

公法判例研究

九州公法判例研究会

大隈, 義和

高良, 鉄美
九州大学法学研究科博士後期課程

笹田, 栄司
九州大学法学研究科博士後期課程

<https://doi.org/10.15017/1793>

出版情報 : 法政研究. 49 (4), pp.69-92, 1983-03-25. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

判例研究

公法判例研究

九州公法判例研究会

在宅投票廃止違憲第二次訴訟第一審判決

損害賠償請求事件、札幌地裁昭四九(ワ)五五六号、和55・1

・17第七部判決、棄却(控訴)、判例時報九五三号一八頁

〔事実〕

昭和二五年四月一五日に公布された公職選挙法及び同法施行令は、投票現場自書主義の例外である不在者投票手続の一環として、在宅投票制度を規定していた。即ち、同法四九条及び同法施行令五〇、五二、五三、五八条は、「疾病、負傷、妊娠もしくは不具のため、又は産褥にあるため歩行が著しく困難な選挙人につき、選挙人の現在している場所において投票の記載をなし、これを選挙期日の前日までにその属する市町村選挙管理委員会に到達するよう郵便をもって送付し、または、同居の親族によって提出させる制度」を定めていた。ところが、昭和二六年一二月より開かれた第一三回国会は、同年四月の統一地方

選挙において在宅投票制度を悪用して多数の選挙違反がなされたことを理由として、在宅投票制度を廃止することを一内容とする公選法の一部を改正する法律案を可決成立させた。そして、同法律は、昭和二七年八月一六日公選法の一部を改正する法律として公布され、同年九月一日より施行された。(なお、昭和四九年の第七二回国会での公選法改正によって、重度身体障害者の一部を対象とした在宅投票制度が復活した。即ち、「選挙人で身体に重度の障害があるもの(身体障害者福祉法第四条に規定する身体障害者又は戦傷病者特別援護法第二条第一項に規定する戦傷病者であるもので政令で定めるものをいう。)」の投票については、…政令で定めるところにより…その現在する場所において投票用紙に投票の記載をし、これを郵送する方法により行わせることができる。)(四九条二項)とするものである。)

歩行不可能あるいは困難な状態にあった原告らは、在宅投票制度を廃止し、その後復活しないことは、右の者に対して選挙権を奪い、身体上の欠陥その他の不合理かつ不当な理由により差別し、結局、それらの者を個人として尊重していかないものであって、憲法一五条一項、三項、四四條、四七條、一四條一項、一三條に違反するとして、選挙権を不当に奪われた精神的損害に対する感謝料を求め、国を相手に、国家賠償請求訴訟を提起したものである。

〔判旨〕

一、国会の立法行為ないし立法不作為について国家賠償法一条一項の適用があるかを案ずるに、「国会議員は、国権の最高機関であつて、国の唯一の立法機関である国会の構成員として、法律の制定という、それによって直接国民の権利義務に制肘を加えるという国の公権力行使の最たる行為に携わるのであるから、国会議員が国賠法一条一項所定の『公権力の行使に当る公務員』に該当することはいうまでもない」。また「国会が違憲の法律を制定した場合には、当該立法行為は国賠法の適用上も違法と評価され、それによって損害を被った者に対し、国会議員に故意・過失のあることを前提として、同法により賠償をする義務が生じ、裁判所は国に対し右賠償を命ずることができるのは明らかというべきである」。そして立法不作為の違憲判断についても、「憲法一三条、八一条、九八条一項、九九条の諸規定に徴し、いずれも積極的に解するのが相当であり、そうすると、立法不作為について国賠法の適用を否定するいわれはなく、立法行為による場合と同様にその適用を肯定しなければならぬ」。また国会議員の免責特権との関連では、「憲法五一条は、国会議員の民事責任を免除することによって、その院内における言論の自由を確保しようとしたもので、それ以上に国の損害償義務の消長について定めたものではないと解される」。そして、故意・過失の要件については、「それ（合議制機関―筆者註）を構成する個々の国会議員の意思についての故意・過

失を問題にする必要はなく、個々の国会議員の意思の多数決原理に基づく集約の結果である国会のそれをもって判断すれば足りる」。かくして、以上の理由により、国会の立法行為ないし立法不作為について、国賠法一条一項の適用があると解される。

二、「憲法が保障する選挙権は、憲法の採用する国民主権の原理に基づく国民の国政への参加の機会を保障し、また国民が地方住民として地方自治に参加する機会を保障するものであり、憲法上国民が有する権利のうち最も基本的なものの一つであり、議会制民主主義の根幹をなし、地方自治の基礎をなすものであることが明らかというべきところ、選挙権は投票をすることによってのみ行使し得るのであるから、投票の機会の保障なくして選挙権の保障はあり得ず、選挙権の保障の中には当然に投票の機会の保障が含まれるものと解さなければならない」。また、「憲法一四条一項に定める法の下での平等は、選挙権に関するかぎり、国民はすべて選挙権行使の機会においても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る（憲法一五一条一項、三項、四四一条但書も同旨―筆者註）。他方において、憲法は選挙が正当・公平に行われるべきこと、また選挙人が自由な意思で投票することができるために投票の秘密が保たれることを要請している（前文一項冒頭、一五一条四項）が、選挙権行使の機会が、平等に保障されるべき旨の要請は、論理上、右の投票の秘密が保持されるべき旨の要請の前提をな

すものといふべきであるから、「選挙が正当、公正に行われ、また投票の秘密が侵されないようにするため合理的と認められるやむを得ない事由のない限りは、投票の機会の平等保障は立法上貫徹されなければならない」、国会はそのような内容の選挙制度の定立を憲法上義務付けられているのであり、前記裁量権は右制約によってわく付けられているものといふべきである」。

三 「在宅投票制度による弊害を除去するための何らかの措置をとる必要性は大きかったといふべきである。それゆえその弊害除去を目的としてなされた本件改正は、その目的はもろろん正当として是認し得るものである」。しかし、そのことのゆえに「在宅投票制度の全面廃止までが直ちに正当として是認されるわけのものではない。：同居親族の介入を許す制度の再検討、在宅投票をなし得る者に該当することの証明方法の改善など、主として手続面、運用面の是正によりおおむね悪用による弊害の防止という初期の目的を達し得たのではないかと考える余地がある」。「選挙権行使の機会の平等保障という憲法上の要請は、選挙は正当、公平に行われなければならない、投票の秘密は保障されなければならないという他の憲法上の要請の前提をなすものであることに思いをいたすならば、より制限的でない他の選びうる手段について検討することなく、一挙に在宅投票制度を廃止した本件改正法による立法措置は、たとえその立法目的が合理的であったにしても、立法目的の実現のための手段としての適合性において合理的なものであったとはいいがたく、

やむを得ない事由があったとは認めがたい」。「本件立法行為は『疾病等のため投票所に行くことができない在宅選挙人』に対する関係において憲法一五条一、三項、四四条但書に違反し、違法のそしりを免れない」。

四 「当時の国会議員は、同改正法が『疾病等のため投票所へ行くことができない在宅選挙人』に対する関係で違憲、違法と評価されるべきものであるという認識を全くもっていないかつた」し、当時の学説等の状況に照し考えてみるに、国会議員が「在宅投票制度を廃止する本件立法行為が『疾病等のため投票所へ行くことができない在宅選挙人』に対する関係で違憲、違法であることを予かじめ知ることができなかったものといわざるをえない。なお、本件改正法の成立後、：（昭和四九年頃まで）：国会議員において、右の違憲・違法性を認識し、又は認識すべかりし事由が新たに生じたことを認めるに足りる十分な証拠はない」。従って、故意又は過失があったものといふことはできない。

〔研究〕

一 本件判決は、結論（主文）において国会の故意、過失を否定して、原告らの損害賠償請求を棄却したが、立法行為あるいは立法府の不作為が国賠法一条一項の「公権力の行使」に含まれるとした点、選挙権保障は投票機会の保障も含むとした点、そして立法府の不作為ではなく、立法行為（制度廃止行

為)を憲法判断の対象とした点など、憲法理論上注目すべき争点を提起している。そこで本稿では、右の争点について若干の検討を加えたいと考える。なお、在宅投票制度廃止及びその後の立法不作為を争った訴訟として、本件判決に先行して、札幌地裁小樽支部昭和四九年一月九日判決(判時七六二号八頁)、及びその控訴審判決である札幌高裁昭和五三年五月二四日判決(判時八八八号二六頁)が存在する。本件訴訟は、この二つの訴訟(以下では第一次訴訟と呼ぶ)と同趣旨であり、第一次訴訟を支援する形で提起されている。

