



Title	国籍法における非嫡出子差別の合憲性
Author(s)	奥田, 安弘; OKUDA, Yasuhiro
Citation	北大法学論集, 54(2), 204-130
Issue Date	2003-05-22
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15215
Type	departmental bulletin paper
File Information	54(2)_p204-130.pdf



国籍法における非嫡出子差別の合憲性

奥田安弘

1 はじめに

わが国の国籍法2条1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定め、父母両系血統主義を採用している。ここでいう「父又は母」とは、法律上の父母を意味するから、非嫡出子の場合、法例18条1項により、日本人父母との親子関係が成立するためには、日本法上の要件を満たさなければならない。そして、日本法上、非嫡出母子関係は、原則として分娩の事実により当然に発生すると解されているが（最判昭37・4・27民集16巻7号1247頁）、非嫡出父子関係は、父による認知を必要とする（民法779条）。

問題は、民法上は認知の遡及効が認められているのに対して（民法784条）、国籍法上はこれが認められず、日本人父と外国人母の非嫡出子が出生により日本国籍を取得するためには、胎児認知（民法783条1項）を必要とすることである。この点については、国籍法に明文の規定があるわけではなく、かつては解釈上争いがあったが、昭和59年の改正により、準正による国籍取得に関する規定が新設されたことから、解釈論としての争いの余地はなくなった。

すなわち、日本人父と外国人母から生まれた非嫡出子は、その後、父母の婚姻および父の認知により準正子となり、20歳未満の間に法務大臣に国籍取得届をすることによって、届出の時から日本国籍を取得できるようになった（国籍法3条）。この場合、仮に認知の遡及効を認め、日

本人父の認知のみにより、出生の時にさかのぼって、国籍法2条1号の要件を満たすことになるとしたら、国籍法3条は死文と化すであろう。

立法者は、明らかに認知の遡及効を認めないことを前提として、さらに父母の婚姻があること、20歳未満であること、法務大臣への国籍取得届があることを国籍取得の要件とし、この国籍取得は届出の時から効力を生じることとしたのである。しかし、かような認知の遡及効の否定は、法の下での平等を定めた憲法14条1項に反する疑いがある。すなわち、国籍法の解釈として争いの余地がなくても、その合憲性には、大いに疑いの余地がある。

この点について、平成14年11月22日の最高裁第二小法廷判決（平成10年（オ）第2190号国籍確認等請求事件）は、国籍法2条1号の違憲性は否定したが、5名の裁判官のうち3名の裁判官が補足意見を書き、国籍法3条が父母の婚姻を要件としていることは、違憲の疑いがあるとした。本件は、小法廷とはいえ最高裁が国籍法の合憲性を初めて正面から判断したものと注目される。本稿は、筆者が本件について最高裁に提出した意見書2点を収録し、今回の最高裁判決に関する研究の資料として提供するものである。なお、本稿執筆の時点では、まだ本判決は最高裁のウェブサイトおよび裁判所時報1328号1頁に掲載されているのみであるから、読者の便宜のため、その判決理由も資料として転載することにした。

2 事実の概要

事実の概要は、次のとおりである。フィリピン人女Aは、昭和58年12月12日に観光ビザで来日し、大阪市内のスナックでホステスとして働いていた。そして、在留期間を超えて日本に滞在していた昭和60年9月ころ、スナックに客として来ていた日本人男Bと知り合い、交際するようになった。Bには妻子がいたが、昭和61年1月にはAと同棲生活に入り、妻と離婚するので結婚してほしいとAに申し出るようになった。

その後、Aは妊娠し、平成4年6月21日に本件の原告Xを出産した。これを機に、Aはスナック勤めをやめ、Bから渡される生活費で生活するようになった。しかし、Xが1歳の誕生日を迎えたころから、次第にBのAに対する態度が冷たくなり、平成6年3月、AとBは内縁関係を

解消した。Aは、単独でXを養育しながら、同年11月12日にCを出産した。

Aは、Bとの内縁関係を解消した後、Bに対し、XおよびCの認知および養育費の支払を請求し、平成6年8月、Bがこれに応じる旨の合意が成立した。そして、Cについては、その出生前日の同年11月11日に胎児認知がなされ、Xについては、平成7年4月12日に認知がなされた。その結果、Cは日本国籍を取得したのものとして、戸籍が編製されたが、Xは、フィリピン国籍しか取得していないとされたので、本件の国籍確認請求訴訟を提起したのである。

以上の事実の概要は、原告側の準備書面にもとづくものであり、第1審である大阪地裁判決（平8・6・28判時1604号123頁、判タ928号64頁、訟月43巻7号1591頁）および原審である大阪高裁判決（平10・9・25判タ992号103頁）は、いずれもXとCの出生年月日および認知日を述べるのみである。しかし、AとBの内縁関係の解消がたまたまXの出生後であり、Cの出生前であったという事実は、本件の審理において重要なポイントであったと考えられる（資料2の意見書第二の4(4)参照）。しかるに、最高裁判決も、かかる事実の重要性を無視している。

3 意見書の概要

筆者の意見書は、以上のような事実関係を前提として、本件の原告に日本国籍の取得を認めない国籍法の適用結果が憲法14条1項に違反していることを論証するものである。また同時に、市民的及び政治的権利に関する国際規約（いわゆる国際人権規約B規約）24条1項・3項ならびに児童の権利に関する条約2条1項・7条に対する違反も検討している。ただし、大阪地裁および大阪高裁に提出した5通の意見書は割愛し、ここでは平成10年11月10日および平成11年7月23日付けで最高裁に提出した意見書のみを転載した。

前者は、それまでに提出した意見書を集大成したものであり、とりわけ大阪高裁判決に沿って、その誤りを明らかにしたものである。後者は、仮に本件において合憲判決が下されたとしたら、實際上どのような不都合が生じるのかを明らかにしたものである。以下では、これらの意見書を読む際に留意して頂きたい点を述べておく。

第一に、これらの意見書は、原告弁護団の依頼を受けて執筆したものであるから、もっぱら原告側の利益のみを考慮している。その意味では、さまざまな利益を総合的に比較衡量したうえで執筆する学術的論文とは異なる。実は、大阪高裁に提出した意見書において、「国籍の浮動性防止」という国側の主張に一定の理解を示す見解を書いたところ、判決理由において、その箇所のみ、ほとんどそのまま引き写されたという苦い経験がある。

それは、大阪高裁判決の次のような箇所である。「準正による国籍取得を届出の時からとし（3条2項）、帰化による国籍取得を官報における告示の日からとし（10条2項）て、出生による国籍取得と区別していることから、国籍法全体の趣旨として、出生による国籍取得について、浮動性防止の考え方が採られているといえる」。

これは、筆者が平成10年5月27日付けで大阪高裁に提出した意見書（五）第五の一部とほとんど同じである。もちろん筆者は、国籍の浮動性防止を絶対視するのではなく、非嫡出子差別を最小限にするためには、一定の範囲で例外を認めるべきであると主張したのであるが、かような筆者の主張を無視し、被告の側に有利な部分のみを利用した判決には疑問を感じた。これ以降、筆者は、一方当事者からの依頼を受けて意見書を執筆する際には、当該当事者の利益のみを考慮し、相手方の利益は、相手方の代理人が主張すべきであると考えたことにした。

第二に、資料3として収録した意見書では、関連の判例や行政先例だけでなく、係属中の事件の訴状や新聞記事なども引用した。これは、認知の遡及効の否定が混乱を招いている実例を、できるかぎり多数紹介しなかったからである。もちろん係属中の事件の訴状や新聞記事などは、客観的事実を示したものとは言えないという批判があるかもしれない。しかし、筆者が見聞したかぎりでは、公表された判例や行政先例は、氷山の一角を示しているにすぎない。

現にその後、筆者が国際社会事業団と共同で、全国174の児童相談所を対象として、子どもの国籍に関するアンケート調査を実施したところ、回答のあった241名のうち、日本人父と外国人母の非嫡出子は、全体の約4分の1にあたる64名いたが、日本人父の胎児認知を受けた者は全くなかった（奥田安弘『数字でみる子どもの国籍と在留資格』（2002年・

明石書店) 117頁)。胎児認知をしなかった(できなかった)理由は、「知らなかった」というものが最も多く、さらに「添付書類が揃わなかった」「役場が届出を受け付けてくれなかった」「母親が別の男性と婚姻中であった」などの事情が挙げられている(同書94頁以下)。かような調査結果は、筆者が資料3の意見書において取り上げたような事例が決してレアケースではなく、むしろ頻繁に起きていることを示している。

なお、この意見書で取り上げた係属中の事件の訴状や新聞記事などは、コピーを最高裁に提出し、意見書の中で「資料」として引用しているが、本稿では、紙幅の関係上割愛することにした。

第三に、資料2として収録した意見書第二の4(3)「親権に適用される法」のうち、フィリピン家族法の内容について述べた箇所は、資料3の意見書第二において訂正した。この訂正は、結論に影響を及ぼすものではないが、原告弁護団の上告理由書第二の四の2(2)は、資料2の筆者の意見書を引用して、同趣旨を述べており、この上告理由書が判例集などに掲載された場合には、誤解を招くおそれがあるので、とくに注意を喚起したい。

