

## 公法判例研究

九州公法判例研究会

栗田, 佳泰  
福岡大学 : 非常勤講師

<https://doi.org/10.15017/13848>

---

出版情報 : 法政研究. 75 (4), pp.101-116, 2009-03-06. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :

## 公法判例研究

## 九州公法判例研究会

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三条一項の一部が憲法四条一項に反し違憲とされた事例

最高裁判所平成二〇年六月四日大法廷判決、平成一八年(行ツ)一三五号、退去強制令書発付処分取消等請求事件、破棄自判、判例時報二〇〇二号三頁

栗田佳泰

## 【事案の概要】

外国人母から生まれた子Xは、日本人父から出生後に認知された。その後、Xが法務大臣に国籍取得届を提出したところ、国籍取得の要件を満たしていないという通知を受

けた。というのも、国籍法三条一項は、出生後に父母が法律上の婚姻関係に至ることで子が準正となることを要件として課しており、Xはこれを満たしていなかったからである(なお、本件に至る前にXの母とXは不法滞在となっていたが、本件の訴訟進行中に在留特別許可が付与された)。そこでXは、国に対し国籍を有することの確認を求めて訴えた。

第一審判決は、国籍法三条一項の文言のうち、「父母の婚姻」の部分をいわゆる重婚の内縁関係も含めるものと解し、本件についてその事実を認めた。また「嫡出子」の「嫡出」の部分を選憲無効として、原告Xの請求を認容した。第二審判決は、こうした第一審判決の判断を国会の立法作用に等しい拡張または類推解釈だとして斥け、被控訴人Xの請求を棄却した。そこで、Xは上告した。

## 【判旨】 破棄自判

「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つては

変更す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。」

国籍法三条一項は、日本人父の認知のみならず、父母が婚姻してその子が準正となった場合に限り、国籍の取得を認めている。「このような規定が設けられた主な理由は、日本国民である父が出生後に認知した子については、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得することによって、日本国民である父との生活の一体化が生じ、家族生活を通じて我が国社会との密接な結び付きが生ずることから、日本国籍の取得を認めることが相当であるという点にあるものと解される。」この制度は、「血統主義を基調としてつ、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」る目的のために設けられた。

国籍法三条一項の規定が設けられた当時、父母両系血統主義を採用する場合は、自国民である父の認知のみならず、準正となることまでも求める国が多かった。また、当時の我が国の社会通念や社会的状況の下においては、父母が法

律上の婚姻をしたことで我が国との密接な結び付きの存在を認めることに理由はあった。

「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きたおり」、「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。」また、「両親の一方のみが日本国民である場合には」、「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。」さらに、諸外国においても、自国民との父子関係が認知などにより認められただけで国籍を取得させる旨の法改正が行われている。これらのため、「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」と上記「立法目的の間に合理的関連性を見出すことはもはや難しくなっているというべきである。」

嫡出子、日本人父から胎児認知された非嫡出子および日本人母の非嫡出子は国籍法二条一号により国籍を取得するのに、出生後に日本人父から認知された非嫡出子は「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」生来的取得も伝来的取

得もできないのは、国籍の重大な意味にかんがみて著しい不利益である。とくに、出生後に日本人父から認知された非嫡出子と日本人父から胎児認知された非嫡出子とのあいだにおいては、我が国との密接な結び付きの点で差異があるとは考え難い。また、出生後に日本人父から認知された非嫡出子と日本人母の非嫡出子とのあいだで生じた差異は、両性の平等の観点から問題がある。

したがって、「今日においては、立法院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」ず、国籍法三条一項の規定は、憲法一四一条一項に違反する。

しかし、国籍法三条一項を全部無効とすることは、「立法者の合理的意思として想定し難い。」そこで、出生後に認知された子で我が国とのあいだに密接な結び付きのある者に国籍を付与する国籍法三条一項の趣旨および目的から、「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三条一項所

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。」

### 【検討】

#### 一 問題の所在

昭和五九年の改正（昭和六〇年施行）以来、現行国籍法は、父母両系血統主義を採用している。日本国籍の出生による取得について定める国籍法二条一号にいう「父母」とは、法律上の父母をいう。つまり、出生時に父または母が日本人である子は、日本国籍を取得する。婚姻関係にある父母から生まれた子（嫡出子）が国籍法二条一号により日本国籍を取得することは当然である。また、父母が婚姻関係になくとも、父が外国人であつて母が日本人である場合、分娩の事実によつて母子関係が確定するため、国籍法二条一号により、子は当然に日本国籍を取得する。さらに、父母が婚姻関係になく、父が日本人であつて母が外国人である場合に胎児認知によつて出生前に日本人父との父子関係が確定しているときも、子は国籍法二条一号により日本国籍を取得する。<sup>1)</sup>

