

〔特 集〕 憲法訴訟を考える——国籍法違憲訴訟を通して

## 判例評釈

1) 2) 3)

### ——国籍法 3 条 1 項違憲判決——

伊藤 朝日太郎

- I 事案の概要
- II 判 旨
- III 少数意見
- IV 評 釈
  - 1 はじめに
  - 2 国籍法 3 条 1 項の合憲性について
  - 3 違憲状態解消のための判断手法
  - 4 改正国籍法および付帯決議について
  - 5 おわりに

1) 最大判平成 20 年 6 月 4 日（平成 19 年（行ツ）第 164 号事件）裁判所ホームページ。

2) 本稿は、国籍法違憲判決の内容とその意義について簡潔に紹介する目的で、2008 年 6 月、Law&Practice ウェブサイトに執筆したものを基礎に、判決後、新しい文献がいくつか出たことを踏まえ、加筆修正したものである。

本稿の執筆にあたっては、弁護士の近藤博徳先生、早稲田大学大学院法務研究科教授の宮川成雄先生に丁寧なご指導を頂戴した。また、Law&Practice 編集委員の池田美奈子さん、原田一葉さん、酒田芳人さん、小川隆太郎さんには、資料の手配や、綿密な校正をしていただいた。とりわけ編集委員の原田さんには、執筆のお勧めをいただいた時から、本稿の完成に至るまで、終始相談にのっていただき、有益なアドバイスを何度も頂戴した。先生方や編集委員の皆様に、この場をお借りして心から感謝申し上げたい。

3) 本稿では、平成 20 年 6 月 4 日に出た二つのほとんど同一の最高裁判決のうち、民集に掲載予定はなく、判例時報にも掲載されなかった、いわゆる「第二事件」を取り上げている。このことの最大の理由は、第二事件弁護団の近藤博徳先生に、第二事件の上告趣意書、弁論要旨等の貴重な資料を見せていただいた上、本件について何度もお話を伺う機会に恵まれ、そのため自然と第二事件について考察を深めることになった、というごく個人的なものである。

もっとも、第一事件、第二事件と一応の区別はあるが、実はその判決内容はほぼ同じである。判旨のうち、「事案の概要」のごく一部（第一事件が「平成 15 年に・・・国籍取得届を提出した」のに対し、第二事件は「平成 17 年に・・・国籍取得届を提出した」事件という違い）及び「原判決等」が異なるだけで、あとは全く同一の文章である。

## I 事案の概要

本件は、いずれもフィリピン国籍の母と日本国籍を有する父との間に出生した X1～X9 までの各原告が、出生後に父から認知を受けたことを理由に法務大臣あてに国籍取得届を提出したところ、原告らが国籍法 3 条 1 項に規定する国籍取得の条件を備えていないとして、日本国籍の取得を認められなかったため、父母の婚姻及び嫡出子たることを国籍取得の要件とする同項の規定は、憲法 14 条に違反する等と主張して、被告国 (Y) に対し、日本国籍を有することの確認を求めた事案である。

第一審 (東京地判平成 18 年 3 月 29 日判時 1932 号 51 頁) は、国籍法 3 条 1 項の準正要件がもたらす区別が憲法 14 条に違反すると判断した上で、準正要件のみが違憲無効であると解することによって原告の請求を認容した。

これに対し、第二審 (東京高判平成 19 年 2 月 27 日判例集未掲載 (事件番号・平成 18 年 (行コ) 第 124 号各国籍確認請求控訴事件)) は、以下のように判示して原判決を取り消し、原告の請求を棄却した。

「仮に被控訴人らが主張するように法 3 条 1 項のうちの上記要件のみが憲法 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、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というべきである。」

原告が上告。

## II 判 旨

### 破棄自判

1 「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

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 「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」が「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。」

3 そして，立法当時には，準正要件は「立法目的との間に一定の合理的関連性があった」。

4 しかしながら，今日では「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・・・出生数に占める非嫡出子の割合が増加する等，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」国際結婚も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。」以上を考慮すれば，母が日本人父と法律婚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」ことは，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うこととはできない。」

また，諸外国においては，非嫡出子の法的な差別的取扱いを解消する方向にあり，国際人権規約（自由権規約）や児童の権利に関する条約には出生による差別を禁止する規定が存在しており，多くの国で準正要件が撤廃されてきている。

「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」。

5 他方で、国籍法2条1号により、「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」日本国籍の生来取得も伝来取得もできないという「著しい差別的取扱い」が生じているが、これは「前記立法目的との間に合理的関連性を見い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い」。

6 「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。」

7 これらの事情を併せ考えるならば、「国籍法が・・・上記のような非嫡出子についてのみ・・・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。」

結局、原告らが法務大臣あてに国籍取得届を提出した時点において「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。」

8 平等原則と、父母両系血統主義を踏まえれば、父から出生後に認知されたにとどまる子についても、「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・・・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。」

「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の可能性を考慮したとしても、当を得ないものというべきである。」

### Ⅲ 少数意見

本判決には、6人の裁判官による補足意見、1人の裁判官による意見、5人の裁判官による反対意見が付されている。

横尾・津野・古田裁判官の反対意見は、「国籍法が、出生後に認知を受けた子の国籍取得について、準正子に届出による国籍の取得を認め、非準正子は帰化によることとしていることは、立法政策の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」と述べる。

他方、甲斐中・堀籠裁判官の反対意見は、「届出により国籍を付与するとしながら、立法不存在ないし立法不作為により非準正子に対し届出による国籍付与のみちを閉じているという区別」は「遅くとも上告人が法務大臣に於て国籍取得届を提出した当時には、合理的な理由のない差別となって」いたとして、憲法14条1項違反を認めている。しかし「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なのであり、多数意見による国籍法3条1項の解釈は「準正子を出生後認知された子と読み替えることとなるもので、法解釈としては限界を超えている」という。

藤田裁判官の意見は、国籍法3条1項が「準正要件を定めているのは、準正子でありかつ同項の定めるその他の要件を満たす者についてはこれを特に国籍取得の上で優遇する趣旨なのであって、殊更に非準正子を排除しようという趣旨ではない」、それゆえ「準正要件が置かれていることによって違憲の

