

表見証明(一応の推定)論再考のための一試論

— 医療過誤訴訟の事例を中心に —

安井英俊*

目次

- 一 はじめに
- 二 表見証明(一応の推定)論の展開
 - 1 ドイツにおける表見証明論の展開
 - 2 わが国における表見証明(一応の推定)論の展開
- 三 医療過誤訴訟における表見証明(一応の推定)の有効性の検討
 - 1 医療過誤訴訟における表見証明(一応の推定)の適用事例
 - 2 表見証明(一応の推定)の有効性の検討
 - 3 表見証明(一応の推定)の性質について
- 四 おわりに

一 はじめに

いわゆる表見証明ないし「一応の推定」(わが国の判例においては、「一応の推定」という文言が用いられる。)とは、高度な蓋然性をもつ経験則のはたらきによって、過失や因果関係といった要件事実を直接推認することであるとされる¹。例えば、注射後に注射部位が化膿したのであれば、注射器

*福岡大学法学部准教授

¹ 用語上の注意として、「一応」とあるが、「一応の推定」における証明の程度は一般の証明と同様に確信に達することが必要であり、疎明とは異なる。

に欠陥があったのか、あるいは注射液が不良であったという過失が推認される。また、開腹手術後に、腹中に手術用器具が残っていたという場合には施術上の過失が推認される。「一応の推定」において、証明責任を負う当事者は、過失や因果関係を個別具体的に立証する必要がないので、証明負担が軽減されることになる。「一応の推定」によって過失や因果関係が推認されると、相手方当事者としては、高度の蓋然性をもつ経験則の適用を妨げる「特段の事情」を立証することにより²、推認を覆すことができる。このように、「一応の推定」は、証明責任を負う当事者が証明困難に陥っている場合に、証明困難の軽減を図るという機能がある。

この「一応の推定」の理論は、判例上は他人所有の山林での立木の伐採、保全処分 of 不当執行、医療過誤訴訟といった事例で用いられてきた。すなわち、「一応の推定」を用いることにより、他人所有の山林で立木を伐採した場合は、伐採行為が過失によってなされたものと推定され、保全処分の不当執行の場合は、仮処分命令が取り消されれば保全処分を申請した者の過失が推定され、医療過誤訴訟では医師や病院の過失が推定されるのである。

また、学説においては、「一応の推定」はいかなる性質をもつものか（事実上の推定か、証明責任の転換か、証明度軽減か）という問題について議論されてきた。すなわち、「一応の推定」を事実上の推定の一態様として理解するのか、証明責任を転換する機能をもつものとして理解するのか、証明度を引き下げる機能をもつものとして理解するのか、といった点について、多くの学説が展開されている³。

そして、医療過誤訴訟や製造物責任訴訟、公害訴訟といった、いわゆる現

² 学説上、この場合における相手方の立証は、間接反証であるといわれる。なお、間接反証とは、ある主要事実につき証明責任を負う当事者が、主要事実を推認させるのに十分な間接事実を証明した場合に、相手方当事者（証明責任を負わない当事者）が、その間接事実とは別個の間接事実を証明することによって主要事実の推認を妨げ、主要事実について真偽不明の状態に持ち込むことである。

代型訴訟⁴の増加に伴い、証明責任を負う当事者の証明困難を軽減するための理論として注目されるようになった。現代型訴訟においては、原告となる者（医療過誤訴訟における患者、製造物責任訴訟における消費者、公害訴訟における周辺住民等）にとって、訴訟活動は極めて困難なものとなりやすい。現代型訴訟は不法行為訴訟の形態をとる場合が多いため、原則として証明責任は原告が負うことになり、一般市民たる原告は専門知識が乏しいにもかかわらず、被告（医療過誤訴訟における病院・医師、製造物責任訴訟における製造業者、公害訴訟における加害企業等）の過失を証明しなければならない。また、証明に必要な情報・証拠は被告側に偏在している場合が多いため、原告はさらに不利な立場に置かれることとなる。

そこで、手続的正義⁵の観点から、証明責任を負う当事者の証明困難を軽減し、「当事者の実質的平等」⁶を実現することが必要となる。そのため、現代型訴訟において証明困難を軽減するための法理として、「一応の推定」が

³ 一応の推定についての主な文献として、中野貞一郎「過失の『一応の推定』について」『過失の推認』（弘文堂、1978年）1頁、春日偉知郎「表見証明」判タ686号46頁、渡辺武文「表見証明と立証軽減」吉川大二郎博士追悼論集『手続法の理論と実践（下）』（法律文化社、1981年）154頁、太田勝造『裁判における証明論の基礎』（弘文堂、1982年）175頁以下、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』（1983年）139頁、町村泰貴「過失の一応の推定の意義—保全処分を不当執行に関する判例を中心に—（一）」商学討究39巻4号（1989年）87頁、中西正「過失の一応の推定」鈴木正裕先生古稀『民事訴訟法の史的展開』（有斐閣、2002年）581頁、福富哲也「表見証明と一応の推定について」東北福祉大学研究紀要29巻（2005年）1頁。

⁴ 現代型訴訟とは、高度の科学技術の発展や大量生産・大量消費社会に起因して発生する、公害訴訟、製造物責任訴訟、医療過誤訴訟などの訴訟類型のことである。

⁵ 手続的正義は、決定に至るまでの手続過程に関するものであり、その決定の利害関係者の各要求に公正な手続にのっとって公平な配慮を払うことを要請するものである（田中成明『法理学講義』〔有斐閣、1996年〕186頁）。

⁶ 当事者平等の原則は、事実および証拠を含む攻撃防御方法の提出について、両当事者に平等な機会を与えなければならないとする原則であり、武器平等の原則とも呼ばれる。憲法82条における「対審」は、この原則を意味する（伊藤真『民事訴訟法〔第5版〕』〔有斐閣、2016年〕263頁）。

