



# 滝井繁男先生に聞く : 行政事件を中心に (インタビュー)

滝井, 繁男  
中川, 丈久  
山口, 進

---

**(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:85-109

**(Issue Date)**

2017-07

**(Resource Type)**

book part

**(Version)**

Version of Record

**(URL)**

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90006444>

※ この論文ファイルは印刷不可です。



《インタビュー》  
滝井繁男先生に聞く\*  
—行政事件を中心に—

日時：2009年2月26日(木) / 3月3日(火)

聞き手：中川丈久+山口進

◎行政裁量に関する事件

中川 滝井先生に、最高裁在任中の行政事件についてお聞きします。

滝井先生が在任中、そして現在でも、行政事件については最高裁が原告に有利な判断を下す例が多くなったという印象があります。平成21年の外国法人税事件<sup>1</sup>、平成18年の給水条例事件<sup>2</sup>や林試の森事件<sup>3</sup>などが踏み込んだ判断をしています。抗告訴訟については、昭和60年代から平成一桁のころの、却下か棄却しかみたことがないとさえ思えるほどの最高裁判決と比べると、ずいぶんと印象が異なります。行政事件について、なにかこれまでとは違う方向を目指すといった思いが最高裁判事の間で共有されていたなどということがあるのでしょうか。

滝井 やはり、今までの考え方はおかしいのではないかという気持ちは、かなりありましたね。僕がいた第二小法廷はいわゆる行政法のプロと目され

---

\*このインタビューは、2009年2月26日、3月3日に大阪で、日本学術振興会科学研究費補助金「行政法理論のダイナミクス研究」(研究代表：中川丈久)による調査として、中川および山口が聞き手となって行ったものである。インタビューのテーマは、最高裁論から、憲法訴訟、行政事件、民事事件、刑事事件に至るまで多岐にわたった。本稿は、そのうち行政事件に限定して整理し公表するものである。なお、インタビュー時に、滝井氏はインタビュー結果の公表に同意されており、氏の発言部分については氏の校閲を経たものである。また、本インタビュー原稿の整理にあたっては、濱和哲弁護士(共栄法律事務所)にご尽力をいただいた。

1 最一小判平成21年12月3日民集63巻10号2283頁。

2 最二小判平成18年7月14日民集60巻6号2369号。

3 最二小判平成18年9月4日判時1948号26頁。

ている人がいなかったのです。だから、わりに僕なんかは民事的な発想でした。たとえば、第三小法廷の藤田（宙靖）さんとか第一小法廷の泉（徳治）さんなんかがいると、「それはちょっとおかしいじゃないか」というクレームがつくようなことでも言える雰囲気だった。

**中川** 専門家がないことが、逆に思い切ったことが言えるという具合にはたらいたのでしょうか（笑）。

**滝井** やはり、そんなこともわかっていないのか、なんていうようなことを思われたくないというのが行政訴訟にはあるのではないかと僕は思うのです。裁判官は別ですけども、弁護士出身で行政訴訟の豊富な経験もっていて最高裁に行く人はあまりないですね。

**中川** 行政事件が専門だとおっしゃる方は、最高裁判事でもめずらしいかもしれません。

**滝井** 過去の事件でみるかぎり、行政事件での個別意見は少ないですからね（笑）。それは、沈黙する人が多いということでしょうか。

**中川** 沈黙というのは？

**滝井** なにも言わない。

**中川** 最高裁判事として意見を書かない、ということですね。

**滝井** 弁護士出身で行政訴訟の関係で個別意見を書いた人は、僕はきわめて少ないのではないかと思います。

**中川** 行政事件の原告側代理人としての弁護士の力量についてはどう評価されていますか。事件の掘り起こしとか、分析の質とか。

**滝井** どうなのですかね。まだ弱いのではないのでしょうか。それは司法制度改革審議会の意見書にも指摘があります。原告側の力が弱いと。

**中川** 上告受理申立ての内容がすばらしかったというご経験はありますか。

**滝井** そうですね。林試の森事件でも結局、あれは公有地と私有地の問題を中心に行っているわけですが、あの準備書面は、僕はよくできていたと思います。

**中川** あの事件は原告代理人弁護士が頑張ったということですが、いろいろな事件を全体としてみると、行政事件を扱う弁護士の力量が上がったなどというのはまだないですか。

**滝井** まだまだそこまではね。

**中川** 滝井先生としては行政事件がもう少しなんとかならないかと、それで第二小法廷のなかで自由に議論されたということですが、隣の第一小法廷、第三小法廷も、なにか今までとはちょっと違うスタンスを出さなくてはいけないと思っていたのではないかと感じられたことはありましたか。

**滝井** たとえば、公定力だとか、そういう問題については、固さはあるかもしれないけれども、徐々に変わってきているのではないのでしょうか。情報公開の問題なんかもかなり柔軟な発想が出てきているように思います。

**中川** そうですね。すべての小法廷が多かれ少なかれ同じような柔軟さを志向しているように思います。もう少し踏み込んだ判断をしてやろうというときには、個々の事件の特徴に応じた処理として必要だからということはもちろんあると思うのですが、外部からみていると、それだけでなくメッセージ性が強いというふうを感じるのです。

**滝井** それはあるのもあります。たとえば、林試の森事件にしてもやはりね。僕はよく申し上げるのですが、足立区医師会の判決<sup>4</sup>はおかしいではないかという思いが非常に強いのです。というのは、原審が、処分の前提事実は認められないと言っているのに、最高裁は、行政の立場からすればその判断に一応合理性があると言って、裁量権の逸脱はないとして原判決を取り消しているのです。そんなこと言われるとね。行政の立場からは、多くの判断には合理性があることになりかねないので、それでは裁量統制はできなくなると思うのです。

