

## 無過失補償等を巡る判例動向に関する調査研究

尾崎 孝良

### 1. はじめに

わが国の民事損害賠償制度においては、「過失責任主義」が大原則とされ、行為者（医療訴訟の場合は医療機関側）に過失がないと認められる場合には、損害賠償請求権は認められない。すなわち、被害を受けたと主張する側（医療訴訟の場合は患者ということになる）からみると、全く賠償されないことになる。

他方で、わが国の医療界では、「医師賠償責任」という優れた保険制度があるため、損害賠償請求が裁判所において認められても医療機関側は保険給付によって対応できる場合が多い。

このため、厳密には、過失と言い難いような限界事例であっても、司法部門においては、無理に過失認定し、不可避免的に発生した事故まで医師の責任とされる事例が散見されるところである。判例理論としても厳密には過失あるいは因果関係が立証できない事案でも、新たな法理を立てて、患者を救済してきた（かような法理の典型例が「期待権理論」であるが、それについては別稿に譲る）という歴史がある。

このような状況の中で、平成17年12月に最高裁判決が出された。この判決自体は過失責任主義を貫いて医療機関側の勝訴となったが、横尾和子裁判官（厚労省出身）および泉徳治裁判官（民事裁判官出身）の反対意見において過失責任主義の建前の中で、無過失責任主義にさらに一步近づく考えが示された。多数意見に与する島田仁郎裁判官も規範定立において同様の考えを示している点も注目される。また、無過失補償を立法的に解決した先事例として、一連の予防接種禍の裁判例がある。

本稿では、まず、平成17年12月最高裁判決を分析し、次に、予防接種判決の流れを整理し、無過失補償のあり方について考察する（さらに、無過失補償制度を考案するにあたっての論点である不起訴合意および仲裁契約についても触れる）。

### 2. 方法

平成17年12月最高裁判決は、裁判官5名のうち2名が反対した微妙な判決であるところ、反対意見が公表されているのでまずそれを中心に分析する。

次に、一連の予防接種禍判決の流れを整理し、「国家賠償と補償」という観点から無過失補償の在り方を分析する。

また、不起訴合意および仲裁契約についても文献等で調査を行う。

以上をふまえて、無過失補償制度の政策的なあり方（今後の課題）について考察を行う。

### 3. 結果

#### 1) 平成17年12月8日最高裁判例について

##### (1) 事案の概要

拘置所に勾留中の者が脳梗塞を発症し重大な後遺症が残ったという事案であるが、最高裁は、「速やかに外部の医療機関へ転送されていたならば重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性の存在が証明されたとはいえない」として、国家賠償責任を認めなかった。しかしなが

ら、裁判官内でも意見は割れ「今回のケースでは認められない」という考えが3対2で多数となったものである。マスコミも「医療過誤訴訟で患者の権利をどこまで認めるかの難しさが浮かび上がった形だ」<sup>1</sup>などと報じている。

## (2) 診療経過

上告人は、住居侵入罪で逮捕され、東京拘置所に勾留。

平成13年4月1日午前7時30分ころ、東京拘置所の職員が巡回中、上告人が寝具を畳む等の起床の作業をせず、布団の上で上半身を起こしたままの状態で見られた。同職員が数分後に再び上告人を見たところ、上告人は同じ状態であったので、同職員が声をかけたところ、上告人は、ただ「うっ」、「あっ」と言葉にならない返答をするだけであった。直ちに、東京拘置所医務部病院に連絡。

同医務部の外科の当直医であったA医師が上告人を診察したところ、上告人には、脳内出血または脳こうそくの疑いがあり、午前8時10分ころ、東京拘置所のICUに収容。A医師は、午前8時30分ころ、以後の治療に備えて、上告人の鎖骨付近に針を刺して経静脈栄養法を施行し、点滴を開始するなどし、准看護師による酸素吸入も施行。

1日午前8時30分からの当直医であったB医師（脳こうそくの臨床経験あり）は、同午前8時20分ころ東京拘置所に登庁。A医師から、脳内出血又は脳こうそくの疑いがあること等を聞いた。午前8時30分過ぎころ、B医師が診察したところ、「問いかけに答えず。痛み刺激で手足を動かす。右半身麻痺。発語不能。瞳孔は正円。両眼の対光反射は迅速。」という状態であった。午前9時3分ころ、B医師は、上告人の頭部CT撮影をした。その際、上告人が動いたため、CTの画質は悪かったが、上告人の脳には、低吸収域（脳細胞が虚血状態になって元に戻りにくい状態になっていることを示す、黒っぽく写る画像）が写っていた。この画像から、上告人の症状は、脳内出血ではなく脳こうそくによるものであると判断し、脳浮腫対策のため、グリセオールを投与するよう指示。

放射線技師であるC技師が東京拘置所に登庁したため、午前11時15分ころ、上告人に対して、C技師によって第2回の頭部CT撮影。この画像には、上告人の脳に低吸収域が写っていたことから、B医師は、脳こうそくであるとの当初の判断が正しいことを確認。

B医師は、その後、一般消化器外科の医師で東京拘置所の医務部長であったD医師に対し、電話で、上告人に対して執った措置等について報告した。D医師は、それまでの措置は適切であると考え、上告人の容態が急変すれば連絡するよう指示。B医師は、何度かICUにおいて治療を受けていた上告人のところに赴き、上告人の状態を確認したほか、医務部事務室内に設置されているモニターで、上告人のバイタルサインを確認。

