

## 憲法判決における「主論」

青 柳 幸 一

- I. 問題の所在：先例拘束の原則；主論と傍論
- II. 河川附近地制限令違反被告事件判決（最大判1968[昭和43]年11月27日刑集22巻12号1402頁）
- III. 外国人地方選挙権判決（最三判1995[平成7]年2月28日民集49巻2号639頁）
- IV. 外国人地方選挙権判決における「主論」と「傍論」
- V. むすびに

### I. 問題の所在：先例拘束の原則；主論と傍論

なぜ先例拘束（stare decisis）の原則が認められるのであろうか。先例拘束の原則を支える基礎理論は、存在するのであろうか。「先例」とは、何を指すのであろうか。先例による拘束とは、何を意味するのであろうか。

先例は法体系にとって「生命の血液」である、と言われる<sup>1)</sup>。伝統的なコモン・ロー理論によると、法とは裁判官によって作られるものではない。裁判官の仕事は、法とは何であるかについての個人的意見とは別個に「真の法」を発見し、そして宣言することであるべきである<sup>2)</sup>。そこには、判決に関する伝統的な理論である法宣言説を見出すことができる。法宣言説の最も権威的な説明は、周知のように、Blackstoneによって展開されている。Blackstoneによれ

1) C. K. Allen, *Law in the Making*, 7th edn. 1964, p.243.

2) Cf. L. Goldstein, Introduction, in L. Goldstein (ed.), *Precedent in Law*, 1987, p.3.

論説 (青柳)

ば<sup>3)</sup>、裁判官は法に関して「生ける託宣」を告げる。その託宣を告げる裁判官は、新しい法を宣告する権限を委ねられているのではなく、「古い法を維持し、解説する」権限を委ねられている。ここでいう「古い法」とは、コモン・ローを形成する「オリジナルな慣行」を指す。したがって、「オリジナルな慣行」を確認する裁判官の司法的判断は、「コモン・ローを形成するような慣行が実在することの、主要でかつ最も権威的な証拠」ということになる。そして、裁判官は、コモン・ローを形成する「オリジナルな慣行」を確認する先例と事案が同じである場合には、先例に従って法を「宣言する」。これが、先例拘束の原則である。そこでは、先例は、「重要な事実プラス結論」という形で構成される（狭義の先例）。だからこそ、事実が異なれば、先例拘束から離脱しうることになる<sup>4)</sup>。

しかし、法宣言説は、先例拘束の原則の根拠となりうるのであろうか。結論を先取りして言えば、否である。法宣言説は、裁判官が宣言するという「法」に関して、そもそも問題を内在させている<sup>5)</sup>。それは、法宣言説のフィクション性である。第1に、ほとんどの場合、判決が宣言するものが「オリジナルな慣行」であるのかに関する証拠が十分ではないという事実である。したがって、裁判官が宣言する「法」が「オリジナルな慣行」であるとするのは、フィクションでしかない。第2に、後の判決が先例に従うことを拒否する場合には、そ

---

3) Blackstone, Commentaries on the Law of England, Vol.1, p.69-71 (1765, repr. With introd. S. N. Katz, 1979). Montesquie も、周知のように、法宣言説の代表的主張者としてその名を挙げられる。Montesquie は、『法の精神』第1部第6編第3章では「共和政体においては、裁判役が法律の文字に従うのがその国制の本性である」(163頁)と、そして同11編6章では「判決は、法律の正確な文面以外のものでは決してないというほどまで、固定されていなければならない」(294頁)ものであり、それゆえ裁判官は「法律の言葉を発する口にすぎず、その力も厳しさも緩和することのできない無生物である」(302頁)と述べている(頁数は、野田良之ほか訳『法の精神 上』[岩波文庫、1989年]のものである)。

4) 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』162頁(1987年)参照。

5) Cf. J. Evans, Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth Century, L. Goldstein (ed.), Precedent in Law 1987, p.36.

れは「オリジナルな慣行」をより正確に宣言するという、さらなるフィクションによって、法宣言説は維持される。

このように、法宣言説は、先例拘束の原則を支える理論的基礎を十分に提供しない。にもかかわらず、なぜ法宣言説は先例拘束の観念と両立し得たのであろうか。P. Wesley-Smithによれば<sup>6)</sup>、それには2つの理由がある。第1に、先例拘束の原則は、法宣言説が衰退し、実証主義的思想に部分的に取って代わられる過程にあったときまで十分に発展した形では現われていなかった。第2に、先例拘束の原則は、それが法宣言説と重なり合う限りで、むしろ実践的便宜によって維持されてきた。

法宣言説は、周知のように、イギリスにおいて、BenthamやAustinによって批判される。Benthamは、イギリスの裁判所制度のアルカイズムと非効率性を批判し<sup>7)</sup>、Austinは、法宣言説を「子どもじみたフィクション」と批判する<sup>8)</sup>。Benthamは、判例法を“judge-made law”と捉えた。すなわち、Benthamによれば、裁判官は「法」を宣言するのではなく、事実上立法者のように行動するのである<sup>9)</sup>。

さらに、周知のように、1920年代にアメリカのリアリズム法学<sup>10)</sup>が判決の実態を明らかにすることによって、法宣言説のフィクション性は一層明らかとなる。リアリズム法学によれば、判決は、裁判官にまつわる利害状況、階級帰

6) P. Wesley-Smith, *Theories of Adjudication and the Status of Stare Decisis*, ed. By L. Goldstein, *Precedent in Law*, 1987, p.80.

7) See e.g. Bentham, in J. Bowering (ed.), *Works*, (1838-43), Vol. iv, p.353.

8) Bentham, *Of Laws in General*, in Burns & Hart (ed.), *An introduction to the principles of morals and legislation*, 1970, p.1. Benthamが使った“judge-made law”という用語は、新聞でも用いられるポピュラーな言葉になったという (cf. Evans, *supra* note. 3, p.68.)。

9) Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, 5th edn. 1911, p.634.