**中川** ええ、どんな行政判断でも多少の理屈はあるものですね。

**滝井** 多少はね。だから、僕は合理性の基礎となる事実をきっちりと認定しないで合理性があると言ってしまったら、結局、行政の判断を鵜呑みにしてしまうことになるのではないか。だから、林試の森の事件でも、奇木があって、そのためにここを計画区域にしないとだめになってしまうというのだったら、本当に奇木があるのかどうか、奇木をそこに置かないとだめになってしまうのか、そういう事実認定をしないままに処分者の判断に合理性があ

---

4 最一小判昭和63年7月14日判時1297号29頁。

るということではできないのではないかと考えるのです。

しかし、こういう大切なものがあるのでそれを守るためにそこを計画区域にするのは合理性があるというふうに、その基礎となる事実まで認定することをしないで、行政の言うことをそのまま認めてしまうというような例があったのではないか。足立区医師会の事件は、僕はまさにそうではないかと思うのです。しかも、あれは原審が処分の前提事実がないと言っているのに、最高裁はそれをひっくり返して、行政庁の言うことには合理性があるというのですからね。

**中川** 林試の森事件での最高裁のアプローチの仕方は、行政判断に裁量があるものとしたうえで、合理的に判断していることを行政庁がしっかりと説明できるはずだということですね。

**滝井** そういうことです。

**中川** それと反対のアプローチもあって、少しでも合理的とみうる行政判断であれば裁量の逸脱濫用はないとするものです。そういう非常に引っ込んだアプローチが、これまでは多かったような気がします。

**滝井** 多かったのではないのでしょうか。それともうひとつ、合理性というのはどういうことで合理的だということか。それを社会通念という言い方で説明することがあります。社会通念といたら、それぞれの時点によって違うと思うのですが、その中味の当否がほとんど今まで議論されていないように思うのです。それは個別の実定法ごとに、そこでの判断基準というか、考慮要素がなにか、そこでいわれている社会通念とはなにか、というようなことを明らかにしていかなければならないのではないか。そこで林試の森事件では、公有地がある場合にはそれは重要な考慮要素のひとつですよということを言ったわけです。

やはり、そういうかたちで合理性の判断基準を詰めていくという作業がこれから必要ではないのでしょうか。

**中川** まさにそこがとても重要ですね。当事者のした判断の合理性を裁判所が審査するということは、たとえば民事事件においても、経営判断の合理性とか、解雇の判断が合理的かというかたちでやっております。それと同じことですね。

**滝井** そうなのです。医療行為など専門家の裁量判断などもみられるように、他のことではやっているのです。ところが行政になると、なにかおまかせみたいになってしまうから……。

**中川** 滝井先生が最高裁におられた時期以前でも、かつて神戸高専のエホバの証人の事件の最高裁判決<sup>5</sup>がありました。宗教上の理由から必修の剣道の授業を拒否した学生が留年となり、最終的に退学処分<sup>6</sup>にされたという事件で、最高裁は非常に立ち入った合理性の審査をした例でした。それと同様なものが、引き続き現在でも見られるように思います。平成18年の呉市教育委員会の学校施設の使用許可の事件<sup>6</sup>は第三小法廷ですが、ご退官後の判決でしょうか。

**滝井** これは退官前です。

**中川** 教員の集団研修用に貸していた公立学校施設を、突如「貸せない」と市の教育委員会が使用を拒否した事件ですね。それから平成19年の獅子島事件の第二小法廷最高裁判決<sup>7</sup>がありますが、こちらがご退官後ですね。

**滝井** 退官後です。

**中川** 獅子島事件の海岸占有許可も、目的外使用許可の裁量判断だから簡単に請求棄却になるかなと思ったら、最高裁は立ち入った合理性の審査をして裁量判断に合理性がないと言った。

**滝井** ただ、僕はこの獅子島の事件というのは、行政のほうがかかなり恣意的なやり方だというふうに思いました。ここまでやるかと。なにか非常にいじわるみたいです。

**中川** わざわざ遠くの港を使えという事案でしたからね。

**滝井** ええ。これは、僕は今までの裁判所であっても、ここはちょっとどうかという判断になるケースだという気がしました。それから、呉市の事件と神戸高専の事件は、それぞれ原審がけっこう事実認定をしているのです。そういう判断は今まで少なかったけれども、原審が考慮要素を挙げて判断している。特に僕はこの神戸高専の事件は、原告の争い方もよかったのだと思

---

5 最二小判平成8年3月8日民集50巻3号469頁。

6 最三小判平成18年2月7日民集60巻2号401頁。

7 最二小判平成19年12月7日民集61巻9号3290頁。

いますけれども、大阪高裁の裁判官がやはり上告審を意識して非常に丁寧な認定をしていると思うのです。行政裁量については、マククリーン判決という大法廷判決の判断枠組みが引用されるのですが、これもその枠組みのなかで考慮要素を指摘して処分が裁量を逸脱しているといっているのです。

**中川** 原審や原原審がどう認定したかというところが大いに寄与しているのですね。

**滝井** それはそうです。

**中川** もし、地裁も高裁もスカスカの認定だと……。

**滝井** スカスカの認定だったら、やはりちょっとしんどいですね。

**中川** 合理的な判断であったかどうかを審理するための素材がないわけですね。

**滝井** そうです。

**中川** 本当に印象論にすぎないのですが、過去の事件を見ていると、東京も大阪も地裁の行政部が頑張っているいろいろ認定するのだけれども、高裁が簡単に行政庁の裁量判断は合理的だとして処理してしまうことがしばしばあるように思います。今、高裁が頑張っているいろいろ認定したとおっしゃったので、ちょっと意外な感じがしたのです。

