

〔特集〕 憲法訴訟を考える——国籍法違憲訴訟を通して

基調講演  
——原告代理人が語る本判決の意義と課題——

近 藤 博 徳

- I はじめに
- II 本判決の前提知識
- III 訴訟の組み立て方
  - 1 国籍取得権の主張の採否
  - 2 法2条1号構成の採否
  - 3 法3条1項の立法目的
    - (1)改正当時の法務省の見解に対する疑問
    - (2)国籍法における準正子の位置付け
    - (3)国側の主張に対する反論
    - (4)原告代理人の主張——立法目的の合憲的解釈
  - 4 一部違憲無効の要件
- IV 最高裁の判断
  - 1 立法目的に関する異なる見解の対比
  - 2 違憲審査基準の選択
  - 3 救済の手段となった一部違憲無効
- V 本判決に対する疑問点
  - 1 立法目的認定の根拠
  - 2 立法事実の認定手法
- VI 子どもたちとの関わりの中で感じたこと

## I はじめに

本基調講演<sup>1)</sup>は、日本国籍を有する父とフィリピン国籍を有する母との間に出生した子どもたち9名の主任弁護士として、国籍法3条1項<sup>2)</sup>の違憲性を争い、戦後8つ目となる法令違憲判決を勝ち取った近藤博徳弁護士に、本判決の意義と課題について語っていただいた内容に加筆修正したものである。



皆さんこんにちは、弁護士の近藤と申します。私は、1988年に司法試験に合格しました。その後研修所に入って、1991年に弁護士登録をしましたので、今年で弁護士18年目になります。

弁護士になった当初から、外国人事件には関わっておりましたが、自分が将来、大法廷判決になるような大きな事件に関わるということは、もちろん予測もしていなかったですし、それが国籍関係の訴訟になるだろうとは、思ってもいませんでした。

そんな私が、今回の国籍関係の裁判に関わることになった背景には、いろいろな経緯やご縁がありました。そのあたりの経緯は最後にお話をしたいと思います。

今回の裁判では合憲性が争点ですから、勝っても負けても最高裁まで審理が持ち込まれる事件になります。下級審で勝ってしまえば、そのまま大法廷に行くことが出来るし、もし下級審で負けてしまっても、大法廷で口頭弁論をすることが出来るということがありまして、訴訟の展開を楽しみにしてい

---

1) 本基調講演は、2008年11月15日、早稲田大学大学院法務研究科において開催されたシンポジウムの一部として、本誌本号の21-64頁の鼎談に先立って行われたものである。当シンポジウムの開催にあたっては、Waseda International Team for Human Rights (WITH, 国際人権分野に関心の高い法務研究科学生サークル)の多大なる協力を得たことで、大変有意義かつ盛況な開催となり、成功裏に終了することが出来た。WITHの関係者各位には深く感謝する次第である。

2) 以下、本稿において「法」とは、特別な言及がない限り「国籍法」を指す。

ました。

皆さんは既に判決をお読みになっていらっしゃると思いますが、本件では、もともと事実関係についてはほとんど争いがなくて、専ら法律解釈のみが争点でした。ですので、理屈の話が多くなってしまいますが、ご了承ください。

## Ⅱ 本判決の前提知識

それでは、本判決を理解するうえで重要な前提知識について、いくつかお話ししたいと思います。

まず、最高裁平成14年11月22日判決<sup>3)</sup>について若干の紹介を致します。この平成14年判決は、法律上の婚姻関係のない日本人父とフィリピン人母の間に出生した子が、出生後認知を受けたことにより出生時に遡って日本国籍を取得したとして、日本国籍の確認を求めた事件です。判決は国籍の取得を否定しましたが、3人の裁判官が補足意見で「法3条1項が両親の婚姻を要件としている点は平等原則違反の疑いあり」と指摘した点が注目されます。この判決が法3条1項の合憲性について判断しなかったのは、届出要件を満たしていなかったからのようですが、もしこの事件で届出をした上で法3条1項の主張をしていたのならば、この事件が大法廷に回付されていたのではないかと思います。

もう一点、国籍法における、血統主義と生地主義というものについてお話し<sup>4)</sup>したいと思います。この血統主義や生地主義というのは、国籍法制に関する立法主義ですが、中でも「生来的国籍取得」に関する立法主義なのだという点をまず押さえておいてください。「生来的国籍取得」というのは、生まれたことによって国籍を取得する場面のことです。これに対する概念が「伝来的国籍取得」です。こちらは、出生後に一定の事由が発生したことによって、国籍を取得する場面のことです。「生来的」に対して、「後発的」と言ったらわかりやすいかも知れません。日本の国籍法で説明しますと、法2条は生来