10) リアリズム法学運動一般については、例えば、S. M. Quevedo, *Comment: Formalist and Instrumentalist Legal Reasoning and Legal Theory*, 73 *Calif. L. Rev.* 119, 121-125 (1985); G. J. Aichele, *Legal Realism and Twenty-Century American Jurisprudence* (1990); N. Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence* (1995); J. H. Schlegel, *American Legal Realism and Empirical Social Science* (1995) 参照。

属性、政治的立場、人格構造、イデオロギー的伝統、権力関係等の要因によって説明される。リアリズム法学によって、「伝統への関連づけにより相対化された法の固有の論理は、法適用過程の『リアリスティック』な記述のなかで」否定される<sup>11)</sup>。リアリスティックな立場から、裁判官が単に法を確認し、宣言するわけではないことを認める裁判官も、出てくる。周知のように、Holmes 裁判官は、コモン・ローは「天に偏在するものではない」<sup>12)</sup>と語り、Cardozo 裁判官は、裁判官が司法過程において選択を行っていることを認める<sup>13)</sup>。このように、判決を裁判官各自による judge-made law と捉える立場からは、先例拘束の原則は存在しないことになろう。したがって、実証主義の立場からも、先例拘束性の原則を正当化することは困難である。

しかし、実証主義やリアリズム法学による実態の暴露にもかかわらず、今日においても、先例拘束の原則自体は生きている。先例拘束の原則は生きているが、しかし絶対的な拘束ではないことを示す判決は、多く存在する。例えば、アメリカ連邦最高裁判所裁判官である Scalia は、ソドミー法の合憲性が争われた Lawrence et al. v. Texas 判決（539 U. S. 558 [2003]）における反対意見で、Row v. Wade 判決（410 U. S. 113 [1973]）が先例拘束の原則の観点から維持されていることを引き合いに出しながら、17年前の Bower v. Hardwick 判決（478 U. S. 186 [1986]）が覆されたことを嘆いている<sup>14)</sup>。なぜ、法宣言説でも実証主義の立場からも正当化されない先例拘束が原則であり続けるのであろうか。その理由のひとつは、実践的便宜である。すでに高橋一修が論じている<sup>15)</sup>

---

11) ユルゲン・ハーバーマス（河上倫逸・耳野健二訳）『事実性と妥当性 [上]』237頁（2002年）。ハーバーマスは、法の固有の論理がリアリズム法学によって「いまや完全に消滅してしまうのである」と結んでいる。

12) Southern Pacific Co. v. Jensen, 244 US 205, 222 (1917) (Holmes, J., dissenting).

13) Cf. Benjamin Cardozo, The Nature of the Judicial Process, pp.98-141 (Lecture III. The Method of Sociology. The Judge as a Legislator), 1921 (カドロー [守屋善輝訳]『司法過程の性質』96-142頁 [1966年]).

14) Lawrence, 539 U. S., at 586-592 (Scalia, J., dissenting).

15) 高橋・前掲注4) 159頁。

ように、平等、予測可能性、訴訟経済性、尊敬は、判例法主義か制定法主義かに拘らず、肯定しうる。さらに、先例拘束の原則は、判決の正当化と関連する。

相争う要求が法的な請求へと変形され、中立で公正な裁判という場で拘束力ある決定によって解決される。下される判決には、法秩序の社会的統合機能から要求される法的安定性の原理だけではなく、その内容の正当性も要求される。つまり、「理に適った判決」であると認められる必要がある。裁判官が判決のなかで行なう正当化のひとつが、「先例」である。勿論、どの先例を当該事案に関する先例とするか、その先例をどのように理解するかは、当該裁判官が選択している。しかし、リアリズム法学によって判決の実態が暴かれたとしても、裁判官が自己の個人的要因を剥き出しにすることは、司法の中立性や公正性に外観的に疑いを抱かせることになる。それゆえ、裁判官は、宣言説に惹かれ続ける<sup>16)</sup>ともいえよう。裁判官は、「理論的矛盾を認めることなしに、宣言的立場と実証的立場の間で揺れ動いている」<sup>17)</sup>。

先例拘束の原則をめぐって、先例が拘束することの意味・内容も問われる。まず確認されなければならないことは、イギリスにおいても、そもそも先例の絶対的拘束力が認められていたわけではないことである。先例は、「法」の証拠を与えるが、しかしそれらは決定的な証拠というわけではない。もし、先例の欠陥が重要である場合、あるいは先例が一般的な法律上のドクトリンと衝突する場合には、先例は斥けられた<sup>18)</sup>。Blackstoneも、事実が異なる場合だけでなく、先例の拘束力が否定される場合があることを認めていた<sup>19)</sup>。つまり、先例が「事物の理性」(the reason of the matter)に反する場合には、当該先例はコモン・ローを形成するものではない。したがって、先例拘束の原則の実相

16) Cf. H. K. Lucke, *The Common Law : Judicial Impartiality and Judge-Made Law*, 98 LQR 29, 45-50 (1982).

17) Wesley-Smith, *supra* note 6, p.77.

18) Cf. Evans, *supra* note 5, p.37.

19) See Blackstone, *supra* note.1.

は、その判決が正しいから従う、という原則といえよう<sup>20)</sup>。

さらに、日本の最高裁判所判決を検討する際には、対象となる「先例」の範囲が問題となる。それは、「先例」を、前述したように、イギリスの場合と同様に「狭義の先例」、すなわち、「重要な事実プラス結論」を示すものだけと限定してよいのか、という問題である。制定法主義の国である日本では、司法は、一般に、具体的事件の要素と法令の解釈・適用という要素によって定義される<sup>21)</sup>。それゆえ、「法令を具体的事件に提供する前提として、法令の規定の意味内容に解釈を加え、法令の用いる概念に定義を与え、あるいは法的判断の基準を示す」<sup>22)</sup>ものも「広義の先例」として位置づける必要があると思われる。このような「広義の先例」をも「先例」に含める見解に対しては批判もあるが、高橋一修が論じる<sup>23)</sup>ように、「広義の先例」をも含めて検討することが理論的に誤りであるとは言えないであろう。そして、実際上の理由も挙げることができる。日本の最高裁判所の場合には憲法判例と呼べるものが多くはないので、「憲法の領域での生産的な“先例”研究を行なうために…同種の法律問題に汎用される判断枠組・審査基準をも広義の“先例”として探求してみる必要がある」<sup>24)</sup>といえよう。

