

# わが国の最高裁判所における人権保障のグローバル化の兆候（二）

——近年の婚外子裁判をめぐって——

新 井 信 之

はじめに

一 婚外子をめぐる二つの事案と最高裁の判断

1 一九九五（平成七）年七月五日最高裁決定：法定相続差別規定の合憲判断

2 二〇〇八（平成二二）年六月四日最高裁判決：国籍取得差別規定の違憲判断（以上、本号。）

二 国際社会の動向と判例理論への影響

1 国際的動向と国際人権条約の存在

2 二つの判決の共通性

3 問題点の指摘

三 婚外子と家族に関する国際的人権保障のゆくえ

1 国内へ受容された国際的規範の効力

2 人権保障のグローバル化と立法事実論の再構築

おわりに

## はじめに

二〇一〇年一月四日、法務省は通常国会に提出する民法改正案の概要をまとめ与党・民主党に提示した。選択的夫婦別姓制度の導入のほか、婚姻関係にない男女の間に生まれた非嫡出子（婚外子）の遺産相続差別の撤廃や、女性の婚姻年齢の一八歳への引き上げなどを柱として、社会情勢の変化に合わせて家族法規定を包括的に整備する内容となっている。現行の民法は非嫡出子の遺産相続分について、戸籍上の夫婦の間に生まれた嫡出子の半分と定めているが、「法の下での平等に反する」との批判が当事者らから上がっていた。改正案では、嫡出子と非嫡出子の相続分が完全に等しくなっている。<sup>(1)</sup>

非嫡出子の相続差別をめぐっては、一九九五年七月五日、わが国の最高裁判所大法廷が現行の民法九〇〇条四項の規定を「合憲」と判断し、その後の小法廷判決においても当該規定を「合憲」とする判断が下されている。<sup>(2)</sup> しかしながら、それぞれの事案においては「違憲」「違憲の疑いが強い」との根強い反対意見が付けられ、引き続き激しい議論がなされているのである。ここでは、国内とともに国際社会の動向をも勘案して、立法を支える社会的事実の変化を指摘するものである。一方、このようなわが国の婚外子の人権保障状況に対しては、国連の社会権規約委員会は、二〇〇一年の社会権規約に基づく第二回政府報告書の審議において、「非嫡出」(illegitimate) 子という概念自体が前近代的であり不適切であることを指摘し、日本に対する総括所見の中で「特に相続権及び国籍の権利の制限との関係で、非嫡出子に対する法的、社会的及び制度的差別が根強く残っている」とも懸念する」(E/C12/Add.67, para. 14.)との意見を表明し、それらの是正を勧告していた。<sup>(3)</sup>

かかる状況下において、二〇〇八年六月四日、わが国の最高裁判所は、非嫡出子の日本国籍取得に関する事案について、準正要件を定める国籍法三条一項は憲法一四条に反するとの違憲判決を下した。その中で多数意見は、「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とする趣旨の規定が存する。さらに、国籍法三条一項の規定が設けられた後、自国民である父の非嫡出子について準正を国籍取得の要件としていた多くの国において、今日までに、認知等により自国民との父子関係の成立が認められた場合にはそれだけで自国籍の取得を認める旨の法改正が行われている。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はや難しくなっている（波線部分は筆者による強調。以下、同じ。）というべきである。」と述べるにいたったのである。<sup>4</sup>これは、前述の法定相続差別規定の事案と同様にわが国の最高裁判所が国際社会の動向をも勘案して事案を解決しようとの姿勢を示したものであり、戦後八番目の法令違憲判決を引き出す要因のひとつとなったものである。これまでのわが国の判例理論をふりかえってみると、子どもの人権や家族の形成維持という事案の特殊性もさることながら、国内のみならず国際的要因をも立法事実の根拠としてとらえて違憲判断を下したことはなく、憲法と国際人権法の視点からも今後のわが国の司法審査のあり方（手法）を考える上で大変興味深いところといえる。<sup>5</sup>

本稿の目的は、婚外子の人権をめぐるわが国の最高裁判所が人権保障のグローバル化<sup>6</sup>という事実とその普遍性をいかに意識して判断をおこなおうとしているか、またそれらが将来の判決に影響を及ぼす可能性を有するかについて考察するものである。第一に、婚外子をめぐる近年の二つの事案についての最高裁判決を検討し、それぞれに共通す

る判例の法理を抽出しつつその意義と問題点について分析を試みていくこととする。それとともに国際社会の法的状況を考察しつつ、これらの分析を踏まえて国際的人権保障に関する今後のわが国の最高裁判所の動向を探ってみたいとおもう。

## 一 婚外子をめぐる二つの事案と最高裁の判断

### 1 一九九五（平成七）年七月五日最高裁決定：法定相続差別規定の合憲判断<sup>(7)</sup>

#### (一) 事実の概要

被相続人Aは、一九〇一（明治三四）年に甲家の長女として生まれた。同家の長男が生後まもなく死亡したため、Aに婚養子を迎えて同家の後継者としてとされ、婚養子を選ぶために四回の試婚が繰り返された。二人目の試婚の相手Bとの間にCが生まれたが、Bは甲家の戸主から認めてもらえず、Aとの法律婚をするには至らなかった（Cは一九六三〔昭和三八〕年に死亡）。一九八八（昭和六三）年にAが死亡したので、Cの子であるXが、Cを代襲してAの遺産相続に加わることになった。その際、Cが非嫡出子であることを理由に、Xの相続分に差がつけられた。

そこでXは、Aの嫡出子及びその代襲相続人等を相手方として遺産分割の審判を申し立て、非嫡出子の相続分を嫡出子の相続分の半分と定めた民法九〇〇条四号但書前段の規定は憲法一四条一項に違反するとの主張をおこない、嫡出であるか否かを問わず平等の割合による遺産分割を求めたのが本件であった。

(二) 第一審および控訴審の要旨

本件第一審の静岡家庭裁判所は、「法定相続分の割合を如何に定めるかはその国の立法政策の問題であって、しかも昭和五四年七月に法務省民事局参事官室が公表した『相続に関する民法改正要綱試案』において、嫡出でない子の法定相続分を嫡出である子の法定相続分と同等化する旨の提案をし各界の意見を求めた結果、同等化に反対する者の数が賛成する者よりもかなり上回った等の事情から、国会において審議の末に改正が見送りととなった経過に照らしてみても、現行法の許において」<sup>(8)</sup> 違憲であるとはいえないとの判断をした。

これに対して控訴審における原告人の主張は、憲法一四条の平等理念が、本人に責任を帰し得ない事実について差別することを禁じる趣旨にあるとすれば、民法九〇〇条四号但書が「嫡出でない子」の相続分を「嫡出である子」の二分の一としてしていることは、親の法的婚姻の有無という子どもに責めを負わせられない問題を子どもの権利の内容に持ち込んで差別するものであるから同条項は違憲である、というものであった。また、もし、婚姻届を出さない事実婚が法的に不利に扱われ、婚外子が法律婚より生まれた子と同等の権利を保障されないとすれば、実質上個人の選択の自由は制限され、法律婚を強いられる結果とならざるをえないゆえに、非嫡出子を差別することは、憲法一三条で保障する家族の形成維持に関する自己決定権を侵害する。それとともに、男女の平等を基礎として、「婚姻しているか否かを問わず、児童に関する事項についての親としての同一の権利および責任」<sup>(9)</sup> を規定する女子差別撤廃条約一六条にも違反すると述べている。

しかしながら、東京高等裁判所は原審判を相当と判断して本件抗告を棄却した。<sup>(10)</sup> その理由は、「法定相続分の割合を如何に定めるかはその国の立法政策の問題」であって、現行法のもとにおいては、嫡出子と非嫡出子の法定相続分を均等の割合により遺産分割することはできず、本件規定は憲法一四条一項等に反しないというものであった。