3) 最判平成14年11月22日判時1808号55頁。

4) 木棚照一『逐条注解 国籍法』106頁以下（日本加除出版，2003年）。

的国籍取得に関する規定で、法3条1項は伝来的国籍取得に関する規定です。本判決を理解するポイントは、この伝来的国籍取得に関する規定である法3条1項に、本来は生来的国籍取得に関する立法主義の血統主義がどう関わってくるかという点にあることを頭に置いておいてください。

### Ⅲ 訴訟の組み立て方

次に、訴訟の組み立て方についてお話をします。これも前提知識ということになりますが、今回の最高裁判決は、二つの事件に対するものでした。第一事件は、平成15年に提訴<sup>5)</sup>された事件です。私が主に担当した第二事件は、平成17年に提訴<sup>6)</sup>しています。私は第一事件の原告代理人にもなっていますが、実質的にはほとんど関与していません。従いまして、これからお話しするのは、専ら第二事件における訴訟の組み立て方ということになります。

ちなみに、第一事件と第二事件は、主張の構成についても随分と違いがあります。既にこの最高裁判決について、いろいろな研究者の方が解説をお書きになっておられますが、その中で「上告理由」ということをご指摘されているのは、第一事件の上告理由についてのようです。第二事件の上告理由は、おそらく文献等には出ていないと思いますので、ここでしか聞けないと思います。そういう前提で、以下の説明をお聞きください。

#### 1 国籍取得権の主張の採否

訴訟を起こすにあたって、あるいは訴訟を進めていくにあたって、いろいろな議論をしました。その中で、大きな論点になったことを順々に説明していきます。

まず、国籍取得権というものを観念するかどうかということを提訴時に議論しました。つまり、国籍取得権の侵害だという訴訟の組み立て方をするか

---

5) 東京地判平成17年4月13日判時1890号27頁, 東京高判平成18年2月28日家月58巻6号47頁, 最大判平成20年6月4日判時2002号3頁。

6) 東京地判平成18年3月29日判時1932号51頁, 東京高判平成19年2月27日裁判所ホームページ, 最大判平成20年6月4日裁判所ホームページ。

どうか、ということですね。そして弁護団で話をした結果、国籍取得権は主張しないことを前提に議論をスタートすることにしました。国籍取得権の有無という議論が存在することは知っていましたし、国籍取得権があると言えれば非常に訴訟の組み方は楽ではあります。しかし、裁判所がその議論を採用する見込みはないだろうと予測出来ましたし、憲法訴訟で、ただでさえ大きな事件で、分が悪い争点を立ててしまうのは負担であると考えたので、国籍取得権の議論は採用しませんでした。分が悪いと思っても、一旦立てた議論を批判されると反論したくなるのが弁護士の性なので（笑）、ならばそういう議論を立てるのは最初からやめようということで、国籍取得権という論点はあげないことにしたわけです。

## 2 法2条1号構成の採否

もう一つ、弁護団で話し合っ<sup>て</sup>、法2条1号ではなく法3条1項一本という主張構成にしたことについてもお話しします。確か第一事件では、法2条1号も合わせて根拠として原告は主張をしていたので、第二事件ではどうしようかという話をしました。法2条1号で訴訟を組み立てるときには、認知の遡及効が論点になります。私たちは、国籍法上も認知の遡及効を認めてもよいのではないかと、思っていました。法2条1号との関係で認知の遡及効を否定する判例の考え方は間違っている<sup>7)</sup>と考えるからです。しかしそうは言っても、この論点について判例がひっくりかえる可能性は低いだろうと思われたので、そのような見通しの立たない論点をあげて、そこに労力を割かれるよりも、平成14年の最高裁判決の5人の裁判官のうち3人が違憲の疑いがあると言っている法3条1項に力を集中しようということで、法3条1項一本ということにしました。

## 3 法3条1項の立法目的

### (1) 改正当時の法務省の見解に対する疑問

法3条1項について議論を進めていく中で、法3条1項の立法目的は何だろうかという議論になりました。法3条1項の条文を普通に読む限り、明ら

---

7) 最判平成9年10月17日民集51巻9号3925頁。

かに、「準正子」と「準正の成立しない非嫡出子」を、国籍取得の点で区別しているとは読めないわけですが、なぜこんな明らかな差別をしているのだろうか、何を考えてこの条文を作ったのだろうか、残念ながら我々の間で考えても結論は出ません。

