

# 最高裁と「司法的ステイツマンシップ」論

——立法事実変遷論と司法的救済を手がかりに——

坂 田 隆 介\*

## 目 次

はじめに

第一 立法事実変遷論と「司法的ステイツマンシップ」

1 立法事実論

2 最高裁における立法事実変遷論

(1) 在外国民選挙権判決

(2) 国籍法違憲判決

(3) 非嫡出子法定相続分違憲決定

(4) 小 括

3 立法事実変遷論と「司法的ステイツマンシップ」

4 再婚禁止規定違憲判決と夫婦別姓合憲判決

第二 司法的救済と「司法的ステイツマンシップ」(1)

——立法不作為

1 司法的救済

2 立法不作為の救済上の問題

3 最高裁における立法不作為の救済

(1) 在外国民選挙権判決

(2) 国籍法違憲判決

(3) 当事者訴訟と司法的救済

第三 司法的救済と「司法的ステイツマンシップ」(2)

——不当な結果を生ずる場合

1 非嫡出子法定相続分違憲決定

2 「事実上の拘束性」への疑問

3 「事実上の拘束性」と「司法的ステイツマンシップ」？

むすびにかえて

---

\* さかた・りゅうすけ 立命館大学大学院法務研究科助教

## はじめに

法の支配が適切に機能するためには、最高裁が権威を保持していなければならない。その権威を保持し続けるためには、最高裁が法的問題の最終決定機関として公衆に受容されなければならない<sup>1)</sup>。そのためには、最高裁は法原理に基づく判断を下す責務と同時に、公衆による受容可能性という意味での「公的正統性 (public legitimacy)」の確保にも配慮しなければならない<sup>2)</sup>。裁判は現実社会に生じた具体的問題につき、当該事件に固有の背景事情を踏まえて行われるため、とくに社会的影響力の大きい問題に対して回答を迫られる場合、裁判所としては判決が社会にもたらす影響を考慮せざるをえず、社会的インパクトが判決の論理に作用することは避けられない。その意味で、判例分析には、法理論からのアプローチに併せて、法外的な観点——政治学的あるいは社会学的な観点——からのアプローチが必要といえる。本稿では、これら両アプローチを統合する視角として、「司法的ステイツマンシップ」論を取り上げたい。

「司法的ステイツマンシップ」が何を指すかにつき明確な共通認識が存在するわけではないが、さしあたり、以下のように定義したい。すなわち、法的問題に対して、専門的論証の問題として「正しい回答」を追求するだけでなく、最高裁の長期的な正当性を維持しうる「妥当な回答」を追求する裁判官の責務をいう、と<sup>3)</sup>。事件の社会的背景や文脈、現実の政治状況、国民の意識などを視野に入れ、判決が社会や政治に及ぼす影響を踏まえて、公衆が受容できるような「妥当な意見」を構築する責務といってもよい。このような意味での「司法的ステイツマンシップ」の発揮・実践

---

1) Niel S. Siegel, *The Virtue of Judicial Statesmanship*, 86 TEXAS L. REV. 960, at 967 (2008).

2) *Id.* at 1477.

3) 拙稿「最高裁の『公的正統性』(Public Legitimacy) ——『司法的ステイツマンシップ』一論を手がかりに一」立命館法学361号51頁以下参照。

は、法の支配の政治的基盤の確保に向けられたものであり、その限りにおいて「政治的」なのであって、裁判官個人の党派的選好に基づく「低い政治」(low politics)とは一線を画すると言わなければならない。論争的な判決を分析する際、いかなる「司法的ステイツマンシップ」が発揮されたのか、それが判決形成にとって適切であったのかに着目することによって、当該判決の持つ意味、実相をより実質的に把握する助けになるものと思われる。

以上の理解を踏まえて、次章以下では、最近の最高裁の「活性化」傾向を象徴する憲法判例——主に在外国民選挙権判決<sup>4)</sup>、国籍法違憲判決<sup>5)</sup>、非嫡出子法定相続分違憲決定<sup>6)</sup>——を取り上げる。いずれも極めて論争的な問題であり、社会的インパクトの大きい事件であったが、それぞれの判決において法外的要素がいかに理論形成に作用したのか、つまりいかなる「司法的ステイツマンシップ」が発揮されたのかという観点から考察する。その際、いずれにも顕著な特徴として現れている、立法事実変遷論と積極的な司法的救済のあり様の二点に焦点を絞り、そこに見て取れる「司法的ステイツマンシップ」の実践についての分析を通じて、最高裁「活性化」傾向の実相の一端を明らかにしたい。

## 第一 立法事実変遷論と「司法的ステイツマンシップ」

### 1 立法事実論

立法事実とは、違憲か合憲かが争われる法律の立法目的および立法目的を達成する手段（規制手段）の合理性を裏づけ支える社会的・経済的・文化的な一般事実をいうとされ<sup>7)</sup>、立法事実在即した違憲審査を行うことに

---

4) 最大判平成17年9月14日（民集59巻7号2087頁）。

5) 最大判平成20年6月4日（民集62巻6号1367頁）。

6) 最大決平成25年9月4日（金法1978号37頁）。

7) 芦部信喜『憲法〔第6版〕』（岩波書店、2015年）383頁。

よって、実態に適合しない形式的・観念的な説得力の弱い判決を回避し、憲法解釈の主観性をできるだけ排除することが期待されている。従来、立法事実に基づく憲法判断がなされた代表例としては、薬事法事件違憲判決（最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁）や森林法違憲判決（最大判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁）が挙げられる。そこでは、規制立法の必要性及び合理性について、立法事実即ち立ち入った審査を行った結果、違憲判断が導かれており、違憲審査における立法事実論の有用性を実証するものとして評価されてきた。

「活性化」傾向を見せる最近の最高裁も、立法事実論に基づく違憲判断を下しているのだが、従来のそれとはやや趣を異にしている。立法事実の変遷を根拠とする違憲判断——立法事実変遷論——がそれである。かつて合憲とされていた法律を違憲と判断する際、時の経過に伴う社会状況の変化によって、以前は存在していた立法事実が、ある時点で失われたという認定に基づき違憲判断の遡及効をその時点までに限定し、それ以前の合憲判断を維持するという手法である。このような判断手法は、立法事実論として何ら不自然なものではない。憲法訴訟で問題となるのは、立法当時の過去の事実そのものではなく、裁判時において、立法を支える事実合理性があるか否かを明らかにすることにあるためである<sup>8)</sup>。国民の側からみれば、「ある法律または法律の規定を支えるポリシーが、変転する社会の事実状態に適合しなくなった場合は、立法時の立法事実合理性が認められるものであっても、現在合理的根拠が存在しないことを主張・立証して、合憲性を争うことができる」<sup>9)</sup>ことを意味する。

問題は「いかにして裁判所が立法事実をつかみ、立法の背景をなす知識

---

8) 江橋崇「立法事実論」『講座憲法訴訟第二巻』（1987年）82頁。「法令の制定後に生じた社会的、経済的な事情の変化も、もし立法者が法令の制定後も注意深くそれを見守っていれば、やはり法改正に及んだであろうようなものであれば、裁判所は当然に考慮に入れて、場合によっては当該法令を合憲と判事した過去の判例を変更してでも違憲判決を出さなければならない」。

9) 芦部信喜「憲法裁判の問題点」『憲法訴訟の理論』（1973年、有斐閣）183頁。

を獲得するか」という、立法事実の変遷の認定方法にある。具体的なケースで争われている法律が違憲か合憲かを判断する際、多くの事例で決め手となるのは立法事実の認定であるが、立法事実は憲法適合性の法的評価に関する命題であるため、司法事実 (adjudicative facts) とは異なり厳格な証拠法則が適用されず、その認定は司法的確知の問題として裁判所の専権に属している<sup>10)</sup>。したがって、裁判所が立法事実を認定する際のルールは全くないといってよく、裁判所による恣意的認定を阻止し、判決の説得力を基礎付けるために、立法事実の認定手続に関する何らかのルール化が必要であることは、かねてより指摘されているところである<sup>11)</sup>。

それでは違憲判断を下した上記3つの判例は、立法事実変遷についてどのように判断したのであろうか。以下では、それぞれの立法事実論を概観し、その問題点を踏まえた上で、立法事実変遷論が「司法的ステイツマンシップ」という観点からいかなる意義を有するかにつき考察を行いたい。

## 2 最高裁における立法事実変遷論

### (1) 在外国民選挙権判決

在外国民選挙権判決において、最高裁は、平成11年改正公職選挙法が在外選挙人の投票対象を衆議院比例代表選挙及び参議院比例代表選挙に限定していたことにつき<sup>12)</sup>、在外国民に候補者個人に関する情報を適正に伝達

---

10) 野中俊彦ほか『ゼミナール憲法裁判』（日本評論社、1986年）187頁、内野正幸「憲法解釈の論理と体系」（日本評論社、1991年）243-245頁。

11) 野中ほか・前掲注10) 199頁〔浦部法穂発言〕。アメリカでは、当事者が専門家証人やいわゆるブランダイス・ブリーフ、訴訟当事者以外の第三者によるアミュカス・クリエを通じた意見・資料の提出が積極的になされている。なお立法事実の認定の科学的根拠付けの重要性を指摘するものとして、渡辺千原「法を支える事実——科学的根拠付けに向けての一考察——」立命館法学333・334号（2010年）1803頁。

