

令和7年度滝井繁男行政争訟奨励賞授賞式（2025年12月18日）受賞講演録

○ 実務部門受賞 宇賀克也 氏（元最高裁判所判事）

はじめに、行政争訟の活性化に大変大きな尽力をされた尊敬する滝井繁男先生のご遺志を受けて創設された滝井繁男行政争訟奨励賞の受賞者に、現在第一線の行政法の研究者、そして弁護士の方からなる選考委員会で選出していただきましたことを大変光栄に存じます。誠にありがとうございました。

今日は実務部門ということでございますので、私が最高裁の裁判官として行政争訟に関する事件を審理して考えたことについてお話ししたいと思っております。

具体的な事件を通してお話ししたほうがいいのかと思いましたが、幾つかの事件をお話ししたいと思います。

はじめに、法律上の争訟が問題になりました地方議会議員の出席停止処分の話をしたしたいと思います。

我が国では一般的に地方議会は年に4回しか定例会が開かれませんが、通年議会も一部ありますけれども、大多数の地方議会は年に4回で、しかも1回の定例会というのは、国会の通常国会などと比べればはるかに短いのですが、この事件の原告の方は、4回のうち最も長かった9月定例会の全期間23日間出席停止処分を受けました。

これについてはご存じのとおり、昭和35年の大法廷判決で地方議会議員の出席停止処分の適否は一律に司法審査の対象にならないという部分社会論がとられていました。私は、学生時代に昭和35年の大法廷判決について、既に授業で説明を受けていましたが、どうもしっくりこないところがあったのです。除名は司法審査の対象になる。しかし除名といっても任期の最後に除名されても痛痒は感じないわけですが、このように非常に長い期間、出席停止を受けるほうがむしろ地方議会議員の責務を果たす上で支障が多いのではないかと、学生時代からしっくりしなかった判例ですが、これについてどう考えたらいいかということいろいろと考えました。

この地方議会議員の出席停止処分というのが法律上の争訟として一般にいわれている要件、当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって、かつ法律の適用によって終局的に解決できる、これに当たることは明らかです。にもかかわらず、司法審査の対象にならないとされていました。しかし、法律上の争訟であれば国民は裁判を受ける権利があり、司法権を行使する義務があるのではないかと。なぜそれが部分社会論によって対象外になってしまうのかということについてはなかなかしっくりしませんでした。

私は、この司法権に対する外在的制約については、例外を正当化する憲法上の根拠が必要ではないかと考えました。国会議員に関しては、まさに憲法55条で憲法自身が議員の資格喪失の裁判権を議院に付与していますし、また議員が議院で行った演説・討論・表決については院外での免責規定が設けられています。しかし、地方議会については憲法55条とか51

条のような規定はないわけで、憲法が国会と地方議会を同視していないことは明らかです。

そして、住民が選挙で地方議会の議員を選出してその議員が有権者の意思を反映して議会に出席して発言し、表決を行うということは、その議員にとっての権利であると同時に、まさに住民自治の実現にとっても必要不可欠ではないかと考えました。

そうすると、地方議会議員を出席停止にするということは、そうした議員の本質的責務の履行を不可能にするものであって、それは同時に、その議員に投票した有権者の意思を反映することを制約することになる。つまり、住民自治を侵害することになるのではないかと考えたわけです。

そうしますと、憲法 92 条の地方自治の本旨によって、司法権に対する外在的制約が基礎付けられると考えられるかという点、実際には出席停止によって住民自治を阻害する結果を招くのですから、これは背理ということになります。したがって憲法 92 条の地方自治の本旨から地方議会議員の出席停止処分に対する司法権の制約を正当化することはできないのではないかと考えました。

このように法律上の争訟に当たる場合には司法権は、憲法上、それを審理する義務があって、その例外を認めるためには、憲法上の根拠が必要であり、憲法上の根拠なしに安易に部分社会論に依拠すべきではないというふうに考えたわけです。

次に、取消訴訟の原告適格について納骨堂訴訟というのを審理いたしました。

墓地、埋葬等に関する法律 10 条については、平成 12 年の最高裁判決がございます。平成 12 年の最高裁判決は、墓地、埋葬等に関する法律 10 条は、許可の要件について何ら定めていないから、この 10 条自体は墓地等の周辺に居住する者個々人の個別的利益をも保護することを目的としているものとは解し難いとしたわけです。

しかし、他方で、この判決は、法の目的に適合する限り、その要件が、都道府県の条例とか規則、あるいは市、あるいは特別区にあっては市や特別区の条例・規則で補完されることを当然の前提としているものだと、このように述べていました。

そして令和 5 年の最高裁判決の多数意見は、この考え方を前提として、大阪市の規則を解釈したわけです。大阪市の規則は、墓理法 10 条の要件を具体的に規定するものであるから、原告適格を判断するに当たっては、大阪市の規則の趣旨及び目的を考慮すべきであるとして、実際にこのケースでは原告適格を肯定しました。

私は、原告適格を肯定するという結論には賛成でしたが、理由付けには賛成できなかったので「意見」を書きました。もしこのような考え方によりますと、このケースは大阪市の規則に関するものでしたが、全国各地の自治体で墓理法 10 条の許可が争われたときに、その都度、それぞれの自治体の条例・規則の規定の仕方に応じた解釈をすることとなります。そうすると、訴訟の入口である原告適格の判断だけのために数年争われることとなります。

