

生体腎提供と被害者の承諾の抗弁

早稲田大学英米判例研究会
(代表 矢頭敏也)

目次

はしがき

第一 生体腎提供は、自由意思による「危険の引受」(被害者の承諾)にあたるか、または、「救助事件」法理が適用される行為であるか、が争われた事件

一 自由意思による「危険の引受」であって、「救助事件」法理は適用されないとされた事件(シリアンニ対アンナ事件)

二 自由意思による「危険の引受」ではなく、「救助事件」法理は適用されないとされた事件(シリアンニ対アンナ事件)

生体腎提供と被害者の承諾の抗弁

件」法理が適用されるとされた事件(アーバンスキー対ベイトル事件)

第二 関連判例

一 アメリカ(ワグナー事件)

二 イギリス(ヘインズ事件、ブランドン事件)

三 カナダ(コロザース事件)

第三 解説

一 救助法理

二 救助法理の適用範囲の拡大と問題点

三 生体腎提供者に対する「救助法理」の適用

はしがき

この判例研究に参加した者は、早稲田大学大学院法学研究科に在学する左の諸君である。

相川 修	相原 隆	沖崎 聡	川島いづみ
河辺 亮	皆廻好宏	佐々木千津子	貞森幸範
篠原光児	柴田 敏	内藤良祐	中島賢士
西片 修	平田雅子	古山智則	森川 功
八木保夫	(現富山大学助教授)	吉盛一郎	

本稿は、それぞれが行なった報告及び討議を素材とし、資料として役立たせることを目的として、各項目の末尾に記名した平田雅子さん、森川功君がとりまとめたものに、主として、本件を論評する法律雑誌のコメントに基づく解説を平田さんが加え、最後に矢頭が全体に目を通して作成されたものである。

腎移植は臓器移植の中でも最も完成された技術で、うまく適合すれば機械にしばられることなく健康な人とほとんど変わらない生活ができる。しかも、手術費用は透析療法よりはるかに少ない。ところが、わが国の腎移植例は欧米にくらべて十分の一と著しく少ない。ヨーロッパの透析患者数はわが国を少し上回る程度であるが、腎臓移植手術が毎年二、三千件行なわれ、

またアメリカではすでに三万例以上行なわれ、一九八一年だけでも四千例の手術が行なわれたのに対して、わが国は、一九五八年の第一例から教えても、一九八〇年末までに千七百例あるに過ぎない。このような腎移植低調の唯一の理由は、欧米に比較して、死体腎の提供者が圧倒的に少ないためであるとされている。そして、欧米では死体腎移植が中心であるのに対して、わが国は、親、兄弟など肉親からの生体腎移植が九〇パーセント近くを占めているのを特徴としている。(以上、毎日新聞、一九八二年二月一七日及び同年四月三日「技術とわれら人間」による。)

そこで、本稿では、生体腎提供に関連して提起されると思われる法律問題の一つである「生体腎提供と被害者の承諾の抗弁」について、英米法に即して判例研究をしようとする。

ところで、外科医の過失によって腎臓を失った者に自己の腎臓を提供した者は、その外科医に対して、自分が被った損害について賠償請求を為しうるであろうか。外科医側は、予見可能性の不存在、自らの過失と提供者の損害との間の因果関係の不存在を主張し、あるいは、提供者は任意に腎臓を提供したものであるとして、「危険の引受」(assumption of risk. あるいは「被害者の承諾」)の抗弁を提出して自己の責任を否認するであろう。他方腎臓提供者は、予見可能性、因果関係の存在を主張し、か

つ、いわゆる「救助事件」(rescue case)の法理が適用されるものとして、損害賠償を請求するであろう。

本稿においては、生体腎の提供行為が救助事件法理の適用範囲にはいるかどうかという問題に焦点を合わせて、いくつかの判例を資料として検討しようとする。

そこで、先ず第一に、右の問題点が直接取り上げられ、しかも真反対の判断が下された二つの事件が紹介される。一つは、予見可能性が否定され、「救助事件」法理の適用が否認されて原告が敗訴した、一九六七年のシリアンニ対アンナ事件(アメリカ、ニューヨーク州高位裁判所判決)であり、他は、予見可能性が存在し、救助法理が適用されるとして原告が勝訴した、一九七八年のアーバンスキー対ペイテル事件(カナダ、マニトバ州女王座裁判所判決)である。これらの判例は国こそ違うとはいえ同じく英米法の下にある国であって、本稿で取り扱う事項についても共通する法原則、思想を持っているものと言ってよいであろうし、判決の中でも、相互に、イギリス、あるいはアメリカ、あるいはカナダの判例が参照、引用されているのを見るのである。

ところで、後に述べられるように、結論をまったく異にする二つの判決が下された主因は、アーバンスキー事件の判決中にもあるように、両事件を隔てるほぼ十年の間における臓器移

生体腎提供と被害者の承諾の抗弁

植、とくに腎臓移植の目ざましい進歩、発展であって、今日では生体腎提供はまったく予見可能になったことにあるといつてよいであろう。右の二つの判決の分析を通じて、このことも明らかにされるであろう。

つぎに、本稿主題の説明の便宜のために、いくつかの関連判例が取り上げられる。それらは、この判例研究の主たる対象となった前述のアーバンスキー事件の判決において、強固な拠り所として引照されている、アメリカ、イギリス、及びカナダの事件であって、一九二一年のワグナー対インターナショナル鉄道会社事件(アメリカ、ニューヨーク州上訴裁判所判決)、一九三四年のヘインズ対ハーウッド事件(イギリス控訴院判決。付一九二四年のブランドン対オズボーン・ギャレット会社等事件、イギリス高等法院王座部判決)、及び一九七四年のコロザース対スロボディアン事件(カナダ連邦最高裁判所判決)である。さいごに、危険の引受(被害者の承諾)の抗弁及び救助事件の法理についての簡単な説明と、アーバンスキー事件判決についてのコメントが加えられる。

このようにして、本稿においては、「救助事件」法理の適用の一つの拡大として、医療過誤にもなつて生起する生体腎提供者への適用が解明されるであろう。(矢頭敏也)

第一 生体腎提供は、自由意思による「危険の引受」（「被害者の承諾」）にあたるか、または、「救助事件」法理が適用される行為であるか、が争われた事件

一 自由意思による「危険の引受」であって、「救助事件」法理は適用されないとされた事件

Siriami v. Anna

一九六七年十二月二日、ニューヨーク州高位裁判所 (Supreme Court, Special Term) 判決 (原告敗訴)。(1967) 55 Misc. 2d 553, 285 N. Y. S. 2d 709.

一 事実関係

ヘルニアの型通りの治療後、原告の息子カール・シリアンニの容態は急に悪化し、それが傷口の膿瘍によるものかそれとも虫垂炎によるものかを診断するために、外科手術が行なわれた。その過程において、被告内・外科医らは、誤って彼の腎臓をすべて摘出してしまった。一つしかなかった腎臓を失ってしまった彼は、数週間に亘って人工透析による治療を受けたが、

しだいに衰弱してゆき、その生命を維持するには腎移植が行なわれなければならなくなった。そこで、彼の母親である原告シリアンニ夫人が、健康かつ適合性が高いと判断された彼女の腎臓の片方を、任意に提供したのであった。当該腎移植手術は成功し、現在まではほぼ四年が順調に経過している。

カール・シリアンニが被告らに対して提起した医療過誤訴訟は、本件訴訟以前に、相当の金額を以て示談による解決が図られた。一方、本件の原告であるシリアンニ夫人は、腎臓の片方を提供したことによって彼女の健康が損われたと主張して、息子の腎臓を誤って摘出してしまった被告らの行為が原告の訴訟原因を構成するという理論に基づき、損害賠償請求訴訟を提起したのであった。

なお、被告側は、原告の請求の棄却を申し立てている。

二 争点

生命の維持に必要な人間の臓器を過失によって摘出してしまった被告に対する訴訟原因が、かかる臓器の提供者に有利に存在するか否か。

三 判決

争点につき消極的判断。被告による請求棄却の申立認容。

四 判決の要旨（ハミルトン・ウォード判事 Hamilton Ward J.）

(1) 争点となっている原告の訴訟原因は、これまでいかなる裁判所においても主張されることがない。一九六六年、ニューヨーク州上訴裁判所 (Court of Appeals of New York) のデズモンド長官 (Desmond C. J.) は、前例のない訴に対するその判決 (Williams v. State of New York, 18 N. Y. 2d 481) において、「かかる申立が以前に裁判所により認容されたことがないということは、それ自体克服しがたい障壁ではない」と述べたにも拘らず、「我々の法概念には、原告が主張している『不法行為』についてはいかなる観念も存在していない」ことを理由に、その訴を却下している。そして、以前は認められていなかった不法行為訴訟の提起を認めた例として挙げた過去一五年間の諸判例について、同判事は、裁判所が創設した従来の免責や除外をもはや認めるべきではないと判示されたのであって、「新しい訴訟原因が創設されたことはなかった」と述べている。本件においては、カール・シリアンニに関する事件において法により認められた被告の「不法行為」が、本件にまで及んで、本件原告についても「不法行為」を構成するか否かが問題とされているのであって、このことは、訴を提起し得る不法な行為という我々の現在の法概念以外に、「新種の訴訟原因」を

案出するよう我々に求めているように思われる。

(2) 被告らの過失は、カール・シリアンニの身体のみに及んだにとどまると判示し、当裁判所は、予見可能性及び近因 (proximate cause) という古典的基準を退けた。息子の生命を維持すべく自分の腎臓の片方を提供するにあたって原告がとった、前もって熟慮された認識に基づく意図的な行為のために、完了してしまった被告の過失は、延長されたり復活させられたりすることはなかった。本件における原告の行為は、結果について十分に認識した、明らかに区別された独立の介入行為であって、因果関係を中断するものである。

当裁判所は、また、エカート事件判決 (Eckert v. Long Island Railroad Co. (1871) 43 N. Y. 502) 及び後掲ワグナー事件判決 (Wagner v. International Railway Co. (1921) 232 N. Y. 176) (一一六頁) 等の画期的な判決において示された「救助法理」 (rescue doctrine) を、慎重かつ十分に検討してもいる。これらの事件では、救助者は自分の運命を知らずに行動したが、本件の原告は、その任意の行為がもたらす結果を十分に認識したうえで、慈悲深いことに、自分の腎臓を譲り渡して息子の生命を維持したのであった。ワグナー事件のみごとな判決の代表的な一節において、カードッゾ判事 (Cardozo J.) は、「救助に伴う危険は、救助がいわれのないもの (wanton) でさえ

なければ、それが必要とする場合に生ずる」と述べている。当裁判所には、同判事が、“wanton”という語を、向こうみずにも無視するというしばしば用いられている意味ではなく、“wilful”と同義に用いたように思われる。「その語は、通常、意図的 (intentional) であることを意味し、偶然あるいは無意識であることは区別される」のである。従って、カードッソ判事は、救助法理から救助者の側の「意識的な (“wanton” (wilful)) 行為を除外したように思われる。本件における原告の行為は、意識的・意図的かつ自発的であって偶然のものではなく、その結果を十分に認識したものである。

(3) さらに、救助事件においては、救助者は、自分の運命に無頓着にまたそれを知ることもなく、救助にとりかかる。「危険は救助を招来する。遭難の叫び声は救済への召喚である。」

「緊急事態が、うってつけの人を招来するのである。」(一一七八頁)。救助者は、その結果を熟慮しないで、自分の行為の性質を判断していたかもしれない。本件は、かかる場合ではない。息子の生命を維持させるにあたって、母親である原告の行った行為がいかに慈悲深くまた当然のものであったとしても、当裁判所は、本件の事情のもとでは「救助法理」の適用はないと判示する。

(4) 現代医学の奇跡は、今やある人の身体から他の人の身体

へ幾種類もの臓器を移植することに成功するという段階にさしかかっている。本件において提起された争点は、将来、裁判所に頻繁に提起されるかもしれない。かかる争点は解決されなければならぬのである。本件の事情のもとで、臓器の提供者は訴訟原因の主張を認められるべきであるというのが公の政策であるとすれば、かかる訴訟原因の創設は、司法が命ずるのではなく、当ニューヨーク州が一八四七年に不法行為による死亡を理由とする訴訟原因を創設した時のように、立法によるべきである。(以上 平田雅子)

二 自由意思による「危険の引受」ではなく、「救助事件」法理が適用されるとされた事件

Urbanski v. Patel

一九七八年一月二五日、カナダ、マニトバ州女王座裁判所判決 (原告勝訴)。 (1976) 84 D.L.R. (3d) 650.