12) 国民の選挙権又はその行使を制限するためには、「そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能な意思著しく困難であると認められる場合でない限り」憲法15条1項及び3項、43条1項、44条ただし書に違反するという判断枠組みを適用した。

するのが困難という状況の下で、まず問題の比較的少ない比例代表選出議員のみ投票を認めたことが全く理由のないものであったとまで言えないということを確認する。しかしながら、「本件改正後に在外選挙が繰り返し実施されてきていること、通信手段が地球規模で目覚ましい発達を遂げていることなどによれば、在外国民に候補者個人に関する情報を適正に伝達することが著しく困難であるとはいえなくなったものというべきである」と述べ、在外国民の投票対象を限定する合理性につき、かつては存在した立法事実がその後の社会状況の変化によって変遷し、「遅くとも、本判決言渡し後に初めて行われる衆議院議員の総選挙又は参議院議員の通常選挙の時点においては、衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙について在外国民に投票を認めないことについて」やむを得ない事由があるということはできないと判示した。

たしかに通信手段の発達は客観的な社会実態の変化として認められるものであり、かかる判示には一定の説得力があるように思える。もっともこれに対しては、「欧米諸国をはじめとする先進国や先進地域を念頭に置く限り正しい。しかし、地球上には、郵便事情の悪い地域はもちろん、それどころかいわば近代文明から取り残され連絡を取るのが容易でない地域(ニューギニアの奥地など)も存在している」<sup>13)</sup>との批判がなされている。

## (2) 国籍法違憲判決

その5年後の2008年国籍法違憲判決では、届出による国籍取得に準正要件を規定する国籍法3条1項につき、目的手段審査の判断枠組みを設定し、まず日本国民との法律上の親子関係の存在に加え我が国との密接な結び付きの指標となる一定の要件を設けるという立法目的自体には合理的な根拠があるとした上で、その手段として準正を要求することは、立法当時の社会通念や社会的状況の下においては一定の合理的関連性があったことを確認する。しかしながら、その後の家族生活や親子関係の実態も変化し

---

13) 内野正幸「在外日本国民の選挙権」法律時報78巻2号80頁(2006年)。

多様化してきているといった「社会通念及び社会的状況の変化」に加え、「国際的交流が増大することにより、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生する子が増加しているところ、両親の一方のみが日本国民である場合には、同居の有無など家族生活の実態においても、法律上の婚姻やそれを背景とした親子関係の在り方についての認識においても、両親が日本国民である場合と比べてより複雑多様な面があり、その子と我が国との結び付きの強弱を準正の成否をもって直ちに測ることは、今日では必ずしも家族生活等の実態に適合するものということとはできない」。このように述べ、立法当時には認められていた立法目的との間の合理的関連性は、「遅くとも上告人らが法務大臣あてに国籍取得届を提出した当時には」失われていたと判示した。

これに対しては、横尾和子裁判官らの反対意見が、ある程度の意識の変化があることは事実としても、それがどのような内容、程度のものか、国民一般の意識として大きな変化があったかは、具体的に明らかとはいえないと批判している。統計に基づいて、前者については国籍立法の翌年の昭和60年の1万4186人（1.0%）から平成15年に2万1643人（1.9%）、後者については昭和62年5538人から平成15年に1万2690人であり、増加はしているものの「わずかにすぎない」と評し、少なくとも、子を含む場合の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みることも十分可能であるとの厳しい指摘を行っている。

### （3）非嫡出子法定相続分違憲決定

さらに5年後の2013年非嫡出子法定相続分違憲決定において、民法900条4号但し書前段につき、最高裁は、相続制度形成についての立法裁量を考慮しても「そのような区別をすることに合理的な根拠が認められない場合には」憲法14条1項に違反するという、区別の合理性を「じかに問う」判断枠組みを設定する<sup>14)</sup>。そして法定相続分の定め合理性については、

---

14) 蟻川恒正「起案講義憲法第10回婚外子法定相続分最高裁違憲決定を書く（1）——平等違反事案の起案」法学教室399号137頁（2013年）。

「個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らして不断に検討され、吟味されなければならない」ことを指摘した上で、昭和22年民法改正以降の様々な事実の変遷を概観する。そうして「昭和22年民法改正時から現在に至るまでの間の社会の動向、我が国における家族形態の多様化やこれに伴う国民意識の変化、諸外国の立法のすう勢及び我が国が批准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会からの指摘、嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等の変化、更にはこれまでの当審判例における度重なる問題の指摘等を総合的に考察すれば、家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきたことは明らかであるといえる。そして、……上記のような認識の変化に伴い、上記制度の下で父母が婚姻関係になかったという、子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を課すことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考え方が確立されてきているものといえることができる」と判示した。本決定も、かつては存在していた立法事実が、社会状況や国民の意識の変化によって「遅くとも平成13年7月当時において」失われたとしている。

国民の意識の変化が重視されているが、国民の意識にいつ、どの程度の変化があったといえるのかについて明確な説明はない。むしろ「欧米諸国の多くでは、全出生数に占める嫡出でない子の割合が著しく高く、中には50%以上に達している国もあるのとは対照的に、嫡出でない子の出生数が年々増加する傾向にあるとはいえ、平成23年でも2万3000人余、上記割合としては約2.2%にすぎない」ため、「家族等に関する国民の意識の多様化がいわれつつも、法離婚を尊重する意識は幅広く浸透しているとみられる」と自ら述べている。その上で本件規定の合理性は、統計上の数値から直ちに導かれるものではなく、法の下での平等に照らし「嫡出でない子の権利が不当に侵害されているか否かという観点から判断されるべき法的問題」であるとしているが、しかし結局のところ違憲判断の決め手は、社会の動向、家族形態の多様化やこれに伴う国民の意識の変化等によって、

「家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきた」という認識の変化に求められている<sup>15)</sup>。

#### (4) 小 括

このように、違憲判断を導く上で立法事実の変遷がいずれも重要な役割を果たしているにもかかわらず、その実証性はいずれも極めて乏しい。国籍法違憲判決の多数意見に対しては、「立法事実の評価に関わる判断だけでなく、事実認定の実証的方法を欠いたところで実践されると、その主張は水掛け論に陥りかねない<sup>16)</sup>」という指摘や、「立法事実及びその変遷に関する認定・評価はあまりにも大雑把にすぎ、当事者及び代理人として立法事実やその変遷をどのように主張し立証していったらよいかの指標は皆無である<sup>17)</sup>」との批判がされており、「十分な検証も理由づけも行われていると言ひ難く、科学的根拠付けにはほど遠い<sup>18)</sup>」と言わざるを得ない。このような「実質的な論証なしの立法事実変遷論が横行することになれば、その判断の妥当性を事後的に検証し批判することすら不可能となり、結果的に憲法訴訟が国民からさらに遠ざかり、最高裁判所の掌の上にもみ存在するということなりかねない」との警戒も表明されている<sup>19)</sup>。非嫡出子法定相続分違憲決定では、この点を踏まえてか、あえて不利な統計上の数値を示しつつ立法事実の評価が法的问题であることを強調しているが、しかし、実際に法的評価を基礎付けているのは事実の変遷に他ならない以上、

---

15) 蟻川恒正「最高裁判例に現れた『個人の尊厳』——婚外子法定相続分最高裁違憲決定を読む——」東北法学77巻6号8頁。「そこにいう『嫡出でない子の権利が不当に侵害されているか否かという観点』からの法的推論の展開を自ら示しているとはいえない同決定がいくら本件の規律は当然『法的问题』としてなされている旨を示唆してみたところで、それは、言葉の悪しき意味での『弁明』にしか映じないのも、また偽らざるところである。」と厳しい批判を与えている。

16) 松本和彦「批評」民商法雑誌140巻1号76頁。

17) 近藤博徳「『立法事実の変遷』を読み取った国籍法違憲最高裁判決」法と民主主義433号21頁（2008年11月）。

18) 国籍法違憲判決がいかにして立法事実を認定したかにつき、渡辺・前掲注11）1819頁以下に詳しい。

19) 近藤・前掲注17）。

実証性の欠如という批判からは依然として免れないものといえよう。

### 3 立法事実変遷論と「司法的ステイツマンシップ」

以上の問題点を自覚しつつ、立法事実変遷論を用いて裁判所が果たした役割を「司法的ステイツマンシップ」という視角から見れば、いかに評価しうるか。これは、当該判決が持つ具体的な文脈を踏まえた上で、立法事実の変遷という論証形式によって最高裁が何を達成しようとしたのか、そしてそれは社会における裁判所の役割という観点からは是認しうるものであるか、に関わる問題である。

