

令和2年(ワ)第24587号 国家賠償法1条1項に基づく国家賠償請求事件

原告 伊藤時男

被告 国

準備書面(3)

令和3年9月27日

東京地方裁判所民事第12部合議B係 御中

被告指定代理人

清 平 昌
湯 浅 哲
原 田 あか
佐々木 孝
平 岡 敬
坂 根 洋
友 利 久
月 村 洋
大 野 真
三月 田
片 桐
宮 本 正

目 次

第1 国会議員の立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法であるとする原告の主張に理由がないこと	3
1 原告の主張	3
2 国家賠償法1条1項の「違法」の意義及び基本的判断枠組み	3
3 国会議員の立法行為（立法不作為を含む）に関する国賠法1条1項の違法の判断枠組み	4
(1) 最高裁昭和60年判決について	4
(2) 最高裁平成17年判決について	5
(3) 最高裁判例により示された立法不作為の違法の判断枠組みについて	6
4 原告の主張する不作為が国賠法上違法とはいえないこと	7
5 小括	13
第2 厚生大臣の不作為が国賠法1条1項の適用上違法であるとする原告の主張に理由がないこと	13
1 原告の主張	13
2 原告が不法行為として主張する厚生大臣の作為義務が発生する余地はなく、原告の主張に理由がないこと	15
(1) 国賠法1条1項の「違法」の意義	15
(2) 原告の前記1①の主張について	19
(3) 原告の前記1②の主張について	22
(4) まとめ	29

被告は、本準備書面において、原告の令和3年6月22日付け準備書面1（以下「原告準備書面1」という。）に対し、必要と認める範囲で反論する。

なお、略語等は、本準備書面において新たに用いるもののほか、従前の例による。

第1 国会議員の立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法であるとする原告の主張に理由がないこと

1 原告の主張

原告は、「医療保護入院（同意入院）は、本人の意思に反して、病院という限定的な空間に身体をとどめるものであり、身体を自由を侵害することは言うまでもない。身体を自由は、奴隷的拘束を禁止する憲法18条、法定された適正な手続によらなければ生命または自由を奪われなことを保障する憲法31条、公権力による恣意的な人権制限が行われやすい刑事手続を主に想定して一連の手続等を規定する憲法33条ないし39条、自己決定権を保障する憲法13条等により保障される極めて重要な人権である。」、「医療保護入院は、憲法22条1項の保障する居住・移転の自由をも侵害する。」、「医療保護入院は、精神障害のある者についてのみ、意思に反する、最長期間に制限のない入院を強制するという点において、法の下での平等（憲法14条）に反する」（原告準備書面1・33ページ）とした上で、精神衛生法改正の議論がされた昭和62年の時点では、同制度が違憲であることは明白になっており、国会議員は同制度を改廃する作為義務を負っていたといえ、遅くとも平成11年の精神保健福祉法改正時に医療保護入院制度を改廃しなかったことは違法である旨主張する（原告準備書面1・47及び48ページ）。

2 国家賠償法1条1項の「違法」の意義及び基本的判断枠組み

(1) 国家賠償法（以下「国賠法」という。）1条1項所定の「違法」とは、「国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背」することをいう（職務行為基準説）。このよう

な考え方は、在宅投票制度の立法不作為の違法が問われた最高裁判所昭和60年11月21日第一小法廷判決(民集39巻7号1512ページ。以下「最高裁昭和60年判決」という。)、在外邦人の選挙権行使の機会が制限されていることを是正する立法の不作為の違法が問われた最高裁判所平成17年9月14日大法廷判決(民集59巻7号2087ページ。以下「最高裁平成17年判決」という。)等の多数の最高裁判決で採用されており、もはや確定判例となっている。

(2) そうすると、仮に、公権力の行使に当たる公務員の職務行為によって個々の国民の権利又は法的利益が侵害されるということがあったとしても、そのことから直ちに国賠法1条1項の適用上違法と評価されるということにはならず、違法の評価を受けるのは、当該公務員が、損害賠償を求めている個々の国民、すなわち原告との関係で、その職務上の法的義務に違反した場合に限られると解される。

3 国会議員の立法行為(立法不作為を含む)に関する国賠法1条1項の違法の判断枠組み

(1) 最高裁昭和60年判決について

最高裁昭和60年判決は、いわゆる在宅投票制度を廃止し、その後同制度を設けるための立法を行わなかった行為の国賠法上の違法が争われた事案について、前記2のとおり、「国家賠償法1条1項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責に任ずることを規定するものである。したがって、国会議員の立法行為(立法不作為を含む。以下同じ。)が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題」であるとした上で、「国会議員の立法行為は、本質的に政治的なものであつて、その性質上法的規制の対象になじまず、特

定個人に対する損害賠償責任の有無という観点から、あるべき立法行為を措定して具体的立法行為の適否を法的に評価するということは、原則的には許されないものといわざるを得ない。」、「国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないというべきであつて、国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けないものといわなければならない。」と判示している。

(2) 最高裁平成17年判決について

他方、最高裁平成17年判決は、国外に居住し国内の市町村の区域内に住居を有していない日本国民の国政選挙における選挙権行使を可能にするための立法措置を国会が執らなかった立法不作為の国賠法上の違法等が争われた事案について、「国家賠償法1条1項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責任を負うことを規定するものである。したがって、国会議員の立法行為又は立法不作為が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であつて、当該立法の内容又は立法不作為の違憲性の問題とは区別されるべきであり、仮に当該立法の内容又は立法不作為が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに違法の評価を受けるものではない。」とした上で、「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず

らず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである。最高裁昭和53年（オ）第1240号同60年11月21日第一小法廷判決・民集39巻7号1512頁（被告注：最高裁昭和60年判決）は、以上と異なる趣旨をいうものではない。」と判示している。

