

はしがき

「法律学者は何を論じるべきか」とはまた、大層偉ぶった物言いに聞こえるが、これは、法律学者としての私が、自らの課題として過去六十年間追究して来たのは何であったかを再確認しようとするものであって、他の方がこれに同調して下さることに期待するところはあっても、それを強制しようというものではない。

この問いについて私は、研究者としての第一歩を踏み始めた当初から、常に意識をし、発言を重ねて来た。例えば、①若き日（三十歳台）、自らの（実務家ならぬ）研究者としてのアイデンティティの確立のために（参照、藤田「臆病」藤田宙靖・紀子著『広瀬川を望む丘にて』一六頁以下）、また②法学部長時代（五十歳台）、大学における法学教育の在り方について確認するために（参照、藤田「法学教育における『先端』と『伝統』、『応用』と『基礎』」同書一九九頁以下）、更に③最高裁判事の任務を終えた後に（七十歳台）、実務側が求めている学者像は何かについて語るために（参照、藤田「法解釈学説と最高裁の判断形成」同「裁判と法律学」五三頁以下、同「裁判と法解釈学」再論——小田中聰樹氏からの批判を手掛かりとして——同書六三頁以下）した発言がそれである。そして再度学究の道に戻った私は、この十年余、主として日本学士院の例会という舞台をお借りして、私のこういった学問の在り方を、仮に法律学の専

門家でなくともその凡そを理解して頂けるような形で伝えられるべく、様々に工夫を凝らして来た。満八六歳の誕生日を迎えようとする今、私に、己の考えるこのような学問活動をこの先更に続ける余力はもはや無く、そういった意味も含め、これらを収録した本書は、若き研究者、またこれから法律学者の道を歩もうとする学生に向けての、私の遺書とも言うべきものである。

本書に収録する論文については、初公表当時のものに内容上の変更は一切加えていない。これは、その間、幸か不幸か、これらにつきこれといった批判や論評に直接触れることがなく、また自分自身にそれを探索するだけの余裕が無かった等の事情にもよるが、それよりもむしろ、本書の狙いは、内容よりも、各論文における「論じ方」を見て頂くところにあるからである。そのため、失敗に終わった論じ方（第Ⅰ論文後半部分）をも、その修正を行った論文（第Ⅱ論文）と共に、その全部を掲載することとした。

但し、原論文初公表時における引用文献名や頁数の不正確・不十分さの訂正、また論文の内容をより正確に理解して頂けるようにするための字句・表現等の修正は、全書にわたり、広く行われている（例えば、八八頁における図の挿入等はその典例例である）。こういった作業については、佐藤文子さんを始めとする有斐閣編集部の方々ならぬご助力を頂いた。

佐藤さんのお付き合いには、既に幾久しいものがあるが、本書を以て、最高裁退官後裁判と法律学との関係に関連して私が著した書物全三巻（本書に加え、『最高裁回想録』『裁判と法律学』の全てにつ

きお世話を頂いたことになる。これらは、蓋し藤田〓佐藤三部作とでもいうべきものであつて、毎度のことながら、その眼力と周到さに心底敬服すると共に、改めて、深甚なる感謝の念を表するものである。

令和八年三月

藤田宙靖

目次

序章

——プロローグ——

第一節 いわゆる「集団的自衛権の（一部）容認」……………三

第二節 天皇生前退位……………八

第一章 法律学者は何を論じるべきか？……………二

第一節 「法律学者」、「法学（法学）」、「実定法（解釈）学」、「学問」と「実務」……………三

一 「法律学（法学）」とは、果たしてまたどのような学問なのか？……………三

二 実践的判断と「学問」……………一五

三 「法律（解釈）学」と「法（律）実務」……………二六

第二節 法律学者は「何故か」こそを問わなければならない……………一六

第三節 本書の内容 一〇

第二章 諸論文 三

第一部 時の話題から

I 集団的自衛権の行使容認を巡る違憲論議について 二五

——覚え書き——

一 問題の所在 二五

二 議論の出発点に置かれなければならない法解釈論上の「公理」 二六

三 「公理①」に関して 三〇

四 「公理②及び③」に関して 三九

五 閣議決定並びに法案の内容の合憲性について 四三

六 結びに代えて 五四

II 自衛隊法七六条二項二号の法意 六一

——いわゆる「集団的自衛権行使の限定的容認」とは何か——

一 始めに 六一

二	三つの「公理」についての補論	六五
	——長谷部教授の反論に関連して——	
三	「内容の違憲・合憲」問題	七六
四	自衛隊法七六条一項二号について	九四
五	終わりに	一〇一
III	「国政への関与」……………	一一五
	——「象徴としてのお務めについての天皇陛下のおことば」 (平成二八年八月八日)の法律学的検討——	
一	始めに	一二五
二	「国政への関与」ということの意味	一二七
三	「おことば」の内容について	一三三
四	「お気持ち」とその「忖度」	一三〇
五	「おことば」の伝え方について	一三五
六	結 び	一四〇
IV	大川小学校津波被災訴訟始末……………	一五三
	——「上告不受理決定」(最高裁)の意義——	

