

心身障害児の専門病院の医師が、患者の両親に対し、遺伝性の難病に罹患する子供の出生の危険性があるのに、その説明を怠ったとの事実を認定し、病院を開設する社会福祉法人に患者の両親の出生の判断に関する自己決定に不当な影響を与えた精神的苦痛につき賠償が命じられた事例

—— ロングフル・バース事件 ——

岡 林 伸 幸

東京地方裁判所平成一五年四月二五日判決（損害賠償請求事件、平成一三（ワ）二四七八三号、一部認容、一部棄却（控訴）…判時一八三三号一四一頁）

【事実の概要】

原告Xらの子Aは、平成四年一月二六日に出生したが、眼振を伴った運動遅延がみられたため、平成五年六月二三日から、社会福祉法人である被告Yの開設する心身障害児総合医

療養育センター小児科においてB医師の診察を受けていた。

B医師は、同年七月一三日の受診時にXらに対し、Aがペリツェウス・メルツバツヘル病（以下「PM病」という）に罹患している可能性又は良性の眼振の可能性があることを説明した。Xらは、B医師及び耳鼻科のC医師に対し、平成六年一月八日のAの診察時に「次の子供を作りたいが大丈夫でしょうか。」との質問をしたが、B医師は、Xらの家族にAと同様の症状を持つ者がいないことを確認した上で、「私の経験

上、この症状のお子さんの兄弟で同一の症状のあるケースは
ありません。かなり高い確率で大丈夫です。もちろん、A君
がそうであるように、交通事故のような確率でそうなる可能
性は否定はしません。A君の子供に出ることはあるが、兄
弟に出ることはまずありません。」と説明した。その後、平成
八年七月一三日にXらの次男が出生したが、健常児であった。
そして平成一一年一〇月二〇日にXらの三男Dが出生したが、
PM病に罹患していた。

そこで、Xらは、Yに対し、療育センターの医師がPM病
が典型的には伴性劣性遺伝の形式をとり、その場合、男子に
二人に一人の確率でPM病の子が生まれ、女子に二人に一人
の確率でPM病の保因者の子供が生まれる危険性があるにも
かかわらず、その説明をしなかったとして、慰謝料のほか、
介護費用・介護に要する家屋改造費等の賠償を求める本訴を
提起した。Yは、説明義務違反を争うとともに、損害に関し、
Dの出生自体を損害と評価することは生命の尊厳を無視する
もので公序良俗に反し許されないなどと主張して争った。一
部認容、一部棄却（控訴）。

する重大事であって、本来的に夫婦が自らの権利と責任にお
いて決定すべき事柄であることはいうまでもないが、本件に
おいては、……Xらは、PM病の疑いがある重篤な障害を負っ
たAを抱えており、既にAの介護及び養育において重い肉體
的、精神的及び経済的負担を負っていたのであり、その後、
第二子以降の子供がAと同様にPM病に罹患して出生するか、
健常児として出生するかは、Xらの生活にとって極めて深刻
な問題であり、Xらの切実かつ重大な関心事であったことは
明らかである。

そして、XらのB医師に対する本件質問は、Aの診療行為
と全く関係しない事柄として行われたものではなく、出生す
る子供のPM病罹患の有無という点において、Aの診療行為
と密接にかかわる事柄であったといえるし、……B医師は、
PM病についての専門的知識を有し、PM病に罹患していた
Aを始めとする児童の診療に当たっていた者であるから、本
件質問に対し、説明を行うべき者として相応しい者であつた
と認められる。

……Y療育センターの事業内容、B医師の出生相談につ
いての役割の認識、B医師が本件質問についての説明を拒否す
ることなく応じていること、Xらの生活にとって、本件質問

【判決理由】

「Xらの本件質問は、…Y療育センターにおけるAの一般診
療の際に行われたものであり、患者ではないXらとYとの間
に、診療契約が締結されていたとは認められないし、本件全
証拠によるも、Yにおいて、Xらの本件質問に対し説明を行っ
ていたことに関して診療報酬を取得していたとは認められな
いから、Yが、本件質問に対して説明を行う診療契約上の義
務を負っていたということではない。

……しかしながら、……Y療育センターは、在宅の心身障
害児等に対する相談をその事業内容の一つとしており、B医
師は、患者児童及びその家族に対するカウンセリングや出生
相談を行うこともY療育センターの医師としての役割と認識
しており、そして、Y療育センターにおいては、患者児童の
両親からの出生相談について、患者児童の担当医師が、患者
児童の診察の際に対応していたのであり、また、……B医師
は、Xらの本件質問に対して、回答を拒んだり、遺伝相談等
の別の機会に詳しく説明したいなどの留保を一切付けないで、
Xらの本件質問に応じて説明をしたものである。

……ところで、夫婦が、どのような家族計画を立て、何人
の子供をもつけるかは、まさにその夫婦の人生の在り方を決
定する重要な要素であり、Xらの本件質問は、B医師は説明者
として相応しい者であったことを総合考慮すると、B医師は、
Xらの本件質問に応じて説明を行う以上、信義則上、当時の
医学的知見や自己の経験を踏まえて、PM病に罹患した子供
の出生の危険性について適切な説明を行うべき法的義務を負っ
ていたといふべきであり、Xらに対し、不適切な説明を行っ
て誤った認識を与えた場合には、説明義務違反として、不法
行為責任を負つて考えられる。」