二 従来、立法行為への国賠法一条一項の適用を肯定するものとして、前述の第一次訴訟一審判決、二審判決、そして立法不作為への国賠法一条一項の適用を肯定するものとして、第一次訴訟二審判決、および議員定数不均衡損害賠償訴訟である東京地裁昭和五二年八月八日判決(判時八五九号三頁)ならびに東京地裁昭和五三年一〇月一九日判決(判時九一四号二九頁)が存在していたが、本件判決も、これらの判決の方向に沿って、立法行為ないし立法不作為への国賠法一条一項の適用を認容する(本件判決以後、注目すべきものとして、教育権の領域における立法不作為を争う「国賠訴訟である」私学訴訟一審判決(大阪地裁昭和五五年五月二四日判決、判時九七二号七九頁)がある。参照、小林武「教育を受ける権利と立法不作為」南山法学五、巻四号五七頁、大沢勝「教育費負担と国の教育条件整備義務」季刊教育法三七巻一一四頁)。

学説上、立法行為に国賠法一条の適用があることは従来から主張されていた(参照、古崎慶長「国家賠償法」二二三頁、有倉)が、具体的にどのような事例が成り立ちうるか想定されていなかったようである(参照、下山英二「国家補償法」一三三頁)。また、合議制機関の「故意・過失」を如何

にとらえるかが問題となりうるが、それについて本件判決は、前述の諸判決のアプローチと同じく「個々の国会議員の意思についての故意・過失を問題にする必要はなく、個々の国会議員の意思の多数決原理に基づく集約の結果でくる国会のそれをもって判断すれば足りる」と解する。また国側の主張する憲法五一条の議員の免責特権については、第一次訴訟一審、二審判決と同様、本件判決も斥けている。総じて本件判決は、以上の部分において、第一次訴訟における一審、二審判決を踏襲していることが認められる。また学説においてもこの点について異論は出されていないようである(例えば、野中俊彦「在宅投票制度復活訴訟」控訴審判決の意義と問題点」ジュリスト六七〇号二八頁、小林武「在宅投票制度を復活しない立法不作為」に対する国家賠償請求」南山法学二巻三号一八一頁)。

三 次に、本件判決は、「選挙権の保障の中には、当然に投票の機会の保障が含まれる」と判示する。この点については今村教授が第一次訴訟の一審での原告側鑑定意見の中で主張されていた(参照、今村成和「身体障害者と選挙権」ジュリスト五三二号七〇頁)が、この第一次訴訟一審判決では、「投票の方法の定め方如何によっては、実質的に選挙権を奪う結果になることもありうることに鑑みれば、国民の法の下の平等の原則は、当然に、投票の方法を定める場合においても要請されるものと解すべき」と判示され、投票の機会保障が選挙権保障に含まれるとは明確に述べられていないのである(参照、三輪隆「重度身障者の選挙権」ジュリスト別冊憲法判例百選五二五八頁)。本件判決は、初めて投票の機会保障を憲法上位置づけた第一次訴訟二審判決に沿って、明確に述べており、この方向を判例上定着させるものとして、評価

されるであろう。さらに、また、この第一次訴訟二審判決及び本件判決の方向は、選挙権の平等を、選挙権行使の平等のみならず選挙権の内容の平等をも含むと解する昭和五十一年の衆議院議員の定数配分規定違憲最高裁判決（判時八〇八号二四頁）の立場にも一致するものである。

しかしながら、本件判決（及び第一次訴訟の二審判決）が、投票機会の平等の憲法上の根拠として、憲法一四一条一項、四四一条但書を挙げている点については疑問が存する。即ち、「選挙権の平等ということ強調することは、この形式的平等を強調することであって、投票方法についての合理的差別の容認や、さらには、実質的平等の実現を要請する論理としては使えないし、むしろ逆にそれらを否定する論理になるのではないかと思われる（野中俊彦「在宅投票制度防止違憲訴訟について」自由と正義、昭和五五年七四号二四頁）からである。学説においても、この判例の考え方には批判が多い（例えば、中村睦男「立法不作為の違憲性」昭和五三年重要判例解説九頁、長尾一敏「立法の不作為に対する違憲訴訟、憲法判例百選Ⅱ、三三〇頁、なお判旨に賛成するものとして佐藤英善ほか「在宅投票制度と立法不作為の違憲性」53・5、24札幌高裁判法をめぐって」法。投票機会の平等の憲法上の根拠は、憲法一五一条から導きだされるべきものと考ええる。普通選挙の原則が「選挙権の帰属についての差別および選挙権の行使についての差別を禁止する」（長尾一敏前掲論文三三二頁）のである。

本件判決は、国会議員の選挙に関する事項はこれを法律で定めると規定する憲法四七条が、国会に広い裁量権を与えているとしながらも、被告国側の主張する立法裁量論に対しては、「（国会の）裁量権も、国の最高法規である憲法（同法九八条）

を頂点とする現行法秩序内の許容する範囲内においてのみ妥当」すると述べる。そして、投票機会の平等保障を内容とする選挙制度の定立を、国会は憲法上義務づけられており、かくして「前記裁量権は右制約によってわく付けられている」と判示する。憲法四七条を国会への全くの授權規定と解し、在宅投票制度の廃止は立法政策上の問題にすぎないと主張する被告国側の見解を斥けて、立法義務の存在を認め、右のような立法裁量の制約の方向を打ち出した本件判決の論理は評価されてしかるべきである（なお、第一次訴訟の二審判決も同様の判旨を展開する）。憲法一条の国民主権原理一五一条に規定されている各選挙原理、四四一条の議員及び選挙人の資格についての規定、そして一三一条から文言上、あるいは解釈上明白に認められる立法者に対する憲法上の命令が引き出され、それが憲法四七条と結びついて、立法裁量を制約すると考えられる。従って、違憲審査基準としては、「合理性」の基準ではなく、本件判決の採用する「より制限的でない他の選び得る手段」という基準の方がより適切であると評価しうる。後者のような厳密な司法審査を行なうことは、「憲法上、国民が有する権利のうち最も基本的なものの一つ」である選挙権の保障にとって、不可欠のことと思われる。

四 昭和五十一年最高裁判決が述べるように、「およそ国民の基本的権利を侵害する国権行為に対しては、できるだけその是正、救済の途が開かれるべきである」という憲法上の要請に鑑みるならば、本件訴訟ならびに第一次訴訟が、「訴えの利益な

し」として却下されることなく、詳細に審理判断されたことは高く評価されよう。けれども第一次訴訟においては果して「国賠法の法理に沿った主張と解決がなされ」(野中俊彦「在宅投票制禁止(違憲訴訟)自由と正義」昭和五五年七四) だであろうか。つまり、現在の法解釈のもとでは、抽象的な法令の違憲審査は為されえないのだから、「国会の立法によって、何時、誰にどんな損害が生じるのか」(古崎慶長判例評論一九五号一三五頁)が確定されねばならない。この点について、第一次訴訟の一審判決は、公職選挙法の改正という国会の立法行為を直接の不法行為と考える。しかしこの判決の理論構成に対しては、「原告は、本件で問題になる法改正によって、選挙権そのものを奪われたわけではなく、各選挙毎の具体的な選挙権の行使が不可能か困難になったにすぎない」のであり、「法改正の段階は、将来選挙があったとき損害を被るだろうという想象、推測 (Ver-mutung) の段階にすぎない」(古崎慶長判例評論一九五号一三七頁)との批判が正当にも提起されている(これに対して、小林論文は、「選挙権ないし参政権は、恒常した論理構成」を為すことよつて一審判決(第一次訴訟)の再評価も可能と考える。小林武「在宅投票制度を復活しない立法不作為に對する国家賠償請求」南山法学二卷三三三—三八頁)。また本件訴訟の一部の原告のように、法改正当時(昭和二十七年)、選挙権を有していなかったならば、その者との関係では、立法行為と損害との間に因果関係があるとはいひがたいのではなからうか。そのうえ本件訴訟のように、昭和二十七年の法改正から二二年経過して訴訟提起が為された場合には、民法七二四条後段の二〇年の消滅時効に該当する虞がある(参照、山中善夫「投票所は