(3) 最高裁判例により示された立法不作為の違法の判断枠組みについて

前記のように、最高裁平成17年判決は、最高裁昭和60年判決と同様に、立法行為の憲法適合性と立法行為の国賠法上の違法とは別次元の議論であるとの理解を前提とし、立法行為につき、国会議員は、原則として、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務（職務義務）を負うものではなく、国会議員は立法に関しては原則として国民全体に対する政治的責任を負うにとどまり、その立法行為につき、個別の国民に対する関係で法的義務違背として国賠法1条1項の適用上違法となるのは極めて例外的な場合に限られるとの一般論を提示した上で、その例外的な場合として、①立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合（以下「前段基準」という。）、②国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合（以下「後段基準」という。）を挙げたものといえる。

これをふえんすると、国会議員は、立法行為に関しては原則として国民全体に対する政治的責任を負うにとどまり、その立法行為が個別の国民に対する法的義務に違反したとして国賠法1条1項の適用上違法となるのは極めて例外的な場合に限られるのであるから、最高裁平成17年判決が、「当該立法の内容又は立法不作為が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに違法の評価を受けるもの

ではない」と判示しているように、立法行為が国賠法1条1項の適用上違法となるためには、単に当該立法内容又は立法不作為が憲法の規定に違反するというだけでは足りず、前記①又は②のように、当該立法内容又は立法不作為が憲法上保障されている国民の権利を違法に侵害することが明白であることや、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であることが最低限必要となるのである。

4 原告の主張する不作為が国賠法上違法とはいえないこと

- (1) 原告は前記1のとおり主張するところ、かかる主張は、原告が昭和48年9月2日から平成15年4月30日までの間、保護義務者の同意による入院（以下「同意入院」という。）又は医療保護入院をしていたこと（訴状3ページ）を前提に、原告の医療保護入院終了前（遅くとも平成11年の精神保健福祉法改正時まで）に同意入院制度を定めた精神衛生法及び医療保護入院制度を定めた精神保健法を改廃しなかったことは違法であるというものと解される。

しかしながら、原告の同意入院又は医療保護入院の期間を明らかにする証拠は提出されておらず（原告は全入院期間の一部が同意入院又は医療保護入院の期間であった旨主張するところ〔訴状2及び3ページ〕、双葉病院の入院診療録〔甲A1〕及び豊後荘病院の退院証明書〔甲A2〕から、原告の入院期間をうかがい知ることができるが、同意入院及び医療保護入院の始期及び終期を確認することはできない。）、原告が同意入院又は医療保護入院していたことの有無やその期間は不明といわざるを得ない。

よって、原告の主張は前提を欠く。

- (2) この点をおくとしても、最高裁平成17年判決が判示した前段基準との関係で問題となる立法不作為は、「違憲の立法の改正を怠るという立法不作為」（最高裁平成27年12月16日大法廷判決・民集69巻8号2427

ページの千葉勝美裁判官補足意見) であると考えられるのに対し、後段基準との関係で問題となる立法不作為は、「学説のいう絶対的立法の不作為、すなわち同判決(引用者注:最高裁平成17年判決)のような典型的には国会がゼロから何らかの積極的な立法措置(例えば、在外選挙制度の創設等)をとることを要する場合」(加本牧子・最高裁判所判例解説民事篇平成27年度(下)693及び694ページ参照) であると考えられる。

そして、本件で原告が国賠法上違法であると主張する国会議員の不作為は、前記1のとおり、国会議員が、医療保護入院制度を定めた精神保健福祉法を改廃する措置を執らなかったというものであるから、そのような場合における国賠法上の違法の有無は、従前の最高裁判決が示してきた規範に照らせば、最高裁平成17年判決の前段基準(立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合)によって判断されることになると考えられる。

(3)ア 以上を前提に、原告の主張する立法不作為についてみると、被告準備書面(1)(13及び15ページ)で述べたとおり、精神衛生法は、同意入院について、「精神病院の長は、診察の結果精神障害者であると判断した者につき、医療及び保護のため入院の必要があると認める場合において保護義務者の同意があるときは、本人の同意がなくてもその者を入院させることができる。」(同法33条)と定め(乙1・768ページ)、同法から改正された精神保健法は、医療保護入院について、「精神病院の管理者は、指定医による診察の結果、精神障害者であり、かつ、医療及び保護のため入院の必要があると認めた者につき、保護義務者の同意があるときは、本人の同意がなくてもその者を入院させることができる。」(同法33条1項)と定める(乙1・833ページ)。

イ 同意入院及び医療保護入院は、「医療及び保護のため入院の必要がある」と認められる場合であって「保護義務者の同意があるとき」には、本

人の同意がない場合であっても、精神障害者を入院させることを認めているが、これは他の疾病と異なり、精神障害においては、本人に病気であることの認識がないなどのため、入院の必要性について本人が適切な判断をすることができず、自己の利益を守ることができない場合があることを考慮し、このような者について、自傷他害のおそれがあるとまではいえませんが、医療及び保護のために入院の必要があると認められる場合に適正な医療を提供し、もって、本人の利益を図ることを目的としていることによる（乙2、乙3・14ページ）。

ウ その上で、同意入院及び医療保護入院は、本人の同意なく精神科病院に入院させるものであるから、医師（医療保護入院にあつては、指定医〔一定の精神科実務経験を有し、法律等に関する研修を終了した医師のうち、患者本人の意思によらない入院や行動制限の判定を行う者として、厚生大臣・厚労大臣が指定する者・精神保健法18条以下、乙1・815ページ以下〕）が医療及び保護のために入院の必要があると認めた上、保護義務者の同意がある場合に限って、入院を認めることとしており、単に精神障害者であると診断等されているだけでは入院させることはできないとされている（精神衛生法33条、精神保健法33条1項）。

エ 入院中の行動制限について、精神科病院の管理者は、その医療又は保護に欠くことのできない限度において、患者の病状又は状態に応じて合理的と認められる必要最低限の行動の制限を行うことができるとされている（精神衛生法38条、精神保健法36条1項、乙1・769及び836ページ）。