そこで、立法を担当した法務省の役人が執筆した解説書を見てみると、婚姻の前後による区別の解消が立法目的だと書かれていました。つまり、法2条1号だけだと婚姻後に生まれれば子は嫡出子なので国籍を取得するけれども、婚姻前に生まれてしまった場合、たとえば結婚するつもりでいても、何らかの事情で婚姻届が遅れてその間に生まれてしまったとなると、子は国籍を取得出来ないことになって、あとは帰化申請するしかありません。それではあまりにも偶然の事情によって国籍が取得出来たり取得出来なかったりするのではないかということです。ましてや、日本では往々にして子どもが生まれてから婚姻届を出すことが珍しくないのです、この不均衡を是正する必要性が高い。そのために、子の出生の後に婚姻した場合であっても、婚姻後の子と同じように国籍取得の機会を与えようということで、法3条1項を設けたとされています。

しかし、認知が出生前か出生後か、すなわち胎児認知をしたか出生後認知をしたかという区別もある。胎児認知をするつもりが、たまたま認知が遅れて、認知されないまま生まれる場合もあるわけです。なのに、その不均衡は無視をして、なぜ結婚の前後という不均衡だけを問題にするのか。それでは問題点の一部だけしか取り上げていないのではないかという疑問があります。

## (2) 国籍法における準正子の位置付け

また、法3条1項を設けることによって、準正子と非準正子との間に新たな不平等を生じさせることにもなりました。これについて今回の裁判で争われたわけです。

ここで、血統主義の考え方と国籍が取得出来る場面、出来ない場面の関係についてお話しします。次の参考資料を見てください。

[参考資料] 血統主義の考え方と国籍取得の可否との関係

表1 父系優先血統主義（1984年まで）

	嫡出子	非嫡出子	
		父が胎児認知	父が出生後認知
父が日本国民	○	○	×
母が日本国民	×	×	

表2 父母両系血統主義

	嫡出子	非嫡出子	
		父が胎児認知	父が出生後認知
父が日本国民	○	○	×（*）
母が日本国民	○	○	

表3 父母両系血統主義+法3条1項（1984年以降）

	嫡出子	非嫡出子		
		父が胎児認知	父が出生後認知	
			準正子	非準正子
父が日本国民	○	○	○	×
母が日本国民	○	○		

今の国籍法は、1984年に改正される前は、父親の国籍を引き継ぐという父系優先血統主義をとっていました。つまり父親が日本国民ならば、生まれた子どもは日本国籍を取得する、ということです。逆に父が外国籍、母が日本国籍の場合は、子どもが生来的に日本国籍を取得することは出来ませんでした。日本国籍を持つ父と外国籍を持つ母の間の非嫡出子も、生まれた時には父との法律上の親子関係はないので、日本国籍を取得出来ないのが原則でしたが、胎児認知された場合だけは、生まれた時に親子関係が生じるので、日

本国籍を取得します。父系優先血統主義の下で、父が日本国籍の場合、母が日本国籍の場合に、それぞれ子どもが生来的に日本国籍を取得出来るか出来ないかを表したのが、表1です。

1984年に、国籍法は改正され、父母両系血統主義が採用されました。つまり、生まれた時に父又は母のいずれかが日本国民であれば、子どもは日本国籍を取得することになりました。ところで、母子の親子関係は分娩の事実によって出生と同時に当然に発生する、というのが通説判例ですから、母が日本国民の場合には、子は嫡出子であろうが非嫡出子であろうが、当然に日本国籍を取得します。これが父母両系血統主義をとったことによって大きく変わった点です。それに対して父が日本国民の場合は、改正前と変わりませんから、子が非嫡出子の場合、胎児認知されたとき以外は日本国籍を取得出来ないままです。これが表2です。「日本国民である父から出生後認知された非嫡出子」だけが、生来的な国籍取得から取り残された形です。

ここに法3条1項が追加された。それによってどうなったかという、表2で\*となっている、生来的国籍取得から取り残されたケースを、さらに準正が成立したものと成立しないものの二つに分けて、前者だけ国籍取得を認める、という扱いにしたわけです。これが表3で、現行法の状態です。

つまり、法3条1項は、表2で\*となっているグループの中に、さらに新たな差別扱いを持ち込んだわけです。なぜそのようなことをしなければいけなかったのか。

そもそも、明治になってから旧国籍法が出来て、それが1950年に現行国籍法になって、1984年に改正された。その改正時に法3条1項も作られたわけですが、この明治以降の日本の国籍法を見ても、嫡出子か非嫡出子かによって国籍を与えるか否かの区別という法律はないのです。ここで法3条1項が「嫡出」ということにこだわっているのはなぜなのかということ考えたのですが、わかりませんでした。

### (3) 国側の主張に対する反論

そこで国側の主張を見てみると、準正によって日本国民の家族関係に包摂され、日本との密接な結合関係を有することが明らかになったこと、これが準正子に国籍を与えることの根拠になると言っている。何となくわかったよ