「よりも適し」(法学セミナー) 第一九七五年四月号九八頁)。第一次訴訟二審判決は、制度廃止後の最初の選挙において、被控訴人が投票所に出かけているという事実の存在から、昭和二十七年の法改正による制度廃止は、被控訴人との関係では違憲違法ではなかったと判示する。そして、精緻な立法不作為の理論を構築して、昭和四四年以降の選挙機会ごとに、立法不作為による損害が発生しているとす。この判決は、単純な立法不作為と積極的に消極的内容をもつた立法判断された後の故意とを区別し、後者のいわば作為起因型の不作為については立法行為同様に憲法適合性を判断をなしうる(遠藤博也「国家補償」(法上巻)二〇一頁)と解する。確かにこの判決の「立法不作為理論」は非常に精緻なものと評価されうるのであるが、しかし権利救済という観点からするならば、作為と比べて一段と困難が存する立法不作為理論を何故展開したのか、また現に存在する立法を手がかりとする解決方法が採用される余地はなかったのだろうかという疑問が残るのである(参照、野中前掲論文、ジュリスト六七三—七三頁など)。そして、学説においては、現に存在する公職選挙法四四条を手がかりとして、「公職選挙法四四条は在宅投票を認める但し書を含んでいる限りにおいてのみ、投票機会の確保という憲法上の要請を充たしていたのであるから、その但し書が削除された段階で少なくとも在宅投票制に頼らざるをえない選挙人に適用される限りで違憲の規定となったものとみることができ……、当該規定は被控訴人に適用された限りにおいて違憲違法であり、不法行為を形成したという論法でもさしつかえな

かったのではなからうか」(野中前掲論文「ジュリス」一三三頁)との見解が出されていた。

本件判決は、右学説とほぼ同様の考えから、昭和二十七年の立法行為(改正法の制定)と「疾病等のため投票所へ行くことができない在宅投票人」に対する本件改正法による改正後の適用との間には因果関係があるとし、そして、在宅投票制度を欠く改正後の公選法の投票に関する規定は、「疾病等のため投票所に行くことができない在宅選挙人」に適用されるかぎりにおいて、違憲・違法であり、その都度、それらの者の選挙権が侵害されたものといわなければならない」と判示する。「個々の選挙機会ごとの在宅投票制ぬきの投票制度の適用を直接の不法行為にとらえる」(野中前掲論文「自由と正義」昭和五五年七月号二四頁)本件判決は、第一次訴訟一審判決に対して出されていた「法改正の段階は、将来選挙があったとき損害を被るだろうという想像、推測(Vermutung)にすぎない」との批判をかわし、あるいは時効の問題を克服すると考えられる。従って第一次訴訟二審判決のように、理論的に未だ熟していない「立法不作為理論」を使う必要はなかったのではなからうか。筆者には本件判決の採用する方法が最も適切であると思われる。二審判決で問題となった立法不作為は、公選法の改正という立法行為によって創出されたという特殊性をもつものだから、問題解決はその特殊性に即して行なわれるべきなのである。

五 本件判決は、第一次訴訟の一審、二審判決と同様に、個

々の国会議員の故意・過失を問題にすることなく、「個々の国会議員の意思の多数決原理に基づく集約の結果である国会のそれ(故意・過失—筆者註)をもって判断すれば足りる」と解している。そして、本件判決は、第一次訴訟の二審判決と同様に、違法性の判断と故意・過失の判断を切り離し、前者は認めながら、しかしながら後者は否定したのである。他方において、第一次訴訟の一審判決は「国会は、…その組織・機構等において他の立法機関に類をみない程度に完備していることは公知の事実であるから、立法をなすにあたっては違憲という重大な結果を生じないよう慎重に審議、検討すべき高度の注意義務を負う」として、「かかる違憲の法律改正を行なったことは、その公権力行使にあたり、右注意義務に違背する過失があった」と判示している。この判決は「違憲立法が制定されたことの中に、議員の故意・過失が内在するとの考え方を前提にしている」(古崎前掲論)のであるが、学説においてはこのような「結果違法説的な過失判断」に対して疑問を提起する見解もみられる(参照、遠藤博也「國家補償法上巻」四五〇頁)。また、遠藤教授は、「立法行為とくに立法不作為の損害賠償法上の違法または故意過失の判断は、長期にわたる立法過程に積極的・消極的な手落ち、手ぬかりがなかったかを法的に判断するもの」であるから、違法性判断に先立ち、過失判断を行なうことが、「損害賠償問題の処理として簡便であるのみならず、立法過程の違法を取扱う方法としても適切なように思われる」(遠藤前掲書)と主張される。本件判決は、前述し

たように、故意・過失を認定しなかった。果して本件において、故意・過失が認定されうるのかどうか、非常に難しい問題である。思うに遠藤教授の主張される「立法過程のありかた」という視点から本件を考察するならば、在宅投票制度復活についての請願を本会議に付すのを留保するとした委員会決定のあった昭和四十二年以降には、故意・過失が認定される余地があったのではなからうか。

昭和四九年の公選法一部改正により、在宅投票制度が一部復活したが、三〇〇万人と推定される従前の制度の対象者のうち、わずか一〇万人弱が現在の制度を利用しうるにすぎない(参照、山中善夫前掲論文法学セミナー一九七五年四月号)。そして残りの二九〇万人については、違憲状態がなお継続していると考えられるのであり、選挙権の持つ重要性に鑑みるならば、早急に法改正が為されねばならないであろう。立法政策論になるが、身体障害者等のための特別な投票制度として、在宅投票制度以外にも、例えば「選挙管理機関の訪問による投票」といった制度が今後検討されてよいのではなからうか。

(笹田栄司)

父系優先血統主義を定めた国籍法は合憲か

(国籍存在確認請求事件、東京地裁昭五二(行ウ)三六〇号、昭56・3・30民三部判決、棄却(控訴))

(判例時報九九六号二三頁)

〔事実〕

X(原告)は昭和五二年八月、東京都渋谷区において米国籍の父と日本国籍の母の長女として出生した。Xの両親は同年一月に婚姻しており、Xを日本人として養育することを決意した。そこでXの母が同年九月五日東京都港区長に対し、Xの出生届をするとともにXを自己の戸籍に入籍させるよう申し出たところ、同区長は九月一二日付書面をもって、国籍法二条各号の規定によりXは出生によって日本国籍を取得できず、母の戸籍に入籍させられない旨を通知してきた。Xの母は、これを不服とし、国籍法二条一号及び二号という「父」とは「父又は母」の意に解釈すべきであるとして、国Y(被告)を相手取り、Xの法定代理人の資格においてXが出生により日本国籍を取得している旨の確認を求めて本訴に及んだ。

その理由とするところは、(a)国籍法二条一号ないし三号の血統主義は、正当な理由がないのに父系を優先させて母系を劣後させるものであり、性別による差別を禁止した憲法一四条に違反する、(b)父系優先血統主義の規定の下では外国人父と日本人母がその子に生来の日本国籍を取得させようと欲する場合は、

子を非嫡出子として届出をする以外に方法はなく、公序良俗に反する結果を生じさせるため、国籍法二条一号ないし三号の規定は、個人の尊重を定めた憲法一三条及び家族生活における個人の尊厳と両性の平等を定めた憲法二四条二項に違反する、(c) Xは国籍法二条各号の規定により日本国籍を取得できず、また、父が米国の国籍法に定める国内居住要件を満たしていないため、米国籍をも取得できず、結局無国籍とならざるを得ないのであり、日本人を母として出生した子に対して、このような重大な不利益を生じさせる国籍法二条一号ないし三号の規定は、個人の尊重を定めた憲法一三条及び一四条に違反する、というにある。

これに対してYは、国籍法が父系優先血統主義を採用しても違憲の問題を生じないこと、子は父母の間における不平等を争う適格を有しないこと、父系優先血統主義は重国籍防止のため採用されたもので合理的根拠に基づくものであること、日本国籍を取得するには帰化による取得もあること等を主張した。これに対する反論としてX側は、子にとっての生来的日本国籍取得権及び親にとっての日本国籍継承権を承認すべきであること、父系優先血統主義はYの強調する重国籍防止を実現し得ないこと等を挙げた。

〔判旨〕請求棄却。理由、以下のとおり

一 「日本人と外国人との間に生まれた子が日本国籍を与えられないときは……憲法の定める基本的人権の保障を完全には

享受し得ないものであり、「日本国籍の有無が社会生活に……重要な意義を有する」。したがって、国籍法二条一号ないし三号の規定は「子の立場から見れば……日本人親の性別のいかんにより日本人母をもつ子を、日本人父をもつ子に対して差別することであるとともに、親の立場から見ても、日本人父は常に子と国籍を同じくすることができるのに対し、日本人母は原則として、これが認められず……子との関係における父母相互の地位に、差別を設けるものである」。「ところで、父系優先血統主義は、父母の性別を基準とするものであって、子の性別による差別ではない」が、「国籍の重要性を考えれば、子としては国籍決定基準の定め方における父母の性別による差別の違憲性を主張するにつき、実質的かつ具体的利益を有する」。

