

国籍法3条1項の合憲性と違憲の是正方法 国籍法違憲訴訟最高裁判決をめぐって

中京大学法科大学院教授
横尾日出雄

1. はじめに
2. 国籍法違憲訴訟と裁判所の判断
 - (1) 事案の概要
 - (2) 最高裁の判断
3. 国籍法3条1項の合憲性と違憲の是正方法
 - (1) 国籍法3条1項の合憲性
 - (2) 「法令の一部違憲」と違憲の是正方法
4. おわりに

1. はじめに

「国籍法の一部を改正する法律（平成20年法律第88号）」が、平成20年12月12日に公布され、平成21年1月1日から施行されたことにより、「国籍法（昭和25年法律第147号）」に改正が施された⁽¹⁾。この改正によって、出生後に日本国民たる父または母から認知された子について、父母が婚姻して準正により嫡出子たる地位を取得していなくても、届出による日本国籍の取得が可能となり（3条1項の改正）、あわせて、虚偽の届出に対する罰則が新設され（20条の新設）、また、附則において必要な経過措置や特例による国籍取得が定められた。

この改正は、平成20年6月4日の最高裁判所大法廷の2つの判決（最大判平成20・6・4民集62-6-1367 [平成18年（行ツ）第135号退去強制令書発付処分取消等請求事件]、最大判平成20・6・4裁集民事228-1-1 [平成19年（行ツ）第164号国籍確認請求事件]）が国籍法3条1項の規定による日本国籍取得に関する区別を憲法14条1項に違反すると判断したことを契機として実現されたものであり、これら最高裁判決の趣旨にそった改正内容となっている。

この2つの最高裁判決は、いずれも、国籍法3条1項の規定が、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生した後に父から認知された子について、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取

得（準正）した場合に限って日本国籍の取得を認めていることによって、日本国籍の取得に関する区別を生じさせていることを違憲として、日本国籍を有することの確認を求めた原告側の請求を認容すべきとする同一内容の判断を行っている。これらの判決は、国籍法3条1項の規定が憲法14条1項に違反するとして、法令違憲と判断した点、国籍法3条1項について、授権的・創設的規定のうち違憲的な一部の要件を除外した残余の要件を適用することによって、当該規定の適用範囲を拡大させて、当事者の直接的な救済を図るというかたちで、違憲の是正方法を採用した点で、憲法上きわめて重要な判例である。⁽²⁾

「法令違憲」は、争われた法令の規定そのものを違憲と判断する方法であるが、最高裁が法令違憲の判断を示したのは、この判決が8度目であり、数少ない法令違憲判決の一つとして留意されるべきものである。また、法令違憲の判断において、当該法令の規定が権利・自由を規制している場合には、当該規定を違憲無効とすれば、当事者に対して当該規定が適用されずに、権利・自由の行使が認められ、救済が図られるのに対して、国籍法3条1項の規定のように、当該法令の規定が権利や資格の付与の要件等を定めている場合には、当該規定を違憲無効とすれば、当事者が権利や資格の付与を求める根拠そのものが法的に失われ、救済を図ることが不可能となる。したがって、後者のような授権的・創設的規定の合憲性が争点となる場合に、法令の違憲性をどのように判断して当事者の救済を図ることができるのか重大な問題が生ずるが、この判決は、この問題に対して、一つの是正方法を提示していることで重要である。

そこで、本稿では、主として「平成18年（行ツ）第135号退去強制令書発付処分取消等請求事件」（以下、「事件」という。また、「平成19年（行ツ）第164号国籍確認請求事件」を「事件」という。）に関する最高裁判決 [最大判平成20・6・4民集62-6-1367]（以下、「判決」という。また、事件に関する最高裁判決 [最大判平成20・6・4裁集民事228-101] を「判決」という。）を手掛かりとして、国籍法3条1項の合憲性の問題と当事者の救済方法として違憲の是正方法について考察することにする。

2. 国籍法違憲訴訟と裁判所の判断

(1) 事案の概要

問題の所在

国籍法は、当初、「出生による国籍の取得」については父系血統主義を採用し、「出生後の国籍の取得」については、帰化による方法のみを認めていたが、昭和59年法律第45号による国籍法の改正（以下、「昭和59年改正」という。）によって、「出生による国籍の取得」について父母両系血統主義が採用され（国籍法2条の改正）、また、「出生による国籍の取得」の補完的な制度として、「届出による国籍の取得」の方法が認められ（国籍法3条1項の新設）、父母の婚姻と認知により日本国民の嫡出子たる身分を取得した子は届出によって国籍を取得できることとなった。すなわち、平成20年法律第88号による国籍法の改正（以下、「平成20年改正」という。）以前の第3条は、第1項において、「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

民であった者を除く。)は、認知をした父又は母が子の出生の時に日本国民であった場合において、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ったときは、法務大臣に届け出ることによって日本の国籍を取得することができる。」と定め、第2項において、「前項の規定による届出をした者は、その届出の時に日本の国籍を取得する。」と定めて、「準正による国籍の取得」について規定していた。⁽⁵⁾

この昭和59年改正による国籍法3条1項の新設によって、日本国民たる父の生来的な嫡出子と出生後の認知および父母の婚姻による準正子との間では、国籍取得について一定の調整が図られることとなった。しかしながら、出生後に日本国民たる父から認知されても父母の婚姻関係がない子(非準正子)については、第2条の「出生による国籍の取得」の場合にも、第3条の「届出による国籍の取得」の場合にも該当せず、第4条の「帰化」による方法でしか、日本国籍を取得することができない状況にあった。他方では、日本国民たる母の非嫡出子については、分娩の事実により親子関係は当然に発生すると解されることから(最二判昭和37・4・27民集16-7-1247)、出生により母との間に法律上の親子関係が生ずることとなり、また、日本国民たる父の非嫡出子のうちで胎児認知された子については、出生時に父との間に法律上の親子関係が生ずることから、それぞれ国籍法2条1号により「出生による国籍の取得」が可能となる。しかし、出生後に日本国民たる父から認知された非嫡出子については、判例は、「出生による国籍の取得」は認められないとし(最二判平成9・10・17民集51-9-3925⁽⁶⁾)、国籍法2条1号が日本国民たる父の生後認知だけで子に国籍の生来的な取得を認めないとしていることには合理的な理由があり憲法14条1項に違反しないと判示していた(最二判平成14・11・22裁集民事208-495⁽⁷⁾)。

したがって、「日本国民たる父から生後認知された非嫡出子」は、同じ非嫡出子たる子であっても、「日本国民たる母の非嫡出子」や「日本国民たる父から胎児認知された非嫡出子」が「出生による国籍の取得」が可能であるにもかかわらず、「準正」がなければ「届出による国籍の取得」が認められず、さらに、「日本国民たる父から生後認知された準正子」が「届出による国籍の取得」が認められるにもかかわらず、「準正」がなければ「届出による国籍の取得」が認められないという区別が生じている。このような区別が憲法14条1項の法の下での平等に反しないかが憲法上の問題となる。

