

〈研究ノート〉

憲法上の「立法・司法」関係のロジック

堀内 健志

目次

1. 序、「権力分立」の論理
2. 二重の基準論と三段階の憲法的推論
3. 国籍法違憲判決と司法による憲法内容の先決
4. 決疑論
5. 人権の分類・体系論の意義、結び

1. 序、「権力分立」の論理

(1) 立憲的憲法上、「立法・司法」⁽¹⁾の関係をどのように構成するかは、それぞれ絶対的ルール等というものがあるわけではなく、時々各国憲法典にその実定法的構成が委ねられていると言うほかない。が、また各国の憲法典に自分はこれこれの構成を採っていると明言する例もまた多くはないだろう。

しかし、かといって、「立法・司法」という国家機能を語る上で、最小限共通の了解事項とも言えるものは考えられるのではないか。それは立憲主義的な「権力分立」原理からもたらされよう。「立法機関」と「司法機関」とが区分されて、それぞれの機関が主として「立法作用」と「司法作用」という権限を行使する。もちろん何を以て「立法」と言い「司法」と言うのかは、いろいろ議論がある。

(2) いずれにせよ、国家機関を複数創設して、それらに異なる国家機能を分配するという考え方を採用しているわけであるから、そこには国家権力を単一の機関が独占して行使する体制ではなく、「法規範」の制定、適用の一連の過程において複数の機関・作用、つまり「立法・司法」が関わるという体制を前提としていることになる。

(3) さて、このような立憲構造のもとでは、例えば全ての法規範定立を、裁判判決ま

で含めて、「立法」が独占することは考えられていない。また、同様に「司法」が全ての法規範定立を、法律制定まで含めて、独占することも考えられていない。

これらの中間のところで両者の権限行使が留まらなくてはならぬ。その限界をどのように説得力あるロジックで構築しうるのが、憲法上の一つの課題である。

2. 二重の基準論と三段階の憲法的推論

(1) このような視点から、いま今日大いに議論されている違憲審査基準の法理について少し検討してみよう。

いわゆる「二重の基準論」においては、自由権のなかで精神的自由権と経済的自由権との間で民主制的国家構造上果たす役割に違いがあり、国民の意思が国会の「立法」へ正しく伝達されるためには何よりもまず国民の精神的自由権が確保されていなくてはならない。経済的自由権の内容はかかる国民の意思に基づく「立法」によって臨機応変に規制・確保されうる。裁判官は、精神的自由を制約する「立法」に対しては厳格な審査を必要とする。経済的自由規制が問題となる「立法」に対しては、国民の意思の具現にある程度の合理性があれば、合憲として扱いうる。このようないわば非対照的な区別を提示して、「立法・司法」間に線を引こうとした。

(2) これに対して、近年大流行の「三段階の憲法的推論」の場合は、どうであろうか。

この法理は、まず問題が憲法上の基本権保護領域であるか、そしてこれへの規制がある場合に、それが正当性がなければ違憲であると考えられる。ある行為が「立法」違反で起訴されたとして、その問題とされる「立法」が違憲ではないかと裁判で主張される。基本権侵害の主張であれば、その「立法」の正当性が問われ、「司法」の場で諸利益の比較考量が行われ、正当性が立証されなければ違憲となる。

かかる法理においては、「立法」の正当性が「司法」の判断に委ねられる。判断材料として憲法上の基本権が持ち出されるが、その判断への論理的な枠組みがない。「司法」での違憲主張は「立法」の違憲推定に近い扱いとなる。しかし、これでは「立法」の民主的正当性の出番がなくなり、違憲判断も「司法」の匙加減に委ねられる。

この点について、遠藤比呂通氏に、つぎのように正当に疑問を提起しておられるのが見受けられる。

《全通東京中郵事件(…)の事例を考えると、たとえば公務員の労働基本権も憲法28条の保護範囲に入る。しかもそれは25条の生存権に直結しているから非常に大事だとします。その権利を制約するときは、全面的に禁止することはおかしい。正当化のレベルでは、労働組合法1条2項により違法性が阻却されることになった。そこには、公労法17条を飛び越えて、憲法27条、28条が違法性阻却の根拠として登場するのです。郵便法違反として、構成要件に該当した後で違法性阻却を検討する段階になって、憲法論が出てくる。》