午前11時45分には「発語なし。瞳孔左右不同なし。対光反射あり」という状態であり、午後5時30分には「しきりに起きようとする。発語なし」という状態であり、午後9時20分には就寝中であった。

4月2日午前7時ころ東京拘置所にD医師登庁。午前7時50分ころ、上告人を診察したところ、「こちらの言うことは分かるらしい。目を閉じてと言うと目を閉じる。右半身麻痺、言語障害がある」という状態。D医師は、上告人に対して感染防止の投薬等をすることを指示。

午前9時27分ころ、第3回の頭部CT撮影が行われた。このCTの画像によると、上告人の左の脳室が圧迫されており、脳浮腫の進行が認められたことから、D医師は、午前10時ころ、

そのまま東京拘置所で保存的治療をすることは不相当であると判断。また、D医師は、呼吸管理が必要であると判断し、午前11時55分ころまでに気管切開を行った。

D医師は、午後0時ころ、警察病院に上告人の受入れの可否を照会したが、午後2時ころになって受け入れることはできないとの回答があり、次の搬送先として照会したE病院からも受け入れを断られた。その後、D医師がF病院に照会したところ、受け入れ可能との回答があったので、同病院へ転送することにした。そして、午後3時9分ころ救急車が東京拘置所に到着し、上告人は、午後3時41分にF病院に到着した。

F病院に到着したときには、上告人の意識レベルは、いわゆるこん睡状態であり、午後4時30分に行われた頭部CT撮影の結果では、上告人は、左中大脳動脈領域に広範な脳浮腫が出現し、左半球は脳溝が狭小化し、脳室は拡大しているという状態であり、症状は、増悪傾向にあった。そこで、F病院では、上告人の弁護人の同意を得て、午後10時15分から4月3日午前0時23分まで、上告人の前側頭部の緊急開頭減圧手術を施行。

4月11日、F病院の医師は重大な後遺症を残す可能性が高いと診断。8月時点での病状は、①感覚性失語およびほぼ完全な運動性失語、②右同名性半盲、③失読・失書、④抽象的な用語を用いた意思の疎通はできない、⑤計算力は全くないか著しく低下しており、言語や文字の理解力、判断力は著しく障害されている、⑥右下2分の1顔面神経麻痺、⑦右半身完全運動麻痺等。

### (3) 最高裁の判断

最高裁は、まず、「勾留されている患者の診療に当たった拘置所の職員である医師が、過失により患者を適時に外部の適切な医療機関へ転送すべき義務を怠った場合において、適時に適切な医療機関への転送が行われ、同病院において適切な医療行為を受けていたならば、患者に重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性の存在が証明されるときは、国は、患者が上記可能性を侵害されたことによって被った損害について国家賠償責任を負うものと解するのが相当」との規範を鼎立した。

そして、この事案につき「・・・(1) 第1回CT撮影が行われた4月1日午前9時3分の時点では、上告人には、血栓溶解療法の適応がなかった、(2) それより前の時点においては、上告人には、血栓溶解療法の適応があった可能性があるが、血栓溶解療法の適応があった間に、上告人を外部の医療機関に転送して、転送先の医療機関において血栓溶解療法を開始することが可能であったとは認め難い、(3) 東京拘置所においては、上告人の症状に対応した治療が行われており、そのほかに、上告人を速やかに外部の医療機関に転送したとしても、上告人の後遺症の程度が軽減されたというべき事情は認められないのであるから、上告人について、速やかに外部の医療機関への転送が行われ、転送先の医療機関において医療行為を受けていたならば、上告人に重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性の存在が証明されたということとはできない。そして、本件においては、上告人に重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性の存在が証明されたということができない以上、東京拘置所の職員である医師が上告人を外部の医療機関に転送すべき義務を怠ったことを理由とする国家賠償請求は、理由がない。なお、東京拘置所の医師が外部の医療機関に転送しないで上告人に対して行った診療は「生命の尊厳を脅かすような粗雑診療」であるから国家賠償責任がある旨の上告人の主張は、前記事実関係によれば、東京拘置所の医師は上告人に対して所要の治療を行っており、その診療が「生命の

尊厳を脅かすような粗雑診療」であるということとはできないから、前提を欠き、採用することができない」とあてはめ、「以上と同旨の原審の判断（患者側の請求を棄却）は、正当として是認することができる」として、患者側の上告を斥けた。

#### （4）反対意見

これに対して、裁判官横尾和子・同泉徳治の反対意見が附されている。その内容は、「事件当日の午前8時30分ころには、上告人を脳血管障害の専門医による医療水準にかなった適切な検査・治療等の医療行為を行うことのできる医療機関へ移送すべき義務があったというべきであって、専門医による医療水準にかなった適切な検査・治療等の医療行為を受ける利益を侵害したことに係る精神的損害を賠償すべき」というものである。

