

〔特集〕 憲法訴訟を考える——国籍法違憲訴訟を通して

## 鼎談

——国籍法 3 条 1 項から見える「日本」——

近 藤 博 徳  
木 棚 照 一  
戸 波 江 二

- I はじめに
- II 本判決の概観
  - 1 法 3 条 1 項の制定経過での議論
  - 2 本判決の意義と問題点
  - 3 本判決の前提としての国籍の意義
- III 国籍取得権と平等
- IV 法 3 条 1 項の立法目的
  - 1 本判決での立法目的の認定
  - 2 立法目的と手段との合理的関連性の基準
  - 3 法 3 条 1 項の本来の趣旨
  - 4 諸外国の法制度を援用することの意義
- V 法 3 条 1 項の立法事実の変化
  - 1 立法事実の変化論
  - 2 立法事実の顕出方法
- VI 国籍付与の論理
  - 1 婚姻要件の一部違憲無効による国籍付与
  - 2 国籍付与の理論構成
  - 3 救済の必要性
  - 4 一部違憲無効の意味と他事件への応用可能性
- VII 質疑応答
- VIII まとめ——国籍を考える視点

### I はじめに<sup>1)</sup>

本鼎談は、国籍法 3 条 1 項<sup>2)</sup>の「父母の婚姻及びその認知」という国籍取得

1) 本シンポジウムの開催にあたっては、Waseda International Team for Human Rights (WITH, 国際人権分野への関心が高い法務研究科の学生サークル) 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。

要件が違憲無効とされた、戦後 8 つ目となる法令違憲判決の意義と課題、および同判決が問いかける国籍の意味について、近藤博徳弁護士（原告代理人）と木棚照一教授（国際私法学者）を迎え、戸波江二教授（憲法学者）を司会として、2008 年 11 月 15 日に早稲田大学大学院法務研究科で開催されたシンポジウムの内容を加筆修正したものである。

戸波：基調講演<sup>3)</sup>で述べられた、近藤さんの熱のこもった、非常に緻密な理論構成に大変感銘しています。私は、もう少し単純に考えていたんですけども、弁護団として、あるいは主任として、準備書面を書かれた近藤さんから、重要なご指摘がたくさんありましたので、議論すべき論点が多数あります。

この国籍法の違憲判決の事件は、実は前々から注目されていました。まず、平成 14 年 11 月 22 日の最高裁の判決<sup>4)</sup>の中で、補足意見が国籍法 3 条の違憲性について論及しています。それから平成 17 年に第一事件の第一審判決<sup>5)</sup>が違憲判決を出し、そして翌年の平成 18 年に、第二事件の第一審判決<sup>6)</sup>が出たわけです。



近藤さんは、第二判決の事件に主として関わられ、そこで違憲判決が出ました。第二事件の第一審の違憲判決の方が論理的にも説得的で評価されたんですけども、いずれも、それが高裁で覆って、さらに最高裁に上告されたということで、非常に注目されていました。

また、注目されたのは、説得的な違憲判決が控訴審で逆転し、上告されたということに加え、もう一つは、憲法訴訟論の観点から、日本に住んでいる子どもで、父親が日本人であるにもかかわらず国籍が取れないという訴訟なので、何とか救済を図ることができないか

3) 本鼎談に先立って、本シンポジウムでは近藤博徳弁護士による基調講演が行われている。同基調講演については本誌本号の 1-20 頁を参照。

4) 最判平成 14 年 11 月 22 日判時 1808 号 55 頁。

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

6) 東京地判平成 18 年 3 月 29 日判時 1932 号 51 頁。

ということでした。つまり、少なくとも日本人の父に認知されたという子どもが実際に不利益を被っているという状況の中で、法律ではだめでも、何とか司法で救済できないかということで、いわゆる「筋のよい憲法訴訟」として、本事件は出てきました。

ですから、最高裁がどういう判決を下すかが、非常に待たれていたわけです。これは、後ほどまた近藤さんからご説明いただきたいと思いますが、当初は権利付与の判決が出るかどうか危惧されていたんですけれども、最高裁はそこまで踏み込んで認めました。最高裁判決について、近藤さんによれば、弁護士の意見を聞いていないというところをご不満であるということですが、他方で、最高裁は最高裁なりにいろいろと論理を使って国籍付与の判決まで出しているのです、これは憲法訴訟としても非常に画期的な判決であると思います。

せっかく本日は事件を担当された近藤博徳先生と、国際私法学者で国籍法についても造詣の深い木柵照一先生にお越しいただいたので、これから残りの時間、できる限り問題を深めたいと思います。

## II 本判決の概観

### 1 法3条1項の制定経過での議論

戸波：まず、最初に木柵さんから、この判決をどうお考えになるか。お話をいただきたいと思います。

木柵：私の専攻は国際私法ですが、日本では、血統主義をとることとの関係で、国籍法の研究は、主に私のような国際私法学者がやってきました。私が国籍法をやっているのは、山田鐸一先生という名古屋大学の名誉教授のもとで助手をやっていた時に、江川英文先生と山田先生の共著の法律学全集の国籍法を仕上げるお手伝いをしたことが、一つの契機になっています。

本判決の背景として、まず、国籍法3条ができた当時の議論に少しでも触れておきたいと思います。この議論は、法2条1号の父母両系主義から生ず

るものです。

そもそも、父系優先血統主義は憲法違反だという議論は古くからありまし



た。そして実際に訴訟が行われて、昭和 57 年のシャピロ事件<sup>7)</sup>という東京高裁の判決が出ています。それから、昭和 56 年の東京地裁杉山判決等<sup>8)</sup>があるのです。この事件で、父母両系血統主義にするべきだという主張を、山田先生などがかなり説得力のあると思われる鑑定書を書いて出したんですが、違憲とは認められなかったんですね。それ

から土井たか子<sup>9)</sup>さんが国籍に関する本を出したり、いろいろと議論がありました。そうした国内的な運動にもかかわらず、全然法務省は動かなかったんですね。

私が 1979 年から 1980 年にドイツへ留学をしている間に、通産省から留学に来ていた人に、国籍法について調べたいから協力してくれないかと訊かれたことがあります。日本が女性差別撤廃条約を批准することとの関係で、法務省は父母両系血統主義に移行する予定である、だから調べてほしいという依頼があったということでした。

そして帰国後、1984 年にその改正がされました。そこで法 3 条の議論として出てきたのは、基本的には、父母両系主義による、血統主義の補充でした。

日本の判例では、子どもを産めば当然法律的に産んだ者との間に母子関係が生ずることになっています。ですから、当然、母子関係については、嫡出であるか否かを問わず、母が日本人であれば日本国籍を取得するということになります。一方で、父については、出生前に死亡した父が死亡当時に日本国民であれば、子は日本国籍を取得するという規定があります（法 2 条 2 号）。母についてはそれがありませんよね。これらの法制度を踏まえると、法務省の考え方は、子どもが生まれた時に、母は当然生きている、という前提にな

7) 東京高判昭和 57 年 6 月 23 日行集 33 卷 6 号 1367 号。

8) 東京地判昭和 56 年 3 月 30 日行集 32 卷 3 号 469 号。

9) 土井たか子『国籍を考える』（時事通信社、1984 年）。

っていると言えます。そのような考え方から、母に関しては血統だけで日本国籍を認めるのが当然だということになりました。

それに対して父子関係というのは、日本の立場で言えば、認知というものがどうしても必要になってきます。それとの関係で、生来的国籍取得を認めるための基礎としての「日本人との法律上の親子関係」の存在を判断する時点は、出生当時に限っております。そうすると、胎児認知の場合には出生当時から「日本人との法律上の親子関係」が存在するため問題ないのですが、生後認知の場合は、判断時点である出生当時には、父子関係がないわけですから、血統主義の趣旨を貫くためには、結局、他の方法が必要になる。そこで届出による国籍取得というものを法3条で認めるということが必要になり、その場合の要件をどうするかが問題になったわけです。

この当時は、女子差別撤廃条約や児童の権利条約など国際人権に関するいろいろな条約に国籍の規定があったのですが、日本の政府の考え方としては、そこにはあまり目が行かなかったようであります。そこで、いわゆる準正ではなくて、基本的に認知の要件で届出による国籍の取得を認めるべきだ、という主張が学者グループから出されました。

しかし、法務省は、比較法的に見ても、そういう場合に認知だけで届出による国籍取得等を認める例は、途上国に少数あるだけで、先進国にはないという反論をしました。調べてみれば、確かに当時は少なかったんですね。その後の経緯を踏まえて、国籍法3条の合憲性が争われたのが本件の訴訟であります。

## 2 本判決の意義と問題点

木柵：私自身は、いわゆる準正子と単なる認知を受けただけの子どもをこのように差別する合理的な根拠はないであろうと、立法目的とその手段を見ても明らかに不合理なのではないか、という考えを持っております。従いまして、この第一事件の判決で地裁が違憲判決を出した時に、私は評釈を出して

10) 女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約9条2項。児童の権利に関する条約2条、7条1項2項など。世界人権宣言15条、市民的及び政治的権利に関する国際規約24条3項。木柵照一『逐条註解 国籍法』207頁（日本加除出版、2003年）。

11) 木柵照一「判批」判タ1215号252頁。

賛成いたしました。この最高裁の大法廷判決も、基本的には第一事件の第一審判決と同じような線に乗っていると思っております。

問題となるのは、一部無効で準正の要件だけを削って、認知があれば届出により国籍取得を認めることの可否です。この点は、立法裁量がいろいろありうるのです。たとえば、第一事件では内縁関係が準正に含まれるのかが問題となりました。いわゆる正妻は別にいるわけですが、内縁関係で週何日かは日本人男性が通ってきて、子どもも一緒に生活しているという事案だったのですが、第一審判決は、準正は法律上の婚姻だけでなく内縁も含むのだ、という解釈をしました。ただ、この第一審の解釈には少し無理があると思います。やはり基本的には、婚姻を要件とすること自体が問題なのではないかと思うのです。

ただ婚姻要件を外した場合でも、日本での居住要件とか、いろんな要件を付加する可能性がまだありますね。で、付加したからと言って不合理な差別と言えるのかというと、なかなかそうは言えない部分があって、解釈の余地はあったんですね。そう考えると、大法廷判決が、こういう形で違憲判決をして日本国籍の取得を認めるかどうかについてはかなり疑問があります。

