

医療行為と死傷の 結果との間の因果関係

論

説

石川 寛 俊

はじめに

1. 医療における注意義務と因果関係の判断
 - 1) 医師の最善を尽くすべき注意義務
 - 2) 最善を尽くすべき注意義務といわゆる医療水準
 - 3) 医療の不確実性……A-治療効果の不確実 B-不作為による病状不明
 - 4) 結果を惹起した複数の要因……C他原因（素因）の競合
 - 5) 過失と結果の因果関係の困難
 - A 治療効果の不確実
 - B 不作為による病状不明
 - C 他原因（素因）の競合
 - 6) 訴訟における因果関係の証明負担
2. 最高裁判決にみる因果関係の認定……死傷の結果との因果関係
 - 1) 他原因（素因）の競合による因果関係の成否
 - ①水虫放射線
 - ②ルンバール
 - ③未網症南大阪病院
 - ④腰椎麻酔ショック
 - 2) ルンバール判決による因果関係認定の手法
 - 3) 侵襲行為と結果発生とのつながり
 - ⑤顆粒球減少症
 - ⑥脳神経減圧術
 - ⑦麻酔剤術中死
 - 4) 不作為による過失と結果発生との因果関係
 - ⑧肝癌見落とし
 - ⑨造影検査後脳梗塞
3. 最高裁による因果関係論の拡大……「相当程度の可能性」侵害論
 - 1) 因果関係の証明困難による弊害と打開策
 - 2) 平成12年判決と「相当程度の可能性」侵害
 - ⑩生存可能性
 - ⑪腹部動脈瘤破裂
 - ⑫肺炎抗生剤

⑬急性脳症 ⑭スキルス胃癌 ⑮拘置所脳梗塞

- 3) 「相当程度の可能性」侵害論の波及
4. 医療行為での義務内容から因果関係論
 - 1) 治療効果不確実と因果関係
 - 2) 水準的合理的行動による因果関係の肯定
 - 3) 果たすべき義務の不履行は因果関係を推定する
 - 4) 他原因の競合があっても因果関係認定の妨げでない
 - 5) まとめ

以上

はじめに

医療における医師の賠償責任を問う医療過誤訴訟は、専門訴訟としてもっとも困難な訴訟とされる。原告側からすれば、請求認容率は通常訴訟の4分の1程度で、しかも審理期間が3～4倍と長期化するにもかかわらず、提訴件数はおおむね増加傾向にある。当事者のみならず裁判所にとっても、大きな負担となって久しく、先般の司法制度改革でも専門家訴訟や証拠収集制度の改善として取り上げられ、医療関係事件を集中的に扱う医事集中部が全国の主要地裁に設置されて審理の促進化が進められてきた。審理の長期化と認容率の長期低下傾向は、患者側原告による過失および死傷の結果との因果関係の証明がきわめて困難であることに起因している。

医事集中部は、被告医療側からの診療経過事実の主張や証拠提出を促して争点を早期に明確化して能率的な人証調べを目指し、訴訟手続き上の改善を進めている。その結果として、審理期間は大幅に短縮されて通常訴訟に少しは近づいているが、請求認容率については逆に通常訴訟との乖離が⁽¹⁾進み、上訴率も依然として高い。

(1) 平成20年度最高裁統計によれば、医事関係訴訟の地裁一審訴訟事件の平均審理期間は24.0月で通常事件の6.5月の3.7倍であり、判決の場合の(判決総数に対する認容判決の割合を示す)認容率27%は通常事件の84%

訴訟手続き上の改善にとどまらない医療過誤訴訟での困難は、過失および因果関係の証明上の過酷な負担に由来する面が大きい。とりわけ医療の発達や検査、情報の膨大化にともなって、当該過失行為と結果発生とのつながりを医学的に論じる際の資料情報が肥大化して、訴訟上の因果関係の認定が複雑化している。当事者が提出する甲、乙の書証の合計が50を超えるのも珍しくなく、複数の専門家意見が競合する例も多い。こうした中、法律要件事実として当事者が証明負担を負う主要事実とそうでない間接事実の区別など、訴訟上の証明対象事実と証明責任の分配という基本が、主張立証の詳細膨大化の中で忘れ去られて、因果関係の認定を困難にしている。

医療過誤訴訟における因果関係の立証ならびに認定について、多くの最高裁判決を捉えなおす中で、訴訟実務で要求される因果関係の立証程度を再考するのが本稿の目的である。

1. 医療における注意義務と因果関係の判断

1) 医師の最善を尽くすべき注意義務

医療行為に関連する医師の責任は、医療行為が疾病の進行に伴う生命身体への危険を除去ないし軽減させるという特質から、危険が現実化して生命身体が損傷してしまった、つまり医療が奏功しなかった場合に、それが果たして過失と評価し得るのか、また過失に因って生じた損害といえるかにつき、困難が伴う。⁽²⁾

の3分の1以下である。終局区分別既済事件に対する医事関係訴訟の認容判決の割合は10.1%。ただ和解率は通常訴訟が28.6%対し、医事関係訴訟は50.0%とかなり高い。土田林太郎「裁判統計から見る医事関係訴訟の状況」民事法情報 NO.273・2頁(2009)。

(2) 石川寛俊「期待権の展開と証明責任のあり方」判例タイムズ686号26頁(1989)

疾病を成り行きに任せれば、自然に寛解することもあるが、病勢次第では身体生命への危難が避けがたいとき、医療による疾病に対する介入が始まる。問診・身体所見・画像、血液等検査による病状把握から、保存処置・投薬・手術など治療行為を経てリハビリ・予後管理まで、疾病による侵襲・苦痛を除去、軽減させるための、患者の身体に潜む疾病に対する一連の介入であり、それ自体が身体侵襲を伴う。そのために、疾病の危険を除去軽減し、また医的侵襲を必要最小限にとどめる意味から、医師の行うべき診療には、患者の身体への危険を防止すべき注意義務を負う。

「いやしくも人の生命及び健康を管理すべき業務（医業）に従事する者は、その業務の性質に照し、危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務を要求される」（輸血梅毒事件での最高裁昭和31年（オ）第1065号同36年2月16日第一小法廷判決・民集15巻2号244頁）のは、疾病の危険を除去軽減すべき責務と何らかの身体侵襲が避けられない医療の性質から、その従事者である医師に要求される基本的な注意義務を明らかにしている。輸血梅毒事件判決で「医業に従事する者はその業務の性質に照らし」とされたものは、「その職務上の使命の遂行」（後掲平成9年最高裁顆粒球減少症事件）とも言い換えられて、「すべての事情を考慮し、万全の注意を払ってその治療を実施しなければならない」（後掲水虫放射線障害事件）と説かれる。治療の一適用である投薬処方につき、その「副作用については、常にこれを念頭において治療に当たるべきである、……当該医師の置かれた状況の下で可能な限りの最新情報を収集する義務がある。」（最高裁平成12年（受）第1566号同14年11月8日第二小法廷判決・裁集民208号465頁・皮膚粘膜眼症候群事件）とされるのも同趣旨である。

「その業務の性質に照らし」、あるいは「その職務上の使命の遂行」とは、疾病からの身体への危険の除去軽減を目的としながらも、身体侵襲を伴う手段方法によってこれを行うという医療の特質に由来し、「実験上必
4(1035) 法と政治 60巻4号 (2010年1月)

要とされる最善の注意義務」,「すべて事情を考慮し, 万全の注意を払ってその治療を実施しなければならない」,「置かれた状況の下で可能な限りの最新情報を収集する」高度の注意義務とされる。刑法211条が業務上必要な注意を怠り人を死傷させた者を, 通常より重く罰しているのが, 一定の危険な業務に従事する者には通常人より特に重い義務が課されており(最高裁昭和28年12月22日第三小法廷判決・刑集7巻13号2608頁), 業務者は危険な行為を継続反復して行うことにより, その知識経験から結果の発生を通常人より容易に予見・回避しえたのであるからそれだけ責任又は違法性が高いとされるのと同趣旨である。

2) 最善を尽くすべき注意義務といわゆる医療水準

もっとも, 最善の注意義務や万全の注意, 可能な限りの情報収集といってみても, 何が最善で万全, 可能な限りかの判断基準は一樣でない。注意義務違反が過失となるとしても, なすべきことを怠ったと評価する基準は多様であり得る。そこで医業に従事する者のなすべき注意義務の「基準となるべきものは臨床医学の実践における医療水準である」(輸血梅毒事件を引用した未熟児網膜症(高山日赤病院)事件最高裁昭和54年(オ)第1386号同57年3月30日第三小法廷・裁集民135号563頁)と一応説明される。これは, 「……最善の注意義務を要求される」(輸血梅毒事件判決)その人は, 「医業に従事する者」であり, また, 「万全の注意を払ってその治療を実施しなければならない」(前掲水虫放射線障害事件)とあるように, 治療を実施する場合の注意義務であるから, 「医業に従事する」, 「治療を実施する」者とは言い換えれば(医学研究者ではなくて)「臨床医学の実践」に携わる者を言うのであるから, ある意味では当然のことである。

輸血梅毒事件判決等での最善の注意義務が, 昭和57年未熟児網膜症事件判決での「臨床医学の実践における医療水準」論によって緩和低下した

のではなく、医業に従事するのは医学研究とは異なり、臨床医学の実践の場でのそれが要求されるのであって、現実にある医療慣行に道を譲る趣旨ではない（平成8年腰椎麻酔事件が医療慣行と医療水準を峻別したとして紹介されるが、仮にある医療慣行があったにしても、そのことと医師に要求される注意義務とは自ずと区別さるべきことは既に輸血梅毒事件判決によって「注意義務の存否は、もともと法的判断によって決定さるべき事項であって、仮に所論のような慣行が行なわれていたとしても、それは唯だ過失の軽重及びその度合を判定するについて参酌さるべき事項であるにとどまり、そのことの故に直ちに注意義務が否定さるべきいわれはない」とされている）。昭和57年高山日赤判決以降も、前記平成9年顆粒球減少症判決が「その職務上の使命の遂行」をいい、「当該医師の置かれた状況の下で可能な限りの最新情報を収集する義務」を平成12年皮膚粘膜眼症候群判決が繰り返していることからわかる。

最善義務や万全義務は、医療における目標ないし徳目にとどまらず、生命及び健康を管理すべき業務（医業）に従事する者の実践的法的な義務である。医業に従事する者の実践的な注意義務であるがゆえに、例えば「副作用については、常にこれを念頭において治療に当たるべきである」が、その実際は「……当該医師の置かれた状況の下で可能な限りの最新情報を収集する義務がある」（前掲皮膚粘膜眼症候群事件）のであり、これが「臨床医学の実践における医療水準」として基準化されるべきものとなる。このような医療水準とは、全国一律に絶対的な基準として考えるべきものではなく、診療に当たった当該医師の専門分野、所属する診療機関の性格、その所在する地域の医療環境の特性等の諸般の事情を考慮して決められるべきものである（最高裁平成4年（オ）第200号同7年6月9日第2小法廷判決・民集49巻6号1499頁）。

3) 医療の不確実性……A-治療効果の不確実 B-不作為による病状不明

この医療水準を構成する多様な治療行為も、それを施せば必ず所期の効果が達成できるとは限らず、患者の病状や治療側の諸条件（十分な事前診断をなすべき設備や薬剤の不足など）からの制約を受けながら行う現実からは、望ましい結果を約束できるものではない（この意味で、危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務とは、好結果を保証することではなく、患者に水準的な治療の機会を提供することに尽きる）。治療行為が不確実なのは1-疾病の機序や病理現象、これに対する病状などの生体反応自体も未だ十分解明できていない……疾病生体反応の未解明、2-行うべき治療の効果について、おかれた条件（どんな原因でどのような疾病が生じたか、患者の身体条件、素因はどのようなものであるか、医療機関の設備人員での制約等）からいかなる治療が適応可能かによる個体差が大きく……効果の個体差、3-身体の個別性から治療の再現ができず同一条件での検証ができない……再現不可能、という特質⁽³⁾に由来する。

医療とは、疾病に伴う身体への危険防止のためになすべき行為と観念すれば、仮に医療が期待はずれに終わった場合には、その結果は身体への危険が現実化したという損害つまり生命身体への毀損が生じる。そしてこの身体的損害は、a-医療の名で新たに加えられた侵襲の結果、例えば手術時の他臓器損傷や検査や薬の合併症であったり……いわゆる医原病型……、b-治療が奏功しないまま疾病が進行した結果、例えば癌の進行や新生児仮死による脳性麻痺……いわゆる疾病進行型……であったりする。これは身体侵襲という悪結果が、医療行為（医的侵襲）を起因力とするものか、それとも患者の疾病の進行によるものかの区別である。これを行為の側面から見れば、a-は医療者の**作為**のために期待はずれの結果を招き、b-

