

遺族の承諾を得て死体解剖を行った後、
遺族から保存臓器・標本の返還請求がなされた事例

——プレパラート返還請求及び損害賠償請求事件——

岡 林 伸 幸

東京地方裁判所平成一四年八月三〇日民事第三四部判決
(損害賠償請求事件、平成一三年(ワ)一〇五二四号、棄却
(控訴)・・判時一七七号六八頁)。

【判決要旨】

1 昭和六三年当時、医師が、患者の遺族に対し、死体解剖を求めると当たり、内臓を解剖することについて承諾を得た場合、患者の遺族において、骨及び骨髄を採取することについて拒否しなかった場合には、内臓を解剖するとは骨及び骨髄をも採取することを含むということを明確に説明

していなくても、骨及び骨髄を採取したことが違法である
ということとはできない。

2 医学に関する大学が、遺族の承諾を得て死体の全部又は一部を標本として保存する場合、大学と遺族との間の契約関係は、死体解剖保存法一七条ないし一九条の規定からして、贈与契約と解するべきであり、後に遺族から、死体の全部又は一部の返還を請求されても、これを返還する義務を負わない。

【事実の概要】

原告の母親は、被告大学附属病院入院中に死亡し、死体解剖をされた。そこで原告等は、被告等に対し、被告大学は、剖検に際し、原告等の承諾を得ることなく、椎体骨と胸骨を無断で採取した、被告大学は、原告に対し、剖検について、保存臓器等の明細書を交付しなかった、被告大学は、原告が肉眼標本及び顕微鏡標本の全ての返還を求めたのに、直ちに返還しなかった、被告大学は、保管中の下垂体のプレパラート一枚を破損又は紛失して、原告への返還を不能にしたとして、使用貸借類似の契約の債務不履行又は不法行為に基づき、精神的慰謝料等の損害賠償請求をした。請求棄却。

【判決理由】

について、「被告病院担当医師において、本件剖検に際し、骨及び骨髄を採取するについて、原告らの個別の承諾を求めずに、内臓に対する承諾のみをもって、承諾があったとした対応が、違法であるかについて検討する。

原告本人が供述するように、一般人においては、骨又は骨髄は、内臓に含まれるとは理解されておらず、また、死体の解剖は、遺体にメスを入れ、この一部を採取して病理組織学

的検索を行うという点において、遺族の故人に対する思いや宗教的感情に対し、十分な配慮を行う必要があるという点にかんがみると、剖検の承諾を得る医師においては、遺族に対し、剖検の方法、すなわち、着衣すれば傷が隠れる部分については、脳を除いてすべての内臓を採取すること、内臓には骨及び骨髄も含まれること、着衣しても傷が隠れない部分や脳を採取する場合には身体の個別の部位について承諾を得ていること、採取した内臓等については固定用ホルマリン溶液の入ったプラスチック容器に保存し、その一部又は全部を切り取って水と油を抜き、その部分にパラフィンブロックを作成し、パラフィンブロックを薄切り、染色して顕微鏡標本のプレパラートを作成することなどをていねいに説明した上で、剖検についての承諾を求めべきであったということはできる。

しかし、……病理解剖においては、医師の間では、骨髄は血液を作る重要な臓器として、内臓に含まれると理解されており、被告大学のみならず、一般的に、剖検に際し、骨や骨髄の採取の承諾を特別に求めていなかったこと、……本件剖検が行われた昭和六三年当時はもとより、本訴係属中の平成一四年に至るまで、骨は取らないでほしいと言われたことは

遺族の承諾を得て死体解剖を行った後、遺族から保存臓器・標本の返還請求がなされた事例

ないことが認められ、これらの実情に併せて、病理解剖という言葉の意味からして、一般人においても死体から内臓等を採用して病理組織学的観察を行い、死因等について考察を行うということがある程度理解が可能であること、遺族に対し、着衣しても隠れない部分及び脳についてのみ、特別に解剖の承諾を求めるという対応は、我が国における死者の葬式や埋葬の方法を考えた場合、一応の合理性が認められること、さらには、昭和六三年当時、死者の病理解剖についての遺族に対するインフォームドコンセント自体、觀念されていなかったと考えられることなどの事情を総合考慮すると、被告病院担当医師において、本件剖検に際し、骨及び骨髄を採取するについて、原告らの個別の承諾を求めず、内臓に対する承諾のみをもって、当然に内臓に含まれるものと理解されていた骨及び骨髄を採取した行為を、違法であるということとはできない。