**滝井** 足立の医師会の事件は、一審で原告が負けて、控訴審でひっくり返して原告を勝たせているわけですから、そういうものもあるのです。

**中川** たしかに足立区医師会事件の東京高裁判決<sup>8</sup>は注目すべきものですね。一概には言えないということですね。

**滝井** 一般論としては、今おっしゃるような印象はみなさんおもちだと思います。

**中川** 乱暴なまとめ方かもしれませんが、最高裁の各法廷において、行政裁量の審査はしっかりしていこうという意識は共有されているということが大きいのか、それともたまたま事件ごとの判断の結果がそうであるにすぎないということなのか。事件の筋というか代理人の切り方がよかったし、それから原審、原原審がきちんと事実を認定したので、最高裁としてはいろいろ

---

8 東京高判昭和59年5月30日行裁例集35巻5号622頁。

と指摘することがあって裁量濫用だといえたという偶然の要素が大きいのか。

滝井 そうですね。やはり代理人がある程度、そのへんの裁判官が考えるヒントを与えるような材料を出してくれないとね。

中川 そもそも代理人がしっかり主張していないと、地裁をはじめとする裁判所も鵜の目鷹の目で行政裁量をきちんと審査できるようなところまではいかないですね。

滝井 これは前に申し上げたと思いますけれども、その結論でいいのかどうかという判断が先にあることが多いのです。これはどうもおかしいと思うと、やはり、なぜおかしいのかと考える。それはおっしゃるように鵜の目鷹の目になってくるという面はあります。

中川 在任中、行政裁量について積極的に審査しようという雰囲気は最高裁判事にあったといってよいでしょうか。

滝井 僕自身は、とにかく現在の行政訴訟のありようは、司法制度改革審にいうチェック機能が不十分で、頼りがいがある司法にはなっていなかったと思うのです。しかし、みなさんが僕と同じ気持ちをおもちかどうかはちょっとよくわかりません。

中川 裁量審査に対してなんだか消極的になりがちな要素というものはありますでしょうか。

滝井 一般的に消極的、ちょっと刑事事件と似たところがあるのでしょうか、やはりなにか従来になかった新しいことをするということでしょうかね。

中川 そうですか。

滝井 やはり説得の仕方が大事ですね。

中川 判事の心に、「おっ、これは」という気持ちを起こすような事件がくると一生懸命頑張るといえることですね。

滝井 そうですね。

中川 原告代理人とか、原審の事実認定のなかで、「これは」と思うようななにかが発見できなければ、その事件を取り上げてものにもすることがない。

滝井 そうです。多くは職権で取り上げるかどうかですから、絶対的な上告理由ではないし、上告受理理由にも当たらないことが多いですからね。そ



うすると、まず取り上げるということについて多数の支持を得なければなりません。

**中川** なんだか、採用予定のない会社が、刮目する人材に出会って急に採用人事を起こすときみたいです（笑）。行政庁の裁量判断はどうやって審査すべきかという大上段の理屈以前に、そもそも事件に恵まれるという部分が大きいですね。

**滝井** そうです。取り上げるということは、大部分は原審判決を破棄するということですから。

**中川** そうですね。

**滝井** いや、これは僕の印象ですよ。

**中川** 呉市教育委員会の事件はどうですか。

**滝井** これも事実認定はわりにきっちりしています。これもマクリーン判決の枠組みを使ったうえで、事実を詳しく設定して裁量の逸脱を判断しているのです。

**中川** これも獅子島事件同様、公物の目的外使用許可の事案です。かなり立ち入った裁量審査をしています。

**滝井** 今まではそこまで立ち入らないで、だいたい行政の言うことになにかしらの合理性を認めて裁量の範囲だというふうに処理してきたのを、ちょっと疑って試していますね。

**中川** 私が実務家の方々と法科大学院用の教材<sup>9</sup>を作ったときに、行政事件の経験が長い判事おふたりに、「裁量審査は実際どうやっているのか、裁判官の立場からご執筆ください」とお願いしたら、まさに滝井先生がおっしゃったようなことを書いてくださったのです<sup>10</sup>。

**滝井** そうですか。

**中川** 裁量だからといって被告の行政側がなにも言わないと、それは裁判官の心証が非常に悪い。そのときに原告が適切な疑問を指摘してくれば、裁判官としては、ではその点を行政側はどう考えたのか説明してほしいという

---

9 中川丈久＝斎藤浩＝石井忠雄＝鶴岡稔彦編『公法系訴訟実務の基礎』（弘文堂、初版、2008年）。

10 中川ほか編・前掲注9、360-362頁、同書第2版（2011年）では630-632頁。

ようにボールが行政側に投げられ、両当事者間のボールのやりとりをみてみると、裁量判断に合理性があるかないかがわかるというのです。なるほど、そんなふうには審査するのかと、私には目から鱗でした。まさにそれが先ほど滝井先生がおっしゃったことと同じです。

**滝井** そうなのです。やはりボールを投げる原告側の投げ方も問題ではないかなという気はします。それに、やはり行政訴訟というのは当事者間の力の差があるのだから、裁判所がある程度後見的機能を果たすべきではないかというふうに思うのですけれども、なかなかそこまでは……。

**中川** 平成16年の行訴法改正で導入された特則がありますが……。

**滝井** 釈明処分ね（行訴法23条の2）。あれはぜひ活用してほしいと思います。しかし、あれも原告のほうがこの点を明らかにして、「これ出せ、あれ出せ」と言わないとですね。

**中川** そうですね。釈明処分に限らず、原告に言ってもらわないと、逆に裁判所の中立性がない印象を与えかねません。

**滝井** そうなのです。裁判所は、中立でないと思われることをものすごく気にするのです。

**中川** 裁判所は中立が命ですからね。

**滝井** でも、行政訴訟というのは、単に私人間の争いではないのではないかと僕は思うのです。しかも、行政の説明責任ということを考えれば、もうちょっと出すものを出してくれと言ってもよいのではないかと、思います。

**中川** このあたりは裁量審査の手続的な制度の整え方という非常におもしろい問題で、立法論としても重要かもしれません。

## ◎紀伊長島事件

**中川** 次にいきたいと思います。

紀伊長島の産廃処理施設規制条例の事件で、申請者に十分に説明をして納得してもらえという最高裁判決<sup>11</sup>があります。私自身は、これを授業でどう取り上げるか、行政法理論にどう位置づけるかがなかなか難しく……。