宍戸さんの憲法上の権利の保護範囲という考え方は、憲法判断のところだけ切り取るという有利な点があります。しかし保護範囲を侵害する行為は原則として憲法違反になって、正当性のところで、違憲性が阻却される

という枠組みで考えているから、構成要件に該当して、違法になるところ、憲法との関係で違法性が阻却されるという通常の用法と逆転しているのではないか、その混乱をどうするのかが重要になると思います。》^{(1)a}

(3) 前者の「二重の基準論」の論理で行くと、初めから全ての「立法」が違憲の疑いをかけられるのではない。まずは、「立法」に違反する者の行為が違法との疑いをかけられ、しかる後にそれを不服としてその「立法」じしんに対する違憲性を持ち出すのである。その際に、精神的自由権の場合と経済的自由権の場合とで、審査の厳格さ・緩やかさの違いが説かれたのである。

従って、後者の「三段階の憲法的推論」は、どちらかと言えば「立法・司法」の関係で前者の「二重の基準論」よりも司法重視の立場に親和的な法理であると言えるのではなからうか。

(4) 近年、久しくわが国学説・判例上支配してきたアメリカ型二重の基準論に対して、それには満足できず、ドイツ型三段階の憲法的推論がにわかに注目されてきたこと背景は、必ずしも定かではないが、その一つの理由としてはこのような積極的「司法」国家的傾向があるのではないだろうか。しかし、もしそうだとするならば、そこに潜む立憲的な「権力分立」原理上の「立法・司法」関係のロジックをどのように担保しうるのかという視点を絶えず押さえておく必要があるだろう。

このような視点よりすると、つぎのごとき青井未帆教授の近時の発言が注目に値する。

《例えば「(保護範囲)侵害」→「正当化」という形式は、憲法上の権利の構造に由来しているとも言え、三段階審査に学ぶべき部分は大きい。しかし、同時に審査基準論も、三段階審査論にはない有益な視点を供しよう。例えば、三段階審査論の射程の外にある事柄であるが、司法裁判所が付随的に合憲性判断

をなすが国では、憲法判断をしないという選択肢を権力分立的観点から適切に考慮する必要がある。また、「切り札」や「過多／過少な保障」といった比例原則では見えにくくなりがちな考え方に着目することも、議論を立体的にするのに役立つだろう。》⁽²⁾

3. 国籍法違憲判決と司法による憲法内容の先決

(1) そこで、つぎに「立法・司法」関係が具体的に問題となった最近の判例を見ておこう。

最大判平成20年6月4日(判例時報2002号3頁)は、(旧)国籍法3条1項が外国国籍の母親と日本人男性との間に生まれた子供で、父親の認知があっても、準正子ではない非嫡出子に対しては適用されず国籍を与えないのは、合理的な理由がなく、憲法14条1項に違反するとした。なお、この多数意見については、4つの補足意見(6名)、一つの意見があるほかに、2つの反対意見(5名)がついている。

(2) 準正子と非嫡出子との間で扱いを区別することに立法当初においては法律婚制度のもと合理性が存したが、時代的な変化、諸外国法制の趨勢や国際的人権規約での扱いなど、すなわち「国内的、国際的な環境の変化」からみて、今日ではもはや合理的な理由がないとすることについては、反対意見の中にもそれに同調する見解が見られるが、そこでこの場合に裁判所がいきなり国籍法3条1項を変更して、つまりは「立法」を変更して「司法」が個別的解決を図って良いかという問題が問われ、見解が大きく分かれた。もっとも、かかる違憲とする帰結は、「立法」ではなく、「立法者の合理的意思」として、導きうるとする見解も提示されている。

しかし、この解釈については、山元一教授により、つぎのような疑問が指摘されている。

《…可能な立法政策の複数性にもかかわら

ず、「立法者の合理的意思」の探求に基づく個別的直接的救済を志向する違憲立法審査権の行使は、理論的に観察する限り、やはり一定の立法作用を必然的に随伴しているのであり、そのような事態を率直に認識するなら、「法の欠缺の補充」等の名の下に存在可能性が承認されてきたかかる行き方について、〈司法権に許容された立法作用のあるべき限界〉こそが、今後真正面から主題化されるべきこととなるのではなからうか。》⁽³⁾