では、父母が婚姻関係になく、父が日本人であつて母が外国人である場合に、出生後に日本人父から認知された子

についてはどうか。民法上、認知は遡及効を有する（民法七八四条）。しかし、「最判平成一四年一月二二日、判例時報一八〇八号五五頁」（以下、「平成一四年判決」という）は、国籍法に関して認知の遡及効を否定した。生来的取得は出生時に確定的に決定されることが望ましく、生後認知によつては国籍法二条一号による日本国籍の取得がないことに合理的理由があるとされたのである。このため、当時、出生後に日本人父から認知された子が日本国籍を取得するには、子に準正となることを課す国籍法三条一項の届出によるか、あるいは帰化（国籍法四〇一〇条）によるしかなかった。

帰化の可否については、法務大臣の裁量が大きい。このため、法務大臣の許可を要しない届出によつて日本国籍を取得することのできる国籍法三条一項の制度で日本国籍を取得しうるか否かは、外国人母から生まれ日本人父から出生後に認知された子が我が国に安定的に居住できるか否かを定める死活問題だといえる。

ところで、国籍法三条一項の立法趣旨は、嫡出子と準正子との比較において、①日本人母と外国人父のあいだに生まれた嫡出子は常に国籍を取得するのに対し、日本人父と外国人母の準正子が旧法下同様に帰化によつてしか国籍を

取得できないとするのは不均衡に過ぎる、②準正子の生活実態は生来的嫡出子と同様に日本人父との関係が深い、というものであった。<sup>(2)</sup>

平成一四年判決の事案では、国籍取得届は提出されていなかった。このため、国籍法三条一項は直接の問題とはされなかった。しかし、その下級審では国籍法三条一項の合憲性が前提とされていた。<sup>(3)</sup> このため平成一四年判決では、亀山継男裁判官の補足意見で、胎児認知された子が二条一号により国籍を取得することと国籍法三条が「父母の婚姻」を要件としたこととの対比において国籍法三条の合理性に疑義が呈され、また、梶谷玄・滝井繁男裁判官も補足意見で専ら同様の観点からより詳細に議論を展開し、注目された。

本件判決は、Xが国籍法三条一項の届出を行っていたため、正面から国籍法三条一項の合憲性が問われた初めての最高裁判決である。

## 二 下級審判決

第一審判決「東京地判平成一七年四月一三日、判例時報一八九〇号三一頁」において、原告側は主に以下のように主張した。国籍法三条一項が日本人父から出生後に認知さ

れた子の日本国籍の取得に「準正」となることを要求していることは、①胎児認知された子と生後認知された子とのあいだの不合理な差別である、②父子関係と母子関係とのあいだの不合理な差別である、③準正子と非嫡出子とのあいだの不合理な差別である、④届出制は不当である（認知によって当然に国籍を取得するべきである）、と。

これらに対し、被告側は以下のように反論した。①胎児認知と生後認知は、それぞれ生来的国籍取得と伝来的国籍取得という別個の趣旨を有する制度に関り、同列に論じられない、②父子関係は母子関係に比して、通常、実質的な結合関係が希薄である、③非嫡出子と嫡出子を区別することは、我が国の法律婚を基調とする家族観に適合的なため、不合理ではない、④子の意思を尊重する趣旨、および外国の方式で準正が生じたときに把握できないことから、届出制は必要である、と。

第一審判決は、まず、憲法一〇条の趣旨について、「国籍は国家の構成員の資格であり、元来、何人が自国の国籍を有する国民であるかを決定することは、国家の固有の権限に属するものであり、国籍の得喪に関する要件をどのように定めるかは、それぞれの国の歴史的事情、伝統、環境等の要因によって左右されるところが大きい」と述べ、憲

