

差別の直接的救済と司法の使命

——国籍法3条1項違憲判決——

青 柳 幸 一

- I. はじめに：最近の判例のダイナミックな動向
- II. 平等をめぐる判例の展開
- III. 2008年国籍法3条1項違憲判決
- IV. むすびに：司法の使命

I. はじめに：最近の判例のダイナミックな動向

近時、最高裁判所（以下「最高裁」と略称）の判決が活発で、「躍動」している印象を受ける。そのような印象を与えている要因として、3つの特記すべき点を挙げることができるように思われる。

第1に特記すべきことは、先例を変更する判決である。そのような判決として、2005年の在外邦人選挙権事件判決（最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁）¹⁾を挙げることができる。在外邦人選挙権判決は、1985年の在宅投票制廃止事件判決（最一判昭和60年11月21日民集39巻7号1512頁）の立法不作為の違憲性に関する判断枠組を実質的に変更したことによって、「立法不作為の違憲審査を否認するにひとしいほどきびしい制約」²⁾から立法不作為の違憲審査が實際上機能し得るものにした。そして、当該判決は、次回行われる衆議院総選挙における小選挙区選出議員の選挙および参議院議員通常選挙における選挙区選出議員の選挙において在外選挙人名簿に基づき投票し得る地位にあることを確認した。

次に、判例変更として注目すべき近時の判決は、憲法判例ではないが、2008

年の浜松市「上島駅周辺土地区画整理事業」事件判決（最大判平成20年9月10日裁判所時報1487号1頁）³⁾である。最高裁は、当該判決において、1966年の、いわゆる「青写真」（高円寺土地区画整理事業計画事件）判決（最大判昭和41年2月23日民集20巻2号271頁）、および1992年判決（最三判平成4年10月6日民集166号41頁）が示した判断を変更し、市町村が施行する土地区画整理事業の事業計画決定の処分性を認め、抗告訴訟の対象になるものとした。在外日本人選挙権判決や土地区画整理事業判決における判例変更は、2004年の行政事件訴訟法改正の理念である「実効的な権利救済」の実現に向けた最高裁の強い意欲を感じさせる判決であり、その方向性は高く評価される。

他方で、最高裁における判例変更は、それが人権や法律上の権利の保障を実効的にし、高めるものであったとしても、下級裁判所の裁判官を困惑させるで

1) 判例評釈として、新井誠・法学セミナー612号74頁（2005年）；長谷部恭男/田中宗孝/小幡純子・ジュリスト1303号2頁（2005年）；野中俊彦・ジュリスト1303号18頁（2005年）；北村和生・ジュリスト1303号25頁（2005年）；杉原則彦・ジュリスト1303号31頁（2005年）；同・法曹時報58巻2号279頁（2006年）；小谷知也・選挙58巻12号9頁（2005年）；近藤敦・法学セミナー613号118頁（2006年）；早坂禰子・法令解説資料総覧289号77頁（2006年）；内野正幸・法律時報78巻2号78頁（2006年）；浜川清・法律時報78巻2号84頁（2006年）；山崎栄一郎・法律のひろば59巻2号63頁（2006年）；下山憲治・法学セミナー614号121頁（2006年）；古田啓昌・法学セミナー615号30頁（2006年）；村田尚紀・法学論集55巻6号1723頁（2006年）；山本隆司・法学教室308号25頁（2006年）；内藤光博・専修ロージャーナル1号147頁（2006年）；只野雅人・判例セレクト2005（法学教室306号別冊附録）6頁（2006年）；西村淑子・法律のひろば59巻5号30頁（2006年）；越智敏裕・行政判例百選Ⅱ〔第5版〕428頁（2007年）；米沢広一・平成17年度重要判例解説7頁（2006年）；木村琢麿・平成17年度重要判例解説50頁（2006年）；飯田稔・亜細亜法学41巻1号13頁（2006年）；佐久間健吉・平成17年度主要民事判例288頁（2006年）；赤坂正浩・判例評論572号171頁（2006年）；野坂泰司・法学教室315号77頁（2006年）；同・憲法判例百選Ⅱ〔第5版〕334頁（2007年）；木村草太・法学協会雑誌124巻6号1490頁（2007年）；井上典之・法学セミナー631号77頁（2007年）等がある。

2) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法』（第四版）369頁（2007年）。

3) 本判決を検討するものとして、山本隆司「判例から探求する行政法第7回、第8回」法学教室339号57頁（2008年）、同340号73頁（2009年）がある。さらに評釈として、中川丈夫・法学教室341号20頁（2009年）がある。

あろう。それは、原理的には先例拘束の原則とかわる。

「私には判例法国といわれる英米法系といわれる国々と比較しても、判例の価値がより高く評価されているのではないかと感じられることが多かった」と、最高裁裁判官を務めた伊藤正己が述べるように、最高裁においても「判例尊重の程度は極めて高いものであると考えてよいであろう」⁴⁾。ましてや、下級裁判所の裁判官にとっては最高裁判例の先例拘束力は強く働き、「下級審としては、特別の場合でない限り、最高裁判所の判例に不備があるときでもそれに従うことになる」⁵⁾。それゆえ、最高裁における判例変更は、いずれにしても、下級裁判所の裁判官を「困惑」させることになる。

下級審の裁判官を困惑させたであろう例として、第三者所有物没収の際の手続をめぐる判断枠組の変更を挙げることができる。まず、1957年判決（最大判昭和32年11月27日刑集11巻12号3132頁）は、「第三者が犯罪の行われることにつき、予めこれを知らなかった場合即ち善意であった場合に…第三者の所有に属する貨物又は船舶を没収するがごときは…憲法29条違反たるを免れない」として、旧関税法83条が定める第三者所有物没収を悪意の場合に限定した。当該判決を受けて、関税法は、善意の第三者の所有物を没収から除外するように改正された。最高裁は、5年後にさらに判例変更を行う。1962年判決（最大判昭和37年11月28日刑集16巻11号1593頁）は、所有物を没収される第三者に告知・聴聞の機会を与えなければならない、と判示し、「本件貨物の没収の言渡は違憲である」として、「原判決および第1審判決は、この点において破棄を免れない」とした。つまり、当該判決は、関税法118条1項には第三者に告知・聴聞の機会を与えると規定されていないが、憲法31条によって

4) 伊藤正己『学者と裁判官の間』49頁（1993年）。伊藤によれば、「最高裁でも、これまでにない新しい問題について判断をするときさえ、理論上は自由な判断が可能であるが、できる限り類似した先例がないか調査し、新しい問題に示唆を与えるような趣旨を持つ判例がないかを苦労して探求することが少なくない」（同・51頁）。