最高裁は、とにかく立法そのもの、社会関係の変化というものに着目して今回の判決を出した。それは確かに、近藤さんが言われていたように、若干不満があるというのもわかるのですが、だけどこれ、立法当時の状況から言えばね、結局比較法的に見ても、学者グループで婚姻要件を外す議論をしても、婚姻要件に対して完全に反対できるほどの資料がなかったんですね。結局、認知だけでやっているのは少数ですよ、それも発展途上国が中心ですよと言われると、ちょっと法務省を説得することが難しい。反対する先進国の立法例がもう少しあれば、そこは日本の立法の際にも反論できたかもしれません。しかし、それはちょっとなかなか難しかったと思います。

その後、80年代後半から90年代、新しい立法がヨーロッパでたくさん出てきます。これは非嫡出子の法的地位に関する問題が非常に深刻な問題と認識されたところから、社会運動として展開されて出来てきたものです。

それらを踏まえて考えていけば、確かにもう一つ突っ込んでほしいというのもわからないことではないのですが、最高裁の判決が、不合理な差別とい

う法律構成をとって、一部違憲無効と言って、届出による国籍取得を認めたのは、かなりの英断であったと言えます。この判決は、国籍とは何か、というものを皆さんに投げかける一つの大きな材料になるし、非常によい判決ではないか、と私自身は思っています。

### 3 本判決の前提としての国籍の意義

木棚：また、本判決を考える際には、国籍とは何かという、事件の根底に横たわる問題が出てこざるをえなくなると思います。

日本では、明治32年までは、国籍というのは、やはりイギリスの国王と臣民との関係のような永続的忠誠関係を基礎としていたと考えられていました。ひとたび国民たれば永久に国民たれと。それは、日本の政治も政府もイギリスと似ていたものですから、国王と臣民というイギリスの国籍の考え方を、いわゆる国家と国民の関係にひきなおしていたのです。明治32年の国籍法上、国籍離脱の制度もなかったのは、イギリス的な考え方を継受したからなのです。

国籍の持つ意味の歴史的な変化をざっと概観しますと、明治32年の国籍法においては、これは家制度の一環で、一つの家に属する人は同じ国籍でなければいけない、この時はそのような考え方だったんですね。夫婦国籍同一の原則と親子国籍同一の原則がありました。それが、昭和25年の国籍法で変わりました。この改正で、国籍が個人主義的なものになったとされています。しかし、父系優先血統主義は変わらなかったのです。それが、1984年（昭和59年）改正で、ようやく父系優先血統主義が父母両系血統主義に変わりました。

しかし、まだ一部分で過去の残映が残ってしまったんです。つまり、家族生活・家族関係への包摂というのが国籍法3条の目的という指摘が、近藤さんの方からございましたが、おっしゃるとおり、やはり日本の家族制度の中で、国籍というものが家族関係への包摂というように捉えられていて、その考え方がまだ残ってしまったのです。その部分が今回問題とされて、国籍を家族関係への包摂関係の有無によって捉えてよいのかという大きな問題が提起されております。

国籍というのは基本的には社会契約的に考えるべき<sup>12)</sup>なので、この判決を契機にして、国籍についての国民的合意が形成されていくことが望ましい、と私自身は思っております。国家と国民の関係性を権力関係として見て、国家の側からのみ国籍を考えるという視点が、従来日本ではどうも強すぎる。その点が強すぎたところに、問題があると思います。私は、やはり国民の側から、そして社会契約的な合意をどのように形成するのか、という重要な観点から議論すべきであり、社会が変われば国籍の考え方とか解釈も当然変わっていくべきだと、そういうように思っております。この判決がそういう議論の契機になれば幸いです。

### Ⅲ 国籍取得権と平等

戸波：ありがとうございました。続きまして、国籍を取得する権利という話にいきたいのですが、この点について弁護団としては賢明な選択だったと思うんですが、それを正面から出さないという争い方をされたこともあり、他に重要な論点がたくさんあるので、国籍取得権の話については、平等論との関連で、私の方から若干の指摘をするにとどめたいと思います。

一般に、違憲主張として、平等違反というのは弱いのです。すなわち、弱いというのは、通常は表現の自由や信教の自由の侵害という実体的権利の侵害が主張されますから、そこでの平等違反の主張は、いわば付随的・副次的で第二義的な違憲の主張ということになります。たとえば、A という宗教団体が宗教法人認可の申請の際に差別的に扱われて不認可となったという事例では、A は憲法 19 条違反を主張するのが普通で、憲法 14 条違反は持ち出さないと思います。また持ち出した場合でも、裁判所はまず憲法 19 条違反かどうかを審査し、憲法 19 条違反ならば同時に憲法 14 条違反、憲法 19 条違反でなければ憲法 14 条にも違反しないと判示するのではないかと思います。憲法 19 条がメインで、そこで合憲だということになれば、不平等取扱いについても「合理的理由がある」ということで憲法 14 条違反ではない、ということに

---

12) 木棚・前掲注 10) 7-8 頁。

なります。この意味で、平等違反の主張は副次的であって、正面から権利侵害を主張するのではない。

けれども、場合によっては、平等違反が前面に出てくることがあります。その一つの例が、ある国家行為が実体権の侵害という視点よりも、特定の人的グループを不平等に、特に不利益を課しているために平等違反だと主張される場合です。たとえば、女性差別の多くの場合がそれにあたりますし、また、非嫡出子の法定相続分差別があります。後者の場合に争われるのは、実体権としては相続権・財産権の制限ですが、訴訟ではむしろ「非嫡出子」への差別的取扱いが問題になりますし、なるべきなのです。財産権だと「合理性審査」であり、立法裁量論となりがちですが、非嫡出子差別ですと「実質的関連性審査」となることも、注意されるべきでしょう。

平等違反が前面に出てくるもう一つが、「実体権」の中身がはっきりしない場合です。たとえば、福祉給付の受給権の差別がその例です。ある福祉給付について、AがもらってBがもらっていない。そこで、Bがそれを平等侵害だと主張することになります。この場合に、実体権としての福祉受給権が考えにくいので、平等違反でいくわけです。日本では、憲法 25 条の権利がプログラムで立法に依存しているという解釈が有力なため、憲法 25 条違反が言いにくいという事情があるので、平等違反が登場する。これに対して、アメリカでは、福祉受給権といった憲法 25 条のような条文はありませんが、平等違反を使って受給権を導き出した判決があります。このような平等条項によって結果として「実体権」を認めさせることが出来るわけで、これはいわば「平等条項の権利導出機能」とよぶことが出来ます。

つまり、このような平等違反の主張によれば、Bの請求権が出てくるとか、実体的な権利が出てくるとか、平等条項がそういうふうな機能的な働きをするのです。AがもらってBがもらっていないことが不平等だから、Bにも給付せよ、という議論です。そしてもしそれが認められることになると、結果としてBは給付請求権が認められることになり、そこでは憲法 14 条があたかも「福祉受給権」という権利を創出したという状況が生じます。これが「平等

---

13) See, e. g., United States Department of Agriculture v. Moreno, 413 U.S. 528 (1973). なお、米沢光一「福祉受給権をめぐる憲法問題（二）」民商 79 卷 1 号 66 頁以下参照（1978 年）。

条項の請求権的機能」とよばれるものです。日本でも、堀木訴訟<sup>14)</sup>のように14条を使って、児童付与手当を請求出来るのではないかという形で請求権を争う訴訟戦略が出てくるのですね。

以上のように考えると、国籍法違憲訴訟でも、実体権としての「国籍取得権」を考えなくとも、準正子の国籍取得との関係で非嫡出子の差別を争うことが有力となります。そして、法3条1項が準正要件について、非準正子を除外していることが平等に違反して違憲だということになると、非準正子には、まさに国籍を取得出来るという地位が事実上認められ、そして、実体的な国籍取得権が事実上認められる、実は平等違反というのはそのような積極的な働きを果たす、ということだけ、私からの説明を加えさせていただきます。

## IV 法3条1項の立法目的

### 1 本判決での立法目的の認定

戸波：一番肝心の立法目的の認定について、近藤さんは、「家族関係の日本との結び付きが立法目的であることの十分な証明がない」と、また「準正子と両親の同居という問題については因果関係がないし国も証明は出来ないと言っていた」とおっしゃっていました。その点をちょっと補充すると、多数意見は、立法目的については、法2条が血統主義で、それに加えて、法3条で我が国との結び付きの要件を満たす者に対して、補充的に国籍を与えているのだと立法目的を認定しています。

その立法目的の認定の仕方について、近藤さんからご説明、と言いますかご批判があったかと思しますので、もう一度詳しくお聞かせ願えればと思います。

近藤：立法目的について、多数意見は、血統主義を基調としつつ日本との密接な結び付きが認められれば出生後の国籍取得を認める、というものである

---

14) 最大判昭和57年7月7日民集36巻7号1235頁。

としています。これに対して国側の主張は、法3条は婚姻と出生の先後関係による不均衡の是正が目的だ、というものです。つまり、国側は、立法目的について多数意見が挙げているようなことを、全く言っていないと思います。では私たちが多数意見のような主張をしたかということ、今から振り返ってみると、こういうふうに表現することも出来るんだなという気はしていますが、明確に意識しては行っていません。つまり国側は準正子に国籍を認めることが法3条1項の目的だと主張したため、これに対して私たちは準正の有無すなわち両親の婚姻の有無による差別という目的自体に合理性がない、と反論したわけです。ところが最高裁は、目的と手段を分けて憲法適合性を吟味する中で、私たちが立法目的についての議論だと認識していた準正要件を、目的と手段の合理的関連性についての議論に置き換えているわけですね。ですので、多数意見がどうしてこういう目的の定立の仕方をしたのか、なぜ準正要件を一つの指標というふうに位置付けた上で、立法当時には合理的関連性があると言ったのかは、私自身としてはこれまでよくわかりませんでした。

今の木柵さんのお話を聴いて、やはり立法時には、動かし難い、家族制度に対する強い信念みたいなものが、国家と行政の側にあって、それを崩して、認知のみで国籍を与えてよいとすることが、難しかったのだということが理解出来ました。

ただ、多数意見の「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、父母の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密接な結び付きの存在を示すということには相応の理由があった」という判示部分については、これで十分なのか私としては疑問を感じます。木柵さんがおっしゃったような背景があったとしても、この判示からは読み取れませんし、私を含め立法の経緯を知らない人にはそこに含まれた内容を読み取ることは出来ないと思うんですね。最高裁の判決として、合憲性の判断に関する重要な部分についてこういう判示の仕方でののだろうかということを、今伺って、逆に、改めて疑問として思いました。

戸波：一般論を申しますと、立法目的というのは、立法の動機とは区別され

るとというのがアメリカの憲法訴訟での考え方です。立法の動機というのは本音です。本音はともかく建前として、こういう目的のためにこの法律が必要だと言って立法されると、その建前としての目的を立法目的として審査します。つまり、裏の本音のところは見ずに、形式的にせよ立法の目的として出されたものを、立法目的として審査するということです。

