

〔原著論文〕

国籍法3条1項の合憲性
- 2つの地裁判決と1つの高裁判決における
合憲性判断のあり方の検討を中心に -

大竹 昭裕¹⁾

Constitutionality of Article 3-1 of the Nationality Law
- Study on the Determination of the Constitutionality in
Two District Court Rulings and One High Court Ruling -

Akihiro Otake¹⁾

Abstract

On November 22, 2002, the Supreme Court ruled that Article 2-1 of the Nationality Law, which denies the retroactivity of acknowledgement, is constitutional, on the grounds of the stability of nationality. However, the ruling was accompanied by supplemental opinions questioning the rationality and constitutionality of Article 3-1 of the Nationality Law, which requires the status of a legitimate child under marriage of parents and acknowledgement by the parents as a condition for allowing children to obtain Japanese nationality by filing. In the wake of this ruling, what stance courts take in cases where Article 3-1 of the Nationality Law comes into question has attracted great attention. The Tokyo District Court made interesting rulings on this article on April 13, 2005 and March 29, 2006 and the Tokyo High Court made an interesting ruling on February 28, 2006.

This paper focuses on these three rulings and discusses especially how the constitutionality of the article is determined there.

(J. Aomori Univ. Health Welf. 7(2): 191 - 202, 2006)

キーワード：国籍、非嫡出子、準正

Key words : nationality, illegitimate child, legitimation

I. はじめに

日本国憲法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、国籍取得要件の具体的内容を立法に委ねる。これを受けた国籍法（昭和59（1984）年法律第45号による改正後のもの。以下では、単に「法」ともいう）は、父母両系血統主義の立場に立ち、「出生の時に父又は母が日本国民であるとき」子は日本国民であると規定するが（2条1号）、ここでいう「父又は母」とは「法律上の父又は母」を意味するものと解されている¹⁾。従って法律上の婚姻関係から出生した嫡出子は、その父母の一方が外国人であっても他方が日本人であれば、出生により生来的に日本国籍を取得する²⁾。非嫡出子の場

合は、民法に「その父又は母がこれを認知することができる」（779条）と規定されており、「認知」が法律上の親子関係成立の要件とされている。但し、母子関係は分娩の事実によって当然生ずるものとされ認知を要しないとされているから³⁾、日本人母の非嫡出子は、事実上の父が外国人であっても「出生の時に……母が日本国民である」として生来的に日本国籍を取得することができる。これに対し、日本人父と外国人母との間の非嫡出子の場合、父子関係成立には父の認知が必要となるが、認知の効力は出生時に遡り、認知があれば民法上は出生時から父子関係が存在するものとして扱われる（784条）。しかし、国籍法においては認知の遡及効は否定され、日本人父の認知があっても、胎児認知の場合（民法783条1項）を

1) 青森県立保健大学健康科学部社会福祉学科

Department of Social Welfare, Faculty of Health Sciences, Aomori University of Health and Welfare

除き、「出生の時に父……が日本国民であるとき」という要件をみださず、生来的に日本国籍を取得することはできないものとされている⁴⁾。

他方、国籍法3条1項は、「父母の婚姻及びその認知により嫡出子たる身分を取得した子で20歳未満のもの（日本国民であつた者を除く。）は、認知をした父又は母が子の出生の時に日本国民であつた場合において、その父又は母が現に日本国民であるとき、又はその死亡の時に日本国民であつたときは、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⁵⁾」と規定し、準正による日本国籍の伝来的取得を認めている。しかし、ここでは「父母の婚姻」が要件とされており、同じく日本人父と外国人母との間の非嫡出子でも、準正により「嫡出子」の身分が得られれば届出により日本国籍が取得できるのに対し、日本人父に配偶者が存在するなどの事情により「父母の婚姻」ができない非嫡出子は、たとえ父から認知されても日本国籍を取得することができない。

このような国籍法制の下では、日本人父と外国人母との間の非嫡出子で生後認知を得ただけの子は、生来的にのみならず、法務大臣の裁量処分である帰化による場合を除いて、伝来的にも日本国籍を取得することができない。これは、父母の一方が外国人である場合、嫡出子か否か、非嫡出子でも母が日本人であるか否か、日本人父により胎児認知されたか否か、事後的に準正により嫡出子たる身分を取得できたか否かという子本人の意思によっては選択できないことに基づく区別であるとして、憲法14条1項が定める平等原則との適合性が問われてきた⁶⁾。

ところで、外国人を母とする原告が日本人父による生後認知により国籍法2条1号に基づき生来的に日本国籍を取得したことの確認を求めた訴訟において、最高裁第2小法廷は、「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」という国籍の安定性（浮動性の防止）を理由に、「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」と解される法2条1号は憲法14条1項に違反するものではないとし、原告の上告を棄却した（以下、「2002年判決」という⁷⁾）。この事案では、国籍法3条1項の違憲性も上告理由とされていたが、最高裁は「日本国籍の生来的な取得を主張する上告人の請求が基礎づけられるものではない」と述べ、これを傍論攻撃として退けている。しかし、本判決では、3裁判官が法3条1項で認知のほかに「父母の婚姻」を届出による国籍の伝来的取得の要件としていることの合理性を取り上げ、そのうち亀山裁判官が「合理性には疑問を持って」とし、梶谷・

滝井両裁判官は「憲法14条1項に違反する疑いが極めて濃い」との補足意見を付していた。補足意見とはいえ、5裁判官中3裁判官が合理性・合憲性に疑いを表明したのであるから、国籍法3条1項に対する「実質的に違憲判決に等しい判断」が示されたものといえる⁸⁾。

そこで、この2002年判決を受けて、国籍法3条1項が直接問題とされる訴訟で裁判所が具体的にどのような対応をとるかが注目されていたのであるが、日本人父から生後認知を得たことを理由に国籍取得の届出をしたところ、法3条1項の要件を満たしていないとして日本国籍取得が認められなかったため、準正を国籍取得要件とする法3条1項は憲法14条1項に違反するなどとして日本国籍を有することの確認を求めた訴訟について、本稿執筆時点で2つの地裁判決（東京地裁平成17（2005）年4月13日判決、東京地裁平成18（2006）年3月29日判決）と1つの高裁判決（東京高裁平成18（2006）年2月28日判決）が下されるに至っている。本稿は、これら3つの判決を取り上げ、特にそこでの合憲性判断のあり方について分析・検討を行おうとするものである。

II. 国籍法改正の経緯

国籍法2条1号で生後認知の遡及効が否定されることの根拠として、学説上は、国籍の安定性（浮動性の防止）の要請のほかに、国籍法制の沿革、法3条の存在が認知の遡及効による生来的国籍取得否定を前提としているという条文構造などが挙げられてきた⁹⁾。国籍法の改正経緯については既に別稿でも言及しているが¹⁰⁾、法3条1項における準正要件に関する判例を検討する上でも国籍法の沿革、法3条の創設理由を見ておくことは重要と考えられるので、ここで再確認しておきたい。