5) 伊藤・同、45頁。先例拘束の原則についての私見については、青柳幸一「憲法判例における主論」筑波ロー・ジャーナル創刊号1頁以下（2006年）参照。

告知・聴聞の機会を与えることが要求されていると解釈しなければならないのに、そう解釈しなかった原判決を違憲とするものである。つまり、当該判決は、下級審の裁判官も、法律に明文で規定していなくとも、憲法の規定あるいは精神を踏まえて当該法律を解釈しなければならないのに、そのように解釈しなかったことを違憲としているのである。その意味では、この1962年判決は、下級審も、最高裁判決の判断枠組に問題があると思慮するときには、先例と異なる判断を示してよい、というメッセージを発しているともいえる。しかし、最高裁判例に強く拘束されていると感じている下級審の裁判官からすれば、最高裁判例と異なる判断をすることは、そう簡単なことではないであろう。勿論、最高裁判官ばかりでなく、職権の独立が保障され、「憲法及び法律にのみ拘束される」（憲法76条3項）下級裁判所の裁判官にも、憲法を踏まえた法律解釈が求められている。しかし、第三者所有物没収違憲判決の原審判決（福岡高判1955〔昭和30〕年9月21日刑集16巻11号1630頁参照）は、限定解釈を行ったに留まる1957年最高裁判決より以前に下された判決である。原審判決が憲法31条を踏まえた解釈をしなかったことを「責める」のは酷であるように思われる。そもそも、問題は、第三者所有物没収手続における当該第三者に告知・聴聞の機会を与えていないという法律上の「欠陥」にある。したがって、法律改正によって法律上の「欠陥」自体を「治癒」する必要があるものといえよう⁶⁾。最高裁から国会への判決原本の送付は「参考」としてのものにすぎなかったにもかかわらず、国会は、判決から8カ月経過する前に、「刑事事件における第三者所有物の没収手続に関する応急措置法」（1963〔昭和38〕年7月21日公布）を制定している。国会も、この判決に実質的に対応するためには法律改正が必要であることを的確に理解していたといえよう。

第三者所有物没収違憲判決は下級審の裁判官に、「最高裁判所の判例に不満があるときには」それに従わず、先例とは異なる、より憲法に適合的な解釈を

6) 私見は、1962年判決を実質的に法律を違憲とする判決と捉えている。（青柳幸一「法令違憲・適用違憲」同『個人の尊重と人間の尊厳』446-47頁〔1996年〕）。

してよいというメッセージを送っていたと捉えることも可能であろう。しかし、2001年のハンセン病判決（熊本地判平成134年5月11日判時1748号30頁）等若干の例外はあるが、第三者所有物没収違憲判決の上記のメッセージは、下級審の裁判官に十分に伝わっていたとはいえないようである。在外邦人選挙権事件判決の原審（東京高判2000〔平成12〕年11月8日民集59巻7号2231頁参照）も原々審（東京地判1999〔平成11〕年10月28日民集59巻7号2216頁参照）も、確認を求める訴えは「法律上の争訟」に該当しないとして、訴えを却下している。「上島駅周辺土地区画整理事業」事件判決の原審（東京高判2005〔平成17〕年9月28日〔判例集未搭載〕）は、累次の最高裁判例を変更すべき事情は見あたらないとして、控訴を棄却している。

第2に特記すべきことは、最高裁判決に僅差の判決が増えていることである。その例としては、第Ⅱ章で取り上げる民法900条4号ただし書をめぐる判決を挙げることができる。10対5で当該規定を合憲とした1995年の最高裁大法廷決定（最大決平成7年7月5日民集49巻7号1789頁）⁷⁾のあと、2000年の第一小法廷判決（最一判平成12年1月27日判時1707号121頁）では4対1判決であったが、2003年の2つの小法廷判決（最二判平成15年3月28日判時1820号62頁、最一判平成15年3月31日判時1820号64頁）、そして2004年の第一小法廷判決（最一判平成16年10月14日判時1884号40頁）では、いずれも3対2という僅差の判決となっている。

第3に特記すべきことは、司法審査の方法という点ばかりでなく、判断枠組や事実評価の違いという点でも検討に値する反対意見が付された判決が多くなっていることである。その例としては、第2の特記でも挙げた民法900条4号ただし書をめぐる一連の判決、2007年の「君が代」ピアノ伴奏拒否事件判決（最三判平成19年2月27日民集61巻1号291頁）⁸⁾、2007年の広島市暴走族禁止条例事件判決（最三判平成19年9月18日民集61巻6号601頁）⁹⁾、そして第

7) 青柳幸一「嫡出性の有無による法定相続分差別」憲法判例百選〔第5版〕64-65頁（2007年）参照。

Ⅲ章で取り上げる2008年の国籍法3条1項違憲判決（最大判平成20年6月4日判時2002号3頁）を挙げることができる。

本号のJubilarのお一人である秋山幹男先生は、弁護士として担当された予防接種事件¹⁰⁾では第一審でも控訴審でも勝訴判決を、そして傍聴人「メモ」事件では「法廷内のメモを実質的に解禁する…勝訴判決に等しい」¹¹⁾判決を得ている。その意味で、秋山先生のご退職を祝して、最近の最高裁の動向を踏まえつつ、差別の直接的救済と司法の使命について検討する小論を捧げたい。

Ⅱ．平等をめぐる判例の展開

（1）平等をめぐる判例の判断枠組

多数説は、平等に関しても、すでに別稿で見たように、「三種の審査基準」を採用¹²⁾。それに対して、判例はその判断枠組を、必ずしも審査基準として定式化してきていなかったといえる。

1964年の待命処分無効確認判定取消等請求事件（最大判昭和39年5月27日刑集18巻4号676頁）において、判決は、「事柄の性質に即応して合理的と認められる差別的取扱をすることは、なんら」憲法14条1項が「否定するところではない」、と述べた。この判示部分は、1983年の尊属殺重罰規定違憲判決（最大判昭和48年4月4日刑集27巻3号265頁）においても、「事柄の性質に即

8) この判決に関する私見については、青柳幸一「思想・良心の表出としての消極的外部行為と司法審査」慶應義塾大学法学部150周年記念論文集『慶應の法律学 公法Ⅰ』63頁以下（2008年）参照。