一 事実関係

一九七五年四月一七日、ファーマン夫人の不妊手術を担当した被告外科医、R・C・ペーテルは、彼女がときおり腹部に不

快感を覚えていたその原因を左下腹部に認め、これを卵巢であるとして摘出した。ところが、それは異常な位置にあり、しかも先天的奇形のために彼女に一つしかなかった腎臓であった。腎臓機能の完全な喪失が確認され、三日後、人工腎臓による透析療法が開始された。五月一日に退院してからも、彼女は、週三回、合計三〇時間に亘る人工透析治療のために、片道六〇マイル以上の道のりを、夫に付き添われて通院しなければならなかった。そのために、夫は農業及び畜牛飼育業の副業としていたバス運転手の職を失ったほか、畜牛も売り払われ、さらには子守も雇わなければならなくなったのである。

一九七六年五月八日、夫人の父親である本件原告ウィクタ・アーバンスキーが、彼の腎臓の片方を提供し、その移植手術が行なわれたが、不幸にも、三日後には拒否反応のためにこれを摘出しなければならなかった。五月三十一日、今度は死体腎の移植が試みられたが、やはり失敗に終わっている。一九七七年五月以降は、透析装置が取り付けられ、自宅療養が可能になったとはいえ、夫人は今なお月に一回の通院を繰り返さなければならず、健康で夫や三人の子供たちと普通の幸せな生活を送っていた彼女の唯一つの腎臓が誤って摘出されたことにより、一家の生活はめっちゃめちゃになってしまった。

このため、ファミリーマン夫妻は、被告外科医に対して、その過

生体腎提供と被害者の承諾の抗弁

失を理由とする損害賠償請求訴訟を提起した。さらに、夫人の父親であるアーバンスキーも、移植のために腎臓を提供したことに伴う彼自身の損失及びその他の所要経費は、同被告の過失により彼女の唯一つの腎臓が摘出されてしまったために生じたものであると主張して、損害賠償請求訴訟を提起した。被告の医療過誤をめぐる両訴訟は、のちに併合されることとなった。

被告が過失責任を認めていたファミリーマン夫妻の請求について、ウィルソン判事(Wilson J.)は、夫には、逸失利益、自宅療養費、慰藉料等として一二四、五五六ドル四〇セントを、また、夫人には、身体的損失に対する一〇〇、〇〇〇ドルを認めたと。さらに、マニトバ州の関係当局に対して、夫人の医療費として九八、六七一ドル六五セント、通院中の子守費用として五、四〇〇ドルが認められた。

ところで、本稿で研究対象とするアーバンスキー対ペイテル事件における父親の請求については、娘が生き延びる可能性をより広げるために彼自身の腎臓の片方を提供するという行為は、娘の明らかな災難をまのあたりにした父親であれば当然するであろうことをしたにすぎない、という原告の主張に対して、被告は、原告のかかる行為及びそれに伴う経費は、夫人に對する不法行為の結果として予見され得たとはいえない、と主張している。

二 争 点

被告の過失によって患者の唯一つの腎臓が誤って摘出されてしまったならば、その父親が、移植のために自分の腎臓の片方を提供するという、「救助」事件において発展した法原理の適用を受ける行為を行なうであろうことは、合理的に予見可能であったか否か。

三 判 決

争点につき積極的判断。原告勝訴。

四 判決の要旨(ウィルソン判事 Wilson J.)

(1) 原告による腎臓提供行為は、ファーマン夫人に対する不法行為から予見され得る結果とみなすことはできないという被告の主張は、前掲ニューヨーク州のシリアンニ事件判決 (Sir-anni v. Anna (1967) 285 N. Y. S. 2d 709) (一一〇頁) において認められたものであった。ファーマン夫人と同様彼にとって唯一つの腎臓を誤って摘出されてしまった息子のために、自分の腎臓の片方を提供した母親からの訴を退けたウォード判事 (Ward J.) は、原告の決断は意識的・意図的かつ自発的であって偶然のものではないから、被告のせいにするとはできない、と考えた。すなわち、原告の行為は明らかに区別された独

立の介入行為であるから、予見可能性及び近因 (proximate cause) という古典的基準により損害賠償金の回復は妨げられるというものであった。しかも、かかる行為は予見不可能であると同時に独立した行為であるので、因果関係は中断され、従って、誤って腎臓を摘出した被告の過失の責任を問うことはできなかった。

しかし、シリアンニ夫人の息子が腎臓を失った一九六三年、それどころか同判決が下された一九六七年当時でさえ、臓器移植という観念はまだその揺籃期にすぎなかった。一九六七年一月二日に至ってようやく、クリスチャン・バーナード博士が初めて人間の心臓移植を成し遂げたことは、周知のところである。従って、当時、ウォード判事は「現代医学の奇跡は、今やある人の身体から他の人の身体へ幾種類もの臓器を移植することに成功するという段階にさしかかっている」(285 N. Y. S. 2d 709, at 713) と評しているが、至言である。

(2) いうまでもなく、シリアンニ事件判決は、アメリカの判例であるから、本件に適用はされない。それはさておき、同判決を検討するに際しては、マーク・クサノウィッチによる「医療過誤責任と臓器移植」(Medical Malpractice Liability and the Organ Transplant, 5 U. S. F. L. Rev. 223 (1971)) という非常に有益な論文の中のその評釈を読むべきである。彼は、

二五八―九頁において、次のように述べている。

「腎移植の歴史は浅い。従って、生体腎移植という付随的な事柄が予見可能であったか否かを決定するには、シリアンニの腎臓が過失によって摘出された時期がかかわっている。

一九五四年に初めて人間の腎移植に成功したことは、明らかである。一九六三年までに、二四四件の生体腎移植が行なわれている。しかし、依然として非常に新しい分野であったので、その当時、生体腎の提供者は家族のうちの限られた者であり、外科医の中には、一卵性双生児以外からの提供行為を思い止まらせる者もいた。従って、シリアンニに腎移植が行なわれた一九六三年において、双生児の兄弟のないシリアンニに生体腎が提供されるであろうと予見し得たか否かは、未解決の問題であった。一九六三年以後、腎移植は急速に進歩している。一九七〇年までの統計によれば、およそ四千件の腎移植が行なわれ、記録されている。ゆえに、腎臓の疾患もしくは摘出が予見され得る場合は必ず生体腎の提供が同様に予見され得るであろうと主張することは、将来において可能である。」

(3) 拒否反応の危険、従って抗体の増強という危険を冒すことにより患者の手術が成功する可能性が低下するために、決まりきった処置ではないとしても、今日の医学に鑑みて、まさに

生体腎提供と被害者の承諾の抗弁

く、腎移植は腎臓機能不全における異論のない治療法といえる
と確信する。いうまでもなく、本件の被告が、その語のかたくな
しい意味において、腎移植の「予見可能性」はなかったと主
張しても、ほとんど聞き入れられることはない。

換言するならば、当該移植は、予期されたりゆきである、
つまり、通常の腎臓機能の喪失の結果として予期され得るもの
であるとみなされるべきであることは、確かである。

医学界の進歩はシリアンニ事件の判決理由(一一一―一二
頁)の適用範囲を越えてしまったので、ファーマン夫人にふり
かかった災難の場合、彼女の家族のある者が、移植のための腎
臓を提供すべく、多くの「救助」事件において発展した法原理
にもかなっている行為を求められ、それに応ずるであろうこと
は、全く予見可能であった。

(4) アメリカ法は、おそらく「救助」事件の分野における我
我の先駆をなすものであって、一九二一年には、後掲のワグナ
ー事件判決 (Wagner v. International Railway Co. (1921)
232 N. Y. 176) において、カードソン判事 (Cardozo J.) の有
名な意見が述べられている(一一七―一八頁)。また、イギリス
では、後掲ヘインズ事件判決 (Haynes v. Harwood [1935] 1
K. B. 146) において、グリフ判事 (Greer L. J.) が「グッドハ
ート教授の論文 (A. L. Goodhart, Rescue and Voluntary

Assumption of Risk, 5 CAMB. L. J. 192 (1994)) に述べられたアメリカの法原則を受容している(「二二一一二頁」)。カナダ連邦最高裁判所は、後掲コロザース事件判決 (Corothers et al. v. Stobodian et al. (1974) 51 D.L.R. (3d) 1) (「二五頁」)において、右のアメリカ及びイギリスの両判決を採用しており、リッチー判事 (Richie J.) は、危険にさらされている者が引き続き救助を求める状況にある限り、救助者による「新介入行為」または「独立した」行為という観念がいり込んで因果関係を中断する余地はないと判示している。

従って、被告は原告に対して責任を負っているものと判断する。

(5) ファーマン夫人の父親である原告が、腎臓提供者として最も適切であり、移植が成功すれば彼女にとって非常に有益であるという医師の判断、さらに、提供する側とされる側との間に存在する親子という関係を考えるならば、原告がかかる腎臓提供の求めに応じたことは、意外であるとはいえない。

当該移植手術後の検査では、原告にはいかなる疾患もしくは異常も発見されず、腎臓の提供によって彼の生命の期待はなら影響を受けなかった。とはいえ、今や原告には一つしか腎臓がなく、病気や外傷によりもし腎臓機能に支障をきたすことになれば、なんらかの不利を被る状態にあるといえる。

(6) 移植手術自体、片方の腎臓の喪失及び手術後の回復を理由として五、〇〇〇ドル、さらに、逸失利益としての三、五〇〇ドルならびに諸経費一五〇ドルを加えて、原告には八、六五〇ドルの損害賠償額を認容する。

なお、彼の手術に関する医療・病院業務及び投薬等につき、マニトバ州当局に一、九〇六ドル二六セントを認容する。

(以上 平田雅子)

第二 関連判例

ここでは、前述されたアーバンスキー事件において、「救助事件」法理に関する判例として引照されている、アメリカ、イギリス及びカナダの事件が紹介される。

一 アメリカ——救助者が、危険を意識しかつ熟慮のうえ救助行為を行なった場合にも、救助法理が適用された事件

ワグナー対インターナショナル鉄道会社事件 (原告勝訴) (「一九二一年一月二二日、ニューヨーク州上訴裁判所 (Court of Appeals of New York) 判決」) (Wagner

v. International Railway Co. (1921) 232 N. Y. 176;
133 N. E. 437.)

