

論
説

予防接種事故と国家賠償責任

西 埜 章

はじめに

予防接種法上の法的救済制度が創設された後においても、国を被告にして損害賠償請求訴訟や損失補償請求訴訟が提起されることが少なくない。集団訴訟である東京訴訟、名古屋訴訟、大阪訴訟、福岡訴訟の各一番判決が出そろった後も、その帰趨はなお予断を許さないものがあつた。このため、東京訴訟の控訴審判決がどのような判断を示すか注目されていたところである。東京高判平成四年二月一八日（判時一四四五号三頁、判タ八〇七号七八頁）は、憲法上の補償請求権を否定したうえで、最判平成三年四月一九日（民集四五卷四号三六七頁）に依拠しつつ、

被害児六二名すべてについて禁忌者に該当していたものと推定し、厚生大臣が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講じておれば副反応事故の発生を回避できたはずであるとして、厚生大臣の過失を認定し、除斥期間が経過した被害児一名を除いて、国の損害賠償責任を肯定した。

右の東京高判が出た後、国が上告するか否かが注目されていたが、平成四年二月二六日に丹羽厚生大臣が記者会見して、上告断念を発表した。これによって、名古屋、大阪、福岡の各高裁に係属中の集団訴訟も、一転して和解に向かうことになった。平成五年七月二七日の名古屋高裁での和解成立に続いて、同年八月九日、福岡高裁でも和解（但し、原告の一部についての分離和解）が成立し、翌八月一〇日の福岡高裁の判決も東京高判と大体同趣旨のものであった。予防接種事故の救済は、裁判実務上では、損害賠償（国家賠償）の理論によることがほぼ固まったものといつてよい。

しかしながら、東京高判の理論構成は、必ずしも全面的に賛意を表することができる内容ではない。被害者救済の趣旨には異論はないが、憲法上の補償請求権の否定、違法性の判断基準、過失概念の過度の拡張等、なお理論的な検討を要する問題点が少なくないように思われる。本稿においては、国家賠償責任に関する判例の総合的検討を通じて、「予防接種事故と国家賠償責任」の理論的整理を行ない、併せて東京高判（福岡高判も含めて）の理論的限界を明確にすることにする。

一 違法性

法的救済制度上の補償給付を上回る損害の救済手段としては、まず、損害賠償責任の追及が考えられる。損害賠償として、国家賠償法（国賠法）に基づく損害賠償と債務不履行に基づく損害賠償があるが、ここでは前者を中心に考察することに¹⁾する。これまでに国家賠償（国賠）請求訴訟が多数提起され、国賠責任肯定の判決も少なくない。国賠責任が肯定されるためには、国賠法一条一項の要件が充足されなければならないが、その要件として重要なのは違法性と過失である。ここでは、判例の分析を通して、まず違法性の要件が内蔵する問題点を明確にし、若干の私見を付加することにする。

1 違法性の概念

国賠責任が肯定されるためには、予防接種事故が違法行為によって引き起こされたものであることが必要である。しかし、原因行為が違法であるか否かについては、明確とはいえない場合が少なくない。これは、具体的事案が特異であるからということのほか、適法・違法の概念や評価基準が論者によって相違しているからである。

(1) 結果不法説 学説の中には、事故を発生させた接種行為はすべて違法であると解するものがある。その代表的なものとしては、山田準次郎博士の所説を挙げることができる。博士は、「人の傷害行為は、仮令それが行為者の希望するところでないとしても、人の傷害を結果することは、人を傷害してはならないという法に違反するものであつて、違法行為たるを免れない。予防注射によつて重大な身体傷害を発生した場合に、過失がなかったから

といって、責任を負わなくてもよいのはもちろんであるが、それが違法でなくなるということはないはずである⁽²⁾と説かれている。この見解によると、具体的事実を検討するまでもなく、予防接種事故は違法行為に起因するものであり、国賠法一条一項の違法性要件は当然に充足されることになる。

(2) 行為不法説　しかし、予防接種事故の原因としては、種々のものが考えられる。法令に違反して予防接種が行なわれ、その結果事故が発生する場合もあれば、逆に法令に適合して予防接種が行なわれていながら事故が発生する場合もある。すべての場合を、事故の発生を理由に、一括して違法と評価することは、違法性の要件の意義を軽視することになりかねない。事故が発生しても、予防接種が法令（禁忌該当者に予防接種を実施しないということも法令上の行為規範に含まれる）に適合してなされていれば、これを違法と評価すべきではないであろう。観点の相違といえなくもないが、適法・違法の区別は「行為」を基準にして判断するのが法律による行政の原理によりよく適合するように思われる。⁽³⁾適法と評価される場合には、それは損害賠償とは別の法理・制度によって救済されるべきである。

学説の中には、右の山田説とは別に、「通説はその行為が客観的に正当性を欠くことを意味するとされており、従って形式的に適法な行為がすべてここにいう違法性を欠くということにならない⁽⁴⁾」との見解がある。しかし、客観的正当性を欠くことを違法性の中心に据えている学説といえども、必ずしも結果不法説に立つものではなく、事故が発生すれば直ちに客観的正当性を欠くと解しているわけではない⁽⁵⁾。

2 判例の動向と分析

(1) 被告国の主張　具体的事案においては、原告が接種行為の違法性を当然視しているのに対して、被告国は、

しばしば接種行為の適法性を主張している。例えば、天然痘予防接種事故の高松訴訟（高松地判昭和五九年四月一日・判時一一一八号一六三頁、判タ五二二号二六四頁）、集団訴訟である東京訴訟（東京地判昭和五九年五月八日・判時一一一八号二八頁、判タ五二七号一六五頁）、名古屋訴訟（名古屋地判昭和六〇年一〇月三十一日・判時一一七五号三頁、判タ五七三号一〇頁）、大阪訴訟（大阪地判昭和六二年九月三〇日・判時一二五五号四五頁、判タ六四九号一四七頁）、福岡訴訟（福岡地判平成元年四月一八日・判時一三三三号一七頁、判タ六九九号六一頁）等において、副反応事故は適法な行為による不可避免的な結果である、と反論している。名古屋集団訴訟と大阪集団訴訟の各一番における被告国の主張を紹介しておこう。

名古屋集団訴訟において、被告国は次のように主張した。

「法に基づく強制接種がもとも適法行為であることはいうまでもない。国権の最高機関である国会の制定した法律が、行政機関に対し、その実施を命じている以上、右行為を行うことが違法視されるいわれは全くない。実施について、強制の是非、範囲、実施の方法等について検討の余地があるとしても、それは高度に技術的、専門的な関係諸科学の知見、情報に基づいて決められるべき政策的判断に属する問題として立法府の裁量と一定範囲内での行政庁の裁量に委ねられていると解される。……しかるところ、本件で問題とされている予防接種の実施がいずれも前記裁量の範囲内のもので、当時の知見からすれば相当なものであったことは後記5(四)において具体的帰責事由に関して述べたとおりである。もともと予防接種の実施に伴って死亡その他の重篤な副反応が発生した場合には、それは、予防接種の本来の目的とするところではないが、現代の科学水準をもってしては右原因不明の副反応の発生を避けることができない以上、かような事故を完全に防止しようとすれば、予防接種を全面的に中止する他はない。しかし、予防接種を中止することは、予防接種によって達せられるべき公益上の目的を全面的に放

棄することになり、そのような中止自体が予防接種法等に反し、明らかに違法の評価を受けることになる。前記のとおり予防接種自体は適法であるとすれば、これによって生ずる副反応の結果は、いわゆる『適法行為に基づく不法行為』の事例というべきものである。……公権力の行使は、それが適法である場合でも相手方の権利や自由を制限し、その法益を侵害するがむしろ通例であるから、国家賠償法の解釈に当っては、単なる結果又は損害のみから行為の違法性を導くことはできない。例えば本件予防接種についても、それ自体ある意味では身体に対する侵害を内包しているから、身体侵害に対する絶対的違法性の立場を徹底すれば、国の強制や勧奨に基づく予防接種はすべて廃止されなければならないものとなる。そうすると、国は現代における社会福祉国家の役割を全く放棄するものと非難されるのみならず、伝染病の発生、まん延という別な形で国民の生命・身体に対する侵害の危険を放置するものとして、国民から責任を強く問われることになる。従って、原告らの主張のように事故の結果だけから違法を論ずるのは不当であり、公務員の職務行為の違法性の本体は、結果ではなく職務行為自体の違法性にある、と解すべきである。」

大阪集団訴訟においても、被告国は次のように主張している。

「国賠法一条一項所定の『違法』の意義を理解するに当たっては、私人間の法律関係と公権力関係との間に存する基本的な差異を看過してはならない。……国家賠償責任にあつては、『違法性』とは、法がそのような権利侵害を許容するために設定した要件を具備しその定める手続を履践して行なわれたか否か、言い替えれば、公権力主体が公権力の行使に当たって遵守すべき行為規範に違反していないか否かにかかわることであつて、権利、利益の侵害の結果の重大性と侵害行為の態様との相關関係から判断して、不法行為的保護を与えるに値する法益の侵害があつたか否かを問題とする一般不法行為責任における『違法性』の判断とは、局面を異にするものといわなければならない。ここでは、当該公権力の行使が法によって許容されている

場合であるか否かという、言葉のより本来的な意味での加害行為の『違法性』が問題とされるといってよい。したがって、種痘法及び旧法に基づいて実施された強制接種がもともと適法な行為であることはいうまでもない。」

(2) 判例の動向 これに対する裁判所の判断を見ると、高松地判昭和五九年や大阪地判昭和六二年、福岡地判平成元年はもっぱら故意・過失の有無について判断しており、違法性には全く触れていない。同様に、東京地判昭和五九年も過失の存否について判断しているだけである。ただ、東京地判昭和五九年は、被告国の違法性阻却の抗弁に対して、「前記認定のとおり、右各接種の接種担当者あるいは実施主体は、予防接種実施規則あるいは予防接種実施要領に違反したものであり、その各行為の違法性が阻却されるものと解することはできない」と判示している。

名古屋地判昭和六〇年は、「被告の主張するように予防接種の実施が法令に根拠を有する適法行為であるからといって、個々の具体的検討を行うまでもなく直ちにそれだけで国家賠償法上の故意・過失を論ずる余地がなくなるものではない」と判示している。名古屋地判は、また、被告国の違法性阻却の抗弁に対して、「予防接種法に基づく予防接種の施行それ自体が正当な行為であることは当然であるが、その具体的実施に当っては、これが健康な人体に病原体を注入するに等しいものであることに鑑み、いやくも国民の生命・身体を侵すことのないよう、厚生大臣から接種担当者に至るまでそれぞれ細心の注意の下に行なわれなければならないのである。この過程のいずれかにおいて右業務を担当する被告の公務員がその尽すべき義務の履行を怠り、すなわち過失によって国民に被害をもたらした場合には、その義務違反によって権利侵害を惹起したことになるから、右義務違反を含む行為は客観的に正当なものであったとすることができず、換言すれば当該行為はその範囲内において違法との評価を免れない」

と述べている。

東京高判平成四年は、「客観的にみると（現在の医学でその結果を事前に具体的に予見できるかどうかは別として）、ある特定個人に対し予防接種をすれば必ず重篤な副反応が生ずるという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。……このように、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いうことができると判示している。

(3) 判例の検討 右に紹介した裁判例は、東京高判平成四年を除いては、いずれも行為不法説に立脚したものである。違法性阻却についての判示部分からも、そのことを窺い知ることができる。基本的な考え方において妥当なものといつてよい。問題があるとすれば、それは具体的な違法性の判断過程においてであろう。

東京地判昭和五九年は、「過量接種を行った過失について」の見出しの下で、「以上によれば、被害児Nに対し本件接種を行った接種担当医師は、種痘の規定量に従った接種を行うべき注意義務に違反して過量接種を行ったもので、本件事故発生についての過失があったものと認められる」と判示している。そして、違法性阻却の箇所で、「接種担当者あるいは実施主体は、予防接種実施規則あるいは予防接種実施要領に違反したものであり、その各行為の違法性が阻却されるものと解することはできない」と述べている。一方では過失について、他方では違法性について判断されているが、意識的に区別されたものではなく、同じことが単に別の言葉でもって表現されているにすぎない。このことは、高松地判昭和五九年や名古屋地判昭和六〇年をみればより明確であろう。このような裁

