

# 国家主権の行使としての「国籍付与」

## 百 地 章

### 〔目次〕

- 1、はじめに
- 2、最高裁の国籍法違憲判決（最大判平成二〇・六・四）をめぐって
- 3、「国籍」の「取得」ないし「付与」について  
——「権利」（国籍の取得）か、「主権の行使」（国籍の付与）か？
- 4、国籍法改正の問題点
- 5、おわりに——「国家」と「国籍」の重みを

## 1、はじめに

戦後思潮の特徴の一つとしてあげられるのが、「国家意識の希薄化」である。これは憲法学界全体についてもいえることで、例えば公法学会では国家論や主権論について、正面から取り上げられることはほとんどなかった。

確かに、主権論のうち「国民主権論」については、ひと頃、一部の研究者たちの間でかなり議論されたことがある。しかし、その多くはフランスの国民主権論をわが国にストレートに持ち込み、日本国憲法下の国民主権はフランスの「ナシオン主権」に当たるのか、それとも「プープル主権」と解すべきかなどといった議論に終始してきた。

他方、主権論のもう一方の課題は「国家主権」論で、具体的には「領土主権」と「対人主権」が対象となる。もちろん、これらの問題を直接の研究対象とするのは国際法学という事情もあるが、「領土主権」に関する論文は、憲法学の分野ではほとんど見かけない。

もう一つの「対人主権」であるが、これについては、外国人には「入国の自由」も「滞在の自由」も認められないというのが判例および通説の立場で、このような解釈は国際慣例にも合致する。つまり、いずれも主権国家による「対人主権」の行使の問題として、外国人の入国や滞在を認めるかどうかは国家が自由に判断できるものとされている。外国人の「入国の自由」や「滞在の自由」を人権問題と解する余地はない。

とすれば、外国人の「国籍取得」も当然、国家主権の行使の問題であって、人権であるはずがない。なぜなら、「入国の自由」や「滞在の自由」でさえ「権利」として認められていない外国人に、他国の「国籍」つまり正式な「国家の構成員としての資格」を要求する「権利」など認められるはずがないからである。ところが、最高裁は平成

二〇年六月四日、この「国籍」を「権利」の問題ととらえ、差別問題として取り扱ってしまった。果たして、このような考え方は妥当なのか、大いに疑問の残るところである。

他方、正式な婚姻関係にある夫婦のいずれか一方が日本人であれば、その「子」が日本の「国籍を取得」するのは当然であつて、これは「権利」の問題と考えられる。そこで、この辺りの問題につき、平成二〇年六月の国籍法をめぐる最高裁大法廷判決を素材として若干、検討してみたい。<sup>①</sup>

(1) 本稿は、平成二三年六月に開催された第一〇五回憲法学会シンポジウムにおいて発表した「国家主権—対人主権としての『国籍付与』」をもとに、再考を加え、文章化したものである。

## 2、最高裁の国籍法違憲判決（最大判平成二〇・六・四）をめぐって

### (1) 事案

平成二〇年六月四日、最高裁大法廷は国籍法第三条一項を憲法第一四条違反とした。<sup>①</sup> 同法は、日本人の父と外国人の母との間に生まれ、出生の後に父が「認知」した「子」については、父母が結婚した場合（「準正」）にのみ日本国籍を認め、「認知」だけにとどまる場合は日本国籍を認めていなかった。このような「嫡出子」と「非嫡出子」の差別は「法の下での平等」に反するとしたわけである。

最高裁は、同じ日に、二件の同じような事件について判決を下しているが、そのうち最初の訴訟は、平成四年に

「興行」の在留資格で日本に入国し、その後一六年間、不法滞在し働いていたフィリピン国籍の女性が、日本人男性との間に子(女子)をもうけ―ちなみに男性は平成一年に「認知」し、以後、姿をくらましたままである―、その子を原告として日本国籍確認の裁判を起こしたものである。

母親のフィリピン女性は子供に日本国籍を認めるよう訴えたが、フィリピンでは父母両系の血統主義を採用しており、その子にはすでにフィリピン国籍が与えられていた。つまり「無国籍児」でも何でもない。

にもかかわらず、この女性は不法滞在のまま子供の国籍確認訴訟を起こし、違憲判決を勝ち取ったわけである。その背後には代理人弁護士を含む組織的な支援者がいたようだが、子供と女性を前面に押し出し、「差別撤廃」を叫ぶ訴訟作戦は最高裁で大成功を収めることになった。翌日の新聞各紙は、いずれも母親や子供達が飛び上がった様子で喜んでいる写真を一面トップで大きく掲載し、手放して判決を評価している。判決に対する批判的コメントは、日本経済新聞に掲載された筆者のそれぐらいだったのではなからうか。<sup>(2)</sup>

