

法における因果関係-不確実な事象に関する因果関係の認定-

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2014-07-26 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 新美, 育文 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/16628

【論 説】

法における因果関係

——不確実な事象に関する因果関係の認定——

新 美 育 文

目 次

- 1 はじめに
- 2 水虫レントゲン事件最高裁判決
- 3 ルンパール・シヨック事件最高裁判決
- 4 顆粒球減少症最高裁判決
- 5 集団予防接種B型肝炎ウイルス感染最高裁判決
- 6 まとめ

1 はじめに

環境汚染、薬害、医療過誤など、ある者の疾病罹患が他者の不法行為が原因であるとの訴えは、近時、ますますその

数を増やしている。既知あるいは未知の一定の自然科学の法則に従って、ある特定の「リスク因子」（以下、一定の危害を生ずる可能性を持つ因子を「リスク因子」という。そして、ある種類の危害についてのリスク因子が同定されるならば、そこには当該リスク因子と当該種類の危害との間に、「一般的因果関係」があるという）が作用する（以下、作用したリスク因子を「作用因子」という）ことによつて、具体的な疾病（危害）が発症する（以下、当該作用因子と具体的な危害発生との関係を「具体的因果関係」という）ことについては、異論の余地はない。しかし、医学あるいは科学の限界の故に、関連する自然科学の法則を十分に発見できず、いかなるリスク因子がどのような機序で当該疾病発症に関与しているかが明らかにされていないこと（以下、「発症機序の不確実性」という）が多いのが現実である。そして、発症機序が不確実であるといつても、当該疾病の発症に関与するリスク因子は同定されている（つまり、一般的因果関係は認められる）が、多くのリスク因子が存在し、具体的にどのリスク因子が作用しているのか明らかにされていない場合（「作用因子不明型」発症機序の不確実性）から、そもそもリスク因子すら同定できていない（一般的因果関係が認められない）場合（「リスク因子不明型」発症機序の不確実性）まで、その内容・程度あるいは態様は区々である。さらにいえば、リスク因子の解明の程度（分析度ないし解析度）も区々であるし、その同定の確実性も区々である。また、作用因子が特定され、発症機序が明らかの場合であっても、当該作用因子がどのような発生源から当該患者に到達したかが不明なこともしばしばである（以下、「到達機序（又は、感染経路）の不確実性」という）。

疾病罹患を被害として不法行為責任が追及される場合、加害者と名指しされる者の作為・不作為と当該被害との間に具体的因果関係が存在することが要件とされ、それに該当する事実の立証責任が原告側に負担させられるのは不法行為法の原則である。しかし、医学ないし科学の限界に由来する、上述の二つの不確実性の故に、原告側に負わせられる立証責任はきわめて重く、被害救済を事実上否定するという致命的な結果を導くことにもなりかねない。こうし

た原告側が負う立証責任の重さを少しでも軽減するために、疫学的証拠の活用、「事実上の推定」論の拡張など、様々な試みがなされてきた。そして、それらのいくつかは、最高裁判決によって承認されるに至っている。

しかし、そうした原告側の立証責任の負担軽減策は、逆に、被告が惹起したのではない損害について、被告に責任を負わせるおそれもあり、民法の基本的な原則である「自己責任の原則」によって担保される被告の諸権利・利益を浸食することにもなりかねない。とりわけ、本稿で対象とする二つの不確実性が、被告にとっても解決不能な医学あるいは科学の限界に由来することを考えるならば、不法行為責任における因果関係の立証あるいは認定における法準則は、このような原告側と被告側との間に存在する利害を公正に調整できるものであることが強く求められる。

本稿では、不確実性が大きく影響する因果関係の認定に関する判例法を形成する先例となったルンパール・シヨック事件最高裁判決を中心⁽¹⁾に、その先駆けの一つともいべき水虫レントゲン事件最高裁判決⁽²⁾と、ルンパール・シヨック事件最高裁判決を直接的に引用はしていないが、原審判決あるいは上告理由において引用され、それを前提にする顆粒球減少症最高裁判決⁽³⁾およびルンパール・シヨック事件最高裁判決を直接引用する集団予防接種B型肝炎ウイルス感染事件最高裁判決の公式先例四件を取り上げ⁽⁴⁾、そこに潜む問題点と課題を指摘し、因果関係認定における今後の方向を探究する。

2 水虫レントゲン事件最高裁判決

【事案の概要】 昭和二四年春頃に両足「土踏まず」に悪性の水虫ができたX（男性・症状固定時三三歳）は、同二五年四月から二七年七月末までの約二年三ヶ月の間、国立Y病院の担当医A及びBの下で約五〇回にわたってレントゲ

ン線（以下、レ線と略す）照射治療を受けてきたが、その間に、K大学付属病院でもレ線照射を受けた。同二十七年八月にT大学付属病院でレ線皮膚障害として黒色斑点が発見されたため、レ線照射治療を中止し、温泉治療を開始した。同三〇年八月頃、左足蹠の土踏まずの部分にレントゲン潰瘍のような症状が生じたため、Tで外用薬による治療を受けてきた。そして、右足蹠にもレントゲン潰瘍が発症したため、同三一年六月頃からC病院の治療をも受けているうちに、Tにおいて、同三三年五月に右足踵の潰瘍が皮膚癌と診断されて右下腿切断手術を、同年一月に左足「土踏まず」の潰瘍も皮膚癌と診断されて、同年一二月に左下腿切断手術を受けた。そして、同三四年に右下腿断端部瘻孔搔爬手術等を、同三四年一二月に下腿断端成形手術を受けて退院した。Xには、結局、両下腿切断という後遺障害が残った。

Xは、A及びBの医療過誤によってレントゲン潰瘍の障害を受け、これが皮膚癌になったことにより、両下腿切断という被害を負ったとして、Yの使用責任を理由とする損害賠償請求の訴えを提起した。

第一審判決は、「レントゲン線照射が皮膚に潰瘍を惹起し更にがん化する危険が可能性の程度でも症例があつて医学界において知られていた」として、A及びBによるレ線照射とXの皮膚癌罹患との間の因果関係の存在を肯定し、レ線照射量が過大であったとして、A及びBの過失を肯定して、Yの使用責任を肯定した。

控訴審判決は、労働能力喪失率を低めに認定するなどして損害額を減額したが、基本的には第一審判決を支持した。Yが上告。上告代理人らによる上告理由は、本稿の問題意識からして、きわめて重要な意味を有するので、以下、因果関係の認定に関する部分についてやや詳しく紹介する。

上告代理人U及びKは連名で、次のような上告理由を述べる。

第一点。(ア) 本件レ線照射と発癌との間の因果関係認定に重大な理由不備がある。

(イ) 癌の発生機序が不明であり、発癌の誘因には既知・未知の様々な因子があり、その一又は複数の誘因によって発癌されると考えられている。レ線は、既知の誘因の一つにすぎない。(ウ) 潰瘍や癌の態様に、レ線照射によるものか、他の誘因によるかを区別できるだけの特徴がない。(エ) 原審判決は推計による総線量をもって「発癌に關与した」と思われる照射総線量」と判断するが、当該線量は発癌に關与すると推定しうる総線量の下限を示したにすぎず、それだけの線量の照射をすれば「当然又は傾向的に」発癌を見つという性質のものではない。(オ) 右線量は一般にこれ以上の照射をしたときに初めてその照射によって発癌することもあり得ると考えられるというものである。(カ) 本件照射総線量は、原判決認定の「発癌に關与したと思われる総線量」に満たず、本件発癌の原因と認められない。(キ) Kでのレ線照射量はYのその三分の一度程度であるが、両者を合計すると、総照射線量は六、四五三となり、その値は、直ちに発癌の可能性を含むとまではいえないが、発癌の可能性を否定しがたいものである。(ク) Kによる照射は、Yによるそれよりも、皮膚内部に対する影響力の大きい術式によるものであり、Yの照射との重複的照射であるから、その皮膚に対する影響力はXのそれと単純に比較することはできない。したがって、仮に本件発癌がレ線照射によるとしても、Yの照射だけによって発癌したと断じる根拠はない。(ケ) 「不法行為法上の帰責の問題として甲、乙二つの行為が重なって丙という結果が生じたという場合その甲が丙と因果関係があると言いつける得るためには、甲が独立に丙という結果を生むに足る原因力を有していたか又は甲が乙を前提とし、これに敢て付加されることによってここに丙という結果を生んだものなることを要し、これに反してそれぞれ独立には丙という結果を生むに足る原因力を有しない甲の行為と乙の行為とがそれぞれ無関係になされたような場合に於いては、たまたま客観的に甲の原因力と乙の原因力とが重なることにより両者相まってここに丙という結果を生じ得たとしても、それによって右の丙という結果を甲の行為に帰することを得べきものではない」。

【判旨】 (i) 「Xがいわゆる水虫(略)に罹患し、その治療をした経過、YとKにおけるレントゲン線照射(略)の時期、量、回数および部位、レ線照射と皮膚癌の発生との間の統計的因果関係などの諸事実、とくに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、〈中略〉約二年三箇月の間にYで、前後四四回にわたり水虫にかかっていた左右足蹠の部分に合計五〇四〇レントゲン線量(略)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Y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原判決の判断は、当審も、これを正当として是認し得ないわけではない。」

(ii) 「本件皮膚癌の発生した箇所についてはKでもレ線照射が加えられ、また、Y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〈中略〉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。」

【考察】 本件最判は、リスク因子(本件では発がん因子)のいくつかが同定されているが、作用因子が不特定の「発生機序の不確実性」について判断したものである。

本件最判の調査官解説は、「発症機序の不確実性」の存在を認めたと上で、「発生原因を明確にすることを求めるのは現在の科学上不可能に近く、ときには、社会常識からみて妥当でない結論を導く」(傍線筆者)との認識の下、①統計的因果関係の存在、②「レ線照射を原因と考えられる皮膚癌は他の発生原因のそれと比べると、比較的多い」こと及び③本件皮膚癌がレ線照射部位に限って発生していることと本件発癌にいたるまでの経過が「レ線照射による発癌の一般的経過」に該当することから、本件皮膚癌の発生とレ線照射との因果関係の存在は肯定することができる⁽⁶⁾。そして、調査官解説は、④Kでのレ線照射もその一因となっているという疑問については、「YとKとの照射量の相

違、Kにおけるレ線照射の方法の相違等に鑑みれば、本件レ線照射にその原因を求めるのが当然である」とする。なお、調査官解説は、これに関連して、**5** Yの担当医がTにおいて本件皮膚癌をみたときレ線照射によるものと判断し、かつ、講義の際に、自らレ線照射の発癌の例として本件事案を挙げたことを注において紹介し、因果関係を肯定した判断を是認することを補強する。ただし、調査官解説は、**6** 「かなり大量のレ線照射による皮膚癌の発生が（一般的に）期間の早いのも最低一〇年から二〇年が多いといわれて」おり、「これに比べると、本件は当初のレ線照射からでもわずか八年で発生していることをみると、非常に早い発癌であつてかなり異常ともいえるのであり、その点で疑問もあるが、本判決は、これも、原審の判断を違法とまでするに当たらないとみた」とする。

学説に目を転じると、本件最判については、そのほとんどが賛意を表している。

(ア) 不法行為の成立要件としての自然的（事實的）因果関係の立証は必要であるが、厳密な意味での証明までは必要でなく、「合理的」に見て因果関係があると判断できるといふ程度のものでよいとする説、⁽⁷⁾ (イ) 被害者救済を容易にするために立証責任軽減の必要性があり、本件認定事実の下で本件最判が因果関係を肯定しようとした意義は大きく、具体的な病理機序の解明は因果関係の存在を否定する被告側で行うべきであるという説、⁽⁸⁾ (ウ) 立証責任分配に関する論者固有の見解に基づきながら、素人である被害者は、**①** 当該治療行為から当該結果の発生する可能性があることと、**②** 当該治療行為から当該結果発生までの経過（外的な症状の推移）が**①**により因果関係があり得るとされる場合にみられる経過と大要において一致することとを立証すれば因果関係の存在を立証したことになり、医師＝専門家は、**③** 治療行為と結果の間の具体的な病理機序を解明することによって、治療行為と結果との間に関係がないことを立証できるとする説、⁽⁹⁾ (エ) 大量（相当量）のレ線照射が皮膚癌発症の危険性を有することは確かであるが、それだけでは可能性があるとどまり、因果関係を立証したことにはならないが、本件におけるレ線照射から放射線皮膚障

害が発生し、それが潰瘍となり、皮膚癌に転化したという過程はレ線照射による皮膚癌発生の一般的経過であることから、本件におけるレ線照射と皮膚癌発生との因果関係は歴然としているとい説⁽¹⁰⁾などである。なお、(ウ)説は、Kでのレ線照射が存在することに関して、Kのレ線照射とYのレ線照射とが重なって皮膚癌発生の原因となったならば、まさにYの治療行為と結果との因果関係が認められるのであり、Kのレ線照射とYのレ線照射のどちらが原因か分からないというのであれば、民法七一九条によって因果関係不存在の立証責任をYが負う、と述べる⁽¹¹⁾。

以上のように、本件最判は大方の賛同を得ているのであるが、いくつかの疑問を指摘しなければならぬ。

第一の疑問は、判旨(i)において展開されるレ線照射と皮膚癌罹患との因果関係の認定手法に関してである。

本件最判及びその調査官解説並びに諸学説(以下、本件最判等と総称する)のいずれも、現代医学をもってしても皮膚癌の病理機序は不明であることを承認している。つまり、どれだけのレ線照射量があれば、皮膚癌の発生をもたらすのかということは不明(発症機序の不確実性)であり、ただ、レ線照射が皮膚癌発生の因子の一つであるということが認められること、つまり、それらの間に一般的因果関係が認められることは明らかであるとす。そして、レ線照射による皮膚障害ないし潰瘍が皮膚癌の前駆症状であるかどうかは不明であるとの理解もしているはずである(ただ、控訴審判決においては、そのような経緯を辿るおそれがあることが医師の間で周知されていたとの認定はなされている)。

本件最判等は、それぞれの理由付けは異なるものの、調査官解説のいう①、②及び③を根拠に、レ線照射と皮膚癌との因果関係の存在を肯定する。しかし、①は、レ線が複数ある発癌因子のうちの一つであることを示すだけであり、それが具体的因果関係を肯定するための第一関門であることは間違いないが、調査官解説も指摘するように、それだけでは具体的因果関係認定の根拠にはならない。⁽¹²⁾②は、レ線による皮膚癌発生が他の発癌因子と比べると比較的

多いとするものの、その根拠となるデータがどのような調査方法でどれくらいの症例数を対象にし、どのような統計的処理で得られたものが明らかでない。本件各審級の判決は、その文言を見る限り、ごく初歩的な単純集計による合計値を示していることをもって、その根拠としていえると思われるが、②は相関関係とか相対リスク (Relative Risk) ないし過剰リスク (Excess Risk) を求めるような統計学的処理を経たおらず、統計学的な意味からしても、因果関係を語るだけの資格のある知見とは思われない。また、仮に、統計学的な分析処理がなされて、「何と比べて」「どの程度多い」のかが明らかにされたとしても、少々の発生率の違いをもって具体的因果関係の認定に影響があるということとはできない⁽¹³⁾。この点も、(エ) 説や調査官解説がやはり認めるところである⁽¹⁴⁾。結局は、(エ) 説や調査官解説がいうように、③を決め手としたということになろう⁽¹⁵⁾。しかし、果たして、③が決め手になるのであろうか。

③では、まず、皮膚癌の発生部位がレ線照射部位の範囲内に限られることが認定根拠として強調される。しかし、鑑定意見の一つが指摘するところの、皮膚癌の発癌因子の一つである「掻痒のための搔破に基因する二次感染」等による潰瘍から癌変化した場合でも、その部位は水虫の患部の範囲内になるはずであり、本件部位と重なるはずである。レ線照射による潰瘍からの癌変化的発生率が「掻痒のための搔破に基因する二次感染」等による潰瘍から癌変化的なそれよりも圧倒的に高く、後者を無視しようというならばともかく、そうでないかぎりは、いずれの場合にも同じ部位に発症するのであり、発症部位が決定的な意味を持つとはいえない。本件では、両者の発症率の比較についての認定はなされていない。したがって、本件において、発症部位に関する事実を具体的因果関係認定の根拠とはしがたい。そこで、本件皮膚癌発症に至る経過がレ線照射と発癌の一般的経過と同じであることがもう一つの認定根拠として挙げられる。しかし、これも決定的な根拠になると思われない。なぜならば、そこでいわれる一般的経過は、少数の症例の経過観察から得られた状況の推移を述べるにすぎず、「一般的」経過というには余りにも限られた症例を基にし