結果が生じているのは、多数意見がいうように同条が『過剰な』要件を設けているからではなく、むしろいわば『不十分な』要件しか置いていないからというべき」であるとする。つまり、国籍法3条1項の「立法趣旨、そして本件における違憲状態が何によって生じているかについて」は、「多数意見よりはむしろ反対意見と共通する立場にある」。しかし、「著しく不合理な差別を受けている」本件原告のような「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・・・考え得る立法府の合理的意思をも忖度しつつ、法解釈の方法として一般的にはその可能性を否定されていない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、むしろ司法の責務というべきであって、立法権を篡奪する越権行為であるというには当たらない」との視点から、国籍法3条1項の拡張解釈を行い、結論として多数意見に同調する。

## IV 評 釈

### 判旨賛成

#### 1 はじめに

本判決は、最高裁による8つ目の法令違憲判決であるとともに、人に権利利益を与える法律の規定の要件のうちの一部のみを無効とすることによって、憲法14条1項に違反する差別状態を解消した初めての最高裁判決である。本判決において争点となったのは、第一に、国籍法3条1項の合憲性であり、第二に、違憲状態を解消するために、国籍法3条1項の要件のうちの一部を適用せず、その余の要件のみを適用することが許されるかどうかという問題であった。

#### 2 国籍法3条1項の合憲性について

(1) 第一の点については、①日本国民である父が生後認知した非嫡出子のうち、準正により嫡出子となった者（準正子）は、国籍法3条1項により届出によって日本国籍を取得できるのに対し、非準正子は届出による日本国籍取得

ができないという区別が生ずることの合理性が問題となっている（判旨4）。また、②日本国民である父が認知した非嫡出子であって準正がなされていない者（非準正子）のうち、胎児認知を受けた非嫡出子は国籍法2条1号により日本国籍を生来取得できるのに、生後認知を受けたにとどまる非嫡出子は国籍法2条1号による日本国籍の生来取得もできず、また国籍法3条1項の届出による伝来取得もできないという区別が生ずることの合理性も問題となっている（判旨5）。

また、③非準正子のうち、母が日本国民である者は、国籍法2条1号によって日本国籍を生来取得できるのに、父が日本国民である者は、日本国籍の生来取得も伝来取得もできないという区別が生じている点が、両性の平等の観点から問題となっているが（判旨6）、この点についての判示は極めて簡潔であり、必ずしも違憲判断の決め手とはなっていないように見受けられるので、本稿では取り上げないこととする。

(2) 上記の問題点のうち、準正子と非準正子との区別、すなわち国籍法3条1項の準正要件そのものの合理性については、既に、最高裁判決の補足意見や下級審判決において疑問が呈されていた。

まず、最判平成14年11月22日<sup>4)</sup>（以下、「平成14年最判」という）の補足意見において違憲の疑義が示されているのが注目される。

この事件は、日本国民である父とフィリピン国籍を有する母との間に出生した上告人が、父から生後認知されたことにより、国籍法2条1号により出生時にさかのぼって日本国籍を取得したと主張して日本国籍の確認を求めた事案である。

判決そのものは、「仮に法3条の規定の全部又は一部が違憲無効であるとしても、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」として憲法判断を回避している。しかし、亀山裁判官は、準正要件の合理性に疑問を表明する補足意見を付している。また、梶谷・滝井裁判官は詳細な補足意見を付し、準正要件は「日本人を父とする非嫡出子に限って、その両親が出生後婚姻をしない限り、帰化手続によらなければ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差別をもたら

---

4) 最判平成14年11月22日判時1808号55頁。

す」ものであり、「憲法 14 条 1 項に反する疑いが極めて濃いと考える」と述べている。

このように小法廷の過半数を占める 3 人の裁判官が、国籍法 3 条 1 項による区別の合理性に疑義を示したことで、事案や争い方によっては国籍法 3 条 1 項の規定が違憲と判断される可能性が示されたといえる。

この最高裁判決の後、「第一事件」の第一審である東京地判平成 17 年 4 月 13 日<sup>5)</sup>（以下、「平成 17 年東京地判」という）は「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」と判示している。

また、本判決（第二事件）の第一審は、非準正子の父母の間に内縁関係が成立しているかどうかを問題にせず、端的に非準正子と準正子の取扱いの違いに着目して国籍法 3 条 1 項の違憲を導いている。

学説においても、国籍法 3 条 1 項を妥当なものとして正面から肯定している説は見当たらず<sup>6)</sup>、少なくとも立法論的には改正すべきだとする見解<sup>7)</sup>が多数を占める（学説については、甲斐素直「判批」（本件第一審について）判評 577 号 2 頁が詳しい<sup>8)</sup>）。

---

5) 東京地判平成 17 年 4 月 13 日判時 1890 号 27 頁。

6) 但し、法務省民事局民事第一課法規係長の清水真琴氏は、国籍法 3 条 1 項を合憲とする。清水真琴「判批」（平成 17 年東京地判について）戸籍 779 号 48 頁（2005 年）。

7) 国籍法 3 条 1 項について立法論として改正されるべきだとするのは、江川英文ほか『国籍法』88 頁（有斐閣、第 3 版、1997 年）、木棚照一『逐条註解 国籍法』219 頁（日本加除出版、2003 年）。他方、佐野寛「判批」（平成 14 年最判について）判評 539 号 2 頁（2004 年）は、平成 14 年最判の補足意見に同調して「憲法 14 条 1 項に反する疑いがきわめて濃い」とする。

8) 甲斐教授は、学説の状況について「近時は、積極的に違憲とする学説が多数説」と総括する。しかし、甲斐教授自身の立場は必ずしも明らかではない。甲斐教授は、本件第一審判決が「準正による嫡出子・・・と、非嫡出子・・・との間に大きな差異を設け、非嫡出子に大きな不利益を課すことになっている国籍法 3 条 1 項は、日本国籍の取得の条件として父母の婚姻という要件、すなわち準正要件を設けたことを説明し得る十分合理的な理由がない限り、憲法 14 条 1 項に違反すると解するべきである」と判示したことを引用して、「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読むことができる」と評価し、これを「当然の結論」として肯定的に評価している。しかし他方で、本件第一審判決が示した準正要件の合理性についての判断に対して「その個々の判断については問題ある箇所も少なくない」が、紙幅の関係から「特にコメントしないこととする」として結論を示していない。「狭い立法裁量」というやや厳格な審査基準を是認した点は違憲論に親和的だといえる。少なくとも国籍法 3 条 1 項の合理性・合憲性を主張する立場ではないといえよう。



