

# 近年の人権判例（2）

安 藤 高 行

2008年 7 月

九州国際大学法学会 法学論集 第15巻第 1 号 抜刷

# 近年の人権判例(2)

安 藤 高 行

## II 平等権関係判例

### II—I 参議院議員定数配分規定違憲訴訟

#### (1) 従来 of 判決

本節は表題に関する平成18年最高裁大法廷判決を対象とするが、行論の都合上それに先立って従来の参議院議員定数配分規定違憲訴訟判決を概観しておくことにしよう。

参議院議員の選挙については周知のように当初は昭和22年制定の参議院議員選挙法で規定され、総定数250人が全国選出議員100人と都道府県を選挙区とする地方選出議員150人に区分されていた。そして後者については別表で各都道府県選挙区に配分される議員定数が定められていたが、この参議院地方選出議員の選挙区と定数配分の仕組みは衆議院議員選挙法、参議院議員選挙法等、分散している各種選挙法を単一法に統合するため昭和25年に制定された公職選挙法にもそのまま引き継がれ、沖縄県の復帰に伴い同県に議員定数2名を配分するための改正がなされた以外は、その後も長い間変更はなかった。

すなわち地方選出議員はその後選挙区選出議員と名称変更されたものの（以後は「選挙区選出議員」で統一する）、平成4年の選挙まで公職選挙法14条と別表第二（現在は第三）により、都道府県を単位とする選挙区ごとに参議院議員選挙法当時の定数配分に従って選出され続けたのである（この参議院選挙区

選出議員の選挙区と定数配分を定める公職選挙法14条と別表第二（第三）を、本節では「定数配分規定」と総称する）。

したがってこれをここでのテーマである議員定数配分の不均衡（選挙区間における議員1人当たりの人口数ないし選挙人数の較差）についてみれば、全国選出議員（比例代表選出議員）の場合はその性質上当然一貫してこの問題は生じることがなかったのに対し、昭和21年当時の人口に基づき定数配分がなされた選挙区選出議員の場合は、当初より存在していた較差が、その後著しい人口増とその都市部への集中という大幅な人口異動が進行するにつれ、一層拡大することになったのである。なお、「参議院議員の任期は、6年とし、3年ごとに議員の半数を改選する」という憲法46条の規定を、選挙区選出議員については、定数152人のうち最小限の2人を47の選挙区に配分したうえ、残りの58人については各都道府県の人口数に比例する形で2人、4人、ないし6人という偶数の定数を付加配分するという方式によって実施したことも、こうした不均衡の発生の一因となっていることはいうまでもない。

このような選挙区選出議員の定数不均衡を具体的に最大較差でみると、昭和22年の参議院議員選挙法制定当時ですでに1対2.62（人口比）であったのが、例えば昭和31年選挙時には1対3.19と3倍を超え、さらに昭和37年選挙時には1対4.09と遂に4倍を超えるにいたったのである（いずれも選挙人数比一以下とくに断わらない限り同じ）。

しかしこの昭和37年選挙時の4倍超の較差について最高裁は昭和39年、「憲法14条、44条その他の条項においても、議員定数を選挙区別の選挙人の人口数に比例して配分すべきことを積極的に命じている規定は存在しない」としたうえで、「もとより議員数を選挙人の人口数に比例して、各選挙区に配分することは、法の下に平等の憲法の原則からいって望ましいところであるが」、「選挙区の議員数について、選挙人の選挙権の享有に極端な不平等を生じさせるような場合は格別、各選挙区に如何なる割合で議員数を配分するかは、立法府である国会の権限に属する政策の問題であって」、現行の公職選挙法別表第二が選

挙人の人口数に比例して改訂されないため、不均衡が生ずるにいたったとしても、「所論のような程度ではなお立法政策の当否の問題に止り、違憲問題を生ずるとは認められない」とした<sup>(1)</sup>（以下この判決を「昭和39年大法廷判決」という）。

この昭和39年大法廷判決、およびその後の参議院議員定数配分規定違憲訴訟の動向はよく知られているところであり、拙著146～147頁でも簡単にふれているが、冒頭にものべたように考察の便宜上、昭和39年大法廷判決以降の最高裁判例の動向も続けてスケッチしておくことにしよう。

最高裁はその後昭和49年にも最大較差 1 対5.08について昭和39年大法廷判決を引用して、「現行の公職選挙法別表第二が選挙人の人口数に不均衡を生ずるに至ったとしても、その程度ではいまだ右の極端な不平等には当たらず、したがって、立法政策の当否の問題に止まり、違憲問題を生ずるとまで認められないことは、右の大法廷判決の趣旨に徴して明らかである」としたが<sup>(2)</sup>、昭和51年にいって、昭和47年実施の衆議院議員選挙について、「憲法14条 1 項に定める法の下での平等は、選挙権に関しては、国民はすべて政治的価値において平等であるべきであるとする徹底した平等化を志向するものであり、右15条 1 項等の各規定の文言上は単に選挙人資格における差別の禁止が定められているにすぎないけれども、単にそれだけにとどまらず、選挙権の内容、すなわち各選挙人の投票価値の平等もまた、憲法の要求するところであると解するのが、相当である」とのべて、前述の、「憲法14条、44条その他の条項においても、議員定数を選挙区別の選挙人の人口数に比例して配分すべきことを積極的に命じている規定は存在しない」との昭和39年大法廷判決の基本的立場を変更するとともに、最大格差 1 対4.99の下での本件選挙は憲法に違反する定数配分規定に基づいて行われた点において違法であるとした<sup>(3)</sup>（ただし周知のように、行政事件訴訟法31条 1 項に含まれる法の基本原則の適用により、選挙自体はこれを無効とはしないとした—以下この判決を「昭和51年大法廷判決」という）。

最高裁がこの衆議院議員選挙の定数配分規定違憲訴訟において示した新し

い立場を参議院議員定数配分規定違憲訴訟においてのべたのが、最大較差1対5.26の下での昭和52年の選挙に対する昭和58年の判決である。

すなわち同判決<sup>(4)</sup> (以下「昭和58年大法廷判決」という)は、「議会制民主主義を採る我が憲法の下においては、国権の最高機関である国会を構成する衆議院及び参議院の各議員を選挙する権利は、国民の国政への参加の機会を保障する基本的権利であって、憲法は、その重要性にかんがみ、14条1項の定める法の下での平等の原則の政治の領域における適用として、成年者による普通選挙を保障するとともに、人種、信条、性別、社会的身分、門地、教育、財産または収入によって選挙人の資格を差別してはならないものとしている(15条3項、44条)。そして、この選挙権の平等の原則は、単に選挙人の資格における右のような差別を禁止するにとどまらず、選挙権の内容の平等、すなわち議員の選出における各選挙人の投票の有する価値の平等をも要求するものと解するのが相当である」として、参議院議員選挙においても投票価値の平等が憲法上の要請であることを認めたのである。

ただ昭和58年大法廷判決は次いで、憲法は投票価値の平等を選挙制度の仕組みの決定における唯一、絶対の基準としているものではなく、国会は、正当に考慮することのできる他の政策的目的ないし理由を斟酌して、その裁量により衆議院議員および参議院議員それぞれについて選挙制度の仕組みを決定することができるのであって、国会が具体的に定めたところのものがその裁量権の行使として合理性を是認しうるものである限り、それによって投票価値の平等が損なわれることになってもやむを得ないものと解すべきであるとしたうえで、人口比例主義に事実上都道府県代表的な意義ないし機能を有する要素を加味した参議院選挙区選出議員の選挙の仕組みが、国会に委ねられた裁量権の合理的行使として是認し得るものである以上、人口比例主義を基本とする選挙制度に比べて各選挙区間における選挙人の投票の価値の平等がそれだけ損なわれることになったとしても、これをもって直ちに憲法14条1項等の規定に違反して選挙権の平等を侵害したものとする事はできないとし、さらに、人口の異動が

生じた結果較差が拡大したとしても、その一事では直ちに憲法違反の問題が生ずるものではないとした。

すなわち、「その人口の異動が当該選挙制度の仕組みの下において投票価値の平等の有すべき重要性に照らして到底看過することができないと認められる程度の投票価値の著しい不平等状態を生じさせ、かつ、それが相当期間継続して、このような不平等状態を是正するなんらの措置を講じないことが、前記のような複雑かつ高度に政策的な考慮と判断の上に立って行使されるべき国会の裁量的権限に係るものであることを考慮しても、その許される限界を超えると判断される場合に、初めて議員定数の配分の定めが憲法に違反するに至るものと解するのが相当である」としたのである。

そしてこうした一般論に基づき本件を考察した結果として、「本件参議院議員選挙当時に選挙区間において議員一人当たりの選挙人数に前記のような較差があり、あるいはいわゆる逆転現象が一部の選挙区においてみられたとしても、それだけではいまだ前記のような許容限度を超えて違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態が生じていたとするには足りないものというべきである」と結論した。

このように最高裁は参議院議員選挙においても投票価値の平等を憲法上の要請としつつ、現在の参議院議員の選挙の仕組みの下ではそれが損なわれても直ちに憲法違反となるものではないとし、さらに半数改選制や実質上の地域代表的性格等の参議院選挙区選出議員の選挙制度の特殊性からして、衆議院議員選挙と参議院議員選挙では違憲となる較差の程度（計数基準）に違いがあることも示唆したのであるが、こうした昭和58年大法廷判決で示された最高裁の態度はその後も続き、衆議院議員選挙については昭和51年大法廷判決に次いで昭和58年、定数配分規定の改正により、従前の1対4.83から1対2.92に最大較差が縮小して、投票価値の不平等状態は一応解消されたが、その後再び拡大して昭和55年の選挙当時には最大較差が1対3.94となり、国会において通常考慮し得る諸般の要素を斟酌してもなお、一般的に合理性を有するものとは考えられな

い程度に達していたというべきであるとし<sup>(5)</sup>、その後も同様の判断を繰り返すなど、1対3を計数基準とするにいったと一般に理解される判例を重ねる一方、参議院選挙区選出議員については昭和58年大法廷判決以降も、1対5.37、1対5.56、1対5.85という最大較差について、昭和58年大法廷判決を踏襲してそれぞれ合憲の判断を繰り返したのである<sup>(6)</sup>。

しかし平成8年、最大較差1対6.59の下での平成4年の選挙について、一般論としては昭和58年大法廷判決に拠りつつ、このような較差が示す選挙区間における「投票価値の不平等は、…参議院（選挙区選出）議員の選挙制度の仕組み、是正の技術的限界、参議院議員のうち比例代表選出議員の選挙については各選挙人の投票価値に何らの差異もないこと等を考慮しても、右仕組みの下においてもなお投票価値の平等の有すべき重要性に照らして、もはや到底看過することができないと認められる程度に達していたものというほかはなく、これを正当化すべき特別の理由も見出せない以上、本件選挙当時、違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態が生じていたものと評価せざるを得ない」と、従来とは異なる判断をしたのである。

ただ判決は続いて本件選挙当時、こうした不平等状態が相当期間継続し、これを是正する何らの措置も講じないことが、国会の立法裁量権の限界を超えていたと断定すべきかどうかについて検討し、較差が到底看過することができないと認められる程度に達したかどうかの判定は困難なものであり、かつ、その程度に達したと解される場合も改正については種々の政策的または技術的な考慮要素を背景とした議論を経ることが必要となることや、本件選挙当時まで最高裁が参議院選挙区選出議員の定数配分規定につき、投票価値の不平等が違憲状態にあるとの判断を示したことはなかったこと等の事情を総合して考慮すると、「本件において、選挙区間における議員一人当たりの選挙人数の較差が到底看過することができないと認められる程度に達したときから本件選挙までの間に国会が本件定数配分規定を是正する措置を講じなかったことをもって、その立法裁量権の限界を超えるものと断定することは困難である」と

結論したが<sup>(7)</sup>（以下この判決を「平成8年大法廷判決」という）、昭和63年に上述のように1対5.85の較差について未だ違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態が生じていたとするには足りないとし、平成8年にはこうして1対6.59について逆に違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態が生じていたものと評価せざるを得ないとしたため、一般には1対6が最高裁が想定している参議院選挙区選出議員についての計数基準と理解されることになった。

なおこの平成8年大法廷判決前の平成6年に、152人という定数は増減しないまま、宮城、埼玉、神奈川、岐阜の4県選挙区でそれぞれ定数2名を増員する一方、北海道選挙区で定数4名、兵庫、福岡の2県選挙区でそれぞれ定数2名を減員する初めての定数配分規定改正が行われ（この改正は「8増8減」といわれる）、その結果いわゆる逆転現象が解消されるとともに、最大較差も改正時には1対4.99、この改正定数配分規定により行われた平成7年選挙時には1対4.97と縮小されたが、最高裁はこの平成7年選挙の定数配分規定違憲訴訟において平成10年従来同様の一般論をのべたうえで、こうした改正後の較差について、「右の較差が示す選挙区間における投票価値の不平等は、当該選挙制度の仕組みの下において投票価値の平等の有すべき重要性に照らして到底看過することができなと認められる程度に達しているとはいえず、本件改正をもって、その立法裁量権の限界を超えるものとはいえないというべきである」とした<sup>(8)</sup>（この判決を以下「平成10年大法廷判決」という）。

それは上述のように1対4～5台の最大較差につき、一貫して合憲と判断し続け、平成8年大法廷判決にいたってようやく1対6を計数基準とすることを示唆したかのようにみえた最高裁判決の動向からすれば自然なことで受け止められたが、この平成10年大法廷判決には実は5人の反対意見が付されていた。その趣旨は本件定数配分規定の下で生じていた投票価値の不平等が著しいものであったことは明らかであること、都道府県代表的要素を選挙区選出議員の選挙の仕組みに加味する必要性ないし合理性は、通信、交通、報道の著しい進歩によって地域間の事情の相違は大幅に減少したうえ、選挙区選出議員の活動に



よらずに、地域の実情や住民世論の動向を知ることにも容易になった現在では縮小した反面、現行の選挙区選出議員の選挙の仕組みを維持する限り投票価値の不平等は拡大するほかない状態になっていたこと、したがって平成6年の改正に当たっては、本来、国会は、本件仕組みをそのまま維持するとしても、投票価値の平等が損なわれる程度をできる限り少なくするよう、追加配分（選挙区選出議員152人のうち47都道府県に各々2名を配分した残り58名の各選挙区への配分）を徹底して人口に比例する方法で行うべきであったのにそうせず、その結果上述のような投票価値の著しい不平等が残ることとなったこと等を指摘し、「以上によれば、本件定数配分規定の下において投票価値の平等が損なわれている程度が憲法上正当に考慮することのできる他の目的ないし理由との関係に適切に照応しているとは、とうていいうことはできない。本件改正（平成6年改正一筆者）における国会の裁量権の行使は合理性を是認できるものではなく、その許される限界を超えていることは明らかであって、本件定数配分規定は憲法に違反するものと断定せざるを得ないのである」というものであった。