たものであり、むしろ、医師の経験的感覚にすぎないというべきだからである。調査官解説が挙げる⑤の事情にして、当該医師らがエビデンスに基づいて言及しているとはいえない。つまり、レ線照射によって生じた皮膚障害が生じるという経過についてはともかくも、それから潰瘍そして皮膚癌に至る経過についての専門家の見解は、医学的にそれが未解明である以上、推測の域に止まる。また、かりに、そのような一般的経過が肯定できたとしても、本件がそれに当てはまるとは限らない。なお、⑤に関しては、本件担当医自らが本件レ線照射を本件皮膚癌発症の原因と考えるとの症例報告をしたということをもって、自白に準じる扱いができるかという問題がある。これは、後述するルンバール・シヨック事件最判でも問題になったところであり、ルンバール・シヨック事件最判を検討する際に改めて言及する。さらに、調査官解説が⑥で掲げる事実は、すくなくとも時間的な観点からすれば、本件皮膚癌発症の経過が同解説のいうレ線照射と皮膚癌発症との一般的経過とは明らかに異なることを示している⁽¹⁶⁾。一方で一般的経過を強調しておくながら、他方で、時間的な観点からの一般的経過からみた本件発症の経過の異常性を無視することは整合性を欠くものであり、恣意的な認定といわれても抗弁のしようがないのではなからうか。⑥の事実からすれば、「搔痒のための搔破に基因する二次感染」による潰瘍からの癌変化という経過を辿ったとする方が整合性を有しており、説得的なようにも思われる。

第二の疑問は、Kによるレ線照射についての判旨(ii)の評価である。

本件最判は、Kによるレ線照射があったとしても、Yのレ線照射が原因であることに違法はないというだけで、何の理由付けもしていない。Yによるレ線照射が主たる原因である以上、Kによるレ線照射が加わったとしても、Yの原因性を否定する必要はないというのであろうか。たしかに、この論理は、Y及びKでのレ線照射が皮膚癌発生について累積的な効果を有するものである場合には適切かもしれない。しかし、本件最判当時のみならず現時点でも、

皮膚癌発生についてレ線照射が累積的な効果を持つのか、あるいは、択一的効果（つまり、Y、Kそれぞれの照射だけでも発癌しうる）なのかは明らかにされているとは思われない。第一審或いは原審における専門家らの鑑定意見や証言も、皮膚障害についてのレ線照射の累積効果に関しては言及しているが、皮膚癌発生については何ら述べるところはない。いうならば、本件事案においては、発症機序の不確実性のみならず、仮にレ線照射が作用因子であると仮定した場合には、到達機序の不確実性も存在するといえるのである。この点に関する判旨(ii)は、論旨不明というほかない。

判旨(ii)のこのような曖昧さを補足しようとするのが前掲の調査官解説④である。しかし、ここでは、Kによるレ線照射とYによるそれとは、照射量も方法も異なることが挙げられるのみで、Kによるレ線照射を無視しても構わないことの説明にはなっていない。Kによるレ線照射に関して正面から対応するのは、(ウ)説である。前述したように、(ウ)説は、Yによるレ線照射とKによるそれが累積的効果を持つ場合には当然に因果関係が認められるが、Yによるレ線照射とKによるそれとのいずれが原因であるか不明な場合には七一九条一項後段の加害者不明の共同不法行為として処理すべきであるとす。この指摘は、到達機序の不確実性という問題の本質を的確に捉え、その正しい解決方向を示すものとして評価できる。しかし、問われるべきは、本件事案に七一九条一項後段を適用できるのか、である。周知のように、七一九条一項後段の成立には、各行為者が因果関係を除く不法行為成立要件を満たしていることが要件とされる。⁽¹⁷⁾複数の原因たりうる行為者のいずれが原因であるのかが不明な場合に、被害者の救済のために、原因者たりうる者の集団を特定することでそれぞれの原因たりうる者の行為と結果との間の因果関係の存在を推定するという因果関係認定の例外的な扱いを認める理由として、⁽¹⁸⁾「衡平」という観点から、当該原因たりうる者それぞれの行為が不法なし違法であるということが求められるからである。しかし、本件においては、Kにそのような不法行為要件該当性が認められるのかについて、認定がなされていない。したがって、民法七一九条一項後段を持ち出して、本

件最判の因果関係認定を正当化することはできない。

本件最判は、発症機序の不確実性、到達機序の不確実性のいずれについても、十分な理由を示すことなく、一般的因果関係が認められることのみによって、具体的因果関係を肯定したものであり、問題を残す判決といふべきである。

3 ルンバール・シヨック事件最高裁判決

【事案の概要】 化膿性髄膜炎に罹患したXは、昭和三〇年九月六日、国Yの経営するT大学付属病院小児科に入院し、小児科主任教授TTを最高責任者、TGを主治医、Fを担当医として、治療を受けてきた。Xは次第に快方に向かい、同月一七日頃には、看護上絶対安静の状態ではあったが、退院が話題になるほどであった。同日昼食直後に、FがXに対して化膿性髄膜炎の対症療法であるルンバールを実施した。二、三〇分後、Xは突然嘔吐を始め、けいれん発作を来とし、チアノーゼ状態を呈した。TGらの治療を受けたが、結局、右半身けいれん性不全麻痺、性格障害、知能障害及び運動障害等を残した。

Xは、絶対安静の状態で、かつ、化膿性髄膜炎により血管が脆弱であり、しかも、泣き叫び暴れたりすると脳圧が高くなる状態にあったところ、Fが、学会出張の予定があったため、食事直後に、いやがって泣き叫び、暴れるXを無理に押さえつけて、ルンバールを、数回に亘る失敗を経て、Xに対して実施したことで、シヨックが生じ、Xの後遺障害が残ったとし、Fのルンバール実施上の過失、あるいは、その後のTG、Fらの看護上の過失を理由に、Yに対して損害賠償請求をした。これに対して、Yは、Xが予断を許さない状態にあり、再発率も高い疾病であることから、積極的治療を必要としていたのであり、Xに生じた発作は化膿性髄膜炎に随伴する病変（脳炎）の再燃で、その

原因は主として脳塞栓によるものであると反論した。

本件では、四件の鑑定意見（差戻審では、過失の有無を鑑定事項とする二件の鑑定意見が追加提出されているが、因果関係についても言及している）が提出されており、それを巡って熾烈な争いが展開された。以下において、因果関係に関する主要な鑑定意見の概要を、第一審判決及び第二審判決と原告代理人が後日発表した論文⁽¹⁹⁾による紹介及び法医学者による講演⁽²⁰⁾に基づいて、知りうる範囲でまとめておく。

小児科医 I G による鑑定及びその証言は、次のようにいう。(ア) 患者を無理に押さえつけることは脳出血等の脳障害を惹起する原因或いは誘因となる可能性は考えられるが、極めて低い。食後直ちに穿刺した、又は、失敗して数回腰椎穿刺をし直すことが重篤な脳障害の原因又は誘因となるとは考えられない。(イ) 本件病変の原因としては、化膿性髄膜炎の再燃による可能性が高い。(ウ) 化膿性髄膜炎の再燃に腰椎穿刺が関係したという知見は見分したことがないが、再燃の誘因となり得るとは考えられる。ただし、その可能性は一般的にいつて極めて少ない。(エ) 本件の場合、腰椎穿刺が脳出血に直接的或いは間接的に関係しなかったとは断定できない。(オ) 特に、時間的関連性からその可能性は考えられる。(カ) しかし、腰椎穿刺で脳出血を起させたという医学的根拠は全く得られない。(キ) 「本件」腰椎穿刺後間もなく発生した急激な病的変化が同腰椎穿刺と直接或は間接に關係があつたか否かの問題は、積極的に關係があると判定し得る根拠が現在の資料からは得られない。然し、可能性に於て關係がないと断言することは出来ない。」

K の鑑定は、(ク) 本件発作が突然のけいれんを伴う意識混濁で始まり、後に失語症、右半身不全等を来した臨床症状によると、本件症状の原因としては脳出血が一番考えられるとする。しかし、(ケ) 食事直後にいやがって泣き叫ぶ幼児を長時間押さえつけての腰椎穿刺が脳出血を生じる可能性はほとんどないとする。

脳波解読を専門とする日医師による鑑定は、(コ)「臨床症状である右片麻痺と局在性けいれんをうらづけるものは上記の左側の限局性棘波であり、また、第一回の脳波記録前に髄膜炎の経過をもっていると考えられるので、二回目に降の脳波所見は、髄膜炎後遺症による脳波像と考えられる。(サ)尚この脳波所見からは、合併症としての脳内出血の有無は判断できない」とする。そして、(シ)脳波所見の限界として、病巣部ないし異常部位が脳実質の左部にあることのみでは疾患の原因が何であるかを診断することは、特殊の場合を除いて困難であり、被検者の臨床像やレントゲン所見、髄液所見等の他の臨床検査所見を参考にして総合的に考察しなければならぬとする。

医師IHによる鑑定は、(ス)本件症状の原因としては化膿性髄膜炎の再燃としても捉えることが出来るし、Xに出血傾向があつたと思われること、発作が突然おこつたこと等から脳内出血も一応可能性は考えられるとする。ただし、(セ)出血性素因があつたとしても、化膿性髄膜炎に当然随伴するものであり、ルンバールを行う際に脳内出血が生じるとは通常考えないのであり、ルンバールによる脳内出血の可能性は極めて低いとする。また、(ソ)脳出血でも通常のように一部位のみに出血を起こしたのではなく、感染症の経過中に多く見られる脳白質全般の小出血、小血栓等に基づくとすれば、知能障害、性格障害を伴つたことも、さらには、脳波所見中の全般的律動不全が左部の限局性異常波とともに認められることも、脳出血と認定することは矛盾しない、とする。そして、(カ)「本件の場合、この出血性脳症そのものとも考えられるし、又経過中に紫斑の認められた所から出血性素因があつたと思われるから丁度ルンバールを行った時、これによつて出血傾向を増す何らかの要因が加わつたかも知れない」とする。

ちなみに、差戻審におけるa鑑定は、本件ルンバールの実施状況において、その直後に一側性の重篤な脳障害が再現し後遺症を生じた事例を知らないとし、もし、両者に因果関係があるとすれば、本件における化膿性髄膜炎の経過の中で、特にそのような状態を来しやすい希有な脳周辺の異常が潜在していたと推定すべきであろうとする。

同じく差戻審における β 鑑定は、腰椎穿刺に際して、泣き叫び、暴れる患者の血圧は上昇し、怒責その他によって頭蓋内圧も急激に一時上昇すると考えられるが、これによって脳出血などの重大な脳障害が惹起されるなどというとは日常腰椎穿刺を行うにあたって到底考えが及ばないとする。

第一審判決は、(A)「第一に、本件発作は原告の病状が入院当初の重篤な化膿性髄膜炎の病状から漸次快方に向かい一般状態も軽快していた段階で突然起こったものであること、第二に、本件発作後の九月一九日に行われた髄液検査の結果が発作前よりむしろ良い結果を示していたこと、第三に原告には入院当初より出血傾向があり、本件発作当時も血管が脆弱でなお出血傾向が認められたこと、第四に、本件発作が突然のけいれんを併う意識混濁で始まったこと、第五に本件発作の際のけいれんが特に右半身に強く現れ、その後右半身不全麻痺が起こったこと、脳波所見によっても脳の異常部位が脳実質の左部にあると判断されること(略)、第六に、本件発作後少なくとも退院まで主治医のTGは原因を脳出血によるものと判断して治療を行っていたことなどから総合的に判断すれば、本件発作とその後の原告の病変の原因は脳出血によるものと認めるのが相当である」とし、(B)「Xの病状が快方に向かいつつあったところ、FによるXに対する本件ルンバル施行の後わずかに一五分から二〇分くらいの後に本件発作が起こった(略)経緯に照らすと、他に本件発作の原因となるべき特段の事情が認められない限り右ルンバルにより本件発作および脳出血が生じたものと推定するのが妥当である」としたが、Yの被用者TTらに過失を認めることはできないとの理由で、Xの請求を棄却した。X控訴。

控訴審判決は、(i)脳波所見からは脳出血の有無は判断できず、(ii)TGらが脳出血を疑って治療しており、K鑑定が脳出血の可能性を認めていたことはXの病変の原因が脳出血であることを肯定するについての有力な資料となり得るが、(iii)本件発作当時、Xにいまだケルニツヒ症候が陽性、熱も平熱でない、髄液の所見も正常域になく、絶対安静が

指示されていたこと、退院後の交渉として知能障害、性格障害があること等やI G鑑定、H鑑定、I H鑑定等が本件発作の原因を脳出血とみるよりもむしろ化膿性髄膜炎またはこれに随伴する脳実質の病変の再燃とみられるとしているなど、(iv)本件訴訟に現れた証拠では、その原因が脳出血あるいは化膿性髄膜炎またはこれに随伴する脳実質の病変の再燃のいずれかによるものであるとはいえても、そのいずれによるかは判定しがたいとし、Fの実施した本件ルンバールがXの発作及び病変の原因であると断定しがたいとして、控訴を棄却した。

Xがルンバール実施とXの発作及び病変との間の因果関係の存在を肯定しなかった原審判決を不服として上告。

【判旨】破棄差戻 (ア)「一 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しう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、それで足りるものである。」

(イ)「(1) 原判決挙示の「中略(T G執筆のカルテ、F記載の病歴概要、T Gの証言―筆者注)」は、Xの本件発作後少なくとも退院まで、本件発作とその後の病変が脳出血によるものとして治療が行われたとする前記の原審認定事実に符合するものであり、また、鑑定人Kは、本件発作が突然のけいれんを伴う意識混濁で始まり、後に失語症、右半身不全麻痺等をきたした臨床症状によると、右発作の原因として脳出血が一番可能性があるとしていること、(2) 脳波研究の専門家である鑑定人Hは、結論において断定することを避けながらも、「略」(上告人の脳波記録)につき『これらの脳波所見は脳機能不全と、左側前頭及び側頭を中心とする何らかの病変を想定せしめるものである。即ち鑑定対象である脳波所見によれば、病巣部位乃至は異常部位は脳実質の左部にあると判断される。』としていること、(3) 前記の原審確定の事実、殊に、本件発作は、Xの症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

実施後一五分ないし二〇分を経て突然に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な事情も認められなかったこと、以上の事実関係を、因果関係に関する前記一に説示した見地に立つて総合検討すると、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、これが本件ルンバルに因つて発生したものであるというべく、結局、Xの本件発作及びその後の病変と本件ルンバルとの間に因果関係を肯定するのが相当である。」

大塚裁判官による補足意見は、K鑑定が本件発作及びその後の病変と脳出血との因果関係を肯定していること、I H鑑定が本件発作と脳出血との因果関係の可能性を肯定していること、H鑑定が合併症としての脳出血の有無は判断できないとしているのは、総合的考察を必要とする結論を導き出すための思考過程の所見であること、I G鑑定は脳波所見に有力な根拠を求めていると窺えるが、I Gは脳波の専門家ではなく、脳波鑑定についてはH鑑定を信用すべきであることなどを指摘する。

【考察】 本件最判が因果関係認定に関する我が国の判例法理を確立したという評価は、ほとんど異論なく受け入れられている。現に、因果関係の認定が争点となった裁判例の多くにおいて、本件最判の判旨（ア）が枕詞のように引用されている。学説のほとんども、現代医学ないし科学によっては被害発生機序が明らかに出来ない事案について、被害者救済の観点から、法的な評価に基づく因果関係の認定の途を拓いた判決であるとして、肯定的に評価する。しかし、本件最判の判断が当該事実関係においてどのような意味を持っていたのかを正確に分析した上での評価といえるのかは、疑問なしとはいえない。⁽²¹⁾

本件最判の調査官解説⁽²²⁾を見てみる。調査官解説は、まず、①不法行為成立要件としての因果関係は、「あれなければこれなし」の関係であるということが前提とされ、医療過誤などにおいては、この成立要件としての因果関係がより

