九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

公法判例研究（一）

九州公法判例研究会

石森，久広
熊本県立大学総合管理学部助教授

https://doi.org/10.15017/2285

出版情報：法政研究. 69 (1), pp.117-129, 2002-07-19. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

KYUSHU UNIVERSITY

判例研究

公法判例研究（一）

九州公法判例研究会

ハンセン病国家賠償訴訟熊本地裁判決（「らい予防法」違憲国家賠償請求事件）

熊本地裁平成一三年五月一一日判決、平成一〇（ワ）七六四号・一〇〇〇号・一二八　二号・同一一（ワ）三八三号、一部認容、一部棄却（確定）、判例時報一七四八号三〇頁、判例タイムズ一〇七〇号一五一頁

石森久広

I　事実の概要

本件は、平成八年四月一日に廃止されたらい予防法（以下「新法」という。）の下で同法一一条の国立療養所（以下「療養所」という。）に入所していた原告らが、被告である国に対し、①国家賠償法が施行された昭和二二年一〇月二七日から新法の下で厚生大臣が策定・遂行したハンセン病の隔離政策の違法、②国会議員が新法を制定した立法行為又は新法を平成八年まで改廃しなかった立法不作為の違法などを理由に、国家賠償法に基づき、新法及びハンセン病政策によって療養所に隔離されたことによる損害及び新法の存在及びハンセン病政策の遂行によって作出・助長された差別・偏見にさらされたことによる損害などの賠償を求めた事案である。

ハンセン病は、抗酸菌の一種であるらい菌によって引き起こされる慢性の細菌感染症であるが、らい菌の毒力は極めて弱く、ほとんどの人に対して病原性を持たないため、乳幼児等を除き、人の体内にらい菌が侵入し感染しても、発病するおそれは極めて低い（一％を超えない）。このことは、明治三〇年の第一回国際らい会議以降一貫して医学的に認められ、戦前の内務省もその認識を有していた。

ハンセン病の本格的な薬物療法は、昭和一八年、アメリカでのプロミンの有効性についての報告に始まり、日本でも、昭和二二年以降、日本らい学会においてプロミンの有効性が次々と報告され、昭和二四年には正式に予算化、昭和二六年には、第二四回日本らい学会において、再発の可能性を検討するために少なくとも一〇年の経過を観察する必要があるとしながらも、プロミン等が極めて優秀な治療

薬であることが認められた。

昭和二八年には、らい予防法が、患者の強制隔離や外出制限、懲戒検束規定などの基本原理をそのまま引き継いだまま成立した。審議過程では、病型によって伝染の危険性の程度に差があることは議論に上っているが、そもそもハンセン病が伝染し発病に至るおそれの極めて低い病気であることに着目した議論はほとんどなされていない。ただし、新法附帯決議においては隔離規定等の見直しが当初から予定されていた。

新法制定後、プロミン等スルフォン剤に対する国内外での評価が確定的なものになり、ハンセン病の隔離政策に関する特別法については、昭和二九年のＷＨＯ報告を嚆矢に、昭和三一年のローマ会議以降の国際会議において廃止が繰り返し提唱され、我が国でも患者らの全国組織である全患協が、国会議員や厚生省に対し新法改正の陳情等の活動を盛んに行ったが、結局、新法は平成八年四月一日まで廃止されなかった。

本判決の主要な争点は次の通りである。

〔争点1〕 厚生大臣のハンセン病政策遂行上の違法及び故意・過失の有無

〔争点2〕 国会議員の立法行為の国家賠償法上の違法及び故意・過失の有無

〔争点3〕 損害

〔争点4〕 除斥期間

II 本判決の内容

〔一〕 本判決の要旨

一 〔争点1〕厚生大臣のハンセン病政策遂行上の違法及び故意・過失の有無について

1 患者の隔離は、患者に対し、継続的で極めて重大な人権の制限を強いるものであるから、少なくとも、ハンセン病予防という公衆衛生上の見地からの必要性（以下「隔離の必要性」という。）を認め得る限度で許されるべきものである。

2 らい予防法（以下「新法」という。）が制定された昭和二八年前後の医学的知見等を総合すると、遅くとも昭和三五年以降においては、もはやハンセン病は、隔離政策を用いなければならないほどの特別の疾患ではなくなっており、すべての入所者及びハンセン病患者について、隔離の必要性が失われた。

