

平成18年（行コ）第124号 国籍確認請求控訴事件

控 訴 人 国

被控訴人 [REDACTED] 外8名

被控訴人ら準備書面2

2006年12月19日

東京高等裁判所 第16民事部 御中

被控訴人ら訴訟代理人

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

記

第1 国籍法3条1項の違憲性を論じる必要性―「日本国籍を得る利益」の重要性

1 日本国籍を得ることの重要性

- (1) 日本に居住する外国人は、社会生活の中で住居、就労、教育など様々な差別的扱いを受けている。にもかかわらず民主的政治過程から排除されているために、これを是正する制度的手段を持たない。更に日本での存在の基盤を出入国管理制度に依存し、在留資格及び在留期間という制限と、日本から退去を命じられる可能性という不安定さから生涯逃れられない。このことは本件被控訴人らも変わらない。

これに対して、日本国籍を有するということは、日本国の主権者の一員となることである。同時に、選挙権、被選挙権の行使を通じて法律やその他国家の意思形成過程に参加できることを意味する。さらに憲法が保障する基本的人権の全てについて十全な保障を受けることができる。そして何よりも、生まれ、育った日本に居住する権利を保障され、思想や発言、行動などを理由に日本から退去を命じられる（例えばマククリーン事件など）ことなく、生涯にわたって生活の場を得て暮らすことができる。

このように、被控訴人らにとって、日本国籍を得ることは、彼らの重要な権利保障の基礎を確立することであり、重大な利害を有するのである。

- (2) また、国籍法の血統主義とはもともと生来的国籍取得に関する立法主義の一つであるが、血統主義が定着した日本においては、「日本人の子は日本人」というのが一般的な国民の認識であり、日本人の子は日本国籍を得られる、という期待があると言ってよい。このことは、「日本人の父の子であるのになぜ日本国籍を得られないのか。」との本件被控訴人らの問いかけが多くの人々に受け容れられ、共感を得ていることから分かるのである。

2 平等原則を厳密に貫徹すべき必要性

他方、国籍取得の権利は憲法上保障されているものではないが、上述した重要性に鑑みれば、国籍取得の機会及び手続に関し平等原則は特に厳密に貫徹されるべきである。したがって、国籍取得の機会に関する不平等があればこれを是正すべき必要性が強く、法3条1項が憲法14条1項に適合するか否かを吟味する必要性は高いものというべきである。

第2 法3条1項の立法理由とその合理性について

1 控訴人の主張

- (1) 控訴人は、法3条1項の立法理由として、「父母両系血統主義（法2条1号）によれば、日本人母の子は、父が外国人であっても、子の嫡出又は非嫡出を問わず、出生により日本国籍を取得するが、日本人父の子は、母が外国人であれば、出生時に父子関係が確定している場合（子が嫡出子である場合又は父から胎児認知されている場合）でなければ、出生により日本国籍を取得しない。このことは、日本人父の子に着目すれば、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、子の国籍に大きな差異が生ずることを意味し、制度の均衡上考慮する必要がある」（控訴理由書21頁）と主張する。
- (2) 確かに、控訴人が指摘するとおり、日本人父の子については父母の婚姻がこの出生の前か後かで国籍取得に大きな差異が生じる。しかしこれは法改正以前から存在した差異である。

また、控訴人は父母両系血統主義によって日本人母の子が嫡出子・非嫡出子を問わず出生により日本国籍を取得できるようになったこととの対比で、その不均衡をいうものとも解しうる。しかしそうだとしても、控訴人のいう「父母の婚姻が子の出生の前か後かによって生じる子の国籍取得における差異」は、両系血統主義の採用によって生じた、より本質的な不平等状態の一場面にすぎない。控訴人は、父母両系血統主義の採用によって新たに生じた不平等状態のうち一部分だけを抽出して不均衡の是正の必要性を主張するものであり、かか

る主張は1984年改正の内容について正しい理解を欠いたものと言わざるを得ない。

控訴人が主張する法3条1項の立法理由に合理性がないことについて、以下詳しく論じる。

2 父母両系血統主義の採用とそれによる重大な差別的取り扱いの発生

- (1) 1984年改正の直接の契機となったのは、1980年に日本政府が署名した「女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約」であった。すなわち、同条約を国際婦人年の10年目にあたる1985年末までに批准するために、改正前法の父系優先血統主義を見直す必要があったことから、本改正が行われたのである（木棚照一「逐条註解 国籍法」（日本加除出版）40頁）。

このような改正の経緯から見れば、1984年改正の最も重要な目的が、それまでの父系優先血統主義を見直して父母両系血統主義を採用する点にあったことは明らかである。

- (2) ここで、父母両系血統主義を採用した改正法における平等原則の理念を詳しく検討する必要がある。

第一に、父系血統主義・両系血統主義とも、出生した子の性別が男か女かによって日本国籍の取得を左右するものではないから、子どもの性別による差別の解消が両系血統主義の採用の理由ではない。第二に、父系血統主義は親の性別によってその国籍を子に承継させるか否かを区別するものであるが、もともと親にはその国籍を子どもに承継させる憲法上の権利はないとされているのであるから、母親に父親と同様自己の国籍を子に承継させる機会を与えることが両系血統主義の採用の理由でもない。

