

立法不作為における裁判所の救済（国籍法違憲判決 を読む）

下麥, 弥生
九州大学法学部

<https://doi.org/10.15017/13855>

出版情報：学生法政論集. 3, pp.31-43, 2009-03-19. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

立法不作為における裁判所の救済

(国籍法違憲判決を読む)

下 麥 弥 生

- I. はじめに
- II. 国籍法違憲判決
 - 1. 事案の概要
 - 2. 最高裁判決
- III. 立法不作為
 - 1. 立法不作為とは
 - 2. 立法不作為における救済の在り方
- IV. おわりに

I. はじめに

平成20年6月4日、最高裁は、外国人を母とし、日本人の父から生後認知された婚外子（以下、非準正子）について、右認知に加えて、父母の婚姻をも国籍取得の要件とする国籍法3条1項の合憲性を巡って画期的な判決を下した。具体的にいえば、上記のような準正要件が憲法14条1項の平等規定に違反するというXの訴えを認め、さらにその国籍取得を認める判断を下したというものである。

もっとも本稿では国籍法3条1項と憲法14条との合理的関連性については詳しくは論及せず、違憲とされた場合の原告に対する裁判所の救済に焦点を当てたいと思う。本最高裁判決には多数意見をはじめとする様々な補足意見、意見、反対意見が付されたが、本稿ではそのうちの3つを主に取り扱いたい。それは、(1) 父が日本人、母が外国人の場合、それ以外の生後認知とは区別して「父母の婚姻関係の存否」及び「嫡出子たる身分の取得」によって国籍の認否を決すること（以下、本件区別）を憲法14条に反して違憲とし、本件区別を生じさせている直接の原因である国籍法3条1項の「婚姻」の要件の部分のみ違憲無効とするいわゆる一部無効削除を行うことによって、非準正子に対して国籍を付与しようと試みた多数意見、(2) 違憲というべき本件区別が生じているのは国籍法3条1項が非準正子に対して国籍付与をする旨の規定を設けていない立法不作為の状態であるからだという認識を示し、3条1項を違憲無効とはせず拡張解釈することによって非準正子に国籍を認めようとした藤田宙靖裁判官の意見、そして(3) 本件区別は違憲であるとしたものの、国籍法3条1項は準正子に対して国籍を付与する規定であって、非準正子に対する規

定ではなく、本条項が違憲であるのは本件区別是正のための規定（非準正子に国籍を付与する規定）がない状態、すなわち立法不作為の状態であるとしたうえで、かような条件下において非準正子に国籍を付与することはもともと存在しない規定を裁判所自身が一から創造することにほかならず、立法権の侵害に当たるので許されないとした甲斐中辰夫・堀籠幸男裁判官の反対意見である。

ここで、藤田意見と甲斐中・堀籠反対意見は同じく立法不作為の立場をとっていながらも、本件におけるそのとらえ方に根本的違いが見受けられることを留意しておかねばならない。この点については後述することにして、かように両者の間にみられる相違は、立法不作為に関して裁判所の救済はどのようになされるべきかという問題意識を喚起させたといえる。つまり藤田意見は、本件のみとする限定つきではあるが、救済を容認したのに対して、甲斐中・堀籠反対意見は、立法不作為における救済は国会の立法によって満たされるものであるから司法権の範囲外であり許されないとして一蹴したのである。

本稿では、まずは素材として取り上げる最高裁の国籍法違憲判決の概要を、原審である高裁判決も交じて紹介したうえで、さらに次章で実体法・訴訟法上の観点を、本稿の最大の目的であるそこでの救済の在り方を考察したい。そのために、はじめに立法不作為における救済を容認していると思われる佐藤幸治の司法権概念に対して若干の考察を加えつつ、伝統的な司法権概念の範囲内においてどこまで救済が許されるかどうか検討する。そのあとで救済される要件を考察する。最後では、これまでの考察を踏まえての私見、さらには残された課題を提起することで本稿を閉じたいと思う。

II. 国籍法違憲判決

本論に先立って、上記最高裁判決の概要を紹介しておきたい。

1. 事案の概要

婚姻関係にないフィリピン国籍を有する母と日本国籍を有する父との間に生まれ、かつ生後、父によって認知された子ら（本件原告＝被控訴人＝上告人）Xが、父による認知を理由として日本国籍を取得したと主張して法務省（本件被告＝控訴人＝被上告人）Yに届け出たところ、Yは国籍法3条1項によりXが国籍取得の要件を満たしていないとして請求を却下した。これに対してXは、本件区別は日本国憲法14条1項の平等規定に違反するとして、国籍法3条1項の一部無効の確認と国籍の付与を求めて提訴した。

