った治療を行わなければならない。つまり，完全に患者の自己決定権の優先というルールが確立されたのです。

しかし，我が国では，なお，医師の裁量権を比較的広く認めるべきだという考え方の方が，医療当事者だけではなくて，法律家の間にも支配的であるといってよいように思われます。

一般的に申しまして，医学の専門知識に乏しい多くの患者は，全面的にお医者さんに治療を委ねるのが普通であり，また患者には，一般的に申しますと，正確にかつ客観的に自分の疾病に対する治療法を選択するだけの医学的な判断力もないような気がします。そういう意味で医師に広範な裁量権を認めるべきであり，かつ，それが患者の健康と幸せにつながるのだというのが日本の，いうなれば医療パターナリズムですが医師だけではなく法律家の間でもそういう考え方をする人の方が多いようです。法律家の中には，自己決定権を最優先するドイツ流の考え方をする学者も多少はいますけれども，数から申しますと少ないように思われます。こういう考え方は我が国の社会環境や国民意識のレベルを踏まえますと，それなりの合理性があるといっていいように思います。

ところが西ドイツでは，仮りに治療行為がそれ自体としては医療水準にか

ない，かつ，その治療あるいは手術が成功したとしても，患者の承諾が得られなかった場合は違法となり傷害罪が成立するというのが，ライヒ裁判所以来の判例になっているのです。

これは，もともと治療行為，あるいは医的侵襲（あるいは手術といってもいいかもしれませんが）は，傷害罪の構成要件にあたるが，ただ本人がその治療行為（手術を受ける，つまり，傷を負うこと）について承諾をしたということによって，その行為の違法性が阻却されて犯罪が成立しないという原則論から申しますと，結局ドイツの判例流の答えが出てくるのだろうと思うわけでございます。

しかし，このような問題については，やはりその国の国民の意識あるいは社会的な考え方とかけ離れた理論というものは取り入れられないのかもしれないというふうに最近では私も考えるようになりました。

また同時に，アメリカのinformed consentの法律の形成についても，アメリカの医療過誤訴訟の数が非常に多いということ，そして，損害賠償額が非常に高額化して，医師賠償責任保険の掛け金が非常に高額化していることを考えねばなりません。例えば，人によっては，保険料だけで年間数万ドル支払っている。特に外科医，あるいは麻酔医については保険料率が高いようですが，数万ドルに及ぶということです。これが大変医師の負担となって，それが医療費の高額化にはね返ってくるといったようなことも言われているわけでございます。

しかし，西ドイツでもアメリカでもそれが患者の人権保障，患者の自己決定権を保障する方法である，患者の人権保障のためにはこれがいいのだといいますけれども，それは一体，本音であろうか建て前であろうかということもちょっと考えてみる必要があるようです。と申しますのは，この点につきましては，次のようなデータがあるのです。

アメリカでは，1978年，つまり今から4年前ですが，法曹人口は44万人に

も達しています。

これに対して日本では，1981年8月20日現在で，弁護士が1万1,981名裁判官が2,761名，検事が1,173名だけです。合計いたしますと1万5,915人にすぎません。

これは，人口が日本の約2分の1の西ドイツの裁判官だけの数よりも少ない数にすぎません。アメリカの人口は日本の約2倍くらいだと思いますけど，そこで44万人の法曹人口があるということは，いかに多いかということがおわかりかと思います。

ですからアメリカの弁護士さんは，病院で死亡した患者が出ますと，すぐすっ飛んで行って，何か医療手続き上問題はなかったかと聞きにくるともいわれています。そういう形で，何とかして新しい理論構成をして訴訟にもっていこうとする傾向がないとは言えません。

そこで，医師の側としては，自分の裁量権を全部放棄して，全面的に患者の選択に委ねる，そういうことが，ひとつには，医師の防衛策でもあるのではなかろうかということも考えられなくはないのです。外国の法理論を理解し，あるいはこれを紹介するときは，やはりそれをその国の全体的な社会構造の中で評価し，正しく位置づけなければならないだろうということを，私はしみじみと思うわけでございます。

3）医療水準論（lege artis）論の確立

治療行為，とりわけ患者の身体に関する医的侵襲（Eingriff）は，客観的には傷害罪にあたるということはすでに申し上げました。

西ドイツの判例とは反対に，我が国の学説は一致して，それが主観的に治療を目的として，客観的に医療行為の技術的水準 ―― これをlege artis（レーゲ・アルティス）と申しますが ―― に合っているときは，たとえそれが失敗に終わったとしても傷害罪にはならないというように理解しております。

