

# 血統主義の意味・試論

——国籍法違憲判決を素材にして——

“Jus sanguinis” in Japanese nationality law

館 田 晶 子  
Akiko TATEDA

## 要 旨

最高裁平成20年6月4日判決は、日本の血統主義の在り方に変更を迫るものであると評される。本稿は、血統主義とはそもそもいかなるものであるのか、これまでの最高裁判例や学説などから読み解こうとするものである。憲法学においては、血統主義は「国民 = ethnos」との関連で説明されることが多かったが、国際私法の観点から、あるいは国籍制度の成立史から、ethnosとは別の要素によって説明することも可能である。

## はじめに

最高裁が下した戦後8番目の法令違憲判決となった最高裁平成20(2008)年6月4日大法廷判決<sup>1)</sup>は、国籍法3条1項の婚外子の日本国籍取得にかかる準正要件を憲法14条1項の平等原則違反とし、日本人父と外国人母との間に生まれ生後認知された婚外子に対して、届出による日本国籍取得を認めた。この判決を受けて、同年12月に国籍法が改正され、法3条1項の準正要件は削除された。本件と同じ境遇にある未成年の婚外子は、父の認知のみで届出による日本国籍取得が認められることとなったのである。

判決は、日本の国籍法が血統主義を基本原則とし、法3条1項はそれを補完するものであるとした上で、同規定は、嫡出子や胎児認知を受けた婚外子、生後認知を受けた準正子と比較して、「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を受けているものといわざるを得ない」と述べる一方で、国籍法が「父母両系血統主義を採用し、日本国民である父又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付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」いることから、法3条1項の規定全体を無効とすることは「立法者の合理的意思」に反するとして、今回の結論を導いた。

国籍取得要件の原則のひとつである血統主義は、通常、出生国の国籍を取得させる生地主義に対して、親の国籍を子が継承するものであると説明され理解されている。しかし、親と同じ国籍を子が取得するという意味は、実はそれほど単純なものでも自明のものでもないということが、国際カップルの間に生まれた婚外子をめぐる問題の中で明らかになってきた。本稿は、本判決で示された血統主義の理解を検討することで、血統主義とはいかなるものかについてささやかな考察を加えるものである。

## 1. 判例における血統主義の理解

### (1) 最高裁判決にみる血統主義理解の構造

日本は、明治期の旧国籍法以来、一貫して血統主義を基本に国籍制度を構築してきた。戦後、現行憲法下で1950年に制定された国籍法は、当初父系血統主義を採っていた。女性差別撤廃条約の批准に先立ち、1984年改正で2条1号を父母両系血統主義に改めたことは周知の通りである。すなわち、「出生の時に父又は母が日本国民であるとき」にその子は日本国民であるとするものであるが、この「父又は母」というのは、民法上の法的親子関係が成立した者を意味するとされた<sup>2)</sup>。そのため、法的婚姻関係にない日本国民たる父と外国人たる母との間に生まれた婚外子は、胎児認知がされない限り日本国籍を生来的に取得することはない。ただしこれら婚外子のうち、父母の法的婚姻によって嫡出子たる身分を取得した未成年については、同じく1984年改正で導入された法3条1項により、届出による国籍取得が認められた。2008年判決の第一審<sup>3)</sup>でも援用された立法担当者の説明では、法3条1項に準正要件が定められた背景には、血統主義は単に血がつながっているだけではなく認知した者とその子との間の生活の一体性を求めた旨が述べられている<sup>4)</sup>。

2008年判決では、血統主義はどのように理解されたか。最高裁は、法3条1項を「同法の基本的な原則である血統主義を補完するもの」と位置づけ、これが設けられた理由を、「嫡出子たる身分を取得することによって、日本国民である父との生活の一体化が生じ、家族生活を通じた我が国社会との密接な結び付きが生ずることから」、日本国籍を認めるものであるとする。そして、法3条1項の立法目的について、次のように認定する。

「日本国民を血統上の親として出生した子であっても、日本国籍を生来的に取得しなかった場合には、その後の生活を通じて国籍国である外国との密接な結び付きを生じさせている

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

ここでは、少なくとも立法当初は、生物学的親子関係（判決は「血統上の親」と表現する）と法的親子関係に加えて、届出による伝来取得の場合は日本との密接な結びつきを求めることも合理的であったとの判断が示されている。しかし、この後の部分では、社会通念及び社会的状況の変化等によって、このような考え方が必ずしも今日では妥当しないと述べる。

