

〈研究ノート〉

続・憲法上の「立法・司法」関係のロジック

堀内 健志

目次

1. 序
2. 高知県東洋町（解職請求署名簿無効決定異議申立棄却決定取消請求）事件最高裁判決
3. 二つの法理の対立
4. 制定法の効力
5. 結び、「立法・司法」関係—藤田裁判官の見解

1. 序

もしも、ある問題についての解答が、ひとつの理念から導かれるものならば、憲法の統治組織法は不要であり、人権規定だけでよいであろう。

そしてまた、憲法を具体化する「立法」はならず、「裁判所」があれば、事足りるのである。

最近のわが国の最高裁判例を読んで、ふとそのような感想がでてくる。

これには、すぐさまに反論が出されるかもしれない。

戦後の日本の裁判所は、違憲審査権をもっているにもかかわらずそれを使おうとしてこなかった。

自民党による一党支配、国家権力の行使、政府の判断がそのまま裁判所では追認するのみであったから、近時の最高裁の傾向は、ようやくそのような消極的態度から少しは国民の側に立った権利救済を意識するようになったことであるから、歓迎すべきであると。

しかし、憲法学としては、そうした裁判所の政治的機能だけで善し悪しを決めるだけでは十分ではない。

憲法的価値実現のあるべき国家機能論の議論が必要であろう。はじめに書いたごとくにある問題がひとつの国家機関により容易に自

ずと解明されるものならば、それ以上に国家機関の組み立てを考える必要はなく、憲法学はそこではある種の倫理学の様相を呈しよう。

人権規範だけの憲法論は、とくに現代社会における複雑多岐の価値が入り組んでいる国家の憲法論ではないとすら言えるであろう。

このように考えた場合に、法政策形成としての「立法」作用と法律適用機関としての「司法」作用との関係がどのように構成されるべきかという問題が提示される。以下、具体的事案を素材として少し考えてみよう。

2. 高知県東洋町（解職請求署名簿無効決定異議申立棄却決定取消請求）事件最高裁判決

まず、本件は地方自治法（「地自法」という。）上の地方議員の解職請求制度において、その解職請求の代表者につき地自法施行令（「地自令」という。）115条、113条、108条2項及び109条の各規定のうち、公職選挙法（「公選法」という。）89条1項を準用することにより公務員に対して禁止する部分（「本件各規定」という。）は、公選法中の選挙に関する規定を解職の投票に準用する地自法85条1項に基づく政令の定めとして許される範囲を超え、無効であるとした事例である（最大判平成21年11月18日、最高裁ホーム

ページ)⁽¹⁾。

本件「上告人 X1 は非常勤の公務員である農業委員会委員である。地自法85条1項で、地自法80条1項の解職請求があったときは、3項の解職の投票に付されるが、その際には「政令で特別の定めをするものを除く外」公選法中の普通地方公共団体の選挙に関する規定が準用される。地自令115条により公務員の立候補制限を定める公選法89条1項が準用されるが（地自令109条及びこれを準用する113条では公選法89条1項ただし書の準用は除外されている）、その際に「公職の候補者」は「普通地方公共団体の議会の議員の解職請求代表者」と読み替えるものとされている（地自令115条表参照）。また、同108条2項により、この読み替えは議会の解散請求代表者に関する規定とみなされる（なお、これらの本件各規定は本件判決後改正されることになるが、平成23年2月現在まだ改正されていなかった）。

原審は、次のとおり判断して、上告人の請求を棄却した。

「本件各規定の委任の根拠規定である地自法85条1項は、議員の解職請求に係る投票手続のみならず、これと一連の手続の中で密接に関連する請求手続についても、公務員の職務遂行の中立性を確保し、手続の適正を期する観点から、公選法の規定の準用を認めたものであって、本件各規定はその委任の範囲内の適法かつ有効な定めと解されるから、農業委員会委員を解職請求代表者の一人とする署名収集手続において収集された本件署名簿の署名は、すべて成規の手続によらない署名として無効である。」

これに対して、最高裁法廷意見は次のごとき理由で原判決を破棄した。

まず、「地自法80条は、議員の解職請求について、解職の請求と解職の投票という二つの段階に区別して規定しているところ、同法85条1項は、公選法中の普通地方公共団体の

選挙に関する規定（…『選挙関係規定』という。）を地自法80条3項による解職の投票に準用する旨定めているのであるから、その準用されるのも、請求手続とは区別された投票手続についてであると解される。このことは、その文理からのみでなく、①解職の投票手続が、選挙人による公の投票手続であるという点において選挙手続と同質性を有しており、公選法中の選挙関係規定を準用するにふさわしい実質を備えていること、②他方、請求手続は、選挙権を有する者の側から当該投票手続を開始させる手続であって、これに相当する制度は公選法には存在せず、その選挙関係規定を準用するだけの手続的な類似性ないし同質性があるとはいえないこと、③それゆえ、地自法80条1項及び4項は、請求手続について、公選法中の選挙関係規定を準用することによってではなく、地自法において独自の定めを置き又は地自令の定めを委任することによってその具体的内容を定めていることから、うかがわれるところである。」