有効な法理として期待されているのである。特に医療過誤訴訟における「一応の推定」の有効性については、多くの論稿で論じられている⁷。

しかしながら、医療過誤訴訟における「一応の推定」の典型的な適用事例である「注射後に注射部位が化膿したのであれば、注射器に欠陥があったのか、あるいは注射液が不良であったという過失が推認される」というケースや、「開腹手術後に、腹中に手術用器具が残っていたという場合には施術上の過失が推認される」といったケースは、医療過誤訴訟全体の中では稀なケースであり、また、医療現場の進歩により、今や注射器は「使い捨て」であるのが通常であるから、注射後に注射部位が化膿するなどといったことは現在の医療現場ではもはや起こりえないであろう。医療過誤訴訟の多くは、手術後に急に患者の容体が悪化して急死してしまったり、後遺症が残ってしまうケースであり、このようなケースの場合は様々な要因が考えられるため、「一応の推定」を適用できるような高度な蓋然性をもつ経験則は働かないのが通常である。そのような状況において、表見証明ないし「一応の推定」の理論は、はたして期待されているような有効性を発揮しうるのだろうか。本稿では、医療過誤訴訟の事例を中心に、表見証明ないし「一応の推定」の理論の有効性の検討を試みる。

次章以下では、まずドイツおよびわが国における表見証明（一応の推定）論の展開と議論状況を確認したうえで、医療過誤訴訟の事例における表見証明（一応の推定）の理論の有効性の検討を試みたい。

⁷ 医療過誤訴訟における「一応の推定」、表見証明を論じたものとして、馬場一廣「医療過誤訴訟における過失認定について『一応の推定』の活用」帝京法学3巻1号（1970年）47頁、春日偉知郎「表見証明」判タ686号（1989年）34頁。

二 表見証明（一応の推定）論の展開

1 ドイツにおける表見証明論の展開

日本における「一応の推定」と同質の概念として、表見証明⁸（Anscheinsbeweis）といわれる概念がある。表見証明は、事件の状況から、過失および因果関係を推認させる高度の蓋然性をもつ経験則が存在する場合、すなわち定型的事象経過（typische Geschensablauf）が存在する場合に、相手方当事者（証明責任を負わない当事者）が定型的事象経過の不存在を主張・立証しない限り、過失および因果関係についての証明がなされたものと扱うという法理である。

定型的事象経過の存在によって、証明責任を負う当事者は過失や因果関係を基礎づける事実について具体的に主張立証する必要から解放され、証明負担が軽減される。この場合、相手方当事者としては、実際の事件は異なる経過をたどったのではないかという可能性を示し、定型的事象経過の存在に疑いを生じさせなければならない。相手方当事者による反証は間接反証であり、裁判官の心証を動揺させれば足りるのだから、証明責任が転換されるわけではない。

判例上、表見証明を適用したとみられる事例は数多く存在する。例えば、船舶衝突事故、自動車事故、医療過誤の事例において表見証明の適用がみられる。船舶衝突事故の場合では、航行のための法規に違反した結果、衝突が起こった場合には、船舶乗員の過失について表見証明が認められる⁹。また、自動車事故における運転者の故意過失についても、自動車が歩道に乗り上げたり、走行車線から飛び出して事故を起こしたような場合には、故意過失の表見証明が認められる¹⁰。医療過誤事件においては、例えば注射をした直後

⁸ 表見証明についての代表的なドイツ文献として、Rosenberg, Beweislast, S. 183 f.

⁹ 代表的な判例として、連邦通常裁判所1952年5月23日判決（BGHZ 6,169）がある。

に注射部位が化膿したり、手術後に体内に手術器具等の異物が遺留されていたような場合には、医師の過失について表見証明が認められる¹¹。

次に、ドイツにおける表見証明の学説を概観する。表見証明をいかなる性質のものとして理解するかについて、学説上は、証拠評価説、証明責任説、証明度説といった説が存在する。まず、通説であり判例の立場でもある証拠評価説¹²から見ていきたい。証拠評価説は、表見証明を裁判官の自由な証拠評価、すなわち自由心証の問題として理解する見解である。表見証明によって過失や因果関係が推認されたとしても、相手方当事者が反証を提出することによって裁判官の確信を動揺させることができるため、証明責任とは明確に区別されるという。つまり、表見証明を自由心証主義の枠内で作用するものと位置づけるのである。

次に、証明責任説¹³は、表見証明を証明責任の一部であると理解する見解である。すなわち、表見証明は自由心証主義の枠内で作用するものではなく、証明責任の分配に修正を加える機能をもつものとして捉えるのである。

また、証明度説¹⁴は、証明度を軽減させるための手段として捉える見解で

¹⁰ 代表的な判例として、連邦通常裁判所1962年10月9日判決(Versicherungsrecht 1962, 1208)がある。

¹¹ 第三期梅毒の患者から提供された血液を輸血された女性が、その五年後に梅毒に感染していることがわかったという事例において、輸血以外に梅毒感染の可能性が考えられないことを理由に、輸血と梅毒感染との因果関係を表見証明によって認定したものとして、連邦通常裁判所1953年12月14日判決がある。また、手術用タンポンが患者の体内に遺留されていた事件で、医師の過失について表見証明が認められた事例として、連邦通常裁判所1956年7月10日判決(NJW 1956, 1638)がある。

¹² Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht 17. Aufl. (2010), § 113 Rdnr. 16; Stein/Jonas/Leipold, Kommentar zur Zivilprozessordnung 22. Aufl. (2008) § 286 Rdnr. 128 ff.; Hanns Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast (1983), S.100ff.

¹³ Uwe Diederichsen, Fortschritte im dogmatischen Verständnis des Anscheinsbeweises, ZZP 81, 64.

