

# 予防接種強制制度の合憲性と予防接種健康被害に対する 憲法上の救済権

竹 中 勲

はじめに

第一章 予防接種法の憲法上の位置づけと予防接種強制制度の合憲性

一 予防接種法の憲法上の位置づけ

(一) 予防接種法制の歴史的展開

(二) 予防接種法の憲法上の位置づけ

二 予防接種強制制度の合憲性

(一) 社会権実現立法（としての予防接種法）の憲法学的検討を行う際の視点

(二) 予防接種強制制度の合憲性について言及する高裁判決

(三) 予防接種の強制により制約される人権の種類

(四) 予防接種の強制による人権制約の正当化原理・正当化要件

- (1) 人権制約の正当化原理と「公共の福祉」規定
- (2) 判断能力が十分な個人と予防接種強制制度の合憲性
- (3) 判断能力が欠如した個人と予防接種強制制度の合憲性

## 第二章 予防接種健康被害に対する憲法上の救済権

### 一 予防接種法の定める救済制度の概要

#### 二 予防接種健康被害に関する裁判例の類型化

#### 三 予防接種健康被害と公の賠償請求権（憲法一七条・国家賠償法一条）

- (一) 予防接種健康被害に対する国家賠償法一条に基づく請求訴訟における判例理論の現段階
  - (1) 予防接種健康被害者の禁忌該当者推定の理論
    - (2) 厚生大臣レベルの過失の理論

#### (二) 直接憲法一七条に基づく金銭的填補請求権の存否

#### 四 予防接種健康被害と憲法上の損失補償請求権

- (一) 憲法二九条三項の類推適用説を採用する地裁判決と被告国側の反論と高裁判決
- (二) 憲法二九条三項のもちろん解釈説を採用する地裁判決と被告国側の反論と高裁判決
- (三) 憲法二五条一項説を採用する地裁判決と被告国側の反論と高裁判決

#### 五 私見（憲法一三条説）

- (一) 憲法一三条説に立つ諸学説
- (二) 私見（憲法一三条説）と精密化の課題
  - (1) 実効的人権救済論と憲法上の救済権の体系
  - (2) 予防接種健康被害に対する直接憲法に基づく金銭的填補請求権の存否を検討する際の共通の前提
  - (3) 直接憲法一三条に基づく作為請求権の存否

- (4) 判断能力が十分な個人への予防接種と憲法上の損失補償請求権  
(5) 判断能力が欠如した個人への予防接種と憲法上の損失補償請求権

## はじめに

本稿は、憲法二五条二項の「公衆衛生の向上及び増進」関連法システムの検討の一環として、<sup>①</sup>予防接種法システムの憲法公法学的検討——具体的には、予防接種法の憲法上の位置づけ、予防接種強制制度の合憲性、予防接種健康被害に対する憲法上の救済権の検討——を行おうとするものである。

伝染病の発生・流行は、「①その伝染病の病原体である細菌やウイルスがあること（感染源の存在）、②その病原体がヒトに到達する道筋があること（感染経路の存在）及び③病原体にさらされたヒトが病原体に対し十分な抵抗力を持たず、そのため病原体がヒトの体内で活動しうること（感受性の存在）——以上三つの条件が揃って初めて成り立つものである。それゆえ、伝染病の発生・流行を阻止するための基本的対策としては、「感染源対策」、「感染経路対策」、「感受性対策」という三つのものがあることになる。予防接種は、「感受性対策」の類型に属するものである。<sup>②</sup>「予防接種は、感染症対策の中で、その発生及びまん延の予防上、最も有効で重要な柱である」<sup>③</sup>とされる。予防接種Ⅱ感受性対策は、(i)感染症対策・伝染病対策として唯一の手段ではないこと、および、(ii)感受性対策は、感染源対策や感染経路対策よりも、人権制約の正当化がより困難であるという意味において人権制約がより強度であるともいえるものであることが留意されなければならない。

本稿は、以上の諸点を念頭に置いて、予防接種強制制度の合憲性について検討しようとするものである。

また、本稿は、実効的人権救済論<sup>①</sup>（Ⅱ）〈憲法二三条は日本国憲法の核をなすものであると見え、人権保障規定と統治機構関係規定とを関連づけ統合的にとらえようとする憲法解釈論の立場から、憲法上・法令上の権利利益の侵害に対して包括的体系的実効的救済（方法）の探求・創造を企図する理論〉の研究の一環として、「憲法上の救済権の体系」を念頭に置いて、予防接種健康被害に対する金銭的填補請求権の構成のあり方について検討しようとするものである。

## 第一章 予防接種法の憲法上の位置づけと予防接種強制制度の合憲性

### 一 予防接種法の憲法上の位置づけ

#### (一) 予防接種法制の歴史的展開

日本における近代的公衆衛生法・行政システムは、一八七四（明治七）年の医制（明治七・八・一八文部省ヨリ東京京都大阪三府へ達）の発布を契機として展開されてきたとされる<sup>②</sup>。この医制（七六カ条）は（二条に「医制ハ即人民ノ健康ヲ保護シ疾病ヲ療治シ及其学ヲ興隆スル所以ノ事務トス」とあるように）、こんにちの公衆衛生制度・医療制度・薬事制度・医学教育を含む総合的衛生法典ともいえるものであった。医制発布当時は、天然痘、コレラ、赤痢等の急性伝染病が流行しその予防体制の確立が当面の第一の課題とされ、医制発布後まもなく、「種痘規則」（明治七・一〇・三〇文部省布達二七号）が制定された。また、衛生事務は一八七六年に文部省から内務省に移管され、内務省は一八七六年に「天然痘予防規則」（明治九・五・一八内務省布達甲一六号）を制定したが、同規則は予防接種強制制度について定めた最初のものであった（たとえば、同規則一条は「小児初生七十日ヨリ満一年迄ノ間ニ必ス種痘スヘシ若シ事故アリテ此期ニ後ル、モノハ其次第ヲ医務取締若クハ区戸長ニ届クヘシ」と規

定し、八条は一条違反者に対しては「罰金ヲ科スヘシ」と規定していた<sup>6)</sup>。「種痘規則」は一八七六年に「種痘医規則」(明治九・四・一二内務省布達甲八号)に改正され、「天然痘予防規則」とともに一八八五年の「種痘規則」(明治一八・一一・九太政官布告三四号)に統合され、一九〇九年の「種痘法」(明治四二・四・二四法律三五号)に引き継がれた。

コレラの流行に対処するために、内務省は、一八七七年に「虎列刺病予防法心得」(明治一〇・八・二七内務省布達乙八九号)を制定し、政府は、各種伝染病の予防に関する統合的法規として一八八〇年に「伝染病予防規則」(明治二三・七・九太政官布告三四号)を制定し(伝染病をコレラ、腸チフス、赤痢、ジフテリア、発疹チフス、痘ぞうの六種と規定し、伝染病一般について医師の届出・避病院の設置・患者の収容・患者の標示などについて規定)、同施行規則として「伝染病予防心得」(明治二三・九・一〇内務省布達乙三六号)を制定した。一八九七年に「伝染病予防法」(明治三〇・四・二法律三六号)が制定され(これにより前記の「伝染病予防規則」は廃止)、「伝染病予防上必要ト認ムルトキハ」健康診断・死体検案・交通遮断・隔離・病毒伝播の虞のある物件の廃棄等を行う権限が都道府県知事に授権された(同法二三条)。伝染病予防法の主たる目的は、感染源・感染経路対策(感染源を早期に発見し、その抹殺除去や感染者の隔離を行うこと)によって伝染病のまん延を防止しようとする<sup>7)</sup>こと)にあった。その後、一八九九年の「海港検疫法」(明治三二・二・一四法律一九号)、一九〇七年の「癩予防に関する法律」(明治四〇・三・一九法律一一号)とこれを改正した一九三二年の「癩予防法」(昭和六・四・二法律五八号)、一九一九年の「結核予防法」(大正八・三・二七法律二六号)、一九三七年の「保健所法」(昭和二・二・四・五法律四二二号)が制定され、一九三七年七月の日華事変勃発後までもない一九三八年一月に(国民体力の向上と国民福祉の増進を任務とする)「厚生省」(保健社会省)構想の枢密院審議の段階でこの名称に変更された)が新設され(昭和二三・一・一一勅令七号)、一九四〇年の「国民体力法」(昭和二五・四・八法律一〇五号)が制定された。

日本国憲法(一九四七(昭和三〇)年五月三日施行)の下においては、戦後直後の劣悪な公衆衛生状態に対処するために、一九四八年の「予防接種法」(昭和二三・六・三〇法律六八号)、一九五一年の「結核予防法」(昭和二六・三・三一法律九六号)が

制定された。

一九四八(昭和二三)年制定当初の予防接種法は、一条で「この法律は、伝染の虞がある疾病の発生及びまん延を予防するために、予防接種を行い、公衆衛生の向上及び増進に寄与することを目的とする」と規定し、二条で予防接種の定義・対象疾病の種類・保護者の定義について規定し(「予防接種」とは、「疾病に対して免疫の効果を得させるため、疾病の予防に有効であることが確認されている免疫原を、人体に注射し、又は接種すること」をいう(二項)、痘そう・ジフテリア・腸チフス・パラチフス・百日せき・急性灰白髄炎・発しんチフス・コレラ・ペスト・インフルエンザ・ワイル病(二項)、「保護者」とは「親権を行う者又は後見人」をいう(三項))、一条の目的を達成するための手段として予防接種の強制制度を設けた。すなわち、同法三条で「何人も」予防接種を受ける義務および受けさせる保護者の義務を規定し(「何人も、この法律に定める予防接種を受けなければならない」(二項)、「十六歳に満たない者及び禁治産者については、前項の規定にかかわらず、その保護者において、その者に予防接種を受けさせるため必要な措置を講じなければならない」(二項))、四条で乳児院・保育所・学校等の長が保護者の義務履行について指示する義務等について規定し(「左に掲げる者は、十六歳に満たない児童、生徒その他これらに準ずる者、禁治産者又は十六歳に満たない寄ぐう者の保護者が、前条第二項の義務を履行していない場合には、その保護者に対し、同項の義務を履行すべき旨を指示しなければならない。一 乳児院、保育所その他の児童福祉施設の長、二 学校、病院その他これらに準ずる施設の長、三 雇用の目的をもって人を寄ぐうさせる者」(二項)、「前項各号に掲げる者は、同項に規定する児童、生徒その他の者に予防接種を受けさせることができる」(二項))、五条で市町村長の定期の予防接種を行う義務および六条で市町村長の臨時の予防接種を行う義務について規定し、罰則として二六条一項は、一号(第三条第一項若しくは第二項又は第四条第一項の規定に違反した者)に該当する者は三千円以下の罰金に処する、と規定した。

この予防接種強制制度のもとで実施された予防接種により生命・身体・健康被害を被った子ども・保護者により、金銭的填補請求訴訟(国家賠償請求訴訟、損失補償請求訴訟等)が個別訴訟、集団訴訟として提起されるに至った。政府はこ

した予防接種健康被害（予防接種禍）問題が社会問題化するに至って、ようやく一九七〇年七月三〇日の閣議了解に基づき一定の救済措置（医療費・後遺症一時金・弔慰金の支給）を講ずるに至った。

そして、一九七六年の法改正（予防接種法及び結核予防法の一部を改正する法律（昭和五一年・六・一九法律六九号。昭和五二年二月二五日施行））により予防接種健康被害救済制度が設けられるとともに、予防接種を受ける義務等違反に対する罰則規定は、「緊急時の予防接種」の場合を除き、削除された<sup>9)</sup>。

さらに感染症患者が激減する中で、予防接種健康被害集団訴訟に関する高裁判決等（東京高判平成四・一一・一八等）を受けて、また一九九三年の（義務接種から勧奨接種へ）との提言を行う）公衆衛生審議会答申を経て、一九九四年の法改正（平成六・六・二九法律五一号）により、①一条の法律目的規定の中に「予防接種による健康被害の迅速な救済を図ること」の文言が追加され、②予防接種を受ける法的義務規定（改正前の四条・七条・一〇条・一二条）<sup>11)</sup>は努力義務規定へと改正され（後の現行法八条参照）、罰則規定はすべて削除された。