なお、意見書執筆後に公表された筆者の著書や論文、さらにその他の文献は、資料2および資料3の脚注において引用した。また意見書の原文は縦書きであったが、本稿では判決文に合わせて横書きにしたので、漢数字を算用数字に訂正したこと、その他のケアレスミスの訂正も行ったことを付言しておく。

4 最高裁判決の概要

本件について、第1審の大阪地裁判決および原審の大阪高裁判決は、ほとんど同じ理由を述べて、原告の国籍確認請求を棄却した。とりわけ認知の遡及効否定の合憲性については、重国籍の防止、国籍の浮動性防止、親子の実質的結合関係の違い、国籍法の沿革、準正による国籍取得および簡易帰化の可能性などを理由として、原告側の主張をことごとく退けた(これらの判旨に対する批判としては、奥田安弘・判時1618号198頁(判評467号36頁)、鳥居淳子・ジュリ1197号92頁参照)。これに対して、最高裁の判決理由は、下級審判決と若干異なったニュアンスを窺わせる。

(1) 法廷意見

まず法廷意見は、全体的な枠組みとして、憲法10条が国籍得喪の要件を法律にゆだねる趣旨であることを認めながらも、それによって生じる子の地位による区別が憲法14条1項に違反するか否かは、「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」とする。下級審判決も同様の趣旨を述べているが、とくに国籍取得の要件については「立法府の裁量の余地が大きい」ことを強調し、あたかも合憲性を強く推定すべきであるかのように述べていた。しかし、最高裁の法廷意見は、かかる不用意な表現を避けたと解することができる。

つぎに法廷意見は、国籍法2条1号の合憲性と国籍法3条の合憲性を分けて判断している。これは、5名の裁判官のうち3名が国籍法3条の合憲性に疑問を抱いたことによるのであろう。しかし、わが国の裁判所は、具体的な事件との関連においてのみ違憲審査を行い、個々の法規の合憲性を抽象的に判断することはできないのであるから、このように国籍法2条1号の合憲性と国籍法3条の合憲性を分けて判断することは、わが国の違憲審査制のあり方として疑問である。

また本件では、前述のように、父母の内縁関係の解消がたまたま原告の出生後であり、妹の出生前であったために、姉妹の間で国籍が異なるという状態が生じたのであるが、かような事実を法的に分析して、わが国の国籍法全体の適用結果が憲法14条1項に違反していないか否かを判断すべきであったと思われる。しかし、国籍法2条1号の合憲性と国籍法3条の合憲性を分けて判断することにより、具体的事実¹に則した違憲審査が妨げられたのではないか、という疑いがある。

現に、これらの規定に関する判示を子細に分析すると、そこでは具体的な事実²に則した違憲審査がなされていない疑いが強まる（以下、傍線筆者）。まず国籍法2条1号に関する判示では、この規定が「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するものである」とする。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」とする。

この判示の前半は、一見したところ、下級審判決と同様に、「親子の実質的結合関係の違い」を述べていると思われるかもしれないが、それに続けて、わが国の民法による氏や親権の違いに言及していないことから分かるように、「親子の実質的結合関係の違い」を述べたものではない。むしろ日本人父または母の嫡出子、日本人母の非嫡出子、日本人父の胎児認知を受けた非嫡出子については、法律上の親子関係の成立が出生の時点で確定しているが、日本人父の胎児認知を受けなかった非嫡出子については、法律上の親子関係の成立が出生の時点において確定していない点に違いが求められている。すなわち、親子関係の確定時点の違いがわが国との密接な関係の有無につながるとしている。したがって、問題は「国籍の浮動性防止」に収斂されたと言える。

しかし、生来的な国籍取得が「できる限り」出生の時点で確定されることが望ましいというのであれば、日本人父の嫡出子として日本国籍を取得したものとされていた者も、嫡出否認や親子関係不存在確認の裁判によって法律上の親子関係が否定され、母が外国人である場合には、出生時にさかのぼって日本国籍を取得していなかったとされるが、かようなケースとのバランスは、どのように考えればよいのであろうか。少なくとも親子関係不存在確認の裁判は、いつ行われるか分からないのであるから、それまで国籍は不確定となる。かような国籍の不確定は構わないが、認知の遡及効による国籍の不確定は、いかなる場合にも認められないのであろうか（奥田安弘「認知による国籍取得と戸籍実務」北大法学論集48巻6号279頁以下、鳥居・前掲93頁参照）。

しかも本件原告のような幼児が日本人父の認知により出生時にさかのぼって日本国籍を取得した場合、具体的にどのような不都合が生じるのかは、全く示されていない。筆者は、資料2の意見書第二の6において、原審をかような理由によって批判したが、最高裁判決も、ついに筆者の疑問に答えることはなかった。何の理由もなく「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」というの

であれば、これは、単なるドグマにすぎない。

かようなドグマは、すでにフランスおよびドイツの立法において打ち破られており、前者は未成年の間、後者は23歳までに認知がなされた場合、国籍法上も認知の遡及効が認められている。「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」ことによる不都合は、かような年齢制限によって避けることができるし、いずれにせよ本件原告のような幼児については、認知の遡及効を認めても、実際上の不都合は生じないであろう（奥田・前掲（判時）201頁、同「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94巻3号40頁参照）。

一方、国籍法3条の合憲性について、最高裁判決は、その「全部又は一部が違憲無効であるとしても、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から、論旨は、原判決の結論に影響しない事項についての違憲を主張するもの」にすぎないとする。

このように国籍法3条の合憲性を国籍法2条1号の合憲性と区別して論じることは、無意味であるだけでなく、有害でさえある。筆者は、資料2の意見書を読めば分かるように、国籍法3条については、原審がこれを補完的な救済手段であるかのようにいう点を批判しているだけである。これに対して、上告理由書第二の五の4は、次のように述べている。国籍法3条は、「嫡出か否か、という親の婚姻上の地位の違いにより、子の国籍取得の取扱いに差異を認めるものであり、前記のとおり、本条は憲法14条及び13条・24条に違反するものといわざるを得ない」。

本来、国籍法2条1号の合憲的解釈として、認知の遡及効が認められたら、国籍法3条は無意味な規定となるわけであるから、かような主張は不要であった。それにもかかわらず、最高裁判決が上告理由書に答える形でわざわざ国籍法3条の合憲性を別個に取り上げたのは、前述のように、その合憲性に疑いを抱く補足意見があったからであろう。しかし、これらの補足意見は、国籍法3条が認知以外に「父母の婚姻」を要件としている点だけを問題としているから、結論に影響を及ぼさないとはいえるが、法務大臣への届出を要件としている点も違憲であるならば、結論に影響することになる。なぜなら、原告は、仮に認知の遡及効が認められなくても、日本人父による認知の時点から日本国籍を取得していたことになり、本件の国籍確認請求は認容されることになるからである。し

たがって、上記の判旨は、正確さを欠いている。

(2) 補足意見

つぎに、国籍法3条が「父母の婚姻」を要件としている点だけを違憲の疑いありとする補足意見は、評価すべき点もあるが、疑問点もある。まず亀山裁判官の補足意見は、「法2条1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3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持っており、その点が結論に影響する事件においては、これを問題とせざるを得ない」という。

これは、国籍の浮動性防止を目的とするのであれば、胎児認知を受けた非嫡出子には、生来的国籍取得を認め、生後認知を受けた非嫡出子には、伝来的国籍取得だけを認めることにより、その目的は十分に達成できるという趣旨に解することができる。しかし、「その点が結論に影響する事件」とは、具体的にどのようなケースを念頭に置いているのであろうか。

国籍法3条の届出については、昭和59年11月1日民五5506号通達（平成6年10月13日民五6500号通達により届書様式改正）があり、その第一の2(2)は、次のように述べている。国籍法3条および17条の「届出の効力は、その届出が適法なものであるときは、法務局又は地方法務局において届出を受け付けた時に生ずる（法第3条第2項、第17条第3項参照）ので、受付手続は、事前に届出人の提出すべき書類がそろっているか否か、その記載が整っているか否かを点検し、書類が不足する場合には完備させ、記載に不備がある場合には補正させた上、適法な届出であると認められるときにする」とされている。

これによれば、日本人父の生後認知だけが、外国人母との婚姻がなされていないケースにおいて、国籍法3条の届出があった場合は、受付さえもなされないことになる。たしかに戸籍法上の届出および帰化手続については、行政手続法の適用が除外されているのに対して（戸籍法117条の5、行政手続法3条1項10号）、国籍取得届については、かような除外規定がないのであるから、行政手続法37条が適用される。したがって、国籍取得届が法務局においてなされた場合は、受付がなされなかったことを理由として、届出そのものがなされていないという扱いはでき