(三) 第一審および控訴審の要旨

《多数意見》

〔嫡出子と非嫡出子との区別について〕

本件における最高裁判所の多数意見は、まず最初に、憲法一四条一項が合理的理由のない差別を禁止する趣旨のものであって、各人に存する経済的、社会的その他種々の事実関係上の差異を理由としてその法的取扱いに区別を設けることは、その区別が合理性を有する限り何ら右規定に違反するものではないことを前提として、わが国の相続制度について次のように述べている。

「相続制度は、被相続人の財産を誰に、どのように承継させるかを定めるものであるが、その形態には歴史的、社会的にみて種々のものがあり、また、相続制度を定めるに当たっては、それぞれの国の伝統、社会事情、国民感情なども考慮されなければならず、各国の相続制度は、多かれ少なかれ、これらの事情、要素を反映している。さらに、現在の相続制度は、家族というものをどのように考えるかということと密接に関係しているのであって、その国における婚姻ないし親子関係に対する規律等を離れてこれを定めることはできない。これらを総合的に考慮した上で、相続制度をどのように定めるかは、立法府の合理的な裁量判断にゆだねられているものというほかない。」

そして、嫡出子と非嫡出子との区別は憲法一四条との関係では、立法府の合理的な裁量判断の限界を超えていないことが認められる限りにおいて合憲性が担保されると解する。

「本件規定を含む法定相続分の定めは、右相続分に従って相続が行われるべきことを定めたものではなく、遺言による相続分の指定等がない場合などにおいて補充的に機能する規定であることをも考慮すれば、本件規定における嫡出子と非嫡出子の法定相続分の区別は、その立法理由に合理的な根拠があり、かつ、その区別が右立法理由との関連で著しく不合理なものでなく、いまだ立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えていないと認められる限り、合理的理由のない差別とはいえず、これを憲法一四一条一項に反するものということはできないというべきである。」

このように多数意見は、そもそも法定相続分の定めは遺言による相続分の指定等がない場合などにおいて、補充的に機能する規定であることを前提として、被相続人の財産を誰にどのように承継させるかを定める相続制度の形態は、歴史的、社会的にみて種々のものがあるという。また、相続制度を定めるに当たっては、それぞれの国の伝統、社会事情、国民感情などの諸要素、そしてその国における婚姻ないし親子関係に対する規律等を考慮しなければならぬことを指摘し、これらを総合的に考慮した上で、相続制度をどのように定めるかは、立法府の合理的な裁量判断にゆだねられているのだとする。

そして、わが国における嫡出子と非嫡出子の法定相続分の区別は、その立法目的に合理的な根拠があり、その区別が立法目的との関連で著しく不合理なものではなく、立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えていないと認められる限りにおいては、憲法一四一条一項に反するものということはできないといういわゆる平等保護に関する緩やかな合理的根拠の基準（合理性の基準<sup>11</sup>）を採用するのであった。

〔民法九〇〇条四号但書の合憲性について〕

かかる審査基準の下で多数意見は、民法が法律婚主義（民法七三九条）を採用した結果、嫡出子と非嫡出子との区別等の差異が生じてもやむを得ないとして、本件規定についての合憲判断を次のように導くのであった。

「本件規定の立法理由は、法律上の配偶者との間に出生した嫡出子の立場を尊重するとともに、他方、被相続人の子である非嫡出子の立場にも配慮して、非嫡出子に嫡出子の二分の一の法定相続分を認めることにより、非嫡出子を保護しようとしたものであり、法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整を図ったものと解される。

現行民法は法律婚主義を採用しているから、右のような本件規定の立法理由にも合理的な根拠があるといふべきであり、本件規定が非嫡出子の法定相続分を嫡出子の二分の一としたことが、右立法理由との関連において著しく不合理であり、立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えたものといふことはできないのであって、本件規定は、合理的理由のない差別とはいえず、憲法一四条一項に反するものとはいえない。」

多数意見は、わが国の現行民法が法律婚主義を採用しているのであるから、嫡出子と非嫡出子とを区別する本件規定の立法目的にも合理的な理由があると主張する。それゆえに、非嫡出子の法定相続分を嫡出子の二分の一としたとしても、立法理由との関連において著しく不合理であり立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えたものといふことはできないから、本件規定は、憲法一四条一項に反するものとはいえないと判示するのであった。

しかしながら、非嫡出子への相続差別を合理的と判断するこのような多数意見に対しては、その重大性にもかんがみて、本件においては、以下のような多様な補足意見、反対意見が付されたのである。<sup>(12)</sup>



《可部恒雄裁判官の補足意見》

わが国の現行法が一夫一婦制による法律婚主義を採用する以上、「婚内子と婚外子との間に少なくとも相続分について差等を生ずることがあるのは、いわば法律婚主義の論理的帰結ともいふべき側面をもつことなのであり、これを維持すべきものとする前提に立つならば、本件規定の当否は、「もとより立法裁量の範囲内に属し、違憲の問題を生ずべき実質を有しない」といわなければならない。

《大西勝也裁判官の補足意見（同調・園部逸夫裁判官）》

本件規定の対象とする非嫡出子の相続分をめぐる諸事情は、「国内的にも国際的にも大幅に変容して、制定当時有した合理性は次第に失われつつあり、現時点においては、立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えていくとまではいえないとしても、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」ということができる。しかしながら、立法政策として改正を検討することもかく、「現時点においては、本件規定が、その立法理由との関連において、著しく不合理である」とまでは断定できない。

《千種秀夫裁判官・河合伸一裁判官の補足意見》

一般に、法律の規定について、「制定当時においては合理的理由があつたが、その後の時の経過とともに対象とする事柄をめぐる諸事情が変化し、その合理性が疑問とされる事態の生じること、あり得る」と考えられる。本件規定も制定以来半世紀を経る間に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はその合理

性を疑問視する立場が生じてきていることは理解できる。しかしながら、時の経過とともにその合理性に疑問が生じた場合には、国会の立法作用によって対処するのが本来の姿といえる。もつとも、「ある法規の合理性が著しく失われて、憲法一四条一項に照らし、到底容認できない段階に達しているときは、もはや立法を待つことはできず、裁判所が違憲を宣言することによって直ちにその適用を排除しなければならぬ」が、本件規定については、現在まだその段階に達しているとは考えられない。

《中島敏次郎裁判官・大野正男裁判官・高橋久子裁判官・尾崎行信裁判官・遠藤光男裁判官の反対意見》

憲法一四条一項の規定は、個人の尊厳という民主主義の基本的理念に照らして、これに反するような差別的取扱いを排除する趣旨であつて、一切の差別的取扱を禁止しているものではなく、事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づく区別は許容されるものであり、何をもつて合理的とするかは、事柄の性質に応じて考えられなければならないとの前提で、以下のようにいわゆる厳格かつ合理的な審査基準を採用する。

「本件は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することの合憲性が問われている事案であつて、精神的自由に直接かわる事項ではないが、本件規定で問題となる差別の合理性の判断は、基本的には、非嫡出子が婚姻家族に属するか否かという属性を重視すべきか、あるいは被相続人の子供としては平等であるという個人としての立場を重視すべきかにかかっていると見える。したがって、その判断は、財産的利益に関する事案におけるような単なる合理性の存否によつてなされるべきではなく、立法目的自体の合理性及びその手段との実質的関連性についてより強い合理性の存否が検討されるべきである。」

その上で反対意見は、婚姻を尊重する本件規定の立法目的に異議はないが、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ものであり、立法目的と手段との実質的関連性は認められず合理的であるということとはできないのであって、「個人の尊厳と両性の本質的平等」に立脚して相続や家族に関する法律は制定されなくてはならないとする憲法二四条二項の趣旨とも相容れないとして、本件規定の不合理性を断じている。

