



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	B型肝炎札幌訴訟における意見書：因果関係の証明負担の軽減について
Author(s)	瀬川, 信久
Citation	北大法学論集, 61(6), 328[99]-314[113]
Issue Date	2011-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/45129
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR61-6_016.pdf



B型肝炎札幌訴訟における意見書

—— 因果関係の証明負担の軽減について ——

瀬 川 信 久

以下に掲載するのは、集団予防接種あるいは集団ツベルクリン反応検査によりB型肝炎ウイルスに罹患したとする原告5名が国に対し国家賠償法に基づき損害賠償を請求した札幌B型肝炎訴訟の控訴審において、原告側弁護団より依頼を受けて作成し、平成14年9月2日付で札幌高等裁判所に提出された意見書である。当該事件では、一審判決は原告全員の請求を棄却したが、控訴審は原告のうち3名につき請求の一部を認容し、2名については民法724条後段の20年の除斥期間が経過していることを理由に請求を棄却した。原告と被告国の双方から上告受理申立てをしたところ、最高裁は原告全員の請求を認め、被告国の上告を棄却した（最判平成18年6月16日民集60巻5号1997頁）。その後、多数のB型肝炎ウイルス患者が、この最高裁判決に基づき、乳幼児期の集団予防接種における注射器の使い回しによると主張して国に損害賠償請求事件を提訴した。現在10の地方裁判所に継続し、昨年（平成22年）からは和解協議が進められていることはしばしば報道されるところである。

本意見書は公表しなかったが、B型肝炎訴訟の研究で言及されることがあり、今回「経歴と業績」をまとめる労をとっていただいた松久三四彦教授から、本訴訟の社会的意義を考慮すると記録として公表すべきでないかのご意見をいただいた。文献・裁判例の引用などが不十分であるが、このような経緯から、札幌高等裁判所に提出された形のままで、「資料」として掲載いただくことにした次第である。

（2010年11月記）

意 見 書

札幌高等裁判所平成12年（ネ）196号損害賠償控訴事件（B型肝炎訴訟）に関し、同事件の争点のうち、予防接種と肝炎ウイルス感染との因果関係の証明について意見を述べる。

この因果関係を認めることができるかが本件の重要な問題であるが、この問題は裏から言うと、因果関係の証明の負担をどこまで軽減できるかという問題である。ところで、証明負担軽減の方法としては一般に、証明責任の転換、推定、一応の推定ないし表見証明、証明妨害、事案解明義務、証明度の軽減、割合的認定などがあげられる¹。これらのうち、証明責任の転換、推定、証明度の軽減、割合的認定は、証明負担軽減の効果に着目した分類であり、推定、一応の推定（表見証明）、証明妨害、事案解明義務は、どちらかという証明負担軽減の根拠ないし要件に着目した分類である。ところで、本件では、どのような証明負担の軽減が可能かが問題になっている。したがって、証明負担を軽減するための要件が満たされているかという観点から、推定、一応の推定（表見証明）、証明妨害、事案解明義務について検討することになる。ただ、本件は当事者の一方のみが容易に証明できる場合ではないので、事案解明義務を根拠とする証明負担の軽減は認め難い²。そこで、検討の対象を、推定、一応の推定（表見証明）、証明妨害による証明負担の軽減に絞る。それを検討した後で、近時の判例の動きを参考にして、本件の場合に保護法益の拡張によって因果関係の証明負担を軽減できないかを考えることにする。

¹ 高橋宏志『重要論点民事訴訟法〔新版〕』478頁以下、渡辺武文「証明負担の軽減」『民事訴訟法の争点〔3版〕』214頁。

² 証明妨害も、一定の証拠保全義務を前提としている点で、広い意味での事案解明義務に含まれる（渡辺・前掲注（1）216頁）。しかし、本来の事案解明義務はより特定されたものである。すなわち、証明妨害による証明負担の軽減は、証拠提出を不可能にした相手方の行為を理由にするのに対し、事案解明義務による証明負担の軽減は、証明責任を負う者にとって証明が客観的に困難であり相手方には容易であるという証明難易の格差を理由にする。この点をみると、本件で考えるべき証明負担の軽減は、事案解明義務ではなくて証明妨害によるものである。

