

国籍法における非嫡出子差別

——平成一八年三月二九日東京地裁違憲判決をめぐって——

山 本 敬 三

目 次

- 一 はじめに
- 二 平成一八年三月二九日東京地裁判決の紹介
- 三 若干の考察
 - (1) 関連裁判例
 - A 国籍法三条に関するもの
 - B 国籍法二条に関するもの
 - (2) 今回の判決の意義
 - (3) 認知の遡及効の問題
- 四 おわりに

一 はじめに

平成一八年三月二九日、東京地方裁判所は、国籍確認訴訟において、国籍法三条の規定する国籍取得の要件が憲法一條に違反するという判決を下した。違憲判決ということで新聞各紙はこの内容を大きく報道した。

判決集未登載の判決文を幸いにして入手した私は、一読してその論理の明快さに感動を覚え、この画期的判決を多くの人に紹介する義務的衝動に駆られた。したがって本稿においては、先ずこの判決の内容を紹介し、これを契機として、本判決の中心的論点である国籍法における非嫡出子の差別問題に関して、私なりの一応の整理を試みたい。

現行国籍法二条、三条の適用に際し、国籍取得の段階で次のような問題が生じる。

まず、日本人母と外国人父から生まれた子は、父母の婚姻があろうとなかろうと、つねに日本国籍を取得する。すなわち、母子関係は、原則として認知をまず、分娩の事実により当然に発生すると考えられるからである。ところが、日本人父と外国人母から生まれた子の場合、嫡出子は当然に日本国籍を取得するが、非嫡出子の場合、原則として胎児認知がない限り、日本国籍を取得しない。ここに嫡出子と非嫡出子の間の不平等がある。また、非嫡出子の場合でもその後の父母の婚姻の有無により不平等が生じる。準正子と非準正子の間の壁である。このような国籍取得段階における壁に関しては、既に多くの学説や判例において論ぜられている。

今回の判決も正にそのような問題が中心論点になっており、差別を生みだす国籍法三条の違憲性が述べられたものである。

これまでの論争においては、認知の遡及効が否定されるという前提に立っているものが多い。しかし、これと反対の立

場に立った場合、このような差別問題はどのように変わるであろうか。本稿ではそのような点についてまで論及する必要があるものと考ええる。

二 平成一八年三月二九日東京地裁判決の紹介

事実の概要

フィリピン国籍の母と日本国籍の父との間に出生した第一事件から第九事件までの各原告（以下、九名を合わせて「原告ら」という）が、出生後に父から認知をうけたことを理由に法務大臣に対して国籍取得届を提出したが、原告らが国籍法三条一項に規定している国籍取得の要件を備えていないとして、日本国籍の取得が認められなかった。そこで原告らは父母が婚姻及び嫡出子たることを国籍取得の要件としている国籍法三条一項の規定は法の下の平等を規定している憲法四条に違反するなど主張して、被告（国）に対し、日本国籍を有することの確認を求めたものである。

なお、原告らは首都圏に居住する六歳から一二歳の子供であり、父母はいずれも婚姻していない。

判旨

国籍法三条一項制定の理由

「国籍法三条一項の基本的思想は、国籍法が拠って立つ父母両系血統主義を前提として、出生時に日本国民である父と法律上の親子関係を有していることが認められなかったことから同法二条一号によつ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も父母両系血統主義をより拡充徹底するため、届出制によつて日本国籍を認めようとしたものであ

るが、ただ同じ日本国民の実子であっても、日本国民である父親から認知を受けたにすぎない子の場合には、父親と生活の一体化を欠くことが通常であることから、我が国との結び付きのないし帰属関係が強いとはいえないという理由によって、国籍付与の対象から除外したものであると理解することができる。」

国籍法三条一項制定の合理性

「改正前国籍法は、旧国籍法における身分行為による国籍取得の制度を廃止しているが、子の出生後の身分行為によっては直接国籍変動を生じないとした改正前国籍法の仕組みは、絶対的な法理あるいは憲法上当然必要な取扱いであるとは解されないから、国籍法がその仕組みを一部改めて、子の出生後の身分行為のうち一定の行為に限って、それによって直接ないし間接的に国籍変動を生じる旨定めることは可能であると解することができる。

そして、……生後認知の場合も、父母両系血統主義を拡充するため、届出制による国籍取得の道を開くことには高い合理性があるということができる。

そして、国籍法三条一項は、生後認知された子のうち、我が国との結び付きのないし帰属関係が強いものに限って、日本国籍を付与することが相当であることを前提に、我が国との結び付きのないし帰属関係が強いものと認める指標として、日本国民である親と認知を受けた子を含む家族関係ないし生活の一体化が成立している点をとらえることとし、父母が法律上の婚姻関係にある場合に限って、そのような家族関係ないし生活の一体化が成立しているものと考え、そのような場合に限って日本国籍を付与しようとしているものと解することができる。」