3 したがって、厚生省としては、同年の時点において、隔離政策の抜本的な変換等をする必要があったが、新法廃

止まで、これを怠ったのであり、この点につき、厚生大臣の職務行為に国家賠償法上の違法性及び過失があると認めるのが相当である。

二　〔争点2〕国会議員の立法行為の国家賠償法上の違法及び故意・過失の有無について

1　新法は、六条、一五条及び二八条が一体となって、伝染させるおそれがある患者の隔離を規定しているが、これらの規定（以下「新法の隔離規定」という。）は、遅くとも昭和三五年には、その合理性を支える根拠を全く欠く状況に至っており、その違憲性が明白となっていた。

2　国会議員の立法行為（立法不作為を含む。）が国家賠償法上の違法となるのは、容易に想定し難いような極めて特殊で例外的な場合に限られるが、遅くとも昭和四〇年以降に新法の隔離規定を改廃しなかった国会議員の立法上の不作為につき、国家賠償法上の違法性及び過失を認めるのが相当である。

三　〔争点3〕損害について

1　本件は、これまで例を見ないような極めて特殊な大規模損害賠償請求訴訟であり、その被害は極めて長期にわたり、その内容も、身体、財産、名誉、信用、家族関係等、社会生活全般に及ぶ実に多種多様なものであって、その一つ一つにつき、立証を求めていたのでは、訴訟が大きく遅延することは明らかであり、また慰謝料には全体としての損害額の社会的妥当性を確保する機能があることから、被害の中から一定の共通性の見いだせる範囲のものを包括して賠償の対象とすることができる。

2　慰謝料額は、初回入所時期と入所期間に応じて、一四〇〇万円、一二〇〇万円、一〇〇〇万円及び八〇〇万円の四段階とする。なお、認容額の総額は一八億二三八〇万円（うち慰謝料が一六億五八〇〇万円、弁護士費用が一億六五八〇万円）である。

四　〔争点4〕除斥期間について

本件の違法行為は、厚生大臣が昭和三五年以降平成八年の新法廃止まで隔離の必要性が失われたことに伴う隔離政策の抜本的な変換を怠ったこと及び国会議員が昭和四〇年以降平成八年の新法廃止まで新法の隔離規定を改廃しなかったことという継続的な不作為であり、これによる被害は新法廃止まで継続的・累積的に発生しており、違法行為終了時でなければ損害額の適正な算定ができないから、本

件において除斥期間の起算点となる「不法行為ノ時」は、新法廃止時と解するのが相当である。

〔二〕 とくに〔争点1〕厚生大臣のハンセン病政策遂行上の違法及び故意・過失の有無について

第一 厚生省の隔離政策の遂行等について

一 (1) 「新法六条一項は、勧奨による入所を定めるが、これは同条二項の入所命令、同条三項の直接強制を前提とするものであり」「法的にも任意の入所とは同視し難い面がある」。「特に、入院治療が可能であったのは、京都大学だけという医療体制の下で、入院治療を必要とする患者は、事実上療養所に入所せざるを得ず、また、療養所にとどまらざるを得ない状況に置かれていた」。「さらに、戦前・戦後にまたがるほぼ全患者を対象とする収容の徹底・強化により、多くの国民は、ハンセン病が強烈な伝染病であるとの誤った認識に基づく過度の恐怖心を持つようになり、その結果、ハンセン病に対する社会的な差別・偏見が増強され、プロミン登場によりハンセン病が治し得る病気となった後も、新法がハンセン病に対する隔離政策を継続したことによって、ハンセン病に対する差別・偏見が助長・維持され、新法廃止まで根強い差別・偏見が厳然として存在し続けたものであるところ、その中で、ハンセン病患者は、いったんハンセン病であるとの診断を受けると、保健所職員の度重なる勧奨入所により、隣近所の者からハンセン病患者及びその家族が白眼視されるに至るなど、療養所に入所せざるを得ない状況に追い込まれ入所を余儀なくされていった」。したがって「勧奨による入所という形をとっていても、その実態は、患者の任意による入所とは認め難いものであった」。