立法事実変遷の認定につき実証的な論拠が乏しいという点について、さしあたり以下のことが指摘できよう。裁判所が立法事実の変遷を取り上げるのは、社会状況の変化を実証的に論じるというよりも、ある問題をめぐって社会の価値が変容を遂げつつある状況において、一定の社会的価値を積極的に表明することを自らの責務と捉えた時である、と。それは裁判所の価値判断に基づく決断であり、その際、社会状況の変化の態様や実相についての科学的・実証的な根拠付けは必ずしも重要な要素ではない。むしろ社会実態との不一致があるがゆえに、社会の動向をいわば先取りする形で当該価値を選択すべきであると態度表明するところに意味があるといえよう。科学的・実証的根拠を示さないという点に、立法事実変遷論の強みがあるとすら言うてよいかもしれない。これが恣意的認定の危険性と諸刃の剣であることはもちろんである。しかし、憲法上の要請に基づく一定の社会的価値の形成・実現を促すべく、統計上顕著な結果を得られない場合であっても、今後の社会を方向付けるという決意を込めて、社会状況の変化に言及し、積極的に価値表明するという手法は必ずしも否定すべきものではなからう。

最近の傾向として注目すべき点として、国籍法違憲判決における「社会通念」の変化への言及が指摘されている。1957年チャタレー事件判決以来、裁判所は「規範的観念としての『社会通念』を基準として、道徳的退

廃から社会を防衛する」という態度を維持し、「かかる『時勢の変化』を（単なる立法事実論としてでなく）論証過程に組み込むこと」を一貫して拒んできたにもかかわらず、本判決では共同体の確信が変化しているという事情を憲法的論証に組み込んでおり、「大きく様変わりした」と言われている<sup>20)</sup>。続く非嫡出子法定相続分違憲決定では、非嫡出子の出生数の統計上、社会実態の変化等をいうには変化は未だ微弱なものにとどまっていたという事情から、その代補として国民の「意識」の変化が国籍法違憲判決以上に重要な役割を果たしている<sup>21)</sup>。国民の規範意識レベルでの事情変更を憲法的論証に組み込む判断手法は、1995年非嫡出子法定相続分合憲大法廷決定の大西補足意見に源流を持ち、その後続くの相続分違憲訴訟において、「主に裁判官出身の判事（藤井正男・島田仁郎／補足意見）の少数意見で用いられ、それが国籍法違憲訴訟の2002年判決（最2小決平成14年11月22日最高裁判所裁判集民事208号495頁）で弁護士出身の滝井判事に反対意見で用いられ、それが「伏流水」となって、2008年の違憲判決を導いたと考えられている<sup>22)</sup>。上記兩判例によって最高裁の多数意見として確立されたといってよいこの手法は、最高裁が判決の正当化根拠の源泉を公衆による支持に直接求めるものに他ならない。そのような仕方では判決の受容可能性を高め、国民的基盤を備えた最高裁という地位を確保し、最高裁が現代社会において果たすべき役割を確実に遂行しうる基礎条件を形成しようとしている、と見るのは行き過ぎであろうか。

---

20) 石川健治「国籍法違憲大法廷判決をめぐる——憲法の観点から（3・完）」法教346号12頁（2009年）。

21) 蟻川恒正「婚外子法定相続分最高裁違憲決定を書く（2）——平等違反事案の起案」法教400号（2014年）134頁。

22) 渡辺千原「最高裁判所判決の現状分析」市川・大久保ほか編『日本の最高裁判所——判決と人・制度の考察——』18頁（2015年、日本評論社）。渡辺教授によれば、「社会的コンセンサス志向の強い裁判官出身裁判官を通じて引き継がれ、裁判官出身でも反対意見を辞さない泉判事を経た裁判官出身者の判決高度の変容をバネに、違憲判決に至ったとも評価できる」。なお、山口進・宮路ゆう『最高裁の暗闘——少数意見が時代を切り開く』（朝日新書、2010年）も参照。

あるいは立法事実の変遷に基づく違憲判断は、旧来通りの価値を支持する保守層への配慮という側面も持つようにも思われる。すなわち、現時点の価値表明をもって旧来の保守的価値観を遡及的に覆すのではなく、かつての価値観の合理性には相応の配慮を示しつつ、しかし抗いようのない時代の流れや社会の変化のために、もはや今日では妥当しなくなった、という言い回しをすることで、保守層の激昂や抵抗を緩和する効果が一定程度期待されてよいのではあるまいか。違憲判断の根拠を社会状況の変化や国民の意識に訴えかけることによって、かつての価値に固執することなく可能な限り円滑に法改正がなされる機運を促すという効果もないではないように思われる。とくに、非嫡出子法定相続分違憲決定は、全員一致による判断であり、最高裁としての確固たる決意を政治部門に対して示したものといえよう。

このように見てくると、立法事実の変遷に言及することで踏み込んだ判断がなされ、結果として憲法上の価値が実現されるのであれば、その積極的な機能それ自体は評価すべきであるように思われる。ただし、立法事実の変遷に言及するにせよ、いかなる事実の変遷がどのように法的評価に結び付くのか、その推論過程を明確にせず、安易な総合考慮の名の下に結論を導くような手法は支持できない。立法事実はいくまで憲法適合性の法的評価の基礎付けとして扱われなければならないし、判断枠組みを含めた憲法的論証全体を歪めるものであってはならないのは当然である。

そういう観点から大いに疑問なのは、非嫡出子法定相続分違憲決定である。本決定は、家族という共同体の中における個人の尊重、自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由とする不利益取扱いの禁止、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるといった基本理念を表明しており、その論証形式が何であれ、憲法価値の実現という意味では積極的な判断を示したといえる。しかし、平成13年7月以降の違憲無効にとどめるにせよ、少なくとも平成7年決定が遺した「法律婚主義の尊重と非嫡出子の保護の調整」あるいは「法律婚の尊重」という問題を正面から憲法論とし

て取り組むべきであった。ところが、本決定は「立法理由にも、また本件区別と立法理由との関連性にも、踏み込むことのないまま」違憲判断を下している<sup>23)</sup>。その理由は、平成7年決定に「傷をつける可能性を最小限にしようとしたため」であると指摘されているが<sup>24)</sup>、同時に政治部門との軋轢を最小限にしようとする試みとして見ることもできよう。それが可能であった要因の一つは、立法事実変遷論の「活用」にあったと考えられる。違憲判断を導いたのは、結局のところ、種々の事柄の変遷を列挙、それらの総合的考察という不明確な論証形式でしかない。立法事実の変遷への注目という最近の状況を奇貨として、平等審査の憲法的論証を歪めたと言いうるのではないだろうか<sup>25)</sup>。

また、立法事実の変遷という手法は従来からの変化という動態を問題とする以上、判決が説得力を備えるためには、やはり一定の科学的・実証的な論拠が示されることが望ましい。本稿の視点からすれば、「司法的ステイツマンシップ」が発揮できるという側面と、判決の説得性とのバランスをいかに図るかという問題である。立法事実変遷論が違憲審査の重要なツールとして今後も「活用」されることを考えれば、裁判所が立法事実をどのように認定していくのか、その認定に当事者及び当事者以外の第

---

23) 法律婚主義の下で本件規定を設けることが合理的な根拠のある区別かどうかを「じかに問う」判断枠組みを採用することで、平等審査の要点であるはずの区別目的の合理性審査——「法律婚主義の尊重と非嫡出子の保護の調整」あるいは「法律婚の尊重」——を回避し、それに伴って関連性の論証過程も欠落させている。蟻川・前掲注14) 137頁、同・前掲注21) 134-135頁、糠塚康江「婚外子法定相続分差別最高裁大法廷違憲決定」法教400号86頁（2014年）。

24) 蟻川恒正「起案講義憲法判例講座」法教397号111頁（2013年）。

25) この点、調査官解説は、「最高裁が憲法適合性の判断基準に付き、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくか否かという以上に一般論を明確にしないことは、憲法14条1項違反が問題となる事案の多様性も踏まえた、優れて実務的な発想に基づくもの」であり、本決定は、本件規定の立法目的を法律婚の尊重と捉えていることは当然の前提であると説明する。伊藤正晴「時の判例」ジュリスト1460号 [2013年] 92頁。そうだとすれば、本決定が示した「区別の合理性をじかに問う」判断基準は、上記立法目的との関係でいかなる位置を占めるのであろうか。

三者がどう関与できるのか、認定した立法事実をどのように評価し、そこからどのような判断を導くのか、そうしたことを判決文中でどのように記載するのかについて、検討が深められていく必要があるといえる<sup>26)</sup>。

#### 4 再婚禁止規定違憲判決と夫婦別姓合憲判決

本章の最後に、2015年12月16日に下された再婚禁止期間違憲判決及び夫婦同氏制合憲判決につき、若干のコメントをしておきたい。再婚禁止期間違憲判決では、違憲判断を導く際に立法事実変遷論が採用され、「遅くとも上告人が前婚を解消した日から100日を経過した時点までには」立法目的との関連において合理性を欠くものになっていたと判示している。考慮された変遷の事情として、医療・科学技術の発達のほかに、「昭和22年民法改正以降、我が国においては、社会状況及び経済状況の変化に伴い婚姻及び家族の実態が変化し、特に平成期に入った後においては、晩婚化が進む一方で、離婚件数及び再婚件数が増加するなど、再婚をすることについての要請が高まっている事情」を挙げているが、実証的な論拠が示されていないのは相変わらずである。また本判決は、民法733条1項のうち「100日超過部分」のみを違憲とする一部違憲であり、100日の期間内であっても再婚禁止すべきでない場合につき、733条2項の適用除外規定の拡大解釈によって対応する可能性を6名の補足意見の中で説明されている。これらは政治部門との軋轢を最小限にしようとする姿勢が表れており、その意味で「司法的ステイツマンシップ」が働いたということもできよう。