さらに同じ改正定数配分規定の下で行われ、このときは最大較差1対4.98であった（鹿児島選挙区と三重選挙区の間には逆転現象も生じていた）平成10年選挙に対する定数配分規定違憲訴訟において最高裁は平成12年に平成10年大法廷判決と同旨を繰り返したが<sup>(9)</sup>、このときもやはり5人の反対意見があった。この反対意見も平成10年大法廷判決のそれと同旨であったが、「参議院の独自性は憲法上予定されているところであるにしても、それ自体は投票価値の平等と対立あるいは矛盾するものではないし、衆議院議員の選挙制度の仕組みと異なる選挙制度の仕組みは、投票価値の平等を損なうものしかあり得ないわけでもない。参議院の独自性を確保するという目的から必然的に本件仕組みが導かれるものではないし、まして投票価値の平等が損なわれることの当然の根拠となるものでもないのである」としたり、「本件改正（平成6年改正一筆者）に即して考えると、それは、本来の人口比例配分によれば定数を増加されるべ

き選挙区の国民の選挙権の犠牲において、本来定数を削減されるべき選挙区の国民の利害と意見を安定的に国会に反映させることとするものであって、憲法の投票価値平等の要求に正面から違反するものである」とするなど、多数意見の合憲判断の根拠に対する批判はいつそう鋭くなっている。

こうした経緯を受けて平成12年に参議院議員の総定数を252人から242人に、比例代表選出議員の定数を100人から96人に、選挙区選出議員の定数を152人から146人にそれぞれ削減するとともに、逆転現象を解消し、較差の拡大を防止するために定数4人の選挙区のなかで人口の少ない岡山、熊本、鹿児島県の3県選挙区について各議員定数を2人に削減する2度目の改正がなされた（この改正は「6減」といわれる）。その結果確かに逆転現象は解消されたが、しかし最大較差についてはその拡大を抑えることはできず、それから間もない平成13年の選挙時には最大較差は1対5.06となり、この選挙についても定数配分規定違憲訴訟が提起された。

それに対する平成16年の最高裁判決<sup>(10)</sup>（以下「平成16年大法廷判決」という）は従来同様、「本件改正（平成12年改正一筆者）は、憲法が選挙制度の具体的な仕組みの決定につき国会にゆだねた立法裁量権の限界を超えるものではなく、本件選挙当時において本件定数配分規定が憲法に違反するに至っていたものとすることはできない」としたものの、「本件選挙当時における選挙区間の議員一人当たりの選挙人数の最大格差は1対5.06にまで達していたのであるから、本件定数配分規定は、憲法上の選挙権平等の原則に大きく違背し、憲法に違反するものであることが明らかである」とする反対意見が6人に増え、しかも9人の多数意見中の4人も、較差は正に対する国会のこれまでの取り組み等について厳しい見解をのべて、ともすれば1対6が最高裁が想定している計数基準であるとしがちであった従来の理解が安易すぎることを示すとともに、近い将来憲法判断が変更される可能性さえ予感させたのであった。

すなわち多数意見中の4裁判官は補足意見で（この補足意見を以下では「平成16年大法廷判決補足意見」という）、「我が国の立法府は、これまで、上記

の諸問題（現行制度自体の変更等―筆者）に十分な対処をしてきたものとは到底いえず、これらの問題について立法府自らが基本的にどう考え、将来に向けてどのような構想を抱くのかについて、明確にされることのないままに、単に目先の必要に応じた小幅な修正を施して来たにとどまるものといわざるを得ない。これでは、立法府が、憲法によって与えられたその裁量権限を法の趣旨に適って十分適正に行使して来たものとは評価し得ず、その結果、立法当初の選挙区間における議員一人当たりの選挙人数の較差からあまりにもかけ離れた較差を生じている現行の定数配分は、合憲とはいえないのではないかとの疑いが強い」といい、また、「今回の改正（平成12年改正―筆者）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、到底評価することができない。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」とのべて、自らの立場が従来合憲論とは異なり、その合憲との判断も相当に消極的なものであることを強調したのである。

こうして反対意見からのみならず、多数意見のなかからも従来判決の較差の度合いについての認識や、大幅な国会の立法裁量権の許容等について強い疑問が呈されるにいたったため、この平成16年大法廷判決の約半年後に、平成13年の選挙と同じ定数配分規定の下で行われ、最大較差は1対5.13となっていた平成16年7月の選挙に対する最高裁の判断が注目され、原告団やマスコミのなかには違憲判断の期待や見通しさえあったのである。

その判断がすなわち本節の主題である平成18年の大法廷判決である。

## (2) 平成18年の大法廷判決

平成18年の大法廷判決<sup>(11)</sup>（以下「平成18年大法廷判決」という）においては後述するように、平成16年大法廷判決以降の国会（とくに、参議院）における較差是正のための検討とその結果がかなり重要なウェイトをもち、また原審東京高裁判決<sup>(12)</sup>も末尾で国会の取組みに言及しているので、最初にそのことについて簡単にのべておくことにしよう。

平成16年大法廷判決の言渡し直後の同年2月6日参議院は議長主宰の各会派代表者懇談会の下に、「参議院議員選挙の定数較差問題に関する協議会」を設置することとし、この協議会は2月18日から5月28日までの間に合計5回の協議を行った。しかし会期中に較差是正を行うべきとする意見と、それを困難とする意見が対立し、また後者の立場からは同年7月に施行される予定の選挙（すなわち平成18年大法廷判決の対象となった選挙—以下「本件選挙」という）後に新たな会派の構成に基づく新たな人選によって協議を行うべきとする提案がなされるなど、結論が得られず、そのため協議会はこれらの意見や提案をまとめた報告書を議長に提出して活動を終えた。それに対し参議院は各会派代表者会議において本件選挙後新たな会派構成の下に速やかに協議会を設置し、平成19年施行予定の次回選挙に向けて較差問題について結論を得るように協議を再開する旨の申し合せを行った。

こうした経緯を受けて本件選挙後の平成16年12月参議院改革協議会の下に選挙制度に係る専門委員会が設けられ、その平成17年2月から10月までの間の9回の会合を経てまとめられた、東京選挙区と千葉選挙区で各2人増、群馬選挙区と栃木選挙区で各2人減のいわゆる「4増4減」を内容とする改正公職選挙法が平成18年6月に成立した。

この結果最大較差は1対4.84（人口比）と若干縮小することとなり、平成19年選挙時のそれも1対4.86となったが、こうしてみると少なくとも国会においては、かつての1対6に代って1対5が許容される較差の目安とされるにい

たったとの観がないでもない。

それはともかく、本件選挙についての定数配分規定違憲訴訟の原審東京高裁判決は上記の専門委員会が検討中の平成17年5月に言渡され、平成18年大法廷判決は4増4減案が成立した後の10月に言渡されたため、前述のように両判決ではこうした較差是正をめぐる動向がふれられ、かなりの影響を与えているのであるが、その内容についてはそれぞれの判決の紹介・検討のなかで説明することにして、以下原審東京高裁判決を瞥見した後、平成18年大法廷判決をくわしくみることにしよう。

東京高裁判決の一般論は、「議員定数配分規定の制定または改正の結果、上記のような選挙制度の仕組みの下において投票価値の平等の有すべき重要性に照らして到底看過することができないと認められる程度の投票価値の著しい不平等状態を生じさせたこと、あるいは、その後の人口異動が上記のような不平等状態を生じさせ、かつ、それが相当期間継続しているにもかかわらずこれを是正する何らの措置も講じないことが、複雑かつ高度に政策的な考慮と判断の上に立って行使されるべき国会の裁量的権限に係るものであることを考慮してもその許される限界を超えると判断される場合に、初めて議員定数配分規定が憲法に違反するものと解するのが相当である」とするところからも明らかなように、平成16年前の各大法廷判決の多数意見、および平成16年大法廷判決補足意見に係る4裁判官以外の5裁判官の補足意見と同一であり、またこの一般論に基づきなされた定数配分規定が招来する較差についての検討の結論も、なお、本件選挙の投票価値の不平等状態をもって到底看過することができない程度にいたっているとまでは認められないとするものであった。

このように平成16年大法廷判決がはらんでいた緊迫性はそこにはほとんど反映されていないが、ただ、「平成16年大法廷判決にもかかわらず、前示のとおり、なお、1対5を超えるという異常な投票価値の不平等さが存在し、しかも、その較差が少なからず拡大していることは、それ自体、極めて憂慮すべき状態であるといわざるを得ない」としたり、「被告は、過去の最高裁判例で問

題とされた最大較差の比率に照らすと、本件は、いまだ違憲の状態に至っていない旨主張するが、これまでの最高裁判例は、あくまで当該事件において問題となっている選挙についての最終審としての判断であって、当該事件で違憲でないと言われた最大較差が常に将来にわたって合憲であり続けるという判断を含むものと解することは相当でないから、被告の上記主張は、本件選挙の投票価値の不平等状態が憲法上何ら問題のないところであるとする趣旨の意見としては、到底これを採用することはできない」とするところに、それまでの大法廷判決よりも較差の大きさやそうした較差の是正の放置に厳しいと一般にも受け止められていた平成16年大法廷判決の影響をいくらか看取することができるといえなくはない。

しかし反面原告の、平成16年大法廷判決後国会は定数配分規定を改正せず、そのような審議すら全く行っていないとか、各会派代表者懇談会や協議会は正式な機関ではないから、参議院の活動と同視することはできないとかの国会の無為の主張に対しては、「現在の参議院選挙制度の具体的な仕組みを維持しつつ、さらに議員定数を増やさないことを前提とする観点に立ちながら考えるとすれば、本件協議会における議論等国会（特に参議院）でなされた対応がすべて無意味又は無価値なものであるとか、これをもって立法府が果たすべき責務を放棄したり、漫然と従前の状況を放置したりするものであるとかみることもはなはだしく穏当を欠き相当ではないのであって、上記の対応がそれ相当の意義を伴うものというべきであるから、原告らの上記主張は、採用することができない」として、較差の状態を異常とし、それが是正されていない状況をきわめて憂慮すべき状態としながらも、限定的ではあれ、平成16年大法廷判決以降の国会の較差是正のための活動を評価している。

総じていうとこの東京高裁判決は原告、被告のいずれの主張にも与せず適度にバランスをとりながら、結局は伝統的な合憲論を踏襲したといった体のもので、それほど問題を深刻に受け止めている気配もみえず、平成16年大法廷判決を受けた判決としてみると、いささか物足りない観がある。その点では平成18

年大法廷判決も基本的には同断であって、上述のように厳しい平成16年大法廷判決補足意見を展開した4裁判官のうち違憲判断に回ったのは1人のみで、残り3人のうち1人は退官、2人は依然合憲判断維持ということもあって、10人の多数意見で平成16年選挙時の定数配分規定を合憲とするものであった。しかもこのように平成16年大法廷判決に比べて多数意見がむしろ増えたのみならず、そのうちの5裁判官の補足意見も平成16年大法廷判決以降の国会の較差是正のための活動、同判決から本件選挙までの期間の短さ、選挙区選出議員と比例代表議員の選挙を合せた投票価値の最大較差は1対2.89となること等を挙げて(前二者については次にのべるように多数意見でもふれられている)多数意見に賛成する所以をのべるもので、平成16年大法廷判決の際のように多数意見が実際には鋭く割れて、近い将来の違憲判断を予感させるような緊迫性をもったものではなかった。その意味では平成18年大法廷判決は平成16年前の各大法廷判決の時代に戻ったような印象を与える判決で、前述のように違憲判断を期待・予想した側からは、「後戻り判決」とか、「小手先『是正』事実上の追認」とかの批判を受けることになったが、多数意見が、本件選挙までの間に定数配分規定を改正しなかったことが国会の裁量権の限界を超えたものと断ずることはできず、したがって、本件選挙当時において本件定数配分規定が憲法に違反するにいたっていたものとするとはできないとする理由は3つにまとめられる。

すなわち多数意見は従来と同様の一般論に立って検討した結果、平成16年大法廷判決が最大較差1対5.06を招来していた定数配分規定につき合憲と判断したところ、本件選挙時のそれも1対5.13と大きく異なるものではなかったこと、平成16年大法廷判決の言渡しから本件選挙までの期間は約6か月にすぎず、投票価値の不平等を是正する措置を講ずるための期間として必ずしも十分なものではなかったこと、しかしながらその間も較差是正の議論が行われ、そうした経緯を受けて本件選挙後定数配分規定の改正が行われて最大較差が縮小したことの3点を挙げて、本件選挙時の定数配分規定を合憲とするのである。

しかしこの3つの理由はいずれもそれほど説得的とは思えない。前回の大法廷判決で合憲とされた最大較差 1 対5.06と今回の較差にはそれほど差がないことを理由にするのであれば、それは投票価値の平等を憲法上の要請としつつ、1 対 5 台の較差について合憲判決を言渡した昭和60年代の判決の態度と基本的には選ぶところがないであろう。

すなわち昭和52年選挙時の 1 対5.26という最大較差が 1 対5.37になった昭和55年選挙に対する定数配分規定違憲訴訟において最高裁は、「右大法廷判決において…違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態が生じていたとするには足りない」とされた昭和52年…の参議院議員選挙当時の較差 1 対5.26…は、本件選挙当時までに 1 対5.37に拡大し、かつ、本件選挙当時にもいわゆる逆転現象が一部の選挙区においてみられたとはいえ、なお右先例における選挙当時と大きく異なるところがあるとはいえない」として、較差の拡大が前回合憲判決時と比べて大幅ではないというきわめて大雑把な理由で合憲としているのである<sup>(13)</sup>（ちなみに5.37が5.56に、5.56が5.85に拡大したようなケースでは、「それだけではいまだ違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態が生じていたとするに足りない」といういい方をしているが<sup>(14)</sup>、平成になってからは、1 対4.97が 1 対4.98に、1 対4.98が 1 対5.06に拡大したようなケースについて、「右の較差が示す選挙区間における投票価値の不平等は、当該選挙制度の仕組みの下において投票価値の平等の有すべき重要性に照らして到底看過することができないと認められる程度に達しているとはいえず」といういい方によって一平成12年大法廷判決の多数意見一、判決の理由においては較差の拡大の幅にはふれず、当該選挙における較差それ自体にのみ言及するようになっていた）。