## (2) 判決(多数意見)の概要

判決(多数意見)は、国籍法三条一項が「嫡出子」と「非嫡出子」を「区別」しているのは憲法違反であるとして、大要、次のように述べている。

「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から、憲法一〇条は「日本国民たる要件は、法律で定める」と規定し、「立法府の裁量判断」にゆだねた。しかしながら、法律の定める要件は

合理的理由がなければ、憲法一四條一項（法の下の平等、不合理な差別の禁止）違反となる。

そこで考えるに、国籍法三條一項は、「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、父母の「婚姻」によって「嫡出子」たる身分を取得したとき（準正）に限り日本国籍の付与を認めている。そのため、「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、つまり「非嫡出子」のままでは日本国籍の取得が認められないことになる。このような「区別」は、国籍法が改正された当時は、合理性を有するものであった。つまり、「立法目的」自体には、合理的な根拠がある。

しかしながら、その後、わが国における社会的、経済的環境等の変化に伴って「家族生活や親子関係に関する意識」も変わってきており、「今日では、出生数に占める非嫡出子の割合〔も〕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」。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」をすることによって初めて子に日本国籍を与えるに足る「我が国との密接な結びつき」が認められるとすることは、今日では家族生活等の実態に適合するものといえない。

さらに、諸外国においても「非嫡出子」に対して国籍を付与する傾向にあることを考えるならば、わが国籍法が「嫡出子」に対してのみ日本国籍を与え、「非嫡出子」への国籍付与を認めないのは、前記「立法目的」との間に「合理的関連性」を見出すことが困難であり、憲法一四條一項に反する、と。

判決はこのように結論づけている。

### (3) 判決(多数意見)の問題点

①しかし、この判決は国家の「主権」にかかわる「国籍付与」の問題を「人権」問題と混同したうえ、日本人男性の「認知」だけで「国籍付与」を認めてしまった非常に疑問の多いものと思われる。そこで、まず判決の問題点を考察することにしよう。

判決(多数意見)の第一の問題点は、外国人に対する「国籍付与」を「人権」問題としてしまったことである。

確かに、判決のいうとおり、「国籍」とは「国家の構成員としての資格」を指す。問題は、「国籍付与」の意味をいかに解するかということであるが、これについて判決は正面から答えないうまま、本件訴訟を「人権」問題として処理してしまった。

しかしながら、外国人に対する「国籍の付与」は、後で改めて考察するように、「対人主権」(統治権)の行使であつて、国際法上、国家はその決定する範囲の者に国籍を付与する権限をもつものとされてきた。つまり、いかなる者に国籍を与えるかは国家の自由な判断に委ねられており、それぞれの国の広い裁量に属する。

であればこそ、日本国憲法も「日本国民たる要件は、法律でこれを定める」(第一〇条)と規定し、国会の裁量に委ねている。また、国籍法も、外国人の「帰化」は法務大臣の「許可」に係らしめているが、この許可処分は羈束行為ではなく自由裁量行為とされている<sup>③</sup>。

つまり、国籍法一〇条は「国籍・市民権について、どう定めようと国家の自由であるというのが基本的立場になつて「おり」、これは、「略」国籍・市民権に関する決定は、各国の専権であるという国際法上の原則と一致している」<sup>④</sup>とされる所以である。それゆえ、横尾和子裁判官らの「反対意見」が「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、…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って、国家共同体の…基本的な主権作用の一つといえる」(傍点、引用者)と述べているのが正しいと解される。

もちろん、「国籍付与」の対象は国家が自由に定めることができるといっても無制限ではなく、条約等によって一定の制約を受けることはありうる。たとえば、「国籍法抵触条約」(一九三〇年)は「無国籍者」と「二重国籍者」を消滅させることを理想としており(前文)、「何人が自国民であるかを自国の法令に基づいてさだめることは、各国の権能に属する」(第一条)と定めているものの、「無国籍者」の取り扱いをめぐって締約国が国籍付与につき何らかの制約を受けないとも限らない。また、「国際人権規約(B規約)」(昭和五四年)も「無国籍者の一掃」を目的として「すべての児童は、国籍を取得する権利を有する」(第二四条三項)と規定しているから、その限りでわが国が制約を受けることもありえよう。しかし、「国籍付与」が「主権の行使」であることに変わりはない。

つまり、逆の立場からいえば、「国籍の取得」は「人権」でもないから、外国人がわが国に対して「日本国籍の取得」を「権利」として要求することなどできない。それゆえ、先の「反対意見」が、「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って、それによって上記裁量が左右されるものとはいえない」としているのは、当然のことといえよう。