「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とはできない」

「同じく日本国民を血統上の親として出生し、法律上の親子関係を生じた子であるにもかかわらず、日本国民である父から出生後に認知された子のうち準正により嫡出子たる身分を取得しないものに限っては、生来的に日本国籍を取得しないのみならず、同法3条1項所定の届出により日本国籍を取得することもできないことになる。このような区別の結果、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」

「日本国民である父から胎児認知された子と出生後に認知された子との間においては、日本国民である父との家族生活を通じた我が国社会との結び付きの程度に一般的な差異が存するとは考え難く、日本国籍の取得に関して上記の区別を設けることの合理性を我が国社会との結び付きの程度という観点から説明することは困難である」[傍点筆者]

ここでは、2つのことが述べられている。ひとつは、今日では父母の婚姻の有無や認知の時期は「家族生活を通じた我が国社会との結び付き」に決定的な差異をもたらすものではなくなったということである。そしてふたつめは、そのことにより、準正要件が日本の国籍法上の

血統主義の要素ではなくなつた(過剰な要件になつた)ということである。「立法事実の変化を考慮に入れ」た判断として評価されるゆえんである<sup>5)</sup>。

「本件区別による違憲の状態を解消するために同項の規定自体を全部無効として、準正のあつた子(以下「準正子」という。)の届出による日本国籍の取得をもすべて否定することは、血統主義を補完するために出生後の国籍取得の制度を設けた同法の趣旨を没却するものであり、立法者の合理的意思として想定し難いものであって、採り得ない解釈であるといわざるを得ない」

ここでいう「立法者の合理的意思」とは、これまでの記述から、日本国民と生物学的な親子関係と法的親子関係の両方を成立させた子には日本国籍の取得を認めるべきである、ということであると考えられる<sup>6)</sup>。

更に判決は、胎児認知子と生後認知子の生活実態についても言及する。

「日本国民である父から胎児認知された子と出生後に認知された子との間においては、日本国民である父との家族生活を通じた我が国社会との結び付きの程度に一般的な差異が存するとは考え難く、日本国籍の取得に関して上記の区別を設けることの合理性を我が国社会との結び付きの程度という観点から説明することは困難である」

くり返しになるが、最高裁は、今回問題になっている国家と個人との結びつきが、家族生活という生活実態を問題とするものであると同時に、家族生活の実態を典型的に推定又は擬制することはできないということを、重ねて確認している。

我が国との密接な結びつきに関しては、2008年判決の予告編ともいべき平成14(2002)年判決<sup>7)</sup>でも言及されている。2002年最高裁は、法2条1号が定める血統主義に関して、次のように述べていた。

「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、子の出生時に日本人の父又は母と法律上の親子関係があることをもって我が国と密接な関係があるとして国籍を付与しようとするものである」[傍点筆者]

ここでは、2条1号つまり生来取得に関して法的親子関係の成立を重視する思考が見て取れる。ただしこれは、2008年判決と併せて読めば、「生物学的出自を示す血統」を問わないという意味ではなく、生物学的血統のみで血統主義が完結するものではないことを強調したものと見るべきであろう。

## (2) 検討

最高裁は、国籍法が採用する血統主義につき、生物学的親子関係と法的親子関係の両方を満たす場合に日本国籍を取得させる趣旨であると理解した。このことは、いかなる意味を有するのだろうか。

最高裁判決のみならず、下級審判決においてもしばしば用いられるのは「我が国との密接な結び付き」という判断基準である。2008年判決は、生来取得に関しては「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付きがあるものとして日本国籍を付与する」のだとし、日本国民と生来的に法的親子関係を築いていない者（つまり生来的に日本国籍を付与されなかった者）については、「国籍国である外国との密接な結びつきを生じさせている可能性がある」から「法律上の親子関係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ることとしたのが法3条1項であるが、準正要件はすでにこの指標としては合理性を失っている、という判断をなした。これは、国籍法における血統主義による国籍取得要件の構成要素には、生物学的親子関係、法的親子関係、「密接な結び付きの指標」という三つの要件があり、生来取得を定める法2条1号の場合においては後二者が一体となっており、伝来取得の場合である法3条1項においては、立法当初は第三の要件として準正要件が用いられていたが、現在は準正要件は指標たり得ない、という論理構造をとっている。その結果、判決は実質的には「密接な結び付きの指標」を要せず生後認知を受けた婚外子に国籍を認める結果となっている。