(1) 事実関係

原告アーサー・ワグナーは、いとこのハーバートと共に、被告鉄道会社が運営するバッファロー・ナイアガラ瀑布間の電車に乗り込んだが、同時に乗車した他の乗客でデッキがふさがっていたために、彼らは通路まで進むことができなかった。車掌はデッキのドアを閉めていなかった。乗車駅の付近には線路が高架となる区間があり、勾配を登りつめた電車は、左にカーブして陸橋を通過するのであった。原告らを乗せた電車は、スピードを落とさずにそのカーブを曲がったために突然激しく傾き、ハーバートが放り出されてしまった。だれか落ちたぞという叫び声があり、電車は陸橋を渡って勾配を下ったところで停まった。日が暮れてあたりは暗くなっていたが、いとこの安否を気づかって引き返した原告は、四四五フィートの距離を歩いて戻った陸橋の上で、彼の帽子を発見した。しかし、暗やみで足元を踏みはずし、いとこと同様、そこから転落してしまっただけであった。

原告は、身体傷害を理由とする損害賠償請求訴訟を提起し、車掌が陸橋の上へ行くようにと勧め、また彼が燈火を手にしてつ

生体腎提供と被害者の承諾の抗弁

づてきた旨を主張した。ニューヨーク州高位裁判所(Supreme Court)の第一審裁判官は、かかる事実認定に関して下された被告有利の陪審評決に基づき、ハーバートに対する過失を理由として被告は原告の被った損害に対して責任を負わされるものではない、と判示した。

上訴審においても、原告の正式異議の申立は却下され、被告勝訴の判決が下された(189 App. Div. 925; 180 N. Y. Supp. 957)。これを不服として、原告は、さらに、ニューヨーク州の最高裁判所である上訴裁判所に上訴したものである。

(2) 争点

被告は、救助者である原告が被った損害に対して責を負うか否か。

(3) 判決

争点につき積極的判断が下され、七名の裁判官全員の一致を以て、原判決を破棄し、再審理を認める。

(4) 判決の要旨(カードッゾ判事 Cardozo J.)

(i) 危険は救助を招来する。遭難の叫び声は救済への召喚である。法は、行為をその結果までたどるにあたって、こうした心理的反応を無視することはない。法は、そのような反応を正常であると認め、その結果が自然的・蓋然的範囲内にあるとしている。生命を危くする不法な行為は、危険にさらされた被害

者に対する不法な行為であるのと同様に、その者の救助者に対する不法な行為でもある。

救助に伴う危険は、救助がいわれのないもの (wanton) でさえなければ、それが必要とする場合に生ずる。緊急事態が、うってつけの人を招来するのである。不法行為者は、救助者の出現を予見していなかったのかもしれない。しかし、彼は、それを予見していたかのように、責任を負う。

(ii) 被告は、行為が「本能的」でなくなったならば、原因の連鎖をたどるのをやめなければならない、と主張している。その意味するところは、無意識的かつ即座でなければ、救助は、救助者が自分の責任において行なったのであるということらしい。すなわち、もし熟慮する時間があり、衝動が判断に道を譲ったならば、一つの原因はその力を使い果たし、また別の原因が介入してきたことになるのである。本件において、原告は、ハーバートの救助にもむく際に四〇〇フィート以上も歩いている。原告には熟考し考量する時間があった。すなわち、衝動に続いて、選択が行なわれたのであった。そして、被告の見解によれば、選択は連鎖を遮断し切断する。しかし、当裁判所は、法律上の原因の連鎖をどのように短縮すべきいかなる正当な根拠も見い出さない。危険と救助は実質的に一つの行為でなければならない、すなわち、前者の目撃が後者への衝動

を引き起こさなければならない。要するに、不法行為の遂行とその結果を防ごうとする努力との間には、不断の連続性が存在しなければならぬ、と決定する必要はないまでも、そのように仮定することはできよう。しかし、すべてこのように仮定されたとしても、被告の助けとはならない。かかる情況における連続性は、意思の行使によって切断されることはないのである。

法は、危険など眼中になかった救助者とあらかじめ先の見通しをつけていた救助者との間で、区別することはない。衝動にかられたものであれ、あるいは熟慮のうえでなされたものであれ、当該行為が原因から生じた結果であれば十分なのである。

(iii) ハーバートの転落が被告の過失によるものであったか否か、さらに、救助におもむいた際に、直面した緊急事態に鑑みて、原告が無謀であったかそれとも合理的であったかは、陪審によって決せられるべき問題である。

(以上 平田雅子)

二 イギリス——救助者と被救助者との間に特別な関係はなく、また意識的かつ自覚的に救助行為を行なった場合にも、救助法理が適用された事件

ヘインズ対ハーウッド事件(原告勝訴)〔一九三四年一月三〇日、控訴院民事部判決〕(Haynes v. Harwood [1935] 1 K. B. 146; 51 T. L. R. 100.)

(1) 事実関係

一九三二年八月二四日、被告ハーウッド社の使用人バードは、積荷をおろし終えた後、同社所有の二頭立ての荷馬車を通りに留めたまま、受取証をもらいに出かけた。彼が馬車を離れていたわずか数分の間に、通りがかりの少年の一人が石を投げつけたことから、馬車と共に馬が通りを暴走し始めた。警察署内で勤務中であつた原告巡査トーマス・ジョン・ヘインズは、その様子を見て、ただちに通りに飛び出した。そのままでは通りにいる婦人と子供たちが非常に危険であると判断した彼は、一頭の馬の手綱をつかみ、ようやくのことで馬車を止めたのであるが、その際、馬の下敷となつて重傷を負つた。

原告は、身体傷害を理由とする損害賠償請求訴訟を提起した。ところで、馬車が放置されていた通りの付近にはアパートや学校等があり、しかも夕刻であつたため、学校帰りの子供たちを始めとして人の往来が激しかったのであるが、被告は、馬車の左後輪には鎖で輪止めが施されていたとして、過失を否定している。さらに、抗弁として、原告は任意に侵害の危険を引

生体腎提供と被害者の承諾の抗弁

き受けたのであるから、「同意は権利侵害の成立を阻却する(volenti non fit injuria)」の法諺が適用されること、原告に寄与過失があつたこと「ならびに共同作業(common employment)」の原則が適用されることが、被告により主張された。

第一審裁判所は、被告の過失責任を認めると共に、その抗弁を認めることはできない旨判示した。すなわち、もし馬が暴走したならば、生命もしくは身体に対する侵害が惹起されないうにだれかが馬を制しようとするであらうと予見し得たはずであつたこと、また、交通整理にあたつていたのではなかつたとはいへ、勤務中の原告は、警察官として、身体及び財産を保護すべき一般的義務を公衆に対して負つていたことから、原告の行為ならびにその傷害は、被告の過失の自然的・蓋然的結果であり、さらに、原告は、「同意は権利侵害の成立を阻却する」という法諺の真に意味する範囲内で、あらゆる状況を認識して危険の引受に同意したのではなく、公務上の義務に従つて行動した、というものである。そこで、原告勝訴の判決が下され、損害賠償金三三〇ポンドが、原告に対して認められた([1934] 2 K. B. 240.)。

これを不服として、被告は控訴院に上訴した。なお、損害賠償額について、両当事者間に争いはない。

(2) 被告の上訴理由

(i) 被告の使用人に過失があったことは、立証されていない。

(ii) 被告になんらかの過失があったとしても、原告は馬を制止すべき義務を負っていなかったのであり、当該事故の発生にあたって、被告の使用人の不法行為との間には、原告自身の行為が介在していた。従って、本件においては、当該事故の原因と原告が被った損害との間の因果関係は、中断されていた。

(iii) (ii)とは全く別個の独立した問題として、自ら危険を引き受けたのであるから、原告の被った損害は彼自身の行為の結果であった。

(iv) さらに、原告は被告の使用人と関連のある作業を遂行したのであるから、共同作業に関して確立されている原則に基づき、原告の損害賠償請求は認められない。

(3) 争点

(i) 被告の使用人が馬車を放置して、公道を合法的に利用している者の安全に対する合理的な注意を払わなかったことに、過失があったか否か。

(ii) 当該事故の原因と原告が被った損害との間の因果関係は、原告自身の行為によって中断されていたか否か。

(iii) 原告は、危険を承知のうえで、任意にそれを引き受けたのか否か。

(4) 判決

争点(i)につき積極的判断、争点(ii)(iii)については消極的判断を下して、被告の上訴を棄却、原判決を認容する。

(5) 判決の要旨

(i) グリア判事 (Great I.J.)

(a) 本件のような状況において、合理的な法制度が、被告の使用人の最初の過失によって傷害を被った勇敢な者に対していかなる救済方法も拒んだとしたら、いささか心外といえるかもしれない。

(b) 本件で申し立てられている過失とは、公道を合法的に利用する人々の安全に配慮すべき合理的な注意を欠いていたことであって、暴走する馬を制することにより重大な事故を防ぐとして公道を利用する者はだれでも、そして警官はいうまでもなく、公道を合法的に利用する人々の一人である。

もちろん、公道に御者不在のまま馬車を放置しておくことが、あらゆる状況において過失とされる訳ではない。しかし、被告の使用人が馬車を離れた時及びそこへ戻ってこられるまでの間、その通りには子供を含めた多くの人々が往来していたと思われる本件の状況のもとでは、当該使用人が合理的な注意を欠いていたことに対して責を負うべきことは、明らかである。かかる情況に鑑みて、たとえ三分という短い時間であったにせ

よ、付近にはいたずら好きな子供たちがいて、何かのはずみで馬が暴走することになるかもしれないような場所に馬車を放置していたことには、過失があったと判断する。

(c) 「新介入行為」(*novus actus interveniens*)という法諺に関して、もし原告が、被告の違法な行為の他に介入した人物によるなんらかの意識的な行為がさらに加わったことよって惹起された損害を被ったならば、裁判所はおのずから原告に有利な判断を下せなくなるとするのは、当該事故が被告の違法な行為の自然的・蓋然的結果である場合には、正しいといえない。新介入行為とされている行為が、申し立てられている注意の欠缺があった場合にまさに生じやすいようなものであれば、かかる法諺に表現されている法原理を抗弁とすることはできない。ここでの問題は、*ハドレイ事件判決*(*Hadley v. Baxendale* (1864) 9 Ex. 341.)の用語を用いるならば、当該事故が被告の義務違反の「自然的・蓋然的結果」であるといえるか否か、である。

本件においては、当該損害が、その自然的・蓋然的な一つのなりゆきであるという意味における被告の違法な行為の結果であったことに、いかなる疑義もない。

(d) 次に、「同意は権利侵害の成立を阻却する」という法原則の救助事件に対する適用問題については、イギリスには先例

生体腎提供と被害者の承諾の抗弁

がほとんど存在せず、また控訴院の判決は全くなく、ただ後掲ブランドン事件(*Brandon v. Osborne Garrett & Co.* [1924] 1 K.B. 548) (一二三頁)におけるスウィフト判事(Swift J.)の判決が非常に助けとなるくらいである。しかし、アメリカには先例が豊富であり、その一つであるエカート事件判決(*Eckert v. Long Island Railroad Co.* (1871) 43 N.Y. 502)は、アメリカの法がいかなるものであるかをきわめて十分に示しており、イギリスでも引用されてきた。

アメリカの諸判例の趣旨は、グッドハート教授の論文「救助と任意の危険引受」(*A.L. Goodhart, "Rescue and Voluntary Assumption of Risk"* 5 CAMB. L.J. 192 (1934)) にぎっぎ、正確に述べられていると思う。この博学な著者は、アメリカの諸判例を正確に要約し、エカート事件判決の結果にふれて、一九六頁に、以下のように述べている。