¹⁴ Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß (1975), S. 120 ff.; Gerhard Walter, Freie Beweiswürdigung (1979), S. 156.

ある。すなわち、定型的事象経過の蓋然性を相対的なものとして捉え、表見証明は定型的事象経過に関係なく、証明度を軽減する機能をもつものであるという。

以上のように、ドイツにおける表見証明は、判例・通説によれば、高度の蓋然性をもつ経験則、すなわち定型的事象経過を媒介として適用される。しかしながら、医療過誤訴訟等の過失や因果関係の判断が困難な事案においては、定型的事象経過が存在する場合は極めて稀であり、表見証明が適用可能な場合は限定されてしまうという問題もある。そのため、ドイツの判例、特に医療過誤訴訟では、もはや表見証明ではなく、「証明責任の転換」によって証明困難の軽減を図る傾向になっているという¹⁵。

2 わが国における表見証明（一応の推定）論の展開

（1）裁判例

わが国の判例においては、大審院の時代から「一応の推定」という文言が登場しており、過失および因果関係¹⁶について「一応の推定」が適用されている。また、「一応の推定」という文言がなくとも、実質的に「一応の推定」を適用したとみられる事例も数多く存在する。以下では、それらの「一応の推定」が適用された判例について概観する。

まず、初めて「一応の推定」が扱われた判例として、【大判明治40年3月25日民録13輯328頁】がある。事案の概要は、家屋の天井裏の電灯線が出火したことによる損害について、当該家屋の住人が電灯会社に対して賠償を求

¹⁵ 春日偉知郎「医療過誤訴訟における証明責任」一橋論叢74巻6号（1975年）638頁参照。

¹⁶ なお、春日偉知郎「表見証明」判タ686号（1989年）45頁によれば、自然的因果関係から法的因果関係を抽出する際に、その起点となる注意義務違反行為は過失判断の対象でもあり、その義務違反の程度が逆に法的因果関係の成否にも強く影響・連動しているため、表見証明ないし「一応の推定」が、因果関係についてなされているのか、過失についてなされているのか明確に区別できない場合もあるとされる。

めたというものである。本判決は、証明責任は原告にあるという原則を示したうえで、事件によっては被告に過失がなければ損害が通常生じない事情がある場合は、一応被告の過失に原因があるものと推定できると判示した。

次に、他人所有の山林において立木を伐採した事例において、「一応の推定」が適用されたものとして【大判大正7年2月25日民録24輯282頁】および【大判大正9年4月8日民録26輯482頁】がある。いずれも、他人の所有する山林において立木を伐採した場合には、一応その伐採行為が故意もしくは過失によるものと推定されると判示した。

また、保全処分 の 不当執行 の 事例も存在する。すなわち、保全処分 の 不当執行によって被った損害について、債務者が債権者に対して損害賠償を求めるという事案であり、大審院時代から多数の判例がみられる¹⁷。最高裁においても、【最三小判昭和43年12月24日民集22巻13号3428頁】は、仮処分命令が取り消された場合において、申請人が被保全権利の不存在について故意または過失のあったときは損害を賠償する義務があるとしたうえで、仮処分命令が異議もしくは上訴手続で取り消されたり、本案訴訟で原告が敗訴し確定した場合には、特段の事情のない限り申請人に過失があったものと推認するのが相当であると判示した。なお、医療過誤訴訟の事例については次章において検討する。

(2) 表見証明（一応の推定）の性質について

学説においては、「一応の推定」が一体いかなる性質をもつものであるかについて議論されてきた。すなわち、「一応の推定」の性質が事実上の推定か、証明責任の転換か、証明度軽減か、といったことが問題にされている。

¹⁷ 保全処分 の 不当執行 と 「過失の一応の推定」 の 論点 については、町村泰貴「過失の一応の推定の意義－保全処分 の 不当執行 に関する判例を中心に－（一）」商学討究39巻4号（1989年）87頁以下に、詳細な検討がなされている。

これらの議論については数多くの学説が存在しているが、以下では、事実上の推定説、証明責任転換説、立証軽減説、法的価値判断として捉える説、という分類を行ったうえで検討する。

①事実上の推定説

学説上、最も多数を占めるのが事実上の推定説である。すなわち、「一応の推定」を事実上の推定の一態様と捉える見解である。事実上の推定説の代表的論者である中野教授によれば、過失の「一応の推定」は経験則の適用による事実上の推定にはかならないとされる¹⁸。過失の具体的な内容が明らかでなくとも、損害発生事実がある程度証明されれば、それによって何らかの過失があったことの一応十分な心証が形成され、過失がなかったことの蓋然性がその心証を揺るがすに足らないという場合が「一応の推定」である¹⁹。証明責任との関係については、「一応の推定」は裁判官の心証形成過程の問題、すなわち自由心証の枠内の問題であり、証明責任の分配とは関係がないとされる。

ただし、一般の事実上の推定と区別されるべき場合には、一応の推定の特質は以下の二点に求めるべきとする²⁰。まず第一点は、過失事実の抽象的・不特定の認定の許容である。過失の「一応の推定」は、加害行為ないし損害発生 of 客観的事情に基づいて過失を推認するものであるから、その性質は、客観的事情を間接証拠とする間接証明である。しかし、一般の間接証明の場合、証明の対象となるのは具体的・特定の主張された事実であるのに対し、過失の「一応の推定」が問題となる場合にはそうではなく、不特定概念を用いた構成要件要素として過失にあたる「なんらかの」過失事実であり、ある

¹⁸ 中野貞一郎「過失の『一応の推定』について」『過失の推認』（弘文堂、1978年）1頁。

¹⁹ 中野・前掲注（18）11頁。

²⁰ 中野・前掲注（18）16頁以下。

いは故意と結び付けられ「故意もしくは過失」として抽象的・不特定の推認されている。すなわち、具体的・特定の過失事実の証明がなくても、「何らかの」過失があったことの証明があったとして責任を肯定できるものとする点に特色がある。