また前回合憲判決時と較差に大きな差がないことを結論の理由とするのであれば、大法廷で審理した意義自体問われることにもなるであろう（上記の昭和55年選挙に対する最高裁判決は小法廷判決である）。

さらに6か月という是正のための期間の短さについても、問題が新たに発生して6か月ならともかく、定数配分規定の問題性はこれまでみたように長期間



論議され、認識されてきた事柄であって、それが種々の政治的思惑によって具体化されないまま放置されてきたというのが実態であるから、ことさらこうした長期間の一部である6か月という期間を取り上げ、そのことによって国会の不作为にやむを得ない面をみるのも必ずしも妥当な態度とはいえないであろう。滝井裁判官は反対意見で、「もっとも、本件選挙は平成16年大法廷判決の言渡しから約6か月後に行われたものであり、その期間は選挙区間に存在する選挙人の投票価値の不平等を是正する期間としては十分なものではないという指摘がある。しかしながら、ある法規が合憲であるかどうかは、本来その内容によって決るものであって、是正のために許される合理的期間の存否によって変わるものではない」とし、さらに、「当法廷は昭和51年4月1日大法廷判決以来、選挙人の投票価値の平等が憲法上の要求する原則であることを繰り返し強調してきたところであって、立法機関としては、…現行制度の下での選挙区間の議員一人当たりの人口較差が5倍にも及ぶという投票価値の異常ともいえるべき較差…を是認するだけの目的ないし理由があるかについて常に検討すべきであり、その機会には十分にあったはずである」とのべているが、それが通常の評価というべきではなかろうか。

最後の本件選挙後の改正をもって本件選挙時の定数配分規定を合憲とする根拠にした点にいたっては、なおさら批判が集中するところであろう。おそらく多数意見は改正が実現したのは本件選挙後であっても、そのスタートは本件選挙前に切られていたとの認識の下にそうしたのであろうが、本件選挙前には後に実際になされた改正に通じる具体的な成案ないし成案らしきものがまとまっていたわけではなく、現会期中にことを進めるか否かというスケジュールレベルの論議にとどまっていたわけであるから、本件選挙後の改正が実質的には選挙前に遡るかのように装って本件選挙時の定数配分規定を合憲とするのは、かなり御都合主義的な立論というべきであろう。

しかし重ねていえば多数意見は敢えてこうしたタイムラグを無視して、「上記の公職選挙法改正は、平成16年大法廷判決の多数意見の中に従来とは異なる

厳しい姿勢が示されているという認識の下に、これを重く受け取めて検討された案に基づくものであることがうかがわれるところ、そのような経緯で行われた上記の改正は評価すべきものである」とし、こうした評価を合憲判断の重要な理由の一つにするのである。

ただ多数意見は最後に、これまでにはみられなかったことであるが、「投票価値の平等の重要性を考慮すると、今後も、国会においては、人口の偏在傾向が続く中で、これまでの制度の枠組みの見直しをも含め、選挙区間における選挙人の投票価値の較差をより縮小するための検討を継続することが、憲法の趣旨にそうものというべきである」という新しい表現を付け加えている。合憲との結論のなかにも較差は正についての最高裁の従来よりも厳しい姿勢を示す意図の表明と思われるが、1対5.13という最大較差を容認しつつ発せられたこうしたメッセージにどれだけの意義や効果を認め得るかも論の分かれるところであろう。むしろ1対5を超える較差を合憲と容認する部分の方が最高裁のメッセージとして受け取られるのが通常ではなかろうか。

ところで最高裁がこのようにそれぞれ決して説得的とは思われない理由を寄せ集めてまで違憲判断を避けるのは、結局のところ違憲判断に踏み切った場合の政治的影響の大きさに対する懸念やシュリンクがあるからであろう。確かに司法が政治の領域にどの程度、またどのように踏み込むべきか、あるいは同じことであるが、裁判所が立法機関とどう距離をとるかはいうまでもなく違憲審査に伴う重要な問題であるが、定数配分規定問題の政治性は、実は国防や外交等の文字どおりの政治問題に比較するとそれほど強くはないのである。というよりも定数配分規定違憲訴訟において裁判所に求められるのは、選挙制度そのものの判断ではなく、現行制度の定数配分規定が憲法の平等原則に照らして容認できるかという、それ自体は通常の法的判断なのである。それが政治性をもつのは、その判断が現に存在する党派の勢力の伸張や衰退につながりかねないという政治的利害レベルのことであって、直接国政に重大な影響をもつという意味での政治性ではない。

したがって最高裁がその結果の政治的影響をおそれて、定数配分規定について違憲の判断をするのをちゅうちょしているようにみえるのは、問題の政治性の意識が過度にすぎ、また立法機関の判断の尊重が過剰というべきではなかろうか。平成16年大法廷判決補足意見でも従来の判決にそのような傾向があったことが指摘されているが、こうした不必要な考慮によって合憲判断を重ねれば、それだけその自縛作用によって違憲判断に転換することは困難になるのであり、現にこれまでの経過はそのことを如実に示しているといっても過言ではないであろう。

平成18年大法廷判決の滝井反対意見がいうように、現在の最大較差1対5以上という数値は異常であり、それは国民の平均的意識や法感情からみて既に許容限度を大きく超えているとみるのがふつうであるから、国会における弥縫策にとどまらない、制度の見直しも含めた較差是正のための検討が強く求められるが、そのためには多数意見のように現在の較差を許容しつつ、末尾で検討の継続を求めても効果は乏しく、むしろストレートに違憲判断に転換する方が事態を動かすことに通じることを最高裁は認識する必要があるだろう。

なお制度の見直しという場合、憲法上の要請としての投票価値の平等の程度は衆参両院ともに同様と考えるべきかという問題が絡んでくる。最高裁はこれまでみたように基本的には同様であるとするところから出発しており、筆者もそのように理解すべきであると考ええる。

こうした立場からすれば現行制度の他に考えられる参議院選挙区選出議員選挙のプランは、数県を単位とするブロック制や若干の都道府県の統合ないし分割等の新しい選挙区の作定ということになるが<sup>(15)</sup>、しかし投票価値の平等の要請の程度は衆議院と参議院では同一に考えなくともよいとする説もある。すなわち憲法は衆議院議員については任期を短く定め、解散の制度を採用し、院の権限についても参議院に対し優位を認めているから、衆議院議員の定数配分については人口比例が厳格に求められるのに対し、参議院についてはその独自の存在意義が憲法上明確にされていないことなどから、その議員の定数配

分が人口比例からより大きく逸脱することも可能であるとする説などもあるのである<sup>(16)</sup>。

しかし任期の長短、解散制度の有無、権限の強弱と人口比例の厳格度がなぜ対応するとされるのか、必ずしも明らかではない。またこのように参議院議員選挙についてはとくに人口比例＝投票価値の平等を要求しない立場は、参議院選挙区選出議員選挙制度のプランとしてはアメリカの上院制的なそれも違憲ではないとしたり、名実ともに都道府県代表的要素をもたせた選挙制度を構想することになるが、国家組織における州と都道府県の意義は大きく異なるにもかかわらず、州制度に基づくアメリカの上院制的組織を持込むことが適切か、あるいは都道府県の利益をそれぞれの代表者に国政の場で主張させることが国民の福祉に促進的であるかも、疑問の残るところである。

衆議院とは異なる独自性をもつ組織に腐心するあまり、参議院については自由に選挙の仕組みを考えることが可能であると安易に想定してはならないというべきであろう。すなわち憲法が参議院制度についてとくに何も規定せず、また両者を区別することなく同じ条文で（47条）衆参両院の選挙に関する事項を法律に委ねていることは、むしろ基本的には参議院を衆議院と同一の原理に基づく組織として位置づけていることを示唆するものと受け取るべきであろう。

註

- (1) 最大判昭和39・2・5民集18巻2号270頁。
- (2) 最判昭和49・4・25判時737号3頁。
- (3) 最大判昭和51・4・14民集30巻3号223頁。
- (4) 最大判昭和58・4・27民集37巻3号345頁。
- (5) 最大判昭和58・11・7民集37巻9号1243頁。
- (6) 最判昭和61・3・27判時1195号66頁、最判昭和62・9・24判時1273号35頁、最判昭和63・10・21判時1321号123頁。
- (7) 最大判平成8・9・11民集50巻8号2283頁。
- (8) 最大判平成10・9・2民集52巻6号1373頁。
- (9) 最大判平成12・9・6民集54巻7号1997頁。
- (10) 最大判平成16・1・14民集58巻1号56頁。

- (11) 最大判平成18・10・4民集60巻8号2696頁。
- (12) 東京高判平成17・5・18民集60巻8号2828頁。
- (13) 前掲（註6）の最判昭和61・3・27判時1195号66頁。
- (14) 前掲（註6）の最判昭和62・9・24判時1273号35頁、最判昭和63・10・21判時1321号123頁。
- (15) 芦部信喜・憲法学Ⅲ人権各論（1）〔増補版〕79頁。
- (16) 松井茂記・日本国憲法（第3版）143、415頁等。また佐藤功・憲法問題を考える111頁以下も、参議院選挙区の定数配分に当たっては、人口比率の基準は衆議院の場合よりは厳密でなく弾力的であってもよいとの論をのべる。これらの説はこうした立場から、本文で次にのべているように、参議院については現行のそれと理念やシステムを大きく異にする制度を構想することも可能であるとする。

### Ⅲ－２ 沖縄入会権者資格差別訴訟

本件は古来沖縄県の国頭郡金武村（現在は全武町および宜野座村）金武部落（現在は金武町金武区）の住民が（なお以下では「金武」については「A」と表記する）、そこに入って薪を取ったり材木を伐採するなどしていた「杣山」とよばれる林野（以下「本件入会地」という）の入会権者の資格をめぐる紛争であるが、ややくわしく事情をのべると次のとおりである。

本件入会地は明治32年一旦官有地とされたが、明治39年当時のA部落の住民が30年の年賦償還で払下げを受け、以来A部落が旧来の規則および慣習に基づきその管理を行ってきた。その後（昭和12年頃）本件入会地の一部はA村の公有財産に編入され（以下本件入会地のこの部分を「本件公有地部分」という）、残りはA部落代表者の個人名で登記されたが（以下この部分を「本件部落有地部分」という）、以後も本件部落有地部分はもちろんのこと、本件公有地部分についてもA村との協定により引続きA部落がその管理を行っていた。

なお本件入会地は第2次大戦後は国が賃借したうえでアメリカ軍の基地として使用され、その賃料（本件部落有地部分については国からの支払分全額、本件公有地部分については後にみる旧慣により支払分の半額）はA部落民会（このことについては後述する）によって収受・管理され、一部がこの会の構成員

らに対し毎年入会補償金として分配されているが、こうした本件入会地の利用形態の変容によって入会権が消滅したり、入会権の内容や入会団体としての性質が変容するものではないとして、判決はとくにこのことを判断の要素とはしていない。

ところで上述のように長い間旧来の規則と慣習によってなされていた本件入会地の管理については、昭和30年代以降次第に組織や規約が整備されるようになり、本件部落有地部分に関しては昭和31年に旧来の規則および慣習を参照、整理したA共有権者会会則が作られ、それに基づきA共有権者会が管理を行う形になり、さらに昭和61年には会の名称がA入会権者会に改められ、それに伴って会則の名称もA入会権者会会則と変更された。また本件公有地部分についても昭和57年A町の「旧慣によるA町公有財産の管理等に関する条例」（以下この条例を単に「条例」という）が制定されたのに対応して旧A部落民会（次のべるように同名の組織が後に新たに作られたのでこのように表記する）が設立されたうえ、A旧部落民会会則（後に同名の会則が新たに定められたのでこのように表記する）が制定されて、条例に規制される形で旧部落民会により管理が行われることになった（条例は1条で、「この条例は、明治39年、A町内の各部落において政府より払い下げた杣山を、A村公有財産に統合の際、将来における杣山の使用権について、『当該部落民会と第4条に規定する旧慣について』協定のあったことを確認し、その財産の管理、処分に必要事項を定めるものとする」とし、また例えば4条3号で旧慣の1つとして、「当該公有財産の用法にしたがって収取される生産物、又は使用の対価として収受する金銭その他の物…若しくは処分によって収受する収益は、A町と当該部落民会の両者において各々100分の50宛分収するものとする」とするなど、部落民会の存在・結成を当然の前提としている）。

こうして昭和57年以降はA町A区に入会権者会と旧部落民会という2つの入会権者の会が併存することになったのであるが、両者は実態は同一であったため平成12年に合併して新たなA部落民会が設立され、それに伴って新たにA

部落民会会則が制定された。なおこの平成12年制定のA部落民会会則はその後平成14年に改正されたので、前者の平成12年制定の会則を前会則、平成14年改正後のそれを現会則と表記して区別することにする。ともあれ、こうして本件入会地には本件提訴時までには共有権者会会則、入会権者会会則、旧部落民会会則、前会則、現会則の5つの会則がみられるのである。

本件はこれらの会則が会員たる資格を原則として明治39年本件入会地が払下げられた当時のA部落の住民の男子孫に限っていることが、憲法14条1項および民法1条の2に違反し、民法90条により無効であるなどとして、26人の女子孫がA部落民会の会員としての地位確認と会員に支払うべき入会補償金の支払いを求めたものであり、したがって通常であれば先ずこれら5つの会則の会員資格に関する規定を概観し、その結果を整理して示すことから考察を始めるべきところである。また実際にも1・2審判決はそうしているのであるが、実は会則の規定が必ずしも整然としておらず、さらに会則にはストレートに表れていない要件や運用もあるため、そのことが容易ではなく、またそうしても実状が十分に明確にはならないという事情がある（なお条例は第2条第1項で、「この条例において『部落民会』とは、柚山払い下げ当時当該部落の住民として生活のため柚山を利用していた者及び当該部落民会の協議によって会員と定めた者の団体」としていて、子孫の会員資格の決定を部落民会の自治に委ねている）。

おそらくそういう事情も考えてのことと思われるが、最高裁判決は1・2審判決と異なり5つの会則の概要を示すことはせずに、ただこれらの会則の会員資格に関する規定や実際に行われている会員資格認定の手続等の基礎になっているA部落の長年の慣習を、本件入会地の入会権の得喪についてのA部落の慣習としてまとめ、それでもって本件入会地について入会権有資格者を示すというやり方をしている。1・2審判決と比較してみると確かにその方が分り易く、また本件の考察にとってはそれで十分と思われるので、本節ではこうした最高裁判決のA部落の入会権者資格の説明を借りることにする（もっとも2

