

医療過誤における生命・身体保護と因果関係要件に関する一考察

野々村 和 喜

I 序論

1 本稿の視点

患者の死亡や障害固定を契機に当該死亡・障害についての医師らの不法行為責任が追及される訴訟では、患者の死亡・障害の原因が特定の医療行為であることの証明にしばしば困難が伴うといわれてきた。証明責任の原則どおりに考える限り、原告がこの証明に失敗すれば請求は棄却されざるをえない。しかしながら、義務違反と評価される医師らの行為が現に存在し、それが原因で患者の死亡・障害を引き起こされた可能性があるにもかかわらず医師らの責任が一切否定されることに対して実際上の不公平感は非常に根強いものがあり、原告が直面する証明困難は、あるべき責任判断に対する障害であると認識されてきた。¹

こうした意識に支えられて、従来、二つの方向での展開がみられた。ひとつは、立証負担の軽減を模索する一連の訴訟法上の議論²⁾であり、もう一つは、「延命利益」「期待権」「適切な治療を受ける機会」など、生命・身体以外に法益性を求めることを通じて救済の途を確保しようとする実体法上の議論³⁾である。どちらも、死亡・障害に対する不法行為責任において要求される因果関係の立証テーマ（何と何のどのような関係のことかという問題）に議論を持ち込むものはなかった点で共通している。

これに対し、最高裁判平成一一年二月二五日判決（民集五三巻二号二三五頁——以下「平成一一年判決」）を契機として再び活性化しつつある議論は、以上とは異なる展開方向を指し示している。同判決は、一次的には、東大ルーバー事件判決で示された「高度の蓋然性」基準が不作為の因果関係認定にも妥当することを明らかにしたものと解されている。しかし、むしろ民法学界が重く受け止めたのは、その基準のもとで認定されるべき因果関係——特定の事実が特定の結果発生を招来した関係——とは、一定の医療行為が実施されていれば「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⁴⁾であると述べた部分であった（証明の対象）。この判示は、直接的には、不法行為がなかったとした場合の生存可能期間がどれほどであったかは損害額算定の考慮事由であることを述べるものであるが、その反面で、生存可能期間が因果関係の立証テーマから除外され、これによって立証負担が軽減される機能を持つことになると考えられている。

右のような立証テーマの提示が不法行為理論に投げかけている問題は、証明上の困難をいかに克服・回避するかという議論とはもはや地平を異にしている。そこでは、生命・身体侵害の不法行為の成立にとり患者に生じた結果と医療行為との間にどのような関係が必要なのかということ、とりわけ、因果関係の終点は法的な不利益としての死亡（生存状態の剥奪と捉える限り、損害概念につき差額説に立脚するか否かに関わらず、継続しえた生命反応の途絶として量的に

観念せざるをえない)ではなく「特定の時点における死亡」という事象それじたいであるとの定式化にどのような意味合いがあり、そのような関係が認められれば生命侵害と評価して良い実体的論拠がどこにあるかが、正面から問いかけられている。しかしながら、この問いを民法解釈論としてどのように受け止めるべきかに関しては、同判決が公にされた当初から(そもそも因果関係論のもとで論ずべき問題であったのかという点も含めて)複数の疑問あるいは正當化の方向性が示され、現在でも、なお議論は端緒にいたばかりの様相を呈している⁵⁾。

以上のような状況に鑑み、本稿では、医療行為と死亡・障害との間に求められるべき因果関係の内実、およびその実体的論拠をめぐる今後の議論に対して一つの考えられる視座を提供することを目指して、独自の観点から若干の考察を試みたい。

2 考察の順序

医療行為は、当初からみずからの健康・生命に現実的危険を抱える個人(患者)の健康回復・生命維持をめざして実施されるものであり、健康回復・生命維持そのものを目的とするものではない。そのため、医療において生命身体侵害が問われるケースは、不法行為時にみずからの生命・身体に対する現実的危険を抱えていなかった者に対し外部から侵害が加えられる事例と、決定的に相違する。こうした理解を前提にすれば、患者に生じた結果(死亡・障害)を惹起した責任を基礎づける因果関係の内実がどのようなものかという問題も、加害行為がなければ生起することがなかったであろう惹起関係(たとえば、自動車事故に遭遇しなければ怪我を負うことはなかったであろう関係)の確認にとどまらず、この種の事例における生命・身体保護の規律目的に即した考察が不可欠であるようにおもわれる。

そこで、本稿はまず、医療における不法行為法の規律目的という観点から、因果関係要件の規範的意義に関する基本

的視座を設定するところからはじめたい（Ⅱ）。そのうえで、従来意識されてきた因果関係の証明困難のなかでも、不法行為法の規律目的との間に緊張関係を生ずるとおもわれる問題点（事象間の法則的関連に関する一般的確率の高低と具体的な因果関係認定との関係）を確認するとともに、因果関係要件の克服課題（判断の個別化という視点の重要性）を明確にすることを試みる（Ⅲ）。そして最後に、以上の考察を踏まえつつ、平成一一年判決が示した立証テーマに立ち返って、医療過誤における因果関係要件の内実とその論拠（後に触れるように、同判決の調査官解説がやや突っ込んだ一般論を展開しているが、学説からは批判・疑問も多い）に関して若干の試論を示したい（Ⅳ）。

なお、右のような問題を考察するに際しては、不法行為一般を通じその成立に要求される「因果関係」に関して、根本的・包括的な検討を加える方法も当然ありうる。しかし、本稿のさしあたつての目標は、医療過誤の事案において特徴的な立証テーマが示されたことを起点に、そのような立証テーマを正当化しうる実体法的論拠に関し若干の考察を試みることにあつた。したがつて本稿では、医療過誤訴訟（なかでも、死亡・障害についての責任が追及される訴訟）に視野を限定し、本稿の試みる理解が仮に可能であつたとしてもそれが医療過誤訴訟に特有のものか、あるいは他の事案類型にも一般化可能な内容を含んでいるのか等については、ひとまず視野の外に置くことにする。

Ⅱ 医療における生命・身体保護の規律目的と因果関係要件

本章では、まず、医療における生命・身体保護の規律目的、および個別の責任要件との関連性を俯瞰することを通じて、医療過誤訴訟における因果関係要件を考察するうえで、基本的視座を設定する。

1 医療提供システムと不法行為法

(1) 基本原則——生命・身体の絶対的保護

不法行為法は、あらゆる社会関係において個人の「生命・身体」を絶対的に保護する。これらは権利主体（自然人）の存立基盤であり、生命について明文規定はないが自明のことと解されている。したがって、他人の行為によって人の生命が奪われた場合、その行為は直ちに「違法」であり、失われた生命は不法行為法による救済の対象となる。ただし、過失責任主義のもとでは、行為者に損害賠償責任を課す正当化事由（帰責事由）——他人の生命を危険に曝さないよう注意して行動するべき義務への違反——が認められない限り責任は基礎付けられない。以上の基本原則は、「医療」においても変わるものではない。

(2) 医療提供システムと医療独占制

医療行為は、⁶⁾ 外形的・典型的に、患者の生命・身体に対する危険を伴う。したがって、右基本原則のみからすれば、あらゆる医療行為は、他人の生命・身体を侵害する行為として一般的に禁止されるはずである。しかし他方、医療行為は、人の健康回復または生命維持をめざす行為であり、社会的に有用な行為である。そのため、後者に優先的価値が認められる限り、言い換えれば、生命・身体に現実的危険を抱える個人（患者）の健康回復・生命維持をめざして実施される医療行為である限り、それは個人（患者）の利益を増進し社会福祉を向上させる行為であるから、外形的には侵襲行為でも、それによって生じる結果は「医療内在的な危険」として許容されるべきものと解される。⁷⁾

実際上決定的な問題は、そのような意義・目的において法が医療行為を許容する際の、制度的装置である。これに関して、日本法は医療独占制を用意している（医師法一七条⁸⁾）。これは、医療行為が法により許容されることを示すもの

であると同時に、その実践を医療専門家の判断に独占的に委ねることで、個人（患者）に対する最善の医療の提供を保障するシステムとみることができよう。

(3) 不法行為法の規律目的

民事責任の領域では、個々の医療行為は、やはり右の範囲で適法な行為とみなされうる。すなわち医療行為は、外形的・定型的な侵襲性にかかわらず、一般的に禁止されるべき行為であるとはされない。不法行為法の規律対象となるのは、医学的「適応」および「相当性」がない医療行為である。言い換えれば、患者の生命・身体を医学的に支持されない危険（医療外在的な危険）に曝す医療行為が、すなわち他人の生命・身体を侵害する行為として、不法行為法の規律対象になることができる。

患者の生命・身体が医学的に支持されないリスクに曝された場合、不法行為法は、患者が被った不利益を医療提供者に転嫁することを通じて、適法な医療——医療を必要とする個人（患者）にとって最善の医療——が提供されるシステムを側面から支援することになる（以下、不法行為法の「支援機能」と呼ぶことにする）。反対に、実施された医療行為に医学的合理性があるかぎり、不法行為を構成せず、不利益の転嫁は否定されることになる。⁽⁹⁾

2 支援機能の解釈論的構成

以上のように、医療行為は、医学的「適応」および「相当性」を備えた患者の健康回復・生命維持をめざすものである限りで不法行為を構成しない反面、患者に対する「適応」および「相当性」がなく患者を医学的に支持されない危険に曝す医療行為に対しては不法行為法が積極的に介入する。むしろ議論が予想されるのは、抽象的にはこのようにいうことができるとしても、不法行為法が介入すべき医療行為か否か、言い換えれば、患者を医学的に支持されない危険に

