

法と経済学研究

Law and Economics Review

Apr 2026

18 卷 1 号

法と経済学会

Japan Law and Economics Association

目 次

◆法と経済学会 2025 年度全国大会◆

□特別講演 1

『草野耕一・元最高裁判所判事退官記念特別講演』

講演：「司法立国のすすめ」

講演者：草野 耕一（草野耕一法律事務所所長、元最高裁判所判事）

討論者：小川 亮（國學院大学法学部准教授）

司会者：田中 亘（東京大学社会科学研究所教授）

◆法と経済学会 2025 年度全国大会◆

□特別企画 35

『研究者出身最高裁判事の意義—宇賀克也前最高裁判事意見がもたらしたもの』

(1) 講演

「最高裁判事の経験を振り返って想うこと——審理事件を踏まえて」

宇賀 克也（東京大学名誉教授、前最高裁判所判事）

(2) パネルディスカッション

「研究者出身最高裁判事の意義—宇賀克也前最高裁判事意見を踏まえて」

(パネリスト)

宇賀 克也（東京大学名誉教授、前最高裁判所判事）

太田 勝造（明治大学）

清水 剛（東京大学）

福井 秀夫（都市開発研究所）

◆法と経済学会 2025 年度全国大会◆

□特別講演

『草野耕一・元最高裁判所判事退官記念特別講演』

講演：「司法立国のすすめ」

2025 年 11 月 7 日（土） 於 南山大学

講演者：草野 耕一（草野耕一法律事務所所長、元最高裁判所判事）

討論者：小川 亮（國學院大学法学部准教授）

司会者：田中 亘（東京大学社会科学研究所教授）

田中 時間になりましたので、草野耕一・元最高裁判所判事退官記念特別講演を開催いたします。私は司会を務めさせていただきます、東京大学社会科学研究所の田中亘と申します。よろしくお願いたします。

はじめに、講演者の草野耕一先生をご紹介します。草野先生は、1978 年 3 月に東京大学法学部をご卒業になり、1980 年に弁護士登録され、2004 年から 2019 年 2 月まで、西村あさひ法律事務所の代表パートナー弁護士を務められました。この間、東京大学大学院法学政治学研究科客員教授、慶応義塾大学大学院法務研究科教授、ハーバード大学ロースクール客員教授として教鞭も取られました。2018 年 9 月には、東京大学から博士（法学）の学位を授与されました。2019 年 2 月に最高裁判所判事に任命され、2025 年 3 月に退官されるまで、本日の講演でお話しされるような多くの重要な事件を担当され、注目すべき個別意見を執筆されました。退官後、2025 年 3 月に弁護士再登録され、同年 7 月、東京都港区に草野耕一法律事務所を開設されました。主なご著書として、博士論文を書籍化した『株主の利益に反する経営の適法性と持続可能性－会社が築く豊かで住みよい社会』（有斐閣、2018 年）のほか、『金融課税法講義』、『会社法の正義』、『数理法務のすすめ』などがござ

います。本日は、「司法立国のすすめ」というタイトルでご講演いただきます。それではよろしくお願いたします。

草野 田中先生ありがとうございました。ただいま、ご紹介いただきました草野耕一です。本日は「司法立国のすすめ」という演題でお話をさせていただきます。

私の講演の後、今年の春まで一緒に同僚判事として仕事をしていた宇賀先生の講演もあると聞いていささか緊張しています。と申しますのは、宇賀先生のホームタウンは公法学会と理解しておりますが、私にとってのホームタウンはこの法と経済学会、つまりここがドジャースにおけるロサンゼルスみたいなものです。ですから、間違っても、ここで変なピッチングをしてはいけない、山本由伸投手ほどではないにしても、なんとか無難に先発投手としての役目を果たしたいと願っておりますので、ご静聴のほどよろしくお願いいたします。

1. 6 年間の最高裁判事生活を振り返っての概括的感想

さて、私は、ご紹介いただきましたように、2019 年に安倍晋三内閣の任命と現在の上皇陛下の認証を賜り、今年の 3 月まで 6 年と 2 ヶ月

間、最高裁判事として働いてまいりました。

最高裁判事になるまでは、弁護士と大学教授という二足のわらじを履いて、ある意味では60代の青春を謳歌するような自由な日々を過ごしていたわけですが、最高裁判事となった以上はそういう気ままな暮らしはしてはいけなと考え、身の引き締まる思いを抱いて職務に専心する日々を送るようになりました。具体的に申しますと、毎日、夜9時には必ず就寝し、朝は5時に起きて最低2時間は勉強、特に、語学と数学と経済学の勉強をするようにいたしました。朝、官用車で登庁するときには、車の中で、モーツァルトのレクイエムなどを聞いて厳かな心境になってから職務を開始するようにし、昼食時には、外出すると集中力が崩れると考えて、家内に作ってもらったお弁当を執務室で食べてからそのまま休まず午後の仕事を開始する、そんな生活を送るようになりました。

ところが、最高裁判事の仕事は、私が当初思っていたよりもはるかに自由で楽しいものだということが次第に分かってきました。どうして楽しいかという、それは、ひとえに、非常に優秀で献身的な裁判所の職員が私の仕事をフルタイムでサポートしてくれるからでありまして、おかげで、私は、あらゆる雑務から解放され、本当に裁判官冥利に尽きる仕事だけを朝から夕方まできっちりやればよかったからです。

中でも素晴らしかったのは調査官の皆さんでした。調査官の皆さんは本当に優秀かつ高潔な方々でしたので、調査官の人たちと議論することで、私は毎日至福の時間を過ごすことができました。

ただし、調査官と過ごす時間は楽しいだけではありませんでした。なぜかという、普段は控えめに語る彼ら彼女らも、ひとたび私が書く個別意見が話のテーマになると、堂々と自らの意見を述べて、私に議論を挑んでくるからです。

ただし、調査官の方たちは、私が個別意見を述べることに決して反対してはおりません。彼らは、ひとえに、私に変な意見を書

いて日本の法律家集団から反感を買うような事態にならないように、私の個別意見が、日本の法律家の共有知として、社会に受け入れられるようにと願って真摯に意見を述べてくれているのだということがよく分かりました。

そこで、私も虚心坦懐に調査官たちの意見に耳を傾け、クリエイティブであると同時に我が国における法の支配の伝統とも整合性があるような個別意見を書こうと努力してきたつもりです。

本日は、このようにして出来上がった私の25個の個別意見のうちで、法と経済学と比較的関連性が深いと思われる8つの意見を取り上げてお話しをしたいと思います。時間も限られていますので、駆け足でお話していきますが、現在、こちらにいらっしゃる田中亘先生のご司会の下で、有斐閣 Online において、2ヶ月から3ヶ月に1回のペースで、「草野耕一最高裁判事退官記念座談会－倫理と経済が交わる場としての司法」という座談会を配信しており、そちらの方でも今日取り上げる判決についてより詳しい解説をいたしますので、ぜひ、そちらの方もお読みいただければ幸いです。

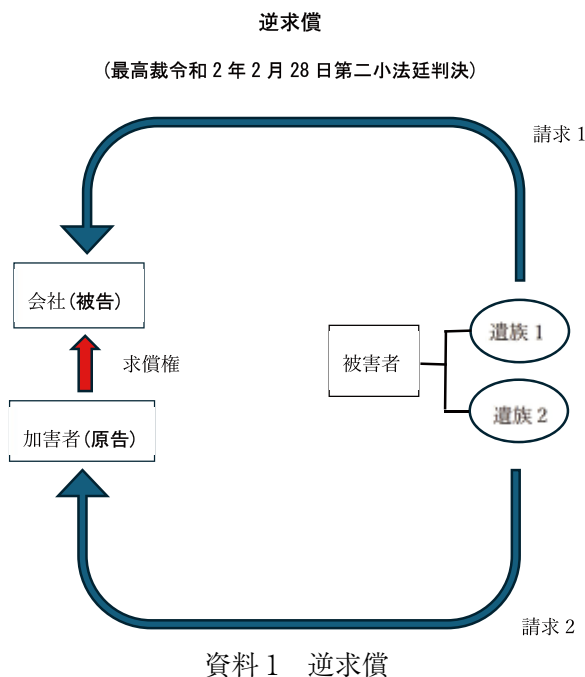
2. 8つの個別意見が示す法と経済学の有効性

(1) 逆求償（最高裁令和2年2月28日第二小法廷判決）

※事件名をクリックすると判決原文に飛びます。以下同じ。

最初に、令和2年2月28日の第二小法廷判決についてお話しいたします。大手運送会社で働くトラックドライバーが自転車と衝突して、自転車に乗っていた被害者の方を死に至らしめてしまいました。被害者には遺族が2人おりまして、1人の方は、運送会社に対して賠償金の請求をして、和解が成立してお金を受け取ったのですが、もう1人の方は、加害者であるトラックドライバーに対して直接訴訟を起こしました。その裁判はすでに結審しており、トラック

ドライバーはかなり高額な賠償金を被害者の遺族に支払いました。そこで、その金額の一部を会社が負担することを求めて、つまり、「逆求償」を求めて、会社を被告として起こした訴えがこの事件です。



この事件の原審は請求を棄却しました。棄却の理由を要約しますと、民法715条の使用者責任は、被害者が加害者個人から賠償金を回収できない事態に備えた規定であり、使用者たる会社が加害者たる従業員に対して求償金の支払いを求めることはできても、加害者たる従業員が使用者たる会社に求償金の支払いを求めることは想定されていない、つまり逆求償は認められない、こういうロジックで原告の請求を棄却したのです。要するに、民法709条以下の条文を素直に解釈して、使用者責任というのはあくまでも、英語で言うところの vicarious liability である、という観点から原告の主張を斥けたわけです。

これに対して、最高裁は原判決を破棄して、審理を原審に差し戻したのですが、その法廷意見は——と言いかけておいてすみませんが、この後の話で法廷意見と多数意見という言葉

何度か使うと思いますので、その違いについて、予め説明しておこうと思います。まず、裁判官の個別意見には、多数意見の結論にも理由にも賛成する「補足意見」と、結論には賛成だけれど理由に関してはちょっと違うことを述べたいという、単なる「意見」——単なる意見ということ、つまらない意見に聞こえるので、私はこれを「独立意見」と呼んでいます——それから、結論に反対な場合の「反対意見」の3種類があります。そして、何の個別意見もついていないか、あるいは補足意見だけがついている判決本文のことを「法廷意見」といい、独立意見か反対意見がついている判決本文のことを「多数意見」というわけです。そして、この事件の場合には、三浦裁判官の個別意見と、私と菅野裁判官の共同意見が付いてますが、いずれも補足意見ですので、判決本文の方は法廷意見となるわけです。

さて、この法廷意見は次のように言いました。民法715条は損害の公平な負担という見地から、使用者にも損害の負担を負わせた趣旨の規定であるからして、使用者と加害者である従業員との間においても、使用者が損害の全部または一部を負担すべき場合がある。法廷意見は、こういう理由づけによって原判決を破棄したわけです。この法廷意見に対して、私は別段異存があるわけではありません。ですから、私の意見は、あくまでも補足意見ということになるわけです。ただし、この法廷意見は、正直申し上げまして、やや言葉足らずではないかなと思いました。なぜかと言いますと、まず、ここで逆求償権を肯定する根拠として使ったマジックワードは「公平な負担」です。裁判所はこういう言葉をよく使いますが、「公平な負担」という言葉は、論理的に言いますと、外延のみならず内包そのものが曖昧な概念でありまして、こういう言葉を決め手に使って法律論を展開するのは、伝統的な司法の世界では常套手段ではあるものの、法律論の検証可能性を重視する私の視点から言うと、いささか説得力に欠ける気

がいたします。さらに言えば、これだけです、差し戻された原審は、本件についてどのくらいの逆求償を認めていいのかさっぱりわからないのではないのでしょうか。そういうことを考えまして、菅野裁判官と共同で補足意見を書いたわけです。

この補足意見は就任してから半年目に書いたものですが、かなりエッジの利いた意見に仕上がったのではないかと思います。どういうことを述べたかと言いますと、運送業務上発生する交通事故がもたらす偶発債務の不確実性は、変動係数、つまり、標準偏差を期待値で割った値によって評価するのが適切であるが、この変動係数は、事故の危険を従業員でなく、会社の負担とすることによって圧倒的に小さな値とすることができるということを指摘したわけです。

もう少し具体的に言いますと、トラックドライバーが n 人いる場合、会社が危険を負担すれば、変動係数はルート n 分の 1 に減少する。つまり、1000 人ドライバーがいれば、約 32 分の 1 に減少する。そして、変動係数が減少することはリスクプレミアムが減ることですから、その減ったリスクプレミアムを従業員と会社が分け合えば、両者ともより大きな福利を享受できます。

加えて、この運送会社は上場会社ですから、保険に入っていないとすれば、偶発債務は会社の residual claimant である株主の負担となるわけですが、上場会社の株主は、ポートフォリオ投資をすることによって固有リスクを免れ得ることは経済学的に証明されています。その点を考えると、会社がリスクを負担した方が社会全体のパイはさらに大きくなる。したがって、逆求償を認めることをデフォルトルールとする方が明らかに社会にとって望ましい、という意見を述べました。

総括して言えば、不確実性の経済学やポートフォリオ投資理論の知見を活用することで、判決全体をよりインフォーマティブで説得力のあるものにすることができたのではないかと考え

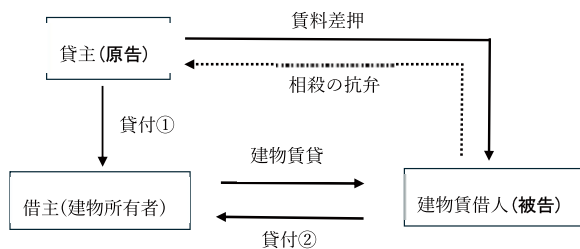
ている次第です。

(2) 賃料債権に対する物上代位と相殺の優劣 (最高裁令和 5 年 11 月 27 日第二小法廷判決)

2 番目に取り上げますのは、令和 5 年 11 月 27 日の第二小法廷判決です。

この事件はちょっと複雑でして、判決自体を読んだことがない方は、債権総論とか担保物件とか、昔習った話を思い出しながら聞いてもらいたいのですが、要するに、物上代位権者と相殺権者のどちらが優先するかが問題となった事案です。原審は、相殺の意思表示が抵当権者による賃料債権の差押さえよりも前になされているという事実に着目して、相殺の優先性を認めましたが、最高裁は原判決を覆して物上代位が優先するとしました。

賃料債権に対する物上代位と相殺の優劣 (最高裁令和 5 年 11 月 27 日第二小法廷判決)



資料 2 賃料債権に対する物上代位と相殺の優劣

最高裁の多数意見の理由は、抵当権が賃料債権にも及ぶということは抵当権設定登記をしたことによって既に公示されている、だから、物上代位を優先させていいんだという、こういうロジックなんですね。これは、伝統的な民法の世界では受け入れやすいロジックだとは思いますが、私の目から見るといささか脆弱なリーズニングではないかと思いました。というのは、いかなる事象が公示されているかというのは非常に主観的な問題だからです。本件の場合、建物の賃借人への引渡しは抵当権設定前になされているので、この点に着目すれば、賃借人と貸借人の間の債権が相殺される可能性は、賃借権

の設定に伴う建物の引き渡しという事実によって公示されていたと見る余地も当然あるわけです。そういう意味では、何が先に公示されているかという議論は決め手を欠く議論であるという気がいたしました。

そこで、法と経済学的な観点から、これは多数意見とは異なる理由づけですので、補足意見ではなく独立意見として、個別意見を著した次第です。

この個別意見の要旨は結構長いんです。論点を絞ってお話ししますと、まず第一に、相殺の優先性を認めるとすれば、将来発生する賃料債権の全部または一部が抵当権の担保価値から排除されてしまうということを指摘しました。建物の価値というのは、将来の賃料債権がもたらす収益の割引現在価値の総和ですから、賃料債権が排除されれば、その分抵当権の担保価値は減少します。

第二に、功利主義の一要素である帰結主義 (consequentialism) の視点に立って、相殺優位説が社会の支配ルールとなればどういう帰結が生じるかを考えました。その場合、建物の担保価値を最大限に活用して資金調達をしようとする建物所有者は、その資金提供者を同時に建物の賃借人にしなくてはならない。そうして初めて資金提供者は、建物の担保価値全体を考えて資金の提供ができるわけです。しかしながら、第三に、最も効率的な条件で資金を提供し得る者が、同時に最も効率的に建物を使用し得るものであるとは限らないことは自明の理なわけですね。ですから、相殺優位説をとった場合には、担保提供の不備か、建物の効率的使用の断念か、いずれかまたは双方の不効率性の発生が避けられません。

これに対して、物上代位の優先性を肯定すれば、まず一方で、建物の担保価値を最大限に活用して資金が調達できますし、他方で資金提供者を誰にするかということとは無関係に、建物を最も効率的に使用し得るものを建物の賃借人にすることができる。ですから全体をまとめる

と、物上代位の優先性を肯定するルールの方が、相殺の優先性を肯定するルールよりも、社会の福利の総和は大きなものになる。このことを理由として、多数意見の結論には賛成しつつも、その理由付けをより説得力のあるものにしようと試みたわけです。使っている経済学の知識は極めてシンプルなものですが、それと帰結主義の論理を組み合わせることによって、判決の結論の説得力を高めることができたのではないかと思う次第です。

(3) 固定残業代制度 (最高裁令和5年3月10日第二小法廷判決)

3番目に取り上げますのは令和5年3月10日の第二小法廷決で、なかなか面白い事件ですけれども、かなり複雑な事件でもあります。

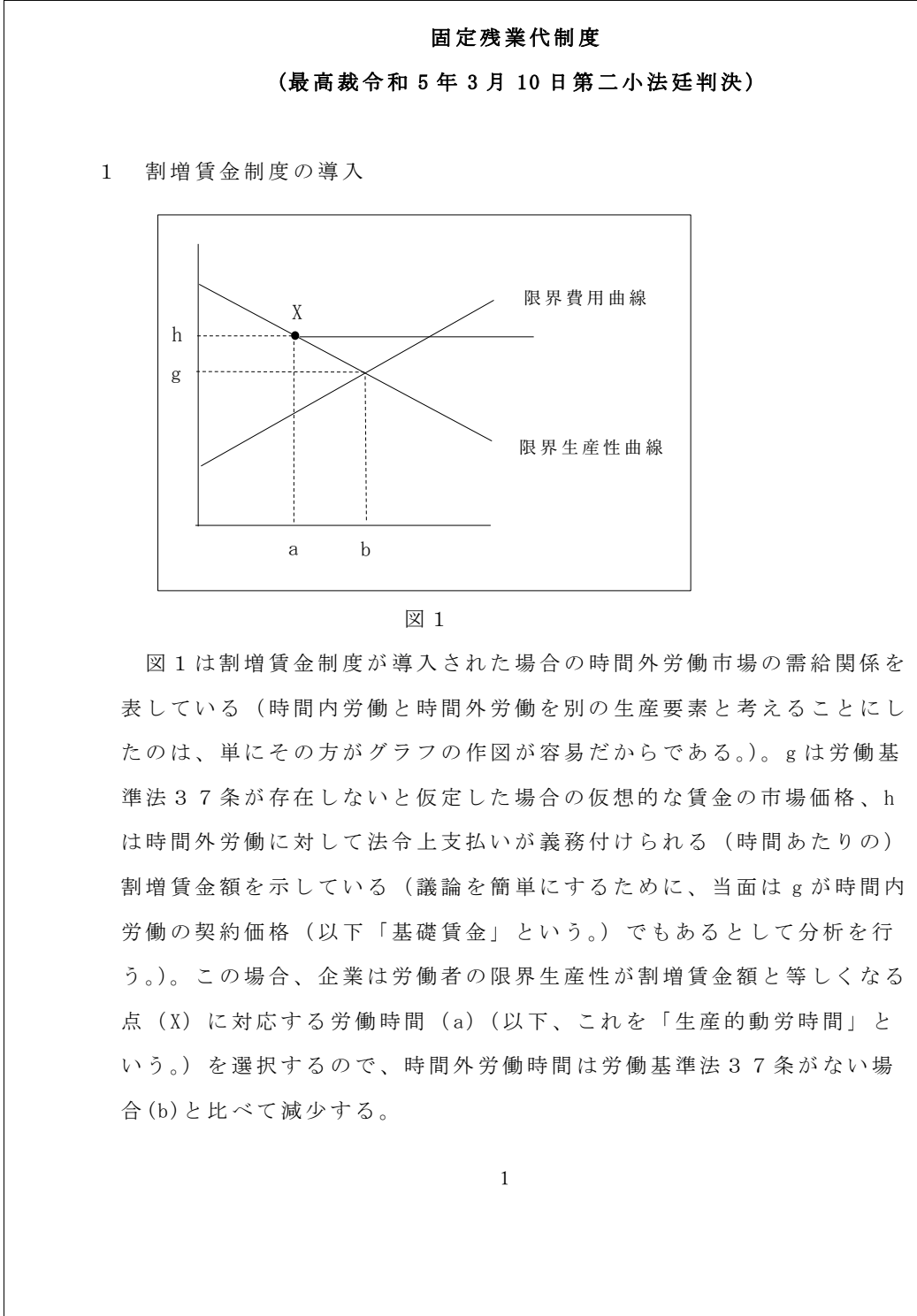
被告は運送会社であり、この会社の就業規則の賃金体系はかなり複雑です。法廷意見は、この賃金体系の下では通常の労働時間の賃金に当たる部分と、労働基準法37条が要求している割増賃金に当たる部分とが判別できないという論理を用いて被告敗訴の結論を導きだしました。この論理は、固定残業代制度をめぐる過去の最高裁の判例と整合的であり、文句のつけようがないというか、立派な判決なんですけれども、ただ、多分これだけを読んだのでは、この被告会社の賃金体系の本質的問題は何なのかということは普通の読者には分からないのではないかと思います。

そこで、この賃金体系を容認した場合には、労働基準法37条の立法目的、すなわち、割増賃金制度というものを作ることによって、一方で時間外労働をなるべく抑止すると同時に、実際になされた時間外労働については、基本給よりも確実に割高な対価が支払われるようにするという立法目的が容易に潜脱されてしまうということ、限界生産性と限界費用という2つの経済学的概念を使って明確にしたつもりです。詳しい説明はレジュメに書いておきましたので、お時間のある時にお読みいただければ幸いです。

です。

ちなみに、こういう分析は、多分、日本の労働法学者は今まであまりしてこなかったのでは

ないかと思うのですが、この判決がきっかけとなって、そういう分析が労働法学会でもなされるようになればいいと考えております。



資料 3 固定残業代制度

2 労働者が労働時間を決定できる場合の問題

図1において労働時間が生産的労働時間(a)となるのは、企業が労働時間を決定し得ることを黙示の前提としているからである。しかるところ、図1の状況下において労働者が労働時間を決定できるとした場合、労働者は図2における点Y(限界費用が割増賃金額hと一致する点)に対応する労働時間c(以下、これを「非生産的労働時間」という。)を選択するであろう。この事態は企業にとって網かけで示した三角形に対応する損失をもたらす。

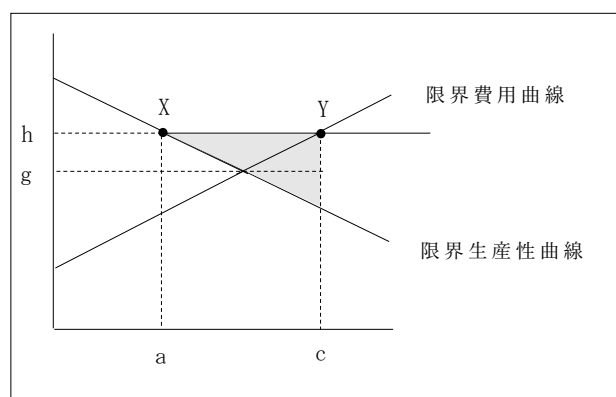


図2

3 固定残業代制度の活用

前項で述べた問題を克服するための(一つの)処方箋が固定残業代制度である。たとえば図3の四角形ABCDに相当する固定残業代を支払うと仮定しよう(CDのラインが補足意見でいうところの想定残業時間である)。なお、使用者は、一定の労働管理政策を用いることによって生産的労働時間までの労働は確保できる(つまり、労働量がaを下回ることはない。)ことを仮定している。

この場合、四辺形XZCDの面積が三角形XEYの面積を上回る限り、労

働者が提供する労働量は生産的労働時間(a)にとどまる（そうでない場合には、固定残業代制度を導入しても労働者が非生産的労働時間に至るまでの労働を行うことになる。ただし、労働基準法37条は強行法規であるから、労働者が想定残業時間を上回る労働を（適法に）行った場合には、企業は追加の割増賃金を支払うことを免れ得ないからである。）。

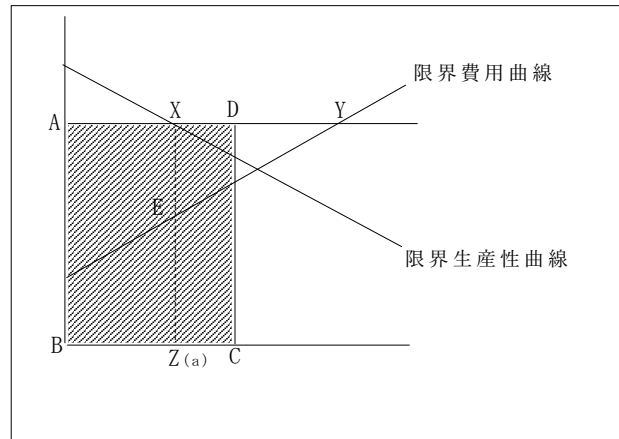


図 3

4 固定残業代制度の問題点

しかしながら、図3における四辺形 ABCD の固定残業代を支払うことは企業にとって四辺形 XZCD に相当する損失を生み出していることに留意が必要である。実際のところ、この四辺形の面積が図2の網掛け部分の面積を上回るとすれば、企業は固定残業代を支払うことを断念し、労働者が働きたいだけ働かせる（すなわち非生産的労働時間の発生を容認する）道を選択することになるであろう。

5 問題の解決方法

上記の問題は基礎賃金を引き下げることによって一応の解決を導き出

すことができる。図4をご覧願いたい。ここでは基礎賃金が g から i に減少し、その結果として割増賃金も h から k に減少している。このことは一見労働者にとって不利益をもたらすようであるが、それを補うだけの固定残業代が支払われるならば、労働者が不満を抱く理由はない。たとえば、固定残業代が図4の四辺形 ABCD である場合、①右の網かけ四辺形で示した値と②左の網かけ四辺形で示した金額に g と i の差額に時間内労働時間に乗じた金額を加えた値が等しいならば、(割増賃金制度の下で) 企業にとって最適で、かつ、労働者にとっても公正な結果をもたらすことができる。そして、市場が十分に競争的である限り、この取り決めは持続可能なものとなるであろう。

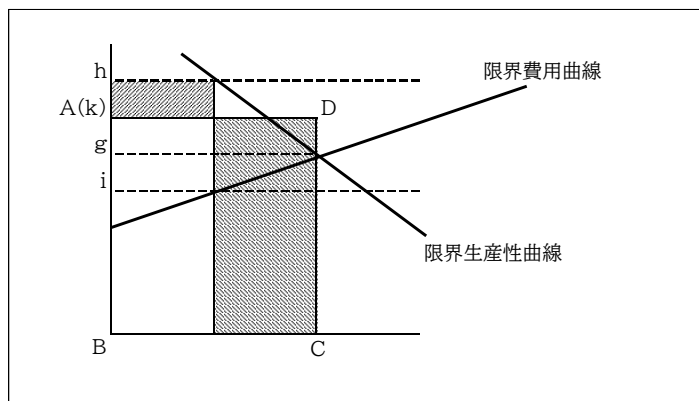


図 4

6 新たな問題

しかしながら、基礎賃金を引き下げるといふ解決策は企業がこれを濫用する恐れを内包している。図5をご覧願いたい。

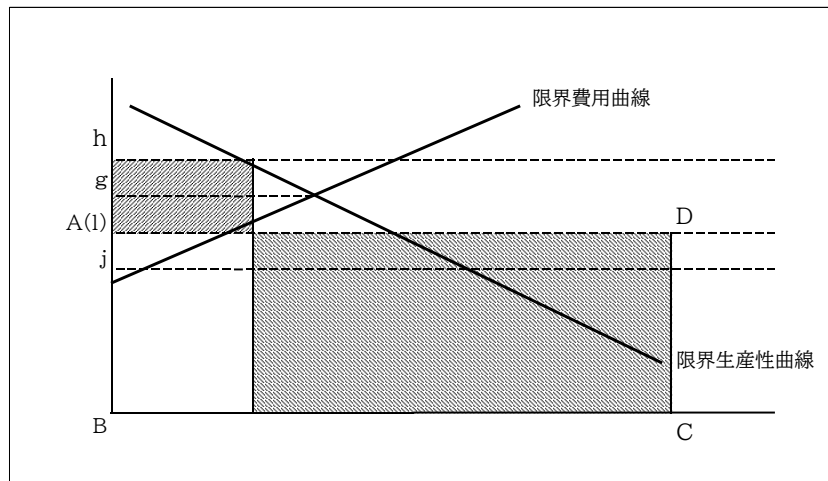


図5

ここにおいては、基礎賃金が j という極端に低い水準に抑えられており、固定残業代が四辺形 ABCD となっている。ここにおいても、①右の網かけ四辺形の値と②左の網かけ四辺形の金額に g と j の差額に時間内労働時間を乗じた金額を加えた値が等しければ、結果は割増賃金制度の下における最適な結果をもたらしている。