また、医療保護入院については、どのような場合であっても、信書の発受の制限、患者の代理人である弁護士等との電話や面会の制限を行うことは禁止され（精神保健法36条2項、乙1・837ページ並びに乙4・173及び174ページ）、入院中の患者の隔離及び身体的拘束については、

指定医が必要と認める場合でなければ行うことができず、このような行動制限を行う場合には、指定医が行動制限の内容・実施の日時・患者の症状等を診療録に記録することが義務づけられている（同条3項、乙1・837ページ並びに乙4・174及び175ページ）。その上、厚生大臣は、精神科病院に入院中の者の処遇について必要な基準を定めることができるとされ（同法37条1項）、精神科病院の管理者は、その基準を遵守しなければならないとされているところ（同条2項、乙1・837ページ）、これを受けて定められた処遇の基準では、「入院患者の処遇は、患者の個人としての尊厳を尊重し、その人権に配慮しつつ、適切な精神医療の確保及び社会復帰の促進に資するものでなければならない」、「処遇に当たって、患者の自由の制限が必要とされる場合においても、その旨を患者にできる限り説明して制限を行うよう努めるとともに、その制限は患者の症状に応じて最も制限の少ない方法により行われなければならない」ということが基本理念とされ、例えば、身体的拘束についてみると、患者に対して身体的拘束を行う理由を知らせるよう努めること、身体的拘束を行っている間は原則として常時の臨床的観察を行うこと、身体的拘束が漫然と行われることがないように医師は頻回に診察を行うこと等が具体的な基準として定められている（乙4・177ないし181ページ）。

オ. さらに、退院について、同意入院では、精神病院の長は同意入院の措置をとったときは、患者の病名及び病状の概要、入院の年月日等の事項を都道府県知事に届け出なければならないとされ（精神衛生法36条1項）、都道府県知事は、かかる届出があった場合において調査の上必要があると認めるときは2人以上の精神衛生鑑定医（精神障害の診断又は治療に関し少なくとも3年以上の経験がある医師のうち、厚生大臣が指定する者・同法18条）に診察を行わせ、各精神衛生鑑定医の診察結果が入院を継続する必要があることに一致しない場合には、精神病院の長に患者の退院を命

じることができる」とされていた。(同法37条1項, 乙1・768及び769ページ)。

また、医療保護入院では、個々の入院に関して精神科病院の管理者から都道府県知事へ同意入院と同様の入院時の届出とともに(精神保健法33条4項)、定期的な病状の報告が義務付けられ(同法38条の2第2項)、当該届出及び報告を受けた都道府県知事は、その内容を精神医療審査会に通知し、入院の必要性について審査を求めることとなっており(同法38条の3第1項)、審査の結果、入院が必要でない認められた者について、都道府県知事は、精神科病院の管理者に対しその者を退院させることを命じなければならないとされた(同条4項)。加えて、入院中の者や保護者に都道府県知事に退院や処遇の改善に関する請求を行う権利が与えられ(同法38条の4)、請求を受けた都道府県知事は、精神医療審査会に対して入院の必要があるかどうか、又はその処遇が適当であるかどうかに関し審査を求めなければならず、審査結果に基づき、都道府県知事は、精神科病院の管理者に対して、その者を退院させることやその者の処遇改善のために必要な措置を採ることを命じなければならないとされた(同法38条の5, 乙1・838ないし841ページ)。

カ 以上のとおり、同意入院及び医療保護入院の制度は、入院治療及び保護の必要性という観点から、精神障害者に適切な医療を提供し、もって、その者の利益を図ることを目的としたものであり、入院の要件、入院中の処遇及び退院の要件等について、身体的自由、居住・移転の自由といった患者の人権を過度に制約することがないように、法律上、種々の規定が設けられている。

以上のような同意入院及び医療保護入院制度の目的の正当性、入退院の要件及び処遇の必要性、合理性、相当性、手続保障の内容等に鑑みれば、同意入院及び医療保護入院の制度を定めた精神衛生法及び精神保健法の規

定が、国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白であるとはいえない。

したがって、本件は、最高裁平成17年判決の内容を踏まえても、国会議員が法的に作為義務を負うことになる例外的な場合には該当しないといふべきである。

キ この点については、東京地方裁判所平成2年11月19日判決（訟務月報37巻6号983ページ）も、原告が、同意入院の制度を定めた精神衛生法33条は、憲法13条、14条、31条、34条及び市民的及び政治的権利に関する国際規約2条1項等に反する規定であり、国会議員がこのような憲法等に反する法律を制定したことは国賠法上違法であるなどと主張したのに対し、「国会議員の立法行為が国家賠償法1条1項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の義務に違背したかどうかにかかり、当該立法が憲法又は条約に違反することから直ちに右義務違反を肯定することはできない。国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係において法的義務を負うものではなく、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず、国会があえて立法を行うというような例外的な場合でなければ、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものではない。同意入院の制度を定めた法33条の規定は、原告の指摘する憲法又は人権条約の規定の一義的な文言に違反するものということとはできず、右規定を含む法の立法行為が国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものではない。」と判示しているところである。

(4) これに対し、原告は、前記1のとおり主張するが、前記(3)のとおり、同意入院及び医療保護入院の制度を定めた精神衛生法及び精神保護法は、入院患者の身体的自由及び居住・移転の自由を過度に制約するものではない（な

お、原告は、同意入院及び医療保護入院の制度を定めた精神衛生法及び精神保護法が憲法31条、33条ないし39条を侵害する旨主張するようであるが〔原告準備書面1・33ページ〕、同意入院及び医療保護入院の制度それ自体は、そもそも適正手続、弁護人依頼権、逮捕・拘留されない権利、搜索等されない権利、黙秘権等の諸権利を制限するものではない。原告の主張がこれらの権利侵害を主張する趣旨であるとするならば、原告の主張は失当である。〕。