審判決も冒頭の「事案の概要」の箇所では本件入会地の入会権の得喪についてのA部落における慣習をまとめており、最高裁判決の以下に紹介するまとめはほとんどそれに拠っている)。

すなわち慣習により本件入会地について入会権をもち、したがってA部落の入会権者団体の会員とされるのは、次の者である(ちなみに5つの会則のうち現会則、前会則、入会権者会会則、共有権者会会則の4会則の規定あるいはその解釈運用はこの慣習とおおむね一致しており、唯一旧部落民会会則のみが、本件の争点である男子孫要件にふれていない—もっとも1審判決はこの場合も実際は会員資格を男子孫のみに限る取扱いが行われていたものと推認することができるとしている)。

- ア 本件入会地払下げ当時A部落民として世帯を構成していた一家の代表者。
- イ 本件入会地払下げ翌年の明治40年から第2次世界大戦末期の昭和20年3月までの間にA部落地区外から同地区内に移住してきた一家の代表者であって、一定の金員を納めるなどしてA部落民の資格を認められた者(上記の間は例えば各戸につき20円を納付すれば、移住してきた者もA部落民の資格を取得することができた)。
- ウ 入会権者の資格が認められるのは一家(一世帯)につき代表者1名のみ(この代表者として認定されるには単に住民票に世帯主として記載されているだけでは足りず、現実にも独立した世帯を構えて生計を維持していることが必要とされている)。
- エ 死亡や家督相続によって一家の代表者が交代した場合には、新たな代表者が入会権者の資格を承継する。この際後継者である代表者は原則として男子孫に限られるが、男子孫の後継者がいない場合や幼少の場合は旧代表者の妻(女子孫でなくてもよい)が例外的に資格を取得することもあり(ただし幼少の男子孫が成長して入会権者の資格を取得すれば、妻は資格を失



う)、また旧代表者が死亡し、男子孫がいない場合には、女子孫が入会権者の資格を承継することも認められるが、この場合は入会権者として認められるのは当該女子孫一代限りである。

オ 男子孫が分家し、A区内に独立の世帯を構えるにいたった場合は、その世帯主の届出により入会権者の資格を取得し、また独身の女子孫については、50歳を超えて独立した生計を営み、A区内に居住しているなど一定の要件を満たす場合に限り、特例として、一代限りで入会権者の資格を認められる。なおA部落民以外の男性と婚姻した女子孫は、離婚して旧姓に復しない限り、配偶者が死亡するなどしてA区内で独立の世帯を構えるにいたったとしても、入会権者の資格は取得できない。

さらに1審判決によれば、現会則では女子孫および会員の長男のうち一定要件を充足する者は部落民会の会員としては扱われないものの、入会補償金の分配は受けることができるケースがあるとのことであるが、この場合の女子孫と上記オでふれている独身の女子孫との異同は現在筆者には不明である。

なお序にのべておくと1審判決はこのように説明したうえで、現在実際に部落民会の正会員として認められている女性（前述のように女子孫でないケースもある）は約80名程度（全会員数は450名程度）、入会補償金の分配を受けている女性は約50名程度と認定しているが、2審判決や最高裁判決にはこのような統計の言及はない。

いずれにしろ、本件原告26名は以上にのべた例外的に入会権者資格や入会補償金受給資格をもつ女子孫にも該当しないとして（より具体的にいえば、被告部落民会側は本件女子孫26名はA区に居住はしているが、他部落出身者と婚姻した者であるとしている－上記オの末尾参照）、これまで被告部落民会の会員たる地位や入会補償金の分配を認められなかったため、前述のようにこうした女子孫についての取扱いが合理的理由を欠き、憲法14条1項および民法1条の2の趣旨に違反するとして提訴したものである。

判決は1審<sup>(17)</sup>は請求容認、2審<sup>(18)</sup>は逆に請求棄却、最高裁<sup>(19)</sup>は一部破棄差戻・一部上告棄却とそれぞれに分かれているが、先ず1審判決からみることにしよう。

1審判決は会員資格を原則として男子孫に限定する会則を有効とする被告部落民会の主張の根拠を、(1) 旧慣に基づく、(2) 女性にも一定の措置を講じている、(3) 原告らはA部落民以外の者と婚姻している、の3つに要約し、それぞれについて合理的な理由が認められるか否かを検討する。すなわち、「本件で問題とされているような性別のみを理由として異なった取扱いがなされている場合には、当該取扱いについて、これを正当化する合理的な理由が存しない限り、当該取扱いに関する定めは、法の下での平等、性別による差別禁止を規定する憲法14条1項、両性の平等を定める民法1条の2の趣旨に違反し、公序良俗に反するものとして、民法90条により無効となるといわなければならない」とする立場、いわゆる人権規定の私人間効力の問題についての通説的立場から検討するのである。すなわち、1審判決は判断に当たって入会権の特性をとくに考慮することなく、本件を男女労働者の昇進・昇格差別等と同様の通常の性差別の合理性の問題として扱う傾向が強いように見受けられる。

こうした検討の結果、旧慣に基づくとの第1の根拠については1審判決は先ず確かにA部落においては本件入会権について、基本的には男性を中心とする「家（世帯）」単位に帰属するものとして取扱う旧慣が存するものと認められ、そうすると、このような旧慣に従って、会員資格を本件入会地払下げ当時の住民の男子孫に限定する規定が設けられたとの被告部落民会の主張もあながち否定はできないとする。被告部落民会の旧慣の解釈や理解それ自体は誤りではないとするわけである。しかし判決は直ちに語を継いで、このように会則の男子孫規定部分が旧慣に従って定められたとしても、そもそもそのような旧慣自体が、「入会権の帰属主体とされる家長は、男性である」との旧慣を前提とするものであって、合理的な理由なく女性を男性と差別するものであるから、結局当該男子孫規定部分は、女性を女性であるが故に合理的な理由なく男性と差別

する規定であるといわざるを得ず、被告部落民会が挙げる第1の根拠は採用できないとする。

第2の、女性にも一定の措置を講じているとの根拠についても、被告部落民会が主張する措置は男子孫の配偶者や女子孫が一時的、例外的、かつ限定的に男子孫の会員たる資格を承継するというものにすぎないこと等を指摘し、「かかる措置が講じられているからといって、直ちに本件土地払下げ当時の住民の子孫であるが故に当然に正会員たる資格を認められる男子孫との取扱いの差異を補完し得るものではない」として退ける。

さらに第3の、原告らがA部落民会以外の者と婚姻しているとの根拠についても同様に、本件払下げ当時の住民の男子孫が他部落出身者と婚姻しても何ら会員資格を失うことはないのに、女子孫のみ他部落出身者と婚姻したというだけで、会員資格を有しないという取扱いをすることに、およそ合理的な理由は認められないとして簡単に退ける。こうして1審判決は被告部落民会の有効との主張を否定し、諸会則の男子孫規定部分は憲法14条1項および民法1条の2の趣旨に反し、男女間の平等的取扱いという公序に違反するものであるから、民法90条により無効というべきであるとするのである。

まことに明快であり、一読直ちにその趣旨を理解できる判決ではあるが、それは反面そもそもこのように法違反が明白といえるのであれば、本件提訴時（平成14年）までなぜ男子孫規定が存続し得たのか、いい換えると、1審判決では本来検討の対象とされるべきであるにもかかわらず、ふれられていない、あるいは重要視されていない論点や視点があるのではないかと疑問を直ちに抱かせる判決でもある。

なおそのことに関連していうと、1審判決は以下にみるように2審判決や最高裁判決が入会権者の資格に関する慣習中の男子孫要件と並ぶもう一つの重要な要件とする一家の代表者（世帯主）要件（前掲の慣習のウ参照）には上にみたように何らふれていない。これは被告部落民会の成立過程や現会則からすれば、部落民会の会員となるには男子孫という性別要件を除けば、本件入会地払

下げ当時のA部落民で入会権を有していた者の子孫であること（血縁的要件）と、現にA区域内に住所を有し居住している者であること（地縁的要件）を充足することが必要不可欠であり、かつ、それで十分であるという認識によるものであるが、こうした世帯主要件の無視には入会権論からみれば違和感があることは否定し難いとの批判がある<sup>(20)</sup>。

2審判決は先にものべたように冒頭に会則の概要をまとめつつ、それとは別に過去の本件入会地の入会権の取得の実際、会則の会員資格に関する規定やその変遷、会則の運用の実際等を検討し、総合した結果として、すでに最高裁判決のまとめとして紹介した項目を本件入会地の入会権の得喪についてのA部落の慣習として掲げる。

そしてこの慣習が公序良俗に違反して無効であるか否かを検討するのであるが、上述のように1審判決が現行のA部落の入会権者資格のうち原告26名がそれを充足しないとして入会権者資格を否認される基になっているのは男子孫要件であり、またそれが唯一であるとして、もっぱらこの要件のみを検討・判断の対象にしたのに対し、2審判決は慣習のうちのA部落の居住者全員ではなく、一家の代表者（世帯主）に入会権者資格を限定する世帯主要件と、他部落出身者と婚姻した女子孫は離婚して旧姓に復しない限り、A部落内に居住していても入会権者たる資格を認められないとの要件（以下「復姓要件」という）の2つを検討・判断の対象とする。つまり1審判決は論点をストレートに男子孫と女子孫の差別の合理性の問題ととらえて判断したのであるが、2審判決は原告である26名の女子孫全員が他部落出身の者と結婚したが、現在A区に居住している者であるという本件の具体的事情の下で、その入会権者資格の有無に最も直接的に関わると思われる2つの要件について先ず判断するのである。

そして第1の世帯主要件については2審判決は、本件入会地についての入会権は、A部落の構成員（部落民）に総有的に帰属する権利であるが、ここでいう構成員（部落民）とは、当該共同体に居住する家族を含めた居住者全員を指すものではなく、A部落内に世帯を構える一家の代表者を指すものと解すべき

であるとする。

すなわち入会権は一家の代表者に属するとの慣習を是認するわけであるが、2審判決はその理由として先ずこのことは本件入会地の払下げ以来の経緯に徴しても明らかであるという。しかし経緯が慣習の重要な要素となっているわけであるから、この経緯に基づく慣習を経緯に照らして是認しているかのような最初の説明にはいささか疑問が残るが、おそらく判決が入会権は一家の代表者にのみ属するとの慣習を是認する主たる理由は、それに続く、「そもそも入会権は、家ないし戸を基本単位とする封建社会の生活共同体において、当該生活集団としての部落を構成する部落民に総有的に帰属する権利として発祥したものであるという歴史的沿革に照らしても、入会権の帰属主体としての部落民とは、生活の基本単位である家ないし戸の代表者を指し、入会権は、家の代表者からその後継者へと承継されるのを原則とすると解するのが自然な理解というべきである」という、入会権の本質論ともいうべきものであろう。

さらに判決は、もう1つの理由として、性別に関わりなくA区の居住者全員が入会権ともつという原告の主張を前提にすると、入会権者の子孫であってA区内に居住する者は乳幼児にいたるまで全員が当然に本件入会地の入会権を取得し、入会権者として入会補償金の分配を請求することができ、その結果居住者数の多い家族ほど多額の分配金を受領できることとなってしまう、却って各戸間の不公平、不平等が生じるという不合理な結果を招来してしまうことを挙げる。ただ入会補償金というまでもなく入会地から必然的に生じるわけではなく、偶々本件入会地が米軍基地として提供されているという一時的な事情から生じたものであるから、そうした偶然の事情を世帯主要件の合理性の理由にするのがはたして妥当か、この説明にも疑問が残るところである。

いずれにせよこうして2審判決は入会権者を一世帯につき1名のみとすることが不合理ということはできないし、このことを前提に入会権者の資格を世帯主に限定するA部落の慣習が公序良俗に違反し無効であるともいえないというべきであるとするのである。その結果26名の原告中の世帯主要件を主張立証し

ない24名は入会権者資格を取得できないとされることになる。

さらに判決は復姓要件についてもそれなりに理由があるとする。その根拠は、仮に、他部落の男性と婚姻したにもかかわらず、配偶者が死亡したために、女子孫がA部落で独立の世帯を構えるにいたったときには、当該女子にA部落の入会権者たる資格を認めるとすれば、当該女子はA部落民として入会権者たる資格を有しながら、夫の有していた他部落民としての入会権者たる資格を取得するという不都合な事態が生ずる可能性も否定できないのに対し、男子孫については、實際上、そのような事態が生ずることは想像し難いということである。ただ判決もこうした二重資格の取得の可能性という理由が必ずしも十分に説得的ではないと自覚はしているようで、復姓要件については、「当該慣習が公序良俗に違反して無効であるとままではいえない」(傍点筆者)と、世帯主要件の場合と比べてやや後退した表現をしている。確かに判決のいう、復姓要件を設けないと女子孫は2つの入会権をもつ可能性があるのに対し、男子孫の場合はそういう事態は想定し難いという理由がどれほど実態に即したものか疑問が残るが<sup>(21)</sup>、こうして世帯主要件は充足する2名の原告も結局は入会権者の資格を取得することはできないとされるのである。

2審判決はこのように入会権者資格のうち先ず26名の原告の具体的生活事情に直接対応する要件について判断したうえで、最後に、「なお、補足的に判断するに」として、いわば事案の根幹部分ともいべき男子孫要件について見解をのべる。その際判決は男子孫と女子孫とで取扱いに差異を設けるべき必要性ないし合理性はとくに見当らないというところから出発するが、それがそのまま貫徹されるわけではない。むしろ逆に、「しかしながら、入会権は、過去の長年月にわたって形成された各地方の慣習に根ざした権利であるから、そのような慣習がその内容を徐々に変化させつつもなお現時点で存続していると認められる以上は、その慣習を最大限に尊重すべきであって、上記のような慣習に必要性ないし合理性がないということのみから直ちに当該慣習が公序良俗に違反して無効であるということとはできない」とのべ、慣習についての必要性な

いし合理性の存否の判断のレベルと比べて公序良俗違反の有無の判断のレベルは緩やかであること、長年存続していることにはそれなりの意味があるものとして最大限尊重さるべきことを説くのである。

後者の指摘は、前述したようにともすれば入会権についての慣習をその歴史性にとらわれず、それ自体として現代の法原理で判断しようとしているかに見える1審判決とは対照的に、2審判決ができるだけ現代の法原理によるストレートな判断を抑える態度をとっていることを如実に示していて、両判決の基本的態度の違いが浮き彫りになっているが、男子孫要件が公序良俗に違反するか否かの結論については2審判決は、「公序良俗に違反するとま・で認めることはできない」(傍点筆者)とする(この場合も世帯主要件に比べて是認の表現は後退している)。