これに対し、夫婦別姓合憲判決の多数意見では、立法事実の変遷は取り上げられていない。夫婦別姓制度を圧倒的多数の国民が支持している状況

---

26) 市川正人「批評」判例時報2021号167頁(2010年)。渡辺・前掲注11)1836頁は、立法事実認定の科学的根拠付けという点について、「すでに社会科学・自然科学を含む科学的知見が活発に利用されている合衆国の経験から学ぶことも多いため、合衆国での議論を検討していくことも有用であろう」と指摘する。

にはないとしても、夫婦別氏制度を求める運動は大きな広がりを見せており、現に最高裁に判断を迫るまでに至っていることからすれば、何らかの形で社会状況の変化に言及する素地はあったはずである。実際、岡部反対意見は、昭和22年制定当時としては合理性のある規定であったとしつつ、その後を生じた女性の著しい社会進出、進行するグローバル化やインターネット等の発展に伴う氏による個人識別性の重要性の高まり、女子差別撤廃条約の批准、同条約に基づき設置された女子差別撤廃委員会からの平成15年以降の度重なる懸念表明や廃止要請、個人識別機能への支障・自己喪失感などの負担回避のために婚姻をためらう事態が生じていることなどを指摘し、「社会の変化とともにその合理性は徐々に揺らぎ、少なくとも現時点においては」憲法24条に違反するものと判断している。ところが多数意見は、そのような社会状況の変化への言及はない。婚姻により氏を改めることによって、アイデンティティの喪失感や、個人の社会的な信用、評価、名誉感情等の維持が困難になるなどの不利益を受ける場合のあることは否定できず、妻となる女性はその不利益を受ける場合が多く、そのためにあえて婚姻をしない者が存在することを認めるものの、しかし、そのような不利益は、「通称使用が広まることにより一定程度緩和され得るものである」と述べ簡単に退けている。

そして多数意見は、なお書きにおいて「夫婦同氏制の採用については、嫡出子の仕組みなどの婚姻制度や氏の在り方に対する社会の受け止め方に依拠するところが少なくなく、この点の状況に関する判断を含め、この種の制度の在り方は、国会で論ぜられ、判断されるべき事柄にはかならないというべき」との傍論をわざわざ付している<sup>27)</sup>。要するに、夫婦同氏制か夫婦別氏制かにつき憲法上の要請は存在せず、いずれも許容されている以

27) 寺田補足意見はより明確に、「諸条件に付きよほど客観的に明らかと言える状況にある場合はともかく、そうは言えない状況下においては、選択肢が設けられていないことの不合理的を裁判の枠内で見出すことは困難であり、むしろ、これを国民的議論、すなわち民主主義的なプロセスに委ねることによって合理的な仕組みの在り方を幅広く検討して決めるようにすることこそ、ことの性格にふさわしい」と述べている。

上、立法不作為の違憲の問題とはなりえず、あとは「民主主義的なプロセスに委ねる」ということであり、結局のところ、夫婦同氏制が憲法上の要請と言えるほどの状況の変化は未だ生じていないと認定しているのである<sup>28)</sup>。寺田補足意見も、一定の社会状況の変化を認めつつ、それを立法事実の変遷として認定することを拒絶している<sup>29)</sup>。

多数意見や寺田補足意見も「社会の受け止め」を主要な論拠の一つとしており、国民の意識への配慮は明らかに見て取れる。ただし、多数意見・寺田補足意見及び岡部反対意見は、社会実態の認識につき十分にかみ合った議論が交わされているとは言えない。いずれも各々の認識を主張し合うのみで、それぞれの認識の根拠や実相を問うようなことはしていない<sup>30)</sup>。判決に説得性を持たせ、公正な裁判を実現するためには、やはり、立法事実の認定方法や認定手続をいかにルール化すべきかといった立法事実論の諸問題の考察が今後の憲法訴訟論上の課題といえよう。

---

28) 大林啓吾「憲法訴訟の転機と司法積極主義の兆し——契機としての再婚禁止期間違憲訴訟と夫婦別姓訴訟」法律時報88巻7号71頁(2016年)は、「見方によっては国会の裁量に任せる旨を述べているようにみえるが、他の制度の可能性に言及しながら国会の議論を必要とするというこの流れはむしろ国会に対して議論を促すシグナルとして受け止められる」と指摘する。

29) 寺田補足意見は「家族の法律関係においても、人々が求めるつながりが多様化するにつれて規格化された仕組みを窮屈に受け止める傾向が出てくることは見やすいところであり、そのような傾向を考慮し意向に沿った選択肢を設けることが合理的であるとする意見・反対意見の立場はその限りで理解できなくはない」と社会実態に一定の理解を示しつつ、しかし、司法審査という立場から論ずるにおいては、「上記の傾向をそのまま肯定的な結論に導くにはいくつかの難所がある」ことを理由に、それを立法事実の変遷として評価することを拒絶している。それは、規格化された法律上の仕組みをどこまで柔軟化するかは社会の受け止め方の評価に関わるところが大きいこと、現在の夫婦の氏の仕組みを「社会の多数が受け入れるときに、その原則としての位置づけの合理性を疑う余地がそれほどあるとは思えない」と述べ、夫婦同氏制を「社会の多数が受け入れる」ものだと認定しており、社会実態の認識として岡部裁判官との不一致が指摘できる。

30) 岡部意見は、婚姻後も婚姻前の氏によって社会経済的な場面における生活を継続したいという欲求の高まりは、「公知の事実」と述べる。

## 第二 司法的救済と「司法的ステイツマンシップ」（1） ——立法不作為

### 1 司法的救済

次に、司法的救済の問題を扱いたい。司法的救済とは、裁判所が本案審理の段階で違憲審査を行い、違憲と判断したならば、具体的事案の解決策として一体いかなる判決を下すことができるのかという「違憲判断の後始末」をめぐる問題である<sup>31)</sup>。付随的審査制の下では、司法的救済の問題は実定訴訟手続法上の設計に依存する事柄であり、それを独自に憲法訴訟論の対象とすることは考えにくいようにも思える<sup>32)</sup>。しかし実際には「裁判所が違憲と判断してもその後始末の方法がいくつか考えられ、当該法令等の国家行為の適用を排除するというだけでは問題の解決にならず、また訴えの提起の段階で決まっていた判決の内容では事件の解決にならない場合<sup>33)</sup>」があり、訴訟制度に解消しきれない問題が存在する。一つは、たとえ法令等の国家行為を違憲と判断しても、当該具体的事件においてその効力を否定して適用を排除すれば、「憲法上その他の関係において極めて不当な結果を生ずる場合<sup>34)</sup>」

---

31) 井上典之『司法的人権救済論』59頁（1992年、信山社）。

32) 同上61頁。「現行の訴訟制度の下では、判決主文の内容は、訴訟当事者が訴えを提起する段階で選択した民事訴訟法や行政事件訴訟法（あるいは刑事訴訟法）などの実定訴訟法手続開始の段階で決まっており、それ故に、具体的事件の中で違憲審査が行われ、違憲の結論が下されたならば、当該国家行為の適用を排除して、裁判所は、訴訟開始の段階で決まっていた内容を単に判決主文において示すだけでよいということになり、そのような理解を前提とする限り、憲法訴訟論として「違憲判断の後始末」を問題にする必要はない」。遠藤比呂通「憲法的救済への試み（一）——基本的人権の法的合意——」国家学会雑誌101巻11・12号4-5頁は、「訴訟の原告は出訴時に、求める裁判を訴状に書き、裁判所もその請求に応答するという訴訟手続、執行段階と判決段階が厳格に二分され、執行段階では判決内容がそのまま履行されるというシステム下では、訴訟の入口で既に、勝訴した場合の結果が固定されることになる」との指摘も同旨。

33) 井上・前掲注31) 61頁。

34) 最大判昭和51年4月14日民集30巻3号223頁。

であり、議員定数不均衡訴訟がこれにあたる。もう一つは、他の国家機関がまだ積極的活動を行っていないものを違憲審査の対象にし、それ故にたとえそれを違憲と判断しても適用を排除すべきものがないという場合であり、立法不作為をめぐる問題がこれにあたる<sup>35)</sup>。上記で取り上げた最高裁判例について言えば、非嫡出子法定相続分違憲決定が前者（「極めて不当な結果が生ずる場合」）に、在外国民選挙権判決及び国籍法違憲判決が後者（立法の不作為）に分類できよう。本章で立法不作為の問題を、次章では違憲判断による不当な結果を回避するという問題を扱い、それぞれ下された司法的救済がいかなるものであったかを確認し、その判断に見て取れる「司法的ステイツマンシップ」のあり様を検証する。