「したがって、地自法85条1項は、専ら解職の投票に関する規定であり、これに基づき政令で定めることができるのもその範囲に限られるものであって、解職の請求についてまで政令で規定することを許容するものということはできない。」

「しかるに、…本件各規定は、地自法85条1項に基づき公選法89条1項本文を議員の解職請求代表者の資格について準用し、公務員について解職請求代表者となることを禁止している。これは、…地自法85条1項に基づく政令の定めとして許される範囲を超えたものであって、その資格制限が請求手続にまで及ぼされる限りで無効と解するのが相当である。」

「したがって、議員解職請求において、請求代表者に農業委員会委員が含まれていることのみを理由として、当該解職請求者署名簿の署名の効力を否定することは許されないと

いうべきである。」

なお、「公務員は一般職、特別職を問わず議員の解職請求の請求手続の当初から解職請求代表者となることができないとするのが、地自法85条1項に関する従前からの一貫した行政解釈であり、…最高裁昭和29年5月28日第二小法廷判決も、これを是認するものであった。」

が、本件法廷意見と抵触する限度において、この判決は変更され、また本件異議申立棄却決定は違法であり、取り消すこととする。

裁判官堀籠幸男、同古田佑紀、同竹内行夫の反対意見があるほか、裁判官藤田宙靖、同涌井紀夫の各補足意見、裁判官宮川光治、同櫻井龍子の補足意見がある。

3. 二つの法理の対立

(1) 上記法廷意見は、地自法における地方公共団体の議会の議員（「自治体の議員」という。）の請求による解職制度（「解職制度」という。）が解職の請求と解職の投票とに区別されていて、一方に関する規定群が他方に関する規定群には適用されえないものであるとする。それは、文理のみならずその手続の性質・内容からみてもそのように解釈するのがふさわしいとするのである。⁽²⁾これ以上に、農業委員会委員が解職請求代表者になることを制限することを禁止する実質的な理由は示されていない。

この点、補足意見のなかでは、とくに裁判官涌井紀夫は多数意見について次のように述べている。

「それは純粋な法理の問題であって、それ以上に、解職請求代表者の資格について本件各規定が定めるような制限を加えることが立法政策として相当であるか否かといった実体について判断しているものではない。」

「…このように本件各規定の効力が否定されることとなった場合、公務員について解職請求代表者となる資格を制限するためには、

改めて法律の規定に基づく明確な定めを置くことが求められることになるが、この場合に、制限等の内容としてどのようなものが許容されるか、あるいはどのような定めが望ましいかといった問題は、立法政策の問題として、関係する当局の権限と責任において検討されるべきものであることは、いうまでもないところである。」

しかし、そこまで実質的な理由がないならば、本件各規定じしんをあえて無効とする必要はあったのだろうか。

裁判官宮川光治、同櫻井龍子の補足意見のなかには、「重要な手続について」「法により疑問の余地なく明確に規定されて」いないということが指摘されている。つまり、本件において、

「本件の経緯をみると、処分行政庁は…上告人 X…に対し請求代表者証明書を交付し、かつ、その旨を告示しており、本件代表者らはこれにより署名の収集を開始し、1か月以内に処分行政庁に対し選挙権を有する者の3分の1以上であるとする1124名分の議員の解職請求に係る署名簿の署名を提出し受理されたところ、その後、処分行政庁は、…署名簿の署名は成規の手続によらない署名であるという理由で、…すべて無効とする旨の決定を行ったものである。」

「…請求代表者の資格制限についての根拠規定をみるに、…これまでの実務上の解釈、運用、また昭和29年最高裁判決が示すところについては明確な根拠を見いだすことは困難であるといわざるを得ない。」

この「明確性」の欠如、資格制限を設ける趣旨についての法的統一性の欠如という点については、この補足意見によるとさらに次の点が指摘されている。

「ところで、公選法において、公務員は、在職中、公職の候補者となることができないと定められているところであるが（89条1項本文）、一定の範囲の公務員についてはその

制限が解除されている（同項ただし書）。例えば、非常勤の消防団員・水防団員（同項4号）、臨時又は非常勤の委員等で政令で指定する者（同項3号）がこれに該当する。農業委員会委員は在職のままです町村の議会の議員及び長の選挙に関してはその候補者となることができる（公職選挙法施行令90条2項1号、別表第2及びその備考欄）。このような資格を有する農業委員会委員に関し、他方で、議員の解職請求については、請求手続段階において代表者となることを否定するといったことが、処分行政庁の実務における混乱の背景にはあるものと考えられる。」⁽³⁾

そして、今日の実況及び本件の特殊事情も加えられる。

「今日、地方公共団体の行政を支える非常勤の特別職公務員は、多種多様にわたっている。特に、地自法制定当時に比べると、各種審議会の数著しく増え、様々の立場の者がそれらの委員に任命されるに至っており、中には公募の一般住民を審議会委員に任命する自治体も増えている。本件の東洋町は、記録によれば、人口がおよそ3300人の町であるが、このような規模の普通地方公共団体においては、青壮年者の相当数は何らかの役を担っているものと考えられる。これらの非常勤の特別職公務員について、一般職の常勤公務員と同様に、請求代表者になることを制限しなければならないのであれば、その根拠規定、理由等はできる限り明確で、かつ、一般の住民にも理解され周知されるような形のものであるべきであろう。」⁽⁴⁾