「B医師の説明は、Xらの立場にあつたのが一般常人であつ
たとしても、次の子供にPM病に罹患した子供が生まれる可
能性は低いという認識を与え、PM病に罹患した子供が生ま
れるのではないかという親の不安をかなりの程度解消するも
のであつたと認められるのであり、かかる説明は、……平成
六年一月八日当時の医学的知見及びAのPM病の発症原因
が特定されていないという当時の状況からすると、Xらの第
二子以降にPM病が発症する危険性は、出生児が男子であれ
ば、相当程度あつたと考えられるから、不正確な説明であつ
て、Xらに対し、次の子供にPM病に罹患した子供が生まれ
る可能性は低いという誤解を与えるものであつたといわざる

を得ない。そして、…… B 医師は、信義則上、当時の医学的知見や自己の経験を踏まえて、P M 病に罹患した子供の出生の危険性について適切な説明を行うべき法的義務を負っていたというべきであるから、本件質問に対し、不正確な説明を行って、X らに誤解を与えた B 医師には不法行為としての説明義務違反が認められる。」

「B 医師は、X らとの間に、診療契約を締結して、診療報酬を取得した結果、本件質問に対し適切な説明を行うべき義務を負っていたのではなく、信義則上認められる説明義務を負っていたにすぎないのであって、このような説明義務を怠ったことによる責任の範囲は、自ずから限られると解すべきである。」

……そもそも、本来健常児として生まれるべき者が、妊娠中の薬物投与、傷害、医療事故等によって、障害を持って出生し、本来あるべき健常状態と比較して負担するに至った介護費用等を損害として賠償請求する場合などと異なり、D は、同人が今ある姿、すなわち P M 病を発症すべき状態ではなくては、この世に生を受けることのできなかつた存在であるところ、かかる D の出生に伴って、X らが事実上負担することになる介護費用等を損害と評価することは、D の生をもって、

積極損害について、B 医師の説明義務違反と相当因果関係のある損害であるとは認められない。

しかしながら、夫婦が、子供をもうけるか否かの決定をするに当たって、生まれる子供に異常が生ずるか否かは極めて切実な関心事であるとともに、重大な利害関係を有する事柄であり、これらについて質問を受けて説明義務を負担する医師は、自己決定を行う前提としての重要な情報を提供するものであるから、自己決定を行う上での情報提供である説明内容に誤りがあるときは、子供をもうけるか否かの夫婦の判断に誤った影響を与えることになり、夫婦の自己決定に不当な影響を与えたものとして、不法行為上の違法性を帯びるといふべきであり、慰謝料請求の対象になると解される。

本件においては、X らには既に A という重篤な障害を負った長男があり、X らは、重い肉体的、精神的、経済的負担を負っていたのであるから、その後、第二子以降の子供が A と同様の障害を負った子供として生まれるか、健常児として生まれるかは、X らにとって極めて重大な問題であって、X らは、かかる事項についてどのような決定をするについても、その結果について自分たちで責任を負い、納得できるようにして決断をする機会を与えられるべきところ、B 医師は、本

X らに対して、健常児と比べて上記介護費用等の出費が必要な分だけ損害を与えるいわば負の存在であると認めることにつながるものといわざるを得ず、当裁判所としては、かかる判断をして、介護費用等を不法行為上の損害と評価し、これと B 医師の説明義務違反との間に法的因果関係があると認めることに躊躇せざるを得ない。

……夫婦が子供をもうけることは、基本的に種々の事項を考慮した上で自らの権利と責任において決定すべき事柄であり、X らが D をもうけるに当たっても、最終的には自らの決断によって出産をしたものと認められ、P M 病発症の可能性は、かかる決断をするに於いて極めて重要な要素ではあるが、その一点のみをもって子をもうけるか否かが決まるわけではないこと、X らは、B 医師から適切な説明を受けていたとしても、第二子以降をもうけるという決断をしていた可能性を否定できないこと等の事情を総合考慮すると、法的観点からすると、B 医師の説明義務違反によって D が出生するに至ったと評価することができず、B 医師の説明義務違反と D の出生との間には因果関係があると認めることはできないし、D の出生自体に伴う出費等を損害ととらえることはできないから、D の出生に伴って X らに生じた介護費用及び家屋改造費等の

件質問に対し不正確な説明を行うという説明義務違反によって、X らの自己決定に不当な影響を与えるとの不法行為を行ったものであり、Y は、B 医師の使用人として、X らに対し、その自己決定に不当な影響を与えたことを理由とする慰謝料の損害賠償義務を負うべきである。」

「原告らの置かれていた極めて過酷な状況を考えると、本件においては、被告において、原告らの自己決定に不当な影響を与えたことに基づく精神的苦痛に対する慰謝料として相当の損害賠償を行うべきであると考えられ、原告らそれぞれについて、金八〇〇万円を認めるのが相当である。」これに加えて、弁護士費用として金八〇万円がそれぞれに損害賠償として認容されている。

【研究】

一 問題の所在

(1) はじめに

本件は障害児が出生した場合の医師等の責任を両親が追求した事案であり、いわゆるロングフル・パース (Wrongful Birth) と呼ばれる類型である。この場合に問題となるのは、まず医師に過失の前提となる注意義務が課されているか、そ

してその違反が認められるか、この類型における損害とは何か、そして医師の過失行為と損害との間に因果関係があるか、という点である。本稿ではこの論点に触れた裁判例を紹介・検討し、その後で私見を述べたいと思う。