一審の東京地裁は本件区別についてXの主張を認めてXの勝訴となったが、二審の東京高裁では一転してXの敗訴となった。というのも、高裁はそもそも国籍法3条1項は準正子に対しての国籍取得の規定であって、非準正子は想定されておらず、仮にXの主張するように同条項が憲法14条に違反するものであったとしてもその一部を取り去った条項をあ

てはめてXに国籍を付与することは裁判所の権限を越えてしまうと考えたからである。高裁はこの点を次のように判示した。

すなわち、「仮に被控訴人らが主張するように法3条1項のうちの上記要件のみが憲法14条1項に違反して無効であるとして、そのことから非嫡出子が認知と届出のみによって日本国籍を取得できるものと解することは、法解釈の名の下に、実質的に国籍法に定めのない国籍取得の要件を創設するものにほかならず、裁判所がこのような国会の本来的な機能である立法作用を行うことは憲法81条の違憲立法審査権の限界を逸脱するものであって許されないというべきである。また、法3条1項の趣旨からすると、被控訴人ら主張の上記要件が憲法14条1項に違反して無効であるとすれば、法3条1項全体が憲法14条1項に違反して無効となると解するのが相当であるが、仮に法3条1項が無効とされたとすれば、父母の婚姻及び日本人父による認知の要件を具備した子が日本国籍を取得できる根拠規定の効力が失われるだけであり、そのことから、出生した後に日本人父から認知を受けたものの、父母が婚姻しないために嫡出子たる身分を取得しない子が日本国籍を取得する制度が創設されるわけではないことも明らかであるといわざるを得ない。そして、当該法条が違憲無効である場合に、いかなる内容の立法をするかは国会の権能に属するのであり、裁判所が、立法政策として日本人父の認知と届出のみによる日本国籍取得を認める方法しかあり得ないと判断し、そのような解釈をして日本国籍の取得を認めることは許されない¹。以上の判決をうけてXは上告した。

この最高裁判決（以下、本件判決）は大きく分けて二つの論点を含んでいるといえる。一つ目が国籍法3条1項の準正要件と憲法との合理的関連性について²、二つ目が、違憲判断を前提としてだが、裁判所がXに国籍付与を行うことの是非についてである。ただし本稿では一つ目の論点については先にも述べたとおり詳しくは触れず、二つ目の論点に主たる考察を限定することをあらかじめ断っておきたい。

¹ 東京高判平成19年2月27日

² 一つ目の論点について多数意見は、「本件区別においては、これを生じさせた立法目的自体に合理的な根拠は認められるものの、立法目的との間における合理的関連性は、我が国の内外における社会的環境の変化等によって失われており、今日において、国籍法3条1項の規定は、日本国籍の取得につき合理性を欠いた過剰な要件を課するものとなっているというべきである。……国籍取得の要件を定めるに当たって……立法府に与えられた裁量権を考慮してもなおその立法目的との間において合理的関連性を欠くものとなっていたと解される。したがって、上記時点において、本件区別は合理的な理由のない差別となっていたといわざるを得ず、国籍法3条1項の規定が本件区別を生じさせていることは、憲法14条1項に違反するものであったというべきである」とした。

2. 最高裁判決³

多数意見は、国籍法3条1項が国籍付与において非準正子と準正子とを不当に区別する過剰な要件を設けていることを明示的に認めたとうえで、本件区別によって不合理な差別を受けている者に対して直接的な救済を与えるという観点から、「日本国民である父と日本国民でない母との間に出生し、父から出生後に認知された子は、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したという部分を除いた国籍法3条1項所定の要件が満たされるときは、同項に基づいて日本国籍を取得することが認められるというべきである」と判示した。この点に関して、最高裁による立法権の篡奪になってしまうという高裁判決でも提示された懸念については、これによって「裁判所が法律にない新たな国籍取得の要件を創設するものであって国会の本来的な機能である立法作用を行うものとして許されないと評価することは、国籍取得の要件に関する他の立法上の合理的な選択肢の存在の可能性を考慮したとしても、当を得ないものというべきである」と原審とは異なる判断を下した。