(3) また、今日、果たして多数意見のごとく、父母の婚姻の成立が国籍取得を認めるための子と日本社会との「密接な結び付き」を示す指標としての有効性を欠いている、と言えるかどうか、「司法」で論証されているとは言えまい。ましてや、民法上の嫡出子・非嫡出子を区別する法律婚主義についてまで、時代遅れで合理性がないとまで断言しえたわけではあるまい。⁽⁴⁾

横尾他3裁判官の反対意見において、つぎのようにわが国の家族・親子関係に顕著な変化があるとは思われないとされている。

《統計によれば、非嫡出子の出生数は、国籍法3条1項立法の翌年である昭和60年において1万4168人(1.0%)、平成15年において2万1634人(1.9%)であり、日本国民を父とし、外国人を母とする子の出生数は、統計の得られる昭和62年において5538人、平成15年において1万2690人であり、増加はしているものの、その程度はわずかである。》《…多数意見の指摘と異なり、少なくとも、子を含む場合家族関係の在り方については、国民一般の意識に大きな変化がないことの証左と見ることも十分可能である。》

また、《確かに、諸外国においては、西欧諸国を中心として、非準正子についても国籍取得を認める立法例が多くなったことは事実である。しかし、これらの諸国においては、その歴史的、地理的状況から国際結婚が多いよううかがえ、かつ、欧州連合(EU)な

などの地域的な統合が推進、拡大されているなどの事情がある。また、非嫡出子の数も、30%を超える国が多数に上り、少ない国でも10%を超えているようにうかがわれるなど、我が国とは様々な面で社会の状況に大きな違いがある。》

そうであるならば、このような実態をさらに調査し、それをふまえた上で、現行制度を改める必要があるのか、またどのように改正すべきかを含めて、これらは「司法」ではなく、やはり「立法」においてまずは吟味し、手を打つべきものではあるまいか。⁽⁵⁾

4. 決疑論

(1) さて、上出国籍法違憲大法廷判決に典型的に見られるような「司法」における「立法」内容の変更については、様々な評価がありえようが、個別的適用場面で、「立法」制度政策上の選択肢が複数ありうる問題について現行法を適用せずに違憲とし、それと異なる制度的な判断の下でそのまま救済をするという「司法」のあり方は、やはり議論のあるところと言わなくてはならないだろう。これは、「立法」を適用すべき行政の行為に対する「司法」的救済の場合とはやはり事情が異なるだろう。「立法」じしんに対する違憲判断であるのだから。

(2) このような問題について、本稿の立場から見ると憲法上の「立法・司法」間の関係につき立憲的「権力分立」原理の視点を重視して、ある憲法的価値を実現する際に、直接にある単一機関に決定的具現を委ねることをできるだけ回避することが重要であると言うことになる。すなわち、何が正義に合致するか、何が合理的判断であるかについて、すべてを「司法」の場で決着つけることの危うさへの危惧である。近年の違憲審査論の傾向にこのような危惧がないだろうか。直接憲法価値論を展開するのではなく、まずは「立法」がどのように考えたか、そしてその判断で

はどこにも合理性が見出せないのかを十分に吟味することである。「司法」の場では、もしどのように考えても個別的「立法」適用判断として救済ができない例外的事例では、その結論を回避せざるをえまい（この可能性まで排除するものではない）。が、しからざる場合には、違憲「立法」の適用を停止し、すみやかな「立法」での政策判断を促すことが必要であろう。

これが立憲的「司法」の限界ではなかろうか。かかる限界を超えて、「立法」を度外視して、初めからフリーに正義論を「司法」の場で展開するのではないのである。それは裁判官には荷が重すぎる。このような配慮は以前の多くの伝統的公法学者においては、むしろ心得として持っていたものである。^{(5)a} 「司法」の場での憲法解釈論は単に裸での理想を語るのではない。憲法解釈論につき、稿者はかねてつぎのように述べてきている。

《…制憲者意思、文言、立法、学説、判例などを柔軟な枠構造として重視しつつ、具体的には個々の新たな事実的要素をも配慮し、民主的正当性と個別的正義との調和を図ることによって、諸利益間の衡量をなすことが必要であろう。》⁽⁶⁾

(3) 立憲的な「権力分立」原理には、もともと正義に関する不可知論ないし懐疑論(Skepsis)が前提となっていると思われるのであり、「司法」による本件限りの解決と親和的ではない。憲法上の「立法・司法」間には、そうした相対主義的発想が潜んでいるのである。「司法」的判断には、「立法」的選択を経由しての憲法的価値実現が期待されている。