11 最二小判平成16年12月24日民集58巻9号2536頁。

**滝井** これはやはりこのままではどこかおかしい、据わりが悪いのではないかという印象をもちました。要するに、私人がちゃんと許可を取って、これから事業をやろうと思っているときに、そういう情報をキャッチした行政が慌てて条例をつくってその事業をできなくするわけでしょう。

**中川** 狙い撃ち条例ですね。

**滝井** やはりこれはどこかおかしいのではないかという頭があったのです。ではどこがおかしいと思うのかと、それこそ鵜の目鷹の目になります。条例の制定にも違法性はない。水源保護地域の指定にもべつに違法なところはない。要するに、計画どおり水を取ったら喝水するという証拠も一応あるわけです。そうすると、一応すべて合理的なのです。

**中川** なるほど。だけれどもおかしい。

**滝井** おかしい。だから何回も合議して時間がかかったのです。

**中川** そういう意味では、これは先生の印象に残った判決ですね。

**滝井** 印象に残った判決です。

**中川** 狙い撃ちだから条例自体が違法無効とか違憲無効、とまでいくか……。

**滝井** それはできないでしょう。

**中川** 具体的なターゲットを念頭におくという意味で、狙い撃ちで条例をつくることは、実際は多そうですね。

**滝井** 多いでしょうけれども、なかなかそれで条例がいけないというわけにはいきませんよね。ちゃんと議会を通っているわけですから。

**中川** 昔の最高裁判決で、刑事事件ですが、個室付浴場事件に関するものがありました<sup>12</sup>。児童公園設置許可がおりているので、そこからの距離制限にひっかかる風俗営業は違法だというのだけれども、知事が児童公園の設置許可を出したことが非常に恣意的で違法であるとした判決でした。当時の風俗営業法では、同法の委任を受けて県条例で営業禁止地域を定めることができたのですが、あの事件では問題となった土地は禁止地域ではありませんでした。もしも、児童公園設置という方法ではなく、この土地を含む地域を、

---

12 最一小判昭和53年6月16日刑集32巻4号605頁。

個室付浴場の営業禁止地域に含める条例改正を行うという方法がとられていたら、結論は変わったでしょうか。

**滝井** 営業禁止地域の指定に問題がなければね。やはり、条例になにが書いてあるかを検討することになるのです。この紀伊長島の事件では、条例には、指定する前に業者と協議しなければならないということが規定されていましたので、協議をやっているのですけれども、いったいなにを協議したのかがわからない。そこで、あれはたしか95立米の取水という事業申請だったのでだめだということになったけれど、それを半分にしたらどうなのかと、本来、協議するというのはそういうことをするのではないかと。たしか配慮義務という言葉を使ったと思うのですが、業者の側の利益にも配慮して協議をするということが行われていたかを調べるべきだとして差戻しをしたのです。

**中川** 協議になっていないということですね。一方的だと。

**滝井** そうです。要するに、かたちのうえでやっただけではだめだと。なぜ協議しなければならないのかといたら、やはりその土地に施設をつくるというのは本来自由なのに、それを制限するわけだから、協議という機会を入れないと条例が通らなかつたのではないかと思うのです。そうすると、やはり協議ということの意味はけっこう重いものになる。

### ◎指定確認検査機関の取消訴訟から市に対する国賠訴訟への訴えの変更

**中川** 次に、周辺住民が指定確認検査機関に対して起こした訴えを、市に対する国家賠償請求の訴えへ変更することを認めた決定<sup>13</sup>です。

**滝井** これは第二小法廷です。

**中川** この決定も、行政法研究者の間で話題となりました。市への国賠請求訴訟に変更できるというのであれば、民間の指定確認検査機関のしたことについて市が賠償責任を負うことになりかねず、建築確認事務の民間開放に逆行するのではないかという批判もありました。

**滝井** これは完全に民営化してしまえばよかつたのですけれども、中途半

---

13 最二小決平成17年6月24日判時1904号69頁。

端なことをするから、こういうことになるわけです。

中川 中途半端というのは、指定確認検査機関のした建築確認処分の効力を、後から特定行政庁（ここでは市長）がなくすることができるというあたりですね。最高裁のこの決定は、訴えの変更を認めた以上、市になんらかの責任を認めうることまで示唆するのではないかというわけです。

滝井 それは、もちろん責任があるとまでは言っていないです。

中川 市に責任があると思っているから、訴えの変更を認めたのだというわけでは……。

滝井 いやいや、そんなことはないです。

中川 責任があるといいますか、責任を負いうるという意味です。

滝井 ええ。それは負いうると思いますけれども、どういう場合に負うのかというようなことは、これから審理しなければならないことです。

中川 完全な民間化ではないというのがポイントですね。

滝井 特定行政庁に、是正権か、そういう性質のものがあるのです。

中川 建築基準法6条の2第4項（当時。現行法では第6項）に、特定行政庁による通知というのがあります。これがあると、指定確認検査機関のした建築確認は効力を失います。

滝井 でも、このときはまだ、姉齒建築士の偽装事件のようなことは表面化していなかったですから、ああいうことが起こっていると認識していたらどうなったでしょうか。マスコミに出たのはこの直後ですよ。議論はいろいろと出たでしょうね。

### ◎医療法中止勧告の処分性

中川 それから、これも非常に話題になった医療法の中止勧告事件の最高裁判決<sup>14</sup>です。滝井先生のいらした第二小法廷は、話題判決がとても多いですね。医療法の中止勧告は、行政指導だけれども処分性が認められるといったものです。これはかなり思い切った判決ですが、どのような議論があったのでしょうか。裁判官どうしや、調査官との間でそう簡単には意見が一致し