(2) また、「新法六条の『らいを伝染させるおそれがある患者』の解釈についても、ハンセン病と診断されると『伝染させるおそれ』がないと判断される未治療の患者はいないといわれるほど極めて広義に解釈されており」「入所者の退所についても、極めて厳格な運用がされて」いた。「昭和三一年に厚生省が各療養所長に示した唯一の退所基準である『らい患者の退所決定暫定準則』も、その内容は極めて厳格で、しかも入所者にはその当時は周知されておらず、昭和五〇年代以降も、退所の自由について公式に表明されたこともなかった」。

(3) 「また、新法一五条は、入所患者の外出を厳しく制限し、これに違反すると同法二八条で罰則を課することになっていたが」「昭和三〇年代までは外出制限について厳

格な取り扱いもされていた。昭和五〇年代以降は、相当緩やかな運用がされるようになったが、厚生省や療養所が外出制限を事実上撤廃するなどということを公式に表明することもなかった」。

(4)「さらに、優生保護法のらい条項の下で、昭和三〇年代まで優生手術を受けることを夫婦舎への入居の条件としていた療養所があり、入所者が療養所内で結婚するためには優生手術に同意せざるを得ない状況もあった」。

(5)「昭和五〇年前後からは、療養所内の処遇改善が行われ、外出制限も緩やかに運用されるようになり、退出についても、入所者が積極的に希望する限り、あえてこれを制限しない運用になったものの、大部分の入所者は、療養所での生活が長期間となり高齢となっていたこと、また、新法における隔離政策の廃止が明確になされないまま療養所が運営されていたことなどにより、療養所外の社会におけるハンセン病に対する偏見・差別が依然として残り、退所して社会復帰をすることを希望する入所者も漸次減少してくるなかで、厚生省は、平成八年四月まで、ハンセン病患者の人権を著しく侵害する内容を有し、ハンセン病に対する差別・偏見を助長・維持するという弊害をもたらし続けたところの新法の下での隔離政策を廃止しなかった」。

二「以上のとおり、厚生省は、新法の下で、ハンセン病患者の隔離政策を遂行してきたものであるが、いうまでもなく、患者の隔離は、患者に対し、継続的で極めて重大な人権の制限を強いるものであるから」「その実施をするに当たっては、最大限の慎重さをもって臨むべきであり、少なくとも、ハンセン病予防という公衆衛生上の見地からの必要性（以下『隔離の必要性』という。）を認めうる限度で許されるべきものである。新法六条一項が、伝染させるおそれがある患者について、ハンセン病予防上必要があると認められる場合に限って、入所勧奨を行うことができるとしているのも、その趣旨を含むものと解される」。「また、右の隔離の必要性の判断は、医学的知見やハンセン病の蔓延状況の変化等によって異なり得るものであるから、その時々の最新の医学的知見に基づき、その時点までの蔓延状況、個々の患者の伝染のおそれの強弱等を考慮しつつ、隔離のもたらす人権の制限の重大性に配慮して、十分に慎重になされるべきであ」る。

第二　隔離の必要性の有無について

「遅くとも昭和三五年以降においては、もはやハンセン病は、隔離政策を用いなければならないほどの特別の疾患

ではなくなっており、病型のいかんを問わず、すべての入所者及びハンセン病患者について、隔離の必要性が失われたものといわざるを得ない」。

第三　違法性及び過失の検討

一　(1)「遅くとも昭和三五年以降においては、すべての入所者及びハンセン病患者について隔離の必要性が失われたというべきであるから、厚生省としては、その時点において、新法の改廃に向けた諸手続を進めることを含む隔離政策の抜本的な変換をする必要があった」。そして「厚生省としては、少なくとも、すべての入所者に対し、自由に退所できることを明らかにする相当な措置を採るべきであった」。「入院治療を必要とする患者は、事実上、療養所に入所せざるを得ず、また、療養所にとどまらざるを得ない状況に置かれていたのであるが」、「これは、抗ハンセン病薬が保険診療で正規に使用できる医薬品に含まれていなかったなどの制度的欠陥によるところが大きかったのであるから、厚生省としては、このような療養所外でのハンセン病医療を妨げる制度的欠陥を取り除くための相当な措置を採るべきであった」。さらに「先行的な事実関係の下で、社会に存在する差別・偏見がハンセン病患者及び元患者に多大な苦痛を与え続け、入所者の社会復帰を妨げる大きな要因にもなっていること、また、その差別・偏見は、伝染のおそれがある患者を隔離するという政策を標榜し続ける以上、根本的には解消されないものであることにかんがみれば、厚生省としては、入所者を自由に退所させても公衆衛生上問題とならないことを社会一般に認識可能な形で明らかにするなど、社会内の差別・偏見を除去するための相当な措置を採るべきであったというべきである」。