(4) 近時、この国籍法違憲判決に対する解釈・分析を示すに当たり、石川健治教授は裁判官の常態はつぎのようであると指摘される。

《法秩序の形成において判例法が占める事実上の意義に鑑みれば、判例の機能を本件限

りの解決 (one case at a time) に限定する極端なミニマリズムは、決疑論 (Kasuistik) の現代版であり、昨今の時代思潮からすれば一理はあるものの、それほど支持の拡がりを、特に「作家集団」たる裁判官たちのなかに見出すことは難しかろう。》⁽⁷⁾

しかし、結果的に本件判決には逆に正しく個別的权利救済のために、法律婚制度や国籍法制のあり方についての法秩序を犠牲にした決疑論が露呈していると言えないであろうか。

5. 人権の分類・体系論の意義、結び

(1) さて、憲法上の「立法・司法」の関係は、その扱われる対象によっても異なりうる。すなわち、「立法」に対して違憲審査がどのような対応をなすべきかは、どのような内容の人権が問題となっているかによって影響を受けるであろう。

近年、これを逆にして人権の分類・体系論は違憲審査基準論の視点から構成されるべきことが主張されている。例えば、中野雅紀氏はつぎのような松井茂記教授の見解を引用する。

《…何のために基本的人権を類型化するのは…明確にされてはいない》、《しかし、基本的人権の類型化に意味があるとすれば、それは、むしろ合憲性判定基準との関係においてであろう》。《つまり、基本的人権に関わる法律の合憲性が裁判所で争われたときに、裁判所がいかなる合憲性判断基準ないし審査基準を用いるべきかという観点から、類型化を考えるべきである。》⁽⁸⁾

松井教授にあっては、そこから「司法」における民主主義プロセスの基本的人権を重視する合憲性判断基準論が導かれていることは、周知のところである。

(2) 稿者は、これとは別に、かねてより人権の分類・体系論を「立法・違憲審査制」論にドッキングして、統一的に構成しえないか

という視点から構図を志向してきたのである。⁽⁹⁾

ただ、拙見においては、すべてかかる違憲審査基準論から人権の類型論を構築するということではない。そうではなく、むしろG・イエリネクに認められる伝統的地位理論を洗練し、再構成するに際して、R・アレクシーに依拠しながら、平等、広義での国務請求権、そしてこのなかに自由、保護、給付、及び権限という権利内容が含まれるるので、これらに即応する「立法・違憲審査制」のあり方を多様に考えていこうとするものである。以下に、その一端を繰り返して述べておくことにしたい。

まず、自由権、国務請求権、及び参政権について、

《…三種の権利は、権利である以上「国家」に対して…について要求する、という性格を有するはずである。かような意味においていざれも広義での国務請求権である、或いはそのような要素を包含していると言ってよいであろう。なかんずく、自由権に関しては単なる自由との峻別が屢々語られてきている。この命令も禁止も存しない自由の地位について、国家に対し侵害を阻止することを要求するのが自由権（防禦権）とされるのである。

広義での国務請求権と言っているもののなかには、この防禦権ばかりでなく、さらに様々のものが存しうるであろう。“国民・国民”の間において自由の侵害がみられるとき、これを被害者が国家に対し阻止すべく世話・保護を要求する権利（保護権）、諸々の組織・手続を定めることを要求する権利、及び“個人が十分な財政的手段をさえ意のままにし、かつ市場で十分な供給が存するなら私的に有しうるであろうところのもの”についての国家に対する権利（狭義での給付権＝社会権）などが数えられうる。

そして、実は同様にして問題の参政権に関しても、国家・国民全体の意思を一般的に形

成する機関の権限についての右のごとき権利であると言えるのではないだろうか。》⁽¹⁰⁾

選挙権にかんする権限と権利との間の憲法学上の関連いかにについて、

《…憲法44条但書の定める人種、信条、性別、社会的身分、門地、教育、財産又は収入によって選挙人の資格・権限を差別する立法がなされるならば、それは憲法15条が保障する選挙権じしんの侵害となりうる。選挙権はかかる資格・権限を奪われないということについての権利という構造を有しているのである。一定の枠内での立法に関する個人の自由及び選挙制度の保障は選挙権の多かれ少なかれ重要な内実を成すものである。かくして立法上の資格・権限の拡大は、その履行が命令も禁止もされていないかぎり、法的自由の増大を意味する。逆にその縮減は自由の制約となるが、いずれにしても法的自由は資格・権限規定に依存しているということになる。