1. 事実上の推定

推定とは、経験則を利用してある事実から他の事実を推認することである。因果関係については、この推認を規定する法規はないので、自由心証主義の一作用としてこの推定を行っている(事実上の推定)。その際に利用する経験則は、自然・人間・社会に関する一般的な法則ないし知識である。本件の場合には、疫学上の経験則に基づく推定が認められるかが問題になる。しかし、本件では、今のところ基礎となるデータが少なく、予防接種とB型肝炎の感染との間の因果関係を疫学的に認めることには困難があるように思われる(原判決230頁以下)。

2. 一応の推定・表見証明

(1) 一応の推定の根拠に関する概観

一応の推定はわが国で、表見証明はドイツで、主に不法行為の過失と因果関係について判例が作り出した推認の手法であるが、その内容は類似しているといわれる³。しかし、一応の推定・表見証明の定義については統一的な見解がない。通常的事実上の推定よりも高度の蓋然性のある経験則による推定だとする考えがある⁴が、高度の蓋然性のある経験則がない場合にも、ドイツでは表見証明を認めた裁判例があり、日本では一応の推定を認めるべきだという学説がある⁵。そこで、一応の推定・表見証明とは、推定される事実が何らかの過失・因果関係といった抽象的で不特定な内容のものである場合の事実上の推定であるとする見解もある。このように、一応の推定と表見証明の内容は必ずしも明確でない。それだけでなく、どのような場合に一応の推定・表見証明を認めるべきかも明確でない。

ところで、一応の推定・表見証明の内容や要件が明確でないのは、それが、経験則、すなわち、自然・人間・社会に関する一般的な法則ないし知識だけで

³ 藤原弘道「一応の推定と証明責任の転換」新堂幸司編『講座民事訴訟⑤証拠』129頁、141頁。

⁴ 新堂幸司『新民事訴訟法』495頁。

⁵ 渡辺武文「表見証明と立証軽減」山木戸克己編『手続法の理論と実践 下巻』140頁(定型的事象経過が認められないにもかかわらず表見証明を認めるドイツの裁判例をあげる)、154頁以下。そのほか、藤原弘道「前掲」129頁、高橋『前掲書』484頁も参照。

なく、手続的衡平という価値や、さらには実体法上の価値判断ないし法解釈にも依拠し、その手続的衡平や実体法上の価値判断・法解釈が事案類型によって異なるからではないかと思われる。例えば、一応の推定の例として、他人の立木を伐採した者に過失を認める判例があげられる⁶が、伐採する立木を他人が所有していることが伐採者にとって認識可能であるとの経験則があるとは思われない。むしろ、多くの場合には、他人の立木と認識できないために伐採するのであろう。にもかかわらずこの侵害類型で判例が過失を推認するのは、おそらく、静止している他人の不動産を一方的に侵害する者は、他人の所有を認識し得たか否かを問わず不法行為責任を負うべきだという実体法上の価値判断に基づいているのであろう。事実、このような場合に英米不法行為法では trespass により無過失責任を負っている⁷。したがって、因果関係の一応の推定・表見証明については、因果関係の判断に特有の手続的衡平や実体法的な価値判断・法解釈をも考慮して、その可否を考えなければならない⁸。

(2) 手続的衡平に基づく一応の推定——他原因との比較と他原因の具体的な主張

因果関係の推認における手続的衡平として指摘すべきは、結果と被告の行為との因果関係を原告が具体的に主張立証するのに応じて、被告は他原因を具体的に主張しなければならないということである。少し説明する。

⁶ 中野貞一郎『過失の推認』6頁以下。

⁷ 瀬川信久「危険・リスク——総論」ジュリスト1126号142頁。

⁸ なお、証明責任の分配に関し、法律要件分類説は法規の条文の形式的構造に依拠していた。これに対し、利益考量説はより実質的な根拠を探究し、蓋然性(蓋然性の低い事実を主張する者に証明責任を課す)、立証の難易、証拠との距離(証拠に近い方に証明責任を課す)など訴訟当事者間の手続的衡平を考慮して証明責任を分配するべきだとし、さらに、一部の学説は、実体法の趣旨・価値判断を考慮すべきだとしている(以上につき、高橋『前掲書』458頁以下)。要するに、証明責任の分配は今日、蓋然性に基づくものと、当事者間の手続的衡平に基づくものと、実体法の趣旨・価値判断に基づくものとが考えられている。本文の考えは、証明負担の軽減も証明責任の分配と同じように、高度に蓋然的な経験則に基づくもののほかに、手続的衡平に基づくものや実体法的価値判断に基づくものがあると考えている。