第二点としては、相手方は具体的・特定の特段の事情の証明(間接反証)によって抽象的・不特定の過失推認を妨げなければならないものとされる。すなわち、判例において、加害の客観的事情から「一応の推定」によって過失を認定する際に、「特段の事情が存しない限り」とか、「被告において過失がなかったことの反証を提出しない限り」といった留保が付けられることが多い。つまり、過失の証明責任を被害者たる原告が負うことに変更はないが、過失が推認できる場合には、この過失の推認を妨げる特段の事情(主要事実たる過失に対してその不存在を示す間接事実)の存在の証明(間接反証)がなければ、過失が認定される結果となり、加害者たる被告側が特段の事情につき反証責任を負うことになる。

さらに、中野教授は証明責任転換説および証明度軽減説に対する批判も述べている。まず証明責任転換説に対しては、原告が被告側の過失についてどこまで立証に成功したかというような、訴訟上の経過しだいで証明責任が他方の当事者に転換されることはありえないと批判する。証明度軽減説に対しても、「一応の推定」によるからといって、一般の事実認定よりも低い証明度で足りるとする根拠が直ちに与えられるわけではないと批判する。

また、春日教授は、医療過誤訴訟における表見証明の検討を通じて、表見証明が証明責任の転換にまで踏み切れない以上、その半歩手前で、医師と患者双方にとって公平・妥当な解決を志向する表見証明は、不可欠な証明軽減方法であるという²¹。

²¹ 春日偉知郎「表見証明」判タ686号(1989年)34頁。

②証明責任転換説

一応の推定を事実上の推定ではなく、証明責任の転換として捉える見解である。

末川博博士によれば、裁判所が「一応の推定」により判断する場合には一方当事者の挙証責任は果たされたといつてよく、その程度において挙証責任の一部の転換があるとされる²²。不法行為の成立要件たる故意過失については、「一応の推定」により被害者・加害者双方に挙証責任を分担させることが、今日の社会正義の要求に適合させる一助となるという。

また、藤原弘道教授は、過失以外の「一応の推定」は、通常的事実上の推定と異なることはないとする²³。そして、過失の「一応の推定」の場合は、過失を基礎づける具体的事実の主張立証を必要とすることなく、それに代えて前提事実（保全処分の執行と被保全権利不存在の確定など）を立証すれば足りるので、その意味において立証命題が転換されているため、通常的事実上の推定とは異なっていると指摘する。ゆえに、過失の「一応の推定」は事実上の推定の一態様ではなく、法律上の推定と同様に、証明責任を転換する機能をもつという。

すなわち、通常の場合の過失の立証は、原告が過失を基礎づける具体的事実を主張立証すればよいが、過失の「一応の推定」が認められると、それを基礎づける具体的事実を特定しないまま過失ありとする判断がなされるため、その判断を妨げるには、防御目標が特定していない結果として、無過失の判断に到達せしめるのに十分なだけの具体的事実を完全に立証しなければならなくなるためである。それゆえ、過失の「一応の推定」は証明責任の転換そのものであるという。

²² 末川博「一応の推定と自由なる心証－不法行為における故意過失の挙証責任について－」法学論叢17巻1号（1927年）15頁。

²³ 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』（1983年）139頁。

藤原教授は、過失の「一応の推定」の効果として証明責任が転換される実質的根拠として、ケースごとに以下のものを挙げている²⁴。まず、保全処分の不当執行の場合は、不当な執行に対する債務者の保護を十分に行うことが衡平であるという考慮に基づくものと考えべきである。同様の理由により学説の多数が保全処分の不当執行に基づく損害賠償責任を無過失責任と解しており、証明責任の転換によってその方向に接近しようとしていると評価できる。

次に、他人所有山林での立木伐採の場合は、結論の妥当性が実質的根拠となっている。他人所有の山林で立木を伐採し処分したような場合、過失の有無を問わず伐採者にその損害を賠償させるのが妥当である。たまたま原告が不法行為を理由に請求してきたからといって、過失なしとして請求を斥けるのは妥当でないという考慮が、証明責任を転換する実質的根拠となっている。

そして、医療過誤の場合における実質的根拠は、推定のために適用される経験則の蓋然性が高度のものであるところにある。潜在的に立証困難軽減という考慮があることは否定できないが、医療過誤事件に限って証明度の低下を認めるべき理由もないため、過失の「一応の推定」とその効果は、高度の蓋然性をもつ経験則の適用による推定である点に根拠を求めることになる。

藤原教授は、以上の分析により、「一応の推定」が立証軽減のための法理としてその機能を発揮しうるのは、医療過誤訴訟における過失の立証の場面のみであり、保全処分の不当執行や他人所有山林での立木伐採のケースにおいては、立証軽減の機能を果たすことを期待できないと主張する。そして、医療過誤のケースにおいても、「一応の推定」が高度の蓋然性をもつ経験則に基礎を置いている以上、「一応の推定」が適用されるような事案では、そもそも過失の立証はそれほど困難なものではなく、立証軽減が必要とされる

²⁴ 藤原・前掲注(23)137頁以下。

ことはないはずであるという。すなわち、医学的な判断を誤る可能性の少ない注射・投薬などの単純な措置における過誤の事案では、証拠がはっきりしているのが通常であり、加害者の行為自体から過失を推認でき、比較的容易に過失を認定できる。他方、過失の認定についての判断が極めて困難な事例、具体的には診断の誤りを前提とする医療過誤事件においては、「一応の推定」を可能とする高度の蓋然性をもつ経験則を適用できる場合は非常に少なく、そのような事例では「一応の推定」が適用される余地はない。