以上のように、多数意見が国籍法3条1項の準正要件が過剰な要件、すなわち立法者の作為によるものであるとしてXの主張どおり一部無効とする判断を下したのに対して、藤田裁判官は次のような意見を付した。すなわち本件区別が存在するのは、逆に、「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項が『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」と判示された。つまり多数意見が国籍法3条1項の準正要件について、非準正子に対して本件区別を生じさせている原因であるとして原告らに国籍を付与するために一部無効を宣言したのに対して、藤田裁判官は本件区別の原因をむしろ立法によって非準正子に国籍付与を認める規定が設けられていない点、すなわち立法不作為に求めたのである。この見解に従うならば、本件における国籍の付与は、立法の欠缺を裁判所が補充するに等しく、そうした救済の許容性が問題とならざるを得ない。

藤田裁判官はかような疑義の存在を認めつつ次のように述べた。「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」く、「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

³ 最大判平成20年6月4日 判時2002号（2008年）3頁。

であるというには当たらないものと考え。」

これに対して甲斐中・堀籠裁判官の反対意見は本件を立法不作為とみる点では藤田裁判官の意見と同じ立場をとるものの、救済の在り方、すなわち本件において国籍付与にまで踏み込むことについてはまったく異なる判断を下している。すなわち立法不作為の是正には「法の解釈・適用により行うことが可能でなければ、国会の立法措置により行うことが憲法の原則」であり、「立法上複数の合理的な選択肢がある場合、そのどれを選択するかは、国会の権限と責任において決められるべきであるが、本件においては、非準正子の届出による国籍取得の要件について、多数意見のような解釈により示された要件以外に「他の立法上の合理的な選択肢の存在の可能性」があるから、「その意味においても違憲状態の解消は国会にゆだねるべきである」とし、Xに国籍付与を認めることは、「法律にない新たな国籍取得の要件を創設するものであって、実質的に司法による立法に等しい」と批判したのである⁴。

Ⅲ. 立法不作為

以上を大まかに見ていくと、まず本件は過剰な立法かそれとも立法不作為かの問題が見出されることだろう。筆者の見るところ、国籍法の体系的な理解に基づいて考察する限り、本件は立法不作為であるという藤田・堀籠・甲斐中裁判官の主張が説得的であるように思われる。以下では、立法不作為とそこにおける権利救済の在り方を問うてみたい。

1. 立法不作為とは

立法不作為とは何たるかについて、まずは実体法上の観点から考察を加えておこう。

立法不作為については多くの学説が、一定の要件を満たせば違憲となりうることを認めている⁵。具体的には「①立法者の立法義務が憲法上明記されているか、または解釈上導き

⁴ もう一つの反対意見として、横尾和子、津野修、古田佑紀裁判官の反対意見は、一つ目の論点で、国籍法3条1項が「出生後に認知を受けた子の国籍取得について、準正子に届出による国籍取得を認め、非準正子は帰化によることとしていることは、立法政策の選択の範囲にとどまり、憲法14条1項に違反するものではない」と本件区別の合理的関連性を説き、他の裁判官らとは大きく異なる判断を下し、さらに二つ目の論点においては、仮に違憲であっても、非準正子に対して国籍を付与する規定がなく、認知を前提としても国籍法3条1項の有無にはかかわりがなく、同項の拡張解釈は無理がある。それをあえてすることは国籍法に定めのない者に権利を付与することを許してしまうことになり、司法権の限界からいっても、裁判所の実質的立法行為であると反対意見を付した。

⁵ 佐藤幸治『憲法[第3版]』（青林書院・1995年）346-347頁。「一般的にいつて、国会が立法の必要性を十分認識し、立法をなそうと思えばできたにもかかわらず、一定の合理的期間を経過してもなお放置したというような状況の存する場合に、その立法の不作為が具体的に違憲となるものと解される。」野中俊彦ほか『憲法Ⅱ[第4版]』（有斐閣・2006年）272頁〔野中執筆〕。「立法不作為についても、観念的にその違憲・合憲の法的判断が可能であるから、それが具体的争訟の前提問題として争われて

出される場合に、②相当の期間を経過してもなお立法者が立法義務を怠っているとき」の二つがその要件として挙げられ、たとえば戸波江二は、それらを具体的に検討するために、立法不作為を「絶対的立法の不作為」と「相対的立法の不作為」の二つに分けることを有益とした⁶。

それによれば、「絶対的立法の不作為」とは、「いわば本来の意味における立法の不作為であり、明示的な立法義務に違反して、立法府が立法を怠るというものであって、そこでは、立法がなされないこと自体が直接問題となる」という。これに対して、「相対的立法の不作為」とは、「いわば派生的ないし付随的な立法の不作為であり、ある立法がなされた後に、当該立法の内容・手続・範囲等に不備・不公正があり、そこに立法の不作為が見出される場合」⁷である。

