

タイトル	藤田宙靖『最高裁回想録：学者判事の七年半』
著者	秦，博美；HATA, Hiromi
引用	北海学園大学学園論集(155)：141-148
発行日	2013-03-25

藤田宙靖『最高裁回想録——学者判事の七年半』 (有斐閣, 2012 年)

秦 博 美

はじめに

行政法学者の藤田宙靖教授は、東北大学法学部で36年間教鞭を執られた後、2002年（平成14年）9月30日から2010年（平成22年）4月5日までの7年半、最高裁判所判事の任にあった。本書は、その回想録である。

筆者は別著で、「行政法研究者としての私に負わされた固有の課題は、刻々と変わる内外の行政法の制度と理論につき最新の情報を紹介するような作業にあるのではなく、その根底にある基礎的な問題につき、出来るだけ奥深く理論的な分析を進めるところにあるものと心得ている。」（『行政法の基礎理論』上（有斐閣、2005年）のあとがき446頁）と述べている。そのように、およそ「『実務の役に立たない』行政法学」（本書12頁。以下、断りがない限り本書の頁を示す。）、「実定法嫌い」（15頁）を自称する研究者が何故最高裁判事なのだろうか。

橋本内閣時代の行政改革会議委員や国地方係争処理委員会委員、情報公開審査会委員等の顕著な社会貢献という要因はさておき、それに対する解答を自ら用意している（150頁）。

また、筆者は、行政法学者として動かされたものとして二つの事情を挙げている。一つは、2005年（平成17年）4月1日から施行された行政事件訴訟法の改正の狙いが、今後、裁判所とりわけ最高裁判例において、どのように実現されていくのかを見届けることであり、いま一つは、直前の平成13年、14年に、第三小法廷が「宝塚市パチンコ条例事件判決」「行政文書部分開示情報単位論事件判決」等、行政法学者に極めて評判の悪い判決をいくつか出しており、それが園部逸夫氏が退官し、公法学者の伝統が切れた時点で出されたということである。

関連で言えば、元最高裁判事の泉徳治氏は、インタビューで、公法学者（憲法・行政法）を3つの小法廷に一人ずつ任命するのがよいとまで述べている（山田隆司『最高裁の違憲判決』（光文社新書、2012年）297頁）。

本書を紹介するに当たり、評者の主たる関心・問題意識は二つあった。最高裁判決に対する「調査官判決」という批判と、ある意味、それと表裏をなすものと思われる「三行半判決」という説明責任不履行への批判、この二つの問題について、当事者として、著者は果たして納得のいく説明を用意してくれるのか否かである。

I 本書の紹介

内容を概略紹介すると、「終章」を含めて、6章構成で、〈付録〉の個別意見では、憲法事件8件、行政事件10件、刑事事件1件及び民事事件3件を収録している。

「第一章 最高裁判事就任まで」では、就任依頼から就任まで、そして、初登庁・認証式・就任記者会見について書かれている。

筆者は、就任記者会見において、「かねて学者の立場で疑問に思っていた、最高裁判決における『説明不足』とりわけいわゆる『三行半判決』を念頭において、裁判官として、より国民に対する説明責任を果たしたい、という抱負を述べた」が、「『三行半』判決なるものを無くすということが、如何に非現実的であるかについては、後に自分が裁判官として執務して行く中で、嫌というほど思い知らされることになる」(25頁)と述べる。

この説明の妥当性がまさに問われることになるのである。

「第二章 執務」では、裁判官の日常生活、事件の審議、そして、最高裁判事の職務の実態が描かれている。

「第三章 関与した事件から」では、「第一節 概説」で、在任した7年半の間に、総計1万4724件の上告(及び上告受理申立て)事件に関与し、そのうち8122件が民事事件及び行政事件であり、残りが刑事事件であること、その中で、持ち回り審議による決定処理ではなく、5人の裁判官の合議に掛かったいわゆる「審議事件」は、そのほぼ5ないし6パーセントであったことを述べる(70頁以下)。

第二節から第四節までは「行政事件と近時の最高裁」で、第四節では、筆者が「最高裁判事となった以上は何とかしなければならないと焦慮に駆られていた」判決として、「宝塚市パチンコ条例事件判決」(最高裁平成14年7月9日第三小法廷判決)と「行政文書部分開示情報単位論事件判決」(最高裁平成13年3月27日第三小法廷判決)を挙げている(95頁)。