藤原教授は、以上のように、立証困難の軽減が必要とされる事例になればなるほど、「一応の推定」は機能しにくくなるため、実際には「一応の推定」はあまり有効な法理とはいえないと結論づける²⁵。

③立証軽減説

立証軽減説は、「一応の推定」を立証軽減の法理として捉える見解である。事実上の推定説では、一応の推定で要求される証明度は通常の実事認定の場合と同等のものとされるのに対して、立証軽減説では「一応の推定」を立証軽減の法理と位置づけ、証明度の軽減であると理解する見解や、立証負担が軽減されていると理解する見解が主張されている。

中島弘道教授によれば、「一応の推定」は、確実さの点において一般の認定より劣るものであるとする²⁶。すなわち、「一応の推定」が通常の実事認定と異なる点は、通常の実事認定ほど強度の心証が要求されない点、および真実に反するかもしれないという一抹の疑いを存して行われる認定である点にあり、比較的弱い心証でなされるという点で疎明による認定に似たところがある。この推定が行われるのは、「裁判官の心証の明瞭度が確然的判断を為すほどの高さに達していない場合である。この意味で本来の挙証責任が軽減

²⁵ 藤原・前掲注（23）139頁。

²⁶ 中島弘道『挙証責任の研究』（有斐閣、1949年）140頁以下。

されるのである。

渡辺武文教授は、中野説における「一応の推定」の理解について、以下の三つの点から批判を加えている²⁷。第一に、一応の推定を覆すために相手方に課せられる特段の事情の立証に関し、この場合の間接反証を本証と解して、特段の事情について被告が証明責任を負うとする点を批判している。間接反証においても相手方は不利な認定を避けるために必要とされる反証提出責任を負うにすぎないという。

第二に、「一応の推定」の唯一の許容基準を経験則の蓋然性のみを求めるのは疑問であるという。判例において、「一応の推定」を支えうるだけの蓋然性を有していないものも少なくないにもかかわらず、判例が「一応の推定」により原告の立証困難からの救済を計っているのは、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、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う利益衡量を行っているからであり、経験則の蓋然性は、利益衡量を行う際の一要素にすぎない。

第三に、経験則の蓋然性を、証明ないし証拠収集の難易との関連から相対的に理解するのは疑問であるという。すなわち、訴訟類型の違い（貸金返還請求訴訟と公害訴訟）に応じて裁判官の確信が形成される蓋然性が異なることは十分想定されるが、同種の訴訟で、同一の経験則が、個々の訴訟における立証の難易により蓋然性を異にすることは考えられない。立証困難が証拠評価の対象とならない以上、経験則の蓋然性が立証の難易によって左右されることはない。「一応の推定」における結果の妥当性が、正義・衡平に基づく利益衡量に支えられるものならば、「一応の推定」を証拠評価の問題と割り切るべきではない。

²⁷ 渡辺武文「表見証明と立証軽減」吉川大二郎博士追悼論集『手続法の理論と実践』（法律文化社、1981年）157頁。

以上のことから、渡辺教授は、「一応の推定」とは、立証困難を前提とし、実体的利益考量にもとづき、相手方にも一定の反証提出責任を負わせることにより、拳証者の立証負担を軽減するものと位置づけている²⁸。

④法的価値判断として捉える見解

太田勝造教授は、中野説をトートロジーであると批判し、事実認定に関わる概念として、「一応の推定」に独自の存在意義はないと主張する²⁹。すなわち、「過失の一応の推定」とは、事実認定の名の下に法的価値判断を行い、その法的価値判断の基礎となる事実の証明責任を当事者間で分配するための概念である。また、このような判断は、擬似結果責任＝証明責任の部分的転換（特段の事情の立証で免責されるので結果責任ではない）を定立する法創造であると見ることも可能である。したがって、事実認定に関する概念としての「過失の一応の推定」は存在しない。

また、過失以外の「一応の推定」については、①証明度を下げたための理論構成としての機能と、②相手方に反証提出義務を課すテクニックとして用いられる機能という二通りの機能を有するとされる³⁰。その目的は、①高い証明度による不当な証明責任判決を避ける（証明困難の救済）、②証明責任負担者の相手方の側に存在する、立証に必要な専門的知識や証拠を引き出す（証拠の偏在）、あるいは、その両方の目的の複合であると理解される。これらの目的は、政策的価値判断というような実体法的考慮によって正当化される。従来、証明責任の分配と通説的証明度では、適用実体法の趣旨・目的に反する判決となるので、それを回避するために「一応の推定」が用いられているという。

²⁸ 渡辺・前掲注（27）153頁以下。

²⁹ 太田勝造『裁判における証明論の基礎』（弘文堂、1982年）191頁以下。

³⁰ 太田・前掲注（29）199頁以下。

太田教授は、「一応の推定」が反証提出の新しい義務の定立なのか、証明度の軽減による主観的証明責任の移転なのか、判例理論からははっきりしないと指摘し、以下のように区別して論じなければならないとされる³¹。すなわち、①反証不提出ゆえに現実に証明度に達する場合（自由心証）と、②反証不提出のサンクションとしてその事実を認定する場合（反証提出義務）と、③その裁判での証明度が軽減されている場合（反証は主観的証明責任）である。①の場合は弁論の全趣旨に基づく自由心証の問題であり、ここで論ずる問題ではないとされ、②の場合は証明妨害についての問題であり、③の場合は証明困難を解消するための証明度軽減の問題である。「一応の推定」についての判例学説は、①の自由心証の形で説明しているが、現実には②や③の内容を有する理論である。太田教授は以上のように指摘されたうえで、「一応の推定」を論じる場合には、証明度軽減と反証提出義務の問題に分けて論じられなければならないと主張される。