については、そのような約束があったとは認定できないし、仮に使用貸借契約類似の契約が締結されていたとしても、そのような義務は生じないと判示した。

については、事実認定において、被告大学は、原告の求めに応じ、パラフィンブロックやプレパラート以外は返還に

応じているとした。その上で、「死体解剖保存法一七条は、死体解剖を行う者が『医学に関する大学又は医療法の規定による地域支援病院若しくは特定機能病院の長』である場合には、『遺族の承諾を得て、死体の全部又は一部を標本として保存することができる』とのみ規定し、同法一八条は保険所長の許可を受けて『死体の解剖をすることができる者』の場合には、『解剖をした後その死体の一部を標本として保存することができる。但し、その遺族から引渡の要求があったときは、この限りでない。』と規定し、同法一九条は、『前二条の規定により保存する場合を除き、死体の全部又は一部を保存しようとする者は、遺族の承諾を得、かつ、保存しようとする地の都道府県知事の許可を受けなければならない』と規定している。本件においては、……被告大学は、『医学に関する大学であり、被告病院は、その附属病院なのであるから、死体解剖保存法一七条が適用されるのである。』

そして同法一七条には、同法一八条のように、遺族から引渡しの要求があった場合に死体を標本として保存することができないとの規定がないから、死体解剖保存法上、遺族から引渡しの要求があったとしても、これを返還する義務はないと解される。

かかる公法である死体解剖保存法一七条の解釈を前提として、遺族と大学との間の私法上の関係を考えると、遺族において、剖検及び死体の保存について承諾することは、解剖につき採取された死体の臓器等の所有権について、遺族は大学に対して譲渡するという贈与契約を締結したものと解するのが相当である……。

ところで、……旧厚生省において取りまとめた病理解剖指針においては、病理解剖医の責務として、死体を保存する主体が誰であるかを特に区別することなく、同法一八条ただし書に基づき、標本について遺族から引渡しの要求があったときは、遅滞なく遺族に引き渡さなければならぬこと、また、医学に関する大学の長は、遺族から引渡しの要求があったときは、遅滞なく遺族に引き渡さなければならぬということ、が定められていることが認められる。

上記指針によれば、死体を標本として保存する主体にかかわらず、遺族から引渡しの要求があったときには、遅滞なく死体の標本を遺族に引き渡さなければならぬところ、病理解剖について所轄する行政庁において、病理解剖の円滑な実施を図るために、行政指導としてこのように定めることは、合理性を有するものであり、これに沿って運用することが望

ましいといえる。

しかしながら前記……のとおり、死体解剖保存法が、死体を保存する主体によって、保存を許す要件を異にして定めていることにかんがみれば、前記……のとおり解釈すべきものであって、上記指針に反した取扱いをしたことをもって、損害賠償請求権を生じさせるような違法行為であるということにはできない。

加えて、旧厚生省において、行政指導として定めた病理解剖指針において、遺族から引渡しの要求があったときに遅滞なく引き渡さなければならぬと定めた死体の標本に、採取した臓器等のみならず、パラフィンブロックや顕微鏡標本であるプレパラートも、含まれるかという困難な解釈問題があるといわなければならない。臓器の一部を切り取って、水と脂を抜き、その部分にパラフィンというろうの一種を入れて作成するパラフィンブロックや顕微鏡で観察するために、パラフィンブロックを三ないし四ミクロンの厚さに切ってガラス容器で密封したプレパラートは含まれないとの見解も一概には否定できないところであると考えられる。

以上のとおり、原告からのパラフィンブロックやプレパラートの引渡し要求については、死体解剖保存法一七条によれば、

医学に関する大学である被告大学としてはこれらを返還する

必要がないと解釈されるし、旧厚生省の病理解剖指針に従ったとしても、パラフィンブロックやプレパラートは含まれないとの見解も一概に否定できないのであり、このような場合において、別訴の判決により、原告と被告大学との間の信頼関係が破壊されたために、贈与契約が将来に向かって取り消されたという判断が示されて初めて、被告大学にとって、パラフィンブロックやプレパラートの返還義務が明らかになるといえるのであるから、別訴の判決までパラフィンブロックやプレパラートを返還しなかった被告の対応をもって、原告に対し損害賠償義務を発生させるほどに違法であるということとはできない。