なかったのではないかと推測するのですが。

**滝井** これは従来の考え方との整合性は問題になって然るべきだと思いますが、そういう意味での調査官の抵抗というものは感じなかったですね。

**中川** あまり聞いてはいけなかもしれませんが、杉原（則彦）調査官の報告書にはなんて書いてあったか、とても興味があります。

**滝井** いや、これはとにかくけっこういい報告書だったのです。だから、調査官と激論したという記憶はないです。これはそれまで下級審はほとんど処分性を認めてないですね。しかし、処分性を認めなかったら、こういう問題があるということは書いてあったと思うのです。要するに、建物は建つけられども保険医の指定はしないと。しかも保険医の指定処分は争えるけれど、それは建ってからでないとできないとなると、その段階でしか争えないということでのよいのかという問題があるというわけです。でも、その処分性を認めたら、いろいろ伝統的な考え方との整合性が問題になるということです。

**山口** 濱（秀和）さんが代理人だったのですね。

**滝井** この一連の同種事件の代理人は全部濱さんです。要するに、これは全国各地で訴訟をやっているのです。

**山口** たしか100件ぐらいあるのですね。

**滝井** ええ、あったようです。福岡高裁で1件だけ原告が勝っていますが、あとは全部負けているのです。代理人は全部濱さんだと思います。これはやはり理由書もよくできていて、処分性を認めないことの不都合を詳しく書いてあるわけです。いかに不合理かということがね。

**山口** 濱さんというのは、白石健三さん（東京地裁行政部の伝説的な部総括判事）の陪席裁判官だった方ですね。

**滝井** そうです。

**中川** ビッグネームですね。

**山口** あの人は数年前から、これは最高裁で勝つとかおっしゃっていたのですね。

**中川** さすが、見通しがよかったですね。処分性を肯定しないとこれだけ困ったことになるということ、原告代理人も調査官報告も指摘していたのであれば、むしろ議論はあまり対立しなかった、つまり結論についてはす

んなりと決まったということですか。

**滝井** そうです。どういうふう理由づけるかというようなことはあるけれどもね。

**山口** 結論としてはけっこう共有されているというか、やはりおかしいのではないかと。

**滝井** なんとか取り上げるべきではないかという点では、そんなに議論はなかったという記憶です。あれはやはり理由書がよくできていて、簡単に斥けられないものがあつたと僕は思います。

**中川** 平成16年の行訴法改正で確認訴訟の活用が意識づけされた現在だと、勧告の処分性を認めることよりも、当事者訴訟ができないかなと考えることになりましようか。中止勧告不服従を理由として保険医療機関の指定を拒否されない地位の確認とかです。

**滝井** 今だったら、そのほうがいいかもしれませんね。

**中川** 処分性を認めて取消訴訟を認めるか、当事者訴訟でいくのかは別として、とにかく勧告をされて不服従を決めた時点でもう裁判所として訴えを受けつけなければだめだ、ここで紛争は成熟しているのだといった点では、みんな一致したのでしょうか。調査官も含めて。

**滝井** 高裁が分かれているときに調査官はそこまでは……。ちょっと僕は記憶が定かではないですが、原判決を破棄すべきだとの意見ではなかったのではないかな。

**中川** 両論併記……。

**滝井** ちょっとそのへんは。ただそんなに異論は出なかったです。

**中川** 医療法の中止勧告事件の最高裁判決でも、また役者がそろっていたという感じですね。濱弁護士であり、第二小法廷であり、杉原調査官であり、というように。

**滝井** 第三小法廷で、また藤田さんも認めていますね。

**中川** 平成17年の病床数削減勧告事件<sup>15</sup>の補足意見ですね。

**滝井** 藤田さんは、ここで公定力のことをおっしゃっている。

---

15 最三小判平成17年10月25日判時1920号32頁。

中川 林試の森事件と同様、それぞれなにかドラマチックですね。

滝井 僕は、杉原さんの調査官報告は行き届いていると思うことが多かったです。

中川 さすがですね。

### ◎原告適格の認定

中川 続いて、小田急高架化事件の大法廷判決<sup>16</sup>にいきましょう。これも非常に著名な判決で、原告適格に関するものです。これを担当された調査官は……。

滝井 これは森（英明）さんです。受入審議が3月だったのです。報告書がきたのが2月ぐらいかな。正月はもうこれで全部つぶしてしまったと聞きました。

中川 調査官は苦心されたということでしょうか。原告は騒音被害があると主張しているから、一定限度を超える顕著な被害を受けそうな者ならば原告適格を認めるのは、新潟空港事件の最高裁判決<sup>17</sup>を考へても比較的素直な結論ではないかという気がします。他方で、おもしろいのは、事業計画の認可の処分要件から原告適格を認めているのではなくて、その処分要件が前提にしている都市計画の判断基準から原告適格を認めていることです。事業計画認可処分よりずっと前の段階の都市計画で騒音を考慮しなければいけないというところに原告適格の手がかりを得たところですよ。

滝井 これはおそらく主任の考えが強かったのではないかという印象もっています。原告適格を認めるかどうかということでの論争よりも、認め方です。

中川 認め方といいますと？

滝井 改正法に即して丁寧理由を書いています。それが従来の考えより拡がる可能性を示唆していると読めるからです。とにかく平成11年に出た第一小法廷の判決<sup>18</sup>がありますから、その判例変更です。やはり判例変更の

---

16 最大判平成17年12月7日民集59巻10号2645頁。

17 最二小判平成元年2月17日民集43巻2号56頁。

18 最一小判平成11年11月25日判時1698号66頁。



インパクトというのは大きいですから、今までなんとか判例変更ではなく、つじつま合わせをしていたのが、これはもう原告適格を認めるためにははっきり判例変更しないとしょうがない事件なので、そういう意味では苦労があったのかもわかりません。