本件では原告適格が認められましたが、数年かかっています。そして、ようやくこれから本案審理に入り、さらに最高裁まで争うと数年を要するという非常に非生産的な事態は解消されないこととなります。そして、規定の僅かな表現の差異という立法上の偶然、つまり

実は立法者は同じことを考えていたのだけれども、これを「公衆衛生」と書くとこれは単に一般的公益を保護しているにすぎない、個別的利益を保護していない、「付近の生活環境」とすると一般的公益の保護にとどまらず、個別的利益を保護しているかもしれないというように、僅かな文言の違いで考えていくということには問題があるのではないかと考えました。

そして、そもそも許可制度を設けるということは何かということ、許可制度というのは、申請に対して諾否の応答を行政庁が義務付けられることを意味します。したがって、そもそも諾否の応答の基準を想定しない許可制度はあり得ないのではないかと思います。本来であれば、許可制度を設けながら、許可の要件を法律に全く規定しないことは、法律の留保における規律密度の観点からも問題です。単に処分の根拠法規だけを法律に書けばいいのではなくて、許可の骨格的要件は法律に定めることが法律上の留保から要請されるのではないかと思います。

もっとも、確かに墓地経営の許可については、それぞれの地方ごとに住民感情も違うので地方自治法に配慮した柔軟な要件とすることが望ましいと思います。したがって、ある程度、自治体にその部分で判断の余地を残すことはいいと思いますが、そうであっても、骨格的な要件は法律自体に定めて、その上で地域の実情に応じて微調整するという制度が本来あるべき姿だと思います。

確かに法律は明示的に要件を定めていませんが、法令の目的に合致しない申請、すなわち、国民の宗教的感情に適合せず、あるいは公衆衛生その他の公共の福祉の見地から支障を及ぼすおそれがある申請は許可しないという要件が存在していると解するべきではないかと考えました。

その場合に、墓地経営等の許可により個別具体的な影響を受けるのはまさに周辺住民です。ですから、その周辺住民の利益を一般的公益の中に吸収・解消して原告適格を否定すべきではないと思います。

住民の利益が公益と称されることがあっても、それは住民の個別的な利益の集積、総合であって、一般的公益の中に吸収・解消されるものではないと考えます。

では、なぜ平成 12 年判決は原告適格を否定したかということですが、平成 12 年判決の事案は大阪府の条例の事案だったのですね。この大阪府の条例の事案において、平成 12 年判決では、要件が 7 条 1 号で定めていた学校とか病院については原告適格を否定する説示において言及していないのですね。ですから、学校、病院のように少数の限定された施設については、個別的利益を特に保護しようとする趣旨とも解し得ます。ところが、住宅、事務所、店舗のように広範に存在するものについては、一定の広がりのある地域の良好な風俗環境を一般的に保護しようとする趣旨と解したものと思われまます。

しかし、こうした考え方によれば、墓地等の周辺 300m 以内に学校や病院が存在しないと、法の目的に反する墓地等の経営が違法に許可された場合であっても、誰もそれを争うことができないということになってしまって、そのような解釈は問題ではないかと考えました。

特に取消訴訟の入口に過ぎない原告適格の審理に数年を要し、原告適格が最高裁で認められても、そこからまた本案審理にさらに数年を要する我が国の行政訴訟の非効率性はなんとか是正してほしいと思います。

また、最高裁は一貫して個別保護要件説をとっていますが、そもそも立法者は、行政処分の根拠法規を設けるに当たって、その取消訴訟を提起できる者の範囲を考えて条文を作っているわけではないのに、裁判所が文言にこだわり、後付けで、「法律上保護された利益」を解釈することに根本的問題があるのではないかと考えております。

次に、処分性が問題になった事案についてお話ししたいと思います。

これは健康保険組合が上告人の妻の収入が増えて被扶養者の要件を満たさなくなったことを理由として、被扶養者に該当しない旨の通知を行った事案です。この方は、社会保険審査官に審査請求を行ったが、そこでは「通知は処分に該当しない」として却下決定を受けました。

そこで次に、社会保険審査会に再審査請求を行いました。同じ理由により、「処分性が無い」ということで再審査請求の却下裁決がされました。

そこで、上告人は、通知の取消訴訟と裁決の取消訴訟、裁決の違法を理由とする国家賠償請求訴訟を提起したという事案です。

第1審及び原審は、通知の処分性は肯定しました。しかし、裁量権の逸脱・濫用はないとして、通知の取消請求を棄却しました。また、健康保険法189条1項の処分には該当しないので却下裁決は適法であるとして、裁決の取消訴訟や裁決の違法を理由とする国家賠償請求も棄却しました。

原審の判断は、健康保険法189条1項の被保険者の資格に関する処分は、被保険者の資格の得喪の確認について規定した同法39条1項に対応するので、39条1項の確認の対象ではない被扶養者の認定は、被保険者の資格に関する処分に当たらないから、189条1項に基づく不服申立てをすることができないという判断をしたわけです。

最高裁は、被扶養者に該当しない旨の通知の処分性を肯定しました。その理由は、保険医療機関等から保険診療を受けようとする場合には、やむを得ない理由がない限り、被保険者証を当該保険医療機関等に提出しなければならないので、健康保険組合から、親族等が被扶養者に該当しないと判断され、被保険者証が交付されない場合には、親族等については、国民健康保険の被保険者の資格の取得について届出をしない限り、適時に適切な保険診療を受けられないおそれがあるからです。

