

司法と政治 —司法積極主義の周辺—

堀内 健志

目次

- I 序、司法の政治性
- II アメリカ憲法の場合、司法哲学（司法積極主義と司法自己抑制主義）の違い、「立法」への敬讓アプローチ
- III 近年の日本最高裁の場合—とくに裁判官藤田宙靖の意見
- IV 結び、政権交代の影響

I 序、司法の政治性

(1) 最近、「司法」は正義の問題に政治的結着を付ける場所であることが当然視される傾向が著しい。つまり、「司法」は結局「政治」なのだ。

「司法」にもそのような要素が含まれていることは実際に否定できないとしても、果たしてこれをそのまま認めて権力分立論を語れるのだろうか。

(2) 国家の行為を全て法規範の内容として認識するか、あるいは政治的行為として認識するかは、方法論の違いである。が、国家の行為のある部分を法的行為と他の部分を政治的行為として区別する立場に立てば、どのようにしてその区別をするかが問題となる。

(3) 伝統的公法学においては、政治部門と法原理部門とを分けて、後者は正義を個別的に論ずる所とする。例えば、ある殺人犯については政治的多数により罰するというのではなく、その行為が正義に反する故に悪であり処罰されなくてはならないと判示する。

(4) もちろん、憲法的価値は、どのような内容であるかはいつも明確であるとは限らないので、政策的な決定が必要であるが、その任務は何よりもまず「立法」、つまり刑法などの法律に委ねられる。

(5) なお、西欧大陸型の憲法裁判所では、

伝統的「司法」とは異なる「政治裁判」をも任務とするので、ここでは政治決着をつける政治部門として位置づけられることになる。が、わが国、及びアメリカ型の付随的違憲審査制のもとでは、基本的に「司法」裁判所として位置づけられる。

(6) ただ、これらの両者の違いは、最近かなり相対化してきていて、ドイツ連邦憲法裁判所において、例えば、いわゆる「統治」作用についての政府行為については裁判所も慎重な態度が見られると言われる⁽¹⁾。他方、アメリカ判例法でも、政治問題に関しては政府や「立法」の判断には、「司法」による敬讓アプローチが認められる⁽²⁾。

II アメリカ憲法の場合、司法哲学（司法積極主義と司法自己抑制主義）の違い、「立法」への敬讓アプローチ

そこで、この小稿では以下、伝統的「司法」のもとでの、政治的司法のありようをアメリカ憲法学を中心にみると、概略つぎのようである。

まず、司法独裁主義という言葉は、余り聞かない。が、今日の司法政治はそれに近い。また、裁判官も弁護士、そして、国民のかなりの人びとの感覚の中に、国家的問題の最終的結着を司法に委ねるべきだと考える向きが多い。

これは、従来司法が消極的で、ほとんど「国会」が制定した法律がある程度の合理性があれば大抵合憲であるとされてきたので、これを不満に感じていた多くの国民には眞に正義の味方が現れたと写ったのであろう。

ただ、理論的にも、制度的にも裁判官や司法に対して、国民による統制は充分であるのだろうか。国家政策形成的な選択や国民の意思を決定することは、司法ではなく、統治部門である国会や行政の判断に委ねるべきではないか。司法は個別的紛争において価値的な正義を語ることが本務であるとする考え方は、従来から存し、これを無視できるのだろうか。

とくに、ある法律が時代の感覚に合わない古いと感じられた場合に、法律改正ではなく、司法による是正が最適だろうか。個別場面で法律の適用から来る個人の価値を否定する場合には、法律否定ではなく、個別的事情から来る適用回避が適当ではないか。法律改正はまた、別に慎重な国民的な見地からの審議が必要ではないだろうか。