「今日、国際化が進み、価値観が多様化して家族の生活の様相も一様ではなく、それに応じて子供との関係も様々な変

容を受けている。このことからすると、法律上の婚姻という外形を採ったかどうかということのみによって、父子関係の緊密さや生活の一体化、まして、それによる我が国との結び付きや帰属関係の強さを一律に判断することは、現実に符合しないというべきである。」

「認知による国籍取得の制度においては、現在では、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の合理性は高いものと評価することはできず、かつそのような我が国との強い結び付きないし帰属関係があるものと認める指標としては日本国民である親との生活の一体化を求め、これを父母の法律上の婚姻関係があることを一律に要求することによって法定化しこれをもって国籍を取得することができるか否かの区別を設けることは、前述したような非嫡出子の受ける不利益の深刻さと取扱いの区別の大きさに照らすと、それを裏付けるほどの合理性を有するものではないというべきである。」

「日本国内における民法上の取扱いの差異とは異なり、非嫡出子が、両親が婚姻していないがゆえに日本国籍を取得することはできないとすることは、両親が婚姻している嫡出子に比して明らかに不利益な取扱いであり、かつ、基本的人権の保障を受ける上でも、また、日本国内において現実に生活を送る上でも、重大な障害になることは明らかである。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は、全く問題を異にするものであり、前者において法律婚の尊重の観点から合理的な理由があるからといって、後者においては優れて子供自身の問題なのであるから、その両親についての法律婚の尊重という観点から合理的説明を行い得るとすることはできないといわざるを得ない。」

「国籍の取得は、基本的人権の保障を受ける上で重大な意味を持つものである。ところが、子にとって出生の時に、父母が婚姻しているか否かは、全く偶然のことにすぎず、個人の意思や努力によっていかんともし難いものである。そして、認知については、非嫡出子の側から強制的に認知の訴え（民七八七条）によって求めることができるのに対し、父母の婚姻を非嫡出子の側から求める手段は現行法上存在しないのである。そうすると、両親がその後婚姻したかどうかによって、非嫡出子が自らの力によって決することのできないことによって、日本国民との法律上の親子関係の認められる子供の国籍取得の有無という重大な事項について、大きな区別を設けることには、極めて慎重であるべきである。」

そして、「国籍法三条一項の規定は、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一四条一項に違反し、違憲無効であるというべきである。」と結論づけている。

三 若干の考察

法律上の婚姻から生まれた子に対して、法律上の婚姻によらずして生まれた非嫡出子は、いろいろの法分野において差別的取扱いをうけることが多い。これは特に民法において顕著であり憲法一四条の問題になる訴訟も多くみられる。

国籍法の分野においても、この両者の差は大きな問題を供している。すなわち、子が日本人父と外国人母との間で生まれた場合、嫡出子は日本国籍を取得するのに、非嫡出子は原則として日本国籍を取得できないという形をとってあらわれる。

国籍法二条一号は、「出生の時に父又は母が日本国民であるとき」子は日本国籍を取得すると規定している。しかし、ここでいう「父又は母」とは法律上の父母のことである。すなわち、国籍法における親子関係は、原則として民法によっ

てきめられる。

先ず父母が婚姻をしている場合、すなわち嫡出子の場合、妻から生まれた子は夫の子と推定されるから、日本人父と外国人母から生まれた子は当然に日本国籍を取得する。ところが婚姻していない日本人父と外国人の母から生まれた非嫡出子の場合、日本人父は認知をするまで法律上は存在しないものとして扱われる。またたとえ日本人父によって認知されても、国籍法二条一号は「出生の時」を基準としているから、子が生まれる前の認知、すなわち胎児認知であれば日本国籍を取得するが、生後認知では国籍を取得できないことになる。これは国籍法二条における差別である。

ところが、認知以外に父母が婚姻すれば子が嫡出子となる準正についても別の差別が生じる。

昭和五九年の国籍法改正により準正が成立した子がまだ未成年である場合には「届出による国籍取得」が認められることになった。

国籍法三条は準正子と非準正子の間に新たな差別をつくりだすことになった。⁽²⁾

(1) 関連裁判例

A 国籍法三条に関するもの

今回の東京地裁の判決は、国籍法三条に規定している国籍取得の要件が憲法違反であると判断した画期的なものであるが、同じ東京地裁において約一年前に同様な事例に対して憲法違反の判決が出されている。これが国籍法三条に関するはじめての違憲判決であるので、何よりも先ずこの判決を検討することが必要と考えられる。