「事件」の事実の概要

「事件」の事実の概要は、以下の通りである。法律上の婚姻関係にない日本国民である父とフィリピン共和国籍を有する母との間に本邦において出生したX¹が、出生後父から認知されたことを理由として、平成15年に法務大臣あてに国籍取得届を提出したところ、国籍取得の条件を備えておらず、日本国籍を取得していないものとされたことから、Y(国)に対し、日本国籍を有することの確認を求めて訴訟を提起した。なお、当初は、退去強制令書発付処分等の取消しも求めていたが、後に在留特別許可が認められたために、取り下げられている。

第一審判決(東京地判平成17・4・13判時1890-27、平成15年(行ウ)第110号退去強制令書発付処分取消等請求事件)⁽⁸⁾は、以下のように判示した。国籍法3条1項は、父母の婚姻によって嫡出子

たる身分を取得した準正子と、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。国籍法3条1項は、子が「嫡出子」としての身分を取得した場合のみ国籍取得を認める旨の定めをしている点において一部無効であると解され、父母の婚姻（内縁関係を含む。）およびその認知により嫡出子または非嫡出子たる身分を取得した子について、一定の要件の下に国籍取得を認めた規定と理解すべきこととなるから、このような要件に該当する子については、国籍取得が認められる。X¹の父と母との間には内縁関係の成立が認められ、三者の間には家族としての共同生活と評価するに値する関係が成立しているから、X¹は国籍取得の届出によって国籍を取得したものである。かくして、第一審判決は、国籍法3条1項の規定を憲法14条1項違反として一部無効とし、X¹の請求を認容したものである。

これに対して、控訴審判決（東京高判平成18・2・28家月58-6-47、平成17年（行コ）第134号退去強制令書発布処分取消等請求控訴事件）は、以下のように判示した。仮に国籍法3条1項が憲法14条1項に違反し、その一部または全部が無効であったとしても、そのことから、出生後に日本国民である父から認知を受けたにとどまる子が日本国籍を取得する制度が創設されるわけではなく、X¹が当然に日本国籍を取得することにはならない。国籍法については、法律上の文言を厳密に解釈することが要請され、立法者の意思に反するような類推解釈ないし拡張解釈は許されず、同法に定めのない国籍取得の要件を創設することは裁判所が立法作用を行うものとして許されない。国籍法3条1項の「婚姻」が事実上の婚姻関係（内縁関係）を含むとの類推ないし拡張解釈をすることは、同条項についての立法者の意思が一義的に示されている以上、許されないから、X¹は、日本国籍を取得したということはできない。かくして、控訴審判決は、第一審判決を破棄して、X¹の請求を棄却した。

「事件」の事実の概要

「事件」の事実の概要は、以下の通りである。法律上の婚姻関係にない日本国民である父とフィリピン共和国籍を有する母との間に本邦において出生したX²らが、出生後父から認知されたことを理由として、平成17年に法務大臣あてに国籍取得届を提出したところ、国籍取得の条件を備えておらず、日本国籍を取得していないものとされたことから、Y（国）に対し、日本国籍を有することの確認を求めて訴訟を提起した。

第一審判決（東京地判平成18・3・29判時1932-51、平成17年（行ウ）第157号等国籍確認請求事件）⁽⁹⁾は、以下のように判示した。国籍法3条1項が準正を国籍取得の要件とした部分は、非嫡出子の一部に対する大きな区別と不利益をもたらすこととなり、このような区別によって非準正子の被る不利益の深刻さや区別の大きさ等にかんがみると、この区別は合理的な根拠に基づくものであるとはいえず、憲法14条1項に反する不合理な差別である。国籍法3条1項の規定は、準正要件を定める部分、すなわち条文の文言でいえば、「婚姻及びその」並びに「嫡出」の部分に限って、憲法14条1項に違反し無効である。国籍法3条1項のうち準正要件を定める部分が違憲無効であることを前提にすれば、X²らは有効な届出を行ったものといえるから、日本国籍を取得する。かく

して、第一審判決は、国籍法3条1項のうち準正要件を定める部分を憲法14条1項違反として無効とし、X²らの請求を認容したものである。「事件」の第一審判決とは、違憲無効とする範囲や立論が異なるものの、国籍法3条1項を根拠としてXらの請求を認容し、救済を図ったものとなっている。

これに対して、控訴審判決（東京高判平成19・2・27最高裁HP、平成18年（行コ）第124号国籍確認請求控訴事件）は、以下のように判示した。仮に国籍法3条1項の準正要件の部分が憲法14条1項に違反し、無効であったとしても、そのことから、日本国民である父の非嫡出子が認知と届出のみによって日本国籍を取得することにはならない。国籍法について、法解釈の名の下に実質的に国籍取得の要件を創設することは裁判所が立法作用を行うものとして許されない。国籍法3条1項の趣旨からすると、準正要件が違憲無効であるとすればその規定全体が無効となるのであり、出生後父から認知されたにとどまる子が日本国籍を取得する制度が創設されるわけではないから、X²らは、日本国籍を取得したということはできない。かくして、控訴審判決は、第一審判決を破棄して、X²らの請求を棄却した。こちら、「事件」の控訴審判決とは、やや立論を異にするものの、X²らの請求を棄却したものとなっている。

事案における争点

以上のように、事件および事件において、憲法上の争点となっているものは、国籍法3条1項が憲法14条1項に違反するものかどうか（国籍法3条1項の合憲性）、仮に国籍法3条1項が憲法14条1項に違反するとしても、Xに日本国籍の取得を認めることができるかどうか（違憲の是正方法と国籍取得の可否）、という点にある。

前者の争点については、国籍法3条1項が憲法14条1項に違反するものかどうか審査する際に、いかなる審査基準や審査方法によって判断するかが、ポイントとなる。また、後者の争点については、国籍法3条1項の授権的・創設的規定のうちで、違憲的な一部要件を除いた残余の要件を適用することにより、当該規定の適用範囲を拡大させて当事者の直接的な救済を図るという是正方法が、⁽¹⁰⁾違憲審査権の行使として許容されるかどうか、ポイントなる。

(2) 最高裁の判断

判旨

「判決」の要旨は、以下の通りである。⁽¹¹⁾

1) 国籍法3条1項の合憲性

<憲法14条1項の趣旨について>

「憲法14条1項は、法の下での平等を定めており、この規定は、事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨であると解すべきことは、当裁判所の判例とするところである（最高裁昭和37年（オ）第1472号同39年5月27日大法廷判決・民集18巻4号676頁、最高裁昭和45年（ア）第1310号同48年4月4日大法廷判決・刑集27巻3号265頁等）。」

<憲法10条と日本国籍の得喪について>

「憲法10条は、「日本国民たる要件は、法律でこれを定める。」と規定し、これを受けて、国籍法

は、日本国籍の得喪に関する要件を規定している。憲法10条の規定は、国籍は国家の構成員としての資格であり、国籍の得喪に関する要件を定めるに当たってはそれぞれの国の歴史的事情、伝統、政治的、社会的及び経済的環境等、種々の要因を考慮する必要があることから、これをどのように定めるかについて、立法府の裁量判断にゆだねる趣旨のものであると解される。」