(3) 橋本英史「医療過誤訴訟における因果関係の問題」新裁判実務大系1・180頁（2000）

はなすべき処置を怠ったという意味で**不作為**が悪結果を招来したことになる。

後者b-疾病進行型では、仮に医師が癌の検査や胎児の心拍監視を十分に行ったとしても、治療の不確実性からやはり同じ結果が発生した可能性も否定することはできず、また行うべき検査を怠った結果として医的介入（治療行為）がなされなかった現実からは、介入すべき時点での患者の病態は必ずしも明らかになっていない（だから必要な医的介入がなされずに結果が生じている）から、なすべき治療が果たして奏功したのかどうかさえ判然としないことが多い。もっとも治療効果が不確実であるというのは、医師がその治療を行った場合であれば成功、不成功の結果は出ているから、不成功の例が責任問題となるだけである。そして不成功の結果につき、行った治療行為に過失があるとされるときは、過失と発生した結果との因果関係は起因力ある作為の結果として明かであり、因果関係の有無は容易に判定できる。

したがって因果関係認定で困難に遭遇する**A：治療効果の不確実**というのは、実際には不作為の場合、つまりなすべき治療を実施しなかった過失が問疑されるときに、その治療効果によって結果回避が可能であったか否かが問題となる。そのため訴訟の場で、治療効果の不確実性が因果関係の判断を難しくするのは、行うべき治療を行わなかった不作為の過失の場合にはほぼ限定される。そして現に行わなかったのは、（怠慢放置を除けば）一般には行う必要を感じなかった、つまり治療を進める状況との認識に達してしていなかった、ということであるから、必要な病状等の観察が欠けている場合に等しい。ここから、**B：不作為による病状不明＝観察不十分**という現実には、**A：治療効果の不確実**という困難を必然的に生み出すことになってくる。

後記の最高裁判例の検討で、治療効果が不確実として結果回避可能性の
8(1031) 法と政治 60巻4号 (2010年1月)

因果関係が問題になった判決③, ⑧, ⑨, ⑭が, いずれもなすべき治療を怠った不作為型に属するのは, そのためである。

4) 結果を惹起した複数の要因……C他原因(素因)の競合

期待はずれの医療に伴う身体被害である, このb-疾病進行型では, 少なくとも自然科学の因果律から転帰を眺めれば, 死や脳性麻痺を招いた起因力は癌組織であり低酸素状態ということである。医師が癌や低酸素状態を作ったり加速させたわけではない。癌検査の懈怠や胎児の心拍監視を怠った医師の義務違反がなければ, 死亡や新生児仮死による脳性麻痺が避けえたのかどうか, 厳密には分からない。

また前者a-医原病型とされる, 他臓器損傷や検査・薬の合併症といえども, 誰にでも起こりうるものでなく, 患者の基礎疾患による周辺臓器の脆弱化からの損傷や, 体質的素因とあいまってはじめて合併症が生じた場合などは, その結果を招来せしめた原因となる行為が何であるかは, 必ずしも明らかではない。ことに患者の既往症や年齢や体調などが, 結果発生に影響していると考えられる場合は, なおさらである。誰にでも重篤な合併症が生じる検査・薬であれば, 医療としての有効性はきわめて限られたものになるが, 多くの医療行為は期待できる効果(主作用)とある確率で生じる合併症(副作用)とのバランスで成立している。

これらは, 医療の過程で生じた患者の身体損傷という結果は, 診療の対象となった疾病や基礎疾患ないし体質的素因に関連して生じることが多いから, 注意義務違反の行為と発生した結果との関係を直線(あるいは単一的な起因力で説明するには無理がある。例え, 同じような病原体が患者に感染したにしても, それが身体損傷として発症し現実化するには, 身体素因や体調という患者側要因に左右される。したがって, 外的侵襲を本態とするa-医原病型であっても, 患者側の身体的要因を他原因と想定するな

らば、少なくとも論理的には他原因の併存・競合が問題となる。

期待はずれの医療に伴う身体被害に、a-医原病型とb-疾病進行型があるが、いずれも期待はずれ＝少なくとも患者及び医師双方の主観的認識の予想外、にさせる客観的事情が患者の身体面から説明可能であるから、それらは他原因（素因）の競合と捉えることが可能で、医療側が因果関係を否定する事情として頻繁に援用される。後記検討の最高裁判決では①～⑦がある。

5) 過失と結果の因果関係の困難

仮に、医師の注意義務違反が明らかになったにしても、発生した結果との間で因果関係があるというためには、前記のA治療効果の不確定、B不作為による病状不明、C他原因（素因）の競合、のそれぞれを克服しなければならない。

これらにつき医療側の反論は厳しい。いわく、A：医師がその治療を行ったにしても確実に成功するとはいえず、当該事例では α 、 β 、 γ の不成功要因が考えられるから、治療が奏功したとは断定できない、B：患者の当時の病状の詳細は不明であるから、果たして治療の適応があるかどうか不明であり、仮に指摘された治療処置を行ったとしても、所期の効果が得られて救命しえたとは証拠上認めがたく、患者側の主張は、多くの仮定に基づく推論でしかない。C：患者の既往症等の病的素因や体力減退が、死傷に至った真の原因であり、これを医師の責任に帰せしめるのは不可能を強いるものでまた客観的科学的な考察ではない、というのである。

このように医療行為とそれに続く身体傷害の結果との間の因果関係には、次の3つの事情に整理できる。

A：治療の有効性は疾病側、患者側、医療側の各条件により規定される
ところ、当該治療を行っても所期の効果が表れるか不確定である＝

治療効果の不確実

B：治療が奏功したか否かは，患者の病状や疾病の進行程度に影響されるところ，病状や所見が不明であり結果回避性は証明されない＝不作為による病状不明

C：不幸な転帰は当該疾病のみならず他疾患の可能性もあり，また患者の体質的素因の影響も否定できず，いずれが死因か断定できない＝他原因（素因）競合

6) 訴訟における因果関係の証明負担

そしてA，B，Cの因果関係認定上の困難は，実際の医療過誤訴訟の場では医師の責任を構成する請求原因事実として，患者側原告が主張し立証して行かねばならない。請求原因が債務不履行構成であれ不法行為構成であっても，医療上の具体的な過失行為があること，並びに，身体傷害が医療上の過失行為に原因していること，の証明が要求されるのは共通である。

そのためには原告患者は，1) 実際に行った医療行為事実が何々であり，2) それが非難に値する過失であって，3) 患者の病態は過失とされる医療行為に起因している，との3点を訴訟の場で，証拠に基づいて証明しなければならない。当然のことながら，被告医療側が激しく争う訴訟の実際では，1) は純粹に何があったかの事実の証明であるが，医療記録や医療関係者を抜きに患者側が立証できる手持ち証拠はほとんどない。2) 「臨床医学の実践における医療水準」に照らして非難に値する過失であると主張する根拠資料も持ち合わせない。3) 患者の傷害が医師の過失行為に由来するとの証明は簡単でない。上記A～Cの説明でも，「不確実である」，「証明されない」，「断定できない」と訴訟上証明できるか否かに収斂される。

したがって医療過誤訴訟における，患者側原告の証明負担という観点か

らは、1) 証拠が医療側に偏在してそもそもの事実関係の立証ができない(例えば後記や①判決で皮膚癌発生の原因となった放射線照射した病院の特定や⑥判決での脳神経減圧術の詳細)、2) 臨床医学の実践という専門分野に不案内で過失を具体的に指摘できない(例えば後記⑤判決での他種類の薬剤投与や⑦判決での適切な麻酔量の特定)、3) 過失と結果との関係を医学的に説明できない(例えば後記⑩判決の死因は不明で他原因の可能性ありとの反論や⑭判決での化学療法による延命効果の有無)、という困難に直面する。

そこで、医療行為の特質と訴訟上の証明負担の双方に由来する、医師の注意義務違反の過失と結果発生との間の因果関係につき、従来の最高裁判例はどのように対処してきたかを、ほぼ判決言い渡し順にしたがって判例①から⑮で検討する。問題とされた注意義務違反が作為か不作為か、また因果関係認定上の困難が上記A：治療効果不確実B：不作為で病状不明、C：他原因競合のいずれに起因するかを付記する。うち⑩から⑮は、因果関係の終点が死傷の結果そのものでなく、死傷の結果を免れた可能性に置き換えて、それを新たな保護法益として因果関係の有無を検討するものであるので、①から⑨とは区別して検討してみる。

2. 最高裁判決にみる因果関係の認定……死傷の結果との因果関係

医療で患者がこうむる権利侵害ないし損害は、患者の身体に生じた死傷の結果であるから、医師の注意義務違反(過失)行為と死傷結果と因果関係の存否が争いとなる。

典型例①、②は、医療行為による身体侵襲の結果として(の作為が)医師に帰責できるか否か問題であるが、それとともに現実患者に生じている身体上の危険を防止すべきであるのにこれを怠った不作為が競合する③、④、⑤、⑥、⑦という形になり、やがてもっぱら病状の進行を看過した不作為が過失と評価される⑧、⑨につながる。

1) 他原因（素因）の競合による因果関係の成否

① 最高裁昭和44年2月6日第一小法廷判決・民集23巻2号195頁水虫放射線障害事件

作為，C他原因の競合

レントゲン照射と発癌との間の因果関係認定には理由不備の違法があるとの上告理由に対して、「レ線照射と癌の発生との間に統計上の因果関係があり、しかも、レ線照射を原因とする皮膚癌は他の発生原因と比べると比較的多いこと、Xは、……約2年3ヶ月の間に……合計5040レントゲン線量の照射を加え、本件皮膚癌は、その照射部分についてのみ発生したこと、の諸事実を徴すると、本件皮膚癌の発生は東一病院の本件レ線照射がその主要な原因をなしている」と判示した……判断は、……相当として肯認しえないわけではない。

もっとも、本件皮膚癌の発生した箇所については京大病院でもレ線照射が加えられ、また、東一病院においてもXの他の身体部分についてかなり多量のレ線照射が加えられたが皮膚癌が発生していない……けれども、このような事実があるからといって、前記原審の判断を違法とすることはできない。」

② 最高裁昭和50年10月24日第二小法廷・民集29巻9号1417頁ルンバール脳出血事件

作為，C他疾患（原因）の競合

「訴訟上の因果関係の立証は、一点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく、経験則に照らして全証拠を総合検討し、特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認する高度の蓋然性を証明することであり、その判定は、通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうるものであることを必要とし、かつ、それで足りる。」

「上告人の病状が一貫して軽快しつつある段階において、本件ルンバール

ル実施後15分ないし20分を経て突然に（本件発作が）発生したものであり、他方、化膿性髄膜炎の再燃する蓋然性は通常低いものとされており、当時これが再燃するような特別の事情も認められな（いなど原判決の確定した事実関係のもとでは）……他に特段の事情が認められないかぎり、経験則上本件発作とその後の病変の原因は脳出血であり、これが本件ルンバールに因って発生したもの……（としてその）間に因果関係を肯定するのが相当である。」

③ 最高裁昭和60年3月26日第二小法廷判決・民集39巻2号124頁未熟児網膜症南大阪病院事件

作為＋不作為，A治療効果不確実＋C他原因（素因）の競合（上告理由第一点……A医師の診断と専門医に受診させる義務違反を認めた違法，同第三点……光凝固法が奏功した臨床例は一例も報告されていないのに，原判決は「光凝固は無効であるとの医学上の見解が定着したものではないから……因果関係を否定し去ることはできない」というが，その後の研究で光凝固が無効であるとされ現在では劇症型につき光凝固は行われていないのに，本症の劇症型につき不作為と失明の因果関係を認めた違法，について）

「原審の認定した事実関係のもとでは，A医師としては第二回眼底検査の結果，前示の第二回所見をえ，第一回の眼底検査から僅か一週間を経過したにすぎないわりにはXの眼底に著しく高度の症状の進行を認めたのであるから，本症のⅡ型の疑いの診断をし，頻回検査を実施すべきであり，また，本症の患者二，三名の眼底検査をした程度の経験を有するにすぎなかったのであるから，直ちに経験豊かな他の専門医の診察を仰ぎ，時期を失せず適切な診療を施し，もって失明等の危険の発生を未然に防止すべき注意義務を負うに至ったというべきところ，同医師は，Xの症状の急変に驚き，おかしいと感じながらも十分に未熟児網膜症の病態の把握ができな