本件の国籍確認請求訴訟は、このうち「相対的立法の不作為」による憲法14条1項の平等規定違反として分類することができるだろう。ここでいう立法不作為による平等規定違反とは、利益付与に関する平等が立法によって十分に確保されていないということである。

「たとえば、ある法律がAグループにのみ権利を付与しており、同等の権利を受けてしかるべきBグループを除外している場合に、当該立法が平等違反であるとする、その平等違反は、Aに対する利益付与自体が妥当であれば、むしろBを除外している点にこそあるといえる。つまり、Bに対して利益を与える規定が設けられていないという意味での立法の不作為が問題となるのである」⁸。これを本件にあてはめていうならば、国籍法3条1項が準正子（ここでいうAグループ）にのみ国籍付与を認め、非準正子（ここでいうBグループ）には「同等の権利を受けてしかるべき」であるのにそうした規定を欠いており、不合理な差別的取り扱いを生じさせているものと解される。

では、本件は裁判所にどのような手続きによって違憲確認を請求することができるだろうか⁹。通常の訴訟において立法不作為の違憲性を問う場合というのは、個人の権利が害さ

いる限り、違憲審査の対象になると考えるべきであろう。」

⁶ 戸波江二「立法の不作為の違憲確認」芦部信喜編『講座憲法訴訟第1巻』（有斐閣・1987年）361頁。「立法の不作為が憲法違反と評価されることは、学説・判例において既に原理的に証明されているところである。憲法上立法者に対する立法義務が課せられている場合に、当該立法義務を果たさなければ違憲となるのは理論的に当然だろう。」

⁷ 戸波・前掲註6・361頁。

⁸ 戸波・前掲註6・365頁。

⁹ 訴訟法上の観点から立法不作為について検討すると、この問題を争う訴訟としては学説上、次の三つがあげられる。一つ目が、通常の訴訟において間接的に立法の不作為の違憲性の確認を求めるものである。二つ目が、立法行為に対する損害賠償請求訴訟を通して立法不作為の違憲確認を求めるもの、そして三つ目が、直接的に立法不作為の違憲性を問う、立法不作為違憲確認訴訟である。二つ目の立法行為に対する国家賠償請求訴訟、三つ目の立法不作為違憲確認訴訟についてはここでは詳しく語らず、本件訴訟の類型である一つ目の、通常の訴訟において立法不作為の違憲性を問うものを中心に考える。

れたとき、訴訟上の手続きにのっとって害された権利の救済を裁判所に求めるものである。もちろんこれは「法律上の訴訟」にたぶんに漏れない¹⁰。佐藤は、これについて、第三者所有物没収事件を挙げ¹¹、「憲法29条3項に基づき補償請求ができる」とみる説をとった最高裁判決に対し、「立法の不備ないし欠陥を、裁判所が、憲法上の権利の『救済』という観点から補充したものと解することができる」¹²と評した。

しかし、いくつか難点もある。一つが樋口の指摘した、違憲の主張が認められたとき、——これは訴訟類型にかかわらずなく立法不作為の違憲判断には必然的について回る問題でもあるが——「その際は、その処分が取消されることによって、憲法的観点からいって不十分な状態すらなくなる、という難点にどう対処するか」¹³というものであり、もう一つは裁判所が原告の訴えを容認し、立法不作為について違憲と判断したときの救済方法である。本件訴訟において、藤田裁判官の意見と甲斐中・堀籠裁判官の反対意見がともに本件を立法不作為と見ていながら、その救済について相反する回答をなしたことから、後者の問題の重要性が分かるであろう。ただ、この両者の本件における立法不作為の捉え方についてそもそも隔たっておりその違いが救済に関する意見の対立を生み出しているようにも思われる。次の2では、そのことも考慮に入れたうえで、立法不作為が違憲と判断されたときの裁判所の救済に焦点を当てて述べていきたい。

2. 立法不作為における救済の在り方

立法不作為が違憲判断をせざるを得なくなったとき、裁判所は救済の名のもとにどこまでその範囲を及ぼすことができるのか、正当化できるのかが問題として浮上してくる。通常、立法不作為でもわれわれの権利利益が侵害された時では違憲が宣言されることによってその救済が図られることになるのであるが、本稿が焦点を当てようとしている権利付与という局面における立法不作為の場合、その違憲性の確認のみによっては原告の救済が満

これについて、井上典之『司法的人権救済論』（信山社・1992年）85頁では、「既存の訴訟制度に乗りやすい方法で立法の不備・不十分さを争う場合、確かにそこでは直接立法の不作為の問題が争われるわけではなく、ただ事件解決のために間接的にその問題が取り扱われるにすぎないが、ややこしい手続き上の問題を一応なしで済ますことができるというメリットもある」としている。

