

# 国籍法違憲判決の検討

加藤隆之

## 国籍法違憲判決の検討

- 一 はじめに
- 二 判例概観
  - 1 事実の概要及び下級審判決
    - (1) 事実の概要
    - (2) 下級審判決
  - 2 最高裁判所判決
  - 3 関連判例
    - (1) 別件訴訟
    - (2) 国籍法二条一号に関する判例
- 三 検討
  - 1 平等権によるアプローチ
    - (1) 両親が婚姻関係にない生後認知子の列挙事由該当性と審査基準
    - (2) 国籍法三条一項の立法目的の正当性と立法手段の合理的関連性

(3) 平等権アプローチから国籍取得資格アプローチへ

2 国籍取得の資格によるアプローチ

(1) 国籍法における血統主義の意義

(2) 憲法における国籍取得の資格

(3) 再び平等原則へ

3 司法的救済

(1) 最高裁判所裁判官の見解の整理

(2) 違憲確認判決と司法的救済

四 おわりに

一 はじめに

本稿は、平成二〇年一月五日に国会で可決された改正国籍法前の国籍法三条一項の合憲性に関する最高裁判決を検討対象としている（以下、国籍法という場合には、しばしばこの旧国籍法を指す）。国籍法では、かつて、父系優先血統主義を採用していたが、昭和五四年に国連で採択され、日本が翌年に署名、昭和六〇年に批准した「女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約」<sup>①</sup>を遵守すべきであるという事情などによって、昭和五九年の国籍法改正において、父母両系血統主義に改められた。

その際に、日本人父から生後認知された子が準正子となった場合に、届出による国籍取得を認める三条一項が創設された。その理由は、二条一号によって日本国籍を付与されなかった日本国民の子についても、準正がある場合には我が国との結びつきを有することが確認されるからというものであった。

国籍法二条一号では、出生による国籍取得（生来的取得）を、①日本人の父又は母の嫡出子、②日本人母の非嫡出子、③日本人父の胎児認知子に対して、届出も求めず当然のこととして認めているが、出生後の国籍取得（伝来的取得）については、④準正子、つまり、出生後の認知と両親の婚姻があった者に対してのみ、届出により認めていた（同法三条一項）。その結果、出生後に認知があったものの、両親が婚姻関係にない非嫡出子の場合には、届出によったとしても日本国籍が認められないこととされていた。

よって、この両親が婚姻関係にない生後認知子が日本国籍を取得しようと思えば、簡易帰化（同法八条一号）の手続によらなければならなかった。しかし、この帰化が認められるか否かは、法務大臣の裁量によるため、このような生後認知子（以下、生後認知子とは、準正要件を満たさない者のみを原則として指す）が確実に国籍取得できるものとはいえない。

その結果、非嫡出子である生後認知子は、父親が日本人であることから、いわば、日本人の血が流れているにもかかわらず、①～④の場合と異なり、国籍取得について不利な立場におかれているが、このことは、このような生後認知子が、①～④いずれとの関係でも、平等権違反を主張し得るということを意味する。①では、嫡出子との区別、②では、同じ非嫡出子でも、いずれの親が日本人であるかによる区別を問題とすることができる。さらに、③では、日本人父が胎児認知した場合との区別、④では、準正子との区別を問題とすることができる。

生後認知子と①から③における者との区別は、父の認知に遡及効（民法七四八条本文）を認め、③の場合と同様に二条一号によって、国籍を認めることによって解消することが可能であるが、この点については、平成九年及び平成一四年の最高裁判決において、明確に否定されたところであり、現在のところ、これらの判例は実務などにおいて確立した判例と理解されているようである。<sup>②</sup>

また、本稿で検討している平成二〇年の判決でも、第一審から最高裁まで一貫して、それらの判例を支持している。その根拠として、国籍の生来的取得ができる限り子の出生時に決定することが子にとって望ましいこと、および、国籍取得に関する子や母の意思尊重という点があげられている。

もつとも、平成一四年の判決では、国籍法三条が憲法違反であるとしても「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」（傍点筆者）と判示していた。つまり、最高裁は、国籍取得に関して認知の遡及効を否定しているため、生来的な国籍取得を求める原告の主張は認められないと判示したのであり、仮に、国籍の生来的取得ではなく三条一項による取得が直接争われていれば、とりわけ、同小法廷判決において、同条の合憲性に疑問を呈している三人の補足意見があったことに鑑みると、結論が異なっていた可能性があった。

こうした事情の中、平成二〇年における事件では、原告が認知を受けた後、国籍取得の届出を行い、それによって国籍取得をしていたことを求めていたため、国籍法三条一項が、生後認知子で父母の婚姻のあった準正子にのみ、届出による国籍取得を認めていたことの合憲性が④との区別、主たる争点となったのである。<sup>3)</sup>

本稿では、この事件に焦点をあてて、父母が婚姻関係にない生後認知子と準正子との間の国籍取得に関する区別の合理性、および、この合理性が否定された場合の生後認知子の司法的救済の方法について検討する。

## 二 判例概観

### 1 事実の概要及び下級審判決

(1) 事実の概要

原告であるXは、平成九年一月二〇日に婚姻関係にない日本人父とフィリピン人母との間に日本において出生したため、出生後、父から認知を受けたことを理由として、平成一五年に法務大臣あてに国籍取得届を提出したところ、国籍取得の条件を備えているとは認められない旨の通知を受けた。そこで、Xは、出生後に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三条一項の規定が、憲法一四条一項に違反するなど主張して、国に対して日本国籍を有することの確認を求めた。

なお、Xの母親（フィリピン国籍）は、Xの出生当時本邦における在留資格を有していなかったことから、X及びXの母親に対して退去強制手続が行われ、本件訴訟に併合して、出入国管理及び難民認定法四九条一項に基づく両者の異議の申出は理由がない旨の法務大臣裁決、および、東京入国管理局主任審査官の両者に対する退去強制令書発布処分 of 適法性がそれぞれ争われていたが、平成一六年二月二八日、両者に期間一年間の在留資格が付与されたことから、平成一七年一月一八日、取り下げによって終了している。

(2) 下級審判決

(a) 第一審判決（東京地判平成一七・四・一三、民集六二巻六号一四四九頁）

① 生後認知子は、日本国民を母とする非嫡出子や、胎児認知を受けた非嫡出子との間でも区別が生じているところ、国籍の浮動性防止の観点から、国籍法二条一項の規定に合理性が認められることは平成一四年最高裁判決が判示している。

② 仮装認知が横行するおそれがあるという社会的事実認められないこと、民法七九〇、八一九、九〇〇条等

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扱いをする定めを置いているが、その局面と国籍取得の局面では異なること、帰化が認められるかどうかは、法務大臣の裁量判断にゆだねられていることから、三条一項の合理性を基礎付けることはできない。我が国との間で国籍取得を認めるに足りる結び付きを有しているかどうかという観点から考えた場合には、父母が法律関係の婚姻関係を成立させているかどうかによって、取扱いを異にするだけの合理的理由があると認められない。

③ 三条一項は、準正子と、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一四条一項に違反する。

④ 「父母の婚姻」という文言は、合憲的解釈という観点から、法律上の婚姻関係に限定されず、内縁関係も含む。「嫡出子」という文言は、父母の間に婚姻関係が成立していることを前提とした文言であるから、「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。本件では、内縁関係の成立が認められ、Xは、国籍取得の届出によって国籍を取得した。

しかし、「父母の婚姻」という文言に内縁関係を含めるという強引な合憲的解釈は、原告であるX、被告とも予想しないものだったようであり、端的に三条一項を違憲と判断すべきであったと批判する見解が多かった。<sup>④</sup>ともあれ、結果的には、Xの請求が認容されたため、これを不服とした国が控訴した。<sup>⑤</sup>

(b) 控訴審判決（東京高判平成一八・二・二八、民集六二巻六号一四七九頁）

① 仮に国籍法三条一項の規定が無効であるとしても、生後認知子が日本国籍を取得する制度が創設されるわけ

ではない。したがって、Xの憲法違反の主張は、立法不作為の責任を追及する趣旨のものにはなり得ても、日本国籍を有することの確認を求める本件請求を認める根拠とはなりえない。

② 三条一項は、「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以上、二条一号の例外的、補完的な性質を有する規定であって、むやみに拡張を許すべきではない。事実上の婚姻関係（内縁関係）を「婚姻」に含まれるとの拡張ないし類推解釈することは許されない。

③ 本件において、Xは、(1)二条一号に基づいて、出生時に遡って日本国籍を取得した、(2)三条一項の規定が違憲無効であるから、父母の婚姻という要件を具備していなくとも日本国籍を取得した旨を主張して、日本国籍を有することの確認を求めているところ、(1)を前提とする請求については、Xの三条一項についての違憲無効の主張は何ら関連性がないのみならず、(2)の主張を前提とする請求についても、違憲無効の主張が仮に肯定されたとしても、請求の根拠となりえないことは前記のとおりであり、その主張に対する判断を裁判所が示すことは、具体的な紛争の解決に直接かわりのない事項について一般的に憲法判断を示すこととなり、違憲立法審査権を規定する憲法八一条の趣旨に反する。

このように、控訴審では、国籍法二条一号の「婚姻」に内縁関係を含めるとした原審の判断を否定し、さらに、三条一項の違憲確認判決によってXに国籍が付与されることはないと判示し、原判決を取り消し、Xの請求を棄却した。そこで、これを不服としたXが上告したところ、最高裁は、次のような理由で、国籍法三条一項を違憲と判示しXの国籍取得を認めた（最大判平成二〇・六・四民集六二卷六号一三六七頁）。

## 2 最高裁判所判決

## (a) 多数意見

① 日本国籍は、我が国の構成員としての資格であり、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ある。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ものは、自らの意思や努力によつては、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。したがつて、日本国籍取得の要件に関する区別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。

② 国籍法三条一項は、同法の基本的な原則である血統主義を基調としつつ、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の日本国籍取得を認めることとしたが、この立法目的には、合理的な根拠がある。

③ 三条一項制定時において、父子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指標として準正の存否を用いることには相応の理由があつた。しかし、その後、家族生活や親子関係に関する意識も一様ではなくなつてきており、今日では、出生数に占める非嫡出子の割合が増加するなど、家族生活や親子関係の実態も変化し多様化してきている。両親の一方のみが日本国民である場合には、同居の有無など家族生活の実態においても、法律上の婚姻やそれを背景とした親子関係の在り方についての認識においても、両親が日本国民である場合と比べて複雑多様な面があり、その子と我が国との結び付きの強弱を両親が婚姻をしているか否かをもつて直ちに測ることはできない。

④ 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、児童が出生によつてい



かなる差別も受けないとする趣旨の規定が存する。さらに、多くの国々で認知等により国籍の取得を認める旨の法改正が行われている。

⑤ 日本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。胎児認知された子と出生後に認知された子との間においては、我が国社会との結びつきの程度に一般的な差異が存するとは考え難い。また、日本国民である母の非嫡出子が出生により日本国籍を取得するにもかかわらず、日本国民である父から出生後認知されたにとどまる非嫡出子が届出による日本国籍の取得すら認められないことは、両性の平等という基本的立場に沿わない。

⑥ 簡易帰化は法務大臣の裁量行為であり、当然に日本国籍を取得するものではないから、これを届出による日本国籍の取得に代わるものとみることにより、本件区別が合理的関連性を欠くものではないとはいえない。

⑦ 仮装認知による国籍取得のおそれがあるとしても、嫡出子たる身分を取得することを日本国籍の取得の要件とすることが、その防止の要請との間において必ずしも合理的関連性を有するものとはいえない。

⑧ 以上によれば、本件区別の立法目的に合理的な根拠は認められるものの、それとの合理的関連性は、我が国の内外における社会環境の変化等によって失われており、合理性を欠いた過剰な要件を課すものとなっている。

⑨ 本件区別による違憲状態解消のため規定を全部無効とし、準正子の国籍取得も否定することは、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し、立法者の合理的意思として推定し難く採り得ない解釈である。父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したことという部分を除いた要件が満たされる場合に、届出による国籍取得を認めることが、合憲的で合理的な解釈である。この解釈は、不合理な差別的な取り扱いを受けている者に対して直接的な救済のみちを開くという観点からも、相当性を有する。

⑩ この解釈は、三条一項を全体として無効とすることなく、過剰な要件を設けることにより本件区別を生じさせている部分のみを除いて合理的に解釈したものであって、準正子と同様の要件による日本国籍の取得を認めるにとどまる。この解釈をもって、裁判所が法律にない新たな国籍取得の要件を創設するものであって国会の立法作用を行うものとして許されないと評価することは、国籍取得の要件に関する他の立法上の合理的な選択肢の存在の可能性を考慮したとしても、当を得ない。

(b) 泉徳治裁判官の補足意見

- ① 国籍法三条一項の差別は、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る。
- ② 三条一項全体を廃止することの選択肢は、生後認知された非嫡出子を現行法以上に差別するものであり、市民的及び政治的権利に関する国際規約二四条及び児童の権利に関する条約二条を遵守すべき国会が、この選択肢を採用することは考えられない。次に、日本国民である母の非嫡出子及び胎児認知された非嫡出子についても、「父母の婚姻」という要件を新たに課すという選択肢は、非嫡出子一般をその出生により不要に差別するもので、平等原則に違反するから、国会がこの選択肢を採用することも考えられない。さらに、「日本で生まれたこと」、「一定期間以上日本に住所を有すること」、「日本国民と生計を一にすること」など、日本社会との密接な結合関係を証するための新たな要件を課すという選択肢は、血統主義とは別の観点から要件を付加するもので、国会がこの選択肢を採用するがい然性が高いということもできない。