ないはずである（宇賀克也『行政手続法の解説 [改訂版]』（1994年・学陽書房）150頁、仲正『行政手続法のすべて』（1995年・良書普及会）74頁参照）。

しかし、受付手続が全くなされていない状態において、どのようにして国籍取得届があったことを証明できるのであろうか。内容証明郵便によって、国籍取得届を法務局に送るべきであるとしてもいのであろうか。届出人は、準正子の場合と異なり、非嫡出子の場合、原則として（外国人）母のみであり、仮にこの届出人が法務局に出頭して、国籍取得届をしようとしても、受付がなされないので、そのまま諦めてしまうのではないだろうか。

要するに、亀山裁判官のいう「その点が結論に影響する事件」とは、父母の婚姻がないにもかかわらず、国籍法3条の届出がなされ（それ自体が予想しがたい）、さらに法務局が受付手続をしなかったにもかかわらず、国籍法3条の届出があったとして、国籍確認訴訟が提起されるケースを意味するとしたら、まさに薬事法違憲判決にいう「単なる観念上の想定」にすぎないのではないだろうか（最判昭50・4・30民集29巻4号572頁）。

続いて梶谷・滝井両裁判官の補足意見は、原判決のうち、「親子の実質的結合関係」をいう部分を批判して、次のように主張する。すなわち、「親子関係を通じて我が国と密接な関係を生ずるという場合に国籍を付与するという基本的立場」は、国籍法自体において、必ずしも貫徹されていない。第一に、「婚姻という外形」は、家族の生活の様相が変化したことにより、必ずしもわが国との緊密さを示しているとはいえないこと、第二に、父母が婚姻していなくても、母が日本人であれば、子は日本国籍を取得すること、第三に、日本人父の非嫡出子は、胎児認知があれば、日本国籍を取得すること、最後に、家庭における父親と母親の役割の変化が挙げられる。

他方、国籍の取得は、基本的人権の保障を受けるうえで重大な意味を持つものであるから、「両親がその後婚姻したかどうかといった自らの力によって決めることのできないことによって差を設けるべきではない」。わが国が批准した国際人権規約B規約24条および児童の権利規約2条において、児童の差別の禁止が規定されていることも看過してはな

らないし、また一定年齢まで認知による伝来的な国籍取得を認める立法例も少なくない。この場合、国籍の浮動性防止は問題とならない。

これらのことを考慮すれば、現行の国籍法3条のもとでは、父母が婚姻しない限り、帰化手続によらなければ日本国籍を取得できないという差別は、「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14条1項に反する疑いが極めて濃い」とされる。

かような梶谷・滝井両裁判官の補足意見は、筆者の意見書のある程度受け入れたものと言えよう。まず「親子の実質的結合関係」に関する原判決の判示を批判した部分は、資料2の意見書第二の4を反映している。ただし、両裁判官の補足意見は、とりわけ今日の家族関係の変化を強調している点において、筆者の意見書と異なっている。

つぎに、自らの力で決することができない理由による差別の禁止は、相続分差別に関する平成7年7月5日の最高裁大法廷判決（民集49巻7号1789頁）の反対意見と同趣旨であると解される。また国際人権規約B規約24条および児童の権利条約2条に言及した箇所は、資料2の意見書第三を反映したものと言えなくもないが、差別禁止規定だけを取り上げ、B規約24条3項および児童の権利条約7条にいう国籍取得権に言及していないのであるから、むしろ相続分判決の反対意見を取り入れたものと考えられる。

これに対して、他国の立法例の考慮は、資料2の意見書およびそれ以前の意見書でしばしば取り上げた前掲の拙稿「認知による国籍取得に関する比較法的考察」を反映したものと言えるが、その理解には疑問がある。すなわち、筆者が同論文で取り上げたヨーロッパ諸国の立法例（いずれも、わが国と同様に血統主義を採用している）は、認知があった場合に、法律上当然の国籍取得を認めており、単に遡及効を認めるか否かという点が異なっているにすぎない。しかるに、わが国の国籍法3条は、法務大臣への届出も要件としているのであるから、補足意見が他国の立法例も考慮するというのであれば、「父母の婚姻」を要件としている点だけでなく、「法務大臣への届出」を要件としている点も疑問とすべきであった。

さらに、（簡易）帰化を補完的な救済手段と考えず、むしろ帰化によらなければ国籍を取得できないことを差別とする点は、資料2の意見書

第二の7の後半を承認したものと言える。

以上のように、梶谷・滝井両裁判官の補足意見は、筆者の見解を一定の範囲では受け入れているが、結局のところ、国籍法3条は「父母の婚姻」を要件としている点においてのみ違憲の疑いがあるとして、反対意見には回らなかった。しかし、前述のように、国籍取得届の実務上の取扱いからみれば、「父母の婚姻」の要件を満たさない国籍取得届が具体的な事件となる可能性は極めて低い。また補足意見は、意図的であるか否かはともかく、ヨーロッパ諸国の立法例が届出を要件としていない点を無視した。

その意味では、不満が残るとはいえ、これらの補足意見が国籍法3条の合憲性に疑問を提起したことは、画期的であったと言える。本判決を機に、国籍法改正の論議が高まることを期待したい。

追記

意見書の執筆および最高裁判決の分析、とりわけ他の最高裁判決との関連については、本学の岡田信弘教授から多大のご教示を得た。また行政手続法に関する箇所については、本学の亘理格教授のご教示を得た。この場を借りて御礼申し上げたい。ただし、本稿の内容については、筆者のみが責任を負うものである。

資料1 平成14年11月22日の最高裁判決

[主文]

本件上告を棄却する。

上告費用は上告人の負担とする。

[理由]

第1 上告代理人雪田樹理、同越尾邦仁、同真継寛子、同寺沢勝子、同島尾恵理、同小山操子の上告理由のうち、国籍法（以下「法」という。）2条1号の憲法14条違反をいう部分について

1 本件は、法律上の婚姻関係のない日本国民である父とフィリピン国籍を有する母との間に出生した上告人が、出生の約2年9箇月余り後

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、被上告人に対し、日本国籍を有することの確認及び日本国籍を有する者として扱われなかったことによる慰謝料の支払を求める事案である。

論旨は、原判決が法2条1号の適用において認知のそ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、日本国籍の取得について不当な差別をするものであり、憲法14条に違反するというものである。

2 憲法10条は、「日本国民たる要件は、法律でこれを定める。」と規定している。これは、国籍は国家の構成員の資格であり、元来、何人が自国の国籍を有する国民であるかを決定することは、国家の固有の権限に属するものであり、国籍の得喪に関する要件をどのように定めるかは、それぞれの国の歴史的事情、伝統、環境等の要因によって左右されるところが大きいところから、日本国籍の得喪に関する要件をどのように定めるかを法律にゆだねる趣旨であると解される。このようにして定められた国籍の得喪に関する法律の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うことができかどうかによって判断すべきである。なぜなら、この規定は、法の下の平等を定めているが、絶対的平等を保障したのではなく、合理的理由のない差別を禁止する趣旨のものであって、法的取扱いにおける区別が合理的な根拠に基づくものである限り、何らこの規定に違反するものではないからである（最高裁昭和37年（オ）第1472号同39年5月27日大法廷判決・民集18巻4号676頁、最高裁平成3年（ク）第143号同7年7月5日大法廷決定・民集49巻7号1789頁）。

3 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。

以上によれば、法2条1号は憲法14条1項に違反するものではない。このように解すべきことは、前記大法廷の判例の趣旨に徴して明らかである。論旨は採用することができない。

第2 同上告理由のうち法3条の憲法14条違反をいう部分について

論旨は、嫡出子と非嫡出子との間で国籍の伝来的な取得の取扱いに差異を設ける法3条は憲法14条に違反するというものである。しかし、仮に法3条の規定の全部又は一部が違憲無効であるとしても、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から、論旨は、原判決の結論に影響しない事項についての違憲を主張するものにすぎず、採用することができない。

第3 その余の上告理由について

その余の上告理由は、違憲をいうが、その実質は単なる法令違反をいうもの又はその前提を欠くものであって、民訴法312条1項及び2項に規定する事由のいずれにも該当しない。

よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。なお、裁判官亀山継夫の補足意見、裁判官梶谷玄、同滝井繁男の補足意見がある。

裁判官亀山継夫の補足意見は、次のとおりである。

法3条の合憲性は原判決の結論に影響しないので、詳論は差し控えるが、私は、法2条1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3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持っており、その点が結論に影響する事件においては、これを問題とせざるを得ないと考えるものである。

裁判官梶谷玄、同滝井繁男の補足意見は、次のとおりである。

法廷意見は、法3条が憲法14条に違反するという上告理由について、結論に影響しないものとして、憲法判断を示さなかったが、事柄の重要性にかんがみ、この点についての私たちの考えを明らかにしておきたい。

日本人を母とする非嫡出子は、法律上の母子関係が出生によって当然生ずるとされている結果、法2条1号によって当然日本国籍を取得する

のに対し、同じ日本人を親としながら、日本人を父とする非嫡出子は、その父から胎児認知を受けた場合は別として、出生後認知を受けたというだけでは、法2条1号の要件はもとより、法3条の要件も満たさないもので、日本国籍を取得することができないのである。