さらず医療行為か否かが、どのような解釈論的構成のもとに判断されるのかである。

(1) 違法性の阻却・インフォームドコンセント・注意義務違反

伝統的に、医療行為が不法行為法の規律対象から除かれることの解釈論的構成は、「正当業務行為に基づく違法性阻却」であると説明されてきた。¹²⁾ 刑法三五条（正当行為）の趣旨を民事責任のレベルに貫徹するものである。この立場の背後には、一定の外形的な利益侵害行為に対する法秩序の統一性・整合性を維持するねらいが存在する。すなわち、他人の法益を侵害する外形を備える行為でも、法令または社会規範により許容されている行為は、法秩序によりその法益侵害性が否定されると解し、民事責任の規律対象からも除外することで、法秩序全体の整合性を保とうとするものである。¹³⁾

もつとも、このような立場が、法令や社会規範が抽象的に提示する行為類型について一律に法益侵害性を否定し、法の介入を否定するものとすれば、やや問題がある。医療行為に即していえば、患者の健康回復・生命維持をめざして実施される点に適法性の契機があることは前述のとおりだとしても、法秩序（とくに医業独占制）には、医療の対象となった患者らの法益の帰すを全面的に医療・医学の自律性に委ねる——医療に対する法の絶対的不介入——という決断は何ら示されていないというべきだからである。その意味で、「ここで問題とされているのは、業務遂行にあたり他人の権利を侵害した者に民事責任を問うことができるかどうかであり、これへの否定的回答のために当該行為が業務としてなされたからであるという理由を挙げるのでは、まったくのトートロジーである」との指摘は、当然かつ正当ともわれる。¹⁴⁾

そこで学説は、医療行為の類型的行為としての許容性に加えて、個々の患者の「同意」を適法性の契機に追加することにより、医療行為の適法性の相対化を試みてきた。¹⁵⁾ 医療行為の類型的な許容性のみから不法行為責任の排除は正当化

されえないことが示される点で、右の批判に答えるものである。しかし反対に、個々の患者の同意さえあればその医療行為は適法かといえ、疑問である。たとえば、ある患者がある治療法を受けるか否かについて（誤解、不正確な情報、誤った情報、情報欠如などにより）熟慮できないまま実施され、最終的に患者が死亡した場合に、いわゆるインフォームド・コンセントの欠如は、当該患者の個別的な決定機会じたいの保護（患者個人の信念や心情などの人格的側面に対する侵害）との関係で当該医療行為を実施したことの違法性を決定付けることはある。しかし死亡に対する不法行為責任との関係で、患者の同意欠如は、かならずしも医療の自律性と患者の自律性との二極対立構造に帰するものではなく、医療に対する信頼・パターナリスティックな医療の存続が不安定になってきた反面として患者の医療参加が叫ばれるなか、基本的には医療自律的に決められるべき治療方法の選択・実施に患者の主観・希望をどこまで反映させることが医師患者間の信頼関係に根ざす良質な医療提供に資するかという政策的観点からの検討が必要との見方もあり、¹⁶⁾ すくなくとも、単に患者の同意欠如を理由として直ちに侵襲行為としての違法性（患者が望まない治療法を実施したことの違法）が決定付けられるとは考えにくい。

こうしたことを考慮して、他の学説は、医療行為の適法性の論拠を、類型的行為としての許容性に求めるのではなく、「注意に従った『社会的相当性』」に関する政策判断でありそれは個々の行為についての注意義務違反判断と交錯すると述べ（もつとも、論者は完全に一致するとはみていないようである）、¹⁷⁾ あるいは、適法性の問題は個々の医療行為の行為義務違反（過失）の評価枠組みへと解消していくべきであるとの見解が示されるに至っている。¹⁸⁾

いずれにしても、このように、医療行為に対する法の介入非介入を個別的・相対的に把握する方向性じたいは、医療提供システムの支援機能という観点からも十分に支持されうる。医療行為は、患者の法益維持（健康回復・生命維持）に資する限りで許容されるのであり、それを逸脱する医療行為は法的に無価値評価を受けるべきだからである。そして

そのためには、個々の医療行為について、患者を医学的に支持されない危険に曝すものでなかったかどうかに関する評価が不可欠である。

(2) 医療水準論の展開

医療行為の適法性（不法行為法が介入すべき医療行為か否か）は、ある医療行為によって一定の結果が発生し、そのことで不利益を被ったと主張する者が当該医療提供者に対し損害賠償責任を追及するに至るまで、実際には問題にならない。そのため、特定の医療行為により特定の患者に生じた結果に対する責任が判断される過程での、支援機能の評価枠組みと個別の責任要件との関連が問題となりうる。

このような観点でみたとき、前述の学説が指摘するように、個々の医療行為の適法性は「過失」ないし「注意義務違反」の判断と重複し吸収されている可能性が高い。現在では、医療過誤における注意義務違反は、実施された医療行為が医療水準に適合したものであったか否かを基準に判断されるといわれるが、ある医療行為の適法性も、ある医療行為に出たことについての注意義務違反も、「当該医療行為が患者を医学的根拠のない危険に曝すものでなかったか」が問題とされる点において、実質的に重複する可能性があるからである。ただし、この点を見極めるには、医療水準論の形成過程および現状に目を向けた考察が必要であるとおもわれる。

いわゆる医療水準論の起点には、「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らし、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」という、最高裁昭和三六年二月一六日（民集一五卷二二四四頁—梅毒輸血事件）が位置している。不法行為における過失は、当時の通説によれば、ある行為が原因で法益侵害が発生したことを前提に、その行為に出た行為者が、当該結果の発生を予見し回避するための合理的注意を尽くしていたか否かであると解されていた。もともと、そこでの判断が、因果関係によって連結された

具体的な事象経過について、そのような経過を辿り結果が発生することを予見し回避すべきかという規範的な評価であることはいうまでもない（抽象的過失）。梅毒輸血事件判決においては、梅毒感染血液の採取から輸血に至る因果関係（これは第一審で認定されていた）を前提にして、当該被害者の梅毒感染という結果が採血時点での慎重な問診が実施されていれば生じなかった（問診実施により回避可能な結果であった）ものとして否定的に評価すべきかどうかがこの問題である。

このように、注意義務違反において当該結果の回避可能性が問題にされていたことは、本件事案に関し、職業的給血者が自身の感染可能性を告白したとは実際上考えられないという当該個別の事情をめぐって、予見・回避の現実的可能性がない当該状況下でそのような注意義務を課すことは背理であると考えられるのか、それとも、（個別的な事情にかかわらず）輸血を通じた感染症拡大という一般的なリスクの除去を医療側に命じ、そのような感染リスクのない輸血環境を一般的に保障するべきかを隔てて立場が分かれたことが、よく示している。

具体的結果発生に至る治療経過を前提にして、当該結果が回避可能であったのに回避できなかったことに非難の矛先を向けるという発想じたいは、個別の事件・被害に関する損害賠償請求である以上、ごく自然なことである。医療水準論の展開をもたらした一連の未熟児網膜症事件での原告らの主張する注意義務違反も、そのような考え方に彩られている⁽²⁾。最高裁昭和五七年三月三〇日判決（判時一〇三九号六六頁）が示した、「右注意義務の基準となるべきものは、診療当時のいわゆる臨床医学の実践の場における医療水準である」との準則も、すくなくとも当初は、右の意味での「当該結果の回避についての注意義務」の基準として「医療水準」を意図するものだったとおもわれる。すなわち、当該結果（失明）が予見・回避可能であったというべきか否かは、当該結果が行為時点の水準的医療の実施によって回避可能であったか否かに従って——当該結果をもたらした疾患に対する有効な治療法（光凝固法等）の不実施により結果が発

生したという現実の経過（因果関係）を前提に、その実施されなかった治療法が水準的医療だったといえるか否かに従って——判断されるべき旨を明らかにしたものと解される（なお、「診療当時の……」という部分は、すくなくともこの段階では、義務違反の判断規準時が示されたというよりも、新規の治療法が注意義務の基準となりうる時点が問題であつたゆえの説示と理解しうるのではないかとおもわれる⁽²³⁾）。

注意義務違反の内実を右のように理解すると、そこでは、診療時点の水準的医療によつては回避されない結果は、たとえ医学的に回避することが不可能でないとしても医療内在的危険として患者側に分配されることを意味する。つまり、ある疾患・症例に対する最善の医療の内容を臨床医学の自律性のもとで確立される水準的医療に委ねるといふ姿勢を読み取ることができ、これは、前述した不法行為法の支援機能とも整合的なものである。このような視点でみれば、一連の未熟児網膜症事件において「昭和五〇年練引論」と称される初期の判例動向ないし絶対説・客観説と呼ばれる考え方が生じたのも、個々の症例に対して保障されるべき医療の内容を臨床医学の自律に委ねる立場の反映として理解することが可能である⁽²⁶⁾。

しかしそれは、同時に、（とりわけ新規の治療法の不実施が問題となるケースでは）注意の基準を臨床一般に一律に捉えることへとつながりやすく、「現状肯定型の医療」に甘んじることを患者に強要することになりかねない。何が保障されるべき医療であるかということを考える場合にはそれも一つの態度決定でありうるが、他方にみられる患者の医療への参加という意識の高揚は、程度の違いこそあれ、正当業務行為による行為類型的な適法性判断と同じ問題——新規の技術を用いた健康回復・生命維持の限りで、患者の法益を医療界に全面的に委ねることになる——を生じさせることになる。

このような状況のもとに登場したのが、最高裁平成七年六月九日判決（民集四九卷六号一四九九頁——以下「平成七

年判決」という)であった。同判決が示したルールは、「ある新規の治療法の存在を前提にして検査・診断・治療等に当たることが診療契約に基づき医療機関に要求される医療水準であるかどうかを決するについては、当該医療機関の性格、所在地域の医療環境の特性等の諸般の事情を考慮すべきであり、右の事情を捨象して、すべての医療機関について診療契約に基づき要求される医療水準を一律に解するのは相当でない。そして、新規の治療法に関する知見が当該医療機関と類似の特性を備えた医療機関に相当程度普及しており、当該医療機関において右知見を有することを期待するところが相当と認められる場合には、特段の事情が存しない限り、右知見は右医療機関にとっての医療水準であるというべきである」というものである。

