

# 平等権審査論

(法学研究室) 中曾久雄

## Judicial Review Under Article 14 of the Japanese Constitution

Hisao NAKASO

(平成 26 年 6 月 16 日受理)

### 1 はじめに

近時、憲法 14 条の平等権の領域では、国籍法違憲判決、民法 900 条 4 号但書の違憲決定に見られるように、法令違憲の判決が立て続けに出ており、活発に司法審査が行使されている領域であるといえる。そこで、本稿では、近時の平等権に関する主要な裁判例をふまえつつ、近時の判例における平等権の審査枠組み、救済手法について考察を行うことを目的とするものである。

本稿の構成は以下の通りである。まず、学説における平等権の審査枠組みを概観する。次に、判例における平等権の審査の枠組みを検討する。そこでは、国籍法違憲判決、民法 900 条 4 号但書の違憲決定を中心に検討を行う。次に、平等権の領域における救済手法を検討する。そして、最後にこれまでの検討をふまえて、平等権の審査の在り方を考察する。

### 2 学説における平等審査の枠組み<sup>1</sup>

周知のように、平等権の意味について、判例・通説ともに相対的平等であると理解している。相対的平等とは「人の性別・能力・年齢・財産・職業または人と人との特別な関係など種々の事實的・実質的な差異を前提とし」、「同一の事情と条件の下では均等に扱うこと」を要求するものである<sup>2</sup>。相対

的平等のもとで当該区分が憲法上許容されるか否かは、合理性により判断される<sup>3</sup>。そして、「その区別を行う立法には合憲性の推定が存在し、このような立法が合憲かどうかを審査するにあたっては、その判断基準は厳格なものではなく、立法部の裁量権が広く認められることになり、「これを違憲と主張する場合には、その主張をする側においてそれが合理性を欠く恣意的なものであることを示さなければならないこととなる」<sup>4</sup>。このように、判例・通説ともに絶対的平等を排して、合理性のある限りで別異の取り扱いが許容されていることを認める<sup>5</sup>。ことに、裁判所は一貫して、問題となっている区分に合理的根拠が存在するか否かを問う「合理性」の基準を採用し、平等権侵害の有無を判断してきた。これに対して、学説は、合理性の意味について「あまりに広漠」であり、「ある特定の法的区別が『合理性』を有するか否かの判断」は、「基準があるようではない」と指摘する<sup>6</sup>。つまり、「事柄の性質に即応している」ので合理的区別とするのは、「一種の循環論法」であり、この基準は「なにごとにも述べていない」と指摘する<sup>7</sup>。「合理性の基準」は、「法の解釈・適用において準拠すべきあらゆる実質的な基準を包含した空疎な定式」であり、精密な基準がなければ、「主観主義におちいり、予測可能な司法判断準則の放棄を意味

<sup>1</sup> 2 に関しては、中曾久雄『憲法 14 条と動機審査』愛媛大学教育学部紀要 59 巻 (2012 年) を参照している。

<sup>2</sup> 芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論(1) [増補版]』(有斐閣、2000 年) 20 頁。

<sup>3</sup> 佐藤幸治『憲法 第三版』(青林書院、1995 年) 478 頁。

<sup>4</sup> 最大判昭和 58 年 4 月 27 日民集 37 巻 3 号 345 頁。

<sup>5</sup> 佐藤・前掲注 (3) 477 頁。

<sup>6</sup> 野中俊彦「国民生活と平等の権利」阿部照哉・野中俊彦『平等の権利』(法律文化社、1984 年) 117 頁。

<sup>7</sup> 横田耕一「法の下での平等と最高裁」法律時報 59 巻 9 号 (1987 年) 8 頁。

する」ことにつながる<sup>8</sup>。そこで、具体的な基準として最初に主張されたのが、「民主主義的合理性」であった。平等権侵害となるのは、『人間性』を尊重するという個人主義・民主主義理念に照らしてみても、不合理と考えられる理由による差別<sup>9</sup>であるとするものである<sup>9</sup>。しかし、この基準は「抽象的であるから、解釈を方向づける理念としてはともかく、具体的な事件で違憲か合憲かを判断するには、十分であるとはいえない」<sup>10</sup>という批判をまねいた。

そこで、学説は「民主主義的合理性」を基底におきつつも、より具体的な司法審査の基準の構築を行うことになる。学説は、アメリカにおける平等保護に関する判例理論（疑わしい区分、基本的権利理論）を参照して<sup>11</sup>、三段階審査基準を提示する。すなわち、それは、法律における憲法の適合性を審査するに際して、差別の事由や権利の性質の違いに応じて適用される基準を<sup>12</sup>、三段階（「必要不可欠な公共的利益（公益）の基準」、「厳格な合理性」、「合理的根拠の基準」）に区別するというものである<sup>13</sup>。

この三段階審査基準の特色は、「違憲審査を機械的に当てはめ」るものではないことにある。その適用に際しては「過去の判例、先例の道筋」や「憲法が歴史的に踏んできた過程」に鑑みつつ<sup>14</sup>、事案との関係において、厳格度を強めることにある<sup>15</sup>。つまり、三段階審査のもとでは、区分事由、権利、利益を組み合わせることで憲法適合性が判断されることになり、その意味で、三段階審査は事例依存的な性格を有しているといえる。そして、この三段階審査基準を平等審査に応用するに際して重要な意味を持つてくるのが、14条1項の後段列挙事由である。

学説は後段列挙事由に特別の意味を認め、その意義を以下のように説明する。すなわち、「平等思想の根源と過去の経緯に鑑み」れば、「一定の事項（後段列挙事項）については特に『差別』を警戒」している<sup>16</sup>と指摘する<sup>16</sup>。日本においてもアメリカと同じような差別の歴史、特定集団の排除、地位の格下げの問題は存在したのである<sup>17</sup>。そして、後段列挙事由に基づく差別は、「違憲の推定を受け、ただ差別を違憲として排除することが明らかに不合理な結果をもたらす場合にのみ、例外的に差別が認められるのであり」、「立法者の単なる合理的または政策的判断によって左右されない厳しい基準が設定されており、立法裁量の範囲は極めて狭い」のである<sup>18</sup>。このように、学説は平等審査に三段階審査を応用することで、立法目的と立法目的達成手段の合理性の有無を判断するという方法を維持しつつも、差別のなかに後段列挙事由のように特に警戒すべき差別があるとし、後段列挙事由に特別の意味を認め司法審査による保障の程度を高めることで、差別を二層化している<sup>19</sup>。

もともと、差別を二層化するとはいっても、後段列挙事由に基づく差別が「合理性の有無を問うことなく直ちに違憲となるほど強い保障」<sup>20</sup>が及ぶかについては学説のなかでも争いがある。一部の学説は、「列挙事由の中で審査基準を分断するのは適切ではなく」<sup>21</sup>、また、個々の事由の「重要性につき優劣をつけるのは困難であり、区別の基準がこれらに該当する場合にはすべて厳格な審査が要求され」とし<sup>22</sup>、やむにやまぬ政府利益達成のために必要不可欠でない限り、違憲とすべきとする説が存在する<sup>23</sup>。いずれにせよ、後段列挙事由に基づく差別については、硬直した（厳格な）審査ではなく、「差別の事

<sup>8</sup> 阿部照哉「平等権の司法的保障」阿部・野中・前掲注(6) 91頁。

<sup>9</sup> 宮沢俊義『憲法II[新版]』(有斐閣、1974年) 264、269頁。

<sup>10</sup> 芦部・前掲注(2) 26頁。

<sup>11</sup> Kathleen Sullivan & Gerald Gunther, *Constitutional Law* 500-501 (17th ed. 2010). さらに、近時、アメリカでは、区分事由における敵意や偏見の有無が重視されていると指摘されている。Susannah Pollvogt, *Forgetting Romer*, 65 *Stan. L. Rev. Online* 86 (2013); Susannah Pollvogt, *Unconstitutional Animus*, 81 *Fordham L. Rev.* 887 (2012).