1950（昭和25）年改正前の国籍法（明治32（1899）年法律第66号。以下「旧法」という）は、生来的国籍取得につき父系優先血統主義の立場から「子ハ出生ノ時其父カ日本人ナルトキハ之ヲ日本人トス」（1条前段）と定めると同時に、外国人は、日本人の妻となった場合、日本人の入夫となった場合、日本人の養子となった場合、帰化した場合と並んで、「日本人タル父又ハ母ニ依リテ認知セラレタルトキ」に日本国籍を取得するものとし（5条）、認知による伝来的な日本国籍取得を認めていた。ところが、日本国憲法制定に伴い制定された新法（昭和25（1950）年法律第147号。以下「新法」という）は、国籍の生来的取得につき父系優先血統主義を維持しつつ（2条1号）、日本人の妻となった場合、日本人の入夫となった場合、日本人の養子となった場合とともに、認知による国籍取得規定をも全面的に削除した。政府は、その提案理由として、旧法における婚姻・離婚・養子縁組・離縁・認知

等の身分行為による国籍の変更が憲法24条の精神に合致せず、各国の立法例にならい、国籍取得について妻に夫からの地位独立を認めるとともに、子についても、出生による国籍取得を除き父母からの地位独立を認めることにした旨を述べていた¹¹⁾。

新法は、1985（昭和60）年のいわゆる「女子差別撤廃条約」批准を前にして、1984（同59）年に大改正される（昭和59（1984）年法律第45号）。この改正で成立した現行の国籍法では、父系優先血統主義にかえて父母両系血統主義を採用する（2条1号）と同時に、準正よる日本国籍取得の規定が創設された（3条）。また、父母両系血統主義採用により増加することが予想される重国籍を防止・解消するために国籍選択制度が新設され（14～16条）、さらに国籍留保制度適用範囲の拡大（12条）などが行われている。認知と「父母の婚姻」により「嫡出子」たる身分を取得することを届出による国籍取得の要件とする法3条の創設は、認知のみでは国籍取得が認められないことを明示するものであり、法2条1号の適用について認知の遡及効が否定されることを裏付けるものともなった。

現行の国籍法成立に際し、同じく父母の一方が外国人である非嫡出子の間でも、父母のいずれが日本人かで国籍取得に差異を生ずることについては、立法担当者により、「親子関係により我が国との真実の統合が生ずる場合に国籍を付与する」ことを前提として、「非嫡出子は、……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察が必要である。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、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」との説明がなされていた¹²⁾。また、国籍法3条1項が準正を国籍取得の要件とすることについては、「日本国民たる親の婚姻により準正された子は、実質的に日本国民の家族に包摂されることによって日本社会と密接な統合関係を生ずる点で、通常、認知した親との生活一体化を欠く非嫡出子と異なること、認知により日本国籍の取得を認めるときは仮装認知のおそれがあること、また、認知による国籍の取得を認める立法例よりも、準正による国籍の取得を認める立法例の方が多いこと」¹³⁾などが指摘されていた。

Ⅲ. 東京地裁平成17（2005）年4月13日判決¹⁴⁾

（1）判旨

（i）本判決（以下では、適宜「2005年地裁判決」ともいう）は、まず、憲法10条を「日本国籍の得喪をどのよ

うに定めるかを法律に委ねる趣旨」と解し、「国籍の得喪に関する法律要件における区別が、憲法14条1項に違反するかどうかは、その区別が合理的な根拠に基づくものといえることができるかどうかによって判断すべき」であるとす。

（ii）次いで本判決は、国籍法3条1項の立法過程から、同条項の基本的思想を「法2条1号によっては日本国籍を付与されなかった日本人の実子について、届出によって補完的に日本国籍を認めようとしたものであるが、ただ、血統主義の観点だけからみれば同じ日本人の実子であっても、父親から認知を受けたにすぎない子の場合は父親と生活上の一体性を欠くことが通常であり、親子関係が希薄であることから、我が国との結びつきも強いとはいえないという理由で国籍付与の対象から除外したもの」と理解した上で、同条項の準正子と非嫡出子との区別の合理性を検討する。

（iii）その合理性を裏付ける事情として、被告国は、①準正子は日本国民である父と共同生活を送っている者が多いと想定され、日本との結びつきが強いといえるが、準正子ではない非嫡出子は必ずしもそのような関係にあるとはいえないこと、②準正子ではない非嫡出子に国籍取得を認めた場合、国籍取得のための仮装認知が横行する恐れがあること、③嫡出子と非嫡出子とを区別する取扱いは民法等でも認められており、日本の伝統・社会事情・国民意識等を反映した結果で合理的根拠を有すること、④準正子ではない非嫡出子は帰化制度による国籍取得が可能であるから、不当な結果をもたらすわけではないことを主張していた。これに対し本判決は、②～④の点は区別の合理性を基礎付ける事由には成り得ないとして被告国の主張を退け、残る①の点について、次のように判示した。

（iv）「法3条による国籍の伝来的取得制度の対象となる子の場合には、その出生時においては我が国の国籍取得が認められなかったため、そのほとんどの者が外国籍を取得し、その結果、外国との間に一定の結びつきが生じていることも当然に考えられるのであるから、この点において、出生時に日本国民であった者とは事情を異にするものといわざるを得ない。したがって、法の基本思想である血統主義の観点を考慮しても、出生後に日本国民との間に法律上の親子関係が生じたというだけで当然に日本国籍を取得させなければならない理由はない」。「日本国民との間に法律上の親子関係が生じたことに加え、我が国との間に一定の結びつきが存することを要求したのが法3条1項の規定であ……ると解することができる。……上記の点に照らしてみれば、……国籍の伝来的取得のために、我が国との間に一定の結びつきが存することを要求すること自体には、合理的な理由が

あるものというべきである」。

(v)「我が国との間に国籍取得を認めるに足りる結びつきが存するかどうかは、何らかの指標に基づいて定めざるを得ないところであるし、その指標として、日本国民である親と、その認知を受けた子を含む家族関係が成立し、共同生活が成立している点を捉えることそれ自体にも一応の合理性を認めることができる」。しかし、「父母が法律上の婚姻関係を成立させている場合とそうでない場合とで、家族としての共同生活の実態が典型的に異なると認めるに足りる事情が存するものとはいえないし、価値観が多様化している今日の社会においては、父母が法律上の婚姻関係を成立させている家族こそが正常な家族であって、そうではない内縁関係は、家族としての正常な共同生活を営んでいるとの評価には値しないといわなければ我が国の社会通念や国民感情に反するなどということも困難」であるから、「日本国民を親の一人とする家族の一員となっている非嫡出子として、我が国との結びつきの点においては異なる状況にあるにもかかわらず、その父母の間に法律上の婚姻関係が成立している場合には国籍取得が認められるのに、法律上の婚姻関係が成立していない場合にはそれが認められないというのは、我が国との結びつきに着眼するという国籍法3条1項本来の趣旨から逸脱し、また、それ自体としても合理的な区別の根拠とはなり得ない事情によって、国籍取得の有無についての区別を生じさせるものであって、そこには何らの合理性も認めることができない」。そしてこのことは、父母の内縁関係が重婚的内縁関係の場合も同様である。従って、「法3条1項は、準正子と、父母が法律上の婚姻関係を成立させてはいないが、内縁関係(重婚的なものも含む。)にある非嫡出子との間で、国籍取得の可否について合理的な理由のない区別を生じさせている点において憲法14条1項に違反する」。

