



Title	医療過誤訴訟における検査結果収集義務：相当程度の可能性論と証明軽減の相克
Author(s)	林, 誠司
Citation	北大法学論集, 66(3), 1-76
Issue Date	2015-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/59869
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol66no3_01.pdf



医療過誤訴訟における検査結果収集義務

—— 相当程度の可能性論と証明軽減の相克 ——

林
誠
司

目次

序	
第一章 重大な治療過誤があるときの証明軽減	
第一節 証明軽減に関する議論の背景	

第二節 重大な治療過誤があるときの証明軽減

- 一 証明軽減の要件
- 二 証明軽減の根拠
- 三 重大な過誤の認定
- 四 効果—証明度の引下げか証明責任の転換か
- 五 判例法理に対する批判
- 六 証明妨害との相違

第二章 検査結果収集義務 Befunderhebungspflicht について

第一節 検査結果収集義務違反と生命・身体侵害の因果関係に関する証明軽減の要件・効果

- 一 検査結果収集義務違反の要件
- 二 検査結果収集義務違反の効果
- 三 判例法理に対する批判

第二節 他の証明形態との関係

- 一 証明妨害との関係
- 二 診断の過誤との関係
- 三 資料整備義務 Dokumentationspflicht との関係

第三章 検討—不作為不法行為としての検査結果収集の懈怠の視点から

第一節 検査結果収集義務違反があるときの因果関係認定の判断要素

第二節 他の証明形態との関係について

結語

序

医療過誤訴訟においては、人間の生体のメカニズムと疾患がそれに対して及ぼす影響の複雑さから、具体的な治療経過を裁判時の視点から事後的に明らかにすることに絶えず困難が付きまとう。それゆえ、過誤の認定から直ちに、その過誤が結果を引き起こしたとの認定が導き出されるとは限らない。ここに、患者側が医師の医療過誤責任を追及する際の困難が存在する。

我が国の最高裁は、この困難を克服するための手法の一つとして、「相当程度の可能性」法理を展開してきた。⁽¹⁾しかし、この法理の射程は必ずしも明らかではない。その具体例の一つが最判平成一一年二月二五日民集五三卷二号二三五頁と大阪地裁堺支判平成一六年一二月二二日判時一九〇二号一二二頁の比較から明らかになる。

前者は、肝硬変患者が約二年八カ月の間に七七一回もの診察を受けたにもかかわらず、医師が定期的検査を行わなかったことから、他の病院で肝細胞癌であることが判明したときには既に、肝細胞癌の進行度に照らして、当時知られていた治療法を実施できない状況であり、その後患者が肝細胞癌等により死亡した事案に関する。後者は、拘置所入所時の診察で慢性肝炎の診断を受けた患者が、二年三カ月余りの間に、数回の血液生化学検査を受けた（最長期の間隔は約一カ月）ほかは投薬治療を受けたのみで、外部病院での入院精査のため勾留が執行停止となった後、肝硬変を原因とする心不全で死亡した事案に関する。

右の二つの判決の基礎となった事案は類似するにもかかわらず、一方の最判では過誤と患者の死亡との因果関係が認められ、他方の大阪地裁堺支判では「相当程度の延命可能性」が害されたとするに止まる。双方とも医療過誤による法益侵害を認める点は共通するが、前者では差戻審判決において逸失利益の賠償が認容されることが予想されるのに対し、

後者では慰謝料しか認容されていない。したがって、「相当程度の可能性」侵害については慰謝料請求しか認容されない（その結果、認容額が低く抑えられることが少なくない）という裁判例の現状の下では、生命侵害が認められるか可能性侵害が認められるに止まるかは、原告に大きな影響を及ぼしうる。

目を転じて、全か無の原則 *Alles-oder-Nichts Prinzip* が固持され続けるドイツでは、右のような事案は、どのような形で処理されているのであろうか。より詳しく言えば、医師が検査結果の収集を怠り、その後患者の病態が進行して最終的に何らかの結果が生じた場合に、検査結果収集の懈怠という過誤と最終的な結果との間の因果関係につきいかなる要件の下で証明軽減が認められるのであろうか。この問題の検討は、我が国の右のような事案において、過誤と結果との因果関係が認められるべき場面と相当程度の可能性が用いられるべき場面との区別の基準を明らかにするための一助となろう。

そこで、本稿では、とりわけ右の最判平成一一年二月二五日の事案のように、医師が必要な検査結果の収集を怠ったこととその後の患者の転帰との因果関係の有無が争われる事案につき、過誤と結果との因果関係を認めるにあたって考慮すべき要素を明らかにすることを目的として、ドイツにおける検査結果収集義務 *Befunderhebungspflicht* に関わる議論を紹介・検討する。⁽²⁾ ドイツではこの検査結果収集義務は、契約法に関して、二〇一三年施行の BGB 六三〇 h 条五項で明文化されたが、⁽³⁾ 本稿ではこの立法の基となった明文化前の議論、特に不法行為法に関する議論を中心に紹介・検討することとする。ただし、ドイツでは、検査結果収集義務の問題は一般に、重大な治療過誤 *grober Behandlungsfehler* があるときの証明軽減の下位事案と位置付けられることが多いことから、重大な治療過誤があるときの証明軽減に関する最近の議論も併せて紹介・検討することとする。⁽⁴⁾ また、重大な治療過誤があるときの証明軽減及び検査結果収集義務違反と、証明妨害の関係も問題となることから、これらの点についても若干の紹介・検討を加える。⁽⁵⁾

なお、この検査結果収集義務違反による証明軽減に関する議論と、主観的証明責任、事案解明義務に関する議論との関係も問題となりうると思われるところ、筆者の能力及び紙幅の関係から、これらの問題の検討は他日を期したい。

第一章 重大な治療過誤があるときの証明軽減

第一節 証明軽減に関する議論の背景

ドイツの判例において、客観的証明責任に関する、「当事者はすべて、彼らに有利な法規範の事実要件について証明責任を負う」との基本規範は、医師責任訴訟（医療過誤訴訟）においても妥当する。つまり、患者は、原則として、医師の過誤行為、身体又は健康の侵害、そして医師の過誤行為と第一次侵害との間の因果関係を証明しなければなら⁶⁾ない。治療の成果が生じないことが医師の過誤を意味するほどに人間の生体を制御することは、最善の医師にもできないことから、原告が医師責任訴訟において契約責任に依拠するときも、過責についての証明責任の転換を定めるBGB二八〇条一項二文は適用され⁷⁾ない。

しかし、患者による立証は現実には困難である。なぜなら、第一に、情報・認識に関して患者は構造的に劣位にある。患者は、例えば全身麻酔時には医師の行為を自ら観察できない。そうでなくとも医師がどのような措置を講じたのかを追試することは、とりわけ専門的知見を持たない患者にとつては困難でしかない。また、患者自らが証拠方法を集める可能性を有していることも稀である。第二に、人間の生体内での経過は様々な原因に基づくことがあり計量不可能だから⁸⁾である。もっとも、他方で、患者について避けられるべきものと同じ証明の窮状に医師が陥らされるほど、証明軽減

が行き過ぎてはならず、また、証明軽減が医師の結果責任や危険責任に至ってもならない。⁽⁹⁾ 結果責任は、医師の活動力の減退と医学の進歩の麻痺に至り、診療実務を医学的な適応と禁忌ではなく司法上の適応と禁忌により導き（防衛医療）、結局は患者のためにもならない。⁽¹¹⁾ 従って、当事者間の武器対等を生み出し、公正な手続及び効果的な権利保護が医師責任訴訟において保証されるため、一定の証明軽減が不可避となると共に、医師責任訴訟で妥当する証明責任のルールは双方の当事者（患者と医師）の正当な利益に沿うものでなければならぬとされる。⁽¹³⁾

なお、連邦憲法裁判所は、判例により展開された医師責任法における証明法は、多様な利益状況や医師の活動の著しい危険傾向等を考慮して利益調整に役立つ適切な証明ルールを含んでおり、法治国家原則等の現れであり民事訴訟では裁判官の前での平等に限られる「武器対等」からの憲法上の帰結は、この平等取扱いを裁判官が、申立ての可能性を当事者に同じ様子与え、対立する申立てを先入観にとらわれずに評価することや、公正で客観的な訴訟指揮により守ること等の他には存在しないとす。⁽¹⁴⁾

第二節 重大な治療過誤があるときの証明軽減

以上のような認識の下、裁判例では、右に述べた、医師責任訴訟においても患者が請求権を基礎付けるすべての要件を主張し且つ立証しなければならないとの原則からの様々な逸脱が見られる。⁽¹⁵⁾ カツエンマイアーは、これを評して「原告と被告の間の証明責任の原則が、医師責任訴訟におけるほど強く打ち破られた法領域はほとんどない」とす。⁽¹⁶⁾

これらの逸脱（表見証明 *Anscheinsbeweis*、完全に支配可能なリスク *voll beherrschbares Risiko* 等）のうち、判例は古くから、医師が患者に不適切な治療を施した事案において、医師の過誤と結果の間の因果関係の証明について証明

軽減を認めてきた。例えば、ライヒ裁判所は、一九四三年に、「医師が患者を不適切な治療によって意識的に又は軽率に、外的諸事情に従えばまさにその後生じたその加害を惹き起した危険にさらした」場合に、この因果関係に関する証明責任の転換を認めている。⁽¹⁷⁾その後、表現の変遷を経て、一九六〇年代半ばから七〇年代初めにかけて、医師の「重大な治療過誤」があるときには過誤と結果の間の因果関係について証明軽減がなされるとの法理が確立され、⁽¹⁹⁾この法理は医療過誤以外の場面でも、とりわけ他人の生命・身体の保護に向けられた職業上の義務の違反が問題となる場面にも広がりを見せるに至っている。⁽²⁰⁾

一 証明軽減の要件

現在のドイツの判例における、この「重大な治療過誤」があるときの証明軽減の要件をまとめると、①重大な治療過誤の存在、②当該重大な治療過誤の損害適性、③過誤と発生した損害の違法性関連の三つとなる。

1 重大な治療過誤の存在

医師に起きた過誤が重大か否かの判断に際しては、個別の事案の諸事情（患者の状態、疾患の重大さ、治療を急ぐ必要性、他の緊急事態との重なり、及びその他の諸事情）が肝心なものとなる。⁽²¹⁾従って、「重大な治療過誤」という概念の厳密な定義は、事案の多様性に鑑みて不可能であるといえよう。⁽²²⁾しかし、判例は、「重大な治療過誤」について以下のような一般的な言い回しを確立している。すなわち、医師が、「実証されている医師の治療ルールまたは確保されている医学的知見に明白に違反し、医師に決して起きてはならないことであるがゆえに、客観的視点からもはや理解しえないものと思われる過誤を犯した」とき、その治療過誤は「重大」である（BGHZ138,16等⁽²³⁾）。これは、すなわち、「十

分に能力があり、一般に責任を自覚した医師にとって確かに過失となるが、『起こりうる』失敗では十分ではない」ということを意味する (BGH NJW1983,2080,2081)。

〔1〕ドイツ連邦通常裁判所 (BGH) 一九九八年一月二三日判決 BGHZ138,16.

【事実】 先天的障害のため右目の視力が悪く、話すことのできないXは、目を手で触るなどの行為が人目を引いた後、母親と共に眼科医Y₁を訪れたところ、Y₁は瞳孔を散大せずに診察した後に結膜炎と診断して点眼剤を処方した。約五カ月後に、休暇中のY₁の代わりにXを診察したY₂も、左目の視力の悪化が認められたが、瞳孔を検査した後に点眼剤を処方した。その後網膜剥離を生じて失明したXから、Y₁及びY₂に対して治療過誤(必要な検査結果の収集をしなかったこと)を理由とする損害賠償請求。原審は、検査結果収集の不作為と視力喪失の因果関係につき「証明責任の転換にまで至り得る証明軽減」を認めて請求認容。

【判旨】 破棄差戻。

検査結果収集・確保義務の違反は、それが原因であることにつき、付加的な要件の下でしか証明軽減を正当化しえない。「この限定は、医学的に必要な検査結果の収集又は保管の違反から生じる証明軽減により、患者は原則として、検査結果がきちんと確保され又は収集されていたであろうときにその患者が置かれるであろうよりも良い地位に置かれえない、との考量に基づく」。Xは、検査結果収集義務違反の視点の下では、散瞳して目の背後を検査していれば初期の網膜剥離が認識できたであろうとの証明からしか解放されていない。検査結果収集義務の違反と健康損害(失明)との因果関係につき証明軽減を認めるには、検査結果収集をしないことそれ自体が既に重大な過誤であることを要する。しかし、「控訴審裁判所は、そのような証明責任のために必要な、医師の行態が重大な過誤によるという事

実審裁判官による評価をせず、特にこのために必要な、 Y_1 が彼の負担となる不作為により明らかに、実証されている医師の治療準則或いは保証されている医学的知見に違反して、医師に起きては決してならないことであるがゆえに、客観的視点からものはや理解しがたいものと思われる過誤を犯したのか否かの評価をしなかった」。

〔2〕BGH一九八三年五月一〇日判決NJW1983,2080,2081.

【事実】未熟児網膜症による網膜剥離によって失明したXから病院設置者たる市 Y_1 及び主任医師 Y_2 に対して治療過誤（血液中酸素分圧を測定しなかったことによる酸素の過剰投与）等を理由として損害賠償請求。原審は、生命の危険のあるXにつき臍帯動脈カテーテルによる血液採取が困難であるときに毛細血管からの血液採取を行わなかった重大な過誤と失明の因果関係につき証明責任を転換して請求認容。

【判旨】破棄自判。

重大な治療過誤が存在するかどうかの評価は、「十分に能力があり、一般的に責任を自覚した医師にとつて確かに過責となるが、『起り得る』失敗では十分ではないということを確認させるものでなければならない」。Xの窒息又はチアノーゼの防止のため酸素の流入を高めることが必要であり、一九七六年の医学的知見水準等に從えば、特に経皮的測定器具がないときに血液中酸素分圧の定期的検査をしないことは小児科医に決して起きてはならない過誤ではなかった。毛細血管の血液測定により得られる結果が血液中への高度の酸素流入を示したとき保育器内の酸素量を直ちに變えることにより、後水晶体線維増殖症（RFL）発生を防ぐことができたか否かは確かではない。その測定によりRFLの発生を防止する蓋然性がむしろ乏しいと Y_2 が考えたとき、そのことは医師の視点からは認められた。

BGHの一般的な言い回しにあるように、過誤が「重大」か否かの判断に際しては、「客観的視点」が重視され、主観的側面は肝心ではない。⁽²⁴⁾ すなわち、治療過誤が重大か否かの判断は純粹に客観的な基準により、非難可能性の程度によるのではなく、⁽²⁵⁾ 医師に（単なる）過失があればそれで足る。⁽²⁶⁾ また、重大な治療過誤が認められる限り、現実に生じた損害が当該過誤から生じうることが加害行為時に知られていなかったとしても、証明軽減が排除されるものではない（後述3参照）。

なお、重大な治療過誤がそれだけで損害原因として考えられる必要はなく、重大な治療過誤が共同原因である可能性がある場合、又は単なる過誤が重なり合うことにより重大な治療過誤となり得る場合、⁽²⁷⁾ それで充分である。⁽²⁸⁾

最後に、重大な治療過誤についての証明責任は患者にある（後述3参照）と共に、過責についても患者が証明責任を負うが、重大な治療過誤のある医師は大抵必要な注意をも欠くから、過責の証明は患者に通常、特別な困難をもたらない。⁽³⁰⁾

2 当該重大な治療過誤の損害適性

重大な治療過誤があるときに過誤と患者の生命・身体損害（健康損害を含む）の因果関係について証明軽減が認められるためには、過誤が損害を引き起こすことが自然に想起されることや、過誤が損害を引き起こした蓋然性は必要がなく、過誤が当該損害を引き起こすのに適している *geeignet* ときにはそれで充分である⁽³¹⁾ (BGHZ85:212, 216f.)。なぜなら、自然に想起される原因と見ることでできない懈怠も治療経過の解明を困難にし、また、過誤が損害を惹起した蓋然性を要求すると患者にとって立証が著しく困難になるからである。⁽³²⁾ この点は、典型的事象経過を要求する表見証明と大きく異なる。⁽³³⁾

[3] BGH一九八二年九月二一日判決 BGHZ85,212,216f. = NJW1983,333,334 = VersR1982,193,1195 (後出裁判例
[8]の差戻後上告審).

【事実】腹痛により運び込まれた病院においてA医師の手術を受けたBはその一〇日後に循環不全により死亡した。Bの尿検査及び血液検査は、検査室が閉じていたことから手術前には行われなかったが、尿の検査結果は、後に裁判所の鑑定人により「高度に病的」とされている。Aはこの検査結果を、Bの死後、手術日に既に存在したかのようにカルテに記載した。Bの遺族Xらから、Aの遺族Yらに対して治療過誤を理由とする損害賠償請求。差戻後原審は、Bの循環不全が生じた後に循環機能の解明のための検査結果収集をしなかった点などにつきAの重大な治療過誤を認めつつ、この過誤がBの死亡の自然に想起される *nahellegend* 原因ではないことから証明責任の転換は認められないとして請求棄却。

【判旨】 破棄差戻。

証明責任の転換が考えられるのは、重大な治療過誤という自然に想起される原因が問題になっているときだけではない。控訴審裁判所が援用する当法廷の判決では、「重大な違反が損害の惹起に適している *geeignet* のでなければならぬ」という点しか指摘されていない。それにより表わされているのは単に、重大な治療過誤があるときの証明軽減の余地があるのは、重大な治療過誤によって因果関係の認定が具体的に困難にされた場合であり、単に理論的に考えられるだけの関連ではなおそうとは言えないということだけである。「自然に想起される損害原因と見ることでできない治療の懈怠も、事情によっては治療経過の解明を、重大な治療過誤に劣らず困難にすることがある。そのことが特に考えられるのは、医師が異常に、治療経過のための極めて簡単な診断・検査結果を収集せず、それ故特に、治療経過をさらけ出すために必要なデータをを用いることができないことについて責めを負う場合である」。その

限りで、治療経過に状態確保のリスクを負わせる点で、資料整備の懈怠と類似する⁽³⁴⁾。

反対に、重大な治療過誤が認められるにもかかわらず、過誤と損害の因果関係の蓋然性が完全に、又は極めて存在しないときには、証明軽減が否定される（BGH NJW1995,778,779等⁽³⁵⁾）。その背後には、3で述べる、重大な治療過誤があるときでも証明軽減が問題となるのは、「それを顧慮しないことが過誤をして重大と思わせるまさにそのリスク」が実現したときだけであるとの考えが存在するとされる⁽³⁶⁾。

〔4〕BGH一九九四年一〇月四日判決NJW1995,778,779.