一般に、この判決によつて医療水準論は質的な転換を遂げたと考えられている⁽²⁷⁾。論者の立場は一樣ではないが、有力な立場によれば、患者の医療参加という意識の高まりとともに、患者が医療に寄せる期待をも医療水準概念に盛り込んで、その基礎を診療契約論に結び付けて規範的評価の視点を個別化・相対化することにより、最善医療の提供へとさらに一步踏み込むことが可能になると指摘されている(本稿も、このような方向での展開そのものは支持されるべきものと考える)。そこに示されている理解は、梅毒輸血事件判決以来の注意義務Ⅱ医療水準論に対して、行為義務Ⅱ医療水準論と呼ぶことができよう。すなわち、当該結果を回避しえた行動に出なかつたこと(結果回避義務違反)に帰責の根拠があるのではなく、当該結果を含む悪しき結果が発生しうる状況を生ぜしめたこと(抽象的危殆化行為)に帰責の根拠が求められ、その規範的評価の基準時は診療行為時点に固定されることになる。

3 小括——医療水準論と支援機能

以上の考察を基に、医療における不法行為法の支援機能と個別の責任要件の関連について整理する。

梅毒輸血事件以来の考え方によれば、当該結果の予見・回避に関する規範的評価（注意義務違反）のなかで、個々の患者が医学的に支持されないリスクに曝されたのか否か（医療行為の適法性）に整合する評価が共に下されていたとみることができるといえる。一連の未熟児網膜症事件で争われたのは、新規の治療法が水準的医療としての地位を獲得した時期であったが、この争点は、救済可否を左右する実際上決定的に重要な問題であることに違いないが、理論的には、注意の基準をどこに定めるかという一歩手前の問題であり、注意義務違反は「当該結果の回避可能性」に従って判断されるといふ基本的立場じたいは変わっていない²⁰⁾。そして、注意義務違反において考慮される回避可能性の有無は、当該結果が発生する医療上の一般的リスク——梅毒輸血事件でいえば輸血における梅毒感染リスク一般であり、未熟児網膜症事件でいえば同疾患による失明のリスク一般——を医療提供者と患者のいずれに配分すべきかという視点、言い換えれば、患者に保障されるべき最善医療は何かという視点で、他の有効な方法の不実施ゆえに結果を生じたという当該過程全体を医療水準違反（患者を医学的に支持されないリスクに曝す医療行為）として評価できるかどうか判断されていたとみうる。

注意義務Ⅱ医療水準論の意義を右のように解する場合のその特徴は、他の有効な治療法が実施されていれば当該結果が実際に回避されえたのかという問題（結果回避の可能性）が、注意義務違反に関する評価に組み込まれる点にある²¹⁾。これは、先にみた梅毒輸血事件や、一連の未熟児網膜症事件にもみられた特徴である（治療方法と結果の因果関係が注意義務違反に先行して認定される）。それゆえに、注意義務違反の認定のなかで、当該結果に至る現実の治療経過全体に対して医学的知見に基づく評価が加えられており、支援機能にも一応整合する評価枠組みとなっている。

しかしながら、注意義務Ⅱ医療水準違反のもとでは、「最善の」医療提供の保障という側面が実質的に後退せざるをえず、支援機能との間に不足を生じうる。これに続く行為義務Ⅱ医療水準論の展開は、このような観点（患者自身の医

療への参加という意識の高まりによる、支援機能の内容拡大）から理解可能である。しかし同時に、支援機能のどの間で次のような問題に突きあたることになるようにおもわれる。

すなわち、行為義務Ⅱ医療水準論によれば、当該結果を回避しえた行動に出なかったこと（結果回避義務違反）に帰責の根拠があるのではなく、当該結果が発生しうる状況を生ぜしめること（抽象的危殆化行為）に帰責の根拠が求められるから、その規範的評価の基準時は診療行為時点に固定される——個々の患者に生じた当該結果やそれが回避されえた蓋然性は、行為の無価値評価と直接関係しない。これを支援機能と整合的に理解することを試みれば、診療行為の時点の、当該結果が発生しうる状況を生ぜしめること（抽象的危殆化）じたいが、患者を医学的に支持されないリスクに曝すことであり、不法行為法による介入が正当化されると理解することになる。つまり、診療時点における抽象的危殆化行為との評価によって、不法行為法はそのような危殆化行為に積極的に介入する（法は「合理的な賭け」を許さない）とのメッセージを医療に向けて発信することになる可能性がある³¹。

右の帰結をどう考えるかじたい評価を伴うが、死亡・障害に対する責任に関する限り、このような理解はかならずしも正当とはいえないであろう。医療においては、「当該結果が発生しうる状況」の設定以後、患者の個性差・特異性をはじめとして、事前には予測不可能な様々な不確定要素が存在する。それだけに、個々の診療時点の都度、医療専門家による適切な裁量的・経験的判断を必要とする。たとえ医療水準がかなり定まっている症例でも、個々の状況に応じて治療法の効果と危険性を考慮しながら、専門家としての立場で相当と判断する治療法を選択・実施していく裁量範囲が皆無になることはない。医療提供システムの支援機能の観点からは、患者にとつての最善医療が重要である一方で、そのような医療提供者の裁量範囲を適切に確保することもまた重要であり、個々の患者に生じた結果へと至る全経過についての医学的合理性を問題にすることなく、特定の診療行為のその時点の水準違反のみを根拠に法の介入を正当化する

ことは難しいようにとおもわれるからである。

以上のように考えると、医療水準違反（行為義務違反）の認定とともに、その後の結果発生に至る治療経過が医学的に支持される「合理的な賭け」の範囲を逸脱していた（当該悪結果は水準的医療によって避けられるべき結果であった）との判断が加わって、はじめて当該医療行為への法的介入が正当化できるといふべきであろう。そして本稿では、この支援機能に整合的な評価枠組みを備えた論証という意味において、問題とされている結果が過失に該当する医療行為に よるものであるとの判断（因果関係の認定）が重要な規範的意義を担う可能性があることをここで指摘してみたいのである。

実際に特定の医療行為と特定の悪結果との間の因果関係が争点となったケースをみれば、結果的に因果関係が肯定されたものでは、救命率などの高い治療奏功率が認められて因果関係が肯定されたケース、否定されたものでは、致命的疾患であるなど患者が当初から抱える健康・生命に対するリスクが高かったケースに二極化してきたのが実際である。治療法の有効性・奏功率が因果関係判断に大きく影響するとされていることじたいは（その当否はともかく）、たんに差額説的な損害理解を前提とするか否かに由来するというよりも、具体的な効果の大きさ（たとえば延命期間）を伴って死亡・障害が回避されえたという具体性・客観性を備えた因果関係を提示することによって、支援機能の評価枠組みを支える意図に出るものとして理解できるのではなからうか。そして、有効性・奏功率に基づいて結果が回避されえた（因果関係あり）との認定を導く際、不幸な結果が具体的客観的に回避されえたことの認定が要求され、その効果の大きさが具体的延命期間の証明に置き換えられて捉えられているように思われる。³⁴

III 因果関係要件の克服課題——判断の個別化

1 承前

前章にみたとおり、本稿は、当初から生命・身体に現実的危険を抱える患者に対して実施される医療行為が不法行為を構成するには、医療に対する法の介入（不法行為法の支援機能）を正当化する評価枠組みを備える必要があるのではないかとの基本的視座のもとに、患者の権利に対する意識の高まりとともに行為義務Ⅱ医療水準違反を帰責原因とする支援機能の拡大が要請される一方で、医療行為と結果との因果関係の認定を通じて、患者の死亡・障害に至る現実の治療経過が医療外在的な危険（医学的に支持されない危険）の実現であるとの否定的評価を下すことが、法の介入を正当化する（いわば医療を説得する）重要な規範的意義を担うことになると考える。このような視点でみれば、死亡・障害に対する責任が問題となったケースにおいて、治療奏功率の程度（≠具体的延命期間の証明）を重視した因果関係判断がされるのも、死亡・障害という結果が回避されたことの実体性・客観性を担保して支援機能の評価枠組みを支えるものとして、一応評価できる。実際、このような因果関係判断それじたいに対する異論は少なく、本稿の冒頭で言及したように、生命・身体以外の法益の創設による救済が指向されてきた。³⁵⁾

しかしながら、（医療水準違反の過失とともに）医療行為と死亡・障害との因果関係が認定されることで法の介入が正当化されるとの理解を前提にしても、そこで認定されるべき具体性・客観性を備えた因果関係が、一般統計的な奏功率が高い治療法の不実施（または一般統計的な発生率が高い人体反応）でなければ肯定できないとされるかの傾向がみられることに對しては、なお疑問の余地がある。むしろその反面で、奏功率の低い治療法の不実施（または発生率の低い人体反応）により患者の生命・健康が損なわれる危険は「医療内在的な危険」として患者が負担すべきものである（法

は介入しない」との評価が下されていることにもなりかねないからである——仮にそのような態度決定が内在しているとするれば、近時の支援機能の拡大傾向やその背景にある患者の医療参加への流れと逆行するのではないかとこの疑問が直ちに生じるであろう。そこで本章では、患者の死亡・障害と医療行為との間に要求されるべき因果関係の内に考察を進める前に、この種の事例において、治療法の奏効率ないしは患者の状態悪化の確率によって因果関係判断が大きく左右されてきた理由を因果関係論内在的に考察しておくことにしたい。

具体的には、まず、因果関係の判断構造という観点から、医療過誤訴訟において従来意識されてきた証明困難を捉えなおし、因果関係認定の具体性・客観性を難しくする要因を探る。もとより因果関係それじたいを客観的に認識することは不可能であるから、ある事象間の因果関係を確証するに至るには、二つの事象間に法則的結びつきが存在するか否かという結論に向けられた、一定の判断「過程」が存在する。他方で、因果関係の証明を困難にする事情としては、従来、未知の疾患、患者の特異性、身体内部進行性、証拠の偏在などいろいろな事情が挙げられてきたが、これら全てが、上記確証過程のなかで同種の困難をもたらしているとは考えにくい。そこで、種々の証明困難要因を判断構造上に位置づけながら、たんに因果関係の証明が困難であるという以上に、因果関係確証過程の如何なる要素が証明の障害となってくるのかを確認する。