その後、一九九八年に（「伝染病予防法」、「性病予防法」および「後天性免疫不全症候群の予防に関する法律」を廃止・統合して）「感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関する法律」（平成一〇・一〇・二法律一一四号）が制定され、二〇〇六年に結核予防法が感染症法に統合され、従来の結核予防法の下での乳児へのBCG接種は、予防接種法に統合された。そして、二〇〇二年の「健康増進法」<sup>12)</sup>（平成一四・八・二法律一〇三号）、「健康保険法等の一部を改正する法律」（平成一八年法律八三号）を受けて（老人保健法」の名称等を改正した）「高齢者の医療の確保に関する法律」<sup>13)</sup>（昭和五七・八・一七法律八〇号）の二〇〇八年四月施行などを経て、現在に至っている。

(二) 予防接種法の憲法上の位置づけ

現行の予防接種法（昭和三年法律六八号、最終改正・平成二八・二二・八法律一〇六号）一条は、「この法律は、（ア）伝染のおそれがある疾病の発生及びまん延を予防するために、予防接種を行い、公衆衛生の向上及び増進に寄与するとともに、（イ）予防接種による健康被害の迅速な救済を図ることを目的とする」と規定している（ア）（イ）の記号は竹中が追加。そして、予防接種を「疾病に対して免疫の効果を得させるため、疾病の予防に有効であることが確認されているワクチンを、人体に注射し、又は接種すること」と定義し（二条一項）、一類疾病（＝「その発生及びまん延を予防することを目的として、この法律の定めるところにより予防接種を行う疾病」として「一 ジフテリア、二 百日せき、三 急性灰白髄炎、四 麻疹、五 風しん、六 日本脳炎、七 破傷風、八 結核、九 前各号に掲げる疾病のほか、その発生及びまん延を予防するため特に予防接種を行う必要があると認められる疾病として政令で定める疾病」を（二条二項各号）、二類疾病（＝「個人の発病又はその重症化を防止し、併せてこれによりそのまん延の予防に資することを目的として、この法律の定めるところにより予防接種を行う疾病」として「インフルエンザ」を（同条三項）、あげている。

予防接種法一条の（ア）の部分は、同法が憲法二五条一項（「健康」規定）・二項（「公衆衛生の向上及び増進」規定）を具体化する法律であることを示すものととらえることができる。同法一条の（イ）の部分は、同法が「憲法上の救済権」を具体化したものであることを示すものととらえることができる。すなわち、現行の予防接種法は、「社会権実現立法」でありかつ「憲法上の救済権実現立法」であると位置づけることができる。



## 二 予防接種強制制度の合憲性

(一) 社会権実現立法（としての予防接種法）の憲法学的検討を行う際の視点

一般に、社会権実現立法は、通常、サービスの任意的給付・提供という目的実現手段を採用するが、類型的には社会権実現立法として憲法上位置づけることのできる個別法律の中には、(a)サービスの任意的な給付・提供手段を採用する条文のみならず、これに加えて、(b)自由権・自己決定権を制約する手段を採用する条文が含まれている場合がある。それゆえ、社会権実現立法（としての予防接種法）に関しては、(a)(b)の存否の確認、および、二様の憲法適合的解釈 (a)の条文の合憲拡張（拡充）解釈、(b)の条文の合憲限定解釈）の検討などが行われなければならない。<sup>15)</sup>

前述のように、一九四八（昭和二三）年制定当初の予防接種強制制度については、一九七六（昭和五一）年の改正により予防接種を受ける法的義務等違反に対する罰則規定は（緊急時の予防接種の場合を除き）削除され、一九九四（平成六）年の改正により予防接種を受ける法的義務等規定が努力義務規定へと改正され、現行法は予防接種を受ける努力義務等規定を置いている。すなわち、現行法は、市町村長による「定期の予防接種」実施義務（三条）および都道府県知事による「臨時の予防接種」実施義務（六条）を規定し、<sup>16)</sup> これを受けて、八条一項は予防接種を受ける努力義務（第三条第一項に規定する予防接種であって一類疾病に係るもの又は第六条第一項に規定する予防接種の対象者は、第三条第一項に規定する予防接種（当該予防接種に相当する予防接種であって、市町村長以外の者により行われるものを含む。以下「定期の予防接種」という。）であって一類疾病に係るもの又は第六条第一項に規定する予防接種（当該予防接種に相当する予防接種であって、同項の規定による指定があった日以後当該指定に係る期日又は期間の満了の日までの間に都道府県知事及び市町村長以外の者により行われるものを含む。以下「臨時の予防接種」という。）を受けよう努めなければならない。）を、同条二項は保護者の予防接種を受けさせる措置を講ずる努力義務（第三条第一項に規定する予防接種であって一類疾病に係るもの又は第六条第一項に規定する予防接種の対象者が十六歳未満の者又は成年被後見人であるときは、その保護者は、

その者に定期の予防接種であつて一類疾病に係るもの又は臨時の予防接種を受けさせるため必要な措置を講ずるよう努めなければならぬ。」を規定する。

## （二）予防接種強制制度の合憲性について言及する高裁判決

予防接種健康被害に関する一連の裁判例のうち、予防接種強制制度の合憲性について言及するものとしては、一九九二年の東京高裁判決（東京高判平成四・一二・一八判時一四四五号三頁）がある。同高裁判決は「理由」の「第三 損失補償請求について 一〔略〕、二 損失補償請求権の存否」の箇所において、憲法判断を示している。具体的には、まず、(i)公権力に起因する国民の権利利益の侵害に対する憲法上の救済権の体系について述べ、これを前提として、(ii)昭和五一年改正前の予防接種法の下での予防接種強制制度の合憲性、(iii)当該予防接種は国家賠償法一条にいう違法であるか否か、(iv)当該予防接種健康被害に対する憲法上の損失補償請求権の存否、について述べている。少し長くなるが、重要部分を以下に抜粋しておくこととする（ⅠからⅣの表題、(ア)から(ス)の記号、傍線は竹中が追加）。

### Ⅰ 公権力に起因する国民の権利利益の侵害に対する憲法上の救済権の体系

(ア) 昭和三年の予防接種法は、「主として社会防衛の見地から国民に対して接種を義務付けているもの」であり、勧奨接種（「ポリオ生ワクチン、インフルエンザワクチン及び日本脳炎ワクチンについては、ある時期法律の根拠によらず、行政指導の形で国民に接種を勧奨し、任意に接種を受けてもらういわゆる勧奨接種が実施された」）も「同じく社会防衛、集団防衛の目的を有していたもの」である。(イ) 予防接種は異物であるワクチンを人間の体内に注入するものであつて、それなりの危険を伴い、脳炎、脳症といった生命にもかかわるような重篤な副反応が発現することも絶無ではないことが経験的に知られている。(ウ) しかしながら、このような事故に対して損失補償請求権が当然生ずるか否かについては、

公権力の行使によつて国民の利益が侵害された場合につき、憲法が全体としてどのような定めを置いておるかを検討しなければならない。」(一〇〇—一〇一頁)。「(エ)これらの規定(憲法一七条、国家賠償法一条、憲法二九条三項および憲法二九条の本文・構造・沿革、憲法四〇条)を総合すると、憲法は、公権力の違法な行使によつて生じた損害(財産的損害であると非財産的損害であると問わない。)については憲法一七条に規定を置き、それではまかなえない財産権に対する公権力による適法な侵害に対しては憲法二九条三項で損失補償を定め、また、身体の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許容されている刑事手続の場合について憲法四〇条に損失補償の規定を置き、全体として公権力の行使による個々の国民の利益侵害に対する損害填補について一つの体系を形作っているものと認められる。(オ)そして、憲法は、公務員の違法な行為により特定の国民が被つた損害のすべてを国家で負担することまでは要求していないと解される」(一〇一頁)。

## II 昭和五一年改正前の予防接種法の下での予防接種強制制度の合憲性<sup>18)</sup>

(カ)「予防接種による重篤な副反応事故の場合を考えると、ここでいう副反応事故とは生命を失つたり、それに比するような重大な健康被害を指すのであるから、法が予防接種を強制する結果として特定の個人にそのような重大な被害が生ずることを容認しているとは到底解することができない。個人の尊厳の確立を基本原理としている憲法秩序上、特定個人に対し生命ないしそれに比するような重大な健康被害を受忍させることはできないものである。予防接種によりまれではあるがそのような被害が生ずることが知られているとしても、そのことから直ちに、法が特定個人に対するそのような侵害を許容している(特定個人にそのような被害を受忍することを義務付けている)と結論付けることは到底できないものといわなければならない(キ)なお、このようにいうことから、逆に法が予防接種を国民一般に義務付けること自体が直ちに違憲であるなどということにはならない。(ク)当該予防接種制度の公益性、公共性を考えると、法秩序上是認できない損失がまれに生ずるとしても、制度全体としては、これを適法かつ合憲と評価すべきものである。」(一〇一頁)。

### III 本件予防接種は国家賠償法一条にいう違法であるか否か

「法は予防接種を義務付けているが、予防接種の結果として重篤な副反応事故が生ずることを容認してはいないのであるから、客観的にみると

予防接種強制制度の合憲性と予防接種健康被害に対する憲法上の救済権

同志社法学 六〇巻五号

一一(二七五五)

(現在の医学でその結果を事前に予見できるかどうかは別として)、(ケ) ある特定個人に対して予防接種をすれば必ず重篤な副反応が生ずるといふ関係にある場合には(予見できないためその判断が事前にはできないとしても)、当該個人に対して予防接種を強制することは本来許されないものであるといわなければならない。その場合は、予防接種の強制の事前差止めを求める余地さえ生ずる可能性があるということができる。それ故、法一二条は、腸チフス又はパラチフスの予防接種を行うときは、あらかじめその予防接種に対する禁忌兆候の有無について健康診断を行わなければならない。禁忌兆候があると診断したときは、その者に対して予防接種を行ってはならない。」との規定を置き、また、法一五条を受けて、厚生省令等の形式で、禁忌や予診についての規定を設けて、重篤な副反応事故が起こる蓋然性の高い者を予防接種の対象から除外する措置を採っているのである。このように、(コ) 予防接種により重篤な副反応が生じた場合には、本来当該個人には予防接種を強制すべきでなかったという意味で、予防接種の強制は違法であったとすることができる。また、(サ) 予防接種を受けるかどうかを形式的には国民の任意に委ねている勧奨接種の場合も、その実態が、後記認定(…)のように、強制接種と変わらないものであるとするならば、右の議論がそのまま妥当する。……(シ) このような違法な強制の結果被害を受けた個人が国に対して責任を問えるか否かは、前記のような現行憲法の体系の下では、本来、憲法一七条の国家賠償の問題であるといふべきである。」(二〇一—二〇二頁)。

#### IV 本件予防接種健康被害に対する憲法上の損失補償請求権の存否

(ス)「前記のように、本件予防接種を適法行為による侵害であるとはできないものであり……、「もともと、生命身体に特別の犠牲を課すとすれば、それは違憲違法な行為であつて、許されないものであるといふべきであり、生命身体はいかに補償を伴つてもこれを公共のために用いることはできないものであるから、許すべからざる生命身体に対する侵害が生じたことによる補償は、本来、憲法一九条三項とは全く無関係のものであるといわなければならない。」(二〇二頁)。

東京高判平成四・二二・一八が「なお」として予防接種強制制度は合憲であると述べた部分(前記(キ)(ク)の部分)

は、「予防接種制度全体としては適法かつ合憲」との結論がどのような立論により導かれるのかについて明らかにしていない。「社会防衛・集団防衛」・「公益性・公共性」の用語を掲げるだけでは説明とはならない。いずれにしても、当該「憲法判断部分」は、予防接種の強制により制約される人権の種類に基つき自覚的に述べられたものではない。

### (三) 予防接種の強制により制約される人権の種類

予防接種の強制により制約される人権の種類について検討すると、新美文説は（一九八五年の論稿で）、予防接種の強制は「被接種者の基本的権利たる自己決定権」と抵触するとし、「人が自己の身体に何がなされるかを決定する権利（いわゆる『自己決定権』）を有しており、医的侵襲についてはそれを受ける者の同意が必要とされ」、「患者本人に直接の利益をもたらす通常の診療行為ですら、それが医的侵襲であるならば、患者の自己決定権を無視して実施される限り、それだけで故意による傷害ないし暴行を構成する」のであり、被接種者の自己決定権を無視し予防接種を強制し「医的侵襲を実施したこと自体および、その副作用が顕在化したことから生じた事態について不法行為責任が課される」とする<sup>19)</sup>。