<sup>12</sup> 芦部・前掲注(2) 27頁。

<sup>13</sup> 芦部・前掲注(2) 27～30頁。

<sup>14</sup> 戸松秀典・井上典之「平等原則の裁判的実現」井上典之・小山剛・山元一編『憲法学説に聞く』（日本評論社、2004年）29、32頁。

<sup>15</sup> 戸松教授は、図式的、典型的に議論するのは誤りであると指摘する。戸松・井上・前掲注(14) 32頁。

<sup>16</sup> 佐藤・前掲注(3) 471頁。

<sup>17</sup> 安西文雄『法の下の平等』に関わる判例理論 戸松秀典・野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』(有斐閣、2012年) 190頁。

<sup>18</sup> 阿部照哉・野中俊彦『平等の権利』(法律文化社、1984年) 94頁。

<sup>19</sup> 宋戸常寿『憲法解釈論の応用と展開』(日本評論社、2011年) 107頁。

<sup>20</sup> 芦部信喜『演習憲法新版』(有斐閣、1988年) 5頁。

<sup>21</sup> 君塚正臣「幸福追求権—延長上に家族と平等を一部考える」*横浜国際経済法学* 19巻2号(2010年) 143頁。

<sup>22</sup> 渋谷秀樹『憲法』(有斐閣、2007年) 194頁。

<sup>23</sup> 松井茂記『日本国憲法 第3版』(有斐閣、2007年) 258頁。

由（人種、信条等）の違いや平等原則とかがかわる権利の性質の違いに応じて厳格度に差異」のある審査基準が適用されることになる<sup>24</sup>。具体的に、人種や門地による差別に対しては厳格審査が、これに対して、信条、性別、社会的身分には、実質的な合理的関連性の審査が適用されるとする<sup>25</sup>。さらに、選挙権や表現の自由といった基本的権利に関わる差別であるならば、二重の基準論の発想を応用し、厳格審査や中間基準が妥当することになるとされている<sup>26</sup>。

このように、学説は、平等権と司法審査基準をリンクさせているのである。そして、14条の後段列举事由を区別指標とする差別の場合や、重要な権利について差別があった場合には、厳格審査基準（または中間審査基準）を適用すべきであるとする。つまり、学説における平等審査の枠組みは、平等の実体的な内容を確定するのではなく、個々の事案において憲法上許容される区別とそうでない区別を判断するための審査基準を中心とする「基準ルール」という点に、その特徴が見いだされる<sup>27</sup>。そのために、平等権に関する審査基準論は精緻になる一方で、平等問題の捉え方の問題が残されることになったのである<sup>28</sup>。さらに、近時の有力な見解は、司法審査基準から一定の距離を置き、平等の固有の意義を追及している<sup>29</sup>。

### 3 判例における平等権審査の枠組み

#### 3-1 従来の判例における平等審査の枠組み

先にもみたように、判例は合理性の基準を一貫して適用し続けている。判例における平等審査の枠組みの原型を提示したものととして挙げられるのが、換刑処分を定めた刑法18条は14条に反するかどうか争われた昭和25年の最高裁判決<sup>30</sup>である。そこでは、「憲法一四条の規定する平等の原則は前段説明の如く法的平等の原則を示しているのであるが各人には経済的、社会的その他種々な事実的差異が現存するものであるから一般法規の制定又はその適用においてその事実的差異から生ずる不

均等があることは免れ難いところである」としつつ、「その不均等が一般社会観念上合理的な根拠のある場合には平等の原則に違反するものとはいえないのである」とした。また、同年の刑法205条2項の合憲性が争われた最高裁判決<sup>31</sup>においては、平等権が「人格の価値がすべての人間について同等であり、従って人種、宗教、男女の性職業、社会的身分等の差異にもとずいて、あるいは特権を有し、あるいは特別に不利益な待遇を与えられてはならぬという大原則を示したものであるしつつも、「法が、国民の基本的平等の原則の範囲内において、各人の年齢、自然的素質、職業、人と人との間の特別の関係等の各事情を考慮して、道徳正義、合目的性等の要請より適当な具体的規定をすることを妨げるものではない」とした。このように、初期の判例においては、法令上における取扱いの差異について、「合理的な根拠」の有無を問うという枠組みが採用されている<sup>32</sup>。

その後、平等権のリーディング・ケースとして引用され続けている、高齢者であることを一応の基準としてなされた地方公務員の待命処分の合憲性が争われた昭和39年の最高裁判決<sup>33</sup>においては、「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、なんら右各法条の否定するところではない」と判示された。周知のように、この判決は、現在の判例理論の基盤となった<sup>34</sup>。ただ、その後、平等権に関わる事案において、裁判所は、当該判決を引用し、規制する側あるいは立法者の判断、裁量を尊重し、その合理性を容易に認め続けることになる<sup>35</sup>。

その典型的な事案として挙げられるのが、民法900条4号

<sup>24</sup> 井上典之「法の下での平等」小山剛・駒村圭吾編『論点探求憲法第2版』（弘文堂、2013年）134頁。

<sup>25</sup> 芦部・前掲注（2）27～30頁。過去の女性に対する差別は「疑わし区分」に該当するとして「厳格審査」が妥当すると見解が有力に主張されている。君塚正臣『性差別司法審査基準論』（信山社、1996年）294～298頁。

<sup>26</sup> 尖戸・前掲注（19）108頁。

<sup>27</sup> 平地秀哉「平等理論—「審査基準論」の行方」辻村みよ子・長谷部恭男編『憲法理論の再創造』（日本評論社、2011年）343頁。

<sup>28</sup> 安西文雄「平等」樋口陽一編『講座 憲法学3 権利の保障[1]』（日本評論社、1994年）80頁。

<sup>29</sup> 木村草太『平等なき平等条項論』（東京大学出版会、2008年）238～239頁。

<sup>30</sup> 最大判昭和25年6月7日刑集4巻6号956頁。

<sup>31</sup> 最大判昭和25年10月11日刑集4巻10号2037頁。

<sup>32</sup> 木村・前掲注（29）30～31頁。

<sup>33</sup> 最大判昭和39年5月27日民集18巻4号676頁。

<sup>34</sup> 安西・前掲注（17）199～200頁。

<sup>35</sup> 戸松秀典『平等原則と司法審査』（有斐閣、1990年）322頁。

但書の合憲性が争われた平成7年決定<sup>36</sup>である。法廷意見は、以下のような理由づけで、民法900条4号但書を合憲とする。

「本件規定の立法理由は、法律上の配偶者との間に出生した嫡出子の立場を尊重するとともに、他方、被相続人の子である非嫡出子の立場にも配慮して、非嫡出子に嫡出子の2分の1の法定相続分を認めることにより、非嫡出子を保護しようとしたものであり、法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整を図ったものと解され、「民法が法律婚主義を採用している以上、法定相続分は婚姻関係にある配偶者とその子を優遇してこれを定めるが、他方、非嫡出子にも一定の法定相続分を認めてその保護を図ったものであると解される」。したがって、「現行民法は法律婚主義を採用しているのであるから、右のような本件規定の立法理由にも合理的な根拠があるというべきであり、本件規定が非嫡出子の法定相続分を嫡出子の2分の1としたことが、右立法理由との関連において著しく不合理であり、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ではできないのであって、本件規定は、合理的理由のない差別とはいえず、憲法14条1項に反するものとはいえない」とする。