そこで、実はアメリカ憲法判例において、司法の位置づけに関しては当初から多様な見解が表明されてきていた。E・コーウィンの憲法コンメンタールの冒頭箇所での様子が見て取れる。司法は、原則立法を適用するものとする見解があるかと思えば、裁判官が言うことが憲法なのだと言うときものもある。が、司法権が権利保障するが、同時に立法権もそのような権利を有するとも言う⁽³⁾。

このような多様性を見せるのは、結局H・ケルゼンなど純粹法学が言うようにもともと立法・司法の関係は法段階説のもと相対的なものであってそれらの間には多様な関連を含みうるものであることを想起すれば、当然のことだと言えるものである。

但し、そのことを認めた上で、立憲主義的憲法のもとでは権力分立の問題を処理する際に、何らかの法理的な区別をしないでは済ま

ないし、さらにその上で最終的には現実適合的な実定憲法学上の思考を凝らす必要があるのである。

アメリカ憲法判例上、今日に至るまでには「司法」については政治歴史的な状況を反映して一連の流れがみられるようである。

(1) 1930年代までのニューディール政策時代には、連邦最高裁は、これを自由主義の立場からそのため一連の経済政策立法を違憲だとする判決が出された(いわゆるLochner期)。

(2) が、この世紀の半ば前後、フラン克福ルター判事の時代には、立法の合理性を尊重して、原則合憲判決を出す、いわゆる司法消極主義の時代がやってくる。戦後わが国の通説的立場は、基本的にはこのような態度をとってきたように思われる。

(3) 他方で、その後、リベラル派の裁判官による人権尊重の違憲判決が出されるようになるが(ウォーレン・コート)、このような状況を加味して、芦部教授によるいわゆる二重の基準論がわが国で支配的になった。

(4) これに対して、アメリカではニクソン、レーガン時代には保守主義に転換し、次第に裁判官にも保守主義的傾向の判事が任命されていく。「厳格解釈主義」の哲学を持ち「法と秩序」が強調される。

(5) ただ、近年の連邦最高裁において、司法積極主義が維持されているが、これをどのように理解するのか、これが現在の問題状況であると理解することができよう。

(6) 今日のルーズヴェルト三世の「司法積極主義の神話」でいう司法の正統化論や、H・ファロンのコモン・ロー的な平衡保持の理論によって、これらの近時の傾向を説明する試みがなされていて、これがわが国の最高裁判決にも影響を与えているのではないかと、言うのが稿者の見立てである。これについては、後にやや詳しく触れることにしよう。

なお、わが国の憲法学において、従来の二

重の基準論ではなく、ドイツ流の三段階の憲法審査論が盛んになってきているが、これは、司法積極主義に呼応する流れではないかとも考えられる。

ルーズヴェルト三世の正統化論は、憲法の意味と法理とを区別して、後者の場面では憲法解釈は個別的に様々の要素を吟味して結論を出すのでそれは司法積極主義というよりも憲法解釈そのものとして正統化できるものであるとするのである。

従って、一般的に「司法自己抑制主義」とは「裁判官が公共善に関する個人的見解に依拠することなく、立法化された法律について先例に基づきながら解釈を行うことに専心すべきであるという司法哲学を指す」のに対して、「司法積極主義」とは「裁判官は公共善に対する自己の見解に基づいて憲法判断を行うことを厭わず、必要ならば先例を否定することもありうるとする司法哲学を指す」とされるが、ルーズヴェルト三世の立場からはかかる対比じしん当を得たものではないことになろう⁽⁴⁾。

保守派としての司法積極主義について語られるレヴィンの言う「黒服の男達」を、なにも大げさに強調・批判するには及ばないということであろう。

このような憲法の法理を用いての憲法解釈の結果、裁判官にはかなり広範な価値決定権が正統づけられることになろうが、このような立場に立った場合に、では、裁判官じしん個別の決定において果たして冷静な判断が出来ているのであろうか。以下では、H・ファロンと言うところを見ておくことにしたい。裁判官において決して自由で冷静な心境に置かれているとは見られないのである。

