

平成19年(行サ)第28号

2007年5月7日

上 告 理 由 書

上告人

リョウ仔・

外8名

被上告人 国

最高裁判所 御中

上告人ら訴訟代理人

弁 護 士 近 藤 博 徳

弁 護 士 張 學 鍊

弁 護 士 金 竜 介

弁 護 士 西 田 美 樹

弁 護 士 濱 野 泰 嘉

弁 護 士 細 田 は づ き

弁 護 士 山 口 元 一

目 次

理由要旨	4
第1 問題の所在	8
1 法改正の経緯	8
2 本件の問題の所在	9
第2 原判決の問題点	9
第3 憲法81条の解釈の誤り	10
1 原判決の判示	10
2 憲法81条の文言上及び解釈上かかる制約はない	10
3 違憲判断の効果について	10
4 違憲判断の意味について	11
5 違憲立法審査権の役割	11
6 憲法14条1項の形骸化	12
7 立法者意思に拘泥することの問題性	12
8 国籍法の解釈のあり方について	12
9 結論	14
第4 国籍法3条1項の憲法14条1項適合性に関する判断について	14
1 法3条1項の合憲性に関する原判決の判断	14
2 国籍を有しないことによる実質的な不都合	15
3 準正子と非嫡出子を差別する根拠	16
4 準正子と非嫡出子を差別する根拠についての批判	17
第5 「法律婚尊重主義」について	23
1 原判決の判示とその問題点	23
2 民法900条4号但書きの合憲性を巡る議論について	24
3 その他の民法の規定について	26
第6 偽装認知防止の観点について	27
1 原判決の判示	27
2 原判決に対する批判	27
第7 簡易帰化制度の存在について	28
1 原判決の判示	28

2	原判決の批判	28
3	帰化申請の困難性	29
第8	法3条1項の準正要件の合憲性に関する結論	31
第9	国籍法3条1項の立法目的に関する解釈の誤りについて	31
1	1984（昭和59）年法改正の趣旨	31
2	法改正の趣旨に関する原判決の理解の誤り	32
3	本来の法改正の目的・趣旨に則した憲法判断の必要性	33

理由要旨

第1 問題の所在

国籍法は、1984（昭和59）年法改正で父母両系血統主義を採用したが、その結果日本人母の子は嫡出・被嫡出を問わず出生により当然に日本国籍を取得することとなったのに対し、日本人父の非嫡出子として出生した子は改正前と同様帰化手続によらなければ日本国籍を取得できないままであるという、改正前とは逆転した不平等状態が発生した。法3条1項は上記の日本人父の非嫡出子として出生した子のうち準正が成立したものについてのみ伝来的な国籍取得を認めたが、その結果準正が成立した子とそうでない非嫡出子との間に新たな不平等状態が発生した。

第2 原判決の問題点

原判決には、①憲法81条が規定する違憲立法審査権に関する解釈の誤り、②国籍法3条1項の合憲性に関する判断の誤り、③国籍法3条1項の立法理由に関する解釈の誤り、が存在する。

第3 憲法81条の解釈の誤り

「法3条1項のうちの上記要件のみが憲法14条1項に違反して無効であるとして、そのことから非嫡出子が認知と届出のみによって日本国籍を取得できるものと解することは、法解釈の名の下に、実質的に国籍法に定めのない国籍取得の要件を創設するものにほかならず、裁判所がこのような国会の本来的な機能である立法作用を行うことは憲法81条の違憲立法審査権の限界を逸脱するものであって許されない」とする原判決の判示は、憲法81条の解釈を誤ったものである。その理由は以下の通りである。

- ① 憲法81条の文言上、また学説上も、法律の一部を違憲無効とすることが禁止されるとの解釈は存在しない。
- ② 違憲判断の効果は当該事件限りであり、一般的に法令を無効とするものではない。
- ③ 違憲判断はあくまで存在する法令について合憲違憲の判断をするものであり、「あるべき制度」を提示するものではないから実質的な立法行為とはならない。
- ④ 不平等規定によって国籍取得から制度的に排除されている者はその不利益を立法過程によって是正することが不可能であり、裁判所による積極的な違憲判断が必要な場面である。

- ⑤ 原判決の判示を前提とするならば権利付与規定における不平等扱いについて裁判所は違憲判断をすることが出来ないことになり、憲法14条1項は形骸化・死文化する。
- ⑥ 不平等扱いをする立法者意思が明確であるからといって違憲判断が出来ないとするのは背理である。
- ⑦ 国籍法について拡張解釈ないし類推解釈が許されないとする原判決の判示には根拠はなく、むしろ国籍法について合理的な拡張解釈を行っているのが最高裁判所の姿勢である。

第4 国籍法3条1項の憲法14条1項適合性に関する判断について

日本国籍を有しない者は、日本の主権者となり得ず、代表民主制においてその意思を政治過程に反映させることもできない。また憲法が保障する基本的人権の完全な享受も受けられず、社会的な差別にも晒される。このように日本国籍を有するか否かは日本に生活するものにとって非常に重大な利害を有する事柄である。

原判決は「準正子は日本人父と生活の一体化が生じ、日本人父の家族関係に包摂されることによって日本との結びつきが強まるから日本国籍を付与するにふさわしく、この点で非嫡出子とは区別される」と判示する。しかしながら、この判示には理由がなく、国籍法3条1項の準正要件は憲法14条1項に反する。理由は以下の通りである。

- ① 「日本人父との生活の一体化」ないし「日本人父の家族関係への包摂」には何らの実体的内容がない。
- ② 法3条1項は「血統主義の補完の制度」と位置付けられるが、法2条1号にはこのような要件は求められておらず、制度の整合性が認められない。
- ③ 日本の国籍法制上も嫡出・非嫡出を理由に国籍取得について差異を設けた制度は存在しなかった。
- ④ 原判決の判示は平成14年11月22日最高裁判決との整合性を有しない。
- ⑤ 民法789条2項において婚姻解消後の認知（裁判認知、死後認知を含む）によっても準正が成立するとされていることから分かるように、準正制度はその制度設計上も「日本人父との生活の一体化」「日本人父の家族関係への包摂」を予定していない。

第5 「法律婚尊重主義」について

法律婚尊重主義は嫡出子と非嫡出子の間のあらゆる差別的取扱について合理性を基礎づけるものではない。特に親を選ぶことが出来ず非嫡出子として出生する子についての不平等

扱いは憲法14条1項ひいては憲法13条個人の尊重原則にも反するおそれがあるから、慎重に判断する必要がある。

民法900条4号但書の合憲性について最高裁の合憲判断が下されているにもかかわらずなお厳しい批判があること、同条の合理性は嫡出子と非嫡出子の利害が衝突する場面において一方を排除するのではなく両者を具体的に調整するものである点に求められる。これに対し法3条1項は準正子と非嫡出子の利害が衝突する場面ではないにもかかわらず、非嫡出子を伝来的国籍取得から完全に排除するものであって、法律婚尊重主義からはその合理性を到底根拠付けられない。

第6 偽装認知防止の観点について

認知による伝来的国籍取得を認めることによって偽装認知が横行する、との主張には実証的根拠はない。またかかる偽装行為は認知に限らないのに、認知についてのみ偽装のおそれを強調するのは整合性を欠く。偽装認知という病理現象を理由に真実の認知まで一律に伝来的国籍取得から排除するのは明らかに本末転倒であり、国籍を取得することによる利益の重大性を考えるならば、到底法3条1項の差別の合理性を根拠付けるものではない。

第7 簡易帰化制度の存在について

法務大臣の広範な裁量権に依存する帰化制度は届出により国籍取得を認める法3条1項の代替とはなり得ない。このことは、1984（昭和59）年法改正前から簡易帰化制度が存在していたにもかかわらず、父母両系血統主義を採用し、さらに「制度上大きな不均衡がある」として法3条1項を設けたことから、立法者も認識していたものである。