平成7年決定における法廷意見の理由づけは、「問題を相続制度という種々の事柄についての総合的考慮を必要とする制度設計にかかわるものにとらえ、法定相続分の補充性を援用して立法府の広範な裁量判断の必要性を導くと共に、法律婚主義を採用した以上、嫡出子・非嫡出子の区別を不可避のものとしたうえで」、民法900条4号但書には合理的理由があるとする。このように、法廷意見の理由付けは相続に関する立法の広範な裁量が前提として<sup>37</sup>、その合理性を簡単に認めているのである<sup>38</sup>。

もっとも、学説の主張する審査基準論を参照しているような裁判例も存在している。それが、先にみた平成7年決定における反対意見である<sup>39</sup>。反対意見は、従来の枠組みに依拠する法廷意見とは異なり、学説の主張する司法審査基準論と同様に、いかなる基準に基づく区分であるかに着目する<sup>40</sup>。反対意見は、以下のような審査枠組みを提示する。「本件は同じ被相続人の子供でありながら、非嫡出子の法定相続分を嫡出子のその2分の1とすることの合憲性が問われている事案であって、精神

的自由に直接かかわる事項ではないが、本件規定で問題となる差別的合理性の判断は、基本的には、非嫡出子が姻家族に属するか否かという属性を重視すべきか、あるいは被相続人の子供としては平等であるという個人としての立場を重視すべきかにかかっているといえる。したがって、その判断は、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。相続制度について、広範な立法裁量を前提とする法廷意見とは異なり、「立法裁量にも憲法上の限界が存在するのであり、憲法と適合するか否かの観点から検討されるべき対象である」として、立法裁量に対する憲法上の規律を説く。その上で、「個人の尊厳という民主主義の基本理念」からして、「被相続人の子供としては平等である」との立場から判断すべき事案だとし、「単なる合理性」の基準ではなく、「実質的関連性」の審査に依拠し審査を行っている。

そして、民法900条4号但書の不合理性を以下のように指摘する。「婚姻を尊重するという立法目的については何ら異議はない」としつつ、「出生について何の責任も負わない非嫡出子をそのことを理由に法律上差別することは、婚姻の尊重・保護という立法目的の枠を超えるものであり、立法目的と手段との実質的関連性は認められず合理的であるということではできず、また、「本件規定が相続の分野ではあっても、同じ被相続人の子供でありながら、非嫡出子の法定相続分を嫡出子のその2分の1と定めていることは、非嫡出子を嫡出子に比べて劣るものとする観念が社会的に受容される余地をつくる重要な原因となっていると認められるのである」という。さらに、「法律が制定された当時には立法目的が合理的でありその目的と手段が整合的であると評価されたものであっても、その後の社会の意識の変化、諸外国の立法の趨勢、国内における立法改正の動向、批准された条約等により、現在においては、立法目的の合理性、その手段との整合性を欠くに至ったと評価されることはもとよりあり得るのであって、その合憲性を判断するに当たっては、制定当時の立法目的と共に、その後に生じている立法の基礎をなす事実の変化や条約の趣旨等をも加えて検討さ

<sup>36</sup> 最大決平成7年7月5日民集49巻7号1789頁。

<sup>37</sup> 浅野博宣「非嫡出子の法定相続分差別と法の下での平等」憲法判例研究会編『判例プラクティス憲法』（信山社、2012年）67頁。

<sup>38</sup> 井上典之『憲法判例に聞く』（日本評論社、2008年）58頁。

<sup>39</sup> 安西・前掲注（17）206頁。

<sup>40</sup> 高見勝利「非嫡出子相続分規定大法廷決定（平成7年7月5日）を読む」法学教室183号（1995年）23頁。

れなければならない」とする。そして、「少なくとも今日の時点において、婚姻の尊重・保護という目的のために、相続において非嫡出子を差別することは、個人の尊重及び平等の原則に反し、立法目的と手段との間に実質的関連性を失っている」と指摘するのである<sup>41</sup>。

このように、反対意見は、法廷意見とは異なり、区別の事由（非嫡出子が出生について何の責任も負わないということ）を指摘するに意義を認め、民法 900 条 4 号但書が非嫡出子に対して重大な権利侵害を生じさせていることを指摘し<sup>42</sup>（「非嫡出子の法定相続分を嫡出子のその 2 分の 1 と定めていることは、非嫡出子を嫡出子に比べて劣るものとする観念が社会的に受容される余地をつくる重要な一原因となっている」と指摘する）、審査のレベルを高めて、違憲の結論を導いている<sup>43</sup>。

### 3-2 近時の判例における平等審査の枠組み

近時においても、従来の審査枠組みに依拠することは変化していないものの、そうした中においても最高裁は積極的に違憲判決を下している。その意味で、従来の立法者の判断の合理性を容易に認めるという従来の姿勢とは一線を画している。そこで、以下では、主要な裁判例を検討する。

**国籍法違憲判決** まず、国籍法 3 条 1 項の合憲性が争われた国籍法違憲判決<sup>44</sup>である。本判決は、まず、「憲法 14 条 1 項は、法の下での平等を定めており、この規定は、事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨であると解すべきことは、当裁判所の判例とするところである」とし、従来の枠組みを踏襲する。他方で、日本国籍の得喪に関する要件を規定する「憲法 10 条の規定は、国籍は国家の構成員としての資格であり、国籍の得喪に関する要件を定めるに当たってはそれぞれの国の歴史的事情、伝統、政治的、社会的及び経済的環境等、種々の要因を考慮する必要があることから、これをどのように定めるかについて、立法府の裁量判断にゆだねる趣旨のものであると解される」と

する。その上で、「立法府に与えられた上記のような裁量権を考慮しても、なおそのような区別をすることの立法目的に合理的な根拠が認められない場合、又はその具体的な区別と上記の立法目的との間に合理的関連性が認められない場合には、当該区別は、合理的な理由のない差別として、同項に違反するものと解されることになる」という。もっとも、本判決は、「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」としている<sup>45</sup>。

この説示をいかに理解するかであるが、2 つの理解があるように思われる。一つは、学説からの理解である。本判決は、区別の事由、区別の対象となる権利・利益の性格などの複数のファクターを考慮して、審査の程度を決めている。このような審査は、人格価値の平等と具体的措置の平等の二層化構造を全面に打ち出す昭和 20 年代の判例理論が修正され再生したものであると指摘されている<sup>46</sup>。その意味で、判例における平等審査は、「憲法学で差別の合理性を判断する場合の枠組みとして議論しているところに」に近いものなっていると理解することが可能である<sup>47</sup>。つまり、本判決は、「重要な法的地位」、「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」に着目し、「合理的関連性」を要求し厳しい判断の姿勢を見せているという理解である（こうした判断枠組みは、先にみた非嫡子の合憲性に関する平成 7 年決定とは全く異なる枠組みである）<sup>48</sup>。そして、今 1 つの理解は、判例からの理解である。本判決は非嫡出子が後段列挙事項のい

