

論文式試験問題集  
[憲法・人権]

## [憲法・人権]

次の文章を読んで、後記の〔設問〕に答えなさい。

Xは、日本国籍を有する父とP共和国籍を有する母との間に嫡出子としてP国で出生し、P共和国籍を取得した者である。

Xの父母はXの出生後3か月以内に日本国籍を留保する意思表示をしなかったため、国籍法12条の規定により、Xはその出生の時から日本国籍を有しないこととなった。なお、仮にXの父又は母が日本国籍を留保する意思表示をしていた場合、Xは日本国籍とP共和国籍とを有する二重国籍者となり、国籍法第14条に基づき、22歳までにどちらの国籍を取得するか選択することができた。

Xは、以下に挙げる理由を主張し、Y（国）を相手として日本国籍を有することの確認を求めている。

- (1) 出生により外国籍を取得した日本国民の内、日本国内で出生した者と日本国外で出生した者との間で、後者についてのみ国籍留保の意思表示をしなければ出生時に遡って日本の国籍を失うという区別
- (2) 日本国外で出生して外国籍を取得した日本国民の内、出生後3か月以内に国籍留保の意思表示をした者との意思表示をしなかった者との間で、後者については出生の時に遡って国籍を失うという区別

これらの区別は合理的な理由のない差別であって、憲法14条1項に違反して違憲無効である。

### [設問1] (配点：50点)

Xの、国籍法12条は憲法14条に違反し無効であるとの憲法上の主張について、これに対して想定される反論との対立点を明確にしつつ、あなた自身の見解について述べなさい。

なお、Y（国）は、国籍法12条の国籍留保制度が設けられた趣旨は「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日本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。従って、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高いため、そのような日本国籍の発生をできるだけ防止するとともに、②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にある」としている。

## 【資料】

### 国籍法

第1条 日本国民たる要件は、この法律の定めるところによる。

(出生による国籍の取得)

第2条 子は、次の場合には、日本国民とする。

一 出生の時に父又は母が日本国民であるとき。

二 出生前に死亡した父が死亡の時に日本国民であつたとき。

三 日本で生まれた場合において、父母がともに知れないとき、又は国籍を有しないとき。

第12条 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（昭和二十二年法律第二百二十四号）の定めるところにより日本の国籍を留保する意思表示しなければ、その出生の時にさかのぼつて日本の国籍を失う。

第17条 第12条の規定により日本の国籍を失つた者で二十歳未満のものは、日本に住所を有するときは、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 (省略)

3 前二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。

### 戸籍法

第102条1項 国籍法（昭和二十五年法律第百四十七号）第3条第1項又は第17条第1項若しくは第2項の規定によつて国籍を取得した場合の国籍取得の届出は、国籍を取得した者が、その取得の日から一箇月以内（その者がその日に国外に在るときは、三箇月以内）に、これをしなければならない。

以 上

2019年11月10日

担当：弁護士 高橋敬一郎

## 参考答案

[憲法・人權]

## 第1 設問についての検討

### 1 憲法14条の解釈

(1) 憲法14条1項が法の下の平等を定めているのは、合理的理由のない差別を禁止する趣旨であり、法的取扱いにおける区別が合理的な根拠に基づくものである限り、同条同項に違反するものではないと解する。

(2) 区別が合理的なものであるかどうかは、法令が区別を設けている立法目的に合理的な根拠があり、且つ、その立法目的を達成する手段として法令の具体的内容が不合理なものではないと解される場合には、憲法14条1項に違反しないと解される。

(3) なお、憲法10条は日本国民たる要件は法律で定める旨を規定しており、これを受けて国籍法は日本国籍の得喪について定めている。国籍に関する要件を定めるに当たっては、歴史的事情、伝統、伝統、政治的、社会のおよび経済的環境など種々の要因を考慮する必要があることから、立法府の裁量判断に委ねる趣旨のものとして解される。

### 2 立法目的についての検討

(1) 国籍法2条1号および2号は、子の出生時において日本国籍を有する父または母との間に法律上の親子関係がある場合、一般的にみて日本国との密接な結びつきがあることから当該子に日本国籍を取得させているものと解される。