もっとも、判決の多数意見は「密接な結び付きの指標」そのものを否定したわけではなく、少なくとも今回問題となった家族生活という実態が典型的に把握できない以上、一般的に要件化することもできない、と述べているにすぎない。「密接な結び付き」を何に認めるかは必ずしも明らかではない。

これに対し、泉補足意見は、より端的に、「父との間で法律上の親子関係を有し、互いに扶養の義務を負う関係にあって、日本社会との結合関係を現に有する」として、生来取得の場合と同様、法的親子関係と「密接な結び付き」とを同じものとして理解しており、認知以外の要件を必要としない趣旨であると解される<sup>8)</sup>。他方、近藤補足意見は、「立法政策上の判断として、我が国との密接な結び付きの指標となるべき他の要件」の導入の可能性を示唆している。泉補足意見と近藤補足意見とは、「密接な結び付き」を判断する指標の新たな導入を許すか否かという点で、決定的に異なっている。

法3条1項が血統主義の「補完」なのか「拡充・徹底」なのかはさておき<sup>9)</sup>、生物学的/法的親子関係のほかに「密接な結び付き」要件を求めるか否か、求めるとすればそれはいかなる要件かという問題は、そもそも血統主義が何をもって日本国籍を承認する原理なのか、さらにいえば、なぜ血統が国籍取得の原因となるのかという問題に帰着する。



## 2. 学説における国籍概念の理解

### (1) 血統主義と生地主義

血統主義も生地主義も、国家の構成員つまり国民の要件を定めるに当たって、当該個人と国家との間にの何らかの「結び付き」の原因を血統ないし領土内での出生に認めて、国籍を取得させるものである。当該国家と全く無関係の者に国籍を取得させることが想定し得ない以上、出生の時点での国家との関連の指標として血統ないし出生地を用いることは、極めて自然なことといえる。

血統主義と生地主義の対比を近代国民国家における国民像と結びつけて論じる方法は、すでに新しいものではない。樋口陽一は、近代の「国民 = nation」の二義性を指摘し、「自然の所与としての『民族』 = ethnos を指すのか、それとも、社会契約という擬制によって説明されるような、構成されたものとしての『国民』 = demos を指すのか」<sup>10)</sup>を、国民像を語る際には自覚的に論じる必要があると指摘した。そして、前者の意味での「国民」を基調とした国家の典型としてドイツを挙げ、後者の意味での「国民」すなわち「血脈のゆえでなく、価値によって統合された、人為としての国民」を基調とした国家の典型としてフランスを挙げる<sup>11)</sup>。このような対比は、国籍取得制度における生地主義と血統主義との違いにも対応する。フランス第三共和制下の1889年に国籍法において生地主義が導入されたことについて「血脈ゆえでなく、価値によって統合された、人為としての国民への帰属を選択したとする擬制によって、出生地主義を意味づけることができる」とする一方、ドイツについて、「ボン基本法は、(中略)『ドイツ国民』(das Deutsche Volk) という表現のなかに ethnos の要素を含むものとなっている」とし、「国籍についての血統主義も、そのような性格に対応する」と述べる。

このようなフランス = 生地主義とドイツ = 血統主義という対比は、すでにブルーベイカーによっても提示されていたものである<sup>12)</sup>。ブルーベイカーは「ドイツではネーションはエスノ文化的な事実だったがフランスでは政治的事実だった」「ネーションのフランス的理解は同化主義的であり、ドイツのものは『差異主義的』だった」<sup>13)</sup>として二つを対比し、次のように述べる。

「そのネーションの理解の違いは、二つの国の異なった国籍の規定の中に具現化され、表現されている。フランスの拡張的・同化主義的な国籍法は、移民二世に自動的に国籍を付与するもので、国家中心的で同化主義的なフランスのネーション理解を反映している。ドイツの結党共同体としての国民の定義は、非ドイツ人移民に対しては制限的だが東ヨーロッパやソ連邦からの民族的ドイツ人に対しては著しく拡張的であり、ドイツのネーション理解における明示的なエスノ文化的変容を反映している」<sup>14)</sup>

