

# 医療技術の発展と司法の政策形成・法創造機能 — 日米比較を基に —

畑 中 綾 子\*

## Health technology and policy-making function of the judiciary : based on comparison between the U.S and Japan

HATANAKA Ryoko

### Abstract

As long as the development of science and technology is not accompanied by the legislation or policies to govern this technology, actual social problems will occur that will require the judiciary to take on the initial role of finding resolutions to these problems. Policies and legislation appear in response to the course of litigation, and plaintiffs may intentionally instigate lawsuits in order to have this sort of impact on political issues. These lawsuits have been called policy-oriented lawsuits.

In lawsuits of posthumously conceived child in the U.S, the judiciary has affirmed legal parentage of children by inferring the intention of the legislature. In contrast, Japan has adopted a policy of refusing to do so in the absence of legislation. On the other hand, in lawsuits on adverse drug, Japan has aggressively judged the illegality of administrative bodies in order to provide remedy. There have also been cases where litigation has stirred up policy debates that have encouraged the government to establish safety strategy. While it is recognized that such a use of litigation has an impact on drug administration, the time has come to reconsider its function as a forum for administrative and legislative bodies that essentially play direct roles.

Keywords: Policy making, Law making, Modern type lawsuits, Public Law Litigation, The role of judiciary

### I. はじめに

科学技術の発展に伴い、技術に対する立法あるいは政策的な手当がなされないうちに現実の社会問題が起こり、司法に最初の問題解決の場としての役割が求められることがある。原告は立法や行政あるいは企業に対し、社会影響を与えることを意図し訴訟を提起することもある。これら訴訟は、旧来の紛争解決型の訴訟と比較する点で政策形成訴訟と呼ばれてきた。また立法の不備や遅れに対し、裁判所が法解釈を超えて法創造機能を果たすこともある<sup>1</sup>。

本稿は、医療技術の発展により提起された訴訟の分析を通じて、裁判所の政策形成あるいは法創造機能を検討する。医療技術には生殖補助医療や終末期医療など、国民の死生観や家族観といった重要な価値につながるものがある。このような価値について国民のコンセンサスを得ることは難しい状況下で、現実には技術が利用され、法的な問題を引き起こすことがある。また新たな医療技術や医薬品を導入する際には、安全性や有効性につき科

---

キーワード：政策形成、法創造、現代型訴訟、公共訴訟、司法の役割

\*平成26年度生 人間発達科学専攻

学的不確実性のある中で、行政の裁量が行使される。ある技術に対して立法上の手当を行うは立法裁量であり、医薬品等の承認を行うかも行政の裁量であるが、これら裁量権に対し事後的に司法判断を行うことが果たしてどこまで許されるのか。本稿では、個別のケースを取り上げ、ある社会的な価値判断を含む立法や行政の裁量権を司法がどのように判断しているかを検討することで、日本の訴訟における司法の政策形成・法創造機能の特徴を捉えようとする。

政策決定を行う行政や立法府と、法的決定を行う司法ではその判断プロセスはもちろん、持っているリソースも全く異なる。司法がその政策決定の領域に踏み込みすぎれば、行政・立法・司法の三権分立のバランスを崩す可能性もある。また、国民から司法に対し、事後的に行政や立法の裁量に踏み込むことが常に期待されるとすれば、行政や立法の本来の仕事が裁判官がなすことにもなり、裁判官に大きな負担を課すことともなる<sup>2</sup>。例えば、裁判官が原告の請求を認容する際、今後の社会への波及度合の予測やその波及効果の評価などの考慮をすることは、想定が当事者間の事情に限られている場合に比べ、考慮すべき判断要素は複雑化する<sup>3</sup>。

医療技術には、ワクチンや抗がん剤などの個別の医薬品や治療法をはじめ、人工生殖、臓器移植、終末期の延命治療停止などの幅広い技術が挙げられるが、本稿ではまず、身分法上の問題として人工生殖技術による死後生殖による親子関係が検討されたケースを扱うこととする。死後生殖は、日米いずれも立法上の手当がない親子関係の確定につき司法が立法府の意図をどのように判断するかという点で立法に対する司法の法創造機能を見ることができる。もう1つの事例は、医薬品副作用被害が発生した場合の国家賠償請求事件である。医薬品の副作用が発生した場合に国が賠償責任を負うかは、国が医薬品の安全性評価に関わる裁量権を十分行使したかの点で争われる。司法が事後的に行政はいかなる行為を行うべきであったかを判断する点で、司法による行政介入をみることができる。

## Ⅱ. 日本の裁判所における政策形成・法創造機能

### 1. 政策形成訴訟・現代型訴訟

1970年代の高度経済成長を背景とする公害・薬害訴訟を中心に、日本では政策形成訴訟あるいは現代型訴訟とよばれる訴訟が増大し、社会的にも大きな影響を与えた<sup>4</sup>。4大公害訴訟以外にも、大阪空港訴訟や原発訴訟、大気汚染や騒音などの差止訴訟がその典型とされる。

これら訴訟では、被害救済を目的とした多数当事者が関係すること、政治的解決と絡めた問題になること<sup>5</sup>、経済成長や技術革新による社会的基盤の変化に伴うといった特徴がある<sup>6</sup>。行政的な解決と裁判での解決が、相互に影響しあい、そこでは裁判所の機能は「政治システム全体の中での利益調整機構」となり<sup>7</sup>、裁判官の介入する必要性も高いのが特徴である。また、これら訴訟では、原告勝訴が必ずしも意図されず、むしろ、原告敗訴であっても、訴訟が提起されること自体で行政や立法府の動きを促進させることもある。例えば、一連の薬害訴訟では、訴訟提起と前後する形で医療法改正と安全対策が施され、医薬品副作用被害救済制度などの救済制度が実現した<sup>8</sup>。また訴訟の中で、原告適格が認められることにより、行政が住民に対して何らかの新しい対応をしなければならなくなるという意味で紛争が実質的に解決することもある<sup>9</sup>。訴訟を利用することで、それまで行き詰っていた当事者間の交渉を促すというフォーラム形成機能、さらには当該問題についての社会での議論や世論を喚起するという社会問題開示機能、それをきっかけに新たな立法や政策策定にまで結びつこうとする政策形成機能として位置づけることができる<sup>10</sup>。そして、政策形成の対象は立法機関や行政府に限らず、被告となった企業の所属する業界や関連する分野での関係者にも影響を与えるという意味で広い概念として捉えることができる。