また、伊藤滋夫教授も、「過失の一応の推定」について、ある前提事実が存在する場合に、特段の事情が認められない限り、規範的評価としての過失があることを法的価値判断の問題として擬制したものと見るべきであるとする³²。また、「一応の推定」の適用例といわれている選択的認定についても、どのような場合に選択的認定の形で考えるべきかを検討し、そのように考えるべき場合には選択的認定の問題として捉え、そうした事実認定を前提とした場合にそれを過失と評価できるかという問題として考えるべきであるという。すなわち、「一応の推定」という曖昧な表現を用いて問題に対処するのではなく、それぞれの問題の性質を明らかにして、その性質に合致した検討をすべきであるとする。

そして、「過失」以外の「一応の推定」については、特に意味がないもの

³¹ 太田・前掲注（29）210頁以下。

³² 伊藤滋夫『事実認定の基礎』（有斐閣、1996年）140頁以下。

か、他の理論上の枠組みで論じられるべきものであって、認めるべきではないという³³。すなわち、実務上は「一応の推定」ということを特に意識せず、事実上の推定を使っており、「推認」という語を使用したとしても、そのことをもって講学上の「一応の推定」と考える実務家はいないと指摘している。

（3）小括

以上のように、「一応の推定」をめぐるのは、大別して四つの見解がある。過失以外の一応の推定については、太田説以外は事実上の推定と同じであるとしており、太田説は証明度軽減と反証提出責任という二つの機能があるとする。過失の「一応の推定」については、次章で比較検討する。

三 医療過誤訴訟における表見証明（一応の推定）の有効性の検討

1 医療過誤訴訟における表見証明（一応の推定）の適用事例

ここでは、医療過誤訴訟における表見証明（一応の推定）の適用事例について検討する。以下では、過失について適用された事例と因果関係について適用された事例に分類して検討する。

（1）「過失」についての「一応の推定」の適用事例

まず、【最二小判昭和32年5月10日民集11巻5号715頁】は、心臓脚気の治療のためにビタミン剤の皮下注射を受けていたXの注射部位が発熱し疼痛を伴い、切開手術を行ったものの運動障害を残したという事案である。Xは治

³³ 伊藤滋夫・前掲注（32）142頁以下。

療を担当したYに対して損害賠償を求めた。原審は、注射液が不良であったか、または注射器の消毒が不完全であったかのいずれかの過誤があつて本件疾患が生じたものであり、そのいずれにしてもYが注射の際に医師としての注意を怠つたことに起因して生じたと認定した。最高裁も、「注射液の不良、注射器の消毒不完全はともに診療行為の過失となすに足るものであるから、そのいずれかの過失であると推断しても、過失の認定事実として、不明又は未確定というべきでない」と判示し、医師の過失に該当する行為について選択的認定を行った。本判決は、注射のあとが化膿した場合には、注射した医師が当然なすべき注意を怠つたことによる、という高度の蓋然性をもつ経験則によって過失を推認している。それゆえ、本判決は「一応の推定」を採用したものと理解できる³⁴。

次に【最三小判昭和39年7月28日民集18巻6号1241頁】は、以下のような事案である。Xは、無痛分娩の方法として腰部に脊髄膜外麻酔注射を受けたが、注射部位にブドウ状球菌が侵入したため脊髄硬膜外膿瘍に罹患し、後遺症が残つた。そのため、XはY病院に対して損害賠償および慰謝料を請求した。原審は、ブドウ状球菌の伝染経路として、①注射器具、施術者の手指、患者の注射部位の消毒不完全、②注射液の不良ないし汚染、③空気中のブドウ状球菌が注射に際し、たまたま付着侵入すること、④保菌者である患者自身の抵抗力の弱まった際血行によって注射部位に病菌が運ばれること、の四つが想定されるが、証拠調べの結果から②③④を否定し、①の伝染経路が推認されるとした。最高裁は、原審の事実認定を是認しうるとして、過失の選択的認定を認めた。

また、【東京地判昭42年6月7日下民集18巻5・6号616頁】においても、

³⁴ 新堂幸司「判批」民事訴訟法判例百選〔第三版〕（有斐閣、2003年）140頁は、裁判官が自覚していたかどうかは別として、本判決が「過失の一応の推定」を医師の注射行為に関して採用したものであると指摘する。

「一応の推定」が適用されている。事実の概要は以下の通りである。

昭和37年11月12日、Aはタクシーにはねられ、後頭部を強打した。Aは直ちにB病院に運ばれたが、後頭部に内出血している可能性があり後遺症のおそれもあったため、C病院（国立病院）に転送された。C病院でAは脳血管のレントゲン撮影のため、頸動脈に造影剤の注射をされたが、注射針が操作中に抜けてしまい血腫を作ったため、二センチメートル上部に二度目の注射がなされたところ成功した。続いて前後像の撮影と側面像の撮影が行われたが、前後像の撮影は造影剤が不十分なため失敗した。そこで、もう一度前後像を撮影するために準備している間に、Aは失神した。一昼夜を経てAは辛うじて意識を回復したが、左半身に麻痺が残ってしまった。その後、麻痺は多少快復したものの、C病院の施術に不安を感じたAは、麻痺を少し残したまま、自らの希望により同年12月31日に退院した。しかし、退院後Aの健康状態は悪化し、諸関節が次第に硬直し、昭和39年3月12日に死亡した。Aの遺族であるXら（原告）は、Aの死因は間接的にはタクシーにはねられたことにあり、直接的には診療のために訪れたC病院での施術に失敗があったことにあるとして、タクシー会社Y1（被告）とY2（被告・国）が共同不法行為の關係に立つとして、Y1とY2に対して損害賠償を求める訴えを提起した。