その上でブルーベイカーは、ノワリエルやニボワイエがとる生地主義の「道具主義的」な説

明の仕方、すなわち徴兵のための人員確保という人口的・軍事的理解を否定するのである<sup>15)</sup>。

このブルーベイカーのような血統主義や生地主義のイデオロギー的理解に否定的な態度を示すのが、ヴェイユである。ヴェイユは、フランス国籍法の歴史的研究において、近代国籍制度のはじまりとされる1804年民法典が血統主義を採用したのは、ローマ法の伝統をとり入れることで、生地主義を基本としたアンシャン・レジームとの断絶を意図していたのだと述べる<sup>16)</sup>。また、1851年国籍法および1889年国籍法によって生地主義が導入されたことの背景には人口的な要因があったとしつつも、その背景には、彼らが実質的にはフランス人と見ることができるといふ認識があったと指摘する。ヴェイユは、1851年国籍法で加重的生地主義（double jus soli）が採用された<sup>17)</sup>背景を、立法時の議論を参照しつつ三つにまとめている<sup>18)</sup>。第一に、移民三世が事実としても意識としてもほぼフランス人と変わらないこと、言い換えれば「社会的にはフランス人である（sociologiquement des Français）」であるということ、第二に、そのような実質的なフランス人といえるような者も、平等に公的義務（兵役義務）を負うべきであること、第三に、安全保障上の問題、である。ここでは、フランスへの定着という事実に国籍取得の原因を見ており、これをヴェイユは、「出生地主義の共和主義的伝統（la tradition républicaine du droit du sol）」と呼ぶ。ヴェイユの理解は、生地主義への転換は単に兵役のための人口を確保するという技術的・道具主義的な転換というだけにとどまらない<sup>19)</sup>。生地主義のいわば社会的理解といえる。

## (2)「関係＝絆」と「地位＝身分」

他方、国際私法のテキストなどでは、歴史的経緯を踏まえて、国籍の性質を法的地位とみるか、法的身分とみるか、あるいは折衷的なものと見るかという観点から、血統主義と生地主義を説明している<sup>20)</sup>。

国籍を封建時代の領主＝領民関係から形成されたものと見る立場からは、国籍は、個人と国家の法的紐帯・法的関係であると説明される。このような考え方は、イギリスにおいては国王と臣民との間の法的関係として永続的忠誠義務と結び付き、フランスにおいては国家を設立する社会契約と結びついて理解された。土地を媒介とした法的関係は、生地主義を帰結することになる。

他方、国籍の歴史的根源をローマ法上の市民としての地位（status civitatis）に求めれば、国籍は法的地位であると説明されることになる。ローマ法での地位の三段階すなわち自由人としての地位（status liberatatis）・市民としての地位・家族としての地位（status familiae）のうちの一つを根源とするため、特に私法上の権利享有の前提としての身分としてとらえられることになる。もちろん近現代においては国籍は私法上の権利にとどまらず、参政権を典型とする公法上の権利享有の前提とされてきており、そのようないわゆる「国民の権利」を共有する者、言い換えれば国家の構成員としての法的地位として、国籍はとらえられることになる。このよ

うな国籍のとらえ方は、血統主義と親和性が高い。

このように、法的関係か法的地位かという二つの流れをふまえて国籍の法的性質をより詳細に考察するのが石川健治<sup>21)</sup>である。石川は、国籍を法的関係ととらえる立場について、「国家と国民との間に繰り広げられる千差万別の『法関係』を前提としつつ、それら個別の法関係の『束』として『国籍』を把握する」ものであるとした上で、「絆観念が、民族・宗教・言語・歴史などの要素を理由とする、人と人との情緒的な結合を連想させ」、「ほとんど論理必然的に、血統主義の国籍概念のみを、要請するようにもみえる」が、フランスでは「『主従契約』を『社会契約』に読み替えることによって概念の近代化を果たしたのであり、国籍概念を、革命の理念を共有する『契約共同体としての共和国』の構成員資格に転換し、血統抜きの生地主義を採用させたのは、ほかでもない、この『絆』観念による契約的構成なのである」とする。そして、このような「絆」観念を「黴臭い」としつつも、近年「国際関係が多様化し、国家への帰属関係を多重的・多層的に把握する必要が生じた結果、個別の法関係のあくまで『束』として緩やかに捉える『絆』観念の方が、従来の包括的国籍観念の機能的・多元的把握を可能にする、というメリットをもつようになった」と述べる。