にもかかわらず女子差別撤廃・男女平等の理念に基づき父系優先血統主義に代えて父母両系血統主義を採用するに至ったのは、「父が日本人であるか母が日本人であるかで区別をすることは国籍の承継を考える上で全く合理性がな

い、このような合理性を有しない理由により日本国籍を取得できる子と取得できない子が発生することは不平等であり憲法の平等原則の理念に反する」という考え方によるものである。

このように、「父が日本人であれ母が日本人であれ、日本人親から生まれた子が日本国籍を取得する機会については平等であるべきである」というのが、父母両系血統主義を採用した1984年法改正の理念である。

- (3) ところが、控訴人が法2条1号の解釈として述べているとおり、改正法が父母両系血統主義を採用した結果、日本人母の子は（現行制度上、出生時に必ず母との親子関係が確定するので）嫡出・非嫡出にかかわらず出生とともに必ず日本国籍を取得するのに対し、日本人父と外国人母の間の子は、出生時に父との親子関係が確定していなければ日本国籍を取得できない、という新たな不平等状態が発生することとなった。しかも、父系優先血統主義の下では「母が日本人であるために日本国籍を取得できない」という不平等であったのが、法改正により生じたのは「父が日本人であるために日本国籍を取得できない」という、全く逆の不平等状態であった。

父が日本人であれ母が日本人であれ、日本人親の非嫡出子という点で変わりはないにもかかわらず、父母両系血統主義の採用により出生による国籍取得の場面では一方は当然に日本国籍を取得するのに対し、他方はこれが認められない（日本国籍を得るためには帰化申請によるほか方法がない）というのは、単に国籍取得する手続が異なるというに留まらず、国籍取得の要件、取得に要する時間と労力、取得の可能性など、無視することができない重大な不平等状態がもたらされることとなったものといわざるを得ない。

このような事態は、「父が日本人であれ母が日本人であれ、日本人親から生まれた子が日本国籍を取得する機会については平等であるべきである」という、前述した法改正の理念を没却するものであり、何らかの形で解消する必要がある。

(4) この不平等状態を解消する最も適切な方法は、日本人父の認知を要件として届出による国籍取得を認める方法である。すなわち、出生時に日本人親との法律上の親子関係が成立している子については出生と同時に、出生後に日本人父との法律上の親子関係が成立した子についてはそのことを起因として届出により、日本国籍の取得を肯定することによって、上記の不平等状態を最小限度に限縮することができるのである。

ところが、改正法はこのような不平等状態解消の方法を執らず、出生後に日本人父から認知された子のうち両親が婚姻した（すなわち準正が成立した）ものに限定して、届出による日本国籍の取得を認めるという制度を設けた（法3条1項）。その結果、日本人父と外国人母の非嫡出子で出生後に父から認知を受けた子のうち、両親が婚姻したものとそうでないものとの間に国籍取得の手続（届出か帰化申請か）について不平等を生じさせることとなったのである。

3 控訴人の批判に対する反論

(1) なお、控訴人は、上記のような分析に対し「被控訴人らの法3条1項の立法趣旨のとらえ方は、何らの根拠もなく、立法時の議論に基づかないものであって、同条項の立法趣旨を完全に誤っている。」（準備書面(1)9頁）と反論している。

(2) しかしながら、父母両系血統主義の採用によって上記のような新たな不平等状態が発生することは、改正作業の過程においても認識されている。例えば被控訴人ら準備書面1でも引用したとおり、黒木忠正・細川清「外事法・国籍法」306頁は「出生による国籍取得についての血統主義の趣旨を徹底させれば、日本国民父の非嫡出子にも、簡易な届出による国籍取得を認めるべきこととなろう。」としており、非嫡出子と準正子との間の扱いに不平等があり、非嫡出子に対しても簡易な手続による国籍取得を認めるべきであるという一定の要求が存在することを前提としている。

また、昭和59年4月17日の衆議院法務委員会における小澤（克）委員の「日本人の未婚の母が子供を産んだ場合には、これは母親による認知ということとはほとんど実際にはありませんので、当然に母子関係が認められてその子は日本の国籍を取得するわけです。そうしますと、2条と3条との間でいかにも権衡を失う感じがするわけですが、その点いかがでしょうか。」「胎児認知と出生後の認知とで変わってくる。…これも権衡を失うと思われるわけです。生活実態というお話がありましたが、例えば胎児の認知の場合に、必ずしも実質的父子関係の生活実態が生ずるという必然性もないわけでございます。どうしてこういう差がつくのか、どうしても分からないのです。」との質問も、法3条1項が準正子と非嫡出子を差別扱いすることの合理性を問うものである。

- (3) このように、父母両系血統主義の採用によって生じる新たな不平等状態の存在は、改正時においてすでに認識されていたのであり、にも関わらず法3条1項が成立したということは、父母両系血統主義の採用によって新たに生じた不平等状態のうち、準正子についてのみ簡易な手続による国籍取得を認め、非嫡出子についてはこれを認めない、という明確な立法意思が存在したものであることは明らかである。

