

2013年4月4日

上 告 理 由 書

上 告 人 A

外

被 上 告 人 国

上告人ら訴訟代理人

弁 護 士 近 藤 博 徳

弁 護 士 久 保 田 祐 佳

弁 護 士 枝 川 充 志

弁 護 士 宮 内 博 史

弁 護 士 置 塩 正 剛

弁 護 士 細 田 は づ き

弁 護 士 長 瀬 祐 志

弁 護 士 濱 野 泰 嘉

最高裁判所 御中

目 次

第1	はじめに	4
第2	国籍法12条は出生によって取得した日本国籍を喪失させる制度であること	6
1	上告人らの主張	6
2	一審判決に対する批判	7
3	小結	9
第3	国籍法12条の立法目的その1－重国籍の防止・解消	9
1	立法目的に関する議論の順序の整理	9
2	国籍法が立脚する「重国籍防止・解消の要請」はどのようなものか	10
3	重国籍論に関する一審判決の誤り	13
4	法12条における重国籍防止・解消の実効性の具体的な中身	14
5	法12条の立法目的と法的効果の不均衡	15
6	小結	17
第4	国籍法12条の立法目的その2－実効性を欠く国籍の発生の防止・解消	17
1	一審判決における「実効性論」	17
2	「実効性」＝「国家との真実の結合関係」の具体的内容	18
3	法12条制定の沿革からも実効性論の定義は見いだせないこと	19
4	ノッテボーム事件判決は「実効性論」の合理性を根拠づけるものではないこと	20
5	「実効性を欠き形骸化した国籍の発生による弊害」について	22
6	立法目的と手段との合理的関連性	26
7	実効性の有無を分ける「国籍留保の意思表示」の意義について	28
8	小結	30

第5	国籍法12条が憲法13条に違反すること	30
1	「みだりに国籍を奪われない権利」が憲法13条により保障されていること	30
2	立法裁量の範囲と違憲審査基準	31
3	法12条の憲法13条適合性の判断	33
4	小結	34
第6	国籍法12条が憲法14条1項に違反すること	35
1	国籍法12条による不平等扱いの存在	35
2	国籍法12条の憲法14条1項適合性審査基準	36
3	立法目的と差別的取扱の合理的関連性その1	
	－日本国外で出生し日本人父から出生後認知された非嫡出子との差別的取扱	36
4	立法目的と差別的取扱の合理的関連性その2	
	－日本国内で出生した嫡出子との差別的取扱	41
5	立法目的と差別的取扱の合理的関連性その3	
	－父母が国籍留保の届出をした者とそうでない者との差別的取扱	44
6	小結	49
第7	結論	49

第1 はじめに

- 1 上告人らがこの裁判の提起を決意するきっかけとなったのは、平成20年6月4日の最高裁判所大法廷判決でした。

この判決で違憲判断が下された国籍法3条1項は、出生時に婚外子であってもその後両親が結婚し、日本人父が認知をすれば子どもは届出によって日本国籍を取得できる制度でした。本件訴訟の上告人らから見れば、後から日本人父の子と認められた者であっても、条件さえ整えば、20歳になるまでいつでも、またフィリピンに住んだままでも、日本国籍を取得することができる点で、この違憲判決前の国籍法3条1項の制度ですら、自分たちより婚外子の方をずっと優遇するものでした。

ところが、上記の大法廷判決とその後の国籍法改正によって、両親の結婚すら必要なく、認知さえ得られれば、20歳になるまでいつでも、またどこに住んでいても日本国籍を取れるようになったのです。

翻って上告人らの立場を見ると、生まれたときから日本人の父親の子どもであることは疑いがなく、また両親も本人も日本国籍を手放すことなど望んでいなかったのに、両親が国籍喪失制度を知らなかったというだけで、日本国籍を喪失してしまったのです。しかもいったん喪失した日本国籍を回復するためには、日本に行き、日本に永住する覚悟で一定期間生活しなければならない、という困難な要件を課されています（一審で被上告人国が「必ずしも在留資格の取得が要件とされているわけではない」と認め、また入国の13日後に届出をした一審原告E

の国籍再取得を被上告人国自身が認め、さらに一審判決が「特定活動」の在留資格で届出をした一審原告F の日本国籍再取得を認め、これが確定したにもかかわらず、現在でも多くの法務局は、国籍法17条1項による国籍再取得の要件として「長期の在留を予定する在留資格を有し、6ヶ月以上日本に在留すること」を要求しています）。

- 2 このような、上告人ら日本国籍を喪失した婚内子の状況が、事後的に準正が成立した婚外子、あるいは認知を受けただけの婚外子と比べて不平等であることは、難しい法律論を展開するまでもなく、通常人の常識的感覚に照らせば明々白々です。しかも上告人A や 上告人B

、上告人C

、上告人D などは、生まれたときから日本人父と一緒に暮らしているのです。

国籍法3条1項に関する上記の訴訟では、被上告人国は、「日本人を含む家族関係に包摂されることによって、日本との真実の結合関係が生ずる」と主張していましたが、これらの本件上告人がその誕生の時から今日まで、日本人を含む家族関係に包摂されていることは誰も疑う余地がありません。にもかかわらず、彼らの国籍を保持させるか喪失させるかの判断において、このことが全く考慮の対象となっていないことは、国籍法3条1項と比較して全く理解できません。

3 被上告人国は、国籍法12条の制度趣旨について色々と主張します。また本件の第一審判決もこれに添った判断をしています（原判決は憲法判断を放棄しており、特に論ずべき中身はありません）。

けれども、上告人A の兄や姉がみな国籍法3条1項によって日本国籍を取得する一方で、両親の結婚後に生まれた上告人A のみ（まさに両親の結婚後に生まれたがために）日本国籍を喪失させることについて、誰もが納得できるような、合理的な説明が存在するのでしょうか。また、上告人B は日本国籍を喪失しましたが、その妹B''' は日本国籍を持っています。その違いは、B が生まれたときは父は国籍喪失の制度を知らなかったが、B''' が生まれたときはこの制度を知っていて、国籍留保をした、というだけです。父や母が、B とB''' を異なる国籍で育てたいと思った、などという証拠はどこにもありません。このようなことで姉と妹の国籍が異なることを、どのようにしたら合理的に説明できるのでしょうか。

4 以下では、国籍法12条が憲法13条及び14条1項に違反することを、法律的に論じていきますが、最高裁判所裁判官におかれては、その前提として、以上に述べた、世間の一般的な常識を有する人であれば当然抱く疑問、不平等感を、十分に理解して頂きたいと思います。そして、このような常識的感覚にもとづく不平等感を勝る制度の存在意義があるのかどうか、世間の常識的感覚に反するこの制度の合理性を説得できるだけの根拠が本当にあるのか、真摯に検討して頂き

たいと思います。

第2 国籍法12条は出生によって取得した日本国籍を喪失させる制度であること

1 上告人らの主張

(1) 国籍法は、2条本文で「子は、次の場合には、日本国民とする。」と規定し、第1号に「出生の時に父又は母が日本国民であるとき。」としています。この規定は国籍法の冒頭部分に置かれ、2条は生来的取得、3条は届出による伝来的取得、4条以下は帰化、と国籍の取得に関する規定が並んでいます。そして法2条1号は子の出生地に関わらず平等に適用されます。

他方、法12条は「出生により外国の国籍を取得した日本国民で国外で生まれたものは、戸籍法（括弧内省略）の定めるところにより日本の国籍を留保する意思表示を表示しなければ、その出生の時にさかのぼって日本の国籍を失う。」（傍点は上告人ら訴訟代理人）と規定しています。この規定は、同じく国籍喪失について規定した法11条と13条の間に置かれています。

これらの規定の文言とその位置関係から素直に解釈すれば、日本人父又は母の子として国外で出生した子は、出生によって日本国籍を取得し、その後3ヶ月以内に国籍留保の意思表示をしなかった場合に（出生時に遡って）日本国籍を喪失する、ということになることは明らかです。

(2) 法12条は国籍を遡及的に喪失すると規定していますが、それは出生時に遡って日本国籍を取得しなかったことにするための法的技術であって、法律効果の発生を時間の経過に沿って把握するならば、出生時に日本国籍を取得したことは間違いありません。法12条が「遡って失う」と規定しているのも、むしろ出生時に日本国籍を取得していることを前提としているものです。

そして、このように理解することによって、法12条によって日本国籍を失った者が簡易帰化制度の対象となっていること（法8条3号）や、特別な国籍再取得制度が設けられていること（法17条）を論理的に説明できることとなります。もし法12条によって出生時に日本国籍を取得したという事実すら否定される（すなわち彼らが単純に外国で生まれた外国人として扱われる）ならば、法12

条適用対象者に法8条1号ではなく3号が適用されることや、特別な国籍取得制度である法17条が設けられていることが論理的に説明できません。

2 一審判決に対する批判

(1) これに対して一審判決は、「子の利益を代表すべき出生届出義務者である父母等が、日本国に対して国籍留保の意思表示をして日本国籍の取得を欲することを明示しない場合には、子について出生時に日本国籍を取得させないこととした」制度である、と判示しました（原判決7頁）。そして、法12条が「出生の時にさかのぼって日本の国籍を失う」と規定している点が法11条や13条（単に「日本の国籍を失う」と規定している）と異なるとか、昭和59年改正時の立案担当者の説明（乙7・15頁や乙4・25頁）や国会での政府委員の答弁（乙4・341頁）を引用して、「国籍法の昭和59年改正時における立法関係者らは、国籍法12条を、出生時における国籍の生来的取得を制限する制度として設計したものと解される。」と判示しました。

(2) けれども、このような一審判決の判示は、上告人らの主張を排斥する理屈としては全く的外れです。

一審判決や、それと同旨の被上告人国の主張は、遡及効によって出生時に遡って日本国籍が失われた、というその法的効果の結論部分だけを取り上げて論じている（その結論部分を上告人らが否定するものではないことは言うまでもありません）のであって、出生によって日本国籍を取得し、事後的な事情によってそれが失われた、という歴史的事実（あるいは法的事実）を否定する論拠には全くなり得ないのです。

出生によって日本国籍を有効に取得し、その後の事情によって喪失する、という理解を端的に示しているのが、一審でも原審でも引用した、平賀健太郎法務府民事法務長官総務室主幹の「国籍法 下巻」443頁以下の「国籍喪失の効果が出生の時にさかのぼるのであるが、日本国籍は一度有効に取得されているのであるから、やはり国籍喪失の一場合であり、本人が帰化によって日本の国籍を取得しようとするときは、国籍法第六條第四号にいう「日本の国籍を失った者」として簡易帰化の規定の適用を受ける。」という記述です（甲27）。

また、原判決が引用する乙7号証でも、「出生時に国籍を取得した者のうち、特に出生後一定期間内に国籍留保の意思表示をした者はその国籍を維持できるが、反対にその期間内に意思表示をしなかった者はその国籍を出生時に遡って喪失することとされているのである。結果的に、国籍留保の意思表示をした者は、出生時において取得した国籍を引き続き保有するが、意思表示をしなかった者は、実際上は、日本の国籍を取得しなかったのと同じことになるのである」（15頁以下、なお傍点は上告人ら訴訟代理人）と述べており、まさに上告人らと同じ理解を示しています。

その他に、国会審議では政府委員も「二条の規定で日本国民を父又は母とする子供が生まれた場合にはその瞬間には日本国籍を取得するわけでございますけれども、留保しなければさかのぼって失うということになっておるわけでございます。」と答弁しています（乙6の4・15頁3段目の枇杷田局長答弁）。

このように、立法担当者も、出生時にいったん日本国籍を取得し、それが国籍留保の意思表示がなされないことによって事後的に国籍を失い、その法的効果が出生時に遡及する、という関係にあることを理解し、表現しています。そしてこのような理解は至極常識的であり、的確であると言えます。

(3) 一審判決はまた、法12条が法11条と13条の間に位置することから考えてこれらと同様に国籍を喪失させる規定である、とした上告人らの主張に対して、法12条はこれら両規定と異なり国籍喪失の効果を出生時に遡及させている、と判示しています。

