

平等分野における違憲審査手順について

大石和彦

はじめに

1. 「三段階」ではなく「二段階」なのはなぜか？
 - (1) 無いのは3つのうちのどの段階？
 - (2) 平等分野における違憲審査対象とは？
 2. 平等分野における違憲審査スタンスの決定要因とは？
 - (1) 総説
 - (2) 憲法14条1項に照らした審査における「属性」の役割とは？
 - i) 判例の基本的立場
 - ii) 民主過程を通じた是正可能性
 - iii) まとめ
 - (3) 不平等配分されている利益の重要性という観点が果たす役割とは？
 3. その他の考慮事項
 - (1) ある属性に直接着目した区別と間接的に着目した区別との間の違い
 - (2) 当該法令中において違憲審査対象規範が占めている位置
- むすび

はじめに

本稿筆者は平等分野の最近の判例につき、いくつかのコメントを書く機会を持ったが¹⁾、それらの作業の中で見出した事の中間報告を含め、平等分野にお

1) 大石和彦・筑波ロー・ジャーナル15号111頁(2013)、同「婚外子法定相続分規定違憲決定」公法研究77号107頁(2015)、同「『国籍法違憲判決』は『郵便法違憲判決』又は『在外国民選挙権訴訟』判決と似ているか？」松井茂記・長谷部恭男・渡辺康行(編)『自由の法理—阪本昌成先生古稀記念論文集』(成文堂2015)419頁、同「国籍法12条が規定する国籍留保制度の合憲性」『平成27年度重要判例解説』(ジュリ1492号)14頁(2016)。

論説（大石）

いてある程度一般化し得ると思われる、違憲審査手順を構成する諸要素につき、以下にまとめておくことにした。

なお、本稿において2回以上言及する判例（および本稿における略称）は以下のとおり。

待命処分合憲判決：最大判昭和39年5月27日・民集18巻4号676頁（昭和39年判決）

尊属殺重罰規定違憲判決：最大判昭和48年4月4日・刑集27巻3号265頁（昭和48年判決）

衆議院中選挙区定数配分規定違憲判決：最大判昭和51年4月14日・民集30巻3号223頁（昭和51年判決）

サラリーマン税金訴訟：最大判昭和60年3月27日・民集39巻2号247頁（昭和60年判決）

婚外子法定相続分規定合憲決定：最大決平成7年7月5日・民集49巻7号1789頁（平成7年決定）

国籍法違憲判決：最大判平成20年6月4日・民集62巻6号1367頁（平成20年判決）

婚外子法定相続分規定違憲決定：最大決平成25年9月4日・民集67巻6号1320頁（平成25年決定）

国籍法12条合憲判決：最三小判平成27年3月10日・民集69巻2号265頁（平成27年判決）

1. 「三段階」ではなく「二段階」なのはなぜか？

(1) 無いのは3つのうちのどの段階？

憲法上保護された自由に対する制約が違憲かどうかを判定するための手順は、

A：「憲法上保護された自由に対する国による制約」という憲法判断対象がそもそも存在するかどうか？

B：それ（自由に対する制約）は正当化可能か？

の2段階から構成されるが、このうち前者（A）はさらに、

A₁：一方当事者が国によって制約されていると主張している利益が本当に「憲法上保護された」自由なのか？（例えば喫煙の自由が幸福追求権に、本心では謝ってなんかやりたくない気持ちが憲法19条にいう「思想」若しくは「良心」に、又は意見や思想の表現ではなく単なる事実の報道若しくは取材活動が憲法21条1項に言う「表現」に含まれるかどうか？）

A₂：一方当事者が国によって「制約」又は「侵害」されていると主張している利益が憲法による保護の射程に含まれるとしても、国がそれを本当に「制約」していると言えるかどうか？（例えば集会目的で国が設置管理する会場の使用申請がなされたところ、国が使用不許可としたケースと、私有の会場において管理者の承諾を得て行われる集会を国が制約したケースとを比較した場合、集会が憲法21条1項の保護の射程に入ることは疑いないとしても、前者は授益の拒否に過ぎず、後者のように自由の「制約」又は「侵害」、すなわち不利益措置を行ったことにはならないのではないか？）