③ 生後認知した嫡出子に日本国籍を付与する方が立法意思にかなう。国会が、将来において、三条一項を憲法

に適合する方法で改正することは、立法裁量に属するが、それまでの間は、「父母の婚姻」の部分を除いて同項を適用すべきである。この適用は、平等原則の下で同項を解釈し適用するものであって、司法が新たな立法を行うものではなく、司法の役割として許される。

(c) 今井功裁判官の補足意見（那須弘平裁判官、涌井紀夫裁判官が同調）

① 国籍法の国籍取得の仕組みを見ると、法律上の父又は母が日本国民である場合には、国籍取得を認めることを大原則とし、二条はこの原則を無条件で貫き、三条は、これに嫡出子たる身分を取得したという要件を付加している。三条は、血統主義の原則を認めつつ、準正要件を備えない者を除外した規定である。国会が準正子のみに国籍取得を認め、非準正子にはこれを認めないこととする積極的な立法裁量権を行使したことは明らかである。三条一項が違憲である場合、非準正子も国籍取得を認められるべきであるとしても、合憲的な解釈として十分成り立ち得る。

② 裁判所が合憲的解釈として、非準正子の国籍取得を認めたからといって、今後、国会がその裁量権を行使して、憲法に適合する要件を定める新たな立法をすることが何ら妨げられるものではない。

(d) 田原睦夫裁判官の補足意見

① 準正子となるか否かは、子の与り知らぬところで定まるところ、その点においては、胎児認知子と生後認知子との関係についても同様である。胎児認知子と生後認知子との間においては、我が国社会との結び付きの程度に一般的な差異が存するとは考え難く、胎児認知子に当然に国籍取得を認め、生後認知子には準正子となる

以外に国籍取得を認めない国籍法の定めは、一四条一項に違反する。

- ② 生後認知子については、認知の遡及効が国籍取得の場合にも及ぶと解することができるならば、国籍法二条一号により国籍を取得することとなり、胎児認知子と生後認知子との区別を解消できる。しかし、認知前に既に我が国以外の国籍を取得していた生後認知子の意思と無関係に認知により当然に国籍を認めることの是非や二重国籍の問題が生じ、遡及的に国籍を認めることに伴い様々な分野において法的問題等が生じる。

(e) 近藤高晴裁判官の補足意見

- ① 認知に加えて、出生地が本邦内であること、あるいは本邦内において一定期間居住していることを国籍取得の要件とすることは、諸外国の立法例にも見られるところであり、将来に向けての選択肢にはなり得る。仮装認知の防止の要請と準正要件を設けることとの間に合理的関連性があるといえるが、例えば、父と子の間に生物学上の父子関係が存することが科学的に証明されることを要件として付加することは将来に向けての選択肢になり得る。本判決後、立法府が立法政策上の裁量権を行使して、憲法に適合する範囲内で国籍法を改正し、準正要件に代わる新たな要件を設けることはあり得る。

(f) 藤田宙靖裁判官の意見

- ① 国籍法三条一項は、準正子でありかつその他の要件を満たす者を特に優遇する趣旨なのであって、非準正子を排除しようという趣旨ではない。非準正子が国籍取得できないのは、同項があるからではなく、二条及び四条の必然的結果といふべきである。同項の違憲の結果は、「過剰な」要件を設けているからではなく、「不十分

な」要件しか置いていないからであって、合理的解釈によって違憲状態を解消しようとするならば、「過剰な」部分を除くことによつてではなく、「不十分な」部分を補充することによつてでなければならぬ。

② 立法府の違憲な不作为状態の解消は第一次的に立法の手に委ねられるべきであつて、とりわけ本件におけるように、問題がその性質上本来立法府の広汎な裁量に委ねられるべき国籍取得の要件と手続に関するものであり、かつ問題となる違憲が法の下での平等原則であるような場合には、司法権がその不作为に介入し得る余地は極めて限られている。しかし、立法府が一定の立法政策に立つた判断を下しており、また、その判断が示している基本的な方向に沿つて考えるならば、未だ具体的な立法がされていない部分においても合理的な選択の余地は極めて限られていると考えられる場合において、著しく不合理な差別を受けている者を訴訟の範囲内で救済するために、立法府が既に示している基本的判断に抵触しない範囲で、司法権が合理的拡張解釈により違憲状態の解消を目指すことは、全く許されないことではない。

③ 三条一項の効力については、全く問題が存在しないのであるから、この条文の存在を前提としてこれを生かす方向で考えるべきである。他方で、生後認知を受けている非準正子についても、一般の外国人と同様の手続を要求するのではなく、より簡易な手続によつて日本国籍を取得する可能性を認めている。これらの規定の基盤に、日本国民の子である者の国籍取得については、国家の安全秩序維持等の国家公益的見地からして問題がないと考えられる限り優遇措置を認めようとする政策判断が存在する。そして、準正子と非準正子との区別は違憲であるというのが、ここでの出発点なのである。そうであるとすれば、三条一項の存在を前提とする以上、違憲状態解消のためには、非準正子についても準正子と同様の扱いとすることが、ごく自然な方法である。このような解決が、現行国籍法の立法者意思に決定的に反するとみただけの理由は存在しない。立法政策として

は、一定期間居住している者に限りそれを認めるといふ選択の余地がある、という反論が考えられるが、何故に非準正子にのみ居住要件が必要なのか、という問題が再度生じることとなり、その合理的説明は困難である。

④ Xに日本国籍の取得が憲法上保障されているとは言えないものの、国籍は、基本権享受の重要な前提を成す。Xがこうした法的地位を得ることができないでいるのは、本人の意思や努力の如何に関わりなく存在する様々な線引きが交錯する中で、その谷間に落ち込む結果となっているが故なのである。仮にこれらの線引きが、その一つ一つは立法政策上の合理性を持つものであったとしても、上記のような境遇に置かれている者が個別的な訴訟事件を通して救済を求めている場合に、立法府の合理的意思をも忖度しつつ、現行法規の拡張解釈という手法によってこれに応えることは、司法の責務であり、立法権を篡奪する越権行為ではない。この解釈が、国家公益の見地から著しい不都合が存するのであれば、立法府は、当裁判所が行う違憲判断に抵触しない範囲内で、修正する立法に直ちに着手することが可能なのであって、立法府と司法府との間での権能及び責務の合理的配分については、こういった総合的な視野の下に考察されるべきものと考える。

(g) 横尾和子裁判官、津野修裁判官、古田佑紀裁判官の反対意見

① 国籍の付与は、国家共同体の構成員の資格を定めるものであり、国家共同体との結び付きを考慮して決せられるものであって、国家共同体の最も基本的な作用であり、基本的な主権作用の一つといえる。国籍付与の条件をどう定めるかは、明確な基準により、出生時において、一律、かつ、可能な限り単一に取得されるべきことなどの要請を害しない範囲で、広い立法裁量にゆだねられている。

② 特定の国の国籍付与を権利として請求することは認められないのが原則であって、それによって上記裁量が

左右されない。無国籍となる場合は格別、いずれの国の保障を受けるかということは、各国の主権に関わることであり、法的な利益・不利益も、居住国あるいは事柄によって相違し、時には反対にもなり得る相対的なものである。なお、多重国籍は、国籍が出生時に一律に付与されることから不可避免的に生じる事態であって、やむを得ないものとして例外的に容認されているにとどまる。

③ 家族生活や親子関係に関する程度の変化があることは事実としても、国民一般の意識として大きな変化があったかは、明らかとはいえない。家族生活状況に顕著な変化があるとは思われないし、非嫡出子の出生数は、国籍法三条一項立法の翌年である昭和六〇年において一万四一六八人（一・〇％）、平成一五年において二万一六三四人（一・九％）であり、日本国民を父とし、外国人を母とする子の出生数は、増加しているものの、その程度はわずかである。少なくとも子を含む場合の家族関係の在り方については、国民一般の意識に大きな変化がないことの証左と見ることも十分可能である。

④ 諸外国においては、非準正子についても国籍取得を認める立法例が多くなったが、歴史的、地理的状况から国際結婚が多いようすがえ、かつ、欧州連合（EU）などの地域的な統合が推進、拡大されているなどの事情がある。非嫡出子の数も三〇％を超える国が多数に上り、少ない国でも一〇％を超えているようすがわれるなど、我が国とは様々な面で社会の状況に大きな違いがある。

⑤ 日本国民が母である非嫡出子、あるいは胎児認知を受けた場合は、出生時において日本国民の子であることが確定しているのであって、その後の生活状況の相違が影響する余地がない一方、国籍は、出生時において、一律に付与される必要があることからすれば、これらの子にも国籍を付与することに合理性がある。非嫡出子は出生時において母の親権に服すること、胎児認知は任意認知に限られることなど、強弱の違いはあっても、

親と子の関係に関し既に出生の時点で血統を超えた我が国との結びつきを認める要素がある。また、母が日本国民である場合との差は、出生時におけることの種々の係わり合いに関する父と母の違いから生じるもので、これを男女間における差別ととらえることは相当とは思われない。

⑥ 三条一項は、出生時を基準とする血統主義を補完する措置であつて、血統主義の徹底、拡充を図るものではない。準正により父が子について親権者となり、監護、養育の権利、義務を有することになるなど、法律上もその関係が強固になること、届出により国籍を付与する場合、その要件は明確かつ一律であることが適当であること、届出による国籍取得は、外国籍からの離脱が条件とされていないこと、非準正子の場合には、我が国との結びつきの有無、程度が様々であるから、個別、具体的に判断する帰化制度によることが合理的で国籍法の体系に沿うものであるところ、帰化の条件が大幅に緩和されていることなどからすれば、準正があつた場合に届出により国籍取得を認めることに十分な合理性が認められる。もとより、これらの子についても、必要に応じて、適切な保護等が与えられるべきことを否定しない。しかし、そのことと国籍をどのような条件で付与するかは異なる問題である。

⑦ 仮に非準正子に国籍取得を認めないことが違憲であるとしても、上告を棄却すべきである。その理由は、甲斐中、堀籠裁判官の反対意見とおおむね同旨であるが、以下の点を付加しておきたい。準正子にかかる部分を取り除けば、同項は、およそ意味不明の規定になるのであつて、それは、単に文理上の問題ではなく、専ら嫡出子の身分を取得したものについての規定であることからの帰結である。また、外国人として、外国で日本社会とは無縁に生活しているような場合でも、認知を受けた未成年者であれば、国籍取得を認めることとなる。その実質は、日本国籍の取得を求める意思（一五歳未満の場合は法定代理人の意思）のみで密接な結びつきを



認めるものといわざるを得ない。

(h) 甲斐中辰夫裁判官、堀籠幸男裁判官の反対意見

① 国籍法三条一項が違憲となるのは、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。同規定は、準正子に国籍を付与する旨の創設的・授権的規定であつて憲法に違反しない。特別規定や制限規定が違憲の場合には、その部分を無効として一般規定を適用することにより権利を付与することは法解釈として許される。国籍法は、原則として血統主義を採っているが、徹底した血統主義を法定していいのであるから、三条一項について、出生後認知された子に対し届出による日本国籍を付与することを一般的に認めた上で、非準正子に対し、その取得を制限した規定と解することはできない。

② 日本国民たる要件は、法律により創設的・授権的に定められる。本件は、立法不存在の状態にあるから、これが違憲状態にあるとして、それを是正するためには、法の解釈・適用により行うことが可能でなければ、国会の立法措置により行うことが憲法の原則である。また、立法上複数の合理的な選択肢がある場合、そのどれを選択するかは、国会の権限と責任において決められるべきであるが、多数意見のような解釈により示された要件以外に「他の立法上の合理的な選択肢の存在の可能性」があるのであるから、違憲状態の解消は国会にゆだねられるべきである。多数意見は、法律にない新たな国籍取得の要件を創設するものであつて、実質的に司法による立法に等しい。

## 3 関連判例

## (1) 別件訴訟

本稿で検討している事件と同様の点が争点となった別件訴訟がある。最高裁の判決が、本判決と同日に出され、その内容は本判決と同様であるため割愛する。そこで、その下級審判決を紹介する。第一審判決（東京地判平成一八・三・二九、判時一九三三号五一頁）は、次のように判示した。

① 国籍法の解釈上、我が国との強い結び付き等を、父母両系血統主義と並び立つ重要な理念と位置付けることは相当でない。法律上の婚姻のみによって、我が国との結び付きや帰属関係の強さを一律に判断することは、現実に符合しない。非準正子については、出生後外国とのつながりの強くなる者もあり得る点については、三条一項は、届出により国籍を取得できる制度であることや、二重国籍については選択をしなければならぬこと（一四条から一六条まで）に照らすと、この問題を過大視することは相当でない。また、出生子全体に占める非嫡出子の割合が一・五パーセントにすぎないからといって、我が国との強い結びつきないし帰属関係がないと推認できない。

② 国籍取得の届出の実務において、客観的な基準を要求する必然性が高いことは容易に想定し得る。しかし、これは、非準正子が認知のほかに、我が国との強い結び付きが必要であるという主張を前提とした議論である。仮にそうであったとしても、それが、必ず父母の法律上の婚姻でなくてはならないことを論証することは困難である。

③ 準正要件を不要とした場合に、虚偽認知の危険性が飛躍的に高まることを示す的確な証拠は見当たらない。

虚偽認知をした場合、扶養義務が発生するなど、相応の負担も覚悟しなければならず、戸籍簿に虚偽の事実が登録されてしまうことになる上、公正証書原本等不実記載罪などの犯罪に問われることも覚悟しなければならぬ。虚偽認知防止のため、真実の認知まで国籍取得から排除するのは、本末転倒である。虚偽の認知は、現在の国籍取得制度の下でも、胎児認知や婚姻を偽装することによって行い得る。仮にこの危険性が高まるとしても、偽装認知が判明した場合の国籍取消制度の明定、特別な罰則の創設等が考えられなくもない。