続いて、そのような因果関係確証上の困難が、法的な議論としてもなお「因果関係」概念に内在する問題として位置づけることがはたして支持されうるものであるかについても、ここで問題状況を確認しておきたい。周知のように、法的な因果関係概念の意義についてはすでに議論の展開（相当因果関係概念の克服をめぐる議論）があり、因果関係には規範的観点からみて区別されるべき評価問題が混在しているとの理解が学説上ひろく共有されており、そこから、損害賠償責任の基礎としての因果関係要件——いわゆる事実的因果関係——の意義は限定的に捉える見方が支配的となつて

いる。そこで、このような学説上支配的な見方のもとにおいても、次項で確認する因果関係確証上の困難が「(事実的)因果関係概念から区別されるべき」評価問題を構成する考慮要素としてはかならずしも位置づけられないことを簡単に示す。

以上の考察を基に、支援機能の評価枠組みを構成する因果関係要件の規範的意義との関連において、因果関係要件に内在的な克服課題を整理しておきたい。

2 証明困難と因果関係の判断構造

(1) 因果関係確証過程と立証困難

従来、因果関係の立証困難をもたらす要因としては、次のようなものが掲げられてきた。⁽³⁶⁾

- ① 事象経過が身体内部で進行するため、死亡等に至る因果系列を可視的・直接的に把握することが困難である。
- ② 医療行為に対する患者の反応は千差万別であるため、当該患者の死亡等に至る事象経過に法則的関連を認めることが困難である。
- ③ 医療においては、さまざまな処置が規則的・不規則的かつ継続的に繰り返されることが多く(処置A + 処置B + 処置C + … → 死亡等)、さらに疾患そのものが進行した結果である可能性をも考慮に入れば(疾患 + 処置A + 処置B + 処置C + … → 死亡等)、特定の治療行為(たとえば処置B)を原因行為と特定することは困難である。
- ④ 医療行為は、試行的な実施が積み重ねられ確立していくものであり、これが確立して初めて、医療行為の実施と効果との法則的関連が獲得されるから、問題の医療行為が右の意味で確立途上である場合には、死亡等との間の法則的関連を認めることが困難である。

- ⑤ 同一条件での実験を通じてある医療行為の人体に対する影響効果を追試するという方法を採用することができない。
- ⑥ ある疾患じたい（それが人体にどのような影響効果をおよぼすのか）が医学的に解明されていないような場合、死亡等の原因が何であるかは証明不可能である。

ところで、連続的に生じた二事象間の因果関係は、一般的な事象間の法則的で反復的な関連性に対する知見を前提に、当該事象連続関係にこれを妥当させることによつて（ある論者の表現を借りれば、「能動的で主体的な問い掛け」を通じて）確証されると考えられる³⁷⁾。このような確証過程に照らせば、従来意識された証明困難の要因には、大別して二種のものが存在するといえるようにおもわれる。ひとつは、**①**ある二つの事象間において一方が生じれば他方が生じるといふ一般的な法則的関連があるのかどうかじたい不明なことによる確証困難である。そしてもう一つは、**②**一般的な法則的関連に関する知見は獲得されているけれども、当該二事象の連続的生起がその法則的関連の発現であるのか否かが検証困難であることによる確証困難である。

これに従えば、前記**④**・**⑥**は前者に、**②**・**③**・**⑤**は後者に関係するとみることができる。**①**は、一般的法則的関連の獲得を困難にする要因とも、法則的関連の発現を検証するうえで困難（対象となる具体的事象経過の認識を困難にする要因）とも、どちらともみうる。なお、いわゆる証拠の偏在も一つの要因として挙げられるが、証明の対象たる因果関係の実体法的意義・内実の考察を目的とする本稿では、視野の外に置くことが許されよう。

右の区別を前提にすると、**①**と**②**では、因果関係判断に影響を及ぼす判断要素の差異が意識される。すなわち、**①**が問題になる限りでは、具体的事実関係を離れて類型的な事象間の一般的レベルでの法則性ないし反復性の有無と程度が問題になる。これに対して、**②**においては、当該の具体的事実関係がそのような一般的な反復的・法則的関連性の発現である確率的可能性の程度が問題になると考えられる。いわば、前者では「事象Aが生じれば事象Bが生じる」といふ法

則関係があるかないか」に明確な回答が与えられるか、さらにその際、たとえば「事象A一〇回につきどのくらい事象Bが生じる」ことが確認されているのか（一般統計的確率——以下、単に「確率」という場合はこれを指す）が問題となるのに対して、後者においては、（たとえば、事象A一〇回につき事象Bが七回生じるものとして法則的反复的関連が知られているとすれば）「具体的な事象aと事象bの連続的生起が、発現率七〇パーセントの事象A B間の法則的発現であったか」が問題になる。このように、医療過誤訴訟での因果関係立証においては、やや性格の異なる二つの困難が存在すると考えられる³⁸⁾。

もつとも、後者の判断要素において、具体的な事象a b間の連続的生起が事象A B間の一般的法則関係の発現であるか否かが吟味される際には、事象A B間の法則的関連に関する確率が高いほど、事象a b間でその法則的関連が発現した事実を推測させる有力な資料となりうるだろう³⁹⁾。しかしながら、それとは反対に、事象A B間の法則的関連に関する確率が低いからといって、事象a bの連続的生起がその法則的関連ではないとの推測を引き出すことはできないはずである。なぜなら、事象aが生じた時点で事象Bが生じる確率は低かったとはいえるにしても、現実に生じた事象bが事象a以外の他原因の結果である（＝事象A B間の法則的関連の発現ではない）ということとはできないはずだからである。

このようにしてみると、次のようにいうことができるとおもわれる。すなわち、医療過誤訴訟の因果関係証明困難のなかでも、とくに実質的不公平感を生み出し、とくに問題視されてきたのは、前記②、③、⑤をめぐる立証負担であるが、そこでの問題は、具体的事象経過が一般的法則的関連の発現といえるか否かの検証作業である。これに対し、一般統計的確率の高低を具体的事象間の因果関係判断に直結すること（とりわけ、法則的関連の確率が低い場合に因果関係を否定すること）は、確証過程の観点からは問題があることになる⁴⁰⁾。

(2) 補論——近時の見解

なお、前記①②の区別は、より一般的に「因果関係」概念の本質をどう理解するか、あるいは、法的空間において因果関係の存在を主張することの意味をどう理解するかによって、相対的なものとなりうるものが、近時の研究によって指摘されている。⁽⁴⁾

仮に、因果関係を、「複数の事象が物理的・化学的作用の連関によって結び付けられる関係」と理解するならば、前記①（一般的法則性に関する知見の獲得）は科学の領域における知見獲得の問題、そして②（具体的事象間における発現の確認）は訴訟でそれを検証する方法の問題として、両者を質的に明確に区別することが可能である。しかし、損害賠償責任の基礎として語られる因果言説は、たしかにそのように説明できるものばかりではない。たとえば、後に帰責が検討されるべき「不利益」は、かならずしも物理的・化学的作用によってもたらされるものばかりではないし（たとえば、取引的な不法行為による経済的損失などはその最たる例といえようか）、原因を人の「行為」に求める以上、決して物理的・化学的作用をもたらさない行為態様（いわゆる不作為）も因果関係の連結点となりうることを認めなければならぬからである。

このような視点にたてば、損害賠償責任における因果関係は、物理的・化学的作用の関係とは全く関係がないとはいわないまでも、そのような機序によつては把握しきれない「行為」や「不利益」の間で、一定の評価に基づいて法則的関連（同一内容の経過が繰り返されること）を觀念しなければならぬ場合があることは否定できない。そしてそのような場合には、むしろ法的観点で抽出された事象間における一般的法則性と、当該事象がその発現であることが一体的に（当該状況のもと、当該行為により当該不利益結果が生じることとは、一般的に起こることというべきであるか否かが）判断され、前記①②の「質的」区別はかならずしも維持されえないとの考え方も十分に成り立ちうるとおもわれる。⁽⁴⁾

しかしながら、医療過誤訴訟を念頭におく本稿では、この種の事例における因果関係確証の前提となる因果法則は科学的なものであること、および、不作為の因果関係に一般に指摘される特殊性（作為の因果関係は歴史的事実の確認であるのに対し、不作為の因果関係は仮定的事象経過の実現可能性に対する評価問題であること）についても、医療における規律対象の特質から、作為型であっても裸の事実としての因果連鎖が問題になるわけではなく、患者自身が身体内部に抱えていた危険（医療内在的危険）の実現か適切な医療行為によって阻止・回避された結果だったのかが支援機能との関係で問題となる点において不作為型との間に本質的差異はないと考えられることから、一般的法則的関連を当該事象に引き付けて具体化したレベルで観念すべき場合はありうるとしても、一般的法則的関連の有無とその発現の有無に関する判断要素の質的区別はなお維持できるものと考えたい。

3 法的な因果関係概念をめぐる議論との関係

(1) 個人間の不利益転嫁の基礎——個別的な因果関係

「因果関係」という要件はさまざまな理論的問題を生じさせてきたが、その中心は、損害賠償責任の効果を導く論証構造における因果関係概念の機能（とりわけ、賠償範囲や賠償額算定の判断に対する同概念の技術的意義）をめぐる問題であつて、そもそも因果関係が要求されるのはなぜなのかという点については、これまで目立った議論はなかつた。しかし後者の点は、責任成立に不可欠な「因果関係」を如何なる内実のものとして理解するかに関する思考上の出発点となる部分であるから、ほとんど異論のない自明の事柄を多く含むが、ごく簡単に確認しておきたい。