しかしながら、この状況下において、会社は生産的労働時間を超える労働を労働者に要請することによって確実に追加の利益を得ることができる。なぜならば、図5においては想定労働時間が非生産的労働時間を上回っているため、労働者が自発的に非生産的労働時間を選択することによって企業が追加の損失を蒙る（＝追加の割増賃金の支払いを余儀なくされる）恐れがないからである。本件事件で問題となった就業規則はまさしく図5を体現したものである。

(4) あはき師法違憲訴訟（最高裁令和4年2月7日第二小法廷判決）

4番目に取り上げますのは、令和4年2月7日の第二小法廷判決です。

この事件で問題となった法律の名前は非常に長く、「あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゅう師等に関する法律」と言うんですが、一度聞いただけでは、何を言っているか分からないと思うので解説いたしますと、あん摩さんとマッサージ師と指圧師をまとめて「あん摩マッサージ指圧師」といいます。「はり師」は、はりを打つ専門家のことで、「きゅう師」はお灸をすえる専門家です。この3つの言葉の頭文字をとって普通「あはき師」法といえます。なお、はり師ときゅう師に関しては、二つの資格を兼ね備えている人が多いので、以下、「はり灸師」と呼ぶことにします。

本件は、あはき師法上の養成施設を設立しようとした原告会社が、その認定を拒否した厚生大臣の処分を取り消しを求めて起こした行政事件訴訟です。あはき師の中で、あん摩マッサージ指圧師についてだけは、視覚障害者の生計の維持という観点から養成施設の認定を拒むことを認める規定があり、これを本件規定と言いま

す。この本件規定が、憲法22条1項が規定している職業選択の自由の妨げとなっているのではないかというのがこの事件の争点です。

この事件の多数意見は、主として次の2点を指摘することによって、本件規定は合憲であるという判断を下しました。第一に、視覚障害者の生計の確保というのは、視覚障害者にとって大事な利益ですので、その観点から、視覚障害者以外のあん摩マッサージ指圧師の増加を抑制するという本件規定の立法目的には合理性があるということです。第二に、そうはいつでも実際には、視覚障害者以外でも、あん摩マッサージ指圧師業務をしたいという人もいますが、そういう人のための養成施設も日本全国には相当数存在しているのだから、確かに本件規定は、資格障害者以外の人たちで、あん摩マッサージ指圧師になろうとする人たちの職業選択の自由に制限を加えていることは事実だけれども、その制限は極めて限定的である。この2つの理由から、原告敗訴の結論を下したわけです。

確かに原告の主張をそのまま読む限り、この多数意見の理由と結論で十分だとも言えるのですが、この事件には法と経済学的な視点から見ると非常に重要な論点が伏在していると思って

あはき師法違憲訴訟 (最高裁令和4年2月7日第二小法廷判決)	
1. 法律上の業種区分 (1) あん摩マッサージ指圧師 (2) はり師 (3) きゅう師	} それぞれについて個別の免許が必要
2. 各免許を取得するためには関係大臣が認定した学校または養成施設（以下、「養成施設等」という）における知識と技能の習得が必要である。	
3. 養成施設等の設置及び生徒の定員の変更については、関係大臣の認定または承認が必要。但し、関係大臣は、あん摩マッサージ指圧師の養成施設等については、視覚障害者の就労機会の確保という観点からこの認定の承認を拒絶し得る。	
4. あはき師の全業種を行い得る者のための養成施設等は、上記但し書きの適用下にある。	

資料4 あはき師法違憲訴訟

個別意見を書きました。個人的には結構いい意見が書けたと思っているのですが、私の知る限り、この個別意見を評価してくれる学説は読んだことがないので、正直なところ、少しがっかりしています（笑）。

この個別意見で一番いいと思ったことは何かと言いますと、あん摩マッサージ指圧師の施術とはり灸師の施術を同時に行うサービスは、施術を受ける人にとっては非常にありがたい、つまり、それだけ付加価値の高い仕事であるということです。そこで、この二つの施術を同時に行う業務を「総合施術業」と呼び、それを行い得る人を「総合施術師」と呼ぶとすれば、原告が認定を求めた養成施設は、まさに総合施術師を養成することに特化した施設だったのです。

総合施術業は、消費者に対して独自の効用を生み出す業務です。そうである以上、憲法 22 条の適合性を論じる上においても、総合施術業は独立した職業として論議の対象とすべきである。確かに、あはき師法上の免許は、あんまマッサージ指圧師とはり師ときゅう師という 3 分類になっているけれども、免許の分類と憲法 22 条を論じる上での職業の分類を同じに考えなければいけない理由はない、という点がポイントの第一点です。

そのうえで、この総合施術業という職業に対する国民の需要は供給を上回っている可能性が高い。なぜかと言えば、原審が認定した統計を見る限り、はり灸師の養成施設は過去 10 年の間に相当増えているんです。そこから考えると、総合施術業に対する需要はもっと高いはずなのに養成施設の数は抑制されている。もう一点、重要なことは、総合施術業は付加価値の高い業務であるにもかかわらず、この業務に従事しようという視覚障害者は統計的に見てとても少ないということです。考えてみれば、それは不思議なことではありません。もちろん、視覚障害者といっても視力の障害のレベルは様々ですが、はり灸師の仕事は相当強度の視覚を使う仕事ですから、全盲ないしそれに近い方で、あえ

てこの業務を行おうと考える人は少ないでしょう。

そう考えると、総合施術業は、視覚障害者にとって、比較優位な職業ではないということです。ですから、視覚障害者の生計を守るという理由で視覚障害者以外の人を総合施術業者になることを抑制することにはあまり合理性がないように思えます。

ただ、そうはいつでも全然問題ないかというとなんかそうじゃないんです。なぜかというとな、総合施術業の免許を取っても、総合施術業をしないで、より簡単な業務であるあん摩マッサージ指圧師の業務だけをする人もいるかもしれない。その場合には、明らかに、視覚障害者が専門としているあんま業務に対する制約になる。ですから、この最後の問題を回避できる可能性についてもっと検討する必要があるわけですが、そもそも原告はそういう論点を主張していませんので、そのことを審理しなかった原審に審理不盡の責めを負わせることはできないということで、私も結論としては多数意見の結論に賛成したわけです。

この事件の対象となった職業は、社会全体から見ればとても小さい市場に関するものです。ただし、憲法 22 条や憲法 29 条が規定している経済的自由権に関して、これまで、日本の憲法学会は経済学的な知見を用いた議論はあまりしてこなかったように思えます。私の個別意見は、そのような伝統に抗い、憲法 22 条や 29 条の問題についてこそ法と経済学の知見を有効に活用できることを示唆し得たのではないかと考える次第です。

(5) タトゥー医師法違反事件（最高裁令和 2 年 9 月 16 日第二小法廷決定）

草野 5 番目に取り上げますのは、令和 2 年 9 月 16 日第二小法廷決定です。これは、タトゥーの施術行為が医師法でいうところの医行為に当たるか否かが争われた刑事事件です。

この事件の第一審は、タトゥー施術行為は医

師が行わなければ保健衛生上危険な行為である
としました。そのこと自体には異論はないです
よね。皮膚の下にまで針を刺して色素を入れる
わけですから。そして、保健衛生上危険な行為
は当然に医行為だという解釈に立って、だから
タトゥー施術師は医師法違反で有罪だという判
決を下したんですね。

これに対して原審、つまり二審は、いやいや、
医行為といえるためには、保健衛生上危険な行
為というだけでは足りないのであって、その行
為が、「医療及び保健指導に属する行為」、大ざっ
ぱにいうと、普通お医者さんが現にやっている
行為でなければならぬという観点に立って、
無罪としました。最高裁も、原審の判断を是認
したのですが、法廷意見のリーズニングは、「社
会通念」という言葉を使ってまして、要するに、
何が「医療及び保健指導に属する行為」かは、
社会通念によって決まるものであり、タトゥー
施術行為は危険な行為であっても、社会通念上、
医療及び保健指導に属する行為とは言えない、
従って医行為ではないから、無罪であるとした
わけです。

ちなみに、皆さんご存じだと思いますけど、
この壇上にいる3人は、程度の差はあるものの、
皆、世間からは功利主義者だとみなされていま
す（笑）。功利主義者は、福利最大化原理こそ
が国家の統治を考える上で最も重要な理念だと
考える傾向があります。私も基本的にはそう考

えておるのですが、刑事事件の場合には福利最
大化原理を前面に出して判決を書くのは至難の
業だと思います。

なぜならば、刑事事件で被告人になる人は、
経済合理的に行動しているとは言い難いです
し、刑事事件に注目する国民各位も、裁判官が
福利の最大化という観点に立って刑事法の法令
解釈を行うことを期待してはいないのではない
でしょうか。

そういう点を考えると、本件の法廷意見のよ
うに、「社会常識」とか「社会通念」という言
葉を巧みに使って判決理由を書くことは、刑事
事件においては、ある程度やむを得ないことな
のかもしれませんが。ですから、私もこの法廷意
見に対して別段異は唱えなかったわけですが、
ただ、この事件に関しては、やはりもうちょっ
と価値判断を明示した意見を述べた方がいいん
じゃないかと思ひまして、あえて補足意見とい
う形で、法廷意見に異は唱えないけれども、別
の観点からそれを補足するというかたちの意見
を述べました。

私の個別意見のポイントは、日本の医師教育
においてタトゥーの入れ方なんて教えていない
わけですから、もしタトゥー施術行為が医行為
だとすれば何が起きるかということ、タトゥー施
術行為を行う人は日本中にいなくなってしまう
ということです。一方で、タトゥーを体に入れ
たいという人の気持ちを考えた場合、それを公

タトゥー医師法違反事件

(最高裁令和2年9月16日第二小法廷決定)

【論点】 タトゥー施術行為は医行為にあたるか否か

◆2つの解釈◆

解釈1 医師が行うのでなければ保健衛生上危害が生ずるおそれのある行為(保健衛生上
危険な行為)

解釈2 保健衛生上危険な行為であって、かつ、「医療及び保健指導に属する行為」

資料5 タトゥー医師法違反事件

共空間で見せることを許容するかどうかについては議論を深める余地があるかもしれませんが、自分の体にタトゥーを加えたいという需要そのものを否定する理由はどこにもない。ということは、ここで医師が行わなければ危険な行為だというだけの理由で、タトゥー施術行為を医行為としてしまうことは、タトゥーを入りたいと願う国民の需要が満たされることのない社会を強制的に作ってしまうことになるわけですが、それは明らかに、国民の福利の最大化を妨げることになる。そういう論理を示して法廷意見をサポートしたわけです。

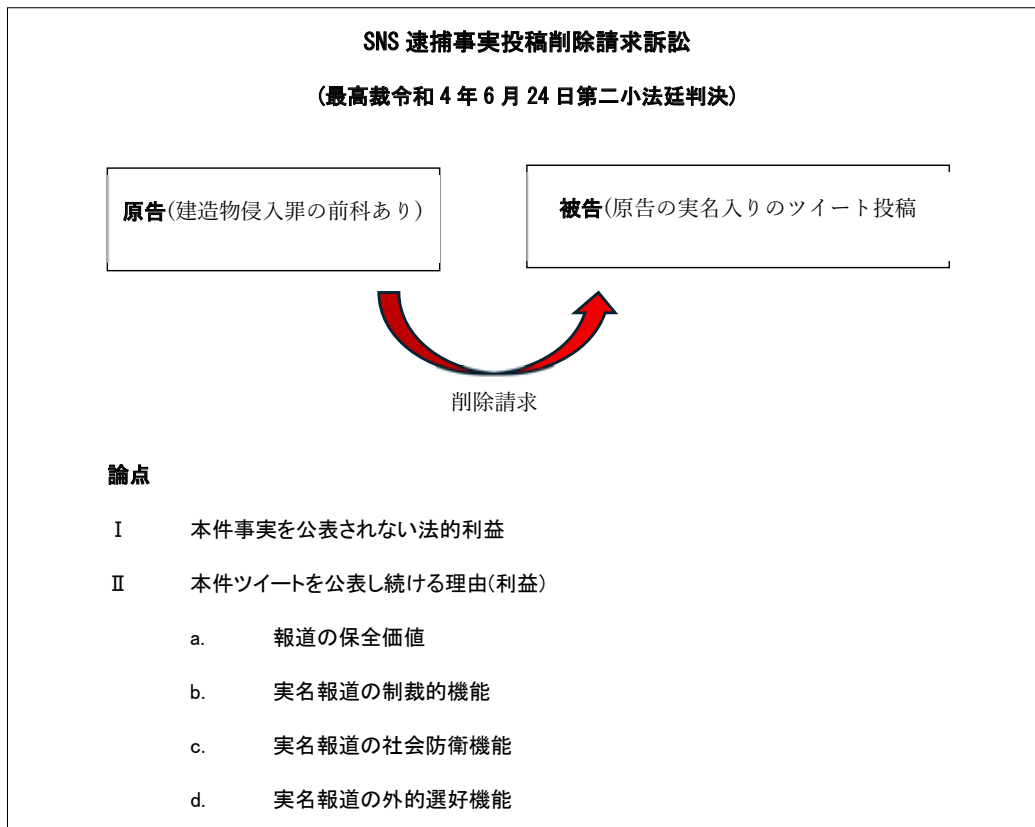
本件の個別意見は、別に経済学的なことを述べているわけではありません。しかしながら、法と経済学が価値中立的なことを語っているだけでは、あまり司法にとって役立つ学問とはなれません。法と経済学は、経済学の知見を現代型の功利主義——これを私は福利最大化原理と言っています——と合体して用いることによって、初めて司法にとって有用なロジックを生み

出し得るものです。この個別意見は、福利最大化原理を刑事事件の判決の中で明示的に語ったという点において、皆さんに注目していただけるものとなったのではないのでしょうか。

ちなみに、この後3つの判決について話しますが、いずれに関しても、経済学プロパーの話は出てきません。いずれの事件も、福利最大化原理——ちなみに福利最大化原理というのは、後で小川先生が詳しくお話されるかもしれませんが、帰結主義と福利主義と集計主義という3つの思想ないし理念が合体した考え方ですけれども——この原理にかかわる事件としてご紹介する次第です。

(6) SNS 逮捕事実投稿削除請求訴訟 (最高裁令和4年6月24日第二小法廷判決)

6つ目ですが、これは令和4年6月24日の第二小法廷判決です。この事件の原告は、旅館の女性用浴場、要するに女湯ですね、その脱衣室に侵入したということで逮捕され罰金刑を科



資料6 SNS 逮捕事実投稿削除請求訴訟

されました。このことで原告が逮捕されたということを以下「本件事実」といいますが、被告会社が運営するtwitterというウェブサイトに、本件事実が原告の実名入りで摘示されているツイートが複数投稿されておりました。このツイートのことを、以下、「本件各ツイート」といいますが、原告は、本件各ツイートの削除を求めて裁判を提起しました。この事件はプライバシーと表現の自由という憲法上の2つの人権ないしそれに準ずる利益が対立した事件として憲法学的にも重要な事件ではないかと思えます。

原審は、原告の訴えを斥けたのですが、本件事実を公表されない原告の利益と、本件各ツイートを一般の閲覧に供し続ける利益を比較衡量したときに、前者が後者よりも明らかに優越しなければ差し止めは認められないという前提に立って、明らかに優越しているとは言えないからというロジックで原告を負かせたんです。

これに対して、最高裁は、いやいや、プライバシーを守る利益が表現の自由よりも明らかに優越していなければプライバシーが守られないという理由はないでしょう、前者が後者に優越していればそれでいいんですよ、という考え方の下で、本件の場合には、プライバシーを守る利益の方が本件各ツイートの閲覧を許すことの利益よりも優越しているといえるから削除を認めましょうという判断を下したわけです。

私は、このロジックにまったく異存はないのですが、本件事件の重要性に鑑みて、もう少し深掘した意見を述べたいと思って補足意見を書きました。この補足意見を、私は渾身の気持ちを入れて書いたつもりですが、メディアでの評判はよくありませんでした。メディアというのは、本当に表現の自由が好きですよ。私の率直な感想を言わせてもらえば、本件各ツイートが表現の自由の保護に値するものとは到底思えません。もちろん、原告の求めるプライバシーもそれほど高尚なものとは言えませんが、それでも、本件各ツイート上の表現の自由を守る利

益とは比べ物にならないほど重要な利益だと思えます。日本のメディアの人々の人権感覚は少しずれているのではないのでしょうか。

この補足意見については、本文そのものを是非読んでいただきたいのですが、一点だけここで指摘しておきたいことがあります。それは、本件各ツイートの閲覧が可能であることが国民にどういう福利をもたらすのかと言えば、おそらくのところ、カッコつきながら最大の「福利」と呼べるものは、人の不幸を知ることが生み出すある種の快樂だと思えるのです。「隣の不幸は蜜の味」とうそぶくことを容認するサブカルチャーが日本にあると指摘しましたが——ちなみにこれは、政治学者の京極純一先生から聞いた言葉ですが——他人の不幸を喜ぶ快樂、こういうものを容認していたのでは、到底、憲法が保障している価値観を体現した社会を作り出すことはできません。したがって、このような福利は福利計算の対象から排除するか、少なくとも大幅にディスカウントすべきではないかというのが私の意見です。

(7) 夫婦同氏制違憲訴訟（最高裁令和3年6月23日大法廷決定）

7番目は令和3年6月23日大法廷決定です。

強制的夫婦同氏制の憲法適合性が問われた事件です。強制的夫婦同氏制というのは、夫婦は夫と妻のいずれか一方の氏を称しなければならない、とする制度のことです。

最高裁の多数意見は、憲法24条は、夫婦の問題に関して、国会にかなりの立法裁量権を与えているところ、強制的夫婦同氏制は立法裁量の範囲を超えたものではないというものでした。

これに対して、今日、後でいらっしゃる宇賀先生と宮崎裁判官は、強制的夫婦同氏制は、間接的ながら憲法13条の人権侵害にあたるという御趣旨の反対意見を書かれておまして、そのお考えは、心情的には私もよく理解できるのですが、私の場合、人権のカatalogを安易に広

げることには懐疑的であり、そうしなくても、憲法 24 条違反と断じることは可能はずである、というのが私の意見の骨子です。

私は、近代国家の存在意義は、国民の生命と財産を守り、国民の幸福を増進させることにあり、現行憲法はかかる国家観を前提とするものであると考えています。しかりとすれば、国民の福利の最大化に明らかに反する立法不作為は憲法が国会に与えた立法裁量の範囲を逸脱する所為と評価してよいのではないのでしょうか。

そういう点から考えると、強制的夫婦同氏制に対する選択肢として存在する選択的夫婦別氏制を導入した場合、それによって、圧倒的に多くの国民の福利は増大するし、減少する国民の福利が全くないとは言わないけれども、それはとても少ないし、減少するいかなる国民の福利も人権またはそれに準ずる利益とは言えない。そうである以上、この選択的夫婦別氏制を導入しないという国会の立法不作為は、国会に与えられている立法裁量権を逸脱している、したがって、国会が内在的制約として負っているところの福利の最大化という理念に明らかに反する立法不作為であるがゆえに違憲である。こういうロジックで個別意見を書いた次第です。

(8) 性同一性障害者特例法違憲訴訟（最高裁令和 5 年 10 月 25 日大法廷決定）

最後の事件は、令和 5 年 10 月 25 日大法廷決定になります。生物学的には男性である性同一

性障害者の性別変更の可否が争われた事件です。

レジュメに書いておきましたけれども、性別変更の審判を受けるためには、申立人が性同一性障害者であると認定されることに加えて 3 つの要件が必要なんです。この三つを、3 号要件、4 号要件、5 号要件といいます。この事件の申立人は、3 号要件は満たしていました。すなわち、未成年の子どもはいないということです。4 号要件というのは、ざっくり言うと、内性器が切除されているか、あるいは消失していることなんですけど、原審は、この 4 号要件が満たされていないという理由で申立てを却下しました。それに対して、最高裁は、4 号要件は違憲無効な規定であるとして原決定を覆しました。ただし、5 号要件に関しては、まだ審理が尽くされていないということで、事件を原審に差し戻したのです。

私は、4 号要件は違憲だという点は全くその通りだけでも、5 号要件もまた違憲無効であることは、原審が認定した事実だけから十分認定できるので、さらなる審理を行うことなく直ちに性別変更の決定をすべきだという個別意見を書きました。

問題は、4 号要件と 5 号要件とどこが違うかということなんですけど、共通点と相違点があります。共通点の方から話しますと、いずれの要件についても、それを完全に満たすためには、性器の切除を伴う性別適合手術を受けなければ

夫婦同氏制違憲訴訟

(最高裁令和 3 年 6 月 23 日大法廷決定)

論点：強制的夫婦同氏制を違憲とする根拠をどこに求めるか

- | | | |
|--------------|-----|-----------------------------------|
| 1. 憲法 13 条違反 | 問題点 | いかなる人権の侵害にあたるのか |
| 2. 憲法 24 条違反 | 問題点 | 福利の最大化に違反することが立法権の裁量の逸脱にあたると言えるのか |

資料 7 夫婦同氏制違憲訴訟

性同一性障害者特例法違憲訴訟
(最高裁令和5年10月25日大法廷決定)

性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律(特例法)の基本構造

- ・ 性同一性障害者の定義:
生物学的には性別が明らかであるにもかかわらず、心理的にはそれとは別の性別であるとの持続的な確信を持ち、かつ、自己を身体的及び社会的に他の性別に適合させようとする意志を有する者であって、そのことについてその診断を的確に行うために必要な知識及び経験を有する二人以上の医師の一般に認められている医学的知見に基づき行う診断が一致しているもの
- ・ 3号要件: 現に未成年の子がいないこと
- ・ 4号要件: 生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあること
- ・ 5号要件: その身体について他の性別に係る身体の性器に係る部分に近似する外見を備えていること

資料8 性同一性障害者特例法違憲訴訟

ならないという点です。この手術は、かなり難しい手術なんですね。特に5号要件の場合には、外性器の削除と、それに代わる新たな性器の作成という、かなり難しい、危険な手術をしなければならない。この手術を強要することが、身体の侵襲を受けない自由という憲法上の権利の侵害に当たることを、最高裁は15人の裁判官全員一致の意見として認めました。

この多数意見の重要なところは、第一に、性自認の権利、すなわち、自分が男であるか女であるかということ判断する権利を認めたことです。そして、第二に、この権利を所与としたうえで、この権利を実現するために性別適合手術を受けることを強要することは、身体の侵襲を受けない自由という、これまた大事な憲法上の権利の侵害に当たるということ認めました。

そのうえで、4号要件の場合には、同号を違憲無効とした場合に何が問題になるかということ、たかだか、男である母親、あるいは女である父親が生じ得るということだけなんです。要するに、内性器が残っていれば、性別を男性に変更した女性が妊娠する可能性がある、あるいは性別を女性に変更した男性が、女性に対して

精子をインプラントさせ、妊娠させる可能性がある。ですから、たしかに4号要件を意見無効とすれば、男である母親や女である父親が生じる可能性は絶無ではありません。しかしながら、こういうことを言うと、「社会に混乱が生まれる」と言う人がいるのですが、誰が混乱するかよくわからない。普通の判断能力を持った大人であれば、こういう性別変更が起きたんだからそういう事態が起きることは当然であると理解できるはずであって、社会的混乱が起きるはずもないし、少なくとも、誰か特定の人が具体的不利益を受けることはない。ですから、4号要件が違憲だという判断は比較的容易なんです。

これに対して、5号要件を違憲だというのは確かにちょっと難しいです。なぜ難しいかというと、5号要件なしで性別変更を認めてしまうと、元の性に固有の外性器を持ったままで性を変更するわけですから、例えばその人が新しい性別の人のための公衆浴場に入ったときには、自分の意思に反して異性の性器を見せられて羞恥心や恐怖心や嫌悪感を覚える人が現れるかもしれない。この不利益は人権侵害に準じる問題かもしれません。

この点に鑑みるならば、確かに、5号要件について違憲判断を下すことは、4号要件の場合よりも難しいと言えるでしょう。なぜならば、こういう2つの人権あるいは人権に準ずる利益の大小をを比較するという作業は方法論的に難しい問題を含んでいるからです。私はプラグマティストですのでこういう時には、伝統的な司法の判断枠組みを利用して事件を解決しようと考えるのですが、Less Restrictive Alternative (LRA) などの判断枠組みを使って色々考えてみても、どうもしっくりいかないんです。

そこで、私は、5号要件が違憲とされる社会と合憲とされる社会という二つの社会を比較して、どちらが憲法が保障する諸価値に照らして善い社会と言えるかを考えるという視点を用いて5号要件が違憲だという判断を下しました。ちなみに、このアプローチについては、慶應義塾大学の駒村先生から、「異社会間比較」という呼称をいただきまして、間もなく発刊される有斐閣 Online の座談会でもこの言葉が出てくると思います。

この考え方がどの程度日本の法曹界や法学界に受容されるかは、私にはわかりません。ただし、これは、この事件のために私がアドホックに考えたものではなく、多くの裁判官がこれまでいろいろな事件で考えてきた比較衡量のあり方を私なりに言語化してみたものであり、そういう意味で、ある程度汎用性がある判断枠組みではないかと思う次第です。

3. 司法立国の意義とそのために法と経済学が果たし得る役割

あとは駆け足にまとめのお話をしたいと思います。まず、今回の講演のタイトルである「司法立国」というのは何かということについてです。ちなみに、今般総理大臣にご就任された高市早苗総理は、「世界の真ん中で咲き誇る日本を取り戻す」とおっしゃっておられます。私は、その志は大変尊いことだと思いますし、そういう国家目標を国民が共有できれば、結果的に国

民の福利の増大にも役立つに違いないと思います。ただし、そうはいつでも、現在の日本の経済力とか軍事力とか政治力とかを考えると、残念ながら、「咲き誇る」のはなかなか大変だろうと思うのですが、その中にあって、「咲き誇る」とまで言えるかどうかは分からないけど、少なくとも、我が国が、世界の人たちから、これまで以上に敬愛され、信頼される国になる道筋を司法のさらなる発展に託すことは可能なのではないかと思うのです。日本の裁判所はそのような期待を寄せていただくに値する知力と高潔性を備えた組織であると私は信じておりますし、率直に申し上げれば、日本の最高裁は、少なくともアメリカの最高裁などよりもはるかにまともな判決を書き続けてきたと思います。そこで、司法の働きをよりパワフルなものにするために法と経済学の知見をうまく活用することができれば、司法は豊かで公正で寛容な社会の形成に貢献できるであろう。これが、私の希求する司法立国の道であり、その実現に向けて、法と経済学会の会員の皆様には倍旧の努力をしていただかなければなりません。

4. 法と経済学会への提言

(1) 「狭義の法と経済学」の定義

ということで、3つほど提言をしたいと思うんですが、その第一は、法と経済学という学問の再定義を行うことです。法と経済学は裾野の広い学問ですから、いろんなアプローチがあって結構だとは思いますが、コアとなるアプローチ、最も司法に役立つ法と経済学のあり方は何かというと、それは、「法令の解釈という営みを通じて社会の福利の最大化に貢献せんとする裁判官とリティゲーターに対して、それを達成するために必要な知見を教授する学問であり、その知見の基礎は実定法学と数学と経済学と倫理学などによって構成される」ものとして、法と経済学をとらえることだと思います。ちなみに、話が若干横道にそれますが、私は、最近、いま申し上げました法と経済学の再定義のアナ