【事実】婦人科医Yによる尿道感染等の治療を受けていた母親から早産による超未熟児として出生し、盲目及び運動障害等の残ったXから、Yに対して、早産を理由とする損害賠償請求。原審は、切迫早産の高度の蓋然性を基礎付ける腎孟炎の徴候（背中の痛み、尿の沈殿物の検査結果）が見られた時点で膣の検査をしなかった点に重大な治療過誤を認め請求認容。

【判旨】破棄差戻。

Yに対してなしうる非難は診断についてだけではない。なぜなら、原審は、Yが検査結果を誤って解釈したことではなく、妊婦の苦痛と尿の沈殿物の検査結果に基づいて「明白且つ当然に」必要な膣の検査をしなかったことでYを非難しているからである。すなわち、検査結果の誤った解釈ではなく、検査結果を収集しなかったことが問題となっている。この収集をしなかったことは、疑いなく必要な検査結果については確かに重大な治療過誤でありうる。

妊婦の苦痛と尿の沈殿物の検査結果に基づいて膣検査をしなかったという検査結果収集の懈怠を重大な治療過誤と

評価する、十分な基礎を、鑑定人の供述は提供していない。加えて、控訴審裁判所が存在するとする重大な治療過誤から因果関係に関する証明責任の転換を導き出していることも誤りである。過誤と「損害との因果的な結び付きの蓋然性が非常でないときには、そのことは、適切な証明責任の分配の問題の際に考慮されなければならない」。膣検査により切迫早産の診断がなされた後に陣痛抑制をしていたとしても、Xの早産が回避される蓋然性はなかった。

過誤が損害を惹起する蓋然性が完全でないことにつき医師側が証明責任を負い、この証明がなされると因果関係に関する証明責任の転換が生じないとされる（BGH NJW198829492950f）が、この場合、ZPO二八六条の枠組みにおいても過誤が結果の原因ではなかったことが確実であるから、この「例外」は表面的なものでしかないとの指摘がある⁽³⁷⁾。

〔5〕BGH一九八八年六月二八日判決NJW19882949 = VersR198981.

【事実】Y₁の運営する病院で医師Y₂乃至Y₄により出生したが脳に障害の残ったXから治療過誤（帝王切開による出産の遅れ）を理由としてYらに対して損害賠償請求。原審は、低酸素症の徴候である羊水の異変が観察されてから三時間以上監視を怠ったことを重大な治療過誤とし、Xの脳への加害と低酸素症の因果関係につき証明責任を転換して請求認容。

【判旨】破棄差戻。

治療過誤と発生した健康損害の間の原因関連についての証明軽減は、まさにその失敗について考えられる原因の範囲が過誤の特別な損害傾向の故に広げられ又ははずらされたが故に与えられる。「医師の証明責任に属することではあるが、そのような原因関連の蓋然性がなければいほど、治療過誤によって引き起こされた解明の障害も結論におい

て作用しない」。低酸素症が実際には生じていなかったことを複数の事情が示しているとの本件の特殊性が、Yらによる治療とXの脳損傷の因果関係の蓋然性がないと見るのに十分か否かがなお解明されるべきである。

Yらが継続的なCTG（胎児心拍陣痛図）検査をしなかったことは、検査結果の収集・確保がなかったとの視点の下でも、証明責任の転換を正当化しえない。「検査結果収集での医師の懈怠が患者のために証明軽減を基礎付けうるのは、それにより、医師の治療過誤と健康損害の間の少なくとも蓋然性のある原因関連の解明が困難にさせられ又は妨害されるときだけである。」

3 過誤と発生した損害の違法性関連

右2の要件と密接に関連する点であるが、医師に重大な治療過誤があり、患者に死亡または何らかの身体損害が生じたとしても、発生した損害が、それを顧慮しないことが過誤をして重大と思わせるまさにそのリスクが実現したものであることが必要である⁽³⁸⁾。換言すれば、過誤のない行態が防止するものとされる損害が生じたことを要する⁽³⁹⁾。これは、損害法の一般原則である違法性関連の証明法における現れである⁽⁴⁰⁾。

現実が生じた損害が当該過誤から生じることが加害行為当時知られていなかったとしても、そのことから直ちに証明軽減が排除されるのではない。判例は、その理由を、この場合、当時知られていなかった危険についても、医療の失敗について考えられる原因の範囲は、過誤によりずらされるからであるとする⁽⁴¹⁾。

以上の要件を充たすとき、過誤と患者に生じた生命・身体侵害との因果関係につき証明軽減が生じるが、患者が治療に関する医師の指示を無視するなど、患者の共同過失が、因果関係が不明確であることにつき、過誤と同等であるほど

強力な共同原因を成すとき、この証明軽減は認められなく (BGHZ159,48,55)。ただし、患者が、治療しないことのリスクを十分に説明されていなかったときは別である⁽⁴²⁾。

〔6〕 BGH二〇〇四年四月二七日判決 BGHZ159,48,55 = NJW2004,2011,2013 = VersR2004,909,911.

【事実】Xは、オートバイ事故により腰椎骨折等を負い、Y₁の病院で医師Y₂乃至Y₄の入院治療(ベッドでの絶対安静)を受けたが、骨盤環骨折を見逃されたまま、一カ月後、杖を使わずに可動させられ、退院後、骨折部分の偽関節が確認された。Xから、Y₄に対して治療過誤(骨盤環骨折の見落とし、可動の際に負担軽減を指示しなかったこと)を理由とする損害賠償請求。原審は、Xが可動後に苦痛を訴えていたにもかかわらず骨盤のレントゲン撮影をしなかったことを重大な治療過誤としつつ、因果関係についての証明軽減の要件が充たされているとしても必ず証明軽減を患者に認めなければならないわけではなく、本件では骨盤環骨折の認識の遅れが治療の経過に影響しなかった蓋然性が高い(鑑定人によると九〇%) ことなどから因果関係に関する証明責任の転換は問題とならないとして、慰謝料請求のみを認容。Xから上告。

【判旨】 破棄差戻。

当法廷が度々用いてきた、重大な治療過誤が「証明責任の転換にまで至る証明軽減」を生じさせるとの言い回しにおける、「証明軽減」という概念には、証明責任の転換との関係で、独立した意義は認められない。「実際に生じた種類の損害を引き起こすのに適している重大な治療過誤は、原則として、治療過誤と健康損害の間の原因関連についての客観的証明責任の転換を生じさせる」。証明責任の転換が生じないのは、責任設定的因果関係の蓋然性が極めてないとき、それを顧慮しないことが過誤を重大なものと思わせるリスクが実現しなかったとき、「または患者がその行

態により治療の結果にとつての自明の構成要素を妨害し、それにより医師の重大な治療過誤と同じように、治療事象の経過がもはや解明されえないことに寄与した場合」である。これは、証明責任規範を適用するときの事実審裁判官の「裁量」は法的安定性の要請に反するとの懸念をも考慮するものである。柔軟かつ相当な解決は、個別事案において重大な治療過誤か否かの評価が事実審裁判官に留保されていることにより保証される。

これらの諸原則は、重大な治療過誤と健康損害の因果関係の証明について妥当するだけでなく、「行われなかった解明がされていたとすれば、それを見誤ることが初歩的な過誤によるか又はそれに対応しないことが重大な過誤によるほど明白かつ重大な検査結果が明らかになっていた十分な蓋然性があることから同時に重大な治療過誤が推論されうるときに、検査結果収集の単純な過誤での因果関係の証明について、つまり当法廷により展開された証明軽減の、検査結果収集の単純な過誤の後の証明軽減という第二段階に妥当する。」

二 証明軽減の根拠

1 判例

重大な治療過誤があるときの証明軽減について、学説では、今日までドグマティック上の理由付けに成功していないとの指摘がある⁽⁴³⁾。実際、初期の判例は、証明軽減の根拠を衡平に求めており⁽⁴⁴⁾、最近でも根拠としての衡平に言及する判例が見られるほか、ヴァグナーは、その他の判例の一部に見られる理由付け（後述）を指して、それにより「重大な治療過誤」が「理解しがたい、被害者のための衡平上の手段」となると指摘する⁽⁴⁷⁾。

その後判例は、より厳密な言明に努め、証明軽減の根拠につき概ね以下のような説明をしている。すなわち、医師が、医師の技術の規則に対する重大な違反によって、規則に従った医師による世話をしていたとすればその経過がどの

ようなものであったかを認識させない状況を創り出した以上、その医師は、事案解明についてほとんど寄与することができない患者よりも、証明リスクを負わされるのに「より近い」⁽⁴⁸⁾。もっとも、この証明軽減は過責へのサンクションではなく、⁽⁴⁹⁾原因の範囲が過誤によって広げられ又はずらされたことの補償であり（BGHZ1324752）⁽⁵⁰⁾、治療経過の解明が特に困難とさせられた結果、信義則から患者に証明を期待しえないからである（資料整備義務の違反との関連であるがBGHZ72132139.この点は、前述のように、ヴァグナーをして「衡平上の手段」と言わしめた点である）⁽⁵¹⁾。

〔7〕BGH一九九六年二月一三日判決BGHZ1324752 = NJW199615891590 = VersR1996633634.

【事実】Aは、胸の痛みを訴えて内科医Yの診療所を訪れ、心電図検査を受けた後に、さらに検査を受けるため午後再度来院するよう指示されて診療所を後にしたが、その直後に倒れて心臓発作により死亡した。Aの遺族Xから、Yに対して、治療過誤（心電図の分析の誤り）を理由とする損害賠償請求。原審は、訴訟において心電図が提出されないことにより、Aの検査時に入院指示を必要とする検査結果が存在したか否かが解明されないことは、心電図の保管義務に違反したYの負担となり、心臓発作を示す症状をYが重大な過誤より見誤ったことを出発点とすべきである、さらにこの過誤と損害の間の因果関係の蓋然性（即座に入院指示していれば患者が生き延びた蓋然性）があることからこの点についての疑いは検査結果確保義務に違反したYの負担となる、として請求認容。

【判旨】上告棄却。

治療経過に関する証拠方法の確保は医師側の任務に属し、そのような証拠方法を利用できないときに患者に証明上の不利益が生じてはならない。確かに、原則として、患者を証明軽減によって、検査結果（心電図）がきちんと確保されていたときより良い立場に置くことはできないが、心電図から早期の心臓発作を認識しえた充分な蓋然性がある

から、Xらは心電図から早期の発作を認識しえたとの証明から解放されている。さらに、控訴審裁判所は、心電図が高い蓋然性をもって早期の心臓発作の徴候を示したことから、Yの分析に重大な過誤があったと評価した。医師の証拠方法保管義務の違反に基づく証明軽減により、「患者には、その加害にとつて問題となる原因の範囲がまさにこの過誤により特に広げられ又はずらされたことの補償が与えられる」。証拠方法の欠如の責めを医師が負う場合、事実審裁判官は、少なくとも、その他の根拠が十分な蓋然性をもって重大な過誤を示すときは、「積極的な検査結果が明らかになるだけであり、その誤った分析から医師の負担となる単なる治療過誤以上のことは明らかにならなかったであろう、との考えに止まる必要はない」。

Yの過誤の評価のため、通常は鑑定人による治療経過の医学的評価から明らかになる根拠に依拠しなければならぬ。しかし、この評価は本件では、鑑定人がこの問題を明らかに避けたとしても、重大な過誤の認定を妨げるものではない。

〔8〕BGH一九七八年六月二七日判決BGHZ72,132,139 = NJW1978,2337,2339 = VersR1978,1022,1024.

【事実】裁判例〔3〕の【事実】を参照。原審は、Bの入院日の尿の検査結果からAが診断上の結論を導き出さなかったこと等に重大な治療過誤はないとして請求棄却。

【判旨】破棄差戻。

手術の翌日ようやく収集された高度に病的な尿の検査結果をAが放置していたことは治療過誤である。Aが医師の技術規則に従い明白な病理学的検査結果に望ましい措置をもって対処しなかったとの非難を和らげる事情がないとき、その過誤を重大な治療過誤と見なければならぬ。

原判決は、誤った資料整備から証明法上の結論を導き出さない点でも維持できない。患者に対する関係で存在する、規則に従った資料整備義務が及ぶ限り、医師は証明法上も、必要な記録を期待しえないと申し立てることができない。この結論は、重大な過誤が損害原因であることの証明について判例が展開した諸原則に含まれるものではなく、固有の諸原則に従わなければならない。「患者に対して医師の過誤についての（完全な）証明責任を期待することが、医師の責めに帰すべき事案解明の障害に鑑みて、当然にもはやできないときに常に、そしてその限りで、〔証明責任の〕転換にまで至り得る証明軽減が必要である」⁽⁵²⁾。

2 学説

学説は、重大な治療過誤があるときの証明軽減について、その理由付けに苦心している。

以前の学説の一部には、判例法理を証拠評価、すなわち因果関係に関する証明度の引下げの問題として捉えるものが見られた。ムズイラクは、BGH判例の分析から、それらの事案の圧倒的多数において被害者がわりと低い蓋然性をもって治療過誤と発生した損害の因果関係を証明したことがうかがわれるとする⁽⁵³⁾。しかし、これに対して、その後現れた裁判例〔6〕は、鑑定によれば過誤が患者の治療に影響した蓋然性が一〇%しかない事案において、因果関係に関する証明責任の転換を認めており、このことは、単に優越的蓋然性がないだけでは医師側は免責されないことを意味する。つまり、この裁判例により、BGH判例が、重大な治療過誤があるとき証明軽減を単に証明度の引下げの問題として捉えているのではないことが明らかになった。

そこで、この証明軽減を証明責任規範、つまり客観的証明責任の転換の問題として捉える見解に目を転じると、効果としての証明責任の転換をも視野に入れた理由付けとして、次のような見解が見られる。

(a) 武器対等の原則

クレマーは、重大な治療過誤があるときの証明軽減を、法治国家原則や法の下の平等（GG三条一項）から導かれる武器対等の原則の現れだとする。すなわち、損害惹起に適する医師の振舞いにより、考えられる損害原因の範囲が広げられ、因果関係の証明が患者にとってもはや期待不可能であるとの状況において、証明軽減は、一方の、原則として証明責任を負う患者の利益と、他方の医師の利益の考量という意味で、武器対等の原則の具体化だとする。⁽⁵⁴⁾しかし、このような見解に対しては、「武器対等」は、裁判官の前での平等にとどまり、裁判官による平等な証明リスクの分配の要請などではないとの、「武器対等」の理解自体に関する批判のほか、今日の高度に分業化された社会では一方当事者の構造的劣位は特別なことではなく、他方、専門家もすべてを知っているわけではない、したがって情報の非対称性は証明軽減を正当化しないとの批判が見られる。⁽⁵⁶⁾

(b) 規範目的としての証明の窮状の回避

ハンス・シュトルは、医師の技術規則に従えば必要な治療措置を医師が怠り、患者が現実に助けられえたか否かを確実に認定しえないとき、証明責任が転換されなければならないとしながらも、他方で、この証明責任の転換は、義務に反して創出された侵害リスクが、因果関係の証明不能という証明法上のリスクと典型的に結び付いているとき初めて正当であるとする。⁽⁵⁸⁾つまり、このとき、「違反された行為義務は、一定の身体的危険からの被害者の保護だけを目的とするのではなく、同時に通常そのことと結び付けられている〔患者の〕証明の窮状の回避を目的としている」⁽⁵⁹⁾ことから、言わばこの規範目的を実現するために証明責任の転換が必要だとする。

この見解に対しては、そもそも医師の治療義務の規範目的が証明の窮状の回避をも含むとすることに対する批判のほ

か、どのような義務違反が典型的に証明の窮状をもたらすのかを厳密に確定することができないとの批判⁽⁶¹⁾がなされる。しかし、規範目的達成のため証明法上の手段を用いるとの発想は、形を変えて後のフォン・パールの見解等に影響を及ぼしている。

(c) 禁反言

シュテフェンは、患者の証明の窮状を作り出した医師自身がそれを利用することは矛盾行為禁止の原則に反するとする。シュテフェン曰く、確かに、治療過誤はすべて、他原因がありうるるとき、その加害について考えられる原因の範囲をずらしている。しかし、医学水準を著しく顧慮しないことは、責任訴訟において患者にとって、医師・患者間の役割分配の故に患者が甘受すべき程度の負担を期待不可能なほど越える、通常の証明規範による負担を意味する。医師がこの場合にも、医学的水準から著しく逸脱することによって彼が解明不能の主要な原因を設定したにもかかわらず、人間の生体反応の計量不能性の故に原因関連を解明しえないことに依拠しようとすれば、そのことは、自己の行為に反して行動すること *venire contra factum proprium* を意味しよう⁽⁶²⁾。彼は、このことを端的に、「医師が初步的な治療規則又は確立された医学的知見に対する違反によって因果関係の認定に持ち込んだ特別な困難から、責任訴訟において利益を引き出すことができる」とすれば、それはBGB二四二条「信義則」に反する⁽⁶³⁾と表わす。

この見解に対しては、もはや望ましい帰結の単なる言換え以上のものではない、との批判が見られる⁽⁶⁴⁾。先に見た、治療経過の解明が特に困難とさせられた結果、信義則から患者に証明を期待しえない等との判例の理由付けを、医師の視点から言い換えたに過ぎないものと言える。そのことから、この見解の根底にも、シーマンも述べるように⁽⁶⁵⁾、判例の理由付けの根底にあると見られる「衡平」があるものと見ることができよう（元BGH民事六部裁判長であるシュテフェ

ンがこの見解を唱えることは偶然ではなからう)。

(d) 実体法上の視点―危険増加と支配可能性

カツエンマイアーは、判例(及び右c説)のような「衡平」を基礎とする理解を、関係者の利益状況の考慮に努めるものとして、積極的に評価する。しかし、予測可能性・法的安定性の見地から、支えとなる他の視点が伴わない限り、衡平に基づく考量は証明責任規範を十分に正当化するには弱すぎ、輪郭のない衡平判例に墮すことを防ぐために付加的な論拠が必要だとする。⁽⁶⁶⁾そして、実体的医師責任法と手続法の強い相関関係の洞察、証明軽減と責任厳格化の密接な類似性は、実体法上の義務に即した証明リスクの分配に至るとした上、危険増加及び事象経過の支配可能性の視点は、証明法を介した医師の結果責任が導入されることを防ごうとすると、放棄しえないとする。⁽⁶⁷⁾

この、証明リスクの分配において危険支配及び危険増加(及びその他)の視点が重要な役割を果たすとの見解は、既にフォン・バルルの見解に見られる。そこで、フォン・バルルの見解をやや詳しく見て行こう。

社会生活上の義務を介した過失責任と危険責任の接近について論じるフォン・バルルは、証明法に関して論じる中で、証明責任の転換は全て同時に、過失責任原則の破壊と原因責任への移動を意味することを指摘した上で以下のように述べる。「証明責任の転換は、過失責任と危険責任が交差する領域への道を示す。過責に関する証明責任の転換について、このことは直ちに明らかである。なぜなら、この場合、被告の行為に有責性がなかったにもかかわらず、有責判決が下されることがあり得るからである」。⁽⁶⁹⁾そして、「因果関係についての転換された証明責任に基づく責任は、因果関係のない責任であることがある。……このような責任は、同様に、責任法の帰責要素の中に立脚する特別な正当化を必要とする」。⁽⁷⁰⁾「一方の証明の緩和及び責任の厳格化と、現代の過失責任を危殆化責任の思考の所産のために柔軟なものとする、

幾つかのタイプの社会生活上の義務の機能との近い親近性は、社会生活上の義務の成立根拠を証明の緩和の問題に伸長させることを自然に想起させる。このことはとくに支配可能性、信頼保護及び危険増加と義務の程度の関連性について言える⁽⁷¹⁾。

この社会生活上の義務の成立根拠の証明軽減の問題への伸長につき、フォン・バルが医師責任について述べるところは少ないが、本稿の問題との関連に限ると、以下のように述べている。

人間の素因、身体的・精神的不足を確実に掌握することはできず、証明責任の転換を重大な治療過誤に限定することは、危険の支配可能性の観点から正当である⁽⁷²⁾。また、(通常は診断的な性質を有する)一定の基本的方法を用いないことは、支配され、それ故回避されうる危険を冒すことを意味する。診断上の標準的措置を怠るときには、危険増加の原則により支えられる確固たる証明責任規範が明らかになる⁽⁷³⁾。

再びカツエンマイアーに目を戻すと、彼は、最後に掲げたフォン・バルの指摘を敷衍している。カツエンマイアーによれば、証明責任の転換は、医師責任法においても、患者の損害の重大さや証明の窮状だけでなく加害者の使命及び義務の役割も顧慮しなければならず、危険増加及び事象経過の支配可能性の視点は放棄されえない⁽⁷⁴⁾。証明責任の転換には医師が患者を、治療に通常伴うリスクと比べて高い危険にさらしたことが確実でなければならない。治療に通常伴うリスクは、言わば治療されない疾患の危険に代わるものとして、患者が負担すべきであり、損害原因に関する不明確さは医師側に課されえない。事象経過が初步的な職業上の義務の遵守により支配されうるときにだけ、それにもかかわらず発生した損害が医師に帰責される⁽⁷⁵⁾。損害惹起の高度の蓋然性、職業責任の思想(一定水準の約束に対する信頼の裏切り)、被保護法益の重大さなどのその他の諸事情は、それだけでは支えとならないが、証明責任の特別規範の正当化のために援用されるべきである⁽⁷⁶⁾。

これに対して、重大な治療過誤があるときにだけ証明責任の転換を認めるとすることに對する（判例法理にも妥当する）批判（後述五参照）のほか、論証が循環している、つまり、損害に至る過程が現実に支配可能であれば因果経過の解明不能という問題はほとんど存在しないであろうとのシーマンの指摘がある⁽⁷⁷⁾。

三 重大な過誤の認定

既に触れた（第二節一）ように、「重大な治療過誤」の証明責任は患者にある（NJW19892330,2331⁽⁷⁸⁾）。ただし、事実審裁判官は、患者による過誤の主張の理由付け Substantiierung に對して高い要請をしてはならない。医学の素人としてどこに過誤があるかを判断しえないことから既に証明の窮状にある患者を、無権利としてはならないからである⁽⁷⁹⁾。

〔9〕BGH一九八九年一月二四日判決 NJW19892330,2331.

