

〔原著論文〕

国籍法 3 条 1 項の合憲性と司法的救済 －最高裁大法廷平成 20 年 6 月 4 日判決－

大竹 昭裕¹⁾

Constitutionality of Article 3, Paragraph 1 of the Nationality Law and Judicial Remedies － Judgment rendered by the Grand Bench of the Supreme Court on June 4, 2008 －

Akihiro Otake¹⁾

Abstract

On June 4, 2008, the Grand Bench of the Supreme Court of Japan ruled that Article 3, paragraph 1 of the Nationality Law (before amendment in December, 2008) allowing an illegitimate child who was born to a Japanese father and a non-Japanese mother and is acknowledged by his/her father after his/her birth to acquire Japanese nationality through a notification only when he/she has obtained status as a legitimate child as a result of the marriage of his/her parents (when legitimation has occurred) violated Article 14, paragraph 1 of the Japanese Constitution, and that Japanese nationality should be granted to the appellants (plaintiffs) who have satisfied the requirements apart from the legitimation requirement prescribed in Article 3, paragraph 1 of the Nationality Law. This judgment is worthy of attention in two aspects, namely: that it was the eighth case in the history of Japanese judicial review where the Supreme Court declared the relevant provision unconstitutional; and that the Supreme Court expressed a certain view determining that judicial remedies can be given. This paper overviews the history of the Nationality Law, theoretical situations and a series of judicial precedents, and then reviews the judgment rendered by the Supreme Court on the basis of judicial review criteria, the legislative purpose of Article 3, paragraph 1 of the Nationality Law, reasonable relevance between legislative purpose and the measure, applicability and inapplicability of judicial remedies. Finally, this paper also refers to the problems and future issues regarding the amended Nationality Law.

(J.Aomori Univ. Health Welf. 11 : 1 – 19, 2010)

キーワード：国籍、認知、準正

Key words : nationality, acknowledgement, legitimation

要旨

2008（平成 20）年 6 月 4 日、最高裁判所大法廷は、日本人父と外国人母との間に出生した後に父から認知された非嫡出子について、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した（準正があった）場合に限り届出による日本国籍の取得を認めている国籍法 3 条 1 項（2008 年 12 月改正前）が憲法 14 条 1 項に違反するとし、準正要件を除く国籍法 3 条 1 項所定の要件を満たす上告人（原告）に日本国籍の取得を認める 2 つの判決を下した。この判決は、最高裁による 8 例目の法令違憲判決であるだけでなく、権利救済方法の点でも注目される。本稿では、国籍法制の沿革、学説の状況と下級審の

1) 青森県立保健大学健康科学部社会福祉学科

Department of Social Welfare, Faculty of Health Sciences, Aomori University of Health and Welfare

判断の流れを概観した上で、違憲審査基準、国籍法3条1項の立法目的、立法目的と手段との合理的関連性、司法的救済の可否などの論点について最高裁の判断の検討を行った。最後に、改正された国籍法の問題点と今後の課題にも言及した。

I. はじめに

平成20(2008)年6月4日、最高裁判所大法廷は、日本人父と外国人母との間に出生した後に父から認知された非嫡出子について、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した(準正があった)場合に限り届出による日本国籍の取得を認めている国籍法3条1項(昭和59(1984)年法律45号による改正後、平成20(2008)年法律88号による改正前のもの。以下では、単に「法」または「国籍法」ともいう)が憲法14条1項に違反するとし、準正要件を除く国籍法3条1項所定の要件を満たす上告人(原告)に日本国籍の取得を認める2つの判決を下した⁽¹⁾。この2つの判決はほぼ同一内容であるが、最高裁による8例目の法令違憲判決であるということだけでなく、権利救済方法の点でも「従来にない違憲審査権の行使の在り方を示した面を有する」⁽²⁾ものとして注目されている。

この判決の背景となる問題状況は、以下のとおりである⁽³⁾。すなわち、日本国憲法10条は「日本国民たる要件は、法律でこれを定める」と規定し、国籍取得要件の具体的内容を立法に委ねる。これを受けた国籍法は、父母両系血統主義の立場に立ち、「出生の時に父又は母が日本国民であるとき」子は日本国民であると規定するが(2条1号)、ここでいう「父又は母」とは「法律上の父又は母」を意味するものと解されている⁽⁴⁾。従って法律上の婚姻関係から出生した嫡出子は、その父母の一方が外国人であっても他方が日本人であれば、出生により生来的に日本国籍を取得する⁽⁵⁾。非嫡出子の場合は、民法に「その父又は母がこれを認知することができる」(779条)と規定されており、「認知」が法律上の親子関係成立の要件とされている。但し、母子関係は分娩の事実によって当然生ずるものとされ認知を要しないとされているから⁽⁶⁾、日本人母の非嫡出子は、事実上の父が外国人であっても「出生した時に……母が日本国民である」として生来的に日本国籍を取得することができる。これに対し、日本人父と外国人母との間の非嫡出子の場合、父子関係成立には父の認知が必要となるが、民法上は、認知の効力は出生時に遡り、認知があれば出生時から父子関係が存在するものとして扱われる(784条)。しかし、国籍法においては認知の遡及効は否定され、日本人父の認知があっても、胎児認知の場合(民法783条1項)を除き、「出生の時に父……が日本国民であるとき」という要件をみださず、生来的に日本国籍を取得することはできないものとされている⁽⁷⁾。

他方、国籍法3条1項は、「父母の婚姻及びその認知により嫡出子たる身分を取得した子で20歳未満のもの(日本国民であつた者を除く。)は、認知をした父又は母が子の出生の時に日本国民であつた場合において、その父又は母が現に日本国民であるとき、又はその死亡の時に日本国民であつたときは、法務大臣に届け出ることによつて、日本の国籍を取得することができる」⁽⁸⁾と規定し、準正による日本国籍の伝来的取得を認めている。しかし、ここでは「認知」のほかに「父母の婚姻」による「嫡出子たる身分」の取得が要件とされており、同じく日本人父と外国人母との間の非嫡出子で生後に父から認知された子でも、準正により「嫡出子」の身分が得られれば(以下、適宜「準正子」ともいう)届出により日本国籍が取得できるのに対し、日本人父に配偶者が存在するなどの事情により「父母の婚姻」ができない非嫡出子は、日本国籍を取得することができない。

このような国籍法制の下では、日本人父と外国人母との間の非嫡出子で生後認知を得ただけの子(以下、適宜「非準正子」ともいう)は、生来的にのみならず、法務大臣の裁量処分である帰化による場合を除いて、伝来的にも日本国籍を取得することができない。これは、父母の一方が外国人である場合、嫡出子か否か、非嫡出子でも母が日本人であるか否か、日本人父により胎児認知されたか否か、事後的に準正により嫡出子たる身分を取得できたか否かという子本人の意思によっては選択できないことを指標とした区別であるとして、憲法14条1項が定める平等原則との適合性が問われてきた⁽⁹⁾。

ところで、外国人を母とする原告が日本人父による生後認知により国籍法2条1号に基づき生来的に日本国籍を取得したことの確認を求めた訴訟において、最高裁第2小法廷は、「生来的な国籍の取得はできる限り子の出生時に確定的に決定されることが望ましい」という国籍の安定性(浮動性の防止)を理由に、「子が日本人の父から出生後に認知されたことにより出生時にさかのぼって法律上の父子関係が存在するものとは認めず、出生後の認知だけでは日本国籍の生来的な取得を認めないものとしている」と解される国籍法2条1号は憲法14条1項に違反するものではないとし、原告の上告を棄却した(以下、適宜「2002年判決」ともいう)⁽¹⁰⁾。この事案では、国籍法3条1項の違憲性も上告理由とされていたが、最高裁は「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」と述べ、これを傍論攻撃として退けている。し

かし、本判決では、3裁判官が国籍法3条1項で認知のほかに「父母の婚姻」による「嫡出子たる身分」の取得を届出による国籍の伝来的取得の要件としていることの合理性を取り上げ、そのうち亀山裁判官が「合理性には疑問を持って」いるとし、梶谷・滝井両裁判官は「憲法14条1項に違反する疑いが極めて濃い」との補足意見を付していた。補足意見とはいえ、5裁判官中3裁判官が合理性・合憲性に疑いを表明したのであるから、国籍法3条1項に対する「実質的に違憲判決に等しい判断」が示されたものといえる⁽¹¹⁾。

2002年判決により国籍法2条1号における認知の遡及効否定の憲法適合性は、判例上ひとまず確定した。しかし、この判決を受けて、国籍法3条1項が直接問題とされる訴訟で裁判所がその合憲性をどのように判断するか、また、仮にこの規定が違憲であるとして規定全体を無効としてしまえば国籍付与の根拠が失われてしまうが、そのような事態を踏まえ当事者の国籍取得の可否をどのように判断するのが、問題としてその後に残されてきた。このような中で下されたのが、このたびの最高裁判決であった。

本稿は、国籍法制の沿革、学説の状況、最高裁判決に至る下級審の判断の流れを概観し、違憲審査基準、国籍法3条1項の立法目的、立法目的と手段との合理的関連性、司法的救済の可否などの論点を通して、最高裁大法廷によって下された平成20（2008）年6月4日判決の判断内容（法廷意見）について若干の検討を行おうとするものである。

Ⅱ. 国籍法制の沿革と学説の状況

Ⅱ－１. 国籍法制の沿革

国籍法制の沿革についてはすでに別稿で言及しているが⁽¹²⁾、再度確認しておきたい。

家族法制が現在とはそもそも異なる以上、同一次元では論じられないが、1950（昭和25）年改正前の国籍法（明治32（1899）年法律66号。以下「旧法」という）は、生来的国籍取得につき父系優先血統主義の立場から「子ハ出生ノ時其父カ日本人ナルトキハ之ヲ日本人トス」（1条前段）と定めると同時に、外国人は、日本人の妻となった場合、日本人の入夫となった場合、日本人の養子となった場合、帰化した場合と並んで、「日本人タル父又ハ母ニ依リテ認知セラレタルトキ」に日本国籍を取得するものとし（5条）、認知による伝来的な日本国籍取得を認めていた。ところが、日本国憲法制定に伴い制定された国籍法（昭和25（1950）年法律147号。以下「新法」という）は、国籍の生来的取得につき父系優先血統

