

調査官室ごとの主要関与事件

草野裁判官 主要関与事件（民事調査官室関係）

【大法廷】

1 最大決令和3年6月23日・集民266号1頁（夫婦別姓訴訟）

夫婦同氏制を定める民法750条及び婚姻届に記載しなければならない事項として夫婦が称する氏を掲げる戸籍法74条1号の各規定が憲法24条等に違反するかが問題となった事案において、多数意見が、最大判平成27年12月16日の合憲判断を引用し、同判決以降にみられる社会の変化や国民の意識の変化を踏まえても、同判決の判断を変更すべきものとはいえないとしたのに対し、選択的夫婦別氏制を導入することによって向上する国民の福利は、同制度を導入することによって減少する国民の福利よりもはるかに大きいことが明白であり、かつ、減少するいかなる福利も人権又はこれに準ずる利益とはいえないにもかかわらず、同制度を導入しないことは、国会の立法裁量の範囲を超えるほどに合理性を欠くから、上記各規定は憲法24条に違反する、との反対意見を述べた。

2 最大決令和5年10月25日・民集77巻7号1792頁（性同一性障害者特例法4号要件事件）

多数意見が、性同一性障害者が性別の取扱いの変更の審判を受けるためには生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあることを要とする性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律3条1項4号の規定は、身体への侵襲を受けない自由を制約するものであり、その制約は現時点において必要かつ合理的なものということとはできず、憲法13条に違反し無効であるとしつつ、5号の規定について更に審理を尽くさせるため原審に差し戻すこととしたのに対し、4号が違憲無効であることに異存がないものの、5号が合憲とされる社会と違憲とされる社会とを比較すると、憲法が体现する諸理念に照らして後者の方がより善い社会であって、5号の制約手段は制約目的に照らして相当なものとはいえないから、5号も違憲であり、申立てを認める旨の自判をすべきである、との反対意見を述べた。

3 最大判令和6年7月3日・民集78巻3号382頁（優生保護法事件）

多数意見は、旧優生保護法のいわゆる優生手術を定めた規定は憲法13条及び14条1項に違反し、上記規定に係る国会議員の立法行為は国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるとした上で、不法行為によって発生した損害賠償請求権が民法724条後段（平成29年法律第44号による改正前のもの）の除斥期間の経過により消滅したものとすることが著しく正義・公平の理念に反し、到底容認することができない場合には、裁判所は、除斥期間の主張が信義則違反又は権利濫用であるとして許されないと判断することができるとし、これと異なる趣旨をいう判例（最一小判平成元年12月21日・民集43巻12号2209頁等）を変更した。以上の多数意見に賛同した上で、その理由を民法724条後段の立法趣旨に即して敷衍する補足意見を述べた。

【第二小法廷】

4 最二小判令和2年2月28日・民集74巻2号106頁

被用者が使用者の事業の執行について第三者に加えた損害の賠償をした場合において、被用者は、相当と認められる額について、使用者に対して求償（いわゆる逆求償）をすることができる、とした法廷意見に関して、逆求償の額を判断するに当たっては当事者双方の属性と関係性その他の諸事情を適切に考慮すべきとする共同補足意見を述べた（全員一致・裁判長）。

5 最二小決令和3年4月14日・民集75巻4号1001頁

弁護士職務基本規程57条に違反する訴訟行為について、相手方である当事者は、同条違反を理由として、これに異議を述べ、裁判所に対しその排除を求めることはできない、とした法廷意見に関して、共同事務所に所属する弁護士がいかなる条件の下で事件関与を禁止・容認されるのかを抽象的な規範（プリンシプル）ではなく、十分に具体的な規則（ルール）によって規律することは日本弁護士連合会に託された喫緊の課題の一つであるとの補足意見を述べた（全員一致・裁判長）。