法一〇条は法律に詳細を委ねておいた。次に、国籍法三条一項の立法過程を吟味し、同条同項において日本人父から認知された子で準正子とそうでない子の区別は、親子関係の濃度の違いによるものだとした。また、①および④について、国籍法二条一号により国籍を取得する嫡出子および胎児認知された非嫡出子と生後認知された子との区別につき、国籍の浮動性を防止する趣旨だとして合理性を認めた。③については、嫡出子と非嫡出子とを区別することが「あらゆる局面において」、「我が国の国民感情や社会通念に合致するなどということも到底できない」と述べ、事案に応じて検討すべきものとした。

残る②についての判断が第一審判決の特徴となっている。第一審判決は、国籍の生来的取得と伝来的取得とを別個の制度だと理解し、伝来的取得については、認知によって法律上の親子関係が生じたことに加えて、我が国とのあいだの一定の結び付きが必要とした。そのうえで、我が国とのあいだの一定の結び付きの有無を定型的に判断する際に家族関係や共同関係の成立を要件とすることに合理性はありと判示し、「価値観が多様化している今日の社会においては、父母が法律上の婚姻関係を成立させている家族こそが正常な家族であって、そうではない内縁関係は、家族と

しての正常な共同生活を営んでいるとの評価には値しないといわなければ我が国の社会通念や国民感情等に反するなどということも困難であるといわざるを得ない」と述べ、家族関係や共同関係の成立は、いわゆる重婚的内縁関係であつてもありうるとした。

結論として第一審判決は、国籍法三条一項は準正子と父母が内縁関係にある子とあいだで合理的理由のない区別を生じさせており憲法一四一条一項に違反するとした。国籍法三条一項の「父母の婚姻」には内縁関係も含まれると解し、「嫡出子」という文言の「嫡出」の部分の一部無効としたのである。これらから、父母が内縁関係にある事実を認定されたXは、国籍法三条一項によつて国籍を取得したものと認められた。

第二審判決「東京高判平成一八年二月二十八日、家庭裁判月報五八巻六号四七頁」は、以下のように述べて、被控訴人Xの請求を棄却した。①国籍法三条一項の「父母の婚姻」に内縁関係を含むとする第一審判決の解釈は、立法者の意思に反し許されない拡張・類推解釈である、②国籍法三条一項を違憲無効にすれば、準正子に国籍を取得させる制度が違憲無効となるだけであつて、国籍法三条一項が最初から出生後に認知されたが準正とはならなかつた子に国

籍を取得させる制度を規定していないことが明らかである以上、そのような制度が創設されることにもならないし、裁判所はそのような立法作用を行うことも許されない、③国籍法三条一項を違憲無効だとしても、「具体的な紛争の解決に直接か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」、「憲法八一条の趣旨に反」し許されない、と。

### 三 比較法的視座

国籍法三条は、立法審議がなされた時点では、比較法的に見て異例だというわけではなかつた。しかし現在では、未成年者であれば出生後の認知でも国籍取得を認める国が多いとされる。<sup>7)</sup>

本件判決では、この事実の解釈をめぐる対立が見られる。多数意見は、この事実を積極的にとらえた。その一方で、横尾和子・津野修・古田佑紀裁判官反対意見（以下、「横尾等三裁判官反対意見」という）は、我が国とそれら諸外国では事情が違いすぎるとして考慮要素から外し、また、仮に比較法的に参考にできるものであつたとしても、立法論にしか関係せず、国籍法三条一項の合憲性判断には関係しないと述べていた。

確かに、諸外国と我が国の事情を単純比較することは誤りだろう。しかし、多数意見は諸外国の国籍立法の傾向や、我が国における非嫡出子増加、また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をも考慮要素としており、単純比較をしているわけではない。これらの点に注目すれば、立法論にしか関係しない<sup>8</sup>と断ずることはできないように思われる。

#### 四 違憲審査基準論

判例上、憲法一四条一項の定める法の下の平等は、絶対的な平等を保障するものではなく、「合理的理由」のない差別を禁止する趣旨だと解されている。<sup>9</sup> 本件で最高裁は、「合理的関連性」という用語を用いており、いわゆる「合理性の基準」(後述)を用いているように見える。しかし、以下に述べるように、このことは必ずしも明確ではない。

第一審判決は、国籍立法について、「国家の固有の権限に属するものであり」、「それぞれの国の歴史的事情、伝統、環境等の要因によって左右されるところが大きい」としている。本件判決も、憲法一〇条を「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<sup>10</sup>」だと解しており、非常に似通っている。仮にこの部分が国籍立法の立法裁量を広範なものと認める趣旨ならば、違憲審査基準もそれに応じて変わりそうである。