そして、被扶養者に係る保険給付に関する法律関係は、事柄の性質上、多数の者について生じ得るところ、健康保険制度を含む医療保険制度全体の仕組みの下においては、被保険者の親族等が被扶養者に該当することは、被扶養者に係る保険給付が行われるための資格としての性質を有して、その該当性の有無によって親族等に適用される医療保険の種類が決定されます。

そして、被扶養者に係る被保険者証が交付されない場合には、被保険者の親族等に生活上

の相当の不利益が生ずるということから、被扶養者該当性についての健康保険組合の判断は、被保険者及びその判断の対象となった親族等の法律上の地位を規律するものであり、被保険者の資格の得喪について健康保険組合による確認という処分をもって早期に確定させるものとされているのと同じように、判断を早期に確定させ、適正・公平な保険給付の実現や実効的な権利救済を図る必要性が高いので、被保険者の通知についてはそれを処分とすることが想定されているんだという仕組み解釈を行ったわけです。

そして、健康保険法 189 条 1 項が被保険者の資格等に関する処分について、社会保険審査官に対する審査請求及び社会保険審査会に対する再審査請求という特別の不服申立ての制度を設けた趣旨についても、これらの処分が多数の被保険者等の生活に影響するところが大きいこと等に鑑み、専門の不服審査機関による簡易迅速な手続によって被保険者等の権利利益の救済を図るところにあるとします。したがって、その趣旨は、被扶養者に係る認定判断の結果の通知にも該当するから、この通知は、健康保険法 189 条所定の被保険者の資格に関する処分に当たるので、社会保険審査官に対する審査請求や社会保険審査会に対する再審査請求はできるという判断を示したわけです。

多数意見と私の判断が違ったのは、審査請求期間のところでした。処分性については判断が一致したのですが、審査請求期間の判断について多数意見と私の考え方が分かれました。

多数意見は、このケースでは既に処分があったことを知った日の翌日から起算して 60 日を経過したときは審査請求をすることができず、審査請求期間を徒過しているから審査請求は不適法であり、原審の判断は結論において適法であるという判断をしたわけです。そして、不服申立前置の要件を満たさないことになるので、通知の取消訴訟も不適法であるというのが多数意見の判断でした。

これに対して私は、この部分では反対意見を述べたのです。この事件が起きたのは旧行政不服審査法の時代でした。旧行政不服審査法では主観的審査請求期間の例外は「やむをえない理由」と規定していました。他方、客観的審査請求期間の例外は「正当な理由」となっていました。そして、旧行政不服審査法の施行に伴って整理法が制定されましたが、このときに社会保険審査官及び社会保険審査会法も改正されています。この際、主観的審査請求期間について、もともと「正当な事由」という表現だったものを「やむを得ない理由」と改正せずに、不変期間とする明文の規定も設けませんでした。

そして平成 26 年に行政不服審査法が全部改正されました。このときに主観的審査請求期間について「やむを得ない理由」に代えて「正当な理由」と改正しました。そして、このときには整備法で他の法律における主観的審査請求期間の例外についても「正当な理由」に改正をしています。

そして、社会保険審査官及び社会保険審査会法についても、主観的審査請求期間を新行政不服審査法と平仄を合わせて延長しながら、そのただし書は改正していません。ただし書の「正当な事由」は、新行政不服審査法 18 条 1 項ただし書の「正当な理由」と同義だから、改正する必要がないと整理されたと理解するのが素直な解釈ではないかと考えたわけです。

そして新行政不服審査法の「正当な理由」は、行政事件訴訟法 14 条 1 項ただし書の「正当な理由」と平仄を合わせた解釈をすべきであって、これについては教示の懈怠があった場合には、正しい審査請求期間や出訴期間を知り得る特別の事情があった場合を除いて「正当な理由」に当たるとするのが一般的な解釈になっていると考えます。

このケースでは教示の懈怠がありました。したがって、このケースでは期間を徒過したことについて正当な理由があり、不適法な審査請求とはいえないと考え、この点については反対の意見を述べたわけです。

次に、タクシー事業運賃命令の仮の差止めの事件についてお話ししたいと思います。

特定地域及び準特定地域における一般乗用旅客自動車運送事業の適正化及び活性化に関する特別措置法に基づいて、準特定地域として指定されている区域内に営業所を有するタクシー会社が、公定幅運賃の下限を下回る運賃を届け出たため、関東運輸局長から運賃変更命令等を受けるおそれがあるとして、運賃変更命令やタクシー事業のための使用の停止、事業の許可の取消しの差止訴訟を提起した上で、仮の救済として仮の差止めを求めたという事案です。

この事案で下級審はどう判断したかといいますと、地裁は運賃変更命令と事業許可取消処分について仮の差止めを認めました。高裁は運賃変更命令に限定しましたが、仮の差止めを認めました。

しかし最高裁の多数意見は違う判断をしました。多数意見はどういうことを言ったかといいますと、この特措法は、特定地域あるいは準特定地域に営業所を有するタクシー事業者が、運賃の設定につき一定の制約を受けることを当然に予定しているのであり、国土交通大臣は、公定幅運賃の指定や変更に係る裁量権を行使するに当たって、現にタクシー事業を営む個々の事業者の営業上の利益を保護する観点から、その影響の程度を考慮することまで求めているものとは解されないとしています。このような判断を多数意見はしたわけです。