「被告の違法な行為によって惹起された危急の事態に際して、さし迫った身体傷害もしくは死の危険から他人を救助するために、原告が意識的かつ自覚的に死さえも含む危険に直面した場合には、危険にさらされている者が、自分の家族の一員のように原告が保護する義務を負っている者であるとあるいはそのような特別な義務を負っていない全くの他人であるかを問わず、危険引受の法理は適用されないというのが、

アメリカの法原則である。」

私の判断では、この一節は、アメリカ合衆国の法を表わしているばかりでなく、イギリスの法をも正確に表わしていると考へる。そして、単なる通行人にすぎなければ、介入の蓋然性はさほどないかもしれないが、侵害を被った者が警官であり、まさにそうしたであろうと容易に予見され得ることから、この原則がより一層本件に適用されることは、いうまでもない。

(e) ところで、カトラー事件の控訴院判決（原告敗訴）（*Cutler v. United Dairies (London) Ltd.* [1933] 2 K.B. 297）は、侵害を被った者がだれかを危険から救助するために行動したとはいえないような事実にかかわるものであった。すなわち、原告は、被告の使用人が野原であばれる馬をなだめようとしているのに力を貸しただけであって、判決自体は全く完全に正当であった。しかし、スクラットン及びスレッサー両判事（*Scrutton and Slesser L.J.*）が述べた傍論は、若干難しい問題を引き起こしている。たとえば、「公道を暴走する馬を制止しようとして飛び出した目撃者が侵害を被った場合、馬の所有者は彼に対していかなる法的責任も負わないであろう」というスクラットン判事の意見は、本件のような、暴走する馬によって侵害を被る危険にある者を保護あるいは救助するために飛び出した者にまで言及したものであるとは思われない。不幸に

も、かかる意見はあまりにも一般論すぎたために、誤解を招いてきたようである。私は、単に目撃者が暴走する馬を制止しようとして道に飛び出したという事実だけでは、必ずしもその結果被った損害を理由とする訴訟においてその者に勝訴する権利があるとはいえないという限りにおいて、彼の意見に賛成する。

(f) 原告の警官が衝動的に行動したのか、あるいは、公道を合法的に利用する人々に対する侵害を防ぐために最善を尽くすべき道徳的義務感から行動したのかは、問題ではない。ある者が熟慮のうえで危険を引き受けたならば、そうすべきかどうか考へることなく突然の衝動で行動した場合ほどには保護され得ないというのは、おかしなことだと思ふ。

(ii) モーム判事 (Maughan L.J.)

右の判決に同意すると共に、以下のように若干補足する。

(a) 私の意見では、いかなる意味においても、原告巡査は任意行為者 (volunteer) ではない。警官は、たしかに、危険をおかして暴走する馬を制止すべき実定法上の義務は負っていないが、通りにおいて制御されていない力が存在することにより生ずる事故を防ぐべき裁量的 (discretionary) 義務を負っており、少なくとも、本件のような、きわめて重大な事故を防ぐ合理的な見込みがあるとまさに思われるような場合には、介入すべき

道徳的義務を負っているものと考ええる。そのような救助者が非常な危険に身をさらしたことに十分な理由があったかどうかを決定するにあたっては、彼が保護しようとした利益と関連する他の諸利益との間で比較衡量がなされなければならない。本件のような場合、合理人には気力及び勇氣という素質がそなわっているはずであり、かかる者が危険にさらされている人命を救おうと明らかに望んだからといって、救済方法が奪われるべきではない。従って、本件原告は、彼が引き受けた危険に際して合理的に行動しなかったとはいえない。

(b) 本件判決は、原告が本能的に行動したという見解に基づいたものではなく、また後掲ブランドン事件判決も、原告の行為が本能的であるべきことを、法の保護を受けるための前提としてはいなかったといえよう。私の意見では、「危険はさし迫ったものでなければならず、原告がその状況を把握するのにはんのわずかの時間しかなかったことが必要とされる。原告に考える時間があってはならない。原告の行動が熟慮のうえでなされたならば、たとえ迅速であったとしても、それは新介入行為であり、被告の過失ではなく原告の過失が、事故の原因であると判決されるであろう。」(Salmond on Torts (7th ed. by W. T. S. Stallybrass, 1928, p. 38.))という一節は、もしこれが一般的命題で、本件のような場合にも適用されるべきことを

意味するものであるならば、それは誤りであると思う。

(iii) ローチ判事 (Roche L.J.)

両判事の意見、特に警官の義務及び立場に関して述べられたモーム判事の意見に、同意する。(以上 平田雅子)

つぎに、右のヘインズ対ハーウッド事件において、先例がほとんどないなかで、「非常に助けとなる」として引き合いに出されたブランドン事件を簡単に紹介しておこう。

ブランドン対オズボーン・ギャレット会社等事件(原告勝訴)〔一九二四年一月一七日、高等法院王座部判決〕
(*Brandon and Another v. Osborne Garrett and Company, Limited, and Others* [1924] 1 K. B. 548)

(1) 事実関係

原告ブランドン夫妻は、第一被告オズボーン・ギャレット会社の店舗で買物をしていた。一方、工事請負人である第二被告ジョージ・パーカー会社は、使用人を使って当該店舗の天窓の修理を行なっていた。原告が買物をしている間に、天窓の一部が落下し、ガラスの破片が一方の原告(夫)に当たった。原告(夫)は、外傷は負わなかったが、激しいショックを受けた。

彼は、生来神経質な性向を持ち、数年間神経衰弱になったことがあったのであり、その結果、通常人が受ける以上のショックを受けたのであった。ガラスの破片が彼に当たった時、他方の原告（妻）は、彼の近くに立っており、ガラスの破片が当たったことはなかったが、それが落ちてくるのを見て、即座に、そして本能的に、彼の腕をつかみ、その場を避けさせるべく彼を引っぱった。彼女は、危険が存在することを合理的に信じ、夫をその危険から救助しようとした際に、捻挫を負い、かつて思ったことのある血栓症を再発させたのであった。そこで原告（夫妻）は、第二被告の過失を理由として、損害賠償請求訴訟を提起した。

(2) 当事者の主張

(被告側)

ガラスの破片は原告（妻）に当たっておらず、したがって彼女は危険な状況にあったわけではなく、危険を合理的に懸念することはなかったから、彼女の負った怪我と原告によって主張されている第二被告の使用人の過失との間に因果関係はない。原告によって過失があったと主張されている使用人が、天窓の下にいる者のそばにその妻が立っていることを知っており、さらに、ガラスが落ちた場合、その妻が結果としては怪我を負うような行動をとるであろうと考えるべきであったと

いう証拠は存在しない。また、危険な状況が存在したとしても、原告（妻）は、任意に危険に身を投じたのである。

(原告側)

原告の被った損害の直接原因は、第二被告の使用人の過失である。原告（妻）が危険を合理的に懸念することはなかったというのは誤りである。原告（妻）は、自己に対する侵害を恐れたばかりでなく、さらに、夫を危険から救助しようとして合理的に行動したのである。人を危険にさらす過失を犯した者は、他人が危険にさらされた人を救助しようと試みるであらうことを、予期していると考えられるべきである。

(3) 争点

原告（妻）は任意に危険に身を投じたのか否か。つまり、彼女の行為は、不適切なものであり、寄与過失にあたるのか否か。

(4) 判決

争点につき消極的判断。原告勝訴。

(5) 判決の要旨 (Split 判事)

原告（妻）の被った損害は、原告（妻）自身が夫を救助しようとして介入したことによって引き起こされたのであるが、原告（妻）は、その行為が寄与過失にあたるものでないならば、損害賠償を受ける権利がある。侵害を発生させた主たる原因が、ガラスを割った被告の過失である場合、彼女の行為が適切

であつたか否かは、陪審の決定するところである。彼女の行為が、通常人が当該状況において行なうはずがないものであれば、彼女には損害賠償を受ける権利はない。しかしながら、彼女の行為が、本能的なものであり、当該状況においては当然かつ適切なものであれば、彼女は損害賠償を受ける権利がある。この種の問題は、他の諸国において発生している。それらの判決は、拘束力を持つものではないが、私の見解がイギリスの法であることを確認している。仮りに、本件において、原告（妻）が完全に安全な場所に立っており、ガラスが夫めがけて落下してきた時に、何を為すのが最良であるかを考える時間があつたならば、彼女が危険に身を投じたことには過失があつたと言えるかもしれない。しかしながら、本件において、現実に彼女が置かれた状況及び事故の恐ろしい性質を考慮すれば、本能的に行動し、夫を危険から救助しようとしたことは、寄与過失と呼べるものではない。

（以上 森川 功）

三 カナダ——救助者に対する被告の義務は、救助行為が行なわれてる限り継続するものであり、また被告は自己の過失の合理的に予見可能な結果に対して責任を負うとされた事件

コロザース対スロボディアン事件（原告勝訴）（一九七四

生体腎提供と被害者の承諾の抗弁

年一〇月一日「カナダ連邦最高裁判所判決」(Corrthers
et al. v. Stobodian et al. (1974) 51 D.L.R. (3d) 1)

(1) 事実関係

原告は自動車で公道を走っていたが、反対車線を走っていた第一被告の自動車、突然原告らの車線に入り込んできて、原告の前を走る自動車と正面衝突した。どうにか事故を避けた原告は、夜であつたので自分の自動車のヘッドライトをつけたままにして、重傷者の為に助けを求めに走った。少しばかり行ったところで原告は、第二被告の運転するトラックが近づいて来るのを見て、手を振り、止まるように合図した。原告が手を振っているのを見た第二被告は、ブレーキを踏んだが、路面がすべり易い状態であつたために、トラックはスリップし、原告をはねて重傷を負わせた。同トラックは、ヘッドライトの光度を低くして、時速五八マイル（制限速度内）で走行していた。

原告は、第一被告および第二被告を相手取って、損害賠償請求訴訟を提起したが、第一審裁判所において原告は敗訴し、また、サスカチワン州最高裁判所は、第一審裁判所の判決を支持し、原告の上訴を棄却した。

サスカチワン州最高裁判所の上訴棄却の理由は、「原告は事故現場において行なうべき事を全て完了しており、当該事故現

場を離れてからの行動は、新たな段階に達するものである。第一被告によって引き起こされた危険な状況は過ぎ去っていたのであるから、原告がその後には被った侵害は、第一被告によって合理的に予見され得るものではなかった。……第二被告は、突然、彼が作り出したのではない異常な状況に出交したのである。適用されるべき基準は、完全 (Perfection) という基準ではない。彼が判断を誤ったとしても、それは状況からみて無理のないことである。」というものであった。

原告は、更に、連邦最高裁判所に上訴した。

(1) 争点

(i) 原告の被った侵害は、第一被告の過失の合理的に予見可能な結果であるか否か。

(ii) 第二被告は過失の責任を負うか否か。

(3) 判決

争点(i)につき積極的判断。原告は、第一被告に対しては勝訴。

争点(ii)につき消極的判断。原告は、第二被告に対しては敗訴。

(多数意見—Richie, Martland, Judson, Dickson, de Grandpé 各判事、少数意見(争点二者について積極的判断)—Pigeon, Laskin, Spence, Beetz 各判事。)