(vi)「法3条1項は、父母と非嫡出子との間に家族としての共同生活が成立しているという点に着目して我が国との結びつきを肯定した規定であり、そのこと自体には一応の合理性が認められることは前示のとおりである以上、このような家族としての共同生活の成立が認められない非嫡出子との間には典型的な差異が生じているものといわざるを得ないのであるから、これらの非嫡出子との間に生じている区別を不合理なものであって憲法14条1項に違反すると断ずるだけの根拠はない」。

こうして、法3条1項は準正子と内縁関係にある非嫡出子との間で不合理な取扱いをしているが故に違憲となるとするが、このことの効果について、本判決は次のように判示した。

(vii) 法3条1項の『「父母の婚姻」という文言については、今日においては、内縁関係も、法律上の婚姻関係

と同様あるいはこれに準ずる関係として捉えられ、様々な場面において法律上の婚姻関係と同様あるいはこれに準ずる保護を与えられていることを考慮すると、合憲的解釈という観点から、法律上の婚姻関係に限定されず、内縁関係も含む趣旨であると解することは不可能ではないと解される。これに対し、『嫡出子』という文言は、あくまでも父母の間に法律上の婚姻関係が成立していることを当然の前提とした文言であると解せざるを得ないから、法3条1項は、子が『嫡出子』としての身分を取得した場合にのみ国籍取得を認める旨の定めをしている点において一部無効であると解するほかはない(別の言い方をすると、『嫡出子』という文言のうち、『嫡出』の部分は一部無効となるということである。)。従って、「一部無効とされた後の法3条1項の規定は、父母の婚姻(内縁関係を含む)及びその認知により嫡出子又は非嫡出子たる身分を取得した子について、一定の要件の下に国籍取得を認めた規定と理解すべきこととなるから、このような要件に該当する子については、国籍取得が認められるべきこととなる」。

(viii) 以上の判断を基に、本判決は、原告とその母が、認知をした日本人父により生計を維持し、また週末等には夫婦及び家族として交流をしているという事実を認定して、原告と父母の間には完全な同居生活の成立は認められないものの、父母の間には「内縁関係の成立が認められ、三者の間には家族としての共同生活と評価するに値する関係が成立している」から、原告は法3条1項による国籍取得の届出により日本国籍を取得したとして、原告の請求を認容した。

(2) 検 討

本判決は、判旨(i)において、国籍得喪に関する審査基準について2002年判決を踏襲している。「法の下での平等の違憲審査基準として、単なる『合理性』の基準ないしそれに近いゆるやかな基準を採用」¹⁵⁾してきた従来の最高裁判決の系譜に属する2002年判決に依拠することから、本判決は単なる「合理性の基準」に立つとの指摘があるが¹⁶⁾、判旨(ii)以下で法3条1項の立法理由やその合理性を主張する被告国の論拠を比較的丹念に検討している点で、「厳格な合理性の基準」に近い基準が採用されていると見ることもできよう¹⁷⁾。

本判決では、国籍法3条1項が、準正子と内縁関係にある非嫡出子との間で国籍取得の可否に関し不合理な区別を生じさせている点で憲法14条1項に違反するとし、同条項のうち「非嫡出子」の「嫡出」の部分の一部無効とする注目すべき判断が示されているが、この判断については、以下の問題点を指摘できよう。

第1は、法3条1項の合憲性判断に際し、その合理性

の審査対象を内縁関係にある非嫡出子と準正子との対比に限定し(判旨(v))、「父母の婚姻」という要件を充たせない父を日本人とする非嫡出子全般を対象としていない点(判旨(vi))である。本条項について従来問われてきたのは、法的に親子関係を確定する認知に加えて、子自らの意思によっては決定することができない「父母の婚姻」により「嫡出子」たる身分を取得することを国籍取得の要件とすることの合理性であった。この点からすれば、「父母の婚姻」により「嫡出子」たる身分を取得することを要件としていること自体を正面から問題とすべきであったというべきであろう¹⁸⁾。

第2に、「家族関係(家族としての共同生活の成立)」に属することを国籍法3条1項による国籍取得の必須条件としている点である。本判決は、法3条1項の立法過程から、同項が血統のみではなく「我が国との結びつき」を国籍付与の要件とすること、この要件を充たすためには認知をした父親との「生活上の一体性」が求められることを導き出し、その指標となるのが認知をした父親との「家族関係(家族としての共同生活の成立)」の有無であるとし、重婚の内縁を含む内縁関係は「家族としての共同生活の成立」という指標を充たしているとみている¹⁹⁾(判旨(ii)・(iv)・(v))。このことは、本判決がその合理性の審査対象を内縁関係にある非嫡出子と準正子との対比に限定したことと連動することになるが、ただ、内縁関係の態様は様々で、どのような場合に内縁関係にあるかは必ずしも客観的に明らかではないし、国籍取得の可否を決するにつき個々具体的事情をその都度検討するというのでは、届出による国籍取得という制度の趣旨とも相容れない²⁰⁾。この弊害を避けるためには「家族としての共同生活の成立」を認定する客観的基準を新たに設定する必要があるが、それも容易なことではなからう²¹⁾。しかし、より根本的な問題は、血統主義が国籍法における国籍付与の基本であり、法3条1項がこれを補完するものだとすれば、日本人父との「家族関係(家族としての共同生活)」に属することを国籍取得の必須条件とすることに必然性があるのかという点であり、さらに遡れば、「我が国との結びつき」を国籍付与の要件とすること、この要件を充たすために認知をした父親との「生活上の一体性」を要求することに必然性があるのかという点である。そしてこの点は、後述する2006(平成18)年の東京地裁判決で取り上げられることになる。

第3は、判旨(vii)にみられる「合憲的解釈」の問題である。本判決は、国籍法3条1項が準正子と内縁関係にある非嫡出子との間で不合理な取扱いをしているが故に違憲であるとしつつ、「合憲的解釈」の観点から、同条項の「父母の婚姻」に内縁関係を含めて解した上で、「嫡出子」の「嫡出」の部分の違憲無効として「子」のみが

残るとし、「子」とは「父母の婚姻(内縁関係を含む)及びその認知により嫡出子又は非嫡出子たる身分を取得した子」を意味すると解している。もしこれが、「婚姻」に内縁関係を含むとすることに加え、「嫡出子」を嫡出子のみならず認知された非嫡出子をも含むものと解したとみることが許されるなら、本判決は「合憲拡大解釈」とでも呼ぶべき解釈方法を採用したということになるであろう²²⁾。このような解釈方法については、できる限り法3条1項の合憲的な解釈の枠内で問題解決を図ろうとしたものとして一定の評価を与える向きもあるが²³⁾、そもそも「嫡出子」は法律上の婚姻を前提とした概念であるから、「父母の婚姻」に内縁関係を含むとして、これと「嫡出子」とを切断することは不可能なはずで²⁴⁾、本判決は、「合憲的解釈」の名の下に文理上無理な結果を引き出しているのではないかと疑問が拭えない²⁵⁾。さらに、このような解釈については、「要するに新たな国籍取得の要件を定めて国籍取得の範囲を拡張したものであり、実質的に法を改正し、司法による立法を行ったもの」であり違憲審査権の範囲を超えるとの批判²⁶⁾もなされる。