また、地自法85条1項の立法趣旨じしんについても疑問視している。

「…地自法85条1項の立法趣旨も必ずしも明確であるとはいえない。地自法は、直接参政制度をいずれも請求に関する規定を請求手続と請求の効果に関する手続の二段階として構成しており、条例の制定・改廃の請求に関する規定を他の請求手続に準用している（75

条5項、76条4項、80条4項、81条2項、86条4項）。以上の請求はいずれも代表者により行われる必要があるところ、地自法は、条例の制定・改廃の請求に関し、請求代表者の資格について選挙権を有すること以外に制約を設けていない。こうした構成からすると、他の直接請求に関しても、請求代表者についての請求段階における資格制限を設けるものとするのが地自法の趣旨であったのか否かは容易に断定できないと思われる。」⁽⁵⁾

そして、おまけに直接民主制の重要性と近年の地方分権の推進への言及によって、法制度を整理すべきことが強調される。

「直接請求制度は、我が国においては、これまで十分活用されてきたとはいえない難しい制度であったが、近年、住民の自治意識が高まるに伴い、全国的に件数も増え、重要性を増してきていることがうかがわれる。とりわけ、政策的な地方分権の推進により、都道府県、市町村の行う業務についての自治権限が強まってきているが、このような団体自治の確立と併せて、真の意味の地方自治の発展には、住民が自ら判断し、自ら責任を負うという形の住民自治の拡充が不可欠である。そして、その住民自治の拡充を進めるシステムの一つとして、各種の直接請求制度、住民投票制度などの直接民主制の機能の充実が要請されているところである。本件の直接請求制度における請求代表者の資格要件については、このような地方分権の流れを踏まえながら、住民に基本的な権利行使の問題として法的にも明確な整理を行い、住民自らの決定が滞りなく行われ得る環境を整えることが、法律の立案等に携わる者の責務であることを補足して強調しておきたい。」

こうした補足意見を読んで、これが従来の法律適用を任務とする裁判官の判決文だとは思われない⁽⁶⁾。どのような法制度が必要かという次元での法政策論であり、立法者の立場からの発言となっているようにみえる。

(2) これに対して、反対意見の方は、次のような理由で、原判決を正当として、最高裁昭和29年5月28日第二小法廷判決を変更すべき理由はないと考える。

まず、解職制度の仕組みについては、

「普通地方公共団体の議会の議員…についての請求による解職制度…は、署名収集等の請求と投票の手続の二つの部分からなるが、これらは解職制度の一部をなす一連のものである。解職請求代表者は、解職制度全体を通じた存在であり、法の関係規定から、解職制度において、請求者の代表として、解職の実現のため、解職を請求し、署名収集のみならず賛成投票を得るための活動（以下『投票運動』という。）などの一連の活動を主導し、投票の手続に関与する主体として位置付けられていることが認められ、解職制度を構成する重要な主体である。」とする。

そして、この本件各規定の趣旨、及び関連規定の読み方について次のように解釈する。

「…解職請求代表者に公務員がなることは、その地位を利用して住民の投票に不当な影響を及ぼすおそれがあることなど、選挙において公務員が公職の候補者になる場合と同様、投票の公正を害するおそれがあることから、公選法89条1項の規定等の資格制限規定も除外することなく準用しているものであり、これを受けて、地自令115条は、自治体の議員の解職投票に公選法89条1項を準用する場合に、『公職の候補者』を自治体の議員の「解職請求代表者」と読み替える旨規定しているのであって、これらの規定により、公務員は解職請求代表者となることが禁止されているのである。地自法85条1項にいう『解職の投票』の意味も上記趣旨に照らして解釈しなければならない。同項にいう『解職の投票』とは、公選法の『選挙』に対応する概念として、解職の投票の仕組みの全体をいうものと解すべきである。」

多数意見では、「地自法80条1項及び4項

は、請求手続について、法に独自の定めを置き又は政令に委任することによってその具体的内容を定めていることを理由として、同法85条1項を受けた政令において、解職の請求について規定することはできず、したがって解職請求代表者の資格制限が請求手続にまで及ぼされる限度において公選法89条1項本文の規定を解職請求代表者の資格に準用することは許されないとする。」

しかしながら、多数意見は請求手続と投票手続の区別を強調するが、「両者は一連の不可分のものであり、解職請求代表者は、両者を通じて投票による解職を実現しようとする者として解職投票の仕組みを構成する主体である。したがって、その資格は投票に関するものであり、公選法89条1項の準用があるのは明らかというべきである…。」

署名収集段階においても投票運動が認められていることから両者の主体の資格を分断するのは整合しない。また、「公務員が解職請求代表者になることにより投票の公正が害されることを防止しようとする法の趣旨に反するものである。公務員が解職請求代表者になれば、投票に不当な影響を及ぼすおそれがあることは、署名収集などの段階においても何ら変わりはない。投票手続に関して代表者になることができない者が解職請求の代表者となることは法の予定するところではない。」

