



特別企画

## 藤田宙靖先生と最高裁判所(2)

東北大学名誉教授  
元最高裁判所判事  
藤田宙靖

(聞き手)  
日本大学教授  
蟻川恒正

(聞き手)  
神戸大学教授  
中川丈久

## はじめに

## I 最高裁論

## 1. 最高裁の変化

- (1) 「変化」はあったか、何が「変化」したか
- (2) 「変化」の原因ときっかけ
- (3) 「変化」のプロセス

## 2. 最高裁のあるべき姿

- (1) 下級審との役割の違い
- (2) 1980年代の最高裁
- (3) 調査官制度について
- (4) 「最高裁コミュニティ」という観念をめぐる仮説性と実在性
- (5) 実務における学者の立ち位置 (以上、400号)



## II 憲法事件

- (1) 一票の較差訴訟事件 (補足意見)
- (2) 君が代ピアノ伴奏拒否訴訟事件 (反対意見)
- (3) 婚外子国籍取得訴訟事件 (意見)
- (4) 広島市暴走族追放条例事件 (反対意見)
- (5) 藤田個別意見の特徴 (以上、本号)

## III 行政事件

- (1) 行政事件の比重の大きさ
- (2) 藤田先生の問題意識
- (3) 在外邦人選挙権訴訟——当事者訴訟
- (4) 医療法勧告訴訟 (補足意見) ——処分性
- (5) 上島駅土地区画整理事業計画訴訟 (補足意見) ——処分性
- (6) 小田急高架化訴訟 (補足意見) ——原告適格
- (7) 呉市教育委員会行政財産目的外使用許可訴訟——裁量審査
- (8) 国家賠償訴訟

## IV 学者と裁判官

- (1) 判決の射程、判例の一般論
- (2) 学説への注文
- (3) 反対意見を書くとき

おわりに (以上、402号)

## II 憲法事件

### (1)一票の較差訴訟事件（補足意見）

藤川 藤田先生の関与された数ある憲法事件の中から、4つほど抜き出してお尋ねしたいと思います。初めに「一票の較差」関係で、これについては先生はいくつも意見を書かれています。とりわけ2004年大法廷判決（最大判平成16・1・14民集58巻1号56頁）の補足意見2についてお聞きしたいと思います。2007年の座談会（高橋和之ほか「憲法60年——現状と展望」ジュリ1334号）で、私はこの判決が補足意見1と補足意見2と反対意見の3つに分かれていて、いずれも重要であると述べ、補足意見1を「判例における制度準拠的思考」と名付けて、1つの基本をなす考え方の枠組みだとした上で、それを厳しく統制しようとする枠組みとして新たに提出されたのが、補足意見2という形で示された制度準拠的思考に対する対抗思考と見ました。なお、私が考えますに、藤田先生も参加された補足意見2は、極めて藤田色が濃厚に感じられます。

もう1つ、反対意見もあって、これは限りなく「一票の較差」は1対1に近づけるべきだというものです。後で触れますが、これもまた当然重要です。

さて、補足意見2ですが、そこにおいて、先生は、『回想録』でも「多数意見と結論は同じくするが、理由付けを異にする」という書き方をされています。何をもちょう理由付けとするかは非常に難しい問題があると思いますが、広い意味では多数意見と理由付けを同じくすると言ってもいい。だからこそ補足意見というわけですが、他方で『回想録』の中でも書かれているように、「理由付けを異にする」と言える面が確かにある。そうだとすると、その厳密な意味での「理由付け」という言葉を使うならば、本件において文字どおりの多数をなしたのは補足意見1の6人ということになって、アメリカ流に言えば、ある種の相対多数意見という形で決着を付けることも、抽象的には不可能ではなかったのかもしれないと思うのです。しかし、補足意見2という形で藤田先生を含む4人がまとまって、しかも補足意見1を合わせて多数意見を構成することにしたことは意味がある。

いずれにしても、相対多数意見という構成を取らなかったのは、日本の裁判実務の伝統においてそれがなくに大きく依存していたのでしょうけれども、全体を補足意見1と2とグループングして、反対意見を含めて3つに分けたという戦略というか、最高裁全体としての全体構成が採用されたことの持つ意味について、もし伺えることがあったら伺いたいと思います。それが1つです。

もう1つは、補足意見2という形でまとめられた思考が、それまでの補足意見1に集約されるような立法裁量で決まりだという考え方を揺るがして、その後の極めて厳格な審査につなげていくものであったという点で、補足意見2は、同じ地点で両陣営が膠着しているかに見えた「一票の較差」訴訟の時計の針を進める役割を果たし得る重要な意見だと考え、私は2007年の座談会の時点でも、補足意見2の線を最高裁としては育てていくべきではないかとコメントしましたが、いまでもその考えは変わっておりません。

しかし、一方で、当時の反対意見では、当時で既に6人いたと思いますが、それがその後、勢いを増しているようにも見えます。この勢いを増している背景には、反対意見とは立場を分かち合うことにはなつたけれども、補足意見2の考え方がその他の分野にもわたっての極めて有力な思考枠組みになっていったということに勇気付けられている面があると思います。同時に、これも2007年の座談会で指摘しましたが、「一票の較差」問題を人権論としての平等の問題から、統治機構論の問題、具体的には、国会という統治機関の正統性（legitimacy）の問題に移し変える操作を施すことによって、平等論であれば合理的区別の範囲内として認められる余地がなおあったものを、国会が1対1ではなくてどうする、のような形で、ぎりぎりど迫り、厳格な審査・統制を促す理屈になったのではないかと思います。

それは、その後の衆・参両院「一票の較差」問題を通じての最高裁の立場の中でも少しずつ広がってきていて、補足意見2の線は、2009年の大法廷判決（最大判平成21・9・30民集63巻7号1520頁）以降、はっきりと多数意見になっていくと思いますが、同時に反対意見の線

も強まっている。そこには、補足意見2がどこまでも憲法14条1項の平等問題の司法審査として、判断過程統制をそれまでの行政活動の統制から立法活動の統制にまで押し広げることによって、厳格な審査を14条論として及ぼそうとしたとすれば、反対意見の線からなる筋は、理論的につきつめれば、憲法43条1項の「国会は全国民の代表」であるという観点を強調するものとして読めるという力点の違いのようなものもあったように思います。そうして、この点に関して言えば、私自身は、憲法43条1項を非常に重要な規定であると考えています。

補足意見2の中にも、憲法43条1項の観点は当然含まれていると思いますが、この観点は、とりわけ反対意見において非常に尖鋭な役割を果たし得たと解することができます。ただ、この観点は、使い方によっては劇薬にもなり得るもので、場合によっては尖鋭過ぎる帰結をもたらすということもないわけではないように思われます。そういう意味で、私は、基本的には補足意見2を育てたいと言ったのですが、ここでは、憲法14条と憲法43条1項のせめぎ合いでもあり、人権論として見るか統治機構論として見るかのせめぎ合いでもありますけれども、同時に、立法裁量を極限まで縮小させるか、それとも、なお一定程度残しつつ、しかし、その中でぎりぎり詰めていくという選択肢をあえて選ぶかという選択が問われているように思います。

今後、この選択は、ますます大きく問われると思います。そのときに、立法裁量を統制する契機として投票価値の平等をどれだけ重要な要素と見るかに関しては、もともと1964年(昭和39年)の大法廷判決(最大判昭和39・2・5民集18巻2号270頁)では、投票価値の平等は当・不当の問題であって、憲法問題ではないという趣きだったのが、1976年(昭和51年)の大法廷判決(最大判昭和51・4・14民集30巻3号223頁)で重要な考慮要素としたところから議論が始まっているのですが、そのときには投票価値の平等は唯一絶対の基準ではないという形で扱われました。1976年(昭和51年)大法廷判決で唯一絶対の基準ではないとされたということは、投票価値の平等という要素は、私の言葉で言えば、1つの「ファクター (factor)」