第8 法3条1項の準正要件の合憲性に関する結論

以上から、法3条1項の準正要件は憲法14条1項に反する。

第9 国籍法3条1項の立法目的に関する解釈の誤りについて

1984（昭和59）年法改正の目的は、父母両系血統主義の採用であった。その採用に伴い不可避免的に発生する新たな不平等状態（日本人母の子は非嫡出子であっても生来的国籍取得が認められるのに対し、日本人父の非嫡出子は胎児認知を受けた場合の他は帰化によらなければ日本国籍を取得できない）を解消するために、新たな伝来的国籍取得の制度を設け

る必要があった。このような法改正の趣旨・目的からするならば、法3条1項の準正要件を違憲無効とし、認知及び届出によって日本国籍を取得するとすることは、法改正の趣旨と矛盾するものではなく、むしろ法改正の目的をよりよく実現するものである。

第1 問題の所在

1 法改正の経緯

- (1) 改正前国籍法においては、日本人父と外国人母の嫡出子及び日本人父から胎児認知を受けた非嫡出子は出生により日本国籍を取得するのに対し、日本人母と外国人父の嫡出子及び日本人父から出生後認知を受けた非嫡出子は帰化手続による国籍取得が予定されていた。これを表に表すと以下の通りである。

	嫡出子	胎児認知	準正子	出生後認知
日本人父	○	○	×	×
日本人母	×	—	×	×

(いずれも他方配偶者は外国籍。以下同じ)

- (2) 1984(昭和59)年改正で採用された父母両系血統主義は、日本人母の子として出生した者については嫡出子、非嫡出子を問わず出生により当然に日本国籍を取得するという結果をもたらすこととなった。これに対して日本人父の子の生来的国籍取得については改正前と変わらず、嫡出子若しくは胎児認知を受けた者のみが出生により日本国籍を取得する。

	嫡出子	胎児認知	準正子	出生後認知
日本人父	○	○	×	×
日本人母	○	—	○	○

- (3) このように両系血統主義の採用によって、日本人父の子のうち一定の範囲(出生後認知された非嫡出子)について生来的国籍取得の機会から取り残されてしまうという、従来とは逆の不平等状態が生じることとなってしまった。しかも改正前は伝来的国籍取得を認める制度は存在しなかったため、これら生来的国籍取得から取り残された者は帰化によるほか日本国籍を取得する手段がないこととなった。

法3条1項はこのように生来的国籍取得から取り残された「日本人父から出生後認知を受けた非嫡出子」のうち更に範囲を限定したものについて出生後の届出によって日本国籍の取得を認めるものである。

	嫡出子	胎児認知	準正子	出生後認知
日本人父	○	○	○	×
日本人母	○	—	○	○

2 本件の問題の所在

このように、両系血統主義の採用によって日本人母の子全てについて生来的国籍取得の道が開かれたが、日本人父の子のうち出生後認知によるものは生来的国籍取得が認められず、帰化によるほか国籍取得の道がない、という新たな不平等状態が発生することになった。法3条1項は、出生による国籍取得から取り残された、日本人父の非嫡出子として出生した者の一部について伝来的国籍取得の機会を与えることになったが、その結果さらに、同じく日本人父の非嫡出子として出生した者のうち届出という簡易な手続によって国籍を取得できるもの（準正子）と帰化手続によらなければ国籍取得が認められないもの（準正の成立していない非嫡出子）との間に新たな不平等を生じさせることとなった。

この不平等が憲法14条1項に反しないか、が本件の問題の所在である。

第2 原判決の問題点

原判決は、憲法14条1項違反を理由として、法3条1項が規定する要件の一部のみを違憲無効とすることは違憲立法審査権の限界を逸脱するものであり許されない、と判断した。また、法3条1項の準正要件について日本人父との生活の一体化ないし日本人父の家族関係への包摂の有無によって伝来的国籍取得について準正子と非嫡出子を差別扱いするものであるとし、さらに判決理由では明確に述べていないが、かかる準正要件は合理性を有し憲法14条1項に反しない、とするもののようである。

かかる原判決には、

- ① 憲法81条が規定する違憲立法審査権に関する解釈の誤り、
 - ② 国籍法3条1項の合憲性に関する判断の誤り、
 - ③ 国籍法3条1項の立法理由に関する解釈の誤り、
- が存在する。以下、それぞれについて論じる。

第3 憲法81条の解釈の誤り

1 原判決の判示

原判決は、「法3条1項は、日本人父の子のうち、父の認知と父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した者に対する規定であり、非嫡出子は含まれないものとして成立したものであるから、上記要件を無効としたところで、同条項に基づき非嫡出子が法務大臣に対する届出により国籍を取得することができるものと解することはできない。仮に被控訴人らが主張するように法3条1項のうち上記要件のみが憲法14条1項に違反して無効であるとして、そのことから非嫡出子が認知と届出のみによって日本国籍を取得できるものと解することは、法解釈の名の下に、実質的に国籍法に定めのない国籍取得の要件を創設するものにほかならず、裁判所がこのような国会の本来的な機能である立法作用を行うことは憲法81条の違憲立法審査権の限界を逸脱するものであって許されないというべきである。」(20~21頁)と判示する。

しかしながら、かかる原判決の判示は以下の理由で誤りである。

2 憲法81条の文言上及び解釈上かかる制約はない

憲法81条は、「最高裁判所は、一切の法律、命令規則又は処分が憲法に適合するか否かを決定する権限を有する終審裁判所である。」と定める。その文言上、法律の規定の一部や要件の一部について違憲判断をすることが禁止され、あるいは制限されるとは定められていない。学説上も、「法律が定める要件の一部のみを違憲無効と判断することは違憲立法審査権の限界を逸脱するものであり許されない」とする憲法解釈は存在しない。論理的に考えても、法律の一つの条項全体を違憲無効とすることが可能であるのに、その一部分を違憲無効とすることができない、との解釈はあり得ないというべきである。

3 違憲判断の効果について

原判決は、法3条1項のうち準正要件のみを違憲とすることは「法解釈の名の下に、実質的に国籍法に定めのない国籍取得の要件を創設するものにほかなら」ない、とする。しかしながら、付随的違憲審査制の下での違憲判断の拘束力は当該訴訟当事者限りのものとされており、既存の法律を一般的に改変したりその一部を当然に無効にするものではないことは、憲法81条の解釈として争いのないところである。法3条1項の準正要件そのものは違憲判断にもかかわらず(国会において改正されない限り)法律として有効に存在するのであり、準正要件を違憲と判断することが「国籍法に定めのない国籍取得の要件を創設する」ことに

なるものではない。

4 違憲判断の意味について

上記の通り、原判決は準正要件を無効とするときは実質的に新たな国籍取得の要件を創設することになる、と判示するが、違憲判断はあくまで現行制度を前提に当該個別事件の解決に必要な限りで違憲性の判断をするにとどまるのであり、準正要件を違憲と判断したからといって、その判断が「伝来的国籍取得の制度はこうあるべきである」という制度を提示するものではない。裁判所の違憲判断を受けて憲法に適合するよう法律を改正するのは立法府の役割であり、その際に立法府は準正要件を違憲とした裁判所の判断を尊重すべきことは当然ではあるが、だからといって「認知」と「届出」以外の要件を付加することが禁止されるわけではなく、法の適正な運用に必要かつ有用な範囲で新たな要件を加えることはもとより可能である。

