

◆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。よろしくをお願いいたします。

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。それではよろしくをお願いいたします。

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き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。

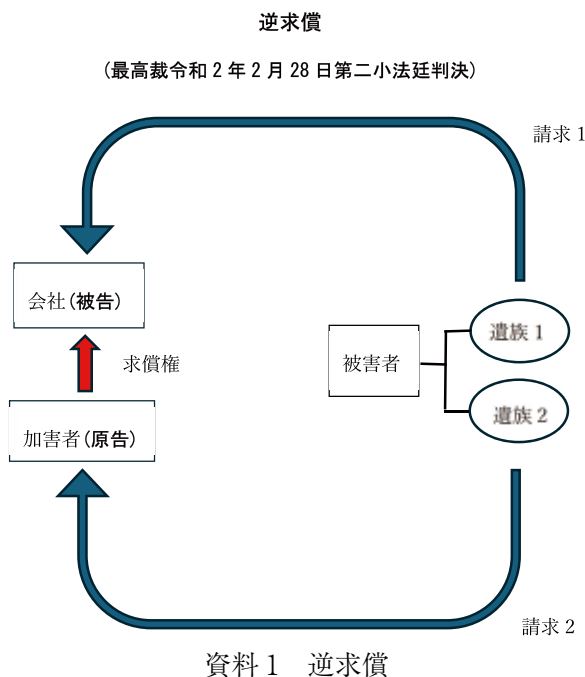
2. 8つの個別意見が示す法と経済学の有効性

(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

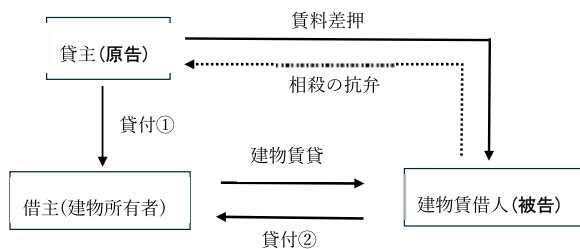
ている次第です。

(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ふ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。

ないかと思うのですが、この判決がきっかけと

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。

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)

1 割増賃金制度の導入

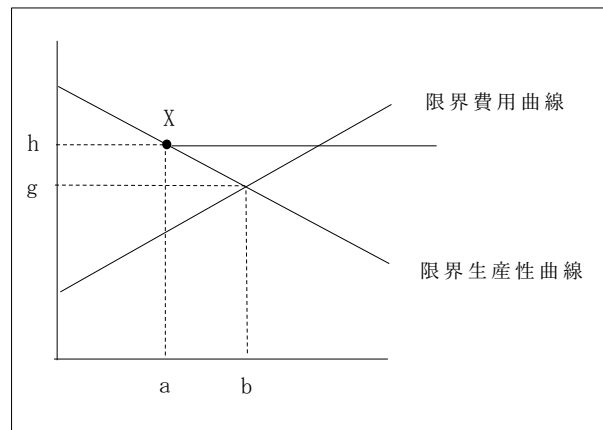


図 1

図 1 は割増賃金制度が導入された場合の時間外労働市場の需給関係を表している（時間内労働と時間外労働を別の生産要素と考えることにしたのは、単にその方がグラフの作図が容易だからである。）。g は労働基準法 37 条が存在しないと仮定した場合の仮想的な賃金の市場価格、h は時間外労働に対して法令上支払いが義務付けられる（時間あたりの）割増賃金額を示している（議論を簡単にするために、当面は g が時間内労働の契約価格（以下「基礎賃金」という。）でもあるとして分析を行う。）。この場合、企業は労働者の限界生産性が割増賃金額と等しくなる点 (X) に対応する労働時間 (a)（以下、これを「生産的動労時間」という。）を選択するので、時間外労働時間は労働基準法 37 条がない場合 (b) と比べて減少する。