(4) 判決の要旨

(i) リッチー判事 (Richie, J.)—多数意見

原告らの車線に入り込んだという第一被告の過失が衝突事故の唯一の原因であったことは明らかである。当該事故現場での原告の行動からみて、原告は真の救助者であったのである。不法行為者が救助者に対して負っている責任については、次のような意見がみられる。

ワグナー対インターナショナル鉄道会社事件(前出一二六頁)判決の一八〇頁において、カードゥゾ判事はこう述べている。

「危険は救助を招来する。遭難の叫び声は救済への召喚である。法は、行為をその結果までたどるにあたって、こうした心理的反応を無視することはない。法はそのような反応を正常であると認め、その結果が自然的・蓋然的範囲内にあるとしている。生命を危くする不法な行為は、危険にさらされた被害者に対する不法な行為であるのと同様に、またその者の救助者に対する不法な行為でもある。……救助に伴う危険は、救助がいわれの無いもの (wanton) でさえなければ、それを必要とする場合に生ずるのである。緊急事態がうってつけの人を招来する。不法行為者は、救助者の出現を予見していなかったかもしれない。しかし、彼はそれを予見していたかのように責任を負う。」

また、イギリスにおいても、ヘインズ対ハーウッド事件(前出

一一九頁)判決の一五七頁においてグリーア判事は、CAMBRIDGE LAW JOURNAL 第五卷(一九三四年)一九二頁以下に掲載されている論文の中でグッドハート(Goodhart)教授が述べたアメリカの法原則を受容している。

「アメリカの諸先例を正確に要約して……この博學な著者はこう言っている(一九六頁)。『アメリカの法原則は、被告の違法な行為によって惹起された危急の事態に際して、差し迫った身体傷害もしくは死の危険から他人を救助するために、原告が意識的かつ自覚的に死さえも含む危険に直面した場合には、危険にさらされている者が、自分の家族の一員のように原告が保護する義務を負っている者であると、そのような特別な義務を負っていない全くの他人であるかを問わず、危険引受の法理は適用されないというものである。』私の判断では、この一節は、アメリカ合衆国の法を表わしているばかりでなく、イギリスの法をも正確に表わしていると考へる。」

サスカチワン州最高裁判所の「危険な状況は過ぎ去っていた」という見解には賛同しかねる。その見解は、原告の行動を、第一被告の過失との因果關係を中断する新介入行為を構成するものとして認定したように思われる。しかしながら、その推論は、不法行為者が救助者に対して負う義務を確立してい

生体腎提供と被害者の承諾の抗弁

る、今日この国において受容されている法原理に矛盾するものである。

第一被告の過失は、原告に対する独立かつ直接の義務を発生させ、その義務は原告が救助しようと努めている限り継続する。そして、その義務は原告が事故現場を離れた時を越えては延長されないこと、および、原告の被った侵害が第二被告の過失という介入行為のみに帰するものであることが認められない限り、第一被告の過失が、第二の事故の唯一の原因ではないとしても、それにかんがりの程度寄与した原因であったと結論されなければならない。手を振っている原告の姿を見て第二被告がとった行動に何らかの誤りがあったとしても、第二被告の行動は、ともかく、第一被告の過失の合理的に予見可能な結果だったのである。原告に対する潜在的な危険は、第一被告の過失の合理的に予見可能な結果であり、第一被告の過失は、原告の被った侵害の唯一の原因でなかったとしても、一つの原因ではあった。

第二被告のトラックは現場のような状況でヘッドライトの光度を低くして走行しており、視界内でトラックを止められなかったのであるから、第二被告の行動は過失にあたると主張されたが、この事実は過失を推定させるものとはならない。突然ブレーキを踏んだためにトラックはスリップし、原告をはねたの

第三解 説

平 田 雅 子

であるが、ヘッドライトの光度が高かったならば同じ結果とはならなかったということには必ずしもならない。サスカチワン州最高裁判所の「第二被告は、突然、彼が作り出したのではない異常な状況に出交したのである。適用されるべき基準は、完全という基準ではない。彼が判断を誤ったとしても、それは状況からみて無理のないことである。」という意見は、先例 (*Mc Millan v. Murray* [1935] 4 D.L.R. 666, [1935] S.C.R. 572) に準拠したものであり、正しい。

(ii) ビジョン判事 (Pigeon, J.) — 少数意見

事実推定則 (*res ipsa loquitur*) に基づき、第二被告の側における過失が一応 (*prima facie*) 推定される。適切に運転されている自動車は、突然スリップし、通行人をはねたりしないものである。第二被告のトラックは、彼によれば「濡れた路面」を、他の証人によれば「凍結した路面」を、時速五八マイルという速度で、ヘッドライトの光度を低くして走行していたのである。第二被告は、路面が乾いていないことを充分に認識しながら、視界内で止めることができない速度でトラックを運転していたのであるから、合理的な注意を払っていたとは言えない。したがって、第二被告は、第一被告と同様に、原告の被った侵害に対して責任があると考える。

(以上 森川 功)

腎移植手術における生体腎提供者をめぐるカナダのアーバンスキー事件判決の概要は、そこにおいて引用されたイギリス、アメリカ、カナダの関連諸判例とともに、以上に分析された通りであるが、ここで、いわゆる「救助法理」を援用してかかる者の損害賠償請求権を認めるにいたった、右アーバンスキー事件判決がいかなる評価を受けているのかについて、イギリスの法律雑誌に掲載された判例評釈 (評釈者はロバートソン及びスペンサー) を拠り所として検討を加えることとし、あわせて、その法的背景をなす「救助事件」一般についても若干の言及を試みることにする。(註は末尾に一括する。)

一 救助法理

「救助事件」(rescue case)⁽²⁾ とは、A の過失によって生命もしくは身体に対する危険を惹起せしめられた B を救助しあるいは救助しようと努めた C が死亡または傷害を被った場合がこれに該当する。かかる際の救助者 C に対する A の不法行為責任が問題とされる場合、すでに採りあげた「救助事件」に関する諸

判例からも理解され得るように、判決の論旨は、主として、被告Aが主張する次の三つの抗弁の成否をめぐって展開される。すなわち、

(i) 救助者であるCは、任意に危険を引受けたのであるから、「被害者の承諾」があった、

(ii) Cの救助行為は、最初の過失あるAの行為と彼自身の損害との間の因果関係を中断せしめる「新介入行為」であった、

(iii) Cの損害は、彼自身の「寄与過失」によるものであった、以上の趣旨の抗弁のいずれか（とりわけ前二者）に選択的に依拠することによって被告Aは免責され得るか、という側面から、救助者の請求権の問題が論じられるのである。

ところで、コモン・ロー上、危難に陥っている者を救助すべき一般的な義務は存在しない。行動するか否かは個人の道義心に委ねられており、たとえわずかな努力を惜しまなければ救助が可能であったのにそれを見過ごしたとしても、かかる「不作為」に対して法的責任を負わされるということはないのである。個人主義的傾向の強いコモン・ローのもとで救助義務が強制されていない限り、救助者がその救済を受けるためには、「被害者の承諾」あるいは「新介入行為」といった被告の抗弁にとって有利に作用する、救助行為の「任意性」という障害を

生体腎提供と被害者の承諾の抗弁

乗り越えなければならず、救助者に対する保護は必ずしも十分なものとはいえなかった。しかし、アメリカにおいては、一八七一年のエカート対ロング・アイランド鉄道会社事件判決⁽³⁾を契機として、救助者の「利他的」行為が積極的に評価されるようになり、カナダの判例も、救助者の請求権を認める態度を打ち出す傾向へと転じた⁽⁴⁾。さらに、一九二四年のブランドン事件判決^(前出一二三頁)以前は、この問題に関する判例がほとんど存在しなかったイギリスにおいても、一九三四年のヘインズ事件判決^(前出一一九頁)において、控訴院はアメリカと同様の原則を採用したのである。そこで、このイギリスの両判決を中心として、救助事件において被告が主張する「被害者の承諾」「新介入行為」あるいは「寄与過失」の抗弁に、裁判所がいかに対処していったかという問題について、以下に順次検討してゆくことにする。

(1) 被害者の承諾

「同意は権利侵害の成立を阻却する」(*volenti non fit iniuria*)という法諺に表現されている「被害者の承諾」あるいは「危険の引受」(*assumption of risk*)の法理とは、侵害の危険に対して同意もしくは承諾をなした者は、その結果被った損害を理由とする不法行為訴訟を提起し得ないというもので、この

抗弁が認められるためには、被害者が、単に危険の存在を認識していたというだけではなく、明示もしくは黙示の如何を問わず同意を与えたこと、ならびに、その同意が自由意思に基づいたものであることが立証されなくてはならない。救助事件においては、被害者の承諾による免責の成否をめぐり、あえて危険を引受けた救助者は、その行為の「任意性」ゆえに、かかる危険から生じた一切の結果を甘受しなければならないのか、という問題が提起される。ヘインズ事件における救助者は、警官であった。⁽⁵⁾控訴院判決において、当該情況における原告警官の置かれた立場について論じたモーム判事は、たしかに、危険をおかして暴走する馬を制止すべき実定法上の義務を負ってはいないが、「通りにおいて制御されていない力が存在することにより生ずる事故を防ぐべき裁量的 (discretionary) 義務」、あるいは、少なくとも「きわめて重大な事故を防ぐ合理的な見込みがある」とまさに思われるような場合には、介入すべき道德的義務」を負っていることを理由に、原告は「任意行為者」(volunteer)であるとはいえないと述べた。また、グリア判事は、「被告の違法な行為によって惹起された危急の事態に際し、さし迫った身体傷害もしくは死の危険から他人を救助するために、原告が意識的かつ自覚的に死さえも含む危険に直面した場合に

告が保護する義務を負っている者であるとそのような特別の義務を負っていない全くの他人であるのを問わず、危険引受の法理は適用されないというのが、アメリカの法原則である」というグッドハートの論文の一節を引用し、これが「イギリスの法をも正確に表わしている」と評価しており、救助者は必ずしも原告警官のような介入の蓋然性の高い者に限定される訳ではなく、救助事件においては、一歩進めて社会的もしくは道德的義務の存在が強調され得ることを指摘したものといえよう。

かくして、救助者が、法律上・社会上あるいは道德上のいづれにせよ、介入すべき義務感にかられて行動した場合に、かかる行為を「任意に危険を引受けた」ものとして、被害者の承諾の法理を適用することはできないというのが、現在、判例、学説ともに一致するところである。その理由として、以下のようなことを挙げることができよう。まず第一に、救助を志願する者に介入するよう強制する義務の存在が、実際には、かかる抗弁の成立にとって不可欠である自由な選択を不可能にしていることはいうまでもない。第二に、救助事件の性質上、原告が危険を引受ける行為以前に既に被告の過失が存在している訳であるが、危険引受時の原告の認識にあるのは、危険にさらされている者が救助者としての自分の介入を求めていることなのであって、かかる危険が発生した原因もしくは責任の所在について

は全く知らないという場合もあり得る。従って、そこに原告の同意があったとして、危険の発生について過失のある被告が免責されることはない⁽⁹⁾とされる。第三に、後述するように(一三四―五頁)、現在では、救助者の訴権は、危険にさらされている者に対して被告が負っている義務に由来するものではなく、救助者自身に対して被告が直接負っている義務に基づくものとされているのであるから、そのうえなお救助者の同意を問題とするのは、全くつじつまが合わないというものである⁽¹⁰⁾。