二 「国籍の得喪……の問題は国家構成の基本」であり、「本来……憲法をもって規定すべき事項である」。よって、国籍法の規定が「憲法の各条項及び基本原理」に「違反するときは、違憲の問題を生じる」。「いかなる要件を具えた者に国籍の保有を認めるかは……政策目的をも考慮して決定されるものである」……立法府に与えられている裁量の範囲が広汎なものである。

三 「国籍立法上、重国籍の発生を防止すべき必要性は、否定し難く……父系優先血統主義をとることは……相当の効果を發揮する」。しかし、「父系優先血統主義には重国籍発生防止の効果がある反面……無国籍となることがあり得る。重国籍防止のために無国籍を生じさせること自体、行きすぎといふべきで

あるし……無国籍の防止は重国籍の防止よりも重要であり、もし両者が抵触し、二者択一を迫られるときは、「無国籍の防止を」優先させるべきものであろう」。また、「重国籍防止の理想は、両性平等原則と調和的に実現すべきものであって、重国籍を防止するためであれば父母を差別すること（その結果として無国籍の子をも生ぜしめること）が当然に許容されると解することはでき（ず）、両性平等原則の意義と価値に照らすと……重国籍防止における必要性和有用性を強調するのみでは、父系優先血統主義が、憲法の精神に反するものでないことを基礎づけるには、なお不十分である」。「ところで、日本国籍は、生来のものであれ、帰化によるものであれ、その法律上の効果に差異はな」いのであり、「国籍法は、父系優先血統主義の結果、日本人母の子で日本国籍を取得できないこととなる者について、簡易帰化の途を開き、日本人父の子と差別のない地位を取得することを可能ならしめている」。このような「簡易帰化制度を併せ伴う限りにおいて……著しく不合理な差別であるとする非難を、辛うじて回避し得る」。そして、現行の制度を「将来にわたり、いかにするかは……立法政策の問題である」。

〔研究〕

一 本件は、父系優先血統主義を定める国籍法二条一号ないし三号の合憲性を初めて正面から問題にしたものである。終戦後、日系二世らによって、提起された一連の国籍関係の訴訟があるが、それらは国籍法の合憲性には無関係であった（最大判昭三二・七・三三）

○民集一一卷七号二三四頁、最三小判。昭三二・一〇・八国私例集一五二八頁等)。国籍法解説書では、憲法との係わりについて国籍法二〇条と憲法二二条二項との関係に言及しているが、国籍法二条一号ないし三号の父系優先血統主義と男女平等(憲法二四條)との関係には言及されていない(参考、田代法条解説「六」一五頁・八二頁)。本件に関連のある米国の一九五二年移民及び国籍法(いわゆるマツカラン法)の内容を紹介する当時の論文においても、人種に対する差別や外国人に対する思想取締に注意が向けられ、同法が性差別をしていない点は認識されず、わが国の国籍法上の性差別規定には言及されなかった(参考、川上勝己「いわどんな法律か」『法律のひろば』六卷一)号一三頁以下、六卷二号一頁以下)。このように当時は、国籍法に定める父系優先血統主義は性差別という憲法問題としては認識されていなかったようである。しかし、近時、各国の国籍法改正の動向や、いわゆる差別撤廃条約(参考、島居淳子「両性の平等と国籍」『ジュリスト』七二五号五二頁以下)の署名等との関連で、両性平等の見地から国籍法の問題を扱う論文・研究が数多く発表されるに至った。本判決においても認められているように父系優先血統主義を定める国籍法が、性別により差別的取扱いをしていることについては争いがないと思われる。この点で、差別の合理性が問題になる。また、国籍の憲法上の位置づけや違憲判決の方法等の問題も生ずる。ところで、国籍法について、すでに法務省は改正の意向を明らかにしているが、このような時期だけに本判決の下した憲法判断は注目されよう。以下判旨を追って研究を試みる。

二 (判旨一について) 国籍法二条一号ないし三号の規定が

親・子いずれの立場から見ても差別を設けるものであることを認めたと上で、本件において違憲性を主張する原告適格を子(X)が有するかどうかについて下された判断が判旨一である。本判決において子は父母の性別による差別の違憲性を主張するにつき、実質的かつ具体的利益を有するとしてXの原告適格を認めたいのは評価されよう(なお原告適格については林屋礼三「憲法訴訟の手續」(法理)『Law Science』第五〇号二五頁以下参照)。しかし、本件と同日に判決された杉山ケース(東京地裁昭和五三年(行ウ)第一七五号国籍存在確認請求事件)(本件と同様の主張を旨の理由により請求は棄却された。)において共同原告となった日本人母の訴えは、訴えの利益なしとして却下されているが、果して本件に訴えの利益はないのであろうか。「国籍法の規定が……日本国籍取得の基準を……父の国籍に求めたというにとどまらず、これを親の立場から見ても、日本人父は常に子と国籍を同じくすることができの対し、日本人母は原則としてこれが認められず実質的不利益を受ける」(判旨)のであるから、親(この場合は母親)も、右差別の違憲性を主張するにつき実質的かつ具体的な自己の利益を有するのではないだろうか。親の訴えの利益が認められなければ、本件の争点の一つである性別に関する議論は、あまり意味を持たなくなる。また親に訴えの利益があるかどうかという問題は、本件でもX側のいう「親の国籍継承権」とも関連するが、この「国籍継承権」なるものを否定する見解が多い(参考、石黒一憲「国籍法と男女平等」(法学教室九号(一九八二)一〇四頁)。本件では国籍法上認められている「父親の国籍を子が出生により取得する

こと」(これが国籍継承権とまで言えるか否かは別として)が母親の国籍については何故認められないかが、問題の本質の一つと考える。憲法の平等規定及び、いわゆる差別撤廃条約第九條二項の規定(「婦人に対し子の国籍について男子と平等の権利を与えなければならない。」)(参照、鳥居前掲論論文五二頁)から見れば、国籍継承権なるものは、全く否定されるべきものとは言えないと思われる。

三 (判旨二について) 憲法は第一〇条において、国民の要件は法律で定めることを明記しているが、国籍法の規定が国の根本法たる憲法に反してはならないことは憲法第九八條一項の規定からいうまでもない(参照、清宮四郎「憲法」二四頁以下、宮沢俊義著、青部信喜補訂「全訂日本国憲法」八〇二頁以下)。

この点で、本判決が国籍法の規定が憲法に反する場合は、違憲の問題を生ずるとしているのは正当である。つづいて本判決が立法府の裁量を考慮していることは権力分立の原理からすれば確かに重要であると言えよう。しかし、この立法府の裁量権もまた、憲法に反して行使されてはならないのであり、「国籍制度は憲法の内容を全体的に体现するものでなくてはならないし、単なる立法政策の問題とは言えない」(萩野芳夫「国籍・出入国」ではなかるうか。)

四 (判旨三について) 本判決においては、判旨三が中心論点であり、国籍法をめぐる多くの問題を含んでいる。まず、重国籍発生防止の必要性について検討してみたい。本判決に示されているように、確かに重国籍には「兵役義務、外交保護権の

行使あるいは犯罪人引渡等をめぐって「各国家が」相互に対立〔する等の〕弊害」があることは否めない。ただ国家的利益と個人の利益とは必ずしも一致しないと思われる。個人的には重国籍は不利益ばかりでなく「二国から権利を与えられ、むしろ利益でさえありうる」(山本敬三「国籍法と男女平等」法律時報五三卷八号一頁)。また、重国籍は個人と諸国民との間に友愛精神を生じさせることにより国境を開くのに役立ち、国際紛争の原因よりもむしろ防止になることも、やや理想主義だが考えられないこともない(菅昌華「国籍と人権」二四四頁)。だからといって、重国籍から生ずる問題を軽視するわけではなく、ただ重国籍や無国籍の問題は、このように国家的観点ではなく国民的観点から検討すべきではないだろうか。