すなわち、「国が刑事被告人を刑事施設に勾留している場合、国は、一方的・強制的にその身体を自由を拘束しているのであるから、刑事被告人が疾病にかかっているときは、必要な医療上の措置を執るべきであり、疾病の種類又は程度等により刑事施設内で適切な治療を施すことのできない刑事被告人については、これを他の病院へ移送して適切な治療を施すべき義務を負う」と解した上で、「急性期の脳内出血、脳こうそく等の脳卒中の患者については、脳血管障害の専門医をはじめとする専門的訓練を受けたスタッフと専門施設を備えた医療機関において、検査、治療等の医療行為を行う必要があることは、公知の事実というべき」とし、また、「（東京拘置所）医務部が、急性期の脳卒中の患者に対して医療水準にかなった適切な検査、治療等の医療行為を行える態勢になかったことは、明らか」とした。これらを前提として、「東京拘置所のA医師およびB医師は、急性期の脳卒中患者である上告人について、脳血管障害の専門医による医療水準にかなった適切な検査、治療等の医療行為を行うことのできる医療機関へ直ちに移送し、適切な医療行為を受けさせる義務があったもの」と主張する。

また、両裁判官は、反対意見において、多数意見の引用する最高裁平成15年11月11日判決は、適切な医療行為さえ受けていたならば、患者に上記重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性の存在が証明されるときは、不法行為責任を負うものと述べたに過ぎず、「患者が適時に適切な医療機関へ転送され、同医療機関において適切な検査、治療等の医療行為を受ける利益が、保護利益となり得るとすれば、医師側の不法行為責任が肯定される」と主張する。

その上で、最高裁判例が、医療関係事件において、「生命」「身体」「死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性」「重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性」のほかに、いかなる利益を不法行為法上の保護法益と認めてきたかについての実例をあげ、それらと比較しても「患者が適時に適切な医療機関へ転送され、同医療機関において適切な検査、治療等の医療行為を受ける利益」は、「保護すべき程度において、勝るとも劣らないものであり、不法行為法上の保護利益に該当するというべき」と結論づけ、「そうすると、急性期の脳卒中患者として専門医による医療水準にかなった適切な検査、治療等の医療行為を受ける利益を侵害された上告人は、上記の不法行為法上の保護利益を侵害されたものであり、被上告人は、国家賠償法に基づき、上告人の上記保護利益侵害による精神的損害を賠償すべき」とした。

#### （5）補足意見

上記反対意見に対して、島田仁郎裁判官（刑事裁判官出身）および才口千晴裁判官（弁護士出身）の補足意見（多数意見に同調しつつもさらに意見を加えること。今回の場合、上記反対意見への再反論が中心）がある。

島田裁判官の補足意見においても、「反対意見のいうように、本件における不法行為法上の保護法益を、重大な後遺症を受けた患者の身体ではなく、適時に適切な医療機関へ転送され、同医療機関において適切な検査、治療等の医療行為を受けること自体に対する患者の利益であると解する余地はある」とされ、その上で、「本件の保護法益を上記のように解した場合について私の意見を敷衍する」とし、「適時に適切な医療行為を受けること、そのために適時に適切な医療機関へ転送されることは、誰もが願う基本的な利益であり、それが実現されることが望ましいことはいうまでもない」としつつも、「医師、医療機関といえどもすべてが万全なものではなく、多種多様な現実的な制約から適切十分な医療の恩恵に浴することが難しい」ことも事実として認めざるを得ず、「ある程度の不適切不十分は、社会生活上許容の範囲内として認めるべき」とした。

その上で、島田裁判官は、「結果発生との因果関係の証明がなく、相当程度の可能性の存在すら証明されない場合に、なお医師に過失責任を負わせるのは、著しく不適切不十分な場合に限るべき」と限定する要件を示した。そして、「どの程度まで不適切であり不十分であったなら、患者の利益が不法に侵害されたものとして法的に保護されるべきであるかは、非常に微妙で難しい問題であり、意見が分かれやすい」とし、「この点は、相互の信頼関係を基盤として成り立つ弁護士、税理士、教師等の仕事において、適切十分な弁護、指導等を受ける依頼者、生徒等の利益をどの程度まで保護すべきであるかということと共通する極めて広がり大きい問題」という点に触れ、「私は、この種の事件に関して保護法益を柔軟かつ弾力的に広げて解することについて反対するものではないが、それによって発生した結果との因果関係が立証されないか結果が発生しない場合までも過失責任を認めることになるので、それが不当に広がり過ぎないように、法益侵害の有無については厳格に解さなければならない」という立場を明らかにした。

以上を前提として、「本件の事実関係により東京拘置所の医師らが執った措置を全体的に通観すれば、決して万全であったとはいえないが、拘置所の医師らは彼らに義務として要求される最低限のことは尽くしていたといえよう」と結論づけ、「医師らがもっと早くに転送をしなかったことが上告人にとって不適切不十分な措置であったとはいえ、法的にみてそれが不法行為として過失責任を問われねばならないほど程度の著しいものであったとは到底思われない」とあてはめ、たとえ適切な医療機関に転送されて適切な医療行為を受ける利益自体についても、拘置所の医師らの過失を理由とする国家賠償責任を認めることはできないと結論づけた。

また、前述のとおり、才口千晴裁判官（弁護士出身）の補足意見が提出されている。なお、甲斐中辰夫裁判官（検察出身）は、補足意見は提出していないが多数意見に与した。

このように、島田裁判官ですら「診療行為が著しく不適切・不十分な場合」には、「たとえ、①因果関係（高度の蓋然性）も②相当程度の可能性の存在が証明できなくとも、医師の過失責任を認める」可能性を示唆しており、これは、（今回、結論自体は否定的であったものの）司法部門が無過失責任主義にさらに一歩踏み出したものとして、今後も注視していく必要がある。