また、前記(3)ウのとおり、同意入院及び医療保護入院は、単に精神障害者であると診断されているだけでは入院させることはできないのであるから（精神衛生法33条、精神保健法33条1項）、「精神障害のある者についてのみ、意思に反する、最長期間に制限のない入院を強制するという点において、法の下での平等（憲法14条）に反する」（原告準備書面1・33ページ）とする原告の主張は前提を欠く。

よって、原告の主張には理由がない。

5 小括

以上のとおり、国会議員は、原告との関係で、同意入院制度を定めた精神衛生法及び医療保護入院制度を定めた精神保健法を改廃する措置を講じることにつき個別・具体的な作為義務（職務上の法的義務）を負っていたとはいえないから、原告が主張する不作為が国賠法上違法と評価されることはないというべきである。

第2 厚生大臣の不作為が国賠法1条1項の適用上違法であるとする原告の主張に理由がないこと

1 原告の主張

原告は

①昭和33年10月2日厚生省発医第132号各都道府県知事あて厚生省事

務次官通知「特殊病院に置くべき医師その他の従業員の定数について」（以下「人員配置基準における精神科特例」という。乙5〔甲B3〕）は、「精神病院を特殊病院として、医師の数を一般病院の3分の1、看護師については3分の2でよいとする通達」であるところ、医療法は、「安全かつ適正な医療を受ける権利を保障するための法律であり、厚生省令や施行規則等への委任についても、そのような安全かつ適正な医療を受ける権利を侵害することを許容するものとは考えられない。厚生大臣は、その裁量に基づき、医療法施行規則で病院の人員配置を設定し、あるいは、医療法施行令にてその例外を認めることが許される場合があるとしても、安全かつ適正な医療を受ける権利を保障する観点から検討がなされなければならない、体制の効率性もその限度において考慮することが許容されるにとどまり、それを越えた判断は裁量権を逸脱するものとして違法である」とした上で、厚生大臣が昭和62年の精神衛生法改正時（精神保健法制定時）においても人員配置基準における精神科特例を廃止しなかったことは国賠法1条1項の適用上違法である（原告準備書面1・48ないし51ページ）

②⑦「厚生省は、先行行為として重大な人権制約である隔離収容政策を推進してきたのであるから、その解消のために政策転換すべき義務があることは条理上認められるところ、作為義務の内容が具体的に示された1968（昭和43）年のクラーク勧告を受けた後には、社会復帰施設整備及び地域医療の充実を進めることができたはずであるにもかかわらず、具体的な検討すらせず、逆に1980年（注昭和55年）頃まで隔離収容政策を増長し続け、社会復帰施設や地域医療に対して十分な予算措置や診療報酬の変更も講じることはなかった」ことは国賠法1条1項の適用上違法である（原告準備書面1・55及び56ページ）

④「厚生省は精神科特例等を設けることによって民間病院の乱立を自ら招き、経営を重視した民間病院が低水準の医療を行うおそれのある状況を作り出した

のであるから、厚生大臣は、その解消のために、単に民間病院の経営に委ねるのではなく、民間精神病院で起きる問題やその医療水準について指導監督すべき義務があることは条理上認められる」とした上で、遅くとも昭和51年の時点においては、「民間病院の設置を優先させる理由が失われたのであるから、他の診療科と同等の医療水準を要求し、前記の精神科特例の廃止など適正な医療水準を確保するための制度構築義務が果たせたにもかかわらず、これも漫然と放置した」ことは、国賠法1条1項の適用上違法である（原告準備書面1・59及び60ページ）

㊦「厚生省は先行行為として長期入院者を作成するシステムを作り出し、本来は入院継続が不要であるにもかかわらず入院を余儀なくされている者がいることが判明したのであるから、それを積極的に調査、介入し、政策支援、法令改廃、法令運用改善などの救済手段によって積極的に解消すべき義務があることは条理上認められるところ、厚生大臣は、1987（昭和62）年以降も、これを漫然と放置した」ことは、国賠法1条1項の適用上違法である（原告準備書面1・64ページ）

旨主張する。

2 原告が不法行為として主張する厚生大臣の作為義務が発生する余地はなく、原告の主張に理由がないこと

(1) 国賠法1条1項の「違法」の意義

ア 前記第1の2のとおり、国賠法1条1項の適用上違法とされるためには、公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違反することが必要である（職務行為基準説）。

そうすると、公務員の公権力の行使に当たる行為が国賠法1条1項の適用上違法とされるためには、①問題とされる行為が公務員の職務上の法的義務として義務付けられたものであること、及び②その職務上の義務が被害を受けたという個人に対して負うものであることが必要である（和久田道雄・最

高裁判所判例解説民事篇平成20年度225及び226ページ、藤田宙靖・新版行政法総論（下）218ページ、神橋一彦・行政救済法〔第2版〕330ないし332ページ）。

そして、最高裁判所の判例のすう勢は、一般の行政活動に係る公務員の職務上の法的義務違反の有無について、公務員の職務上の注意義務違反を基準とする立場に立っている（職務行為基準説、宇賀克也ほか・条解国家賠償法118ページ〔中原茂樹〕、神橋・前掲行政救済法356ページ）。

すなわち、最高裁は、最高裁判所平成5年3月11日第一小法廷判決（民集47巻4号2863ページ〔所得税更正処分事件〕。以下「最高裁平成5年判決」という。）において、「税務署長のする所得税の更正は、所得金額を過大に認定していたとしても、そのことから直ちに国家賠償法1条1項にいう違法があったとの評価を受けるものではなく、税務署長が資料を収集し、これに基づき課税要件事実を認定、判断する上において、職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と更正をしたと認め得るような事情がある場合に限り、右の評価を受けるものと解するのが相当である」と判示しているところ、この判示は、税務署長のする所得税の更正について、取消訴訟における処分の違法性と国賠法上の違法性とは同一でないとする「違法性相対論」に立ち、かつ、国賠法上の違法性の判断基準につき公務員の職務上の注意義務違反を基準とする「職務行為基準説」を採用したものと位置づけられている（井上繁規・最高裁判所判例解説民事篇平成5年度（上）379ページ）。