<sup>41</sup> 石川健治「国籍法大法廷判決をめぐって—憲法の観点から (2)」法学教室 344 号 (2009 年) 41 ~ 43 頁。

<sup>42</sup> 石川健治「最高裁民事判例研究」法学協会雑誌 114 巻 12 号 (1997 年) 1553 頁。

<sup>43</sup> 安西・前掲注 (17) 206 頁。

<sup>44</sup> 最大判平成 20 年 6 月 4 日民集 62 巻 6 号 1367 頁。

<sup>45</sup> この点、泉徳治裁判官は、「この差別は、差別の対象となる権益が日本国籍という基本的な法的地位であり、差別の理由が憲法 14 条 1 項に差別禁止事由として掲げられている社会的身分及び性別であるから、それが同項に違反しないというためには、強度の正当化事由が必要であって、国籍法 3 条 1 項の立法目的が国にとり重要なものであり、この立法目的と、『父母の婚姻』により嫡出子たる身分を取得することを要求するという手段との間に、事実上の実質的関連性が存することが必要である」と明確に指摘している。

<sup>46</sup> 安西・前掲注 (17) 210 頁。

<sup>47</sup> 高橋和之「国籍法違憲判決をめぐって」ジュリスト 1366 号 (2008 年) 5 5 頁。

<sup>48</sup> 安西・前掲注 (19) 109 頁。

ずれに該当するかを検討していないことから、従来の判例の立場を踏襲したという見方である。つまり、「先例に従って、本件区別が『事柄の性質に即応した』合理的な差別的取扱いに当たるか否かを『慎重に検討』した」ということである<sup>49</sup>。本判決が「合理性審査に終始してきた従来の平等審査の方針を変更」するものといえるかどうかは定かではない<sup>50</sup>。ただ、本判決は、立法府の広い裁量を肯定しつつも、厳格度の高い審査基準を設定するというのは、「どこかちぐはぐした」ものである。そうすると、本判決は学説のように「何らかの審査基準を設定した上で、それを事案にあてはめるべきとする方法」を採用していないと理解するのが妥当であろう。

そして、本判決は、立法事実の変化を綿密に審査するとうスタンスを提示する。本判決は、国籍法3条1項の合理性の検討するに際して、以下の2つの点について検討を加えている。第1に、立法目的とその区別の関連について、「国籍法3条1項は、同法の基本的な原則である血統主義を基調としつつ、日本国民との法律上の親子関係の存在に加え我が国との密接な結び付きの指標となる一定の要件を設けて、これらを満たす場合に限り出生後における日本国籍の取得を認めることとしたもの」であり、「このような目的を達成するため準正その他の要件が設けられ、これにより本件区別が生じたのであるが、本件区別を生じさせた上記の立法目的自体には、合理的な根拠があるというべきである」とする。しかし、「日本国民である父と日本国民でない母との間の子について、父母が法律上の婚姻をしたことをもって日本国民である父との家族生活を通じた我が国との密接な結び付きの存在を示すものとみることにし、今日では必ずしも家族生活等の実態に適合しない。さらに、「諸外国においては、非嫡出子に対する法的な差別的取扱いを解消する方向にあることがうかがわれ、我が国が批准した市民的及び政治的権利に関する国際規約及び児童の権利に関する条約にも、児童が出生によっていかなる差別も受けないとする趣旨の規定が存す」し、「国籍法3条1項の規定が設けられた後、自国民である父の非嫡出子について準正を国籍取得の要件としていた多くの国において、今日までに、認知等により自国民との父子関係の成立が認められた場合にはそれだけで自国籍の取得を認

める旨の法改正が行われている」とする。国際的な社会的環境等の変化に照らせば、「我が国を取り巻く国内的、国際的な社会的環境等の変化に照らしてみると、準正を出生後における届出による日本国籍取得の要件としておくことについて、前記の立法目的との間に合理的関連性を見いだすことがもはや難しくなっているというべきである」とする。

こうした審査は、法律の合理性を支える立法事実即して、法律の合憲性を客観的に審査しようとする手法である。しかし、立法事実の審査に対しては、統計について取り方次第で様々な解釈が可能であるために、不確かな部分も存在しているという難点が存在している。ここで、本判決が強調しているのは、国内外の社会状況の変化は本件区別の合理的関連性を判定するための総合考慮の一要素であるということである。次に、本判決は、時間の経過を重視するが、そもそも、国籍法3条1項の違憲性は立法当時から存在していたはずであるから、時間の経過を言うまでもなく端的に本件規定は立法当時から違憲とすべきであったとの指摘もある<sup>51</sup>。ただ、法律をその立法時において違憲とするのは立法府と正面から衝突することになる。そこで、こうした衝突を回避するために、法律の制定後の社会変化に伴い家族生活や親子関係の意識、実態の変化に着目して<sup>52</sup>、合理性を失っていったという判断を選択したものと思われる<sup>53</sup>。

第2に、本判決は、本件で問題となっている区別、すなわち、国民である父から出生後に認知された子について、届出による国籍取得の可否が準正の有無によって左右されるという区別以外にも、目を向けている。すなわち、「日本国民である父又は母の嫡出子として出生した子はもとより、日本国民である父から胎児認知された非嫡出子及び日本国民である母の非嫡出子」という区別に目を向け、「国民である父から出生後に認知されたにとどまる非嫡出子のみが、日本国籍の取得について著しい差別的取扱いを受けている」と指摘する。本判決がこれらのほかの類型をとりあげているのは、本件区別の不合理性を際立たせるためである<sup>54</sup>。

このように、本判決は、これら2つの「事情を併せ考慮する」ことで、本件区別は「今日においては、立法府に与えられた裁量権を考慮しても、我が国との密接な結び付きを有する者

<sup>49</sup> 野坂泰司『憲法基本判例を読み直す』（有斐閣、2011年）460～461頁。

<sup>50</sup> 赤阪正浩『憲法講義（人権）』（信山社、2011年）305頁。

<sup>51</sup> 市川正人「判批」判評599号（2009年）2頁。

<sup>52</sup> 浅野博宣「非嫡出子の国籍取得差別と法の下での平等」憲法判例研究会・前掲注（37）69頁。

<sup>53</sup> 常本照樹「国籍法違憲判決」論究ジュリスト（2012年）103～104頁。

<sup>54</sup> 松本和彦「国籍法3条1項の違憲性」民商法雑誌140巻1号（2009年）73～74頁。

に限り日本国籍を付与するという立法目的との合理的関連性の認められる範囲を著しく超える手段を採用しているものというほかなく、その結果、不合理な差別を生じさせているものといわざるを得ない」と結論づけるのである。

このようにしてみると、本判決の重点は、学説的な審査基準の当てはめではなく、「法令の合憲性を支える論拠と違憲性を推定させる論拠をそれぞれ積み上げ、相互に『慎重に検討』することにある<sup>55</sup>。つまり、違憲の決め手は、審査基準ではなく立法事実の認定にあるとあってよいであろう<sup>56</sup>。