また、上記のとおり、被告大学と原告との間の契約は、贈与契約と解されるが、当裁判所の判断としては、……原告の骨の損壊及び採取についての明確な拒否にもかかわらず、違法に骨及び骨髄を採取したとは認めることができず、原告と被告大学との間の贈与契約を取り消すことができるほどの信頼関係が破壊された事情は認められないから、パラフィンブロックやプレパラートを返還しなかったことをもって、債務不履行であり、同不履行に基づき損害賠償請求権が発生する

と解することもできない」とした。

については、被告大学は贈与を受けたことを前提として、自己の物としての注意義務を尽くして管理すれば足りるとして、遺族に対する感情を殊更傷つける方法で破損ないし紛失したという特段の事情がない限り、違法ではないとして、損害賠償の請求を棄却した。

【研究】

一 問題の所在

(1) はじめに

本判決の事案は、死体等の返還とそれに基づく損害賠償請求という極めて稀な紛争である。そのため先例といえるような事件はなく、本判決の問題点を理解できるようにするため、判決理由をかなり長く引用せざるを得なかった。

本判決の争点は四つあるが、そのうち理論的に重要なのは判決要旨に挙げた、と の争点であり、本研究もそこに焦点を合わせて論じていることにする。

(2) 遺体の所有権

人間は生存中は権利の主体であって（民法一条の三）権利の客体になることはない（奴隷の禁止）。しかしながら、死亡

すれば人格性を失い、それは有体物であり（民法八五条）、支配可能性・特定性・独立性を有するから物となる。そこで遺体の所有権が問題となる。かつて判例は、その所有権は相続人に帰属するとし¹⁾、但し遺骨や遺骸を放棄することは、祖先の祭祀供養を廃することになり善良の風俗に反するから許されない²⁾、とした。しかしながら、家督相続時代は単独相続となるので相続構成を採っても問題はなかったが、戦後の共同相続の下では、相続構成を採ると共同相続人が死体につき共同所有となったり、持分権を持ったりすることになり、妥当ではない³⁾。そこで現在の判例は、遺骨の所有権は、慣習に従い祭祀を主宰すべき者（民法八九七条）に帰属するとしてい⁴⁾る。

学説も、今日においては判例を踏襲し、遺体の所有権は、社会通念上喪主たる者に帰属するものと解し、その内容は埋葬及び祭祀供養のみに限られ、その所有権の放棄は許されないと解している⁵⁾。

本判決もこの見解を前提として、争点を処理している。私もとりあえずこの見解に立った上で、本判決の是非を検討する。

判決はそのような事実はないとしている点である⁶⁾。そしてこの事実認定の違いが、同判決では両者の信頼関係が破壊されたとして、贈与契約の撤回が認められたのに対し、本判決ではそれが認められなかった原因の一つをなしている。

(2) 判決理由

同判決は、大学病院を持つ学校法人が死者の遺体を遺族の承諾を得て解剖し、臓器をプレパラート等にして保存する関係は、遺族と学校法人との間の寄付（贈与）又は使用貸借契約であり、信頼関係を失わせる事情がある場合には、遺族は将来に向かって取り消すことができ、その場合、遺族が学校法人との間の臓器の保存に関する契約を取り消したならば、所有権に基づいてプレパラート等の返還を請求できるとした。

その際、「遺体の解剖・保存に対する遺族の承諾は、公衆衛生の向上、医学教育・研究という解剖・保存の目的の公共性、重要性に鑑み、これを遺体に対する自らの尊崇の念に優先させて、経済的な対価や見返りなくされるものであるから、右承諾の基礎には、解剖・保存を実施する側と遺族との間に、互いの目的と感情を尊重し合うという高度の信頼関係が存在することが不可欠である」としている。そして剖検の際に椎体骨等を無断で採取したことが信頼関係を破壊させる行為に