裁判官竹内行夫の追加反対意見のなかでも、多数意見の解釈姿勢を批判して、次のようにいう。

「多数意見の解釈姿勢が、規定の文言や法形式を重視する余り、地自法85条1項の立法趣旨や昭和29年5月28日の最高裁判決（以下「昭和29年最高裁判決」という。）を始めとする裁判例及び実務により定着してきた合理的解釈に十分考慮を払っていないところに根本的な問題があると考えられる。」

これに次いでさらに詳細な説明が続く。やや長くなるが、厭わず引用しておくことにし

よう。

「地自法85条1項及び本件各規定の目的は、普通地方公共団体の議会の議員の解職請求(リコール)に関する手続の適正を確保することにあり、そのために公務員が公務遂行上の中立義務に反して解職請求代表者になることを認めないとする点にその立法趣旨があると解される。このことについて、昭和29年最高裁判決は、地自法85条1項によれば、公選法中の選挙関係規定は村長及び村会議員の『解職請求及びその投票に至る一連の行為に関し準用される』とした上で、『(農業委員会)委員在職中の者が請求代表者のうちに名をつらねていることが署名のしゅう集に影響を及ぼす可能性は常に否定し得ないところであるから、在職中の委員を請求代表者となり得ないものとする法意にかんがみれば、かような手続によりしゅう集された署名は、すべて成規の手続によらない署名として無効と解さざるを得ない。』とした。」

下級審判例においても、「神戸地裁昭和28年10月9日決定(行裁集4巻12号3149頁)、青森地裁昭和28年10月31日判決(昭和29年最高裁判決の1審判決)、神戸地裁昭和29年4月20日判決(行裁集5巻4号879頁)、広島地裁平成6年4月1日決定(公刊物未登載)、那覇地裁平成16年7月14日判決(最高裁ホームページ)において、一貫して同様の解釈が採られている。」

また、解職請求に関する実務においても、「公務員が請求代表者となることは請求手続段階から否定されてきているところである(地方自治制度研究会編『新訂注釈地方自治関係実例集』119頁以下、同編『地方自治関係実例判例集(第13次改訂版)』341頁以下。)」

地自法85条1項の「法意」についても、多数意見は言及していないし、公務員の中立義務や解職請求の手続の適正といったことにも触れていないが、「しかしながら、公務員の中立義務、なかんずく政治的中立性は、憲法

が求める極めて重要な原則であり、これを受けて、国家公務員法や地方公務員法等に服務規律が定められ、当然のことながら、公務員に関する法令上、公務員は、解職請求の投票手続の段階のみならず請求手続の段階においても署名運動を主宰したり投票の勧誘運動をしたりすることができないこととされている。そして、地自法はその85条1項において、住民の直接請求制度である解職請求の手続の適正の確保という視点から、解職請求代表者の資格について、中立であるべき公務員は解職請求代表者とはなり得ないとの制限を設けているものと解されるのである。確かに、解職請求代表者の資格制限は、国民の公務罷免権の行使を制約するという側面を有するものではあるが、一般の国民の参政権に対する制限ではなく、飽くまで上記のように中立であるべき公務員に対する制限にすぎない。しかも、公務員は、このような制限の下においても、自ら署名や投票を行うことは何ら妨げられていないのみならず、解職請求に係る署名収集受任者となり署名収集活動を行うこともできるのであるから、この程度の制限は、住民の自由な意思の形成に基づく直接請求制度の適正の確保のために、地自法85条1項が当然予定するところであると解される。」

多数意見によれば、公務員に関する資格制限は請求手続段階には及ばないこととなるが、「そのような新たな解釈は、裁判例や実務により既に定着した合理的な解釈をあえて覆すものであるといわざるを得ない。解職請求代表者は、請求手続の段階において、自ら署名活動を行い又は署名収集受任者にこれを委任するという権限を有し、解職請求者署名簿を選挙管理委員会に提出するという一連の手続についての責任者としての地位にある。このように、解職請求代表者は投票手続よりはむしろ請求手続において、解職請求を主導し、住民を一定の方向へ政治的に方向付けるという重要な役割を担っているのである。公

務員が、その中立義務に反して、その地位を利用して、このような権限と地位を有する解職請求の主導者となってそのイニシアティブをとるようなことは、本来住民の側から自由な意思に基づいて直接請求をすることに制度の根幹があるとされる解職請求の手続の適正を損なうので許されないというのが、地自法85条1項及び関連規定の立法趣旨にのっとった自然かつ合理的な解釈であり、仮に文理上や法形式において多少明確さを欠くことがあるとしても、上記の最高裁判決を始めとする裁判例及び実務により、かかる合理的解釈が既に定着しているものであり、このように確立した合理的解釈をあえて変更する必要は認められない。」