その詳細な理論構成について学説は，必ずしも一致しておりませんけれども（その詳細については省略させていただきますが），その不処罰の根底には，治療行為というものは「許された危険」である，すなわち，危険を内含する行為ではあるが，必要欠くべからざるものとして社会的に許されているのだという考え方，あるいは，治療行為は社会的に相当な行為であるということで違法性が阻却されるのだという考え方が根底にあろうかと思います。

問題なのは何が一体レーゲ・アルティスに合った医療と言えるのか，つまり，医学ないし医療の水準とは何かということに帰着するだろうかと思います。

この点については，従来司法実務においても法律学説においても，医学研究の最高水準と社会一般的な医療水準とを明確に区別していたかどうかについては疑問があります。今日ではマスコミが最新のかなり専門的な医学・研究上の情報をいち速く報道するようになりました。しかし，最新の医学情報が真に正しいかどうかということは，研究の成果というものが検証され，淘汰されて初めて学説として確立され，あるいはそれが水準的なものになるのだろうと思います。しかし，そうなる前に，いちはやく社会に報道されますと，その記事を読んだ記憶のある患者さんは，医学の水準はそこまで至っているのだから，その水準に合った治療を町の開業医もしなければならないというような要求をするようになります。

それは，ないものねだりになることが多いわけです。こういう時代に，最新最高の治療が医学水準であり，それが現実の医療の共有財になっていない段階でもそれを要求するのが患者であるとすれば，医療の現場にあるものとしては，不能を強いられる，ないものねだりをされることになって，これが医事紛争や保身医療を招来する要因ともなるわけです。

この問題について，未熟児網膜症の事例では特にこの医療水準論が取り上げられましたし，我が国で医療水準論を確立するのに非常に大きな役割りを

果たしたと思われますので，その点に関する資料の表－２を御覧いただきたいと思います。

表－２　未熟児網膜症判決一覧

出生児	児の生年月日	判決順	判　決　月　日	請求の認否	賠償額（千円）
1－1	昭42・4・6	②	長崎地判　49・6・26	棄　却	
1－2	42・4・6	⑤	福岡高判　52・5・17	控訴棄却	
1－3	42・4・6	⑬	最高３小判　54・11・13	上告棄却	
2	42・8・17	③	大阪地判　51・5・12	棄　却	
3	44・4・5	⑦	福岡地小倉支判　53・2・9	棄　却	
4	44・9・22	⑩	浦和地判　53・4・20	棄　却	
5－1	44・12・22	①	岐阜地判　49・3・25	認　容	15,187
5－2	44・12・22	⑭	名古屋高判　54・9・21	敗訴部分取消請求棄却	
6	45・2・11	⑧	那覇地判　53・3・27	棄　却	
7	45・10・9	⑥	静岡地判　52・6・14	棄　却	
8	45・10・26	⑥	静岡地判　52・6・14	棄　却	
9	45・10・27	⑨	高松地丸亀支判　53・3・31	棄　却	
10	46・1・10	⑥	静岡地判　52・6・14	棄　却	
11	46・2・4	⑰	名古屋地判　55・6・25	棄　却	
12	46・2・19	④	浦和地判　52・3・31	認　容	34,435
13	46・7・6	⑯	高松地判　55・3・27	認　容	6,600
14	46・9・28	⑫	釧路地網走支判　54・1・19	認　容	22,478
15	47・1・30	⑪	福岡地小倉支判　53・10・3	認　容	22,203
16	47・3・6	⑬	神戸地判　54・3・28	認　容	20,900
17	48・2・9	⑥	静岡地判　52・6・14	認　容	25,295

この表－2というのは，私が昨年眼科医学会で，卒後教育の一環といたしましてお話をさせていただきました折りに，未熟児の出生日順にケースを並べ換えて判決順とのつき合わせを作ったものでございます。

これで見ますと，判決を言い渡された第1のケースは，5－1，昭和44年12月22日生まれの未熟児のケースでこれが岐阜の地方裁判所で昭和49年の3月25日に判決が言い渡されまして，いわゆる未熟児網膜症による失明につき，眼底検査等の診断における遅滞，ステロイドホルモンの投与の遅滞，更には光凝固法の手術を目的とする転医の遅滞等において担当医師に過失があるのだということで請求が認容されまして，1,518万7,000円の補償を与えるべきだという判決が下されたわけです。