6 最二小判令和4年6月24日・民集76巻5号1170頁

ツイッターにおいてある者が逮捕された事実を摘示するメッセージの投稿が

された事案において、逮捕から約8年が経過し、その者が受けた罰金刑の言渡しは効力を失っているなど判示の事情の下においては、その者は、情報ネットワークの運営者に対し、メッセージの削除を求めることができる、とした法廷意見に関して、実名報道の機能の観点から、事実を公表されない法的利益が投稿を一般の閲覧に供し続ける理由に優越すると考えるべき理由を補足する意見を述べた（全員一致・裁判長）。

草野裁判官 主要関与事件（行政調査官室関係）

【大法廷】

- 1 最大判令和2年11月25日・民集74巻8号2229頁（地方議会出席停止懲罰取消請求訴訟）

地方議会の議員に対する出席停止の懲罰は司法審査の対象とならないとした判例（最大判昭和35年10月19日・民集14巻12号2633頁）を変更し、これが司法審査の対象となるとした（全員一致）。

- 2 最大判令和4年5月25日・民集76巻4号711頁（在外日本人国民審査権訴訟）

最高裁判所裁判官国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めていないことが違憲であるとしたほか、国が在外国民に対して次回の国民審査で審査権の行使をさせないことが違法であることの確認を求める訴えを適法であるとし、さらに、国会の立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるとした（全員一致）。

- 3 最大判令和5年10月18日・民集77巻7号1654頁（令和4年参院選定数訴訟）

多数意見が、令和4年7月10日に行われた参議院議員通常選挙当時、平成30年法律第75号による改正後の公職選挙法14条、別表第3の参議院（選挙区選出）議員の議員定数配分規定の下での選挙区間における投票価値の不均衡は、違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態にあったものとはいえず、上記規定が憲法14条1項等に違反するに至っていたとはいえないとしたのに対し、投票価値の不均衡の問題を論じるための指標としてジニ係数を用いた上で、国会の裁量権に掣肘を加えることなく投票価値の不均衡を改善し得る制度改革案として定数増加案を想定し得るものの、投票価値の不均衡の存在によって一部の国民が実際に不利益を受けているという疑念の根拠となる事実の立証がないなどとして、

上記選挙当時における投票価値の不均衡は違憲状態にあったものとはいえないとする意見を述べた。

【第二小法廷】

4 最二小判令和4年2月7日・民集76巻2号101頁（あはき師法違憲訴訟）

あん摩マツサージ指圧師、はり師、きゆう師等に関する法律19条1項が憲法22条1項に違反しないとする結論につき、多数意見とは異なる理由として、「総合施術業」（あん摩、マツサージ又は指圧の施術とはり又はきゅうの施術とを併用して行う施術業）の需要者の利益の減少等も考慮に入れて検討すべきであること等を指摘する意見を述べた。

5 最二小判令和5年11月6日・民集77巻8号1933頁（みずほ銀行・法人税更正処分等取消請求事件）

内国法人に係る特定外国子会社等の事業年度の途中で当該特定外国子会社等の発行する優先出資証券が償還され、当該事業年度終了の時には、当該特定外国子会社等の発行済株式等が、当該内国法人が有し剰余金の配当等が予定されていない普通株式のみとなった場合において、当該特定外国子会社等の事業年度を当該優先出資証券の償還日の前日までとするなどの方法を探る余地もあったなど判示の事情の下では、租税特別措置法施行令（平成29年政令第114号による改正前のもの）39条の16第1項（本件規定）を適用することができないとした原審の判断には、租税特別措置法（平成29年法律第4号による改正前のもの）66条の6第1項の解釈適用を誤った違法があるとした法廷意見に関し、本件規定の適用により、合算課税の在り方が経済実態にそぐわなくなることにつき問題を提起し、そうした問題を回避する立法技術を示唆しながらも、本件に関する法改正の経緯等にも触れつつ、法廷意見の内容を別の角度から敷衍する内容の補足意見を述べた（全員一致・裁判長）。