東京地裁は、「施術者にどのような注意義務違反があつたかについては原告らは主張立証するところがないのであるが、当裁判所は、医学の如き高度の専門的分野における施術上の過失の有無が、その施術者を雇傭する者を被告として使用者責任の問われているような場面において、判断の対象となる場合には、施術上の不手際とその直後における症状の悪化とが原告により立証されれば、一応施術上の過失とそれに基づく傷害とを推認して差支えなく、当該施術に関する医学上の専門的知識と資料とを保有する被告側において、その不手際はむしろ医術の限界を示すものであることを明らかにするなどし

て過失の証明につき反証をあげるか、もしくはその不手際と症状の悪化との間には因果関係のないことを証明するかしない限り、被告の責任を肯定すべきであると考えたものであつて、本件において、施術後の症状の悪化が、右の認定および後段判示のように肯定しうる以上、その余の立証の負担は被告国に移つたと見るべきである。」と判示した。

本判決は、原告が医師の「施術上の不手際」および「その直後における症状の悪化」について立証すれば、「施術上の過失とそれに基づく傷害」が推認されるとしていることから、「一応の推定」の理論を用いたものと理解される。そして因果関係についても、「(医師の) 不手際と症状の悪化との間には因果関係のないことを証明するかしない限り」とあるように、因果関係の証明責任は原告側にあり、被告は一応推認される因果関係を覆すための間接反証責任を負っていると理解できる。

(2) 「因果関係」についての「一応の推定」の適用事例

過失以外の「一応の推定」については、特に意味がないか、他の理論上の枠組みで論じられるべきものとする理解が一般的であるが、因果関係について「一応の推定」が用いられたとみられる事例も存在する。

例えば、レントゲン線照射と癌の発生について因果関係を認めた事例として【最一小判昭和44年2月6日民集23巻2号195頁】がある。本件は、次のような事案である。Xは、A国立病院において水虫の治療のためレントゲン線照射による治療を受けていたが、レントゲン線照射を受けている部位に黒色の斑点が現れ、皮膚癌となった。そこで、XはY(国)に対して、水虫治療におけるレントゲン線照射により皮膚癌が発生したのは、治療上の過失があったためであるとして、損害賠償を請求した。本判決は、レントゲン線照射と癌の発生との間に統計上の因果関係があり、しかもレントゲン線照射を原因とする皮膚癌は他の発生原因と比べると比較的多いこと等から、レント

ゲン線照射と癌の発生について因果関係を認めた。

また、【最二小判昭和50年10月24日民集29巻9号1417頁】（東大ルンバールショック事件）は、証明度についての基準を確立した判例として広く知られているが、「一応の推定」により、発作およびその後の病変とルンバールとの間に因果関係を認めたものとして理解する余地もある。事案は以下の通りである。X（当時三歳）は、化膿性髄膜炎のため、昭和30年9月6日、東大附属病院に入院し、治療を受けたところ重篤な状態を脱して快方に向かっていった。しかし、同月17日、担当医師によりルンバール（腰椎穿刺）による髄液採取とペニシリンの髄腔内注入の施術を受けたところ、その15分ないし20分後に突然、嘔吐やけいれんの発作を起こし、右半身不全麻痺、性格障害、知能障害、運動障害等を残した欠損治癒の状態で同年11月2日に退院した。Xは、現在においても、知能障害、運動障害等の後遺症がある。

そこで、Xは、Y（国）（被告・被控訴人・被上告人）に対し、右後遺症はルンバール施術のショックによる脳出血が原因であり、ルンバールの実施および発作後の看護、治療上に過失があったとして、使用者であるYに対して損害賠償を請求した。これに対し、Yは、本件発作とその後の障害は化膿性髄膜炎の再燃によるものであり、ルンバール施術との因果関係はなく、看護・治療上の過失もないと主張した。第一審は、ルンバール施術と脳出血との因果関係については、他に本件発作の原因となるべき特段の事情が認められない限り、右ルンバールにより、本件発作および脳出血が生じたものと推定するのが妥当であると判示した。しかし、Y側の過失は認めず、Xの請求を棄却した。続く原審では、本件発作と病変の原因は脳出血によるか、もしくは化膿性髄膜炎またはこれに随伴する病変の再燃のいずれかによるものとはいっても、そのいずれによるかは判定しがたいと判示し、看護・治療上の過失はないとした。

上告審は、事実関係を総合考慮した結果「他に特段の事情が認められない

かぎり、経験則上本件発作とその後の病変の原因は脳出血であり、これが本件ルンバールに因って発生したものというべく、結局、Xの本件発作及びその後の病変と本件ルンバールとの間に因果関係を肯定するのが相当である」と判示した。本判決は、ルンバールと脳出血との間の因果関係、および脳出血と本件発作との間の因果関係を、「一応の推定」によって認定したものと解される。

2 表見証明（一応の推定）の有効性の検討

さて、以上のように、医療過誤訴訟において表見証明（一応の推定）は、様々な局面で登場しているわけであるが、実際のところどの程度有効な法理たりうるのか、以下に検討する。そもそも、医療過誤訴訟における「一応の推定」の典型的な適用事例である「注射後に注射部位が化膿したのであれば、注射器に欠陥があったのか、あるいは注射液が不良であったという過失が推認される」というケースや、「開腹手術後に、腹中に手術用器具が残っていたという場合には施術上の過失が推認される」といったケースは、医療過誤訴訟全体の中では稀なケースであり、また、医療現場の進歩により、今や注射器は「使い捨て」であるのが通常であるから、注射後に注射部位が化膿するなどといったことは現在の医療現場ではもはや起こりえないであろう。医療過誤訴訟の多くは、手術後に急に患者の容体が悪化して急死してしまったり、後遺症が残ってしまうケースであり、このようなケースの場合は様々な要因が考えられるため、「一応の推定」を適用できるような高度な蓋然性をもつ経験則は働かないのが通常である。そのような状況において、表見証明ないし「一応の推定」の理論は、はたして期待されているような有効性を発揮しうるのだろうか。