主義を維持しつつ（1条1号）、日本人の妻となった場合、日本人の入夫となった場合、日本人の養子となった場合とともに、認知による国籍取得規定をも全面的に削除した。政府は、その提案理由として、旧法における婚姻・離婚・養子縁組・離縁・認知等の身分行為による国籍の変更が憲法24条の精神に合致せず、各国の立法例にならい、国籍取得について妻に夫からの地位独立を認めるとともに、子についても、出生による国籍取得を除き父母からの地位独立を認めることにした旨を述べていた⁽¹³⁾。

新法は、1985（昭和60）年のいわゆる「女子差別撤廃条約」批准を前にして、1984（同59）年に大改正される（昭和59（1984）年法律45号）。この改正で成立した国籍法では、父系優先血統主義にかえて父母両系血統主義を採用する（2条1号）と同時に、準正による日本国籍取得の規定が創設された（3条）。また、父母両系血統主義採用により増加することが予想される重国籍を防止・解消するために国籍選択制度が新設され（14～16条）、さらに国籍留保制度適用範囲の拡大（12条）などが行われている。認知と「父母の婚姻」により「嫡出子」たる身分を取得することを届出による国籍取得の要件とする法3条の創設は、認知のみでは国籍取得が認められないことを明示するものであり、法2条1号の適用について認知の遡及効が否定されることを裏付けるものともなった。

1984年の国籍法改正に際し、同じく父母の一方が外国人である非嫡出子の間でも、父母のいずれが日本人かで国籍取得に差異を生ずることについては、法務省担当者により、「親子関係により我が国との真実の結合が生ずる場合に国籍を付与する」ことを前提として、「非嫡出子は、正常でない家族関係下における子であつて、あらゆる場合に、嫡出子と同様親子の実質的結合関係が生ずるとは言い難いから、嫡出子とは別個の考察が必要である。民法上非嫡出子は母の氏を称し（民法790条2項）、母の親権に服する（民法819条4項）ものとされていることから明らかにとおり、非嫡出子の父子関係は、母子関係に比して、実質上の結合関係即ち生活の同一性が極めて希薄である」との説明がなされていた⁽¹⁴⁾。また、国籍法3条1項が準正を国籍取得の要件とすることについては、「日本国民たる親の婚姻により準正された子は、実質的に日本国民の家族に包摂されることによって日本社会と密接な結合関係を生ずる点で、通常、認知した親との生活一体化を欠く非嫡出子と異なること、認知により日本国籍の取得を認めるときは仮装認知のおそれがあること、また、認知による国籍の取得を認める立法例よりも、準正による国籍の取得を認める立法例の方が多いこと」⁽¹⁵⁾などが指摘されていた。

Ⅱ－２．学説の状況

日本人父と外国人母との間の非嫡出子が父の認知により生来的に日本国籍を取得するか否かについて、通説は、国籍法2条1号の解釈上、認知の遡及効を認めずこれを否定している。別に認知による伝来的国籍取得を認める規定が置かれていた旧法下⁽¹⁶⁾のみならず、新法下⁽¹⁷⁾、さらに1984年改正後の国籍法の下⁽¹⁸⁾においても、この態度は一貫して変わらない。しかし、新法下の少数説として、認知は非嫡出親子関係成立の証明手段であり、出生後になされた認知の証明対象は出生時点の親子関係であるという立場から、民法上認知の遡及効が認められる以上、国籍法上もその遡及効が認められ、出生時に法律上の父子関係が存在するという日本国籍取得の要件を満たすことになるとする見解⁽¹⁹⁾が存在したし、最近では、婚姻に対する意識の変化や子どもの人権保障・非嫡出子差別の撤廃への関心の高まりなどを背景として、国籍取得についても認知の遡及効を認めるべきであるとする見解⁽²⁰⁾が登場してきていた。

他方、婚姻・養子縁組の場合とともに認知による国籍の伝来的取得の制度を廃止した新法の下においても、「立法論としては、日本人たる父による認知、特に準正の場合には、日本人との婚姻や養子縁組による通常の変動の場合と区別して、当然に、場合によっては出生時まで遡って、日本国籍を付与する方が、血統主義により合致して望ましいとの見解もある⁽²¹⁾」との指摘があったが、1984年改正による国籍法3条1項については、当初より「血統主義の主旨を徹底し、認知された子にも準正子と同様に届出による国籍取得を認めた方が均衡のとれたものとなった⁽²²⁾」との批判が行われていた。近時、国籍法2条1号につき認知の遡及効を否定する論者を含めて、3条については認知のみならず「父母の婚姻」による「嫡出子たる身分」の取得を必要としている点を問題とし、その改正の必要を説く者が多く⁽²³⁾、さらには、この準正要件を必要としていることを平等原則に反し違憲ないし違憲の疑いがあるとする論者が増大する傾向を見せていた⁽²⁴⁾⁽²⁵⁾。

Ⅲ．事案の概要と下級審の判断

Ⅲ－１．事案の概要

Iで述べたように、2008（平成20）年6月4日の大法廷判決は2つあり、それぞれ別の事件について下されたものである（但し、判決の内容はほぼ同一である）。それらの事案の概要は次のとおりである。

① 退去強制令書発付取消等請求事件（平成18年（行

ツ）135号） 法律上の婚姻関係にない日本国民である父とフィリピン国籍の母との間に日本で出生した原告が、出生後に父から認知されたことを理由として2003（平成15）年に法務大臣あて国籍取得届を提出したところ、国籍法3条1項の国籍取得要件を満たしておらず日本国籍を取得していないとされた。そこで、認知を受けた非嫡出子について、父母の婚姻があったときに限り日本国籍の取得を認める国籍法3条1項は憲法14条1項に違反して無効であり、原告は準正要件を満たしていかくとも届出時に日本国籍を取得している、また、原告は国籍法2条1号により出生時に遡って日本国籍を取得しているとして、日本国籍を有することの確認を求めたという事案である⁽²⁶⁾（以下、「第1事件」という）。

② 国籍確認請求事件（平成19年（行ツ）164号） 原告ら（9名）は、いずれも法律上の婚姻関係にない日本国民である父とフィリピン国籍の母との間に日本で出生した。原告らが出生後に父から認知を受けたことを理由として2005（平成17）年に法務大臣あて国籍取得届を提出したところ、国籍法3条1項の要件を満たしていないとして、日本国籍取得を認められなかった。そこで、準正を国籍取得の要件とする同項の規定は憲法14条1項に違反するなどとし、届出により日本国籍を取得しているとして、日本国籍を有することの確認を求めたものである⁽²⁷⁾（以下、「第2事件」という）。

Ⅲ－２．下級審の判断

両事件に関する下級審の判断がどのような経緯をたどったか、以下に概観しておこう⁽²⁸⁾。

（1）第1事件第1審判決（東京地判平成17（2005）年4月13日）⁽²⁹⁾

第1事件について、東京地裁は（以下、適宜「2005年地裁判決」ともいう）、一方で「法3条1項は、父母と非嫡出子との間に家族としての共同生活が成立しているという点に着目して我が国との結びつきを肯定した規定であり、そのこと自体には一応の合理性が認められる……以上、このような家族としての共同生活の成立が認められない非嫡出子との間には典型的な差異が生じているものといわざるを得ないのであるから、これらの非嫡出子との間に生じている区別を不合理なものであって憲法14条1項に違反すると断ずるだけの根拠はない」としつつ、他方で「法3条1項は、準正子と、父母が法律上の婚姻関係を成立させてはいないが、内縁関係（重婚的なものも含む。）にある非嫡出子との間で、国籍取得の可否について合理的な理由のない区別を生じさせて

いる点において憲法 14 条 1 項に違反する」と判示した。その上で、法 3 条 1 項の「『父母の婚姻』という文言については、……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、内縁関係も含む趣旨であると解することは不可能ではない」が、「『嫡出子』という文言は、あくまでも父母の間に法律上の婚姻関係が成立していることを当然の前提とした文言であると解せざるを得ないから、法 3 条 1 項は、子が『嫡出子』としての身分を取得した場合にのみ国籍取得を認める旨の定めをしている点において一部無効であると解するほかはない（別の言い方をすると、『嫡出子』という文言のうち、『嫡出』の部分は一部無効となるということである。）」とした。

こうして「一部無効とされた後の法 3 条 1 項の規定は、父母の婚姻（内縁関係を含む）及びその認知により嫡出子又は非嫡出子たる身分を取得した子について、一定の要件の下に国籍取得を認めた規定と理解すべきこととなるから、このような要件に該当する子については、国籍取得が認められるべきこととなる」とし、原告と父母の間には完全な同居生活の成立は認められないものの、父母の間には「内縁関係の成立が認められ、三者の間には家族としての共同生活と評価するに値する関係が成立している」から、原告は法 3 条 1 項による国籍取得の届出により日本国籍を取得したとして、原告の請求を認容した。

（２）第 1 事件控訴審判決（東京高判平成 18（2006）年 2 月 28 日）⁽³⁰⁾

第 1 事件の控訴審で、東京高裁は 2005 年地裁判決を取り消し、被控訴人（原告）の請求を棄却した（以下、適宜「2006 年高裁判決」ともいう）。東京高裁は、その理由として、（i）国籍法 3 条 1 項に「出生した後に父から認知を受けたが、父母が婚姻をしないために嫡出子の身分を取得しない子が日本の国籍を取得する制度は規定されていないことは明か」であること、（ii）国籍法 3 条 1 項が違憲無効であるとすれば、「父母の婚姻及び父による認知要件を具備した子において日本の国籍を取得する規定の効力が失われるだけであって、そのことから、……出生した後に父から認知を受けたが、父母が婚姻をしないために嫡出子たる身分を取得しない子が日本の国籍を取得する制度が創設されるわけではな」く、しかも準正子と非準正子との国籍取得における対比そのものが不可能となるのであり、それゆえ、「出生した後に父から認知を受けたが、父母が婚姻をしないために嫡出子たる身分を取得しない子についても、日本の国籍を取得することができる」と解すべきであるとの主張を前提として、法第 3 条第 1 項の違憲無効を主張することは、