5 違憲立法審査権の役割

憲法が裁判所に違憲立法審査権を付与した目的は、個人や少数者が政治社会過程から排除されることのないよう裁判所が配慮し、立憲民主主義過程の維持保全に積極的に寄与していくことを期待したものである。後述するとおり、国籍の有無は主権者としての地位に関わるものであるばかりでなく、日本国籍を有しない者は代表民主制下においてその政治的意見を立法過程に反映させることも不可能であり、日本の政治社会過程から制度的に排除されているのであるから、民主制の過程を通じて不平等を是正させることも原理的に不可能である。国籍の付与に関する不平等の救済は、裁判所における違憲立法審査権の行使によってしかなしえないのである。

6 憲法14条1項の形骸化

個人の権利自由に関する法令には、個人の自由を制限する内容の規定と、個人に対して権利を付与する内容の規定が存在する。自由権を制限する規定が一部の者の自由権のみを制限している場合には、憲法14条1項違反を理由に当該制限規定を違憲無効とすれば足りる。これに対し、権利を付与する規定が一部の者のみに権利付与し、憲法14条1項違反の状態を作出している場合は、当該規定全体を違憲無効としても不利益を受けている者への権利付与は実現せず、当該規定において差別を生じさせている要件を違憲無効とする以外に、差別

扱いを受けている者が権利を享受する方法はない。しかるに、原判決のように要件の一部を違憲無効とすることが違憲立法審査権の限界を逸脱し許されない、とするならば、権利付与規定における憲法14条1項違反を司法権が是正することはおよそ不可能となる。国民生活における国家の役割が著しく大きくなっている今日において、違憲立法審査権についてこのような解釈を採るときは大半の不平等法令について憲法14条1項は実質的に裁判規範性を否定されることになり、平等原則は形骸化、死文化してしまう。

7 立法者意思に拘泥することの問題性

原判決は、法3条1項が「法務大臣に対する届出により国籍を取得できる要件として、「父母の婚姻及び認知により嫡出子たる身分を取得した子」と明示し、「婚姻」、「認知」、「嫡出子」という明確な概念によって立法者の意思も一義的に示されているものということができる。」と判示している。しかしながら、法3条1項が準正子と非嫡出子を不平等扱いすることが法文上一義的に明らかであるから違憲判断はできない、というのは明らかな背理である。ある制度において立法者が差別扱いをすることを目的として要件を付加しているのであれば、その立法者の意図自体が憲法に反するのであり、（一部違憲無効の判断も含め）法令を憲法に適合するように解釈するべきである。

8 国籍法の解釈のあり方について

- (1) 原判決は「国会が法律で定めた国籍の得喪に関する要件は、規定の性質上、もともと法律の文言を厳格に解することが要請されるものであり、立法者の意思に反するような拡張解釈あるいは類推解釈は許されないというべきである（最高裁昭和48年11月16日第二小法廷判決・民集27巻10号1333頁参照）。」とも判示する。

しかし、引用されている最高裁昭和48年11月16日判決の事案は、譲渡担保による不動産の取得に不動産取得税が課されるか、譲渡担保は委託者から受託者への信託財産への課税免除を定める地方税法73条の7第3号（当時）の類推適用が認められるか、が争われたものであり。そしてその判示も、譲渡担保による不動産の取得に不動産取得税が課税されるとした上で、「地方税法73条の7第3号は信託財産を移す場合における不動産の取得についてだけ非課税とすべき旨を定めたものであり、租税法の規定はみだりに拡張適用すべきものではないから、譲渡担保による不動産の取得についてはこれを類推適用すべきものではない。」としたものであって、国籍法とは全く無関係の判例であるのみならず、法令の解釈に

関する一般論を述べたものでもない。したがって、かかる最高裁判例を理由に国籍法の拡張解釈あるいは類推解釈が許されないという結論が導かれるものではないことは自明である。

(2) また、平成9年10月17日の最高裁判決は、日本人夫と婚姻関係にある外国人妻が夫以外の日本人男性との間にもうけた子について、

「戸籍の記載上嫡出の推定がされない場合には、胎児認知という手続を執ることにより、子が生来的に日本国籍を取得するみちが開かれているのに、右推定がされる場合には、胎児認知という手続を適法に執ることができないため、子が生来的に日本国籍を取得するみちがないとすると、同じく外国人の嫡出で内子でありながら、戸籍の記載いかんにより、子が生来的に日本国籍を取得するみちに著しい差異があることになるが、このような著しい足を生ずるような解釈をすることに合理性があるとはいえない。したがって、できる限り右両者に同等のみちが開かれるように、同法2条1号の規定を合理的に解釈適用するのが相当である。右の見地からすると、客観的にみて、戸籍の記載上嫡出の推定がされなければ日本人である父により胎児認知がされたであろうと認めるべき特段の事情がある場合には、右胎児認知がされた場合に準じて、国籍法2条1項の適用を認め、子は生来的に日本国籍を取得すると解するのが相当である。そして、生来的な日本国籍の取得はできる限り子の出生時に確定的に決定されることが望ましいことに照らせば、右の特段の事情があるというためには、母の夫と子との間の親子関係の不存在を確定するための法的手続がこの出生後遅滞なく執られた上、右不存在が確定された認知の届出を適法にすることができるようになった後速やかに認知の届出がされることを要すると解すべきである。」

として、法2条1号の拡張解釈を肯定している。このように、最高裁は原判決のいうように国籍の得喪に関する要件について一切の拡張解釈・類推解釈を許さないという立場を採っていないことは明らかである。

9 結論

以上の通り、法3条1項の要件のうち準正要件のみを違憲無効と判断することが違憲立法審査権の限界を逸脱したものである、との原判決の判断は、法文上及び解釈上の根拠はなく、むしろ違憲立法審査権が裁判所に付与された趣旨及びそれが果たすべき役割に反し、国籍取得の機会を制度的に奪われている者の救済のみちを否定するばかりか、憲法14条1項を実質的に形骸化・死文化するものであって、憲法81条の解釈に関し重大な誤りを有するものというべきである。

第4 国籍法3条1項の憲法14条1項適合性に関する判断について

1 法3条1項の合憲性に関する原判決の判断

- (1) 原判決は法3条1項の準正要件が憲法14条1項に反しないか、について結論を述べておらず、その判断内容は必ずしも明らかではない。しかしながら、「法律婚尊重主義が採られている我が国においては、日本人父と外国人母との間の子のうち、日本人父による認知を受けているのみの非嫡出子よりも、父母の婚姻により嫡出子の身分を取得した準正子の方が、類型的にみて、日本人父の家族に包摂され、我が国との結び付きが密接であることは肯定しうるものというべきである。」(19頁)、「国籍の伝来的取得について日本人父と子の生活の一体化等を考慮することが不合理であるとまではいえない」(21頁)等の判示を見るならば、原判決は法3条1項は憲法14条1項に反しない、との立場に立つものと解される。
- (2) 「第1 問題の所在」で指摘したとおり、法3条1項の準正要件が伝来的国籍取得において準正子と非嫡出子を差別扱いしていることは明らかである。

憲法14条1項は法の下での平等を保障するが、その保障の内容は絶対的平等ではなく、相対的平等(実質的平等)を保障するものとされる。したがって、合理的根拠に基づく差別的取り扱いには直ちに憲法14条1項違反とはならないとされ、差別的取扱いに合理的根拠があるか否かが問題となる。