¹⁰ 戸波・前掲註6・376頁。

¹¹ 最大判昭和37年11月28日刑集16巻11号1593頁。

¹² 佐藤・前掲註5・318頁。

¹³ 樋口陽一『憲法[第3版]』（創文社・2007年）444頁。

野中も、「立法の不備については、不備な立法を違憲無効とすることはできようが、それだけではやはり権利の救済とはならないのみならず、かえって、不十分ながら一部充たされていた部分をも無効とするという不都合な事態を生じさせることになる」と指摘する。野中俊彦「立法義務と違憲審査権」芦部信喜先生選歴記念『憲法訴訟と人権の理論』（有斐閣・1985年）187頁。

本件にあてはめて考えてみると、国籍法3条1項の状態を違憲と判断すると、国籍法3条1項自体が全部無効となり、準正子に国籍付与を認める規定を実質的になくしてしまうということである。

足に行われないことが多い¹⁴。

先にも述べたように、藤田裁判官、堀籠・甲斐中裁判官が、本件を立法不作為とみておきながらもその救済の如何に関しては意見を異にしたことは注目に値する。その基底には両者の本件における立法不作為の認識の違いがあらわれており、すなわち藤田意見においては、国籍法3条1項が非準正子に対して国籍を付与する規定を何ら設けていない、学説の言ういわゆる相対的立法不作為の立場とみられている一方、甲斐中・堀籠反対意見においては、同条項は準正子に国籍を付与する規定であって何ら憲法に違反することがなく、むしろ国籍法自体に非準正子に対して国籍を付与する条文がない状態が違憲なのだ——「絶対的立法不作為」の立場——と考えられているようである¹⁵。そもそも両者の主張をこのように相対的、絶対的という見方で表したのは、くどいようだが立法の欠落の度合いに認識の違いが垣間見えるからである。たとえば一つの空き地を想像してほしい。これにもともと芝生が生えていたがある一部分のみがはげ地になっていたとするのが藤田裁判官の立場であると考えられ、もともと芝生もなにも生えていない状態ととらえるのが甲斐中・堀籠裁判官の立場であると考えられる。したがって、藤田裁判官の立場だとそのはげ地になっている部分には、普通は周りの芝生の種類と同じものが植えられるであろうが、甲斐中・堀籠裁判官の立場だと植えられるものの予測が芝生であることすらも不確定で他にもいくつかの可能性が考えられるのである。これを本件に置き直してみると、周りの芝生から推測し、はげ地を埋めるのが一つしか考えられないとして裁判所が芝生を植えてしまうことを容認する立場が藤田裁判官、植えるものの種類や手段が複数存在する以上、まずは立法府が植えるべきとしたのが甲斐中・堀籠裁判官と解することができる。

「相対的立法の不作為」の立場をとったとみられる藤田意見は、権利付与に関する立法不作為に対して違憲確認のみならず、本件に限っては救済の手段は他には考えられないため、国籍法3条1項の拡張解釈によって原告の救済を裁判所が行ってもよいという見解を

¹⁴ 井上・前掲註9・98頁では、「例えば、定数訴訟で問題になった選挙権や、一定の給付を前提にする社会権、権利付与に関する平等などのように、具体的な立法措置を待って初めて実効的なものになるものもあり、そのような利益・権利に関しては、多くの場合、やはり立法の不作為あるいは不備によってその侵害が惹起される。そして、そのような権利の救済のために裁判所がなし得ることには限界がある、ということも立法の不作為の違憲審査の問題の中には含まれている。その結果、そのような場合には、裁判所としては立法の不作為あるいは不備の違憲性を確認することで事件の解決を図ることができるにすぎないということ、あるいはそうでなくても、裁判所では単に間接的にしか権利救済の途が開かれていないということが、ここで忘れてはならない問題として残ることになる」としている。

¹⁵ 高橋和之＝岩沢雄司＝早川眞一郎「[鼎談] 国籍法違憲判決をめぐる」ジュリ1365号(2008年)67頁[高橋発言]。この藤田意見における国籍法3条1項の問題意識について、ここでは、法3条1項は『排除』ではなくて『優遇』の問題であると藤田裁判官の本件における意識を取り上げ、その上で、「わざわざ『優遇』という言葉を使っている」ので、「少なくとも、『権利創設』とは違うのだろうという意識はある」のだろうという見解を示した。そうすると、「権利創設」という認識でないということは、後々の救済に関して大きな意味をもつのではないか。