東京地裁平成一七年四月一三日判決⁽³⁾

事実の概要

原告は、日本人男性とフィリピン女性との間で平成九年に生まれた未成年の男児である。母親は在留期間を超えて日本に在留している。

原告は、出生後に、この日本人男性から認知を受け、同人の非嫡出子となった。その後、原告の法定代理人（親権者である母親）が、原告が父親から認知を受けたことを理由に日本国籍を取得したとして法務大臣に対して国籍取得届を提出したところ、国籍取得の要件を満たしていないとの通知を受けた。そこで原告が日本国籍を有していることの確認を求めたのが本件訴訟である。

判旨

裁判所は、準正子と準正子でない非嫡出子を区別する合理性について、先ず、仮装認知のおそれは、法律上の親子関係だけで国籍付与を認めるわけではなく、我が国との一定の結びつきがあることを要求する場合には問題とならないこと、また我が国の民法上嫡出子と非嫡出子とで異なる取扱いをした規定はあるが、子の扶養義務など両者を区別しない規定もあり、あらゆる局面において両者を区別しているわけではないから、それぞれの局面において区別することに合理性があるか否かを検討する必要があること、また国籍法三条一項による国籍取得の要件と非嫡出子の帰化要件は異なる上に、国籍法三条一項の場合は要件を満たせば当然に国籍取得が認められるのに対し、帰化が認められるかどうかは、要件を満た

されたとしても法務大臣の裁量判断に委ねられる点において決定的な違いがあり、国籍法三条一項の代替手段として位置づけることは困難であることを理由に、それぞれ区別の合理性を基礎づける理由になり得ないとして排斥している。

また本判決では、国籍法二条一号は、出生時に日本国民との間に法律上の親子関係が生じている子については、その身分関係自体によって我が国との間に日本国民としての資格を与えるのにふさわしい結びつきが存在するものとして国籍取得を認めたものであるのに対し、国籍法三条による国籍の伝来的取得の対象となる子は、出生時には日本国籍が認められなかったために、そのほとんどの者が外国籍を取得し、外国との間に一定の結びつきを生じていることも考えられるのであるから、出生時に日本国民の子であった者とは事情を異にし、出生後に日本国民と法律上の親子関係を生じただけで当然に日本国籍を取得しなければならないということにはならないとして、生後認知のみで国籍取得を認めるべきとする原告の主張を排斥している。

しかし、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国籍法三条一項の趣旨であり、そのこと自体には合理性が認められること、また、我が国との結びつきを認める指標として、日本国民である親と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とらえること自体にも一応の合理性を認めることができるとしている。

そして、その上で、本判決は、このような家族関係及び共同生活の成立は、父母が法律上の婚姻関係にある場合のみならず、父母の間にいわゆる内縁としての事実上の婚姻関係が成立している場合にも当てはまるところ、認知を受けた非嫡出子が我が国との間で国籍取得を認めるに足りる結びつきを有するかどうかという観点から考えた場合に、その父母が法律上の婚姻関係を成立させているかどうかによってその取扱いを異にするだけの合理的な理由は認められなとし、日本

国民を親とする家族の一員となつてゐる非嫡出子について、父母の間に法律上の婚姻関係が成立してゐないことを理由に国籍取得を否定することは国籍法三条一項本来の趣旨から逸脱し、準正子と非嫡出子との間の合理的な理由のない区別をもたらずのものであり、国籍法三条一項は、この点において憲法一四一条一項に違反すると結論づけてゐる。

この東京地裁の判決は、相当な根拠にもとづく違憲判決で、若干の問題は残すものの高く評価できるものと考えられる。しかし、残念なことに控訴され、その控訴審において控訴棄却という結果になつた。

そこで、次にその控訴審判決を見てみよう。

東京高裁平成一八年二月二八日判決⁽⁴⁾

判旨

「現行の法は、……日本国籍取得の要件として、出生時に父又は母が日本人であることを原則とし、かつ、法第二条第一号は、単なる人間の生物学的出自を示す血統が証明されれば足りるとすることなく、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要する旨を規定するものと解され、同号の適用上、認知の遡及効が否定される結果、父が日本人である子であつても、出生時において父と子との間に法律上の親子関係がない場合は、たとえ、生後認知を受けたる者であつても、同号による日本国籍取得が認められず、このような者が日本国籍を取得するには、本来であれば、帰化の手續を経なければならぬものであるところ、特に、法第三条第一項を設けることによつて、出生時に日本人である父

との法律上の親子関係を有していなかった嫡出でない子においても、父母の婚姻と父による認知という要件を満たせば、届出による日本国籍取得の途を開いたものであって、同項は、血統主義を採用した法において、出生時に日本人である父との法律上の親子関係を有していなかった嫡出でない子につき、準正を理由とする日本国籍の取得を認める補完的手段であると位置づけることができる。」

被控訴人（原告）については民法第七八三条所定の胎児認知がされた事実はなく、したがって、被控訴人とその父との間には、被控訴人の出生時において、法律上の親子関係があったことは認められないから、被控訴人が法第二条第一号に基づいて日本国籍を取得することはあり得ない。