私はこれには賛成しませんでした。そもそも公定幅運賃制度はどういうものかという点、ダンピングといえるような採算割れの低料金で顧客を奪い合う価格競争の結果、タクシー業界の収益が悪化してしまうと、タクシー業界では歩合制が主流ですので、結局、事業の収益の減少を補うために、タクシー運転手の労働時間が長期化してしまい、そうすると、事業の安全性を損なう事態があるので、それを回避するために設けられたものだといわれてきたわけです。

しかし、タクシー運転手が過重労働になる要因は歩合制にあります。したがって、その問題は、本来は、社会的規制によって対処されるべきであって、経済的規制である価格規制で対応しますと、営業の自由に対する過大な制約になるおそれがあると思います。

したがって、この特措法の解釈に当たっては、営業の自由に対する過大な制約とならないような憲法適合的解釈を行うべきであると考えました。

本件の申立人が、同業者と比較して低額の運賃を設定できるのは、特定客を主な取引先とするなどして相応の利益を確保していたからです。そのような運賃の設定により、過度の運

賃値下げによる不当な競争を惹起していたわけではありません。

具体的に申しますと、成田空港でインバウンドのお客様を普通のタクシーよりもちょっと高級なタクシーで待っています。従業員には英語教育を徹底し、英語が十分に話せる方をタクシーの乗務員としていました。そして、そういうインバウンドの客をホテルに運んだり、例えば箱根に運んだりということを主として行って利益を上げていました。したがって、従前どおりの運賃での営業を認めたとしても、それにより相手方らのタクシー運転者が過重労働となって、乗客の安全性が低下する懸念もないと考えられます。

ところが、この変更で非常に大幅な公定幅運賃の改定が行われました。それまでの旧公定幅運賃の上限を新しい公定幅運賃の下限が大きく上回ってしまうような大幅な値上げになったのです。したがってこの業者は、同業者ではなくて、バスとかハイヤーとか鉄道等の他の公共交通機関への切替えによって予約客が大幅に減少して経営危機に陥ってしまうということから、差止訴訟と仮の差止めを求めたというわけです。

多数意見は、そもそも特措法にこうした個別的な利益を保護する文言がないじゃないかということ根拠にしているのですけれども、私は特措法でいっている「標準とすること」という文言は、総括原価方式による基準の画一的な適用を義務付けるものではなく、今言ったような事情がある場合には、柔軟な運賃設定を認める趣旨と解すべきではないかと思いました。

またさらに、この地域はどういう交通圏だったかといいますと、東京都23区と三鷹市・武蔵野市からなる交通圏です。実はこの地域は、既に最高裁に事案が来たときには、供給過剰の状態が解消され、むしろタクシー不足が問題になっていました。そのために、前の年の4月から第1号としていわゆる日本版ウーバーということで、タクシー業界・会社の管理下のものではありますが、タクシー不足を補うためにそれを導入せざるを得なかったのです。したがって、既に供給過剰とはいえなくて、むしろ供給不足が問題になっていました。

そもそも準特定地域というのは供給過剰となるおそれがあることが要件となっています。したがって、供給過剰の状態が解消されて、準特定地域の指定は本来であれば解除されてしるべき時期に運賃変更命令を出すことは、私は効果裁量の逸脱・濫用となるのではないかと思います。つまり、運賃変更命令は必ず出すことを義務付けているわけではなくて、出すか、出さないかについての効果裁量が認められていますので、このような状況下で運賃変更命令を出せば、効果裁量の逸脱・濫用となるのではないかということも考えたわけです。

次に、判断過程統制の問題として生活保護基準引下げ処分取消等請求事件についてお話ししておきたいと思います。

これは今年の6月27日に出された判決です。この事案では5名の裁判官全員一致でデフレ調整における改定率の設定については、物価変動率のみを直接の指標として用いたことに、専門的知見との整合性を欠くところがあり、この点において、デフレ調整における厚生労働大臣の判断の過程及び手続には過誤・欠落があったということで違法として取り消すべきだという判断を下しました。

つまり、専門的知見では、このような生活保護基準を設定するときには消費に着目すべきであるということはずっといつてきて、約 30 年の長きにわたって水準均衡方式というものが用いられてきたわけです。ところが、このときに厚生労働省は物価変動率のみに着目した指標を用いました。

これまで専門機関では物価変動率を指標の一つとして考慮することは考えられないわけではないけれども、それを唯一の指標とすることは適切ではないということをしてきたにもかかわらず、物価変動率のみを直接の指標として用いたということで専門的知見との整合性を欠くという判断を全員一致でしたわけです。

なお、そのほかに 2 分の 1 のゆがみ調整も行われていました。ちなみにデフレ調整とゆがみ調整を 2 分の 1 にすることについては専門機関の意見を聞いていませんでした。社会保障審議会の中に生活保護基準部会という専門部会がありますけれども、その意見を聞いていませんでした。ゆがみ調整をすること自身については専門機関の判断が示されていたのですが、それを 2 分の 1 で行うことについては意見を聞いていなかったのです。つまり、専門機関の意見を聞かずに行政内部で判断したのですけれども、その部分について専門的な説明がされていないということです。

次に、当事者訴訟における訴えの利益として憲法 53 条違憲国家賠償請求争訟についてお話しします。

これは国会のいずれかの議院で総議員の 4 分の 1 以上の要求があった場合には内閣は臨時会を召集しなければならないという規定です。このケースでは参議院の総議員の 4 分の 1 以上である 72 名の議員が平成 29 年 6 月 22 日に憲法 53 条後段の規定によって内閣に対して国会の臨時会の召集を決定することを要求しました。