他方、石川はstatusを「身分」と訳した上で、イェリネックに依りつつ、「近代における身分の基礎は、『国民の身分』によって下支えされた『自由人の身分』、という形で、定式化される。それは、近代国家が、すべての人を、平等な国民の身分に均質化してしまった結果である。そして、『平等』という市民革命の理念は、いま1つの理念である『自由』の前提条件として、平等で均質な『国民の身分』の創出によって、くまなく遂行された」として、身分団体としての国民像を描き出す。さらに、そのような「『身分』としての国民は、領域社団 (Gebietskörperschaft) としての国家に、その本質的な構成要素として、組み込まれて」おり、これは「社团的構成によって『国籍』概念を把握しようとするものであり、かつ『国民』を権力客体から権力主体に移行させることで、『国民の身分 status civitus』を『積極的身分 status positivus』として定位しようと試み」るものであるとする。このような立場における国籍は、「国家という社団法人の構成員の資格であると同時に、国家に対する受益権ないし国務請求権を基礎付ける法的地位として理解され」、「個別の法関係 (権利義務関係) の『実体』を取り出して、これを『身分』として観念し、国家構成員の資格を『国民の身分』として捉えた上で、これを『国籍』と捉えようとするものである」。

これらの理解を前提にして、石川は、本件平成20年判決を含む最高裁判決が、国籍を『身分』として観念していることを指摘する。国籍の本質が「身分」か「絆」かという問題は基本的に二者択一的な関係にある<sup>22)</sup>とする石川は、本判決が国籍を「我が国構成員としての資格」という「身分」にひきつけた定義の仕方をする一方で、「家族生活を通じた我が国社会との密接な結び付き」という「絆」的な文言を用いて国籍取得要件を説明する点を指摘して「弥縫策」と呼ぶ。その上で、その前提にある最高裁の真意について、本判決が「国籍は国家の構成員と



しての資格」であるとし、その得喪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らされている、と述べる部分を参照して、「国籍は『国家の構成員としての資格』すなわち『国民の身分』の問題であって、『権利』問題ではないことを確認し、基本的には、国内管轄の原則のもとで国家の法律に、制度構築が委ねられていることを指摘している」とする<sup>23)</sup>。この理解に従えば、本判決は、国籍を「身分」と捉えた上で、その身分の要件を定める段で初めて、「絆」をその材料として用いるが、いかなる「絆」を要件として採用するかは裁量に委ねられていることになる<sup>24)</sup>。社会契約の結果としての権利を伴う「絆」ではなく、あくまでも「身分」の要件としてその濃淡が評価の対象となる「絆」であるから、それはもはや、権利の「束」ではない。

### (3) 父子関係と母子関係

国際私法の別の観点から、原田央は、国籍取得要件である血統主義の持つ意味について、その先決事項である親子関係に遡って検討を加えている<sup>25)</sup>。

原田によれば、家制度から解放された戦後の国籍法は、一夫一婦制・嫡出子制を前提とした国籍取得要件を備えたものであり、「父子関係は、認知の場合を除くと、子の母との婚姻を媒介にして観念される」。父母両系親族関係を認めつつ、父系親族・母系親族の過度の子への介入を遮断し子の存立・自由を確保するという、近代の家族・親族法制度においては、「夫婦と子からなる独立の家族単位を観念するために、(生殖機能の点から父親との区別を避けられない)母親と子の関係を軸に、その母との婚姻関係を介して父親は子と結び付き、その最外延に立つ父親を家族単位の対外的頂点とするものである(非嫡出子の場合には、母子を家族単位とし、その対外的頂点に母が立つ)」<sup>26)</sup>。このような考え方に基づけば、国籍の生来取得にあたっては嫡出家族が成立していることが基本形であり、父子関係が直接的に形成される婚外子の認知による国籍取得は例外的なしくみであって、その意味で、婚外子の国籍取得に関しては母子関係に比べて父子関係が不利な条件に置かれていたといえる。この指摘を石川は「身分」論に引きつけて、次のように解する。「本来、日本人親が父であるか母であるかを問わず、国籍取得のためには、まず嫡出家族の存在証明が先行していることこそが正しい道筋であり、日本国との法的な絆を、あくまで嫡出家族の成立—現代的な意味での *status familiae* である、身分 (*status*) としての嫡出家族—を基礎として考えるとところに、『法制度としての準正』の思想がある」<sup>27)</sup>。