## 2 立法不作為の救済上の問題

従来、違憲の立法不作為に関する主たる論点は、訴訟形態や違憲審査基準論をめぐる問題であり、司法的救済の問題そのものを取り上げて論じられることはそれ程多くはなかったといえる。それは立法の不作為を問題として裁判所に訴えを提起する場合、裁判所が求められているのは、「立法の不作為の違憲確認訴訟」という訴訟類型を認めるものでない限り、既存の訴訟制度が定める救済ということになるためである。例えば、不備な立法に基づいてなされた国家行為（例えば行政処分）の取消ないし無効確認が求められている場合、裁判所が、当該不備を違憲と判断すれば、それに基づいて行われた国家行為の取消ないし無効確認を認めればよい。また、立法の不作為についての国家賠償訴訟の場合でも、当該不作為の違憲性は損害賠償が認められるかどうかを判断するための一要素と位置付けられるにすぎない。したがって、直接立法の不作為あるいは不備を争って何らかの被侵害利益・権利の回復を求めるような給付判決を原告が求めるものでない限り、既存の訴訟制度を前提にすると、そこに何か特別な後始末の方法

---

35) 井上・前掲注31) 61-62頁。

が必要とされるわけではないのである<sup>36)</sup>。

ところが、公法上の当事者訴訟の明文化を契機に状況は大きく変わった。公法上の当事者訴訟としての確認訴訟は、憲法に由来する権利・利益を有する地位の存在確認という形式によって、当該法令の不作为もしくは不備の違憲性を争うだけでなく、さらに進んで、立法を前提にした権利・利益の確認を求めるものであり、実質的には「直接立法の不作为あるいは不備を争って何らかの被侵害利益・権利の回復を求めるような給付判決を原告が求める」機能を果たすためである。当事者訴訟の明文化は確認的なものにすぎないが、在外国民選挙権判決及び国籍法違憲判決によって、立法不作为に対する直接的な救済を求める現実的な可能性が開かれたとあってよい。それに伴い、裁判所は違憲の立法不作为に対していかなる司法的救済を下すべきかという、これまであまり馴染みのなかった「違憲判断の後始末」問題への対応を迫られる事態が増えることになるであろう。

では、立法不作为を違憲と判断した場合、裁判所は司法的救済としていかなる内容の判決を下すことができるのであろうか。通常、立法不作为の違憲性が争われるのは、国に対して一定の積極的な措置を求める権利が問題となる場合、典型的には社会権や参政権にかかわる「具体的権利」が問題となる場合である。仮に立法府による権利の具体化義務の不履行が認定され、立法不作为が違憲と判断されたとしても、権利を実現する施策としてさまざまなものが考えられる場合、権利を実現するために具体的にどういふ施策をとるかは立法府の判断に委ねていると解さざるをえない。結局のところ、権利を実現する具体的方法——いかなる作為請求権が認められるべきか——の判断は、新たな立法措置に直結する問題であり、裁判所としては立法作用とならず、司法権の限界内に留まるような方法で事件の解決を図らなければならないのである。そうであれば、裁判所としては、原則的に違憲判断を確認的に述べるにとどめ、当該立法の不作为あるいは不

---

36) 同上。

備の違憲性を確認するだけで満足せざるを得ないということになる<sup>37)</sup>。

ところが、在外国民選挙判決及び国籍法違憲判決では、いずれも違憲確認にとどまらず、権利・利益を有する地位確認を認めている。これらの判断が憲法41条違反でないとするれば、権利を実現する施策としてさまざまなものが想定されない場合、あるいは特定の施策の採用を憲法が要請している場合であることを意味する。果たして実際はどうであったか。

### 3 最高裁における立法不作為の救済

#### (1) 在外国民選挙権判決

在外国民選挙権判決では、上告人ら在外国民が、「次回の衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参議院議員の通常選挙における選挙区選出の選挙において、在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて投票することができる地位」にあることが認められた。原判決が法律上の争訟にあたらなしいとしていたのに対し、最高裁は、選挙権の行使が侵害されれば事後的な救済ができない性質のものであり、その権利の重要性にかんがみると、「具体的な選挙につき選挙権を行使する権利の有無につき争いがある場合にこれを有することの確認を求める訴えについては、それが有効適切な手段であると認められる限り、確認の利益を肯定すべき」であり、本件の請求は確認の利益が認められると判示した<sup>38)</sup>。上告人らは在外国民であるという一点をもって公職選挙法の違憲審査を求めたものであり、原判決が抽象的・一般的な法令の違憲審査を求めるものに等しいとして「法律上の争訟」性を否定していたにも拘らず、本判決は選挙権

---

37) 同上。

38) 立法不作為の国家賠償請求については、「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合など」に違法となるとの判断枠組みを定立し、結論として違法の評価を下し損害賠償を認めている。

の性質を重視し、紛争の成熟性、手段の有効適切性を認め、確認の利益を肯定した。

もっとも多数意見は、次回選挙に投票できる地位の確認を認める際、司法的救済の問題について直接言及していない。判決文が、立法不作為の違憲判断を示した後、確認の利益の検討へ進むという構成を採用していることからすると、多数意見の意識としては、確認への利益の言及をもって司法的救済の判断に代えた（あるいは兼ねた）ものと思われる。多数意見は、国民の選挙権又はその行使の制限につき立法裁量の余地を認めず、「あらゆる国民に平等に国政に対する投票の機会を保障するのが、憲法の要求するベースラインだと言っている」<sup>39)</sup>のである。したがって、投票の機会が付与されていないという状態は、憲法が要請する選挙権保障の妨害そのものと把握されるため、司法的救済はその妨害を排除することで足りる。そのため、取り立てて司法的救済の問題に言及するまでもなかったのであり、在外国民選挙権判決では、確認訴訟が「法律上の争訟」として認められるかどうかを実質的には司法的救済の成否を分かちものであったといえよう。

## (2) 国籍法違憲判決

これとは対照的に、司法的救済をめぐる問題が前景化したのが国籍法違憲判決である。国籍法違憲判決では、選挙権判決と異なり、正面から司法的救済の問題が論じられており、問題とされた権利・利益についてのベースラインが、選挙権に比べて明確ではなかったことの証左に他ならない。そのため、司法的救済における「司法的ステイツマンシップ」の発揮は、国籍法違憲判決においてよく見て取ることができる。

そもそも国籍法違憲判決では、国籍法3条1項の準正要件によって生じていた区別的取扱いが、立法不作為によるものかどうかの問題がある。多数意見が、父母の婚姻を国籍取得についての「過剰な要件」と捉えてい

---

39) 長谷部恭男ほか「〔鼎談〕在外国人選挙権大法院判決をめぐって」ジュリスト1303号4頁〔長谷部恭男発言〕(2005年)。

るのに対し、藤田裁判官を含めた6人の裁判官が、国籍法3条1項が権利創設的・授権的規定である点を強調し、立法不作為の問題と捉えており、法構造の捉え方に対立があった。

この対立が重要なのは、平等違反の救済方法に直結するためである。多数意見のように「過剰な要件」と捉えるのであれば、国籍取得の可否は「過剰な要件」の可分性如何によって決せられる<sup>40)</sup>。多数意見は、平等原則の要請と国籍法の採用する基本原則である父母両系血統主義とを踏まえ、日本国民の父から認知を受けたにとどまる子についても国籍法3条1項の規定の趣旨・内容を等しく及ぼすほかないとして、「過剰な要件」の部分を除いた同項所定の要件が満たされる場合に日本国籍を取得できるという「合憲的で合理的な解釈」を行った<sup>41)</sup>。他方、本件区別の原因を立法不作為と捉える場合、仮に不作為を違憲と判断しても、国籍取得を認めるには法の補充を必要とするため、立法権との関係で特別の考慮を必要とする<sup>42)</sup>。法の欠缺を裁判所自ら解消する、いわゆる合憲補充解釈に対して、これまで学説上、否定的ないし慎重な立場が多数を占めてきたし<sup>43)</sup>、判例上も合憲補充解釈を認めたものは一つもない<sup>44)</sup>。

---

40) 芦部信喜『憲法訴訟の理論』(有斐閣, 1973年) 172-173頁参照。

41) 意味上の一部違憲の手法と考えられる。市川正人『基本講義憲法』373頁(新世社, 2014年)、長谷部恭男「国籍法違憲判決の思考様式」ジュリスト1366号82-83頁(2008年)。

42) とくに平等違反の救済方法としては、優遇されている一方の地位を否定するか、不利に扱われている他方の地位を向上させるか、あるいはまったく異なった措置によって不平等を解消するか、というように選択肢が複数存在するのが一般的であり、その決断は立法府の権限に属すると考えられている。野中ほか・前掲注10) 92-93頁、市川・前掲注26) 167頁参照。

43) 常本照樹「国籍法の性差別とその救済方法」別冊ジュリスト『憲法判例百選I〔第5版〕』74頁(2007年)参照。

44) 合憲補充解釈に言及する裁判例として、1984年改正前国籍法違憲訴訟における控訴審判決(東京高判昭和57年6月23日行集33巻6号1367頁)がある。日本国民の母と外国人の父から出生した子の国籍取得の確認が求められた訴えに付き、東京高裁は、訴えの真意を「父が日本国民であるとき」という規定の存在が違憲であるということではなく、「母が日本国民であるとき」という規定の不存在が違憲であるというものだと受け止めた上で、「ある規定が実定法上に存在しないとき、それがいかに憲法所望ましいものであろうと」