この点につき、まず、第一審の判批を見ていきたい。これを「立法府の広範な裁量」を認めるものと解して、いわゆる「合理性の基準」を採用するものと解する評釈がある。ここで「合理性の基準」とは、「必要不可欠の公益の基準」、「実質的な合理的関連性の基準」(以下では、同内容の「厳格な合理性の基準」という用語に統一する)とともに、ある立法につき憲法一四条一項の合憲性を審査する三段階の審査基準を構成する「合理的根拠の基準」をいうものとする<sup>11</sup>。一方、佐野寛は、「合理性」が「丹念に検討」されている点をもって、実質的には「厳格な合理性の基準」に立つと見ている。<sup>12</sup> また、甲斐素直は、衆議院議員定数不均衡規定を違憲とした「最大判昭和五一年四月一四日、判例時報八〇八号二四頁」との類似を指摘しながら、「平等権の審査基準として、狭い立法裁量を採用している」と見ている。<sup>13</sup>

次に、本件判決を見ていく。本件判決では、立法目的と

手段とのあいだの「合理的関連性」が審査されており、この用語が使用されなかった第一審判決に比べれば、「合理性の基準」のよりはつきりとした採用を窺うことができるかもしれない。しかし、実質的には、佐野が第一審の判決で示唆した「厳格な合理性の基準」において審査されたように思われる。というのも、「合理性の基準」は、「事実上司法の全面的な無干渉という結果を導くおそれがある」ともいわれるように、積極的な司法裁判所観を考案とさせる本件判決の結論にそぐわないからである。また、泉徳治裁判官は「意見」ではなく「補足意見」の中で、「立法目的が国にとり重要なものであり」、「立法目的と」、「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」と述べていることも、この種の理解を補強するように思われる。<sup>15)</sup>

ところで学説では、非嫡出子を憲法一四条一項後段列挙事由の「社会的身分」と解して特別な意味を認め（「特別な意味説」）、「よほどの合理的な理由がないかぎり」、国籍法三条一項は違憲だとするもの（平成一四年判決が国籍法三条一項が無意味となることを理由に認知の遡及効を認めなかったことから、この場合、認知の遡及効を認めて国籍法二条一号により当然に国籍を取得すると解する余地が出てくる<sup>16)</sup>）、また、非嫡出子が「社会的身分」に該当するかと

うかは措いて、「生来の差別に該当するので、厳格審査を施すべき」とするものがある。<sup>18)</sup>

本件判決を見る限り、最高裁は学説上の審査基準論の用語法に必ずしも頓着しないようである。しかし明確かどうかはともかく、先述したとおり、実質的にはいわゆる「厳格な合理性の基準」を用いていると考えられる。それにもかかわらず、本件で最高裁は、非嫡出子が「社会的身分」にあたるか否かや、特別意味説の採用の有無を明確にしていなない。もっともその一方で、嫡出子となるか否かを「子にとつて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」としており、君塚正臣のいうように、「生来の差別」に該当するとの認識があるように思われる。これらからすると、本件判決は、例示説を維持しながら<sup>19)</sup>、裁判所の考える妥当な結論を導いたように思われる。

##### 五 「父母の婚姻」の要件

第一審判決は、「父母の婚姻」につき内縁関係を含むものと解した。このため、内縁関係という事実関係の有無が届出による国籍の取得の可否を決めることとなる。この点、血統主義を採用する以上、そのような要件を課すことの合

理性自体に疑問を付す見解がある。また、内縁関係の有無を判断する行政基準の確立が容易ではないことから、消極的に評価する学説もある。<sup>21</sup> 実際、Xの父は法律上の妻子と同居し、内縁関係の妻子と暮らすのは週二回程度であることから、「家族としての共同生活」の事実認定に疑問符を付す評釈もある。<sup>22</sup> この点は、同日に判決の下された別件〔平成一九年（行ツ）第一六四号事件〕<sup>23</sup>（以下、「別件」という）の第一審判決〔東京地判平成一八年三月二九日、判例時報一九三二号五一頁〕では争点とならなかった。同判決は、「我が国との強い結び付きがないし帰属関係や、日本人の親との家族関係ないし生活の一体化等を、父母両系血統主義と並び立つような重要な理念と位置付けることは相当でない」として、結論として「準正」要件の合理性を否定したのである。<sup>24</sup>