立法論的な批判にとどまらない明瞭な違憲論も有力である。<sup>9)</sup> 一例を挙げれば、君塚正臣「判批」（平成17年東京地判について）判評566号16頁（2006年）は、「近時の有力説に従えば、非嫡出子であることは、それが『社会的身分』であるかに争いはあろうが、生来の差別に該当するので、厳格審査を施すべきことになろう」という観点から、「国籍法は・・・本件への適用審査の下で法令違憲である」と明言する。

かかる判例、学説の状況からいえば、本判決において、国籍法3条1項に対する違憲判断がなされたのは、決して意外なこととはいえない。本判決に付された少数意見をみても、憲法14条1項違反を否定するのは、3人の裁判官（横尾、津野、古田裁判官）にすぎず、12人の裁判官は、理由付けに相違はあれ違憲状態が生じていることは認めているのである。また、原告が逆転敗訴した本件の第二審についてみても、勝敗を分けた中心的な争点は国籍法3条1項の「一部違憲」という判決手法の可否なのであって、憲法14条1項違反かどうかの判断は回避されていることが注目される。

私も、国籍法3条1項を違憲とする本判決に賛成したい。そもそも、前掲の君塚教授の評釈を引くまでもなく、本件のような本人の努力によってはどうすることもできない生来の差別については、その合理性は厳格に判断すべきであろう。また、問題となっている権利利益は、本判決がまさに述べるとおり「我が国において基本的人権の保障・・・を受ける上で意味を持つ重要な法的地位」である。かかる差別の理由、及び、問題となっている権利利益の性質から考えると、厳格な違憲審査が要請され、この観点から実態に即して区別の合理性を詳細に検討すれば、違憲の結論にたどり着かざるを得ない

---

9) 国籍法3条1項の違憲を主張する見解として、君塚正臣「判批」（平成17年東京地判について）判評566号14頁（2006年）、高佐智美「判批」（平成17年東京地判について）ジュリ1313号15頁（平成17年度重判、2006年）、鳥居淳子「判批」（大阪高判平成10年9月25日判タ992号103頁について）ジュリ1197号92頁（2008年）。他方、生後認知による国籍取得が否定されていることをとらえて違憲とするものとして、二宮周平「国籍法における婚外子差別の検討」ジュリ1078号46頁（1995年）、奥田安弘『国籍法と国際親子法』227頁以下（有斐閣、2004年）がある。

なお、「第一事件」最高裁判決の評釈として、長谷部恭男「国籍法違憲判決の思考様式」ジュリ1366号77頁以下（2008年）、佐野寛「国籍法違憲判決と国籍法の課題」ジュリ1366号85頁以下（2008年）、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1366号92頁以下（2008年）があるが、これらはいずれも最高裁の違憲判断を是認している。

のではなからうか。

もっとも、この点、本判決の多数意見は、「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」と説示しているにもかかわらず、結局はいわゆる「合理性」の基準（立法目的自体に合理的な根拠があるか、立法目的と立法目的達成手段との間における合理的関連性があるか）に沿って判断している<sup>10)</sup>。かかる基準は、君塚教授の批判どおり「合理的なら合憲で不合理なら違憲とする内容は空虚であり、恣意的判断を招く危険が大であり、（憲法 14 条 1 項後段—筆者注）列挙事由の意味を無にするものであって<sup>11)</sup>」妥当とはいえない。

また、本判決では、立法当初には、立法目的と立法目的達成手段との「合理的関連性」が認められるとしながら（判旨 3）、その後の事情の変化によって合理的関連性が失われた（判旨 4、判旨 5）としているが、このような、いわば立法事実の変化を強調する論旨にも疑問がある。

横尾、津野、古田裁判官の反対意見は、多数意見に対し「家族生活や親子関係に関」して「国民一般の意識として大きな変化があったかは、具体的に明らかとはいえない」と批判する。また、「非嫡出子の出生数は、国籍法 3 条 1 項立法の翌年である昭和 60 年において 1 万 4168 人（1.0%）、平成 15 年において 2 万 1634 人（1.9%）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、統計の得られる昭和 62 年において 5538 人、平成 15 年において 1 万 2690 人であり、増加はしているものの、その程度はわずかである」と、実態に大きな変化がない旨、数字を挙げて指摘する。

10) この点について高橋和之教授は、多数意見の「判断の枠組みは、憲法学で差別の合理性を判断する場合の枠組みとして議論しているところに非常に近づいてきた」「多数意見は用語は学説が使っているようなものを使っていませんが、『重要な法的地位』の問題というのは、権利・利益が非常に重要な場合ということに対応するでしょうし、本人の意思・努力ではいかんともし難いことだからというのは、正に憲法 14 条で列挙している事項に該当する場合がそうだと学説では説明しているわけですから、それに対応しており、こういう場合には『慎重に検討する』とは、『厳格に審査』するということに対応していると思います。ですから、表現は違いますが、言っていることは学説にかなり配慮した内容になっていると思います。」と積極的に評価している（高橋和之ほか「鼎談 国籍法違憲判決をめぐって 特集 国籍法違憲訴訟最高裁大法廷判決」ジュリ 1366 号 55 頁〔高橋発言〕（2008 年））もっとも、「厳格な審査基準を採用したと理解していいでしょうか」（岩沢雄司教授）という問いに対しては、「多数意見がそう述べているわけではありませんから、そうまで言えるかどうかは分かりません」と答えて判断を留保している（同・56 頁〔高橋発言〕）。