「被控訴人の主張するところの真意を斟酌すれば、法第三条第一項が、日本人である父の生後認知を受けた子において、父母の婚姻によって準正が成立した場合に、日本国籍の取得を認めているのであり、かつ、被控訴人の父母は婚姻関係はないが、事実上婚姻と同視し得る内縁関係にあるのであるから、日本人である生後認知を受けた被控訴人についても、同項を類推適用し、あるいは、同項の拡張解釈によって、被控訴人にも日本国籍の取得を認めるべきであるとの主張とみる余地もないではない。」

しかし、「国籍法については、規定する内容の性質上、もともと、法律上の文言を厳密に解釈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ないし類推解釈は許されないとすべきである。」

一見してこの判決は一般理論のみにかたむき、説明不足の感を免かれない。「法律上の文言を厳密に解釈することが要請される」のは、国籍法に限定されるものではないであろう。

B 国籍法二条に関するもの

父から生後認知された子の国籍取得の問題は、これまで国籍法三条ではなく、国籍法二条一号の合憲性の問題として扱われることが多かった。その典型的な裁判と考えられるのが最近の大阪地裁のそれである。この裁判は地裁から高裁そして最高裁まで行ったものであり、今回の東京地裁判決を検討する上できわめて参考になると考えられるので関連判決として簡単に紹介しておく。

大阪地裁平成八年六月二八日判決⁽⁵⁾

事実の概要

法律上の婚姻関係のない日本人男性とフィリピン人女性との間に生まれた原告が、出生後に父から認知されたことにより、出生の時にさかのぼって日本国籍を取得したと主張して、被告（国）に対して、日本国籍を有することの確認、及び日本国籍を有するものとして扱われなかったことによる慰謝料の支払を求めた。

原告は、次のような主張をしている。

まず、法例一八条により指定される民法七八四条によれば、認知の効力は出生時に遡及するので、出生時に父が日本国民であったことになり、国籍法二条一号に該当すること、又、国籍法上、認知の遡及効を認めないという解釈は、嫡出子と非嫡出子、生後認知と胎児認知の間に不合理な差別をもたらすものであり、憲法一四条に違反する。

「旧法には、認知による国籍取得の規定が置かれていたが、右規定は昭和二五年の新法制定により全面的に削除されたうへ、昭和五九年改正による現行法では、準正による国籍の取得についての規定（三条）が新設されたのである。右の準正は、父母の婚姻と父による認知とを要件とするものであるから、原告の主張するような解釈論を採ると、右の三条の規定は無意味な規定ということにならざるを得ない。したがって、右のような国籍法改正の経緯及び現行法三条の趣旨からすると、現行法は、認知そのものを日本国籍取得事由とはしていないこと、すなわち、国籍法上は、認知の効果を遡及させないとの立場を採っていることは明らかである。」

「現行法は、血統という単なる自然的・生理的要素を絶対視することなく、親子関係を通じて我が国との密接な社会的結合が生ずる場合に国籍を付与するとの基本的立場に立っているものといえることができる。すなわち、嫡出子については、父又は母のいずれが日本人であるかを問わず、親子の実質的結合関係が生ずるから、日本国籍を付与するについて問題は、ない。しかしながら、非嫡出子については、親子の実質的結合関係は一律ではなく、民法上非嫡出子は、母の氏を称し（民法七九〇条二項）、母の親権に服する（民法八一九条四項）ものとされていることから明らかとなり、父子関係は、母子関係に比較して実質的な結合関係が希薄であるのが通常である。現行法は、右の親子関係の差異に着目し、親子関係が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ものと解することができる。」

そして、憲法一四条との関連において、結論として次のように述べている。

「右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ず、このことに準正による国籍取得や簡易帰化等の補完的な制度を具備していることも合わせ考察すると、現行法が、一部の非嫡出子について原告が指摘する

ような取扱いの区別をもうけたことには、合理的な根拠があるものというべきであつて、立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えたものということはできない。したがつて、右の区別は、憲法一四条の平等原則に照らして不合理な差別ということはできない。」

このようにして原告の請求は棄却されたので、原告は大阪高裁に控訴した。

控訴理由は、第一審への請求理由とほぼ同じである。

しかし、控訴審においても、控訴人の請求は棄却された。⁽⁶⁾

（大阪高裁平成一〇年九月二五日判決の判旨は、第一審判旨とほとんど変わらないので、割愛する。）

そして、訴訟は、最高裁で争われることになった。

最高裁平成一四年一月二二日第二小法定判決⁽⁷⁾

上告理由

原判決で、国籍法二条一号の適用において認知の遡及効を否定したのは、嫡出子と非嫡出子との間で、また、胎児認知された非嫡出子と出生後に認知された非嫡出子との間で、日本国籍の取扱について不当な差別をするものであり、憲法一四条に違反する。