**山口** 本案のほうの結論も、これはちょっと余談ですけれども、けっこうひよっとすると、ひよっとしたかもしれなかったと聞いたこともあります。

**中川** 原告適格を判例変更してまで認めたのは、本案もひよっとするかなという見込みがある程度はあったから、と考えるのは、穿ちすぎですか。

**滝井** それは、そこまでね。とにかく本案の記録はみないで論点を限定した審理ですからね。要するに、原告適格だけに絞った審議ですから、本案のことについてはいっさい議論しません。

**中川** かつてのインタビューのなかで滝井先生は、最終的に本案で請求棄却をするのだったら、判例変更してまで原告適格を認めてもしょうがない、そういうのは取り上げないこともあるということをおっしゃっていましたが。

**滝井** でも、やはり問題の大きさによるわけです。だから、土地区画整理でもわかりませんよ。

**中川** 浜松市の上島駅付近の土地区画整理事業決定の処分性に関する大法院判決<sup>19</sup>ですね。あの場合も本案で必ずしも勝てるかどうかかわからないですね。

**滝井** わかりませんね。だから、問題の大きさによっては、それは本案が立たなくても訴訟要件だけの解釈を変えるということは、これはありうるのです。

## ◎下級審の動向

**中川** なるほど、よくわかりました。

このあたりで、そういう最高裁判決のもとでの下級審判決に話題を移したいと思います。

近時の東京地裁の行政専門部、あるいは大阪地裁の行政集中部でもいいの

---

19 最大判平成20年9月10日民集62巻8号2029頁。

ですが、そうした専門部や集中部の出した判決について、最高裁判決が打ち出した方向との齟齬を感じられることがあるかという質問です。

たとえば、先ほどの小田急高架化事件の最高裁大法廷判決を受けて行われたシンポジウム<sup>20</sup>でのことです。齋藤驍弁護士が、杉原（則彦）裁判長による平成19年の三井グラウンド事件の決定<sup>21</sup>について、大法廷判決に調査官として関与した杉原氏がこんな判断をしていて逆行していると指摘しています。車両制限令に基づく工事用車両の認定の取消訴訟の原告適格を付近住民に認めなかったようです。車両認定だから、私は難しいとは思いますが。

**滝井** これ逆行とまではちょっと言いにくいでしょうね。それはあの判決の受け止め方というのは、ある程度個々の裁判官によって違うと思いますが、やはりかなり前向きに、あれを限定解釈するよりも、拡大解釈ということまではいかないにしろ、忠実に生かそうとするのではないかと思いますけれども、ただ、あれでどこまで広がるかは、環境関連訴訟はかなり広がる。墓地だとか風俗営業だとか、あのへんの訴訟ではおそらく原告適格を認める方向にいくと思うのです。

**中川** 文化財を見たい者の原告適格とかはどうでしょう。かつて、伊場遺跡事件の最高裁判決<sup>22</sup>で、研究者の原告適格が否定されたことがあります。また、鉄道利用者の運賃値上げ認可処分の取消しを求める原告適格も否定されました。近鉄特急料金事件の最高裁判決<sup>23</sup>です。

**滝井** 文化財とか、あれになったら、うーんと思うのです。近鉄なんかは認められるのではないかと。

**中川** 司法制度改革の行政訴訟検討会の議論では、近鉄のような事案では今後は利用者の原告適格が認められるのではないかという意見がありました。

**滝井** 道路となると、やはりちょっとね。

**中川** 車両幅ですからね。このシンポジウムでは、小早川光郎教授が、学

---

20 2008年1月26日に日弁連において開催された「行政訴訟の門戸開放は実現されているか」というシンポジウム。その記録は、法律時報80巻11号（2008年）58-69頁に掲載。

21 シンポジウムでとりあげられたのは執行停止申立事件であるが、その本案訴訟については、東京地判平成20年3月19日裁判所ウェブサイトが出されている。

22 最三小判平成元年6月20日判時1334号201頁。

23 最一小判平成元年4月13日判タ698号120頁。

者と実務家は対象に対する距離や方法が違うので判決の分析等で若干の相違がみられるが、基本的評価は変わらないものの、日本の司法には細かな理屈が多く、実質をみない傾向があると発言されています。これは滝井先生がおっしゃりたいことと一緒にではないかと思うのですが。

滝井 そうですね。土地区画整理なんかは、やはりそんな感じがします。

中川 理屈だけならどうにでも立つのですね。

滝井 そうなのです。

中川 どちらでもいえるので、それではどちらなのかというところが重要ですね。滝井先生がよくおっしゃるように、弁護士として今までいろいろやってきた経験に照らしてこれはおかしいと、この事案はこれでしょうという部分が大切であると。

滝井 そうですね。こうであるべきではないかなということが先にあって、あと理屈を考えるというところがあります、実務家というのはね。

中川 後から理屈を考えるというのは、やはり正しい方向かなと思います。自然科学も本当はそうなんではないかと思えてなりません、それはともかく、若手の間はきちんと理屈から結論を出すという訓練は必要と思いますし、先例との整合性とかもそうですね。しかしベテランの裁判官がそれにとどまっているようでは困るなという感じがするのです。

滝井 先ほどの紀伊長島なんて、結論がこれでよいのか、おかしいからどこか間違っているのではないかということが先にあって、後でああでもない、こうでもないと言得力のある理屈を考える。

中川 というわけで、冒頭の質問を下級審にも拡大して再度おたずねいたします。裁判官は全体としてどうでしょう、変わってきているのでしょうか。

滝井 そういう時代の変化ということを見無視できなくなってきているのかなという気はします。

中川 行政事件を扱う裁判官は、そういうことに敏感でしょうか。

滝井 やはり民事の人がいちばん柔軟だと、僕は思います。

中川 それは個々の事案をじっくりみつめるというスタンスが徹底しているからでしょうか。

滝井 そうです。要するに、両当事者を平等にみている。行政はなにか、

やはり行政のほうがまともなのではないかという先入観みたいなものが無意識のうちにあって、疑わないというか。刑事も、やはり被告人はだいたいなにかやったのではないかという先入観と検察官への信頼があって、疑わしきは被告人の利益にとということが建前にとどまっていながらも、はたしてそれをどこまで忠実に考えているのかなというふうに思うことがあります。そういう意味では、民事の人は比較的ニュートラルにみているように思いますね。しかも、以前はたとえば、銀行だとか大企業というものにはもう相当な信頼を置いていたのが、そういう信頼が昨今の不祥事で今は崩れてきていると思うのです。民事の裁判官は、行政の民事責任については以前からわりに認めてきましたね。