4 控訴人の主張それ自体が破綻していること

- (1) ところで、控訴人は先に引用した主張の前半で現行法2条1号の解釈を示した上で、後半部分で、「このことは、日本人父の子に着目すれば、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、子の国籍に大きな差異が生ずる」とし、その故に父母の婚姻時期による国籍取得に関する差異を解消するための制度的手当として法3条1項が設けられた、と主張している。
- (2) しかしながら、その前半部分の論旨を見ると、控訴人は、日本人父と外国人母の子は「出生時に父子関係が確定している場合（子が嫡出子である場合又は

父から胎児認知されている場合)でなければ、出生により日本国籍を取得しない。」（下線は被控訴人ら訴訟代理人）として、法2条1号の解釈上、出生による国籍取得の可否は出生時に親子関係が確定しているか否かによって決まることを明確に指摘しており、「父母の婚姻が子の出生の前であるか後であるか」が出生による子の国籍取得の可否を決するものではないことを自認しているのである。

- (3) このように、控訴人は、父母両系血統主義の採用によって「日本人父との親子関係の確定が子の出生の前か後か」で子の国籍取得に大きな差異が生じることを認識していながら、このことを「父母の婚姻がこの出生の前か後かによって子の国籍取得に差異が生じる」と意図的に言い換えているのであって、その論旨には重大な齟齬があり、控訴人が法3条1項の立法理由として主張するところはそれ自体すでに破綻しているものと言わざるを得ない。

更に指摘するならば、上記の論旨の前半部分は、父母両系血統主義の採用により、日本人母の子と日本人父の子の間に出生による国籍取得に無視し得ない重大な差異が生じることを控訴人自身も認識していることを示すものである。

5 法3条1項の合理性の検討

以上の通り、法3条1項の制度は、父母両系血統主義の採用によって発生した国籍取得に関する新たな不平等取り扱いを解消するものではなく、却って新たな不平等扱いを作出せしめるものであった。また、控訴人の主張する立法理由も合理性がなく、論旨が破綻していることは先に述べたとおりである。

そこで、それでもなお「日本人父の認知を要件として届出による日本国籍の取得を認める」という制度を採用せずに法3条1項の制度を採用する必要があるのか、また出生後認知を受けた非嫡出子のうち準正子とそうでない子を国籍取得の機会や手続において差別扱いする合理的理由があるのか、が改めて検討されなければならない。

6 日本の国籍法制から見た法3条1項の制度の合理性

まず、日本の国籍法制上、国籍取得の許否について嫡出子と非嫡出子がどのように区別して取り扱われてきたか、を検証する。

(1) 明治32年3月16日に成立し、昭和25年5月4日に現行国籍法の成立とともに廃止された旧国籍法では、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。

以上をまとめると、旧法において（家制度が家族関係・身分関係を規律していた時代であったにもかかわらず）、日本国籍の取得に関し嫡出子と非嫡出子を区別する考え方は存在しなかったことが分かる。

(2) 次に、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。

したがって、改正前法においても、日本人親の国籍の承継の場面において嫡出子と非嫡出子を区別して取り扱うという考え方は存在しなかったことが明らかである。

(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。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項は、日本の国籍法制の歴史において全く異質な発想に基づく制度であることが明らかである。と同時に、かかる差別的取り扱いが合理性を有するとする根拠を日本の国籍法制の沿革なり理念に求めることができないことは明らかである。

この点で、控訴人が「法の採用した血統主義も、夫婦とその間の子という家族共同体を国民共同体を構成する基本的単位ととらえ、血縁に基づく家族の結び付きを通じて民族の文化的伝統が継承されることに、国籍を付与するにふさわしい関係がみいだされているものであ」る（控訴理由書16乃至17頁）とか、「我が国における国籍立法の沿革を見れば、法は、夫婦とその子から成る家族共同体を国民共同体の中の最も基本的な共同体と位置づけ、家族関係に由来する我が国との密接な結合関係のうちに国籍を付与するにふさわしい関係を見いだしているといえることができる。」（控訴理由書19頁）とか、「血縁的な家族関係を通じて我が国の言語、生活様式その他の文化的伝統が継承される実態があることから、日本人家族への同化という我が国との密接な結合関係が認められたときに国籍を付与するというのが法の基本理念というべきである。」（控訴理由書20頁）などの主張が全く根拠のないものであることは明らかである。

7 控訴人の主張の検討

(1) 前述の通り、法3条1項が「準正」要件によって嫡出子と非嫡出子を差別扱いすることの合理性の根拠が日本の国籍制度の歴史ないし沿革からは認められないことが明らかとなった。そこで更に、法3条1項による準正子と非嫡出子の差別的取り扱いに合理的理由があるとする控訴人の主張を検討する。

(2) (ア) 控訴人は、法3条1項が立法政策として合理性を有する根拠として、「元来、血統主義が立法政策として合理性を有する所以は、自国民の子は、通常自国民の家族に包摂されることによって、自国の構成員とするのに適当であるとの価値評価が可能だからである。」（控訴理由書18頁、細川民事月報10、11頁の引用）ことを挙げている。

この主張が、法3条1項が準正子と非嫡出子を差別扱いすることの合理性を論証しようとするものであることから考えるならば、嫡出子を以て自国民の家族に「包摂」されていると言おうとしていることは容易に推測される。