6 最二小判令和6年4月26日・裁判集民事271号掲載予定（社会福祉法人滋賀県社会福祉協議会事件）

労働者と使用者との間に当該労働者の職種及び業務内容を特定のものに限定する旨の合意がある場合において、使用者が当該労働者に対してその同意を得ることなくした異なる職種等への配置転換命令につき、使用者が同命令をする権限を有していたことを前提として、その濫用に当たらないとした原審の判断には、違法があるとした（全員一致・裁判長）。

草野裁判官 主要関与事件（刑事調査官室関係）

【第二小法廷】

1 最二小決令和2年8月24日・刑集74巻5号517頁

生命維持のためにインスリンの投与が必要な1型糖尿病にり患している幼年の被害者の治療をその両親から依頼された被告人が、インスリンを投与しなければ被害者が死亡する現実的な危険性があることを認識しながら、自身を信頼して指示に従っている母親に対し、インスリンは毒であるなどとして被害者にインスリンを投与しないよう執ようかつ強度の働きかけを行い、母親をして、被害者の生命を救うためには被告人の指導に従う以外にないなどと一途に考えるなどして被害者へのインスリンの投与という期待された作為に出ることができない精神状態に陥らせ、被告人の治療法に半信半疑の状態であった父親に対しても母親を介してインスリンの不投与を指示し、両親をして、被害者へのインスリンの投与をさせず、その結果、被害者が死亡したなどの本件事実関係の下では、被告人には、母親を道具として利用するとともに不保護の故意のある父親と共謀した未必の殺意に基づく殺人罪が成立するとした（全員一致・裁判長）。

2 最二小決令和2年9月16日・刑集74巻6号581頁

①医師法17条にいう「医業」の内容となる医行為とは、医療及び保健指導に属する行為のうち、医師が行うのでなければ保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為をいう、②同条にいう「医業」の内容となる医行為に当たるか否かは、行為の方法や作用のみならず、その目的、行為者と相手方との関係、行為が行われる際の具体的な状況、実情や社会における受け止め方等をも考慮した上で、社会通念に照らして判断するのが相当である、③タトゥー施術行為は、装飾的ないし象徴的な要素や美術的な意義がある社会的な風俗として受け止められてきたものであって、医療及び保健指導に属する行為とは考えられてこなかったものであり、また、医学とは異質の美術等に関する知識及び技能を要する行為であって、医師免許取得過程等でこれらの知識及び技能を習得することは予定されておらず、歴史的にも、長年にわたり医師免許を有しない彫り師が行ってきた実情があり、医師が独占して行う事態は想定し難いという本件事実の下では、医師でない彫り師

である被告人が相手方の依頼に基づいて行ったタトゥー施術行為は、社会通念に照らして、医療及び保健指導に属する行為であるとは認め難く、同条にいう「医療」の内容となる医行為には当たらない、とした（全員一致・裁判長）。法廷意見に関し、医療関連性を要件とすることについて、これを支える補足意見を述べた。

3 最二小判令和3年1月29日・刑集75巻1号1頁

被告人が、自動車を運転する予定の者に対し、ひそかに睡眠導入剤を摂取させて運転するよう仕向けたことにより、走行中にその運転者が仮睡状態等に陥って自車を対向車線に進出させて対向車に衝突させる交通事故を引き起こし、対向車の運転者に傷害を負わせたという殺人未遂被告事件について、対向車の運転者に対する殺意を認めた第1審判決に事実誤認があるとした原判決は、死亡の危険性及びその認識に関する第1審判決の評価が不合理であるとする説得的な論拠を示していないなど、第1審判決が論理則、経験則等に照らして不合理であることを十分に示したものとはいえず、刑訴法382条の解釈適用を誤った違法があり、同法411条1号により破棄を免れないとした（全員一致・裁判長）。