IV. 東京高裁平成18(2006)年2月28日判決²⁷⁾

(1) 判旨

本判決(以下では、適宜「2006年高裁判決」ともいう)は、前記2005年地裁判決に対する控訴審判決である。東京高裁は、本判決において、2005年地裁判決を取り消し被控訴人(原告)の請求を棄却したが、その理由は以下のとおりである。

(i)「父の認知を受けたが父母が婚姻をしないため嫡出子たる身分を取得しない子が、同項[法3条1項-引用者]により日本の国籍を取得することができる者に含まれていないことは、同項の文言及び趣旨に照らして明らかであるから、法において、出生した後に父から認知を受けたが、父母が婚姻をしないために嫡出子の身分を取得しない子が日本の国籍を取得する制度は規定されていないことは明らかといわざるを得ない」。

(ii)被控訴人は国籍法3条1項が違憲無効である旨主張するが、「国籍法の規定内容に照らすと、仮に同項の規定が無効であるとするれば、父母の婚姻及び父による認知要件を具備した子において日本の国籍を取得する規定の効力が失われるだけであって、そのことから、……出生した後に父から認知を受けたが、父母が婚姻をしないために嫡出子たる身分を取得しない子が日本の国籍を取得する制度が創設されるわけではなく、しかも、「仮に法第3条第1項の規定が無効であるとなれば、同項所定の要件を具備する子が日本の国籍を取得することができるのに対して、出生した後に父から認知を受けたが、父母

が婚姻をしないために嫡出子たる身分を取得しない子が日本の国籍を取得できないことが不合理であるとの主張を維持することができなくなることも明らかである（なぜならば、法第3条第1項の規定が無効であるならば、同項所定の要件を具備した子であっても日本の国籍を取得することができなくなるからである。）。そうすると、……出生した後に父から認知を受けたが、父母が婚姻をしないために嫡出子たる身分を取得しない子についても、日本の国籍を取得することができるかと解すべきであるとの主張を前提として、法第3条第1項の違憲無効を主張することは、法理論的に明らかな矛盾を含む主張であらう。

(iii) 国籍法3条1項は、「『父母の婚姻及びその認知により嫡出子たる身分を取得した子』とその要件を明示し、『婚姻』、『認知』あるいは『嫡出子』という概念によって、立法者の意思が一義的に示されているものである上、同項が、血統主義に基づく日本国籍の取得における原則を定めた法第2条第1号の適用のない者について、日本国籍取得を認める例外的、補完的な性質を有する規定であって、本来むやみに拡張を許すべきものでないことを考えれば、……事実上の婚姻関係（内縁関係）を同項が国籍取得の要件として規定している『婚姻』に含まれるとの拡張ないし類推解釈をすることは許されないし、また、「同項のうち『婚姻』ないし『嫡出子』を要件とする部分だけを違憲無効とし、もって同項を上記のように拡張ないし類推解釈すべきであるとの主張」は、「裁判所に類推解釈ないしは拡張解釈の名の下に国籍法に定めのない国籍取得の要件の創設を求めるものにほかならないというべきところ、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許されない」。

(iv) 「以上のとおり、仮に法第3条第1項が、憲法第14条第1項に違反し、その一部又は全部が無効であったとしても、そのことから当然に被控訴人が日本国籍を取得することにはならないし、また、被控訴人が法第3条第1項の類推適用ないしは拡張適用によって、日本国籍を取得したということもできない」。

(2) 検討

本判決は、国籍法3条1項の文理に忠実な解釈を行い（判旨(i)）、2005年地裁判決に見られる「合憲的解釈」（「合憲拡大解釈」？）を排除する（判旨(iii)）。また、同項を違憲無効とした場合に被控訴人（原告）の主張が成立しない（国籍取得を認め得ない）ことを示しつつ（判旨(ii)）、同項の合憲性そのものについては、「仮に法第3条第1項が、憲法第14条第1項に違反し、その一部又は全部が無効であったとしても」との留保を付するのみで、一切判断を示していない（判旨(iv)）。しかし、

この判決における判断のあり方については、以下のような問題点を指摘できるだろう。

第1は、判旨(ii)の国籍法3条1項を違憲無効とした場合に被控訴人（原告）の主張が成立しないとする論理に含まれる問題である。確かに、その前半部で指摘されるように、同項が全体として違憲無効であるとするれば、同項に基づく国籍取得は不可能である。また、その後半部で指摘されるように、同項が全体として違憲無効であるとするれば、同項に定める要件をすべて具備する子とその要件の一部を欠いた子との対比そのものが成り立たなくなる。しかし、それはあくまでも同項が全体として無効となった場合という仮定の下でのことであり、その前提としての合憲性審査とは次元を異にするはずである。同項が全体として無効か否かは、合憲性審査の上ではじめて判明するものであり、審査の結果によっては、その一部が違憲で、無効とすべき部分も一部に止まる可能性もあり得よう。ここに示された論理が合憲性審査をしないことの根拠となっているのだとすれば、それは本末転倒といわなければならない。また、同項が全体として違憲無効であるとするれば、同項に定める要件をすべて具備する子とその要件の一部を欠いた子との対比そのものが成り立たなくなるとの論理が、仮に合憲性審査の場面にも持ち出されるようなことがあれば、平等原則に関する審査そのものが成り立たなくなる可能性がある。いうまでもなく、平等原則に反するか否かを審査するには区別の合理性を判断するための対比（ある要件を充たす場合と充たさない場合など）が不可欠であるが、この論理に従う限り、対比そのものをなし得なくなってしまうからである。

次に、本判決は、判旨(iii)において、2005年地裁判決で示された「婚姻」に内縁関係を含めるような解釈のあり方を、法3条1項が「婚姻」・「嫡出子」等の概念により立法者意思を一義的に示していること、同項が血統主義に基づく法2条1号の例外的・補完的規定でむやみに拡張が許されるものではないことを理由に排除しているが、2005年地裁判決の「合憲的解釈」に文理上問題があることは前述のとおりである。むしろここでの問題は、法3条1項の「婚姻」ないし「嫡出子」を要件とする部分のみを違憲無効とすることを、裁判所による立法作用に当たり許されないとして簡単に否定している点である。本判決では、その理由として「裁判所に類推解釈ないしは拡張解釈の名の下に国籍法に定めのない国籍取得の要件の創設を求めるもの」であることを挙げるのみであるが、すでに述べたように、法3条1項に関しては日本人父の認知のほかに「父母の婚姻」により「嫡出子」たる身分を取得することが届出による国籍の伝来的取得の要件とされていることの合理性が問われてきたのであ

り、この点について2002年判決により「実質的に違憲判決に等しい判断」が示されていたことを踏まえれば、「婚姻」ないし「嫡出子」を要件とする部分のみを違憲無効とすることが何故に法に定めのない国籍取得要件の創設を求めるものとして許されないのかを、より説得的に展開する必要があったと思われる。