入会権が家の代表ないし世帯主に帰属する権利であって当該入会権者からその後継者に承継されてきたという歴史的沿革、歴史的社会的にみて家の代表者ないし跡取りと目されてきたのは多くの場合男子(とくに長男)であり、現代においても通常そうであることは公知の事実といえること、A部落民会以外の入会団体のなかにも男子孫要件を設けている団体が少なからず存在することなどに照らせば、入会権者としての資格を定めるに際し、男子と女子とで同一の取扱いをすべきことが、現代社会における公序を形成しているとまでは認められないというのが主たる理由である。

このように2審判決は世帯主要件、復姓要件、男子孫要件のいずれも公序良俗違反とはいえず、26名の原告は全員入会権者たる資格を取得することができないとするのであり、1審判決とは正反対の判決であるが、それに対し最高裁はそのどちらにも与せず、いわば中間的立場をとっている。このあたりの構図は前稿のI-1で扱った「国立『大学通り』高層マンション訴訟」の場合といささか類似しているが、最高裁は2審判決で世帯主要件を欠くとして請求を棄却された24名については上告を棄却し、復姓要件を欠くとして同じく請求を棄却された残りの2名については2審判決のその部分を破棄差戻しているの

である。

最高裁は本件に係る入会権者の資格要件の慣習を、①入会権は一家の代表者としての世帯主に限定されるという世帯主要件と、②入会権者の資格は原則として男子孫に限られ、A部落民以外の男性と婚姻した女子孫は離婚して旧姓に復さない限り入会権者の資格は認められないという男子孫要件に分け、それぞれについて公序良俗違反か否かを判断する。2審は上述のように先ず慣習のうちの世帯主要件と復姓要件の公序良俗違反性について検討し、それぞれを違反しないとしたうえで、26名の原告のこうした要件の充足性を判断して全員について請求棄却の結論を出し、その後補足的に男子孫要件の公序良俗違反性についてふれるというやり方をしているが、最高裁は世帯主要件については2審と同様のやり方をしているものの、2審のいう復姓要件と男子孫要件についてはそのように分けずに、男子孫要件として一括して検討しているのである。

これが最高裁判決の第1の特色であるが、第2の特色は慣習について2審のようにそれが存続していること自体には特別の意味をみることなく、やはり合理性をもつか否かの判断に服するとしていることである。慣習は慣習であるがゆえに有効なのではなく、そこに現在の価値基準に照らしても合理性が認められる場合にのみ有効となるのである。滝井補足意見はこのことを、「地域社会における人々の生活関係の中で形成された慣習であっても、今日の市民社会において合理性を持たないものに規範性を認めることはできず、そのことはその内容が地方の慣習により定まるものとされている入会権においても例外ではない」とのべるが、この判断態度も2審判決とは異なるところである。

具体的に最高裁の判断をみると、世帯主要件については、入会権は権利者である入会部落の構成員全員の総有に属し、個々の構成員は、共有におけるような持分権を有するものではなく、入会権そのものの管理処分については入会部落の一員として参与し得る資格を有するのみである等の入会権の内容、性質等や、2審判決も説示するとおり、本件入会地の入会権が家の代表ないし世帯主としての部落民に帰属する権利として当該入会権者からその後継者に承継され



てきたという歴史的沿革を有するものであることなどにかんがみると、各世帯の構成員の人数にかかわらず各世帯の代表者にのみ入会権者の地位を認めるという慣習は、「入会団体の団体としての統制の維持という点からも、入会権行使における各世帯間の平等という点からも、不合理ということはできず、現在においても、…世帯主要件を公序良俗に反するものということとはできない」とする。

こうして入会団体としての統制の維持、すなわちその円滑な組織運営のためには、関係者全員ではなく、世帯という関係者の生活の基本単位の代表者のみがメンバーとなることが適当であること、およびそのことは世帯間の権利の平等をはかる所以でもあることを根拠に、世帯主要件を合理的と判断するのである。こうした理由づけは2審判決にはみられないものであるが、おおむね説得的かつ合理的であって、妥当な判断として受け入れられるであろう。

他方男子孫要件については、最高裁は男女の本質的平等を定める日本国憲法の基本的理念に照らし、入会権を別異に取り扱うべき合理的理由を見出すことはできないとの基本的立場に基づき判断して、そこには世帯主要件とは異なり、入会団体の団体としての統制の維持という点からも、入会権の行使における各世帯間の平等という点からも、何ら合理性がなく、また女子の入会権者の資格について一定の配慮をしていることも、それによって男子孫要件による女子孫の差別を合理化するものではないとする。入会団体の統制の維持と入会権行使における各世帯間の平等という視点はこのように世帯主要件のみでなく、男子孫要件の合理性を判断する基準にもなっているのであるが、こうして男子孫要件は性別のみによる不合理な差別として民法90条の規定により無効であると解するのが相当であるとされるのである。ここではとくに復姓要件は取り上げられていないが、それは復姓要件の根本にあるのは女子孫と男子孫の差別であるから、この差別の不合理さを指摘すれば、当然復姓要件の不合理性は明らかになると考えられたためであろう。

かくて最高裁は2審判決が原告のうち24名について、家の代表者としての世

帯主であることの主張立証がないとして、本件入会地の入会権者の資格を取得した者とは認められないとし、A部落民会の会員であることを否定したことは正当として是認することができるが、男子孫（復姓）要件を有効として、世帯主要件を充足する残りの2名についてもA部落民会の会員であることを否定した判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があり、原判決のその部分は破棄を免れないとする。そしてこうした見解の下に2名の請求の当否についてさらに審理を尽くさせるために、上記部分につき原審に差し戻すのが相当であると結論するのである。

このように1審判決は本件に係るA部落の入会権者資格の慣習と被告部落民会が主張する要件のうち、有効と認められるのは血縁的要件と地縁的要件のみであるとし、2審判決は世帯主要件、復姓要件、さらには男子孫要件も無効とはいえないとする（ただしその際のべたようにそれぞれの要件が無効でない旨をのべる表現にはニュアンスの差がある）のに対し、最高裁は血縁的要件・地縁的要件と世帯主要件を有効な要件とするのである。2審判決の復姓要件や男子孫要件を無効ではないとする理由がさほど説得的ではなく、したがって判決全体も妥当性や明快性を欠く印象を免れないのに対し、最高裁判決は意味は異なるが、1審判決と同様に明快であり、また入会権の性質を考慮に入れている点で妥当とも評価されよう。

ただそれでも不明な点や疑問が感じられないわけではない。例えば原告側は一貫して血縁的要件と地縁的要件以外の慣習の存在を否定し、仮に存在としてもそれは封建制度である家制度を前提にするものであって公序良俗に違反し、無効であると主張してきたが、こうした立場からすると世帯主要件の充足を主張立証する必要や契機は見出せないことになるから、原告側は自らそのことに関する特段の主張立証をすることはなかったものと推測される。にもかかわらず原告26名中2名は、戸籍筆頭者であり、世帯主であるが、残りの24名はそうではなく、したがって入会権者資格の要件の1つである世帯主要件充足の主張立証がなされていないと2審判決は認定し、最高裁判決もそれを受け継い

でいる。原告側が血縁的要件と地縁的要件を充足することの証拠として住民票の写しや戸籍謄本等の書類を提出したという事情があり、それに拠ったものかと推測されるが<sup>(22)</sup> (住民票の写しをみれば、そのみで当該原告が世帯主であるかや戸籍筆頭者であるかが分かる)、あるいは訴訟の過程で別途主張立証が求められたのであろうか。仮に前者だとした場合、そのことを2名については世帯主であることの主張立証があったが、24名についてはそれがなかったと判断して妥当なのであろうか<sup>(23)</sup>。

もっともこれはいわば素朴で非本質的な疑問であるが、もう1つはより基本的な疑問である。

判決文からする限り、26名の原告について明らかなのは、女子孫であること、A部落以外の出身の男性と婚姻したこと、現在A部落に居住していること、2名は世帯主・戸籍筆頭者であるが、24名はそうではないこと、世帯主・戸籍筆頭者である2名は夫と死別していること、のみで、それ以外のこと、とくに原告のほとんどである世帯主ないし戸籍筆頭者でないといわれた24名の具体的なその生活実態は明らかではない。すなわち親族宅に寄寓するなどして、独立の世帯を構えていないため世帯主要件を充足していないとされることになったのか、あるいは独立の世帯を構えてはいるが、他部落出身、すなわち男子孫でない夫が世帯主となっているため (通常は夫が健在ならそういう例が多いであろう)、世帯主要件を充足していないとされ、また従来その世帯は部落民会の会員資格をもつ者を含まないとされて入会補償金の分配も受けられなかったのか等の事情が明らかでないのである。仮に後者のようなケースがあるとすれば、今回の最高裁判決の判旨からしてもこうした世帯は原告である女子孫は世帯主でないため、また世帯主である夫は血縁的要件を充足しないため、それぞれ会員資格をもたないことになり、したがって依然その世帯は部落民会の会員をもたない世帯とされて、入会補償金の分配も受けられないという不利益を受け続けることになる。最高裁判決が是認する世帯主要件は血縁的要件と合わせると、こうした結果をもたらすおそれがあるのである。これはやはり男子孫を

含む世帯との差別＝世帯間差別であり、同時に男子孫と女子孫間の差別でもあるというべきであろう<sup>(24)</sup>。最高裁判決の一見合理的な世帯主要件もそれをそのまま解釈適用すると、こうした形の差別を依然として残すことになるおそれがあるのである。したがってこうした差別を解消するには、独立した世帯を構えている夫婦のうちの妻の方が血縁的要件を充足する場合は、たとえその者が形式的には世帯主要件を充足していないとしても、実質的には充足するものとして扱う等の柔軟な対応が必要であろう。

註

- (17) 那覇地判平成15・11・19判時1845号119頁。
- (18) 福岡高那覇支判平成16・9・7判時1870号39頁。
- (19) 最判平成18・3・17民集60巻3号773頁。
- (20) 吉田克己「入会部落の慣習に基づく入会集団の会則のうち入会権者の資格を原則として男子孫に限定し同入会部落の部落民以外の男性と婚姻した女子孫は離婚して旧姓に復しない限り入会権者の資格を認めないとする部分が民法90条の規定により無効とされた事例その他」判時1968号（判例評論582号）195頁。
- (21) 吉田克己上掲判批196～197頁。
- (22) 2審判決が、原告26名が本件入会地が払い下げられた当時のA部落の住民で本件入会権を有していた者の子孫であって、現在A区域内に住所を有している者であることを認定する根拠として挙げている甲号証の番号と、26名を2名と24名に分ける根拠とした甲号証の番号は同じである。
- (23) 上告受理申立理由をみると、直接この問題にふれてはいないが、原告も被告も部落民会会則の男子孫要件規定の合理性を争っているにもかかわらず、原判決は会員資格の有無は慣習に基づく入会権者たる資格の有無によって判断されるべきとしていて、このことは民事訴訟の大原則である弁論主義に違反するとしている。
- (24) 吉田克己前掲判批196頁、および吉田邦彦「1 入会部落の慣習に基づく入会集団の会則のうち入会権者の資格要件を一家の代表者としての世帯主に限定する部分が公序良俗に反しないとされた事例 2 入会部落の慣習に基づく入会集団の会則のうち入会権者の資格を原則として男子孫に限定し同入会部落の部落民以外の男性と婚姻した女子孫は離婚して旧姓に復しない限り入会権者の資格を認めないとする部分が民法90条の規定により無効とされた事例」民商法雑誌135巻4＝5号766～769頁がこのことを強調する。なおその他に筆者が参照した文献は、佐々木雅寿「入会権者の資格要件と平等原則」平成18年度重判解12頁、中村忠「入会権を有した部落民の子孫らによって組織された権利能力なき社団に対して、会員資格を原則として男子孫に限るとした規定は、男女平等の趣旨に反し、公序

良俗に違反して無効であるとして、会員であることの地位確認等の請求を容認した第1審判決を取消し、請求を棄却した事例」判時1888号（判例評論556号）175頁等である。

## II - 3 国籍法違憲訴訟

### 1 従来判決

本節では外国人を母とし、日本人を父とする非嫡出子である原告らが、父の認知により日本国籍（以下原則として単に「国籍」という）を有していることの確認を求めた訴えに対する平成17年4月13日の東京地裁判決<sup>(25)</sup>（以下「平成17年判決」という）、平成18年2月28日の東京高裁によるその第2審判決<sup>(26)</sup>（以下「平成18年2審判決」という）、および平成18年3月29日の東京地裁判決<sup>(27)</sup>（以下「平成18年判決」という）の3つの判決を考察するが、最初に問題の一般的状況とこれまでの関連判例を概観しておくことにしよう。

現行国籍法は帰化によるそれを別にすれば、国籍の取得については、「出生による国籍の取得」（生来的取得）と「準正による国籍の取得」（伝来的取得）の2つを定めている。そして具体的には前者については2条1号で、「出生のときに父又は母が日本国民であるとき」は子は日本国民とすると定め（2条にはそのほかに2号と3号もあるが、本節の検討には直接関係ないので、それについては省略する）、それを補完拡充する後者については3条で、「① 父母の婚姻及びその認知により嫡出子たる身分を取得した子で20歳未満のもの…は、認知をした父又は母が子の出生のときに日本国民であった場合において、その父又は母が現に日本国民であるとき、又はその死亡の時に日本国民であったときは、法務大臣に届け出ることによって、日本の国籍を取得することができる。2 前項の規定による届出をした者は、その届出の時に日本の国籍を取得する」と定めている。なお2条1号にいう「父又は母」とは、単なる血統上の親子関係の謂ではなく、法律上の父または母の意であると解されている。

そこでこの2つの規定によって具体的に考えてみると、嫡出子の場合は、上述のように2条1号は父母両系血統主義をとっているから、父母のいずれかが日本人の場合は当然同条号により出生と同時に国籍を取得する。また非嫡出子の場合も母が日本人の場合は、判例上法律上の母子関係は分娩という事実によって当然に発生するとされているので<sup>(28)</sup>、やはり2条1号によって出生と同時に国籍を取得し、母は外国人であるが父が日本人であるケースでも、父が胎児認知をした場合は、出生時において法律上の父子関係が成立していることになり、同様に2条1号により出生と同時に国籍を取得することになる。