日本でも実際に、動機が不純で建前とは違っているときに、その建前の方を立法目的として認定して審査した例があります。例の薬事法の距離制限<sup>15)</sup>がそれで、あの場合の立法の動機は既存の薬局業者保護なのですが、立法者のいう立法目的は国民の健康ということだったので、裁判所の審査では国民の健康を立法目的として審査しました。

## 2 立法目的と手段との合理的関連性の基準

戸波：もう一つ、立法目的と、立法目的の手段との合理的関連性という審査方法について付け加えますと、これは、通常なら実体権の侵害の合憲性の審査について使われる審査方法です。そして、立法目的が正当かどうかということと、法律でとられた規制手段が立法目的と合理的に関連しているか、という形で審査がなされる。

平等違反についても、規制手段と立法目的との合理的関連性を審査するというのが一般に支持されているんですけども、実際にはやや違った平等違反の審査が行われます。つまり、平等違反の場合には、立法目的の達成のためにとられた手段として、不平等な差別的な取扱いがなされており、その差別的取扱いが平等違反ではないかが審査されるわけです。だから、平等違反はとられた区別が立法目的と合理的に関係するかどうかにかかわらず、あるいはもっと極端に、立法目的と合理的に関係しようがしまいが、採用された差別的取扱いが不平等かどうか審査されることになります。たとえば、民法 900 条 1 項但書の、非嫡出子の法定相続分について、法律婚の尊重という目的から、非嫡出子については半分にする、という手段をとる。立法目的と手段の合理性と言っても、本当は、とられた手段について、その区別をとったことがよいかということが、まさに議論されなくてはならないところです。

---

15) 最大判昭和 50 年 4 月 30 日民集 29 卷 4 号 572 頁。

この意味で、普通の人権侵害と平等違反の審査では、若干、審査方法において食い違いがあるという感じがします。

以上のような平等違反の特質について、今度のジュリストの特集で高橋和之さんが指摘されている。高橋さん自身まだ論理化してはいないんですけども、権利侵害アプローチと平等違反アプローチとの違いを指摘しています。この国籍法の事件でも、近藤さんが今言われた立法目的と達成手段との関係がはっきりしないという問題も、やっぱり、準正子と非準正子の区別を法3条がとりいれているという、そのところに平等違反の違憲性があるわけですから、それが立法目的の問題なのか、達成手段の合理性なのかははっきりしないとおっしゃるのは、そういう意味ではわかるような気がします。

ただ、この事件で問題となった法3条1項との関係では、多数意見のように立法目的を「我が国との密接な結び付き」の認められる者に国籍を付与する趣旨であると捉えることは、必ずしも出来ないわけではないと思います。もともと最高裁判決が出される前までは、法3条1項の立法目的については、法2条の血統主義を延長ないし補完する規定と考えられていました。つまり、法2条では血統主義をとりつつ、生後認知を受けた子どもは国籍を取得出来ないで、それを補完するために法3条1項を設けた、と一般に考えられてきました。ところが多数意見は法3条1項について「我が国との密接な結び付き」という目的を掲げて、法2条の血統主義とは切り離して立法目的を認定したわけです。この多数意見の見方は、原告弁護団の側で基本的に法2条の合憲性を争わない、つまり法2条での生後認知の排除の違憲性ないし生後認知による国籍の遡及的付与を争わないという立場とも一致する。法2条の血統主義とは別に、法3条1項で国籍付与の要件を「我が国との密接な結び付き」を有する者に国籍を付与する新たな規制を設けたということになるからです。

立法目的を「血統主義の補完」と見るか「我が国との密接な結び付き」と見るかによって、違憲審査の方法や結論についてはあまり変わらないと考えることも出来ます。けれども、「我が国との密接な結び付き」でいくと、規制

---

16) 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 59-60頁〔高橋発言〕(2008年)。

手段として、準正子にのみ国籍を与え、生後認知の非嫡出子であるだけでは与えないという手段選択の合理性が問題となり、準正子要件が「過剰規制」であるという論理が認められやすくなるように思います。「血統主義の補完」の論理ですと、法2条で生後認知を確定的に排除し、しかもそれを「合憲」と解することとの関係で、法3条1項の「準正子」要件を違憲とする根拠がやや薄弱になるとも考えられます。

木棚さん、法3条の目的のところではいかがですか。

### 3 法3条1項の本来の趣旨

木棚：この点に関する法務省の公式見解<sup>17)</sup>というのは、血統主義の補充をあまり強調しないわけですよ。結局、今言われましたように、婚姻の前後によって、あまりにも大きな相違が出てくることは望ましくないから、そこをさ



しあたり解消したと。こういうように見解は言うのですが、ただ、なぜ解消しないといけないのかということになると、結局は血統主義になっていくのです。母子関係、父子関係の違いはあっても、出生当時の父子関係が確定出来ないとしても、それに準ずる形で、血統がある人については、日本国籍を取得させる機会を与えよう、とい

うのが本来の趣旨のはずなんです。法3条はこれをあまり前面に出さなくて、結局、婚姻関係云々という形でやっているけれども、学者は、そういうことを言っていると思うんですよ。たとえば、当時、国籍法の部会の委員長は、東大の池原教授だったと思うんですが、池原先生もそういうことを認めているんです。そうすると、今度は、そこところは認知だけでよいのではないか、という主張が強くなって来る。そこを封じようというのが、さしあたりの法務省の公式見解などに出てくる考え方であろうと私は考えています。

17) 黒木忠正=細川清『外事法・国籍法』304頁(ぎょうせい, 1988年)。

近藤：今の木柵さんのお話，それから先ほどの戸波さんのお話との関連で申し上げます。

国側は，民法上の条文をいくつか挙げたり，<sup>18)</sup>あともう一つは，よく問題になっている民法 900 条但書の相続分の差別について，裁判所でたびたび合憲とされている，ということ挙げて，法律婚尊重主義というのが，日本の民法を含めて法律の基本にあることを一つの根拠として出しているんですね。一見すると，ほ一，なるほどな，と思うのですが，ただ，たとえば民法 900 条の場合は，差別を設けることによる効果が異なります。非嫡出子の相続分を減らすことによって，嫡出子の相続分は増えるわけです。つまり，差別を設けることによって，一方の利益と他方の不利益が裏表の関係にあるわけです。

ところが，国籍についてはそういう関係にはない。非嫡出子に国籍を与えないことによって嫡出子が国籍を取りやすくなる，ということはないわけです。片方の地位を上げるだけで，嫡出子の地位が下がるわけではないんですよ。そういう意味では，国籍取得をめぐる嫡出子と非嫡出子との間の差別扱いは，法定相続分をめぐる嫡出子と非嫡出子との間の差別扱いとは問題状況がずいぶん異なっていて，法律婚尊重主義というのがストレートには法 3 条 1 項の根拠にはなりにくいのではないかと，思います。

法 3 条 1 項は，非嫡出子を嫡出子と同じ扱いにしてはいけない，ただそのためだけに差別を設けているような印象があります。そのあたりが，まさに立法当時の発想なのかな，と。家というか，嫡出親子関係というものを，とにかく尊重したいということです。だから，非嫡出子とはとにかく下げておきたいと。非嫡出子を下げることによって，嫡出子の身分がどうなるかということに関わらず，非嫡出子を下げたおきたいというだけの発想なのかなと，今，話を聞いていて思いました。

#### 4 諸外国の法制度を援用することの意義

木柵：非嫡出子はそうだと思うんですが，私の当時みたところでは，やはり，

---

18) 民法 739 条 1 項。

さっき言ったような、出生当時における法律上の父子関係が認められない場合でも、何らかの血統主義による補充の制度が必要だということまでは認めたんですよね。ところが、やはり国籍概念があるんですよね。父子関係の場合に非嫡出親子関係にあるときには、準正ぐらいは必要だとして、要件、制限をつけてきたんですよね。そこで根拠の一つとなっていたのは、やはり、当時の諸国の比較法なんです。その当時の諸外国の法律の中で我々も探してみたんですが、認知のみで足りるとする立法例はあまり多くなかった。もうちょっと研究すればあったのかもしれないが、弱かったんです。それから、もう一つは、当時の私たち学者のところも弱かったんだと思うけれども、国際人権法という議論が、今ほど盛んではなかったんです。ですから、世界人権宣言の15条だとか、国際人権B規約（市民的及び政治的権利に関する国際規約）の24条3項とか、児童の権利条約（児童の権利に関する条約）の7条1項・2項とか、こういったものがいろいろあるわけですから、併せて主張して、女性差別撤廃条約（女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約）9条2項だけではなくて、国際的な条約からしても、まさに今のような場合に準正という要件は課すべきではないという議論が出来れば良かったんですが、まだそのところの議論が、やっぱり十分に成熟していなかったのかなあ、と私自身は思います。

**近藤**：今の木棚さんの話は、私もよく理解出来ます。で、戸波さんに質問なのですが、たとえば諸外国の法制度が準正の要件を要求していないとか、認知のみにより国籍を認める制度がまだ少なかったとか、国際人権法の考え方が未発達だったとか、そういう状況が事実として存在していたとして、そのことが立法目的あるいは立法事実としてどのように考慮されるのか。そこが、よくわからないのです。

たとえば、改正前の国籍法が父系優先血統主義を採用した理由は重国籍の防止が目的だったとされています。当時は父系優先血統主義の国が多かったので、全ての国が父系優先血統主義であれば、皆、父の国籍しか承継しませんから、重国籍の発生は回避出来たわけです。しかし他の国がみんな父母両系血統主義に変わってくると、日本だけ父系優先血統主義を維持しても重国

籍は回避出来ないから、逆に父系優先に固執する必要はない、ということになったわけです。このように、諸外国の法制度が変わることと、日本の制度を変えることとの論理的な関連はありえると思うんですよ。

けれども、今の木棚さんのお話、つまり、当時諸外国では準正要件を設けていたということと、日本で準正要件を設けるかどうかということは、全く別問題のはずです。しかし実際には、立法にあたり諸外国の制度との均衡を考慮したとされる。このような諸外国の制度との均衡というのを、立法目的の合理性の判断として、どういうふうに考慮することが出来るのか、僕はその点よくわからないのですが、どうでしょうか。