④ 最近の諸外国の国籍取得制度においては、準正要件を必要としない国が多数存在し、増える傾向にある。このことは、もはや諸外国の例をもって、準正要件の合理性を基礎付けることはできないことを意味するものであり、準正要件の必要性について慎重な検討が必要であることをうかがわせる。

⑤ 三条一項の基本的思想とは、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、認知を受けたにすぎない非嫡出子は、我が国との結びつ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。両部分が可分であり、準正要件については合理性が認められず、中核的なものではないと解される以上、準正要件を定める部分のみを違憲無効と解すべきである。本件においては、有効な国籍法三条一項の届出があったと認めることができ、届出要件に欠けるところはない。

このように、第一審では原告の主張を全面的に認めた。これに対して、控訴審判決（東京高判平成一九・二・二七、最高裁HP掲載）では、次のとおり述べて、原審を覆した。

① 国籍法三条一項は、日本人父の子の出生が婚姻前であるか後であるかによることのみによって国籍取得の在

り方に違いが生ずることの不均衡をできるだけ是正することを目的として定められたものであり、準正子は、我が国との結び付きが密接になることから、届出による国籍取得を認めたものと解する。

② 三条一項の要件を無効としたところで、非嫡出子が届出により国籍を取得できると解することは、法解釈の名の下に、実質的に国籍取得の要件を創設するものにほかならず、裁判所がこのような立法作用を行うことは違憲立法審査権の限界を逸脱する。

③ 仮に、父母両系血統主義の補完の観点からは準正子と非嫡出子との間に本質的差異は認め難いとしても、我が国の歴史的事情、伝統、環境等の諸要素を総合考慮して定められるべき国籍取得方法について、日本人父の非嫡出子については届出の方法によらなければならないことが一義的に明らかであるとはいえない。

④ 社会的情勢の変化があっても、準正子の方が、日本人父の家族に包摂され、我が国との結び付きが密接であることは肯定しうる。我が国においては、非嫡出子の出生率も非常に低く、法律婚を尊重する家族観や社会倫理が存在し、法律婚を保護することが、法律婚に基づく家族に社会経済上の一体性が認められるという社会事情に合致し、国民感情にも沿っている。

⑤ 昭和五九年改正当時、非嫡出子の国籍取得について、認知及び準正を要件としていた各国のほとんどが、その後の法改正により、認知のみによって国籍取得を認めるようになっていたが、それらの国等においては、非嫡出子の出生率が大きく増加し、五六ないし九・七パーセントになっているのに対し、我が国のそれは一・七パーセントに過ぎない。

⑥ 父母の婚姻という要件を必要とする方が、認知のみならず婚姻の偽装まで行うのはより困難であると考えられるから、偽装認知を防止減少させる効果がある。準正要件を不要とすると、不法残留者等が、偽装認知によ

り国籍を取得したうえで、在留特別許可を得ようとするなど不法な事態が生じることが予測されるから、その防止のための環境整備等が必要になる。

⑦ 認知のみを受けた非嫡出子は、八条の簡易帰化制度により、素行条件、重国籍防止条件、憲法遵守条件の三要件を充足すれば、法務大臣の許可を得て帰化し、日本国籍を取得することができ、特に幼少の非嫡出子は、これに抵触する可能性は極めて少ない。法務大臣の許可は、裁量処分であるが、その逸脱又は濫用は許されず、帰化制度一般の不許可率は〇・五六ないし一・四四パーセントにとどまっている。一般帰化よりも要件が緩和されている簡易帰化の場合には、不許可率が更に低いものと推認される。簡易帰化の申請には、手続上必要書類の提出等一定の負担が伴うが、申請自体を困難ならしめるものではない。

(2) 国籍法二条一号に関する判例

本稿は、以上にみたような判例を素材として、国籍法三条一項の合憲性について検討するものである。だが、国籍法では、当初、三条一項ではなく、認知の遡及効を否定して適用されている二条一号の合憲性が中心的に争われていた。そこで、本稿の直接のテーマに関するものではないが、これらの判例についてもみておくことにする。

たとえば、フィリピン国籍を有する母と日本国籍の父との間に出生し、その後約二年九箇月あまり経て父から認知された生後認知子が、出生時に遡って日本国籍を取得したとして、原判決が国籍法二条一号の適用において認知の遡及効を否定したことを争った事件がある。この事件に対して、最高裁は、次のように述べて、同規定が憲法一四条一項に反しないと判示した(最判平成一四・一一・二二裁時一三三八号一頁)。

① 二条一号は、父母両系血統主義を採用したものであるが、人間の生物学的出自を示す血統を絶対視しておらず、出生時に日本人の父又は母と法律上の親子関係があれば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。

② 生来的な国籍取得はできる限り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、二条一号には合理的な根拠がある。

③ 三条の憲法一四条違反についても、仮に全部又は一部が違憲無効であるとしても、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。

ところが、この判決には、三人の裁判官が国籍法三条一項の合憲性については疑義があるという補足意見を付している。そのうち、亀山継夫裁判官は、その理由を詳述していないが、梶谷玄裁判官と滝井繁男裁判官は、次のようにその理由を指摘している。

① 今日、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、それに応じて子どもとの関係も様々な変容を受けており、婚姻という外形を取ったかどうかということによって、我が国との緊密さを判断することは現実に符合しない。しかも、父母が婚姻関係にない場合でも、母が日本人であれば、その子は常に日本国籍を取得するのであるから、法自身、婚姻が国籍取得の要件を考える上で必ずしも重要な意味を持つものではない、という立場を採っている。

② 二条一号によれば、父から胎児認知を受ければ、日本国籍を取得するのであって、親子の実質的結合関係は

問題にされていない。父子関係と母子関係の実質に差異があるとしても、それは従来の家庭において果たしてきた役割によるのであって、本来的なものかどうかは疑問であり、今日、その役割も変わりつつある。

③ 国籍取得は、基本的人權の保障を受ける上で重大な意味を持つものであって、日本人を親として生まれてきた子供は、日本国籍を持つことを期待しており、その期待はできる限り満たされるべきである。特に、嫡出子と非嫡出子とで異なる扱いをすることの合理性に対する疑問が高まっているのであって、自らの力によって決することのできないことによつて差を設けるべきではない。我が国が昭和五四年に批准した市民的及び政治的権利に関する国際規約二四条や、平成六年に批准した児童の権利に関する条約二条にも、児童が出生によつていかなる差別も受けない、との趣旨の規定があることも看過してはならない。

なお、韓国人である母の非嫡出子が、当時の夫との間の嫡出推定を受けていたため、日本人である父により胎児認知されていなかったが、親子関係不存在を確認する審判が確定した後に認知された事件で、例外的に国籍法二条一号による日本国籍の取得を認めた判決がある（最判平成九・一〇・一七民集五一巻九号三九二五頁）。この判決でも、国籍法における認知の遡及効を否定している。

## 三 検討

## 1 平等権によるアプローチ

(1) 両親が婚姻関係にない生後認知子の列挙事由該当性と審査基準

平成二〇年の最高裁による違憲判決の主要な争点は、外国人母から出生した子が日本人父から生後に認知され、両親に婚姻関係が生じた場合、準正子＝嫡出子となった子は、国籍法三条一項にもとづき、届出による国籍取得が認められているものの、婚姻関係が生じなかった場合には、日本国籍を取得する方法として、簡易帰化の制度しか用意されていないこととの差別的取扱いの合理性の有無についてである。つまり、両親が婚姻するか否かという事情によって、生後に認知された子の国籍取得に差が生じることが合理的な差別といえるかの問題である。憲法一四条は、「合理的な差別」を許容していると解されているが、その判断にあたっては、従来の憲法学説の議論を本件にあてはめると、次のような思考プロセスがとられることになる。

- ① 両親が婚姻関係にない生後認知子の列挙事由該当性と審査基準
- ② 国籍法三条一項の立法目的の正当性と立法手段の合理的関連性

まず、両親が婚姻関係にない生後認知子である非嫡出子は、一四条の列挙事由である「社会的身分」にあたるかについて、その文言の意味について争いがあるものの、本人の意思や努力によってその身分や地位を変更でき



ない場合を含むことについては異論がない。とすれば、届出による国籍取得ができない生後認知子となるか否かは、本人の意思や努力とは無関係に生じる身分であるから、「社会的身分」にあたるということになる。

次に、この列挙事由に該当する身分に依拠して差別的な制度が作られている場合には、一四条の合憲性審査に際して、違憲の推定が働き、合理性の基準ではなく、厳格な合理性の基準という形で審査基準が厳格化されると考えるべきか否かが問題となる。

この点を肯定する学説も有力であるが、判例は一貫してこれを否定している。もともと、本判決の多数意見では、「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、自らの意思や努力によつては、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」ことを理由として、この区別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判示している。また、泉裁判官の補足意見では、本件で強度の正当化事由が必要であると指摘している。

この多数意見の言い回しは微妙であるが、最高裁が厳格な合理性の基準を採用したと解するのは早計であるように思われる。事実、泉裁判官の補足意見では、差別理由が社会的身分及び性別であるから、強度の正当化事由が必要であるとしているが、多数意見では、本件がいかなる列挙事由に該当するのかについてそもそも指摘していない。また、本判決が、そもそもこうした審査基準を軸に平等権審査を行っているのではないとの指摘もある。<sup>7)</sup>

なお、従来のような判断基準論が妥当か、また、いずれの判断基準が正当かについては、平等権の本質や司法審査の手法にかかわることであり、本稿で検討する余裕はない。しかし、生後認知子という地位が、本人の努力によつて変更できないものである以上、この者に対する差別的な制度は、通常要求される合理的な根拠さえ有しない可能性が高いとはいえよう。

(2) 国籍法三条一項の立法目的の正当性と立法手段の合理的関連性

(a) 目的審査

国籍法三条一項の立法目的について、本判決の多数意見は、「血統主義を基調としつつ、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国籍取得を認めること」としたと指摘し、このような立法目的には、合理的な根拠があると判示した。また、この点については、本判決の反対意見でも疑義を唱えていない。

この立法目的を多数意見が支持していることは、極めて重要なことであるように思われる。<sup>(8)</sup>なぜなら、この多数意見は、出生後の認知の場合における「届出」による国籍取得の場合と出生時に国籍取得を確定させる当然の国籍取得の場合(国籍法二条)とを明確に分け、それぞれの存在意義・目的を別個に捉えており、しかも、前者の制度について、その立法目的は正当と解しているからである。

つまり、嫡出子及び胎児認知の非嫡出子の場合には、出生時に日本人の子どもであるということが確定しているため、血統のみに基づいて日本国籍が与えられているが、生後認知子の場合には、血統のみでは日本国籍の取得を認めない制度を構築することが妥当であるということについて、多数意見と反対意見とは一致している。そのため、両者の見解の対立は、その立法目的達成のための立法手段に結び付きの指標となる一定の要件の合理的関連性ということになる。

このような観点からすると、多数意見が、「父から胎児認知された非嫡出子と日本国民である母の非嫡出子との関係で生後認知子が不利益な立場におかれている」という点に言及したことについては疑問が残る。国籍法三条一項の立法目的が正当であると主張することは、同法の存在意義を容認するものであり、出生による国籍取得

の場合に比して、出生後の国籍取得の場合である生後認知子が不利な立場におかれることは当然だからである。このような立場からは、同制度の「結び付きの指標となる一定の要件」として、準正要件が合理的なものかを検討すれば足りるはずである。<sup>(9)</sup>

仮に、両親が婚姻関係にない生後認知子の国籍取得と胎児認知子や母親が日本人である子のそれとの区別を問題とするのであれば、とりわけ前者の立法目的そのものを疑問視し、その存在を否定する必要があるだろう。実際、国籍法二条一号の合憲性が争われた平成一四年の最高裁判決では、三人の裁判官の補足意見において三条一項の合憲性に疑義が出されたが、本判決の多数意見とは異なり、「我が国との結び付き」そのものを求めることを否定していたのである。つまり、その論旨は、三条一項の立法目的・存在意義を疑うものであった。

なお、田原裁判官の補足意見が、「胎児認知子と生後認知子との間においては、我が国社会との結び付きの程度に一般的な差異が存するとは考え難」と述べ、これに対し、横尾裁判官他の反対意見が、母が日本人である「非嫡出子は出生時において母の親権に服すること、胎児認知は任意認知に限られることなど既に出生の時点で血統を超えた我が国との結び付きを認める要素があると」反論しているが、この議論は、国籍法二条一号でも「我が国との結び付き」が必要であるという議論を前提とするものであり、出生時における国籍取得と出生後におけるそれとを区別する立場と整合しないため、ミスリーディングな議論であるように思われる。

(b) 手段審査

本判決の多数意見は、次の理由から、準正要件を定める国籍法三条一項は、立法目的との合理的関連性はないと判示した。そこで、これらの理由について、順次検討する。

- ① 現在では、家族生活や親子関係の実態も変化し多様化してきていることなど、社会的事実の変化が存在し、子と「我が国との結び付き」の強弱を両親の法律上の婚姻をもって測ることはできないこと
- ② 諸外国の法制度が非嫡出子に対する差別的な取扱いを解消する方向にあること
- ③ 児童の出生による差別を否定する我が国の批准した国際条約が存在すること
- ④ 仮装認知防止の要請と準正要件との合理的関連性が存在しないこと
- ⑤ 簡易帰化は法務大臣の裁量行為であり、当然に日本国籍を取得するわけではないから、三条一項の制度に代わるものではないこと