(2) ペリツェウス・メルツパツヘル病(P.M病) について
 本件で問題となっているペリツェウス・メルツパツヘル病(P.M病) について、法律問題を検討する前提の知識として説明しておくことにする。「P.M病」というのは、脳内の白質中の随鞘の成分を構成する主な蛋白質の一つであるプロテオリグッド蛋白(以下「P.L.P」という。)がうまく作られないため、随鞘が形成不全ないし脱随を示すという極めて稀な中枢神経系の疾患であり、多くは進行性である。その特徴としては、出生早期から眼振が目立ち、運動障害が続いて知的発達障害も伴いやすく、年を経るにしたがって痙性も出てくることが挙げられる。P.M病発症例の約二〇パーセントはP.L.Pの産生を調整する遺伝子で、X染色体の長腕のXq22という部位に存在するP.L.P遺伝子の異常によるものと考えられており、そのため、P.L.P遺伝子の異常によるP.M病は伴性劣性遺伝の形式をとると考えられる。そして、P.M病発症例の約五〇パーセントは、P.L.P遺伝子の重複によるものと考えられて

いるが、その発症例の中には突然変異によって生じた場合もあり得、また、P.M病の遺伝形式に関する特徴として、伴性劣性遺伝であると考えられるにしては、女性の発症例が多いことが挙げられる(判時一八三三号一四一頁)。このことから本症が先天的な遺伝病であり、それを防ぐためにはそもそも子供を作らないことしかないことがわかる。このことを前提として議論を進める。

二 判例

(1) はじめに

P.M病について問題となった先決例はないようであり、障害児の出生が問題となった事例は、先天性風疹症候群によるものである。つまり妊婦が妊娠初期に風疹に罹患すると産まれてくる子供が視覚障害・知能障害・心筋障害・難聴等を伴う危険性が高く、これを先天性風疹症候群という。この場合も治療法はなく、それを防ぐためには人工妊娠中絶しかない。そこで医師が風疹についての検査・診断を確定せず、そしてそれに関する説明を怠ったために、その結果、先天性風疹症候群にかかった子供を出生した場合に、両親が医師等に対して損害賠償を請求した一連の訴訟がある。本件の事実と完全

に一致するものではないが、本件を検討するのに重要な論点を含んでいるので紹介することにする。

(2) 判決例

(a) 東京地方裁判所昭和五四年九月一八日民事二四部判決(判時九四五号一六五頁)

本件は、妊婦が風疹に罹患した可能性を認識し、産婦人科の開業医に診断を求めたところ、医師は風疹罹患と異常児出生の可能性については何ら説明せず、異常児を出生する確率は極めて高率であるにもかかわらず、軽率にも胎児に影響はないものと判断し、両親に出生しても大丈夫と告げた、という事案である。

これに対し同判決は(以下 判決と称する)、「およそ産科医として、妊娠と極めて接近した時期に風疹に罹患したものと疑われる妊婦から、出産の可否について診断を求められた場合には、適切な方法を用いて妊娠の過去における風疹罹患の有無及びその時期を究明し、その結果を妊婦らに報告するとともに、風疹罹患による先天性異常児の出生の可能性について十分に説明し、妊婦らに対して出産するか否かを判断するために適切な助言を与えるべき一般的な注意義務がある」として、医師の一般的注意義務の存在を肯定した上で、「被告は、

原告……の本件妊娠については、妊娠のごく初期の段階で風疹に罹患したものであるから、先天性異常児出生の可能性があり、かつその確率は相当に高いものであること、仮に先天性風疹症候群児が発生した場合その臨床症状は、眼、心臓等人体の極めて重要な部分に重度の障害を呈する場合が多く、悲惨なものであること等を、医学的知識のない原告らにおいて出産すべきかどうかの判断が可能である程度に具体的に説明、教示する義務があつたにもかかわらず、右義務を怠り、何らの具体的説明も行わず、かえって産んでも大丈夫であるとの指示を行ったものであって、被告には過失があつたものと断定せざるを得ない」と判示した。そして慰謝料各三〇〇万円及び弁護士費用各三〇万円の損害賠償が認めされた。

本件の特徴は、妊娠初期に風疹に罹患したと思われる妊婦に対して産科医に診療上の一般的な注意義務と説明義務が課されている点を指摘し、その義務違反を以って医師の過失と認められた点である。そして精神的苦痛に対して慰謝料が損害賠償として認められた。そもそも原告がその他の要求をしていないわけであるが、少なくとも精神的苦痛に対する慰謝料が認めされた点が重要である。

(b) 東京地方裁判所昭和五八年七月二二日民事二部判決（判時二一〇〇号八九頁、判タ五〇七号二四六頁）
 本件は、妊娠初期に風疹に罹患した妊婦が、障害児出生の可能性があれば人工妊娠中絶をしたいと産婦人科医に申し出たにもかかわらず、医師は妊婦の風疹罹患の有無・罹患の時期を確認するのに必要不可欠な採取血液によるウイルス抗体価検査を実施せず、出生児の先天性風疹症候群の発生につきその症状・発現率などの説明を妊婦にしなかった、という事案である。その結果、子供は重篤な疾患にかかり、二歳余りで死亡した、という事案である。