最高裁はしかし原告の上告を棄却した。

判旨は大体において、第一審判決、控訴審判決のそれと同様であるので、ここでは結論の部分のみを引用するにとどめ

る。

〔国籍〕法二条一号は、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。そして、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、法二条一号が、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ふべきである。〕

このように述べて、国籍法二条一号は憲法に違反するものでない、と結論づけている。

この判決の結論は裁判官全員一致によって出された。しかし、ここで注目すべきことは三人の裁判官の補足意見があることである。

まず、亀山継夫裁判官は次のように述べている。

〔私は、法二条一号が日本人の父から胎児認知された非嫡出子に国籍の生来的取得を認めていることとの対比において、法三条が認知に加えて『父母の婚姻』を国籍の伝来的取得の要件としたことの合理性には疑問をもっており〕と述べる。

次いで、梶谷玄裁判官と滝井繁男裁判官もくわしく意見を述べたあと、次のように結論づけている。

〔国籍は国家の構成員の資格を定めるものであり、国籍を取得させるかどうかについての要件を定めることは国家の固有の権限に属し、立法の広い裁量があることを肯定しても、法三条が準正を非嫡出子の国籍取得の要件とした部分は、日

本人を父とする非嫡出子に限って、その両親が出生後婚姻をしない限り、帰化手続によらなければ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差別をもたらすことになるが、このような差別はその立法目的に照らし、十分な合理性を持つものというのは困難であり、憲法一四条一項に反する疑いが極めて濃いと考える。」

裁判官五人の内の三人がこのような補足意見を出すことは異例なことであり、又、その内容は明快でありきわめて重いものと考えられる。

この梶谷・滝井補足意見について、国友教授は次のように述べている。

「この梶谷・滝井補足意見はまた、法改正を立法院に勧告する勧告意見たる実質をもつものと受け取れる。早急な法改正が望まれる。」⁽⁸⁾

(2) 今回の判決の意義

今回の判決の内容を検討する場合、前出関連判決例として挙げた昨年⁽⁷⁾の東京地裁違憲判決がきわめて参考になる。

そこでは被告（国）側は、合理的根拠として、準正子と非嫡出子との間では生活実態が異り、準正子の方がわが国との結びつきが強いことを挙げている。

しかし、判決は、日本国民との共同生活は、法律上の婚姻関係が成立した場合に限らず、内縁関係の場合にも認められるとし、国籍法三条が日本国籍の取得を父母が法律上の婚姻関係が成立している場合に限っていることは合理的な区別の根拠となりえないとし憲法違反であると結論づけている。

このような判決の立場は、子と日本人親との実質的な共同生活を通じてのわが国との結びつきを国籍取得の判断基準と

するものといふことができる。

しかし、このような立場については次のような批判的見解がみられる。

佐野教授は、本判決を評釈するに当り、次のように述べている。

「個人の基本的な身分関係の基礎である国籍取得の可否について、わが国との結び付きを個別具体的に要求することは、国籍取得の手續をかえつて複雑にし、簡易な国籍取得の制度として導入された『届出による国籍取得』という制度の趣旨に合致しないように思われる。」⁽⁹⁾

近藤教授の次のような指摘も同様な意味にとらえることができるであろう。

「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。たしかに、本件では父が扶養しており、週末に母とXの家に泊まるなど家族としての交流を密にし、幼稚園の行事に参加するなど父親としての役割を果たしていることが認定された。しかし、家族としての共同生活の成立を認定する行政実務の基準づくりは容易ではない。」⁽¹⁰⁾

このように、昨年の東京地裁判決では、子が日本人父と共同生活しているという実態を重視しており、そのような実態があるのに婚姻関係がないとして国籍取得を認めないのは差別であり憲法違反であるとしている点に大きな特長がある。

これに比べて今回の判決はどうであろうか。

ここでは、家族が一体であるかどうかという点には全く関係なく、国籍法三条の規定自体が不合理であるとして違憲にしたものであり、昨年の判決より更に一步踏みこんだものとなっている。

これはいみじくも佐野教授の前判決での評釈において、遠慮勝ちに述べられていた次のような示唆と一致するものと考えられる。

「出生後の認知された非嫡出子のみがその血統にもかかわらず日本国籍を取得できないという結果の重大さを考えると、本判決のように国籍法三条一項の『非嫡出子』の要件を無効と解することができる」とすれば、竿頭一步進めて、『父母の婚姻』の要件を要求している部分を含めて憲法一四条一項に反すると解し、生後認知された子についても届出による国籍取得の道を開くことも、憲法に適合した解釈として許されるのではなからうか。⁽¹⁾」

婚姻は尊重されなければならない。しかし、「父母の婚姻」という形式的基準をもって子の国籍取得の要件とすることは許されない。そのような見地から憲法違反と断定した今回の判決はきわめて高く評価される。