中心的な問題となる場合が多いとの認識を示す⁽²³⁾。そして、②患者側の因果関係の立証責任を厳格に要求することが被害者救済を拒絶することになりかねないことは認めつつも、立証責任は客観的・抽象的に決定されるべきであり、医療過誤において立証責任の転換を図らなければならぬ合理性はないし、証明度の緩和による解決にも民事訴訟における証拠上の原則を崩すことには問題があるとする⁽²⁴⁾。このように、立証責任の分配及び証明度について、民事訴訟上の原則を維持することを前提にした上で、③本件最判は、医療過誤事件では自然科学的医学のメカニズムを説明しようとするものではなく、「不法行為法上の法的評価としての因果関係が追求されている」のであり、「訴訟における法律上の因果関係が科学上の論理必然的な証明ではなく、帰責判断という価値評価を内包と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」であるとする⁽²⁵⁾。そして、④経験則の下、間接事実から主要事実を推定することで蓋然性が強まるのであり、本件最判はXの脳出血と本件発作、本件ルンバールと脳出血という二つの因果関係について、間接事実の積み上げによって経験則に照らして肯定したとする⁽²⁶⁾。すなわち、⑤「(1)本件ルンバール施術後一五分ないし二〇分後突然に嘔吐、けいれん等の発作を来した。(2)医師が学会出席のためXの昼食後二〇分以内に本件ルンバールをした。(3)医師は一度で穿刺に成功せず何度もやりなおし、終了まで三〇分を要した。(4)脆弱な血管の持ち主であるXは、入院当初より出血性傾向があった。(5)泣き叫ぶXに対しその体を押え付けてルンバールを行った。」という事実は、「医師が本件ルンバールを行うについて脳出血の原因となるような不手際のあったこと、それと本件発作等と時間的に接着していることから、まず、本件ルンバールと脳出血の因果関係を肯定した。」とし、さらに、「(6)臨床医的所見と脳波所見とを総合すれば、脳の異常部位が脳実質の左部にあると判断されること、(7)本件発作後の髄液所見でも本件ルンバール施術前より好転が見られること、(8)本件発作後退院まで主治医は脳出血の治療をしたこと、(9)当時化膿性髄膜炎の再燃するような特別事情も認められなかったこと」から、「脳出血が本件発

作とその後の病変の原因であつて、Y主張のようにこれが化膿性髄膜炎の再燃によるものとは認められない」として、「本件リンパールと本件発作及びその後の病変との因果関係を肯定した」とする。⁽²⁷⁾

学説のほとんどは、調査官解説③がいうように、被害の発生機序の立証までには必要としないという意味において、本件最判の判旨（ア）について賛成する。しかし、判旨（ア）は誤解を招く表現を用いているといえよう。自然科学であつても、多くの領域では、理論の実証のためには観察ないしは経験によつて得られたデータないし証拠を用いた、法におけるそれと同様に、いわゆる歴史的検証を行うのであつて、自然科学全般が一点の疑義も許さないものであるかのような表現は明らかに不適切である。⁽²⁹⁾これが「筆の滑り」に止まつているかぎりは問題はないが、残念ながら、裁判例や学説の中には、この表現の下に、自然科学で議論がある問題について、その議論がどのようなものであるのかを一切無視して、法的判断という名目で、独自の因果関係判断を行おうとするものが見られないわけではない。判旨（ア）は、前述の調査官解説③の趣旨として理解すべきである。そして、調査官解説③のいうところは、従来の裁判実務における見解を明らかにするものであり、本件最判の意義はそれを改めて確認した点にある。

調査官解説④のいうところの、経験則に基づいて、間接事実から主要事実の認定を行うことは、裁判実務において日常的に行われるものであり、反対意見は見当たらない。問題は、間接事実を通じての主要事実の認定が適切に行われたかどうかである。とりわけ、本件のように、被害の発生機序が不明な事案においては、主要事実を認定するため間接事実が適切なものであるかどうかは慎重に検討されるべきである。すなわち、冒頭にも述べたように、発症機序の不確実性といつても、その内容・程度や態様は様々であり、具体的な事案において存在する不確実性の内容・程度あるいは態様に応じて、どのような間接事実であれば主要事実を推定するに十分な適格性を有するのか、慎重な吟味が求められよう。

判旨（イ）及びその補足説明をする調査官解説⑤が取り上げた間接事実から、主要事実である本件リンパールの実施と本件被害との間の具体的因果関係を認定することが妥当といえるのであるうか。

学説の多くは、本件最高裁の行った因果関係の認定に賛成してきた。つまり、調査官解説⑤の挙げる(1)から(5)までの間接事実に基づいて、脳出血の原因となるようなリンパール実施における不手際と本件発作等との時間的近接性から本件リンパールと脳出血の因果関係を肯定でき、(6)から(9)の間接事実に基づいて、脳出血が本件発作とその後の変の原因であって、化膿性髄膜炎の再燃によるものとは認められないので、本件リンパールと本件発作及びその後の病変との因果関係を肯定できるといふのである。⁽³⁰⁾

本件では、加害行為と本件病変の発生とが時間的に接着していることが大きな特徴であり、それが因果関係認定にも強く影響している。⁽³¹⁾しかし、加害行為と結果との単なる時間的近接性を取り上げるだけでは、「前後即因果の誤謬(post hoc ergo propter hoc)」を犯すおそれ大きい。それを回避するためには、加害原因と想定される行為が当該結果をもたらしうるリスクを有することが最低限必要であり、そのリスクが高ければ高いほど、時間的近接性以外の間接証拠の必要性は小さくなる。調査官解説や多くの学説が挙げる「脳出血の原因となるような」不手際という加害原因たりうる行為に付した限定は、そうした誤謬を最小限にする意図があるといえよう。⁽³²⁾しかし、そのような限定で十分なのか、さらに、それを充足する事実が具体的に認定されているのか、疑問である。

とりわけ、本件事案において「脳出血の発生」を推定することについていくつかの疑問を挙げなければなるまい。ちなみに、本件では、「脳出血の発生」はリンパール実施と発作の発生及び発作後に生じた病変ないし後遺障害との因果関係を認定するための間接事実ではないが、その有無は本件の中心的な争点になっている。

疑問の第一は、本件最判（イ）（一）や調査官解説(8)が挙げる間接事実が脳出血を推定する根拠としてはあまりにも

薄弱なことである。原因不明の症例に直面する医師は、まず、一定の原因の存在を疑い、それに沿って診療を行うという、いわば試行錯誤を重ねながら診療を進めるのであり、確定的な判断を下した場合でも結果として間違っていることは十分にある。⁽³³⁾したがって、本件でT Gらが発作後に脳出血の治療あるいは診断をしたという事実は、担当医がそのような判断をした事実を示すだけであり、本件患者に脳出血が事実として発生したということを示す根拠としては弱い。⁽³⁴⁾さらにいうならば、発症の機序が不明な本件において、担当医らが何をエビデンスとしてそのような診療を行ったのかを問うことが重要であり、結局は、本件で挙げられる様々な間接事実がそのエビデンスになっているにすぎない。つまり、担当医らの診断や治療それ自体は、脳出血の有無に関する間接証拠についての彼らの評価を示すものであり、脳出血の有無という事実自体に係るものではない。

第二に、本件最判には直接の言及は見られないが、調査官解説⑤で挙げられる(4)の事実も、当時の医学的知見の水準を前提にしたとしても、脳出血の発生を推定する根拠としては薄弱である。医学的には、本件事件が発生した当時のXの状態からすれば、出血性素因が当初の段階で存在したということが脳出血の誘因となるとは即断できないとされるからである。⁽³⁵⁾

第三に、本件最判(イ)(1)が依拠したところの、「脳出血が一番可能性がある」とするK鑑定は、本件における脳出血発生を推定できるだけのエビデンスに支えられているとはいえない。K鑑定は、本件発作の臨床症状を根拠に挙げるが、本件発作の臨床症状の原因としては脳出血以外にも血管梗塞などが考えられるとする医学的な見解⁽³⁶⁾もあり、K鑑定が「脳出血が一番可能性がある」とするエビデンスは示されていない。さらにいえば、K鑑定(ケ)が、食事直後にいやがって泣き叫ぶ幼児を長時間押さえつけての腰椎穿刺が脳出血を生じる可能性はほとんどない、としていることも留意されるべきである。この指摘を考慮しないというならば、鑑定意見の中から、都合のいい部分だけつま

み食いをしたとの誹りを免れられまい。そうでなければ、この指摘と「脳出血が一番可能性がある」との指摘との関係を明確にする必要がある。本来ならば、鑑定人Kに対する尋問を通じて、以上の諸点について確認がなされるべきであるが、残念ながら、それはなされていない。なお、付言するならば、医学者その他の非法律家がいう「蓋然性あるいは可能性が高い」とは、通常、ある結果の発生確率が限界的 (marginal) ではないということを意味しており、法律家が事実認定において「蓋然性が高い」つまり、「証明された」ということの意味とは異なっていることも指摘しておかねばならない。⁽³⁷⁾ つまり、法律家が事実認定において蓋然性が高いという場合、当該具体的事案において当該事実が発生した蓋然性が高いということを意味し、ある意味で非常に精密な判断結果をいう。すなわち、非法律家が「限界的である」、つまり、「可能性が低い」という場合でも、法律家は当該事案においては「蓋然性が高い」とするところがあるし、⁽³⁸⁾ 逆に、非法律家によつて、「限界的でない」、つまり、「可能性が高い」とされる場合でも、法律家は「蓋然性が低い」とすることもある。K鑑定のいう「脳出血が一番可能性がある」との意見が非法律家のそれと同じ意味なのかどうか、裁判官は、やはり尋問を通じて確認すべきである。そして、非法律家のそれと同じ意味であるならば、限界的ではないことの根拠も確かめる必要がある。かくして、K鑑定については、裁判所による十分な吟味がなされおらず、本件における「脳出血の発生」という事実を推定する根拠しては不十分といわざるをえない。⁽³⁹⁾

そして、仮に、「脳出血の発生」を推定することが許されるとしたとしても、さらに、次のような第四の疑問が生じる。それは、本件ルンバールの実施が脳出血の原因になるような危険性を有するのか、そして、その危険性はどの程度大きいのかということ、つまり、ルンバール実施が脳出血のリスク因子なのかということに関する疑問である。本件最判判旨(3)は原審確定事実の総合検討の結果、本件ルンバール実施に脳出血リスクの存在が認められるというのみで、それ以上の説示をしていない。そして、これについて補足説明する調査官解説は、⑤(1)ないし(5)の事実から、

脳出血リスクの存在が認定できるとする。しかし、それらによって、脳出血リスクの存在が認定できるのかは極めて疑わしい。(4)は、Xの側に存在する脳出血のリスク因子として挙げられていると思われるが、すでに指摘したように、(4)が脳出血のリスク因子である可能性は小さい。また、(2)、(3)及び(5)の事実は、本件ルンパール実施がXを興奮させ、血圧上昇を招くというリスク因子であると認めることはできようが、その血圧上昇が脳出血を招くまでのものかどうかは明らかにされていない(ちなみに、差戻審での α 鑑定はそうしたリスクが顕在化した事例を知らないとし、 β 鑑定は本件ルンパール実施による血圧上昇が脳出血などをもたらすリスクを伴うことは考えられないとしている)。本件最高裁及び調査官解説は、(4)と相まって、本件ルンパール実施に脳出血のリスクの存在が認定できるといふものかもしれないが、前述したように、(4)はそのような認定をする根拠としては不十分であるのみならず、両リスク因子の併存によって本件ルンパール実施が脳出血のリスク因子であると認める根拠も経験則も見いだせない。このように、本件ルンパール実施が本件脳出血のリスク因子であると認定することは根拠がない(リスク因子不明)。さらには、本件ルンパール実施による「脳出血リスクの程度(又は大きさ)」についての認定は全く行われていないのであり、脳出血の発生が推定できると思われない。

そして、仮定に仮定を重ねることになるが、本件において「脳出血の発生」が推定でき、本件ルンパール実施が脳出血のリスク因子であることが認められたとして、それだけで本件ルンパール実施と本件脳出血の発生との具体的因果関係が肯定できるのであるか。これが第五の疑問である。

「脳出血リスクの存在」と「脳出血の発生」とが時間的に接合しておれば、両者に因果関係がありそうだと考えることは日常ではありがちである。しかし、それだけでは、やはり、「前後即因果の誤謬」を犯す恐れは大きい。

例えば、一台の自動車を通り過ぎた後に、交通事故による外傷を負って倒れていた歩行者が発見されたと仮定しよ

う。そこでは、人身事故を発生させるリスクを帯びる自動車の存在が先行し、その後に交通事故による人身被害が発生したという関係が見られる。しかし、このような事例であっても、当該自動車の走行が当該人身事故の原因であると直ちに断ずることはできない。当該自動車の他に加害自動車が存在する可能性があるからである。他に加害車両が存在する可能性を消去するためには、当該車両の有するリスクの存在に加えて、当該リスクが顕在化したことを確信させるための、何らかの間接事実が示されなければならない。当該リスクの程度（又は大きさ）ないし確率が他のリスクよりも圧倒的に大きいというのはそうした間接事実の一つであろう。⁽⁴¹⁾そして、時間的近接性という事実が因果関係認定において大きな意義を有するものも、他のリスク因子が介入することが時間的な観点からして不可能ないしは不可能に近いと判断することに説得力を持つからである。つまり、前記設例において、当該自動車の走行が飲酒運転や暴走運転だったりして事故を発生させるリスクが極端に大きかったり、当該自動車の通過の直後に被害者が発見されたというのであれば、当該自動車の走行と被害発生との因果関係を肯定できる余地は大きい。これに対して当該自動車の走行が格別に異常な運転ではなく、リスクが特に大きくはなかったり、あるいは、当該自動車の通過から一〇分後に被害者が発見され、事故現場を他の自動車が走行した確率も低くないならば、因果関係を肯定できる余地は小さくなる。なお、付け加えるならば、当該自動車の通過直後に被害者が発見された場合であっても、被害者の負傷が当該自動車の通過後に生じたことが明らかにされないかぎり、当該自動車が加害車両であるとはいえないことも留意すべきである。つまり、原因とされる事象と結果とされる事象との前後関係が明確でないかぎり、前後即因果ということとできないのである。

以上のことを踏まえて本件を改めて眺めるならば、まず、本件ランバル実施の有する「脳出血リスクの程度」が明らかにされていないことを問題点として指摘できる。むしろ、四件の鑑定意見のうち、本件ランバル実施の有す

る「脳内出血リスクの程度」に言及する三件の鑑定意見のすべてが（そして、脳出血の可能性が高いとするK鑑定ですら）、本件ルンバルによる「脳出血」の可能性は少ないとしているのである（IG鑑定（ア）・（カ）、IH鑑定（セ）及びK鑑定（ケ）参照）。あるいは、本件最判は、本件ルンバル実施後一五ないし二〇分後に本件発作が生じたという時間の近接性をもって、他のリスク因子の存在を否定できるというのかも知れない。そして、これに沿うかようなIG鑑定（オ）も見られる。しかしながら、化膿性髄膜炎の経過中に見られる脳白質全般の小出血や小血栓等の可能性を指摘するIH鑑定（ソ）も見られる。つまり、ルンバル実施以前に別の脳出血のリスク因子が存在した可能性が指摘されている。したがって、仮に、本件ルンバル実施が本件脳出血のリスク因子であったとしても、時間的近接性を理由に、他のリスク因子が存在したことの可能性を排除することは難しい。

以上述べてきたように、本件ルンバル実施が脳内出血をもたらしたとの推定をするに十分な間接事実は見当たらない。

さらに、脳内出血が本件発作後の病変をもたらしたとの推定をすることができるとにかについても、念のために検討しておく。

すでにみたように、本件最判判旨（イ）（三）及び調査官解説は、(6)ないし(9)の間接事実から、脳出血の発生が本件病変の原因であるとの推定をする。しかし、それらがそうした推定をするに十分な根拠になるのかとの疑問を抱かざるをえない。⁽⁴²⁾第六の疑問である。間接事実(6)は、H鑑定（シ）に依拠するものであるが、H鑑定は、(サ)において脳波所見からは脳出血の有無を判断することはできないとしているに止まる。本件最判及び調査官解説は、あるいは、H鑑定（シ）において、被検者の臨床像やレントゲン所見、髄液所見等の他の臨床検査所見を参考にして総合的に考察しなければならぬとされたことを受けて、Xの臨床像や髄液所見をも参考に脳出血の発生による本件病変の発症を

認定したというのかもしれない。しかし、第三の疑問において指摘したように、Xの臨床像からは脳出血を推定することは難しい。もつとも、髄液所見などからは化膿性髄膜炎の再燃の可能性が低いとする余地があり（間接事実(7)及び(9)参照）、Xの発作及びその後の障害の原因として脳出血と髄膜炎の再燃とが二者択一の関係にあり、前者の可能性が高いのであれば、このことが脳出血による本件病変の発症を推定する根拠にはなりうるが、本件では、発生機序が不明であることから当然ではあるが、そのような関係があるとの証明はなされて⁽⁴⁴⁾いないし、⁽⁴³⁾前者の可能性が後者のそれよりも高いとの照明もない。また、間接事実(8)が脳出血の発生及びそれによる本件病変の発症を推定する根拠になり得ないことは、第一の疑問で述べたとおりである。

本件最判は、経験則という用語の下に、「普通人」を持ち出して事実的因果関係の認定を行ったわけであるが、何そこで適用される経験則であるかを明らかにしていない。間接事実から主要事実を推定するというが、その推定のためには、間接事実と主要事実との間に推定するに相応しい関係がなければならないはずであるが、「リスク因子不明型」発症機序の不確実性が存在する事案でそのような関係が認められる間接事実はそう多くはあるまい。間接事実を活用して主要事実を推定するという一般論については、異論の余地はない。しかし、どのような間接事実がそのような推定を可能にするかに関しては、より慎重な検討が必要である。残念ながら、本件最判において、そのような検討が十分に行われたとは思われない。