示したのに対し、「絶対的立法の不作為」の立場をとったとみられる甲斐中・堀籠反対意見は、もともと国籍法にない規定を一からつくることは司法権においては許されざるものであるため、一貫して立法不作為の是正は国会の立法措置により行われるべきものであることを強調し、裁判所による原告への救済は立法権への司法権による侵害だとして反対した。ここで、藤田意見は、甲斐中・堀籠反対意見のような「絶対的立法の不作為」とみられる立場をとることによって生じる救済への巨大な障壁を予測したうえで、「相対的立法の不作為」と思しき立場をとり、それによって拡張解釈の道を選んだのではないだろうか。ただ、藤田意見における拡張解釈が、常々裁判所でもなされている合憲限定解釈と比較してみると、はたしてなされてもよいものだろうかという疑問がいきさか生じることは否めない。藤田意見の提唱する救済の在り方についてはもう少し詳しく検討する必要があるように思われる。

救済に関して、立法によって権利・利益の侵害が認められたときには、その立法を違憲と裁判所が宣言することによって権利救済が達成されるが、権利付与の局面における立法不作為の問題では救済はそれでは達せられず、かえって問題を起こしかねない。裁判所による立法政策とも見ることができ救済を行ってもよいものか、また、できるとすればどのような要件のもとで裁判所は救済を行うべきなのかという疑問が生じる。本件における国籍付与のように、「救済」という要請の下に裁判所による法形成を容認しようとする場合には、伝統的な「司法権」概念との整合性を問い直す必要があるように思われる。

(1) 司法権の概念

憲法76条1項に規定された司法権とは、「具体的な争訟について、法を適用し、宣言することによって、これを裁定する国家の作用」¹⁶として考えられてきた。通説に従えばその「具体的な争訟」とは裁判所法3条にいう「法律上の争訟」に当たり、その「法律上の争訟」は、判例によって「当事者間の権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって、法律の適用により終局的に解決しうるもの」¹⁷と解されている。たとえば佐藤幸治はこの事件・争訟性の要件¹⁸を憲法にいう「司法権」の内実をなすものとして重視している¹⁹。

裁判所に付与されている権限が「司法権」に限定されるわけではない。「本来の司法権を核として、その周りには法政策的に決定さるべき領域が存在」すると解されてきた²⁰。た

¹⁶ 清宮四郎『憲法I [第3版]』（有斐閣・1957年）335頁。

¹⁷ 最三判昭和28年11月17日行集4巻11号2760頁。

¹⁸ 事件・争訟性の要件とは、「伝統的には、①対決性、②争われている法的権利に利害関係を持つ当事者、③現実の司法判断適合の争訟の存在、④裁判所が終局的で拘束力をもつ判断を下すことができること、の四要件を内包する観念として把握されてきている。」佐藤・前掲註5・294頁。

¹⁹ 佐藤・前掲註5・296頁。

²⁰ 佐藤・前掲註5・298頁。

だ、かように法政策的に付与される権限については、「裁判による法原理的決定の形態になりやすいものでなければならず、その決定には終局性が保障されなければならない」という限定がかけられてきた。さて、この所説は裁判所による救済の在り方とどのようにかわりあうのだろうか。この点について、佐藤は次のように述べたことがある²¹。

「裁判所として然るべき訴訟手続に従い実体的権利を確定した場合において然るべき救済手段を与えて当該争訟の適正な解決をはからなければならない」。すなわち、「実体的権利の存否を確定することが『司法権』の中樞をなすとみられるとしても、それを前提に然るべき救済手段を与え争訟の適正な解決をはかる作用も当然に『司法権』の内実をなすものとみななければならない」²²。

この叙述は、裁判所の作用を「法原理的決定」にふさわしい作用に限定しようという従来の主張と符合するのだろうか。佐藤自身も認めるように、「救済手段をどのような形で設けるかは本来立法府の責務とも考えられるから、立法府が然るべき救済手段を設けたときは裁判所はそれに従うべきものであって、その意味で、裁判所が憲法上の権利の救済をはかるためにとった措置は暫定的な法創造であるとみることもできる」²³ならば、それがなぜ司法権の本質的構造に合致するといえるのか。立法府の責務を押しつけてでも救済を図る正当性はいかに根拠づけられるのか。なお慎重な検討が求められるように思われるのである。以上のような佐藤の司法権概念に鑑みると、裁判所による法創造ともみえる救済は、司法権の限界を超えた立法権に対する侵害ではないと断言することは難しいであろう。そのような批判を克服しようとするならば、このようなきわどい救済が要請される事例を厳格な要件の下で限定する必要があるだろう。次に、司法による立法とも取れる救済措置についての限定、つまり、どのようなときに裁判所による上記の救済が図られうるのかについて、検討していきたい。