これに対し、藤田裁判官は、「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」と述べ、合憲補充解釈を正面から取り上げる。違憲な立法不作為の解消は、第一次的に立法府の手に委ねられるべきであり、問題が国籍取得の要件と手続に関するものであり、平等原則であるような場合には、司法権が介入しうる余地は極めて限られていることを認めつつ、「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ものを個別的な訴訟の範囲で救済するために、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」として、上告人らが国籍を取得したことの確認を認めている<sup>45)</sup>。

---

▼も違憲立法審査権の名の下に、これを存在するものとして適用する権限は裁判所に与えられていない」と判示した。「憲法は国籍付与の基準として何等特定の主義を採るべきことを指示していない」以上、国籍法改正に当って、いかなる制度を採用するかは立法府である国会の自由であり、「国籍付与制度自体の違憲性を論じ、合憲の国籍法を制定するのは、国会の権限でありかつ義務であって、裁判所の権限でもなく又義務でもない」。「立法者が法の欠缺の補正をするための法改正ないし新法制定をするとは仮定した場合に、立法政策上複数の選択肢が考えられる場合には、そのいずれを選択するかは立法者に任せられるべきであり、条理の名によって裁判所が選択決定することは許されない」。その結果として無国籍を放置せざるを得ないことは「誠に気の毒なことである」としつつ、違憲審査に立ち入ることなく控訴を棄却した。内野正幸「批評」自治研究60巻6号155頁（1983年）参照。

45) 常本教授は、「合憲拡張（補充）解釈の手法については学説においても必ずしも十分に検討が行われているとは言えないものの、さしあたり、具体的状況に照らして、立法府がある特定の内容の規定を選択する高度の蓋然性が認められるなど、立法的選択肢が事実上1つに絞られているような場合には、立法権の司法的篡奪とまでは言えない」と指摘されており、藤田意見の論旨はこの見解に極めて近いものといえよう。常本照樹「平等判例における違憲判断と救済方法の到達点」論究ジュリスト1号106頁（2012年）、同・前掲

いずれの方法が適切につき必ずしも決定打があるわけではないが<sup>46)</sup>、国籍法3条1項の規定ぶりからすれば、認知を受けた非嫡出子への国籍付与を原則としていたというよりも、初めから準正子のみ国籍を付与する授権的・権利創設の規定とみるのが自然であるように思える。そうだとすれば、国籍付与の救済を与えるためには、藤田意見がしたように不十分な部分の補充解釈が必要となるが、合憲補充解釈については学説ですら検討が不十分であり、最高裁として正面からこれに踏み切ることには困難があったのであろう。そこで、合憲補充解釈という大技を回避しつつ、司法的救済を実効あらしめる手法として、除外規定構成を選択したというのが多数意見の判断であったといえよう<sup>47)</sup>。つまり、父母両系血統主義という立法府の決断を重視し、認知を受ければ原則として国籍を取得する権利・利益が発生するというベースラインを想定したのである<sup>48)</sup>。届出による国籍取得にとって、認知だけでは不十分という立法者の判断があったことを踏まえれば、国籍法3条1項が、認知されたにとどまる非嫡出子を積極的に除外したという理解には確かに相応の根拠があると言える<sup>49)</sup>。こうして多数意見は、立法作用としてではなく、国籍法全体の仕組みを解釈した結果として、制限規定の排除という形式によって——司法権の限界内に留まるような方法で——司法的救済を導いたのである。

多数意見としては違憲判断の根拠を「社会通念及び社会状況の変化」に

---

▼注43) 参照。

46) 問題の法律規定が、一定の要件を有する者への権利・利益の付与を原則としつつ、特定の者を権利・利益の付与から除外している規定であると理解することができるかどうかは、規定の文言のほか、法律全体の仕組みや、法律の中での当該規定の位置付けのほか、立法過程で明らかにされた立法趣旨が考慮されなければならない。市川・前掲注26) 167頁。

47) 多数意見は「血統主義を基調として出生後における日本国籍の取得を認めた趣旨・目的を等しく及ぼす」と抽象的に述べるにとどまるが、今井補足意見がこれを敷衍し、国籍法の仕組みを分析した上で、「3条は、血統主義の原則を認めつつ、準正要件を備えない者を除外した規定と言わざるを得ない」と述べている。

48) 長谷部・前掲注41) 78-80頁。

49) 市川・前掲注26) 167-168頁。

訴えかけている以上、肝心の違憲状態を是正できないという結論は、公衆による受容可能性の確保という観点からは採りようのない選択肢であったといってよい。この点はおそらく藤田意見も同じであり、したがって、司法的救済を付与しなければならないという判断に争いはなく、問題はそこに至る道筋であった<sup>50)</sup>。上記の通り、いずれも実務家らしい巧みな手法であり<sup>51)</sup>、「司法的ステイツマンシップ」が発揮された意見構築として評価されるべきといえよう。

### （3）当事者訴訟と司法的救済

最高裁の「活性化」傾向の要因につき、さまざまな点が指摘されているが、立法不作為の司法的救済に関して言えば、行政事件訴訟法4条の明文文化に大きな意味があったことは改めて確認しなければならない。公法上の当事者訴訟は、行政処分以外の国家行為を広く対象とするものであり、かつ救済の範型が規定されていないため、立法不作為の違憲性を争う場合に憲法41条との関係で独自の問題が生じうる。憲法訴訟論上、訴訟の入口だけでなく、訴訟の出口——司法的救済をめぐる問題の重要性が、今後いっそう高まることが予想される。特に問題となるのは、選挙権保障のような憲法上の要請を比較的導きやすい場合よりも、抽象的権利とされる社会権や主に平等原則を通じて憲法上の権利ではない権利・利益が争われる場合である。国籍法違憲判決が明らかにしたのは、憲法上、権利保障の明確な要請を一義的に導けない場合であっても、最高裁の姿勢如何によっては——多数意見のような制限規定アプローチによるか、藤田意見のような合憲補充解釈アプローチによるか——法律の柔軟な解釈に基づく司法的救済

---

50) 藤田意見は「具体的な訴訟事件を通して救済を求めている場合に、…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言うに当たらないものと考える」と述べる。

51) 市川正人「違憲審査権行使の積極化と最高裁の人的構成」市川正人ほか編『日本の最高裁判所——判決と人・制度の考察——』（日本評論社、2015年）32頁。

を見込めるといことである。そこでは立法者の合理的意思に基づく法解釈として提示されており、その手法自体は司法権の作用として認められる以上、今後の確認訴訟において積極的な活用が期待される場所である。もちろん事案の性質によるところが大きいであろうが、確認訴訟の積極的な活用に伴い、当該事件の持つ現実の文脈に即した形で、当事者の権利救済を実効化あらしめるべく「司法的ステイツマンシップ」が適切に発揮されることが望まれる。憲法訴訟としての確認訴訟の可能性につき、確認の利益、司法的救済のあり方、判決の拘束力などにつき、いっそうの分析・研究が必要とされる場所である。

### 第三 司法的救済と「司法的ステイツマンシップ」(2) ——不当な結果を生ずる場合

#### 1 非嫡出子法定相続分違憲決定

立法不作為とは別に司法的救済が問題となるのは、たとえ法令等の国家行為を違憲と判断しても、当該具体的事件においてその効力を否定して適用を排除すれば、「憲法上その他の関係において極めて不当な結果を生ずる場合」である。従来、議員定数不均衡訴訟判決が念頭に置かれてきたが、2013年に下された非嫡出子法定相続分違憲決定もこの類型に分類するものと思われる。民法900条4号但し書前段の合憲性については、憲法学説は圧倒的に違憲説であり、95年合憲決定に続く最高裁の合憲判断にも全て違憲とする旨の反対意見が付されてきたにも拘らず、違憲判断を躊躇わせていたのは、違憲判断を下した場合に生じる混乱状態への懸念であったからである。

違憲判断が及ぼす影響について、「本件規定は、本決定により遅くとも平成13年7月当時において憲法14条1項に違反していたと判断される以上、本決定の先例としての事実上の拘束力により、上記当時以降は無効であることとなり、また、本件規定に基づいてされた裁判や合意の効力等も

否定されることになろう」という原則論をまず確認する。しかしながら、「平成13年7月から既に約12年もの期間が経過していることからすると、その間に、本件規定の合憲性を前提として、多くの遺産の分割が行われ、更にそれを基に新たな権利関係が形成される事態が広く生じてきていることが容易に推察される。……それにもかかわらず、本決定の違憲判断が先例としての事実上の拘束性という形で既に行われた遺産の分割等の効力にも影響し、いわば解決済みの事案にも効果が及ぶとすることは、著しく法的安定性を害することになる」。そして、「法的安定性は法に内在する普遍的な要請」であることから、「当裁判所の違憲判断も、その先例としての事実上の拘束性を限定し、法的安定性の確保との調和を図ることが求められているといわなければならない、このことは、裁判において本件規定を違憲と判断することの適否という点からも問題となり得るところといえる」として、違憲決定の持つ事実上の拘束性の限定という手法によって、法的安定性の確保を達成することを表明する。その結果として、「本決定の違憲判断は、本件上告人の相続開始時から本決定までの間に開始された他の相続につき、本件規定を前提としてされた遺産の分割の審判その他の裁判、遺産の分割の協議その他の合意等により確定的なものとなった法律関係に影響を及ぼすものではない」ということになる。