へと2分することが可能であるため、以上A₁、A₂及びBの3つの段階から成るという意味で、上記プロセスは「三段階審査」と呼ばれている。ところで、自由権分野の合憲性審査手法としては上記「三段階」が語られるのに対し、平等分野の合憲性審査手順は「二段階審査」になるといわれるのだが、なぜだろうか（より精確にいうと、後者に無いのは、前者における3段階のうち、どの1段階なのだろうか。）。

およそすべての憲法14条1項問題は、何らかの利益の不平等配分問題であるが、それらの中には、不平等配分されている利益自体が、憲法14条1項を

持ち出すまでもなく、それ以外の憲法上の条項の保護の射程範囲に含めることが可能な利益だと言えるものも少なくない。例えば昭和51年判決をはじめとする投票価値較差は正訴訟において、憲法14条1項のみならず憲法15条1項および同条3項との適合性も審査されてきたこと、「堀木訴訟」（最大判昭和57年7月7日・民集36巻7号1235頁）においても憲法14条1項問題のみならず、福祉受給権保障（憲法25条1項）に照らした問題としても論じられたことが想起される。これらは両者とも最高裁自身が憲法14条1項以外の憲法条項に言及したケースであるが、最高裁（法廷意見）自身が憲法14条1項以外の憲法条項に言及していないケースの中にも、不平等配分されている利益が憲法14条1項以外の憲法条項の保護の射程に入ると言い得るものがあるように思われる。例えば婚外子法定相続分に関する民法900条4号但し書き旧規定前段の問題も、そこで不平等配分されているのが相続財産である点に鑑みれば憲法29条問題だと言うこともできようし、昭和48年判決にしても、重すぎる刑罰によって処断されない権利（同判決に付された田中二郎裁判官意見は、これを「憲法36条の定める残虐刑に該当するかどうかの」問題だとするが、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第六版）』（岩波書店2015）244頁によれば『『罪刑の均衡』の原則』は憲法31条の要請の一つである。）が、尊属を殺した者とそれ以外の者を殺した者との間で不平等配分されていた問題だと見ることも可能であろう。

もっとも、不平等配分されている利益が常に憲法14条1項以外の憲法上の条項によって既に保護された権利であるとは限らない。平成20年判決を例に言えば、日本国民の子には憲法上の権利として、日本国民たる地位（日本国籍）の取得が保障されているという立場は、法廷意見のみならず、学界の多数が、少なくとも明示的に採るところとは思われない（逆に言えば、不平等配分されている利益そのものが憲法上の権利とは言い難いケースでも憲法問題に仕立てることができる点に、憲法14条1項の特徴があるといえるだろう。）。つまり平等問題については、不平等配分されている利益が憲法上の保護の射程に入るか否かを検討する（すなわち上記A₁に相当する）段階は無用ということになる。

(2) 平等分野における違憲審査対象とは？

憲法14条1項に照らした判断に際しては、上記の通り A₁ 段階の検討が無用であるとしても、そこでもやはり当然のことながら、違憲審査対象が存在する必要がある。平等分野における違憲審査対象とは、人間を複数のグループ（例えば女性と男性、あるいは婚内子と婚外子）に分けた上で、各グループに対する利益配分を不均等に行うこと、一言でいえば、「区別」である。