**非嫡出子相続差別違憲決定** 次に、非嫡出子相続差別違憲決定<sup>57</sup>である。民法 900 条 4 号但書の規定をめぐっては、平成 7 年決定において合憲決定が下れたが、その後、最高裁における本規定を違憲とする意見や立法による改廃を求める意見の増加<sup>58</sup>、下級審での違憲判決・決定<sup>59</sup>からうかがえるように、かろうじて合憲の判断が保たれてきた。そして、2013 年に、最高裁によりついに違憲の判断が示された。

まず、平等権の審査の構造について見ていくことにする。「事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものである」とし、従来の審査枠組みに依拠することを明示する。本件においては、相続制度との関係において、「立法府に与えられた上記のような裁量権を考慮しても、そのような区別をすることに合理的な根拠が」認められるか否かが問題となるという。「嫡出子と嫡出でない子の法定相続分をどのように定めるか」については、「総合的に考慮して決せられるべきもの」であるが、「これらの事柄は時代と共に変遷するものでもあるから、その定め合理性については、個人の尊厳と法下の平等を定める憲法に照らして不断に検討され、吟味されなければならない」とする。そして、本決定は、端的に、「嫡出子と嫡出でない子との間で生ずる法定相続分に関する区別」について、社会的事実の変化に即して、その合理性の検討を行う。そして、本決定において、考慮されているのは、以下の事柄である。第 1 に、平成期に入った後に、「いわゆる晩婚化、非婚化、少子化が進み、これ

に伴って中高年の未婚の子どもがその親と同居する世帯や単独世帯が増加しているとともに、離婚件数、特に未成年の子を持つ夫婦の離婚件数及び再婚件数も増加」し、「婚姻、家族の形態が著しく多様化しており、これに伴い、婚姻、家族の在り方に対する国民の意識の多様化が大きく進んでいる」ということである。第 2 に、世界の状況と比較した場合に、「我が国以外で嫡出子と嫡出でない子の相続分に差異を設けている国は、欧米諸国にはなく、世界的にも限られた状況にある」ということである。第 3 に、自由権規約委員会が、「包括的に嫡出でない子に関する差別的規定の削除を勧告し」、その後も、「本件規定を含む国籍、戸籍及び相続における差別的規定を問題にして、懸念の表明、法改正の勧告等を繰り返し」、平成 22 年には、児童の権利委員会が、「本件規定の存在を懸念する旨の見解を示した」ということである。第 4 に、住民票における世帯主との続柄の記載について、一律に「子」と記載されることになり、また、戸籍についても嫡出でない子の父母との続柄欄の記載は嫡出子と同様に「長男（長女）」と記載することになったということである（既に戸籍に記載されている嫡出でない子の父母との続柄欄の記載も変更された）。さらに、国籍法違憲判決では、嫡出でない子の日本国籍の取得につき嫡出子と異なる取扱いを定めた国籍法 3 条 1 項の規定を「平成 15 年当時において憲法 14 条 1 項に違反」としたということである。第 5 に、昭和 54 年に法務省民事局参事官室により法制審議会民法部会身分法小委員会が公表した「相続に関する民法改正要綱試案」、平成 6 年に同委員会が公表した「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」、及びこれを更に検討した上で平成 8 年に法制審議会が法務大臣に答申した「民法の一部を改正する法律案要綱」においては、法定相続分を平等とする旨が明記され、平成 22 年にも国会への提出を目指して法律案が政府により準備された」ということである（なお国会提出には至っていない）。第 6 に、法律婚を尊重する意識が幅広く浸透しているが、嫡出でない子の出生数の多寡、諸外国と比較した出生割合の大小は、法的問題の結論に直ちに結び付くものとはないということである。

<sup>55</sup> 松本・前掲注 (54) 74 頁。

<sup>56</sup> 木村・前掲注 (29) 263 頁

<sup>57</sup> 平成 25 年 9 月 4 日最高裁大法廷決定。

<sup>58</sup> 集民 196 号 251 頁判時 1707 号 121 頁、集民 209 号 347 頁判時 1820 号 62 頁、集民 209 号 397 頁判時 1820 号 64 頁、集民 215 号 253 頁判時 1884 号 40 頁、集民 231 号 753 頁判時 2064 号 61 頁。

<sup>59</sup> 東京高裁平成 5 年 6 月 23 日判時 1465 号 55 頁、東京高裁平成 6 年 11 月 30 日判時 1512 号 3 頁、大阪高等裁判所平成 23 年 8 月 24 日。大阪高裁の決定については、中曾久雄「民法九〇〇条四号但書の合憲性（大阪高等裁判所平成二三年八月二四日）」岡山大学法学会雑誌 62 巻 4 号 (2013 年)。

この点について、岡部喜代子裁判官の補足意見は「全体として法律婚を尊重する意識が広く浸透しているからといって、嫡出子と嫡出でない子の相続分に差別を設けることはもはや相当ではないというべきである」と指摘する。第7に、平成7年大法院決定において既に、5名の裁判官が反対意見を述べたほか、婚姻、親子ないし家族形態とこれに対する国民の意識の変化、更には国際的環境の変化を指摘して、昭和22年民法改正当時の合理性が失われているとする補足意見が存在し、さらに、平成15年3月31日第一小法院判決以降の判例は、本件規定を合憲とする結論を辛うじて維持されているということである。第8に、関連規定との整合性を検討することの必要性は、本件規定を維持する理由とはならないことである。また、本件規定は補充性からすれば、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を平等とすることも何ら不合理ではなく、遺言によっても侵害し得ない遺留分について、本件規定は明確な法律上の差別を行っている。さらに、本件規定の存在自体がその出生時から嫡出でない子に対する差別意識を生じさせており、本件規定が補充的機能することに着目すれば、その合理性判断において重要性を有しないということである。

このように、本決定は、民法900条4号但書がなぜ違憲であるのかという明示的な理由を示していない<sup>60</sup>。むしろ、本決定は、明示的な違憲の理由を述べることなく、上記で検討した事項について、「その中のいずれか一つを捉えて、本件規定による法定相続分の区別を不合理とすべき決定的な理由と」なるものではないが、「総合的に考察すれば」、「家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきたことは明らかであり」、「子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきているものということができる」としている。以上を総合すると、立法府の裁量権を考慮しても、「嫡出子と

嫡出でない子の法定相続分を区別する合理的な根拠は失われていた」とする。

以上検討してきた本決定には、2つの特色がある。まず、本決定は、アメリカの判例を意識した学説の主張する審査の枠組みではなく、従来の審査の枠組に沿いつつ<sup>61</sup>、本件規定の合理性を支える論拠を、丁寧に審査するという枠組みを提示している。つまり、本決定は、当該区分の合理性について、個別具体的に社会状況の変化の検討（非嫡出子を優先すべき根拠の検討）<sup>62</sup>を行っているのである。そもそも、最高裁はそもそも一貫して合理的区分論に依拠してきたのであり、学説が疑わしい区分や基本的権利論といったアメリカ的な司法審査理論の導入してきたものの、最高裁は従来の判例の確認を行い続けておりそれは現在においても変化していない<sup>63</sup>。もっとも、本決定は、国籍法違憲判決同様に、区別の合理性について、最小限度の合理性ではなく、社会的事実即して、綿密な検討を行っている<sup>64</sup>。これは国籍法違憲判決も同様である。そして、本決定は、違憲の決め手を立法事実の認定の在り方、つまり、民法900条4号但書をめぐる環境、状況の変化に求めている<sup>65</sup>。本決定は、総合的に立法事実の変化を総合的に考察した結果、嫡出子と非嫡出子を区別することに合理性はないとしている。このような本決定が提示した枠組みが、アメリカ的でもドイツ的でもない最高裁の提示した日本的な司法審査基準であるというべきであり<sup>66</sup>、それが本決定の特色の一つである。本件規定が合理性を欠くものであれば、厳格な審査であろうとも、緩やかな審査であろうとも、違憲となることに変わりはないのである<sup>67</sup>。このようにみると、本決定を学説的な審査基準でも<sup>68</sup>、また、従来の合理的区分論でも理解することはできないのである。