被告の行為と結果との事実的因果関係の証明は、普通、(a) 被告の行為が当該結果を発生させ得たことと、(b) 他原因が当該結果を発生させなかったことを証明することによって行われる。そして、裁判例は一般に、(a) 被告の行為に因る可能性と、(b) 他原因に因る可能性とを比較して、因果関係の有無を判断している。例えば、最判昭50年10月24日民集29巻9号1417頁（ルンバール事件）では、ルンバールによる脳出血の可能性が高いことと、化膿性髄膜炎の再発の蓋然性が低いことから、ルンバールとの因果関係を認めた。最判平成3年4月19日民集45巻4号367頁（小樽種痘国賠事件）は、「ある個人が禁忌者に該当する可能性は右の個人的素因を有する可能性よりもはるかに大きいものというべきであるから、予防接種によって右後遺障害が発生した場合には、当該被接種者が禁忌者に該当していたことによって右後遺障害が発生した高度の蓋然性があると考えられる。」としている。

このように因果関係は他原因との比較によって判断されることから、裁判例は、被告に対し、(b) の考えられる他原因をある程度具体的に主張することを要求し、被告側が考えられる他原因を具体的に主張しなかった場合には、他原因の可能性を論ずることなく被告の行為との因果関係を推認している。例えば、東京地判昭和42年6月7日下民集18巻5・6号616頁は、交通事故の被害者が診断のために造影剤注射による脳動脈撮影をしたところ、意識喪失と一過性の麻痺を生じた。被告側が他原因を何も主張しなかったところ、意識喪失と後遺症は施術上の過失（頸動脈穿刺の失敗とやり直し、前後像撮影の失敗のため時間がかかったこと）によるものと推認した⁹。

大阪地判平成6年3月29日判時1493号29頁は、テレビ火災事件で、被告メーカーが安全性検査をしていることしか主張しなかったため、他原因による可能性を判断することなく因果関係を認定した。

ドイツ連邦最高裁判決も同様の考えを示している。

BGH, Urt. 14.12.1953 BGHZ 11, 227（第1輸血梅毒事件）は、血液提供者が

⁹ ただし、控訴審で被告側がウログラフィンの注入による脳浮腫の発生という因果関係経路を主張し、東京高判昭和45年5月26日訟務月報16巻10号1129頁は、その可能性を認めて施術上の過失との因果関係を否定している。しかし、本控訴審判決は医師の行為との因果関係は認めているのであるから、施術上の過失を否定したものと解すべきである。

輸血2週間前に、感染させる確率の小さい第3期梅毒患者であった事件で、「多数の原因の可能性を示す一定の病状がある場合に、そのうちのひとつの原因について確実な手がかりがあり、他の原因にはそれがないというときは、そのひとつの原因につき表見証明がある」と判示し（中野貞一郎『過失の推認』27頁）、他の原因によるという被告の主張は単に抽象的な可能性を述べているだけで具体的な主張は何もしていないことを理由に梅毒感染の事実を推認した（渡辺武文「表見証明と立証軽減」山木戸克己編『手続法の理論と実践〔下巻〕』145頁）。

BGH, Urt. 12.2.1957 VersR 1957, 252（第2輸血梅毒事件）は、血液提供者が当時梅毒患者であったか不明である事件で、「輸血だけが梅毒感染の唯一の具体的手掛かりのある原因である」として、表見証明を肯定した（中野『前掲書』36頁、渡辺「前掲」146頁）。

BGH, Urt. 18.6.1969 NJW 1969, 1708（欠陥車事件）「他の事故原因を認めうるだけの具体的事情が明らかにされないかぎり、車輪枠の瑕疵が、正常な運転にもかかわらず当該事件のような事故の原因となりうることは生活経験に合致する」（渡辺「前掲」152頁）。