であるという扱いを受けたわけです。それに対して、それを発展させた1983年(昭和58年)年の大法廷判決(最大判昭和58・4・27民集37巻3号345頁)では、この点にある意味では居直って、最高裁は、「選挙制度の仕組みとして、国会が具体的に定めたところのものが合理性を是認し得るものである限り、投票価値の平等が損なわれることとなってもやむを得ない」と言ったわけです。

私の言う「制度準拠的思考」が、そこには強く表れていると思います。中間的な制度としての選挙制度の仕組みの合理性をいったん承認した上で、その下で審査するという形で、緩やかな審査を帰結するという考え方に「制度準拠的思考」が表れていると思います。それに対して藤田先生を含む4人の裁判官からなる補足意見2は、1977年のときは投票価値の平等を他の要素と調和的に実現するとのみ言っていたものを、他の要素からいわば突出させて重視する枠組みに、ひっそりと言ってもいいかもしれませんが、転換したと言えます。これは私の言葉で言えば、(投票価値の平等はあくまでも考慮すべき「要素」にすぎないといえすぎないのですが)「ファクター (factor)」ではなく「エレメント (element)」です。英語で「要素」というと「factor」と「element」があると思いますが、factorは多数の中の1つ、elementという切り札とまでは言えないとしても、1つの、よりがちとした重み付けがされるもので、投票価値の平等を、憲法14条の枠組みの下で、「ファクター」から「エレメント」に転換する重要な役割を補足意見2は果たしたと思います。その線を育てていくということと、先ほどから言っている、そのときの反対意見からつながっていく憲法43条1項を正面から打ち出していく思考とは、いずれぶつかるのか、それとも両者は平和的に同じ方向に向かい得るのか、今後の判決の展開の予測とも絡めて、先生のご意見を伺えたら大変ありがたいと思います。

#### ◆補足意見2の意味

藤田 いろいろなことをおっしゃられました。が、難しく、とてもお答えにならないと思います。まず補足意見1の「制度準拠的思考」。うまいことをおっしゃると思います。私はそういう整理を正面から考えたことはありませんで



した。

あの大法廷判決でなぜ3つの意見に分かれたのかですが、あれは単純に、従来の扱いからして、法廷意見は結論だけではなく、理由付けでも一致しないと法廷意見にならないのです。この事件では理由付けが3つに分かれたから、法廷意見は本来形成できなかったのです。だから、2つの意見の中の“合憲である”というところだけで、多数を形成して、あとの違いは補足意見1、2として書こうということで書いたもので、3つになったのは全くそういう技術的な理由だけからです。

補足意見2は「制度準拠的思考」に対して、それを克服したとおっしゃいましたが、そんな大それた考えで始めたわけではないのです。また、そういう手法が公法訴訟一般に対する関係で新たな基盤設定的なものだとおっしゃいましたが、それもそんなに大それたことを考えたわけではありません。あれは本当に、『回想録』でも書いたとおり、この事件をどのように処理するかというぎりぎりの判断だったわけで、将来これがどうなるかまで見通せるような余裕は全くない。これがその後どうなるかは、正に実務や学説のそれを待つしかなかったわけです。

ただ、補足意見2で一番言いたかったのは、立法裁量といっても、何もしないで放っておくのは裁量のうちに入らないということ、やらないのだったら、なぜそうなのかという理屈は

きちんと説明しないといけないでしょうと。そういう説明をしないで、何もやらないで放っておくのは許されないと。いくら憲法で与えられた裁量だといっても、それはないのではないかということを一歩言いたかったわけです。放っておく理由があるのなら説明しなさい、説明しないなら駄目だ。漫然と放っておくようだったら、次には違憲の判断もある。こういう意味で、何もやらないで放っておくというならば、立法府が立証責任を負えということ、強いて新しいことを言ったというならば、これがその1つだと思います。従来の判例でも、違憲状態になってある程度経ったら違憲ということでしたが、ただ経ったらということではないでしょうと。何の説明もしないで放っておくのが問題なので、それをとにかく言いたかった。それだけのことだと思います。

先ほどの14条と43条ですが、この話をそのように突き詰めて考えたことはないけれども、何で1対1でなければいけないのかといえば、当然それは国民の持っている政治に参加する資格は平等でなければいけないということだから、無関係なわけではないのです。補足意見2は、参議院選挙ですから、参議院と衆議院とでは必ずしも問題は同じでないだろうというのが、補足意見2の出発点ですが、反対意見は、全部一緒です。すべての選挙で1対1でなければいけないという議論ですから、それは必ずしもそうまでは言えないのではないかとこの補足意見2とは、そこが違うのです。ただ、これが衆議院選挙になると、両者は一緒になるわけです。衆議院選挙の場合にも、1対1でなくてもいいというのが従来の考え方だけれども、補足意見2に賛成した全部の人がそうなるかどうかは分かりませんが、私の考えでは衆議院選挙は参議院とは違う、これは本来厳格に1対1でなければいけないということになるから、そこは限りなく反対意見に接近してくるわけで、最近の衆議院選挙に対する考え方はそういう方向で大體一緒になってきているのではないかと思います。申し上げられるのはそれだけで、これ以上に難しい話についてはよく分かりません。

藤川 それ以上難しい話はありません(笑)。

## ◆裁量判断の合理性の審査

**中川** この判決は、行政法から見ると完全に、裁量判断が合理的か否かの審査をした例です。「自分の行為にきちんと説明を付けなさい。それができなければ裁量判断が合理的になされたとは言えない」という審査をしています。これは投票なので、完全に平等というのがデフォルトの結論のはずです。もちろん、参議院ならではの特殊性ということもありますが、そういうデフォルトの結論を立法する、法改正をするという誰でも考えつく選択肢があるのに、それと違うことをやっているのだから、なぜそうなのか説明しろという審査をしていると思います。

**藤田** そういうことです。だから、厳しい審査かどうか分からないので、逆に、説明しさえすればいいのだろうという話にもなりかねない。従来国会は、その説明すらきちんとしていないのですが、少しでも改善に向けての努力を見せればいいのではないかと取られかねない。一票の較差事件についての最高裁判例は、従来、何とかこれだけやったから今回は許してやろうみたいなことが多かったのですが、これだけで良いかどうかは次の問題です。ただその場合、最高裁が違憲判断をする、無効判断をするというのは一体どういう意味を持つことなのかという問題がありますから、そこはまた別に考えなければいけないのです。だから、その意味では補足意見2は審査基準を従来より厳しくしたのかどうか分からないのですが、ただ、あの当時の立法府にとっては、非常にショックだったことは間違いないと思います。

**蟻川** しかし、あれが出た後だと、頑張りましたという言い訳が、ひょっとしたら通ってしまう理屈かもしれません。

**藤田** 少なくともそれを狙った動きは出てきているわけです。既に大法廷の違憲状態判決が出された後の今度の衆院選でも、そのままの状態で行われた選挙が終わった後になってようやく「0増5減」の改正をして、それで、頑張りましたというのだから。しかし、これではちょっと話が違うので。

**中川** そうすると、何か言えば済むわけではない可能性もあるわけですね。

**藤田** 少なくとも、本当にやれることを全部やったかどうかとか、本気でどれだけやったか

というところのコントロールをする必要が出てくる。コントロールの分け目というか、視角としては、これからの問題だろうと思います。

**蟻川** いまのは「違憲の主観化」と言われる、「一票の較差」問題で指摘されることの多い、けれどもこの問題を越えて一般にも通じる、問題につながっています。例えば剣道受講拒否。ここでは、学校側の対応が余りにひどい、学生の話の少しも聞こうとさえしなかった、だから退学処分は違法だ、というのが最高裁判決（最判平成8・3・8民集50巻3号469頁）のポイントです。逆に言えば、学校側は学生の主張をむげにさえ扱わなければ、「学校側もこれだけ丁寧にも聞いたのだから」ということで、まあ頑張ったということで、この退学処分は仕方がない、裁量権の範囲内だという理屈が立つ余地が、あの最高裁判決だとお残るように思われます。「一票の較差」訴訟にもそれと似たものがあるように思うのです。