また、多数意見によれば、「国家公務員法の適用又は準用がある公務員及び地方公務員法の適用がある公務員について、結果として、公務員法上の服務規律があることを除けば、およそ公務員が普通地方公共団体の議員の解職請求に関する請求段階の手続において代表者となることを地自法は何ら規制しないこととなる。そして、内閣総理大臣、その他の国务大臣や各省副大臣、大臣政務官、さらに本件で対象となった農業委員会委員とともに公職選挙法施行令90条2項、別表第2に掲げられている中央選挙管理会及び選挙管理委員会の委員、国家公安委員会委員、公害等調整委員会委員、衆議院議員選挙区画定審議会委員、教育委員会委員等が解職請求を主導する代表者となり得ることとなる。公務員が解職請求手続の代表者のうちに名を連ねることが住民の態度に影響を与える可能性は否定できないとの昭和29年最高裁判決の指摘は今もなお重要である。地自法の定める解職請求は、直接民主制に基づき住民が有する重要な権利であり、その制度の根幹は住民がその自由な意思により直接請求をすることができるということにある。上記判例を変更することは、立法趣旨の合理的解釈という解釈方法を

後退させ、直接請求制度の根幹を損ないかねないものであると危惧する。」

以上が、反対意見のいう現行法の趣旨及び解釈である。

(3) 多数意見と反対意見との双方の主張は、みられるように噛み合っていない。前者は、現行法の趣旨が明確でなく、法的構成上複雑でわかりづらいことを指摘して、そのままは適用できないという。法改正をして他の取り扱いとの関連を明確にすべきであるとする。これに対して、後者は、従来の判例や実務の取り扱いからして、公務員である農業委員会委員の政治的中立性の確保が必要であるという趣旨には何ら問題はないとする。

前者は、このような政治的中立性の確保しんを否定しているわけではないが、法律とそれを具体化する政令との関連が整合的でなく、解職請求手続段階で解職請求代表者に非常勤の公務員たる農業委員会委員がなれないことがはっきりしないことを指摘する。これに対して、後者は、この解職請求代表者というのは解職請求手続から解職の投票までの不可分一連の手続の代表者なのであるから、これについてはこの間を分断できないのだとする。そして、この解職請求という直接民主制的リコールの権利については、参政権の一種と言えようが、選挙権はすべての国民に保障されているので、リコール請求の代表者になる資格をすべての国民に保障しなくてはならないというものではないとの考え方に立っている。他方で、農業委員会委員がその地位を利用してある議員の解職請求の陣頭に立つことのもたらす問題点が想起される。

4. 制定法の効力

上記の二つの法理は、噛み合っていないものの各々理屈は理解できないものではない。しかし、ある法律などの現行法の解釈法理につき、それに反する部分はどのような扱いになるのであろうか。憲法に違反する法律

は違憲無効となるように、法律に違反する政令は違法無効となる。本件法廷意見は、まさしく政令で農業委員会委員が解職請求代表者になることを制限している部分（本件各規定）は地自法に違反して、無効であるとする。

しかも、ここで問題になっているのは、法律内容に政令が違反したというのではなく、法律から受任された政令の所管事項を超えた無権限の政令であるから無効だということである。つまり、ここで政令で農業委員会委員が解職請求代表者になることを制限する規定は作ることが出来ないというのである。しかし、現実にはさきの本件各規定は存在し、従来その内容で実施されてきたのである。一つの法理に則り合理的に制定されたものである。

また、もう一つの疑問は、地自法85条1項の規定の仕方である。

「政令で特別の定めをするものを除く外、公職選挙法中普通地方公共団体の選挙に関する規定は…解職の投票にこれを準用する。」

確かに、公職選挙法の規定を準用することになっているが、その前に「政令で特別の定め」をする余地があるのではないか。地自法施行令の115条はそれに該当し得ないか。

さらに、地自法80条は、解職請求及びその処置について、まず1項で

「政令の定めるところにより」、選挙権を有する者の総数の一定数「以上の者の連署をもつて、その代表者から、普通地方公共団体の選挙管理委員会に対し、当該選挙区に属する普通地方公共団体の議会の議員の解職の請求をすることができる。」

と定め、同条4項では、その有権者の意味や総数の扱いに関し、地自法74条5項、6項から8項までと74条の2から74条の4までの条例の制定又は改廃についての規定を請求者の署名についての規定として準用している。ここでは、代表者についてはとくに準用はない。議員の解職請求代表者とは同様とはされていない。ここには、それなりの合理性

がないわけではあるまい。これを単純に政令の無権限ゆえの違法無効とまで断言できるのだろうか。実定法の効力は、法じしんの完全無謬性までを要求するのだろうか。

5. 結び、「立法・司法」関係—藤田裁判官の見解

(1) このようにして、本件法廷意見には、従来の最高裁には見られなかった大胆さが認められるように思われる。そのなかには、本稿で話題にしている憲法上の「立法・司法」の関係についての新たな傾向が潜んでいるのではないか。

最後に、このへんについて、本件法廷意見に与しつつ、補足意見を書いている藤田裁判官の見解をもとにして、少しく検討しておくことにしたい。

(2) まず、公務員の政治的中立性の確保のために、かかる国民の権利を制限する幅を広げることとなる本件各規定解釈については、「立法」で明確に規定すべきであるという立場をとり、藤田裁判官はつぎのように述べる。