以上によれば、本件の場合は、予防接種との因果関係の証明の具体性と、他原因との因果関係の証明の具体性との相対比較の問題である。ところで、本件の原判決は、他原因として、「ア 一般の医療行為による感染」「イ 対人的な接触による感染」「ウ 家庭内での感染」「エ 想像を超える感染経路」を上げている（219～225頁）。しかし、エのような抽象的に考えられるだけの他原因を理由に被告の行為との因果関係を否定するのは正しくない。また、イウについても、一般に通常の社会生活、家族生活ではB型肝炎ウイルスは感染しないとされており、特に家庭内感染については、家族内にキャリアがいない場合には他の家族への感染は希有だというのであるから、感染させたと考えられる他原因を被告側がより限定する必要がある。結局、他原因として重要なのは、「ア 一般の医療行為による感染」に絞られると考える。

（3）実体法上の価値判断に基づく一応の推定——概括的認定

本件の場合に実体法上の価値判断に基づく因果関係の推定として考えられるのは、被告の信義則上の義務に基づく概括的認定である。

因果関係の概括的認定とは、原因を特定せず、「何らかの」瑕疵あるいは過失に因るとして因果関係を認めることである。工作物事故、医療事故、製造物

事故などの裁判例でみられる。工作物事故では次のものがある。

東京地判昭和2年9月30日新報137・24——小学生がバスケットボール台の下敷きになった事件で、風速7・8米の風で倒れるのでは一応設備不完全だとした。

高松高判昭和50年3月27日判時789号45頁——クレーンのワイヤロープが突然切れて負傷した事件で、通常は3ないし5トンでも切れないのに2トンもないバケットで切断したから、ドラムの乱巻き、キンク、腐食等の瑕疵を具体的に特定できなくても、何らかの瑕疵があったと認めるべきであるとした。

大阪地判昭和50年9月30日判時815号70頁——デパートYのエスカレーターに3歳の幼児の長靴が挟まれ、7歳の姉Xが長靴を取り出そうとして手を挟まれ重傷を負った事件で、エスカレーターに具体的瑕疵がなく長靴が挟まれた原因が不明であったが、通常の利用方法によって長靴が挟まれたのはエスカレーターが本来備えているべき安全性を欠いていたとして、責任を認めた。

医療事故では、前掲東京地判昭和42年6月7日、広島地裁尾道支判昭和60年3月25日のほか次のものがある¹⁰。

大阪地判平成元年10月30日判時1354号126頁——四肢不全麻痺は、手術中の何らかの過失による脊髄損傷に起因すると認定した。

最判昭和39年7月28日民集18巻6号1241頁——麻酔注射の際に、注射器具、施術者の手指、注射部位等の消毒不完全によりブドウ球菌に感染したと認定した。

製造物事故では次のものがある。

前掲大阪地判平成6年3月29日（松下テレビ火災事件）——電源コードの短絡という他原因は個別に否定したが、「本件テレビは、合理的利用中……に発煙、発火したと認められるから、不相当に危険と評価すべきであり、本件テレビには欠陥が認められる。」「本件テレビには欠陥が認められるから、その危険を生

¹⁰ 択一的認定、すなわち、考えられる事故原因を列挙した上でそのうちのいずれかとの因果関係があることを理由に因果関係を認める裁判例は、最判昭和32年5月10日民集11巻5号715頁（当該筋萎縮症は、ビタミン剤皮下注射の際の注射液の不良か注射器の消毒不完全によると認定）、大阪地判昭和46年4月19日判時646号72頁（眼球注射の直後の一時的失明が注射液の選定の誤りか注射部位・方法の誤りかは不明としつつ因果関係を認定した）のほか多数存在する。喰孝一『医事法学の歩み』106頁以下、149頁以下を参照。

じさせた欠陥原因の存在が推認される」として、他原因との因果関係をとくに検討していない。

大阪地判平成9年9月18日判タ992号166頁（シャープ・テレビ火災事件）——足温器、電気あんま器、OA 機器、屋内配線、たばこ、放火の可能性は、個別に否定したが、それ以上の原因の特定については、「消費者において、当該商品をその合理的利用期間内に通常的使用方法によって使用している間に事故が生じたこと、右事故を生じさせた商品が『当該商品が通常有すべき安全性』を欠いていたことを立証すれば、製造者に商品を生設計・製造し流通に置くに際して安全性確保義務違反の過失があったものと推定され、製造者において、欠陥原因を解明するなどして右推定を覆さない以上その責任を免れない」とした。