ロジーとして「法と経営学」という学問を構想するに至りました。すなわち、法と経営学とは、「企業の経営という営みを通じて社会の福利の最大化に貢献せんとする経営者とコーポレートロイヤーに対して、それを達成するために必要な知見を教授する学問であり、その知見の基礎は実定法学（特に、会社法学と租税法）、数学、経済学（特にファイナンス理論）、倫理学などによって構成される」というものです。法と経営学につきましては、来年の春から東大の法学部で講義を始める予定となっておりますので、よろしかったら、この新しい学問にもご関心を持っていただけましたら幸いです。

(2) 法と経済学会の主催にかかる判例評釈の定期的配信

提言申し上げたいことの第二は、「法と経済学の専門家が主催する判例評釈の定期的配信」です。実定法学者の作成にかかる判例評釈というものは巷にたくさんありますが、正直に申し上げて司法実務にあまりインパクトを与えているようには思えません（司法実務にインパクトを与えなくても、学会の内輪で評価されればそれでよいのだと言われてしまえば、それまでですが）。実定法学者の皆さんの評釈を読んでいると、その多くは、最高裁の調査官が作成した判例解説に「さらなる解説」を付しただけのものか、そうではないまでも、判決のテキストを解剖学的に分析して、それに、思弁的なコメントを付しただけのものです。司法の実務にインパクトを与えるためには、判決に記されている事実を前提にして、「自分ならこういう論理でこういう風を書く」という判決の代替案を示した判例評釈をする必要があります。この場合、その代替案が、多くの裁判官の目から見ても、現実の判決の文章よりも優れたものであれば、その評釈は、確実に司法実務の発展に貢献します。法と経済学会の会員の皆様には、そのような判例評釈を、すべての実定法分野を対象にして、組織的かつ定期的に行っていただきたいと願う

次第です。

(3) 「法と経済学の検定試験」制度の創設

しかしながら、それを実行に移すためには、法と経済学の専門家を自認する皆様の力量をもう少し高めていただく必要があるように思えます。私は、ハーバードの客員教授をしていた時に、同大学の法と経済学のワークショップに参加させていただきましたが、多くの参加者が、JDと経済学のPh.Dの双方を持っていることを知り大変驚いたことを記憶しています。日本の場合、そこまでのレベルアップを期待することはいささか無理があるかもしれませんが、少なくとも、司法試験の予備試験に受かる程度の実定法の知識とミクロ経済学や計量経済学の数学的 foundation の双方をマスターすることが必要だと思います。そこで、このレベルアップを促進するために、ある種の検定試験制度を発足させてはどうでしょうか。権威のある試験制度を作り出すことができれば、日本の法律家全体の知力の向上にも役立つと思いますので、是非ご検討いただければ幸いです。

以上をもちまして、私の講演を終わらせていただきます。ご清聴ありがとうございました。

田中 最後は大変刺激的なご提案をいただきました。どうもありがとうございました。それでは次に討論者のコメントに移りたいと思います。国学院大学法学部の准教授小川亮先生からお願いします。

草野耕一先生講演「司法立国のすすめ」へのコメント

小川 今、ご紹介いただきました小川亮と申します。國學院大学法学部で准教授をしております。資料についてはGoogleドライブにも上げておりますので、そちらから入手していただいて適宜ご覧いただければと思います。少し講演用に順番を前後させるところもあるんですが、そこは口頭で申し上げようと思います。

法と経済学会への提言

1. 「狭義の法と経済学」の定義

法と経済学の司法界に対する貢献力を高めるためには、「狭義の法と経済学」を自覚的に次のように定義することではないでしょうか。

狭義の法と経済学とは、法令の解釈という営みを通じて社会の福利の最大化に貢献せんとする裁判官とリティゲーターに対して、それを達成するために必要な知見を教授する学問であり、その知見の基礎は、実定法学、数学、経済学、倫理学などによって構成される。

ご参考までに、私が構想した法と経営学は、上記のアナロジーによって以下のよう
に定義されます。

法と経営学とは、企業の経営という営みを通じて社会の福利の最大化に貢献せんとする経営者とコーポレートロイヤーに対して、それを達成するために必要な知見を教授する学問であり、その知見の基礎は、実定法学（特に、会社法学と租税法）、数学、経済学（特に、ファイナンス理論）、倫理学などによって構成される。

2. 法と経済学会の主催にかかる判例評釈の定期的配信

3. 認定会員資格試験制度(and/or「法と経済学の検定試験」)の創設

資料9 法と経済学会への提言

0. 自己紹介とコメントの方向性

私の専門は、狭義には憲法学ということになっております。ただ、草野先生から先ほど問題提起があった通り、法学の方法論というのは今までとても限られてきました。具体的には比較法です。外国の法律とか憲法を学んで、その知見を応用するということが極めて支配的でした。憲法学では、法と経済学や社会調査といった他の法学との学際的な検討は、かなり限られてきたし、憲法学に至ってはほぼゼロだったり

します。

今、判例評釈について、「解剖学的なことだけではなく」という問題提起がありましたけれども、私もそういう方向でやりたいともともと
思ってきました。外国法を皆さんが勉強されているのでその知見は摂取させていただきながら、じゃあ、どうすべきかということ語りたい。そのためには、政治はどうあるべきか、人間はどう生きていくのか、あるいは何が良い、悪いのかに関する哲学の知見を摂取しないと、

結局あるべき論というのはできないな、というふうを考えまして、分析哲学を勉強して公法学に応用するというのを研究としてやっております。博論では、功利主義を正当化しながら公法学の司法審査論を構築する研究を行って、そのご縁もあってこういうふうにお声掛けをいただきました。そういう経緯なので、先ほどご紹介いただいたとおり、功利主義という基本的な視座は一致しております、おそらくこの会場で見られる多くの経済学の知見を持つ方とも、かなり共通した視座を持っていると思います。

なので、今日のご講演も、「その通りだ、やっぱりいいことをおっしゃる」というところばかりだったんですけども、ただそれで終わっては面白くありません。法学界の多数派は、むしろ、「功利主義というのはちょっと怪しいぞ」、というふうに思っております、全然別の立場を取っているんですね。なので、ここでは私自身の経験も踏まえまして、草野先生に、これから法学界からどういうチャレンジがあるか、草野先生も紹介されていた有斐閣オンライン企画でいろんな実定法学者と話す中で、ここがもっと議論されるんじゃないか、明らかになっていくんじゃないか、見どころがここだということをご紹介できればと思います。

本コメントの構成ですけれども、まず、功利主義という哲学的立場と、法学界の多数派の思考がどういうふうに対比されるかを説明します。その上で、その具体化として、人権と法の支配という2つのテーマについて、どういうチャレンジがありそうかということをお知らせします。そして、チャレンジが終わったら、それこそ解剖学的で終わってしまうので、私がこのチャレンジに対して「功利主義の立場から一貫してこう答えられると思いますよ」という提案をさせていただく、という構成にしております。

1. 功利主義と義務論

まず、ちょっと大上段から入ります。功利主

義と義務論というところです。

草野先生がおっしゃったように、功利主義というのは、帰結主義、福利主義、集計主義という3つの立場に分解できます。

これに対して、多くの実定法学者は功利主義じゃなくて、「近代憲法は何よりもまず、自由の基礎法である」という芦部先生の有名な言葉を出発点としています。つまり、功利主義のように福利を重視するのではなくて、自由、自律それ自体が、ほかのもののためではなく重要なんだという、そういう考え方ですね。

これは功利主義の3つの要素と競合してしまうところがあります。まず、帰結主義は帰結だけを考慮する立場です。しかし、自由が大事だということは、結果が同じように良くても、自由な行為によってなされた方がよいねと考えることになるので、帰結以外のことも考えることになります。これは、義務論と呼ばれる立場で、帰結主義と対立しています。

次に、功利主義は、福利、あるいは厚生だけに基づいて何が良いか悪いかを決めようとしています。しかし、先ほどの立場は、「福利だけじゃなくて、自由も同じくらい大事なんですよ」、ということをおっしゃるわけですね。そのため、これはお互いに共通するものさしのない価値が複数ありますよという、価値多元論という立場にコミットすることになります。そうすると、どうやって良いか悪いかを決めるかということがなかなか難しくなってくる。福利だけで考えれば、単純化すると、福利を単純に加算していったら、合計が一番大きいのが良い選択ですということになる。これが集計主義です。しかし義務論の方は、福利だけ集計しても、「それと共通のものさしを持たない自由とかがありますよ。行為もちゃんと考慮しましょう。」とかなるので、じゃあどうやったら決定できるのかということ義務論にとって大きな課題になる。法学的な言葉で言うと、総合考慮とかそういう言葉でごまかして、良いか悪いかを判定するんですね。

私は、こういった点で義務論側にはかなり問題があると思っています。ただ直観的には、福利も大事だけど自由も大事でしょと考える方が、哲学でも実定法学でも多い。あるいは歴史的にそうだったということなので、いろいろチャレンジがあるでしょうということです。つまり、功利主義に対して、多数派が持つ根本的な疑問は、「自由も福利と同程度以上に大事なんじゃないでしょうか」、ということですね。

これから草野先生の議論、あるいは田中先生もですけども、それが広がるにつれて、この疑問が実定法学者からあらゆる形でぶつけられていくと思います。それに対してどういう答えがあるか、その中でより一貫していくのか、それとも逆に多元論の方が説得的だと考えていくのか。そこで、さらに先生の議論、あるいは一貫した体系というのが見えてくるかな、と思います。そこがこれからの見どころかなと、まず大きな枠として思っています。

その中で、それでは具体的にどういうふうにぶつけられるんでしょうかということ、草野先生ご自身が重視しておられる法の支配と人権という2つの概念について、それぞれお話をしていきたいと思います。

2. 法の支配 (とそれを支える民主主義)

(1) 法の支配とは何か

まず法の支配の話をするのですが、これは最終的に民主主義の話に落ち着きます。まず法の支配とは何かというと、これは皆さんご存知ですけども、法によって統治における恣意を排除するという理念、これを一般的に法の支配と呼びます。これにはいろんなバリエーションがあります。いわゆる立憲主義は、憲法典によって統治者の統治における権限を制約して国民の権利を守りましょう、というものです。これも法の支配ですね。それでは、草野先生において、法の支配がどういうふうの問題になるでしょうか。

(2) 草野先生における法の支配

先ほどご言及があった性同一性障害者特例法違憲決定との関係で、異社会間比較ということをおっしゃいました。これは5号要件が違憲になる社会と合憲になる社会を比べて、どちらがより福利の観点からいいと言えるかを比較する方法で5号が違憲か合憲かを決めようという考え方ですね。これは草野先生もおっしゃった通り、法学者がこれまでもやってきた比較考慮という考え方を、社会という単位で比べるという形で明晰化されたもので、実質を見るとかなり法学者の伝統的なやり方にも近いです。しかし、一見したところ法学が今までやってこなかった言葉遣いなので、法学っぽくなく見えてしまうかもしれない。そういう時に、比較考量論に対しても伝統的になされてきた批判として、「やはりここは恣意的な比較になってしまうじゃないか。単に草野先生が思いついた比較をしているだけであって、そこに何か制約があるんですか。」ということを知りたくなるんですね。法によってちゃんと恣意を排除できているのかという、疑問が出てくるかな、と思います。

これに対して草野先生は、恣意的に判断するぞということではなくて、ちゃんと法の支配を重視しておられます。恣意を防ぐ判断構造を構築されていますけれども、ちょっと今日は省略させていただきますして、法の支配に関して草野先生はこういうふうにおっしゃっているんですね。

「法の支配というのは様々な意味でも使われているけれども、私は、ローマ法以来2000年の歳月をかけて人類が積み上げてきた法律家の共有知、これを踏まえて社会的諸問題を解決するという理念をイメージするものとして使っている」と。今日の講演の冒頭で、調査官たちがちゃんと納得する意見じゃないと出す価値がないと思って取り組んでこられたということをおっしゃっています。これは法の支配の一つの具体化とも捉えられます。法律家間の共有知、調査官がそれをととても熟知しているので、その

調査官の納得を得ることによって法律家間の共有知を通じて恣意を排除する。こういう形で法の支配を実践しておられたと見るのが可能です。

ただ、これって法の支配としてOKですかというのは、もちろん確認する必要があります。法の支配の目的というのは、そもそも一つ目は、やっぱり自由ということが言われます。明確で公開された法によって人々の予見可能性を確保して、どういうふうに動いたらどうなるということがきちんと選択できるようになるという、こういう形での自由の確保です。もう一つは、もちろん福利の向上ですね。これはどちらも、別に法律による支配じゃなくても、法律家間の共有知がちゃんと公表されていれば、論文とか教科書とかいう形で公表されていれば、そして、その内容もちゃんと理屈が通ってれば、理由があるものであれば、達成できるものなんですね。なので、この具体化は法の支配としてOKというふうに私は言いたくなるんです。

けれども、多くの実定法学者は「ちょっと待って待って、これはやっぱりダメです。」と。なぜダメかという、「法律に基づいてないじゃないか」、「これは法による支配じゃない」というふうに言いたくなる人も多いかなと思います。

(3) 民主的正統性

これを言い換えますと、「草野裁判官の判断には民主的正統性が欠如しているじゃないか」ということですね。法律に基づいた判断じゃなくて、草野裁判官の意見であって、民主的正統性はない。それにもかかわらず、法律家の共有知なるものによって正当化されるからといって、国会の判断を裁判所が代替してしまう。これはやりすぎじゃないか。こういう指摘があるかな、というふうに思います。

この背景にあるのは、「人々の自律を民主主義はまず保障する。なので、その民主主義的に作られた法に従って裁判をすべきだ。」という

考え方ですね。こういう民主的正統性を重視する立場からは、司法というのはあまり出しゃばるべきではないということになる。司法というのは、今の立法とかのどこがダメか、これははっきり言うべきなんだけれども、それを越えてどういう社会にすべきか、これがいいんだみたいなことは言うべきじゃない。立法裁量に委ねるべきなんだ。こういう意見がかなり多いと思います。

これに対して、草野先生はかなり逆の立場を採っておられるようにも見える。つまり、少なくとも裁判所にとって、可能な限りで正当な解決策を提示すること、これを司法の責任として引き受けておられる。これは草野裁判官の裁判官としての一つの特徴だと思います。実際、有斐閣オンライン企画の第2回において、先ほどの異社会間比較というのをあえて行った理由として、どうすべきかということを経験所としてしっかりと示すことが責任ある態度なんだ、そうじゃないと無責任ではないかと考えた、という御発言をされています。

これ、私としてはすごくいいなと思います。しかし、先ほどの民主的正統性を重視した立場からすると「ちょっと僭越だぞ」という批判がありうる。「司法立国」という今日の講演のタイトルに関わるところで、どこまで立国しているのかということですね。

(4) 草野意見における立法裁量

ただ草野先生も、立法府は気にしません、ということではないですね。先ほど、立法裁量の問題だと一言申し上げましたけれども、草野先生も立法裁量を重視しておられるところがあります。

その代表は、夫婦同氏制合憲決定の反対意見です。ここで何をおっしゃっているかということ、福利というのは、比較できればもちろんすればいいんだけれども、互いに比較が難しいものがある。そういうものについては国会の判断を尊重しよう、そこを立法裁量として尊重しよう、

ということをおっしゃっておられます。つまり、福利の比較衡量の不確実性に対する対応策としての立法裁量ということですね。

ただ、ここもやっぱり疑問を提出することができて、ここでなんで立法府裁量を認めるべきなんですか、というものです。立法府ってここでどういう役割を担っているんですか、ということですね。この不確実性を、司法がいろいろな専門家の意見を聞いて解きほぐして判断を代替するというのも、方法としてはあり得るわけですね。それなのに、草野先生は立法府を尊重する。これに対する回答はどういうものになるのでしょうか。これはまだ草野先生が明らかにされていない部分だと思います。

【功利主義に整合的な答えの候補】

これについて、私なりに功利主義に整合的な答えを与えるとするならば、これは単に「国会が先に判断しているから」という理由に尽きると考えています。つまり、裁判所は、いろいろ頑張って専門家の知見を取り入れても、国会も同じことをしてきたわけで、国会以上に裁判所がすごく高い能力を持つということはちょっと考えにくいだろう、ともいえる。そうした時に、国会よりも裁判所がいい判断ができないのであれば、国会の判断に委ねておいた方が無駄が省ける。わざわざ変えるコストを負う必要はないよね。そういう理由が一つ、立法裁量の尊重として挙げられるかなと思います。

ただ、こう考えるとですね、普通の法学者が思うよりもずっと、立法の役割ってというのが、なんていうか、貶められるっていう言い方を多分する人もいます（笑）。立法府ってというのはもっと偉いんだ、民主主義なんだ、国権の最高機関なんだって言いたくなるかもしれない。これに対しても答える必要があります。

私の考えというのは、民主主義とか国会ってそんな偉いものではなくて、単に、統治者を人々全体に配慮するように仕向けるアーキテクチャ、システムに過ぎないんだということです。

民主主義で自律が確保されるからそれがまず大事なんだとか、そういうことではないということです。そういうふうな位置づけを理論的に与えると一貫はできます。が、草野先生は本当にそこまで行かれるのでしょうか、どういうふうにお考えなのでしょう。という点に対して、本日お答えになっていただければ嬉しいです。今後の座談会でも見どころなのかなと思います。

これが一つ目の疑問です。

3. 人権

(1) 人権とは何か

もう一つ、人権についてもお話をしていきたいと思います。最初に、「人権といえば自由」というレジュメ作成時のメモが残っちゃってるんですけども、確かに、人権と言えば自由という感じがすごくするわけですね。これもまた、芦部先生がそういうことをおっしゃっています。基本的人権ってのは何ですか。それは、自律的な個人が社会を構成していく、その自由と生存を確保し、その尊厳を維持するために必要なものを保障する、そのための権利を実定的な法的権利と確認した。これが基本的人権なんです、と説明されるわけですね。

つまり、人権は少なくとも差し当たり、功利主義によって説明や正当化されるものではなくて、自律とか尊厳とかから正当化されるものだったと考えられています。そうすると、功利主義にとって人権をどう説明するかというのはやっぱり大きな問題になります。

(2) 草野意見における人権

そこで、草野先生が人権をどういうふうに扱っておられるかということを見ていきましょう。また夫婦同氏制合憲決定です。これに草野先生の方法論が非常に明確に出ています。これも講演で言及がありましたけれども、「選択的夫婦別氏制の導入によって向上する福利が、同制度の導入によって減少する福利よりもはるか

に大きいことが明確であり、かつ、減少するいかなる副利も人権またはこれに準ずる利益と言えないとすれば、当該制度を導入しないことは個人の尊厳をないがしろにする所為になる」というふうにご指摘をしておられるわけですね。

つまり、比較衡量の結果、明確にこっちがいいということが分かっているのに、それを無視してしまえばその利益を持っている個々人等を無視することになって、これは個人の尊厳に反する。ただ、そこで減少する利益が人権と言える場合には、これはまた再考の余地が大いにありますよ。こういう方針を取っているわけですね。つまり、人権というのは単なる福利とか利益よりも非常に重要なものなんだというふうな位置づけを与えておられる。

さらに、有斐閣 Online の第2回企画でも、そのことはまた言及されておられます。人権思想のコアってというのは何ですか。他の全ての人の福利の合計がどんなに大きくとも、そのこと自体を根拠として特定の人の人権を侵害することは許されない。これが人権思想のコアだというふうにおっしゃる。これは明確に功利主義に矛盾する——少なくとも一見したところは矛盾するように見えるわけですね。その具体的な表れとして、先ほど講演でもおっしゃった外的選好について、これを福利計算の中から除去しようとおっしゃっておられます。

さて、福利しか価値が実はないんだよ、自由はそれと別の価値ではなくて、価値だとしても福利を最大化する道具にすぎないんだよ、これが福利主義や功利主義と整合的な立場です。しかし、人権というのがやっぱりそれに反しているように見える。これをどういうふうに正当化、説明されますかというのが、草野先生に今日投げかけたい2つ目のご質問ということになります。

(3) 功利主義の人権論 (の一例)

ア ベースとしての長谷部説

これに対して、憲法学者の私が非常に影響を受けている長谷部恭男先生の議論が、実はこの点について、かなり草野先生の見解と整合的な一つの一貫した正当化、説明を与えるんじゃないかと思っているので、それをご紹介させていただきます。

長谷部先生における権利というのは、普通にも思ふような権利、「私もあなたも人権を持っている。だから、政府に抗える。」みたいな、そういう描像じゃないんですね。逆で、国家っていうのは、どういうことをするとき正当に活動できるでしょうねっていう、そういう問いかけから始まります。そこから考えたときに、表現の自由とか経済的自由とか、何とかな自由は、2つの機能を持ってるんだっていう。そういう議論をしていくんですね。

もうちょっと詳しく説明します。まず、国は何のために存在しているのか。これは公益の実現であると。そしてその公益とは何かといえば、長谷部先生も、功利主義を出発点とする、と明示的におっしゃっています。なので、公益を実現しない行為を国家はしてはならないということが、そもそも国家の目的から導かれるわけですね。国家の目的から来る内在的制約として、公益を実現しない行為を国はやってはいけないということです。

そうすると、国が我々の自由に対して制約を加えてきたときに、その制約というのが本当に公益を実現するのであれば、これはもう全然OKであるということが基本になるわけですね。

だけど、本当にその制約が公益を実現するかどうかということを我々は確認していく必要があります。なので、それを違憲審査という形で可能にする。これが権利の一つの機能、しかも8割とか9割とかを占める機能です。長谷部先生はこれを「公益に基づく権利」と呼んでおられます。なので、この時の訴訟、違憲審査とい

うのは、一見したところ、私の権利が侵害されて、人権が侵害されて、自由が侵害されてという主張をして、私の救済のためという形を取るんですけども、その実は、公益をこの国家行為が実現できているかを問うものです。そのため、本人以上に、あらゆる国家の人のためにやる訴訟だということに位置づけが変わってきます。

ただ、長谷部先生はそれでは終わらないんですね。だとしても、公益を実現するとしてもなお国家がやってはいけないことがある。国家の目的に対する外在的制約があるんだというわけですね。長谷部先生は、そのような権利の機能を「切り札としての人権」と呼びます。文字通り切り札であるところの人権です。

そういうものが存在するとすればそれは何でしょうか。「切り札として機能することを認められる権利であるためには、いかなる個人であっても、もしその人が自律的に生きようとするのであれば、多数者の意思に抗してでも保障してほしいと思うであろうような、そうした権利でなければならない。」。そのような権利がもしあるとすれば、個人の人格の根源的な平等性、これが権利の核心なんだと。

では、それが害されるときはどのようなときですか、人格の平等性が保たないとき、それはどのようなときですか。「他人の権利や利益を損なっているから」といった結果に着目した理由に基づいて、ある人の考え方とかが制約されることがありうる。これは公益の実現という方向に向かっているものなので、その人格的な平等というそのものを否定することではない。しかし、その人の選択した生き方や考え方、それが根本的に誤っているぞということを理由として自由や権利を制約するときは、国家は、その人を、人格的に我々と平等で、ちゃんと自分で自分のことを選べる主体として扱ってない。その人の生き方や考え方を私があなたに押し付けちゃうぞっていうことになる。その人は生き方を押し付けられていい存在なんだ、自分の生き方を決

められない存在として扱っていいんだ、というふうに国家が主張していることになるわけですね。これは人格の根源的な平等に対する侵害であって、これが公益を実現するとしても、直ちに違憲になるべきだということですね。これを「切り札としての人権」と呼びます。

この思想は、——政治哲学において通説と呼ばれるものってほぼないんですね。言えるとするば唯一これだろうという——リベラリズムですね。誰もが異なる価値観を持った社会で一緒に生きていくために、みんな自分らしく生きていくために必要な制約を最低限受けましょうという考え方ですけれども、この考え方の一つの現れがこの「切り札としての人権」ということになります。こういうふうに申し上げると、長谷部先生のこの議論というのは草野先生がおっしゃっていた、基本は福利最大化でいくんだけど、それを人権が制約するという構造と非常にマッチしているわけですね。

ただ、それではどういうふうに「切り札としての人権」を正当化するかという問題が、ここで改めて上がってくるわけですね。ここで、長谷部先生は価値多元論の方に走っていかれるわけですけども、私の見解では、そっちに走っていくともう最終的に正当化できないというふうに考えています。

イ 功利主義による「切り札としての人権」の再解釈

これに対して私は、功利主義で一貫する解釈を、この長谷部先生の提示したこの権利の2つの機能、特に「切り札としての人権」に対して与えられるんじゃないかと思っています。一つは、いかなる個人であっても自律的に生きようとするのであればこうした権利を保障してほしいと欲求するわけなので、それを保障することはみんなの福利に、多くの人の福利にかなうだろうものです。そういうシンプルな理由が一つ。もう一つは、もうちょっとひねった理由です。自分がどういう生き方とか考え方を選択したら

自分がより幸せになれるか、ということについて、国家が私よりも優れていることはあり得ない。これは、概念的にないというよりも、少なくとも経験的、技術的に今ないんだらうということですね。私は何がしたいかを具体的なレベルだと間違うことがありますけれども、人として何がしたいか、憲法学者としていろんな学問を追求するのか、料理人としておいしいご飯を届けたいか、そういうレベルでは、国家が自分よりも自分にとって何がいいかを判断できるということは、いまはおよそ想定できません。そのため、このレベルの判断には国家は絶対に介入させないほうが、みんなが幸せに生きられるよ、ということで、これについては「切り札としての人権」侵害として、直ちに違憲にするというふうな考え方になるべき。そうして再解釈すれば、功利主義で一貫できますということですね。

ただ、この考え方はやっぱりラディカルです。権利とか人権を、徹底して、国家が不当な作為・不作為をしないようにするものとしてしか見ないものです。個人の中に内在しているなんかすごいパワー、力みたいな権利とはもう全然違うんだという話をすることになるわけですね。これは多くの人の考え方にやはり反するところなので、草野先生もこういう方向に行かれるのか、それともやはり多元主義的な考え方の方が説得力あると考えるのか、この辺りも今後の見どころかなと思います。ということで、私のコメントは以上になります。

田中 小川先生、どうもありがとうございました。それでは今の小川先生のコメントして、草野先生からリプライをお願いします。

草野 知的エネルギーに満ちたご意見をお聞かせいただき大変ありがとうございます。小川先生のご質問にお答えすべく、思考のギアを二段ほど上げてお話しいたします(笑)。ご質問は基本的に2つですよ。1つ目は、私が民主主義

の敵と言われなかったためにはどうしたらいいのか(笑)。真面目に言うと、福利の最大化を実現する機関としてはあまり信頼できそうもない国会に立法裁量をなぜ私が認めるのか、ですね。もう1つは、福利一元主義的な発言を私も平素からしているわけですが、そのことと、他方において私が人権という観念を重視していることはどういうふうに絡んでくるのか、ですね。どちらもすごく答えがいのある質問ですので、聞いていただきましたことをたいへん嬉しく思います。

最初に、高名な裁判官兼法学者であるポズナーが面白いことを言っているのので、これをご紹介しますと思います。ポズナーによれば、福利の最大化の実現を託す機関としては、立法府よりも司法府の方が向いているというのです。立法府は、彼の言葉で言うと、レントシーキング、日本風に言えば、権益の再配分こそを本領とすべき機関であり、例えば、税制度や社会保障制度の改廃は国会にしかなしえない事項であるというのがポズナーの意見です。私もこの意見には基本的に賛成でして、福利の最大化は、党利党略や圧力団体からのプレッシャーに巻き込まれることなく、精緻で柔軟な思考力と法律家間の共有知を整序する能力のみをよすがとして職務を行う裁判官にこそ相応しい指導理念であると思います。

しかしながら、福利の最大化に関しても、国会の判断を尊重した方がいい場合があります。それは、小川先生がおっしゃったように時間的に国会が先行して判断しているということもあるのですが、ほかにも、いくつかの理由から、立法の福利計算の判断を司法が尊重すべき理由があると思うのです。

第一に、これは論理的ではなく歴史的な理由なんです。歴史上、二度にわたり、司法は大きな間違いを犯したと言われていました。法の支配という理念に照らして考えれば、決して誤っていたとは思いませんが、歴史を後知恵で眺める限り、間違っていたといわれても仕方がない