これは昭和44年生まれの子供でしたが，この第1回目に出た判決で請求が認容されましたので，これが医学界には大変なショックを与えました。それから，これは大変だということで，いろいろな法廷闘争なども行なわれるようになりました。

一方では，そういう防衛陣が張られましたし，他方では，そういう子供が失明した場合に訴えればあれだけのものがもらえるのかということで，未熟児を抱えた父兄がたくさん訴えを提起するようになって，集団訴訟に発展していったわけでございます。

その次に判決が出ましたのは，昭和42年4月6日生まれ，今まで問題になった裁判例に現れたものの中で1番早く誕生した子供の事例で，長崎地方裁判所で昭和49年の6月26日に判決が言い渡されておりますけれども，この事例では，いわゆる未熟児網膜症による失明につき昭和42年の臨床医間での医学水準においては，酸素供給が未熟児網膜症の発生原因となることを予見しないでこれを行ない，定期的眼底検査を実施しなかった医師に過失があるとはいえないといたしまして，請求を棄却いたしました。

こういう過程で常に一体どの段階で，この未熟児網膜症の治療法（眼底検

査を行なう，眼底検査の結果ステロイドホルモンを投与する，あるいは光擬固法という治療を行なうというようなことによって未熟児網膜症というものを救済することができるという，そういう治療法）が確立されたといえるのかということが非常に問題になったわけです。

これらの裁判例の中では，訴えられた（被告）側の医師も，その弁護人も非常によく勉強しますし，鑑定人となった医師の方々も非常によく勉強されまして，昭和35年頃からこういう問題に関する研究，報告，あるいは論文の発表，省令の発表等を一覧表にいたしまして，それが判決の中に出てくるというような状態でございます。

これをずっと見ていただけばわかりますように，大体昭和46年の春頃までに生まれた子供については棄却される，つまり，提訴が棄却される傾向が見られるようです。つまりその頃までは，まだ医療水準がそこまで至っていなかった，すなわち，光凝固法によれば，ある程度未熟児網膜症を治癒することができたとしても，それが一般の医師がそこまで認識をしていたといえないというような理由で医師に過失はなかったとされているわけです。これに対して昭和46年春以降になりますと，おおむね，医療水準として，そういうものについて知見をもたなければならず，自分で治療をすることができなければ転医する義務があったのだ，つまり，結果回避のためのあらゆる措置をとるべきであるにもかかわらず，それを怠ったということで，責任が問われるという傾向が見られるようです。判決順で並べますとよくわかりませんけれども，誕生順に並べてみますと非常によくわかります。

特に静岡地裁の判決，6番ですが，この静岡地裁の事件は集団訴訟ですから，45年10月9日生まれ，45年10月26日生まれ，46年1月10日生まれまでは請求が棄却されており，48年2月9日生まれの者についてはこれが認容されて2,529万5,000円の補償が認められたということになっているわけです。これで見ますと，これによって初めて日本で具体的に医療水準とは何

かということが論じられ，それがほぼ，こういう形でまとまった，確立されたといってよかろうかと思います。これは具体的なケースを通じて法の領域でそういう理論というものが確立されてきた，一つの大きな例ではなかろうかと思うわけです。

ただ，ここに二つ問題があると思います。一つは，医療サイドとしては，46年より前の段階では，まあまあ責任を免れることができるというのでこの医療水準がはっきりしたと，大変にありがたいことかもしれませんけれども，子供の側にしてみますと，生まれた結果としては目が見えなくなる，そういう結果は同じわけですから，それが生まれた時期を異にすることによって，目は戻りませんけれども，経済的な補償は得られるか得られないかで大変な違いになります。医師に責任はないといってそのまま放りっぱなしにされていいのか。その救済をどうするか。これはあとで述べます被害患者の救済の面で触れるつもりですが，そういう問題が残るわけです。

それからもう一つは，医療水準として，光凝固法なるものが確立されたとしてきているわけですが，一体光凝固法というのが未熟児網膜症の治療に決定的な治療法だったのか，これもまた疑問なのです。

未熟児網膜症に関するその後の研究によりますと，オーエンスⅠ型，Ⅱ型，混合型とあるそうです。Ⅱ型というのは激裂型，激症型といわれるわけで，Ⅱ型の場合は光凝固法を使ってもほとんど治癒ができないということが言われております。