判例の動向は、「違法性」を過失の中に吸収する近時の一元的構成と軌を一にするものである。⁽⁶⁾

しかしながら、国賠法一条一項が「違法性」と「故意・過失」を区別している以上は、それに従った判断がなされなければならない。違法性の判断と過失の判断は、必ずしも一致するとは限らないのである。順序としては、まず違法性の判断があり、その後過失の判断がくるのであるから、違法性の判断を軽視すべきではないであらう。⁽⁷⁾

例えば、大阪地判昭和六二年は、違法性の判断を全く示さずに、もっぱら過失の判断だけで国賠責任をすべて否定したのであるが、これでは、違法性は認められるが過失が認められないから国賠責任が成立しないというように読み取られるおそれがある。しかし、被告国は違法性にも反論していたのであるから、違法であるというのであれば、裁判所はこの点についても詳細に説明すべきであつたのではないかと思われる。いずれにしても結論として国の責任が否定されるとはいえず、予防接種が適法であつたのか違法であつたのかは、今後の予防接種行政に対して少なからず影響するのである。

これに対して、東京高判平成四年は、事故が発生した場合には予防接種の強制は違法であつたとしている。この表現からすれば、結果不法説的発想をしているものといえそうである。しかしながら、この判決には、予防接種事故をすべて憲法一七条とこれに基づいて制定された国賠法一条の下で処理すべきであるという前提が先行しており、このために結論だけが示されていて、違法性の判断基準の点で精緻さを欠いているように思われる。そのことは、特に、「ある特定個人に対し予防接種をすれば必ず重篤な副反応が生ずるという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）」という判示部分に見出すことができる。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う場合に、その者に対する予防接種の強制が違法であることは当然

のことであろう。問題は、それを予見できない場合にも、法令に適合してなされた予防接種が違法となるか否かというところにあるのである。なるほど、予防接種による健康被害を許容している法令は存在しないが、法令の許容していない結果の発生が常に違法というわけではないであらう。⁽⁸⁾

(1) 債務不履行に基づく損害賠償責任は、結論からいえば、予防接種事故については成立し得ないのではないかと考えている。この点については、滝沢正「予防接種事故と損害の填補」判タ五三〇号（一九八四年）一一～一二頁参照。

(2) 山田準次郎「国の無過失責任の研究」（一九六八年）一七六頁。同旨、高田敏「社会的法治国の構成」（一九九三年）三二五頁。

(3) 阿部泰隆「抗告訴訟判決の国家賠償訴訟に対する既判力」判タ五二五号（一九八四年）二五頁、高木光「国家賠償における『行為規範』と『行為不法論』」石田「西原」高木先生還暦記念中巻「損害賠償法の課題と展望」（一九九〇年）一三九頁、塩野宏「行政法Ⅱ」（一九九一年）二四二頁、宇賀克也「国家賠償の課題——違法性論を中心として」ジュリ一〇〇号（一九九二年）六六～六八頁、稲葉馨「予防接種禍に対する国の補償責任」ジュリ一〇二一（一九九三年）六七頁、西埜「国家賠償責任と違法性」（一九八七年）五三～五四頁参照。

(4) 中平健吉「集団予防接種事故訴訟の提起」ジュリ五四八号・特集医療と人権（一九七三年）三三三頁。

(5) 杉村敏正「『国賠法一条にいう違法』論についての覚え書」宮崎産業経営大学法学論集四卷一・二号（一九九二年）四五～四九頁参照。

(6) 一元的構成の傾向については、遠藤博也「国家補償法上巻」（一九八一年）一六三頁、一八七頁以下参照。

(7) 四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為（中巻）』（一九八三年）二七七頁、二八四頁、國井和郎『国家賠償法第一条——違法性と過失』西村ほか編『国家補償法大系三巻（国家賠償法の判例）』（一九八八年）八四頁参照。

(8) 稲葉・前掲六七頁参照。

二 故意・過失の概念

事故を惹起した当該予防接種が違法であったとしても、国賠責任が生ずるためには、さらにそれが関係公務員の故意・過失によって引き起こされたものであることが必要である。予防接種事故で問題となるのは、大半が過失の有無であるが、故意の有無が問題となることもないわけではない。また、損害賠償においては、故意と過失は一般に区別されていないが、故意責任と過失責任とは行政に与える影響は少なからず相違するであろう。それ故、一応区別して考察するが、問題の中心は、いうまでもなく過失に存する。

1 故意・過失の概念

(1) 故意の概念 民法学においては一般に、故意とは、「権利」侵害という結果の発生（またはその可能性）を認識しながら、あえて直接「権利」侵害に向けられた行為をすることをいう、と定義されている⁽¹⁾。そして、これを敷衍して、結果の可能性を認識する場合でも、行為者がその結果の発生を認容するときは故意（未必の故意）があり、認容を欠くときは過失（認識ある過失）がある、と説かれ、さらに、特定の人に対する「権利」侵害となる

べきことを認識する必要はなく、なにびとかについて「権利」侵害の発生すべきことを認識すれば足りる、と説かれて⁽²⁾いる。

予防接種事故において、故意が問題となるのは、現在の医学水準では事故の発生を全面的に回避できないことを知りながら、あえて予防接種を実施するのは、行政側（厚生大臣等）に故意（未必の故意）があったといえるのではないか、という被害者側の主張においてである。接種担当医師等の故意が問題となることは、現実にはないであろう。そこで、行政側が事故の発生があり得ることを認識していたとしても、果たして前記の故意概念に該当するか否かが争いとなる。

(2) 過失の概念 民法学においては一般に、過失とは、「権利」侵害の結果の発生またはその可能性を認識せずして（認識なき過失）、または、結果発生の可能性を認識しても結果の発生の認容を欠いて（認識ある過失）、「権利」侵害の危険性ある行為をすることをいう、と定義されている。⁽³⁾そして、これを敷衍して、「権利」侵害の事実がなにびとに生ずるかは問題でなく、現実が発生した「権利」侵害についての認識可能性が問題でないことは故意の場合と同様である、と説かれて⁽⁴⁾いる。さらに、最近では、「過失の客観化」の現象がみられ、過失は権利侵害回避のために法秩序が命ずる一定の注意義務に違反することである、といわれるようになってきた。⁽⁵⁾

予防接種事故において、過失が問題となるのは、問診義務違反、過量接種等の接種担当医師等（保健婦・看護婦等の補助者を含めて）の過失と若年接種等を実施させた厚生大臣等の過失である。前者は医療過誤訴訟の延長線上にあるものといえるが、後者はいわば制度の瑕疵を問題とするものであるから、医療過誤訴訟の単なる延長線上で処理することはできない。

2 故意についての判例の動向

故意を認めた裁判例は存在しない。裁判例はすべて故意責任を否定している。ここでは、原告側の主張とそれを斥けた裁判例をいくつか紹介しておくことにする。

(1) 高松地判昭和五九年 高松訴訟において、原告側は、種痘による種痘後脳炎等の発生とその発生率を指摘しつつ、「被告国は、かかる事実を十分認識したうえ本件種痘を実施し、そのため原告Kに前記のような種痘後脳炎を発症せしめたもので、故意による加害である」と主張した。被告国は、これに対して、「種痘に伴い不可避免的に死亡その他重篤な副反応が生ずることは認めるが、当時の医学水準では副反応の発生を皆無にすることは不可能であり」、当時の東南アジア諸国における痘瘡患者の常在の状況に照らせば、「本件種痘当時、国として種痘の定期接種を続行したことは国民の衛生を守るべき者として当然の処置であつた」と反論した。この点について、高松地判昭和五九年は次のように判示している。

「予防接種行政を担当する機関にも副作用のない痘苗は当時まだなく、種痘による合併症が一定の割合で生じることが認識されていたことは弁論の全趣旨から明らかであり、合併症の発生割合については、必ずしも統計資料が一樣ではないが、〈証拠〉によれば、第一期接種者一〇〇万人に対しはば死亡者三ないし四人、死に至らない合併症二〇人位に及ぶことは否定できない。しかし、後記の事情から種痘を廃止すべき社会情勢になかったこと及び種痘を続ける必要が存したこと、被告国は強制接種を続けてきたものであるから被告国の右行政機関が種痘合併症の発生を容認して行為したと認むべき事情はない。……」

以上認定の各事実、痘そうが未接種者の感染で、二〇～五〇パーセントの死亡率をもつ極めて危険な病氣であり、かつ飛沫感染等により強い伝染力をもつものであつて、各国が長い年月をかけてその発生の防止に苦心してきたことが〈証拠〉等か

ら認められること並びに痘そのの發生及び流行の防止に予防接種が多量の貢獻をしてきたこともまた右証拠から明らかであり、後記「リスター株と池田株」の比較の項で説示するように副作用のない痘苗は本件種痘当時いまだ開発されておらず、各
 国で弱毒痘苗の開発研究が続けられていた状況であることを併せ考えれば、我が国の種痘に関する予防接種行政に携わつてきた者に、国家賠償法一条一項にいう「故意」があつたとは到底認め難いところであり、かつ、本件種痘接種ないし種痘の第一期接種を一般に強制してきたことをもつて違法であるとは認められない。」

(2) 東京地判昭和五九年 東京集団訴訟においても、原告側は、厚生大臣は一定の確率で事故が発生することを認識しながら、それをやむを得ないものとして本件各接種を実施したものであるから未必の故意があつた、と主張した。これに対して、被告国は、違法性についての行為不法説に立つて、「故意や過失の有無は客観的な違法行為（職務行為の違法）の存在を前提としそれとの関連でのみ論じられるものであり、違法行為の存在しない本件各接種において、厚生大臣に未必の故意が成立する余地はない。予防接種によりごくまれに重篤な副反応が生じ得る可能性を厚生大臣が認識していたとしても、そのことから同様に未必の故意があるとか違法行為があるとすることはできない」と反論した。東京地判昭和五九年は、この点について次のように判示している。

「ワクチンは通常大なり小なりの副反応を伴っており、予防接種の施行によりまれに致死あるいは脳炎など重篤な後遺症をもたらすことがあることが、公衆衛生行政当局によつて認識されていた事実は、当事者間に争いがない。しかしながら、右事実から直ちに、厚生大臣が、予防接種の施行により一定の確率で死亡または回復不能の重大な後遺障害が発生してもやむを得ないものとして本件各接種を各実施主体に実施させていたものと認めることはできず、他に右事実を認定するに足る証拠はない。従つて、厚生大臣が、右各公権力の行使たる職務の執行につき、本件各事故発生について未必の故意を有していたもの

と認めることはできない。」

3 故意についての学説の動向

この問題は判例主導型で展開されているので、学説とはいっても判例評釈等の中で論議されているにすぎない。従って、学説の動向といえるほどのものではないかもしれないが、それでもいくらかの見解が説かれているので、次に紹介しておくことにする。

(1) 裁判例に賛成する立場 裁判例は、一致して故意（未必の故意）を否定しているが、これに賛意を表するものとして、滝沢正教授の見解がある。教授は、東京地判昭和五九年の評釈において、「国は、こうした事故を防止するために遅ればせながらも対策は立ててきており、判旨はけだし至当な結論であると考えられる。国が予防接種を行なわない場合の危険の大きさを考慮するならば、仮に事故の可能性を認識していたという点を捉えて、最小限の未必の故意があったと認めても、究極的にはその違法性は阻却されるといわざるをえない。したがって、こうした場合には、必要な防止措置を適切に採らなかつた点に過失を認めうるかという議論に帰着すべきと思われる⁽⁶⁾」と説かれている。

岡本博教授も、同じ立場から裁判例に賛成されている。東京地判昭和五九年の評釈において、故意が認められるのは害意をもってする場合であるということから、「国も法や予防接種実施規則の改正あるいは各通達等により、事故防止をはかつてきたものであるから、⁽⁷⁾妥当な判断といえる」と説かれている。