私見によれば、予防接種の強制により制約される人権の種類には、二様のものがある。一つは、憲法一三条後段を根拠とする自己決定権（Ⅱ〈選択の自由を内実とする権利〉）の三類型（①生命・身体のある方に關する自己決定権、②親密な人的結合の自由、③個人的な生活様式の自己決定権）のうち第一類型「生命・身体のある方に關する自己決定権」（自己の生命・身体・健康のある方につき公権力の干渉を受けることなく自ら決定することのできる権利）の一内容である「医療を受けるか否かを含めどのような医療を受けるかに関する自己決定権」である。他の一つは、憲法一三条後段の「生命に対する権利」に内包される「生命を享受する自由」（Ⅱ〈選択の自由を内実としない権利〉）の一内容である「公権力により医的侵襲を受けない権利」である。<sup>20)</sup>

(四) 予防接種の強制による人権制約の正当化原理・正当化要件

(1) 人権制約の正当化原理と「公共の福祉」規定

憲法一三条後段の「公共の福祉」規定は、基本的に、人権制約の正当化原理について定めたものと解することができる。人権制約の正当化原理として、基本的には、これまで、①他者加害阻止原理（＝「他者の権利利益を侵害する国民の行動（作為・不作為）を阻止するために公権力が介入し、身体的自由・精神活動の自由・経済活動の自由を制約することは正当化される（すなわち、一定の場合には正当化され合憲とされる）」との原理）・「内在的制約原理」・「自由国家公共の福祉」、②社会権実現等の積極的な目的での経済的自由制約原理（＝「憲法二五条以下の社会権の実現等の積極的な目的で公権力が介入し、経済活動の自由を制約することは正当化される」との原理）・「外在的・政策的制約原理」・「社会国家的公共の福祉」、③自己加害阻止原理（＝「自己の権利利益を侵害する国民の行動（作為・不作為）を阻止するために公権力が介入し、身体的自由・精神活動の自由・経済活動の自由を制約することは正当化される」との原理）・「限定されたバターナリステイックな制約」原理・「本人の客観的利益の保護」原理が提示されてきている。そして、人権制約のすべてを①②③の原理のみで説明し尽くすことは困難であり、第四の原理として、いわば④「公益確保原理」（＝「一定の重要な公益を確保するために人権は一定の要件の下に制約される」との原理）をどのように精密化して提示しうるかが問題となってきた<sup>21)</sup>。

(2) 判断能力が十分な個人と予防接種強制制度の合憲性

判断能力が十分な個人に対する予防接種の強制——すなわち、「生命・身体のある方に関する自己決定権」および「公権力により医的侵襲を受けない権利」の制約——が「他者加害阻止原理の下での制約」として正当化されるかについて検討すれば、（現在の医科学を前提とした場合、どのように注意を払ってもまれにはあるが死亡・重大な健康障害などの重篤な被害が生じることがある）予防接種を受けることを拒否することを「他者加害」ととらえることは困難であり、したがって、同強制

は同原理の下では正当化されえないように思われる。仮に「他者加害阻止原理の下での制約」ととらえらるるとした場合にも、「生命・身体のある方に関する自己決定権」の制約は厳格な正当化要件のもとにおいてのみ正当化され、厳密な司法審査がなされるべきであると解され（厳格な審査基準）、少なくとも、①その制約目的は「やむにやまれぬ（compelling）政府目的」・「日本国憲法の体系上どうしても必要とされる政府目的」でなければならず、②その手段は当該目的達成のための必要最小限度の手段でなければならない（公権力はより制限的でない手段によっては当該目的を達成することができないとの立証を行わなければならない（LRAの法理））と解すべきである。

予防接種の強制の目的である「伝染のおそれがある疾病の発生及びまん延を予防する」という目的は、他者加害阻止原理の下での「やむにやまれぬ政府目的」ととらえることができよう。しかし、その目的達成手段として、「予防接種の強制」よりもより制限的でない手段である「感染者の病院への強制的隔離」では当該目的を達成しえないかが吟味されるべきである。伝染病の予防・まん延阻止対策としての伝染病感染者の強制隔離<sup>22</sup>「身体の自由の制約」は、一定の実体的・手続的要件の下で正当化され得よう。そうすると、健康な個人の身体に対して強制的に予防接種を行うことを、他者加害阻止原理の下で正当化することは困難であり、同強制はLRAの法理に反するものとして違憲と解されることになる<sup>23</sup>。

また、判断能力の十分な個人に対する予防接種の強制が「強い自己加害阻止原理」に基づく制約として正当化されるとすることも困難である<sup>24</sup>。

### (3) 判断能力が欠如した個人と予防接種強制制度の合憲性

判断能力が十分でない個人（不十分な個人と欠如した個人）のうち、判断能力が欠如した個人（幼児や重度の認知症患者など）に対する予防接種の実施——すなわち、「公権力により医的侵襲を受けない権利」の制約——が「他者加害阻止原

理の下での制約」として正当化されるかについて検討すれば、公権力による当該個人の保護・健康配慮を目的とする介入が憲法的に正当化されるためには、親密な人的結合の自由の憲法的保障に照らして、少なくとも、〈公権力は当該個人と親密な人的結合関係にある個人への説明を行いその承諾を得なければならないとの要件〉が充足されなければならないと解すべきである。予防接種法はこの親密な人的結合関係にある個人のうち、保護者（親権者または後見人）<sup>(24)</sup>について規定する（二条四項）。

## 第二章 予防接種健康被害に対する憲法上の救済権<sup>(25)</sup>

### 一 予防接種法の定める救済制度の概要

昭和五一年改正後の予防接種法は救済制度について明記し、市町村長は定期・臨時の予防接種による健康被害につき「当該疾病、障害又は死亡が当該予防接種を受けたものによるものであると厚生労働大臣が認定したとき」は一二条・一三条に定める給付を行う（二一条）と規定し、たとえば、一類疾病予防接種健康被害に対する給付の種類として、医療費および医療手当て（二二条一項一号）、障害児養育年金（同二号）、障害年金（同三号）、死亡一時金（同四号）、葬祭料（同五号）を規定し、政令による具体化を予定している（たとえば、給付額については政令事項）。また、同法に基づく給付と損害賠償との調整規定が置かれている（二四条）。昭和五一年改正当時の立法趣旨説明では、この制度は従来の国家賠償とも損失補償とも異なる「公的補償の精神に基づく全く新しい制度」ないし「国家補償の精神に基づき社会的公正をはかる制度」として説明されている。<sup>(27)</sup>

予防接種法一一条に基づく給付額決定が不十分である場合、国家賠償請求訴訟、憲法上の損失補償請求訴訟により、



より十分な救済・金銭的填補を求めて訴訟が提起されることになる（憲法上の損失補償請求権は法律によって制限されるべきものではなく、法律に基づく給付を超える請求は可能と解すべきである<sup>(28)</sup>）。

## 二 予防接種健康被害に関する裁判例の類型化

予防接種健康被害に対する裁判例は、(i) 予防接種の態様の差異（①接種した予防接種ワクチンの種別、②「強制接種」か「勧奨接種」かその他の接種か、③集団接種か個別接種かなど）、(ii) 予防接種健康被害を争う訴訟形態の差異、により類型化されうる。

(ii) の主たる訴訟形態としては、 $a$ （国家賠償法一条または民法七〇九条に基づき不法行為責任を追及する）損害賠償請求訴訟、 $\beta$  直接憲法に基づく損失補償請求訴訟、 $\gamma$  予防接種法上の救済制度の適用（因果関係の認定決定）を争う行政事件訴訟があり、 $a\beta$  については、 $a$  のみを提起するもの、 $a\beta$  をあわせて提起するもの（ $a$  に  $\beta$  を追加的併合提起するものを含む）がある。

類型  $a\beta$  については<sup>(29)</sup>、集団訴訟としては、次の東京・名古屋・大阪・福岡の四つのものがある。東京地判昭和五九・五・一八判時一一一八号二八頁（ $a\beta$ （痘そうワクチン、インフルエンザワクチン等）——原告一五九名（うち被害児六二名）。一部原告（被害児二名分）につき国家賠償請求認容。その他の原告につき憲法二九条三項の類推適用により損失補償請求認容）↓東京高判平成四・一二・一八判時一四四五号三頁↓最二小判平成一〇・六・一二民集五二巻四号一〇八七頁・判時一六四四号四二頁。名古屋地判昭和六〇・一〇・三一判時一一七五号三頁（ $a\beta$ （痘そうワクチン、百日せきワクチンまたはこれを含む混合ワクチン、インフルエンザワクチン）——原告六三名（うち被害児三四名。一部原告（被害児一五名分）につき国家賠償請求認容。憲法二五条一項に基づき直接請求できるとの理論を述べたが、予防接種法上の救済を上回る損失補償請求を否定）。大阪地判昭和六二・九・三〇判時一二五五号四五頁（ $a\beta$ （痘そうワクチン、腸パラワクチン、インフルエンザワクチン、百日せきワクチンを含む二種混合ワクチンおよび三種混合ワクチン）——原告六八名（うち被害児四八名）。国家賠償請求棄却。因果関係なしとされた一部原告（被害児一名分）を除いて憲法二九条三項のもちろん解釈に

より損失補償請求認容) ↓大阪高判平成六・三・一六判時一五〇〇号一五頁。福岡地判平成元・四・一八判時一三二二号一七頁 ( $a\beta$  (痘そうワクチン、インフルエンザワクチン、百日せきワクチンを含む二種混合ワクチンおよび三種混合ワクチン) —原告三名(うち被害児九名)。一部原告(被害児五名分)につき国家賠償請求認容。その他の原告について憲法一九条三項のもちろん解釈により損失補償請求認容)

↓福岡高判平成五・八・一〇判時一四七一号三一頁。

個別訴訟としては次のものがある。東京地判昭和四八・四・二五民集三〇巻八号八二六頁 ( $a$  (インフルエンザワクチン) —過失なしとして国家賠償請求棄却) ↓東京高判昭和四九・九・二六民集三〇巻八号八三六頁 (原判決を維持し因果関係も否定して控訴棄却) ↓最小小判昭和五一・九・三〇民集三〇巻八号八一六頁・判時八二七号一四頁 (原判決を破棄差戻)。徳島地判昭和四九・五・一七判時七八七号一〇五頁 ( $a$  (痘そうワクチン) —因果関係なしとして国家賠償請求棄却)。東京地判昭和五一・一・三二判時八三九号二二頁 ( $a$  (インフルエンザワクチン) —過量接種の過失を認めて国家賠償請求認容)。東京地判昭和五三・二・三〇判時八八四号三三六頁 ( $a$  (百日せき・ジフテリア・破傷風の三種混合ワクチン) —問診義務を怠った過失を認めて国家賠償請求認容)。

松江地判昭和五三・九・二七↓広島高松江支判昭和五七・七・九判時一〇六九号九二頁 ( $a$  (ポリオワクチン) —原判決中一審被告国敗訴の部分を取り消す)。札幌地判昭和五七・一〇・二六判時一〇六〇号二二頁 ( $a\beta$  (痘そうワクチン) —問診不足により種痘回避義務を怠った過失を認めて国家賠償請求認容) ↓札幌高判昭和六一・七・三二判時一二〇八号四九頁 (国家賠償請求棄却。損失補償請求(条理を根拠とするもの)は控訴審段階におけるその予備的追加的併合が許されないと却下) ↓最小小判平成三・四・一九民集四五巻四号三六七頁 (原判決の請求棄却部分を破棄差戻) ↓札幌高判平成六・一二・六判時一五二二六号六一頁。高松地判昭和五九・四・一〇判時一一一八号一六三頁 ( $a\beta$  (痘そうワクチン) —国家賠償請求棄却および損失補償請求棄却<sup>30)</sup>)。 (予防接種をしたことに起因する健康被害の事例ではないが) 東京地判昭和六〇・一〇・二八判時一二〇九号四六頁 ( $a$  (免疫不全症の一種であるエヴァンス症候群の治療を受けていた小児が麻疹に罹患し死亡した事故につき、担当医師に麻疹予防のためのワクチンを接種しなかったこと