## 2) 予防接種を巡る一連の判例について

### (1) 概要

昭和40年代ころから、いわゆる「予防接種禍」（予防接種による副作用・副反応被害）が叫ばれる中、全国で予防接種被害者救済のための訴えが提起された。

裁判所は、当初、「予防接種の副作用についての認識のない医師には検査義務はない」として過失の認定には消極的であった。その後、「医師の問診義務違反」が過失と認定されるようになり、「禁忌の推定」まで認められるに至った。かような経緯を受け、昭和51年に法改正がなされ、被害者の救済措置（給付金の交付）がなされるに至った。しかしながら、国の違法行為による損害の発生ではないため、その給付額は低く根本的な解決にはならなかった。このような中で、昭和59年に東京地裁から新たな判決が出た。すなわち、国において故意過失が認められない場合であっても、憲法29条3項の類推適用によって生命・身体の補償がなされるという内容である。

## （2）損害賠償と国家補償について

わが国においては、国家その他の公共団体の行為によって被害を受けた国民の救済方法としては、①国家賠償（公権力行使による場合）・不法行為による賠償（国が私人と同様の行為をした場合）、②損失補償の2つがある。このうち、前者の①国家賠償（国賠）は、国家の違法な行為に対する賠償であり、公務員の故意又は過失をその要件としている。これに対して、②損失補償については、国家の適法な行為（典型例は公共事業のための土地収用）による損失を補償するものであって、「財産権」を「公共のために用ひる」（憲法29条3項）ことがその要件となっている。そして、国賠の場合は、憲法17条において「法律の定めるところにより」と特別法の立法を予定しており、特別法たる国家賠償法に基づいて賠償がなされるのだが、これに対して、損失補償については、国家賠償法に相当する法律はない。このため、個別法が存在しない場合に、憲法29条3項によって直接国家に補償請求できるかが法的論点となった。すなわち、私有財産を公共のために用いることによって特別の犠牲が生じたが、法令において補償規定がない場合にいかにか解するかが問題である。この点、①正当な補償なくして私有財産に特別の犠牲を課する法律や行政行為は違憲無効だとする説、②法律に規定がない以上、損失補償請求をすることができないとする説（すなわち、29条3項はプログラム規定に過ぎない）、③損失補償規定がなくとも、直接憲法29条3項を根拠にして、補償請求をすることができるとする説が対立していた。

判例は、「（問題となっている法令に）損失補償に関する規定がないからといって、同条があらゆる場合について一切の損失補償を全く否定する趣旨とまでは解されず、本件被告人も、その損失を具体的に主張立証して、別途、直接憲法29条3項を根拠にして、補償請求をする余地が全くないわけではない」（最高裁大法廷判決昭和43年11月27日昭和37年（あ）第2922河川附近地制限令違反事件）として、③説に立つことを明らかにした。

損失補償の要件についてみると、損失補償が認められるためには、損失が「特別の犠牲」にあたる場合であることが求められるが、いかなる場合が「特別の犠牲」といえるのかが法的争点である。通説では、①形式的基準（行為の対象が一般的か、すなわち、それとも特定人を対象としたものか）および②実質的基準（社会的な制約として受忍すべき限度を超え、財産権の本質的内容を侵すほどに強度なものであるか）の2要素を勘案して判断するものとされている。なお、「結局は、利用規制の態様、原因、損失の程度、社会通念を総合的に判断する」（今村説）との説もある。

補償の内容については、①完全補償説（収用等の前後を通じて被収用者の財産価値を等しくならしめるような補償）、②修正完全補償説（完全補償を原則とするが農地改革のような例外

の場合には相当補償でよい)、③相当補償説(その当時の経済状態において成立することを考えられる価格に基き、合理的に算出された相当な額)の3説がある。このうち、判例は③説の立場をとるが通説は②説である。

補償の内容は、実務的には財産的損失分に限定されている。例えば、先祖伝来の土地を収用した場合の精神的損失についての補償等は、損失補償基準要綱の施行に伴う閣議了解では行わないとしている(この点、学説からは有力な批判があるものの、一般的には精神的損失は補償されないと解されている)。

### (3) いわゆる「谷間」論について

上記で述べた要件からすると、たとえば違法であっても無過失の場合については、国賠と損失補償の間のいわば「谷間」に落ちてしまい救済されないことになる。すなわち、接種の過程や問診において公務員の注意義務違反(すなわち過失)が認められれば損害賠償がなされることになるが、それ以外の場合が谷間問題となる。

憲法29条3項の損失補償が認められると解すると、まず、①被害は直接には生命・身体であって、財産権ではない、また、②予防接種という国家作用は、収用のように「公共のために用ひる」場合でもない、さらに、③人の命について正当な補償さえあれば「収用」することが許されるのか、という論点を惹起する(後掲名古屋地判昭和60年10月31日はこの点を指摘し、憲法29条3項の適用を否定した)ことになる。

この谷間問題に決着をつけるが如く昭和59年5月18日に東京地裁が画期的な判決が示した。

### (4) 予防接種禍裁判例の推移

#### ①東京地裁昭和59年5月18日

この判決は、「いわゆる強制接種は、予防接種法第1条に規定するように、伝染の虞がある疾病の発生およびまん延を予防するために実施し、よって、公衆衛生の向上と増進を図るといふ公益目的の実現を企図しており、それは、集団防衛、社会防衛のためになされるもの」とした。