かったため、頻回検査の必要性にも気づかず、一週間の経過観察として、次週にC医師の診断を求めたにとどまったが、かかる処置はXが未熟児網膜症の劇症型であったことに照らすと、不適切なものであったというべきであり、このためXは光凝固法等の外科的手術の適期を逸し失明するに至ったものであるから、A医師としての注意義務違反の過失があったというべきであり、右処置とXの失明の間には相当因果関係があるものというべきである。」

（上告理由第四点……Xの視力回復可能性についての不確定要素を財産的損害の算定に際し斟酌しない違法、について）

「所論の不確定要素は、原審が確定した逸失利益及び介護料にかかる損害額を減額すべき事由とはいえない。」

④ 最高裁平成8年1月23日第三小法廷判決・民集50巻1号1頁腰椎麻酔ショック事件

作為＋不作為、C他原因の競合＋A治療効果不確定
仮に2分ごとに血圧を測定していたとしても、Xが急に気持ちが悪いというまで介助看護婦もXの異常に気付かなかったのであるから、果たして早期に異常を発見し得たかどうかも明確でなく、Xの脳機能低下症は迷走神経反射を機縁に発生した気管支痙攣のため脳への酸素供給が不足したことが原因となったのだから、Yの注意義務違反とXの脳機能低下症発症との間には因果関係がないとの上告理由に対して、

「本件手術を介助していた二名の看護婦がXの異常に気付かなかったからといって、血圧の測定をしても血圧低下等を発見し得なかつたであろうといえないことは勿論である（二分間隔で血圧を測定しなかつたという医師の注意義務の懈怠により生じた午後4時40分から45分にかけての血圧値の推移の不明確を当の医師にではなく患者の不利益に帰することは条理にも反する）。また、Xの血圧低下を発見していれば、Yとしてもこれに

対する何らの措置を採らないまま手術を続行し、虫垂根部を牽引するという挙に出ることはなかったはずであり、そうであれば虫垂根部の牽引を機縁とする迷走神経反射とこれに続く徐脈、急激な血圧低下、気管支痙攣等の発生を防ぎ得たはずである。したがって、Yには本件麻酔剤を使用するに当たり、能書きに記載された注意事項に従わず、2分ごとの血圧測定を行わなかった過失があるというべきであり、この過失とXの脳機能低下症発症との間の因果関係はこれを肯定せざるを得ない。」

2) ルンバール判決による因果関係認定の手法

これら事例は、医師の過失とされる医療行為が原因で患者の身体被害が生じたのか、他の併存する疾患ないし素因に起因するものかが争われた点で共通している。①は水虫患者に対する、他の病院のものも含む放射線治療の競合に伴う過剰照射による皮膚癌発症、②は軽快傾向にある髄膜炎患者に対する髄液採取のための腰椎穿刺（ルンバール）による高血圧性脳出血の出現、③は未熟児治療としての酸素投与が網膜にもたらす血管増殖性病変、④は虫垂炎手術に際しての腰椎麻酔剤による血圧低下等の麻酔ショック、といずれも医療行為に起因する医源的な侵襲が（②を除けば、既存疾患の進行増悪とは基本的に区別できる侵襲）新たな被害結果を生み出した、いわば作為としての医的侵襲が生み出した被害事案である。これら起因力が結果発生に少なからず寄与していることは否定し得ない。③は、医師の光凝固不実施（あるいはその機会提供）という不作為の過失が、劇症型という患者の素因がある場合には、失明の結果回避可能性はなく因果関係が認められるかが問題となる（不作為による過失と結果回避可能性は後述する）。

医的侵襲が起因力となる②では、腰椎穿刺直後に生じた脳内出血による発作と続く病変が化膿性髄膜炎の再燃によるものか、それとも腰椎穿刺に

よるものかが争いとなり、その点についての5通の医学鑑定も髄膜炎の再燃と見るものが優勢な状況下で、訴訟上の因果関係の立証は、自然科学的証明ではなく、a 証拠資料は「経験則に照らして全証拠を総合検討し」、b 証明対象は「特定の事実が特定の結果を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性」であり、c その判定基準は「通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうるもの」であることが必要であるが、「それで足りる」と判示した。⁽⁴⁾⁽⁵⁾

これは当該発作とその後の急変が化膿性髄膜炎の再燃によるものか、それとも腰椎穿刺にともなうショックに起因するかの医学鑑定が区々に分かれた例での、訴訟上の事実認定のあり方についてその方法を提示したものである。問題とされる痙攣発作とその後の病変への機序が、髄膜炎の再燃とみるか、それとも腰椎穿刺ショックに起因するかは、その後の病変の原因となった脳内出血と当初の痙攣発作との関係をどうみるかの理解にかか

(4) ルンバル判決の訴訟上の証明とは、a-証拠資料 b-証明対象 c-判定基準から自然科学的論理的証明と峻別されており、「高度の蓋然性」とは証明対象事実であって証明の程度（裁判官の心証度）を表すものでない。同趣旨に米村滋人「医事法判例百選」156頁（2006）で「実体法レベルでの因果関係に一定の法的評価が加わり、主要事実自体が蓋然性となると理解するものであるが、因果関係概念が法的評価を含むとする立場からは無理な考え方ではない」とする。

自然科学上の論理必然的証明に対して、歴史的事実相互間のつながりに高度の蓋然性があると思えば十分であることは、後記の注(6)最判昭和23年8月5日・刑集2巻9号1123頁の示すところである。

(5) 溜箭将之「因果関係——ルンバル事件からの問題提起」ジュリスト1330号75頁（2007）は、ここでの高度の蓋然性の意義について、5つの鑑定内容から再評価し、その後の最高裁判決から「高度の蓋然性」の判示を現実と乖離したドグマとして放棄し訴訟上の具体的な諸問題に正面から取り組む必要をいい、ルンバル判決の枠組みの下では事実認定に価値判断が過度に介入する恣意的な判断に流れる危うさがあると指摘している。

っている。この点についての髄膜炎再燃説と腰椎穿刺ショック説の医学的優劣は断定しがたく、いずれの立場にたっても反対説からの批判を免れることはできず、合理的な疑いは払拭できないから、自然科学的な論争としての決着はつけ難い。しかし、それでは訴訟上の事実認定はできないことになる。

そこで訴訟上の因果関係の立証とは、a 無限にありうる医学研究資料でなく訴訟上の全証拠を総合検討し、b 一般的可能性ではなく、特定の事実が特定の結果発生を招来したかどうかの関係を高度のがい然性で、c 通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうる程度に判断できる、ことで足りるとした。これは自然科学における原因、結果との関係を証明することと、訴訟における、特定の結果発生をある人間の行為に帰責せしめ得るかという立証命題との区別を整理峻別したところに意味がある。a 無限の医学的知見や研究報告を渉猟するのではなく、訴訟上与えられた証拠資料だけを総合検討し、b この種の痙攣発作と髄膜炎再燃ないし腰椎穿刺ショックとの関係一般でなく、被告医師による昼の腰椎穿刺行為と患者の痙攣発作とその後の病変による後遺障害とのつながりを、c 自然科学における厳密な科学的証明のレベルでなく、通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうる程度、つまりたぶん間違いないだろうと思うのであれば、因果関係は証明できたとすべきことを明らかにした。

元来、訴訟上の証明は、自然科学者が真実を目標とする論理的証明ではなく、真実の高度の蓋然性をもって満足する歴史的証明であり、「通常人なら誰でも疑いを差し挟まない程度に真実らしいとの確信を得ることで証明できたとするものである。だから論理的証明に対しては当時の科学の水準においては反証というものを容れる余地は存在し得ないが歴史的証明である訴訟上の証明⁽⁶⁾に関しては通常反証の余地が残されている」ものである。論理的証明の対象は真実そのものであるから、反証の余地はないのである

が、訴訟上の証明である真実の高度の蓋然性で足りる立場からは、通常は反証の余地が残されているのであり、「高度の蓋然性」とは反証の余地があるものの、歴史的な経験則に基づく事実認識がなしうる場合を指す。⁽⁷⁾

このように、ルンバル判決は、医療行為における因果関係認定の困難の原因である、A治療効果の不確実、B不作為による病状不明、C他原因（素因）の併存競合、の三要因のうち、もっぱらCについて、急変から後遺症への原因が、既存疾患の進行増悪によるか、それとも医療による新たな侵襲によるのかにつき、訴訟上の因果関係の観点からの判断手法を明らかにしたものである。

いずれにせよ、ルンバル判決に典型的な医療による新たな侵襲と結果発生との因果関係については、誰にでも常に起こるものでなく当該患者に起きたと思われる場合には、その患者に偶発した何らかの事情を他原因ないし素因と構成すれば、C原因競合による因果関係を争う可能性が含まれることになる。医療に関連する合併症、偶発症では被告側からの常套的な反論となる。これの扱いをめぐって、次の⑤ないし⑦の判例が続く。

(6) 最判昭和23年8月5日・刑集2巻9号1123頁（隣室の未知の他人のレインコートから財布を抜き取った行為と窃盗意思の推断につき、原審の故意の認定を是認した）。

(7) 牧山市治・最高裁判例解説民事編昭和50年度476頁は、輸血梅毒事件一審判決・下民集6巻4号784頁「裁判上の証明は科学的証明とは異なり、科学上の可能性がある限り、他の事情と相まって因果関係を認めて支障はなく、その程度の立証でよい。……裁判上は歴史的事実の証明として可能性の程度で満足するの外なく、従って反証が予想される程度のもので立証があったといえるのである」を引用して、「本判決（ルンバル最高裁判決）は、訴訟における法律上の因果関係が科学上の論理必然的証明ではなく、帰責判断という価値評価を内包する歴史的事実の証明であるとする従来からの実務の伝統的な立場を宣明したものというべきである」とする。

3) 侵襲行為と結果発生とのつながり……複数の起因力と過失の特定

前記①, ②事件は, もっぱら治療行為による積極的な身体侵襲を避けるべきものかどうか問われ, ③, ④事件は(酸素投与や腰椎麻酔という)治療行為は一応適応あるものとして許容したうえで, これに付随する合併症防止のための手立てが光凝固法実施や2分毎の血圧測定義務が過失として争われた。これに対して, 以下の⑤~⑦は, 医療処置である薬剤投与, 神経減圧術, 手術時の麻酔薬処方それ自体を過量投与ないし脳ベラ操作上の過失としつつ, これらによる身体侵襲の進行防止義務としての顆粒球減少症の早期発見, 小脳半球切除術の実施, 心臓マッサージ等の作為義務違反の過失も主張される, 作為+不作為の混合型の過失が俎上に上がっている。

⑤ 最高裁平成7年(オ)第1205号同9年2月25日第三小法廷判決・民集51卷2号502頁顆粒球減少症事件

作為+不作為, B不作為病状不明+C他原因の競合

Aの発症日は同剤の投与後まだ間もなく Y_1 が発疹を見落としたことと発症との因果関係を否定し, またAには風疹の疑いもあったから, Y_2 には投薬を中止し血液検査を行う等の義務が認められないとした原判決に対して患者が上告した。

最高裁第三小法廷は, 前記③ルンバル判決での「訴訟上の因果関係の立証は……」を「訴訟上の立証は」に置き換えて「一点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく, 経験則に照らして全証拠を総合検討し, 特定の実事存在を是認し得る高度の蓋然性を証明することであり, その判定は, 通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性の確信を持ち得るものであることを必要とし, かつ, それで足りる」と引用したうえで, 「鑑定のみによつてネオマイゾン(注)を唯一単独の起因剤と認定することには, 経験則違反の違法がある。」とした。そして「顆粒球減少症の副作用を有する複
20(1019) 法と政治 60卷4号 (2010年1月)

数の薬剤の投与を原因として患者が同症にかかった場合において、鑑定は、四月一四日より前の患者の病歴に同症発症を確認し得る検査所見及び症候がないこと並びに同日以降の患者の症状の急激な進行から推測して、発症日を四月一三日から一四日朝とするが、これは患者の同症発症日をどこまでさかのぼり得るかについて科学的、医学的見地から確実に証明出来ることだけを述べたにすぎないものであり、他方、同症発症を確認し得る検査所見及び症候がないのは医師が同症特有の症状の有無に注意を払った問診及び診察をしなかった結果にすぎず、患者の症状の進行が急激であったと断ずるには疑いを生じさせる事情も存在するなど判示の事実関係の下においては、右鑑定のみによつて発症日は四月一三日から一四日朝と認定得ることには、経験則違反の違法がある。」として原判決を破棄して差し戻⁽⁸⁾した。