第3は、上述の点と関連するが、救済の困難さである。2002年判決において5人の裁判官中3人の裁判官により国籍法3条1項の不合理性・違憲性が明らかにされているにもかかわらず、本判決の論理(判旨(ii)～(iv))に従えば、国籍確認訴訟で同項の違憲性を争い、国籍取得を国に認めさせることは、極めて困難なものとなろう。勿論、国家賠償請求訴訟で立法の不作为を争う方法はある。本判決も、「被控訴人の主張は、控訴人〔国-引用者〕の立法不作为の責任を追及する趣旨のものにはなり得ても」と述べて、その可能性を認めている。しかし、「国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係で法的義務を負うものではないというべきであって、国会議員の立法行為(立法の不作为を含む)は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというのがとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けない」²⁸⁾とする判例の下では、同訴訟で請求を認容させることは極めて難しかった。最高裁は、在外邦人選挙権に関する2005(平成17)年の大法廷判決²⁹⁾で、「立法の内容又は立法不作为が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作为は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受ける」と述べて、従来の判例にいう「容易に想定し難いような例外的な場合」を拡大するかのような判断を示したが、それによって立法不作为を争う国家賠償請求の認容範囲がどこまで拡大されるかは未だ不透明なものがある。しかも、国家賠償請求訴訟において立法不作为の違憲性ないし違法性が仮に認められ、請求が認容されたとしても、それは国籍取得そのものを意味するわけではなく、不作为に対応した法改正を待たなければならない。日本国籍取得への途は迂遠なものとなるのである。

V. 東京地裁平成18(2006)年3月29日判決³⁰⁾

(1) 判旨

(i) 本判決(以下では、適宜「2006年地裁判決」ともいう)は、2005年地裁判決と同様、憲法10条を「日本国籍の得喪をどのように定めるかを法律にゆだねる趣旨」と解し、「国籍の得喪に関する法律要件における区別が、憲法14条1項に違反するかどうかは、その区別が合理的な根拠に基づくものといえることができるかどうかによって判断すべき」とする。同時に、国籍の得喪に関する要件をどのように定めるかについて、立法府に広範な裁量が与えられているとする被告(国)の主張を退けた上で、国籍法上、準正子は届出により日本国籍を取得できるのに対し、非準正子はそれができないという極めて大きな差が生じていること、同じく非嫡出子であっても、母が日本国民である非準正子及び日本国民父から胎児認知を受けた非準正子は出生により当然日本国籍を取得できるのに、父が日本国民である非準正子に限り届出をしても日本国籍を取得できないことは、相対的にみて極めて大きな不利益であること、父が日本国民である非準正子が日本国籍を取得できないことは、基本的人権の保障を受ける上での国籍取得の重要性や法の下での平等の重要性に鑑みれば、容易に許されるべきではないことなどを挙げ、国籍法3条1項は、「日本国籍の取得の条件として父母の婚姻という要件、すなわち準正要件を設けたことを説明し得る十分合理的な理由がない限り、憲法14条1項に違反すると解すべきである」とする。

(ii) 以上を前提に、国籍法改正の経緯を踏まえた上で、法3条1項の合理性を裏付ける根拠として被告国が主張する、我が国との強い結び付きないし帰属関係の必要性、法律婚の尊重、準正要件の基準としての客観性、偽装認知のおそれ、各国の法制度等を順次検討し、次のように判示する。すなわち、「①国籍法3条1項が準正を国籍取得の要件とした部分は、日本国民を父とする非嫡出子に限って、その両親が婚姻をしない限り、法律上の親子関係が認められても、届出により日本国籍を取得することができないという、非嫡出子の一部に対する大きな区別と不利益をもたらすこととなり、②同項が準正要件を設けた理由は、国籍取得のために、当該非嫡出子と我が国との強い結び付きないし帰属関係の存在を要求し、これを認めるための指標として、日本国民である父との家族関係ないし生活の同一性を想定し、これを法律上の婚姻という要件として定めることによって、法定化したものと考えられるところ、③国籍取得のために子と我が国との強い結び付きないし帰属関係を要求することは、我が国の国籍法上、父母両系血統主義と並び立つような重要な理念であるということではできず、④また、法律上の婚姻の成否によって、日本国民である父との生活の同一性の有無を一律に判断したり、生活の同一性の有無によ

て、我が国との強い結び付きや帰属関係の有無を一律に基礎付けることもできず、⑤法律婚の尊重、基準の客観性、偽装認知のおそれ及び各国の法制度という観点から見ても、いずれも上記区別を十分合理的に根拠付けることはできないというべきである。「このような区別によって非準正子の被る不利益の深刻さや、区別の大きさ等にかんがみると、この区別は、合理的な根拠に基づくものであるとはいえず、憲法14条1項に反する不合理な差別であるといわざるを得ない」。

(iii) 上記判断を基に、国籍法3条1項が違憲無効となる範囲について、次のように述べる。すなわち、「国籍法3条1項の基本的思想とは、(1) 国籍法が基調とする父母両系血統主義を前提として、……同法2条1号によっては日本国籍を付与されなかった日本国民の実子について、父母両系血統主義を徹底、拡充するため、届出によって日本国籍を取得させようとしたものであり、(2) ただ、同じ日本国民の実子であっても、父親から認知を受けたにすぎない非嫡出子の場合、父親と生活上の一体性を欠き、家族としての共同生活が認められないのが通常であって、そのため我が国との結び付きも強いものとはいえないという理由で、国籍付与の対象から除外したものであると解することができる」が、「既に判示したところによれば、このうち(1)の部分には合理性があるということが出来るが、上記(2)の部分には合理性があるということとはできない」。しかし、「国籍法3条1項の要件のうち、……準正要件と……その余の要件については、本来的、論理的には可分なもの」であり、「法律の規定は、できるだけ合憲的に解釈すべきであるから、同項のうち、一部を違憲無効と解することで足りるのであれば、そのように解するにとどめるのが相当であるというべき」ところ、「同法3条1項における中核的な要件は、……(1)の部分、すなわち日本国民である父又は母から認知された子という部分」であって、「(2)の部分、すなわち準正要件は、重要ではあるものの、中核的なものではない」と解されるから、「国籍法3条1項のうち、準正要件を定める部分のみを違憲無効と解すべきである」。従って、「国籍法3条1項の規定は、準正要件を定める部分、すなわち条文の文言でいえば、『婚姻及びその』並びに『嫡出』の部分に限って憲法14条1項に違反し、違憲無効であるというべきである」。

以上に基づき、本件では有効な国籍法3条1項の届出があったとして、日本国籍を有することの確認の請求を認容した。

(2) 検 討

判旨(i)では、2005年地裁判決と同様に2002年判決を踏襲するかのようであるが、法3条1項の合憲性を主

張する被告の論拠を検討するに際し、「準正要件を設けたことを説明し得る十分合理的な理由がない限り、憲法14条1項に違反する」との基準を付加しており、2005年地裁判決以上に、「厳格な合理性の基準」に近い基準の採用を明瞭化しているといえよう。「社会的身分」など憲法14条1項後段列举事由に基づく区別(差別)の違憲審査にあたっては、合憲性の推定を排してより厳格に審査すべきとするのが最近の学説の立場である³¹⁾。「嫡出子」の身分を取得したか「非嫡出子」のままかということが「社会的身分」に該当するかについては議論のあるところであるが³²⁾、子自らの意思では決定できないことによる区別であり、厳格度を増した審査基準によるべきだと考えられる³³⁾。その意味で、本判決は評価に値しよう。