その上で、「一般社会を伝染病から集団的に防衛するためになされた予防接種により、その生命、身体について特別の犠牲を強いられた各被害児およびその両親に対し、右犠牲による損失を、これら個人の者のみの負担に帰せしめてしまうことは、生命・自由・幸福追求権を規定する憲法13条、法の下での平等と差別の禁止を規定する同14条1項、更には、国民の生存権を保障する旨を規定する同25条のそれらの法の精神に反するということができ、そのような事態を等閑視することは到底許されるものではなく、かかる損失は、本件各被害児らの特別犠牲によって、一方では利益を受けている国民全体、即ちそれを代表する被告国が負担すべきものと解するのが相当」と判示した。

そして、「憲法29条3項は、『私有財産は、正当な補償の下に、これを公共のために用いることができる』と規定しており、公共のためにする財産権の制限が社会生活上一般に受忍すべきものとされる限度を超え、特定の個人に対し、特別の財産上の犠牲を強いるものである場合には、これについて損失補償を認めた規定がなくても、直接憲法29条3項を根拠として補償請求をすることができないわけではない」との判例を引用し、「生命、身体に対して特別の犠牲が課せられた場合においても、右憲法29条3項を類推適用し、かかる犠牲を強いられた者は、直接憲法29条3項に基づき、被告国に対し正当な補償を請求することができる

と解するのが相当である」と結論づけた。

②名古屋地裁昭和60年10月31日

この判決では、「そもそも憲法29条3項を原告ら主張の如く解すると、人の生命・身体・健康を、正当な補償さえあれば国はこれを「収用」することができるということになりかねない」「人の生命・身体・健康に関する被害につき憲法29条3項を類推適用することに合理性があるとは認めがたい」として、29条3項の類推適用を否定した。ただし、「生命・身体を財産より軽視すべき理由はないのであるから」「憲法25条1項によって国に対し、直接補償を求めることができる」とした。その上で、救済制度がある以上、「法の解釈によってある制度が全く存在の意味を失うことになるような立場をとり得ないのは当然」として、救済制度を上回る損失補償は認めないとした。この判決は、「表面的・形式的な論理にとらわれすぎている」として、学説からの批判が強い。

③大阪地裁昭和62年9月30日

本判決では、まず、被害法益が生命・身体であって財産権のように損失補償することにより収用できることが予定されているものではないとして憲法29条3項類推適用については否定した。しかしながら、被害者の特別な犠牲によって、社会全体の伝染病からの集団防衛の目的が達成される、すなわち、被害者の特別な犠牲の下、他の者が利益を受けるのだから、憲法29条3項における損失補償を必要とする状況と共通の状況が出現しているとした。

また、副作用という形での特別な犠牲は、やむを得ないものであるとはいえ、当初から容認されていた結果であるから、憲法29条3項の予定する「当初から意図された結果としての特別犠牲」と同視し得る、とした。その上で、憲法上、生命・身体については、財産権に対する補償を下回ることのない損失補償を必要とするのが相当であるとした。その理由として、「憲法の13条、14条1項、25条1項、29条の各規定をみると、憲法は、国民の生命、身体を財産権よりも格段に厚く補償していることが明らかであり、その憲法が14条1項で国民が法の下に平等であることを補償し、29条3項で公共のために財産権につきなされた特別な犠牲に対して損失補償の必要を規定しているところよりすれば、憲法は、右29条3項の規定の当然の合意として、公共のためになされた本件各予防接種のような予防接種により本件各被害児がその生命、身体に受けたような特別な犠牲である副作用による重篤な被害に対して、財産権につき保障している損失補償を下廻ることのない、換言すれば、右財産権につき保障している補償と少なくとも同程度の損失補償が必要であることを規定しているものと解するのが相当である」とした。

そして、この解釈は、「憲法29条3項は、財産権について公共のための特別な犠牲がある場合には、これにつき損失補償を認めた規定がなくても、直接同条項を根拠として補償請求をすることができるものと解されているところ、この解釈が、生命、身体について前記特別な犠牲がある場合においても妥当することは勿論である」として、29条3項の勿論解釈により認められると明確に判示した。また、補償範囲については、財産権につき「正当な補償」を考慮する際とは異なる考慮が必要とされ、①財産的価値の側面については完全な補償が、②非財産的側面に対しては、慰謝料の形による補償が不可欠と判示した。

この判決は、上記(2)の名古屋判決の批判を受け、「29条3条類推適用説」はとらないとしつつ、「勿論解釈」によって補償責任を取るとの構成をとった。すなわち、リーディングケースであった東京地裁59.5.18「従って、生命、身体に対して特別の犠牲が課せられた場合にお



いても、右憲法 29 条 3 項を類推適用し、かかる犠牲を強いられた者は、直接憲法 29 条 3 項に基づき、被告国に対し正当な補償を請求することができるのと解するのが相当」とやや不用意に判示したために、「裁判所は類推適用説の立場を取る」との誤解（これは当然、「生命・身体の収用を認めるのか」という論点を惹起する）を与えたことに対する軌道修正とみられている。

一方、東京地裁 59.5.18 がもちろん解釈を単に訴権性の範囲にとどめたのに対して、本判決では、実体的補償責任の根拠付けとし、さらに、29 条 3 項の規定の当然の含意として、財産権について保障している補償と少なくとも同程度の損失補償が必要であると、憲法は規定しているとの解釈を示し、「極めて射程の長い解釈を示したもの」と評されている。