しかしながら、この主張の要点である「自国民の家族に包摂される」とはいかなる意味なのか、「包摂」されるとは具体的にいかなる状態を意味するものであるか、その論旨からは全く不明である。

(イ) 嫡出子とは「婚姻した夫婦の間に生まれた子」という法的地位ないしは身分を指す法的概念である。もし仮に、この法的地位ないしは身分を有する状態を以て「自国民の家族に包摂される」と言うのであるならば、それは嫡出子であることを「包摂されている」と言い換えたに過ぎず、何故に法3条1項が嫡出性を要求するか、の説明とはなり得ない。

(ウ) また、上記主張は「通常自国民の家族に包摂される」との表現を用いているが、この「通常」という言葉は、「一般的にはそうであるが、例外的にそうではない場合もある」ことを含意している。しかるに、嫡出子たる身分を有することを以て「包摂」されていると考えるときは、「自国民の家族に包摂される（＝嫡出子であるところの）嫡出子」と「例外的に自国民の家族に包摂されない（＝嫡出子ではないところの）嫡出子」があり得る、ということになり、論

理的に破綻する。

- (エ) 他方で、控訴人は、法３条１項が合理性を有するとする根拠について、「親と生活関係を同一にする未成年の嫡出子は、親と同一の国籍であることが望まし」い、とも主張している（控訴理由書２２頁）。

また、昭和５９年４月１７日衆議院法務委員会において枇杷田政府委員は、「認知というだけでは、これは母親が日本人である場合でありますから、生活実態といたしますと嫡出子の場合とはかなり違うのではないか、（中略）その扱いの違う根拠は、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らうということが一つの前提になっていると思います。」（甲２号証３１５頁）、「三条の方は、出生のときには、これは主に父子関係になりますけれども、父との間には法律上の関係はないということでございます。そういうふうな形態の場合には、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つきが非常に薄いであらう」（同３１６頁）等と答弁している。

さらに、甲２号証の細川解説においても「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。（中略）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。」（１１頁）としている。

このように、準正の成立すなわち嫡出性の取得によって、日本人父との生活の一体化あるいは生活の同一性が発生することを以て、法３条１項による国籍取得の根拠とするもののようにも解される。

しかしながら、嫡出子とは上述した定義の通りある法的地位ないし身分を意味する概念であり、その定義には「父母との生活の同一性がある」という事実状態の存否は含まれていない。したがって、「嫡出子は法律上当然に父母との生活の同一性が認められる」との論理は成り立ち得ない。

- (オ) そこで、控訴人が「通常自国民の家族に包摂される」としているのは、「多

くの場合、嫡出子は父母との生活の同一性が認められる」という趣旨であるかとも解される。しかしながら、「準正子の大多数がその父母と生活の同一性が生じている」とする統計的根拠について、控訴人は本件訴訟の原審・控訴審を通じて何ら提出していない。また、被控訴人ら訴訟代理人が調査した限りでは、およそ準正子を含む嫡出子とその父母との生活の同一性を調査した統計結果は存在しないのであり、「準正子は通常自国民の家族に包摂される」との控訴人の主張は社会的事実に根拠を有しない感覚的な意見にすぎない。

(カ) さらに、準正について定めた民法789条は、その解釈として、父母が死亡し又は離婚・婚姻取消等したことによって婚姻が解消した後に父子関係が確定した場合（裁判認知及び死後認知を含む）であっても準正が成立するとされている。そして、法3条1項の「父母の婚姻及びその認知により」とは民法789条の準正を指すものとされているから、いったん両親の婚姻が成立すれば、その後婚姻関係が解消した後に父子関係が確定した場合（任意認知のみならず強制認知及び死後認知を含む）であっても、法3条1項に基づく国籍取得が認められる（現行法3条1項の解釈及び実務として争いのないところである）。ところが、これらの場合では両親が婚姻関係にあるときは父子関係は確定しておらず、父子関係が確定した時には既に両親の婚姻関係は消滅しているのである。「父母との生活の同一性」という法3条1項の根拠が、同規定の説明としても破綻していることは明らかである。

(3) 以上の通り、「元来、血統主義が立法政策として合理性を有する所以は、自国民の子は、通常自国民の家族に包摂されることによって、自国の構成員とするのに適当であるとの価値評価が可能だからである。」との控訴人の主張は、この「包摂」関係を法律関係に関するものと解しても、また事実関係に関するものと解しても、法3条1項の合理性を根拠づけるものとはなり得ないのである。

(4) 「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控訴人の上記主張を理解しようとすると、「自国民の子」という概念が「自国民の家族」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。控訴人が「準正嫡出子についても簡易な手続による国籍取得を認めるのが合理的である」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、とりも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り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。

- (5) なお、控訴人の上記主張について更に指摘するならば、父母両系血統主義に基づく法2条1号が日本人父から胎児認知された非嫡出子が出生により日本国籍を取得することを認めていることは、「血統主義が立法政策として合理性を有する所以は、自国民の子は、通常自国民の家族に包摂されることによって、自国の構成員とするのに適当であるとの価値評価が可能だから」ではないことを端的に示しているものである。この点からも「自国民の家族への包摂」を根拠に法3条1項の嫡出要件の合理性を主張する控訴人の主張が根拠を有しないことは明らかである。