ただ、その場合に、いまの先生のお話を聞いて改めて思うのは、最高裁が出す枠組みは抽象的な枠組みではなく、その事件に固有に対応するものだということです。本来この事案類型にはこの基準が相応しいということがあらかじめあるわけではなくて、その事案類型にある基準を適用したけれども、事態がその後さらに進んでいくと全く逆作用を起こす蓋然性が高くなれば、改めて違う基準を作るということもあるでしょう。また、例えば、この点はこの事案では明らかだから、あまり厳格な審査を使わなくても緩やかな基準で適切な結論が得られると思えば、厳格な審査は本来的には必要かもしれないけれども、使わないで済ますというようなことは、一般的にも言えますか。

**藤田** それはあり得るだろうと思います。例えば最大較差が何倍以上だったらアウト、何倍以内だったらセーフという問題ではない。そういう問題では全然ないわけですが、現実問題としてかつて最高裁がこれは違憲だと言った5.0倍以上ということになったら、いくら頑張ったって言ったって、話にならないということになるでしょうし、それは事案の出方によって違うということはあると思います。



◆最高裁が示す枠組みの一般性

蟻川 私は、いま、「起案講義憲法」という本誌の連載で「事案類型」という概念を立てて、憲法論の起案の仕方を考察しているのですが、そこでの基本的な見取図は、次のようなものです。いままでの学説の違憲審査基準は「事案類型」ということにほとんど頓着せず、この表現の自由に対してはこうだという形にしていた。けれども、それではあまりにも大なたを振り過ぎています。しかし、かといって、本当に個別事案ごとに利益衡量だけでやるのでよいのかと。その両者の中間をどう狙うかというところに、「事案類型」という概念の占める位置があって、この地点を足場に、それぞれの工夫が求められているというのが、目下の私の見通しです。

藤田 そうですね。そういうことを言っておられるのを拝見しました。

中川 最高裁は、枠組みを作りつつ、かつ、それも壊しつつと、両方なのですね。

藤田 両方なのです。だから、枠組みを作ってみたけれども、それは想定してもいなかったという事態が必ず起きるわけです。判例変更の問題もそれに関わるわけで、最高裁が判例変更をしたのかしていないのかというのはよく議論になります。あれは実際非常に微妙なところで、最高裁は、これは一般的に通用すると考えたか、少なくともこれだけの範囲のことを想定して当時はやったつもりかもしれないけれども、

後から考えると、あのときこうだと言ったのは、一般的な話ではなくてこれとこれのことだったと。例えば、子供が赤い花を見たと言ったときに、当時子供には赤とピンクの区別がついていなかった。この場合、子供が赤だと言ったのは、赤全般のことなのか、それともピンクのことを言ったのか。それと似たような問題だと思うのです。赤を赤と認識して、ピンクとの違いを認識した上で言ったのか、そうではなくて赤と言ったけれども、実はピンクも含めてのことだったのではないかと。最高裁の判例も、それに似たようなところがあるのではないかとこの気がするのです。

蟻川 非常に「文学的」で、かつ的を射た説明だと感じます。

藤田 蟻川さんが、いわゆる「猿払基準」の持っている意味について書いておられますが、第二小法廷は、いわゆる「堀越事件判決」で、「猿払基準」を文字どおりに適用すればアウトになるような事件において、あの基準は全ての公務員についてのものではない、として、セーフとしました。いまから見ればそれはそうも言えるかもしれないのですが、ただ、猿払事件判決が出されたときに、その法廷自体が、この基準は、本当に、公務員の中でも限られたものだけに通用する基準なのだとすることを、正面から意識していたのかどうか、当時は、公務員全体に通用するものと漠然と考えられていたのではないかと、ということも、あるいはないではないかもしれない。しかし、仮にそうだったとしても、第二小法廷が判例変更をしたとは言えないわけです。

中川 先生がおっしゃったことを、こうまとめてよいでしょうか。最高裁は、この事件を処理するために説明が必要だから、一般論を示す。しかし、それはあくまでもこの事件を処理するために示されたものである。この一般論がそのままその後の枠組みになるかどうかは、その後の判例を見て、後からでしか分からないということですね。

藤田 そうだと思います。厳密に言えば、判例はその事件についてだけのものなのです。この事件についてはこういうことを最高裁は言ったと、実はそれだけなのです。ただ、一般的な枠組みが独り歩きすることもあるし、下級審など

はそれに即ってやりますし、最高裁自身もまたそれに似たようなことをやることはあるのです。だから、そこは甚だ微妙なのですが、最後は、あれはこれとは違う、あれはこれだけだったのだという道が、必ず残っているのです。

**蟻川** 「法理判決」、「場合判決」、「事例判決」という言葉で言えば、最高裁自身はこれは「法理判決」だと思って書いたものが、後の事例の出現によってだんだん「場合判決」になり、さらには「事例判決」になるということがあるわけです。

**藤田** そういう可能性は、間違いなくある。だから、判例にしても何にしてもいろいろなものがあるけれども、最高裁の判決はその事案についていかに最も適正な判断をするかということが出発点になっているわけだから、そこを押さえておかないと、あらゆる議論が空振りに終わったり、おかしな方向に行ってしまうりする可能性がある。それは自分が裁判官をやってみて、痛切に感じました。学者の時代に思っていたことと一番大きく違ったのはそこではないかと思います。

**蟻川** 猿払も、当時はそんなに事例判断のつもりではなかったかもしれませんが、当時の最高裁判事たちが徹底してその事例に即して思考し判断したことによって、後になっても、あれは事例判断だったのだと言って矛盾のない形になっている。その意図・動機がどうあれ、そういう風に取り取る堀越事件判決の最高裁判事たちの思考・判断過程の厳密さには改めて敬意を表するとともに、後から見れば猿払の最高裁判決の中に、禁止される政治的行為を限定しているという箇所が文面上書き込まれているということにも、どれだけ意図しているかは疑問の余地もあり得るでしょうけれども、やはり私は、唖らざるを得ません。どれだけ意図していたかについても、私自身は、高橋和之先生の古稀記念論文集の中で書いたのですけれども(蟻川恒正「合憲であることの定型的論証としての猿払基準」『高橋和之先生古稀記念論文集(下)』〔有斐閣、2013年〕369頁)、猿払事件の香城敏磨調査官をそんなに甘く見ることはできないと思っています。つまり、「意図していたはずはない」などとは簡単には言えないと思っています。とはいえ、最高裁が最高裁としてどれだけ意識し

ていたかは、確かに、分かりません。けれども、そのことは最高裁判決の価値を低めることにはなりません。むしろ、それだけ最高裁判決には凄味があるとも感じられるし、それを見逃さない千葉勝美裁判官のような裁判官がいるということも、瞠目すべきことであるように私には感じられます。そこには、最初に藤田先生が言われたように、裁判官の中でもとりわけ優秀な裁判官たちが、ひょっとしたらそれは「点の軌跡」にすぎないのかもしれませんが、連綿として存在し、形成している、判決テキストを鍛え上げていく知的系譜とでも言いましょうか、最近亡くなったアメリカの法哲学者ロナルド・ドゥオーキンの言う「連鎖小説(chain novel)」とは違うものだと思いますけれど、精緻な思考が連綿と築き上げている「伝統」を感じざるを得ません。

**中川** お世辞を言うわけではありませんが、私も本当にそう感じます。最高裁判決は、特にロースクールの授業が開始されてからそれまで以上に読み込むようになったのですが、ここで述べていることが枠組みになるかもしれないし、ならないかもしれないということを覚悟しながら周到に言葉を選んで慎重に書かれていると感じることがほとんどです。