法理論的に明らかな矛盾を含む」こと、（iii）国籍法 3 条 1 項について「事実上の婚姻関係（内縁関係）を同項が国籍取得の要件として規定している『婚姻』に含まれるとの拡張ないし類推解釈をすることは許されない」し、また、「同項のうち『婚姻』ないし『嫡出子』を要件とする部分だけを違憲無効とし、もって同項を……拡張ないし類推解釈すべきであるとの主張」は、「裁判所に類推解釈ないしは拡張解釈の名の下に国籍法に定めのない国籍取得の要件の創設を求めるものにほかなら」ず、「裁判所がこのような国会の本来的な機能である立法作用を行うことは許されない」ことを挙げ、「仮に法第 3 条第 1 項が、憲法第 14 条第 1 項に違反し、その一部又は全部が無効であったとしても、そのことから当然に被控訴人が日本国籍を取得することにはならないし、また、被控訴人が法第 3 条第 1 項の類推適用ないしは拡張適用によって、日本国籍を取得したということもできない」と判示した。

（３）第 2 事件第 1 審判決（東京地判平成 18（2006）年 3 月 29 日）⁽³¹⁾

東京地裁は、第 2 事件について次のように判示した（以下、適宜「2006 年地裁判決」ともいう）。すなわち、「国籍法 3 条 1 項が準正を国籍取得の要件とした部分は、日本国民を父とする非嫡出子に限って、その両親が婚姻をしない限り、法律上の親子関係が認められても、届出により日本国籍を取得することができないという、非嫡出子の一部に対する大きな区別と不利益をもたらす」。「同項が準正要件を設けた理由は、国籍取得のために、当該非嫡出子と我が国との強い結び付きないし帰属関係の存在を要求し、これを認めるための指標として、日本国民である父との家族関係ないし生活の同一性を想定し、これを法律上の婚姻という要件として定めることによって、法定化したものと考えられる」が、「国籍取得のために子と我が国との強い結び付きないし帰属関係を要求することは、我が国の国籍法上、父母両系血統主義と並び立つような重要な理念であるということとはできず」、「また、法律上の婚姻の成否によって、日本国民である父との生活の同一性の有無を一律に判断したり、生活の同一性の有無によって、我が国との強い結び付きや帰属関係の有無を一律に基礎付けることもできず」、「法律婚の尊重、基準の客観性、偽装認知のおそれ及び各国の法制度という観点から見ても、いずれも上記区分を十分合理的に根拠付けることはできない」。それゆえ、「この区別は、合理的な根拠に基づくものであるとはいえず、憲法 14 条 1 項に反する不合理な差別であるといわざるを得ない」。しかし、

「国籍法3条1項の要件のうち、……準正要件と……その余の要件については、本来的、論理的には可分なもの」であり、「法律の規定は、できるだけ合憲的に解釈すべきであるから、同項のうち、一部を違憲無効と解することで足りるのであれば、そのように解するにとどめるのが相当であるというべき」ところ、「同法3条1項における中核的な要件は、……日本国民である父又は母から認知された子という部分」であって、「準正要件は、重要ではあるものの、中核的なものではない」と解されるから、「国籍法3条1項のうち、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」。従って、「国籍法3条1項の規定は、準正要件を定める部分、すなわち条文の文言でいえば、『婚姻及びその』並びに『嫡出』の部分に限って憲法14条1項に違反し、違憲無効であるというべきである」。

こうして、東京地裁は、本件では有効な国籍法3条1項の届出があったとして、日本国籍を有することの確認の請求を認容した。

（４）第2事件控訴審判決（東京高判平成19（2007）年2月27日）^{（32）}

東京高裁は、2006年地裁判決を取り消し、被控訴人ら（原告ら）の請求を棄却した（以下、適宜「2007年高裁判決」ともいう）。東京高裁は、その理由について次のように述べた。すなわち、「法3条1項は、日本人父の子のうち、父の認知と父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した者に対する規定であって、非嫡出子は含まれないものとして成立したもので、準正要件を「無効としたところで、同条項に基づき非嫡出子が法務大臣に対する届出により国籍を取得することができないものと解することはできない」し、準正要件のみが「憲法14条1項に違反して無効であるとして、そのことから非嫡出子が認知と届出のみによって日本国籍を取得できるものと解することは、法解釈の名の下に、実質的に国籍法に定めのない国籍取得の要件を創設するものにほかならず、……憲法81条の違憲立法審査権の限界を逸脱するものであって許されない」。また、準正要件が「憲法14条1項に違反して無効であるとすれば、法3条1項全体が憲法14条1項に違反して無効となると解するのが相当」で、「仮に法3条1項が無効とされたとすれば、父母の婚姻及び日本人父による認知の要件を具備した子が日本国籍を取得できる根拠規定の効力が失われるだけであり、そのことから、出生した後に日本人父から認知を受けたものの、父母が婚姻しないために嫡出子たる身分を取得しない子が日本国籍を取得する制度が創設されるわけではないことも明

らかである」。

Ⅳ．最高裁の判断とその検討

第1事件及び第2事件について、2008（平成20）年6月4日に下された最高裁大法廷判決は実質的に同一内容である。そこで示された判断は、合憲性が問題となる区別を、「国籍法3条1項の規定が、日本国民である父の非嫡出子について、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した者に限り日本国籍の取得を認めていることにより、同じく日本国民である父から認知された子でありながら、父母が法律上婚姻をしていない非嫡出子はその余の同項所定の要件を満たしても日本国籍を取得できないという区別（以下「本件区別」という。）」であると特定し、①本件区別については、これを生じさせた立法目的自体は合理的根拠を有するが、立法目的との間の合理的関連性は失われており、国籍法3条1項の規定は国籍取得について合理性を欠いた過剰な要件を課すものとして、原告らが国籍取得届を提出した時点では憲法14条1項に違反するものとなっていた、②しかし、同項全体を無効とはせず、日本人父と外国人母との間に生まれ生後父から認知された非嫡出子は、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したという部分を除いた同項所定の要件が満たされれば同項により日本国籍を取得することが認められる、というものであった。

この最高裁判決には、国籍法3条1項が違憲であるとする点では異ならないものの、それは同項が「不十分な」要件しか置いていないという立法不作為状態であり、この違憲状態解消のための合理的拡張解釈により原告らの国籍取得が認められるとする藤田裁判官の意見、非準正子に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状態が違憲であるとし、原告らの国籍取得は否定する甲斐中裁判官・堀籠裁判官による反対意見（以下、適宜「甲斐中ら反対意見」ともいう）、非準正子に届出による国籍取得を認めないのは立法政策選択の範囲にとどまり、憲法14条1項に違反するものではなく、原告らに日本国籍取得を認めることはできないとする横尾裁判官・津野裁判官・古田裁判官による反対意見（以下、適宜「横尾ら反対意見」ともいう）のほか、泉裁判官・今井裁判官・那須裁判官・涌井裁判官・田原裁判官・近藤裁判官による補足意見が付されている（那須裁判官・涌井裁判官は今井裁判官補足意見に同調）。

しかし、最高裁の判断として最も重要なのは、いうまでもなく多数意見により形成された法廷意見である。以下では、反対意見等への言及は最小限にとどめ、法廷意見について若干の検討を行っていくこととする。

Ⅳ－１．違憲審査基準

(1) 判 旨

法廷意見は、本件区別の合憲性を審査するにあたって、次のように述べる。

(a)「憲法 14 条 1 項は、……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。」

(b)「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。しかしながら、このようにして定められた日本国籍の取得に関する法律の要件によって生じた区別が、合理的理由のない差別的取扱いとなるときは、憲法 14 条 1 項違反の問題を生ずることはいうまでもない。すなわち、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。」

(c)「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。」

(2) 検 討

法廷意見は、憲法 14 条 1 項の理解について従来の判例を踏襲（判旨 (a)）した上で、判旨 (b) において、2002 年判決と同様、国籍を「国家の構成員としての資格」と捉え、その得喪に関する要件の定めを立法府の裁量に委ねる。

この点について、憲法学の有力説は、『子が親の日本国籍を取得する』権利は一定の範囲において是認されるべきもので、それは憲法典に明示されていると否とを

問わず、前提にされていると解すべき性質のもの」であり、「国民の具体的範囲は時勢の必要に応じて変わりうるもので、その限り立法政策に委ねられているとみるべきであるが、理論的にいって、憲法典がその存立の基礎とする国家の同一性の基本にかかわる部分であるはずであり、その部分範囲は、個人からみて、日本国籍を取得する権利として構成しうるとみるべきではないか」としている⁽³³⁾。このような立場からすれば、立法裁量に委ねるとしても、その範囲は大幅に限定され、本来日本国籍の取得が認められるべき者に対してその権利を奪うような規定の仕方をするとは、その限界を逸脱するものとして違憲の疑いが生ずることになろう⁽³⁴⁾。

次に、法廷意見は、国籍取得に関する法律の要件による区別が合理的理由のない差別的取扱いとなる場合は憲法 14 条 1 項違反の問題を生ずるとし、合理的理由の存否を立法目的の合理的根拠の有無、立法目的と当該区別との合理的関連性の有無から判断するものとしている。このような判示から、本件区別の合憲性審査基準として法廷意見はいわゆる「合理性の基準」を採用した、との評価も見られる⁽³⁵⁾。他方、判旨 (c) で、国籍が基本的人権の保障や公的資格の付与、公的給付等に関わる「重要な法的地位」であること、父母の婚姻が子自らの意思や努力では変更しえない事柄であることを強調し、「慎重に検討することが必要」としていることから、単なる「合理性の基準」ではなく、比較的厳密な違憲審査を行おうとしていると評価する者も多く⁽³⁶⁾、また、後述する立法事実の変化や胎児認知等との区別の検討が行われていることをもって「厳しく審査している」と評価する者もある⁽³⁷⁾。

確かに、「国籍法 3 条 1 項は、……日本国籍の付与に関し、非嫡出子であるという社会的身分と、日本国民である親が父であるという親の性別により、父に生後認知された非嫡出子を差別するもの」と捉え、「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」とし、「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」とする泉裁判官補足意見は、「厳格な合理性の基準」による審査を主張するものとされ⁽³⁸⁾、その泉裁判官補足意見が、自らの意見と「多数意見は、前記差別について、立法目的と手段との間の関連性の点から違憲と解するものであって、基本的な判断の枠組みを共通にするもの」と述べているのであるから、法廷意見も単