前者については、在任中遂に、この問題に触れるような事案に関与する機会を得ることができなかったが、後者については、多くの事件との関連で自らの見解を披露することができたと述べている(98頁)。実は、この箇所は、言外に、第三小法廷の前任の民法学者・奥田昌道教授が調査官を統制できなかったことを述べていることになるのである。

第五節・第六節は、「憲法事件と近時の最高裁」で、最高裁大法廷は、筆者在任中の7年半の間に、三つの違憲判決(在外邦人選挙権剥奪違法確認訴訟、婚外子国籍取得訴訟及び空知太神社事件)を出したこと、そして、昭和22年の最高裁設立以来、違憲判決を行ったのが計8回に過ぎないことに鑑みれば、変化の胎動が窺われるという。また、最高裁が法令を違憲無効とした例が著しく少ないのは、「少なくとも政府提出に係る法律案については、内閣法制局の事前審査手続によって、明白な違憲法令は事前にカットされているという事実がある」(119頁)と述べる。

「第四章 学者と裁判官の間で」では、「第一節『学問』と『実務』」で、「学問の神髄は、『何故

か』を問い続けることところにある」（146頁）こと、他方、「裁判官にとってまず何よりも大事なものは、目の前に存在する事件において、自分が行うべき判断の前提となる事実は何であるかについて正確に把握すること（事実認定）であり、次いで、その個別の事実関係を前提とした上で、最も適正な紛争解決の在り方は何かを判断することである。法律の解釈は、『最も適正な紛争解決』を目指しての判断過程の中での（もとより重要ではあるけれども）一部の作業であるに過ぎず、憲法の規定や法の一般原則が引き合いに出されるのも、基本的にはあくまでも、目の前の具体的な事件について『最も適正な解決』をもたらすための一手段であるに過ぎない」（138頁）と述べる。

次いで、「学者は裁判実務に対してどのような貢献ができるのか？」と問い、それに対し、「最高裁が紛争の最も適正な解決の途を探るに当たって、よりスケールの大きな視野を得られるきっかけを与えること」（146頁）として要約できるのではないかとする。以下は、その説明である。

「実務の処理に当たって、実務家は、問題解決のための引き出しをいくつも持っていて、これらの引き出しの中のどれをどう使って対処すれば良いかを考える」「ただ、それぞれの引き出しが何故そこにあって、それは全体の構造の中でどう位置付けられるのか、といったことについてまで、常に意識し、詳しく検討しているわけではない。それ故、既存の引き出しのどれもがうまく当てはまらない事態が生じたとき、例えば大変な自信家の場合（若手の秀才裁判官の中には偶にこういうタイプがいる）には、ともかくも知った限りでの既存の引き出しを当てはめてしまっ、とんでもない結論に到達してしまうこともあるが、より謙虚で考え深い裁判官の場合には、自分の持っている引き出しの外のどこかに問題解決の手掛りが見付けられないかを真剣に検討する。そういったときに、彼らは、まさに自分らが普段考えてもいなかった事を考えている学者の見解に惹かれることがあるのではないかと思う」「彼らは、自分らが普段やっているのと同じようなことをやっている学者には、…さほど興味がないのであって、むしろ自分らと違うことをやってきた学者、特に、自分らが持っている引き出しは何故そこにあって、全体構造の中でどう位置付けられるのか、といった、普段ならばどうしても良いことを一生懸命考えている学者に、興味を持つことがあるのではないか、と思うのである。私自身が最高裁に招聘されたのも、…、『何か新しいもの』がもたらされるのではないか、という期待がなされたからではなかったか」（149頁以下。下線評者）。

これは、奥田昌道教授のいう、「要は、制度の歴史的、体系的、内在的理解を助けてくれる研究論文」（『紛争解決と規範創造』（有斐閣，2009年）221頁）ということであろうか。

「第二節 『判例拘束性』、『説明責任』等々」は、紙幅の関係で省略する。

「第五章 裁判以外の公務」では、「第三節 判例委員会」が、判例評釈をする上で、興味深いものであるが、紙幅の関係で省略する。

そして、「終章 退官」で終わる。

II 調査官裁判について

裁判所調査官は、裁判所法 57 条 1 項により、最高裁判所等に置かれ、「裁判官の命を受けて、事件(…)の審理及び裁判に関して必要な調査その他他の法律において定める事項をつかさどる」(同条第 2 項)。