そして、最高裁は、その後も、行政活動の種々の分野で職務行為基準説を採る判示を重ねており（神橋・前掲行政救済法324、325及び356ページ、最高裁平成11年1月21日第一小法廷判決・判時1675号48ページ、判タ1002号94ページ等）、職務行為基準説は、行政活動における公務員の行為に係る国賠法上の違法性の判断基準として一般化されている

る傾向が認められる（宇賀ほか・前掲条解107及び108ページ〔中原参照〕）。

イ したがって、行政活動における公権力の行使に係る公務員の行為については、職務行為基準説を前提に、国賠法1条1項の適用上違法となるかどうかを判断することとなる。

(7) 職務行為基準説によれば、問題とされる公務員の行為が公務員の職務上の法的義務として義務付けられたものであることが必要である（前記①）から、そもそも一定の行為が、「職務上の法的義務」とされていない場合は、仮にそのような行為を行わなかったとしても、国賠法1条1項の適用上「違法」とされることはない（最高裁平成20年4月15日第三小法廷判決・民集62巻5号1005ページ¹、神橋・前掲行政救済法330ペ

1 弁護士会の設置する人権擁護委員会が受刑者から人権救済の申立てを受け、同委員会所属の弁護士が調査の一環として他の受刑者との接見を申し入れた場合において、これを許さなかった刑務所長の措置に国賠法1条1項にいう違法がないとされた事例において、最高裁は、以下のとおり判示している。

「受刑者との接見を求める者が、接見の対象となる受刑者の利益を離れて当該受刑者との接見について固有の利益を有している場合があることは否定し得ないが、旧監獄法45条2項の規定が、このような受刑者との接見を求める者の固有の利益と規律及び秩序の確保等の要請との調整を図る趣旨を含むものと解することはできない。したがって、旧監獄法45条2項は、親族以外の者から受刑者との接見の申し入れを受けた刑務所長に対し、接見の許否を判断するに当たり接見を求める者の固有の利益に配慮すべき法的義務を課するものではないというべきである。また、弁護士及び弁護士会が行う基本的人権の擁護活動が弁護士法1条1項ないし弁護士法全体に根拠を有するものであり、その意味で人権擁護委員会の調査活動が法的正当性を保障されたものであるとしても、法律上人権擁護委員会に強制的な調査権限が付与されているわけではなく、この意味においても広島刑務所長には人権擁護委員会の調査活動の一環として行われる受刑者との接見の申し入れに応ずべき法的義務は存在しない。（中略）以上によれば、広島刑務所長の本件各措置について、国家賠償法1条1項にいう違法があったということとはできない。」

ージ)。

また、前記のとおり、公務員の公権力の行使に当たる行為が国賠法1条1項の適用上違法であるか否かについては、公務員の「職務上の注意義務」違反を基準として判断すべきであることの帰結として、ある作為が職務上の法的義務として義務付けられたものといえるためには、当該作為を求められる公務員において、注意義務の内容を認識してこれを尽くすことが可能な程度に、すなわち、通常なすべきとして認識できる程度に、当該作為の発生要件及び作為すべき内容が明確なものでなければならない。

(1) この点に関し、行政府との関係において、この「通常なすべきとして認識できる程度に、当該作為の発生要件及び作為すべき内容が明確なもの」かどうかは、法律による行政の原理に適合する形で判定されなければならない。

すなわち、そもそも、行政府の職務の本質は、立法府によって制定された法律の執行にあるから、行政活動については、法律の定めるところにより法律に従って行われなければならない(法律による行政の原理)。

そして、行政事件訴訟や国家賠償請求訴訟といった行政救済制度は、法律による行政の原理を前提として、法令に違反した行政活動によって侵害された私人の権利・利益を救済することを念頭に置いたものというべきであり、法律による行政の原理を裏から保障し担保するためのものとして期待されているものである(藤田・前掲行政法3及び4ページ参照)。

しかるに、国家賠償請求訴訟において、根拠となる法令の規定や、その趣旨・目的等に照らして、当然に行われるべきものとして導くことのできない作為を職務上の法的義務とし、その不作為を違法と評価することは、法律による行政の原理に抵触するものであるし、前記の国家賠償請求訴訟に期待される機能を超えるものであるといわざるを得ない。

そうすると、根拠となる法令の規定や、その趣旨・目的等に照らして、

多種多様な内容・方法が考えられ、情勢に応じた対応が求められる行政施策であって、その内容（実施時期、期間、実施対象、実施内容及び実施方法等）が一義的に定まるものではなく、その性質上、これを定めるべきともいえないものについては、行政府の公務員において、通常なすべきとして認識できる程度に、その発生要件及び作為すべき内容が明確であるとはいえないから、職務上の法的義務とされる余地はないというべきである。

(ウ) また、公務員の職務上の法的義務につき、被害を受けたという個人に対して負う法的義務であることが必要である（前記②）のは、国賠法に基づく国家賠償制度が、国・公共団体の公権力の違法な行使又は公の営造物の設置・管理の瑕疵によって私人に損害が生じた場合、それに対して金銭的な救済を行うことを通じて、私人の個人的な権利利益を救済することを目的とする制度であるからである（藤田・前掲行政法225及び226ページ参照）。

したがって、国賠法1条1項にいう「違法」が認められるためには、国家賠償を請求する者の法律上保護されている利益が侵害されていること、すなわち、公務員の職務上の義務について、被害を受けたという個人に対して負担する法的義務違背があることが必要である。