(2)「伝染病の伝ぱ及び発生の防止等を所管事務とする厚生省を統括管理する地位にある厚生大臣は、厚生省が右のような隔離政策の抜本的な交換やそのために必要となる相当な措置を採ることなく、入所者の入所状態を漫然と放置し、新法六条、一五条の下で隔離を継続させたこと、また、ハンセン病が恐ろしい伝染病でありハンセン病患者は隔離されるべき危険な存在であるとの社会認識を放置したことにつき、法的責任を負うものというべきであり、厚生大臣の公権力の行使たる職務行為に国家賠償法上の違法性があると認めるのが相当である」。

(3)「そして、厚生大臣は、昭和三五年当時」「隔離の必要性を判断するのに必要な医学的知見・情報を十分に得ていたか、あるいは得ることが容易であったと認められ、ま

た、ハンセン病患者又は元患者に対する差別・偏見の状況についても、容易に把握可能であったというべきであるから、厚生大臣に過失があることを優に認めることができる」。

二　(1)「すべての入所者及びハンセン病患者について隔離の必要性が失われた事態を抜本的に解決しようとすれば、国会における新法の廃止が最も端的な方法ではあるが、新法の廃止は、国会のみの責任でのみ行われ得るものではなく、今回の平成八年の新法廃止の経過からみれば、厚生省の新法廃止に向けての作業が重要な役割を果たしていることは明らかであ」り、「ハンセン病医療を所管し、国内外におけるハンセン病の専門的な医学的知見やより詳細な治療の状況に関する情報を入手することが可能である厚生省の新法廃止へ向けての積極的な作業が必要とされる」。「厚生省が右のような新法廃止に向けての積極的な作業を一切することなくこれを放置しておきながら、厚生省は違憲の法律であってもそれに従って行政を行なう以上国家賠償法上の違法性はなく、少なくとも故意・過失はないというような主張は採用できない」。

(2)「また、新法は、必ず隔離政策を維持・継続しなければならないと定めているわけではなく、むしろ、隔離の必要性の判断を、医学的知見の進展やハンセン病の蔓延状況によってその都度変更すべき場合があることを予定しているものと解される」。

III　検討

一　検討の視角——強制隔離の「措置」ではなく「政策」の違法

本判決は、原告一二七名につき、厚生省が「隔離政策」の「抜本的な変換を怠った」ことに違法・過失を認定し、損害につき包括一律請求を、また除斥期間の起算点として政策の終了時を認めた。もし、仮に患者A単独の損害賠償請求事件であれば、さしあたり次のような形をとっていたであろう。すなわち、新法第六条第三項の強制入所措置の適用は、感染を防止するため必要最小限度に留められるべきであるのに、当時、感染の恐れが極めて低く、薬剤による治癒が可能な状況にあり、Aについても特段、隔離の必要がないにもかかわらず、強制入所の措置をとった厚生大臣の判断に違法・過失が認められる、というものである。しかし、本件判決は、個別の入所措置といった具体的行為ではなく、その背後にある「政策」の抜本的変換を「怠っ