他方、憲法15条の選挙権規定は国家及び立法など国家機関に対して消極的な権限規定としての機能をも果たしうること看過できない。つまり、諸々の国家組織は憲法15条の内容に反する権限を行使しえぬ。無権限である。また、国民はこれに従属しない。“組織法としての人権”と称されうるのは純粹にはこのような「法関係」のことである。が、これと異なり国民は憲法内容に反する国家活動が行われぬことについての権利を有し、国家への禁止がそれに対応しうる。一見パラレルを成すこれら消極的権限規定と禁止規範とは各々別系統の「法関係」を規律しているのである。

後者の憲法上の権利侵害に対してはわが現行違憲審査制のもと国民に争訟地位が認められようが、立法の瑕疵ある権限行使、無権限いかにについての前者に関する司法審査は当然には導出されず、法制上の特別の根拠を必要とするだろう。ちなみに、裁判請求権は実体的な人権の分類・体系上国務請求権に属せ

しめられるが、それじしん個別的法規範定立の権限に関わる権利という構造をやはり有していて、選挙権の構造に類似するところがある。それ故に、現実手続的には諸々の権利の侵害救済手段となる権利補強制度・権限の存在を前提となすものである…。》⁽¹¹⁾

つぎに保護権、給付権について、

《…“立法・違憲審査制”間の権限分配論はこれら組織法の保障目標となる人権内容いかに無関係でないことこれまでも言及してきたが、このことはなかならず国家の積極的行動が要請される保護権、給付権と称される分野の人権を究明することによってヨリ一層明らかになる…。》

《“…についての権利”のなかにある国民が第三者より自由を阻止される場合に国家に対しこれから保護することの要求を組み込むと保護権が形成される。そしてさらにその内容が、ある国民が財政的余裕と市場の供給とが充分であれば有しうるものについての要求を含む場合に社会権と一般に称されるものが形成される。

両者ともに、国家のなんらかの給付・世話を要求するものであるから、広義での給付権として一括することもできる。これを国家の側からみるならば国家の保護義務ということになろう。いまここで…その組織法のあり方に留意したデッサンを与えておくことにしたい。

…まず、保護権に関して、これを直接国家が国民の自由へ侵害することを阻止する自由権と混同してはなるまい。国民へのあらゆる自由侵害について直ちに国家の保護義務が生ずるものではないのである。私人間の権利・自由をめぐる紛争について原則的に民事（及び刑事）法規範が規律している。とくに私法規範立法と人権規定との関連をいかに理解するのか。憲法学上、人権の私人間効力の問題はまさにこの延長線上に位置づけられるものである。

“国家・国民”間及び“国民・国民”間の各々の「法関係」の相異がここで自覚されるべきであるが、無論、自然法思想において第三者による権利・自由の侵害に対し個々の人間が自分じしんによる防衛を放棄する代りに国家に対して有効なる保護を要求しようとの構想がすでに内在していたのであり、また、“国民・国民”間、すなわち私人間において妥当する契約の自由・私的自治の原則も究極的にはやはり憲法上の一原理と考えることもできよう。

そこで、これら諸事情を勘案しつつ人権規定の役割を問うならば、一方で私法規範が及ぶ範囲内においてとくにこの立法が不調和なものでないかぎりこれを適用すべきである。けれども他方で、私法規範をこえて人権規定を適用し、なんらかのものを読み込む場合には違憲審査制のもと裁判過程においてそれを主張する側に特段の論証負担が課せられていると考えるべきであろう。というのも、人権規定は原則として自由権（防禦権）的性格を有しつつ、さらにこれに保護権的効力をもたせるかどうかについては、民主的正当性を有する立法、すなわち私法規範による第一次的具体化を一応優位せしめるべきものであるからである。かかる構成を人権規定の第三者効力論と言うかどうか、換言すれば間接効力説に立つかはたまた直接効力説に立つかということは、用語上の問題であってそのことじしんさして重要事とは思われない…。》