(2) 原告の前記1①の主張について

ア 原告の主張する作為は、厚生大臣が通常なすべきとして認識できる程度に、その発生要件及び作為すべき内容が明確であるとはいえないこと

(ア) 原告は、前記1①のとおり、厚生大臣は、医療法を根拠として、昭和62年の精神衛生法改正時（精神保健法制定時）において人員配置基準における精神科特例を廃止する作為義務を負っていたにもかかわらず、これを怠ったことは国賠法1条1項の適用上違法である旨主張する。

(イ) しかしながら、医療法は、病院に配置すべき医師及び看護師等の人員等について、「病院は、省令の定めるところにより、左の各号に掲げる人員

及び施設を有し、且つ、記録を備えて置かなければならない。」（同法21条1項本文、乙6）とした上で、「省令を以て定める員数の医師、歯科医師看護婦その他の従業者」（同項1号）と定めていた。これを受けて、医療法施行規則は病院に置くべき医師及び看護師等の員数の標準を定めるが（同規則19条、乙7）、医療法施行令は、精神科病院等について、都道府県知事の許可に基づき前記標準によらないことができるとし（医療法施行令4条の4、乙8）、人員配置基準における精神科特例によって、精神科病院等については医師及び看護師等の配置基準が一般病院よりも緩和された（乙5）。

このように、医療法は、病院に配置すべき医師及び看護師等の人員等について、具体的な限定を付すことなく、下位規範に委任しており、医療法施行規則及び医療法施行令は、精神科病院等における医師及び看護師等の員数の標準について、法令によって定められた標準によらないとすることを認め、それ以上に具体的な員数の標準を定めていない。その上で、人員配置基準における精神科特例は、精神科病院について、医師及び看護師等の配置基準を一般病院より緩和することを認めているところ、これは、精神疾患の多くが慢性疾患である、あるいは病状が急変することが少ないという特質を踏まえたことによるものである（乙9）。もとより、人員配置基準における精神科特例は、精神科病院がその運営に当たって有すべき「最低限の人員」を示したものであるから（乙10 - 27ページ）、病院の機能等に応じ、個々の病院の判断において、人員配置基準における精神科特例が定める基準以上の医師及び看護師等を配置することを妨げるものではない。

(7) 以上からすれば、精神科病院における医師及び看護師等の人員の配置標準については、原告が作為義務発生の根拠として主張する医療法（医療法施行規則及び医療法施行令を含む。）といった法令の規定、その趣旨

・目的等に照らして（なお、医療法は、「医療を受ける者による医療に関する適切な選択を支援するために必要な事項，医療の安全を確保するために必要な事項，病院，診療所及び助産所の開設及び管理に関し必要な事項並びにこれらの施設の整備並びに医療提供施設相互間の機能の分担及び業務の連携を推進するために必要な事項を定めること等により，医療を受ける者の利益の保護及び良質かつ適切な医療を効率的に提供する体制の確保を図り，もって国民の健康の保持に寄与すること」を目的とすると定めているが〔同法1条〕，人員配置基準における精神科特例が発出された当時，目的を定めた規定はなかった〔乙6参照〕。），多種多様な内容・方法が考えられ，情勢に応じた対応が求められる行政施策といえ，その内容が一義的に定まるものではなく，その性質上，これを定めるべきともいえない。

よって，厚生大臣において，通常なすべきとして認識できる程度に，作為の発生要件及び作為すべき内容が明確なものとして当然に導き出されるものとはいえず，原告の主張する作為（人員配置基準における精神科特例を廃止するという作為）が国賠法上の違法を基礎付ける職務上の法的義務であるとはいえない。

イ 厚生大臣が，原告との関係において，昭和62年までに人員配置基準における精神科特例を改廃する法的義務（作為義務）を負っていたとは認められないこと

原告は前記1①のとおり主張するところ，原告の主張の趣旨は，厚生大臣が昭和62年の精神衛生法改正時（精神保健法制定時）に人員配置基準における精神科特例を改廃しなかったことは国賠法1条1項の適用上違法であり，そのため，原告が十分な医療を受けることができず損害を被ったというものであると解されるが，前記第1の4(1)のとおり，そもそも原告が同意入院又は医療保護入院していたことの有無やその期間は判然とし

ない。この点をおくとしても、原告が同意入院又は医療保護入院をしていたとされる昭和48年9月2日から平成15年4月30日までの間（あるいは、厚生大臣の不作為が違法になった時期であると原告が主張する昭和62年から原告の医療保護入院が終了したとされる平成15年4月30日までの間）、人員配置基準における精神科特例が存在したために、原告が十分な医療を受けることができなかつたことについては、何ら具体的に主張・立証されていない。

よって、厚生大臣が、被害を受けたという個人（原告）との関係において、原告が主張する法的義務（昭和62年の精神衛生法改正時〔精神保健法制定時〕に人員配置基準における精神科特例を改廃する作為義務）を負っていたとは認められない。

ウ 小括

よって、原告の前記1①の主張には理由がない。

(3) 原告の前記1②の主張について

ア 原告の主張する各作為は、いずれも厚生大臣が通常なすべきとして認識できる程度に、その発生要件及び作為すべき内容が明確であるとはいえないこと

(7) 原告は、前記1②⑦ないし⑧のとおり、厚生大臣は、先行行為に基づき、条理上の作為義務を負っていたものであり、これらの作為義務を怠ったことが国賠法1条1項の適用上違法である旨主張する。

(4) しかしながら、原告が主張する各作為は、いずれも当該作為を求められる厚生大臣において、通常なすべきとして認識できる程度に、その発生要件及び作為すべき内容が明確なものとして当然に導き出されるものでないから、国賠法上の違法を基礎付ける職務上の法的義務となる余地はない。