(2) 裁判例に反対する立場 これに対して、裁判例に批判的な見解も少なくない。加藤雅信教授は、東京地判昭和五九年の評釈において、「一定の確率で予防接種の副作用が起こることを知っていた以上、概括的な形で未

必の故意はやはりあったと思われるわけで、ただ、予防接種を実施することの社会的相当性から違法性が阻却されるというべきであろうと、個人的には考える⁽⁸⁾」と説かれている。

この立場をより詳細に主張されているのは、西原道雄教授である。東京地判昭和五九年の「研究会」において、教授は次のように発言されている。「基本的には逆じゃないかと思うのですよ。つまり故意過失という概念をもし認識の問題として、あるいは回避可能性として捉えたとすれば、確率は少なくとも必ず事故が起こるというものはもう公知の事実でしょう。そうすると、大勢の中で誰かに事故が生じることが明らかであれば、これはその中の特定の者に対しても未必の故意があるといっているのじゃないのですかね。まさに故意でしょう。損害が生ずるといふことがわかっていながらやるのですから。だから故意過失の問題はもうそこでパスして、あと、それでもなおかつやるべきかどうかというのは、それを離れた違法性の問題だと思ふのです。……現に損害が生じ、しかも損害が生じるかもしれないということを知りながらわざわざというか、やらせているわけですからね。しかし、それが社会防衛かなんか知らんけれども、いろいろなメリットがあつてやらなければならんとすれば、まさに違法性阻却の問題として取り上げるべきでしょう⁽⁹⁾」。

4 故意についての判例・学説の検討

前述の「故意」の定義によれば、予防接種事故の発生を認識する場合でも、行為者が事故の発生を認容するときには故意（未必の故意）があり、認容しないときには過失（認識ある過失）がある。この定義からすれば、事故の発生を行政側が認容していたといえるか否かが結論の分かれ目となる。裁判例及びそれを支持する見解が認容がなかったとするのに対して、それに批判的な見解は認容があつたと判断しているのである。

そこで、この点について検討すれば、被告国は、予防接種により稀に不可避免的に事故が発生するということを知っていたのであるが、このことが「認容」していたといえるか否かが問題となる。国が予防接種を継続したのは、「伝染病予防という公共の福祉を中心とした種々の利害考量の結果による政策的判断」（名古屋地判昭和六〇年）に基づくものであるとすれば、一定の確率で事故が発生することを認識しながら予防接種を行なったとしても、そのことが「認容」に該当するとはいえないように思われる。そもそも、この場合には、違法性が認められるかどうかは問題であり、もし違法性が認められないことになれば、故意の有無を論ずること自体が疑問となるのである。

また、「概括的故意」という考え方によれば、特定人に対する「権利」侵害となることを認識する必要はなく、誰かの「権利」侵害が発生することを認識して行為すれば、故意の成立が認められることである。⁽¹⁰⁾ 国は、誰に事故が発生するかはわからないにしても、誰かに事故が発生することを知りながらあえて予防接種を行なったのであるから、そこに国の概括的故意を認めることができるように思われるでもない。しかし、国が予防接種の実施を継続したのは、伝染病の蔓延から国民を保護するという目的からである。概括的故意であるにしても、これを認めるということは、常識的観念に適合しないように思われる。裁判例が一致して故意を否定していることには、従って、賛意が表されてよいであろう。

(1) 四宮・前掲三〇〇頁。

(2) 四宮・前掲三〇〇～三〇一頁。

(3) 四宮・前掲三〇三頁。

- (4) 四宮・前掲三〇三頁。
- (5) 四宮・前掲三〇四頁。
- (6) 滝沢・前掲一二頁。
- (7) 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(北九州大学)一二卷三・四合併号(一九八五年)五九四頁。
- (8) 加藤雅信「予防接種と損失補償」判タ五三九号(一九八五)三八頁。
- (9) 研究会「予防接種ワクチン禍訴訟東京地裁判決の検討」判タ五三九号(一九八五年)七〇頁における発言。
- (10) 森島昭夫『不法行為法講義』(一九八七年)一六一頁、四宮・前掲三〇一頁参照。

三 過失の類型

これまでの訴訟でみる限り、過失は、担当医師等の過失と厚生大臣等の過失に大別することができる。前者は当該予防接種を担当した医師等の具体的過失(実施上の過失)であり、後者は予防接種行政を一般的に担当していた厚生大臣を頂点とする厚生省の施策上の過失(組織過失)⁽¹⁾である。

1 医師等の実施上の過失

一口に医師等の具体的過失といっても、その中には種々のものが含まれている。それらをいくつかの種類化して、

その類型ごとに過失判断の基準を明確にしていかなければならない。医師等の過失は、通常、①禁忌者識別義務違反、②ワクチンの規定量遵守義務違反、③近接種禁止義務違反、などに分類される。⁽²⁾

禁忌者識別義務とは、接種担当医師は接種前に予診をして禁忌者を識別し、その者の接種を回避しなければならない義務のことであり、予防接種実施規則（厚生省令）四条がこれを規定している。これについては、主として医師の問診義務が問題となる。

ワクチンの規定量遵守義務とは、予防接種ごとに定められた規定量を遵守して接種を行なうべき義務のことであり、予防接種実施規則八条以下が規定している。事故の発生を回避するために安全量を法定したものであるが、規定量を超えるワクチンを接種（過量接種）した⁽³⁾ことと事故との間に因果関係があるか否か微妙であり、従って医師の過失が認められるか否かは一つの難問であろう。

近接種禁止義務とは、前の予防接種との間に一定の間隔をおいて後の予防接種を行なうべき義務のことであり、これについても予防接種実施規則四条及び一五条以下が規定している。国の主張によれば、近接種禁止は予防接種が無効になることを避けるためであるが（例えば、名古屋集団訴訟における国側主張参照）、もしそうであるとすれば、近接種と事故との間の因果関係の有無が問題となるであろう。しかし、一般には、接種担当医師の過失が推定されるものと解されている。⁽⁴⁾

これらの諸義務の中で最も重要なものは、禁忌者識別義務である。以下においては、禁忌者識別義務、その中でも特に問診義務を中心にして検討することにする。

2 厚生大臣等の施策上の過失

厚生大臣等の施策上の過失が問われているのは、東京集団訴訟を参考にして大別すれば、①実施すべきでない接種を実施させた過失、②若年接種を実施させた過失、③禁忌該当者に接種を実施させた過失、④過量接種を実施させた過失、⑤他の予防接種との間隔を十分にとらないで接種を実施させた過失、⑥接種会場の管理に瑕疵のある状態で接種を実施させた過失、などである。厚生大臣の過失が追及されてはいても、これはいわば厚生省の組織過失が問われているものといつてよい。裁判例はこれまで、名古屋地判昭和六〇年が種痘について②を認めたほかは、いずれの類型についても否定的であったが、東京集団訴訟の控訴審判決である東京高判平成四年が、「厚生大臣は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怠った過失がある」と判示して、注目されたところである。

(1) 「実施上の過失」と「施策上の過失」の用語は、瀬川信久「予防接種における禁忌者に該当したことの推定——小樽種痘損害賠償請求上告審判決」判タ七七一号（一九九二年）四七頁に従った。

(2) 橋本英史「予防接種上の注意義務」山口林編『現代民事裁判の課題⑨「医療過誤」』（一九九一年）一三六頁参照。

(3) 稲垣喬「医事訴訟と医師の責任」（一九八一年）三三四頁、橋本・前掲二五二頁、野田寛「医療事故と法」（一九八二年）四〇三頁参照。裁判例では、大阪地判昭和六二年は、種痘の過量接種について、「右事実からすると、右接種担当医が前判示のとおり種痘施行心得に定める量の二倍の量の接種を行ったことは、同医師の過失といわざるをえないけれども、これが直ちに副反応事故を生じさせるものとはいえない以上、右過失行為と本件事故との間の因果関係を肯認することがで

きず、その意味において本件事故に対する接種担当医の過失の存在を認めることはできない」と判示している。

（4） 橋本・前掲二五三頁以下参照。

四 医師等の禁忌者識別義務違反

予防接種事故を回避するために、接種担当医師に禁忌者を的確に識別して、この者に対して予防接種を行なってはならない義務が課されている。これを禁忌者識別義務という。しかし、医学専門家によって書かれた文献の中には、『禁忌事項』に該当する場合に接種すれば副反応をおこしやすく、禁忌に該当する人を除外すれば副反応が防げるかという、じつはそうではない。ここに掲げられた禁忌の人に副反応がとくに多いという証拠はない。一方、禁忌に該当しなければ安全だという保証はない。副反応がどういう状態で、どのような人に発生するのがわかっていない現状では、『禁忌』はほとんど意味をもたないのである^{（1）}との見解も見受けられる。従って、禁忌者識別義務それ自体の妥当性が問題となる余地がないわけではないが、この問題を追究すると医学論争になるおそれがあるから、ここでは予防接種実施規則上の禁忌者識別義務の妥当性を一応前提にして論を進めることにしよう。

1 禁忌者識別義務

（1）法令上の根拠 予防接種実施規則四条は、「接種前には、被接種者について、問診及び視診によって、必要があると認められる場合には、更に聴打診等の方法によって、健康状態を調べ、当該被接種者が次のいずれかに

該当すると認められる場合には、その者に対して予防接種を行つてはならない。ただし、被接種者が当該予防接種に係る疾病に感染するおそれがあり、かつ、その予防接種により著しい障害をきたすおそれがないと認められる場合は、この限りでない。」と定めており、禁忌事項として一号から一一号に至る一一項目を掲げている。これらのうち七号は痘その予防接種（定期及び臨時の予防接種から除外されている）についてのものであり、八号から一〇号までは主として近接種の禁止であるから、禁忌事項は実質的には次の八事項に分類される。⁽²⁾

①発熱している者または著しい栄養障害者、②心臓血管系疾患、腎臓疾患または肝臓疾患にかかっている者で、当該疾患が急性期もしくは増悪期または活動期にあるもの、③接種しようとする接種液の成分によりアレルギーを呈するおそれがあることが明らかな者、④接種しようとする接種液により異常な副反応を呈したことがあることが明らかな者、⑤接種前一年以内にけいれんの症状を呈したことがあることが明らかな者、⑥妊娠していることが明らかな者、⑦急性灰白髄炎、麻しん、風しんの各予防接種間において、予防接種を受けた後一月を経過していない者、⑧その他、予防接種を行なうことが不適当な状態にある者。

予防接種実施規則四条において禁忌事項を規定した理由は、一般的には、副反応の危険性を回避するためであると理解されているが、訴訟における被告国の主張は必ずしもそれと同じではない。例えば、名古屋集団訴訟においては、国は禁忌規定の意味について各号解釈を展開して、「真に副反応発生の危険性の理由から禁忌とされた事項は、著しい栄養障害者、インフルエンザワクチンに対する卵アレルギー、接種しようとする接種液によりアレルギーを呈する恐れがある者又はそれ以前に異常な副反応を呈したことがある者、妊娠している者及び種痘の際のまん延性皮膚病罹患者であつて、それ以外のものは、偶発性疾患の混入防止、既存疾患の増悪の防止、潜在疾患の顕在化防

止、予防接種の無効化の防止の目的から禁忌とされたに止まるのである。従って、仮に禁忌該当事由を見落としたとしても、それが真の副反応防止を目的とする事項でない限り、直ちに副反応発生と結びつくわけではない」と主張していたし、大阪集団訴訟においても同様の主張をしていた。大阪地判昭和六十二年は、この主張をほぼ認めている。文献においても、「必ずしも全てが接種の後に重篤な副反応発生の可能性があるとして禁忌とされているわけではない⁽³⁾」との見解も説かれている。