次に、本決定は平等権のみならず、24条の規定する「個人の尊厳」の趣旨に依拠しているということである。本決定は「子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人とし

<sup>60</sup> 木村草太「自由と公共の距離—西村裕一『人権と公共性』論・再考—」木村草太・西村裕一『憲法学再入門』（有斐閣、2014年）191頁。最高裁は、「嫡出家族の利益 vs. 非嫡出子の利益」という図式で判断しているが、核心的な問題でそうではなく、「非嫡出家族の不利益」という前提が、憲法に照らして許容されるものかどうかを問うべきであったという。

<sup>61</sup> 石川健治「国籍法大法院判決をめぐって—憲法の観点から（2）」法学教室344号（2009年）41～43頁。

<sup>62</sup> 木村・前掲注（60）191頁。

<sup>63</sup> 大沢秀介「平等—国籍法違憲判決のインパクト」大沢秀介・大林啓吾・葛西まゆこ編『憲法.com』（成文堂、2010年）10頁。

<sup>64</sup> 石川健治「国籍法大法院判決をめぐって—憲法の観点から（3）」法学教室346号（2009年）12頁。

<sup>65</sup> 高井裕之「嫡出性の有無による法廷相続分差別」長谷部恭男・石川健治・宍戸常寿編『憲法判例百選1』（有斐閣、2013年）62頁

<sup>66</sup> 大沢・前掲注（63）11頁。

<sup>67</sup> 西村裕一『審査基準論』を越えて」木村・西村・前掲注（60）128～129頁。

<sup>68</sup> 松本・前掲注（54）72～73頁。

て尊重し、その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきている」と指摘する。これは、非嫡出子に対する差別の問題に配慮を占めすものである<sup>69</sup>。この点は、従来から指摘されているように、嫡出ではないということは、本人の意思や努力で変えることのできないものであり、こうした生まれに基づく区分は 24 条の個人の尊厳とは相いれないものである<sup>70</sup>。こうした差別の問題にいかに対処するかは、日本における平等審査の盲点でもあった<sup>71</sup>。こうした問題に配慮を示す本決定は、今後の平等審査の在り方を考える上で重要であろう。

### 3-3 救済手法

近時の平等権審査の領域における特色は、先にみた審査の枠組みもさることながら、救済手法にある<sup>72</sup>。先にみた国籍法違憲判決、非嫡出子相続差別違憲決定も救済手法が重要であるといえよう。平等権侵害の救済は、差別を解消することによってなされるが、それをどのように行うかは、平等権の規定自体から導出することはできない。自由権侵害の場合、当該法律や処分を無効とすることでよいが、平等権の場合は当該法律や処分を単に無効とするだけでは救済とならないような場合がある。この点については、いまだ学説が十分対応しているとは言い難い。その意味で、平等権の領域における救済手法に関する議論は、学説の弱点となっている<sup>73</sup>。

では、裁判所はどのような救済手法を用いているのであろうか。まず、国籍法違憲判決における救済手法についてである。本件の場合、国籍法 3 条 1 項を違憲とするだけでは上告人らに日本国籍を付与することはできない。国籍法 3 条 1 項全体を違憲としてしまうと、準正子の届出による国籍取得が閉ざされることになる。にもかかわらず、国籍法違憲判決は上告人らに国籍取得を認めた<sup>74</sup>。国籍法違憲判決は、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生した後父から認知された子についても、準正要件を除いた国籍法 3 条 1 項所定の要件が満たされる場合に日本国籍の取得が認められるとしたのである。このように、国籍法違憲判決が提示するのは、法律の規定の一部を違憲無効として、他の部分は有効とする手法である<sup>75</sup>。こうした解釈は、合憲解釈と適用違憲のいわば中間に位置するものである<sup>76</sup>。最高裁が法令の一部を違憲と判断した事案としては、郵便法における損害賠償責任についての規定に関する大法廷判決<sup>77</sup>と公職選挙法における在外選挙制度に係る附則に関する大法廷違憲判決<sup>78</sup>が存在している。前者は、郵便法が定める国の損害賠償責任制限規定のなかで、損害賠償請求権を制限する部分を違憲無効とすれば、国家賠償法に基づく損害賠償請求ができる事案であり、後者は公職選挙法の規定のなかで、衆議院小選挙区選出議員の選挙等における在外国民の選挙権の行使を制

<sup>69</sup> 蟻川恒正「婚外子法廷相続最高裁違憲決定を読む」法学教室 397 号 (2013 年) 113 頁。ここでの「個人の尊厳」の意義は、審査の密度を高めるものではなく、スティグマの問題に対応するためのものであり、それは法的推論において重要な役割を果たしているとされている。

<sup>70</sup> 毛利透・小泉良幸・浅野博宣・松本哲治『憲法 II 人権』(有斐閣、2014 年) 89 頁。

<sup>71</sup> 木村草太「法の下での平等—差別の問題と厳格審査の理論」南野森編『憲法学の世界』(日本評論社、2013 年) 189～190 頁。

<sup>72</sup> 宍戸常寿「司法審査—『部分無効の法理』をめぐって」辻村・長谷部・前掲注 (27) 196 頁。

<sup>73</sup> 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法 I [第 5 版]』(有斐閣、2012 年) 289 頁

<sup>74</sup> 松本・前掲注 (54) 77～78 頁。

<sup>75</sup> こうした救済方法は、アメリカにおいて適用されている可分性の法理 (severability) を継受したものと見える。可分性の法理は、アメリカにおいて主要な救済手段として用いられているものである。Kenneth Klukowski, *Severability Doctrine: How Much of a Statute Should Federal Courts Invalidate?*, 16 Tex. Rev. L. & Pol. 1,3-10 (2011). 可分性の法理は、もし、法律全体が有効とされ得ないならば、立法府は残りの部分を独立して制定するつもりはなかったと認められる場合には、法律全体が無効としなければならないというものである。David Gans, *Severability as Judicial Lawmaking*, 76 Geo. Wash. L. Rev. 639 (2008). この可分性の法理は、救済の法理であると同時に憲法解釈に関する法理でもある。Edward Hartnett, *Modest Hope for a Modest Roberts Court: Deference, Facial Challenges, and the Comparative Competence of Courts*, 59 Smu L. Rev. 1735, 1752 (2007). 特に、救済との関連において問題となるのは、裁判所が、法律の一部を違憲とし、違憲とした部分を除去した法律をいかに解釈するという点である。仮に、裁判所が違憲とした部分を除去した規定の適用の拡大を行うと立法権の侵害になる可能性が生じる。ただ、裁判所が救済の権限を有する以上、裁判所は法律の一部を違憲とし、残りの部分を適用することは可能であるとする反論がなされている。もっとも、可分性の法理は、法律を裁判所が自由に書き換えることを意味するのではなく、残りの部分の適用が必要不可欠場合には、当該規定の適用が許容されることになる。Id. at 687-689. この点、例えば、*Califano v. Westcott*, 443 U.S. 76 (1979) が挙げられる。本件では、父親の失業が原因で貧困となった家庭に対しては社会保障給付の支給を認める、母親の失業が原因の場合には給付支給を認めないとする連邦社会保障法の規定が問題となった。法廷意見は、問題となっている法律について、中間基準を用いて違憲とした。法廷意見は問題となっている法律の全てを違憲とするのではなく、福祉プログラムの違憲とした部分を除いた残りの規定の適用を拡大するとした地裁の判決の妥当性を認めた。