【事実】医師Yによる右上腕骨骨折の手術による整復（T字プレートの固定）を受けた後にプレートの除去の際に橈骨神経の損傷と右手の一部麻痺を被ったXから、Yに對して、治療過誤を理由とする損害賠償義務の確認請求。原審は、Yが橈骨神経を露出させるためにどのような措置をとったかなどについて手術報告書に言及されていないことにより、過誤及び過誤と健康損害の因果關係につき証明責任が転換されるとして請求認容。

【判旨】破棄差戻。

医師の治療過誤の証明は、原則として患者のなすべきことであるが、資料整備に不備があるか又は不十分であり、それ故、患者にとって事実の解明が期待しえないほど困難にされるとき、証明軽減が考えられる。第一に、メモがないことは、記録義務のある措置が行われなかったことを示す。それに対して、過誤と健康損害の間の因果關係に關す

る証明軽減は、資料整備の欠如と直接には結び付けられていない。ただし、資料整備の欠如は、必要な記録の欠如の故に徴表される治療過誤が重大と評価されうるとき、又は特別な検査結果収集義務に対する医師の違反であり、それについて当法廷により展開された諸原則に従って、その点について因果関係の証明の緩和が認められるべきとき、例外的、間接的に、原因関連の証明にとっても意義を獲得しうる。

Yが橈骨神経を露出しなかったことは争いが無い。Yが、橈骨神経の露出をしなかった理由もメモする必要があったのは、これが必要であったが手術の状況から通常の技術から逸脱することが必要であったときだけである。Yが骨合成物質を「ねじからねじへと」探し出して除去する手術方法を選択したのであれば、Yは手術報告書で橈骨神経に言及しないままでいることができた。

治療過誤が重大か否かの判断は、医学的専門家（鑑定人）の認定に基づかなければならない。裁判官は、職業固有の尺度を医学専門家の助けを借りてしか突き止めることができないからである（BGH NJW1998,1782）⁽⁸⁰⁾。しかし、過誤が「重大」か否かの判断はあくまで法的評価であり、事実審裁判官は鑑定人に判断をゆだねてはならず、また鑑定人の評価に拘束もされず（裁判例（7））⁽⁸²⁾、むしろこれを批判的に（それぞれの鑑定自体に、或いは複数の鑑定の間に矛盾がないか否かの検討を含めて）評価しなければならぬ（BGH NJW2004,1871）⁽⁸³⁾。ただし、裁判所が鑑定人の鑑定と異なる判断をするときには、理解できるように理由付けることが必要となる（BGH NJW2001,2792,2793）⁽⁸⁴⁾。

〔10〕 BGH一九九八年一月二七日判決 NJW1998,1782 = VersR1998,585,586.

【事実】足の麻痺症状により転倒・骨折したため治療を受けた病院で多発ニューロパチー（多発神経炎）の診断を受

けたXは、その後医師Yの治療を受けるようになった。XがYの指示に基づいて受けた神経科医による検査の結果報告では、末梢性ニューロパチーには異例な両足の弛緩性完全麻痺が中心を占め、頸髄に問題があり、頸椎の核スピン（断層撮影検査）が適当である等とされていた。その約四カ月後、Xは、Yの指示で訪れた病院で、膀胱・直腸障害を伴う痙性麻痺の診断を受け、放射線医による核スピン検査の後、髄膜腫の除去手術を受けた。XからYに対して、検査結果の解明が適時に行われていれば麻痺の発生前に髄膜腫の発見・除去が可能であったとして損害賠償請求（慰謝料及び四カ月の過誤ある治療に基づく財産的損害）。原審は、Yが検査結果報告に基づいて核スピン検査の指示をしなかったことを過誤としつつ過誤とXの健康損害の因果関係をXが証明しなかったとして請求棄却。

【判旨】 破棄差戻。

事実審裁判官に課される過誤が重大か否かとの法的評価は、事実としての根拠に基づかなければならず、医学鑑定人の評価を無視することはできない。鑑定人は文書による鑑定の中で、Xに確認されるバビンスキー徴候や両足の完全な麻痺等は異常であり、脊髄疾患の疑いを導いたはずであり、核スピン検査が必要であったと指摘している。口頭尋問の際には、彼は明示に、さらなる解明が行われなかったことは理解できないなどと述べた。このような事実の下、必要な検査結果の収集をしないことを重大な過誤と判断することが自然と想起されると上告が主張している点は正当である。

原審が検査結果収集・確保義務違反を理由とする証明軽減を拒絶した点に対して、上告が異議を唱えている点も正当である。検査結果収集をしなかったこと自体を既に重大な過誤と見なければならぬ場合、重大な治療過誤についての一般に認められている原則に従って証明軽減の余地がありうる。

〔11〕 BGH 二〇〇四年三月二三日判決 NJW 2004, 1871 = VersR 2004, 790, 791.

【事実】Xに装着された心臓ペースメーカーの担当をしていたYは、Xのかかりつけ医が作成した心電図から交換の徴候を読み取り、二日後に交換することをXとの間で取り決めたが、Xは当日交換場所で手術を待っているときに卒倒し、蘇生させられた。その後失外套症候群となったXから、Yに対して、治療過誤を理由とする損害賠償請求。原審は、Yは当時の技術水準に従いペースメーカーがまだ一年余の作動期間を有することを前提とすることができ、Yに治療過誤はなく、Xの卒倒がペースメーカーの停止によるものか、それと無関係に発生した心室細動によるものかをXが証明しなかったとして請求棄却。

【判旨】 破棄差戻。

控訴審裁判所は、当事者から提出された私的鑑定 Privaatgutachten に取り組み、裁判所の鑑定との対立が明らかになるとときには事実のさらなる解明を目指す義務に違反した、と上告が非難している点は正当である。当時の知見によれば、交換の徴候が最初に記録された後一年余の作動期間を前提とすることができ、即座に交換する必要はなかったとの鑑定人の供述は、Xに装着されていたタイプのペースメーカーは六年間の名目上の作動期間を有する（そして卒倒時Xのペースメーカーはほぼ六年間作動していた）とのXが書面で提出したA医師の意見と矛盾する。この矛盾を控訴審裁判所は、ZPO 四一二条一項⁽⁸⁵⁾により別の鑑定を求める要件は存在しないという理由付けで無視してはならなかった。「当法廷は繰り返し、まさに医師責任訴訟では医学の専門家の供述が追試され、それらの完全性と矛盾のなさを求めて批判的に検討されるべきであると述べた。このことは、同じ専門家の個々の意見の間の矛盾についても、複数の専門家の間の意見の矛盾についても、私的鑑定が問題となっておりときにさえ言える。事実審裁判官は、明らかな不明確さと矛盾を追及しなければならず、専門家に対してそれらを責めなければならず、事実を解明するその義

務の中で必要があれば別の鑑定を求めなければならない。」

さらに、ペースメーカーの遅滞のない検査・交換がXの卒倒及び健康損害を避けたことをXが証明しなかったとの原審の見解に対する上告の異議は、正当である。「必要な検査結果収集の——重大ではない——過誤による不作為も、解明をしていれば対処の義務のある結果が明らかになっていた十分な蓋然性があり、この検査結果を見誤ることが初歩的な過誤であるか又はこれに対処しないことが重大な過誤である場合に、治療過誤と発生した健康損害の因果関係に関する証明責任の転換に至る」。

〔12〕 BGH二〇〇一年五月二九日判決 NJW2001,2792,2793 = VersR2001,1030.

【事実】 Xは、医師Yによるひざ関節手術を受けた後にひざに細菌感染を生じたが、Yは、病原体を特定する措置を講じずに抗生物質による治療を開始した。Yからの退院後も数年の間に三〇回を超える手術を受け、上腿部切断等の手術をも受けたXから、Yに対して、治療過誤（病原体特定の懈怠及び整復手術の遅れ）を理由として損害賠償請求。原審は、Yが病原体を明らかにするための培養計画を立てずに抗生物質による治療を開始したことを重大な治療過誤としたこと及びYの検査結果収集義務違反から、因果関係に関する証明責任の転換を認めて請求認容。

【判旨】 破棄差戻。

治療過誤が重大か否かに関する事実審裁判官の判断は、医学の専門家により共有される事実により完全に支えられ、鑑定人による治療経過の医学的評価に依拠しうるものでなければならない。然るべき説明なしに、或いはそれどころか鑑定人の医学的供述に反して重大な治療過誤を自身の評価から肯定することは、事実審裁判官には許されていない。鑑定人は、整復手術の遅れを「正当ではない」とするが、他方で「広く行きわたった態度」であり、「重大な過失による」

ものではないとしており、鑑定人の供述は、Yの過誤が重大であるとの評価を正当化するものではない。このことは病原菌を特定しなかったことについても同様に言える。

対処する義務のある陽性の結果をもたらした十分な蓋然性のある、医学的に必要な検査結果を収集する義務に対する違反が、健康損害と過誤の因果関係についての証明軽減を基礎付けるのは、その検査結果を見誤ることが初步的な過誤によるものであるとき、又はその検査結果に対処しないことが重大な過誤によるものであるときである。手術後数日間について、鑑定人によれば、病原体の特定に必要なひざの穿刺は、それ自体患者にとっての危険を含むことから性急に行われるべきではなかった。その後傷口に現れた浸出液による細菌培養から、それを見誤ることが初步的な過誤であるという検査結果が明らかになっていたと考える十分な材料がない。

武器対等の要請は、患者側のための訴訟法の非対称的な取扱いを要求していることから、患者は私的鑑定を提出する権限を有する⁽⁸⁷⁾。裁判所による鑑定と私的鑑定の間の矛盾が排除されないときは、ZPO四一二条により上位鑑定Obergutachtenが求められるべきものとされる(裁判例〔11〕)。

四 効果—証明度の引下げか証明責任の転換か

重大な治療過誤があるときに認められる「証明責任の転換にまで至る証明軽減⁽⁸⁸⁾」が何を意味するのか、特に証明度の引下げを意味するのか、それとも証明責任の転換を意味するのかについては、従来必ずしも明らかではなかった。このような言い回しに対しては、学説からは、証拠評価と証明責任の転換は厳格に区別されるべきであるが、法的根拠とそれぞれの適用要件に関する相違が消し去られ、証拠評価と証明責任問題が不適切にも相互に混同されとの批判や、証

明責任分配は訴訟開始前に確定していなければならないという法的安定性の要請を適切に顧慮していないとの批判がみられる。⁽⁹⁰⁾ カツエンマイアーは、これを、裁判官が「カタログから救済手段を選び出し、その際、証明責任を転換させることもできるとの印象を呼び覚ます」と評する。⁽⁹¹⁾ また、この「証明軽減」の及ぶ範囲についても見解の対立が見られる。

1 証明度の引下げか証明責任の転換か

(a) 証明度の引下げ

既に触れたように(第二節2参照)、裁判例〔6〕が現れる前の学説には、判例法理を証明度の引下げの問題として捉えるものが見られた。裁判例〔6〕も、重大な治療過誤が「原則として」証明責任の転換を生じさせると述べるにとどまることから、BGHの立場を、例外的に証明度の引下げを認めるものと解することもできようが、学説は、この判例が効果としての証明責任の転換を明らかにしたものとして捉えている。もともと、この判決が現れた後も、証明度引下げの方向での判例実務の変更を支持する見解がみられる。そのようなものとして、ヴァグナーは、医師責任訴訟にとつて典型的な、注意を尽くして治療していたとしても同じ損害が生じていたであろうということが排除されない場合でも、補償及び予防の視点から証明軽減が必要であるとする。しかし、全か無かの判断をもたらず証明責任の転換という手段は疑わしく、あらゆる程度の重さの治療過誤において責任設定的因果関係につき証明度を優越的蓋然性に引き下げる(92)ことが望ましく、少なくとも正しい結論に近い結論が獲得されるであろう、と。

(b) 証明責任の転換

裁判例〔6〕は、学説により唱えられてきた、証明責任規範の適用(証明責任の転換の有無)が事実審裁判官の裁量

にゆだねられるとすると法的安定性を害するとの批判を考慮して、重大な治療過誤があるときの「証明軽減」が、原則として証明責任の転換であることを明らかにした。したがって、前述（第二節一）の要件を充たす限り、下級裁判所に証明責任の転換を認めるか否かに関する裁量はなく、原告のために、過誤と患者の生命・身体損害の間の因果関係に関する証明責任が転換される⁽⁹³⁾。

2 証明軽減の対象

判例は、重大な治療過誤があるときの証明軽減は、原則として、過誤と第一次侵害の間の責任設定的因果関係だけに及び、第二次侵害以降の責任充足的因果関係には及ばないとする（BGH NJW2008.1381.1382⁽⁹⁴⁾）。その理由を判例は、重大な過誤により引き起こされた特別な解明の困難に应じてしか証明軽減は与えられないべきではないが、責任設定的因果関係を越えたその先では、原則として、加害者が責めを負うべき付加的な証明困難は生じない点に求めている⁽⁹⁵⁾。

〔13〕 BGH二〇〇八年二月一二日判決 NJW2008.1381.1382 = VersR2008.644.645.

【事実】ハンマーで指を殴打し、医師Yにより強い腫れとの診断を受けた翌日、転倒して壁に指をついたことから受けた医師Aの診察において、人差し指関節の再骨折と診断を受け、その後ズーデック症を生じたXから、Yに対して、治療過誤（骨折の見落としによるズーデック症の発症）を理由とする損害賠償請求。原審は、骨折を見逃したことを過誤としつつ、レントゲン像の誤った評価は検査結果収集の過誤ではなく診断の過誤であり、重大な治療過誤ではないとして、治療が遅れたことを理由とする慰謝料のみ認容。

【判旨】破棄差戻。

重大な治療過誤があるときの因果関係についての証明責任の転換は、原則として、責任設定的健康侵害にしか適用されない。証明責任の転換が、例外的に、結果損害（第二次損害）との因果関係の証明に適用されるのはその第二次損害が第一次侵害の典型的結果であるときだけである。控訴審裁判所は、ズーデック症が過誤により設定された第一次侵害の典型的結果なのか否かを解明しなければならない。

診断の際の稀ではない不確かさの故に、診断の過誤が医療技術の規則に対する重大な違反と判断される基準値は、高く設けられなければならない。骨折は「厳密な観察」等の下でのみ認識されたと鑑定人の判断は、厳密に観察をしなかったことを重大な過誤と評価しえないのかとの問題を投げかける。

もつとも、判例には、第一次侵害を「具体的な」身体損害（例えば、注射による身体損害の場合には、注射の際の穿刺それ自体ではなく、その後生じた痛みなど）とするものが見られ、⁽⁹⁶⁾学説からは、（特に説明義務違反が問題となるときに）⁽⁹⁷⁾侵襲自体が身体損害とされるとの考えとの不整合が指摘されている。学説には、この点に関連して、患者のために、第一次侵害を因果系列の中の早い時点で見出すのではなく、むしろ反対にできるだけ遅く見出す方が、推定が広く及び患者に有利であるとの指摘も見られるが、第二次侵害以降の責任充足的因果関係の認定については、ZPO二八七条の証明軽減により証明責任の転換を要しないとも言えよう。⁽⁹⁸⁾

判例は、証明軽減が過誤と第一次侵害の間の責任設定的因果関係に限定されとすることの例外を認める。第一に、重大な治療過誤が第一次侵害の中に既に明白に現れるのではなくその後初めて作用するときであるとして、右の注射の例を挙げる⁽¹⁰⁰⁾（したがって、この点は右の判例と矛盾する）。第二に、第二次損害が第一次侵害の典型的結果であることから違反された治療規則がまさにこのような損害をも防止するものとされるときである。⁽¹⁰¹⁾後者の点については、結果損

害が第一次侵害の典型的な結果である場合、ZPO二八七条による証明が既に行われているので、証明責任の判断に至らないとの批判がある⁽¹⁰⁾。

以上のような判例の立場に対しては、注射の例が示すように第一次損害と第二次損害の区別は恣意的に見えるとの批判⁽¹⁰⁾の他、バウムゲルテルの批判がある。すなわち、医師は、治療過誤の結果の典型性の範囲内で、規則に従って治療していたとすれば生じていたであろう事実経過の解明不能の危険を作り出したのであるから、証明リスクの範囲は、治療過誤の結果の典型性により決定される。しかし、治療過誤の可能性のある結果は、法的カテゴリーにより確かめられるのではなく、医学の知見水準により判断される。それゆえ、BGHがこの典型性を責任設定的因果関係のような法的カテゴリーを用いて限定しようとするとき、それは適切ではない、と⁽¹⁰⁾。しかし、このような、両者の区別を否定し、責任充足的因果関係にも証明軽減を及ぼすべきとの批判には、BGHも第二次損害が治療過誤の典型的結果に対応しているとき証明責任の転換をその第二次損害に及ぼし、他方、学説がその保護範囲の考察に際して非典型的とされる結果損害を排除するとき、両者に大きな相違はないとの指摘がある⁽¹⁰⁾。

五 判例法理に対する批判

以上のような判例法理は学説では大方の賛同を得たとされるが、判例法理に対する批判も少なくない。とりわけ判例法理が過誤の重大さにより証明軽減の有無を決することに対しては批判が強い⁽¹⁰⁾。過責の程度に応じた段階付けの根拠が実体法にない⁽¹⁰⁾、重大な治療過誤という基準により制裁要素が現行法に持ち込まれる⁽¹⁰⁾、重大な過誤と単なる過誤は区別が困難であり法的安定性に欠ける⁽¹⁰⁾、過誤の重大さは患者の証明の窮状とは関係がなく、重大な過誤の結果はしばしば軽い過誤の有効範囲より良く確認することさえできるのでなおさらである⁽¹¹⁾、義務に違反して治療する医師は解明の障害につ