同判決は（以下 判決と称する）、まず「産婦人科医は、専門医として妊婦の健康を管理し、健康児を出産することができるように配慮すべき立場にあるのであるから、妊婦に異常児出産の危険性が認められる場合には、その危険性の有無程度を適確に診断するとともに、その危険性等について十分な説明を行い、適切な指示をすべき義務を負うことは言うまでもない」として、医師の一般的な診断・説明義務を肯定する。そして、本件の事情に関しては、妊婦が風疹に感染し、「その結果出生児に先天性風疹症候群が発生する危険があることを予見し（……）、問診、抗体価検査等を行って風疹罹患の

有無、その時期を適確に診断するとともに、同原告に対し、先天性風疹症候群発生危険性やその病態等について十分な説明を行うべき義務があったといわなければならない」として、そのような診断・説明を怠った医師の処置に対し過失を認めた。そして妊婦らが、医師の過失により妊娠を継続して出産すべきかどうかを検討し、適確な判断をする機会が奪われ、その結果、思いがけなく障害児を出産することになり、健康児の出産では考えられないような精神的・肉体的・経済的苦痛を被ったとして、慰謝料各一五〇万円及び弁護士費用各一五万円が認容された。

判決は判決理由の中で当時の優生保護法について触れている。つまり胎児適応条項がないことを理由に、医師側が因果関係を否定しようとした主張に対して、「確かに風疹の罹患ということ自体は同法一四号各号が定める人工妊娠中絶事由に該当しないから、右の理由だけで当然に人工妊娠中絶が可能であったと言ふことはできないであろう。しかし、右はあくまで風疹罹患だけを理由として人工妊娠中絶をすることはできないというに止まるのであって、このことから直ちに原告……に……として適法に人工妊娠中絶を行い得る可能性がなかったと断定できるわけではない。例えば、……風疹が全国的に

流行した昭和五一年当時、妊娠初期に風疹に罹患した妊婦に対して人工妊娠中絶手術が施された例が多数あったこと、そして、産婦人科医の中にはその優生保護法上の根拠として、「妊娠中に風疹に罹患したことが判明したため、妊婦が異常児の出産を憂慮する余り健康を損なう危険がある場合には同法一四号一項四号（妊娠の継続又は分娩が身体的又は経済的理由により母体の健康を著しく害するおそれのあるもの）に該当する。」と唱えるものがあったことが認められる。そして、右の見解がどのような場合には、人工妊娠中絶を行うことが適法と認められる余地もあり得るものと解されるのであり、また、原告……についても右のような事由に該当する可能性があったことは否定し難いところである。そこであるならば、原告らは生まれる子の親であり、その子に異常が生ずるかどうかにつき切実な関心や利害関係を持つ者として、医師から適切な説明等を受け妊娠を継続して出産すべきかどうかを検討する機会を与えられる利益を有していたと言つべきである。また、この利益を奪われた場合に生ずる打撃の大きさを考えれば、右利益侵害自体を独立の損害として評価することは十分可能である」と判示した。

判決が積極的に両親に対して医師が出産しても大丈夫と

告げた事案であるのに対し、判決は消極的に検査や診断をせず、そのため説明もなかったという事案であり、このような医師の不作为に対しても説明義務違反が問われることを明らかにした。また 判決は、優生保護法（現在の母体保護法）が胎児適応条項を有しないことを理由に（この点は現行法も同じ）因果関係を否定しようとした医師側の主張に対し、それだけでは因果関係を否定する理由にならないことを明らかにしている。このような点に 判決の価値がある。

(c) 東京地方裁判所平成四年七月八日民事三四部判決（判時一四六八号一一六頁）

本件は、風疹の罹患及び妊娠の可能性を心配した原告が、昭和六二年一月二九日に産婦人科医院で被告の診察を受けた。診察の結果、妊娠の有無については時期が早すぎるので判定できないが、風疹については血液を採取して行われるウイルス学的な診断法（HI検査）を実施する手配をした。原告は二月九日に被告の診察を受け妊娠の確定的診断を受けたが、前回のHI検査では抗体が検出されなかった（抗体価八未満）との説明を受け、二回目のHI検査を実施する手配をした（抗体価八未満）。原告は二月二二日に腹部・首筋等に発疹が現れたため、被告医院でこの症状を訴えたところ、被告は第

三回目のHⅠ検査を実施する手配をしたうえで、原告に対してこれまでの検査では抗体が出なかった旨を説明し、後日検査結果を確認するよう告げた。原告は二月一四日に被告に電話して、発熱と発疹がほぼ治った旨を告げた。被告は第三回目のHⅠ検査の結果が抗体価八であることが判明していたが、確定的診断を原告に示さず、念のため前回の検査日から一週間後の二月一九日に第四回目のHⅠ検査を実施するから来院するように伝えた。原告は被告の指示を誤解して、当日から一週間後の二月二一日に第四回目のHⅠ検査を受ければ良いものと考えていた。ところが原告は、二月一九日に切迫流産の徴候が見られたため、被告医院に二月二〇日から二七日まで入院し治療を受けた。被告は、切迫流産の予防措置に追われ、第四回目のHⅠ検査を実施することを失念してしまい、その後も風疹の検査・診断を行わなかった。他方原告も被告が風疹罹患の有無について説明がなかったため、自分が風疹に罹患しているものとは考えず、一〇月一三日に子供を出生したが、その子は重度の先天性風疹症候群と診断された、という事案である。