(1) まず、すでにJ・マーシャル首席裁判官は「合衆国憲法は、」「法典特有のわずらわしさをもつもの」ではなく、「将来にわたって効力を有し、したがって人間社会のさまざまな危機に適応しうるように意図されてい

た」と指摘していた⁽⁵⁾。H・ファロンによれば「司法の判断は、ある意味で不可避免的に『政治的』である」という⁽⁶⁾。但し、その場合、あくまでも「司法府の判断は、選挙政治を介してではなく、法を介して形成され、表現される。」「党派的事であることはまずない」という⁽⁷⁾。規範的に「道徳的または実践的な含意を入れることは正しい。」が、今日過度に政治的であり、それは、反マーシャル的となり、「民主的な自己統治を阻害する権力を含むあまりに大きすぎる権力を手中に収めることになる」という。

(2) しかし、H・ファロンによると、「連邦最高裁は、人民の政治的多数派が持つ核心的な諸価値を過度に逸脱することはめったにない」⁽⁸⁾のであり、このことは、高名な政治学者ロバート・ダールが考証をもって述べたことであり、また、政治風刺漫画家フィンリィ・ピーター・ダンがほぼ半世紀前に述べていたこと、つまり漫画の主人公「ドゥーリ氏」が「連邦最高裁は選挙の結果に従う」と指摘していたことでもある⁽⁹⁾。やや詳しくみると、連邦最高裁が広く浸透している見解と決定的に袂を分かったのは、二度だけであったとする。その一つは、ニュー・ディールを挫折させ、そのことで公衆を時代遅れの保守的連邦最高裁が酷く怒らせた時代。もう一つは、ウォーレン・コートが「法と秩序」及び「厳格解釈主義」の立場の裁判官を求める政治的欲求を助長した時代。

「連邦最高裁裁判官は、大統領によって指名され、上院によって承認されねばならない。」その際、大統領も上院も「候補者の価値観や政治的見解に大きな注意を払うのである」⁽¹⁰⁾。

具体的状況として、H・ファロンによると、「裁判官たちは、Brown v. Board of Education 以前の 아프리카系アメリカ人、1970年代以前の女性、ごく最近までの同性愛者というような少数者を保護する動きのなかで、その時代

に生きる者として最前線に立つことは滅多になかった。加えて、裁判官たちは、他のほぼあらゆる人びとと同じく、恐怖の支配する時代には、臆病になりがちである。それゆえ、戦争や緊急事態の際には、市民的自由が抑圧されやすい状況になりがちなることは驚くに足りないことである。

しかしながら、いったん基本的な公正さに関してある見解が広く受け入れられるに至ると、裁判官は共有された考え方が国全体に貫徹されるべきだと主張するようになると予想される⁽¹¹⁾。「政治運動が憲法の形成に資する」⁽¹²⁾。「法の生命とは、論理ではなく、経験であった」⁽¹³⁾。

(3) 上記のルーズヴェルト三世の言う「憲法の法理」の内容を成す、「制度の力量」「歴史の教訓」「民主主義における欠陥」「誤りのコスト」「準則と基準」といった憲法の解釈を正統化する要件、統治や立法に適切な敬讓を払うアプローチの方法について、これらの手法を用いる裁判官の解釈は、司法積極主義などと批判するのは不適切であるほどに理にかなうものであるとされている。しかし、これらの要件には、チェムリンスキーも批判するとされるごとく相互間に相対立する内容が含まれていて、どのような判断をするかはかなり裁判官の選択に委ねられることになる。そうであるならば、その裁判官がさきに見たように、時々の政治運動の影響に左右されるものであることを配慮すると、なんと信用できない立場に置かれているのかと驚かざるを得ない。

ルーズヴェルト三世は、アレクサンダー・ハミルトンを引いて（『ザ・フェデラリスト』第78篇）「司法府は物理的力も意志も持たず、ただ判断力だけを有する」とする⁽¹⁴⁾。しかし、裁判官の判断が政治的に決定的な効果をもたらした事例は少なくない。