うな、わからないような、核心をつかみにくい表現で、全く法律的な説明ではないなと感じました。

ここで使われている「包摂」がキーワードなのですが、広辞苑によればこの言葉の意味は「ある概念がより一般的な概念に包括される従属関係」ということだそうです。この定義を前提とすると、本件の問題状況では上の国側の主張は全く通じない意味不明の言葉になってしまうんですね。

そもそも、ここで「包摂される」と言っているのは具体的にどういう状態を指しているのか、この言葉からは全くわからないのですが、二通りの意味合いが考えられます。

一つは、包摂とは「法的な家族関係」であるという意味です。つまり、準正によって嫡出親子関係が発生することを意味していると理解するのです。しかしそれでは、上の国の主張は「準正によって嫡出親子関係が発生する」という民法 789 条に規定されていることを言っているに過ぎないこととなります。

もう一つは、「事実としての生活の一体性」という意味です。つまり、準正によって、同居生活や、家族、家庭生活に含まれることを意味すると理解するのです。これは、感覚としてはわからなくもありませんが、ただ、準正の成立という法的地位の問題と、両親と同居するという事実状態が発生するという事との間には、論理的な関係はありません。つまり、法的な身分と事実状態とを混同していることとなります。

さらに、準正子はその両親と本当に一緒に住んでいると言えるのか。逆に、非準正子、生後認知を受けた非嫡出子は両親と一緒に住んでいないのか。この点について実証したデータは、立法時にも現時点においてもありません。

この点に関しては、おもしろいエピソードがあります。第一審の時に、裁判官から、準正の成否と両親との同居の有無の相関性などに関するデータが存在するのか、原告被告双方探して下さいと言われました。こちらはないと思っていますから、ちょっと探して、次回期日に「ありません。」と言いました。すると、国の方も「ありません。」と言ってきました（笑）。つまり国は、立法時も現在も、そういうデータがないことを認めているわけですね。従って、「社会的実態がある」かのように言っているけれども実際には全く根拠の

ない立法目的だということがそこで明らかになりました。

#### (4)原告代理人の主張—立法目的の合憲的解釈

このような検討を経て、国の主張する立法目的には合理性がないのではないか。つまり、「婚姻と出生の前後関係という偶然的な事情によって、国籍が取得出来ないという事態を回避するために準正子の国籍取得を認めた」という立法目的には合理性がないのではないかと私たちは主張してきました。

しかし、法3条1項の立法目的に合理性がないと言い切ってしまうと、法3条1項の存在意義が否定されてしまうわけですね。国の言う法3条1項の立法目的に合理性がないという議論からは、準正要件だけを切るという話が出てこないわけです。私たちは、法3条1項は残しつつ、準正要件だけを切りたかった。さてどうしようかということになります。

そこで、次に立法目的の合憲的な解釈を試してみたいわけです。その際、法3条1項が設けられた経緯を考えました。法3条1項は1984年改正において創設されました。この1984年改正の最大の眼目は、父系優先血統主義から父母両系血統主義への移行でした。しかし、父母両系血統主義の採用によって、不可避免的に生じる不平等がありました。それが、「日本国民である父の非嫡出子」と「日本国民である母の非嫡出子」との生来的国籍取得における不平等です（表2の\*の部分）。

父系優先血統主義であった時には、非嫡出子は父が日本国民の場合も母が日本国民の場合も、両方とも日本国籍を取ることは出来ないという形ですが、不均衡はなかった。ところが、父母両系血統主義の下では、お母さんが日本国民の場合には、両親がどういう関係であっても、子は必ず生来的に日本国籍を取得出来るのに、お父さんが日本国民である場合に出生後認知したときには、日本国籍は取れない。逆転するという言い方は適切ではないかもしれないけども、父親が日本人である子の方が、全体の条件としては悪くなる。それは両系血統主義が許容することなのだろうか、ということを考えました。1984年の法改正で父母両系血統主義を採用したことが目指したものは何だったのか、と。

父母両系血統主義は、性別による差別の解消を目指すものです。ではどういう差別を解消しようと言うのか。父親と母親の間の差別、つまり、お父さ

んは自分の国籍を引き継がせることが認められるけれども、お母さんは引き継がせられないという点の不平等なのか。そうではない。国籍継承権、つまり国籍を継承させる権利はそもそも認められていませんから、父と母の間の不平等、父の国籍継承権が尊重され母の国籍継承権が尊重されないという不平等ではありません。