平等分野の判例の殆どは、区別が合理的（正当化可能）かどうかという、上記図式でいえば B 段階の問題に関するものだが、中にはそもそも憲法上の問題として取り上げるに値するほどの「区別」といえるかどうか（A 段階）が重要な部分を占めたケースもある。夫婦同姓を例にあげよう。婚姻後の姓として、夫の姓を選択することと並んで妻の姓を選択することも民法自体は平等に認めているし、夫の姓を選択した妻が婚姻後も旧姓を通称として用いることが禁じられているわけでもない。問題は、夫側の姓を婚姻後の姓として選択するカップルが9割以上という現在の日本社会の現実に鑑みた場合、法的な区別とは言えないにしても、事実上の区別に当たるといえるかどうか、ここで大きな問題となることがわかる。最大判平成27年12月16日・民集69巻8号2586頁は、上記現実が認められるとしても、それが民法750条自体から生じた「法的な差別的取扱い」とは言えないとして、同規定が憲法14条1項に違反するとの上告人主張を退けた。

人種別学を違憲と断じた、アメリカの有名なブラウン判決²⁾における中心的争点も、「分離すれども平等 (separate but equal)」（人種隔離しても両方の施設とも同レベルであれば区別なし。）という理屈が、当時のアメリカ社会の現実に照らして、学校教育の分野でも妥当するのか、であった。出生届に「嫡出子又は嫡出でない子の別」の記載を求める戸籍法49条2項1号が婚外子に対する差別に当たるとの上告人（原告）主張に対し、その記載がない場合出生届が受理されない可能性がある点は「嫡出子又は嫡出でない子のいずれであっても」

2) Brown v. Board of Edc., 347 U.S.294 (1956).

同じであること等に鑑み、同号により両者（またはその父母）の間に「差異がもたらされるものとはいえない」とした最一小判平成25年9月26日・民集67巻6号1384頁は、まさに「分離すれども平等」型の議論といえよう。

昭和51年判決が語った「投票価値の不平等が、…合理性を有するものとはどうてい考えられない程度に達している」かどうかの問題は、「国会において通常考慮しうる諸般の要素」すなわち差異（区別）を合理（正当）化するB段階の要素を「しんしゃくして」判断されるため、区別そのものの有無の判定というAの段階の問題にとどまるものとは言い難いであろう。

なお、平等が、「等しき者には等しきものを」という要請のみならず、「等しからざる者には等しからざるものを」という要請をも含意するかどうかという問題は、「等しき者に等しからざるものを」与えた場合のみならず、「等しからざる者に等しきものを」与えた場合にも、違憲の疑いのある「区別」と等価のものを観念しうるかの問題といえよう。

2. 平等分野における違憲審査スタンスの決定要因とは？

(1) 総説

次に、B段階での検討手順のうち、違憲審査基準の選択の問題について見て行こう。

平等分野において、現段階での判例としての到達点を示していると解されるのが平成20年判決だ。この事件では、外国人たる母親から生まれ、日本国民たる父親から生後認知を受けた子のうち、父母が法律婚関係にある子のみに限り、法務大臣への届出による日本国籍の取得を認め、婚外子については認めていなかった国籍法3条1項（当時）が憲法14条1項に違反しないかどうか争われた。この問題に関する検討の冒頭、同判決は以下のように述べた。

「日本国籍は、我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な法的地位でもある。一方、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得するか否

かということは、子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない父母の身分行為に係る事柄である。したがって、このような事柄をもって日本国籍取得の要件に関して区別を生じさせることに合理的な理由があるか否かについては、慎重に検討することが必要である。」(傍点大石)

国籍法3条1項(当時)による区別に「合理的な理由」があるか否かについて特に「慎重に」検討することが必要である理由として上記箇所であげられているのは、以下2要因である。

- ① 日本国籍(日本国民たる地位)の重要性
- ② 「父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得するか否かということは、子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない…事柄である」こと

これらを一般化すれば、以下の通りとなる。

- ① 不平等配分されている利益の重要性
- ② 人間の持つ様々な属性のうちのどれに着目した区別か

平成20年判決の上掲引用部分(のうち特に「慎重に」という文言)が、上記2要因を理由として違憲審査スタンスをより厳格化させたものと見ることができるかどうかについては見解が分かれ得るが、さしあたり以下では上記の2つを、平等事案一般に対して適用し得る、違憲審査基準を左右する要因として想定しながら説明する。