東京地判平成11年8月31日判時1687号39頁、判タ1013号81頁（冷凍庫火災事件）——「本来の使用目的に従って製造物を使用し、事故が発生した場合に」は「通常有すべき安全性を欠いていたというべきであり、この意味で欠陥があったものといわざるを得ない。」

しかし、全ての場合に概括的認定を認めているわけではない。なかでも、自動車の製造物事故では多くの裁判例は概括的認定を認めていない。

大津地判平成8年2月9日判時1590号127頁、判タ918号186頁——自動車事故直前に左前が沈み込み操縦不能になったとは認められなかったとした。

東京高判平成8年2月29日判タ924号228頁——自動車事故により負傷したXが、自動車速度制御装置の欠陥によると主張したが、当該装置に欠陥・製造上の過失はないとした。

東京地判平成9年12月18日交通民集30巻6号1768頁——ガードレールに衝突し物損が生じた事件で、運転者の不適切なハンドル・アクセル操作に因ると認定した。

津地判平成10年9月29日金判1057号46頁——夜間エンジンを掛けたまま仮眠中に出火し廃車になった事件。Xらは欠陥の具体的内容を主張しなかったところ、睡眠中無意識にアクセルを踏み、高速回転状態により異常加熱の可能性が高いと判断した。

概括的認定を認めたものと認めなかったものとを比べると、認めたものでは、考えられる他原因が、被害者の関与が及ばず、被告がコントロールしている、あるいはコントロールすべき領域（テレビ火災事故判決の言う「安全確保義務」の及ぶ範囲内）にある場合である。注射器・エスカレーター・電気製品の内部

と比べると、自動車の内部は個々の利用者の手が容易に及ぶ領域なのである。

因果関係の概括的認定を認める根拠について、従来は、高度の蓋然性を持つ経験則だと説明してきた¹¹。しかし、注射後の化膿が注射をした者の何らかの過失に因するという経験則はあるが、自動車の不具合が製造者の何らかの過失に因するという経験則はない、という違いは、経験則の蓋然性だけでは説明できない。近時の学説¹²のように、「具体的な過失事実の証拠がないとして権利主張者に対する権利保護を拒否するのが正義に合するか、それとも、どの範囲の反対事実の可能性を特段の事情として相手方の反証責任に委ねるのが衡平にかなうか」といった利益考量論に基づいていると考えるべきであろう。すなわち、一定の領域から生ずる侵害については、被告が全面的に結果回避義務を負うわけではないが、自己の行為に因らないことを積極的に証明しない限り不法行為責任を負うという利益考量である。その領域から生ずる侵害のかかなりの部分については被告が結果回避義務を負うこと、その領域に生ずることについては被告が管理すべき地位にあることから、因果関係が不明であることを理由に責任を負わないのは信義則に反すると考えるのである。このような信義則上の義務を負わないとすると、因果関係を解明すべき者が因果関係不明を理由に責任を負わないという不合理な結果が生ずる。作為義務不履行（不作為）の不法行為の場合の因果関係についてであるが、最高裁はしばしば因果関係を推認している。すなわち、最判昭和36年2月16日民集15巻2号244頁（東大病院輸血梅毒事件）、最判昭和51年9月30日民集30巻8号816頁（予防接種問診事件）、最判昭和59年4月10日民集38巻6号557頁（宿直員強盗殺人事件）、最判平成8年1月23日民集50巻1号1頁（麻酔薬能書事件）は、血液提供者あるいは母親への問診、のぞき窓・防犯ベルなどの物的設備、宿直員に対する安全教育、2分間隔の血圧測定をしていれば侵害結果を回避できたという高度の蓋然性があったとは言えない場合に因果関係を推認しているが、これも同様の利益考量に基づくのであろう。