ところが、実際には国会が召集されたのがその年の 9 月 28 日ですから、3 か月以上経ってからようやく臨時会が召集されることになりました。しかも、なんとこの国会を召集した初日に冒頭で衆議院が解散されました。したがって、参議院も同時に閉会となったのですから、参議院の臨時会の召集要求は全く無視されてしまったという状況でした。

そこで参議院議員の一人である上告人が、国に対し、主位的に、次に 4 分の 1 以上の議員の一人として臨時会召集決定の要求をした場合に、内閣において、20 日以内に臨時会が召集されるよう臨時会召集決定をする義務を負うことの確認、そして予備的に、上告人が 20 日以内に臨時会の召集を受けられる地位を有することの確認、それから内閣がこの事案で、要求から 92 日後まで臨時会召集決定をしなかったことが違憲・違法であり、それによって、自分が国会議員としての権利を行使することができなかつたとして損害賠償を求めたという事案になります。

この確認の訴えは、上告人が、個々の国会議員が臨時会召集要求に係る権利を有するという憲法 53 条後段の解釈を前提に、公法上の法律関係に関する確認の訴えとして、上告人を含む参議院議員が同条後段の規定により権利を行使した場合に、国が上告人に対して法的義務又は上告人が国との間で有する法律上の地位の確認を求める訴えであると解されます

ので、当事者間の具体的な権利義務又は法律関係の存否に関する紛争であって、法令の適用によって終局的に解決することができるということで、これは法律上の争訟に当たるということについては第三小法廷の全員の意見が一致したわけです。原審はそもそも法律上の争訟に当たらないとしました。しかし、最高裁では全員がこれは法律上の争訟に当たるという意見で一致しました。

多数意見と私で意見が分かれたのは、確認の利益のところです。多数意見は、将来、上告人を含む参議院の総議員の4分の1以上により臨時会召集要求がされるか否か、それがされた場合に臨時会召集決定がいつされるかは現時点では明らかでないから、上告人に不利益が生ずる現実の危険があるとはいえ、確認の利益を欠いて不適法だという考え方です。

私は違う考え方をしました。この原告は国会議員であり、確かに国会議員としての地位を恒常的に有するとはいえません。しかし、この原告の方は参議院議員であって、参議院の場合には解散はないわけです。この原告の方の任期満了は令和10年7月25日ですからかなり先になります。したがって、任期中に再度、臨時会召集要求に加わることは可能であります。

もっとも、選挙権の行使と違うところは、臨時会召集要求は、いずれかの議院の総議員の4分の1以上によらなければ行うことはできないことです。しかし、記録を見てみますと、この前の令和2年から令和4年までの過去3年間は毎年、常会等の直前の国会の閉会后、間もなく臨時会召集要求が行われています。

この令和4年度の臨時会召集要求に加わった5会派のその時点での参議院の所属議員数は合計71名ですから4分の1に当たる62名を優に超えています。この会派の所属議員数は次の参議院議員選挙が行われるまでは変更しない可能性が極めて高いということがいえます。

このように過去3年間、連続して臨時会召集要求が行われていること等に鑑みると、次の令和5年ないし令和6年に臨時会召集要求がされる蓋然性は相当に高いのではないかと考えました。記録によれば、憲法53条後段の規定によって臨時会召集要求がされた場合に、実際に20日以内に召集されたものは40回中5回しかありませんでした。かつ、過去3年間をみても、臨時会召集決定は臨時会召集要求から20日を大きく超えてから行われています。

なぜこのような事態が生じているかということですが、内閣で臨時会召集要求がされた場合には、内閣として臨時会で審議すべき事項等も勘案して召集時期を決定する裁量があるという認識があるからと思われる。そうである以上、令和5年ないし令和6年に臨時会召集要求がされても、20日以内に臨時会が召集されない蓋然性は相当に高いと思われる。ということから、私は、本件では確認の利益は認めてもいいのではないかと考えました。

そして、選挙を経て、国民の代表として国会議員となった者は、国民の負託に応じて、国会で質問、議案の発議、表決等を行う権利を有します。したがって、この臨時会召集要求というのは株主総会招集請求権や社員総会招集請求権と同じような性格を有し、臨時会召集

要求を行う国会議員にこうした権利の行使を実現するための手続的権利を付与したものと考えます。ただし、それは単独で行使できないで、総議員の4分の1以上で行使するという制約を伴った手続権利を付与したものと解することができるのではないかと思います。

したがって、いずれかの議院の総議員の4分の1以上の要求があれば、内閣は、合理的期間内にその召集を決定する法的義務を負うと考えられます。その例外が認められるのは、常会又は特別会の開会が間近に迫っているので、臨時会を召集しなくても、常会又は特別会によって国会における議論の場が適時に確保され、憲法53条後段の趣旨が没却されない場合とか、あるいは天災地変や戦争によって、臨時会の召集が物理的に不可能になった場合等の特段の事情がある場合に限られると思います。