た」ことの違法性を認定している。この点が本判決の特徴をなしていると思われる。

二　「政策」の国賠法上の取扱い

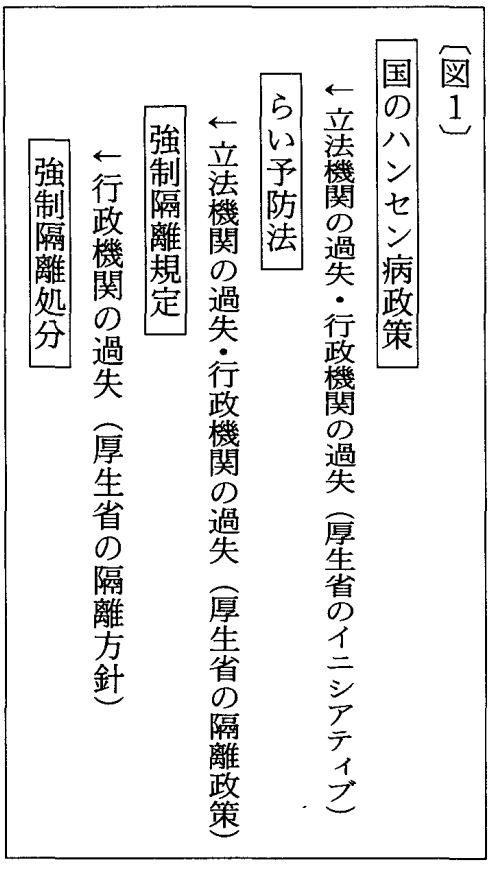
1　「政策」の司法判断

「政策」の国賠法上の取扱いについては、郵便貯金目減り訴訟（最高裁昭和五七年七月一五日判決判例時報一〇五三号九三頁）において、次のように論じられている。すなわち、「各目標を調和的に実現するために政府においてその時々における内外の情勢のもとで具体的にいかなる措置をとるべきかは、事の性質上専ら政府の裁量的な政策判断に委ねられている事柄」で、「仮に政府においてその判断を誤」っても「政府の政治的責任が問われることがあるのは格別、法律上の義務違反ないし違法行為として国家賠償法上の損害賠償責任の問題を生ずるものとすることはできない」というのである。これにつき、村上義弘も、国賠法一条の「公権力の行使」は、基本的には、個々の公務員の、個々的な、法令によって与えられた権限の行使であり、経済政策とか財政金融政策という概念は、経済学的、政治学的、あるいは前世紀的国家学的概念によって、はじめて、統一的な作用ないし行為と把握しうるのであって、それが当然に、法的概念である「公権力」に該当するとする考え方には甚だしい論理の飛躍がある、と厳しく断じている（ジュリスト臨時増刊『昭和五七年度重要判例解説』四七頁）。

2　本件の「政策」

本件がいう「政策」は、この最高裁がいう「各目標を調和的に実現するために政府においてその時々における内外の情勢のもとで具体的にいかなる措置をとるべきかは、事の性質上専ら政府の裁量的な政策判断に委ねられている事柄」の範疇にはおそらくストレートには当てはまらないであろう。一般に、「政策」とはある程度の体系性をもった政府の目標を意味するが、本判決がいう「政策」は、確かに、もう一段下位の厚生省の隔離政策を主として念頭においているようにも見える。しかしながら、立法の不作為についても厚生省のイニシアティブの欠缺を認め、それが政策の抜本的変革の懈怠の内容を構成していることから、「政策」は単に行政府内のレベルにとどまらず、「国のハンセン病政策」全体として捉えているとみることができる〔図1〕。