アメリカの研究によりますと，現在では光凝固法はこういう未熟児網膜症にそれほど決定的な治療法でないとさえ言われているようです。

光凝固法を使って治癒したと考えられるのも，それは，自然に，放っておいても治癒した場合だろうとまで言われております。一体，医療水準というもの，裁判としては一応こういうもので確立されていますけれども，実際にこの医療水準論といわれたものが果たして水準として認めていいのかどうか，

実質的な検討は，また更に課題として与えられるのではないだろうかという問題があるわけです。

なお未熟児網膜症については，その訴訟の経緯あるいは評価等についてはたくさんの研究論文が発表されておりますので，詳細はそれらを御参照いただきたく思います。

4）期待権の侵害に基づく慰謝料請求権の法理

第4番目は，期待権の侵害に基づく慰謝料請求権の法理ということでございます。これも非常に，ごく最近現れた法理でございますので一応御紹介申し上げようと思うわけです。

もともと期待権というのは将来，一定の事実が発生すれば一定の法律上の利益を受けられるであろうという期待をもつことができる地位，たとえば，相続開始以前の法定相続人の相続権がそれにあたるとされています。被相続人が死亡すれば法定相続人としては遺産相続の権利というものが得られますが，しかし，内容はまだ確定していない，そういう相続開始前の法定相続人の相続権，あるいは停止条件つきの贈与契約をしていた者のもつ条件つきの権利などを「期待権」と申しますが，元来，その侵害が，民事法上ただちに損害賠償請求権の根拠となるとは考えられておりませんでした。

ところが昭和52年の3月29日の福岡地方裁判所の判決によりますと，妊娠中絶のあと原因不明で死亡した患者のケースについて，医師の診療上の懈怠と患者の死亡の間に因果関係があるといえないが，そういう因果関係が認められないときであっても，ある不法行為の一つあるいは数個がなければ，ある結果も生じなかったかもしれないという蓋然性がある場合には，十分な患者管理のもとに診察・診療をしてもらえると期待していた患者が，その期待権を裏切られたことによって予期しなかった結果が生じたのではないかという精神的な打撃を受けたときは，期待権の侵害を理由に慰謝料の請求が

可能であるというように判決文は述べているわけです。

本件は控訴中でございまして，それがその後どうなったか確認しておりませんけれども，因果関係が認められないということをむしろ前提としながら，なお期待権の侵害として慰謝料の請求を認めたという点で非常に注目されるものがあります。

これが1件ですと，希有な例だと言うことできますけれども，その後，大津地方裁判所の昭和55年10月13日の裁判例でも同様な法理で期待権の侵害を理由に慰謝料の請求というものを認めています。そういう意味で，これから，こういう法理がどういう形で展開されるか，しばらく注目しなければなりませんが，こういうような新しい法理というものが医事法の関係で出てきているということにも注目したいと思います。

5）その他，信頼の原則など

その他いろいろ申し上げたいことがいくつかあります。たとえば「信頼の原則」というのがございます。これは，原則的には交通事故の場合に適用される原則でして，交通関与者は，他の交通関与者が交通規則その他の交通秩序を守るであろうということを信頼するのが相当な場合には，たとえ，他の交通関与者の不適切な行動のために結果を発生させたとしても，それに対しては責任を負わないというルールだと言われています。

たとえば，カーブで正面衝突をした。ところが一方はちゃんとセンターラインの中側を走っていたのに，相手側がセンターラインを越えて走ってきたために衝突事故を起こした時に，センターラインを越えて走ってきた方が死亡して，ルールを守っていた方が助かったという場合，仮りに死亡事故であったとしても事故についてはそのルールを守って走っていた方には責任が問われないという，いうなればこういう理論です。

こういう問題を医療過誤等についても適用できるかどうかという問題があるわけです。たとえばチーム医療の場合に，医療チームの誰が結果に対して責任を問われるのかというので，医師なのか，看護婦なのか，または執刀医なのか麻酔医なのかという，そういう問題がございます。

それについていろいろな意見があります。たとえば，千葉大学の採血ミス事件というのがあります。これは，実際，看護婦が操作を誤まって，吸引と噴射の両機能を有する電気吸引器を用いて供血者から採血するにあたってその操作を看護婦に担当させて採血を行なったところが，その装置を陰圧に作動すべきところを誤って陽圧に作動させたために，多量の空気が静脈内に流入して，そして空気栓塞による脳軟化症によって供血者が死亡したという事例です。この事例では，看護婦だけでなく，医師にも責任があるとされて，医師と看護婦の責任分担ということは認められませんでした。ところが，いわゆる北大の電気メス誤接続の事件においては，このことが認められました。