戸波：立法目的について、外国がこうだからこういう立法をした、というのではないと思うんですよ。やはり、こういうような法律を作りたいという場合、この法律はこういう目的のために必要なんだということをまず明確にする。その次に、それが正当なんだというために、たとえば、他の国でもこうなっているということを、立法目的の正当化のための副次的要素として考慮していくことはありうると思います。ただ実際に外国での実例の援用が意味を持つのは、ある立法が非常におかしいというときに、それがおかしいというための根拠として、他の国はもう違う法制度になっていることを主張する場合です。それは法律を攻撃するために非常に有力な武器になります。今、国際人権法が盛んになっていることには、こういう理由もあります。つまり、古い、というか違憲の状況を、憲法論だけではなかなか超えられないので、国際人権法の規定や外国の立法例を援用することが有効な手段となっていることだと思います。

いずれにしても、立法目的の認定との関係では、近藤さんが言われたように、あくまでも諸外国の法制度は副次的なものであって、立法目的そのものは、やっぱり立法者が、こういう法律が日本の社会でこういうふうに必要だ、ということによって決まると思います。

## V 法3条1項の立法事実の変化

## 1 立法事実の変化論

戸波：それでは、次に立法事実の変化の話に移りたいと思います。多数意見は、制定当時は国籍法3条1項の立法目的自体に合理的な根拠があって、我が国との密接な結び付きの存在が認められるから合理的関連性があったけれども、その後わが国における社会的・経済的な変化に伴って、今は合理的関連性が失われていると言っております。これをどう見るかというところで、近藤さんは、当事者である弁護団と国のどちらも主張してない変化を一方的に出してきて、当初合憲だったのが後で違憲となったという認定をすることがどういう形でされるのか、という問題提起をされていまして。それから認定の仕方、事実の評価方法についても、果たして国際家族関係の変化と言っても、非嫡出子は増えていないし、1%から1.9%しか変わっていないという反対意見もあるのに、それをどういうふうに認定、評価するのか、という問題点についても指摘していただきました。この点について、まず木棚さんのご意見を伺いたいと思いますが、どうですか。

木棚：統計の数字というのは様々で、取り方によっては違う数字も出てくるんですね。国際結婚と言っても、たとえば、非嫡出子ではなくて国際結婚に注目すると、国際的な婚姻関係の下で生まれた子どもは多様化してしまっていて、その結果、父子関係に基づく子どもの国籍について、いろいろな問題が生じてきたということも出来ます。この観点から言えば、1985年に改正国籍法が施行されたのですが、その時は、国際結婚した夫婦は12,081組だったんですね。それが、2003年のところにいきますと30,039組と約3倍になったんですね。このように数字をどういうふうにとるかによっても違って来るんです。国際結婚数で考えた場合には、かなり大きく変わってきている。

しかも、人の移動も多様化してきています。ですから、国籍法について考える場合に、我々が考慮するのが、近くの国々、たとえば韓国とか中国とか、東南アジアの諸国とか、あるいはアメリカとか、そういうところだけではなく、もっと多様に見ないと、無国籍が出てきたり、いろいろな問題が出てくる可能性があるわけです。そういう観点からすれば、数字として現われる問

題だけではなく、もう一つの、数字の取り方を含めて、数字では現われてこない、いろいろな問題が現実には生じているのです。子どもの国籍のことが怖くて、子どもが産めないとか、結婚出来ないとか、逆にそういうことも含めて社会問題としては生じてきている、ということは事実だと思っんです。

戸波：私からは、三つぐらいお話ししたいと思います。一つ目は、近藤さんもおっしゃっておられるように、法3条1項が制定当初から違憲だったと言ってしまうと、これが法3条全面違憲論になって、準正子への国籍付与までアウトになりかねない、それをどう克服するかが一つの問題だったんです。

「時の経過」論は、それを緩和して、当初は合憲だったとすることで立法府の顔を立て、そのあと社会情勢の変化によって違憲となったとすることによって、いわば「軟着陸」の違憲論を導くことが出来ます。それは同時に、いつから違憲となるかの認定についても弾力的に認定出来るという長所もあります。

二つ目は、国籍法3条について、立法当初は合憲として、時代の流れによって社会が変化するという論理には、説得力があります。実感としては、木柵さんがおっしゃったように、国際結婚だとか、日本の在住外国人がもう圧倒的に増えてきている、生活の中でも身近になってきている、という実感が間違いなくある。確かに、このような関係での非嫡出子の数は、1%か2%かもしれない。しかし、実際問題としては、社会・生活関係では、もう圧倒的に国際化が進んでいる。だから、今回のような無国籍児は、これからも増えていくということは、おそらく数字的にも、何らかの政治的な形でも、生じてくることはないかと思うのです。そして、外国の立法例ではこうなっていると、国際人権条約でも国籍取得権みたいなものが入ってきている、それから、社会関係においてもこういうものが増えている、という説明は、説得力があると思います。特に、必ずしも婚姻という形によらない夫婦・親子関係があるのだ、ということ挙げるということは、現時点での違憲性を強調、主張するには非常に説得力のある議論ではないかと思っています。

## 2 立法事実の顕出方法

戸波：そして三つ目は、最高裁でもって当事者が主張していない立法事実を認定して、自分たちの論理を作るという近藤さんがおっしゃっていた問題です。けれども、この立法事実というのは、必ずしも当事者の主張に拘束されるわけではありません。裁判所としては、司法的確知 (judicial notice) という手段でもって、たとえば鑑定意見を求めたりして、何がどうなっているのかを確定することが出来ますし、また当事者の主張だけに拘束されるといって、客観的で論理的な違憲判断の根拠づけが出来なくなるという面もあります。

違憲審査の当事者主義的構成というのはアメリカに由来するものですが、そのアメリカでも裁判所は様々な手段でもって当事者が主張する事実以外の事実を拾ってきますし、それからドイツでは、当事者の主張の外に第三者の意見やなんかを聴取して判断することもあります。

認定された事実の当否の問題は別として、最高裁としては、つまり違憲審査権を行使する裁判所としては、むしろこの司法的確知という手段を用いた方が、当事者の意見を踏まえつつも、もっと重要な意見をたくさん聞くことが出来て、違憲判決の妥当なものが出てくるという面ではプラスになるのではないかと思うんですけれども、近藤さんはそのような考え方についてはいかがお考えですか。

近藤：多数意見が判示した立法目的、目的の合理性、立法時点での目的と手段の合理的関連性をベースに、立法事実が変化していないと判断されたら負けちゃったわけですから、本件で最高裁が立法事実変化論を採用したこと自体を、非難する立場にはありません。また一般論としても、立法事実が変化したので、当初は合憲だったが後に違憲になった、ということも当然あっておかしくないと思います。

ただ、私が問題だと思っているのは、立法事実が変化したという認定をするときに、こんなおおざっぱな判示でよいのかということなんです。木柵さんがご指摘された様々なデータがあって、裁判所がそれを参考にして判断したのならば、やっぱりそれを示すべきであろうというふうに思うんですね。

戸波さんがおっしゃった、立法事実に関する当事者主義、つまり当事者の主張に裁判所はどこまで拘束されるか、という問題についても、確かに、当

事者が提示していない立法事実を判断の基礎にすることは出来ない，ということはないのだろうと思います。憲法に関する判断ですから，当事者が主張していない事実についても裁判所が調査をして，あるいは公著な事実，顕著な事実として認定出来るものは，それで判断することが出来るのは当然です。その限りでは，職権探知主義が出てくるものなのだろうと思います。

しかし，実務をやっている者の感覚で言うと，立法事実も社会的事実の存否に関する判断が基礎にあるわけですから，その点について主張あるいは反論の機会が与えられないというのは，手続として適正ではないという印象があります。先に「立法事実についてこういう問題があるよ」と指摘をしてくれば，それに対する反論や反対の証拠を提出出来たのに，と言いたくなるわけです。今回の裁判ではこちらが勝訴したわけですし，おそらく事前に立法事実の変化という問題提起がされていても，国側は反論出来なかったのではないかと思います，それでも勝った側から見ても釈然としないものが残ります。今回の裁判では難しかったけれども，他の訴訟では反論が出来る，という場合もあるかもしれないし，裁判所は覚知出来ないけれど当事者が拾ってくれる事実があるかもしれない。それを拾わせないで判断をするのは，不意打ちであるだけでなく，判断として十分ではない可能性がある。

手続の適正を保障することによって結果の妥当性を担保する，という考え方からすると，今回のような判断手法では手続の適正が担保されていないのではないかと。当事者に開示をされていない，反論の機会を与えられていないというのが，この判決の枠組みについての私の疑問点です。

こういう判断の仕方が，立法事実の変化論として，そのままではやされてしまうと，最高裁はこれからすごく楽に変化論を持ち出すのではないかと。それが，国民の権利保障にとって有利な方向に働けばよいですけども，国民の権利を制限する方向でも，安易に立法事実の変化論が使われてしまい，判決を読んでも，何を根拠に立法事実が変化したのかわからないまま，この判決だけが独り歩きしてしまう。そういったことが起こりかねないということを感じ，非常に警戒しなきゃいけないのではないかな，というふうに思っています。

戸波：立法事実論について、この判決の立法事実をもう少し詳しく認定すべきでなかったかと、証拠を挙げるべきでなかったかというのはご指摘のとおりですね。

ただ、法律の合憲性が問題となる憲法訴訟ですと、当該事件での解決が最重要の課題となる一般の民事事件とは違った考慮が必要になり、違憲主張も法律一般の違憲性を論じなければなりません。そして、その違憲主張の技術は、事件を担当した原告と弁護団にのみ任せておいてよいか、という根本問題があります。たとえば、森林法の違憲判決<sup>19)</sup>の上告理由を読みますと、これは早稲田ロースクールの学生であれば授業でやったと思うんですけども、事件を担当した弁護士さんは、森林法 186 条が原告らとの関係でいかに不都合な条文かという点を強調しています。それも違憲論の一つの論点ですが、より根本には、森林法 186 条の違憲審査の基準や方法、どのような意味で合理性がないと判断されるのか、という法律の違憲性を一般的に論ずる必要があったのですが、上告理由は不十分でした。それゆえに、反対意見と補足意見でもって、裁判所が、すごく細かい、森林を共有分割するとどういふふうに問題があるかということを非常に細かく議論していました。この反対意見や補足意見は、立法事実の議論を当事者の主張を超えて行った例と言えらると思います。

## VI 国籍付与の論理

### 1 婚姻要件の一部違憲無効による国籍付与

戸波：では、肝心の一部違憲無効の方の話に進みます。一部違憲無効につきまして、判決のベースが問題となりました。これも、近藤さんの基調講演の中でありましたように、多数意見は、血統主義の考え方を法 3 条にも押し及ぼそうという前提があるのではないかと理解出来ます。これに対して、反対意見及び藤田裁判官補足意見は、むしろ法 3 条はまさに立法政策で、要件として準正を採用して、準正子には国籍を認めて非嫡出子には認めていない