なる「合理性の基準」ととどまらない、より厳格化した基準を採用していると見ることもできなくはない。

しかし、「慎重に検討することが必要」というだけでは裁判所がどの程度の厳格さで検討すべきか明確ではないし、国籍が「重要な法的地位」であることが「慎重な検討」すなわち審査基準の厳格化を促す理由の一つであるならば、国籍得喪要件の設定を立法府の広い裁量事項とする前提自体が疑わしいということにもなりかねない⁽³⁹⁾。後述するように立法事実の捉え方はその立場によって異なり、その変化に言及することが直ちに厳格な審査につながるわけでもない⁽⁴⁰⁾。また、胎児認知等との区別の検討も、後に述べるように「本件区別」の不合理性そのものを論証しているのではなく、背景的・付随的な説明にとどまっている。むしろ、「審査基準の設定を前提に本判決を理解しようとするのは、従来の審査基準論にとらわれた考え方」で、法廷意見は、「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』しているだけ」であり、「はじめから審査基準の設定に関心がなかった」という見方⁽⁴¹⁾が正鵠を射ているのかもしれない。

Ⅳ－２．国籍法３条１項の違憲性

Ⅳ－２－１．国籍法３条１項の立法目的

(１) 判 旨

前述のとおり、法廷意見は、本件区別の合憲性を審査するにあたり、その合理的理由の存否を立法目的の合理的根拠の有無、立法目的と当該区別との合理的関連性の有無から判断する。まず、立法目的の合理的根拠の有無について、次のように判示する。

(a)「国籍法３条の規定する届出による国籍取得の制度は、……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嫡出子が生来的に日本国籍を取得することとの均衡を図ることによって、同法の基本的な原則である血統主義を補完するものとして……設けられたものである。」

(b)「日本国民を血統上の親として出生した子であっても、日本国籍を生来的に取得しなかった場合には、その後の生活を通じて国籍国である外国との密接な結び付きを生じさせている可能性があるから、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と解される。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。」

(２) 検 討

法廷意見は、血統主義を国籍法の基本的原則とし、同法３条が定める届出による国籍取得制度をこの血統主義を補完するものと位置づけ、国籍法３条１項の立法目的を「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」と捉えて、「準正その他の要件」を設けた立法目的自体には合理的根拠があるとしている。

まず、この判示内容の特徴として、仮装認知の防止を立法目的として取り上げていないことが挙げられよう。むしろ、後述するように、準正要件と仮装認知による国籍取得の防止との間には合理的関連性がないというのが法廷意見の立場である。このことは、「Ⅲ－１．国籍法制の沿革」で確認したように、国籍法３条創設の際、準正を国籍取得要件とする理由の一つに仮装認知のおそれのあることが指摘されていたこととの対比において、注目に値する⁽⁴²⁾。

しかし問題となるのは、合理的根拠があるとされた立法目的の捉え方そのものであろう。

法廷意見は、届出による国籍取得のために「法律上の親子関係の存在」のほかに「我が国との密接な結び付きの指標となる一定の要件」を求めている。これに対し、2002年判決は、国籍法２条１号を、「単なる人間の生物学的出自を示す血統を絶対視するものではなく、子の出生時に日本人父又は母と法律上の親子関係があることをもって我が国と密接な関係があるとして国籍を付与しようとするもの」と捉えている。ともに「我が国との密接な」結び付きないし関係を求めながら、2002年判決ではそれは「法律上の親子関係」で足りるとするのに対し、本件では「法律上の親子関係」では足りずそれ以外の「一定の要件」（具体的には「準正その他の要件」）を満たすことが必要であるとしている。

生来的国籍取得の場合と届出により国籍を取得する場合とで、何故要件が異なるのか。その理由として、法廷意見は、「日本国民を血統上の親として出生した子であっても、日本国籍を生来的に取得しなかった場合には、その後の生活を通じて国籍国である外国との密接な結び付きを生じさせている可能性がある」とする。しかし、「その後の生活を通じて……外国との密接な結び付きを生じ

させている可能性」があるのは、「非準正子」に限られるわけではない。他方、日本人父から胎児認知を受けた場合や日本人母の非嫡出子の場合には「法律上の親子関係」以上の「我が国との密接な結び付き」が要求されることなく、生来的に国籍を取得できてしまう。これらのことからすれば、血統主義を基本原則としながら、日本人父と外国人母との間に生まれ日本人父から生後認知された非嫡出子にだけ、「法律上の親子関係」のほかに「我が国との密接な結び付きの指標」として「準正その他の要件」を課するという立法目的の合理性自体が疑わしいと思われる⁽⁴³⁾。それにもかかわらず、法廷意見がこのあたりを問題とせず立法目的を合理的とすることについては、「類型」の違い、すなわち、「生来的な国籍取得、つまり生まれた瞬間に国籍を取得する場合と、伝来的な国籍取得、つまり生まれた後に国籍を取得する場合とではそもそも仕組みが違うというのが、最高裁の考え方の前提にあるのではないか」⁽⁴⁴⁾、との指摘がある。ただ、そうすると、出生時の前後という分け方自体が人為的なものにすぎないのに、「人為的に作った枠組みを前提に、枠組みが違うから差別の問題にならないというの、必ずしも納得のいく議論では」ない⁽⁴⁵⁾との新たな疑問が提起されることになる。

2006年地裁判決は、前述のように、国籍法3条1項が「準正要件を設けた理由は、国籍取得のために、当該非嫡出子と我が国との強い結び付きないし帰属関係の存在を要求し、これを認めるための指標として、日本国民である父との家族関係ないし生活の同一性を想定し、これを法律上の婚姻という要件として定めることによって、法定化したものと考えられる」が、「国籍取得のために子と我が国との強い結び付きないし帰属関係を要求することは、我が国の国籍法上、父母両系血統主義と並び立つような重要な理念であるということとはでき」ないとしていた。このことも踏まえれば、法廷意見には、日本国籍取得にあたり、日本人父と外国人母との間に生まれ日本人父から生後認知された非嫡出子だけが、何故に「法律上の親子関係」のほかに「我が国との密接な結び付きの指標」が必要とされ、そのために「準正その他の要件」が課されることになるのかについて、より説得的な議論を展開することが期待されていたというべきだろう。

Ⅳ－２－２．国籍法3条1項の立法目的と手段との合理的関連性

(1) 判 旨

法廷意見は、上述のように、本件区別を生じさせた国

籍法3条1項の立法目的自体には合理的根拠があるとしたが、この立法目的と手段との合理的関連性は失われているとする。その説くところは、次のとおりである。

(a)「国籍法3条1項の規定が設けられた当時の社会通念や社会的状況の下においては、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は相応の理由があったものとみられ、当時の諸外国における……国籍法制の傾向にかんがみても、同項の規定が認知に加えて準正を日本国籍取得の要件としたことには、上記の立法目的との間に一定の合理的関連性があったものといえることができる。」

(b)「しかしながら、その後、我が国における社会的、経済的環境等の変化に伴って、夫婦共同生活の在り方を含む家族生活や親子関係に関する意識も一様ではなくなっており、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。このような社会通念及び社会的状況の変化に加えて、近年、我が国の国際化の進展に伴い国際的交流が増大することにより、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生する子が増加しているところ、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より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法律上の婚姻をしているか否かをもって直ちに測ることはできない。これらのことを考慮すれば、日本国民である父が日本国民でない母と法律上の婚姻をしたことをもって、初めて子に日本国籍を与えるに足りるだけの我が国との密接な結び付きが認められるものとするのは、今日では必ずしも家族生活等の実態に適合するものといえることはできない。」

また、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る。さらに、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。

以上のような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。」

(c) 国籍法2条1号により、「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も、生来的に日本国籍を取得することとなる。同じく日本国民を血統上の親として出生し、法律上の親子関係を生じた子であるにもかかわらず、日本国民である父から出生後に認知された子のうち準正により嫡出子たる身分を取得しないものに限っては、生来的に日本国籍を取得しないのみならず、同法3条1項所定の届出により日本国籍を取得することもできないことになる。このような区別の結果、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ものといわざるを得ない。

日本国籍の取得が、前記のとおり、我が国において基本的人権の保障等を受ける上で重大な意味を持つものであることにかんがみれば、以上のような差別的取扱いによって子の被る不利益は看過し難いものというべきであり、このような差別的取扱いについては、前記の立法目的との間に合理的関連性を見だし難いといわざるを得ない。とりわけ、日本国民である父から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、日本国民である父との家族生活を通じた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、日本国籍の取得に関して上記の区別を設けることの合理性を我が国社会との結び付きの程度という観点から説明することは困難である。また、父母両系血統主義を採用する国籍法の下で、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に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には、両性の平等という観点からみてその基本的立場に沿わないところがあるというべきである。」

(d) 上記の (b) (c) の「事情を併せ考慮するならば、国籍法が、同じく日本国民との間に法律上の親子関係を生じた子であるにもかかわらず、上記のような非嫡出子についてのみ、父母の婚姻という、子にはどうすることもできない父母の身分行為が行われないう限り、生来的にも届出によっても日本国籍の取得を認めないとしている点は、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。」

(e) 確かに国籍法8条1号所定の簡易帰化による国籍取得のみちもあるが、「帰化は法務大臣の裁量行為であり、同号所定の条件を満たす者であっても当然に日本国籍を取得するわけではないから、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、本件区別が前記立法目的との間の合理的関連性を欠くものでないということとはできない。」

また、仮装認知による国籍取得の問題についていえば、「そのようなおそれがあるとしても、父母の婚姻により子が嫡出子たる身分を取得することを日本国籍取得の要件とすることが、仮装行為による国籍取得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ず、上記 (d) の「結論を覆す理由とすることは困難である」。

以上のように述べた上で、結論として、次のように判示した。

(f) 「以上によれば、本件区別については、これを生じさせた立法目的自体に合理的な根拠は認められるものの、立法目的との間における合理的関連性は、我が国の内外における社会的環境の変化等によって失われており、今日において、国籍法3条1項の規定は、日本国籍の取得につき合理性を欠いた過剰な要件を課するものとなっているというべきである」。しかも、本件区別については、前記 (c) で述べた「他の区別も存在しており、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に対して、日本国籍の取得において著しく不利益な差別的取扱いを生じさせているといわざるを得ず、国籍取得の要件を定めるに当たって立法府に与えられた裁量権を考慮しても、この結果について、上記の立法目的との間において合理的関連性があるものということとはもはやできない。

そうすると、本件区別は、遅くとも上告人が法務大臣あてに国籍取得届を提出した当時には、立法府に与えられた裁量権を考慮してもなおその立法目的との間において合理的関連性を欠くものとなっていたと解される。