「もとより、刑事法の分野に属さない公法の分野において、国民の権利の制限の幅を広げる目的の下に明文規定の拡張解釈をすることが、解釈作法としておよそ禁じられるものとは必ずしもいえず、より大なる公益目的のためにそれもやむを得ないと考えるべき場面が生じ得ないとはいえない。しかし、本件の権利制限の場合には、このような権利制限の拡張を（解釈上）認めないことが、取り返しのつかない重大な公益の侵害をもたらす結果につながるとは、必ずしも考えられない（例えば、直接請求に際しての公務員の政治的中立性を担保する結果をもたらす現行法上の規制は、必ずしも本件における規制のみに止まるわけではない）反面、制限される権利自体は、国民の参政権の行使に関わる、その性質上重要なものということが出来る。そうであるとすれば、権利制限の幅を広げようとする

以上、明文の規定についての拡張解釈によってではなく、法的根拠と内容とを明確にした新たな立法によって行うのが本来の筋であるというべきことになろう。」

そして、本件においてあえて判例変更をすることの意義については、つぎのように説明する。

「今回、当審が本件各規定を法律の委任の枠を超え違法無効と判断する解釈の道を選んだとき、その後始末をどうするのかは、もはや司法権の判断の枠を超えることであるが、仮に立法府（法律）ないし行政府（政令）が、公務員についてはおよそ解職請求代表者への就任資格を持たせないこととする政策自体を不可欠であると考えるのであれば、直ちにそれに対応した立法措置を執ることとするであろうが、仮に、そのような措置が執られなかったとするならば、それはすなわち、そのような規制は必ずしも不可欠の規制ではなかったことを裏書きするものであるということになるはずである（なお、この点に関し、地自令115条が無効とされることによって、解職請求代表者の資格制限につきいわば空白事態が生じることをどう考えるかという問題もあるが、私自身は、公務員の政治的行為の制限につき、およそあらゆる場面につき一瞬の空白を置くことも無く法令による完全な規制が成されるのでなければ危機的事態が生じるとは考えていない）。国民の権利を制限する法令の規定の上記に見たようなあるべき姿に鑑みると、権利を制限される国民の側から問題が提起されている本件を契機として、この点についての再確認を行うことには、それなりに十分な意義があるものと考えられる。

また、本件のような訴訟が起き、また学界においてこれを支持する声が生じるのは、一つには、本件の農業委員会委員等も含め、およそ一切の公務員にこのような権利制限を加えることに果たして合理的な意味があるのかが問題とされるからであることは明らかであ

り、このような点も含め、改めて資格制限の在り方を検討するきっかけを創出すること自体に意味があると考えられることもできよう。」^{(6)a}

つまり、ここでは公務員の権利制限のあり方については、明文規定の拡張解釈によってではなく、「立法」で検討し明確に定めるべきことが主張されている。いったん、権利制限を加えないところでひとまず固定しようということであろう。

(3) 他方では、藤田裁判官は、最高裁大法廷の国籍法3条1項違憲判決（最大判平成20年6月4日）において、日本国籍の父が生後認知した非嫡出子である外国人女性の子に対して本条項の適用を拒否し国籍を認めないことは憲法14条に違反するとする多数意見に与しつつ、その際の「立法・司法」間の関係・役割に言及し、考え方としてはこの判断を立法政策に委ねられているとする反対意見についても配慮した意見を述べていて、注目される。つぎのように述べる。

「問題は、本件における違憲状態を解消するために、上記に見たような国籍法3条1項の拡張解釈を行うことが許されるか否かであって、この点に関し、このような立法府の不作为による違憲状態の解消は専ら新たな立法に委ねるべきであり、解釈によってこれを行うのは司法権の限界を超えるものであるという甲斐中裁判官、堀籠裁判官の反対意見には、十分傾聴に値するものがあると言わなければならない。それにもかかわらず、本件において私があえて拡張解釈の道を選択するのは、次のような理由による。

一般に、立法府が違憲な不作为状態を続けているとき、その解消は第一次的に立法府の手に委ねられるべきであって、とりわけ本件におけるように、問題が、その性質上本来立法府の広範な裁量に委ねられるべき国籍取得の要件と手続に関するものであり、かつ、問題となる違憲が法の下の平等原則違反であるような場合には、司法権がその不作为に介入

し得る余地は極めて限られているということ自体は否定できない。しかし、立法府が既に一定の立法政策に立った判断を下しており、また、その判断が示している基本的な方向に沿って考えるならば、未だ具体的な立法がされていない部分においても合理的な選択の余地は極めて限られていると考えられる場合において、著しく不合理な差別を受けている者を個別的な訴訟の範囲内で救済するために、立法府が既に示している基本的判断に抵触しない範囲で、司法権が現行法の合理的拡張解釈により違憲状態の解消を目指すことは、全く許されないことではないと考える。」