けれども、遡及効の有無によって、喪失規定か否かを決定づけようとする一審判決の理屈は、余りに乱暴であると言わざるを得ません。旧国籍法の大正13年改正時に国籍の喪失に関する規定を並べた旧国籍法18条乃至23条の一群の規定の中に国籍喪失制度に関する旧法20条の2を設け、その後も当該制度に関する規定が国籍喪失に関する規定群の中に置かれ続けてきたのは、まさにこの制度が国籍を事後的に喪失させる制度であると理解されてきたからです。遡及効は国籍喪失の効果をどのように生じさせるか、という法的技術であり、遡及効があるからと言って出生時に日本国籍を取得したことが否定されるものではありません。

法12条が遡及効を規定し、法11条と13条が国籍喪失の遡及効を規定しなかった理由は、控訴理由書14頁以下で論じた通りです。要するに、法12条の適用場面では遡及効を生じさせることによる戸籍実務上の便宜があり、他方で遡及効を生じさせることによる第三者への影響は比較的少ないと考えられたことがその背景にあるものと考えられるのです。

(4) もし、日本国外で出生し外国籍を取得した日本国民の子について、出生時から日本国籍の取得を制限する、という制度をきちんと設けるならば、法2条1号の適用範囲を日本国内で出生した者に限定した上で、国外で出生した者については出生後一定の期間内に一定の意思表示がなされた場合に日本国籍を取得する、という制度になるはずですが、その時に国籍取得の効果が出生時に遡っても、意思表示がなされたときとしても、実際上の違いはあまりありません。しかし昭和59年改正の際にこのような制度が検討された痕跡は、全くありません。つまり、被上告人国は、国外で出生した日本国民の子について、出生時に日本国籍を取得することは当然のこととしていたのです。

3 小結

以上より、法12条が日本国籍を喪失させる制度であることは明らかです。

したがって、後述するとおり、この規定が憲法13条によって保障される「日本国籍を保持する権利」を侵害するものではないか、が吟味される必要があるのです。

第3 国籍法12条の立法目的その1－重国籍の防止・解消

1 立法目的に関する議論の順序の整理

一審判決は、法12条の立法目的として、まず「実効性がない形骸化した日本国籍の発生をできる限り防止する」ことを挙げ、次に「弊害が大きいとされる重国籍の発生をできる限り防止し解消する」こと、を挙げています。この記載の順序は、被上告人国の主張に沿ったものですが、一審判決が考える重要度の順序であるようにも解されます。

ただ、この上告理由書では議論の便宜上、まず「重国籍の防止・解消」論について検討し、次に「実効性を欠く日本国籍の発生の防止」論について検討することとします。

2 国籍法が立脚する「重国籍防止・解消の要請」はどのようなものか

- (1) 一審判決の「重国籍防止・解消の要請」は現行国籍法の理念と合致しないこと
- 一審判決は、「重国籍の発生防止・解消」という法12条の立法目的（以下、「重国籍論」といいます）に関して、「1人の人間に対し複数の国家が対人主権を持つこと、又は国民に主権がある国において1人の人間が複数の国に対して同時に主権を持つということは、主権国家の考え方とは本質的に相容れないというべきである。」と判示しています。

法解釈を離れ、純粋に理念的に考えるならば、重国籍には一審判決のような問題点があるということになるのかも知れません。けれどもこの理念をそのまま現実の制度において貫くことは非常に困難ですし、少なくとも現行の国籍法の解釈としては、同法がこのような理念を純粋に貫くことを企図しているものではないことは明らかです。

(2) 重国籍に関連する国籍法の具体的な規定

- ア 国籍法には、重国籍の取扱いに関して一般的に定めた規定が存在しないので、国籍法が重国籍についてどのような態度を取っているかは、重国籍に関連する個々の具体的な規定から検討しなければなりません。

結論から先に言えば、これまで繰り返し論じ、また以下にも述べるように、国籍法は重国籍を全面的に許容してはいないものの、明らかに一定の範囲で重国籍の発生を容認し、また重国籍状態が少なくとも一定期間継続することを容認しています。また、重国籍状態が最終的に必ず解消されるような制度的な担保も設けておらず、ある国民の重国籍状態が一生存続し、場合によっては子に引き継がれることも許容されるような制度になっています。

- イ 重国籍に関連する国籍法上の規定（法12条は除きます）を抽出すると、以下の通りです。

(ア) 日本国籍の取得による重国籍の発生

- ① 法2条1号2号は、日本国民と血統主義国に属する外国人配偶者との間に生まれた子が、日本国籍と外国人配偶者の国の国籍の二重国籍者となることを容認しています。
- ② 法3条1項は、もともと外国籍のみを有する者が、所定の条件を満たして法務大臣に届出をすることによって、後発的に日本国籍を取得し、本人（又は法定代理人）の意思によって重国籍となることを容認しています。
- ③ 法5条2項は、本人の意思に関わらず外国籍を失うことができない場合において、一定の特別な事情があるときには、外国籍を有したまま帰化することを認め、法9条は、日本に特別の功労のある外国人については、外国籍を有したまま帰化することを認めており、帰化による重国籍の発生を許容しています。
- ④ 法17条1項2項は、いったん日本国籍を喪失し外国籍のみとなった者が、所定の条件を満たして法務大臣に届出をすることによって、後発的に日本国籍を取得し、本人（又は法定代理人）の意思によって重国籍となることを容認しています。

(イ) 重国籍の防止・解消

- ① 法5条1項5号は、法務大臣による帰化の許可条件として、本人が国籍を有せず、または日本の国籍の取得によって外国籍を失うべきことを定め、重国籍の発生を防止しています（但し、前述(ア)③の例外があります）。
- ② 法11条は、日本国民が自己の志望によって外国籍を取得したとき（1項）または外国籍を選択したとき（2項）に、日本国籍を喪失するとして、重国籍の解消を規定しています。
- ③ 法13条は、日本国籍の離脱による重国籍の解消を規定しています。
- ④ 法15条は、法務大臣が国籍選択の催告を行った者が1ヶ月以内に日本の国籍を選択しなかったときには国籍を喪失するとして、重国籍の解消を規定しています。但し被上告人国はこの制度の適用を控えており、この規定に基づいて日本国籍を喪失した先例はないとされています。

(ウ) 重国籍の継続・確定

- ① 日本国籍と外国籍の重国籍者が、法14条1項の国籍選択をしない場合、法務大臣が法15条の選択催告を控えるという運用を行っている結果、重国籍状態が解消されずに継続することとなります。

② 法14条2項は、日本国籍の選択は外国籍を離脱するほか、日本国籍を選択するとともに外国籍を放棄する旨の宣言をすることによってするとし、法16条1項は、日本国籍を選択した者は外国籍の離脱に努めなければならないとしています。けれども、法16条1項は訓示規定とされており、日本国籍を選択した者が外国籍を離脱しなかった場合（本人の意思で離脱しなかった場合と、当該国の法制度により離脱できなかった場合を含みます）には、16条2項に該当する場合以外には、この者の重国籍を解消する方法はありません。したがって、法14条2項により日本国籍を選択した者が外国籍を離脱しなかった場合には、重国籍状態が解消されずに継続することになります。

(3) 重国籍に関する国籍法の具体的な姿勢

これらの各規定から分かることは、

- ① 血統に起因して日本国籍を取得し（法2条1号2号、3条1項、17条1項）、重国籍となった場合には、重国籍の発生を容認する。
- ② 帰化によって日本国籍を取得する場合には、原則として重国籍を容認しないが、例外的な場合に重国籍の発生を許容する（法5条2項、9条）。
- ③ 重国籍の事後的な解消は、本人の意思及び外国の法制を尊重する。
というものであると理解されます。

このように、血統に起因して重国籍となる場合には、その成立を容認し、その解消には本人の意思を尊重する、というのが現行法の立脚する重国籍の防止・解消の具体的な内容です。被上告人国も同様の理解をしていることは、法15条の運用に関し、被上告人国が国会で「国籍を喪失するということは、その人にとって非常に大きな意味がありますし、家族関係等にも大きな影響を及ぼすというようなことから、これは相当慎重に行うべき事柄であろうと思っております、現在までこの催告を法務大臣がしたことはございません。」（甲14・5頁）と答弁していることから推測されます。

(4) 重国籍による弊害の問題について

一審判決は、重国籍による弊害について、縷々論じています（一審判決8頁乃至9頁）。この点については、既に一審の原告ら準備書面(2)14頁乃至18頁で

論じ、また控訴理由書36頁乃至42頁においても詳細に反論をしているので、ここでは繰り返すことはしません。ただ、弊害とされる点の一つ一つについてその内容や程度を机上で議論する（原告ら準備書面(2)14頁以下で引用したように、被上告人国も国会審議において、これらの弊害が具体的に問題になったことはない、と答弁しています）よりも、以下の点を抑えておくことが重要です。

重国籍は、現在よりもその抑止の必要性がずっと高かったと推測される旧国籍法の時代から、制度上一定の範囲でその発生が容認されてきました。そして、昭和59年法改正では、父母両系血統主義の採用にあたり、重国籍の飛躍的な増大が当然に予想されました。また、法3条1項や17条など、本人の意思によって新たに重国籍者が増えることとなる制度も創設されました。言い換えれば、重国籍者の増大を許容するという判断があったからこそ、父母両系血統主義の採用やこれらの新制度の創設を決断できたのです。

昭和59年改正の国会審議の際に、重国籍に関する若干の質疑も行われました。重国籍の弊害について論じた参考人の意見もありましたが、政府委員の答弁は、上記に指摘したとおり、重国籍による弊害とされる事柄について具体的に問題になったことはない、というものでした。そして、「重国籍の増大は理念的にも実際の弊害の面でも重大な問題であるからその防止と解消の徹底を図るべきである」といった意見は、政府側からも国会議員からも出されなかったのです。

以上の通り、重国籍の防止・解消を国籍法制の理念として認め、また重国籍による弊害に関する議論も一応は認識しつつ、実際の制度の運営においてはほとんど問題とならない、というのが昭和56年改正時の政府及び国会の認識であったことは明らかです。このように考えるならば、法12条の立法目的である「重国籍論」についてのみ、重国籍の弊害を重大視し、これを強調することが誤りであることは明らかです。

3 重国籍論に関する一審判決の誤り

このように、現行国籍法は、重国籍に関し、これを絶対に許さず徹底的に防止し解消するという厳格な立場でも、逆に重国籍を全面的に容認するという立場もなく、重国籍の防止・解消を企図しつつ一定範囲では許容する、という立場に立っている、というのが正しい理解です。

一審判決は、重国籍は「主権国家の考え方とは本質的に相容れない」とする一方で、法12条の立法目的に関しては「重国籍の発生をできる限り防止し解消すること」（傍点は上告人ら訴訟代理人）と判示しています。法12条の立法目的について「できる限り」と表現したのは、国籍留保の意思表示がされれば重国籍状態が存続することを考慮したためと思われるが、国籍法全体の重国籍に対する姿勢についてあたかもこれを徹底的に防止・排除するかのようにつまねながら、個別規定において許容するとしているのは、明らかに矛盾を生じています。上述した通り、重国籍は「主権国家の考え方とは本質的に相容れない」としてこれを徹底的に防止・排除すべきであるとする一審判決の解釈は、明らかに現行法の立場に反しており、現行法の解釈を誤っています。

4 法12条における重国籍防止・解消の実効性の具体的な中身

(1) 確かに、法12条は日本国籍と外国籍の重国籍状態を解消する効果を有しています。しかし外国で出生した日本国民が全て法12条によって重国籍状態を解消されるわけではありません。法12条において重国籍が解消されるかそれとも保持されるか、のメルクマールとなるのは、国籍留保の意思表示がなされたか否か、です。

すなわち、出生した子の父または母が、子の出生後3ヶ月以内に国籍留保の意思表示をした場合には、子が日本国籍と外国籍の重国籍となることを許容し、国籍留保の意思表示がなされなかった場合には、日本国籍を喪失させることによって重国籍の発生が防止され、あるいは重国籍が解消されることとなります。

