



司法改革の継続と行政訴訟活性化への道 : 滝井繁男先生を偲んで (座談会)

泉, 徳治
中川, 丈久
水野, 武夫
斎藤, 浩

(Citation)

行政訴訟の活発化と国民の権利重視の行政へ : 滝井繁男先生追悼論集:39-84

(Issue Date)

2017-07

(Resource Type)

book part

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90006443>

※ この論文ファイルは印刷不可です。



《座談会》

司法改革の継続と行政訴訟活性化への道

—滝井繁男先生を偲んで—

日時：2016年11月20日（日）

出席者：泉徳治＋中川丈久＋水野武夫＋斎藤浩（司会）

◎はじめに

斎藤 お忙しいところを今日はありがとうございます。本書の編者のお一人である泉先生をわれわれ三人の編集事務局が囲んで、滝井先生を偲ぼうという企画であります。もう一人の編者である佐藤幸治先生は、滝井先生にまつわる論文をお書きいただくということです¹。

まず最初に、滝井先生の遺言が発見されたというところから、この企画を始めたいと思います。これにつき水野先生からご発言いただきたいと思います。

◎滝井遺言「行政訴訟を活性化させ国民の権利重視の行政へ」基金

水野 滝井さんは2015年2月28日に急逝されました。それまでずっとお元気で、ときどき食事をご一緒していました。ある会合で、ちょっと飲み過ぎたと言って帰られ、その夜、急変してお亡くなりになった。滝井さんは、在任中の活動はもとよりですが、退任後も、元最高裁判事として、社会に対し、様々な発言をしてこられました。退任後のご活躍もすばらしいものだったと思います。たいへん惜しい人を亡くし、まことに残念でなりません。

その後、同年9月頃に奥様である滝井朋子先生から電話があり、いろいろ遺品を整理していたら遺言書を発見した。その遺言書には「まず、相続財産のうち5000万円を基金とし、これを、行政訴訟を活性化させ、国民の権利

1 佐藤幸治「『国民の司法』へのさらなる発展を求めて——滝井繁男氏を偲びつつ」本書3頁以下。

重視の行政に向わしめる活動に寄与せしめるため有意義に使うこととし、その具体策を水野武夫、斎藤浩両弁護士に委ねる」と書かれていた。そこで、朋子先生から、これについてどうしたらよいかという相談を受けました。いろいろと考えたのですが、最終的には公益財団法人日弁連法務研究財団に寄付することとし、財団は、これを「滝井繁男行政訴訟等活性化積立資金」として、特別の基金にすることになりました。滝井さんの遺志に沿って、それを活用していろいろな活動をしていくわけですが、まず第一に、滝井さんを偲んで、行政訴訟等の改革を目指す追悼論文集を出版することが、理事会でも直ちに承認されました。

それ以外にも、今いくつかの計画をしており、正式に決定したら公表されると思います。滝井先生のご遺志をくみ、なんとかわが国の行政訴訟等がより活発なたちで国民の権利救済に役立つものとなるようように頑張っていること、新たな決意をしているところです。

本日はたいへんお忙しいところを泉先生にお越しいただき、滝井先生を偲んで様々な議論をさせていただいて、追悼論文集の巻頭に飾らせていただきたいと思いますので、どうぞよろしく願いいたします。

◎滝井先生の歩み

斎藤 どうもありがとうございます。

それでは、滝井先生と大学のときご一緒に、修習生のときもご一緒に、また、奇しくも最高裁判事にも同時期におなりになった泉先生から、まず滝井先生の少しやわらかいというか、できれば法律外のことも含めてお聞きすることにしたいと思います。

その前説として、2015年5月7日に大阪弁護士会で行われた滝井先生にお別れする会で配られた冊子、「滝井先生に贈る言葉」に収録された、参加者の滝井先生への思いのひとことから滝井先生の幼少時からの行動などを拾ってみます。

京都市立大將軍小学校時代のことは冊子にはあまり出てきませんが、京都市立北野中学校くらいからはじつに活発なお姿が語られています。新聞部で活動し、文化祭ではリヤ王を演じたとあります。京都府立山城高等学校時代

は社会科学研究会に所属し、漸進会という団体のリーダーだったようです。京大では、教養時代のJ4、学部での刑法の平場（安治）ゼミで泉先生とご一緒でした。ラグビー部にも短期間属され、また法律相談部に入り部長を務められたほか、時代のうねりのなかでデモによく参加したといわれます。60年安保闘争のことと思われます。司法修習時代は、15期1組で朋子先生と同じクラスでした。課外の野球ではキャッチャーが得意で、ポジション争いをしてまでキャッチャーをやりたいがごとと語られます。それからあとはよく知られた弁護士生活で、ここでのご紹介は省きますが、司法研修所までの歩みは、社会的運動もスポーツ的運動も得意な、きわめて積極的な青春像が友人知人から語られております。若い時代に尋ねられれば、座右の銘はいつも「初心忘れるべからず」だったようです。大学時代からの同級生であり弁護士の（旧姓野口）朋子先生と結婚され、立派なお子様にも恵まれ、晩年には奥様とバルト海クルーズに行かれたことは私どもの間では有名でした。

前置きが長くなりましたが、泉先生、よろしく願いいたします。

泉 私は、今お話があったように、昭和32年から昭和36年まで、京都大学法学部で滝井さんとクラスが同じでした。ゼミも平場ゼミと同じでした。私どもの世代は、子どものときに戦争体験を持ち、小学生のときから新憲法の下で育ったという、戦争記憶を持った新憲法世代という部類に入るかと思えます。私どもの学生時代は60年安保の頃で、学生たちによる街頭デモがたびたび行われていました。今のように道路の隅を警官に囲まれて静かに進行するデモとは異なり、竹竿を横に握った数名の学生を先導役に、安保反対を叫びながらジグザグに進行するデモでした。

そういうとき、滝井さんはいつも先頭でみんなを引っ張っていくグループにいました。私は後ろからのこのこついていくほうでしたが、そういう滝井さんの姿を見ていて、この人は政治・社会に強い問題意識を持ち、私などよりもはるかに大人だと思いました。その大人の滝井さんから、野口さん（朋子先生の旧姓）と結婚したいのだが、どうしたらよいだろう、と相談を持ちかけられました。私は、それなら早く申し込むべきだと、背中を押しました。私は、自分のような若輩に相談を持ちかけてもらったということで、うれしく感じました。

ところが、司法研修所に入って、実務修習地が滝井さんは東京、野口さんは大阪になってしまいました。滝井さんは、大阪に決まっていた私に、実務修習地を交換しろと言ってきました。事情はわかっていたので、すぐ承諾しました。そこで、滝井さんは、田中恒朗司法研修所事務局長に交渉に出向いたのですが、すでに決まったことだから、東京で頑張りなさいと説得されたとのこと。滝井さんは、その田中氏と、同氏が亡くなられるまで、年賀状の交換をしていたと言っていました。滝井さんの人柄が偲ばれます。

滝井さんは、人間好きなタイプで、そのうえにたいへん面倒見がよく、弁護士になってからも、大学時代のクラスメートの誰彼となくつきあい、みんなから頼りにされておりました。そういうこともあって、クラスのなかでは一目置かれた存在でした。

クラス仲間のほとんどが現役を引退してからも、東京と大阪でクラス会を続けておりますが、東京のクラス会の暑気払いと忘年会は、滝井さんが亡くなられるまで、滝井さんが上京される日に合わせて行っておりました。出版されたばかりの永野健二氏の『バブル』に、滝井さんが「リベラルな正義感と大阪商法の理解、そして経済知識に裏打ちされた特異な弁護士」として登場しますが²、そのニュースが早くもクラスのグループメール上を飛び交っております。滝井さんは、今も、クラス会の主役です。

斎藤 中川先生、水野先生、ご発言があればどうぞ。

水野 滝井さんは昭和44年に提訴された大阪国際空港公害訴訟³の原告弁護団の副団長でした。団長は木村保男さん、事務局長が久保井一匡さんという、今から考えると豪華メンバーで、田原陸夫元最高裁判事も弁護士登録1年目から弁護団の一員でした。私も登録2年目でしたが入らせていただき、昭和56年の大法廷判決を経て昭和59年の和解成立まで、ずっと弁護団と一緒に活動しました。

空港弁護団では、木村団長がみんなを引っ張っていく立場で、久保井さんは弁護団をまとめていく立場。一方、滝井さんは、後輩のわれわれ若手弁護

2 永野健二『バブル——日本迷走の原点』（新潮社、2016年）第4章参照。

3 大阪地判昭和49年2月27日判時729号3頁、大阪高判昭和50年11月27日判時797号36頁、最大判昭和56年12月16日民集35巻10号1369頁。

士に対して対等の立場で議論されるというのが印象的でした。この三役には、若手の弁護士も、先輩としても人間的にも、非常に親しみを覚えていたのが実感でした。

滝井さんは文章がお上手で、弁護士団でいろいろな声明を出したり、意見書を作成したり、様々な文書をつくるときがありますが、このような弁護士としての文書は全部滝井さんが起案されました。

斎藤 中川先生、いかがですか。

中川 私は滝井先生と、最高裁判事を退官された後に何度かお会いする機会をいただきましたが、それより前にはじめてお会いしたのは、法科大学院制度が立ち上がる時期、つまり最高裁判事に任官される直前の時期だと思います。おぼろげな記憶なのですが、近畿弁護士会連合会や大阪弁護士会が法科大学院カリキュラムを検討する集まりに私も呼ばれ、そこでご挨拶したのがはじめてではないかと思えます。

退官された後は、日弁連の第24回司法シンポジウム（2010年9月11日）の行政訴訟分科会で、行政裁量に関して一緒に報告をさせていただいたことがあります。また、朝日新聞の山口進記者が滝井先生と非常に親しいということで、山口さんと私が丸2日をかけて滝井先生に詳細なインタビューをさせていただいたことがあります（2009年2月26日および3月3日）。あまりにも長くてずっと整理がついていなかったのですが、そのうち行政事件に関する部分が本書に収録され⁴、やっとな貴重なインタビューが日の目を見ることになり、非常にうれしく思います。

さて、泉先生に滝井先生との関係で今日、いろいろな角度から繰り返しお尋ねしたいことがあります。大学時代から同級生でいらっしゃる滝井先生や泉先生の「世代」ということです。最高裁は、ちょうど滝井先生、泉先生、そして藤田宙靖先生が入られた頃から、非常にドラスチックに変わっていったという印象を持っています。『最高裁判所は変わったか』というのは、滝井先生のご著書の書名でもありますが⁵、その1つの要因として、最高裁判

4 滝井繁男氏へのインタビュー「滝井繁男先生に聞く——行政事件を中心に」本書85頁以下。

5 滝井繁男『最高裁判所は変わったか——裁判官の自己検証』（岩波書店、2009年）。

事の世代が交代したことがあるのでしょうか。60年安保は、非常に激しく、既成のものや権力に対し異議申立てをしていた時代ですから、その洗礼を受けた世代へ最高裁判事が交替したことが、最高裁の変化の一因とってよいのでしょうかというあたり、おうかがいできればと思います。

泉 滝井さんは、退官後に『最高裁判所は変わったか』という本をお出しになりました。この書名を見て、微苦笑を禁じえませんでした。「『変わったか』とかいって、最高裁を変えたのはあんたじゃないの」というのが私の率直な感想です（笑）。

滝井さんは、平成14年6月11日から平成18年10月30日までの約4年4か月間、最高裁判事として第二小法廷に所属しておりました。最高裁判事になられた当初は、慣れない環境のなかでかなり根を詰めて仕事をしておられたらしく、顔色が悪く、疲れた様子だったので、私も、あまり無理をしないで体に気をつけるべきだと忠告しようと思ったほどでした。そのうち、顔色もよくなってきたので、安心した次第です。滝井さんが、いかに一件一件の事件と真剣に向き合っておられたかを、数字で見たいと思います。