(2) 問診義務 予防接種実施規則四条は、接種前に「予診」をして禁忌者を識別すべきことを規定している。

予診とは、予防接種を実施するかどうかを判定することであり、具体的には禁忌に該当するかどうか、禁忌に該当していても予防接種を実施した方がよいかどうかを判定することである。⁽⁴⁾予診には問診、視診、触診、聴打診等の方法がある。文献においては、問診の結果が以後の各種診断法の進め方の指標となるから、その意味では問診が最も重要なものであると説かれている。⁽⁵⁾最判昭和五一年九月三〇日（民集三〇巻八号八一六頁）も、「集団接種のときは、まず問診及び視診を行い、その結果異常を認めた場合又は接種対象者の身体的条件等に照らし必要があると判断した場合のみ、体温測定、聴打診等を行えば足りると解するのが相当である」と判示している。

医師による問診は、一般的には臨床診断の方法として行なわれるものであるから、予防接種に際しての問診はこれと異なる面があるが、基本的にはそれほど相違するものではない。一般的な問診についての学説・判例が参照されるべきであろう。

(3) 問診の範囲 問診一般についていえば、問診の範囲は、概略的には、①出生時の状況、②生活歴・生活環境、③既往症、④両親、同胞の健康状態・既往症、⑤当人の現在の疾患または訴えの発現状況、それと既往症の関

係、あるいは推定される原因・誘因等、⑥基礎的健康状態（特に食欲、睡眠、便通、排尿、運動、喫煙飲酒その他の嗜好等）、などである。⁽⁶⁾これを予防接種について考えれば、予防接種実施規則四条各号に掲げる事項が問診事項となることはいうまでもないが、そのほか問診一般における問診事項の中にも問診の範囲に含まれるものがあるであろう。例えば、既往症や基礎的健康状態等である。予防接種における問診は一回的なものではあるが、それだけにその範囲は広く捉えられるべきである。

(4) 問診の程度 予防接種における問診は、接種担当医師と被接種者との対応の中で行なわれるものであるから、問診の程度もその対応関係に応じて相違してくる。また、医学の水準に応じて問診の程度が変化してくるが、事故が発生した場合にはその当時の医学水準が基準にされるべきである。

問診には医師側の努力だけではなくて、被接種者側の協力も必要である。被接種者が医師の質問に適切な応答をしなければ、「問診の不結果」⁽⁷⁾を招来することになるからである。しかし、被接種者側の不適切な応答は往々にして医師の問診が不適切であることに原因があるから、この意味ではまず医師の問診の程度が問題とされなければならない。この点についての注目すべき判例は最判昭和五一年であり、次のように判示している。

「予防接種に際しての問診の結果は、他の予診方法の要否を左右するばかりでなく、それ自体、禁忌者発見の基本的かつ重要な機能をもつものであるところ、問診は、医学的な専門知識を欠く一般人に対してされるもので、質問の趣旨が正解されなかったり、的確な応答がされなかったり、素人的な誤った判断が介入して不十分な対応がされたりする危険性をもっているものであるから、予防接種を実施する医師としては、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常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質問、すなわち実施規則四条所定の症状、疾病、体質的素因の有無およ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。」

ただ、適切な問診がなされても、禁忌者の識別が困難である場合も予想できないではない。このような場合には、予防接種は実施されるべきではないであろう。⁽⁸⁾ この点については、昭和三四年一月二一日の厚生省公衆衛生局長通達「予防接種の実施方法について」が明示しているところである。裁判例の多くも、このように判断している。⁽⁹⁾

また、問診の程度は医学の進展に応じて高度化してくるが、問診義務に違反したか否かは、事故発生当時の医学水準を基準にして判断されるべきである。裁判例もこの点では大体一致している。すでに最判昭和五十一年は、「死亡等の副反応が現在の（当時のこと、筆者注）医学水準からして予知することのできないものであったこと」につき医師側（実施主体側）に立証責任を課しており、このほか例えば、種痘による副反応の発生（昭和三八年）について種痘を行なった医師個人の不法行為責任が問われた事件においてではあるが、東京地判昭和六三年十二月二一日（判タ六八六号一五三頁）は、「実施規則四条及びこれを具体化した実施要領並びにこれらの規定の基礎となった前記の医学知識は、遅くとも実施規則制定後五年を経過した昭和三八年ころには、予防接種を実施する医師が当然理解しておくべき医学水準上の知識として定着していたものと認めるのが相当である」と判示している。

(5) 問診の補助的手段（問診票） 予防接種における問診の補助的手段として、現在では問診票が活用されている。これは問診を的確にスムーズに行なうためであり、実際には、看護婦または保健婦が医師の補助者として問診票のチェックを行なっている。⁽¹⁰⁾ 問診票の活用が初めて採用されたのは、種痘の実施に際しての昭和四五年八月五日の厚生省公衆衛生局長の通達によってであり、次いで同年十一月三〇日の同省公衆衛生局長・児童家庭局長の通

達により他の予防接種についてもその活用が促された。

右の両局長名による都道府県知事等あての通達は次のような内容であった。「予防接種の実施については、種痘に関し、すでに通知したところであり、その円滑な実施について種々ご配慮を煩わしているところであるが、予防接種の実施に関する先般来の状況にてらし、今般、日本医師会とも協議のうえ、次のように、問診票を種痘以外にも活用する等の一連の措置を推進することとしたので、管下市町村等に周知徹底を図るとともに、関係方面の協力を得て、予防接種の円滑な実施を期されたい。(以下省略)」

このように、現在では問診票が活用されているのであるが、これはあくまでも問診の補助的手段にすぎない。「問診は本来、医師と患者の面接によってなされるべきであり、問診票による情報の収集だけで事足りれりとするとは大変な間違いを起こすものとなるからあくまで最後に医師がみずからその内容を再吟味、再検討して補充を行う必要がある⁽¹⁾」と説かれていることに留意すべきである。最判昭和十一年が、「集団接種の場合には時間的、経済的制約があるから、その質問の方法は、すべて医師の口頭質問による必要はなく、質問事項を書面に記載し、接種対象者又はその保護者に事前にその回答を記入せしめておく方法(いわゆる問診票)や、質問事項又は接種前に医師に申述すべき事項を予防接種実施場所に掲記公示し、接種対象者又はその保護者に積極的に応答、申述させる方法や、医師を補助する看護婦等に質問を事前に代行させる方法等を併用し、医師の口頭による質問を事前に補助せしめる手段を講じることが許容されるが、医師の口頭による問診の適否は、質問内容、表現、用語及び併用された補助方法の手段の種類、内容、表現、用語を総合考慮して判断すべきである」と判示しているのも、この趣旨であらう。

(6) 問診の不結果 問診の不結果の原因としては、問診一般についていえば、①医師の問診欠落または問診省略、②医師の問診の不適切・不完全、③患者側の応答の不適切、④患者側の消極的または積極的不応答、の類型があるといわれている⁽¹²⁾。予防接種についても、同様に考えてよいであろう。ただ、前述のように、予防接種における被接種者は患者というわけではないから、この者に対する医師の問診にはより慎重な態度が要求される。問診の不結果の原因は、その大部分は右の①②の類型に属することになるであろう。③④に属する場合があつたとしても、それは原則として過失相殺事由にとどまるものといつてよい。

2 医師等の禁忌者識別義務違反についての判例の動向

(1) 禁忌者識別義務違反を肯定した裁判例

① 最判昭和五十一年は、医師の問診義務違反について次のように判示して、原判決を破棄し、原審に差し戻した。「予防接種を実施する医師としては、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状態についてその異常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質問、すなわち実施規則四条所定の症状、疾病、体質的素因の有無およ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。

……医師の口頭による問診の適否は、質問内容、表現、用語及び併用された補助方法の手段の種類、内容、表現、用語を総合考慮して判断すべきである。このような方法による適切な問診を尽さなかつたため、接種対象者の症状、疾病その他異常な身体的条件及び体質的素因を認識することができず、禁忌すべき者の識別判断を誤つて予防接種を実施した場合において、予防接種の異常な副反応により接種対象者が死亡又は罹病したときには、担当医師は接種に際し右結果を予見しえたものである

のに過誤により予見しなかったものと推定するのが相当である。そして、当該予防接種の実施主体であり、かつ、右医師の使用者である地方公共団体は、接種対象者の死亡等の副反応が現在の医学水準からして予知することのできないものであったこと、若しくは予防接種による死亡等の結果が発生した症例を医学情報上知りうるものであったとしても、その結果発生の蓋然性が著しく低く、医学上、当該具体的結果の発生を否定的に予測するのが通常であること、又は当該接種対象者に対する予防接種の具体的必要性と予防接種の危険性との比較衡量上接種が相当であったこと（実施規則四条但書）等を立証しない限り、不法行為責任を免れないものというべきである。」

② 三種混合予防接種事故における東京地判昭和五三年三月三〇日（判時八八四号三六頁）は、最判昭和五十一年を引用したうえで、次のように判示している。

「本件予防接種において用いられた揭示、広報等による補助方法は、前記接種当時の状況に照らし、いずれも禁忌者につき積極的な申出を現実に期待し得る程度のものとみることができず、これらによって、医師による口頭の質問を補助するに足る機能を果たしていたものとは解されない。しかるに、A医師が禁忌症状の有無につき、概して、特段の問診も行なっていないことは右に認定したとおりであるところ、A医師が、けいれん性体質の有無につき具体的かつ平易な質問（例えば、「これまでに、ひきつけ、けいれんの症状を起こしたことはないか。」等）をなしていれば、保護者の申述を通じ訴外Sがけいれん性体質であることを知ることができ、同人に対する接種を中止し得たものと解することができる。……してみれば、A医師には、問診義務を怠った過失があるものといわざるを得ない。」

③ 小樽種痘禍訴訟一審判決（札幌地判昭和五七年一〇月二六日・判時一〇六〇号二二頁、判タ四八四号一八頁）は、最判昭和五十一年を引用したうえで、次のように判示している。

「本件においては、実施規則四条一、二号所定の禁忌者を識別するに足りるだけの具体的質問、例えば、『最近医師にかかったことはないか』といった質問をしたならば、原告Sの申述を通じて前示の如き種痘直前の原告Dの健康状態を容易に把握することができ、その結果、実施規則四条所定の禁忌者に該当することを疑うに足る相当な事由が存在する場合であるとして、原告Dに対する本件接種当日の種痘を回避することができたものというべきである。しかるに、被告Oは、このような問診を尽さず、ただ単に前記認定のとりの予診をしただけで、原告Dに対し種痘することに何らの支障もないものと速断して本件種痘を実施し、その結果、本件の如き事態を惹起するに至ったのであるから、同被告には過失があるものといわなければならない。」

④ 福岡地判平成元年は、最判昭和五十一年を引用したうえで、次のように述べて、被害児の一部につき接種担当者

の過失を肯定している。

「認定事実によれば、Aは二、三日前から風邪に罹患して医師の治療を受け、当日も風邪が治っておらず、鼻水が出ていて、有熱の可能性もあったところ、原告Hが接種会場でその旨告げたのに、保健所の係員らしい者がAの額に手をあてただけで大丈夫と答え、接種を指示した、というのである。しかし、前示予防接種における禁忌の意義、新旧実施規則の定めと風邪という身体的条件の関係、及び乳幼児の特性等を合せ考えれば、右接種担当者としては、Aの風邪がかかり始めなのか、回復期にあるのか、その症状及び程度はどうか、ことに体温はどうか等につき詳しく質問し、場合によっては聴打診を行って、当日の健康状態を精査する注意義務があつたというべきであり、右保健所の係員らしい者が医師の予診を経ずに接種を指示したのは、極めて軽率な行為であつたといわなければならず、仮に右係員らしき者が接種担当の医師であつたとしても、体温計による検温すら省き、視診と額の触診だけで、接種を指示した点で同様の落度を免れないというべきである。」

⑤ 小樽種痘禍訴訟上告審判決（最判平成三年四月一九日・民集四五卷四号三六七頁、判時一三八六号三五頁、判タ七五八号一一八頁）は、次のように述べて原判決を破棄し、原審に差し戻した。