本件判決は、「父母の婚姻」が内縁関係を含むかという問題については言及しておらず、この点が争点とならなかった別件への配慮が見られる。あるいは、内縁関係の事実の有無という困難な認定の問題を避けたかのようにも思われる。

しかしそれでも、最高裁の認めた国籍法三条一項の立法趣旨は、何らかの「我が国との密接な結び付き」を要求す

るものである。最高裁は、「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」ものだとしているのである。

本件判決の結論だけを見れば、認知と届出のみで国籍の取得を認めているように見える。認知はここでは法的に日本人が父であることを確定する行為である以上、そこに血統主義以外の何か、つまり「我が国との密接な結び付き」を認める余地はないように思われる。別件の第一審判決のように、父母両系血統主義が「我が国との密接な結び付き」よりも重要な理念だというのであれば、このことは理解しやすい。しかし本件判決は、そうは述べていない。だとすれば、そこでは一見ただけでは見てとれない何らかの「我が国との密接な結び付き」の有無が問題となっているはずである。そこで考えられるのは、「父が現に日本国民であること」とは文字通り届出時に父が日本国民であることをいうとして、「我が国との密接な結び付き」は、その日本人父の認知を受けて子が届出を行うという一連の過程に認められるのではないかということである。日本人父の一方的な行為で済む「認知」そのものに子の「我が国と

の結び付き」を認めるのは難しいだろう。<sup>(25)</sup>

六 一部無効とされた条文の効力（国籍取得の可否について）

第二審判決は、国籍法三条一項を全部無効とした場合、準正子に届出によつて国籍を取得させる制度それ自体が消滅してしまふと述べる。<sup>(26)</sup> 本件で最高裁に意見書を提出した奥田安雄は、以下のように批判する。ある法文の一部をいったん違憲無効として残部を適用することは司法の立法行為として禁じられているとする理解は判例の採用するところではなく、一部無効とした場合に残部の法文を解釈適用できないならば、司法は違憲判断をすることはおおよそ具体的事件の解決をすることができず、憲法八一条が違憲審査権を明文で認めていることと矛盾する、と。<sup>(27)</sup>

国籍法三条が全部無効とされた場合、国籍法における認知の遡及効を認めれば、日本人父から認知された子も日本人母から生まれた子と同様に国籍法二条一号による生来的取得が当然に認められると解する余地が生じる。しかし、認知の遡及効が国籍法上否定されることは、平成一四年判決で確立された判例である。このため、認知の遡及効が認められないことを前提として、国籍法三条一項をどのよう

に解するかが本件の争点の一つとなつた。

この点につき奥田は、国籍法三条一項の「父母の婚姻」および「嫡出子たる身分を取得した」の部分を違憲無効とすべきと主張している。<sup>(28)</sup> また二宮周平も、国籍の浮動性防止と子の意思の尊重を理由とする国籍法上の認知の遡及効への反対論が根強いことから、「父母の婚姻」の部分を違憲として認知された子の国籍の届出による取得を認めるよう主張している。<sup>(29)</sup>

本件判決は、これらの学説に親和的である。もつとも、全部無効ではなく一部無効としながら残部の効力を認めたことで、国籍法三条一項の対象者を広げ、立法権を侵害したことになるか、という問題が生じる。実際、甲斐中辰夫・堀籠幸男裁判官反対意見、横尾等三裁判官反対意見は、これを実質的な立法措置であると見て、司法の範囲を逸脱するものだと述べる。

この点、長谷部恭男によれば、多数意見の想定する国籍取得要件のベースラインが「日本国民たる父の非嫡出子に關しては、その父母が婚姻しているか否かにかかわらず、届出によつて日本国籍の取得を認めるというもの」であるのに対し、反対意見の想定するベースラインは「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」ものだという差異が結論を異なるものにして<sup>30</sup>いる。こう考えれば、「法廷意見が採用しているのは、同項の文言の一部を違憲として取り除くという道筋ではなく、法廷意見の想定するベースラインに至るまでの同項の意味内容の可分な一部を違憲・無効とするという道筋」として理解されることになり、「従来の判例の延長線上に位置づけ」られることになる<sup>31</sup>。だとすれば、少なくとも本件判決についてのみ司法権による立法権の侵害となるとはいえないだろう。