を過失であるとすることはできないとされた事例)。函館地判昭和六一・二・一〇訟月三二卷一〇二五七八頁(a (三種混合ワクチン) — 因果関係なしとして国家賠償請求棄却)。東京地判昭和六一・三・一四判時一二一五号七三頁(a (インフルエンザワクチン) ↓東京高判平成四・三・三〇判タ八〇一〇二二〇頁(過失なしとして国家賠償請求棄却)。東京地判昭和六三・一二・二二判時一三〇九号九五頁(a (痘そうワクチン) — 三回目の種痘実施は「任意」のものであるとし、医師に対する損害賠償請求認容)。徳島地判平成七・一〇・三判時一五五三号四四頁(a (痘そうワクチン) — 国家賠償請求認容)。福岡地判平成一〇・三・一三判時一六六九号一〇二頁(a (インフルエンザワクチン) — 国家賠償請求認容)。札幌地判平成一二・三・二八訟月四七卷二二二三五頁・民集六〇卷五号二〇七七頁(a — ツベルクリン注射・BCG接種とB型肝炎発症との間に因果関係なしとして国家賠償請求認容) ↓札幌高判平成一六・一・一六民集六〇卷五号二一七一頁・判時一八六一号四六頁↓最二小判平成一八・六・一六民集六〇卷五号一九九七頁・判時一九四一〇二八頁。東京地判平成二二・七・一九訟月四八卷一〇一頁(a (インフルエンザワクチン) — 国家賠償請求認容)。東京地判平成二三・三・二八判タ一一六八号一四一頁(a β (三種混合ワクチン) — 国家賠償請求認容)。東京地判平成一三・五・二四判タ一一二七号二二四頁(a (インフルエンザワクチン) — 国家賠償請求認容)。大阪地判平成一五・三・一三判時一八三四号六二頁(a β (MMRWワクチン) (乾燥弱毒生麻しんおたふくかせ風しん混合ワクチン) — 国家賠償請求認容) ↓大阪高判平成一八・四・二〇判時一九四九号三八頁(原判決中、被告国敗訴部分を取り消す。上告)。

### 三 予防接種健康被害と公の賠償請求権(憲法一七条・国家賠償法一条)

(一) 予防接種健康被害に対する国家賠償法一条に基づく請求訴訟における判例理論の現段階

予防接種健康被害に対する国家賠償法一条に基づく請求が認容されるためには、①公務員の違法行為の要件、②公務員の故意または過失の要件、③違法行為と損害(重篤な予防接種健康被害)との間の相当因果関係の要件、<sup>21)</sup>などが充足

されなければならない。

(1) 予防接種健康被害者の禁忌該当者推定の理論

前述の東京・福岡・大阪高裁判決は、(i)禁忌該当者への予防接種の強制は違法であるとの立論および(ii)勧奨接種も実際上の効果に照らして予防接種の強制と評価しうるとの立論に基づき、予防接種健康被害が生じた当該予防接種行為の違法性を肯定し、さらに、(iii)(i)に関連して「予防接種健康被害者の禁忌該当者推定の理論」を採用し、違法性要件・過失要件の認定の容易化を図ってきた。これらの高裁判決では、これらより前に同推定の理論を肯定した最二小判平成三・四・一九(小樽種痘事件)が援用されている。

(2) 厚生大臣レベルの過失の理論

最一小判昭和五一・九・三〇は、(法二六条の委任に基づく)予防接種担当規則の下で接種担当医師の予診義務について厳格な判断を示し、前述の東京・福岡・大阪高裁判決は過失の認定を予防接種担当医師のレベルではなく、厚生大臣のレベルでとらえるとの「厚生大臣レベルの過失(組織上の過失)の理論」(≡予防接種の禁忌該当者を除外するため十分な予診を受けさせるための体制を確立し、担当医に対してその体制を確立させるよう適切な措置を講ずることを怠った過失が厚生大臣にあるとの理論)を採用し、公務員の過失要件の認定の容易化を図ってきた。

(二) 直接憲法一七条に基づく金銭的填補請求権の存否

憲法一七条は、「公務員の不法行為による損害」(damage through illegal act by public official)を受けた場合に「法

律の定めるところにより」国・公共団体に「賠償」(redress)を求めることができると規定するが、同条にいう「法律」である国家賠償法は公務員が「故意又は過失によつて違法に」損害を加える行為を前提としている(同法一条)。

違法無過失の行為に対する国家賠償請求を直接憲法一七条に基づき行いうるかをめぐっては、(i)(直接憲法二九条三項に基づき損失補償請求が可能とされているように)直接憲法一七条に基づき損害賠償請求が可能か否かの論点、(ii)憲法一七条の「不法行為による損害」には「故意または過失の違法行為による損害」のみならず「違法無過失の行為による損害」も含まれるのかの二つの論点が問題となる。(i)については、憲法一七条にいう「法律」(国家賠償法等)が全く制定されていない場合に直接憲法一七条に基づき公の賠償請求を行いうるとする学説がみられるが、国家賠償法が制定されている現行法の下でも同法律に基づき救済が得られない場合(たとえば違法無過失の行為による損害の場合)には直接憲法一七条に基づき請求しうると明言する学説はみあたらない。(ii)については、憲法一七条にいう「不法行為」による損害賠償請求には「違法無過失の行為による損害の填補請求」や「結果責任に基づく金銭的填補請求」の場合も含まれるとする学説、さらに、「論旨必ずしも明らかでないところがあるが」予防接種健康被害については「国家賠償法第一条の憲法適合的解釈」により違法無過失の場合も国家賠償法一条に基づき請求しうるとする学説がみられる<sup>(35)</sup>。

憲法一七条の制定過程での理解では、憲法一七条の下で「無過失損害賠償は問題の外」であるが、法律で違法無過失国家賠償責任を規定することは憲法一七条によっては禁止されていない、とされていた<sup>(36)</sup>。このことを前提すると、公務員の違法無過失の行為に対する損害の金銭的填補請求を直接憲法に基づき請求しうると構成する場合に援用される憲法条文としては憲法一七条以外に求めるということになる<sup>(37)</sup>。なお、前述のように、東京高判令成四・一二・一八は「憲法は、公務員の違法な行為により特定の国民が被った損害のすべてを国家で負担することまでは要求していない」(判時一四四五号一〇一頁)と述べるが、日本国憲法の体系的解釈の観点からすると、公務員の違法無過失の行為による損害・

損失に対する国・公共団体による憲法上の金銭的填補請求権の条文上の根拠としては、憲法二三条後段（憲法二三条の補充的適用）の可能性が検討されるべきことになろう。

#### 四 予防接種健康被害と憲法上の損失補償請求権

(一) 憲法二九条三項の類推適用説を採用する地裁判決と被告国側の反論と高裁判決

直接憲法二九条三項に基づく損失補償請求を可能とする最高裁判例（最大判昭和四三・一一・二七など）<sup>38)</sup>を前提として予防接種健康被害に関する憲法二九条三項の類推適用説を採用する地裁判決として、東京地判昭和五九・五・一八判時一八一八号二八頁がある。同地裁判決の構造は、概略次のとおりである（傍線は竹中）。

①「予防接種は、一般的には安全といえるが、極く稀にはあるが不可避的に死亡その他重篤な副反応を生ずることがあることが統計的に明らかにされている」（一四四頁）。②しかし、国が強制接種（国は、「それ（前記①の副反応の問題がある）」にもか、わらず公共の福祉を優先させ、たとえ個人の意思に反してでも一定の場合には、これを受けることを強制し、予防接種を義務づけているのである」）または勸奨接種（被接種者としては勸奨とはい、ながら、接種を受ける、受けないについての選択の自由はなく、国の方針で実施される予防接種として受けとめ、国民としては、国の施策に従うことが当然の義務であるとのいわば心理的社会的に強制された状況の下で、しかもその実施手続・実態には、いわゆる強制接種となら変ることのない状況の下で接種を受けているのである」という方式により実施した予防接種により健康被害を被った各被害児らは国が「国全体の防疫行政の一環として予防接種を実行し、それを更に地方公共団体に実施させ、右公共団体の勸奨によって実行された予防接種により、接種を受けた者として、全く予測できない、しかしながら予防接種には不可避的に発生する副反応により、死亡その他重篤な身体障害を招来し、その結果、全く通常では考えられない特別の犠牲を強いられたのである」（一四五頁）。③この特別の犠牲による損失を当該個人（被害児およびその両親）のみの負担に帰せしめようことは憲法二三条、一四一条一項、二五条の「法の精神に反する」ものであり、この損失は「本件各被

害児らの特別の犠牲によって、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である」(一四五頁)。<sup>④</sup>「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、直接憲法二九条三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解される」(最大判昭和四三・一一・二七、最一小判昭和五〇・三・一三裁判集民一一四号三四三頁、最一小判昭和五〇・四・一一裁判集民一一四号五一九頁参照)。(一四五頁)。<sup>⑤</sup>「憲法二三条後段、二五条一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、後者の方を不利に扱うことが許されるとする合理的理由は全くない」(一四五頁)。<sup>⑥</sup>「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、右憲法二九条三項を類推適用し、かかる犠牲を強いられた者は、直接憲法二九条三項に基づき、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」(一四五頁)。

この地裁判決の立論についてさらに分析されるべきは、(①から) ⑤を前提として、「従って」として⑥につながることでできるか——すなわち、直説憲法を根拠とする金銭的填補請求を肯定する必要性とそのためどの条文が援用されるべきかの問題との識別であり、これに関連しての憲法二九条の解釈のあり方という点にある。被告国側は憲法二九条の解釈のあり方につき、次のように反論している。

(i)「憲法二九条三項の意味、内容を解釈し、確定するに当たって、一項、二項との有機的関連性を何ら考慮することなく、三項のみ独立して解釈するといった手法は不相当である、(ii)「憲法二九条三項にいう『公共のために用いる』ということを個別具体的な接種行為以外の点に求めうるのかの説明されなければならない」、(iii)「憲法二九条三項により正当な補償が、財産権を『公共のために用いた』場合であり、それによって生じる『特別の犠牲』に対して損失補償が必要とされ」るのであり、「生命・身体に対する特別の犠牲については、そのような特別の犠牲を課すこと自体が違憲違法な行為であるとして、差止めのみならず、国家賠償法一条に基づく損害賠償の法理で解決されるべきもの」で、「憲法二九条全体

の構造からして生命・身体について特別の犠牲ということを許容する余地はなく、その意味で本件予防接種について同条三項を類推適用することはできない」(判時一一四五号七八—七九頁参照)。

東京高判平成四・一二・一八(東京地判昭和五九・五・一八の控訴審判決)は、前述のように、憲法二九条三項によって、また、他の憲法条項によっても損失補償請求権を根拠づけることはできないとし、予防接種健康被害者の禁忌該当者推定の理論および厚生大臣レベルの過失の理論に依拠して国家賠償請求を認容した。

(二) 憲法二九条三項のもちろん解釈説を採用する地裁判決と被告国側の反論と高裁判決

憲法二九条三項のもちろん解釈する説を採用する地裁判決としては、大阪地判昭和六二・九・三〇、および、福岡地判平成元・四・一八がある。大阪地判昭和六二・九・三〇は、憲法二九条三項の適用・類推適用説を明示的に否定した後、次のように述べた(福岡地判平成元・四・一八も同様に判示した)。

本件強制接種・勧奨接種の結果生じた健康被害については「憲法二九条三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」のであり、「憲法は、右二九条三項の当然の含意として、公共のためになされた本件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、右財産権につき補償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。すなわち、憲法一三条、一四条一項、二五条一項、二九条の各条項を規定する趣旨に照らした二九条三項の規定の勿論解釈により、原告ら主張の損失補償請求権を肯認することができる」(傍線は竹中)。



これに対し、被告国側は、「もちろん解釈の前提は、類推解釈よりも『より強い理由で』適用できること」にあり、「類推適用することが不可能であるにもかかわらず、もちろん解釈によって適用することができるということは本来理論上あり得ない」と反論した。<sup>(40)</sup>

憲法二九条三項のもちろん解釈を採用する高裁判決はみあたらない。福岡高判平成五・八・一〇（福岡地判平成元・四・一八の控訴審判決）は、予防接種健康被害者の禁忌該当者推定の理論および厚生大臣レベルの過失の理論に依拠して国家賠償請求を認容し、直接憲法に基づく損失補償請求権の存否の論点については判断する必要がないと判示した。大阪高判平成六・三・一六（大阪地判昭和六二・九・三〇の控訴審判決）は、禁忌該当者推定の理論および厚生大臣レベルの過失の理論に依拠して国家賠償請求を認容し、直接憲法に基づく損失補償請求権の論点については明示的には述べなかつた（除外期間の類推適用により請求を棄却した）。