11) 君塚・前掲注 9) 16 頁。

私は、この批判には相応の重みがあると思う。多数意見は、立法当時に立法内容に合理性があったことを認めているのであるから、その後の事情の変化により合理性が失われたというためには、立法の合理性を失わせるにいたるだけの変化を具体的に指摘しなければならないはずである。ところが、多数意見は、「家族生活や親子関係に関する意識」が変化したことについて、何ら統計的な事実を提示していない。また、反対意見が指摘するように、非嫡出子の出生数が1.0%から1.9%に増加したことが、果たして立法の合理性を失わせるにいたるだけの変化といえるかどうか疑問がある。つまり、この点についての多数意見には、実証的な論拠が不足している感が否めない。

もっとも、非嫡出子の出生数や、日本国民を父とし、外国人を母とする子の出生数は、いずれも「倍増」といえるのであって、これらの変化を、反対意見のように「わずか」と評価することもためられる。結局、反対意見は、立法当時に立法の合理性を支えていた事情が変化していないことを十分に論証できているわけではなく、この点については多数意見との間の「水掛け論」に陥っている感がある。そして、このような「水掛け論」は、多数意見が採用する「立法事実の変化」論そのものの有する脆弱性の現れであるように私には思われる。

そもそも、立法事実を審査して違憲の結論を導いた薬事法違憲判決（最大判昭和50年4月30日<sup>12)</sup>）を見ても、最高裁は、「競争の激化—経営の不安定—法規違反という因果関係に立つ不良医薬品の供給の危険が、薬局等の段階において、相当程度の規模で発生する可能性があるとすることは、単なる観念上の想定にすぎず、確実な根拠に基づく合理的な判断とは認めがたい」というように、立法事実の「変化」を問題としていない。立法の合理性を支える事実が欠けていると端的に判断するのみである。また、森林法における共有林分割制限規定を違憲とした最大判昭和62年4月22日<sup>13)</sup>も、森林法の立法目的を「森林の細分化を防止することによつて森林経営の安定を図り、ひいては森林の保続培養と森林の生産力の増進を図り、もつて国民経済の発展に資する」と認定し、この目的との関係で、森林法が「共有森林につき持分価額

12) 最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁。

13) 最大判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁。

二分の一以下の共有者に・・・分割請求権を否定しているのは・・・立法目的との関係において、合理性と必要性のいずれをも肯定することのできない」ことを論証しているが、これもまた、立法事実の「変化」を問題としていない。

他方で、立法事実の変化を理由に法律を違憲とする少数意見は散見される<sup>14)</sup>が、その少数意見が多数を占めて判例変更をもたらすという事態は今のところ起こっていない。つまり、これまでの判例や少数意見を見る限り、立法事実の「変化」論は、それ自体では必ずしも違憲判断の決め手にはならなかったように思われる。

そうしてみると、立法当時には準正要件に合理性があったとあっさり認めたいうで（判旨 3）、その後の事情の変化によって合理性が失われたという多数意見の論理自体、実は本判決の弱点となっているといえる。立法当時にも、当然ながら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は存在し、その家庭環境は「複雑多様な面」をもっていたはずである。立法当時も、現在も「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」（多数意見、判旨 4）のは同じではなかろうか。

14) 非嫡出子相続分規定合憲判決（最大決平成7年7月5日民集49巻7号1789頁）に付された5人の裁判官による反対意見は「法律が制定された当時には立法目的が合理的でありその目的と手段が整合的であると評価されたものであっても、その後の社会の意識の変化、諸外国の立法の趨勢、国内における立法改正の動向、批准された条約等により、現在においては、立法目的の合理性、その手段との整合性を欠くに至ったと評価されることはもとよりあり得る」と述べている。もっとも、この反対意見は「出生について責任を有するのは被相続人であって、非嫡出子には何の責任もなく、その身分は自らの意思や努力によって変えることはできない。出生について何の責任も負わない非嫡出子をそのことを理由に法律上差別することは、婚姻の尊重・保護という立法目的の枠を超える」「同じ被相続人の子供でありながら、非嫡出子の法定相続分を嫡出子のその二分の一と定めていることは、非嫡出子を嫡出子に比べて劣るものとする観念が社会的に受容される余地をつくる重要な一原因となっていると認められる」と述べ、差別の不合理性を積極的に論証している。つまりこの反対意見において、立法事実の変化は補足的な論拠として用いられているに過ぎないのではなかろうか。

また、1998年の参議院議員定数訴訟に関して、最大判平成10年9月2日民集52巻6号1373頁における5人の裁判官による反対意見は「通信、交通、報道の手段が著しく進歩し、全国に展開したことによって、地域間の事情の相違は大幅に減少した上、国会において、選挙区選出議員の活動によらずに、各地域の実情や住民世論の動向を知ること容易になった。この変化に伴い、参議院議員選出の仕組みに都道府県代表的要素を加味することの必要性ないし合理性は縮小したと見るべきである」と説いている。なお、これら立法事実の変化論については、戸松秀典『憲法訴訟』243頁以下参照（有斐閣、第2版、2008年）。

他方で、多数意見も、胎児認知を受けた非嫡出子と生後認知を受けたにとどまる非嫡出子との間の区別については、立法当時と現在との事情の変動を問題とすることなく「著しい差別的取扱い」であり、「合理的関連性を見いだし難い」としているのである（判旨 5）。準正子と非準正子との区別については、このような、事情の変動を問題としない判断はできなかつたのであろうか。立法後の事情の変化という論拠に依存するのではなく、立法当時においても準正要件の合理性はなかつた、あるいは少なくとも不合理な面はあったことを論証する必要があつたのではないかと思われる。

以上のように、多数意見の論旨にはいくつかの難点がある。したがって私は、判旨の結論には賛成であるが、①違憲審査基準はより厳格なものを採用すべきであるし、②立法事実の「変化」を問題とすることなく、端的に現時点における立法事実の有無を審査して準正要件の合理性を否定すればよかつたのではないかと考える。この点について、泉裁判官の補足意見は「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・・・強度の正当化事由が必要であつて、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」という厳格な審査方法をとっており、かつ立法事実の変化を問題とせず違憲の結論を導いている。このような明快な論旨こそ、本件に適切だつたのではなからうか。（なお、本件最高裁の第一審判決も、「準正要件を設けたことを説明し得る十分合理的な理由がない限り、憲法14条1項に違反する」という厳格な規範を立てていた）。