本件の争点である性別による差別は、憲法一四條一項後段に列挙されており、「そこに列挙された事由による差別は、民主制のもとで通常は許されないものと考えらるから、その差別は合理的根拠を欠くものと推定され」、したがって合憲であると主張する側が合理的差別の举证責任を負う(「一」内、伊藤正己「憲法」二下の平等と合理的差別 Law School 第五〇号六六頁、藤井俊夫「父系優先血統主義」を定めた国籍法二條一號ないし三號が合憲とされた事例」判例評論二七三號二〇頁以下)。

そこで、重国籍発生防止のために父系優先血統主義を採用することは、合理的な差別であるかどうか重要な判断になる(すなわち「本件では立法目的に対する手段の合理性にしろ」)。その点で本判決が「無国籍の防止は重国籍の防止よりも重要であり、もし両者が抵触する場合は前者を優先させるべきである」と判断し、「両性平等原則の意義と価値に照らすときは、単に重国籍防止における必要

性と有用性を強調するのみでは、父系優先血統主義が憲法の精神に反するものでないことを基礎づけるには不十分」としたのは、高く評価できる(参照、山本前)。このことから重国籍発生防止のために父系優先血統主義を採用したというだけでは、合理的差別とは言えないという判断が導かれる。

問題は、多くの評釈で指摘されるように、これに後天的な国籍の取得、すなわち簡易帰化制度を考え合わせれば、不合理な差別ではないとした点である。簡易帰化制度によって「父系優先血統主義による差別的不利益、殊に子が無国籍になるという人権上の不利益は是正が図られている」と判断したのは、逆に重国籍の防止を優先させているのではあるまいか。帰化はあくまで法務大臣の裁量であって条件を満たした者でも不許可となりがうるし、さらに簡易帰化制度が無国籍者にとって救済になっていない現状(金城清子「国籍法違憲訴訟と簡易帰化制度」ジュリスト七四五号一四頁以下。伊志嶺憲徹「国籍法の憲法問題」沖繩のいわゆる無国籍児問題と関連して」琉大法学二八号九七頁以下。参照、法務省民事局第五課国籍実務研究会編「国籍・帰化の実務相談」昭和五六年改訂三〇九頁以下、わが国の無国籍児の大半が集中する沖繩の現状については、法律時報増刊「復帰一〇年の沖繩白書」一四六頁以下)も考慮すれば、国籍の生来的取得と帰化による取得とは本質を異にするものであり、同列に考えるべきではない(参照、萩野前掲。書四〇五頁以下)。したがって、簡易帰化制度を併せ伴うからといって合理的差別であるといえないであろう。ただ合理的差別の基準はあいまいで、合理的差別の名の下に濫用のおそれがあり、その判断が重要であることはいままでもない(参照、伊藤前掲書二四二頁以下、芦部信喜「憲法Ⅱ人権(Ⅰ)」二一八頁、阿部照哉「平等と合理的差別」ジュリスト増刊憲法の争点(一九七八)七四頁、なお違憲審査の基準については、浦部法穂「違憲審査の基準」La。尊属殺加罰規定をめぐる最高裁判決が

対照的であることにも合理的差別の判断の困難さが表われている(合憲、最大判昭二五・一〇・二五刑集四卷一〇号二二六)。(伊藤前掲書二四三頁)一違憲、最大判昭四八・四・四刑集二七卷三三三六五頁)。(一四四五頁参照)。

五 あまり注目されていないが、本判決で国籍を、人権あるいは人権保障を享受する基礎となるようなもの、として把握しているように見受けられる面は評価されるべきである。「わが国において基本的人権の保障を完全には享受し得ず」「国籍喪失の定めのために……基本的人権の保障を受けられない」「無国籍になるという人権上の不利益」の指摘等)。国籍問題に関する先進国といわれる西欧諸国では、父母両系主義に移行し、いずれも人権の面から国籍をとらえている(本件原告側弁護士の一人、綴治千鶴ジュリスト七二五号一頁、萩野前掲。子による「男女差別的国籍法」ジュリスト四〇四頁、その他多数が指摘)。国民を国家の「もの」と考え国家利益のための道具と見ていた時代ならいざ知らず、現在では「国民は主権者であり、国政から福利を積極的に享受できる」主体である(「一内は、憲法前文を参照、国王との間の忠誠保護関係から始まる」まさに「国籍は人権享有主体たる地位であり、その地位は人権を享有するための人権という位置をもつ」(萩野前掲書)のである)。(四一三頁)のである。

さて、このように国籍を人権として考えると、憲法二二条二項にも言及する必要がある。同規定は、国籍離脱を制限して無国籍者の発生を防止することは許す趣旨と解されている(田代前掲書)しかし、人権として国籍をとらえるのであれば、主権者である国民が自ら不利益を承知で無国籍を選択する場合は、国家がこれを制限することは許されないと解するのが正当ではないだろうか(参照、萩野前掲書四〇八―四〇九頁、なお宮沢著・芦部前掲書一九一頁では、無国籍の場合には明確に言及していないが「国籍法は、憲法二二条二項の国籍離脱の自由

を制限する規定を設けることとはできない」としている。

各国の国籍法の動向についてはすでに若干触れたが、特にドイツにおいて、本件のような問題を解決する規定（「ドイツ人の嫡出子は、そうしないとその者が無国籍となるときは出生により母の国籍を取得する」）でさえ、両性平等などの基本法規定に反すると判断されたのは注目される（上記規定は、一九六三年のドイツ国および邦の国籍に関する法律第四十一条一項、判決は、連邦憲法裁判所判例集三七卷二一七頁、一九七四年五月二一日第一節判決、沢木敬郎「国籍法上」の父系優先血統主義と両性平等」立憲法学一八号一三〇頁より引用）。本件の場合も無国籍の場合だけ母の国籍を取得しても根本問題である性差別は解消されないのではないだろうか。

六 本件はXから控訴され、先ごろ高裁判決が下された（国籍確認請求控訴事件、東京高裁昭五六（行コ）二七号、昭57・6・23民一五部判決、控訴棄却（上告）、判例時報一〇四五号七八頁以下）。これに簡潔に論及しておきたい。本件高裁判決では、「国籍法二条一号の規定は、父が日本国民であるとき、その子が日本国籍を取得することを決めておきすぎるからこれを禁ずる条項ないし原理は憲法のどこにも存在しないから違憲の問題を生じない」とするが、国籍法二条は同条各号の場合に、出生により子は日本国籍を取得する、（すなわち反対解釈すれば、各号の場合以外は出生により子は日本国籍を取得しない）という規定であり、したがって出生のとき母が日本国民であるとき（国籍法二条各号の場合を除く）は、日本国民母の子は日本国民としないと解釈され、違憲の問題を生じ得る（本件高裁判決にお

いて「国籍法二条一号の規定が日本国民父の子は日本国民とするが日本国民母の子は日本国民としない」という趣旨……であれば、違憲の問題は起こり得よう」としている。

また、「憲法は国籍付与の基準として何等特定の主義を採用すべきことを指示していない……又、純粹主義に徹し……『父及び母』がともに日本国民であることを要件とするとも考えられる……〔これは〕憲法の諸原則に違反していない。従って国籍法改正に当って、そのうちのどれを採用するかは立法府である国会の自由である」と述べているが（同様の論理は本件地裁判決にも見られる）、確かに憲法は特定の主義を採用すべきことを指示していない。しかし、採るべきでない主義は憲法の諸原則から導かれるのであり、必ずしも立法府の自由であるとは言えないのではなからうか（立法政策上複数の選択肢が考えられることを否定はしない）。「父及び母」がともに日本国民であることを要件とする両親血統主義も、子の平等の点から憲法上問題なしとしない。さらに「控訴人が米国籍を取得できないのは、米国籍法の規定のしかたによるものであって、わが国の国籍法の関知するところではない」と判示するが、米国籍取得の請求に關しては妥当しよう。しかし、Xは日本国籍を取得したいのであり、かつ、このことはこれまで見てきたように根拠のない不当な請求ではないわけで、「関知せず」と言うには疑問が残る。本件地裁判決に対し、高裁判決は憲法判断に入らず、ほぼ門前払いの形を取っている点も問題があろう。

七 本件地裁判決において言及された類推解釈（国籍法二条三号の趣旨は無国籍防止にあることから、子が無国籍となると

きは右規定を類推ないし準用して母の国籍を取得させる)は、Xを救済する措置として可能な合憲解釈であろうし、立法府の判断を尊重する上で、判決裁判技術としても肯定されるべきであろう(参照、石黒前掲論文一〇四)。(頁、藤井前掲論文二三頁)ただし、すでに触れたようにこの方法では本件の根本問題である性差別は解消されず、もし親の原告適格が認められた場合、親の性別による差別的不利益に対する救済とはならないと思われる。かといってXの主張(国籍法二条一号及び二号にいう「父」とは「父又は母」と解すべきである)は解釈上無理があらうし、裁判所の積極的な立法作用という面からも難点がある(藤井前掲論)。