判旨(ii)では、国籍法改正の経緯から②を導き、法3条1項の合憲性を主張する被告の論拠を検討し、同項による区別を憲法14条1項に反する不合理な差別であると判示する。その際の検討内容をみると、「我が国との強い結び付きないし帰属関係の必要性」については、生活の同一性や我が国との強い結び付きないし帰属関係がなくとも、法2条1号により国籍の生来的取得が認められたり、法3条1項の届出による国籍取得が認められることがあること、逆に、それらの事情があっても、日本国民と血が繋がっていないければ法2条1号・3条1項による国籍取得の余地がないことから、我が国との強い結び付きないし帰属関係の要求が、国籍法上、父母両系血統主義と並び立つような重要な理念とはいえないことを導き、今日、国際化が進み、価値観が多様化して家族の生活態様も一様ではなく、それに応じて子どもとの関係も変容を受けていることなどを指摘して、法律上の婚姻の成否によって、生活の同一性の有無を一律に判断したり、生活の同一性の有無によって、我が国との強い結び付きや帰属関係の有無を一律に基礎付けることができないことを導いている。また、「法律婚の尊重」の理念が法3条1項による区別を合理化しえないことの根拠としては、日本国籍を認められた上で民法上の取扱いの差異が生じることとそもそも日本国籍が認められないこととは全く問題を異にし、前者が法律婚尊重の点から合理的理由があるとしても、後者もそれによって合理的説明ができるというものではないこと、国籍法は父母両系血統主義を採っており、これを徹底し法2条1号をいわば拡充する規定である法3条1項についてもこれが妥当することが明らかであるから、法律婚尊重が国籍法を支配する指導原理の1つと位置づけることはできないこと、民法上も嫡出子と非嫡出子とがあらゆる局面で区別扱いはされているわけではなく、また、両者をあらゆる局面で区別するのが我が国の国民感情や社会通念に合致するとの根拠も見当たらないこと、嫡出子と非嫡出子の法制度上

の平等化は時代の趨勢であるともいえることなどを挙げ、「偽装認知のおそれ」の点については、法3条1項の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こと、虚偽の認知による国籍取得を防止するために、真実の認知についてまで国籍取得から排除するのは本末転倒であることなどを指摘する。さらに、「各国の法制度」については、最近の諸外国の国籍取得制度において、非嫡出子の国籍取得に際し準正要件を不必要とする国の方が多数であって、むしろそれが増加する傾向にあることを指摘している（なお、「準正要件の基準としての客観性」については、非準正子が日本国籍を取得するためには認知のほかに我が国との強い結び付きないし帰属関係を生じさせる父母の婚姻関係が必要である、との被告の主張を前提としたもので、この前提を採用し得ない以上、成立し得ない論拠であるとして退けている）。

以上のような議論内容は、多くの学説³⁶⁾や2002年判決の梶谷・滝井両裁判官の補足意見でも指摘されてきたものである。本判決は、国籍法3条1項の準正要件が合理的根拠を持つものではないことを、学説の多数説や判例の流れを踏まえて明確に示したものであり、これによって、「Ⅱ. 国籍法改正の経緯」で述べた国籍取得のために準正要件が必要とされた根拠は、2005年地裁判決にも増して明瞭に否定されたことになる。

但し、判旨(ii)③の「国籍取得のために子と我が国との強い結び付きないし帰属関係を要求することは、我が国の国籍法上、父母両系血統主義と並び立つような重要な理念であるということとはでき」ないと断定する点は、注目に値する。その根拠として示された諸点は多かれ少なかれ意識されつつも、そして「父母の婚姻」・「嫡出子たる身分の取得」を通じた「生活の同一性」の持つ問題は指摘されつつも、日本との結び付きないし帰属関係そのものを父母両系血統主義と並び立つ重要な理念とはいえないと断じる見解は、ほとんどなかったのではあるまいか。国籍付与に際して血統主義を採ること自体、血統を通じて我が国との結び付きを要求しているともいえる³⁷⁾。その不合理性を導くことを容易にする役割を果たす「強い」という修飾語が持つ意味とともに、「我が国との……結び付きないし帰属関係」が国籍法上重要な理念とはいえないとすることの持つ意味については、今後議論の余地があるように思われる。

判旨(iii)では、2005年地裁判決とは異なり、国籍法3条1項の準正要件そのものを違憲無効と判示しているが、ここでは、同項全体を違憲無効とすることなく、準正要件とその他の要件とを可分なものと捉え準正要件のみを違憲無効とした、「一部違憲無効」の手法が問題とされよう。すなわち、立法過程からみると、準正を法3条

1項の届出による国籍取得の要件とすることは間違いなく立法者の意思であり、これを平等原則に反し違憲とすることは立法者意思そのものの排除であるから、同項全体が違憲無効となるといふべきであり（そうなると、本件において同項に基づき国籍を取得することはできなくなる）、準正要件のみを違憲無効とすることは、実質的には立法者意思の事後的な変更、同項の実質的修正・改正であって、司法による立法作用に当たり許されないとの批判がなされ得よう（2006年高裁判決判旨(iii)参照）。

実際、特定の法律条項や具体的処分が平等原則違反と判断される場合の違憲判断の方式については学説上の対応が未だ十分ではないが³⁸⁾、一般的にいえば「平等違反を除去する方法が複数存在する場合、その選択は立法者の権限に属すると考えられ、合憲補充解釈によって裁判所がこの選択を先取りすることは、司法による政策選択・立法となり許されない」³⁷⁾とされ、「非嫡出子への国籍付与の問題についても立法政策上複数の選択肢があり」、「原則的には合憲補充解釈による国籍確認を認めるのは困難ではないか」との指摘³⁸⁾もなされる。

本判決は、法3条1項全体を違憲無効とすることの不合理性として、同項全体を違憲無効とすれば、出生後に法律上の親子関係を認められた子の国籍取得の余地が全くなくなること、法3条1項を制定した立法者の最大の眼目は、国籍取得要件を拡大して父母両系血統主義を拡充し、日本国民の実子は日本国籍を得られるであろうという国民的期待に応えることにあったと考えられることに照らすと、同項全部を違憲無効とすることはむしろ立法者意思に反すること、仮に一部違憲無効を認めなければ、原告らは同項全体が違憲無効であるとして立法不作為を争うしかなくなるが、これは余りに迂遠で実質的な救済までの道のりを長くし相当とはいえないことを挙げる。だが、これらは、同項全体を違憲無効とすることの不合理性の論証とはなり得ても、平等原則違反状態解消のための複数の選択肢がある場合を問題とする上述の指摘に対する回答にはなっていない。

しかし、本判決で行われているのは、国籍取得のための複数の選択肢の中から立法者が選択した結果である要件の一部を、不合理な差別をもたらしているとして違憲無効とすることであり、立法者が行うべき政策選択そのものではない。新法が父系優先血統主義を採っていた際に、新法2条1号「出生の時に父が日本国民であるとき」の「父」を「父『又は母』」と新たな要件を付加して合憲的に解釈すべしとするような「合憲補充解釈」とも異なる。また、平等原則が争われた事例ではないが、例えば薬事法距離制限違憲判決³⁹⁾を想起してみれば、届出による国籍取得のための要件のうち準正要件のみを違憲無効とすることが立法者意思に反し司法による立法作