9) 本判決の評釈としては、渡辺康行「集会の自由の制約と合憲限定解釈」法政研究75巻2号159頁以下（2008年）等がある。

10) 中平健吉・大野正男・廣田富男・山川洋一郎・秋山幹男・河野敬（編集）『東京予防接種訴訟 上・下』（2005年）、秋山幹男・河野敬・小町谷育子『予防接種被害の救済』（2007年）参照。

11) 「裁判の公開とメモの権利」自由人権協会編『人権を護る』264頁（1997年）参照。

12) 青柳幸一「国公立女子大学の憲法適合性」『個人の尊重と人間の尊厳』365頁以下（1996年）。さらに、戸松秀典『平等原則と司法検査』（1990年）も参照。

応した合理的な根拠に基づく」区別という定式で、踏襲されている。

1995年の民法900条4号ただし書合憲決定多数意見は、憲法14条1項で禁じられているのは「著しく不合理な」別異の取扱であるとする。反対意見は、多数意見のそれを「合理的関連性」の基準と指摘し、「非嫡出子」という属性に基づく別異の処遇については目的と手段の「実質的関連性」が求められると述べている。反対意見は、争われている規定は「実質的関連性」を有しないばかりでなく、「合理的関連性」さえも有しない、とする。「合理的関連性」さえ充たさないとする反対意見の論拠は、「非嫡出子」という社会的身分が本人にはどうにもならない属性であることと、それが個人の尊厳を侵害するものであることである¹³⁾。

5名の反対意見は、自らの努力で変えることのできない、生まれにかかわる属性に基づく差別に対して厳しい「眼」を明確に示した。この厳しい「眼」は、2008年の国籍法3条1項違憲判決において、目的と手段の「実質的関連性」と「合理的関連性」という違いはあるが、10名の多数意見が採る判断枠組となる。

(2) 事実評価：社会的事実の変化

判断枠組から自動的に、当該事案に対する「結論」が導けるわけではない。当該事案の内容に即した個別的・具体的検討が、必要である。その点で注目されるのが、社会的事実の変化に関する評価である。この判決で注目されるのは、民法900条4号ただし書の合憲性をめぐる一連の判決である。第I章で指摘したように、近時、小法廷で僅差の判決が続いている。

1995年大法廷決定の多数意見に付けられた大西勝也裁判官補足意見（園部逸夫裁判官同調）は、相続、相続と密接な関連を有する婚姻、親子ないしは家

13) 反対意見が審査基準論を踏まえた判断枠組を呈示しているのに対して、多数意見が「著しく不合理な」別異の取扱を問題にしていることに関して、*「アメリカ流『疑わしき区別』論に対する強い反対のメッセージを読み取る」*の評釈もある（石川健治・法学協会雑誌114巻12号1542頁〔1997年〕）。

族の形態とこれらの点についての国民の意識の変化を指摘し、「本件規定のみに着眼して論ずれば、その立法理由との関連における合理性は、かなりの程度に疑わしい状態に立ち至ったものと」述べている¹⁴⁾。

2003年3月28日の第二小法廷判決における梶谷玄裁判官・滝井繁男裁判官反対意見は、当該規定を違憲の理由として、「家族関係及び相続をめぐる近時の社会状況の変化は、国内外において著しいものがあり、この傾向は、上記大法廷決定が出された平成7年以降も、嫡出子と非嫡出子の区別をなくしていくことを求める方向に進んでいることが明らかである」ことを挙げている。

2003年3月31日の第一小法廷判決における深澤武久裁判官反対意見も、「婚姻観、家族観等について国民感情の形成に影響すると思われる社会事情は、大法廷決定後も大きく変動している」ことを違憲の理由としている。

そして、2004年10月16日第一小法廷判決でも、3対2判決であるが、才口千晴裁判官反対意見が、1995年の「大法廷決定後、既に9年以上が経過し、その間、男女の結婚観等も大きく変わり、非嫡出子が増加傾向にあるなど、立法当時存した本件規定による相続差別を正当化する理由となった社会事情や国民感情などは、大きく変動しており、現時点では、もはや失われたのではないかとすら思われる状況に至っている」と述べている。

この、2003年および2004年の第一小法廷判決で興味深いのは、島田二郎裁判官補足意見である。島田補足意見は、「現在本件規定が明白に違憲の状態に立ち至っているものとまではいえない」としたうえで、以下のように述べている。

1995年「大法廷決定から約半年後には、法制審議会により非嫡出子の相続分を嫡出子のそれと同等にする旨の民法改正案が答申されていること、今や世界の多くの国において法律上相続分の同等化が図られていること、国際連合の

14) 千種秀夫裁判官・河合伸一裁判官補足意見も、「本件規定も制定以来半世紀を経る間、非嫡出子をめぐる諸事情に変容が生じ、子の権利をより重視する観点からその合理性を疑問とする立場の生じていることは、理解し得るところである」、と述べている。

人権委員会が市民的及び政治的権利に関する国際規約40条に基づき我が国から提出された報告に対して示した最終見解においても、相続分の同等化を強く勧告していること等にかんがみ、本件規定については、相続分を同等にする方向での法改正が立法府により可及的速やかになされることを強く期待するものである」。

(3) 判例と学説の「架橋」のための前提作業

判例と学説を「架橋」するための前提作業として、まず、両者が同じ言葉を違う意味内容で用いていることに注意する必要がある。それは、とりわけ、「合理的」・「合理性」という言葉の意味内容であり、「正当」という、言葉の意味内容である。

「合理的」・「合理性」は、多様な意味を有している言葉である。別稿でも指摘したように、人権制約の合憲性をめぐって語られる「合理的」・「合理性」には、2つの異なる意味がある。一般的に「合理的で必要な制約」とか、平等における「合理的区別」という場合の「合理的」は、「理に合った」、「筋道のとった」という意味で用いられている。他方で、緩やかな審査基準である「合理性の基準」において審査される目的の「合理的基礎」や目的と手段の「合理的関連性」の場合の「合理的」や「合理性」は、事実に基づく分析・検討ではなく、観念的抽象的に想定できればよいという意味である。つまり目的の「合理的基礎」や目的と手段の「合理的関連性」の認定には、事実に基づく分析・検討は不要である、ということである¹⁵⁾。

「正当な」という言葉も、判例と学説の用い方に違いがあるように思われる。三種の審査基準でいわれる「正当な」目的とは、そもそもは、内容の正しさ(rightness)ではなく、手続の正しさ(legitimacy)を意味する。つまり、議会で制定された法律ということである。漢字でより正確に表記すれば、「正統な」目的、目的の「正統性」である。したがって、議会で制定された法律に基づく