このことは、「入国の自由」や「在留権」が外国人に権利として保障されていないことを想起すれば明らかである。旅券も持たない外国人に「自由な入国」や「自由な滞在」を認めている国などなく、まして「入国の自由」や「自由な滞在権」を「権利」として外国人に保障している国など、どこにも存在しない。<sup>5)</sup>となれば、「国籍取得」つまり「国家共同体(政治的運命共同体)の正式な構成員となることを要求する権利」など外国人に保障されているはずがな

かろう。この点については、さらに次の章で考察する。

したがって、わが国がいかなる外国人を対象とし、どのような形で国籍を付与するかは、わが国の「主権行使」の問題として国会が自由に決定できるから、「人権」にかかわる「差別問題」など生じない。このことは、外国人の入国について、「感染症患者」や「精神障害者」さらに「貧困者」の上陸を拒否している「出入国管理及び難民認定法」第五条一項の規定が、感染症患者や精神障害者さらに貧困者を「差別」するものであって許されない、などといった主張が通らないことを考えれば明らかであろう。

それゆえ、後述の「国籍付与」に際してDNA鑑定を採用するかどうかということも、主権の行使にかかわる問題であって、これを「外国人に対する差別」であるとして反対したり、法務省までが「外国人に対する不当な差別にならないか」と消極的であったのは疑問である。<sup>(6)</sup>

それに、仮に、「国籍付与」が人権に関わる問題であったとしても、「合理的理由」さえあれば、外国人に対する「特別扱い」は憲法違反とならない。事実、外国人のみを対象としたかつての「指紋押捺制度」について、最高裁は「何人もみだりに指紋の押捺を強制されない」としながら、「外国人の居住関係及び身分関係を明確ならしめ、もって在留外国人の公正な管理に資する」ための制度であるとして、憲法一三条（プライバシーの権利）および憲法一四條（法の下の平等）には違反しないとしている。<sup>(7)</sup>

それゆえ、「偽装認知」つまり血縁関係のない子であることを知りながらこれを悪用すべく行う認知（認知の悪用）を避けるため、必要性和合理性が認められるかぎり、DNA鑑定は憲法一三条や一四條に違反することはないと考えられる。

②判決の第二の問題点は、国籍法第三条一項を違憲とした「理由」である。

判決（多数意見）は「家族生活や親子関係に関する意識の変化」や「非嫡出子の増加等の親子関係の実態の変化」などを理由として、「非嫡出子への国籍付与を認めないのは憲法違反」としたが、これは横尾裁判官らの「反対意見」が指摘しているように、何ら具体的、実証的な根拠を有するものではない。それどころか、わが国における「非嫡出子」の出生数をみた場合、国籍法三条一項が定められた翌年（昭和六〇年）で全体の一・〇%、平成一五年でもわずかに一・九%にすぎず、約二十年間で〇・九%しか増加していない<sup>8)</sup>。このことを考えれば、「非嫡出子の増加等の親子関係の実態の変化」など、わが国ではほとんど存在しないに等しいといえよう。

にもかかわらず、非嫡出子の数が五〇%前後に達している国の多い西欧諸国の例を持ち出して、わが国でも「親子関係の実態」が変化したなどとしつけ、「認知」<sup>9)</sup>だけでの国籍取得を認めてしまったのは、まさに虚言を弄するものと思われる。

さらに、判決のいうように、日本人男性の「認知」だけで国籍の取得を認めてしまうことになれば、外国で生まれ、外国で育ち、日本に一度も来たことのない外国人女性の子、つまり日本社会とまったく無縁の外国人の子にまで日本国籍を付与することも可能となる。しかしながら、これは「血のつながり」だけでなく「わが国社会との密接な結び付き」を前提として国籍を認めてきた、わが国の国籍法の基本原理とも矛盾することになるのではなからうか。

(1) 最大判平成二〇・六・四・判例時報二〇〇二号三頁。

(2) 日本経済新聞、平成二〇年六月五日、三面。

- (3) 江川英文・山田録一・早田芳郎著『国籍法〔第三版〕』(平成九年) 一〇〇頁。
- (4) 萩野芳夫『国籍・出入国と憲法―アメリカと日本の比較―』(一九八二年) 三二二頁。
- (5) マクリーン事件最高裁判決(最大判昭和五三年一〇月四日、判例時報九〇三号、三頁)を参照。
- (6) 法務省は、「DNA鑑定は不適当」と答弁している。衆議院法務委員会議録平成二〇年一月一八日。
- (7) 最判平成七. 一二. 一五. 判例時報一五五号四七頁。
- (8) 国籍法違憲判決(最大判平成二〇. 六. 四)の反対意見。判例時報二〇〇二号三三頁。
- (9) 二〇〇五年の時点で、婚外子の全出生に占める割合は、スウェーデン五五・四%、フランス四八・四%、デンマーク四五・七%、イギリス四二・九%、ドイツ二九・二%である。百地章・山田亮介「国籍法三条一項における国籍取得要件と法の下の平等」『日本法学』第七五卷第一号二一九頁。