したがって、上記時点において、本件区別は合理的な理由のない差別となっていたといわざるを得ず、国籍法3条1項の規定が本件区別を生じさせていることは、憲法14条1項に違反するものであったというべきである。」

(2) 検 討

法廷意見は、国籍法3条1項が設けられた当時は、準正要件と立法目的の間には合理的関連性があったが(判旨 (a))、原告らが国籍取得届を提出した当時には立法目的との間の合理的関連性を欠いていたとし、その時点で国籍法3条1項の規定が本件区別を生じさせている

ことは憲法 14 条 1 項に違反するとしている。判旨 (e) において簡易帰化制度の存在や偽装行為による国籍取得防止が合理的関連性を肯定するものではないことが述べられているが、それは付加的なものにとどまり、主たる理由となっているのは判旨 (b) と (c) のようである (判旨 (d))。ただ、判旨 (c) が指摘する非準正子と嫡出子として出生した子や日本人父から胎児認知された子、さらに日本人母の非嫡出子との間に存在する差別的取扱いはいくまで「他の区別」であって (判旨 (f))、「本件区別」そのものに関するものではない。その意味で、法廷意見が立法目的との合理的関連性が失われているとする最大の理由は判旨 (b) にあるというべきであろう。

判旨 (b) は立法事実の変化を指摘するものであり、立法事実を考慮に入れた司法審査は事実に基づいた審査をもたらすものとして、法廷意見を高く評価する論者もいる⁽⁴⁶⁾。さらには、法廷意見が展開しているのは単なる立法事実論ではなく、『我が国における社会的、経済的環境等の変化』に伴う『夫婦共同生活の在り方を含む家族生活や親子関係に関する意識』の多様化という、『社会通念』の変化、「準正の有無によって、国籍を付与するに足る『我が国との密接な結び付き』を判断する現行法の立場は、もはや共同体レベルでの法的確信によって支えられていない」という「＜国民の規範意識＞のレベルでの事情変更」が結論を左右しているとの評価もある⁽⁴⁷⁾。しかし、意識や社会通念の変化という立法事実の把握が実証的裏づけのないところとなされれば、それは「水掛け論」に終始することになる⁽⁴⁸⁾。現に本判決でも、横尾ら反対意見は立法事実について法廷意見とは正反対の評価を下していた。結局、立法事実論は、最終的にはどのような価値観で社会的事実の変化を評価するかにかかってくるのである。これを合理的関連性の有無を判断する決め手とすることには疑問があるというべきだろう⁽⁴⁹⁾。

法廷意見が不合理な差別としたのは、立法事実の変化により準正が「我が国との密接な結び付き」の存在を示すものとはいえなくなったからであり、逆にいえば、現在でも父母の婚姻が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という機能を果たすのであれば、依然として立法目的との合理的関連性を有する合憲なものとの評価を受けることになるはずである⁽⁵⁰⁾。実際、法廷意見は、国籍法 3 条 1 項制定当初、日本人父と外国人母との非嫡出子のうち父から生後認知された子が父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得しない限り日本国籍を取得できないことを、立法目的との間に一定の合理的関連性があったと簡単に承認している (判旨 (a))。しかし、すでに述べたように、国籍法 3 条 1 項の合理性に対する

疑問は制定当初から存在していた⁽⁵¹⁾。重要なのは、なぜ準正子には国籍取得が認められ、非準正子にはそれが認められないのかである。国籍取得を認めるために「我が国との密接な結び付きの指標」を設けることが必要だったとして、その立法目的を達成する手段がなぜ準正でなければならなかったのか、準正以外に他の手段がなかったのかを「慎重に検討する」必要があったというべきであろう⁽⁵²⁾。

その意味では、判旨 (c) で「他の区別」と位置付けられた、非準正子と嫡出子として出生した子や日本人父から胎児認知された子、さらに日本人母の非嫡出子との間に存在する差別も重要である。非準正子 (非嫡出子のまま) と準正子 (嫡出子の身分を取得) との線引きを突き詰めれば、それは非嫡出子と嫡出子との線引きの問題につながり、さらには父母のいずれが日本人かという性別の問題にもつながることになるからである。

それでは、なぜ法廷意見がそれら差別を正面から取り上げず、「他の区別」とするにとどめることになったのか。この点については、2002 年判決との「整合性の確保」と「救済のための便宜」ということが指摘されている。すなわち、2002 年判決での問題が生来的国籍取得で本件とは争点が異なるとしても、そこで問われていたのは「他の区別」の合理性であり、「もし本判決でも『他の区別』を正面から取り上げていたら、平成 14 年判決の基礎に打撃を与えかねなかった。それで『本件区別』の不合理性を際立たせるための付随的区別と見なすにとどめた」というのであり、また、後に見るように『直接的な救済のみちを開く』ことができたのは、本判決が『本件区別』に焦点を合わせ、非準正子と準正子の平等的に絞ったからで、「話が『他の区別』にまで広がっていたら司法的救済は難しかった」というのである⁽⁵³⁾。

ところで、法廷意見は「国籍法 3 条 1 項の規定が本件区別を生じさせていることは、憲法 14 条 1 項に違反する」とする (判旨 (f))。ここで違憲とされているのは「国籍法 3 条 1 項の規定が本件区別を生じさせていること」であり、直接的に同項の準正要件部分が違憲であると述べているわけではない⁽⁵⁴⁾。その点で、曖昧さを含んだ分りにくい判示であるが、立法当初、「認知に加えて準正を日本国籍取得の要件としたこと」には「立法目的との間に一定の合理的関連性」があった (判旨 (a)) が、「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」が「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」なり (判旨 (b))、同項が「日本国籍の取得につき合理性を欠いた過剰な要件を課するもの」となった (判旨 (f)) というのであるから、「合理性を欠いた過剰な要件」は「準正」要件であり、それが「本件区別」を生じさせているものとして違憲である

としたと理解すべきであろう。本判決は、国籍法3条1項の「規定の一部である準正要件につき法令違憲の判断をしたもの」⁽⁵⁵⁾と位置づけられることになる。

なお、判旨(b)で国際人権規約や児童の権利条約に言及されていることについては、「条約の存在を合理的関連性を否定する一根據としたことは注目に値する」⁽⁵⁶⁾との評価も見られるが、「あくまで内外の社会的環境等の変化に関する一事情として考慮した」⁽⁵⁷⁾にとどまっております、直接に条約違反を引き出しているわけではない。

また、同じく判旨(b)で諸外国の立法状況が述べられている点については、日本と同じく血統主義を採用しかつ認知制度のある国と比較するものでなければ意味がない、との批判がある⁽⁵⁸⁾。

Ⅳ－３．司法的救済の可否

(1) 判 旨

国籍法3条1項が定める準正要件が違憲であるとしても、原告らの日本国籍取得が認められるか否かは別の問題である。この点について、法廷意見は次のように判示する。

(a)「国籍法3条1項の規定が本件区別を生じさせていることは、遅くとも上記時点以降において憲法14条1項に違反するといわざるを得ないが、国籍法3条1項が日本国籍の取得について過剰な要件を課したことにより本件区別が生じたからといって、本件区別による違憲の状態を解消するために同項の規定自体を全部無効として、準正のあった子（以下「準正子」という。）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って、採り得ない解釈であるといわざるを得ない。そうすると、準正子について届出による日本国籍の取得を認める同項の存在を前提として、本件区別により不合理な差別的取扱いを受けている者の救済を図り、本件区別による違憲の状態を是正する必要があることになる。」

(b)「このような見地に立って是正の方法を検討すると、憲法14条1項に基づく平等取扱いの要請と国籍法の採用した基本的な原則である父母両系血統主義とを踏まえれば、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ほかはない。すなわち、このような子についても、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したことと

いう部分を除いた同項所定の要件が満たされる場合に、届出により日本国籍を取得することが認められるものとすることによって、同項及び同法の合憲的で合理的な解釈が可能となるものということができ、この解釈は、本件区別による不合理な差別的取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、相当性を有するものというべきである。」

(c)「上記の解釈は、本件区別に係る違憲の瑕疵を是正するため、国籍法3条1項につき、同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、その結果も、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ものである。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り、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本来的な機能である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を考慮したとしても、当を得ないものというべきである。」

(d)「したがって、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子は、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したという部分を除いた国籍法3条1項所定の要件が満たされるときは、同項に基づいて日本国籍を取得することが認められるというべきである。」

(2) 検 討

特定の法律条項や具体的処分が平等原則違反と判断される場合の判断方式については学説上の対応が未だ十分ではないが⁽⁵⁹⁾、一般的にいえば、「平等違反を除去する方法が複数存在する場合、その選択は立法者の権限に属すると考えられ、合憲補充解釈によって裁判所がこの選択を先取りすることは、司法による政策選択・立法となり許されない」⁽⁶⁰⁾とされ、「非嫡出子への国籍付与の問題についても立法政策上複数の選択肢があり」、「原則的には合憲補充解釈による国籍確認を認めるのは困難ではないか」との指摘⁽⁶¹⁾がなされてきた。

本判決では、違憲とする点では法廷意見と同様ながら、「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」であり、国籍法3条1項の規定自体……は、準正子に届出

により国籍を付与する旨の創設的・授権の規定であって、何ら憲法に違反するところはない」く、「立法上複数の合理的な選択肢がある場合」の「違憲状態の解消は国会にゆだねるべきである」とする甲斐中ら反対意見⁽⁶²⁾、国籍法3条1項を合憲とし、「仮に非準正子に届出による国籍取得を認めないことが違憲であるとしても」、「非準正子が届出により国籍を取得することができないのは、これを認める規定がないからであって、国籍法3条1項の有無にかかわるものではな」く、それにもかかわらず国籍を付与するとすれば、それは「創設的権利・利益付与規定」である「国籍法が現に定めていない国籍付与を認めるものであって、実質的には立法措置である」とする横尾ら反対意見は、原告らの国籍取得を否定していた。これに対して、藤田裁判官は、「違憲の結果が生じているのは、……『不十分な』要件しか置いていないから」で、違憲状態解消は「『不十分な』部分を補充すること」によって行われねばならず、「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、司法権が現行法の合理的拡張解釈により違憲状態の解消を目指すこと」は「立法者の合理的意思」に反しないとして、原告らに対する国籍取得を是認する。また、法廷意見は、上に見たように、国籍法3条1項の規定全部を無効として準正子についてまで国籍取得を否定することは「立法者の合理的意思として想定し難い」とし、「合憲的で合理的な解釈」により、非準正子についても、「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」し、「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同項所定の要件が満たされる場合に、届出により日本国籍を取得することが認められる」として原告らの国籍取得を認めている。