**藤田** 本当にそういうところまでちゃんと分かって書いているかどうかは分からないけれども、本能的にそういうものになっているかもしれないわけです。

**蟻川** 本当にこういうつもりだったのですか、と最高裁判事に聞いたら、たぶん分からないという結果になるということも多いと思います。

**藤田** それはいっぱいあると思います。例の情報単位論の話も、あの判決はいろいろな取られ方をあちこちでしたわけで、当時の最高裁判事だった元原利文さんは、何故法廷意見でいいかということについて補足意見まで書いておられるのですが、ところが、後に問題とされ批判されたようなこの判決の引用の仕方が様々に出てきたら、自分はそんなことは全然考えてもいなかったと確か新聞のインタビューで言っておられました。

**蟻川** 本当にそうだと思います。聞かずに読んでいるだけのほうが(笑)。

**藤田** どうしても、学者は、書いてある一般的

な論理をもってこれが判例だということで、それを前提としていろいろな議論をしますし、またそのこと自体必ずしも間違っているというわけではないのですが、そこには注意が必要です。厳密に言えば、こういう判決があるけれども、これはこの事件についてこうだと最高裁は言った、というだけのこと、あるいは、この問題に関して、こういうことを言っている最高裁判決がある、というだけのこと。要するに、1つの参考例にすぎない。私を始めとして、学者は、とかく話を一般的にしたがりまして、まして学生などはそうだと思いますが、そこはいまひとつ要注意であることを理解して頂きたいと思います。

**中川** 先ほどの事案種類の違いに注意を払った最高裁判決の分析という方法は、私自身も、行政指導の研究でやりました(中川丈久『行政手続と行政指導』[有斐閣、2000年]207頁以下)。行政指導に関するいくつかの最高裁判決は、確かにどれも「任意」の協力を求める行為だと性格付けるのですが、「任意」の意味が、判決ごとに違うのです。なぜならば、事案が全然違うからです。そのことに気付いたとき、最高裁は本当によく事案を見て、それに応じた判決をしているなど感心しました。そうした個々の最高裁判決を総合的に見て、現在の判例準則はどのようなものか、どういう一般論があるかと考えるべきかは、正に学者のすべきことですが、しばしば、学者側には個々の事案種類の違いに対する想像力ないし注意力が欠けているのではないかと感じます。学説は、主観説とか客観説というように簡単に分けてしまっていますが、そんなに単純なことを最高裁は語っているわけではないと思うのです。このような単純化では、事案に即した解決が導けないということを、ロースクールになってからますます感じました。

## (2)君が代ピアノ伴奏拒否訴訟事件(反対意見)

**蟻川** 次の事件、君が代ピアノ伴奏拒否訴訟判決(最判平成19・2・27民集61巻1号291頁)に進みます。先ほども藤田先生のお話にありましたように、また、いまロースクールの話が中川さんからありましたが、現行の司法試験で、試験委員によって公表される「採点実感」が2008年以降、「公法系」第1問、つまり、憲法

の採点に関連させて、毎年のように繰り返し指摘していることがあります。それは、「事案の内容に即した個別的・具体的検討の必要性」ということですが、これは正に、この判決の藤田反対意見が「本件事案の内容に即した、より詳細かつ具体的な検討がなされるべきである」と書いた、そのメッセージそのものです。そのところがやはり非常に重要であるということ、まず改めて言いたいと思います。

この判決の多数意見に対する藤田先生の立場は、先ほども藤田先生ご自身が示唆されたように、本当にリベラルな実体的立場に立って、違憲の結論を出して、当事者を直ちに救済する、というのとは少し違って、まだまだ調べなければいけないことがあるのに、こんな単純な、それも原告の主張におよそ沿っていない問題の切り取りのみによって結論を下しているのかという問題意識を強く持ったものだと思います。具体的に事案の内容にしっかり即して検討しなければいけないという、正にそのことだと思いますが、そのことに関して私が思うのは、次の点です。最高裁判決においては、そういう事案に即した具体的な分析が、特に近年のものを中心に、よくできていると思いますけれども、他方でこの君が代ピアノ伴奏拒否訴訟判決のように、19条が保護する「思想」は世界観・歴史観なのであって、それを直接侵しているものではないのだから侵害はないと言って、当事者がそれだけを言っているわけではないことは藤田先生が適切に示されたように明らかなはずであるにもかかわらず、本来は事案に即した具体的分析を最も得意とするはずの最高裁多数意見が、司法試験の「採点実感」に照らしても批判されるであろうような思考・判断プロセスをとっていることは、果たして一体なにゆえなのか。木で鼻を括ったような判断を今でも最高裁はすることが、私はあると思いますが、そういう判断がなされるのはどういう事案のときなのか、をお聞きできたらありがたいと思います。

**藤田** あの事件について詳しいことを言うのは私の立場としてなかなか難しいのですが、いま蟻川さんが紹介してくださったような理屈もあることを、もちろん皆さんが全然分からなかったわけではないと思うのですが、先ほども少し触れたように、音楽教師がピアノの伴奏をする



のは当たり前ではないか、つまり、職務上当然のことではないかという意識、感覚が圧倒的に強かったのだと思います。しかし、私はあの事件に関して、少なくともあの事件の具体的事実に照らして見る限り、そんなに簡単に言っているのだろうかという疑問があったということです。これは次に類似の事件が出てみないと分からないし、先ほども言ったように、あのときにこれは音楽教師のピアノ伴奏についてだけの判断なのであって、君が代を歌えなどといった話になった場合には話はまた別だという理解があったと思うのです。だから、多少議論が乱暴であるとしても、最初のところに重きがかかる以上は、それ以上の議論をしても仕方がないということだったのだと思います。

**蟻川** 「音楽専科の教諭等にとって通常想定され期待されるもの」についての、あの反省的でない憶断が、最高裁多数意見のポイントだと私は考えてきたし、その一部は書いてもきましたが、それはいま先生が言われたように、法律論というよりは、日常的にその人が育ってきた中での確信のようなものだとすると、そこは水かけ論にしかならないということですね。

**藤田** ならないですね。

**蟻川** イデオロギー的な水かけ論とも違う、ある種のその人の基礎教養、基本的な観念のレベルで、法律論ではないところで、実質的な決着がついていたかもしれない。

**藤田** そうかもしれませんね。

**中川** この判決を見て思い出したのは、政教分離で、例えば忠魂碑は社会的儀礼か宗教的行事かという、例の問題です。「それくらい普通にやるでしょう、社会的儀礼でしょう」と分類してしまった人の考え方で、「そうでもないのではないか」という人の考え方で分かれてしまっているのが、正に法律論以前の問題だと。

**蟻川** そうですね。先ほど、私はイデオロギー的な水かけ論とは別の次元でと、一応言いはしましたが、それがイデオロギー的な水かけ論と実はつながっているかもしれないところが、問題の根の深さに関わるのかもしれないと思います。

その上で、先ほど藤田先生がおっしゃいましたが、結局「良識」で裁判するとなったら法律論の知識はどうなるのだと思われるかもしれな



いという話とも重なって、この藤田反対意見を読んでも、音楽教師にピアノを強制するだけの公益上の利益が本当にあるのかということと、伴奏拒否には弊害があるとか、いや、停滞した時間はごく短いから、そんなに実質的に害があったと言えるほどのものではないのではないかとか、正にそれだけのこととも言えるような面があります。纯粹イデオロギー的な水かけ論は法律論ではないと思いますが、そこになにがしかの倫理や価値に関わる問題があって、その中でまた、一見単純にも見える利益衡量がある中で、どうやって決着をつけるべきなのかなかなか難しいように思います。

**藤田** これは本当に難しい。これは時間の積重ね以外ないわけです。そのためにも、こういう反対意見があったことはきちんと残しておかなければいけない、こういう考え方をする裁判官もいたということは残しておかなければいけない。法廷はそれをひっくるめてこういう判断をしたのだということ。それが法廷としての説明責任だと思うのです。