(2) 救済の要件

ここでもう一度、本件における三者の救済方法を整理してみよう。

多数意見の救済は、国籍法3条1項の「婚姻」要件が本件区別を生じさせる「過剰な」

²¹ 佐藤・前掲註5・299頁。

²² 佐藤幸治「基本的人権の保障と救済」『司法権と現代国家』(有斐閣・1988年)277頁。また、佐藤は裁判所による救済は憲法上要請されているとも述べる。「憲法13条は、『すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他国政の上で、最大の尊重を必要とする』と定めている。この規定は、国会が立法を通じて国民の権利・自由のための基盤の整備に努めるべきことを要請しているのみならず、国民が裁判を受ける権利(32条)の行使として権利・自由の実現を求めた場合に、裁判所としても司法権の性質と矛盾しない範囲でできるだけ実効的な救済を与えるべきことを要請する趣旨を含んでいると解すべきものではないか(同書261頁)。

²³ 佐藤・前掲註22・281頁。

規定であるという認識に基づき、この過剰な部分——「婚姻」要件——のみを一部無効としたうえで、原告らに国籍を付与した²⁴。甲斐中・堀籠反対意見は、そもそも本件を非準正子に対して国籍を付与する規定がどこにもないという「絶対的立法の不作為」の問題と捉え、このような場面で国籍付与に踏み込むことは一から規定をつくること（立法権の篡奪）に他ならないと述べ、いわば救済を立法府にゆだねようとした。一方藤田意見は、本件をまず「相対的立法の不作為」と考えたうえで、特に本件のように権利付与こそ救済の到達点であり、しかもそうした救済の緊要性が認められる場合には、立法府が既に一義的・明示的な意思を示していると解される本件のような事例にかぎっては、例外的に国籍付与を行うことも許されるとした。つまり、救済手段が一つしか考えられない事例についてはこれを立法府にわざわざ投げ返すよりは、裁判所によって達成されることも許されるとした。

筆者のみるところ、本件は立法不作為の事例、中でも「相対的立法の不作為」と評価されるべきである。というのも国籍法を他の条項も含めて総体的に解釈するならば、未だ一切の規定がなされていないというより、国籍付与の要件に不備があるものととらえる方が適切であるように思われるからである。「絶対的立法の不作為」の事例においては、法の欠落の度合いが相対的に広くなり立法権の篡奪になりかねないのに対して、「相対的立法の不作為」に関しては、そうした懸念もいくらか抑えられるだろう。

とはいえ、裁判所による立法の補充という要素が全面的に押し出されることは隠しようもなく、これをどのような時にでも是認せらるるものとして放置するのではなく、いくつもの救済の要件を設けておく必要があるだろう。この点について、考察を深めようとしたのが藤田裁判官の意見であるようにも思われる。

本件において立法不作為における裁判所の救済を是とした藤田裁判官は、その意見の中で次のような独自の要件を設けている。すなわち、「①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、②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、③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」（番号筆者）という要件がそれである。この見解は従来の学説と比較してどのような関係に立つだろうか。たとえば戸波は、裁判所の「緊急かつ直接的な権利救済の必要性を重視して、立法の不作為による法の欠缺を憲法の解釈ないし一種の法創造によって補充し、ないしは違憲的な立法の不作為に対して直接に憲法を実施することによって権利救済を図る」ために、

²⁴ 前掲註15・69頁 [高橋発言]。多数意見の本件救済における解釈について、「憲法上国籍を得る権利があるという出発点で問題を考えたほうが、救済の問題もよりうまく処理できるのではないか」という考えを示している。しかし憲法上国籍を得る権利があるという議論は、憲法の予定する国民という概念があいまいであり、新たな問題を引き出してしまうのではないだろうか。

次の要件を唱えていたところである。それは「①立法の内容が一義的に明確なこと、②裁判所による権利救済が容易なこと、③権利救済の必要性ないし緊急性が強く認められること」²⁵という3つの要件である。注意を要するのは、これら3つの要件が必ずしもすべて満たされなければならないとはしていないことである。