---

19) 最大判昭和 62 年 4 月 22 日民集 41 卷 3 号 408 頁。

というのは、立法の不作為だという形の議論をしております。さしあたり、この当否の問題ですけれども、その二つの見解について、近藤さんはどのように評価されていますか。

**近藤：**勝たせていただいた立場からは、多数意見の方を評価するのは当然なのですけれども、多数意見は、立法目的を設定し、そこから論理的に結論を出したのではないかと考えます。ただ逆に、この結論を出すために、立法目的を工夫して、法3条1項の目的として認定した、とも言えるのではないかと思います。どちらから思考を始めたのかについては、裁判官の頭の中なのでわかりませんが、どちらもありうるかな、と思っています。私たちは、この多数意見のところまでは、思考が及びませんでしたので、確かに多数意見は巧みな論理を使っているな、と私は思いました。もっとも「過剰な」という言葉は、法律用語ではないし、これ自体あいまいな言葉遣いなので、私はなんとなく気に入らないのですけれども、「過剰な要件」という言い方をしてこれを切っていくというやり方は、巧みな、本当に考え抜いたレトリックだなと、感心しました。

**戸波：**木柵さんはいかがでしょう。

**木柵：**基本的に、準正という要件を課すことが違憲であれば、一つの筋としては、準正がなくても、つまり父母の婚姻という要件がなくても、裁判所は届出による国籍取得を認めるべきだということになるわけです。ただそれでも、先ほど申しましたように、いろいろな可能性があります。

たとえば、届出をもって、偽装認知による国籍取得等を果たして抑えられるのか、という議論があります。自分の子ではないのに認知をして、働かせて、自分がそれを絞り取ろうと考えるような悪い親は、出現しうるわけです。もちろん、偽装認知は、一定の場合、すなわち日本における成年の場合のように、認知される子の同意が必要だというような要件があるにしても、起こりうるのです。現実には、発展途上国からそういう子どもを連れてきて、自分の子どもだと言って何かやるということは、考えられないではないです。

それをどう防止するかという問題は、立法論的にはありうると思います。

それから、届出をする者と日本との関係が希薄である、たとえば、ほとんど日本に住む予定もないような場合に、一般的に、認知と届出によって、日本国籍を取得出来るというように出来るのかという議論の余地はあります。ただ、これを区別すると、非常に難しくなっちゃいます。現実には、今はいなくても将来は日本に来て生活したいという場合もありますので。個別的な事情で検討をしていくと、立法的には非常に難しくなるわけです。

さしあたり、いろんな立法論的な余地はあるにしても、少なくとも準正という要件を課するのは不当な差別、不合理な差別です。準正子に対して届出による国籍を認めずに、いわゆる生後認知の子どもについては届出を全然認めないで、これは簡易帰化とか帰化で認めればよいという話があります。しかし、帰化と届出による国籍の取得というのは、全然違います。

帰化も、最近は簡易帰化制度を設けたりと、要件を緩やかにしているとは言われています。こういった訴訟が、いろいろ起こされているからでしょう。しかし、帰化というのは、その人の一生をもう一度レビューしてかかって、日本国民として認めることが妥当かどうか、ということを経済大臣、法務省が決める、ということです。ですから、いろいろ煩雑な手続が必要です。それについて法定要件がいろいろあるんですが、それだけにとどまらないのです。最後は、同化要件というのが出てくるんです。つまり、その帰化申請をしている人が、果たして日本国民とするにふさわしい人かどうか、という判断を経済省（大臣）がします。ですから、たとえ帰化で日本国籍を認められても、非常に嫌な感じを持つという場合があるわけです。そのため、そういう場合には、出来れば帰化ではなく、届出であった方がよいのです。

帰化の場合は、最近は1年以内でも認めるものがあるようですが、昔は1年から5年かかると言われていたのです。結構長い期間を審査にかけています。それで、結局認めない、という結論が出てくる場合もあるわけですね。その場合、訴訟で争っても、結局、帰化を認めるという判決を出すわけにはいかないんですよ。なぜなら、認めないという理由が不適法だなどということとは言えても、結局のところ認めるかどうかは、最後は法務省の判断になります。帰化不許可処分に対する訴による救済は限られたものになります。

それに対して、届出というのは、一応地方法務局に届け出ます。帰化においては、本庁とやり取りしながら、最終的には本庁が、帰化要件があるかどうかを判断します。それに対して、届出による国籍取得においては、比較的簡易な書面で一応の証明が出来るような要件で、だいたい三カ月ぐらいで届出を認めるかどうかという判断が、主として地方法務局によりなされます。だから、帰化と届出とは、大分違うのです。

その点、このような事後認知のみでの子どもや、生後認知のみで認知を認められたという子どもについても、準正子と差別して、届出による国籍取得を認めるか否かを決めることが、不合理な差別だというのが一つの考え方です。それでいくと、結局、準正という過重な要件を削除すればよいのだ、というのが一つの筋としてありうると思います。実は、法3条を立法する時に、他の要件も検討の俎上に上がったんですけどね。たとえば、親権、これは日本人父の親権に服するというのですが、そういうものが初めには要件でありました。立法時の中間試案は、そういう案を出してきました。これに対しては、学者が批判して、結局その要件は外されました。

それに対して、もう一つの試案が、今まさに問題となっている準正要件を取ろうとしたわけですが、そこが、なかなか難しかった。そのような状況なのです。その場合、やはり、理論的にはいろんな要件が考えられないわけではないけれども、そういうことを考えることが、差別の合憲性という観点から、果たしてどこまで許されるのかということ、選択の幅は非常に狭くなるわけであります。

従いまして、本判決の事件については、父母の婚姻という要件を削るということ考えてよいのではないか、という一つの筋を、判決が明快に述べた、ということになるかと思えます。

## 2 国籍付与の理論構成

戸波：結論としては、国籍を付与するという判決で、もちろんよいのですけれども、多数意見の論理と、特に藤田裁判官意見とは違っています。多数意見は、近藤さんご指摘のように、「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」という一定の要件を設けて、それを満たせば国籍取得を認めるとしています。だから、立法目的の中に親子関係以上の結び付きの者も当然に含まれ、前提となっているんだ、という含意が含まれているわけですね。

それに対して、藤田裁判官意見の方はかなり真っ白でして、国籍法の構造の理解として、法2条の国籍取得と法4条の帰化が原則であって、さらに、特に法3条で特別の規定をおいて、準正子には国籍を与える、という措置をとっているとしています。だから、そこでは、非準正子を除去するという意図は別になんだ、従って、立法の不作为であるんだという形で議論をしています。これをもう少し平たく言うと、要するに、法2条で血統主義があつて、法3条ではそれ以外の要素を法律でもって定めていて、だから、そのところをどういうふうにするか、というのが立法政策の問題となることになる。藤田裁判官意見の場合は、やはり政策上の問題であるとしても、一定の基本的な方向としては、国籍を与えるという基本的な態度が立法府にはあるんだから、非準正子にも国籍を付与してよいのだ、というふうに言うんです。

けれども、論理的に考えてみますと、その場合に、付与しなければいけないのかというと、必ずしもそうではないのです。逆に、反対意見のように、それは全て立法政策の問題だ、ととることも出来ると思われまます。この立法目的の認定について、私もこの事件の多数意見を見る前までは、多数意見のように立法目的をかなり読み込んで、非嫡出子の国籍取得が認められるように、付与出来るような構成をとるということは、考えていませんでした。

普通の憲法学説ですと、やっぱり血統主義をとるか、生地主義をとるかは立法政策だと考えます。もっとも、ジュリストの長谷部論文<sup>20)</sup>は、血統主義か生地主義を選択した後でも、誰に「飴玉」をあげるかは自由なんだと言っていますが、これは誤りであり、決してそうではないのです。長谷部さんが誰に飴をあげても自由ですが、国が誰に国籍を与えても自由だとはならないはずです。つまり平等違反の要件がかぶりますから、立法政策で国籍を与える

---

20) 長谷部恭男「国籍法違憲判決の思考様式-特集国籍法訴訟最高裁大法廷判決」ジュリ 1366号 81頁 (2008年)。

にしても、不平等な与え方はいけないということになります。しかも、準正子への国籍の付与の場合には、それ自体は不適法ではなく、むしろ基本方向に適っていると考えられるので、平等違反を除去するためには非嫡出子にも国籍を与えよという積極的な付与の判決も出すことが出来る、いわば「立法裁量のゼロ収縮」の論理ですが、憲法学説の一般的理解によれば、こういう理屈になると思います。

非常に単純にと言いますか、普通の憲法学説がそう考えていたところ、この判決では、先ほどから出ていますように、多数意見の立法目的の中に、非嫡出子の国籍付与を容易にするような論理が入り込んでいるというのが特徴です。その意味では、近藤さんと同じように巧みな判決だと考えます。これに対して、藤田裁判官意見のような形の議論に従っていくと、これは、負けますかね？近藤さん、いかがですか。

**近藤：**勝つも八卦，負けるも八卦ですよ。まさに、戸波さんがおっしゃったように、藤田裁判官意見は、いわゆる拡張解釈によって、準正の成立しない非嫡出子を法3条1項に押し込んだ。対して、甲斐中・堀籠裁判官反対意見は、拡張解釈は出来ない、立法不作為であるとする。立法不作為の違憲確認や、さらに国家賠償までいくとしても、国籍の付与にはならない。多数意見が、この藤田裁判官意見や甲斐中・堀籠裁判官反対意見の論理に立ったならば、どちらになったかはわかりません。わかりませんが、私は、藤田裁判官意見もすごく巧みだと思うんですが、ちょっと解釈論としては無理があるのではないかと思います。つまり、婚姻によって嫡出たる身分を取得したときと明らかに法文に書いているのに、そこを無視するのは、解釈論としては飛躍しているのではないかと思います。

第一事件の一審<sup>21)</sup>は、「婚姻」という要件には事実上の婚姻も含まれると解釈しましたが、控訴審は、法3条1項<sup>22)</sup>でいう婚姻の概念は、法律婚を指すことは明らかであるから事実婚を含むことは出来ないとして、一審の拡張解釈を否定しているわけです。

---

21) 東京地判平成17年前掲注5)。

22) 東京高判平成18年2月28日家月58巻6号47頁。

多数意見もおそらく「婚姻」要件は法律婚を指すと解していると思います。もし多数意見が、藤田裁判官意見あるいは甲斐中・堀籠裁判官反対意見と同じような議論の立て方をしたら、やっぱり甲斐中・堀籠裁判官反対意見の方に行っちゃう可能性が高かったのではないかと僕は思います。