(2) 重国籍の保持・解消を本人又はその利益を代表する者の意思にかからしめる点では、先に検討したように現行法3条1項や17条1項に類似しています。しかしながら、法12条は、国籍を留保する旨の積極的な意思表示をしなければ日本国籍を喪失することによって重国籍が解消される（あるいは日本国籍を取得しないことによって重国籍が防止される）という点、及び国籍留保の意思表示を行う者は父母に限定され本人は(理論的にも)含まれていないという点、で法3条1項や法17条1項と決定的に異なっています。

そして、後に詳しく述べるとおり、「国籍留保の意思表示がなされない」とい

う事実状態の中には、日本国籍の保持ないしは取得を希望しないという積極的な選択による不作為である場合と、法12条の制度を知らず、あるいは失念していたことによって、何らの意思に基づかずに単に期限を徒過したという状態の場合と2通りがありますが、条文上明らかなように、法12条はこれらの3つを区別していません（実際には、法12条によって日本国籍を喪失した事案の多くは、制度を知らず、あるいは失念していたことに起因するものと推測されます）。

このように、法12条による重国籍の防止・解消は、「本人以外の者の意思に起因しない意思表示の不存在」を理由として日本国籍を消滅させ、あるいは日本国籍を取得させないことによって実現される、という点に、国籍法の他の制度にはない特徴があるのです。

5 法12条の立法目的と法的効果の不均衡

(1) 先に論じたように、国籍法は、いったん発生した重国籍を解消する場合には、法15条を除き、本人又は法定代理人の意思による、という立場を取っています。また法15条についても、被上告人国は上記の法の立場を尊重して、事実上その適用を控えるという姿勢を取っています。

このことと対比すると、法12条が出生によって生じた重国籍を、本人の意思を観念的にも考慮せず、かつ父母の何らの意思がなくても日本国籍を喪失させることによって解消させるとしているのは、重国籍解消の制度としては突出して厳格なものといわざるを得ません。

また、法12条の制度を生来的な日本国籍の取得を制限する制度であると理解したとしても、同条がなければ法2条1号によって出生と同時に何らの意思表示も要せずに日本国籍を取得し、かつ重国籍となったはずの者が、法12条の存在によって国籍留保の意思表示がなされなかったという事実に基づいて日本国籍を喪失させられるのですから、やはり突出して厳格な重国籍抑止制度であることは明らかです。

(2) 法2条1号の適用場面で子が出生により重国籍となる場合のうち、法12条の適用対象とそれ以外との違いを見ると、子が日本で出生したか、国外で出生したかの違いしかありません。つまり、法は、日本国内で出生した重国籍児の重国籍

防止・解消の要請は(本人や法定代理人の意思を無視して強行しなければならないほど)高くはないとする一方で、国外で出生した重国籍児については、本人の意思はもとより父母の(日本国籍を保持したいという)積極的な意思表示がない限り重国籍を防止・解消すべき必要性が高い、としているのです。

しかしながら、国籍法の中で法12条のように日本国内・国外という基準によって国籍の得喪について扱いに際を設けている規定は、他には法5条1項1号(帰化における日本国内居住の要件)及び法17条1項しかなく、出生により(あるいは血統に起因して)日本国籍を取得した者について出生地によって重国籍防止・解消の要請の強さに差異を設けている制度は存在しません。他の規定を見ると、例えば法3条1項は出生地、認知を受けたときの住所地、国籍取得届をする際の住所地による区別はありません。法17条2項は、法15条3項によって日本国籍を喪失した者の国籍再取得の要件として、日本国内に居住していることを要求していません。そして法15条の適用に関し、被上告人国は対象者が日本国内に居住しているか国外に居住しているかの区別なく、一律にこれを控えるという姿勢を取っています。このように、国籍法の中で出生により(血統に起因して)日本国籍を取得した者について、出生地によって重国籍防止・解消の要請の強さに差異を設けているのは、法12条だけなのです。

(3) それではなぜ、法12条の適用が想定される場面においてのみ、このような厳格な重国籍防止の要請が働くのでしょうか。この点について、一審判決の判示も、また被上告人国の主張も明らかではありません。そもそも、重国籍は一審判決によれば「主権国家の考え方とは本質的に相容れない」ものなのですから、当該人が日本国内にしようが、国外にしようが、その問題の重大性に違いはないはずです。つまり「日本国内の重国籍は許容するが日本国外の重国籍は許容しない」としなければならない理由は、重国籍の防止・解消という要請からは生じないのです。

したがって、日本国内で出生したか国外で出生したかによって重国籍の防止・解消の要請の度合いに差異がある、と考えることは、本質的に誤りです。重国籍の防止・解消の要請という立法目的と、国外出生重国籍児についてのみ重国籍防止・解消を厳格に実現する制度とは、合理的関連性がないこととなります。

6 小結

以上の通り、法12条の立法目的である「重国籍論」を国籍法全体の体系の中で整合的に捉えようとするならば、それは「本人の意思を尊重しつつ重国籍を解消していく」という内容でなければならないことは明らかです。

しかしながら、法12条の立法目的である「重国籍」を上記のように理解するときは、本人の意思を反映させる機会を奪い、また父母の意思も問わずに、「一定期間の間に国籍留保の意思表示がなされない」という客観的事実によって日本国籍を失わせ、それによって重国籍を解消する、という法12条の制度は、その立法目的に照らし明らかに過剰に日本国籍の喪失（あるいは日本国籍の取得の制限）という効果をもたらしているものといわざるを得ません。

第4 国籍法12条の立法目的その2－実効性を欠く国籍の発生の防止・解消

1 一審判決における「実効性論」

一審判決は、法12条の第一の立法目的として、「実効性がない形骸化した日本国籍の発生をできる限り防止する」こと（以下、「実効性論」といいます）を挙げ、「国籍は、国家と個人とが相互に権利を有し義務を負担することになる法的きずなであって、本来、国家と真実の結合関係のある者に対して付与されるべきものであり、国家とそのような真実の結合関係のない者に対して国籍が付与されるならば、国内法上の各種の権利義務の行使あるいは履行が滞り、その権利義務の実効性が確保できないことになるとともに、国際法的に見ても、形骸化した国籍を有する者に対して、国家が外交保護権を行使することが許されるかなどの種々の問題が生じることになる」と判示しています。

一審判決は、国籍の実効性とは「国家と国民の間に真実の結合関係があること」をいう、とするもののようです。しかしながら、「国家と国民の間の真実の結合関係」とは具体的にはどういう内容で、国家と国民の関係がどのような状態の場合にこれが認められるか、については何も判断が示されていません。また、被上告人国も、国籍の実効性がないとは具体的にどのような状態であるか、について何も説明をしていません。

2 「実効性」＝「国家との真実の結合関係」の具体的内容

(1) この「国家との真実の結合関係」に似た表現に、「国家との密接な関係」という言葉があります。これは国籍に関する最高裁判所の判例で用いられている言葉です。

① 最判平成14年11月22日は、「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たものであるが、単なる人間の生物学的出自を示す血統を絶対視するものではなく、子の出生児に日本人の父また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。」と判示しています。

② 最大判平成20年6月4日も、「国籍法は、(中略)父母両系血統主義を採用し、日本国民である父または母との法律上の親子関係があることをもって我が国との密接な結びつきがあるものとして日本国籍を付与するという立場に立って、出生の時に父又は母のいずれかが日本国民であるときには子が日本国籍を取得するものとしている(2条1号)。」と判示し、法3条1項の立法趣旨については「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つきの指標となる一定の要件を設けて、これらを充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。」としています。

ここで「国家との密接な関係(ないしは結び付き)」は、国家が個人に対して国籍を付与するかどうかを決定する基準を意味する言葉として用いられ、立法政策として血統主義と生地主義が存在するが、日本の国籍法は血統主義に立脚し、日本国民である父母との法律上の親子関係の有無を以て「国家との密接な結び付き」を判断する指標とする、という立場に立っていることを示しているものです。

(2) 一審判決が、この「国家との密接な関係」と「国家との真実の結合関係」との関係をどのように考えているのかは不明です。もし両者を同一のものと考えているのであれば、一審判決は論理矛盾を犯しているものといわざるを得ません。法12条の対象者は日本人親と法律上の親子関係を有する者として出生したことによって「日本との密接な関係」が肯定されるのに、国外で出生し、かつ父母が国籍留保の意思表示を行わなかったことを理由に「国家との密接な関係」を否定さ

れるのは明らかな矛盾です。

- (3) 他方、もし一審判決が、日本国外で出生した重国籍児については、「日本との密接な結びつき」である血統に加え、「日本との真実の結合関係」が要求される、とするのであるならば、国外出生重国籍児について特別に要求される「国家との真実の結合関係」とは具体的にどういう内実を有するのか、が定義付けされなければなりません。しかるに、一審判決も、また被上告人国も、この定義付けを一切なし得ていない点が、「実効性」概念の致命的な問題と言わざるを得ません。

3 法12条制定の沿革からも実効性論の定義は見いだせないこと

- (1) 大正5年の旧国籍法改正において国籍離脱制度が創設され（旧法20条の2第1項）、その後制度の実効性を高めるために大正13年改正において国籍喪失制度へと変容しました（旧法20条の1第1項）。これらの制度の立法目的は、日系移民の移住先国への定着・同化を促進することにあります。つまり、日本国籍を積極的に消滅させることが目的だったのであり、実効性を欠く日本国籍の発生防止・解消という立法目的は掲げられておらず、そのような効用について言及されたことすらありませんでした（第一審原告ら準備書面(2)50頁乃至51頁）。

- (2) 昭和59年の現行法改正の際も、昭和58年2月1日の中間試案（国籍喪失制度を維持するA案とこれを廃止するB案を併記）公表とその後のA・B両案を巡る議論の過程でも、改正前法9条は「重国籍の防止・解消の制度」という位置づけがされているのみで、いわゆる「実効性論」については全く言及がありませんでした（控訴理由書19頁乃至20頁）。ところが、中間試案の発表から約1年後の昭和59年2月、中間試案に対する論議を経て策定された法律要綱案の発表において、突如として「実効性論」が唱えられるに至ったのです。

- (3) 被上告人国は、「国籍の実効性という考え方は、昭和59年国籍法等改正以前においては必ずしも明示的に立法目的として掲げられたものではなかった。」としつつ、「国籍の実効性という概念が国際法の領域において意識的に取り上げら

れ、これが国籍における基本的な概念として明確化されたのは、1955年にノッテボーム事件に関する国際司法裁判所判決が出されたころのことだった。」（第一審被告第3準備書面25頁乃至26頁）と主張しています。

しかしながら、ノッテボーム事件判決は1955年すなわち昭和30年に出された判決であって、その後この重要な判決については、国内外で多くの研究が発表されています。にもかかわらず、上述の通り、昭和58年2月1日に公表された中間試案の解説やその後の議論の中で、A案（国籍喪失制度を存続させる案）の論拠として「実効性論」が論じられたことも、またA案の根拠としてノッテボーム事件判決が言及されたことも、一度もありません。つまり、中間試案が策定された時点では、立法担当者は国籍喪失制度を重国籍防止・解消の制度と位置付けており、ノッテボーム事件判決も、「実効的国籍の概念」も全く念頭になく、国籍喪失制度の立法目的としての「実効性論」も全く想定していなかったのです（控訴理由書23頁）。

4 ノッテボーム事件判決は「実効性論」の合理性を根拠づけるものではないこと

(1) 被上告人国は、あたかもノッテボーム事件判決を契機として国籍の実効性という概念が意識され、これが法12条の立法目的として取り込まれた、と主張するかのようです。