#### ④福岡地裁平成元年 4 月 18 日

この判決で裁判所は、「憲法 29 条 3 項は、同条 1 項の財産権不可侵宣言を受けて、直接には財産権の収用につき規定しているものであり、それ故、生命、健康被害が問題となる予防接種の副反応事故に適用ないし類推適用できるかは、議論の存するところ」としつつも、「憲法が財産権の特別な犠牲の補償を規定しながら、予防接種事故の重篤な被害のように、それを超える国民の生命、健康にかかわる特別な犠牲につき、全く定めをしていないと解することはできず、法の下での平等を定めた憲法一四条の規定および右二九条の規定を合わせて検討すれば、右二九条三項は、国民の生命、健康の特別な犠牲について、少なくとも財産権の補償と同等以上の補償が必要である趣旨を含む、と解するのが相当」とし、上記大阪地裁 62.9.30 判決の流れを踏襲した。

この判決により、東京地裁 59. 5. 18 の路線（正確には大阪地裁 62. 9. 30 の路線）は、「裁判実務上の定着する様相をみせて」<sup>2</sup>おり、また同じく、「学界においても、この路線を基本的に指示する見解が数多く表明された」と評された。

ところが、この路線は脆くも次の高裁判決で覆ることとなる。

#### ⑤東京高裁平成 4 年 12 月 18 日

以上の流れに対して、東京地裁 59. 5. 18 の控訴審である本判決においては、国家賠償について大胆に肯定しつつも、憲法 29 条 3 項に基づく損失補償請求については否定的な判示がなされた。すなわち、①憲法は公権力の違法な行使によって生じた損害については、憲法 17 条・国家賠償法により、また、②財産権に対する公権力の適法な行使による侵害については、憲法 29 条 3 項で損失補償を規定しており、さらに、③身体的自由や生命という非財産的利益に対する適法な侵害が憲法上も許されている刑事手続きについては憲法 40 条に損失補償の規定において全体として公権力の行使による国民の利益侵害に対する損害填補についてひとつの体系を形づくっているとし、憲法において予防接種法が重篤な副反応事故の発生を容認しているとはいえず、ある特定個人に対して予防接種すれば必ず重篤な副反応が生じるという関係にある場合は、当該個人に対して予防接種を強制することは許されないから、本件被害者は、「違法な強制の結果、被害を受けた個人」に該当する、とした。したがって、本件被害者は、上記の体系上、憲法 17 条の国賠の責任であって、29 条 3 項適用の余地はない、とした。

結果からみれば、本判決によって、国の過失が広く認められることになったので、その後の予防接種禍判決も次々と決着をみたが、損失補償論の観点からいうと、この判決以後争われなくなり、実務的には本判決をもって消極で決着したとの考え方もある（やや短絡に過ぎるきらいもあるが）。この点、学説は、「憲法上の損失補償請求を否定した判決には疑問が残る」（稲葉。なお、判旨に賛成のものとして西埜<sup>3</sup>）とするのが有力で、結局「過失責任を思い切って拈

大する一方、それでも及ばない者については不十分な救済のまま放置されてもやむを得ないということになりかねない」<sup>2</sup>との批判が強い。

本判決の問題点は、「重篤副反応事故をすべて違法行為と性格づけているところにあり」、「いわばその時代の人知の及ばない所で起こる予防接種禍がなお存在」する以上、「予防接種禍の原因行為は、適法か違法かという峻別的评价には適しないものというべき」<sup>2</sup>という点にあるとされる。

かかる学説サイドからの痛烈な批判は、一連の予防接種禍事件のみならず、医療に伴って発生する障害の無過失補償等の理論構築を研究する上で大変示唆に富むものであると考える。

#### (5) 学説

##### ①憲法 29 条 3 項類推適用説（原田説<sup>4</sup>、塩野説<sup>5</sup>）

予防接種禍に対する国の責任を損失補償責任と解するのが「最も実定法に近い」（原田）あるいは「もっとも素直な行き方」（同）とする説である。すなわち、この説においては、生命・身体に対する侵害といえども損失補償になじまないとまではいえない、とする。現に、私法においては損失を財産に換算し得る建前をとっていることなどをその根拠とする。また、財産権より人の生命・身体の保護法益が低いという解釈は取り得ない、ということもその根拠とされる。