### ① 社会的事実の変化

多数意見と反対意見の対立の核心は、かつては準正要件を支えていた家族生活の実態という立法事実が、現在では消滅しているか否かという点にある。なぜなら、その他の②から⑤の理由は、以下にみるように付随的な理由に過ぎないからである。多数意見は、この立法事実が、原告が法務大臣にあてに国籍取得届を提出した少なくとも平成一五年には消滅していた<sup>10</sup>という。だが、横尾裁判官他の反対意見は、データをあげて、それほどの変化はないと反駁している。

この多数意見に対しては、非嫡出子の割合など一部の資料を除いて、こうした立法資料が不十分又は不存在であること<sup>11</sup>、また、法律上の婚姻やそれを背景とした親子関係の在り方についての認識といった、国民感情を立法事実を含めることは不合理性であるとの批判があるが、<sup>12</sup> 正当な指摘である。立法事実を用いる資料としては、より正確なものが求められるべきである。なお、奥田教授は、非嫡出子の割合は、日本人母の場合と外国人母との

場合とで異なり、前者は二・一パーセントであるが、後者は一〇・七パーセントであるとして、外国人母が様々な事情により、日本人父との婚姻関係を生じさせることができない場合の多いことを指摘している<sup>13)</sup>。

もつとも、仮に、反対意見の主張するように、家族生活の実態に従来どおり変化がなく、非嫡出子の割合が低いとしても、そのごく少数の非嫡出子が著しく不合理な差別を受けているのであれば、その状態を容認することは許されないはずである。被差別者が少数者であるからといってその差別状態を放置して良い訳ではなく、むしろ、そうであるからこそ保護の要請が高いともいえるのである。もちろん、非嫡出子という少数者が増加しているのであれば、保護すべき対象者がより広範になるのであるから、その保護の要請が一層強まるともいえよう。さらに、別件訴訟の第一審判決が正当に指摘するように、出生子全体に占める非嫡出子の割合が、少ないからといって、「我が国との結び付き」が存在しないとはそもそも推認できないはずである。

結局、「我が国との結び付き」を有する生後認知子である非嫡出子が、国籍取得できないという差別的取り扱いは受けていた場合、そこに合理的な理由がない限り許されず、それは、多数意見や反対意見の立証するデータの有無の問題―仮に、生後認知子の全員が「我が国との結び付き」を有していないというデータが存在するならば―ともかくとして―ではなく、準正要件という立法手段が、「我が国との結び付き」を求める立法目的に資するものであるのかについての論証の問題というべきである。

そこで、この点を考えるにあたり、そもそも「我が国との結び付き」とは何を指すのかについて明らかでなく<sup>14)</sup>、裁判官の理解も一樣でないが、この意味については、これを生活実態のような事実関係を考慮する立場と法律的なものとして理解する立場とに分けることが可能である。多数意見は、準正という指標を用いることが、家族生活や親子関係の多様化により、現在では相応の理由がないと指摘している。とすれば、この多数意見は、「我が国と

の結び付き」を生活実態という事実関係としてとらえていることがうかがえる。

それゆえ、多数意見は、具体的内容を指摘しているわけではないが、国籍取得の要件に関する他の立法上の合理的な選択肢の存在を肯定するのである。近藤裁判官は、その補足意見において、「認知に加えて、出生地が本邦内であること、あるいは本邦内において一定期間居住していることを国籍取得の要件とすることは、諸外国の立法例にも見られるところであり、将来に向けての選択肢にはなり得る」と指摘している。

他方、横田裁判官他の反対意見では、多数意見の見解に反する実態的な事実関係に関するデータをあげて反論するとともに、「準正により父が子について親権者となり、監護、養育の権利、義務を有することになるなど、法律上もその関係が強固になること」によって、準正により「我が国との結び付き」が強化されることを指摘している。これは、準正による法律的な権利・義務関係の発生によっても、「我が国との結び付き」を肯定することにふさわしいと理解していることになる。

国籍取得の要件として、血統主義や生地主義を基調としつつ、居住要件など様々な要因を考慮して良いと一般に考えられていることからすると、「我が国との結び付き」を事実的に捉えることも、法律関係的に捉えることも、いずれも正当ということにならう。また、論理的にも「我が国との結び付き」に関する検討において、両者の考慮を排除すべき理由はない。それゆえ、国籍法二条では、血統主義のみによって日本国籍を認めるが、三条一項では、血統主義プラスアルファの要件として、多彩なものが想定されて良いと解される。

問題は、生後認知子に対して、いかなる程度の結び付きを求めるべきであるのかということであるが、その立法判断は多分に政策的なものと考えられるため、その画定は困難であろう。

②諸外国の動向

諸外国において認知のみによって国籍を付与することが趨勢となっていることは、確かに、別件訴訟の第一審判決が指摘するように、日本の法制度の合理性に疑義を投げかけ得るものであるが、その合理的根拠の精査こそが肝心であり、その精査は、必ずしも外国に倣えばよいというものでないことはもちろんであろう。言い換えれば、日本の法制度と異なる諸外国の法制度の存在によって、前者の合理性が、直ちに否定されるわけではない。

本判決の多数意見では、諸外国の動向として、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、それだけで国籍取得を認める国が増えていると指摘しており、また、別件訴訟の控訴審判決でも、認知と準正を国籍取得の要件としていた国々で、昭和五九年以降に準正要件を除外するようになってきていることを指摘している。

もつとも、近藤裁判官の補足意見では、認知に加えて、出生地が本邦内であること、あるいは本法内において一定期間居住していることが諸外国の例にみられると指摘している。また、近藤教授は、国籍取得原理には、血統主義や生地主義のほか、伝來的な届出による「居住主義」も重要であり、今日のヨーロッパの血統主義諸国のように、居住実態と国籍取得の関係を重視しながら、居住歴などを根拠に未成年者の「届出」による国籍取得の道を積極的に認めるべきであると主張している<sup>15)</sup>。

ここで諸外国の法制度を検討する余裕はないが、比較対象とすべき国についても留意が必要であろう。奥田教授は、多数意見が、「出生による国籍取得の基本原則および非嫡出親子関係の成立要件との関連を無視している点に疑問を感じる。すなわち、本件においては、わが国と同様に、血統主義国籍法および認知制度のある国と比較するのでなければ、意味がない。そのような条件を満たす国としては、フランス・ベルギー・イタリアなどがあるが、これらの国は、戦前から一貫して、認知のみによる国籍取得を認めてきた」（傍点筆者）ことを指摘し

ている。<sup>(16)</sup>

### ③条約との関係

多数意見は、我が国が「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」を批准しているという事実が、準正要件の合理性に疑問を投げかけると指摘している。しかし、これらの条約の存在が、平等権違反の手段審査にいかなる影響を与えるのかという観点からみると、その論旨は明快なものではない。君塚教授が指摘するように、端的に、条約に違反するか否かという観点から論じるべき一<sup>17</sup>条約違反となれば、平等権審査における目的・手段審査をパスすることは難しくなると考えられるが、このことは論理必然ではないであつた。

すなわち、君塚教授は、児童の権利に関する条約二条が、締結国に出生における地位に関わらず、いかなる差別的取り扱いをしてはならず、同条約七条によって、児童が出生のときから国籍取得の権利を有すると定めていることを受けて、国籍法三条一項の規定がこれらの規定に違反することを示唆している。<sup>(17)</sup>同様に、国際法の研究者を中心として、国籍法三条一項は、市民的及び政治的権利に関する国際規約二四条、および、児童の権利に関する条約二条・七条に違反すると主張されている。<sup>(18)</sup>

だが、いずれの条約によつても、非嫡出子に日本国籍を取得させるよう日本国に義務付けていると解釈する一<sup>19</sup>とすれば、条約批准国に二重国籍を生じさせるよう義務付けていることになつてしまふだらう一<sup>20</sup>ことは困難である。また、仮にこのような解釈が、論理的に可能であるとしても、そのような権利が条約の上位規範である憲法上認められるのか、または、条約上そのような権利の存在を憲法が許容するのかという問題を生じさせる



ことになろう。

④ 仮装認知防止の要請

別件訴訟の控訴審判決では、準正要件を必要とする方が、認知のみならず婚姻の偽装まで行わなければならなくなるため、偽装認知の減少効果があると指摘している。しかし、婚姻の偽装は、婚姻届の審査が、書類の形式審査であることに鑑みると容易であるから、偽装認知を思い止まらせる程の効果があるとはいえない<sup>19</sup>。

同様に、本判決の多数意見では、仮装認知の防止の要請と準正を国籍要件とすることとの間に合理的関連性がないと指摘しているが、正当である。その理由については、別件訴訟の第一審判決が詳しく指摘している。右判決では、虚偽認知をした場合に、扶養義務の発生や戸籍簿への虚偽記載による公正証書原本等不実記載罪などに問われるリスクがあることについて言及し、それが容易に行われるものではないこと、また、仮に、準正要件を外すことによって仮装認知の危険性が高まるとしても、それが判明した場合の国籍取消制度や罰則の制定によって対処可能であるということを指摘している。なお、このような罰則の制度については、本判決を受けた平成二〇年の国籍法改正において創設された。

ところで、この仮想認知防止目的は、準正要件が定められていることとの関連で指摘されている。これは、準正などという個々の指標と無関係に、「我が国との結び付き」を求めるという国籍法の立法趣旨とは次元が異なるものであることに留意すべきである。すなわち、「我が国との結び付き」を求めるための立法が許されるかという議論と、それが許される場合に、その指標を準正に求めることが許されるかという議論は異なるものであり、後者を支える論拠として、準正が仮装認知防止に役立つという論理が展開されているのである。

## ⑤簡易帰化制度の存在

多数意見では、簡易帰化制度が三条一項の代替制度とはなりえないと指摘しているが、正当である。確かに、横尾裁判官他の反対意見及び別件訴訟の控訴審判決の指摘するように、簡易帰化制度の不許可率は極めて低いかもしれないが、その運用が今後も持続される法制度上の保障はない。<sup>(20)</sup>

また、非準正子にのみ、簡易帰化制度利用に伴う手続的負担を負わせるとすれば、その負担がその差別を正当化する程度のものであるのかについても問題とされるべきである。

## (d) 判断枠組みの問題

これまでみたように、多数意見は、準正要件が立法目的に寄与しておらず、それとの合理的関連性を有しないと解しているものの、「我が国との結び付き」を要求する三条一項の立法目的自体が不合理であるとまでは考えていない。つまり、多数意見は、立法目的が正当であるが、国籍を準正子だけに付与することは不合理であるため、同条は違憲であると判断している。他方、横田裁判官他の反対意見は、この要件が立法目的との関係で合理性があると主張している。

従来から主張されている立法目的との合理的関連性という基準を素直にあてはめれば、この反対意見の指摘するように、生後認知子が、準正により「我が国との結び付き」の強くなることは事実であるため、手段審査をパスしないと主張することは困難であるようにも思われる。

だが、この反対意見の思考は、他者との差別的取扱いを問題としているものではなく、実体的な権利侵害を問題としてしまっている。すなわち、反対意見は、生後認知子から救済を求められた訴訟であるにもかかわらず、

その不平等的取扱いではなく、準正子に国籍取得を認めた制度のみに着目して、その合理的関連性を判断したのである。このような反対意見の判断手法は、実体的な権利が侵害される場合に用いられる一般的な合理性の審査基準であり、区別や差別という視点が欠如しているため、あえて平等権違反を論じる必要性がなくなる。

もつとも、多数意見も、手段審査において、準正という指標が現在の家族生活や親子関係の実態にそぐわないという点を合理性を否定する中心的論拠としており、非嫡出子と嫡出子との区別に焦点をあてているとはいえない。多数意見によれば、その実態に変化がない限り、この指標も正当と評価されることになるからである。<sup>21)</sup>

結局、多数意見も反対意見も、区別を容認している立法の目的が正当であると解し、その区別された客体のみに着目して手段審査を行っており、その客体（準正子）と他の客体（生後認知子）との区別の合理性に着目して手段審査を行っているとはいえない。とすれば、最高裁は、両者の区別自体を、やや語弊があるかもしれないが、むしろ容認しつつ、実体的な権利侵害の場合と同じ判断枠組みで、本件を処理したといえるように思われる。つまり、平等権審査の衣を着せているが、その実体は、高橋教授や石川教授が指摘するように、通常の権利侵害の審査なのである。<sup>22)</sup>

とはいえ、嫡出子と非嫡出子の区別という点に着目するならば、最終的には、法律婚制度に基づく嫡出子と非嫡出子を軸とした法制度の当否というアポリアを解決する必要性が出てくる可能性がある。なぜなら、国籍法における嫡出子と非嫡出子という指標の妥当性を疑うことは、この区別を維持する民法などにおける法律婚制度や嫡出子制度を否定することにも繋がり得るからである。

多数意見は、もしかしたら、この点を恐れて、嫡出子と非嫡出子の区別という類型を重視することを避けたのかもしれないが、原田論文を引き合いに出しつつ、石川教授が指摘しているように、「本判決が、結果的に、国

家の構成員資格や法制度としての婚姻や家に極めてドラスティクな変更を迫る」可能性を有する（傍点部分を筆者が追加）——国籍取得において、嫡出子と非嫡出子の区別を解消することが、民法の相続制度などにおいても、直ちに、制度の変更を迫るものとはいえない、つまり、国籍取得の資格に関する問題とその資格を認めた後の家族制度の構築とは別物であるため、国籍については変更を迫るものといえるとしても、婚姻制度などにおいては合理的根拠が存在する可能性があるため、そういう切れぬものとなっていることは否めない<sup>23</sup>。なお、別件訴訟の控訴審判決では、準正要件を合憲と判断する根拠として、法律婚保護の必要性について言及している。

これは、法律婚を中核とした家制度の維持又は徹底した個人主義のいずれかを選択するということに帰着する問題であり、国籍法における徹底した血統主義など、あらゆる局面で非嫡出子を嫡出子と同様に扱うことは、後者の思考を徹底させるという途を辿ることになる。