さらに続けて、これを本件の具体的事情に照らして敷衍して、詳細に説明している。少し長くなるが見ておくことにする。

「先に見たとおり、立法府は、既に、国籍法3条1項を置くことによって、出生時において日本国籍を得られなかった者であっても、日本国民である父親による生後認知を受けておりかつ父母が婚姻した者については、届出による国籍取得を認めることとしている。このこと自体は、何ら違憲問題を生じるものではなく、同項自体の効力については、全く問題が存在しないのであるから(因みに、多数意見は、同項が『過剰な』要件を設けていると考えることから、本件における違憲状態を理由に同項全体が違憲となる理論的可能性があるかのようにいうが、同項が設けられた趣旨についての上記の私の考え方からすれば、同項自体が違憲となる可能性はおおよそあり得ない。)、法解釈としては、この条文の存在(立法者の判断)を前提としこれを活かす方向で考えるべきことは、当然である。他方で、立法府は、日本国民である父親による生後認知をうけているが非準正子である者についても、国籍取得につき、単純に一般の外国人と同様の手続を要求するのではなく、より簡易な手続によって日本国籍を取得する可能性を認めている(同法8条)。これらの

規定の基盤に、少なくとも、日本国民の子である者の日本国籍取得については、国家の安全・秩序維持等の国家公益的見地からして問題がないと考えられる限り優遇措置を認めようとする政策判断が存在することは、否定し得ないところであろう。そして、多数意見も指摘するとおり、現行法上準正子と非準正子との間に設けられている上記のような手続上の優遇度の違いは、基本的に、前者には我が国との密接な結び付きが認められるのに対し、後者についてはそうは言えないから、との国家公益上の理由によるものと考えられるが、この理由には合理性がなく、したがってこの理由による区別は違憲であるというのが、ここでの出発点なのである。そうであるとすれば、同法3条1項の存在を前提とする以上、現に生じている違憲状態を解消するためには、非準正子についても準正子と同様の扱いとすることが、ごく自然な方法であるということができよう。そして、このような解決が現行国籍法の立法者意思に決定的に反するとみただけの理由は存在しない。もっとも、立法政策としては、なお、非準正子の中でも特に我が国に一定期間居住している者に限りそれを認める(いわゆる「居住要件」の付加)といったような選択の余地がある、という反論が考えられるが、しかし、我が国との密接な結び付きという理由から準正子とそうでない者とを区別すること自体に合理性がない、という前提に立つ以上、何故に非準正子にのみ居住要件が必要なのか、という問題が再度生じることとなり、その合理的説明は困難であるように思われる。このような状況の下で、現に生じている違憲状態を解消するために、同項の対象には日本国民である父親による生後認知認知を受けた非嫡出子も含まれるという拡張解釈をすることが、立法者の合理的意思に抵触することになるとは、到底考えられない。

他方で、本件上告人らについてみると、日

本国籍を取得すること自体が憲法上直接に保障されているとは言えないものの、多数意見が述べるように、日本国籍は、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で極めて重要な意味を持つ法的地位であり、その意味において、基本権享受の重要な前提を成すものといえる。そして、上告人らが等しく日本国民の子でありながら、届出によってこうした法的地位を得ることができないでいるのは、ひとえに、国籍の取得の有無に関し現行法が行っている出生時を基準とする線引き及び父母の婚姻の有無による線引き、父母のいずれが日本国民であるかによって事実上生じる線引き等、本人の意思や努力の如何に関わりなく存在する様々の線引きが交錯する中で、その谷間に落ち込む結果となっているが故なのである。仮にこれらの線引きが、その一つ一つを取って見た場合にはそれなりに立法政策上の合理性を持つものであったとしても、その交錯の上に上記のような境遇に置かれている者が個別の訴訟事件を通して救済を求めている場合に、先に見たように、考え得る立法府の合理的意思をも忖度しつつ、法解釈の方法として一般的にはその可能性を否定されていない現行法規の拡張解釈という手法によってこれに応えることは、むしろ司法の責務というべきであって、立法権を篡奪する越権行為であるというには当たらないものと考えられる。なお、いうまでもないことながら、国籍法3条1項についての本件におけるこのような解釈が一般的法規として定着することに、国家公益上の見地から著しい不都合が存するといえるのであれば、立法府としては、当裁判所が行う違憲判断に抵触しない範囲内で、これを修正する立法に直ちに着手することが可能なのであって、立法府と司法府との間の権能及び責務の合理的配分については、こういった総合的な視野の下に考察されるべきものと考えられる。」

(4) 引用が長くなってしまったが、ここで「立法・司法」間の関係がかなり具体的に立ち入って述べられている。しかも、従来みられた通常の「司法」による「立法」の適用ではない。

まず、上記(2)、(3)に共通しているのは、訴訟で救済を求めている当事者を救済しようと様々吟味していることである。そして、そのいずれにおいても、現行法をそのまま適用せず、個別的事案においてそれとは別の趣旨の結論を導くために努力しているのである。が、一方では、拡張解釈をせず、他方では、拡張解釈をして結論を導いている。

また、その選択に当たっては、法政策的な判断を加えている。司法政策的判断とも言えるものである。現行法のあり方には時間的、社会的な変化などによる合理性の喪失を指摘して、別の新しい動向を積極的に取り入れるべきことを優先しているように見える。