**蟻川** あの反対意見がなければ非常に問題だったと感じます。

**藤田** 君が代事件について最高裁はその後何件もやっていますが、過去反対意見があったことはみんなが意識しているのです。入学式の秩序を保つために校長が言うことに従うのは当たり前ではないかみたいな乱暴な議論で、あっさり終わってしまうことは、もはやあり得ない。

## (3)婚外子国籍取得訴訟事件(意見)

蟻川 いわゆる「国籍法違憲判決」(最大判平成20・6・4民集62巻6号1367頁)に進みます。この藤田意見は、本当に感服する意見です。私がそれを考える時々で、感服の重点の移動があったり感服の強度に違いがあったりするのですが、いまの時点で基本的に言わなければいけないことは、横尾和子裁判官を含む3人の反対意見などは全く違うわけですが、もう1つの堀籠幸男裁判官を含む2人の反対意見と多数意見とは、一見大きく離れているようにも見えるわけですが、藤田意見を間に置くと非常につながっていて、事案の実体的解決が、立法と司法との役割分担上の線引きとも結び付いて、ぎりぎりの判断が求められる事件だったというのが実によく分かります。全ての判決意見がつながって見えるという意味で、ここでも説明責任というかどうかはともかく、最高裁の合議の全体を見通させるという意味でも、藤田意見があることは重要だとつくづく感じます。

その上で、特に多数意見との関係について言うと、多数意見は違憲判決ですから、ある意味では立法府の意思を無視してでも、これは違憲だと言うことができる。それに対して藤田意見は、どこまでも国籍法解釈として論を展開しているのだから、立法府の意思を無視することができない。その中で、多数意見と結局のところ同じ結論に達するのは至難の業であって、ともかくもそれを成し遂げた藤田意見は法律家としての解釈論の極北を示すものではないかと考えています。

他方で、それだけに相当無理を冒しているのではないかと危ぶまれるところもありますが(笑)。この意見にとっても感銘しただけに、ここではあえて批判的な目で捉えようと思います。違憲判決としてなら許されることでも、法令解釈としてであれば許されないということもあるはずですが。多数意見ならやってよかった同じことを藤田意見がしているときに、それは藤田意見の法令解釈という枠組みであつたら許されないということがあるのではないかとこの猜疑の目を、あえて持って読んでいくと、ここでも、やはりぎりぎりの判断をされていて感服するわけですが、そのぎりぎりのところを「立法者の

合理的意思」という言葉で藤田先生は乗り越えておられるのです。それは立法者の意思ではなく、藤田先生が合理的と考える作業上の仮設としての立法者意思ですから、どこまで立法者意思そのものに重なるものであつたかは疑わしいわけですが、そういう媒介を用いながら、父母の婚姻要件についての立法不作為という形で問題を展開され、国籍法の法的仕組みや授權規定の概念といった舞台設定と仕掛けをしつらえた上で、法解釈というものの限界を極限まで抜けようとされたのだと思います。国籍法の解釈のところで、藤田先生は、学説上は「合憲拡張解釈」をされたということになっていますが、藤田先生ご自身は「拡張解釈」と言われていて、「合憲拡張解釈」とは言われていない。「合憲拡張解釈」と言うと、合憲限定解釈と対応するものだと一般に思われていると思いますが、藤田意見の法解釈は、合憲限定解釈と対応する「合憲拡張解釈」というべきものではなく、いわば、拡張解釈であり憲法適合的解釈でもあるものだと思います。つまり、合憲か違憲かのぎりぎりの分かれ目を直接的に指さすことはせず、合憲の範囲内で拡張解釈がいいのだと言っている。これは立法府との関係で消極的立法ではないかという批判が来ても仕方がないところで、それに対して本当にぎりぎりのところで戦われていると思います。

ここは一番言いたいところなのですが、うまく言えていないのが残念です。

藤田 おっしゃりたいことは分かると思いますし、それは私自身一番悩んだところでもあるからですが、実は合憲拡張解釈と拡張解釈で憲法適合的な解釈、その区別が現実にはあまり厳密につかないのです。いずれにしても拡張解釈であることは間違いない。そして、一般的に避けられるべきであることは当然なのです。多数意見に立つ裁判官たちが私の意見に賛成されなかったのは、少なからざる人がこれは危険だ、結果が同じことになるのであれば、危険を避けた方がよいと考えられたこともあったように思います。確かに危険を侵さないで済むならば、そのほうがいいのですが、ただ、私は国籍法の規範構造については、どうしてもこれは反対意見の見方のほうが正しいと思いましたし、そしてそれを前提として司法権の限界ということを

貫けば、これは反対意見のようにならざるを得ない。これはこれで立派な1つの在り方です。

ただ、他方でこの事件で何も救済がないということではよいのだろうか。私はいろいろ書いたのですが、この事件の原告は、そもそもそれ自体としてはそれなりに理由のある何本もの線引きの谷間に落ちこちてしまっている人なのです。本人の責任では全くないのに偶然落ちこちてしまった、そういう非常に稀有な例なのです。しかも、国籍の有無という重大な問題に関わるケースで、これを何も救済できないということで本当にいいのだろうかという疑問がある。多数意見を読んだとき、すぐに頭に浮かんできたのは、昔読んだある童話でした。おばあさんが、スカーフに穴が開いているのを見付けた。これは困ったどうしようと考えたのですが、そうだ、この穴を切り取ってしまえばいいんだと思いついて、穴の周りから鋏で切り取った。ところが穴はもっと大きくなった。それで、この穴を切り取らなければいけないと思ってどんどん切って行って、ついにスカーフは無くなってしまった、という話です。この類の話ではなかろうか、と思いました。

これはそうではなくて穴埋めの問題なのだから、救おうと思ったら正面から勝負せざるを得ない。しかし、本当に正面からできるだろうかどうだろうかというので、それこそ正に七転八倒です。それで、最終的なぎりぎりのところで、これはやるしかないんじゃないか、と決断しました。これは正に個別のケースでの個別の判断ですよ。線引きの谷間に落ちこちてしまったという例は、例えば年金給付だとか、ああいった給付行政の場面でよく出てくるのですが、そこまで一般的にこういう手法を拡げることにはできないと思うので、正にこの事件限りの判断なのです。それでも、この意見を本当に出そうかどうか、ぎりぎりまで悩んだのです。憲法学者でもない自分がこんなことをやっているのだろうかと思ったのですが、「この意見は藤田裁判官でなければ書けない意見だ。だから、ぜひ書いてほしい」ということを言ってくれる人がいまして、それで決断した。これは、とにかくこういう意見もあったのだということ、大法廷として残すということ自体に興味があると思ったのです。

だから、藤田が合憲拡張解釈を認めたとか、拡張解釈で憲法適合的な判断の例を示したというように、あまり大々的に評価されても困るのですが、正に先ほど言った、究極の決断であることを理解して頂ければと思います。

中川 この判断からは、行政訴訟で言うと、後で取り上げる医療法の勧告の処分性や、上島駅周辺土地区画整理事業計画決定の処分性の事件で藤田先生の手書されている意見のように、「ここは司法の責務として何とかしなければならない」という、あの雰囲気と似た迫力を感じるのですが、いかがでしょうか。

藤田 そういう見方もある意味ではあるかもしれないけれども。

中川 それとまた違いますか。

藤田 あちらは行政法だけど、こちらは憲法だからという、それはまた1つ違いがあるかもしれないけれどもね。

鎌川 先ほどの中川さんの問題意識に関わる場所ですが、下級審裁判官と最高裁判官でできることが違うかという議論がありました。原審の裁判官は、こういう国籍法を厳格に解釈したら、類推解釈や拡張解釈はなかなかできないでしょう。後に最高裁が控えているとなると、どうしても警戒的にならざるを得ませんから、やはり最高裁判事でなければ書けなかった意見であるということになるのではないのでしょうか。