ような判決を下した事実があります。新しい方の話からいたしますと、ニューディール政策の実施時に、アメリカの司法は、フランクリン・ルーズベルトが出した諸政策を憲法違反だとしました。連邦憲法の解釈として別におかしな判決であったとは思いますが、歴史を俯瞰して言えば、社会の発展に逆行する判決であったと言わざるを得ません。それから、フランス革命が起きる直前にルイ 16 世が貴族に税金を課そうとしました。ところが、パリの最高法院がそれは国王の権限を越えていると言ったので、結局、三部会が招集されることとなり、それがトリガーとなって大革命が勃発し、多くの貴重な人命が失われました。そこで、フランスの思想界では、今でも、司法が貴族階級の牙城となったことが暴力革命をもたらしたという見解が濃厚です。このような歴史的事実を踏まえますと、法律家として色々言い訳したい気持ちはあるものの、「所詮、裁判官に社会の大局的な流れを洞察する能力を期待してはいけない」と言われても、反論しがたい気がいたします。

第二に、福利計算において司法が立法よりも優れているとは言えない技術的な理由が存在します。司法が責任を以て福利計算を行うためにはミクロ経済学を基礎づける論理構造を踏まえてこれを行わなければならないというのが私の考えなのですが、この論理構造の中には時間という観念が入っていません。ミクロ経済学においては、将来のあらゆる事象はすべて、現在存在する財の市場価値に反映されているという前提の下で福利計算が行われるのです。明晰な思考を働かせるためには物事をシンプルに考えることが重要であり、上記のミクロ経済学の考え方はこの目的に適った目的合理的なものだと思いますが、現実には、例えば将来の国民と現在の国民との間の利益配分をどうするかという問題などがあって、このような問題にミクロ経済学のツールだけで対処するのは困難です。マクロ経済学がもっとしっかりした学問になれば、それを法と経済学の分析ツールの中に取

り込めるのですが、現在のマクロ経済学のレベルではとてもそうはいきません。例えば、財政規律を緩めていいのか、いけないのかという問題については経済学者の間でも意見の一致はないのであって、だとすれば、この問題について、裁判官が責任のある判断を下すことはできないと思います。しかしながら、この問題は世代間を跨いだ福利の最大化という観点から言えば死活的に重要な問題ですから、誰かが責任を持って判断を下さなければならない。それができるのは、直接選挙によって選ばれている国会議員をおいて他にはいないと思います。

第三に、司法においては——これは、第 6 回の有斐閣 Online 座談会で取り扱うテーマでもあるのですが——原則として二人の当事者が提出する証拠のみによって事実認定がなされます。しかしながら、複雑な社会問題（その典型は、ダムや発電所の建設問題です）においては、多くの当事者の利害が複雑かつ深刻に対立しています。そのような事案に関しては、より多くの情報を様々な方法を用いて取得できる立法府や行政府の方が、社会全体の福利の最大化を見極める能力は高いと思います。

第四に、これは本日すでに申し上げたことの繰り返しになりますが、司法が福利の最大化を正確に判断するためには、裁判官にそれを行う能力が備わってなくてはなりません。もう少し具体的に言いますと、ミクロ経済学や計量経済学を支える数学的論理構造と分析哲学の洗礼を経た現代倫理学についての基礎知識がなければ、福利の最大化を検証可能性や反証可能性のある言説を以て語ることはできません。しかるところ、現在の法学教育や司法試験で問われている知識のレベルを考えると、福利計算を行い得る能力という点において、平均的な裁判官が平均的な国会議員よりも優越していると考えるのは、いささかおこがましいと言わざるを得ないと思います。

このように論を進めていくと、これまでの多くの裁判官がそうしてきたように、立法裁量の

余地を大幅に認めて、司法府は、伝統的な法解釈論の世界の中に逼塞している方が無難だという考え方にも一理あるように聞こえるかもしれませんが。しかしながら、私は、それでもなお、ポズナーの主張には看過することのできない真理が含まれていると思います。その理由はいくつかありますが、例えば、選択的夫婦別氏制の導入問題を考えてもらうとわかりやすいのではないのでしょうか。思うに、選択的夫婦別氏制を導入した方が国民の福利の総和が増大することは、大多数の国会議員も理性的にはよくわかっていているように思えます。それにもかかわらず、ルサンチマンに満ちた——自分とは異なるライフスタイルの下で幸せを享受する人を憎む人間の心性のことを、ニーチェに倣い、私はそう呼んでいるのですが——岩盤保守層の不興を買うことを恐れてそれを実現させることができない。これは、現代民主主義が生み出しがちな病理現象の一つであると私は考えておりますが、いずれにしても、この問題に関して、国会が合理的思考力を取り戻すことは、政界地図が大幅に塗り替えられない限り困難なのではないのでしょうか。だとすれば、ここはやはり、司法の力に頼るしかない。ですから、ある程度の立法裁量は認めるにしても、立法不作為が明らかに福利の最大化に反している場合には、それを違憲違法と断じる権能を司法に与えることが必要だと考える次第です。

もう一つのお尋ねに移ります。

私も、心情的には、福利一元論にコミットできたら気持ちがすっきりするだろうと思うのですが、私の場合は、福利に対するコミットの前段階の価値判断としてプラグマティズムへのコミットがあり、さらに分析的思考を正しく行うためには、数学や経済学に頼るしかないという信念を捨て去ることができません。そして、この立場に依拠する限り、福利は、序数性はあっても基数性はない概念だと考えざるを得ない。恐らく法哲学者の方は、価値と言う以上は、当然に比較可能なはずなんだ、commensurability

があるに決まっているじゃないか、とそういうふうを考えるのかもしれませんが、プラグマティストである私に言わせてもらうならば、共通する尺度を示し得ないにもかかわらず、比較可能なはずだと言ひ募って、それを前提に議論を積み重ねていこうとする思考態度は健全でない、というと言ひすぎかもしれませんが——そういう過度に思弁的な議論は学者同士のペダンティックな会話として楽しむ限りにおいては何の問題もありませんし、私もそういう会話は決して嫌いではないのですが——少なくとも、現実の司法を構成している言語空間の中に取り込むにはいささか無理があると思うのです。だとすれば、本来基数性のない福利概念に対してウェイト付けを与えて全体を計算可能なものにする原理が必要であり、そのような原理の中で最も有用なものこそが人権思想なのではないのでしょうか。

もう少し具体的にお話ししますと、まず、絶対的な価値を与えるべき福利がトランプ（切り札）としての人権であって、この場合にはその福利に決定的な値のウェイト付けをなし得るがゆえに、他の福利と比較することなく、その福利は保護されるべきこととなります。次に、トランプとしての人権とまでは言えないまでも、一般の福利よりは重視されるべき福利——例えば、プライバシーや名誉がこれに当たると思うのですが——についても相対的に大きなウェイト付けがなされるべきでしょう。さらに、負の外的選好、つまり、他者の福利を傷つけることに快樂を見出すような福利の場合は、人権思想によってその価値を排除あるいはディスカウントすることが正当化できます。これを要するに、福利に関する言明はあくまでもファクチャルな、記述的なものとしてとらえる一方で、それを規範的な言明に格上げすることによって、ウェイト付けの可能な、別の言い方をすれば、集計可能な概念を作り出すものが人権思想である、というのが、現時点における私の思考の整理方法です。

以上の考え方は、小川先生のターミノロジーのもとでは、価値二元論という範疇に入ることになるのかもしれませんが。だとすると、哲学者は、「その二元論を正当化するメタ倫理は何なのか」という問題提起をしてくるのでしょうか、先ほども示唆いたしましたように、私個人はそのような哲学的思惟に耽ることが決して嫌いではありません。そこで、この二元論を正当化する哲学的根拠を考えると、それは、ある種の社会契約論に落ち着くように思えます。つまり、「人類は社会の福利を最大化するために国家の設立契約を結んだ」と考えることは、ホッブスからロールズに至る西洋哲学の伝統になじんだ方法論的思考法であり、完備契約の存在を想定して契約の合理的解釈を行うという法と経済学の思考法とも整合的です。しかるところ、合理的な個人が福利の最大化をもって国家の存在意義と考えるであろうことは疑い難いように思えますが、そうは言っても、全てを国家に委ねることには同意しないでしょう。なぜならば、自分にとっては掛け替えのない人生を構想・実現するために不可欠なリソースを奪われては困るからでして、そのことが、契約の但し書きになると考えるべきではないでしょうか。この但し書きにあたるものが「切り札としての人權」であると捉えれば、上記の二元論は統一的に説明できるように思えます。

ちなみに、今の話からも明らかなおと、私の言っている功利主義ないし福利最大化原理とは、常に国家の統治行為に関する指導理念としての功利主義であって、私個人は、功利主義という行動原理に拘束される気持ちはさらさらありません。私個人は、利他主義的に行動することもないわけではありませんが、より多くの場合には快樂至上主義的に生きてきたと思いますし、人生の大事な岐路においては、天命尊重主義的な考え方に則って行動してきました。私はこれからもそのようにして生きていくつもりですし、そもそも、人生の行動原理を統一することに積極的な意義があるとも思えません。です

から、本日お話ししましたことは、あくまでも、国家の統治行為に関する話としてお聞き願いたいと思います。

話が少し脱線してしまいましたが、先ほど小川先生がご指摘された「自由は福利とは異なる価値か否か」という論点は、私にとっては非常に新鮮な切り口のお話であって、感銘を受けました。確かに言われてみればその通りでして、自由には価値があると思うものの、それは自由が福利の実現手段として重要だからだと思えます。経済学的に言うと、行動の選択肢が多くあれば、そこにオプションバリューが生じます。つまり、とりあえず A という選択肢を取りたいけれども、将来 B という選択肢に変えるオプションを持つことには明らかに価値がある。それがまさに自由であって、ですから、自由が体现している価値は、あくまでも福利を実現する手段としての価値、小川先生の言葉でいえば「道具的価値」であると思います。なお、誤解のないように付言いたしますが、いかなる福利にどれほどの価値を与えるかは福利を享受するものの主観的判断に任せるとというのが福利最大化原理の前提ですから、このことを以て「自由の尊重」というのであれば、自由は福利最大化原理にビルトインされた観念であるということもできるでしょう。

憲法学上の重要概念のうちで福利最大化原理との関係で取り扱いが難しいのは、「自由」よりもむしろ「平等」の方だと思えます。もちろん、福利最大化原理は国民一人一人を平等にカウントして福利計算を行うことを要求するものですから、その意味において、平等もまた福利最大化原理にビルトインされた観念であるということでは可能です。さらに言えば、この講演の直前に小川先生から「サフィシャタリアニズム (sufficientarianism)」という概念をお聞きしたのですか、人が有意義な人生を生きるために必要とする最低限のリソースは確保されるべきであるという考え方（これが、サフィ

シャンタリアニズムであるというのが私の理解です)を基礎とする 平等性の要求もよく理解できます。しかしながら、「足らざるを憂うのではなく、均しからざるを憂うのだ」という考え方は、結局のところ、負の外的選好そのものであって、そのような発想を根拠とする平等論を福利最大化原理と調和的に理解することは困難であるように思えます。両者を調和させ得ると思える唯一の論法は、金銭がもたらす追加的効用は逡減するという一般法則を肯定したうえで、「富の平準化は福利の最大化をもたらす」と立論することだと思いますが、この問題は、労働意欲の保全や財産権の保障と絡めて論じられるべき難問です。

ということで、一応の回答になりましたでしょうか (笑)

田中 どうもありがとうございます。もし一言あれば。

小川 はい、ありがとうございます。お考えが非常によく理解できました。そして、私の目線から見て、十分に根拠のある、なるほど!という議論だと思いました。私の哲学の理解が今日お示ししたことが雑ぱくだったところもある中で、ああ、もっとこういう風な議論の整理の仕方もあるから、それが草野先生にフィットするんじゃないかとか、いろいろまたアイデアが湧いてきました。

草野 それは、是非お聞かせ願いたいです(笑)。

小川 そういう話を今後させていただければと思います。よろしく願います。

田中 それでは残り10分強ありますので、本日フロアで参加されている方のご質問ご意見をお受けしたいと思います。初めにご所属とお名前を名乗ってからご質問いただければと思いま

す。いかがでしょうか。オンラインの方も「手を挙げる」機能を使っていただきたいです。はい、どうぞ。

家田崇 (南山大学) 南山大学の家田と申します。草野先生の最後のご提案ですね。経済学を裁判官とか法曹の教育の中に入れるべきだということ。特効薬としては、例えば予備試験の選択科目、それから司法試験の科目に法と経済学を入れるというのも選択肢ではあると思うんですが、多分その時には、実定法にあらざれば司法試験の科目にはならずという壁があると思います。あともう1個は教養科目ですね。予備試験の教養科目の中で、例えば法と経済学の問題をちょっと多めに出してですね。これで法と経済学を勉強しろという、そういうようなメッセージを出すということもあるかもしれません。この場合はまた、特定分野に傾倒しすぎという批判があるかと思うんですが。これらの壁というのか、もし突破するとしたらどういうところが可能性があるか、またそれはやっぱり望ましくないと考えるかを教えていただければ、と思います。

草野 ありがとうございます。ただ今のご質問は、有斐閣 Online 企画第1回の田中先生と私の対談の時の発言を踏まえてのものですね。

家田 はい。

草野 あの時は、「いやしくも法曹たらんとする者は、線形代数と解析は理解していなければならぬ」などといささか過激なことを言ってしまいました。しかし、青雲の志にあふれた法律家志望者は司法試験に早く受かることだけを目的に勉強する傾向がありますので、司法試験の受験科目に入れない限り、法の数理分析の技法を勉強することは稀であろう、大手法律事務所に入った人は、事務所に入ってから勉強する機会があるかもしれないけど、裁判官になった

人は 永遠に勉強する機会がなく、そういう知識がないまま裁判官のキャリアを進めてしまうと将来困ったことになるのではないかという懸念は今でも強く持っております。

とは言え、日本の司法試験を運営している方たちの顔ぶれを考えますと、法の数理分析の技法が試験科目に加わることは 百年河清を俟つが如きことであるようにも思えます。それよりは、本日ご提案いたしましたように、法と経済学会がインプレッシブな検定試験制度を作ることの方がはるかに現実的であって、その検定試験に通ることが 若き法律家にとってステータスになるのであれば、みんな勉強してくれるかもしれません。この道を追求していくことが一番目的合理的なのではないかと今は考えております。

田中 他にご質問はありませんでしょうか。はい、どうぞ。

中島嘉紀 (ウェスタン大学) ウェスタン大学の中島と申します。草野先生への質問です。今日は福利最大化原理がキーワードとして出ましたけれども、個人の当事者が複数いる中での個人間での福利の比較というのは、どのように考えていらっしゃるのかな、と思ってお聞きします。今日は序数性とか基数性、それとコメンシュアビリティの話が出ましたけれども、もう少し詳しく、個人間での福利の比較についてどのようにお考えかお聞かせください。

草野 このご質問に瞬時に答えるのは至難の業でして、法哲学者と法と経済学者ではかなり意見が分かれるところであり、私と田中先生も微妙なところで意見が違いかもしれません。私の場合は、「最後に信じ得るものは数学だけである」、プラトンの言え、*「数学だけがエピステーメー (真知) で、あとはすべてドクサ (臆見) にすぎない」*という考え方を 10 代のころから今日まで捨て去ることができません。しか

しながら、数学だけで社会問題を解決することはもちろんできませんので、これに三つの知見を追加して思索を重ねることにしています。三つの知見とは、経済学と分析哲学と法律家間の共有知です。最初の二つは数学と極めて親和性が高いがゆえに信頼感を抱けますし、ローマ法以来人類が 2000 年の歳月をかけて積み上げてきた法律家間の共有知が豊かで平和な社会の形成に有用なものであることは歴史が証明していると思うからです。以上のことを前提として、ただ今の質問にお答えいたしますと、他人間の福利の比較は、比較の対象となる 2 人の人間がともに需要する財 (以下、これをニューメレール (Numeraire) 財といいます。通常は貨幣がこれに当たります) があって、その財と問題となる福利を変数とする効用関数が準線形の形をとる場合でなければ——貨幣をニューメレール財とする場合でいえば、福利の需要者が、どんなにお金持ちでもどんなに貧乏でも、その福利に対する需要と代替し得る貨幣の額が均しいと言える場合でなければ——福利は純粋な意味での基数性を獲得することはできません (ただし、その福利が市場で調達可能な財である場合には、近似的に、市場価格を単位として福利の大きさを評価できます)。

この点に関して、法哲学者の方は、ニューメレール財なんか持ち出さなくても、対象となる事物が価値と呼べるものである以上は当然に比較可能であると考えようとして、小川先生のご著書を読むと、福利の最大化は、対立する当事者に「必要に応じて」福利を分配すれば達成できるというようなご趣旨の記載に遭遇いたします。これを読んだ時、私は非常に驚きまして、以来、「レーニンを彷彿とさせるが如きこのご発言の背後にはまだ私の知らない未知の哲学があるに違いない。いつの日か、その点についてじっくりとお話をお聞かせいただこう」と思っておるのですが、それをまだ聞いていない現時点においては、数学ないし分析哲学の批判に耐え得る福利の他人間比較の手法は非常に限られ

ているという立場を離れることができません。

そこで、ではどうすればいいのかと言えば、ここで頼れるものが先ほど述べた三つ目の知見、すなわち、法律家間の共有知でありまして、私といたしましては、これを頼りにして福利の他人間比較を行っていかうと考える次第です。

中島 例えば今日の文脈でいうとトランプとしての人權。

草野 まさにそうです。トランプとしての人權もそうですし、さっきお話した負の外的選好やプライバシーに関するウエイト付け、あるいは、判例法上使い慣らされている違憲判断についての判断枠組みの利用、そのようなものを巧みに使いこなすことこそが法律家の叡智の見せ所であると考えています。

あと、これはこの機会に是非強調しておきたいのですが、先ほどから話しているようなテーマは抽象的に話をすると分かりづらいし、「正解」も見出しづらいのですが、個別具体的な案件に即して考えていけば、「絶対こっちの考えの方が優れている」という判断に行き着くことが多いと思います。こう言っでは研究者の皆様は失礼かもしれませんが、一般的に言って、研究者よりも裁判官の方が優れているのは、まさにこの点、すなわち、個別具体的な事案が生み出している諸現象を補助線のように使って問題を解いていく能力なのです。ちょっと余談になりますが、私は、他国に存在する憲法裁判所というものの有用性にいささか懐疑的でした、やっぱり、個別具体的な事件を通して考えないと確信を持って憲法適合性の判断を下すことは難しいと思います（最高裁が判断を下す頻度が少ないことが問題なのであれば、下級審が先例のない憲法問題に遭遇した場合には、当該憲法問題について最高裁に回付することを義務付ければよいと思います）。話が脱線してしまいましたが、どんな問題につきましても、具体的な事件を通じて議論するという習慣を持っていた

だきたいと、特に法と経済学という学問は気をつけないと抽象的な議論に陥りがちですので、そうお願い申し上げます。

中島 ありがとうございました。

村上 金沢大学の村上慎司です。小川先生にお尋ねしたいんですけども、選択の自由それ自体に価値があると思うんですね。それは功利主義では捉えられないんじゃないかと個人的に思うんですが、この点についてお聞かせください。

小川 ご質問ありがとうございます。私の立場なんですけれども、レーニン主義ではなくてですね（笑）、草野先生の立場と結構似ているところもかなりあると思います。私の主張していることは、理論的には、全ての価値というのは快樂で一元的に通約できるという立場ですね。なので、自由もそれ自体に価値があるというのは直観ではそう思われるかもしれないけれども、実は自由によって自分の快樂を追求しているというに過ぎない。それを気づかずに、愛も友情もすべて快樂のためであってそれ自体としては価値がないけれども、それに気づかずにみんなやっているんだ、という立場ですね。こういうふうにすると愛も友情も大事ではないかのように言っているものと思われるかもしれないですけども、それは違います。愛と友情とかは我々の快樂、気持ちよいことなのでとても大事である、という話になります。

その中でも自由は特に重要なんだろうな、というのは実は私も考えています。特に、裁判所の判断においては自由をこういうふうに重視すべきなんだということを思っています。つまり、裁判所は、権利に応じて重要かそうじゃないかということを分けなければいけません。重要な権利であればあるほど裁判所は厳格に審査すべきである、ということです。こういうレベルの権利の重要性を測るときに、必要度基準という

のを提唱しています。これは何かというと、その権利が一般的に言って人々の目的追求にとって必要となる程度の大きさに応じて権利の重要度は変わるんだ、ということです。例えば、右腕をなくすかなくさないかの自由っていうのは、これはどんな目的追求にもとても大事なもののなので、めちゃくちゃ重要な必要度の高い権利である。これに対して、いま私の手元にあるペットボトルの水を取られるか取られないかっていうのは、それだけでは私の目的追求にはほとんど影響しないし、他の人には全然影響しない。そのため、そういうふう特定された権利は、ほぼ重要じゃない権利だろうということですね。こういうふうな判断規則を使って司法が判断することが、結果として福利の最大化に資するだろう、その結果として、我々の判断の次元ではこういうふう自由を大事にしていくことになるだろう、と考えています。そういう形で、我々の自由に対する愛着とか本質的に大事だという気持ちを説明できるんじゃないかと考えております。

草野 私からもいいですか。今のご質問の趣旨は小川先生の問題意識とは少しニュアンスが違っているかもしれません。多分、質問者の方がおっしゃりたいことは、実存主義的決断の重要性ということではないでしょうか。つまり、福利最大化原理の前提には完備性と推移性という公理がありまして、人は自分の選択肢の中でその好ましさを常に一義的に特定できるというのが完備性の公理。そして、好ましさを順序に矛盾が生じることはない（例えば、AよりBがよくてBよりCがよいと言っておきながらCよりAがよいという事態は起きない）というのが推移性の公理であり、この2つの公理を前提として福利最大化原理は成り立っています。しかしながら、実際の人間の判断能力に完備性が備わっているとは言い難く、むしろどうしていいかわからないという状況の中で人生を賭して行う選択、哲学的に言えば、まさに実

存主義的な決断、そういうものを下すことによって、はじめて、人間は自分が何者であるかを知るという考え方は、すごく魅力的ですし、私自身も基本的にそう考えて、これまでの人生を生きてきたつもりです。このような考え方に立った場合、選択の自由があることはそれ自体とても重要なことであり、自分個人の行動原理として功利主義的な考え方をする必要は全くないと思います。しかしながら、国家の統治行為を考えると、そんな難しいことを考えていたら立法も司法も成り立ち難いのであって、その場合には、完備性や推移性を仮定した上で福利最大限原理を基本的な指導理念とすることが目的合理的なのではないでしょうか。

田中 申し訳ございません、まだ手が上がっていましたが時間もお時間になりました。

これまでの質問についても、さまざま、フロアの方々の間でも意見が違っていたかもしれませんが、それぞれについてご自身で考えることで、さらに法学や経済学の思索が深まると考えております。ちなみに私は、選択肢が広いことに価値があるのは、人間がそこから快感を感じるからだと考えております。そういう考え方もあるということでご紹介させていただきました。

それでは草野耕一先生最高裁判事退官記念特別講演を以上として終わらせていただきます。皆様、どうもありがとうございました。

(了)

◆法と経済学会 2025 年度全国大会◆

□特別企画

『研究者出身最高裁判事の意義— 宇賀克也前最高裁判事意見がもたらしたもの』

2025 年 11 月 7 日 15 時 10 分～17 時 40 分 於 南山大学

(1) 講演

「最高裁判事の経験を振り返って想うこと——審理事件を踏まえて」

宇賀 克也（東京大学名誉教授、前最高裁判所判事）

(2) パネルディスカッション

「研究者出身最高裁判事の意義—宇賀克也前最高裁判事意見を踏まえて」

(パネリスト)

宇賀 克也（東京大学名誉教授、前最高裁判所判事）

太田 勝造（明治大学）

清水 剛（東京大学）

福井 秀夫（都市開発研究所）

福井 ただいまから、シンポジウム「研究者出身最高裁判事の意義——宇賀克也前最高裁判事意見がもたらしたもの」を行います。まず、宇賀さんからご講演をよろしくお願いいたします。

(1) 講演

宇賀 宇賀でございます。今日は、法と経済学会で講演の機会を与えていただきまして、ありがとうございます。最高裁で私が審理した事件は、5月31日までの時点で、特別抗告・許可抗告を含めると、約1万5千件のようです。その中で、ごく一部ですが、特にこの学会の皆さんに関心を持っていただけるようなものを選んで、お話をしたいと思っております。

◎仮の差止め：タクシー事業運賃変更命令（最
決令和7・2・26）

はじめに、仮の差止めが問題になったタクシー事業運賃変更命令のお話をさせていただきます。特定地域及び準特定地域における一般常用旅客自動車運送事業の適正化及び活性化に関する特別措置法、いわゆる特措法とされている法律に基づいて準特定地域として指定されている区域内に営業所を有するタクシー会社が、公定幅運賃の下限を下回る運賃を届け出たために、国土交通大臣から委任を受けている関東運輸局長から運賃変更命令等を受けるおそれがあるとして訴訟を提起しました。この運賃変更命令等の「等」というのは、いろいろあるわけですね。輸送施設をタクシー事業のために使ってはいけないとか、営業停止とかですね、あるいは場合によっては、タクシー事業の許可の取消しとか、そうしたものを受けるお

それがあるとして、運賃変更命令、それから輸送施設のタクシー事業のための使用停止、タクシー事業の停止、タクシー事業の許可の取消し、それらの差止訴訟を提起しました。これが本案の訴訟になるのですけども、仮の救済として仮の差止めを求めたというのがこの事案ということになります。

これについて下級審の判断はどうだったかということですが、東京地裁は、運賃変更命令と事業許可取消処分等の仮の差止めを認めました。そして東京高裁は、運賃変更命令については仮の差止めを認めました。仮の差止めの対象を縮小したのですけども、やはり仮の差止めを認めただけです。

○最決令和7・2・26 (多数意見)

ところが、今年の2月26日に出了た最高裁の決定ではどうだったかと言いますと、多数意見は、このように言っています。特措法は、特定地域又は準特定地域に営業所を有するタクシー事業者が、運賃の設定につき一定の制約を受けることを当然に予定しているというわけです。そして、「公定幅運賃の基準の内容に照らしても、同法が国土交通大臣等に対し、公定幅運賃の指定又は変更に係る裁量権を行使するに当たり、その地域で現にタクシー事業を営んでいる個々の事業者の営業上の利益を保護する観点から、公定幅運賃の変更の程度及び当該変更によるタクシー事業者の影響への程度を考慮することまで求めているものとは解されない」と述べています。要するに、公定幅運賃は、個々のタクシー事業者の営業上の利益を保護する観点から裁量権を行使する必要はないというのが多数意見ということになります。

○最決令和7・2・26 (反対意見)

私はこれに対して異論がありまして、反対意見を書きました。そもそもこの公定幅運賃という制度が設けられた理由は、タクシーの供給が過剰になる地域では、採算がとれないような低

料金で顧客を奪い合う価格競争の結果、タクシー業界の収益が悪化すると、歩合制が主流のタクシー業界では、タクシー事業者の収益の減少を補うために、タクシー運転手の労働時間が長期化してしまい、そうすると乗客の安全性が損なわれるという事態を回避するために必要だということだったのです。しかし、このタクシー運転手が過剰労働になる要因は歩合制にあるわけですね。ですから、その問題は、本来は社会的規制によって対処されるべきだと思います。したがって、経済的規制である価格規制で対応することは、営業の自由に対する過大な制約になるおそれがあるのではないかと思います。実際、この特措法については違憲論もあるわけですね。ただ、この事件では、差止訴訟の原告の方は、憲法問題には立ち入らないということで、違憲の主張はされませんでした。

私は、この特措法の解釈にあたっては、営業の自由に対する過大な制約とならないように、憲法適合的な解釈を行うべきだと思っております。そして本件の申立人は、決してダンピングをしていたわけではないのです。特定の固定客を取引先とするなどして、相応の利益を確保していました。具体的には、成田空港に着いたインバウンドのお客さんをホテルに運ぶことを主たる収入源としていました。普通よりも一段高級なタクシーにして、従業員には英語教育を徹底して、インバウンドの客を中心としたビジネスモデルを工夫していたのです。