訴訟が上記の機能を強弱の差はありこそすれ持っているとしても、訴訟の進行は法的責任の所在の有無や法的地位の確認といった法的争点に沿って進行する<sup>11</sup>。損害賠償訴訟として提起されると、裁判官は被告たる国が賠償責任を負うかの判断をしなければならない。その際、現代型訴訟とよばれる訴訟類型では、当事者間の情報格差や因果関係証明の困難を克服するために、伝統的法解釈である過失責任主義の枠組みを利用しながらも、過失の推定や割合的因果関係、損失補償理論により、補償的な賠償がなされてきたことも特徴である。また、被害救済制度の創設などの政策対応による解決もなされてきた<sup>12</sup>。これはかつて政治システムの有していた利益調整機能、紛争処理機能が低下した<sup>13</sup>ことで、政策形成訴訟への期待の高まりや裁判所の政治化が起きたもので、日本

において裁判以外の場での公私の紛争解決・政策形成メカニズムが必ずしも健全に作動していないことと表裏の関係にある。これに対し、立法や行政という本来のチャンネルが活用されることで裁判の政策形成機能に対する要求が減少し、裁判の役割はあくまでも後見的役割に限定されるべき<sup>14</sup>との主張もなされてきた。

とくに薬害訴訟では、原告側弁護士らの積極的な政策形成運動と評価される様な動きもある。原告のみならず被害者全員の救済を実現するための立法措置を求め、与野党の国会議員や政府、マスコミを巻き込んだ活動の一環として提起される訴訟である。例えば薬害肝炎訴訟では原告がいない2001年の段階から弁護士らが研究会の形で厚労省に意見書を出すなどの活動を行い、その後弁護士団に発展した経緯がある<sup>15</sup>。肝炎訴訟では訴訟途中の2008年1月に議員立法による薬害肝炎救済特別措置法が成立するなどの効果が認められた。裁判所が主体的に模索するのではなく、訴訟当事者や弁護士らの戦略的活動の中で創造される訴訟機能である<sup>16</sup>。

但し、訴訟過程のインパクトに焦点が当てられるのは、逆に判決そのものの法創造機能あるいは、判決自体のもつ政策形成機能が相対的に弱かったことの裏返しではないか<sup>17</sup>との見方もある。実際に近年多くの実務家から、これまでの日本の司法は立法や行政に遠慮し、政治的介入と評される司法判断を行うことに消極的な姿勢があり、今後は司法が社会の中でより積極的・能動的な役割を果たすべきではないかと述べられつつある<sup>18</sup>。このような認識が高まると、将来的に裁判所が主体的に法創造機能や政策形成機能を果たすことに関与していく可能性もある。

## 2. 家族法における法創造機能

一方、現代型訴訟の文脈とは別に、法の具体的事案のあてはめの段階で政策的考慮が予定される分野として家族法の身分行為があげられる<sup>19</sup>。医療技術の発展が親子関係に与えた影響は大きい。人工生殖技術により民法制定当時には想定していなかった出産した母と生物学上の母が一致しない状況や、生物学上の父死亡後の妊娠・出産が可能となり、裁判所が親子関係の法的地位の判断を民法の解釈の枠を超えて行うことが期待されることがある。例えば最近の事例としてもDNA鑑定によりこれまで法的に親子関係にあった者の間で生物学的親子関係が否定された3件のケースでも、最高裁はDNA鑑定で生物学的な親子関係が否定される場合でも、法的親子関係は否定されないと判断したものがある<sup>20</sup>。法の不備や立法の遅れを裁判所が法解釈により補充する司法の法創造機能の一つとして位置づけることができよう。

## Ⅲ. 死後生殖事件における司法の法創造機能

### 1. 米国の状況

2000年に統一親子関係法（Uniform Parentage Act: UPA）が改訂され、「複雑な状況下で出生する子の保護」が主な目的に位置づけられた。本法では、生殖補助で出生した子について、生殖補助が死亡後に行われたとき自ら親になることについて記録上の同意がなければ、生まれた子の親にはならない（707条）。米国では、死後生殖子と父親の親子関係の決定は、子に死亡した父の相続人としての地位を認めるかという点で争われる。この決定は各州で相続について定めた無遺言相続法が参照される。死後懐胎に関する無遺言相続法を持つのは17州（うち13州は相続容認、4州は否認）、司法判断を行っている州は5州（3州で容認、2州は否認）である。

相続を容認したケースでは、州法の規定がない状況下で、裁判所が立法府の意図を推測し相続人としての地位を認めた。例えば、ニュージャージー州のケース（In re Estate of Kolacy 753 A.2d 1257 (N.J. Superior Ct. 2000)）で、「子に対し親からの財産を取得させるという基本的な立法府の意図がみてとれる」。裁判所は「この種の問題を扱うことは立法府の手助けになると思料する」「裁判官はいつか立法府が当該問題を解決するだろうという希望の中に問題を放置しておくことはできない」「現行の制定法で可能な限りのベストを尽くす」<sup>21</sup>と判示した<sup>22</sup>。