おそらく、立法者がノッテボーム事件判決から着想を得て「実効性論」を考案し、法12条の立法事実を追加したのは事実でしょう。しかしながら、これまで何度も指摘したように、ノッテボーム事件判決は、重国籍者の国籍の優劣に関する判断ではなく、また国籍の消滅の成否に関する判断でもありません。原告であるノッテボーム氏がリヒテンシュタイン国籍を有することを前提に、国籍国であるリヒテンシュタインによる他国に対する外交保護権の行使が許されるか、という国際公法の領域に限定した判断なのです。しかも同判決は、ノッテボーム氏のリヒテンシュタイン国籍の実効性を判断する際の検討要素として、「伝統、定住、利害関係、活動、家族関係、近い将来の意図」を挙げ、これらを具体的に考慮して判断する、としているのです（原告ら準備書面(5)16頁乃至18頁）。

(2) 立法担当者は、ノッテボーム事件判決を引用した上で、「したがって実効性の

ない国籍は国際公法上国籍本来の機能を有しない。これらの点から明らかなとおり、自国との実質的結合関係にない者に自国籍を付与しないこと、換言すれば実効性のない国籍を発生させないことは、国籍立法の重要な理念といえよう。」としています（乙4・24頁）。しかし、これは国籍の国際法上の機能と国内法上の国籍の成否やその機能を混同する議論です。

国籍の国際法上の機能と、国内法において国籍が認められるか、またその機能とは、異なる法領域の問題であり、別個に考えられるべきです。国内法における国籍とは、国家と国民の間の権利義務の基礎となる法的地位であって、国民が国家に対し権利を主張し、あるいは義務を負う関係を示すものです。国際公法上の外交保護権を根拠づける実効性を有しないからといって、それがすなわち国家と国民との関係を否定することになるものではないことはいまでもありません。

立法者がノッテボーム事件判決の「実効的国籍の概念」から法12条の「実効性論」を発案して導入したとしたら、余りにも安易で軽率な発想といわねばなりません。

- (3) もし、国際公法上の概念として考案された「実効的国籍の概念」の発想を国内法において国籍の成立要件として取り込もうとするならば、当然その概念は異なる法領域間で変容するはずですし、またその要件についても異なってくるはずです。特に国籍の実効性を国内法において国籍の得喪の要件とするときは、国籍を失う（あるいは取得できない）という、当人にとって極めて重大な不利益を生じさせるのですから、国内法における国籍の実効性とはどのような内容かを具体的かつ厳密に定義づけた上で、実効性の有無を判断する要件も慎重に吟味されるべきことは当然です。

けれども、法律要綱案の解説を見ると、「留保制度は重国籍防止の機能を有し、かつ、血統主義による国籍の決定について国籍の実効性という観点から地縁関係を考慮に入れた制度として現行法上定着しているものであること等にかんがみ、A案によったものであろう」（甲37・102頁以下）と述べるのみで、ノッテボーム事件判決に依拠しつつ国内法上の実効性概念を考案し要件を検討した形跡は全く見られません。また国会答弁においても、「非常に多くの方はいわば移民として向こうに永住するつもりで行っておられるという方もかなりおられるわけ

で、むしろ数としてはその方が圧倒的に多いかと思えます。そういう場合に、生まれた子供さんについてはこれはずっとそこに永住するということになるわけだから、したがって日本の国籍を持っておってもそれは形骸化してしまうだろう」

(乙6の4・14頁4段目)とか、「これは一つの推定に問題になるうと思えますが、国外で生まれてそして二重国籍を持っていて、しかも親が将来ともこの子供は日本との結び付きはほとんどなく生活するであろうというふうな判断に立っておられるような場合には、形骸的な国籍ということになるのではないかということと考えられる」(乙6の6・12頁2段目)などといった、感覚的・推測的な説明しかなされていないのです。

何よりも疑問なのは、「実効性論」というそれまで考慮されたことのない全く新しい立法目的が盛り込まれたにもかかわらず、国籍喪失制度は、対象者を拡大し留保の意思表示の期間を伸長した他は、全く制度設計が変わっていない点です。これでは、立法目的に沿って制度を立案した(あるいは改変した)というよりも、制度を存続させるための理屈を探してきてあてがった、と見ざるを得ません。

また、少なくとも日本国内においては、法律要綱案の発表より以前に、ノッテボーム事件判決が提示した「実効的国籍の概念」を国内法上の国籍取得の防止・消滅の論拠とすべきである、といった趣旨の論考は見当たらず、被上告人国からもそのような議論があったとの立証はありません。つまり、ノッテボーム事件判決を根拠に「実効性論」という立法目的を提示した法律要綱案は、何らの学問的な裏付けもないものなのです。

5 「実効性を欠き形骸化した国籍の発生による弊害」について

(1) 以上の通り、「実効性論」は、その内容も、またこれを要求する根拠も明白ではなく、立法目的としての合理性には強い疑いがあります。

のみならず、実効性を欠き形骸化した国籍の発生による弊害として一審判決が判示する点についても、重大な疑問があります。

(2) 一審判決は、国家と真実の結合関係のないものに対して国籍が付与された場合には、「国内法上の各種の権利義務の行使あるいは履行が滞り、その権利義務の実効性が確保できないことになる」とともに、国際法的に見ても、形骸化した国籍

を有する者に対して、国家が外交保護権を行使することが許されるかなどの種々の問題が生じることになる」とその弊害を指摘しています。

ア 権利義務の行使あるいは履行が滞る、というのは、先に重国籍論で見た「重国籍は主権国家の考え方とは本質的に相容れない」といった理念的な問題ではなく、当該個人が国家に対し権利主張をしようとしてもこれができなかったり、あるいは国家が当該個人に対して国民として課される義務の履行を求めようとしてもこれが実現できずに滞る、という現実的、具体的な問題です。したがって、どのような権利義務の行使あるいは履行が滞り、その結果どのような許容しがたい（国籍を失わせてもやむを得ないほどの）弊害が生じるのか、を具体的に論じることが可能ですし、またかかる検討がなければ立法目的の合理性を判断することはできません。

しかしながら、一審判決は、この点について何ら具体的な判示をしていません。また被上告人国も、国籍が実効性を欠くことによって具体的にどのような許容しがたい（国籍を失わせてもやむを得ないほどの）弊害が生じるのか、全く言及をしていません。したがって、「実効性論」という立法目的が具体的に何を達成し実現させようとしているのか、全く不明です。

イ 権利義務の行使あるいは履行が滞るとは具体的にはどういう状況か、を考えてみれば、この弊害論が空論であることが明らかになります。

まず、個人の国家に対する何らかの権利行使が滞る、という事態については、個人がその出生を国に届け出ていない以上、ある意味で当然であり、逆に言えばその出生を国に届け出れば、国はその者が自国民であることを認識し、その権利行使を受けて国家としての義務を履行することが可能です。ですので、個人の国家に対する権利行使は、若干の停滞はあるもののその実現にはさしたる問題は生じません。

他方、国家が国民に対して課される義務の履行を求めようとする場合、確かに国の側からは出生の届けをしていない国民を把握することができないので、困難が生じます。しかし考えてみれば、国はその国民の存在すら把握していないのですから、国民として扱おうとすること自体ないのであって、結局何ら不都合は生じないこととなります。また、国が国民に対して義務の履行を求める場合、その者が自国民であるかだけでなく、その者がどこにいるかも重要な情報です（所在

が分からなければ具体的に義務の履行を求めることもできません)が、国外に居住し国がその所在を把握していない日本国民は非常に多く存在しています。つまり、国民としての義務の履行が滞るという問題が生じるのは、出生の届出をしていない場合に限られず、その所在を国が把握していない場合に一般的に生じる問題なのです。ですから、法12条の対象者は国民としての義務の履行を求めるのに支障が生じるからその国籍を消滅させるべきだ、という議論には論理の飛躍があります。

ウ 上述のように、日本国籍を有しながら日本国と具体的な接点を持たないために、政府がその人の状況を具体的に把握できない、という事態は現実に存在しえます。しかしそれは法12条の対象である国外出生重国籍児に限ったことではありません。

この点も既に何度も指摘していますが、例えば上告人A の兄や姉は法3条1項によって出生後に日本国籍を取得しました。末子であるA は兄や姉と同じ生活環境で暮らしています。A はその国籍が実効性を欠き形骸化したものであるとして日本国籍を失ったのですが、もしA が「国内法上の各種の権利義務の行使あるいは履行が滞り、その権利義務の実効性が確保できないことになる」というのであれば、A の兄や姉はどうなのでしょう。A の兄や姉は「国内法上の各種の権利義務の行使あるいは履行が滞り、その権利義務の実効性が確保できない」状態にはなっていない、というのでしょうか。それとも「国内法上の各種の権利義務の行使あるいは履行が滞り、その権利義務の実効性が確保できない」状態にはなっているが、それは特段重大な(国籍を失わせてもやむを得ないほどの)弊害を生じさせていない、というのでしょうか。

エ また、法12条は国籍留保の意思表示がされればその国籍の実効性は一応認められる、とするもののようですが、そこにどのような違いも見いだすことはできません。

上告人B の妹であるB''' は、国籍留保の意思表示がされたために日本国籍を保持しています。けれどもB''' は姉B と同じ生活環境で暮らしています。もしB が「国内法上の各種の権利義務の行使あるいは履行が滞り、その権利義務の実効性が確保できないことになる」というのであれば、B''' はどうなのでしょう。B''' は「国内法上の各種の権利義務

務の行使あるいは履行が滞り、その権利義務の実効性が確保できない」状態にはなっていない、というのでしょうか。それとも「国内法上の各種の権利義務の行使あるいは履行が滞り、その権利義務の実効性が確保できない」状態にはなっているが、それは特段重大な（国籍を失わせてもやむを得ないほどの）弊害を生じさせていない、というのでしょうか。

オ このように、「国内法上の各種の権利義務の行使あるいは履行が滞り、その権利義務の実効性が確保できない」という状態について具体的な論証がないばかりか、それによって具体的にどのような重大な弊害が生じるのかの論証もありません。そして客観的・外形的には法12条の対象者と同様の状態にある日本国民が存在しうるにもかかわらず、なぜ法12条の対象者に限って、日本国籍を喪失させられる（あるいは日本国籍の取得を制限される）のかについての合理的な理由も見いだせないのです。

(3) 次に、実効性を欠き形骸化した国籍の発生によるもう一つの弊害として一審判決が判示する「国際法的に見ても、形骸化した国籍を有する者に対して、国家が外交保護権を行使することが許されるかなどの種々の問題が生じることになる」という点について検討します。

ア 一審判決は、上記判示に続いてノッテボーム事件判決を解説した書証を引用しており、「国際法的な種々の弊害」の最たるものとして外交保護権の行使の許否の問題を挙げるものと理解されます。

しかしながら、外交保護権の行使の許否の問題については、まさにノッテボーム事件判決が「国籍が実効的といえる場合に当該国は外交保護権を行使できる」という判断を示しており、この問題の解決ルールが明示されているのです。ですから、外交保護権の問題に関しては、後は個々の事案において個人の国籍が実効的かどうかという事実認定と評価の問題が残るだけです。

また、外交保護権はあくまでも国家主権の行使であって国民に対して義務を負うわけではありませんから、国は自国民から「外国から権利侵害を受けた」との訴えを受けた時に、その自国民の国籍がノッテボーム事件判決の枠組みに照らして実効的か否かを検討し、実効的であると判断した時には国際司法裁判所に提訴をし、実効的でないと判断したときには提訴を控えればよいのです。

イ 被上告人国は、外交保護権の行使の許否について解決ルールができたとしても、個々の事件において外交保護権の行使が認められるか否か、国籍が実効的か否かの判断をしなければならないという問題は残るから、実効性を欠く国籍を一律に喪失させることの実益はある、と主張します（控訴審第1準備書面9頁）。しかしながらそれは、「権利を認めると紛争の種になるから、権利自体を失わせよう」というに等しい、本末転倒の考え方です。

ウ その他に、一審判決は国際法上の問題について具体的に言及しておらず、また被上告人国も指摘をしていません。したがって、国際法上の問題は実効性を欠き形骸化した国籍の発生による弊害として重大な問題ではないことは明らかです。