最高裁の破棄判決の件数は、最高裁が高裁判決をどれだけ真剣に目を凝らして審査しているかということのバロメータとなります。最近の平成24年から平成27年までの4年間における1つの小法廷あたりの平均件数を見ますと、民事破棄判決が64件、刑事破棄判決（弁護人上告事件に限る）が1.7件です。これに対し、滝井さんがフル回転した平成15年から平成18年までの4年間における第二小法廷の件数を見ますと、民事破棄判決が82件、刑事破棄判決が7件です。それから、最高裁が自ら保釈決定を行うということはほとんどありませんが、滝井さんの入った第二小法廷では2件の保釈決定を出しております。この数字を見ただけでも、この時代の第二小法廷がいかに真摯に事件と向き合っていたかが明らかといえます。私は、滝井さんが第二小法廷内の議論を真剣なものにしていたと思います。

もうひとつのバロメータは、個別意見の数です。滝井さんは、約4年4か月という比較的短い在任期間中に、補足意見11件、反対意見11件、合計22件の個別意見を書いておられます。もちろん、立派な多数意見をまとめることに成功すれば、個別意見など書くまでもないということがいえるかも

しませんが、先ほど申しましたように、第二小法廷で原判決を見直して破棄する判決をたくさん出したうえでの個別意見 22 件ですから、やはり特筆に値すると思います。

最高裁は、活発な時期、静かな時期を繰り返しておりますが、滝井さんの例を見てもおわかりのとおり、いちばんの原因は人の問題にあると思います。最高裁のなかに一人でも、二人でも、三人でも、しっかりと自分の法律論を持ち、意見を述べる方がおれば、全体の議論がたいへん活発になります。そういう方がいないと、一種の仲良しクラブになり、反対意見もあまり出ない、原判決を維持する、調査官報告を是認するという方向に流れてしまいます。滝井さんの在職時代は、福田博さんや濱田邦夫さんのような声の大きい人がおられ、そこに滝井さん、藤田宙靖さんなどの論客が加わったことで、みんなが各自の意見を表に出すようになり、「最高裁は変わったか」と評価されることになったと思います。

それと、平成 13 年に司法制度改革審議会意見書が出て、それを受けて平成 16 年には行訴法が改正されました。審議会意見書も、行訴法改正も、裁判所はもっと国民の権利救済に向けて積極的に取り組めというメッセージで、裁判所の背中を強く押すものでした。

内部から自己の意見をはっきり述べる人が出てきた、そこへ外部からの力が加わった、この 2 つが重なって、最高裁も若干姿を変えたのだと思います。

中川 平成 13 年に司法制度改革審議会の意見書が出て、その翌年の平成 14 年に滝井・藤田・泉の三先生が最高裁判事になられています。月は違いますがそれでも。

泉 はい。

中川 非常に絶妙なタイミングですね。

続けて質問させていただきたいのですが、滝井先生とともに泉先生が最高裁にいらした時期の“裁判官（最高裁判事）の雰囲気”と、泉先生がかつて調査官としてご覧になった“裁判官（最高裁判事）の雰囲気”に違いはあるでしょうか。滝井先生も藤田先生も、ご自分が最高裁に入られたときには、すでに自由にものをいう雰囲気があったが、これは以前とは違うようだという趣旨のことをおっしゃっているのですが⁶、両先生とも以前がどうであっ

たのかをご覧になったわけではありません。泉先生からご覧になってどうだったのでしょうか。

泉 私が最高裁調査官をしておりましたのは、昭和58年から昭和61年までですが、最高裁判事の雰囲気がそれほど違っていたということはありません。ただ、当時は、弁護士出身の最高裁判事が、温厚な長老から選ばれていたという感じがいたします。中坊公平さんが平成2年に日弁連会長になり、最高裁判事の候補者を広く全国から公募するというかたちになってから、法律論に強い弁護士が選ばれる傾向になってきたという感じは受けます。それから、滝井さんや藤田さんが最高裁入りされる前の雰囲気となりますと、最高裁全体として、裁判所の使命は市民社会における個別具体的法律紛争に対し適正妥当な判断を示すことにあり、政治行政に対する介入はできるだけ避けるべきであるという空気が強かったことは事実です。

斎藤 私は大学の法律相談部の後輩で、私も部長をやらせていただき、私の妻（斎藤ともよ弁護士）が平場ゼミ出身、法律相談部出身だったので、夫婦ともども、滝井先生ご夫妻には非常に親しくしていただき、中華料理をご馳走になるなど、若い頃からかわいがっていただきました。司法制度改革で私がずっと東京に行っていたときや、行政訴訟検討会が終わったときなどに、慰労会をしていただきました。

法律相談部は、最高裁判事をたくさん輩出しています。最近で思いつく人だけ挙げても、奥田昌道さん、藤井正雄さん、元原利文さん、涌井紀夫さん、今井功さんらがそうでいらっしゃいます。滝井さんが最高裁判事になられたことは、私などからみても、じつに自然な人事だったと思います。

◎ 2004年行訴法改正、2014年行審法改正と司法改革

斎藤 すでにお話が少し出ましたが、2004年に行訴法、ちょうど10年後に行審法が改正されました。私の恩師の杉村敏正先生などのときからずっと言ってこられた行訴法の改正が、長年実現されなかったのが、40年ぶりに

6 滝井氏への前掲注4のインタビュー（本書には採録なし）、および藤田宙靖『裁判と法律学——「最高裁回想録」補遺』（有斐閣、2016年）233頁および240頁。

実現したのは司法改革の大きな時代の流れだと思います。滝井先生も、ご著書のなかでそのことをおっしゃっております⁷。また同時に、滝井先生は、法曹養成、つまりロースクール制度ができたことも大きく取り上げておられました。

このあたりについて、中川先生から泉先生になにかしらの議論、質問などをさせていただくところから、次に進みたいと思います。

中川 司法制度改革審議会、行訴法の改正、そして最高裁の変化という三者の関係について、お尋ねしたいと思います。先ほど泉先生がおっしゃったのは、司法制度改革審議会の意見書が平成13年に出て、裁判所に対してもっとしっかりと権利救済をやってくれというメッセージが内閣から出てきたなかで、平成14年に泉先生、滝井先生、藤田先生をはじめとする最高裁判事の強力なメンバーが構成され、両者相伴って、最高裁が変わっていったということでした。そしてその後、平成16年に行訴法が改正されました。

この時系列でみると、行訴法の改正そのものによって行政訴訟の運用が変わった部分は、正確にはどの程度なのでしょう。平成13年の審議会意見書もあるし、平成14年に就任された泉先生、滝井先生、藤田先生らの姿勢からすると、それだけでもう、今あるような行政訴訟の状況になったのだという余地はあるのでしょうか。それとも、やはり行訴法改正があったればこそでしょうか。

少し敷衍させていただきますと、行訴法改正により、当事者訴訟として確認訴訟の活用特に注意を向けようとする規定が置かれ（行訴法4条の改正）、原告適格の解釈規定（行訴法9条2項の新設）が置かれました。原告適格について、泉先生のご著書『私の最高裁判所論』⁸を拝見すると、小田急高架化事件の大法廷判決⁹はたしかに判例変更をしたのだけれども、それは行訴法が改正されたから見直したわけではなく、そもそも元の判決がおかしい。ほかの最高裁判例と照らし合わせると当然否定すべき先例があったからそれを否定したのだと書かれています。行訴法9条2項が新設されなくたって最

7 滝井・前掲注5参照。

8 泉徳治『私の最高裁判所論——憲法の求める司法の役割』（日本評論社、2013年）203-204頁。

9 最大判平成17年12月7日民集59巻10号2645頁。

高裁としては見直しをしていたよとおっしゃられているように私は読んだのですが、いかがでしょうか。じつは私もそのように考えているのですが。

他方、処分性については、行訴法改正はなにもしていません。処分性については、泉先生がおっしゃるように前からいろいろな最高裁判決があり、かつ、泉先生のいらっしゃった第一小法廷でも意欲的な判決が続いています。労災就学援護費事件¹⁰や、食品衛生法違反通知事件¹¹のように、法律に明文はないけれども、合理的に解釈すれば処分でしょうというアプローチをされた¹²。処分性については、行訴法が改正されたからどうだということはないわけです。

これに対して、行訴法が改正されたからこそ起きた現象といえるのは、唯一、当事者訴訟として確認の訴えを活用することぐらいではないか。確認訴訟も昔から可能なはずであったし、そのような訴えを認めた昔の最高裁判決があったのですが¹³、しかしその後、確認訴訟を活用しようという考え方が、最高裁判所から示されたことはない。確認訴訟に注目し、これを活用しはじめたのは、たしかに行訴法改正の影響であったと思うのですが、いかがでしょうか。

泉 行訴法の改正の前から、裁判所は行政訴訟については非常に消極的である、特に入口のところで門前払いをしてしまっているという批判が非常に強かったことは間違いありません。そういう批判は今回の司法制度改革審議会意見書や行訴法の改正を待たずに、われわれも意識してきたことは間違いありません。たとえば、原告適格に関し、私も調査官として関与した伊達火力発電所事件¹⁴の一般論に始まり、新潟空港事件¹⁵、もんじゅ事件¹⁶等と拡大してきており、新設された行訴法の9条2項も、これらの判例理論を取り込んだものです。先ほどご指摘の小田急事件は、私が主任でしたが、都市計画

10 最一小判平成15年9月4日判時1841号89頁。

11 最一小判平成16年4月26日民集58巻4号989頁。

12 泉・前掲注8、193-197頁。

13 最大判昭和41年7月20日民集20巻6号1217頁。

14 最三小判昭和60年12月17日判時1179号56頁。

15 最二小判平成元年2月17日民集43巻2号56頁。

16 最三小判平成4年9月22日民集46巻6号1090頁。

事業計画認可処分の取消請求につき事業地周辺地域の居住者等の原告適格を否定した環状6号線事件の判決¹⁷を変更し、周辺住民の原告適格を認めました。ただ、9条2項の新設によって判例変更をするものではない、判例理論の流れに沿って判例変更するのだということを示すため、9条2項の施行日である平成17年4月1日より前の3月2日に大法廷回付をいたしました。ちょっぴり意地を示したのです。しかしながら、9条2項の新設の関係からしても、なんとしても変更しなければならないと考えていたことも事実です。

今回の行訴法の改正は、裁判所が訴訟の要件、入口のところでエネルギーを費やしている状況から早く卒業して、行政処分の中身の審査に入りなさい、実体判断へ歩を進めなさい、国民の権利救済の手段として行政訴訟をもっと活用しなさいという強いメッセージでした。大法廷の審議でも、そのことの認識はみなさんと共有することができ、判例変更がすんなりと決まりました。そういう意味で、法律改正の果たした役割は大きかったと思います。

中川 ありがとうございます。もし仮に行訴法の改正作業が頓挫して改正に至っていなかったならば、どうだったでしょう。

泉 小田急事件の場合は、少なくとも主任が私であれば、行訴法改正がなくとも、大法廷に回付し、判例変更を説得できたと思います。

中川 ということは、違う小法廷にかかっていたならば、判例変更はなかったかもしれない。

泉 それはありえます。

中川 そういう意味では、行訴法9条2項の存在意義は大きかったのですか。裁判官、あるいは小法廷の間で認識を共有するという意味で。

泉 ええ。環状6号線事件は、平成11年で、それほど前のものではなく、事案もほとんど同じでしたからね。判例踏襲という恐れは十分にあったと思います。

齋藤 小田急の付属街路事業認可のほうの論点ですが、滝井さん、泉さん、横尾（和子）さん、鳥田（仁郎）さんが、多数意見が消極だったことに対し、反対意見を出しておられますが、ああいう場合は、結果として反対意見で並

