

平成20年（行コ）第347号 損害賠償等請求事件

控訴人 脇本 征男 外

被控訴人 国

## 控訴人準備書面(1)

平成21年2月18日

東京高等裁判所第20民事部 御 中

控訴訴訟代理人弁護士 工 藤 勇 治

同 川 上 詩 朗

同 岩 崎 泰 一

### 第1 「歯科技工士の法的地位」に対する憲法的構成

#### 1 はじめに

(1) 本件では、控訴人らに行政事件訴訟法上「法律上の争訟」「確認の利益」が、また、国会賠償法の「違法性」が認められるのかが争点となっている。それに関して、原判決は、歯科技工士の法的地位については、「事実上の利益」にとどまり、歯科技工士法において「歯科技工士の個別的利益」として「法律上の利益」にあたるものではないと判示する。また、被控訴人国も「法律上の利益」を保障したものではないと主張する（答弁書5頁）。それを前提に、「法

律上の争訟」「確認の利益」「違法性」を否定する。

- (2) これに対する基本的な批判は控訴理由書で述べているが、本書面では特に「法律上の利益」に関して、歯科技工士法、歯科医師法等の歯科医療に関連する法規に加えて、日本国憲法14条1項（平等原則あるいは平等権）の規範も踏まえて再構成することにより、控訴人らにおいて保全されるべき「歯科技工士の法的地位」が「法律上の利益」といえることを論じる。

なお、近時、行政事件訴訟法上の「法律上の利益」や国家賠償法の「違法性」に関連して憲法上の基本的人権に即して再構成し、これにより「法律上の利益」や「違法性」を根拠付けようとする見解がみられる（これらの見解を紹介するものとして、磯部力・小早川光郎・芝池義一編「行政法の新構想Ⅲ 行政救済法」2008年・有斐閣がある）。本書面の主張は、これらの見解を参考に論じるものである。

## 2 「歯科技工士の法的地位」の憲法的構成

### (1) 歯科技工士法及び歯科医師法

ア 「歯科技工士の法的地位」に関しては、すでに控訴理由書第4項2（控訴理由書15頁以下）で詳しく述べている。それを要約すると、歯科技工士法1条は、この法律は「歯科技工士の資格」を定めるとともに、「歯科技工の業務が適正に運用されるように規律」し、もって「歯科医療の普及及び向上」に寄与することを目的とすると定めている。「歯科技工士の資格」としては「歯科技工士の免許」制度を設け（同法第2章）、「歯科技工の業務が適正に運用される」ための規律として、無資格者による歯科技工の禁止（同法17条1項）等の規定を設けている。これにより、同法は、「歯科医療の普及及び向上」、すなわち、国民の健康権（日本国憲法25条1項）を保障しようとしたのである。また、歯科医師法1条は、歯科医師は、歯科医療及び保健指導を掌ることによって、「公衆衛生の向上及び増進に寄与」し、も

つて「国民の健康な生活」を確保するものとする」と規定する。これもまた歯科技工士法1条と同様、究極的には「国民の健康な生活」（日本国憲法25条1項）の実現を目的とするものである。歯科医師及び歯科技工士は、ともに歯科医療従事者として、国民に対して安全・安心な歯科治療を実現することで、「国民の健康な生活」（日本国憲法25条1項）の実現を期待されているのである。

イ このように、歯科技工士法は、歯科技工士免許制度を設けることにより、歯科技工士資格を有する者（資格者）と同資格を有しない者（無資格者）を区別し、かつ、無資格者による歯科技工を禁じることにより、資格者である歯科技工士が「歯科技工業務を独占的に行うことができる利益」を有することを認めている。

この「歯科技工業務を独占的に行うことができる利益」について、原判決及び被控訴人国は、単なる「事実上の利益」であり「法律上の利益」ではないと述べる。これに対して、控訴人は、歯科技工の海外委託の実態等に照らすならば、歯科技工士法及び歯科医師法の上記目的を現実を実現するためには、単に制度として歯科技工士の業務独占を保護するだけでなく、個々の歯科技工士に対して「歯科技工業務を独占的に行うことができる利益」が保障することが不可欠であるとし、この利益は個々の歯科技工士に認められた具体的な「法律上の利益」であると反論する（控訴理由書第4項2、16頁以下）。

上記反論に加え、次に述べるとおり、控訴人ら「歯科技工士の法的地位」について歯科技工士法、歯科医師法だけではなく、日本国憲法14条1項の規範に抛り再構成することで、それが「法律上の利益」であることがより明瞭になる。