8 控訴人の反論について

控訴人は、被控訴人らの主張に対し、「昭和59年改正法が法3条1項によって是正しようとした国籍取得に関する不均衡とは、被控訴人らが主張するような「父母両系血統主義の採用により生じた出生による国籍取得における不均衡」一般ではなく、出生時に日本人父の嫡出子であった子と出生後に準正により日本人父の嫡出子となった子の間の「嫡出子間における不均衡」である。」として、縷々主張する（控訴人準備書面(1)5頁以下）。

控訴人は上記に続く論述で、「日本人母の子であれば、父が外国人であっても、婚姻にかかわらず、子は、出生時に日本国籍を取得することになった。」

「日本人父と外国人母との間の子につき、生後、婚姻と認知があった場合、その子は、民法上、準正として嫡出子になるものの、昭和59年改正前の国籍法では、同法5条の帰化による国籍取得の対象となるのみであった。」「そうすると、日本人の子で嫡出子である子のうち、準正子のみが、帰化によってしか国籍取得ができない」から準正子に対して簡易な手続による国籍取得の道を開く必要がある、としている。

しかしながら、日本の国籍法制の歴史上、嫡出子と非嫡出子とで国籍取得の要件及び手続に差異を設けたことはなく、そのような考えが存在しなかったことは先に詳述したとおりであり、しかも「日本人母の子」については制度上国籍取得の要件・手続について嫡出・非嫡出が問われていないことを控訴人自身も認めながら、何故に「日本人父の子」の国籍取得について検討する時に限って、嫡出子に限定した検討を行うのか、その理由は全く述べられていない。したがって、控訴人の反論は反論となり得ないものである。

第3 簡易帰化制度が法3条1項の補完となり得ないこと

- 1 控訴人は、非嫡出子について準正子と区別し法3条1項の簡易な手続による国籍取得を認めなくとも、非準正子に「極めて大きな不利益」が生じるとはいえないと主張し、その根拠として、日本人父の非嫡出子については法8条1号の簡易帰化の対象としていることを挙げる（控訴理由書26頁）。また、帰化申請に対する法務大臣の許可についてその判断に裁量権の濫用又は逸脱があった場合には違法となること、実務上の様々な不都合があるとの控訴人らの主張は何ら立証されておらず、またそれらがあるとしても手続き上の負担に過ぎず大きな不都合ではない、と主張する（控訴人準備書面(1)15頁以下）。

2 しかしながら、これらの主張は失当である。

(1) 第一に、通常の帰化の要件について定めた法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。」（下線は被控訴人ら訴訟代理人）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ず、いわば法務大臣に判断をしてもらうための入口が広がったにすぎない。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、その裁量権の範囲が一般の帰化の場合と法8条1号の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。

(2) 第二に、インターネット上のフリー百科事典『ウィキペディア（Wikipedia）』によれば、「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」の提出と、「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」の呈示を求められ、しかも「上記書類は例示列举であり、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い、取得のタイミングが大変重要である。また、国籍証明書などは帰化できることがある程度定まってから取らないと大変な事態となるので注意しなければならない。」とされている。また「許否の結果が出るまでの期間は個々人で異なるがおおむね 1 年半程度を要するとされる。」とも記されている。

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) 第三に、法 8 条 1 項の簡易帰化制度は、1984 年改正前にも存在した。すなわち、帰化要件を規定した現行法 5 条 1 項 1 号乃至 6 号は、改正前法 4 条 1 号乃至 6 号を引き継いでおり（このうち改正前法 4 条 4 号「独立の生計を営むに足る資産又は技能があるとき」のみが現行法 5 条 1 項 4 号「自己又は生計を一にする配偶者その他の親族の資産又は技能によつて生計を営むことができること」とその内容を若干異にするが、いずれも簡易帰化制度においてはこの要件は免除されている）、現行法 8 条 1 号は、改正前法 6 条 2 号の簡易帰化制度をそのまま引き継いでいる。

したがって、1984 年改正時に父母両系血統主義の採用によって日本人父の嫡出子と準正子との間で国籍取得の手続について不均衡が生じたときも、この簡易帰化制度の存在により「不均衡は著しく大きなものではない」とすることが可能であったはずである。

しかしながら、1984 年改正は日本人父の準正子の国籍取得の方法が帰化手続に限られることは「看過しがたい不均衡」として、法 3 条 1 項を新

設したのである。

この経緯から見ても、簡易帰化制度の存在を以て「日本人父の非嫡出子の日本国籍取得について極めて大きな不利益があるとは言えない」との控訴人の主張に理由がないことは明らかである。

第4 原判決が行った一部無効判決が許されること

1 控訴人の主張

被控訴人らは、準備書面1において、「一部無効判決は立法府による人権侵害（平等権侵害）の排除を目的とする違憲審査権の目的を実現しつつ、違憲な要素を含む法の規定の全部を違憲無効とするのではなく一部のみを無効とすることによって、過大な立法権の侵害も回避することができるという点で、三権分立とのバランスを図った合理性を有する違憲判決の手法」であることを指摘しつつ（33頁乃至34頁）、いかなる場合に一部無効の判断が許容されるかを検討し、「①人の権利保障のために裁判所が条理を以て解釈をすることが期待される場面であって、②仮に立法によって是正するとしても立法政策上選択肢がないか、あるいは選択肢の間に大きな差異がなく、かつ、③裁判所の判断によって当該制度がその本質を改変させられることがない、という場合に、一部無効判決を行っても立法権を侵すものとは言えない、ということができる。」と述べた（同35頁）。