### 3、「国籍」の「取得」ないし「付与」について

——「権利」(国籍の取得)か、「主権の行使」(国籍の付与)か？

#### (1) 「国籍」の定義

そこで、そもそも「国籍とは何か？」ということであるが、江川英文他著『国籍法〔第三版〕』によれば、「国籍」とは、「人を特定の国家に属せしめる法的な紐帯」であり、「個人が特定の国家の構成員である資格」を意味する、とある。そして、このような国籍概念は、国民共同体としての近代国家が誕生した一八世紀末から一九世紀にかけて一般化したものである、とされている<sup>1)</sup>。

ちなみに、英米法系の諸国では、国籍の概念における「忠誠義務」の意義が伝統的に重視されており、一九二九年

の国籍に関する条約の草案では、「国籍 (nationality)」とは「忠誠義務 (allegiance) の紐帯によって国家に結び付けられている自然人の身分 (status)」であり、「国民 (national)」とは「忠誠義務の紐帯によって国家に結び付けられている自然人」と定義されている。<sup>(2)</sup>

また、アメリカ合衆国では、一九四〇年の国籍法が「この法律で、(a) 『国民 (national)』とは、国家に対して永久忠誠義務 (permanent allegiance) を負う者を意味する。(b) 『合衆国国民』とは、(1) 合衆国市民または、(2) 合衆国市民ではないが合衆国に対して永久忠誠義務を負う者をいう。外国人 (alien) は含まれない」(二〇一条)と規定していた。これに対しては、「忠誠義務」という語はなんら特別の具体的意味をもつものではなく、国籍の同義語にほかならないものだから、このような言葉は使わない方が良いとの批判もあったが、このような定義は一九五二年の「移民および国籍法」でも引き継がれている。<sup>(3)</sup>

## (2) 「権利」としての「国籍取得」か、「主権の行使」としての「国籍付与」か？

①国民にとって、「国籍の取得」が「権利」に属することは間違いない。しかし、外国人にとって「国籍の取得」(例えば、帰化)は「権利」でも何でもない。外国人が相手国の「国籍の取得」を希望した場合には、当該国による「主権 (対人主権) の行使」として可否の決定がなされ、その結果として、「国籍の取得」(帰化)が可能となるというだけのことである。

このことは、外国人の「入国の自由」と比較してみれば明らかであろう。マクリーン事件判決において、最高裁大法廷は、「国際慣習法上、国家は外国人を受け入れる義務を負うものではなく、特別の条約がない限り、外国人を自

国内に受け入れるかどうか、また、これを受け入れる場合にいかなる条件を付するかを、当該国家が自由に決定することができるものとされている」とし、「憲法上、外国人は、わが国に入国する自由を保障されているものでないことはもちろん、…在留の権利ないし引き続き在留することを要求しうる権利を保障されているものでもない」と解すべきものである」と判示した。

そして、最高裁は、「憲法第三章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としているものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべきである」と述べている。<sup>(4)</sup>

それゆえ、「国籍の付与」については言えば、「国際慣習法上、国家は外国人に国籍を付与する義務を負うものではなく、特別の条約がない限り、外国人に国籍を付与するかどうかを、当該国家が自由に決定することができる」と解するのが自然であろう。

それに、事柄の性質上、「入国の自由」や「在留の権利」でさえ外国人には認められていないのに、それ以上の権利の要求を意味する「国籍の取得」つまり「国家の構成員となる資格」を要求する権利など、外国人に認められるはずがない。ちなみに、先にあげた国際人権規約 (B規約) は、「すべての児童は、国籍を取得する権利を有する」(第二四条三項)と規定しているが、これは各国が「無国籍児童」をなくすよう努力すべきことを述べただけであって、特定の国に対して「国籍付与」の義務を課したものではない。

したがって、外国人がわが国の国籍を取得しようとするれば、それは日本国による主権の行使 (帰化の許可) を俟つしかないわけである。

②問題は、本件訴訟のような場合、つまり、父親は日本人だが、母親は外国人であり、しかも正式な夫婦の子（嫡出子）として生まれたわけでもなければ、「準正」（認知後、正式の夫婦に）にも当たらない、つまり父親が「認知」しただけという場合である。このような場合、その「子」が「日本国籍を取得」するのは「権利」のなのか、それとも日本国による「主権の行使」（国籍の付与）の問題として考えるべきなのか。

これについては、正式な夫婦間の子でなくても、父親が日本人という以上、潜在的には日本人たる資格を有しており、日本の「国籍の取得」は「権利」とみるべきなのか、<sup>⑤</sup>それとも婚姻関係がない以上、その子は法的にはあくまで外国人の子だから、日本の「国籍を取得」する権利など有しない。したがって、その子に対する日本の「国籍の付与」は「主権の行使」の問題となる、とみるべきなのか？これが争点となると思われる。