17 最一小判平成11年11月25日判時1698号66頁。

んでいる方々が合議をされるのですか。

泉 小田急事件は、周辺住民の原告適格を認めるかどうかという論点のみを大法廷に回付しました。論点回付です。原告適格が肯定されると、第一小法廷に戻って、小田急線連続立体交差化事業が周辺住民の法的利益を侵害するかどうかを審査しなければなりません。付属街路事業は、鉄道による騒音や日照被害を軽減しようとするものです。連続立体交差化事業と付属街路事業の2つで、周辺住民に対する騒音等の影響を抑えようとする事業ですから、2つの事業を併せて騒音等の影響がどうなるかを判断しなければなりません。したがって、本当は2つの事業の都市計画事業認可処分につき原告適格を認めてもらわなければ、第一小法廷が実体判断をするのに困るわけです。それと、実際にも2つの事業は一体のものとして進められていたのです。第一小法廷のなかでは、そのことをみなさんにご説明しました。ですから、付属街路事業についても原告適格を認めることに賛同してくださった方には第一小法廷の判事が多いのです。ただ、滝井さんには特段のご説明はしませんでした。滝井さんは、私からくどくど申し上げるまでもなく、問題点をわかっていらっしやったから、すぐに同調していただきました。

斎藤 ありがとうございます。司法制度改革審議会の意見書と行政事件訴訟法の改正の関係などの点、行訴法改正の検討会の委員であった水野先生からご意見をうかがいます。

水野 平成13年6月に司法制度改革審議会の意見書が出ました。それまで2年間にわたり議論を重ねてきたのですが、民事訴訟や刑事訴訟に比べ、行政訴訟だけは検討がずいぶん遅れていたのです。平成12年12月に行政訴訟が2回目の組上に載せられたのですが、そのときも、山村（恒年）先生など何人かの行政法の先生をお呼びして意見を聞く状況だったのです。

斎藤 一線の人は呼ばれましたね。

水野 行政訴訟は2回議論ただけで、当然細かい議論はまったくしていない。最終の意見書も、行政訴訟だけは一段遅れていて、行政訴訟が機能を果たしていないという指摘はあったのですが、それではどこをどのように改正するのかといった方向性についてはなんら具体的な記載がなかったのです。それで、意見書が出された後、10（のちに11）の検討会が設置され、行政訴

訟検討会ができたのですが、当時、行政訴訟は審議会の議論が進んでいないので、問題点を整理して改革の方向性を示せばいいという雰囲気の中で検討会が始まったのです。

検討会では日弁連もずいぶん頑張ったわけですが、そのなかで、義務付け訴訟・差止訴訟が入ったことが非常に大きかったと思います。実務家の立場では、被告適格を原則どおり行政主体に変えたことも非常に有意義な改正でした。そういう状況で、検討会ではいろいろな議論を侃々諤々とやりました。滝井さんともそのころお会いして話をしていたのですが、検討会の議論はよく注視しておられたと思います。

◎公法関連学会の状況

斎藤 ありがとうございます。

次に進みます。近時、憲法訴訟、行政訴訟の活性化がなされていると思います。学会との関係で、中川先生は両方ともお詳しいので、そのへんのことも含めて泉先生にご質問いただけるとたいへんありがたいのですが。

中川 行訴法の改正と法科大学院制度とが相俟って、急速に、実務と学説の関係が密接になったように思います。私自身も、法科大学院の授業をするために、最高裁判例を読み返しました。学生はどうやって答案を書いているかわかりませんというので、それに答えようとすると、自分自身がもう少しきちんと最高裁判決を理解しなければいけないことに気づき、本当に虚心坦懐に読み直したのです。その過程で、行政法の教科書ではあまり取り上げられていないけれども、きわめて重要なことを言っている最高裁判決がけっこうあることに気づきました。また、行訴法改正が、実務家と学者からなる検討会で議論され、その後も実務と学説の間で垣根なく議論が続いているように思います。

翻って、それ以前のことを思い出すと、学説と、いわば「裁判実務説」との間の乖離が甚だしかったように思います。有名な中込秀樹先生らの『行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究』¹⁸は、裁判実務では非常によく使われているが、学説の側は参照しないとされていました。逆に、行政法学者の教科書を実務家は見ないとされていました。私は、学説と実務が

パシッと分かれていた様子をみながら育った世代です。

日本公法学会でも、司法制度改革の開始以前の10年間ぐらい、行政訴訟がテーマになっていなかったという事実があります。いくら学説が論じても実務は変わらないというあきらめ感が公法学会のほうにあり、実務と学説がいわば冷え切った関係にあった時期とってよいのだらうと思います。ところが、行政訴訟改革が司法制度改革の俎上に載ることが明らかになったとたん、急に行政法関連の学会が盛り上がった。今では学者と実務家が一緒に検討するのはあたりまえの光景です。

なぜ、以前は学説と実務があそこまで分離していたのでしょうか。泉先生が調査官でいらっしやったのは1980年代だと思いますが、いかがでしょうか。

泉 戦後、行政裁判所が廃止され、裁判所が行政事件を取り扱うことになりました。行訴法の前身である行政事件訴訟特例法の法案作成には、田中二郎東大教授も関与しておられます。ただ、裁判所としては、具体的な行政事件を扱うのははじめてのことですから、判例はなく、文献も少なく、手探りという状況でした。そういうなかで、最高裁の行政局が行政訴訟に関する理論づくりを行いました。その中心が中村治朗さんです。中村さんの上司には白石健三さん、矢野邦雄さん、同僚には渡部吉隆さんなどがおられましたが、中村さんは昭和23年3月から昭和35年6月まで行政局の局付・第一課長、昭和38年5月から昭和39年11月まで行政局長と、約13年9か月間も行政局におられました。たいへんな勉強家で、内部では神様扱いされている人ですが、その中村さんを中心として行政局でまとめたのが『行政事件訴訟十年史』¹⁹で、行政事件を担当する裁判官のバイブルとなりました。十年史といっても、単に判例を収録しただけのものではなく、判例から一定の理論を構築するものです。『行政事件訴訟十年史』は、『続——』²⁰、『続々——』²¹と続きました。その後も、行政局は、『行政事件訴訟十年史』の路線を引き継

18 中込秀樹ほか『行政事件訴訟の一般の問題に関する実務的研究』司法研究報告書45輯2号（司法研修所、1995年。改訂版2000年）。

19 最高裁判所事務総局編『行政事件訴訟十年史』（法曹会、1961年）。

20 最高裁判所事務総局編『続行政事件訴訟十年史』（法曹会、1972年）。

21 最高裁判所事務総局編『続々行政事件訴訟十年史』（法曹会、1981年）。

ぎつつ行政の分野別に分類した資料を刊行しております。そのころの裁判官は、杉本良吉氏の『行政事件訴訟法の解説』²²をよく利用しておりましたが、同じような内容のものは行政局でも独自にまとめていたと聞いております。行政局で勤務した人の多くは、最高裁の行政調査官となって、最高裁判例の形成にも参加しております。このように、行政訴訟事件の場合、学者の文献があまりないところで、最高裁行政局が中心となり、行政訴訟理論、原告適格、被告適格、処分性、訴えの利益、公定力、取消訴訟の排他的管轄といった理論をどんどん固めていった、学者が研究を発表しても、実務家は自分たちの築いた砦からなかなか出ようとしない、それで学会との交流があまり発展しなかった、ということだと思います。

先ほど触れられた中込さんたちの『行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究』²³は、司法研究報告書として刊行されたものです。私も、東京地裁行政部時代に、同僚二人とともに『租税訴訟の審理について』²⁴という司法研究報告書を出しております。これらは、行政事件にあまり慣れていない裁判官のためのガイドブックです。東京地裁や大阪地裁の行政専門部に一定年数在職したことのある人を除き、一般の裁判官は行政事件の経験がほとんどありません。しかし、行政事件の配点を受ければ、ぐずぐずしているわけにはいきません。行政訴訟の運営にまで触れる学術書が少ないなかで、このような実務書は一般の裁判官にとって便利なものですね。このような実務書の存在も、実務家と学者との交流を妨げているかもしれません。

中川 学説を見たけど実務で使えるような具体性に欠けるということ、行政訴訟を専門の1つとされるような地裁や高裁の裁判官が指摘されていたように記憶しています。1980年代前半ぐらいのたとえば『新・実務民事訴訟講座』シリーズ（日本評論社刊）の行政訴訟の巻に収録される論稿を書かれるような裁判官の方は、じつに学説をよくご覧になっているのですが、しかし実務家視点からみて納得されなかったのだらうと思います。

泉 もちろん、田中二郎先生の『行政法』²⁵はみんな読んでおりました。

22 杉本良吉『行政事件訴訟法の解説』（法曹会、1963年）。

23 中込ほか・前掲注18。

24 泉徳治ほか『租税訴訟の審理について』司法研究報告書36輯2号（司法研修所、1984年）。

先ほど問題にされた原告適格についても、原田尚彦先生の『訴えの利益』²⁶の考え方が比較的意識されておりました。しかし、実際の裁判となると、ゆっくり考える時間もなく、行政局の資料や実務書に則っていたほうが無難ということで、そちらに飛びつくことになるのでしょうか。

中川 泉先生は、憲法判断の基準論を、例のアメリカの最高裁判決の「フットノート 4」を参考になさって提案されています²⁷。私は現在でもほぼこれで説明できるのではないかと考えているのですが、憲法訴訟に強い調査官はどの程度いらっしゃるのでしょうか。そもそも憲法訴訟は民事とか行政、刑事のどこでも出てきうるので、特定の調査官室が憲法問題を専門に扱うというわけでもないだろうと思うのですが、そんななかで、調査官室で共有されている憲法判断の仕方というものはあるのでしょうか。

泉 最高裁には、民事、行政、刑事の3つの調査官室があり、事件はその種類に応じていずれかの調査官室に配点されるのですが、各調査官室のなかでは、所属の調査官に順番に配点されます。その事件の上告理由に憲法問題が含まれておれば、事件の配点を受けた調査官が憲法問題を研究するということです。最高裁は、憲法の番人といわれますが、最高裁のなかで憲法問題、憲法訴訟について専門に研究をしている人は一人もおりません。たまたま事件の配点を受けた調査官が憲法問題の調査を始めるということです。平成27年4月に斎藤先生などと一緒に訪問した韓国の憲法裁判所には、憲法研究官・憲法研究官補・憲法研究委員・憲法研究員が約80人もおります。日本の場合は一人もいない。日本では、行政事件で憲法違反の主張がされることが比較的多いのですが、行政調査官室にも憲法の専門家がいるわけではなく、たまたまその事件を担当した調査官が憲法の勉強を始めるという状況です。憲法に関する調査研究体制がないということが、最高裁が抱える問題の1つとして指摘できると思います。

それから、違憲審査基準ですが、アメリカでは、今ご指摘のカロリーヌ判決²⁸のフットノート4を発展させた違憲審査基準が裁判規範となっております

25 田中二郎『行政法（上・中・下）』（弘文堂、1954年）。

26 原田尚彦『訴えの利益』（弘文堂、1973年）。

27 泉・前掲注8、158頁以下参照。

す。カロリーヌ判決は、簡単にいえば、経済規制立法は、立法者の知識と経験の範囲内のなんらかの合理的な基礎に基づいているとの仮定を排除するような性格のものでないかぎり、違憲と宣告されるべきではない、というもので、立法府に広範な裁量を認めております。立法が不当であるかどうかは国民が投票所で審判し、民主政の政治過程を通じて修正していけばよいというものです。しかし、この判決には有名なフットノート4、脚注4がついております。脚注4は、一番目に、憲法が国民に保障する信教、言論、出版、集会の自由等の基本的人権を制約する立法、二番目に、情報を広め、集会を開き、政治的団体を結成し、選挙権を行使するという政治過程を制約する立法、三番目に、特定の宗教的、民族的、人種的少数者に向けられた立法、この3つについては、立法府の広範な裁量を認めることはできない、とっております。一番目の言論の自由等は民主政の政治過程に不可欠な権利だからです。二番目は、民主政の政治過程そのものを制約するものだからです。三番目は、少数者に対する偏見のため民主政の政治過程による保護がはたらきにくいからです。この3つについては、立法府の広範な裁量を認めることはできず、裁判所が積極的に介入しなければならない、それは裁判所の役割であるというものです。これは、代表民主主義国家における立法府と司法府の各役割を説くものであって、日本にもそのまま通用する考え方です。米連邦最高裁は、カロリーヌ判決の理論を発展させ、違憲審査基準を形成しております。違憲審査基準の要旨とするところは、国民の権利自由を制約する国家行為が合憲であるためには、制約の目的が正当であり、制約の手段が目的に適合したものでなければならない、そして、制約される国民の権利自由が経済的自由である場合には、制約の目的が正当なものであり、制約の手段が目的を達成するために合理的関連性を有すれば合憲としております。しかし、表現の自由を中心とした精神的自由や選挙権を制約する国家行為が合憲とされるためには、原則として、制約の目的が必要不可欠なものであり、目的達成の手段が是非とも必要な最小限度のものでなければならないとするものです。精神的自由や選挙権等は、民主政の政治過程を正常に機能させるために不可欠な