しかし、本判決について私には一つの疑問がある。それは「諸条約との関連」の部分における判決の評価である。

すなわち、原告らは国籍法の規定が憲法に違反するだけでなく、これに関して規定している諸条約にも違反していると主張している。本判決においても条約として、女子差別撤廃条約、B規約、児童の権利条約等が列挙されている。ここではその中の児童の権利条約についてのみ簡単に言及してみる。

判決では、児童の権利条約七条一項、二項において児童の国籍に関する権利が保護されていることを指摘した後、しかし、「これらの規定は、無国籍児童の一掃を目的としたものであり、無国籍児ではない非嫡出子に対して締約国の国籍を付与することを締約国に義務付けたものとまで解することはできない。」と述べて、この点に関する原告らの請求をしりぞけている。

しかし、まず文言解釈としてこれはきわめて狭い解釈である。二項の「特に児童が無国籍となる場合を含めて」という文言は、単に無国籍の場合のみに限定されるものではないと解するのが、むしろ自然であろう。

また、「認知による国籍取得の否定は無国籍を発生するおそれがある。」⁽¹²⁾という見解も充分に考慮すべきである。

更に、「児童の権利条約二条の規定は、B規約二条同様、一般規定であるから、七条一項の国籍取得の権利についても婚外子差別は禁止されると解されよう。」⁽¹³⁾との見解もみられる。

条約を尊重すべきであるとする見解はきわめて多い。⁽¹⁴⁾条約は何よりも「子の利益」を中心に規定されていることが銘記されなければならない。

(3) 認知の遡及効の問題

前出の大阪の裁判は、正に認知の遡及効そのものを問題にしており、それを正面から否定したものであった。

認知の遡及効を認めるか否かという問題はきわめて大きな影響力をもつ。すなわち、佐野教授も述べているように、「仮に国籍法三条が憲法違反と判断されても、認知による遡及的な国籍取得が認められない限り、国籍取得の届出をしていない非嫡出子について日本国籍を認める法文上の根拠がないという問題がある」⁽¹⁵⁾と考えられるからである。

したがって、認知の遡及効の問題についてここで一応整理をしておこう。

認知に遡及効を認めるか否かについては従来多く論じられてきた。そして、現時点においては、遡及効を認めないというのが学説の多数であるといえよう。⁽¹⁶⁾

その根拠としては、何よりも国籍の安定性があげられる。すなわち、国籍の浮動性の防止である。子が出生して何十年も後に認知がなされ、その認知に遡及効が認められるとすれば、非嫡出子の国籍はきわめて不安定なものとなる。これは国家にとっても本人にとっても好ましいものとはいえない。生来的国籍をできるだけ出生時に確定しようとするのが国籍法の基本的要請と考えるものである。

また、沿革的な理由もあげられる。すなわち、旧国籍法（明治三十一年制定）は、子の出生後の認知による国籍の伝来的取得を認める規定（五条三号・六条）を設け、認知の遡及効により成立する親子関係にもとづく国籍の生来的取得を認めなかった。現行国籍法（昭和二五年制定）は、この旧国籍法の規定を削除したが、あらたに認知の遡及効を認める規定をおいたわけでもない、ことも根拠とされる。

さらに、昭和五九年の国籍法の改正があらたな根拠をあたえる。すなわち、改正法では準正による国籍取得の規定（三条）が設けられたが、それによると、認知以外に父母の婚姻があり、さらに届出があることが要件とされているから、仮に認知だけで当然に生まれたときから国籍を取得するのであれば、国籍法三条は意義を失うというものである。

判例もこれまでのところすべて認知の遡及効を否定したものがばかりで、認知の遡及効を肯定したものはみられない。⁽¹⁷⁾ また、行政実務の取扱いも遡及効否定説をとっているようである。⁽¹⁸⁾

しかしながら、近時、このような認知の遡及効否定説を批判する見解が強く主張されてくるようになったことは注目すべきことである。⁽¹⁹⁾ その中で最も精力的に批判説を展開しているのは奥田教授である。

国籍の安定性に関して教授は次のように述べている。

「たしかに、何十年も外国人として生活してきた人が、ある日突然、日本人父親によって認知され、生まれた時から日

本人として扱われることになったら、何らかの不都合が生じるかもしれない。たとえば、その人が日本人として投票すべきであった選挙は無効になるかもしれない。また、その人の結婚を日本法にもとづいて、もう一度審査し直した結果、結婚が無効になるかもしれない。さらに、母親の国籍だけを取得している者として、その国の公務員になっていたが、日本国籍も取得していることが分かったために、罷免されることがあるかもしれない。しかし、これらの不都合は、主に成年に達した後に生じるものばかりである。これに対して、旧国籍法における認知による国籍取得は、未成年の間に限定されていた。また、後述のヨーロッパ諸国の立法でも、認知による国籍取得は、おおむね未成年の間に限定されている。したがって、認知による国籍取得を未成年の間に限定することには、合理的理由がある⁽²⁰⁾。」