損失の発生が意図したものではないという点については、そもそも憲法 29 条 3 項の「用ひる」の解釈が当初の「収用」の意義から次第に拡張解釈されてきており、また、予防接種という制度の中での公共のための特別な犠牲と解すれば「用ひる」の類推解釈は可能とする。ただし、リーディングケースたる東京地裁 59. 5. 18 の判旨は、この立場とはやや異なる。すなわち、同判決は「一般社会を伝染病から集団的に防衛するためになされた予防接種により、その生命、身体について特別の犠牲を強いられた各被害児およびその両親に対し、右犠牲による損失を、これら個人の者のみの負担に帰せしめてしまうことは、生命・自由・幸福追求権を規定する憲法 13 条、法の下での平等と差別の禁止を規定する同 14 条 1 項、更には、国民の生存権を保障する旨を規定する同 25 条のそれらの法の精神に反するということができ、そのような事態を等閑視することは到底許されるものではなく、かかる損失は、本件各被害児らの特別犠牲によって、一方では利益を受けている国民全体、即ちそれを代表する被告国が負担すべきものと解するのが相当」とし、この負担について、「憲法 13 条後段、25 条 1 項の規定の趣旨に照らせば、財産上特別の犠牲が課せられた場合と生命、身体に対し特別の犠牲が課せられた場合とで、後者の方を不刑に扱うことが許されるとする合理的理由は全くない」とした上で「従って、生命、身体に対して特別の犠牲が課せられた場合においても、右憲法 29 条 3 項を類推適用し、かかる犠牲を強いられた者は、直接憲法 29 条 3 項に基づき、被告国に対し正当な補償を請求することができる」と解するのが相当である」とした。すなわち、「財産権に対する生命・身体の優位も、後者の特別犠牲に対しても補償が認められるべきである、という実体論を論証するために持ち出されているのではなく、生命・身体侵害に対しても 29 条 3 項に基づく直接請求と同様の救済方法が認められるべきである、という手続論のみに関わってくるものである」<sup>6</sup>と評されている。

これは、ドイツ型の犠牲補償の法理を、ドイツとは異なりかような慣習法のないわが国において、「その訴権性を論証するためにのみ 29 条 3 項を援用したものと解すべき」<sup>6</sup>であり、それ

故に、「同判決が慰謝料を含む損害賠償なみの補償額を認定したことと、29条3項を用いたこととは矛盾しない」<sup>6</sup>とする。逆にいえば、手続論ではなく実体論として「類推適用」をしたというのであれば、「29条3項の実体内容をなしているところの（イ）財産権に加えられた損失であること、（ロ）特別の損失であること、（ハ）具体的な公益増進目的でなされた侵害行為であること、（ニ）当初から意図された損失であること、（ホ）正当補償が与えられるべきことなどという収用の補償の要件効果を、生命・身体の特種犠牲にどこまで適用するのか（特に（イ）（ニ）（ホ）という「類推」の具体的内容と、なぜそのような解釈が「類推」として許されるのか）という根拠を明らかにする課題が、右のようなアプローチには生じてくるのである」<sup>6</sup>。

## ②「勿論解釈」説（阿部説、大阪地裁）

財産ですら補償がなされるのであれば、それより保護法益の高い生命・身体に対しては、もちろん補償することが必要であるとの、「勿論解釈」によって補償をすべきとする説である。この説によれば、29条3項のみによって損失補償を認めるのではなく、他の条項をあわせ解釈することによって、国家補償を意義づけるものである。すなわち、東京地裁 59. 5. 18 について「この判決は、損失補償の法理をそのまま適用したものではなく、憲法 13、14、25 プラス 29 条との均衡論により新しい国家補償の法理を創造したものというべき」<sup>7</sup>と解する。前述のように阿部説がその後、大阪地裁 62. 9. 30 で全面的に採用された。

## 3) 不起訴の合意について

### (1) 論点

無過失補償について新たな制度を考案するにあたり、「紛争解決を新制度に委ねた場合に重ねて司法手続きによる損害賠償が可能となるか」が論点となる。日本医師会医療に伴い発生する障害補償制度検討委員会の平成 18 年度答申においても、この点については、「過失の有無にかかわらず補償するものである以上、法律で民事訴訟による解決を凍結する法的措置が望ましい」と触れるにとどまっている。

医療機関としても、患者救済のための無過失補償に協力するとの観点から真実解明について全面協力することが可能となるが、その資料をもって民事訴訟へ移行されてしまうのであれば本末転倒という事態になりかねない。もとより、無過失の事案を救済するのであるから理論的には当該事案が民事訴訟となるはずはないのであるが、これまでの訴訟実務においては、極めて無過失に近い事例を過失事件として処理してきたことは上記でみたとおりである。したがって、無過失補償制度を考案する際には、民事訴訟との関係をクリアーにすることが必須の論点となる。

### (2) 訴訟契約

「訴訟上の効果（手続形成的効果）を生ずることを直接の目的とする当事者の合意」を訴訟契約（訴訟上の合意）という。実務上、訴訟契約は、私法上の契約（通常の権利義務を発生させる契約）に付随して締結されることが多い。不起訴の合意があるにもかかわらず（次に述べる仲裁契約がある場合も同様）、訴えを提起した場合、被告は、不起訴の合意の存在を主張することになる。これを妨訴抗弁という。

裁判所は合意の存在を審理して、不起訴の合意が存在すると判断される場合、訴訟物について判断するまでもなく、却下判決を下す（却下判決というのは訴訟判決、すなわち、「訴訟要

件を欠くと判断された判決」であり、認容・棄却といった「本案判決」とは異なる)。

学説では、不起訴合意(あるいは次に述べる仲裁合意)が存在する場合は、「訴えの利益」がなく、却下される、と解するのが通説である。ただし、合意自体の効果として却下されるとする説も有力である(もっとも、実務的にはどちらの説でも効果に差はない)。