(4) このように、実効性を欠き形骸化した国籍の発生による弊害、すなわち実効性論という立法目的を支える立法事実は、昭和59年改正当時には存在しなかったのです。

この点は、前記4項(3)で引用した国会答弁において、具体的な弊害について全く言及されていないことから明らかです。

6 立法目的と手段との合理的関連性

(1) 以上の通り、「実効性論」の立法目的としての合理性には重大な疑問があるものといわざるを得ません。

また、仮に百歩譲って、一応の合理性が認められるとしても、法12条の制度はその立法目的を達成する手段として合理的な関連性を有するとは言えません。

(2) 法12条及び戸籍法104条は、日本国外で出生した日本国民で出生により外国籍を取得した者は、出生後3月以内に父または母が国籍留保の届出をしなければ出生時に遡って日本国籍を失う、と定めています。この制度の趣旨について、一審判決は、「外国で出生した日本国民で外国の国籍を取得した者は、日本で出生し日本国籍だけを取得した者と比較して、出生時の生活の基盤が外国に置かれている点で我が国と地縁的結合が薄く、他方で、外国籍をも取得している点でその外国との結合関係が強いことから、①日本国籍を取得しても、実効性がない形骸化したものになる可能性が相対的に高い」と判示しています。

しかし、判示にあるとおり、一審判決は日本国籍が実効性のない形骸化したものになる「可能性」が「相対的に」高い、とするだけで、国外出生重国籍児の日本国籍が形骸化することがどのくらい確実なのか、またその確率が国内出生児と比較してどの程度高いのか、全く触れていません。法12条は国外出生重国籍児の日本国籍の状況が、国内出生児（一審判決は国内出生重国籍児を意図的に比較の対象から除外していますが、その理由は不明です）の日本国籍の状況と典型的に異なることを前提に別異の取扱いをしているのに、一審判決はその差異の程度を何らの実証的根拠も示さずに「可能性が相対的に高い」との一言で片付け、異なる扱いを合理化しようとするものです。

(3) 国外出生重国籍児と国内出生児の日本国籍の状況がどのように典型的に異なるか、という点については、昭和59年改正時にも全く説明がなされていません。

前述したとおり、「実効性論」は昭和59年2月の法律要綱案の発表時に初めて国籍喪失制度の新たな立法目的として提示されたのですから、本来ならばかかる立法目的が本当に合理的な内容を有する必要なものであるか、真摯に吟味されるべきでした。被上告人国も認めるとおり、昭和59年改正以前は日本の国籍法制において「実効性論」という理念は存在しなかった（被上告人国の主張を前提としても、国籍喪失制度にそのような機能があると明確には意識されていなかった）のですから、国籍の実効性とはどういうことか、ということとともに、国外出生重国籍児の日本国籍は本当に実効性を欠き形骸化したものになっているのか、について具体的に検討されるべきでした。そのためには、国外出生重国籍児はどのくらい存在するのか、どのくらいの割合が日本に出生の届出をしているのか、彼らの生活状況、日本との繋がりの有無や態様などについて、実証的な考察が不可欠であったはずです。

けれども、法律要綱案発表後の後の国会での議論を見ても、「国籍の実効性」の中身についても、また国外出生重国籍児の日本国籍が本当に実効性を欠き形骸化したものとなっているのかについても、具体的かつ実証的な質疑応答がなされた形跡は皆無です。特に政府委員の答弁は先にも挙げたように抽象的・感覚的な内容に留まり、具体的・実証的な説明をしようと努力する姿勢すら見られません。

(4) このように、国外出生重国籍児は典型的にその日本国籍が出生時から実効性を欠き形骸化したものである(可能性が相対的に高い)、とする根拠は存在しないのですから、それでもさらに国外出生重国籍児の国籍の実効性を問うのであれば、個々にその実効性を吟味するしかありません。そして個々の国籍の実効性を問うには、出生時や幼少時には子を養育する義務のある父母の意思、子が成長してから後は子の本人の意思や生活の実情などが考慮されなければなりません。必然的に、ある一瞬の状態に対して形式的な一律の基準を適用して国籍の実効性の有無を判断することは不可能ないしは著しく困難になります。

このように、仮に「実効性を欠き形骸化した日本国籍の発生の防止・解消」という立法目的に合理性があったとしても、そのために国外出生重国籍児の出生直後に一律の手続的な要件の充足の有無によって国籍を喪失させる(あるいはその取得を制限する)ことは、合理的関連性を欠くものであることは明らかです。

7 実効性の有無を分ける「国籍留保の意思表示」の意義について

(1) 一審判決や被上告人国の考え方を前提とするならば、父母が国籍留保の意思表示をしたときには、子の日本国籍が実効性を有することが確認され、その国籍を保持しうる、ということになります。つまり国外出生重国籍児にとって、父母が国籍留保の意思表示をしたか否か、その唯一の点が、国籍の実効性の有無を分ける分水嶺ということになります。

(2) この国籍留保の意思表示が具体的にどのようなものであるかは、2010年2月2日付訴状5頁乃至9頁及び原告ら準備書面(2)62頁で述べたとおりです。

すなわち、国籍留保の意思表示がされるものは父母のみとされ(本人である子自身には理論的にも国籍留保の意思表示をする権限はない)、国籍留保の意思表示は出生届のその他欄の「日本国籍を留保する」との浮動文字の横に署名をする方法で行われ、日本国外で出生し日本国籍を有する子の出生届をするときは必ず国籍留保の意思表示をすることとされている(国籍留保の欄に署名のない出生届は受理しないという扱いがされている)のです。

(3) 父母がこの国籍留保の意思表示をしたときには、子に日本国籍を取得させよう

という積極的な意思を有していたことは容易に推測することができます。けれども父母が国籍留保の意思表示をしなかった場合、それは果たして父母が子に日本国籍を取得させないという積極的意思に基づく不作為であるのか、それとも単に制度を知らなかったり失念していたことによる、意思によらない不作為なのか、区別をすることは不可能です。さらに、父母がおらず、国籍留保の意思表示をする資格を有するものが存在しない、という場合も想定され得ます。にもかかわらず、法は理由の如何を一切問わずに、国籍留保の意思表示がなかったという事実に基づいて子の日本国籍を喪失させるのです。

昭和59年改正時の政府委員の国会答弁では、国籍留保の意思表示がされないのは親が子に日本国籍を取得させることを望んでいないからだ、あるいは親が子の日本国籍の取得に関心を有していないことの証左である、との趣旨の説明が繰り返しなされてきました(原告ら準備書面(2)63頁乃至64頁)。しかしながら、上記の「意思によらない不作為」の場合にも国籍を喪失することを考えれば、子の日本国籍を喪失させる根拠を親の意思に求めることは不可能です。そのことはまた、本件上告人A やB 、C 、D の父親らが、上告人らに日本国籍を持たせることを当然のこととして希望していながら、国籍喪失制度を知らなかったために子の国籍を喪失させてしまった、と述べていることから明白です。

(4) そうなると、父母が子の出生届の「その他」欄の「日本国籍を留保する」という項目に署名をして提出したか否か、という事実が、その子の日本国籍が実効的であるかそれとも形骸化しているか、の判断を分ける唯一の材料であることになります。

しかしながら、このような「たった一つの署名の有無」という非常に形式的かつ些細な事実の有無によって、国籍の実効性の有無が決定づけられ、ひいては国籍の存否が決定されるという極めて重大な結果がもたらされるのは、著しく均衡を失しているといわざるを得ません。

たとえば、出生届に記入する際には国籍留保の意思表示欄に気付かず、在外領事館に提出する際にその指摘を受けて「署名をしろと指示された(署名がないと受け取れないといわれた)から署名した」という場合もあるでしょう。また、子

に日本国籍を取得させるつもりは全くないが、自分の戸籍に載せておかないと記録が残らない（相続の時にその子がいることが分からなくなってしまう）から出生届を出そうと考える人もいるかも知れません。あるいは、日本人親が不在であるために外国人親が在外日本公館に出向いて出生届を提出し、その際に説明の内容は理解できなかつたがサインをしないと受け取れないといわれて国籍留保の署名欄にサインをして提出した、という例もあると思われます。

「日本国籍を留保する」欄への署名という外形的事実の有無によって国籍の実効性を判断するとするならば、このように、「子に日本国籍を取得させよう」という真意がないにもかかわらず、父母の行為によって子の国籍が実効性を有すると見なされる、という事態も生じうるのです。国籍留保の意思表示の有無によって国籍の実効性の有無を判断することの不合理性は明らかです。

8 小結

以上の通り、「実効性論」は立法目的としての合理性に強い疑問があり、またこの立法目的を達成する手段としての法12条の制度にも合理性が認められないものであることは明らかです。

第5 国籍法12条が憲法13条に違反すること

- 1 「みだりに国籍を奪われない権利」が憲法13条により保障されていること
- (1) 日本国籍は、日本の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もあります。国籍を喪失した者は、日本国民として自由に日本に帰国することができず、また在外邦人として基本的人権の十全な保障を受ける機会を剥奪され、あるいはその実現が著しく困難になります。日本国民であることに基づいて憲法による基本的人権の十全な保障が受けられるのに、その前提である日本国籍の保持が憲法上何ら保障されず、法によって自由にその剥奪制限が可能である、というのは明らか背理です。したがって、日本国民の基本的人権の十全な保障を全うするためには、その前提となる日本国籍をその意に反し、あるいは合理的理由なく剥奪されないことについても当然に憲法上の保障が及ぶものと考えべきです。

(2) 憲法13条は、日本国民が個人として尊重され、憲法の下で幸福を追求する権利を保障しています。したがって、憲法による基本的人権の基盤をなす日本国籍を本人の意に反しあるいは合理的な理由なく奪われないことも、同条によって保障されるものと考えべきです。

また、憲法22条が「国籍離脱の自由」を保障しつつ、他方で本人の意思によらない国籍の喪失について何らの規定を設けていないことも、本人の意思によらない恣意的な日本国籍の剥奪を禁止する趣旨であると考えべきです。

被上告人国も、昭和59年改正の際の国会答弁において、「日本国籍を有している者につきまして、その国籍を奪うかどうかという局面でとらえる場合には、一つの基本的な権利に該当するようなそういう考え方で見られるべき性質のものであろうかと思えます」（乙6の2・頁4段目）等と述べ、国籍を恣意的に奪われないことは国民の権利である、という認識を示しています（原告ら準備書面(2)31頁乃至33頁）。

上告人らは、本件訴訟において、このような「その意に反し、あるいは合理的理由なく日本国籍を剥奪されない権利ないし利益」を、便宜上、「国籍保持権」と呼んでいます。

(3) 第2において論じたとおり、法12条は出生により生来的に取得した日本国籍を、本人以外の者による留保の意思表示行為という外形的事実がない場合に、「日本国籍を保持したいか否か」という本人や両親の意思と無関係に確定的に喪失させる制度です。したがって、法12条は憲法13条によって保障される「国籍保持権」を侵害するものではないか、が問題となるのです。

2 立法裁量の範囲と違憲審査基準

(1) 立法裁量の範囲

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、これを受けて法は日本国籍の得喪に関する要件を規定しています。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ため、これをどのように定めるかについて、立法府の裁量に委たものである、とされています。しかしながら、このようにして定められた日本国籍の得喪に関する法律の要件によって、国民の憲法上保障された権利利益が制限され、それが合理性を欠く場合には、当該法律は合理性を欠く立法として違憲となります。

被上告人国は、国籍立法に関する国会の立法裁量は通常の立法よりも広範に認められる、との主張をしていました。しかしながらかかる主張はこれまでの最高裁判例によって明確に排斥されています。むしろ、国籍の重要性及びその侵害の重大性にかんがみるときは、立法裁量の範囲はより制限的であって、国籍保持権を制限する立法の合理性はより厳格に吟味されるべきであることは、次述すとおりです。

(2) 厳格審査の必要性

国籍喪失制度は、もともと日本国籍を有しない者に対し出生後の事情によって新たに日本国籍を付与するための要件を定めた制度（例えば法3条1項（認知による国籍取得）や法4条以下（帰化制度）など）ではなく、出生によって既に日本国籍を有する者の国籍を失わせるものであり、その者の主権者たる地位を奪うと共に、日本国民として憲法による基本的人権の十全な保障を享受できる法的地位を確定的に喪失させるという重大な効果を招来させるものです。しかもこの制度は、日本国籍を喪失させるに当たって、本人はもとよりその利益を代表する者とされる父母の意思の介在を要件とせず、本人や父母の希望と全く無関係に、外形的事実（の不存在）のみを理由に一律に日本国籍を喪失させるのです。