では、本件で結論として国籍取得を可とした多数意見、補足意見および意見のこの点に関する理論構成はいかなるものだろうか。以下に見ていきたい。

多数意見および今井功裁判官補足意見（那須弘平・涌井紀夫裁判官同調）（以下、これらを「多数意見等」という）は、出生後に認知された非嫡出子を排除する「過剰な」要件を違憲無効にするものだから司法の範囲内だと述べる。

これに対し、藤田宙靖裁判官意見は、出生後に認知された非嫡出子が国籍を取得できないのは、「不十分な」要件しか置かれていなかったからであり、司法はそれを創造的に補充しようと述べる。

多数意見等と藤田意見には、非準正子を排除する「過剰

な」要件の立法行為があったと考えるのか、そもそも非準正子に国籍を取得させる制度がなかったと考えるのかという立法趣旨の解釈の違いがある。前者のように考えれば、「過剰な」要件を無効にしているに過ぎないのだから、非準正子の届出による国籍の取得は、立法趣旨の枠内に収まる。その一方で、後者のように考えれば、立法が「不十分」ゆえ、司法が「補充」してはじめて、非準正子に国籍を取得させることができることになる。

多数意見等の考え方によれば、司法権と立法権との対立は生じないこととなる。本件判決の結論は、非準正子に課されていた違憲な制限を排除したに過ぎないからである。この点、藤田意見によれば、「非準正子の届出による国籍の取得の制度」を司法が作り出すことで、司法権と立法権との対立を招きかねないように思われる。

もともと多数意見等も藤田意見も、長谷部のことを借りれば、ベースラインとして「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ふもの」を想定しているように思われる<sup>32</sup>。

では、なぜそのようなベースラインが設定されるのだろうか。あるいは、反対意見のようなベースラインではなぜ

ないのだろうか。以下に見るように、ペースラインを分けたのは、多数意見等と反対意見との国民観の相違であるように思われる。

横尾等三裁判官反対意見は、いわば形式的国民観に立脚するように思われる。国籍の取得が形式的に理解される法令の文言のみによるとすると、国籍法を制定しうる「国民」は何者かという問いは鶏が先か卵が先かという命題に似ることとなる。つまり、国籍法の定める形式的要件の満足によつてのみ国民の範囲が定まるならば、国民とは自ら国民だと法律でもって定めた人々の集団だと定義するよりない。こうなれば、国民を観念するのになぜ国籍法ありきというのと同じである。これは、その法律、つまり国籍法の正当性を担保する主体＝実質的な意味での国民を無視することにならないか。<sup>33)</sup>

これとは対照的に、多数意見等は、認知に加え、「我が国との密接な結び付き」の要件の満足を実質的な観点から求めているように読める。言い換えれば、裁判所が「国家の構成員」としての実質にかかる適格性の認定を行つていくように読める。そうすると、子が国籍を取得する前段階において既に日本国民としての実質を備えていた（と裁判所が考えた）ことが、本件判決のポイントの一つだと考え

ることができよう。もつとも、本件判決では認知と届出のみによつて国籍法三条一項の伝来的取得が可能だという結論が採られており、どこに「我が国との密接な結び付き」が認められるかは明確ではない。最高裁が認めるように、国籍法三条一項が血統主義に基づく父子関係の存在の要件とは別個に「我が国との密接な結び付き」の要件の満足を求める制度であるならば、父子関係を法的に確定する血統主義的な「認知」は「我が国との密接な結び付き」を示すものとはいえないだろうし、かたや「届出」も、「我が国との密接な結び付き」がある場合に国籍を取得するための形式的要件であつて、「我が国との密接な結び付き」そのものではないように思われる。

しかし、「届出」そのものではなく、「届出」をする意思に着目すれば、そこに「我が国との密接な結び付き」を認めることも可能ではないか。「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いえるのではないか。このように、本件判決を国民の実質にかかる適格性判断を行ったものとして見るならば、国民は国籍の有無で形式的のみ決まるものではなく、潜在的な国民としての実質の有無で決まるものだと見える。このように考えれば、多数意見等は実質的国民観に立脚すると考えることができる。

仮にこうした二つの国民観の相違が多数意見等と反対意見のベースラインを分けたとすれば、形式的国民観に前述したような問題点を指摘しうる以上、多数意見等の実質的国民観が説得的であるように思われる。

なお、実質的国民観を前提とする場合、より踏み込んで、「国家の構成員」として適格性を有する者は国籍を請求する権利を有すると解することもできるように思われる。<sup>34)</sup>