国籍取得の可否という司法的救済に関する以上のような立場の相違は、何に由来するか。この点を長谷部恭男は、「ベースライン」という概念を用いて説明する。長谷部によれば、「法廷意見の想定したベースラインは国籍法3条1項を設けた区別の合憲性を審査する際に判断の物差しとして機能するだけでなく、区別が違憲とされた際にいかなる救済が与えられるべきかをも指示している」。「法廷意見の論理の前提」は、原告が「国籍取得届を提出した当時における国籍取得要件のベースラインは、日本国民たる父の非嫡出子に関しては、その父母が婚姻しているか否かにかかわらず、届出によって日本国籍の取得を認めるというものでなければならないというもの」である。「本件区別は、このベースラインから、父母の婚姻という非嫡出子本人の意思や努力によっては動かし難い身分行為を国籍取得の要件としている点で乖離しており、しかもその結果は、基本的人権の保障等に

重大な意味を有する国籍を取得しないという深刻な不利益を課すもの」で、「当該ベースラインからの乖離に合理的関連性は認め難いという結論が、ここから帰結する」し、「不合理な差別によって権利・利益の侵害を受けている者にいかなる救済を与えるかを判断する際には、違憲判断によって復帰すべきベースラインが何かを見定めることができるか否かが主要な前提問題」となっているとする。その意味では、藤田意見は法廷意見と同一のベースラインを前提とするものであるが、横尾ら反対意見、甲斐中ら反対意見は、「日本国籍を付与する旨の明示の法令が存在しない限り、日本国籍を取得することはできないという状態がベースラインであるとの前提がとられて」おり、国籍法規定が「創設的・授権的」性格を持つという論拠は、結論を導く上で大きな役割は果たしていないとする⁽⁶³⁾。

長谷部のいう「ベースライン」は、法廷意見が用いる「立法者の合理的意思」と重なるものであろう。「立法者」の意思といっても、現実の国会そのものの意思というわけではありえない。それは「合理的」意思であって、憲法とその下に成立した法律が採用する基本原則を裁判所としてどう捉えるかという裁判所自身が想定するあるべき「立法者の意思」、長谷部の言に従えば「法廷意見の想定するあるべき制度形態」⁽⁶⁴⁾であり、それは要するに、規定のそもそもの趣旨・内容を裁判所としてどのように把握するかということであろう⁽⁶⁵⁾。法廷意見は、「憲法14条1項に基づく平等取扱いの要請と国籍法の採用した基本的な原則である父母両系血統主義とを踏まえれば、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」る（判旨（b））ことをそもそもの法の趣旨と捉えてそれを「論理の前提」としたのに対し、反対意見はそうは捉えなかったということである⁽⁶⁶⁾。但し、法廷意見が国籍法の趣旨をそのように捉えたのだとすると、なぜ立法当初から立法目的との合理的関連性が失われていたとすることができないのか、なぜ立法目的として「法律上の親子関係の存在」以外に「我が国との密接な結び付きの指標」が必要とされるということになるのか、という問題に戻らざるを得ないことになる。

ところで、2006年地裁判決は、「国籍法3条1項の規定は、準正要件を定める部分、すなわち条文の文言でいえば、『婚姻及びその』並びに『嫡出』の部分に限って憲法14条1項に違反し、違憲無効」と明言していたが、法廷意見は、V-2-2で述べたように「過剰な要件」となっている準正要件部分を違憲と判断したと解されるものの、「国籍法3条1項につき、同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」という言い方をしている(判旨(c))、当該部分を「違憲無効」と断じているわけではない。しかし、2006年地裁判決といえども、準正要件を法の規定から取り除いてしまったわけではなく(もともと司法権の行いうることではない)、あくまで違憲無効と考えられる部分がないものとして国籍法3条1項を解釈するというものであろう。他方、法廷意見も、国籍法3条1項の「父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した」という部分を除く要件が満たされたときに同項に基づき日本国籍の取得を認める(判旨(b)(d))というのは、「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」を除いて解釈したものであるというのであるから、それをないものとして解釈したということに等しい。法廷意見は、2006年判決と同様、一部違憲無効の判断の下に原告らの国籍取得を認めたといえよう⁽⁶⁷⁾。

本判決が一部違憲無効の判決であるとして、次に問題となるのは、そもそもこのような手法を採用することが許されるか、ということである。立法過程から見ると、準正を国籍法3条1項の届出による国籍取得の要件とすることは間違いなく立法者の意思であり、これを違憲とすることは立法者意思そのものの排除であるから、同項全体が違憲無効となるべきであり、準正要件のみを無効とすることは立法者意思の事後的な変更、司法による立法作用に当たり許されない、との見方も成り立ちうる。アメリカ憲法判例においては「可分性(separability)の理論」⁽⁶⁸⁾として取り上げられる問題だとされるが、一部違憲無効という手法を採用した法廷意見は、国籍法3条1項において準正要件を可分なものと見たということになる(そのような見方を端的に説明しているのは今井裁判官補足意見である)。しかし、このような手法の採用は時に司法による恣意的解釈につながる危険性も否定できない。泉裁判官補足意見が、国籍法3条1項の準正要件部分を除くという適用の仕方は、「国会の意思として、『父母の婚姻』を除いたままでは同項を存続させないであろうというがい然性が明白である場合には、許されない」としているのは、この点を意識したものというべきであろう。

それでも、「可能な立法政策の複数性にもかかわらず、『立法者の合理的意思』の探求に基づく個別的直接的救済を志向する違憲立法審査権の行使は、理論的に観察する限り、やはり一定の立法作用を必然的に随伴している」⁽⁶⁹⁾との批判がなされる。しかし、ここで行われているのは、国籍取得のための複数の選択肢の中から立法者が選択した結果である要件の一部を、不合理な差別をもたらしているとして違憲無効とすることであり、立法者が行うべき政策選択そのものではない。さらにいえば、

「立法作用」の意味をどう捉えるかにもよるが、場合によっては立法者の意思を排除することにもなりうる違憲審査権そのものに、もともと一定の立法作用が随伴しているともいえよう。

筆者は、別稿において、2006年地裁判決が採用した『一部違憲無効』の手法は、法3条1項で準正要件と他の要件を分離できるという前提に立つ限り、当然ありうる手法であり、同項全体を違憲無効とした場合に生じる問題を回避するという視点を加味すれば、考えられ得る判断方法の中で最も適切なものであった」、「現時点で考え得るもっとも適切な判断方法を示した」との評価を行った⁽⁷⁰⁾。本判決の法廷意見は、以上で見てきたように、直接明言しているわけではないが、準正要件部分を違憲無効として国籍法3条1項を解釈し原告らの国籍取得を認めたと理解できるものであり、実質的には2006年地裁判決と同様の判断を行っているといえる。本判決でなされた司法的救済は、その限りで肯定的に評価できると考える⁽⁷¹⁾。

V. 結びにかえて

以上、簡単ではあるが、国籍法3条1項の合憲性に関する本判決を検討してきた。本判決には、「法律上の親子関係」のほかに「我が国との密接な結び付きの指標」が必要であるとする立法目的の捉え方や、その目的を達成する手段がなぜ準正でなければならなかったのかを突き詰めないままに、立法事実の変化により立法目的と手段との合理的関連性が失われたとしていることなど、種々の問題点、疑問点があるものの、そこで採用された司法的救済方法が準正要件部分を違憲無効として国籍法3条1項を解釈し原告らの国籍取得を認めたと理解できるものであり、その限りで肯定的に評価できる、というのがここでのひとまずの結論である。

この判決をうけて、国籍法3条1項から準正要件を削除する法改正が2008(平成20)年12月に成立し、2009(平成21)年1月1日から施行されている⁽⁷²⁾。本判決の補足意見の中には、日本国内での一定期間の居住など準正要件に代わる他の要件設定の可能性に触れるものもあったが(今井補足意見、近藤補足意見)、改正法ではそのような新たな要件設定は行われなかった。ただ、危惧された偽装認知等に対応するため、新たに虚偽届出に関する罰則規定が設けられている(20条)。

改正により成立した新たな3条1項は、「父又は母が認知した子で20歳未満のもの(日本国民であつた者を除く。)は、認知をした父又は母が子の出生の時に日本国民であつた場合において、その父又は母が現に日本国民であるとき、又はその死亡の時に日本国民であつたと

きは、法務大臣に届け出ることによつて、日本の国籍を取得することができる。」というものであるが、この規定を実施するために設けられた経過措置規定では、本件最高裁判決翌日（2008（平成20）年6月5日）と2003（平成15）年1月1日を境として、それぞれの前後で取扱いを異にしている（附則2～4条）。ここではその詳細については触れないが、2003年が一つの境とされたのは、本判決で、「本件区別は、遅くとも上告人が法務大臣あてに国籍取得届を提出した当時には、……その立法目的との間において合理的関連性を欠くものとなっていた」とされ、第1事件で国籍取得届が提出されたのが2003年だった（第2事件では2005年）ことによる。しかし、立法目的の捉え方や目的と手段との合理的関連性に関して検討してきた結果を踏まえれば、判決翌日を境とすることはともかく、2003年1月1日を境として取扱いを異にすることについては、今後、争いを生じる可能性がないともいえない。

本判決を踏まえた法改正の結果、国籍法2条1号と3条1項との間の差異は、国籍の生来的取得か、事後的な届出による取得かの違いだけということになったといえる⁽⁷³⁾。しかし、他は生来的に日本国籍を取得できるのに、日本人父と外国人母との間の非嫡出子で日本人父に生後認知された子だけが、何故生来的国籍取得を認められず届出を必要とされるのか。本判決のいう「我が国との密接な結び付き」の要件を前提に、それは「我が国に定住し暮らす意思」だと捉え、「届出」そのものではなく「届出」をする「意思」に「我が国との密接な結び付き」を認めることができるとする見解も見られる⁽⁷⁴⁾。それでは、国籍の生来的取得の場合と異なり、何故、生後認知による届出による国籍取得の場合のみ、法律上の親子関係を超えて「我が国との密接な結び付き」が求められることになるのか。そもそも2条と3条を区別すること自体に問題はないのか。本判決にも関わらず、そして本判決を踏まえた法改正にも関わらず、実は多くの課題が残されているといわなければならない。