決して、過度に運賃を値下げして不当な競争を招いていたわけではなかったのです。本件の申立人は、一般のタクシー事業者とは異なるビジネスモデルで営業しており、相応の利益を確保しているわけですから、従来通りの運賃で営業を認めたとしても、それによって、タクシー運転手が過重労働となって、乗客の安全性が低下する懸念もないと考えられます。

ところが、公定幅運賃の大幅な改定が行われたのです。その結果、旧公定幅運賃の上限が、本件公定幅運賃の下限を大きく下回ることに

なったのです。その公定幅運賃内で営業しますと、この業者は、同業者ではなくて、バスとかハイヤーとか鉄道等の競合する他の業界に顧客を奪われるおそれがあります。タクシーがこんなに高くなってしまったら、鉄道やバスを使いますということで、乗客が大幅に減少して経営危機に陥ることが懸念されたわけです。

こういうふうには、決してダンピングをしていたわけではなくて、工夫をして、独自のビジネスモデルで営業して利益を上げている業者に対しても、大幅な公定幅運賃の改定で営業を困難にしてしまうことは問題ではないかと思いました。特措法では、総括原価方式によって、基準の画一的な適用が義務付けられているわけではなくて、本件のような個別の事情がある場合には、柔軟な運賃設定を認める趣旨で「標準とすること」と規定されていると私は考えたのです。また、仮に裁量基準が画一的に定められているとしても、その基準をそのまま当てはめると不合理な場合には、個別事情を考慮する義務があったのではないかと思います。

さらに、準特定地域は、供給過剰となるおそれがあることが、指定の要件になっています。ところが、本件で問題の準特定地域は、東京都23区、三鷹市、武蔵野市からなる交通圏ですけれども、そこはもうすでに供給過剰の状態が解消されて、本来であれば、準特定地域の指定が解除されてしかるべき時期になっているのです。むしろ、タクシーが足りなくて、タクシー業界の管理下で新規参入を認める日本版Uberシステムを導入せざるを得なくなった状況であるわけです。

そのような時期に、もともと供給過剰となるおそれがあるということで指定された準特定地域における公定幅運賃についての命令に従わなかったということで、運賃変更命令を出すということは、効果裁量の逸脱になるのではないかと思います。つまり、運賃変更命令を出すかどうかについては、国土交通大臣から委任を受けた関東運輸局長に裁量権が認められているわけ

ですが、そういうような状況のもとで、もし運賃変更命令を出すとするれば、私は効果裁量の逸脱、濫用となるのではないかと考えまして、反対意見を書きました。

◎是正の指示：辺野古サンゴ礁訴訟（最判令和3・7・6）

○辺野古サンゴ礁訴訟の経緯

次に、地方自治法の是正の指示の事案についてお話をしたいと思います。

辺野古基地をめぐる様々な訴訟が係属しましたが、その一環ということになります。辺野古サンゴ礁訴訟と言われているものです。沖縄防衛局が、辺野古水域の埋立ての承認を得ていたわけですが、その埋立承認後に、一番大きな埋立地域である大浦湾側の大半の水域に、マヨネーズのように柔らかくて、とてもそのままでは杭を打てない軟弱地盤があることが判明しました。

沖縄防衛局は、この埋立区域内に生息するさんご類を埋立区域外に移植するための特別採捕許可を申請していました。しかし、埋立区域内に軟弱地盤があることが分かりましたから、追加的な地盤改良工事が必要になってきます。したがって、設計の概要の変更承認を申請する必要が生じました。ところが、沖縄県知事の立場からしますと、まだ、設計の概要の変更承認申請がされていない段階では、さんご類の特別採捕許可の必要性は判断できないとして、何ら処分をしませんでした。ところが、農林水産大臣が特別採捕許可をするように求める是正の指示をしました。地方自治法で、地方公共団体の第1号法定受託事務と称されるものについては、それを是正するように法的拘束力のある指示を各大臣が行うことができることになっていて、この是正の指示が行われたという事案です。そして、これに対して沖縄県知事はどうしたかと言いますと、これも地方自治法に基づいて、国地方係争処理委員会という機関が設けられていますので、その国地方係争処理委員会に対し

て、是正の指示の取消しを求めて審査の申出をしました。しかし、国地方係争処理委員会は、この是正の指示は違法ではないという決定を行いました。そこで今度は、沖縄県知事は、この是正の指示の取消しを求めて出訴しました。しかし原審の福岡高裁那覇支部は請求を棄却しました。そこで沖縄県知事が上告受理の申立てを行ったという事案です。

○辺野古サンゴ礁訴訟の最高裁判決(多数意見)

この事案で、多数意見は、是正の指示に従うべきだという判断をしました。このように言っています。沖縄防衛局は、公有水面埋立法上、本件護岸工事を適法に実施し得る地位を有している。そして、本件特別採捕許可申請の対象である本件さんご類は、本県護岸工事の予定箇所、またはその近辺に生息をしていた。そうすると、本件さんご類は適法に実施しうる本件護岸工事により死滅するおそれがあった以上、水産資源の保護培養を図るとともに、漁業生産力を発展させるという漁業法等の目的を実現するためには、本件さんご類を避難させるべく、本件水域外の水域に移植させる必要があったと。

要するに、埋立承認そのものは取り消されていないから、埋立工事は適法に行えることを前提とし、確かに軟弱地盤があったけども、本件護岸工事が必要だったところは、その軟弱地盤の外にあるから、護岸工事は適法にできるんだということを言っているわけです。そして、護岸工事が適法にできるということになってしまうと、そこにいるさんご類をそのままでは死滅させてしまうから、それを移植させることによって、少しでもそのさんご類を救うことに問題ないんだと言うわけです。そして、その是正の指示の時点で、沖縄県知事が、まだ設計の概要の変更申請すらなされていない状態では判断できませんよということで作為の状態が続いていたことは、裁量権の逸脱または濫用に当たると判断したのです。

しかし、この多数意見の考え方では、いった

ん埋立承認がされると、その後、承認の前提が崩れて、設計の概要の変更承認が必要になっても、その変更承認が必要になった水域外での特別採捕許可申請の判断においては、設計の概要の変更承認がされる蓋然性は考慮すべきではないということになってしまうのですね。つまり、そもそも新たな設計の概要の変更が承認されるかどうかかわからないけれども、そんなことは考慮する必要ないというわけですね。そこでは適法に工事できるのであるから、そのようなことを考慮したらむしろ他事考慮だというのが多数意見の考え方ということになります。

○辺野古サンゴ礁訴訟 (宇賀反対意見)

私はこれには全く賛成できませんでしたので、やはり反対意見を述べました。そもそも、公共事業を行うにあたって、複数の法令に基づく異なる許認可等を受ける必要があることは極めて一般的なことです。行政手続法11条2項が、一つの事業で複数の行政庁に申請をするときに、お互いに連絡を取り合って、審査の促進に努めなさいという規定を置いているということは、まさに個々の許認可が別々に判断されることを前提としています。また、環境影響評価法33条2項にいわゆる横断条項があります。これも、一つのプロジェクトでいろんな許認可が必要になる場合に、環境影響評価の結果をすべての許認可で横断的に考慮しなさいという規定です。こういう法律があるということも、一つの公共事業を行うにあたって、複数の法令に基づく異なる許認可等申請の提出があるということも前提としているわけです。そして、それぞれの許認可等の許否を判断するにあたっては、それぞれの制度の目的を踏まえて、各法令における許認可の要件該当性を判断するのは当然のことです。その結果、同一の公共事業についてある法令に基づく許認可等が与えられても、他の法令に基づく許認可等が与えられない結果になるということも当然あり得ることになります。本件においても、公有水面埋立法に基づく

承認がなされているとしても、特別採捕許可の申請の許否の判断においては、漁業法等その他漁業に関する法令と相まって、沖縄県における水産資源の保護培養、漁業調整等を図るという本件漁業調整規則1条の目的を踏まえる必要があります。

そこで本件について具体的に考えてみますと、本件で最大の埋立ての地域である大浦湾側の大半に、軟弱地盤が存在していたのです。ごく一部ではなくて、大浦湾側の大半に軟弱地盤が存在していたのです。したがって、もし本件変更申請が不承認になった場合には、本件各申請にかかるさんご類の生息箇所についての護岸工事は全く無意味になります。他方において、さんご類の移植は極めて困難で、移植を行っても大半のさんご類が死滅すると言われております。そうしますと、本件特別採捕許可処分を行うべきといえるためには、大浦湾側の埋立事業が実施される相当程度の蓋然性があることが前提となると考えられます。およそ、その変更承認申請が承認される見込みがないのであれば、護岸工事のためにさんごを移植するのは無駄になるどころか、実際には移植しても生残率は低いので、大半のさんごを死滅させてしまうことになります。従って、まだ設計の概要の変更承認もされていない段階で、沖縄県知事が、これについては判断できないと考えたのは、当然ではないかなと思います。

ですから、特別採捕許可申請を受けた沖縄県知事が、本件護岸工事という特定の工事のみに着目して、本件各申請の是非を判断するとすれば、それは「木を見て森を見ず」の弊に陥ることになって、特別採捕許可の制度が設けられた趣旨に反する結果を招かざるを得ないように思われます。したがって、設計の概要の変更申請が承認される蓋然性は、特別採捕許可申請を許可するかを判断するに当たって考慮しなければならない事項、要考慮事項であって、その点を考慮することなく申請の許否を判断をすれば、考慮すべき事項を考慮しなかった考慮不

なって、裁量権の逸脱又は濫用になってしまうと考えられます。

この点が、多数意見と全く考え方が異なるところです。多数意見によれば、設計の概要の変更申請が承認される蓋然性を考えるのは他事考慮だということになります。私はそうではなくて、設計の概要の変更申請が承認される蓋然性は当然考慮すべき事項、要考慮事項だと思います。ですから、そのことを考慮しないで許可をしてしまえば、それが裁量権の逸脱又は濫用になると私は考えます。

そして、本件是正の指示があった時点では、いまだ変更承認の申請すらなされていなかったわけですから、要考慮事項を考慮できなかったという事情があります。したがって、沖縄県知事が本件各申請についてこの時点までに許可をしなかったことに違法性はない、と私は考えます。

○辺野古サンゴ礁訴訟（宮崎反対意見）

この事件ではもう一人、弁護士から任官された宮崎裁判官が反対意見を付されました。共同反対意見ではないので、それぞれ別々に反対意見を書いたのですけども、私はこの宮崎裁判官の反対意見に全面的に賛成で、私が言いたかったことを敷衍して述べていただいたので、非常にありがたく思っています。宮崎裁判官の反対意見は、軟弱地盤が相当広域にわたって存在していることが認められる大浦湾側の埋立てについては、本件地盤工事を実施しなければ所定の安全性を確保できないことが明らかになってきたところ、この安全性の確保と公有水面埋立法4条1項2号の要件中の災害防止への配慮との間には社会通念上関連性があると考えるのが合理的であって、本件指示の時点では大浦湾側の埋め立ては上記の要件に適合しているとはいえないことが強く推認できると述べられています。

つまり、地盤工事が必要だということは、安全性に欠けているということですから、災害防

止への配慮も十分なされていないことになるので、この軟弱地盤の存在が判明した時点で、災害防止の配慮が十分になされているという要件に適合しないことが強く推認できると述べておられます。そして、変更承認の申請の審査においては、公有水面埋立法のこの規定が重要視されるので、申請に係る埋立てについては、災害防止への配慮という要件への適合性が改めて判断されなければならないというわけです。そして、本件指示の時点では変更承認の申請すらされていないわけですから、結局のところ、変更申請の対象となる埋立てに含まれる大浦湾側の埋立てが2号要件に適合するか否かは、是正の指示の時点では不明だったと考えざるを得ない、というわけです。

確かに、この時点で埋立承認は形式的には存在しています。しかし、そうであったとしても、その埋立て自体が不確定な状況になったことによって、埋立ての設計の概要の変更が余儀なくされ、埋立てを行うためには、この変更承認を受ける必要があることが明らかになっているわけですから、埋立承認においてなされた2号要件適合性の判断は、実質的に無意味なものになっていると考えざるを得ないと述べられています。ここは多数意見と決定的に違うところなんですね。多数意見は、埋立承認が取り消されない限り、埋立てはできると言っているわけですから、宮崎反対意見ではそうではなくて、軟弱地盤の存在が判明したことにより、埋立承認の判断は実質的には無意味になっていると指摘されているわけです。

2号要件の適合性は「埋立」について判断されるのであって、軟弱地盤の存在がある限り、本件護岸工事だけ施行できる埋立てを観念することはできません。つまり、軟弱地盤が判明した区域と、その外にある護岸工事の必要な区域とを分けて、護岸工事の部分だけの「埋立」は観念できないわけです。軟弱地盤の部分についての埋立変更承認申請が認められなければ、この護岸工事も全く無意味になるわけですから、

護岸工事の部分だけを切り離して、そこだけの工事というものは観念できないと宮崎裁判官はおっしゃっています。

そして、その承認に係る設計の概要に含まれていた一部工事の実施に伴う造礁さんご類の採捕に必要な特別採捕許可を与えることが、その埋立てに伴う環境保全措置としてなされる「試験研究等」に当たるものとして、水産資源の保護培養等を図るという漁業法等の目的にも沿うといえるためには、そもそも本件護岸工事が目的としているはずの埋立てができるか、こうした埋立てが2号要件に適合しているかを、実質的に検討する必要がある、単に形式的に埋立承認の効力が残っていればよいということではなくて、実質的な検討が必要だということをおっしゃられています。そして、本件さんご類の採捕が、本件埋立承認を受けた埋立てに伴う環境保全措置としての「試験研究等」に当たるか否かは、形式的にはではなくて、実質的になされてこそ、初めて漁業法等の趣旨、目的にかなう、と述べられています。そして、この軟弱地盤によって生じた埋立ての不確定性が変更承認によって解消されて、その埋立てが2号要件に適合すると判断される相当の蓋然性があるか否かが、特別採捕許可を与えるかの判断において必要になり、設計の概要の変更申請が承認される蓋然性があるかは、さんご類の採捕が適当な埋立てに伴う環境保全措置と評価できるか否かに直結する重要な考慮事項であるというわけです。そして、本件のように埋立て自体が不確定な状況となり、埋立てを施行するためには変更承認が必要であるということが明らか場合には、もはや埋立承認時にされた2号要件に適合するという判断の実質的な意味は失われたというべきであるから、形式的に、かかる判断がされた埋立承認が有効に存在していることだけを理由として、採捕が漁業法等の目的に沿う環境保全措置に該当すると判断することはできないと述べられています。私はこの宮崎裁判官の反対意見に全面的に賛成です。

形式的に、まだ埋立承認が取り消されていないというだけで、実質的にはもう要件を欠いていることが強く推認されるにもかかわらず、護岸工事はできるという前提に立ち、護岸工事をするとさんごが死んでしまうから、それを採捕して移植することは当然だというのが多数意見の論理です。しかし、大浦湾側の大部分が軟弱地盤であって、しかもその地盤改良工事は、深い海底に広い範囲にわたって杭を打つ難工事であって、成功するか否かは定かではありません。専門家の間でも、この難工事が成功して、地震津波等にも堪えうる安全な基地ができるかについて懐疑的な見方もあります。最初の埋立承認の前提だった安全性が、実質的に失われている中で、軟弱地盤のある区域とそうでない区域と分けて、そうでない区域については、まだ工事は適法に実施できるんだとして、だからさんごを全滅させるよりは、たとえ大部分が死滅するとしても、ゼロよりはいいのだから、それを採捕して移植することはできるんだという多数意見の論理と、宮崎裁判官と私の反対意見は真っ向から対立するわけですけれども、残念ながら3対2ということで、宮崎裁判官と私の意見は少数意見ということになってしまいました。

◎取消訴訟の原告適格：納骨堂訴訟（最判令和5・5・6）

次に、取消訴訟の原告適格のお話をしたいと思います。最高裁の令和5年5月9日の判決です。墓地、埋葬等に関する法律の第10条の規定に基づき、墓地の経営とか納骨堂の経営の許可が与えられたときに、その取消しを求めることができる資格を誰が持つかという原告適格が問題になった事案になります。

○最判平成12・3・17

この点については、最高裁の平成12年の判決があります。最高裁は平成12年の判決でどのように述べているかといいますと、墓地、埋葬等に関する法律10条は、許可の要件につい

て何も書いてないので、この法律は、それ自体が、墓地等の周辺に居住する者個々人の個別的利益を保護することを目的としているものとは解し難い、というふうに判示をしています。

取消訴訟の原告適格の判断について、最高裁が一貫してとっている考え方は、個別保護要件説といわれるものですが、まず、法律上保護された利益説という考え方が前提になります。つまり、その処分の根拠になっている法律の規定、このケースで言うと、墓地、埋葬等に関する法律10条が処分の根拠法規になるわけですが、その処分の根拠法規が保護している利益を有する者に原告適格が認められるとします。しかし、その利益は、公益の一環として保護しているのでは足りず、個々人の利益を個別的利益として保護している場合にはじめて、その人に原告適格が認められるという、個別保護要件を課しています。これが現在の最高裁の一貫した判例になっています。

平成12年判決も、その立場から、墓地、埋葬等に関する法律10条には、そもそも許可の要件が特に規定されていないので、墓地等の周辺に居住する者個々人の個別的利益を保護する趣旨とは解しがたいから、近くに墓地ができてしまって、環境が悪化するからということで、周辺住民が取消訴訟を提起しても、周辺住民に原告適格を認めていませんよというわけです。

ただし、その一方で、この墓地、埋葬等に関する法律10条は、法の目的に適合する限り、墓地経営等の許可の具体的な要件が、都道府県、市又は特別区にあっては市又は特別区の条例又は規則により補完されることを当然の前提としているとも述べています。つまり、法律自身は全く許可要件を定めてないのですが、自治体の条例とか規則でそれを補完することは認めているのだと判示しています。

○納骨堂訴訟（多数意見）

これに対して、最高裁令和5年の判決は、納骨堂の経営の許可の事案でしたが、この事案の

多数意見は、大阪市の規則である墓地、埋葬等に関する法律施行細則 8 条に注目しました。そしてこの規定は、法の目的に沿って大阪市長が行う法 10 条の規定による墓地経営等の許可の要件を具体的に規定するものだと述べています。つまり、この墓地、埋葬等に関する法律 10 条を受けて、大阪市のこの規則で、その要件を具体的に定めていると判示しています。そこで、本件各許可の取消しを求める原告適格を有するか否かの判断に当たっては、その根拠となる法令として、この大阪市の規則である本件細則の 8 条の趣旨及び目的を考慮すべきであるとしています。法律自体では、個別保護要件を満たすような原告適格を認めていないけれども、許可要件は、自治体の条例、規則で補完されることを前提としており、大阪市は、まさに市の規則であるこの細則で、周辺住民の原告適格を認めていると判断したわけです。ですから、結論としては、この事案では、周辺住民の原告適格が肯定されています。

しかし、この令和 5 年判決は、平成 12 年判決は変更しませんでした。もっばら、この大阪市の規則である細則の解釈によって原告適格の有無を判断すると、このケースでは原告適格が認められるというように判断したわけです。

○納骨堂訴訟 (宇賀意見)

私は、原告適格を認めるという結論には賛成ですけれども、理由付けについては意見を異にしました。なぜかという、平成 12 年判決を変更せずに、もっばら、このケースでいうと、大阪市の規則の解釈によって原告適格の有無を判断しますと、今後、他の地方公共団体における墓地、埋葬等の許可につき取消訴訟が提起された場合、その都度、条例又は規則の規定の仕方に応じて解釈を要することになります。多数意見の考え方は、あくまで、この当時の大阪市規則についての事例判決ということになるわけです。ですから、例えば今後、大阪市がまた規則を改正してしまうと改めて判断する必要があ

りますし、他の自治体で墓地、埋葬等に関する法律 10 条の規定に基づく許可が争われた場合には、それぞれの自治体ごとの条例、規則を見ていくということにならざるを得ないわけですね。

しかし、そもそも誰が争う資格があるかという、訴訟の入口である原告適格の判断だけのために、このケースでも数年も争われています。そして、ようやく原告適格が認められたわけですが、これから本案審理が始まるわけですね。そしてさらにまた数年を要するという非常に非生産的な事態は結局解消されないこととなります。別の自治体で同様の取消訴訟が提起されますと、その自治体の条例や規則を改めて解釈して原告適格があるかどうか、また数年争われるということになりかねないわけです。こんな非生産的なことを繰り返していいのかと私は考えます。

そして、実は同じことを立法者が考えていたにもかかわらず、「公衆衛生」という表現が用いられていると、それは個別的な利益を保護しておらず、一般的な公益として保護するという意味であり、「付近の生活環境」という表現が用いられていると、場合によっては原告適格を認める趣旨と解するというように、形式的に文言にこだわって、原告適格を判断する傾向が最高裁にはあります。同じ内容を定めていても、それが条例、規則でどういうふうに表示されているかという、ちょっとした表現の違いに着目して、原告適格の有無を判断していいのだろうか、と思います。しかも、このような考え方によりますと、墓地、埋葬等に関する法律の 10 条を受けて、自治体が許可要件を定めることができるといっても、条例、規則で定めなければならないと書いてあるわけではありませんから、要綱で定める場合もありうるわけですね。ところが要綱は、法規としての性格を持ちません。法的拘束力を持ちませんから、法律上保護された利益説の下では、要綱の規定を根拠に原告適格を基礎付けることはできないのではない

かという問題が生じます。そうすると、まったく同じ文言で同じ内容が定められていても、条例、規則で定めるか、要綱で定めるかによって、原告適格の有無が異なるという事態が生じるということになってしまうわけです。

そもそも私は、墓地、埋葬等に関する法律10条が、周辺住民の個別的な利益を保護していないという考え方自身にも疑問を持っています。なぜならば、許可制度は、申請に対して諾否の応答、イエスカノーかの応答をすることを行政庁が義務付けられることを意味します。これは行政手続法2条3号の定義から明らかなわけです。申請とは、行政庁に対して諾否の応答を求めるものだという事ですから、申請権が与えられているということは、行政庁は諾否の応答、イエスカノーかを答えなくてはいけないということになるわけです。諾否の応答を義務付ける制度を設けておきながら、諾否の応答の基準をおよそ想定しない許可制度はありえないのではないかと思います。許可制度を設けながら許可の要件を法律に全く規定しないということは、法律の留保における規律密度の観点からも問題です。現在、実務でとられている侵害留保説では、権利を制限したり義務を課したりするときには法律の根拠が必要だということになっていますが、単に根拠法規さえ設けておけばいいわけではなくて、許認可の要件をどうするかという根幹的なことも定めなければ、法律の留保という観点から問題ではないかと思います。

確かに、墓地とか納骨堂については、地域によって住民感情に差異があり得ますから、地方の実情に配慮することには私も賛成です。地方の実情に配慮した柔軟な要件とすることは望ましいと思います。しかし、そうであっても、やはり根幹的な要件は、法律自体に明示的に定めて、その上で自治体に、地域の実情に応じた判断の余地を与えるという立法をすべきだと思います。確かに墓地経営等の許可については、法律は一切要件を定めていないのですが、法

の合理的な解釈によって、法1条の目的に合致しない申請、すなわち、国民の宗教的感情に適合せず又は公衆衛生その他公共の福祉の見地から支障を及ぼすおそれがある申請は許可しないという要件が存在しているというふうに解すべきではないかと思えます。

そして、墓地経営等の許可によって個別具体的な影響を受けるのは誰かといえば、周辺住民に他ならないわけですね。ですから、周辺住民の利益を一般的公益の中に吸収解消して、周辺住民の原告適格を否定すべきではないと思います。法10条が保護する利益について、それを公益と称することがあるとしても、それはまさに周辺住民の個別的な利益の集積、総合であって、一般的公益の中に吸収解消されるものではないと思います。念のために付言すれば、もちろん墓地等にも公益性がありますけども、それは、原告適格ではなくて、本案の判断に当たって考慮要素になるものであって、誰が許可を争うことができるかという原告適格の判断で問題となる公益とは異なるものです。

平成12年判決は、当時の大阪府墓地等の経営の許可等に関する条例が、周辺に墓地及び火葬場を設置することが制限されるべき施設を、住宅、事務所、店舗等含めて広く規定していたことに着目して、周辺住民の原告適格を否定したようです。他方、平成12年判決は、学校とか病院については、原告適格を否定する根拠としては言及していないのですね。つまり、平成12年判決は、学校とか病院のように少数の限定された施設についてのみ距離制限が定められていれば、その施設の設置者の有する個別的利益を特に保護しようとする趣旨と解し得るけれども、住宅とか事務所とか店舗のように広範に存在するものについては、一定の広がりのある地域の良好な周辺環境、風俗環境を一般的に保護しようとする趣旨と解したようです。しかし、こうした考え方によりますと、墓地の周辺300m以内に学校とか病院が存在しない場合には、法の目的に反する墓地等の経営が違法に許

可された場合であっても、誰もそれを訴訟で争うことができないという事態になってしまうわけで、同条例がそのような事態を想定していると解するのは不合理であると思います。

取消訴訟の入口に過ぎない原告適格の審理に数年を要して、原告適格が最高裁で認められても、そこからさらに本案審理で数年を要するという、我が国の行政訴訟の非効率性を、なんとか改善してほしいと思います。

また、立法者は、実は行政処分の根拠規定を設けるに当たって、その取消訴訟を提起できる者の範囲、すなわち、原告適格を考えて条文を作っているわけではありません。様々な法律の処分の根拠規定を設ける際に、それぞれについて原告適格はどの範囲までとするということは考えていないのです。ところが、わが国の現在の判例では、裁判所が、法令の文言を手がかりに、いわば後付けで原告適格を判断しているわけです。そのこと自身が、実は根本的な問題であると思います。

私は、そもそも今の個別保護要件の運用があまりにも厳しすぎると思いますし、そもそも本当に個別保護要件が必要なのかについても疑問があります。法律の保護範囲に含まれる利益が侵害されていることは必要だと思いますが、その保護範囲の中に含まれる場合、その人が、自分が何らかの実質的な損害を被っているということ、アメリカ法でいう *injure in fact* があるということを立てれば、原告適格を認めてよいのではないかと考えています。

◎集会の自由：金沢市庁舎事件（最判令和5・2・21）

次に、集会の自由との関係で、金沢市庁舎事件について話をしたいと思います。

金沢市庁舎の前に広場があります。実はそこを、この訴訟が係属する前に通ったことがあります。近くの美術館に寄って、たまたまこの前を通ったのです。この広場には柵も塀もなく、守衛さんがいるわけでもなくて、中学生か高校

生ぐらいの方が、スケートボードを誰に咎められることなくやっていました。そんな場所でしたので、まさかそれが庁舎の一部だという主張がされるとは夢にも考えないでそこを通ったので、後から、この訴訟のことを知り驚きました。

昭和58年にこの広場について、広場管理要綱が作られています。この広場については、庁舎管理要綱の適用が除外されていました。つまり、庁舎とは違って広場として管理しますということで別々の要綱にしていたのです。そしてこの広場管理要綱では、原則として午前8時から午後9時まで市民の利用に供されるようになっていました。まさに市民の利用に供するための広場だったわけです。午前8時から午後9時までといいますと、当然、公務員の一般の執務時間を超えています。公務員が出勤する前、あるいは公務員が退庁した後も、市民の利用に供するという施設として位置付けていたのです。平成23年に庁舎管理規則が制定され、庁舎管理要綱は、そのときに廃止されました。庁舎管理要綱が庁舎管理規則になったのです。しかし、この時に広場管理要綱は、明示的には廃止されていません。

ところが、本件訴訟において、金沢市は、この広場は庁舎の一部だから、そこで政治的な意味合いを持つ集会を認めると、市の中立性に疑問を持たれるということを出したのです。しかし、私は、庁舎と広場が分離されていて、広場はいわば公園と同じもの、行政法の言葉で公共用物にあたることになると思います。それに対して庁舎のように、公務員が執務上使うものを公用物といいます。私は、この広場は公用物でなくて公共用物だと思うのですけれども、百歩譲って、仮にそれが庁舎の一部、公用物であると解したとしても、それを住民一般の利用に供する公共用物として使用させることは可能だと思います。