(1) アメリカ合衆国憲法史上、1803年の違憲審査権が判例上確立したとされるマーベ

リー v. マディソン事件そのものが、極めて政治的色彩を含む問題であった。当時の連邦派と共和派との対立のなかから生じたものであった。ジョン・マーシャル首席裁判官は、連邦派マーベリーの治安判事辞令交付を新たに就任した共和党トーマス・ジェファーソン大統領のもとジェームス・マディソン新国務長官に保留されたので、連邦最高裁にその職務執行令状発布を求めた事件に対して、このもとと連邦派で国務長官であり辞令を宙吊りにした張本人は、別の問題、つまり権限管轄問題として処理した。当時の裁判所法13条がいかなる事案においても連邦最高裁が事実審裁判所として機能する管轄権を持つと法律の文言を誤読、読み替えることにより、かかる連邦議会により制定された法律が合衆国憲法の3条に違反することになる。このように構成することによって、連邦最高裁は管轄を有していず、マディソン国務長官に対し、マーベリーに治安判事としての職務辞令を送付するように命じることは出来ないとしたのである⁽¹⁵⁾。

(2) また、その16年後1819年、マーシャル首席裁判官のもと McCulloch v. Maryland 事件では、連邦最高裁は連邦による国立銀行の設立を認めている⁽¹⁶⁾。

(3) さらに、2000年12月9日の Bush v. Gore 事件連邦最高裁判決前の中止命令も、単なる法律適用ではなかった。大統領選挙開票に際して、連邦最高裁は、フロリダ州法の解釈と執行につき州裁判所に任せずに、逆に州裁判所がフロリダ州法に従わなかったことが憲法違反であると判断して、5：4でもって票を再集計することを中止させる命令を出したのである。ここでも中止を支持した5人の裁判官は、他にもない、保守派共和党候補ブッシュの支持者達であったのである⁽¹⁷⁾。

このようにして、連邦最高裁裁判官の判断は、政治的そのものであると言っても過言ではない。裁判官は、時々の政治状況を大いに

気にして、自らの態度を決定している。このような割り切り方をするならば、とても司法積極主義を正統化するいくつかの要素があるとしてもその選択をそのまま客観的なものとして信じ切ることは出来まい。

Ⅲ 近年の日本最高裁の場合—とくに裁判官藤田宙靖の意見

わが国の最近の動向について、つぎの点を指摘することが出来よう。

(1) 周知のごとく、議員定数不均衡をめぐる憲法問題は平成25年になり、相次いで衆議院につき高裁段階での違憲判決が続き、この秋にも最高裁大法廷での最終判断が待たれる状況に至っている。*この問題は、長い長い判例の経緯があるが、近年日本弁護士会での大がかりなキャンペーンが展開されている。全国紙での主張の展開やこの問題に消極的な裁判官を批判する運動も行ってきた。このキャンペーンがどのような効果を持ったかはよくわからないが、上述のごとくアメリカでも「政治運動」が重要であるとされることを参考とされたようにも見える。裁判官に対する政治的プレッシャーをかけることにより目的を達成しようとするものである。

(2) つぎに、これもやはりアメリカ判例法の影響ではないかと思われるが、わが国最高裁判例の中にも統治や立法府への「敬讓アプローチ」とも言えるような口調が認められる。

例えば、(a) 最大判平成16年1月14日は、平成13年参議院議員選挙定数配分規定が憲法14条1項に違反しないとしたが、その補足意見2（裁判官亀山継夫、同横尾和子、同藤田宙靖、同甲斐中辰夫）で、両議院の選挙に関する事項は憲法47条により立法府が法律によって定めることになっていて、裁量権が与えられている、とするが、それはつぎのような配慮と条件に基づいたものである。