いて自ら責めを負わなければならないとの考えは（軽）過失が証明されているが、因果関係が否定されるすべての事案に当てはまる、⁽¹²⁾などである。

さらに、証明軽減の根拠を危険の支配可能性に見出す（第二節22d及び注77参照）シーマンは、その違反が明らかに「重大」として評価されるべきである「初步的な」水準の遵守だけにより事象経過が現実に支配されるのではないとする⁽¹³⁾。また、優越的蓋然性への証明度の引下げによる解決を支持するヴァグナーは、立法論として割合的責任を導入することも視野に入れて、軽い過誤は決して健康損害には至らず、重大な過誤が不可避免的に損害を引き起こすことは非現実的であり、多くの誤った判断を生み出すとする⁽¹⁴⁾。

しかし、過誤の重大さによる区別を放棄することに対しては、一般的な証明責任の転換は実質的には結果責任に至る、人間の組織は第一にその法益の担い手の領域内に⁽¹⁵⁾あるなどの反論がある。

六 証明妨害との相違

重大な治療過誤があるときの証明軽減の法理と証明妨害の法理との区別は、必ずしも明らかではない。バウムゲルテルによれば、事実を解明できない事態が損害惹起事件そのものによって引き起こされたような事例には、「正当にも、圧倒的に、証明妨害の原則は、……適用されるべきではないということが受け容れられている」⁽¹⁶⁾。近年ではフェルステも、証明妨害は知覚可能な事実についての証拠方法が存在し、または認識しうるが確保されないことを前提とするところ、⁽¹⁷⁾この前提は、例えば過誤自体は立証されているもののその過誤が当時なお認識しうる何らかの結果を生じさせえなかったときは欠けているとする。この場合、それをおざなりすることが患者に不利益を与える証拠方法が問題となるのではなく、さらに一歩先に進むことさえしなければならぬのであり、社会生活上の義務を負う者は、法益にとっての危

險を制御しなければならないだけでなく、それにより、危険が実現したときに犠牲者となり得る者にとって証明の窮状が生じることを避けもしなければならないということを要求しなければならない⁽¹⁹⁾。しかし、かつての判例の中には、「重度の合併症の場合に細菌学上の検査を行わなかったことを、医師の注意義務違反であると同時に、かつ証明妨害行為であると評価した」ものが存在するとされる⁽²⁰⁾。

また他方で、近時の学説には、とりわけ裁判例〔6〕が、「証明軽減」の内容が証明責任の転換であることを明らかにしたことから、両者の法理を効果面から区別しようとするものが見られる。この見解は、個別事案の正義は証明責任の転換よりも証拠評価レベルでの解決により容易に達成されうるとし、証明妨害をした当事者は保護に値しないから、法的安定性の要請は訴訟開始前の確定した証明責任分配を要求しないと⁽²¹⁾する。

判例は、この重大な治療過誤があるときの証明軽減と証明妨害の関係の問題について、態度を明らかにしていない（後出裁判例〔14〕）。

第二章 検査結果収集義務 Befunderhebungspflicht についても

前章までに示したように、重大な治療過誤があるときにはその過誤と生命・身体損害の因果関係に関する証明責任が転換されるとするのが判例法理であるが、その中で今や独立した事案グループを形成するのが検査結果収集義務 Befunderhebungspflicht（又は検査結果確保義務 Befundsicherungspflicht）の違反の事案である。

学説によれば、BGHは一九八七年に初めて、患者に、検査結果収集義務の違反という独立した形態の下で「証明責任の転換にまで至る証明軽減」を認めた⁽²²⁾（BGHZ99,391）。

〔14〕BGH一九八七年十二月三日判決BGHZ93,391.

【事実】内科医Yは、一九七八年二月一日に胸の痛みのため診療所を訪れたX₁の心電図及び胸部レントゲン像を作成し、気管支肺炎と診断して抗生物質を処方したところ、二日後にはX₁の状態は著しく改善し、一九七八年四月六日にX₁が診療所を訪れた際には心電図作成の他に検査はしなかった。一九七九年一月五日に強い気管支の痛みのために診療所を訪れたX₁につき、同月一日に胸部レントゲンを撮影して気管支肺炎の再発と診断し、再度抗生物質で治療した。一九七九年二月八日、Yは、X₁について病的な検査結果を認めなかったが、同月二〇日にX₁の状態が突然悪化したので、肺結核を疑い、同二日に国立衛生局の検査によりX₁が開放性結核にり患していることが判明した。X₁は数か月以上、療養所で治療を受けたほか、X₁と同居していた二才半のX₂も肺結核にり患していた。X₁から、Yに対して、X₁が最初にYの診療所を訪れた際に肺結核の疑いを除外するための再検査を実施しなかったことなどを理由として慰謝料請求のほか、X₁から財産的損害の賠償請求。原審は、一九七八年二月一日の胸部レントゲン撮影の結果を、X₁が初期の結核にり患したか否か鑑別診断するきっかけとせず、気管支肺炎の鎮静後にさらに検査を行わなかったことを過誤としつつ、鑑定人の供述からは一九七八年春にX₁が既に肺結核にり患していたか否かは未決定のままであり、XはYの治療過誤とXの身体損害の因果関係を証明しなかったとして請求棄却。

【判旨】破棄差戻。

控訴審裁判所は、重大な過誤の法的要件を見誤ることなく、また個別の事案における諸事情の評価に際しての事実審裁判官の判断の自由の余地を超えることなく、重大な過誤を否定した。

しかし、Yは、場合によっては、控訴審裁判所が検討しなかった別の法的視点から原因関連について証明責任を負わされる。「すなわち、本件におけるように、患者の病像を確保することによってのみ得られる、展開する疾病の過

程の性質に関する情報を獲得し、次いでその後の治療に必要な結論を引き出すために、患者の病像を確保する義務が医師が負う場合、患者に対するこの義務の有責な違反は、その違反が同時に患者にとって、さなければ証拠方法として用いることのできる検査結果がないことからその後の責任訴訟における立証を困難にするか又は妨害するとき、医師にとって訴訟上の不利益をも招来しうる。」

「医師が負う、検査結果を記録する義務の違反のときと同様に（この点につきBGHZ72,132,136ff. [裁判例（80）]……）、検査結果を確保する際の医師の職業上の義務の違反は、原則として患者により行われるべき、治療過誤と身体損害の間の原因経過についての証明を、後に行う可能性を悪化させる。医師が異常なほど、簡単な診断・検査結果を治療経過のために収集せず、それゆえ、治療経過を明らかにするために必要なデータを用いることができないことについて特に責任を負う事案について、当法廷は、医師の重大な過責により引き起こされた説明不能から既に、責任訴訟における解明の障害が患者の負担となつてはならないという結論を引き出した（BGHZ85,212,217 [裁判例（30）]）。まさに予測されるか又は既に進行している訴訟に鑑みて証拠方法を妨害する者だけに、それを理由として証明の不利が課されるのではない。」然るべき検査措置により特定の病像を収集する、患者の治療から生じる医師の義務は、確かに第一に治療上の目的を追求するものである。しかし、その義務は、検査結果を記録する義務と同様に、患者の人格権の擁護にも役立ち、患者には医師の治療の経過に関する説明が行われるべきである。確かに、その義務は、将来の責任訴訟に鑑みた直接の保障目的を持つものではない。しかし、実体法上検査結果が確保されるべきであり、それに関して説明が与えられるべき場合、場合によって起きる後の訴訟においてこの義務は度外視されえない。より正確に言えば、証明の負担を負わされた当事者は、解明の確保の義務を負う者に対して、その者が訴訟における証明状況も有責に悪化させ又は妨害したと異議を唱えることができる。」「それが、証明妨害のサンクションとしての証明結

果の擬制か……、それともその結論が、解明を怠った解明義務者が、訴訟において解明の可能性がないことを援用することは、訴訟法においても顧慮されなければならない信義誠実の原則に違反するということから導き出されるのかは、判断のためには、未決定のままでよい」。

もつとも、医師の行態が、過誤と身体損害の因果関係を事後にもはや解明しえないことに寄与するとき、それ故にそれが医師の負担となんとすることは、単に医師が過誤を犯したとの理由から単なる疾病リスクの実現についても医師に責任を負わせることとなる。通常の事例では、患者は治療過誤だけでなく、患者の健康にとつてのその過誤の不利益な作用も証明しなければならない。「因果関係の証明を患者のために緩和することが正当なのは、医師の検査措置による検査結果の収集が、患者の症状に鑑みて、状態の解明と確保のために医療上疑いなく必要であり且つ有責に怠られた場合であり、状態確保の義務がまさに患者の主張する経過の高度のリスクの故に負わされていたことから、収集されていたとすれば検査結果の像がそのような経過を解明してもいた蓋然性がある場合だけである」。

鑑定人らは、事後の視点から、一九七八年二月一日のレントゲン撮影が既に肺結核の進行を示していた蓋然性があり、遅くとも一九七八年四月六日の撮影はそのことを明らかにしたか、又は、検査結果が引き続き「不明確」であるときに引き続き検査するきっかけを与えたと考えている。それにより、 X_1 に有利に、然るべき因果経過が出发点とされなければならないということが自然に想起される。⁽¹²⁴⁾

第一節 検査結果収集義務違反と生命・身体侵害の因果関係に関する証明軽減の要件・効果

一 検査結果収集義務違反の要件

右に見た裁判例〔14〕によれば、患者側は、通常、患者の健康にとつての治療過誤の不利な作用も証明しなければならぬ。すなわち、治療過誤としての検査結果収集義務の違反が認められるとしても、そのことにより患者側は、検査結果を収集していれば患者側の主張する検査結果が明らかになつていたとの証明からしか解放されておらず（裁判例〔1〕〔7〕〔12〕も参照）、検査結果を認識・対処していたとすれば損害が生じていなかったであろうとの証明は患者側に課されたままである。患者側が、検査結果収集義務違反と患者の健康侵害の因果関係の証明からも解放される（検査結果を認識・対処していたとしても損害が生じていたであろうとの証明を医師側に課す）には、裁判例〔14〕以降展開された判例法理は、（イ）検査結果収集が医学的に必要であること（要件イ）、（ロ）検査をしていれば対処する義務のある陽性の結果が明らかになつた十分な蓋然性のあること（要件ロ）、（ハ）その（検査をしていれば存在したであろう）検査結果を見誤ることが初歩的な過誤によるものであるか、又はその検査結果に対処しないことが重大な過誤によるものであること（要件ハ）という三つの要件を充たすことを要求する（裁判例〔12〕参照⁽¹⁵⁾）。さらに、判例は、検査結果収集をしないことそれ自体が既に重大な過誤であるときにも、患者側を、検査結果収集義務違反と健康侵害の因果関係の証明から解放する（裁判例〔1〕参照⁽¹⁶⁾）。以下、前者の要件（イロハ）を「検査結果の蓋然性」要件、後者の要件を「検査結果収集義務違反の重大性」要件と呼ぶこととする。

1 「検査結果の蓋然性」要件とその根拠

学説では、「検査結果の蓋然性」要件の下で過誤と損害の因果関係に関して証明軽減が認められる事案について、重大な治療過誤があるときの証明軽減の下位事案として位置付けるものが少なくないようである⁽¹⁷⁾。しかし、「検査結果の蓋然性」要件の下での証明軽減には、その他の重大な治療過誤があるときの証明軽減と比べたとき、二つの特徴が見ら

れる。

第一の特徴は、(重大ではない) 単なる過誤による検査結果収集の懈怠のときでも、その他の要件を充たす限り証明軽減が認められる点にある(前出裁判例〔11〕参照)。

この点について学説からは、要件イに関して、裁判例〔14〕が「疑いなく」必要な検査結果収集を怠ったことを要求していることから、そのような検査結果収集を怠ったときは結局、重大な過誤が認められうるとの指摘がなされる⁽¹²⁸⁾。しかし、実際にはこの修辭は、「検査結果の蓋然性」要件の下での証明軽減を認めるその後の裁判例には見られず(裁判例〔11〕〔12〕参照、判例はその他の事案でも、「対処の義務のある結果」の蓋然性があれば証明軽減を認める(検査結果収集が「疑いなく」必要であることは、2で後述するように、その後の判例法理では「検査結果収集義務違反の重大性」要件の下での証明軽減において要求される)。また、学説からはさらに、要件ロハに関して、対処する義務のある、すなわち明白かつ重大な検査結果を見誤ること及びこれに対処しないことは通常は重大な治療過誤を意味するとの指摘もなされるが、これに対しては、そのような厳格且つ極端な評価は、とりわけ災害外科部門では、臨床の日常を歪め、また、(必ずしも重過失と同一視されないが) 重過失との明白な近さを示す重大な過誤が認められるときの医師に対する使用者からの求償の問題も考慮されるべきとの指摘がある⁽¹²⁹⁾。

「検査結果の蓋然性」要件の下での証明軽減と重大な治療過誤があるときの証明軽減が、この第一の特徴(単なる過誤があるとき証明軽減)において区別されるとすれば、「重大な」過誤の基準値に達する前、つまり必要な検査結果の収集の懈怠が「重大」と性質決定されえないときに証明軽減が認められる点に、検査結果収集義務の独立した意義が認められることとなる⁽¹³⁰⁾。

「検査結果の蓋然性」要件の下での証明軽減の第二の特徴は、対処する義務のある陽性の結果が明らかになった蓋然

性（要件ロ）が要求される点である。裁判例〔14〕によれば、「状態確保の義務がまさに患者の主張する経過の高度のリスクの故に負わされていたことから、収集されていたとすれば検査結果の像がそのような経過を説明していてもいた蓋然性がある場合だけ」、証明軽減が認められることとなる。

この第二の特徴につき、かつての裁判例の中には、検査結果が明らかになった蓋然性（要件ロ）ではなく、原因関連（因果関係）の蓋然性を要求するものが見られた（裁判例〔5〕参照）。ここに判例法理の変遷を見出すことができる。すなわち、現在の判例法理によれば、原則として患者は証明軽減により、必要な検査結果が得られていたときにその患者が置かれていたであろう地位よりも良い地位に置かれるものではない（裁判例〔1〕参照）。証明軽減は、要件ロが充たされることにより、検査をしていれば対処する義務のある結果が示されていたであろうとの推定に及ぶが、そこまでにしか及ばない。検査結果の評価や対処の誤りが患者の損害の原因であることの推定にまで証明軽減が及ぶには、重大な過誤が推論されうること、つまり要件ハを充たすことが必要である⁽¹³⁾。しかし、重大な過誤が推論されうるとしても、そのことから当然に原因関連の蓋然性（重大な過誤がなければ結果が回避された蓋然性）が認められるのではない。結果回避の可能性が例えば一〇％程度しかなくとも、当該措置を講じないことが重大な過誤と考えられる場合が存在することを、否定しえないからである。したがって、現在の判例法理は、原因関連の蓋然性がなくとも証明責任の転換を認めるものと言えよう。このような理解は、裁判例〔6〕が、鑑定人が原因関連の蓋然性を一〇％としたにもかかわらず証明軽減を認めたこととも平仄が合う⁽¹⁵⁾。

以上のような特徴、とりわけ第一の特徴の下で証明軽減が認められることの根拠について、学説からは、患者の病像に関する十分なデータを確保しなければならない医師が、訴訟においてその免責のためにそのデータがないことに依拠

しようとするれば、そのことは信義則に反するなどと説明される。⁽¹³⁶⁾しかし、このような理由付けは、重大な治療過誤があるときの証明軽減の根拠として禁反言を挙げる見解（第一章第二節二2c参照）を超えるものではない。

2 「検査結果収集義務違反の重大性」要件

検査結果収集の懈怠が「重大な」過誤と見られるとき、重大な治療過誤があるときの証明軽減に関する一般原則に従い、同様に証明軽減が認められる。すなわち、適切な対処を可能とした医学的に必要な検査結果収集をしなかったことに重大な過誤があり、そのことが、一般に、発生した種類の損害を引き起こすのに適するとき、検査結果収集義務の履行が発見するものとされていたリスクが実現したのではないこと、又は過誤と損害の原因関連の蓋然性が極めてないことを医師が証明しない限り、証明責任が転換される。⁽¹³⁷⁾

どのような場合に検査結果収集の懈怠が「重大な」過誤と見られるかとの点については、裁判例はこれを「医学的に疑いなく必要な」検査結果収集を怠った場合としており（裁判例〔1〕⁽¹³⁸⁾〔4〕⁽¹³⁹⁾参照）、下級裁判例には、医学の標準的教科書において勧められ且つ太字で強調される検査結果収集を医師が怠る場合などとするものも見られる。^{(140)〔44〕}

二 検査結果収集義務違反の効果

前述のように、「検査結果の蓋然性」要件、又は「検査結果収集義務違反の重大性」要件の下、検査結果収集の懈怠と患者に生じた生命・身体損害の因果関係に関する証明軽減が認められる。そして、とりわけ重大な治療過誤があるときの証明軽減につきその効果が証明責任の転換であることを明らかにした裁判例〔6〕以後、過誤がなかったとしても現実が生じた損害と同じ損害が生じていたであろうことの証明が医師側に課される。

このような判例法理に対して、学説からは、先に見た重大な治療過誤があるときの証明軽減に関する議論に照らし、証明度引下げの方向で判例実務を変更すべきとの異議が唱えられることが考えられよう。

さらに学説では、懈怠された検査の性質に応じた区別が主張される。すなわち、ニクスドルフは、検査結果収集の懈怠から患者の生命・身体損害にまで至る因果の鎖の中で証明軽減がどの程度広く、つまり鎖のどの構成要素に至るまで与えられねばならないかは、その鎖がどの程度医師により持ち込まれた説明困難により打撃を加えられているかに左右されるとの認識の下、以下の区別をする。確かな輪郭を持った検査結果が蓋然性のあるものとして擬制される(例えば、レントゲン検査により縫合不全が明らかになったであろう)とき、鎖のこの構成要素からは後の説明の困難はもはや作用しない。このとき状況は現に存在する検査結果に鑑みて相当な治療をしない場合と異ならない。その場合、患者は、その検査結果に対する対処の要否、対処の方法、適切な治療が損害を防止していたか否かについて証明責任を負う。それに対して、変動幅の大きい検査結果の蓋然性があり(例えば、伝染病の経過の鍵となるデータ全体が欠けている)、その検査結果に対する医師の対処の必要性が具体的な検査結果に左右されるとき、治療が功を奏しなかったことを医師が証明しなければならぬ。この場合、検査結果から治療措置を経て患者に生じる結果にまで至る因果の鎖の構成要素においても説明困難について医師が責任を負うことから「さらに先を行く証明軽減」が生じる⁽¹⁴⁾。

もつとも、このニクスドルフの見解に対しては、判例法理では、「検査結果の蓋然性」要件の下での証明軽減が認められるために、検査をしていれば存在したであろう検査結果に対処しないことなどが重大な過誤によると見られることが要求される(要件ハ)ことから、判例も、確かな輪郭を持つ検査結果が明らかになっていったであろう事案において直ちに証明軽減を認めるわけではないとの指摘が可能であろう。結局、実際にはニクスドルフの見解と判例法理との間に大差は生じないものと言えよう。