しかし外国人を母とし、日本人を父とする非嫡出子のケースで、父の認知が出生後であった場合は、「出生の時に父…が日本国民であるとき」という要件を満たさないため、当該非嫡出子は2条1号によって国籍を取得することはできないと解される。もっとも上述のようにこうした非嫡出子もその後父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した場合は（準正子）、3条により届出によって国籍を取得することができるが、このように外国人を母とし、日本人を父とする非嫡出子は、出生後の認知により法律上の父子関係が成立しても、それだけでは国籍の取得ができないことになっているのである。すなわち繰り返していえば、日本人の父から生後認知を受けた場合、民法上は認知の効力は出生時に遡るとされているものの、国籍法上は認知に遡及効はないと解されているため（このことについては後述する）、その父と子には出生時点において法律上の親子関係が存在していないこととなり、2条1号は適用されず、また3条は生後認知を受けた非嫡出子であって、父母の婚姻により嫡出子としての身分を取得した準正子についてのみ国籍を取得させることを定めているから、この要件を充足しない非嫡出子は同条によっても国籍を取得することはできないのである。

本節が検討する3判決の対象となる事案はこの最後者のケースに関わるものであり、いずれもフィリピン人を母とし、日本人を父とする非嫡出子の法定代理人（親権者＝母）が、出生後に父から認知を受けたこと（なお認知について

は父が自ら認知したケースと、地裁と家裁により認知する旨の判決が言渡され、あるいは審判がなされたケースがある)を理由に法務大臣あてに子の国籍取得届を提出したところ、上記のような国籍法の規定と解釈により国籍の取得を認められなかったため、父母の婚姻および嫡出子たることを国籍取得の要件とする3条(具体的には3条1項)は憲法14条1項に違反し、無効であるなどと主張して、原告らが日本国籍を有していることの確認を求めたものである。

ところでこれまでのべてきたところから明らかなように、2条1号の適用において外国人を母とし、日本人を父とする嫡出子と非嫡出子(胎児認知を受けた場合を除く)では区別があり、また非嫡出子間でも胎児認知を受けた場合と生後認知を受けた場合とではやはり区別があるうえ、生来的取得を補完拡充する3条の適用においても上記のように準正子と準正子でない非嫡出子とでは区別があるなど、国籍法は非嫡出子について幾重もの国籍取得上の区別を含んでいるため、本節の対象である上記の3つの判決以前にも、その解釈や合憲性が争われることがあった。

その代表例が、日本人である父がフィリピン人である母から生まれた子を出生の約2年9か月余りに後に認知したことにより、2条1号に該当する(すなわち認知には遡及効がある)とし、また国籍法に関しては認知の遡及効を認めないとの解釈は嫡出子と非嫡出子、胎児認知と生後認知の不合理な差別であり、憲法14条1項に違反するなどとして、国に対し、子が日本国籍を有することの確認と、国籍を有する者として扱われなかったことによる慰謝料の支払いを求めた事案であるが、そこでは主たる争点である2条1号とともに、本節の対象である3つの判決の主たる争点である3条についても関連してふれられているので(後にみるように、2条1号の適用において認知の遡及効を否定する被告(国)側は、通常は3条1項の趣旨もその根拠とするので、認知の遡及効を主張する原告側は3条1項の違憲も主張することになるのである)、この事案についての大阪地裁、大阪高裁、最高裁のそれぞれの判断を先ずみることにしよう。

生後認知された非嫡出子に2条1号の適用があるか、いい換えると国籍法上民法の場合と同様に認知に遡及効が認められるかどうかという第1の争点については、すでにそれ以前に下級審決定・判決が否定的判断を示していたが<sup>(29)</sup>、大阪地裁判決<sup>(30)</sup>も同様にそれを否定する。

否定の根拠は国籍法改正の経緯と、すでに何度も言及している現行国籍法3条の趣旨の2つであるが、そのことをまとめて簡単に説明すれば、次のとおりである。

明治32年に制定された最初の国籍法（以下「旧法」という）は、「子は、出生のときその父が日本人であるときはこれを日本人とする」と父系血統主義による国籍の生来的取得を定めていたが、またそうした生来的取得と伝来的取得をとくに区別することなく、日本人の妻、入夫または養子となった外国人、および日本人である父または母によって認知された子なども国籍を取得するものとして、身分行為による国籍の取得を広く認めていた。しかし昭和25年に制定された新たな国籍法（以下「新法」という）は、こうした身分行為による国籍の取得は明治憲法下の家制度に由来し、日本国憲法が謳う個人の尊厳と両性の本質的平等に反するとして、認知によるそれも含めて全面的に廃止し、国籍の取得原因を出生と帰化の2つのみとした。ところがこの新法は、出生による取得については旧法の父系血統主義をそのまま残していたため、さらに昭和59年に新法の改正が図られ（この改正後の国籍法を「現行法」という）、父系血統主義が父母両系血統主義に改められたが、その際また出生と帰化の他に、それを補完拡充する準正という新たな国籍取得原因が設けられた。

大阪地裁判決はこうした経緯を総括して、「旧法には、認知による国籍取得の規定が置かれていたが、右規定は昭和25年の新法制定により全面的に削除されたうえ、昭和59年改正による現行法では、準正による国籍の取得についての規定（3条）が新設されたのである。右の準正は、父母の婚姻と父による認知とを要件とするものであるから、原告の主張するような解釈論（すなわち認知は出生の時に遡って効力を生じると解すべきであり、本件のように出生後に



日本人である父に認知された場合も、「出生の時に父…が日本国民であるとき」という2条1号に該当するとの主張(筆者)を採ると、右の3条の規定は無意味な規定ということにならざるを得ない。したがって、右のような国籍法改正の経緯および現行法の3条の趣旨からすると、現行法は、認知そのものを日本国籍取得事由とはしていないこと、すなわち、国籍法上は、認知の効果を遡<sup>さく</sup>求<sup>もと</sup>させないとの立場をとっていることは明らかである」と結論する。

このように大阪地裁判決は旧法が認めていた認知等の身分行為による国籍取得原因を新法は廃止し、それを出生と帰化に限定したこと、新法を改正した現行法でも準正という国籍取得原因を新設したが、その準正は父母の婚姻とその認知を要件とするものであり、認知そのものを国籍取得事由とはしていないことなどに照らすと、現行国籍法が認知の効果を遡<sup>さく</sup>及<sup>およ</sup>させないとの立場をとっていることは明らかであるとするのである。

この大阪地裁判決の翌年最高裁も別事件で、「同法(国籍法―筆者)3条の規定に照らせば、同法においては認知の遡<sup>さく</sup>及<sup>およ</sup>効は認められていないと解すべきであるから、出生後に認知がされたというだけでは、子の出生の時に父との間に法律上の親子関係が存在していたということはできず、認知された子が同法2条1号に当然に該当することにはならない」としたが<sup>(31)</sup>、その後と言渡された本件第2審大阪高裁判決<sup>(32)</sup>もこれら2つの判決と同様の判断をしている。ただこの大阪高裁判決は国籍法が準正による国籍の取得を届出の時からとし、また帰化によるそれを官報における告示の日からとして(10条)、出生による国籍の取得と区別していることから、同法全体の趣旨として、国籍の浮動性防止の考え方(生来的取得は、原則として出生の時点においてできる限り確定的に決定されるべきとの考え)が採られているとして、認知の遡<sup>さく</sup>及<sup>およ</sup>効を否定する根拠をさらに補強している。

なお本件の最高裁判決<sup>(33)</sup>(以下この判決を「平成14年最高裁判決」という)は上告理由のうち、以下にみる第2の争点である2条1号の憲法14条違反という部分と3条の憲法14条違反という部分(後者については後にふれる)につい

てのみ論じ、その余の上告理由は違憲をいうが、単なる法令違反をいうもの、またはその前提を欠くもので、民訴法が上告理由として定める事由のいずれにも該当しないと退けており、認知の遡及効そのものについての判断はとくに示していない。

第2の争点である2条1号の適用において認知の遡及効を認めないとの解釈は嫡出子と非嫡出子、胎児認知と生後認知の不合理な差別であり、憲法14条1項に違反するとの主張についても、判決はいずれもそれを退ける。

そのうち平成14年最高裁判決は、国籍の得喪に関する法律の要件における区別が憲法14条1項に違反するかどうかは、その区別が合理的な根拠に基づくものということができるかどうかによって判断すべきであるとしたうえで、国籍の生来的取得について父母両系血統主義を採用している2条1号の趣旨は単なる人間の生物学的出自を示す血統を絶対視するのではなく、子の出生時に日本人の父又は母と法律上の親子関係があることをもって、我が国と密接な関係があるとして国籍を付与しようとするものであるとする。そして、「生来的な国籍の取得はできる限り子の出生時に確定的に決定されることが望ましいところ、出生後に認知されるか否かは出生の時点では未確定であるから、法2条1号が、子が日本人の父から出生後に認知されたことにより出生時にさかのぼって法律上の父子関係が存在するものとは認めず、出生後の認知だけでは日本国籍の生来的な取得を認めないものとしていることには、合理的根拠があるというべきである」と比較的簡単な論旨で2条1号を合憲と判断している。

これに比べると大阪地裁判決の合憲性判断はかなり詳細であり、また大阪高裁判決のそれはさらに詳細であるが、両者の基本的な判断のポイントはほぼ重なっているので、ここでは大阪地裁判決の合憲性判断の中心部分のみを紹介することにしよう。大阪地裁は、「現行法は、血統という単なる自然的・生理的要素を絶対視することなく、親子関係を通じて我が国との密接な社会的結合が生ずる場合に国籍を付与するとの基本的立場に立っているものということができる。すなわち、嫡出子については、父又は母のいずれが日本人であるかを問

わず、親子の実質的結合関係が生ずるから、日本国籍を付与するについて問題はない。しかしながら、非嫡出子については、親子の実質的結合関係は一律ではなく、民法上非嫡出子は、母の氏を称し（民法790条2項）、母の親権に服する（民法819条4項）ものとされていることから明らかなとおり、父子関係は、母子関係に比較して実質的な結合関係が希薄であるのが通常である。現行法は、右の親子関係の差異に着目し、親子関係が希薄な場合の国籍取得について、段階的に一定の制約を設けたものと解することができる。…右の現行法の基本的立場は、現今の国籍立法政策上合理性を欠くものとはいえず、このことに準正による国籍取得や簡易帰化等の補完的な制度を具備していることをも合わせて考慮すると、現行法が一部の非嫡出子について原告が指摘するような取扱いの区別をもうけたことには、合理的な根拠があるというべきであって、立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えたものということとはできない。したがって、右の区別は、憲法14条の平等原則に照らして不合理な差別ということとはできない」とするのである。

比較してみると、平成14年最高裁判決が親子関係の存在による我が国との密接な関係にも言及はするものの、国籍の浮動性防止の視点から2条1号を合憲としているのに対し、大阪地裁判決は2条1号を、親子関係を通じて我が国との密接な社会的結合が生ずる場合に国籍を付与するとの基本的立場（親子の実質的結合関係の濃淡によって国籍の取得に差異を設けるとの考え方）に立つものとし、こうした基本的立場は国籍立法政策上合理性を欠くものとはいえないとしていて、合憲との結論は同じくしながら、その理由づけにおいては両判決はいささかポイントを異にしているように見受けられる。ただどちらの立場に拠るにせよ、合憲論は必ずしも説得的とは思えないが、本節では3条の合憲性に関する3判決を主たる対象とするので、2条1号の合憲性の問題についてはこれ以上はふれない（すぐ次に紹介する平成14年最高裁判決における梶谷裁判官と滝井裁判官の補足意見が2条1号を含む国籍法の規定の不合理さの一端を指摘している）。

なお前述のように、原告は本件においてこの3条の合憲性についてもふれ、嫡出子と非嫡出子との間で国籍取得に差異をもたらすことを設ける同条項は、社会的身分による差別として許されず、無効であると主張している。それについて大阪地裁判決は格別の判断は示さず、また大阪高裁判決も、「控訴人は、右規定は嫡出子と非嫡出子との間で国籍取得に差異を設けることをもたらすから、社会的身分による差別として許されず無効であると主張するが、右3条の規定自体には何らの無効事由はなく、右主張は理由がない」と簡単に退けているが、それに比べると平成14年最高裁判決はややくわしく3条の合憲性についてふれている。

もっとも法廷意見は、ふれてはいるものの、「論旨は、嫡出子と非嫡出子との間で国籍の伝来的な取得の取扱いに差異を設ける法3条は憲法14条に違反するというものである。しかし、仮に法3条の規定の全部又は一部が違憲無効であるとしても、日本国籍の生来的な取得を主張する上告人の請求が基礎づけられるものではないから、論旨は、原判決の結論に影響しない事項についての意見を主張するものにすぎず、採用することができない」と、内容に立入ることなく簡単に退けている。

このことはおそらく2条1号の合憲性の判断において、平成14年最高裁判決が前述のように地裁判決や高裁判決と異なり、親子関係の差異は理由とせず、国籍の浮動性防止をその趣旨とし、それを合理的として2条1号を合憲と判断したことと関係するであろう。すなわちこうすれば認知の遡及効の否定とその合憲性は2条1号のみによって根拠づけられ、とくに3条1項を援用する必要性はないことになるから、3条1項の合憲性について判断する必要はないし、またその判断の如何が2条1号適用の有無の結論に影響を及ぼすこともないのである。逆にいえば、父子関係と母子関係の差異を根拠とする地裁判決と高裁判決の2条1号の合憲論は、実はそれと明示的に言及はしていないものの、実質的には3条をも合憲とするものであったといえよう（繰り返しのべたように、日本人を母とする非嫡出子は2条1号により国籍を取得するのに対し、日

本人を父とする非嫡出子はそれができないから、その限りでは親子関係の差異が確かに2条1号の適用において異なる結果をもたらすが、しかしそうした親子関係の差異から日本人父による認知の遡及効の否定を導き出すことはできない。そのためには平成14年最高裁判決のように2条1号に国籍の浮動性防止の目的をみるか、あるいは3条の趣旨を援用することが必要であるが、地裁判決や高裁判決は先にみたように3条の趣旨を援用しているものであり、したがってその憲法判断は原告の2条1号の違憲無効の主張に沿ってなされるものの、結論はこれも先にみたように2条1号に限定することなく、3条を含む「現行法の基本的立場」を合理的として容認するものとなっているのである。

ただし平成14年最高裁判決には3条の合憲性に関し、3人の裁判官の補足意見が付されており、とりわけ梶谷裁判官と滝井裁判官の補足意見は踏み込んだ判断を示している。

すなわち両裁判官は、「法3条が準正を非嫡出子の国籍取得の要件とした部分は、日本人を父とする非嫡出子に限って、その両親が出生後婚姻をしない限り、帰化手続によらなければ日本国籍を取得することができないという非嫡出子の一部に対する差別をもたらすことになるが、このような差別はその立法目的に照らし、十分な合理性を持つものというのは困難であり、憲法14条1項に反する疑いが極めて濃いと考える」とのべ、その所以として、原判決は国籍法は親子関係を通じて我が国と密接な関係を生ずるという場合に国籍を付与するという立場をとっているとするが、実は国籍法はそのような立場を貫徹せず、不合理な点を含んでいることを指摘する。