不法行為法は、個人の不利益を別の個人に転嫁することを内容としている。それを通じて如何なる目的を達しようとするものか（個人の損害填補・被害者救済、損害の分配、抑止・制裁、権利保障等々）については諸説ありうるが、本

稿はこの問題に踏み込むものではない。しかし、民法典の用意する不法行為制度が如何なる目的を掲げるにせよ、それを、個人間の不利益転嫁という方法を通じて達成しようとしていることじたいに異論はないだろう。そして、個人間の不利益転嫁という制度設計の背後に、個人の権利主体性・自律性の承認という近代市民法秩序の構成原理から導かれる「自己責任の原則」が存在していることも、また明白である。

因果関係が不可欠の要件とされるのは、まさにこの理由に基づく。個人の自律と自己責任原則の反面として、何人も「みずから引き起こしたのではない結果について責任を負わない」のであり、ある不利益状態が特定の他人によって引き起こされたものであるという関係こそが、被害とその転嫁先とを結びつけ、不法行為という法律関係を枠付ける唯一の紐帯だからである。

このような規範的意義を担うものである以上、成立要件としての因果関係は、特定個人の行為が特定個人の不利益を引き起こしたという、現実の個別的なつながりでなければならぬ（以下「個別的因果関係」と呼ぶことにする）。言い換えれば、類型的行為と類型的結果の間に法則的関連が成立するのでは足りず、当該の現実の行為と現実の結果との間に法則的関連の発現が認められなければならない。当然のことだが、例示すれば、時速四〇キロメートルで走行する自動車と人が正面から接触すれば人体は致命的損傷を被る（そして、そのような損傷を受けた人は死亡する）というだけでは足りず、その人の身体損傷がその自動車との衝突の際に引き起こされ、それに起因して死亡したという関係が必要である。

(2) 賠償範囲・金銭評価と「事実的因果関係」

不法行為責任の成立には、右の意味での「個別的な因果関係」が不可欠である。しかし他方で、「因果関係」概念には、さまざまに性質の異なる評価判断を容易に包摂しうる柔軟性・多義性がある。「相当因果関係」概念がかつて厳しい批

判に曝されたのもそのためであり、日本不法行為法の解釈論として、同概念の法技術的意義をどの範囲で認めるべきかが、平井教授の問題提起を嚆矢として大きな議論を呼んだ。後の考察の準備作業としてここで確認しておきたいのは、「因果関係」の有無それじたいとは切り離されるべき評価判断がどのようなものかではない。そうではなくて、その議論の成果として、「因果関係」の有無それじたい（個別的因果関係の要請）に如何なる意味が与えられることになったのかという点である。

平井教授の主張には、次の二つの側面が含まれていた⁴³。第一の側面は、被害者に生じた不利益を被告に転嫁すべきか否かに関する実質的な法的評価の枠組みを可視的にする理論が目指されるべきであり、「因果関係」概念で覆い隠すべきではないというものである（制限賠償主義に基づく、帰責評価に対する因果関係概念の法技術的意義の否定）。そして第二は、被告に帰責された不利益を金額的表示に置き換える作業はすくなくとも歴史的事実の復元ではなく、したがってこれも「因果関係」の有無によって説明されるべきではないものである。いずれの主張も、現在でも内部的な見解対立はあるが（賠償範囲は過失に担当させるべきか、それとは区別すべきか、金銭評価はどのような手法で行うべきか）、両者が「因果関係」の有無それじたいとは異なる評価の問題であるという点では、ひろく受け入れられている。

その一方で、成立要件としての「因果関係」は、これらの評価を含まないという意味において「事実」の平面の問題であるとされた。言い換えれば、成立要件としての「因果関係」は、責任を枠付ける紐帯としての規範的意義（個別的因果関係）に加えて、帰責評価・金銭評価を受ける事実の確定作業としての意味（事実的因果関係）が同時に与えられることになった⁴⁴ことができる。

因果関係の有無と法的評価の区別がひろく受け入れられた結果、「因果関係」要件が有するに至ったこうした二面性

は、あるいは本稿独自の奇異な理解であるとの印象を与えるかもしれない。しかしながら、完全に同一ではないものの、近時の見解のなかにも一定の支持を見出すことができる。たとえば、右にも要約した「因果関係と賠償範囲の『区別』論」に関して、事実レベルの因果関係の確定とそれに対する帰責評価という二元的構想が必ずしも普遍性をもつ枠組みとして構想されたものではなく、むしろ区別論の形成期においてもその後の議論においても、責任判断における因果言説（ないしbut-forテスト）は「損害類型」に応じ異なる役割を担って顕在化しうることを指摘したうえで、因果関係概念内在的な意義に立ち返り、責任判断における因果言説の役割を損害類型ごとに把握することを説く見解がそれである。こうした見解の出発点には、因果関係概念が責任判断の文脈で果たすべき役割と、因果関係は法的評価の対象であるという位置付けとの間で、論理の飛躍とまではいわないまでも、すくなくとも説得的な論証が欠けているのではないかとの問題認識がある。⁴⁶

本稿は、「損害類型」に応じた因果関係論の三層構造的アプローチ、あるいは特定の損害類型における因果関係概念への帰責評価の再統合など、右見解が導く帰結の当否に立ち入るものではないが、その議論の出発点は、本稿との関係で参考になる。すなわち、本稿の問題関心に引きなおせば、責任の基盤として不可欠な因果関係要件に関して、事実と評価の区別ないしは二元的構想のなかで意義づけられた「事実因果関係」という側面（帰責評価を含まない事実の連鎖としての内実）が強調されてきたことが、かえって「個別的因果関係」要件が備えるべき規範的意義とそこから導かれるべき立証テーマを見えにくくしたのではないかという疑念である。とりわけ、本稿が考察の対象にしている医療過誤訴訟においては、「具体的事象間における一般的法則的関連の発現の検証」が因果関係確証上の大きな障害となるが、一方では事象間の法則性に関する確率の高低に因果関係判断が左右され、他方では事実存否不明のリスクが証明責任に従って処理されるとなると、問題は一層深刻である。このような状況に鑑みれば、いわゆる「事実因果関係」が有す

る「個別的因果関係」の側面に再度光を当て、確認されるべき因果関係要件の内実を再検討することには、十分な理由があるとおもわれる。

4 因果関係判断の個別化（高度の蓋然性）

ここまでの考察の成果を整理しつつ、支援機能の評価枠組みを構成する因果関係要件の規範的意義との関連において、因果関係要件に内在的な克服課題を整理しておきたい。

前提として、患者の医療参加という意識の高まりとともに、医療における不法行為法の支援機能の対象が医療の提供それじたい（＝患者の期待する医療）の確保へと拡大するなかで、生命・身体の保護を目的とする法の介入を正当化するためには、死亡・障害という結果が医療内在的な危険の実現ではないことを示すという意味で、それが医学的に支持されない危険にさらされた結果である（より効果的な医療行為によって回避されえた）という客観的で具体的な関係性が示されなければならない。そしてこの意味において、支援機能の評価枠組みにおける因果関係要件の規範的意義が相対的に増大してくるとい⁴⁷うのが本稿の基本的視座である。

このような規範的意義に因應するために客観性・具体性を備えた因果関係の認定を試みる場合に、従来の裁判例に多くみられた傾向としては、問題となる事象連続関係における法則性の一般統計的確率が因果関係判断を大きく左右していること、およびその問題性が指摘されうる。しかしながら、医療過誤訴訟において従来不合理が意識されてきた問題は、一般法則的関連じたいの不明というよりも、問題とされている現実の事象経過が法則的関連の発現であるのか否かが検証困難である場合が多い。そうであるとすれば、たとえば発現確率が低い法則的関連であっても、因果関係判断としては、いわば「めったに起こらないことがここで起こった蓋然性」こそが問われなければならない。

この点が不明確であると、証明責任との関係で看過できない深刻な問題が生じるようにおもわれる。すなわち、法的な因果関係論において、成立要件としての因果関係は帰責評価とは区別された事実の平面の問題であると解されてきた。したがって、事象間の法則的関連の発現有無が検証し難い場合は、ただちに証明責任の問題として、真偽不明のリスクは原告に帰せられることになる。このとき、問題となる事象間の法則的関連の確率が高ければ、当該事象間でそれが発現したであろうとの推測を引き出すことは比較的容易であるし、そのような経験則に基づく認定を最高裁も認めている。⁴⁸しかし反対に、一般統計的確率が低い場合に、そのことから具体的発現に関する経験則を引き出して因果関係を否定したならば、それはいわば「当該事象経過が法則の発現であることについて心証が得られないことについての心証」に基づく認定であり、これを証明責任の帰結として受け容れることは難しいであろう。

ここでの問題は、当該現実の医療行為と死亡・障害との間に法則的関連の発現（個別的因果関係）を認めることができるかどうかである。したがって、ある医療行為が実施されあるいは実施されなかった場合に死亡・障害という結果が発生する確率が低く、他の要因によって死亡・障害が引き起こされた可能性が否定できないとしても、後者の可能性のないことが確証できなければ現実の因果関係の存在を肯定することができないということにはならない。これは訴訟法学においてつとに指摘されてきたところとおもわれるが、種々の周辺事実によって（確率の低い）当該法則が発現したであろうとの経験則を補強し（それによって同時に、他原因の可能性についての経験則が減殺され）、それが高度の蓋然性に達したところで因果関係は証明される。⁴⁹むしろ実体法に投げかけられている問題は、どのような事実が右の意味での個別的因果関係の存在（＝他原因の不存在）についての経験則を補強する事実として意味を持つのかを可能な限り特定し、それを反映した因果関係要件の内実（立証テーマ）を提示することであるとおもわれる。⁵⁰