4 顆粒球減少症最高裁判決

【事案の概要】

Aは風邪に罹患し、昭和五一年三月一七日から開業医Y₁において通院治療を受けてきた。同年四月

五日にAが再度発熱し、 Y_1 による投薬で熱は引いたが、一〇日には咳がひどくなり、一二日には発疹も認められたにもかかわらず、 Y_1 はこれを見落とした。一四日には Y_1 もAの発疹を認め、 Y_1 は、湿疹、風疹、薬疹を疑い、訴外B病院への検査入院を考えたが、満床のため、とりあえず Y_2 開設の外科病院に入院させた。 Y_2 は風疹を疑い、血液検査を実施したところ、白血球数二八〇〇であった。ただし、白血球分画検査は実施されなかった。 $Y_1 \cdot Y_2$ は、Aに対して、後述する顆粒球減少症の副作用を有する薬剤をそれぞれ投与した。

Aは、 Y_2 病院を退院し、 Y_2 からの「非定型的風疹」という判断を示す紹介状を携え、Bに来院。四月一六日、B病院でAの主治医となったCは、中毒性発疹と診断し、直ちに入院させた。そして、Cは、白血球分画検査の結果（白血球数一八〇〇、好中球数〇）から、Aの疾病を顆粒球減少症（以下、本症という）と診断。同月一九日に、Aは高熱を發し、同月二〇日の検査では、白血球数七〇〇で、敗血症を併発していることが判明した。同月二三日、Aは、本症に起因する敗血症に基づく内毒素性ショックで死亡。

Aの遺族Xらは、 Y_1 及び Y_2 による薬剤投与がA死亡の原因であるとして訴え提起。

第一審判決は、本症の成因が多数考えられ、個々の症例において成因を決定することは困難であるとし、 Y_1 あるいは Y_2 の投与した薬剤のみによってAの本症が発症あるいは増悪したものは推認できず、本件全証拠によるものもいかなる薬剤、成因によりAの本症が発症あるいは増悪したか確定できないとした。そして、 Y_1 及び Y_2 には、診療上の過失がないと判示。

原審判決は、以下のような判示をする（最判が異なる判断をするので、やや詳しく紹介する）。

（ア）本症の発症原因としては、薬剤の外に物理的原因や各種基礎疾患が存在する場合などが考えられるが、本件においては薬剤を除いては、本症発症の原因を疑うに足りる確たる資料は見出せない。 $Y_1 \cdot Y_2$ がAに投与した薬剤中に

は本症を副作用とするものが多く、Aの本症は Y_1 ・ Y_2 が投与した薬剤に起因することが最も疑われる。そこで、 Y_1 ・ Y_2 が投与した薬剤のうち本症発症原因となった薬剤の特定が求められるが、その判断をするうえで重要な前提となるAの本症発症経過、とりわけ、その発症時期と症状の特徴について検討する。(イ)血液検査の結果、症状経過、発疹の発生時期等を総合すると、Aに本症が発症した時期を四月一四日の朝ないし一三日ころとするのが妥当であるとするK鑑定は支持し得る。(ウ)Aは Y_2 に入院した四月一四日午後四時二〇分ころには特別の重症感はなかったところ、その後、Bに入院後の四月一九日からは四〇度前後の高熱が続き本症による敗血症を併発していることが判明した。血液検査による白血球の数も、四月一四日に二八〇〇／ミリリットルであったのが四月一六日には一八〇〇／ミリリットル、四月二〇日には七〇〇／ミリリットルと急激に減少していることが認められ、Aの本症は急性の劇症型に近い病型と認定するのが相当である(K鑑定人の証言)。(エ) Y_1 によって先に投与されたリンコシンがAの体内で抗体を生じ(感作)、それがアレルギー反応を引き起こして本症を増悪させた可能性が考えられるが、先の投与によって何らの副作用らしいものが生じておらず、 Y_2 における本剤の筋注も通常使用量の二倍程度であつて(それも延べ二日間程に止まる)許容される範囲内のものであることを考慮すると、リンコシンの右筋注がAの本症を増悪させた可能性は極めて少ない(K鑑定)。(オ)ソルシリン、ラリキシンの両剤が投与されたころにAにアレルギー反応の徴候はみられず、発疹が発現したのは、ソルシリンの投与中止後四日目ころであることを考えると、右両剤を本症の起因剤としての蓋然性は低い。(カ)ケルヘチーナの使用量は、初日を除き常用量をやや超過しているが、本剤に起因する本症の発現は主としてアレルギー性機序によるものとされていることからすれば、投与量の多寡は問題とならず、さらに、本剤の最終投与日である四月二日とAの前記本症発症推定時期との間が一〇日ほど離れていることからすれば、本剤もAの本症発症の起因剤とは考え難い。(キ)P L顆粒は、四月五日から四月一日まで投与されているが、こ

れに先立ち三月一七日から一八日までピリン剤としてのスルピリンを含むオベロンの注射とアスピリン製剤であるバファリンの投薬を受け（四月五日と六日にもオベロンの注射がなされている）、特に過敏症とみられる症状もなく解熱しているのでピリン過敏症とは認定できないものの、これらによって感作され、抗体価の最も高くなる二ないし三週間後に投与されたP.L.顆粒が本症の発症に関与した可能性も考えられる。しかしながら、その場合の本症の発症は、P.L.顆粒が投与され始めた四月五日ないし六日ころとなる筈であるのに、そのころにはAに本症の発症を疑うに足る症状は発生しておらず（四月五日の発熱も翌六日以降は解熱している）、この点からもP.L.顆粒等を起因剤とは考え難い。（ク）ネオマイズンは、四月一〇日から一三日にかけて四日間、鎮咳剤としてY₁により濃厚ブロンコデイン液二日分とともに投薬され、四月一四日にAからの全身の発疹の訴えにより投薬が中止されている。右発疹が本症の発症に伴う薬疹と認められることは前述のとおりであり、その後のAの白血球数の激減やB入院後の四月一九日から顕著にみられた本症の典型的症状の発生と進行からみて、本剤がAの本症発症の起因剤になった疑いは最も強い。本剤は、その血液毒性が注目されている割には白血球系に関する副作用の報告例は少なく、昭和四三年から一〇年間に本剤カプセルを使用した七七八三例中、白血球減少が起きたと報告された例は八例（約〇・一パーセント）に過ぎず、他に赤血球減少二五例、血小板減少を含めた混合型五例が報告されているが、全例を通じて血液障害は一日の投与量及び投与期間に関係する中毒性の機序によるものが大半であって、赤血球系を中心起こっており、本剤の過量投与による血液障害は投与中止によっていずれも回復したことが確認されている。そうすると、本剤を起因薬剤としてアレルギー性機序によりAに本症が発症したとは考え難いけれども、前記発症の経過からして、Aが本剤に薬剤過敏症を有し、過反応性の中毒性機序によって本症が発症した可能性が最も高いといふべきである（K鑑定人の証言）。（ケ）Aの本症はネオマイズンの投与により通常は起こり得ない薬物過敏症による過反応性の中毒性機序によって生じた急

性の劇症型に近いものであって、 Y_1 の過失ないし Y_2 の適切さに疑問のある右診察治療行為とAの本症による死亡との間に相当因果関係を認めるには足りない。

Xらが上告。上告理由の主たる点は、K鑑定に対する疑問とこれに依拠して事実認定したことの違法である。

【判旨】(A)「訴訟上の立証は、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、特定の事実の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、それで足りるものである。」

(B)「原審認定事実によれば、『Aの本症の原因は Y_1 がAに投与した薬剤のうちの一つであること又はその複数の相互作用であること及びAは遅くとも発疹が生じた四月一二日には本症を発症していたこと』が真実の高度の蓋然性をもって証明されたものというべきである(なお、 $Y_1 \cdot Y_2$ が本症の副作用を有する多種の薬剤をAに長期間投与してきたという本件においては、右薬剤のうちの一つ又はその複数の相互作用が本症発症の原因であったという程度的事实を前提として $Y_1 \cdot Y_2$ の注意義務違反の有無を判断することも、通常は可能であり、常に起因剤を厳密に特定する必要があるものではない)。」

(C)「K鑑定は、 Y_1 がAに投与した薬剤については、ネオマイゾンを含めていずれも起因剤と断定するには難点があるものであることを認めつつ、Aの発症時期に最も近接した時期に投与されたことを論拠として『ネオマイゾンが起因剤として最も疑われるが確証がない』とし、複数の右薬剤の相互作用により本症が発症することはあり得るものの、本件においては、そのような相互作用による本症の発症は医学的に具体的に証明されていない、とするものであって、その蓋然性を否定するものではない。」

(D)「本件の証拠として提出された医学文献(略)には、『本症の病因論は未完成な部分が多く、薬剤による好中球

減少の機序は多様であり、詳細な機序については決定的なことはいえず、個々の症例において原因薬剤を決定することとは困難なことが多い。』旨が記載されていることからすると、ネオマイゾンが最も疑われるが確証がないというK鑑定のみからネオマイゾンを唯一単独の起因剤と認定することには、著しく無理があるものといわざるを得ない。」

(E) ①「K鑑定は、発症日を四月二日から一四日朝と判断し、その論拠として、四月一四日より前のAの病歴に本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Aの症状の急激な進行から推測すると同日よりも相当前に発症していたとはいえないことを挙げる。」②「しかしながら、四月一四日より前のAの病歴に本症発症を確認し得る検査所見等がないというのは、〈中略〉 Y_1 がAには既に同月一二日に発疹が生じていたにもかかわらずこれを看過し診療契約上の検査義務及び経過観察義務を怠り、客観的検査を行わず、本症特有の症状の有無に意識的に注意を払った問診及び診察もされなかった結果をいうにすぎない。」③「K鑑定は、 Y_1 によりAに投与された薬剤を原因として四月一三日よりも前に本症が発症していた可能性を一般的に否定するものではないが、このことを科学的、医学的に証明できるだけの事実を見いだすことができなかつたという趣旨のもので、Aの本症発症日をどこまでさかのぼり得るかについて科学的、医学の見地から確実に証明できることだけを述べたとどまる。」④「K鑑定のうち四月一四日以降のAの症状の進行が急激であるとする点については、同日の白血球数が二八〇〇であるから同日の好中球数は零から一四〇〇の間とは推定されるがその正確な数は不明であり、本症の発症が同月一三日よりも前である可能性が存する以上同月一六日の好中球数が零であることを考慮してもなぜ症状の進行が急激であったと評価できるのか疑問となり、この点を重視するのも相当でない。」⑤「急性型の本症では数時間から二ないし三日で重症感を持った全身倦怠感などを伴う高熱などの症状が出そうとうのであるが、Aは、本症にかかったという四月一四日から同月一八日までの五日間は右症状を呈しておらず、同月一九日に初めて四〇度の高熱を発したというのであるから、右発

熱の経緯からいえば、Aの本症が右にいう急性型であつたと断ずるには疑問があり、他方、原審認定に係るAの症状は、『初期はほとんど無症状であり、発症前の一ないし二日間、易疲労感等の前駆的症狀がみられる』という慢性型の本症が重症化したものであるとの説明を否定し去ることは困難である。⑥「以上によれば、K鑑定は、Aの病状のすべてを合理的に説明し得ているものではなく、経験科学に属する医学の分野における一つの仮説を述べたにとどまり、医学研究の見地からはともかく、訴訟上の証明の見地からみれば起因剤及び発症日を認定する際の決定的な証拠資料ということとはできない。そうすると、K鑑定のみによつて、ネオマイゾンが唯一単独の起因剤であり、Aの本症発症日を四月一三日から一四日朝とした原審認定は、経験則に違反したものとすべきである。』

(F)「開業医が本症の副作用を有する多種の薬剤を長期間継続的に投与された患者について薬疹の可能性のある発疹を認めた場合においては、自院又は他の診療機関において患者が必要な検査、治療を速やかに受けることができるように相応の配慮をすべき義務があるというべきであり、Aの発疹が薬疹によるものである可能性は否定できず、本症の副作用を有する多種の薬剤を長期間継続的に投与されたものである以上はネオマイゾンによる中毒性機序のみを注意義務の判断の前提とすることも適当でないから、原審の確定した事実関係によつても、Y₁に本症発症を予見し、投薬を中止し、血液検査をすべき注意義務がないと速断した原審の右判断には、診療契約上の注意義務に関する法令の解釈適用を誤つた違法がある」。

【考察】 本件最判や原審判決が認めるように、顆粒球減少症は多様な外的リスク因子及び内的リスク因子によつて発症する疾病であり、その発症機序はいまだ明らかにされてはいない。原審判決は、それら多様なリスク因子の内、薬剤以外のリスク因子は本件においては認められないとしたうえで、K鑑定に依拠して、症状の経緯を根拠にして本件における本症発症日を特定し、投与された多種の薬剤の中から一つの薬剤を起因剤（＝作用因子）として特定して、

薬物過敏症による過反応性の中毒性機序によって本症が発症したと認定した。そして、 $Y_1 \cdot Y_2$ の過失ないしは不適切な診療との間には相当因果関係は認められないとした。これに対して、本件最判は、本症が本件において投与された薬剤のいずれかに起因するとの点については、原審認定を維持したものの、 K 鑑定はいくつかの仮定を前提にした一つの見解であり、本件における発症日及び起因剤を特定するに当たって決定的ではなく、 K 鑑定のみに基づいてなされた発症日及び起因剤についての原審認定は経験則に違反するとし、本件においては、投与された薬剤中、本症のリスクを有する薬剤群を概括的に特定（作用因子概括的特定）すれば、 $Y_1 \cdot Y_2$ の注意義務違反の有無を論じることとはできるとして、破棄差戻しを命じた。

事実認定において鑑定をいかに活用すべきかについては、様々な議論が展開されているが、本稿ではその一般論に深く立ち入る余裕はない。本件最判は、鑑定意見に従って下した原審認定を経験則に反するとするものであり、学説の多くもこれを支持する。⁽⁴⁵⁾ 本件最判が鑑定に関してこのような詳細な検討を行った理由について、本件最判の調査官解説が以下のように述べるところは重要である。⁽⁴⁶⁾

①「医学研究においては、診療記録等のデータが不十分な症例をもとに研究を進めると、病気発生の機序及び治療法についての不正確な研究結果を出すことがあり、医学の発展、人類の福祉に資さないことから、データが不十分な症例は研究の資料としないのが通例であるが、②「他方、データが不十分で医学研究上はあまり確実なことがいえない症例であっても、民事責任の確定のためであれば、可能な限り病気発生の機序等を確定しなければなら（ず）、〈中略〉予防法・治療法の開発等の目的からすれば十分な証明があったとはいえない場合でも、民事責任の確定の目的からすれば、通常人が疑いを差し挟まない程度に真实性の確信が持てるような場合があるはずであって、このような意味において真实性の確信が持てる事実は民事責任確定のための前提事実とすべきである。」③「医師は、民事責任の確定

(裁判における事実の確定)には慣れておらず、医学研究と同じ姿勢(医学研究の見地から確実にいえることだけを述べるという姿勢)で鑑定に臨むことも多いと思われる。このような鑑定姿勢自体はやむを得ないのであり、裁判官は、裁判上の証明の見地から、鑑定意見を再吟味する必要があるであろう。必要があれば、補充鑑定等により鑑定意見の真意を把握するように努めるべきであらう。

かくして、本件最判は、(C)ないし(E)に見られる検証過程を経て、K鑑定に頼った原審認定を経験則違反としたのであるが、(C)において、時間的近接性が起因剤特定にとって決定的ではないと判示したことがまず特筆されるべきである。すでに指摘したように、時間的近接性という要素、すなわち間接事実は、あるリスク因子を作用因子として特定するにおいて、他のリスク因子を排除するために用いられるものである。したがって、本件のように、作用因子として特定しようとするリスク因子の他にも多くのリスク因子が併存することが明らかな場合には、作用因子を特定するにおいて、時間的近接性という要素は有効に機能するはずもない。その意味では、本件最判は当然のことを説示しただけとも評しうるが、従来、時間的近接性が因果関係認定において重要な意味を有するとされてきたこと⁽⁴⁷⁾に対して反省を迫るものといえよう。

もつとも、原審判決、そして、それに基礎を提供したK鑑定は時間的近接性のみを根拠に起因剤を特定したわけではなく、Aの症状の経緯に基づいて特定した発症日とその補強材料としていたことは前述のとおりである(原審判決(ク)参照)。K鑑定は、他のリスク因子を排除するために、こうした補強材料を用いたものといえる。しかし、これについても、本件最判は、慎重な検討を加えている。すなわち、間接事実であるAの症状の経緯を示す臨床所見の性質あるいは限界を的確に指摘し、そこから導き出しうる推論の信頼性について疑問を呈したのである。就中、発症日特定の鍵となった発疹について、臨床所見に発疹発現の記述がないことが発疹発現という事実がなかったことを示す