（2）で述べたように、本件の場合に考えられる他原因は「ア 一般の医療行為による感染」であるが、本件予防接種の当時、国は注射針の連続使用の危険性を認識していたのであり、しかも、本件接種が強制的であったのであるか

¹¹ 新堂幸司『前掲書』495頁。

¹² 渡辺・前掲注（5）156頁。

ら、一般医療機関における注射針の連続使用を中止させる義務を負わないとしても、自らの予防接種による感染でないことを積極的に証明する義務を負っていたと考えるべきである。この意味で、一般の医療機関の連続注射に因る可能性があるという理由で、自らの予防接種に因る可能性もある被害について因果関係の欠如を理由に責任を免れるのは信義則に反する。

以上より、本件においては、概括的認定によって、予防接種と肝炎ウイルス感染との因果関係を認定することができると思われる。

3. 証明妨害

(1) 概観

証明妨害とは、証明責任を負わない訴訟当事者が相手方による証拠の収集・提出を困難にしたり妨げたりした場合に、裁判所が事実認定の上で、妨害を受けた当事者の主張に有利に調整することである¹³。その要件としては、①広い意味での証拠保存義務、あるいは、事案解明への協力義務に対する違反があること（義務違反）、②この義務違反により相手方が証明しようとする事実が解明不能になっていること（因果関係）、③この義務違反が有責であること（帰責事由）、④義務違反行為が公平な訴訟追行に反し、信義則上、証明責任を負う者に事案の解明を期待できないことがあげられる¹⁴。

本件の場合には、肝炎感染を含む危険性を事後的に調査することなく予防接種を実施し続けたことを、証明妨害の前提としての義務違反と考えることができる。その場合、ウイルス性肝炎に感染する可能性を考え、そのことも確認できる副作用調査を事後的にしていれば、原告の肝炎が予防接種に因るものか否か明らかになったのだから、②の因果関係はある。問題は、①④について、訴訟以前の副作用の調査懈怠が証拠保存義務違反になるか、③について、故意とまで言えない行為だが、過失の証明妨害をも認めるかである。

¹³ 春日偉知郎『民事証拠法研究』191頁（「第六章 証明妨害」）。

¹⁴ 春日『前掲書』208頁、同「証明責任の転換——証明妨害」『民訴判例百選 新法対応版Ⅱ』284頁。ゴットフリート・バウムゲルテル「民事訴訟における証明妨害」判タ585号18頁は、①④を証明妨害のための法的基礎、②を客観的要素、③を主観的要素とする。

（２）義務違反行為という客観的要件

①④の義務違反については、証明妨害の要件としての義務違反行為は広いものが考えられており、本件の副作用の調査懈怠は証明妨害の義務違反行為になると考える。確かに教科書・体系書は、証明妨害の例として主に訴訟開始後の証拠調べに協力しなかった場合をあげている¹⁵。しかし、詳しく検討する論文は、ドイツの議論によりながら、訴訟開始前の証拠毀損行為（例えば、事故車の解体）、さらには、侵害結果が顕在化する前の証拠毀損行為（例えば、医師が治療の際になすべき検査の不実施、治療内容の不記録、記録の紛失）も、証明妨害たりうと考えている¹⁶。また、わが国であげられる証明妨害の裁判例のうちで、新潟地判昭46年9月29日下民集22・9＝10別冊・1（新潟水俣病事件）は、被告の工場が当該中毒症の汚染源として疑われていたが未だ訴え提起がなされていない時に、被告が工場のアセトアルデヒド製造工程関係の製造工程図を焼却し、試料を保存することなくプラントを完全に撤去してしまったことを、因果関係を認定する際に指摘している¹⁷。さらに、大阪高判昭和55年1月30日下民集31巻1～4号2頁（被告が、自己の土地と原告の土地の境界にあった境界標・杭・畦道などを破壊して自分の土地として使用していたのを、原告が2年半後に知って抗義し、紛争になった事件。「自由心証の範囲で事実上の推定をなし、立証の必要ないし証拠提出責任を被告に課すことが許されてよい」とした。）は、紛争が発生する前の行為を証明妨害と考えている。また、東京地判平成2年7月24日判時1364号57頁、および、その控訴審判決である東京高判平成3年1月30日判時1381号49頁（車両保険の遅滞分割保険料が支払われたが領収書に日付を記入しなかったために、交通事故がその前か後かが争われた。