IV 結びにかえて——因果関係要件の内実と論拠

ここまで、医療過誤における生命・身体保護の規律目的を踏まえて因果関係要件に対する基本的視座を設定し(Ⅱ)、そこから帰結される因果関係要件の規範的意義に照らして同要件に求められる克服課題を明らかにする(Ⅲ)というアプローチのもとで考察を進めてきた。このようなアプローチを採ったのも、近年「因果関係」判断の法的評価性が再度活発に議論されるなかで、そのような積極的役割を因果関係要件に見出すべき契機がどこにあるのかという部分が自身の中でやや不透明だったからであり、その契機は因果関係概念に本質的に内在するというよりも、特定の規律対象との関係での不法行為法の機能的特徴(支援機能)に裏付けられているのではないかと考えたからである。

本稿の目的は右の点に関する基礎的考察にあったとはいえ、終始抽象的な議論に埋没してしまったことは否めない。本稿を閉じるにあたり、今後の議論の起点に位置づけられるであろう平成一一年判決に立ち返り、同判決が示した因果関係要件の内実を、本稿の成果を踏まえて理解することを試みる。

(1) 概要

以下の叙述の理解を助けるために、平成一一年判決の概要を簡単に記しておく。患者Aは、B病院でアルコール性肝硬変と診断され、肝臓病専門医Y医師が経営する医院を紹介されて、同医院で二年八ヵ月計七七一回到り継続的に受診した。Y医師は、Aには肝細胞ガン発生の危険が高く経過観察を要する患者群に属していたにもかかわらず、肝ガン発見に有効な諸検査を実施しないまま内科的治療を行うにとどまり、Aが死亡する直前ようやくAFP検査を実施した。検査結果はやや高い数値を示していたがY医師は陰性である旨を告げ、数日後Aは腹部膨隆・右季肋部痛を訴えたが筋肉痛だと告げた。その翌日、Aは他院を受診したが、そこで腫瘍破裂による腹腔内出血を起していることが判

明し、数日後、同院にて肝ガンの確定診断が下されたが、その時点ではもはや処置の施しようがなく、診断の五日後に肝不全で死亡したというものである。

原判決は、Y医師には肝ガン発見のための定期的検査実施を怠った過失があると認定したうえで、当該検査が実施されていれば遅くとも確定診断の六ヵ月前には根治術が可能な状況で肝ガンを発見できたであろう高度の蓋然性があるとしつつ、その時点でAに適切な治療が実施されていればある程度の延命効果が得られた可能性はあるが、どの程度延命できたか確認できないとして、Yの過失とAの死亡との間の因果関係を認めることはできないとした。

これに対し最高裁は、東大ルンバル事件判決の判旨を引用して「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うるものであることを必要とし、かつ、それで足りる」としたうえで、「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、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、医師が右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う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と解すべきである。患者が右時点の後いかほ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事由であり、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」として、原判決を破棄した。

(2) 特定の時点における死亡

本件は、問題の医療行為と「当該時点における死亡」との間で因果関係を問題にした点が、最大の特徴と解されている。前述のように、従来の裁判例では「死亡」に対する責任が追及される場合、一定の生存可能期間を奪ったことである（したがって、特定時点の死亡という事実と、不法行為がなかったならば生存反応が消滅したであろう時点がともに要件事実となる）と解する傾向があるが、調査官解説は、民法典の文理（権利ないし法益と損害の区別）、身体と生命の同質性（身体侵害については傷害の事実のみ証明すれば足りる）、さらには刑法上の保護法益としての生命は生存状態そのものと解されていることとの整合性を挙げてこれを否定し、右判旨を正当化しようとする。⁵³ 正当化の論法がやや形式に偏っている印象を拭えないが、これに対しては、不法行為法は不利益の帰責を問題とする（しかも損害賠償額として量的に見積もらなければならないものである）以上、ある時点で生命反応が途絶したという瞬間的な事象それじたいの因果関係を論じることが理解し難いとの批判が向けられていたところである。⁵⁴

本稿の成果を踏まえていえば、従来の裁判例において具体的な生存可能期間の認定が因果関係要件の内実に織り込まれてきたことには、支援機能との関係で、患者の死亡・障害が医療内在的危険の実現であること（適切な医療行為によって回避されえた結果であること）を客観的・具体的に提示し、医療に対する法の介入を正当化するという意味があったとみることができる。もともと、具体的な生存可能期間したがって不法行為がなければ生存反応が消滅したであろう時点は、通常、問題となる治療行為の一般統計的確率が相当に高い場合（定型的な効果は見込まれる治療行為の場合）でなければ、高度の蓋然性をもって確証することは困難であり、⁵⁵ しかし同時に、一般的確率の高低により個別的因果関係の判断が左右されることの不当性は既に述べたとおりである。こうした状況下で、「死亡」を形式的・瞬間的事象として捉えることには、そこに至る具体的な事象経過こそが確認されるべき事実であり、医療行為と死亡・障害との間の

個別的な因果関係を法則的関連の確率高低に依存することなく的確に認定判断していくことを可能にする立証テーマを提示する試みとしての意味が認められるのではないだろうか。⁵⁶⁾

以上のような文脈で理解するならば、「当該時点における死亡」といつても、それは個別的因果関係の確証を可能にするために因果関係要件の内実を立証テーマレベルで技術的に操作しているに過ぎず、保護利益としては生存状態の継続期間の侵害が予定されているのであって、瞬間的事象それじたいの帰責という理解困難な内容を述べているとの批判はかならずしも当たらないといえるだろう。⁵⁷⁾

(3) 不作為の因果関係

本稿では、前章までの考察において作為・不作為の区別には立ち入らなかつたけれども、右の判示内容に加えて、不作為の因果関係の特徴に関わらず作為因果関係と同一の判断基準を援用した点も本件の特徴とされ、かつ、そのことをどのように理解すべきかがひとつの議論を形成している。学説上一般には、因果関係をめぐる作為・不作為の区別をめぐって、不作為が不法行為それじたいを認めない立場⁵⁸⁾、不作為が不法行為に因果関係要件は不要とする立場⁵⁹⁾（作為義務なしは過失判断に吸収されるという）、因果関係に関して作為・不作為の区別を否定する立場に分かれるが、最後のものが一般的な理解であり、本件がこれに従ったものであることは疑いない。⁶⁰⁾

問題は、この立場の下でも、はたして作為の因果関係と不作為の因果関係の判断構造は同一といえるのかである。すなわち、作為型の場合には、作為後に生じた一連の現象を辿っていき、それらの事象経過に法則的関連に関する知見を重ねることで因果関係の確証に至ることが可能である。これに対して不作為型の場合は、一定の仮定的作為を想定したうえで、その後の事象経過を思考上で推測し、発生が想定される結果と現実の結果とを対比して差が認められた場合に因果関係が確証されることになる。しかもこのとき、仮定的作為を起点として、現実の結果と対比すべきどのような結

果がもたらされたのかは、不確定な要素を多分に含む判断となり、そこになんらかの評価的判断が介在する可能性がある。そこで、本件は、ルンバル事件判決が示した判断基準を援用してはいるが、実質的には不作為の因果関係についての新たな判断をしているとみるべきなか、それとも、ルンバル事件判決は当初から右相違を乗り越えた作為不作為共通の評価的な判断枠組みを示していたとみるべきなのかが、判決の意義を理解するうえで問題視される。不作為の因果関係を認めない立場以外に、前者の理解を示すものは少ない。他方、後者の理解を試みる一部の見解は、仮定的作為(定期的検査の実施)から仮定的結果(当該時点における生存)へと向かつて思考上の事象経過を辿る際に、規範的に「必要」と評価される要素(必要な検査が行われなかった不手際)が思考上の事象経過に織り込まれて判断されており、このことは、じつは作為型の因果関係判断においても同様であるという(ルンバル事件判決でいえば、学会出席という医師個人の事情により、通例に反して食後にルンバル穿刺が実施されたことが不手際と評価されており、ルンバル穿刺から発作・脳出血に至る事象経過に、本来おこなわれてはならなかったこと(食後のルンバル実施)が織り込まれているとされる⁽⁸³⁾)。

本稿の成果を踏まえていえば、右の問題は次のように解される。すなわち右の問題は、作為を起点とする事象経過であれ不作為を起点とする事象経過であれ、行為から結果へと至る事象経過に法則発現の確証を試みる際に、当該事象経過に存在する「不確定要素」が具体的な事象経過の追跡を困難にし、そこに一般確率的・推測的判断を再び呼び込んでしまう点にある。

しかし、医療過誤における因果関係要件は、単に、裸の事実としての行為(物理的な拳動)を起点とする無限の因果連鎖(その連鎖中に原告主張の被害が含まれるかどうか)を確認するものではない。不法行為法の支援機能の観点からは、医療過誤における因果関係は、過失とされる医療行為との関係で、死亡・障害という当該結果が医療内在的な危険

の実現が医学的に支持されない危険の実現かを提示し、医療に対する法の介入を正当化する役割を担っていることが意識されるべきであり、そのような観点に立つて、証明されるべき因果関係の内実を探求するべきである。

そうすると、不確定要素のために具体的事象経過の追跡が困難な場合でも、問題の医療行為（または問題の医療行為の不実施）が医学的にみて当該患者に対し有効であった可能性が存在するのであれば、現実生じた死亡・障害は医療外的な危険に曝されたことで生じた結果とすべきであるから、当該患者に対し効果がなかったことにつき高度の蓋然性が積極的に証明されない限り因果関係を肯定すべきであろう。そして、有効性はあるにせよその効果が得られる一般的確率が低かったなどの事情は、因果関係判断ではなく、過失（事前的な結果回避可能性の程度）において考慮すれば足りるとおもわれる。このように考えるならば、因果関係判断に行為者の「不手際」なる規範的評価を介在させる必要もない。⁽⁶⁴⁾平成一一年判決が、因果関係判断において「統計資料その他の」医学的知見を重視すべき旨を明示している点も、以上のような観点から理解可能であるとおもわれる。⁽⁶⁵⁾