15) 青柳・前掲注7、64-65頁参照。

制約であれば、合憲性が推定され、「合理的基礎」が存在する限り合憲とされる。したがって、「正当な」目的は、緩やかな「合理性の基準」の目的審査であって、合憲性の推定が弱まる「中間の審査基準」における目的審査の構成要素ではない。

他方で、判例が「正当である」という場合には、それは内容の正しさを含んでいるように思われる。つまり、判例のいう「正当」とは、legitimacyだけではなく、rightnessをも含んでいる。ただし、判例による人権制約法令の「正当さ」の認定は、必ずしも厳格に審査されているわけではない。抽象的・観念的に認められる「合理性」でもよい。その意味では、目的の「正当」性は、アメリカ流にいう緩やかな審査基準である「合理性の基準」と結びつく。最高裁の審査の仕方、内容は、アメリカ流でも、ドイツ流でもなく、日本流である。アメリカやドイツと単純に比較するだけでは、その真の姿を掴むことは困難であると思われる。

硬直的な、即ち結論指向的な審査から脱皮するためには、「厳格審査の基準」であれ「合理性の基準」であれ、事案の内容に即した個別的・具体的な検討が必要不可欠である。その意味で、次章で見るように、国籍法3条1項違憲判決の多数意見が、目的と手段の「合理的関連性」の有無を観念的・抽象的ではなく、社会的事実の変化について検討して判断していることが、注目される。

Ⅲ．2008年国籍法3条1項違憲判決

(1) 2002年国籍法2条1号合憲判決

国籍法2条1号は、日本国籍の生来的な取得についていわゆる父母両系血統主義を採用しつつも、子の出生時に日本人の父又は母と法律上の親子関係があることをもって我が国と密接な関係があるとして国籍を付与しようとするものである。そして、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ところ、出生後に認知されるか否かは出生の時点では未確定である。それゆえ、2条1号は、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。

国籍法3条1項は、「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二十歳未満のもの（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、日本の国籍を取得できる」と規定している。3条1項は、父又は母が認知をした場合について規定しているが、日本国民である母の非嫡出子は、出生により母との間に法律上の親子関係が生ずると解され、また、日本国民である父が胎児認知した子は、出生時に父との間に法律上の親子関係が生ずることとなり、それぞれ2条1号により生来的に日本国籍を取得する。それゆえ、3条1項は、実際上は、法律上の婚姻関係にない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子で、父から胎児認知を受けていない場合に限り適用されることになる。

2002年の第二小法廷判決（最二判平成14年11月22日裁判所時報1328号1頁）¹⁶⁾の争点は、国籍法2条1号の合憲性であったが、同3条1項の違憲性も主張されていた。

本件は、法律上の婚姻関係のない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、出生の約2年9箇月余りに父から認知されたことにより、出生の時にさかのぼって日本国籍を取得したと主張して、被上告人に対し、日本国籍を有することの確認及び日本国籍を有する者として扱われなかったことによる慰謝料の支払を求める事案である。判決は、国籍法2条1号には「合理的根拠があるというべきである」として、上告を棄却した。そのうえで、判決は、上告人が「嫡出子」と「非嫡出子」との間に国籍の伝来的な取得の取扱いに差異を設ける国籍法3条の違憲性を主張していることに関連

16) 判例評釈として、高佐智美・法学セミナー578号107頁（2003年）；同・法令解説資料総覧255号90頁（2003年）；二宮周平・戸籍時報554号11頁（2003年）；横溝大・法学教室272号118頁（2003年）；村重慶一・戸籍時報560号50頁（2003年）；国友明彦・ジュリスト1257号129頁（2003年）；南敏文・平成14年度重要判例解説281頁（2003年）；佐野寛・判例評論539号164頁（2004年）；山元一・判例セレクト2003〔法学教室282号別冊付録〕5頁（2004年）；多喜寛・国際私法判例百選214頁（2007年）等がある。

して、「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から、論旨は、原判決の結論に影響しない事項についての違憲を主張するものにすぎず、採用することができない」と判示した。

本判決には、国籍法3条の合憲性に関して補足意見がついている。亀山継夫裁判官補足意見は、国籍法2条1号との対比において、「3条が認知に加えて『父母の婚姻』を国籍の伝来的取得の要件としたことの合理性には疑問を持っており、その点が結論に影響する事件においては、これを問題とせざるを得ない」と主張する。さらに、梶谷玄裁判官・滝井繁男裁判官の補足意見は、国籍法2条および3条の解釈論ばかりでなく、家族関係等をめぐる状況の変化を指摘して、「非準正子」への「差別はその立法目的に照らし、十分な合理性を持つものというのは困難であり、憲法14条1項に反する疑いが極めて濃い」と主張する。

（2）国籍法3条1項違憲訴訟：事案一争点一判決

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国籍を有する母との間に本邦において出生した原告（被控訴人、上告人）は、出生後父から認知されたことを理由として2003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。原告は、日本国籍を有することの確認を求めて出訴した。

原々審（東京地判2005〔平成17〕年4月13日判時1890号27頁）は、国籍法3条1項は、「準正子」と父母が内縁関係にある「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項に違反するとした。そして、同項は、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、とした。

原審（東京高判2006〔平成18〕年2月28日家庭裁判月報58巻6号47頁）は、かりに国籍法3条1項の規定が憲法14条1項に違反し、無効であったとしても、

そのことから、被控訴人が当然に日本国籍を取得することにはならないし、また、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るので、解釈の名のもとに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、とした。

そこで、上告人は、国籍法3条1項の規定が、日本国民である父の「非嫡出子」について、父母の婚姻により「嫡出子」たる身分を取得した者に限り日本国籍の取得を認めていることによって、同じく日本国民である父から認知された子でありながら父母が法律上の婚姻をしていない「非嫡出子」は、その余の同項所定の要件を満たしても日本国籍を取得することができないという区別（以下「本件区別」という。）が生じており、このことが憲法14条1項に違反する、と主張する。そして、国籍法3条1項の規定のうち本件区別を生じさせた部分のみが違憲無効であるとし、上告人には同項のその余の規定に基づいて日本国籍の取得が認められるべきであると主張して、上告した。