一	はじめに	一五三
二	本件における主たる法律問題	一五五
	—— 学校が児童・生徒に対して負う安全確保義務と災害の予見可能性	
三	裁判所の対応	一五七
四	上告審での争点	一六〇
五	上告受理申立て並びに最高裁による不受理決定	一六三
六	本件不受理決定の理由について	一六八
	—— 最高裁は、何故本件受理申立てを不受理としたのか	
七	終わりに	一七六
	—— 事件の全体像における本件最高裁決定の意義	
V	「スポンジ」対策と憲法二九条	一九五
	—— 「都市縮退」の時代における土地政策の一断面	
一	はじめに	一九五
	—— 都市（宅地）の「スポンジ化」現象	
二	「スポンジの穴」を巡る法問題	一九九
三	所有者不明ではないが管理不全土地（スポンジの穴）であり、 しかも利用ニーズのある土地の第三者利用	三一九

四 結 び 三三

第二部 行政法の基礎理論から

VI 自由裁量論の諸相……………二四七

——裁量処分の司法審査を巡って——

一 始めに 二四七

二 基本的前提 二四八

三 「裁量」概念の「皮剥き」 二五〇

四 法的規制があるにも拘らず認められる「裁量」 二五四

五 (自由) 裁量処分の司法審査と「当事者間の紛争解決」の視点 二六一

VII 「行政機関」と「公務員」……………二七三

——国家賠償法一条一項の捉え方を巡って——

一 始めに 二七三

——二つの思考モデル——

二 「行政機関」と「公務員」 二七五

三 「行政機関モデル」(モデル1)の論理構造 二七七

四 「公務員モデル」(モデル2)の論理構造 二八一

五	行政法学説における「職務義務違反説」の再評価について	二六八
六	公務員の「職務義務違反」とは何か？	二九〇
七	各理論モデルの定位	二九九
八	結び	三〇〇

終章

—— 解 題 ——

事項索引（巻末）
判例索引（巻末）

著者紹介

藤田宙靖（ふじたときやす）

- 1940年 東京に生まれる
- 1963年 東京大学法学部卒業。同助手を経て
- 1966年 東北大学法学部助教授
- 1977年 東北大学法学部教授
- 2000年 東北大学大学院法学研究科教授
- 2002年 東北大学名誉教授、最高裁判所判事
- 2010年 最高裁判所判事退官
- 2014年 日本学士院会員
- 現在に至る

〈主要著書〉

- 公権力の行使と私的権利主張（有斐閣、1978年）
- 西ドイツの土地法と日本の土地法（創文社、1988年）
- 広瀬川を望む丘にて（藤田紀子と共著、有斐閣学術センター、2000年）
- 行政組織法 新版（良書普及会、2001年）
- 行政法学の思考形式 増補版（木鐸社、2002年）
- 行政法の基礎理論 上巻・下巻（有斐閣、2005年）
- 第四版行政法Ⅰ（総論）改訂版（青林書院、2005年）
- 最高裁回想録（有斐閣、2012年）
- 行政法総論（青林書院、2013年）
- 行政法入門 第7版（有斐閣、2016年）
- 裁判と法律学（有斐閣、2016年）
- 続・広瀬川を望む丘にて（藤田紀子と共著、有斐閣学術センター、2016年）
- 新版行政法総論 上巻・下巻（青林書院、2020年）
- 行政組織法 第2版（有斐閣、2022年）

序

—
プ
ロ
ロ
ー
ゲ
—

章

平成の終わり安倍政権の時代、日本国民は、二つの大きな国政上の体験をした。一つは政府によるいわゆる「集団的自衛権の（一部）容認」であり、今一つは天皇自らの発言に起因する「天皇生前退位」の実現である。これらについては、当時各方面から、積極・消極様々の議論がなされたが、ここで本書のテーマとの関係で取り上げるのは、その中で、法律学者は一体どのような議論をしたかである。⁽¹⁾

第一節 いわゆる「集団的自衛権の（一部）容認」

安倍政権によるいわゆる「集団的自衛権の（一部）容認」に関しては、多くのマスコミを始め、各方面から一斉に批判が湧き起こったが、それは、「政府が[〃]集団的自衛権は憲法九条に違反し認められない[〃]という戦後長きにわたって維持されて来た政府の憲法解釈（内閣法制局により確立されてきた解釈）を、その変更には消極的な前内閣法制局長官の首を挿げ替えてまで、強引に変えた」ということに対してのものであった。これらの批判に対して政府は、ある時は「従来の解釈は変更していない」と弁明し、またある時は、「我が国を巡る安全保障問題の変化に対応し、従来の解釈を変更したものである」と説明し、更には、内閣法制局長官が「集団的自衛権にはフルスペックのものとするのではない」と説明し、容認されるのは後者である」などと言う、いわば「訳の分からない」弁明をするなど

法律学者は何を論じるべきか

2026年4月6日 初版第1刷発行

著者 藤田宙靖
発行者 江草貞治
発行所 株式会社有斐閣
〒101-0051 東京都千代田区神田神保町 2-17
<https://www.yuhikaku.co.jp/>
装丁 高野美緒子
印刷 株式会社理想社
製本 大口製本印刷株式会社
装丁印刷 株式会社享有堂印刷所

落丁・乱丁本はお取替えいたします。定価はカバーに表示してあります。

©2026, Tokiyasu Fujita.

Printed in Japan ISBN 978-4-641-12670-1

本書のコピー、スキャン、デジタル化等の無断複製は著作権法上での例外を除き禁じられています。本書を代行業者等の第三者に依頼してスキャンやデジタル化することは、たとえ個人や家庭内の利用でも著作権法違反です。

JCOPY 本書の無断複写(コピー)は、著作権法上での例外を除き、禁じられています。複写される場合は、そのつど事前に、(一社)出版者著作権管理機構(電話03-5244-5088, F A X 03-5244-5089, e-mail:info@jcopy.or.jp)の許諾を得てください。