※ 本稿は、科学研究費補助金の交付を受けた研究に基づくものである。

(1) たとえば、石川寛俊「期待権の展開と証明責任のあり方」判タ六八六号三三頁（一九八九年）（怠慢不誠実のため治療と称しうる処置が殆どなされなかったという重大な義務違反を認定しておきながら、その同一事実（何もしなかった）ゆえに資料不十分で、患者の請求が棄却されるという不合理）、加藤新太郎「医療過誤訴訟の現状と展望」判タ八八四号一六頁（一九九五年）（医師は、医療水準に則った診療を実施すれば、たとえ患者が治癒しないとしても何ら責任を問われることはない上に、これを実施しなくとも、不治癒と因果関係がなければやはり責任を問われることはない）と構成するのは相当とはいえない）などを参照。

(2) 主として公害事件を中心に展開した蓋然性説、優越的証拠説、表見証明、そのほか確率的心証論や、医療過誤訴訟との関係で証明責任の

転換を説く見解(石川・前掲注(一)二七頁)がこれにあたる。

- (3) 新美育文「癌患者の死亡と医師の責任——『期待権侵害』理論の検討——」『ジュリ七七七号七八頁(一九八三年)、石川寛俊「治療機会の喪失による損害——期待権侵害論再考——」自正三九卷一—二七頁(一九八八年)、吉田信一「致命的疾患に罹患していた患者が医師の義務違反により被った損害——裁判例に見るいわゆる『延命利益』期待権侵害——」千葉六卷三—四号一三七頁(一九九六年) 澤野和博「機会の喪失の理論について(一)~(三)」早大大学院法研論集七七号九九頁、同七八号九五頁、同八〇号八七頁(一九九六—一九九七年)など。全般について、石川寛俊「延命利益、期待権侵害、治療機会の喪失」太田幸夫編『新・裁判実務大系1』二八八頁(青林書院、二〇〇〇年)を参照。

- (4) 同判決評釈は一樣に指摘するほか、八木一洋「判解」曹時五二巻八号二〇〇頁(二〇〇〇年)は、「立証の負担を幾分かでも軽減する機能上の効果も期待できる(傍点筆者)」という。

- (5) すでにルンバル事件判決が示した「高度の蓋然性」基準じたいに実体法上の価値判断が介在するという議論があったが、かならずしも議論が深まることなくさらなる検討課題が突きつけられたとの印象をぬぐえない。米村滋人「判批」『医事法判例百選一五五頁(二〇〇六年)も参照。

- (6) 最判昭和五六年一月一七日判タ四五九号五五頁(「医師の医学的判断および技術をもってするのでなければ人体に危害を及ぼすおそれのある行為」。医療行為の範囲を画することはかならずしも容易ではないが、議論の拡散を回避するため、さしあたり病院で医師が実施する絶対的医療行為を念頭におく。

- (7) 伝統的には「正当業務行為」としての「違法性阻却」として説明されるが、こうした解釈的構成の当否の問題については後述する。

- (8) 大判大正二年一月二五日刑録一九輯二二八八頁(「無免許医業を為すを禁ずるの法意は予め危害を防止せんとするに在り」)。

- (9) もちろん、ここで「判断」といっても特定の被告医師の判断のことではなく、医療専門家集団が総体としても自律性の趣旨である。

- (10) 前田達明「稲垣喬」手嶋豊執筆代表『医事法』一六四頁(松宮孝明)有斐閣、二〇〇〇年)、手嶋豊『医事法入門(第二版)』三四頁(有斐閣、二〇〇八年)。現在では、患者の「同意」ないし「推定的同意」に基づいて実施されることも医療行為の正当化事由にこそえられ、患者が有する自己の生命・身体に対する最終的処分権限ないし自己決定権にその基礎を求めるとが通例である。医学的な適応等がある治療行為でも有効な同意がない場合には不法行為法の規律が及びうるという意味ではその通りであるが、同意の欠如(説明義務違反)のみに基づく責任が如何なる損害の賠償を対象とするか(慰謝料のみか、仮に十分な説明があれば承諾しなかったであろう医療行為の結果までをも

含むのか)なお議論があることからしても(たとえば、広島高判昭和五二年四月一三日判時八六三号六二頁(手術に際しての局所麻酔で患者が体質の特異性により死亡した事例)、横浜地判昭和五四年二月八日判時九四一号八二頁(皮膚移植後の化膿防止のための点滴に対するショック症状で死亡した事例)などは、予想される結果の重大性や処置の緊急性の低さを考慮して逸失利益の賠償を認めるが、ごく少数の裁判例に限られており、東京地判平成四年八月二二日判タ七九三号二七五頁、函館地判平成七年三月二三日判時一五六〇号一二八頁などは、説明義務違反と死亡・障害との間の因果関係を否定している、すくなくとも、同意なき医療行為が一般的に侵襲行為と評価されるとは考えられていないようにおもわれる。むしろ、客観的には正当行為とされうる医療行為でも、患者の同意を欠いていること(実施にあたっての説明が不十分であること)が当該医療行為の選択・実施についての医学的相当性を減殺するものと理解するのが適切であるとおもわれる。医療行為の義務違反性と説明義務違反との関連性につき、稲垣喬『医療過誤訴訟の理論』五一頁以下(日本評論社、一九八五年)を参照。なお、後掲注(16)も参照。

(11) 見方をかえれば、法は人の生命を絶対的に保護するとはいえず、そもそも人がみずからの生命を絶対的に保持することは不可能であることが、医療において生命侵害を考える際のベースラインになるともいえる。ここに、医療の、不法行為法の規律対象としての特質がある。

(12) 加藤一郎『不法行為(増補版)』八八頁(有斐閣、一九七四年)。

(13) 大谷實『刑法講義総論(新版第二版)』二五二頁(成文堂、二〇〇七年)、山口厚『刑法総論(第二版)』一〇六頁以下(有斐閣、二〇〇七年)。

(14) 潮見佳男『不法行為法』二一〇頁(信山社、一九九九年)。

(15) 幾代通『徳本伸一補訂『不法行為法』一〇八頁(有斐閣、一九九三年)、澤井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為(第3版)』一六六頁(有斐閣、二〇〇一年)。

(16) 吉田邦彦『契約法・医事法の関係的展開』三〇五頁以下(有斐閣、二〇〇三年)を参照。なお、前掲注(10)も参照。

(17) 四宮和夫『不法行為』三五九頁(青林書院、一九八三年)。

(18) 最も明確に述べるのは、平井宜雄『債権各論Ⅱ』九七頁(弘文堂、一九九二年)、潮見・前掲注(14)。

(19) 全般について、手嶋豊『医師の責任』加藤雅信編『新・現代損害賠償法講座3』三二二頁(日本評論社、一九九七年)、西野喜一『医療水準と医療慣行』太田幸夫編『新・裁判実務大系1』一〇三頁(青林書院、二〇〇〇年)を参照。

(20) 四宮和夫『判批』ジュリ一二〇号三一頁(一九五六年)。

(21) 星野英一『判批』法協八〇巻六号九九頁(一九六四年)、錦織成史『判批』医療過誤判例百選(第二版)九九頁(一九九六年)。

医療過誤における生命・身体保護と因果関係要件に関する一考察

同志社法学 六〇巻六号 一五四 (二五九〇)

(22) 比較的初期のケースでは、因果関係を認定して特定の治療法が当該患者者に対して有効であったことを認定した後、注意義務違反の判断がおこなわれている。

(23) 西野・前掲注(19) 一〇六頁も参照。

(24) 本文所掲の最高裁昭和五七年三月三〇日判決のほか、最判昭和六〇年三月二六日民集三九巻二号二二四頁、最判昭和六一年五月三〇日判時一一九六号一〇七頁、最判平成四年六月八日判時一四五〇号七〇頁など。

(25) 松倉豊治『医学と法律の間』一三四頁(判例タイムズ社、一九七七年)。

(26) なお、岡林伸幸「医療水準論に関する一考察」(一)名城四四巻一七八七頁(一九九四年)も参照。

(27) 稲垣喬「判批」判タ八八四号六四頁(一九九五年)、手嶋豊「判批」法教一八三三号八四頁(一九九五年)、金川琢雄「判批」評論四四四号四一頁(一九九六年)、山口斉昭「医療水準の判断枠組」法研論集七九号三四〇頁(一九九六年)などを参照。

(28) 稲垣・前掲注(27)、手嶋・前掲注(27)。

(29) なお、行為義務Ⅱ医療水準論に対しては、実質的な判断基準として機能していないとの批判も根強い。たとえば、最判平成一三年六月八日判時一七六五号四四頁(細菌感染症)、最判平成一六年九月七日判時一八八〇号六四頁(アナフィラキシーショック)は、むしろ本文に述べたような枠組みのもとで過失Ⅱ注意義務が判断されているようにみえる。最も、本稿では医療水準論の今日的議論にはこれ以上立ち入らない。なお、新美文「判批」平成七年度重判解六五頁(一九九六年)も参照。

(30) 福永政彦「責任判断における過失と因果関係の牽連」根本久編『裁判実務大系十七巻』二二頁(青林書院、一九九〇年)も参照。

(31) 医師の立場から、医師個人への責任追及が医療実践への過剰な介入と感ぜられることを述べるものとして、山口徹「過失の追及と医療安全の推進」ジュリ一三三三三号三五頁(二〇〇六年)を参照。

(32) たとえば、東京地判平成二年一二月二二日判時一三八七号七八頁(具体的数値は示されていないが、胎児仮死状態の見落しを認定)、宮崎地判平成四年三月二七日判タ七七七号二四一頁(八〇パーセント以上の成功率を認定)、東京地判平成五年六月一四日判時一四九八号八九頁(救命率七〇パーセントを認定)などを参照。