さらに、非嫡出子に関する立法状況の変化や条約の成立と今日における不合理性についても次のように指摘する。

「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つても、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つたと評価されることはもとよりあり得るのであつて、その合憲性を判断するに当たつては、制定当時の立法目的と共に、その後に生じている立法の基礎をなす事実の変化や条約の趣旨等をも加えて検討されなければならない。」

このように五名の裁判官による反対意見は、国内外の社会的影響等を勘案して、少なくとも今日の時点においては、婚姻の尊重・保護という目的のために相続において非嫡出子を差別することは、個人の尊重および平等の原則に反し、立法目的と手段との間に実質的関連性を失つているというべきであつて、本件規定を合理的とすることに強い疑念を表明せざるを得ないものとして、違憲の判断を下したのであつた。ただしここでは、反対意見は本規定を違憲と判断するとしても、当然にその判断の効力が遡及するものでないことを付言している。<sup>13</sup>

#### 四 若干の検討

今日のわが国における家族についての基本原則は、個人の自由を基礎とし、個人の尊厳と両性の本質的平等を定める日本国憲法二四条の精神に基づく近代家族の理念を基礎に置くものとされている。この場合の近代家族とは、婚姻を家族関係の出発点とするもので、夫婦とその間の未成熟の子で形成される家族の形態をいい、現行民法の第四編親族および第五編相続はかかる原則を採用して家族関係について規定するのである。だが、現行法は明治民法の「家」制度をめぐる家族像との対立と妥協の産物であり、正確には近代的小家族<sup>(15)</sup>核家族を基本としつつも、直系家族と同居の親族をも副次的な家族像としていとも指摘されている。とくに基本的権利の平等保護という観点からは、現行の法制度において規定される「夫婦同姓」「婚姻適齢の男女差」「女性のみの再婚禁止期間」「嫡出否認の訴えにおける父の優越」「非嫡出子に対する差別」等の問題点がこれまでもたびたび指摘されてきたのである。<sup>(16)</sup>

本来、家族ないし家族生活の営みとは近代国家が成立する以前から「人」の誕生とともにあって時代や社会状況の変化とともにさまざまな形態が存してきたはずである。その意味において、婚外子の存在も含めて、家族生活を営む権利が前国家的な重要な人権であることは論を俟たないところといえよう。<sup>(17)</sup>だが、本件は、かかる現行法の家族観に由来する民法九〇〇条四号但書にある「嫡出でない子の相続分は、嫡出である子の相続分の二分の一とし、…」という規定が具体的に問題となり、「嫡出子」と「非嫡出子」という区別が不合理な差別にあたるかどうか争われたのであった。

ところで、憲法でいうところの平等とは、人の性別・能力・年齢・財産・職業または人と人との特別な関係など種々の事実的・実質的な差異を前提として、法の与える特権の面でも法の課する義務の面でも、同一の事情と条件の下では均等に取り扱うことであり、「平等」がかような相対的平等を意味するとすれば恣意的な差別は許されないが、法

上取扱いに差異が設けられる事項と人の事実的・実質的な差異との関係が社会通念からみて合理的であるかぎり、その法上の取り扱いには平等原則に反しないと解されている。<sup>(18)</sup> 本件の多数意見は、非嫡出子が婚姻家族に属するか否かという「属性」を重視し、立法当時の事情に着目し憲法適合性の判断において緩やかな「合理性の基準」を用いて判断しようとした。他方、反対意見は、立法目的の合理性とその手段との実質的関連性についてより強い合理性の存否の検討が必要であると主張し、平等保護に関する中間審査基準といわれる「厳格かつ合理的な基準」によって当該条項の違憲性を論じたのであった。<sup>(19)</sup> ここでは、民法に規定される非嫡出子たる地位が憲法一四一条一項に列挙される「社会的身分」であるとは言及していないが、被相続人の子どもとしては嫡出子も非嫡出子も平等であるという「個人としての立場」を重視すべきであると主張するのである。<sup>(20)</sup>

多数意見で注目されるのは、民法九〇〇条四号但書の規定が憲法一四一条に違反しない理由として、当該規定が法律上の配偶者との間に出生した嫡出子の立場を尊重するとともに、その一方で、被相続人の子である非嫡出子の立場にも配慮している点を指摘していることである。それは、非嫡出子に嫡出子の二分の一の法定相続分を認めることによって非嫡出子を保護しようとするものであり、「法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整を図ったものと解される」というのである。

だが、この点については評価が分かれるところである。多数意見によると嫡出子と非嫡出子との区別は認められるが、万一非嫡出子に対して法定相続分をいっさい認めないとの立法がなされたとしたら、それについては違憲の判断が下されることになるであろう。だが、ここでは、はたして二分の一という遺産配分の「割合」が妥当なものなのかという疑問が強く残る。そもそも現行法の嫡出子の二分の一という規定は、さきに指摘したように法律婚の尊重ないし「家」的秩序の維持とともにわが国古来の法制や慣行が沿革的理由とされていた明治民法の規定（旧一〇〇四条但

書)を踏襲したものであり、確たる理論上の根拠があったわけではなかった。<sup>(21)</sup> そうだとすれば、それ以下の限りなくゼロに近い配分のどこまでが立法府の裁量として許されるのかという問題が常に提起されることになる。本件規定は、「婚姻の尊重と非嫡出子の保護という二律背反のいわば妥協」<sup>(22)</sup>の産物であるがゆえに、いつまでも中途半端な論理矛盾がついてまわるのである。この点について反対意見は、同じ親から生まれた非嫡出子を嫡出子と不平等に取り扱うことはそれ自体が違憲であると主張するもので、こちらのほうが立法政策としてもよほど論理的には整合性を持ち得るものとおもわれる。<sup>(23)</sup> いずれにせよわが国の学説の多くは、婚外子の相続差別規定については強く違憲の主張をおこなうものである。<sup>(24)</sup>

さらに本稿の目的との関連では、反対意見や補足意見は、国内における立法改正の動向や社会意識の変化のみならず、諸外国の立法の趨勢、批准された条約など、当該規定の立法事実を勘案する上で国際社会における法的状況等を考慮して立法目的の合理性と手段との実質的関連性を判断しようとする姿勢を示していたのであるが、他方、多数意見は、いまだかかると人権保障のグローバル化についてはもとより、現行法を支える立法事実についてはいっさい言及しなかったことが指摘される。この点については、本件にかかわった一五名の裁判官中、九名の裁判官(反対意見および司法部を除くその他の補足意見(結論としては多数意見に同調))が婚外子差別についての立法事実の変化を認めて本件差別の合理性を判断しようとしていたのとは対照的であった。

また、本件では最高裁判所としての違憲判決は下されなかったもののこれまでの議論とともに社会的にも大きなインパクトを与え、翌年の法制審議会民法部会の民法改正要綱(平成八年)では民法九〇〇条四号但書は削除され、嫡出子と非嫡出子の法定相続分は同等とされた。これは司法審査が単なる個別的な事案の解決だけではなく、わが国の全体としての統治(政治)に関わる重要なファクター(要因)を担っていることを体現するもので、司法権を担う最

高裁判所の役割をあらためて考えさせられるところがある。本来ならば、現行裁判の制度的枠組のなかで司法的救済をおこなうことが困難な事案であっても、また、わが国の最高裁が消極主義的な姿勢をとるにもかわらず、これまでも人権擁護や権利救済に関する裁判所の積極的な司法的政策形成を求める訴訟が次々と提起されてきた。それゆえ司法は、立法・行政過程をはじめ、政策形成過程全般に無視しがたい重要なインパクトを及ぼしている場合も少なくないという現実を認識し、裁判所の果たすべき適正な政策形成機能の在り方を広い視野から柔軟に見定めることが強く求められているといえよう。<sup>(25)</sup> そのような意味においても、次に検討する国籍法違憲判決のようにわが国の最高裁が国際的な社会情勢の変化や法的環境等も視野に入れてグローバルな視点で事案を解決しようとする姿勢は大きな意義をもつものといえる。