**中川** 民事事件の感覚がよいとすると、逆説的ですが、地裁に行政部という専門的部署はむしろないほうがよいということになりますでしょうか。

**滝井** しかし、やはり行政には行政固有のものの考え方もありますからね。公定力とか行政裁量とかいったものがそうですね。

**中川** そうすると、適宜人事異動ですか、民事をやって行政部に。実際、行政部だけずっとやるということはないですね。

**滝井** 今は一般的にあまり特定の専門部に固定しないというやり方ではないですか。知財だってそうですね。

**中川** それがいいのでしょうか、まさに民事の発想で行政事件をみるというのが。

### ◎土地区画整理事業決定の大法廷判決について

**中川** ところで、さきほど滝井先生ご退官後の最高裁判決について話が及びましたが、もうひとつ、ご退官後の平成20年の土地区画整理事業決定の処分性に関する大法廷判決<sup>24</sup>についても印象をおうかがいします。

昭和41年のいわゆる青写真判決<sup>25</sup>が誤っていると、長年、学説で言われ続けてきて、最高裁では平成4年に一度判例変更のチャンスはあったのです

24 前掲注19。

25 最大判昭和41年2月23日民集20巻2号271頁。

が、変更しませんでした<sup>26</sup>。その判決には、計画をどの時点で争わせるべきかは立法のすべき仕事であるという園部（逸夫）裁判官の補足意見があります。園部意見については、今からみれば、一応法廷意見に疑義を呈している点ですばらしいとみるのか、それとも、疑義を呈しながらも結局は立法府の仕事とし、折角のチャンスをふいにしたという否定的評価をするのか、両方ありえます。結局、判例変更はされませんでした。

ところが、この平成20年の大法廷判決は、立法府が動かないならば司法としてできるだけのことをすると、これは藤田（宙靖）裁判官による補足意見の表現を私なりにパラフレーズしたのですが、大きくそれまでとは違う方向性をみせているように思われます。

この大法廷判決は、裁判所の果たすべき役割はなにかについて、最高裁自身のみならず下級審へも非常に強いメッセージを発しているような印象があります。同時に、これは社会に適応するように法を解釈すべきだという滝井先生が言われていることとも合致するように思われます。法解釈も社会に適応するようにすべきであり、立法府が動かないときや、立法府がしっかりと法律にしないときは、司法が使える武器は全部使ってなにかすべきことをするという積極主義という感じがいたします。

最高裁判事がお互いに意図して相談しているわけではないと思うのですが、偶然にもほぼすべての最高裁判事がそちらを向いているという気がしまして、メッセージ性が強いというように感じるのですが、どうでしょうか。これも単なる偶然だということはありませんでしょうか。

**滝井** やはり藤田さんみたいに行政法の専門家がこういうことをおっしゃるといのは、非常に大きな意味があると思うのです。ただこれが、立法が動かなければ司法ができるだけのことをするというを言うにふさわしい事件かどうかは、僕は疑問に思っているのです。というのは、これはもう青写真判決が計画段階で訴えを認めることは妥当でもなく必要でもないというようなことを言うから、こんなことになるわけですね。

**中川** 単にもともと、青写真判決が間違っていただけだと。

**滝井** そうです。元を変えればいいので、なにも立法のお世話になる必要はないというのが僕の考えなのです。それで僕は園部さんの平成4年判決での補足意見もよくわからないのは、成熟性はなにか疑問だというふうにおっしゃっていて、それで結局は立法の仕事だとおっしゃるのですが、これは、僕はもともと青写真判決がボタンの掛け違いをしているだけだと思うのです。だから、それを外せばいいのにね、外さないのです。

**中川** なぜ平成4年当時は外さなかったのか、なぜ今は外せたかというところが本当におもしろいところです。

**滝井** そうですね。あのときに園部さんは立法の問題だとおっしゃっていますが、立法の問題ではなくて、ボタンの掛け違いを直せばいいだけ、昭和41年判決は間違いだと言えば済むことで、立法に頼らなくてもいいのではないか。あれがあるから藤田さんのこういう意見も出てくるのであって、僕は基本的にこういう考え方ですけれども、あの事件にこういうことを言わなければならないのかどうかには、疑問があります。

**中川** 立法に頼るまでもなく、最高裁が自ら先例を正せばよかったですねということですね。あの青写真判決が間違っていただけだというのは学説でも指摘がありますけれども<sup>27</sup>、平成4年に判例変更しなかったということは、なにか今と時代が違う。

**滝井** だから、あの時代というのはいや、平成4年というのはどういう時代だったのですかね。あの時代のムードというのは、今とは違ったのかもかもしれません。

**山口** 長官は草場（良八）さんです。平成4年というのは1992年だから、草場さんです。

**滝井** あの時代は判例変更というものがなかなかしにくい時代だったかもわかりません。ちょっと僕にはわかりませんがね。

**中川** 外からみていると、その当時と今とでは、最高裁で明らかになにかが違うのですね。土地区画整理の事件については、滝井先生がもしご在任のときに、いい事件があったらなにかやっただろうなということとは？

---

27 たとえば、塩野宏『行政法Ⅱ（第2版）』（有斐閣、1999年）93頁。

滝井 僕は受理して議論すべきだということを平成14年に一度言ったことがあったのです。

中川 だけれども、それは他の裁判官が賛成しなかった……。

滝井 それで、不受理反対意見というのを書いたのです。

中川 不受理反対意見ですね。

滝井 昭和60年でしたか、いろいろありましたね<sup>28</sup>。あれは結局、昭和41年の青写真判決がちょっとやりすぎたからというので、修正の動きではないかと思うのです。それだったら、いっそのこともういっぺん、この際考えたらどうかというふうに言ったのだけれども、僕もまだ最高裁判事になって間もない時期でしたから。