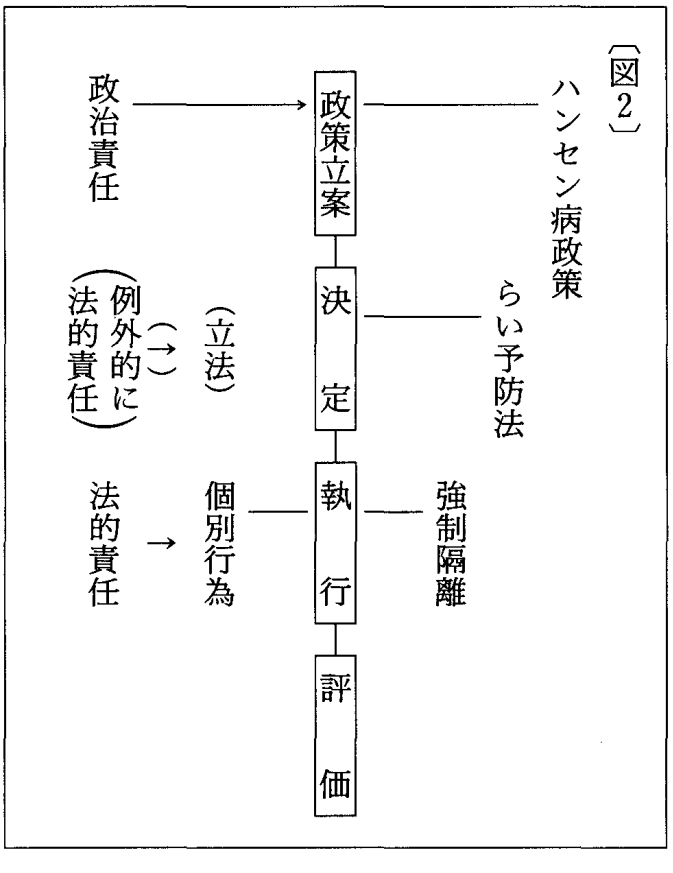
〔図1〕



3　政策過程と法的責任

しかし、そうだとしても本判決は、本件は「容易に想定し難いような極めて特殊で例外的な場合」にあたり、「これまで例を見ないような極めて特殊な大規模損害賠償請求訴訟」であるとしたうえで、「その被害は極めて長期にわたり、その内容も」「社会生活全般に及ぶ実に多種多様なものであって、その一つ一つにつき、立証を求めていたのでは、訴訟が大きく遅延する」とし、「被害は新法廃止まで継続的・累積的に発生しており、違法行為終了時でなければ損害額の適正な算定ができない」と述べる。このことからすると、この本件における「特殊例外的事例の救済の必要」が損害の立証・確定方法まで影響を与えたようにも見え、また、「政策」に法的判断が加えられたのも「特殊例外的事例の救済の必要」からのように見える〔図2〕。

〔図2〕



周知のように、本件は政治決着の色合いが濃いといわれる。控訴断念の政府声明（二〇〇一年五月二五日）は、従来の判例理論からすると本判決は受け入れがたいとし、高度の政治判断であたかも恩恵的に訴訟の終止符を打ってくれたとの印象を与える。しかし、果たしてそうであろうか。個々の具体的行為ではなく「政策」を取り扱う必然性を根

拠付け、本件判決を従来の判例理論と整合的に理解することはできないであろうか。それを検討するため、次に、本判決のもう一つの特徴である、政策の抜本的変革を「怠った」の視点から考察を加えてみる。

三　「政策の抜本的変換を怠った」の法的意味

1　行政の活動における不作為類型

国家賠償法上、行政活動の不作為の違法が問題になるケースは、以下のように分類できる〔図3〕。

〔図3〕

A　狭義の不作為賠償責任（危険管理責任）

①二面関係

例）許認可の留保・遅延など

②三面関係（最狭義の不作為賠償責任）

例）自然現象や第三者の作為による危険

がけ崩れ、野犬、工場排水、食品・薬品…

B　広義の不作為賠償責任（危険責任）

＝違法な積極的行為を撤廃する行為をしないこと

＝自ら作り出した危険の放置

例）違法な公訴を取り下げない

このうち、A―①は抗告訴訟の不作為の違法確認で争いうる類型でもある。また、A―②は、「規制権限の不行使」あるいは「裁量権収縮論」のテーマで論じられることが多いものである。例えば、千葉県野犬取締条例事件で、取締権限の行使につき東京高裁昭和五二年一一月一七日判決（判時八七五号一七頁）は、その権限を行使しなければならなくなる要件として、次のものを挙げている。すなわち、イ）生命・身体・健康等に危険が切迫、ロ）行政が危険を容易に知りうる、ハ）規制権限を行使しなければ結果を回避しえず、ニ）権限行使の期待の相当性、ホ）国民の側での危険回避の不可能性・困難性、である。これに対し、Bの類型の不作為の違法成立要件は必ずしも明確でない。ただし、もとはといえば「自ら作り出した危険」であるから、そこにはそれを除去する強度の要請が働くものと考えられ、そうであるとすれば、少なくとも、A―②の要件以上には厳しくはないであろう。本件の事実は、A―②の各要件を充足していると考えられ、それゆえ、Bの類型の不作為の違法も成立するといえる。本件の不作為類型はBであろう。