## 2 二〇〇八(平成二二)年六月四日最高裁判決：国籍取得差別規定の違憲判断<sup>(26)</sup>

### (一) 事案の概要

本件の原告Xは、一九九七(平成九)年に法律上の婚姻関係にない日本人の父とフィリピン人の母との間に生まれた非嫡出子である。Xが、出生後の二〇〇三(平成一五)年、父親の認知を受けたことを理由に法務大臣宛に国籍取得届を提出したところ、国籍法三条一項所定の準正の要件<sup>(27)</sup>を欠くとして受理されなかった。そこで、Xは、国を相手とし、「国籍法三条一項が準正を非嫡出子の国籍取得の要件とした部分が、日本人を父とする非嫡出子にあって、その両親が出生後婚姻しない限り、帰化手続きによらなければ日本国籍を取得できないという点で、非嫡出子の一部に対する差別をもたらすことになるから、このような差別は国籍法の立法趣旨に照らし、十分な合理性を持つ」ということは困難であるので、憲法一四一条一項に反する<sup>(28)</sup>として、国籍取得の確認訴訟を提起したのが本件であった。

## (二) 第一審および控訴審の要旨

第一審の東京地方裁判所は、憲法一四条違反について、「(国籍)法三条一項は、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一四条一項に違反するものというべきである」として、国籍法三条一項は、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と断じる。そうすると、一部無効とされた後の法三条一項の規定は、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又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事になるから、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べき事になるとして原告の請求を容認したのであった。

これにたいして控訴審の東京高等裁判所は、「被控訴人の上記憲法違反の主張は、控訴人の立法不作為の責任を追究する趣旨のものにはなり得ても、被控訴人の日本国籍を有することの確認を求める本件請求を認める根拠とはなり得ないといわなければならないから、それ自体が失当というほかない」として、①仮に国籍法三条一項の規定が憲法一四条一項に違反するとして違憲無効となったところでXが日本国籍を取得することは不可能であること、②国籍法における「父母の婚姻」を内縁関係に類推ないし拡張して解釈することは、裁判所に国籍法に定めのない国籍取得要件の創設を求めることとなり、裁判所が国会の本来的な機能である立法作用を行うこととなるので許されないことを理由として、憲法適合性の判断をせずXの国籍取得を否定したのであった。

そこで、Xが上告し、当該規定が憲法一四条一項に違反すると主張して争われたのが本件であり、わが国の最高裁判所は以下のような理由で違憲の判断を下したのであった。<sup>29)</sup>



(三) 最高裁判決の要旨

《多数意見》

〔国籍法三条一項の憲法適合性について〕

まず最初に、本件最高裁判決における多数意見は、憲法一〇条が「日本国民たる要件は、法律でこれを定める。」と規定し、これを受けて日本国籍の得喪に関する要件を規定する国籍法をどのように判断すべきかについて、次のように述べている。

「憲法一〇条の規定は、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。しかしながら、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、憲法一四一条一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。」

このように多数意見は、日本国籍の取得に関する法律の要件をどのように定めるかは立法府の裁量判断にゆだねられるとの理解を示すものの、それ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一四一条一項

違反の問題を生ずるとして、本件では合理性の基準を採用して判断にのぞんだのであった。そして、日本国籍がわが国の構成員としての資格であるとともに基本的人權の保障、公的資格の付与、公的給付等を受けるための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ので、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、国籍法三条一項の憲法適合性を次のように検討していった。

まず多数意見は、父母が法律上の婚姻をしたことによってわ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ついては、国籍法三条一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の家族生活を通じた相応の理由があつたものと認定した。また、当時の諸外国における国籍法制の傾向をかんがみても、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、立法目的との間に一定の合理的関連性があつたとの理解を示した。しかしながら、その後のわ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つてきており、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として次のように述べている。

「このような社会通念及び社会的状況の変化に加えて、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。これらのことを考慮すれば、日本国民である父が日本国民でない母と法律上の婚姻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はできない。」

さらに国際社会における法的状況や諸条件の変化についても次のように論じている。

「また、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、児童が出生によつて異なる差別も受けないとする趣旨の規定が存する。さらに、国籍法三条一項の規定が設けられた後、自国民である父の非嫡出子について準正を国籍取得の要件としていた多くの国において、今日までに、認知等により自国民との父子関係の成立が認められた場合にはそれだけで自国籍の取得を認める旨の法改正が行われている。」

このように多数意見は、国籍法三条一項の制定当時においては、その立法目的と日本国籍取得の要件に認知と準正を設けたことの間には、一定の合理的関連性があつたが、わ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は、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的事实認識を示し、現状においては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のみが、日本国籍の取得について著しい差別的取扱いを受けているものと

いわざるを得ないとして当該条項が憲法一四一条一項に反するとの判断を下したのであった。

〔原告の日本国籍取得の可否について〕

次に多数意見は、国籍法三条一項の規定による嫡出子と非嫡出子の区別が違憲の状態を生じさせていることを前提として、原告の日本国籍取得の可否について検討をすすめていった。

ここでは、国籍法三条一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って本件区別が生じたとしても、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、準正子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ありえない解釈であり、それゆえに非準正子については、父母の婚姻によって嫡出子としての身分を取得したことという部分を除いた同項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ことよって、同項及び同法の合憲的で合理的な解釈が可能となるとの見解を示した。このような解釈は、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妥当な判断であるとして、次のように述べている。

「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、国籍法三条一項につき、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。」

結論として、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三条一項所定の要件が満たされるときには、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して、本件Xの日本国籍取得を認めたのであった。

本件は、婚外子の人権にかかわる重要な事案であることともに、最高裁による違憲審査の手法（マナー）についての争いもあり、<sup>30</sup>以下のように、さきの法定相続差別規定事件以上に各裁判官が多様な反対意見および補足意見を熱心に述べるに至った。<sup>31</sup>

《泉徳治裁判官の補足意見》

泉裁判官は、国籍法三条一項は、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ることを理由として、多数意見と結論は同じくするものの審査基準については、厳格かつ合理的な基準を主張した。

「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、差別の理由が憲法一四一条一項に

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つて、国籍法三条一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。」

同裁判官は、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つ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いひ難く、国籍法三条一項が日本国籍の付与につき非嫡出子という社会的身分及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ふことはできないとして、憲法一四一条一項の規定に違反するといふのである。

そして、国籍法三条一項から「父母の婚姻」の部分を除いたその余の規定の適用によつてXに日本国籍が付与されることは立法意思に沿うものであり、また、「すべての児童は、国籍を取得する権利を有する」ことを規定した市民的及び政治的権利に関する国際規約二四一条三項や児童の権利に関する条約七条一項の趣旨にも適合するものであると述べている。

《今井功裁判官の補足意見（那須弘平裁判官、涌井紀夫裁判官同調）》

今井裁判官は、上告人Xに日本国籍の取得を認めることの可否についての反対意見に対して法律の規定の一部が違憲である場合の司法救済の在り方について、次のような見解を示している。

「多数意見は、裁判所が違憲立法審査権を行使して国籍法三条一項を憲法に適合するように解釈した結果、非準正子についても準正子と同様に同項により国籍取得を認められるべきであるとするものであって、同法の定める要件を超えて新たな立法をしたとの非難は当たらない。現行国籍法の下における準正子と非準正子との間の平等原則に違反する差別状態を裁判所が解釈によって解消するには、準正子に与えられた効果を否定するか、非準正子に準正子と同様の効果を与えるしかない。前者の解釈が、その結果の妥当性は別として、立法権を侵害するものではないことには異論はないであろう。これと同様に、後者の解釈を採用することも許容されるというべきである。」