上告審判決¹⁷⁾は10対5判決であるが、多数意見は、国籍法3条1項が憲法14条1項に違反することを認めただけでなく、上告人が日本国籍を有することを確認した。多数意見には、泉徳治裁判官補足意見、今井功裁判官補足意見（那須弘平裁判官と涌井紀夫裁判官が同調）、田原睦夫裁判官補足意見、そして近藤崇晴裁判官補足意見がある。また、藤田宙靖裁判官意見がある。反対意見は、横尾和子裁判官・津野修裁判官・古田佑紀裁判官反対意見と甲斐中辰夫・堀籠幸男裁判官反対意見がある。

国籍法3条1項違憲という結論に関して、多数意見・補足意見・意見・反対意見の違いを、判断枠組および事実評価に分けて分析することにした。

(3) 判断枠組の対立

判断枠組という点では、基本的に、3つの枠組が対立しているといえる。

17) 本判決の判例評釈として、村重慶一・戸籍時報629号80頁（2008年）、榎透・法学セミナー645号126頁（2008年）、原田史・法学教室341号6頁（2009年）がある。

多数意見も、憲法10条が国籍の得喪に関する要件を定めるに当たって「立法院の裁量判断にゆだねる趣旨のものである」ことから議論を始める。そして、多数意見は、国籍法の基本的な原則である血統主義を補完するものとして、1984年の国籍法の改正によって新たに設けられた3条1項が制定当時合理的であったことを肯定する。しかし、多数意見は、立法裁量にも憲法上の枠（憲法14条1項）がある、とする。それゆえ、制定当時合憲であった法律も、時代の変化のなかで「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」。それは、立法裁量を考慮しても、「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」である。そして、その合理的根拠や合理的関連性は、「慎重に検討することが必要である」¹⁸⁾とする。

慎重な検討が求められる理由は、多数意見によれば、2つある。1つは、国籍の意義、すなわち、「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」ことである¹⁹⁾。他の一つは、「非準正子」という属性の性質である。それは、「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」。また、多数意見は、胎児認知の場合と出生後の認知の場合の差異ばかりでなく、母の「非嫡出子」として出生した子と父の「非準正子」である子との差異も問題にしている²⁰⁾。

多数意見は、「非準正子」の国籍取得の問題は「個別、具体的に判断する帰

18) なお、この点、泉補足意見は、目的と手段の「事実上の実質的関連性が存することが必要である」と述べている。

19) この点に関して、田原補足意見は、教育を受ける権利や社会保障を受ける権利の行使の可否の重要性を指摘する。

20) なお、田原補足意見は、さらに、「生後認知子と胎児認知子間の区別の問題も、憲法14条1項との関係で同様に重要である」と指摘する。

化制度によることが合理的で国籍法の体系に沿うものであるところ、帰化の条件が大幅に緩和されていることなどからすれば、認知を受けた場合全般ではなく、準正があつた場合をもって届出により国籍取得を認めることとするには十分合理性が認められる」と主張する。

第2の判断枠組を示すのは、横尾・津野・古田反対意見である。その判断枠組の基本的立脚点は、国籍の付与が「国家共同体の最も基本的な作用であり、基本的な主権作用の一つといえる」という点にある。それゆえ、「国籍付与の条件をどう定めるかは、明確な基準により、出生時において、一律、かつ、可能な限り単一に取得されるべきことなどの要請を害しない範囲で、広い立法裁量にゆだねられている」ことになる。同反対意見も、国籍が基本的人権の保障等を受ける上で重要な法的地位であることを否定するものではない。そうであるとしても、同反対意見は、「特定の国の国籍付与を権利として請求することは認められないのが原則であつて、それによって上記裁量が左右されるものとはいえない」とする。

横尾・津野・古田反対意見は同法3条1項を、国籍法の体系から、「国籍の当然取得の効果を認める面では同法2条の特別規定である一方、出生後の国籍取得という面では帰化の特別規定としての性質を持つもの」と位置づけ、「出生時を基準とする血統主義を補完する措置とされるものであつて、血統主義の徹底、拡充を図ることを目的とするものではない」と捉える。また、同反対意見は、多数意見が帰化制度では不十分であるとする点について、「類型的に我が国社会との結び付きを認めることが困難な非準正子については、帰化によることが合理的なこと」であり、「多数意見は、国籍法の体系及び簡易帰化の制度を余りにも軽視するものといわざるを得ない」と批判する。同反対意見も、「非準正子」に「必要に応じて、適切な保護等が与えられるべきことを否定するものではない」が、「そのことと国籍をどのような条件で付与するかは、異なる問題である」と捉え、「届出による国籍取得を認める範囲について考慮する余地があるとしても、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い」。したがって、同反対意見は、「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く、上告人の請求を棄却した原審の判断は結論において正当であるから、上告を棄却すべきものと考えらる」²¹⁾。

横尾・津野・古田反対意見は、多数意見の見解が「国籍法3条1項の立法目的を大きく超えることとなるばかりでなく、出生後の国籍取得について我が国社会との密接な結び付きが認められることを考慮すべきものとしている国籍法の体系ともそごするものである」、と批判する。なぜなら、「多数意見のような見解により国籍の取得を認めることは、長年にわたり、外国人として、外国で日本社会とは無縁に生活しているような場合でも、認知を受けた未成年者であれば、届出さえすれば国籍の取得を認めることとなるなど、我が国社会との密接な結び付きが認められないような場合にも、届出による国籍の取得を認めることとなる。届出の時に認知をした親が日本国民であることを要するとしても、親が日本国籍を失っている場合はまれであり、そのことをもって、日本国民の子であるということを超えて我が国との密接な結び付きがあるとするのは困難であって、実質は、日本国籍の取得を求める意思（15歳未満の場合は法定代理人の意思）のみで密接な結び付きを認めるものといわざるを得ない」からである。

第3の判断枠組として、藤田意見と甲斐中・堀籠反対意見の判断枠組を挙げることができる。藤田意見を判断枠組という視点でみると、自ら語るように、国籍法3条1項の趣旨および国籍法3条1項の合理的解釈は何かという点では、「むしろ反対意見と共通する立場にある」。藤田意見によれば、国籍法3条1項

21) 横尾・津野・古田反対意見は、多数意見が国籍法3条1項を性別に基づく差別と捉えていることに対しても、「母が日本国民である場合との差は、出生時における子との種々のかわり合いに関する父と母の違いから生じるもので、これを男女間における差別ととらえることは相当思われない」と批判している。

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。言い換えれば、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、同項があるからではなく、同法2条及び4条の必然的結果というべきなのであって、同法3条1項の準正要件があるために憲法上看過し得ない差別が生じているのも、いわば、同項の反射的效果にすぎないというべきである」。したがって、同意見によれば、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』部分を補充することによってでなければならない」ことになる。