しかしながら、国外で出生して日本国籍との重国籍となる子

に関しては例えば、その生活の基盤が永続的に外国に置かれることになるなど、必ずしも日本国との密接な結びつきがあるとは言えない場合があり得る。

国籍法12条は、このような例外的な場合があることを踏まえ、実体を伴わない形骸化した日本国籍の発生をできる限り防止するとともに、内国秩序等の観点から弊害が指摘されている重国籍の発生をできる限り回避することを目的として区別をすることを定めたものであり、このような立法目的には合理的根拠が認められる。

(2) なお、上記解釈については、国際化が進んだ現代においては、日本国籍の取得について地縁的事情よりも血縁的事情だけを考慮すべきなど、立法目的についても合理性が認められないなどの反論が考えられる。

しかしながら、国際化が進んだ現代においてもなお、歴史的事情、伝統、政治的、社会のおよび経済的環境などの要因は地域ごとに大きく異なることを否定することはできず、上記立法目的は国の裁量を逸脱して不合理であるということまでではないと解する。

### 3 立法目的達成手段についての検討

(1) 上記で検討した立法目的の下、国籍法12条が設問記載の区別、すなわち、国外で出生して日本国籍との重国籍になるべき子に関して、日本国内で出生して日本国籍との重国籍になるべ

き子との間に区別を設けていることについても、以下に述べる理由により、国の裁量を逸脱して不合理とまでは言えないと解する。

父または母が日本国籍であることよって日本国籍を取得するか否かについては、子の法的地位の安定からできるだけ子の出生時に確定的に決定されることが望ましい。

この点、出生の届出をすべき父または母による日本国籍留保の意思表示がなされた場合、当該子と日本国との密接な結びつきがあるということができ。

(2) この見解に対して、出生後3か月以内に国籍留保の意思表示をしなければならぬというのは短期間に過ぎ、むしろ子の法的地位の安定を阻害することになりかねないなどの反論が考えられる。

しかしながら、国籍留保の意思表示は、原則として3か月の期間内に出生の届出とともになされれば足りるのであって、意思表示の方法や期間にも相当の配慮がなされていると解する。

3か月の期間内に国籍留保の意思表示がなされなかった場合であっても、国籍法17条1項および3項は、日本に住所があれば20歳に達するまで法務大臣に対する届出をすれば日本国籍を取得することができることを考え併せれば、やはり国籍法12条の内容は、立法府の裁量を逸脱する不合理なものとは言いえないと解する。

## 第2 私の見解

以上述べてきた理由により、私は、国籍法12条の規定は不合理な差別ということではなく、憲法14条1項に違反するものではないと考える。

以上

2019年11月10日

担当：弁護士 高橋敬一郎

# 予備試験答案練習会(憲法・人権)採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
〔設問1〕			
憲法14条についての一般論	〈8〉		
差別禁止の趣旨		2	
合理的区別が許されることの指摘		3	
合理的区別か否かを判断する基準(立法目的と立法目的達成手段)		3	
立法目的についての検討	〈20〉		
国の解釈(立法目的)の指摘		4	
当該立法目的の合理性についての検討		16	
立法目的達成手段についての検討	〈22〉		
立法目的達成手段としての国籍法、戸籍法の指摘		4	
立法目的達成手段の合理性についての検討		8	
当該達成手段の合理性についての検討		8	
結論の明示		2	
合 計	(50)	50	
裁量点	〈10〉		
上記までで合格点がつくようにした。ただし、上記立論のいずれかが多少不足していても他の記述が補っている場合には裁量点によって合格点を与える。総合点数が50点を超えることはない。		10	
合 計			

# 憲法・人権 解説レジュメ

## 第1. 出題の趣旨

本問は、憲法14条と国籍法12条との関係について判示した最高裁判決（最判平成27年3月10日民集69巻2号265頁）を題材にした問題である。

しかし、同判例についての知識量の有無を問うているものではない。論点についての深い知識がなくとも、現場で与えられた材料で解釈（規範定立）し、具体的な事例に対して自分の頭で考えて当てはめができるかどうかを問うている。