(3) それでは、日本人父から胎児認知を受けた非準正子と、生後認知を受けたにとどまる非準正子との間の区別の合理性についてはどうか。

この点については、最判平成9年10月17日民集51巻9号3925頁（以下、「平成9年最判」という）が、国籍法「3条の規定に照ら」して、国籍法における認知の遡及効を否定していた。平成14年最判は、平成9年最判を踏まえて、「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」から、国籍法2条1号が「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ことには、合理的根拠が「あり、よって憲法 14 条 1 項には違反しないと判断した。

もっとも、平成 14 年最判は、国籍の浮動性防止という観点から合憲判断を下したにすぎず、胎児認知子と生後認知子の取扱いの違いに合理性があることを正面から論証したわけではない。それどころか、補足意見では、国籍法 3 条 1 項の合理性について疑義が述べられているのであるから、平成 14 年最判も、国籍法 2 条 1 号の規定が、国籍法 3 条 1 項と相俟って差別を生じさせる可能性についての認識を有していたとあってよいように思われる。

また、生後認知による国籍の生来取得を認めないという解釈も、絶対的なものではなかった。国籍法 2 条 1 号の解釈において認知の遡及効を否定した平成 9 年最判そのものが、その例外を認めている。すなわち平成 9 年最判は、前婚の嫡出推定が働いているため胎児認知ができず、やむなく、母の前夫との親子関係不存在を確認する審判を得た後に生後認知がなされた事案について、「客観的にみて、戸籍の記載上嫡出の推定がされなければ日本人である父により胎児認知がされたであろうと認めるべき特段の事情がある場合には、右胎児認知がされた場合に準じて、国籍法 2 条 1 号の適用を認め、子は生来的に日本国籍を取得する」としているのである。

そう考えると、本判決が、国籍法 2 条 1 号の規定によって生じる差別の不合理性を指摘していることは、平成 9 年最判、平成 14 年最判と相反するわけではなく、むしろこれらの判決の問題意識を引き継ぐものと評価できるように思われる。

なお、この点について、田原裁判官の補足意見が「胎児認知子に当然に日本国籍の取得を認め、生後認知子には準正子となる以外に日本国籍の取得を認めない国籍法の定めは、憲法 14 条 1 項に違反する」と明言していることが注目される。

### 3 違憲状態解消のための判断手法

では、国籍法 3 条 1 項の適用によって生じた違憲状態の解消はどのようにして行うべきか。この点について本判決は「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のみを除いて合理的に解釈」する手法をとっ

ている。このような、法律が定める権利利益付与のための要件の一部を除外して解釈適用することによって平等原則違反の状態を是正するという判断手法は、最高裁レベルでは本件で初めてとられたものである。

かかる判断について、反対意見は「法解釈としては限界を超えている」（甲斐中・堀籠反対意見）として厳しく批判する。しかし、この批判に対しては、今井裁判官の補足意見（那須・涌井裁判官が同調）が詳細な反論を展開している。

私見は本判決に賛成である。確かに、国籍法の文言だけを観察すれば、「非準正子が届出という手続によって国籍を取得できないこととなっているのは・・・2条及び4条の必然的結果」にすぎず、国籍法3条は「準正子でありかつ同項の定めるその他の要件を満たす者」を「優遇する趣旨なのであって、殊更に非準正子を排除しようという趣旨ではない」（藤田裁判官意見）といえなくもない。そうすると、「立法不作為の状態が存在しているにすぎない」とする甲斐中・堀籠裁判官反対意見の立場もそれなりの説得力があるように思われる。

しかし、そもそも、「優遇」が「排除」ではないという理解に問題がある。今井補足意見が「国会が同項の規定を設けて準正子のみが届出による国籍取得を認めることとしたことにより、反面において、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」と述べるように、そもそもある者を合理的理由なく優遇することは、それ以外の者に不当に不利益を負わせることと表裏の関係にある。すなわち平等原則の点からは、合理的理由のない優遇自体が差別を構成し、優遇を受けられない者を排除しているというべきである<sup>15)</sup>。

15) 高橋・前掲注10) 60-61頁は、準正子かどうかによって差別していることそのものを問題としてとらえるべきではないかと指摘する。

「差別問題というのは、1つは、区別指標がおかしいのではないかということですね。ですから、その区別指標が非常に問題のある手法を使っている場合には、果たして本当にその手法を使わなければならないような場合なのかどうかを厳格に審査しましょうということになっているわけですね。そうすると、この事件の場合、1つの問題は準正かどうかで区別していることがいいのかどうかということです。ですから、準正子に与えることは全然かまわない。それ以外にも与えなければいけないのを与えていないのがいけないのだ。ただそれだけの問題だ、といわれると、それは差別の問題ではないのかと反論したくなる。」

なお、国籍法3条1項が準正子を合理的理由なく「優遇」しており、その結果非準正子の排除が生じていると考えた場合、そこで生じている差別状態を解消しようとするれば、「本件原告に国籍取得の可能性を与えないだけでなく、国籍法3条1項全体を違憲無効とし、準正子が

また、国籍法3条が「国籍法2条1号が出生時を基準とした比較的純粋な血統主義を採用していること<sup>16)</sup>」からすれば、国籍法は「法的な意味での日本国民の血統が認められる場合、すなわち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、2条はこの原則を無条件で貫き、3条においては、これに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要件（以下「準正要件」という）を付加している」（今井裁判官補足意見）という仕組みをとっていると考えられる<sup>17)</sup>。そして「このような国籍法の仕組み」から考えると「3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」（今井裁判官補足意見）という一種の権利制限規定であるといえる。国籍法3条1項における準正子の取扱いは、「優遇」なのではなく、むしろ、日本人を父とする非嫡出子が当然に受けるべき取扱いを定めた「標準的な制度形態<sup>18)</sup>」であるといわねばならない。