これに対し控訴人は、どのような場合に一部無効の判断をすることが必要とされ、また許容されるか、本件は一部違憲無効の判断が求められかつ許容される事案であるか否か、の吟味を経ないまま、「本件は、国民の憲法上の権利自由を規制する法律の一部無効が問題となっているのではなく、立法によって初めて付与される権利の根拠規定の合憲性が問題となっているのである。原判決は、その権利発生要件である文言を一部無効とすることにより、本来対象ではなかった範囲の者にまで権利を付与しようという点で、権利拡充を図るもので

はなく、むしろ権利創設を図るものと評されるものである。その意味で、原判決の一部無効の判断は、実質的な立法行為というべきである。」と主張している（準備書面(1) 18頁乃至19頁）。

このような控訴人の主張態度から見るならば、控訴人は、権利の付与を内容とする法律についてその権利付与の要件の一部を無効とする判決はおおよそ許されない、とする立場であると解さざるを得ない。

2 控訴人の主張がおおよそ認めがたいものであることー 一部無効判決を認めるべき必要性

(1) しかしながら、控訴人の考え方に立つならば、法律によって付与される権利・利益あるいは法的地位について平等権侵害ないし法の下での平等原則違反を理由に司法手続によって救済を求めることはおおよそ不可能となってしまうのであり、極めて不当である。

(2) 今日存在する法律の中には、社会保障立法を中心に法が人に対して一定の権利・利益あるいは法的地位を付与しているものが非常に多い。これらの法律は一定の目的ないし政策の下に作られるものであるから、権利・利益あるいは法的地位を享受できる対象者に一定の要件を設けることは当然である。その結果、法律によって権利・利益あるいは法的地位を享受できる人と享受できない人の区別が必ず発生する。

つまり法律が権利・利益ないし法的地位を付与する制度を創設している場合には、必ず対象者とそうでない者を区別した取り扱いが行われており、それ故にそれが憲法14条1項が禁止する差別的取り扱いに当たらないか、が常に問題となりうるのである。

(3) 法律が対象者を区別して取り扱っていることによって権利・利益あるいは法的地位を得ることができなかった者が憲法14条1項違反を理由にその違法性を争い、自己に対しても権利・利益あるいは法的地位を認めるよう司法手続に

において求める場合、差別的取り扱いをしている法律の規定の全部を違憲無効としても、権利・利益あるいは法的地位を与える制度がなくなることによってそれまで権利・利益あるいは法的地位を享受していた者がこれを得られなくなるという点で平等が達成されるに過ぎず、権利・利益あるいは法的地位の付与を求めていた者にこれが付与されるわけではない。したがって法律の規定の全部の違憲無効を主張してもその者の請求が基礎付けられるわけではないから、主張自体失当として排斥されざるを得ない。

そうすると、法律が対象者を区別して取り扱っていることによって権利・利益あるいは法的地位を得ることができなかった者が憲法 14 条 1 項違反を理由に司法的救済を求める場合には、その法律の規定において自己に権利・利益あるいは法的地位を付与しないことの根拠となっている要件の違憲無効を主張する以外に方法はない。

- (4) ところが、控訴人の立場によれば、法律によって付与される権利・利益あるいは法的地位についてその要件の一部を違憲無効とすることはおよそ許されないとするのであるから、上記のような違憲無効の主張も否定されることとなる。しかも控訴人は、具体的な紛争の解決に直接関わりのない事項に対して裁判所が憲法判断を示すことは許されないとしているのであるから、裁判所が判決理由中で当該法律の差別的取り扱いの違憲性を判断することもできない。

その結果、法律によって付与される権利・利益あるいは法的地位について平等権侵害ないし法の下での平等原則違反が存在していても、裁判所がこれを是正し差別扱いを受けている者を救済することは否定されることになる。言い換えれば憲法 14 条 1 項は自由権規制立法の合憲・違憲性の判断においてしか裁判規範としての機能を有せず、今日の社会において憲法 14 条 1 項はその裁判規範としての機能の大半を否定されることとなる。

このような結果が極めて不当であり、到底許容し得ないことは改めて論じるまでもない。

- (5) したがって、法律が権利・利益あるいは法的地位を付与している場合に憲法 14 条 1 項違反を理由にその要件の一部を違憲無効とする判断の手法は、憲法 14 条 1 項の裁判規範性を維持するためにも必要であり、かかる判断が許されない、との控訴人の主張はおよそ認めがたいものである。