この判決は、鑑定の結果のみに基づいて発症日を認定し医師の発疹見逃しの過失と発症との因果関係を否定したのに対して、医師が必要な問診及び診察をしなかったために顆粒球減少症の発症を確認しうる検査及び症候がないのに、医学的見地から確実に証明できることだけから発症日の認定

(8) 坂庭正将「因果関係の法的判断——最高裁平成9年2月25日判決を題材として」ジュリスト1330号93頁(2007)は、顆粒球減少症を生じさせた作為型の過失と問診や検査を適切に行わなかったために発症あるいは徴候を見逃したという不作為型の過失が競合した点から、起因剤及びその発症時期という歴史的事実及び発疹に気づいた時点で医師がとるべき対応の3点について原審と判断を異にしたと分析し、事実認定と価値判断の双方に対して法的判断が独自性を持ちうる範囲を検討している。

吉田邦彦「抗生物質等の多投与による顆粒球減少症と因果関係・過失の有無」判例評論468号37頁・判時1621号199頁は、複数の薬剤投与を一連のプロセスとして相対的に見る視角が示されているとし、ルンバル判決での「蓋然性」命題を用いて薬剤の相互作用で足りるとしてプロセス的過失の手法を採ったとみる。

をした鑑定の上に依拠したのは経験則違背として、これによる因果関係否定を誤りとした。ルンバル判決を「訴訟上の証明」に一般化したうえで引用して、自然科学的証明とは異なる訴訟上の証明の独立性あるいは独自性を述べたうえで、ここでは医師の怠慢不作為による発症日の認定が明らかでない点と複数の薬剤投与による顆粒球減少症発症が考えられるのに単一薬剤が起因剤として因果関係を判断した点に経験則違背があるとしている。前者は不作為による因果関係が問題とされる点で作為の因果関係が問題となったルンバル判決と異なり、後者は科学的医学的鑑定と訴訟上の認定とを区別した点でルンバル判決に共通している。

⑥ 最高裁平成11年3月23日第三小法廷判決・裁集民192号165頁脳神経減圧術事件

作為＋不作為，C他原因の競合

患者Aが顔面けいれんの根治手術である脳神経減圧手術を受けたが、手術後まもなく小脳部に血腫等が発生し死亡した件で、手術中の脳ベラなどの手術器具で脳動脈を損傷させた義務違反がある等と主張した。原審判決は、鑑定の結果を踏まえ、手術部位と血腫の位置が直ちに近接しているとはいい難く、手術部位から出血したことを認めるに足る証拠もない、脳ベラ操作の誤りがあったことを認めるに足る証拠もないことを理由として、Xらの主張を排斥しYらの過失を否定した。そこで、Xが上告した。

最高裁は、本件手術の施行とその後のAの脳内血腫との関連性を疑うべき事情が認められる本件においては、他の原因による血腫発生の考えられないではないという極めて低い可能性があることをもって、本件手術の操作上に誤りがあったものと推認することはできないとし、Aに発生した血腫の原因が本件手術にあることを否定した原審の認定判断には、経験則ないし探証法則違背があるといわざるを得ず、右の違法は原判決の結論に影響を及ぼすことが明らかであるとし、原判決を破棄し、再鑑定の必要な審

理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻した。⁽⁹⁾

本件では、手術操作と（死亡の原因となった）血腫発生との間の因果関係が問題であるが、手術操作と血腫発生との時間的場所的な近接性の有無と他原因の可能性の双方から検討したうえで、「患者の健康状態、本件手術の内容と操作部位、本件手術と病変との時間的近接性、神経減圧術から起こりえる術後合併症の内容と患者の症状、血腫等の病変部位等の諸事実は、通常人をして、本件手術後間もなく発生した患者の小脳出血等は、本件手術中の何らかの操作上の誤りに起因するのではないかとの疑いを強く抱かせるものというべき」で「血腫の原因の認定に当たり前記の諸事実の評価を誤ったものというべきである」としている。また血腫の原因について「本件手術中における具体的な脳ベラ操作の誤りや手術器具による血管の損傷の事実の具体的な立証までも必要であるかのように判示しているのであって、血腫の原因の認定に当たり前記の諸事実の評価を誤った」と過度の立証負担を戒める。

- ⑦ 最高裁平成21年3月27日第二小法廷判決・裁集民230号判時2039号
12頁麻酔剤術中死事件

作為＋不作為、A治療効果の不確実＋C他原因の競合

(9) 荻原孝基「因果関係の認定と考え方」ジュリスト1330号102頁（2007）は、最高裁判決の思考過程を複数の間接事実から経験則に基づく因果関係の認定がなされているかの観点から分析して、具体的な認定要素と抽象的な結論に関する判示との間には、十分な考察がなされているとする。なお差し戻し審大阪高裁平成13年7月26日判決・判タ1095号206頁では、死因となった脳内血腫が本件手術操作に起因したものであるが、手術操作に過失があったとは認められないとし、別個の過失として主張していた減圧開頭不十分のために小脳半球切除術を実施すべき義務を怠った不作為を過失として、患者の死亡との間の因果関係は否定して、同治療を受ける機会を奪われて生命維持の可能性という法益侵害による不法行為責任を肯定して慰謝料等1200万円を認容した。

人工骨頭置換術のため全身麻酔薬プロポフォールの静脈内投与を受け、その後硬膜外麻酔として塩酸メピバカインを注入され、同時に全身麻酔薬塩酸ケタミンの静脈内投与を受けたAが手術中に血圧が低下し死亡。プロポフォールと塩酸メピバカインを併用する場合には、薬の作用が強すぎて血圧低下、心停止、死亡という機序をたどらないよう投与量の調整をすべき義務、心臓マッサージの開始の遅れ等の過失があったとして提訴。Yらは、麻酔薬過剰投与はなく、心停止の原因は手術による脂肪滴が血中流入し肺血管が閉塞して、直ちに心停止を起こす電撃型脂肪塞栓と考えられると主張した。

原審は、Aの心停止は、局所麻酔薬である塩酸メピバカインの作用がプロポフォールを主体とする全身麻酔の併用による影響もあって高度に現れて発生したものであるとの事実を認定した上で、担当麻酔医には、全身麻酔と局所麻酔を併用するという事情やAの年齢等の個別事情に即した薬量を配慮しなかった過失等があるとしたが、仮に担当麻酔医において薬量の加減を検討して塩酸メピバカインの投与量を減らしたとしても、その程度は担当麻酔医の裁量に属するものであり、その減量により本件心停止及び死亡の結果を回避することができたといえる資料等もないから、Aの死亡を回避するに足る具体的注意義務の内容、すなわち死亡と因果関係を有する過失の具体的内容を確定することができないとして、Aの死亡についてのYの不法行為責任を否定した。その上で、原審は、薬量を加減して塩酸メピバカインの投与量のある程度減らしていれば、心停止を回避し延命を得た可能性が相当程度あると認められるから、YはAがその可能性を侵害されたことによって被った損害を賠償すべき責任を負うとして、延命可能利益の侵害による損害として計1430万円を認容すべきものとした。

Xらから上告受理の申立てに対し、最高裁は、原審の判断のうち、死亡と因果関係を有する過失の具体的内容を確定することができないとしてA
24(1015) 法と政治 60巻4号 (2010年1月)

の死亡についてのYの責任を否定した点を是認することができないとして破棄した。すなわち、

「本件手術における麻酔担当医であるY医師は、プロポフォールと塩酸メピバカインを併用する場合には、プロポフォールの投与速度を通常より緩やかなものとし、塩酸メピバカインの投与量を通常より少なくするなど投与量の調整をしなければ、65歳という年齢のAにとっては、プロポフォールや塩酸メピバカインの作用が強すぎて、血圧低下、心停止、死亡という機序をたどる可能性が十分あることを予見し得たものというべきであり、そのような機序をたどらないように投与量を調整すべき義務があったというべきである。

ところが……Y医師は、……Aに対し、2%塩酸メピバカイン注射液をその能書に記載された成人に対する通常の用量の最高限度である20mlを投与した上、プロポフォールを、通常、成人において適切な麻酔深度が得られるとされる投与速度に相当する7.5mg/kg/時の速度で、午後1時35分から午後2時15分過ぎまで40分以上の間持続投与し、その間、Aの血圧が硬膜外麻酔の効果が高まるに伴って低下し、執刀が開始された午後1時55分以降は少量の昇圧剤では回復しない状態となっていたにもかかわらず、投与速度を減じず、その速度が能書に記載された成人に対する通常の使用例を超えるものとなっていた、というのである。そしてその結果、午後2時15分過ぎにAの血圧が急速に低下する事態となり、それに引き続いて心停止、さらに死亡という機序をたどったというのであるから、Y医師には、Aの死亡という結果を避けるためにプロポフォールと塩酸メピバカインの投与量を調整すべきであったのにこれを怠った過失があり、この過失とAの死亡との間には相当因果関係があるというべきである。

本件において、Y医師がプロポフォールと塩酸メピバカインの投与量を適切に調整したとしてもAの死亡という結果を避けられなかったというよ

うな事情はうかがわれないのであるから、プロポフォールと塩酸メピバカインの投与量をどの程度減らすかについてY医師の裁量にゆだねられる部分があったとしても、そのことが上記結論を左右するものではない。

原審は、塩酸メピバカインの投与量を減らしたとしても、その程度は麻酔担当医の裁量に属するものであり、その減量により本件心停止及び死亡の結果を回避することができた資料もないから、死亡との因果関係を有する過失の具体的内容を確定することができないとするけれども、上記のように、本件の個別事情に即した薬量の配慮をせずに高度の麻酔効果を発生させ、これにより心停止が生じ、死亡の原因となったことが確定できる以上、これをもって、死亡の原因となった過失であるとするに不足はない。塩酸メピバカインをいかなる程度減量すれば心停止及び死亡の結果を回避することができたといえるかが確定できないにしても、単にそのことをもって、死亡の原因となった過失がないとすることはできない。」

この判決は、死亡と因果関係を有する過失の内容を確定することができないとして因果関係を否定した原判決を、「本件の個別事情に即した薬量の配慮をせずに高度の麻酔効果を発生させ、これにより心停止が生じ、死亡の原因となったことが確定できる以上、これをもって、死亡の原因となった過失であるとするに不足はない」とした。Aの血圧低下、心停止から死亡という結果を招いたYの行為は、7.5 mg/kg/時の速度によるプロポフォール40分以上の投与と20 ml 塩酸メピバカインとの併用投与である。この投与行為が、血圧低下、心停止を招いたと確定できるから、過失行為の具体的内容として確定している。

原審が、一方で過失の内容となる具体的注意義務が確定できないとしてAの死亡についての不法行為責任を否定しながら、他方で、薬量を加減して塩酸メピバカインの投与量がある程度減らしていれば心停止を回避し延命できた可能性が相当程度あり、その損害1430万円を認容したのは首尾

26(1013) 法と政治 60巻4号 (2010年1月)

一貫しない。

いずれにせよ、ルンバル判決を含む①ないし⑥判決では、医師による新たな侵襲行為と結果発生との間の因果関係、いわば作為と結果発生との関係が複数原因間の優劣として問題化している。一方、医療による新たな侵襲は加えられていないが、病状の進行を防止すべき責任、つまり医療による介入を怠った不作為型である、上記Bの類型についての因果関係の認定方法については、未だ道筋が示されないでいた。

4) 不作為による過失と結果発生との因果関係

前記⑤顆粒球減少症事件では、発症徴候の早期発見を怠った過失も争点の一つで不作為による過失と結果との因果関係を問題にされたが、その他は（少なくとも最高裁が原審判決を破棄し差し戻した関係では）主に治療上の侵襲行為による作為の因果関係が争われた。これに対して、もっぱら不作為型にかかる過失と結果発生との間の因果関係についての判断が、次の⑧、⑨判決において明らかにされた。

⑧ 最高裁平成11年2月25日第一小法廷判決・民集53巻2号235頁肝癌見落とし事件

不作為、A治療効果不確実+B不作為病状不明

当時の医療水準に応じた注意義務に従って肝細胞癌を発見していても、いつの時点でどのような癌を発見することができたかという点などの不確定要素に照らすと、どの程度の延命が期待できたかは確認できないから、医師の注意義務違反と患者の死亡との間に相当因果関係を認められないとする原判決は民法709条の解釈を誤った違法があるとした上告理由に対して、

〔1 訴訟上の因果関係の立証は、一点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく、経験則に照らして全証拠を総合検討し、であり、その判定