用として許されない、と簡単に言い切ることもできないだろう。当時の薬事法は、薬局設置等の許可基準を複数定めていたが、最高裁はその1つである地域的制限を定めた当時の6条2項、4項（これらを準用する26条2項）を違憲無効と判示した。薬局設置等について設定された複数の許可基準は立法者意思の反映であるが、最高裁は当該基準の一部を違憲無効とすることによって立法者意思の一部を排除しているのである。

結局、本判決の採った「一部違憲無効」の手法は、法3条1項で準正要件と他の要件とを分離できるという前提に立つ限り、当然ありうる判断方法であり、同項全体を違憲無効とした場合に生じる問題を回避するという視点を加味すれば、考えられ得る判断方法の中で最も適切なものであったというべきであると思われる⁴⁰⁾。

VI. 結びにかえて

国籍法3条1項については、認知のほかに「父母の婚姻」により「嫡出子」たる身分を取得することを届出による国籍取得の要件としていることの不合理性から、多くの学説によってその違憲性、改正の必要性が指摘されてきたが⁴¹⁾、2002年判決で「実質的に違憲判決に等しい判断」が示されてからは、同項を違憲と判示するか否か以上に（勿論、それも重要であるが）、同項に基づく国籍確認を求める訴訟の中で、裁判所がいかなる判断方法でこれに対応するか（もっといえば、いかなる判断方法で救済を図るか）が注目されてきたといってよい。本稿で取り上げた3つの下級審判決はこのような状況の下で下されたものであるが、これまでの検討結果から明らかなように、2006年地裁判決は、「我が国との強い結び付きないし帰属関係」が、国籍法上、父母両系血統主義と並び立つ重要な理念とはいえないとすることの意味など議論の余地を残しつつも、他の2判決の問題点を乗り越え、現時点で考え得る最も適切な判断方法を示したものとして評価し得よう。

他方、この評価も準正要件と他の要件とを分離するという前提の下での評価であることに留意する必要がある。筆者は、かつて別稿で、認知の遡及効を否定していると解される国籍法2条1号の合憲性は、国籍取得の権利を基底に据えて法3条1項との関連性の中で相対的に検討されるべきもので、法3条1項の準正要件が違憲で、「父母の婚姻」がなくとも日本人父の認知だけで届出により日本国籍を取得できるのであれば、法2条1号は立法裁量の枠内にあるとの評価が可能であり、法3条1項自体は認知のほかに「父母の婚姻」を要求している点で嫡出子と非嫡出子とを差別するものとして違憲の疑いが極めて濃厚であることを述べた⁴²⁾。しかし、準正要件が違

憲であるとしても、他の要件と分離することが不可能で、法3条1項全体を無効とするほかないとすれば、認知だけでは届出による国籍取得が不可能となり、日本人父により生後認知を受けただけの非嫡出子の国籍取得の途は閉ざされることになる。そうであるなら、国籍法3条1項が全体として無効であれば、法2条1号が認知の遡及効を否定しているとする条文構造上の裏付けがなくなるのであるから、2002年判決にもかかわらず、その全体が無効とされる法3条1項との関連性を踏まえて、法2条1号が認知の遡及効を否定していると解することの合理性・合憲性を改めて問う必要が出てくるだろう⁴³⁾。

すでに述べたように、国家賠償請求訴訟で立法不作為を争うことは確かに可能であるが、救済への途は迂遠である。2006年地裁判決に対する上述のような評価の一方で、国籍法3条1項の早急な改正を望むことは、他の多くの学説と同様である。

<注>

- 1) 江川英文他『国籍法〔第三版〕』（有斐閣、1997）63頁。なお以下では、法令の公布年や判例は「元号（西暦）」の形で、著書・論文の発行年は西暦で、それら以外は「西暦（元号）」という形で表記する。
- 2) いわゆる「国際結婚」の場合の親子関係など涉外関係に関する準拠法は「法例」（2007（平成19）年1月1日からは「法の適用に関する通則法」）の定めるところであるが、以下では日本法による場合を前提としてみていく。
- 3) 最判昭和37（1962）年4月27日民集16巻7号1247頁。
- 4) 最判平成9（1997）年10月17日民集51巻9号3925頁。
- 5) 以下では、判例・文献等に漢数字で表記されている場合でも、アラビア数字に置き換えて引用する。
- 6) 二宮周平「国籍法上、認知に遡及効を認めない扱いは、憲法14条1項に違反しないとされた事例」戸籍時報554号（2003）11頁参照。
- 7) 最判平成14（2002）年11月22日裁判所時報1328号1頁。
- 8) 拙稿「認知による国籍取得の否定と平等原則」研究紀要（青森大学・青森短期大学学術研究会）26巻4号（2004）21・23頁。
- 9) 江川他・前掲書注1）67-68頁。
- 10) 拙稿・前掲論文注8）8-9頁。
- 11) 奥田安弘『国籍法と国際親子法』（有斐閣、2004）144頁。
- 12) 細川清「改正国籍法の概要」法務省民事局内法務研究会編『改正国籍法・戸籍法の解説』（金融財政事情研究会、1985）11頁。
- 13) 江川他・前掲書注1）88頁。

- 14) 東京地判平成17(2005)年4月13日判例時報1890号27頁。
- 15) 中村睦男「法の下での平等と『合理的差別』」公法研究45号(1983)31頁。
- 16) 近藤敦「父母が内縁関係にある非嫡出子の届出による国籍取得の差別」判例セレクト2005(2006)4頁。
- 17) 佐野寛「外国人を母とし、日本人父から生後認知された子について届出による日本国籍の取得を認めた事例」私法判例リマークス32号(2006)135頁。なお、平等原則に関する審査基準については、差し当たり、芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論(1)[増補版]』(有斐閣、2000)22-32頁、簡単には手塚和男「平等と合理的区別」高橋和之・大石真編『憲法の争点[第3版]』(有斐閣、1999)80-81頁参照。わが国の学説展開に関する筆者のまとめとして、拙稿「女性の再婚禁止期間と平等原則に関する覚書(1)」研究紀要(青森大学・青森短期大学学術研究会)15巻2号(1992)209-213頁参照。
- 18) 佐野・前掲論文注17)135頁も、「血統主義の補完として、届出という簡易な方法による国籍取得を認める場合に、両親が結婚しているか否かによって差異を設けることの合理性が端的に問われるべきであった」と指摘する。
- 19) 近藤敦「国籍法3条1項と憲法14条1項」法学セミナー607号(2005)118頁は、「本件判決は、国籍法の立法事実を調べ、認知した者とその子との『生活の一体化』の有無が、国籍取得の可否のポイントであることを導きながら、『家族としての共同生活の成立』という不文の国籍取得要件を指摘する」と述べる。
- 20) 清水真琴「日本人父から生後認知された嫡出でない子が、国籍法第3条の国籍取得届により日本国籍を取得したとされた事例」民事月報60巻9号(2005)53頁。なお、峯金容子「国籍法3条1項の合憲性」民事研修581号(2005)41-42頁、佐野・前掲論文注17)135頁参照。
- 21) 近藤・前掲論文注16)4頁、同・前掲論文注19)118頁。
- 22) 長尾英彦「国籍法3条1項の『嫡出』要件の違憲性」中京法学40巻3・4号(2006)19-20頁は、「『合憲限定解釈』と『適用違憲』との両方の趣向が見いだせる」とし、「本判決は、本件の『子』が国籍を取得することができない結果となると憲法(14条)違反となるので、本件に限っては3条1項の『嫡出』要件はないものとして考えよう[適用しないことにしよう]」と語っているのだ、と理解するならば、考え方としては『適用違憲』に近い。ただ、同項の『婚姻』というのは、法律婚のみではなく事実婚(内縁関係)のようなものも含む、