そこで、法3条1項の準正要件が伝来的国籍取得において準正子と非嫡出子を差別していることに合理的根拠があるか否か、を検討する。

以下ではまず第一に、日本国籍を有しないことによる実質的な不都合を検討し、次にそれらの不都合を甘受してもなお差別扱いをすべき必要性和許容性を検討する。

2 国籍を有しないことによる実質的な不都合

- (1) 日本国籍を有しないということは、すなわち日本国の主権者の地位を認められないということであり、この点で日本人父の準正子と非嫡出子との間にはその法的地位に関し決定的に重大な差異が存在する。また、主権者たる地位を有しない日本人父の非嫡出子は参政権も有せず、日本国の政治過程に選挙を通じて参加する機会も制度的に有しないことになる。これもまた法的には極めて大きな不利益といえることができる。
- (2) 日本人と外国人のあいだに生まれた子が日本国籍を与えられないときは、憲法が定める基本的人権の保障を完全には享受し得ないことになる。そのため、例えば表現活動の実質的な

制限（いわゆるマクリーン事件において、昭和53年10月4日最高裁大法廷判決は政治的表現活動を理由として在留資格更新不許可処分をしたことは憲法21条に反しない、と判断した）、出入国及び日本在住に対する制限（出入国管理及び難民認定法、外国人登録法）、公職就任の制限（国家公務員法、地方自治法、人事院規則、等）、職業選択及び事業活動等の制限（公証人法12条1号、電波法5条1項1号、等）、財産権の制限（鉱業法17条、船舶法1条2号、航空法4条1項1号、等）など様々な制限を受ける。

- (3) 日本人と外国人のあいだに生まれた子が日本国籍を与えられないときは、社会生活の中でも様々な差別を受けることになる。例えば就学における差別、就職における差別、住まいの賃貸借契約など居住に関する差別、結婚における差別、事業経営など経済活動における差別など、枚挙にいとまがない。
- (4) このように、日本国籍取得の成否は、その者が日本で生活をしていくに当たって重大な影響を及ぼすものである。

3 準正子と非嫡出子を差別する根拠

原判決は「準正子は、出生時に父母が婚姻していた場合の子と同様、父母の下で監護・養育を受けて成長することが予定され、父との結合関係があり生活の一体化が見られるのが通例であると考えられることから、このような準正子については、帰化の手続によることなく、より簡易な方法による国籍取得の方法を認めるのが相当であるとして設けられたものである。」（17頁）、「法3条1項は、日本人父の子の出生が父母の婚姻前であるか後であるかによることのみによって国籍取得のあり方に違いが生ずることの不均衡をできるだけ是正することを目的として定められたものであり、日本人父の準正子は、類型的にみて、父母の婚姻により日本人父の家族関係に包摂され、我が国との結び付きが密接になることから、法務大臣に対する届出による伝来的な国籍取得を認めたものと解することができる。」（19～20頁）と判示する。

また、細川清・「法務省民事局内法務研究会編 改正国籍法・戸籍法の解説」は、「親子関係により我が国との結合が生ずるのは、子が日本国民の家族に包含されることによって日本社会の構成員になることによるのであるから、日本国民の嫡出子については、当該日本国民が父であるか母であるかを問わず、日本国籍を付与することが適当である。これに対し、非嫡出子は、正常でない家族関係における子であって、あらゆる場合に、嫡出子と同様親子の実質的結合関係が生ずるとは言い難いから、嫡出子とは別個の考慮が必要である。民法上

非嫡出子は母の氏を称し（民法790条2項）、母の親権に服する（民法819条4項）ものとされていることから明らかなとおり、非嫡出子の父子関係は、通常、母子関係に比して、実質上の結合関係即ち生活の同一性が極めて希薄である。」（甲2号証11頁）と述べている。

このように、準正子と非嫡出子を「日本人父との生活の一体化」「日本人父の家族関係への包摂」の有無によって伝来的国籍取得において差別することにはいかなる合理性があるであろうか。

4 準正子と非嫡出子を差別する根拠についての批判

- (1) 「日本人父との生活の一体化」「日本人父の家族関係への包摂」は法律的にも社会的にも実体のない、内容空疎な概念である。

「生活の一体化」とは、通常理解を前提とするならば同居関係を意味するものと解される。しかしながら、嫡出・非嫡出は子の法的地位であるのに対し、生活の一体性すなわち同居関係の有無というのは事実関係であり、両者は一致しない。

また、原判決は準正が成立すれば父子の間に生活の一体性が生じる、としているが、このような社会的事実を証明する統計資料も研究報告もない。第一審において裁判所が当事者双方に対し、準正の成立と父子の生活の一体性の成立の関連性（があることもしくはないこと）を根拠付ける資料の提出を求めたが、実質的な立法者である国側ですらそのような証拠を提出することができなかった。もちろん、1984（昭和59）年法改正時にも法3条1項の立法事実となるべきこのような統計データは一切示されていない（法3条1項の制定作業がこのような立法事実に基づかず、感覚にのみ依拠した推論によってなされたものであることは、「生活実態と致しますと嫡出子の場合とはかなり違うのではないか」「生活環境といたしまして父と子との間に、何と申しますか実質的な結び付きが非常に薄いであろう」などと言う曖昧な答弁からも分かることである）。すなわち、法3条1項制定時にはその根拠となる「準正＝生活の一体化」という立法事実の有無は全く証明されておらず、それは今日に至るまで証明されていないのである。

さらに、生活の一体性すなわち同居関係という事実状態は、時間の経過により刻々と変化する可能性がある。例えば両親が離婚した後300日以内に出生した子は、日本人父との生活の一体化を全く経験していないにもかかわらず、当然に日本国籍を取得する。また準正の場面についてみても、後述するとおり準正による国籍取得は両親の婚姻解消後の裁判認知若

しくは日本人父が死亡した後の死後認知によっても認められるが、これらのケースでは両親が婚姻中あるいは日本人父が生存中は法律上の父子関係は成立していないのであるから、「生活の一体性がある」として準正による国籍取得の根拠とすることは不可能である。

原判決が用いている「包摂」という言葉は、「ある概念が、より一般的な概念に包括される従属関係。例えば、哺乳類が脊椎動物に従属する関係。」を意味するとされている（「広辞苑」より）。しかるにこの用法によって原判決の上記判示を理解しようとする、「日本人父の準正子」という概念が、類型的に「日本人父の家族関係」というより一般的な概念に従属する関係にある、という趣旨になる。これは法的な地位についての関係を述べているのか、事実状態について述べているのか、それともそれ以外の関係性について論じているのか、全く不明である。

原判決が伝来的国籍取得において準正子と非嫡出子を差別扱いすることに合理性があるとする理由の根幹部分がこのように全く意味不明であることは、とりまなおさず日本人父から認知を受けた非嫡出子のうち準正子に限って簡易な手続による国籍取得を認めることに合理的根拠がないことの証左というべきである。

なお、仮に「生活の一体化」なるものがかつて観念し得たとしても、今日の社会においては国際化が進み、価値観が多様化して家族の生活の態様も一様ではなく、それに応じて子どもとの関係も様々な変容を受けており、婚姻という外形を採ったかどうかということによってその緊密さを判断することは必ずしも現実には符合せず、親が婚姻しているかどうかによってその子が国籍を取得することができるかどうかに差異を設けることに格別の合理性を見いだすことは困難というべきである（最高裁判平成14年11月22日判決における梶谷玄、滝井繁男両裁判官の補足意見）。

- (2) 生来的国籍取得には日本人父との間に「生活の一体化」「日本人父の家族関係への包摂」といった結び付き要求されていない。

平成14年11月22日最高裁判決は、「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したものである。」と判示し、生来的国籍取得において日本との結び付きを決するメルクマールは出生時における日本人親との法律上の親子関係の有無である、としている。もとより伝来的国籍取得において生来的国籍取得と異なる要件を設けることが一概に否定されるものではないが、別個の要件を

設けることに関しては合理的な根拠を要するものであるにもかかわらず、かかる合理的根拠は示されていない。

また、外国人母の非嫡出子で日本人父に胎児認知されたものは日本人父との生活の一体化はないが、日本国籍が付与されることには争いがない。このような別異の扱いの理由については全く説明が付かない。