のであるため、その制約について立法・行政府の裁量を尊重していたのでは、民主政が正常に機能しなくなるからです。また、社会的に少数派に属する人々の人権が不当に制約されても、多数決原理の民主政の下ではその救済が困難であるから、司法が立法・行政府の裁量を尊重することなく、その制約の正当性を厳格に審査しなければならないとしております。このようなアメリカの違憲審査基準は、民主主義体制の下における司法の役割から導かれております。

日本の憲法も、個人の尊重、個人の尊厳を最も重要なものと位置づけ、それを護るために国民主権による代表民主政を国政の基本として定め、この憲法秩序を維持するために、立法、行政のほかに司法を設けて、裁判所に対し、憲法に違反する国家行為を無効とする違憲審査権を付与しております。したがって、アメリカの違憲審査基準の考え方は、日本においても当てはまります。憲法違反を上告理由とする事件を担当することになった調査官のほとんどは、憲法訴訟の文献で米連邦最高裁の違憲審査基準論を勉強しています。しかし、一応は勉強するのですが、実際の裁判の場でこれを応用することには消極的です。事件は一件一件異なり、将来どのような事件が提起されるかわからないのに、あらかじめ違憲審査基準を判例化すれば、個々の事案に応じた柔軟な対応が困難になる、あらかじめ基準を定立して自らこれに縛られることなく、柔軟に対処すべきであると考えているのです。そこで、違憲審査の一般論としては、「国民の権利自由を制約する国家行為の目的及び内容並びに制約の態様等を総合的に衡量し、当該国家行為に上記の制約を許容し得る程度の必要性及び合理性が認められるか否かという観点から合憲性を判断する」と述べるにとどめております。そして、最高裁が憲法適合性の判断基準につき、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくか否かという以上に一般論を明確にしないことは、事柄の多様性も踏まえた、優れて実務的な発想に基づくものだ、と自画自賛しております。

しかし、今ご紹介したような総合的衡量により国家行為の必要性および合理性を判断するというのは、違憲審査基準といえるものではありません。裁判官の主観によって違憲とも合憲とも判断できます。立法・行政府の裁量にどの程度踏み込むかも、裁判官次第ということになります。国民の側からす

れば、どのような判断になるのか、予測ができません。裁判官が国民に対しどのような規範に基づき判断するのかを客観的に明らかにする裁判規範とはいえません。結局のところ、最高裁は、憲法によって課された司法の役割に対する認識が足りないのです。

憲法は、個人の基本的人権の尊重と確立を目的とし、それを達成する手段として国民主権に基づく代表民主政を定めている、憲法が裁判所に対し違憲審査権を付与しているのは、憲法で保障された基本的人権が国家行為によって侵害されていないかどうか、民主政のシステムに歪みがないかどうかを審査させるためである、裁判所は立法・行政の裁量権行使を厳格に審査して憲法秩序を護らなければならない、こういった認識が裁判所には足りないのだと思います。役人出身者が中心の最高裁は、どうしても統治機関の一員としての意識が強く、立法裁量・行政裁量を尊重する方向に走ります。総合的衡量による必要性および合理性の審査ではそれを阻止することはできません。

私が学界に期待することは、最高裁の今のやり方では憲法が裁判所に課している役割を十分に果たすことができないということ、具体例を挙げて批判していただく、違憲審査には最低こういう基準・手法を用いるべきであると積極的に提言していただく、そういうことをお願いしたいと思っております。

中川 非常におもしろいお話を伺いましたので、重ねて質問させていただきます。違憲審査の基準なり方法なりが最高裁で育っていないというのは、ちょうど先ほどの行政訴訟とは逆のかたちですね。中村治朗行政訴訟理論が戦後のある時期から裁判所のなかで確立していたので、現在の行政訴訟実務の課題は、そこから適切に脱却できるかということかだと思います。

これに対して、違憲審査基準なり方法なりについては、逆に裁判所の理論が構築されないまま、現在に至っているので、いわば事件ごとに右往左往しているのが現状であるというわけですね。

泉 そういうことかだと思います。国民の権利自由の制約が公共の福祉によって是認することができるかという、公共の福祉論からは脱却しましたが、国民の権利自由を制約する国家行為に必要性および合理性があるかを諸般の事情を総合的に衡量して判断するということにとどまっております。

中川 私が学生のとときに香城敏磨さんという、ほとんど憲法学者のような裁判官の名前を、ゼミなどでたびたび耳にしました。たとえば香城敏磨理論がその後、調査官室や裁判所での“公定”理論になることはなかったということですか。

泉 実務家の間では、学者の方が言われるほどに香城理論を意識してはいないと思います。あの方は法務省の刑事局付として8年ばかり勤務され、その間にサザン・メソジスト大学にも留学され、アメリカ法にも詳しいのですが、公務員労働権について、どちらかという和政府側の理論構成をされた方ですね。緻密な理論立てで、香城理論といわれておりますが、それほど強い影響力を残しているわけではないと思います。それよりも、裁判所のなかで香城理論を含め憲法裁判を継続的に研究している組織がなく、たまたま事件を担当することになった調査官が独自に勉強するという状態で、違憲審査のかたができていないといったほうが正しいかもしれません。

中川 違憲審査基準が形成されていない理由について質問をさせていただきます。私は最近、法社会学会のシンポジウムに参加する機会があり、法社会学のなかで以前からいわれている「内閣法制局が法案審査を合憲性を含めてしっかりしているから、最高裁は厳しい違憲審査をしないのだ」という仮説についてのコメントを求められました²⁹。この仮説は法制局長官出身の最高裁判事がそう発言されたことが出発点になっているらしいのですが、そのような仮説についてどう感じになりますか。そんなはずはないと思われませんか。それとも、それはありうることだと思われませんか。

泉 平成15年5月15日の衆議院憲法調査会における参考人として、津野修元内閣法制局長官（後に最高裁判事）が「法律案等を閣議にかける前には必ず内閣法制局が審査を行っている（審査事務）。その際、第一に検討されるべきは憲法適合性である」という趣旨の発言をされ、山口繁元最高裁長官も「議員立法中心の米国では、それほど厳密な審査を経ずに法律が成立する傾向にある。他方、内閣提出法案中心の日本では、内閣法制局による厳密な法案の合憲性審査が行われている」という趣旨の発言をしておられます。

29 中川丈久「行政法学からみた『内閣法制局と最高裁判所』」法律時報88巻12号（2016年）97頁。

ただ、内閣法制局で法案の審査に当たる参事官は、各省庁からの出向者であって、法案の審査も、当該法案の内容の一貫性、他の法律との整合性の審査が中心であり、憲法適合性の審査のほうは、憲法のなかの統治機構に関する規定との適合性に重点が置かれたもので、国民の基本人権に関する規定との関係における適合性の審査は、それほど厳密なものではないと思います。たとえば、公選法改正法案の審査の際に、内閣法制局が、憲法が保障する国民の平等な選挙権という観点から審査したというような話は聞いたことがありません。したがって、裁判の現場にいる人間としては、内閣法制局で審査を受けているから大丈夫だという意識はあまりありません。

憲法判例、たとえば国籍法違憲判決³⁰などをご覧になってもおわかりのように、内閣法制局経験者、あるいは法務省等で立法作業を経験された方は、法律を違憲とすることに対し強い抵抗を示されます。裁判官一般についていえることではありますが、個人の人権の救済の場面において、憲法自体から国民の権利自由を直接導くことにきわめて消極的なのです。憲法の規定は、抽象的な原則のかたちで書かれているものが多いためか、それは単なる理念であって、そこから国民の具体的権利自由を導くことはできない、法律で規定されることによって、国民ははじめて具体的権利自由を取得する、という意識が裁判官には強い、なかでも、立法作業経験者にはそういう意識が強いと思います。わが国が、英米のような判例を法とする判例法の国とは異なり、法はあくまでも議会在が制定した条文であり、判例はそれに対する1つの解釈にすぎないという制定法の国であることの影響もあると思います。明治憲法が、日本臣民は法律の範囲内において言論等の自由を有するとしていたことの影響を無意識のうちに引きずっている部分もあるかもしれません。

しかし、憲法は、厳然とした成文の最高法規であり、裁判所は、法律の解釈に入る前に、国民の訴える権利自由が憲法で保障されたものであるかどうかを真剣に検討しなければなりません。ところが、裁判所は、憲法よりも下位の法律の解釈から入り、当該権利自由は法律で具体的に規定されているのか、それに対する制約は法律で許容されているのか、法律に適合していると

30 最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁。

すれば憲法に違反しているということとはできない、という判断をしばしば行っております。

最高裁の憲法裁判で問題なのは、第一に、憲法によって課された司法の役割に対する認識が十分でない、第二に、そのため違憲審査基準が確立されていない、第三に、憲法の条文から国民の具体的権利自由を導くことに非常に消極的であるということだと思います。

中川 3番目は衝撃的ですね。いまだにそうなのですね。

司法の役割についての裁判所の自己認識について非常におもしろいお話を伺ったと思うのですが、じつは泉先生のご著書³¹を拝読して非常に印象深かったのは、ほとんどの頁が、行政訴訟というか、対行政、対立法の話に割かれており、逆に、通常の民事訴訟はどうだとか、刑事訴訟はどうだとかという話はあまり出てこないことです。

そこに泉先生のお考えが見受けられるような気がします。裁判所一般あるいは特に最高裁は、個々の紛争の処理をするにあたって、そもそもこういう立法のままでいいのかというような公共政策的な問題も扱っているというお考えがあるのではないか。もちろん生の政策論をやるわけではなく、あくまでも法律家からみておかしい公共政策はおかしいと言うということではあります。違憲審査権を持っているということも含めて、裁判所、とりわけ最高裁はそういう役割を担っているのだということをおっしゃっているのかなと感じたのです。

裁判所は民衆紛争と刑事事件を取り扱うのが本業だという、美濃部達吉のような狭い司法権概念の語られることがいまだに多いと思いますが、そうではない、たとえ民事事件をやっている、その法律はこれでいいのかという大きな問題も含めて、裁判所は判断しなければいけないというメッセージと受け取ったのです。私の読み過ぎかもしれませんが。

泉 最高裁に対して上告できる事件は、若干の例外はありますが、憲法違反を理由とする事件です。法令の解釈に関する重要な事項を含む事件は、上告受理の申立てをすることができ、最高裁の裁量で上告事件として受理され

31 泉・前掲注8。

ることがあります。憲法違反の問題や法令解釈に関する重要な事項を含む事件となりますと、どうしても立法・行政府が関係する行政事件や国賠事件が中心を占めることとなります。民衆紛争、あるいは通常の刑事事件は、すでに長い伝統があり、判例もほぼできあがっておりますので、最高裁で上告事件として受理されるものが少なくなります。そして、当事者が憲法違反を主張するのも、行政事件や国賠事件が中心となります。私の本に登場する判例に行政事件や国賠事件が多いという理由も、そこにあります。