この憲法53条後段の眼目は何かということですが、これは立法過程の資料を見れば明らかのように、少数派議員による国会での質問、議案の発議、表決等を可能にするという、いわゆる「少数派権の尊重」にあります。そして、内閣が法案を提出しなくても、議員も一定の要件の下で議案を提出することができますし、委員会も、その所管に関して法律案を提出することができます。また、行政監視も国会の重要な役割です。それらが臨時会召集要求の重要な動機になることが多いと考えられることに照らしても、内閣が法律案提出の準備を理由として憲法53条後段の規定による臨時会召集決定を遅延させることは認められないのではないかと思います。

では、合理的期間とはどの程度かということですが、私は、20日あれば十分だと考えました。なぜかといいますと、地方自治法101条3項にこの臨時会の招集請求の規定が置かれています。その4項では臨時会招集請求があった場合、長は、請求のあった日から20日以内に臨時会を招集しなければならないと定められています。

この20日以内という期間が短すぎるという意見はなく、全国の自治体で遵守されています。さらに、憲法54条1項及び国会法2条の3第2項は、衆議院解散後の総選挙とか参議院議員の通常選挙によって、衆議院や参議院を構成する議員が入れ替わった場合、この場合には新たな名札の作成等の準備に時間を要しますが、その場合であっても、総選挙の日又はその任期が始まる日から30日以内の国会召集を義務付けています。

そうすると、そうした新たな名札の作成等の準備が不要な憲法53条後段の規定による臨時会召集要求の場合には、20日以内に臨時会を召集する義務があると解することに無理はないと思われます。ちなみに、自民党の憲法改正草案においても、憲法53条について、要求があった日から20日以内に臨時会を召集しなければならないと規定されているところです。

そして、個々の国会議員は、国会の審議に参画して表決に加わる権利を有するのであって、もし国会議員が違法に一定期間の登院停止の懲罰を受けた場合、当該国会議員は、この権利の侵害として争うことができると考えられます。そして、違法な臨時会の召集の遅延による場合であれ、違法な登院停止の懲罰による場合であれ、国会の審議に参画して表決に加わる権利の侵害であるという点では共通しています。

もっとも、臨時会召集要求に加わらなかった議員は、早期に臨時会で審議に加わることを欲していなかったと考えられますので、臨時会の召集が遅延したとしても、法的に保護された利益は侵害されたとはいえないのに対して、臨時会召集要求に加わった議員は、審議に加わることを望んでいたにもかかわらず、それを妨げられたわけですから、その場合には、法律上、保護された利益が侵害されたとして、両者を区別することには合理性があるのではないかと考えました。

なお、私はこの事案を審理しているときに、念頭に置いていたのがイギリスの例なのです。イギリスではボリス・ジョンソン元首相がブレグジットの前に5週間にわたって議会の閉会することを当時のエリザベス女王に助言して議会の閉会されました。ボリス・ジョンソン元首相はブレグジットのいわば急進派でした。ところが国会で少数与党になってしまったので、国会でブレグジットについていろいろ質問が出るのを避けるために5週間も閉会しようとしたと疑われました。

通常、閉会というのは僅か数日間なんです。ところがこのときに5週間にわたって閉会したので、これについて一方では、スコットランドで野党議員たちが訴訟を提起しましたし、イングランドでは自ら市民活動家と称しているジーナ・ミラーさんが訴訟を提起しました。これは最高裁で争われまして、当時11名の最高裁裁判官がいましたが、11名の裁判官全員一致で議会の閉会を違法とする判決が出て、その翌日に議会が開会されました。

非常に興味深かったのは、このケースではイングランドで起きた訴訟で原告になられたのは市民活動家のミラーさんという方で国会議員ではないのです。ところが、一市民であるミラーさんがこうした訴訟を提起することについて、この人に原告適格はないのではないとか、訴える利益がないのではないかという議論が全くないことなのです。被告側も全く争っていません。

これは非常に政治的に大きな影響を持った判決ですから、この判決が出た後、憲法学者の間で喧々諤々の議論が起きています。オックスフォードとケンブリッジの教授が入り乱れて喧々諤々の議論をしているのですが、そこで争っているのは、そもそもこれは司法が介入すべきでない政治的な問題なのか、いやそうではなくて、これはまさに司法が判断すべき問題なのかということであって、ジーナ・ミラーさんの原告適格は全く争われていないのです。

ところが、我が国では国会議員がこうした訴訟を提起しても、訴えの利益がないとして、結局、争う道が閉ざされてしまうという点では随分差があるなと感じたところです。

次に、違法確認型当事者訴訟が問題になった在外邦人による国民審査のお話をしたいと思います。この事案で在外国民であるXさんは、国に対し主位的に、次回の国民審査で審査権を行使することができる地位にあることの確認を求めて、予備的に国が国外に住所を有することをもって次回の国民審査において審査権の行使をさせないことが憲法15条1項、79条2項、3項等に違反して違法であることの確認を求めています。

また、平成29年に在外国民の審査に係る立法措置がとられていなかったために審査権を

行使できずに精神的苦痛を被ったとして、損害賠償も求めたという事案です。

この事案では、国民審査に参加する権利は、間接的参政権として位置付けることができ、憲法 15 条 3 項の趣旨は、国民審査の制度にも及び、憲法は、国民審査に参加する権利を、主権者である国民の権利として平等に保障しているのであり、国は、国民審査の公正を確保しつつ、在外国民も国民審査に参加できるような制度を設ける責務があると考えられます。