《立法府には、複雑高度な政策的考慮に基づく判断が委ねられなければならないからこ

そ、こういった考慮を適切に行い、与えられた裁量権を十二分に行使して、正に立法府でなければ行えない判断をする責務がある。こうして導かれた判断につき、その内容自体が政策上最適のものであったか否かは、違法問題ではなく、司法権の判断の及ぶ限りではないことは、いうまでもない。しかしながら、結論に至るまでの裁量権行使の態様が、果たして適正なものであったかどうか、例えば、様々の要素を考慮に入れて時宜に適した判断をしなければならぬのに、いたずらに旧弊に従った判断を機械的に繰り返しているといったことはないか、当然考慮に入れるべき事項を入れず、又は考慮すべきでない事項を考慮し、又はさほど重要視すべきできない事項に過大の比重を置いた判断がなされてはいないか、といった問題は、立法府が憲法によって課せられた裁量権行使の義務を適切に果たしているか否かを問うものとして、法的问题の領域に属し、司法的判断になじむ事項として、違憲審査の対象となり得るし、また、なされるべきものである。》

《…現行法制の下での参議院選挙制度が創設された出発点における政策判断、すなわち、都道府県ごとの固有の利益ないし事情及び半数改選制に配慮して各選挙区にまず二名を配分し、残余の定員を各選挙区の人口に比例して偶数配分する、という考え方は、それなりに合理的な事情についてそれなりに合理的な配慮をした結果として評価することができようし、また、そのように評価されて来たものということができよう。しかし、その後当初の人口分布が大きく変わり、上記の三要素（地域的利益、半数改選制、人口比例）間における均衡が著しく崩れたにもかかわらず、このことに全く配慮することなく、ただ無為の裡に放置されて来た、といった状況が認められるとしたならば、そこに立法府にゆだねられた裁量権の適正な行使があったとはいえないものといわなければならない。》

《…投票価値の平等のように、憲法上直接に保障されていると考えられる事項と、立法政策上考慮されることは可能であるが憲法上の直接の保障があるとまではいえない事項、例えば、地域代表的要素あるいは都道府県単位の選挙区制等が対等な重要性を持った考慮要素として位置付けられ得るか、という問題があるが、従来の多数意見が、この点どのような理論的前提に立つものであるのかは、必ずしも明確ではない。》

《もとより、今回の改正の直接の動機そのものは、必ずしも較差の減少それ自体にあったわけではなく、上記の作業は、全体としての定数削減の必要を契機としての最小限の作業であったにすぎないが、しかし、参議院の定数削減それ自体、国民の要望に基づき立法府が果たすべき課題の一つであったこと、都道府県単位の選挙制度を前提とした現行制度の下で、全体としての定数が減少すれば、最大較差の是正の余地はそれだけ窮屈なものとなること等にかんがみれば、今回の改正作業にそれなりの合理性が認められることを否定することはできない。その意味において、私たちは、今回の改正の結果をもって違憲と判断することには、なお、躊躇を感じざるを得ないのである。》

《しかし、改めて繰り返すまでもなく、今回の改正もまた、定数配分をめぐる立法裁量に際し諸考慮要素の中でも重きを与えられるべき投票価値の平等を十分に尊重した上で、それが損なわれる程度を可能な限り小さくするよう、問題の根本的解決を目指した作業の中でのぎりぎりの判断に基づくものであったとは、到底評価することはできない。したがって、例えば、仮に次回選挙においてもなお、無為の裡に漫然と現在の状況が維持されたままであったとしたならば、立法府の義務に適った裁量権の行使がなされなかったものとして、違憲判断がなされるべき余地は、十分に存在するものといわなければならない。》