は、通常人が疑いを差し挟まない程度に真实性の確信を持ち得るものであることを必要とし、かつ、それで足りるものである（最高裁昭和48年（オ）第517号同50年10月24日第二小法廷判決・民集29巻9号1417頁参照）。

右は、医師が注意義務に従って行うべき診療行為を行わなかった不作為と患者の死亡との間の因果関係の存否の判断においても異なるところはなく、経験則に照らして統計資料その他の医学的知見に関するものを含む全証拠を総合的に検討し、医師の右不作為が患者の当該時点における死亡を招来したこと、換言すると、医師が注意義務を尽くして診療行為を行っていたならば患者がその死亡の時点においてなお生存していたであろうことを是認し得る高度の蓋然性が証明されれば、医師の右不作為と患者の死亡との間の因果関係は肯定されるものと解すべきである。患者が右時点の後のいかにどの期間生存し得たかは、主に得べかりし利益その他の損害の額の算定に当たって考慮されるべき由であり、前記因果関係の存否に関する判断を直ちに左右するものではない。

2 これを本件について見るに、…… a の肝細胞癌が昭和61年1月に発見されていたならば、以後当時の医療水準に応じた通常の診療行為を受けることにより、同人は同年7月27日の時点でなお生存していたであろうことを是認し得る高度の蓋然性が認められるというにあると解される。そうすると、肝細胞癌に対する治療の有効性が認められないというのであればともかく、このような事情の存在しない本件においては、被上告人の前記注意義務違反と、a の死亡との間には、因果関係が存在するものというべきである。」

この事件では、遅くとも昭和61年1月時点で肝癌の診断をすべきであったとの過失は認められたが、実際のところいつの時点で癌が発生しどのように成長したかは不明であるために、どの程度延命できたか確認できないので、死亡との因果関係は認められないとの原判決に対し、因果関係の
28(1011) 法と政治 60巻4号 (2010年1月)

終点である患者の死亡を昭和61年7月22日という具体的な事実には織り込み、医師の過失がなければ患者のその死亡もなかったことを証明すれば因果関係は認められるとした。判決中の「医師の右不作為が患者の当該時点における死亡を招来したこと」が証明事実であり、それを「換言すると、医師が注意義務を尽くして診療行為を行っていたならば患者がその死亡の時点においてなお生存していたであろうことを是認し得る高度の蓋然性が証明されれば」、因果関係を認めてよいとした。

この判決がルンバル判決を引用するのは、因果関係の証明対象が「特定の実事特定の結果発生を招来した関係を是認し得る高度の蓋然性」にあることを確認し、それを医師の右不作為という「特定の実事」が、当該時点における死亡という一回きりの歴史的事実としての「特定の結果発生」を招来した関係が是認できれば足りるとして、いわば因果関係の終点を「その時点における死亡」と再定義することで結びつき関係を明示的なものとするので、前記B：怠慢による病状不明（不確実性増強型）の事例での証明負担の軽減を図ったといえよう。⁽¹⁰⁾

(10) 不作為の因果関係は、実際には行われなかった医療行為がなされれば現実には生じなかった効果が発生したか否かを判断する仮定的思考である。特定のA事実が特定のB結果を招来したかどうかの、実在する歴史的事実相互間の因果を判断する通常人の経験則判断でなく、あるべき医療行為が当該条件下でどのような効果をもたらすのかの医学専門的事項であって、通常人では認識判断が極めて困難である。医学専門的であっても作為の場合には、前記⑤顆粒球減少症事件での発疹発現や⑥脳神経減圧術事件での血腫発生という間接事実を媒介にして「通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性の確信を持ち得る」が、不作為ではこれがない。そのため不作為の因果関係の判断は「各種の周辺事情に照らしての判断という意味では具体性が希薄化する」（八木一洋「最高裁判例解説民事編平成11年度143頁」）とか「探求すべき諸前提の多くが非明示的である」（水野謙「判例批評」ジュリスト1165号84頁（2001））とされるが、「その時点における死亡」という通常人が認識可能な歴史的事実を因果関係判断の終点とすることで、

⑨ 最高裁平成11年（受）505号同12年9月7日第一小法廷判決・判時1745号42頁造影検査脳梗塞事件

不作為，A治療効果不確実+B不作為病状不明鎮痛剤の筋肉注射，局所麻酔による血管造影検査の終了直後，意識レベルが低下し後に脳梗塞と診断され右半身麻痺等の障害が残った例で原審は，Xの脳梗塞の原因である内頸動脈系の血管れん縮そのものに対する治療法が確立していないことから，早期の発見や引き継ぎがなされても，治療によって脳梗塞の発症防止や症状の改善が期待できたものと認められないから，Y医師の経過観察指示や担当医への引き継ぎの懈怠と患者の後遺障害との間の因果関係を認めることができないが，Yが何らの措置も採らなかったことは診療上の過失として，慰謝料100万円，弁護士費用10万円を認めたものの，患者の後遺症による逸失利益，慰謝料等の請求を棄却。

XとY医師双方から上告受理申立がなされ，Xの上告を受理し，Yの義務違反とXの後遺障害との間の因果関係を否定した原判決を破棄して，原審に差し戻した。

最高裁は，ルンバール判決および肝癌見落とし平成12年判決を引用して，「上告人の後遺障害は脳梗塞に由来するものであり，脳梗塞は，脳血栓，脳塞栓，脳血管れん縮等による脳血管の狭窄又は閉塞によってその灌流域に虚血性脳実質壊死を来すものであって，脳血管の狭窄又は閉塞を原因とする閉塞性脳血管障害に対しては早期治療が重要で，早期に適切な治療が開始されれば意識の回復効果は高いというのである。また……意識障害や片麻痺等が認められる閉塞性脳血管障害に対しては，脳浮腫予防改善

不作為事案における因果関係の証明負担の軽減を図ったといえる。

なお上告代理人による判批は石川寛俊「肝癌の早期発見義務を怠った過失，医師の不作為と死亡の因果関係肯定」日経メディカル1999年7月号57頁（1999）がある。

剤及び脳圧降下剤等の投与や酸素吸入等の初期治療を施した上、CT 検査によって頭蓋内出血の有無を確認し、頭蓋内出血が否定されたときには、血栓溶解剤を投与するのが一般的であること、仮に、血管れん縮が生じているとの診断ができた場合であっても、処置としては脳浮腫に対する治療が行われ、その場合の処置も早期に行われれば行われるほど効果があると考えられていること、閉塞性脳血管障害の場合には早期に発見し治療をすれば、一過性脳虚血発作にとどまり、脳梗塞まで至らず後遺障害が残らずに完治する例もあることがうかがわれる。……

……そうすると、閉塞性脳血管障害に対して一般に行われている脳浮腫を予防、改善するための初期治療が上告人の閉塞性脳血管障害に対して有効性を有していないとは断じ得ないのであって、被上告人Yにおいて、本件検査後意識障害に陥った上告人に対する嚴重な経過観察の指示や担当医への引き継ぎを行うなどして、より早期に脳浮腫の予防、改善するために一般に行われている処置を講じていたならば、上告人が脳梗塞及びそれに由来する後遺障害も免れ、あるいはその程度が軽いものにとどまっていたであろうことを是認しうる高度の蓋然性を直ちに否定することはできないというべきである。

してみると、脳血管れん縮そのものに対する治療法が確立していないことの一事をもって被上告人Yの注意義務違反と上告人の後遺障害との間の因果関係を否定すべきものとした原審の判断には、法令の解釈適用を誤った違法がある⁽¹¹⁾とした。

ここでは、脳梗塞を含む脳血管障害に対しては脳浮腫予防の初期治療による意識回復効果は高く、仮に血管れん縮と診断されても脳浮腫に対する

(11) 高部真規子「最高裁民事破棄判決等の実情—平成12年度—」判時1745号42頁。判批に加藤了「医師の不作为と患者の後遺障害との因果関係」法律のひろば2001年9月号50頁がある。

治療は同じで、早ければ早いほど効果があり後遺症が残らず完治する例もあるとの医学知見から、後遺障害の原因は脳梗塞であり、その治療は脳浮腫対策で共通であるとして、早期治療による後遺症回避あるいは軽減できた高度の蓋然性つまり因果関係が否定しえないとした。平成11年判決を引用しているとおり、当該後遺症を免れた高度の蓋然性もしくはその程度が軽いものにとどまった高度の蓋然性がともに否定しがたいとして、死亡事案である平成11年判決を後遺症事案に拡大適用しており、かつ後の平成15年判決を先取りした形のその後遺障害の回避可能性が保護法益になりうることを前提にしているのが注目される。またいずれも高度の蓋然性があることが因果関係を肯定するのに必要とし、高度の蓋然性が証明の対象事実であって証明の程度でないことも前提とされている。

3. 最高裁による因果関係論の拡大……「相当程度の可能性」侵害論

1) 因果関係の証明困難による弊害と打開策

結果発生を招来した過失が、結果への起因力たりうる医的侵襲行為である場合には、ルンバル判決が指し示す「特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性」を証明すればよく、その判定基準は「通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうること」で足りるから、「経験則に照らして全証拠を総合検討」することで訴訟上の因果関係の判断は何とかなしうる。

しかしながら、医師がなすべき行為を怠った過失と結果発生との間の因果関係は、前記⑧事件での肝癌発症の早期発見、⑨事件での脳血管れん縮に対する脳浮腫治療などが、過失とされる作為義務の発生する時点において当該患者に対してどの程度有効性があるのか、その治療効果を具体的に計量評価するのでなければ、現実に生じた死傷の結果をどの程度に避け得たものかは判定し難い。ここでの治療効果は、前記の①疾病側条件、②患

32(1007) 法と政治 60巻4号 (2010年1月)

者側条件，③医療側条件を勘案したうえでの当該治療法の効果予測をなすことに等しく，その判断は通常人が経験則に照らして全証拠を総合検討しても困難なことが多い。不作為の病状不明のために残されたわずかの病状証拠を総合検討しても，治療効果は判然としないし，どのような①～③の諸条件が意味ある要因なのか経験則に照らしても，真实性の確信に至るのは無理である。

こうした場合に，残された僅かな証拠からは，過失が無ければ当該死傷が生じなかった関係の存在を高度の蓋然性で証明することは，ほとんど不可能に近い。しかしそれは過失による結果発生という因果関係が存在しないのではなく，治療効果判定の前提事実となるべき患者の病状観察がなされていない帰結にほかならない。医師の義務違反ないし過失が明らかであり，その義務違反ないし過失に（因果関係は証明されないが）関連した死傷の結果が現実存在している場合には，医師の賠償責任を肯定する説明として，延命利益論や期待権侵害論，それに治療機会の喪失論という考え方が登場し，これらに同調する多くの判例が出された。⁽¹²⁾

この場合に，義務違反ないし過失と死傷の結果との間には法的因果関係が認められないのだから，賠償責任を肯定するにはどのような権利侵害があり損害が生じているのかが明らかにされねばならず，新たな保護法益と医師の過失との間の因果関係は証明されなければならない。そこで，権利侵害を免れた「相当程度の可能性」を新たな保護法益として捉えて賠償責任を認める新たな判例法が，最高裁によって形成されるに至り，⑩から⑮の判決例はこの保護法益の性質，範囲を検証している。

(12) 昭和50年代から平成12年までの判例学説の動向を網羅的に解説した石川寛俊「延命利益，期待権侵害，治療機会の喪失」新裁判実務大系1・医療過誤訴訟288頁（2000）がある。

2) 平成12年判決と「相当程度の可能性」侵害

⑩ 最高裁平成12年9月22日第二小法廷判決・民集54巻7号2574頁生存可能性侵害事件

不作為，B不作為病状不明

医師の義務懈怠により，患者が適切な医療を受ける機会を不当に奪われ，精神的苦痛を被ったとして慰謝料を支払うべきとした原判決は民法709条の解釈を誤った違法があるとの上告理由に対して，

「疾病のため死亡した患者の診療に当たった医師の医療行為が，その過失により，当時の医療水準にかなったものでなかった場合において，右医療行為と患者の死亡との間の因果関係の存在は証明されなくても，
<医療水準にかなった医療が行われていたならば>患者がその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性の存在>が証明されるときは，医師は，患者に対し，不法行為による損害を賠償する責任を負うものと解するのが相当である。ただし，生命を維持することは人にとって最も基本的な利益であって，右の可能性は法によって保護されるべき利益であり，医師が過失により医療水準にかなった医療を行わないことによって患者の法益が侵害されたものといえることができるからである。

原審は，以上と同旨の法解釈に基づいて，D医師の不法行為の成立を認めた上，その不法行為によってAが受けた精神的苦痛に対し同医師の使用者たる上告人に慰謝料支払の義務があるとしたものであって，この原審の判断は正当として是認することができる。原判決に所論の違法はなく，論旨は採用することができない。」