三 判例法理に対する批判

以上のような判例法理に対して、学説では二方向からの批判がなされる。

第一の批判は、検査結果収集が行われなかったことに特別なサンクションを課す根拠は存在しないとして、（重大ではない）単なる過誤による検査結果収集の懈怠があるに過ぎないときに証明軽減を認めることに反対するものである。フェルステは、検査結果が収集されないことは他の過誤より危険をはらむものではなく因果関係の証明をよりひどく困難にするのではない、どうして証明軽減が、医師が移植組織を定期的に交換するのを忘れたのか（重大な過誤が必要）、それとも再検査し忘れたのか（あらゆる過誤で十分）にも左右され、前者の場合には証明軽減のために重大な過誤が必要であり、後者の場合にはあらゆる過誤で充分とされるのか理解できないなどとする。⁽¹⁴⁾さらに、フェルステは、過誤は、検査結果が実際に収集されていた場合にだけ起きたのであり、検査結果収集がなければ検査結果を見逃すことは過誤たりえず、B G Hが擬制された重大な過誤にサンクションを与えることは、現実の治療過誤⁽¹⁵⁾だけを手掛かりとするその他の裁判例に反すると共に、一般的な因果関係の推定を拒絶した立法者意思⁽¹⁶⁾に反するとする。

第二の批判は、反対に、検査結果収集の重大な懈怠があるときにだけ証明軽減を認めることは不十分であるとするものである。ギーセンは、判例が証明軽減を、検査結果の収集が「疑いなく」必要であり、収集されていたとすれば病像が患者の主張する原因経過を説明していた蓋然性があることに係らしめているとの前提の下、B G Hは、医師が検査結果確保の義務を、契約からも患者の人格権を守るとの理由からも負わされていることを充分に考慮しておらず、「疑いなく」必要か否かは医師の裁量のみ⁽¹⁶⁾に左右されるものであり肝心ではないとする。さらに、ギーセンは、検査結果が過責により確保されなかった事案で証明責任の転換がなければ、それにより打撃を被る患者は責任訴訟で二重に侵害され⁽¹⁶⁾るとする。つまり、患者は、過誤と侵害の責任設定的因果関係を証明しなければならぬとの伝統的困難に直面するほ

か、彼の責めによらない理由から医師による十分な記録という形で事実基礎を用いることができないと批判する。⁽¹⁴⁾

このギーセンの批判は、「検査結果収集義務違反の重大性」要件の下での証明軽減（だけを認めること）に関する批判と見られるが、検査結果の収集が懈怠されるとき、それにより打撃を被る患者側は二重に侵害されるとする点は、「検査結果の蓋然性」要件の下での証明軽減が問題となる場面にも妥当しよう。つまり、このギーセンの立場を貫けば、検査結果収集の懈怠が問題となるときには、その検査から、それを見誤ること又は対処しないことが重大な過誤と見られる結果、換言すれば、明白かつ重大な検査結果が生じていた蓋然性があるか否かにかかわらず、患者は二重に侵害されることとなるから、明白かつ重大な検査結果が生じていた蓋然性がなかったとしても、患者には証明軽減が認められるべきこととなる。

第二節 他の証明形態との関係

一 証明妨害との関係

前述のように（第一章第二節六参照）、かつての判例の中には、「重度の合併症の場合に細菌学上の検査を行わなかったことを、医師の注意義務違反であると同時に、かつ証明妨害行為であると評価した」ものが存在するとされる。しかし、その後の裁判例〔6〕は、検査結果収集の懈怠があるときの証明軽減と証明妨害の関係につき未解決のままとし、学説では、検査結果収集の懈怠と証明妨害の事実を区別すべきとの見解が強いようである。

例えばフェルステは、前述のように（第一章第二節六参照）、重大な治療過誤があるときの証明軽減と証明妨害の関係につき、証明妨害の規範が重大な治療過誤の事案に及ぶことを否定し（重大な治療過誤は、証明責任の転換のような

重大な効果を持つ法の継続形成の十分な根拠ではないとする⁽¹⁴⁸⁾、検査結果収集の懈怠にも証明妨害の法理は及ばないとする。その理由につき、フェルステは、検査結果収集の懈怠に証明妨害の法理を及ぼすとき、責任規範が事柄に反して切り詰められる、検査が怠られたのかそれとも治療が怠られたのかは責任法上重要ではない（検査結果収集の懈怠の場合に医師側に軽い過誤しかなくとも証明軽減がなされるのに対して、治療過誤の場合には重大な過誤がないと証明軽減されないことは不均衡）とする⁽¹⁴⁹⁾。

二 診断の過誤との関係

必要な検査結果が完全に収集されたが、誤って解釈された場合、診断の過誤が認められる。これに対して、誤った診断によりその後の必要な検査結果が収集されない場合、OLG（地方上級裁判所）の裁判例は、圧倒的に、診断の過誤の事案として取り扱うものとされ⁽¹⁵⁰⁾、BGHもこれを明示的に認める（裁判例〔13〕のほかBGH NJW2011,1672f.）。学説も多くは、このような裁判実務と同様、誤った診断によりその後の必要な検査結果が収集されない場合には、原則として診断の過誤を認める（検査結果収集の懈怠を理由とする証明軽減を問題としない）ようである⁽¹⁵¹⁾。

〔15〕BGH 11010年11月11日判決NJW2011,1672f.

【事案】Aは、Yの経営する病院で半月板の手術を受ける準備として麻酔科医Bによる指示に基づき肺のレントゲン撮影を受けたが、Bはレントゲン写真の読影の際に病巣に気付かなかった。半月板の手術は成功したが、約一年後Aの右肺に腺癌が確認され、その後Aは死亡した。A（Aの死後はAの相続人X）から、Yに対して、治療過誤を理由とする損害賠償請求。原審は、検査結果収集の過誤を認めて請求認容。

【判旨】破棄差戻。

患者の健康が、医師のあらゆる行為の最上位の要求と指針なので、医学的に必要がないが、例えば特に念のため指示された検査の結果も、職業に特殊な注意義務を医師に負わせる。しかし、「検査結果収集の過誤が存在するのは、医学的に必要な検査結果の収集が行われないときである。それと異なり、医師が収集されたか又はその他に存在する検査結果を誤って解釈し、それゆえ彼の専門領域の職業専門的な視点から―治療上または診断上―必要な措置を講じない場合には、診断の誤りが存在する。……診断の過誤は、客観的に適切な診断をしていればなお別の検査結果が収集されるべきであったことによっては、検査結果収集の過誤とはならない」。

「診断の誤りについて証明責任の転換が考えられるのは、過誤が重大と評価されるときだけある。……診断の誤りが、その後の原因経過の解明不能のリスクを治療する側に負担させうる、医師の技術準則に対する重大な違反と判断されうるものとする基準値は、診断をする際に稀ではない不確実性のため、高く設定されなければならない」。

診断の過誤が先行する場合に、検査結果収集の懈怠を理由とする証明軽減を問題としないことの背景には、第一に、診断の過誤が重大な過誤か否かを判断する際の基準値の問題がある。すなわち、裁判例及び学説では、診断の過誤について、「それを越えたと診断の誤りが、後にその後の原因経過の解明不能のリスクを負わされるに至りうる医師の技術準則に対する重大な違反と判断されるべき基準値は、高く設定されなければならないことが一般に認められている⁽¹²⁾。なぜなら、適切な検査結果を得るために様々な技術的補助手段を用い得ることを考慮しても、人間の生体組織の多様性の故に同一の病気の徴候も異なる形で現れうるから、疾患の症状は常に明白なわけではなく様々な原因を示唆しうるので、診断の錯誤は、しばしば医師の非難可能な振る舞いの結果ではなく、治療過誤として評価することは慎重にしか

できないからである⁽¹⁵³⁾。従って、診断の過誤が先行する場合に、検査結果収集の懈怠を理由とする証明軽減を問題として医師側に不利な形で証明軽減をするとすれば、そのことは「正しい診断の難しさの故に存在する責任を免れる特権 *Haftungsprivilegierung* の裏をかくて効果を失わせ」ることを意味するとされる⁽¹⁵⁴⁾。このことはまた、患者のために存在する、診断に際しての医師の裁量（例えば、患者にとって負担となる検査を選択しないなど）が狭められることを意味する⁽¹⁵⁵⁾。その他に、カルマシンは、診断の誤りが存在する場合、医師は（正しくない）診断に基づいて彼の視点からは必要な措置を避けたのであるから、検査結果収集をしなかったことを診断の過誤に対して独自の又は追加的な過誤と見ることができないとする⁽¹⁵⁶⁾⁽¹⁵⁷⁾。

もつとも、以上のように、診断の過誤のためにその後の検査結果収集が行われなかったとしても、そもそもその診断の過誤が、検査結果収集が不充分であったことに基づくときには事情は異なる。例えば、ハーガーは、症状が明白ではないときには原因がより良く解明されるまで診断が続けられなければならない⁽¹⁵⁸⁾、医師には少なくとも診断を早期に中断したことを非難しうとする⁽¹⁵⁹⁾。

従って、検査結果収集の懈怠と診断の過誤のいずれが問題とされるべきかの分岐点は、少なくとも理論的には、診断の過誤が先行するのか（検査結果収集が十分に行われていたが、その評価を誤ったときであり、この場合には診断の過誤だけが問題とされる）、それとも検査結果収集の懈怠が先行するのか（検査結果収集が十分に行われていなかったにもかかわらず診断を下し且つその後その診断の再検証をしなかったときであり、この場合には検査結果収集の懈怠が第一に検討される）にあることとなる。ただし、診断と病像の把握のための検査が、診療実務の中で交互に、或いは並行して行われるのが常であることに照らせば、現実には両者の区別に多大な困難が伴うことが考えられる⁽¹⁶⁰⁾。

三 資料整備義務 Dokumentationspflicht との関係

かつてB G Hは、疾患に関して医師が作成する資料を、単に医師の「記憶の補助手段」に過ぎないとして、患者に対する医師の資料整備義務を否定していた。しかし、その後、裁判例〔8〕が、患者に対する医師の資料整備義務とその違反を理由とする証明軽減を認めるに至り、これらは今日では一般に認められている⁽¹⁰⁾。

学説では、この資料整備義務と検査結果収集の懈怠の関係につき、とりわけ必要な検査結果を記録した資料が存在しない（医師側から提出されない）事案につき、資料整備に対して時間的に先行する検査結果収集それ自体を怠ることは、資料整備を怠ることとは区別されるとする指摘も見られるが、両者は密接に類似するとされる⁽¹⁰⁾（裁判例〔3〕も参照）。すなわち、患者は、診察を受けた当時作成されたレントゲン写真や心電図がなくなつた場合、それらが作成されていなかったときと同じように、その当時疾患の徴候を医師が認識しえたか否かを事後に解明することができない⁽¹⁰⁾。

もつとも、判例は、資料整備義務違反それ自体は請求権根拠を成さないとする⁽¹⁰⁾。つまり、検査結果収集の懈怠の場合と同様、資料整備義務違反があることから直ちに患者に生じた生命・身体侵害との因果関係に関する証明が医師側に課されるのではなく、証明軽減⁽¹⁰⁾は、記録されなかつた措置が行われなかつたことにしか及ばない⁽¹⁰⁾。その過誤が重大と評価されうるか、又は特別な検査結果収集義務の違反であるとき、例外的に、証明軽減が因果関係の証明にも及ぶ（裁判例〔9〕参照⁽¹⁰⁾）。判例は言わば、資料整備義務違反を理由とする証明軽減の結果として検査結果収集の懈怠を前提とし、これを出発点として検査結果収集義務に関する判例法理を当てはめている。

理論上は以上のように説明される両者の関係であるが、訴訟においては、資料整備の懈怠の事案か、それとも検査結果収集の懈怠の事案かは、とりわけ裁判官及び原告患者側にとっては必ずしも明らかではないであろう。いずれの事案においても、被告医師側が検査結果収集を怠つたことを認めない限り、医師側から、レントゲン写真や心電図などが証

拠資料として提出されないことを端緒として医師側の懈怠が問われるからである。

第三章 検討―不作為不法行為としての検査結果収集の懈怠の視点から―

第一節 検査結果収集義務違反があるときの因果関係認定の判断要素

第一章で見たように、ドイツの医療過誤裁判の実務では、①重大な治療過誤の存在、②当該重大な治療過誤の損害適性、③過誤と発生した損害の違法性関連を要件として、医療過誤と患者に生じた生命・身体侵害の間の因果関係に関する証明軽減、とりわけ証明責任の転換が認められている（第一章第二節一参照）。そして、その根拠につき、BGH判例は、衡平、原因の範囲が過誤によって広げられ又はずらされたことの補償、信義則を挙げる（第一章第二節二一参照）ほか、学説にもその根拠として禁反言を強調するものが見られ（第一章第二節二二c参照）、その根底には、判例同様、衡平の思想があると言える。

しかし、それに対して、学説の中には、判例のような「衡平」を基礎とする理解を積極的に評価しつつ、輪郭のない衡平判例に堕すことを防ぐために付加的な論拠が必要だとして、その付加的論拠を、実体法と手続法の相関性・証明軽減と責任嚴格化の密接な類似性から、実体法上の義務に即した証明リスクの分配、すなわち危険増加及び事象経過の支配可能性の視点に求める見解も見られた（第一章第二節二二d参照）。このような見解の嚆矢であるフォン・バルは、とりわけ通常は診断的性質を有する基本的方法を用いないことに危険の支配（回避）可能性原理の充足を、診断上の標準的措置を怠ることに危険増加原理の充足を見出し、社会生活上の義務の成立根拠を証明軽減の問題へと伸長すること

を主張する。そして、これを敷衍するカツエンマイアーは、証明責任の転換には、医師が患者を治療に通常伴うリスクと比べて高い危険にさらしたことが確実でなければならぬとして、証明責任の転換の前提として危険増加を要求すると共に、事象経過が初步的な職業上の義務の遵守により支配されたとしかかわらず発生した損害が医師に帰責されるところとして、危険の支配可能性をも要求する。

本稿が取り扱う検査結果収集の懈怠の事案を、不作為不法行為の視点からとらえるとき、医師の検査結果収集の不作為と患者に生じた生命・身体侵害との間の因果関係は、「仮に作為義務を遵守していれば・何らかの原因から法益侵害に向かう因果系列の進行を阻止しえたであろうかぎりで、肯定すべきものといえよう」⁽¹⁰⁾。この因果系列の進行阻止という視点は、右に見た、ドイツの学説の一部において因果関係に関する証明責任の転換の要件とされる危険の支配可能性と一致する。このことは偶然ではなからう。不作為不法行為の因果関係が観念的・評価的なものとならざるを得ないとき、因果関係の立証がなされ因果関係要件が充たされているとの評価を支えるものは、現実に発生した結果を帰責させるに足る事情でなければならぬ。この、現実に発生した結果を帰責させるに足る事情を要する点とは、立証の尽きたところに生じるとされる証明責任規範の問題の検討に際しても、斟酌されて何ら不思議はない。これらの、現実に発生した結果を帰責させるに足る事情（危険の支配可能性など）が存在するとき、ドイツの一部の学説では、（因果関係に関する裁判官の心証が得られないとしても）証明責任の転換により、因果関係が充たされていることをさしあたりの出発点として（反対事実の証明は被告医師側がなすべきこととして）事案が処理されるものとされる。このとき、一方を実体法（不作為不法行為の因果関係の存否）の問題、他方を、立証の尽きたところに生じる証明責任規範（検査結果収集義務違反があるときの証明責任の転換）の問題として、つまり両者を局面が異なる問題としてとらえ、後者の場面での考慮要素を無視することは、皮相な見方に過ぎない。後者の場面での考慮要素は、前者の場面で不作為不法行

為の因果関係判断に際し直接に参酌されうるものであり、そして参酌されるべきものであろう。⁽¹⁷⁾

以上のような見方ができるとすれば、検査結果収集の懈怠のような不作為不法行為において、被告医師側による危険の支配可能性及び危険増加という要素が充足される限り、相当程度の可能性の侵害に止まることなく、過誤と患者に生じた生命・身体侵害の間の因果関係を認めることができ、かつ認めるべきだということができよう。そして、まさに検査結果収集の懈怠という不作為不法行為に限って言えば、危険の支配可能性及び危険増加という要素は、原則として充足されているものと見ることができ。なぜなら、(初歩的なものであれそうでないものであれ)治療上の規則の遵守、つまり検査結果の収集とそれに続く診断・治療が現に生じた生命・身体損害を回避していた可能性がある(規則違反という過誤の損害適性がある)限り、医師側は実現した危険の支配可能性を有していたと言うことができ、また、検査結果収集とそれに続く診断の懈怠は、フェルステの見解とは異なり、それにより、疾患のリスクを覆い隠し、加害者たる医師を信頼する患者から、適切な治療を受ける機会自体を奪うことから、患者を受診前よりも高い危険にさらす(患者の危険を増加させる)と言うことができるからである。すなわち、カッエンマイアーが要求する、医師が患者を治療に通常伴うリスクと比べて高い危険にさらしたとの前提が、検査結果収集の懈怠の事案では原則として充たされているといえる。とりわけ、この危険増加の視点は、過誤と患者に生じた生命・身体侵害の因果関係が必ずしも明らかではない事案において、相当程度の可能性の侵害を認めるにとどまるか、それとも因果関係が証明されたものとして身体・生命侵害を認めるかを決する際の、決定的な視点となるものと考えられる。

なお、ドイツでは、因果関係の証明責任の転換の有無を決するに際して、前述のように支配可能性及び危険増加の視点を重視する見解に対しては、裁判例〔6〕が、鑑定によれば原因関連の蓋然性が一〇%しかない事案について証明責任の転換を認めていることから、証明責任の転換を支配可能性及び危険増加の視点に関連付けることに否定局な見解が

見られる⁽¹⁷⁾。しかし、ここで問われるべきは、危険の支配（回避）「可能性」であり、回避の蓋然性（そしてさらに、対処する義務のある検査結果が明らかになっていた蓋然性）ではない。もちろん、回避の蓋然性（又は対処する義務のある検査結果が明らかになっていた蓋然性）が高ければ高いほど危険の支配可能性原理の充足度は高く、それだけいっそう容易に証明責任の転換という効果が生じえよう。しかし、原理相互が補完し合うものだとするれば、危険の支配可能性原理の充足度が低くとも、危険増加原理の充足度が高ければ、同様に証明責任の転換という効果は生じうる⁽¹⁷⁾。従って、裁判例〔6〕が、過誤がなければ結果が回避されていた蓋然性が一〇%しかない事案でも、検査結果収集義務の違反を理由として証明責任の転換を認めたことと、証明責任の転換を支配可能性及び危険増加の視点に関連付けることは矛盾しない。同様に、原因関連の蓋然性が一〇%程度しかない事案で、危険の支配可能性及び危険増加の視点に基づいて因果関係の認定を行うことは矛盾するものではなからう。

第二節 他の証明形態との関係について

最後に、他の証明軽減の手法との関係について簡単に触れておくこととする。

まず、検査結果収集義務違反に基づく因果関係の認定と、証明妨害を理由とする証明軽減の関係であるが、フェルステが指摘するように（第一章第二節六）、検査結果収集の懈怠をもつて証明妨害と見るとき、そのことは、医師側の注意義務の規範目的として、潜在的犠牲者の証明窮状の回避を措定することとなろう。しかし、その場合、医師としては、将来提起されるおそれのある損害賠償請求訴訟に備えて、その医学的必要性を別として、検査結果収集・資料整備に努めなければならなくなり、診断・治療に際しての医師の裁量を不当に制約するおそれがある⁽¹⁸⁾。患者に生じた生命・身体