(2) 憲法14条1項に照らした審査における「属性」の役割とは?

i) 判例の基本的立場

上記2要因のうち、まずは②から説明することにした。婚外子であること

も、また憲法14条1項列挙事項のいずれも、人間の持つ様々な「属性」だからである。

平等分野の代表判例としては、平成20年判決の他にも、昭和48年判決、昭和60年判決、平成7年決定および平成25年決定などがあるが、以上の全ての判例が必ず引用しているのが、昭和39年判決である。町職員であった原告（上告人）が高齢であることを理由の一つとして町長が行った待命処分（リストラ措置）は、高齢であることという一種の「社会的身分」により差別をしたものであって、憲法14条1項に違反するとの原告側主張に対し、1審は、同項にいう「社会的身分」とは、「人が社会において有する或る程度継続的な地位を指称するのであつて、人の成長に従つて生ずる人の自然的状態である55才以上の者ということは、右にいう社会的身分に該らない」との理由でこれを退け、2審もこれを支持した。これに対し最高裁（昭和39年判決）は、原審の結論（合憲判断）自体は支持したものの、原審（が支持した1審）の理由付けを支持せず、以下のように述べた。

「憲法14条1項…にいう社会的身分とは、人が社会において占める継続的な地位をいうものと解されるから、高令である^(ママ)ということは右の社会的身分に当らないとの原審の判断は相当と思われるが、右…法条は、国民に対し、法の下での平等を保障したものであり、右…法条に列挙された事由は例示的なものであつて、必ずしもそれに限るものではないと解するのが相当であるから、原判決が、高令であることは社会的身分に当らないとの一事により、たやすく上告人の前示主張を排斥したのは、必ずしも十分に意を尽したものとはいえない。しかし、右…法条は、国民に対し絶対的な平等を保障したのではなく、差別すべき合理的な理由なくして差別することを禁止している趣旨と解すべきであるから、事柄の性質に即応して合理的と認められる差別的取扱をすることは、なんら右…法条の否定するところではない。」

憲法14条1項の「人種、信条、性別、社会的身分又は門地」を例示ととら

えた上、そのうちのいずれかに該当するか否かは重視せず（もっといえば、無視して）、もっぱら当該区別が「合理的」といえるかどうかによって判断すべし、というわけである。しかしながら、当該区別が「合理的」かどうか、とだけ問われても、まさに「目盛りのないものさし」（愛媛玉串料訴訟上告審判決〔最大判平成9年4月2日・民集51巻4号1673頁〕における高橋裁判官意見が「目的効果基準」を評して述べた言葉）だし、もしここにいう「合理的」が、アメリカ人が「合理的根拠のテスト（rational basis test）」という時の“rational”と同じだとすれば、平等分野の全ての事案につき緩やかな審査基準を適用すべきだ（厳格度を高めた審査の出番は、平等分野にはない）ということになってしまいそうだ。

いずれにせよ、平成20年判決をはじめ、最高裁による昭和39年判決の度重なる引用には、憲法14条1項列举事項に該当するかどうかは重要ではない、という立場が含意されていると見なければならぬ。そして、「人種、信条、性別、社会的身分又は門地」のいずれかに該当するケースに対しては特に厳格度を高めた違憲審査を行うべきだという学界の有力説は、当該区別が「合理的」かどうか、という図式だけをいつでも使用可能な万能薬のように使い回す（しかも昭和48年判決の後、平成20年判決に至るまでの長い間、投票価値の較差に関する一連の訴訟という特殊領域を除けば、平等分野での違憲判断が皆無であった）当時の最高裁判例の状況に対する異議申立てであったということが出来るだろう。