両者の要件を照らし合わせてみると、戸波の第一要件と藤田の第一要件、戸波の第二要件と藤田の第二要件、そして戸波の第三要件と藤田の第三要件がそれぞれ対応しているように読み取ることができる。つまり、「立法の内容が一義的に明確なこと」という戸波の第一要件の「立法」とは、立法府によって既に定められた法ないし条文であり、その内容・意図が誰から考えても明らかであるという意味であり藤田の第一要件と類似していると考えられる。藤田の第二要件は、合理的な救済の選択肢が一つしか考えられない場合に容認されるべき（選択肢が二つ以上ある場合、どれを採用するかは立法府によって判断されるべきであって裁判所は救済をなしえない）というものである。この藤田の第二要件に関して、戸波の第二要件である「裁判所による権利救済が容易なこと」が同じような意味で解釈できる。しかし同時に、この戸波の第二要件は、裁判所の救済を行うことによって最終的に満足され得ることとも読むことができるいわば二義的な意味を持つのではないか。かような明確でない要件設定は若干問題があり、新たな検討が必要にも思われる。他方、戸波の第三要件は「権利救済の必要性ないし緊急性」を挙げており、藤田の第三要件である「著しく不合理な差別を受けている」というところにその意味を読み取ることができる。だが、藤田の設定した要件において第三要件とは別に、なお緊要性を明示的にするならば、藤田の第四の要件として新たに設けることも一つの案であるとも考えられる。

いずれにせよ、どのように要件をまとめるかは今後の課題でもある。しかし以上に挙げられた要件を、無視して裁判所が救済を行うことは「司法権」の範囲を超えた他権の侵害と言わざるを得ないといえることができるであろう。

IV. おわりに

以上のように国籍法違憲判決を素材として、とりわけ立法不作為における裁判所の立法行為とも取れる救済の可能性について論じてきたわけだが、最後に本稿を簡単にまとめた上で私見及び浮上した問題点をいくつか指摘したいと思う。

本稿では、国籍法違憲判決の中でもとくに次の3つの意見に注目した。まず多数意見は法3条1項の「婚姻」要件を過剰な要件とみなし、それを違憲として一部削除を行った上で原告に国籍を付与した。甲斐中・堀籠反対意見は、本件は非準正子に対して国籍を認める規定がない立法不作為の状態が違憲なのであって救済は立法府によって満足させられる

²⁵ 戸波・前掲註6・377頁。

べきとした。藤田意見は、本件区別を国籍法3条1項が非準正子に対して国籍を認めない立法不作為の状態と認識し、それが違憲であるとして3条1項の拡張解釈により原告に国籍を付与すべきとした。これら3つの意見のうち本稿は国籍法の体系から鑑みて、要件が「過剰」なのではなく、不足している立法不作為の問題であると考え、甲斐中・堀籠反対意見、藤田意見に考察の対象を絞った。そこでまず従来学説で唱えられている実体法上・訴訟法上の観点の紹介を挟んだうえで、司法権における救済の在り方において、なぜ両者が立法不作為という立場を同じくしながら一方は容認し、他方は否定したのかについて検討を加えた。すると両者は立法不作為という立場の中でも詳細には異なる見解を示しているのではないかと思われた。この見解の相違が司法権による救済という局面においてまったく異なった結果を導き出したのではないか。その疑問に答えるためには最初に、救済に関して司法権の概念を改めて問い直す必要があった。そこで本稿では、司法権と救済に関して論を呈していた佐藤幸治の司法権概念を参考にして、司法府が必ずしも立法政策とも見られる行為を完全に否定されないが、それでもそのためには厳格な要件が求められるとしたうえで、裁判所による法創造とも見られる救済が認められるときの要件について、藤田要件と戸波要件を比較しつつ若干の考察を加えた。

以上の過程から結論を導き出すと、本件については藤田意見が、国籍法3条1項の位置づけ、裁判所の立法行為とも取れる救済の可能性に対する検討からして、理論上もとても理想に近いのではないかと思われる。ただ完璧とは必ずしも言うことができないのであって、この救済の考察によって新たな問題点も浮上した。一つ目が拡張解釈による救済は妥当か、拡張解釈以外の救済方法はあるのかといった本論でも少しふれた救済の在り方の問題であり、もう一つが司法権の概念において佐藤があれほど重要視してきた「事件・争訟性」の再検討の必要性である。裁判所による立法不作為に対しての本件のような救済が容認されることは「事件・争訟性」の観点からいえば必ずしも是認することはできない。しかし本件のように実効的な救済を追求するならば、「事件・争訟性」は本当に司法権の概念において不可欠なものかということも改めて考察する必要もあるのではないか。²⁶この問題は本件のみではなく、今後同じような訴訟が提起されたときにも必ず提起されると思われるが、本稿ではこれを指摘するにとどめて筆をおきたい。

²⁶ 高橋和之「司法の観念」同『現代立憲主義の制度構想』（有斐閣・2006年）141頁以下〔初出1995年〕。