(3) 本判例研究の構成

本稿では、まず同じ当事者間で争われた、東京地方裁判所平成二二年一月二四日民事第三九部判決（判時一七三八号八〇頁、判タ一〇六三号一四三頁）を紹介する（以下同判決と呼ぶ）。なぜなら同判決と本判決を対比することにより、問題をより鮮明に浮かび上がらせることができると思うからである。その後で判決要旨に挙げた二つの論点、即ち、遺族の承諾の範囲の問題と死体解剖保存法の解釈の問題について検討し、最後に私見をまとめることにする。

二 東京地方裁判所平成二二年一月二四日民事第三九部

判決

(1) 事実の概要

同判決は本判決と同一の事件であり、ただ同判決においては原告が臓器等の標本の返還を求めたのに対し、本判決においては損害賠償を求めた点が異なるにすぎない。したがって、事実は当然同一ということになるはずであるが、両判決の事実認定で重要な違いがある。それは、同判決においては、原告らが主治医らに対して死者の指一本と背骨の採取については明確に拒否の意思を伝えた、と認定しているのに対し、本

当ると判断した。そしてその結果、贈与契約を撤回することにより、臓器の所有権は遺族に帰し、それに基づいて返還請求権を肯定したのである。

(3) 評価

同判決は遺体の所有権を遺族等に認めた上で、遺体の臓器の提供を贈与等の契約関係であると構成している。その上で紛争を解決しているのであるが、その解決策に異論はない。また、死体解剖保存法に關しても検討し、その私法上の契約に対する関係について、「本件承諾は、保存法に基づく解剖を行うための要件である遺族の承諾（保存法七条）としての性質とともに、原告らが、被告病院の長に対し、解剖後の花子の脳及び内臓について、公衆衛生の向上を図り医学的教育又は研究に資するという保存法の目的（保存法一条）に従った権限を与える承諾（保存法一七条）としての性質を有するものと認められる。もっとも、右承諾は、死体の全部又は一部の保存との関係では、被告病院の機関である長による保存を保存法や他の公法的規制との関係で正当化するものに基づかず、死体の所有者との関係では、法人格を有する被告と承諾者との間の寄付（贈与）、使用貸借等の私法上の契約に基づいてされるものと解すべきである」として、問題の解決策をあ

くまで私法に基づいて行うべきであることを表明しており、この点についても賛成する。

ただ問題点として残るのは、研究機関と贈与等の契約を締結できる遺族の範囲が明確にされていないという点である。もっともこの点は、理論的というよりは政策的な問題に属し、判例で明らかにするというのは困難であり、学説による理論的基礎付けは必要であることが、立法的な手当がなければ解決され得ない問題点ということができるところである。

三 遺族の承諾の範囲

両判決とも大学病院と遺族との間の法律関係を贈与等の無償行為と捉えている。しかしながら結論が分れた理由は、一つは既に指摘したように事実認定の差異によるものである。つまり同判決が、遺族が背骨等の採取について明確に拒否したことを事実として認定しているのに対し、本判決はそれを認定していない。この違いも確かに結論を分けた理由であるが、それを超えて理論的な問題点があると思われる。それは契約の解釈の方法である。

契約の解釈については主観説と客観説が対立している。主観説とは、契約の成立には意思表示の合致が必要であり、ま

解釈態度の違いが事実認定にも影響を与えているのではなからうか。

仮に骨及び骨髄などが内臓に含まれるとしても、遺族はそうのように考えておらず、医師にとってはそれが常識であるとしても、一般市民は内臓に骨及び骨髄が含まれるとは考えないのが通常である。したがって、骨及び骨髄などを含めた贈与契約が成立していたとしても、遺族がそのように考えておらず、そのように考えなかったことにつき重大な過失がないわけであるから、少なくとも錯誤無効が認められるか否かが問題となるはずである。贈与等の効力に関しこの点につき裁判所が判断しなかったのは、弁論主義による制約であったからかもしれないが、理論的には問題となるはずである。この点に関しても私は本判決を疑問に思う。

以上のように、客観説に立つたとしても、本判決の論理・理由付けを正当化することはできず、極めて恣意的な解釈を行っているといわざるを得ないであろう。したがって、本判決は失当である。