## (2) 日本国憲法14条1項

日本国憲法は、国家と国民の法律関係を直接規律する実定法であるから、本

件における控訴人と被控訴人との法律関係も日本国憲法の規律に服する。

日本国憲法 14 条 1 項は、国家の国民に対する不合理な差別的取り扱いを禁止している。前記のとおり、控訴人ら歯科技工士には「歯科技工業務を独占的に行うことができる利益」が認められている。その性質について「事実上の利益」か「法律上の利益」かが争点となっているが、仮にその点は置くとしても、日本国憲法 14 条 1 項の規範に照らせば、「歯科技工業務を独占的に行うことができる利益」の取り扱いについて不合理な差別的取り扱いが法的に禁じられることになる。

すなわち、控訴人らには、「『歯科技工業務を独占的に行うことができる利益』について被控訴人国から不合理な差別的取り扱いをうけることがされない法的地位乃至権利」が認められるのであり、それが「歯科技工士の法的地位」の内実である。

### (3) 「歯科技工士の法的地位」の内実

前記のとおり、「歯科技工業務を独占的に行うことができる利益」については、これまで「事実上の利益」か「法律上の利益」かが争点とされてきた。しかし、仮にそれ自体が「事実上の利益」であるとしても、「『歯科技工業務を独占的に行うことができる利益』について被控訴人国から不合理な差別的取り扱いをされない法的地位乃至権利」，すなわち「歯科技工士の法的地位」は日本国憲法 14 条 1 項から導き出されるのであり、かつ、日本国憲法 14 条 1 項は控訴人個人と被控訴人国との関係を直接規律する法規範であるから、「歯科技工士の法的地位」は控訴人ら個人に「法律上保護された利益」，すなわち「法律上の利益」といえるのである。

## 3 「法律上の争訟」及び「確認の利益」について

- (1) 「歯科技工士の法的地位」について、前記憲法的構成を前提に「法律上の争訟」及び「確認の利益」について検討する。

## ア 「法律上の利益」

前記のとおり，控訴人らには歯科技工士法及び日本国憲法 14 条 1 項に拠り，「『歯科技工業務を独占的に行うことができる利益』について被控訴人国から不合理な差別的取り扱いをうけることがされない法的地位乃至権利」が認められる。それが「歯科技工士の法的地位」の内実である。そして，それについては「法律上の利益」といえる。

## イ 「法律上の争訟」

ところで，歯科技工の海外委託に関していえば，国は，日本国内における無資格者による歯科技工は禁止しているが，海外における無資格者による歯科技工については禁止していない。そのため，一方で歯科技工業務を独占的に行うことができる利益が保持され（無資格者による歯科技工業務が禁じられている），他方で同利益が保持されていない（無資格者による歯科技工業務が禁じられていない）という異なる取り扱いがされている。

原判決及び被控訴人国は，この異なる取り扱いを合理化する根拠として，「当該行政庁の合理的裁量」を持ち出す（答弁書 5 頁）。しかし，行政庁の裁量が一般的には認められるとしても，無資格者による歯科技工を禁じた歯科技工士法 17 条 1 項の趣旨に照らせば，無資格者による歯科技工が行われている蓋然性が高い歯科技工の海外委託を禁止するのが道理である。このことは，控訴理由書第 4 項 3（17 頁以下）ですでに論じたとおりである。当該行政庁に「合理的裁量」権があるというだけでは，無資格者による歯科技工について，日本国内と海外とで異なる取り扱いをすることの合理的根拠にはなりえない。

被控訴人国は，「当該行政庁の合理的裁量」論以外に，上記の異なる取り扱いを合理化する根拠をしめしていない。

よって，国が平成 17 年通達で歯科技工の海外委託を許容すること（作為）や，違法な状態にあるのに調査や指導等も行わずに放置する（不作為）

ことにより、控訴人らは不合理な差別的取り扱いを受けているのであり、前記「歯科技工士の法的地位」を侵害し乃至はそれを脅かすおそれがある。そして、被控訴人国の上記作為及び不作為がいずれも違法であり、かつ、控訴人らには歯科技工の海外委託を禁じられることにより歯科技工士としての地位が保全されるべき権利があることが確認されるならば、現実的に控訴人らの「歯科技工士の法的地位」への脅威が解消され、同地位が保全されることになる。

したがって、本件は、「具体的な権利義務乃至法律関係の存否に関する紛争」であり、かつ、「法令の適用により終局的に解決することができるもの」といえるのであるから、「法律上の争訟」が認められる。