次に、子どもが男性か女性かによる差別か。もちろんそうでもありません。そうすると、何が差別なのか。子どもから見てお父さんが日本人か、お母さんが日本人かによる差別が不平等であり、それを是正するというのが父母両系血統主義の目指すところである、というふうに私は考えました。そうすると、お母さんが日本人の場合は必ず国籍を取れるのだから、それと等しく、お父さんが日本人の場合でも、「なるべく」国籍を取れるようにする、というのが父母両系血統主義の要請するところではないかというふうに考えました。

そうだとすると、表2の\*のところは、出生時には子どもは日本国籍を持つ父との間には法律上の親子関係がありません。そして、認知の効果は遡及しませんから、出生時には国籍を取得出来ないのですけれども、その後一定の要件がクリア出来たならば、なるべく国籍を取得させようとするのが、1984年法改正の時に本来なすべき改正であったのではないかと。

しかし実際の立法は、これを準正という要件によって半分に切ってしまった。しかし半分に切って差別扱いしたことに合理性はない。なので、これは違憲だという議論になったわけです。そこまでが、私たちのした立法目的の合憲的な解釈です。

論理的には間違っていないと思うし、理論的にもこうあるべきだというふうに思っているのですが、こういう議論の文献上の根拠がないんですね(笑)。もしかしたら文献に根拠があるかもしれませんが、見つかりませんでしたので、どこまでの説得力があるのか、ということがよくわかりませんでした。

#### 4 一部違憲無効の要件

次に、一部違憲無効の判断手法をどう根拠づけるかというお話です。今までお話しした立法目的と、これからお話しする一部違憲無効の判断手法との関連性については、この訴訟を進めている過程では全く考えていませんでし

た。

そもそも、弁護士で真剣に一部違憲無効について議論を始めたのは控訴審からです。第一事件の控訴審が一部違憲無効はだめだと判断して、第二事件の控訴審でも一部違憲無効という手法に対する批判を全面的に持ってきたので、それに対する反論を用意しようと考えました。けれど、高裁判決や最高裁判決の反対意見が示しているような制度の在り方との関連については、私たちはあまり明確には認識しないまま議論をしていました。

私たちの議論はだいたい以下のようなものでした。確かに、その要件の一部を排除することによって自由が回復する自由権制限規定とは異なる考慮が必要かもしれないけれど、権利付与規定について一部無効を認めないと、権利付与規定による不平等を裁判手続で救済することが出来ないという事態になります。つまり、全部無効にしてしまえば、不平等の是正を求めている人の権利も実現されないわけですから、「仮にあなたの言い分どおりだとしても、あなたの権利は救済されない」として主張自体失当になるわけです。ですので、一部無効を認めないと救済されない。つまり、権利付与規定が問題となる場面では、憲法 14 条が裁判規範としては死文化してしまう、ということを強調しました。

ただし、それでは何の制約もなく特定の法律規定のどの要件でも憲法違反を理由に無効にすることが出来るかと言うと、そうではない。たとえばこの法 3 条 1 項で、「認知」という要件を何らかの憲法違反を理由に無効に出来るか。これを切ったら「法律上の父子関係」というベースがなくなってしまうので、法 3 条の制度を全く違うものに変えてしまうことになる。だからこの要件を一部違憲無効にすることはおよそありえない。そうなると、制度の中に「中核をなす本質的な要件」と「そうでない要件」があるはずである。そして、その中核的要件を一部違憲無効とすることは新たな立法になるが、そうではないものは切ってもよいのだと、そういう議論を立てました。

その「中核をなす本質的な要件」なのかを判断する基準としては、①権利保障のために条理をもって解釈することが期待される条文で、②立法によって是正するとしても、その選択肢がないか、選択肢の間に大きな差異がなく、③その要件を無効にすることによって、制度の本質を改変することはない、

というものを立てて、このような場合に一部違憲無効が許されるという主張をしました。そして本件ではそれに該当するという議論をした。以上が、一部違憲無効についての我々弁護団の主張の骨子です。

## IV 最高裁の判断

### 1 立法目的に関する異なる見解の対比

では、これから今回の最高裁判決の中身について少し検討してみます。私の個人的な意見という前提でお聞きください。

まず、多数意見と反対意見は、法3条1項の立法目的をどう捉えているのか。多数意見は、出生後に日本国民である親との血統、つまり法律上の親子関係が生じた場合も、さらに日本との密接なつながりを示す指標を満たすことを前提に国籍取得を認めることが法3条1項の立法目的で、準正要件は、立法府が政策判断に基づいて選択したその指標の一つであると言っていますね。これは、生来的国籍取得の場面だけでなく、伝来的国籍取得の場面でも広く血統主義の考えを及ぼしていく立場だと。つまり、少なくとも日本の国籍法では、血統主義は、生来的取得の場面にとどまらず、国籍法全体にわたる基本原理であるというふうに位置づけられたということです。