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。

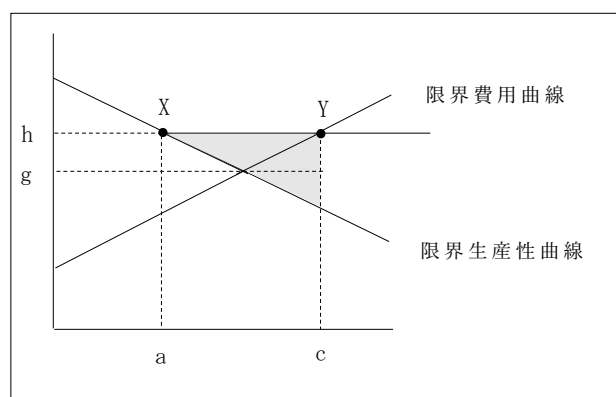


図2

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。）。

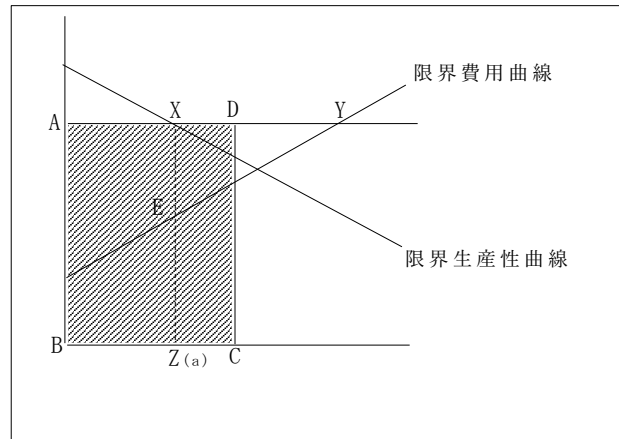


図 3

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。

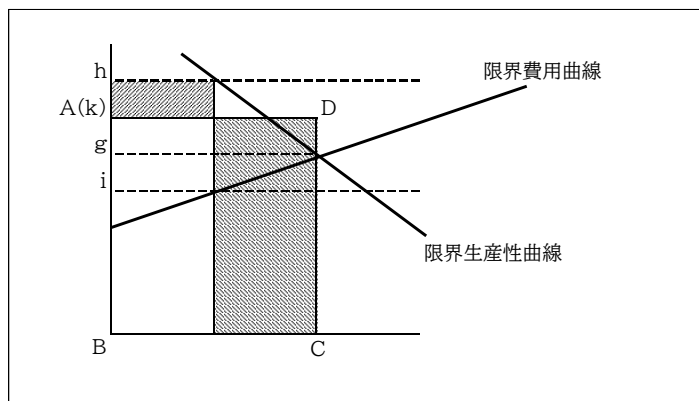


図 4

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。

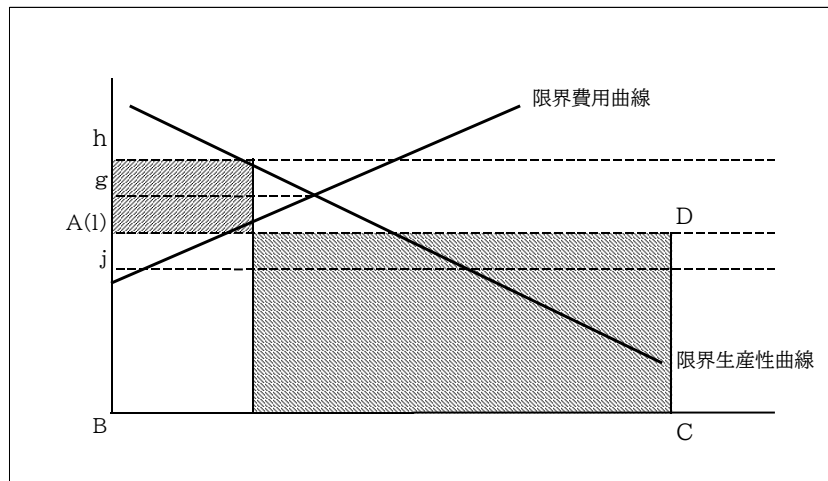


図5

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、きゆ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、「きゆう師」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、はり師ときゆう師に関しては、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

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) きゆう師	} 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に抑制されている。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ころはないんです。なぜかというところ、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。

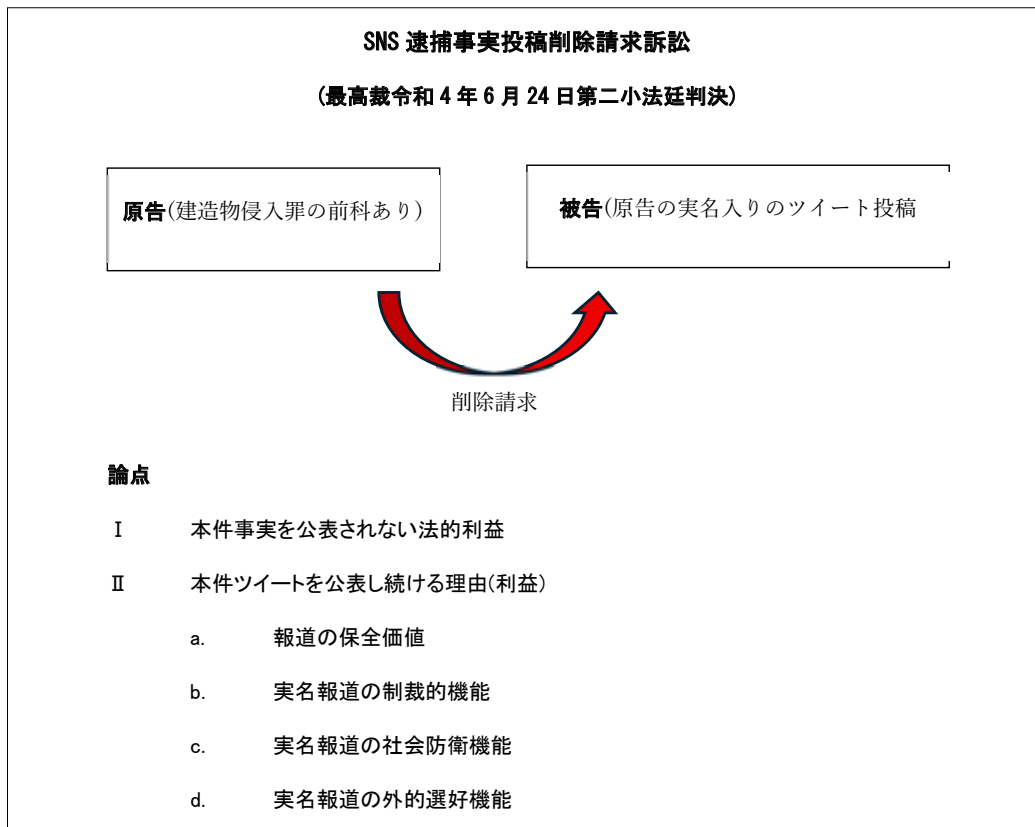
本件の個別意見は、別に経済学的なことを述べているわけではありません。しかしながら、法と経済学が価値中立的なことを語っているだけでは、あまり司法にとって役立つ学問とはなれません。法と経済学は、経済学の知見を現代型の功利主義——これを私は福利最大化原理と言っています——と合体して用いることによって、初めて司法にとって有用なロジックを生み

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、という考え方の中で、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が可能ならば、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」を付しただけなのか、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良いよ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っています。

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々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。言えるとすれ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っていれば、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、とそういうふうに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し、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「サフィシャントリアニズム (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。よろしくお願いします。

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す。

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の順序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、好ましさの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)