③この点、「認知」は「実子」に対してなされるものであるから、真実の父子関係がないのになされた任意認知は無効とされている（民法七八六条<sup>⑥</sup>）。しかし大村敦教授によれば「父のわからない子については、父たるべき者が認知することができ「る」<sup>⑦</sup>ともされているから、真実自分の子であると信じて疑われない者や父親として養育義務を負う覚悟のある者も認知は可能と思われる。

血縁のない子であると知りながら認知するいわゆる「虚偽認知」の問題について、早川眞一郎教授も、次のように述べておられる。<sup>⑧</sup>

「日本民法の定める任意認知による父子関係設定は、もともと虚偽認知が生じる可能性を見込んでいます。子の母親への愛情などが動機になって自分の子でなくても認知しようという男性が出てきたら（いわゆる好意認知）、血縁の

ない父親であっても父のない子にその子の養育責任を持つ父親を与えたほうがよいという政策判断です。」

つまり、わが国の「認知」制度の下では、本来「実子」に対してしか「認知」はできないはずであるが、実際には「好意認知」も認められているわけである。

とすれば、本件訴訟でいえば、「認知」した男性〔父親〕が日本人であるのは間違いないさそうだが、それだけではその子が真実、その男性〔父親〕と血の繋がった子供つまり実子なのか、それとも外国人女性の子で自らとは血縁関係のない子を単に「好意認知」しただけなのかは分からない。あるいは、自分の子ではないことを知りつつ、その女性と謀って認知制度を悪用した可能性も皆無とはいえない。

したがって、このような外国人女性の子を日本人の男性が「認知」しただけの場合は、その子と日本人男性との血縁関係が実証されない以上、血統主義に立つわが国では「潜在的日本人」とはいえない。また外国人女性と日本人男性の間には「婚姻関係」はなく、また「準正」にも該当しないのだから、法的にも「外国人」にとどまる。それ故、この子に対する「日本国籍の付与」は「権利」の問題ではなく、わが国の「主権の行使」の問題とみるべきであろう。

### (3) 国籍法で「日本国民たる要件」を定める行為は「確認行為」か「創設行為」か？

①ところで、憲法一〇条は、「日本国民たる要件は、法律でこれを定める」と規定しており、これを受けて制定されたのが現行「国籍法」である。

問題となるのは、日本国民の範囲は「法律で自由に定めることができる」（創設行為）のか、それとも「憲法は一定の国民を想定しており、それを踏まえ、確認した」（確認行為）のが国籍法なのか、ということである。この点につい

て、高橋和之教授は「論理的には憲法上の国民というものが存在し、法律の役割はその範囲を確認するというのではないでしょうか」と語っておられる。<sup>9)</sup> なぜなら、「日本国憲法は国民主権を採用しているから、建前上憲法を制定したのは国民であり、論理的には憲法制定時にすでに国民が存在したはずだから」と教授はいう。論理的に考えれば、まさにその通りであろう。

と同時に、国籍法の制定が現実に存在する「事実上の日本国民」とでも呼ぶべき人々を前提とした「確認行為」であることは、歴史的事実に即した考え方でもあると思われる。というのは、諸外国と比べて、わが国はもともと単一民族性が強く、国土の範囲も歴史的にほぼ同一性を保ってきたこと、それに明治以降、近代国民国家が完成した時点では、すでに「日本国民」の範囲も事実上ほぼ確定していたはずだからである。<sup>10)</sup> そこで、明治憲法も「日本臣民タルノ要件ハ法律ノ定ムル所ニ依ル」（第一八条）と定め、当時存在した「事実上の日本国民（臣民）」を前提として旧国籍法を制定したものと考えられる。また、現行憲法もそのような「事実上の日本国民」を前提とし、それを踏まえて国籍法により「日本国民」の範囲を「確認」した（確認行為）とみるべきであろう。その際、「事実上の日本国民」とされたのは、血統主義に基づき、原則として日本国内に居住する人々を指したのではないかと考えられる。

②とすれば、日本国籍の取得を「権利」として要求できるのは、「国民」および「潜在的日本国民」（日本国籍取得有資格者）に限られ、それ以外の人は「外国人」であって、「日本国籍」の取得を「権利」として要求することはできないと思われる。

そこで、この「潜在的日本国民」であるが、現行国籍法の基礎とされているのは「父母両系血統主義」とその父母

が正式な「婚姻関係」にあること、——これが原則であり、例外的に「出生地主義」が採用されていると考えられるから、この範疇に含まれない「子」は「潜在的日本国民」にも該当しない。したがってこの子の「日本国籍の取得」は「権利」の行使ではなく、日本国政府による「主権の行使」としての「国籍付与」に基づくものとみななければならぬであろう。