なお、本判決が及ぼす影響として、「非嫡出子相続分規定の違憲判断がなされる可能性が強くなった」⁽⁷⁵⁾とみる見解もある。しかし、V-2-2で検討したように、本判決が非嫡出子差別の問題を正面から取り上げたわけではないことを考えると、最高裁による非嫡出子法定相続分規定合憲判断⁽⁷⁶⁾の見直しが間近になったといえるか否かは微妙である⁽⁷⁷⁾。

〔受理日：平成22年6月18日〕

〈注〉

（1）最大判平成20(2008)年6月4日民集62巻6号1367頁（退去強制令書発付取消等請求事件、平成18

年（行ツ）135号）、最大判平成20（2008）年6月4日<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20080604174246.pdf>（国籍確認請求事件、平成19年（行ツ）164号）。なお、以下では、法令の公布年や判例は「元号（西暦）」の形で、著書・論文の発行年は西暦で、それら以外は「西暦（元号）」という形で表記する。

（2）判例時報2002号（2008）12頁。

（3）問題状況については、拙稿「国籍法3条1項の合憲性－2つの地裁判決と1つの高裁判決における合憲性判断のあり方の検討を中心に－」青森県立保健大学雑誌7巻2号（2006）191－192頁ですでに明らかにしている。

（4）江川英文・山田録一・早田芳郎『国籍法〔第3版〕』（有斐閣、1997）63頁。

（5）いわゆる「国際結婚」の場合の親子関係など涉外関係に関する準拠法は「法の適用に関する通則法」の定めるところであるが、以下では、日本法による場合を前提に述べていく。

（6）最判昭和37（1962）年4月27日民集16巻7号1247頁。

（7）最判平成9（1997）年10月17日民集51巻9号3925頁。

（8）以下では、判例・文献等に漢数字で表記されている場合でも、適宜アラビア数字に置き換えて引用する。

（9）二宮周平「国籍法上、認知に遡及効を認めない扱いは、憲法14条1項に違反しないとされた事例」戸籍時報554号（2003）11頁など参照。

（10）最判平成14（2002）年11月22日裁判所時報1328号1頁。

（11）拙稿「認知による国籍取得の否定と平等原則」研究紀要（青森大学・青森短期大学学術研究会）26巻4号（2004）21・23頁。

（12）拙稿・前掲論文注（3）192－193頁。

（13）奥田安弘『国籍法と国際親子法』（有斐閣、2004）144頁。

（14）細川清「改正国籍法の概要」法務省民事局内法務研究会編『改正国籍法・戸籍法の解説』（金融財政事情研究会、1985）11頁。

（15）江川他・前掲書注（4）88頁。なお、細川・前掲論文注（14）14頁、黒木忠正・細川清『外事法・国籍法』（ぎょうせい、1988）304頁参照。

（16）實方正雄『国籍法』（日本評論社、1938）30頁。

（17）平賀健太『国籍法（下巻）』（帝国判例法規出版、1951）218頁、江川英文・山田録一『国籍法』（有斐閣、1973）20頁など。

（18）江川他・前掲書注（4）67－68頁、黒木他・前掲

- 書注(15)286 - 287頁、木棚照一『逐条註解 国籍法』(日本加除出版、2003)119 - 120、130 - 131頁など。
- (19) 三井哲夫「国籍附与の要件としての親子関係と法の抵触に関する若干の問題に就て(4・完)」民事月報24巻4号(1969)44頁。
- (20) 奥田安弘『家族と国籍[補訂版]』(有斐閣、2003)113頁以下、奥田安弘「認知による国籍取得と戸籍実務」北大法学論集48巻6号(1998)261頁以下、加來昭隆「1 子の出生後に日本人男が認知した場合は国籍法2条1号に該当しないとされた事例 2 右解釈の合憲性」私法リマークス16号(1998)160頁以下、鳥居淳子「国籍法上、認知に遡及効を認めないことの合憲性及び人権諸条約への適合性」ジュリスト1197号(2001)92頁以下、二宮周平「国籍法における婚外子差別の検討」ジュリスト1078号(1995)46頁以下、二宮周平「国籍法における婚外子の平等処遇」立命館法学250号(1996)20頁以下、山本敬三「国籍法における非嫡出子差別」修道法学29巻1号(2006)99頁以下など。
- (21) 池原季雄「太平洋戦争終戦前に朝鮮人男子と婚姻したが、終戦後単独で内地に引揚げていた内地人女子と、他の日本人男子との間に平和条約発効後に日本で生まれた子は、出生によって日本の国籍を取得するか。」法学協会雑誌83巻2号(1966)119頁。
- (22) 木棚照一「国籍法の改正 - 国籍法はどの程度『国際化』されたか -」法学セミナー359号(1984)60頁。なお、池原季雄・久保田さぬ子・塩野宏ほか「[座談会] 国籍法改正に関する中間試案をめぐって(上)」ジュリスト788号(1983)20頁(山田録一発言)も参照。
- (23) 認知の遡及効を否定しつつ国籍法3条1項改正の必要を説くものとして、例えば、江川他・前掲書注(4)88頁、木棚・前掲書注(18)220頁など。
- (24) 奥田・前掲書注(20)135 - 136頁、奥田・前掲論文注(20)289頁、加來・前掲論文注(20)163頁、君塚正臣「国籍法3条1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14条1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)」判例評論566号(2006)16頁、国友明彦「家族と国籍」国際法学会編『日本と国際法の100年 第5巻 個人と家族』(三省堂、2001)121頁、佐野寛「出生後の認知による国籍取得を認めないとする国籍法2条1号の解釈の合憲性」判例評論539号(2004)5頁、鳥居・前掲論文注(20)94頁、二宮・前掲論文注(9)18頁以下など。
- (25) 他方、準正要件に合理性を認めるものとして、清水真琴「日本人父から生後認知された嫡出でない子が、国籍法第3条の国籍取得届により日本国籍を取得したとされた事例について」民事月報60巻9号(2005)52 - 54頁参照。
- (26) 第1事件の背景について、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80巻10号(2008)1頁は、「原告は、日本人父の認知を受けたにもかかわらず、フィリピン人母とともに退去強制を命じられ、在留特別許可も認められなかったもので、まず退去強制令書発付処分の取消等の訴えを提起した。原告の弁護士は、この入管事件に対処するため、あえて父母の婚姻がないにもかかわらず、国籍取得届を出させ……、国籍法3条の要件を満たさない旨の通知を受け取らせた。そして、この届出により、原告は、日本国籍を取得したとして、国籍確認訴訟を併合したのである(その後、在留特別許可が認められたので、入管事件は和解で終了した)」と述べている。
- (27) この事件の原告代理人が訴訟の組み立て方や最高裁判決の疑問点を述べたものとして、近藤博徳「基調講演 - 原告代理人が語る本判決の意義と課題 -」LAW AND PRACTICE 3号(2009)1頁以下参照。
- (28) 第1事件第1審判決、同控訴審判決、第2事件第1審判決については、拙稿・前掲論文注(3)193頁以下で若干の検討を行った。
- (29) 東京地判平成17(2005)年4月13日判例時報1890号27頁。
- (30) 東京高判平成18(2006)年2月28日家裁月報58巻6号47頁。
- (31) 東京地判平成18(2006)年3月29日判例時報1932号51頁。
- (32) 東京高判平成19(2007)年2月27日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20071016113022.pdf>
- (33) 樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『註解法律学全集1 憲法I』(青林書院、1994)208 - 209頁(佐藤幸治)。なお、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って」ジュリスト1366号(2008)46頁以下で、高橋和之は、前憲法的存在として国民がまず存在し、そのような国民は国籍を持つ憲法上の権利を持つのであり、それは本来、裁量の問題ではないのではないかと指摘する。
- (34) 拙稿・前掲論文注(11)10頁参照。
- (35) 佐野寛「国籍法違憲判決と国籍法の課題」ジュリスト1366号(2008)88頁。浮田徹「国籍法3条1項が憲法14条に違反するとされた事例」法学セミナー増刊速報判例解説vol.4(2009)10頁、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61巻