<sup>76</sup> 宍戸・前掲注 (72) 195～196 頁。

<sup>77</sup> 最判平成 14 年 9 月 11 日民集 56 卷 7 号 1439 頁。

<sup>78</sup> 最判平成 17 年 9 月 14 日民集 59 卷 7 号 2087 頁。

限する部分を違憲無効とすれば、在外国民の選挙権の行使を認めることが可能な事案であった。本件では、問題の規定のなかで準正要件を違憲無効としても、上記の事案のように、当然に当該権利利益が実現されるとは言えない。そこで、国籍法違憲判決は、準正要件の規定を「過剰な要件」であるとし違憲無効として、その余の要件を満たす場合にも同様の権利利益を付与すべきものとして、権利利益を付与する範囲を拡大し、権利利益の直接の救済を図ったのである<sup>79</sup>。この点について、父系血統主義を採用する昭和59年改正前の国籍法のもとに、母が日本国民であることを根拠にして子の国籍確認を求めた訴訟において、東京高裁は違憲審査制のもとで法の欠缺を補充することはできないと判示し<sup>80</sup>、本件の原審も同様の考えに立脚した。しかし、国籍法違憲判決はこうした立場を否定し、国籍法3条1項の過剰な要件を除去して、本件に適用し原告の救済を行ったものである<sup>81</sup>。こうした救済手法は、従来の最高裁の判断にはなかったものである。そのために、こうした救済手法は国籍法違憲判決の特色であるといえよう<sup>82</sup>。

もっとも、こうした国籍法違憲判決の救済手法には問題がないわけではない。つまり、授権的、権利創設的規定の定めた要件と異なる要件によって権利利益を付与するという結果をもたらすものであり、積極的な立法作用に類似する面を有することとなる。裁判所によるこうした解釈は、立法権との関係のみならず<sup>83</sup>、国籍法が血統主義をどこまで重視しているのかをいかに考えるのかという問題を生じさせることになる<sup>84</sup>。そのために、こうした救済が許容されるか否かは、当該規定の違憲の部分を

除去しても、なお立法府が他の部分の存続を望むかということにかかっている<sup>85</sup>。ここでの問題は、立法者意思をいかに認定するかにかかっている<sup>86</sup>。これは、アメリカにおける可分性の法理においても問題となるものである<sup>87</sup>。この問題について、国籍法違憲判決は、国籍法3条1項を「全部無効として、準正のあった子……の届出による日本国籍の取得をもすべて否定することは血統主義を補完するために出生後の国籍取得の制度を設けた同法の趣旨を没却するものであり、立法者の合理的意思として想定し難いもので」あるために、「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にとどまる子についても、血統主義を基調として出生後における日本国籍の取得を認めた同法3条1項の規定の趣旨・内容を等しく及ぼすはかはない」とする。そして、「この解釈は、日本国民との法律上の親子関係の存在という血統主義の要請を満たすとともに、父が現に日本国民であることなど我が国との密接な結び付きの指標となる一定の要件を満たす場合に出生後における日本国籍の取得を認めるものとして、同項の規定の趣旨及び目的に沿うものである」とする<sup>88</sup>。このように国籍法違憲判決は、「立法者の合理的意思」をふまえて<sup>89</sup>、国籍法3条1項における準正要件が非準正子の国籍取得を制限する趣旨のものであること、準正要件とその余の要件とは可分であること、準正要件は国籍法3条1項の中核部分ではないとする<sup>90</sup>。つまり、国籍法違憲判決は、「平等原則理解を通じて憲法規範から一定の秩序形成の下限を設定し、その実施を司法府自身が行う

<sup>79</sup> 宍戸常寿「違憲審査制」小山・駒村・前掲注(24)357頁。

<sup>80</sup> 東京高判昭和57年6月23日行集33巻6号1367頁。

<sup>81</sup> 高井裕之「国籍法3条違憲判決」佐藤幸治・土井真一編『判例講義 憲法I 基本的人権』(悠々社、2010年)43頁。

<sup>82</sup> 森英明「国籍法違憲訴訟最高裁大法廷判決の解説と全文」ジュリスト1366号(2011年)97頁。

<sup>83</sup> 宍戸・前掲注(72)205頁。

<sup>84</sup> 高井・前掲注(81)43頁。

<sup>85</sup> 高井・前掲注(81)43頁。

<sup>86</sup> 宍戸・前掲注(72)205頁。多数意見は、立法者意思の判定について、まず、当該規定の有効な部分と違憲の部分を「本来的、論理的には可分」か否かを判断し、次に、総合考慮による「客観的合理性」に基づいて判断することになるという。

<sup>87</sup> Michael Dorf, *Facial Challenges to State and Federal Statutes*, 46 Stan. L. Rev. 235, 285 (1994).

<sup>88</sup> 多数意見に対しては、横尾、津野、古田裁判官の反対意見は、「認知を受けたことか前提になるからといって、準正子に係る部分を取り除けば、同項の主体が認知を受けた子全般に拡大するというにはいかにも無理がある。また、そのような拡大をすることは、条文の用語や趣旨の解釈の域を越えて国籍を付与するものであることは明らかであらう」、「実質的には立法措置である」と指摘する。また、甲斐中、堀籠裁判官の反対意見は、「違憲となるのは、非準正子に届出により国籍を付与するという規定が、存在しないという立法不作為の状態」であるとし、多数意見の解釈に対しては「実質的に司法による立法に等しい」としている。なお、藤田裁判官は、非準正子についての規定がないという不十分さが違憲であり、そうした違憲状態を解消するために、不十分な要件を補充する拡張解釈を提示する。

<sup>89</sup> それは、立法者意思そのものではなく、合理的に構成されたものである。松本・前掲注(54)79頁。また、長谷部恭男教授は、立法者の意思とは、現実に存在する意思ではなく、あるべき「合理的な立法者意思」とであると指摘する。長谷部恭男『憲法の境界』(羽鳥書店、2009年)73頁。

<sup>90</sup> 野坂・前掲注(49)473頁。

ことが権限逸脱にならないと」考えているのである<sup>91</sup>。要するに、国籍法違憲判決は、国籍法3条1項における準正要件は、父母両血統主義を基本とする国籍法の趣旨からすれば過剰な要件であり、救済手法としてはそうした過剰な要件のみを無効とすればよく、そのように判断しても立法作用には該当しないとしているのである<sup>92</sup>。