<日本国籍取得の要件に関する区別の判断基準について>

「このようにして定められた日本国籍の取得に関する法律の要件によって生じた区別が、合理的理由のない差別的取扱いとなるときは、憲法14条1項違反の問題を生ずることはいうまでもない。すなわち、立法府に与えられた上記のような裁量権を考慮しても、なおそのような区別をすることの立法目的に合理的な根拠が認められない場合、又はその具体的な区別と上記の立法目的との間に合理的関連性が認められない場合には、当該区別は、合理的な理由のない差別として、同項に違反するものと解されることになる。

日本国籍は、我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な法的地位でもある。一方、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得するか否かということは、子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない父母の身分行為に係る事柄である。したがって、このような事柄をもって日本国籍取得の要件に関して区別を生じさせることに合理的な理由があるか否かについては、慎重に検討することが必要である。」

<国籍法3条1項の立法目的とその合理的根拠>

「国籍法3条1項は、日本国民である父が日本国民でない母との間の子を出生後に認知しただけでは日本国籍の取得を認めず、準正のあった場合に限り日本国籍を取得させることとしており、これによって本件区別が生じている。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、家族生活を通じた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。また、上記国籍法改正の当時には、父母両系血統主義を採用する国には、自国民である父の子について認知だけでなく準正のあった場合に限り自国籍の取得を認める国が多かったことも、本件区別が合理的なものとして設けられた理由であると解される。」

「国籍法3条1項は、同法の基本的な原則である血統主義を基調としつつ、日本国民との法律上の親子関係の存在に加え我が国との密接な結び付きの指標となる一定の要件を設けて、これらを満たす場合に限り出生後における日本国籍の取得を認めることとしたものと解される。このような目的を達成するため準正その他の要件が設けられ、これにより本件区別が生じたのであるが、本件区別を生じさせた上記の立法目的自体には、合理的な根拠があるというべきである。」

<国籍法3条1項の立法目的と準正要件との合理的関連性>

「国籍法3条1項の規定が設けられた当時の社会通念や社会的状況の下においては、日本国民である父と日本国民でない母との間の子について、父母が法律上の婚姻をしたことをもって日本国民である父との家族生活を通じた我が国との密接な結び付きの存在を示すものとみることに相応の

理由があったものとみられ、当時の諸外国における前記のような国籍法制の傾向にかんがみても、同項の規定が認知に加えて準正を日本国籍取得の要件としたことには、上記の立法目的との間に一定の合理的関連性があったものといえることができる。」

「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ており、今日では、出生数に占める非嫡出子の割合が増加するなど、家族生活や親子関係の実態も変化し多様化してきている。」また、「近年、我が国の国際化の進展に伴い国際的交流が増大することにより、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生する子が増加しているところ、両親の一方のみが日本国民である場合には、同居の有無など家族生活の実態においても、法律上の婚姻やそれを背景とした親子関係の在り方についての認識においても、両親が日本国民である場合と比べてより複雑多様な面があり、その子と我が国との結び付きの強弱を両親が法律上の婚姻をしているか否かをもって直ちに測ることはできない。」さらに、「諸外国においては、非嫡出子に対する法的な差別的取扱いを解消する方向にあることがうかがわれ、我が国が批准した市民的及び政治的権利に関する国際規約及び児童の権利に関する条約にも、児童が出生によっていかなる差別も受けないとする趣旨の規定が存する。」

「以上のような我が国を取り巻く国内的、国際的な社会的環境等の変化に照らしてみると、準正を出生後における届出による日本国籍取得の要件としておくことについて、前記の立法目的との間に合理的関連性を見いだすことがもはや難しくなっているというべきである。」

< 国籍法3条1項による国籍取得の区別と憲法14条1項違反 >

「国籍法が、同じく日本国民との間に法律上の親子関係を生じた子であるにもかかわらず、上記のような非嫡出子についてのみ、父母の婚姻という、子にはどうすることもできない父母の身分行為が行われない限り、生来的にも届出によっても日本国籍の取得を認めないとしている点は、今日においては、立法府に与えられた裁量権を考慮しても、我が国との密接な結び付きを有する者に限り日本国籍を付与するという立法目的との合理的関連性の認められる範囲を著しく超える手段を採用しているものというほかなく、その結果、不合理な差別を生じさせているものといわざるを得ない。」

「本件区別については、これを生じさせた立法目的自体に合理的な根拠は認められるものの、立法目的との間における合理的関連性は、我が国の内外における社会的環境の変化等によって失われており、今日において、国籍法3条1項の規定は、日本国籍の取得につき合理性を欠いた過剰な要件を課するものとなっているというべきである。」

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

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

2) 日本国籍の取得の可否

< 救済のための違憲状態の是正 >

「国籍法3条1項の規定が本件区別を生じさせていることは、遅くとも上記時点以降において憲法14条1項に違反するといわざるを得ないが、国籍法3条1項が日本国籍の取得について過剰な要件を課したことにより本件区別が生じたからといって、本件区別による違憲の状態を解消するために同項の規定自体を全部無効として、準正のあった子（以下「準正子」という。）の届出による日本国籍の取得をもすべて否定することは、血統主義を補完するために出生後の国籍取得の制度を設けた同法の趣旨を没却するものであり、立法者の合理的意思として想定し難いものであって、採り得ない解釈であるといわざるを得ない。そうすると、準正子について届出による日本国籍の取得を認める同項の存在を前提として、本件区別により不合理な差別的取扱いを受けている者の救済を図り、本件区別による違憲の状態を是正する必要があることになる。」

< 合憲的な合理的解釈と直接的な救済 >

「このような見地に立って是正の方法を検討すると、憲法14条1項に基づく平等取扱いの要請と国籍法の採用した基本的な原則である父母両系血統主義とを踏まえれば、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生し、父から出生後に認知されたにとどまる子についても、血統主義を基調として出生後における日本国籍の取得を認めた同法3条1項の規定の趣旨・内容を等しく及ぼすほかはない。すなわち、このような子についても、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したことという部分を除いた同項所定の要件が満たされる場合に、届出により日本国籍を取得することが認められるものとすることによって、同項及び同法の合憲的で合理的な解釈が可能となるものということができ、この解釈は、本件区別による不合理な差別的取扱いを受けている者に対して直接的な救済のみちを開くという観点からも、相当性を有するものというべきである。」

「上記の解釈は、本件区別に係る違憲の瑕疵を是正するため、国籍法3条1項につき、同項を全体として無効とすることなく、過剰な要件を設けることにより本件区別を生じさせている部分のみを除いて合理的に解釈したものであって、その結果も、準正子と同様の要件による日本国籍の取得を認めるにとどまるものである。この解釈は、日本国民との法律上の親子関係の存在という血統主義の要請を満たすとともに、父が現に日本国民であることなど我が国との密接な結び付きの指標となる一定の要件を満たす場合に出生後における日本国籍の取得を認めるものとして、同項の規定の趣旨及び目的に沿うものであり、この解釈をもって、裁判所が法律にない新たな国籍取得の要件を創設するものであって国会の本来的な機能である立法作用を行うものとして許されないと評価することは、国籍取得の要件に関する他の立法上の合理的な選択肢の存在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。」