甲斐中・堀籠反対意見の基本的立脚点は、国籍法は創設的・授権的法律であることである。それゆえ、同反対意見によれば、国籍法が定める「日本国籍を付与する旨の規定を満たさない場合には、国籍法の規定との関係では、立法の不存在ないし立法不作為の状態が存在するにすぎない」のであり、したがって、本件で争われている非準正子の届出による国籍取得の問題は、「立法不存在ないし立法不作為の状態が存在するにすぎないというべきである」。なお、同反対意見は、本件区別は「3条1項が制定された当時においては合理的な根拠があり、憲法14条1項に違反するものではないが、遅くとも、上告人が法務大臣あ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おり、本件区別は同項に違反するものであった」、とする。にもかかわらず、同反対意見が多数意見と異なるのは、「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」が違憲となるのであって、多数意見のように「国籍法3条1項の規定自体が違憲であるとするもので」はない、と解するからである。

甲斐中・堀籠反対意見で注目されるのは、国家賠償法における過失の認定と

のかかわる不作為の状態が生じる始点に関してである。在外法人選挙権事件判決では、それは、選挙の実施機関である内閣が改正法案を国会に提出した時点であった。その理由は、選挙の実施機関である内閣が改正法案を提出したことは、在外邦人が選挙区選挙でも投票することが実施可能であることを意味するからであった。甲斐中・堀籠反対意見は、不作為に関する過失認定の始点を「上告人が法務大臣あて国籍取得届を提出した」時と捉えているように読める。その時点では国籍法3条1項の規定が「合理的な理由のない差別となっており、本件区別は動向に違反するものであったと考えられる」というのである。さらに、そのように考えられるに至った理由は、多数意見が「述べるところと同様である」とすると、主として平等に関する基本的な考え方ということになる。しかし、国家賠償法での不作為の過失認定の場合には、国家機関側が国籍法3条1項が差別であることを知った、あるいは知ることができたということが必要になる。そうすると、甲斐中・堀籠反対意見は、その点を明瞭に述べていないのであるが、論理的には、「上告人が法務大臣あて国籍取得届を提出した」時に、法務大臣は知ることができたはずであるということになりそうである。この始点の捉え方は、国家賠償法において公権力側の過失を問う側からすると、大きな意味を有するように思われる。

（4）事実評価の違い

多数意見は、国籍法3条1項制定当時の合理的根拠および合理的関連性を肯定しつつ、社会の変化のなかでその合理性が失われたとする。

多数意見によれば、「我が国における社会的、経済的環境等の変化」や「我が国の国際化の進展に伴い国際的交流が増大」といった「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」とする。

このような多数意見の変化論に対して、横尾・津野・古田反対意見は、「家

族生活や親子関係に関するある程度の意識の変化があることは事実としても、それがどのような内容、程度のものか、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」し、「実態の変化についても、家族の生活状況に顕著な変化があるとは思われない」として、むしろ、変化「の程度はわずかである」ことからすると、「多数意見の指摘と異なり、少なくとも、子を含む場合の家族関係の在り方については、国民一般の意識に大きな変化がないことの証左と見ることも十分可能である」とする。また、諸外国における立法や制度の変化についても、その事実を認めつつも、「我が国とは様々な面で社会の状況に大きな違いがある」ことを指摘する。そして、「国籍法3条1項立法当時、これらの国の法制が立法政策としての相当性については参考とされたものの、憲法適合性を考える上で参考とされたようにはうかがえない。このようなことからすれば、これらの諸国の動向を直ちに我が国における憲法適合性の判断の考慮事情とすることは相当でない」と主張する。

多数意見と横尾・津野・古田反対意見との事実評価の相違には、一つ理論的問題が含まれている。それは、後者が主張する国際的動向を日本の制度の評価の素材として用いることの是非である。国際的動向や比較法的見地を素材とすることを全面的に否定することは、妥当とは言えないであろう。もちろん、国際的比較を行うときに、どこを比較の対象国とするかも、問題となる。ここではその問題を置いておくとして、比較に関して具体的・個別的に問われるのは、婚姻関係や親子関係といった問題において国際的動向を評価の基礎に据えることの妥当性である。ここでも、婚姻関係や親子関係に関する日本における動向と国際的動向との共通性がどこまでいえるのかが、鍵を握るように思われる。

多数意見と横尾・津野・古田反対意見との事実評価の相違の核心的問題は、制度の変更をもたらすほどの社会的事実の変化といえるか否かに関する評価の違いである。程度にかかわる評価の場合、その評価の是非を客観的に判断することが一層困難になるように思われる。リアリズム法学流にえば、違憲あるいは合憲という自らの結論に適合的な社会的事実の変化の程度に関する評価が開陳されている、といえるのかもしれない。したがって、本件の場合には、平

等に関する判断枠組の妥当性が、より一層重要になるように思われる。

（5）多数意見の審査基準

学説が一般に採る「三種の審査基準」論でいえば、目的と手段の「合理的関連性」は、緩やかな審査基準である「合理性の基準」の1分枝である。しかし、国籍法3条1項違憲判決多数意見の「合理的関連性」の審査は、観念的・抽象的な目的と手段の関連性で充たされるものではない。多数意見は目的と手段の「合理的関連性」を、すでに見たように、社会的事実の変化に関する評価に基づいて検討し、違憲と判断している。それは、アメリカ流の審査基準論で言えば、それは、「単なる合理性の基準」ではなく、「威力のある（with teeth）合理性の基準」といえる²²⁾。

（6）憲法14条1項と国籍法3条1項

国籍の付与は、反対意見が述べるように、「国家共同体の最も基本的な作用であり、基本的な主権作用の一つ」（横尾・津野・古田反対意見）であり、国籍を付与する要件を定める条項は「創設的・授権の規定」（甲斐中・堀籠反対意見）といえる。それゆえ、国籍付与の条件をどう定めるかは、確かに「広い立法裁量にゆだねられている」（横尾・津野・古田反対意見）。しかし、それは、立法府に完全な形成の自由を認めるものではない。横尾・津野・古田反対意見も、「広い立法裁量」に、「明確な基準により、出生時において、一律、かつ、可能な限り単一に取得されるべきことなどの要請を害しない範囲」という限界を設定している。ただし、そこで示されている限界では、なお不十分であるように思われる。なぜなら、例えば、「明確な基準」であっても、その基準自体が過度に不平等なものであれば、憲法14条1項に違反するからである。憲法14条1項は、周知のように、すべての区別を禁じているわけではない。しかし、