一方、否認した事例では、裁判所が州による相続人の地位を否認する判断を追認した。例えば、2012年 Astrue v. Capato, 132 S. Ct. 2021 (2012) は、裁判所は、遺族給付金の目的は、「広く必要とする者への給付」ではなく、より限定的に「被保険者の死による収入の喪失に伴う困難からの扶養家族の保護」であり、州の無遺

言相続法が子に対して父の遺産から相続することを認める場合、その子を死亡した親の生前および死亡時点での扶養家族と考えることは合理的な一つの考えである、とした<sup>23</sup>。

無遺言相続法は州により異なっており、全米での統一の見解があるわけではない<sup>24</sup>。米国では連邦制により州ごとに独立した考えをもつ特徴を考慮する必要があるが、州によっては司法が立法者意図を推測し、立法に先立った判断をする場合もみられる。

## 2. 日本の状況

死後生殖により出生した子の法的地位は、子を亡夫の嫡出子として認めるかが問題となり、嫡出子としての出生届受理を争う方法と、親子関係存在確認ないし認知請求訴訟の方法がある<sup>25</sup>。

日本で死後生殖が最初に問題となった事件（以下①事件とする）では、第一審松山地判平15.11.12（判例時報1840号85頁）は、「生殖補助医療が社会一般的に受容されているか否かを総合的に判断」し「なお躊躇を感じざるを得ない」として原告の請求を認めなかったのに対し、第二審高松高判平成16.7.16（判例時報1868号69頁）では「認知を認めることを不相当とする特段の事情が存しない限り」「自然血縁的な親子関係」に加え、父の同意がある場合、認知請求が認められるとした。その最判平18.9.14では、父の死後に生まれた子は、懐胎の時点で既に父がいないため、その父から親権、監護、養育、扶養を受ける余地がなく、その子と父の法的親子関係を形成に関する立法がない以上、法的親子関係は認められない、とする判決が下された。そして、死後生殖について「立法によって解決されるべき問題」<sup>26</sup>とした<sup>27</sup>。また補足意見では禁止立法を早く作るべきである旨が示された<sup>28</sup>。

2つめの事件（以下②事件とする）では、嫡出子としての出生届の受理に関する問題で、大阪家審平16.11.8は、「民法722条による嫡出子の推定を受けるものではない」とし、第2審大阪高判平成17.5.16も同様の判断をした。その際、「医療部会報告書は…死後、凍結精子を利用することには明らかに警戒的な態度をとっている」「死後の凍結精子を用いた生殖補助医療の是非も、生まれた子の地位をどのように考えるかにつき見解が対立している現状において」「抗告人の主張する結論が導き出されない」とした。また同事件で親子関係確認を争点にした件でも、大阪家判平17.4.20（戸籍時報591号11頁）、大阪高判平17.12.15（戸籍時報598号5頁）は否定し、ただし「死後といえども生殖補助医療の技術を利用して出生を望む者の期待をすべて封じてよいかは、社会的にも真剣に検討されるべき課題であって、法的整備についても、早急に取り組むべき」と示した。

その後の事件（以下③事件とする）では、東京地判平17.9.29（家裁月報58巻5号104頁）は「法律上の親子関係であると評価するに足りる事情は認められない」として請求を認めず、ただ「早急な法整備が求められる」と付言し、東京高判平18.2.1（家裁月報58巻8号74頁）でも「受容する共通の社会的認識があるとはいえず」とした。②事件、③事件の上告審である最判平18.9.8（判例集未収載）でも立法がない以上、法律上の親子関係の形成は認められないとした。

これら判決に対しては、生殖補助医療に反対する立場から判決の結果を支持する立場<sup>29</sup>と、生殖補助医療により出生した子の利益の保護の点から判決を批判する立場の2つが対立する。後者の立場からは「立法によって解決されるべき」とした判決に対しては、「成文法の規定が無いのであるなら、良識や条理に基づき、現行の規定を広く解釈して法の空白を埋める、法創造的な役割があるはず」、「立法に丸投げ」せず司法判断を積み重ねるべき<sup>30</sup>とするもの、「立法の遅れによる不利益を負わせるのは不合理」<sup>31</sup>であるや、「生まれてきた子の法的親子関係を否定してまで抑止すべき行為であるとは、私には思えない」<sup>32</sup>などの批判がある。

②事件の大阪高判では死後生殖を認めることに報告書が「明らかに警戒的な態度」をとっているとしてある意味、立法者の意図を汲み取る形で親子関係を認めないとしたとも読める。しかしその他①、③事件においては、裁判官が司法と立法の齟齬が生じないように配慮したともみられる。このような司法の態度は立法作業が進まない状況を迫認したとも評価できる。日米を比較してみると、米国の司法は立法上の整備がない状況において法創造機能を果たす場合があるのに対し、日本では立法を促すだけで自ら直接立法に踏み込む判断を行っていない。しかし、裁判所では個別のケースの具体的条件下での利益衡量が可能であり、この限られた条件下で結果の妥当性に踏み込んだ判断を行ってもよいのではないだろうか。具体的条件下での決定を行っても、一般的なルールを定める立法への影響は最小限に抑えられる。

従来、政策形成機能の議論の中で、日本の立法府や行政にフォーラムとしての機能が十分に果たされていないと指摘されてきたことを考えると、現在も日本において、多様な価値観の調整に決着を着けるための立法プロセスや合意形成の場が十分に機能しているとは言い難い<sup>33</sup>。多様な価値観の調整に司法と立法がどのように関わっていくかを検討すると同時に、国民が訴訟を介さずに直接に政策形成を促す手段や、社会的合意形成プロセスを検討していく必要がある。