「したがって、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生し、父から出生後に認知された子は、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したという部分を除いた国籍法3条1項所定の要件が満たされるときは、同項に基づいて日本国籍を取得することが認められるというべきである。」

各裁判官の意見

上記の多数意見に対して、国籍法3条1項の合憲性ならびに国籍取得の可否の問題をめぐって、裁判官の意見が分かれている。すなわち、横尾和子・津野修・古田佑紀各裁判官の反対意見、甲斐中辰夫・堀籠幸男各裁判官の反対意見があるほか、藤田宙靖裁判官の意見、さらに、泉徳治裁判官の補足意見、今井功裁判官の補足意見（那須弘平裁判官および涌井紀夫裁判官同調）、田原睦夫裁判官の補足意見、近藤崇春裁判官の補足意見がある。

国籍法3条1項の合憲性の問題について、「多数意見」は、憲法14条1項に違反するとの判断であるが、「横尾・津野・古田反対意見」()は、合憲との判断を示している。また、「泉補足意見」()は、国籍法3条1項に基づく差別に対する違憲審査基準として、「多数意見」が「合理性の基準」で判断していることに対して、いわゆる「厳格な合理性の基準」によるべきことを強調している。そして、「田原補足意見」()は、胎児認知を受けた者と生後認知を受けた者との区別も憲法14条1項に違反するとの判断を示している。

国籍取得の可否の問題に関しては、その前提として、国籍法3条1項の趣旨・目的の理解の違いによる意見の相違がみられる。「多数意見」は、国籍法3条1項が過剰な要件を設けている部分を違憲と判断するが、「甲斐中・堀籠反対意見」()さらに「藤田意見」()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が違憲であると捉えている。そのうえで、国籍取得の可否について、「多数意見」は、過剰な要件を設けている部分のみを除いて合憲的な合理的解釈によって、国籍取得を認めるのに対して、「甲斐中・堀籠反対意見」()は、そのような解釈が国籍法の授权的・創設的性質に反するもので、法解釈の限界を超えているとして、国籍取得を認めることはできないとしている。この点で、「藤田意見」()は、立法不作為の違憲状態を解消するために、国籍法3条1項の対象に非準正子も含まれるという合理的な拡張解釈をすることによって、国籍取得を認めている。さらに、「横尾・津野・古田反対意見」()は、非準正子に届出による国籍の取得を認めないことが違憲であるとしても、多数意見のように解釈することは、国籍法が定めていない国籍付与を認めるもので、実質的には立法措置であり、認められないとしている。なお、「今井補足意見」()ならびに「近藤補足意見」()は、多数意見の合憲的な合理的解釈をより補完する意見を述べている。

3. 国籍法3条1項の合憲性と違憲の是正方法

(1) 国籍法3条1項の合憲性

国籍法3条1項による区別

平成20年改正以前の国籍法3条1項においては、届出による日本国籍の取得に関して、外国人たる母から出生し日本国民たる父から認知を受けると共に父母が婚姻して嫡出子たる身分を取得した準正子（以下、「準正子」という。）には、国籍取得が認められるのに対して、外国人たる母から出生し日本国民たる父から認知を受けたが父母が婚姻していない非嫡出子（以下、「非準正子」という。）には、国籍取得が認められない。事件および事件（以下、「本件」という。）の事案では、

このような国籍取得に関する準正子と非準正子との区別が、憲法14条1項の法の下での平等に違反しないかが問題となった。

最高裁は、判決および判決（以下、「本判決」という。）において、国籍法3条1項により日本国籍取得の要件に関して生じている準正子と非準正子との区別（以下、「本件区別」という。）の合理性について、立法府の裁量権を考慮しても、このような区別をすることの立法目的に合理的な根拠が認められない場合や、その具体的な区別と立法目的との間に合理的関連性が認められない場合には、合理的な理由のない差別として憲法14条1項に違反するとの基準を示し、この点を慎重に検討して、本件区別が合理的な理由のない差別であり、憲法14条1項に違反するとの判断を行った。

憲法14条1項と平等違反の違憲審査基準

憲法14条1項は、法の下での平等を定めており、合理的理由のない差別を禁止している。

判例によれば、憲法14条1項は、国民に対し絶対的な平等を保障したのではなく、事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものでない限り、差別的な取扱いを禁止する趣旨であり、同項後段の差別禁止事項は例示的なもので、禁止される差別のうち特に重要なものを列挙したものと解している（最大判昭和39・5・27民集18-4-676、最大判昭和48・4・1刑集27-3-265）。これに対して、近時の有力な学説においては、憲法14条1項後段列挙事由による差別は原則として不合理なものであり、単なる例示以上の特別な意味を認めて、司法審査基準においても厳格な審査が求められるとし、後段列挙事由に該当するもの以外では、差別の対象とされている権利の性質に応じて違憲審査基準を設定すべきとして、差別事由か権利の性質かのいずれかを考慮して具体的な審査基準を採用すべきものと解されている。この点で、判例は、同項後段列挙事由を単なる例示として、その他の事由⁽¹²⁾に基づく場合と特段に区別することなく、違憲審査において特別な意味をもたせてはいない。

本判決においても、多数意見は、合理性の有無によって審査しており、従来の判例の立場を踏襲している。

本判決の違憲審査基準

本判決の多数意見は、国籍要件について立法府の裁量にゆだねられたものとしたうえで、国籍取得に関する本件区別の合理性の有無を審査する方法を採っている。すなわち、「国籍の得喪に関する要件を定めるに当たってはそれぞれの国の歴史的事情、伝統、政治的、社会的及び経済的環境等、種々の要因を考慮する必要があることから、これをどのように定めるかについて、立法府の裁量判断にゆだねる趣旨のもの」であり、「立法府に与えられた・・・裁量権を考慮しても、なおそのような区別をすることの立法目的に合理的な根拠が認められない場合、又はその具体的な区別と・・・立法目的との間に合理的関連性が認められない場合には、当該区別は、合理的な理由のない差別として、同項〔憲法14条1項〕に違反する」という審査基準を示している。したがって、本件区別について、立法府の広い裁量が認められることを前提にして、合理性の有無の判断をすることになるのであるが、他方で、この判断には「慎重に検討することが必要」であるとして、審査を厳密に行う必要性を示している。すなわち、「日本国籍は、我が国の構成員としての資格であるとともに、

我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な法的地位」であり、また、「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」であるから、「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」としている。そのうえで、立法目的と本件区別との合理的関連性の有無について、綿密な考察を行っている。

このように、多数意見の審査の手法は、いわゆる合理性の基準によって、より厳密に審査を行うというものであるが、国籍が重要な法的地位であることを一つの理由として、厳密に審査する必要を説いているのは、国籍要件を広い立法裁量にゆだねられるものとしたことと、矛盾がないわけではない。この点では、横尾・津野・古田反対意見が、国籍の付与を広い立法裁量にゆだねられるとして、「国籍法が、準正子に届出による国籍の取得を認め、非準正子に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ない」としており、むしろ一貫性がみられる。⁽¹³⁾