この点に関し、原判決は、法は、親子関係を通じて我が国と密接な結合関係が生ずる場合に国籍を付与するという基本的立場に立っているとした上、親子関係を通じて我が国と密接な結合関係が生ずるのは、子が日本国民の家族に含まれることによって日本社会の構成員になることによるものであるから、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実質的結合関係が生ずるとはいい難いという。そして、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り、また、父が胎児認知する場合と生後認知する場合とでは、一般的に実質的な父子関係の結合の度合いが異なるところ、法は、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、このような法の基本的立場は、立法政策上合理性を欠くとはいえず、簡易帰化等の補完的な制度をも考慮すると、法が一部の非嫡出子について取扱いに区別を設けたことに合理的な根拠があるというのである。

しかしながら、私たちは、以上の立論に、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る。

親子関係を通じて我が国と密接な関係を生ずるという場合に国籍を付与するという基本的立場を採るならば、そのことは合理性を持っていると考える。しかしながら、法は、そのような立場を国籍取得の要件を定める上で必ずしも貫徹していない。

確かに、子が婚姻家族に属しているということは、その親子関係を通じて我が国との密接な関係の存在をうかがわせる大きな要素とはいえる。しかしながら、今日、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、それに応じて子供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

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は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である。

しかも、その父母が婚姻関係にない場合でも、母が日本人であれば、その子は常に日本国籍を取得することを容認しているのであるから、法自身、婚姻という外形を、国籍取得の要件を考える上で必ずしも重要な意味を持つものではない、という立場を採っていると解される。そして、法2条1号によれば、日本人を父とする非嫡出子であっても、父から胎児認知を受ければ、一律に日本国籍を取得するのであって、そこでは親子の実質的結合関係は全く問題にされてはいない。さらに、父子関係と母子関係の実質に一般的に差異があるとしても、それは多分に従来の家庭において父親と母親の果たしてきた役割によることが多いのであって、本来的なものとみ得るかどうかは疑問であり、むしろ、今日、家庭における父親と母親の役割も変わりつつある中で、そのことは国籍取得の要件に差異を設ける合理的な根拠とはならないと考える。

他方、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って、本来、日本人を親として生まれてきた子供は、等しく日本国籍を持つことを期待しているものというべきであり、その期待はできる限り満たされるべきである。特に、嫡出子と非嫡出子とで異なる扱いをすることの合理性に対する疑問が様々な形で高まっているのであって、両親がその後婚姻したかどうかといった自らの力によって決することのできないことによって差を設けるべきではない。既に、我が国が昭和54年に批准した市民的及び政治的権利に関する国際規約24条や、平成6年に批准した児童の権利に関する条約2条にも、児童が出生によっていかなる差別も受けない、との趣旨の規定があることも看過してはならない。

また、我が国のように国籍の取得において血統主義を採る場合、一定の年齢に達するまでは、所定の手続の下に認知による伝來的な国籍取得を認めることによる実際上の不都合が大きいとは考えられず、これを認める立法例も少なくないのである。そして、国籍取得はできる限り確定的に決定されることが望ましいという浮動性防止の要請は、国籍取得の効果を過去にさかのぼらせない法3条においては、問題とならない。

これらのことを考え合わせれば、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3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となるが、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14条1項に反する疑いが極めて濃いと考える。

(裁判長裁判官 北川弘治 裁判官 福田 博 裁判官 亀山継夫
裁判官 梶谷 玄 裁判官 滝井繁男)

資料2 平成10年11月20日の意見書

第一 はじめに

この意見書は、本件の原審である平成10年9月25日の大阪高裁判決(以下では「原審判決」という)を検証するものである。すなわち、原審判決は、日本人父の認知が出生後であることを理由として、上告人の日本国籍取得を否定し、かかる国籍法の解釈が憲法および国際法に違反しないとした。

しかし、かような国籍法の解釈は、同じく日本人父と外国人母から生まれた子について、父母が婚姻しているか否か(嫡出子か、それとも非嫡出子か)、また非嫡出子の間でも、認知が出生前であったか、出生後であったか(胎児認知か、それとも生後認知か)によって、国籍取得に差異を設けるものであり、憲法14条1項ならびに「市民的及び政治的権利に関する国際規約」(以下では「B規約」という)24条1項、3項および「児童の権利に関する条約」(以下では「児童権利条約」という)2条1項、7条に違反している。すなわち、原審判決は、憲法および国際法に違反しないように、国籍法を解釈すべき義務があったにもかかわらず、それを怠ったという違法がある。そこで、以下では、憲法上の争点と国際法上の争点に分けて、原審判決の問題点を述べたい。

なお本意見書の一部は、従来提出した意見書のうち、とくに平成10年5月27日に提出した意見書(五)と内容的に重複する箇所がある。しか

し、原審判決は、これらの意見書に対して、十分な回答を行ったとは言いがたいので、双方の対比のためにも一部の重複はやむを得ないものと判断した。

第二 憲法上の争点

1 憲法判断の枠組み

憲法14条1項は、まず一般的に「すべて国民は、法の下に平等」であると規定し、つぎに具体的に「人種、信条、性別、社会的身分又は門地により」差別されないと規定している。この前段と後段の意味および両者の関係について、中村睦男・常本照樹『憲法裁判50年』114頁は、次のように判例学説をまとめている（なお本条が「すべて国民は」と規定しているため、以下の記述でも「国民を差別してはならない」となっているが、憲法の基本的人権に関する規定は、権利の性質上、日本国民のみを対象としているものを除き、外国人にも適用されるとする「権利性質説」が判例通説であり、本条についても、外国人を除外するものではないと解される）。

「第一説は、いわゆる立法者非拘束説ないし法適用平等説で、前段の『法の下に平等』とは、法を具体的に適用する国家機関である司法および行政のみを拘束し、立法者を拘束するものではないが、後段所定の事項については、立法者を含むすべての国家機関が国民を差別してはならないことを規定したものと解する見解である。」

「第二説は、いわゆる立法者拘束説ないし法定立平等説で、前段の『法の下に平等』とは、法の適用だけではなく、法の定立も規制して、立法者も拘束すると解し、後段所定の事項については、前段の保障内容を例示したものと解する見解である。第二説が判例および従来通説の立場である。」

「第三説は、前段の『法の下に平等』については、第二説と同様に立法者をも拘束するものと解しながら、後段所定の差別禁止事項に特別の法的意味を認め、その他の事項の場合よりも厳しい違憲審査基準を必要とするという見解である。第三説は最近の有力説であり…、規定の文言を尊重しつつ、法の下に平等の違憲審査基準を厳密にする説として妥当

である。」

前述のような国籍取得の差異は、憲法14条1項後段にいう「社会的身分」による差別に該当するが（東京高判平5・6・23高民集46巻2号43頁）、いずれにせよ判例および従来通説の立場とされる第二説によれば、憲法14条1項は、司法および行政を拘束するだけでなく、立法者をも拘束することに争いの余地がない。しかるに、原審判決は、次のように述べている。

「しかしながら、…旧法には、生後認知を含め、出生後の身分行為による国籍の伝来（事後的）取得の規定が置かれていたが、右規定は昭和25年の新法制定により全面的に削除された上、昭和59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（3条）が新設されたのである（控訴人は、右規定は嫡出子と非嫡出子との間で国籍取得に差異を設けることをもたらすから、社会的身分による差別として許されず無効であると主張するが、右3条の規定自体には何らの無効事由はなく、右主張は理由がない。）。…したがって、右のような国籍法改正の経緯及び現行法3条の趣旨からすると、現行法は、胎児認知はともかくとして、（生後）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。」

この判旨は、従来の立法の経緯から、生後認知による国籍取得は、現行法上認められないという解釈を導いているが、かような立法行為そのものに違憲の疑いがある。

まず立法者は、旧国籍法5条の認知による国籍取得の規定を廃止することにより、日本人父から生まれた非嫡出子の日本国籍取得が困難となって、憲法14条1項に違反する結果が生じることを予測すべきであった。また、政府の現行法の提案理由は、旧国籍法制定当時の立法趣旨を見落とし、認知による国籍取得が戦前の家制度によるものと誤解したうえ、当時の各国の立法例において、認知による国籍取得を廃止する動きがなかったにもかかわらず、「近時における各国の立法例」にならった

という誤った事実を述べていたが、立法者は、これを受けて、この規定を廃止してしまった（平成8年3月11日付けの意見書（二）22頁以下、拙稿「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94巻3号1頁以下参照）。したがって、旧国籍法の規定の削除という立法経緯は、現行国籍法の解釈に反映させるべきではないと考える。

また立法者は、準正による国籍取得に関する第3条を設けることにより、意図的に非嫡出子差別を助長したともいえる。たとえば、ある法務省関係者は、「日本国民父の準正子は、父母の婚姻によって嫡出子たる身分を取得したことにより、通常は、日本国民の正常な家族関係に包摂され、我が国との真実の結合関係を有することが明らかとなったものであるから、単に父から子と認知されたに過ぎない非嫡出子と違って、その者の意思により簡易に日本国籍を付与することが実質上適当である」と述べている（黒木忠正・細川清『外事法・国籍法』304頁）。しかし、かような親子の結合関係を理由とする立法理由は、後述のように、全くその根拠を欠いており、単に嫡出子と非嫡出子の間の差別を発生させたにすぎない結果となっている。したがって、国籍法3条自体に違憲無効の疑いがあり、判旨のいうように、「右3条の規定自体には何らの無効事由は」ないと断定することには疑問がある。