### (3) 仲裁契約

仲裁とよく似た手続きとして、斡旋および調停があるので、まず、それらについて説明する。

斡旋とは、相対立する当事者に話し合い意見等調整する機会を与え、第三者が双方の主張をクラリファイする等して、法的争点を明確にし、紛争を終結に誘導する制度をいう。和解による紛争の解決をめざすものであるが、基本的に当事者間の話し合いを促すものにすぎない。裁判外の和解なので、たとえ和解事項を書面にしてもこれを債務名義とした強制執行はできない(裁判上の和解の場合は、和解調書の執行力があるので、相手が和解事項に従わない場合は、和解調書によって強制執行ができる)。調停は、相対立する当事者に紛争解決のための努力を行ってもらい、場合によっては調停案を示して、その受諾を勧告することにより紛争を解決する制度である。調停は単なる当事者間の話し合いではなく、公的機関が当事者に調停案の受諾を勧告する。特に裁判所が関与する調停の場合は、調停調書が作成され、調停調書は判決と同様に、債務名義となるので、相手方が調停による合意に従わない場合は強制執行が可能である。

これら2者はあくまで「当事者の協議」による解決を原則としているが、仲裁は、これらと大きく異なり、合意(和解)による解決ではなく、第三者が仲裁判断をする、という点が特徴である。仲裁の方法は、各仲裁機関によって手続きが異なるが、一般に仲裁の申立てがなされると、仲裁委員が選定され、仲裁委員による当事者の審尋や証拠調べ(証人尋問や鑑定も含む)、さらには必要に応じ立入検査などが行われる。仲裁委員は、これら審理の結果を仲裁判断として取りまとめ、当事者に提示する。もちろん、審理の途中で合意が成立すれば和解しても良い。仲裁の手続きは、「公示催告手続及び仲裁手続二関スル法律」に規定されていたが、司法制度改革の一貫として、同法は全面改正されている。

司法改革推進本部によれば、この改正の趣旨は、裁判外の紛争解決手段すなわちADRの拡充・活性化の一環として、国際商事仲裁模範法に沿った内容の新法を制定することとされている。

仲裁手続のルールは、私的自治の原則に従い、原則として当事者の定めるところによるが、新仲裁法では、当事者間の合意がない場合の仲裁人の数を2人から3人に改めた。新仲裁法においては、書面または電子メールにより(要式要件)、仲裁の合意がなされている場合については、仲裁合意の対象となる紛争は、訴訟の提起ができないと規定された。ただし、この規定については、人権団体等から「強者のための法律である」等の批判が強いところであり、労働紛争や消費者紛争については特例が設けられている。医事紛争における仲裁契約の適用可能性については、さらなる研究が必要である。

## 4. 考察

最高裁平成17年12月判決は、従前の期待権論の延長線上にあるもので、しかも、「相当程度の可能性」すら認定できない場合においても、「患者が適時に適切な医療機関へ転送され、同医療機関において検査・治療等の行為を受ける利益」を認めるべきか否かについて裁判官内で

議論となった事案である。しかも、多数説に与する裁判官でさえ、「医療機関のなした診療行為が著しく不十分な場合」は、右利益を認める方向を示唆しているものである。この考えは、（医療機関の講じた措置が不十分な場合に限定したにせよ）過失責任主義の限界を離脱したものと いわざるを得ず、問題が大きいものとする。

また、予防接種禍に関する判例については、最終的には過失を広く認める（したがって、憲法 29 条 3 項に基づく国家補償ではなく損害賠償を認める）説が判例として定着した（この点、一連の予防接種禍の被害者救済という流れにおいては、妥当な結論ではある）。しかしながら、その過程で示された一連の判決において、「重篤副反応事故はすべて違法行為」とすることに多数の疑問が出され、東京地裁 59.5.18、大阪地裁 62.9.30 および福岡地裁元.4.18 等リーディングケースとなるいくつかの裁判例が示された点は注目に値する。とはいえ、本件は、予防接種というそもそも国家の関与する事案（国民からすると強制または事実上の強制）である点の特異となっている。

すなわち、近年、無過失補償が喫緊の課題となっているのは、主として産科の出産時の事故であり、国家の関与（強制性）は極めて薄く、予防接種禍の事案を（仮に裁判例の判例理論に準拠したとしても）そのまま適用することはできないので、さらなる理論構築が必要となる。

なお、無過失補償制度については、「少子化対策」という国策がひとつのキーワードとなる可能性も指摘されているが、この点については、これをもって国家的な関与があるかの如く扱うのはやや技巧に過ぎ、また社会における女性の地位や人権にも関わる問題ではないかとの疑問もあるところであり、慎重に扱うべき論点と考える。

この点について、国民の理解が得られるか否かについては、なお掘り下げた今後の研究が待たれる。また、無過失補償制度の考案にあたっては、訴訟契約・仲裁契約の応用が必須となるが、医療紛争におけるこれらの制度の適用可能性と射程については十分な研究がなされているとは言い難い。これについても、今後の研究課題である。

---

## 文献

- 1 朝日新聞夕刊 2005 年 12 月 8 日社会面
- 2 稲葉馨：予防接種に対する国の補償責任・東京高裁平成 4 年 12 月 18 日判決の光と影、ジュリスト（1021）60-68、1993
- 3 西埜章：東京予防接種禍集団訴訟事件、別冊ジュリスト（140）116-117、1996
- 4 原田尚彦：予防接種事故と国家補償、ジュリスト（898）4、1987
- 5 塩野宏：賠償と補償の谷間、法学教室（47）27、1984
- 6 棟居快行：生命・身体への侵害と憲法 29 条 3 項、ジュリスト（898）10、1987
- 7 阿部泰隆：賠償と補償の間、法曹時報 37（6）1、1985