また本件において、違憲判決の可能性もあったと考える(研究四参照)。この場合、原告の救済については微妙になるが(参照、藤井前掲論文二三頁、野中俊彦「違憲判」(決の方法)LawSchool 第四号七頁以下)、憲法から一義的に立法内容が確定される場合にのみ、請求は認められうる。しかし、本件の場合には立法政策上複数の選択肢が考えられるわけで(生地主義や国内居住要件等)、原告の請求は棄却されざるを得ないことにならう(参照、藤井前)。

また本件を立法者の不作為または立法上の欠缺から差別的な不利益を受ける場合と考えると立法の不作為という問題とも関連してこよう(この点で本件は、議員定数不均衡の問題とは、平等原則との関連は、連ばかりでなく立法不作為との関連でも共通項を有している)。これについては紙幅の都合で指摘するにとどめておくが、「司法的救済の不可能なことが明らかかな場合であっても、法の欠缺または立法者の不作為の違憲性を確認することは、事実上立法者

による是正措置を促す効果がある」(阿部照哉「演習憲法」法学教室(二五号)(一九八三)一二二頁)ことを考慮すれば、性差別是正の確実性という点では有用なアプローチのように思われる(参照、戸波江二「立法の不作為と憲法」(西ドイツの立論については笹田栄司会員(九州大学大学院)の研究論文に詳しい紹介がある。「西ドイツにおける立法不作為理論の展開」九大法学四五号一頁以下)。

なお本稿脱稿後、法制審議会国籍法部会は現行法の父系優先血統主義を父母両系主義に改める中間改正試案を発表した。それによれば、父母両系主義に移行する他、日本国民の配偶者の帰化条件を男女平等にしており、従来から批判されていた逆差別の問題の解消を計っている(現行国籍法では、五条一号、六条一号により、日外国人妻よりも厳しい帰化要件を課せられている。この場合、外国人妻の側の優遇により、日外国人夫が差別的な不利益を受ける。参照、島居前掲論文五七頁、山本前掲論文一二頁)。

また父母両系主義の結果として発生する重国籍を解消するため、国籍の選択制度を新設している。細かい点で検討の余地はあろうが、全体的に望ましい形と言えよう。

(高良鉄美)

○地方裁判所における審理に判事補の参与を認める規則の目的、および同規則と二人合議制（昭和五四年六月十三日第二小法廷決定、刑集三三卷四号三四八頁）

〔事実〕第一審東京地裁は被告人に対する傷害被告事件につき単独事件（一人制裁判所で取り扱う事件）として審理・判決した際、地方裁判所における審理に判事補の参与を認める規則（昭和四七年最高裁判所規則第八号、以下参与規則と略記）一条に基づき、第一回公判期日に○判事補、第五回及び第六回公判期日にY判事補を審理に立ち会わせた。

第一審の有罪判決に対し被告人が控訴、事実誤認等の主張とともに、訴訟手続の法令違反を論じた。即ち、受訴裁判所外の未特例判事補の参与が公判調書にも記載され、又、右裁判官が事実として公判廷裁判官席に「一人の裁判官」とともに着席、審理に立ち会った事実が刑法二八二条二項及び受訴裁判所の構成（一人制・合議制）に関する裁判所法二六条に違反し、従ってまた憲法三二条に違反し又同法七六条、三七条に抵触の疑いがあると。そしてその理由として、参与規則に関する立案当局の解説に徴しても「立ち会う」裁判官など前掲刑法に認めるところではなく、所詮は「列席」であり、実質的には「制限

された二人合議制」とでも称し得べき新裁判機構であること、刑法の裁判所に対する予断偏見排除の配慮（二五六条・二八〇条等）と証拠方法での訴訟当事者以外の者の意見陳述の厳しい制限に対し、参与判事補又は裁判官というのみの理由で公判裁判所外の者が「事件につき」当該公判審理途上公式に法律上意見を述べることのもつ予断偏見抱懐の危険性、右意見表明・陳述が何ら受訴裁判所を拘束し得る効力なく評決権もないが右制度は公平と良心と独立とを実質上侵害する危険性を孕むこと、があげられた。

第二審は原判示の事実につき事実誤認等という主張についてこれを退けつつ訴訟手続の法令違反という主張につき次の如く判示し控訴を棄却した。即ち、控訴趣意を①「列席」に係る各法令違反と、②裁判所に対する予断偏見排除への配慮の二点から検討して控訴審は、①につき、参与規則を「参与判事補の事件処理能力の修得向上を図り、あわせて一人制の裁判所の審理の充実強化を目的として、当該事件の記録及び証拠物の調査、主張と証拠の整理、検討、判例、学説の調査等事件処理上必要な事項に参加せしめようとするもの」と解し、審理への立会いにつき「単に『記録、証拠物をとおして間接に審理に参加せしめるにとどまらず、直接裁判所の審理にあずかり参加せしめようとするもの』で…受訴裁判所の構成員たる裁判官として参加するものではなく…裁判所の求めに応じて意見を述べるとどまり、参与した事件について審判する独自の権限を有するもの

ではない」として、裁判所法二六条一項、憲法三二条に抵触せずとするともに、刑訴法二八二条二項も公判開廷の要件規定に過ぎず他の者が公判審理に立ち会うことを禁ずる趣旨のものではないとした(例として、日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約第六条に基づく施設及び区域並びに日本国における合衆国軍隊の地位に関する協定第一七条九項、民訴法第三五八条の四を提示する)。参与判事補制は、「あくまで訴訟手続に関するものであって、最高裁判所が憲法第七七条の規定に基づいて定められた規則によるもの」で合憲適法とし、審理に立ち会わせた旨の公判調査記載(参与規則三条)については、『裁判官』として立ち会うものでない旨を公判調査に記載して手続の公正を期することは審理に関する重要な事項であるから：刑訴法四八条、刑訴規則四四条一項四号になんら抵触するものではない」とするのである。又、②については、参与規則二条二項により述べる意見は、鑑定人の鑑定、証人の証言等の訴訟資料と異なり、「裁判官が事件処理について参考にする判例、学説や、あるいは少年事件の処理にあたって聴取する家庭裁判所調査官の意見：などと同じく、参与した事件について、審理に立ち会い、記録、証拠物を調査し、あるいは判例、学説を調査するなどして得られた事実上、法律上の意見であって、裁判官の心証形成に資するものではなく、裁判官の判断を形成するうえでの参考に資するものであり、その意見は、受訴裁判所の裁判官をなんら拘束するものではなく：より適正

な判断を可能ならしめる余地があり得るということはできても、所論のような偏見を与える危険があるということのできないことは明らかであり、刑事訴訟法上右のような意見聴取を禁止しているものとは到底認めることはできず、所論の憲法の各条規に違反するものでもない。なお：右の予断排除の法則に抵触するものでもないことは明らかである」としたのである。

これに対する被告人の上告趣意の中、参与判事補制に係る主張は次のとおりであった。即ち、原判示の①につき、審理立ち会いを、「間接に事件の審理に参加せしめるにとどまらず、直接裁判所の審理にあずかり参加せしめようとするもの」とする等の認定につき、「所詮、形式論の域を出」ず、参与判事補の「意見の範囲は事実認定、法令の適用および量刑の全部にわたる」という実体」が問題とする。原判示の鑑定・証言・判例・学説等との比較については、「判示にかかる『心証形成』に資すると『判断形成上の参考』とは、その間若干広狭の差異はあるにせよ：審理の経過および結果に及ぼす作用に：径庭がない」とし、又、原判示の、司法委員の関与、合衆国政府代表者の裁判立会権との比による参与判事補制の正当化については、前者は刑事訴訟と心証形成の本質を異にする民訴手続の過程に属すること等、後者は単なる立会権にすぎぬこと、から本件参与と同日の断ならずとする。又、一人制裁判問題については、『参与』の仕方によっては、参与判事補は、合議体の構成員たる陪