したがって、在外国民の審査権を制約することは原則として許されず、その制約が例外的に許されるか否かの合憲性の審査に当たっては、権利の重要性に鑑み、厳格な審査基準が適用され、その制約がやむを得ないと認められる事由があるといえるのは、国民審査の公正を確保しつつ在外審査制度を設けることが、事実上不可能ないし著しく困難な場合に限り得られると考えられます。

そして実は、平成 10 年の公選法改正で、在外選挙制度が部分的に設けられていました。そして平成 17 年大法廷判決を経て、平成 18 年公選法改正で衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙についても在外選挙制度の対象とされました。

また平成 19 年に制定された国民投票法においても、在外国民に国民投票における投票権が認められています。そして、憲法 79 条 4 項は、審査に関する事項は法律で定めるとしてありますが、最高裁判所裁判官国民審査法 16 条 1 項は、点字による自書式投票を認めています。したがって、記号式投票以外の投票方法も選択肢となり得ます。

国はなぜ選挙で認めて最高裁判所裁判官国民審査で認めないかという理由として、選挙の場合には自分で自書して名前を書けばいいが、最高裁判所裁判官国民審査の場合には審査の対象となる裁判官の名前を印刷して、そこにバツをつけるから、そこが技術的に困難だということを書いてきたわけです。しかし実は最高裁判所裁判官国民審査法自身も、点字の場合には既に自書式投票を認めています。さらに、情報通信技術が急速に発展し、国際的な通信に要する時間が短縮されるとともに、通信し得る情報の質や量も飛躍的に向上していること等に照らすと、在外国民の審査権の行使を一律に否定することについて、やむを得ない事由があるとはいえず、違憲であるといわざるを得ないと思います。

そして、このケースでは予備的請求を認めたのですが、予備的請求として提起された本件違法確認の訴えについて検討しますと、この請求も、抽象的に法令の違憲審査を求めるものではなく、次回の国民審査で、自らの審査権を行使することができないことの違法の確認を求めるものですから、法律上の争訟といえ、X は憲法 32 条により、実効的な裁判を受ける権利が保障されていなければなりません。

本件では、地位確認の訴えに係る請求を認容することには困難があり、他に適切な救済方法がない場合ですから、違法確認の訴えに係る確認の利益を認めるという解釈は、平成 17 年大法廷判決の趣旨にも適合していると考えられます。

そして、在外国民が国民審査に参加する権利の場合には、立法措置が全くとられていないという全面的な立法不作為でした。他方、平成 17 年大法廷判決当時の在外国民の国政選挙の場合には、一部認められていたというわけですから、部分的な立法不作為だったわけです。

その両者を比較すれば、全面的な不作為のほうが権利侵害の程度が、より大きいにもかかわらず、後者について、積極的な地位確認の訴えにより救済が図られるのに対して、前者については、権力分立の観点からは、より謙抑的な違法確認の訴えを認めないことは、均衡を欠くのではないかと考えました。

そして、実質的当事者訴訟としての確認の訴えの場合にも、現在の権利義務関係を争うよりも、立法や行政活動の作為又は不作為の違法確認の訴えのほうが、現在の紛争の解決にとって有効適切であると考えられる場合には、立法や行政活動の作為又は不作為の違法確認の訴えが排除されると考えるべきではなく、こうした訴訟を認めることは、実質的当事者訴訟としての確認の訴えを明記した行政事件訴訟法改正の趣旨にも適合するのではないかと思います。

そして本件で、遅くとも在外選挙についての平成17年大法廷判決時点で、選挙についてこういう判断がされたのであれば、国民審査についても当然、このときに立法的対応がなされるべきであったということから、国家賠償も認めるということになったわけです。

なお、この国民審査については、私もこれを経験し、同僚も多く経験して、いろいろ課題があるなと考えたところです。衆議院解散の時期は私たちにとっては全く偶然に決まりますので、最高裁判所判事に任命された直後に衆議院の解散がありますと、まだ最高裁で何も審査していないうちに国民審査になってしまうこととなります。そうすると、せっかく公報のところに「最高裁で関与した事件」というのがありますが空欄になってしまう。これは非常に問題だなと感じました。

こうした場合に運用としてできることとしては、キャリア裁判官であれば、最高裁で判断した事案がないのであれば、例えば地裁とか高裁の著名な事件でどういう判断をしたかを書くとか、運用でできることがあると思います。

立法論としては、これは憲法改正が必要になりますので非常にハードルは高いのですが、私の経験では、最高裁判事に任命されて2年経過すると重要な事件に関わる機会が相当数あって、その裁判官がどういう判断しそうかという傾向は大体分かるのではないかと思います。そうすると、任命後の最初の衆議院議員選挙ではなく、任命して2年経過してから、そして衆議院だけではなくて衆議院又は参議院選挙とすれば、衆議院の選挙はいつあるかわからないし、4年間ないということもあり得るわけですが、参議院は最低3年ごとに改選がありますから、適当なタイミングでできるのではないかと考えた次第です。

次に、地方自治法の是正の指示が問題になった辺野古サンゴ礁訴訟についてお話ししたいと思います。

沖縄防衛局は、辺野古水域の埋立承認を得ていましたが、実は公有水面の埋立承認後に主たる埋立地になっている大浦湾側の大半の水域に、マヨネーズ状であって、とてもそこには杭も打てないような軟弱地盤が非常に広範囲にわたってあることが判明しました。