のではなく、診療しなかったために発疹についての記述がないというだけであるとしたこと（判旨（E）③参照）は慧眼というべきである。なお、そこにおいては、「診療契約上の検査義務及び経過観察義務を怠」ったことが取立て述べられているが、間接事実から何が推論しうるかを検討するにおいて、そうした義務違反の有無は関係しないし、さるべきではない。純粹に事実認定の問題として論じるべきである。もちろん、証拠法に係る法的判断が働くことまでも否定するものではない。

さて、本件最判は、作用因子を概括的に特定することで十分に医師の注意義務違反を問うというが、この場合、本症を発症させたことについての注意義務違反を問うことは難しい。なぜならば、本件の各薬剤投与は、適切な診療行為であるものもあれば、そうでないものもあり、それらを包括して注意義務違反があったとすることは乱暴な議論といわざるをえない。ちなみに、上告理由では、一人の行為者において同一機会に同一対象に向けられた一連の複数過失行為が存する場合には、当然に、全体を一個の治療行為とみて責任を論ずべきであるとするが、何をもって「同一機会」というのか、そして、何をもって「一連の複数過失行為」というのかが曖昧である。かりに、一連の複数過失行為とされるものが概括的に特定された薬剤群のすべての各薬剤の投与をいうのであれば、民法七一九条一項後段の趣旨からしても、上告理由の主張は受け入れられようが、複数の過失行為の他に、適法行為も混在している場合をも想定しているとするならば、その主張は受け入れがたい。過失行為と適法行為とが結果発生をもたらすについて相乗作用ないしは相互作用がみられるならば当該過失行為と結果発生との間に因果関係があると評価でき、上告理由のような主張も成り立ちうる。しかし、そうでない場合、過失行為と適法行為とを包括して一個の行為と捉えることは、適切な診療行為をも注意義務違反であると評価することになる。本件は、各薬剤投与のすべてについて注意義務違反を問うことはできない事案であり、発症させたことについての注意義務違反を詮議することは適切ではない。したがっ

て、本症の発症を早期に発見し、その治癒に向けた診療行為を行わなかったことの注意義務違反を問うことになる。そうすると、ここに別の因果関係認定の問題が登場することに留意しなければならない。すなわち、それら診療行為が実施されたならば、Aの本症は治癒ないし寛解したのかどうか、である。原審判決あるいは本件最高裁において示される証拠からすると、適期に白血球分画検査などが実施されておれば、本症の発症を発見できた可能性が大きいように思われ、適切な診療行為の懈怠とAの被害との因果関係は肯定できそうである。しかし、その前に問われるのは、適期にその検査を受けることができたかどうかである。四月一四日の時点で、適切な検査を実施しうるB病院への転院が満床のためにできなかったとの事実が認められていることからして、検査すべきであったとされる時点において、検査のための転院が可能ではなかったのではないかとの疑問が生じるからである。適切な検査を受けることができたであろうことが証明されない時には、因果関係の存在が認定できないことになる。

5 集団予防接種B型肝炎ウイルス感染最高裁判決

【事案の概要】 B型肝炎ウイルスの持続感染者ではないが、感染歴を有する父母A₁・A₂と持続感染者である三歳年下の弟A₃と同居した家族歴のあるX₁は、一歳の時に、開業医のもとでインフルエンザ予防接種を二回受け、また、四歳から五歳の時に、A₃とともに、ツベルクリン及びBCGの集団予防接種を三回受けたことがあり、二二歳の時に、B型肝炎（以下、「本症」という）と診断された。

いずれも持続感染者ではないが感染歴を有する父B₁、妻B₂及び子B₃らと同居した家族歴のあるX₄は、歯科技工士として働いてきたが、三〇歳の時、献血時に、輸血に使用できない血液であると指摘され、三三歳の時、本症と診断さ

れた。

いずれも持続感染者ではないが感染歴を有する父 C_1 、妹 C_2 及び弟 C_3 らと同居し、一六歳の頃から祖父母と同居したという家族歴のある X_5 は、一八、九歳ころ、献血時に輸血に使用できない血液であるとの指摘を受けたことがあり、二五歳の時、大腿骨髄膜炎等による敗血症、肺化膿症で入院治療した後、転院先で本症と診断された。

いずれも持続感染者ではないが感染歴を有する父 D_1 、母 D_2 及び弟 D_3 と同居した家族歴のある X_2 は、医療短大一年生(二八歳)の時、献血において HB_5 抗原陽性との指摘を受け、同短大を卒業後、病院に勤務してきた。そして、就職採用試験時の検査において、肝機能障害の指摘受け、入通院して、本症の患者として経過観察してきた。しかし、コンバージョンを起こして、その後、死亡。

X_3 を妊娠中は感染の有無を調べる検査では陰性であったが、 X_3 を出産した約一年後に急性の本症に罹患した病歴のある母 E_1 並びにいずれも感染歴を有しない父 E_2 及び兄 E_3 と同居した家族歴のある X_3 は、 E_1 の本症発症から約三週間後に行われた家族の検査の結果、持続感染者であることが発見された。

なお、 X_3 を除く、 X_1 ないし X_5 は、それぞれ集団予防接種を受けており、 X_3 は、生後約三ヶ月の頃にツベルクリン反応検査とBCG接種を受けていた。

X_4 ら(X_2 についてはその遺族。以下、賠償請求者を総称する場合には、 X_4 らという)は、本症の原因は注射器具を連続使用した集団予防接種であり、注射器具の一人毎の交換又は徹底した消毒を怠った過失が認められる被告国 Y は国家賠償責任があるとして訴えを提起した。

第一審判決⁽⁴⁸⁾は、本件予防接種と本症罹患との間の因果関係の存在を否定して、請求を棄却した。因果関係認定について、原審判決及び最判と見解を異にしており、以下、少し詳しく紹介する。

まず、(i)「Xらの母親は、いずれもB型肝炎ウイルスの持続感染者ではなく、また、特に、Xらの妊娠後期にB型肝炎ウイルスに感染したことを具体的に窺わせるだけの事情も見当たらず、たまたま右の時期に感染する可能性も乏しいものと考えられる」として、XらのB型肝炎ウイルス感染経路が、垂直感染によるものではなく、水平感染によるものと認定する。そして、(ii) X₃の感染時期は、出生後から生後一ヶ月であることは明らかであるとし、X₃以外のXらの感染時期については、B型肝炎ウイルス感染により持続感染者となりうるのが主として乳幼児期ないし小児期に感染した場合であり、それ以後においては、免疫不全を来した時期にウイルスに感染する等という例外的な場合にほば限られ、Xらにそのような例外事由が認められないので、Xらの感染時期は乳幼児期か小児期であったと認めるとし、(iii) 免疫不全状態の場合以外にも、成人の持続感染者化の可能性を述べる見解があるが、その作用、仕組みについては未解明であり、また、X₃を除く、Xらについては、感染判明当時、独身、又は、配偶者を得る前に既に感染が疑われる事態が生じていたこと等の事実が認められるので、免疫不全状態を伴わない小児期後の水平感染の可能性を考慮する必要はないといたうえて、(iv) 疫学や医学の証拠によれば、Xらは、「集団予防接種を受けた時期に対応する年齢である六歳ころまでの間に、水平感染により、B型肝炎ウイルスに罹患し、持続感染者状態に至ったものと認める」とする。ついで、(v) X₃を除いて、Xらに対して行われた各集団予防接種においては、注射針が一人ごとに取り替えられる場合もあったが、注射針、注射筒、種痘における種痘針、乱刺針は連続使用されており、そこに被接種者の血液が付着、混入する可能性があり、それによってXらに足してB型肝炎ウイルスの感染をもたらす可能性があった、とする。そして、(vi) X₃に対するBCG接種に関しては、一人一針の方法が採用されており、B型肝炎ウイルス感染が生じる恐れはなかったと認定する。

以上のような基本的な事実認定の後に、Xらの現在のB型肝炎ウイルス感染が、具体的に、本件各集団予防接種を

原因とするものであるのかどうかを検討される。

そこでは、ルンバール・シヨック事件最判の判旨が引用され、「XらのB型肝炎ウイルスの感染が本件各集団予防接種に起因するものであると認められることができるか否かは、その間における右のような高度の蓋然性が証明されるか否かにかかるものというべきことになり、また、それが、右の蓋然性にまで至らず、単なる可能性に止まるものは足りないというべきである。」との基本的認識が示される。

続いて、次のような認定がなされる。(vi)「XらのB型肝炎ウイルスの感染については、注射針の連続使用がなされた本件各集団予防接種が相当程度有力な要因であることは否定し難い。」しかし、(vii)デイスボーザブル注射器の普及以前においては、注射等の一般の医療行為において本症ウイルスの感染があったものと推測されており、大腿四頭筋拘縮症が社会問題とされる以前においては、一般の医療機関での医療行為においても本症ウイルスの感染が生じうる危険性は相当程度あったし、(ix)乳幼児期ないし小児期において、大人との接触や子供同士のけんか、接触等によって、傷口、血液の混じった唾液等を解して、本症ウイルスの感染がありうるし、(x)親子、兄弟間に感染歴を有する者がいた場合、日常の密接な接触等を通じて、本症ウイルスの感染の機会がありうるし、さらには、(xi)本症ウイルスの感染力の強さから見て、想像を超える感染経路が存在しうるものと考えられる。(xii)「予防接種とウイルス感染との疫学的関係は、その性質上、予防接種とB型肝炎ウイルスの感染との間における一般的な対応関係を示すものであり、本件各集団予防接種と、原告らのB型肝炎ウイルスの感染との間における、具体的因果関係を直接証するものとは認め難いところである」が、本件において、原告らの疫学的因果関係についての主張に沿う具体的な証拠は見当たらない。(xiii)「X₃を除く各原告らのB型肝炎ウイルスの感染が本件各集団予防接種に起因するものであることについては、本件において、それらを是認し得るためのその間の高度の蓋然性の存在が証明されたものとみなすことは困難といわざる

を得ず、その間における因果関係を肯定することはできない」。

また、 X_3 については、次のような認定がなされる。(xiv)「 X_3 は、生後三ヶ月に、ツベルクリン反応検査とBCG接種を受けたところ」ツベルクリン反応検査については、注射筒が連続使用されることにより、B型肝炎ウイルスの感染が生じる可能性があった」が、「皮内注射の場合においては、その注射方法（略）からみて、静脈注射はもちろん、皮下注射の場合と比べても、B型肝炎ウイルスの感染の危険性は一般に低く、更に、その際、注射筒を連続して使用したものとしても、被接種者ごとに注射針を取り替えるならば、右の危険性は、注射針を連続使用する場合に比べて、相対程度低下することが窺われる」。(xv) X_3 へのツベルクリン反応検査が実施された当時の北海道内の受検者に対する調査の結果によれば、ツベルクリン反応検査を受けた者五四名中調査に協力した者三九名全員が感染歴を有する者ではなかった。(xvi)「 X_3 は、〈中略〉 E_1 が急性B型肝炎ウイルスに罹患した際に行われた検査の結果、B型肝炎ウイルスに感染していることが判明したものであるが、 X_3 ら主張のように E_1 のウイルスの感染源が X_3 であると断定すべき根拠は見当たらず、〈中略〉B型肝炎ウイルスの感染力の強さ及び〈中略〉B型肝炎ウイルスの顕性感染の場合の潜伏期間（四週間ないし二四週間）等からみて、 E_1 が X_3 を出産後、 X_3 以外の経路によりB型肝炎ウイルスに感染し、ウイルスが E_1 から X_3 に感染したものと解すべき余地も否定し難い」。(xvii)「B型肝炎ウイルスの水平感染の原因、経路等を考慮するならば、 X_3 がB型肝炎ウイルスに感染した原因等については、〈中略〉種々の可能性が考えられるところであり、それらを否定すべき積極的な理由も見当たらない」。(xviii)「以上のような諸事実を総合するならば、 X_3 のB型肝炎ウイルスの感染についても、それが本件集団予防接種（ツベルクリン反応検査）に起因するものであることに關しては、その間の単なる可能性の存在に止まらない、高度の蓋然性の存在までを認めることは困難といわざるを得ない。」

原審判決は、第一審判決を(49)変更し、「本件における X_3 らのB型肝炎ウイルス感染は、いずれも本件各集団予防接種に

よるもの」と判示し、Yの過失を認めた。

原審判決は、「XらのB型肝炎ウイルス感染の原因が本件各集団予防接種であったと認め得る直接証拠は見当たらず、また、疫学的な因果の連鎖を的確に示す客観的な間接事実を認め得る間接証拠も見当たらない。」としながらも、以下のように述べて、本件集団予防接種とXらの本件B型肝炎ウイルス感染との因果関係を肯定する。

〔1〕X₃を除く、Xらの感染時期は「それぞれが本件各集団予防接種を受けた時期に対応する乳児期から小児期（六歳ころ）までであり、複数の本件各集団予防接種のうち、いずれの予防接種に対応するかは具体的に確定できないものの、Xら主張の不法行為（原因）とその結果との間に大枠ではあるが疫学的観点からの時間的關係において因果関係を認め得る事実關係にあること、〔2〕本件各集団予防接種がいずれも一般人においてB型肝炎ウイルス感染の危険性を覚えることを客観的に排除し得ない状況で実施されたこと及びXらのB型肝炎ウイルス感染の原因として考えられる他の具体的な原因が見当たらないこと、すなわち、本件各集団予防接種の時期、場所、方法等については、いずれも具体的な事実が証明されているのに対し、被控訴人が指摘する控訴人らの本件各集団予防接種以外の原因に基づく感染の可能性をいうところの事由は、その時期・場所・方法等が抽象的であったり、感染の可能性という意味が、積極的な感染の蓋然性を必ずしも肯定し得ない、換言すれば感染の可能性を排斥しきれないといった消極的な意味における可能性を認め得るとどまるものであり、他の原因を排斥し又は他の原因との比較において優勢であると認めるに足りる具体的可能性を伴わないものであることに照らすと、本件各集団予防接種と控訴人らの各B型肝炎ウイルス感染との間の因果関係を肯定するのが相当である。」

そして、この判断に到る過程を、Xらの感染時期、本件各予防接種の具体的な危険性及び他の原因事由の順で、つぎのように述べる。

(a) Xらの感染時期については、第一審判決(ii)ないし(iv)とほぼ同様の根拠で、六歳ころまでに感染し、持続感染者状態になった。

(b) Xらの各母親らは持続感染者ではなく、X₄及びX₅の各母親は感染歴すらないとともに、Xらの各母親らがXららを妊娠していた時期に感染し、かつ、HB_e抗原陽性の状態であったことを疑うべき具体的な事情は見当たらないことから、垂直感染ではなく、出産後の水平感染によってXらが感染した。

(c) B型肝炎ウイルスの感染力は極めて強いが、血液を媒介として感染するのが状態であり、持続感染者からの輸血や血液付着器具を媒介とする血液接触を典型とし、血液接触を伴わない感染は可能性は否定できないが、そうした報告例は少ない。そして、日常生活においても血液接触があれば感染の可能性はあるが、そのような場面での感染例は希であり、感染の可能性の程度は持続感染者の保持するウイルスの活力・量と被感染者の免疫機能の良否は被感染者が接触した血液又はウイルスの量等によって左右されるので、閉じ込められた空間で終日かつ継続的に接触することが可能な状況と通常の職場や学校のように一日の限られた時間帯において接触する機会があるにすぎない状況とは、感染の可能性に差異がある。さらに、B型肝炎ウイルスが通常の洗浄による希釈やアルコール消毒に耐性を持つ強い感染力を有しており、血液を媒介する医療器具等の連続使用は禁忌であり、各人に新しい器具を用いるか、各回に十分な洗浄と一五分以上の煮沸消毒及び乾燥消毒をしないかぎり、感染の危険性を除去できない。

(d) Xらが本件各集団予防接種を受けた時期の各予防接種の方法について、昭和四四、四五年ころ以前は注射針を連続使用する方法で、それ以降は、BCG接種では一人一針の方法が大勢を占めていたが、ツベルクリン反応検査では注射針、注射筒ともに連続使用され、その他の予防接種では注射針については一人一針であったものの、注射筒、種痘針等は連続使用されていた。また、X₃が予防接種を受けた際には、BCG接種では管針が一人一針であったが、ツ

ベルクリン反応検査では注射筒が連続使用されていた。

(e) Xらが受けた本件各集団予防接種には、いずれも血液を媒介とするB型肝炎ウイルスの感染をもたらしうる具体的な可能性を認めることができ、これは皮内注射であつても同様である。

(f) 「Xら及びYの各統計的な主張事実から、本件各集団予防接種とXらのB型肝炎ウイルス感染との間の関連は確定できない」。

(g) 過去の予防接種時に肝炎の集団発生を報告したものがないとしても、当時、そのような関係に疑問を持たず、したがって、そのような観点からの調査をしていなかったという事情とB型肝炎の感染から発症までの特徴や研究・発見の経緯に照らすと、そのような報告がないということをもつて、集団予防接種とB型肝炎ウイルス感染との関係を否定することはできない。