こうして、違憲と合憲の結論を分ける判別基準として、当該区別が「合理的」かどうか、という底抜けの不確定概念のみしか示されていなかった平等分野における従前の判例に重要な変化が表れた（と解しうる）のが、平成20年判決の上記2要因に依拠した、「慎重な」検討の必要性の指摘なのである。もっとも、平成20年判決も昭和39年判決を典拠判例として引用している以上、婚外子という属性が憲法14条1項列举事項のいずれかに該当するということ、を、「慎重な」検討が必要であることの理由にするわけにはいかない。そこで平成20年判決が注目したのが、婚外子という属性が「子にとっては自らの意思や努力に

よっては変えることのできない」点である。言われてみれば、憲法14条1項列挙事項のうち「信条」以外の属性（人種、性別、門地）も「自らの意思や努力によっては変えることのできない」ものである（「社会的身分」についてもそういえるかは、その言葉の定義の仕方による。）から、平成20年判決の上記のような論の運び方は、憲法14条1項列挙事項を重視する学説の側から見ても、受け入れやすいものであろう。

ii) 民主過程を通じた是正可能性

その社会の中に同じ属性を共有する者がどのくらいの割合いるかという観点も、違憲審査スタンスの寛厳を左右する根拠として援用し得る。例えば最一小判平成15年3月31日・判タ1120号88頁（当時の民法900条4号ただし書に対する違憲主張を、平成7年決定を確認するだけで押し返していた、かつての事案の一つ）において泉徳治裁判官反対意見は以下のように述べている。

「…本件が提起するような問題は、立法作用によって解決されることが望ましいことはいうまでもない。しかし、多数決原理の民主制の過程において、本件のような少数グループは代表を得ることが困難な立場にあり、司法による救済が求められていると考える。」

こうした観点は、格差是正のための積極措置（affirmative action）を違憲とする結論を回避したいがため、違憲審査のハードルをどうしても下げたい人にとっては「渡りに船」だ。格差無き社会という、憲法（14条1項）自身が目指すところを実現するという当該措置の「目的」が良性であることを、審査基準選択論の段階において、基準のハードルを下げるための理由として援用した直後、目的審査の段階で再び同じことを言うという、まるで1回のゲームで同じカードを2回切るような、あまり格好の良くないこと（イカサマ!？）をせずとも、当該措置は多数派に対する不利益措置であるがゆえ、民主過程での是正が困難（厳格度を高めた司法審査の出番）ではない、と言えは済むからである。

なお上記観点からすると、性別も、本人の努力ではいかんともできない生まれによる属性ではあるけれども、有権者の半分は女性だから民主過程における是正可能性がそれなりにあるので、性による別扱いには、少数人種・民族に対する区別（厳格基準が妥当）よりも厳格度を一段落とした中間審査基準を適用すれば足るとの結論が導かれるようにも思えるが（実際芦部上掲書134頁は、「人種による差別は、その合憲性が最も厳格な基準によって司法審査される」とする一方、性による区別については「『厳格な合理性』の基準を適用するのが、妥当である」とするが、憲法14条1項後段の列挙事由内部でのこうした別扱いの根拠については、同書のみからは判然としない。）、有権者ではなく国会議員の中での比率、という観点から見ると、女性国会議員は、少なくとも現下の日本では、圧倒的少数派である（2割にも満たない）ことに鑑みれば、有権者内における人口比のみでそのように割り切ることは、疑問を提起する余地もあろう。またそもそも、当該グループの人数が多ければ多いほどかえって、当該グループは自己に有利な統一行動をとりにくくなる（例えば、数だけでいえば「生産者」よりも「消費者」の方が圧倒的多数派のはずだが、では実際の立法過程が後者に有利な法律を産出する明らかな傾向があると確信する日本社会の住民がどれだけいるだろうか？）という隣接分野からの指摘もあるが³⁾、ここでは立ち入らない。

iii) まとめ

以上述べたことをまとめておく。もちろん我々の解釈対象が成文憲法（憲法典）である以上、そこに書いてあることは出発点としては重要だ。ただ、憲法14条1項列挙事項に該当する場合でも、例えば人種差別に対しては厳格審査で、性差別に対しては中間審査（「厳格な合理性の基準」）を用いるべきだという、いわば列挙事項内部のダブル・スタンダードの根拠は、当然のことながら、