同判決は(以下 判決と称する)、「妊婦が妊娠初期に風疹に罹患した場合にはかなりの高率で先天性異常児が出生されることを願い、最悪の場合に備えて障害児の親として生きる決意と心の準備をし、ひいては、妊娠を継続して出産すべきかどうかの苦悩の選択をするべく、一刻も早くそのいずれであるかを知りたいと思うのが人情である。原告らが被告に求めたのも、このような自己決定の前提としての情報であり、債務不履行又は不法行為によってその前提が満たされず、自己決定の利益が侵害されたときには、法律上保護に値する利益が侵害されたものとして、慰籍料の対象になるものと解するのが相当である」として、従来通り慰籍料各四五〇万円と弁護士費用各四五万円の賠償を認容した。

それに対して、「しかしながら、原告らのその余の請求は、これと同一に論じることができない。すなわち、先天性風疹症候群群児の出生が危惧されるとき、社会的事実として人工妊娠中絶が行われることは否定できないところであって、本件においても、原告らが人工妊娠中絶を行ってあれば、……養育のために医療費や付添料等の支出を免れたであらうことは確かである。

しかし、妊婦が風疹に罹患した場合には、人工妊娠中絶の方法による以外には先天性風疹症候群児の出生を予防する途はないが、優生保護法上も、先天性風疹症候群児の出生の可

危険性があるものであってみれば、その妊婦又は夫にとつては、出生する子に異常が生じるかどうかは切実かつ深刻な関心事であることは当然であって、妊娠時と近接した時期に風疹に罹患したものの疑いを持つ妊婦から風疹罹患の有無について診断を求められた産婦人科医としては、適切な方法を用いて能う限り妊婦の風疹罹患の有無及びその時期を究明して、その結果を妊婦らに報告するとともに、風疹罹患による先天性異常児の出生の危険性について説明する義務を負うものといふべきであり、先天性風疹症候群児の出生を予防する途はなく、ここで産婦人科医のなし得ることは単に診断の域を超えるものではないといえ、……その診断には最大限の慎重さが要求されるべきところである」として、医師の一般的な注意義務の存在を説明した上で、本件において第四回目のHⅠ検査を実施しなかったことや、原告に風疹罹患の確定的診断を告げなかったことが、産婦人科医として尽くすべき注意義務に違背しているとした。

そして損害賠償義務の範囲について、「確かに生まれる子に異常が生ずるかどうかについて切実な関心や利害関係を持つ子の親として、重篤な先天性異常が生じる可能性があるにもかかわらず、それが杞憂に過ぎないと知って不安から開放さるべき能力があることが当然に人工妊娠中絶を行うことができる事由とはされていないし、人工妊娠中絶と我が子の障害ある生とのいずれの途を選ぶかの判断は、あげて両親の高度な道徳観、倫理観にかかる事柄であって、その判断過程における一要素たるに過ぎない産婦人科医の診断の適否とは余りにも次元を異にすることであり、その間に法律上の意味における相当因果関係があるものといふことはできない。また、先天性障害児を中絶することとそれを育て上げることとの間において財産上又は精神的苦痛を比較して損害を論じることが、およそ法の世界を超えたものといわざるを得ない」として、原告が求めた障害児の医療費・付添料・障害児の世話に対する慰謝料の請求は否定した。

判決の事案は、医師がなすべき検査・診断を失念してしまつた、という点で、判決に類似する。そして同判決は、判決と同様の理由で、医師の説明義務違反の行為が妊婦らの自己決定の利益を侵害したことを理由とする慰謝料を肯定するが、他方で障害児の医療費・付添料・障害児の世話に対する慰謝料の請求は、それらが医師の過失ある行為と相当因果関係がないために損害賠償の範囲外であることを理由に、否定している。これらの項目は、判決では原告が請求し

ていなかったために判断されていなかったわけであるが、同判決が裁判所として初めて判断を下した点に、その当否は別としても、重要な意義があるといえる。

(d) 前橋地方裁判所平成四年二月二十五日民事第二部判決（判時一四七四号一三四頁、判タ八〇九号一八九頁）

本件は、原告が妊娠と風疹を疑い、昭和六三年七月二日に被告病院を訪れ、皮膚科で風疹抗体検査を受け、次いで産婦人科で妊娠の確認検査を受けた。被告病院の医師は、原告の症状からウィルス性の感染症を疑い、抗体価を調べ、溶連菌感染症を鑑定する検査をするとの診断を下した。原告は翌日電話で妊娠の事実を告げられ、次いで同月二十七日に被告病院に受診したが、抗体価の検査の結果は、風疹抗体価は六四倍であった。ところが被告医師は再検査の指示をせず、風疹罹患の可能性を否定した。その後、原告は平成元年三月二十七日に長女を出産したが、彼女は先天性風疹症候群により感音性難聴・先天性白内障及び心室中隔欠損症の障害を負っていた、という事案である。

同判決は（以下 判決と称する）、「被告医師には、専門家として、その時期の医学的な水準に依拠した方法により、適切な検査方法を選択し、その結果を的確に評価し、それに基

づいた診断をなすべき注意義務が課せられていると考えるべきである。そうとすれば、被告医師は、原告……に対して、風疹抗体価の再検査の指示をだすべきであったが、これをなせずに風疹罹患の可能性を否定するといふ、当時の医学的常識に反した診断をしたという点で過失があると言わざるを得ない」として、まず医師の過失を認めた。