これも手術に際して使用する電気メスの接続を誤ったためにその患者の患部にやけどを起こして，大変重症の障害者になってしまったという，そういうケースです。

この場合，北大という大病院で，執刀医と手術室の管理をする者とでは完全に役割り分担があったということで，その電気メス等の手術室の器具設備等については看護婦の方に責任があるのだということで，看護婦の責任だけが問われて執刀医及びその監督をした医師達については責任は認められないとされました。

これはまさに，信頼の原則といいましょうか，執刀医はもっぱら治療を行なうことに専念すればいいのであって，器具等の管理については手術室担当の者に責任があるのだとされ，責任は明らかに分担されているのだから，その分担している者の単純過失まではこの医師に責任はないとされたのです。

本来交通事故に用いられる過失限定の法理である「信頼の原則」の法理を

患者と医療サイドとの間について適用できるのかどうかは，かなり問題があります。

ドイツの学者では，両者はちょっと場面が違うのだと論じている学者もいるわけですけれども，一応，患者と医療サイドではなくて医療サイドの中で誰が責任を分担するのかという形で信頼の原則という法理が用いられているということも，これも最近出てきたものとして注目に価するものがあろうかと思います。

その他にもいろいろありますけれども，省略させていただきます。

Ⅳ. 被害者救済の諸問題

1）医事紛争の増加と患者へのしわよせ

医事紛争の増加ということは，一方で被害患者の救済に役立つわけです。紛争によって補償が認められる，それによって被害患者が救済されるということになるわけですが，他方，多額の金銭的負担を負わざるをえなくなった医療は，次第に保身医療になりつつあるということも指摘されております。

つまり，紛争に巻き込まれることを恐れて危険な治療はできるだけ避ける，最近の開業医の方は少し重症な，問題のある疾病になりますと，転医を勧める，大病院に送るということが行なわれているようでございます。

そのために，ある種の患者の診療を体よく拒否するという，いわゆる消極的な保身医療といえるようなものがあります。また反対に，治療に落度があったという非難をかわすために，ありとあらゆる措置，必要でもない検査までも行なう，これを積極的保身医療と申します。つまり想定できる病気のため検査はすべてやったんだぞといえばあとでエクスキューズがきくけれども，この検査をしなかったといって責められてはかなわないからということで不

必要なことまでやるわけです。

アメリカでは紛争の多発と賠償額の高額化のために医師賠償責任保険の保険料が我が国とケタ違いなものになったということについては先ほども申し上げました。それが結局医師の生活を圧迫し，医療費値上げの要因になっているといわれております。そうでなくても，積極的な保身医療が一般化しますと，それだけでも患者は不要な検査をされることになりますから，非常にそれで苦痛を味わうことになりますし，また，国民は必要以上の医療費の支払いを義務づけられることになるので，そういうダブルパンチを食うということになってしまうのです。

消極的な保身医療はまだマシかということですが，これも，本来引き受けてもらえればそこで治療ができたのに，恐いものだから手を出さないでたらい回しにするということになりますと，容易に，かつ適時に治療を受ける機会が失なわれることになり，そういう点でやはり好ましいと思えません。

こういうような保身医療へかり立てる医療の現状を改善する総合的な検討がどうしてもなされなければならないだろうと思います。

あまり医事紛争が増発いたしますとお医者さんは恐いものですから，なるべく被告席にすわらないようにしようとするわけです。

被告席にすわっても，裁判官が医療に詳しければ，本当に責任のあるものと，ないものとちゃんと峻別してくれるわけですが，裁判官もよくわからないからそこで医師として思わざる責任を課せられる場合があるわけですね。

刑事事件でもそういうケースがあるようです。こういうケースはむしろ控訴すればよかったのにと私は思うのですが，お医者にしてみれば，何年もかかって，そして医師の業務上過失致死傷の場合ですと，せいぜい罰金3万円とか5万円とかですから，5万円ならこれ以上争っていやな思いをするくらいならこれで我慢した方がいいということであきらめてしまうようです。そ