最後に確認しておくべきことは、「先例」とは何か、である。「先例」とは、判決の「傍論」(obiter dictum)ではなく、判決の「主論」(ratio decidendi)を指す<sup>25)</sup>。それゆえ、判決において、何が「主論」であり、何が「傍論」で

---

20) イギリスにおける絶対的拘束力を伴った先例拘束の原則の成立は、Evanceによれば、「1830年代の制度的変化、すなわち、1830年の単一裁判所の創設」(Evance, supra note 5, p.64)が大きく影響している。

21) 清宮四郎『憲法I [第3版]』335頁(1979年)、最判1954(昭和29)年2月11日民集8巻2号419頁等参照。

22) 高橋・前掲注4)、163頁。

23) 高橋・同上。

24) 石川健治(判例評釈)、法協114巻1540頁(1997年)。

25) ratio decidendiの訳語はいろいろあるが、ここでは「傍論」との対比で「主論」という訳語を用いることとする。

あるかを判別しなければならない。しかし、すでに高橋一修が明らかにしている<sup>26)</sup>ように、「主論」と「傍論」を区別する明確な基準が存在するわけではない。したがって、個々の判決において「主論」は何かを検討することが必要になる。従来から、日本の最高裁判所の判例の引用の仕方には問題がある、と指摘されてきた<sup>27)</sup>。しかし、最高裁判所だけでなく、判例評釈においても、「主論」と「傍論」の識別が必ずしも十分に意識されていないように思われる。これが、本稿の問題意識である。

以上のような、先例拘束の原則に関する前提的理解のもとで、本稿では、2つの最高裁判決を取り上げて、憲法判決における「主論」と「傍論」について個別的・具体的に検討することにした。ひとつは、憲法29条3項の損失補償をめぐる名取川事件判決である。本稿のテーマとの関連での当該判決における問題は、当該判決の「傍論」が後の判決において「先例」として扱われている点である。他のひとつは、本稿のテーマにとって核心的問題なのであるが、外国人地方選挙権事件判決である。当該判決を、例えば、「最高裁判所判例解説」も、外国人の地方選挙権についての外国人の享有主体性について「禁止説を採っているものでないことは明らかで…、許容説あるいはこれに近い立場に立つものといえることができよう」<sup>28)</sup>と捉えている。しかし、そのような捉え方は適切であろうか。当該判決は、とりわけ当該判決の「主論」と「傍論」の区別にかかわり、判決の正確な読み方からして極めて重要な問題を残している。本稿では、「主論」と「傍論」の区別をめぐる議論がある2つの判決を取り上げて、この問題を具体的に検討したい。

26) 高橋・前掲注4)、161頁参照。

27) 戸松秀典『憲法訴訟』389-390頁(2000年)参照。

28) 福岡右武・最高裁判所判例解説民事篇平成七年度(上)273頁(1998年)。

論説（青柳）

## Ⅱ. 河川附近地制限令違反被告事件判決（最大判1968〔昭和43〕年11月27日刑集22巻12号1402頁）

### （1）事実の概要・争点・判決

被告人は、仙台市の砂利採取販売業者で、従来から市内を流れる名取川の堤外民有地を賃借して砂利の採取を行っていた。1959年12月11日、宮城県知事により、同地域が「河川附近地」に指定され、河川附近地制限令4条2号の適用を受けることとなった。そのため、事業を継続するには、「河川附近の土地の掘削その他と地の形状の変更」行為として知事の許可を受けなければならなくなった。被告人は、1959〔昭和34〕年12月に許可申請をしたが、却下された。しかし、その後も、無許可で砂利の採取を行っていた。1960〔昭和35〕年に砂利採取跡地で3回の水死事故が発生し、違法操業が明るみになった。被告人は、河川附近制限令10条違反で起訴され、第一審で罰金刑を言い渡された。

被告人は、河川附近地制限令4条2号の制限は、特定の人に対し、特別に財産上の犠牲を強いるものであり、したがって、この制限に対しては正当な補償をすべきであるにもかかわらず、その損失を補償すべき何らの規定もなく、かえって、同令10条によって、右制限の違反者に対する罰則のみを定めているのは、憲法29条3項に違反して無効であり、これを違憲でないとした原判決は、憲法の解釈を誤ったものである等と主張して、上告した。

上告審は、全員一致で、上告を棄却した。

### （2）判旨

「河川附近地制限令四条二号の定める制限は、河川管理上支障のある事態の発生を事前に防止するため、単に所定の行為をしようとする場合には知事の許可を受けることが必要である旨を定めているにすぎず、この種の制限は、公共の福祉のためにする一般的な制限であり、原則的には、何人もこれを受忍すべきものである。このように、同令四条二号の定め自体としては、特定の人に対



し、特別に財産上の犠牲を強いるものとはいえないから、右の程度の制限を課するには損失補償を要件とするものではなく、したがって、補償に関する規定のない同令四条二号の規定が所論のように憲法二九条三項に違反し無効であるとはいえない」(判旨A)。

「もつとも、本件記録に現われたところによれば、被告人は、名取川の堤外民有地の各所有者に対し賃借料を支払い、労務者を雇い入れ、従来から同所の砂利を採取して」おり、「従来、賃借料を支払い、労務者を雇い入れ、相当の資本を投入して営んできた事業が営み得なくなるために相当の損失を被る筋合であるというのである。そうだとすれば、その財産上の犠牲は、公共のために必要な制限によるものとはいえ、単に一般的に当然に受忍すべきものとされる制限の範囲をこえ、特別の犠牲を課したものとみる余地が全くないわけではなく、憲法二九条三項の趣旨に照らし、さらに河川附近地制限令一条ないし三条および五条による規制について同令七条の定めるところにより損失補償をすべきものとしていることとの均衡からいつて、本件被告人の被つた現実の損失については、その補償を請求することができるものと解する余地がある。したがって、仮りに被告人に損失があつたとしても補償することを要しないとした原判決の説示は妥当とはいえない。しかし、同令四条二号による制限について同条に損失補償に関する規定がないからといつて、同条があらゆる場合について一切の損失補償を全く否定する趣旨とまでは解されず、本件被告人も、その損失を具体的に主張立証して、別途、直接憲法二九条三項を根拠にして、補償請求をする余地が全くないわけではないから、単に一般的な場合について、当然に受忍すべきものとされる制限を定めた同令四条二号およびこの制限違反について罪則を定めた同令一〇条の各規定を直ちに違憲無効の規定と解すべきではない」(判旨B)。