この判決は，治療機会の喪失による損害を認め慰謝料の支払いを命じた原判決を不服とする上告に対して，生存していた相当程度の可能性の存在が証明されれば，その生存可能性という保護法益を侵害したとの不法行為の成立が肯定できるとして，慰謝料の支払い義務を認めた原審判断に違法

はないとして上告を棄却した。この判決は、昭和50年ルンバール判決も平成11年肝癌見落とし判決も引用しておらず、これら因果関係に関する最高裁判決との連続性は意識されていない。また、因果関係の判断についての言及は全くなく、因果関係に関する判示は見られないことから、〈生存していた相当程度の可能性の存在〉を不法行為により保護されるべき法益として承認した意義がある。

〈生存していた相当程度の可能性の存在〉が保護法益とされることは、生存しうる可能性がある限り医師は救命のための治療を行うべき義務があることになり、前記の「万全の注意を払ってその治療を実施しなければならない」最善義務が治癒可能性に向けられた危険除去軽減義務であることを、⁽¹³⁾ いわば法益面から保証したといえる。

- ⑪ 最高裁平成10年（オ）1155号同13年11月16日第二小法廷判決・判時1786号32頁参照腹部動脈瘤破裂事件

不作為、B不作為病状不明

下腹部及び腰部の不快感、下痢、おう吐を訴えて受診し、入院後も腰部、下腹部の痛みを訴え続けていた患者の容態が急変して死亡。連夜腹部の痛みを訴えていたのに鎮痛剤を投与しただけで腹部超音波検査等想定し得る

(13) この観点からの判批として石川寛俊「救命の可能性あるところに医師の診療義務がある」脳神経外科速報11巻2号131頁（メディカ出版 2001）は、「法が医師に認める広範な裁量は、専門家の技量・見識をいかに発揮させるための保障であって、医師個人の特権ではない。同様に結果が悪いだけで医師が責任を負わされることがないのは、医師が救命のためにいつも最善を尽くすという信頼が前提になっているからである。可能性がある限り患者の健康回復へ全力を尽くしてくれるから、人は医師を信頼し、社会は医師集団に敬意を払う。救命（あるいは病状回復）の可能性があるのであれば医師が過失によってその診療を怠った場合には、患者は救命（あるいは病状回復）の可能性を奪われたことになり、それ相応の賠償責任を求めするのは当然である。」と機会喪失による損害賠償請求を肯定する。

原因疾患に対応した検査を行わなかった診療義務違反ありとされた例。原審は、死因は①急性心筋虚血（急性心筋梗塞を含む。）による心不全、②失血（腹部大動脈りゅうの破裂を含む。）による心不全、③失血を原因とする急性心筋虚血による心不全、か①、②の同時発症による心不全のいずれか断定することはできない、仮に、死因が腹部大動脈りゅうの破裂を原因とする心不全であった場合においても、本件病院の医師がその診断する手立てを尽くさなかったことについて診療義務の違反があるとはいえない、などとして請求を全部棄却した。Xらから上告。

最高裁は、「Aは腹部大動脈りゅうの破裂等により失血し、循環血液量低下によるショック状態に陥り、心不全で死亡したと推測するのが、死亡に至る経過の説明として最も自然で合理的であり、入院期間中のAの前記諸症状等に沿う他の特定の疾患の可能性が指摘できない限り、また、ショック状態に陥った際に失血が生じていたことを否定するに足りる証拠がない限り、腹部大動脈りゅうの破裂等による失血を原因とする心不全によって死亡したがい然性を否定することはできないというべきである。原審は、医学的には前記①ないし④のいずれであるかを特定することはできないということとどまり、それぞれの可能性を否定していない本件鑑定の結論部分に依拠し、Aの死因として前記①ないし④のうちいずれの可能性が高いかを検討することなく、Aの死因が腹部大動脈りゅうの破裂による心不全であるとする上告人らの主張を認めるに足りないと判断したものであり、前記原審の判断には、経験則違反、審理不尽の違法がある」といわざるを得ないとした。

「その上、同月八日午前九時すぎにショック状態に陥った直後には、その直前に撮影した腹部X線写真の前記所見とそれ以前のAの各所見とを総合すれば、腹部大動脈りゅうの破裂であると診断することは可能であったという余地があり、そうであれば、遅くともこの時点で緊急手術をする等

適切な処置を施すことが可能であったというべきこととなる。そして、ショック状態に陥った後であっても、即刻、腹部大動脈りゅうの破裂等に適切な緊急手術等を行っていれば救命ないし延命し得た相当程度の可能性があれば、Y病院がショック状態に陥ったAに緊急手術等を行わなかったことがAに対する債務不履行ないし不法行為を構成する余地は否定できないというべきである（最高裁平成9年（オ）第42号同12年9月22日第2小法廷判決・民集54卷7号2574頁参照）」として、原判決を破棄した。

この判決では、a-入院以降の患者の諸症状、所見等から腹部大動脈りゅうの破裂等の症状、所見と矛盾しないこと、鑑定中には腹部大動脈りゅうの破裂による失血の可能性を否定する具体的根拠に言及がないこと等から、死亡に至る経過の説明として最も自然で合理的であるとしたうえで、b-入院中の前記諸症状に沿う他の特定の疾患の可能性が指摘できない限り、c-ショック状態に陥った際に失血が生じていたことを否定する証拠がない限り、腹部大動脈りゅうの破裂等による失血を原因とする心不全で死亡したがいは然性を否定することはできないとした。

鑑定が医学的には死因が4つのいずれか特定できないとしても、患者の諸症状、所見等から死亡に至る経過の説明としてa-最も自然で合理的なものを選び出し、b-経過に沿う他疾患の可能性を指摘できない、c-積極的に否定する証拠がない限り、最も自然で合理的な死因として因果関係を肯定するものであり、前記注(7)牧山市治・ルンバル判決最判解説での輸血梅毒事件一審判決・下民集6卷4号784頁「裁判上の証明は科学的証明とは異なり、科学上の可能性がある限り、他の事情と相まって因果関係を認めて支障はなく、その程度の立証でよい。……裁判上は歴史的事実の証明として可能性の程度で満足するの外なく、従って反証が予想される程度のもので立証があったといいうる」との立場であることがわかる。

そして原審の死因の判断に疑問を呈して診療義務違反の過失があるとし

て、救命ないし延命し得た相当程度の可能性があれば債務不履行ないし不法行為を構成する余地が否定できないと平成12年判決を引用しながら、更に審理を尽くさせるべく原審に差し戻した。⁽¹⁴⁾

⑫ 最高裁平成13年（受）241号同14年2月28日第一小法廷判決・判時1819号3頁参照肺炎抗生剤事件

不作為，B不作為病状不明

陳旧性肺結核等の既往のAは転倒して入院中、肺結核と診断され、治療によりいったんは回復したが、抗生剤エポセリンの投与を中止し、それに代わる新たな抗生剤を投与しなかった過失がありとして死亡による損害の請求をした。原審は、肺炎に対してはエポセリンの投与が有効適切で現に肺の陰影が改善するなど一定の効果を上げていたところ、その後には主治医が交替し引き継ぎが不十分であったために、エポセリンの投与が中止され症状が急激に悪化しており、医師の過失行為がなければ、Aが同月18日に死亡することはなかった蓋然性が高く、同過失行為とAの死亡との間には相当因果関係があるとして、合計1000万円の限度で請求を認容した。Yからの上告受理申立てに対し、最高裁は、ルンバール判決及び平成11年判決を引用したうえで、

「Aは平成5年当時75歳であり、体力に恵まれていたとはいえ、平成3年当時から、両上葉肺の陳旧性結核、肺気腫状態、無気肺的等と診断され、平成5年9月には呼吸の異常を訴えて入院し、胸水穿刺等の治療を

(14) 矢尾渉「最高裁民事破棄判決等の実情—平成13年度—」判時1786号32頁に詳細な紹介がある。

なおこの判決は平成12年判決を引用するに際し「債務不履行ないし不法行為を構成する余地は否定できない」としており、相当程度の可能性侵害が債務不履行責任を構成するとの後記⑭の最高裁平成16年1月15日判決・集民213・229をまつまでもなく、相当程度の可能性侵害の保護法益性が明らかにされていた。

受けてきたものである。……平成5年2月の時点で、左右両上肺の上葉が壊死していた一方、下葉が膨張し、気管が右側に片寄ったり、胸膜も肥厚し石灰化していて、肺の残存機能はほとんどなかったことがうかがわれる。

そして、前記鑑定書の記述によれば、Aの平成6年4月に発症した肺炎は、重症市中肺炎に当たり、その致死率は50%に及び、基礎の慢性の呼吸不全ご存在した本件の場合、致死率は更に高まり、仮に同月8日から11日までの間抗生剤が投与されていたとしても、救命率の向上はごくわずかで、10%を超えることはないというのである。

上記のようなAの年齢、体力、肺機能の低下の状態に加えて、鑑定書に示された病状の重篤の度合いを勘案するならば、同月8日から11日までの間におけるエポセリン又はそれに代わる抗生剤の不投与が、Aの病状にある程度影響した可能性はあるとしても、これの投与がされていれば、Aがその死亡の時点においてなお生存していたであろうことが高度の蓋然性をもって認められるとまでいうことは困難であるといわざるを得ない。

以上によれば、上記鑑定書の記述等にもかかわらず、同月8日から11日までエポセリン又はそれに代わる抗生剤の投与がされなかった間にAの症状が悪化したことから直ちに、本件病院の医師の過失とAの死亡との間の因果関係を肯定すべきものとした原審の認定判断には、法令の解釈適用を誤った違法があるというべきであり、この違法は判決に影響を及ぼすことが明らかである。

論旨は、以上の趣旨をいうものとして理由があり、原判決中上告人敗訴の部分は破棄を免れない。そして、同部分については、被上告人らの主張する救命期待権の侵害に基づく損害賠償請求の可否等につき更に審理を尽くさせる必要がある」として、本件を原審に差し戻した。⁽¹⁵⁾

(15) 杉原則彦「最高裁民事破棄判決等の実情—平成14年度—」判時1819号
3頁は詳細に紹介して、差し戻しの理由となった救命期待権の侵害に基づ

この判決では、平成12年判決の直接の引用こそないが、上告を入れて因果関係を認めた原判決を破棄しながら（一審がそうしたように）被上告人の請求を棄却することなく原審に差し戻したのは、被上告人主張の救命期待権が死亡との因果関係が否定されてもお損害賠償請求の対象となりうることを許容したのであり、平成12年判決での「死亡の時点でなお生存し得る相当程度の可能性」侵害を念頭においている。

⑬ 最高裁平成15年11月11日第二小法廷判決・民集57巻10号1466頁急性脳症事件

不作為、B不作為病状不明

医師の転送義務違反を否定し、急性脳症の予後が重篤で生存しても完全回復が22.2%といった昭和51年の統計数値により早期転送による患者の後遺症防止の相当程度の可能性も否定したのに対し、判決に影響を及ぼすことが明らかな民法709条の解釈を誤った違法があるとして、上告受理申立がなされたのに対し、

「医師が過失により医療水準にかなった医療を行わなかった場合には、その医療行為と患者の死亡との間の因果関係の存在は証明されないが、上記医療が行われていたならば患者がその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性の存在が証明される場合には、医師は、患者が上記可能性が侵害されたことによって被った損害を賠償すべき不法行為責任を負うものと解すべきである（最高裁平成9年（オ）第42号同12年9月22日第二小法廷判決・民集54号7号2574頁参照）。患者の診療に当たった医師に患者を適時に適切な医療機関へ転送すべき義務の違反があり、本件のような重大な後遺症が患者に残った場合においても同様に解すべきである。すなわち、患者の診療に当たった医師が、過失により患者を適時に適切な

く損害賠償請求の可否について参考になる判例として平成12年判決をあげている。

医療機関へ転送すべき義務を怠った場合において、その転送義務に違反した行為と患者の上記重大な後遺症の残存との間の因果関係の存在が証明されなくとも、適時に適切な医療機関への転送が行われ、同医療機関において適切な検査、治療等の医療行為を受けていたならば、患者に上記重大な後遺症が患者に残らなかった相当程度の可能性の存在が証明されるときは、医師は、患者が上記可能性を侵害されたことによって被った損害を賠償すべき不法行為責任を負うものと解するのが相当である。」