審裁判官とその実質においてさまで軒軽なきにいたり得るのであり：実質的には「制限された二人合議制」とも称し得べき危険を包蔵する裁判機構」として憲法三二条違反を主張する。第②点に関しては、参与判事補が、最高裁判例による「公平な裁判所」＝「偏頗や不公平のおそれのない組織と構成をもつ裁判所」との理解における「組織」に含まれるのみならず、参与判事補の参与による公判審理は「参与事件と不参与活动との間に組織上及び審判上の不公平を来すことは自明である。かりに然らずとするも、本件自体の審判においても、参与判事補の参与または意見陳述が、参与なき場合と比して、少くも事実上、審判の経過または結論を左右する可能性の極めて大であることは、これまた『公平な裁判所』の保障を全うする所以でない」と論じる。又、第三点として、参与判事補制が被告人の重要な利害に関するものであり、しかも「制限された二人合議制」の実質を有するかぎり、刑事訴訟の基本構造にもかかわり、「一片の裁判所規則をもって創設し得べきものでない：憲法七七条に抵触する違憲立法」であり同条及び三二条にも違反するといふ。

〔判旨〕 上告棄却

(一) 地方裁判所における審理に判事補の参与を認める規則は裁判所法二六条一項の規定により一人の裁判官で事件を取り扱う場合において、当該事件を取り扱う裁判官が判事(特例判事補を含む。以下同じ)であるときに、判事補(特例判事補を除く。以下同じ)を参与させ、その判事補(以下「参与判事補」という。)をして当該事件の審理に立ち会わせたり、事件について意見を述べさせるなどして、将来よき裁判の担い手となるように判事補を指導養成することを目的とするものであるところ、

(二) 参与判事補は、評決権をもつものでないことはもちろん、訴訟指揮や発問権を有するものでもなく、その意見は判事に対し法律上も事実上もなんら拘束力を有するものでもないし、また、参与判事補には除外、忌避及び回避の規定の適用もない。参与判事補の交替は弁論・公判手続の更新とつながるものではないから、参与判事補は、形式的にも実質的にも裁判体の構成員となるものではなく、したがって、参与規則はいかなる意味においても二人合議制(所論のいう制限された二人合議制を含む。以下同じ)を採用したものではない。

そうすると、参与規則が二人合議制を採用したものであることを前提とする憲法三二条違反の主張はその前提を欠く。また、参与規則が二人合議制を採用したものでなく、参与判事補の意見は、前示のように判事補養成の一方法として述べさせるものである以上、そのことによつて偏頗・不公平のおそれのある組織や構成をもつ裁判所による裁判がなされるものでないことは明らかであるから、憲法三七条、七六条違反の主張もその前提を欠く。さらに、参与規則は、二人合議制を採用したものでなく、なんら被告人の重要な利害や刑事訴訟の基本構造に関

する事項を規定しているものでないことが明らかであるから、憲法七七条、三一条違反の主張もその前提を欠く。所論は、適法な上告理由にあたらぬ。

〔評釈〕

一、本判決は参与規則に関する最初の最高裁の判断を示したものであるが、判旨にはなお立ち入って検討さるべき問題が少なくない。一九七二年二月一〇日、参与判事補補制はその原型たる「一人制審理の特例に関する規則要綱案」を最高裁が一般規則制定諮問委員会に諮問したことにほじまるが（（鴨田俊信委員による特例に関する規則」の制定問題、自由と民主主義、二三卷八号二二頁以下参照））、それは各方面での唐突な感にも拘らず（（野瀬高生「一人制審理の特例に関する一考察、法律時報四四卷六号一一〇頁））実は昭和三十一年第一審強化方策協議会答申（（単独体処理事件の可及的合議体処理への移行による第一審強化の審実強化の方策として二人制合議体制度採用をいう。））、法務省による同答申の法制審議会への諮問、立法化見送り（（評決に際した場合は、浮動的判事補制度のうえにつくることの疑問から。））、及びその経緯にみられる裁判所の補助裁判官制度の考え方（（鴨田、前掲三三頁））、その結果の「判事補の職権の特例に関する法律」の一部改正、一九五六年各裁判所の長に裁判官の考課権限と総括裁判官の指名権付与、一九五九年頃から直し指摘と判事補の研修強化の要望、その後の偏向裁判問題への展開の中で、若手裁判官教育のために新任判事補研鑽と併せて案出されたものであった（（大谷正義、司法の独立と参与判事補制、法律論叢三〇一—三三三頁。司法の危機の面から制度の政治的性格の検討を指摘するものとして、森英樹、参与判事補制度、奥平・杉原編、憲法学6、六一—六二頁。））。「右の二人制合議制度よりむしろ巧みな考案であると自賛」された（（鴨田、前掲二八頁））要綱案

によれば（（法律時報四四卷六号一—五頁以下））「合議制の長所を単独体の審理に取り入れることにより第一審の充実強化を期し、あわせて、未特例判事補の事件処理能力の修得向上に資する」ため、「事件をとり扱う判事の決定」（第二）のもと、「地方裁判所において一人の判事（特例判事補を含む。以下同じ）が事件を取り扱う場合には、一人の未特例判事補を関与させて審理することができ」ものとし（第二）、「判事は相当と認めるときは、審理に關与する未特例判事補（以下「判事補」という）に証人、鑑定人若しくは当事者本人を尋問させ、又は被告人の供述を求めさせることができ」（第四）、判事補の除斥、忌避及び回避については民事訴訟、刑事訴訟の例により（第五）、「判事は、判事補に裁判につき意見を述べさせることができ」（第六）、「終局の裁判につき意見を述べた判事補は、関与した旨を明らかにして裁判書に署名し、又は記名して押印するもの」（第七）とされた。この要綱案は諮問委内での質疑（（鴨田、前掲三四頁））をはじめ日弁連を中心とする一連の激しい批判を呼び（（司法白書三〇四頁以下））、裁判所内部からの反対の声をも受けた（（森、前掲六六頁。江藤俊泰、規則制定権の本旨と運用の実態参照））が、最高裁は本来セットで考えられた新任判事補研鑽制度のみを実施しつつ、①「関与」を「参与」に、②参与決定者から参与させた「事件」についてのそれに、③「裁判」についての意見陳述から記名押印」から「氏名記載」に、改め、更に第三次に、尋問権条項、除斥忌避条項が削除され、「裁判書」への氏名記載が「調

書」へのそれに改められ、名称も「地方裁判所における審理に判事補の参与を認める規則」として決定・施行された。

二、見られるように、参与規則は、原案での二人合議制的色彩の稀薄化を試みるものであった（江藤、前掲一〇五頁）が、裁判所内部の批判や弁護士会側による地裁との協議、裁判所への要望、単独裁判官への求釈明、異議申立などによる反対運動も激しいものがあり、多岐にわたる問題点を呈示していた（小田中、統現代司法の構造と正義二五卷三号の特集、参与判事補制度反対運動の現状参照。）

(1) 参与規則の「目的」について。夙に指摘された如く、単独体強化による一人制審理の充実・強化と未特例判事補の事件処理能力の修得向上を目的とするについては先の制定の経緯にも拘らず本規則に引きつがれた（「参与規則」についての解説、一九七二年十月号二二）が、両目的のうち単独体強化の面では未特例判事補を裁判体構成員とせざるをえず、逆に後者の面からは（平谷正弘、裁判官ジュリスト、七〇〇号一三一頁によれば新任判事補研鑽の一例として合議体左陪席などともにあげられている）。裁判官の指導養成の必要から未特例判事補を独立の地位の裁判体構成員とするのに難点があるとともに、新たに指導・養成の任務を単独裁判官に課すという矛盾を蔵しているといわざるをえない（小田中、判例タイムズ三三三二号一〇八頁。森、前掲六八頁。河合恰「関与裁判官」制度について、自由と正義二二卷三三三二号一三三頁。大谷、前掲三五頁以下。）。又、指導・養成に於ける「安易・姑息」性や、簡単な事件の多い単独体での簡易的審理方法・処理方法を修得するより合議体での基礎的訓練の必要を多く聞かれる（野瀬、前掲一一三頁）。