3) これにつき佐佐美誠「司法審査と公共選択：立法裁量論の予備的検討（一）・（二）完」中京法学28巻3・4号86頁（1994）・29巻2・3・4号37頁（1995）、同「利益集団民主制下の公的規制」公法研究60号191頁（1998）。

列挙事項に該当するという事実のみから導出できるわけではない。また列挙事項該当性を重視する学説も、それに該当しないケースについても違憲判断の可能性を認めるので、その場合にどういう理由付けでどの基準を選択するのかという問題も残される。そこに、憲法14条1項列挙事項該当性以外の観点も必要となる理由がある。ここではその具体例として、本人の努力では変更不可能な属性かどうか、さらには、当該属性を共有する者の数が、その社会でどの程度の（当該属性を共有する者が、多数決主義の支配する政治過程を通じ自分たちに不利な立法を是正できる程の）比率を占めているか、という観点を確認した。

（3）不平等配分されている利益の重要性という観点が果たす役割とは？

既に見たとおり、平成20年判決は、婚内子か、婚外子かということが「子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない」属性であることのみならず、日本国籍を持つことが「重要な法的地位」であることをも、国籍法3条1項（当時）の憲法適合性については「慎重に検討することが必要である」ことの理由としてあげていた。日本国籍は、社会権や参政権を含め、日本国憲法が保障する基本的人権をいわばフル規格で享有するために必須の、なるほど確かに憲法上極めて「重要な法的地位」である。

これに対し民法900条4号ただし書（当時）によって不平等配分されていたのは財産的利益（しかも不労所得）に過ぎず、少なくとも日本国民たる地位と同程度に重要だとは言い難いであろう。例えば平成7年決定に付された5裁判官反対意見の以下引用部分は、同規定によって不平等配分されている利益が財産的利益であることから、審査基準は緩やかで良いとする議論を想定し（つつ、それに反論し）たものといえる。

「[民法900条4号ただし書の合憲性]の判断は、財産的利益に関する事案におけるような単なる合理性の存否によってなされるべきではなく、立法目的自体の合理性及びその手段との実質的関連性についてより強い合理性の存否が検討

されるべきである。」(傍点大石)

同じ文脈でいえば、昭和60年判決における合憲判断の背景としては、税というものが財産に対する制約であるという要因、逆に上掲昭和51年判決をはじめとする一連の、いわゆる投票価値の較差是正訴訟におけるいくつかの違憲判断の背景としては、不平等配分されている利益が選挙権という、民主政において重要な権利であったという要因を、無視するわけにはいかないだろう。

3. その他の考慮事項

(1) ある属性に直接着目した区別と間接的に着目した区別との間の違い

以上の2つ(どのような属性に着目した区別か/不平等配分されている利益の重要性)が、平等分野における違憲審査基準の選択に当たり考慮すべき要因としてしばしばあげられてきたものであるが、その段階で考慮すべき要因はそれら2つに尽きるか。平成20年判決と平成25年決定という2つの婚外子差別に関する事案を比較しながら考えてみよう。

まず指摘すべきは、平成20年判決により「部分無効」とされた国籍法3条1項(当時)と、平成25年決定により違憲とされた民法900条4号但書(当時)の間に実は存する、違いである。不平等配分されている利益が、前者では日本国籍という「重要な法的地位」であったのに対し、後者では財産的利益に過ぎないといったことよりも、ここでむしろ注目したいのは、確かに両方とも婚外子のみに対する不利益扱いではあるのだが、後者においては婚外子を劣後して扱うことそれ自体を立法者が、いわば直接的に意図したものであるのに対し、前者における立法者の意図はあくまで、国籍付与対象者を「我が国との密接な結びつきを有する者」のみに限定することであり、婚外子を排除すること自体ではないことだ。ただ、「我が国との密接な結びつきを有する」はずの日本国民たる父と、そうであるとは限らない外国人たる母との間に法律婚関係という「密接な結びつき」がないケースでは、子は母と一緒に外国に住んでおり、「我が国との密接な結びつきを有」しないのが通例だろうという当時の立法者の事