《つぎに、社会権についてであるが、ここに認められうる権利の態様は誠に多種多様である。現実の社会において、国民に保障される人権が事実上確保されうるものでなくてはならず、しかもそのためには国家じしんによる活動が不可避になっていることは否定できぬ。が、しからばどれ程の国家による給付が適切であるのかは、一概には決しえない性格のものである。

それ故に、違憲審査制のもと裁判官が新た

にこの権利を認定するに際しては、すでに現実に国民に保障している諸々の法的自由、社会権、及び団体的利益などとの関連や、これらを保障する民主的に正当づけられた立法者の決定権限及び権限分配の問題などが配慮されなくてはならない。無論、だからといって裁判官はなにもなしえぬということではない。当該給付が非常に緊急を要し、議会の単純多数の決定に委ねられえぬ程に憲法の立場よりみて重要と思われる場合、例えば、生存の確保、住居、学校教育、職業訓練、最小限度の医療給養などがはじめて認められうるであろう。但し、憲法の保障する社会権の全体像が右のものに尽きるということでは全くない。裁判官による憲法的統制に服するいわばdefinitivな国家の給付が語られているにすぎない。したがって、裁判官によって強制されえぬとしても、この限度を超えて立法者が進んで社会権の内実を充実せしめうることを言うを俟たないのである。》⁽¹²⁾

このようにして、稿者の場合には、人権の分類・体系のなかで、「消極的・積極的」権利の性格上の区別や「組織法・行憲法」の区別などの法規範の特質に注視して、それらを「立法・司法（違憲審査制）」の関係へ接合させようとしたものであった。

(3) また、本稿で直接話題としてきた「平等」論に関連しても、やはり「立法・司法」の関係に関連づけて、例えばつぎのように述べた。

《裁判官が違憲審査権の行使にあたり、争われている立法による異なる取り扱いをどうみても差別としか言いようがなく、すなわち、その取り扱いに“理性的な事柄の本姓から生ずる若しくはなにか他の方法で実質的に明白なる根拠”を見出しえず、恣意的としか思われない場合にそれを違憲と判定することは言うを俟たない。

けれども、このことを逆に裏返して言えば、異なる取り扱いを是非とも必要とする充

分な根拠が存する場合にはそれが命ぜられていると言えるが、そうではなく右のごとき意味で必ずしも恣意的とは言えぬ程度に異なる取り扱いが許される根拠が存する場合には、－もちろん、異なる取り扱いも命ぜられていないが－、決して等しい取り扱いが命ぜられているわけではない、といういわば非対称の関係が構成されているものと理解しうるはずである。》

これは、《異なる取り扱いが許されるための十分な根拠が存しない場合には、等しい取り扱いが命ぜられているとの命題からの論理帰結である。その限度で異なる取り扱いの方に論証負担が課せられることになる。》

《平等原則がこのような構造を成すものであるとするならば、憲法上の人権原理をなによりもまず第一次的に具体化する任務を有する立法者は、かかる許される裁量の範囲内における価値衡量・選択の権限を保持していると考えべきものであって、かような立法者の任務までも、違憲審査制の導入によってすべからず裁判官の手へ権限が転位すると誤認してしまってはなるまい。尊属殺重罰規定について立法の目的・手段の合理性とは別に平等原則固有の問題としてどうみるか難しいが、いかなるケースにおいてもどうみても恣意的としか言いようがないと断言できるかどうか。しからざる場合には、立法者に直ちに等しい取り扱いが命ぜられているとは言えないことになる。もっとも、その裁量範囲の限界を超えたかどうかの一般的或いは個別的の最終的判定は裁判官に委ねられている。》⁽¹³⁾

このような思考を経て、本稿の分析が展開されていることはもはや明らかであろう。

(4) 石川健治教授によれば、今日平等ドグマーティクには、つぎのような新旧の見解の対立が存するという。そして、国籍法違憲大法廷判決においては、平成7年の民法900条4号但書法定相続分規定合憲決定の立場を覆したものだという。

《…平等ドグマーティクにおける新旧対立という観点からいえば、裁判官が、そうした客観的な正義の重みに堪えかねて、主観的恣意 (Willkür) の混入－最小限度の合理性 (rationality) の明白な欠如－を阻止する以上の仕事を抛棄してしまうのが「旧派」であるのに対して、今回の法廷意見が、軽やかに、比例原則に基づく議論可能性を追求しているのは「新派」の特徴である。「事柄の性質」次第では厳格審査をも厭わないらしい論調も併せて、ともかくも平成7年決定では反対意見だった立場が、今回は多数意見を形成しているのは事実である。かつては法廷意見からはじき出された論証パターンが、違憲判断に至る論証の重要な部分を構成している。》⁽¹⁴⁾