「上記の重大な可能性の存否については、本来、転送すべき時点における患者の具体的な症状に即して、転送先の病院で適切な検査、治療を受けた場合の可能性の程度を検討すべき」ところ原判決が根拠とした統計数値は、むしろ相当程度の可能性の存在をうかがわせる事情というべきであるとして、判決に影響を及ぼすべきことが明らかな法令違反があるとして上告受理し、原判決を破棄し原審に差し戻した。

この判決は、平成12年判決での「死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性」の侵害が保護法益たりうることを、同判決を引用しながら、「重大な後遺症が患者に残った場合においても同様に解すべきである」とした点に意義がある（開業医の転送義務違反の点とあわせて民集登載判決とされた）。そして、重大な後遺症が残らなかった可能性の存否は、「転送すべき時点における患者の具体的な症状に即して、転送先の病院で適切な検査、治療を受けた場合の可能性の程度を検討すべき」としたのは、可能性の程度が（証明の程度でなく）保護法益である点を明確にしている。

⑭ 最高裁平成16年1月15日第一小法廷判決・集民213号229頁スキルス胃癌事件

不作為，A治療効果不確実＋B不作為病状不明
スキルス胃癌で死亡した患者について，胃の内視鏡検査を実施した医師

が適切な再検査を行わなかった過失があるが、例え再検査で胃癌が発見されていても当時救命可能な治療は不可能であり、化学療法によっても延命が可能であるが化学療法が奏功することが前提であって、延命できた相当程度の可能性まで認めないとした原判決は、判決に明らかに影響を及ぼす法令違反があるとして、上告受理を申立てた。

「医師に医療水準にかなった医療を行わなかった過失がある場合において、その過失と患者の死亡との間の因果関係の存在は証明されないが、上記医療が行われていたならば患者がその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性の存在が証明されるときには、医師は、患者が上記可能性を侵害されたことによって被った損害を賠償すべき不法行為責任を負うものと解すべきである（最高裁平成9年（オ）第42号同12年9月22日第二小法廷判決・民集54号7号2574頁参照）。このことは、診療契約上の債務不履行責任についても同様に解される。すなわち、医師に適時に適切な検査を行うべき診療契約上の義務を怠った過失があり、その結果患者が早期に適切な医療行為を受けることができなかつた場合において、上記検査義務を怠った過失と患者の死亡との間の因果関係の存在が証明されなくても、適時に適切な検査を行うことによって病変は発見され、当該病院に対して早期に適切な治療等の医療行為が行われていたならば、患者がその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性の存在が証明されるときには、医師は、患者が上記可能性を侵害されたことによって被った損害を賠償すべき診療契約上の債務不履行責任を負うものと解するのが相当である。」

「本件においては、被上告人が実施すべき上記検査を行わなかったため、上記時点における患者の病状は不明であるが、病状が進行した後に治療を開始するよりも、疾病に対する治療が早期であればあるほど良好な治療効果を得ることができるのが通常であり、患者のスキルス胃癌に対する治療
42(997) 法と政治 60巻4号 (2010年1月)

が実際に開始される約3ヵ月前である上記時点で、その時点における病状及び当時の医療水準に応じた化学療法を始めとする適切な治療が開始されていれば、特段の事情がない限り、患者が実際に受けた治療よりも良好な治療効果が得られたものと認めるのが合理的である。

これらの諸点にかんがみると、患者の病状等に照らして化学療法等が奏功する可能性がなかったというのであればともかく、そのような事情の存在がうかがわれない本件では、上記時点で患者のスキルス胃癌が発見され、適時に適切な治療が開始されていれば、患者が死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性があったというべきである」

この判決は、生存可能性の侵害による賠償責任が医療契約上の債務不履行によっても生じることを明らかにした点で、平成12年判決が債務不履行による保護法益であると確認した。既に前記⑩最高裁13年11月16日第二小法廷判決・判時1786・32参照腹部動脈瘤事件において、注(10)で述べたとおり、平成12年判決での相当程度の可能性侵害による賠償責任が不法行為のみならず債務不履行構成にも及びうことは示されていたが、改めて明らかにした（集民に登載されたことからその意義は軽くない）。

また法益である生存可能性の存否は、「転送すべき時点における患者の具体的な症状に即して、転送先の病院で適切な検査、治療を受けた場合の可能性の程度を検討すべき」とした前記15年判決を受けて、検査実施すべき時点での病状に即して可能性を存否を判断すべきところ、債務不履行によって患者の病状は不明であることから、病状進行前の治療が進行後のそれに比べて良好な治療結果が得られるのが通常であろうから、特段の事情のない限り、早期治療の効果として「患者が死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性があった」とした。

前記B不作為怠慢による病状不明型の場合には、早期治療による相当程度の生存可能性が侵害されたと認めた（証明の程度の緩和でなく、早期検

査発見義務違反の場合には、それによる生存（結果回避）可能性という保護法益の存在を）点で、少なからず意義がある。12年判決による生存可能性侵害の保護法益性を確認し、かつ15年判決による（保護法益の程度判断の対象である）義務違反時点での具体的病状が過失により不明な場合には、特段の事情のない限り、相当程度の可能性の存在を推定できる（「患者の病状等に照らして化学療法等が奏功する可能性がなかったというのであればともかく、（患者の病状不明なために、逆に不奏功になったとの）そのような事情の存在がうかがわれない本件では、……相当程度の可能性がある」）ことを明らかにした。

⑮ 最高裁平成17年12月15日第一小法廷判決・集民213号229頁拘置所
脳梗塞事件

不作為、B不作為病状不明

拘置所に勾留中の者が脳梗塞で重大な後遺症が生じた場合について、早い時点で脳梗塞と診断されていれば血栓溶解療法の適応があったが、その時点で外部医療機関への転送が可能であったとは認められず、仮に転送していても後遺症の程度が軽減されたとは認められないから、転送先の医療機関で医療行為を受けていても重大な後遺症が軽減されたとすべき事情は認められないと請求棄却した原判決に対し、上告受理申立がなされた。

「勾留されている患者の診療に当たった拘置所の職員である医師が、過失により患者を適時に外部の適切な医療機関へ転送すべき義務を怠った場合において、適時に適切な医療機関への転送が行われ、同病院において適切な医療行為を受けていたならば、患者に重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性の存在が証明されるときは、国は、患者が上記可能性を侵害されたことによって被った損害について国家賠償責任を負うものと解するのが相当である（最高裁平成9年（オ）第42号同12年9月22日第二小法廷判決・民集54号7号2574頁参照）。

前記事実関係によれば、……患者を速やかに外部の医療機関に転送したとしても、患者の後遺症の程度が軽減されたというべき事情が認められないのであるから、患者について速やかに外部の医療機関への転送が行われ、転送先の医療機関において医療行為を受けていたならば、患者に重大な後遺症が起こらなかった相当程度の可能性の存在が証明されたということとはできない。そして、本件においては、患者に重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性の存在が証明されたということができない以上、東京拘置所の職員である医師が患者を外部の医療機関に転送すべき義務を怠ったことを理由とする国家賠償請求は、理由がない。」

この判決には、2名の反対意見があり、「患者が適時に適切な医療機関へ転送され、医療機関において適切な検査、治療等の医療行為を受ける利益は不法行為上の保護法益に該当するものであり、急性期の脳卒中患者として専門医による医療水準にかなった適切な検査、治療等の医療行為を受ける利益を侵害された患者は、国家賠償法に基づき、保護法益侵害による精神的損害を賠償すべきである」とした。

法廷多数意見との差は、保護法益は「患者に重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性」であるがその存在が証明されていないとして請求を棄却するのに対し、「患者が適時に適切な医療機関へ転送され、医療機関において適切な検査、治療等の医療行為を受ける利益」自体が保護に値するとして受けられなかったという事実が法益侵害となって賠償責任が生じるとの立場の差である。法廷意見を構成する2裁判官の補足意見は、反対意見のいう「患者が適時に適切な医療機関へ転送され、医療機関において適切な検査、治療等の医療行為を受ける利益」が保護法益だとしても、拘置所の医師らの過失を認めることはできないとして、法廷意見に与する。

3) 「相当程度の可能性」侵害論の波及

このように平成12年判決を引用する最高裁判例は、⑬判決で、保護法益を12年判決の「生存可能性の侵害」から「重大な後遺症を免れた可能性」へ拡張し（11年判決が因果関係の終点を「その死亡」とし、⑨平成12年造影検査後脳梗塞判決が11年判決を引用して「その後遺症」を因果関係の終点にして拡張したように、可能性侵害の保護対象を12年判決の「その死亡」から「その後遺症」にまで広げた）、⑭判決で、不法行為に基づくのみならず医療契約上の債務不履行に基づく請求にまで広げ（これも平成16年⑭判決をまつことなく、既に前記平成13年⑪腹部動脈瘤事件判決で、債務不履行もしくは不法行為での保護法益性が言及されていることは前述）た。

元来、医療とは疾病による身体への侵襲・苦痛を除去、軽減するための治療機会を提供するものであるから、そこでの医療行為は治療可能性を実現させる試みである。他方、行うべき医療を怠ったことによる被害とは治療機会（回復可能性）を侵害したことであり、その損害は与えるべき医療が内包する回復可能性に等しいから、可能性の程度に応じた回復利益が過失に伴う被害利益として賠償対象となる。そして「相当程度の可能性」の存在は保護法益であるが、その「可能性の存否については、本来、転送すべき時点における患者の具体的な症状に即して、転送先の病院で適切な検査、治療を受けた場合の可能性の程度を検討すべき」（前記判決⑬）とあるとおり、過失とされる時点で患者が有した治療回復可能性を評価するのは、当該時点、条件下での行為義務の価値そのもの（いわば義務射程）となる。

さらに⑮判決は、賠償の対象となる保護法益は、「重大な後遺症を免れた可能性」すなわち異なった予後につながる、その結果の回避可能性のみならず、「医療機関において適切な検査、治療等の医療行為を受ける利益」

すなわち治療機会それ自体を含む（法廷意見のうち2名は反対意見に同調し一般論として保護法益性を認める）ものにまで、言及されてきた。同時に、可能性侵害の存否は、過失時点での患者の具体的病状を検討して判断すべきとの⑬判決から、過失による具体的病状不明のときの可能性侵害の推定を述べる⑭判決が続き、さらに具体的病状を検討する（治療可能性という結果実現に向けた予測）までもなく、治療機会の喪失それ自体を保護法益化する契機⁽¹⁶⁾を孕んでいる。

もっとも「相当程度の可能性」侵害を保護法益として賠償請求の対象とするとの最高裁の確立した立場は、平成11年判決が因果関係の終点を「その死亡」に特定することで「特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性を証明する」との証明対象の「特定の結果発生」を経験則による認識可能にした（それまでのような救命可能性という名の「抽象的な死」の到来判定は高度に医学専門の事項であって通常人が経験則で把握しがたいために、いきおい因果関係の認定は困難となる）ことと相俟って、因果関係の証明を容易にする筈であった。しかしながら、平成12年以降の下級審実務では、こうした役割とは逆に、可能性侵害でも賠償が認め得るとの損害賠償請求での「受け皿」を有することから、高度の蓋然性がなくとも相当の程度の可能性が認められるとして、若干の慰謝料のみ認める傾向が顕著で、高度の蓋然性による因果関係の証明基準が

(16) 前記⑨判決の原審である東京高裁平成11年1月16日判決が何らの措置も採らなかったことは診療上の債務不履行として、慰謝料等を認容したのがその例である。医師の責任は患者に水準的な治療機会を与える義務でありこれを怠慢不作為によって怠った場合には、発生結果と医師の不作為との間に相当因果関係がないとしても、医師患者間の基本債務＝抽象債務そのものとして機会喪失による損害を賠償すべきとするのは、石川寛俊「治療機会喪失による損害——期待権侵害論再考」自由と正義39巻11号38頁（1988）、石川寛俊前記注（2）の30頁。

厳格になっている⁽¹⁷⁾。

このように医療過誤訴訟での因果関係の認定やその証明困難は、死亡や後遺症という被侵害利益と過失とのつながりが証明対象とされてきたものが、その証明がなされない場合にも、なお「相当程度の可能性」を新たな保護法益として、医師の過失による賠償責任を認めるという方向を生み出すことになった。しかしながら、他方で、本来の証明対象である、「特定の事実（過失）が特定の結果（死傷被害）を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性」、の認定が厳格化することで、逆に医療過誤訴訟での因果関係の認定がより困難になるというパラドックスを生み出してきた。