実認識を媒介として、外国人たる母から生まれ日本国民たる父から生後認知を受けた子のうち婚外子のみが、国籍付与対象から外される結果となったのである。これは確かに婚外子に対する差別と言って言えないわけではないが、精確には、婚外子という属性に直接着目した区別なのではなく（そもそも、婚内子か婚外子か、というのはいうまでもなく家族法の関心事であって、国籍法の本来の直接的関心事ではないはずだ。）、ただ婚内子・婚外子の区別と「我が国との密接な結びつき」の有無という国籍法の直接的関心事との間に事実上の結びつきがあると1984年当時の立法者がたまたま考えたがゆえ、それが、いわば間接的に、国籍法の関心の射程に入ったに過ぎない。平成25年決定は、婚外子を相対的不利益対象者とするという立法者の決定の本質部分（価値判断そのもの）への真正面からの異議申立ということになるが、平成20年判決は、立法者の価値判断そのものではなく、むしろ事実認識の錯誤（その事後補正を怠ったこと）という、よりスケールの小さい次元の問題の指摘にとどまる。つまり、こうした観点からすると、立法者の聖域に対する侵襲度は、平成20年判決の方が、平成25年決定との相対比較上、低いことになる。

婚外子法定相続分規定の他、東京都管理職選考受験拒否事件（最大判平成17年1月26日・民集59卷1号128頁）における都の行為も、被上告人（原告）が外国人であることそのものに直接的に着目した扱いであると考えられる。逆に昭和39年判決における待命処分は、高齢であることそのものに直接着目したものであるというより、業務遂行能力等の判定に際して年齢をも間接的に考慮に入れたに過ぎないものであったといえよう。

さて、当該属性に直接着目した区別か、それとも間接的に着目した区別かという観点は、憲法判断のどの段階で取り上げるべき要素か。常識的に考えれば、違憲審査基準の厳格度は、違憲主張側が被った犠牲の大きさに比例する（それはさらに、犠牲にされた権利利益の要保護性と権利利益に対する侵襲度の2変数に比例する）であろう。立法者が何に着目したのか（立法者の意図）はあくまで立法者の側の都合であって、たとえ立法者が当該属性に間接的に着目したに過ぎない場合であっても、それによりダメージを受けた側の痛み（侵襲度）

がより小さくなるとは限らない。だとすれば、これを違憲審査基準の選択理由の一つとするのは妥当ではなく、むしろ違憲主張側が「あてはめ」段階で遭遇する問題の類型化論（立法者の価値選択への真正面からの異議申し立てか、それとも立法者の事実認識の錯誤の指摘にとどまるかの区別）なのかもしれない。婚外子相続分規定（当時）につき、平成7年決定における5裁判官反対意見も平成25年決定も、それが「個人の尊厳」にかかわる問題であることに触れているが、これには同規定が婚外子という属性に直接着目したものであった点も関係してはいないか。もっとも、前者は基準そのものの選択の段階（「二（相続制度と憲法判断の基準）」）においてこの点に触れているのに対し、平成25年決定では、「2 憲法14条1項適合性の判断基準について」ではなく、「3 本件規定の憲法14条1項適合性について」、つまり「判断基準」ではなく、「基準」を「本件」へと「あてはめ」る部分においてこの点に触れている。

(2) 当該法令中において違憲審査対象規範が占めている位置

違憲判断は、立法裁量に遠慮しない「厳格な」審査の結果であると思われがちであるが、その点、平成20年判決の場合、実のところどうなのであろうか。同判決により違憲と判断された国籍法3条1項（当時）と平成27年判決において合憲とされた国籍法12条とを比較しながら考えてみたい。