#### IV. 薬害訴訟における国の責任判断

##### 1. 日本の賠償と補償

###### (1) 国家賠償法の利用

日本では1947（昭和22）年に国家賠償法が制定されるまでは、国はその行為について責任を負わないとする国家免責を採用していた。現在の国家賠償法を作る基礎となったのは、田中二郎の論文「不法行為に基づく国家の賠償責任」<sup>34</sup>であり、国家賠償責任の根拠を公平負担の原則を中核とした国家の一般的責任と説明する<sup>35</sup>。さらに、国家賠償法を結果責任に基づく国家補償であり、国による問題発見的な機能に求める見解もある<sup>36</sup>。戦後、社会的公正の観点から特別の責任を認めるべきとして国家賠償法が独立して法制定され、事実上、無過失責任として機能してきた。その結果、昭和50年代の予防接種禍事件以降、国の過失を緩やかに認め、医薬品被害の金銭的救済がなされてきた<sup>37</sup>。通常の訴訟では、請求権者が因果関係の証明責任を負担するが、公害・環境訴訟においては、技術力・資力の面で科学的知見を得やすい立場にある事業者・行政に証明責任を配分した。また因果関係の証明も、原告の損害と被告の行為との間の因果関係を厳密に特定するのではなく、蓋然性説、間接反証説、疫学的因果関係説、確率的心証説など、公害被害者の負担を軽減する様々な解釈論が展開された<sup>38</sup>。過失についても、具体的な結果に対する予見可能性ではなく、抽象的な危害が予想できるような場合に、安全確認上の注意義務を導き出すという法解釈もなされた<sup>39</sup>。この背景に、「日本の裁判所は、実質的正義の観点からすれば弱者保護の必要性が明らかであると思慮されるにもかかわらず、行政機関が積極的に保護に取り組まない事案について、不法行為法や契約法等の民事法の規定を柔軟に解釈することを通して、弱者保護を実現すべく取り組む姿勢があった」とされる<sup>40</sup>。しかし、このような司法利用は、行政の委縮効果を招き、行政裁量の行使が適切に行われない可能性も指摘されてきた。

###### (2) 薬害訴訟での国の裁量判断

薬害訴訟における国の賠償責任の判断には、国が規制権限を適切に行使したか、の裁量権行使が問題となるどころ、この判断には大きく2つの考え方がある。

1つが、規制権限の行使が公務員の裁量に委ねられている場合であっても、具体的事情の下で一定の要件を満たしたときには、公務員の裁量の幅が収縮して零になり、規制権限の行使が義務づけられるとする裁量権収縮論である<sup>41</sup>。この判断枠組みが用いられたスモン東京地判<sup>42</sup>では、「行政庁において右の危険の切迫を知りまたは容易に知り得べかりし状況にあって、被害者としては規制権限の行使を要請し期待することが社会的に容認されるような場合には、規制権限を行使するか否かについての行政庁の裁量権は収縮・後退して、行政庁は結果発生防止のためその規制権限の行使を義務づけられ、その不行使は作為義務違反として違法となる」と述べる。

もう1つは、行政の権限不行使に裁量が認められる場合には、原則、作為義務が生じないが、具体的事案の下で、規制権限を行使しないことが「著しく合理性を欠く」とときには、その権限不行使は違法となるとするものである。平成7年クロロキン最判<sup>43</sup>が、「その権限を定めた法令の趣旨、目的や、その権限の性質等に照らし、具体的事情の下において、その不行使が許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認められるとき」は違法となるとの判断枠組みを採用した。

昭和50年代、一連のスモン訴訟やクロロキン訴訟第1審、控訴審判決などが裁量権収縮論を採用してきた。しかし、平成7年クロロキン最判以降、「権限の不行使が著しく合理性を欠く」ときに違法と捉える考え方がほぼ確立された<sup>44</sup>。C型肝炎訴訟東京地判<sup>45</sup>も同様である。

但し、いかなる裁量で説明しても、具体的な事案をもとに、裁判所が最終的に国の権限不行使の違法があったかどうかを判断するのであれば、裁判所の負うところが大きい。この点、最高裁の定式は「その権限を定めた法令の趣旨、目的や、その権限の性質等に照らし、具体的事情の下において」と述べるのみで、それ以上に具体的な基準をしていないことは、基準なき事例解決に過ぎず、要件を裁判官の裁量に全面的に委ねるものであるとの批判がある<sup>46</sup>。例えば、近年のイレッサ訴訟では東京地裁と大阪地裁双方で、「許容される限度を著しく合理性を欠くと認められるときに限り」違法となるとする判断定式を採用したが、結論は逆であった。

日本における裁判所による行政の行為への介入は無制限になされていたわけではないが、過失の推定などの緩やかな法解釈により事実上の無過失責任として機能してきたことがある。また、訴訟提起と並行する形で救済制度の構築や安全対策が講じられてきたことがあり、むしろ訴訟提起による社会的インパクトを利用して、制度創設の議論を巻き起こそうとする原告弁護団の意図もあった。この点、裁判所は自ら政策形成を行うわけではないが、そのツールとして利用されてきた面もある。

## 2. 米国での薬害訴訟と賠償責任

### (1) 政府の主権免責

日本が国家賠償請求を通じて、原告側による政策提言が行われてきたのに対し、英米法圏では、国に対する訴訟提起が行われることがそもそもほとんどない。それは、国に責任を問わない主権免責（Authority Immunity）の歴史をひきずっていることにある<sup>47</sup>。主権免責は、イギリスの「King can do no wrong（王は不法をなさず）」に起源をもち、19世紀初頭に至るまでは合衆国の免責はほぼ完全なものであった。しかし、1946年連邦政府にFederal Tort Claims Act（連邦不法行為請求権法）が制定され主権免責を放棄し、適用除外として裁量免責（discretionary function exception）が明記された<sup>48</sup>。