藤田 そうだと思いますね。

中川 最高裁は、憲法論が関わらない場面でも、そういう柔軟な法令解釈を、これまでも時々してきているように思うのですが。

藤田 どういう解釈、拡張解釈。

中川 拡張解釈のこともあるし、立法時の意味を変更する解釈のこともあります。例えば、神戸牛の事件で、家畜改良増殖法29条（「家畜人工授精所の開設者は、その家畜人工授精所において家畜人工授精用精液の提供を求められたときは、正当な理由がなければ、これを拒んではならない」）における「正当な理由」の解釈が問題となった事件があります（最判平成13・12・13判時1773号19頁）。水道法25条の「正当な理由」がどこまで含むのかと似た問題です。兵庫県が神戸牛ブランドのために管理している但馬牛の非常に重要な精液を、県外の、しかも農家でな

い者が分けてほしいと言ってきたが、断ったという事件です。この法律は、戦後すぐの食料増産が求められたときにできた法律なのですが、いまはそんな時代ではなく、各地のブランド肉などのために人工授精用精液の提供先を限定しています。最高裁は、こうした時代の変化に何とか適合可能な「正当な理由」の解釈を示しています。

藤田 それはいくらでもというか、それこそその時々で「まなざし」が違うことがあり得るわけだね。

中川 国籍法事件は、あるカテゴリーの人がボンと隘路に落ち込んでしまい、放置されている事案です。これは立法の判断が必須の問題なのか、ちょっと司法が工夫すれば救える問題なのか……。

藤田 これもその後、直ちに改正になったわけですよ。ただ、この最高裁判決の巧妙なところは、はじめは違憲ではなかったけれどもあるところから後違憲になったのだという言い方をしているところですよ。

中川 そうでしたね。

藤田 それまでは立法にそれなりの合理性があったけれど、ある時点からそれがなくなりました。この事件は身分等に関わる問題ですから、そういう処理をしないとどこまでも遡って違憲となるという話が出てきて厄介だということもあるのですが、それは先に言ったまなざしの変化の問題かもしれないのです。これもそうだったし、メイプルソープ事件判決（最判平成20・2・19民集62巻2号445頁）もそうです。

中川 立法時は、これは仕方なかった。

藤田 それなりの合理的な理由があったけれども、いまではもう世情も変わってきて、そんなのは通用しないとやっているのだけれども、それは法律自体、何か変わったように言っているけれども、実は裁判官のまなざしが変わっただけのことかもしれない。

中川 そのあたりは、憲法学では何か議論はないのでしょうか。ある時点から合憲が違憲に変わるという手法ですよ。

藤田 それはよくあります。典型的には、民法900条4号ただし書の婚外子の法定相続分。

藤田 あれも間もなく出るけれども、多分そのようになるでしょう（最大決平成25・9・4裁時

1587号1頁。全員一致で当該規定を違憲とした）。

中川 以前からその手法はあったのですか。

藤田 1995年（平成7年）の大法廷決定（最大決平成7・7・5民集49巻7号1789頁）のときの少数意見がありますし、それこそ堀越事件の第2審の中山裁判長の判決は、公務員の休日の活動に対する国民の意識が変化したということを使って、この場合は適用違憲という判断です。

中川 ここ10年ぐらいの手法でしょうか。

藤田 そうですね。

中川 それ以前はどうですか。

藤田 それ以前はあまり。

中川 時代が変化したのだから、憲法適合的に法令の解釈を変える、ないしは違憲無効を宣言するというダイナミックな発想はどれくらい前からあったのでしょうか。

藤田 いや、それはよく分かりませんが、昨今特に目立つのではないのでしょうか。それは先ほど私が言った1990年代以降のいろいろな世の中の変化に対応するのに、どんな理屈で対応するかということとどこでだと思えるのですけれども。その1つのテクニックと言えるかもしれない。

藤田 堀越の話ばかりで恐縮ですが、逆に2審の中山裁判長は、あれは全体として見事な判断だと私は思いますが、国民の法意識の変化をテコにした。それに対して、最高裁判決はそれをしていないのです。そここのところの最高裁の見識というものも、私はあるような気がして、そう簡単に時代の通念の変化で法律論を左右させないという最高裁の意地はあったのではないかな。だから、先ほど1980年代の判決が面白くないと言われていましたが、そういう、もう変わってもいいと一般社会では思えることでも、保守的であることをある意味で宿命づけられた最高裁は静かにじっと我慢していたからこそ、1990年代以降、柔軟な方向に打って出ても国民の信頼を損なわないという面があるのではないかな。

藤田 あの事件の最高裁判決は事案が異なるとしたものでしょう。

藤田 はい。

藤田 あの件は、事案異（こと）で処理できたから、時代変化論をやらなかったのではないですかね。

藤田 だから、そっちの処理を選んだわけですよ。

よね。中山裁判長は選ばなかったわけですから。

中川 最後の手段ということでしょうか。

藤田 そうかもしれない。

蟻川 この国籍法違憲判決の藤田意見で注目すべき点は、論理の途中で本件区別は違憲だということは言われるものの、憲法適合的解釈だから当然と言えば当然なのかもしれないのですが、一貫して違憲としない理屈を立てて、それでいてこれだけの大きな変化を、しかも立法府が手を出す余地なく、もうこのままでいいのですと言っているのは、これはやはり凄い。多数意見は違憲判断をしている分、立法府意思から離れることができるけれども、国籍法の規定を合憲とした上でどこまでも法解釈で押していくという選択をした藤田意見は、立法府意思との整合性を自ら進んで弁証していかないと論理にならない。そういう、多数意見よりも不利なフィールドをあえて選んで戦って、それでどうとうそれを通してしまったのですから、これはアクロバットではないかと。

藤田 アクロバットです。だけど、もしこの結論に嫌なら立法府が変えればいいので、要するに準正子のほうも駄目よと削ってしまえば、理論的にはそれでいいわけですね。だけど、それは事実上できないだろうと。

蟻川 そうですね。

中川 先ほど申し上げた行政事件における藤田意見と同じトーンというのでしょうか、「この判決で示した法令解釈を立法府が気に入らないならば、後で立法府が法改正すればよい。司法として、いまやるべきことはやるのだ」という、議会と司法がキャッチボールをするというダイナミックな権力分立観を感じます。

藤田 それはそうなんです。同じことを、私はもう1つ、例の東洋町のリコール事件（最大判平成21・11・18民集63巻9号2033頁）でもやったのですよね。この結論が嫌なら政令を変えればいいじゃないかと。それは言ってみれば居直りみたいなものですけどもね。

中川 その意味では、非常に攻撃的な最高裁判決と言えそうです。その発想は、他の裁判官には共有されているのでしょうか。多数意見のほうはそこまで言わないと思いますが、補足意見もあまり先生以外には書かれていないような気が

がします。

藤田 いや、例えば、国籍法違憲判決でも、今井功裁判官補足意見、近藤崇晴裁判官補足意見が、同じようなことを指摘しています。

中川 ということは、ある程度の支持を得ている……。

藤田 例えば、「対話的違憲審査」という考え方（参照、佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』（三省堂、2013年））などからすれば、そうなるでしょうね。他方ではしかし、そこまで言わずもがなという意見、藤田は品がないという感想もあるかもしれない。

中川 これは従来の「議会と司法」の関係についての通念とは少々違うかもしれませんが。従来は、裁判所は淡々と裁判をしていて、よほどの場合だけ違憲判決をするという静的な権力分立観であると思いますが、これとは異なり、国会と裁判所が、お互いに知恵を出し合おうという感じですね。私は、機能不全を起している現在の行政国家では、司法もこうした積極的なイニシアティブをとることにためらわないことこそ、非常に健全な裁判所の在り方、ひいては権力分立の在り方ではないかと思っており、この動きを非常に注目しております（中川丈久「議会と行政」磯部力=小早川光郎=芝池義一編『行政法の新構想Ⅰ行政法の基礎理論』〔有斐閣、2011年〕121頁、162-165頁）。