「予防接種によって重篤な後遺障害が発生する原因としては、被接種者が禁忌者に該当していたこと又は被接種者が後遺障害を発生しやすい個人的素因を有していたことが考えられるところ、禁忌者として掲げられた事由は一般普通人がなり得る病的状態、比較的多く見られる疾患又はアレルギー体質等であり、ある個人が禁忌者に該当する可能性は右の個人的素因を有する可能性よりはるかに大きいものというべきであるから、予防接種によって右後遺障害が発生した場合には、当該被接種者が禁忌者に該当していたことによって右後遺障害が発生した高度の蓋然性があると考えられる。したがって、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、被接種者が右個人的素因を有していたこと等の特段の事情が認められない限り、被接種者は禁忌者に該当していたと推定するのが相当である。」

⑥ 東京高判平成四年は、最判平成三年を引用したうえで、次のように判示している。

「本件被害児六二名は、いずれも接種当時施行されていた各予防接種施行心得ないし旧実施規則所定の禁忌者に該当していたものと推定されるところ、昭和二七年から昭和四九年の間に発生した本件被害児らの副反応事故は、結局、……現場の接種担当者（医師）が禁忌の識別を誤り、本件被害児らが禁忌者に該当するのにこれに接種したため生じたものと推認される。」

(2) 禁忌者識別義務違反を否定した裁判例

⑦ 東京地判昭和五九年は、複数ワクチンの同時接種・過量接種の過失及び損失補償責任を肯定した。しかし、禁忌者識別義務違反については、最判昭和五十一年を引用しながらも、被害児いづれについてもこれを否定した。た

だ、禁忌者識別義務については、一般論として次のように述べている。

「各接種担当者は、被接種者に対し、右に述べた方法により適切な予診を行い、その結果、予防接種施行心得あるいは予防接種実施規則の定める禁忌事項に該当すると判断された場合はもちろんのこと、異常が認められるが右禁忌事項に該当するかどうかの判定が困難な場合にも、当日は予防接種を行わないようにすべき注意義務を負っているものと解するのが相当である。

そして、予防接種施行心得あるいは予防接種実施規則により禁忌事項が定められた趣旨に照らせば、各接種担当者が右注意義務に違反して接種を行ったときは、かかる注意義務違反は予防接種事故を発生させる危険性、蓋然性を有するものであり、かかる事実が認められる場合には、接種担当者は、事故発生についての過失があったものと推定するのが相当である。」

⑧ 大阪地判昭和六二年は、予診を怠った過失の点については、禁忌事項の中には、①ワクチンの副反応が真実発生することから禁忌とされているもの、②ワクチンの副反応が発生する蓋然性があることから禁忌とされているもの、③まぎれ込み防止のため禁忌とされているものの、④予防接種の効果が無効となることを防止するため禁忌とされているもの、の四種類があるとして、次のように判示している。

「原告らの主張の本件各予防接種を実施するに際し、接種担当者（医師）において、禁忌該当者に接種した過失があったかどうかの判断にあたっては、その主張にかかる禁忌事項が右の①②のいずれかに該当したかどうか、該当した場合には、これを不注意によって看過したかどうかが問題となるというべきである。ところで、右接種担当者の禁忌該当判断に手抜きがあったかどうかは、先に判断した予診義務違反があったかどうかということと不即不離の關係にあり、予診義務違反がなかったことは前示のとおりであるから、この点において原告らの主張は既に失当であるといわなければならないが、なお、原告ら主張

の禁忌事項が右の①②に該当するかどうかの見地から重ねて判断を加えることにする。……以上の次第で、右被害児八名について、いずれも接種担当者（医師）において、禁忌該当者であることを看過して本件各予防接種を実施した過失がある旨の原告ら主張事実をこれを認めるにたたる証拠がなく、いずれも採用することができない。」

〔9〕小樽種痘禍訴訟控訴審判決（札幌高判昭和六一年七月三十一日・判時一二〇八号四九頁、判タ六一一号一五頁）は、一審判決とは逆に、接種担当医師の過失を次のように述べて否定した。

「被控訴人Dは本件種痘の当日である四月八日には種痘を行うに適応した者であったということができ、したがって、被控訴人段に対し種痘を行うべきでないのに誤って実施したということではなく、種痘を行ってもよいとしたOの判定に誤りはなかったといえることができる。また、予診は、種痘を行ってよいか、回避すべきかの判定（結論）に到達するために、その過程において行われるものであるから、本件において、仮に予診に不十分な点があったとしても、前記認定のように、被控訴人Dの健康状態等に照らし、結局種痘を行うことは正当であったものであるから、右の予診の不十分な点と副反応の発生とが結びつくことはありえず、結局両者の間には因果関係がないといえるべきである。」

3 禁忌者識別義務違反についての判例の分析

〔1〕判例理論の構造 裁判例の多くは、最判昭和五十一年に依拠している。そのことを明記しているものも少なくない。しかし、最判昭和五十一年の理論構造については種々の理解がなされており、必ずしも読み方が一致しているわけではない。⁽¹³⁾ここではとりあえず、最判昭和五十一年は、結果回避義務の違反が過失であるとして、その核心を禁忌者を識別すべき注意義務に求めた上で、担当医師がこの禁忌者識別義務に違反した場合には過失を推定すべきであるとするものである、と理解しておくことにする。これによれば、被接種者側で禁忌者識別義務の違反に該当

する事実を立証すれば、医師側（実施主体側）で一定の事項（①結果の発生が現在の医学水準からして予知することとができなかったこと、②結果発生の蓋然性が著しく低く、医学上、具体的結果の発生を否定的に予測するのが通常であること、③当該予防接種の具体的必要性と予防接種の危険性との比較衡量上接種が相当であったことなど）を立証しない限り、担当医師の過失が推定されることになる。

また、最判平成三年は、予防接種によって後遺障害が発生した場合には、被接種者が禁忌者に該当していたことによつて発生した蓋然性が高いから、特段の事情（①必要な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、②被接種者が後遺障害を発生しやすい個人的素因を有していたことなど）が認められない限り、禁忌者に該当していたことを推定すべきであるとする。⁽¹⁴⁾これによれば、結果の発生から禁忌者該当性が事実上推認され、医師側（実施主体側）は特段の事情の存在について反証責任を負うことになる。

最判昭和五十一年と最判平成三年を総合すれば、事故が発生した場合には、特段の事情がない限り、まず最判平成三年の理論により禁忌者該当性が推定され、次いで最判昭和五十一年の理論により担当医師の禁忌者識別義務違反が推定されることになる。⁽¹⁵⁾従つて、予防接種と後遺障害との間の因果関係が認められる限り、大多数の場合に接種担当医師の過失が推定されるということになるであらう。⁽¹⁶⁾

このことを明示しているのは、東京高判平成四年であり、次のようにいう。⁽¹⁷⁾「本件被害児六二名は、いずれも……禁忌者に該当していたものと推定されるところ、……本件被害児らの副反応事故は、……現場の接種担当者（医師）が禁忌の識別を誤り、本件被害児らが禁忌者に該当するのにこれに接種したため生じたものと推認される。」

(2) 評釈等における判例理論の評価 現在においては、最判昭和五十一年と最判平成三年は総合的に捉えられる

べきものであるが、私見を述べるに先だつて、ここではさしあたり、それぞれの最高裁判決についての評釈等における評価を概観しておくことにする。

まず、最判昭和五十一年に対しては、医学サイドからの批判を別にすれば、被害者救済の観点から判決の結論についてはおおむね好意的な見方が多いものといつてよい。しかし、「推定」の理論や担当医師個人の過失を問題としていることなどについては、少なからず批判的見解が見受けられる。すなわち、「推定」の理論に対しては、「問題は、本来、医学的判断を必要とする事項について、法律審たる最高裁が、およそその医学的判断を裏付ける根拠を示すこともなく、『推定』することが可能なのか、という点にある。このような事実上の推定が可能となるためには、それを裏付ける蓋然的な経験則が必要とされる以上、最高裁の論理は、いささか大胆にすぎるといわざるをえない」⁽¹⁸⁾との批判がある。また、医師個人の過失が問題とされていることに対しては、「補助的手段と医師の口頭による質問との総合的判断によって決定される問診の適否すなわち過失の有無は、実施主体について判断すべきである」⁽¹⁹⁾とか、あるいは「医師個人に判決の要求する注意義務を求めることはいささか酷であるが、本判決は、医師の過失よりも予防接種実施計画の不備（したがって実施主体の東京都）の責任を問うたものと考えるべきであろう。本判決はこの点をもっと明らかにすべきであつたと思われる」⁽²⁰⁾とかの批判的見方がある⁽²¹⁾。

次に、最判平成三年に対しては、これもまたおおむね好評を得ているものといつてよい。しかし、評釈の中には、次のような厳しい批判も見受けられる。すなわち、本判決が予防接種により重篤な後遺障害が発生する原因として、被接種者が禁忌者に該当していたことと、被接種者が後遺障害を発生しやすい個人的素因を有していたことを挙げていることについて、「右のような限定、区別のうえに、ある個人が禁忌者に該当する可能性は、右の個人的素因

を有する可能性よりもはるかに大きいことを理由に、予防接種によって後遺障害が発生した場合には、当該被接種者が禁忌者に該当していたことよって右後遺障害が発生した高度の蓋然性があるとする点は、著しい誤りに基づいている」とし、次いで、禁忌者概念について、「（実施規則四条）各号に掲げる禁忌者に該当するからといって……直ちに副反応の発生の可能性があるとすることはできないから、発生結果に基づいて本件判決のいうような禁忌者に該当していた高度の蓋然性があるとは到底いえず、そのような医学的知見も経験則も存在する筈がない」として、さらに、「本判決は、接種による重篤な後遺障害の発生原因として、禁忌者該当か個人的素因かの問題として割り切ったため、結果的にはそのいう蓋然性の高い禁忌者に該当していたことよって、つまり、この該当していたことが原因で重篤な後遺障害が発生したとされたことになるが、このような論理は、そもそも推定の基礎事実に関する異別な思考過程に基づくものとして、その不当性が指摘されるであろう」と批判しているのである。⁽²²⁾そして、このような批判的な見方からすれば、本判決の射程距離についても、「痘そう関して判示した本判決の要旨ないし結論部分だけがなお独立して引用され、不動の推定理論として歓迎され、かつ、裁判上これが機能するとすれば、すべての予防接種訴訟において安易に禁忌者の推定が考えられ、予防接種訴訟に関する限り本来的事実上の推定に関する理論が崩壊し、常に被接種者の側の立証上の優位と、反証の不奏効による国側らの不利益が不当に帰結されることになり、右訴訟の謬着をきたしはしないかと恐れる」として、限定的に捉えられるべきこととなる。

同様の観点から、次のような批判もある。すなわち、「推定」に対する疑問を提示して、「禁忌状態と副反応発生とのつながりそのものが不明確である以上、副反応が生じたという事実から禁忌者に該当していたという事実を推定するだけの経験則がある……とは、単純にはいえないように思われる」との批判的な見方であり、この見方から

すると、本判決の意義は、「問診等予診を尽くすことによつては禁忌者に該当していたことが判明したかもしれないから、その点を審理し直せ」ということだけに限定されるべきことになる。⁽²⁴⁾

さらに、東京高判平成四年についても、おおむね好意的な見方が多いように思われる。ただ、東京高判は個々の接種担当医師の過失ではなくて、厚生大臣の過失を中心にして判断しているため、評釈等もまた厚生大臣の過失に重点を置いて論じている。

(3) 判例の検討 最判昭和五十一年も最判平成三年も、被害者救済という観点からは積極的に評価されるべきである。しかし、被害者救済を損害賠償法の理論によつて行なおうとしたために、過失の判断においてやや無理が生じてきているように思われる。

最判昭和五十一年が問診の重要性を強調したことは正当である。しかし、問診の程度を高度化した点については、不可能を強いるものではないかとの疑問を払拭できない。結果論的判断であればともかくも、事故発生当時の医学水準で判断する限り、「禁忌者を識別するに足りるだけの具体的質問」の程度には、一定の限度があるように思われる。なるほど、本判決の理論においても、死亡等の副反応が当時の医学水準からして予知することのできないものであったことなどを立証すれば、実施主体は不法行為責任を免れる余地が残されている。しかし、判例の趣旨から推論すれば、この立証は容易ではなさそうであるから、この判例理論を忠実に推し進めれば、殆どの事件において過失が認められることになるのではなからうか。本判決は接種担当医師の過失を問題としながらも、実質的には無過失責任化への過程上にあるものと捉えられるべきであろう。医学専門家の中には、「今一体、問診にこれだけ細かいことにどうしたらいいとか、悪いとか言つて議論しても、事故そのものの防止には必要なことであるが、そ