これに対して、泉補足意見は、有力説の見解にそった立場から、いわゆる「厳格な合理性の基準」による審査を行うことを示している。すなわち、本件区別を、「日本国籍の付与に関し、非嫡出子であるという社会的身分と、日本国民である親が父であるという親の性別により、父に生後認知された非嫡出子を差別するもの」であり、「この差別は、差別の対象となる権益が日本国籍という基本的な法的地位であり、差別の理由が憲法14条1項に差別禁止事由として掲げられている社会的身分及び性別であるから、それが同項に違反しないというためには、強度の正当化事由が必要であって、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」としている。

多数意見は、広範な立法裁量を認める見解と厳格な審査を求める見解との間にあって、これらの要素を取り込みつつ、合理性の基準によって厳密に判断する手法を採ったものといえる。この点について、本件区別は、国籍の取得に関して準正子と非準正子とを区別するものであり、憲法14条1項後段の「社会的身分」による差別であるから、有力説に従って、厳格な審査（「厳格な合理性の基準」もしくは「厳格な基準」）によって判断するのが妥当と解される。

本件区別の合理性

本判決の多数意見は、国籍法3条1項の立法目的には合理的根拠があり、昭和59年改正時において、認知に加えて準正を日本国籍取得の要件としたことには、立法目的との間に一定の合理的関連性があったものの、その後のわが国の内外における社会的環境の変化等によって、Xが国籍取得届を提出した当時とは、合理的な関連性を見出すことは難しくなっていると判断している。すなわち、立法目的の合理性については、「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」、「このような目的を達成するため準正その他の要件が設けられ、これにより本件区別が生じたのであるが、本件区別を生じさせた上記の立法目的自体には、合理的な根拠がある」としている。そして、この立法目的と準正要件との合理的関連性については、「国籍法3条1項の規定が設けられた当時の社会通念や社会的状況の下においては、日本国民である父と日本国民でない母との間の子について、父母が法律上の婚姻をしたことをもって日本国民である父との家族生活を通じた我が国との密接な結び付きの存在を示すものとみることには相応の理由があったものとみられ、当時の諸外国における前記のような国籍法制の傾向にかんがみても、同項の規定が認知に加えて準正を日本国籍取得の要件としたことには、上記の立法目的との間に一定の合理的関連性があったものということができる」として、これを認めたが、その後の「我が国を取り巻く国内的、国際的な社会的環境等の変化に照らしてみると、準正を出生後における届出による日本国籍取得の要件としておくことについて、前記の立法目的との間に合理的関連性を見いだすことがもはや難しくなっている」とした。このように、多数意見が、昭和59年改正時以降の立法事実の変化を考慮して、合理性が失われるに至ったと判断したことは、最高裁が、立法事実の詳細な検討をふまえて結論を導く姿勢を示したものとして、評価することができる。⁽¹⁴⁾しかし、横尾・津野・古田反対意見は、本件区別の合理性を認め、立法事実の範囲やその変化の有無・程度について、多数意見と異なる判断をしており、この点では、立法後の事実をどのように認定・評価して裁判所が判断するのかという課題が残されているといえる。⁽¹⁵⁾

また、泉補足意見は、いわゆる「厳格な合理性の基準」により判断し、国籍法3条1項の立法目的自体は正当なものであるが、この立法目的と、日本国民である父に生後認知された子のうち「父母の婚姻」により嫡出子たる身分を取得したものに限って日本国籍を付与することとした手段との間には、事実上の実質的関連性があるとは言い難く、同項が日本国籍の付与につき非嫡出子という社会的身分および親の性別により設けた差別は、強度の正当化事由を有するものということとはできないとしている。

この点について、本件区別を、国籍の取得に関して準正子と非準正子とを区別するもので、憲法14条1項後段の「社会的身分」による差別と捉えて、厳格な審査（「厳格な合理性の基準」）によって判断するならば、立法事実の捉え方如何で立法目的の重要性の有無については異なる判断が可能であろうが、立法目的と準正要件を課するという手段との間に実質的関連性を見出すことは困難というほうかはないであろう。

(2) 「法令の一部違憲」と違憲の是正方法

法令の一部違憲と適用範囲の拡大

本判決の多数意見は、本件区別を合理的な理由のない差別であるとして、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項に違反すると判断したが、同項を全体として無効とするのではなく、過剰な要件を設けることにより本件区別を生じさせている部分すなわち「準正要件」の部分のみを違憲無効とし、この部分を除いた同項所定の要件が満たされる場合には届出により日本国籍を取得することが認められるとして、同項および同法の合憲的で合理的な解釈が可能

となるとしている。すなわち、多数意見は、国籍法3条1項全体を無効とするのではなく、準正要件の部分のみを違憲無効とし、同項のその他の部分を合理的に解釈・適用して、Xの救済を図っている。

したがって、多数意見は、準正要件の部分の違憲無効と判断しており、この点で「法令の一部違憲」の判断形式をとったものと位置づけられる。本判決以前に最高裁が法令違憲の判断をした7件のうち、法令の一部違憲の判断をしたものと考えられるものには、郵便法68条・73条に関する郵便法賠償責任制限規定違憲判決 [最大判平成14・9・11民集56-7-1439]⁽¹⁶⁾、公職選挙法附則8項に関する在外邦人選挙権制限規定違憲判決 [最大判平成17・9・14民集59-7-2087]⁽¹⁷⁾、の2例がある。

そして、本判決の多数意見の場合には、授権的・創設的規定と解される国籍法3条1項について、届出による国籍取得の要件のうち「準正要件」を定めた部分のみを違憲無効としたうえで、残余の要件を有効とみることによって、この残余の要件を充足する場合には、当該規定による権利・資格の付与を認めるものであり、この点で、同項の適用範囲を拡大して、Xの権利・利益の救済を直接的に図ったものとなっている。

法令の規定の一部を違憲とする「法令の一部違憲」には、法令の可分な文言の一部を違憲とするもの（「文言上の一部違憲」）と法令の有する可分の意味の一部を違憲とするもの（「意味上の一部違憲」）との2通りのものがある⁽¹⁸⁾。したがって、法令の一部違憲の手法が用いられるためには、文言上であれ、意味上においてであれ、当該法令に可分性が認められることが必要となる。このような点に関して、いわゆる「合憲限定解釈」の手法は、法令の規定のうちで、違憲の疑いのある部分の適用を除外し、残余の合憲的な部分を適用することによって、当該規定そのものを「違憲」とは判断せず、合憲的な部分に限定して解釈・適用を施すものであるが、この場合には、違憲の疑いのある部分について事実上は違憲との判断をしておきながらも、「合憲」との結論を導き出すものである。これに対して、「法令の一部違憲」の手法は、合憲的な部分を適用する点では同様であるが、違憲の部分については、さらに踏み込んで、明示的に「違憲」との結論を提示することになる。

本判決の多数意見は、国籍法3条1項について「合憲的で合理的な解釈」をし、「日本国民である父と日本国民でない母との間に出生し、父から出生後に認知されたにとどまる子についても」、「父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したことという部分を除いた同項所定の要件が満たされる場合に、届出により日本国籍を取得することが認められる」として、「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」を違憲無効としている。これが、「文言上の一部違憲」なのか「意味上の一部違憲」なのかは必ずしも明確に示されていないが、「準正要件」の部分について、「法令の一部違憲」の手法を採ったことは明らかである。