戸波：拡張解釈については、先ほど出た父系優先血統主義の違憲性が争われた事件で、東京高裁判決は、国籍の付与は立法府の決定に属するとして拡張解釈を否定しました。<sup>23)</sup>しかし学説では、拡張解釈を唱える説が有力でした。つまり、「父が日本国民であるとき」という要件に、「又は母」という字を読み込めるし、そうすべきだという意見が多かったんです。

木棚さん、今の拡張解釈と言いますか、国籍付与判決が出るべきであったという、法的な根拠はどういうふうに論理づけるべきでしょうか。

木棚：藤田裁判官意見のようにやっていると、立法府に立法を促すという意義はあるとしても、やはり、私は、解釈としては非常に苦しくなると思うんですね。もっとも、非準正子についても準正子と同様の扱いをする拡張解釈の方法は、第一事件の第一審判決の手法と類似し、すっきりしそうな気はするんですがね。だけど、その道を選んだ場合には、基本的には積極的要件に関する立法の欠缺なので、藤田裁判官の意図と異なり、それは立法機関がやるべきことであって司法機関がやることではない、と、こういうふうに結び付いていく可能性が高いと思います。この点については、結局多数意見が、今井裁判官補足意見である程度書いていますよね。結局、司法審査においては、何か違憲というものを判断することだけではなくて、違憲状態を解消して、その被害者を救済することも場合によっては必要なのだと。本事案の場合は、まさにそうではないか、というようなことを言っていますよね。藤田裁判官の解釈方法をとったとしても、やはり、そういう解釈をしていかないとこれは救済が難しかったのではないかと私自身は思っています。

戸波：立法府との関係がいろいろ問題になっていますけれども、その点につ

---

23) 東京高判昭和 57 年 6 月 23 日行集 33 卷 6 号 1360 頁。

いて、近藤さんはいかがですか。多数意見は、判決として、結果として国籍付与判決を出したわけです。これに対して、反対意見の中に見られるように、違憲審査権の行使としては、このような判決は立法権に踏み込みすぎているとか篡奪しているとかっていう批判はありますけれども、そういった批判については、最終的にはどういうふうを考えられますか。

**近藤：**いやー、踏み込みすぎているとは、立場的には言えませんよね（笑）。ちょっとご質問の趣旨とは離れるんですが、特に藤田裁判官意見などは、こんな言い方は失礼かもしれませんが、面白い、非常に悩みが出ている、という感じがしました。たとえば、甲斐中・堀籠裁判官反対意見は、国籍付与は法3条1項の射程範囲外だとしました。単なる立法不作為だからだめだ、立法がしないだけなんだと言ってしまえば、排斥出来たわけです。しかし、反対意見は、それを立法不作為とまで言って、その違憲性は問題となるというところまで踏み込むというのは、やっぱり、何らかの形でこの状態は改善されなければいけないというふう考えたから、そこまで言ったんだと思います。反対意見としても、そこまで言う必要はなく、合憲だとしてしまえば済むことですからね。さらに、違憲だというふうに言うだけでいいのか、やはり司法府としては、これは是正しなければいけないのではないか、というところまで悩みこんだのが藤田裁判官意見です。僕は、そういう意味では藤田裁判官意見というのは、学者として、正直な意見を書いたのだなと思いました。

### 3 救済の必要性

**戸波：**多数意見の評価にも関わるのですが、多数意見は、かなり勇気を持って一部違憲から国籍付与まで出しているわけです。近藤さんも、今日の対談のための打ち合わせの時に、違憲まではいくかもしれないけれども、それから先までいくかどうかは、弁護団としてもわからなかった、ということをおっしゃっていましたが、まさにそのとおりです。要するに、判決の中にも出てきますけれども、やはり救済の必要性だとか、損害賠償で決着をつけてしまうわけにはいかないだとか、実際に国籍が取れないという状況下における

いろいろな不利益が、モチーフとして一番大きかったのだと思います。この事件では、強制退去の可能性もないわけではない状況の中で、国籍が取れずに暮らしているわけです。近藤さんが基調講演の一番最後に強調された、何で原告たちは国籍が取れないのか、ということ、実感として、多数意見は汲み取って、何とかして国籍付与まで論理づけたのではないかと思います。これは、もう少し論理的に検証して、どういう場合に違憲審査権を積極的に行使して、こういう給付や国籍付与の判決まで出せるか、ということ、詰めるなければいけませんけれども、一番大きな動機と言いますか、モチーフは、やはり救済の必要性というところにあるのではないかと思います。最後に、近藤さんお願いします。

**近藤:** 救済の必要性ということで言いますと、こういうことを主張しました。原告たちは日本国籍を持っていないので、日本における民主制の過程からそもそも排除されています。ですので、自分たちの力で立法過程に働きかけて国籍を取得することは制度的には不可能なのです。司法が救済しなければ、国籍を取得する、救済されるということは、制度上はありえない。あなたがやらなきゃ誰がやるんだ、ということ、言いました。それは、判決文にはもちろんそんなことは書いてありませんが、どこかで効いているのではないかなと思います。

それから二つ目。木棚さんがさっきおっしゃっていた、日本と何の繋がりもない人に対して、国籍を与える必要があるのかどうかということについてです。基調講演の最後にお話ししました、JFC ネットワークという団体がやっている法的支援の一つに、日本人の父親の子どもの国籍取得というのがあります。フィリピンにいる子どもたちが希望し、かつ要件を満たす場合に国籍取得をさせる。これまでは、準正が成立した子どもについて、国籍を取得していました。今回の判決を受けて、準正が成立しなくても認知が取れるという他の子どもたちのケースで、国籍を取るための手続を今しています。これからおそらく、フィリピンにしながら日本で父親に対して認知を求めるケースが増えてくる。そういうケースで、日本で弁護士が受任をして、父親に対して裁判を行って、認知を取って、国籍を取得するというケースがこれか

ら増えてくると思います。

確かに、海外に住んでいて、日本との繋がり「父親が日本人である」という程度の人たちに、国籍を取得させる必要があるのかどうなのか、それは大きな問題ではあります。しかし、日本の国籍を取るということがその人にとって大きなチャンスである、という現実もあります。残念なことにフィリピンと日本の経済格差などを考えると、日本に行って生活することは彼ら・彼女らにとっては大きなチャンスに見えます。自分の生命や健康を維持し、さらにより良い人生をつかむためによりチャンスの大きい土地に移り住む、ということは日本でも昔ありましたし、人間の本質的欲求ではないでしょうか。そのために在留資格を取得する、あるいは国籍を取得する。日本国籍を取って、日本で働き、生活するということは、その人の人生にとって大きな選択をすることになります。そういうチャンスを認めてもよいのではないかと思います。今回の判決を前提とすると、彼ら・彼女らは既に日本人なので、外国人の就労を助長する、そのことによって日本人の就労の機会が奪われてしまう、そういう問題は日本国民である彼ら・彼女らには無関係です。一つの国籍のことだけでなく、国家の運営のあり方ですとか、経済の問題とか、そういうこともすごく絡み合った難しい問題ですので、皆が納得出来る結論というのではないとは思いますが、僕ら現場で働いている人間としては、そういう母子のニーズ、つまり、自分たちの生命を全うする、保持するために日本で働きたい、そのために在留資格、あるいは国籍を取って日本に来たいというニーズが切実だと考えて、それを支援しているということだと思います。

#### 4 一部違憲無効の意味と他事件への応用可能性

近藤：ちょっと長くなりましたが、もう一点だけ言わせてください。一部違憲無効について、今回の多数意見は、立法目的は合理的である、ただ手段が今に至っては相当ではないということで、その手段の部分が過剰だとして違憲無効としたわけですね。では、目的そのものが違憲だった場合に、この一部違憲無効の判断というのが、この多数意見の論理でとれるのかどうなのかという問題がある。それから、今回は憲法 14 条違反なので、目的と手段の合

理的関連性という違憲判断の手法がありましたけれども、それ以外の憲法上保障された人権の侵害について、一部違憲無効の判断はどういう論理であるのか、これらの点は今回の判決からストレートには読み取れないので、今後の課題として興味のあるところです。

戸波：最後の問題提起に手短にお答えしたいと思います。まず、一般に、立法目的が正当でない場合には、その法律は当然に違憲無効となり、一部違憲無効などは考慮の余地がないと言えます。たとえば、女性は労働能力の点で劣っているという前提で労働効率を高めるという目的によって、女性の昇給・昇格を遅らせている法律があった場合に、この法律は、手段の点で不合理と考える余地もありますが、そもそも目的の点で不当であって、それに基づいて規制を定めた法律は、その規制の当否を問わずおよそ違憲となると考えられます。今回の事件の場合では、たとえば国籍は日本国民から出生した者にのみ与えられるべきであるという基本前提に立った見解からすれば、「我が国に密接な結び付き」のある者に国籍を与えることはおよそ不当であり、目的が違憲ということになるので、準正子であろうと生後認知された非嫡子であろうと、およそ後天的な要件を満たすことによって国籍を与える法律は、目的からして違憲、ということになると思います。もっとも、通常の違憲審査では、立法者はそれなりにもっともらしい立法目的を掲げて立法するので、立法目的自体が不当であるという事態はほとんど考えられない、つまり立法目的の審査によって法律が違憲となることは実際にはほとんどありえないと考えられています。

また、平等違反の場合以外に一部違憲無効判決がありうるかということですが、これは十分考えられます。憲法上の人権侵害が争われた場合にも、目的と手段との合理的関連性、あるいは実質的関連性が審査されるので、特に規制手段が過剰ないし広汎に過ぎて一部違憲となるということがありえます。たとえば、公務員の政治的行為の禁止について、猿払第一審判決のように、<sup>24)</sup>機械的労務に従事する現業公務員が勤務時間外に職務を利用することなく行った政治活動に対して、刑事罰を適用することが違憲であると判断したとし

---

24) 旭川地判昭和43年3月25日下刑集10巻3号293頁。

ます。猿払第一審判決は「適用違憲」判決でしたが、この事案でいわゆる「合憲限定解釈」もとることが出来るほか、現業公務員の職務に関しない政治活動に対してまで刑罰を課している限度で、国家公務員法 102 条、110 条 1 項 19 号、人事院規則 14-7 が違憲無効という判断も出すことが出来ると思います。つまり、上級公務員の職務を利用した政治行為は合憲的に規制出来るので、その限りで法令は合憲だが、下級公務員の職務を利用しない政治的行為を規制している限りで規制法令の一部が違憲、という判断です。