仮に国籍法3条の規定自体が違憲無効ではないとしても、国籍法全体を合憲的に解釈すれば、日本人父により認知された上告人は、国籍法2条1号により、出生の時から法律上当然に日本国籍を取得しており、国籍法3条は死文になるはずである。しかるに原審判決は、国籍法3条の反対解釈により、同条の要件を満たさない上告人の日本国籍取得を否定し、その結果、違憲状態を発生させている。したがって、国籍法3条の存在を前提とした原審判決の解釈には違憲の疑いがある。

なお国籍法2条1号は、「出生の時に父又は母が日本国民であるとき」、子は日本国民であると定めているが、ここでいう「父又は母」とは、法律上の父母を意味する。すなわち、国籍法適用の前提としての親子関係の成立は、法例の指定する準拠法にしたがって決定される（江川英文・山田鎌一・早田芳郎『国籍法〔第3版〕』30頁）。したがって、日本人父と外国人母から生まれた非嫡出子の場合、父の認知が必要であるが（法例18条1項、民法779条）、ひとたび父が認知すれば、出生の時にさかの

ほって法律上の親子関係が生じる（法例18条2項、民法784条）。

それにもかかわらず、原審判決は、かような認知の遡及効を国籍法について否定するものであるが、後述のように、その根拠は、本件については全く説得力を欠いている。したがって、上告人は、認知の遡及効により、出生の時から日本人父がいたことになり、それゆえ国籍法2条1号により日本国籍を取得していたものとして、本件請求は認容されるべきである。

2 適用結果の違憲性

わが国の裁判所は、抽象的な違憲審査を行うことができる憲法裁判所と異なり、具体的な事件との関連においてのみ、立法・行政・司法のいわゆる国家行為について、その合憲性を審査することができる。本意見書も、当然のことながら、国籍法の立法自体を違憲とするものではなく、本件の事実関係に照らして、その適用結果が違憲であると主張するものである。

まず本意見書は、結論的に国籍法における非嫡出差別を違憲と考えるが、嫡出子と非嫡出子が法律上すべての面で全く同一に取り扱われるべきであると主張するものではない。たとえば、嫡出子と非嫡出子の差別を廃止したとされる幾つかの国でも、父母の婚姻中に生まれた子は、夫の子であると推定されるのに対して、婚姻外の父母から生まれた子は、父子関係の成立について、認知ないし裁判手続が必要とされている（坂本優子「スウェーデンの事実婚」太田武男・溜池良夫編『事実婚の比較法的研究』394頁、戒能民江「イギリスの家族法」黒木三郎監修『世界の家族法』20頁以下）。

すなわち、現在の法律婚制度を維持する以上、父子関係の成立について、嫡出子は夫の子であるという推定（嫡出推定）が働くのに対して、非嫡出子は父の認知が必要であるという現行民法上の区別は、やむを得ないものとする（認知制度を合憲とした最大判昭30・7・20民集9巻9号1122頁、最判昭54・6・21家月31巻11号84頁も参照）。しかし、本件上告人は、外国人母から生まれたとはいえ、すでに認知によって日本人父との法律上の親子関係が成立しているのであるから、国籍取得における嫡出子との差別は、違憲の疑いが生じる。

また国籍の取得は、選挙権や公務就任などの公法上の権利取得に関わるから、できるだけ出生の時点で確定することが望ましい。しかし、これらの公法上の権利は、成年に達した後取得することが多いし、少なくとも本件上告人のような幼児については、問題とならない。すなわち、本件上告人が日本人父から認知を受けた年齢を考慮して、出生時にさかのぼって日本国籍を取得してよいか否かを検討すべきである。

さらに、同じく外国人母から生まれた非嫡出子であっても、日本人父から胎児認知を受けた子は、日本国籍を取得したものとして扱われている（現に、上告人の妹がそうである）。これに対して、上告人は、出生後に認知があったために、日本国籍を取得しないとされた。このように胎児認知か生後認知かによって国籍取得に差が生じることに合理的な理由がない場合は、違憲の疑いが生じる。

すなわち、胎児認知の非嫡出子（上告人の妹）については、出生の時に日本人父がいたことは否定できないから、当然に国籍法2条1号の適用を受ける。これに対して、生後認知の非嫡出子（上告人）は、原審判決によると、国籍法2条1号の適用を受けないという。しかし、かような国籍取得の差異に合理的な理由がないのであれば、後者も、国籍法2条1号により、日本国籍を取得すると解すべきである。

以上のように、(1) 本件上告人は、認知によって、日本人父との法律上の親子関係が成立していること、(2) この認知は、上告人が幼児の間に行われたこと、(3) 胎児認知を受けた上告人の妹は、日本国籍を取得しているのに対して、生後認知の上告人は、日本国籍の取得を否定されたこと、これらの事実関係を踏まえて、憲法判断を行う必要がある。

3 差別の合理性の審査方法

従来の最高裁判例は、法の下での平等を定めた憲法14条1項の解釈を次のように行っている。

すなわち、尊属殺に関する刑法の規定を違憲とした昭和48年4月4日の大法院判決（刑集27巻3号265頁）は、「憲法14条1項は、国民に対し法の下での平等を保障した規定であって、同項後段列挙の事項は例示的なものであること、およびこの平等の要請は、事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものでないかぎり、差別的な取扱いをすることを禁止

する趣旨と解すべきことは、当裁判所大法廷判決（昭和37年（オ）第1472号同39年5月27日・民集18巻4号676頁）の示すとおりである」とする。そして、尊属殺に関する規定の立法目的それ自体は、憲法14条1項に違反しないが、「刑罰加重の程度いかんによっては、かかる差別の合理性を否定すべき場合がないとは」いえず、「加重の程度が極端であつて、前示のごとき立法目的達成の手段として甚だしく均衡を失し、これを正当化しうるべき根拠を見出しえないときは、その差別は著しく不合理なものといわなければ」ならないとし、結局、尊属殺に関する規定は、憲法14条1項に違反すると判示した（傍線筆者）。

この最高裁判決を本件に当てはめれば、次のようになる。すなわち、原審判決の国籍法の解釈によると、日本人父と外国人母から生まれた子が嫡出子である場合や、非嫡出子であっても、父の胎児認知を受けた場合には、日本国籍を取得するのに対して、生後認知の場合には、日本国籍を取得しないことになるが、かような区別は、「合理的な根拠に基づくものでないかぎり」、憲法14条1項に違反する。

そして、この区別の合理性を判断する際には、出生による国籍取得について、(1) かような区別を設ける目的が何であるのか、(2) この目的には合理性があるのか、(3) この目的を達成する手段として、国籍取得を否定することに合理性があるのか、という点を検討しなければならない。すなわち、立法目的を明らかにするとともに、目的の合理性と手段の合理性の双方を検討しなければならない。

この点について、原審判決は、まず重国籍の防止および国籍の浮動性の防止を挙げているが、むしろ日本民法における氏および親権に関する規定から、親子の実質的結合関係が嫡出子と非嫡出の間で異なるとして、これを国籍法に反映させることを主たる目的としているようである。また準正による国籍取得や簡易帰化の規定も挙げているが、これらは、出生による国籍取得を否定することの救済手段になると考えているようである。

すなわち、出生による国籍取得に差異を設けることの目的は、親子の実質的結合関係の違い、重国籍の防止、国籍の浮動性の防止であり、これらの目的自体に合理性があると共に、準正による国籍取得および簡易帰化という救済手段があるから、これらの目的を達成する手段として、

出生による国籍取得を否定することにも合理性がある、という趣旨に読むことができる。

そこで以下では、親子の実質的結合関係、重国籍の防止、国籍の浮動性防止、準正による国籍取得および簡易帰化の順に、その合理性を検討することにしたい。

4 親子の実質的結合関係

(1) 前提に対する疑問

原審判決によると、「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結合関係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」とされる。これは、ある意味で当然のことを述べたにすぎない。すなわち、わが国の国籍法は、出生による国籍取得について、「単なる自然的・生理的」な血統を基準にしたことはなく、法律上の親子関係を基準としてきたことは、今更いうまでもない。

しかし、原審判決は、その法律上の「親子関係を通じて我が国との密接な結合関係が生ずるのは、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ものである」と述べており、このあたりから議論が混乱し始める。

これは、法律上の親子関係の成立によって、子が「日本国民の家族に包含されること」になるという意味に解されるが、「日本国民の家族に包含される」とは、いかなる意味であろうか。国籍法2条1号は、「父又は母が日本国民であるとき」としか定めておらず、いかなる家族形態であるかは問題にしていない。しかも父母の一方だけが日本国民であれば足りるのであるから、「日本国民の家族」という言い方は、不正確でもある。

また「日本社会の構成員になる」というが、これは、法律的に言えば、日本国籍を取得するという意味になるはずであるから、循環論になってしまう。すなわち、日本国籍の取得には、わが国との密接な結合関係が必要であり、その結合関係が生じるのは、「日本社会の構成員になる」からだというのである。あるいは「日本社会の構成員」という言葉に、通常とは異なる意味があるのだろうか。