3 一部無効判決の許容性の要件及び本件における許容性

- (1) 上述のとおり、一部無効判決による以外にはその者の権利を救済する手法がない、という場合が、特に平等権侵害ないし平等原則違反の事件に認められる。したがって、どのような場合に一部無効判決が許されるか、が問題となる。
- (2) 法律が人に付与する権利・利益あるいは法的地位について不平等扱いをしている場合のその規定の仕方には、①端的に、一部の者に対してのみ権利・利益あるいは法的地位を付与するという形式の規定がされている場合（法 3 条 1 項がこれに当たるであろう）と、②一般的に一定の要件を充足するときには一定の権利・利益あるいは法的地位を付与する規定を設けつつ、一部の者に対してこれを与えないとしたりあるいは不利な要件を課する、という形式の規定がされている場合（例えば「本文一但し書き」という形式の規定）があり得る。そして後者の形式で規定された制度については一部の者に対する禁止あるいは制限を違憲無効とすることにより原則に戻ってその者に権利・利益あるいは法的地位を付与することが可能となるが、前者の形式の規定の場合にその要件の一部を違憲無効とすることは裁判所が法の予定しない新たな制度を創設になるから許されない、という解釈もあり得る。

しかし実際には規定の形式で一部無効の許否を決めることは適切ではない。法律の条文がどのような規定の仕方をするか、はもっぱら立法技術上の問題であり、必ずしも「制度の本質一例外」を反映しているとは言えないからである。例えば「本文一但し書き」という規定の仕方は、一般には民事訴訟手続における立証責任の分配を念頭になされているとされているのであり、法律の規定の

仕方によってその制度が上記の①②いずれであるかを区別するのは必ずしも適切とは言いがたい。

- (3) 一部無効判決の手法の問題点は、それが立法権の侵害となるか否か、の一点に尽きる。違憲判断の結果、立法府の判断と衝突することは違憲審査権の宿命であり、自由権侵害規定に対する違憲判断でさえ、それにより立法府が予定しなかった新たな制度を創り出すことになるのである（例えば薬事法距離制限違憲判決（最高裁大法廷昭和50年4月30日判決）によって、「距離制限のない自由な薬局の開設許可制度」という、薬事法が予定していなかった制度が創設されることなど）。

したがって、どのような制度のどのような要件を違憲無効とすることが立法府の判断を実質的に侵害することになるか、を個別法令及び問題となった要件に応じ個々に判断していく必要がある。その際に用いられるべき指標として、

「①人の権利保障のために裁判所が条理を以て解釈をすることが期待される場面であって、②仮に立法によって是正するとしても立法政策上選択肢がないか、あるいは選択肢の間に大きな差異がなく、かつ、③裁判所の判断によって当該制度がその本質を改変させられることがない」の3点が挙げられるのである。

- (4) そこで、これらの指標に基づいて法3条1項の「父母の婚姻」及び「嫡出子たる身分」の取得の各要件を一部無効とすることの許否について検討する。

まず、①上述のとおり、準正子と準正の成立しない非嫡出子の間の国籍取得に関する差別的取扱いを是正するには、法3条1項の「父母の婚姻」及び「嫡出子たる身分」の取得の要件を一部無効とする以外に方法がない。

次に、②仮に立法によって準正子と非嫡出子の間の不均衡を是正するとしても、現行の法3条1項によって国籍取得が認められる者の利益を損ねない形で新たな制度を作るならば、新たな要件を設けることはできず、結局「日本人父から認知を受けた子は届出により日本国籍を取得する」という制度しかあり得ない。

そして、③先に詳述したとおり、１９８４年法改正において父母両系血統主義を採用した結果、日本人母と外国人父の間の非嫡出子が出生により日本国籍を取得できることと対比して、日本人父と外国人母の非嫡出子が帰化制度によらなければ日本国籍を取得できないという不平等状態が発生したために、これを是正する必要があるのに対して、法３条１項が準正子と非嫡出子を差別扱いしていることには何ら合理性がないのであるから、「父母の婚姻」及び「嫡出子たる身分」の取得の各要件を違憲無効とすることによって、上記の不平等状態が解消されることとなり、制度の本質を変えることなく、むしろ１９８４年法改正が目指した「男女平等原則の徹底」の趣旨に沿うものである。原判決が、法３条１項のうち「日本人父との親子関係の成立」の要件と、「準正」要件とは「本来的に可分であり、準正要件については合理性が認められず、また、準正要件は中核的なものではないと解される以上、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。」と判示したのも、上記と同様の趣旨である。

- (5) 以上検討したとおり、本件においては法３条１項が定める要件のうち「父母の婚姻」及び「嫡出子たる身分」の取得の各要件を違憲無効とすることは、法３条１項が設けられた１９８４年改正の本来の目的を害するものではなく、かつ法３条１項によっても実現し得なかった不平等状態の是正に資するものであって、許容されるものといえることができるのである。

4 本件において一部無効の判断を認めるべき必要性

- (1) 上述の通り、本件において法３条１項の要件の一部を違憲無効とした原判決の判断は正当なものとして是認されるべきであるが、更に本件においては以下の通り一部無効判決を行って被控訴人らの日本国籍を確認すべき必要性がある。
- (2) 先に詳述したとおり、法３条１項は、出生による日本国籍の取得が認められ

ない「日本人父と外国人母の間の非嫡出子」のうち準正子と準正の成立しない非嫡出子を区別し、前者に限って簡易な手続による日本国籍の取得を認めるものであって、憲法14条1項が定める平等原則違反であることは明らかである。