例えば確かに子が婚姻家族に属しているということは、その親子関係を通じて我が国との密接な関係の存在を窺わせる大きな要素とはいえるが、今日では国際化が進み、価値観が多様化して家族の生活の態様も一様ではなく、それに応じて子供との関係もさまざまな変容を受けており、婚姻という外形を採ったかどうかということによって親子関係の緊密さを判断することは必ずしも現実には符合せず、したがって、親が婚姻しているかどうかによって子の国籍の取

得に差異を設けることに格別の合理性を見出すことは困難であるとする。さらにまた国籍法は父母が婚姻関係にない場合でも、母が日本人であればその子は常に国籍を取得することを容認しているのであるから、実際には国籍法自身婚姻という外形を国籍取得の要件を考えるうえで必ずしも重要な意味をもつものではないという立場をとっていると解されること、また2条1号によれば日本人を父とする非嫡出子であっても、父から胎児認知を受ければ一律に国籍を取得するのであって、この場合は親子の実質的結合関係は全く問題にされないこと、父子関係と母子関係の実質に一般的に差異があるとしても、それは多分に従来の家庭において父親と母親の果たしてきた役割によることが多いのであり、むしろ、今日、家庭における父親と母親の役割も変わりつつあるなかで、父子関係と母子関係の差異は国籍取得の要件に差異を設ける合理的な根拠とならないことなどをのべて、国籍法の趣旨が一貫しないことや、それが必ずしも適切ではないことを指摘する。

加えて両裁判官は、国籍の取得は基本的人権の保障を受けるうえで重大な意味をもつものであって、本来日本人を親として生まれてきた子供は、等しく日本国籍をもつことを期待しているものというべきであり、その期待はできるだけ満たされるべきことや、嫡出子と非嫡出子とで異なる取扱いをすることの合理性に対する疑問がさまざまな形で高まっている今日、両親がその後婚姻したかどうかといった、自らの力によって決することのできないことによって差を設けるべきではないことなども説いて、3条が憲法14条1項に違反する疑いが極めて濃いと理由を詳細に示すのである。

ただしこの補足意見では、憲法14条1項違反の疑いが濃い国籍法3条1項に妨げられて国籍を取得できない非嫡出子を、どのようにして救済するかについてまではふれられていないが、そのことも含めて、梶谷裁判官と滝井裁判官によりこうして提起された問題を真正面から争った事案の判決が、本節の主たる対象である3判決である。以下この3判決の検討に進むことにしよう。

## 2 近年の3判決

事案はすでにのべたように、いずれも日本人を父とし、フィリピン人を母とする非嫡出子（原告ら）が出生後父親から認知を受けたことを理由に法務大臣あてに国籍取得届を提出したが、国籍取得の条件を備えているものとは認められないとの通知を受けたため、認知を受けた非嫡出子について、父母の婚姻があったときに限り日本国籍の取得を認める国籍法3条1項の規定は非嫡出子の一部について差別をもたらすものであって、憲法14条1項に違反し、無効であるとして、原告らが日本国籍を有することの確認を求めたものであるが（もっとも併せて2条1号の適用による国籍取得の確認を請求しているケースもあるが、この問題についてはすでにのべているので、その部分については論及は省略する）、平成17年判決、平成18年判決のいずれも興味深い判旨を展開して請求を認容したのに対し、平成18年2審判決は平成17年判決を取り消し、原告の請求を棄却するという対照的な判断を示している。

先ず平成17年判決からみると、同判決は最初に国籍の得喪に関する法律要件における区別が憲法14条1項に違反するかどうかは、その区別が合理的な根拠に基づくものということができるかどうかによって判断すべきであるとの一般的立場をのべたうえで、現行国籍法における外国人父（日本人母）および外国人母（日本人父）の非嫡出子の国籍取得の区別について説明する。しかしこれはすでに何度も説明したことなので紹介は省略して判決の次の展開をみると、3条1項の立法趣旨が現行法の法案審議の際の質疑と答弁を手掛りに探られ、結局、「法3条1項の基本的思想は、国籍法が基調とする血統主義を前提としつつ、出生時に日本人父と法律上の親子関係を有していなかったことから…、法2条1号によっては日本国籍を付与されなかった日本人の実子について、届出によって補完的に日本国籍を認めようとしたものであるが、ただ、血統主義の観点だけからみれば同じ日本人の実子であっても、父親から認知を受けたにすぎない子の場合は父親と生活上の一体性を欠くことが通常であり、親子関係

が希薄であることから、我が国との結びつきも強いとはいえないという理由で国籍付与の対象から除外したものであると理解することができる」と結論されている。

そしてこうした立法理由に基づく準正子と準正子でない非嫡出子についての国籍付与の区別の合理性が検討されるのであるが、この検討は被告（国）が区別の合理性の根拠とした4点、すなわち、①準正子は日本国民である父と共同生活を送っている者が多いと想定され、したがって我が国との結びつきが強いといえるのに対し、準正子でない非嫡出子の場合には必ずしもそうとはいえないこと、②準正子でない非嫡出子にも国籍取得を認めた場合には、国籍取得のための仮装認知が横行するおそれがあること、③嫡出子と非嫡出子とで区別した取扱いをすることは民法等においても認められており、そのような区別は我が国の伝統、社会事情、国民意識等を反映した結果なのであるから、合理的な根拠を有すること、④準正子でない非嫡出子も帰化制度を利用することによって国籍取得が可能であるから、不当な結論がもたらされるわけではないこと、という4つの主張に即して行われる。つまり上にみた立法趣旨からすれば、当然①がメインの根拠になるわけであるが、国が併せて②～④をも区別の合理性の根拠として主張したため、平成17年判決は合理性の検討をそれらの根拠も含めて行っているのである。

ただ②については、準正子ではない非嫡出子に国籍取得を認めたからといって、仮装認知が横行するおそれがあるというような社会的事実が認められるかどうかについては疑問が存し、また現行法の3条1項においては認知によって日本国民との法律上の親子関係が成立することから直ちに国籍取得が認められるわけではなく、したがって実質のない仮装認知が直ちに国籍取得という結果をもたらすともいえないこと、③については、確かに民法では790条、819条、900条等において、子の氏、親権者、相続分等について嫡出子と非嫡出子とで異なる取扱いをする旨の定めを置いているが、扶養義務の存否等（877条）、両者の区別を設けていない場合もあり、また民法上の上記各規定上嫡出子と非嫡



出子とで異なる取扱いがされているからといって、国籍取得についても同様の結論になるべきであるということとはできないこと、④については、3条1項による国籍の伝来的取得と帰化とではその要件が異なるだけでなく、3条1項の場合は要件が満たされれば当然に国籍取得が認められるのに対し、帰化が認められるかどうかは最終的には法務大臣の裁量判断に委ねられている点において決定的な違いがあり、帰化を3条1項の代替的手段として位置づけることは到底困難であること、等をのべて、比較的簡単にいずれも区別の合理性を基礎づける事由となり得ないものというべきであるとし、やはり問題は①によって区別の合理性を基礎づけることができるかどうかに帰着するとする。

この点につき平成17年判決は、国籍の伝来的取得について日本国民との間に法律上の親子関係が生じたことに加え、我が国との間に一定の結びつきが存することを要求することそれ自体には、合理的な理由があるとし、また我が国との間に国籍取得を認めるに足りる結びつきが存するかどうかは、何らかの指標に基づいて定めざるを得ないところであるし、その指標として、日本国民である親と、その認知を受けた子を含む家族関係が成立し、共同生活が成立している点を捉えることそれ自体にも一応の合理性を認めることができるものというべきであるとする。

しかし平成17年判決は、そのことと現実の3条1項の規定の合理性とは別問題であるとする。すなわち3条1項は、同判決のいう家族関係や共同生活が成立している「指標」を父母の法律上の婚姻に特定しているのであるが、平成17年判決は日本人である親とその認知を受けた子を含む家族関係や共同生活は父母の法律上の婚姻関係が成立した場合にのみ営まれるものではなく、いわゆる内縁関係として、父母が事実上の婚姻関係を成立させ、認知した非嫡出子とともに家族としての共同生活を営む事例が少なくないことは周知の事実であるとする。こうした家族関係の多様化は上にのべたように平成14年最高裁判決の梶谷裁判官と滝井裁判官の補足意見も指摘するところであるが、平成17年判決はこうしたことからすれば、父母が法律上の婚姻関係を成立させている場合とそ

うでない場合とで、家族としての共同生活の実態が類型的に異なると認めるに足りる事情が存するものとはいいい難いと指摘し、「そうすると日本国民を親の一人とする家族の一員となっている非嫡出子として、我が国との結びつき点においては異ならない状況にあるにもかかわらず、その父母の間に法律上の婚姻関係が成立している場合には国籍取得が認められるのに、法律上の婚姻関係が成立していない場合にはそれが認められないというのは、我が国との結びつきに着眼するという国籍法3条1項本来の趣旨から逸脱し、また、それ自体としても合理的な区別の根拠とはなり得ない事情によって、国籍取得の有無についての区別を生じさせるものであって、そこには何らの合理性も認めることができないものというべきである」と結論する。

要するに3条1項は、我が国との間に、日本国民としての資格を与えるのにふさわしい結びつきが存在する場合に国籍を付与するという基本的な考え方においては合理性を有するが、この結びつきを父母の法律上の婚姻があった場合にのみ認めると規定する点においては合理性を欠くとするのである。かくて、「以上の次第で、法3条1項は、準正子と、父母が法律上の婚姻関係を成立させてはいないが、内縁関係（重婚的なものも含む。）にある非嫡出子との間で、国籍取得の可否について合理的な理由のない区別を生じさせている点において憲法14条1項に違反するものというべきである」と判断されるのである。

ここまでは学説にもそのようなものが多く<sup>(34)</sup>、また平成14年最高裁判決の梶谷裁判官と滝井裁判官の補足意見も説くところであって、スムーズに理解できるが、しかし平成17年判決はそれで終らず、このように3条1項が憲法14条1項違反ということになると、そのことによって3条1項の規定（文言）や解釈にどのような影響が生じるかが次の問題であるとする。分かり難い行論であるが、要するに具体的には3条1項のうちのどの文言がとりわけその違憲性に直結しているのかを確定し、その合憲的解釈の可能性はないかを探ろうとするのである。そのねらいが3条1項を単に違憲無効としたまま終れば、肝心の、原告の救済がはかれないおそれが生じるという問題点を克服することにあるの

はいうまでもないであろう。

当然平成17年判決がこうした観点から着目する3条1項の文言は、「父母の婚姻」と「嫡出子」の2つであるが、それらについて合憲的解釈を試みた結果、同判決は、「父母の婚姻」という文言については、今日においては、内縁関係も、法律上の婚姻関係と同様あるいはこれに準ずる保護を与えられていることを考慮すると、それは法律上の婚姻関係に限らず、内縁関係も含む趣旨であると解することは不可能ではないと解されるとする。このように合憲的解釈は具体的には合憲拡張解釈として展開されるのである。

他方「嫡出子」という文言については、それはあくまでも父母の間に法律上の婚姻関係が成立していることを当然の前提とした文言であると解せざるを得ないから、内縁関係から生まれた子も含むような合憲拡張解釈は不可能であり、やはり3条1項は「嫡出子」としての身分を取得した場合にのみ国籍取得を認める旨の定めをしている点において一部無効であると解するほかはないとする。しかし平成17年判決はこのことは、「別の言い方をすると、『嫡出子』という文言のうち、『嫡出』の部分は一部無効となるということである」と解説する。すなわち平成17年判決は、3条1項は「嫡出」という無効な文言を含むため全体として無効となるのではなく、逆に「嫡出」という無効な文言が消去された条項として有効に存続し続けるとするわけである。

こうして平成17年判決は、「そうすると、一部無効とされた後の法3条1項の規定は、父母の婚姻（内縁関係を含む）及びその認知により嫡出又は非嫡出子たる身分を取得した子について、一定の要件の下に国籍取得を認めた規定と理解すべきことになる」とする。すなわち平成17年判決は、3条1項の「婚姻」は法律上の婚姻のみならず、内縁関係をも含み、また「嫡出子」は「嫡出」が消えて単に「子」となるから、準正子のみならず、準正子でない非嫡出子も届出による国籍取得者に含むものと理解されるべきであるとするのである。

繰り返していえば、こういう判旨の展開の基本にあるのは、単純に3条1項を違憲無効とすれば、結果は国籍の取得原因を出生と帰化に限っていた新法の

時代に戻るだけのことであって、明らかに差別を受けている原告の救済には何らつながらないという認識である。この点は確かに以下にみるように平成18年2審判決や平成18年判決でもふれられ、あるいは意識されている点であるが、とはいうものの、このような認識に基づき、3条1項をその「婚姻」は内縁関係も含み、「嫡出子」は「嫡出」の部分が消えて単に「子」となった規定とすることによって、原告を救済しようとする平成17年判決の立場が、原告の救済に適うものではあっても、簡単に無条件の支持を得ることは困難であろう。

当然それは司法の役割を超えて、実質的には新たな国籍取得条項を創設する立法行為ではないかとの批判を招来することが予想されるのである。また平成17年判決のこうした判断の前提には、その一部が憲法違反とされた条項の効力について、その無効とされた部分以外はそのまま効力を維持するという理解があるが、はたしてそのように理解してよいかも論が分かれるところであろう。さらにそもそも準正子と準正子でない非嫡出子とで国籍取得に区別を生じさせている点で3条1項は憲法14条1項に違反すると平成17年判決がいう場合は、当然3条1項の「父母の婚姻」を法律上の婚姻と解してそういつているわけである。ところが一旦はそうしながら、次にはこのようにして憲法14条1項に違反する3条1項の「父母の婚姻」という要件は、実は法律上の婚姻のみならず、内縁関係も含む意として解釈することができるとの論をのべている。このように自らの当初の理解を否定するような首尾一貫しないかにみえる行論を展開している点も問題であろう。