(h) 院内感染その他医療機関受診時感染の可能性については、我が国の医療機関が医療用器具の消毒や取扱いを杜撰にするのが一般的なことであつたとは認められず、むしろ、我が国においては、第二次世界大戦前から医師資格を有する者にとつて、医療器具を十分に消毒して使用すべきことは職業的常識であつたこと、医療器具の消毒方法として、アルコール消毒といった日常生活で汎用されている方法では不十分であつて、器具を洗浄・煮沸して消毒する方法が一般で、小規模の個人開業医院のように機器の装備が不十分な医療機関であつても、そこで使用する医療器具の消毒については十全に行うことこそむしろ一般的であつたことが認められ、希有な事態を想定した上での危険性をもつて、本件各集団予防接種と等位に並ぶ具体的な感染可能性あるものと認めることはできない。

(i) 輸血による感染、家庭内感染その他学校等の集団生活の場面における感染の可能性については、XらのB型肝炎ウイルス感染時期がいずれも乳幼児期（最大で六歳時）であり、その集団生活の場面は限定され、Xらについて、輸血

を経験した事実は見当たらないし、家庭内の感染については、B型肝炎ウイルスの感染は血液接触を典型とし、乳幼児期の者が日常生活において他人と血液的接触をする場面を一般的に想定することは困難であることが認められ、Yの主張は、時期・場所・方法等を何ら特定することなく、単に抽象的な感染の可能性をいうにとどまり、こうした主張に係る事由を本件各集団予防接種と等位に並ぶ具体的な感染可能性あるものと認めることはできない。

(j) X_3 に関しては、一か月健診時におけるヘパプラスチンテストによって血液接触の機会があったことが認められるが、そこでは、いずれも使い捨ての医療器具が用いられており、 X_3 の同病院におけるその他の受診・治療時に注射が使用されたことはなかった。 E_1 と X_3 とのB型肝炎ウイルス感染の先後は明らかではないが、 X_3 の同居家族のうち、 E_2 及び E_3 には、B型肝炎ウイルスの感染歴ないことに照らすと、 E_1 が X_3 に先行してB型肝炎ウイルスに感染し、その他の者への感染が可能な状態となった後に X_3 にだけ感染させたとするのは成人の感染から発症、治癒までの期間が比較的短いことを考慮してもなお不自然であり、他方、 X_3 が E_1 に先行して感染して E_1 に感染させたとするのは、乳幼児が主として母親と密接に接触すること符合し、 E_1 が急性B型肝炎に感染する原因となる医療行為、対人接触、その他の感染原因となる事実が X_3 からの経路を除いて存在したことを認めることはできない。 X_3 について、現実的に想定することのできるB型肝炎ウイルス罹患の原因は、本件ツベルクリン反応検査又は E_1 の二者択一であり、 E_1 からの感染について上記の限りではあるが否定しうる根拠があること、 E_1 について X_3 からの感染以外には他の原因がないこと、 X_3 が乳児で授乳期にあり E_1 との接触が大きく、 E_1 の他への感染時期は限られた期間であり他の家族には感染させておらず、 X_3 が持続感染者になったという事実から遡って考えると、乳児期の母子との接触の中では、 X_3 が先に罹患して E_1 に感染させたとする方が自然であり、 X_3 は本件ツベルクリン反応検査によってB型肝炎に罹患したものと認めるのが相当である。

(k) X_3 が本件ツベルクリン反応検査によりB型肝炎ウイルスに感染したとすると、同一機会に連続接種を受けた者の中にB型肝炎持続感染者あるいは他への感染可能者が存在したことについては X_3 において立証責任があるというべきではあるが、 X_3 について、二者択一の感染原因のうち、 E_1 が消去され、本件ツベルクリン反応検査がその接種から相応の期間内にB型肝炎ウイルス感染が確認された X_3 の感染原因と認めざるを得ない関係にある本件においては、同一機会にツベルクリン反応検査を受けた者の外枠がかなりの程度で確定されながら、双方の責めに帰すことのできない上記調査の及びえない空白な部分が残ったという上記検査の経緯、顛末は、本件ツベルクリン反応検査と X_3 のB型肝炎ウイルス感染との相当因果関係の総合判断において、本件ツベルクリン反応検査が同控訴人のB型肝炎ウイルスの感染原因であると認定するについて妨げとならない。

(1) 「以上認定の各事実及び検討の結果を総合すると、本件各集団予防接種と控訴人らの各B型肝炎ウイルスに感染した事実との間には不法行為の成立要件としての相当因果関係を認めるのが相当である。」

当事者双方が上告。因果関係に係るYの上告受理申立て理由は、リスク因子の存在のみで具体的因果関係の存在を認めたことの違法を主たる内容とする。

【判旨】 ルンバール・ショック事件最判の判旨(ア)を引用し、次のように判示する。

(あ) 「(原審が認定した―筆者注)前記事実関係によれば、①B型肝炎ウイルスは、血液を介して人から人に感染するものであり、その感染力の強さに照らし、集団予防接種等の被接種者の中に感染者が存在した場合、注射器の連続使用によって感染する危険性があること、② X_1 らは、最も持続感染者になりやすいとされる〇(三歳時を含む六歳までの幼少期に本件集団予防接種等を受け、それらの集団予防接種等において注射器の連続使用がされたこと、③ X_1 らは、その幼少期にB型肝炎ウイルスに感染して持続感染者となり、うち X_1 及び X_2 は、成人期に入ってB型肝炎を発

症したことが認められる。また、前記事実関係によれば、④Xらの母親がXらを出産した時点でHBs抗原陽性の持続感染者であったものとは認められないから、Xらは、母子間の垂直感染（略）により感染したのではなく、（中略）水平感染によるものと認められる。」

（い）さらに、⑤「昭和六一年から母子間感染阻止事業が開始された結果、同年生まれ以降の世代における新たな持続感染者の発生がほとんどみられなくなったことが認められる」。⑥「この事実は、それ以前において、母子間の垂直感染による持続感染者が相当数存在したことを示すものであり、Aらが本件集団予防接種等を受けた時期に、集団予防接種等の被接種者の中にこうした垂直感染による持続感染者が相当数紛れ込んでいたことを示すものということができる（略）。」⑦「昭和六一年以降垂直感染を阻止することにより同年生まれ以降の世代における持続感染者の発生がほとんどみられなくなったということは、同年生まれ以降の世代については、母子間感染阻止事業の対象とされた垂直感染による持続感染者の発生がほとんどなくなったというだけでなく、母親が持続感染者でないのに感染した原告らのような水平感染による持続感染者の発生もほとんどなくなったということを意味し、少なくとも、幼少児については、垂直感染を阻止することにより同世代の幼少児の水平感染も防ぐことができたことを意味する。」⑧「前記のとおり、母子間感染阻止事業は、B型肝炎ウイルスの持続感染者である母親から出生した子に対し、出生時において感染防止措置を施すものであり、同事業の開始後も、そのような措置を施されなかった幼少児が多数存在するとともに、家庭内を含めて幼少児の生活圏内には相当数の持続感染者が存在していたと推認されることにかんがみれば、幼少児について、垂直感染を阻止することにより水平感染も防ぐことができたということは、一般に、幼少児については、集団予防接種等における注射器の連続使用によるもの以外は、家庭内感染を含む水平感染の可能性が極めて低かったことを示すものということもできる。」

(う)⑨「以上の事実に加え、本件において、Aらについて、本件集団予防接種等のほかには感染の原因となる可能性の高い具体的な事実の存在はうかがわれず、他の原因による感染の可能性は、一般的、抽象的なものにすぎないこと（Aらの家族の中には、過去にB型肝炎ウイルスに感染した者が存在するけれども、家族から感染した可能性が高いことを示す具体的な事実の存在はうかがわれない）」などを総合すると、⑩「Aらは、本件集団予防接種等における注射器の連続使用によってB型肝炎ウイルスに感染した蓋然性が高いというべきであり、経験則上、本件集団予防接種等とAらの感染との間の因果関係を肯定するのが相当である。」

【考察】 B型肝炎ウイルスの感染者は、肝炎を発症させ、肝硬変そして肝がんへと進展していく経過を辿る危険性があり（以下、これらの疾病をB型肝炎ウイルス関連疾病という）、B型肝炎ウイルスへの感染の有無は、抗原あるいは抗体の有無によって鑑別できるといわれる。その意味で、B型肝炎ウイルスに係る抗原・抗体の存在が確認されるB型肝炎ウイルス関連疾病については、B型肝炎ウイルスという作用因子が特定されているといえる。⁽⁵⁰⁾ 本件最判は、原審判決の判断を維持し、判旨（い）の事実を強調して、本件集団予防接種と本件B型肝炎ウイルス感染との間の因果関係を肯定する（したがって、以下においては、特に断らないかぎり、本件最判の因果関係認定に言及するときは、原審判決のそれも含める）。そして、学説のほとんどは、本件最判の行った因果関係認定に賛成する。⁽⁵¹⁾ しかし、本件最判には多くの疑点を指摘できる。

疑問点を挙げる前に、まず、本件最判についての調査官解説⁽⁵²⁾を見ておこう。

調査官解説は、本件B型肝炎ウイルス感染の原因が本件集団予防接種であるとの直接証拠はなく、また、本件集団予防接種等の被接種者の中にB型肝炎ウイルスの持続感染者がいたことや本件集団予防接種等によって他にB型肝炎ウイルスに感染した者が存在することなど、よりの確な間接事実の立証もなされていないこと、さらには、XらがB型

肝炎ウイルスに感染した時期すら客観的には明らかでないことも認める。⁽⁵³⁾そして、B型肝炎ウイルスの感染力の強さ等からして、注射器の連続使用による本件集団予防接種が本件B型肝炎ウイルス感染の原因たりうるが、同時に、他の原因による可能性も肯定できるとし、本件B型肝炎ウイルスの事実を知った時が本件集団予防接種等から長年月経過した後であることに鑑みると、科学的知見の水準からして、Aらが因果関係について本件以上に的確な立証をすることは困難であるとする。⁽⁵⁴⁾その上で、次のように述べる。

(ア) ルンバール・シヨック事件最判で判示された「通常人が疑を差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうる」程度、すなわち、高度の蓋然性をもって因果関係の存在が是認できるならば、因果関係の存在の証明があつたものとする因果関係存否の判定基準は、確立した判例である。⁽⁵⁵⁾

(イ) ルンバール・シヨック事件最判の調査官解説が述べるように、訴訟における法律上の因果関係は、科学上の論理必然的な証明ではなく、帰責判断という価値評価を内包とする歴史的事実の証明である。

(ウ) 他原因の可能性の排除に関しては、議論のあるところであるが、原告は、本証として、他原因の不存在を高度の蓋然性をもって他原因の不存在を立証する必要があるのに対して、被告は、反証として、当該結果の発生が専ら他原因によるのではないかとの疑いを抱かせる程度の立証をすれば足りるものと解されている。⁽⁵⁶⁾

(エ) 前掲ルンバール・シヨック事件最判を初めとして、これまでの先例は、「高度の蓋然性」という要件を「当事者双方の立証状況、原告の証拠提出(収集)の現実的可能性等を踏まえた上、他原因の可能性との総合評価において、当該事実が当該結果の原因であることについて高度の蓋然性を肯定することができるものであれば足りると考えているように思われる」⁽⁵⁷⁾

(オ) 本件最判の判断内容は以下のようものである。①原審が確定した事実が適法に確定されたものとし、その認

定事実から、判旨において掲げる①ないし⑨の事実関係が認められることを確認して、⑩において本件集団予防接種とXらの本件B型肝炎ウイルス感染との間の因果関係を肯定した。⁽⁵⁸⁾ ⑥Xらがその乳幼児期から幼児期までの間に水平感染によってB型肝炎ウイルスに感染したとの原審認定も経験則違反、採証法則違反の法令違反はないと判断した。⁽⁵⁹⁾ ⑦Xらが水平感染によるB型肝炎ウイルスに感染したこと、幼児期から小児期までに感染して、持続感染者となったこと、幼少期に本件集団予防接種等を受けたこと、および、本件集団予防接種等においてB型肝炎ウイルス感染の危険性のある注射器の連続使用が行われていたことを確認するが、これらの事実だけでは、本件集団予防接種等における被接種者中に感染者がいたことについての直接証拠のみならず、間接証拠もないので、Xらが本件集団予防接種等によってB型肝炎ウイルスに感染したことの高度の蓋然性があるとはいえない。⁽⁶⁰⁾ しかし、④母子感染予防措置によって水平感染を含む感染者全体の発生がみられなくなったとの原審認定事実から、母子感染防止事業開始前においては集団予防接種等の被接種者の中に垂直感染によるB型肝炎ウイルスの持続感染者が相当数紛れ込んでいたこと、及び、幼児については、集団予防接種等における注射器の連続使用によるもの以外は、家庭内感染を含む水平感染の可能性が極めて低かったことが示されると分析したうえで、本件集団予防接種等においても被接種者の中に相当数の持続感染者が紛れ込んでいたと考えられ、⑤で掲げる事実と総合すると、Xらが本件集団予防接種等によってB型肝炎ウイルスに感染したことの相応の可能性の存在が認められると判断した。⁽⁶¹⁾ そして、上述した水平感染の可能性が低いとの事実をも総合するならば、Xらが本件集団予防接種等によって本件B型肝炎ウイルスに感染したことの可能性はより高度の(他の水平感染の可能性が低い分、本件集団予防接種等の可能性が高い)ものと認めることができるとした。⁽⁶²⁾ また、③Yの主張する他原因の可能性について、一般的・抽象的なものにすぎないとした。すなわち、Xらの家族に感染歴のある者が存在するが、家族からの感染可能性が高いことを示す具体的な事実が認められないし、家族からの感染の可

能性は④の事実によれば極めて低いとともに、医療機関による感染についても、原審判決が医療器具を洗浄・煮沸する方法によって消毒して使用するのが一般的であったと認定していることから、一般的・抽象的なものにすぎないとした⁽⁶³⁾。そして、Yの主張する想像を超えた水平感染経路についても、一般的・抽象的なものにすぎないと判断した。

(カ) 原審判決はXらのB型肝炎ウイルス感染の原因となった集団予防接種を特定していないが、本件判決は、いずれの集団予防接種についてもYの過失を認めることができることから、原審判決を是認したものであり、先例に従うものである⁽⁶⁴⁾。

本件最判に関する調査官解説は以上のようなものであるが、事実認定論一般からすると、(イ)において、ルンバー・シヨック事件最判の調査官解説が示した、因果関係の証明は帰責判断という価値評価を内包とする歴史的事実の証明であるとの立場を改めて確認していることと、(エ)において、証明の基準である「高度の蓋然性」について、当事者双方の立証状況、原告の証拠提出(収集)の現実的可能性等を踏まえた上、他原因の可能性との総合評価において、当該事実が当該結果の原因であることについて高度の蓋然性を肯定することができればよい、との見解を表明することが注目される。前者は、いわゆる事実的因果関係といえども、帰責に係る規範的価値評価を内包するとするのであり、事実的因果関係という概念の存在意義を改めて問いかけるものである。そして、後者は、コモン・ロー諸国における民事訴訟での証明度である優越的蓋然性(証拠の優越)⁽⁶⁵⁾を想起させ、大陸法系の系譜に連なる我が国においてそれが受け入れられるのかという問題を提起する⁽⁶⁶⁾。それぞれ、不法行為法あるいは民事訴訟法の根幹に触れる大問題であり、本稿で詳しく扱うことはできない。これらについては、別稿で論じる予定であり、ここでは、次のように述べるに止める。

まず、前者についてであるが、そこでいわれるように、事実的因果関係の認定に法的価値判断が内包されることは否定できない。しかし、その価値判断とは帰責に係る価値判断ではなく、証拠の評価という証拠法固有の価値判断であるべきである。帰責に係る価値判断は、その判断対象となる事実が確定されて初めて行いうるはずである。事実的因果関係の有無はあくまでも事実の問題であり、それに適用されるべき帰責に係る実体法上の価値判断が介入すべきではない。ただし、事実認定において、証明度をどの程度にするのか、証拠の信頼性をどう評価すべきか等、様々な証拠法上の価値判断がなされることまで否定するものではない。この点で、調査官解説（イ）には賛成できない。

また、後者に関しては、コモン・ロー諸国の「優越的蓋然性」と大陸法の「高度の蓋然性」とはコインの裏表の関係にあるというべきであり、両者の間に大きな違いはないということ指摘しておきたい。たとえば、アメリカにおいては、民事裁判の証明度は「優越的蓋然性（証拠の優越）」であるといわれるが、事実認定者（陪審あるいは裁判官）の心証度は高度の蓋然性の程度に形成されているとの調査研究が公表されている。⁽⁶⁷⁾