さらに、次のようにも述べている。

「民法の規定をもう一度よく見ると、認知は、たしかに出生の時にさかのぼって効力を生じるが、第三者がすでに取得した権利を害することはできないとされている（民法七八四条但書）。したがって、わが国の国籍法において、認知による国籍取得を認めても、民法のこの規定の適用によって、第三者の権利は害されないから、遡及効による不都合は生じない⁽²¹⁾。」

私はかつて、ある判例の評釈を行なうのに際して、認知の遡及効の是非を述べる機会があったが、その時にはいずれの立場にたつたかの断定的結論を保留した⁽²²⁾。しかし本稿において明確に認知の遡及効を認める立場に立つことを表明したい。その理由は何か。それは認知の遡及効を認めることにより、今回の中心的論点である国籍取得の際の嫡出子と非嫡出子の間、準正子と非準正子の間などに存在する差別に関する問題が解消されるものと考ええるからである。

そして、このように解することにより、今回の違憲判決も実効性を發揮することができる、と考えるからである。

認知の遡及効を認めることは解釈によって解決することも可能ではあるが、立法的解決をする方がよりすっきりしたものと考えると考えられる。⁽²³⁾ その際、次のような奥田教授の試案は十分に考慮されるべきであろう。

教授は、認知による国籍取得に関して、ドイツ、フランス、ベルギー、イタリア、オランダ等の法制を丹念に検討したあと、立法論として、次のような試案を提示している。

「出生後に父又は母により認知された子で二十歳未満のものは、認知をした父又は母が子の出生時に日本国民であったときは、日本国民とする」(二項)。「認知は、出生の時にさかのぼってその効力を生ずる。但し、第三者が既に取得した権利を害することができない」(二項)。

この試案は、現行国籍法三条に代えて提案されるものである。⁽²⁴⁾

四 おわりに

国籍については、多くの壁がある。しかし、国際化の進展と世界の良識の力により、その壁は徐々にではあるが取除かれつつある。

これまでの壁の中で最大のものは、国籍取得の際の男性と女性との間の壁であった。すなわち、我が国が誇っていた父系優先血統主義によるもので、それは憲法一四条との関係で大きな問題となった。しかし、この壁は昭和五九年父母両系血統主義の採用という立法的解決によって、すっきりと取除かれた。⁽²⁵⁾ これはまことに偉大なる第一歩といえる。

次の壁は無国籍防止の問題であった。そして、これも平成五年のいわゆる「アンデレ・ケース」における東京地裁と最高裁の適切な判決により見事に解決された。⁽²⁶⁾

そして、現在なお残っているのが、今回問題とされている国籍取得に関する嫡出子と非嫡出子、準正子と非準正子の間の壁である。

子は父親と母親との間で生まれる。どちらの親との関係も平等でなければならぬ。子の国籍取得の問題が親の婚姻の有無によって左右されてはならない。子は親に婚姻を求める何等の手段も持ち合せていないのである。

準正子と非準正子の間の壁はすべからず除去されなければならない。

近時このような壁を憲法違反であると考える見解が徐々に現われてきていることはきわめて喜ばしい。前出の平成一四年一月の最高裁判決の中の三裁判官の補足意見、平成一七年四月の東京地裁の違憲判決、そして、今回の東京地裁判決等である。

それ等は輝かしい一里塚であり、その積重ねによって、この壁は除去されるものと信じている。被告(国)の控訴は真に残念である。

おわりにもう一度「認知の遡及効」に言及したい。

「国籍法上は認知の遡及効を認めないとの解釈は、通常の法解釈の枠内ではもはや争うことができないと思われる。」と述べられることがある。そのためか、この問題に触れることなく、法解釈を工夫することによって、このような差別の壁を克服しようとする努力がみられる。⁽²⁸⁾それはそれとして大いに評価すべきものである。しかし、この壁を征服するためには、認知の遡及効を認めることが絶対的に必要である、と私は考える。

(平成一八年六月二九日稿)