ただし、当事者が憲法違反を主張しても、「実質は法令違反をいうものにすぎない」として取り上げられないケースもかなりあります。たとえば、私が先日大阪弁護士会の選択型実務修習プログラム「憲法」の講義で用いたケースですが、弁護士が代用監獄である警察署で勾留中の被疑者に接見するため警察署に向いたところ、捜査のための必要がないにもかかわらず、警察によって接見開始を50分間ほど延期させられ、あるいは接見を38分間ほど強制的に中断させられたため、その弁護士が国賠を請求したという事件³²がありました。弁護士側は、警察による接見妨害は憲法34条前段、38条1項、31条に違反すると主張しましたが、最高裁の憲法判断は、刑訴法39条3項が憲法34条前段、38条1項に違反するものでないことは、平成11年の大法廷判決³³のとおりであり、その余の違憲の主張は実質的に単なる法令違反の主張にすぎないというもので、国賠をまったく認めないものでした。捜査のため必要があるときは接見時間を指定することができるという刑訴法39条3項が憲法違反でないとしても、捜査の必要もないのに行われた接見延期・中断という行政処分には弁護士側の主張する憲法違反があるというべきでしょうね。このケースは、最高裁が憲法違反の主張に正面から答えるべきものであったと思います。

最高裁が憲法判断を避ける原因の1つには、先ほど申しましたように、憲法の規定から国民の具体的権利自由を導くことに消極的であるということがあると思います。最近の夫婦同氏強制事件判決³⁴などもその一例ですね。上

32 最三小判平成16年9月7日判時1878号88頁。

33 最大判平成11年3月24日民集53巻3号514頁。

34 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁。

告理由は、夫婦同氏を強制する民法 750 条は憲法 13 条に違反するというものです。最高裁は、氏は、婚姻及び家族に関する法制度の一部として法律がその具体的な内容を規律しているのであるから、「具体的な法制度を離れて、氏が変更されること自体を捉えて直ちに人格権を侵害し、違憲であるか否かを論ずることは相当ではない」と言っております。しかし、個人の呼称というものは、人が個人として尊重される基礎であり、個人の人格の象徴であって、憲法 13 条の「すべて国民は、個人として尊重される」という規定が、個人において自己の呼称を持つことを保障していることは明らかです。法律で規定されてはじめて個人は自己の呼称を持つことが認められるというものではありません。憲法 13 条が個人において自己の呼称を持つことを保障しているところ、その保障は、自己の呼称を生涯変更しないことの権利も保障しているかという問題であって、法律が氏をどういふものとして規定しているかという問題ではありません。最高裁の判決には、そういう発想がまったくないですね。

中川 ないですね。

齋藤 憲法では、今、泉先生は意外だとおっしゃったけれども、水野さんや私などは、日々やっていて、憲法が話題になったら裁判所では終わるよねという常識があるのですが。

水野 憲法を持ち出さざるをえないような事件だと負けるねというのが弁護士の間ではあります。憲法違反を主張して上告してくる事件はたくさんあると思いますが、そのなかで、憲法違反かどうかの判断をする事件として取り上げて判断するケースと、憲法違反の主張をしているにもかかわらず、なんらの憲法判断をしないで棄却するケースがあります。その棲み分けはどのようにされているのでしょうか。

泉 それは、担当裁判官の憲法意識にかかっているといわざるをえません。憲法から国民の具体的な権利自由を導くことはできない、法律で規定されてはじめて具体的権利となるという意識の強い裁判官は、憲法判断を避けがちになるのでしょうか。

水野 上告理由として、憲法違反だからこの法律は無効だという主張をしているときにこの主張を取り上げて憲法に違反しないという答えを出す。他

方、これをまったく取り上げないで形式的な裁判で上告を棄却する。

どちらにしろ、憲法に違反しないという結論だと思うのですが、取り上げただうで憲法に違反しないという判断をするのならしかたがない。ところが、これをまったく取り上げない裁判もある。その棲み分けはどうなっているのでしょうか。

泉 憲法違反かどうかについては大法廷で裁判しなければならない、大法廷ということになると、大がかりなことになるので、それを嫌って「論旨は違憲をいうが、その実質は単なる法令違反をいうものであって、上告理由に当たらない」として片づけている面があるのではないかと思います。現在、大法廷事件は年間2、3件というところですが、大法廷だからといって、なにも袴をつける必要はないのであって、もっと頻繁に大法廷回付をすべきですね。最近は形式張ってしまったところがあると思います。裁判所ウェブサイトの裁判例情報を見ると、最高裁が発足したばかりの昭和23年の大法廷裁判が97件も出ております。最高裁は、憲法裁判所なので、大法廷で憲法裁判をすべきであると思います。

また、もうひとつ目立つのは、裁判所法10条1号の「(意見が前に大法廷でした、その法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するとの裁判と同じであるときを除く。)」との規定により、大法廷の判例があればそれに従って小法廷で「合憲」の裁判ができるという制度を利用し、先例ともいえないような大法廷裁判を探し出してきて、小法廷で「合憲」の裁判をする例が多いということですね。

水野 それならばそれでしかたがないですが、私がごく最近担当したケースで、憲法違反の主張に対する判断をまったくしないまま上告が棄却された。その問題については憲法に違反しないという先例もない。憲法に違反しないならしないで、どういう理由で違反しないのかを知りたいのです。

高裁の判決ではこういう理由で憲法に違反しないと言っている。われわれは、それは納得できない、おかしいじゃないかと言っている。その主張をまったく無視して門前払いということが、最近あったものですから。

斎藤 有名な薬事法のネット取引禁止の事件³⁵を阿部泰隆さんが代理人としてやられた。東京地裁は阿部さんたち弁護士が言った憲法論を、こてんば

んに否定しています。そこから阿部さんは、これは憲法論だけで行ったのではだめだということで、それで当事者訴訟で命令の法律違反という話を出し、それで画期的判決を取り、最高裁もそれを認めた。著名な阿部さんがやろうと、誰がやろうと、先ほど水野さんと私が申し上げた、憲法を出したら裁判所では通らない、私たちのような行政訴訟を多くやっている者でも常識だというのは残念なことです。

去年（2015年）、神戸大学でやった法科大学院生向けの公法系訴訟サマースクールでも申し上げましたが、私の事務所に憲法学のかの浦部法穂さんが在籍されたことがありました。うちは行政事件が多いから憲法視点をつけていただくとおもしろい事件にもなるでしょうから、在籍ご希望ならどうぞと申し上げたのですが、3年半ぐらいおられて、一度も憲法の事件として大先生を引っ張り込むことができなかった。それほど憲法論というのは、実務弁護士はなかなか難しい点がある。憲法論点がないわけではなく、裁判所へ持っていったら歯牙にもかけられないことを知っているからでもあるという常識があります。

泉 憲法を持ち出したら終わりだというのは、先ほど申しましたように、国民がいかなる権利自由を有するかは法律の規定によって決まる、わざわざ憲法を持ち出すということは、自分の主張を裏づける法律がないからだ、という発想でしょうね。最高裁は、憲法から国民の権利自由を導くことをしない。そういう習慣がない（笑）。通常の民事事件でも、権利の濫用とか、信義則とかの一般条項を持ち出したら終わりだ、一般条項を持ち出すのは、法律上の具体的根拠条文がないことの証拠だ、という風潮があるのと若干似ておりますね。

話は変わりますが、私は、東京都の定数は正訴訟³⁶で敗訴し、今のお話とは逆に、法律違反の主張をしないで、憲法違反の主張のみをすればよかったのかなと反省するところがあります。私は、13の選挙区において人口比例の定数よりも多く配分したり少なく配分したりするということは、公選法

35 東京地判平成22年3月30日判時2096号9頁、東京高判平成24年4月26日判タ1381号105頁、最一小判平成25年1月11日民集67巻1号1頁。

36 最一小判平成27年1月15日判時2251号28頁。

15条8項違反であり、仮に同項違反とはいえなくても憲法14条1項違反だ、と主張しました。憲法14条1項を持ち出すまでもなく、人口比例による配分を求めている公選法15条8項に違反することが明らかであり、大法廷に回付するまでもなく小法廷で違法宣言判決が出ると思ったのです。そうしたところ、第一小法廷は、公選法15条8項の解釈に終始し、公選法に違反しない以上、憲法14条1項にも違反するとはいえないという判断をしました。都道府県議会議員の定数配分規定を合憲とした大法廷の先例がないにもかかわらず、国会議員の定数配分規定を合憲とした大法廷判決の趣旨に照らせば合憲であることが明らかであると判断されました。私は、公選法15条8項違反の主張をせずに、憲法14条1項違反の主張のみをすればよかった、そうすれば、第一小法廷も最初から憲法問題に取り組まざるをえなかったのではないか、これは失敗したと思いました(笑)。最初から憲法14条1項違反だと言っておけば、あるいは勝ったかもしれない(笑)。

◎裁判所、行政法判例の今

齋藤 滝井さんの担当判例を論じましょう。行政事件ですから、林試の森などいろいろあると思いますが、在外邦人の選挙権判決³⁷のことを取り上げます。滝井先生といえば、行政分野ではこれを思い出す人が多いわけです。小田急よりもこちらのほうを思い出す人が多い。滝井さんもそれについていろいろ語ったり、書いたりしておられます。

2007年2月に大阪の会派「友新会」が行った、滝井先生と水野先生との「行政訴訟の新しい潮流を読む」という非常に優れた対談があり、そのなかで滝井さんは、中川先生の書かれた「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性」³⁸に、この事案を審理するにあたって元気づけられたというようなことをおっしゃっています。この判決では調査官のことも問題になるのですね。

当の元調査官、杉原則彦さんは、公法学会で、強く固い最高裁判事の信念でいろいろ指示があった、ということを書いていました。

37 最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁。

38 中川文久「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性——改正行政事件訴訟法の理論的インパクト」民商法雑誌130巻6号(2004年)963頁。

こういう思い出深い在外邦人のこの事件について、もし泉先生から先に語っていただくことがありましたら、これについて語っていただき、それについて質問したり、意見を申し上げたりすることができればと思いますが、先にご発言いただくことはできるでしょうか。

泉 在外邦人選挙権確認訴訟については、第二小法廷で主任の福田博さんが大法廷回付を強く主張され、それが実現したのだと思います。福田さんは平等な選挙権の実現を誰よりも強く主張してこられた方です。在外邦人が選挙権を行使できないことについて、それはおかしい、憲法違反であると考えられたのだと思います。それを滝井さんが後押しした。そういう構図ではなかったかと想像します。

斎藤 「強く固い最高裁判事の信念」というのは、福田さんのことですか。

泉 福田さんだと思います。

斎藤 小法廷で、利害相反や、体調などで、5人のうち二人しか判事が残っていないわけですから、そうしたら福田さんですね。

泉 そうですね。

水野 これはちょうど検討会で確認訴訟を議論しているときだったのです。滝井さんが、君ら、確認訴訟の議論をしているらしいけれども、今、それに関係する訴訟が係属していて、それで変な判決が出たらそんな議論吹っ飛んでしまうよと言われた記憶があります。もちろん、中身についてはそれ以上のことはまったく聞いてないですけどね。

だから、滝井さんは当初は、確認訴訟が認められるのはかなり難しいのではないかという印象を持っておられたのではないかと思います。ところが、実際ふたを開けてみるとすんなりいったということをおっしゃっている。この点については、どんな感想をお持ちでしょうか。

泉 大法廷判決は、全員で確認請求の訴えを適法と判断し、多数意見で請求も理由があるとして、「上告人らが、次回の衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参議院議員の通常選挙における選挙区選出議員の選挙において、在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて投票をすることができる地位にあることを確認する」との主文を言い渡しました。もちろん、滝井さんも、この多数意見に加わっておられます。

確認請求に係る訴えを公法上の当事者訴訟のうちの公法上の法律関係に関する確認の訴えとして適法とすることに、全員が賛成したわけです。全員が賛成したことについては、確認訴訟の先例として、有名な薬剤師の薬局開設許可又は許可更新義務不存在確認請求事件の大法廷判決³⁹があったことが大きかったと思います。ご承知のように、薬剤師は、知事の登録を受けて薬局を開設することができたところ、昭和35年の薬事法の改正で知事の許可を受けなければならなくなったため、薬剤師が「薬事法5条に基づいて許可または許可の更新を受けることなく昭和38年1月以降薬局の開設をなし得ることを確認する」との判決を求めた事件です。大法廷は、この訴訟が「公法上の法律関係に関する訴訟」として適法であることを前提として、本案の判断をしております。もうひとつは、平成16年の行訴法改正において、4条の当事者訴訟に関する定義規定のなかに、「公法上の法律関係に関する確認の訴え」という例示が入ったことですね。この例示が入ったのは、裁判所は行政訴訟でなかなか実体判断に入って国民の権利を救済しない、抗告訴訟で拾えないものは確認訴訟を使ってでも拾え、国民の権利救済のためもう少し行政訴訟を活用すべきであるという強いメッセージでしたね。この2つで大法廷の大勢が決まったのだと思います。