なお、司法試験予備試験において出題される憲法の問題は、新しい憲法上の問題や典型論点を外した問題が出題される場合がある。そのような場合でも、人権享有主体性（論ずる必要がない場合も多い）→ 憲法で保障されている人権か → 憲法で保障されている人権だとしても無制限か（場合によっては特別権力関係について論ずる必要がある）→ 制限ができるとしても憲法上許容される制限か（違憲審査基準（規範）の定立）→ 当てはめ（立法目的は合理的か、立法目的達成手段に合理性は認められるか）の思考過程に沿って論述を組み立てることができ、説得力のある当てはめができていれば、憲法（人権）の合格（少なくとも落ちない）答案が作成できると出題者は考えている。

なお、憲法に限らず、どの法律科目でも典型的論点ではない問題が出題される可能性はある。そのためにも、基本書や参考書などで論点の解説がなされていなくとも当該法律科目が何を目的にしているのかを意識し、斜め読みでも条文全体を眺めておくことが好ましい。

出題形式としては、憲法（人権）の過去問で何回か出題されている「反論を踏まえて自分の考えを述べよ」の形式で出題してみた。

## 第2. 設問について

### 1 憲法14条1項の解釈について

憲法14条1項が不合理な「差別」を禁止していること、他方、合理性が認められる「区別」は許容していること（合理的な区別は認めていること）、合理的な区別かどうかについては立法目的と立法目的達成手段に合理性が認められるかどうかによって判断されること、については、学説に特段の異論は認められないし、受講生の皆さんも特に変わった見解を採用している人はいないであろう。

問題は合理性の有無を厳格に判断するのかどうか、という点である。芦部先生は、この点、憲法14条1項後段の列举事由については厳格な基準、同列举事由に当てはまらない区別であって二重の基準を用いて対象となる権利（人権）の性質に応じて厳格な基準を用いるか否かを判断するべきとされているようである（芦部信喜著・高橋和之補訂「憲法」（第5版）130頁）。

これに対し上記判例は、憲法14条1項は、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、何ら同項に反するものではないとしている。



この問題（合理性の有無の判断基準）について、日本国憲法10条をきちんと指摘し、日本国民であるかどうか（日本国籍を取得するかどうか）は、立法府に裁量権が認められている（憲法が立法裁量を認めている）答案は加点事由とした。

なお、旧国籍法第3条1項と憲法第14条について判断した最判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁が、どのような違憲審査基準を用いていたかについても確認されたい。

## 2 国籍の取得要件について

- (1) 国内立法による国籍の取得については、出生によるもの（生来的取得）と出生後の事由によるもの（伝来的取得）とに分かれ、さらに生来的取得については、血統主義と生地主義とに大きく分けられる。
- (2) 生来的取得の内、血統主義とは、自国民の子として出生した子に対しては、自国の領土内で出生したか否かを問わず自国の国籍を付与する主義。最近では血統を父方に限らず、父または母の血統であれば良いとする父母両系血統主義が多く採用されている（日本、ヨーロッパ諸国など）。  
これに対し、生地主義とは、父母の国籍にかかわらず、自国の領土内で出生した子に自国の国籍を付与する主義（アメリカ、カナダ等）。
- (3) 伝来的取得には、婚姻等の身分行為によるもの、意思表示（届出）によるもの、国家行為（帰化）などがある。