(2) 因果関係

救助事件においては、過失ある被告の行為と原告が被った損害との間に、原告自身の救助行為が存在する。そこで、この行為が、被告の過失と原告の損害との間の因果関係を中断せしめる「新介入行為」(*novus actus interveniens*)にあたるかどうかという問題が生ずる。ヘインズ事件判決において、グリア判事は、「もし、新介入行為とされている行為が、申し立てられている注意の欠缺があった場合にまさに生じやすいようなものであれば、かかる法診に表現されている法原理を抗弁とすることはできない」と述べ、その判断基準を、被告の義務違反の「自然的・蓋然的結果(natural and probable result)」であるか否かによるとした⁽¹²⁾。従って、個々の事件の具体的情況に即してその判断が下されることになるが、たとえば、同判決にお

生体腎提供と被害者の承諾の抗弁

いて参照されたカトラー事件判決⁽¹³⁾の如く、野原に逃げ込んで暴れている馬をなだめようとしている御者が手助けを求めたからとはいえ、だれも危険にさらされていないような場合には、馬を押さえようとした原告の行為は、「いかに英雄的で賞賛に値するものであっても、法的意味においてそれが当該事故(原告の負傷)の原因でなかったとは当然に言い得ない⁽¹⁴⁾」とされるのである。いずれにしても、ヘインズ事件判決においてモーム判事が引用しているように、「強健なだれかが救助を行なうために同じ危険に身をさらすことを、無力な者が危険なめにあわされていることの自然的・蓋然的結果ではないと判断するほど、法は人間を輕蔑してはいない⁽¹⁵⁾」のであり、原告の救助行為の「任意性」がただちに因果関係を中断する新介入行為であると判断されるとは、もはやいえない。因果関係一般の問題として、原告の損害が被告の過失の自然的・蓋然的な、あるいは表現をかけるならば、合理的に予見可能な結果であるか否かが、個々の事件において問われることになるのである。

(3) 寄与過失

コモン・ロー上、原告の損害が、単に被告の過失のみに基づくのではなく、原告自身にも過失があり、しかもそれが当該損害発生の決定的原因である場合には、原告の「寄与過失」(contributory negligence)を理由として、原告には不法行為

訴権が与えられなかった。イギリスにおいては、一九四五年法改正（寄与過失）⁽¹⁷⁾法制定以後、寄与過失は、被告の抗弁としてではなく、損害賠償額算定にあつたての減額事由の一つとして援用されるようになっていたが、いづれにせよ、まず問題となるのは、原告の救助行為が過失にあたるか否かである。ブランドン事件判決において、「もし、ある者が自己の保全のために本能的に行動し、当該状況において合理人が行なうであろうことをしたのであるから、寄与過失の責を負うものとされ得ないというのであれば、その者が自分の妻や子供、いや友人や他人の保全のためにさえ、本能的に行動した場合には、なぜより一層寄与過失の責を負うべきとされなければならないのか、私は理解し得ない」と述べられたように、その判断は「合理性」の観点から下され、たとえば原告の行為があまりにも無鉄砲すぎで、自己の安全を無視したのは全く不合理であつたことを、被告が立証しなければならぬのである。ブランドン事件判決では、原告の置かれた情况及び事故の性質を考慮し、夫を危険から救おうとした「本能的な」行動は寄与過失にはあたらないとの判断が下されたのであるが、このように、事故当時の急迫あるいは混乱した状態といったものも十分に斟酌されるのである、まさに、「危険が救助を招来することに留意するならば、裁判所は、危険をつくり出した不法行為者による救助者への批

難をにわかに受けいれることがあつてはならない」のである。最後に付け加えておかねばならないのは、ブランドン事件判決の傍論において、救助者の本能的な行動を重視するあまり、何をなすのが最良であるか考へる時間があつた場合には原告に寄与過失の責が負わされる可能性もあると示唆されたのに対して、ヘインズ事件判決は、救助者が衝動的に行動したかあるいは熟慮のうえで行動したかによって区別されるべきではない、と判示した⁽²¹⁾ことである。その後の判例も後者に従つており、このことは、本稿で採りあげた生体腎提供行為に対する救助法理の適用という問題を考察するにあつて、極めて重要な点である。

以上に検討を加えたように、「危険にさらされた者に手をさしのべることに對する道德的な賛同に始まつた救助事件をめぐる法の發展は、へんのかまうな」という処生訓との絶縁を伴う⁽²²⁾ものであつた。いまや、「被害者の承諾」「新介入行為」及び「寄与過失」という被告の抗弁は、救助事件においてはまさに「将棋倒し」の様相を呈している。しかし、そうした判例の多くが、救助者の権利自体に深く言及することなく、救助事件とはかかる抗弁に對する例外的場合であるという否定的側面を強調してきたにすぎないために、「救助法理」の意味す

るところは、必ずしも明確であるとはいえない。最低限その手がかりとして述べられているのは、引受けた危険の種類・大きさ及び急迫の程度、危険にさらされている利益の価値、救助の対象と救助者との関係、さらに救助成功の可能性等に鑑み、救助者の行為は「合理的」でなければいけない、ということである。従って、無鉄砲あるいは無謀な救助行為が是認されることはないが、救助者が危険の存在を合理的に信じて行動した場合には、被救助者が既に死亡していたり、実際には危険にさらされてはいなかったとしても、保護されないということはない。ただし、ひとたび救助に取りかかったならば、救助者は合理的な注意を払ってそれを行わなければならないとされ、緊急時における判断の誤りを過失とすることに裁判所が消極的であるとはいえ、明白な注意の欠缺のために事態を悪化させたり、また自己の救助行為の不手際によって第二の救助者を招来した場合、救助者はその責を負うことがあり得る。

このように、救助者の法的地位には著しい変化がもたらされ、救助法理の適用範囲も徐々に拡大されていったのである。

二 救助法理の適用範囲の拡大と問題点

(1) 財産救助の場合

生体腎提供と被害者の承諾の抗弁

ヘインズ事件判決の原則は、生命・身体の救助の場合に限定されない。救助の対象が財産である場合にも救助法理の適用があることは、現在一般に認められたところである。両者の相違は、主義ではなく程度の問題であるとされ、「財産の救助に際して、救助者が人命救助におけるのと同様の大きな危険に自己をさらすことは、正当化されないであろう」ということにすぎない。いずれの場合においても、裁判所は、危険にさらされている救助の対象と救助者との関係及び引受けた危険の程度等を考慮しなければならぬのであって、財産救助の場合には、救助行為が被告にとって合理的に予見可能であったこと、ならびに救助者が引受けた危険と救助の対象が有する価値との間に合理的関係が存在すること、といった要件の吟味が、当然のことながら、より厳格に行なわれることになる。なお、財産が救助者自身あるいは第三者、さらには被告のいずれに属しているても、救助者の請求権は認められている。

(2) 被救助者と被告が同一人物である場合

それでは、原告が引受けた危険を惹起せしめたのが被救助者自身であった場合に、救助法理は適用されるのであろうか。すなわち、自らの過失によって自己を危険にさらした者は、第三者を危険にさらした場合と同様に、救助者に対する責任を負うべきであるのか。学説の傾向として、救助者の請求権がかかる

場合にも認められることは、肯定的に解されているようである。⁽²⁸⁾ 一方、この難しい問題に関して、裁判所の明確な判断は下されていない。しかし、イギリスのベーカー対ホプキンス事件の原審判決において、バリー判事 (Barry J.) は、救助者に対する被救助者の義務について言及した傍論の中で、反対の見解を採用したカナダの判決に不賛成の意を表わすとともに、「いかなる者も、自己の安全を保持すべき義務をだれか他の者に対して負ってはいないが、もしある者が自らの不注意によって救助を招来するような危険に自己をさらしたならば、その者は、自分を助けに来ようとすることが予見され得べき者に生じたいかなる侵害に対しても、法的責任を負うであろう」と述べている。控訴院判決は、特にこの点について論及しなかったが、オーストラリアには、同判事と同じ見解を採る立場から、被救助者に一部の責任を負わせることを認めた判決が存在している。⁽³¹⁾

(3) 救助者に対する被告の注意義務

ここで留意されなければならないのは、救助事件における「注意義務」問題の取扱いであろう。すなわち、一般にネグリジェンス訴訟の形で提起される救助事件において、被告の責任が問われるためには、第一に、被告が原告に対して注意義務を負っていたこと、第二に、被告がかかる注意義務に違反したこと、第三に、その注意義務違反の結果原告に損害が生じたこ

と、というネグリジェンス成立の要件が具備されていなければならない。従って、被告が過失によってある者を危険にさらした結果として、原告救助者に損害が生じたというだけではなく、被告が救助者自身に対して注意義務を負っていたことを立証する必要がある。しかし、救助事件における裁判所のアプローチは、被救助者を危険にさらしている被告の過失が、当然に救助者に対する過失でもあると判断しているのが、その一般的な傾向である。実際、被救助者に対する最初の侵害の予見可能性とは別個に、救助自体の予見可能性が問題とされるということはほとんどなく、「救助者を擁護しようとするあまり、現代の法は、この結果を〈予見可能性〉及び〈義務〉に関する一般的概念に調和させることにさえ、全く関心を払ってこなかった」のである。

ところが、被救助者が不法侵入者であったことあるいは彼自身にも寄与過失があったこと等を理由として、被救助者の損害賠償請求権が否定された場合には、救助者の請求権が認められるためには、救助者自身に対する被告の注意義務の存否という問題を避けて通ることはできなかったのである。かかる例として挙げることのできるイギリスの判決は、駅のプラットフォームから線路にはいり込んで電車でひかれ、重傷を負った幼児と、彼を助けようとして死亡した駅長である父親との損害賠償請求

権をめぐるものであった。「予見不可能な」不法侵入者であった前者の請求権が否定されたにも拘らず、その救助者である後者の請求権は、救助者としての権利の独立性を強調することによって、認められたのである。控訴院のデニング記録長官判事 (Lord Denning M.R.) は、被告が救助者に対して直接に負っている注意義務が発生するための予見可能性について、「もし注意を払わなかったならば、なんらかの緊急事態が生ずるかもしれないこと、さらにだれかが救助を行なうべく自己を危険にさらすことになるかもしれないことが、合理的に予見され得べきであれば、十分である」として、過失によって危険な状況を惹起せしめた者は、いわれない介入でない限りは、救助を試みたいかなる者に対しても責を負うべきである、と判示したのであった。⁽³⁵⁾

同判決が、不法侵入者であった被救助者を被告にとって予見不可能と判断したにも拘らず、危険な状況の発生に被告の過失を認めた点には疑義があるとする見解も述べられているが、このように被救助者の請求権の成否にかかわりなく救助者の請求権が認められる場合には、かかる状況における被告の過失は、被救助者を危険にさらしたことではなく、救助者を危険に直面させる誘因となったことであると性格づけることができよう。そして、救助者に対する被告の注意義務が、被救助者に対する

注意義務から派生するのではなく、明らかに独立したものであるならば、被救助者と被告が同一人物であっても、救助者に対して負うべき責任に関して問題が生ずることはないといわれる。

(4) 小 結

救助義務を強制しないコモン・ローのもとで、その行為の「任意性」ゆえに、不幸にも誤った第一歩を踏み出さなければならなかった救助者に対する保護も、現在では、列車事故の救助活動を手伝った後その惨事のショックから精神障害をひきおこした者に損害賠償請求権を認める判決⁽³⁶⁾が下されるといいうように、救助行為が全くの無鉄砲でない限りは、過失により危険を惹起せしめた被告が免責される可能性はなくなったといえよう。そして、裁判所の「予見可能性」問題の処理について批判の余地があるとはいえ、救助事件において、「予見可能性」が極めて広範な概念として登場してくるその背後には、損害に対する回復を認めることにより救助者の「利他的行為」を奨励するという法の政策的考慮が、原告救助者に有利に働いているものと理解することができるのである。