このように、法3条1項が法2条1号にない「日本人父との生活の一体化」「日本人父の家族関係への包摂」を要求する点について、これを「適用法条が異なるから」と弁明することとは無意味である。法3条1項は、伝来的国籍取得に関する規定ではありながら、日本人親との血統から全く離れて設けられた制度ではなく、むしろ「血統主義の補完」として設けられたものであるとされている。そうであるならば、法3条1項の要件も法2条1号との関係で整合性を有するべきであり、伝来的国籍取得の場面において法2条1号にさらに準正要件を付加することの合理的理由が必要というべきである。しかるに、原判決の判示による限り、同様に日本人父との生活の一体化がないにもかかわらず、何故に一方は出生時の親子関係の存在のみによって国籍取得が認められ、他方は認知に加え両親の婚姻まで要求されるかについての合理的根拠がないのである。

(3) 旧国籍法、改正前国籍法においてもこのような結び付きを国籍付与の根拠とした制度は存在しなかった。すなわち、

① 旧国籍法では、子が日本人親の国籍を承継することが規定された条項は以下の通りである。

1条 子は出生の時其父が日本人なるときは之を日本人とす（後略）

3条 父が知れざる場合又は国籍を有せざる場合に於て母が日本人なるときは其子は之を日本人とす

5条 外国人は左の場合に於いて日本の国籍を取得す

3号 日本人たる父又は母に依りて認知せられたるとき

このうち、「出生の時其父が日本人なるとき」とは出生時に日本人父との法律上の親子関係が成立することを意味するとされ、法律上の父子関係の成立には胎児認知による場合も含まれるとされていたから、日本人父から胎児認知を受けた非嫡出子は出生により日本国籍を取得するとされていた。したがって、出生による国籍取得の場面では嫡出・非嫡出の区別はなかった。

他方、外国人父と日本人母の間の子は嫡出子であっても日本国籍を取得しないとされて

いた。また補充的に母系血統による国籍取得を認めた法3条も、「父が知れない場合」（多くの場合、父母の婚姻はなかったと推測される）と「父が無国籍の場合」（父母が婚姻している場合としていない場合とがあり得る）とを予定していることから、その子が嫡出子か非嫡出子かによって国籍取得を区別するものではないことが明らかである。

このように、旧国籍法は、出生による国籍取得において嫡出子と非嫡出子を区別していなかった。

また、出生後の国籍取得の場面でも、日本人父から認知された非嫡出子の国籍取得を認めており（旧法5条3号）、嫡出子に対して非嫡出子の国籍取得を制限的に扱っていた、という事実は存在しない。

- ② 1984年改正前の現行国籍法は、出生による国籍取得について父系血統主義を採用し、他方で旧法にあった認知による国籍取得制度を廃止した。改正前法において、子が日本人親の国籍を承継することが規定された条項は以下の通りである。

2条 子は、左の場合には、日本国民とする。

1号 出生の時に父が日本国民であるとき。

3号 父が知れない場合又は国籍を有しない場合において、母が日本国民であるとき。

改正前2条1号の解釈は旧法1条と同じであり、出生による国籍取得の場面では嫡出子と非嫡出子の区別はない。また、外国人父と日本人母の間の子が原則として日本国籍を取得できないとしている点、例外的に父が知れない場合あるいは父が無国籍の場合に日本国籍を取得できるとしている点においても、旧法と同様、嫡出子か非嫡出子かによる子の国籍取得の区別はなかった。

なお、旧法5条3号の「認知による国籍取得」制度が廃止されたのは、子の意思に基づかないで自動的にその国籍を変更することは個人の尊厳の原則に反する、との考えからであり、非嫡出子の国籍取得を排除する趣旨からではない。

- ③ 現行法上、子の国籍取得において嫡出子と非嫡出子を区別しているのが法3条1項のみであることは、これまで述べたとおりである。

なお念のために指摘しておく、帰化制度においては旧法以来一貫して、嫡出子と非嫡出子の区別をしていない。

- ④ 以上の通り、日本の国籍法制においては、日本人親の国籍の承継の場面において、その子が嫡出子であるか非嫡出子であるかによって区別し、日本国籍の取得について差別的取

り扱いをするという制度も考え方も全く存在しなかった。もちろん、「日本人親との生活の一体化」であるとか「日本人親の家族関係への包摂」などという概念は存在しなかった。したがって、出生後の届出による国籍取得の要件として子の嫡出性を要求し、それによって準正子と準正の成立しない非嫡出子を差別的に扱う現行法3条1項の準正要件は、日本の国籍法制の歴史に根拠を有しないものである。

(4) 原判決の判示は、平成14年最高裁判決との整合性がない。

平成14年最高裁判決の原審である大阪高等裁判所平成10年9月25日判決（判例タイムズ992号103頁）は、控訴人（一審原告）の控訴を棄却したが、その理由において、本件の原判決と同様に、「日本国民の嫡出子については、当該日本国民が父であるか母であるかを問わず、日本国籍を付与するのが適当」であるが、「非嫡出子の場合は、婚姻家族に属していない子であり、あらゆる場合に嫡出子と同様の親子の実質的結合関係が生ずるとは言い難い。婚外の「父子関係は、通常母子関係に比較して実質的な結合関係が希薄である。」「現行法は、右の親子関係の差異に着目し、親子関係の希薄な場合の国籍取得について、段階的に一定の制約を設けた」のであって、この「現行法の基本的立場は、現今の国籍立法政策上合理性を欠くものとはいえない」と判示した。

これに対し平成14年最高裁判決は、「生来的な国籍の取得はできる限り子の出生時に確定的に決定されることが望ましいところ、出生後に認知されるか否かは出生の時点では未確定であるから、法2条1号が、子が日本人の父から出生後に認知されたことにより出生時にさかのぼって法律上の父子関係が存在するものとは認めず、出生後の認知だけでは日本国籍の生来的な取得を認めないものとしていることには、合理的根拠があるというべきである。」と判示した。すなわち、最高裁判決はあえて原審である上記大阪高裁判決の論理を採用せず、浮動性の防止の要請から認知の遡及効を否定することの合理性の点のみに言及して法2条1号の合憲性を判示したものである。

しかも、最高裁判決の上記判示は「生来的な国籍の取得は」と繰り返し限定して論じている。このような論理に立脚したことによって、法3条1項が憲法違反である疑いが高いとする補足意見と論理的に整合していることに着目すべきである（仮に最高裁判決が控訴審の判示するところに立脚していたとしたら、補足意見は「補足意見」たり得なかったであろう）。

以上の通り、平成14年最高裁判決は、原判決の論理に立脚するものではなく、却ってこれを排斥する趣旨であることは明らかであり、むしろ法3条1項が憲法14条違反であると

する同判決補足意見及び本件上告人らの主張と整合性を有するものである。

- (5) 原判決及び引用する立法過程の説明においては、準正子は原則的に（あるいは一般的に）日本人父及び母すなわち婚姻している両親と同居し、その監護と扶養を受けているもの、と理解されているようである（原判決や、改正時の提案者の説明は、準正は認知の後に両親が婚姻し、あるいは婚姻中に日本人父がその意思によって認知し、円満な家族関係が成立している、というイメージを前提としているようである。）。

しかしながら、準正子が原則的に（あるいは一般的に）婚姻した両親と同居している、という統計的根拠はないことは前述したとおりである。

のみならず、準正制度はその制度設計としても婚姻した両親と準正子の同居を当然には想定していない。すなわち、認知による準正の成立要件を規定した民法789条2項の解釈として、認知は婚姻解消後でもよく、また裁判認知、死後認知でもよいとされている。つまり準正の成立のためには両親の婚姻状態と認知による法律上の父子関係とは同じ時期に存在する必要はない。当然、両親が婚姻している最中、さらには両親とその間の子が同居している最中には父子関係は存在せず、婚姻及び同居解消後に（場合によっては裁判による）認知によって父子関係が成立した場合でも準正による嫡出子の身分を取得する、とされているのである。