侵害を、検査結果収集の懈怠を理由として医師へ帰責するには、当該検査結果収集が医学的に見て必要である場合に限り得べきである。

次に、診断の過誤との関係であるが、既に述べたように（第二章第二節三参照）、現実には両者の区別は困難であるとしても、少なくとも理論的には、診断の過誤が先行するのか（この場合には診断の過誤だけが問題とされる）、それとも検査結果収集の懈怠が先行するのか（この場合には検査結果収集の懈怠が第一に検討される）に応じた区別がなされるべきであろう。なお、この点につき、診断の過誤は、多くは病像を十分に把握しえないことから生じるとすれば、多くの場合にその前段階として検査結果収集が不十分であることが考えられるので、診断の過誤だけが問題となる場面はほとんどないとの異論が唱えられるかもしれない。しかし、十分な検査結果を前にして医師が診断を誤る場合が存在しうることは別としても、診断措置の選択等に際しての医師の裁量に鑑みれば、非難しえない不十分な検査結果収集に基づいて診断を誤ることも少なくないと考えられよう。その際、医師は過剰な診断法を用いてはならず、例えば切開を伴うような、患者にとつての重大なリスクと結び付けられている診断措置は、その相当性を注意深く考慮した後のみ行うことが許されるというように、過剰な診断法の実施はそれ自体治療過誤であるということが顧慮されるべきである。⁽¹⁴⁾

最後に、資料整備義務との関係であるが、訴訟においては、被告医師側が検査結果収集を怠ったことを認めない限り、医師側から、レントゲン写真や心電図などが証拠方法として提出されないことを端緒として医師側の懈怠が問われることから、資料整備の懈怠の事実か、それとも検査結果収集の懈怠の事実かは、とりわけ裁判官及び原告患者側にとつては必ずしも明らかではなからう。この場合に、資料整備の懈怠から検査結果収集の懈怠を導きだしうる点に、資料整備義務の検査結果収集義務から独立した、しかしこれと接合する意義を見出すことができよう。

結語

以上に見た、検査結果収集義務違反を理由とする医師側への帰責について、ドイツでは、これが受け皿としての構成要件 *Auffangtatbestand* として機能することに対する警戒感が見られる。⁽¹⁶⁾ しかし、医学的に見て必要な検査結果収集を怠るとき、医師が、加害者たる医師を信頼する患者から、適切な治療を受ける機会自体を奪うことにより、患者を受診前よりも高い危険にさらすことに鑑みたとき、必要な「受け皿」ということができよう。もともと、ここで提示した結論は、医療過誤訴訟全般に関するものではなく、あくまで検査結果収集義務違反の事案に関するものである。医療過誤訴訟におけるその他の不作為事案、さらに作為事案についてはなお検討を要しよう。その検討には、「病的状態に関する危険制御力が制約されている場面にまで責任成立を前進させて医師に割合的責任を負わせる」⁽¹⁶⁾ ことの是非も含まれよう。

(1) 最判平成一二・二年九月二二日民集五四卷七号五七八頁、最判平成一五年一月一日判タ一一四〇号八六頁、最判平成一六年一月一五判時一八五三号八五頁、最判平成一七年二月八日判タ一二〇二号二五九頁参照。

(2) BGBl. I 2013S.277.

BGB 六三〇h 条五項 重大な治療過誤が存在し、この過誤が原則として、実際に発生した種類の生命、身体又は健康の侵害を引き起こすのに適している場合、治療過誤がこの侵害の原因であったことが推定される。治療する者が、医学的に必要な検査結果を適時に収集し、又は確保することを怠った場合、その検査結果が、別の措置のきつかけを与えた結果をもたらしていた限り、及び、そのような措置の不作為が重大な過誤によるものであった場合にも、同様である。

同条は、直接には契約責任に関わるものであり、不法行為責任を規律対象としていない。連邦政府草案理由書 (BT-

Drucksache 17/10488) の紹介・検討を行う Wagner, VersR2012,789,801 は、この点に関して、契約責任としての医師責任と不法行為責任としての医師責任が併存すると共に、将来、六三〇h 条では不可能な証明軽減の継続発展が、同条の規律対象とならない不法行為責任において認められる可能性を指摘する。

他に、新たな医療契約法の紹介・検討を行うものとして、G.Mueller, FS Lorenz, 2014, S.667 などがあるが、立法過程とそこにおける議論、及びその後の議論は、別稿で紹介したい。

- (3) Vgl. etwa Wagner in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, §§705-853, 6. Aufl., 2013 (以下 *MünchKommWagner*), §823 Rz.847ff., insbes.853.

- (4) ドイツにおける重大な治療過誤があるときの証明軽減について我が国では既に、中野貞一郎『過失の推認 増補版』（弘文堂、一九七八年）二二六頁以下、柏木邦良「西ドイツ民事訴訟法学の現況（五）」ジュリ五〇一号九〇頁、春日偉知郎「医療過誤訴訟における証明責任」一橋論叢七四巻六号七四頁以下、吉野正三郎（編著）『ドイツ民事訴訟法の新展開』（晃洋書房、一九九一年）九九頁以下、Gottfried Baumgartel／三上威彦（訳）「民事訴訟における証明妨害」判タ五八五号一八頁以下、同「医師責任追及訴訟における証明責任分配の交錯」民事訴訟法雑誌二七号六四頁以下などに紹介・検討がある。本稿では、これらの先行業績との重複をできるだけ避けるため、裁判例については、検査結果収集義務に関わるものを中心として、基本的に近時のものだけを本文において取り扱うこととした（もともと、本稿で取り扱う裁判例は必ずしも網羅的なものではない）。

- (5) ドイツにおける証明妨害に関する議論について我が国では既に、本間義信「証明妨害」民商六五巻二二三頁以下、春日偉知郎「証明妨害をめぐる近時の動向（上）（中）（下）」判タ四二二号九頁以下、四一三号一七頁以下、四一四号二三頁以下（同「民事証拠法研究」〔有斐閣、一九九一年〕一九一頁以下に所収）、ゴットフリート・パウムゲルテル〓三上威彦（訳）「民事訴訟における証明妨害」判タ五八五号二二頁以下、ペーター・アーレンス〓松本博之（訳）「民事訴訟法の体系における証明妨害について」民商八七巻一号一頁以下などに紹介・検討があるほか、ドイツにおける証明妨害論の沿革については林昭一「戦前期ドイツ法における証明妨害論の生成と展開（一）（二）（三）」民商一二六巻三三五八頁以下、一二六巻四・五号二一六頁以下がある。

- (6) Katzenmeier, *Arzthaftung*, 2002, S.420；Spickhoff, in: *Bürgerliches Gesetzbuch*：Kohlhammer-Kommentar, §§823-853,

13. Aufl., 2005 (以下 Soergel/Spickhoff), §823 Anh. I Rz.218; Hager, in: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Buch2, §823 E-I, 824, 825, 13. Aufl., 2009 (以下 Staudinger/Hager), §823 Rz.144; MünchKomm/Wagner, §823 Rz.841; Katzenmeier, in: *Nomoskommentar BGB Schuldrecht*, Bd.2/2, 2. Aufl., 2012 (以下 Dauner-Lieb/Katzenmeier), §823 Rz.420.
- (7) Soergel/Spickhoff, §823 Anh. I Rz.38; Staudinger/Hager, §823 Rz.145; MünchKomm/Wagner, §823 Rz.843. 反対に *Stoll*, FS v. Hippel, 1967, S.554.
連邦通常裁判所 (BGH) 一九八〇年一月二二日判決 NJW1980,1333: 悪性腫瘍の疑いで扁桃腺切除術を受けた(その後甲狀腺炎であることが判明)後に声帯麻痺が生じたXからY₁病院及び手術を執刀した主任医師Y₂に対して、治療過誤(手術の際の反回神経の損傷)及び説明義務違反を理由とする損害賠償請求。扁桃腺手術の際の反回神経の損傷は医師が確実には回避しえないリスクであり、医師の行為に典型的な、成功の保証を不可能とする事情はBGB二八二条(現行二八〇条一項二文)の適用又は準用を否定する理由に含まれるとして、原審の請求棄却判決が治療過誤について証明責任の転換を認めなかった点を維持(ただし、Y₁の説明義務違反を認めて破棄差戻)。
- (8) Vgl. Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.421; Staudinger/Hager, §823 Rz.143.
- (9) Musielak, JuS1983, 611; Musielak/Stadler, *Grundfragen des Beweisrechts*, 1984, Rz.263, 以下 Laufs/Kern, in: Laufs/Kern, *Handbuch des Arztrechts*, 2010 (以下 Laufs/Kern), §107 Rz.12 は、突発的な出来事が、人間の生体の予測不能性から運命的に生じたということを個別の事案において証明するため、医師が記録又は証人によりその行為の詳細を全て確保しなければならぬとすれば、そのことは医師の侵襲の有効性と迅速性を奪うとする。
- (10) Soergel/Spickhoff, §823 Anh. I Rz.218; Staudinger/Hager, §823 Rz.143.
- (11) Laufs/Kern, §107 Rz.8.
- (12) Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.421; Musielak, JuS1983, 611; Musielak/Stadler, a.o., Rz.261.
- (13) Musielak, JuS1983, 611; Musielak/Stadler, a.o., Rz.261. Vgl. auch Soergel/Spickhoff, §823 Anh. I Rz.216.
- (14) 連邦憲法裁判所一九七九年七月二五日決定 BVerfGE52, 131, 155, 156f. 悪性腫瘍の疑いで左リンパ腺切除術を受けた(その後良性の嚢胞であることが判明)後に副神経の麻痺による左肩の運動制限が生じたXから病院設置者Y₁及び執刀医Y₂に対して、治療過誤(手術時に副神経を誤って切断したこと)及び説明義務違反を理由とする損害賠償請求訴訟において、

腫瘍部分の組織に関する詳細な記述が手術報告書にないことを理由とする治療過誤に関する証明責任の転換を否定し、原告による治療過誤の証明を認めなかったOLG判決につき、原告からなされた憲法異議。四名の裁判官が憲法異議を棄却（ただし、個別の事案の全諸事情から通常の証明責任の分配を患者に期待してよいかが検討されなければならないとし、本件では基本法上も命じられている公正な手続きのルールが遵守されていないとする同数の裁判官の反対意見有）。中野貞一郎「医療過誤について」法教二六号九頁以下に本判決の紹介がある。

- (15) Soergel/Spickhoff §823 Anh. I Rz.223.
- (16) Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.423.
- (17) ライヒ裁判所一九四三年五月一七日判決RGZ171, 168, 171. 白内障の手術を受けた後に視力が低下して早期退職したXから執刀医Yに対する治療過誤（通院治療をしたこと）等を理由とする損害賠償請求。治療と失明の間の因果関係に関する証明責任の転換を認めた原審判決を、「適切な利益考量が、個別の事案において、医師の有責性により侵された過誤が原因又は共同原因であることに關してその医師が免責立証しなければならないということを要求することがある」として維持（上告棄却）。吉野・前掲注（4）一〇三頁以下に本判決の紹介がある。
- (18) 例えばBGH一九五九年四月二八日判決NJW1959, 1583. モルヒネの過剰投与による患者の死亡。患者の循環状態の検査の懈怠と死亡の間の因果関係の証明を否定した原審判決を、この懈怠と過剰な薬量の投与を全体として見れば被告に対する有責性非難は重く、「有責に重大な治療過誤を犯し」たときは因果関係についての証明責任が転換されるとする。春日・前掲注（4）七五頁に本判決の紹介がある。
- (19) Vgl. Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.440. カツェンマイアー曰く、この表現の変遷の裏には「最初の、主観的基準（特別な過責）を考慮の中心に置くことから、今日通常に行われている客観的視点（重大な過誤）を手掛かりとすることへの展開」がある。Vgl. auch Katzenmeier, FS Laufs, 2006, S.911.
- (20) Vgl. BGH NJW1962, 959（水泳教師事件）。中野・前掲注（4）一三七頁に本件の紹介がある。
- (21) Staudinger/Hager, §823 Rz.160; Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.449; ders., in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 6. Aufl., 2009（ゾート・Laufs/Katzenmeier）, XI Rz.72.
- (22) Vgl. Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.441f.; Laufs/Katzenmeier, XI Rz.60.

- (23) Vgl. auch BGH NJW1983, 2080 ; NJW1992, 754=VersR1992,238 ; NJW1995, 778=VersR1995, 46 ; NJW1997, 798 ; NJW1998, 1782=VersR1998, 585 ; NJW1999, 862=VersR1999, 231 ; NJW2001, 2792=VersR2001, 1030 ; NJW2001, 2794=VersR2001, 1115 ; NJW2001, 2795=VersR2001, 1116 ; NJW2011, 3442 ; NJW2012, 227=VersR2012, 362.
- (24) G.Müller, NJW1997, 3052 ; Laufs/Kern, §110 Rz.11 ; MünchKomm/Wagner, §823 Rz.849 ; Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, 6.Aufl., 2009 (ZfL-Geiß/Greiner), Rz.252.
BGH 2011年10月25日判決 NJW2012, 227, 228=VersR2012, 362, 363. 真夜中に胸の痛みを訴えて被告Yの運営する病院に搬送され心筋梗塞と診断されたが、翌朝まで繊維素溶解現象 Fibrinolyse 治療を受けなかったAの相続人Xから、治療過誤（繊維素溶解現象治療の遅れ）による心筋組織の不可逆的損傷を理由として損害賠償請求。心電図の変化などから閉塞した血管が自然に再開したとの考えに基づいて医師が治療計画を立てたことを「理解しうる」とした鑑定に依拠して重大な治療過誤を認めなかった原審の棄却判決を、鑑定人は過誤の重さの評価に際して主観的非難可能性の程度を考慮の中心に置いたと見られるが主観的非難可能性は肝心ではなく、治療経過の解明が治療過誤の重みとその治療にとっての意義のために特に困難にさせられ、その結果、医師は信義誠実から患者に対して因果関係の証明を期待することができない等として破棄差戻。Vgl. auch BGH NJW2011, 3442.
- (25) BGH 1991年12月26日判決 NJW1992, 754, 755=VersR1992, 238, 239. 悪性リンパ腫（ホジキン症。ステージⅢ）のために放射線医Yの放射線治療を受けた後に再発を生じたXから、Yに対して、治療過誤（部分ごとの照射による放射線の過小照射）及び説明義務違反を理由とする損害賠償請求。照射方法の選択につき過誤を認めつつ、重大な治療過誤を否定して過小照射と再発の因果関係につき証明軽減（証明責任の転換）は認められないとした原審の棄却判決を、過誤が単なる過失によるものではないとしても重大な治療過誤を認める必要はなく、重大な治療過誤があるときの証明軽減は重大な過責のサンクションではないとして維持（上告棄却）。
- (26) BGH NJW1983, 2080, 2082.
- (27) BGH 2000年2月8日判決 NJW2000, 2741, 2742. 出生時に仮死状態に陥り、その後脳障害が残ったXから、Xの出生時に居合わせたが無かった小児科医Yなどに対して、治療過誤を理由とする損害賠償請求。他の被告らの過治療誤を認めつつXの蘇生措置に加わらなかったYに過誤はないとした原審の棄却判決を、蘇生措置の懈怠につきYの義務違

反を認め、この義務違反により引き起こされたかもしれない挿管の遅れが重大な治療過誤にあたるか否かを検討する際に、重大な治療過誤による損害の単独惹起は必要がないことが顧慮されるべき³¹として破棄差戻。Vgl. auch BGH NJW1997,796.

- (28) BGH 1000年五月一六日判決 BGHZ144, 296, 303ff. Y_2 の患者 A を母として出生したが、出産時の合併症により脳麻痺が残った X から、 Y_2 の休暇中に X の出産を引き受けた Y_1 及び Y_1 、 Y_2 の登録病院 Belegkrankenhaus である Y_3 に対して、治療過誤を理由とする損害賠償請求。 Y_1 及び Y_3 (その助産婦) の重大な過誤 (ここで問題となる Y_1 について言えば、病院到着時に直ちに A の検査や CTG (胎児心拍陣痛図) の判断をしなかったこと、その後も検査が遅れたこと) と X の健康状態悪化との因果関係につき証明軽減を認めた原審の一部認容判決に対して、 X 、 Y_1 、 Y_3 双方から上告。本件の諸事情は数時間にわたる出産管理が重大な過誤によるものであったか否かとの問題の全体的評価を必要と思わせるとして、 Y_1 の上告を棄却 (ただし、X からの上告に基づいて破棄差戻)。Vgl. auch BGH NJW1988,2949 ; NJW1988,1782 ; VersR2001, 1030, 1031.

- (29) Vgl. Dauner-Lieb/Katzemeier, §823 Rz.425 ; Katzemeier, FS Laufs, S.911.

BGH 1990年11月18日判決 NJW1991, 1540, 1541. 病院看護婦による移動の際に転倒・骨折した A の治療ため健康保険組合 X に生じた費用につき X から病院設置者 Y に対して、A から移転した権利に基づいて賠償請求。BGH 二八二条 (現行二八〇条一項二文) は医師の行為の核心的領域では例外的にしか適用されえないとして、原審の認容判決を維持 (上告棄却)。

- (30) Vgl. Katzemeier, FS Laufs, S.911.

- (31) Vgl. G.Müller, NJW1997, 3052 ; Soergel/Spickhoff §823 Anh. I Rz.232 ; MünchKommWagner §823 Rz.851 ; vgl. auch BGHZ138, 1 : 159, 48 ; BGH NJW1986, 1540 : 1988, 2949 ; 1997, 796.

「 $\mu\pi\sigma\tau\epsilon\lambda\epsilon\kappa$ 」 Musielak, Jus1983, 61.3ff. ; Musielak/Stradler, aaO, Rz.269ff. は、判例は証明責任の転換の判断の際に損害惹起の具体的可能性を考慮してゐるとする。

判例の立場に反対するものとして、シーマンは、過誤がリスクに適していないときでさえ (過誤の重さを問わず) 責めを負わされるべきとし、患者固有のリスクだけが現実化したことを医師が立証したときにだけ医師は免責されるとする。

Schiemann, FS Canaris, 2007, S.1173f.

反対に、フェルステは、証明責任の転換のような法の継続形成が正当化されるのは、重大な過失により且つ結果の危険を著しく（少なくとも三〇％）高めたときであるとす。Foerste, 2FS Deutsch, 2009, S.174.

(32) Giesen, JZ1982, 453.

(33) BGHZ85, 212, 217; BGH NJW1986, 1540; Soergel/Spickhoff §823 Anh. I Rz.232; MünchKomm/Wagner §823 Rz.851.

(34) 春日・前掲注（5）一九六頁以下に本判決の紹介、石川明『医療過誤訴訟における証明責任の転換』判タ五一〇号八六頁以下に本判決の解説がある。

(35) Vgl. auch BGHZ85, 212; BGH NJW1988, 2949; 1994, 801; 1997, 796.

(36) Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.446; Laufs/Katzenmeier, Rz. XI67.

(37) Spickhoff, NJW2004, 2346.

(38) Vgl. Soergel/Spickhoff §823 Anh. I Rz.232.

BGH一九八一年六月一六日判決 NJW1981, 2513. Y_1 及び Y_2 により実施された心臓カテーテル検査の翌日に自らの希望で退院したがその後細菌性敗血症により死亡したAの遺族Xから、Yらに対して損害賠償請求。合併症が生じたときに治療するための特別な措置を講じずに検査の翌日にAを退院させたことに重大な治療過誤を見出し、感染との因果関係につき証明責任を転換した原審の認容判決を、 Y_1 が重大な治療過誤の非難を避けるために防止しなければならなかったリスク（心臓・循環器系の合併症）が早期退院により実現したのではなく、現実が生じたのは稀な感染リスクであり、 Y_1 に対する非難として考えられる懈怠（患者等に対する感染の危険の指摘をしなかったこと）は注意義務に対する重大な違反ではないとして破棄差戻。

この事案から明らかなように、発生した種類の損害の惹起に適する過誤でも直ちに違法性関連が認められるわけではない。

(39) Deutsch, VersR1988, 3.