平成27年判決の上告人（原告）は、日本国籍の父とフィリピン国籍の母との間に「嫡出子」としてフィリピンで出生しフィリピン国籍を取得したが、父母等が戸籍法104条が定める期間内（出生後原則3か月以内）に子の日本国籍を留保する旨の届出をしなかったため、国籍法12条により出生時に遡って日本国籍を失った。このため同人は、国を相手取り、日本国籍を有することの確認を求める訴えを提起し、出生により日本国籍との重国籍となるべき子を日本国内で出生した者と国外で出生した者とに区別し、後者のみに上記手続を定めている国籍法12条は憲法14条1項に違反する等主張した。

このように、日本国民たる父と外国人たる母との間に生まれた子が日本国籍を有することの確認を求める訴えである点において、平成20年判決の事案と

平成27年判決のそれとの間に何ら異なるところはない。にもかかわらず、平成27年判決は、国籍法12条を合憲とし、上告人の主張を退けたのだが、この平成27年判決の結論は、平成20年判決と矛盾なく説明できるだろうか。

上述の観点のみで考えれば、両者を矛盾なく説明するのは困難だろう。平成27年判決の上告人がフィリピンで出生したという事実にしても、子にとってはどうすることもできない「生まれ」による属性以外の何物でもない。不平等配分されている利益も、もちろん日本国籍である。立法者は、国外で生まれたことそれ自体に直接着目しているわけではなく、国内または国外で出生したという事実を、「我が国との密接な結び付き」の有無の指標としているに過ぎない。どれも平成20年判決の事案と同パターンである。

唯一の違いと思われるのは（この点平成27年判決自身が言及するところではないが）、両判決それぞれの違憲審査対象規範が国籍法の中で占めている位置である。国籍法において最も基本的な規範は、「父母両系血統主義」を定めた2条1号である。これに対し同法3条1項（当時）は、2条1号に定められた「日本国民の子には日本国籍を」という規範の延長上に位置付けるべき（後者は前者の要請をより徹底・貫徹するための）規範である（要するに両者の間の関係は順接関係）。従ってこれらの授益的含意を、授益対象から漏れた原告に及ぼしても、立法者自身の価値判断の貫徹に過ぎず、それと対立すること（立法権の篡奪）にはならない、というのが平成20年判決の法廷意見の立場であったと言えるだろう。これに対し国籍法12条の場合、1984年に同法2条1号が父系血統主義から父母両系血統主義へと改められた結果、重国籍の発生が増えることを見込まれたことに対応して現行の規定となった経緯がある。すなわち同法2条1項に対して12条は、前者に対し掣肘を加える但書のような、いわば逆接的關係に立つ規定である。同法のベースの立場を表明している2条1項とはまた別の価値判断を表明している12条を違憲と判断して、原告に日本国籍を認めるためには、立法者の価値判断との正面对決が避けられず、難度は高いと考えられる。

上記と同様の観点から説明可能な判例は、他にもあるように思われる。東京

高判昭和57年6月23日・判時1045号78頁では、父系血統主義を採っていた当時（1984年改正以前）の国籍法2条1項の合憲性が争点となったが、同事件の原告はまさに当時の国籍法のベースの立場（立法者の価値判断）そのものに正面から挑んだ形となるのであり、その難度は高かったと思われる。婚外子相続分規定（当時）の合憲性問題も、この観点から説明できよう。民法900条4号（旧規定）の第1文が民法のベースの立場、第2文（但書）が前者に掣肘を加える（つまり国籍法12条と同様の）パターンと考えられる。従ってやはり平成20年判決よりも違憲判断の難度は高いことになる。

むすび

以上のうち特に3. は、現時点ではあくまで試論であるが、今後より広く国内外の裁判例を検証することを通じ、それらの有効性・妥当性につき、さらに考察を深めていきたいと考えている。

（おおいし・かずひこ 筑波大学法科大学院教授）