中川 ということは、このときは役者がそろわなかった、タイミングが合わなかったのですね（笑）。

滝井 ただ、そのときの僕の印象としては、やはりみなさんも青写真判決が絶対に正しいのだというような強い意見ではなかったので、いずれこれは時期がきたらひっくり返るなというような感触はもちました。

山口 絶対に正しいという強い意見はないのに、なぜ受理には反対される方がいたのですか。

滝井 それは直ちに変更の必要はないというのだからしょうがないではないですか（笑）。

中川 これは上告受理制度があったから上告受理しなかったというのですけれども、もしそれ以前の制度であれば、一応判決することになるわけですね。

滝井 判決します。

中川 平成4年判決と似たようなことで。

滝井 もう本当に三行半<sup>みくだりはん</sup>のね。

中川 そこに滝井反対意見がついたかもしれないということですか。

滝井 そうですね。

---

28 最三小判昭和60年12月17日民集39巻8号1821頁（土地区画整理組合の設立認可処分無効確認請求事件）。

中川 平成4年だけでなく、平成14年にも、じつは青写真判決の変更をするチャンスがあった。だけれども、その6年後ですか、いきなり大法廷に事件が回付された。

滝井 僕はそんなに早くくるとは思っていなかったですけども、いずれくると思っていました。そのときのみなさんの反応をみてね。

中川 そこはポイントかもしれませんね。平成14年でもなお判例変更できず、しかし平成20年には変更ができた。小法廷のメンバーですか。

滝井 そのときの構成メンバーもあるかもわかりません。理由書にもよるでしょう。

山口 平成14年は、なんの事件でしたか。

滝井 宮崎市の土地区画整理の事業です。

中川 それは処分性だけがきたのでは……。

滝井 いや、本案もきています。全部できているのですけれども、ただもう処分性がないということで切っていますから、本案の審理はしていないのです。

中川 していないのですね。そうすると判例変更するには筋が悪い事件ということでもなかったわけですね。

滝井 筋までみないです。

中川 みないですね。そうすると、平成14年から、この大法廷判決の平成20年の間の6年間に、なにかが変わったということですね。

滝井 ただ、筋ということのみた人もいるかもわかりません。それはたとえば、全体のなかでどういうことを言っているかとかですね。それは他の人がどんな気持ちでその事件をみていたのかはわかりません。

中川 これは幻の判決ですね。

滝井 不受理反対意見というのは、書いても公刊されることはまずないのです。

中川 そうなのですね。

滝井 じつは、『裁判所時報』に1件だけ出た例があるのです<sup>29</sup>。情報公

---

29 最二小決平成14年11月22日裁時1328号2頁。



開の事件で。

中川 それはもう貴重ですね。歴史を知るのにもっと公にされてもいい気はしますけれど。

滝井 調査官はあまり不受理反対意見なんて書いてほしくないと思うようです。

中川 でも、事態は動きつつあった。絶対このままでいいという強い意見もなかったということですね。

滝井 そうですね。

### ◎行政事件の続き・裁量

中川 先ほど聞き忘れたのですけれども、裁量の話で、前からうかがっていたことがあります。最高裁判例でよく使われる用語法として、「社会通念に照らして」という言葉と、「判断過程に看過し難い過誤がある」というのがあります。たぶんほとんどの研究者が、社会通念に照らした審査というのは緩い審査である、他方、判断過程の過誤をみるのは厳しい審査であるという方向で整理しています。教科書ではそのように書いてあるのが多いです。でも、明らかに最高裁判決はそういうふうには使っていないように私は思うのです。

滝井 いや、そんなことはないと思います。

中川 緩いか厳しいかとは関係がないという気がするのです。

滝井 関係ないと思いますよ。ただ、社会通念というと、それは実証不能の概念で、基準として機能しないという批判を受けます。そこで、判断過程に注目するようになってきたといえるかもしれません。でも、考えが変わったというわけではなく、その典型であるエホバの証人の事件でも、考慮要素に対する評価を考えた結果、社会通念に照らして著しく妥当性を欠く判断になったとして処分を取り消しているのですから。

中川 ありがとうございます。それをお聞きしたかったのです（笑）。

滝井 僕は、最高裁がどう考えているとか、そんなことを言う資格はありませんけれども、僕の頭の中ではそんなことはないです。

社会通念というのは結局、あれは裁量の追認の言い訳に使われたという批

判を受けて、それだけで済ませる判決が少なくなったというだけなのだと思うのです。

**中川** 特に最近の最高裁判決では、両方の言葉を使う判決も出てきて、ますますそんな区別をするのはおかしいじゃないかと思っていたところなのです。

**滝井** 要するに、社会通念がなにかということですよ。ですから、日光太郎杉事件<sup>30</sup>は社会通念を具体化したと思うのです。今は、要するに、その考慮すべきことを考慮しない、考慮すべきでないことを考慮していると。あれは、僕は日光太郎杉の事件からきているのではないかと思います。ですから、僕は、裁判所としては、考慮すべきものはなんであって、考慮すべきでないものはなんなのかということになるべく出していこうと。それで、林試の森事件では、若干ちょっと、かけらみたいなものを出したのもそういうのです。

**中川** ありがとうございます。我が意を得たりという感じで、よかったです(笑)。

**滝井** 僕はそんなに権威はありませんから。

**中川** いえいえ、たいへんありがたく思います。

---

30 東京高判昭和48年7月13日判時710号23頁。