### (3) 「主論」と「傍論」

憲法29条3項に基づく損失補償を直接請求を肯定した判旨Bの部分が後の判決<sup>29)</sup>において「先例」として挙げられている。また、学説においても、本

論説（青柳）

判決は憲法29条3項に基づく損失補償の直接請求の判決として位置づけられている<sup>30)</sup>。しかし、上告棄却という結論を導いた「主論」は判旨Aであり、判旨Bは「傍論」である。にもかかわらず、「主論」ではなく、「傍論」が「先例」とされており、先例拘束の原則からすれば問題が生じている。傍論が先例として扱われていることの当否を検討するためには、判旨Aと判旨Bの理論的關係を見る必要がある。

本判決には、2つの憲法上の問題がある。第1に、憲法29条3項において損失補償をしなければならない要件である。第2に、憲法29条3項の裁判規範性をめぐる問題である。

判旨Aと判旨Bとの間に、一般的にいえば、論理的矛盾が存在するとはいえない。判旨Aは、損失補償をしなければならない場合についての判示である。そこでは、特別な犠牲が生じていなければ損失補償の必要はない、という「基準」が示されている。そして、河川附近地制限令の改正が河川附近地の利用者に特別な犠牲を与えるものではない、とする一般論が述べられている。したがって、本件でも損失補償の問題は生じないことになる。他方、判旨Bでは、本件の被告人の場合には特別な犠牲が生じていたといえるかもしれないという仮定的想定のもとで、河川附近地制限令における損失補償規定の欠如の問題を論じている。ここで、憲法29条3項に基づく直接請求が語られている。したがって、判旨Aと判旨Bの間に論理的矛盾が存在するわけではない。本判決においては「傍論」であった部分が、後の、法令に損失補償規定がないことが直接的争点となっている事案において「先例」として扱われることが、誤りである

---

29) 最一判1975〔昭和50〕年3月13日判時771号3頁、最二判1975〔昭和50〕年4月11日判時777号35頁。

30) 憲法の概説書も、一般に、損失補償の要否のところではなく、憲法29条3項の裁判規範性に関するところで本判決を挙げている（例えば、芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法第三版』218頁〔2003年〕）。ただ、このような状況は、本判決が下される以前から損失補償の必要な場合を「特別な犠牲」のある場合に限定する点で学説が一致していたのに対して、憲法29条3項の裁判規範性については学説が定まっていなかったことから、本判決の意義を判旨Bに見出したものと解することができるであろう。

わけではない。このようなことは、朝日訴訟上告審判決（最大判1967〔昭和42〕年5月24日民集21巻5号1043頁）の捉え方からしても、明らかである。朝日訴訟上告審判決における「主論」は、生活保護受給権が「被保護者時の最低限度の生活を維持するために当該個人に与えられた一身尊属の権利であって、他にこれを譲渡できないし（五九条参照）、相続の対象ともなり得ない」という判旨である。「なお、念のために」として語られた部分は、「傍論」である。しかし、「傍論」は、最高裁が初めて生存権の法的性格論を述べたものであり、その点では「先例」性を有する。したがって、生存権の法的性格が問題となる事件で、後の判決が朝日訴訟上告審判決の「傍論」を「先例」として扱うことは、誤りではない。本判決の「傍論」も、同様の性質のものである。

ただし、本判決が「傍論」を展開する際の、いわば起点における判断の妥当性に関しては、なお問題が残る。被告人「の財産上の犠牲は、公共のために必要な制限によるものとはいえ、単に一般的に当然に受忍すべきものとされる制限の範囲をこえ、特別の犠牲を課したものとみる余地が全くないわけではなく」と述べている。しかし、本件の場合には、「河川に有害な影響を生ずるおそれのない」場合には、許可を受けることができた。被告人に対する不許可処分が不当でないことは、砂利採取跡地で水死事故が起こっていることからして、「異論はないであろう」<sup>31)</sup>。不許可で操業を続けていた被告人の財産への「特別の犠牲」を論ずること自体への異論がありえよう。さらに、「傍論」が従来から（本件でいえば、知事が「河川附近地」に指定する以前から）操業していたこととの関連で「特別な犠牲を課したものとみる余地」を認められたとすると、今村成和が指摘する<sup>32)</sup>ように、「主論」との「矛盾」も生じうるようになる。

31) 今村成和・昭和43年重要判例解説29頁（1969年）。

32) 同・28-29頁。さらに、同・行政判例百選（新版）188頁（1970年）、同・行政判例百選II 305頁（1979年）参照。

Ⅲ. 外国人地方選挙権判決 (最三判 1995 [平成7] 年2月28日民集49  
巻2号639頁)

(1) 事実の概要・争点・判決

原告(上告人)ら11名は、1990年9月当時、大阪市内に居住していた在日韓国人である。同年の氏選挙人名簿に登録されていなかったため、所轄の選挙管理委員会に対して原告らを選挙人名簿に登録するよう意義の申出を行なったところ、いずれも却下の決定が下された。そこで原告らは、公職選挙法25条の手続きに従い、当該選挙管理委員会および委員長を被告として、書く決定の取り消しを求めて出訴した。