22) 青柳幸一「判例研究・知的障害者の権利と平等保護」同『個人の尊重と人間の尊厳』412頁以下（1996年）参照。

当該区別が憲法に適合したものであるためには、「理に適った」区別でなければならない。

横尾・津野・古田反対意見は、「出生時に」おける子どもの「身分」に関する準正子と非準正子という「区別」に基づく国籍付与における差異は、「立法政策の選択の範囲に留まり、憲法14条1項に違反するものではない」〔 〕内は、青柳）とする。当該反対意見が述べる論拠の一つのポイントは、「日本国民の子であることを超えて我が国との密接な結び付きがある」か否かであるように思われる。何をもって「わが国との密接な結び付き」の有無を判断するのか必ずしも明瞭ではないが、「日本国民の子であることを超えて」求められている要件であるので、それは、結局、事実上の両親の生活実態の「わが国との密接な結び付き」なのであろうか。生まれてきた子どもが「わが国との密接な結び付き」を示す生活実態を形成できるわけではない。そして、そもそも、準正子と非準正子という「身分」は、生まれてきた子ども自身にはどうにもならない関係で仕分けられる「身分」である。国籍の付与において準正子と非準正子を別異に取り扱うことは、「理に適った」理由に基づいた「区別」とはいえないように思われる。したがって、本件の問題を国籍法3条1項における規定の「不足」と位置づけたとしても、その「不足」が憲法上「理に適った」理由で正当化されない限りは、当該「不足」の違憲の問題が生じ得る。

IV. むすびに：司法の使命

日本国憲法は41条で、憲法を具体化する任務を立法府に与えているといえる。憲法は、一般に、立法の内容について「一義的な文言」で規定しているわけではない。したがって、憲法を具体化するにあたって、立法府には「形成の自由」、すなわち、立法裁量がある。そして、立法裁量の広狭も、憲法規定との関係での問題である。言うまでもないことであるが、広汎な立法裁量のもとでも、立法府が自ら判断して制定する法律の個々の内容は、憲法に適合的であればならない。広汎な立法裁量が認められる事柄に関しても、制定された法律は、例えば、憲法14条1項に違反するものであってはならない。制定され

た法律が憲法適合的な法律でなければならないという点で、立法裁量の広狭によって違いがあるわけではない。日本国憲法81条は、明文で、裁判所に法律の憲法適合性を判断する権限を与えている。したがって、広汎な立法裁量であることが、制定された法律の裁判所による法令審査権を否定する理由にはならない。憲法が付与する、この重要な「使命」を実際にどのように裁判所が行すべきであるかは、厳密に言えば、憲法規定における権限配分の問題である立法裁量の有無や広狭とは異なる次元の問題である。

国籍法3条1項違憲判決をめぐる、もう一つの重要な争点は、判決による「直接的な救済」の妥当性である。この問題に関しても多数意見と反対意見が鋭く対立しているが、いずれの見解もそれぞれの基本的立脚点からの筋の通った、傾聴に値する見解である。問われているのは、藤田意見を含めて多数意見が上告人に国籍を付与したことが「中立の立場から客観的に法を解釈し適用する」べき「司法の使命」に悖る（甲斐中・堀籠反対意見）のか否か、あるいは「解釈の域を越えて国籍を付与するもので…実質的には立法措置であるといわざるを得ない」（横尾・角・古田反対意見）のか否か、である。それは、法解釈の限界、司法権の限界、そして司法の使命という根本的問題にかかわる。

（1）判決による直接的救済

多数意見が直接的な「救済」を図ったのは、「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によって」、はじめて国籍法3条1項の「合憲的で合理的な解釈が可能となる」からである。そして、多数意見によれば「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」ことになる。また、多数意見は、「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、「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」として、直接的救済を正当化する。

藤田意見は、多数意見の解釈を拡張解釈としたうえで、「問題は、本件における違憲状態を解消するために」、「拡張解釈を行うことが許されるか否か」と位置づける。そして、同意見は、「あえて拡張解釈の道を選択する」。その理由は、「一般に、立法府が違憲な不作為状態を続けているとき、その解消は第一次的に立法府の手に委ねられるべきであって、とりわけ本件におけるように、問題が、その性質上本来立法府の広範な裁量に委ねられるべき国籍取得の要件と手続に関するものであり、かつ、問題となる違憲が法の下での平等原則違反であるような場合には、司法権がその不作為に介入し得る余地は極めて限られているということ自体は否定できない。しかし、立法府が既に一定の立法政策に立った判断を下しており、また、その判断が示している基本的な方向に沿って考えるならば、未だ具体的な立法がされていない部分においても合理的な選択の余地は極めて限られていると考えられる場合において、著しく不合理な差別を受けている者を個別的な訴訟の範囲内で救済するために、立法府が既に示している基本的判断に抵触しない範囲で、司法権が現行法の合理的拡張解釈により違憲状態の解消を目指すことは、全く許されないことではないと考える」からである。藤田意見は、多数意見のように本件区別は違憲であるというのが出

発点「であるとすれば、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るということができよう」と述べる。

横尾・津野・古田反対意見は、多数意見のような拡大解釈は「条文の用語や趣旨の解釈の域を越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といわざるを得ない」し、「仮に多数意見のような見解が許されたとすれば、創設的権利・利益付与規定について、条文の規定や法律の性質、体系のいかんにかかわらず、また、立法の趣旨、目的を超えて、裁判において、法律が対象としていない者に、広く権利、利益を付与することが可能となることになる。私たちは、本件のような場合についても、違憲立法審査権が及ぶことを否定するものではない。しかしながら、上記の諸点を考慮すれば、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」、と多数意見を批判する。

最後に、国籍法3条1項は「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、何ら憲法に違反するところはない」とする甲斐中・堀籠反対意見は、多数意見「のような解釈は、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といわざるを得ない」と批判する。さらに、同反対意見は、多数意見の、「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状態を是正する必要がある」という「前提に立つこと自体が相当ではない、と批判する。その理由は、「司法の使命は、中立の立場から客観的に法を解釈し適用することである。判決による直接的な救済の是非は、『本件区別により不合理な差別的取扱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ことが国籍法3条1項の解釈・適用により可能か』との観点から行うべきものである」からである。