#### ウ 「確認の利益」

「法律上の争訟」でも述べたとおり、「歯科技工士の法的地位」の内実は、「『歯科技工業務を独占的に行うことができる利益』について被控訴人国から不合理な差別的取り扱いをうけることがされない法的地位乃至権利」であり、それは「法律上の利益」である。

歯科技工の海外委託により、この「歯科技工士の法的地位」に対する侵害乃至はその脅威が生じているのであるから、本件は「判決をもって法律関係の存否を確定することが、その法律関係に関する法律上の紛争を解決し、当事者の法律上の地位ないし利益が害される危険を除去するために必要かつ適切である場合」に該当する。

したがって、控訴人には確認の利益が認められる（控訴理由書第4項5、19頁以下）。

## 4 国家賠償法上の「違法性」について

- (1) 国家賠償法条の「違法性」について、原判決はいわゆる「義務違反的構成」を前提に、控訴人らが主張する利益は単なる「事実上の利益」（それはいわゆ

る「反射的利益」という趣旨であると思われる)に過ぎないとして、違法性を否定している(控訴理由書第5項, 20頁以下)。

しかし、このように厳格な義務違反的構成については学説上批判がされているし(塩野宏「行政法Ⅱ行政救済法(第4版)」281頁, 宇賀克也「国家補償法」78頁以下, 西埜章「国家賠償法」57頁など), 判例上も筑豊の塵肺被害者が国に対して損害賠償を求めた訴訟(いわゆる筑豊塵肺訴訟。最判平成16年4月27日民集58巻4号1032頁), 水俣病被害者が国に対して損害賠償を求めて訴訟(いわゆる水俣病関西訴訟。最判平成16年10月15日民集58巻7号1802頁), 在外の原爆被爆者が国に対して損害賠償を求めた訴訟(いわゆる在外外国人被爆者訴訟。最判平成19年11月1日民集61巻8号2733頁)など, 当該根拠法規による保護が控訴人ら個別関係者の利益を公益とは区別して直接に保護するという要件(個別的保護要件)を要求されていないものもある。

また, 内閣総理大臣の靖国神社参拝が違憲であるとして国に対して損害賠償を求めた訴訟(いわゆる内閣総理大臣靖国神社参拝違憲訴訟。大阪高裁平成17年9月30日訴月52巻9号2979頁)のように, 被侵害利益の評価とは別に, 侵害行為の違法性の判断が行われている例もある。

控訴理由書第5項(20頁以下)で述べたとおり, 国家賠償法上は法治主義担保機能が重視されるべきとの基本的な考え方からすれば, 国会賠償法の「違法性」判断に, 上記個別的保護要件を必要とする原判決及び被控訴人国に主張は妥当でない。

- (2) また, 前記のとおり, 控訴人らには歯科技工士法及び日本国憲法14条1項に拠り, 「『歯科技工業務を独占的に行うことができる利益』について被控訴人国から不合理な差別的取り扱いをうけることがされない法的地位乃至権利」が控訴人個人に認められる。それが「歯科技工士の法的地位」の内実であり, 「法律上の利益」といえる。

したがって、仮に本件においても上記個別的保護要件が必要とされるとしても、控訴理由書第5項(2)(3)（控訴理由書21頁以下）で述べたことに加え、上記「歯科技工士の法的地位」に対する侵害乃至はそのおそれが現に生じているのであるから、国賠法上「違法性」は認められる。

## 5 小括

以上から、「歯科技工士の法的地位」を日本国憲法14条1項に基づき再構成することにより、本件において控訴人らに「法律上の利益」が認められ、行政事件訴訟法上の「法律上の争訟」「確認の利益」、国家賠償法上の「違法性」がそれぞれ認められる。

## 第2 答弁書に対するその他の反論

### 1 平成17年通達について

(1) 被控訴人国は、答弁書において、平成17年通達について、「その内容からみて、本件通達が、歯科技工の海外委託を誘発し、促進するものでないことは明らかである」と述べている（答弁書6頁）。

しかし、その内容を読むと、確かに、本件通達には歯科技工の海外委託を誘発・促進する内容が明記されていない。しかし、本件通達は、歯科技工の海外委託については容認することを前提としたうえで発せられたものであることは、本件通達の内容を読めば明らかである。そして、その結果、後述するとおり、歯科技工の海外委託が誘発・促進されているのも事実である。

(2) 被控訴人国は、本件通達の発出後、歯科技工の海外委託が増加したという点について、発出の経緯や発出の時期に照らせば、本件通達が歯科技工の海外委託を誘発・促進したとする控訴人らの主張には根拠がないと反論する（答弁書6頁）。