但し、行政のほとんど全ての行為は、何らかの裁量を伴うものであるから、この裁量を広く解釈すれば、政府の責任は、きわめて限定されることになる。そして連邦不法行為請求権法は、広汎な裁量免責のゆえに、合衆国の一般的国家責任は成立していないと評価されていた<sup>49</sup>。裁量免責を正当化する理由には、公務員が委縮して公務の適正な運営を阻害することを避けること、行政庁の政策的判断に司法が介入することを防ぐことの必要が考慮されたためと説明される<sup>50</sup>。また実際には、財政的配慮も大きかったとも考えられている<sup>51</sup>。

医薬品の審査・承認について政府の責任が問われた事件はわずかで<sup>52</sup>、最終的に国に責任が認められることは原則ない<sup>53</sup>。非常に例外的な例は、1972年Griffin v. U.S., 351 F. Supp. 10 (E.D. Pa. 1972) aff'd 500 F.2d 1059 (3d Cir. 1974)である。この事件では、ポリオの生ワクチンの副作用により小児麻痺となった原告が製薬企業と合衆国政府に対して損害賠償を請求した。本件では、政府が自ら定めた基準に適合しないワクチンの販売を許可したとの事実認定により、問題は政策決定の裁量の問題ではなく、既存の法規に従わなかったこと、とされた。すなわち、政策決定に踏み込まずに政府の責任を認めたという射程に留まる。裁量免責条項により、どのワクチンを許可承認するか、許可の基準をいかに定めるか、どのタイミングで許可を撤回するかは、すべて裁量として認められうるものであり<sup>54</sup>、現在も基本的にこのような立場は維持されている<sup>55</sup>。

### (2) 製造物責任法上の厳格責任

一方で、米国では被害者救済という点では、製造業者等に対する製造物責任の法理が広く認められており、企業から損害賠償を得ることが日本よりも容易であるという点がある<sup>56</sup>。予防接種禍のような場合には、製造物責任法によっては厳格責任が課される<sup>57</sup>。ポリオワクチンの副作用について製薬企業に厳格責任が課された訴訟<sup>58</sup>において、社会全体が予防接種により利益を受けるのであるから、損害は自治体、州、連邦が負担すべきと論じられることも可能であると述べられたものの、主権免責理論が大幅に変更されないかぎり、このような損害分散方式は採用されない、とした<sup>59</sup>。

米国ではアスベスト訴訟や消費者製品に関する多くのPL訴訟を通じて、産業や社会全体に影響を及ぼすという意味で訴訟の政策形成機能が果たされてきた。アスベストの健康被害訴訟が契機となり、アメリカやその他の国の行政機関の安全規制を促し、司法が積極的に政策形成に関わったとして評価されてもいる。

### 3. 日米の異同と日本の特徴

米国では行政の政策判断の誤りや不適切な規制を根拠に国に賠償責任を求めることは原則行われぬ。そこには、国家賠償を問うことが行政の裁量権の行使を委縮させ、行政の機敏な法執行を困難にするという点以外にも、政治的なチャネルを通じた政府の説明責任により国民の保護を図るべきであること、そして民主主義が適切に機能しているならば、国家の意思は時々国民の意思に他ならず、国家がその明示的な判断を行ったことに対する法的責任を国民が追及することにパラドキシカルな面があることの説明が加えられる<sup>60</sup>。また裁判官の選任手続きや任期、統治機構の特徴などの制度的な特徴もあるとされる<sup>61</sup>。さらに、損害を事前に抑止するインセンションが広汎に認められる点もあるが、紙面の都合上ここでは多く触れない<sup>62</sup>。

日本では損害賠償などの具体的被害の個別的事後的救済については、比較的積極的に司法的保護・救済の範囲・内容を拡充してきた<sup>63</sup>。例えばスモン訴訟では、担当行政官が適正な手続きを踏まなかったという具体的行為を切り取るのではなく、「現在、安全確保が緊急の課題となり、より積極的な業務行政が求められている」のに、その時代の要請に合わせて法規や手続きを改めないことを責任と捉えており、裁判所により行政への期待が強く述べられる。このような日本の訴訟は、「国民とともに国家権力と戦うという戦闘的な弁護士像と整合し、(中略)裁判所にも、もし勝訴まで持ち込めた場合には、この国家のあり方を批判し、これからの時代の新しい国家と国民との関係についての規範を提示するものとしての権威を付与する」<sup>64</sup>と特徴づけられる。また日米の政治的特徴の違いとして、「日本では、国家は国民と対立する実体としてあって、国民の安全を犠牲にしてでも産業を優先させることがあるという把握が行われやすいのに対し、アメリカでは、民主的な国家であるとの自覚から、国家と国民は代表と納税の制度によって直接に結びつき、同一化されて、そうした国家の実体化が起きにくいと考えられる」<sup>65</sup>のではないかと分析がなされる。先の分析のように日本の原告が被告たる国は産業優先であると捉えていたかは別として、日本の薬害訴訟では国に賠償責任を問うことで救済を得ようとの動きが訴訟戦略上とられやすかった。この日本人的特徴の中で、現代型訴訟の主要なアクターに行政が位置付けられ、裁判所も被害救済の下で行政の裁量に積極的に介入してきたといえる。

## V. まとめ

司法の政策形成機能という点では、従来、消極的と捉えられてきた日本の裁判所が、賠償請求訴訟では積極的に行政裁量に介入的判断を行ってきた面がある。国に対する賠償請求は、最終的には国民全体の税金による分担であるから、賠償よりも補償あるいは社会保障的な意味合いが強い。社会全体で負担を分散させることで、ドラスティックな改革を好まないという側面があったのではないかと考えられる。一方で、原告と行政が対立し、糾弾する中で社会や政策を動かしていくには、手法としての限界がある。特に金銭救済に還元できない問題に、司法はどのような立場をとるべきであるのか。新たな安全対策の創設を本来の目的とするならば、訴訟提起を経由することなく、直接的に行政への提言がなされ、行政ができる限りそれに応える方が効果的であるように思われる。