原審判決は、要するに、そのあとの嫡出子と非嫡出子の違いだけを述べたかったのではないかと推測される。そして、この点については、次のように判示している。

「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ということになる。これに対し、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いい難く、嫡出子とは別個の考慮が必要である。現に民法上、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、父子関係は、通常、母子関係に比較して、実質的な結合関係（これを生活の同一性と言い換えることもできよう。）が希薄である。」

この判旨は、日本法の適用を前提としても、疑問があるが、さらに日本人父と外国人母から生まれた子については、そもそもこれらの規定が適用されないことを無視している。そこで以下では、本件上告人のケースを中心として、氏および親権に適用される法を明らかにしたい。また、この判旨は、親子の実質的結合関係を「生活の同一性」と置き換えているので、かような生活の同一性ないし生活の実態についても、検討したい。

なお原審判決は、胎児認知か生後認知かによって、国籍取得に差異が生じることについては、次のように述べている。

「胎児認知は、懐妊中の子が自分の子であることについて確信があり、かつ、これを子の母も承諾しており、その上で、子の出生を待っていたのでは間に合わないような緊急事態の場合や又は出生を待つまでもなく自分の子であることを認める必要がある等何らかの事情がある場合になされるものであるが、他方、生後認知では、自分の意志によらずに子又はその直系卑属らの請求により裁判で認知を強制されることもあり得るのであって、この両者の間には、一般的に実質的な父子関係の結合の度合いが異なるといわざるを得ないものがある。」

この判旨は、幾つかの点で、判決の他の箇所と矛盾するだけでなく、全体において、かなり無理な理由づけを行っている。そこで、以下では、胎児認知と生後認知の比較も行うことにしたい。

また原審判決は、国籍法「3条の準正子の場合、父母の婚姻によって嫡出子たる地位を取得したことにより、親子の実質的結合関係の存在が明らかになったといい得る」とするが、準正子とは、父母の婚姻および認知によって、嫡出子たる身分を取得した子であるから、この判示は、あまり意味があるとは思えない。

そこで以下では、日本人父と外国人母から生まれた非嫡出子について、その氏および親権に適用される法、生活の実態、胎児認知と生後認知の相違点および共通点を明らかにしたい。

(2) 氏に適用される法

まず子の氏について、学説では、これを親子関係の効力の問題として法例21条によらせる見解、人格権の問題として本人の本国法によらせる見解が有力に主張されているが、戸籍実務は、公法である戸籍法特有の問題であるとして、氏名公法説を採用している。それによると、氏の問題は、専ら日本の戸籍法独自の観点から規律されるべきであり、日本人と外国人の父母から生まれた子の氏については、民法790条の適用さえもないことになる（澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門〔第4版〕』137頁以下、島野穹子「姓・氏の準拠法と戸籍」国際私法の争点〔新版〕195頁以下参照）¹。

たとえば、日本人夫婦の嫡出子は、父母共通の氏を称して、父母の戸籍に入るが（民法790条1項、戸籍法18条1項）、日本人と外国人の夫婦の嫡出子は、日本人親の氏を称して、その戸籍に入る。したがって、外国人父と日本人母から生まれた嫡出子は、母の氏を称して、母の戸籍に入る（昭59・11・1民二第5500号通達第1の1）。

また日本人男女から生まれた非嫡出子の場合、母の氏を称して、母の戸籍に入るが（民法790条2項、戸籍法18条2項）、日本人男と外国人女から生まれた非嫡出子は、胎児認知によって日本国籍を取得しても、

¹ 日本人と外国人が婚姻した場合に民法750条の適用がないことについては、昭40・4・12民事甲838号回答、昭42・3・27民事甲365号回答参照。

母が外国人であるから、母の氏を称することはできず、適当な氏を称して、単独の新戸籍を編製することになる（昭29・3・18民甲第611号回答）。

原審判決は、前述のように、氏をもって日本国籍取得の基準のひとつとするが、それによれば、日本人父の胎児認知によって日本国籍を取得する子は、父の氏を称するはずである。しかし、日本人父と外国人母から生まれた子は、父の胎児認知によって日本国籍を取得するが、父の氏を称するわけではない。また母が外国人であるから、母の氏を称することもできないので、適当な氏を称する。

たしかに本件上告人の妹のように、適当な氏として日本人父と同一の氏を称することも可能であるが、これは父の氏そのものを称しているわけではない。現に、上告人の妹は、単独の新戸籍を編製して、そこに入籍した。父の氏を称しているのであれば、父の戸籍に入るはずであるのに（戸籍法18条2項）、そうならないのは、ここで称する氏が父の氏ではないからである（なお父の戸籍に入るためには、家庭裁判所の許可を得て、戸籍に改氏の届出をする必要がある。民法791条1項、戸籍法98条1項）。したがって、氏をみたかぎりでは、胎児認知を受けた子が日本国籍を取得する理由は、説明できないことになる。

なお原審判決は、この点について、「民法790条2項は、母が外国人である場合は適用されないとしても、そのことから直ちに、嫡出子と非嫡出子の区別を考えるに際し、民法790条2項について論じる意味がなくなるわけではない」と述べている。しかし、そもそも母が外国人である場合、民法790条2項のいう「母の氏を称する」ことになるはずがない。それにもかかわらず、民法790条2項を根拠として、父子関係が母子関係よりも希薄であるとしたり、本件上告人の国籍取得を否定するのは、全く恣意的な解釈といわざるをえない。

（3）親権に適用される法

一方、親権は、親子関係の効力の問題として、法例21条により準拠法が決定される。それによると、子の本国法が父または母の本国法と共通であれば、その共通の本国法が適用される。そこで、上告人とその妹について、親権の準拠法を考えてみる。

まず上告人は、フィリピン国籍しか取得しないとされているので、母

と共通のフィリピン法が親権の準拠法になる。そして、フィリピン家族法211条1項は、嫡出子と非嫡出子を区別せず、「父母はその間の子に対して共同して親権を行使する。両親が一致しない場合は父の決定が優先する。ただし、別の判決等がある場合を除く」と規定する（翻訳については、日本加除出版編集部編『戸籍実務六法〔平成10年版〕』916頁以下参照）。したがって、非嫡出子であっても、原則として父母が共同で親権を行使し、不一致がある場合には、父の親権が優先することになる。

つぎに上告人の妹は、日本国籍とフィリピン国籍の両方を取得しており、法例28条1項により、その本国法は日本法とされ、父と共通の日本法が親権の準拠法になる。そこで、日本の民法819条4項によると、「父が認知した子に対する親権は、父母の協議で父を親権者と定めたとときに限り、父がこれを行う」とされている（これは生後認知の子であると、胎児認知の子であることを問わない）。現に上告人の妹については、母が親権者とされている。

原審判決は、前述のように、親権をもって日本国籍取得の基準のひとつとするが、これによると、父の胎児認知によって日本国籍を取得する子は、父の親権に服するはずである。しかし、上告人の妹は、父の親権ではなく母の親権に服している。これに対して、上告人は、生後認知であったために、日本国籍の取得を否定されたが、父母の共同親権に服している。しかも父母の間に不一致があった場合には、父の親権が優先する。すなわち、親権をみるかぎりでは、上告人の方がその妹よりも父との関係が密接であるにもかかわらず、国籍取得の面では逆の結果になっている（また父母の共同親権という点では、上告人は嫡出子と同じ状況にある）。

なお、この点は、すでに意見書（五）で指摘したところであるが、原審判決は、これに対して、何の回答も行っていない。しかし、上告人の国籍取得を否定する根拠のひとつとして、親権を挙げているのであるから、十分に納得のいく説明を行うべきであったと考える。

（４）生活の実態

さらに生活の実態をみても、胎児認知を受けた子が日本国籍を取得し、生後認知の子が日本国籍を取得しないことは、合理的な説明ができない。たとえば、本件は、父母が内縁関係を解消するにあたって、父の認知が

あったケースである。そして、上告人の妹は、その時点でまだ生まれていなかったために、胎児認知によって日本国籍を取得したが、出生後に父と一緒に生活していない。これに対して、上告人は、すでに生まれた後であったため、少なくとも一定期間は、父と一緒に生活していた。すなわち、生活実態をみても、上告人の方がその妹よりも父との関係が密接であるにもかかわらず、国籍取得の面では、逆の結果が生じている。

一般的にも、胎児認知は、本件のように父母が内縁関係を解消するか、父が死にそうであるというように、生後認知が困難になるケースで行われる。たしかに現行法のもとでは、裁判認知や死後認知も可能であるが（民法787条）、父が認知する意思があるのなら、胎児認知をしておいた方が便利であろう。これが民法783条1項の立法趣旨である（木下明・基本法コンメンタル・親族〔第3版〕109頁）。したがって、胎児認知が行われるケースにおいて、子が出生後に父と一緒に生活しない、というのは偶然ではなく、構造的なものである。それにもかかわらず、胎児認知を受けた子が日本国籍を取得し、現実には父の監護養育を受けたことがあるか、または現在もそれが続いている生後認知の子が日本国籍を取得しないことは、生活実態をみるかぎり、合理的な説明ができない。