第一審(大阪地判1993[平成5]年6月29日判825号134頁)は、参政権は、「その権利の性質からして、その国家を構成する者に当然帰属すべきものであり、憲法15条1項により参政権を保障されているのは「国民」は「『日本国籍を有する者』に限られるのである」とり、そして憲法93条2項の「住民」は、「日本『国民』であることがその前提となっているというべきである」ので、「日本国籍を有しない定住外国人については、右権利を憲法が保障していると認めることはできない」として、請求を棄却した。ただし、第一審判決は、「傍論」で、「確かに、日本国民と同じようにその地域社会の重要な構成員として、これを維持発展させるのに大きな貢献をしてきたと自負している定住外国人にとって、国益を巡って諸外国と利害が対立する場合に、日本の国家意思を確定し、これに基づき諸外国との外交を直接担当しなければならない国政、すなわち政府レベルの政治への参加はともかくとして、その行政機能の内容も地域住民生活の福祉を図ることを直接の目的とするものが多く、また、国政のそれと比べると政治的色彩も薄い地方公共団体の政治・行政についてさえ、これに参加する機会が与えられていない現実是不当にすぎるとの意見が出てくるのも一面もったもなことで考えられないではない。しかし、すでに説示してきたとおり、少なくとも憲法上は右のような外国人に対しても右参政権は保障されていないといわざるを得ないし、また、仮に右の者に参政権を付与することが憲法に違

反しないとの立場を採り得るとしても、これを付与するか否かは立法政策の問題にすぎないというべきである」と述べている。

原告らは、地方自治法および公職選挙法が選挙権を有する者を「日本国民」に限定していることの違憲性を主張して上告したが、最高裁は本件上告を棄却した。

## (2) 判旨

「憲法第三章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、我が国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものである。そこで、憲法一五条一項にいう公務員を選定罷免する権利の保障が我が国に在留する外国人に対しても及ぶものと解すべきか否かについて考えると、憲法の右規定は、国民主権の原理に基づき、公務員の終局的任免権が国民に存することを表明したものにほかならないところ、主権が「日本国民」に存するものとする憲法前文及び一条の規定に照らせば、憲法の国民主権の原理における国民とは、日本国民すなわち我が国の国籍を有する者を意味することは明らかである。そうとすれば、公務員を選定罷免する権利を保障した憲法一五条一項の規定は、権利の性質上日本国民のみをその対象とし、右規定による権利の保障は、我が国に在留する外国人には及ばないものと解するのが相当である。そして、地方自治について定める憲法第八章は、九三条二項において、地方公共団体の長、その議会の議員及び法律の定めるその他の吏員は、その地方公共団体の住民が直接これを選挙するものと規定しているのであるが、前記の国民主権の原理及びこれに基づく憲法一五条一項の規定の趣旨に鑑み、地方公共団体が我が国の統治機構の不可欠の要素を成すものであることをも併せ考えると、憲法九三条二項にいう「住民」とは、地方公共団体の区域内に住所を有する日本国民を意味するものと解するのが相当であり、右規定は、我が国に在留する外国人に対して、地方公共団体の長、その議会の議員等の選挙の権利を保障したものであるということとはできない」(判旨A)。

「憲法九三条二項は、我が国に在留する外国人に対して地方公共団体におけ

### 論説（青柳）

る選挙の権利を保障したものとはいえないが、憲法第八章の地方自治に関する規定は、民主主義社会における地方自治の重要性に鑑み、住民の日常生活に密接な関連を有する公共的事務は、その地方の住民の意思に基づきその区域の地方公共団体が処理するという政治形態を憲法上の制度として保障しようとする趣旨に出たものと解されるから、我が国に在留する外国人のうちでも永住者等であってその居住する区域の地方公共団体と特段に緊密な関係を持つに至ったと認められるものについて、その意思を日常生活に密接な関連を有する地方公共団体の公共的事務の処理に反映させるべく、法律をもって、地方公共団体の長、その議会の議員等に対する選挙権を付与する措置を講ずることは、憲法上禁止されているものではないと解するのが相当である。しかしながら、右のような措置を講ずるか否かは、専ら国の立法政策にかかわる事柄であって、このような措置を講じないからといって違憲の問題を生ずるものではない」（判旨B）。

### (3) 先例との関係

本判決が判旨Aで先例として挙げているのは、①最大判1960〔昭和35〕年12月14日民集14巻14号3037頁、②最大判1978〔昭和53〕年10月4日民集32巻7号1223頁であり、判旨Bで先例として挙げているのは、①最大判1960〔昭和35〕年12月14日民集14巻14号3037頁、③最大判1963〔昭和38〕年3月27日、④最大判1976〔昭和51〕年4月14日民集30巻3号223頁、⑤最大判1983〔昭和58〕年4月27日民集37巻3号345頁である。

①判決は、市議会議員選挙における当選無効事件であるが、氏だけを記載した投票の按分方法（候補者のなかに同じ氏の者が2人いた。）が争われた事件である。それが、判旨Aでも判旨Bでも挙げられている。①判決で本判決に関係する箇所は、「公務員を選挙する権利は国民固有の基本的人権として保障したものである」という一文である。そうすると、判旨Aの先例になるが、判旨Bの先例にはなり難い。②判決は、外国人の人権に関して権利性質説の立場を明確にしたマクリーン判決である。②判決が判旨Aで引用されているのは、選

挙権が国民主権にかかわる権利であるという性質であることとの関係においてである。

判旨Bで挙げられている③判決は東京都の特別区長公選制廃止をめぐる贈収賄被告事件判決、④判決は衆議院議員定数不均衡事件判決、⑤判決は参議院議員定数不均衡事件判決である。③判決が判旨Bにかかわるのは、憲法が地方自治を保障する所以を説いた、「新憲法の基調とする政治民主化の一貫として、住民の日常生活に密接な関連をもつ公共的事務は、その地方の住民の手でその住民の団体が主体となって処理する政治形態を保障せんとする趣旨に出たものである」という箇所であろう。投票価値の平等をめぐる事件であるが、この2つの判決が判旨Bとかかわるのは、選挙制度の構築を「国会の極めて広い裁量に委ねている」という部分であるように思われる。