この点に関して、「事件」の第一審判決（東京地判平成18・3・29判時1932-51）は、本判決と同様に、「準正要件」の部分の違憲無効と判断したが、具体的には次のように述べている。すなわち、「国籍法3条1項の要件のうち」、「後者の準正要件と前者のその余の要件については、本来的、論理的には可分なもの」であり、「準正要件については合理性が認められず、また、準正要件は中核的なものではないと解される以上、国籍法3条1項のうち、準正要件を定める部分のみを違憲無効と解すべき」であり、結論として「国籍法3条1項の規定は、準正要件を定める部分、すなわち条

文の文言でいえば、「婚姻及びその」並びに「嫡出」の部分に限って憲法14条1項に違反し、違憲無効である」としている。すなわち、「準正要件」の部分に違憲としつつ、その内容に該当する条文上の文言を指摘して、文言上も一部違憲となる部分を明示したものといえる。

また、「事件」の第一審判決（東京地判平成17・4・13判時1890-27）は、国籍法3条1項において「父母の婚姻」には「内縁関係」も含まれると合憲的に解釈して、「嫡出子」という文言のうち「嫡出」の部分のみを違憲無効と判断した。すなわち、「法3条1項は、父母が法律上の婚姻関係を成立させた子と、内縁関係にとどまる子との間に不合理な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」ところ、「父母の婚姻」という文言については、今日においては、内縁関係も、法律上の婚姻関係と同様あるいはこれに準ずる関係として捉えられ、様々な場面において法律上の婚姻関係と同様あるいはこれに準ずる保護を与えられていることを考慮すると、合憲的解釈という観点から、法律上の婚姻関係に限定されず、内縁関係も含む趣旨であると解することは不可能ではないが、「嫡出子」という文言は、あくまでも父母の間に法律上の婚姻関係が成立していることを当然の前提とした文言であると解せざるを得ないから、法3条1項は、子が「嫡出子」としての身分を取得した場合にのみ国籍取得を認める旨の定めをしている点において一部無効であると解するほかない（別の言い方をすると、「嫡出子」という文言のうち、「嫡出」の部分は一部無効となるということである。）としている。ここでは、「子が「嫡出子」としての身分を取得した場合にのみ国籍取得を認める旨の定めをしている点」を、すなわち規定の文言上は「嫡出」の部分の一部違憲と判断しているが、「父母の婚姻」に関する点については、「合憲的解釈という観点から」、法律上の婚姻関係に限定されず内縁関係も含む趣旨と解している。

この後者の「合憲的解釈」は、この場合、合憲的な部分を拡張ないし補充するものであり、「合憲的拡張解釈」ないし「合憲的補充解釈」の手法といえるが、当該規定の一定部分の意味内容を補充して、その適用範囲を拡張させるものであり、このような方法を採用することには慎重さが求められる⁽¹⁹⁾。というのも、合憲的補充解釈は、人権保障のために法律の欠陥を合憲的な解釈によって是正するという点では、合憲的限定解釈と共通するが、限定解釈の場合には、違憲の疑いのある部分を除去して当該法令を適用するのに対して、補充解釈の場合には、法律の欠陥を補うために適用範囲を拡張させるもので、この点では、積極的な立法作用に類似するものとなり、司法作用の限界を超えて、権力分立原理との抵触という問題が生ずるからである⁽²⁰⁾。

国籍取得の可否と違憲の是正方法

本判決の多数意見は、国籍法3条1項の「準正要件」を定めた部分のみを違憲無効としたうえで、残余の要件を有効とみることにより、この残余の要件を充足する場合には、届出による国籍取得を認めて、Xの権利利益の救済を直接的に図ったものである。このように、法令の規定中の一部分を違憲無効としつつ、残余の部分をなお有効として、当該規定自体を維持して適用することは、一種の立法行為であり、裁判所の違憲審査権の行使の限界を超えたもので許されないのではないか、という問題がある。本判決においても、この問題が重要な論争点になったことが、各裁判官の意見から伺うことができる。

この点について、本件の第二審判決（「事件」東京高判平成18・2・28家月58-6-47、「事件」東京高判平成19・2・27最高裁HP）は、仮に国籍法3条1項が父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したことを日本国籍取得の要件としたことが憲法14条1項に違反するとしても、「そのことから、日本国民である父の非嫡出子が認知と届出のみによって日本国籍を取得し得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立法作用を行うことは、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」としている。そして、本判決の横尾・津野・古田反対意見は、「仮に非準正子に届出による国籍を取得を認めないことが違憲であるとしても」、多数意見のように、「準正子に係る部分を取り除けば、同項の主体が認知を受けた子全般に拡大するということにはいかにも無理があり」、
「そのような拡大をすることは、条文の用語や趣旨の解釈の域を超えて国籍を付与するものであることは明らかであり、どのように説明しようとも、国籍法が現に定めていない国籍付与を認めるものであって、実質的には立法措置である」から、「本件について、裁判により国籍を認めることは、司法権の限界との関係で問題がある」としている。また、甲斐中・堀籠反対意見も、多数意見の解釈は、「国籍法の創設的・授権的性質に反するものである上、結局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」もので、「結局、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、実質的に司法による立法に等しい」として、多数意見のような解釈は実質的に立法行為であるとして許されないとの立場にある。

これに対して、多数意見は、「本件区別に係る違憲の瑕疵を是正するため、国籍法3条1項につき、同項を全体として無効とすることなく、過剰な要件を設けることにより本件区別を生じさせている部分のみを除いて合理的に解釈したもので」、「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」として、裁判所によるこのような解釈は許されるとしているのである。

このような見解の対立には、本件区別の捉え方の相違、すなわち、問題となっている区別が、国籍法3条1項の規定によって生じたものと捉えるのか、国籍法上の立法の不存在（立法不作為）によって生じたものと捉えるのか、という違いがある。そして、その根底には、国籍法3条1項の理解の相違、すなわち、同項の規定を、出生後認知された非嫡出子に対する届出の規定として非準正子に対しこれを制約することを定めた規定と理解するのか、単に準正子に対して国籍を付与することを定めた規定と理解するのか、という違いがあり、同項の規定の趣旨の捉え方について、

日本国民たる父から認知されていても準正要件を満たさない者に対しては届出による国籍取得を認めないとする制限的性質を含んだ授権的・創設的規定と位置づけるのか、準正要件を満たす場合に届出による国籍を認めるという授権的・創設的規定にすぎないと位置づけるのか、という違いが見られる。多数意見は、の立場にあり、横尾・津野・古田反対意見や甲斐中・堀籠反対意見さらに藤田意見は、の立場にあると考えられ、後者の立場では、甲斐中・堀籠反対意見と藤田意見は、本件区別を立法不作為による違憲と判断するが、横尾・津野・古田反対意見は、立法政策の問