### (3) 平等権アプローチから国籍取得資格アプローチへ

このように本判決の平等権審査の手法には問題があるが、本判決が平等権侵害の観点からのみ本件を処理した点についても問題とされなければならない。平等権によるアプローチでは、「準正子」には国籍取得が認められるにもかかわらず、これと比較した場合に、「生後認知子」には国籍取得が認められないことの合憲性を争うにすぎないことになるからである。

しかし、この「他者との比較によるアプローチ」では、生後認知子という当事者本人が、国籍取得が認められるにふさわしいか（criteria for the eligibility of nationality）、つまり、その資格（eligibility）や権利（right）が存在するかという実体的な問題から目を背けてしまふことになりかねない。

とはいえ、学説の多くも、国籍法三条一項について非嫡出子と嫡出子の平等権侵害を問題とするものの、国籍取得の権利・資格を正面から論じていない。確かに、平等権というツールは、外国人がその権利侵害を主張する際に、非常に簡便である。なぜなら、法律レベルでは、外国人に権利が与えられていないという差別的取扱いがなされていることは間々あり、憲法レベルの議論では、外国人にも平等権規定の適用ができる限り認められると解するのが通説だからである。それゆえ、外国人や本件のように外国人として扱われている者が、法制度の平等権侵害を争うことは、その実体的な権利の有無を確定・画定せずとも可能となる。

だが、このような思考回路は、平等な社会を目指すといえれば聞こえはいいが、実体的な権利を有しない者に権利を付与しているのではないかという疑念が常につきまとう。誤解を恐れずにいえば、多くの研究者が、平等権と実体的権利の双方の規範的ルールが必要であるということを、直感的にしか理解していないため、両者の棲み分けや共存の方法については、今後の課題であろう。とりわけ、平等概念の実質化や正義概念との関係は、研究者に課された重要な課題であるように思われる。

このような現状にあつて、国籍取得は、国家の構成員を決定する重要な国家作用であること、また、それによつて国民が受ける利益が極めて大きいことに鑑みると、単なる平等権アプローチによつて、その範囲を安易に拡張してしまうことに躊躇せざるを得ない。国籍取得の権利に関して、原理的に、生後認知子に付与すべきであるのか（要請説）、付与しても良いのか（許容説）、付与してはならないのか（禁止説）についてすら、明確化されていないのは心許ない。そこで、次に、日本国籍が与えられる権利・資格の要件について論じることにする。

なお、国籍取得の権利という表現は、実際に判例や学説で広く用いられている。多数意見は、このような権利の存否についてそもそも言及していないが、横尾裁判官他の反対意見は、「特定の国の国籍付与を権利として、請

求することは認められないのが原則」(傍点筆者)と指摘している。

しかし、国籍取得は、個別の人権規定に依拠する権利というよりも、それらの権利保障を受ける前提として、国家という組織の構成員として認められるかという資格 (membership) に関わる事項であるから、国籍取得の資格と表現する方が適切であるように思われる。

本判決の多数意見でも、「日本国籍は、我が国の構成員としての資格であり、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あること」(傍点筆者)と表現している。日本国への帰属が容認されるか、つまり、構成員となれるかという点が資格の問題である。そして、その資格を与えられ、構成員と認められた結果又はその効果として、国際法上も、国内法上も、様々な権利・利益が付与され又は義務が課されることになる。<sup>(24)</sup>

## 2 国籍取得の資格によるアプローチ

### (1) 国籍法における血統主義の意義

国籍取得の要件として、「生地主義」と「血統主義」の考えがあることに争いはない。だが、日本国憲法が、このいずれの原理を採用しているかについては明らかではなく、単に「日本国民たる要件は法律でこれを定める」(二〇条)と規定されているに過ぎない。よって、国内法が生地主義と血統主義のいずれか又はその双方に依拠しても、憲法一〇条によって許容されていると一般に考えられている。とすれば、国籍法が生地主義ではなく、血統主義を基礎としていることは、憲法一〇条の観点から問題はない。

そこで、多数意見と反対意見では、基本的に、国籍法が徹底した血統主義を採用していると解釈できるか否か

をめぐって対立した。多数意見は、原告の救済を認める論理的前提として、日本国民を父として生まれた非嫡出子である生後認知子は、日本国籍取得の届出によって、国籍取得が認められるべきであると、国籍法上の血統主義を理解していると考えられる。<sup>(25)</sup>

つまり、これは、親の一方が日本人である以上、その子は国籍を認められるべきであるという徹底した両系血統主義を基礎とする考えであり、事実、今井裁判官の補足意見では（那須裁判官及び浦井裁判官も同調、この点については近藤裁判官も全面的に賛同）、この主義が大原則であることを明示している。また、三条一項の違憲性を唱える学説も、こうした見解を基礎としている。<sup>(26)</sup>

確かに、日本国民である父から胎児認知された子に血統主義に基づく生来的な国籍取得が認められている点に鑑みると、自国民の家族に包摂されていることが国籍法において常に重視されているとはいいがたいという指摘もあり、国籍法を徹底した血統主義として理解することが可能であるようにも思われる。<sup>(27)</sup>

しかし、多数意見も、国籍法三条一項の立法目的が「血統主義を基調としつつ、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ること」であり、これが正当であると認めている。にもかかわらず、結論的に、「認知」という血統の存在を示す指標のみに基本的な依拠し、国籍を付与することが妥当であると国籍法を解釈していることは、この立法目的と整合しないように思われる。

仮に、こうした多数意見に一貫性をもたせようとすれば、徹底した両系血統主義が憲法又は準憲法上の規範的要請であり、国籍取得の資格を認めていると解すべきである。そうすれば、国籍法三条一項の規定は当然に違憲となり、その結果を受けて、生後認知子に対しても、準正の有無を問わず国籍取得を認めるという解釈を認めることに―届出の要否の問題は別として―何ら問題がなくなる。<sup>(28)</sup> つまり、多数意見の見解は、憲法などの上位規範

による徹底した両系血統主義の要請という観点からは、一貫性をもって説明できる。

だが、徹底した両系血統主義の採用は、横田裁判官他の反対意見が指摘するように、多数意見が、「我が国との結び付き」を要求しつつも、「外国人として、外国で日本社会とは無縁に生活しているような場合でも、認知を受けた未成年者であれば、国籍取得を認める」という結果を容認していることは、「その実質は、日本国籍の取得を求める意思（一五歳未満の場合は法定代理人の意思）のみで密接な結び付きを認めるものといわざるを得ない」ものである<sup>30</sup>。

結局、多数意見は、血統主義を超えた、「我が国との結び付き」を求める国籍法三条一項の存在、つまり、立法目的の正当性を肯定しつつも、実質的にはそれを求めないという解釈―徹底した血統主義―を国籍法の解釈として至当と認めた点で論理的整合性をやや欠いているように思われる<sup>31</sup>。なお、三条一項では、届出という手続を要求しているが、これが「我が国との結び付き」を証明する指標となるものではないことはもちろんである<sup>32</sup>。

他方、横尾裁判官他の反対意見は、生後認知子に国籍取得の権利が―いかなる法規範のレヴェルか明らかでないが―存在しないということを指摘したうえで、三条一項が、血統主義を補完する措置であり、その徹底を図るものではないと主張している。藤田裁判官の意見も、この点については同様の理論構成をとっている。

ともあれ、多数意見も反対意見も、憲法や法哲学上のレヴェルにおける国籍取得の資格や権利に関する議論を回避し、国籍法のレヴェルで本件を処理するという外観を呈している。両者の対立は、国籍法三条一項が不合理であった場合に、同法が徹底した血統主義を採用しているものと解釈することが妥当か否かという点に収斂されているのである。

しかし、憲法又は法哲学上の国籍取得の資格について語られなければ、国籍法が徹底した血統主義を採ってい



るか否かという議論は、水掛け論に終わる虞もある。血統主義をどの程度徹底させるべきかについては、国籍法の解釈論で完結する問題でないことは明らかだからである。

また、多数意見は、「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」であると指摘しているが、そのような重要な問題を、とりわけ、立法者の合理的意思―立法者意思そのものではなく―を発見するという手法によつて、国籍法の解釈に解消してしまつて良いのか疑問が残る。

さらに、石川教授は、本判決を含む一連の最高裁判決が、権利論ではなく、地位・身分論の不存在を理由に、政治活動の自由（最大判昭和五三・一〇・四民集三三二巻七号二二三頁）、外国人の地方選挙権（最判平成七・二・二八民集四九巻二号六三九頁）、公務就任権（最大判平成一七・一・二六民集五九巻一号二二八頁）を否定してきたことを喝破している。<sup>(34)</sup>

すなわち、最高裁は、やや行き過ぎた表現かもしれないが、学説上盛んに議論されてきた外国人への人権規定の適用という議論―本件は、生後認知子が外国人という類型に入るのか、それとも日本人としての資格を有するのかという点が問題となつているが、従来の議論は、外国人であることの身分そのものを疑うものではなく、外国人であるにもかかわらず人権が認められるかというものであったため、これとは異なる論点を提起する―の影響を受けずに又はこれを巧妙に回避し、結局は、彼らの法的地位という法律レベルの議論に貶めることによつて、問題を処理してきたのではないか―これこそが、石川教授の指摘する最高裁の問題点の核心であると思われる―とも考えられるのである。

## (2) 憲法における国籍取得の資格

そこで、憲法における日本国籍を取得する資格を検討するに、この点に関しては、そもそも「未だ日本国籍を有しない外国人への国籍付与は、本来主権の問題であって国籍取得の権利など認められないと考えるのがスジではないか」という主張もある<sup>(35)</sup>。また、横尾裁判官他の反対意見は、生後認知子に国籍取得の権利が存在しない——これが憲法上のレヴェルのものであるかについては明らかでない——ことを明言しているが、国家の主権ということとを強調する以外に、ほとんど理由を付していない。

しかしながら、ある一定の集団に本来的に国籍取得の資格が存在するのであれば、そのような者を「外国人」として扱って良いのかが問題となるはずである。また、国籍付与が国家の主権の問題であるとしても、それは対外関係的に捉えるべきものであり、国内法的には、国籍取得の資格の存在が国籍取得のルール規範として、作用することによって国家を拘束すると考える余地がある。

憲法上の国籍取得の資格をストレートに肯定する見解として、たとえば、佐藤教授は、憲法典が存立の基礎とする国家の同一性の基本に関わる部分は、個人の側からみて、日本国籍を取得する権利として構成されうると主張している<sup>(36)</sup>。また、松井教授は、憲法が政治共同体に不可欠な構成員として「市民」を「国民」と想定しているため、国会がすべての市民に日本国籍を与える憲法上の義務があり、これらの市民の国籍を否定、剥奪することは、やむにやまれない政府利益を達成するために必要不可欠な場合でなければならないという<sup>(37)</sup>。

さらに、高橋教授は、このような考えの理論的基礎付けとして、憲法以前にピールが社会契約により国家を創設し、憲法制定権者として憲法を制定したという社会契約説に依拠し、法律で自由に国籍取得の権利の範囲を決定することを否定する<sup>(38)</sup>。また、高橋教授は、主権国家が領土、国民、権力という三要素から成るため、領土と

国民という二つの要素で関連付けられる者は、潜在的に国籍を持つ権利が認められるものの、一定程度の制限が許されると主張している<sup>(39)</sup>。

だが、いずれの見解も、いかなる範囲の者に国籍取得の資格・権利が存在するのかについて具体的には語っていない。この点については、おそらく、山元教授が指摘するように、「国籍法における血統主義と出生地主義は相異なつた原理であるが、決して相互排他的な法原理ではなく、グローバル化された世界では双方を拡充して、無国籍者をなくすことが課題であるといふべきであろう<sup>(40)</sup>」といえるのであって、そうであるならば、憲法上、血統主義、出生地主義の双方の妥当性を考慮し、国際的な調整を行うこととなるため、国籍取得の資格を憲法上画定する作業は極めて困難なものとなるように思われる。

(3) 再び平等原則へ

このように、憲法や法哲学上、国籍取得の資格要件を確定させることは極めて困難である。だが、両親の一方が日本人である場合に、日本国籍を与えることが血統主義に反するともいえず、このような制度の採用が憲法一条などによって禁じられているとはいえない。このような子に、日本国籍取得の資格が認められるべきかについては微妙であるにしても、国がそれを付与することが違憲とはいえないのである。

しかし、仮に、生後認知子に国籍取得の資格がないとしても、国籍法三条一項が準正子にのみ国籍取得を認めている点を捉え、平等原則(平等な制度構築の要求原則)を争うことはできないかについて検討する余地がある。国籍取得の資格によるアプローチは魅力的であるが、こうした資格がないつまり、権利・利益侵害が認められない場合であっても、法制度が嫡出子・非嫡出子という区別を用いることによって、その差別を容認・助長し、

そのステイグマ (stigma) を醸成することがあるからである。<sup>④</sup>

この点について、実体的な権利がないにもかかわらず、制度が平等であることを要求できるかという点を疑問視する見解もあるが、これは、実体的な権利のみを過度に重視するものであり不当である。また、憲法上、資格や権利という概念で構成できない場合にこそ、平等原則が活躍する余地が大きいともいえる。

たとえば、大学入試制度を考えてみると、これから入学する大学に対して、受験生は、そこへ入学する実体的権利を有するとはいえない。しかし、不公正な大学入試制度は、受験生の健全な競争心を阻害し、社会全体に悪影響を与える。このように、「実体的な権利の有無に関わらず、社会的に重要な制度は、公平・公正であるべき」である。この公平・公正という概念に、平等という理念は当然含まれる。