このような国籍法違憲判決の採用する救済方法については、賛否両論ある。すなわち、「立法者意思に忠実で、最も限定的な修正」であるとする肯定的見解がある一方で<sup>93</sup>、個別の生活実態に基づいて国籍取得の可否を決することは、国籍法3条の趣旨と相容れないとの批判がある<sup>94</sup>。このように、ここでの問題は、当初の立法の趣旨・目的を損なうことなく、規定の一部を除くことができるかどうかであり<sup>95</sup>、その際に立法者意思をいかに認定するかが重要となる<sup>96</sup>。不平等な取扱いが違憲であっても、法律がいずれに基本を置か不明確な場合がありえるので<sup>97</sup>、そのような場合に、どのような救済方法があり得るのかの検討は今後も重要な課題であり続けるであろう<sup>98</sup>。ただ、いずれにせよ、受益的処分の差別の問題に対して、国籍取得に関する他の選択肢が存在したにもかかわらず、立法者の合理的意思に適合した解釈を行い、国籍法3条1項の部分無効として国籍取得を認めたという意味で国籍違憲判決は画期的というべきであろう<sup>99</sup>。

次に、非嫡出子相続差別違憲決定における救済手法についてである。ここでの問題は、すでに行われた遺産分割の効力である<sup>100</sup>。本決定は、法的安定性を重視して<sup>101</sup>、以下のような救済手法を提示する。「既に関係者間において裁判、合意等により確定的なものとなったといえる法律関係までも現時点で覆

すことは相当ではないが、関係者間の法律関係がそのような段階に至っていない事案であれば、本決定により違憲無効とされた本件規定の適用を排除した上で法律関係を確定的なものとするのが相当であるといえる」としている。本決定は、既に確定的となった過去の案件については影響を及ぼさないとしつつ、「関係者間の法律関係がそのような段階に至っていない事案であれば」、本決定が適用されるとする。

このように、本決定は、これまでに民法900条4号但書の合憲性を前提として処理されてきた相続に関する事案が、違憲の決定により蒸し返されるのを回避するために、違憲判決の効力の遡及効を否定するという経過措置を提示している。この点、千葉勝美裁判官の補足意見は、本決定の救済の説示について、「傍論 (obiter dictum) ではなく、判旨 (ratio decidendi)」であり、「違憲判断の遡及効の有無、時期、範囲等を一定程度制限するという権能、すなわち、立法が改正法の附則でその施行時期等を定めるのに類した作用も、違憲審査権の制度の一部として当初から予定されているはずであり、本件遡及効の判示は、最高裁判所の違憲審査権の行使に性質上内在する、あるいはこれに付随する権能ないし制度を支える原理、作用の一部であって、憲法は、これを違憲審査権行使の司法作用としてあらかじめ承認しているものと考えらるべきである」と指摘する<sup>102</sup>。千葉裁判官の補足意見は、経過措置の法的根拠を示すと同時に、本決定が行った経過措置の設定は、実質的には立法措置を行ったことの等しいものであることを指摘するものである<sup>103</sup>。つまり、千葉裁判官の補足意見は、司法審査の有する立法機能を正面から認めるものでもあるといえよう<sup>104</sup>。そうすると、本決定の提示した経過措置の設定は、救済のみならず、司法審査の機

<sup>91</sup> 新井誠「平等」曾我部真裕・赤坂孝一・新井誠・尾形健編『憲法論点教室』（日本評論社、2012年）112頁。

<sup>92</sup> 井上典之「届出による国籍の取得と法の下での平等—国籍法違憲判決」長谷部・石川・宍戸・前掲注（65）76頁。

<sup>93</sup> 君塚正臣「最新判例批評」判評566号（2006年）17頁。

<sup>94</sup> 佐野寛「外国人を母とし、日本人父から生後認知された子について届出による日本国籍の取得を認めた事例」私法判例リマークス（2006年）135頁。

<sup>95</sup> 芦部信喜『憲法訴訟の理論』（有斐閣、1973年）172～173頁。

<sup>96</sup> 野坂・前掲注（49）474頁。

<sup>97</sup> 高井・前掲注（81）43頁。

<sup>98</sup> 宍戸・前掲注（72）206頁。日本の最高裁は、アメリカの最高裁とは異なり、法律の積極的「書き換え」を是認しているという。

<sup>99</sup> 松本・前掲注（54）79～80頁。

<sup>100</sup> 浅野・前掲注（37）67頁。

<sup>101</sup> 毛利・小泉・浅野・松本・前掲注（70）96頁。

<sup>102</sup> ここに、判例の遡及効と先例拘束性の混同が見られるという指摘が存在する。野坂泰司「民法900条4号ただし書前段と憲法14条1項」平成25年度重要判例解説（2014年）16頁。

<sup>103</sup> 司法審査の消極的な立法作用について、学説はこれを否定してきた。司法審査に付与されているのは、あくまで、国会の権限行使によりもたらされる違憲判決の効力を消極的に否認し阻止する権限であるとしてきた。新正幸『憲法訴訟論第2版』（信山社、2010年）602～605頁。

<sup>104</sup> 芦部・前掲注（95）376頁。

能について新たな議論の契機となるものであり、今後の司法審査のあり方を考える上で極めて重要な指摘であるといえよう。

#### 4 むすび—今後の平等審査の在り方について

平等審査について、近時最高裁は改めて従来の枠組みに依拠することを明確にしている。要するに、これは学説の提示する平等権審査の枠組み（審査基準論）を採用することの否定を意味するものである。これは、最高裁からの学説に対する応答と考えるべきであろう。もっとも、従来の枠組みに依拠するとは言っても、簡単に当該法律の合理性を容易に認めるというものではない。最高裁は、立法事実在即して、当該法律の合理性を綿密に検討するという枠組みを提示している<sup>105</sup>。その意味で、従来の枠組みのもとでも、平等権の裁判規範としての意義が失われるわけではない<sup>106</sup>。裁判所独自の観点から立法事実を検討することに、憲法のもとでの裁判所の確固とした役割を見出しているように思われる<sup>107</sup>。そして、そうした枠組みのもとで、最高裁は、政治過程において自己を守ることでできない「分離され、孤立した少数者」の救済を行っている<sup>108</sup>。さらに、救済手法は<sup>109</sup>、学説の弱点である救済を発展させるものであり、今後も救済手法は多様化していく可能性は十分にあるというべきであろう<sup>110</sup>。こうした救済手法の多様化を含めた審査枠組みは、日本独自のものとして位置付けられるべきであろう。こうした審査枠組みが、今後どのように展開し、発展するのか注目する必要がある。

---

<sup>105</sup> この点について、蟻川恒正教授は、以下のような整理を試みている。まず、一般的な立法裁量の存在を通常は前提として、審査密度を低める要素が見出される事案に対しては、当該区別が「著しく不合理なもの」であるか否かの基準を用いることによって、極めて緩やかな審査を行い、これに対して、審査密度を高める要素が見出される事案に対しては、「慎重に検討することか必要である」とし一定の厳格度をもった審査を施すというものである。次に、審査密度を低める要素も、審査密度を高める要素も、どちらも見出されない事案である。そこでは、平等審査のリーディング・ケースが引用されることになる。蟻川・前掲注（69）108～109頁。

<sup>106</sup> 手塚和男 「平等と合理的区別」大石真・石川健治編『憲法の争点』（有斐閣、2008年）105頁。

<sup>107</sup> 西村・前掲注（67）136頁。

<sup>108</sup> 「分離され、孤立した少数者」については、松井茂記『二重の基準論』（有斐閣、1994年）309～310頁。

<sup>109</sup> 宍戸・前掲注（72）208頁。

<sup>110</sup> 大沢・前掲注（63）23頁。