(三) 憲法二五条一項説を採用する地裁判決と被告国側の反論と高裁判決

予防接種健康被害に関して憲法二五条説を採用する名古屋地判昭和六〇・一〇・三一判時一一七五号三頁は、①憲法二九条三項の類推適用説を否定した<sup>(41)</sup>後、②憲法二五条一項説を理論的には肯定したが、結論的には、③予防接種法の救済制度がありこれが違憲でない以上、直接憲法に基づく救済は認められなかつた。同地裁判決は、(i)憲法二五条一項の「健康……な生活を営む権利」を自由権的なものととらえ、(ii)副作用が不可避的に生じるが公的のために強制される中で生じた予防接種健康被害の状況を憲法が放置していると解することはできないこと、(iii)財産権に関する直接憲法二九条三項に基づく補償との「対比」からしても、また(iv)身体を財産より軽視することはできないので、(v)予防接種健康被害者は「憲法二五条一項によって国に対し、直接補償を求めることができる」と解する、(vi)「国の国民に対する

健康保持の責務の系として当然にそのように解すべき」で、この解釈は、(iii)憲法一三条・一四条の「精神からも肯定され」、(iv)裁判所の司法作用の理解とも適合的なものである、という内容・構造となっている。主要部分を抜粋すれば以下の通りである（一五四頁）。

(i)「憲法が予定したところの国民の生命・身体及び健康に対する権利を保障した条項がその二五条であることは文言上まず明らかである。同条項によって、国は国民に『健康……な生活を営む権利』を保障したのであり、その国の手によってこれが侵害されることがあつてはならない」。(ii)同条項（憲法二五条）が一般に国民に対して直接の請求権を付与したものと認めることは文理上困難であるが、そうであるにせよ、予防接種による副反応事故の場合には、これが伝染病の予防という公共の福祉のために稀ではあるが一定の割合で副反応が生じることが避けられないという状況下でなされたものであること、被告国は全国民にこれを強制し、他方国民の側からは副反応事故を完全に防止する途がなく、またこれがいつ誰に発生するか一般に予見しようもないものであること、一旦事故が発生するとその結果は本人のみならずその家族にも誠に悲惨な状態をもたらし、かつ現在の医学ではこれを救うことができないこと等の事情があるのであり、憲法がこのような状況を放置しているものと解することは到底できないのであって、(iii)財産権の取用の場合には憲法二九条三項によって直接補償を認める途があるとされていることの対比からしても、(iv)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、(v)予防接種による副反応事故によって損害ないし損失を受けた者は、国民に健康な生活を営む権利を保障した憲法二五条一項によって国に対し、直接補償を求めることができると解して差し支えないものと思われる」。(vi)憲法二五条一項の文言は直接このことを明言してはいないが、国の国民に対する健康保持の責務の系として当然そのように解すべきであらうし、(vii)またこのことは、……憲法一三条並びに……同一四条の精神からも肯定されるところである」。(viii)「法とは明文をもって定められたものだけに限るものではなく、「全法体系の中であるべき状態になるように法を適用することこそ裁判所に課せられた司法の作用である」。

これに対し、被告国側は、憲法二五条に基づき「実体法上の請求権が発生する余地は皆無」であると反論し、また、直接憲法一四條や憲法一三條に基づき実体的請求権を導き出すことはできないと反論した。<sup>(43)</sup>

憲法二五条一項説を採用する高裁判決はみあたらない。

なお、近時の憲法学説には、「憲法二五条に関する文字どおりの具体的権利説」を提唱するものがみられるが、その射程は一定限定された立論となっている。<sup>(44)</sup>

## 五 私見（憲法一三條説）

### (一) 憲法一三條説に立つ諸学説

予防接種健康被害に関して憲法一三條説に立つ諸学説としては、佐藤幸治説、高橋和之説、内野正幸説、<sup>(45)</sup> 岡本博志説<sup>(46)</sup> などがみられる。

佐藤説の一九九五年の『憲法〔第三版〕』での指摘（憲法二九條三項類推適用説については「生命・身体を『公共のために用ひる』という形になることには抵抗感がある。といって、財産権についての特別犠牲には補償があるのに、予防接種の結果の特別の犠牲者に補償がないというのも、明らかに公正さを欠く」。予防接種健康被害は「基本的には一三條を根拠に救済すべきであるといえよう（財産上の特別犠牲については補償がなされるのに、生命・身体についての特別犠牲については補償がなくあるいは不十分というのでは、何よりも一三條の趣旨に合致しない）」<sup>(47)</sup>（傍線は竹中）は、〈憲法一三條後段を根拠とする「予防接種健康被害に対する憲法上の損失補償請求権」という新しい人権概念を承認する趣旨〉（後述の高橋説と同様の立論）と読むこともできなくはないが、二〇〇八年の論稿では、（そうではなく）予防接種健康被害に対する「救済」は憲法一三條前段によつて根拠づけられるとする立論が示されている。<sup>(48)</sup>

高橋説は次のように述べる。

「憲法二三条を根拠として」これまで日本で『新しい人権』として議論されてきた主要なもの<sup>(48)</sup>の一つとして「特別犠牲を強制されない権利」がある。「特定個人の犠牲において全体が利益を受けるとすれば、犠牲となる個人を『個人として尊重』していないことになろう。…：国の勧めで予防接種を受け後遺症の被害を受けた児童が損害賠償を求めたのに対し、裁判所は伝染病からの集団的防衛のために特別の犠牲を強い意味をもつとして国の責任を認めたが、その根拠として二九条三項の類推適用や一三条を援用した（たとえば、東京地判昭和五九年五月一八日判時一一八号二八頁参照）。生命・身体への権利は『取用』の概念にはなじまないが、全体の利益のために特別の犠牲を受けてはならないことは財産権の場合と変わりないであろう」（傍線は竹中）<sup>(49)</sup>。

## (二) 私見（憲法二三条説）と精密化の課題

### (1) 実効的人権救済論と憲法上の救済権の体系

実効的人権救済論の立場からは、憲法一六条・一七条・二九条三項・三二条・四〇条・七六条・八一条は、憲法上の「救済権」<sup>(50)</sup>（＝憲法上・法令上の権利利益の侵害に対して実効的な司法的救済・非司法的救済を受ける憲法上の権利）を体系的に保障しているものであり、個別憲法条項を援用することが困難である場合には補充的に憲法一三条を根拠に請求する余地を肯定しているものと解する。

すなわち、「おおよそ国民の基本的権利を侵害する国権行為に対しては、できるだけその是正、救済の途が開かれるべきである」という憲法上の要請が、存在する<sup>(51)</sup>との基本的理解に基づき、司法的救済方法としては公権力の活動に対する直接的攻撃訴訟システムと間接的攻撃訴訟システム（損害・損失に対する金銭的填補請求システム）を整備すべきことを憲法上要請し、憲法条項をこの観点から体系的に理解し法令の憲法適合的解釈を行うことを要請し、必要な場合には直接憲法に基づく救済請求が肯認されうるといふ「憲法上の救済権の体系」が用意されていると解する。

なお、前述のように、東京高判平成四・一二・一八は、「公権力の行使によって国民の利益が侵害された場合につき、憲法が全体としてどのような定めを置いているかを検討しなければならない」、「憲法は、……全体として公権力の行使による個々の国民の利益侵害に対する損害填補について一つの体系を形作っているものと認められる」との的確な指摘を行っている（判時一四四五号一〇〇一―一頁―前記（ウ）（エ）の部分）が、同高裁判決には、憲法条文としては憲法一七条・二九条三項・四〇条のみに着目し、憲法一三条（の補充的適用）の可能性を吟味していないという難点がある。

## (2) 予防接種健康被害に対する直接憲法に基づく金銭的填補請求権の存否を検討する際の共通の前提

予防接種健康被害に対する直接憲法に基づく金銭的填補請求権（損失補償請求権等）の存否を検討する際、裁判例も学説も、また、原告も被告も、次の①から④の諸理解を共通の前提としていることが確認されるべきである。

- ① 予防接種については現在の医科学を前提とした場合、どのように注意を払ってもまれにはあるが死亡等の重篤な健康被害が生じることがあること。
- ② 日本国憲法は、「財産権」と「生命に対する権利」・生命を享受する利益との比較において、後者を優位とする理解に立っていること。
- ③ 日本国憲法は、「生命に対する権利」・生命を享受する利益については金銭的填補・補償をしたとしても、公的目的のために剥奪すること、ないし、「公のために用いること」はできないとの理解に立っていること。
- ④ 財産権に関する「特別の犠牲」に対して憲法上の損失補償請求権が憲法二九条三項で明記されており、また、前記②の理解を前提とすると、「生命に対する権利」・生命を享受する利益に対して公的目的からする公権力の活動に起因して「特別の犠牲類似の被害・結果」が特定個人に生じた場合、これに対して「救済を付与すべき憲法上の要請、憲法上の金銭的填補・補償請求権を認めるべき要請」が存することについては否定しがたいともいえること。

すなわち、予防接種健康被害に対する憲法上の損失補償請求権の存否に関する論議は、①から④の諸理解を前提とし

た上で、その憲法上の根拠規定としての憲法条項を援用することが可能か（最も適切か）をめぐるものである。前述の「憲法二九条三項のもちろん解釈説」には、右の④の点で救済が付与されるべきことは憲法の体系的解釈上「もちろん」であるとする事と、その場合に根拠条文として憲法二九条三項を援用することが「もちろん」可能・最も適切であるとする事とを必ずしも識別していないという難点がある。

### (3) 直接憲法一三条に基づく作為請求権の存否

憲法一三条説自体を明言する地裁・高裁判決はみられないが、憲法二五条一項説を採用した名古屋地判昭和六〇・一〇・三一に対する被告国側の反論の中で次の指摘は、「憲法一三条説への反論」とも位置づけうるものである。

「(i)憲法一三条は、個人主義を基調とする自由権的基本権ないし基本的人権を一般的、抽象的、包括的に宣言しているものである。(ii)したがって、憲法一三条が裁判規範として現実に機能する余地があるとすれば、それは、基本的人権を制約する法令、処分等の合憲性が争われた場合に同条が憲法の基本理念を表明しているものとして、同条の趣旨により法令、処分等が違憲無効とされる場合に限られるというべきであり、憲法一三条の規定の趣旨、目的、内容、性質等に照らすと、国民が国に対し直接同条に基づき何らかの実体法上の請求権を取得するというようなことはおよそ考えられないところである」(i)(ii)および傍線は竹中が追加。

しかし、これに対してはいわば再反論として、憲法一三条後段を「包括的」権利保障規定であることとらえることは、憲法一三条後段を根拠として承認される新しい人権の具体的権利性が直ちに否定されることを意味しない、という点を指摘することが可能である。たとえば、憲法一三条後段を根拠として承認される憲法上のプライバシーの権利の主たる内容をなす「自己情報コントロール権」の作為請求権の側面は、基本的には、抽象的権利であるが、このことは場合によっては直接憲法一三条に基づく作為請求（たとえば、自己情報削除請求）の余地を否定するものではないとの解釈を提

示することが可能である。<sup>(33)</sup> また、参照されるべき下級審裁判例として、東京地判昭和五九・一〇・三〇およびその控訴審判決である東京高判昭和六三・三・二四、浦和地判平成一一・三・一をあげることができよう。<sup>(34)</sup>

#### (4) 判断能力が十分な個人への予防接種と憲法上の損失補償請求権

昭和五一年改正前の予防接種法の下での予防接種強制制度（罰則による間接強制制度）は憲法一三条に違反するとする私見の立場では、〈判断能力が十分な個人への（同法に基づく）「強制接種」〉自体が違憲であり、国家賠償法一条上違法と解することになる。

現行の予防接種法は予防接種を受けることについての努力義務規定のみを定めており、判断能力が十分な個人に関する限り、同法自体は直ちに憲法一三条違反とはいえないであろう。もつとも、現行法も「禁忌該当者への予防接種は違法」との理解を前提としており、予防接種を受けるか否かに関する自己決定を行うに足りるだけの十分な情報（とくに副作用の種類・程度等に関する情報）が提供されていなかった場合や、十分な予診義務体制が確立されていなかった場合には違法・過失があるものとして国家賠償法一条に基づく請求が可能となることはいうまでもない。