このように、実体的権利がなくとも、一四条によつて重要な社会的制度は公正な、正義にかなうものである必要があると考えられる。しかし、国籍取得の制度に関しては、他の社会的制度と同様に解して良いのか検討の余地がある。なぜなら、右法理が、現行制度の下では国籍を有しない、つまり、日本国籍を有しない外国人にも同様に妥当するかは疑問となり得るからである。

この点については、権利の性質上、一四条が外国人に適用されるのは当然という見方もあるが、憲法上の権利が外国人にも適用されるかという問題設定の場面では、従来、観光のため来日した外国人などは排除され、定住外国人のような永住資格を有する者を念頭においていたように思われ、本件のように、国籍取得の場面でも同様にいえるかは、一応、議論の余地があるう。

とはいえ、国籍取得の資格の問題は、日本国憲法における権利付与の前提となる重大な利益に関する事柄であるから、平等原則の適用は当然にあるといえよう。また、本件の原告のような立場にある者が、そもそも外国人

といえるのか疑問とも考えられる。とすれば、国籍法三条一項は、平等原則の審査に服し、既にみたように、同条は合理的根拠なく生後認知された非嫡出子を差別するものであり、違憲と解すべきである。

### 3 司法的救済

#### (1) 最高裁判所裁判官の見解の整理

このように、国籍法三条一項は平等原則に反すると考えられるが、原告に司法的救済まで認められるかについては、当然別問題である。この点に関して、多数意見は、立法者の合理的意思であること、直接的な救済が必要であること、過剰な要件のみを除いた合理的解釈であること、および、裁判所が新たな国籍取得の要件を創設するものではなく、国会の立法作用を行うものではないことを理由として、原告に対して、直接的な司法救済を認められた。

他方、横尾裁判官他の反対意見と甲斐中裁判官他のそれとは、国籍法三条一項の合憲性の点で意見を異にするものの、<sup>(43)</sup> 国籍法が徹底した血統主義を採用していないこと、および、立法不作為の違憲状態の解消は国会の立法措置に委ねられるべきことなどを理由として、原告の司法的救済を否定する点では意見が一致している。

この多数意見と反対意見の対立は、実体的な国籍取得の資格との関係では、国籍法において徹底した血統主義を採用しているとみるかという点に起因している。多数意見は、潜在的にはあるが、国籍法の解釈として、徹底した血統主義の採用を肯定し、反対意見は、それを三条一項にまで持ち込むことを否定する。その結果、多数意見が、原告の救済に積極的になり、反対意見はこれに消極的・否定的になっている。

なお、藤田意見の見解は、三条一項を優遇措置とみていることから、おそらく、徹底した血統主義が国籍法の

解釈として妥当とまでは考えていないのではないかと思われるのであるが、本件における救済を容認している点で特異な見解である。

そこで、これら裁判官における、国籍法三条一項の合憲性、違憲の対象、司法的救済などに関する理解については、次のようにまとめることができる。

裁判官の立場	血統主義	合憲性	過剰性	立法不作為	司法的救済
多数意見（9）	おそらく徹底する	違憲	過剰要件である	立法作為	肯定
藤田意見	おそらく徹底せず	違憲	過剰要件ではない	立法不作為	肯定
横尾他反対意見（3）	徹底せず	合憲	過剰要件ではない	立法不作為	否定（仮に違憲と解した場合）
甲斐中他反対意見（2）	徹底せず	違憲	過剰要件ではない	立法不作為	否定

裁判官の意見の（ ）は総数

多数意見では、準正要件という過剰な要件を国会が設けたことの合憲性を問題としていることから、国籍法が徹底した血統主義を本来採用すべきと解していると考えられる。そして、その徹底した血統主義に従い、原告にも国籍を付与すべきであるとして司法的救済を認める。そして、このような結論は、国籍法の解釈の帰結としてもたらされるものであるため、それは裁判所による立法権の侵害ではないということになる。

他方、反対意見では、国籍法が徹底した血統主義を採用していないと解しているわけであるから、国籍法三条一項は、むしろ、恩恵的制度であると考えている。また、反対意見は、同規定が過剰要件ではない以上、その他同様の場合に、国籍付与を認めていない立法不作為を違憲とみるのである。そして、国籍法が徹底した血統主義を採用していない以上、原告の司法的救済も否定するのである。さらに、徹底した血統主義を採用していないということは、生後認知子の国籍取得の要件設定に複数の選択肢が存在するということになるから、この司法的救済を認める多数意見は、実質的な立法権を侵害していると主張するのである。<sup>44)</sup>

(2) 違憲確認判決と司法的救済

(a) 違憲確認判決の妥当性

このような多数意見に対して、学説は、これまでにない判断手法であるいわば合憲拡張(補充)解釈を説くも<sup>45)</sup>ので、新たな判決手法の一つの可能性を示すものとして評価できること<sup>46)</sup>、当事者の救済という見地から、立法者の基本的な判断を踏まえつつ一部違憲の判断に基づく合憲的な法律解釈を行ったことは、人権救済の見地からしても、また、憲法保障という観点からしても高く評価できること<sup>47)</sup>、憲法に反する差別からの「救済」のために具体的事情に応じて「しかるべき救済手段を」採ることも、司法権の「使命」と思われる、などと指摘し、好意的なものが多い<sup>48)</sup>。他方、反対意見のような違憲確認判決という判決手法に対しては、違憲審査権の趣旨に反するうえに、実効性も期待できないという手厳しい批判がなされている<sup>49)</sup>。

このような司法的救済を積極的に認める見解は、違憲審査が権利保障的機能を有することを重視する立場に依拠している。畑尻教授は、違憲確認判決など違憲判決の手法が、違憲審査制の意義として、「①訴訟当事者の迅

速かつ適切な権利救済という主観的権利保障機能の強化か、②違憲状態の有効かつ適切な排除という客観的憲法保障機能の強化か、そのいずれを重要視するか—もちろん相互排他的なものではないが—で異なる価値判断がなされうることを、ドイツとの比較法的視点も加えて詳細に検討している。<sup>30)</sup>

畑尻教授は、ドイツの憲法裁判所における違憲確認判決について、一般的には、連邦憲法裁判所の判決が「一般的効力」をもち、「違憲の法律の当初無効」が通説であるため、様々な不都合を生み、<sup>31)</sup>それを回避するための方策として様々な形の判決が模索されたうちのひとつであると指摘し、この判決手法が用いられるケースとして、平等違反の受益的法律をめぐる事例（後に、「立法者形成の自由」という根拠が一般化され、利用されることによつて、自由権侵害の法律に拡大適用されていく）や「なお一層の違憲状態の回避」「耐えがたい法的空白の回避」を理由とする事例などをあげている。<sup>32)</sup>

また、日本の最高裁判例でも、議員定数不均衡訴訟の昭和五一年判決（最大判昭和五一・四・一四民集三〇卷三号二三三頁）のように、違憲確認という判決手法を採用したとみられるものが出てきている。そして、本件では、甲斐中裁判官他の反対意見を中心として、違憲確認判決という手法を採用すべきことが主張されたのである。

この反対意見に対する批判については、畑尻教授が、①当事者の救済の問題、②裁判所と立法府の関係、③憲法判断の必要性という三つの観点から詳細に検討しているため、詳述することを避けるが、<sup>33)</sup>これらの批判学説も、平等原則違反の事例において、常に司法的救済が図られるべきであると考えていないように思われる点については指摘しておきたい。

なぜなら、良く指摘されているように、平等原則違反を解消するための措置としては、不利益を受けている当事者に対する権利付与に尽きるのではなく、利益を受けている集団の権利を否定することによつても平等性を



確保することが可能だからである。<sup>54)</sup> 平等原則は、権利・利益の確保を直接目的とするものではなく、平等な取扱いを求めるものだからである。

それゆえ、本件に関して司法的救済を認めるか否かはともかくとして、少なくとも原理的に違憲確認判決が認められないとはいえないだろう。むしろ、平等原則に関する紛争においては、必要とされる判決手法である。この立場は、司法審査の客観的保障を重視する見解に親和的といえよう。だが、他方、司法審査が具体的事件における権利保障という主観的側面を有することは否定できず、この観点からは、司法による直接的な権利救済も認められることがあると考えられる。

(b) 司法的救済のための要件

とすれば、司法的救済を全面的に否定する見解はともかくとして、対立の核心は、司法的救済を認める要件にあるように思われる。この問題は、平等権条項において、合憲的拡張解釈が認められるかという問題にも連なるものである。<sup>55)</sup> そもそも、合憲的拡張解釈が認められなければ、それに基づく司法的救済が認められないからである。

従来から、平等権に関する事例における違憲確認判決においても、当事者の救済を図ることができる場合のあることが主張されている。<sup>56)</sup> それは、立法的選択肢がひとつに限られている場合である。その場合には、立法府の裁量権が存在しないため、裁判所が新たに規範を創造したとしても、立法府の権限を侵害したとまではいえないからである。

さらに、内野教授は、父系血統優先主義を定める昭和五九年の改正前国籍法二条一号の合憲性が争われた事件

に関する評釈において、「立法院が片親血統主義を維持する蓋然性が高いことを理由として、合憲補充解釈請求の認容の判決を下すことが、まったく許されないとはいえるか」検討の余地があることを、また、戸波教授は、「表面上選択肢が複数存在するようにみえても、論理的あるいは実際のには、平等違反を除去する方法が唯一であるような場合には立法院の判断をまつまでもなく、裁判所はその方法を採用すべきことを命ずる判決を下すことができる」とし、当該事件がその場合にあたることを主張している。<sup>57)</sup>

また、藤田裁判官は、内野教授や泉裁判官のように立法院の選択の蓋然性を問題とするものではないが、その意見において、横尾ほか裁判官の反対意見と同様に、本ケースを立法不作為とらえつつも、「立法院が一定の立法政策に立った判断を下しており、また、その判断が示している基本的な方向に沿って考えるならば、未だ具体的な立法がされていない部分においても合理的な選択の余地は極めて限られている」と考えられる場合において、著しく不合理な差別を受けている者を訴訟の範囲内で救済するために、立法院が既に示している基本的判断に抵触しない範囲で、司法権が合理的拡張解釈により違憲状態の解消を目指すことは、全く許されないことではない<sup>58)</sup>（傍点筆者）と主張している。

このように、合憲補充解釈が認められる要件について、立法院の選択肢が唯一であることから、緩和させることができるかについて、本稿で検討する余裕はないが、仮に緩和させたとしても、本件において、その選択肢が極めて限られているといえるためには、徹底した血統主義の採用、つまり、実体的な権利付与規範の存在の肯定という考え方を抜きにしてできないように思われる。

(c) 本判決の理解とその妥当性

木村准教授は、過去の不合理な區別を解消するための立法裁量と、将来の立法裁量とは異なるとし、本件における過去の、不合理な區別解消のための目的適的な選択肢は、居住期間や出生地を問わず、本件届出以降に届出した全ての非準正子に、準正子と同等の処遇を与える以外に選択肢はないが、将来の立法在り方については様々な可能性を認めていると本判決を解すべきであると主張している。<sup>60)</sup>

もつとも、同准教授は、過去の區別解消に関するこのような理解について、本判決が、本件区別の目的を血統及び結び付きをもつ者に対して届出による国籍取得を認め、本件届出以降は居住期間、出生地等にかかわらず、すべての非嫡出子がこれらの要件を満たしているということを前提としているという留保を付している。<sup>61)</sup>

しかし、本判決の解釈として、過去の修正における立法裁量と将来のそれとが区別できるとしても、それぞれの行使が異なる原理に基づいて行われることは、たとえそれが立法裁量の枠内であつたとしても、まさに平等原則に反する可能性がある。不断に法改正が必要とされる以上、生まれた時期などにより差別的な扱いを受ける者が存在することはある程度やむを得ないといえようが、国籍取得の資格が重要な利益に関わるものであることに鑑みると、安易にそのような扱いを認めることには慎重であるべきともいえる。

また、木村准教授は、過去の不合理な區別解消のためには、非準正子に準正子と同等の処遇を与える以外に選択肢がないというが疑問である。なぜなら、本判決では、出生後に国籍を付与する場合に「我が国との結び付き」を求める合理性を現時点においても肯定しており、この観点からすれば、「準正」と同等の要件を非準正子に課すことも許されると考えられるからである。このような立法は、再び、準正子と非準正子の区別の合理性について争われる可能性があるが、不合理な差別といえるかは検討の余地がある。

通常、平等原則違反を修正する手段としては、過去の受益者の利益の剥奪という選択肢も考えられるが、確か

に、国籍取得の場合には、過去の利益付与の剥奪、すなわち、国籍の取消などという立法の選択肢をとることは困難であり、非嫡出子に国籍を付与することが唯一の立法手段であるようにも思われる。だが、過去の差別があつても、準正子と非準正子という当事者を全く同一に扱うことではなく、当該差別を合理的差別の範囲にとどめることによつて、その差別を解消し得ると考えられるのである。<sup>(6)</sup>

本件においてこの点を否定するのであれば、それは、立法者の合理的意思が徹底した血統主義を求めていると解釈しているからにほかならない。木村准教授の付した留保は、本判決が徹底した血統主義を含む趣旨を認めているのであればという意味で付されているものと考えられるが、そのような理解は妥当であろう。しかし、そうすると、多数意見が三条一項の存在意義である「我が国との結び付き」を求めると、その徹底した血統主義を整合的に説明することは困難である。この点で、本判決の多数意見は論理的に難がある。

さらに、本判決の多数意見がより深刻な問題を抱えているのは、国籍取得という重要な資格について、徹底した血統主義を支持するという見解を巧妙に隠し、正面からそのルールの妥当性を争わず、立法者の合理的意思という実体の不明なものに依拠して結論を示していることである。他方、反対意見は、徹底した血統主義という前提自体を争い、これを否定し立法府の選択肢が複数あることを認めており、論理的には一貫性がある。