調査官解説のいうように本件最判が優越的蓋然性説を採用したかどうかの評価はさておくとして、指摘しなければならぬのが、B型肝炎ウイルス感染の可能性が具体的であるか、一般的・抽象的であるかを基準として、本件で特定された作用因子の経路を認定することを本件最判が支持したことの問題点である。被害発生の可能性が具体的か一般的・抽象的かということを基準とすること自体を間違いというつもりはない。⁽⁶⁸⁾しかし、何をもって具体的というのか、あるいは、抽象的というのかを明確にしないかぎり、基準しては無益であるどころか、恣意に流れるおそれがあり、有害でさえある。

本件では、本件集団予防接種等がXらのB型肝炎ウイルス感染の原因であったかどうか争われたのであるが、集団予防接種がB型肝炎ウイルス感染をもたらす一般的・抽象的な可能性があること自体は争われてはいない。争点は、

本件集団予防接種以外の、母子感染（垂直感染）、一般医療における注射等による感染等のB型肝炎ウイルス感染をもたらし一般的・抽象的な可能性があるものを排除できるかどうかであった。

本件最判は、本件集団予防接種等については、集団予防接種における注射針又は注射筒等の連続使用と注射という行為自体が血液接触をもたらし現実的な危険を有することから、血液を媒介とするB型肝炎ウイルスの感染をもたらしうる具体的な可能性が認められること（原審判旨(d)及び(e)参照）及び本件集団予防接種等が実施された時期、場所、方法等については、いずれも具体的な事実が証明されていること（原審判旨(2)参照）から、本件集団予防接種の可能性が具体的であるとした原審判決を支持する。これに対して、母子感染に関しては、判旨(あ)④のように、Xらの母親がXらを出産した時点でHB_e抗原陽性の持続感染者であったという具体的な事情が認められないこと（原審判旨(b)参照）を理由に、Xらの感染が母子感染による可能性を排除する。しかし、それぞれにおいて用いられている「具体的」という言語は異なった意味で用いられている。いわば、ダブル・スタンダードとなっている。すなわち、母子感染について、母親が分娩時にHB_e抗原陽性であったことが「具体的」な危険性の有無の基準であるというならば、集団予防接種に関しても、各被接種者への接種の時に、注射器等がB型肝炎ウイルスに汚染されていたことが「具体的」な危険性の有無の基準ということになるはずである。しかるに、本件最判は、調査官解説も認めるように、本件集団予防接種の被接種者の中にB型肝炎ウイルス感染者が存在していたことの的確な間接証拠がないにもかかわらず、具体的な危険性が存在したとしているのである。「本件集団予防接種が一般人においてB型肝炎ウイルス感染の危険性を覚えることを客観的に排除しえない状況で実施された」ことを根拠にするのであろうか。しかし、それは、危険性の程度ないし大きさについて何ら言及するものではなく、リスク因子の存在を認識できたかどうかを述べるだけであって、具体的な危険性があったという根拠とはならない。そうだとするならば、同様の認識は、母子感染

についてもいえよう。あるいは、集団予防接種には、血液接触の現実的な危険が存在すること及び接種実施の時期、場所、方法が具体的に証明されていることから、「具体的」な危険性が認められるというのであろうか。しかし、分婉についても、血液接触の現実的な危険は存在するし、本件分婉の時期、場所、方法は本件集団予防接種のそれよりもはるかに具体的である。したがって、母子感染を一般的・抽象的なものであるとして、感染経路から排除するならば、同じく、集団予防接種も排除しなければならないというべきである。逆に、集団予防接種が具体的な危険性を有するとするならば、母子感染も同様に扱うべきであろう。

本件最判の垂直感染を排除するための論理及び事実認定に対する疑問に加えて、一般医療における注射行為等による感染可能性を一般的・抽象的なものであるとして排除したことについても疑問を禁じ得ない。本件最判が認めるように、本件集団予防接種では、注射針又は注射筒の連続使用がなされており、その危険性があることに疑いはない（ただし、その危険性が一般的・抽象的なものとどまることについては前述した）。他方、六歳ころまでの感染が持続感染者化をもたらすという本件最判の認定を前提にしても、Xらが出生から六歳になるまでの間の日常生活の中で、一般医療を受け、注射等の血液接触を伴う医療行為を実施されたことの蓋然性は経験則上極めて高い。そして、その注射等医療行為の実施に際して、十分に消毒された注射針及び注射筒等の医療器具が用いられないかぎり、それらによるB型肝炎ウイルス感染の危険性は集団予防接種と場合と大きな違いはない。この点に関して、本件最判は、一般医療における注射等においてはその器具を十分に煮沸消毒するのが一般的であり、消毒が不十分であったということは希有な事態であるとして、一般医療における注射等による感染の可能性を一般的・抽象的であるとす。しかし、十分な消毒をすることが一般的であったとする根拠としては、臨床医学的規範としてそうすることが医師に求められていたことと、多くの医師がそれに従っていた（はずである）ことが挙げられるだけである。そして、そこで引用される専

門家の証言が一般医療の実態をどこまで把握してのものであるのかは吟味されていない。したがって、事実として消毒が十分になされていたかどうかは不明であり、それが希有な事態と認められるはずもない。原審判決がいみじくもいうように、「あつてはならない」事態であるから、希有な事例であると認めたのではないだろうか。しかし、あつてはならない事態の発生が決して希ではない事例はしばしば見聞される。結局、本件最判の認定論理に従うならば、車に撥ねられて負傷した被害者が道路脇に倒れていた場合に、事故があつたと思われる時間帯に事故現場付近を交通規則に違反して通過した自動車が特定されたならば、当該自動車の交通事故惹起の危険性は具体的であると認め、同じ時間帯に当該場所付近を通過した他の自動車が数台あつたとしても、それら数台の自動車が交通規則に違反するということはあつてはならないことであり、それらが交通規則に違反するということは希有な事態であるとして、当該自動車の交通法規違反の有無を格別に吟味することなく、その事故惹起の危険性は一般的・抽象的なものにすぎないとするようになる。こうしてみると、本件最判が一般医療における感染の可能性を排除した論理及び事実認定も説得的ではない。

なお、本件最判は、判旨(い)において、母子間感染防止事業が始まつた昭和六一年以降、新たな持続感染者がほとんど見られなくなったという事実(判旨⑤)から、垂直感染による持続感染者の発生がほとんどなくなったことだけでなく、母親が持続感染者でないのに感染したXらのような水平感染による持続感染者の発生もほとんどなくなったことを意味するとし(判旨⑦)、同事業の開始後も、そのような措置を施されなかつた幼児が多数存在するともに、家庭内を含めて幼少児の生活圏内には相当数の持続感染者が存在していたと推認されることにかんがみれば、幼少児について、垂直感染を阻止することにより水平感染も防ぐことができたということは、一般に幼少児については、集団予防接種等における注射器の連続使用によるもの以外は、家庭内感染を含む水平感染の可能性が極めて低かつた

ことを示す（判旨⑧）とする。しかし、本件最判のこの判断には次のような問題が潜んでいる。

本件最判が昭和六一年以降に新たな持続感染者がほとんど見られなくなったことの原因として、母子間感染防止事業の実施だけを考えていることの問題点をまずは指摘しなければならぬ。事実としては、本件最判の指摘どおり、母子間感染防止事業の実施に前後して、持続感染者化率が急速に低下したことは明らかである。しかし、昭和四〇年代後半の頃から、一般医療において、そして少し遅れて、集団予防接種においても、注射針及び注射筒のデイスポーザブル化が急速に普及していったという事情や輸血後B型肝炎防止のための諸検査及び感染防止の措置が広がっていたという事情も存在し、これらも水平感染の主要な感染経路を遮断する効果が大きいことも無視できない。したがって、垂直感染を阻止することを主眼とする母子間感染防止事業が乳幼児の持続感染者化を阻止する結果として、それ乳幼児からの水平感染を防止するに大きな効果をもたらした考えることが妥当だとしても、それと注射器具のデイスポーザブル化や輸血後B型肝炎防止のための諸措置とによる総合的な効果を考えずに、母子間感染防止事業のみを捉えての分析は適切とは思われない⁽⁷⁰⁾⁽⁷¹⁾。

より問題なのは、本件最判判旨（い）⑧で示された家庭内感染を含む水平感染の可能性が極めて低かったとの認定である。まず、この認定は、Xらの感染が水平感染であるとの前提に立っているが、そのような前提の問題点は既に指摘した⁽⁷²⁾。それを別にしても、なお、本件最判の認定には疑問がある。判旨のいうように、母子間感染防止措置未実施の多数の幼少児や幼少児の生活圏に相当数の持続感染者が存在したとの推認が妥当であるとしても、そうした幼少児や持続感染者の存在にもかかわらず垂直感染防止措置によって水平感染も防ぐことができたという事実から、集団予防接種等における注射器の連続使用によるもの以外は、家庭内感染を含む水平感染の可能性が極めて低かったと認定する根拠はどこにあるのであろうか。少なくとも、本件最判を読むかぎりには、根拠になるようなものはどこにも示

されていない。本件最判の指摘する事実は、前述の注射器具のデイスポーザブル化や輸血後感染防止のための諸措置などとの総合的な効果によつてもたらされたと解されることはあつても、集団予防接種による注射器具の連続使用以外の水平感染の可能性が低いとの認定を導き出すことはできない。⁽⁷³⁾

そして、 X_3 に関する因果関係について、本件最判は、直接の言及をほとんどしていない。ただし、原審判旨(i)を維持するのは明らかである。そして、この認定についても、いくつかの疑問を抱かざるをえない。まず、 E_1 の感染経路が X_3 からの感染以外にはないとすることへの疑問である。たとえば、前述したように、注射など一般医療における医療行為という感染経路は否定できない。そして、原審判決自ら認めるように、 E_2 及び E_3 に感染歴がないという事実は、 E_1 からの感染を否定する根拠としては弱いという点である。すなわち、同じ事実がありながら、 E_1 からの感染時期が限られているという理由を持ち出して、 X_3 経路で感染した E_1 が E_2 及び E_3 には感染させなかつたとしているのであるが、この理由を持ち出すならば、 E_1 から X_3 だけに感染させたということも十分に成り立つ。結局、 X_3 については、ツベルクリン反応検査を受けたということだけで、それとB型肝炎ウイルス感染との因果関係を認めたと等しいといえる。これまで考察してきたように、複数のリスク因子のそれぞれによる感染の可能性が具体的なし積極的なのか、あるいは抽象的なし消極的であるかどうかを比較することによつて、集団的予防接種等以外のリスク因子を排除し、集団的予防接種と本件感染との因果関係を肯定する本件最判の判断は、その判断基準が曖昧で、十分な根拠を欠いているといわなければならないまい。

6 まとめ

本稿において、不確実な事実に関する因果関係をどのようにして認定すべきかについて、主要な最高裁判決を素材に検討してきた。その結果、各最判が疫学的証拠を初め、様々な間接証拠に基づいて因果関係を認定していることが明らかになった。しかし、顆粒球減少症事件判決を別にして、各最判が各間接事実の特性とそこから導き出される推論の意義と限界について十分な考察をしていると思われない。とりわけ、疫学的証拠とそれ以外の間接証拠との関係を十分に理解していないことから、それぞれの証拠から得られる推論のつまみ食いをしているかのような印象を拭い切れない。

法における因果関係は、あくまでも、具体的因果関係であり、それに係る事実が不確実な場合に、その具体的因果関係をどのようにして認定していくのが問われているのである。発症機序あるいは到達機序（もしくは感染）が不確実であるという事案においては、疫学的証拠もそれ以外の間接証拠も、基本的には、ある因子がある被害を生じさせる関係にあるかという、一般的因果関係について言明するものでしかない。したがって、それら証拠から、具体的因果関係をどのようにして証明ないし認定するのかは、証拠法上の法的判断に依らざるをえない。こうした法的判断が正当なものとして支持されるためには、当該事案において一般的因果関係を有するとされる複数の因子の中から、被害者が主張する因子が当該被害の原因であり、他の考えられる因子が原因でない、又は、それに寄与している可能性が極めて低いとの証明がなされる必要がある。

そして、その証明は、原因鑑別という手法によるのが通常であり、各最判はそうした手法を採用してはいるものの、

鑑別のための基準が曖昧であったり、直感的であったりするため、恣意的な鑑別になつていられると思われる。これがルンバール・ショック事件最判の調査官解説及び集団予防接種B型肝炎ウイルス感染最判の調査官解説がいう「訴訟における法律上の因果関係は、科学上の論理必然的な証明ではなく、帰責判断という価値評価を内包とする歴史的事実の証明である」ということの帰結であるのかもしれない。しかし、すでに簡単に触れたように、歴史的事実の証明であることが、証拠法上の法的判断を内包するとしても、帰責判断という価値判断を当然に内包するものではない。証拠法上の法的判断に帰責判断という価値判断が内包されているのであろうか。そうであるならば、その理由ないし根拠が示されるべきである。そして、仮に、それを是とした場合に、その帰責判断とはどのようなものをいうのであろうか。過失判断と異なるのかどうか。同じであるならば、過失ある被告は、因果関係の不存在を証明しないかぎり、不法行為責任を負うという結果を認めるに等しいことになり、不法行為法における大原則を覆すことにならう。異なるというならば、どう異なるかの説明が求められよう。残念ながら、この点についての説明は得られていない。

不法行為訴訟において、被害者救済に重点が置かれることは、我が国のみならず、外国においてもしばしば指摘されるところである。⁽⁷⁴⁾しかしながら、冒頭に述べたように、「自己責任の原則」の下で保護される諸権利・諸利益との衡量が忘れられてはならない。本稿で取り上げた各最判を見る限り、そうした衡量が十分になされているとは思われない。

注

- (1) 昭和五〇年一〇月二四日民集二九卷九号一四一七頁。
- (2) 昭和四四年二月六日民集二三卷二号一九五頁。
- (3) 平成九年二月二五日民集五一卷二号五〇二頁。
- (4) 平成一八年六月一六日民集六〇卷五号一九九七頁。
- (5) ルンバール・ショック事件最判を引用する公式先例は、本稿で取り上げるもの以外にも、延命可能性の喪失についての先例

- である最判平成一一年二月二五日民集五三卷二号二三五頁があるが、不作為不法行為における因果関係を巡る議論にも関わるので、不作為不法行為を論じる予定の別稿で改めて検討する。
- (6) 奈良次郎「判例解説」最高裁判所判例解説民事篇(下)昭和四四年度(法曹会・一九七〇年)九四八頁以下。
- (7) 伊藤高義「判例評釈」判タ二二六号(一九六九年)一〇二頁。
- (8) 石垣君雄「判例解説」医事判例百選(一九七六年)六九頁、同旨・星野雅紀「判例解説」医療過誤判例百選〔第二版〕(一九六六年)九三頁(「一応の推認」の理論を適用した事例と解しようとする)。
- (9) 石田穰「判例研究」法協八九卷(一九七二年)一八〇五頁以下。
- (10) 清水兼男「判例批評」民商六一卷六号(一九七〇年)一〇四八頁
- (11) 石田・前掲注(9)一八一〇頁。
- (12) 奈良・前掲注(6)九四九頁。
- (13) 本件最判に関して、統計的因果関係の存在を一つの根拠とした判決との評価をするものが多い(たとえば、川井健「春日維知郎「判例評釈」判タ三三〇号(一九七六年)八三頁、石田穰「判例研究」法協九三卷(一九七六年)一九六四頁等)。しかし、本件最判で参照される統計的数値は、単純集計をしただけのものであって、統計的因果関係というにはほど遠い、素朴なものであることは留意されるべきである。
- (14) 奈良・前掲注(6)九四九頁。
- (15) 奈良・前掲注(6)九四九頁。
- (16) 調査官解説は、レ線照射開始時を始期とし、皮膚癌の診断があった時を満期として八年間という値を示しているが、本件最高裁及び調査官解説の論理を前提にするかぎり、レ線照射量が癌への変異の原因となりうる一定量に達した時点を開始とし、癌の診断がなされた時点ではなく、癌への変異が生じた時点とすることになるはずであり、それら時点を客観的に把握することはできないにしても、八年よりも短くなることは明らかである。そうすると、調査官解説も認める異常性は、調査官解説のいう「かなり異常」に早い発癌ではなく、「著しく異常」な発癌といえるのであり、レ線照射から皮膚癌発生の一般的経過からは大きく逸脱するといえよう。
- (17) 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為(復刻版)』(日本評論社、一九八八年(初出・一九三七年))一九六頁、前田達明『民法Ⅵ2(不法行為法)』(青林書院新社、一九八〇年)一九二頁等。なお、近時、共同不法行為を類型化して論じる見解が多い