しかも、先に指摘したとおり、日本国籍を有する者は日本国の主権者であり、選挙権・被選挙権を有し、さらに日本に居住する権利を保障されるほか、憲法の全ての人権保障規定が適用される。このように、日本国籍の取得はその者にとって極めて重要な利害を有する事項であり、かつ法3条1項が憲法14条1項に反することが明らかであるにも関わらず、これを違憲と判断することができず、そのために違法に権利を認められていない者の救済を否定することは、司法がその責務を放棄したものといわざるを得ない。

- (3) 司法権が違憲審査権を積極的に行使して違憲判断をすべきか、それとも立法府の判断を尊重して違憲判断を控えるべきか、の選択にあたっては、侵害されている権利の性質が考慮されるとされている。

すなわち経済的自由の侵害が問題となる立法については、国民の代表者である国会がその時々の政治・経済・社会情勢等を考慮して行った政策的判断を尊重し、これに不備があるときはむしろ民主的政治過程によって是正されるべきであるとして、違憲判断が消極的になされるべきとされる。これに対し表現の自由を中核とする精神的自由権が侵害された場合には、民主的過程による是正を期待することは困難となるから、むしろ積極的に違憲審査権を行使し違憲無効の判断をするべき、とされる。

このような観点から見るとき、日本人父と外国人母の間の非嫡出子であって日本国籍を有しない者が、民主的政治過程によって法3条1項の違憲性を主張しこれを是正することは本質的に不可能である。

- (4) したがって、本件は司法手続によって憲法に反する不平等状態が是正されるべき必要性が極めて高い事案であり、裁判所による積極的な違憲判断が求められるものというべきである。

第5 控訴人の主張と平成14年最高裁判決の判旨とが整合性を有しないこと

控訴人は、平成14年最高裁判決と控訴人の主張が整合しないとの被控訴人の主張が趣旨不明であるとしているので、この点について再度論じる。

1 原審の判示

最高裁判所平成14年11月22日第2小法廷判決の原審であった大阪高裁平成10年9月25日判決（判例タイムズ992号103頁）は、日本人父から出生後認知を受けた非嫡出子について出生による日本国籍の取得を否定し、その理由として、「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、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。

この判示の内容は、「非嫡出子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。」「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。」等と論じているところから、控訴人の主張と軌を一にするものと理解される。

2 最高裁の判示

- (1) これに対し平成14年最高裁判決は、原審と同じ結論を採ったにもかかわらず、その理由を「法律上の親子関係の成立による日本との密接な関係の発生」と「認知の遡及による国籍の浮動性の防止」の2点にのみ求めており、大阪高

裁判決が理由とするところを全く採用していない。のみならず、法2条1号が要求する「日本との密接な関係」とはすなわち、子の出生時における日本人の父又は母との法律上の親子関係の存在である、としているのであり、言い替えれば、子が日本人親を含む家族の嫡出子か否か、日本人親を含む家族関係に包摂されているか否か、は「日本との密接な関係」の有無を判断する要素とは位置付けていない。これは上記に引用した原審の判断理由を否定したものと理解するのが正当である。

- (2) この最高裁判決に付された3裁判官の補足意見は、いずれも法3条1項が子の認知に加え両親の婚姻を要件としている点について憲法14条1項違反の疑いを指摘している。原審大阪高裁の判示からするならば、準正が成立し嫡出子となった者と非嫡出子にとどまる者とで国籍取得の要件や手続に差異を設けることは十分に合理性があるとの判断に至ることは容易に理解されるのであるから、これらの補足意見が原審大阪高裁の判示を否定するものであることは明らかである。のみならず、梶谷玄裁判官及び滝井繁裁判官の補足意見においては、原判決を引用しつつ「私たちは、以上の立場に、法3条が父母の婚姻をも国籍取得の要件としたことの合理性を見いだすことは困難であると考え。」と述べ、明確に原判決の論理を排斥しているのである。

これらの意見が多数意見と整合し、多数意見を補強する補足意見として付されていることから見ても、原審の判示するところは採用し得ないとして排斥するのが、平成14年最高裁判決の判断と解されるのである。

第6 結論

- 1 その他、控訴人が準備書面(1)において縷々主張・反論している点は、いずれも被控訴人らが原審及び控訴人において主張済みであり、重複となるので省略する。

なお念のために指摘しておく、控訴人は原審において、被控訴人らの国籍

取得届出の有無を争っていたが、控訴審第1回口頭弁論期日において被控訴人らについて国籍取得届の提出はあったと認めた（控訴人が行った弁論に際して提出した「控訴人国の控訴理由の骨子」と題する書面1頁下の図で、「国籍取得届の提出」に○印が付されている）。したがって、被控訴人らが法3条1項の届出要件を充足しているか否かについての争いはないものである。

- 2 以上の通り、法3条1項の「父母の婚姻」及び「嫡出子たる身分」の取得の各要件が合理性を有するとの控訴人の主張は根拠を有しないものであり、これらの要件は日本人父の準正子と非嫡出子を合理的理由なく差別取り扱いするものであるから、憲法14条1項に反し、無効と解すべきである。よって、日本人父から認知を受け、かつ適法に国籍取得届を提出した本件被控訴人らは、いずれも日本国籍を有するものであって、原判決の結論及びその理由は正当であり、本件控訴は棄却されるべきである。

以 上