まず、前掲の2判例（【最二小判昭和32年5月10日民集11巻5号715頁】および【最三小判昭和39年7月28日民集18巻6号1241頁】）のような、「注射後

に注射部位が化膿したのであれば、注射器に欠陥があったのか、あるいは注射液が不良であったという過失が推認される」というケースであるが、注射後に注射部位が化膿するといった医療トラブルは、注射器が使いまわされていた（ある患者に注射器を使用した後は、煮沸消毒等をして、また他の患者に使用していた）時代にこそ頻発していたが、注射器を使い捨て（一回使用したら、他の患者に使用することなく捨てる）にしている現在の医療現場においては、そもそも注射部位が化膿するといったトラブルは極めて稀である。

また、「開腹手術後に、腹中に手術用器具やガーゼが残っていたという場合には施術上の過失が推認される」という、こちらも「一応の推定」の解説の際によく用いられる教科書設例のようなケースであるが、数年に1回程度散見されるようなものであり、医療過誤訴訟のなかではマイナー事案であろう。

そもそも、医療過誤訴訟で多い事例というのは、急に患者の容体が悪化して急死してしまったり、医師の診断ミスにより不適切な投薬・手術が行われた結果患者が死亡したりといったケースである。手術室というのは、ある意味で「ブラックボックス」であり、医療の素人である患者やその家族らにとってみれば、手術中の状況というのはうかがい知ることができない。手術を経て医療事故が発生するようなケースでは、様々なファクター（要因）が存在しうる。

例えば、手術後に患者の容体が急に悪化して死亡したようなケースの場合、想定されうるファクターとしては、医師の明らかな手術ミスが原因であることもあれば、患者が高齢のためにもともと体力が落ちていて、手術は成功したものの不可抗力的に死に至ったという場合もありうる。すなわち、手術中あるいは手術後に急死するといった、医療過誤訴訟において多数を占める事案の場合、「一応の推定」を阻むいわゆる「特段の事情」に該当する「医師の過失ではない他の原因」が存在する可能性が高いのである。中には現場の

医師ですら患者がなぜ死亡したのか分からないという複雑なケースもあり、手術中あるいは手術後に死亡するような事案では、注射の事案のような単純な「一本道」の高度の蓋然性をもつ経験則は働かないといえよう。

したがって、「一応の推定」が証明困難軽減のために有効な法理たりうる場面というのは、「注射後に注射部位が化膿したのであれば、注射器に欠陥があったのか、あるいは注射液が不良であったという過失が推認される」というケースや、「開腹手術後に、腹中に手術用器具が残っていたという場合には施術上の過失が推認される」といったケースなどの単純な事案に限定されることになる。他方、手術や診断ミスが前提となる医療過誤事件では、様々なファクターが存在しうるため、「一応の推定」を適用するために必要な高度の蓋然性をもつ経験則を見出すことはできないであろう。総じて、表見証明ないし「一応の推定」は、少なくとも医療過誤訴訟においては決して万能の理論ではないといえよう。

3 表見証明（一応の推定）の性質について

最後に、過失の「一応の推定」の性質について比較検討する。問題は過失の「一応の推定」であり、それぞれの説を比較検討していきたい。まず、多数説たる事実上の推定説によれば、「一応の推定」は事実上の推定の一態様であり、証明度は通常の実事認定の場合と同等であるとされる。そして、「一応の推定」の許容基準を経験則の蓋然性のみ求めていている。この点に関して、渡辺教授が批判するように、高度の蓋然性をもつ経験則の認められる事案においては、そもそも立証困難な状況は存在せず、「一応の推定」は必要とされないであろう。

また、証明責任転換説であるが、「一応の推定」が適用されるには、本来証明責任を負う当事者が、まずある程度の立証（前提事実の立証）をしなければならぬため、証明責任が完全に転換されるわけではない。まさに、「一

応の推定」は証明責任の「半歩手前」で行われるものであるから、証明責任転換説も賛同できない。

次に、立証軽減説によると、「一応の推定」は、原告側においては前提事実の立証が必要となり、被告側においては「特段の事情」の立証、すなわち反証提出責任が課されることになる。原則として証明責任は原告側にとどめたままで、被告に反証提出責任を課すことによって原告の立証負担が軽減されたとみることができる。この意味において太田説の「証明責任の部分的転換」という理解に近接するが、太田説は「一応の推定」概念を破棄すべきとしている点で立証軽減説とは異なる。原告側の前提事実の立証活動と被告側の反証提出責任を一体のものとして捉え、反証提出責任によって立証活動が軽減されているとみる立証軽減説が妥当ではなかろうか。

四 おわりに

以上に見てきたように、表見証明（一応の推定）は、少なくとも医療過誤訴訟においては証明負担軽減のための万能の理論ではない。医療過誤訴訟において証明負担軽減を図るためには、表見証明（一応の推定）よりも証明妨害の理論のほうが有効であろうし、証拠保全や提訴前証拠収集の規定等を駆使することも考えられよう。

また、医師（特に医療過誤訴訟の被告となる可能性の高い「外科医」）の側は、医療裁判そのものに不信感を抱いている医師（たとえば、一生懸命手術をした結果として不幸にも患者が亡くなった場合に、医療過誤であるとして訴訟提起されることにショックを受けるようである）も少なからず存在するため、「白か黒か」という「訴訟」ではなく、医療ADRなどの裁判外紛争処理手続によって医療過誤事件を解決することも今後は期待されよう。

※本稿は、福岡大学研究推進部の研究経費（課題番号：167101）ならびに平成28年度科学研究費助成事業（若手研究（B））（課題番号：15K16969）の研究成果の一部である。