---

国籍を取得しうる道をも閉ざすことで平等取扱いを受ける原告の権利を「満足」させるべき」（長谷部・前掲注9）82頁・脚注24）という帰結になりかねない。しかしすぐ後で述べるように、国籍法3条1項は準正子を「優遇」しているのではなく、日本人父から生後認知された子が当然享受してしかるべき地位を与えているにすぎないのであるから、かかる帰結は導かれなければならないのである。

16) 佐野寛・前掲注9) 89頁。

17) なお、森英明・前最高裁判所調査官は「多数意見は、憲法の平等原則と父母両系血統主義をその解釈の根拠として挙げており、父母両系血統主義の下では、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れば、基本的に日本国籍の取得が認められるべきであるという考えがその基礎にあるものと思われる。」（森・前掲注9）98頁）と指摘している。すなわち、多数意見もまた、明示的ではないが、今井補足意見が提示した国籍法の仕組み解釈と共通する考え方をとっているといえよう。

その上で森前調査官は「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こと等からすれば、自国民の家族に包摂されることが常に重視されているとはいい難く、血統主義について法律上実親子の関係にあることを重視する多数意見の見解は、同法の趣旨に沿わないものとはいえないと思われる。」（森・前掲注9）99頁）と、多数意見の考え方を擁護している。

18) 長谷部・前掲注9) 78頁は「ベースライン（標準的な制度形態）」という概念によってこれまでの最高裁判例を整理し、今回の最高裁の思考方法を明快に描き出している。

「立法裁量のコントロールの手法として、従来の最高裁判例は、違憲審査の前提となる特定のベースライン（標準的な制度形態）が当該制度について存在するか否かを問い、それが存在する場合には、現在の法制度とそのベースラインとの距離を測るとともに、その乖離に合理性・必要性がどの程度あるかを審査する姿勢をとってきた。」「法廷意見の論理の前提は、本件原告が法務大臣に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ぬというものであろう」（長谷部・前掲注9）78-79頁）。



さらに、平成9年最判が、国籍法「3条の規定に照ら」して認知の遡及効を否定したことからすれば、国籍法3条1項の存在そのものが国籍法2条1号の解釈に影響し、生後認知された非嫡出子の日本国籍生来取得を否定する論拠とされていると考えることができる。すなわち国籍法3条1項は、「非準正子には国籍の生来取得も届出による伝来取得も認めない」ことを含意しており、この点からも一種の権利制限規定として機能しているといえる。

そうである以上、裁判所は、非準正子の権利利益<sup>20)</sup>を差別的に制約している

19) つまり、民法784条が認知の遡及効を認めている以上、国籍法2条1号の場合においても認知の遡及効が認められ、生後認知の場合も「出生の時に父・・・が日本国民であるとき」にあたり、日本国籍を原始取得できるといってもよいはずである。しかし、準正による国籍の伝来取得を認めた国籍法3条1項や、簡易帰化による国籍の伝来取得を認めた国籍法8条1号は、日本国民の子であっても日本国籍の生来取得ができない場合があることを前提として置かれた規定である。つまり、国籍法3条1項、8条1号は、その存在自体が、国籍法において民法784条の適用を排除し、認知の遡及効を否定する効果を持つことになるのである。

20) この「権利利益」は、日本国籍という「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」（本件判決）であるといえる。しかし、日本社会と何らの結び付きのない人が、日本国籍という法的地位を当然に享受できるわけではない。ある人が日本国籍という法的地位から排除されることを「権利利益の制約」であるというためには、その人にとって、日本国籍を有することが法的保護に値するといえる論拠が必要であろう。

この点について、「憲法上の国民」が有する「国籍取得権」を根拠とする立場がある。高橋教授は「建前上憲法を制定したのは国民です。論理的には、憲法制定時点において国民は既に存在したわけです。場合によっては、憲法以前に存在する、前憲法的あるいは超憲法的な存在として、国民の存在が想定されているはずですが、その憲法上あるいは前憲法的な国民の範囲を法律で裁量的に決めるといえるのは、論理的には成り立たない」という視点から「国民は国籍に対する権利を憲法上持っている」（高橋・前掲注10）46-47頁）と述べる。そして、その国民の範囲については、国家の三要素のうち、領土と国民の「どちらかの要素で関連づけられる者は、その国に帰属する権利、潜在的に国籍をもつ権利が認められる」「出発点としては生地でもいいし、血統でもいい、どちらかで結び付きがあれば、国民の資格がある」（高橋・前掲注10）49-50頁）としている。

この考え方は、日本の領土で生まれた者には潜在的には国籍をもつ資格がある、という点で一種の生地主義の立場だといってよいように思われる。この立場からすれば、日本で生まれたにもかかわらず日本国民の血統に属しない者が日本国籍を取得できないのは、決して当たり前のこととはいえない。これらの者にも潜在的には国籍取得権があるが、国籍法によって「重国籍を避けるという立法目的のために権利を制限」（高橋・前掲注10）50頁）されている結果、日本国籍の取得から除外されているに過ぎないと考えるのである。

私はこの見解に賛成する。この見解は、「憲法上の国民」の範囲が下位規範である法律によって定められるという背理をしりぞけ、国籍取得の要件についての立法裁量にある程度厳格な枠付けをしている点で、憲法解釈として正当な方向性を示していると考えられるからである。

もっとも、本件判決は、国籍取得が憲法上の権利であると述べてはいない。本件判決は、血統主義を大前提とする国籍法のもとにおいては、日本国民の血統に属する者に、法律上（国

準正要件を無効とすべきなのは当然である。本判決は「立法不作為」を是正するために新たな国籍取得の要件を作り出したわけではなく、既に存在している権利制限規定の一部を無効として適用しないことにしただけであり、何ら司法権の限界をこえたものではないというべきである。

したがって、国籍法3条1項のうち準正要件を適用しないとする本件判決は肯定できると考える。

#### 4 改正国籍法および付帯決議について

(1) 最後に、本判決を受けて行われた国籍法改正について簡単に私見を述べておきたい。

本判決を受け、2008年12月12日には「国籍法の一部を改正する法律」(平成20年法律第88号)が公布された。改正法は、居住要件を設けることなく準正要件を取り除くという法務省原案がそのまま採用された。<sup>21)</sup> 違憲と判断された法律が、最高裁判決の趣旨に沿う形で迅速に改正されたことは、立憲主義の点から高く評価しうるものである。他方で、「国籍」をめぐる国民的な議論がないまま、違憲判決にあわせた応急措置のような改正となったことに疑問がなくはない。しかし、違憲の部分を改正した上で、腰をすえてあるべき国籍