## 七 結びに代えて

届出によって国籍を取得する制度で血統主義を補完すること自体に、判断基準の不明確な「我が国との密接な結び付き」という（血統主義からすれば）異物を混入させる余地があるように思われる。我が国の国籍法の基調である血統主義の一貫性のためには、国籍法においても認知の遡及効を認める方が端的かもしれない。国籍の浮動性防止や子の意思の尊重といった観点は、血統主義を採用する国籍法のもとで認知され、法的に（血統主義的に）日本人父の子であることが確定した者が日本国籍を得られないことによつて受ける不利益の大きさと比較すれば、小さいように思われる。

しかし、本件判決を見る限り、最高裁は、血統主義の一

貫性よりも、「我が国との密接な結び付き」の要件を残存させる選択を行ったように思われる。このことはいかなる意味を持つのだろうか。

一般的に言つて、国籍が取得されないことによる様々な不利益は、我が国に限らず他国でも大いにありうるどころだろう。だからといって、人類すべてに国籍を付与することは、いわゆる「制度的コスモポリタニズム」<sup>35)</sup>論者以外には現実的でないはずである。つまり、多大な不利益があるというだけでは、国籍を取得させる十分な理由にならない。そこにはおそらく何らかの「国家の構成員」としての実質が必要なのである。このため、平成一四年判決以来、血統のみをかかざる実質と解して血統主義を貫くわけでもない最高裁は、他の実質——「我が国との密接な結び付き」——を評価せざるをえなかったのではないだろうか。

(1) 法務省民事局第五課職員編『一問一答 新しい国籍法・戸籍法』（日本加除出版、一九八六）一八〇—二八頁。

(2) 同前四六・四七頁。

(3) 大阪地判平成八年六月二八日、判例時報一六〇四号一—二三頁、大阪高判平成一〇年九月二五日、判例タイムズ九二二号一〇三頁。

- (4) 東京地判平成一七年四月一三日、判例時報一八九〇号二七頁(三五頁)。
- (5) 同前三九頁。
- (6) 東京高判平成一八年二月二八日、家庭裁判月報五八卷六号四七頁(五六頁)。
- (7) 奥田安弘『国籍法と国際親子法』(有斐閣、二〇〇四)一四三頁。
- (8) ちなみに、立法論としては以下のような学説がある。父母両系血統主義を採用した以上、血統主義を貫くべきであり、認知された子も準正子と同様に一定に要件のもとに国籍の取得を認めるべきだとする説として、江川英文ほか『国籍法(第三版)』(有斐閣、一九九七)八八頁。「父母の婚姻」がなくとも国籍選択権の規定を設けるべきだとする説として、国友明彦「判批」ジュリスト一二五七号(二〇〇三)一三二頁。生後認知による国籍取得の道を拓く「抜本的な法改正」が必要だとする説として、近藤敦「判批」法学セミナー六〇七号(二〇〇五)一一八頁、高佐智美「判批」ジュリスト一三三三号(二〇〇六)一六頁。
- (9) 最高裁判所民事判例集一八巻四号六六七頁、最高裁判所刑事判例集一八巻九号五七九頁など。
- (10) 最大判平成二〇年六月四日、判例時報二〇〇二号三頁(一三頁)。
- (11) 峯金谷子「判批」みんけん五八一号(二〇〇五)三五頁、清水真琴「判批」民事月報六〇巻九号(二〇〇五)四九・五〇頁など。裁判例としては、東京地判昭和五六年三月三〇日、判例時報九九六号二三頁(三〇頁)を参照。
- (12) 野山宏『最高裁判所判例解説民事篇平成7年度(下)』(法曹会、一九九八)六四三・六四四頁。なお、芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論(1)』(増補版)『(有斐閣、二〇〇二)二七〜三二頁も参照。
- (13) 佐野寛「判批」私法判例リマックス三二(二〇〇六)一三五頁。
- (14) 甲斐素直「判批」判例評論五七七号(二〇〇七)一八三頁。
- (15) 芦部・前掲注(12)二九頁。
- (16) 榎透「判批」法学セミナー六四五号(二〇〇八)一一二六頁も、泉補足意見を参照して「単なる合理性の基準よりも厳しく審査している」とする。また、内野正幸「婚外子国籍訴訟最高裁違憲判決をめぐって」世界七八一号(二〇〇八)三五頁も「厳しくチェック」したと見ている。なお、同様の見方は、高橋和之ほか(「鼎談」国籍法違憲判決をめぐって)ジュリスト一三六六号(二〇〇八)五四〜五六頁(高橋和之発言)にも見られる。
- なお、本判決の評釈、またはそれに関する論稿として、本評釈の注に挙げたもの他に、村重慶一「判批」戸籍時報六二九号(二〇〇八)八〇頁以下、竹下啓介「国籍法3条1項を違憲とした最高裁判決」法学セミナー六四七号(二〇〇八)六頁以下、奥田安弘「国籍法違憲訴訟に関する