このように、多数意見が徹底した血統主義を少なくとも黙示的に容認し、反対意見がこれを否定しているのであるから、前者が立法府の選択肢を限定的に捉え、後者がそのように考えないことは、コロラリーといえよう。この点については、徹底した血統主義を採用することが憲法上の要請であるとはいえないこと、かつ、国籍法をこのように解することも「我が国との結び付き」を要求する同法三条一項の立法趣旨と整合的でないことから、立法府の選択肢は多く存在すると解すべきであり、反対意見が妥当である。

それゆえ、このように立法の選択肢が複数存在するにもかかわらず、立法者意思ではなく、その合理的意思という実体が解明されていないものを基礎として司法的救済を認めることは、もはや解釈による法規範創造とはいえず、それは、まさに実質的な立法に他ならず、山元教授が指摘するように、司法権に許容された立法作用のあるべき限界が真正面から主題化されなければならないように思われる。<sup>(62)</sup>

最後に、多数意見のように、国籍法三条一項が違憲であり、それを修正する選択肢がひとつ又は極めて限られており、さらに、原告を救済すべきであるという価値判断が固まれば、その手法としては、意味上の違憲という方法をとるか否かについては、専ら技術的な問題に過ぎないともいえよう。<sup>(63)</sup>

#### 四 おわりに

本判決は、最高裁判所における八番目の法令違憲判決であり、非常に注目を集めた。しかし、国籍法三条一項の違憲判断については三人の反対意見が示され、司法的救済を肯定することについても五人の反対意見が示された。また、多数意見の論旨も、一糸乱れずとは到底いえるものではなく、決して磐石なものとはいえない。

結局、多数意見の論旨が明快性を欠くと感じられるのは、我が国との結び付きを要求するという三条一項の立法目的が正当であるにもかかわらず、結果的に、それを要求しない形での解釈、つまり、認知及び国籍取得の届出のみによって生後認知子に国籍を認めるという矛盾とも思える解釈を施し、他方で、それを更に修正する立法を国会が行うことは可能である—よって、こうした立法を行う必然性や義務は存在せず、現に平成二〇年の改正ではこうした改正は行われなかった—と述べたこと的首尾一貫性が素直に理解できないからである。

ともあれ、本判決を受けて、判決後およそ六箇月という早さの平成二〇年二月五日に、改正国籍法が国会で可決され、翌年の一月一日から施行された<sup>(64)</sup>。その内容は、子の出生地が外国である場合や子が外国に住所を有する場合も区別せず、届出のみによって国籍取得権を付与するというものである。ただ、仮装認知防止のため<sup>(65)</sup>、虚偽の国籍取得届を提出した者に一年以下の懲役又は二〇万円以下の罰金を科す国籍法二〇条が新設された。また、附則において、必要な経過措置や特例による国籍取得に関する定めがおかれた。

本判決が、子の出生地、認知時や届出時の子の住所についてふれていないことに鑑みると、そのような改正も許されるとも考えられるが、本事件では、子がフィリピン人母から日本国内で出生し、日本人父に認知された時及び日本国籍届出時に日本国内に住所を有していたことには留意する必要があるであろう。

このような観点からは、一定期間の居住要件を設けることも考えられるところであった。しかし、私見では反対であるが、この点は、藤田裁判官がその意見において懸念を示していたように、「我が国と密接な結び付きという理由から準正子とそうでない者とを区別することに合理性がない、という前提に立つ以上、何故に非準正子にのみ居住要件が必要なのか、という問題が再度生じることとなり、その合理的説明は困難である」とも考えられよう。

とすれば、多数意見を前提とする以上、立法政策として、準正要件を残すことは許されないと考えられるから、準正要件に代わって、居住要件などを制定すべきことになろう。しかし、そうなると、これまで届出のみによって国籍取得を認められていた準正子に対してまで新たな要件を課すことになる。このことの一般的理解が得られないという点が配慮されて、今回の改正に落ち着いたようである<sup>(66)</sup>。

確かに、憲法一〇条における国籍法取得に関する広範な立法裁量量の存在、および、国籍取得の資格に関する積

極的な憲法規範の不存在ということに鑑みると、このような国籍法改正は、憲法適合的なものであり、これに反するということはないだろう。事实上、国籍法が徹底した血統主義を採用することを求め、原告の司法的救済を図ったという本判決の論旨に従えば、国籍法の改正内容は必然であつたともいえよう。

血統主義の徹底を求める論者からは、本件の原告を救済するということは、喫緊の課題となる。そして、その救済主体が、国会であるのか、それとも、裁判所であるのかは、さほど重要な問題ではなくなる。なぜなら、彼らの求めるルールは、複数にみえるが、実は、両親の一方が日本人である場合には日本国籍を認めるべきであるという点で一致しているからである。

しかし、このような血統主義の徹底が憲法上の要請か否かという点を等閑視し、平等という一見分かりやすい武器を背景に国籍法を解釈することによって、この主義の拡充を図ろうとする思想戦略には、注意を要する。それは、血統主義の内容について正面から議論を戦わせず、その徹底こそが正当であるという信念を内に秘めたまま、その思想及び実体のない平等という理念を浸透させようとするもの——血統主義は、歴史的には排他主義に利用されたこともあり、必ずしも人権保障にとって有効といえない場合もあることにも留意すべきであろう——だからである。本判決では、実体的な権利を確定せずに、憲法一四条違反を理由に忽然と国籍取得の資格が浮かび上がってきた感が拭えない。

平等とは、日本の文化や伝統をも加味した善や美徳を兼ね備えた正義の概念と直結させるべきものであり、そうでなければ、平等の内容が空虚なものとなり、その存在意義が消滅するか、濫用されるかのいずれかの途を辿ることになる<sup>67</sup>。

だが、私見を含めて、これを論駁する批判学説も平等原則の意義やその射程を自覚・論証しているわけではない。

い。さらに、本件では、血統主義の内容を明らかにし、日本国籍取得の資格について議論することが必要であるが、それが十分なされているとはいえない。

これらの諸点を考慮し、国籍の問題は、どこまでが原理的・法理学的な問題 (a jurisprudential issue) であり、どこからが政策的な問題 (a policy issue) であるのかについて、画定する作業は学説に課されたこれからの課題といえよう。この点が画定されていない以上、立法府に複数の選択肢が与えられている領域で、徹底した血統主義の見地から原告の救済を図ったという点―それが将来の制度構築ではなく、過去の制度の修正という意味にとどまるとしても―においても、本判決は妥当でなく、それに依拠した立法改正は拙速であったといわざるを得ない。

しかしながら、徹底した血統主義が憲法上の本来的要請ではないということが、本判決に反対する論者によって十分論証されたわけでもない。また、仮に、憲法上、徹底した血統主義が要請されていないとしても、生後認知子の国籍取得において、準正、という指標によつて、嫡出子と非嫡出子とを差別することに合理性はない。

子は、親を選べず、嫡出子となるか否かを全く自らの意思で選択することはできない。にもかかわらず、非嫡出子をもうけたことによる親の行為のつけを、その非嫡出子に対して負わせるというのは原則として不当であり、これを正当化する十分な理由が、本件のように、生後認知された非嫡出子に対して届出による国籍を付与しないという制度において、存在するとはいえないからである。よつて、多数意見の主張するように、社会事実の変化が存在するからではなく、国籍法三条一項の準正要件は、嫡出子と非嫡出子を不合理に差別するものであることから、憲法一四一条一項に反するものであるといえよう。

さらに、日本人親がその子をもうけたことに対するモラル上の責任を、国が国籍付与という形で引き受けるべ



き—とはいえ、国籍の強制付与は義務も伴うため、必ずしも利益のみをもたらすものではないことに注意を要しよう—であり、そのことが何ら利益を害するものでないとすれば、日本国籍取得の範囲を拡大させる本判決は、国会に寛大な措置をとるよう迫ったものとして、その結論自体は、歓迎すべきものであるといえようか。<sup>(9)</sup>

注

(1) 昭和五九年国籍法改正の法案審議における議論については、本稿で検討している事件に対する第一審判決で紹介されている。

(2) 佐野寛「国籍法違憲判決と国籍法の課題」ジュリスト一三六六号(二〇〇八年)八五、八七頁。

もっとも、国籍法二条一号の解釈として、認知の遡及効を認めるべきであると主張する見解も存在する(高佐智美「国籍法三条一項の嫡出要件と憲法一四條」ジュリスト臨時増刊平成一七年度重要判例解説(二〇〇六年)一五、一六頁、藤井俊夫「国籍法違憲判決の意義と課題」千葉大学法学論集第二三巻第一号(二〇〇八年)二四五、二五二頁などを参照)。二宮教授も、「民法で胎児認知を認めたのは、父と胎児との間に親子として緊密な関係が形成されていることに着目したためではない。むしろ、不安定で出生後の認知が期待できないがためである。それにもかかわらず例えば、父母が事実婚関係にある場合、別居しているが父が安定的にこの養育に関わっている場合など、出生後に認知して緊密な関係を保っている父子のケースで、国籍取得が認められない。これは生活実態を無視した扱いではないだろうか」などと主張している(二宮周平「国籍法における婚外子の平等処遇」立命館法学二五〇号(一九九六年)一三六〇、一三七四頁)。なお、田原裁判官は、その補足意見において、国籍法三条で届出を要することを正当とし、認知の遡及効を否定しつつも、二条と三条の区別を疑問視している。同様に、国籍法二条と三条を全く別類型と解することを疑問視する見解として、松本和彦「国籍法三条一項の違憲性」民商法雑誌第一四〇巻第一号(二〇〇九年)五九、七五頁を参照。

この平成一四年判決は、国籍取得の浮動性防止の要請のみを根拠に、二条一項の合憲性を認めたが、この点について、嫡出否認の訴え等による嫡出性の喪失によって、事後的に日本国籍を失わせる場合のあることとの整合性という

問題点を指摘する見解がある。これに対して、この場合の国籍変動は、裁判という国家行為の存在により例外的に許容されるものであり、認知の届出の場合と同列に論じることとはできないという反論（たとえば、横溝大「国籍法二条一号が憲法一四条一項に違反しないとされた事例」法学教室二七二号（二〇〇三年）一一八、一一九頁）もあるが、決して例外的ではないという再反論がなされている（奥田安弘「国籍法違憲訴訟控訴審における意見書」中央ロー・ジャーナル第二巻第三号（二〇〇五年）八二、八九―九〇頁）。

- (3) 準正によって国籍を取得する生後認知子は、二条一項の生来的な国籍取得の場合と異なり、届出という手続的負担が必要である。その意味で、二条一項との区別を問題とすることは考えられるが、本人や親の意思尊重という観点からやむを得ないものと一般的に解されている（たとえば、佐野・ジュリスト九一頁）。なお、田原裁判官の補足意見では、生後認知子の場合、二重国籍の問題等もあり、その意思にゆだねて届出要件を課すことは立法の裁量の範囲内であると主張している。これに対し、この届出を要求すべきではないと主張する見解もある。また、届出に加えて、届出人の出頭を求めている点（国籍法施行規則一条三項）が行政手続法三七条の趣旨に反する疑いがあるという指摘もある（奥田安弘「国籍法違憲訴訟に関する最高裁大法廷判決」法律時報八〇巻一〇号（二〇〇八年）一、三三頁）。だが、行政手続法三七条は、実体法ではなく手続法であり、届出の到達主義を定めた点に主眼があるのであり、国籍法における届出が、同条で予定されている届出にあたるべきといえるかは疑問であること、また、届出には様々な態様があるのであって、書面である届出以外の要件を付加してはならないとまではいえないことに鑑みると、同条の趣旨に反するということは難しいのではなからうか（塩野宏「行政法Ⅰ」第五版「行政法総論」（有斐閣、二〇〇九年）三一二頁を参照）。

(4) 奥田・法律時報三頁。

- (5) たとえば、君塚正臣「国籍法三条一項は父母が内縁関係にある認知された非嫡出子を排除する限りで憲法一四条一項違反であり、その子は届出により日本国籍を取得できるか（積極）」判例時報一九一八号一七六、一七八頁、高佐・平成一七年度重判一六頁。同様に、生後認知子の国籍取得を認める法改正を望むものとして、近藤敦「父母が内縁関係にある非嫡出子の届出による国籍取得の差別―国籍法違憲訴訟」法学教室三〇六号判例セレクト二〇〇五（二〇〇六年）四頁を参照。