---

籍法上) 日本国籍を取得する権利ないし法的保護に値する利益がある、と考えているにとどまるように思われる。

21)「法制審議会 第157回会議議事録」法制審議会<<http://www.moj.go.jp/SHINGI2/080903-1.html>> (2009年3月30日最終アクセス)。当会議での倉吉敬・法務省民事局長による国籍法改正案の説明を以下引用する。

「今回の改正法案は大きく分けて3つの柱からなっております。まず、一点目は、国籍法第3条第1項が、出生後に日本国民から認知された子が届出によって国籍を取得することができる場合について、父母が婚姻し嫡出子たる身分を取得した場合に限っている点につきまして、『父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した』という要件を削除し、出生後に日本国民から認知された子は、父母が婚姻していなくても、他の要件を満たす限り、届出により日本国籍を取得できることとするというものでございます。

二点目は、国籍法第3条第1項による届出につき、虚偽の届出をした者について、罰則を新設するというものです。これは、認知が届出によって容易にできるものであって、子に日本国籍を取得させる目的で虚偽の認知をするというケースが増加することが懸念されますので、虚偽の届出をした者を罰する規定を新設しようというものであります。

最後に、必要な経過規定を設けるというものです。具体的には、日本人に認知された方のうち、これまでに届出をしていた訴訟の原告と同じような立場の方が国籍を取得できるようにするというものと、これまでに届出をしていなかった方が20歳を超えてしまった後であっても、一定期間は届出期間の猶予を認めるというものでございます。」

取得制度を議論することはできるのであるから、迅速に最小限度の改正を施すという国会の判断は賢明なものといえることができる。

(2) 私は、この改正法の内容にはおおむね賛同する。とりわけ、国内居住要件など、準正要件に代わる新たな国籍取得要件を設けなかったのは妥当な判断だと考える。

もちろん、新たに国籍取得要件を追加することは、再び法の下での平等に反する差別を招来するのでない限り、立法裁量の範囲内の問題として、国会が自由に決定できることではある。<sup>22)</sup> また、偽装認知の防止の必要性や、日本国外で外国人母から生まれた子どもは日本社会との結び付きが希薄なのではないかという観点から、準正にかえて国内居住を新たな要件として設けるべきだという見解が生じるのも理解できなくはない。そして、本判決の原告はいずれも日本で育った子どもたちであり、本判決は原告が国内に居住していることを当然の前提として出されたものであることも否定できない。

しかし、仮に準正要件を撤廃したとしても、国内居住要件を設けるならば、法の下での平等に反する非嫡出子差別が依然として残存する結果となろう。国内居住要件が課されるならば、外国人を母として日本国外で生まれ、日本国外で育った子どもでも、日本人父と母が法律婚をしていれば日本国籍を生来取得できる（国籍法2条1号）のに、法律婚をしていなければ生来取得も届出による伝来取得もできないことになる。これは新たな非嫡出子差別にほかならない。

また、日本国外で出生し日本国外で暮らしている非嫡出子でも、胎児認知を受ければ日本国籍を生来取得しうることを考えると、生後認知を受けたにとどまる子のみ国内居住要件を課するのは、胎児認知子と生後認知子との間の差別という点からも不合理ではないだろうか。

(3) 確かに、国内居住要件等を設けることなく、事実上日本人「父」の生後認知のみによって国籍取得の要件を充足しうる制度のもとでは、偽装認知が増加するおそれは否定できない。偽装認知の増加については立法機関も危機

---

22) 本判決においても、たとえば今井裁判官補足意見は「今後、国会が・・・準正要件に代えて、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ない」と指摘している。

感を持っているようであり、今回の国籍法改正に当たって、参議院では「我が国の国籍を取得することを目的とする虚偽の認知が行われることがあってはならないことを踏まえ、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、認知した父親に対する聞取調査をできる限り実施すること、当該父親と認知された子が一緒に写った写真の提出をできる限り求めること、出入国記録の調査を的確に行うこと等につき、調査の方法を通達で定めること等により、調査のための万全な措置を講ずるよう努めること」および「本法の施行後・・・その施行状況を踏まえ、父子関係の科学的な確認方法を導入することの要否及び当否について検討する等、虚偽の届出を防止するために必要な措置を講ずること」を政府に求める旨の附帯決議がなされている。

しかし、「偽装認知の増加」は制度の悪用の問題にすぎず、(帰化ではなく)届出による国籍取得という制度の必要性を否定する理由にはならない。実際には日本人との親子関係がない者が制度を悪用して日本国籍を取得する可能性があるからといって、真に日本人との親子関係がある非準正子に対する差別(準正要件)が正当化されるいわれはないことに注意しなければならない。そういう意味で、先の付帯決議は、本来国籍を取得できる資格を有する者が国籍から排除される事態を生じさせかねないものである。そもそも現在でも、偽装認知は決して野放しにされているわけではなく、公正証書原本不実記載罪(刑法157条1項)の適用によりその発生を防止し、認知無効確認の訴えによりその是正を図るという制度が用意されている。また、奥田安弘教授は日本の国籍取得制度とドイツのそれとの比較を行い、日本の制度は、国籍取得を目指す者にとって「かなりハードルが高」く、偽装認知が行われにくい制度であることを指摘している。<sup>23)</sup>

23) 「第170回国会 法務委員会 第5号」参議院法務委員会<<http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/sangiin/170/0003/17011270003005a.html>> (2009年3月30日最終アクセス)。2008年11月27日の参議院法務委員会における奥田安弘参考人発言。この参考人質疑において奥田教授は、偽装認知の急増を懸念する議論に対して強く警鐘を鳴らしている。長くなるが重要な指摘を含んでいるので以下引用したい。