金築裁判官及び千葉裁判官の補足意見も合わせ読めば、最高裁は違憲判断の効力につき、いわゆる個別的効力説を採用しているようである。金築補足意見によると個別的効力説からすれば、違憲判断の遡及効は当該事件に限定されるのだが、「先例としての事実上の拘束性」のために「法の平等な適用という観点からは、それ以降の相続に係る他の事件を担当する裁判所」が本決定の判断に従うこととなり、「その意味において、本決定の違憲判断の効果は、遡及するのが原則<sup>52)</sup>」とされる。個別的効力説にたっ

---

52) 金築補足意見は「違憲判断は個別的効力しか有しないのであるから、その判断の遡及効に関する判示を含めて、先例としての事実上の拘束性を持つ判断として、他の裁判所等により尊重され、従われることによって効果を持つ」とも述べている。

たうえて、それに「先例の事実上の拘束性」を組み合わせることで、他の同種の裁判に「違憲判断の効力」を及ぼせる、という図式である<sup>53)</sup>。

## 2 「事実上の拘束性」への疑問

しかし、このような「組み合わせ」には疑問がある。第1に、先例の拘束性の射程についてである。先例の拘束性とは、それが事実上であれ法的なものであれ、将来生ずべき同種の事件の処理にあたって、ある事件における最高裁の判断が、後の最高裁自身及び下級裁判所の判断を拘束するというものである<sup>54)</sup>。判決の効力と先例拘束性とは対象を異にする問題であり、時間的な問題として言えば、個別的効力説は遡及効を有するのに対し、先例拘束力は将来効を有するものであって、過去の事件の処理は先例拘束性の及ぶところではないと考えられてきたのではなかろうか。実際、違憲判断の遡及効の有無は、判例の効力の問題として主に個別的効力説と一般的効力説とをめぐって議論されてきたのであり、判決の効力との関係で先例拘束性の問題に言及されることはなかったといってよい。そうだとすれば、「先例としての事実上の拘束性」は判決の個別的効力を一般化させる根拠とはなりえず、その意味で、本決定には「違憲判断の遡及効と先例拘束性との混同が見られる」との批判が妥当しよう<sup>55)</sup>。すなわち、先例拘束性が判決効力を一般化させる根拠とするためには、先例拘束性の射程を、将来生ずべき事件だけではなく、過去の事件にまで広げなければならないのである。多数意見や補足意見の立場はこれであろうか<sup>56)</sup>、もし先例

---

53) 笹田栄司「『違憲判決の効力論』についての覚書」高見勝利先生古稀記念『憲法の基底と憲法論—思想・制度・運用—』548頁(有斐閣, 2015年)。

54) 高橋一修「先例拘束性と憲法判例の変更」芦部信喜編『講座憲法訴訟第3巻』(有斐閣, 1987年)139頁以下、野坂泰司「平成26年度重要判例解説」ジュリスト1466号16頁(2014年)、卷美矢紀「判決の効力」公法研究77号201頁。

55) 野坂・同上。

56) 先例拘束性が、過去確定した事件の再判断を求められた裁判所まで及ぶかどうかについて、これまで自覚的に論じられたことはなかったように思われる。違憲判断が過去の判決の再審事由になるかどうかは、判決の効力論——一般的効力説の帰結として議論されて

拘束性の問題が過去の事件をその射程に含むものだとすれば、これまで蓄積されてきた「違憲判断の効力」論の議論は根底から覆されざるを得ない。本決定を真剣に受け止めるとすれば、一般的効力説と対立するとされてきたはずの個別的効力説が、全く次元の異なる先例拘束性という概念を通じて、一般的効力説と実質的に等しい帰結をもたらすことになり、両説を対比させる意味が根本的に問われなければならないからである<sup>57)</sup>。そうなると最高裁が違憲判断を下す場合、ほとんど常に先例拘束性の範囲に言及しなければならないように思われるが<sup>58)</sup>、果たしてそのような事態を最高裁は想定しているのであろうか。

本決定の調査官解説は、本件規定の違憲判断によって法的安定性が害されるという懸念が「個別的効力説を前提に、その事実上の拘束性による影響を問題とするもの」とした上で、違憲判断の遡及効を制限することの許容性を、昭和51年議員定数配分規定違憲判決に言及しながら論じている<sup>59)</sup>。これは本決定の解説としては明らかにミスリーディングであろう。選挙無効判決が不当な結果をもたらすのは、定数配分規定の可分性が否定される結果、違憲判決の効力——個別的効力——によって当該選挙全体が

いたことからすれば、やはり先例拘束性は過去の事件を射程に含むものとして捉えられていなかったと見るべきように思える。竹下守夫「違憲判断の多様化・弾力化と違憲判決の効力」三ヶ月章古稀『民事手続き法学の革新（中）』707頁、中村心「もしも最高裁が民法900条4号ただし書きの違憲判決を出したら」東京大学法科大学院ローレビュー7号（2012年）194-195頁も参照。

- 57) 巻教授は、「平成25年決定という新たなパラダイムの登場は、『違憲判決の効力』というテーマを『先例としての事実上の拘束性』に起因する諸問題に還元し、テーマそれ自体の消去可能性をも真面目に検討するように求めているように思われる。」と指摘される。巻・前掲注54) 203頁。
- 58) 本決定では違憲判断によって「本件規定に基づいてなされた裁判や合意の効力等」がどのような仕方で否定されるかにつき明らかにされていないが、調査官解説によれば、① 本件規定を前提とする判決、審判等に民法338条1項8号所定の（準）再審事由にあたるか、② 本件規定を前提とする若い、調停又は遺産分割協議が錯誤無効となるか、③ 本件規定に基づく可分債権・債務の当然分割につき、法律上の原因を欠くものであったとする不当利得返還請求等ができるかといった形で裁判上争われることが想定されている。
- 59) 「判解」68巻1号315-320頁（2014年）。

無効となるからである。これに対し、本決定の違憲判断の効果が他の同種の事件へ及ぶのは、「違憲判断の効力」によってではなく、「先例としての事実上の拘束性」に基づくいわば波及的效果によるためであり、本決定が制限しているのは前者ではなく後者なのである。実際、多数意見は、違憲判断の効力が平成13年7月まで遡及するとしながら、「先例としての事実上の拘束力を限定し、法的安定性の確保との調和をはかることが求められている」(傍点、筆者)と明言しており、遡及効の制限の問題とは捉えていない。本決定の違憲判断は、原則通り違憲の時点(平成13年7月)まで何の制限も設けることなく遡及している。したがって、解説されなければならないのは、違憲判断の遡及効を制限することの許容性ではなく、「先例としての事実上の拘束性を限定」することの許容性でなければならない。金築・千葉両補足意見も調査官解説と同じく「違憲判断の遡及効」の制限の問題として捉えているようであるが<sup>60)</sup>、多数意見との整合性が問われなければならない。

第2に、本決定は、先例の拘束力が事実上のものであるという立場を最高裁として初めて表明したわけであるが、「先例としての事実上の拘束性を限定」するという意味が率直に言って判然としない。金築・千葉の両補足意見は、この判示部分は単なる傍論(*obiter dictum*)ではなく判旨(*ratio decidendi*)として扱うべきであると強調しており、これに従えば、「違憲判断は平成13年7月に遡及するが、確定的なものとなった法律関係に影響を及ぼすものではない」という判断が、下級裁判所を拘束することになるが、その拘束力がそもそも事実上のものにすぎないのであれば、それを限定するという命題はいかなる意義を持つのであろうか。むしろ最高裁がこのような判示をすれば、下級裁判所としてはそれに従わざるを得ないのであって、まさに法的な拘束力と言うべきではなからうか。それにも拘らず、これを「事実上の拘束性」という概念で説明することにいかなる合理

60) 金築補足意見は事実上の拘束力を限定する趣旨の詳細については、伊藤正晴「最高裁大法廷時の判例」ジュリスト1460号88頁に詳しい。

性があるのであろうか。

### 3 「事実上の拘束性」と「司法的ステイツマンシップ」？

このように理論的に疑問はあるものの、しかし「解決済み」の事案に「影響」を及ぼさないとする結論それ自体は、上記再審等の提起による混乱を予防するという見地——法的安定性の確保からして概ね妥当であったといっていよい<sup>61)</sup>。もっとも、同種の他の事件への影響を取り上げざるをえないとしても、その問題は上記の通り個別的効力説そのものからは出てこない。かといって通説の見解からすれば、付随的審査制の下で一般的効力説を採用することもできない。そこで、「先例としての事実上の拘束性」なる概念を組み合わせることで、個別的効力説を維持しつつ、同種の他の事件に対する影響の問題を議論の俎上に乗せたのではないと思われる。「先例としての事実上の拘束性」を通じて遡及効の対象を当該事件から同種の他の事件にまで拡大させた上で、その拘束性を限定するというこの論法は、いうなれば「先例の拘束性」論を隠れ蓑に、一般的効力説を裏口から取り入れた、というのが実態であるように思われる<sup>62)</sup>。