これに対して、藤田裁判官意見、それから甲斐中・堀籠裁判官反対意見、おそらく横尾裁判官らの反対意見もそうだと思いますが、これらの意見は、血統主義は生来的取得に関する立法主義で、伝来的な国籍取得に関する立法主義は、白紙の状態であるとしています。そこで、国会は、伝来的国籍取得については幅広い立法裁量に基づいて、制度を構築することができ、その裁量に基づいて、準正を要件とする国籍取得制度を作った。その目的は、さっきも申し上げたように、婚姻の前後による不均衡是正であると。

このように、血統主義という国籍法の考え方を生来的国籍取得の場面に限定するのか、それとも伝来的国籍取得の場面まで押し広げて全体の基本原理と考えるかによって、法制度の目的の捉え方も異なり、それによって法律解釈も変わってくる。文献や資料の上では、反対意見の方に分があるように思

います。少なくとも、先ほど申し上げた立法時に官僚が書いた文献では、反対意見の言う立法目的が、明文で述べられているわけですね。

多数意見が言っている立法目的は、立法当時の立法府の意思を、資料に基づき認定するという作業の側面からすると、このような立法目的の認定でよいのだろうか、という疑問がなくはないです。しかし、それでも多数意見がこのような立法意思を認定したのはなぜだろうか、と考えてみました。そしてふっとこういうことかなというふうに思ったんです。

これも申し上げたことですが、父母両系血統主義を採用したことによって、日本国民である父の非嫡出子、ここだけが生来的国籍取得の射程の範囲外となってしまうわけです。先ほどの表2の\*のところですね。それ以外は、みんな生来的取得によって国籍を取得出来るのに、ここだけが生来的取得の対象外となってしまう。みんな、日本人の子なわけですよ。そして非嫡出子も、認知があれば、事後的ですけども、血統、つまり日本国民である親との法律上の親子関係が成立する。ところが出生後認知だと、伝来的取得の議論になってしまう。伝来的取得をどの範囲で認めるかは立法政策の問題だとすると、基本的にはどんな制度を作ってもよいということになって、あまりにも不均衡が大きい。これは、先ほど申し上げたように、父母両系血統主義の考え方からするとよろしくない。なるべく同じように扱っていくべきだとすると、ここにも血統主義の考え方を及ぼすべきだ。そういうことを多数意見は考えて、このような立論をしたのではないだろうか。その結果、血統主義が本来の守備範囲であった生来的国籍取得からはみ出して、伝来的国籍取得のところまで滲みだしていったということなのではないかなと思っています。

## 2 違憲審査基準の選択

このように考えたときに、合憲性の判断基準というの、自ずから変わってきます。血統主義というベースがあって、日本国籍を有する親から生まれた子どもはなるべく同じように日本国籍を取得する機会を与えるべきだということになりますと、父が日本人である非嫡出子というカテゴリーの中で、どういう条件の子に国籍を与えるかについても、他との差別がないように考

えるべきであると。今回の判決でも指摘されているように、国籍というのは、非常に重要な権利ですので、その区別についても慎重に考えないといけない。父が日本人である非嫡出子の場合についても、なるべく国籍を与える方向で考えるとすると、要件を同じにするわけにはいかないけれども、あんまりひどい要件ではだめだということになります。当然に判断基準は厳しくなりますね。

それに対して、父が日本人で出生後認知を受けた非嫡出子のカテゴリーは全く別物だと。ここについては、血統主義がベースになっているけれども、ここは本当に立法府が自由に決めてよいのだとすると、全くの立法裁量になります。横尾裁判官らの反対意見が、広い立法裁量があるというふうに言っているのは、こういうことだろうと思っています。ですので、憲法 14 条違反かどうかという点についても、相当広い立法裁量があるということになると思います。

### 3 救済の手段となった一部違憲無効

一部違憲無効の可否についても、制度の本質が、等しく日本国籍を有する日本国民の子として生まれた者には、なるべく同様に国籍を付与するということであれば、準正というのは日本との結び付きを判断する指標の一つにすぎない。これはまさに、多数意見が言っていることですね。ですので、合理的関連性がない場合には、それがまさに過剰な要件として切ることが出来る。

しかし、反対意見の立場からすると、準正というのはまさに国籍付与の中核要件なのです。生来的取得が認められない者のうち準正子に限りて国籍を付与する、と立法府が決めたわけですから、それを削ることは、まさに制度を立法府が想定していたものとは全く違うものにしてしまうことなので、準正要件を削ることは出来ないということになると言うわけです。