4 最二小決令和3年2月1日・刑集75巻2号123頁

①電磁的記録を保管した記録媒体がサイバー犯罪に関する条約の締約国に所在し、同記録を開示する正当な権限を有する者の合法的かつ任意の同意がある場合に、国際捜査共助によることなく同記録媒体へのリモートアクセス及び同記録の複写を行うことは許される、②警察官が、⑦リモートアクセスによる電磁的記録の複写の処分を許可した捜索差押許可状記載の捜索場所においてコンピュータから記録媒体にリモートアクセスをして当該コンピュータの使用者のメールアドレスに係るメール等の電磁的記録を複写するなどし、④同所に所在するコンピュータの使用者からアカウントの付与を受けるなどして同所外のコンピュータからリモートアクセスをして電磁的記録の複写を行った場合、上記各リモートアクセスの対象である記録媒体が日本国外にあるか、その蓋然性が否定できないものであっても、⑦の手続は、コンピュータの使用者の任意の承諾に基づく任意捜査として適法であるとはいえず、サイバー犯罪に関する条約32条が規定する場合に該当するともいえないが、実質的には、司法審査を経て発付された同許可状に基づ

く手続ということができ、警察官は、同許可状の執行と同様の手続により、同許可状において差押え等の対象とされていた証拠を収集したものであって、同許可状が許可する処分の範囲を超えた証拠の収集等を行ったものとは認められず、警察官が、国際捜査共助によらずにコンピュータの使用者の任意の承諾を得てリモートアクセス等を行うという方針を採ったこと自体が不相当であるということとはできない、①の手続についてのコンピュータの使用者の承諾の効力を否定すべき理由はないなど判示の事情の下においては、②、①の各手続について重大な違法があるということとはできず、警察官が各手続により収集した証拠の証拠能力を肯定することができる、③搜索差押許可状によるリモートアクセスによる複写の処分の対象となる電磁的記録に被疑事実と関連する情報が記録されている蓋然性が認められる場合において、差押えの現場における電磁的記録の内容確認の困難性や確認作業を行う間に情報の毀損等が生ずるおそれ等があるという事情の下においては、個々の電磁的記録について個別に内容を確認することなく複写の処分を行うことが許される、④インターネット上の動画の投稿サイト及び配信サイトを管理・運営していた被告人両名が、上記各サイトに投稿・配信された動画が無修正わいせつ動画であったとしても、これを利用して利益を上げる目的で、上記各サイトにおいて不特定多数の利用者の閲覧又は観覧に供するという意図の下、上記各サイトの仕組み等を通じて動画の投稿・配信を勧誘し、投稿者及び配信者らが、上記の働きかけを受け、同様の意図に基づき、上記各サイトのシステムに従って投稿又は配信を行ったものであり、わいせつ電磁的記録記録媒体陳列罪及び公然わいせつ罪は、上記投稿者らが無修正わいせつ動画を上記各サイトに投稿又は配信することによって初めて成立し、上記投稿者らも、被告人両名らによる上記勧誘及び上記各サイトの管理・運営行為がなければ、無修正わいせつ動画を不特定多数の者が認識できる状態に置くことがなかったなどの本件事実関係の下では、被告人両名について、上記投稿者らとの上記各罪の各共同正犯が成立する、とした（全員一致・裁判長）。

5 最二小判令和5年3月24日・刑集77巻3号41頁

①刑法190条にいう「遺棄」とは、習俗上の埋葬等とは認められない態様で死体等を放棄し又は隠匿する行為をいう、②被告人の居室で、出産し、死亡後間

もないえい児の死体をタオルに包んで段ボール箱に入れ、同段ボール箱を棚の上に置くなどして、他者が死体を発見することが困難な状況を作出したという被告人の隠匿行為は、それが行われた場所、死体のこん包及び設置の方法等に照らすと、同条にいう「遺棄」に当たらない、とした（全員一致・裁判長）。

言 渡	令和6年4月26日
交 付	令和6年4月26日
裁 判 所 書 記 官	

令和5年（受）第604号

判 決

[Redacted]