甲斐中・堀籠反対意見によれば、「日本国民たる要件は、法律により創設

的・授権的に定められるものである。本件で問題となっている非準正子の届出による国籍取得については立法不存在の状態にあるから、これが違憲状態にあるとして、それを是正するためには、法の解釈・適用により行うことが可能でなければ、国会の立法措置により行うことが憲法の原則である（憲法10条、41条、99条）。また、立法上複数の合理的な選択肢がある場合、そのどれを選択するかは、国会の権限と責任において決められるべきであるが、本件においては、非準正子の届出による国籍取得の要件について、多数意見のような解釈により示された要件以外に「他の立法上の合理的な選択肢の存在の可能性」があるのであるから、その意味においても違憲状態の解消は国会にゆだねるべきである」ことになる。そして、横尾・津野・古田反対意見も賛成する甲斐中・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の同法の性質に反した法解釈に基づき、相当性を欠く前提を立てた上、上告人の請求を認容するものであり、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いわざるを得ず、賛成することはできない」、と批判する。

(2) 司法の「使命」

多数意見も、違憲とされた法律の「治癒」は第一次的には立法府の手に委ねられていることを出発点に置いている。本件のように、法律を違憲と判断し、当該規定を無効とするだけでは、訴訟で求められている具体的救済が与えられない場合に、さらに裁判所が具体的な「しかるべき救済手段」を採ることは、権力分立原理からくる限界の問題が立法権の実質的「篡奪」として浮上する。本判決での「直接的な救済」は、立法権の実質的な篡奪であろうか。それとも「違憲の法律により本来ならばあてられるべき保護を受けることができないものに対し、その保護を与えることは、裁判所の責務であり、立法権を侵害するものではなく、司法権の範囲を超えるものとは言えない」（今井補足意見）のであろうか。この問題の難しさは、何を持って実質的篡奪と判定するのかが一義的な判定基準が確立されているわけではなく、評価とかわる価値判断の要

素を払拭し得ないことにある。どのような場合に、法律の改正による違憲状態の解消を待たずに、判決で裁判所が直接的な「救済」を行うことが容認されるのかについて、若干の具体的な検討を行うことで、本稿を結びたい。

この問題を考えるに当たって、実際の問題と本質的問題があるように思われる。前者は、違憲判決に対する立法府の対応の迅速さにかかわる。事例をみると、本件に関しては楽観的予測とやや悲観的予測のいずれもありそうである。

1973年の尊属殺重罰規定違憲判決の場合には、違憲判決から刑法200条の廃止まで28年かかった。しかし、それ以外は、違憲判決から長くても3年以内に違憲とされた法律は改正されている²³⁾。2005年9月14日の在外邦人選挙権事件判決への立法府の対応も、1年経たずに行われ、2006年6月7日に、選挙区での投票を認める公職選挙法の改正が成立している。そうすると、「非準正子」の国籍付与をめぐる、国籍法3条1項が改正されずに長く放置される可能性は低い、という予測も成り立ち得る。そうであるとすれば、判決の内容を具体化する立法府による法律改正に委ねても、遠くない時期に、すべての「非準正子」に国籍が付与されることになりえたかもしれない。

悲観的予測につながる事例は、第Ⅱ章で見たように、「非嫡出子」という婚姻関係とかかわる社会的身分に関する民法900条4号ただし書の改正は、僅差の合憲判決であり、かつ、法律改正を求める補足意見が付いているにもかかわらず、改正されないままに1995年大法廷決定から10年以上が経過していることである。「非準正子」への国籍付与は、婚姻関係や生まれにかかわる「社会的身分」であるだけに、改正までに長い時間がかかったかもしれない。

実際は、違憲判決から6ヶ月余りの2008年12月12日に、国籍法3条1項を「父又は母が認知した子で二十歳未満のもの（日本国民であった者を除く。）は、認知をした父又は母の子が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

23) 法律違憲判決と法律改正については、中村睦男「最高裁判所の違憲判決に対する立法府の対応」上田明先生喜寿記念論文集『立法の実務と理論』197頁以下（2005年）参照。

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」と改正する法案が可決、成立している。むしろ婚姻関係とかかわる社会的身分をめぐる「差別」であるにもかかわらず6ヶ月余りで改正されたのは、判決が具体的な「救済手段」を積極的に採ったゆえ、ともいえるであろう。

かりに迅速に立法府が対応したとしても、訴訟当事者にとって権利の救済に「空白」が生じることは否定できない。したがって、基本的には、立法府による対応の迅速さに依拠した指標では十分とはいえず、判決による「直接的な救済」が求められる指標自体を問う必要がある。それに関する一つの具体的な指標を、多数意見・藤田意見と甲斐中・堀籠反対意見の見解の相違の中からも読み取ることができる。それは、違憲状態を解消する合理的な選択肢が複数あるか否か、である。反対意見は、複数の選択肢の「可能性がある」とするので、判決が一つの選択肢を決めることは立法権の篡奪である、と批判する。それに対して、藤田意見は、「合理的な選択の余地は極めて限られている」とする。多数意見は、藤田意見よりもさらに歩を進めて、「非準正子」に国籍を付与しなければ国籍法3条1項の違憲性は解消されないという点で、立法府には選択の余地はない、と考えている²⁴⁾。

ここでも評価が分かれているわけであるが、その「分かれ」の鍵を握るのは、現行の規定では「不足」している部分にかかわる差別の重大さ・深刻さであり、その「不足」に起因してもたらされる権利侵害の重大さ・深刻さである。自らの努力で変えることのできない属性で人間を差別することは、基本的に許されない。

司法審査制が具体的事件における権利保障を目的とするものであるならば、司法による直接的な権利救済が司法の「使命」に悖るとはいえない。そもそも、「実体的権利の存否を確定することが『司法権』の中枢をなす」と見られるとしても、それを前提にしかるべき救済手段を与え争訟の適正な解決をはかる作用

24) 泉補足意見が様々な選択肢について検討する。近藤補足意見は、立法府が国籍法を改正する際に仮装認知を防止するための新たな要件を設ける等是可以、と述べている。

の当然に『司法権』の内実をなすもの」²⁵⁾といえるであろう。したがって、憲法に反する差別からの「救済」のために具体的事情に応じて「しかるべき救済手段を」採ることも、司法権の「使命」と思われる。多数意見のように国籍法3条1項は違憲であると解釈すれば、改正のための選択肢は限られている。現に生じている違憲状態を解消するためには、立法府による法律改正を待たずに、判決によって直接「非準正子」についても「準正子」と同様の扱いとすることが、藤田意見が述べるように、「ごく自然な方法であるということができよう」。

25) 佐藤幸治『現代国家と司法権』277-78頁（1988年）。