題であるとして合憲と判断しているものと解される。

この点で、多数意見が制限的性質を含んだ授権的・創設的規定と位置づけていることは必ずしも明確ではないが、「過剰な要件を設けること」との文言からも制限的性質を含んだ規定と捉えているようであり、また、「法律の規定の一部が違憲である場合の司法救済のあり方」について述べた今井補足意見は、国籍法「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」と解しており、このような多数意見の捉え方を補完しているといえる。

甲斐中・堀籠反対意見は、「多数意見は、国籍法3条1項の規定自体が違憲であるとするのであるが、同規定は、準正子に届出により国籍を付与する旨の創設的・授権的規定であって、なんら憲法に違反するところではなく、「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、「このことから、届出により国籍を取得するという法的地位が上告人[X]に発生しないことは明らかである」として、立法不作為の状態を違憲としながらも、Xの国籍取得を認めなかった。これに対して、藤田意見は、国籍法3条1項に「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なのであって、同項の合理的解釈によって違憲状態を解消しようとするならば、それは「過剰な」部分を除くことによってではなく、「不十分な」部分を補完することによってでなければならない」のであり、「同法3条1項の存在を前提とする以上、現に生じている違憲状態を解消するためには、非準正子についても準正子と同様の扱いとすることが、ごく自然な方法で」あり、「このような状況の下で、現に生じている違憲状態を解消するために、同項の対象には日本国民である父親による生後認知を受けた非準正子も含まれるという拡張解釈をすることが、立法者の合理的意思に抵触することになるとは、到底考えられない」として、立法不作為の状態を違憲としつつ、国籍法3条1項の規定を「拡張解釈」して、Xの国籍取得を認める判断をした。ここでは、多数意見のように「過剰な」部分を除くことによってではなく、「不十分な」部分を補充することによって、救済を図るべきとする合理的な「拡張解釈」がとられており、いわゆる「合憲的補充解釈」の一つの手法とみることができる。

さて、本判決の多数意見のように、授権的・創設的規定について、違憲的な要件の部分を除外し残余の要件を適用することによって、当該規定の適用範囲を拡大させ、当事者の直接的な救済を図るという、違憲の是正方法は、問題となっている当該規定が制限的性質の可分なものであるかどうか⁽²¹⁾が重要となる。そして、当該規定が制限的な性質のものであると解することができるかどうかは、規定の文言だけではなく、法律全体の仕組みや当該規定の位置づけ、さらに立法趣旨などが考慮される必要がある⁽²²⁾。この点で、国籍法3条1項が制限的性質を含む規定であるとする本判決の多数意見の考え方には、その立法趣旨の捉え方からみて、賛同できるものがあるといえよう。

4. おわりに

本判決は、授権的・創設的規定のうち違憲的な一部の要件を除外した残余の要件を適用すること

によって、当該規定の適用範囲を拡大させて、当事者の直接的な救済を図るというかたちで、違憲の是正方法を肯首した点では、画期的な判例である。最高裁の裁判官の意見も多様であるように、このような違憲審査権の行使のあり方自体が、きわめて論争的である。国籍法3条1項は、平成20年改正によって、本判決の趣旨にそって改められ、多数意見の理解の仕方が、国籍法について国会の立法意思に抵触するような解釈をしたものでないことが、いわば追認されたかたちになったが、このような違憲審査の行使方法が常に認められるものではなく、さらなる理論的な精緻化が必要である。

< 注 >

- (1) 「国籍法の一部を改正する法律」の制定経緯や内容については、「<法令解説> 認知された子の届出による国籍取得が可能に：国籍法の一部を改正する法律」（『時の法令』1828号、2009年）27頁以下、「<立法の話題> 日本国籍の取得要件の見直し：国籍法の一部改正」（『法学セミナー』651号、2009年）133頁、秋山実「国籍法の一部を改正する法律の概要」（『ジュリスト』1374号、2009年）2頁以下、参照。
- (2) 佐久間健吉「国籍法違憲訴訟最高裁大法廷判決」（『法律のひろば』61巻11号、2008年）56頁、市川正人「最新判例批評：国籍法3条1項が、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生し後に父から認知された子につき、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した場合に限り日本国籍を認めていることと憲法14条1項」（『判例時報』2021号、2009年）165頁参照。
- (3) 最高裁がこれまでに法令違憲の判断を示したのは、 尊属殺重罰規定違憲判決 [最大判昭和44・4・4 刑集27-3-265]（刑法200条）、 薬事法距離制限規定違憲判決 [最大判昭和50・4・30民集29-4-572]（薬事法6条2項）、 衆議院議員定数配分規定違憲判決 [最大判昭和51・4・14民集30-3-223]（公職選挙法13条1項・同法別表第一）、 衆議院議員定数配分規定違憲判決 [最大判昭和60・7・17民集39-5-1100]（公職選挙法13条1項・同法別表第一）、 森林法分割制限規定違憲判決 [最大判昭和62・4・22民集41-3-408]（森林法186条）、 郵便法賠償責任制限規定違憲判決 [最大判平成14・9・11民集56-7-1439]（郵便法68条・73条）、 在外邦人選挙権制限規定違憲判決 [最大判平成17・9・14民集59-7-2087]（公職選挙法附則8項）、 国籍法要件規定違憲判決 [最大判平成20・6・4 民集62-6-1367、最大判平成20・6・4 裁集民事228-1-1]（国籍法3条1項）、の8件である。
- (4) 平成20年改正によって、国籍法3条1項は、「父又は母が認知した子で20歳未満のもの（日本国民であった者を除く。）は、認知をした父又は母が子の出生の時に日本国民であった場合において、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ったときは、法務大臣に届け出ることによって日本の国籍を取得することができる。」と改正され（下線部が改正箇所である。）、認知された子の国籍取得を可能とする規定に改められた。
- (5) 国籍法3条1項に準正要件が設けられたのは、以下の理由があるとされている。日本国民たる父の子は、母が日本国民でなければ、出生時に父子関係が確定していない場合には、出生により日本国籍を取得しないが、これは、子が母と生活を共にすることが一般的であることから、父の認知だけでは、日本国民の家族関係に包摂され、日本との結合関係が強いとは認められないがゆえに、父母の婚姻による準正によって、届出による国籍取得を認めるべきであること、同項が設けられた昭和59年改正時においては、父母両系血統主義を採用した国の中では準正の場合に限って国籍の取得を認める国が多かったこと、認知のみによって国籍の取得を認めると日本国籍の