中川 合議の内容ですからあまりお話しいただけないかもしれませんが、先ほど挙げていただいた薬局開設事件とは別の先例で、長野勤評事件⁴⁰とか、横川川事件⁴¹があります。訴えが無名抗告訴訟なのか、それとも当事者訴訟なのか、どちらとも読める判例ですが、あれと整合するかどうか検討すべきだ、などという議論はなかったのですか。

泉 私は、記憶にございませんと申し上げるほかありません(笑)。ご指摘の2つの事件では確認の利益が争点になったのではないかと思います。在外邦人選挙権確認訴訟では確認の利益が存すること自体は明白であったということはいえると思います。

中川 行訴法改正後の最高裁は、訴えの利益の考え方について長野勤評や

39 最大判昭和41年7月20日民集20巻6号1217頁。

40 最一小判昭和47年11月30日民集26巻9号1746頁。

41 最三小判平成元年7月4日判時1336号86頁。

横川川を判例変更したのではないかと私は考えています⁴²。しかし、その発端となったこの大法廷判決について藤田先生にうかがうと、特に確認の利益で議論にはならなかった、抗告訴訟か当事者訴訟かもささっと結論が決まってしまったという感じでおっしゃっていました⁴³。先例との関係が特段議論された様子はなさそうでした。

泉 そういう意味では、行訴法の改正の影響が大きかったと思います。「公法上の法律関係に関する確認の訴え」という例示をわざわざ加え、抗告訴訟の対象とならない事案であっても、公法上の法律関係に関する訴訟として救えるものは救って、国民の権利利益の実効的救済を図るべきであるという改正の意図に目を背けていては、最高裁として鼎の軽重を問われることとなりますし、近い将来において国政選挙が行われることははっきりして、確認の利益があることも明らかですからね。そのうえ、先例もあるということで、大勢が決まってしまったということだと思います。

中川 その後の最高裁も、混合診療訴訟⁴⁴とか、薬品のインターネット販売権訴訟⁴⁵とかで確認訴訟を活用しています。前者は、厚労省が混合診療は認められないという解釈をしていることを争う方法として、国に対する確認訴訟を適法としている。後者は、一定種類の薬品のネット販売を認めない省令がおかしいということを争うのに、国に対する確認訴訟という方法を認めている。非常に自由になった気がします。すごく大きな変化が生まれたわけです。

これは中村治明行政訴訟理論からの大きな飛躍であるし、そもそも従来の行政法学説でも考えられない大きな変化が起きてしまったように思えます。在外邦人の大法廷判決がきわめて大きな起爆剤となり、最高裁がそういう確認の訴えの利益は認めるという方向に大きく舵を切り、下級審に影響を与えているように思われます。

42 中川文久「行政訴訟の諸類型と相互関係」岡田正則ほか編『行政手続と行政救済（現代行政法講座2）』（日本評論社、2015年）71頁、94頁。

43 藤田・前掲注6、303-306頁。

44 最一小判平成23年10月25日民集65巻7号2923頁。

45 最一小判平成25年1月11日民集67巻1号1頁。

泉 中村治朗行政訴訟理論の影響もあるのでしょうか、これまでの裁判所は入口の訴訟要件の議論に熱中していたところがあります。行政官出身の最高裁判事が、裁判官はどうして訴訟要件の議論がそんなに好きなのだろう、と不思議そうな顔をしておりました。平成16年の行訴法改正は、ある意味、入口のところで押し問答していないで、行政行為の中身のほうに入って実体判断をなささいというメッセージであったと思います。そこへたまたま在外邦人選挙権確認事件というじつにわかりやすい事件がきた。選挙権の行使が可能なぎり保障されなければならないことには争いがない。国政選挙が次々に行われることは確実である。国会でも、在外選挙制度の創設を内容とする公選法の改正法案が一度は提出された。それは廃案になったが、同様の法案が再び国会に提出され、可決された。ところが、附則で、わざわざ衆議院小選挙区選出議員、参議院選挙区選出議員の選挙については当分の間適用しないことにした。ある意味で好条件が整い、裁判所としてもじつに料理のしやすい事件であったということができると思います。そこで、大法廷も、比較的すんなりと、上告人らが次回の衆議院小選挙区選出議員及び参議院選挙区選出議員の選挙において投票をすることができる地位にあることを確認するという判決を出すことができた。そして、この大法廷判決が、行政訴訟の門戸を広げる先兵の役割を果たすことになったということでしょうね。

斎藤 水野先生は行政訴訟検討会の委員で、中川先生は外国法研究会のメンバーで、どちらも行政訴訟検討会の中心です。私も日弁連としてだいぶ関与したのですが、びっくりしたのは、塩野(宏)座長以下の結論には「確認訴訟の活用」とあって、当事者訴訟の条文をあのようにするとは書いてないのです⁴⁶。内閣法制局の審査を経て出てきたときには、条文上あのようにするとなっていた。

具体的な条文としては少し付け加えただけですけども、あれをつくったのは内閣法制局なのでしょう。そのあたりはなにか、情報とかご見識とかございましたら教えてください。

46 司法制度改革推進本部行政訴訟検討会「行政訴訟制度の見直しのための考え方」(平成16年1月6日)。

泉 私は、その情報はまったく持っていません。ただ、9条2項も4条の「公法上の法律関係に関する確認の訴え」も念押しの規定で、冗長な法文を嫌う内閣法制局がわざわざ念押しの規定を入れるということは、考えにくいと思います。

中川 その条文を挿入するようにと、誰がはたらきかけたのでしょうか。

齋藤 本書にそのあたりを少し書いているのですが⁴⁷、内閣法制局の部長、課長と参事官以上の人を全部調べました。今、裁判官から行っているのは、参事官以上は二人です。その当時の改正行政事件訴訟法ができたときは、寄ってたかって裁判官出身者の内閣法制局の人からの審査がいちばん厳しかったと側聞したことがあるのですが、そういう情報もございませんか。

泉 私は聞いておりません。裁判官から内閣法制局の参事官に出向している人は通常二人で、一人は意見事務の第一部、一人は審査事務の第二部に属しております。法案審査は第二部の参事官が担当いたします。

齋藤 やはり一人ですか。今は二人ですが、いつも二人ですか。それにしても4条がわからない。誰があんなふうにしたか。

水野 検討会の最終意見書では、確認訴訟については改正項目から外されていて、確認訴訟で活用しろとしか書いていない。ところがその後、与党協議があり、山崎（潮）事務局長以下が自民党に呼ばれ、そこで議論になったのです。

僕は、自民党の議員さんから「すぐに東京へ出てこい」と呼び出しを受け、すぐに駆けつけてこれに立ち会いました。その際に、確認訴訟の活用をというのなら、その旨を改正法に明文で入れろというのが議員さんの発言でした。それに対し、山崎さんなどは、これは理屈のうえではできるわけだから改正の必要はない、と頑張った。しかし、できるものだというのならできると書いてなにが悪いのか、というのが議員さんの反論です。素人的な議論かもしれないけれど、そういう議論で最終的には山崎さんが折れたのです。こういう経過で明文化されたことが、その後になって生きたといえると思います⁴⁸。

47 齋藤浩「付度をやめ、国民、企業に役立つ行政訴訟へ——司法、法務分野における三権一体的運営と改革の道筋」本書200頁以下。

齋藤 それは聞いているのですが、それを自民党の議員さんに言わせただけは誰か。

水野 それはわからない。

齋藤 学者にも弁護士にも誰もいない。

水野 ただ、検討会の最終の意見書では委員の個別意見を書いてもいいことになったので、福井（秀夫）さんと僕とが個別に意見を書いています。そこでは、確認訴訟を活用せよということがわかるように改正条文に明文化すべきだということは、ふたりとも言っていました。

齋藤 それで、滝井さんたち判事のみなさんを元気づけたほうのかた、なにかご発言をお願いします。

中川 私もまさか、憲法訴訟から、確認訴訟の活用が始まるとは思わなかった。当事者訴訟の4条の条文を念のために修文するだけの改正が、関係者の予想を超えた大きな影響を持ったわけです。

これは手前味噌になりますが、私は行訴法改正の直後から、当事者訴訟は民事訴訟と同じ構造だから、裁判官には使いやすいだろうと思ひ、当事者訴訟として確認の訴えがおおいに活用されることを期待して、長い論文を書きました⁴⁹。当事者訴訟として確認の訴えを本当に活用したらどうなるのかと考えてみたら、それまで学説が当然視していた行政訴訟の世界が、なにかまったく別の世界に変わってしまうのではないかと思ったのです。抗告訴訟と当事者訴訟を区別する必要もなくなるような、今まで見たことのない世界に行くぐらい、ものすごく大きなインパクトを与えるのではないかというのが、この論文だったのです。

そのようなことを考える前提として、どのような場面で確認訴訟が有効かを想像して書いておりますが、憲法訴訟についても言及しています。ただ、まさか、いきなり憲法訴訟から活用が始まるとは思わなかったもので、憲法訴訟についても書きましたが⁵⁰、むしろそれ以外の、たとえば政令とか省令がおかしい、通達がおかしい、行政指導がおかしいといった紛争を確認訴訟で

48 水野武夫「処分性の拡大と確認訴訟の活用」自由と正義60巻8号（2009年）25頁。

49 中川・前掲注38。

50 中川・前掲注38、993-995頁。

争う事件のほうが先に最高裁判決にくるかなと思っていました⁵¹。

在外邦人の選挙権行使を認めない法律が憲法違反かという紛争を、確認訴訟を使って処理するという、私としてはいちばんインパクトのある姿の訴訟をすぐにやっていただいたのは、本当に感動の極みでした。その後、先ほど申し上げたように、最高裁自身が、省令であれ、行政解釈であれ、具体的な紛争があればすべて中身の審理に入っていくというスタンスをとる大きなきっかけになったように感じます。そのような端緒となった大法廷判決で、さして異論もなく決まってしまったことに驚きます。今になってみれば、なぜ改正法以前にもっと早くこういう判決ができなかったのかという気がするくらいです。

水野 検討会では塩野先生が、薬事法の判例があり、確認訴訟でやれることは最高裁判例で認められている、それをやってこなかったのは弁護士の怠慢だという発言をされたのを記憶しています。

斎藤 塩野先生は弁護士に厳しいですね（笑）。

中川 しかし学者も、当事者訴訟に注目する学説こそありましたが、確認訴訟にはまったく注目してこなかったのですけれど。

水野 確認訴訟で1つお聞きしたいのですが、在外邦人の判決に戻りますけれども、主位的に、公職選挙法の規定が在外邦人に選挙権を認めていない点において違憲違法であることの確認を求め、予備的に、選挙権を行使する権利を有することの確認を求めている。

判決は、予備的請求にかかる訴えのほうがより適切な訴えであるということが出来るから、主位的請求の公職選挙法の規定が違法であることの確認を求める請求は不適応であるといわざるをえないと言っています。

これを逆に読むと、今回のケースは、具体的には権利の確認の訴えのできるから、抽象的に公職選挙法の規定が違憲だという必要はない。しかし、もし適切な訴えが考えられない場合には、規定自体が違憲無効であることを確認するという訴訟ができていいということ、この判決は認めていると読めるのではないかと理解しています。

51 中川・前掲注 38、988-993 頁。

滝井さんにもそれをぶつけたら、滝井さんは、それはだめだと言われたのですが、泉先生はどのようにお考えですか。

泉 条文自体の違法確認の請求は、やはり難しいでしょうね。法律の違憲を理由とした個人の具体的権利義務の確認の請求をしなければならないと思います。

水野 そうでしょうね。だから、僕は学生に教えるときは、原告の権利義務に置き直すか地位確認にせよと言っています。しかし、そういうかたちに置き直せないときには、規定自体が違法であることの確認訴訟ができるように読めるのです。そこまでの議論をされたのか、ただ単に筆が走っただけのことなのか。