その上で、原告が「障害児を出産する可能性が極めて高い妊婦に対し中絶する選択をなすための情報を両親から奪って事実上は障害児を出生させることを強要している一方で、両親の責務として当然に両親が負担せざるを得ない重い負荷を課せられた子の障害の治療や看護や教育の費用の賠償を否定するのは、法の基本理念の正義・公平に反することは当然である」として「障害児なるが故に普通児より特に必要とされる両親の不可避の責務としての医療や介護や特別教育の費用も損害として認容されるべきである」との主張に対して、「子の障害は、被告医師の誤診に起因するものではなく、被告医師の診察以前に原告……が風疹に罹患したことが原因である。……原告らの請求の当否は、結局……子が障害を持って出生したこと、出生前に人工妊娠中絶されてしまったこと出生しなかったこととの比較をして、損害の有無を判断することにな

るが、このような判断は、到底司法裁判所のよくなしうることではなく、少なくとも、中絶されて出生しなかった方が、障害を持って出生してきたことよりも損害が少ないという考え方を採用することはできない」とし、当時の優生保護法が胎児適応条項を有しないことを補強的理由として述べた後、因果関係を否定して、請求を棄却した。

それに対して、慰謝料請求については、「もし被告医師が、正確に診断し、その結果を原告……に伝達していたとすれば、原告らは、中絶は不可能であったにしても、……子の出生までの間に、障害児の出生に対する精神的準備ができたはずである。

しかし、現実には、信頼しきっていた被告医師の診断に反して、先天性風疹症候群に基づく障害をもった……子の出生を知らされたわけであるから、その精神的驚愕と狼狽は計り知れないものがある。特に、原告……は、一般的水準より高い風疹に対する知識と関心をもち、十分な準備をして被告病院の診断を求め、診断に対する患者としての医師への情報提供も極めて適切であったことを考えると、本件の被告医師の過失に基づく誤診は、大きな精神的苦痛を与えたことが推認できる」として、慰謝料として各一五〇万円、弁護士費用とし

て各一五万円の損害賠償が認容された。

判決の結論を見ると、判決と同様に、慰謝料（及び若干の弁護士費用）だけが認められる、と判示している。

しかしながらその理由付けは大きく異なる。判決は妊婦らに人工妊娠中絶をする自己決定の利益の侵害か、あるいは少なくとも機会の喪失を認めた上で慰謝料の請求を認めていた。それに対して 判決は、優生保護法に胎児適応条項がないことを理由に妊婦らに人工妊娠中絶を選択する権利を認めず、ただ障害児が産まれたことに対する純粋に精神的な苦痛を評価して慰謝料を認めたに過ぎなかった。その影響か、認容額は低い水準に留まっている。また 判決は、障害児の医療や介護の費用はみとめられない、と判示している。この結論も 判決と同様であるが、やはり理由付けが異なっている。即ち、やはり優生保護法の捉え方の違いから、判決は因果関係を直接否定するのではなく、ただ損害賠償の範囲のレベルで、相当因果関係に欠けるとしてその賠償請求を棄却している。それに対して 判決は、障害が医師の誤診の結果でないことを理由に因果関係そのものを否定し、そして損害の有無を判断することの不可能性を理由として挙げている。このように 判決は異色であるが、その理論的当否は次節で

述べることにする。

(3) 小括

最高裁判所の判決はないが、〽判決を概観すると、医師に過失があり、妊婦が障害児を出産した場合には、妊婦らに慰謝料だけ認めている点は共通している。すなわち判例は、医師が風疹の検査の実施や説明に過失があり、その結果妊婦らが中絶の機会を失いあるいは障害児を迎える準備をすることなく障害児を出生した場合には、慰謝料が認められるという準則を確立したといえよう。本判決は風疹にかかった事例ではないが、〽判決で見られた論拠は十分先例として参考になり、問題点を考察する手掛かりとなる。そこで次に本判決の検討に移ることにする。

三 検討

(1) はじめに

本判決の事案と先例の間には決定的な違いがある。それは、先例においては妊娠後に風疹に罹患しその結果障害を負う可能性が出てきたために、人工妊娠中絶の機会が奪われたことが問題となつたのに対し、本判決では、先天的な遺伝疾患を有する子供が生まれる可能性が高いと知っていれば、

そもそも子供を作らなかつたという事案である、という点である。つまり、前者では刑法（墮胎罪）及び母体保護法（人工妊娠中絶）の制約を受け、そして医師の手を借りなければ自分たちだけでは行い得ない事件であるのに対し、後者ではそのような制約はなく、自分たちで任意に受胎調整・避妊をすることが可能である事件である。両者とも、夫婦の自己決定権が問題となり、医師の過失（説明義務違反）によって障害児が出生するという結果となつた点は共通するが、その現れ方には差異が生じることになる。

このことから考えると、母体保護法（優生保護法）は、本判決においては直接関係がないことになる。しかしながら、先例の当否を考え、どのように解決すべきかの前提となる問題であるので、これについて検討を加えて、風疹の事例においてあるべき準則を決定し、しかる後に本判決の検討へと進みたい。

(2) 母体保護法について

墮胎罪は、刑法第二二二条から第二二六条までに規定されており、その保護法益は、第一次的には胎児の生命・身体安全であり、第二次的には母体の生命・身体安全であるとされている。そして、墮胎行為は母体保護法の要件を充たすできない。したがって、胎児に障害があることを理由とする人工妊娠中絶の機会を逸した、また、障害を持つ子供が生まれたことをもって損害を被つたとはいえない、換言すると、倫理的には難しい問題を残しているが、胎児に障害がある場合、障害の可能性がある場合、親の人工妊娠中絶をするか否かを選択する利益は、法的保護に価する利益と認められず、また、親の障害を持った子供を持たないということもまた法によって保護された利益と解することはできない¹⁾、とする。