裁判所が実際に下した法令の一部違憲判決としては、郵便法違憲判決<sup>25)</sup>があります。判決は、郵便法 68 条・73 条の目的は正当だが、両規定のうち、特別送達郵便物について、郵便業務従事者の軽過失による不法行為に基づき損害が生じた場合に、国家賠償法に基づく国の損害賠償責任を免除ないし制限している部分は、その目的に照らして合理性、必要性があるとは言えないとして一部違憲無効としました。また、実質的に権利付与を伴うような違憲判決としては、第三者所有物没収違憲判決<sup>26)</sup>があります。最高裁は、密輸にかかる第三者所有の貨物の没収判決について、第三者所有物の没収にあたって第三者に事前の告知と聴聞の機会を与えることなしに没収することは違憲と判示したので、結果的に、没収にあたって第三者には告知と聴聞の機会を与えなければならないことになり、そのように法律が改正されました。

ただ、今挙げた 3 つの例は、法令の一違憲無効判決の一般の例であって、今回の判決のように法令の一部違憲の結果として権利付与までいくというものではありません。3 つの例とも積極判決の可能性はありますが、その点は直接には争われていません。

日本では、法令の一部違憲判決や適用違憲判決自体が、数が少ないために、どのような場合に権利付与の積極判決を下すことが出来るか、なお実例をまっけて検討しなければならないところです。

---

25) 最大判平成 14 年 9 月 11 日民集 56 卷 7 号 1439 頁。

26) 最大判昭和 37 年 11 月 28 日刑集 16 卷 11 号 1593 頁。

## Ⅶ 質疑応答

### 1 権利付与判決の射程

戸波：質問が寄せられていますので、分担してお答えしたいと思います。今回の違憲判決が、権利制限規定を違憲としたことで、結論として、権利を付与したと考えた場合、この判断が、今後の訴訟にどう関係するか、という質問が来ています。

私からお答えしますと、権利を付与するというのは憲法訴訟では少ないように見えて、案外あります。たとえば、森林法の共有分割制限規定を違憲とした判決<sup>27)</sup>だとか、それから、負けてはいますけれども、生存権の規定<sup>28)</sup>に関する訴訟、それに、在外選挙訴訟においては選挙権を認める判決<sup>29)</sup>が出ています。ですから、自由権と請求権の区別は、講学上はあるものの、実際の憲法訴訟の中では、その区別はそれほど深くない。もっとも、今回の判決によって、給付、権利付与、利益付与判決が出る可能性は、広がったと言えます。特に、平等条項の請求権的機能が、もっと活用されるのではないかと思います。

### 2 非嫡出子法定相続分差別事件への影響

戸波：それから、民法 900 条への影響について質問が来ています。問題は、基本的に似ているようで、違います。この訴訟は、日本国民ではない人に、日本国籍を与えるという問題で、非嫡出子差別そのものではない。すなわち、国籍を取得出来るかどうか、が争われた問題です。これに対して、非嫡出子差別の問題は、相続分の問題、あるいはその他非嫡出子を不利に扱っている日本の法制度の問題であるため、今回の判決の問題とは違うのです。

ただ、今回の判決の論理は使えるのではないかと、思っています。つまり、問題はあるにしても、多数意見は、違憲の根拠を、国際環境の変化や、条約の変化等、時代の変化に求めたわけです。これを、非嫡出子の場合にも十分に使えると考えられます。

27) 最大判昭和 62 年 4 月 22 日民集 41 卷 33 号 408 頁。

28) 最大判昭和 57 年 7 月 7 日民集 36 卷 7 号 1235 頁（堀木訴訟）、最判平成 19 年 9 月 28 日民集 61 卷 6 号 2345 頁（学生無年金訴訟）。

29) 最大判平成 17 年 9 月 14 日民集 59 卷 7 号 2087 頁。

### 3 国籍法改正と偽装による国籍取得の可能性

戸波：この判決以後の法改正の状況について質問が来ています。まず、偽装認知防止のために DNA 鑑定などの対策が必要なのではないか。近藤さんいかがですか。

近藤：一つ目の御質問は、偽装認知防止のために、DNA 鑑定などの制度を導入すべきではないかという話だと思いますが、偽装認知による国籍取得が、どれぐらい増えるかを、実証的に考える必要があると思います。

今でも、偽装婚プラス偽装認知によって、偽装準正は可能なわけです。認知も婚姻も届出のみで出来ますから、やろうと思えば偽装準正も簡単に出来てしまいます。これはあまりイメージしていなかったかもしれませんが、紙の上だけで結婚して認知をして離婚してしまうということも出来るし、離婚の後に認知をしても、準正による国籍取得は出来ます。このように、偽装準正は実は意外と簡単なのです。ですから、今でも偽装婚・偽装準正によって日本国籍を取ることは、やろうと思えば十分可能です。

けれども偽装準正による国籍取得が多発している、という話は聞きません。そういう実情を踏まえて、偽装認知が急増する可能性が現実的にどの程度あるか、ということを考える必要があると思います。抽象的に議論しても仕方のないことだと思います。それと、そうやって日本に来るニーズがどういうところにあるのか、ということも併せて考えてほしいと思います。これについては、長くなるので割愛します。

さて、DNA 鑑定についてですが、僕は反対です、と言うよりは無理です。認知しかないお父さんですから、DNA 鑑定に協力してくれるかどうか、そもそも父親が見つかるかどうか、わかりません。

大抵は、お父さんはどこにいるかわからない。あるいは、お父さんが死んでいることもあるわけです。父子関係を争って認知訴訟にまでなった父親が DNA 鑑定に協力するわけがありません。

それともう一つの問題点として、DNA 鑑定は、民間業者が行っていますが、日本の主権者の範囲を決める決定的な要因を民間業者の鑑定結果に委ねるこ

とが理念的に許されるのか、民間の DNA 鑑定結果の信用性をどうやって担保するか、つまり国籍取得という制度の中にどう組み入れるか、それも大きな問題です。そのため、DNA 鑑定を国籍取得の要件にすることは、制度設計として不可能だと思います。

#### 4 国籍法改正に関する国民的議論の欠如

戸波：次に、国籍法の改正が間近に迫っている中で、国籍の在り方について、国民全体による根本的な議論をするべきであるのに、まだそれが十分ではない気がするが、果たしてこれで大丈夫なのか、という質問です。近藤さんいかがですか。

近藤：私は、判決が出た後に、何人かの国会議員や法務省の人とお会いして、どんな法律を作るのですか、改正をする時にはこういうふうにしてほしいと、いろいろなことを提案してきました。

僕らが求めたのは、たとえば、法3条1項が設けられた1984年まで遡って認知された子の国籍取得を認めてほしい、ということがありました。今回の最高裁判決は、法3条は、遅くとも平成15年の時点では準正要件を課することは違憲になっていた、と判示しましたが、では平成14年はどうなんだ、平成13年はどうなんだ、という話になって、そのころに認定された子がまた裁判を起こしてきたら收拾がつかなくなる、だからいっそのこと時期の要件は全部外してほしいと言いました。

また、届出要件を廃止してほしいということも言いました。たとえば日本の法11条のように、志望によって外国籍を取得すると自国の国籍を喪失する、という規定を持っている国があります。韓国などがそうですが、法3条1項が届出を要件としているので、この届出をするとそれまで持っていた国籍を失ってしまう。それは子どもや母親の意思を無視していて、あまりにひどい。ならばいっそのこと届出要件をなくせば、意思による国籍取得ではなくなり、それまで持っていた国籍を失わなくて済むので、届出要件をなくしてください、ということも言いました。その他にもいくつかの話をしました。

しかし、結論は、最高裁判決で判断された範囲での改正にとどめるという

ことになりました。そして法改正についてどんな議論をしたかと言うと、実は何の議論もなかったのです。

僕たちの様々な要望に対して、面会した国会議員の方々は、最高裁判決の限度の改正であれば、皆それほど抵抗なく、「最高裁が言うんだから仕方がないよね」と改正出来るが、判決以上のことを言い出すと、国籍や家族というものに対して特に意見を持つ人々がむくむくっと起きだしてきて、「いやいや、それはおかしい。」という議論が起きて、収拾がつかなくなる、だからそういうものは一切持ち出さずに、最高裁判決で判断された限度で、改正するということでした。

法務省の担当者と会った時も、そのようなやり取りでした。今、質疑応答前の休み時間に、木柵さん、戸波さんと話しておりましたところ、先生方は、本来は、国籍法をどういうふうにするかについて、国民のコンセンサスがなるといけない、ということ強調しておられたのですが、今回は全くそのようなコンセンサスはありません。議論の「ぎ」の字もないです。まさに、日本の政治の縮図というか、国会議員は、国籍によって決められる日本という国の在り方について何の関心もないのだな、ということをつくづくと感じました。

木柵：河野議員など、若干の国会議員のブログ<sup>30)</sup>には、いろんな意見が出ていることは、皆さんも見てこられたと思います。

私は、もっと重要な問題だから、議論をしていく必要があると、そうしないと、日本は本当に民主的な国家にならない、というように思っています。

たとえば、アメリカ独立時に、イギリスがアメリカに対して、永久忠誠だからアメリカ人はイギリスの国籍を失うことは出来ない、という二重国籍の主張をしたんですね。つまり、イギリスは、イギリス系アメリカ人のコントロールをしようとしたわけです。それに対して、アメリカで独立戦争等を闘った人たちは、ジョン・ロックなどを持ち出して反論しました。要するに、社会契約説からすると、国家は国民の望むことしかするべきではない、国民

---

30) 「ごまめの歯ざしりブログ版(2008年11月12日, 14日, 15日)」河野太郎<<http://www.taro.org/blog/index.php/archives/date/2008/11/>> (最終アクセス日 2009年3月27日) ほか。

の期待に反することをする国家については、自らの国籍を失わせることが出来るはずだという主張をして、闘ったわけです。これは、アメリカ独立直後のことでした。アメリカには、大統領選挙で見られるように、社会的な合意を国家の礎にする、という風土があるのかと思います。

それに対して、日本では、国籍について関心を持って議論するということが、今まであまりなかった、というところに問題があります。結局、国籍というのは、国家の構成員を決めるわけですから、既に構成員である国民の側から、どういうふうに国籍を定めるべきか、議論をしなければいけないと思います。

法務省の立場から、届出不要にすると、戸籍制度を完全に破壊してしまう危険性があるので、届出をなくすことは困るという主張がされています。国籍は、戸籍の原簿でもあるわけですから、届出は絶対なければいけないという主張については、法務省は譲らないと思います。だから、戸籍制度との関係も含めて、国家とその構成員の在り方について、どこまでコンセンサスが出来るのかというのはやはり国民の側から議論をしていかなければいけないと思っています。