泉 主位的確認請求も、抽象的に公選法の規定の違法確認を請求しているのではなく、公選法が上告人らの衆議院小選挙区選出議員及び参議院選挙区選出議員の選挙における選挙権の行使を認めていない点において違法であることの確認を求めるといもので、上告人らの具体的権利と結びつけた公選法の違法確認ですから、直ちに不適法とも言い切れない。しかし、上告人らの選挙権の行使の保障を求めるのであれば、上告人らが衆議院小選挙区選出議員及び参議院選挙区選出議員の選挙において選挙権を行使する権利を有することの確認を請求する予備の確認請求のほうが、より直截で適切ではないか、より適切な訴えがあるのであれば、主位的確認請求のほうは確認の利益を欠き不適法であると判断しております。予備の確認請求を離れて、主位的確認請求が本当に適法であるかどうかという突き詰めた議論はしておりません。

水野 だいたい権利義務なり法律関係に置き換えられる。だから、具体的なもので確認訴訟をせよと言っているのですが、どうしても置き換えられないケースがないわけではないと思います。そういう場合には、この判決は、法令自体が憲法に違反していることの確認を求めるとできると善意に理解したのですけどね。

泉 成年被後見人選挙権確認請求訴訟の東京地裁判決⁵²も、主文は「原告

52 東京地判平成 25 年 3 月 14 日判時 2178 号 3 頁。

が、次回の衆議院議員の選挙及び参議院議員の選挙において投票をすることができる地位にあることを確認する」となっております。実質は、成年被後見人は選挙権及び被選挙権を有しないとする公選法11条1項1号（現行法では削除）の違法確認請求ですが。

水野 たしかに、権利義務のほうがいいわけです。しかし、より適切な確認対象がなければ、これは否定していないのではないかと。

斎藤 より適切なものはないということはありませんか。

中川 抽象的には、それはありうると思います。しかし、ほとんど考えられないのではないのでしょうか。

斎藤 全部権利関係に置き換えられますからね。

中川 原告の権利・利益とか地位が危険に陥っていないと確認の利益が認められないのですが、行政上の紛争で原告の権利とか地位とかが考えられないということはないのではないかと。そうでないと法的紛争にならない。むしろ、権利とか利益がたくさんありすぎて、全部いちいち確認対象にするのは大変だから、紛争の原因となった行為についての存否確認とか違法確認のほうの方が有効適切だということはあると思います。

水野 大変だったら認められますか。

中川 大変だったら（笑）。民訴の一般的な考え方でそうなるのではないかと思います。

◎最高裁判決における滝井意見の主なもの

泉 先ほど、滝井さんと行政訴訟との関係で、斎藤先生が林試の森事件⁵³を挙げられました。これは滝井さんが主任の事件でしたが、全員一致で、建設大臣の公園設置に関する都市計画決定において、公園と公道の接続部分として利用するため国有地ではなく民有地を公園の区域に含めたことにつき、国有地を公園の区域に含めることにより林業試験場の樹木に悪影響が生ずるか等について十分に審理することなく、都市計画決定が裁量権の範囲を逸脱し、またはこれを濫用したものであるということとはできないとした原審の判断は

53 最二小判平成18年9月4日判時1948号26頁。

違法である、としております。行政裁量の適否を厳しく審査した判決として特筆に値するものだと思います。

ここで、これまで出てきた裁判のほかに、滝井さんが最高裁の大法廷や第二小法廷の憲法訴訟、行政訴訟、国賠訴訟で述べられた意見をたどっておきたと思います。

まず、大法廷のほうからみていきたいと思います。

①郵便法違憲国賠請求事件⁵⁴における補足意見で、「憲法 17 条の趣旨は、国家無答責の考えを廃し、被害者の救済を全うするために国又は公共団体が賠償責任を負うべきことを前提にし」していると念押しをしております。

②2つの参議院議員選挙無効請求事件⁵⁵における反対意見で、投票価値の較差が1対2を超えるようなことは、いかなる理由があっても正当化しうるものではないことを判決で明言すべきである、判決主文において選挙が違憲である旨の宣言をすべきである、と述べています。

③東京都管理職選考受験資格確認等請求事件⁵⁶における反対意見で、「国民主権の見地からの当然の帰結として日本国籍を有する者でなければならないものとされるのは、地方行政機関については、その首長など地方公共団体における機関責任者に限られるのであって、その余の公務員への就任については、憲法上の制約はなく、立法によって制限し得るにしろ、立法を待つことなく性質上当然のこととして日本国籍を有する者に制限されると解すべき根拠はない」と述べています。

次に、第二小法廷で述べた意見に移りたいと思います。

①国籍確認等請求事件⁵⁷の判決自体は、仮に国籍法3条の規定の全部または一部が違憲無効であるとしても、法律上の婚姻関係のない日本国民である父とフィリピン国籍を有する母との間に出生した子が、出生後に父から認知されたことにより、出生時にさかのぼって生来的に日本国籍を取得したとの主張を基礎づけることにはならないと判断したものです。ただ、滝井さんと

54 最大判平成 14 年 9 月 11 日民集 56 卷 7 号 1439 頁。

55 最大判平成 16 年 1 月 14 日民集 58 卷 1 号 56 頁、最大判平成 18 年 10 月 4 日民集 60 卷 8 号 2696 頁。

56 最大判平成 17 年 1 月 26 日民集 59 卷 1 号 128 頁。

57 第二小判平成 14 年 11 月 22 日判時 1808 号 55 頁。

梶谷玄さんの共同補足意見は、この子が国籍法3条の届出による国籍取得の要件も満たさないとするのは問題であるとして、市民的及び政治的権利に関する国際規約24条や児童の権利に関する条約2条にも、児童が出生によっていかなる差別も受けない、との趣旨の規定があることなどを挙げ、「3条が準正を非嫡出子の国籍取得の要件とした部分は、日本人を父とする非嫡出子に限って、その両親が出生後婚姻をしない限り、帰化手続によらなければ日本国籍を取得することができないという非嫡出子の一部に対する差別をもたらすこととなるが、このような差別はその立法目的に照らし、十分な合理性を持つものというのは困難であり、憲法14条1項に反する疑いが極めて濃いと考える」と述べております。これはきわめて重要な補足意見であり、準正要件を違憲とした国籍法違憲訴訟大法廷判決⁵⁸を導くことに大きな貢献をしております。

②婚外子相続分差別規定事件⁵⁹における梶谷玄さんとの共同の反対意見で、自由権規約委員会の平成10年11月最終見解を引用しながら、「民法900条4号ただし書の規定が……『立法目的自体の合理性及びその手段との実質的関連性についてより強い合理性』の基準を充足し、合憲であるということは一層困難である」と述べております。いわゆる「厳格な合理性の基準」によって審査すべきであるとしている点が注目されます。また、自由権規約委員会の最終見解を引用している点は、婚外子相続分差別規定を違憲とした平成25年の大法廷決定⁶⁰の先駆をなすものであり、同決定に大きな影響を与えていると思います。

③在監者と弁護人間の信書検閲事件⁶¹における梶谷玄さんとの共同の反対意見で、「弁護人等と被勾留者との間における信書の授受は、被勾留者が弁護人等と意思の疎通を図って情報の提供や助言を受けるために認められた、憲法34条に由来する接見交通権の目的を達する上で極めて重要な手段であるから、……被勾留者の発受する信書が弁護人等との間のものであるかどう

58 最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁。

59 最二小判平成15年3月28日判時1820号62頁。

60 最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁。

61 最二小判平成15年9月5日判時1850号61頁。

か、その中に信書以外の物が含まれているかどうかの範囲を超えて拘置所長が信書を検閲することは、特段の事情のない限り、違法である」と述べております。

④水俣病関西国賠請求事件⁶²の法廷意見（全員一致の意見）に加わり、国や熊本県が法律や規則に基づく規制権限を行使しなかったことは国賠法上違法となるとしております。

⑤消費税更正処分取消請求事件⁶³における反対意見で、税務調査において帳簿等の提示を求められた事業者が提示を拒み続けたというだけの理由で消費税法にいう「帳簿等を保存しない場合」に当たるとして仕入れに係る消費税額の控除を否定するのは相当でないとし、消費税法の文理等に即した厳格な解釈を示しております。

⑥紀伊長島水道水資源条例事件⁶⁴で主任として法廷意見に加わり、条例で指定された水源保護地域内に設置予定の施設が設置の禁止される事業場に当たるとした町長の認定は、当該施設の設置を予定する事業者の地位を不当に害することのないよう配慮する義務に違反してされた場合には違法となる、と述べております。

⑦日本興業銀行事件⁶⁵で主任として法廷意見に加わり、住宅金融専門会社の設立母体である銀行が、同社の経営が破綻したため放棄した会社に対する貸付債権につき、その全額が、当時回収不能であることが明らかとなっており、当該債権相当額は本件事業年度の損失の額として損金の額に算入されるべきである、としております。この判決に関し、永野健二氏は、「旧興銀の息の根を止めた男が、今度は、また同じ時代の興銀の追徴課税 1500 億円について、高裁判決を覆して国税当局の判断に異議を唱える。決して国家権力に偏することのない、ダイナミックな判決だった。いや滝井繁男こそダイナミックな裁判官だった」と評しています⁶⁶。

62 最二小判平成 16 年 10 月 15 日民集 58 卷 7 号 1802 頁。

63 最二小判平成 16 年 12 月 20 日判時 1889 号 42 頁。

64 最二小判平成 16 年 12 月 24 日民集 58 卷 9 号 2536 頁。

65 最二小判平成 16 年 12 月 24 日民集 58 卷 9 号 2637 頁。

66 永野・前掲注 2、234 頁参照。

⑧病院開設中止勧告取消請求事件⁶⁷の法廷意見に加わり、医療法に基づき知事が行う病院を開設しようとする者に対して行う病院開設中止勧告は、従わなければ保険医療機関の指定を受けることができなくなるという結果をもたらすもので、抗告訴訟の対象となるとしております。

⑨「陣屋の村」補助金事件⁶⁸における反対意見で、「普通地方公共団体が、その長が代表者を兼ねている団体に補助金を交付する場合には、その公益上の必要が客観的にも肯定されるものでなければなら」ず、議会でのその点の審議を欠いた補助金の交付は違法である、と述べております。

⑩国民健康保険診療報酬明細書訂正請求事件⁶⁹における補足意見で、レセプトに記録された個人の診療に関する情報につき実際に受けた診療内容と異なることを理由に個人情報保護条例に基づく個人情報の訂正の請求がされた場合において、実施機関がした訂正をしない旨の決定が違法であるとはいえないとしても、レセプトに当該個人から訂正を求める請求があったことを注記することが求められる、と述べています。

⑪入会集団の女子孫地位確認等請求事件⁷⁰の法廷意見に加わり、入会部落の慣習に基づく入会集団の会則のうち、「入会権者の資格を原則として男子孫に限り、〔同入会部落の〕部落民以外の男性と婚姻した女子孫は離婚して旧姓に復しない限り入会権者の資格を認めないとする部分……は、性別のみによる不合理な差別として民法90条の規定により無効である」としております。

⑫靖国参拝違憲確認等請求事件⁷¹における補足意見で、「何人も公権力が自己の信じる宗教によって静謐な環境の下で特別の関係のある故人の霊を追悼することを妨げたり、その意に反して別の宗旨で故人を追悼することを拒否することができるのであって、それが行われたとすれば、強制を伴うものでなくても法的保護を求め得るものと考える」と述べております。この補足意見は、自衛隊合祀違憲訴訟⁷²の多数意見を批判したものです。