米国と比較して、賠償訴訟では比較的緩やかに行政の行為に介入する裁判所が、立法府の機能については控えめであることも本検討を通じて考察された。死後生殖での親子関係の決定について、立法がない場合に司法が法創造機能を果たすかという点では、米国が立法者の意図を推測するとしてその法創造機能を果たすものがみられたのに対し、日本の最高裁では立法がない段階では判断できないとしそのような機能を果たすことにはためらいを見せる。行政府の違法行為の判断は金銭的な問題に還元でき、かつ鑑定などによる専門知識の補完がなされる一方で、立法府の機能を代替するには、専門家を招聘するだけでは十分ではない、もう一段上の社会全体を見回す判断が要求されるからであろう<sup>66</sup>。但し、立法が動かないからこそ司法に訴えているという原告側の状況からは、裁判所が法形成に踏み出すことが期待されるともいえる。その場合、司法の法創造機能を正面から見据え、より積極的に判断をしていくことが期待される部分もある<sup>67</sup>。逆に、司法がそのような悩ましい介入を行う場が少しでもなくなるように、本来の立法や行政の場に、政策課題を直接的に議論できる民主的環境が整備されることが望ましいかもしれない。医療技術の発展には、社会全体のコンセンサスを得ながら進めていくべき課題もあることから、後者の発展を望む方がより望ましい<sup>68</sup>。しかし、それが叶わないのであれば、司法が政策形成の役

割を果たしていくことで、社会への議論を喚起していくことも望まれる。このような司法の役割論を個別の裁判官の苦悩に押し込めるのではなく、日本社会として政策議論が進まない状況に焦り、憤り、それら機能を後押しする環境を立法や行政内に整備することが必要であろう。

## 註

- 1 司法の法創造機能について、1968年11月13日の利息制限法に関する大法廷判決が、制定法の規定する範囲を法解釈をもって踏み込んだとして有名である。この機能が許容される一般的条件とは「基準となる制定法規の適用が当事者間に著しく妥当性を欠く結果を生ぜしめていて、立法部の対処が求められているにも拘らず、立法部の怠慢によって立法措置がとられないでいる」場合とされる（広中俊雄『民法解釈方法に関する12講』95-107頁、有斐閣（1997））
- 2 例えば、司法と立法・行政の機能の違いについては、「制度や政策は一定の目標実現のための最も適切な手段とは何かを問う思考様式すなわち「目的＝手段」様式を要請する。他方で…訴訟では…常に『法＝正義』思考様式に拘束される」として、政策決定や立法に対して裁判の有する限界を論じるものがある（平井宜雄『現代不法行為理論の一展望』192頁以下、一粒社（1980））。立法と行政は異なる機能をもち、本稿でも立法裁量については対国会、行政裁量については対行政の問題として論じる。但し、議院内閣制のわが国においては両者の方針が比較的一致していること、本件で扱う医療技術の発展により国民にもたらされた何らかの副作用の場合には、個人あるいは国民に対置される立場としての国家の法的責任が問題とされ、このときの国家には立法と行政いずれもの立場を含むことがあると考えられることから、この文脈においては両者を国家として一括りに扱う場合もある。
- 3 新堂幸司『民事訴訟制度の役割』315頁、有斐閣（1993）
- 4 ここで現代型訴訟と政策形成訴訟の違いについて付言する。政策形成訴訟は「法律学の現代的課題を実定法プロパーの観点から捉えたもの」で、現代型訴訟は社会の構造変動及びそれをもたらす文化変容の社会的条件を探る法社会学的観点から捉えたものとして分析者の背景により区別する見解（六本佳平『法社会学』3頁、有斐閣（1986））もある。しかし、これには政策志向型訴訟の提唱者である平井宜雄教授からこれら訴訟は単に社会の構造変動の要求を行うものではなく、それら要求が訴訟という形をとり、そのための法律論が工夫されたことに注意が払われることを看過している点、また現代型訴訟という用語は政策志向型訴訟が紛争志向型訴訟という対概念をもつものに対し、その定義が明確ではないとの批判もある（平井『政策志向型訴訟』をめぐるとの断想』時の法令1410号3頁（1991））。但し、一般的には現代型訴訟と政策志向型訴訟は両者を並列に並べて用いられることも多く（例えば法社会学（63）（2005）の特集）、特徴や典型的な訴訟の説明もほぼ共通することから、ここでは同様の訴訟類型として扱う。
- 5 棚瀬発言「座談会紛争解決と裁判」民商法雑誌75-1、67-68頁（1976）
- 6 村松発言・前掲「座談会」民商75-1、68頁（1976）
- 7 福島発言・前掲「座談会」民商75-1、84頁（1976）
- 8 この相互関係の詳細については、畑中綾子「医薬品の健康被害における国の賠償責任と政策の相互作用—国の規制権限の不行使が争われた事例に着目して」法学会雑誌55巻1号205頁以下（2014）
- 9 例えば、もんじゅ訴訟では20年に渡る訴訟の結果、住民側が敗訴したが、訴訟の間に住民らに原告適格が認められ、最高裁の判決確定後に行政による安全性確認と差し止めが行われた点で、住民らの要求が受け入れられた。
- 10 渡辺千原「民事訴訟の機能変容」和田仁孝編『法社会学』150頁、法律文化社（2006）
- 11 原告が訴訟上の救済よりも、一定の政治的主張や新しい権利ないし利益の獲得、既存の政策や制度の問題点の修正を、訴訟を通じて広く訴えるかけることに力点をおくものを主観的政策志向型訴訟とし、一方であくまでも訴訟上の救済をうけることが目的でありながら、結果として既存の政策や企業活動のあり方を問題とし注目される場合を客観的政策志向型訴訟と分類するものがある（平井前掲『現代不法行為の一展望』67頁以下）。
- 12 内田貴「法の解釈と政策」『岩波講座 現代の法4 政策と法』161-162頁、岩波書店（1998）
- 13 福島発言・前掲「座談会」民商75-1、115頁（1976）
- 14 田中成明『裁判をめぐる法と政治』318頁以下、392-393頁、有斐閣（1979）
- 15 これらC型肝炎訴訟での弁護士らの活動については、「政策形成訴訟のあり方を考える—4事件を素材として」法と民主主義425号「政策形成訴訟のあり方を考える」法と民主主義7頁以下（2008）を参照。
- 16 和田仁孝「法環境の変容と訴訟機能」法社会学（63）13頁（2005）
- 17 渡辺前掲「民事訴訟の機能変容」52頁（2006）
- 18 例えば、司法が立法や行政に対しより積極的に介入していくべきことを述べた実務家の見解については、見平典『違憲審査をめぐるポリティクス』180-193頁、成文堂（2012）に多く紹介されている。
- 19 平井宜雄「幼児の引き渡し請求に関する一覚書」国家学会百年記念『国家と市民』第三巻（1987）有斐閣、同「いわゆる「身分法」および「身分行為」の概念に関する一考察」四宮古稀『民法・信託法理論の展開』（1986）弘文堂