- 11号(2008)59頁など。
- (36) 市川正人「国籍法3条1項が、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生し後に父から認知された子につき、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した場合に限り日本国籍を認めていることと憲法14条1項」判例評論599号(2009)4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23巻1号(2008)255頁、飯田稔「国籍取得阻害要件の合憲性」亜細亜法学44巻1号(2009)270頁など。奥田・前掲論文注(26)2頁は、「社会的身分による差別について、厳格審査を導入したとともとれる」とする。栗田佳泰「日本人父と外国人母とのあいだに生まれ出生後に父から認知された子につき、準正となった場合に限り、届出による日本国籍の取得を認める国籍法3条1項の一部が憲法14条1項に反し違憲とされた事例」法政研究(九州大学)75巻4号(2009)108頁は、「厳格な合理性の基準」が採用されているとする。高橋和之ほか・前掲鼎談注(33)56頁で、高橋は「厳格な審査基準」に「かなり近づいた考え方をここで表明したのではないか」とする。
- (37) 榎透「国籍法違憲訴訟最高裁大法廷判決」法学セミナー645号(2008)126頁。なお、平等原則に関する審査基準論一般については、さしあたり、手塚和男「平等と合理的区別」大石眞・石川健治編『新・法律学の争点シリーズ3 憲法の争点』(有斐閣、2008)104-105頁参照。
- (38) 市川・前掲論文注(36)4頁、佐久間・前掲論文注(35)59頁など。
- (39) 市川・前掲論文注(36)4頁、6頁の注(3)。
- (40) 藤井・前掲論文注(36)255頁。
- (41) 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)72-73頁。なお、実際に行われた審査、特に手段審査の評価については、注(52)参照。
- (42) 佐野・前掲論文注(35)88頁、松本・前掲論文注(41)75頁など参照。
- (43) 例えば、松本・前掲論文注(41)75頁も、「本判決は、準正という加重要件を設けることには『合理的な根拠がある』と述べる。しかし、このような区別を行うこと自体の合理性に重大な疑問があるというべきである」と指摘する。
- (44) 高橋和之ほか・前掲鼎談注(33)57頁(早川発言)。
- (45) 高橋和之ほか・前掲鼎談注(33)58頁(高橋発言)。
- (46) 例えば、市川・前掲論文注(36)5頁。
- (47) 石川健治「国籍法違憲大法廷判決をめぐって-憲法の観点から(3・完)」法学教室346号(2009)12-13頁。
- (48) 松本・前掲論文注(41)76頁。
- (49) 藤井・前掲論文注(36)257-258頁。飯田・前掲論文注(36)272-273頁は、法廷意見の指摘は「一般論にとどまっております」、「いつから合理的関連性を失ったのか、その時期を明示することができ」ず「いささか説得力を欠く」とし、「実証的な根拠を示す必要」を説く。他方、法廷意見が採る立法事実変化論を肯定的に捉えるものとして、近藤博徳・木棚照一・戸波江二「鼎談-国籍法3条1項から見える『日本』-」LAW AND PRACTICE 3号(2009)39頁(戸波発言)。但し、立法事実変化論は、訴訟当事者が主張したものではなかった。第2事件の原告代理人である近藤は、当事者が主張したわけではない立法事実の変化を裁判所が認定することについて、「反論の機会」の保障という「手続の適正」の観点から批判している(近藤ほか・同鼎談40-41頁(近藤発言)、近藤・前掲論文注(27)18頁)。
- なお、青柳幸一は、「婚姻関係や親子関係といった問題において国際的動向を評価の基礎に据えることの妥当性」、「婚姻関係や親子関係に関する日本における動向と国際的動向との共通性がどこまでいえるのか」という問題点を指摘する(青柳幸一「差別の直接的救済と司法の使命-国籍法3条1項違憲判決-」筑波ロー・ジャーナル5号(2009)19頁)。
- (50) 山元一「国籍法違憲大法廷判決」ジュリスト1376号(2009)14頁。
- (51) 前最高裁調査官の森英明は、「認知と国籍について-国籍法3条1項に関する最高裁大法廷判決に関連して-」家裁月報61巻5号(2009)33頁で、立法時の合理性を肯定しつつ、遅くとも届出時には合理性が失われたとする点について、「違憲判断をなるべく当該事案の解決に必要な限度にとどめることを意図したものと考えられる」と述べている。
- (52) この点に関連し、高橋和之は、判旨の論理の「違和感」に触れ、以下のように、興味深い指摘をしている。すなわち、ここで展開されているのは「差別の分析の思考法ではなく、権利制限の分析の思考法に近い」、「実体的権利の制限の場合の目的・手段審査というものと、差別の合理性の審査の場合の区別の目的は何で、その区別が目的とうまく対応しているかという問題」は「審査の枠組みとしては違う」のに、「両方を混同した形で議論している」という。「差別問題の場合には、区別の目的を問題にし、目的と区別の適合関係を問題にするが、「真の差別問題は差別指標の問題」である。しかし、「判旨は、嫡出子あるいは準正子と非嫡出子の区別自体には特に問題を感じていない。この区別指標を疑わしいも

のとして警戒する感覚はない。単なる1つの『要件』ととらえている。だから、立法当初はこの要件は立法目的と合理的関連性を有していたとあっさり認めることができた。それが、現在では内外の社会的環境等の変化により合理性を失っているという」が、「この議論の仕方は、差別問題の議論の仕方というよりは、権利制限における手段審査の議論の仕方ではないかという感じを持つ」。「権利制限として構成する場合には、手段審査において目的との適合性が審査される」が、「この場合には区別指標それ自体を問題視することはない」。これに対して、「差別の問題として構成する場合には、差別指標に問題がある」のだから、「その指標を使う以外に目的を達成する方法がないという場合にしか正当化されない。準正子かどうかという指標以外に目的を達成する方法がなかったかどうか問われる」。しかし、「結論の本当の理由というのは、狭すぎるということ」、「目的との関連で言うと、密接な結び付きがあるのは準正の場合だけではない。だから、なぜ違憲かという、準正だけでは狭すぎて、目的との適合性がないから」という「通常比例原則と言われる理屈」であり、「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」とする(高橋和之ほか・前掲鼎談注(33) 59 - 62 頁(高橋発言))。石川健治も、「平等原則による裁量統制が、いつのまにか比例原則によるそれにすり替わっている」とする(石川・前掲論文注(47) 11 頁。なお、同「国籍法違憲大法廷判決をめぐって - 憲法の観点から(1)・(2)」法学教室 343 号(2009) 35 頁以下、同 344 号(2009) 40 頁以下も参照)。

- (53) 松本・前掲論文注(41) 74 頁。
- (54) 佐久間・前掲論文注(35) 62 頁。
- (55) 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(2008) 96 頁。
- (56) 金亮完「国籍法 3 条 1 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 14 条に違反するとされた 2 つの事例」法学セミナー増刊速報判例解説 vol.4(2009) 85 頁。
- (57) 森・前掲論文注(51) 32 - 33 頁。佐野・前掲論文注(35) 89 頁も参照。なお、立花美也子「婚外子と国際人権法 - 国籍取得」ジュリスト 1376 号(2009) 319 頁は、「本判決は、国内法を解釈する際に国際法を参照する『国際法の間接適用』を行ったにすぎない」とする。
- (58) 奥田・前掲論文注(26) 2 頁。なお、この点に関連して、百地章・山田亮介「国籍法 3 条 1 項における国籍取得要件と法の下での平等」日本法学 75 巻 1 号

(2009) 225 頁は、「認知による国籍取得を認める諸外国、とりわけ欧州各国の社会的・歴史的背景には、日本と画然たる相違」、つまり、「欧州の多くの国には EC 統合がなされるずっと以前から、いわゆる移民労働者問題というものが内在している」という相違があるのであり、「欧州特有の社会的・歴史的背景と、非嫡出子に対して認知のみで国籍を与える旨の法制度とは密接に関連」することを指摘する。

- (59) 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法 I [第 4 版]』(有斐閣、2006) 281 頁(野中俊彦)。
- (60) 畑尻剛「国籍法の性差別とその救済方法」芦部信喜・高橋和之・長谷部恭男編『憲法判例百選 I [第 4 版]』(有斐閣、2000) 77 頁。
- (61) 国友明彦「生後認知だけでは国籍の生来取得を認めないことの合憲性」ジュリスト 1257 号(2003) 132 頁。
- (62) 甲斐中ら反対意見が、国籍法 3 条 1 項を「創設的・授権の規定」であるとしつつ、違憲状態をもたらした法的原因を「立法の不存在ないし立法不作為という消極的立法行為」に見出すことに対する批判として、例えば、飯田・前掲論文注(36) 275 - 276 頁参照。
- (63) 長谷部恭男「国籍法違憲判決の思考様式」ジュリスト 1366 号(2008) 79 - 83 頁。
- (64) 長谷部・前掲論文注(63) 80 頁。
- (65) 棟居快行は、長谷部による「ベースライン」論に対して、「違憲・合憲というそれぞれの結論を言い換えたにとどまる嫌いがある」とし、それが「司法によってどこから・どのように発見されるか」が重要であると批判している(棟居快行「『基本権訴訟』としての確認訴訟」公法研究 71 号(2009) 136 - 137 頁注(9))。
- (66) 森・前掲論文注(55) 97 頁参照。
- (67) 森・前掲論文注(55) 96 頁、佐野・前掲論文注(35) 89 - 90 頁、奥田・前掲論文注(26) 2 頁、浮田・前掲論文注(35) 11 頁、金・前掲論文注(56) 85 頁、竹下啓介「国籍法 3 条 1 項を違憲とした最高裁判決」法学セミナー 647 号(2008) 7 頁など参照。なお、宍戸常寿「司法審査 - 『部分無効の法理』をめぐって」法律時報 81 巻 1 号(2009) 80 頁は、「意味上の部分違憲」ではなく「文言上の部分無効」の判決と捉えるべきであるとする。
- (68) 芦部信喜『憲法訴訟の理論』(有斐閣、1973) 172 頁以下、時国康夫『憲法訴訟とその判断の手法』(第一法規、1996) 94 頁以下参照。
- (69) 山元・前掲論文注(50) 15 頁。
- (70) 拙稿・前掲論文注(3) 200 頁。
- (71) 青柳幸一は、どのような場合に司法による直接的

救済が容認されるかについて、「実際の問題」と「本質的問題」とがあるとする。前者は「違憲判決に対する立法府の対応の迅速さ」の問題であるが、「かりに迅速に立法府が対応したとしても、訴訟当事者にとって権利の救済に『空白』が生じることは否定できない」。そこで、「判決による『直接的な救済』が求められる指標自体」、すなわち「本質的問題」が問われることになるが、それは要するに「違憲状態を解消する合理的な選択肢が複数あるか否か」ということであり、甲斐中ら反対意見は、「複数の選択肢の『可能性がある』」として判決で1つの選択肢に限定することを「立法権の篡奪」と見るのに対し、法廷意見は、『「非準正子」に国籍を付与しなければ国籍法3条1項の違憲性は解消されないという点で、立法府には選択の余地はない」と見たとする。青柳は、差別・権利侵害の「重大さ・深刻さ」、「自らの努力で変えることのできない属性で人間を差別することは、基本的に許されない」ことを指摘し、「司法審査制が具体的事件における権利保障を目的とするものであるならば、司法による直接的な権利救済が司法の『使命』に悖るとはいえない」として、本判決を肯定的に評価する（青柳・前掲論文注(49)26－28頁）。

(72) 改正された国籍法に関しては、秋山実「国籍法の一部を改正する法律の概要」ジュリスト1374号(2009)2頁以下、澤村智子「国籍法の一部を改正する法律の概要」民事月報64巻2号(2009)7頁以下など参照。なお、民法や国際私法の立場からの批評として、小池泰「国籍法改正と認知－民法の観点から」ジュリスト1374号(2009)10頁以下、国友明彦「国籍法の改正－国際私法的観点から」ジュリスト1374号(2009)15頁以下など参照。

(73) 松本・前掲論文注(41)81頁。

(74) 栗田・前掲論文注(36)112－113頁。

(75) 村重慶一「国籍法3条1項違憲判決」戸籍時報629号(2008)81頁。

(76) 最大決平成7(1995)年7月5日民集49巻7号1789頁。

(77) 2009(平成21)年9月30日、最高裁第2小法廷は、3対1で非嫡出子法定相続分規定(民法900条4号但書)を合憲とする決定を下している(最決平成21(2009)年9月30日判例時報2064号61頁)。但し、合憲との結論に立った3裁判官のうちでも、竹内行夫裁判官は、「少なくとも現時点においては、……違憲の疑いが極めて強い」との補足意見を付している。