(40) Giesen, JZ1982 S.454; Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.446; Laufs/Katzenmeier, Rz. XI67.

(41) BGH二〇一二年六月一九日判決 NJW2012, 2653, 2654 = VersR2012, 1176, 1178. Y病院で未熟児として出生し保育器内で酸素投与を受けた後にPVL（脳室周囲白質軟化症）を発症したXから、Yに対して、治療過誤（過剰換気）による後遺

症（四肢不全麻痺、精神障害など）を理由として損害賠償請求。未熟児の肺が圧力により損傷するおそれなどがある過剰換気を重大な治療過誤と認めつつ、それを顧慮しないことが過誤をして重大と思わせるリスクが実現したのではないとして証明軽減（証明責任の転換）を認めなかった原審の棄却判決を、過剰換気がPVLに至るメカニズムを知っていることが当時の医学水準に含まれていなかったことは重要ではないとして破棄差戻。

- (42) BGH二〇〇九年六月一六日判決NJW2009, 2820=VersR2009, 1267. 下垂体腫瘍のためY₁病院で医師Y₂及びY₃による手術を受けて退院した三日後に体力の衰えから再度病院を訪れたが、Y₃による入院の勧めと点滴を拒絶して帰宅し、翌日卒中発作に遭い、その後労働能力の減少したXから、Yらに対して損害賠償請求。Xの再来院時に輸液と診断措置を講じなかったことは、Xにその気がなかったことから治療過誤ではない等として、Xの健康損害との因果関係に関する証明責任の転換を認めなかった原審の棄却判決を、医師の勧めに従わないことが共同過失として患者の負担とされるのは患者がこの勧めを理解していたときだけであるとして破棄差戻。

- (43) Dauner-Lieb/Katzenmeier §823 Rz.437; Laufs/Kern §110 Rz.5.

- (44) Vgl.RGZ171, 168, 171 (前注17参照).

- (45) Vgl.Katzenmeier, FS Laufs, S.919.

- (46) BGH二〇〇九年一〇月六日判決NJW-RR2010, 831=VersR2009, 1668. B病院（後に破産）において医師Aの出産管理の下で出生したが低酸素虚血性脳症による後遺症の残ったC及びその母親D（出産時の子宮破裂等により子宮摘出）に、Aが和解に基づいて慰謝料等を支払った後に、Aの責任保険者XからBの破産管財人Yに対して求償の訴え。原審は、連帯債務者間の求償権（BGB四二六条一項一文）につき、B病院の麻酔科医の病院への到着の遅れ（組織編成上の過誤）がCDの損害原因であることに関する証明責任の転換を否定して請求棄却。BGHは、重大な治療過誤があるときの証明軽減は「衡平に基づく理由から」患者に完全な証明を期待しえないことによるものであり、共同加害者間でもこれらの視点が基準となるから、Aが過誤（CTGの観察の懈怠等による帝王切開の判断の遅れ）により緊急事態を引き起こした結果、惹起割合につきBの組織編成上の過失は作用しないとして上告棄却。

- (47) MünchKomm/Wagner Rz.859.

- (48) BGH NJW1967, 1508f. 中野・前掲注（4）一三三頁以下に本判決の詳細な紹介がある。Vgl.auch Giesen, JZ1982, 451.

- (49) Vgl. etwa BGH NJW1992, 754, 755 (前注25参照) ; vgl. auch Staudinger/Hager Rz.154 ; MünchKomm/Wagner, 4.Aufl., Rz.734 ; G.Mueller, NJW1997, 3052.
 反対に、サンタモニカと解する余地を残すものとして、Deutsch, VersR1988, 3 ; Steffen, FS Brandner, 1996, S.339.
- (50) Vgl.auch BGHZ85, 212 ; 132, 47 ; 159, 48 ; BGH NJW1994, 801 ; NJW1988, 2949=VersR1989, 81 ; NJW1992, 754=VersR1992, 238 ; NJW1995, 778=VersR1995, 46 ; NJW1997, 796 ; VersR2003, 1259 ; NJW-RR2010, 831=VersR2009, 1668 ; NJW2011, 2508=VersR2011, 1148 ; NJW2012, 2653=VersR2012, 1176 ; Staudinger/Hager Rz.154.
- (51) Vgl.auch BGH NJW1992, 754=VersR1992, 238 ; NJW1997, 796 ; NJW-RR2010, 831=VersR2009, 1668 ; NJW2011, 3442 ; NJW2012, 227=VersR2012, 362 ; Staudinger/Hager Rz.154.
- (52) 坂原正夫「不十分な医者の診療記録と証明責任の軽減について」判タ四〇六号五二頁以下に本判決の紹介がある。本判決は、記録作成義務に關して事案解明の困難化とそれに基づく患者による証明の期待不能を論じるが、重大な治療過誤の文脈でこれを論じる裁判例は多数存在する。
- (53) Musielak, JuS1983, 612ff ; Musielak/Stadler, aaO, Rz.267ff. ただし、ムスィーラクと、BGHが、治療過誤の他に損害原因としてより高い蓋然性のある他原因があることが確かな場合に確定責任を「転換」するものではない（客観的）証明責任の判断が問題となることについては（S.613）。Vgl.auch Nüßgens, FS Haub, 1978/S.287, 295ff. ; Wagner, in : *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, §8705-853, 4.Aufl., 2004 (以下 MünchKomm/Wagner, 4.Aufl.), §823 Rz.732. その他、証明度引下げの方向への判例実務の変更を支持するものとして、Hausch, VersR2002, 671, 676f. ; MünchKomm/Wagner, §823 Rz.860ff.
- (54) Krämer, FS G.Hirsch, 2008, S.390. シーベンも、医師責任を含む職業責任につき、職業上の給付の高い水準は、職業を行う者の専門化と知識力に基づくことことから、武器対等の欠如は付随的な透明性義務（Transparenzpflichten）（医師責任について言えば、医師が注意深い治療する義務と共に負う、治療経過の完全な透明性を守る義務）により埋め合わせられなければならないとする。Schiemann, FS Gernhuber, 1993, S.398 ; Schiemann, in : *Erman Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*, Bd. II, 13.Aufl., 2011, §823 Rz.142.
- (55) Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.463 ; Katzenmeier, FS Lauf, S.921f. ; Soergel/Spickhoff, §823 Anh. I Rz.216 ; vgl. auch

- MünchKomm/Wagner, §823 Rz.840 ; BVerfGE52, 156f (第一節末尾参照).
- (9) Foerste, aaO, S.173.
- (15) Stoll, FS v.Hippel, S.551.
- (8) Stoll, aaO, S.553.
- (6) Stoll, aaO, S.558f.
- (9) Vgl. Baumgärtel, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, 1991, 2.Aufl., §823 AnhC II Rz.34.
- (1) Katzenmeier, FS Laufs, S.922.
- (62) Steffen, aaO, S.335.
- (3) Steffen, aaO, S.334f.
- (4) Katzenmeier, FS Laufs, S.922f.
- (5) Vgl.Schiemann, FS Canaris, S.1168.
- (6) Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.461f ; Laufs/Katzenmeier, Rz. XI.86.
- (7) Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.464 ; Laufs/Katzenmeier, Rz. XI.88.
- (8) v.Bar, *Verkehrspflichten*, 1980, S.279.
- (9) v.Bar, aaO, S.280.
- (7) v.Bar, aaO, S.281.
- (1) v.Bar, aaO, S.282.
- (2) v.Bar, aaO, S.294.
- (3) v.Bar, aaO, S.305.
- (4) Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.464 ; Laufs/Katzenmeier Rz. XI.88.
- (5) Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.465f ; Laufs/Katzenmeier Rz. XI.89.
- (7) Laufs/Katzenmeier Rz. XI.90 ; vgl.auch Dauner-Lieb/Katzenmeier, §823 Rz.437 ; Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.467 ; ders., FS Laufs, S.923ff. 他に危険増加及び支配可能性の視点を加味するべきを支持するものとして vgl.Soergel/Spickhoff §823

Rz.236. なお危険増加論の主唱者であるドイチュは、この理論を効果としての割合的責任と（現行法上は慰謝料及び共同過失が問題となるときに）結び付けることから、証明責任の転換は、正確な割合を認定しえないときの「やむを得ない」手法だとする。Deutsch, FS vCaemmerer, 1978, S.335.

- (77) Schiemann, FS Canaris, S. 1169. しかし、この指摘に対しては、危険支配が可能であるにもかかわらずそれをしなかったことから解明不能が生じているといふことができない。シームンも、五で後述するように、本文の指摘に続けて、危険支配が可能であればそれは初步的な水準の遵守だけによるものではないとして彼の論証を展開する。

- (78) Vgl. Staudinger/Hager §823 Rz.154; Soergel/Spickhoff, §823 Anh. I Rz.216; MünchKomm./Wagner §823 Rz.857.

- (79) BGH 一九八〇年十二月二日判決 NJW1981, 630 = VersR1981, 278. Y市の設置する婦人科病院で卵管凝固 Tubenkoagulation [卵管閉塞] による不妊術を受けたがその約一年二ヵ月後に子もBを出産したAの夫X（その後Aと離婚）から、Yに対して、治療過誤（卵管凝固の誤った実施）を理由とする損害賠償請求（Bのための扶養料の負担等）。原審は、Xは侵襲の過誤に関する非難を十分に理由付けていないなどとして請求棄却。BGHは、既に弱い証明状況にある原告を無権利としてならなくとして破棄差戻。

- (80) Vgl. Staudinger/Hager §823 Rz.158; Soergel/Spickhoff, §823 Anh. I Rz.260; MünchKomm./Wagner §823 Rz.882; vgl. auch BGH NJW1997, 798; VersR2001, 859; NJW2001, 2792 = VersR2001, 1030; NJW2001, 2794 = VersR2001, 1115; NJW2001, 2795 = VersR2001, 1116; NJW2002, 2944 = VersR2002, 1026; NJW2008, 1381 = VersR2008, 644.

- (81) Vgl. G.Müller, NJW1997, 3053, 3055; MünchKomm./Wagner §823 Rz.883f.; auch BGH NJW2012, 227 = VersR2012, 362 (前注24参照)。原審は、梗塞が自然に再開したとの誤った考えに基づくYの治療計画を理解しうるとした鑑定に基づき、重大な治療過誤を否定して請求棄却したのに対して、再開の根拠が与えられていないことを鑑定人は指摘したとして破棄差戻。

- (82) Vgl. G.Müller, NJW1997, 3053; Staudinger/Hager §823 Rz.158.

- (83) Vgl. G.Müller, NJW1997, 3055; vgl. auch Staudinger/Hager §823 Rz.158; Soergel/Spickhoff, §823 Anh. I Rz.262; MünchKomm./Wagner §823 Rz.884.

- (84) Vgl. G.Müller, NJW1997, 3053.

- (85) ZPO 四一二条一項 裁判所は、鑑定が不十分であると認めるときは、同一の鑑定人又は別の鑑定人による新たな鑑定を命じることが出来る。
- 訳は、法務大臣官房司司法制度部編『ドイツ民事訴訟法典』（法曹会、二〇一二年）による。
- (86) MünchKomm/Wagner §823 Rz.842.
- (87) 私的鑑定を提出する権限について直接触れるものではないが、これを前提とすると見られるものとして、vgl.BGHZ159, 245.
- BGH 二〇〇四年六月八日判決 BGHZ159, 245. Y の設置する病院で右手橈骨骨折の手術による整復と、キルシュナー鋼線等を用いた整復の固定を受けていたが、鋼線の除去後に右手親指の感覚麻痺等を訴え、他の病院で橈骨神経の欠損と診断されたXから、Y に対して、治療過誤（鋼線除去の際の橈骨神経の切断）を理由とする損害賠償請求。原審は、鋼線による治療が選択されるべきではなかったとの原審における原告の主張はZPO 五二九条一項、五三一条二項の要件を充たしていない等として請求棄却。控訴審裁判所は医師責任訴訟における原告の理由付け義務に対する要請を誇張しており、この控えめな要請は鑑定に対する異議についても認められる、当事者は既に一番で鑑定に対する彼の異議を私的鑑定の添付等に依拠させる義務を負わず、そのような助けなしに提出する権限を有する、X の訴訟代理人が自らの医学的調査によって治療に関する追加の情報を得た後にX の攻撃を具体化する等したときそのことを懈怠と見ることはできないとして破棄。
- (88) このような表現を用いる裁判例は、裁判例 [c] [8] のほか BGH NJW1981, 2513等多数に上る。
- (89) Vgl. Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.469 ; ders., FS Laufs, S.928 ; Laufs/Katzenmeier Rz. XI92.
- (90) Vgl. Laufs/Kern §110 Rz.3 ; Katzenmeier, FS Laufs, S.927f.
- (91) Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.469 ; ders., FS Laufs, S.928 ; Laufs/Katzenmeier Rz. XI92.
- (92) MünchKomm/Wagner §823 Rz.860f.
- (93) 賛同するものとして、vgl. Laufs/Kern §110 Rz.3.
- (94) Vgl. Staudinger/Hager §823 Rz.157 ; Soergel/Spickhoff §823 Anh. I Rz.240 ; MünchKomm/Wagner §823 Rz.848. Vgl. auch BGH NJW1994, 801 ; NJW2005, 427=VersR2005, 228 ; VersR2008, 490, 491.
- (95) BGH 一九七八年五月九日判決 NJW1978, 1683, 帝王切開時に使用された消毒用アルコールの汚染を原因とする皮膚の炎

症及び急性じん不全とその治療後に聴力・視力障害を生じ生業能力を喪失したXから、病院設置者Yに対して損害賠償請求。原審は、アルコール汚染及び皮膚炎と腎不全の因果関係につき証明責任を転換して請求認容。証明責任の転換は皮膚の炎症を生じさせた過誤と第二次侵害（じん不全）の間には及ばないとして破棄差戻。

- (96) BGH 二〇〇八年一月八日判決 VersR 2008, 490. プロサッカー選手でありひざの疾患の治療のためにYによるひざ関節内への注射を受けたが、その後ひざに痛みを覚えて手術を受けたため長期間サッカー選手として活動できなかったXから、Yに対して、治療過誤及び説明義務違反を理由として損害賠償請求。原審は、Yが注射の際に「衛生上の基本的な当然のこと」に反したことを重過失としつつ証明責任の転換を否定して請求棄却。BGHは、過誤が健康損害を引き起こした蓋然性は不要であり一般的適性があれば足りるとした上、第一次損害は本件では、運動制限を伴うひざの関節の血腫などとして請求認容。

もっとも、本文で後述するように、注射による穿刺とその後の健康損害のケースについて、以前の判例にはこれを、証明軽減が過誤と「具体的な」健康損害である第一次侵害の間の責任設定的因果関係に限定されとすることの「例外」とする、矛盾する判例が見られる。

- (97) Vgl. MünchKomm./Wagner §823 Rz.848; vgl. auch Schiemann, FS Canaris, S.1165f.
 (98) Vgl. Soergel/Spickhoff §823 Anh. I Rz.240.
 (99) BGH NJW1978, 1684; vgl. Staudinger/Hager §823 Rz.157.
 (100) BGH NJW1978, 1684; vgl. Staudinger/Hager §823 Rz.157.
 (101) BGH NJW1978, 1683f.; vgl. auch Soergel/Spickhoff §823 Anh. I Rz.240; Staudinger/Hager §823 Rz.157; MünchKomm./Wagner §823 Rz.848; Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 6. Aufl., 2008, Rz.539; NJW2005, 427=VersR2005, 228; VersR2008, 644=NJW2008, 1381.
 (102) Vgl. MünchKomm./Wagner §823 Rz.848. ヴァグナーは、同じZPO二八七条を挙げるが、同二八六条の方がむしろ適切ではなかろうか。
 (103) Vgl. Musielak, Jus1983, 614; Musielak/Stadler, aO., Rz.270; Baumgärtel, aO., §823 Anh.C II Rz.27; Staudinger/Hager §823 Rz.157. 両者の区別が評価的視点を受け入れられなければならない。Soergel/Spickhoff §823 Anh. I Rz.240.

- (10) Baumgärtel, aaO., §823 Anh.C II Rz.27.
- (105) Vgl.Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.448 ; Laufs/Katzenmeier Rz. XI71.
- (106) Vgl.Baumgärtel, aaO., §823 Anh.C II Rz.33.
- (107) Vgl.Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.455f. ; Laufs/Katzenmeier, Rz. XI80.
- (108) Hanau, NJW1968, 2291.
- (109) Fleischer, JZ1999, 773.
- (110) Fleischer, JZ1999, 773.
- (111) Vgl.Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.462 ; Laufs/Katzenmeier Rz. XI87 ; Soergel/Spickhoff §823 Anh. I Rz.232 ; Staudinger/Hager §823 Rz.159.
- (112) Vgl.MunchKomm/Wagner §823 Rz.859 ; Hanau, NJW1968, 2291.
- (113) Schemann, FS Canaris S.1169 ; vgl.auch Soergel/Spickhoff §823 Anh. I Rz.236.
- (114) Wagner, Verh. 66, DJT, Bd. I, S.A60.
- (115) Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.459 ; Laufs/Katzenmeier Rz. XI82.
- (116) Soergel/Spickhoff §823 Anh. I Rz.234.
- (117) Baumgärtel 〓 三上・前掲注 (4) 一一頁。やや古いが、本間・前掲注 (5) 一七頁も参照。
- (118) この様に、証明妨害が問題となる事案を、現に存在する証拠方法を、訴訟ではそれが肝心であることを認識しなければならなかったにも関わらず毀滅する事案を解する見解が一般的なようである。Vgl.Musielak JUS1983, 612 ; Musielak/Stadler, aaO., Rz.265 ; Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.481 ; Laufs/Katzenmeier, Rz. XI105.
- (119) Foerste, 2.FS Deutsch, S.172. フェルステは、立法者がALRのような因果関係の一般的推定規定の導入を拒否し、自由な証拠評価で十分と考えていたことや、ZPO二八六条及び二八七条、BGB八三〇条一項二文の反対解釈などから、証明の窮状を作り出したことを理由とする説明不能リスクの負担は一般に認められず、一般的な証明責任の転換は反制定法的な法の継続形成であるとし (S.173)、重大な過失による過誤が結果の危険を著しく高めたときにだけ証明責任の転換が正当化されるとする (S.174, 178)。