しかしながら、この見解はあまりにも形式的すぎる。確かに経済条項は単に貧困を意味するものではなく、それによって母体の健康に影響を与える必要がある場合に適用されるものである。しかしながらその判断は、医師会指定の医師が自ら行うことができ、しかもその調査・確認義務は課せられていないわけであるから、本人及び配偶者の申出・同意があり、妊娠満二三週未満であれば、合法的に妊娠中絶を行うことができる結果となる。また「胎児が重度の先天性障害を持って出生する危険性が高いことを知らされた場合の妊婦の精神的打撃が身体に及ぼす影響を考えると、身体的²⁾理由によって妊娠の継続が母体の健康を著しく害するおそれありとの解釈³⁾」も可能である。したがって、経済的理由ある

て人工妊娠中絶がなされた場合に初めて、違法性が阻却されることになる¹⁾。このように、中絶行為は原則として違法であり、母体保護法の要件を満たした場合に、例外的に違法性が阻却される、という建前を採っている。そして母体保護法は、その要件として、妊娠の継続又は分娩が身体的又は経済的理由により母体の健康を著しく害するおそれのあるもの、及び、暴行若しくは脅迫によって又は抵抗若しくは拒絶することができない間に姦淫されて妊娠したものを挙げている（母体保護法第一四条第一項）。の経済的理由により中絶が認められている規定を経済条項と呼び、中絶事由の中心をなしている。他方で我が国の立法は、胎児の障害を理由として人工妊娠中絶を認める条項（胎児適応条項）を有しておらず、このこと自体を理由に中絶を合法化することができない建前になっている。

このことから、中村哲判事は、「医師は、例え、親から積極的に人工妊娠中絶を要請されたとしても、また、現状としては違法な人工妊娠中絶がかなりの数で行われそして、胎児の障害の存在がある場合も前記『経済条項』などの理由があるとして人工妊娠中絶が行われていることがあるとしても、胎児に障害があることを理由として人工妊娠中絶をすることは

いは身体的理由をこのように緩やかに解釈することが可能であり、その結果、障害児を合法的に中絶することは十分可能であり、胎児適応条項が母体保護法に規定されていないことのみを以って、障害児出生の際の両親による医師等に対する損害賠償を否定することはできないといふべきである。

このことから、結果として損害賠償として慰謝料を認めていても、判決の論理には承服しかねる。むしろ、判決の論理の方向性を以って、すなわち医師による妊婦等の人格権（自己決定権）侵害を理由として慰謝料を認容すべきである。

(3) 本判決の検討

本判決は、まず妊婦等（原告）と医師等（被告）との間に診療契約が締結されていないと認定して、診療契約上の説明義務を否定している。そしてその上で、医師が原告の質問に応じて説明する以上、信義則に従って適切な説明を行う義務があるとして、不適切な説明を行って誤った認識を与えた点に説明義務違反を認めて、被告に不法行為責任を負わせた。そしてこのことを根拠に、被告の責任の範囲は自ずから限られると解すべきであるとして、介護費用等を損害賠償に含まれないとする。しかしこの論理構成には二重の疑問がある。

まず第一は、原告と被告との間に契約関係がないと認定していることである。当時原告は自分の子供の治療のために被告と診療契約を結んでいた。この質問の内容は確かに直接的には子供の治療と関係ないかもしれないが、しかし本判決も認めているように密接にかかわる事柄であり、当該医師はそれに相応しい知見を有すべき者であったのであるから、端的に診療契約の一環として説明義務を認めてもいいのではなからうか。たとえ診療契約とは認められなかったとしても、医学の専門家たる医師に相談を持ちかけたとして、それは別の準委任契約が締結され、同時に履行されたと見ることも可能であろう。いずれにしても原告と被告の間に契約関係が全くないとすることは賛成しがたい。

第二に、仮に不法行為上の責任の問題としたからといって、医師の責任の範囲が制限されることになるであろうか。診療契約上の説明義務の範囲は、基本的に医療水準論によって画定される。他方で不法行為上の過失は抽象的過失とされ、客観的な結果回避義務（行為義務）の違反として捉えられている。そしてこのことは医療過誤の場面では、診療当時の臨床医学の実践における医療水準という判断枠組みの下で過失の有無が判断される。このことから、医学実験のような、高度

に先端的な治療内容となっている特殊な医療契約を除いて、契約責任を問おうと不法行為責任を問おうと過失の判断水準は同様であり、不法行為責任を追求したからといって加害者の責任が制限されることはないはずである。損害賠償の範囲も、不法行為においては民法第四一六条が類推適用され（富喜丸事件…大連判大正一五年五月二日…民集五卷三八六頁）、この点においても差異はない。したがって、原告と被告の間に契約関係がなかったとしても、被告の責任は変わらないと考えるべきである。

次に、本判決は、医師が不適切な説明のために原告ら夫婦が子供をもうけるか否かの判断（夫婦の自己決定）に不当な影響を与えたとして、慰謝料として各八〇〇万円（及び弁護士費用各八〇万）を認容した。その論拠は、判決と同様のものであり、中絶の機会の喪失などといった先例と表現の違いはあるが、夫婦の自己決定権の侵害を根拠に慰謝料を認めた点は評価できる。そして本判決はこの根拠付けをより詳細に説明している。そしてその上で、医師の説明義務違反が夫婦の自己決定に不当な影響を与えたという論理構成のためか、従来の先例よりも多額の慰謝料が認容されている。この点も妥当な判断といえよう。