(2) 裁判官の独立、裁判の独立について。右の目的の背反関係

に於いてこの問題も生じよう。判旨の如く二人合議制にあらずとする限り、参与制にあって教育する裁判官と裁育される裁判官とは、一方で参与判事補の側が（規則制定の趣旨からは当該判事補は裁判官たる地位と矛盾しないとされているが）未特例判事補であるとはいえず裁判官としての職務を遂行しているかぎり、憲法七六条の保障の實質にかかわる問題として「身分」に伴うものとしての職権の独立の貫徹がいわれねばならず（小田中、判例タイムズ三三三二号一〇九頁）、現に、実務における「参与の実施によって……同時に合議の場で対等の裁判官として共存しうるか」（田中昌弘、裁判官の養成をめぐる若手高裁（裁判官会議）自らその運用への留意を促していること（同、一七頁）、運用及び機能上の問題にせよ後述の裁判を受ける権利とのかわりでの疑問や研鑽とは名ばかりの「判決書きの下請」性・制度への疑問（存立そのものや参与させる側の勤務評定機能など）が裁判所内外より提起されたことが想起される（判例時報七三九号、全国裁判官懇話会報告、裁判の独立を保障するもの、意見交換、二二一―二五頁。これに対し、森岡茂、刑事判例研究、警察研究五二卷一―二号、六八頁によれば「杞憂に非ざれば中）。他方、教育する側の判事（単独裁判官）についても、参与判事補が「意見陳述」により逆に影響を与えることとなる点で「独立」にかかわる問題性は大きい（小田中、判例タイムズ三三三二号一〇九頁。森、前掲六九頁）。判旨によれば、「参与判事補は、評決権……訴訟指揮権や発問権を有するものでもなく、その意見は判事に対し法律上も事実上もなんら拘束力を有するものでなく、又、その目的として判事補の指導養成を指摘しているが、実施当初の経験はむしろ前述のように研鑽目的に疑問符こそがうたれたのであり、

又、要綱案趣旨説明にみられた如き未特例判事補の余力活用による第一審充実強化の可能性は依然として残されており（二条二項二）（二条二項二）、その運用如何は「裁判官の独立」にとっても重大となるのである（森岡、前掲六七頁は、判官がこの目的をあえて掲げなかつた理由を推測しつつ、「総合的にみて必ずしも一人制審理の強化に役立っているとはいえない現状」をいうが、又、「現実の参与においては、時に優秀な参与判事補の鋭い意見によって、単独裁判官が啓発される」可能性を認めている）。

ところで(1)及び(2)の問題は、確かに、解説や判旨指摘の如く必ずしも直ちに違憲となるとは限らないとの説明も可能のようにも思われよう（例えば、解説は二条二項二において、参与判事補の意見が判事を拘束するものではないことをいう）。しかしながら、ことは司法権独立、規則制定権（後述）の理解等憲法の全体構造から考えて控制的にいわれねばならないであろう。

(3) 規則制定権。参与規則が手続上最高裁判所規則によつたことにも問題がある。憲法七十七条は最高裁に一種の立法作用を認めるが、その趣旨は専門技術的性質の多い司法の運営に関する事項——訴訟の手続的、技術的細目事項や裁判所の内部事項——（橋本、日本国憲法六三四頁、兼子・竹下、裁判法（新版）二二頁）技術的合理的理由、裁判所の専門性尊重と独立性への配慮から（佐藤幸、憲法、二二六頁、小林清宮、憲法、新版四二九頁）認められるものといえよう。その際、「七十七条一項所定の事項以外」については定めえないはずとの認識（小林、前掲）からは「定めたらその規則は無効」（大西芳雄、法律と命令、総合判）となる。そこで所定事項のうち「裁判所の内部規律及び司法事務処理に関する事項」の射程が問題となるが、前者は「裁判所の内部の行政的な管理監督に属する事項」、後者は「裁判事務そのものではなく、これらに附随したはその前提として定め

ておかなければならない事項」（兼子・竹下、前掲一三二—一四頁、坂田四九頁）と解されるゆえに、参与規則がそのいづれかに当たるか否か疑問なしとしないのである（橋本、前掲六三四頁によれば「法律に目的・手続的規定を定め」）。もとより、判旨は「二人合議制を採用したものでなく、なんら被告人の重要な利害や刑事訴訟の基本構造に関する事項を規定しているものでない」として、憲法七十七条違反の主張は前提を欠くとするのであるが（要綱案の説明のうち「利益単独事件の処理方法についての特例を定めたものにすぎず」、規則事項であり、法律に抵触しないとされた。（問題点2））、前記(1)、(2)の問題、研鑽としての実態や審理充実への運用可能性などからは法律で定めるべき重要事項といわねばなるまい。司法修習生の裁判実務修習との比からこれを否定するものもあるが（堀籠幸男、最判一九九二〇〇頁）（法曹時報三四卷三）次の憲法三一、三二条との関連で被告人の重要な利害についてまさに裁判官の地位こそが問題となるというべきである。又、「憲法七十七条一項所定の事項に関し、法律の間隙を埋めることが可能であることについては争いがないのであつて、判事補の研さんの問題は、裁判所の内部規律及び司法事務処理に関する問題である」（森岡、前掲）とする見解もある（規則事項に制限なく、法律事項についても規定なき限り一般的に規則で定めうる）が、（する見方として、清宮四郎、憲法一、新版、四三〇頁、宮沢俊義、憲法四〇六頁）が、(1)(2)の問題点につき一步譲って運用の問題と解しても、違憲の可能性が論ぜられる問題については七七条を厳格に解し、立法措置にまつべきであろう（例えば、森、前掲）（七一頁参照）。蓋し、規則制定権の根拠は権力分立の見地から司法部の自律性に求められるとともに、同じ権力分立原理が国民の権利義務にかかわる司法立法を

自判することを禁ずると解される（松岡正章、最新重要判例解説、School No. 196、1頁。反対、石川弘、参与判事補規則の合憲性、法律のひろば、三三卷九号五五頁。）ゆえに、右の点から規則制定の固有の領域がいわれるべきではなく（桜田、前掲、二四六頁。）、又司法権独立の点にも疑点の多い問題には、司法部の控制と、四一条解釈についての「国会への権限推定」（手島孝、憲法解釈二、十講一六一頁以下。）がここでもいわれるべきであろうか。

(4) 判旨によれば、参与規則は二人合議制を採用したものでなく、参与判事補の意見陳述により「偏頗、不公平のおそれのある組織や構成をもつ裁判所による裁判がなされるものでない」として憲法三七条違反の主張に対し前提を欠くと退けたが、ここでも、刑事事件に関する三七条と相関的地位にある三一、三二条等との憲法の全体構造からする踏み込んだ把握がなされねばならない。即ち、デュラフセグロフ「適正手続条項と解される三一条を中心として把握されるかぎり」（大隈、憲法三一条解釈の一詢、北九州大学法政論集一〇卷一―二号。）その要請に應じて適正な構造、手続による「公平な裁判を受ける権利」が認められねばならないが、この点で、四七年裁判官懇話会での「国民のための裁判を裁判官の研さんのために利用する点への疑問」（判例時報六八、五号一四頁。）にはじまり、四九年全国裁判官懇話会での「実際に裁判を受ける国民」の目からみた疑念及び「少なくとも当事者のいやがる参与はやるべきでない」との意見、「当事者からみれば、誰に裁判を受けているかわからない不安を覚えるなど、かえって裁判の信頼を失う」との懸念（判例時報七三、九号二三頁。）の

出されたことが想起されてよいであろう。「参与判事補は、形式的にも実質的にも裁判体の構成員となるものでない」とする判旨と同じ立場で「判事補という身分にある者に、裁判以外にあって、上司の指揮監督の下に裁判以外の作業を行わせることは、憲法の定める裁判官の独立に反するものではない。裁判以外のことを研さんとして行わせるという規則を作ること、これを禁ずる法律がないので、違法といえないことは明らか」とする見解もある（森岡、前掲、六八頁以下。）が、そこでは、裁判以外の作業を何故裁判官席に同席の上でさせるのか（いわゆる「背広の裁判官」。）の疑念と、これに関連しての、裁判を受ける側からの問題（三一、三二条及び三七条に関する。）に対する認識の全き欠落がみられるのである。

(5) 右の点は、又、「裁判」の本質如何の問題をも含むことになる。この点は「一種の補助的裁判官」（要綱案）という見方の底流にある問題——「従来、裁判官の職務とされてきたものが補助者の職務に吸収されていく現象」とこれに伴う「裁判官固有の職務とその他の職務の区別の流動化ないし不分明化」（中田、前掲一、〇八頁。）——から裁判（事務）のメルクマール如何としても問われ、又、裁判官養成に裁判を利用することの視点からも問われることになる。かくて、裁判の本質をも問い直すことになる本制度が憲法上提起する問題点は余りにも大きいというべく、その根底には、更に、「判事補制度が裁判官養成のために適切かどうか」及び裁判官養成問題を長期的視野の下基本的に問い直すこと、が問われているといわねばならない（田中島弘、裁判官の養成をめぐる若干の問題、判例時報六八、五

号二二丁。
一三頁。

(昭和五七年四月二四日報告)

(大隈 義和)