(5) 最近の参議院議員定数配分規定の合憲性が争われた最高裁平成21年9月30日大法廷判決では、平成18年に4増4減の法改正により、議員1人当たりの選挙人数の最大較差が1対4.86と縮小した事例について、現行の選挙制度の仕組みを大きく変更するには、相当の時間を要することは否定できず、結論的には上告棄却し、合憲判断となった。

が、この較差につき、昭和58年最大判や平成18年最大判にもみられた「到底看過することができないと認められる程度」に著しい不平等が存在することが違憲の基準とされていたものが、本件平成21年判決では、それがみられない。⁽¹⁵⁾ ここに、さきのごとき「新派」への立場の転換、実質的な基準の厳格化を読み取りうるごとくである。「旧派」の背後に込められていたと思われる立憲的「権力分立」論の不可知論的思考はいよいよ遠ざかっていくことになるのだろうか。

(6) 最後に、しかし「司法」の場における赤裸々な平等・比例原則の選択の怖さは、つぎのような石川教授の解説に適切に表現されている。

《もっぱら性差を理由とする母子関係の「優遇」の構造のみを浮き彫りにし、父子関

係への「抑圧」を観念させなかったのは、嫡出子制に基づく核家族という既存のベースラインであった。永らく支配的だった、そうした家族像が破壊されれば、国家の嫡出子制（および一夫一婦制）を支えた法命題群は、父子関係に対する「抑圧」規定に転化することになる。これならば、比例原則は、実質的に適用可能である。

ただし、その場合の父子関係は、異性との自由な交渉を前提とし、母子関係とは別個に観念され得る、すこぶる「個人主義的」な関係にはかならない。原田論文⁽¹⁶⁾が最高裁判決のなかから炙り出したのは、そのような恐るべき Status が日本の社会と国家を再編してゆく絵図である。本件違憲判決を契機に行われた国籍法の改正作業において燻っていた或る種の抵抗感は、背後に見え隠れする、そうした構造に対する直感的な不安であったのかもしれない。⁽¹⁷⁾ ⁽¹⁸⁾

(平成23年3月1日)

注

- (1) 本稿では、違憲審査制にも及ぶので、伝統的な法律適用としての「司法」に留まらず、政治的決定を含む「裁判」という内容にも関わるが、端的に「司法」と表現することにする。
- (1)a 「[対談] 憲法解釈論／訴訟論と憲法学修」『法学セミナー』670号（日本評論社、2010年10月）40頁の宍戸常寿教授と遠藤比呂通氏との対談における遠藤氏の発言。
- (2) 青井未帆「三段階審査・審査の基準・審査基準論」『ジュリスト』1400号（有斐閣、2010年）74頁。
- (3) 山元一「国籍法違憲大法廷判決」『ジュリスト』1376号（2009年4月10日）15頁。
- (4) 民法900条4号の法定相続分での異なる取り扱いにつき、合憲判断を示すものとして、最大決平成7年7月5日民集49巻7号1789頁、最2小決平成21年9月30日判時2064号61頁参照。この問題については、目下最高裁でその合憲性如何が審議されているようである。近年の学説では、非嫡出

子につき人間の尊厳を傷つける人格的スティグマと考える見解が有力に主張されている（太田裕之「民法900条4号ただし書と憲法14条」『ジュリスト』（2010年4月10日）13頁）。

- (5) もっとも、本判決をうけて（旧）国籍法3条は2008年12月12日改正・成立し、未成年者について生後認知のみによる国籍取得が可能となった。
- (5)a 以前に比べて近時立法過程に変化があり、そのことが違憲、とくに適用違憲の積極的活用を求めているという指摘がある。曰く、《…昔の立法過程は、官僚がしっかり取り仕切っていたこともあり、現実のニーズを背景にして、当該法律が施行されるとどのように適用されるかということが、あらかじめ考え抜かれて立法されていたように思います。逆に言えば、現実には適用して不具合が起きるのは、法律を作ってしまった時間が経ってから、立法事実の変更が会ったときだった。それが、法律がなかなか違憲とされにくい原因の一つだったと思います。