そこで考えるに、本件訴訟の原告であつた児童らは、母がフィリピン人であり、「認知」した父(男性)は日本人というものの、父と母は出生時において婚姻関係になく、しかも準正にも当たらない。またすでに述べたように、「認知」だけでは血縁関係は実証できない。それ故、この基準からすれば「日本国民」でなく、「潜在的日本国民」にも当たらないから、本件訴訟では、外国人である原告児童らは日本国政府に対して「日本国籍」を要求する「権利」など認められず、あくまで日本国政府による「主権の行使」としての「国籍付与」によって初めて日本国籍の取得が可能になる、と考えるべきであろう。

とすれば、本件判決(多数意見)は、原告児童らに対する「国籍付与」の問題を「権利」の問題にすり替えていることになり、支持することはできない。

- (1) 江川英文他・前掲『国籍法(第三版)』三頁。
- (2) 同、四頁。
- (3) 同、四～五頁。
- (4) マクリーン事件最高裁判決(最大判昭和五三・一〇・四)。

- (5) この点、高橋和之教授は「おそらく憲法が想定している国民の範囲というのは、片親のどちらか一方が日本人であれば、子どもは国籍に対する権利を潜在的に持つというものだ」と解するのが素直ではないでしょうか」と述べておられる（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』二〇〇八・一一・一・四七頁）。
- (6) 深谷松雄『現代家族法〔第四版〕』（二〇〇一年）一一二頁。
- (7) 大村敦『家族法〔第2版補訂版〕』（二〇〇四年）一八二頁。
- (8) 早川眞一郎・前掲「鼎談」中の発言（七一頁）。
- (9) 高橋和之・前掲「鼎談」四六～四七頁。
- (10) この点、「明治六年太政官布告第百三三号や壬申戸籍は、既に存在していた『慣習法』的な『日本人』の定義を基礎として成立したものである」との指摘がある（中村安菜「日本における国籍立法の黎明―黎明期における国籍概念の漠然性について―」（明治大学大学院）法学研究論集第三三号（二〇一〇年）八六頁）。

#### 4、国籍法改正の問題点

##### (1) 判決の射程を超えた国籍法改正

①平成二〇年一二月の国籍法改正は、先に述べた極めて疑問の多い最高裁の違憲判決を受けてなされたものである。ところが、改正国籍法はそれに輪をかけ、さらに疑問の多いものとなってしまった。つまり、その条文は、単に「嫡出子と非嫡出子の区別」を違憲としただけの判決の射程を超え、あたかも日本人男性が外国人女性の「子」を「認知」すれば、それだけで際限なく日本国籍を付与することができるかのような曖昧な内容とされてしまったわけである。つまり、日本人男性が外国人女性と結婚していなくても―事実上の婚姻関係になくとも―、その女性の産んだ子供

を「認知」しさえすれば、届出だけで簡単に日本国籍を付与できることになってしまった。しかも法律は平成一五年一月一日まで遡り、二十歳未満の子供に適用される。これは極めて危険ではなからうか。

それ故、国籍法改正以後、すでに五年以上経過しているが、これまでどれだけの外国人が日本国籍の取得を申し出たのか、しっかりと検証する必要がある。そして、その結果次第では、国籍法の再改正も検討する必要があると思われる。

②改正前の国籍法は、以下の通りであった。

「第三条 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って、日本の国籍を取得することができる。」（傍点は引用者、以下同じ）

ところが、先の「法改正」によって、第三条は以下ようになった。

「第三条 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って、日本の国籍を取得することができる。」

とされてしまった。

つまり、最高裁判決では、「婚姻関係の有無」を基準に、認知とその後の正式な婚姻関係の成立（準正）によって

「嫡出子」の身分を取得した子と、事実上の「婚姻関係」にありながら、「認知」だけにとどまる「非嫡出子」を区別してきた国籍法を違憲としていただけである。にもかかわらず、その後行われた国籍法改正によって、「事実上の婚姻関係の存在」とは無関係に、単に「日本国民である男性」が「認知」すればそれだけで「子」の「国籍取得」が可能となるような条文になってしまった。

これにより、条文上は、「事実上の婚姻関係」を前提とした「実子」でなくても（つまり赤の他人の子供でも）、「日本国民である男性」が「認知」しさえすれば、日本国籍の取得が可能となってしまう。つまり、「好意認知」だけでなく、認知を悪用した「偽装認知」も可能となってしまうわけである。

それゆえ、改正法では、最高裁判決に忠実に従い、

「第三条 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並びに父又は母の認知により非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。」