そして法3条1項の準正要件は民法789条2項による準正成立の場合も含むから、法3条1項による国籍取得のためには、子が出生してから国籍取得届をするまでの間のどこかの時期に婚姻関係が存在しており、また届出時点で認知による父子関係が成立していれば足りるのである。

このように、準正という制度はその制度設計上も父親との生活の一体化とか父親を含む家族への包摂を不可欠の要素として予定してはいない。準正制度は準正子が婚姻した両親とともに生活する場合も想定しているが、そうではない場合も想定しており、しかも前者が原則的場面で後者が例外的場面ということもない。また、準正が成立した事例の大半が前者のパターンであって後者のパターンはごく稀である、というような統計資料もない。

したがって、「準正子は日本人父と生活の一体化が認められる」「準正子は日本人父の家族関係に包摂されている」という原判決の判示はその前提自体に制度的根拠がないのである。

- (6) 以上の通り、国籍取得の成否はその者にとって重大な利害を有するにも関わらず、何故に

伝来的取得についてのみ準正要件を要求するのか、言い換えれば「日本人父との生活の一体化」「日本人父の家族関係への包摂」を要求するのか、について合理的な根拠は全く示されていない。

先にも述べたように、旧国籍法の認知による国籍取得制度が現行法制定時に廃止されたのは、「認知により当然に子の国籍の変動をもたらすのは個人の尊厳の観点から問題がある」からであり、「日本人父との生活の一体化がない」とか「日本人父の家族関係に包摂されていない」といった理由ではなかった。旧国籍法は、「認知によって日本人父との親子関係が成立したならば、それによって日本との結び付きが明らかになったので、その時点から日本国籍を与えてよい」という政策判断を有していたのであり、このような選択が現実にも可能であったことを示唆するものである。しかるに現行法においてなぜこのような政策的判断が合理性を有しないとされたのか、その理由は全く不明である。

以上より、伝来的国籍取得において準正子と非嫡出子を差別する法3条1項の準正要件に合理的根拠がないことは明らかである。

第5 「法律婚尊重主義」について

1 原判決の判示とその問題点

(1) 原判決は、「法律婚尊重主義が採られている我が国においては、日本人父と外国人母との間の子のうち、日本人父による認知を受けているのみの非嫡出子よりも、父母の婚姻により嫡出子の身分を取得した準正子の方が、類型的にみて、日本人父の家族に包摂され、我が国との結び付きが密接であることは肯定しうるものというべきである。」(原判決19頁)と判示して、法律婚尊重主義の観点からしても法3条1項が伝来的国籍取得の場面において嫡出子と非嫡出子を差別扱いしていることについて合理性が認められる、とする。その判旨は、あたかも法律婚尊重主義の下では非嫡出子が差別的取り扱いを受けることは当然のことであり、差別的取り扱いをするべき必要性や許容性について論じるまでもない、とするかのようである。

(2) しかしながら、法律婚尊重主義の一言を以て、嫡出子と非嫡出子の間のどのような差別扱いも合理性が肯定される、と考えるべきでないことは言うまでもないことである。また現行法も、例えば子に対する親の扶養義務に関しては嫡出子と非嫡出子の間に何らの差別も設けていない(民法877条)ことなどからみても、法があらゆる場面において嫡出子と非嫡出子の差別扱いを許容し予定しているとみるべきではないことも明らかである。

- (3) 特に、自ら事実婚を選択した親と異なり、親を選ぶことのできない子にとって、偶々非嫡出子として出生したために差別的取り扱いを受けることは、それ自体社会的身分による差別（憲法14条1項後段）であるのみならず、内容によっては個人の尊重原則（憲法13条）にも反するものと言うべきである。したがって、法律婚尊重主義を根拠に嫡出子と非嫡出子の間に差別的取り扱いを設けることには慎重でなければならない。具体的に言えば、そのような差別的取り扱いを設けることによって、法律婚尊重主義が実質的に保持されあるいは促進されるものであり、かつ社会的にも許容される内容のものであることを要するというべきである。

2 民法900条4号但書きの合憲性を巡る議論について

- (1) 原判決では触れられていないが、民法900条4号但書きの合憲性についての対立が、法律婚尊重主義を根拠とする嫡出子と非嫡出子の差別扱いがどこまで許容されるかという問題の困難性を端的に物語っている。

この論点については、平成7年7月5日最高裁大法廷決定において合憲判断が下され、判例としては一応の決着をみたにもかかわらず、その後も繰り返し訴訟が提起されており、最高裁におけるその後の判断も合憲の意見と違憲若しくは違憲の疑いという意見とが僅差である（平成7年大法廷判決では5裁判官の「憲法14条違反」との反対意見及び4裁判官の「合理性について疑わしい状態にある」との補足意見、平成12年1月27日最高裁第一小法廷判決（判例時報1707号121頁）では1裁判官の反対意見と1裁判官の「合理性について疑わしい状態にあり立法的に解決すべきである」との補足意見、平成15年3月28日最高裁第二小法廷判決（判例時報1820号62頁）では2裁判官の反対意見、平成15年3月31日第一小法廷判決（判例時報1820号62頁）では2裁判官の反対意見と1裁判官の「極めて違憲の疑いが濃い」との補足意見）。研究者の間でもこの規定の合憲性については見解が分かれ、また上記の通り（僅差ながら）最高裁で合憲判決が下されているにもかかわらず、平成8年2月に法制審議会が答申した民法改正の法律要綱案では、嫡出子と非嫡出子の相続分の平等化が提案されていたのである。

- (2) このように、民法900条4号但書きの合憲性に関する強い疑いが一貫して提起されているにもかかわらず、最高裁の多数意見においてかろうじて合憲との判断が維持されているのは、平成7年大法廷決定が言うように、同規定が（法律婚を尊重するために非嫡出子を一律排除するものではなく）嫡出子と非嫡出子のそれぞれの立場を考慮し両者の利害を具体的に

調整しようとした規定である、という点に求められるものと解される。また、その前提として、同規定が適用されるのは、法律婚による身分関係と事実婚による身分関係が直接に衝突する場面であり、現実は何らかの形で利害調整をすることが必要な場面であることも重要である。

- (3) これに対し、伝来的な国籍取得に関して、非嫡出子に国籍取得を認めると嫡出子の利益が害される、といった関係は存在せず、そもそも法律婚による身分関係と事実婚による身分関係が直接に衝突する場面ではないから、嫡出子と非嫡出子の利害の調整は全く問題にならない。
- (4) また、民法900条4号但書きは非嫡出子を相続から完全に排除するのではなく相続分に差を設けることによって具体的に利害を調整しているのに対し、法3条1項は非嫡出子を国籍取得の機会から一律に排除している。民法900条は私的財産の処分に関する規定であり、遺言がない場合の補充的規定であるのに対し、より強く法の下での平等の要請が働くはずの国籍法の場面において、非嫡出子を国籍取得の機会から完全に排除していることの合理性は、民法900条4号但書きから根拠づけることは到底不可能というべきである。
- (5) 日本国籍を有しないことは、日本国民となること自体を否定するものであり、その不利益は重大である。また憲法上の基本的人権の完全なる保障を受けられないこと、日本で生活を送る上で様々な不利益を甘受しなければならないこと、等を考えるならば、国籍取得の可否に関する差別は、民法900条4号但書きのような限定された場面に適用される規定による差別の可否とは質的に異なる重大性を有する。しかるに、「法律婚尊重主義」を理由に、このような重大な差別的取り扱いを行うべき必要性は原判決の判示からは全く認められない。