以上をふまえて原田は、本判決について「平等原則と『父母両系血統主義』を媒介に、日本人父の(生後認知による)非嫡出子の国籍取得を認め、結果的に、1950年以來国籍法の基礎にあった嫡出・非嫡出の区別(それと結び付く一夫一婦制)によらずに、父子・母子関係を別々に観念して、それにより国籍を(生来的に又は届け出制で)認める立場を選択したと解しうる」<sup>28)</sup>と評価している。父子関係を直接観念することで、一夫一婦制・嫡出子制という、戦後日本の家族制度・婚姻制度が前提にしてきた枠組みを揺るがすものとなっている、という指摘である<sup>29)</sup>。

### 3. 血統主義の意味

#### (1) 日本法における血統主義

以上をふまえて、改めて日本の国籍法における血統主義の考え方にたちもどってみたい。最高裁判決や法3条1項の成立過程をふまえれば、日本の血統主義はこれまでは、生物学的親子関係と法的嫡出親子関係として制度設計されていた。しかし、最高裁は2008年判決において、その法的親子関係につき、これまでの嫡出家族を基礎とする婚姻制度とそこから導かれる親子関係、すなわち、母との婚姻（という制度）を通じて成立する父子関係、という枠組みを放棄し、「絆」すなわち「我が国との密接な結び付き」として父子関係を直接に観念した。判決が、「密接な結び付き」を準正という制度ではなく、自然的血統と生活という実態として語ったことは、これを端的に示すものであるといえる。このことは、婚姻制度とは一応切り離された血統主義が観念されたという意味で、大きな転換である。

ところで、国家と個人の「絆」を本質とする国籍観がある一方で、「身分」論に立った国籍観においても、「身分」を定めるにあたって国家や社会との「絆」を測定することになる。そして、いずれの場合も、その「絆」—「密接な結び付き」と言い換えてもよい—の評価は、国籍取得要件として実定化されることになる。日本の国籍法において実定化された、血統主義によって表現される「絆」とは何であろうか。ここではさしあたり、フランスの経験を参照しておきたい。

#### (2) 「絆」の意味

第三共和制下で生地主義を導入し、共和主義的価値によって *demos* としての国民国家の構築を果たしたとされるフランスは、その国籍制度構築の初期には血統主義を基本とするしくみを採用していた。1804年の時点では、生地主義はむしろ、国益の観点からナポレオンが導入に強い意欲を持っていたにもかかわらず、拒否されたのである<sup>30)</sup>。それは、封建的な色合いを含む生地主義は共和国の精神には適さないというイデオロギー的理由もさることながら、決定的だったのは、外国人たる親が一時的にフランスに滞在している間に子が出生したとき、そのような偶然的な場合にも子をフランス人とするのは妥当ではない、という議論が大勢を占めたことによる。出生後にフランスを離れてしまう者にフランス国籍を与えることは不当である、という理解である<sup>31)</sup>。他方、立法過程では、フランス人を父として外国で生まれた子は親とともに故郷であるフランスに戻るものである、という強固な信念が語られる。ここでの血統主義は、血がつながっていることが、故郷であるフランスへの愛着やアイデンティティとして語られ、子が親とともにその国に居住し成長することと連動して理解されている<sup>32)</sup>。

他方、1851年に加重的生地主義を導入した際には、前述のように、移民三世としてフラン

スに生まれ育った者は実質的にはフランス人といってよいという意識があった。これもまた、フランスとの結び付きを、フランスでの出生のみならずそこで成育することに求めるものである<sup>33)</sup>。生活や教育を通じて国家との結び付きを形成することがそこでは想定されている。

これら経緯を見ると、フランスで採用されてきた国籍制度は、過去又は将来の居住を重要な要素とするという意味で、血統主義であれ生地主義であれ、「絆」概念によって理解されるものと考えることができる。

#### 4. まとめにかえて

国籍取得要件は、特に生来取得や届出取得の場合、個別の事情を捨象して、先に述べたような実質的な国家との結び付きを将来的に築く蓋然性の高い者に、一定の手続で一律に国籍を認めるものといえる。