本判決が挙げる「先例」は、このように、すべて「広義の先例」である。しかし、本判決に関する「広義の先例」と位置づけうる重要な判決を、本判決は挙げていない。それは、外国人の国会議員選挙権に関する、1993年の判決（最二判平成5年2月26日判時1452号37頁）である。事案という点でいえば、本判決が挙げるいずれの「広義の先例」よりも類似している。争われているのは、どちらも外国人の選挙権であり、異なるのは選挙権のレベルである。しかも、この1993年判決は、本判決の判旨Aと同様に、国民主権の原理から否定している。ここにも、どのような基準で先例を挙げるのかが必ずしも明確でない、最高裁裁判所判決の「広義の先例」の挙げ方の例を見出すことができよう。

#### IV. 外国人地方選挙権判決における「主論」と「傍論」

##### (1) 許容説を採った判決とする把握

本判決に関しては、多くの評釈<sup>33)</sup>が公けにされている。その多くは、「主論」と「傍論」の区別論を展開することなく、本判決を一定の外国人に地方選挙権を付与することを許容した判決と位置づけているように思われる。その際、本判決が憲法15条1項の「国民」と93条2項の「住民」の違いを明示的に否定

#### 論説（青柳）

しているので、一定の外国人に地方選挙権を付与することを許容した論拠は、「もっぱら地方自治の観点…から地方選挙権付与の可能性を示した」<sup>34)</sup>と位置づけられることになる。

そのなかで、本判決の「論理の粗さ」を指摘する高田篤<sup>35)</sup>の評釈が、注目される。高田も、本判決は、「明確に」許容説に立った判決であると位置づけている。ただし、高田は、「本判決の結論を是認するとしても、本判決の論理には…異論がありえよう」として、3点挙げている。そのうち、本稿の関心とかわるのは高田が最初に挙げる異論である。それは、「一方で、憲法15条1項の公務員の選定罷免権といったのものと捉えられる憲法93条2項の選挙権の保障対象を日本国籍保持者に限定するとしながら、他方で、その『国民固有の権利』（憲15条1項）を外国人に付与するか否かについては立法者の無制約な裁量に委ねる、という構成」に対する異論である。そして高田は、この「論理の粗さ」に対する「批判を少なくしようとすれば、憲法15条1項が公務員の選定罷免権の享有主体を『国民』と規定し、憲法93条2項が選挙権の享有主体をそれとは別概念の『住民』としている点に注目して解釈すべきであったろう。すなわち、憲法93条2項は、日本国憲法制定以前においても、また、現行憲法下においても（自治10条1項参照）、日本国籍保持者以外の人々も含むとされてきた『住民』に「選挙権を保障しているのであり、一般法である憲

33) 本判決の評釈として、市川正人・法セ485号82頁、稲正樹・判例セレクト'95（法教186号別冊付録）14頁、宇都宮純一・平成7年度重要判例解説20頁、岡崎勝彦・法教177号42頁、後藤光男・憲法判例百選 [1] [第4版] 12頁、佐々木善三・研修609号59頁、高田篤・地方自治判例百選<第3版>24-25頁、田中館照橘・法令解説資料総覧161号108頁、常本照樹・法セ486号82頁、布田勉・法学63巻2号146頁、野中俊彦・月刊社会党482号59頁、萩野芳夫・判例評論441号159頁、萩原重夫・法セ487号16頁、福岡右武・法曹時報50巻3号199頁、百地章／吉田隆・日本法学64巻1号197頁、門田孝・法セ521号73頁、横田耕一・法時67巻7号2頁、芳野勝・撰南法学15号10号3頁等がある。

34) 常本・前掲注33)、83頁。

35) 高田篤・判例評釈、別冊ジュリスト168号24-25頁。さらに、同「外国人の選挙権」法時64巻1号83頁以下（1992年）も参照。



法15条1項に対して特別法になっている」という対処法を示している。しかし、憲法15条1項と93条2項とを一般法/特別法の関係で捉えることの妥当性の問題は置くとしても、本判決は憲法93条2項の「住民」は、そのようにも解釈しなかったのである。本判決は、「論理の粗さ」を超えて、判旨Aと判旨Bの理論的整合性に関して疑念を抱かせる。

## (2) 禁止説から判旨B＝「傍論」とする見解

本判決における判旨Aと判旨Bの齟齬を理論的に無理なく説明できるのは、外国人の人権に関する立法政策説<sup>36)</sup>と準用説<sup>37)</sup>である。しかし、立法政策説や準用説と本判決は、その出発点において異なる。なぜなら、本判決は、マクレーン判決を引用していることから明らかなように、外国人の人権享有主体性を肯定しているからである。

外国人選挙権禁止説の立場から、百地章／吉田隆は、判旨Aを「いわゆる『定住外国人』に地方選挙権があるという主張を退けた判決の理由づけとして、妥当なものであることはいうまでもない」と評価する一方で、判旨Aと判旨Bとの間には「明らかに矛盾が存在している」と指摘して、判旨Bを「本判決の傍論かつ暴論ともいえる」とする<sup>38)</sup>。なぜなら、百地／吉田によれば、「選挙権の享有主体、つまり有権者は日本国籍を保有する日本国民であるとする解釈のもとにあって、立法政策で『定住外国人』に地方選挙権を付与可能というのは、無理である。それゆえ、この点に関して最高裁の判断は、八方美人的なものであるといわざるをえない」<sup>39)</sup>からである。「暴論」とまで言えるかは別にして、禁止説からすると、判旨Aは首肯できるが、判旨Bは首肯できないのは、当然の帰結といえる。

36) 立法政策説からの本判決評釈として、芳野・前掲注33)、103頁以下がある。

37) 準用説の立場からの評釈として、萩野・前掲注33)、159頁以下がある。

38) 百地／吉田・前掲注33)、201-202頁。

39) 同・203頁。

論説（青柳）

(3) 合憲判決をもたらす付随的效果への配慮としての「傍論」論

判旨Bを「傍論」と位置づけられると思われる見解のなかで、興味深いのは、石川健治のそれである。石川は、民法900条4号但書を合憲とする最高裁決定（最大決1995〔平成7〕年7月5日民集49巻7号1789頁）<sup>40)</sup>に関する評釈のなかで本判決に言及している。