- (6) 伊藤正己『憲法第三版』(弘文堂、一九九五年)二四九―二五〇頁、芦部信喜・高橋和之補訂『日本国憲法第五版』(岩波書店、二〇一一年)一三三頁、君塚正臣『司法審査と平等権』『憲法の現在』自由人権協会編(二〇〇五年)二三、四四頁。
- 他方、吉田教授は、「区分事由や〔重要な〕権利かどうか」は目安になるが、これらにあまりとらわれ過ぎず、実際に当事者が受ける不利益に即した分析・調整がなされるべきである」という(吉田仁美「国籍法違憲事件大法廷判決」関東学院法学第一九卷第三号一六一、一六八頁)。
- (7) 松本・民商法雑誌七二―七三頁。
- (8) 早川眞一郎、高橋和之・岩沢雄司・早川眞一郎〔鼎談〕「国籍法違憲判決をめぐる」『ジュリスト』一三六六号(二〇〇八年)四四、五七―五九頁。
- (9) 結論同旨の論稿として、木村草太「最高裁判事例研究」法学協会雑誌(二〇一〇年)一二七卷二号一四七、一五八―一五九頁を参照。
- (10) 平成八年の論稿で、既にこの多数意見と同様の家族生活の実態などの変化を指摘していたものとして、二宮・立命館法学二五〇号一三七七―一三七八頁を参照。
- (11) 佐野・ジュリスト八九頁、飯田稔「国籍取得阻害要件の合憲性―国籍法違憲訴訟最高裁判決」『亜細亞法学』四四卷一號(二〇〇九年)二五五、二七二―二七三頁、百地章・山田亮介「国籍法三条一項における国籍取得要件と法の下の平等」『日本法学』第七五卷第一号(二〇〇九年)二一一、二一九―二二〇頁、木村・法学協会雑誌一五七―一五八頁。反対に多数意見の論旨に肯定的なものとして、市川正人「最新判例批評」判例時報二〇二二号(二〇〇九年)一六七頁、近藤博徳「報告・最高裁判決違憲判決を考える」『憲法学の未来(憲法理論叢書18)』(敬文堂、二〇一〇年)一五三、一五七頁を参照。
- (12) 佐久間健吉「国籍法違憲訴訟最高裁大法廷判決」『法律のひろば』六一号(二〇〇八年一月号)五六、六一頁。
- (13) 奥田・法律時報二頁。
- (14) 青柳幸一「差別の直接的救済と司法の使命―国籍法三条一項違憲判決―」『筑波ロー・ジャーナル』五号(二〇〇九年)一、二二頁。

- (15) 近藤敦・判例セレクト四頁。
- (16) 奥田・法律時報二頁。  
より詳細には、奥田安弘「国籍法と国籍親子法」(有斐閣、二〇〇四年)一四三—一八〇頁、同・中央ロー・ジャーナル第二巻第三号九三—九五頁を参照。
- (17) 君塚・判例時報一七九頁、同旨のものとして、佐野・ジュリスト八九頁、奥田・法律時報二頁を参照。
- (18) 太田いく子「婚外子差別と人権条約—国籍取得」ジュリスト平成一八年度重要判例解説(二〇〇七年)二八七頁、二八八頁(別件訴訟の第一審判決の解説)、金亮完「国籍法三条一項の規定のうち、準正を日本国籍取得の要件とした部分が憲法一四条一項に違反するとされた二つの事例」速報判例解説法学セミナー増刊(二〇〇九年)八三、八五頁。
- (19) 同旨、木村・法学協会雑誌一五六頁。
- (20) 同旨、木村・法学協会雑誌一五四頁。
- (21) 山元一「国籍法違憲大法院判決」ジュリスト臨時増刊平成二〇年度重要判例解説(二〇〇九年)一三、一四頁。  
山元教授が指摘するように、本判決が嫡出子・非嫡出子の区別の指標そのものの放逐を目指したものとはいえないから、相続などにおける非嫡出子の差別的取扱いに関する判例に対して、少なくとも直接的に影響を与えるものではないと考えられる(なお、反対の見解として、奥田・法律時報二頁)。
- (22) 高橋教授は、「嫡出・非嫡出というか、準正と非準正で差別していることがいけないというのではなく、もっと広い範囲で認めるべきなのに狭すぎるからいけないという点にスライドした。差別だから合理性がないというよりは、手段適合性がないという問題に帰着してしまったのではないか。だからこそ、多くの裁判官が、目的は正当だし準正子に与えることも何も問題がない、国籍法三条自体は何も問題がないのだと断言するわけです」と指摘している(高橋・ジュリスト五九—六二頁)。また、石川教授は、最高裁が、平等原則による裁量統制ではなく、ドイツの比例原則による審査にすり替わっているという(石川健治・「最大判平成二〇・六・四—憲法の観点から(2)」法学教室三四四号(二〇〇九年)四〇頁、「同(3・完)」法学教室三四六号(二〇〇九年)七、一一頁)。
- (23) 石川・法学教室三四六号八一—一〇頁。

また、未だ失われていない正常な家族観念をも失わしめる危機を招くという懸念を示すものとして、百地・山田・日本法学二二八頁を参照。

(24) たとえば、国際法上は、外交的保護、刑事管轄権、入国の自由に関して、国内法上は、出入国における権利義務、居住の権利、参政権、公務就任権、鉱業権、漁業権、無体財産権について、外国人と日本人とで差が出てくるといふ(岩沢・ジュリスト四五頁)。

(25) 木村草太『平等なき平等条項論—条項と憲法一四条一項』(東京大学出版会、二〇〇八年)二六四頁、森英明「国籍法違憲訴訟最高裁大法廷判決の解説と全文」ジュリスト一三六六号(二〇〇八年)九二、九八頁、竹下啓介「国籍法三条一項を違憲とした最高裁判決」法学セミナー六四七号(二〇〇八年)六、七頁。

(26) 藤井・千葉大学法学論集二五三頁。

また、国友教授は、平成二〇年の国籍法改正法案に賛成する形で、胎児認知子の中にも、日本語や日本文化になじんでいない者は存在するという点を根拠として、居住要件などを考慮せず、徹底した両系血統主義を採用すべきであると主張している(国友明彦「国籍法の改正—国際私法的観点から」ジュリスト一三七四号(二〇〇九年)一五、二〇頁)。

(27) 森・ジュリスト九八一—九九頁。

(28) 山元教授は、多数意見について、「日本の実定国籍法のアイデンティティは血統主義原理であるとされ、そのような法原理にいわば機能として、中二階に位置する準憲法的規範としての法的身分を付与しているといえよう」と指摘している(山元・重要判例解説一五頁)。

(29) 長谷部恭男「国籍法違憲判決の思考様式」ジュリスト一三六六号(二〇〇八年)七七、八一、八二頁。

(30) この反対意見に関しては、外国人を母として外国で生まれた子が胎児認知を受けていれば、国籍法二条一項により国籍法が与えられ、その後もそのまま外国で生活する場合と異なることを理由に、多数意見に好意的なものとして、藤井・千葉大学法学論集二六三頁を参照。

(31) 同旨、百地・山田・日本法学二二七頁、また、同様の問題意識を有する見解として、早川眞一郎・ジュリスト一三六六号五九、六九頁を参照。

- (32) 「我が国との密接な結び付き」とは我が国に定住し暮らす意思だとし、届出そのものではなく、届出意思には「我が国との密接な結び付き」を肯定できるという見解もあるが（栗田佳泰「公法判例研究」法政研究第七四卷四号（二〇〇九年）一〇一、一二二頁）、届出意思にそのような意思を認めることはできない。
- (33) 山元・重要判例解説一五頁を参照。
- また、松本教授は、「立法者の合理的意思」が立法者意思そのものではなく、合理的に構成された立法者意思である以上、総合考慮によってしか明らかにし得ないというのも、やむを得ない帰結だろう」と述べている（松本・民商法雑誌七九頁）。
- (34) 石川健治「最大判平成二〇・六・四―憲法の観点から」法学教室三四三号（二〇〇九年）三五頁。
- (35) 百地・山田・日本法学二二三頁。
- (36) 佐藤幸治『注解法律学全集憲法1』（樋口陽一他と共著、青林書院、一九九四年）二〇九頁。
- (37) 松井茂記『日本国憲法（第三版）』（有斐閣、二〇〇七年）一三九頁。
- (38) 高橋・ジュリスト一三六六号四七頁。
- (39) 高橋・ジュリスト一三六六号四九頁。
- (40) 山元・重要判例解説一五頁。
- (41) 石川・法学教室三四四号四四頁。
- (42) 高橋・ジュリスト一三六六号五六頁。
- (43) 甲斐中裁判官他の反対意見は、国籍法が徹底した血統主義をとっていないものの、非準正子にも届出により国籍を付与する規定が存在しないという立法不作為が違憲であると判断しているが、論理的整合性を欠いているように思われる。国籍法が徹底した血統主義を採用していない以上、非準正子にも届出により国籍付与する規定の欠如を理由とした違憲判決はできないはずである。その欠如を埋める規範、しかも、合憲性判断であれば、それが憲法規範であるべきであるが、それが存在しないからである。
- (44) 反対意見に好意的なものと思われる文献として、佐久間・法律のひろば六三一―六五頁を参照。
- (45) 森・ジュリスト九六一―九七頁。

- (46) 飯田・亜細亞法学二七八頁。
- (47) 市川・判例時報一六八頁。
- (48) 横尾日出雄「国政法三条一項の合憲性と違憲の是正方法―国籍法違憲訴訟最高裁判決をめぐって―」CHUKYO LAWYER 第一二二号(二〇一〇年)二二、三六頁。
- (49) 奥田・法律時報三頁。
- (50) 畑尻剛「違憲判断の具体的処理方法―違憲確認判決を中心に―」中央ロー・ジャーナル第七卷第一号(二〇一〇年)六五頁。
- (51) 日本では、違憲判決の効力について個別的効力説を採用すれば、準正子に直接の不利益を生じなかったのであり、本判決の影響を考えた場合には、違憲確認にとどめるべきであったという主張もある(吉田・関東学院法学一七四頁)。
- (52) 畑尻・中央ロー・ジャーナル七一―八三頁。
- (53) 畑尻・中央ロー・ジャーナル八八―九六頁。
- (54) 石川・法学教室三四六号一四頁、畑尻・中央ロー・ジャーナル七二頁。
- (55) 合憲限定解釈と合憲補充解釈の相違については、常本照樹「国籍法の性差別とその救済方法」別冊ジュリスト憲法判例百選(第五版)(二〇〇七年)七四、七五頁を参照。
- (56) 内野正幸「憲法解釈の論点(第四版)」(日本評論社、二〇〇五年)五二頁。
- (57) 内野正幸「裁判所は国籍法二条における国籍取得にかかる規定の不存在を補充することができないとされた事例」自治研究第六〇巻第六號(一九八四年)一五五、一六三頁、戸波江二「4平等権の新しい救済方法」『ゼミナール憲法裁判』(日本評論社、一九八六年)八六、九三頁。
- (58) 多数意見のように、準正子に現行法の要件で届出による国籍の取得を認めることを維持したうえで、準正子と非準正子とを我が国との結び付きという点で区別することに合理性がないとするのであれば、立法上の合理的な選択の余地は相当限定されているとして、藤田裁判官の意見に好意的な見解もある(森・ジュリスト九九頁)。
- (59) 木村・法学協会雑誌一六一―一六二、一七〇(注(32))頁。
- (60) 木村・法学協会雑誌一六一頁。

- (61) 同旨と思われるものとして、戸波江二「コメント・最高裁国籍法違憲判決を考える」『憲法学の未来（憲法理論叢書18）』（敬文堂、二〇一〇年）一七九—一八〇頁を参照。
- (62) 山元・重要判例解説一五頁。
- (63) 木村・法学協会雑誌一六二頁。
- 本判決は意味上の一部無効という手法をとったと解すべきであろうが（畑尻・中央ロー・ジャーナル九四頁）、文言上の部分無効という手法を採用したと解する見解もある（六戸常寿「司法審査—「部分無効の法理」をめぐって」法律時報八一巻一号（二〇〇九年）七六、八〇頁）。
- (64) 本改正の内容について、秋山実「国籍法の一部を改正する法律の概要」ジュリスト一三七四号（二〇〇九年）二頁を参照。また、改正後における運用の問題について、近藤博徳「最高裁二〇〇八年六月四日大法廷判決とその後の実務」自由と正義六二巻四号（二〇一一年）四五、四八—四九頁を参照。
- (65) 本改正において、実子であることを確認するためのDNA鑑定を求める規定は盛り込まれなかったが、「国籍取得の届出に疑義がある場合に調査を行うに当たっては、その認知が真正なものであることを十分に確認するため、調査の方法を調達で定める」という附帯決議がなされ、その後の一二月一八日に、国籍法施行規則も国籍法三条一項の届出を行う際の添付資料として、「認知した父又は母の出生時からの戸籍及び除かれた戸籍の謄本又は全部事項の証明書」などの資料の提出を求めるよう改正された。さらに、同日には、国籍法改正に伴う調達（平成二〇年一月一八日法務省民一第三三〇〇号）が発出されている。
- (66) 第一七〇回国会衆議院法務委員会会議録三三〇号（平成二〇年一月一八日）四頁。
- (67) 結論として、おそらく同様の懸念を示すものとして、石川・法学教室三四六号一四頁を参照。
- (68) なお、国籍取得や相続分において、嫡出子と非嫡出子との区別を法律上消滅させることが、法律婚制度の崩壊に結びつくことはいないと考える。非嫡出子へ国籍を付与したとしても、また、非嫡出子へ相続分を嫡出子と同等に付与したとしても、法律婚制度を維持することは十分可能である。すなわち、法律婚制度の維持が、非嫡出子の相続分を認めないことやその相続分を半分にすることによって、図られるものではないことは明らかである。非嫡出子の相続分を嫡出子と同等にすることについては、法律婚の生活の切り下げが生じるといふ指摘もあるが、その切り下げは相続以



前から始まっていることがほとんどであろうと考えられる。さらに、相続制度の権利関係は他の財産権と異なる原理によって支配されるべきことに鑑みると、非嫡出子を差別的に取扱う根拠は薄弱なように思われる。

(69) 徹底した血統主義が妥当か否かはともかくとして、血統主義が「結び付き」よりも優れている要件であることを指摘する論稿として、木村草太「報告・最高裁国籍法違憲判決を考える」『憲法学の未来（憲法理論叢書18）』（敬文堂、二〇一〇年）一六六―一六七頁を参照。なお、山元教授は、フランスの社会学者であるパトリック・ヴェイユの『フランス人とは何か―革命以来のフランス国籍史』という著作の紹介を通じ、血統主義や生地主義と国家像との関係について考察を加えており、非常に興味深い（山元一「『デモスの国民国家フランス』という幻想？」法律時報七五巻二号（二〇〇三年）九七頁。