また、最大判平成18年10月4日平成16年参議院議員選挙無効訴訟—一票較差事件における裁判官藤田宙靖補足意見にも上記引用冒頭箇所と同趣旨の説明が見られる。

さらに、いわゆる一人別枠方式が問題となった平成17年衆議院議員総選挙無効事件において、最大判平成19年6月13日の裁判官藤田宙靖、同今井功、同中川了滋、同田原睦夫の四裁判官の見解中では、つぎのように述べる箇所がある。

《本件区割規定に基づく選挙区間の人口ないし選挙人数の較差をみると、それが二倍を超える選挙区が、改正直前の国勢調査における人口によれば九、本件選挙当時における選挙人数によれば三三に達していたのであるが、このような結果を招来した原因として一人別枠方式の採用によるところが大きいこと、各選挙区間の一人当たりの人口較差及び基準人数からの各選挙区の人口の偏差が、一人別枠方式を採ることにより、人口比例原則を採る場合よりも大きくなったこと、一人別枠方式を採用すること自体に憲法上考慮することの合理性を認めることができないことにかんがみると、本件区割規定は、その内容において、憲法の趣旨に沿うものとはいえない。》

《もっとも、最高裁大法廷は、平成11年11月10日の判決において一人別枠方式に基づく当時の選挙区割りを合憲とし、平成13年12月18日の第3小法廷判決もこれを踏襲した。国会はこれらの判決を前提として行動し、本件選挙もこれに基づいて行われているのであって、本件選挙当時まで一人別枠方式を是正することなく放置した国会の不作為をもって、許される裁量の枠を超えたものと評価することは困難である。このことを考えると、本件選挙当時における本件区割規定を違憲とし、これに基づく本件選挙を直ちに違憲違法であると断定することにはなお躊躇を覚える。》

(b) また、婚外子国籍取得訴訟事件最大判

平成20年6月4日における裁判官藤田宙靖の意見では、つぎのように述べている。

《現行国籍法の基本構造を見ると、子の国籍の取得については出生時において父又は母が日本国民であることを大前提とし（2条）、日本国籍を有しない者が日本国籍を取得するのは帰化によることを原則とするが（4条）、同法3条1項に定める一定の要件を満たした者については、特に届出という手続によって国籍を取得することができることとされているものというべきである。したがって、同項が準正要件を定めているのは、準正子でありかつ同項の定めるその他の要件を満たす者についてはこれを特に国籍取得の上で優遇する趣旨なのであって、殊更に非準正子を排除しようという趣旨ではない。言い換えれば、非準正子が届出という手続によって国籍を取得できないこととなっているのは、同項があるからではなく、同法2条及び4条の必然的結果というべきなのであって、同法3条1項の準正要件があるために憲法上看過し得ない差別が生じているのも、いわば、同項の反射的効果にすぎないというべきである。それ故にまた、同項に準正要件が置かれていることによって違憲の結果が生じているのは、多数意見がいうように同条が「過剰な」要件を設けているからではなく、むしろいわば「不十分な」要件しか置いていないからというべきなのであって、同項の合理的解釈によって違憲状態を解消しようとするならば、それは「過剰な」部分を除くことによってではなく、「不十分な」部分を補充することによってでなければならないのである。同項の立法趣旨、そして本件における違憲状態が何によって生じているかについての、上記に述べた考え方に関する限り、私は、多数意見よりはむしろ反対意見と共通する立場にあるものといわなければならない。》

《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、十分に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。これを本件の具体的事情に照らして敷衍するならば、以下のとおりである。

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、全く問題は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理論的可能性はおよそあり得ない。）、法解釈としては、この条文の存在（立法者の判断）を前提として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受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を受けた非準正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ことができる。そして、上告人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적인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

的意思を付度しつつ、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。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範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うのであれば、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で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。》

(c) 地方自治法施行令115条、113条、108条2項、109条のうち、公職選挙法89条1項を準用することにより、解職請求代表者の資格を制限している部分は、地方自治法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、その資格制限が解職の請求手続にまで及ぼされる限りにおいて無効とした、最大判平成21年11月18日の高知・東洋町議リコール訴訟事件の裁判官藤田宙靖の補足意見では、つぎのように述べられている。