すなわち、原告は、前記1②⑦ないし⑧について、いずれも先行行為に基づいて、条理上、作為義務が発生する旨主張するところ、これらの作為

義務を講ずべきことが当然に導かれるような法令の規定は存在せず、当該作為に係る法令の規定や、その趣旨・目的等に照らし、当該作為を求められる公務員において、通常なすべきとして認識できる程度に、その発生要件及び作為すべき内容が明確なものとして当然に導き出されるものとはいえない。

また、厚生大臣の作為義務について、原告の主張する各先行行為を勧案するとしても、前記のとおり、作為義務の措置を講ずべきことを当然に導く法令の規定は存在しないのだから、法の欠缺を補うものとされている条理によっても、前記の措置を講ずることが国賠法上の法的義務となる余地はないというべきである。

(ウ) 以上によれば、原告が主張する作為は、当該作為に係る法令の規定や、その趣旨・目的等に照らし、当該作為を求められる公務員である本件各国务大臣において、通常なすべきとして認識できる程度に、その発生要件及び作為すべき内容が明確なものとして当然に導き出されるものとはいえない。

イ. 原告の前記1②⑦ないし⑧の主張は前提を欠くものであること

(ア) 前記アの点をおくとしても、以下に述べるとおり、原告の前記1②⑦及び⑧の主張については、被告は精神障害者の隔離収容や長期入院を作出する施策を採っておらず（下記(イ)）、また、原告の前記1②④の主張については、被告は民間病院を乱立させる施策も採っておらず、精神科病院に対し、患者に適切な医療を提供するよう指導・監督を行っていたものであるから（下記(ウ)）、原告の前記1②⑦ないし⑧の主張は前提を欠くものである。

(イ) a 原告は前記1②⑦及び⑧のとおり主張するが、被告（厚生省）は、精神衛生法が、昭和40年に改正され、①保健所を地域における精神保健行政の第一線機関として位置付け、精神衛生相談員を配置できる

こととしたこと、②保健所に対する技術指導援助などを行う各都道府県の精神保健に関する技術的中核として、精神衛生センターを設けたこと、③在宅精神障害者の医療の確保を容易にするため、通院医療費の二分の一を公費負担する制度が新設されたことを受けて、昭和41年に「保健所における精神衛生業務運営要領」(乙11)、昭和44年に「精神衛生センター運営要領」(乙12)を示し、在宅の精神障害者が在宅のまま医療や相談を受けられるような制度の整備を進めた(乙1・11及び12ページ)。また、被告は、昭和50年には「精神障害回復者社会復帰施設」及び「デイ・ケア施設」の運営要領(乙13及び14)、昭和55年には「精神衛生社会生活適応施設」の運営要領(乙15)を示し、各施設の運営に関する事項(目的、主体、対象者、職員配置、組織、国庫補助等)を定め、精神障害者の社会復帰のための施設整備を進めた(乙1・12ページ)。

さらに、被告(厚生省)は、昭和49年に作業療法、デイ・ケアの点数化を実現させ、昭和57年からは職親制度の一形態として、「通院患者リハビリテーション事業」を実施し、昭和50年度には、保健所において「精神障害者社会復帰相談指導事業」を開始して、集団指導等を通して精神障害者の社会復帰活動に取り組み、昭和61年には、集団精神療法、ナイト・ケア、訪問看護・指導料等の点数化を実現させ、昭和62年度からは社会復帰施設及び社会復帰施設要件を満たさない精神障害者小規模作業所に対する補助を予算化するなどして、通院治療や地域精神保健対策を推進した(乙1・12ページ、乙16・112ページ)。

このように精神衛生法の昭和40年改正以後における精神保健行政は、精神医学の進歩等に伴い、入院医療中心の治療体制から地域におけるケアを中心とする体制へという流れを踏まえて取り組んできた。

b その後、昭和62年に精神保健法が制定され、入院治療の終了した精神障害者の社会復帰の促進を図るため、精神障害者社会復帰施設（日常生活を営むに支障のある精神障害者が日常生活に適応できるように、訓練・指導を行う精神障害者生活訓練施設及び雇用されることの困難な精神障害者が自活できるように訓練等を行う精神障害者授産施設）に関する規定が設けられるなどした。また、社会復帰対策の予算額は昭和62年度において約6億円であったが、平成6年度においては約35億円に増加した（乙1・14及び15ページ）。

c 被告（厚生省）は、平成7年に精神保健法が精神保健福祉法に改正され、①「保健及び福祉」の章を新たに設け、精神保健センター、地方精神保健審議会、精神保健相談員に福祉の業務を加え、②精神障害者保健福祉手帳制度の創設、③社会復帰施設として、生活訓練施設（援護寮）、授産施設、福祉ホーム、福祉工場の四施設類型の規定を法律上明記し、通院患者リハビリテーション事業の法定化（社会適応訓練事業）を行うといった社会復帰施設、事業の充実、④正しい知識の普及啓発や相談指導等の地域精神保健福祉施策の充実、市町村の役割の明示等がされたことなどを踏まえ、前記「精神保健センター運営要領」を全面改正し、「精神保健福祉センター運営要領」として、地域精神保健福祉施策の推進、社会復帰施設・社会復帰事業の計画的整備の指針となる企画の調整や技術的援助及び関係方面の理解の促進等を精神保健福祉センターの業務として明確に位置付けた上、技術指導や職員研修の対象に市町村を加えた（乙1・22ないし25、82ページ）。

また、前記「保健所における精神保健業務運営要領」も全面的に改正し、「保健所及び市町村における精神保健福祉業務運営要領」とした上、作業指導、レクリエーション活動、創作活動、生活指導等のデ

イケアその他の指導訓練を実施すること、社会復帰施設等の利用の調整及び関係機関の紹介を行うこと、社会復帰施設等の整備に当たって、地域住民の理解の促進や、整備運営のための技術支援の協力などを行うこと、精神障害者保健福祉手帳制度の普及を図ること、市町村への情報提供、技術等の協力及び連携に努めることなどを保健所の業務として明確に位置付けた（乙17）。