¹⁵ 新堂幸司『前掲書』161頁、吉村徳重ほか『講義民事訴訟法』251頁など。

¹⁶ 春日『前掲書』208頁、渡辺武文「証拠に関する当事者行為の規律」新堂幸司編『講座民事訴訟⑤証拠』162頁。

¹⁷ 同旨の裁判例として、広島地裁尾道支判昭和60年3月25日判時1158号32頁がある（骨関節結核を集団感染について県保健所の責任が問われた事件で、県保健所が迅速適切な初期活動を行わず、そのため当該医師・看護婦が死亡し、医院が閉鎖されてカルテも廃棄され、医院のレセプトもごく一部しか残存しなかったために感染経路・感染源を立証することが不可能となったことを理由に、感染させた医院が特定されれば、感染経路・感染源まで特定する必要はないとした）。

後の場合にのみ保険金が払われる。判決の結論は後述）は、紛争が予想されない時点での行為を証明妨害と考えている。

訴訟が開始せず、また、目前に迫ってもいない状況での証拠保存義務として、最も議論されているのは、医師の診療録作成・保存義務である。そして、ドイツでは、契約あるいは法律に基づく場合のほか、医療慣行に則した正規の治療という面から通常期待される場合には、訴訟とは無関係に証拠保存義務が生ずるとされている。「職業上他人の利益を保護しなければならない者が、自分しか知ることのできない、他人の利益に直接関係する事実を記録しておかなかったため、後からものはやこれを解明できない事態が生じた以上、訴訟においてもその責めを負わなければならない」と考えるのであり¹⁸、このことは本件予防接種の副作用の調査不実施についても言うことができる。

もっとも、第1に、この診療録作成義務は診療時点の医療水準に依るべきだとされる¹⁹。しかし、本件予防接種のうち最初のものは1951年（昭和26年）であるが、諸外国では、遅くとも1940年代半ばには連続接種による感染の危険性についての警告がなされていたのである。第2に、証明妨害については、「その証拠方法が将来証拠調べの対象となることが十分予想でき、そのため、相手方が適切な保存ないし作成措置を講じる必要性を認識しえたこと……が要件となる。」とされる²⁰。しかし、予防接種の副作用の調査は損害の発生・拡大の抑止を目的とするが、副作用の発生は損害賠償責任を発生させること、原告らが予防接種を受けた昭和30年代には、既に、国・地方共同体に対し相当数の医療過誤賠償請求事件が提起されていたこと²¹を考えると、本件の場合も、「その証拠方法が将来証拠調べの対象となることが十分予想でき、そのため、相手方が適切な保存ないし作成措置を講じる必要性を認識しえた」ということができる。

¹⁸ 春日『前掲書』209頁、202～206頁、渡辺・前掲注（16）169頁。

¹⁹ 春日『前掲書』209頁。

²⁰ 渡辺「前掲」講座169頁。

²¹ 有名な東大輸血梅毒事件の提訴は昭和23年である（東京地判昭和30年4月22日下民集6巻4号784頁、東京高判昭和31年9月17日、最判昭和36年2月16日民集15巻2号244頁）。そのほか、国が被告とする昭和30年代初めの事件として、金沢地判昭和32年7月12日医療過誤民事裁判例集199頁、徳島地判昭和33年2月7日医療過誤民事裁判例集25頁などがある。

以上によれば、本件の場合には、既に1953年（昭和28年）に WHO が連続接種に因る感染につき警告していたのであるから、証明妨害の事件としての義務違反を認めることができる考える。