上 告 人

[Redacted]

同訴訟代理人弁護士

塩 見 卓 也

滋賀県草津市笠山7-8-138

被 上 告 人

社会福祉法人滋賀県社会福祉
協議会

同代表者理事長

渡 邊 光 春

同訴訟代理人弁護士

野 嶋 直

上記当事者間の大阪高等裁判所令和4年（ネ）第1373号損害賠償等請求事件について、同裁判所が令和4年11月24日に言い渡した判決に対し、上告人から上告があった。よって、当裁判所は、次のとおり判決する。

主 文

- 1 原判決中、110万円及びこれに対する平成31年4月1日から支払済みまで年5分の割合による金員の支払請求に関する部分を破棄する。
- 2 前項の部分につき、本件を大阪高等裁判所に差し戻す。

理 由

上告代理人塩見卓也の上告受理申立て理由について

- 1 本件は、被上告人に雇用されていた上告人が、被上告人から、職種及び業務内容の変更を伴う配置転換命令を受けたため、同命令は上告人と被上告人との間でされた上告人の職種等を限定する旨の合意に反するなどとして、被上告人に対し、債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償請求（以下「本件損害賠償請求」という。）等をする事案である。

2 原審の確定した事実関係等の概要は、次のとおりである。

(1) 公の施設である滋賀県立長寿社会福祉センターの一部である滋賀県福祉用具センター（以下、単に「福祉用具センター」という。）においては、福祉用具について、その展示及び普及、利用者からの相談に基づく改造及び製作並びに技術の開発等の業務を行うものとされており、福祉用具センターが開設されてから平成15年3月までは財団法人滋賀県レイカディア振興財団が、同年4月以降は上記財団法人の権利義務を承継した被上告人が、指定管理者等として上記業務を行っていた。

(2) 上告人は、平成13年3月、上記財団法人に、福祉用具センターにおける上記の改造及び製作並びに技術の開発（以下、併せて「本件業務」という。）に係る技術職として雇用されて以降、上記技術職として勤務していた。上告人と被上告人との間には、上告人の職種及び業務内容を上記技術職に限定する旨の合意（以下「本件合意」という。）があった。

(3) 被上告人は、上告人に対し、その同意を得ることなく、平成31年4月1日付けでの総務課施設管理担当への配置転換を命じた（以下、この命令を「本件配転命令」という。）。）。。

3 原審は、上記事実関係等の下において、本件配転命令は配置転換命令権の濫用に当たらず、違法であるとはいえないと判断し、本件損害賠償請求を棄却すべきものとした。

4 しかしながら、原審の上記判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

労働者と使用者との間に当該労働者の職種や業務内容を特定のものに限定する旨の合意がある場合には、使用者は、当該労働者に対し、その個別的同意なしに当該合意に反する配置転換を命ずる権限を有しないと解される。上記事実関係等によれば、上告人と被上告人との間には、上告人の職種及び業務内容を本件業務に係る技術職に限定する旨の本件合意があったというのであるから、被上告人は、上告人に対し、その同意を得ることなく総務課施設管理担当への配置転換を命ずる権限をそ

もそも有していなかったものというほかない。

そうすると、被上告人が上告人に対してその同意を得ることなくした本件配転命令につき、被上告人が本件配転命令をする権限を有していたことを前提として、その濫用に当たらないとした原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。

5 以上によれば、この点に関する論旨は理由があり、その余の論旨について判断するまでもなく、原判決中、不服申立ての範囲である本判決主文第1項記載の部分（本件損害賠償請求に係る部分）は破棄を免れない。そして、本件配転命令について不法行為を構成すると認めるに足りる事情の有無や、被上告人が上告人の配置転換に関し上告人に対して負う雇用契約上の債務の内容及びその不履行の有無等について更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すこととする。

よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官	草	野	耕	一
裁判官	三	浦		守
裁判官	岡	村	和	美
裁判官	尾	島		明