しかし、海外委託の仲介業者のチラシなどに、本件通達をもっていわばお

墨付きを得た旨のことが明記されている（甲 8，甲 23 の 1 など）。したがって，本件通達は，歯科技工の海外委託を誘発・促進している役割を果たしていることは明白である。

## 2 「保団連海外技工物緊急調査結果報告書」（甲 39）について

被控訴人国は，「保団連海外技工物緊急調査結果報告書」（甲 39）について，統計的資料としての信用性について問題があると述べている（答弁書 6 頁乃至 7 頁）。

しかし，この調査を行った保団連は，患者、国民の健康を守り，医療現場の声を反映して医療改善運動に取り組んでいる医科・歯科一体の団体であり，会員は全国に約 10 万人を擁し，様々な社会的活動を行っており，社会的信用性が高い団体である。このような団体が行った調査であることに加え，その調査結果をみると，歯科技工の海外委託の実態の一端を明らかにしていることは確かであり，その調査結果は十分に信用できるものである。

## 3 歯科医師が行う歯科技工に歯科技工士法の規制が及ばないとの主張について

被控訴人国は，歯科医師が歯科技工を海外に委託する行為は，歯科技工士法 2 条 1 項但し書の除外規定により歯科技工士法の規制が及ばないと主張する（答弁書 8 頁乃至 9 頁）。

しかし，この主張が誤っていることは，原審原告準備書面(1)3 頁以下，同準備書面(3)，同準備書面(4)で繰り返し述べてきたとおりである。仮に被控訴人国の解釈を前提にすれば，日本国内で歯科医師が無資格者に歯科技工を行わせた場合にも，当該歯科技工は歯科医師の行為とみなされることになる。しかし，それではわざわざ歯科技工士法が，歯科技工行為を抽出し，無資格者による歯科技工を禁じる等の措置をとったことが全く意味をなさなくなる。

被控訴人国の上記主張は、歯科技工士法2条1項ただし書きの解釈を誤ったものであると言わざるを得ない。

#### 4 広告制限違反について

被控訴人国は、控訴人らが歯科技工の海外委託に係る仲介斡旋業者の広告が歯科技工士法26条に違反すると主張している点について、対象となる広告が具体的に特定されていないし、歯科技工の海外委託に係る広告の違法が直ちに歯科技工の海外委託の違法となることについて、何ら合理的説明がないと反論する（答弁書9頁）。

しかし、控訴理由書第2項3（控訴理由書9頁以下）において、仲介業者のチラシ等に記載されている内容を具体的に紹介している。また、同理由書第3項2（同理由書14頁以下）では、それが歯科技工士法26条に違反する根拠について述べている。さらに、同理由書第4項3（同理由書17頁以下）、同理由書第5項2(2)（同理由書23頁）で、このような違法な状態は容易に知り得るにもかかわらず、被控訴人国が何らの措置もとらずに放置しているがゆえに違法であることを述べている。

したがって、被控訴人国の上記批判は、いずれも失当である。

#### 5 歯科技工の海外委託の安全性確保について

被控訴人国は、控訴人が海外で作成された歯科技工物の安全性を担保するものが何もないことを問題としていることにつき、歯科医師の裁量の下に確保されると反論している（答弁書10頁）。

しかし、個々の歯科医師においては、海外で作成された技工物については、日本国内で作成された技工物と異なり、その歯科材料、技工所、技工者等に関する情報は与えられておらず、また、仮に与えられたとしてもそれを確認すべきすべがないのが現状である。そのような状況のもとで、海外で作成された歯

科技工物の安全性について、国が関与することなくすべて歯科医師の裁量に委ねていることに対して、多くの歯科医師が安全性を担保することが不可能であると答えている。現在保団連では、歯科技工の海外委託の実態について患者を含めた第二次調査を実施しており、その調査結果からも上記実態が伺えるし、歯科医師成田博之氏の陳述からも伺える（なお、第二次調査の結果については、年度内にとりまとめることが予定されており、それを踏まえた反論を予定している）。

歯科医師の裁量のみで国民の歯科治療の安全が保たれるという被控訴人国の上記主張は、歯科技工の海外委託の実態を全く無視した机上の空論である。

### 第3 まとめ

以上述べたとおり、原判決及び被控訴人国の主張は、いずれも歯科技工の海外委託の実態を踏まえない主張であり失当である。控訴人としては、原判決は不当であるから破棄され、控訴人らの請求が認められるべきと考える。

以上