さらに嫡出子の場合も、父母の離婚後300日以内の出生によって嫡出推定を受けるときは（民法772条）、父と一緒に生活したことがないにもかかわらず、日本国籍を取得するというケースが予想されるのであり、かようなケースと比較しても、生後認知の子の生活実態が国籍取得の否定を根拠づけるとは考えられない。

（5）生後認知と胎児認知の比較

以上のように、原審判決は、わが国の民法の規定を前提として、非嫡出父子関係が希薄であると述べているが、そもそも日本人父と外国人母から生まれた子について、わが国の民法の規定を適用すること自体に誤りがあった。また、氏および親権について、胎児認知を受けた上告人の妹と生後認知の上告人の間には、全く違いがなかったり、むしろ上告人の方がその妹よりも父子関係が密接であると判断せざるをえないような結果になっている。さらに生活の実態をみるならば、明らかに上告人の父子関係の方が密接であったといわざるをえない。

これに対して、原審判決は、ここでいきなり氏および親権とは異なる

基準を持ち出して、生後認知と胎児認知の間で国籍取得に差異が生じることを説明しようとしている。その内容は前述のとおりであるが、およそ説得力があるとはいえない。

まず原審判決は、胎児認知の場合、父の側に「懐妊中の子が自分の子であることについて確信」があるとする。しかし、これは生後認知の場合にも当てはまる。そもそも認知制度は、父が自分の子であるという確信を持っていることを前提として、非嫡出父子関係を成立させるものであり、かような確信がないにもかかわらず、認知を行うという事態を予想していない。たとえば、木下・前掲107頁も、認知制度の意義を次のように説明している。

「父が自分の妻でない女の生んだ子について、その子は自分の血縁の子であるとみずから進んで承認するのであれば、父としては身に覚えのあることであろうし、そのことによって父として子に対する法的責任(たとえば、子に対する扶養義務)が生ずるのである以上、いい加減な気持ちで認知する者もいないであろうから、父の認知あることは、血縁上の父子関係の存在を推認させるきわめて有力な手段と考えられる。そこで、婚外子とその血縁上の父との間の法的父子関係の成立を、父の認知にかからしめたのである。」

一般に認知を行う父は、自分の子であるという確信を持っているが、通常の場合には、わざわざ子の出生前に認知届をするとは考えられない。流産や死産の可能性も考えれば、なおさらそうである。したがって、胎児認知と生後認知の間で父の確信の程度に違いがあるかのようにいう原審判決は、きわめてミスリーディングである。

また原審判決は、胎児認知の場合には、子の母も承諾しているとする。この民法783条1項にいう母の承諾については、「母の意思人格の尊重と、あわせて認知の真实性を保証するためである」とされているが(木下・前掲109頁)、原審判決がいうように、これによって生後認知の場合と比べて、「実質的な父子関係の結合の度合いが異なる」とは考えられない。なぜ母の承諾があれば、父子関係が緊密だといえるのであろうか。この点に関する十分な説明は見当たらない。

さらにいえば、母の承諾自体も、日本法の適用を前提としたものであり、外国人母の子を認知する場合には、必ずしも当てはまらない。すなわち、認知の準拠法は、法例18条2項により、認知者の本国法または子の本国法のいずれかによるとされており、また胎児認知の場合には、子は生まれていないから、母の本国法をもって、子の本国法を補充すると解されている（山田鎌一『国際私法』416頁、平元・10・2民二第3900号通達第4の1）。そうすると、日本人男が韓国人母の胎児を認知する場合、韓国法では、胎児認知について、母の承諾は要件とされていないから（民法858条）、日本法上は母の承諾が要件とされていても、結局、母の承諾は不要ということになる。

一方、原審判決は、生後認知では「裁判で認知を強制されることもあり得る」とするが、これは、父が自分の子であると確信していない場合にも、非嫡出父子関係が成立することを言いたいのであろう。しかし、それでは、裁判認知の場合と任意認知の場合とで、「実質的な父子関係の結合の度合いが異なる」とでもいうのであろうか。いずれの場合も、その法的効果が異ならないだけでなく、胎児認知は、裁判で求めることができないために、日本国籍の取得が父の意思のみにかかるという弊害すら発生している。

また、この判旨は、原審判決の他の箇所と矛盾するきらいがある。たとえば、原審判決は、「現に昭和25年の法改正で認知による国籍の伝來的取得制度が廃止されたのをみても分かるとおり、父の認知という一方的行為により非嫡出子本人及び母の意見に関係なく国籍が付与されることになるため…、個人の尊厳をうたっている憲法24条の精神にも反するとの…意見もあり得る」とするが、まさに胎児認知により、父の意思のみでしか日本国籍を取得できないことこそ、憲法24条に反するといえよう。

さらに国籍の浮動性防止に関連して、日本人父と外国人母から生まれた嫡出子が、後に嫡出否認や親子関係不存在確認の裁判によって、嫡出性を否定された場合、出生時にさかのぼって日本国籍を失うことについて、原審判決は、「右は訴訟による判決の結果に基づくという、いわば特別の場合のこと」と述べている。しかし、そうであれば、裁判認知も、判決の結果にもとづく特別の場合に当たるはずであり、まさに

この場合にこそ、出生時にさかのぼって日本国籍を取得すべきことになるはずである。

5 重国籍の防止

原審判決は、「出生による国籍の付与に関する血統主義又は生地主義のいずれを採用するかもその国の選択に委ねられるが、いずれの主義を採るにしても、国籍の積極的抵触（重国籍）及び消極的抵触（無国籍）の発生を可能な限り避けることが理想」であるとしている。この点については、無国籍の防止の方が重国籍の防止よりもはるかに重要であり、両者を対等に扱う判旨には疑問があるが、すでに意見書（五）40頁以下で指摘したところであるので、そちらを参照して頂きたい。

原審判決は、さらに「控訴人は、現行法が父母両系血統主義を採用し、国籍留保制度や国籍選択制度を設けていること等を理由に、現行法は重国籍を容認する方向にあるとするが、現行法においても、…重国籍の防止、解消のため様々な規定を設けていることに照らすときは、現行法が重国籍防止の考え方を放棄したということとはできない」として、控訴人（＝上告人）の主張を退けている。

しかし、原審判決が自ら「控訴人の主張」としてまとめている箇所からも分かるように、控訴人（＝上告人）は、わが国の国籍法において「重国籍は事後的に解消するという立場を採っているほか、ヨーロッパ諸国では重国籍を容認する方向」にあると主張していたのである²。すなわち、重国籍の容認は、ヨーロッパ諸国の傾向について述べただけであって、わが国の国籍法は、重国籍を「事後的に解消する」立場を採っているとされている。この点で、原審判決は、上告人の主張を全く曲解しており、そこから誤った結論を導いたということになる。

実際のところ、わが国の国籍法は、父母両系血統主義の採用に伴って重国籍者が増加することに対応するために、国籍選択制度を設けたとされている（江川英文・山田鎌一・早田芳郎『国籍法〔第3版〕』149頁）。

² とりわけ1997年のヨーロッパ国籍条約14条1項a号によれば、締約国は、「出生により当然に相異なる国籍を取得した子どもが、これらの国籍を保持すること」を許容する義務を負っている。奥田安弘＝館田晶子「1997年のヨーロッパ国籍条約」北大法学論集50巻5号113頁以下参照。

そこで、本件との比較のために、日本人父と外国人母から生まれた嫡出子や、胎児認知を受けた非嫡出子が、父母双方の国籍を取得して重国籍になったケースについて、これを当てはめてみれば、次のようになる。

まず国籍選択は、出生により重国籍になった時に直ちに行う必要はなく、所定の期限までに行えばよいとされている。これらのケースでは、とくに22歳までに国籍選択をすればよいとされていることに注目すべきである（14条1項）。

また国籍選択制度では、父の日本国籍を選択するか、それとも母の外国国籍を選択するかは、本人の意思に任されている。すなわち、日本国籍を選択するためには、外国国籍を離脱するか、または「日本の国籍を選択し、かつ、外国の国籍を放棄する旨の宣言」をすればよい（14条2項）。一方、外国国籍の選択は、法務大臣への届出により日本国籍を離脱するか（13条）、または外国の法令によりその国の国籍を選択して、日本国籍を喪失する（11条2項）ことによって行うことができる。いずれにせよ、父母のいずれの国籍を選択するかは、本人の自由である。

ただし、わが国の国籍法にもとづく日本国籍の選択宣言および日本国籍の離脱については、本人が15歳未満の場合、法定代理人（通常は親権者）が代わって行うとされている（18条）。外国の法令によるその国の国籍の選択および外国国籍の離脱は、当然のことながら、その国の国籍法の内容いかんによるが、いずれにせよ本人ないし法定代理人（通常は親権者）の意思によって行われることは、間違いない。