民法900条4号但書については、法制審議会民法部会身分法小委員会で1971年から相続法改正の審議が行なわれており、1979年7月17日に公表された「相続に関する民法改正要綱試案」でも、また1991年から行なってきた審議に基づいて1994年に公表された「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」でも、「嫡出でない子の相続分は、嫡出である子の相続分と同等とするものとする」とされていた。このような改正作業が進行するなかで、1995年大法廷決定は、民法900条4号但書を合憲とした。

石川は、当該決定の多数意見に関して、争われている「過去の立法政策についてその実体的な合理性を一応肯定的に評価したうえでの合憲判断である以上、現在進行中の改正作業にもたらす付随的效果に対して、無頓着であってよいのか」<sup>41)</sup>という問題を提起する。石川は、当該決定における大西裁判官（園部裁判官同調）補足意見および千種・河合裁判官補足意見は「合憲判断の付随的效果を顧慮しようとする立場の裁判官」が、進行中の改正作業に対する強力な“冷水効果”を「幾分かでも除去しようとして」<sup>42)</sup>出されたものと位置づける。石川は、そのような議論の文脈において、外国人地方選挙権判決の判旨Bを「合憲判決をもたらす付随的效果に配慮を示している」ものと捉えている<sup>43)</sup>。

石川のような読み方が適切であるのか否かについては、議論がある<sup>44)</sup>。「最高裁判所判例解説」は、この点について、「多数意見は、本件規定の憲法一四條

40) この民法900条4号但書に関する判決については、青柳幸一「嫡出性の有無に基づく相続分差別」憲法判例百選〔第5版〕64頁（2007年）参照。

41) 石川・前掲注24)、1543頁。

42) 同・1544頁。

43) 同・1556頁注14。

一項適合性についてのみ判断したものであって、非嫡出子の法定相続分に関する立法論についていささかも論ずるものではないことは、いうまでもない<sup>45)</sup>、と断っている。石川も認めるように、「最高裁の多数派は、合憲・違憲のコードのみによって語り、右顧左眄するところがない<sup>46)</sup>。とすれば、当該決定の多数意見は、現行の900条4号但書の規定が違憲ではないということを述べているにとどまる。立法裁量ということは、端的に現行法の規定の仕方のみが唯一合憲であるということの意味するわけではない。むしろ、石川の問題意識は、従来の憲法訴訟論で必ずしも十分に論じられていなかった問題にかかわるように思われる。

従来、憲法訴訟論においては、違憲判決の影響・効果を取り上げられてきた。それは、究極的には、司法審査制と民主主義の緊張関係という観点から論じられる。他方で、合憲判決に対しては、多数決民主主義との緊張関係は生じないこともあって、その影響や効果に関して余り議論は行なわれてこなかったように思われる。しかし、立憲的民主主義の観点からいえば、合憲判決や統治行為論が他の政治部門に、ひいては国民に与える影響・効果を無視することはできない。なぜなら、合憲判決や統治行為論は「現状」の肯定を意味するからである。この点で、石川の問題意識との関係でいえば、立法裁量論は争われている条文の規定内容だけが唯一合憲であることを意味するわけではないことを、常に確認することが必要であろう。

いずれにしても、本判決で問題となる判旨Bの「傍論」性は、「合憲判決のもたらす付随的效果に配慮を示した」という点にあるのではない。

44) 例えば、「司法権に与えられた違憲審査という役割を放棄するものであることは明らかである」(建石真公子・法セ521号72頁)、「国民としては基本的人権の誓と頼んだ最高裁に、頼るところが違うと追い拂われたように感じる」(菅野佳夫・判タ893号24頁)という評価もある。

45) 野山宏・最高裁判所判例解説民事篇平成7年度(下)673頁。

46) 石川・前掲注24)、1543頁。

論説（青柳）

#### (4) 「傍論」としての判旨B

布田勉は、判旨Bを「傍論」と位置づけている<sup>47)</sup>。ただし、布田は、なぜ傍論と捉えるのか、主論と傍論の理論的矛盾については論じていない。かつて公表した拙稿も、判旨Bを「傍論ではあるが、最高裁が初めて積極的な判断を下したのものとして一定の評価を与えることが出来るであろう」<sup>48)</sup>と評するだけで、なぜ傍論であるのかについて説明していなかった。

本判決は、確かに、一定の外国人に対して「法律をもって、地方公共団体の長、その議会の議員等に対する選挙権を付与する措置を講ずることは、憲法上禁止されるものではないと解するのが相当である」と述べている。しかし、判決が述べているからといって、それが直ちに当該判決の「主論」であるわけではない。とりわけ、判旨Aと判旨Bとの間に理論上の矛盾が存在する場合には、判決の「主論」が何であるかを、慎重に検討する必要がある。そして、本判決は、判旨Aと判旨Bとの間に理論上の矛盾が存在する場合に該当する。なぜなら、判旨Aは禁止説の論拠に直結し、判旨Bは許容説の論拠の一部と結びつくからである。

禁止説の論拠は、国民主権である<sup>49)</sup>。憲法15条1項の「国民」と93条2項の「住民」という用語の違いも、禁止説は、本判決の判旨Aと同様に、「国民」を前提とした「住民」と解する。それに対して、外国人の地方選挙権に関する許容説の主たる論拠は、①日本国憲法が15条1項（「国民」）と93条2項（「住民」）とで表現を使い分けていること、そして②地方公共団体が扱う業務は、地域に密着したものであり、主権者としての国民にかかわるよりも、そこに暮らす人の生活にかかること、である<sup>50)</sup>。そのうち、前者が許容説の核心的論

47) 布田・前掲注33)、300頁。

48) 青柳幸一／山越由理「定住外国人の参政権」青柳『人権・社会・国家』151頁（2002年）。

49) 阪本昌成『憲法理論I』134-135頁（1993年）。

50) 長尾一紘「外国人の人権」芦部信喜編『憲法の基本問題』177-178頁（1988年）；芦部信喜『憲法学II』132頁（1992年）、佐藤幸治『憲法【第三版】』420頁（1995年）等参照。