- と考えるのだ、そう解釈すれば憲法違反にはならないのだ、と言っているつもりだとすれば、『合憲限定(拡張?)解釈』のニュアンスもある」と指摘する。しかし、この指摘の後半部はともかく、前半部についていえば、本判決は「嫡出子」の「嫡出」の部分が無効と解し、残った「子」とは「認知により嫡出子又は非嫡出子たる身分を取得した子」としているのであるから、結局、法文にいう「嫡出子」の部分で認知を得た非嫡出子にまで拡大したに等しいということになる。
- 23) 例えば、佐野・前掲論文注17)135頁。但し、次注24)参照。
- 24) 佐野・前掲論文注17)135頁も、「父母の婚姻」に内縁関係を含むとすることが、解釈論として問題があることを指摘する。
- 25) なお、「父母の婚姻」に内縁関係も含むと解するのであれば、「嫡出子たる身分を取得した」という部分を無効とし、これを存在しないものとして法3条を適用すれば足りたとの指摘もある(奥田安弘「国籍法違憲訴訟控訴審における意見書」中央ロー・ジャーナル2巻3号(2005)96頁)。
- 26) 清水・前掲論文注20)54-55頁。このような批判に関し、高佐智美「国籍法3条1項の嫡出要件と憲法14条」ジュリスト1313号(2006)16頁は、「この条文は非嫡出子を準正子かそうでないかで差別する不合理なものといわざるを得ないのであるから同条は違憲であると判断した方が、強引な合憲的解釈に対して裁判所による実質的な法改正であるとの批判を回避する上でも適切ではなかったか」と指摘する。但し、同条項を違憲とすることに異論はないが、その場合、同条項の全体が違憲無効となるのか、認知のほか「父母の婚姻」による「嫡出子」たる身分の取得を要件とする部分のみが無効となるのか、といった問題が残る。
- 27) 東京高判平成18(2006)年2月28日、<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/60144496F9BE335349257129000F4AC5.pdf>
- 28) 最判昭和60(1985)年11月21日民集39巻7号1512頁。
- 29) 最大判平成17(2005)年9月14日民集59巻7号2087頁。
- 30) 東京地判平成18(2006)年3月29日判例時報1932号51頁。
- 31) 「社会的身分」による区別(差別)の審査に「厳格な合理性の基準(実質的な合理的関連性の基準)」を採用すべきとする見解として、例えば、芦部・前掲書注17)29-30頁、「厳格審査基準」を採用すべきとする見解として、例えば、君塚正臣『性差別司法審査基準論』(信山社、1996)316-321頁(なお、本書の書評として、拙稿「君塚正臣著『性差別司法審査基準論』」(信山社、1996

年) 研究紀要 (青森大学・青森短期大学学術研究会) 20巻1号 (1997) 125頁以下参照)。

- 32) 「社会的身分」の意義については、広義説・狭義説・中間説の対立がある。判例は、これを「人が社会において占める継続的な地位」と解し広義説を採るが(最大判昭和39 (1964) 年5月27日民集18巻4号676頁)、親子関係は社会的身分に該当しないとしている(最大判昭和25 (1950) 年10月11日刑集4巻10号2037頁)。しかし、ここでの「嫡出子」の身分を取得したか「非嫡出子」のままかという区別は、同じく子でありながら国籍取得の扱いを決定的に異にするものであり、単に「親であり子である」という関係に止まるものではない。
- 33) 君塚正臣「国籍法3条1項は父母が内縁関係にある認知された非嫡出子を排除する限りで憲法14条1項違反であり、その子は届出により日本国籍を取得できるか(積極)」判例評論566号(2006)178頁は、「非嫡出子であることは、……生来の差別に該当する」ことから、厳格審査基準によるべきとする。
- 34) 例えば、奥田安弘『家族と国籍[補訂版]』(有斐閣、2003)131頁以下、奥田・前掲書注11)143頁以下・194頁以下、木棚照一『逐条註解 国籍法』(日本加除出版、2003)219頁以下、二宮周平「国籍法における婚外子差別の検討」ジュリスト1087号(1995)46頁以下、二宮周平「国籍法における婚外子の平等処遇」立命館法学250号(1996)20頁以下、佐野寛「日本国籍の取得をめぐる諸問題」ジュリスト1101号(1996)12頁以下など参照。
- 35) 国籍の意義については、「人を特定の国家に属せしめる法的な紐帯」であり、「個人が特定の国家の構成員である資格」を意味すると説明されており(江川他・前掲書注1)3頁)、「自国の構成員の範囲を画定する基準に関して、血統主義国は、自国の国民との血縁による自国との結合性を重視するのに対し、生地主義国は、自国の領土内での出生という地縁による自国との結合性を重視する」とされる(黒木忠正・細川清『外事法・国籍法』(ぎょうせい、1988)278頁)。
- 36) 野中俊彦他『憲法I [第4版]』(有斐閣、2006)281頁(野中)。
- 37) 畑尻剛「国籍法の性差別とその救済方法」芦部信喜他編『憲法判例百選I [第4版]』(有斐閣、2000)77頁。
- 38) 国友明彦「生後認知のみでは国籍の生来取得を認めないことの合憲性」ジュリスト1257号(2003)132頁。
- 39) 最大判昭和50 (1975) 年4月30日民集29巻4号572頁。
- 40) なお、本判決では、女子差別撤廃条約や国際人権規

約B規約、児童の権利に関する条約との関連についても述べられているが、合憲性を問題とする本稿では、これらには触れない。

- 41) 国籍法3条1項については、当初より「血統主義の趣旨を徹底し、認知された子にも準正子と同様に届出による国籍取得を認めた方が均衡のとれたものとなった」(木棚照一「国籍法改正－国籍法はどの程度『国際化』されたか－」法学セミナー359号(1984)60頁)との指摘が行われていた。
- 42) 拙稿・前掲論文注8)22頁。
- 43) 高佐・前掲論文注26)は、「現行国籍法の根本的な問題は、やはり2条1号の解釈として生後認知の遡及効が認められていないことにある」とする。奥田・前掲書注34)136頁は、国籍法3条全体が無効であるとの立場から、法3条の「規定が存在しないものとして、国籍法2条1号の解釈を行うべきである。その結果、生後認知の子どもは、認知の遡及効によって、『出生の時』から日本人父が存在していたのであるから、日本国籍を取得することになる」とする。