四 死体解剖保存法の解釈

本判決は、パラフィンブロックやプレパラートの返還義務

た意思表示の解釈を通じて契約内容が確定されるのであるから、意思表示の解釈こそが契約解釈の中心である¹⁰⁾とする。それに対して客観説は、契約の客観的な意味内容の確定が解釈の目的であり、意思表示は契約を構成して初めて法律効果が発生するのであるから、契約を解釈すれば十分であり、意思表示の解釈を問題とする必要はない¹¹⁾、とする見解であり、この見解が通説とされている。そして両判決とも客観説に従って判断していると思われる。

しかしながら客観説に立つたとしても、解釈の基準の第一は「当事者の企図する目的」であるはずである。そして契約を解釈する際には、行為者の表示行為によって相手方はその意味内容を信頼することになるから、相手方の諒解可能性をも考慮して解釈されなければならないはずである。ところが本判決は、前述の事実認定にも見られるように、この点を無視して(病理解剖の目的については顧慮しているが)いきなり医療慣行に従って、即ち大学病院側の基準のみを根拠として、贈与契約の対象である内臓に骨及び骨髄などが含まれることを認めてしまっている。それに対して、同判決はこの点を考慮して判断している。論理的には事実認定により事実が確定してから法的判断が下されるはずであるが、このような

の有無を、死体解剖保存法の解釈を通じて判断している。それゆえ、そこで示された解釈が妥当なものであるかどうかの問題となる。

死体解剖保存法は一七条から一九条において、標本を保存する主体によって死体を保存するための要件を規定している。本判決で直接争われているわけではないが、論理的な順序としては、本件の場合にどの条文に該当するかがまず問題となる。

同法一九条一項は遺族の承諾と都道府県知事の許可を死体保存の要件としており、その例外として一七条及び一八条が規定されている。本件において一九条は問題とならないので一七条と一八条のどちらの条文が適用されるかが問題となる¹²⁾。

これらの条文の適用範囲について、そのメルクマールとなるのは同法一八条の「第二条の規定により死体の解剖をすることが出来る者」の意義である。同法二条一項は「死体の解剖をしようとする者は、あらかじめ、解剖をしようとする地の保健所長の許可を受けなければならない」と規定し、その例外として、医学に関する大学の解剖学・病理学又は法医学の教授又は助教が解剖する場合などを挙げている。そこである見解はその意義を「保健所長の許可を受けて死体の解剖

ができる者」に限定する（以下限定説と呼ぶ）。それに対して別の見解は、それに加えて二条に例外として列挙された適法に死体の解剖ができる者全てを含むと解している（以下包含説と呼ぶ）。限定説に立てば、本件の場合、一七条が適用されることになる。それに対して、包含説に立てば、一八条が適用されることになる。

これに関して、児玉安司弁護士・医師は、限定説に対して「形式的にみても、一八条の規定中の『第二条の規定により死体の解剖ができる者』、『第二条の規定により市町村長から交付を受けた死体を除く』などの解釈に困難をきたす。また、『保健所長の許可を受けて死体の解剖ができる者』が一八条によって死体の保存が許されるのに、行政解剖を行った監察医については一九条によって遺族の承諾と都道府県知事の許可を得ない限り死体の全部又は一部の保存が許されないことになる。司法解剖後に大学の法医学教室が教育研究目的で臓器を保存する場合……に、一七条によって遺族の承諾が必要になる」¹³⁾などといった不都合を指摘している。

両判決ともこの点を明確にしていけないが、同法一七条が適用されている結果から見れば、限定説に立っていることが推測される。そして包含説に立つならば、本件において一八条

が適用されるべきであり、本判決が一七条を適用したこと自体が失当であるということになる。

五 私見

(1) 遺族と大学病院の法律関係について

本判決の事案において、遺族と大学病院との間に贈与契約が結ばれたと判断することに異存はない。問題はその解釈の方法であるが、私は主観説に与する。契約の拘束力の根拠を意思に求めたいからである。私見に立つて本件を分析すると、「内臓」の内容に関し、受贈者たる大学病院は骨及び骨髄を含むと意図していたのに対し、贈与者たる遺族はそれらを含まないと考えていた。したがって両者の意思表示には齟齬があり、その意思の一致する範囲内で、本件においては骨及び骨髄を除いた内臓の範囲内で、贈与契約が成立したものと解することになる。そして観念的には「解剖の承諾」は「保存の承諾」（＝贈与の意思の内容）とは分けて考えられるが、本件においては解剖の承諾の範囲もそれと一致しているはずであるから、大学病院側が骨や骨髄を採取したいと考えたならば、そのことを明確に説明した上で（即ち、内臓には骨や骨髄も含まれるということを経験的に伝えた上で）遺族の承諾を得る