とすべきではなかったか。

すなわち、「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」と「父又は母の認知により非嫡出子たる身分を取得した子」と明記することにより、父母の「実子」でなければ「認知」できないことを、せめて条文上だけでも明らかにしておくべきではなかったかと思う。

## （2）「偽装認知」防止のために

すでに述べたように、民法上、「認知」は「実子」に対してしかできないことになっており、「実子」以外の子供に對する「認知」は法的に「無効」とするのが判例の立場である。したがって、「父又は母が認知した子」と「父又は母の認知により非嫡出子たる身分を取得した子」というのは、内容的に何ら変わらないとの反論があるかもしれない。しかしながら、実子以外の「子」に對する「認知」は無効であるといつても、それはあくまで法律上のことであつて、常に血のつながりがあるかどうかを調べるわけではないから、実際には「実子以外の子」に對する「認知」つまり先に述べた「好意認知」や認知を悪用した「偽装認知」の可能性も出てくる。また、仮に「偽装認知」がなされたとしても、それを「無効」であるとして争う利害関係者が現われなければ、実際問題として、その「認知」は有効なものとして通用することになる。

例えば、浮気相手の外国人女性が「父のわからない子」を産んでしまった場合、「実子」たる証拠はなくても自分の子であると信じさえすればその「子」を「認知」することは可能である。その場合、その子が「実子」でなければ、法的には「認知」は「無効」であるが、実際には、反証のない限りその「認知」は有効なものとして通用することになる。さらに、不届きな日本人男性が「父のわからない子」について認知制度を悪用し、「偽装認知」を行った場合でも、それがそのまま通用してしまうこともありうる。これは何としてでも防止しなければならぬ。

このように考えるならば、父又は母による「認知」は、せめて条文上だけでも「実子」に限定すべきであつて、その意味では単なる「子」ではなく、本来、「実子」を意味する「非嫡出子」に限定しておくことが、「偽装認知」の誘惑を抑え、「認知の悪用」を防止する上で、一定の歯止めになりうるのではないかと思われる。また「実子」以外の

者に対する「認知」への歯止めをかけて置かなければ、国籍法の拠って立つ「血統主義」の原則に抵触する上、「偽装認知」の危険を増加させるだけではないだろうか。

諸外国の立法例をみても、従来、わが国と同様、「認知」による国籍取得を「準正子」に限るとしてきたイギリス、オーストリア、スイス、ドイツ、ノルウェイなどでは、「自国民父の非嫡出子」についてののみ「認知」による国籍の取得を認めており、これが国際的な傾向であるとされているようだから、これを参考とすべきではなかったか。

さらに付言すれば、「嫡出子」「非嫡出子（嫡出でない子）」の呼称は、法律婚を前提としたわが国の家族制度を前提とするものであるが、あえて「嫡出子」「非嫡出子」という表現を回避し、単に「子」としてしまった背景には、わが国の現在の「家族制度」まで解体してしまおうとする人々の思惑さえ感じられる。

### (3) 「DNA鑑定」の採用を

このように、民法上の「認知」概念は、本来、「偽装認知」つまり「認知の悪用」の危険性をはらむものであるから、そもそも昭和五九年の法改正によって「国籍法」の中に民法上の「認知」概念を持ち込んだことに問題があったのではないか。加えて、今回の法改正では「婚姻要件」まで不要とし、単なる「認知」だけでの「国籍付与」を認めてしまったわけであるから、理論的にも「偽装認知」つまり「認知の悪用」の危険をさらに増大させてしまったことになる。

となれば、「偽装認知」の防止のためにも、例えばパスポートの渡航記録や家族一緒の写真等、「実子」であることを推定させる物証がない場合、「DNA鑑定」を採用するよう、速やかに国籍法の見直しを行うべきではなからうか。

もしこのまま行けば、「偽装認知」の闇ビジネスが横行するだけだと思われる。というのは、「偽装認知」は「偽装結婚」よりも簡単といわれているからである。

やや古い平成二〇年の統計だが、警察庁の調べでは、日本人と外国人による「偽装結婚」の検挙件数は、過去五年で一七三件にのぼっており、外国人女性が日本で働くために無関係な男と婚姻届を出した例が多いという。<sup>②</sup>とすれば、偽装結婚より簡単な日本国籍取得のための子供の「偽装認知」つまり「認知の悪用」が、日本での不法就労を目的とする外国人の間で横行しても決しておかしくないであろう。

この点、国籍法改正の推進派は、罰則を導入したことで「偽装認知」は阻止できると主張してきたが、それはあまりにも現実を無視した楽観論ではなからうか。というのは、子供の日本国籍の取得さえ叶えば、その母親も日本滞在ビザを取得するのが容易になるし、外国人、特に中国、韓国、フィリピン等のわが国と比べて生活水準の低いアジア諸国の人々からすれば、日本国籍などまさに垂涎的だからである。だから、闇市場では、末端市場価格で日本国籍が二〇〇万円から三〇〇万円くらいするとさえいわれている。<sup>③</sup>