- (1) 判決文は東京の近藤博徳弁護士の御好意により入手することができた。記して謝意を表する。
- (2) 法改正の途中で既にこのような差別についての疑問が指摘されている。山田録一教授は次のように述べている。「私は、この点について、法律上の親子関係の成立を認める点では認知も準正も同じではないか、日本国籍の取得について日本の国籍法が血統主義を採用している以上、認知の場合と準正の場合とを区別すべき合理的な理由はあまりないのではないかと思います。」「国籍法改正に関する中間試案をめぐって」(上) ジュリスト七八八号二〇頁
- (3) 平一五(行ウ) 一一〇号退去強制令書発付処分取消等請求事件 判時一八九〇号二七頁 判タ一一七五号一〇五頁
- (4) 平一七(行コ) 一三四号
- (5) 平七(ワ) 四二七二号国籍確認等請求事件 判時一六〇四号一二三頁以下
- (6) 平八(ネ) 二〇一三号国籍確認等請求控訴事件 判タ九九二号一〇三頁以下
- (7) 平一〇(オ) 二一九〇号国籍確認等請求事件 判時一八〇八号五五頁以下 判タ一一一一号一二七頁以下
- (8) 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」ジュリスト一二五七号一二二頁
- (9) 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」私法判例リマーカー三三二号一三五頁
- (10) 近藤敦「国籍法三条一項と憲法一四條一項」法学セミナー六〇七号二一八頁
- (11) 佐野寛 前掲私法判例リマーカー三三五頁
- (12) 奥田安弘「国籍法二条一号は憲法一四條に違反するか」判時一六一八号二〇二頁
- (13) 鳥居淳子「国籍法上、認知に遡及効を認めないことの合憲性及び人権諸条約への適合性」ジュリスト一一九七号九四頁
- (14) 佐野寛「日本国籍の取得をめぐる諸問題」ジュリスト一一〇一号一五頁、二宮周平「国籍法における婚外子差別の検討」ジュリスト一〇七八号四九頁、奥田安弘「数字でみる子どもの国籍と在留資格」(二〇〇二年明石書店) 一六五頁 など
- (15) 佐野寛 前掲私法判例リマーカー 一三四頁
- (16) 江川英文「山田録一」早田芳郎「国籍法」(新版) 六二頁以下(一九八九年)、黒木忠正「細川清」外事法・国籍法 二八七頁

(一九八八年)、田中康久「最近における諸外国の国籍法改正の動向(完)」民月三六卷二号二八頁(一九八一年)、田代有嗣『国籍法逐条解説』一五八頁以下(一九七四年)、佐野寛 前掲 ジュリスト一〇一号一五頁など

- (17) 東京家審昭和五五年六月三〇日 家月三四卷一—号三八頁、東京高裁昭和五五年一月二—四日決定 判時九九三三五六頁、神戸地裁昭和五六年三月二〇日判決行集 三二卷三—号四九四頁、大阪高裁昭和五五年一〇月二—二日判決行集 三二卷一〇号一八五—二頁、大阪高裁昭和五六年一月三—三日判決行集 三三卷一—号六二頁、東京地裁昭和五六年三月九日判決 家月 三四卷八号九六頁、大阪地裁平成八年六月二—八日判決 判時一六〇四号一—二三頁など多数ある。

(18) 昭和二六年三月九日民甲四二—五号民事局長回答など

- (19) 奥田安弘『家族と国籍』(一九九六年)有斐閣 一三四頁、加来昭隆『国籍法上の身分関係』『涉外判例百選(第三版)』二四八頁(一九九五年)、欧龍雲『昭和六二年度重要判例解説』二六九頁、鳥居淳子 前掲ジュリスト一一九七号九三頁 など

(20) 奥田安弘 前掲『家族と国籍』一二七—一二八頁

(21) 奥田安弘 前掲『家族と国籍』一二九頁

- (22) 拙稿「日本人男と外国人女との間の非嫡出子につき日本人男の認知届により国籍法二条一号を適用して日本国籍の取得を認めたい」私法判例リマックス一五号一六八頁

(23) 二宮周平「国籍法における婚外子差別の検討」ジュリスト一〇七八号四九頁

(24) 奥田安弘「認知による国籍取得に関する比較法的考察」国際法外交雑誌九四卷三号(一九九五年)四一頁

(25) 拙著『国籍』(一九七九年 三省堂)は、この法改正により増補版(一九八四年)に「国籍と男女平等」を新たに加えた。なお、拙稿「国籍法と男女平等」法律時報六四七号(一九八一年)八頁以下 参照

- (26) 拙稿「わが国籍法における生地主義」修道法学一八卷一号(一九九六年)一頁以下に、私はアンデレ・ケースを第一審から上告審終了までまとめて総括した。

(27) 国友明彦 前掲ジュリスト一二五七号一三〇頁

- (28) たとえば、東京高裁平成七年一月二—九日判決。この判決は胎児認知を当事者が希望したが複雑な法律関係のためそれができ

なかつた事例として有名であり、最高裁まで行っている。私はこの判決を評釈するにあたり、次のように述べてこの判決を高く評価した。「本判決は、認知による子の生来的国籍取得について、認知の遡及効を認めないという従来の通説の立場をとっている。しかし、それではXの日本国籍取得が認められないので、『例外的な場合』を認めることによりXの国籍取得への途を開いている。このような方法はこれまでみられなかつたことから認知による国籍取得問題に新たな一石を投じた注目すべき判決と考えられる。」拙稿 前掲 私法判例リマークス一五号一六七頁