取得のための仮想認知が生ずるおそれがあること、などがあげられる（『判例時報』2002号、2008年、5頁参照）。

- (6) 父が子を生後認知した場合には、認知の効力は子の出生の時にさかのぼる（民法784条本文）が、国籍の取得に関しては、判例は、国籍法3条の規定の存在を根拠にして、認知の遡及効は認められないとして、生後認知された非嫡出子について、「出生による国籍の取得」を認めていない（最二判平成9・10・17民集51-9-3925）。しかし、この平成9年判決の事案においては、特段の事情を認め、胎児認知された場合に準じて、国籍法2条1号の適用を認めている。平成9年判決の判例批評としては、国友明彦「生後認知による国籍の生来的取得」（『平成9年度重要判例解説』、1998年）285頁以下、同「生後認知による国籍の取得」（『国際司法判例百選』新法対応補正版、2007年）212頁以下、佐藤やよい「出生後の認知による国籍の生来的取得を認めた事例」（『ジュリスト』1134号、1998年）132頁以下参照。
- (7) この平成14年判決においては、国籍法3条の合憲性に関して、「日本国民たる父から生後認知された非嫡出子」について、「日本国民たる父から胎児認知された非嫡出子」が「出生による国籍の取得」が可能であることとの対比で、同条が「父母の婚姻」を国籍取得の要件としていることの合理性に疑問を示した亀山裁判官の補足意見、「父母の婚姻」によって区別することに合理性を見出すのは困難であり、憲法14条1項に反する疑いがあるとする梶谷裁判官・滝井裁判官の補足意見がある（最二判平成14・11・22裁集民事208-495）。平成14年判決の判例批評としては、南敏文「日本人父から生後認知された子の国籍」（『平成14年度重要判例解説』、2003年）281頁以下、多喜寛「国籍法と憲法」（『国際司法判例百選』新法対応補正版、2007年）214頁以下、山元一「非嫡出子と国籍法2条1号による国籍取得」（法学教室282号別冊付録『判例セレクト2003』、2004年）5頁、高佐智美「国籍法2条1号と認知の遡及効」（『法学セミナー』578号、2003年）107頁参照。
- (8) 第一審判決の判例批評としては、高佐智美「国籍法3条1項の嫡出要件と憲法14条」（『平成17年度重要判例解説』、2006年）15頁以下、近藤敦「父母が内縁関係にある非嫡出子の届出による国籍取得の差別 国籍法違憲訴訟」（法学教室306号別冊付録『判例セレクト2005』、2006年）4頁、同「国籍法3条1項と憲法14条1項」（『法学セミナー』606号、2005年）118頁、君塚正臣「最新判例批評：国籍法3条1項は父母が内縁関係にある認知された非嫡出子を排除する限りで憲法14条1項違反であり、その子は届出により日本国籍を取得できるか（積極）」（『判例時報』1918号、2006年）176頁以下参照。
- (9) 第一審判決の判例批評としては、太田いく子「婚外子差別と人権条約 国籍取得」（『平成18年度重要判例解説』、2007年）287頁以下、甲斐素直「最新判例批評：国籍法3条1項のうち準正を要件とする部分の可分性と憲法14条違反」（『判例時報』1953号、2007年）180頁以下参照。
- (10) 佐久間・前掲注（2）57頁参照。
- (11) 「判決」の判旨も、「判決」と同様である。判決の判例批評としては、山元一「国籍法違憲大法廷判決」（『平成20年度重要判例解説』、2009年）13頁以下、前田雅子「国籍法3条1項の違憲性と日本国籍確認判決」（『平成20年度重要判例解説』、2009年）58頁以下、立松美也子「婚外子と国際人権法 国籍取得」（『平成20年度重要判例解説』、2009年）319頁以下、浮田徹「国籍法3条1項が憲法14条に違反するとされた事例（国籍法違憲訴訟大法廷判決）」（『速報判例解説』vol.4、2009年）9頁以下、金亮完「国籍法3条1項の規定のうち、準正を日本国籍取得の要件とした部分が憲法14条1項に違反するとされた2つの事例」（『速報判例解説』vol.4、2009年）83頁以下、榎透「国籍法違憲訴訟最高裁大法廷判決」（『法学セミナー』645号、2008年）126頁、近藤敦「非嫡出子の届出による国籍取得の差別 国籍法違憲訴訟」（法学教室342号別冊付録『判例セレクト2008』、2009年）3頁、奥田安弘「国籍法違憲訴訟に関する最高裁大法廷判決」（『法律時報』80巻10号、2008年）1頁以下、竹下啓介「国籍法3条1項を違憲とした最高

- 裁判判決」(『法学セミナー』647号、2008年)6頁以下、近藤博徳「国籍法違憲訴訟 大法廷判決獲得までの歩み」(『法学セミナー』651号、2009年)26頁以下、原田央「最高裁平成20年6月4日大法廷判決をめぐって 国際私法の観点から」(『法学教室』341号、2009年)6頁以下、高橋和之・岩沢雄司・早川眞一郎「(鼎談)国籍法違憲判決をめぐって」(『ジュリスト』1366号、2008年)44頁以下、長谷部恭男「国籍法違憲判決の思考様式」(『ジュリスト』1366号、2008年)77頁以下、佐野寛「国籍法違憲判決と国籍法の課題」(『ジュリスト』1366号、2008年)85頁以下、森英明「国籍法違憲訴訟最高裁大法廷判決の解説と全文」(『ジュリスト』1366号、2008年)92頁以下、佐久間・前掲注(2)56頁以下、市川・前掲注(2)164頁以下、「国籍法違憲訴訟最高裁大法廷判決」(『判例時報』202号、2008年)3頁以下、参照。また、判決の判例批評としては、とくに、藤井俊夫「国籍法違憲判決の意義と課題」(『千葉大学法学論集』23巻1号、2008年)245頁以下参照。
- (12) 芦部信喜『憲法』(第4版、岩波書店、2007年)129頁、同『憲法学』(増補版、有斐閣、2000年)23頁~24頁、佐藤幸治『憲法』(第3版、青林書院、1995年)471頁、等参照。
- (13) 市川・前掲注(2)166頁参照。
- (14) しかし、国籍法3条1項の合理性は立法当初から問題視されており、制定後の事情の変化によって合理性を失うに至ったという論法をこの事例に用いることに対して、疑問を提示する指摘も見られる。市川・前掲注(2)167頁参照。
- (15) 佐久間・前掲注(2)61頁、市川・前掲注(2)167頁参照
- (16) 郵便法賠償責任制限規定違憲判決における「法令の一部違憲」については、宍戸常寿「国家賠償責任の免除・制限と憲法17条 郵便法違憲判決」(『憲法判例百選』第5版、2007年)293頁、市川正人「郵便法免責規定違憲判決」(『法学教室』269号、2003年)57頁参照。
- (17) 在外邦人選挙権制限規定違憲判決における「法令の一部違憲」については、野坂泰司「在外日本国民の選挙権」(『憲法判例百選』第5版、2007年)335頁、藤井・前掲注(11)259頁参照。
- (18) 青柳幸一「法令違憲・適用違憲」(芦部信喜編『講座憲法訴訟第3巻』有斐閣、1987年)8頁参照。
- (19) 国籍法2条1号の性別による差別が問題となった事案において、当該規定の「父」とあるのを「父又は母」と合憲的解釈をすべきとする主張に対して、東京高裁は、規定の不存在の場合に裁判所が違憲審査権の行使としてこれを存在するものとして適用することはできないとしたうえで、法の欠缺の場合には、条理によって補充することが許される場合があるが、欠缺の補充の選択肢が複数あるときには裁判所がその選択を行うことはできないとして、合憲的補充解釈を認める余地を示したものがある(東京高判昭和57・6・23行集33-6-1367)。
- (20) 常本照樹「国籍法の性差別とその救済方法」(『憲法判例百選』第5版、2007年)75頁参照。
- (21) 佐久間・前掲注(2)64頁参照。
- (22) 市川・前掲注(2)167頁参照。