同裁判官は、国籍法三条一項を憲法に適合するように解釈した結果、同項は日本国民である父から出生後に認知された子は届出により国籍を取得することができることを認めたものと解するのが相当であり、このように解しても立法権を侵害するものではないとの主張をおこなっている。

《田原陸夫裁判官の補足意見》

田原裁判官は、国籍の取得と教育を受ける権利等との関係及び胎児認知を受けた者と生後に認知を受けた者との区別の問題に関し、次のようにとくに子どもの人権に配慮すべきことを強調して補足意見を述べている。

「認知と届出による国籍の取得は、二〇歳未満の者において認められており（国籍法三条一項）、また、実際のその取得の可否が問題となる対象者のほとんどは、本件同様、未就学児又は学齢児童・生徒である。したがって、それら対象者においては、国籍の取得により認められる参政権や職業選択の自由よりも、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がより重要である。」

同裁判官は、現行法上、本件Xのような子どもについては、日本国籍を取得することができるか否かによって、教育や社会保障の権利について大きな差異が存するのであるから、国籍法三条一項を限定的に解釈し、二〇歳未満の生後認知子は法務大臣に届け出ることによって日本国籍を取得することができることと解することこそが同法の全体の体系とも整合し、また、Xと同様にその要件に該当する者（子ども）の個別救済を図る上でも、しごく妥当な解釈であると主張する。

《近藤崇晴裁判官の補足意見》

近藤裁判官は、今井裁判官の補足意見に全面的に賛同するとともに、多数意見について補足的に次のような意見を述べている。

「多数意見は、国籍法三条一項の定める要件のうち準正要件を除いた他の要件のみをもって国籍の取得を認めるのであるが、これはあくまでも現行の国籍法を憲法に適合するように解釈した結果なのであって、国籍法を改正することによって他の要件を付加することが憲法に違反するということを意味するものではない。立法政策上の判断によつて準正要件に代わる他の要件を付加することは、それが憲法に適合している限り許されることは当然である。」

同裁判官は、法改正が行われた場合には、その新たな要件を充足するかどうかにかかわらず非準正子である上告人



が日本国籍を取得しているものとされた本件Xと新たな要件の充足を要求される法改正後の非準正子との間に差異を生ずることになるけれども、準正要件を除外した国籍法三条一項の合憲的で合理的な解釈が可能であるので、そのような差異を生ずることは異とするに足りない」と主張する。

《藤田宙靖裁判官の意見》

藤田裁判官は、多数意見と結論を同じくするものではあるが、現行法三条一項が何を定めており、また右のような合理的解釈とは正確にどのようなことを意味するのかという点に関して、多数意見との間に考え方の違いがあることを理由として、次のような独自の意見を述べている。

「同項に準正要件が置かれていることよつ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すべきなのであつて、同項の合理的解釈によつ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つてではなく、『不十分な』部分を補充することによつてでなければならぬのである。同項の立法趣旨、そして本件における違憲状態が何によつて生じているかについての、上記に述べた考え方に関する限り、私は、多数意見よりもむしろ反対意見と共通する立場にあるものといわなければならない。」

同裁判官は、違憲の状態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る場合には、予測されうる立法府の合理的意思を勘案しつつ、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ふべきであつて、立法権を篡奪する越権行為であるといふには当たらない」との見解を示した。これは、法令の違憲判断というよりは、合憲的な解釈によつて事案を解決することを主張するものであつた。

《横尾和子裁判官、津野修裁判官、古田佑妃裁判官の反対意見》

横尾裁判官ほか三名の反対意見は、国籍法が、出生後に認知を受けた子の国籍取得について、準正子には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のは、立法政策の選択の範囲にとどまり、憲法一四一条一項に違反しないとする理由の第一の理由として国籍と国家主権との関係を次のように論じている。<sup>(32)</sup>

「国籍の付与は、国家共同体の構成員の資格を定めるものであり、多数意見の摘示する諸事情など国家共同体との結び付きを考慮して決せられるものであつて、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。このことからすれば、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といふべきである」<sup>(33)</sup>

そして、国籍法三條二項の規定は、国籍の当然取得の効果を認める面では同法二條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して位置づける。さらに、立法事実に関しても、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として多数意見を否定するのである。また、国際社会の状況を憲法適合性の判断として考慮することについても次のように述べている。

「確かに、諸外国においては、西欧諸国を中心として、非準正子についても国籍取得を認める立法例が多くなつたことは事実である。しかし、これらの諸国においては、その歴史的、地理的状况から国際結婚が多いようにうかがえ、かつ、欧州連合(EU)などの地域的な統合が推進、拡大されているなどの事情がある。また、非嫡出子の数も、三〇%を超える国が多数に上り、少ない国でも一〇%を超えているようにうかがわれるなど、我が国とは様々な面で社会の状況に大きな違いがある。なお、国籍法三条一項立法当時、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考える。」

このように反対意見は、非準正子についても我が国との密接な結び付きを認めることが相当な場合を類型化して国籍取得を認めるなど、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していることは、立法政策の選択の範囲にとどまり、憲法一四条一項に違反するものではなく、多数意見のような見解が許されるとすれば、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り、「司法権の限界との関係で問題がある」と強く主張するものであった。

## 《甲斐中辰夫裁判官、堀籠幸男裁判官の反対意見》

甲斐中裁判官および堀籠裁判官の反対意見は、多数意見と同様に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合理的な理由のない差別となっており、本件区別は憲法一四一条一項に違反するものであったと認定しつつも、国籍法三条一項の規定の解釈から非準正子に届出による日本国籍の取得を認めることはできないと考えるものである。なぜならば、本件において憲法違反となるのは、国籍法三条一項の規定自体ではなく、非準正子に届出により国籍を付与するという法が存在しないという立法不作為の状態であり、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に発生しないことは明らかであり、その上で次のように述べている。

「多数意見は、同項の規定について、非準正子に対して日本国籍を届出によって付与しない趣旨を含む規定であり、その部分が違憲無効であるとしているものと解するが、そのような解釈は、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。」

両裁判官は、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り、多数意見は、国籍法三条一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で上告人の請求を認容しており、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」ので賛成することはできないと主張するのであった。

四 若干の検討

本件は、戦後八番目の法令違憲の事案であり、近年の国際的な人的交流の増加現象ともあいまって世間一般でも大変注目され、引き続き多くの議論を呼んでいる。また、本判決は、同じ婚外子の人権に関して法定相続差別が問題となり注目を浴びた一九九五年の最高裁判決を多分に意識していたともいわれる<sup>34</sup>。ただ、本件は、国籍法上の国籍取得の憲法問題を論じるもので、その点において同じ婚外子であっても民法上の法定相続差別を論じる事案との権利の性質の異同と適用法理の射程に留意しておかなくてはならないところでもある。

そもそも国籍とは、多数意見も述べているように、わが国の「国家構成員としての資格」であるとともに、「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、その要件を定めるのが国籍法なのである。本件で問題となった国籍法三条一項のいわゆる準正要件は、一九八四年にわが国が女子差別撤廃条約へ加入するに際して父母両系血統主義の法改正がおこなわれたときに新たに規定されたものであり、「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」は、法務大臣に届け出ることによって、日本国籍を取得することができることとなった<sup>35</sup>。