問題は、公務員の過失が認定しえない場合（たとえば、十分な情報・説明に基づく同意（インフォームド・コンセント）がなされ、予診義務が尽くされた場合）でなおも重篤な健康被害が発生した場合、直接憲法一三条に基づく損失補償請求権が肯認されるかである。この点につき、新美説は、「被接種者の自己決定権を十分に尊重したうえで予防接種において事故が発生した場合」については「危険の引受」があったとして、一切の救済を否定する説と、適法行為による特別の犠牲が発生したとして、損失補償を肯定する説とが当面考えられるが、被接種者の同意に『危険の引受』までもなされているとの意味を付与することは疑問であり、後者に賛成すべきように思われる」と指摘する。<sup>(35)</sup>

現行法八条の〈予防接種を受ける努力義務規定〉は、〈国民が予防接種を受けることを公権力として「推奨」しているもの〉ととらえることができよう。①予防接種は健康体に異物を注入するものであること、②「予防接種は現在の医学を前提とした場合、どのような注意を払ってもまれにはあるが死亡等の重篤な健康被害が生じることがあること」を認識したうえで③公権力が憲法二五条二項の「公衆衛生の向上及び増進」施策として予防接種サービス提供活動を実施し同サービスを受けるよう「推奨」するという法・行政システムが憲法上正当化されるためには、少なくとも、予防接種サービス提供活動の結果として生じた重篤な健康被害を填補する憲法上の請求権が同システムに帶有されなければならぬとの要件（憲法二五条に基づく予防接種体制が合憲的に実施されるための正当化要件の一つとしての「予防接種健康被害に対する直接憲法一三条に基づく金銭的填補請求権の承認の要件」）の充足が憲法上要求されると解すべきではなからうか。なお、立論の精密化に向け、筆者の今後の検討課題としたい。

(5) 判断能力が欠如した個人への予防接種と憲法上の損失補償請求権

判断能力が欠如した個人に対する予防接種は「公権力により医的侵襲をうけない権利」の制約に該当することになるが、これが憲法上正当化されうるとするためには、少なくとも、(i) (前述の)「判断能力が欠如した個人と親密な人的結合関係にある者（保護者等）」への事前の説明・承諾の要件」の充足に加えて、(ii)憲法二五条に基づく予防接種体制が合憲的に実施されるための正当化要件の一つとしての「予防接種健康被害に対する直接憲法一三条に基づく金銭的填補請求権の承認の要件」の充足が、憲法上要求されると解すべきではなからうか。なお、立論の精密化に向け、筆者の今後の検討課題としたい。



(1) 日本国憲法の下において戦後憲法学は、憲法二五条につき、一項の「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」の法的性格論等や二項の「社会福祉」「社会保障」の向上増進関連法システムについて検討してきたが、二項の「公衆衛生」の向上増進関連法システムについては、それ自体としては検討してこなかった。行政法学においても、公衆衛生法・行政システムについては、「行政強制論(即時強制・直接強制論等)」といった限定的な問題設定の下で一定の検討が行われてきたにすぎず、「公衆衛生」立法・行政自体の行政法学的検討(行政裁量行使の違憲性・違法性審査論などを含む公衆衛生行政の法的コントロール論にまで踏み込んだ研究)は行われてこなかったといえよう。また、社会保障法学においても、「社会保障法」の定義・体系において「公衆衛生」法は必ずしも適切な位置づけを与えられてはこなかったように思われる。憲法二五条二項にいう「公衆衛生」向上増進施策は、「社会福祉」・「社会保障」向上増進施策と異なり「集団予防」・「社会防衛」といった目的・観点から行われることが少なくない。「公衆衛生」法・行政システムについては、「集団の利益と個人の自由権・自己決定権等との緊張に関する憲法学的検討」という観点から自覚的に検討される必要がある。

(2) 予防接種法令研究会編『予防接種ハンドブック「改訂第九版」(日本医事新報社、二〇〇二年)五頁参照。

(3) 感染症法研究会編『予防接種法詳解(中央法規出版、二〇〇七年)はしがき。

(4) 実効的人権救済論は、①憲法解釈論レベルのものと、②憲法適合的法制度論(憲法解釈論に基礎された、あるべき法制度・法システムを構想する論)レベルのものとに大別される。①については、竹中勲「実効的人権救済論」佐藤幸治ほか編『憲法五十年の展望Ⅱ』(有斐閣、一九九八年)三四五頁以下、井上典之「実効的な権利保障」小山剛・駒村圭吾編『論点探究憲法』(弘文堂、二〇〇五年)二三八頁以下参照。

(5) 厚生省医務局『医制百年史(記述編)』(ぎょうせい、一九七六年)一頁は、「衛生行政が本格的に軌道に乗り出したのは、文部省(明治四年七月設置)に明治五年二月に設けられた医務課が翌六年三月医務局に昇格し、ついで明治七年八月十八日にわが国の総合的衛生制度の濫觴たる医制が公布されるに至ってからである」と指摘する。

(6) 厚生省医務局編『医制百年史(資料編)』(ぎょうせい、一九七六年)一三七頁参照。

(7) なお、国民体力法は、「政府ハ国民体力ノ向上ヲ図ル為本法ノ定ムル所ニ依国民ノ体力ヲ管理ス」(一条一項)、「前項ノ管理トハ国民の体力ヲ検査シ其向上ニ付指導其他必要ナル措置ヲ為スヲ謂フ」(二条二項)と規定し、「被管理者」とは「帝国臣民タル未成年者」(陸海軍の軍人・学生生徒等を除く)である(二条)と規定していた。

(8) 昭和三年の予防接種法の提案理由説明では、「終戦後の社会的混乱は昭和二十年、二十一年と引続き伝染病の爆発的発生と蔓延を惹起致しました。……このたび長年実施され、その効果をあげてまいりました種痘法に実施方法を参酌いたしまして、痘瘡に限らず傳染のおそれ

のある疾病に対して学界において、免疫の効果を確認されておりまする免疫原による予防接種を全面的に実施いたすこととし、もつて疾病予防の完璧をはからんとするものであります。」とある（今別府敏雄「伝染病予防法・予防接種法——制定前夜」時の法令一二四三号（一九八五年）三九頁以下、四一頁参照）。

- (9) 昭和五一年改正後の予防接種法三条は市町村長の定期の予防接種を行う義務、四条は定期の予防接種を受ける義務（前条の規定による予防接種の対象者は、その指定された期日に、市町村長の行う予防接種を受けなければならない）、六条は都道府県知事・市町村長の臨時の予防接種を行う義務、七条は臨時の予防接種を受ける義務（前条の規定により予防接種を受けるべき者として指定された者は、その指定された期日に、都道府県知事又は市町村長の行う予防接種を受けなければならない）、九条は緊急時の臨時予防接種を行う都道府県知事・市町村長の義務等、一〇条は緊急時の臨時予防接種を受ける義務（前条第一項の規定により予防接種を受けるべき者として指定された者は、その指定された期日に、都道府県知事又は市町村長の行う予防接種を受けなければならない）、一二条は保護者の義務（この章の規定により予防接種を受けるべき者が十六歳未満の者又は禁止産者であるときは、その保護者において、その者に予防接種を受けさせるため必要な措置を講じなければならない）、一三条は施設の長等の義務および権限について規定し、罰則として二六条は「第十条の規定に違反した者（十六歳未満の者及び禁止産者を除く。）又は第九条第一項の規定による予防接種について第十二条の規定に違反した者は、十万円以下の罰金に処する」と規定した。

- (10) 一九九三（平成五）年二月一四日の公衆衛生審議会答申は「国民の考え方は、各個人の疾病予防のために予防接種を行い、自らの健康の保持増進を図るという考え方へ変化し、その積み上げの結果として、社会全体の疾病予防を図るという考え方に変化しつつあるとして、義務接種から勧奨接種へ」との提言を行った。西荻章『予防接種と法』（一粒社、一九九五年）四頁以下、二五―二六頁参照。

- (11) 前掲注（9）参照。

- (12) 健康増進法二条は、「国民は、健康な生活習慣の重要性に対する関心と理解を深め、生涯にわたって、自らの健康状態を自覚するとともに、健康の増進に努めなければならない」と規定する。

- (13) 高齢者医療制度研究会監修『高齢者医療確保基本法令集』（中央法規出版、二〇〇八年）二頁以下参照。

- (14) たとえば、「生活保護法」（昭和二五年法律一四四号）一条、七条、三〇条一項・二項参照。

- (15) たとえば、「精神保健及び精神障害者福祉に関する法律」（昭和二五年法律二二三号）は、一条の目的規定のもとで、(a)サービスの任意的提供手段規定に加えて、(b)自由権、自己決定権を制約する手段規定＝精神障害者の強制入院制度——措置入院（二九条）・医療保護入院（三三条）

等—について規定しており、後者の(b)部分については、身体の自由・生命身体のあり方に関する自己決定権を保障する憲法諸規定に照らしてその合憲性が吟味されなければならない。同法二九条・三〇条等の合憲性については、さしあたり、竹中勲「精神障害者の強制入院制度の憲法学的検討—同志社法学五六巻六号・通巻三〇四号(二〇〇五年)一七七頁以下参照。また、憲法二六条実現立法の一つである障害児普通教育法制(学校教育法関係規定等)」と自己決定権(親の子どもを養育する自由など)との関連構造については、さしあたり、竹中勲「社会権実現立法・行政・司法における自由権・自己決定権尊重アプローチ—留明事件(特殊学級入級処分取消等請求事件)控訴審判決を素材として」産大法学三三巻三・四号(二〇〇〇年)一七〇頁以下参照。

(16) 現行の予防接種法三条は、「市町村長は、一類疾病及び二類疾病のうち政令で定めるものについて、当該市町村の区域内に居住する者であつて政令で定めるものに対し、保健所長(特別区及び地域保健法(昭和二十二年法律第百一号)第五条第一項の規定に基づく政令で定める市(第九条において「保健所を設置する市」という。)にあつては、都道府県知事とする。)の指示を受け期日又は期間を指定して、予防接種を行わなければならない。」(二項)、「都道府県知事は、前項に規定する疾病のうち政令で定めるものについて、当該疾病の発生状況を勘案して、当該都道府県の区域のうち当該疾病に係る予防接種を行う必要がないと認められる区域を指定することができる。」(二項)、「前項の規定による指定があつたときは、その区域の全部が当該指定に係る区域に含まれる市町村の長は、第一項の規定にかかわらず、当該指定に係る疾病について予防接種を行うことを要しない。」(三項)、と規定する。同法六条は、「都道府県知事は、一類疾病及び二類疾病のうち厚生労働大臣が定めるものまん延予防上緊急の必要があると認めるときは、その対象者及びその期日又は期間を指定して、臨時に予防接種を行い、又は市町村長に行うよう指示することができる。」(一項)、「厚生労働大臣は、前項に規定する疾病のまん延予防上緊急の必要があると認めるときは、政令の定めるところにより、同項の予防接種を都道府県知事に行うよう指示することができる。」(二項)、と規定する。

(17) 東京高判平成四・二・一八の「理由」の構造は、「第一 請求原因(当事者)と同二(事故の発生)等について、第二 因果関係について、第三 損失補償請求について、第四 禁忌該当者に予防接種を実施させないための十分な措置をとることを怠つた過失について、第五 被害児古川(五六)を除くその余の被害児及びその両親の被つた損害について、第六 控訴人の抗弁について、第七 結論」となっている。

(18) 本件事案においては、被害児の接種した予防接種の種類は、痘そうワクチン(種痘)、インフルエンザ、ポリオ生ワクチン、百日せきワクチン、日本脳炎ワクチン、腸チフス・パラチフスワクチン、百日せき・ジフテリア二種混合ワクチン、百日せき・ジフテリア・破傷風三種混合ワクチンであり、予防接種の態様は、「強制接種(昭和五十一年改正前の予防接種法五条、六条の二、九条を根拠とするもの)および「勧奨接種(国から地方公共団体に対する行政指導に基づくもの)、「集団接種」および「個別接種」である。

(19) 新美育文「予防接種事故と国・自治体の責任」判タ五四六号(一九八五年)一〇頁、一五一―一六頁。なお、須藤陽子「公衆衛生と安全」公法研究六九号(二〇〇七年)一五八頁参照。