3 その他の民法の規定について

なお、原判決は、「民法上、非嫡出子は、母の氏を称し（民法790条2項）、原則として母の親権に服する（同法819条4項）とされているのに対し、準正子である未成年の子は、その準正のときから当然に父母の共同親権に服し（同法818条1項、3項）、出生時から嫡出子であった子と同様、父母の下で監護・養育を受けて成長することが想定されて」いる、と判示し、非嫡出子よりも準正子の方が「類型的にみて、日本人父の家族に包摂され、我が国との結び付きが密接であることは肯定し得るものというべきである。」とする（19頁）。

しかしながら、準正子に対する共同親権に関する判示は誤りである。前述の通り、民法789条2項（認知による準正の成立）の解釈として、婚姻関係解消後の認知（裁判認知・死

後認知を含む)によっても準正が成立するとされている(法及び解釈はかかる場面を決して例外的なものとして扱っていない)が、この場合には父子関係成立時には両親は婚姻関係にないのであるから、「両親の共同親権に服し、父母の下で監護・養育を受けて成長することが想定」されているわけではないのである。

また、民法790条2項及び819条4項についても、子の氏や親権者は子の出生に当たって必ず決めなければならないものであり、しかもそれを母の氏とする、あるいは母の親権に服するとしても、さしあたり子にとって著しい不利益はない。しかも親権者については事後に協議により若しくは家庭裁判所の決定によって変更することが可能とされている(民法819条4項乃至6項)。このように、民法790条2項や819条4項は、「子が日本人父の家族関係に包摂されているか否か」ということとは無関係に設けられた規定である。したがって、これらの規定を根拠に、「日本人父の家族関係への包摂」を強調し、そのことから法3条1項の準正要件の合理性を論じ、非嫡出子に対する差別扱いを正当化するのはあまりにも論理に飛躍があるものといわざるを得ない。

第6 偽装認知防止の観点について

1 原判決の判示

原判決は、「日本人父の認知と届出のみで国籍取得を認めるよりも、それに加えて父母の婚姻という要件を必要とする方が、認知のみならず婚姻の偽装まで行うのはより困難であると考えられるから、偽装認知を防止減少させる効果があることは否定できない。準正要件を不要とすると、不法残留者等が、偽装認知により届出制度を利用して子供の日本国籍を取得したうえで、自己の在留特別許可を得ようとするなどの不法な事態が生じることが予測される」(23頁)。と判示する。

2 原判決に対する批判

- (1) しかしながら、本件全証拠をみても、準正要件を不要とした場合に偽装認知の危険性が飛躍的に高まることを示す的確な証拠は見当たらない。また、認知者は否認知者に対する扶養義務が一応生じるなど応分の負担を覚悟しなければならない上、公正証書原本等不実記載罪などの犯罪に問われることともなるのであるから、偽装認知はこれを行う者にとっても一定の心理的物理的障害があるものであり、準正要件を不要とした場合にこのような心理的物理的障害を無視して飛躍的に偽装認知が増大するとの推測には合理的な根拠はない。

- (2) 認知制度が生物学的な親子関係を確認することなく認知を受理する制度を前提とする以上、偽装認知は発生することを完全には防止し得ない病理現象である。同様の病理現象は、なにも虚偽の出生後認知に限らず、偽胎児認知、偽装結婚、親を偽った出生届、他人への成りすましなど、さまざまな形態が考えられ、事実相当数発生しているのが現状である。にもかかわらず、これらの偽装行為を防止するために「胎児認知による国籍取得自体を否定する」などの同様の措置がとられているわけではないことを見れば、出生後認知に限って偽装認知のおそれを過度に強調することが整合性を欠くものであることは明らかである。
- (3) そもそも、偽装認知を防止すべきであるからといって、真実の認知についてまで国籍取得から排除するのは、明らかに本末転倒である。「偽装認知の防止」という理由付けは、「偽装認知のおそれがあるから真実の認知も含め非嫡出子全てを国籍取得から排除する」ものであり、目的と手段の合理的関連性を明らかに欠くものといわざるを得ない。もし法3条1項制定時に偽装認知のおそれについて検討されたのであるならば、より差別の度合いの少ない方法による偽装認知防止の手段を検討するべきであった。法3条1項は、かかる真摯な検討を怠った結果、過剰な不平等状態を作出することとなったものである。

第7 簡易帰化制度の存在について

1 原判決の判示

原判決は、「日本人父の認知を受けたのみの非嫡出子は、法3条1項に基づく国籍の取得はできなくても、法8条の簡易帰化制度により、素行条件、重国籍防止条件、憲法遵守条件の3要件を充足すれば、法務大臣の許可を得て帰化し、日本国籍を取得することができ、特に幼少の非嫡出子については、上記3要件に抵触する可能性は極めて少ないと考えられる。そして、法務大臣の許可は、裁量処分であるとされているが、もとより裁量権の逸脱又は濫用は許されないものであり、実際の運用をみても、帰化制度一般の不許可率は0.56乃至1.44パーセントにとどまっているのである（乙18）。したがって、一般帰化よりも要件が緩和されている簡易帰化の場合には、不許可率が更に低いものと推認される。また、簡易帰化の申請については、手続上必要書類の提出等一定の負担が伴うものではあるが、その負担のゆえに簡易帰化申請自体を困難ならしめるものとまでは認められない。」（24頁）と判示する。

2 原判決の批判

- (1) しかしながら、簡易帰化制度は昭和59年改正前から存在しており（改正前法6条2号）、改正前は準正子が日本国籍を取得するには簡易帰化制度によるものとされていた。しかるに改正法は日本人母の子についても日本人父の子と同様に出生による国籍取得を認めるべきであるとし、さらに日本人父と外国人母の準正子について「制度上著しい不均衡が生じる」として届出による国籍取得を認めるために法3条1項を新設したのである。立法者自身が、簡易帰化制度は国籍取得の機会の保障として十分ではないと認識していたことは、この改正の経緯から明らかというべきである。
- (2) また、届出のみによって国籍取得が認められる法3条1項と、法務大臣の裁量判断によって国籍付与の許否が決される帰化制度とは本質的に異なるものであり、簡易帰化制度による国籍取得が事実上容易であるということがこの本質的な差異を埋めるものとはなり得ない（そうだからこそ、昭和59年法改正時に、上述の通り既に簡易帰化制度が存在するにもかかわらず、父母両系血統主義が採用され、さらに法3条1項が新設されたのである）。
- (4) さらに、一般帰化の要件を定めた法5条1項は、「法務大臣は、次の条件を備える外国人なければ、その帰化を許可することができない。」として、いわば法務大臣が裁量判断を行う前提要件を規定する。そして法8条1号は「次の各号の一に該当する外国人については、法務大臣は、その者が第5条第1項第1号、第2号及び第4号の条件を備えないときでも、帰化を許可することができる。」として、法務大臣による裁量判断を行う前提条件を緩和している。このように、法8条1号によって要件が緩和されているのは、あくまで法務大臣による裁量判断が行われる前提要件にすぎない。そして、肝心の法務大臣の帰化に関する判断は極めて広範な裁量権に委ねられており、その裁量権の範囲は一般帰化の場合と簡易帰化の場合とで異なることはないとされている。このように、日本人父の認知及び父母の婚姻という事実に基づいて届出を行うことによって（何らの裁量判断を経ることなく）国籍取得が認められる法3条1項と、法務大臣の広範な裁量権に委ねられる法8条1号とでは、大きな差異があるものである。