今お話をしたように、法 3 条 1 項と血統主義の関係について、血統主義が法 3 条 1 項のベースにまで及ぶのか、それとも法 2 条だけの問題で、法 3 条 1 項は純粹に立法政策・立法裁量によって作られたものなのかというところの選択、価値判断によって論理的な帰結として導かれるような気がします。

しかし、本当に裁判官は、そのような論理的な帰結のみで考えたのだろう

か、というふうにも思うのです。なぜそんなふうと思うかというと、判決文の中に、「違憲立法審査権は権利侵害を受けている者の権利を救済するための制度」というくだりがあったり、あるいは、救済をするための制度ではなく、救済をすることが出来るかどうかを判断するための制度だ、救済をするためにこの規定の一部を違憲とすることが許されるかどうかを判断する制度なんだ、と言っていたりする。これは確か、甲斐中・堀籠裁判官反対意見だと思います。ここには、違憲審査権をめぐって、私もそうでしたけれど、受験生が最初のころにするような、非常に基本的な意見が書かれているわけですね。そういう司法制度の役割、違憲審査権の役割、こういう権利付与規定によって不平等が発生しているときに、司法権がどこまで介入してそれを救済することが出来るかということについての考え方、むしろそちらの方がベースにあって、こういう事件は救済しなければいけない、これをやらなければ憲法14条による救済は出来ないのではないかと、言うのが多数意見で、それを説明するために、こういう論理構成になった。

逆に、もっと抑制的であるべきだと、制度を作ったのは国会なのだから、違憲の疑いがあると行って国会に是正を求めるとというのが司法府のあるべき役割なんだ、と言うのが反対意見の立場。そしてまた藤田裁判官意見は、司法府の果たすべき役割と限界について少し違った考え方を提示している。そういう意味では、それぞれの裁判官が色々なことを言っていて、その点でも大変興味深い判決だと思います。

## V 本判決に対する疑問点

### 1 立法目的認定の根拠

最後に、この判決の疑問点について二点申し上げます。一つは、先ほど触れた立法目的です。お話をしましたように、法3条1項の立法目的は、婚姻と出生の前後による不均衡を是正することにある、としている反対意見の考え方には、むしろ文献上は明確な根拠があるわけですね。それに対して、多数意見のような立法目的の捉え方には、少なくとも私が見る限り、文献上の根



拠は見つからなかった。確かに、そういうふう考えた方が合理的であるし、私は正しいと思うし、それによってこういう結論を導き出しているわけです。

けれども、本来、立法目的というのは国会が法律を作る時に考えた内容であるはずですね。それを、後からこれでは法律が維持出来ないからと、どこまでいじってしまうことが出来るのか。勝訴判決をもらっているながら、このようなこと言うのはいけないのかもしれないけれども、率直に言って、本当にこのようなことをやってしまってよいのか、という気がします。

全然違う立法目的を立てているではないか、つまり、A というつもりで作った法律を、B というふうに変えることによって合憲にしている、あるいは違憲にしている。それが本当に司法権に許されるのかどうか、そこは僕もよくわかりません。許されるのかもしれないけれども、でもそんなことをしたら実質的な立法作用になるのではないかという気もしなくもない。そういう疑問点の一つ。

## 2 立法事実の認定手法

もう一つは、実務家としてはもっと深刻に感じているんですが、多数意見は、準正要件は、立法時には目的との間に合理的関連性があったけれど、その後の時代の変化、それに伴う社会状況の変遷、国の意識の変化等々、他にもたくさんありますけれども、それらによって合理的関連性を失った、と言っています。

しかし、当初合理的関連性があったとする根拠も、その後合理的関連性がなくなったとする根拠も、一切示されていません。先ほど、一審の審理で裁判官から資料を出して下さいと言われて、双方出せなかったというお話をしたことからわかるように、何の資料もないわけです。最高裁はどうやってこういう認定をしたのか、非常に私は疑問を持っています。

この点は、横尾裁判官らの反対意見の中でデータが示されていて、それほど社会情勢は変わっていないのではないかと反論しています。その部分は確かに説得力があるなと思います。

ですけれども、そのデータの内容は、非嫡出子の出生数が約 20 年の間に 2 倍になったとか、日本国民を父とし、外国籍の女性を母とする子の出生数は

十数年の間に2倍になった、というものです。この数字をどう評価するのかという議論もありうると思うのです。倍に増えているから社会情勢が変化しているとも言える。となると、立法事実が変遷したということの中には、数字で表される社会の実情の変化、つまり数字が変わったということと、それが法律を支える基礎となる社会状況の変遷と言えるのかどうかという評価の二段階があり、横尾裁判官らの反対意見ではその「評価」が何にもされていない。立法事実の変遷と言っても、世の中は常に変化しているのですから、その変化を「立法事実の変遷」と評価すべきかどうかという指標がさらに必要であるはずなのに、そういう指標も示されないまま、生の事実を取り上げて、ある裁判官は「変遷した」と言い、他の裁判官は「変遷していない」ということになるわけですね。