- 20 いずれの3件も最判平成26年7月17日。但し、例えば櫻井龍子判事の補足意見として「親子関係に関する規律は、公の秩序に関わる国の基本的な枠組みに関する問題であり、旧来の規定が社会の実情に沿わないものとなっているというのであれば、その解決は、裁判所において個別の具体的事案の解決として行うのではなく、国民の意識、子の福祉（子が出自を知ることの利益も含む。）、プライバシー等に関する妻の側の利益、科学技術の進歩や生殖補助医療の進展、DNA検査等の証拠としての取扱い方法、養子制度や相続制度等との調整など諸般の事情を踏まえ、立法政策の問題として検討されるべきである」と考える。」など、立法政策の必要も同時に述べられている。
- 21 石原善幸「アメリカにおける死後生殖素描」松山大学論集第17巻1号236-237頁（2005）を参照した。
- 22 同様のものに、Woodward v. Commissioner of Social Security 760 N.E.2d 257 (Mass. 2002) がある。
- 23 同じく否認事例として、Gillett-netting v. Commissioner of Social Security 231F, Supp. 961, 963 (D. Arz. 2002)
- 24 森本直子「凍結保存精子を用いた死後懐胎子の遺族給付金受給資格—Astrue v. Capato, 132 S. Ct. 2021 (2012)—」比較法学47巻1号（2013）
- 25 各事件について詳しく説明するものに、村重慶一「死後生殖子の法的地位」判例タイムズ1207号32-38頁（2006）
- 26 最判平18年9月4日（判例タイムズ1227号124頁（2007））
- 27 この点、ドイツ、フランスは否定的、イギリスは書面の同意の条件付きで肯定する。吉田邦彦「人工生殖に関する最近の最高裁判例（凍結精子による死後生殖事例及び代理母事例）について」判例タイムズ1371号73頁（2012）
- 28 代理母により出生した子を実子として届出を受理するよう争われた事件では、2007年3月23日最高裁判決（判例タイムズ1239号129頁（2007））は、親子関係が私人間だけでなく、公益に関わる事項であり、「身分法秩序の根幹をなす基本原則ないし基本理念に関わるものであり、実親子関係を定める基準は一義的に明確なものでなければならず、実親子関係の存否はその基準によって一律に決せられるべきものである」。そして民法が実親子関係を認めていない者の間にその成立を認めることはできないとした。そして、今後「立法による速やかな対応が強く望まれる」と述べた。
- 29 例えば、水野紀子・判例タイムズ1169号98頁以下（2005）、同「生殖補助医療と子の権利」法律時報79巻11号31頁以下（2007）、松川正毅・判例評釈547号28頁以下（2004）、同・リマークス31号67頁以下（2005）がある。
- 30 申信孝「死後生殖における社会的合意と日本的特徴についての考察及び最高裁判決への批判」医学哲学医学倫理（27）、89-93頁（2009）。司法判断を積み重ねた上で消極論もありうるとする吉田前掲・判例タイムズ1371号74頁
- 31 棚村政行「生殖補助医療と法」戸波江二ほか『生命と法』85頁、成文堂（2005）
- 32 家永登「判批」専修法学論集95号167頁以下（2005）
- 33 2011年第4期科学技術基本計画で、「政策等の意思決定に際し、テクノロジーアセスメント等に基づく幅広い合意形成を図るための取組を進める」と記されたのも同様の問題意識であろう。
- 34 田中二郎「不法行為に基づく国家の賠償責任」『行政上の損害賠償及び損失補償』酒井書店（1954）[初出1933]
- 35 宇賀克也『国家補償法』3頁、有斐閣（1997）
- 36 今村成和「田中先生の国家補償論」ジュリスト767号62頁（1982）
- 37 予防接種禍補償はドイツ思想の影響を受けたとするものに阿部泰隆『国家補償法』336頁、有斐閣（1988）他
- 38 この展開は森島昭夫「科学技術における不確実性と法の対応」森島昭夫・塩野宏編『変動する日本社会と法』有斐閣、301頁（2011）など参照。
- 39 水俣病熊本地裁判決昭和48年3月20日判決。また公害、環境法分野の過失責任については、吉村良一「公害における過失責任・無過失責任」立命館法学3・4号下巻（271・272号）1703-1734頁（2000）がある。
- 40 阿部昌樹「日本における応答的司法への期待と司法制度改革」棚瀬孝雄編『司法の国民的基盤・日米の司法政治と司法理論』241頁、日本評論社（2009）
- 41 原田尚彦『行政法要論』298-299頁、学陽書房（2012）
- 42 昭和53年8月3日判例時報899号48頁以下
- 43 平成7年6月23日判決・民集49巻6号1600頁、判例時報1539号32頁、判例タイムズ887号61頁
- 44 中原茂樹「規制権限の不行使と国家賠償責任」法学教室383号31頁（2012）、西埜章「薬害と権限の不行使」『行政法判例百選Ⅱ（別冊ジュリスト182号）』459頁（2006）ほか参照。
- 45 東京地判平成19年3月23日
- 46 阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ実効的な行政救済の法システム創造の法理論』506頁、有斐閣（2009）
- 47 宇賀克也『国家責任法の分析』299頁、有斐閣（1988）
- 48 イギリスでは、1947年Crown Proceedings Act（国王訴訟手続法の制定）によりこの原則が放棄されたものの、適用除外として裁量免責が認められる形で事実上の主権免責を残している。ちなみにドイツ・フランスでは、20世紀初頭に国家責任に法的根拠が認められている。（阿部前掲『国家補償法』27-33頁他参照）
- 49 しかし、主権免責の法理を廃止すべきであるとの立場も強く、1957年から1976年の20年間に29の州の最高裁が、主権免責を廃止して、