だが、当時の学説でも主張されていたように<sup>36</sup>、立法改正当時においてもすでにみとめられていたとされる婚外子差別撤廃のグローバル化の傾向を勘案するとともに、改正国籍法自体の血統主義の趣旨を徹底し、準正子のみならず認知された子にも同様に届出による国籍取得を認めるべきであったのである。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つ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り、個人としての独立した人格を前提として子どもの人権を考慮することが憲法の趣旨であることを考えれば、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、立法当時から厳

格にとらえる必要があったといえよう。

本判決における多数意見は、今日においては国籍取得について準正要件を課して区別することにはもはや「合理的関連性」を見いだすことはできず差別的な取扱いといえ、国籍法三条一項は憲法一四条に反すると判示した。ここでは、立法目的の合理性と採用された手段と立法目的との合理的関連性を判断するいわゆる「合理性の基準」に従って、積極的な憲法判断をおこなったのである。かかる合理性の審査基準は、立法府に広汎な裁量が認められ一般に合憲性が推定される経済的自由の領域に属するかそれに関連する社会・経済政策的な要素の強い規制立法について平等保護が争われる場合に憲法適合性を審査する基準として妥当するものといわれているが、ここでは同じ合理性の基準から違憲判断を導いているのである。<sup>(38)</sup>この点について、本件の補足意見を執筆した泉徳治裁判官が、非嫡出子であるという「社会的身分」と親の性別による差別を理由として、違憲審査基準について厳格かつ合理的な基準を主張したことは、今後の婚外子の事案全般について現実的かつ明確な司法判断を導くうえでも示唆深いものがある。<sup>(39)</sup>

最高裁は、国籍法三条一項の立法目的を、日本国籍を生来的に取得しなかつた子は出生後の生活を通じて国籍取得ある外国と密接な結びつきを生じさせている可能性があることから、血統主義を基調としつつも、出生後の国籍取得にあたっては、法律上の親子関係の存在に加え、わが国との密接な結び付きの指標となる一定の要件を要求したものと理解し、そのような立法目的自体には合理的な根拠があると認めている。その上で、手段と立法目的との合理的関連性については、かかる立法目的を実現するために準正を日本国籍取得の要件としたことは、一九八九年の立法当時には立法目的との間に一定の合理性があったが、その後、①社会的、経済的環境の変化に伴って、家族生活の在り方や親子関係に関する意識が変化し、またその実態も多様化したことにより、両親の婚姻の有無によって日本との結び付きの強さを図ることは出来なくなつたこと、②非嫡出子の差別的取扱いを解消する方向が世界的な流れであり、日

本が批准している国際人権規約B規約及び児童の権利条約にも出生による児童の差別禁止規定があること、③準正を国籍取得の要件としていた国の多くで法改正が行われていること等を理由として違憲判断を下した。今日においても準正を国籍取得要件とすることは立法目的との間に合理的関連性を見いだすことはもはや難しくなったとして、かかる国際環境等も立法事実に取り入れて合理性の判断を下したことは画期的なことといえる。

また、本判決では「司法権の限界」についても激しい議論がなされているところが注目される。ここで問題となったのは、多数意見は本件規定の準正要件を違憲としたにもかかわらず、国籍法三条一項全体を無効とはせず、残りの部分（認知）を有効として国籍の取得を認めたことである。そのために、準正子を出生後認知された子と読み替えて法解釈をおこなうのは立法行為であり、司法権の限界を超えているのではないかとの批判がなされたのであった。しかしながら、司法は具体的な争訟について事実を認定し、それに法を解釈・適用する作用であるといっても、法律の単純かつ機械的な適用作用の意味に解すべきではなく、裁判には法創造ないし法形成の機能を一定の範囲内で積極的に営むことが期待されているのである<sup>(4)</sup>。このことからすれば、立法事実の変遷についての合理的な判断とともに本判決の妥当性は確実に担保されることになる。本件においては、立法の不作為による婚外子の人権救済を司法がどのように実現できるかについて真剣な議論がなされたものであり、これは、法とは何かということを踏まえて具体的な憲法裁判においてそれぞれの裁判官から述べられた「法解釈のマナー」でもあったのである<sup>(4)</sup>。

以上のように、わが国の最高裁は、子にとっては自らの意思や努力によつては変えることのできない父母の身分行為（父母の婚姻）によつて自らの人権保障に大きな影響がおよぼされる婚外子の事案について、合憲、違憲という二通りの判断を示した。ここでは、憲法訴訟という観点からは、前述のとおりいくつかの論点が含まれているが、本稿では最高裁がそれぞれの事案において、国内的、国際的な社会の環境等の変化を立法事実としてどのように勘案し法

的判断を下したかについて、人権保障のグローバル化という点から注目する。次章では、これらの点を踏まえて国際社会における婚外子に関する法的状況の動向を勘案しつつ両判決の比較をおこない、婚外子差別の問題点をあらためて検討することとしたい。

(未完)

- (1) 2010/01/14-21:23) <http://www.jiji.com/jc/azk=2010012010011400975> 二〇一〇年五月一六日最終検索。
- (2) 最一小判平成二二年一月二七日民集一九六号二五一頁、最一小判平成一五年三月二八日民集二〇九号三四七頁、最一小判平成一六年一〇月一四日民集二一五号二五三頁、最一小決平成二一年九月三〇日裁判所時報一四九三頁等を参照。
- (3) 申惠手「婚外子に関する戸籍続柄の記載と国際人権法」青山法学論集四五卷三号(二〇〇三年)一七四―七五頁。
- (4) 国籍法違憲訴訟事件「最大判平成二〇年六月四日民集六二卷六号一三六七頁」における多数意見。
- (5) これまでわが国の最高裁は、当初は「公共の福祉」という抽象的な概念で基本的人権の制約を基礎づけてきたが、憲法訴訟の推移をみると「公共の福祉」の具体的な判断基準を明らかにするとともに森林法違憲判決にみられるように立法事実にも立ち入って検討するようになった(最大判昭和六二年四月二二日民集四一卷三号四〇八頁)。しかしながら、事柄の性質によることもあってか、これまで国際的な要因を根拠として違憲判断を下したことはなかった。条約の国内法的効力等を論ずる上では、当然国際的な法的状況について勘案するとしても、国際環境等の立法事実を踏まえて違憲判断に踏み込んだということに本稿では注目するのである。この点について、右の国籍法違憲判決を立法事実の変遷を読み取った新しい違憲判断の手法だとする主張(近藤博徳「立法事実の変遷」を読みとった国籍法違憲最高裁判決」法と民主主義四三三三三三号(二〇〇九年)一九頁。)に対して、立法事実の変化を根拠に違憲判断を下すのは必ずしも珍しいことではないとの批判が存する(飯田稔「判例研究 国籍取得阻害要件の合憲性―国籍法違憲訴訟最高裁判決―」亜細亜法学四四卷一―二八三頁(二〇〇九年)。だが、本件の場合、人権保障のグローバル化が叫ばれる今日的状況下において、国際社会における法的環境等を立法事実として認定した初めての最高裁違憲判決ということでその意義が位置づけられるものである。
- (6) そもそも人権保障のグローバル化とは、立憲主義のグローバル化でもある。われわれは、現在の主権国家を単位とする国際社会



の中で生かされているものではあるが、さまざまな分野で最早一國至上主義を唱えることはできず、国内の統治においては民主主義と人権保障のルールこそが「人類普遍の原理」であり、わが国の憲法前文や第九八条二項を持ち出すまでもなく、その実現を各国家が強く求められるものである。世界的なグローバル化に直面する国家、社会、にとつて、個人や集団の「自由」をどのように確保するかということは、今日の国際社会における共通の課題といえる。なお立憲主義のグローバル化の議論については、阪口正二郎編『岩波講座憲法5グローバル化と憲法』(岩波書店、二〇〇七年) 所収の各論文を参照。