#### ◆国内法における条約の地位

中川 国籍法事件では、人権条約への言及がありますので、この判決の条約の使い方についてお伺いしたいと思います。憲法や国際法の教科書では、条約は法律に優位するという見解が記されています。しかし、国籍法事件の最高裁判決は、「国籍法が人権条約に反して無効だ」という論理は用いていません。「日本国が人権条約に加盟した以上は、内閣や国会は、国として時代の変化に注意しながら、条約に適合的なことをやる責務があるのに、時代がこれだけ変わってもまだやっていない」という柔軟な言い方になっていて、決して、「人権条約に反する国籍法だから無効だ」というリジッドな論理展開にはなっていません。

国際法の人と話をすると、「条約は法律に優位する」「条約違反の法律は無効だ」と言われるのですが、最高裁判決では本当にそうなる

いるのでしょうか。実は私は、条約と法律の関係を、はたして「憲法違反の法律は違憲無効である」「法律違反の条例は違法無効である」「委任の趣旨を逸脱した委任立法は違法無効である」という国内法の法形式間の上下関係と同じように考えてよいのか、ずっと疑問に思っていました（中川丈久「行政法からみた自由権規約の国内実施」国際人権 23号 [2012年] 65頁）。この点は、いかがでしょうか、そういう意識は最高裁にあるのでしょうか。

**藤田** 私が判事になる前の最高裁判決を全部つぶさに知っているわけではありませんから、最高裁が条約の国内効力についてそもそもどのように考えているのか分かりません。ただ、国籍法事件について言えば、何もそんな問題、要するに条約の国内的効力ということを行わないでも処理できたからですよ。先ほど言ったように、全体としての世情の動きはどうなっているかということの1つの要素として、しかも非常に重要な要素として扱えば、それで十分この事件についての結論は導き出せたから、そういう問題には踏み込まなかった、ただそれだけのことだと思います。

**中川** 本件ではそこに踏み込まなければいけない事情がなかったということは、逆に言うと、「条約違反の法律は無効だ」なんてそう簡単に使える命題ではないという認識の現れでしょうか。

**藤田** 正面からそういう事件が出てきたときに、どうしてもそれを決めなければいけないというような事件が出てきたときに、最高裁がどう判断するかという問題です。

**中川** それは事案によるのかもしれませんが。

**藤田** かもしれませんが、それはちょっと何とも言えない。

**中川** 分かりました。ありがとうございます。

#### (4)広島市暴走族追放条例事件（反対意見）

**蟻川** 最後になるのですが、「広島市暴走族追放条例事件判決」（最判平成19・9・18刑集61巻6号601頁）についてです。これは、いまの脈絡の中で議論できると思うのですが、ここでは合憲限定解釈というものを藤田裁判官はとらなかった。そのとらなかったということを私も支持したいと思いますが、合憲限定解釈をとらな

いこの決め手になったのは何か。もちろんこの条例が条例として守らなければならない最低限の線も守れなかったこと、立法技術が拙劣であるということは、多数意見も含めて共通の認識であったことを前提に、しかし、多数意見が合憲限定解釈によって処理しようとしたのに対して、藤田先生がそれを拒んだのは私には正当と思われるが、それはすぐに広島市議会が条例改正すれば、簡単にできるはずだという判断が大きかったのではないかと。

これはもちろん、この事件に関しての判断ですが、裁判官の思考様式の典型的なものではないか。つまり、違憲だと言いたいけれども、できるだけ言わないようにする。けれども、言ってもそんなにドラスティックな弊害がないと思えるときには言うというもので、違憲とした場合の弊害が果たしてあるのかなのか。あるとしたら、どの程度か、それはどのぐらい容易に是正または解消可能なのか。そういう諸々の計算をして、そこから当座の実体判断に遡って、そこで違憲判断をするしないを決するという。

これは裁判官的思考様式と言っていいのかどうか分かりませんが、私は「後始末問題」とよく言うのですが、学者の場合はその種の「後始末」をあまり考えないで、再び猿払事件で言えば、とにかく1970年代以前から法令違憲をせよと専ら言ってきた。けれども、やはり責任ある最高裁としては、そう簡単にはそれはできない。法令違憲にして国公法102条1項の政治的行為禁止条項をとりあえず無くしてしまったら、職務上裁量権を広く持つ公務員が国の施設を用いながら組織的に政治ビラを配ったような場合にはどうすればいいのだろう、何も取り締まれないのかと。さらに、その後、国会や人事院は、果たして適切な、より良い立法が本当に可能なのかと考えると、あれは相当に難しいと私は思うのです。そうすると、法令違憲にした学説の気持ちは分かるけれども、それに踏み切るのは責任ある最高裁としてはできない。そういう思考・判断過程だったのではないかと。それと逆の同じ意味で、藤田先生は広島暴走族追放条例事件においては、これは広島市議会がやれる、国公法102条1項の改正と比べても、余りに拙劣な立法を直すだけでよいのだからやれると見越したからこそ条例違憲という選択をと

れたということなのではないかと思っていますが、いかがでしょうか。

**藤田** この事件については、私はむしろ学者の良心を正面から貫いたわけです。多数意見の考え方は、要するにそのベースにおいて、合憲限定解釈をしたって、本件において実際上の不都合は生じないというものです。確かに合憲限定解釈をしても事案の解決としては結果的に不合理ではないし、その限りではそれでもよかったです。ただ、これは立法があまりにもひどいのですよ。こういったものをいい加減に放っておくということだと、最高裁の合憲性コントロールの権威を失う、威信を失うと、極端に言えばそうなるのかな。

つまり、これを違憲としないで、いったいどういう場合に違憲とできるのだろうか。ただ、先ほど違憲とすれば簡単に新しい条例を立法できるだろうとおっしゃったけれども、それは果たしてどうでしょうか。

**蟻川** 一度こんなものを作ってしまった市議会だから？

**藤田** 議会にそれだけの能力があれば、こんなものをぬけぬけと置いているはずはない。私は正に、具体的な事件における最も適正な判断をということをもットーにしてきたのですが、この事件においては筋を通すことこそが最も適正な解決だと思いました。そういう意味においては、先ほど言われましたことはちょっと買いかぶりか、あるいは深読みなのかもしれません。少なくとも私自身は、必ずしもそこまでは考えていなかった。

ちなみに、多数意見もこれはお粗末な立法だということは言っているわけでしょう。それだけ言われれば、当然市議会は改正するだろうと普通は思いますが、私が聞いた限りでは未だに改正されていないようです。その理由は、「問題のあるような適用はしませんから」ということのようにです。

**蟻川** 条例改正能力が危なかった？

**藤田** 危なかったとまでいえるべきかどうか分かりませんが、もともと広島市議会は、この条例のままではそのように広範なものまで規制の対象になり得るということも思ってもいなかったのでしょうか。要するに、いわゆる暴走族を規制するために作った条例ですから、そ

れがお粗末な立法の結果、それ以外の者まで含み得ることになるとは思ってもいなかった。それを最高裁が、「これは本来はこういうものを狙ってるんだから」と言って救ってしまったものだから、「じゃあ、まあ、いいや」と思ったのではないかと思うのです。

**中川** 先ほどの国籍法事件とのアプローチの違いは、国籍法は本当に思わぬところに、あるカテゴリーの人がポンと落ち込んでしまったという事案であって、立法がお粗末とかそういうものではない。他方、暴走族追放条例のほうは、とにかく立法の体をなしていないということで、それは無効とすべきだという発想なのですね。

**藤田** これは間違いをちゃんと言って作り直させるべきだと思いました。事案そのもので見れば、多数意見の結論でもよかったのかもしれない。個別具体的な事件における最も適正な結論ということであれば、それでもよかったかもしれない。だけど、この事件では、やはりきちんと筋を通すことが一番適正な解決のはずだと思ったということです。