- 州や自治体の不法行為責任を認めた（宇賀前掲『国家責任法の分析』309, 319頁）。
- 50 Schuck, “Suing Government-Remedies for Official Wrongdoing” (1983) p.114
- 51 宇賀前掲『国家責任法の分析』306頁
- 52 若狭愛子「裁量免責（discretionary function exception）についての一考察—アメリカ連邦不法行為請求権法（Federal Tort Claims Act）の判例より—」『関西法学』第51巻6号54-114頁（2002）
- 53 Harold J. Krent, “Reconceptualizing Sovereign Immunity” *Vanderbilt Law Review* 45 (1992) 1529-1580
- 54 Barsky, *Abandoning Federal Sovereign Immunity; Public Compensation for Victims of Latently Defective Therapeutic Drugs*, 2 J. Prod. L. 20,52 (1983)、宇賀前掲『国家責任法の分析』378頁
- 55 但し、1976年のブタ型インフルエンザ（swine flu）では合衆国だけを被告として救済を求めることができる救済制度を付けた予防接種を行ったところ、合衆国への訴訟が多発したこともある（宇賀前掲『国家責任法の分析』378頁）。
- 56 宇賀前掲『国家責任法の分析』355、361頁
- 57 国家責任を否定し、製造物責任を過度に拡張することに対して批判もあり、アメリカで相当数の製薬会社が厳格責任を嫌ってワクチンの生産から撤退し、ワクチン供給不足が社会問題化したこともあった。
- 58 ポリオワクチンによる副作用に関するDavis v. Wyeth Laboratories Inc., 399 F. 2d 121 (9th Cir. 1968), CCH Products Liability Reports II 5908およびReyes v. Wyeth Laboratories Inc., 498 F. 2d 1264 (5th Cir. 1974) cert.denied 95 S. Ct 687 (1974), CCH Products Liability Reports II 7255がある。
- 59 予防接種被害につき企業にPL訴訟が提起されることで、予防接種制度の存続そのものに影響を及ぼす可能性がでてきたことから合衆国による被害救済制度が創設された。樋口範雄『続・医療と法を考える—終末期医療ガイドライン』40-47頁、有斐閣（2008）
- 60 棚瀬孝雄「アスベスト被害補償における司法の位置づけ」伊藤真他編『民事司法の法理と政策下巻』131頁、商事法務（2008）。（以下、棚瀬「アスベスト」と略）
- 61 ダニエル・H・フット『裁判と社会—司法の「常識」再考』（NTT出版）156頁 以下（2006）
- 62 この事前救済については、日本でも平成16年より義務付け訴訟が導入されるなどの動きがある。
- 63 ドイツやフランスなどの大陸法系諸国では、裁判所による政策形成機能はレトリックとして否定しながらも同じような事例を見出すこともできるとするものの、日本の裁判所は他国では見られないような形での「裁判所による組織的な政策形成」を行うと指摘するものに、フット前掲『裁判と社会』253頁以下。
- 64 棚瀬前掲「アスベスト」132頁
- 65 棚瀬前掲「アスベスト」131頁
- 66 この点、とくに原子力分野での行政の行為に対する司法の審査について述べたものであるが、裁判所の判断の対象を「古典的な秩序行政の分野」「技術的安全性の分野」「原子力法の分野」として分類し、最初分野は司法が事後審査することができ、2つめの分野は行政の能力が司法に対し優越するが専門知識を外部から補完することで司法が審査できる分野、最後を不確定要素が多く司法と行政に「無知の平等」があり司法が独自に判断をすることが困難であり、ただ司法の独立性の下に法的審査の価値を見出せるとのドイツの議論を紹介するものがあり、司法が行政行為に介入的判断を行う基準として、参考になる（村上淳一『現代法の透視図』52-57頁、東京大学出版会（1996））。
- 67 司法に法形成機能をできる限り広く認めようとするのなら、実際の裁判官がその課題に応えられる主体として養成されているか、裁判官の行政権力や社会的経済的地位の独立も検討されなければならない。広渡清吾「法的判断と政策形成—「法」と「法律」の間」法社会学（63）25頁（2005）
- 68 同様の指摘として田中成明『現代社会と裁判—民事訴訟の位置と役割』弘文堂208頁以下（1996）