扱いはずである。なぜなら、国と地方公共団体の業務内容等が同一でないことについては、異論をみないと思われるからである。禁止説を採ることと、国と地方公共団体の業務の相違を肯定することが矛盾するわけではない。問題の核心は、業務内容の相違にあるのではない。なぜなら、両者の業務の相違を肯定しても、地方公共団体における自治の主体である「住民」が「国民」を前提とする概念であるならば、地方公共団体の業務を担う「代表者」の選挙も日本国籍を有する「住民」が行うことになるからである。したがって、許容説にとっての重要な課題は、「なおも国民主権原理と外国人に対する地方選挙権との憲法構造上の関連がより説得的に検証される必要があ」<sup>51)</sup>る点に存する。

許容説は、憲法15条1項と93条2項の用語の違いをどのように論ずるのであろうか。許容説の論拠を詳細に論じている長尾一紘によれば、その用語の違いは両者の「法的性格が全く異なる質的相違」<sup>52)</sup>を示している。では、許容説の立場に立つ長尾は、両者のどの点が、なぜ質的に相違しているというのであろうか。

長尾によれば<sup>53)</sup>、文言解釈からすると、憲法15条1項の「国民」に外国人も含まれるとする見解ばかりでなく、憲法93条2項の「住民」には外国人が含まれるとする見解も否定される。そうえて、長尾は、93条2項を国民主権原理との関連での体系的解釈の必要性を主張する<sup>54)</sup>。そして長尾の体系的解釈によれば、国民主権原理を「『上から』の『国家的正当化』の連鎖が切断されないことを要請する」が、地方議会議員選挙で外国人に選挙権を付与することによって外国人の意向を反映する条例が制定されることになっても、憲法94条からして「法律に体现される『国家的正当化』が、条例によって破られることは、本来的にありえない」ので、「地方議会議員選挙に外国人を参加させる

51) 岡崎・前掲注33)、47頁。

52) 長尾・同177頁。

53) 長尾『外国人の参政権』84頁、89-93頁参照(2000年)。

54) 同・85頁参照。

55) 同・85-86頁参照。

#### 論説（青柳）

ことは、日本国憲法の許容するところであり、その当否の判断は、国会の裁量に委ねられる」と主張する<sup>55)</sup>。

しかし、本判決は、憲法15条1項と93条2項を一般法／特別法関係で捉えていなければ、国民主権原理の体系的解釈を示してもいない。勿論、私見のような、93条2項の「住民」概念を15条1項の「国民」概念よりも広く解釈する可能性を認める<sup>56)</sup>ものでもない。本判決は、判旨Aで、国民主権原理を相対化することなく、端的に憲法93条2項の「住民」=15条1項の「国民」としている。本判決は、判旨Aと判旨Bの理論的矛盾を架橋する作業を十分に行うことなく、判旨Bを述べている。そうであるとする、許容説の立場からしても、本判決の「主論」を許容説の容認と捉えるには、本判決の判示では不十分であると言わざるをえない。本判決の「主論」は判旨Aであり、判旨Bは「傍論」とどまると思われる。

#### V. むすびに

本判決は、後の判決によってどのように位置づけられているのであろうか。

まず、2つの小法廷判決がある。ひとつは、2000年に下された、定住外国人が提起した選挙人名簿不登録違法確認等請求事件に関する第三小法廷判決（最三判平成12年4月25日判例地方自治208号49頁）である。他のひとつは、2002年に下された、御嵩町における産業廃棄物処理施設の設置についての住民投票に関する条例が投票資格を有する者を日本国民たる住民に限ることの違憲性が争われた、第二小法廷判決（最二判平成14年9月27日判時1802号80頁）である。いずれも、同じ構成の判示となっている。つまり、合憲であることはマクリーン判決「の趣旨に照らして明らかである」と述べた文章に続いて、括弧で本判決を「参照」するように指示している。ここで「参照」を求められたのが1995年判決の判旨Aであるのか、それとも判旨Bであるのかについて、この2つの判決は何も述べていない。立法裁量論を採る判旨Bのもとでも争わ

---

56) 青柳／山越・前掲注48)、161-162頁参照。

れた条文は合憲となるので、判旨Aと判旨Bのどちらの「参照」を求めているかという問題は、2つの判決の結論に影響を及ぼさない。したがって、少なくとも、この2つの判決による「参照」から、2つの判決が1995年判決の判旨Bを「主論」=「先例」と捉えていると帰結することはできない。

そして、注目されるのは、2005年に下された管理職選考受験資格確認等請求事件判決（最大判平成17年1月26日民集59巻1号128頁）（以下、2005年判決と略記）である。当該事件では、地方選挙権ではなく、公務就任権について争われた。公務就任権は、広義の参政権として位置づけられうる権利ではあるが、外国人が公務員になることは国民主権から「当然に」禁止されるとする「法理」は、今日すでに崩壊している。それゆえ、外国人の公務就任権は、外国人の地方選挙権よりも国民主権原理に拘束される程度は少ないはずのものといえよう。

2005年判決における裁判官滝井繁男の反対意見は、1995年判決を「参照」して、「参政権の側面を持つ権利のすべてについて、国民主権の原理からの帰結として当然に、その保障が日本国民に限られることになるというものではないのであり、「その選任に参政権的な側面があるとしても、すべての公務員に就任するについてその職務の性質を問うことなく、国民主権の原理の当然の帰結として日本国籍が求められているというものではない」と述べている。しかし、多数意見は、1995年判決を挙げることなく、「普通地方公共団体が職員に採用した在留外国人の処遇につき合理的な理由に基づいて日本国民と異なる取扱いをすることまで許されないとするものではない。また、そのような取扱いは、合理的な理由に基づくものである限り、憲法14条1項に違反するものでもない」等として、管理職受験資格制限を合憲とした。

1995年の外国人地方選挙権判決の判旨Bは、判例法上は「傍論」にとどまっているといえよう。