「一部の報道では、今回の国籍法改正が成立すると仮想認知が増えるおそれがあるとして、ドイツにおける今年三月の法改正を取り上げております。しかし、このドイツの法改正は国籍法の改正ではありません。国籍法の方は、相変わらずドイツ人父親による認知だけでドイツ国籍の取得を認めております。今年三月に行われたのは民法の改正でありまして、ドイツ

実際に偽装認知が急増するのかどうか、その一方で、本来法改正によって保護されるべき、日本人父の非準正子が順調に日本国籍を取得できているのか、今後の行政実務に対する慎重なチェックが必要である。

とりわけ、参議院の附帯決議で要求された「認知した父親に対する聞取調査」については、父親が認知をしなかったため、やむなく認知の訴え（民法787条1項）による裁判認知が行われた場合には、父親の自発的な協力が期待し難いため聞き取り調査の実施が著しく困難となることが留意されるべきである。また「当該父親と認知された子が一緒に写った写真の提出」の運用いかんによっては、事実上、「日本人父との共同生活の実態」を国籍取得の要件として要求することになりかねず、法改正の趣旨に照らして問題があるといわねばならない。

そもそも、認知届が適法に受理され、法律上の親子関係が民法上は成立しているにもかかわらず、国籍取得届の提出の段階で、親子関係の存在につい

---

の官庁が認知無効確認の訴訟を提起できるようになった、そういう内容でございます。

すなわち、ドイツの民法では、改正前は、認知をした父親本人または認知を受けた子供、さらに母親しか認知無効確認訴訟を提起することができなかったのです。これは法律上、明文の規定による制限です。そこで、新たに官庁もこういう訴訟を起こせるようにしたわけです。

このドイツの例は、三つの点で注意する必要があります。

第一に、ドイツは、仮想認知が増えたからといって、認知のみによる国籍取得をやめませんでした。つまり、国籍法の方は改正しなかったということです。これは、真実の認知を保護する必要があると考えたからでしょう。

第二に、ドイツでは認知無効確認訴訟の提訴件数が制限されておりますが、日本法にはこのような制限がありません。それどころか、公正証書原本不実記載等の罪により刑事裁判で有罪判決が確定した場合は、裁判所から本籍地の方に通知がなされまして、本籍地の市町村では職権によって認知の記載を抹消することになっております。

（中略）

第三に、ドイツではドイツ人父親の認知があれば自動的にドイツ国籍の取得を認めており、我が国のようにさらに加えて国籍取得届を出させるというようなことはしておりません。これは極めて大きな違いであります。

国籍取得届の詳細は、我が国の場合、国籍法施行規則一条や昭和五十九年の通達等に定められておりまして、これらも改正が予定されているようですが、この国籍取得届の取扱いは市町村への認知届とは大きく異なります。すなわち、届出人は必ず自分で法務局に出頭し、届出の際に届書や必要書類の点検を受けるだけでなく、いろんな質問をされた後に受付をしてもらいます。さらに、受付後も法務局の職員は届出人や関係者の自宅に赴いて事情聴取をする等の権限が与えられています。このように慎重な手続を経て初めて国籍取得証明書が交付され、子供の戸籍をつくることのできるのです。したがって、認知のみで国籍を与えるドイツと比較いたしますと、かなりハードルが高いといえます。」

て改めて綿密な調査が行われることについても、疑問なしとはしない。「偽装認知」を防止するのであれば、認知届提出の際に、親子の血縁関係の有無を調査するのが本筋ではないのだろうか。

たとえば、現在のような、国籍取得届提出の段階で認知の有効性を再調査する運用を是認したとしても、少なくとも裁判認知が行われた場合については、裁判所の判断に高度の信用性を認め、法務局による親子関係の調査は差し控えるべきではあるまいか。

## 5 おわりに

この訴訟は、非嫡出子(婚外子)差別の問題とともに、「日本人」とは誰か、「国籍」とは何かという問題を私たちにつきつけた。

この訴訟は、日本人男性の無責任な行動の結果、実の父に引き取られることなくフィリピンで生まれ育つことになった子どもたちの生活状況を改善する意義を有するとともに、原告たちのように日本で生まれ育ったにもかかわらず、日本国籍も、場合によっては正規の在留資格すら認められない人たちがいるという現実を改めて照らし出すことになった。

また、本件判決によって、日本人の血統を有する子どもたちには日本国籍への道が開かれることになったが、同様に日本で生まれ育ったにもかかわらず日本国籍がない人は、他にも大勢いる。たとえば、在日韓国・朝鮮人の人々は、韓国併合からサンフランシスコ講和条約発効までの間、日本国籍を有して(保有させられて)おり、しかも何世代にわたって日本に居住しているのに日本国籍がない。また、オーバーステイの両親から生まれた子どもは、日本で生まれ育ち、人によっては日本人としての自意識を持つまでに至り、もはや日本以外では生きていくことができないにもかかわらず、日本国籍はおろか在留資格すらもない。

さまざまな歴史的・社会的な事情があったとはいえ、私たちはなんと多くの、日本で生まれ、育った人たちを「私たち」の枠から排除し不便さと不合理さを押し付けてきたことであろうか。日本で生まれ育ったにもかかわらず超えられない制度的差別に直面するのは本件で原告となったJFCネットワーク (Japanese-Filipino Children) の子どもたちに限らない。国籍取得制度をめぐる

議論では、非嫡出子差別の解消や血統主義の徹底・拡充ということのみならず、この日本で生まれ育ち、日本の社会でしか生きていくのが難しい多くの人たちを、どのようなステイタスで受け入れるのか、という根本的な問題への目配りを忘れてはならないはずである。

---

24) 近藤博徳「法の下での平等に反し無効、婚外子の日本国籍を認める-国籍確認訴訟・最高裁大法廷の判決」青年法律家 449 号 8 頁以下<<http://www.seihokyo.jp/449.pdf>> (2009 年 3 月 30 日最終アクセス)。この論文において近藤弁護士は、「なお、最高裁判決を受けて、これから法改正が行われるが、その方向性は必ずしも楽観できるものではない。NGO とともに議員に働きかけていくと同時に、これを機会に、国籍法だけではなく全般的な外国人制度の改正に向けて監視をしていく必要があると感じている。」と述べている。