(20) 竹中勲「自己決定権の意義」公法研究五八号(一九九六年)二六頁以下、同「生命に対する権利と憲法上の自己決定権」佐藤幸治ほか編(阿部照哉教授還暦記念)「人權の現代的諸相」(有斐閣、一九九〇年)二四頁以下参照。

(21) さしあたり、竹中勲「憲法二三条と自己人生創造希求権」佐藤幸治先生古稀記念『国民主権と法の支配(下巻)』(成文堂、二〇〇八年)一三五頁以下、同「憲法学とパターナリズム・自己加害阻止原理」佐藤幸治先生還暦記念『現代立憲主義と司法権』(青林書院、一九九八年)一六七頁以下参照。④の「公益確保原理」は文言上、①②③を包摂しうる原理であり、人權制約の正当化原理に関する(戦後憲法学のこれまでの)類型化・体系化・精密化の努力の積み重ねを無に帰せしめる危険性を内包していることからすると、④の原理を提示するには、その精密化の作業―たとえば、憲法二三条前段の原理と適合的な内実をもつ原理、①②③の原理と識別しうる内実をもつ(明確な限界づけを伴った)原理として構成する作業―が不可欠の前提とならう。また、人權制約の正当化の脈絡で公権力により提示される公益についてはその段階構造を分析し、どのレベルの具体性をもった公益との関連で当該人權の制約内容を正当化しうるかが分析されるべきであろう。示唆的なものとして、たとえば、最三小判平成一九二・二七判時一九六二号三頁(ビアンノ伴奏拒否戒告処分事件)における藤田宙靖裁判官による反対意見は、公務員の憲法一九条に関する利益と対抗する「公共の利益」を「究極(の一般的・抽象的な)目的」「中間目的」・具体的な目的」というように構造的に分析し、当該人權との衡量は「具体的な目的」とのレベルで行わなければならないと指摘する(九一―一〇頁)。(22) 棟居快行「生命・身体への侵害と憲法二九条三項」ジュリ八九八号(一九八七年)一六頁は、予防接種の強制につき、「本人自身の健康のため」の合理的選択の制度化とみても、そのような危険を伴う『おせっかい』の正当性は疑問である、「接種者にはいずれにせよ伝染しないことを考えると、他人の健康のために危険の強制ないし自由意志の抑圧が正当視されると捉えるのはフィクションに他ならぬ」とする。

(23) 「判断能力が不十分な個人」への予防接種に関しては、当該個人がより丁寧な説明をうけ、また自己決定を支援する制度のもとで「インフォームド・コンセント」を行いうる場合には、基本的に、「判断能力が十分な個人」への予防接種と同様にとらえることができよう。

(24) なお、成年被後見人の身上行為に関しては、成年被後見人は同意権能を有するかについては、論議の途上にある。論議の動向については、さしあたり、四宮和夫・能見善久『民法総則(第六版)』(弘文堂、二〇〇〇年)六三―六四頁、上山泰「医療行為に対する成年被後見人等の権限と機能」新井誠編『成年被後見と医療行為』(日本評論社、二〇〇七年)八八―八九頁、須永醇「成年被後見制度について」法と精神医療一七号(二〇〇三年)二八頁、床谷文雄「成年被後見における身上配慮義務」民商法雑誌一二二巻四・五号(二〇〇〇年)五三三頁以下、新井誠「成

年後見法における医療行為の同意権」・前掲「成年後見と医療行為」六頁、神谷遊「未成年者への医療行為と親権者による同意の拒否」判タ一二四九号(二〇〇七年)五八頁参照。民法は、「成年後見人は、成年被後見人の生活、療養監護及び財産の管理に関する事務を行うに当たっては、成年後見人の意思を尊重し、かつ、その心身の状態及び生活の状況に配慮しなければならない(八五八条)」、「後見人は、被後見人の財産を管理し、かつ、その財産に関する法律行為について被後見人を代表する(八五九条一項)」と規定する。民法八五九条一項では成年被後見人の身上監護に関する「代表」・「同意」権能が明記されていないことに着目する否定説と、民法八五八条の「療養監護」義務規定に着目して同意権能を解釈上導出しようとする肯定説などがみられる。

(25) 「予防接種健康被害に対する憲法上の救済権」の論点については、先行研究として、たとえば、稲葉馨教授による的確な分析がある(稲葉馨「予防接種禍に対する国の補償責任——東京高裁平成四年二月一八日判決の光と影」ジュリ一〇二二号(一九九三年)六〇頁以下)。本稿はその後の知見も加味して、試験的に私見を提示しようとするものである。

(26) なお、『予防接種法詳解』・前掲注(3)五頁は、「これ(予防接種法一条)は、予防接種による伝染のおそれがある疾病の予防を個人の健康ではなく、公衆衛生の向上及び増進という公共の利益に寄与するという観点から行われるものであることを明確にし、制度上避けることのできない副反応等による健康被害について、その被害救済を迅速に行うことによつて、社会防衛の観点からやむを得ない合理的なものに限り、制度上許容することとするものである。個人の疾病の予防や重症化防止、個人の健康増進のために目的が限られる予防接種は予防接種の対象とはなりえない。」と解説している(傍線は竹中)。

(27) 堀之内敬「新しい予防接種と健康被害救済制度」時の法令九六一号(一九七七年)一一頁は、予防接種は「関係者がいくら注意を払つてもどうしてもごくわずか事故が起り得る」にもかかわらず「社会防衛のために国民に義務づけられたもの」であるという「特殊性」を前提に、「不法行為にも基づくものでない点で国家賠償と異なり、法が当然に予想する財産的損失ではない点で損失補償とも異なる」、「公的補償の精神」に基づく「全く新しい制度」として構想されたものと説明する。成田頼明「予防接種健康被害救済制度の法的性格について」田上穂治先生喜寿記念「公法の基本問題」(有斐閣、一九八四年)四四九頁以下は、昭和五年の伝染病予防調査会制度改正部会の最終答申は、救済制度の基本的性格を「国家補償的精神に基づき……社会的公正をはかる制度」としており、国会審議過程で厚生省公衆衛生局長は、「同制度は、損害賠償請求制度でも社会保障制度でもなく、「無過失の場合に救済をする」というような制度は全く新しい制度」であり、「公的補償の精神」に基づいた救済制度」であると答弁している(四五六頁)。なお、稲葉馨「国家補償」と法令用語」法教一四五号(一九九二年)五六頁以下参照。

(28) これに対し、高松地判昭和五九・四・一〇判時一一一八号二六三頁は、憲法二九条三項の類推適用を否定し、さらに、「昭和五一年改正の予防接種法による」救済制度の確立は、予防接種が国民全体の健康を守るといふ公益のもと、接種に伴う健康被害を完全に回避しえない現状で為さざるをえないものであるから、予防接種に伴う健康被害を受けた者に対し、国家補償の見地からできる限りの補償を与えようとするものであると解され、右救済制度以外あるいはそれを上回る損失補償請求を許さない趣旨である(一七六頁)とした。

(29) 類型<sup>7</sup>(行政訴訟)としては次のものがある。東京地判昭和五六・一一・九判時一〇二二三三五頁(痘瘡ワクチン)——取消請求認容。仙台地判昭和六〇・三・一二判時一一四九号三七頁(インフルエンザHAWワクチン)——取消請求認容。↓仙台高判昭和六三・一二・二三判時一二六七号二四頁(控訴棄却)。長野地判平成二・五・二四判タ七・二五号二四九頁(インフルエンザワクチン)——取消請求認容。浦和地判平成七・三・二〇判タ八九〇号八八頁(インフルエンザワクチン)——取消請求認容。東京地判平成八・四・二三判時一五七五号四三頁(三種混合ワクチン)——取消請求認容(確定)。福島地判平成八・八・二三判タ九三九号一〇二頁(三種混合ワクチン)——取消請求認容(確定)。

(30) 前掲注(28)参照。

(31) 裁判所は、予防接種ワクチン接種とその結果発生するとされる重篤な副反応との間に相当因果関係が存在すると認めるための基準として、次の四つの要件の充足が必要であると解してきた。①ワクチン接種と予防接種事故とが時間的・空間的に密接していること、②他に原因となるべきものが考えられないこと、③副反応の程度が他の原因不明のものによるよりも質量的に非常に強いこと、④事故発生のメカニズムが実験・病理・臨床等の観点から見て、科学的・学問的に実証性があること。

(32) 最二小判平成三・四・一九判時一三八六号三五頁は、「予防接種によって右後遺障害が発生した場合には、禁忌者を識別するために必要とされる予診が尽くされたが禁忌者に該当すると認められる事由を発見することができなかったこと、接種者が右(後遺障害を発生しやすしい)個人的訴因を有していたこと等の該段の事情が認められない限り、接種者が禁忌者に該当していたと推定するのが相当である」(三八頁)、と判示した。評釈として、富越和厚・最判解民平成三年一七九頁および同一九七頁に引用のもの、稲垣喬「予防接種による後遺障害の発生と禁忌者たることの推定」民商法雑誌一〇五巻五号(一九九二年)六九五—六九六頁参照。

(33) 最一小判昭和五一・九・三〇民集三〇巻八号八六一頁(東京高判昭和四九・九・二六民集三〇巻八号八三六頁を破棄差戻)は、予防接種を担当する医師は、予防接種実施規則四条の予診義務を負い、「問診するにあたって、接種対象者又はその保護者に対し、単に概括的、抽象的に接種対象者の接種直前における身体の健康状態についてその異状の有無を質問するだけでは足りず、禁忌者を識別するに足りるだけの具体的な質問、すなわち実施規則四条所定の症状、疾病、体質的訴因の有無及びそれらを外部的に徴表する諸事由の有無を具体的にかつ被質問者

に的確な応答を可能ならしめるような適切な質問をする義務がある」と判示した。

- (34) 佐藤幸治『憲法(第三版)』(青林書院、一九九五年)六一四頁は、「本条(憲法一七条)の基底には、少なくとも、公務員の違法行為によつて人権侵害をもたらした場合の救済規定たる趣旨があると解される」、「国家賠償法が制定されているから、この問題は理論的なものにとどまるが」、「本条は『国家無答責の原則』を否定している以上、立法政策的に形成されるべき領域は別として、およそ国家賠償制度の核心にかかわる領域については、法律の定めがなくとも、直接本条によつて賠償請求権が発生すると解すべきであろう」と指摘する。また、同「基本的人権の保障と救済」同『現代国家と司法権』(有斐閣、一九八八年)は、「仮に法律がなくとも裁判所が一定の具体的事情に応じて同条(憲法一七条)を根拠に賠償を認めることがありうる」と解すべきことになろう(二八二頁)、「国家の公益のためにする活動に起因して生命・身体に対する重大な被害が認められる場合に、しかも利益状況が必ずしも複雑とはいえないような事情がある場合に、裁判所が救済措置を講ずることは、基本的に憲法一三条の要請に応える『司法権』の活動といえる余地があるのではなからうか(二八〇頁)」、「司法権」について、権利の判定・宣言の段階と救済の段階という二つのレヴェルがあり、前者の段階では法原理的決定という要請が働くのに対して、後者の段階では政策的配慮に基づく法創造的契機の有存するものである(二八二頁)、と指摘する。

- (35) 高田敏『社会的法治国の構成』(信山社、一九九三年)三二五頁は、憲法一七条の「不法行為」は「核をなす部分」と「立法裁量に属する部分」から成り、「無過失責任や結果責任は、立法裁量に属すると解される(したがって国家賠償法一条は違憲ではない)が、しかし法解釈基準をなすことになろう」との「原則的」理解を示した上で、しかし「結果責任が核部分を構成することもケースによってはありうる」とし、「生命・身体等に対する重大な被害を結果としてもたらし(『不法な結果』、当該人に対して『特別の犠牲』を課すにいたつた場合には、その特別の犠牲を憲法上救済しなければならないことに鑑み、その原因行為は憲法一七条にいう『不法行為』の核を構成すると解する)とし、「その場合は、『不法行為により、損害を受けたとき』に該当し、したがって、『法律の定めるところにより、国又は公共団体に、その賠償を求めることができ』なければ、違憲と解される」とする。この違憲状態を解消する方法としては「国家賠償法第一条の憲法適合的解釈」の方法を採用するとし、次のようにいう。「憲法一七条からすれば、同条にいう『法律』の不存在はあるべきではない。そこで、憲法一七条にいう『法律』の一般法、すなわち国家賠償法を、憲法具体化法として解釈することとし、生命・身体等についての特別の犠牲が惹起された場合には、国家賠償法一条の要件を満たすものとして救済されるべきではないか、と考えるのである。その場合、『一条の要件のうち』『違法性』については、生命を奪い、あるいは身体に対して重大な被害を加えることが、基本的人権を『侵す』(憲法九七条・一二条)ことの最たるものであることに鑑みれば、結果としての不法であれ、それを『違法』と解することには困難はなからう。したがって、問題は『過失』