(7) 最大決平成七年七月五日民集四九卷七号一七八九頁。

(8) 静岡家裁審判平成二年二月二日民集四九卷七号一八二〇頁。

(9) 昭和六〇年七月一日条約第七号。

(10) 東京高裁決定平成三年三月二九日民集四九卷七号一八二二頁。

(11) わが国における憲法一四条一項の平等保護に関する違憲審査基準としては、民主主義的合理性という理念を基底に置いて、次のような三段階の審査基準で区別の合理性を判断するのが妥当であると考えられている。それは、①立法目的(当該差別的な取扱いの目的)がやむにやまれぬ(compelling)公益、すなわち必要不可欠な公益であり、その達成手段が必要最小限のものであること(legitimate)なものであり(立法目的が何らかの方法で公共の福祉を増進するための働きをするものであれば正当とみなされる)、具体的な取扱い上の違い(手段)が右目的の達成に「合理的に関連している」(rationally related)ことをもって足りるとする緩やかな「合理的根拠の基準」(合理性の基準)、③立法目的が重要(important)なものであり、その目的と規制手段との間に事実上の実質的関連性(substantial relationship in fact)があることを論証する責任を規制を加える公権力側に負わせる①と②とのあいだの中間的な「実質的な合理的関連性の基準」(厳格かつ合理的な基準)であり(菅部信喜『憲法学Ⅲ人権各論(1)』(有斐閣、一九九八年)二二二―二三二頁)、実際、本稿で検討する二つの事案においても、各裁判官はかかる基準に基づいて婚外子差別の合憲性を判断(テスト)しようとしている。その他、平等保護についての違憲審査基準については、藤井俊夫『司法権と憲法訴訟』(成文堂、二〇〇八年)一七七―二八二頁、君塚正臣『性差別司法審査基準論』(信山社、一九九六年)三〇九―三七頁、戸松秀典『平等原則と司法審査』(有斐閣、一九九〇年)三二五―三六頁等を参照)。

(12) なお、本判決の評釈としては、石川健治Ⅱ大村敦志・法学協会雑誌一一四卷一二号、菅野佳夫・判例タイムズ八九三号、石田喜久夫・京都学園法学九五卷二二三号、小林武・南山法学二〇卷一号、久保田浩史・民事研修四六二号、熊田道彦・別冊ジュリスト

一五四号六四頁、右近健男・ジュリスト臨時増刊一〇九一七三頁、内野正幸・法学教室増刊(憲法の基本判例(第二版))五一頁、吉田克己・別冊ジュリスト一六二号一四頁、川井健・私法判例リマックス(法律時報別冊)一三〇八二頁、野山宏・最高裁判所判例解説民事篇平成七年度六三三頁、野山宏・ジュリスト増刊最高裁時の判例3私法編二四四〇頁、青柳幸一・別冊ジュリスト一八六号六四頁、村重慶一・判例タイムズ九一三三〇一七四頁(平成七年度主要民事判例解説)、米倉明・法学セミナー四九〇号四頁、建石真公子・法学セミナー五二一七〇頁、吉田克己・別冊ジュリスト一九三三〇一八頁等がある。

(13) この点について中島敏次郎裁判官・大野正男裁判官・高橋久子裁判官・尾崎行信裁判官・遠藤光男裁判官の反対意見は、次のように述べている。

「最後に、本件規定を違憲と判断するとしても、当然にその判断の効力が遡及するものでないことを付言する。すなわち最高裁判所は、法令が憲法に違反すると判断する場合であっても、従来その法令を合憲有効なものとして裁判が行われ、国民の多くもこれに依拠して法律行為を行って、権利義務関係が確立している実態があり、これを覆滅することが著しく法的安定性を害すると認められるときは、違憲判断に遡及効を与えない旨理由中に明示する等の方法により、その効力を当該裁判のされた時以後に限定することも可能である。私たちは本件規定は違憲であるが、その効力に遡及効を認めない旨を明示することによって、従来本件規定の有効性を前提になされた裁判、合意の効力を維持すべきであると考えられるものである。」(最大決平成七年七月五日民集四九卷七号一七八九頁。)

(14) 井戸田博史『家族の法と歴史』(世界思想社、一九九三年)二六頁。

(15) たとえば、利谷信義『家族法システムの法』同編『現代家族法学』(法律文化社、一九九九年)五頁を参照。

(16) これについては、金城清子『憲法と家族』利谷信義編『現代家族法学』(法律文化社、一九九九年)二〇頁以下を参照。

(17) なお、この点については、新井信之『国際家族の人権保障の可能性について—アメリカにおける判例理論を素材として—』(長崎外大論叢第七号、二〇〇四年)一一八頁を参照。

(18) 若部信喜著『高橋和之補訂』憲法(第四版)(岩波書店、二〇〇七年)一二六頁。

(19) 本件については、旧世代の議論(法廷意見)と新世代の議論(反対意見)とが激突し、後者はアメリカ判例を意識した有力学説の枠組みを最大限意識したものであるのに対して、前者は、旧来の合理的区別論の立場から応戦しているとの指摘がある。反対意見の方が学説を踏まえた厳格適用を志向しているというのである。石川健治『国籍法違憲大法院判決をめぐる—憲法の観点から(2)—』法学教室三四四号(二〇〇九年)四二頁。



九九四年)一一七頁、棟居快行「非嫡出子の相続分を定めた民法九〇〇条四号但書の合憲性ジュリスト一〇〇二号(平成三年度重要判例解説)(一九九五年)一二頁以下を参照。

(25) 田中成明「司法的政策形成と最高裁判所の役割」『今日の最高裁判所』法学セミナー増刊(日本評論社、一九八八年)二〇頁。

このような視点からは、外国人の指紋捺捺拒否事件(たとえば、名古屋高判昭和六三年三月一六日・判例時報一二九四号三頁、横浜地判昭和六二年一月一八日・判例時報一二八五号一五二頁、福岡高判昭和六一年二月二六日・判例タイムズ六二五号二五九頁、東京高判昭和六一年八月二五日・判例時報一二〇八号六六頁等を参照)が想起される。指紋捺捺は、外国人登録法によって、在留管理の一環として日本に一年以上在留する十六歳以上の外国人に対して新規登録の際に義務づけられていた。そのため指紋捺捺の強制は、外国人のプライバシーの権利を侵害することや、日本国民の住民登録と比べて外国人を不当に差別するとの主張がなされ、一連の指紋捺捺拒否事件へと発展していったのであった。一九九三年には、在日韓国・朝鮮人などの法定特別永住者の人々たちには、指紋捺捺義務が免除されるようになり(平成四年六月一日法律第六六号)、その他の外国人についても、一九九九年の法改正(平成一年八月一八日法律第一三四号)により全面的に廃止されることになった。このことは、公開の裁判がわが国におけるマイノリティたる弱者・少数者(この場合、参政権が認められていない外国人)の公的な意見表明の場として機能し、それが政策形成(立法政策)に影響を及ぼしたひとつの例として評価されるものである。

(26) 最大判平成二〇年六月四日民集六二卷六号一三六七頁。

(27) 当時の国籍法の規定では、①出生の時に父または母が日本国民であるとき、②出生前に死亡した父が死亡の時に日本国民であったときは、日本国民とされていたが、日本の国籍を取得するためには、親が法律上正式の婚姻関係にあることを要するので、日本人たる父と外国人たる母との間に生まれた非嫡出子は日本国民となることはできなかった。そのため旧規定は、③父母が後に結婚し認知によって嫡出子になった者について(このように出生時の非嫡出子が後に嫡出子になることを「準正」という)。一定の条件を満たせば、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はできると規定されていたのである(若部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』(有斐閣、一九九四年)一〇九—一〇頁)。なお、本件訴訟当時の国籍法(昭和二五年五月四日法律一四七号)の当該規定は以下のとおりであった。