(33) たとえば、平成一一年判決原審(福岡高裁平成八年六月二七日判決)を参照。

(34) たとえば、東京高判昭和五八年六月一日判タ五〇九号二二七頁(平均余命の生存が認められない)、神戸地判昭和六三年一二月一四日判時一三二四号九一頁(延命の可能性は極めて低かった)、東京地判平成四年一〇月二六日判時一四六九号九八頁(病変の存否・形態・発見可能

性がいずれも不明)、神戸地姫路支判平成八年九月三〇日判時一六三〇号九七頁(脳挫傷患者の死亡率についての統計に被害患者の症状を照合して非死亡の蓋然性を否定)などを参照。

(35) 前掲注(3)。

(36) 中村哲『医療訴訟の実務的課題——患者と医師のあるべき姿を求めて——』二五五頁以下(判例タイムズ社、二〇〇一年(初出一九九四年))。

(37) 水野謙『因果関係概念の意義と限界——不法行為帰責論の再構成のために』八一頁(有斐閣、二〇〇〇年)。

(38) 以上のような、因果関係確証過程における判断要素の違いは、従来あまり意識されてこなかったようにおもわれる。統計的因果関係論や、いわゆる確率的心証論のうち(通常の証明度を充たす)一般統計的確率を個別の事実認定に反映させようとする考え方は、上記の区別を前提に、前記③について原告に過度の立証負担を課すことの不当性を除去しようとするものと解されるが、一般統計的数値を個別の事実の推定に結びつけるものである点でなお批判が多い。確率的心証論につき、大塚直「水俣病判決の総合的検討(その1)」ジュリー一〇八号二八頁(一九九六年)も参照。

(39) 最判昭和四四年二月六日民集三三卷二号一九五頁は、このような因果関係認定を許容している。

(40) この点、八木一洋「判解(平成一年判決)」曹時五二卷八号一九三頁(二〇〇〇年)も指摘をするように、たとえば、誤った医薬品が投薬されて副作用が発生した際の投薬と副作用発症の因果関係は、副作用の一般統計的確率の高低にかかわらず、当該患者に生じた症状が当該薬品の副作用の確率的な発現であるか否かが確証されるべき関係であることは明らかである。

(41) 水野・前掲注(37)八六頁以下。

(42) 澤井・前掲注(15)一九五頁および二二二頁以下、水野・前掲注(37)。

(43) 平井直雄『損害賠償法の理論』四二九頁以下(東京大学出版会、一九七一年)。

(44) 拙稿「事実的因果関係論の正統性——成立と普及の実相——」同法五三卷五号八一頁以下(二〇〇二年)。

(45) 水野・前掲注(37)二二七頁以下。説得的な帰責評価にとり、大別して、因果言説を事実レベルにとどめてそこに帰責評価を加えるのが適合理的な損害類型、因果言説のなかに法的評価を組み込むことが適合理的な損害類型、因果言説じたいが役立たない損害類型の三層構造的アプローチが提唱されている。

(46) 因果関係概念の限局的理解に対する類似の問題意識に出た論考として、吉田邦彦「法的思考・実践的推論と不法行為『訴訟』——アメリカ法解釈論の新たな動きを求めて——(下)」ジュリー九九号八九頁、澤井・前掲注(42)、松浦以津子「因果関係」山田卓生編『新・現代損害

賠償法講座①）一四九頁以下（日本評論社、一九九七年）。

- (47) 吉田邦彦「判批」評論四九〇号三五頁（一九九九年）も参照。ただし、行為規範の高まりを受け止める解釈論的構成としては、諸外国の「損害論の動向」に活路を見出そうとする近時の有力説（「機会の喪失論」を基本的には支持したいとする。ちなみに、この方向を押し進めると、機会（チャンス）という抽象的利益が医療における主要な保護利益を構成し、生命・身体そのものは医療において保護法益性を失っていくことになるであろうか。

(48) 最高裁昭和四四年二月六日判決（前掲注（39））。

(49) 八木・前掲注（4）一九四頁は、これを「心証の感触」と表現している。

(50) 賀集唱「損害賠償法における因果関係の証明」新堂幸司編『講座民事訴訟法』二二〇頁以下（弘文堂、一九八三年）を参照。

(51) 溜箭将之「因果関係——『ルンバル事件』からの問題提起」ジュリ一三三〇号八九頁以下（二〇〇七年）は、ルンバル事件判決の批判的分析を通じて、間接事実の総合判断によって因果関係を肯定する余地があることを示した点、および、そこでの外在的価値判断の介入の限定的である点で意義があるが、それと同時に、「具体的な認定と抽象的な判示との間の論理的連関が明確でなく、また自由心証と経験則違背や理由不備との境界も曖昧で、どこまでが下級審での行為規範として機能しうるか、また反証可能性があるのかも不明」である点で、「判断の恣意性という危うさ」をはらんでおり、これを如何に克服しうるかが課題であるとす。

(52) この領域に関する近年の包括的研究として、水野謙「因果関係概念の意義と限界——不法行為帰責論の再構成のために」〔有斐閣、二〇〇〇年〕、および、米村滋人「法的評価としての因果関係と不法行為の目的」〔二・完〕——現代型不法行為訴訟における責任範囲拡大を契機とする因果関係概念の理論的検討——」法協一二二巻四号一八頁、同巻五号一六五頁（二〇〇五年）である。

(53) 八木・前掲注（4）一九六頁以下。

(54) 澤野和博「判批」ジュリ一七七号一九二頁（二〇〇〇年）、水野謙「判批」ジュリ一六五号八五頁（一九九九年）。ただし、水野教授はその後、本件判旨の整合的理解の試みとして、「権利侵害」要件を不法行為の成否段階と損害評価段階とで二面的に捉え七〇九条の要件効果の枠組みを構築する方向を示唆している（後掲注（57）を参照）。

(55) 八木・前掲注（4）二〇〇頁もこの点を指摘する。

(56) なお、作為型の事例では、因果関係の客観性・具体性を担保するために生存可能期間の認定を織り込むという必要がそもそも存在しない。生命を途絶する作為がなければ生命が継続していたであろうことが経験則上明らかだからである。

- (57) 水野謙「医療過誤訴訟における因果関係論と賠償額の算定——裁判例の混迷の原因はどこにあるのか——」法の支配一三七号五〇頁（二〇〇五年）は、「事象的因果関係の終点としての権利侵害要件と、損害評価の出発点としての権利侵害要件とは、それぞれ役割が異なっており、「因果関係の終点としての権利侵害……を観念する際には、権利（又は法益）が過失（又は故意）によって『侵害されたこと』に力点があるはずである。これに対して、損害評価の出発点としての権利侵害……においては、侵害されたのが『いかなる権利ないし法益だったのか』という点が論点となる」と考えたうえで（権利侵害要件の二重性、平成一一年判決は前者に關すると理解することも可能と述べている。これを因果関係論の角度から言い換えれば、責任成否レベルの因果関係は、権利・法益が「侵害されたこと」（本稿にいう個別的因果関係であり、一般的確率の高低によつて認定が左右されるべきものではない）の認定であつて、「どれほど侵害されたか」（一般的確率が高いほど心証形成しやすいが、低い場合には心証形成はほぼ不可能である）ではないといえるように思われる。そして、平成一一年判決がいう「当該時点における死亡」という立証テーマは、因果関係要件に前者の内実を求めるべきことをいう趣旨と理解できないだろうか。（なお、水野教授の力点は右のような理解の先であり、つまり、「人の命が本来有しているはずの時間的な幅という問題を、あげて損害額の算定の問題に流し込」むのでは損害評価規範を不透明にするから、責任成否レベルの因果関係判断の後に、「患者のいかなる権利（法益）が侵害されたのかを規範的に評価する」作業が控えていること（裁量的に金銭評価すればよいわけではない）を意識しておかなければならないと述べている。
- (58) 平井・前掲注(18) 八三頁。
- (59) 前田達明『民法VI 2』一〇九頁（青林書院新社、一九八〇年）、中井美雄「不作為による不法行為」山田卓生編『新・現代損害賠償法講座①』二二四頁（日本評論社、一九九七年）。最近では、橋本佳幸『責任法の多元的構造——不作為不法行為・危険責任をめぐって』三九頁以下（有斐閣、二〇〇六年）がこの点を詳細に論じる。
- (60) さらに、因果関係の起点を義務違反とするか義務違反評価前の代替的作為とするかで分かれる。前者は、四宮・前掲注(17) 四一四頁、潮見・前掲注(14) 二八頁以下および二九頁以下、窪田充見「判批」民商一二二卷四〇五号一三六頁（二〇〇〇年）、同『不法行為法』三二七頁（有斐閣、二〇〇七年）、後者は、沢井裕「因果関係」星野英一編『民法講座6』二七〇頁（有斐閣、一九八五年）、新美育文「判批」民法判例百選Ⅱ（第五版 新法対応補正版）一六九頁（二〇〇五年）。
- (61) なお、大判大正七年七月一二日民録二四輯一四四八頁も参照。
- (62) 八木・前掲注(4) 一九二頁を参照。

(63) 寺沢知子「判批」撰南三三〇頁以下(二〇〇〇年)。

(64) このようにいうと、(実際上は過失の評価根拠事実と重複するのであろうが)原告は因果関係の証明において「不手際」も証明すべきことになる。溜箭・前掲注(51)八六頁も、ルンパール事件判決に関してだが、評価的判断の介在を否定する。

(65) 八木・前掲注(4)一九五頁も参照。なお、懈怠された治療行為の一般的有効性が認められる限り因果関係を推定すべきであるとする石川・前掲注(2)三二頁の主張や、個別の因果関係を是認する際に探求すべき諸前提が「非明示的」となる不作為事例において、それら諸前提が非明示的であるのはまさに加害者の抽象的危険防止義務違反に起因するものである以上、加害者の義務違反により損害の抽象的危険が増加したことだけをもって因果関係を肯定すべきであり、それが当事者間の公平に適うとする水野・前掲注(52)三三四頁の主張は、医療における因果関係要件の内実を整合する見方として基本的に支持されるべきものと考ええる。