の責任を負うか、負わないか、ということだけについて言うならば、正にナンセンスであつて、どうせ結果が悪ければ、問診を完全にやろうがやるまいが、金を払われるのだぞ、ということを一応教えて貰つたような気がします⁽²⁵⁾との見解が強いようである。

右に述べたことは、最判平成三年にも大体あてはまるものといつてよい。副反応の発生機序は、医学的には現在においてもまだ十分に解明されていないのであるから、「予防接種によつて右後遺障害が発生した場合には、当該接種者が禁忌者に該当していたことによつて右後遺障害が発生した高度の蓋然性がある」といえるか否か疑問がないわけではない。⁽²⁶⁾本判決における禁忌者該当性の推定は、医学的根拠に裏付けられたものではなく、その意味では説得力を欠いたものとなっている。本判決もまたこの推定を覆す特段の事情を挙げているが、この事情が立証されるのは、「被接種者が全ての禁忌事由に関し全く異常のない健康体であつたことが明らかである事例に限られる⁽²⁷⁾」であらうから、現実にはこれが立証されることは非常に困難であらう。

東京高判平成四年は、いわば最判昭和十一年と最判平成三年を総合したものである。ただ、最判昭和十一年がもつばら接種担当医師個人の過失を問題としていたのに対して、東京高判平成四年は厚生大臣の過失（組織過失）に重点を置いて判示している点において差異を見出すことができる。しかし、それでもなお、「特段の事情が存在しない本件被害児は全員禁忌者に該当すると推定され、本件の副反応事故は現場の接種担当者が禁忌の識別を誤つて接種したため生じたと推認される」というのであるから、接種担当医師個人の過失の問題が全くなくなったというわけではない。集団訴訟の場合には多数の被害児がいるのであり、その中には禁忌者識別義務違反が明確に認められる事件がある反面、予診を尽くしても禁忌者を識別することができなかった事件も存在するのではないかと思われる

る。簡単に特段の事情が存在しないとして割り切れるものであるかどうか、疑問の残るところである。被害者救済を国賠法一条に基づいて行なうために、理論構成の面において無理をしているのではないかとの感を払拭できない。そのことは、判決の最初の部分において、損失補償請求を簡単に否定していることによっても明らかである。損失補償請求の方途を否定する以上は、被害者の救済は国賠法によらざるを得ないことになったのではなからうか。しかし、このように被害児全員について禁忌者該当性と禁忌者識別義務違反が推定されることになれば、およそ「過失」とは一体何であるのか、その意義が非常に漠然としたものとなるおそれがある。「過失」の名において、むしろ実質的には無過失責任を認めたものではないかとも思われるのである。被害者救済のためとはいえ、過失概念の拡張には一定の限界が置かれるべきであろう。

予防接種事故補償の性質については、周知のように、損失補償説や結果責任説のほかに、損害賠償説も有力に主張されていたところである。⁽²⁸⁾ 東京高判平成四年は、損害賠償説に与したものといえそうである。しかし、損害賠償説が過失概念の過度の拡張を主張するのであれば、前述の理由によって疑問を禁ずることができない。

(4) 判例理論の限界 具体的事案の中には、接種担当医師の過失や厚生大臣の過失が認められる場合が少なくないであろう。しかし、それでもなお、誰にも過失がなくして事故が発生した場合があつたかもしれないし、また、今後は以前にも増して慎重に予防接種が実施されるであろうから、過失なくして事故が発生することが予想される。判例理論においても、過失の推定や禁忌者該当性の推定が実施主体側の反証によって覆される余地があるのであるから、反証が奏効した場合には過失がなかったことになり、被害者が救済されない場合が出てくることになる。

このように、過失なくして事故が発生することが予想される限り、国賠法の適用によっては救済されない被害者

が出てくることは避けられない。そこで、このような不都合を回避するためには、過失の推定理論を採用し、しかも反証を殆ど不可能にさせざるを得ないことになる。⁽²⁹⁾しかし、それでは、「過失」を要件とすることの意義が非常に稀薄になってしまふであらう。また、国賠法を適用するということは当該予防接種が違法であったことを前提とするものであるが、そもそも事故が発生した場合にそのすべてが違法といえるのかどうか一つの問題であらう。前述のように、行為不法説の立場からすれば、事故が発生したとしても、当該予防接種は適法であると評価される場合もあり得るのである。過失概念を稀薄にし、違法性判断を曖昧にしてまで国賠法の適用に固執しなければならぬ理由は、一体どこにあるのであろうか。いずれにしろ単に被害者が救済されればそれでよい、ということではないように思われる。

二つの最判と東京高判の出現にもかかわらず、過失が存在しない場合には補償請求の可否が問題とならざるを得ない。憲法二九条三項の解釈については、東京高判平成四年の説示には首肯し得るものがあるが、そのことから直ちに補償請求権を全面的に否定することはできないであらう。東京高判平成四年が国賠法の適用範囲を大幅に拡大した背後には、表面上は補償請求を拒否しながらも、実質的には損失補償的な思考が作用していたのではないかも推測されるのである。⁽³⁰⁾

(1) 由上修三『予防接種の考え方』（一九九二年）一三四～一三五頁。

(2) 厚生省保健医療局疾病対策課結核・感染症対策室監修『予防接種ハンドブック（改訂第六版）』（一九九〇年）一六頁以下参照。

- (3) 稲垣『医事訴訟理論の展開』（一九九二年）三六二頁。
- (4) 厚生省保健医療局疾病対策課結核・感染症対策室監修・前掲五六頁。
- (5) 松倉豊治『医学と法律の間』（一九七七年）三三二頁、小野寺規夫「小児科(2)―予防接種」根本編『裁判実務大系一七巻〔医療過誤訴訟法〕』（一九九〇年）六五四頁。
- (6) 松倉・前掲三三三頁参照。
- (7) 松倉・前掲三二六頁によれば、「問診の不結果」とは、医師または患者側の不注意で問診の成果が得られないで現実の診療不結果を来したことをいう。
- (8) 高島英弘「小樽種痘予防接種禍事件最高裁判決」法学教室一三五号（一九九一年）七七頁、橋本・前掲二三四頁、滝沢「種痘接種による後遺障害に対し、国家賠償責任が否定された事例」判例評論三三八号（一九八七年）四九頁、飯塚和之「名古屋予防接種禍事件」別冊ジュリ・医療過誤判例百選（一九八九年）二二三頁等参照。
- (9) 橋本・前掲二二二―二三三頁参照。
- (10) 厚生省保健医療局疾病対策課結核・感染症対策室監修・前掲四三頁以下参照。
- (11) 野田・前掲二六四―二六五頁。なお、松倉・前掲三三三頁、小野寺・前掲六五七頁、橋本・前掲二二〇参照。
- (12) 松倉・前掲三二六頁参照。
- (13) 鬼頭季郎「本判決解説」『最高裁判例解説民事篇（昭和五一年度）』（一九七九年）三四二―三四三頁は、予防方法によって禁忌者識別が可能であることを条件に、問診義務違反を禁忌者識別義務違反に連繋し、この禁忌者識別義務違反を推定によって過失と一応連繋したものである、と説明している。そのほか、本判決の評釈として、宇都木伸「平林勝政「インフルエンザ予防接種禍訴訟最高裁判決について」ジュリ六三二号（一九七七年）九四頁、新美育文「インフルエンザ予防

接種と医師の間診義務」民商七六卷五号（一九七七年）七五五頁、前田達明「インフルエンザ予防接種訴訟」ジュリ六四二号・昭和五一年度重要判例解説（一九七七年）七六頁、山本隆司「インフルエンザ予防接種禍事件」別冊ジュリ・医療過誤判例百選（一九八九年）一八頁等があるが、それぞれ理解の仕方に微妙な差異が見受けられる。

- (14) 本判決の評釈として、田中館照橘「痘そうの予防接種による重篤な後遺障害の発生と医師の行うべき『予診』の内容」法令解説資料総覧一一六号（一九九一年）九二頁、高島・前掲七六頁、稲垣「医事訴訟理論の展開」三五三頁、秋山義昭「小樽痘痘損害賠償請求訴訟上告審判決」ジュリ一〇〇二号・平成三年度重要判例解説（一九九二年）四七頁、瀬川・前掲四七頁、植村栄治「予防接種の禁忌者に該当することの推定と国家賠償」法学セミナー四四六号（一九九二年）一四六頁、新美「痘そうの予防接種による後遺障害の発生と予防接種実施規則（改正前）の禁忌者に該当したことの推定」私法判例リマックス五号（一九九二年）七八頁等がある。

- (15) 橋本・前掲二四九頁、宇賀克也「東京予防接種禍訴訟控訴審判決」ジュリ一〇二四号・平成四年度重要判例解説（一九九三年）五五頁参照。

- (16) 鈴木健太「国家賠償請求訴訟上の諸問題(1)―証明責任」ジュリ九九三三三（一九九二年）一七三頁、「研究会・日本の国家賠償法制の特色」ジュリ九九三三三（一九九二年）二二頁における玉田勝也氏（当時訟務局民事訟務課長）の発言、信濃孝一「国家賠償訴訟の証明責任」村重宗宮編「国家賠償訴訟の実務」（一九九三年）一九〇～一九一頁、中村哲「小樽予防接種（種痘）訴訟」『平成三年行政関係判例解説』（一九九三年）四〇一頁等参照。

- (17) 本判決の評釈として、小幡純子「予防接種禍集団訴訟東京高裁判決」法学教室一五一号（一九九三年）一一〇頁、稲葉・前掲六〇頁、飯塚「予防接種行政と被害者救済の在り方」ジュリ一〇二二二（一九九三年）六九頁、山田幸彦「予防接種被害と国の責任」法と民主主義二七六号（一九九三年）一七頁、新山一雄「予防接種の副作用障害が出たことは予防接種

の実施体制の不備によるものであったとして国家賠償請求が認められた事件」法学セミナー四六三号（一九九三年）六八頁、滝沢正「予防接種被害につき、損失補償請求が否定され、厚生大臣の過失による損害賠償請求が認定された事例」判例評論四一五号（一九九三年）一二頁、萩原秀紀「予防接種禍東京集団訴訟判決」法律のひろば四六巻五号（一九九三年）六九頁等がある。

(18) 宇都木平林・前掲九七頁。

(19) 新美・前掲（民商七六巻五号）七六八頁。

(20) 野田・前掲二七三頁。

(21) そのほか、宇都木平林・前掲九七―九八頁も、「予防接種担当医師の過失という形をとってはいるものの、本判決において真に問われるべきは、形式的にも実質的にも、予防接種をコントロールしているところの予防接種の実施主体たる地方公共団体である、という考慮が働いているのであろうか」と疑問を提起している。

(22) 稲垣『医事訴訟理論の展開』三六一―三六三頁。

(23) 稲垣『医事訴訟理論の展開』三六九頁。

(24) 新美・前掲（私法判例リマックス五号）八一頁。

(25) 「第一回医療事故研究会」日本外科系連合学会誌二号（一九七六年）五五頁における松浦鉄也氏（当時東京松浦産婦人科病院院長）の発言。

(26) 稲垣『医事訴訟理論の展開』三六二頁。

(27) 橋本・前掲二四七頁。

(28) 損害賠償説の紹介と検討については、西埜「予防接種事故と国の補償責任」法政理論二四巻一号（一九九一年）九頁以

下参照。

(29) 現に、東京高判平成四年は、被害児四名について「予診を尽くしたが、禁忌者に該当すると認められる事由を発見できなかったという特段の事情が存在する」との国の主張に対して、いずれについても予診が尽くされたとは認められない、と判示している。