ことが必要であり、その欠ける本件においては、たとえ本判決のように「背骨の採取を明確に拒否したことは認定できない」としても、遺族との間の信頼関係が破壊されることになり、贈与の取消がなされたとしてもやむを得ないものと考ええる。そしてこの結論は贈与者に有利となるものであるが、贈与契約においてその内容は贈与者の一方的な出捐行為によるものであるから、受贈者に特に損害が発生するようなものではなく妥当であると考えている。なお本判決は、たとえ客観説に立ったとしても、その解釈方法に疑問があるということは前述のとおりであり、いずれにしても不当な判決と評価される。

また本判決は、昭和六三年当時、死者の病理解剖についての遺族に対するインフォームドコンセントが觀念されていなかったことを理由に、その説明義務を否定する。しかしこのような態度についても疑問である。なぜなら本件は患者の自己決定権の確保が問題となるような事件ではないからである。本件で問題となる説明義務は、インフォームドコンセントによって基礎付けられるものではなく、その本質は契約締結の際の情報提供義務であると解すべきである。つまり、内臓に骨及び骨髄が含まれるという情報を、医学の専門家である大

学病院の医師がその知識に欠ける一般市民の遺族に対して提供しなければならぬというように法が命ずる（力の均衡の確保）、専門家としての責任が問題となるのである¹⁴⁾。本件においてはこの責任を大学病院が果たしたといふことはできず、その義務違反によって損害賠償責任を負うべきである¹⁵⁾。

(2) 死体解剖保存法の解釈について

本件についてはむしろ同法一八条が適用されるべきであり、本判決の様に一七条を適用するのはおかしいのではないか、という疑問は既に述べたとおりである。そして一八条が適用されたならば、同条但書によって、遺族の要求があった場合には臓器を引き渡す義務があることになる。そしてその引渡請求を阻止するためには、権利濫用などの一般条項に頼らざるを得ないであろう。しかしながら、この点に関しては私はまだ考えが固まっていないので、結論を留保させていただきたい。

そこで以下では、仮に本件において一七条が適用されるとして、本判決に問題はないかを検証する。本判決は一七条には、一八条のように遺族から引渡の要求があった場合に死体を標本として保存できないとの規定がないことから、大学病院の返還義務を否定する。そして後は所有権の帰趨によって、

即ち贈与契約の効力によって返還の可否が決せられ、信頼関係が破壊されておらず有効な贈与契約が存在する本件においては返還の必要はなく、損害賠償義務も否定されるとする。

しかしこの解釈は妥当ではない。そもそも本件のような病理解剖は、「病死の場合に死者の主治医からの依頼を受けて病理医が行うもので、死因や病状進行、治療の効果などの詳細を医学的に確認するための解剖である。死体解剖保存法七条により遺族の承諾が必要である¹⁶⁾。そして一七条によって死体を標本として保存するためには、さらに遺族の承諾が必要とされている。それに対して一八条によって死体を標本として保存される場合には、遺族の承諾を必要としない司法解剖や行政解剖による場合が含まれており、だからこそ遺族の引渡要求が特に規定されているのである。このような同法の構造から考えると、一七条に遺族の引渡要求が規定されていないのは、同条が遺族の同意を前提としているからであると解すべきであろう。本判決は、遺体から採取した臓器等の保存及び標本作製の承諾を得たと認定しているが、それが疑問であることは前述のとおりである。したがってたとえ本件が一七条が適用される事例であったとしても、本判決は不当であるということになる。