そういう例は実はいろいろあるのですよね。例えば、都庁の最上階は展望室になっています。最上階に直行するエレベーターがあります。で

すから、展望室だけに行きたい人は、そのエレベーターに乗って展望室に行くわけですね。展望室は確かに東京都庁という庁舎の一部ですが、最上階は公務員が執務する場所ではなくて、公共用物として住民一般の方が景観を楽しむ場所になっているわけです。こういう例は他にもあります。例えば公立の小学校を、例えば日曜日だけ、しかも校庭に限って公園として開放して自由に住民の利用に供する例がありますよね。校庭は、普段はその学校の関係者だけが使うわけですが、日曜日に限って誰もが使える公園として使うことを認め、公共用物として利用しているということになります。したがって、百歩譲ってこの広場が庁舎の一部であるとしても、この広場は公用物ではなくて、公共用物として利用されているというふうに言っているのではないかと思います。

そして、これが公共用物であるということになりますと、それについて先例になる泉佐野市の市民会館事件の最高裁判決があります。地方自治法では、住民一般の利用する公民館などの施設を「公の施設」と称していますけれども、公の施設における集会を不許可にするためには、正当な理由が必要であるとしています。そして、正当な理由が認められるためには、人の生命、身体又は財産が侵害され、公共の安全が損なわれる危険を回避し、防止することの必要性が、集会の自由を保障することの重要性に優越している場合でなければ、正当な理由には当たらないと判示しています。かつ、その危険性の程度は、単に危険な事態を生ずる蓋然性があるというだけでは足りず、明らかに差し迫った危険の発生が具体的に予見されることが必要だとしています。単に漠然とそういう可能性がありますというのではならず、明らかに差し迫った危険の発生が具体的に予見されなければ、不許可にできませんよということを言っているわけです。

それでは、本件集会はどうだったかと言いますと、金沢市は、本件集会によって物理的な支

障が生ずるという主張はまったくしていません。しかも集会が予定されていたのは祝日でした。ですから、仮に多少騒音が出たとしても、金沢市の執務に影響を与えることはないわけです。また、過去において本件広場で、特定の政策を主張する集会が、実は許可されていたのです。それに対して、金沢市に対して苦情・抗議が寄せられた実例があるという主張が金沢市からされていたわけでもありませんでした。つまり、本件集会を許可することに対する金沢市への苦情・抗議のおそれは、過去の実例に基づく具体的なものではなかったのです。

結局、本件広場を本件集会のために使用することを不許可にした理由は、もし本件集会を許可した場合、被上告人が本件集会の内容を支持しているとか、あるいは、本件集会を行う者を利しているなどと考える市民が、市の中立性に疑問を持ち、市に対して抗議をしたり、市に非協力的な態度をとったりして、市の事務又は事業に支障を生ずる抽象的なおそれがあるということに尽きることになります。

しかし、考えてみますと、市長や市議会議員は、特定の政策の実現を公約して、選挙運動を行って当選しているわけです。ですから、市長や市議会議員が立案して実行する政策が、政治的に中立であるということは、そもそもありません。そして、市民の中には様々な意見を持つ方がおられますから、市の政策に不信感を持つ者も当然いるはずで、市に対して抗議したり、市に協力したくないと考える方もいるかもしれません。しかし、そのように市の政策に批判的な市民が存在して、実際に市の政策を批判すること自身は、民主主義国家としては健全な現象といえるので、それを否定的に捉えるべきではないと思います。

◎生活保護基準引下げ処分取消等請求事件（最判令和7・6・27）

次に、今年の6月27日に出されました、生活保護基準の引下げ処分の事案について、ご説

明したいと思います。

この事案では最高裁は、いわゆる判断過程統制という手法をとりました。生活保護基準が大幅に引き下げられたのですが、そのときに、デフレ調整と2分の1のゆがみ調整が併せて行われました。そして多数意見は、そのうちのデフレ調整の部分について違法としました。デフレ調整における改定率の設定については、その不均衡を是正するために物価変動率のみを直接の指標として用いたことに、専門的知見との整合性を欠くところがあって、この点において、デフレ調整にかかる厚生労働大臣の判断の過程及び手続には過誤、欠落があったのです。

裁判所が行政裁量を統制するとき、結果だけ見て、その結果が社会通念上著しく不合理といえるかどうかを判断する社会観念審査ではなくて、判断の過程に過誤、欠落があるかどうかを審査する判断過程審査の手法は、社会保障の分野でも、最高裁は老齢加算廃止事件で用いたことがあります。

実はこのケースでは、デフレ調整を行うということと、ゆがみ調整のうちの2分の1調整をするという部分については、社会保障審議会の生活保護基準部会に全く諮られませんでした。何か緊急な事情があって間に合わなかったということではなくて、意見を聴こうとすれば十分その時間的余裕はあったのですが、あえて意見を聴かなかったのです。非常に専門的な判断が必要なのに、なぜ専門機関の意見を聴取しなかったのかについて、国の側から十分な説明がされませんでした。国の主張は、専門機関の意見を聴取するかは、厚生労働大臣の裁量に委ねられており、自分たちで専門的な判断をしたのだということでした。

しかし、こうした専門性を裏付けるような主張が被告から十分にされたとは言えないのです。生活保護の基準を定めるときに、これまで、水準均衡方式を長期間使ってきました。これは30年近く使われてきた方式で、物価変動率ではなくて、消費支出に着目する方式です。

確かに物価変動率も一つの考慮要素になるけれども、それだけを指標とすることはできないということは、専門機関がずっと指摘してきています。ところが、このケースで、突如、国は、これまでの水準均衡方式でなくて、物価変動率のみに着目したデフレ調整を行ったのです。

その点について専門的知見との整合性に欠けるということで、全員一致で、デフレ調整は違法だという判断を下しました。ただし、2分の1のゆがみ調整については、多数意見は違法とまでは言えないというふうな言い方をしたのですけれども、私は、この部分も違法ではないかと思いました。

2分の1ゆがみ調整についても、非常に判断過程が不透明です。最初は、部外秘の資料で、政府高官に対して、これによってこれくらい予算は減らせますというような説明を実はしていたのです。しかしそれはなぜか公にされず、しかも部外秘という扱いになって、情報公開請求で初めて開示されて、そういうことがわかったのです。判断過程統制の手法を貫いていくと、最終的な説明だけを見て、不合理でないといっていよいよのかというのが私の疑問でした。

◎夫婦同氏制（最大決令和3・6・23）

次に、夫婦同氏制の問題についても少し触れたいと思います。令和3年6月23日の決定ですけれども、これは大法廷に回付されました。このケースでは、11名の裁判官は合憲であるとし、4名の裁判官が違憲であると考え、11対4で合憲決定になりました。

私は、宮崎裁判官と共同で反対意見を書いたのですが、多数意見と婚姻観が相当違うということ認識せざるを得ませんでした。多数意見は、平成27年大法廷判決を踏襲するものですが、平成27年大法廷判決の根底にある考え方は、婚姻は、国家が提供する一つの制度であり、その制度を作るときに、どういう要件を設けるかについても、広い立法裁量を持っているということを出発点とします。婚姻制度を利用した

い人は、そういう要件の下で、その制度を利用するかどうかを判断するという制度優先志向が根底にあるように感じました。

宮崎裁判官と私はそうではなくて、婚姻は法制度ができる前から社会に存在していたものであって、国家が提供するサービスではなくて、社会に自生的に成立して社会的に認められた人間の営みであるということ为前提としています。もちろん、法治国家ですから、それに一定の法的な枠組みを設けることを私たちも否定はしていません。例えば、婚姻できる年齢を定めるとか、重婚制度を否定するとか、そういう法的な枠組みを設けることは、私たちも否定していません。しかし、やはり憲法24条1項に反するような制約は違憲無効と言わざるを得ないだろうと思います。

それから、平成27年大法廷判決の根底には、氏と名を分離する考え方があり、氏は、夫婦とそれから子という家庭を象徴、統合する意味を持っていると考えるわけです。私たちは、氏と名を分離して考えるべきではなく、氏名が一体として高度の個人識別機能を果たしていると考えます。特に日本は、外国と比べて、名よりも氏で呼ばれることが多いわけですから、一層そうだと思うのです。ですから、私は氏名が一体としてアイデンティティの象徴となって人格の一部になっていると思います。

また、我が国では、形式上は夫婦が対等な立場で協議します。夫の氏に合わせなさいと定められているわけではなくて、妻の氏に合わせてもいいわけで、少数ですけれども、そのような例も確かにあるわけですね。しかし、夫婦が対等な協議によって氏を選ぶといっても、夫婦同氏にすることが婚姻成立の要件であることを所与のものとして認めた上でなければならない条件付きの協議という点で、大きな制約を伴っています。だから、カップルのどちらも自分の氏を変えたくない、でも婚姻したいというときは、非常に辛い立場に置かれるわけです。その方たちの中には、法律婚を諦めて事実婚をしている

方が、私の知人の中にも何人かいます。あるいは、法律婚に踏み切らざるを得ないので、一方が、自分のアイデンティティの喪失感を甘受して婚姻をする例もあります。このような制度は、私は、非常に過酷な選択を迫っていると思うのです。

氏の家族の呼称としての意義については、そもそも夫婦とその未婚子からなる世帯のみを家族と捉えることが問題ではないかと思います。我が国では、民法は離婚の自由も再婚の自由も認めています。その結果、子の意思によることなく、親と子の氏が異なる状況が生まれることを民法は容認しています。また、平成27年大法廷判決が前提としている夫婦とその未婚子からなる世帯は、今や多様な家族の中の一つのプロトタイプに過ぎず、現実にもそのプロトタイプは減少傾向にあります。それから平成27年大法廷判決は、氏は、嫡出子であることを対外的に公示する機能を有しているとも指摘しています。しかし、嫡出子であることを対外的に公示することは、非嫡出子や離婚した家庭への差別を助長するおそれがあります。また、両親が法律婚していることの公示は、夫婦同氏制でなくても可能です。

なお、夫婦同氏の強制を人格権侵害と感じるかについては、確かに個人差があります。しかし、そのことも夫婦同氏制の合憲性の根拠にならないと思います。確かに、夫婦同氏とすることに両方が全く違和感を持ってない、あるいはむしろ、夫の氏になることに喜びを感じる人もおられると思います。ですから、そういう方には、夫婦同氏の選択をこれからも認めていくべきだと思うのです。しかし、自分の氏が変わってしまうことによって、今までの自分がなくなってしまったような喪失感を抱く方もおられます。櫻井龍子さんという最高裁判事を務められた方が、労働省勤務時代は旧姓の藤井という氏を職場で使用されていましたが、最高裁では、職務上、戸籍上の姓を用いなければならないことになり、それまでの自分がいなくなってし

まったように感じたとおっしゃられているのです。そういう方も確かにいらっしゃるわけです。プライバシーも同じであって、例えば自分が癌のような難病にかかった時にそれを公言される方もいます。しかし、やはり難病にかかっていることを知られたくない方もおられるわけですね。何をプライバシーと感じるかについても個人差がありますけれども、しかしそのことは、それをプライバシーとして保護しなくていいことにはなりません。同じように、夫婦同氏の強制を人権侵害と感じるかについて、確かにいろいろな考え方あると思いますけれども、実際にそれを人権侵害と感じて、アイデンティティの喪失感を抱く方がおられる以上、それについては合憲とはいえないと私は考えます。

また実際に、約95～96%で女性が氏を変更しているという事実をみれば、形式上は平等だと言っても、一種の間接差別ではないかと思えます。

夫婦同氏制でないと子の不利益になるといわれることもあります。しかし、夫婦同氏制のもとで、法律婚に踏み切られずに事実婚を選択している方も実はかなりおられますし、あるいは子供が生まれるときには婚姻届を出した状態にしておいて、その後、同居しているけれどもペーパー離婚するということを繰り返されている方もおられるわけですね。このように夫婦同氏制が、子を不安定にしているという面があることも看過すべきではないと思います。

また、旧姓使用が拡大すれば実際上の不便が解消されるのではないかということをおられる方もいます。しかし、旧姓使用が拡大しているということは、むしろ夫婦同氏制の問題を浮き彫りにしているといえます。つまり、戸籍上の氏の対外的公示機能は形骸化しているということですね。戸籍公開の原則はとっくの昔に否定されていますので、他人の戸籍を勝手に見ることはできません。ですから、例えば、ある家で表札が二つあるときに、その人たちが戸籍上婚姻しているかどうかについて他人が興味本位でそ

の戸籍を見ることは当然できないわけです。そうすると、法律婚をしてるけれども旧姓を名乗っているのか、事実婚なのかというのは他人にはわからないのですね。ですから、戸籍上の氏の対外的公示機能はすでに形骸化しています。旧姓使用が拡大すれば、いっそうこの傾向は強まり、戸籍上の氏を統一することの意義がますます問われることになります。

◎個人の尊重：性自認

次に個人の尊重と関わる性自認関連事件についてお話をしたいと思います。私は、いくつかの事件で、いわゆるLGBTQの問題について審理を行いました。

○未成年子なし要件（最決令和3・11・30）

最初に審理したのが未成年子なし要件の事件でした。性同一性障害特例法という法律で、自分が自認する性と戸籍上の性が違っているときに、自認する性に変更する制度がこの性同一性障害特例法でできたわけですが、現在、1号から5号まで5つの要件があります。そのうちの3号要件が、未成年の子なし要件です。

この法律が制定されたときは、「未成年の」という制限がなくて、子なし要件だったのである。ところが法律が改正されまして、現在は、成年の子がいても構わないわけです。でも未成年の子がいると性別変更を認めないのです。その理由として、まだ成熟してない未成年の子の心情を守るためだということが言われています。私も、未成年の方の心情を保護することは大切だと思います。だから目的が間違っているとは思わないのですけれども、しかしそのための手段として、戸籍上の性別を変えてはいけないという制限を課すのは、合理性を欠いていると思いました。なぜかというところ、トランスジェンダーの方が戸籍上の性別を変更しようとするときには、いきなりするわけではないのですよね。まず性ホルモン治療を受けて、外見が変わっているわけです。例えば出生時の性別は男性で

あるけれども、自分を女性として自認している方が、ホルモン治療を受けると、外見が女性になっていきます。さらに、外見が変わった上で、家庭裁判所の許可を受けて名前を変えることが少なくありません。その上で、最後の手続として、戸籍上の性別を変えようとするわけです。したがって、戸籍上の性別の変更の前に、外見がどんどん変わっていくわけですから、未成年の子のケアが必要なのはその外見の変化の段階だと思うのです。これに対して、戸籍は、他人が勝手に見ることができないので、戸籍上の性別が変わっても、他人は、そのことがわからないので、未成年の子の保護を理由として、戸籍上の性別の変更を禁ずることに合理性があるか、きわめて疑問です。未成年の子がいるにも関わらず、親の戸籍上の性別の変更を認めると、未成年の子が学校でいじめを受けると言う人もいますけれども、親の戸籍が変わったかは、他の生徒やその親には分からないわけですから、戸籍を変えたからいじめに受けるという主張に根拠があるようには思われません。

このように、合理的根拠が見当たらないのに、なぜ、このような要件があるのか疑問であるため、外国にこういう要件があるか調べましたら、かつてウクライナだけが、こういう要件を設けていたのですけれども、ウクライナも今はこの要件を廃止しています。ですから、実はこの未成年の子なし要件を設けているのは日本だけということが分かりました。

○手術要件、外観要件（最大決令和5・10・25）

性同一性障害特例法3条1項4号は、「生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあること」を性別変更の要件とするところ、この要件を満たすためには、抗がん剤の投与等によって生殖腺の機能全般が永続的に失われているなどの事情のない限り生殖腺除去手術を受ける必要があることとなります。この4号要件は、通常、手術要件と呼ばれています。この手術要件の合憲性が争点になった事件も審理

しました。

この要件が設けられた理由は、性別変更審判を受けた者について変更前の性別の生殖機能により子が生まれることがあれば、社会に混乱を生じさせかねないなどの配慮に基づくものとされています。手術要件の合憲性については、すでに、平成31年1月23日の第2小法廷決定が合憲の判断をしています。同決定は、手術要件は、性別変更審判を受けた者について変更前の性別の生殖機能により子が生まれることがあれば、親子関係等に関わる問題が生じ、社会に混乱を生じさせかねないことや、長きにわたって生物学的な性別に基づき男女の区別がされてきた中で急激な形での変化を避ける等の配慮に基づくものと解されるとし、本件規定の目的、制約の態様、当時の社会的状況等を総合的に較量すると、本件要件は、当該時点では、憲法13条、14条1項に違反するものとはいえないとしたもので、全員一致の決定でした。しかし、注目されるのは、これらの配慮の必要性、方法の相当性等は、性自認に従った性別の取扱いや家族制度の理解に関する社会的状況の変化等に応じて変わり得るものであり、このような規定の憲法適合性については不断の検討を要するものというべきと述べていることです。すなわち、社会的状況等の変化を受けて、判例が変更される可能性にあえて言及しているのです。そのような言及がされた理由は、おそらく、鬼丸かおる、三浦守の両裁判官の補足意見において、「現時点では、憲法13条に違反するとはまではいえないものの、その疑いが生じていることは否定できない。」と述べられていることと関係しているように思います。すなわち、鬼丸かおる、三浦守の両裁判官から、手術要件の合憲性について、かなり疑義が出され、最終的には、4人の裁判官全体が合憲という結論に至ったものの、合憲性についての不断の見直しの必要性を指摘した暫定的な合憲論としての性格を持つ法廷意見になったのではないかと推測しています。

これに対して、令和5年10月25日の大法廷

決定は、全員一致で手術要件を違憲と判示しました。この大法廷決定は、特例法制定後の医学の進展を重視しています。すなわち、特例法が制定された平成15年7月当時は、日本精神神経学会の定めた「性同一性障害に関する診断と治療のガイドライン」第2版に沿って、いわゆる段階的治療という考え方に基づく治療が行われていました。段階的治療とは、原則として、第1段階では精神的サポート等の精神科領域の治療を行い、次に身体的治療として、第2段階ではホルモン療法ないし乳房切除術を行い、第3段階では性別適合手術を行うという3段階の手順を踏んで治療を進める考え方であり、性別適合手術は、第2段階を経てもなお自己の生物学的な性別による身体的特徴に対する強い不快感又は嫌悪感が持続し、社会生活上の不都合を感じている者に対する最終段階の治療とされてきました。しかし、医学が進歩して、今や、性別適合手術を受けることは必ずしも必要ではなく、ホルモン治療だけで足りる人もいるということが広く理解されるようになりました。しかし、特例法には、未だに手術要件が残っています。この手術は非常に危険な手術で、死亡した人もいますし、死亡しなくても重篤な副作用が残る例もあります。かなり危険な手術です。しかもかなり費用がかかります。ですから経済的な理由で受けたくても受けられない人もいるかもしれません。そうすると、自認する性別に変えたいという人は、危険を伴い経済的負担も大きい性別適合手術を受けるか、又は手術に危険があるから、もしくは経済的負担が大きいから性別適合手術を受けずに、自認する性別への変更を断念するかという、過酷な二者択一を迫られるわけです。これは憲法13条に違反するというので、全員一致で違憲としました。

この事案では、原告人は、性同一性障害者特例法3条1項1号から3号までにはいずれも該当するものの、性別適合手術を受けていないので、手術要件を満たしていませんでした。そこで、手術要件は違憲無効であると主張したわけ

です。しかし、特例法3条1項1号から3号までの要件を満たし、4号の手術要件が違憲無効であるとしても、5号要件の問題が残ります。5号要件とは、「その身体について他の性別に係る身体の性器に係る部分に近似する外観を備えていること」というもので、外観要件と呼ばれることもあります。そこで、原告人は、外観要件を満たしており、仮に満たしていないとしても、外観要件は、憲法13条、14条1項に違反する旨の主張も行っていました。しかし、原審は、4号の手術要件は合憲であり、原告人は、手術要件を満たさないで、外観要件について判断するまでもないとして、外観要件についての判断を示しませんでした。

大法廷では、外観要件についての議論も行われました。外観要件についても大法廷で審理し、違憲無効という決定を行えば、特例法3条1項1号から3号の要件を満たしている以上、性別変更を認めるべきという破棄自判の決定をすることになります。外観要件が違憲無効であることについては、三浦守裁判官と草野耕一裁判官が詳細な理由を述べており、私も同調しました。しかし、多数意見は、5号要件についての判断を示さずに、この点について原審に判断させるため、破棄差戻しの決定をしました。多数意見が破棄差戻しとしたのは、外観要件について原審が判断をしていない中で、最高裁がいきなり自判するよりも、原審に判断の機会を与えることが妥当であるという判断によるものと思われる。

特例法の事案の審理を通じて私が感じたことは、法制度が医学の発展に追いついていないということです。法律の名前にいまだに「障害」という言葉を使っていますけれども、今日では、もはや障害とは考えられていません。現在は、医学の教科書などでは「障害」という言葉を使わないで、「性的不合」という表現に変わってきています。また、特例法が制定された当時は、性別適合手術が段階的治療の最終段階という位置付けでしたけれども、現在は、そのような考

え方は克服されているにもかかわらず、特例法にこういう要件が残っているという点でも、医学の発展に法律がついていないということを感じました。

◎平等原則：投票価値の平等

(最大判令和2・11・18 参議院議員選挙、最大判令和5・1・25 衆議院議員選挙

最大判令和5・10・18 参議院議員選挙、最大判令和7・1・28 千葉県議会議員選挙)

それでは、平等原則についてお話をしておきたいと思います。投票価値の平等については、私は、参議院選挙について2回、衆議院選挙について1回、それから千葉県議会選挙についての1回、審理を行いました。

国政選挙についての最高裁の多数意見は、一貫して、国会はどのような選挙制度を設けるかについて、広範な立法裁量を有するところから出発します。ただし、最高裁の多数意見も一貫して、そのときにはいろんなことを考慮できるけれども、一票の価値の平等は考慮要素だということは前提としています。これは当然のことであって、単に憲法が国民に形式的に一票を与えておけば、一票の価値がどんなに違って構わないというのでは意味がないわけですから、多数意見も、一票の価値の平等が考慮要素だと考えてはいるわけです。

しかし、考慮要素をどのように総合考慮したかは、このアプローチだとブラックボックスに入ってしまうのです。ですから私は、基本権アプローチをとるべきではないかと考えたのです。つまり、一票の価値が平等であることが基本権として保障されているのであれば、その基本権を制約できるのは公共の福祉しかないから、公共の福祉による制約の合理性を被告が主張立証すべきであると考えました。被告から、公共の福祉による制約として合理的な主張がされているかどうかを検討し、それがされていない場合は違憲であると考えました。そうしないと、なぜ立法裁量の行使の司法審査の結果、参議院

で3倍ぐらいが合憲で、衆議院で2倍ぐらいまで合憲かということの説明はとてつつかないですよ。説明のしようがないわけです。

それから、このような訴訟で、最高裁は合理的期間論をとっています。つまり違憲状態になってから合理的期間が経過して初めて違憲になるという考え方をとっているのですけれども、私はこれについても意見を異にしまして、合理的期間論は、合憲であるけれど違憲状態という、ぬえ的な事態を認めることになるわけですね。違憲状態といっても違憲には至っていないわけですから、合憲か違憲かといえば合憲ということになってしまうわけですね。

しかし、合憲であるけれども違憲状態というような判決で、国会に判決に従ってもらえるでしょうか。国会に、違憲状態といっても違憲ではないならば合憲なんですよと開き直られてしまうと、それに反論することは困難です。私は、合理的期間論をとる必要はないのではないかと考えています。ですから、違憲状態であれば違憲であって、合理的期間論で問題になるようなことは、国家賠償請求の場合には、過失の判断として考慮すればいいのではないかと考えています。

◎平等原則：児童扶養手当（最判令和7・6・10）

次に平等原則との関係では、児童扶養手当の事件で、私は、障害基礎年金と児童扶養手当の併給調整についてのひとり親世帯とふたり親世帯の相違は、平等原則違反であると判断しました。ひとり親世帯とふたり親世帯で、障害基礎年金と児童扶養手当の併給調整の仕方が違うところ、多数意見は、ひとり親世帯では、ひとりの親が障害基礎年金と児童扶養手当のいずれについても受給する立場にあるのに対して、ふたり親世帯では、一方の親が障害基礎年金を受給し、他方の親が児童扶養手当を受給するので、児童扶養手当を受給する親が異なるから、平等原則違反の問題は生じないとしています。しかし、児童扶養手当は子の福祉のために支給され

るものですから、私は子を育てる世帯単位で考えるべきだと考えました。そして、世帯単位で考えると、ひとり親世帯とふたり親世帯とで合理的な根拠のない差別がされてるのではないかと考えたわけです。

◎平等原則・比例原則：退職手当支給制限処分（最判令和5・6・27）

それから、公務員の退職手当支給の制限事件について、簡単に説明しておきます。この事件では、酒気帯び運転で懲戒免職になった方について、退職手当を全額不支給にするかどうか大きな争点になりました。多数意見は、この全額不支給について問題ないとしたのですが、私は、他の事案との不均衡があまりにも大きすぎると思ったのです。つまり平成27年に3名の高校教員が同じ酒気帯び運転したときには、そもそも懲戒免職ではなくて停職になっています。そうすると退職手当は影響を受けないわけです。それから、実は飲酒運転を取り締まる立場にあって、教職員以上に飲酒運転を自制すべき立場にある警察官が酒気帯び運転した事案では、わずか停職3ヶ月でした。したがって、退職手当の支給の制限もされません。ところが本件の原告の方は、懲戒免職になった上に、退職手当がゼロというのでは、あまりにも不均衡が大きすぎると思ったので、平等原則・比例原則の観点から問題ではないかという反対意見を述べました。

◎当事者訴訟における訴えの利益：憲法53条違憲国家賠償請求等事件（最判令和5・9・12）

次に、憲法53条訴訟について簡単に触れますと、国会議員の方が、参議院の総議員の4分の1以上の多数で臨時会の召集を請求したけれども、内閣が臨時会を3ヶ月も開かないで、ようやく3ヶ月過ぎてから開いたら、その初日に衆議院を解散してしまったので、結局参議院の臨時会も実際上開かれなかったというケースです。参議院議員の方が、今度、臨時会の開会を

請求したときには一定期間内に臨時会を召集する義務があることの確認等を請求しました。多数意見は、本件各確認の訴えは、将来、上告人を含む参議院議員が憲法53条後段の規定により臨時会召集要求をした場合における臨時会召集決定の遅滞によって上告人自身に生ずる不利益を防止することを目的とする訴えであると解されるころ、将来、上告人を含む参議院の総議員の4分の1以上により臨時会召集要求がされるか否かや、それがされた場合に臨時会召集決定がいつされるかは現時点では明らかでないといわざるを得ないので、上告人に不利益が生ずる現実の危険があるとはいえず、本件各確認の訴えは、確認の利益を欠き、不適法であるとしました。ところが、参議院の場合には解散はなく、参議院議員である原告の任期満了は令和10年7月25日であることは公知の事実ですから、任期中に再度、憲法53条後段の規定による臨時会召集要求に加わることは可能であること、令和2年から令和4年までの過去3年間は毎年、常会等の直前の国会の閉会後間もなく臨時会召集要求が行われており、また、令和4年度の臨時会召集要求に加わった5会派の当時の参議院の所属議員数は合計71名であって、参議院の総議員248名の4分の1に当たる62名を超え、次の参議院議員選挙が行われる令和7年までは、この会派別所属議員数は変更しない可能性が極めて高いこと、過去3年間、連続して臨時会召集要求が行われていること等に鑑みると、令和5年ないし令和6年においても臨時会召集要求がされる蓋然性は相当に高いこと、憲法53条後段の規定による臨時会召集要求のうち20日以内に召集されたのは40回中5回しかなく、かつ、過去3年間をみても、臨時会召集決定は臨時会召集要求から20日を大きく超えてから行われていること、このような事態が生じているのは、臨時会召集要求がされた場合、内閣として臨時会で審議すべき事項等も勘案して、召集時期を決定する裁量があるという認識があるからと思われ、そうである以上、令和5

年ないし令和6年に臨時会召集要求がされても、20日以内に臨時会が召集されない蓋然性は相当に高いと思われることに鑑み、即時確定の利益も認められると私は考えました。

この事件との関係で、私が非常に関心を持ったのが、ボリス・ジョンソン首相（当時）が、ブレグジットをめぐり国論が二分される中で、エリザベス女王に5週間議会を閉会するように助言したことの違法性が争われた事件で、イギリスの最高裁が、全会一致でこれは違法だとして、その判決の翌日に議会が開催されたケースです。このときの原告の一人はジーナ・ミラーさんという市民活動家なのです。ところがこの方に原告適格があることが全く争われてないのです。イギリスも日本も抽象的規範統制を認めていない点では共通していますが、イギリスでは、国会議員でない一市民が議会閉会が違法であるとして訴訟を提起することを当然のように認めているのに対して、我が国では、解散のない参議院の国会議員が臨時会召集義務の確認訴訟を提起しても訴えの利益がなく不適法とされてしまい、司法が憲法の規定の空洞化を防止する機能を果たしていないことは、非常に問題であると思いました。