- (120) Baumgärtel / 三十一・前掲注 (4) 二二頁参照。
 - (121) Laufs/Kern §107 Rz.29.
 - (122) Vgl.Nixdorf, VersR1996, 161 ; Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.478 ; Laufs/Katzenmeier, Rz. XI100.
 - (123) この指摘からも分かるように、BGHは既に本判決以前に、検査結果収集の懈怠の事案における証明軽減の必要性を意識していた。ただし、BGHが、検査結果収集の懈怠を独立の証明形態として意識していたか否かは定かではない(例えば、検査結果収集の懈怠も問題となった同一の事案につき、裁判例〔8〕は検査結果記録義務の問題としてとらえ、裁判例〔3〕は治療過誤の損害適性の問題としてとらえている)。
 - (124) 春日・前掲注 (5) 二〇〇頁以下に本判決の詳細な紹介がある。
 - (125) 特に要件ロハを掲げるものとつづ、裁判例〔9〕〔11〕〔12〕のほか、vgl.4 auch BGH NJW1999, 860=VrsR1999, 60 ; NJW1999, 3408=VersR1999, 1282 ; NJW2001, 2794=VersR2001, 1115 ; NJW2011, 2508=VersR2011, 1148.
これに対して、学説は、判例によれば、①検査結果収集が医学的に疑いなく必要であること、②因果関係の少なくとも蓋然性があること(実際にこのような要件を課すものとして、裁判例〔5〕のほか、vgl. etwa BGH NJW1987, 2293 ; NJW1994, 2419=VersR1994, 984)、③検査結果収集のないことが過誤と健康損害の因果関係の証明を困難にし又は妨害したこと(実際にこのような要件を課すものとして裁判例〔5〕のほか、vgl. etwa BGH NJW1987, 2293)、とつづ三つの要件を充たすことが要求されるとする。Vgl. Staudinger/Hager §823 Rz.157 (ただし、ハーガーは、その後判例がこれらの要件を修正したとして、本文で挙げるのと同様の要件にも触れる) ; Soergel/Speckhoff §823 Anh. I Rz.248. 要件②③は裁判例〔12〕などの挙げる要件とニュアンスを異にする。この点をどう解すべきかは、本文で後述する(一参照)。
- BGH一九八七年五月一九日判決NJW1987, 2293. 帝王切開による出産後に傷口の周囲に血腫や皮膚の壊死が生じたため Y_1 を術者、 Y_2 を麻酔科医とする手術を受けたがその後肝不全のために死亡したAの遺族Xらから、 Y_1 らに対して、損害賠償請求。原審は、Aに現れた症状をきっかけとして充分な科学的検査をしなかったことが重大な過誤と同視されるとして請求認容。 Y_1 につき検査結果収集の懈怠がどれほど事実の証明を困難にしたか、どれほどの蓋然性をもって損害発生が防止されたかが十分に明らかにされていないとして破棄差戻(Y_2 については省略)。
- BGH一九九四年五月一〇日判決NJW1994, 2419=VersR1994, 984. Aが診療所で慢性盲腸炎の疑いで盲腸摘出術を受け

た後に敗血症性ショックで死亡したことから、Aの遺族Xが、治療過誤により生じたとされる損害賠償請求権の行使を弁護士Yに委任した。その後、XからYに対して、この賠償請求権を時効消滅させたことを理由として損害賠償請求。原審は、過誤とAの死亡との因果関係が証明されていないとして請求棄却。必要な診断が著しく行われなかったため治療経過の解明のために必要なデータを使えないときに証明軽減が必要であるという上告の指摘は正当であるとして破棄差戻。

BGH一九九八年一〇月六日判決NJW1999, 860=VersR1999, 60. 交通事故後腎臓部分などに痛みがあり、A病院で腎臓の打撲傷等の診断を受けたほか、顕微鏡的血尿などが確認されたXは、A病院の登録医である泌尿器科医Yの治療を受けた。Yは、膀胱鏡検査を行うなどしたが、血尿の原因を明らかにすることができず、その後、Xは、救急患者として搬送された大学病院で、完全な腎不全を伴うグッドパスチャー症候群にり患していることが確認された。Xから、Yに対して、治療過誤（グッドパスチャー症候群との診断又は専門医への転移の指示の遅れ）を理由とする損害賠償請求。原審は、膀胱鏡検査後さらに解明を行わなかったことを過誤としつつ、検査結果収集をしなかったことが腎不全の原因であることは証明されていないとして請求棄却。Yが例えばクレアチニン値の再検査とそれに続く生検をしていれば対処する義務のある検査結果が存在した蓋然性があるとして破棄差戻。

BGH一九九九年七月六日判決NJW1999, 3408=VersR1999, 1282. 交通事故で下腿部の粉碎骨折を負いY₁の病院で医師Y₂の手術を受け、退院後に通院治療を受けたが骨痛を生じたXから、Y₁らに対して、治療過誤（骨痛の治療の遅れ等）を理由とする損害賠償請求。原審は、Xが過誤と損害の因果関係を証明していないとして請求棄却。入院中に骨痛が存在した時点で傷口の採取をしていれば病原菌を確認しえた蓋然性があるとして破棄差戻。

BGH二〇〇一年六月一九日判決NJW2001, 2794=VersR2001, 1115. 数年前から背中などの痛みや睡眠障害のためXを治療していたかかりつけ医Yは、Xが診療所を訪れた日の午後、Xの夫Aから、Xが睡眠薬を飲んだとの電話を受けたが、翌朝診療所に来ることを薦め、同日から翌日にかけての夜にXが逃げようとしている旨の電話をAから受けた際にも同様の指示をしたにとどまった。その朝自殺を試みたことにより重傷を負ったXから、Yに対して、治療過誤（自殺の危険を認識して往診をするなどしなかったこと）を理由とする損害賠償請求。原審はYの過誤を重大な過誤として理由に関する判決Grundurteilにより請求権を認めた。Yが往診を行っていたら、その後の経過の防止のために即座の措置が講じられ

なければならぬほど、重大な検査結果が明らかになっていた十分な蓋然性を示すものが、何も明らかではないとして破棄差戻。

BGH二〇一一年六月七日判決 NJW2011, 2508=VersR2011, 1148. Xは、救急患者として意識が朦朧とした状態で大学病院に収容され、そこで心因性又は抑うつ性混迷との診断を受け、その後Yの設置する精神科及び精神療法センターで入院治療を受けたが、さらにその後別の施設での検査により、Yの施設の入所中に視床梗塞に罹っていたことが確認された。言語障害及び嚥下障害の残ったXから、Yに対して、治療過誤（視床梗塞の治療の遅れ）を理由として損害賠償請求。原審は請求棄却。Yの施設への入所間もない期間にMRT（磁気共鳴断層撮影）検査をしていれば卒中発作が認識された蓋然性があることなどについての認定を原審は充分にしていらないなどとして破棄差戻。

- (126) 裁判例「1」[10]のほか、vgl.BGH NJW2003, 2827=VersR2003, 1256.

- (127) Vgl.Geiss/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 6.Aufl., 2009 (以下Geiss/Greiner), Rz.B251ff, B266; Laufs/Kern §110 Rz.9ff, 17ff.; Laufs/Katzenmeier Rz. XI59ff., 74; MünchKomm/Wagner §823 Rz.843ff., 857f. それに対してやや異なる位置付けをするものと、Soergel/Spickhoff §823 Anh. I Rz. 232ff., 247ff.（一方で両者を区別すると見られるが、他方で、Rz.248において両者の近さを強調する）; Steffen/Pauge, Rz.629ff., 645ff., 681ff.（両者の関係は不明）.

- (128) Vgl.Staudinger/Hager §823 Rz.174（ただし、注135参照）; Karmasin VersR2009, 1201（ただし、カルマシ自身も、やや説得力を欠くが、「疑いなく」必要な検査結果を怠った場面と重大な過誤が認められる場面を区別しようとする）.

- (129) Vgl.Foerste, 2FS Deutsch, S.175; auch MünchKomm/Wagner §823 Rz.854.0

- (130) Vgl.Schulze-Zeu, VersR2008, 901.

- (131) Spickhoff, NJW2004, 2346.

- (132) Vgl.Nixdorf, VersR1996, 162; Geiss/Greiner, Rz.B296; Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.478; Laufs/Katzenmeier Rz. XI100.

- (133) Vgl.G.Müller, NJW1997, 3053f.

- (134) 叙述にやや混乱が見られるが、この旨を判示すると見られるものと、vgl.BGH NJW2011, 2508=VersR2011, 1148.

- (135) Staudinger/Hager §823 Rz.174は、検査結果収集義務の事実が診断義務の下位事案であるとの理解の下、検査結果の蓋然性という要件は、「一般原則に従い「適性」という要件に置き換えられるべきであるとする。本文で述べたところから、

このようなハーガーの理解と判例法理は必ずしも対立するものではない。推論されるべき重大な過誤は、損害惹起の適性を有することを必要とし、それで足りると解されるからである。

(136) Vgl. Krämer, FS Hirsch, S.394; Steffen, FS Brandner, S.332; Gross, FS Geiss, 2000, S.435.

(137) Vgl. Gross, FS Geiss, S.433.

(138) 本稿では、判決の紹介に際して当該部分の判旨を省略した。

(139) Vgl. auch NJW 1988, 1513 = VersR 1988, 293; Krämer, FS Hirsch, S.393.

BGH 一九八七年十一月一日判決 NJW 1988, 1513 = VersR 1988, 293. X は、Y₁ の設置する病院で帝王切開による出産後に股関節部の痛みや微熱を生じて鎮痛剤及び抗生物質の処方を受け、退院時の検査では痛みを訴えなかったが、退院後受診した別の病院でのレントゲン検査により、進行した化膿性股関節炎と診断された。炎症による寛骨臼及び股関節の軟骨の表面 Knorpelbelag の完全な破壊のため、手術による股関節の修復を受けたが、股間の硬直と足の短縮による歩行障害が残った X から、Y₁ 及び Y₁ の病院の婦人科医長 Y₂ に対して、損害賠償請求。原審は、重大な過誤を否定し、Y₁ の病院でのさらなる検査により開始された治療が治癒をもたらしたことの立証がないとして請求棄却。鑑定から重大な過誤を認定することが考えられるとして破棄差戻。

(140) OLG Brandenburg VersR 2002, 313, 314. サッカーの試合で下腹部に足蹴りを受けた後に睾丸等に痛みを覚え、深夜 Y₁ 病院において A 医師らにより精巣捻転症の疑いがあるとの診断を受けたが、災害外科病棟長 Y₂ 医師の指示により翌朝まで手術を受けることができず、その後不可逆的な捻転のために右睾丸を切除された X から、Y₁ 及び Y₂ に対して、治療過誤を理由とする慰謝料請求等。原審は請求認容。Y₂ が睾丸をすぐに手術により露出させなかったことは重大な治療過誤であり、教科書の「太字印刷」は露出させることが少な過ぎるより多過ぎる方が良いとしているなどとして控訴棄却。

(141) 学説には、裁判例は検査結果収集義務違反があるときの証明軽減につき、検査結果収集懈怠のために必要な治療も行われなかったのか否か（検査結果収集の懈怠と必要な治療の懈怠の因果関係）を問わないとするものが見られる。Vgl. MünchKomm/Wagner §823 Rz.853 Fn.3928. しかし、治療の懈怠の原因とならない検査結果収集の懈怠については損害惹起についての過誤の「適性」が否定されることから、判例法理に従えば証明軽減は否定されよう。

(142) Nixdorf, VersR 1996, 162. なお、ニクストルフは、原因関連の蓋然性も併せて考慮し、後者の場合には、結果回避の蓋然

性があるときにだけ証明軽減が認められるとする。

- (143) Foerste, 2.FS Deutsch, S.176f.
 - (144) 前注119参照。
 - (145) Foerste, 2.FS Deutsch, S.177f. 最後の、BGHが擬制された重大な過誤にサンクションを与えているとの点については、医師は過誤により検査結果収集を怠ったことについて責任を負う、或いは検査結果収集を怠ったことから治療が行われなかったことが評価根拠であるとの指摘がある。Vgl.Geiss/Greiner Rz.B297; Gross, FS Geiss, S.435.
 - (146) 本文で述べた（第二章第一節一参照）変遷前の判例法理を前提とする理解である。注137も参照。
 - (147) Giesen, *Arzt haftungsrecht*, 1995, Rz.428; auch Katzenmeier, *Arzt haftung*, 479f.; Laufs/Katzenmeier Rz. XI102.
 - (148) Foerste, 2.FS Deutsch, S.175. フェルステの見解については前注145も参照。
 - (149) Foerste, 2.FS Deutsch, S.176.
 - (150) Vgl.Laufs/Kern §110 Rz.17.
 - (151) Vgl.Staudinger/Hager §823 Rz.173; Schiemann, FS Canaris, S.166; Katzenmeier, *Arzt haftung*, S.477; Laufs/Katzenmeier Rz. XI73f.; Dauner-Lieb/Katzenmeier §823 Rz.432f.; Nixdorf, VersR1996, 160; Bischoff, FS Geiss, S.347; wohl auch Laufs/Kern §110 Rz.14（ただし、ラウフスケルンは、両者の区別の困難を指摘する。Rz.17）。そのほか、
 - (152) 裁判例〔5〕のほか、vgl.BGH NJW2003, 2827=VersR2003, 1256; VersR1981, 1033; Laufs/Kern, §110 Rz.14; Katzenmeier, *Arzt haftung*, S.449; Laufs/Katzenmeier Rz. XI73; Steffen/Pauge Rz.644; Geiss/Greiner Rz.B265. ともに「区別」に基づく基準値を高めることが慎重なものである。vgl.MünchKomm/Wagner §823 Rz. 792.
 - (153) Vgl.BGH NJW2003, 2827=VersR2003, 1256.
- BGH二〇〇三年七月八日 NJW2003, 2827=VersR2003, 1256. 転倒後Yの病院で入院治療を受けたが胸椎骨折に気付かれないまま打撲傷と診断を受けて退院し、その後受診した医師により骨折を発見され入院治療を受けたXから、Yに対して、損害賠償義務の確認請求等。原審は請求認容。診断の錯誤を治療過誤として評価することは慎重にしかできないとした上、さらに、過誤が損害原因であることにつき証明軽減が患者の助けとなるのは、検査結果収集の重大な過誤が存在する場合

などだけであるが証明責任の転換の要件の認定がないなどとして破棄差戻。

- (154) Vgl.Laufs/Kern 8110 Rz.17 Deutsch. VersR1986, 2が、判例は診断の領域で比較素早く重大な治療過誤を認めると述べるときも、そこに挙げられている事案を見ると、いわゆる「純粋な」診断の過誤の事案よりも、検査結果収集の懈怠の事案が多くを占める。

- (155) Vgl.Steffen, FS Brandner, S.333; auch Soergel/Spickhoff §823 Anh. I Rz.42.

- (156) Karmasin, VersR2009, 1202.

- (157) もっとも、診断の過誤が先行する場合に検査結果収集の懈怠を理由とする証明軽減を問題としない裁判例及び学説の立場に對して、批判がないわけではない。シウルツェウィツォイは、医師責任法の目的は専門医の水準からの逸脱のすべてに責任法上サンクションを課すことであるから、医師に検査結果収集の過誤をも非難しうるとするほか、診断の誤りからそれ以上検査結果収集をしない医師が免責されるとすれば、正しい診断をしたが検査結果を収集しなかった医師がより悪い立場に置かれるとする。Schulze-Zeu, VersR2008, 899, 900. 前者の点につきカルマシンは、事前の視点から、医師に對して検査結果を収集しなかったことを非難しうるか否かとの問題であるとして反論する。

- (158) Vgl. Staudinger/Hager §823 Rz.125; Bischoff, FS Geiss, S.348. ハーガーは、検査結果収集の懈怠が診断の過誤の下位事案であるとの理解の下、このような場合に医師は「診断の過誤」について責めを負わされるとして、診断の過誤が自動的に治療過誤となるのではない（医師に責任を免れる特権が認められる）とする通説を、「説得力がない」とする。

- (159) Vgl.Laufs/Kern 8110 Rz.17（不十分な検査結果収集と診断の過誤を区別することは困難とする）。

- (160) Vgl.Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.471.

- (161) Vgl.Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.477; Laufs/Katzenmeier Rz. XI99.

- (162) Vgl.Soergel/Spickhoff §823 Anh. I Rz.248; MünchKomm/Wagner §823 Rz.865.

- (163) Vgl.MünchKomm/Wagner §823 Rz.865.

- (164) 例えば、裁判例〔5〕。本稿では、判決の紹介に際して当該部分の判旨を省略した。

- (165) 資料整備義務違反を理由とする証明軽減の効果について、裁判例はなお、「証明責任の転換にまで至る証明軽減」から明示的に離れておらず、常に客観的証明責任の転換を認めるのか定かでない。Vgl.Laufs/Katzenmeier Rz. XI97; Laufs/Kern

§111 Rz.7.

(166) ただし、資料整備義務の範囲は医学的必要性から判断されるため、検査結果が陰性るとき記録しないことが医学的に通常である場合には、記録がないことから検査が行われなかったとの推論はなされえなう。Vgl. Laufs/Kern §111 Rz.8.

(167) Vgl. Lauch Staudiner/Hager §823 Rz.172 ; Dauner-Lieb/Katzenmeier, §823 Rz.439f. ; Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.476 ; Laufs/Katzenmeier Rz. XI97f. ; Laufs/Kern §111 Rz.7. ; Steffen/Paue Rz.689 ; auch Soergel/Spickhoff §823 Anh. I Rz.247 ; Geiss/Greiner Rz.B250.

(168) フォン・バルルの見解と動的システム論における「要素」としての危険支配原理等につき、山本敬三「民法における動的システム論の検討ー法的評価の構造と方法に関する序章的考察ー」法学論叢二三八巻一・二・三号二四七頁以下参照。

(169) 橋本佳幸『責任法の多元的構造』（有斐閣、二〇〇六年）四六頁以下。ただし、橋本説は、この場合に（因果関係ではなく）「結果帰属」が肯定されるとし、この結果帰属の判断は「因果系列の進行（法益侵害）そのものの阻止を要求する点において」（傍点筆者）、不作為と法益侵害の間の条件関係判断と決定的に相違し（四七頁）、そこでは作為義務違反と当該因果系列の進行との間の規範的関連性（違法性関連）が問題となっているとする（四八頁）。

筆者は、不作為が不法行為においても因果関係判断に際して違法性関連が問われることを否定するものではないが、結果帰属（因果関係）を肯定するために因果系列それ自体の阻止を要する点については、橋本教授が「義務内容たる作為があれば法益が当該時点で侵害されず、より遅れて侵害されたであろう場合」には、「不作為」作為義務違反への結果帰属が成立する余地はない」とし（四四頁）、あるいは、生命の危機にある患者につき、医師が仮に適切な治療をとっていればその死期を実際の時点よりも遅らせえたであろうけれども、救命まではなしえなかった場合に、不作為「作為義務違反」と生命侵害の間の因果関係を肯定するとき、医師に義務付けられる治療措置は、「傷病の憎悪のために患者の生命が侵害されることそれ自体に対してー侵害の時点が早まったことに対してはともかくー何らの支配操縦力も有していない」から、患者の生命侵害を医師の不作為に帰属させることはその正当化根拠を欠き、医師の不作為には「生命それ自体とは区別される延命利益」を帰属させうるにとどまるとする（七一頁）点との関連で、賛意を留保する。

(170) 本稿の問題を因果関係に関する証明責任の転換の問題としてのみ捉える見方に対しては、新堂教授が間接反証理論に関して行う、「本来法解釈の問題であるものを、立証過程の問題として自由心証の領域内に埋没せしめる危険があり、問題の

所在を曇らせる」との批判（新堂幸司『新民事訴訟法 第五版』（弘文堂、二〇一一年）六一九頁）と同様の批判が可能であらう。

(171) Vgl. MünchKommWagner §823 Rz859; Foerste, 2.FS Deutsch, S.172.

(172) 山本・前掲論文（注168）二五二頁以下参照。

(173) 資料整備義務との関係においてであるが、高度な要請をすることによる弊害を指摘するものとして、Baumgarten／三上・前掲注（4）六七頁。

(174) Bischoff, FS Gross, S.349.

(175) Krämer, FS Hirsch, S.393.

(176) 橋本・前掲書（注169）一三〇頁。