調査官報告書は、「その事件についての担当調査官が、一審以来の全記録に目を通した上で(裁判官自身は、通常のケースでは、一審・二審の口頭弁論調書だとか証拠書類といった原資料に目を通すことは無い。そんな時間はとても無いからである。)、その事件の事実関係、当事者の主張、一審や二審の判断の内容、等を要領良く紹介し、最高裁で判断するに当たっての問題点、先例の有無及びあるとしたらその内容、問題となる論点についての学説・判例、等々について整理し・紹介をした上で、調査官自身は、この事件について、どのような判断をしたら良いと思うかを、述べたものである」(64 頁。下線部評者)。

筆者は、「調査官報告書の質の高さ、そして持ち回り審議事件の多さからして、圧倒的に多数の事件においては、結果的に調査官報告書通りの処理がなされていることは否定できないが」、「重要な事件において、審議の結果、小法廷の結論が調査官報告書の結論と全く違うものとなることは、決して珍しくはない」ことから、最高裁の裁判が調査官裁判だというのは、「経験に照らして、明らかに間違っている」と述べる(67 頁)。

これに対し、元東京高裁判事の濱秀和弁護士は、『行政訴訟の実践的課題』(信山社、2012 年)で、稀な例を挙げて「調査官裁判」の批判は当たらないとする藤田教授を批判する。すなわち、まず、「持ち回り審議でかつ、調書判決で終わる事件は、主任裁判官であっても上告状、上告受理申立書をみないばかりでなく、上告・上告受理申立代理人の名前すら見ていないであろう。この圧倒的多数の調査官裁判に目をつむり、調査官裁判の批判は間違っているとは恐れ入る。」(はじめに xix) と述べる。

「持ち廻り審議」とは、「小法廷の裁判官全員が集まって合議するまでもなく、書類の持ち回りと押印による決^マ済のみで決定処理出来ると考えられる、比較的簡単な事件について行われる審議方法であり、法定の上告理由(憲法違反)や上告受理申立て理由を満たしていないと判断される、いわゆる門前払いのケースの他、実体判断であっても、判例・学説等に照らして明らかに採用することは出来ないと考えられるケースにおいて用いられる」。そして、これは「最高裁に係属する事件の殆ど、およそ九五パーセントほどを占めているのである。残りの約五パーセントが、重要案件として、評議室における審議の対象となる」(42 頁)。

「調書判決」については、民事訴訟規則 50 条の 2 (平成 16 年 10 月 6 日施行)が、「最高裁判所が決定をする場合において、相当と認めるときは、決定書の作成に代えて、決定内容を調書に記載させることができる。」と定め、「ほとんど調査官限りで上告棄却・受理申立て、不受理決定が調書に記載され、この調書の正本が当事者に送達されるという仕組みが作られている」(濱・同書

はじめに xxv)。

筆者も、「持ち回り審議事件」と評議室での審議の対象となる事件＝「審議事件」との振り分けは、まず担当調査官が行うとし、「裁判官は通例、配点された事件について、調査官が検討しその検討結果を整理した調査官報告書が提出された段階で、初めて事件の検討に取り掛かるのである。…連日山を成す調査官報告書付きの一件書類をこなすのに、まさに精一杯であった」(45頁)と述べる。

「主任の裁判官がまず目を通して、これは改めて合議をするまでも無く上告棄却(あるいは上告不受理)の決定で済むと判断したならば、一件書類中の押印欄に自分の印鑑をついて、次の裁判官に回し、以下各裁判官が同様の処理をして行く、という形の、『持ち回り審議』で一件落着となる」(63頁)。そして、「持ち回り審議については、専ら、各裁判官がそれぞれの裁判官室で記録の検討・押印決^{ママ}済を行う」ことになる(42頁以下)。

次に、濱弁護士「主任裁判官であっても上告状、上告受理申立書をみないばかりでなく」という箇所について、筆者は「最高裁の裁判官が一日に処理する事件の数は、上告事件・上告受理申立て事件だけで、平均10件ほどということになるが、その場合、各事件について読まなければならない資料は、最低、一審判決、二審判決、上告理由書(ないし上告受理申立て理由書)、それに調査官報告書、の四点ということになる」(64頁)と述べ、相違を見せる。

ただ、優先順序はあるようで、「私の場合にも、個々の事案の具体的な検討に当たっては、まず調査官報告書から読むことを始め、それを通じて、事件全体の概要を頭に入れてから、一審判決、原審判決等を読む、という手順で作業を行った」(67頁)と述べている。