## 3 日本の国籍法の構造

国籍法は原則として生来的取得の内、父母両系血統主義を採用し、国籍留保制度によって地縁について一定程度考慮しているという構造をとっているものと解される。

## 4 国籍法12条の立法目的の合理性について

- (1) 二つの立法目的  
国籍法12条の立法目的は、設問でも指摘したとおり、①形骸化した国籍の発生防止、と②重国籍の発生防止・解消にあるものと解されている。このことは現代の日本国でも当てはまるのであろうか。
- (2) 立法目的①の合理性  
日本国籍取得の場面においては、国籍の実効性、すなわち、日本国との密接な結びつきがあるか否かの指標を要求することに合理性が認められる。  
この点、外国で出生した日本国民で外国の国籍も取得した者（重国籍者）は、日本で出生して日本国籍を取得した者と比較した場合、出生時の生活の基盤が外国に置かれている点で日本国と地縁的結合が薄く、また、外国籍を取得している点でその外国との結合関係が強いことは否定できない。  
国籍とは、本来、国家の基本的な要素の一つである国民の範囲を画するための個人と国家の紐帯である。国際法上も、「相互的な権利および義務とともに、結合という社会的事実、すなわち、生存、利益、感情の上の真正な結合をその基礎とする法的きずな」と解されている。  
国内立法で形骸化した国籍の発生を容認した場合、外交的保護権の行使の可否について紛糾が生じる可能性を否定することはできない。  
これらを考え合わせると立法目的①について、その合理性を肯定することができる。

### (3) 立法目的②の合理性

重国籍による弊害には、以下のものが考えられる。

日本国と子が取得した国籍を取得した外国との間で利害対立や紛争が発生した場合、当該外国および日本国の双方に対する矛盾抵触が生じて問題となる場合を否定することができない。

当該重国籍者が日本国の公権力の行使に当たる公務員に就職している場合における当該外国への忠誠義務も問題になり得る。

重国籍による別個の旅券の行使による適正な出入国管理の妨げや重婚の発生などの公益上の問題、内国秩序上の重大な問題が生ずる可能性を否定することができない。

現代では重国籍を容認する国が増えていることも確かであるが、それらの国でも国籍選択制度を設けるなど実効性のない国籍保持者に対しては国籍を喪失させるなどして重国籍の解消を図っている例がみられるのであって、弊害のある重国籍の解消は国籍立法の概念として維持されていると解される。

以上からすると、内国秩序維持の観点から弊害が指摘されている重国籍の発生を回避するという立法目的②は、現代でもなお合理性を有していると解される。

## 5 立法目的達成手段としての国籍法12条の合理性について

### (1) 設問(1)記載の区別について

国籍の生来的取得については、地縁主義の考え方がある。子が通常は出生地における地域社会の構成員としてのその文化に同化していくことになるであろうことに着目して、出生地に国家と個人との結合を見いだすこの考え方には合理性が認められる。

であるとするならば、血統主義を採用しつつも、出生地という地縁要素を我が国との密接な結びつきの指標とすることの合理性を否定することはできない。(1)記載の区別は立法目的の達成手段として合理性があるといえることができる。

### (2) 設問(2)記載の区別について

この法的地位の安定という点から、生来的な国籍の取得はできる限り子の出生時に確定されることが望ましい。

一般的に親は子の福祉や利益を図るべく行動すべきものであり、日本国籍の留保・不留保の判断も同様であると考えられる。その判断を親に委ね、親によるその留保の意思表示をもって日本との密接な結びつきの表れと捉え、日本国籍の生来的取得をその意思表示の有無にかからせた国籍留保制度が合理性を欠くものとは認められない。

戸籍実務上、留保の届出は出生の届出と併せてできるようにされており、その手続も極めて簡明であって、留保の届出に特段の支障はない。

また、国籍留保の意思表示をしなかったことにより日本国籍を喪失した20歳未満の子供について、日本国内に住所を有していれば届出のみで日本国籍を取得できるとする簡易な国籍取得制度(国籍法17条)を新設したことに照らしても、設問(2)記載の区別は立法目的達成手段として合理性があるといえることができる。

## 第3. 結論について

問題文で問われていることについて解答することが肝要であると出題者は考えている。司法試験予備試験の勉強を始められたばかりの人の中には途中答案になってしまう人がいるかもしれない。

その場合でも、「私は・・・と解する。なぜなら・・・」と形式で途中答案になる方が、「本問では・・・が問題となる・・・」という形式で途中答案になるよりも点数がつくのではないか。一般的には、問題

提起 → 解釈論（規範定立） → 当てはめ、という答案形式の方が好ましいとされているし、出題者もそのとおりだと考えているが、出題内容に関する自分の知識、時間配分等、柔軟に対応することも大切だと考える。