(30) 最判昭和五十一年と最判平成三年について、すでに、「右の推定の組み合わせは全体としてみれば必ずしも高度の蓋然性に基づくものといえないことに注意すべきである。このような推定の合理性を基礎付けるのは、副反応発症の機序の解明が医学的に十分とはいえない状態の下で、伝染病予防の必要から公共団体が主体となつて実施せざるをえない予防接種においては、被害者救済の強い要請であるように思われる。そして、ここでもまた、推定の成立を注意義務の高度化が支えていることが注目される」(信濃・前掲一九一頁)と説かれていたところである。

五 厚生大臣等の施策上の注意義務違反

厚生大臣等の施策上の過失が問われているのは、東京集団訴訟を参考にして大別すれば、①実施すべきでない接種を実施させた過失、②若年接種を実施させた過失、③禁忌該当者に接種を実施させた過失、④過量接種を実施させた過失、⑤他の予防接種との間隔を十分にとらないで接種を実施させた過失、⑥接種会場の管理に瑕疵のある状態で接種を実施させた過失、などである。大部分の裁判例は厚生大臣のこれらの過失のすべてを否定しているが、

これを一部肯定している裁判例もないわけではない。ここでは、①と②を合わせて「予防接種の対象疾病及び接種年齢についての注意義務」とし、それと③を中心にして若干の裁判例を紹介し、分析しておくことにする。

1 施策上の注意義務の法令上の根拠

(1) 原告・被告の主張 厚生大臣等の施策上の注意義務を定めた明文の規定は見当らない。しかし、これまで多くの訴訟において、原告側は、「伝染病予防という公衆衛生の目的のために個人の生命・身体が犠牲にされることは絶対的に許されないものであり、厚生大臣としては、前記各公権力の行使たる職務を執行するにつき、予防接種により死亡又は重篤な障害が万一にも発生することのないよう万全の注意を尽すべき最高度の注意義務を負っていたものである」(東京集団訴訟)との前提の下に、各種の具体的過失を主張してきた。

これに対して、被告国側は、例えば、東京集団訴訟においては、次のように主張していた。「被告国が予防接種による死亡その他の重篤な副反応の発生を防止するため万全の措置を講ずべき広義の義務を負っているとしても、右義務の性格は憲法に由来し国民一般に対する抽象的な政治的、行政的責務であって、個々の国民に対する法律的義務ではない。国家賠償法一条に基づく責任の要件としての行為の違法性は、当該公務員が第三者に対して負う職務上の義務に違反したことを指すと解すべきである。原告らが主張する厚生大臣の六つの具体的過失の前提となる義務は、少なくとも右のような第三者に対する職務上の義務としては認められない。また、伝染病予防及び予防接種対策は高度の専門科学的、技術的な知見・情報に基づく政策判断の問題であり、その具体的内容、即ち予防接種の具体的な範囲、対象者の年齢、実施方法等をいかに定めるかは、事柄の性質上、立法府の裁量及びそのもとの行政庁の裁量に委ねられている。」

東京地判昭和五九年は、この点については、「厚生大臣が前記各公権力の行使たる職務を執行するについて、予防接種事故を発生させる危険性、蓋然性を未然に防止すべき注意義務を有（する）」と述べているだけである。これに対して、東京高判平成四年が国の主張を明確に斥けて、次のように判示しているのが注目される。すなわち、「予防接種事故が生じないように努める義務は、国民全体に対する関係においては、あるいは一般的、抽象的な政治的行政的義務であるということができようが、予防接種を受ける個々の国民は、国が施策として行う予防接種の直接の対象者なのであるから、このような地位にある予防接種を受ける個々の国民に対する関係においては、予防接種事故が生じないよう努める義務は、単なる一般的抽象的な政治的行政的義務ではなく、正に法的義務そのものであるといわなければならない。」

(2) 憲法・法令・条理上の根拠 明文の規定がないにしても、万全の措置を講ずべき法的な注意義務があることについては、一般論としては賛意が表されてよい。それが憲法に由来するものか、法令上のものか、それとも条理上のものであるかはともかくとして、万全の措置を講ずべき注意義務を措定することには、それほど異論はないであろう。東京高判平成四年は、注意義務の法的根拠として、昭和五十一年の改正前の予防接種法一二条（腸チフス・パラチフスについての禁忌者に対する接種回避）と一五条（予防接種の実施方法についての省令委任）を挙げており、これらの規定から、予防接種による事故の発生を防止するために必要な措置をとるべき厚生大臣の法的義務を導き出している。

しかし、そのことから直ちにどのような具体的注意義務が導かれるものであるかは、必ずしも明確なものではないし、また、行政裁量を全面的に否定することもできないであろう。ただ、そうであっても、この注意義務が単な

る政治的・行政的責務であると理解すべきものではなく、何らかの法的な具体的注意義務が指定されるのは当然である。原告側が指摘している施策上の注意義務は、注意義務の存在それ自体としては、一般論としては妥当なものといつてよい。問題は、具体的事案において、それらの注意義務違反が認められるか否かである。

2 予防接種の対象疾病及び接種年齢についての注意義務

(1) 法定された対象疾病 対象疾病は、予防接種法二条二項に列挙されており、これらはさらに定期の予防接種の対象とされるもの、臨時の予防接種の対象とされるもの、緊急時の予防接種の対象とされるものに区分されている。従つて、厚生大臣としては、法によつて定められた予防接種を実施させる義務があることになり、法に基づいて行なわれた予防接種は適法ということになりそうである。もし法に不備があるのであれば、それは「立法による不法」の問題であつて、少なくとも厚生大臣の責任とはいえないのではないかとも思われる。被告国が、訴訟において、「三権分立の建前や憲法五一条の趣旨からも、立法機関の行為は国家賠償法一条という公権力の行使に含まれないと解すべきであり、仮に含まれるとしても立法機関の行為及びその委任に基づく政令省令等の行政立法には、特にそれが本件のような専門技術的事項に関するときは広範な裁量の余地が承認されるべきであり、右裁量の範囲内の行為については、仮に不当の問題があつても違法の問題を生じることはない」(東京集団訴訟)と主張しているのは、その趣旨を一部含むものであらう。しかし、東京地判昭和五九年は、これに対して次のように述べ、厚生大臣のこの種の注意義務の存在を肯定した。

「諸般の事情に照らし、予防接種による被接種者の生命、身体に対する危険を避けるためには予防接種を実施しないことが必要不可欠であるという特別の事情が認められる場合には、厚生大臣としては、法の改廃を待つことなく、法五条所定の接種

及び法九条所定の接種の実施主体である市町村長等をして当該予防接種の実施を中止させ、また、法六条の二所定の接種の実施主体である開業医並びに法九条所定の接種の実施主体である地方公共団体及び開業医に対し、当該予防接種を実施することがないよう行政指導すべき、各注意義務を負っていたものと解される。」

これに対して、東京高判平成四年は、もっぱら「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った過失」について判断しており、対象疾病や接種年齢の当否については触れていない。これは、おそらく、現行法上の対象疾病や接種年齢等の定めが適法であるとしても、現行法に基づき禁忌該当に接種をさせないよう十分な措置を講じていれば事故を回避することができたものと考えたため、この点の判断を不要としたものであらう。

(2) 通達による法令の改廃 法律による行政の原理からすれば、厚生大臣等は法令に従って行政を行なわなければならない。しかし、他面において、法律または政令に不備が存する場合は、厚生大臣はその改廃の案を内閣総理大臣に提出して閣議を求めることができる（内閣法四条三項、国家行政組織法二一条）、省令の不備については、自己の判断でもってこれを改廃することができる（国家行政組織法二一条一項）。従って、法令の不備が明確になり、しかもその不備が重大な程度に至った場合には、厚生大臣としては、その改廃に向けて努力すべき法的義務が認められることもあり得ることになる。ただ、そのことは、法令の改廃を待つことなしに法令によって定められた予防接種の実施を中止させる注意義務までを直ちに肯定することにはならないであらう。法律による行政の原理に反することになるのではないか、との疑問が生ずるからである。しかし、他面、我が国においては、これまで法的事実上の改廃が一片の通達によって行なわれた例も少なからず存在し、この点からすれば、予防接種を実施させな

いことは通達によつて容易に行なうことができたのではないかと考えられる。

(3) 緊急事態における厚生大臣の注意義務　そこで、東京地判昭和五九年は、前述のように、法令の改廃を待つことなく厚生大臣に注意義務が生ずる場合を「諸般の事情に照らし、予防接種による被接種者の生命、身体に対する危険を避けるためには予防接種を実施しないことが必要不可欠であるという特別の事情が認められる場合」に限定している。これは、いわば緊急事態の場合に限定したものといつてよい。被接種者全員の生命・身体に対する危険を避けるために、特定の疾病に対する予防接種の不実施が必要不可欠であるような場合とはどのような場合であるのか、具体的に想定するのは必ずしも容易ではないが、そのような場合もあり得るといふことについては、一応賛意が表されてよいであろう。そして、そのような場合には、「実施すべきでない接種を実施させた過失」の責任を問われてもやむを得ないということになる。

昭和五十一年一月一九日の厚生省公衆衛生局長通達は、都道府県知事に対し、当面の緊急措置として種痘の実施を見合わせることを通知したものである。しかし、これが違法であるという見解は見受けられない。これは、「当時の医学上、防疫上の知見に照らし、予防接種の実施が是認されないことが明白な場合」（名古屋地判昭和六〇年）と考えられたためであろうか。

(4) 接種年齢を引き上げるべき注意義務　右に述べたことは、接種年齢を引き上げるべき注意義務についても、同じように当てはまる。すなわち、原告は各集団訴訟において、種痘の若年接種を実施させた厚生大臣等の過失を追及したのであるが、接種年齢は法令によつて定められているのであるから、行政機関としてはそれに基ついて予防接種を行なうべき義務があるからである。しかし、この場合においても、緊急事態の場合には、法令の改廃を待

つことなく、厚生大臣等は通達によつて接種年齢の引上げを行なうべき義務があるということになるであろう。

(5) 判例の動向　法令の改廃を待つことなく、予防接種を実施すべきではなかった場合、あるいは若年接種をすべきではなかった場合に該当するかどうかについては、裁判例は大体においてこれを否定している。そのような動向の中で、名古屋地判昭和六〇年が、種痘の若年接種についてではあるが、次のように述べて、厚生大臣等の過失を認めているのが注目される。

「前記三名の事件各被害児は、いずれも生後実にか月又は三か月初めという獲得形質の如何も定かでなく免疫産生機構も発達していない月令時に接種を受けたものであること、右接種時期（昭和四四年末から同四五年初）における我が国内外の初種痘年令引き上げに関する各種指摘と我が国における痘そうの輸入状況、法の事実上の改廃が一片の通達、通知により容易に行ない得た事実、本件三名の被害児に関する限り、前記日本小児科学会予防接種委員会の指摘に従うよう直ちに指導、通知を行なうだけで十分であり、あえて当時効力を有していた法の正式な改廃を行なう必要もなかったこと等の各種事実を照らせば、厚生大臣等は、より早期に調査研究を遂げ、前記日本小児科学会予防接種委員会の勧告から半年を経た遅くとも昭和四四年一〇月までには前記通達（昭和四五年八月に、初種痘月令を六か月ないし二四か月に改めたもの。但しその内容も不十分なものであったことは、その後の接種月令引上げの経過からも明らかといえよう。）を行なうべきであつたし、またそれは十分に可能であつたと考えられる。すなわち厚生大臣等が右通達を昭和四五年八月まで遷延させ、乳児接種に対する疑問の声が日増しに高まる状況にもかかわらず、身体諸器官が未発達で、抵抗力も極めて弱いことの明らかな生後僅かに二―三か月を経たに過ぎないいわばいたいけな身体（本件被害児中、前記三名以外に他にこのような者はない。）に接種が行なわれるのを事実上放置したことは、その過失といわざるを得ないものであると考えられる。」