3 帰化申請の困難性

- (1) 原判決は「簡易帰化の場合には、不許可率が更に低いものと推認される」「手続上必要書類の提出等一定の負担が伴うものではあるが、その負担のゆえに簡易帰化申請自体を困難ならしめるものとまでは認められない。」としているが、以下に述べるように帰化申請の実情を無視した、形式論にすぎない。

(2) 帰化申請にあたっては膨大な資料の提出が要求される。一般的なものを列挙するならば、

- ① 提出書類：帰化申請書、帰化動機書、宣誓書、履歴書、生計概要を説明する書類、親族概要を説明する書類、事業主の場合には事業概要を説明する書類・財務諸表・確定申告書（控え可）、会社役員の場合には法人登記簿謄本、社員の場合には在職を証明する書類・給与証明書、納税証明書（コピー可）、自宅・勤務先付近の略図、国籍証明書、もしくは国籍を有しないか帰化により現在の国籍を失うことを証明できる書類、外国人登録原票記載事項証明書・自動車運転免許証、その他、法務局から追加提出指示を受けた書類
- ② 呈示書類：卒業証明書、技能証明・有資格証明書、事業主の場合には事業における許認可証明書、預貯金残高証明・有価証券証明・不動産登記簿謄本、その他、法務局から呈示指示を受けた書類

等である。しかもこれらは例示列挙であり、実際には添付書類の少ない者でも副本を合わせて申請書類は 1cm 程度の厚さとなる。事業所得者の場合や世帯内で複数の帰化申請者が居る場合、親族状況の確定が簡単でない場合などは、申請書類はその厚さが 4～5cm もある膨大なものとなる。帰化申請における添付書類は、国籍・所得の内容・出生地・家族の状況・住居の状態などによってひとりひとり個別に違う。

また、帰化の可否の結果が出るまでの期間は個人で異なるがおおむね 1 年半程度を要するとされる。

このように、帰化申請手続は法 3 条 1 項による届出とは比較にならない膨大な作業と長い期間を要するのであり、その手続的負担の差異は極めて大きい。

(3) さらに、帰化申請にあたっては必ず事前相談を行うこととされており（国籍取得手続も同様である）、まず所轄法務局に日時を予約して出頭し、国籍や日本滞在歴、居住地、職業や家族状況、収入状況などについて口頭での説明を求められる。その場で「帰化は難しい」と事実上申請を拒否される例も多く（このような行政窓口での扱いは生活保護申請拒否の例などで有名であるが、帰化申請においても一般的に行われている）、このような事実上の申請拒否にあつて申請を断念する者も少なくない（これらの者は申請行為自体が存在しないと扱われるので統計上には現れない）。

さらに、申請にあたって上記のような様々な書類の提出を求められ、そのあまりの複雑さにやはり申請を断念する者も多い。例えば「帰化動機書」、「生計概要を説明する書類」、「親族概要を説明する書類」、「事業主の場合には事業概要を説明する書類」、「国籍証明書、もし

くは国籍を有しないか帰化により現在の国籍を失うことを証明できる書類」、といった書類が具体的にどういう書式のもので、どこで入手すればよいのか、またどのような内容を記載すればよいのか、外国人である申請者らが理解することは必ずしも容易ではない。しかも窓口の担当官は申請要件の立証は申請者側の責任であるとして必要書類に関する詳細な説明を行うことに積極的ではなく、その上面談や手続の説明は基本的に日本語で行われるため、申請者にとっては申請行為そのものに大きな障害があり、そのために申請を断念せざるを得ない場合が多いのである。

第8 法3条1項の準正要件の合憲性に関する結論

以上の通り、法3条1項が準正子と非嫡出子を差別扱いすることには合理性があるとして原判決が判示するところは、その根幹部分について何らの論証も実証もなされておらず、また傍論的根拠である偽装認知防止及び簡易帰化制度の存在も上記差別扱いの合理性を根拠付けるものとは言い難い。したがって、法3条1項の準正要件は憲法14条1項に反するものと言わざるを得ない。

第9 国籍法3条1項の立法目的に関する解釈の誤りについて

1 1984（昭和59）年法改正の趣旨

「第1 問題の所在」で指摘したとおり、そもそも、1984（昭和59）年法改正の目的は、父母両系血統主義の採用であった。これにより国籍取得の場面における男女間の不平等は解消されるものとされた。ところが、父母両系血統主義を導入すると、今度は日本人母の子と日本人父の子の間に生来的国籍取得において不平等が生じることとなった（この不平等は嫡出子・非嫡出子に共通に存在するものであった）。国籍取得の機会における男女平等を目指して父母両系血統主義を導入した結果、新たな不平等状態が発生することは背理であり、これを回避する必要があった（しかも「重国籍の防止」という父系血統主義の唯一の存在意義がほぼ失われた改正当時には、日本人親が父か母かという親の性別によって子の国籍取得に差異を設けることの合理性は皆無であった）。

このように、父母両系血統主義を採用した1984（昭和59）年法改正において同時に伝来的国籍取得制度を導入した真の目的は、上記のような生来的国籍取得における新たな不平等状態を解消することにあったものというべきである。

2 法改正の趣旨に関する原判決の理解の誤り

ところで、原判決16頁は「日本人母の子は、父が外国人であるか否かを問わず、嫡出又は非嫡出を問わず、出生により法2条1号に基づき日本国籍が付与されると解されるのに対し、日本人父の子は、母が外国人である場合、出生時に父子関係が確定しているとき（子が嫡出子あるいは父から胎児認知されているとき）でなければ出生により日本国籍が付与されないことになり、父母の婚姻が子の出生の前であるか後であるかによって（傍点は上告人ら訴訟代理人）、嫡出子の間に国籍取得に大きな差異が生ずることになるため、制度の均衡上考慮する必要がある」としている。このように、（両系血統主義を採用した結果）日本人父の嫡出子と日本人母の嫡出子の間で国籍取得に大きな差異が生じるので、これを解消する必要があった、としている。

また、原判決が引用する昭和59年4月3日の衆議院法務委員会における枇杷田政府委員の答弁は、「新法におきましても血統主義を採っておるわけです。しかしながら、その血統をあらわします第2条の第1号で「父又は母が」というふうに書いてございます。ところが、世間では、往々にいたしまして子供が生まれてから婚姻届を出す、それえ認知をするとか、そういうふうなケースが少なくないわけございまして、実際上は後になって婚姻をした夫婦の間の子供なんだけれども、出生のときに婚姻届が出ていなかったというようなこともあるわけございまして。実質的には、血統主義という面から申しますと、そういう方にとっても日本国籍を与える道があってもいいのではないかと。要するに血統主義の補完措置と申しますか、そういうふうなことがしかるべきだろうということで、準正による場合に、本人の日本国籍を取得するという意思表示があればそれで日本国籍を与えるという制度を設けた次第でございます。」と述べている。

しかしながら、国籍取得における不均衡は、日本人母の非嫡出子と日本人父の非嫡出子の間にも生じるのであり、これについても制度的な手当が必要であった。にもかかわらず上記答弁が、出生前に婚姻届を提出した場合と出生後に婚姻届を提出した場合のみを比較して論じているのは、上述した父母両系血統主義の採用による新たな問題状況を正確に把握していなかったものと言わざるを得ない。

3 本来の法改正の目的・趣旨に則した憲法判断の必要性

このように、1984（昭和59）年法改正において伝来的国籍取得制度を設けることとなった目的が、父母両系血統主義の採用による新たな不平等状態の解消にあったにもかかわ

らず、そのための具体的な要件鼎立際に問題状況の正確な把握を誤り、更に新たな不平等状態を作出してしまったのが、法3条1項の準正要件である。

かような改正の経緯・目的を考慮した上で、現に存在する法3条1項を憲法14条1項に適合するように解釈するならば、同条項のうち準正要件を違憲無効とすることが最も適切とすべきである。

以 上