法律実務家として問われているのは「条文」「解釈」「当てはめ」を論理的に（論理の飛躍、論理矛盾することなく）展開できる能力なのだから。

#### 第4. 最後に

参考文献として、文中で引用した芦部先生の著書の他に、「最高裁判所判例解説 民事編 平成27年度（上）」106頁以下を参照した。

ただし、あくまでも参考であって、この論点についてこれだけの知識を身につけて欲しいということではない。立法目的、立法目的達成手段について検討するときは、どういう視点が大切になるのかを考えて欲しいのが出題者の願いである。

憲法の場合は、やはり国家的視点（個別の事案では当事者に気の毒な場面であったとしても、国家としてそれを認めたら（許したら）どうなるのか）、個人の人権保障視点（国家権力に負担をかけることになるとしても、この人権は守りきらなければならない）ということになると思う。

公法のみならず、私法、刑事法においても紛争が生ずるということは必ず対立する利益があるはずで、その対立する利益が何なのかを見極め、この問題ではこちらの利益を損なうことになるかもしれないが、あちらの利益を守らなければならない、という視点を忘れないようにして欲しい。

以 上

2019年11月10日

担当：弁護士 高橋敬一郎

## 最優秀答案

回答者 R K 30点

1. Xは、国籍法12条により、日本国籍を取得できないことは、憲法(以下略)14条1項の法の下での平等に反し、違憲・無効だという主張をするが、かかる主張は認められるか。
2. まず、日本国籍の取得は、14条1項により保障されるか。
  - (1) 14条1項では「社会的身分」により差別されないところ、「社会的身分」とは社会生活上の一定の地位を指す。
  - (2) 日本国籍は、それを有することにより、日本人として扱われ、日本で種々の保障や保護を受けられることになる。そのため、日本国籍を有することは社会生活上の一定の地位といえ、日本国籍の取得は、「社会的身分」として14条1項による保障を受ける。
3.
  - (1) 次に、本件では(1)出生により国籍を取得した日本国民の内、日本国内で出生した者と日本国外で出生した者との間で、後者についてのみ、国籍留保の意思表示をしなければ出生時に遡って日本の国籍を失うという区別。
    - (2) 日本国外で出生して外国籍を取得した日本国民の内、出生後3か月以内に国籍留保の意思表示をした者との意思表示をしなかった者との間で、後者のみ出生の時に遡って国籍を失うという区別を受けている。
  - (2) 14条1項の平等は、絶対的平等ではなく、相対的平等をさすと解する。なぜなら、絶対的平等では事実上の差異を無視することになり、逆に不合理となるからである。そして、相対的平等である以上、合理的な区別は許されるどころ、上記(1)、(2)の区別が合理的といえるか審査基準が問題となる。
    - ア 国籍は、それを有することで、その国で、社会生活上の参政権や保険や給付など、様々な保障・保護を受けられることになるから、極めて重要なものといえる。また、どの国の国籍となるかは、両親がどのよ

うな国籍を有するかで決まるものであり、その性質上、子供の意思で変更・選択することができないものである。

イ 制約として、日本国籍を取得できなくなるといものであり、上記のように国籍の重要性にかんがみると、重いものといえる。もっとも、日本国民たる要件は法律で定める（10条）から、国籍の付与は立法府に一定の裁量を与えられている。

ウ 上記のように国籍の権利としての性質や制約の態様などから、国籍法12条による（1）、（2）の区別が合理的といえるか否かは、国籍法12条の①目的が重要であるか ②手段が目的と実質的関連性を有するかで、判断する。

#### 4.

（1）①国籍法12条の目的について、Xからは、日本国外にいるために、日本との結びつきが弱いとするのは短絡的であり、重要ではないと主張される。これに対しYからは国籍法12条の目的は国外にいる者にまで国籍を与えても実効性がないためにそのような日本国籍の発生を防止するとともに、弊害の大きい重国籍をできる限り防止することにあるために重要だと反論される。