（３）故意過失という主観的要件

③の主観的要件については、一般に過失でもよいとされている²²。もっとも、わが国の裁判例では、前掲東京地判平成2年7月24日（保険料受領日付不記入事件）が、過失の場合にも証明妨害を認めたが、控訴審の東京高判平成3年1月30日は、故意又は重大な過失のある場合に限定した。しかし、この事案では、裁判所は、保険料支払いは保険事故の後だったという確定的な心証を得ていたから、証明妨害の判断を示す必要はなかった、したがってこの部分の判断は意味がないといわれている²³。また、たとえ本控訴審判決の証明妨害に関する判断が意味を持つと解するとしても、本肝炎訴訟の場合の主観的要件を考えると参考にならないように思われる。すなわち、この事案では、遅滞分割保険料を支払う際に弁済受領書に日時の明記を要求できたのにしなかった点に原告に過失がある。また、日時の明記が必要になる事態に至ったことが、分割保険料の遅滞という原告の過失に起因している。これに対し、肝炎訴訟では、原告に予防接種により肝炎に感染したか否かを調査しなかった過失を認めることは全くできない。予防接種は法律上または事実上強制的であったから、それが含む危険性については、強制した被告（国）が調査すべきであった。とくに、欧米では、1940年代半ばには人の血液が人体に入ることによる肝炎がありその予防のためには各種治療に用いられる注射器（針や筒）の連続使用をしないことが肝要であることが明らかにされ、1945年にイギリス保健省は注射器の連続使用の危険性を警告し、1953年に WHO 肝炎専門委員会は注射器（針）等の連続使用の問題性を指摘していた。国はこれらのことを認識しつつ注射器（針）等の連続使用による予防接種を実施していたのであるから、その予防接種の副反応の実態を調査しなかったことは重大な過失であったとすら言うことができるように思われる。

以上により、本件では被告の証明妨害を理由に、原告の因果関係の証明負担

²² 春日『前掲書』208頁。

²³ 上原敏夫・判例評論395号163頁（前掲東京高判平成3年1月30日の判例批評）。

を軽減すべきであると考ええる。

4. 保護法益の拡張

裁判例の中には、侵害の過程のより前の段階の利益を被侵害法益と考えることによって、因果関係の証明負担を軽減するものがある。近時議論があるのは、適切な医療を受けなかったために快復しなかったという因果関係が不明の場合、換言すれば、適切な医療を受けていたら快復・生存したという因果関係が不明の場合に、快復ではなくて、延命、あるいは、適切な医療を受ける機会、あるいは適切な医療を受ける期待を保護法益と考えるものである。被侵害利益を回復より前の段階で考えることによって、因果関係の認定が容易になる。この問題につき、最判平成11年2月25日民集53巻2号235頁は、「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」を保護法益と考え、さらに最判平成12年9月22日民集54巻7号2574頁は、「患者がその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性の存在」を保護法益とし、被害者からの損害賠償請求を認めた。

このようにして「因果関係」の証明負担が軽減されるのは、「因果関係」が加害者の「注意義務（違反）」と被害者の「被侵害法益」の間の諸事情を考慮・判断する要件枠組みであるために、加害者の義務を拡大したり被害者の保護法益を前進させると、要件としての因果関係が短くなるからである。2.(3)で検討した概括的認定は、被告の信義則上の義務を拡大することによって因果関係の証明負担を軽減するものであったが、ここでは、被害者の保護法益を拡張することによって因果関係の証明負担を軽減しているのである。問題は、侵害の過程のより前の段階の利益を保護法益と考えることができるかということと、保護法益＝被侵害利益と考える場合の賠償額の算定である。

本件の場合にも、人間の基本的価値である身体・健康の利益が損なわれている。また、健康のために予防接種を受けるのであるから、適切な予防接種を受けることに対する期待は、一般の適切な医療を受けることに対する期待と比べて決して小さくない。したがって、これらの判例の考え方を導入することができると考える。その場合には、原告らが、予防接種を受けなかったら「B型肝炎に罹患しなかった可能性」、あるいは、「B型肝炎に罹患しなかった相当程度の可能性」を保護法益と考え、連続接種とその侵害との間の因果関係が認められれば、不法行為責任を認めるのである。この場合の損害賠償は慰謝料である

が、それは精神的苦痛に対する賠償というよりも、包括慰謝料のように財産的損害の賠償をも含むものと考えるべきである²⁴。

²⁴ 包括慰謝料については、吉村良一『不法行為法』140頁参照。包括慰謝料のように考えると、前掲最判平成12年9月22日が、「生命を維持することは人にとって最も基本的な利益であって……」と判示しているが、本件での賠償の対象は精神的苦痛ではなくて健康侵害ということになる。