沖縄防衛局は、埋立区域内に生息するさんご類を埋立区域外に移植するための特別採捕

許可を申請しましたが、追加的な地盤改良工事が必要になりましたから、当然、設計の概要の変更承認申請をする必要が生じたわけです。しかし、特別採捕許可申請がされた時点では、まだ、設計の概要の変更承認の申請すらされていませんでした。したがって、どういう変更承認申請がされているか分からないわけですから、当然、特別採捕許可の必要性を判断できないとして、何らの処分をしない状態になっていたところ、農林水産大臣が、特別採捕許可をするように求める是正の指示を行ったという事案です。

知事は、国地方係争処理委員会にその取消しを求めて審査の申出をしましたが、違法ではないとする決定がありましたので、訴訟を提起しました。しかし、原審は請求を棄却したので、上告受理申立てが行われて第三小法廷に係属しました。この事件では第三小法廷で3対2に意見が分かれました。

多数意見は、沖縄防衛局は、公有水面埋立法上、護岸工事を適法に実施し得る地位を有していたのであり、さんご類は、護岸工事の予定箇所又はその近辺に生息していたから、護岸工事を行ってしまうとさんごは死滅してしまうことになり、水産資源の保護培養を図るためにさんご類を避難させることが必要であると述べています。だから、それを認めないのは裁量の逸脱又は濫用に当たるとというのが多数意見の考え方です。

この多数意見の考え方によってしまいますと、ひとたび埋立承認がされると、その前提が崩れて、設計の概要の変更承認が必要になっても、その変更承認が必要になった水域外での特別採捕許可申請の判断においては、設計概要の変更承認がされる蓋然性を考慮すべきではないこととなります。

ここについては、宮崎裁判官と私とが、共同ではないのですが、別々に反対意見を書いています。

そもそも公共事業に当たって、複数の法令に基づいて異なる許認可等を受ける必要があることは非常に一般的なことであって、行政手続法 11 条 2 項が、複数の許認可について、例えば審査をなるべく協力してやることによって審査を促進しなさいと書いているのも、一つの公共事業でいろいろな許認可が問題になるからです。

また、環境影響評価法 33 条 2 項に横断条項というのがあります。これは、一つの事業でいろいろな許認可が必要になる場合に環境影響評価の結果を横断的に考慮しなさいという規定です。

したがって、公有水面埋立法に基づく承認がされているとしても特別採捕許可の申請の許否の判断は当然それとは別ですから、片方が認められているからといって、他方が認められるとは限りません。特別採捕許可の申請は、その特別採捕許可についての法令の目的に照らして判断する必要があるというのは当然のことです。

本件では、実は大浦湾側の大半に軟弱地盤が存在しています。ごく一部というわけではなくて大半です。したがって、設計概要の変更承認の申請が不承認になりますと、さんご類の生息箇所のみは全く無意味になってしまいます。他方において、さんご類の移植は極めて困難といわれています。移植を行っても大半のさんご類が死滅してしまいます。生き残

る率、生残率といいますが、これが非常に低いといわれています。そうしますと、そもそも設計概要の承認が得られないのに、さんごを移植しますと、無駄どころか、さんごの大半を死滅させてしまうということになり、水産資源法の目的にまさに反する結果を招くことになるわけです。

したがって、特別採捕許可申請を受けた知事が本件護岸工事という特定の工事のみに着目しても申請の拒否を判断したとすれば、まさに「木を見て森を見ず」の弊に陥ることになって、特別採捕許可の制度が設けられた趣旨に反する結果にならざるを得ないと思われま

す。したがって、変更承認が申請される蓋然性を考慮しないわけにはいかないのです。このケースでは変更承認の申請すらされていなかったため、それを考慮できなかったわけですから、知事が許可をしなかったことに何ら違法性はなかったと私は考えました。

宮崎裁判官は、私の反対意見に同調した上でさらに敷衍して、反対意見を述べています。宮崎裁判官の反対意見は、公有水面埋立法4条1項2号の要件で災害防止への配慮がされているという要件が書かれているところ、軟弱地盤があるということはまさに安全性が欠如しているということであるから、災害防止への配慮がされているという要件が満たされていないということが強く推認できるんだということを言われています。

したがって、同法4条1項2号の要件の該当性、つまり災害防止への配慮という要件の該当性は改めて判断する必要があるところ、まだ変更承認の申請すらされていないから、この2号要件に適合するかは是正の指示の時点では不明であったと考えざるを得ないということです。

そして、もしこの設計の概要の変更の承認をしないことになれば、さんごの移植は無意味になります。そして、宮崎裁判官は、既に埋立承認のときにされた2号要件に該当する判断は、軟弱地盤が見つかったことによって実質的に無意味になっているのであり、護岸工事だけ取り出した工事は全く無意味であり、護岸工事だけ取り出した埋立てというものはそもそも観念することはできないと言われています。

したがって、2号要件については、埋立承認が形式的に残っているからということではなくて、まさに実質的な判断が必要になってくるということ言われています。そして、本件の場合、その実質的な判断をやる必要があるところ、本件ではまだその部分について判断できる状態になかったというわけです。したがって、形式的に埋立承認がまだ有効に残っているということだけに着目して、採捕が漁業法等の目的にも沿う環境保全措置に該当するとは判断できないということ言われているわけです。

以上は、私が最高裁で審理いたしました行政争訟事件のごく一部ではありますが、それぞれの事件で私がどのように考えて判断してきたかということについてかいつまんでお話しさせていただきました。ご清聴ありがとうございました。