67 最二小判平成 17 年 7 月 15 日民集 59 卷 6 号 1661 頁。

68 最二小判平成 17 年 10 月 28 日民集 59 卷 8 号 2296 頁。

69 最二小判平成 18 年 3 月 10 日判時 1932 号 71 頁。

70 最二小判平成 18 年 3 月 17 日民集 60 卷 3 号 773 頁。

71 最二小判平成 18 年 6 月 23 日判時 1940 号 122 頁。

72 最大判昭和 63 年 6 月 1 日民集 42 卷 5 号 277 頁。

⑬簡易水道事業給水条例無効確認等請求事件⁷³の主任として法廷意見に加わり、地方公共団体が、住民に準ずる地位にある別荘に係る水道契約者の基本料金を別荘以外の給水契約者の基本料金の3.57倍を超える金額に改定することは、地方自治法244条3項で禁止された差別的取扱いに当たるとしております。

これらの意見からみえるものは、個人の人権を尊重する、行政訴訟の門戸を広げる、行政行為の適法性を厳格に審査するという滝井さんの一貫した姿勢であると思います。また、退官後に大法廷で出された国籍法違憲判決及び婚外子相続分差別規定違憲決定に大きな影響を与えております。憲法訴訟、行政訴訟の分野で残した滝井さんの足跡がまことに大きいことを、あらためて実感させられます。

◎「行政訴訟改革」のために必要なこと

齋藤 今日とは泉先生のご意向をできれば聞いておきたいと思うので、滝井先生を偲んでですけれども、法学教育、裁判所の体制、法務省・弁護士会の体制などについて、なにかおっしゃっていただけることがあればお願いいたします。行政訴訟改革、滝井さんが遺言にまでして願っていることについて、どういうことがいいのではないかと泉先生のご意見を言っていただきたいと存じます。

泉 私は、行政訴訟を活性化するためには、まず、裁判所自体が、非権力的な個人間の紛争の適正妥当な解決こそが裁判所の使命であるという古い觀念から脱却し、国民の権利自由を立法・行政府による不当な侵害から護るのは憲法によって課された司法の役割であるということについて、さらに認識を強くすることが必要であると思います。裁判所は、行政訴訟の入口でいつまでも逡巡しているのではなく、中身に入っていく必要があると思います。そのためには、行政法あるいは行訴法に習熟した裁判官の存在が必要です。裁判所では、東京地裁や大阪地裁の行政部で行政裁判官を養成しておりますが、最近、行政部を経験した裁判官が中心となって、行政実体法に関する研

73 最二小判平成18年7月14日民集60巻6号2369頁。

究をまとめ、『行政関係訴訟の実務』として刊行しました⁷⁴。これなどは、よい兆しだと思います。ただし、全国的にみると、行政訴訟に経験を有する裁判官がまだまだ不足しております。

このような裁判所の実情をみると、まずは行政事件に詳しい弁護士を養成することが重要であると思います。行政訴訟の専門性を有する弁護士がきちんとした主張をまとめて、法廷での議論を充実したものにしてほしいと思います。

行政法の研究者にお願いしたいことは、国内行政法、あるいは外国の行政判例等に関する研究成果を実務家に提供していただき、実務家がそれを法廷に持ち出す。そういうかたちで、いわゆるアマカス・キュリエの役割を果たすことを行政法研究者に期待したいと思います。先ほど触れました成年被後見人の選挙権の事件をはじめ、学者の協力が盛んになってきていることは、実務家にとってたいへんありがたいことだと思います。

それからもうひとつ、裁判所にいた人間としては行政裁判の活性化を強調したいところですが、裁判所の人的資源が限られていることを考えると、底辺の広い行政不服審判の充実にも力を入れる必要があると思います。そこに行政法を勉強した人たちを送り込めたらいちばんいいですね。ロースクールの当初の構想でも、行政や税務の経験者などが法科大学院に入って法的素養を備える、あるいは一般学生が法科大学院で行政法をみっちり勉強する、そういう人たちが行政庁や社会に広がっていくことを想定したのだらうと思うのですが、そういう姿がいちばん理想的だと思います。

齋藤 中川先生は今、研究科長でもあるので、そのあたりも含め、ご発言いただけますか。

中川 法科大学院を出た人は行政法が必修の教育を受けているので、若手の法曹で、行政法を聞いたこともないということがなくなっています。とはいえ、必修なのは憲法6単位、行政法6単位ですから、一般論としていえば聞いたことがないわけではないという程度です。行政訴訟に習熟した弁護士、あるいは習熟した裁判官をつくるのはその後の教育に委ねることになるので

74 定塚誠編著『行政関係訴訟の実務（裁判実務シリーズ7）』（商事法務、2015年）。

すが、具体的にどのようにすればよいのかが課題です。

若手の専門的弁護士を育てるのは、たとえば大学も協力できることはあろうかと思いますが、そもそも若手実務家の方に時間があるのか。また、行政訴訟に詳しい裁判官を育てるといった場合、研修所では講演会のようなものがあると思いますが、それではたぶん足りない。実務的な訓練がいる。結局、行政部に配置されてOJT (on-the-job training) で学んだ人だけが育っていく。それでも十分かもしれませんが、具体的にどういう場がありえますでしょうか。

泉 もちろん、裁判官の養成は裁判所の責任です。裁判所は、さらに専門家を育てる努力が必要だと思います。ただ、残念ながら全国の裁判所に専門家を配置するのは難しい。また、その規模からして扱える事件数も限られてくる。ですから、専門性を持った弁護士を育てる、行政不服審査を充実させ、行政庁のなかに法律家を送り込むなど、法による行政のすそ野を広げていく必要があると思います。

中川 たとえば司法研修所にはなじまないですか。今、修習生が民事と刑事の研修をやっていますが、そこに行政法とか憲法とか公法を入れる方法はありうるのでしょうか。

泉 司法研修所には第一部と第二部があり、第一部が裁判官、第二部が司法修習生の研修を担当しております。第一部では、学者などの外部講師も招いております。しかし、裁判官はそれぞれ事件を抱えており、研修所へ集める期間や対象者が限られますから、研修所では、インセンティブを与えるにとどまり、組織立った専門家養成というのは難しいと思います。裁判官は、事件を通じ自分で勉強するほかないと思います。

中川 最高裁の調査官室に行政訴訟を専門とする方がたくさんいらっしゃいますが、みなさん専門家として数年間相当研鑽されているので、その方が裁判官に教育の場を設けるとかいうことはないのでしょうか。

泉 それはありませんし、現実的にも難しいと思います。結局、東京地裁や大阪地裁の行政部に若い裁判官を入れて、事件を通じて教育する。そういう徒弟制度のやり方をやっております。それから、先ほど触れましたように、行政専門家が司法研究報告書のかたちで実務書を書いて、裁判官に配付する

ということをしております。

齋藤 行政不服審査法は新しくなって4月から実施され、画期的なことは審理員という制度が設けられ、やや独立した人が行政内部で争点整理をして意見書まで書き、審査請求の結論まで出す。そこに行政法に強い弁護士を入れようというので、日弁連もだいたい努力をして、行政のほうも応えてきて、まだ数十名ですが、任期つき公務員とか特別職で採用されている。北から南までで、かなり高額な給料を出すところから、1時間いくらで手堅くやるところもあります。今度の不服審査法は少しかたちになるかもしれません。まだ初歩的ですけども。

泉 それはすごいですね。ドイツでは、ご承知のように、通常裁判所、行政裁判所、財政裁判所、社会裁判所、労働裁判所と、5つの専門裁判所に分かれています。われわれの法律事務所には毎年何人かのドイツの司法修習生が研修にきます。私は、その人たちに日本の裁判制度を講義するのですが、日本では一人の裁判官がいろいろな種類の事件を担当しているという、そういうことが本当に可能なかと不思議そうな顔をしますね。

日本の行政不服審査も、今、齋藤先生がおっしゃったようなかたちで発展させ、一種の一審行政裁判所にして、通常裁判所は実質的に控訴裁判所のようなかたちに持っていかないと、なかなか広がりがないのではないかと思います。

齋藤 たくさんの事件を審理するためにはそんな感じですね。水野先生、なにかございませんか。

水野 泉先生と滝井さんとは学生時代から仲良くしておられて、今日もお聞きしたし、いろいろなものを拝見しているなかで、思考の方向がお二人とも非常に前向きで、共通するところがあると思います。

ところが、行政事件に関しては、泉先生はずっと専門的にやってこられた。滝井さんはほとんどやっておられないと思います。いってみれば行政訴訟に素人のような人が最高裁の判事になられ、泉先生のような、もともと強い方がおられる。そういうなかで、けっこう意見が一致しているところがある。

民事畑などでこられて行政をあまり経験してこられなかった最高裁判事の意見と、藤田先生など行政に強い最高裁判事とで、行政事件の見方について、

なにか差はあるのでしょうか。

泉 当然、差はあります。行政調査官の報告書が、その差をある程度埋める役割を果たしております。しかし、調査官報告書はどうしても、先例尊重、原判決維持の方向のものになりますから、批判的な目でみる必要があります。そこに経験の差が出ると思います。したがって、各小法廷に藤田先生のような公法学者が一人は入られるのが望ましい。各小法廷にお一人でもおられると、全体の議論が活発になります。経験のない人だけだと、どうしても原判決維持、原処分維持の方向になりがちだと思います。もっとも、滝井さんの場合は別格で、行政訴訟についても相当に勉強しておられて、先ほどご紹介した判決における意見からしても、行政訴訟の専門的知識を備えた方だと思いますが。私は、最高裁が憲法裁判所、最高行政裁判所の役割を果たすためには、各小法廷に一人は公法学者を配置すべきであると主張しております。

水野 実現可能性はいかがでしょうか。

泉 非常に難しいですね(笑)。それは、最高裁裁判官の任命制度のほうから変えていかないと無理ですね。

斎藤 滝井さんも同じことをおっしゃっていました。学者が一人ずつおられたらいいと。最後に、なにかありますか。

中川 行政訴訟のいっそうの活性化のために、もっと大きな話をすると、憲法裁判所を置くべきだとか、それが結果的には行政訴訟の活性化になるとか、そういうお考えはありますか。泉先生は憲法訴訟をたくさん取り扱っておられます⁷⁵。

泉 私は、昭和32年の「裁判所法等の一部を改正する法律案」(最高裁機構改革案)のように、最高裁は9人構成として憲法問題に専念する、最高裁の下に下級裁の一種としての5人構成の最高裁小法廷を6つ新設して通常の上告事件を審理するのがよいと思います。現在のように、憲法訴訟にほとんど未経験の裁判官が、一小法廷あたり年間約1800件の通常訴訟事件、約680件の特別抗告事件を処理する傍らで、憲法問題に取り組むというのは無理があります。

75 泉・前掲注8、119頁。

最後になりましたが、滝井基金には、行政訴訟の発展を願う滝井さんの思いと、みんなで法律や裁判の議論をすることが大好きな滝井さんの性格が出ていると感じました。先ほどから紹介があるように、滝井さんといえば、大阪空港訴訟原告弁護士副団長を務め、多くの医療過誤事件を手掛け、『逐条解説工事請負契約約款』⁷⁶を著し、法制審民事訴訟法部会の委員として活躍して、最高裁判事としては消費者金融の過払金返還請求や学納金返還請求に関する判例理論構築の立役者となりました。ですから、民事訴訟における消費者・市民等の権利救済については一定の手応えを感じられたのだらうと思います。

しかし、日本の行政訴訟があまり機能しているとはいえない状況を見て、行政訴訟の活性化がご自分にとってやり残した課題であると考えられたのだと思います。そして、多くの人たちと法律論、裁判論を議論するのがたいへん好きな方でしたから、実務家や研究者が活発に行政訴訟の研究討論をする姿を思い描いて、そこに楽しみ、喜びを感じられたのではないか。そういう意味で、滝井さんの性格が出ているなと思いました。

私どもとしては、行政訴訟の面で滝井さんが残した業績を踏まえ、さらにこれを発展させ、行政訴訟の活性化に取り組んでいかなければならないと考えている次第です。

斎藤 ありがとうございます。それでは、このへんで締めさせていただきます。

76 滝井繁男『逐条解説工事請負契約約款』（酒井書店、初版1975年、5訂新版1998年）。