《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上の侵害をもたらす結果につながることは、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である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。》

《…問題はさらに、こういった規制の明確化を求めるといふ目的のために、本件において、あえて最高裁が判例変更の道にまで踏み込むべきであるという判例政策上の決断をすべきであるか否かである。

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なるであろうが、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な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。

上記の理由により、私は、上記のような判断に基づき昭和29年最高裁判決を変更し、本件各規定の違法を前提とした処理をするとの判断を採用することも一つの合理的判断であると考え、多数意見に同調するものである⁽¹⁸⁾。

(3) わが国の最高裁が、いわゆる統治、立法への敬讓アプローチの考え方をどの程度自覚的に採用しているかは、定かではない。が、上記の藤田裁判官の意見の中には、実にはっきりとした形で「立法」と「司法」の関係を詳しく吟味したうえで結論が引き出されていることは、否定できないだろう。これをもってアメリカ判例法でいわゆる立法への敬讓アプローチの考え方が見事に採用されていると稿者は考えるのである。

近年のアメリカ憲法学の考え方によれば、こうした立法の権限を配慮したうえで違憲判決に踏み切ることによって積極的司法主義は正統化され、これが憲法法理の役割として意味づけられることになる。

わが国の従来の最高裁の判例の一般的傾向として語られた司法消極主義は、立法への敬讓の結果、とかく立法に合理的根拠があれば合憲であるとするものであった。こうしたいわゆる旧派とされる立場と比較して、上述の最近の最高裁の判決に見られる姿勢はやはりいわゆる新派の潮流を示すものであるということができよう⁽¹⁹⁾。

IV 結び、政権交代の影響

このようにして司法積極主義はわが国においてもその正統性を獲得する方向で進展しているように見える。そのことじしんをどうこういうつもりはない。特に、個別的な国民の権利救済ということを重視すれば司法の任務は計り知れないものがある。この点が戦後わが国の基本的人権保障の視点から見ても遅れていた部分であったとすらいえるであろう。

他方において、このような傾向の今後を占う場合には、司法が憲法上置かれている制度上の限界ということについても吟味・確認しておくことが必要ではないだろうか。というのも、わが国憲法は、まず6条2項で「最高裁判所の長たる裁判官」を「内閣の指名の基づいて」天皇が任命するほか、79条1項で、「長たる裁判官以外の裁判官は、内閣がこれを任命」し、80条1項では、下級裁判所の裁判官は、最高裁判所の指名した者の名簿にによって、内閣でこれを任命する」こととしているので、内閣、政治事情との関連を無視することはできないのである。

戦後の新憲法制定後長期にわたって続いてきた司法消極主義の時代は、自民党（そして公明党との連立）による政権交代なく強力な長期政権が続き継続支配してきたことと無関係ではなかっただろう。国民の意思を形式的にでも反映する立法・政府の制定する法律をその政府により選任された裁判官がその国民の意思に反して違憲であると断言することには相当の勇気が必要とされることは容易に推測されよう。が、近年このような政治状況に一時的に変化が見られた。すなわち、民主党政権が実現し自民党が野党に下落し二大政党政治が行われ始めた。ここでは行政官僚の立場に従来にはなかった動揺が見られた。司法府、裁判官には直接そのような状況は見られたわけではないが、それでも不慣れな民主党政権の政治運営に対しては国民同様、容易に批判