実務家として私が危険だと思うのは、本件では原告も被告もこういう立法事実の変遷ということを主張していないにもかかわらず、裁判所が判断をしたことです。どちらも主張していないことを裁判所が認定しているわけです。当事者にしてみれば不意打ちですね。こちらは勝っているからよいのですけれども、国側だったら、「何だよこれ」、「こんなことどっちも言ってないじゃないか」と言いたいでしょう。出せないかもしれないけれども、「言ってくれば資料を出せるのに」という事件はこれからあるかもしれません。調べる方法があったにもかかわらず、最高裁からいきなり立法事実の変遷を言われて、我々が負けてしまうということがあるかもしれない。そういう危惧を実は持ちました。

という以上が判決の内容ですが、最後にもう一つ皆さんにお話ししたいことがあります。

## VI 子どもたちとの関わりの中で感じたこと

理論的な話はもう終わりなんですけれども、この裁判を起こしたきっかけは、一つには先ほどの最高裁の平成14年の判決<sup>8)</sup>、もう一つには第一事件があ

---

8) 最判平成14年・前掲注3)。

りました。それと、モチベーションとしてあったのは、私はずっと関わっている日本に在留する外国人の子どもたちのことなんです。

私は、JFC ネットワークという NPO 法人と協力し、多くの弁護士さんの助力も得て、もう 14、5 年ぐらいフィリピンに在住する日本人とフィリピン人との間の子どもに対する法的支援をしてきました。認知を取ったり、養育費を請求したり、場合によっては国籍の取得をしたりという活動をしています。元々はフィリピン在住の日本人とフィリピン人との間の子どもの支援をしていたのですが、ここ 10 年くらいは、日本に在住する子どもたちの支援もしております。その多くは日本で生まれた子どもです。ただ両親が結婚していないケースが多いので、日本国籍を持っていない子も少なくありません。

さらにその多くはオーバーステイでした。母親も子どももオーバーステイ。今回の第二事件の原告である 9 人の子どもとその母親たちは、皆オーバーステイでした。全員、在留特別許可という手続で在留資格を取りましたが、その前提として認知が必要だったのです。認知裁判をやったり、調停をやったりしました。任意で認知してくれた父親もいました。そして在留特別許可を取って、適法在留にした。

当初はそれでよかったのですが、子どもが成長してくるに従ってやっぱり疑問が起こるんです。よく接しますし、年に一回クリスマスパーティーをすると、みんな集まってくるんですが、普通の子どものようですよ。もちろん日本の学校にも行っていますし、日本語で喋りますし、日本語の手紙も書いてきますし、全く他の子どもと変わらないわけです。それなのに、なぜ、彼らが日本国籍を取れないんだろうと。

日本に生まれていましたから、もうおそらく今後日本でしか生活をしないだろうと思われるわけです。お母さんはフィリピン人ですけども、もうずっと日本にいますから、フィリピンに帰っても仕事がない。子どもは日本に生まれ育っているので、少なくとも子どもが成人するまでは、ひとり立ち出来るまでは日本で育てていこうとみんな頑張っているわけです。

その子どもたちは、日本で住んでいるんだから、日本国籍があってもよいのではないかと僕は常々思っていました。なぜ日本国籍が取れないんだろう、というのが素朴な感覚として、疑問としてあったわけです。理屈からいくと、

非嫡出子ですし、両親は結婚していませんし、国籍が取れないのはそのとおりなんだけれども、なんだか実感として、そのことに対して納得のいかないところがあったわけです。

そういうことがあって、JFC ネットワークで扱ったクライアントの中で 9 人の子どもたちを原告にして、裁判を起こしたということです。やっぱりそういうモチベーションがないと、こういう事件はなかなか出来ません。逆にそういうモチベーションがあると困難な事件でも意外と楽しく続けることが出来ますし、成果は大きいです。

繰り返しになりますが、僕の実感としては、認知によって国籍を取得出来るというのではなくて、日本で生まれて日本に住み続けているのだから、国籍をあげてもよいのではないかなと思います。従来のものとはちょっと違うニュアンスの生地主義の感覚です。だから、今回の判決は、僕のそのイメージのとおり結論ではないですけども、これで子どもたちが国籍を取得出来るということは非常に嬉しいと思っておりますし、こういう事件に関れたことを本当に良かったと思います。長くなりましたが、これで終わります。