さらに、平成7年12月には、障害者について地域での共生、社会的自立の促進等を基本的な考え方とする「障害者プラン～ノーマライゼーション七か年戦略～」（乙18）が策定され、国はこれらの考え方に基づいた視点から施策の重点的な推進を図ることとし、厚生省の精神保健福祉関係予算は、平成7年度の87億円から平成8年度の127億円へと増加された（このうち、精神障害者社会復帰促進費等補助金については50億円から71億円へと増額された。）。

d 以上のとおり、被告（厚生省）は、原告が同意入院又は医療保護入院をしていたとされる期間において、精神障害者の隔離収容や長期入院を作出する施策を採っていたことはなく、前記aないしcで述べたような、精神衛生法及び精神保健法の制定及び改正を踏まえ、精神科病院が精神障害者の入院を漫然と継続させることがないように、精神障害者の社会復帰や退院等に関する施策を推進してきたものである。

よって、原告の前記1②⑦及び⑧の主張は前提を欠くものである。

(ウ) a また、原告は前記1②④のとおり主張するが、前記(2)ア(イ)のとおり、人員配置基準における精神科特例は精神疾患の多くが慢性疾患である、あるいは病状が急変することが少ないという特質を踏まえ、精神科病院における医師及び看護師等の配置基準を一般病院よりも緩和したものであり（乙9）、原告の主張する民間の精神科病院の乱立やこれらの病院が提供する医療水準の低下と直接関連するものではない

(なお、人員配置基準における精神科特例が設けられた頃の精神科病院の病床数をみると、昭和28年当時、精神科病院の病床数は医療を要する精神障害者の数に比して少なく、昭和29年に精神衛生法が改正され、従来からの都道府県立精神科病院への国庫補助のほかに、非営利法人の設置する精神科病院の設置及び運営に要する経費に対しても、国庫補助を行う規定が新たに設けられた。この頃の精神科の病床数は約3万床であったが、精神障害者の全国推定数は130万人、うち入院が必要と認められる患者数は35万人とされ、病床は要入院者数の10分の1にも満たないものであり、昭和35年の時点においても、病床数は約8万5000床であった〔乙1・9及び10ページ〕)。

b この点をおくとしても、精神科病院への指導について、被告（厚生省）は、都道府県知事に対し、管下の精神科病院について、入院患者の人格を尊重し、人権を侵害することのない処遇、同意入院制度の適正な運用、医療従事者の充足や超過収容の解消等に留意した医療監視の強化徹底等を内容とした指導監督等を行うよう求める通知等を発出しているほか（乙19〔甲B28〕）、精神保健法においては、厚生大臣又は都道府県知事は必要があると認めるときは、精神科病院の管理者に対し、当該病院に入院中の者の症状や処遇に関し、報告を求め、診療録等の提出等を命じ、指定医に立入検査等をさせること等ができるとされ（同法38条の6第1項、乙1・841ページ）、精神科病院に対する厚生大臣等の監督権の行使を認めているところ、厚生大臣は、原則として1施設に対し年1回行っている実地指導等の際や、精神医療審査会から要請があった場合などに前記監督権を行使することによって、精神科病院への指導・監督を行うことができたものである（乙1・450ページ）。

c 以上のとおり、原告の主張する民間の精神科病院の乱立やこれらの病院が提供する医療水準の低下と人員配置基準における精神科特例は直接関連するものではない上、被告は、精神科病院に対し、患者に適切な医療を提供するよう指導・監督を行っていた。

よって、原告の前記1②④の主張は前提を欠くものである。

ウ 厚生大臣が、原告との関係において、前記1②⑦ないし⑨の法的義務（作為義務）を負っていたとは認められないこと

原告は前記1②⑦ないし⑨のとおり主張するところ、原告の主張の趣旨は、厚生大臣が、「1980年（注昭和55年）頃まで隔離収容政策を増長し続け、社会復帰施設や地域医療に対して十分な予算措置や診療報酬の変更も講じることはなかった」こと（原告準備書面1・55及び56ページ）、遅くとも昭和51年の時点においては、「他の診療科と同等の医療水準を要求し、前記の精神科特例の廃止など適正な医療水準を確保するための制度構築義務が果たせたにもかかわらず、これも漫然と放置した」こと（原告準備書面1・59及び60ページ）、昭和62年以降、入院継続が不要であるにもかかわらず入院を余儀なくされている者について、「積極的に調査、介入し、政策支援、法令改廃、法令運用改善などの救済手段によって積極的に解消」しなかったこと（原告準備書面1・64ページ）は国賠法上違法であり、そのため、原告が同意入院又は医療保護入院から退院できず、また、入院中に十分な医療を受けることができずに損害を被ったというものであると解される。

しかしながら、前記第1の4(1)のとおり、そもそも原告が同意入院又は医療保護入院していたことの有無やその期間は判然としない。この点をおくとしても、原告が同意入院又は医療保護入院をしていたとされる昭和48年9月2日から平成15年4月30日までの間（あるいは、前記1②⑦ないし⑨において、厚生大臣の不作为が違法になったと原告が主張する

各時期から原告の医療保護入院が終了したとされる平成15年4月30日までの間)、原告の主張する各不作為を原因として、原告が同意入院又は医療保護入院から退院できなかつたこと、原告が入院中に十分な医療を受けることができなかつたことについて、何ら具体的に主張・立証されていない。

よつて、厚生大臣が、被害を受けたという個人(原告)との関係において、原告が前記1②⑦ないし⑨において主張する法的義務(作為義務)を負つていたとは認められない。

エ 小括

よつて、原告の前記1②⑦ないし⑨の主張には理由がない。

(4) まとめ

以上のとおりであり、厚生大臣について、原告が不法行為として主張する作為義務を国賠法1条1項の「違法」を構成する法的義務として負う余地はなく、これらに係る原告の主張に理由はない。

以 上