そして、この制度によって日本国籍を喪失した者は、当該制度の不当性を訴えて民主的政治過程を通じてこれを是正し自らの利益の回復を図ることは不可能となります。

このように、日本国籍を喪失することは本人にとって極めて重大な不利益ですから、本人の意思によらずにその日本国籍を喪失させることは可能な限り抑制的であるべきです。このような考え方は、国籍の喪失に関する法全体の姿勢や、法15条の運用に関する被上告人国の方針とも整合するものです。したがって、仮に本人の意思によらずに日本国籍を喪失させる場合があり得るとしても、その合憲

性は厳格に審査されなければなりません。

(3) 違憲審査基準

このような国籍保持権の重要性とこれが侵害された場合の不利益の重大性を考えるならば、法が日本国民からその既に有している日本国籍をその意思によらずに喪失させることが許されるのは、個人の国籍を保持する必要性を超える重大な国家的・公共的利益を実現する必要性があり、かつその利益を実現させるためには個人の国籍を喪失させることが必要不可欠である、という場合に限られるものと解すべきです。

そして、重大な国家的・公共的利益を実現する必要性の有無については、当該制度の立法目的が（単に「一応の合理性」を有することに留まらず）現実的・具体的かつ重大なものであるかという観点から検討すべきであり、また必要不可欠か否かはその立法目的を達成するためにより制限的でない他の手段が存在しないか、という観点から検討をすべきです。

以下、法12条の憲法13条適合性を、立法目的毎に順次検討します。

3 法12条の憲法13条適合性の判断

(1) まず「重国籍論」について見ると、国籍法全体の理念である「重国籍の防止・解消」の考え方は、前記第3、2、(3)で論じたように、

- ① 血統に起因して日本国籍を取得し（法2条1号2号、3条1項、17条1項）、重国籍となった場合には、重国籍の発生を容認する。
- ② 帰化によって日本国籍を取得する場合には、原則として重国籍を容認しない（法5条1項5号）が、法5条2項及び法9条が適用される場合には例外的に重国籍の発生を許容する。
- ③ 重国籍の解消は、本人の意思及び外国の法制を尊重する（法11条、13条、14条、及び法15条の運用）。

というものであると理解されます。

そして、重国籍の防止・解消の要請を論じるに当たって、当該本人が日本国内で出生したか国外で出生したかという差異は意味を持たないことも先に論じたとおりです。したがって、法12条の立法目的である「重国籍論」も、その内容は

国籍法全般に当てはまる「重国籍の防止・解消」の要請と同義であると考えるのが正当であり、こう考えることによつてのみ、法12条の立法目的である「重国籍論」は合理性を保持し得ます。

しかしながら、「重国籍論」をこのように考えるならば、一旦取得した日本国籍を喪失させる場面で本人の意思もその法定代理人の意思も問わないのは、明らかに国籍法の他の国籍喪失制度から逸脱した、過剰な制限です。そして、国外出生重国籍児に限ってそのような過剰な制限を行うべき理由（国外出生重国籍児に限ってその意思に反してでも日本国籍を喪失させなければ実現できない特殊な重国籍防止・解消の必要性）は存在しません。

したがって、法12条は、「重国籍論」を達成する手段として過剰であり、過度に権利制限的な制度であるといわざるを得ません。

(2) 次に、「実効性論」についてみると、第4、1項乃至5項で論じたとおり、この立法目的の合理性には重大な疑問があり、個人の国籍を保持する必要性を超える重大な国家的・公共的利益を想定しているものとは到底考えられません。そしてまた、仮に立法目的の合理性が肯定されたとしても、もともと実効性は個別に判断されるべきものであり、それによつて実効性を論じることは可能ですから、第4、6項で論じたとおり、出生直後に、本人の意思を要件とせず、かつ父母の意思も問わずに、留保の意思が表示されないという外形的事実のみによつて国籍を喪失させなければ立法目的を達成できない、という事情は存在しません。

したがって、法12条は「実効性論」を達成する手段としても過剰であるといわざるを得ません。

4 小結

以上より、法12条の国籍喪失制度は、その目的の点からも、また目的達成手段として本人及び父母の意思によらずに出生直後に確定的に日本国籍を喪失させるという方法の点でも、合理性を有せず、違法に日本国籍を奪うものであつて、憲法13条に違反するものであるというべきです。

第6 国籍法12条が憲法14条1項に違反すること

1 国籍法12条による不平等扱いの存在

国外出生重国籍児に対して法12条が適用される結果、以下のような不平等な扱いが生じています。

ア 日本国外で出生し日本人父から出生後認知を受けた非嫡出子との不平等

同じく日本国外で出生したもののうち、出生後に日本人父から認知を受けた非嫡出子は出生後及び準正(平成20年改正後は認知)の時間の経過の長短を問わず届出により日本国籍を取得する(法3条1項)のに対し、日本国籍を有する親の嫡出子は、出生後3ヶ月以内に国籍留保の意思表示をしないと日本国籍を喪失するのであり、子の身分による差別的な取扱が生じています。

また、日本人父から胎児認知を受けた非嫡出子及び生地主義国で日本人母から出生した非嫡出子も、やはり出生後3か月以内に国籍留保の意思表示をしないと日本国籍を喪失するのであり、日本国外で出生した非嫡出子の間でも認知の時期の違い、あるいは日本人親が父か母かの違いによる差別的な取扱が生じています。従前、上告人らはこれらの差別的取扱についてこの訴訟で言及してきませんでした。しかし法12条の合憲性を左右する重要な事実ですので、ここで指摘することとします。

イ 日本国内で出生した嫡出子との不平等

日本国民を親に持つ嫡出子、日本国民である母の非嫡出子、日本国民である父から胎児認知を受けた非嫡出子は、出生地が日本国内か国外かを問わず、等しく出生により生来的に日本国籍を取得します(法2条1号)。しかし、日本国内で出生した子はその後何らの手続を要せず当然に日本国籍を保持するのに対し、日本国外で出生した子は一定期間内に日本国籍を留保する旨の意思を表示しなければ出生時に遡って日本国籍を喪失するのであり、子の出生地による差別的な取扱がなされています。

ウ 親が国籍留保の届出をした者とそうでない者との不平等

同じく日本国外で出生した日本国民で、出生により外国籍を取得した子のうち、両親が3ヶ月以内に日本国籍を留保する旨の意思を表示したものは日本国籍を保持できるのに対し、これを行わなかったものは出生時に遡って日本国籍を喪失するのであり、本人以外の行為の有無という本人にとってどうにもならない事情に

よる差別的な取扱いとなっています。

2 国籍法12条の憲法14条1項適合性審査基準

法がある者について差別的取扱いをしている場合に、その差別的取扱いに合理的な理由がない場合には憲法14条1項違反となります。この差別的取扱いに合理的な理由があるか否かの判断は、そのような差別的取扱いをすることの立法目的に合理的理由があるか否か、また具体的な差別的取扱いと立法目的との間に合理的関連性があるか否か、によって判断すべきです(最大判平成20年6月4日)。

殊に、日本国籍は日本人としてその人生を実現する上において不可欠な法的地位であって、その得喪の要件については形式的平等がより強く求められるものというべきです。また、出生地の国内外で別異の扱いをする点は門地による差別に該当する可能性があり、嫡出・非嫡出の違いによる別異扱いは社会的身分による差別に当たり、認知の時期や日本人親が父か母かの違い、親の国籍留保の意思表示の有無による別異扱いは、いずれも国籍の得喪が問題となる本人の意思ではどうにもならない事情による差別的取扱いです。したがって、このような差別的取扱いに合理的理由があるか否かについては、特に慎重に判断しなければならないものというべきです(最大判平成20年6月4日)。

具体的に見ても、兄弟がみな準正により日本国籍を取得したのに対して1人日本国籍を喪失した上告人A や、妹が日本国籍を保持したのに自らは国籍を喪失した上告人B などの事案を見ると、このような事態が合理的であると言えるのか、慎重に吟味し判断しなければなりません。

3 立法目的と差別的取扱いの合理的関連性その1

一日本国外で出生し日本人父から出生後認知された非嫡出子との差別的取扱い

(1) 一審判決は、「国籍の生来的取得の制度である国籍留保制度と国籍の伝来的取得の制度である国籍法3条1項による国籍取得制度とでは、制度目的や趣旨が異なるのであるから、国籍取得の要件や時期に差異があるのは当然」である、と判示しています(一審判決18頁)。

一審判決の論理によれば、異なる制度の間で異なる扱いがなされても、憲法14条違反の問題はおよそ生じる余地がない、ということになります。しかしこの

ような理屈が表面的なものであることは言うまでもありません。一審判決は、単に制度の趣旨や要件が異なる、と言っているにすぎませんが、異なる制度なので、すから趣旨や要件が異なるのは当たり前で、一審判決の判示は異なる取扱いの合理性に関する何らの説明にもなっていません。

法3条1項が血統主義を補完する制度と位置付けられ、日本との密接な関係の形成を国籍取得の根拠としていることに鑑みるならば、法12条の対象者と法3条1項の対象者は国籍付与の根拠となる日本との密接な繋がりという点でどこが共通しどこが異なっているのか、その差異と両制度の要件の違いの間に合理的な理由があるか、を検討しなければなりません。

(2) 平成20年改正前の法3条1項が準正の成立を要件として伝来的な国籍取得を認めていたのは、政策的には日本人母の非嫡出子が出生により常に日本国籍を取得することとの均衡を図るためであり、また理念的には準正の成立によって日本人父を含む家族関係に包摂されることとなり、これによって日本との密接な繋がりを有することとなるため、ここに日本国籍の付与を認める基礎が生じる、という点にありました。つまり、事後的な嫡出親子関係の成立を以て、日本との密接な繋がりの基礎としたのです。

他方で、その子は準正が成立するまでは日本との繋がりは全く有せず、外国籍のみを有し当該国との結合関係を有しており、さらに国外出生児の場合は出生時から外国との地縁的結合を有していました（出生時には日本との地縁的結合は全く存在しませんでした）。しかるに法3条1項は子の出生地や日本人父を含む家族関係の拠点の場所、言い換えれば日本あるいは外国との地縁的結合の有無は一切問われていません。

要するに、法3条1項による伝来的な国籍取得の根拠は、準正の成立により法2条1号2号に準ずる日本との密接な結びつきが生じることに求められていて、外国あるいは日本との地縁的結合の有無・強弱は一切問題とされていないのです。

(3) 準正の成立によって事後的に日本との密接な関係が成立する改正前法3条1項の対象者と比較するとき、出生時から日本人父との嫡出親子関係を有する子の方が日本とのより密接な関係を有していると評価されることは言うまでもありません。

ん。法3条1項の対象者は準正が成立するまでは日本との繋がりを全く有せず、純然たる外国人として外国に居住していた者ですから、どのような観点から見ても、これらの者よりも嫡出子の方がその国籍が実効性を欠き形骸化したものとなる可能性が高い、と評価される理由はありません。

にもかかわらず、国外に居住する法3条1項の対象者については国籍取得にあたり外国との地縁的結合の強さや日本との地縁的結合の弱さを論じることがないのに、嫡出子についてのみこれらの地縁的結合を論じるのは、明らかに均衡を失っているものです。

(4) これらが単なる観念論ではないことは、上告人A とその兄弟を対比すれば明らかです。上告人A の兄弟は、A の両親が結婚する前に出生し、準正によって嫡出子となったのはそれぞれ出生後9年乃至2年を経過した後でした。それまでの間、彼ら／彼女らは、血のつながりはあるが法的な親子関係は成立していない事実上の父親と同居し、社会的には家族を形成していたものの、法的には事実上の同居関係を有するに過ぎませんでした。これに対してA は、出生時から嫡出子たる身分を有し、父親と法律上も家族と認められる関係を形成していました。しかもA はその出生時から兄や姉たちと一緒に生活しており、その生活実態は兄や姉と全く異なることはありません。このようなA とその兄弟を比較したとき、一方で兄弟達の準正が成立したことによって彼らの日本との密接な結びつきが発生する一方で、A の日本との結びつきが形骸化したものとされる、というのは明らかに矛盾しています。