三 生体腎提供者に対する「救助法理」の適用

医師の過失によって腎臓を摘出され生命の危機に瀕している

患者に対して、その生命を維持すべく腎移植手術が行なわれた場合に、かかる患者に自己の生体腎を提供した者を、「救助者」とみなすことができるであろうか。すなわち、このような事実関係の下で、患者が提起する医療過誤訴訟とは別に、生体腎提供者は、これまで検討を加えた「救助法理」を援用することによって、過失ある医師に対する損害賠償請求訴訟を提起し得るであろうか。以下に、この問題に対して正反対の判断を下すに至ったアメリカ及びカナダの判決を比較検討するとともに、現在までのところかかる問題が裁判所で論じられていないイギリスにおいて、両判決がどのように位置づけられているかについて、ロバートソン及びスペンサーの評釈を手がかりとして考察を加えることとする。

(1) 両判決のアプローチ

(i) アメリカのシリアンニ事件判決は、救助法理の適用をはばむ障害として、原告の生体腎提供行為が「前もって熟慮された、認識に基づく意図的な行為」であったことを挙げ、そのために、「完了してしまった被告の過失は、延長されたり復活させられたりすることはなかった」と判断した。すなわち、かかる「結果について十分に認識した、明らかに区別された独立の介入行為」は、被告の過失と原告の損害との間の因果関係を中

断する、というものであった。

また、救助事件をめぐる重要な先例として、エカート事件判決ならびにワグナー事件判決（前出一一六頁）等が検討されたにも拘らず、これらの事件における原告救助者は「自分の運命に無頓着にまたそれを知ることもなく」行動したのに対して、生体腎提供という行為は「意識的・意図的かつ自発的であって偶然のものではなく、その結果を十分に認識したもの」であるとして、区別が行なわれた。その際、ワグナー事件判決においてカードッグ判事が用いた「wanton」という語を、向こうみずにも無視するといった意味ではなく、「wilful」と同義であると解することによって、同判決は救助法理から救助者の「意識的な」行為を除外する旨を判示したものである、と結論づけようとした⁽³⁹⁾点には、特に注意を払わなければならない。

このようにして、「現代医学の奇跡は、今やある人の身体から他の人の身体へ幾種類もの臓器を移植することに成功するという段階にさしかかっている。本件において提起された争点は、将来、裁判所に頻繁に提起されるかもしれない。かかる争点は解決されなければならない」と述べられながらも、生命の維持に不可欠な臓器を過失によって摘出してしまった者に対してかかる臓器の提供者が主張し得る訴訟原因の創設は、立法サイドに委ねられるべき問題であるとされ、司法サイドにおいて

は、その行為の「任意性」を理由として、生体腎提供者に対する「救助法理」の適用は認められなかったのである。

(ii) これに対して、カナダのアーバンスキー事件判決は、「医学界の進歩は、シリアンニ事件の判決理由の適用範囲を越えてしまった」として、同様の事実関係にある同判決の適用はないと判断し、その根拠として、シリアンニ事件判決当時（一九六七年）、臓器移植の観念はまだその搖籃期にすぎなかったのに比べて、アーバンスキーが生体腎を提供した一九七六年までは、腎移植は「腎臓機能不全における異論のない治療法」とみなされるようになった点を挙げている。⁽⁴¹⁾

そして、かかる情況のもとで、被告の過失の結果として、患者の唯一つの腎臓が摘出されてしまったならば、その家族のある者が、移植のための腎臓を提供するように求められそれに応ずるであろうことは、「全く予見可能」であり、従って、「多くの『救助』事件において発展した法理になっっている」生体腎の提供という原告の行為は、被告の過失の自然的・蓋然の結果であると判断されたのであった。というのも、ワグナー事件判決（前出一一六頁）及びヘインズ事件判決（前出一一九頁）を採用したカナダのコロザース事件判決（前出一二五頁）によれば、危険にさらされている者が引き続き救助を求める情況にある限り、救助者による「新介入行為」または「独立した」行為

という観念がはいりこんで因果関係を中断する余地はない、とされているからである。⁽⁴²⁾

さらに、原告と被提供者との間に存在する親子関係が生体腎提供行為に及ぼした影響も重要視されたことは、いうまでもない。

(2) 評 釈

結果を十分に認識したうえであくまでも「任意に」生体腎を提供した原告に救助法理の適用を認めなかったシリアンニ事件判決に対しては、意識的な救助行為を除外するという救助法理の制限的解釈によって、救助者と生体腎提供者とを区別した点を批判する評釈の他に、腎移植が臨床的な治療法として確立されてゆくにつれて、腎臓の疾患あるいは摘出という事態に付随する生体腎提供行為に対する「予見可能性」判断も変化するであろうと示唆する見解も述べられている。アーバンスキー事件判決は、まさにこの論文の一節を引用し、「医学界の進歩は、シリアンニ事件の判決理由の適用範囲を越えてしまった」と判示したのであった。腎移植の普及に対応するこのような判例の推移について、ロバートソン及びブスペンサーの各評釈者は、以下のように論及している。

(i) 意 義

ロバートソンは、アーバンスキー事件判決が救助事件におけ

る損害賠償の回復の根拠を全く新たな類型の情況にまで拡大したことを、積極的に評価する。すなわち、第一に、従来の救助行為が救助者に対する身体的侵害 (physical injury) の「危険」を伴うにすぎなかったのに比べて、生体腎提供行為においては、身体的侵害を避けることはできない。第二に、従来の救助者は、危険にさらされている者の救助におもむくにあたって、意識的にせよあるいは本能的にせよ、侵害を被る危険を無視しようとするものであったが、生体腎提供行為においては、他ならぬ侵害を甘受するという提供者の意識的な決定こそが、救助行為の基礎をなしているのである。こうした差異にも拘らず、アーバンスキー事件判決は、確立された「救助法理」の生体腎提供者に対する適用を認めたのであった。この点について、ロバートソンは、イギリスの裁判所も同判決と同じ判断を下すであらうと述べ、その理由として、前者については、身体的侵害を被ることが救助行為の単なる付随的結果ではなく必然的部分であったというだけでは、原告の訴がしりぞけられる理由とはならないこと、さらに後者については、ヘインズ事件判決 (前出一一九頁) 以来、救助を試みる前に熟慮した者も、衝動的に行動した者と同様に保護されることが確立されていることを挙げている。従って、救助者に対する身体的侵害が避けられず、かつ、かかる侵害を被ることを承知のうえで救助を行なう場合

にも、かかる救助行為は「合理的」とみなされ得るというのである。⁴⁶⁾

また一方スペンサーは、生体腎提供行為の任意性及び予見可能な原告という障害にも拘らず、生体腎提供者たる原告を「救助者」とみなしたアーバンスキー事件判決によって、「不愉快な」救助者が増えられたと述べながらも、損害の予見可能性という制限がきわめて柔軟性のある要件となってきた最近の判例の傾向の一例として、同判決をとらえる。すなわち、「裁判所は、損害賠償金が認められそうもない事件であっても、それを認めることが道徳的でありかつ正しいと考える場合には、話の『途中』から先を見越して、この『一般的な』種類の損害の『可能性』は合理的に予見可能であったと判断する。また裁判所は、損害賠償金がより認められそうな事件であっても、それを認めることが誤りであると考える場合には、話の『最初』から先を見越して、この『特定の』種類の損害の『蓋然性』は合理的に予見可能ではなかったと判断する」と指摘するとともに、スペンサーは、そのような場合の裁判官の「予見可能性」判断に影響を与える言外の要素を、「いかに被告の行為が悪いものであるか、かつ、いかに原告の行為が賞賛に値するものであるか」であると分析する。従って、かかる傾向をまさに実証したといえるアーバンスキー事件判決においては、「卵巣とまちが

えて腎臓を摘出すること以上に著しい医療上の過失は思いあたらない。そして、苦痛・危険及び身体的不都合を物ともせず、かかる誤りから生じた障害を治癒しようとして自らの生体器官を進んで提供した、利他的なアーバンスキー氏以上に賞賛に価する原告は思いあたらない」のであった。⁴⁶⁾

(ii) 「予見可能性」問題の処理

アーバンスキー事件の被告である医師は、不妊手術の過程において誤って患者の腎臓を摘出してしまったのであるが、当該手術後まで、患者には腎臓が一つしかなかったことを知らなかった。従って、外見上は正常に見える患者から腎臓を一つだけ摘出したその結果として腎移植が必要になることが、手術時の被告にとって予見され得べきであったとはいえず、「予見不可能な原告」として、生体腎提供者に対する被告の注意義務の存在を否定することも可能ではあった。

スペンサーは、かかる身体上の特殊性に帰因する予見不可能な損害の範囲という問題は、患者自身と被告との間においては、当然に論ずる必要がないことを認める。というのは、「異常反応性の原則」〔卵の殻のように薄い頭蓋骨の原則〕(egg-shell skull rule)のもとに、不法行為者は被害者があるがままに受け入れなければならない、とされているからである。しかし、原告と被告との間においては、被提供者のこの特異な体

質がはたして全く関連がないといえるかどうか、疑問であるとしている。そして、最近の裁判所の柔軟性のある「予見可能性」判断が原告に有利に下されたその背景には、誤って腎臓を摘出してしまった被告の行為と生体腎の提供という原告の利他的行為との間で、一種の政策的考慮が働いていたと分析するのである。⁴⁷⁾

ロバートソンもまた、アーバンスキー事件判決が当該事実関係に「予見可能性」の観点から取りくんだことを意外ではないとしながら、同判決が、かかる「予見可能性」をめぐる争点を因果関係の問題のみに関連するものとみなして、被告が原告に対して負うべき注意義務の存否が考慮されなかった点には批判の余地があるとする。とはいえ、このような予見可能性問題の処理は、救助事件における多くの判決のアプローチとなら矛盾するものではなく、裁判所は、救助行為の予見可能性よりもむしろ被救助者に対する最初の侵害の予見可能性に重点を置くことによって、注意義務の問題をもっともらしくいつくろう傾向にあったことが、救助事件一般の問題点として指摘されている。⁴⁸⁾

(iii) 生体腎提供行為の「任意性」

原告が「任意に」被った損害に対する損害賠償請求は、コモン・ロー上認められないという法原則の存在が、生体腎提供を

理由とする請求に対する主な障害となっている。シリアンニ事件において原告が敗訴したのも、まさにこの理由からであった。ところが、イギリスの裁判所は、ヘインズ事件(一一九頁)以来、右の法原則の例外を認めて、救助者の介入が緊急に必要とされ、かつ救助行為及び損害が予見可能である場合には、その者は任意に損害を被ったのではないと判断するようになった。そして、アーバンスキー事件判決は、この流れを汲んで、生体腎提供者である原告を救助者であるとみなし、任意に危険を引き受けたとはいえないと判断したのである。

ロバートソンならびにスペンサーは、原告の生体腎提供行為の背景には、救助事件特有の緊急事態を目前にした者を行動へとかりたてる道徳的義務感だけではなく、さらに娘に対する親の情も加わっていたことを指摘する。それゆえ、たとえ侵害を被ることが避けられ得ないと十分に認識していたとしても、こうしたジレンマにたたされた原告には、実際選択の余地は全くなく、「任意性」の要素に欠けていたと判断するのである。特に、スペンサーは、家族の構成員がお互いのために法律上要求されている以上のことを行なった場合には、彼らの間にそのようにすべき道徳的感情が存在していることを一般に認めている当然の結果として、直接的にせよあるいは間接的にせよ、彼らには補償が与えられるべきである、という裁判所の意向を示し