**蟻川** しかし、条例改正は難しいだろうという見立てを持っていたにもかかわらず条例を違憲にしたということになると、もし藤田反対意見が多数派になっていたら、条例違憲としても市議会是对応しないという……出たとすると、それは判決の権威に関わることにもならないですか。

**藤田** それは選挙訴訟みたいなもので、最高裁が違憲だと言っても、いまの国会だと改正しないかもしれない。選挙が違憲無効だと言っても国会が動かなければ、これは正にひどいことになってしまいますよね。おっしゃるのはそれと似たような話だろうと思いますが、この事件の場合には私はここまで言われれば、普通ならば改正するだろうとは思っていたのですけれども。

**中川** 違憲無効と言われたら、適用できなくなって困りますよね。

**藤田** それは改正したと思うのですけれどもね。

**蟻川** でも、しない自由はあるのですかね。

**藤田** それはしない自由はないでしょう、法的には。

中川 自由というのは意味によりますけれども、改正しないといって頑張るかもしれない。

藤田 ただ、実際問題として、一時期、広島市中心街に暴走族がものすごく集まる時期があったのです。あの条例は、その頃にそれを抑えようというのでできたものですが、いまはもうおとなしくなってしまうてそういう騒ぎはないのですね。

中川 いまはないのですか。

藤田 全国で暴走族というのは壊滅かどうか分からないけれども、ほとんど問題なくなっているの、広島ももうそうなっているようなのです。

中川 これは喫緊の課題ではない、適用することがあまりないということなんでしょうか。

藤田 そういうことのようにです。

藤田 よくアメリカでは、地方の立法が拙劣だから違憲判決が多いと言われますが、日本におけるそれに類する例だということですかね。

中川 その点に関連して思い出したのが、高知市の普通河川条例についての最高裁判決です(最判昭和53・12・21民集32巻9号1723頁)。あの河川条例は、私有地であっても、河川管理施設の機能を持っていれば、所有者の同意なく条例上の河川管理施設という性質を帯び、したがって、許可なく工作物を設置できない地域になってしまうというものでした。そういう場面では、河川法でも同意を必要としているのに(同法3条2項)、この条例はどうみてもおかしいだろうというので、普通河川条例が河川法に違反して無効となりかけたのですが、しかし最高裁は、いわば適法限定解釈をしました。暴走族条例と普通河川条例はどう違うのか、それとも普通河川条例の最高裁判決のほうがおかしくて、本当は条例を無効とすべきだったということになるのでしょうか。しかし、普通河川条例を無効にしてしまうと、河川管理は大丈夫かという心配もあります。

藤田 そうですね。そのあたりはいつも選択肢があるわけですね。要するに違憲なり違法と言って、やり直させたい方がいいのか、適法として救ってやった方がいいのか。自然公園法などの土地利用制限について、補償を与えるべきかどうかという、あの議論に似たような問題がありますよね。違憲として、法制度をちゃ

んと適正なものに作り直させたい方がいいのだという考えと、そうではなくて、むしろ適法として制限に対して補償をするべきだと。その選択肢は両方あり得ると思うので、似たような話かもしれないですけどもね。この場合は、私は広島市のためにも違憲として作り直させたい方がいいかと思いますが、しかし、広島市のほうはそういうわけで、いまはもう必要がなくなっていて、どうでもいいらしいのです。そういう意味では、実に虚しい。

中川 2つの選択肢のどちらを取るかの判断基準は、「合憲限定解釈とか、合憲拡張解釈など、憲法適合的な法令解釈が文言などに照らして可能か」ということだけではなくて、「立法府にやり直させるという強いメッセージを出すべきか」も考えるわけですね。

#### (5)藤田個別意見の特徴

藤田 他にもお聞きしたい判例はあったのですが、時間の制約があり、ここでひとまず憲法に関わる藤田意見に関して、一言、私の感じたことを指摘させていただきたいと思います。藤田先生は、個別意見の中でも、やはり補足意見が多い。しかし、反対意見も意見も書かれているわけですが、反対意見も意見も、いずれも憲法絡みの事件で書かれています。これはなぜ憲法事件なのかというと、やはり藤田先生の専門に限りなく近いところで、しかし行政事件とは違う何か働いて、補足意見だけでないものが4つ、5つ出るということになったのだと思うのです。その特徴として私が感ずるのは、非常に平明な理屈で一貫して書かれている。行政法学者として理論性の際立って高い藤田先生からすると、一見したところ不思議な感じさえするほどの非常な平明さをもって書かれた個別意見ばかりであるということに注目したいと思っています。

それは、例えば国籍法違憲判決で言えば、みんなが特段疑問を持つこともなく当然に反対解釈をするところで、反対解釈に引っ張られることなく、逆に拡張解釈をしているところです。条文に準正子については国籍を認めますと書いてあったら、それは普通は非準正子については認めませんという意味だという形で、普通なら反対解釈を当然しそうなところを、それをしな



いで、逆に類推解釈、あるいは拡張解釈をするということ。そして、反対解釈か、それとも、類推解釈か、というのは、法学入門者が習う一番の基本です。そういう一番の基本のところ、結局のところ決着をつけているという平明さ。しかし、それは藤田先生が謙遜の辞として言われる「実定法嫌い」などによるものではなくて、国籍法にある種の仕組み解釈を施して、2条と4条が原則で、その間に入る3条は例外であって授權規定なのだから、個別の授權を待って規範を立てられるのだから、非準正子についてはまだ規範がないのだと読む。そういう行政法学の「理論的」観点が基礎にあった上での平明さであるということです。

同じように藤田先生は、法の一般原則とか、信義誠実の原則などを使われたりして、問題の解決を図られていることもあります。そういう平明さも、学者出身判事としてはやはり異例の部類に属するのではないかと。とりわけ伊藤正己裁判官の補足意見が、「パブリックフォーラム」とか「適用違憲」とか、いろいろな理論装置を駆使しながら自説を展開されたのと比べても、装置に頼ることなく理論を展開したのが藤田先生の個別意見です。それは、君が代ピアノ伴奏拒否訴訟でも、目的を3段階構造に分けて捉えるというような、非常に常識的な議論の立て方をされる点に現れていて、藤田個別意見を考える際に逸することのできない特色だと思います。

それが憲法事件についても非常によく出ていると思うわけですが、それはやはり最高裁判事としての藤田先生の、あえて言えば学者出身最高裁判事としての藤田先生の矜持と申しますか、歴代の学者出身判事とも違って、最高裁判事の個別意見は学説的な議論を展開する場ではなく、裁判というものは、最終的には当事者を含む国民のためのものだ、国民のために裁判するのだ、という徹底した意識と覚悟が、異例の分かりやすさを導いたのではないかと。そして、それがそれぞれ学問的良心を踏まえた平易さという意味で、藤田先生にとっての「裁判官の良心」であるところの「良識」というものの、かえって学問的な現れだと思ふのです。つまり、藤田個別意見の平明さというのは、ただ平明を以てよしとするという平明さとは明らかに違

う。この点についてお考えを聞かせていただければと思います。

藤田 平明であるということをお誉めいただいたのかどうか、分からないのですが、平明であることは間違いないと思います。それは、それを心がけて書いたということもありますが、それよりも何よりも理論的装置を知らないからですよ。逆に言うと、いろいろな理論的装置を使わないでも説明できることを、不必要に理論的装置に頼って説明したがるのが学者の癖ではないかという日々の思いもありましてね。学者のときもそうでしたが、裁判官である以上は、より一層みんなに分かりやすく読んでもらわなければという思いもありまして自分の考えたことをそのまま素直に書いた。ただそれだけのことで、そんなに偉いことでも何でもありません。伊藤先生のような大学者としてととても比べることはできないと思います。

(つづく)