のためにかえって医師の方の責任も，曖昧になってしまうということもあるわけです。

そういう意味では，医療側の責任の有無帰属というものを明確化する方法と制度がやはり法的に確立されなければならないのではなかろうか，それがひいては保身医療というものを避ける一つの有力な方法になるのではなかろうかと私は思います。

とりわけ，そういう意味では鑑定制度などももっと吟味される必要があるのではなかろうかと思います。

2）被害患者の救済と医師賠償責任保険

我が国でも医事紛争の多発を契機として，日本医師会，病院協会において，医師賠償責任保険というものが発足いたしまして，加入医師は過失が認められる限りその認定によって保険が給付されるようになったわけですから，医師の賠償能力はそういう意味では大幅にアップされ，それだけ被害患者の金銭的な賠償というものは容易になったといえるかと思います。

しかも，一般の場合と違って医療過誤事件における過失の認定，たとえば医療過誤訴訟でも不法行為という理論構成をする場合と，債務不履行という形で請求する場合と両方あります。それぞれ一長一短がありますけれども，仮りに不法行為ということで構成する場合であっても医師に過失が認められることについては，患者側に立証責任があるといっても，その立証責任というのはかなり緩和されております。

そういう意味で，医師に過失が認められる限りは，保険金給付によってある程度の損害は，填補されることになります。しかし，あくまでも損害賠償責任保険ですから，過失の認定が必要です。医師に過失が認められない限りは保険給付はなされません。被害患者の救済は不十分なものになってしまいます。

医師としては患者をできるだけ救済したいと思うでしょうが，しかし，患者を救済しようと思えば自分の責任を認めなければならないというジレンマに陥ることになります。ドイツでもそういうことが問題になっているようでございます。

そういうことから，医師としては自分の非をなるべく認めたくない，患者としても自分に賠償責任をとってもらいたいということでギャップが出てきますから，医師患者関係というものの信頼関係が損なわれることが多くなってくるわけです。

そういう意味で，あとから申します新種保険みたいなものを考えられないかということが一部には提案されているわけです。

3）医薬品副作用被害救済基金法と薬害患者の救済

我が国では，医薬品副作用被害救済基金法というものが54年に制定，施行されました。最近，特にサリドマイドとかスモンなど，薬害関係が社会問題化しておりますけれども，これに対応するためにできた，この医薬品副作用被害救済基金法は，その第1条によりますと医薬品の副作用による疾病，廃疾または死亡に関して，医療費，障害年金，遺族年金その他の給付を行うことにより，医薬品の副作用による健康被害の迅速な救済を図ることを目的として制定，施行されたものでございます。

これによって，薬害について賠償の責任を有する者があることが明らかになるまでは，この基金による救済を受けることができることが可能になりまして，被害者救済の面から申しますと，画期的な役割りを，この基金法は果たしているのではなかろうかと考えるわけです。

こうしてみますと，戦前に比べますと，医療行為による被害患者の救済のための制度はかなり整備されつつあるということがいえます。しかし，医師に過失が認められない，また薬害ともいえない，治療行為による被害者，

例えば，昭和46年の春より前に生まれた未熟児網膜症患者の場合を考えますと，何ら救済されないのではなかろうかという問題が残ることは先ほども申し上げたとおりでございます。

あるいは，未熟児網膜症のケースについては，ある程度の手が打たれたといたしましても，また，新たなそういう事態が発生した場合の被害患者の救済はどうかということがやはり問題になろうかと思います。それに対応するためには，スウェーデン方式，つまり医療サイドの過失を前提としない社会保障方式の保険というようなものが考えられるわけです。

つまり，医師の過失の有無を問わないで，一定額の人的な損害までは保険により，填補される制度というものが考えられなければならないのではないかということでございます。

4）西ドイツにおける新種患者保険の構想とその批判

西ドイツでは，現在でも有責主義が支配的でございますから，あくまでも過失責任を前提とする賠償責任保険ということになっているわけですけれども，やはり，こういう被害者救済といった面から，災害保険の例に準じて患者の身体上の損傷のみに着目した特別の保険を作ったらどうかというような構想は考えられているわけでございます。

先ほど申し上げましたスウェーデンの保険法というのは，1975年1月1日に施行されましたスウェーデンの患者保険で，そこではすでにそういう構想のもとに運営がなされているわけでございますが，ドイツでも，これに類似した構想を立てて，それを進めたらどうかという見解もあるわけです。