を加えやすい雰囲気があったのではなからうか。本来はそう簡単には言い切れないはずの立法不作為による違憲判決があちこちで聞かれるようになった。学説の中でもそのような指摘がよく聞かれるようになった。しかし、平成24年末には、自民・公明の政権が復活し、両院において圧倒的多数を擁するに至った。この保守政権の下で、行政官僚だけではなく、司法府、裁判官の意識に変化はないだろうか。このような見方はあまりにも本質からかけ離れた司法への軽蔑を含むとの反論が予想される。稿者もこのようなものを学問として語りたくはない。ただ、今回アメリカの裁判官の意識としてたえず国民の意識や政治的状況へ敏感であるという指摘を配慮しつつ、司法積極主義の動向に注目しないわけにはゆかないのである⁽²⁰⁾。

現代国家の司法は、多くの国家で、積極的司法主義に転換した。わが国もまたその方向へと舵を切ったようである。そのことは、本当に良かったかどうか。立法に対する合理性を判断する司法消極主義ではなく、個別の実質的平等を吟味する司法積極主義は、裁判官に大きな負担を課すことになっている。前者を旧派と言うに対して、後者は新派と言われることがある。形式的合理性から実質的正義へと原理が変わることになる。が、この実質的正義の判断はいかに困難を伴うのか。これからの課題として我々に投げかけてくる。

(平成26年1月10日)

注

(1) これらに関連する文献として、松浦一夫『ドイツ基本法と安全保障の再定義—連邦軍「NATO域外派兵」をめぐる憲法政策—』(成文堂、1998年)、富井幸雄『憲法と緊急事態法制—カナダの緊急権』(日本評論社、2006年)、及び『比較憲法学研究』21号(2009年)所収の松浦、富井論文など参照。また、Knut Ipsen, *Verfassung und Verteidigung, Zur sicherheitsbezogenen Rechtsprechung des*

Bundesverfassungsgerichts; in hrsg, Hermann Butzer, Markus Kartenborn, Wolfgang Meyer; *Organisation und Verfahren im sozialen Rechtsstaat, Festschrift fuer Friedrich E. Schnapp zum 70. Geburtstag* 2008 S. 125ff. もあるが、これは退職時研究室の整理の際に不明となり再吟味できなかった。

- (2) 司法積極主義については、大沢秀介『司法による憲法価値の実現』(有斐閣、2011年)、同訳『司法積極主義の神話』(慶応義塾大学出版会、2011年)、H・ファロン『アメリカ憲法への招待』(三省堂、2010年)、とくに170頁以下の第2部「合衆国憲法が定める権力分立」及び222頁以下の第3部「合衆国憲法の統治構造と個人の権利の関係」などを参照のこと。
- (3) Edward S. Corwin, *The Constitution and what it means today*, 1965, *Some Judicial Diversities* の箇所参照。
- (4) アメリカの法律学事典『ブラック法律辞典(第9版)』を引いている大沢教授の訳者あとがき『司法積極主義の神話』250-2頁参照。
- (5) H・ファロン『アメリカ憲法への招待』16-7、289頁。
- (6) 同292頁。
- (7) 同293頁。
- (8) 同294頁。
- (9) 同294頁。
- (10) 同295頁。
- (11) 同295頁。
- (12) 同295頁。
- (13) 同297頁。
- (14) 『司法積極主義の神話』236頁。
- (15) 『アメリカ憲法への招待』9-13頁。
- (16) 同16頁。
- (17) 同 xxiii-xxix 頁。
- (18) 以上の判決文は、ネットにて参照したが、直接には藤田宙靖『最高裁回想録—学者判事の七年半』(有斐閣、2012年)の251頁以下の付録から引用したものである。
- (19) 旧派、新派については、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』(3・完)『法学教室』346号(2009年6月)11頁。
- (20) 「Japan as No.1」との関係で「最高裁も、世間の移り変わりを反映していることは間違いなからう」と藤田元最高裁判事も述べられている(「藤

田宙靖先生と最高裁判所（1）『法学教室』400号
（2014年）70頁。

*最大判平成25年11月20日は最大較差2.43倍の平成24年12月16日の衆議院選挙につき違憲状態としたが、無効訴訟は退けている。0増5減の是正に一定の前進を認めた。