方に心から感謝いたします。

- (注)
- (1) 大審院大正二〇年七月二五日第二民事部判決・民録二七輯一四〇八頁。
 - (2) 大審院昭和二年五月二七日第二民事部判決・民集六卷七号三〇七頁。
 - (3) 森泉章、民法入門・民法総則(第二版)(日本評論社・二〇〇〇年)一三六頁。
 - (4) 最高裁判所平成元年七月一八日第三小法廷判決・家月四一巻一〇号二二八頁。
 - (5) 従来の学説については、谷口知平・久貴忠彦編『新版 注釈民法(二七) 相続(二)(有斐閣・一九八九年)一三四頁以下「小脳一海」及び林良平・前田達明編『新版 注釈民法(二) 総則(二)(有斐閣・一九九一年)六〇五頁以下「田中整爾」参照。
 - (6) 森泉前掲二三六頁。四宮和夫・能見善久『民法総則「第六版」(弘文堂・二〇〇二年)一五九頁以下は、遺体を埋葬目的と臓器移植及び研究目的の寄贈の場合に分けて考察し、本件のような研究目的の寄贈の場合には、本人の生前の意思が最優先され、本人が意思を表明していない場合に限って、遺族が研究機関との贈与契約を締結することにより、臓器の提供をすることがで

なお本判決は、同判決が、遺族が所有権に基づき返還請求権を有していると判決したことに関し、本判決の結論がその既判力に抵触するものではないと注意している。確かに訴訟物が異なるので形式的には既判力の抵触は問題とならないかもしれないが、しかし争点効の問題が残ることになる。この点に関しては、私は門外漢なので、問題提起に留めておく。

(3) 今後の課題
本研究は遺体の所有権が遺族にあることを前提として検討してきた。しかしながらこのこと自体に疑問を呈示する見解が登場している¹⁸⁾。即ち遺体の所有権を問題にすることなく、遺体に対する侵襲を遺族固有の人格権¹⁹⁾故人に対する哀悼の情の利益の侵害と捉える。そして遺族の承諾を違法性阻却事由として取扱うことになる。この見解に立てば、本研究の分析・検討は根本から覆されることになる。注目すべき見解であるが、その是非については今後の課題としたい。

〔附記〕本稿は、第三〇回関西西医学法研究会(二〇〇三年九月二〇日)における、安原正博京都府立医科大学教授(法学)の報告を契機として執筆したものである。安原教授並びに研究会において有益な議論を聞かせていただいた諸先生

- きるとしている。
- (7) 判時一七九七号七六頁。
 - (8) 判時一七三八号八二頁、判タ一〇六三号一四六頁。
 - (9) 判時一七三八号八二頁、判タ一〇六三号一四五頁。
 - (10) 石田喜久夫編『現代民法講義一 民法総則』(法律文化社・一九八五年)一〇〇頁以下。契約解釈の学説の状況に関しては、川島武宜・平井宜雄編『新版注釈民法(三) 総則(三)(有斐閣・二〇〇三年)五三頁以下参照。
 - (11) 我妻榮『新訂民法総則(民法講義(一))』(岩波書店・一九六五年)二四九頁。
 - (12) 森茂郎・武市尚子・児玉安司『病理解剖・司法解剖後の検体・遺体の取扱い』ジュリ二二四四号(二〇〇三年)二二四頁以下、二三四頁以下「児玉安司」の説明による。
 - (13) 森・武市・児玉前掲二二五頁「児玉安司」。
 - (14) 森・武市・児玉前掲二二四頁「児玉安司」。
 - (15) 森・武市・児玉前掲二二四頁「児玉安司」。
 - (16) 森・武市・児玉前掲二二八頁「武市尚子」。
 - (17) 「司法解剖は、犯罪捜査のために行われる解剖で、検察官又は司法警察職員が犯罪捜査に必要であると判断した場合に、刑事訴訟法二二三条に基づいて鑑定囑託という形で行われる。執行者は法的に限定されていないが、現在はほぼ全て法医学者である。司法解剖は強制処分であり、死体解剖保存法七条三号、第一条第一項第四号に該当する場合」にあたり、遺族の承諾は要

しない。

行政解剖は、都道府県等の自治体が何らかの予算を確保し（一部遺族負担の地区もある）、行政機関としての解剖システムを作つて解剖が行われているもので、犯罪性が少ないとされた死体のうち主に死因や外因の関与が不明であるものについて、行われる解剖である。監察医制度のある地域では監察医が解剖を行い、死体解剖保存法七条三号。第二条第一項第三号に該当する場合」となり遺族の承諾を要しない。監察医制度のない地域では、遺族の承諾を得て行われる」森・武市・児玉前掲二一八頁「武市尚子」。

(18) 寺沢知子「医的資源としての人体の『提供』の法的意味」撰南法学二十九号（二〇〇三年）三三頁以下が問題提起をしている。