たものとして、アーバンスキー事件判決をとらえている。

従って、生体腎の提供者が全くの他人であった場合にもやはり訴権を認めるべきか否かという問題については、これを否定的に解するという点で両評釈者の見解は一致している。ロバートソンは、救助者の請求の認否を被救助者との特別な関係の存在によらせることは不合理であって、たとえ全くの他人であっても、危険にさらされている者を心から助けようとして行動した者には訴権が認められていると述べながらも、そのような従来の救助事件における裁判所のアプローチが、生体腎提供行為にまで拡大されるのは、疑問であるとする。すなわち、献血者に対する謝礼にさえ難色を示すイギリスの国柄からいっても、近親者でない者がその任意の腎臓提供行為の代償を受け取ることに対しては、被害者の承諾という抗弁に表わされた裁判所の政策的考慮が原告に不利に作用するであろうというものである。⁽⁴⁹⁾ スペンサーもまた、かかる者は、近親者のように道徳的な義務感に強制されることがなく、提供行為についてはもっと自由な選択をなし得るであろうから、その訴が認められることはあり得ないと述べている。⁽⁵⁰⁾ 利他心からにせよおせっかいからにせよ、全くの他人が生体腎を提供するという事例は、実際にはほとんど例を見ないであろうし、また、アーバンスキー事件判決もかかる場合には言及していないが、生体腎提供行為の「任

意性」に関連して、提供者と被提供者との間に存在する親子関係が同判決に与えた影響を両評釈者がともに重要視している点は、見過ごしてはならない。

(iv) 残された問題点

ロバートソンは、右の腎臓提供者が全くの他人である場合に加えて、さらに次の二つの問題が、アーバンスキー事件判決以後も未解決のままになっていると指摘している⁽⁵²⁾。

第一は、救助者が被った侵害がどの程度の大きさであれば、それを被ることにしたことが合理的でないとされ得るか、である。たとえば、現実起こり得ないことではあるが、もし原告に腎臓が一つしかなかった場合には、それを提供するという行為が合理的であるとされ得ないことは、当然であろう。しかし、一方では、救助行為が死亡あるいは重傷といった極めて高度の危険を伴っていたにも拘らず、救助者に損害賠償金の回復が認められた判決が存在することを考えあわせ、ロバートソンは、従来の救助事件のように救助者に対する侵害が救助行為の単なる付随的結果にすぎない場合と、生体腎の提供のようにかかる侵害を被ることがまさに救助行為そのものである場合との間で、法は実際には一線を画しているように思われる、と述べている。

第二は、もし患者の家族による腎移植が、最終的に成功を収

生体腎提供と被害者の承諾の抗弁

めるまで順次行なわれていったとしたならば、提供家族全員が同様に被告に対する訴権を認められるであらうか、である。これについては、たしかにかかる場合も合理的に予見可能であるとして、単に以前の移植が不成功であったからというだけでは、必ずしも他の提供者の移植も失敗するとはいえないことから、最後の提供者が患者を助けようとしたことも、最初の提供者と同様に合理的とされ得ると述べている。

むすび

シリアンニ事件後は、一〇年の間の医学界の進歩によって腎臓移植が臨床的な治療法として確立されたという経緯を背景として、生体腎提供者を救助者とみなしたアーバンスキー事件判決は、救助法理の適用範囲を、身体的侵害を被ることがまさに救助行為そのものでありかつ救助者がそれを承知のうえでかかる行為を行なった場合にまで拡大し、それによって、カナダの裁判所が貢献してきたかかる法理の発展の歴史に、新たな一ページを書き加えた。そして、スペンサーも、また同判決をより積極的に評価するロバートソンも、「予見可能性」及び生体腎提供者に対する被告の注意義務の存否をめぐる裁判所の判断に対しては、若干の疑問を呈しているのであるが、それは従来の

救助事件においてもまさに問題点として指摘されていたものであった。また、生体腎提供という救助法理適用の新たな類型においては、提供者と被提供者、すなわち、救助者と被救助者との間に存在する家族関係が、その行為の「任意性」に関連して、重要なウエートを占めていることにも、留意されなければならないであろう。一方、医療過誤に伴って生起する生体腎提供行為に対する救助法理の適用という問題は、腎臓移植にかかわる法律問題としても、また実際に起こり得る事例としても、やや特異な領域をなすものといえるかもしれないが、ロバーツンが指摘するように、もしかかる争点がイギリスの裁判所に提起された場合には、アーバンスキー事件と同様の判断が下されるであらうことは、これまで検討を加えてきた救助法理の発展の状況からいっても、疑いを入れないうことである。

註

- (1) ① Gerald Robertson, *A New Application of the Rescue Principle*, 96 L. Q. REV. 19 (1980).
 ② J. R. Spencer, *Tissue Donors: Are They Rescuers, or Merely Volunteers?* 38 CAMB. L. J. 45 (1979).
 (以後各評釈は、それぞれ Robertson, Spencer とし

て引用する。)

- (2) 「救助事件」に関する文献として、前掲判例中で引用された A. L. Goodhart, *Rescue and Voluntary Assumption of Risk*, 5 CAMB. L. J. 192 (1934) の他に、J. Tiley, *The Rescue Principle*, 30 M. L. R. 25 (1967), A. M. Linden, *Rescuers and Good Samaritans*, 34 M. L. R. 241 (1971), 末延三次「英米不法行為法に於ける救助」(杉山還暦祝賀論文集「一九四二年」)が挙げられる。
 (3) Eckert v. Long Island Railroad Co. (1871) 43 N. Y. 502.
 (4) Cf. Seymour v. Winnipeg Electric Railway (1910) 13 W. L. R. 566 (Man. C. A.). カナダにおけるハーレー事件判決の適用については Mannie Brown, *A Study in Negligence*, 10 CAN. BAR REV. 557, at 567-572 (1932) 参照。
 (5) ケインズ事件においては、警官という職務上の立場から導かれる義務の存在が原告に有利に作用したが、たとえば消防士といった救助を専門とする職業に就いていることが逆に原告に不利に作用する場合もあり得ることは指摘されている。この点については Russell v. McCabe

- [1962] N.Z.L.R. 392, at 406 (cited in SALMOND & HEUSTON ON THE LAW OF TORTS 474 (18th ed. 1981); Tiley, *supra* note 2, at 30) 参照°
- (6) [1935] 1 K.B. 146, 161-2.
- (7) Goodhart, *supra* note 2, at 196.
- (8) [1935] 1 K.B. 146, 156-7.
- (9) Baker v. T. E. Hopkins & Son Ltd. [1959] 1 W.L.R. 966, 976.
- (10) Videan v. British Transport Commission [1963] 2 Q.B. 650, 669.
- (11) WINFIELD & JOLOWICZ ON TORT 666-7 (11th ed. 1979)
- (12) [1935] 1 K.B. 146, 156.
- (13) Cutler v. United Dairies (London) Ltd. [1933] 2 K.B. 297.
- (14) *Id.* at 306.
- (15) [1935] 1 K.B. 146, 163.
- (16) POLLOCK, LAW OF TORTS 370 (15th ed. 1951).
- (17) Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945, 8 & 9 Geo. 6, c. 28.
- (18) [1924] 1 K.B. 548, 552.
- (19) Baker v. T. E. Hopkins & Son Ltd. [1959] 1 W.L.R. 966, 984.
- (20) [1924] 1 K.B. 548, 555.
- (21) [1935] 1 K.B. 146, 158-159, 164.
- (22) *Cf.* Videan v. British Transport Commission [1963] 2 Q.B. 650, 669.
- (23) Horsley v. MacLaren (1972) 22 D.L.R. (3d) 545, 557.
- (24) The Tojo Maru [1972] A.C. 242.
- (25) Horsley v. MacLaren (1972) 22 D.L.R. (3d) 545.
- (26) Hyett v. G. W. Ry. [1948] 1 K.B. 345; Steel v. Glasgow Iron & Steel Co., 1944 S.C. 237; Russell v. McCabe [1962] N.Z.L.R. 392; Hutterly Imperial Oil & Calder (1956) 3 D.L.R. (2d) 719.
- (27) Goodhart, *supra* note 2, at 198.
- (28) WINFIELD & JOLOWICZ, *supra* note 11, at 668; Tiley, *supra* note 2, at 33-35.
- (29) Dupuis v. New Regina Trading Co. Ltd. [1943] 4 D.L.R. 275. なお、トーマス(Cecil A. Wright)は「国庫決の評釈にならうて」通常は三訂巻者間を考察せざる救助法理をかかざる情況にも適用すべく此を指摘しつつ云々 (21

- CAN. BAR REV. 758 (1943)).
- (30) Baker v. T. E. Hopkins & Son Ltd. [1958] 1 W. L. R. 993, 1004.
- (31) Chapman v. Hearse (1961) 106 C. L. R. 112.
- (32) FLEMING, THE LAW OF TORTS 162 (5th ed. 1977).
- (33) Vidéan v. British Transport Commission [1963] 2 Q. B. 650.
- (34) *Id.* at 669. 他の二判事は、駅長でもあった父親の救助行為をその業務の範囲内にあるとみなし、従って、線路内への彼の出現は被告運輸士にとって予見可能であったと判断しているようである。
- (35) A. L. Goodhart, *An Infant Trespasser on Railway Lines*, 79 L. Q. R. 586, 592-5 (1963).
- (36) Chadwick v. British Railways Board [1967] 1 W. L. R. 912.
- (37) ただし、危険な状況の発生に被告の過失が認められない場合には、救助法理を適用することはできな。かかる局面においては、必需代理 (agency of necessity) に関する原則を援用するという可能性が残されている。しかし、いまでも、救助法理における「合理的予見可能性」に相当する「黙示の契約の存在」という擬制的概念が必
- 要とされることから、「他の者のために緊急に必要とされる介入行為 (necessitous intervention) を行なった者は、その介入による権限を授けられたものと解され、その介入の原則 (詳細については GOFF & JONES, THE LAW OF RESTITUTION 231-247 (1966) 参照) を適用することにより、被告の過失の有無にかかわらずなく救助者を保護すべき旨を主張するものとして、Allan Blake, *The Pight of the Rescuer*, 128 N. L. J. 476 (1978) を注目に値する。
- (38) FLEMING, *supra* note 32; Allen M. Linden, *Down with Foreseeability! Of Thin Skulls and Rescuers*, 47 CAN. BAR REV. 545 (1969).
- (39) (1967) 285 N. Y. S. 2d 709, 712.
- (40) *Id.*, at 713.
- (41) (1978) 84 D. L. R. (3d) 650, 670-671.
- (42) *Id.*, at 671-2.
- (43) Notes, 37 FORDHAM L. REV. 133 (1968).
- (44) Mark Kusanovich, *Medical Malpractice Liability and the Organ Transplant*, 5 U. S. F. L. REV. 223, 258-9 (1971).
- (45) Robertson, at 20-21.

- (46) Spencer, at 46-47.
- (47) *Ibid.*
- (48) Robertson, at 19-20.
- (49) *Id.*, at 21-22.
- (50) Spencer, at 45-46.
- (51) Robertson, at 21-22.
- (52) Videan v. British Transport Commission [1963] 2 Q. B. 650.