それに対して、…立法過程で政治家の方々がいろいろおっしゃるとか、議員立法が増えてきている。それ自体は非常に望ましいことではありながら、実際にはボトムアップでなくトップダウンで立法されている関係上、現に法が適用される場面でどういう不具合を引き起こすかが考えられていないケースがあって、それが今後さらに増えてくると思われるところです。そしてこうした場合こそが、本来の適用違憲という処理方式にかかわるのではないかと私は思います》（「[対談] 憲法解釈論／訴訟論と憲法学修」前掲39頁の宍戸教授の発言）。が、本稿は、「立法・司法」関係の立憲的ロジックについて問題としている。この立法過程における法律案に対する憲法適合性審査に配慮するものとして、大石眞「違憲審査機能の分散と統合」『各国憲法の差異と接点』初宿正典先生還暦記念論文集（成文堂、2010年）237頁以下。

- (6) 堀内健志『公法1 [第3版] 憲法』（信山社、平成17年）38頁。但し、近年「司法」というよりもあらゆる問題に決着をつける政治的「憲法裁判」論として違憲審査を考えているかのごとき議論が増大しているようでもある（例えば、永田秀樹・松井幸夫『基礎から学ぶ憲法訴訟』（法律文化社、2010年）参照）。また、rights against rules を「法規範」全体として構成する場合には、すべ

ての法的問題は違憲審査の対象とされて、うえと同様の現象を理論づける役割を演ずることになる。

- (7) 石川健治「国籍法違憲大法廷判決をめぐって－憲法の観点から」(1)『法学教室』343号(2009年4月)35頁。
- (8) 中野雅紀「人権の基礎付け、類型および審査基準」『公法研究』72号(有斐閣、2010年)213、221頁。松井茂記『日本国憲法』(有斐閣、1999年)317-9頁。
- (9) 堀内健志『続・立憲理論の主要問題－人権論と立法・違憲審査制－』(信山社、平成9年)57頁以下(初出「人権論と立法・違憲審査制－その内的関連・覚書」弘前大学文化紀要36号(平成4年))、同「人権の法理論的分析－分類・体系をめぐる R・アレクシーの所説に依拠して－」菅野喜八郎先生古稀記念論文集『公法の思想と制度』(信山社、1999年)3頁以下など参照。
- (10) 堀内・続・立憲理論の主要問題前掲書68頁。
- (11) 前掲書69-70頁。
- (12) 前掲書71-73頁。
- (13) 前掲書63-64頁。
- (14) 石川・前掲(3・完)『法学教室』346号(2009年6月)11頁。
- (15) 上田健介「参議院議員定数配分規定の合憲性」『ジュリスト』1398号(2010年4月10日)8-9頁参照。
- (16) 原田央「最高裁平成20年6月4日大法廷判決をめぐって－国際私法の観点から」『法学教室』341号(2009年)6頁以下
- (17) 石川・前掲(3・完)13-14頁。
- (18) もっとも、国籍法違憲判決では、一般的に民法上の法律婚制度を直接に違憲だとする判決の拘束力が生じたという訳ではなく、この点は目下今後の動向が注目されている。が、そうであれば、本件国籍取得関係の個別的事案での救済では制度違憲表明の仕方に何らかの工夫があってよいのではないか。尾形健「司法審査とその『実践(practice)』－アメリカ憲法学における一側面を手がかりに」(各国憲法の差異と接点(初宿還暦論集)・前掲書255頁以下)及び大沢秀介「司法積極主義とわが国の最高裁」(同上初宿還暦論集・前掲書287頁以下)など参照。この点で、井口文男「合憲性判断の手法とその効力」(同上初宿還暦論集・前掲書359頁以下)は、この国籍法違憲

判決多数意見は、「憲法の要請を受け」た「韻を踏むように」「当該規定の意味を修正」して、「準正子を出生後認知された子と読み替え」ただけで、「解釈の限界を超える」ものでもないし、「司法による立法でもない」、「その保護を与えることは、裁判所の責務である」としている(380-1頁)のが注目される。違憲判決の手法と効力についての最新の学界の動向を示すものとしては、宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開』(日本評論社、2011年)284-7頁がある。この問題についての吟味はさらに別稿の課題として留保せざるをえない。