また、先の早川教授でさえ、ジュリストの鼎談の中で、「一部の外国人にとって、日本国籍を取得すること、あるいは自分の子に日本国籍を取得させることは、莫大な利益につながることでですから、無責任な日本人男性に報酬を払って偽装認知をさせる事態が発生する可能性、あるいはそのような偽装認知をアレンジする者が暗躍する可能性は、決して低くはないと考えておいたほうが無難だろうと思います」と述べておられる。<sup>④</sup>

平成一七年五月に放映されたNHKの「クローズアップ現代 偽装認知」でも「急増する外国人犯罪。去年は過去最悪の四万七千件を越えた。その六割近くが不法滞在者による犯行である。そんな中、主に中国人犯罪者の間で、

『偽装認知』という不法滞在の新たな手口が広まっている。中国人同士の子供を、謝礼と引替えに日本人に『認知』させ、子供に偽の日本国籍を取得させることで、母親自身も不法滞在から合法滞在に変えさせる手口である。プライバシーや人権擁護の観点から、現状では当事者が秘密の暴露をしない限り、「認知」の真偽は、入管や警察当局にも、殆ど見破ることが出来ない。今回NHKでは、独自の取材からその巧妙な手口を解き明かし、福建省や日本に急増している偽の日本国籍を持った子供の実態を交えながら、日本の特殊な制度の盲点と今後の対応策を探っていく。」と紹介されていた<sup>(5)</sup>。

したがって、「国籍付与の条件」としてのDNA鑑定は外国人差別でも何でもなく、民法上の「認知」とは次元が異なるから、「偽装認知」の防止のため速やかに実現すべきではなからうか。

この点、早川教授も、国籍法改正前の対談で「国籍法上の親子関係要件は民法上の親子関係要件と必ずしも一致しなくてもよいと考えることによって、立法に際して、有効な偽装認知対策を組み込むことができるのではないか」といい、「血統主義によって国籍を与えるのであれば、国籍法上はその親子関係が立証されなければならない場合があるとするのです。認知届にプラスして血縁関係の医学的証明を提出させるとすれば、虚偽認知の可能性を未然に防ぐことができます<sup>(6)</sup>」と語っておられる。

- (1) 『判例時報』二〇〇二号、六頁。
- (2) 毎日新聞、平成二〇年二月六日。
- (3) 福島香織「【記者ブログ】総理番のお仕事 (6) 国籍法のゆくえ」MSN産経ニュース、二〇〇八・一一・二二。

- (4) 早川、前掲「鼎談」七一頁～七二頁。
- (5) 「クローズアップ現代 放送記録」。<http://www.or.jp/gendai/Kiroku2005/0504-1.html>
- (6) 早川、前掲「鼎談」七二頁。

## 5、おわりに——「国家」と「国籍」の重みを

最高裁大法廷の国籍法違憲判決やその後の国籍法改正で、はしなくも明らかになったのは、多数意見を構成した裁判官や国籍法改正を推進した国会議員それに法務省の官僚たちが、如何に国家意識が希薄かということであった。つまり「国家」の尊厳や「国籍」の重み（ディグニティ）を十分理解できない人たちが、意図的にこの国や伝統的な家族制度を破壊しようとする人々が、国籍法を違憲とし、安易な「認知」だけによる国籍付与を推進してきたのではないかと考えられる。

したがって、改正国籍法の早期見直しと共に、今こそ必要なのが正しい国家意識の確立ないし回復である。そしてそれによって、初めて「国籍」の重みや国家主権（対人主権）の行使としての「国籍付与」の意義も理解できるようになるのではなからうか。

この点、先に述べたとおり、英米法系の諸国では、国籍概念における忠誠義務の意義が伝統的に重視されており、アメリカの「移民および国籍法」では、国民（national）とは、国家に対して永久忠誠義務（permanent allegiance）を負う者を意味する、とされている。また、アメリカでは、国籍の取得に当たって「忠誠宣誓」を行わせ、いざという時

には国のため武器を取って戦う決意があるかどうかを質問している。それに引き換え、わが国ではどうであろうか。「帰化の動機書」は提出させているものの、形式なものにとどまっており、「宣誓書」も単に法令等の遵守を宣誓させているだけであつて、アメリカなどのように、国家に対する忠誠を誓わせているわけではない。

その意味では、国籍問題にとどまらず、出入国管理や永住外国人政策など、国家論を踏まえた大局的で総合的な、しかも長期的視野に立った外国人政策の樹立が必要ではないかと思われる。