評者には、実質的に、調査官報告書を作成した主任調査官と、報告書に最初に目を通す主任の裁判官の一存で、事実上処理が決まってしまうのではないのか、という疑問を拭い去ることはできなかった。自らが主任裁判官を務める事件の処理に追われることになる、他の裁判官にとって、本件については、主任の裁判官が責任をもって判断した結果なのだという「責任分担」「信頼の原則」が芽生えるとしてもおかしくはないのである。所詮「組織」で仕事をするとはそういうことであろう。

仮に、阿部泰隆教授が提案する「振り分け担当裁判官を1人ではなく3人にして主任裁判官を決めずに、全員が責任を持って事件を担当して合議することが望ましい」との改善策(『最高裁上告不受理事件の諸相2』(信山社、2011年)9頁)にしても、お互いのもたれ合い意識を醸成するだけかもしれないのである。

筆者は、「結局私は、最高裁の裁判は、裁判官と調査官の共同作業によるもの、というのが、最も正確であると思う」(68頁)と述べ、園部逸夫氏も、「憲法裁判や判例の統一など複雑困難な法律問題の解決には、経験の豊富で思慮深い年輩裁判官と思考は柔軟で情報収集能力に富んだ優秀な若手・中堅裁判官との共同作業が必要である」と述べる(『最高裁判所十年』(有斐閣、2001年)156頁)。

実務的見地からは、園部氏の次の指摘が重要であると思われる。すなわち、「日本の最高裁判所では、先ず過半数の多数意見をまとめた後、補足意見、意見、反対意見の最終案が提出される。法廷意見を含めて、すべての意見に多かれ少なかれ調査官が関わることは特に述べるまでもない。日本では、公文書としての判決書に最低限度の様式美が求められるから、用語や判決の引用の仕方、法令や判例の法の解釈上の基本的な部分その他調査官が関わらざるを得ない部分がある。もちろん各自の意見の基本にまで容喙することはない。そういう意味では、過去の一時期、調査官裁判という批判を受けたことがあったが、これは当たらない。しかし日本の最高裁判所は補助機関としての調査官制度に支えられていることは疑いががない。」(同書10頁。下線部評者)。さらに、例外なく60歳以上の最高裁判事は、主任裁判官として判決を自ら起案する年輩ではないと正直に述べている(同)。

また、阿部泰隆教授は、「調査官は、調査に徹し、報告書に事件の当否の結論を記載することをやめるべきである。そもそも事件の判断は裁判官の職務であるから、調査官に結論を聞くべきものではないのである」(前掲書9頁)と批判する。一見もっともな意見であるように思える。

しかし、評者は、調査官が自らの結論を述べなければ、報告書の効果は半減すると考える。結論が示されているからこそ、最高裁判事は、調査官報告書の推論の過程を精査できるのである。また、行政組織も同様に、部下が参考資料を収集し、ある程度の判断を持って上に挙げる。部下が判断を上にも丸投げするようであれば、上司は怒るであろう。問題は上司が部下を見識及び専門性においてリードできるか否かであろう。結論のない報告書は、気の抜けたビール以下ということになる。

ここでの当面の結論としては、「調査官をうまく使う(人間関係を含めて)」(22頁)のか、黒衣である「調査官にうまく使われている」(＝我こそ最高裁であるという調査官のプロフェッショナルイズム)のかということであろうか。無能な上司を優秀な部下が操作する事例はどこにでもある。

III 三行半判決について

三行半判決(例文判決)とは、上告については、「民事事件について最高裁判所に上告をすることが許されるのは、民訴法312条1項又は2項所定の場合に限られるところ、本件上告理由は、理由の不備・食違いをいうが、その実質は事実誤認又は単なる法令違反を主張するものであって、明らかに上記各項に規定する事由に該当しない」、上告受理申立てについては、「本件申立ての理由によれば、本件は、民訴法318条1項により受理すべきものとは認められない」等と判示するものである。

濱秀和弁護士は、『行政訴訟の実践的課題』で、「上告事件、受理申立事件の取捨、選別を調査官が行っている制度の下では不受理の理由など書けるはずがない。調書裁判は調査官裁判の帰結である。裁判に理由を付さなくてはならないことは、法治主義の基本的な原理である。」(はじめにxx)と批判する。