ただ、その選択の過程において、一方では、違法無効、他方では、違憲無効を断定しているが、反対意見では、必ずしもそうは考えていない。そして、そこには実態の評価に開きがあり、そうした実態への法政策上の選択は従来はおそらく「立法」の判断がそのまま「司法」により踏襲されてきたものではないだろうか。また、違法、違憲とされた判断がどのような法的拘束力を有するのかということについても、さらに吟味しなくてはならないように見える。地自法の施行令はその後しばらく改正されていなかった。国籍法3条1項はすぐ後に改正されたが、非嫡出子問題は、一般的にはなお決着を見ていない。つまり、民法上のこの制度はまだ有効に妥当している。なお、「立法・司法」の関係で、一方では、現行法をそのままに適用することを無効としつつ、明確な立法的解決を求めているが、他方では、法律を一部違憲としつつ、判決の趣旨に沿って詳細を立法的に制度化することを求めている。こうした判決の出し方に

は看過しえないものがある。(7) (8) (9)*

注

- (1) 本件についての解説としては、下井康史「演習行政法」『法学教室』363号(2010年12月)122-3頁、薄井一成「公務員が議員の解職請求代表者となることを禁止する地方自治法施行令の規定の効力」『法学教室』(2011年3月)判例セレクト2010〔Ⅱ〕3頁参照。
- (2) 但し、解職請求代表者というのは、これら両方に関わる事項ではないかという疑問もある。
- (3) 但し、被選挙権である立候補の自由とリコール等の党派的政治的行動とは必ずしも同一次元では語りえぬ要素もありうる。また、農業委員会委員が共同体的農村社会において果たしている現実的役割などを全く考慮しない議論で良いであろうかということも存するのではないか。この点、最近の文献として、大川昭隆「農業委員会と海区漁業調整委員会」(上)『時の法令』1887号(平成23年)69頁以下がある。
- (4) 但し、このような具体的事情をもって本件各規定を直ちに違法だと断ずることはできまい。
- (5) 但し、条例制定・改廃請求制度と議員の解職制度との間では、請求後の手続は同一でないことにも注意が必要である。前者には、住民投票がない。議会による任意での審議決定がなされるだけである。
- (6) 実は、これこそが最近の最高裁判決にもみられる新派の特徴の一つであると言えよう。個別的に訴訟において権利救済を求めている場合に、古くなった法律の不適用、新法政策への変更、その即適用である。
- (6) a 学説はおおむね本件法廷意見に肯定的であるように見える(上記下井康史「演習行政法」、中原茂樹「地方議会議員解職請求代表者の資格制限を定めた委任命令の違法性」『ジュリスト』1420号平成22年度重要判例解説(2011年4月10日)44-5頁参照)。本判決を受けての地自法改正案では直接請求代表者資格が認められない公務員を選挙管理委員会の委員または職員に限定し、地位利用の署名活動をした公務員に対する罰則を新設するものである。
- (7) 宍戸常寿教授につぎのような指摘が見られる。「ドイツでは、裁判所が立法の不作為の違憲を確

認する判決を下して、立法府に対応を迫るという手法が用いられて」いる。「裁判所が立法不作為の違憲を宣言すれば、憲法保障機能にとどまらず、立法府の対応を促して実質的な権利救済をも引き寄せるのが通常でしょう。そうだとすれば、ここでも付随的審査制を厳格に狭く捉えすぎるとは、適当ではないように思われます」(『憲法解釈論の応用と展開』(日本評論社、2011年)285頁)。この点の吟味は別の機会に譲らざるをえない。

- (8) その後、平成23年5月2日地方自治法の一部改正(法律35号)により、請求代表者の資格につき、「選挙権を有しない者及び選挙管理委員会の委員・職員」に限り制限の対象とすることを法律に明確に規定することとした。改正箇所の詳細な解説については、新田一郎『時の法令』1891号(平成23年)32頁以下参照。
- (9) 本稿で扱っている論点については、アメリカ憲法判例にみられる司法審査理論の変遷などからの示唆も有益だと思われるが、別稿の課題としたい(例えば、カーミット・ルーズヴェルトⅢ世著大沢秀介訳『司法積極主義の神話—アメリカ最高裁判決の新たな理解』(慶應義塾大学出版会、2011年)のi-viii「日本語版によせて」、254頁、リチャード・H・ファロン・Jr.著平地ほか訳『アメリカ憲法への招待—The Dynamic Constitution』(三省堂、2010年)xxiii-xxx、1-28頁、大沢秀介『司法による憲法価値の実現』(有斐閣、2011年)など参照)。

(平成24年3月26日脱稿)

* 本稿脱稿後に、藤田宙靖先生より『最高裁回想録 学者判事の七年半』(有斐閣、2012年4月)をご恵贈賜った。そこでは、近年の最高裁判例にみられる新しい傾向についての丁寧な解説が施されている。本稿にこれらのご教示を十分に反映させる余裕はなかったため、それは今後の研究での課題とすることにしたい。