その要旨を見ますと，まず第1は，保険の対象は，医療，検診その他失敗した治療措置の直接的結果として生じた身体上の損傷とする。ただし，以下の医療傷害は除く。

A，医学上の措置の自然的な結果，または高度に蓋然的な結果であって，

医学的見地から必要と見られ，または一般に受認されているもの。

B，救命のため，または十分な注意を払わず，または欠陥ある医療材を使用して，重大な手術行為から生じたもの。このようなものは補償しないということです。

あるいは不正確な方法，欠陥ある器材の使用，または誤った，もしくは不十分な診断に基づくその他の措置の結果として生じた検査の失敗に起因するものといったような，一定の除外事由を認めますけれども，とにかく医療，検診その他失敗した治療措置の直接的結果として生じた身体上の損傷を保険の対象とするということ。

それから，保険契約者は，つまり保険料支払い義務者は，医師，あるいは主任医，または病院。被保険者は，患者。保険料の算定は，医療経費の千分率で行なうのか合目的だとされております。

それから保険の適用は，損傷が，就中，社会保険給付によってカバーされない限りにおいて行なう。要するに，何らかの形で補償される限りでは，こういう患者保険ではカバーしないけれども，何にもカバーするものがなかった場合に初めて，新種患者保険というものがそこに出てくるのだということです。

更に，この患者保険では，慰謝料請求権は認めない。あるいは，給付に限度を設けることが必要だとかといったような，そういうことを認めますが，要するに，いろんな社会保障のいろいろな方法の谷間にある，残されたそういうものを救済するための一つの保険というものを考えてみたらどうかということです。

しかし，こういう提案についてはドイツではあまり賛成者はいないようです。まだ現実化されていないと思います。というのは，ドイツでは健康保険その他社会保険が非常に普及しております。公的な保険だけではなくて私的な保険もずいぶんたくさんあります。

それによってほとんどがカバーされてしまって，カバーできないものはほ

とんどないから，こういうものを作ったとしてもあまり意味がないだろうというのがその結論のように思われます。

日本でもこういう保険のようなものを新たに考えることができるかどうか，検討される必要があろうかと思います。しかし，こうなりますと，無過失責任保険ということになりますので，賠償責任保険というよりは社会保障的な意味あいをもった保険ということになるわけです。

ただ，こういうものについても，こういう制度があれば担当医師と患者との関係は，問題が生じても現在より合理的で人間的な関係に改善されるであろうという指摘もなされております。

そういう意味で，患者と患者との関係の改善のため，あるいは被害患者の救済のためにも，やはり一応は検討してみる必要があるのではなかろうかと，私は，考えてみたわけでございます。

この医療と法というものをいろいろ考えてまいりますと，どうしても医療制度というものを除外しては論じることができないのではなかろうかと痛感いたします。

医療制度に関しましては，高度経済成長下で進められた社会保障給付の拡充，あるいは医療保険システムの拡充が日本でも実現いたしました。その結果，保障という点では，かなり行き届いたものができてきたと考えられますが，経済面では，国民所得の伸び率を大幅に上回る伸び率を示す医療費の問題，これが大変な問題になっております。

医療費は毎年15％ずつ上昇しているといわれておりますが，これは，高齢化社会の出現ということを計算に入れない伸び率だそうで，そういうことを考えますと，もっともっと医療費の上昇率は高くなるのではなかろうかとも予想されます。そのうち，やがて我々，給与所得者にとっては，３分の２は税金と社会保障の負担費になって，手にできるのは，３分の１ぐらいになるのではなかろうかというようなことも言われているくらいでございます。

そこで今日では，医療システムの抜本的な手直しを迫られているのではなかろうかということも言われております。そこで，あるいは御存知の方もいらっしゃるかと思いますが，西ドイツで，1977年にその点について少し手始めにやり始めたことをここで簡単に御紹介したいと思います。

西ドイツでは，医師と製薬メーカーの猛反対を抑えて，疾病基金支出抑制法というものを作りました。わかり易くいえば，医療費抑制法です。これはＫＶＫＧという略語で呼ばれております。これがどういう形で医療費を抑制しているのかと申しますと，まず，第１には，同じ種類で同じような効果のある薬品名の一覧表を作成いたしまして，薬価をガラス張りにして医師に安価なものを処方させるように，「透明リスト」というものを作っております。それによって医療費を抑制することになります。