- る最高裁大法廷判決「法律時報八〇卷一〇号(二〇〇八)一頁以下。本件判決をふまえたうえで、本件の背景および論点をまとめ、国籍法改正の方向を示唆するものとして、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)八五頁以下。
- (17) 鳥居敦子「判批」ジュリスト一一九七号(二〇〇二)九二〜九四頁。
- (18) 君塚正臣「判批」判例評論五六六号(二〇〇六)一七八頁。
- (19) 判例は例示説に立つとされる。芦部・前掲注(12)二二・二三頁。
- (20) 佐野・前掲注(13)一三五頁。
- (21) 近藤・前掲注(8)一一八頁。
- (22) 清水・前掲注(11)五五頁。
- (23) この事件の評釈として、藤井俊夫「判批」千葉大学法学論集二三卷一号(二〇〇八)二四五頁以下。
- (24) 東京地判平成一八年三月二九日、判例時報一九三二号五一頁(六三・七〇頁)。
- (25) この点に関しては、泉補足意見において認知のみで「我が国との密接な結び付き」を認めることが示唆されたとする分析がある。高橋ほか・前掲注(16)六四頁(高橋発言)。
- (26) 前掲注(6)五二・五三頁。
- (27) 奥田安雄「国籍法違憲上告審における意見書」中央
- ロー・ジャーナル三卷二号(二〇〇六)六七〜七〇頁。
- (28) 同前七〇〜七二頁。
- (29) 二宮周平「判批」戸籍時報五五四号(二〇〇三)一七〜一九頁。
- (30) 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)七九〜八一頁。
- (31) 同前八三・八四頁。
- (32) 同前七九頁。
- (33) 国籍法や憲法以前に「国民」が想定されるという考え方については、参照、高橋和之『立憲主義と日本国憲法』(有斐閣、二〇〇五)七八頁。
- (34) 日本国籍を取得する権利を想定すべきだという主張につき、参照、高橋ほか・前掲注(16)四七・四八頁(高橋発言)。もっとも、高橋は血統主義の観点から、「どちらか一方が日本人であれば、日本国籍を取る権利が憲法上潜在的にある」と理解している(同前四七頁)。他方、本評釈は、憲法上、実質的な日本国民だといえる者には日本国籍を取得する権利があると理解する。ここでいう日本国民としての実質とは、国籍法の背景にある血統主義および「我が国との密接な結び付き」である。
- (35) 「制度的コスモポリタニズム」は、「世界共通のシティズンシップ」を保護する「世界政府」の樹立を志向し、文化的差異を無意味とするか、あるいは私的領域に押しとどめる帝国主義的計画にならざるをえないとされる。□

Miller, "Cosmopolitanism: A Critique" (2002) vol. 5, No. 3 Critical Review of International Social and Political Philosophy, at 84. また、井上達夫『普通の再生』（岩波書店、二〇〇三）一七四頁も、「普通人類の連帯の促進という光明の下に照らし出されたグローバリズムは、市民の実効的統制の及ばない外的な経済的・政治的諸力に国家の政策選択を著しく制約させることによって、民主的自己統治の基盤を掘り崩し、人々の自尊・アイデンティティ・自律性の基盤となる固有の言語と文化によって支えられた生活形式の多様性を、覇権的文化の浸潤的影響力に対して無防備化し平準化するという暗部をもつ」と指摘し批判している。

### 【追記】

脱稿後、平成二〇年二月一二日、国籍法が改正（平成二二年一月一日施行）され、改正前の国籍法三条一項の「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」という部分が削除され、替わりに「父又は母が認知した」という部分が挿入された。

また、脱稿後、市川正人「判批」判例評論五九九号（二〇〇九）一六四頁以下に接した。