この点につき、国籍法12条の目的は、外国で出生した者は日本との地縁的結合が薄いため、日本国籍を取得しても実効性のない形骸化したものになる可能性が高いため、そのような日本国籍の発生をできるだけ防止するとともに、弊害の大きい重国籍を防止することにある。国籍取得によって参政権や各種の保障を受けられる以上、なるべく日本国内で生活し、活動している者を対象にすべきといえるから、上記目的は重要といえる。

（2）②本件での手段をとって国籍留保制度などがあるが、これは父母に子の国籍を選択させる点で、子の意思を無視するもので、相当でないとXに主張する。これに対しYは、生まれたばかりの子に国籍を選択させることは不可能であり、父母しかできないこと、留保をすれば、後に子が選択できるという制度を残していること、3か月で確定しないと子が不安定な地位に置かれることから、相当であり、実質的関連性を有すると反論される。

この点、確かに、父母に選択させる点で子にとっては子の意思を無視させるおそれもあり、不相当とも思える。しかし、留保制度があることや、3か月以内に決定しなければ、子の国籍という地位が不安定になること、さらに、

日本に住所を有する20歳未満の者で国籍法12条に当たる者は日本国籍を取得できる（国籍法17条）から、相当であり、実質的関連性を有する。

5. よって本件（1）、（2）の区別は合理的といえ、国籍法12条は14条に反しない。

以 上

# 採点講評

(2019年11月10日 憲法・人権)

1 採点基準は50点満点としていますが、合格答案には30点以上の点数を、合格答案に準ずる答案には25点から29点の点数をつけるようにしました。

2 XはP国人なので、外国人の人権享有主体性を論じている答案が幾つか見られました。

国籍を取得する権利が憲法で保障される基本的人権かという問題について検討している答案も幾つか見られました。

憲法14条の解釈論（違憲審査基準の定立まで）についても、XとYの対立を検討している答案も幾つか見られました。

これらについては問題文も良くなかったかも知れません。「なお、Xの人権享有主体性については論じなくても良い」「違憲審査基準について対立を検討する必要はない」などの工夫をすれば、受講生の皆さんが迷わないようにできたでしょう。反省しています。

ただ、問題文のXの主張とYの主張とを対比すれば、立法目的の合理性、立法目的達成手段（国籍法の定め方）の合理性を主として問うことが分かったと思いますので、上記のような論点に分量を割いてしまうことは回避することができたと思います。

また、憲法10条を認識していれば、国民の要件（日本国籍を有するか否か）は基本的人権の問題ではなく、立法府の裁量が憲法上許される限度を超えているかどうかの問題であることも分かったのではないかと思います。

3 ほとんどの答案に、問題文に書かれている具体的な事実を用いて（当てはめて）解決しようとする姿勢が見られてことは、姿勢としてとても良いことだと思います。

ただ、当てはめは、きちんとした規範（基準）を定立すればこそ点数を稼ぐことができる作業です。ですから、規範（基準）をきちんと論述することがとても大切なこととなります。

また、今回は国籍の形骸化、二重国籍など普段あまり検討しない問題について出題しましたが、解説どおりの内容でなくとも、国籍の形骸化や二重国籍とはどのような具体的な問題か検討している答案は好印象を受けました。

4 司法試験予備試験、司法試験では、必ず求められている結論があります（Aの行為は違憲か。BはCに対して損害賠償請求できるか。Dの罪責は）その間に対応する結論は答案上で必ず示しておく癖をつけて下さい。知識不足でも勉強不足でも。結論を示せば（1点、2点かもしれませんが）点数は必ずつきます。途中答案はできるかぎり止めましょう。

- 5 憲法は条文数が少ないので、一つの条文から、「憲法で保障される基本的人権か、当該人権は制約を受けないのか、制約を受けるとして当該制約が憲法上許されるものなのかどうかを判断する基準は？」というところまで解釈で導き出し、「ではその基準を当てはめると結論はどうなるのか」まで答案で示さなければなりません。
- 逆に言えば、そこさえ押さえておけばあまり解釈論で悩まなくて済むはず（当てはめに力を注ぐことができます）。

以 上



# 司法試験予備試験答案練習会 2019年11月10日分 得点分布表

憲法・人権

出席者 47名 平均点 15.9点