(5) なお、法3条1項の場合は法務大臣に対する届出という行為があり、これによって日本との密接な結びつきを保持する意思の表明が確定的になされるから、その国籍は実効性を有することが確認される、というような理屈を述べるのかも知れません。しかしながら、法3条1項の届出は準正が成立してから本人が20歳になるまではいつでも行うことができます。もし国籍喪失制度に「留保の意思表示がなされないことによって日本国籍を喪失しても、その後20歳になるまで（日本国内に住所を有するという要件を問わずに）届出によって日本国籍を復活することができる」という制度が存在したならば、法3条1項との均衡もかろうじて保

たれるかも知れません。しかし実際には、法12条の国籍留保の意思表示は、子の出生後わずか3ヶ月間という非常に短い期限が設けられています。もし国籍喪失制度を維持するならば、最低でも国外に居住したまま国籍を再取得する手続を創設しなければ、国外出生非嫡出子との不均衡を是正することはできないといわねばなりません。

(6) 日本人父から胎児認知された子

日本人父から胎児認知を受けた非嫡出子は、法2条1号により出生とともに日本国籍を取得しますが、その子が日本国外で出生し外国籍を取得した場合には、法12条の適用を受けます。したがって、胎児認知をした父が国籍喪失制度を知らず、国籍留保の意思表示をしなかったときは、子は日本国籍を喪失します。

この、日本人父から胎児認知を受け、その後国外で出生した子と、現行の法3条1項の対象となる子との違いは、認知が子の出生前になされたか、出生後になされたかだけです。むしろ、法2条1号と現行の法3条1項の考え方からは、胎児認知を受けた子の方が、出生時に日本人父と法律上の親子関係を有する点で、出生後認知を受けた子よりも日本との結びつきの度合いが強い、ということになります。さらに実際上も、出生前から胎児の存在を認識し、かつこれを自らの子として認めている父の方が、子との親子としての結び付きを形成しようというより明白かつ確実な意思を有しているものと評価することができます。

さらに、裁判認知や死後認知も認められ、かつ認知による国籍取得も可能となった今日では、胎児認知をすることの意味は国籍を生来的に取得することにほぼ集約されると言ってもよいでしょう。にもかかわらず、生まれてくる子に日本国籍を取得させようとして行った胎児認知の結果、日本国籍の取得がより困難になる、というのは著しい背理です。実際上も、せっかく胎児認知をしたのに国籍喪失制度を知らず国籍留保の意思表示をしなかったために日本国籍を喪失してしまう（再取得には法17条1項の要件を満たさなければなりません）よりも、生まれてから認知をして国籍取得届をした方がより容易に日本国籍を取得できる、というのは、余りにも奇妙で不合理な話です。

このように、国外で出生した非嫡出子のうち、日本人父から胎児認知を受けた者と出生後認知を受けた者とで看過し難い著しい不均衡が生じているのです。こ

の不均衡を当然である、あるいはやむを得ない区別であるとする合理的理由は存在しません。

(7) 生地主義国で出生した日本人母の非嫡出子

日本人母の非嫡出子の親子関係は、分娩の事実によって当然に成立し（最判昭和37年4月27日）、子は法2条1号によって出生とともに国籍を取得しますが、その子が生地主義国で出生した場合には、法12条の適用を受けます（胎児認知制度のある血統主義国で生まれた子で外国人父が胎児認知をした場合も同様です）。したがって、母が国籍喪失制度を知らず、国籍留保の意思表示をしなかったときは、子は日本国籍を喪失します。

母とその子との法律上の親子関係の成立に認知を要しないのは、上記の通り分娩の事実によってその親子関係が客観的かつ容易に証明しうるからです。この意味で母子関係は胎児認知による父子関係よりもさらに明確なものといえます。しかも分娩をした母親は通常引き続き乳児の養育を行うものですから、子はその出生直後から日本人母と非常に緊密な関係を維持し、母を通じて日本との密接な関係を出生時から有しているものといえます。

しかるに、かように日本人母を通じて日本と密接な関係を有する子が、出生後3ヶ月以内に国籍留保の届出がなされないことによって国籍を喪失する一方で、日本人父から出生後認知（しかもその認知は裁判認知でも死後認知でもよいとされています）を受けた子が20歳になるまでいつでも届出によって日本国籍を取得できる、というのは余りにも均衡を失っています。このように、同じく生地主義国で出生した非嫡出子のうち、父が日本人か母が日本人かによって国籍取得に著しい差異が生じることに、合理的理由があるとは到底認められません。

(8) 以上の通り、国外で出生し日本人父から出生後認知を受けた非嫡出子と対比するとき、法12条の対象である国外出生嫡出子、国外で出生し日本人父から胎児認知を受けた非嫡出子、生地主義国で出生した日本人母の非嫡出子といった、法12条の対象者について差別的扱いをすることは、立法目的との関係で合理的関連性はありません。

4 立法目的と差別的取扱の合理的関連性その2

ー日本国内で出生した嫡出子との差別的取扱

(1) 一審判決は、「我が国の領土主権の及ばない外国で出生した者は、日本で出生した者と比べて一般に我が国との地縁的結合が薄く、他方で、通常、その出生した国との地縁的結合が強く認められるのであって、類型的に見れば、そこには日本で出生した者との間で差異があることは明かであるから、出生地という地縁的要素を我が国との結合関係の指標とすることは合理性がある」（一審判決12頁乃至13頁）と判示しています。

このように、一審判決は①出生した国との地縁的結合の強さと②日本との地縁的結合の薄さを挙げて、外国で出生した者の日本国籍は典型的に実効性のない形骸化したものとなる可能性が高いから、出生地の別によって、異なる扱いを設けることに合理的関連性がある、としているものです。

(2) まず、「重国籍論」との合理的関連性についてみると、先にも述べたように出生地の国内外で重国籍を防止解消すべき必要性の程度に違いはありませんから、国外出生児の重国籍をより幻覚に抑止する理由はなく、重国籍論との合理的関連性があるとは認められません。一審判決も、重国籍論との関係について特に言及していません。

(3) 次に、「実効性論」との合理的関連性について論じます。ここでは、一審判決が指摘する①外国との地縁的結合の強さと、②日本との地縁的結合の薄さ、の2つの側面についてそれぞれ検討します。

ア 外国との地縁的結合の強さについて

(ア) この点に関し、一審判決は生地主義の考え方を挙げて、「生地主義は、その者の出生地に通常は家族共同体の定住の地があり、その者が通常は地域社会の成員としてその文化に同化していくであろうことに着目し、出生地に国家と個人との結合を見いだしていくという国籍の生来的取得要件にかかる合理的な立法主義の一つであると解される。」としています。

(イ) しかしながら、控訴理由書45頁以下でも指摘しましたが、日本国外で出生した場合、出生国がすなわち国籍国とは限りません。日本人と血統主義国出身者の

夫婦の子がそのいずれの本国でもない第三国（血統主義国）で出生した場合、その子は出生国の国籍を取得しません。したがってその場合に出生国との地縁的結合を論じることは、少なくとも国籍の問題に関する限り全く無意味といわざるを得ません。本件で上告人らがフィリピン国籍を取得したのは、フィリピンで生まれたからではなく、母がフィリピン国民だからです。もし上告人らが日本でもフィリピンでもない第三国で出生したものであった場合、一審判決の判示は全く通用しないものとなります。

(ウ) 一審判決は、生地主義の考え方を「その者の出生地に通常は家族共同体の定住の地があり、その者が通常は地域社会の成員としてその文化に同化していくであろうことに着目」したものと紹介します。しかし、日本の国籍法は生地主義に立脚しておらず、このような考え方を安易に現行法の解釈の基礎に持ち込むことは正しくありません。

また、昭和59年改正は、国境を越えた人々の移動と異なる国民の間の身分的結合の増加という現実を踏まえ、さらに今後その傾向が強まっていくとの予測の下に、かかる世界的な潮流に国籍法を対応させるために行われたものです。しかしながら、上記の一審判決の考え方は、まさに旧国籍法時代の日系移民社会を念頭に置いたものであって、昭和59年改正の基本的な考え方に反するものです。控訴理由書47頁乃至48頁でも指摘したとおり、昭和59年の改正時に立法担当者が想定していたのも、まさに旧法20条の2第1項や、改正前法9が適用対象として想定していた、日系移民社会とその構成員でした。このように、「出生地に家族共同体の定住の地があり、地域社会の成員として同化していく」ことを法12条の論拠としてあげるのは、昭和59年改正の方向性に反した論理なのです。

(被上告人国も、日本で生まれた外国人夫婦（特に在留資格を有しない外国人夫婦）の子が、「日本に家族共同体の定住の地があり、日本社会の成員として同化していく」ことを前提に、子に日本国籍を与えたり、子や両親の在留資格を付与する、などという考えが毛頭ないことはいうまでもありません。少なくとも日本では、家族共同体の定住の地であることは事実上の問題としか扱われていないのです。)

(エ) 生来的国籍取得に関する立法政策として生地主義を採用するならばともかく、

それ以外の場面で、出生の瞬間の出生地との地縁的結合をその後の一生の国籍を左右する決定的なものとして重視するだけの意味があるとは到底考えられません。法は人が国境を越えた様々な場所で様々な国籍の人と出会い、それぞれが望む場所で身分関係を有し家族を形成することを想定し、そのような事態に対応しうることを企図して改正がなされたのです。子が生まれた場所（それは両親が最初から考えていた場所かも知れませんが、たまたまその地であった、ということもあり得ます）がその後の一生を左右することに合理的な根拠があるとは言えません。

イ 日本との地縁的結合の薄さについて

(ア) 一審判決は明確に論じていませんが、外国で生まれた子について日本との地縁的結合の薄さを論じる前提として、日本国内で生まれた子については「国籍を付与するにたるだけの日本との地縁的結合の存在」を想定しているものと理解されます。

しかしながら、法は、日本との地縁的結合を国籍取得の根拠とはしていません。また、日本との地縁的結合の不存在を一般的な国籍取得の消極要件ともしていません。理念的に考えて、日本との地縁的結合の薄さが、日本との繋がりやの薄さを根拠付ける、という考え方は、国籍法の理解としては正しくありません。

(イ) それだけではなく、「日本で生まれたから日本と地縁的結合がある」という考え方は、実際上も正しくありません。

例えば、子が日本で出生後間もなく父母とともに日本を出国し、その後長年月外国で暮らしている場合、家族共同体の定住の地は間違いなくその外国にあり、子は両親とともにその外国で地域社会の成員として同化していくこととなります。このような場合に、日本で生まれ、わずかな日数だけ日本にいたこと（子自身はもちろんそのことを覚えていませんし、そのことが子の人生に幾ばくかの影響を及ぼすかも疑わしいものです）が、「日本国籍の成否を左右する地縁的結合を根拠付ける」ものとは到底解しがたいのです。また、このように出生後わずかな日数だけ日本にいただけでその後国外で暮らす者と、国外で出生しその後も国外で暮らす者とで、日本との地縁的結合に決定的な違いがあるとか、後者に限って日本との地縁的結合の薄さを殊更に強調したりするのは、余りにも全く実情に

そぐわない、極端な形式論です。

以上の通り、一審判決が日本国外で出生した者の日本との地縁的結合の薄さを論じる点も、根拠がないものといわざるを得ません。

(ウ) 控訴理由書49頁でも指摘したとおり、今日のように国境を越えた人の移動が常態化した社会で、なお出生地を理由とする「日本との地縁的結合の薄さ」を論じるならば、それむしろ日本との事実上の繋がり、言い換えれば国外に居住することに起因する日本政府による本人の把握の困難さを意味するものと理解すべきです。