## VIII まとめ—国籍を考える視点

戸波：以上の議論のほか、国籍に関しましては、特別永住外国人の人権、在留外国人の人権享有主体性、国籍を基準として人権保障をすることの妥当性などの問題があります。

残念ながらこれら問題の全てについて議論する時間はありません。しかし最後に、国籍をどう捉えるか、特に国籍と主権者たる国民との関係をどう理解すればよいか、国民主権と国籍との関係によって、国籍を認めるときの裁量の大きさも変わってくるのではないかという、基本的な問題について考えてみたいと思います。確かに人権保障は、国籍を超えつつあります。しかしご承知のように、選挙権、公務就任権、その他についてもまだ、国籍の壁がやや残っています。その中で、国籍法違憲判決を前提として、国籍の問題に

ついて、これからどういう視点で考えて行けばよいか、という点について、まとめに代えてお二人の先生にお答えいただければと思います。

**木棚：**国籍の最も大きな効果というのは、国籍所属国には、何の手續もなく、どんな悪いことをしてもその国に住むことが出来るということです。

ところが、外国籍の場合には、追い出されてしまいます。国際法の細かい歴史を見れば、この原則に反したものもある、と言う国際法学者もいらっしますが、大きく言えば、自国の国籍を持たない外国人を国家が追放することは認められてきたわけです。それは、非常に大きな国際法上の効果です。

国籍を持たない場合には、地球上どこにいても常に追い出される危険性があって安心してられない。しかも、父母の国籍が違うという場合に、その子どもの生活状況に応じて、場合によっては、父の国籍も母の国籍も保持したい、というのは十分理解出来るわけです。どちらに住むか、というのは教育の環境もありますから、非常に決めにくいのです。

そのため、今の法務省の態度としては、少なくとも20歳までは、二重国籍でもよい。2年後の22歳が国籍選択の期限で、それからは法務大臣がどんどん催告を出して国籍を失わせるということも出来るけれども、催告は控える、というものです。

国籍をどのようにして与えるかというのは、結局、国籍法の従来 of いろいろな考え方にもよりますが、同時に、それが憲法との関係でどういうふうに理解されるか、ということに収斂されます。つまり、憲法が日本のコンセンサスだと見られるために、そこにおける条項との関係で、国籍がどう考えられるか、ということが最終的な問題になるわけです。

この国籍法3条違憲判決も、そういう意味では、非常に重要な問題を投げかけているのだと思っております。日本に住む、たとえば、日本人男性との非嫡出親子関係がある子ども、というのは、実は非常に多様です。そのため、そういう多様な子どもたちの国籍についてどう考えるかというのは、非常に難しい部分があります。

しかし、血統主義をとるのが、国籍法の基本的な立場です。そして、その上で、無国籍児を作らない、というのが国際的なコンセンサスです。そして、

憲法 14 条は不合理な差別は許さないとしていますから、こういう原則からすると、自ずと結論が出るはずなんです。しかし、この点についていろいろな意見があるのであれば、議論というか、日本人男性と非嫡出関係にある子どもにも、日本国籍取得を認める正当性についての理解を浸透させていかないと、そのような子どもが日本国籍を取れるようになったとしても問題が出てくると思います。

かつては、日本国家の単一民族性が、強調されていたことがあります。戦前の日本の考え方です。これは今、国際化の中で、変わってきています。国民の意識は、変わってきていると、私は信じております。さらに、そういった中で、まだ古いものがたくさん残っていると思いますが、そういう点を除いて、今申し上げた血統主義・無国籍児の防止・平等原則という三つの柱から、今後の日本の国籍の在り方を、築いていくというのが、我々の重要な義務の一つではないか、と考えています。

**近藤**：国籍について、憲法上の位置づけなどは、私は、あまり考えていなかったもので、戸波さんのご質問に的確に答えられませんが、私は、国籍というものについて、矛盾しているかもしれない二つのイメージを持っています。

一つは、複数の国籍を持つことについての肯定的なイメージです。外国にいくと、その国の在留資格が必要です。そのためには、いろいろな条件が必要ですし、在留資格を取ることによって、それに伴ういろいろな制限があります。期間の問題、就労の問題、様々な問題があります。

人の移動において、在留資格というのが、非常に大きな制約になっています。日本はその最たるもので、今の在留制度のままでは有能な外国人が日本に来なくなってしまう、というのは前から言われていますよね。これが、複数の国籍を持っていれば、自由に移動出来るわけです。入管でのチェックもありません。いつまでいても、法律に触れなければ全く自由です。人の移動がフリーになる、活動がしやすくなる。

複数の国籍を持っているということは、その人にとってみれば、とても自由度が高まるので、いろいろな国を移動出来ることは良いことだと、僕は思っています。国家の側から見て、管理統制が出来なくなるとか、どこの国に

所属しているのかわからなくなる、という問題はあるのかもしれませんがけれど。

それともう一つ。逆に、国籍の有無によって、その国での生活に、大きな差を生じさせていること。これが、国籍のマイナスイメージです。先ほど、木棚さんがおっしゃっていたように、国籍があれば、どんなに悪いことをしても、日本から追い出されることはありません。しかし、国籍がないと、万引きをしただけでも、強制送還になることがあります。僕が関わってきたのは、日本で生まれて日本で育ってきた子どもたちです。彼ら・彼女らの生活の実情は日本人そのものですが、国籍がないために外国人とされています。

去年、一昨年だったか、日本で生まれ、日本でずっと生活して、しかしお父さんとお母さんがフィリピン人であるという人が、お母さんと一緒に入管に捕まり、強制送還命令が出て、裁判で争ったのですが、負けてしまい、高校1年生で強制送還されました。

強制送還されて、フィリピンのマニラ空港に着いて、車でこれから住む場所に向かうという時に、信号で車が止まると裸足の子どもたちが駆けてきて、ぼろ雑巾で窓を拭くわけですね。あるいは、雑誌を持ってきたり、フィリピンの国の花、サンパギータの飾りを持ってきたりして、車の窓ガラスをトントんとたたき、それでお金をせびるわけですね。それを見て彼女は、「私は、この国で生きていけないと思った」と言っていました。

僕は、今年の夏、彼女に会ってきました。元気にしていました。けれど、彼女が書いた手紙を読んだ人が、ショックを受けていました。1年経って、日本語の能力が極端に落ちていると。語彙が限られていますし、表現も拙くなっている。文章にすると、言語能力が明確に出ますからね。その話は僕も本当にショックでした。彼女は、自分のお父さんとお母さんがフィリピン人であることは、もちろん知っていましたが、よもや自分が日本から追い出されるとは思ってもいなかったのです。皆さんは、日本から追い出されることなど今まで考えたこともないと思いますが、その感覚は彼女も全く変わらなかったと思います。国籍って、そんなに一人の人の運命を変えてしまうほどの重要なものなのか、そういうふうに、僕は、つくづく思っています。そういう意味では、国籍というものが人の移動の自由・居住の自由に対する大き

な障壁になっていること、そして在留資格を国家に握られていることに対する苛立ちを感じます。

戸波:ありがとうございました。

私も、国籍の在り方という点では矛盾する二つの考え方を持っています。一つは、将来的には国籍の壁がどんどん低くなり、国際交通、国際交流、相互の滞在、結婚等々がどんどん増えていき、それに従って国籍問題がなくなるという方向を期待するというものです。しかし、同時に、本件のように、どこかの国籍を持たなければいけない、国籍はなお重要な問題だということもあるわけです。国籍の保持が、それほど重大な問題にならない未来社会を期待しながら、やはり国籍を持っていないと厳しい状況に置かれるという現実の問題がある以上、国籍取得権という観念も、何らかの形で憲法論に取り込んで、議論を立てていかなければならない。その意味では、木棚さんのご指摘の、国際人権条約にある国籍取得権の条項をどう発展的に解釈出来るのか、ということなどを考えなければいけないと思います。

それとともに、この判決で問われているのは、日本に住んでいる子どもたちの中に、無国籍で生活している子どもがいるという現状をどのように考え、そして、日本は、国際化の中で、日本の社会の中でそういう人たちが増えていくことを、どう受け入れて発展させるのか、ということです。この問題は、永住権や二重国籍の問題に連なるわけで、ここでも国籍の壁を下げるのと同時に、国籍そのものの取得を広げていくという、二つの方向が同時に必要だと考えます。

最後に、一つだけエピソードですけれども、10年ぐらい前に、法務省の入管局で人権についての講義をしたことがあるんですね。外国人の話をして、マクレーン事件の話をして、外国人の人権の保障をすべきという話をしました。その後で次のような質問が出ました。「しかし、そんなことを言っても、外国人が不法に滞在しているのだから、やはり取り締まらないといけないのではないか。日本社会の安全を考えると、不法滞在をそんなに放置していくのは、許されないのではないか。」という質問でした。

ヨーロッパだと、1990年代以降、移民に対する規制がEUレベルできつく

なりました。昔は、アフリカからフランスへの移動というのが多かったのですが、今では東欧からドイツ等々に来ている。経済難民という人たちも増えています。そこで、外国人の移住はEUの政策上厳しくなったけれども、国民の外国人排除の意識も強くなって、フランスやドイツでは、外国人排除を掲げるリパブリカーナーのような極右政党が選挙運動を行い、議席を獲得するまでになっている、というのはご承知のとおりです。

もちろんそういった非寛容的な動きは否定していかなければいけない。けれども、難しいのはそういう見方をする人がいて、日本も今までの法秩序とでもって国籍の問題に対応してきたという事実があることです。それをどうやって緩和するか、新しい世の中の動きと既存の法秩序をどうやって釣り合わせながら、日本の国際化、共生社会をつくりあげていくのか。それがまさに、現代社会における憲法学の大きな一つの課題ではないかと思えます。

本日は、近藤さんにお越しいただきまして、木柵さんにも非常に貴重な意見をお聞きしました。どうもありがとうございました。

#### [参考資料] 旧国籍法と改正国籍法

**旧国籍法**（昭和59年5月25日改正，昭和60年1月1日施行）

（準正による国籍の取得）

第3条 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。

2（略）

**改正国籍法**（平成20年12月12日改正，平成21年1月1日施行）

(認知された子の国籍の取得)

第3条 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。

2 (略)

(罰則)

第20条 第3条第1項の規定による届出をする場合において、虚偽の届出をした者は、1年以下の懲役又は20万円以下の罰金に処する。

2 前項の罪は、刑法第2条の例に従う。