◎適正手続：法人税青色申告承認処分取消処分請求事件（最判令和6・5・7）

法人税の青色申告承認取消しについて、多数意見は、事前の意見を聞かなくてもいいと判断したのですが、私は、憲法の適正手続の要請として、事前に意見陳述の機会を付与する義務があると考えましたので、この事件でも反対意見を述べました。多数意見の判断の前提として、青色申告承認の取消しは大量に行われるので、事前の意見陳述の機会を付与することには無理があるという認識があるのではないかと思います。しかし、国税庁は、法人にできる限り、水準の高い記帳義務が課される青色申告をしてほしいと考えており、最大限、青色申告承認の取消しをしないように運用しています。し

たがって、青色申告承認の取消しに至るのは、やむを得ない例外的場合であり、事前の意見陳述の機会を付与できないほど、大量に行われるわけではありません。また、事後に国税不服審判所長というある程度独立性のある審査庁に審査請求ができることも、事前手続を省略できる理由にはなりません。もし、事後に独立性のある機関に救済を求める道があることが、事前手続を省略できる理由になるのであれば、行政処分については概括主義の下で、すべからく抗告訴訟を提起できるので、すべての行政処分について事前手続を省略してよいことになってしまいますが、それは、そもそも違法又は不当な処分が行われないように事前手続を整備することの意義を完全に否定することになり、到底取り得ない見解です。

◎刑事再審請求

（最決令和2・12・22 袴田事件、最決令和6・1・29 名張葡萄酒事件、最決令和7・2・25 大崎事件）

最後に、刑事再審請求についてお話しします。私は袴田事件、名張葡萄酒事件、大崎事件で、いずれも再審開始決定をすべきだという反対意見を述べました。これらの事件で私が強く感じたのが、訴訟記録を丹念に読むことの重要性です。この3つの事件では訴訟記録をすべて読みました。袴田事件では、10センチぐらいのファイルが数十冊あったのですが、これを全部読んで非常に役に立ったのです。訴訟記録を読んでいく中で、原審の決定に対する疑問点が次から次へと出てきました。訴訟記録を読んで初めて分かったこと、気が付いたことがたくさんありました。したがって、訴訟記録を丹念に読まなければ、とても反対意見を書けなかったのです。その経験があったので、名張葡萄酒事件、大崎事件でも、訴訟記録をじっくり読まなければ真相はわからないという考えのもと、名張葡萄酒事件のときは段ボール10箱、大崎事件のときは積み上げると3メートルを超える訴

訟記録を全部読みました。これも非常に役に立ちました。いずれの事件でも、訴訟記録を読みながら、疑問点をメモしていき、それが反対意見の骨子になったのです。

また、刑事再審請求事件では、自然科学の文献を調べることの重要性も痛感しました。袴田事件では、細胞選択的抽出法という本田克也筑波大学教授(当時)が考案したDNA鑑定の手法の信頼性が大きな争点になったように、再審請求で提出される主たる新証拠は自然科学的な証拠であることが一般的ですから、まずそれについて調べて自分なりの考えを持たないと、意見が述べられないという状況でした。そこで、土曜日などに、国会図書館や東大図書館にも通って、自然科学の文献を読み漁ることになりました。最高裁は法律審だから、法律問題のみ考えていればよいという思い込みは、大間違いでした。

それでは、残りの時間はパネルディスカッションに充てていただければと思います。

(2) パネルディスカッション

福井 ありがとうございます。それでは最初に、清水さんから、多数意見と宇賀さんの意見との対比をはじめ、ご意見、ご質問をいただければと思います。

清水 東京大学の清水でございます。本日は、お時間をいただきましてありがとうございます。私は経済学部出身で、経済学の立場から何か言えということだと思いますが、宇賀さんの意見には違和感がなかったというのが正直なところであります。拝読すると、宇賀さんが書かれてることは、社会で実際何が起こっているかということにすごく気を遣われている。その上で、行政が裁量でやるべきことと思われるようなことであっても、その内容について合理的かどうかを判断している。例えば、最初にご紹介いただいたタクシー事業公定幅運賃変更の事件ですけれども、経済学の人間からするとよくわ

かる話で、労働市場の話とタクシー運送サービスの市場って違うんだと。労働市場の話、タクシー運送サービスの市場、価格の方でコントロールするのはそもそもおかしい。労働市場でやってくれよって、実にその通りでありまして、むしろなんで今までそっちでやってたんだろうという方が気になるくらいです。あと、宇賀さんが本日ダンピングの話がされていますが、経済学の人間からすると、無条件にダンピング規制していいとは思えないわけです。規制していい場合はあるんですけども、ダンピングだから悪いよねって言われると、経済学部の人間は、えっ、と思うわけです。そういうふうに考えますと、宇賀さんがおっしゃることは非常にごもっともとしか言いようがない。

あともう一つ、私の視点から面白いと思ったのは納骨堂のお話でありまして、これは外部性のお話です。つまり、納骨堂ができると現実的にはイメージが悪くなって、その結果として地価が落ちるかもしれない、あるいは住みやすさが落ちるかもしれないとなったときに、訴訟を起こして、これ本当にいいのか判断してくれよという原告適格は、外部性があるから当然認められると思うところなのですが、逆に、平成12年判決は、都道府県の方で要件を決めてないんだったら、それはもうダメだと。また、一般的なことしか書いてなかったら個別の利益は認められませんよとか、やっぱりそこは違和感があるわけでありまして、外部性を受けるのに裁判を起こせないなんておかしいと思ってしまうわけです。で、そこに関しては、宇賀さんの意見で、「国民の宗教的感情に適合せず又は公衆衛生その他の公共の福祉の見地から支障を及ぼすおそれがある申請は許可しない」という要件は存在しているというふうに書かれると、そうですよねって思っちゃうわけです。

なので、他の判決も拝見すると、そんなに違和感がないわけです。そうしますと逆に、すごく正直な表現をお許しいただければ、宇賀さんはなんで少数意見なんですか、ということす

ね。宇賀さんが現実にごだわって、そこにできるだけ深く入っていかうとする、行政の裁量に任せるといふふうに切って捨てない。例えば生活保護基準引下げ事件ですね。それは非常に私の目からは正しいことに思える一方で、それが少数意見になってしまうのは何でなんですかね、ということです。宇賀さんが研究者でいらっしゃるのと関係があるのか、あるいはそもそも、最高裁という場が、制度優先思考がどうしても出てしまうということなのか、あるいは行政の裁量というものを非常に重視しているのか、その辺を教えていただければと思います。

宇賀 ご質問ありがとうございます。最高裁は、最終的には多数決ということにならざるを得ないので、その結果、かなりの事件で少数になってしまいました。それはなぜかといわれても、力不足ですと言えないんですけども、私は決して闇雲に反対意見を述べたつもりはなく、おそらくこれは行政法学界であれば大方の支持が得られるという考え方を、私も述べているのです。ですから、それが最高裁の中でなかなか多数にならないので、やはり学界と実務とは、こんなにも違うのかと感ずるところはありました。何でこれが最高裁で多数にならないのだろうかということは私も感じたところです。学界の一般的な考え方と、裁判実務の考え方の間に、やはり一定の乖離があると感じざるを得ないことが、少なからずありました。

清水 ありがとうございます。

福井 太田さんからコメント、ご質問等お願いいたします。

太田 宇賀さん、お久しぶりです。宇賀さんとは、東大時代に一緒にトランプゲームなんかしておりました。そのときの印象では、宇賀さんが最高裁に入られて、お体は大丈夫だろうかと心配したことを覚えています。宇賀さんは本当

に真面目で誠実な方ですから、頑張りすぎて体壊すんじゃないかと本当に心配しました。で、私も清水さんがおっしゃったように、なんで多数派にならないんだろうかと疑問に思っています。逆に言うと、他の裁判官はなんで説得されないんだろうかというのが非常に疑問に感じたところです。もしかしたらそれは、福井さんが力強く批判している公定力の考え方ですかね、その背後の思想というかバイアスが原因なのかも知れません。国家権力が一度決めた以上は重みが違うんだと言わんばかりの発想ですね。それを崩すには、やはり宇賀さんがやられているように、実質論で突き崩していくしかないんでしょう。でも、やっぱり、裁判官のエリートが中心の最高裁判事の多くには、そういう国家権力とか、あるいは制度というものに対する見方が背景にあるのでしょうか。他の裁判官を説得しようとしたときに戻ってくる答えが、あたかもそのような発想を垣間見るといふことがありましたでしょうか、というのが1つ目の質問であります。

2つ目はミーハー的な質問ですが、その昔某先生が、学者としての私の意見と、最高裁判事としての私の意見は違うんだ、とおっしゃったんですが、宇賀さんの法学者としての立場と、最高裁判事としての立場は、僕から見ると非常に一貫しているというか、学者のとき以上に鮮烈になっているという感じがします。裁判官としての立場と、学者としての立場での、なんというか、宇賀さんの立ち位置といいますか、について教えていただきたいと思います。

3つ目はもっとミーハー的ですけど、最高裁判事になっての驚きとか、発見とか、なんだこれ、というような経験がございましたら教えていただきたいと思います。

宇賀 ご質問ありがとうございます。まず一点目なんですけども、辺野古事件で、なぜ多数意見がああいう考え方を取ったかという、そういう言葉を使ってるわけではないんですけど

も、行政行為に公定力があるという観念が、いまなお少なからぬ裁判官の方の間に存在していて、そこから形式的に、埋立承認は行政行為であるから公定力があり、取り消されるまでは効力があるという前提から出発してしまったので、ああいう結論になってしまったのかなという感じはいたします。現在では、行政行為の公定力については、福井さんをはじめとして、学界から非常に批判を受けているのですが、それがまだ裁判実務に浸透しておらず、公定力の発想が多数意見の根底にあったのかなという気がするのです。ですから、国家権力に対して忖度するというよりも、古い行政行為の公定力論が、まだ完全に払拭されずに、それがあの事件で影響を与えてしまったのかなということを、特に辺野古さんご礁事件では感じたところ

です。それから2つ目のご質問については、私は一貫して、まさに法学者としての立場を裁判官としても貫くことにしました。憲法76条3項は、良心に従い、憲法及び法律に基づいて裁判するのだということを裁判官の行為規範として定めているわけですから、それに従って裁判をしようと考えていました。その意味では、法学者としての立場と裁判官としての立場を分けるということではなくて、法学者としての立場を裁判官としても貫いたと言っていると思います。

3つ目については、想定外だったのが、最後に申し上げたのですが、最高裁は法律審ですから、原審の事実認定を前提とすればいいのだと思っていたのですが、必ずしもそうでない事案があるということ驚きました。まさに刑事再審請求事件はそうなのですね。刑事再審請求事件の場合には、新しい証拠が必要です。無実であるから無罪を言い渡すべきであるとして再審請求を行う場合には、無罪を言い渡すべき明らかな証拠を出さなくてはならないわけ

です。それは大抵の場合は、自然科学的な証拠で

時)の出された細胞選択的抽出法という特殊なDNA鑑定のエvidenceですね。それからもう一つは、例の5点の衣類が1年以上味噌に使っていた場合の血痕の色の変化です。これはまさに自然科学的な証拠なのですが、白鳥決定・財田川決定のもとで、新旧全証拠の総合評価に入るかどうかという段階で、自然科学的な証拠についてある程度の評価をし、意見を述べなくては行けないのです。ところが、細胞選択的抽出法と言われても、最初は正直全くわからなかったのです。DNA鑑定のことすらよくわかっていないのに、特殊なDNA鑑定である細胞選択的抽出法について意見を述べられるわけがなかったのです。ですから、まずDNA鑑定の勉強からしなければならなかったのです。最高裁が所蔵する書籍だけでは足りないの、国会図書館や東大の図書館に行って、DNA鑑定の本を何冊も読んで、ようやく8冊ぐらい読んだ段階で初めて、原審の事実認定に疑問を提起できるようになったのです。そして、再審開始決定をすべきという反対意見に、細胞選択的抽出法に関する原審の事実認定への異論を書いたのです。そういう自然科学的な勉強もしなければいけないことがありました。

それから、原爆症事件でも、医学の文献をかなり読みました。被爆者の方が、定期検診を医学的な必要性から行わなくてはならない場合には、医療特別手当というかなり高い特別な手当をもらえるのです。そうでなくて、単なる経過観察の場合には、健康管理手当は受給できるのですけれども、医療特別手当は受給できないのです。その事件で、慢性甲状腺炎の方が、経過観察を受けていることについて、定期検診を医学的に必要のあるものといえるかどうか問題になったので、その事件では、原告の方の慢性甲状腺炎が、医学的な観点から経過観察が必要なのかということを勉強する必要がありました。そこで、秘書官に頼んで、その関係の本を隣の国会図書館から20冊ぐらい持ってきてもらいまして、それから関連する論文30ぐらい、コ

ピーをとってもらって読んだんですね。しかし、医学論文のほとんどは、私が診療した患者さんはこうだったということしか書いてなくて、一般論を述べる論文は、なかなか見つかりませんでした。ようやく、高齢の慢性甲状腺炎の女性の場合、悪性リンパ腫になることもありますという論文を見つけたのですけれども、統計が全く挙げられておらず、一行だけ簡単にそのような指摘がされているだけでした。これだけでは、高齢女性の慢性甲状腺炎は悪性リンパ腫に移行する蓋然性が高いことは公知の事実であるとはいいがたいということで、私としては、解釈論としては法廷意見に賛成せざるを得ませんでした。しかし、本件は事例判決であって、将来、症状が悪化して医学的に観察が必要になることは当然あり得るわけですから、これはあくまでも現時点での判断だから、結論だけを独り歩きさせないように、将来、結論は変わることがあるということを補足意見で書いたのです。そういう医学的な勉強もしなければいけないということは、最高裁判事就任時は想定外でした。

福井 ありがとうございます。私からお伺いします。最初に、夫婦別姓に関する宇賀・宮崎意見に、私も感銘を受けました。多数意見の考え方を簡単にまとめると、他の人が別姓にする権利を何が何でも抑圧しなければ気が済まないという人が数の上で多ければ、自分に全く関係のない人たちに対して、自分の趣味を押し付けても構わない、とするものと読めてしまうんですが、なんでそういう意見が「多数」になるのでしょうか。清水さんのコメントと同じなんですけど、法律以前の感覚としてもちょっと考えられないのです。全く自分に関係のない、その夫婦固有の個人の利益にしか関わらないようなことに、なんでそこまで血道をあげて抑圧する命令権を行使させるのが当然だという人が世の中にこんなに多いのか、ましてや最高裁ですら、と思ってしまいます。価値観なのか、論理的な問題なのか、差し支えない範囲で宇賀さんのご

所感をいただければと思います。

宇賀 おっしゃる通りでして、決して違憲論は、夫婦別姓を義務付けようとしてるわけではなくて、あくまで選択を認めるべきだと言っているに過ぎないわけです。ですから、夫婦同姓を続けたい方はどうぞ今までの通り続けてください、でも、夫婦同姓制で本当に悩んでる人、苦しんでる人がいるのですから、そういう人に選択を与えてはどうでしょうかというだけのことを言ってるのですけども、それもなかなか通らないというのが実態です。多数意見の根底に、伝統的な家族観みたいなものがまだまだ根強く残っていて、それを論理で説き伏せていくのがまだ難しいんだなということを感じたところです。

福井 ありがとうございます。もう一つ、非常に印象に残ったのが、一連の刑事再審に関するご判断です。今お話があったように、膨大な資料を、科学的検証を踏まえて緻密に読まれて、非常にロジカルな結論を示しておられると思います。裁判所の再審の扱いは、ハードルが高かったし、最近では宇賀さんのご意見のおかげでちょっと潮流が変わってきているかもしれないとも思いますけれども、刑事実務の方に伺うと、依然として自白偏重主義で、証拠以前に自白をまず取るのが警察でも検察でも常態化しているとのことでした。

さらに昨今、再審の法改正等を主張する方々から出ている議論として、検察や警察側が被告人に有利になる証拠や情報を持っている場合でも出さないことがあるが、検証しようがなく、勝ち目がない、再審にも行きようがないと聞きます。捜査実務の実態がそうだとすると、訴追当局が勝って当然、という部分を是正するのが裁判所の役割じゃないかと思うのですけれども、どうもこれまでの下級審も最高裁も、宇賀さんの流れとは違う方向が多かったと感じます。実は意に沿わないことを供述させられたん

じゃないか、狭山事件も私はひどい捜査だと思うんですけども、自白すれば、やったことにすれば出してやるぞ、と誘導することがなかったとは言えないのではないか、等々の刑事司法の実態が多く的事件で強く推認されるわけです。それらの調書には出てこない事情に裁判所が踏み込みにくいのは、どういう配慮なり制約があつてのことでしょうか。

宇賀 再審事件については、袴田事件と名張葡萄酒事件と大崎事件を審議しましたので、非常に深く考えさせられました。いろいろな問題があるなと思ったんですけども、やはり一つは自白偏重ですよ。袴田さんについても非常に過酷な、拷問と言っていいような取調べがされていました。そして、警察官がとった調書は任意性がないとしてすべて証拠採用されなかったのですが、唯一、検察官調書1通が証拠採用されました。しかし、これは、同じ日に、同じ場所で、途中から、取り調べに当たる者が警察官から検察官に代わって、その検察官がとった調書です。袴田さんからすれば、警察官と違い検察官だから任意に自白しようと考えたとみることは困難で、警察官と検察官の区別はつかなかったのではないかと思います。

名張葡萄酒事件でも、やはり被疑者は自白をしているんですけども、非常に過酷な状態で自白に追い込まれているのですよね。それから、大崎事件については、ご本人は、自白をせずに、最後まで頑張ったのです。ところが、共犯者とされる方が自白をしてしまったのです。しかし、共犯者とされた方は、全員刑を終えた後に自白を強要されたと言っているのです。すでに刑期を終えて出所した後ですから、決して自分の罪を軽くしようという動機での自白内容の否定ではないわけです。刑期を終えた後に、否認しても全く聞いてもらえず、強制されて自白をしてしまって、殺人事件の主犯とされた方に申し訳なかったと謝罪しています。ですから、自白偏重というのは本当に怖いなと思いました。

それから関係者の供述について、訴訟記録を読んでよくわかったのですけども、本当に不自然なんですね。供述の変遷があるのですよ。ところが最終的には供述が一致していくのです。名張葡萄酒事件の控訴審判決は、最後の供述が一致したところだけを見て、関係者の供述に矛盾はないと言って無罪判決を破棄しているのです。しかし、訴訟記録を順を追って丁寧に読んでいけば、最初は全然違うことを言っていたのに、供述が不自然に変遷していく経過がよくわかります。この事件の一審判決は、そのところを非常によく見ていて、無罪判決を下しているのです。ですから、訴訟記録を丁寧に読むことは極めて重要で、人権保障の最後の砦である最高裁判事は、再審請求事件で訴訟記録を読む労を惜しんではいけないと強く思います。

私は、袴田事件の審理が始まる前に、再審についての論文を徹底的に読みました。白鳥決定・財田川決定については、学生時代、刑事訴訟法の授業で聞いていましたが、その程度の知識で、最高裁判事として、重要な再審請求事件の審理に臨むのは不十分ですので、再審についての判例・学説を網羅的に勉強した上で、袴田事件の審理に臨むべきと考えたのです。再審に関する様々文献を読み漁る中で、白鳥決定・財田川決定は、素晴らしい決定であることを再認識しました。私は長年にわたり法学者でしたので、決して判例を所与としないで、判例に賛成しない場合には、裁判の場でも、判例を前提とする議論に与しなかったのですけれども、白鳥決定・財田川決定は素晴らしい決定だと思いましたので、私はこの判例に忠実に判断しようと思ひ、実際、それを実践したつもりです。ところが、どうも白鳥決定・財田川決定が出てしばらくしてから、白鳥決定・財田川決定が判例変更されないままに軽視されているのではないかという印象を抱いたのです。白鳥決定・財田川決定は、決して新しく出てきた証拠だけで、確定判決に合理的疑いがあることを求めているわけではないのです。もし当の証拠が確定判決を下し

た裁判所の審理中に提出されていたとすれば、はたしてその確定判決においてされたような事実認定に到達したであろうかという観点から、当の証拠と他の全証拠とを総合的に評価して判断すべきであるというのが、白鳥決定・財田川決定です。再審請求審で新しく証拠が出てきた場合、もし確定審の裁判の過程でこの新証拠が出てきたら、新旧全証拠を総合評価して、その結果、確定判決と同じ判断に至るか、それとも確定判決に合理的疑いが生ずるかを検討し、後者の場合には再審開始決定をなささいというのが、白鳥決定・財田川決定なのですね。ところが、どうも白鳥決定・財田川決定の前の、孤立評価説と言われていた時代の運用は戻ってしまっているのではないかと、多くの学説が指摘しているのですが、私もそのように感じる場所がありました。つまり、新しく出てきた証拠だけを見て、それだけで無罪を言い渡すことが明らかな証拠といえなければ、新旧全証拠の総合評価に入らないという運用になっているのではないかと感じました。しかし、新しい証拠だけで無罪を言い渡すことが明らかな場合に限ると、例えば真犯人が名乗り出たとか、あるいは明らかに違う DNA 鑑定結果が出たというような場合でないと、再審の扉は開かないことになってしまいます。それでは、冤罪の救済がほとんど不可能になるので、白鳥決定・財田川決定で、再審請求審においても、疑わしきは被告人の利益にという刑事訴訟の鉄則が適用されることの意味が失われてしまいます。私は、訴訟記録をすべて読んで新旧全証拠の総合評価をした結果、確定判決にはどうしても疑問を持たざるを得なかったので、再審開始決定すべきだという意見を述べました。私は、訴訟記録を読んで新旧全証拠を総合評価するという作業をしなければ、反対意見は書けなかったのです。

再審開始決定は、無罪判決とは違いますから、再審開始決定に検察の方が不満であれば、再審で有罪立証をすればいいわけで、袴田事件もそ

うだったわけですね。ですから、再審開始決定の扉をそんなに狭くする必要はないのであって、もう少し広げて、再審開始決定に検察の方が疑問があるのであれば、再審の段階で有罪立証をするということを選択すればいいと思います。しかし、私の印象では、白鳥決定・財田川決定の前の運用に戻って、新証拠自身によって確定判決に合理的疑いが生じないから新旧全証拠の総合評価に入るまでもないという運用になってしまっているのではという印象を抱きました。

福井 ありがとうございます。清水さん、次のコメントをお願いします。

清水 宇賀さんは結局、反対意見を多く書かれることになったわけですが、宇賀さんの目から見て、反対意見や意見を書くことが社会的に、あるいは学界に対してでもいいですけれども、どういう意味を持つと思っていらいしゃいますか。

宇賀 裁判所の中では、やはり多数意見と反対意見とは大きく異なり、裁判実務に大きな影響力を持つのは多数意見ということになります。にもかかわらず、やはり反対意見を書くことには意義があると思うのです。一つには、反対意見を付けることによって、裁判の過程でどういう議論がされたが外部に伝わるということですね。国民に対して説明責任を果たしていくことになります。反対意見がないと、どういう議論があったのかが国民に伝わらないという問題があります。私は公法学者ですので、公権力の行使には説明責任が伴うという考え方を持っています。裁判もまさに公権力の行使ですから説明責任を伴います。他方、評議の過程については秘密を守る義務が課されていますので、裁判書に示されていない限り、誰がどういう意見を言ったかについては、私も言えないのですけれども、しかし、できる限り説明責任を果たして

いくことは必要であり、個別意見には、まさにその役割があって、個別意見が付いていることによって、裁判の過程でどういふふうな議論がされてきたかが国民に伝わるのが、一つの意義です。

それから、個別意見を書けるのは、実は最高裁判事だけなのです。その一つの理由としては、最高裁判事は国民審査があるということですから、国民審査のための情報を提供するという意味もあると思います。

それから、かつての反対意見がやがて多数意見になることは決して珍しくないのです。地方議会議員の出席停止処分について60年ぶりに判例変更した事件についても、実は60年前に反対意見が付いていたのです。ですから、60年かかって、その反対意見が多数意見になったということなのです。また、反対意見を書くことが、その後の判例の発展につながっていくこともあります。私も学者でしたので、多くの判例を読んできましたけども、明らかに反対意見の方が説得力あると思うことは決して少なくなかったのです。ですから、反対意見を書いておくことは、将来の判例の発展という意味でも重要なと思っています。

太田 ジョン・マーシャル・ハーランは、ザ・グレート・ディセンター（偉大なる反対意見者）と呼ばれていますし、宇賀さんもザ・グレート・ディセンターとして、将来は多数意見になると期待しております。

私の方からは、またミーハー的な質問で申し訳ないんですけど、最高裁判所の裁判官同士の人間関係ってというのはどういうものですか（笑）。嫌いな人とか、好きな人とか、一緒に飲みに行く人とか・・・あるいは、評議以外で意見を交わすとかもありましたか。アメリカ合衆国の連邦最高裁判所ですと、メモランダムが回ってきて、多数派工作をするとか、リベラル派のルース・ベイダー・ギンズバーグ判事と超保守派のアントニン・スカリア判事が実はすご

い仲が良かったとか、お二人は訴訟上では全く意見が対立していますけど親友でした。その辺り、公開できる範囲で教えていただければと思います。

それと、調査官の役割というのが、アメリカ合衆国の連邦最高裁判所のロー・クラークですと、後に大学教授になった人が、あの有名な判決は、俺がロー・クラークとしてほとんど全部書いたとか、授業で言ったりするのです。では、日本の最高裁判所調査官の場合、そのような役割、とりわけ少数意見、反対意見との関係で、どういう役割を持っているのでしょうか。

さらにもう一つは、最高裁判所判事の出身についてです。学者出身と検察官出身と裁判官出身と行政官出身で、やはり違うものなのでしょうか、ということをお願いします。

宇賀 わかりました。最高裁の裁判官の人間関係は、非常に良かったと思います。反対意見を言いつらいということは全くなかったですね。やはり最高裁は、agree to disagreeと言いますか、意見の違いを認め合うという文化はありますので、反対意見を述べることは、各裁判官の当然の権利として皆が尊重していました。したがって、私も遠慮なく自分の意見を述べることができましたし、他の方もそうだったと思います。私は、第三小法廷に所属していたのですが、第三小法廷は特に人間関係が密で、隔週で昼食懇談会というのをやっています、5人の裁判官が集まって、一緒に昼食をとるんですけど、その時には一切裁判の話はしません。よもやま話をする場で、和気あいあいと懇談するという形になっていました。ですから、直前まで激しく議論していても、昼食懇談会になると全くそのことは忘れて談笑していました。裁判の評議の過程で意見が違うということは当然起こります。しかし、その事件が終わればノーサイドで、引きずるということは全くなかったです。ですから、人間関係で問題があるということはないのですし、どの裁判官とも非常に

仲良く過ごすことができたと思っています。

2つ目が調査官ですね。日本の調査官のシステムは、アメリカのロークラークのシステムとかなり違うところがあると思います。アメリカのロークラークは、ロースクールを出て間もない若い方がなることが一般的ですよね。日本の場合、最高裁の調査官で幹部以外の方は、裁判官になって20年くらい経つ中堅の裁判官です。ですから、非常に経験豊富で、しかも裁判実務の実績を考慮して優秀だと認められてきた方が選ばれています。非常に優秀で勤勉な方が揃っているというのは間違いのないと思います。アメリカのロークラークと比べれば、かなり実務経験が長いですから、そういう面でも、戦力になりやすい面があると思うのですね。

ただ、アメリカのようなシステムにもいいところがあって、これは田中英夫著『英米法総論』でも書かれているのですが、ロースクールを出たばかりの人を調査官にすることのメリットとして、ロースクールで学んだ一番新しい学説を吸収できることがあると言われています。そういう面は確かにあると思います。学問はどんどん進歩するわけですよね。例えば、私は学生ときは田中二郎著『新版行政法』が教科書でした。学生時代は、それを一生懸命勉強していたわけです。ところが、大学を卒業して20年、30年経つと、田中行政法の根幹的な部分が通説でなくなっているのです。それぐらい学説は進化していくわけです。ですから、学生時代に行政法を学んで、そこで優を取ったからといって、その後、いつまでもその知識で対応できるかという、全然そんなことはなくて、やはり絶えず新しい学説を学んでいかないと、実はもう今ではとても通説とは言えないような古い考え方にとらわれてしまうということがあるわけです。ですから日米の最高裁調査官のシステムには、両方に長短があると思います。