これまでの検討から、血統主義が想定する国家との結び付きとは、自然的血統を重視した ethnos 的理解、婚姻制度を前提にした／しない法的親子関係、国民たる親に養育されることによる国家との繋がり、親の国での居住による当該国家での生活や教育の結果、等のさまざまな要素によって説明可能であることが明らかになった。日本法における血統主義もまた、このような複合的な性質をもつものである。

2008年判決は、自然的血統と法的親子関係のみによって婚外子の国籍の取得を認めた。このことは先に触れたように日本の国籍法における血統主義に大きな変更を迫るものであった。判決をうけて国籍法は直ちに改正されたが、その過程では擬装認知への懸念に議論が集中し、日本の血統主義がそもそもどのようなものかに関する考察はほとんどみられなかった。しかし、血統主義を血統主義たらしめるものは、それほど単純なものではない。本稿では十分な検討はできなかったが、生地主義についてもそれは同様であろう。

国籍をめぐる言説や制度設計は、その国が「開かれた」ものであるか否かを測るひとつの指標でもある。日本が血統主義を放棄しないのであれば、血統主義を「開かれた」ものとして構成し直すことは、現代のこの国のあり方を考える上で避けることのできない課題のひとつなのではないだろうか。

#### 注

- 1) 平成 18 年（行ツ）第 135 号退去強制令状発付処分取消等請求事件、(民集 62-6-1367、判時 2002-3)。なお、同日、最高裁は本件と同一の争点について争われたもう一つの事件についても、同一内容の判決を下している。平成 19 年（行ツ）第 164 号国籍確認請求事件（最高裁判所ウェブサイト判例検索システム <http://www.courts.go.jp/>）。以下では両者を一体的に 2008 年判決と呼び、両者を区別する必要がある場合には、前者を第一事件、後者を第二事件と呼ぶ。
- 2) たとえば木棚照一『逐条注解国籍法』（日本加除出版・2003）p.109 は「単にいわゆる生父、生母ではなく、