まさに以上に指摘したような問題点をとらえ、平成17年判決を否定したのが平成18年2審判決である。同判決は3条1項の合憲性を判断するに当たって先ず、原告主張のように、「仮に同項（3条1項―筆者）の規定が無効であるとすれば、父母の婚姻及び父による認知要件を具備した子において日本の国籍を取得する規定の効力が失われるだけであって、そのことから、被控訴人（原告―筆者）の主張するような出生した後父から認知を受けたが、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の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といわざるを得ない」という。同判決はさらに念を押して、原告主張のように、仮に3条1項が違憲無効とすれば、準正子でない非嫡出子のみならず準正子も国籍を取得することができなくなり、両者の間には国籍取得上の区別がなくなるから、原告は両者間の区別を不合理とする主張を維持することができなくなることも明らかであるともいう。

論議がこうした方向に進み、それで終ることへの懸念が平成17年判決の根底にあったことについては繰り返しのべたが、平成18年2審判決もこのようにいうものの、しかし、流石にこうした形式論のみで終ることにはちゅうちょがあったようで、続いて、原告の主張の真意を斟酌すると、それは父母は婚姻関係にないが、事実上の婚姻と同視し得る内縁関係にあるのであるから、日本人である父による生後認知を受けた原告についても、3条1項を類推適用し、あるいは同条項の拡張解釈によって、国籍の取得を認めるべきであるとの主張とみる余地もないではないとして、この観点からの検討を行う。いうまでもなく、こうした考え方は平成17年判決のとり立場であるから、ここにおいて平成18年2審判決と平成17年判決の展開がかみ合う可能性が生じたことになるわけである。

しかしながら平成18年2審判決は、平成17年判決と異なり、国籍法については、規定する内容の性質上、元々法律上の文言を厳密に解釈することが要請されるものであり、立法者の意思に反するような拡張ないし類推解釈は許されないというべきであるとし、「法第3条1項は、『父母の婚姻及びその認知により嫡出子たる身分を取得した子』とその要件を明示し、『婚姻』、『認知』あるいは『嫡出子』という概念によって、立法者の意思が一義的に示されているものである上、同項が、血統主義に基づく日本国籍の取得における原則を定めた法第2条第1号の適用のない者について、日本国籍取得を認める例外的、補完的な性質を有する規定であって、本来むやみに拡張を許すべきものでないことを考えれば、法第3条第1項の類推解釈ないし拡張解釈によって、被控訴人の日本国籍取得を認めることはできないものというほかはない」と結論する。こう

して平成17年判決の判旨は否定されるのである。

なお平成18年2審判決は原告の主張を、3条1項の「婚姻」ないし「嫡出子」を要件とする部分だけを違憲無効とし、もって同項を原告の国籍取得を可能にするよう拡張ないし類推解釈するべきであるとの主張と解する余地もないではないが（次にみるように平成18年判決はこうしたやり方をしている）、「それは、結局、裁判所に類推解釈ないしは拡張解釈の名の下に国籍法に定めのない国籍取得の要件の創設を求めるものにほかならないというべきところ、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許されないものというほかない」ともいう。こうした立法作用に踏み込むものとの批判は平成18年2審判決の判旨からすれば、平成17年判決にも当てはまるものであるが、こうして平成18年2審判決は、仮に3条1項の一部または全部が無効であったとしても、そのことから当然に原告が日本国籍を取得することにならないし、また、原告が3条1項の類推適用ないしは拡張適用によって、日本国籍を取得したということもできないとして、平成17年判決を取り消して、原告の請求を棄却し、またその直後に言渡された平成18年判決がとったような立場も退けるのである。

ただ以上の説明から明らかなように、平成18年2審判決は、3条1項の規定の文言の一義的明確性に照らせば、原告の請求は認められないとし、また仮に3条1項が違憲無効であっても、そのことは原告の主張の認容につながるわけではないとするにとどまって、それ以上3条1項の合憲性について判断しているわけではない。

しかし平成18年判決は同様の事案について、平成18年2審判決はもちろん、平成17年判決も超えて、より広範な憲法判断を行っているのである。

同判決は先ずその一部が違憲無効とされた条項の効力等をめぐる問題について、「なお、仮に国籍法3条1項が憲法14条1項に違反して無効であるとしても、これまで国籍法3条1項によって認められていた準正による嫡出子の国籍取得が認められなくなるだけのことであり、このことによって非嫡出子である

原告らの国籍取得原因が発生することにはならないから、原告らの主張には理由がないのではないかと懸念も生じ得る。しかしながら、原告らが主張しているのは、国籍法3条1項全体の違憲無効ではなく、届出による国籍の取得を認める同項のうち、『父母の婚姻』及び『嫡出子たる身分』の部分の違憲無効であり…、これが認められれば、同項によって、日本国民である父又は母の認知と届出のみによって日本国籍を取得することが可能となるから、原告らの主張、すなわち、準正要件の違憲性を判断することには、意味があるということができる」とする。いうまでもなく、平成18年2審判決のような行論を排し、またその一部が違憲無効な条項は、その部分を除いて存続し、適用され得る可能性があるとする立場の表明であり、前にのべたようにこうした理解については論が分かれることが予想されるものの、このことが判決の一貫した基調となっている。

そして平成17年判決と同様、3条1項が準正を国籍取得の要件とした部分は、日本国民を父とする非嫡出子に限って、その両親が婚姻をしない限り、法律上の親子関係が認められても、届出により日本国籍を取得することができないという、非嫡出子の一部に対する大きな区別をもたらすことになり、このような区別によって非準正子の被る不利益の深刻さや、区別の大きさ等にかんがみると、この区別は、合理的な根拠に基づくものであるとはいえず、憲法14条1項に反する不合理な差別であるといわざるを得ないとする。

この合理的な根拠を欠くとの判断は具体的には、被告（国）が3条1項の合理性の根拠とした、①我が国との強い結びつきないし帰属関係の指標としての父母の婚姻、②法律婚の尊重、③準正要件の基準としての客観性、④偽装認知のおそれ、⑤各国の法制度、等の理由の詳細な検討と、それらがいずれも準正要件の合理性を基礎づけることはできないとの結論に拠るものであるが、それは平成17年判決が、国が3条1項の合理性の根拠として挙げた4つの主張（前述の①準正子は日本国民である父と共同生活を送っているものが多いと想定され、したがって我が国との結びつきが強いといえるのに対し、準正子でない非

嫡出子の場合は必ずしもそうとはいえないこと、をはじめとする④までの主張)についてのべたことと重なるところが多いので、ここでは紹介は省略する。

ふれるべきは、こうして3条1項を憲法14条1項違反とした後の判決の展開である。そのことにつき平成17年判決は、「憲法違反とその効果」というタイトルで論を進め、先にみたように、「父母の婚姻」とは法律上の婚姻のみならず、内縁関係も含むと解し得るとし、ただ「嫡出子」については、「嫡出」の部分是一部無効とせざるを得ないとして、結局3条1項は内縁関係を含む父母の婚姻およびその認知により嫡出子または非嫡出子の身分を取得した子について、一定の要件の下に国籍の取得を認めた規定と理解すべきことになるのであるが、平成18年判決は、「国籍法3条1項が違憲となる範囲」というタイトルの下に、それと一部重なりつつ、また異なるところもある論を展開する。

すなわち同判決は、3条1項の基本的思想は、(1) 国籍法が基調とする父母両系血統主義を前提として、出生後に日本国民である父と法律上の親子関係があると認められるにいったものの、出生時には、これが認められなかったために、同法2条1号によっては日本国籍を付与されなかった日本国民の実子について、父母両系血統主義を徹底、拡充するため、届出によって日本国籍を取得させようとしたものであり、(2) ただ、同じ日本国民の実子であっても、父親から認知を受けたにすぎない非嫡出子の場合は、父親と生活上の一体性を欠き、家族としての共同生活が認められないのが通常であって、そのため我が国との結び付きも強いものとはいえないという理由で、国籍付与の対象から除外したものであると理解することができるとし、(1)の部分には合理性が認められるが、上述のように、(2)の部分には合理性があるということとはできないことになるとする。

ここまでの展開は、表現は異なるものの平成17年判決と同様であるが、平成18年判決はそれから先の展開において平成17年判決と異なるところをみせる。すなわち平成18年判決は、次の課題はこの(1)の部分と(2)の部分が不可分一体のものか否かを検討することであるとし、このことの結論として、(1)と(2)の立法



者意思に対応する部分、すなわち、後者の準正要件と前者のその余の要件は、本来的、論理的には可分なものであるとするのである。また3条1項の全部を合憲有効と解することはできないとしても、他方同項の全部を違憲無効とすれば、2条1号の場合しか国籍の取得は認められず、出生後に法律上の親子関係を認められた子の国籍取得の余地は全くなってしまうが、生後認知を出生後の事由として国籍の取得原因とすることには合理性があり、また3条1項を制定した立法者の最大の眼目は、国籍取得の要件を拡大して、父母両系血統主義を拡充し、日本国民の実子は日本国籍を得られるであろうという国民的な期待に応えることにあったと考えられることに照らすと、拡大、拡充に不十分な点があるからといって、3条1項の全部を違憲無効とすることは不合理であり、むしろ立法者の意思に反するというべきであるともする。こうして(1)の部分と(2)の部分は本来的、論理的に可分であるのみならず、立法者の意思からしても可分であると解すべきことになる。

そして平成18年判決はこうした判断を受けて、2条1号は法律上の親子関係を要求するものの、父母の婚姻関係まで要求していないことにもかんがみれば、2条1号による国籍の付与をさらに拡充する規定である3条1項の中核的要件は(1)の部分、すなわち日本国民である父または母から認知された子は法務大臣に届け出ることによって、日本の国籍を取得することができるとする部分であって、準正要件は中核的要件ではないと解するのが相当であるとする。

したがって平成18年判決はこのように、(1)と(2)の両部分が本来的に可分であり、準正要件については合理性が認められず、また、準正要件は規定の中核的なものではないと解される以上、3条1項のうち、準正要件を定める部分（条文の文言でいえば、「婚姻及びその」ならびに「嫡出」の部分）のみを違憲無効と解すべきであると結論するのである。同判決はこのように3条1項の規定につき、その一部は違憲無効であるが、残余の部分は有効なものとして存続すると解する理由を、「仮に、このような規定の一部分の違憲無効を認めないとすると、国籍法3条1項が憲法14条1項に違反して無効であるとしても、非準

正子たる原告らの国籍が認められる余地はなくなってしまう、原告らは、同項全体が違憲無効であるとして被告の立法不作為を争うしかなくなるが、これは余りに迂遠であり、結局、原告らに対し実質的な救済までの道を長くすることとなり、相当とはいえないと考える」と説明するが、それがまた平成17年判決の、「嫡出」の部分の無効、合憲的解釈による残余の部分の有効という結論の理由でもあることは前述したところである。

ただ比較してみると、平成17年判決はできるだけ違憲無効の部分限定しようとして、「嫡出」というごく限られた部分のみを無効とするのに対し、平成18年判決は「嫡出」と「婚姻」の両方を無効としているという違いがある。「婚姻」という文言は3条1項の制定時にはやはり法律上の婚姻として理解され、今日においてもそう解するのが通常であるから、違憲判断としては平成18年判決の方が自然であると思われる。

筆者は日本人父より生後認知を受けた非嫡出子が国籍取得上被る差別と不利益の大きさを考慮すれば、こうした平成18年判決のような判断方法、すなわち3条1項の「婚姻」と「嫡出」の部分が無効とし、同条項を生後認知を受けた準正子でない非嫡出子も国籍を取得することができることを認めた規定とするとともに、「届出」の部分を残して、その時より国籍取得の効果が発生することによって、同条項を生来的取得を定めた2条1号とは異なる存在意義をもつものとする解釈方法も、応急的な救済策としては認めざるを得ないかと考えている。

しかしこうした3条1項を違憲ならしめている部分を除いて同条項を活かすという平成18年判決のようなやり方によるにせよ、あるいは3条1項を違憲ならしめている部分をできるだけ合憲的に解して同条項を適用するという平成17年判決のようなやり方によるにせよ、そうしないと全体が違憲無効となつて、原告の救済方法がなくなるという理由をいくら説いても、またそうした解釈方法がアメリカの憲法判例の可分性の法理<sup>(35)</sup>によって根拠づけられ得ると主張しても、いずれも常に司法による事実上の立法作用であるとの批判を招来

することは避けられないと思われることは前述したとおりである。国籍ということの重大性からすれば、こうした対立や紛争の余地を残しておくのは好ましいことではなく、また被告（国）側の種々の合理性の主張にもかかわらず、準正子と準正子でない非嫡出子の区別の不合理さ、憲法14条1項違反性は否定し難いから、準正子と準正子でない非嫡出子の区別の是正はやはり、国籍法の改正という明確な方法によることが望ましく、至急そのことがなされることが必要であろう。

#### 註

- (25) 東京地判平成17・4・13判時1890号27頁。
- (26) 東京高判平成18・2・28家庭裁判月報58巻6号47頁。
- (27) 東京地判平成18・3・29判時1932号51頁。
- (28) 最判昭和37・4・27民集16巻7号1247頁。
- (29) 東京高決昭和55・12・24判時993号56頁、東京地判昭和56・3・9判時1009号41頁。
- (30) 大阪地判平成8・6・28判タ928号64頁。
- (31) 最判平成9・10・17民集51巻9号3925頁。
- (32) 大阪高判平成10・9・25判タ992号103頁。
- (33) 最判平成14・11・22判時1808号55頁。
- (34) 奥田安弘・家族と国籍〔補訂版〕135～136頁、鳥居淳子「国籍法上、認知に遡及効を認めないことの合憲性及び人権諸条約への適合性」ジュリスト1197号94頁、国友明彦「家族と国籍」（日本と国際法の100年第5巻所収）121頁、佐野寛「出生後の認知による国籍取得を認めないとする国籍法2条1号の解釈の合憲性」判時1837号（判例評論539号）167頁、二宮周平「国籍法における婚外子差別の検討」ジュリスト1078号49頁等。
- (35) この法理については、芦部信喜・憲法訴訟の理論172～174頁参照。

#### 追記

本節で平成18年判決と略称している平成18年3月19日の東京地裁判決については、平成19年2月27日に東京高裁より2審判決が言渡されている。それは本節で平成18年2審判決と略称している平成18年2月28日の東京高裁判決とほぼ同様の理由により、原判決を取消し、被控訴人（原告）の請求を棄却するものであったが、最高裁大法廷は本節脱稿から間もない平成20年6月4日これ

ら2つの東京高裁判決を破棄し、上告人（原告）は国籍法3条1項の規定により、日本国籍を取得したものと解するのが相当であるとした。その理由は平成18年判決とほぼ同じであるが、この最高裁大法廷判決については、同様に前稿で高裁判決まではふれたが、その脱稿後間もなく言渡された住基ネット訴訟最高裁判決（最判平成20年3月6日）とともに、稿を改めて論じる予定である。