それからアメリカの場合には、個々の裁判官がロークラークを雇っています。それに対して、日本の場合には最高裁判所全体の組織とし調査

官室が置かれています。そうすると、一人の調査官の報告書が実はアメリカ以上に大きな影響を持ちうると思うのですね。個々の裁判官に調査官が付く場合には、調査官の意見を参考にし、個々の裁判官が評議で意見を述べるとしても、一人の調査官の意見が全体に大きな影響を与えることにはなりにくい面があります。他方、日本のシステムですと、一人の裁判官がその事件で担当調査官として、審理を担当する法廷のすべての裁判官のために共通の報告書を作るので、それが非常に大きな意味を持ちうるのです。調査官判決といわれるようなことになりうる危険もあると思うのですね。ですから、私は調査官判決にならないように心がけました。もちろん調査官報告書は必読文献として必ず読むのですけれど、決してそれだけでは判断しないように、関連する判例評釈は全部読むようにしました。判例評釈が20も30もあるような事件の場合には、評釈を自分で集めるのは大変ですので、担当調査官に頼むと大体その日のうちに綺麗にファイルして持ってきてくれるのですよ。それができるのは、担当調査官は、報告書作成過程で、関連する判例評釈を集めて読んではいらぬからであると思います。しかし、それは報告書に含まれてないのが一般的なもので、それを読むようにしました。それから自分の部屋に、大体あらゆる分野の本を揃えてましたので、そういう文献も読むようにしました。調査官報告書は必ず読むけれども、他の様々な文献も読むことによって、調査官報告書に引きずられ過ぎないように心がけていました。

法学者であった者の立場からすると、それは当然のことなのですね。私たちが最高裁の判決・決定の評釈を書くときに、調査官の解説がある場合にそれだけを読んで評釈を書くというものはありえません。すべての評釈を読んで、調査官解説はあくまでその一つという位置づけをします。それを裁判官としても実践したということになります。多数意見の場合には、その裁判体の指示を受けて、調査官が多数意見の原案を

作ります。そのときに、当然裁判体の方からこういう点を強調するとか、こういう点は射程に気をつけた書き方をするようにという形で、裁判体が指示を出します。原案が出てきますと、今度は案文審議をやるのですけれども、私の経験では、調査官の作ったたたき台がそのまま承認されることはほとんどなくて、通常、誰かから修正意見が入って修正をすることになります。それに対して、個別意見の場合には、その裁判官本人の責任で書きます。例えば反対意見は当然、裁判官が自分で書くわけですね。ただし、私は、個別意見を書いた後に、例えば、変換ミスがないとか、そういう形式的なチェックは担当調査官にやってもらいました。それはそれで非常に役に立つのです。自分で気がつかないミスを、他人の方が気がつくということありますから。また、反対意見を書くときの一般的な慣例と言いますか、そういう観点からアドバイスをもらったりということはしていました。しかし、骨格的部分は当然、反対意見であれば自分で書くということになります。

あとは、出身母体ですね。私の経験では、出身母体による一般化は必ずしもできないなということをもしろ感じたのです。例えば、検察官は、慣例上、2名が最高裁判事に任命されるのです。しかし、その2名の検察官は、私の見るところではかなり違う考え方を持たれる場合が少なくないと感じました。一人の方は、個別意見を書かれることが多かったですね。ですから、同じ検察官出身でも結構、意見が異なるということを感じました。また、私の所属した第三小法廷には、外交官の方いらっしゃるのですけれども、外交官の方は、60代後半で任命されることが多く、交替が早くて、私は、3名の外交官の方とご一緒したのですが、やはり人によってかなり考え方が違うと感じました。弁護士についても、2名の方とご一緒したのですが、やはり、ご意見が異なる面があると感じました。したがって、出身母体で意見に顕著な相違があるとは必ずしもいえず、

結局、人によるな、ということを感じたところ です。

福井 ありがとうございます。金沢市広場の政治的中立性、納骨堂設置の原告適格、辺野古のさんご採捕判決についてお伺いします。宇賀さんもおっしゃったように、さんご採捕の多数意見から、古典的で美濃部の時代の公定力概念と重なるような硬直的な印象を私も受けました。多数意見は、実質的に実現不能なことに関してでも法的効力があると想定して、その後の法律関係の前提とせよ、としたわけです。学説以前の一般感覚に反しているとの印象を持ちました。

原告適格についても、宇賀さんがおっしゃるような、条例の文言の偶然で原告適格があったりなかったりするの是非常に奇妙な制度だと思います。お示しのように、要件が仮に条文では欠けていたとしても、法が想定する趣旨目的から想定される何らかの要件や第三者の利益保護の手がかりはあるはずで、それを探求することが実定法や経済学以前の常識的な要請だと思うのですが、多数意見はそうっていない。

金沢市広場事件も、政治的中立性について宇賀さんがいみじくも指摘されているように、市長だって、市議会議員だって、政治運動をして選ばれて、その者が政治の実現として行政、立法を行うのに、なぜ施設許認可に関してだけ中立のふりをするのだろうか、と思います。

この3種の事件の多数意見に通じて流れているのは、現にある秩序、行政が中立のふりを形成している秩序が暗黙の前提にあって、裁判官がそこにものを申しにくい構造がひょっとしてあるのかなと感じたわけです。裁判官自身も、政治的中立性の保持を職務上、私生活上厳しく要請されるとも聞きますが、その中立性の意味は、宇賀さんが金沢市広場で書かれたような中立性とは異なるようです。「思想の自由市場」で、みんながいろんな意見を言える場を提供するのが中立性だとする、丸山真男が言う

中立性概念を宇賀さんが実践されていると思うんですけども、多数意見からは、実際はないはずがない政治的立場をないように見せ、振る舞う、中立のふりをするのが中立とし、実はそれ自体が政治的立場たることを糊塗しているような印象を受けます。政治的立場がないかのごとく見えないといけない裁判官像と連動してはいないかとも感じます。

アメリカの裁判官は民主か共和かの立場を明らかにし、政治運動をしないと原則として判事にはなれない。特に最高裁判事は、強い政治性を帯びた選任手続きです。ドイツも、基本的には政党支持が旗幟鮮明でないと判事にはなれない。逆に日本では、政治性が見えたら、下級審だと再任すらなされない。このような違いとも連動しているように思うんですけども、差し支えない範囲で宇賀さんのご所感をいただければと思います。

宇賀 そうですね。辺野古の事件に関しては、確かに、多数意見の理屈を理解しがたい面があります。埋立承認が取り消されていないから、その埋立承認の基礎になっていた安全性に大きな疑問が出てきて、改めて変更の承認をしなくてはいけないという状況に追い込まれているにもかかわらず、埋立承認が有効であることを前提として形式的に論理を進めてしまっているという印象を持たざるを得なかったですね。なぜそういうふうになってしまったのかということですけども、そういう言葉を使っていないものの、福井さんがおっしゃったような、古い行政行為の公定力観みたいなのが根底にあって、行政行為が取り消されていないんだから有効でないかということから、論理を組み立ててしまって、だから埋立承認の効力がまだ残っているのであって、軟弱地盤の区域以外のところでの工事は何ら妨げられないという議論を組み立ててしまったのかなと思います。古い行政行為の公定力論的な考え方が、いまだに裁判実務に残ってしまっており、学界の批判が十分浸透し

ておらず、裁判実務と学説の乖離が生じていることを感じざるを得なかったです。

金沢市庁舎前広場事件についても、実態を見るよりも、形式を重視して結論を導くという点で、辺野古サンゴ事件との共通性があると言えるかもしれません。金沢市自身が、広場については庁舎と別の管理要綱を作成して、庁舎とは異なる管理をしてきたにもかかわらず、訴訟になると、広場も庁舎の一部であり、庁舎と同じ管理のルールに服することを前提として、主張を展開しているのです。しかし、訴訟記録を読むと、市長も、それから市議会も、広場は市民に大いに利用してもらおう場所ですということをしごく強調しているのですよ。たとえば、市民の方によるマルシェ（市場）を開設したりして、賑わいの場にしますということをしごくずっと市長も市議会も言ってきたわけですね。市庁舎の中の空間とはまったく異なり、住民みんなが使う空間として活用するというをしごく言ってきたにもかかわらず、市庁舎の一部であるから、そこで政治的な色彩を持つ活動をする、市の中立性に疑問が持たれて、そして市民から批判を受けることになって市の行政に支障が生じますという論理になってしまったのです。訴訟記録などをよく読めば、広場の位置付けがよくわかった事案だと思うんですけども、形式的に庁舎の一部だということから出発してしまったために、市の中立性の議論になってしまったように思います。

両者に共通しているのは、実態よりもむしろ形式を見て、そこから議論を組み立てるから、実態から離れてしまう傾向があると言えるのではないかと思います。

福井 ありがとうございます。それでは、チャットでコメントやご質問いただいています。阿部泰隆さんから「宇賀さんの超人的な活躍と丁寧で分かりやすい説明に感心しました。なぜ多数意見にならないのか、評議の秘密でしょうか、残念です。」とのこと。先ほどお答えいた

だいたかと思えます。

本坊優吾さんから「最高裁の裁判官は、当事者にどのようなことを主張してほしいと考えているでしょうか。」、井口文希さんから「青色申告承認取消しに関する令和6年5月7日判決における宇賀反対意見は、多数意見というより、高裁判決に対する批判ととらえましたが、その読み方は合っておりますでしょうか。合っている場合、多数意見に対するご見解があればお伺いしたいです。」とのことです。最高裁の裁判官は、当事者にどのようなことを主張してほしいと考えているか、からコメントをお願いします。

宇賀 当事者の主張は非常に重要です。上告理由とか上告受理申立理由、それに入っていないことについては、最高裁は、基本的には判断できないのです。ですから、こういう主張をしてもらえれば、もっと救済できたのになと思っても、そういう主張が、論旨として書かれていないと、最高裁として取り上げることができないのです。そういう意味では当事者、それからその当事者を支える弁護人の役割は非常に重要で、非常に説得力のある主張があると、当然私たちもそれに影響を受けます。他方で、こういう主張をしてもらえれば勝てる事件だったかもしれないのに、その主張が入ってないということになってしまうと、それについては、本当に私たちは残念ながら判断できないということになるのですよね。そういう意味で、特に弁護士の方の役割だと思うのですけれども、最高裁に提出する上告理由や上告受理申立理由に主張するとき、どういうふうに主張を組み立てたらいいかということ十分に検討していただければと思います。

福井 次に、青色申告承認取消判決のご意見についてお願いします。

宇賀 これは、原審の判決が、あまりにも納得

できなかったもので、基本的に原審の判決をターゲットにして、批判するという形をとったんですけども、当然、私は、多数意見とも考え方が違いますので、多数意見に対する批判にもなっているということになります。多数意見は、国税不服審判所長に対する審査請求が可能であって、その審査庁については、ある程度中立性が保たれているのだから、事前手続は必須ではないという考え方が根底にあるのではないかと思います。しかし、事後的な救済だけでは不十分だから、事前手続を整備したわけですから、事後に第三者的な救済機関があれば、事前の手続は必要ないという考え方には、到底賛成できません。それから、多数意見の根底にある考え方として、非常に大量の事件だから、事前に丁寧な手続をとる余裕がないという認識があるように思います。しかし、青色申告承認取消しは、事前手続を講ずると税務行政に支障を与えるほど大量に行われることはありません。実態としても、できる限り青色申告承認取消しをしないように運用されていて、やむをえない場合に、例外的に行われるのみです。したがって、事前手続をとる時間的な余裕がないということではなく、青色申告承認を取り消す時にはかなり慎重にやっているのです、大量だから杜撰な手続で行っているわけではないと思います。また、聴聞を行うとしても、聴聞期日は、1回のみであることが通例になっており、続行期日が指定されることは、一般的にはありません。ですから、青色申告承認取消しのために、事前手続をとる時間がないほど大量の処分になるから事前手続の省略はやむをえないとは考えられません。

福井 ありがとうございます。後藤秀典さんから「生活保護裁判は多数意見が違法でないとして、宇賀さんだけが違法だとする判決を予想していたんだけど、なんで全員一致で引下げが違法だとなったんでしょう。」との質問です。

宇賀 デフレ調整については全員一致で違法と

なったのですよね。専門的な機関の意見を聞いていないだけでは直ちに違法とは言えませんが、専門的な機関の意見を聞かずに厚生労働省内部で検討したのであれば、自分たちでこれだけ専門的な判断をしましたということを示す必要があるわけです。デフレ調整については、それがまったくできていないと全員一致で判断したのです。専門的な機関の意見を聞いて、その答申に従っているのであれば、一般的には、専門的な機関の判断を裁判所としても尊重するのですが、このケースは全く聞いていませんでした。聞こうと思ったけれど聞けなかったというやむを得ない理由があったとも言えません。聞こうと思えば十分時間の余裕があったのにあえて聞いてないわけです。それでは厚生労働省内部で専門的な知見と整合する検討を行ったかといいますと、そうではなかったのです。約30年間、専門的な意見を踏まえて水準均衡方式を採用し、物価ではなくて消費に着目して基準を作成してきたのに、いきなり水準均衡方式をやめて、物価だけで判断しています。これについては、これまで専門的な機関が、物価を一つの考慮要素とすることは妨げないにしても、それだけで判断すべきではないということを書いてきたにも関わらず、物価を直接の指標としているのです。したがって、全員一致で、判断過程に過誤欠落があるというふうに判断せざるを得なかったということです。

福井 同じく後藤さんから「宇賀さんだけが国賠を認めた理由があれば教えてください。」とのことでした。

宇賀 国賠請求を認容すべきという意見は私だけでした。私は、デフレ調整も2分の1調整も違法だと考えましたし、それによって、本来であれば受けられるはずであった給付を受けられない状態が、10年近くという非常に長い期間続いてきました。また、訴訟記録を読んでも、この間、いかに大変な生活をしてきたかが、

切々と訴えられていました。それまでもギリギリの生活だったのが、さらに切り詰めて生活をせざるを得ない状態を10年近く続けざるを得なかったということですから、単に、生活保護基準改定処分が違法とされて、今までもらえなかった給付部分が填補されたとしても、それによって、それまでの10年近く、最低限を下回る生活を強いられてきたことについての精神的苦痛がそれによって慰謝されるとは到底思えなかったのです。私は国家賠償も認めるべきだという意見を述べました。

福井 ありがとうございます。本田滝夫さんから「辺野古訴訟14件のうち取り下げを除くと9件あって、9件のうち7件が連続して第一小法廷に配廷されました。配廷は機械的と聞いてますが、これは異様に思われます。宇賀さんの経験に照らすとどう思われますか。」との質問です。

宇賀 最高裁に来たすべての事件は、まず必ず小法廷に分配されますが、それは機械的に行うというルールになっていて、受付の順番に、第一、第二、第三というふうに、機械的に分配していくことになっています。その理由について一度、主席調査官をされていた方に聞いたことがあるのですが、それは、恣意的な判断をしないためだということでした。つまり、機械的にやっていけば、どの小法廷に分配するかについて恣意が入らないというわけです。他方、例えば専門家のいる法廷など、いろんなことを判断して分配することになると、恣意的な判断が入る余地があるから、それが一切入らないようにするために機械的にやっているという説明でした。裁判長も同じように、機械的に配てられますから、民事系の裁判官の方が刑事事件の裁判長になったり、逆に刑事系の裁判官の方が民事事件の裁判長になっていることも当然起こっているわけです。小法廷への分配は、受付の段階で機械的にやっていますので、確かに辺

野古事件は第一小法廷に行った事件が多かったという印象を私も持ちましたけれど、機械的な分配の結果、たまたまそうなってしまったのかなと思います。

福井 ありがとうございます。富岡寛さんから「警察庁保有個人情報不開示決定取消請求事件に関し、情報単位論について、学説の立場から今後、司法行政に期待したいことがありますか。また、裁判所によるインカメラ審査の可能性や必要について、ご見解をお聞かせください。」とのことでした。

宇賀 ご質問ありがとうございます。この、情報単位論に関しては非常に思うところがありまして、私は、最高裁で安愚楽牧場事件、警察庁保有個人情報管理簿事件と、それから機能性表示食品事件という事件で裁判長になったのですが、どの事件でも、原審は情報単位論をとっていました。ですから、情報単位論が下級審の裁判所で、非常に影響力を持っているということを感じざるを得ませんでした。これについては藤田宙靖裁判官がかつて補足意見で、情報単位論を徹底的に批判して、これは立法者意思とも違うし、およそありえない解釈であり、本来、判例変更されてしかるべきだということまで書かれているのですよね。その後、山本庸之裁判官も、意見という形式で、やはり情報単位論を非常に厳しく批判されています。というのは、これらの事件もすべて原審が情報単位論をとっていたのですよね。私は安愚楽牧場事件で個別意見を書いたのですけれど、この事件では、上告受理申立理由の中に情報単位論が明示的には書かれていなかったものですから、正面から情報単位論についての批判はできなかったのですけれども、非常に大雑把な不開示情報の単位を前提とした判示をしていることについては批判していますので、実質的には情報単位論批判だったのです。ところがその後も、ずっと情報単位論が使われているのですよね。ということは、い

わゆる大阪府知事交際費訴訟の第2次上告審判決がとった情報単位論が、学説から厳しい批判を受けているけれども変更されていないため、下級審の裁判官は、判例に縛られてしまうのだなということを強く感じざるを得なかったですね。ですから私は警察庁保有個人情報不開示決定取消請求事件では、本当にくどいくらい、情報単位論批判をしました。本当は判例を変更したかったのですが、残念ながら、判例変更まで至らなかったのです。先に述べた藤田裁判官の補足意見や山本裁判官の意見が書かれた事件は、最高裁判所の民事判例集ではなくて、裁判集民事に掲載されるにとどまりました。民事判例集と比較すると裁判集民事の下級審の裁判官に対する影響力は下がるのですよね。民集であれば担当調査官が解説を書きますから、その中で情報単位論についてもこういう個別意見があったということを書いてくれば、かなり下級審に対しての影響力は違うと思います。警察庁保有個人情報管理簿事件では判例変更までは行けなかったのですけれども、下級審における部分開示の運用はおかしいねということは、全員が一致して、そのこともあり、民事判例集に掲載されたのですよね。従前の部分開示の運用は是正すべきであるということについては、全員の合意できたので、司法研修所でこの判決を教材として用いて研修を行ってもらい、運用が変わっていくことを非常に期待しているところです。

それから、インカメラ審理は一度法案が出て、廃案になってしまったのですけれども、是非必要だと思いますね。というのは、下級審の裁判官の中には、インカメラ審理ができないから、ある程度行政の判断を尊重することも仕方ないなというふうな考え方を持っている人がかなり少なくないようなのです。しかし、私は実際に、内閣府の情報公開審査会とか、東京都の情報公開審査会等で、インカメラ審理を行ってきました。審査会で実際に開示請求対象文書を見分してみると、行政機関が説明していたことと全然

違うと感じたことが稀ではありません。開示する
とこんな支障がありますと行政機関は説明して
いたけれども、実際にその文書を見分してみると、
開示してもなんら支障がない内容だったと
いうことが稀ならずあったのです。しかし、現
在の判例の下では、裁判所はインカメラ審理が
できませんので、行政機関が開示するとう
いう支障がありますという、裁判所は、どうし
ても、それに過剰に反応してしまうというこ
があるのではないかなと思いますので、是非、
情報公開訴訟で裁判所にインカメラ審理を認
める法改正を実現してほしいと思っています。

福井 判決は全部ウェブサイトで自動公開とい
うのはどうですか。行き過ぎですかね。今は裁
判所が「重要」判例を選んでいますが、全件公
開でも今の技術なら大した負担はないのでは
とも思います。

宇賀 それは当然やるべきだと思っています。
ようやく、民事判決については基本的に全件
データベース化していくという立法が実現しま
したけれども、まだ民事事件に限られているの
で、刑事事件などはその対象外ということに
なっています。全件をそのままデータベースで
公開することは、先進国では当たり前になっ
ていますよね。現在は、裁判所のウェブサイトで
公表されるのは、数パーセントにすぎません。
私は、福井さんがおっしゃったように、全件を
公開することとし、プライバシー情報等、公開
すると本当に支障が生ずる部分は黒塗りにする
とか仮名化すればいいと思います。実は総務省
の情報公開・個人情報保護審査会や自治体の情
報公開審査会などは、すべての審査会答申をそ
のような方法でデータベースで公開していま
す。判決についてもできないはずはないので、
是非それは、早急に進めていくべきだと思いま
す。

福井 ありがとうございます。それではフロア

の方からお願いします。

白藤博行（専修大学） 私は10年ほど辺野古訴
訟に関わった関係で、ひとつお伺いしたいこと
がございます。たまたまサンゴの特別採捕の事
件だけ宇賀さんのいる第三小法廷に、あとは第
一小法廷に配点されました。9件のうち1件だ
けが宇賀法廷という「偶然」を非常に奇妙に思
います。あと1件でも2件でも回っておれば、
何か別の判断が出たのではないか思ってしまう
からです。そこでお尋ねしたいのは、辺野古最
高裁判決をつぶさに観ますと、実は、沖縄県知
事が行った埋立承認の取消・撤回、変更不承認
のいずれの処分についても、その適法・違法に
ついて、最高裁が全く実体判断をしていない点
です。唯一、実体判断しているようにみえるの
は、故翁長雄志知事の承認取消処分の適法性審
査において、そのもとになった前知事・仲井眞
弘多知事の承認処分の実体判断だけです。そう
すると、私には、この10年に及ぶ裁判の中で、
知事の処分そのものの適法性について、最高裁
は実体判断を極力回避してきたように見えま
す。まさか実体審理をわざと避けていることは
ないのだろうと思いますが、大きな疑問が残る
ところです。この点について何かありましたら
よろしくお願いします。

宇賀 辺野古関係では、サンゴ礁事件だけが第
三小法廷に来ましたので、それしか判断してい
ないのですけども、他の辺野古事件に関する判
例も一応読んでおられます。おそらく、それぞ
れ他の事件について、実体に踏み込まないでも、
形式的な論理で結論が出せるというふうにか
考えたので、実体に踏み込む必要はないと考
えただろうというふうに思います。他の小法廷
に係属した事件については、残念ながら、ど
ういうふうな審理がされたかは、評議の秘密
により公にされませんので分からないのです
が、多分、実体に踏み込まなくても、形式
的な判断で結論が出せるというお考えをと
られたんだろうと思

います。

福井 ありがとうございます。

松中学 (名古屋大学) 商法を勉強しております。今回のディスカッションも含めて、個別意見は非常に理屈、お考えがわかるけれども、多数意見、あるいは法廷意見こそがよくわからない部分があるというのがわかったように思います。もう一つ、裁判所の仕事で外から見ていてわからないところが、上告受理申立て、上告審として受けるかどうかの判断のところかと思えます。差し支えない範囲で結構ですので、印象に残る判断であるとか、こういうことを考えて判断をされていたといったことがあれば教えていただければと思います。

宇賀 ご質問ありがとうございます。上告受理申立てに関しては、受理すれば上告事件ということで中身の審理に入るのでありますが、不受理になってしまいますと、非常に冷たい、三行半的な決定になってしまうのです。私が平成31年に任官したときには、上告不受理の決定に関しては、反対があっても全員一致で不受理というふうに決定書を作って発出するという慣行になっていました。実は、藤田宙靖裁判官が、その点について回想録に書かれているのです。その中で、藤田裁判官の在任中に全ての小法廷で、不受理決定で反対の人がいる場合には反対の理由を書ける運用になったと書かれています。それが平成26年まで続いていたようなのですが、私が任官した平成31年時点では、運用が変わっていきまして、反対があっても全員一致で不受理と記載する運用になっていたのです。私は、反対があるのに、全員一致と記載するのは、事実と違うことを外部に表明していることになり、おかしいのではないかと疑問を抱いていました。そして、任官してから2年近く経過したところ、問題提起をしまして、みんなで議論をしてもらいました。その結果、第三小法

廷では、反対があるときには反対があったということは示せるということになりました。つまり、誰々を除き、全員一致で不受理、というふうに記載する運用に変わったのです。しかし、不受理に反対の理由を書けないという運用になってしまったのです。不受理決定がされた場合であっても、私は、不受理に反対するペーパーをA4で5枚～20枚ぐらい書いていることが多いのですが、残念ながら、不受理決定書に、不受理に反対する理由を書けなかったのです。不受理決定書に、不受理に反対する理由を書くことを認めない理由としてどういうことを言われたかということ、不受理決定というのは、そもそも理由を示さずに簡略に判断を示すもので、反対の理由だけを書くと、それでは、不受理にする理由も書かせてくれということになって、結局、不受理制度を作った意味がなくなるという理屈なのです。

これについては、藤田裁判官の回想録の中で、本来のあり方に戻すべきだということを書かれているんです。その「本来のあり方に戻すべきだ」ということを一部の方は、要するに全員一致で不受理と記載していた運用に戻すべきだというふうに読んでいるのですが、この記述のある前のページで、本来一人でも不受理に反対すれば、受理した上で、そこでみんなが個別意見を書くべきだということを述べられているので、私は、「本来のあり方に戻すべきだ」というのは、その趣旨ではないかと思って、実は先日、藤田元裁判官に直接お尋ねしてみたのです。そうしましたら、藤田元裁判官は、まさにその通りだということでした。すなわち、自分が本来の姿に戻すべきだと言ったのは、不受理決定に一切理由を書けなかった時代に戻すべきだということではまったくなく、本来、一人でも不受理に反対する人がいれば受理した上で、そして個別意見を述べる機会を与えるのが当然だという意味で書いたとおっしゃったのです。やはり、そうであったのだと得心しました。私もその考え方に賛成で、本当はそういう運用が正し

い姿だと思います。

福井 ありがとうございます。憲法 80 条に、下級審の判事任命は最高裁の名簿で内閣が任命とあるんですけども、最高裁の名簿は、15 人で合議したりするんでしょうかというのが一つです。憲法 79 条では、最高裁判事は任命権が内閣にあることになっているんですけども、与党の司法族の議員から、実際上は最高裁が持ってきた名簿通りに、ほぼ追認されているのが実態と聞いたことがあります。最高裁の持ってくる名簿は、大法廷メンバーで合議するんでしょうか。

宇賀 わかりました。下級審の裁判官については、憲法上、内閣は最高裁判所の指名した者の名簿により任命するという事になっていますので、最高裁は、下級審裁判所の裁判官の任命に関する名簿を作って内閣に出すこととなります。これについては、15 名の裁判官の合議体である裁判官会議で審議をします。これは司法行政事務の一部ということで、裁判所法上、最高裁の司法行政事務は、15 名の裁判官全員で行うとされています。その場合には最高裁長官が議長を務めると、裁判所法の 12 条で定められています。下級裁判所の裁判官の名簿は、裁判官会議に資料として提出されますので、下級裁判所の裁判官の名簿がどういうふうになっているかは、最高裁判事は事前にわかります。それが内閣の方に提出されるわけですね。しかし、それは、下級審裁判所の裁判官の場合だけです。最高裁判所の裁判官の任命に関しては、実は中にいても全くわからないというのが実情なのです。ただ、キャリア裁判官の場合には、キャリアパスがほぼ決まっているので、予想がつきます。今度この東京高裁長官の人がなりそうだなとか、この大阪高裁長官がなりそうだなと予想ができて、大体予想通りになるのですが、他は分からないですね。ですから、私の後任が沖野裁判官になるということは、私は閣議決定

の後、マスコミで公表されて初めて知ったのであって、事前に分かるということは全くなかったです。最高裁判事の人事については、事前に裁判官会議に付議されないのです。最高裁の方で最高裁判事の候補を決めて、内閣に推薦しているとしても、その過程で、一般の最高裁判事に事前に相談があったり、内々に情報提供があったりということは、全くないです。

福井 ありがとうございます。それでは時間を超過しましたので、他にもご質問あるかもしれませんが、恐縮ですが、本日はこれで終了したいと思います。宇賀さん、どうも長時間にわたり貴重なお話を賜り、誠にありがとうございました。
(了)