- その子と法律上の父子関係あるいは母子関係を有する者を意味する」とする。
- 3) 東京地裁平成17(2005)年4月13日判決(判時1890-27)。
  - 4) 第101回国会衆議院法務委員会議事録第10号、1984年4月17日枇杷田政府委員(民事局長)発言(発言番号9)。「血統主義と申しましても単に血がつながっていきなればというふうなことではなくて、やはり血統がつながっていることが、一つは日本の国に対する帰属関係が濃いということを明確ならしめる一つの重要な要素としてとらえられていることだろうと思います。そういう面から考えますと、認知というだけでは、(中略)認知した者とその子との間には生活の一体化がまずないであろうということが一つの前提になっていると思います。(中略)これが準正になりますと、そこでは両親の間に婚姻関係があるわけで、生活の一体化というものが出てまいりますから、そういう場合は意思表示によって日本の国籍を取得させてもいいだろうけれども、認知だけではそうはいかないのではないかと、そういう考えから現在のような案にしておるわけでございます」(国会議事録検索システム <http://kokkai.ndl.go.jp/>)。また、当時改正作業に関わった法務局担当者によれば、認知のみの場合と準正の場合とは「生活の実態関係が違う」ため、「認知をされた子どもにはたして日本国籍を簡易的に、いわば無条件で与えなければならぬ、父親と同じような国籍にしてやらなければいけない」というような事情があるかどうか」といえば、そうではない、という認識があり(池原季雄=久保田きぬ子=塩野宏=田中康久=林良平=宮崎繁樹=山田鎌一「座談会 国籍法改正に関する中間試案をめぐって(上)」ジュリ788(1983)、p.20田中発言)、「家族共同体という実態を備えているものには特別な配慮をする」(同・p.22林発言)という考え方が、法3条1項につながっていったという。
  - 5) 市川正人・判評599-5(2008)。
  - 6) 山元一「国籍法違憲大法廷判決」H20重判解p.15。
  - 7) 最高裁平成14(2002)年11月22日判決(判時1808-55)。以下、2002年判決と呼ぶ。婚姻関係にない日本国民たる父と外国人たる母との間に生まれた子が、生後認知を受けたことにより法2条1号にもとづいて出生の時に遡って日本国籍を取得したことの確認を求めたが、棄却された。ただし、二つの補足意見(亀山補足意見、梶谷・滝井補足意見)が、法3条1項につき違憲の疑いを述べていた。原告が法3条を争点としなかったためにこれらは傍論にとどまったが、この問題が正面から取り上げられたのが、2008年判決である。
  - 8) 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1366(2008)pp.64-65(早川発言および高橋発言)。なお、第二事件地裁判決(東京地裁平成18(2006)年3月29日判決・判時1953-180)は、法3条1項の基本的思想は「日本国民の実子についても父母両系血統主義をより拡充、徹底する」ものであるとし、しかし「日本国籍の取得において、子が我が国と強い結び付きないし帰属関係を有していること、具体的には日本国民である親との家族関係や生活の一体化があることは、我が国の国籍法において、国籍取得のための重要な考慮要素とされているということは困難である」[「国籍法の解釈上、このような我が国との強い結び付きないし帰属関係や、日本人の親との家族関係ないし生活の一体化等を、父母両系血統主義と並び立つような重要な理念と位置づけることは相当でない」と述べ、血統主義と、日本国民との家族関係や生活の一体化という意味での「我が国との密接な結び付き」とは別物であるとする。これは実質的には2008年判決の泉補足意見と趣旨を同じくするものであろう。
  - 9) 前出の第二事件地裁判決は「父母両系血統主義をより拡充、徹底する」ものとするが、2008年判決は「血統主義を補完するため」に設けられた規定であるとし、また横尾・津野・古田反対意見は「血統主義を補完する措置とされるものであって、血統主義の徹底・拡充を図ることを目的とするものではない」とする。地裁判決と最高裁判決が結論を同じくしていることを考えると、「補完」「拡充・徹底」が意味するところは必ずしも明らかではない。
  - 10) 樋口陽一『憲法 近代知の復権へ』(東京大学出版会・2002)177-178頁。
  - 11) 同178頁。
  - 12) Rogers Brubaker, *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Harvard University Press, 1992. 邦訳: ロジャース・ブルーベイカー/佐藤成基・佐々木てる訳『フランスとドイツの国籍とネーション』(明石書店・2005)。以下の引用は、上記邦訳書による。
  - 13) 同21頁。
  - 14) 同36頁。
  - 15) 同36頁、同169頁など。
  - 16) Patrick Weil, *Qu'est-ce qu'un Français : Histoire de la nationalité française depuis la Révolution*, Grasset, 2002, P.35,-P.37. なお、拙稿「フランスにおける国籍制度と国民概念(3)―その歴史的考察―」北法57-4-1539以下参照。
  - 17) 1851年国籍法は、移民三世は成年時にフランス子国籍を放棄しない限りフランス人であるとした。なお、この加重的生地主義は1889年国籍法で国籍放棄の手続が削除され、徹底されることになる。

- 18) P. Weil, *Mission d'étude des législations de la nationalité et de l'immigration : rapports au Premier ministre*, La documentation française, 1997, p.19.
- 19) Ibid., P.16. Weil, op.cit. (16), pp.50-51 も同旨。
- 20) 木棚・前掲書 4-5 頁など。
- 21) 以下、石川健治「国籍法違憲大法廷判決をめぐって一憲法の観点から (1)」法教 343 (2009) 36-38 頁。
- 22) 石川健治=大沼保昭「国際法学と憲法学の接点をさぐる」法セミ 650 (2009) p.57。
- 23) 石川・前掲註 43 頁。
- 24) 同 39 頁の註 20) は「『身分』のうえでさまざまな『絆』が展開されること自体については、もともと全く差し支えない」とする。
- 25) 以下、原田央「最高裁平成 20 年 6 月 4 日大法廷判決をめぐって—国際私法の観点から」法教 341 (2009) 6-19 頁。
- 26) 同 12-14 頁。
- 27) 石川健治「国籍法違憲大法廷判決をめぐって一憲法の観点から (3・完)」法教 346 (2009) 9 頁。
- 28) 原田・前掲註 15 頁。
- 29) 石川・前掲註 13 頁参照。
- 30) 以下、拙稿・前掲註 1538 ~ 1541 頁を参照。
- 31) 同 1540 頁。本人が定住意思を表明した場合は、成年に達した時に簡易帰化が認められた。
- 32) 同 1548 ~ 1549 頁。
- 33) いうまでもないが、ここでの国家との結び付きは、これらが裁量による帰化ではなく生来取得の要件として議論されているのであるから、個別の事情を考慮して個別に判断されるものではない。