の認定であるが、右の場合の憲法適合的解釈からすれば、法律の定めるその要件をみたすものとして救済されるべきことになろう」。

上記の高田説が「採用する(国家賠償法一条自体は違憲ではないが、「特別の犠牲」など特定の場合には同一条の明記する「故意又は過失」の要件が適用されないとする解釈手法)は(法令の一部違憲の手法とも異なるものであるが)法律の憲法適合的解釈の域を超えるものではないかとの疑問がないではない。

高田説の評価に関しては、西塾『予防接種と法』・前掲注(10)一八四頁、および、大隈義和「予防接種禍補償をめぐる憲法問題」法政研究六三巻三・四号(一九九七年)二八七頁参照。

- (36) 金森徳次郎国務大臣は、憲法一七条につき「斯様な規定を致しますれば、直接には無過失損害賠償は問題の外になるのではなかったかと考えて居ります」、「憲法が斯様に規定致しますればとて、法律は……その範囲外に亘って必要に応じて規定を設けることは又可能であります」と答弁している(清水伸編著『逐条日本国憲法審議録第二巻』(有斐閣、一九六二年)三七八頁)。また、木村篤太郎司法大臣は「公務員が職務を行うに当りまして、故意又は過失に依つて、不法に損害を加えた場合には、被害者は国に対して賠償請求権を有することになったのであります」と答弁している(前掲三八八頁)。

- (37) なお、稲葉・前掲注(25)六七頁は、「むしろ憲法は、差し当たり、無過失違法行為に関し一般的には中立的な立場をとっているという解釈も可能であろう(一方で違法行為はすべて同条(憲法一七条)の問題としながら、他方では、同条により違法無過失賠償まで要求されるわけではないというのは、やや分かりにくい)」と、指摘する。

- (38) 最大判昭和四三・二・二七刑集二巻二二号一四〇二頁判時五三八号一二頁は、「本件被告人も、その損失を具体的に主張立証して、別途、直接憲法二九条三項を根拠にして、補償請求をする余地が全くないわけではない」と述べた。なお、今村成和・判例評論一二三号(判時五四七号)二四頁は「その理由については述べるところがなく、単に結論がなされているに過ぎない」とする。

- (39) 前掲注(38)参照。

- (40) 被告国側は、「もちろん解釈というのは、憲法二九条三項の類推適用とどのように異なるのか必ずしも明らかではないが、もちろん解釈とは、『規定されていない事項について、「より強い理由で」適用されると解釈すること』をいうとされているのであって、もちろん解釈の前提は、類推解釈よりも『より強い理由で』適用できること、すなわち、一定の規定を基にして、その法理が妥当する類似の事項についてかかる規定が存するのと同様の法的処理を行おうとする解釈手法であるが、かかる規定が存する事項と当該規定が存しない事項との関係は、もちろん解釈という場合の方が類推解釈といわれる場合よりも類似性が強いのか、価値的にも高く、規定の背後にある法理がより強く妥当する場合



であろう。しかしながら、予防接種禍に憲法二九条三項を類推解釈して適用するというのは、財産権を公共のために用いるということと予防接種ということとの間に類似性が存することが前提であるが、両者間には根本的な違いがあるのであり、類推適用することが不可能であるにもかかわらず、もちろん解釈によって適用することができるということは本来理論上あり得ないといわなければならない」と主張する（大阪高判平成六・三・一六判時一五〇〇号七七頁）。

(41) 名古屋地判昭和六〇・一〇・三一判時一一七五号一頁は、①「生命・身体・健康に関する被害は収用に基づく財産権に対する侵害とは発生状況及び態様を全く異にするものである」、②「そもそも憲法二九条三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が、このような解釈は著しく妥当性を欠くものであり、憲法一三条、二五条とも不整合の嫌いをまぬかれぬ」と述べ、憲法二九条三項の類推適用説を否定した（一五三頁）。

(42) 被告国側は、直接憲法二五条に基づく損失補償請求の可否につき、「同条の裁判規範としての効力は、国の責務とされている社会的立法の具体的な立法措置が同条の趣旨に反して著しく合理性を欠き明らかに立法府にゆだねられた裁量の逸脱・濫用とみざるを得ないような場合に司法審査の対象となる余地がある」という意味で、いわゆる自由権的效果を有するにとどまるものであり、同条の規定に基つき何らかの实体法上の請求権が発生する余地は皆無というべきである」と主張した。

(43) 被告国側は、直接憲法一四条に基づく損失補償請求の可否につき、「憲法一四条一項は、近代憲法のもつ平等主義の大原則を一般的に宣言したものであり、法の内容についての制約として立法に基準を与え、また法の執行に対する制約として、行政と裁判を誘導するものであつて、いわば高次の国政指導原理たるものであり、裁判規範としての効力は、差別を内容とする行為（法律ないし処分）を違法とし、無効とするにとどまり、それ以上に、国民が実質的平等を実現するように国家に要求し得る権利を含むものではない。右条項を根拠として国民の国に対する実体法上の請求権を認める余地は存しない」と主張し（判時一一四五号七六頁）、憲法一三条についても同様に主張した（後掲注〔50〕の本文参照）。

(44) 棟居快行「生存権の具体的権利性」同『憲法学再論』（信山社、二〇〇一年）三四八頁以下（初出は一九九五年）は、憲法二五条一項の裁判規範性についての消極説の根拠（①不確定概念性、②審査不適合性、③作為方法不特定性、④予算随伴性）を批判的に検討した後、「ことばどおりの意味における具体的権利説」を提唱するとし、「金銭的給付請求も、『健康で文化的な最低限度』以下と明らかにいえる部分に限つての請求であれば可能であると思われる。また、立法不作為が違憲だといえるのも、『健康で文化的な最低限度』以下と明らかにいえる部分についてのみである。そうであれば、金銭給付が可能である以上、違憲確認訴訟を提起する訴えの利益（確認の利益）はなさそうである」と主張した。

ある(二三六〇頁)、「請求額を低く押さえた上で具体的な給付請求も、……成り立ちうる」と論じ、①に関連して、「確実に『健康で文化的な最低限度の生活』以下だといえる生活水準は存在するのである。そのような水準にあえぐ国民が、『最低限度』に至らない範囲で、わずかな給付を求める場合には、『健康で文化的な最低限度』の不確定概念性を理由として、生存権の裁判規範性を否定することはできないはずである。すなわち、きつかり『健康で文化的な最低限度』の給付を裁判所が判決で認めることはできないとしても、原告が『健康で文化的な最低限度』以下であることが明らかである範囲内の給付に限定して請求してきた場合には、その限りでは生存権の裁判規範性が肯定されることになる(三三二頁—傍線は竹中)と述べている。また、藤井喬也『権利』の発想転換(成文堂、一九九八年)四一六頁以下参照。棟居説(一)いう「ことばどりの意味における具体的権利説」は、『健康で文化的な最低限度』以下と明らかにいえる部分に限っての請求、「請求額を低く押さえたうえでの具体的な給付請求」に限り(法律がなくとも)憲法二五条一項を根拠に可能であると説くものであることに注意する必要がある。棟居説の意義は、憲法二五条一項に基づく具体的給付請求が理論的に可能であることを立論した点にあるが、原告が勝訴判決を得ても「最低限度の生活」のニーズを満たすことができない生活状態(したがって憲法二五条一項違反の状態)にとどまることを覚悟の上で訴訟提起をするということは運動論的には重要な意味を持つが、同説を「憲法二五条に関する文字どりの具体的権利説」そのものと位置づけることは困難であるように思われる。

(45) 内野正幸『憲法解釈の論点(第四版)』(日本評論社、二〇〇五年)九五頁は、東京地判昭和五九・五一八の憲法二九条三項の類推適用説に言及した後、「しかし、この場合の補償請求権は一三条後段から引き出されるべきであろう」とする。

(46) 岡本博志「予防接種ワクチン禍訴訟東京地裁判決」法政論集一二巻三四号(一九八五年)一一三頁は、「生命、身体に対する特別の犠牲について解釈論としては、一三条、一四条一項から補償の必要性を導くこともできると思われる」とする。

(47) 佐藤『憲法(第三版)・前掲注(34)』五七三頁、四四五頁。

(48) 佐藤幸治「憲法と『人格的自律権』」同『現代国家と人権(有斐閣、二〇〇八年)』一〇八—一〇九頁は、「もう一つは、端的に個別的権利・自由(一三条によって補充的保障対象となる独自の類型の権利を含む)を侵害するとまてはいえないが、公権力の行使のあり方として(一三条)前段との関係で疑問視すべき局面である。通常このような局面は考えにくく、ほとんど政策的な当否の次元で判断されることになる(……)、全くありえないとまで断すべきではない(例えば、予防接種禍にまつわる『救済』に関する問題は、基本的にはこの文脈で捉えるべきだと考えている)。」と述べている。

(49) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法(有斐閣、二〇〇五年)』一三三頁、一二九頁。

(50) なお、憲法一七条・三二条・四〇条は従来の憲法教科書では「受益権」・「国務請求権（国務要求権）」という表題のもとに論じられてきたが、

これらの用語は定義上「社会権」と識別することは困難であり、端的にその内容に着目して「救済権」との名称づけを行うのが適切であろう。

(51) 最大判昭和五・四・一四民集三〇巻三三三頁・三三三頁・判時八〇八号二四頁。

(52) 名古屋地判昭和六〇・一〇・三一判時一五〇〇号七二頁。

(53) なお、佐藤幸治「プライバシーの権利」同『現代国家と人権』・前掲注(48) 四九一頁以下参照。

(54) 東京地判昭和五九・一〇・三〇判時一一二七号二九頁は、(憲法一三条に基づく自己情報削除訂正請求権自体を明示的に承認したものでないが)「行政機関の保有する個人情報」の削除訂正を、「人格権」を根拠として民事訴訟の形式を用いて請求しうるとした初めての裁判例として、きわめて注目し得るものである(「竹中勲」厚生省援護局身上調査票訂正等請求訴訟)『昭和五九年度重要判例解説』ジュリ八三八号(一九八五年)一一二頁。竹田稔「プライバシー侵害と民事責任(増補改訂版)」『判例時報社』一九九八年) 四四頁参照。東京地判昭和五九・一〇・三〇は、「個人についての身上経歴等に関する情報が(i)当該個人の前科前歴、病歴、信用状態等の極めて重大なる事項に関するものであり、かつ、(ii)右情報が明らかに事実と反するものと認められ、しかも(iii)これを放置することによりそれが第三者に提供されることなどを通じて当該個人が社会生活上不利益ないし損害を被る高度の蓋然性が認められる場合(i)から(iii)の記号は竹中が追加)には、自己に関する重大な事項についての誤った情報を他人が保有することから生じうべき不利益ないし損害を予め回避するため、当該個人から右個人情報保有者に対して「人格権に基づき右個人情報中の事実と反する部分の抹消を請求しうる」と判示した。その控訴審判決である東京高判昭和六三・三・二四判時一二六八号一五頁は、誤りの程度とこれにより受ける損害の程度が「受忍限度」を超える場合に抹消請求が認められるとした。浦和地判平成一一・三・二一判タ一〇二二号一三六頁は、(憲法一三条のプライバシーの権利の一内容としての自己情報コントロール権に基づく抹消請求)がなされた事案において、行政保有の公文書における個人情報の誤りの程度が「社会的相当性を超え」、そのため個人が「社会的相当性を超えて」精神的、経済的に損害を被るおそれがあるときには、その個人は、「幸福追求権の一内容である人格権に基づいて、人格的自律を確保するために、当該行政庁に対しその情報の訂正ないし抹消を請求する権利」が認められるべきとし、障害のある生徒の出身学校長が志願先高等学校長に事前説明とするために作成した文書中の「療育手帳 みどりの手帳(精神薄弱)」の記載部分の抹消を命じた。

(55) 新美・前掲注(19) 一七頁。