(6) 判例の検討

名古屋地判昭和六〇年は、右のように述べて、種痘の若年接種を実施させた点について厚生大臣等の過失を認めたのであるが、それ以外の裁判例は一様にこの点における過失を否定している。例えば、東京地判昭和五九年は、「予防接種の専門家の間において初種痘を実施すべき時期について各見解の対立があった本件各接種当時（具体的には昭和三七年以降において一歳未満の各被害児が種痘接種を受けた昭和三七年から昭和四八年までの間）において、厚生大臣として、法が初種痘年齢を規定しているにもかかわらず、その規定に敢えて従わず、種痘につき、市町村長等をして一歳未満の乳幼児に対する法五条所定の接種を実施させないとする注意義務、及び開業医に対し一歳未満の乳幼児に対する法六条の二所定の接種を実施することがないよう行政指導すべき注意義務、をそれぞれ負っていたものと認めることはできない」と判示しているのである。

このような相違は、結局は、当該各接種当時における医学水準をどの程度のものとして捉えるかにかかっている。名古屋地判昭和六〇年が、当時すでに世界的にみて接種年齢上げの医学水準にあったと考えたのに対して、東京地判昭和五九年は、当時においてはまだその医学水準に達していなかったと判断したものである。いずれが妥当であるかは、医学の専門家の間でも見解が分かれていたのであるから、判断の難しいところであるが、名古屋地判の考え方にはやや結果論的な発想が見受けられるように思われる。これは、国賠責任を肯定するために、敢えて過失の判断を緩やかに行なったものといえそうである。しかし、欧米先進諸国では初種痘年齢が引き上げられていたにしても、医学専門家の中には乳幼児の接種に賛成する見解も依然として有力であったことを考慮すれば、当時の医学水準が接種年齢の引上げを要請していたとは必ずしもいえないように思われる。ましてや、初種痘年齢が法定されていた当時としては（現在では政令で定められている）、法令の改廃を待つことなしに、乳幼児に対する接種を

実施させないようにする注意義務が厚生大臣等に生じていたといえるほどの緊急事態であったとはいえないであらう。そもそも、若年接種については、過失のみならず、違法性の存在それ自体が疑問となるのではなからうか。

3 禁忌該当者に予防接種を受けさせない注意義務

(1) 厚生大臣等による禁忌事項の設定 禁忌事項については、個別的には、痘そう、ジフテリア、腸チフス、パラチフス、コレラの各予防接種施行心得（昭和二三年厚生省告示）、百日咳予防接種施行心得（昭和二五年厚生省告示）、インフルエンザ予防接種施行心得（昭和二八年厚生省告示）等により定められていたが、一般的には、昭和三年の予防接種実施規則（厚生省令）により定められ、この実施規則上の禁忌事項は、その後昭和三十九年、四五年、五一年にそれぞれ改正されて今日に至っている。これらの禁忌事項の設定は、厚生省の告示または省令によるものであるから、禁忌事項の設定自体に問題があれば、厚生大臣等の過失が直接問われることになる。

(2) 原告側の主張 原告側は、例えば東京集団訴訟においては、禁忌該当者に接種を実施させた点に厚生大臣等の過失があるとして、これを「禁忌設定不充分の過失」と「禁忌該当者に接種させないための措置不充分の過失」に分けて追及した。そして、前者については、「本件各接種当時において、本件各ワクチンの接種により如何なる副反応を生じるか、また如何なる体質的素因や身体的状況が重篤な副反応を生じる蓋然性が高いかを充分調査してさえいれば、右の昭和三十九年及び昭和五一年設定の禁忌事項は、本件各接種当時においても当然に禁忌事項として設定されるべきものであった。更に、接種を担当する医師は、必ずしもワクチンの専門家でも小児科の専門医でもなく、何が禁忌事項に該当する『不適当な』疾病や状態であるかについての知識を殆ど持たない者が多かったから、本件各接種当時における禁忌事項としては、右に掲げたものではなお不充分であり、より具体的、明確な禁忌事項

として以下の一〇項目の体質的素因及び身体的状況も禁忌事項に設定されるべきものであった」として、厚生大臣には右禁忌事項の設定を怠った点において過失があると主張した。

また、後者については、「厚生大臣としては、本件各接種当時、各被害児の保護者に対し、本件各ワクチンの危険性並びに禁忌の意味及びこれに該当する事由の周知徹底を行い、また、本件各接種の各実施主体に対し、集団接種において禁忌該当者を排除するに充分な予診時間を確保する余裕のある予防接種実施計画を樹立するよう監督、指導し、更に、本件各接種担当者に対し、禁忌該当者の的確な識別及び除外について指導し、また一般の医師に対し、ポリオ生ワクチン投与後二週間以内の者に対する外科手術の禁止を周知徹底すべきであったものである。しかるに、厚生大臣は、いずれもこれを怠り、その結果、本件各接種の各実施主体をして、禁忌該当者に対しても接種を実施させ、あるいは、医師をして、ポリオ生ワクチン投与後二週間以内の者に対する外科手術を行わせたものであって、この点につき過失があった」と主張した。

(3) 裁判所の判断（東京地判昭和五九年）　しかし、東京地判は、これらの主張をいずれも斥けた。禁忌設定不充分という点については、「予防接種の専門家の間において禁忌の定め方について各見解の対立があった本件各接種当時（具体的には、原告らが禁忌該当者であったと主張する各被害児が接種を受けた昭和三十一年から昭和四九年までの間）において、厚生大臣として、昭和三九年及び昭和五十一年に予防接種実施規則により設定された各禁忌事項あるいは原告らが禁忌事項であると主張する一〇項目の体質的素因及び身体的状況について、これらをすべて禁忌事項として設定しておくべき注意義務を負っていたものと認めることはできない」と判示している。

また、禁忌該当者に接種をさせないための措置不充分という点については、予防接種施行心得や予防接種実施規

則により禁忌が定められていたこと、昭和三四年に厚生省公衆衛生局長が都道府県知事宛に「予防接種の実施方法について」と題する通達を發して、予防接種の実施に際しては「予防接種実施要領」に従つて接種を実施するように指導していること、その予防接種実施要領の中で禁忌についての十分な注意を促していること、昭和四五年に公衆衛生局長が都道府県知事宛に「種痘の実施について」と題する通知を發して、質問票等の利用や禁忌事項等について周知徹底を図っていること、その他厚生省としては禁忌該当者に接種を実施させないようにするため種々の措置を講じていることを挙げて、厚生大臣に過失は認められない、と判示している。

(4) 裁判所の判断（東京高判平成四年） これに對して、控訴審判決（東京高判平成四年）は、厚生大臣の施策上の過失（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怠つた過失）について、「厚生大臣は、以上のような、禁忌を識別するための十分な措置をとらなかつたことの結果として、現場の接種担当者が禁忌該当者であるのにこれに接種して、本件各事故のような重大な副反応事故が発生することを予見することができたものといふべきである。また、前記のとおり、本件被害児らはすべて禁忌該当者と推定されるものであるから、厚生大臣が禁忌を識別するための十分な措置をとり、その結果、接種担当者が禁忌該当者をすべて接種対象者から除外していたとすれば、本件副反応事故の発生を回避することができたものといふべきであり、したがって、本件副反応事故という結果の回避可能性もあつたものといふことができる」と述べて、過失を認めている。福岡高判平成五年も、大体同趣旨である。

(5) 東京高判平成四年の検討 東京高判は、右に紹介したように、①予診に十分時間が割けるよう対象人数を調節し、接種と予診の医師を分けるなどの体制を作り、②副反応などについて十分教育を受けていない開業医を念

頭に、副反応等についての周知とレベルの向上を図り、③接種を受ける国民にも説明し、必要な情報を進んで医師に提供するように動機付けをする、などの措置を講ずるべきであったにもかかわらず、厚生大臣にはこれを怠った過失がある、と判断した。しかし、この点においても、接種担当医師の過失についてと同様に、やや結果論的発想が見受けられる。

東京地判昭和五九年が述べているように、禁忌設定についても禁忌該当者に接種させないための措置についても、厚生省当局は当時の医学水準に従って相当の措置を講じていたのではないかと思われる。現在の医学水準からみれば、それは確かに不十分であったといえるかもしれないが、当時においてはまだ禁忌についての研究が進んでおらず、禁忌事項の設定についても専門家の見解が分かれていたのである。禁忌該当性と副反応事故の発生との関係については、現在においてもまだ確定的とはいえない状況にあることを考えれば、東京高判の考え方は、国賠責任を肯定するためのやや強引な理論構成といえるべきであろう。接種担当医師個人の過失よりも厚生省の組織過失を強調することの方が、予防接種事故においてはより説得力を有することは確かであるが、組織過失といえども結果論的に認定されてよいわけではない。

厚生省が国民に事故の実態を公表することに消極的であったにしても、全く公表しなかったというわけではない。種々の方法で公表を行っていたのである。福岡地判平成元年が指摘しているように、「被告が予防接種による副反応の存在を隠蔽し続けてきたと認めることは困難」であろう。積極的に公表していれば一般医師も国民も禁忌の重要性を十分に認識し得たはずであり、事故の回避が可能であった、という考え方にはやや論理の飛躍があるように思われる。

(6) 東京高判平成四年の理論的境界 一步譲って、東京高判の考え方が妥当であるとしても、これはその当時の事件についていえることであって、今後起こる事件については同様の判断をすることはできないであろう。当時の禁忌設定等が不十分であったとしても、その後徐々に改善されてきているのであり、現在においては、たとえ事故が発生したとしても、組織過失を追及することさえ困難である場合が多いのではないかと思われる。現在の進歩した医学水準の下でも、事故の発生をゼロにすることは不可能であるといわれているから、そうであるとすれば、今後事故が発生した場合には、被害者は一体どのような理論構成によって救済されるのであろうか。⁽³⁾

このように考えてくれば、東京高判のような理論構成にも限界があることを認めざるを得ない。厚生大臣等に施策上の過失がなく、接種担当医師等にも過失がない場合には、国賠法の規定によつては救済を受けることはできないのである。東京高判は補償請求権を簡単に否定したから、このような場合には、せいぜい法的救済制度上の（予防接種法上の）補償給付で満足しなければならないことになる。しかし、予防接種の強制または勧奨によつて生じた被害について、法的救済制度上の低い補償で満足しなければならないというのは、どのような理由づけをしても説得力を欠くことになるように思われる。東京高判は否定したものの、憲法上の補償請求権が再考されるべきであろう。国賠法上の賠償責任を肯定することと憲法上の補償責任を肯定することは、何ら矛盾するものではないのである。⁽⁴⁾

憲法二九条三項が根拠となり得ないことは東京高判の指摘するとおりである。しかし、他の憲法上の規定（二三条、一四条、二五條）もまた根拠となり得ないものであるか否かは、なお詳細な検討が必要であらう。東京高判はこれをも否定しているが、東京高判自体は、「国家賠償制度も、国民の納める税によつて運用されるのであるから、

国民全体による損害の分担という意味を持つのであり、公権力の行使の過程で特定の個人に生じた損失を国民全体で補填する実質を有するのであって、正義実現のための公平原則ないし平等原則に結び付くものである」と述べているのであり、判決の背後には損失補償的思考をかいま見ることができ(5)る。ただ、この点については、別稿で詳論したことがあるので、ここでは問題点を指摘するにとどめておくことにしたい。

(1) 小幡・前掲一一四―一一五頁、山田・前掲一八頁、高田・前掲三二六頁、萩原・前掲七七頁は、本判決を妥当なものと評価している。稲葉・前掲六三頁も、不法行為責任の視点からは画期的な判決であると評価している。さらに、宇賀・前掲五六頁、滝沢・前掲(判例評論四一五号)一五頁は、一般予防効果という側面からも評価している。

(2) 木村三生夫「平山宗宏『予防接種の手びき(第六版)』(一九九二年)五一頁は、『予防接種を行う限り『事故』はゼロにできない』と述べている。

(3) 小幡・前掲一一五頁、稲葉・前掲六八頁、飯塚・前掲(ジュリ一〇二二号)七六頁、宇賀・前掲五六頁も、この点の危険を指摘している。

(4) 稲葉・前掲六七―六八頁、宇賀・前掲五六頁参照。

(5) 西埜・前掲二二頁以下参照。

(一九九三年一〇月一五日)