しかし、Bの類型でも、なお個々の行為（強制入所行為）の違法を確認することで対処することが原則であろう。しかしながら、本件の場合、そのような個々の行為の積み

重ねで社会の差別・偏見を助長してしまったという特質があることに思い至る。この差別・偏見こそが、過去の個々の行為の精算（賠償＋社会復帰）を阻害してしまっているのである。そうであれば、この差別・偏見まで除去するには、もはや「政策」の抜本的変換しか取りうる選択肢はないといえよう。したがって、もともとは新法六条三項の解釈の誤りという個々の行為の違法でも、その精算には「隔離政策そのもの」の抜本的変換まで不可避的に必要であったのである。つまり、作り出した危険（権利侵害＋社会の偏見）が自己起因によるため、危険除去のための作為義務の内容が社会の偏見の除去にまで及び、その除去のためには、単なる個々の強制入所行為の違法ではなく、「政策の抜本的変換を怠った」ことの違法でなければならなかったのである〔図4〕。

〔図4〕

政策 ― 立法 ― 執行

ミス（権利侵害＋社会の偏見）
その後始末

（不十分）（不十分）←（まずは）

政策 ↑ 立法 ↑ 当該執行行為

「転換」「廃止」「違法」

2 立法の不作為

そして、本件は、さらに立法の不作為にまで言及している。立法の不作為の違法については、在宅投票制度廃止事件判決（最高裁昭和六〇年一一月二一日判決民集三九巻七号一五一二頁）が次のように判示している。すなわち、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責任を負うものではなく、その立法行為は、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あえて当該立法を行うというごとき、容易に想定しがたいような例外的な場合でない限り、国家賠償法一条一項の適用上、違法の評価を受けるものではない、というのである。

この基準に照らし、らい予防法が「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反」しているかは、必ずしも明確ではない。むしろ、本判決は、別の箇所で、「新法は、必ず隔離政策を維持・継続しなければならないと定めているわけではなく、むしろ、隔離の必要性の判断を、医学的知見の進展やハンセン病の蔓延状況によってその都度変更すべき場合があることを予定しているものと解される」としていることからすると、法そのものを「憲法の一義的な文言に違反」しているとは判断していないようにも見える。しかも、厚生大臣の行為の違法・過失が認められれば、らい予防法を廃止しない立法機関の行為を違法としなくても賠償責任自体は成立することから、なぜ本判決は立法の不作為を、「容易に想定し難いような極めて特殊で例外的な場合」にあたることを理由に違法としたのであろうか。

確かに、大石眞のいうように（判例時報一七四八号三頁以下、五頁）、本件の場合、立法機関の取るべき作為義務の内容は図のb—②にあたり明確である〔図5〕。

〔図5〕
立法の不作為（大石）
a　既存の法規がない…内容特定の必要
b　既存の法律がある
①改正によって解消…なお内容特定の必要
②廃止で解消……廃止という特定選択肢

しかし、本判決が立法の不作為まで違法としたのは、それだけが理由ではなく、判決の基礎に一貫して「政策の抜本的変換まで必要」という判断があるからだと考えられる。つまり、前述のように、作り出した危険（権利侵害＋社会の偏見）が自己起因によるため、危険除去のための作為義務の内容が社会の偏見の除去にまで及び、その除去のためには「政策の抜本的変換」でなければならなかったからである。「らい予防法の廃止」はその中味の一つに過ぎない。

四　本判決の判例整合性

確かに本判決は、「政策」の違法を正面から認め、それを「容易に想定し難いような極めて特殊で例外的な場合」という言葉で支えているため、一見すると従来の国賠法の枠組みからはずれているように見える。しかし、ベースに

はあくまで「個別行為による損害の賠償」という考えがおかれている。しかし、自己起因による損害の後始末が問われた本件では、過去の個別行為の違法を問題にするだけではそれに基づく損害を回復できないという特殊事情があり、それゆえ、その損害の回復を可能にするためには個別行為の源泉となった「政策」にまで及ぶことが必要不可欠となったのである。そして、当然「政策」には各人様々なかかわり方があるゆえ「共通損害」とする必要が生じ、また、除斥も「政策終了時」から起算する必要が生じたのである。このようにみると、本判決も、まずは従来の判例理論の原則を踏まえたうえで、特殊事情による例外取扱いの必要性を細かく説いていると解することができよう。「容易に想定し難いような極めて特殊で例外的な場合」は、この特殊事情を単に言い換えているにすぎないのである。

（本稿は、二〇〇一年九月二九日に九州大学で開催された第七三回九州公法判例研究会で報告したものである。）