一審判決が「国内法上の各種の権利義務の行使あるいは履行が滞り、その権利義務の実効性が確保できないことになる」（原判決7～8頁）と指摘する状況は、実際は国籍が形骸化しているか否かに関係なく、日本政府が把握し得ない国外居住邦人全般について等しく当てはまるものです。在外邦人の国政選挙権の行使の機会が長年に渡って奪われてきた理由の一つも、このような「在外邦人の権利行使・義務履行の機会の確保の困難さ」にあったといえるでしょう。

けれども、このような事態は人の移動の国際化によって不可避免的に発生するものです。日本を含め諸外国はこのような事情を時代の変化に伴う必然的なものとして、受け入れ、対応せざるを得ないのです。

(エ) このように、日本との地縁的結合の薄さは日本への帰属の強弱の問題ではなく、日本政府による把握の困難さとそれに伴う権利行使・義務履行の確保の困難さという事実上の問題です。したがって、出生地が国内か国外かということと、日本国籍の取得において区別することとの間には合理的関連性は全くありません。国外出生重国籍児について、「国外居住邦人の把握の困難さ」という問題を、日本への帰属の弱さにすり替えて、日本国籍を喪失させるのは、全く誤った問題解決の論理と言うほかありません。

5 立法目的と差別的取扱の合理的関連性その3

一父母が国籍留保の届出をした者とそうでない者との差別的取扱

(1) 控訴理由書53頁乃至55頁で指摘したとおり、一審判決は国籍留保の意思表示による国籍保持の理論的根拠を、日本との結び付きを保持させようとする親の意思に求めているようですが、国籍留保の意思表示がない場合に国籍を喪失する

ことの理論的根拠については、子に日本国籍を保持させないという親の意思に求めるのか、国籍留保の意思表示がなされないという客観的・外形的事実に根拠を求めるのか、明確ではありません。

しかし、国籍留保の意思表示は、国籍の保持あるいは喪失を決定づける重要な分水嶺ですから、この要件がその重要な役割を担うに足る実質的な内容を有しているか否かを検討することは極めて重要です。言い換えるならば、もし国籍留保の意思表示の要件が国籍の形骸化と無関係の理由で設けられていたり、あるいは国籍の実効性を測る指標として不適切であったならば、国籍留保の意思表示の有無による国籍の保持あるいは喪失という差別的取扱いには、立法目的との間で合理的関連性がないこととなります。

(2)ア 国籍留保の意思表示がなされないことによる国籍喪失の理論的根拠を、子に日本国籍を保持させないという親の意思に求める、と考える場合、その前提として、国籍留保の意思表示がないという客観的事実から、子に日本国籍を取得させないという親の意思が合理的に推認できる、という経験則が存在しなければなりません。

しかし、実際にはこのような経験則は存在せず、国籍留保の意思表示をしない親の意思を「子に日本国籍を保持させることを欲しない」と推認することはできません。

イ まずそもそも、国籍法の血統主義は「日本人の子は日本人」という素朴な常識的感覚として日本国民の間に定着している一方、国籍喪失制度は一般に周知されておらず、「外国で生まれた嫡出子は国籍留保の意思表示をしないと日本国籍を喪失する」ことが知られていません。したがって、国籍喪失制度を知らないが故に国籍留保の意思表示をしなかった場合、その時の父母の認識は「子に日本国籍を保持させない」というものではなく、むしろ「子は日本人の親から生まれたのだから当然に日本国籍を持っている」というものであると考えるのが合理的です。

親が国籍留保の意思表示をしない場合に、そのことを以て「子に国籍を保持させない」という親の意思を推認することができるのは、親が国籍喪失制度を知っていることが前提です。しかし法12条は国籍喪失制度に関する親の認識の有無によって適用を分ける仕組みになっていません。国籍喪失制度の知不知にかかわらず、

国籍留保の意思表示をしないことによって日本国籍を喪失する法12条の制度は、その根拠を親の意思に求めることはできないのです。

ウ このことは、上記のような理論的な側面のみならず、事実の面からも明らかです。

上告人らの親は、本件訴訟で提出した陳述書の中で、いずれも「国籍喪失制度を知らず、国籍留保の意思表示をしなければ日本国籍を失うことを知らなかった。」と述べています。このような主張について、被上告人国は「知っていたはずだ」との反論をしていませんし、一審判決も上告人らの親は国籍喪失制度を知っていたはずだ、との認定はしていません。

エ さらに、上告人A についてみれば、その父A' は、妻との婚姻届、A の兄弟らの認知届とともにA の出生届を新宿区役所に提出しているのです。同人の陳述書及び婚姻届と認知届を提出している事実から見れば、同人がA の兄弟らに法3条1項による国籍取得をさせる意思があったことは明白です。このことに加えて同人がA の出生届と一緒に提出していること、A の出生届について事前に大使館に相談をしていることも加味して考えるならば、同人がA にも日本国籍を取得させる明確な意思を有していたことは明らかです。にもかかわらず、その出生届の提出が出生後3ヶ月を2週間弱過ぎていたために、A は日本国籍を喪失したのです。

オ また、上告人B についてみれば、その父B' による出生届の提出が出生後3ヶ月をわずか1週間徒過ぎていたために、B は日本国籍を喪失したのです。出生届をその届出期間のわずか1週間後に提出しようとしていることや、妹のB'' について国籍留保の意思表示をしていることを見るならば、B' がB に日本国籍を取得させたいという意思を有していたことは明らかです。

これらの具体的事例からも、国籍留保の意思表示がなされないことを以て「子に日本国籍を保持させない」という親の意思を推認することができないことは明らかです。

(3) 次に、国籍留保の意思表示がなされない場合に日本国籍を喪失する根拠を、国籍留保の意思表示がなされないという客観的・外形的事実と求めると考える場合、何故にその意思表示の有無を国籍の保持・喪失を決定づける分水嶺とするのか、

その根拠が全く不明です。

先にも指摘したように、国籍留保の意思表示は出生届の「その他」欄に印刷された「日本国籍を留保する」という文言の横の欄に署名する、という極めて形式的な行為です。しかも在外領事館が出生届を受理する場合には必ずこの署名をさせ、国籍留保の意思表示の欄に署名のない出生届は受理せず、誤って受理した場合には署名を追完させて出生届の提出時に署名があったものとして扱うなど、運用上も出生届の記入・提出と一体となった扱いがなされています。そのため、特に国籍留保を意識していた人以外は、出生届の記入の際にそのような署名をしたかどうかすら明確に記憶していないほどです。このような形式的な行為の有無によって、日本との結合関係が突如として密接なものとなり、国籍の実効性に決定的な差異が生じるものとは到底考えられません。

また、国外で出生した子の親の中には、確かに子に日本国籍を取得させることを欲しない者もあるかも知れません。しかし出生届をしなければ戸籍に子が記載されず、日本国内で子の存在が記録上明らかとならないため、もっぱら戸籍への記載を企図して出生届を行う場合もあるでしょう。つまり日本国籍を保持することを全く希望していない(親の真意としては子の日本国籍は全く形骸化している)にもかかわらず、国籍留保欄に署名された出生届の提出によって、その子が日本と密接な関係を有し、その国籍が実効性を有すると扱われるのです。このような事態が、親の真意に反していることは明らかです。

(4)ア あるいは、「国外出生重国籍児は出生国との地縁的結合を有し、かつ日本との地縁的結合が薄いために日本国籍が実効性を失い形骸化する可能性が相対的に高い」という一審判決の論理に従うならば、国外出生重国籍児は日本国籍を失うのが原則で、父母が国籍留保の意思表示を行ったときに限って例外的にその国籍を保持できる、というのが一審判決の考え方も知れません。その場合にも、親の意思表示によって国籍を保持できる根拠は、子に国籍を保持させるという親の意思によって子の日本との密接な結びつきが明らかになるから、ということであろうと考えられます。

イ しかしながら、前述したとおり、親が子に国籍を保持させたいと考えるときには必ず期限内に国籍留保の意思表示をする、という経験則も、また制度的な保障

も存在しません。

一審判決は、親が国籍留保の意思表示をしなかった場合について、「子を日本の戸籍に載せることにより日本との繋がりを確保しようとする日本人の親であれば、出生届を提出すると考えられる…のであるから、そもそも親が子の出生の届け出すらしようとせず、それ故に国籍留保の意思表示をしない結果となることをもって、日本との結び付きを望まない親の意思の表れとして取り扱うことは不合理ではない」と判示します（一審判決15頁乃至16頁）。しかしながら、このような取扱いが不合理であり、また出生届及び国籍留保の意思表示を（期限内に）行わないことをもって子に日本国籍を取得させることを欲しないという親の意思の表れと見ることが不合理であることも前述したとおりです。

ウ 国籍留保の意思表示があったときは、確かに子に国籍を保持させたいという親の意思は明確です。しかし他方で、国籍留保の意思表示がなかったからと言って、それが子に国籍を保持させないという親の不作为による意思表示なのか、それとも国籍喪失制度を知らないために国籍を保持するために国籍留保の意思表示をする必要があることを知らず、何もしなかったという意思の不存在であるのかは、外形上全く区別が付きません。したがって、国籍留保の意思表示がないことをもって子に日本国籍を取得させることを欲しないという親の意思の表れとして取り扱うことには合理性がないのです。

エ なお、「子は親の法の不知による不利益を甘受すべきである。」という考え方が到底受け入れられないものであることは、念のために指摘しておきます（一審判決も、また被上告人国もそのような言及はありません）。

(5) 結局、同じく親が子に日本国籍を保持させることを希望する事案の間で、子が日本国籍を保持するか否かは、親が国籍喪失制度を知っているか否かという極めて偶然な事情に左右されることとなります。国籍喪失制度が国民一般に周知されていない状況において、このような偶然の事情により子の日本国籍が保持されたり失われたり、という区々の結果を招くことは全く合理性がありません。

以上の通り、国籍留保の意思表示の性格や、意思表示を行う親、あるいは行わない親の合理的意思解釈によっても、親の国籍留保の意思表示の有無によって国籍の保持あるいは喪失という差別的取扱いをすることは、立法目的との間に合理

的関連性があるとは言えないのです。

6 小結

以上より、法12条の立法目的である「実効性論」はその合理性に重大な疑いがあり、また「重国籍論」「実効性論」の合理性を前提としても、それらと同条により生じるいくつもの差別的取扱いとの間には、合理的関連性があるものとは認められません。

したがって、法12条により生じる差別的取扱いは、憲法14条1項の平等原則を侵害するものであり、同条は憲法14条1項に違反するものというべきです。

第7 結論

- 1 以上より、国籍法12条は憲法13条及び14条1項に反する違憲の法令であり、同条は無効であることは明らかです。

したがって、上告人らはその出生と同時に日本国籍を取得し、今日までこれを引き続き保持しているので、上告人らが日本国籍を有することの確認を求めるものです。

- 2 なお、ここで原審判決について一言述べておきます。

原審の東京高等裁判所は、一審判決に対する上告人らの控訴に対して、憲法問題について何も判断をすることなく、その請求を排斥しました。

けれども、一審判決には様々な問題があることは、この上告理由書で縷々指摘したとおりであり、その点は控訴理由書でも指摘をしていました。例えば重国籍論について見るならば、国籍法が重国籍の発生を一定程度容認し、実際にも日本国籍を有する重国籍者が国内外に多数存在し、それによる重大な弊害も発生しておらず、被上告人国自身も重国籍の存在を許容している、という現実があります。このような国籍法の実情や社会の現状と、一審判決が判示した重国籍論とは大きく乖離しています。上告人らは控訴理由書でもこの点を詳しく指摘しましたが、原審は何らの言及もありませんでした。法令の合憲性が問われている裁判において、法の立法目的に明らかに不合理ではないかと思われる点があるのに、その点につ

いて何らの判断も示さないのは、憲法判断から逃避したものの言わざるを得ません。

最高裁判所においては、このような憲法判断から逃避をすることなく、正面から国籍法12条の問題点を取り上げて、違憲判断を下して下さることを切に希望します。

以 上