(準正による国籍の取得)

第三条一 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(日本国民であつた者を除く)は、

2 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。

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つて、日本の国籍を取得することができる。

その後、国籍法は平成二〇年一月二日に改正（平成二二年一月一日施行）され（平成二〇年二月二日法律第八八号）、当該条項との関連では以下のように、①三条一項の要件の改正、②虚偽の届出に対する刑罰規定が創設された。

（認知された子の国籍の取得）

第三条 1 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つて、日本の国籍を取得することができる。

2 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。

（罰則）

第二十条 第三条第一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、一年以下の懲役又は二十万円以下の罰金に処する。

(28) 東京地裁判決平成一七年四月一三日民集六二卷六号一四四九頁。

(29) 本件は、同日判決が下された国籍法三条一項に関するもうひとつの事案（最大判平成二〇年六月四日平成一九年（行ツ）第一六四号国籍確認請求事件）との併合審理で、判決内容は同一のものであった。

(30) この点については、後掲注(41)を参照。

(31) 本判決の重要性については学界においても大変注目され、以下のような評釈等が多数執筆されている。たとえば、村重慶一・戸籍時報六二九号八〇頁、榎透・法学セミナー六四五号一二六頁、高橋和之Ⅱ岩沢雄司Ⅱ早川眞一郎「国籍法違憲判決をめぐって（鼎談）（特集／国籍法違憲訴訟最高裁大法廷判決）」・ジュリスト一三六号四四頁、長谷部恭男・ジュリスト一三六号七七頁、佐野寛・ジュリスト一三六号八五頁、森英明・ジュリスト一三六号九二頁、佐久間健吉・法律のひろば六一巻一〇号五六頁、近

藤博徳・法と民主主義四三三号一九頁、市川正人・判例時報二〇二二号一六四頁、今井直・季刊教育法一五九号七四頁、原田央・法学教室三四一六頁、近藤博徳・法学セミナー一六一号一〇頁、松本和彦・民商法雜誌一四〇巻一五九頁、松井直之・横浜国際経済法学一七巻三三二五頁、栗田佳泰・九州大学／法政研究七五巻四号一〇一頁、山元一・ジュリスト臨時増刊一三七六号一三頁、前田雅子・ジュリスト臨時増刊一三七六号58頁、立松美也子・ジュリスト臨時増刊一三七六号三一九頁、百地章・山田亮介・日本法学七五巻一〇二一頁、木村草太、大村敦志・法学協会雜誌一二七巻三二一四七頁、吉田仁美・関東学院法学一九巻三三〇一頁、浮田徹・速報判例解説（法学セミナー増刊）四号九頁、金亮完・速報判例解説（法学セミナー増刊）四号八三頁、安藤高行・九州国際大学／法学論集一五巻三三〇一頁、佐藤やよひ・私法判例リマックス三九号一三〇頁、寶金敏明・別冊判例タイムズ二五号二六六頁（平成二〇年度主要民事判例解説）、畑尻剛・中央ロー・ジャーナル七巻一六五頁、森英明・法曹時報六二巻七号二四〇頁、佐藤やよひ・私法判例リマックス（法律時報別冊）三九号一三〇頁等がある。

(32) 国籍と国家主権との関係を前提として立法院の裁量行為を論じる手法は、連邦議会の絶対的権限 (plenary power) を強調するアメリカの判例理論を彷彿させるところがある。この点については、新井信之『外国人の退去強制と合衆国憲法—国家主権の法理論—』（有信堂、二〇〇八年）一一八頁以下を参照。

(33) 横尾和子裁判官、津野修裁判官、古田佑妃裁判官の反対意見は、「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としても、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、それによつて上記裁量が左右されるものとはいえない。また、無国籍となるような場合は格別、いずれの国の保障を受けるか、例えば我が国の保障を受けるか、それとも他国の保障を受けるかということは、各国の主権にかかわることであり、法的な利益・不利益も、それぞれの国籍に応じて、居住国あるいは事柄によつて相違し、時には反対にもなり得る相対的なものであることも考慮すべきである。」として、国籍付与についてこのように述べている（最大判平成二〇年六月四日民集六二巻六号一三六七頁）。

(34) 石川・前掲注(19) 四二頁。

(35) かかる立法改正の経緯については、江川英文・山田鎌一・早田芳郎『国籍法（新版）』（有斐閣、一九八九年）七九頁以下を参照。

(36) たとえば、木柵照一『国籍法の改正—国籍法ほどの程度『国際化』されたか』法学セミナー一一号（一九八四年）六〇頁以下を参照。

(37) 荊部・前掲注(11) 二八一—二九頁。

(38) これについては、本件の多数意見は法律の目的審査ではほぼ先例を踏襲しながら挙証責任との関係で手段審査について著しい不合理さの不存在という消極的基準に代えて合理的関連性の存在という積極的基準を用いたとの主張（飯田・前掲注(5) 二八二—

八三頁)も存するが、これは合憲、違憲判断の結果の相違であって基本的には先例による審査基準の枠組みを射程において憲法適合性を判断しているとみてよいであろう〔森英明「国籍法違憲訴訟最高裁判決の解説と全文」ジュリスト一三六六号(二〇〇八年)九五頁〕。なおこの点については、藤井俊夫「判例研究 国籍法違憲判決の意義と課題」千葉大学法学論集、三巻一号(二〇〇八年)二五四―五五頁も参照されたい。

(39) 婚外子の国籍差別については、アメリカの判例理論でも、緩やかな合理性の基準というよりは、一般的な性差別(ジェンダー)を根拠とした不平等な処遇に適用される中間審査基準を用いて事案を処理しているものがある。連邦最高裁判所は、移民・国籍法三〇九条a項にある合衆国市民である父親の婚外子と合衆国市民である母親の婚外子との国籍付与に関する差異が争われた *Nagyer v. INS* 判決(333 U.S. 53(2001))において、かかるアプローチを採用して事案を解決したのであった。本判決の重要性は、同年度開廷期に判示された他の二つの外国人に関する事案である *INS v. St. Cyr* 判決(333 U.S. 289(2001)) および *Zadydas v. David* 判決(333 U.S. 678(2001))に匹敵するものとして評価されている。なお、詳しくは、新井・前掲注(32)一二二頁以下を参照。

(40) 若部信喜著「高橋和之補訂・前掲注(18)三二頁」。

(41) この点については、一九九六年の国際司法裁判所における核兵器の使用に関する勧告的意見における当時のわが国の小田滋裁判官をはじめとする各裁判官が司法とは何か、法とは何かについて熱心に議論していたのを想起させ興味深いところである。裁判官は、国際法、国内法の相違を超えてどのような事案であれ常に司法のあり方を意識して困難な事案(hard case)の解決にのぞんでいることがうかがわれるものであった。この点について、たとえば、新井信之「核兵器の違法性」に関するICJ勧告的意見のブリーフとその解釈についての一考察(長崎総合科学大学平和文化研究第一九・二〇集合併号、一九九七年)九五―一三三頁、同「司法の政策形成機能と法解釈のマナー(一)(二・完)」(長崎外国語短期大学論叢五〇号、五一号―一八頁、五九―七五頁(一九九八年)を参照。

#### 【追記】

本稿は、平成二二年度科学研究費補助金・基盤研究(C)(一般(平成二二―二三年)・テーマ「外国人の退去強制制度と憲法的制約に関する日米比較研究」(課題番号二二五三〇〇四二))および平成二二年度科学研究費補助金・基盤研究(B)(一

般（平成二二～二四年）・テーマ「外国人の出入国及び在留制度とその運用に関する国際的比較研究」（課題番号二三三三〇〇一一）による研究成果の一部であることを付記しておく。