法的安定性の確保にとって最善の判決手法はおそらく将来効判決であろうが、新たな論争を招きかねず、また当事者の権利救済——平等の要請に

---

61) 二宮周平「婚外子相続分差別を違憲とした最高裁大法廷決定を学ぶ」戸籍時報703号9頁以下では、法的安定性のために遡及効の制限が全員一致の違憲判断に結びついたことを評価しつつ、違憲判決の根拠が「子どもの権利」と「個人の尊重」であるならば、やり直しを許容して、そうするか否かを婚外子自身にゆだねることにしても、よかったのではないだろうかと批判する。二宮教授は、本件規定の違憲無効は遺産分割後に相続人が現れた場合と近似するとの理由で、民法910条の類推適用により、権利回復のための措置として価額支払いの道を残すことを提唱される。

62) 市川・前掲注41) 379-380頁は、「『先例としての事実上の拘束性』の問題として述べられているが、実際には違憲判断の一般的効力の承認を前提とするものと言えよう」と指摘する。井上典之「判例詳解 Number 4 婚外子相続分違憲決定最高裁大法廷決定」論究ジュリスト8号105頁（2015年）による、「これまでになかった『先例の事実上の拘束性』という新たな言葉を用いなくても、違憲判断の遡及効の問題として、本件大法廷決定の当該判示は理解しておく方が容易であるような気がする」との指摘も同旨であろう。

全く応えられないということもあり、裁判所としては乗れない選択肢であったといえよう。また個別的効力説から、他の事件に影響しないという立場を貫く選択もあったであろうが、実際問題として再審請求や錯誤無効等の紛争を生ぜしめる可能性は否定できず、そうなれば法的安定性の要請に応えることにはならない。そうしてみれば、理論的な難点は否定しえないものの、本決定は、「法的安定性の要請と平等の要請とをどのように調和させるか」という問題に正面から取り組み、おそらく政治部門との協働を視野に入れながら、非嫡出子法定相続分規定の問題を終局的に解決すべく周到に構築されたものといえ、「司法的ステイツマンシップ」の発揮と評価できよう。

ただし、もう一つの読み方として、金築・千葉の補足意見を含め、最高裁自身が「先例としての事実上の拘束性の限定」という手法によって、本決定の結論を理論的に十分正当化できていると理解している、という可能性も否定できない。上記の通り、両補足意見や調査官解説が問題としていたのは、「違憲判断の遡及効」であった。調査官解説の末尾が「違憲判断の効力に係る判断は、今後、他の事案においても問題となることがあり得ると予想され、学説上更なる議論の進展が期待される場所である」という記述で締めくくられており、「違憲判断の効力」論の深化を学説に求めている<sup>63)</sup>。実際、本決定を受けて、「判決の効力」論として遡及効制限の可否をめぐる議論が学説上改めて取り上げられている<sup>64)</sup>。しかし、繰り返しになるが本決定を契機に議論すべきなのは、「違憲判断の効力」論ではなく「先例の拘束性」論でなければならない。上記の通り、本決定の理解を真剣に受け止めるのであれば、これまでの「違憲判決の効力」論の枠組みを問い直さざるを得ないと思われるが、最高裁にそこまでの自覚が果たしてあったのであろうか。

---

63) 前掲59) 327頁。

64) 卷・前掲注54) 196頁。長谷部恭男「判決の遡及効の制限について」論究ジュリスト13号109頁。

「事実上の拘束性」なる概念をもって先例拘束性が語られてきたことの功罪については、既に多くの議論の蓄積が見られるところであるが<sup>65)</sup>、違憲判断の活性化傾向の見られる最高裁の状況を踏まえ、先例拘束性の意義・射程について改めて検討を深める必要があるといえよう<sup>66)</sup>。

### むすびにかえて

判例分析は、法理論の側面からと同時に、当該事案の社会的背景、その時点での政治状況、さらには意見を執筆した裁判官個人といった法外的な側面からも行うことで、実体をより具体的に把握できる。判決は常に現実の文脈の中で下されるものであり、裁判所は判決がもたらす社会的インパクトに配慮せざるをえないのである以上、判例分析にあたっては社会的インパクトがいかにして、どの程度、判決の論理に反映されているかを考察しなければならない。最高裁判例が見せる傾向は、最高裁が現代社会においていかなる役割を担い果たすべきかという、制度的責務の自己規定の仕方に関わる問題である。「活性化」傾向は選挙権と平等原則の領域に現れており、平等原則において家族法領域で最高裁は一定の存在意義を示そうとしていると言えようが、しかし、違憲判断されているのは戦前以来存在していた身分法規定であること、精神的自由の領域においては未だ人権論を正面に据えた違憲判断がなされていないことなどからすれば、保守的イデオロギーによって改正されず時代遅れとなった条文を削除しているだけ

---

65) さしあたり高橋・前掲注54)、佐藤幸治『現代国家と司法権』301頁(有斐閣、1988年)、樋口陽一「判例の拘束力・考」佐藤功吉古希記念『日本国憲法の理論』675頁(有斐閣、1986年)、中野次雄編『判例とその読み方』[第3版](有斐閣、2009年)など参照。

66) 市川教授は、「最高裁の違憲判断が一定の一般的効力を有することを正面から認めただけが理論的に明快であるし、検討が進むのではないかと指摘される。市川正人「憲法判例の動向——司法制度改革以降を中心に——」公法研究77号13頁(2015年)。また、君塚正臣「判例の拘束力——判例変更、特に不遡及的判例変更も含めて——」横浜法学24巻1号87頁(2015年)も参照。

であり、なお限界含みの「活性化」と言わざるを得ず、今後生じるであろう様々な新しい問題に最高裁がどの程度対応しうるかは未知数である。もっとも、最高裁といえども、現実の社会状況を見放した判断はできないし、最高裁自身が「法の番人」あるいは「人権の砦」としての役割を否応なく自覚せざるをえない昨今の政治状況を踏まえれば、何らかの形で積極的な憲法判断を示し、社会を方向付けていくことは、司法全体が担うべき責務として今後ますます重要となるであろう。その責務の遂行のあり方をめぐる分析指標の一つが、本稿でいう「司法的ステイツマンシップ」論である。

立法事実変遷論は、先例に与える傷と政治部門との軋轢を極小化する試みであるという側面を持つことは否定できないが、見方を変えれば、民主的基盤を持たない裁判所が積極的な違憲判断に臨む際、判決の正当化根拠としての国民的基盤を模索する試みとしても理解できよう。恣意的認定の危険性には警戒を要するが、しかしそのような危うさを内包しながらも、憲法価値を現実社会に具体化してゆくための「活用」であれば、立法事実変遷論は「司法的ステイツマンシップ」の実践として評価すべきであろう。また、司法的救済のあり様は、裁判所の存在意義を鮮明に問われる領域であり、政治部門、国民、社会との関係をにらみつつ、実定訴訟制度の下でどこまで積極的な司法的救済を形成できるのか、という問題である。在外国民選挙権判決や国籍法違憲判決が示唆しているのは、確認訴訟が今後の憲法的救済論にとって重要な役割を果たす可能性である。非嫡出子法定相続分違憲決定が示唆しているのは、違憲判断がもたらす社会的インパクトを裁判所限りで柔軟に統制しうる可能性である。いずれも理論的な根拠や限界について論争の余地を残しながら、しかし人権保障の実現のためになされた最高裁の決断であり、司法的救済における「司法的ステイツマンシップ」の発揮といえる。これらの判決を受け、法原理的決定という要請が働く権利の判定・宣言の段階に対して、政策的配慮に基づく法創造的考慮の働く余地のある救済の段階において、法令のレヴェルで救済手段に

関する法規範が欠けている場合に、裁判所が合理的な範囲内で法解釈により補充するという問題<sup>67)</sup>がよりクローズアップされることになるろう。

「司法的ステイツマンシップ」が発揮されたと思われる判例は、本稿で扱ったものに限られない。議員定数不均衡違憲判決における手法は正に「司法的ステイツマンシップ」の実践であろうし、最近の動向については、一連の君が代訴訟における多数意見の微妙な変遷<sup>68)</sup>、いわゆる「一人別枠方式」に関する再解釈<sup>69)</sup>、国公法違憲訴訟におけるいわゆる猿払三基準の取り扱い<sup>70)</sup>などもステイツマンシップの現れと言えなくはないであろう。また、少数意見の増加傾向が見られる現在では、裁判官個人に着目した「司法的ステイツマンシップ」論の展開可能性も期待できよう。いずれも今後の課題とする他ないが、「司法的ステイツマンシップ」という視覚は、最近の「活性化」傾向の実相・限界の把握、そして憲法判例分析や最高裁判所論の考察にとって、重要な意味を持つものと思われる。

---

67) 佐藤・前掲注65) 282-285頁。

68) 最判平成19年2月27日（民集61巻1号291頁）、最判平成23年5月30日（民集65巻4号1780頁）最判平成24年1月16日（裁集民事239号253頁）、最判平成24年1月16日（裁集民事239号1頁）。

69) 最大判平成23年3月23日（民集65巻2号755頁）。

70) 最判平成24年12月7日（刑集66巻12号1337頁）。