第２番目には，些細な健康障害に対して処方された医薬品で保険支払の対象にならないものを「ネガティブリスト」として掲げております。このリストに挙げられた医薬品については，保険給付の対象にならない。軽微な健康障害については保険給付からはずすということになります。風邪をひいた，あるいはちょっとした切り傷でお医者さんへ行った。この程度のものは，自分で払ってもあまり痛みもないから，この程度は自弁でもいい，ただし，重症になった場合は，健康保険とかその他の保険でカバーしてもらいたいと私どももよく思いますが，軽度の疾病の場合はそれを支払わないというだけでも医療費というものはある程度抑制することができるわけです。第３番目に，一定の限度額を越えて医薬品を処方した場合は，その医師は，医療報酬からその額を控除されてしまうという，「医薬品最高限度額」というものを決めたわけです。

こうなりますと，薬づけというような現象は見られなくなります。このような医療費抑制のためのある手だてを講ずることは，なかなかいろいろな業界の了解を得なければなりません。西ドイツでも，さすがに，医師も製薬会社も

大変反対しましたのを無理矢理抑えつけまして，そしてこういう法律を制定して，施行しているわけです。医療制度論になりますと，たくさんの問題を抱えておりまして，それに対して，法は，どう関わっていくのかという大きな宿題が私どもには出されているように思われます。

V. おわりに —— まとめと若干の展望

以上，縷縷申し上げましたけれども，最後に若干の展望をさせていただいて終わりにしたいと思います。医療を取りまく科学技術の進歩というのは，非常に目ざましいものがあります。従来，社会問題化して争われてきた諸問題というのは，やがて次々にある程度解決されますことは可能でありますけれども，しかし，そのすべてが解決されえたとしても，今後また，新しい研究は，更に別の未知の病気を副産物として招来するかもしれません。

未熟児網膜症というものが，未熟児保育の飛躍的進歩に伴って，生じた問題であると考えますと，そういうことが当然考えられるわけでございます。病気ではなくても，医学の進歩が新たに法の対応を迫るものも多いわけです。例えば，私は専門ではございませんので確定的に申し上げられませんけれども，試験管ベビーが，我が国でも不妊症対策として現実に行なわれるといたしますと，人工授精児の場合に類した問題が出てくる他に，一体母親は誰なのかという問題が出てきます。昔から，父親は母親だけが知っていて，父親はわかるが本当に自分の子供かどうかわからないということ言いますが，少なくとも，母子関係は出産という事実によって確立するということは疑いのない事実として認められてきました。ところが例えば，胎芽を，卵子提供の自分以外の女性，これをホステス・マザーと申すそうですが，そのホステス・マザーの体内（子宮）に移殖して分娩したという場合に，一体，生まれた子の母親は，卵子の提供者なのか，自分の子宮で育てた方が母親なのか，というようなこと

も問題になるわけです。いよいよそういう問題が現実的になりまして，クローン人間の誕生の可能性とか，あるいは遺伝子の組み換えとか，そういう生命科学の進歩をみますと，更には先ほど申しましたように，いつから生命が始まるのか，試験管ベービーの話とか受精卵，受精の瞬間に生命の誕生があるのだと，1981年7月9日のアメリカの上院の司法委員会の三権分立問題小委員会で認めた法案などを考えますと，その時から人の生命が始まるのかどうか，そうしますと，試験管の中で育てることができますと，その間にそれをつぶしたりしたら，殺人になるのかという問題も生じてきます。

そういう問題，あるいはいろんな研究について一体，研究の限界なるものについても司法的な介入が必要なのか。いわゆるガイドラインが必要なのか。医と法，更には倫理といったような問題がいろいろ関連がありますので，医療をめぐる法律問題は複雑な様相を呈することになりそうです。

人間社会の進歩に対して対応し，かつその方向を誤らないようにするためにも，法律学が単に現行法の条文解釈に終わることなく学際的な研究を深め，法律学を人間の学として正しく位置づけるためには，どうしても地道で地味で長期的な研究を続けることが望まれるような気がします。

そのために，私も法律家のはしくれとして，できる限りの努力をしたいと思いますけれども，特に医療制度その他につきましては保険業界の皆様方のお力添えがどうしても必要でしょうし，それが日本の将来のために大きな貢献をなさることになるのではなかろうかと思い，皆様方の御活躍を期待し御援助をお願いしまして，私の今日の拙いお話を終えさせていただきます。

御清聴ありがとうございました。