判決理由とは、「判決において主文の判断を導くに至った前提をなす事実の認定，争点の解明，法の適用を示して主文に至る判断経路を明らかにする部分」（有斐閣『法律学小辞典』）をいうが，三行半「例文判決が結論を導く論理的過程を欠く以上理由の名に値しないことは自明の部類に属する」（阿部・前掲書8頁）というべきである。

「判決の理由不備又は理由の食違い」は，絶対的上告理由を構成する（民訴法312条2項6号）ところ，最高裁の上には審級がないとはいえ，最高裁自体が「絶対的上告理由」を構成する判決をすることは到底許されるものではない。

筆者は，「三行半」判決なるものをなくすということが，如何に非現実的であるかについては，後に自分が裁判官として執務していく中で，嫌というほど思い知らされることになる（25頁）と述べる。しかし，「非現実的」というのは，最高裁の事務処理の現状から致し方ないということを示すべく，あるべき「当為」を現すものではない。結局のところ，筆者は，本書で三行半判決（例文判決）が肯定されることの合理的理由を何ら示していないということになる。

阿部教授が言うように，判決には理由を付さなければならないのである（民訴法253条，297条，313条及び122条）（前掲書3頁以下）。筆者が言うように，調査官がエリート中のエリートであること，そして，調査官報告書（本文自体は普通20～30頁のものが多いが，事案によっては100頁近くになる）の迫力は大変なもので，なまかな大学教授の判例評釈などでは，到底太刀打ちできるようなものではない（66頁）ことを仮に認めたとしても，実質的な「理由」を示すことなく，最高裁の判断に有無を言わず従えということにはならないのである。

また，阿部教授は，同書で「例文判決においても，上告理由書は全文添付されている。それを排斥する根拠となったのは調査官の報告書であるから，それを判決理由として添付すべきである」（9頁）と提案する。確かに一つのアイデアではあるが，調査官の報告書はあくまでも最高裁の内部文書であるから，そのままの形で，外に出ることを想定はしていまい。

評者は当面，次のように考えている。すなわち，事件数等の最高裁判所の組織的現状という内部的な事情を根拠に，対外的に「三行半判決」なるものを正当化することにはならない，また，濫訴の弊害に対して，節度のない例文判決の濫用を以て対抗することにもならないのであって，国民の権利利益の救済，そして裁判を受ける権利（憲法32条）の見地から，何らかの改善策が急務であろう。評者は，阿部教授の提案に触発されてではあるが，最高裁の判断が安易に流されなためにも，別紙として，仮に調査官報告書のポイントを要約した最低でもA4判1枚の実質的理由を添付することは，現状でも十分可能であろうと考える。

終わりに

本書の内容については，「調査官裁判」への反論はそれなりに理解できるものの，「三行半判決」の合理性の根拠は，薄弱であり，承服できないということになる。

実は，濱弁護士『最高裁上告不受理事件の諸相1』のトップバッターに挙げられている，不

動産取得税に係る「シャトレゼ事件」は、評者が北海道庁勤務時代に、弁護士をつけずに道職員の「指定代理人」のみで訴訟追行し、札幌地裁、札幌高裁、そして最高裁と何れも勝訴した事件である。

「裁判はその国の法律文化の象徴である」(園部・前掲書 323 頁)。上告不受理事件は、文字どおり闇から闇へ葬られる運命にある。「遺恨」(?)はあるにせよ、濱弁護士と阿部教授の問題提起を受け、いまは一研究者として虚心に研究を進めていきたいと考える。

閑話休題(???)

「神経の張り詰めた作業をしている中で、各書類が、みな達意の分かり易い文章で書かれていればまだ良いのであるが、上告理由書の中には、だらだらとまとまりの無い文章が書き連ねてありやたらに分量だけ多いものなどもあるし、また、下級審判決とりわけ一審判決の場合、論点の整理が極めて下手で、徒らに同じことを繰り返しているようなものもときどきある」(65 頁)「このようなものを読まなければならない我が身の不幸を嘆き、心底疲れ切ってしまう。大学教授時代の経験で、これにやや似ているのは、恐らく、期末試験、或いは司法試験の採点だったと言えるであろうか」(66 頁)という記述がある。

評者は、筆者の1976年度の行政法Ⅰ・Ⅱの講義を受講し、期末試験も受けたが、一「加害者」として、筆者には誠に申し訳なく思うとともに、いまは何の因果か、「被害者」として、期末試験の採点に汗を流している。