それに対して、介護費用等の積極的な損害の賠償は棄却されている。その論拠は三つ挙げられており、まず初めに、子供の出生に伴う介護費用等を損害と評価することは、子供を負の存在であると認めることになり許されない、ということである。次に、医師の説明義務違反との間に法的因果関係はない、ということである。最後に、家族計画において医師の説明は重要ではあるが決定的ではなく、医師から適切な説明を受けていたとしても、子作りを行う決断をしていた可能性を否定できない、等の理由から、介護費用及び家屋改造費等の積極損害について相当因果関係に欠ける、ということである。これらの理由付けのうち、とは判決と共通するものであるが、特に本判決は判決以上に明確に理由を叙述している。つまり判決が、それが道徳的倫理的問題であり法を超えるに留まっているのに対して、本判決は介護費用等を不法行為上の損害と評価することを拒否している。また理由については、判決と共通する観念が認められるが、判決は母体保護法が胎児適応条項を有しないことから因果関係を否定したのに対して、本判決はそのような制約が無いにもかかわらず因果関係を否定している。このような判断は妥当であろうか。

まず理由 についてであるが、これは「子供は損害か」という問題、さらには「損害とは何か」という基本的な大問題に突き当たることになる。そのため一朝一夕に解答を用意することは困難であるが、私は介護費用等を損害と認めること自体は可能であると考えている。なぜなら、ここで問題になっている損害はあくまで障害であって、子供の現存在自体ではないからである。したがって、介護費用等を損害と認めたらといて、道徳的倫理的に許されないということにはならないと考えている。このような考え方は従来差額説においては受け入れがたいかもしれない。しかしながら、損害をあくまで法的評価の対象となるべき権利侵害の事実と捉え、この損害事実は「不法行為がなければ被害者が現在置かれたであろう仮定的事実状態と、不法行為がなされたために被害者が置かれている現実の事実状態との差である」と捉える事実状態比較説の立場に立ち、損害の確定とその金銭的評価を分けて考えることが可能になれば、十分説得力を持つことになるであろう。したがって、介護費用等を損害から排斥することはできないと考える。

次に理由 であるが、医師等の責任が認められなかった理由が前述した契約責任を否定した点に求められるなら、そ

(4) 終わりに

「障害は不便ではあるが不幸ではない」と理念的には言い得るであろう。しかしながら、障害を不幸にしないためには、不便さをできる限り無くすることが必要である。そしてこのことは国及び地方公共団体の責務であり（憲法第二十五条）、障害者が健常者と平等に社会で生活できるようにしなければならず（憲法第一四条）、そのために必要な人的・物的システムを構築することによって、初めて障害者の人権が現実化するのである（憲法第一三条）。つまり、障害者にかかる特別の治療費・養育費等は、本来は国及び地方公共団体の責任で負担すべきものであり、社会保障の充実以外に本件の有効な解決策はありえないのである。しかしながら、現実には我が国の社会保障は貧困であり、しかも年々悪化の一途を辿っている。

そこで本判決は、本来は国等が負担すべきリスクを医師側に負わせるか障害者側に負わせるか、の判断に追い込まれたのである。そしてその結果、大部分が障害者側に負担させることとなってしまった。この結論には納得しがたいものがあるが、民法上の理論としてはやむを得ないものとしか言いようがないのが残念である。「障害者一つの個性」と真にいろいろな社会の到来が待たれる。

れは不当である。しかしながら、私は本件において因果関係は否定されるべきであると考ええる。先天性風疹症候群児の事例において介護費用等が認められないのは、障害の原因はあくまで妊婦が妊娠初期に風疹に罹患した点にあり、医師の説明義務違反によって子供の障害が発生したわけではないからである、と私は考えている。そこで、極めて稀なケースであり立証もきわめて困難であるため現実には問題となり得ないであろうが、風疹の罹患が院内感染によるような場合には、理論的にはその介護費用等も含めて医師及び病院は責任を負わなければならないと考えるべきである。本件の場合、子供の障害はあくまで遺伝的なものであり、それを防ぐ方法は避妊等しかないのであるが、医師の説明義務違反がその自己決定に影響を与えていたとしても、医師等は障害の直接の原因となっているわけではない。医師等が遺伝子を傷つけ障害を発生させたわけではないのである。したがって、不法行為責任においても契約責任と同等のレベルの責任を負うとする私見に立つても、介護費用等は因果関係を否定されるが故に賠償を否定されると解すべきである。

以上のような理由から、本判決に関しその結論には賛成するが、いくつかの理論的な問題点に付いては疑問を有する。

- (1) 大谷實『新版 刑法講義各論「追補版」』（成文堂・二〇〇二年）六二頁以下。
- (2) 中村哲「子供の出産にかかわる悩ましい法律問題について」判タ一〇七四号（二〇〇二年）二二頁以下、二三頁。
- (3) 高波澄子「先天性風疹症候群児出生と損害について」山皇正男先生・五十嵐清先生・藪重夫先生古稀記念。民法学と比較法学の諸相（信山社・一九九七年）所収七一頁以下、九六七頁。
- (4) 潮見佳男『不法行為法（信山社・一九九九年）二二三頁以下、二二〇頁。