が、そこでも、従来、加害者不明の共同不法行為とされてきた類型に関しては、因果関係を除く不法行為要件の充足が必要とされる。たとえば、平井宜雄『債権各論Ⅱ（不法行為）（八刷）』（弘文堂、二〇〇四年）二〇七頁。

- (18) 加害者不明の共同不法行為の典型である択一的な不法行為に関しては、ドイツ法、フランス法、コモン・ローのいずれにおいても、因果関係要件を除いた不法行為要件の全てを各原因たりうる者が充足することを要求しており、これが充足されていない場合の処理が現在大きな議論となっている。この点に関しては、新美育文「リスクと民事責任における因果関係—アメリカ法の対応—」加藤一郎先生追悼論文集『変動する日本社会と法』（有斐閣、二〇一一年）三三二頁以下、同「アスベストに被曝した喫煙者の肺がん罹患と因果関係」法律論叢八五巻一号（二〇一二年）一三三頁以下、同「アスベスト被曝と中皮腫罹患との因果関係及び疫学的証拠の意義—英国判例を素材に—」法律論叢八五巻（近刊）を参照されたい。

- (19) 萩澤清彦「医療過誤訴訟の一事例」中野貞一郎編『科学裁判と鑑定』（日本評論社、一九八八年）七三頁以下。
 (20) 松倉豊治「鑑定と事実認定」大阪府医師会編『医事裁判と医療の実際』（成文堂、一九八五年）一〇二頁以下。

- (21) 浅野直人「判例研究」福岡大学法学論叢二二巻一号（一九七六年）七七頁以下は、本件判決の挙げる間接事実について詳細に検討を加えている。しかし、ここでは、それら間接事実が主要事実を推定するだけの意味を有するかという視点からではなく、一般通常人の常識に適用かどうかに関心が向けられており、被告側の反証可能性があることを理由に、そうした一般通常人の常識に基づく認定を肯定する。しかし、このような結論は、口頭弁論終結時の医学あるいは科学の水準によっても、なお、反証可能性が存在しない場合には妥当とは思われない。

- (22) 牧山市治「判例解説—最高裁判例解説民事篇昭和五〇年度（法曹会・一九七九年）四七一頁以下。

- (23) 牧山・前掲注（22）四七四頁。

- (24) 牧山・前掲注（22）四七四—四七五頁。

- (25) 牧山・前掲注（22）四七六頁。

- (26) 牧山・前掲注（22）四七七頁。

- (27) 牧山・前掲注（22）四七七—四七八頁。

- (28) もちろん、データないし証拠の評価基準については、法におけるそれと同一であるというわけではない。

- (29) 笠井正俊「医療関係民事訴訟における事実的因果関係の認定と鑑定」法学論叢一五四巻四・五・六号（二〇〇五年）四二八頁、米村滋人「判例評釈」医事法判例百選（二〇〇六年）一五六頁参照。また、野山・後掲注（47）一六四頁以下も同旨を述べる。

- (30) 川井 春日・前掲注(13) 八四頁、石田 前掲注(13) 一八六頁以下、鈴木俊光「判例評釈」民訴法判例百選Ⅱ(新法対応版)(一九九八年)二五五頁。また、笠井正俊「判例解説」民訴法判例百選(第三版)(二〇〇三年)一三五頁も、ほぼ同旨を述べる。
- (31) この点を指摘するものとして、森島昭夫「判例評釈」判時八一三号(判評二〇九号)(一九七六年)一三三頁参照。
- (32) 医療事故の原因たりうる不手際が存在すれば、当該事故による被害と当該不手際との間の因果関係を認定しないは推定するという考えは、ドイツにおける「重大な不手際」(grober Behandlungsfehler)の法理を参考に唱えられた。加藤 一郎 鈴木 潔・監修『医療過誤紛争をめぐる諸問題』(法曹会、一九七六年)二九三頁以下(竹下発言)がその嚆矢といえよう。その後、これについて言及するものとして、稲垣喬「第三章 診療過誤」前田達明 手嶋豊・執筆代表『医事法』(有斐閣、二〇〇〇年)二九七頁、円谷峻「重大な医療過誤と因果関係の証明」明治大学法科大学院論集七号(二〇一〇年)二二六頁等。なお、ドイツの「重大な不手際」法理の下では、因果関係の推定ないし立証責任の転換が認められるためには、当該不手際が現実生じた損害と同種類の損害を「相当程度に」発生させるのがことが要求され、推測や蓋然性では足りないこととされる。何をもって「相当程度に」というのは明らかでないが、推測や蓋然性では足りないこととされていることは重要である。また、個別具体的な事件における事実の認定において、現実生じた損害ではなく、それと同種の損害の発生についての相当性を取り上げていることからすると、集団的な事象を扱う統計的な確率を念頭に置いてるように思われる。こうしたことからすると、「重大な不手際」というのは、当該種類の損害発生に関して、統計的にみて高い確率を示す不手際のことをいっていると考えられる。つまり、当該損害発生のリスクが高いということに大きな意味が与えられているといえよう。ちなみに、円谷・前掲二四四頁以下は、ドイツの判例を詳細に紹介しており、本稿もそれに負うところが大きい。また、「重大な不手際」に関しては、専門家による評価に基づくかなければならないとされ、かつ、客観的な立場からはとうてい理解しがたいと思われる過誤をいうとされていることは紹介する(二四四頁)が、何故それが因果関係の立証責任を転換する根拠になるのかについては言及していない。事実的因果関係という点からすれば、問題の加害行為の帯びるリスクの内容とその大きさこそが重要であり、それが医学的に見て通常でないかどうかは二次的な意味しかないといえよう。
- (33) 日本を代表する内科臨床医であった沖中博士は、昭和三十八年三月の最終講義において、剖検の結果に照らして、自己の誤診率が一四・二%であると公表した際、一般の人はその誤診率が高いことに驚いたが、多くの医師は誤診率が極めて低いことに感心した、とのエピソードを紹介する。沖中重雄『医師と患者』(東大出版会、一九七一年)三頁以下。もっとも、沖中博士は、「誤診」という言葉に対する理解が医師と患者とは異なることも同時に指摘される。

- (34) 上告理由は、脳出血であるとの判断の下で診療を続けたことをもって自白であると主張するが、裁判での証言ならばともかく、臨床における診療行為がなされたことをもって自白とはいえない。ただ、石田・前掲注(13)一八六五頁以下は、訴訟上の自白とはいえないまでも、脳出血が病因であることのかかなりの根拠となるという。しかし、試行錯誤をしながら、複数の原因たりうる因子を徐々に絞って、診療に当たるといふ医療の本質を理解しない見解といえよう。ちなみに、浅野・前掲注(21)七八頁は、医師らが出血であるとの判断の下で診療を続けたという事実が有力に働いたと推測する。
- (35) I日鑑定意見(七)がこの点を指摘する。さらに、美濃真「医学側コメント」前掲『医療と法』一一五頁以下は、松倉・前掲注(20)講演に対する医学者としてのコメントとして、「裁判の中に出てくる出血性素因は、病態の始めにあつたと思いが、出血性素因が脳出血を起こしたということは、たとえ初めにDICの状態があつたとしても、事件を起こした当時の状態では考えることはできない」と述べる。また、米村滋人「判例解説」『医事法判例百選』一五六頁は、「脳出血の背景とされた出血傾向を示すルンベルグ現象の検査(略)は、現代医学の見地からは臨床的意義が疑わしい上に、重症感染症に伴う血小板減少・凝固能異常であれば本件発作の時点で改善していた可能性があり、脳出血の誘因があつたとは即断しえない」という。
- (36) 美濃・前掲注(35)一一六頁。
- (37) イギリス最高裁の Phillips 卿は、Stekewicz v. Greif[2011] UKSC 10 において、「法律家でない者の『確からしい』という用語は、『立証された』という意味ではけつしてない。通常人のいう『確からしい』は、立証されたかどうかを要求する法律家のそれとは異なっているし、また、それほど厳格ではない。通常人の『確からしい』は、発生の確率が『限界的(marginal)でない』という意味ではない。しかし、優越的蓋然性において、『確からしい』かどうかを判断する裁判所にとっては、『限界的な』確率が意味を持つこともある」とした。Dingley v. The Chief Constable, Strathclyde Police 1998 SC 548 における Prosser 卿の言辭(at 603)を引用する。
- (38) その意味では、本件最判が、多くの鑑定意見で脳出血の可能性は低いとされたにもかかわらず、脳出血の発生を認定すること自体に問題はない。問題は、何を根拠にそのような認定をするのかである。
- (39) 石田・前掲注(13)一八六六頁は、K鑑定の存在が本件発作・後遺症の病因を脳出血とする根拠になりうるのは当然であるとするが、鑑定の意味するところを十分に吟味しないまま、このような評価をすることは疑問である。
- (40) 注(35)参照。
- (41) あるリスク因子が確率的に圧倒的大きいということは、他のリスク因子が作用した可能性が極めて小さいことを意味し、当

該因子が原因として作用したと推論することの重要な根拠となろう。

(42) 同旨・石田・前掲注(13) 一八六六頁。

(43) ただし、推定するためには、本件事案においては、髄膜炎の再燃の可能性よりも脳出血の可能性が明らかに大きいことが示されなければなるまい。

(44) 本件では、Xの発作及びその後の障害の原因について、脳出血か、さもなければ髄膜炎の再燃か、という争いに終始していることは事実である。訴訟代理人の訴訟戦術に因るものであろうと思われるが、事案解明という点からすれば、疑問の残るところである。裁判所としては、当事者主義という制約があるとしても、釈明権を適切に行使する必要があったのではなからうか。本件最判は、調査官解説がいうように、発生機序が不明であるとの認識は抱いていたようであり、それらが択一的関係にあるとしているわけではない。鑑定が第三あるいは第四の原因がある可能性を示唆していることからみても、裁判所は、これら鑑定をより慎重に吟味すべきであったと思われる。

(45) 吉田邦彦「判例批評」判時一六二一号(一九九八年)二〇二頁、野田寛「判例批評」私法判例リマックス一九九八年(上)七五頁、児玉安司「判例解説」医事法判例百選(二〇〇六年)一七三頁、笠井・前掲注(29)四四四頁以下等。なお、松村弓彦「判例研究」NBL六三八号(一九九八年)六〇頁以下参照。

(46) 野山宏「最高裁判所判例解説」最高裁判所判例解説民事篇平成九年度(上)(法曹会・二〇〇〇年)二九三頁。

(47) 川井・春日・前掲注(13)八二―八三頁、遠藤賢司「医療過誤訴訟の同項(二)司法研修所論集一九七三年一号一七頁以下等。

(48) 札幌地判平成二二年三月二八日訟月四七卷二号二三五頁。

(49) 札幌高判平成一六年一月一六日判時一八六一号四六頁。

(50) ただし、現代医学をもってしても、B型ウイルスが肝炎、肝硬変あるいは肝がんへの進展していく機序の詳細は解明されているわけではない。しかし、肝硬変あるいは肝がん(原発性肝がん)は、ウイルス性のものが大多数だといわれている。したがって、医学界では、肝硬変や肝がんの患者についてウイルス感染が確認された場合には、ウイルスが原因であるとされている。したがって、本件事案を作用因子が特定された事案であると捉えることは許されよう。

(51) 青野博之「判例研究」ひろば六〇巻三号(二〇〇七年)六二頁、鹿野菜穂子「判例評釈」私法判例リマックス三五号(二〇〇七年)六一頁、田中宏治「判例解説」法学教室三二六号(二〇〇七年)一一頁、飯屋篤子「判例解説」法学セミナー増刊二号

(二〇〇八年) 八八頁等。ただし、米村滋人「判決紹介」年報医事法学二二二号(二〇〇七年)一六〇—一六一頁は、批判的な論評を行う。

- (52) 松並重雄「判例解説—最高裁判所判例解説民事篇平成一八年度(下)(法曹会・二〇〇九年)七〇六頁以下。
- (53) 松並・前掲注(52) 七三五頁。
- (54) 松並・前掲注(52) 七三五・七三六頁。
- (55) 松並・前掲注(52) 七三六頁。
- (56) 松並・前掲注(52) 七三八頁。
- (57) 松並・前掲注(52) 七四三頁。
- (58) 松並・前掲注(52) 七四四頁。
- (59) 松並・前掲注(52) 七四四頁。
- (60) 松並・前掲注(52) 七四五頁。
- (61) 松並・前掲注(52) 七四五頁。
- (62) 松並・前掲注(52) 七四六頁。
- (63) 松並・前掲注(52) 七四八頁。
- (64) 松並・前掲注(52) 七四九頁。
- (65) アメリカ民事訴訟において、証明度に係る優越的蓋然性(証拠の優越)という概念を証明責任(証拠提出責任および説得責任)との関連で明快に説明するとともに、現時点での理論状況を詳論するものとして、田村陽子「アメリカ民事訴訟における証明論—『法と経済学』的分析説を中心に—」立命館法学三三三・三四〇号(二〇一一年)一九七頁以下。
- (66) 優越的蓋然性に関しては数多くの論文が公表されているが、ここでは、とりあえず、伊藤眞ほか「座談会・民事訴訟における証明度」判タ一〇八六号(二〇〇二年)四頁以下を挙げておく。
- (67) See C. M. A. McCauliff, *Burdens of Proof: Degrees of Belief, Quanta of Evidence, or Constitutional Guarantees?*, 35 VAND. L. REV. 1239, at 1325 n. 184, 1330-31(1982); Rita James Simon & Linda Mahan, *Quantifying Burdens of Proof: A View from the Bench, the Jury, and the Classroom*, 5 LAW & SOC'Y REV. 319, at 324-25, at 327 tbl. 7(1971). なお、これらの概要については、新美育文「リスクと民事責任における因果関係—アメリカ法の対応—」森寫昭

- (68) 夫「塩野宏編『変動する日本社会と法』加藤一郎先生追悼論集(有斐閣、二〇一一年)三五六頁注(一一四)参照。
疫学的因果関係と法における事実的因果関係に関して、前者を一般的因果関係、後者を具体的因果関係と呼び、前者を前者の認定にどのように活用すべきかという議論は一般に行われる。そこでは、前者はある因子への曝露がある疾病の発症の原因であることを同定するものであり、後者は裁判における具体的な患者の罹患した疾病の原因を同定するものとして論じられる。両者の関係を詳しく論じるものとして、Federal Judicial Center & National Research Center of the National Academies, REFERENCE MANUAL ON SCIENTIFIC EVIDENCE(2011), pp. 608-618.
- (69) この認定にもいくつかの疑問があるが、ここで指摘しておきたいのは、成人のキャリア化を指摘する専門家の見解に対する対応である。第一審判決、原審判決及び本件最判は、成人のキャリア化の機序が明らかでないとして、その見解を一蹴する。機序が明らかでないからこそ、統計的ないし疫学的証拠を初めとして、様々な間接証拠を検討して事実認定がなされるはずである。機序が明らかでないというだけで却けられるならば、そもそも、本件は初めから棄却されることになろう。
- (70) 松久三四彦「判批」判時一九七八号(二〇〇七年)一八二頁も、水平感染による持続感染者がいなくなったとの評価は慎重にすべきであるとするも、注射器具のデイスポーザル化や輸血後感染防止のための諸措置の存在に言及することなく、垂直感染防止事業によって幼少時の水平感染も防ぐことができたとする。
- (71) 白木和夫「B型肝炎ワクチンと母子感染防止」モダンメディア五〇巻二二号(二〇〇四年)二八〇頁は、HBVキャリア発生阻止のためには、乳幼児の感染防止が必須であるが、そのためには、垂直感染防止と水平感染防止とがあり、垂直感染防止によって出生時のキャリア化が減らせることができ、その結果、その児から他の児への水平感染が減らせることにもなるとするが、その他の感染経路が多い社会環境(一般人のキャリア率が高い社会)の場合には、HBVキャリアでない母から生まれた児に対してもHBVワクチン接種が必要となるとする。そして、同二八四頁は、日赤輸血センターでの積極的なスクリーニングの開始とその後のHBc抗体検査、NAT検査の実施により、輸血後B型肝炎はほぼ制圧され、医療機材のデイスポーザル化によって、医療に関連したと考えられるHBV感染は激減し、したがって、乳幼児に対するHBV水平感染も現在の我が国で極めて希になったと考えられるとする。
- (72) 米村・前掲注(51)一六〇頁は、Xらの家族に感染歴のある者が存在していることから、Xらが垂直感染又は家庭内水平感染によって感染した可能性を無視することは出来ないとして、Xらの感染が水平感染によるかどうかは真偽不明であり、本件最判の認定は不適切であるとする。

(73) 同様の批判として、米村・前掲注(51)一六一頁。
(74) たとえば、フランスでも、裁判所は被害者救済という目的に好意的であるとの指摘がなされている。See Fairgrieve D.

and G'sell-Macrez F., "Causation in French Law: Pragmatism and Policy", Goldberg R. ed., PERSPECTIVES ON CAUSATION(2011) 111, at 128.