4. 医療行為での義務内容からの因果関係論

1) 治療効果不確定と因果関係

医療行為が、疾病生体反応の未解明、治療効果の個体差、再現不可能という特質に由来して、仮に治療を施してもその効果判定が不確定であることから、当該行為と結果発生との繋がりは判然としない場合は多い。もっとも身体傷害の原因となった過失行為のうち、a-手術や薬剤投与のように医療の名で加えられた侵襲が起因力となる作為（いわゆる医原病型）の場合には、特定の事実が特定の結果発生との繋がりを通常人の経験則に基づき判断すれば足りるので、通常因果関係判断と（医療行為の持つ起因力の有無性質を判断するのに医学知見を要する点はある）基本的には異ならず、ルンバール判決の射程内といえる。

(17) 下級審判例を整理したものとして橋口賢一・「相当程度の可能性」をめぐる混迷・富山経済論集52巻2号（2007）、永野庄彦・伊藤孝至「相当程度の可能性に関する一考察」判夕1287号71頁（2009）、生命・身体被害に関する判例理論を起点として「可能性」法理の内実に迫る試みとして、野々村和喜・医療過誤における「相当程度の可能性」法理・同志社法学60巻7号（2009）がある。

治療効果の不確実が問題となるのは、もっぱらなすべき治療を怠ったb-不作為による疾病進行型の場合である。仮に当該治療を行ったとしても、果たして所期の成果が達せられたかどうか確たるものはない。現実に医師が行うべき治療を行っていないのは、医師がそうするべきと考える事情にはなかったからであり、少なくとも主観的認識としては行為をなすべき事実関係にはなかった、つまり患者の病状や疾病の進行度さらに治療の必要性という事情は医師の考慮外であった。したがって、不作為による病状不明といえる場合に、治療効果の不確実がなお一層際だってくる。

前記判決③……未熟児網膜症南大阪病院事件では、不作為かつA治療効果不確実であり、同④……腰椎麻酔ショック事件でも、血圧測定義務違反の不作為はA治療効果不確実を導き、同⑤……顆粒球減少症事件の徴候発見義務の不作為がB不作為病状不明に連なり、同⑧から⑭の不作為類型が必然的にB不作為病状不明につながっている（⑧や⑨、⑭のように特定の検査・治療法との関連性が争われる場合には、さらにA治療効果不確実、が加わる）。

2) 水準的合理的行動による因果関係の肯定

不作為の場合には、仮に作為義務を履行した場合には、と条件を設定し、実際には起こってしまった結果が回避できたか否かを問うことである。果たして結果は回避できたかどうかは、常に推定でしかなく、結果不発生という因果関係の終点は事実ではなく思弁の産物（実際には結果が発生してしまっている）⁽¹⁸⁾でしかない。この場合に結果不発生となるかどうかは、作為義務となる特定の治療行為がどの程度の効果（有効性）を持つものであ

(18) 石川前注(2)の31頁「不作為における因果関係は本質的に思惟上の仮定的な因果関係が問題であり、さらに帰責の関係が問題である」とし、「帰責をなすに足りる起因関係」と称するのが適切とする。

るかにかかっているから、因果関係の有無の判断は、結局のところなすべき治療行為の当該条件下における有効性（治癒回復可能性）を価値評価することにほかならない。因果関係の判断は、特定の事実（過失）が特定の結果発生（死傷）を招来した事実関係の連鎖ではなく、作為義務発生時点での治療行為の有効性判定に等しい。いわば要請される治療行為の義務射程ともいえる、規範的価値判断である。そして疾病に対する連続的介入となる医療行為の場合には、義務の履行から生まれる付随的行為が連続して治療効果へ繋がる。

この点につき、適切な問診をなしたにしても職業的供血者から正確な答えが返ってくることが期待できないから、因果関係がないとの上告理由に対する、前記最高裁輸血梅毒判決は、「……また梅毒感染の危険の有無についても、問われなかったから答えなかったに過ぎないというのであるから、これに携わった医師が、懇ろに同人に対し、真実の答述をなさしめるよう誘導し、具体的かつ詳細な問診をなせば、同人の血液に梅毒感染の危険あることを推知し得べき結果を得られなかったとは断言し得ない。」と退けた。同様に前記④判決……腰椎麻酔ショック事件は、仮に2分毎の血圧測定をしていても、患者の気分不良の訴えまで介助看護師も異常に気付かなかった実情からは結果回避との因果関係はないとの上告理由に対して、「Xの血圧低下を発見していれば、Yとしてもこれに対する何らの措置を採らないまま手術を続行し、虫垂根部を牽引するという挙に出ることはなかったはずであり、そうであれば虫垂根部の牽引を機縁とする迷走神経反射とこれに続く徐脈、急激な血圧低下、気管支痙攣等の発生を防ぎ得たはずである。」として、水準的合理的行動が続くはずだから結果回避可能であったとした。さらに⑨判決……造影検査後脳梗塞事件では、「閉塞性脳血管障害に対して一般に行われている脳浮腫を予防、改善するための初期治療が上告人の閉塞性脳血管障害に対して有効性を有していないとは断じ

50(989) 法と政治 60巻4号 (2010年1月)

得ないのであって、被上告人Yにおいて、本件検査後意識障害に陥った上告人に対する嚴重な経過観察の指示や担当医への引き継ぎを行うなどして、より早期に脳浮の予防、改善するために一般に行われている処置を講じていたならば、上告人が脳梗塞及びそれに由来する後遺障害も免れ、あるいはその程度が軽いものにとどまっていたであろうことを是認しうる高度の蓋然性を直ちに否定することはできない。」と因果関係を否定した原審判断には、法令の解釈適用を誤った違法があるとした。

3) 果たすべき義務の不履行は因果関係を推定する

ある診断、治療がなすべき行為とされるには、患者に対する治療効果が期待できるからである。懸念される患者への身体侵襲の危険を除去軽減するために、ある治療の作為義務が課されているがこれを怠り、懸念された結果が現実化して死傷の結果が発生した場合には、治療義務違反と結果発生との間には因果関係が推定される。⁽¹⁹⁾

(19) 石川前注(2)の32頁(1989)で、①診断治療の有効性が問われている、②病状詳細や進行程度が医師の怠慢の結果殆ど集積されていない、③非難すべき「幅」としての継続的不作為がある、との事情を考察すれば、不作為に限って、「患者側は一般にある治療が同種患者に対して有効であることを証明すれば、医師側で治療の実際や患者の病状からして救命可能性が低いことや当該治療を行い得ない特別事情を証明しない限り、帰責相当性としての因果関係が肯認されるべきである」とする。これに対して、新美育文「因果関係の立証」別冊ジュリスト民法判例Ⅱ第5版(2001)は、「推定を正当化する理由が十分とはいえず、大方の賛成を得るまでには至っていない」と批判している。

英米判例では古くから、①義務違反があり、②義務違反が危険を増大させており、③危険が現実化して死傷が生じた、ならば被告側が他原因を反証できない限り責任を負う *McGhee v National Coal Board* [1972] 3 All ER 1008, *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* [2002] 3 All ER 305, *Hicks v United States*, 368F.2nd 626 (4th Cir. Va. 1966)。

前記④判決……スキルス胃癌事件は、内視鏡の再検査を行わなかった過失と救命可能性の有無が争われたが、「上記時点における患者の病状は不明であるが、病状が進行した後に治療を開始するよりも、疾病に対する治療が早期であればあるほど良好な治療効果を得ることができるのが通常であり、……その時点における病状及び当時の医療水準に応じた化学療法を始めとする適切な治療が開始されていれば、特段の事情がない限り、患者が実際に受けた治療よりも良好な治療効果が得られたものと認めるのが合理的である。これらの諸点にかんがみると、患者の病状等に照らして化学療法等が奏功する可能性がなかったというのであればともかく、そのような事情の存在がうかがわれないう本件では、上記時点で患者のスキルス胃癌が発見され、適時に適切な治療が開始されていれば、患者が死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性があった」と、早期治療により良好な結果が得られたものと推定し特段の反証のない限り因果関係を認めている。

麻酔剤の適切な調整を怠った過失と死亡の結果との因果関係が争われた前記⑦判決……麻酔剤術中死事件では、「Y医師には、Aの死亡という結果を避けるためにプロポフォールと塩酸メピバカインの投与量を調整すべきであったのにこれを怠った過失があり、この過失とAの死亡の間には相当因果関係があるというべきである。

本件において、Y医師がプロポフォールと塩酸メピバカインの投与量を適切に調整したとしてもAの死亡という結果を避けられなかったというような事情はうかがわれないうのであるから、プロポフォールと塩酸メピバカインの投与量をどの程度減らすかについてY医師の裁量にゆだねられる部分があったとしても、そのことが上記結論を左右するものではない。」として、結果回避不可能の立証責任を医師側に転換させて投与量調節義務違反とそれによる保護法益侵害の結果である心停止による死亡との因果関係

を肯定した。⑧判決……肝癌見落とし事件も、「肝細胞癌に対する治療の有効性が認められないというのであればともかく、このような事情の存在しない本件においては、被上告人の前記注意義務違反と、aの死亡との間には、因果関係が存在するものというべきである。」と、反証なき限り因果関係を認めている。

4) 他原因（素因）の競合があっても因果関係認定の妨げでない

医療の過程で予想外の死傷が生じたとき、それは既存の疾病の進行増悪による場合と医療行為による身体への積極的侵襲がありうる。過失ある医療行為は、前者なら不作為の形：疾病進行型で、後者なら作為：医原病型の形であられるが、いずれの場合も疾病生体反応の未解明ないし効果の個体差の反映として、既存疾患や体質的素因が関与している意味で、結果発生に対する起因力として一応は観念しうる。

しかし医療行為の対象となる患者は、何らかの疾患ないし体質的素因を有している。これらは、医療の対象である患者の身体的個性性であり、それ自体が医師の注意義務の対象として予見し治療しなければならない客体である。したがって、これら疾患ないし体質的素因は因果関係認定の妨げにはならない筈である。もっとも例外的に医師の予見義務を超えるような場合には、治療によって通常は発生すべき効果が得られない原因、治療困難な症例となる場合には、義務は尽くしたが結果が発生しないことについて責任を免れ得る。これは注意義務違反、過失が成立しないと考えればよく、因果関係の否定要因にはならない。また治療義務自体が明らかであれば、それはそういう疾病、体質的素因の患者に対しても治療義務が肯定されることになるから、義務射程の範囲内であれば、発生した結果に対する帰責の因果関係として肯定される。

前記判決③……未熟児網膜症南大阪事件で、劇症型で治療困難であった

にしても、頻回検査による失明を回避すべく適切な診療を施すべき義務を懈怠し、外科手術の適期を逸し失明するに至ったならば、注意義務違反があり因果関係があるとしたのは、劇症型は診療の対象であって頻回検査すべき要請は逆に高まるのにこれを怠ったのであり、これにより懸念された失明という結果が生じたのだから、これに対し帰責させるに支障はないとしたものである。

他原因か過失行為かが択一的に問題とされる場合には、両者がいずれも起因力ある事実として、「特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性」の有無を判定すれば足りるとの前記判決②……ルンバル事件の判示にしたがって判断することになる。ルンバル判決の引用こそないが、脳神経減圧術事件である判決⑥は、脳手術中の脳内出血の原因について、(全証拠を総合検討して)「……等の諸事実は、通常人をして、本件手術後間もなく発生した患者の小脳出血等は、本件手術中の何らかの操作上の誤りに起因するのではないかとの疑いを強く抱かせるものというべき」との経験則判断による強い疑い(高度の蓋然性に同じ)があつて、「手術の施行とその後のAの脳内血腫との関連性を疑うべき事情が認められる本件においては、他の原因による血腫発生の考えられないではないという極めて低い可能性があることをもって、本件手術の操作上に誤りがあつたものと推認することはできない」として、論理的可能性に対する経験側的事実判断の優位性を確認している。

5) まとめ

以上の1)ないし4)は医療行為の特質に基づく因果関係の証明上の困難に対する対処であるが、その基本は①訴訟上の証明が通常人の経験則的に基づく歴史事実の存否やつながりを証明することで足りる、②医療行為における治療義務の特質に基づく過失の保護対象、射程範囲で帰責の因果

54(985) 法と政治 60巻4号 (2010年1月)

関係を認める，との2点に集約される。

以上 論

説

Causation, Evidence and proof in Medical Malpractice Case in Japan

Hirotoishi ISHIKAWA

The law for determining factual causation in medical malpractice case continued to be confused. One reason is the uncertainty between a medical negligent act and injury, and another derived from the burden of proof to claimants. This article explains the principal tests and tools for determining factual causation in Supreme Court of Japan. And explains the principles of causation issue might be settled coherent with the nature of that negligent act.