かような国籍選択制度と生後認知による国籍取得の否定を比較すれば、同じく重国籍の防止とはいっても、両者の間には大きな違いがあることに気づくであろう。すなわち、生後認知による国籍取得の否定は、当初から母の国籍取得しか認めないのであるから、重国籍の「事前防止」であり、国籍選択制度による「事後的解消」とは全く異なる。また生後認知による国籍取得の否定は、母の外国国籍の取得しか認めないので対して、国籍選択制度では、いずれの国籍を選択するかは、本人ないし法定代理人（通常は親権者）の自由に任されている。生後認知による国籍取得を否定された非嫡出子は、父の日本国籍を選択する機会が与えられていない。

したがって、わが国の国籍法が「重国籍防止の考え方を放棄」してお

らず、またかような重国籍の防止に一定の合理性があるとしても、生後認知による国籍取得の否定によって、当初から母の国籍取得しか認めないという結果は、同じく日本人父と外国人母から生まれた嫡出子や、胎児認知を受けた非嫡出子の場合と比較して、憲法14条1項に違反する不当な差別が発生している疑いがある。

なお原審判決は、帰化における重国籍防止条件（5条1項5号）および自己の志望による外国国籍の取得による日本国籍の喪失（11条1項）も、重国籍防止規定として挙げているが、比較の対象とすべきは、同じく日本人父と外国人母から生まれた嫡出子や、胎児認知を受けた非嫡出子のケースに限るべきである。そうすると、これらの規定は、全く無関係ということになるし、また日本国籍の離脱（13条）や外国の法令による外国国籍の選択（11条2項）は、前述のように、国籍選択制度の一環として考えるべきである。さらに国籍留保制度（12条）は、外国で出生した子に関する規定であるから、これも本件とは無関係である。

6 国籍の浮動性防止

原審判決は、生後認知による国籍取得を否定する理由として、さらに国籍の浮動性防止を挙げ、これを次のように説明している。

「出生は、すべての国の国籍立法において、国籍取得の最も普遍的な原因とされているところ、このような生来的国籍は、被控訴人が指摘するとおり、出生の時点においてできるだけ確定的に決定されるべき性質のものであること（浮動性の防止）は否定できないところである。民法784条は認知の遡及効を認めているが、国籍は選挙権や公務就任等の公法上の権利義務の取得にもかかわるものであるから、私法規定である右法条を直ちに類推適用することはできないというべきであるし、また、右法条適用による不都合回避のための同条ただし書の適用や適用対象を未成年に限定することについても、明文もなくしてこのような限定的適用を認めるのはいかにも便宜的にすぎるし、いずれにしても民法784条を根拠とする国籍の出生時にさかのぼっての生来取得を認めることはできないというほかはない。」

以上のような国籍の浮動性防止論に対しては、すでに意見書（五）26頁以下および平成8年10月22日付けの意見書（三）22頁以下において、詳細に批判してきたところであるが、ここでは判旨に沿って補足を行いたい。

従来 의견書においても、かような議論に対しては、具体的に生後認知による国籍取得を認めた場合の不都合を明らかにすべきであると主張してきた。これに対して、原審判決は、「選挙権や公務就任等の公法上の権利義務の取得にもかかわるものである」としか答えていない。しかし、これは、明らかに本件上告人のような幼児には当てはまらない（なお選挙権については、仮に成年に達した者に認知による国籍取得を認めたととしても、その者が投票できなかった選挙が、無効になるとは思えない）。

原審判決は、さらに国籍法における認知の遡及効を未成年者に限定することについて、「便宜的にすぎる」と批判する。しかし、この判旨は、違憲審査が具体的な事件との関連においてのみ行われることを無視している。認知の遡及効を未成年者に限定すべきか否かは、厳密に言えば、立法者が判断すればよいことであり、裁判所としては、本件の事実関係において、生後認知による国籍取得が具体的な不都合を生じるか否かを判断すれば足りるであろう。

そうすると、少なくとも本件上告人に関していえば、生後認知による国籍取得を認めても、不都合が生じないことは明らかである。上告人は、まだ幼児であるから、「選挙権や公務就任等の公法上の権利義務の取得」にかかわるはずがない。その他に具体的な不都合を挙げることができない以上、国籍の浮動性防止を理由として、積極的に生後認知による国籍取得を否定することはできないと解される。

また原審判決は、生後認知による国籍取得を否定しても、準正による国籍取得や簡易帰化制度による救済があるとするが、後述のように、これらは全く救済としての機能を果たさない。すなわち、生後認知による国籍取得の否定は、本件上告人にとって、事実上、日本国籍取得の道を閉ざすものである。そして、かかる結果がきわめて重大であることを考慮するならば、具体的な不都合を生じない国籍の浮動性防止を理由として、生後認知による国籍取得の否定を貫徹することは、「立法目的達成

の手段として甚だしく均衡を失し」ているといわざるをえない（前述の尊属殺に関する刑法の規定を違憲とした昭和48年4月4日の最高裁大法院判決参照）。

すなわち、国籍の浮動性防止という目的それ自体は、必ずしも不合理であるとはいえないが、本件上告人に生後認知による国籍取得を認めても、国籍の浮動性防止という観点からは、具体的な不都合が全く生じないのに対して、生後認知による国籍取得の否定は、きわめて重大な不利益を生じることになる（平成7年8月9日付けの意見書18頁以下参照）。しかも、この不利益は、前述のように、嫡出子と非嫡出子の間の差別、および非嫡出子の間でも、胎児認知された子と生後認知の子の間の差別に基づいている。したがって、認知による国籍取得の否定は、不合理な差別として、憲法14条1項に違反すると考えられる。

7 準正による国籍取得および簡易帰化

原審判決は、憲法上の争点のまとめとして、「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（控訴人は、本件の場合には、簡易帰化の制度にはあまり期待できない旨をいうが、帰化の要件が緩和されているのは間違いがなく、その点からしても同制度の存在意義は十分に認しうるところである。）等の補完的な制度を具備していることも併せ考慮すると」、現行法における国籍取得の差異は、憲法14条1項に違反しないとす。

この判旨は、準正による国籍取得や簡易帰化の可能性もあるのだから、親子の実質的結合関係の違いを国籍法に反映し、かつ重国籍の防止および国籍の浮動性防止という目的を達成するためには、認知による国籍取得の否定という手段に合理性があるという趣旨に解される。

しかし、前述のように、親子の実質的結合関係の違いは、少なくとも胎児認知を受けた非嫡出子と比較した場合、存在しないように思われるし、本件上告人とその妹を比較した場合には、むしろ前者の日本人父との関係の方が密接であったと判断される。また重国籍については、事後の解消ならともかく、事前防止には合理性が認められない。一方、国籍の浮動性防止という目的自体は、必ずしも不合理とはいえないが、本件

上告人に当てはめた場合には、認知による国籍取得を認めても、具体的な不都合が生じるとは思えない。

これに対して、本件上告人の国籍取得を否定することは、同じく日本人父と外国人母から生まれた嫡出子や、日本人父から胎児認知を受けた子と比較して、国籍取得の態様に著しい差別を生じており、他に日本国籍を取得する相当の手段が存在しないかぎり、憲法14条1項に違反すると思われる。そこで、準正による国籍取得や簡易帰化が認知による国籍取得に代わる相当の手段といえるか否かを検証したい。

まず準正による国籍取得は、明らかに認知による国籍取得の代わりにはならない。なぜなら、準正は、父母の婚姻を要件とするからである。父母の婚姻は、憲法24条1項を挙げるまでもなく、両当事者の合意により成立するものであるから、子の意思が関与しないことはもちろん、母の意思のみによって成立することもない。また父の側も、たとえ子の母と婚姻する意思を有していたとしても、すでに配偶者がいる場合には、重ねて婚姻をすることができないし（民法732条）、配偶者との離婚についても、離婚の協議が成立するか（同763条）、または裁判上の離婚が成立するしかない（同770条）。そもそも父母に婚姻を強制することはできないのであるから、以上の説明は、本来は不要であるといってもよいであろう。しかし、原審判決は、この当然の事を理解していないので、あえて説明を補足した次第である。

つぎに簡易帰化が救済手段にならないことは、すでに意見書（三）20頁以下および意見書（五）44頁以下において詳細に論証したはずであるが、原審判決は、なおこれが救済手段になるというので、説明を補足しておく。

第一に、国籍法4条2項によると、帰化は法務大臣の許可を得なければならぬとされており、これが「帰化の要件」である。これに対して、同法5条以下は、「法務大臣は、次の条件を備える外国人でなければ、その帰化を許可することができない」という5条の文言からも分かるように、法務大臣が帰化を許可するための最低条件を定めているにすぎない。したがって、同法8条1号は、「日本国民の子…で日本に住所を有するもの」が5条1項1号・2号・4号の条件を満たさない場合にも、法務大臣は帰化を許可することができるとしているが、かような簡易帰

化は、法務大臣に対して、帰化を許可する最低条件を緩和しているだけである。

原審判決は、簡易帰化によって「帰化の要件が緩和されている」というが、ここで「要件」という言葉を使うこと自体に疑問があるだけでなく、誰に対して何の要件が緩和されているのかを明らかにしていない。簡易帰化が認知による国籍取得の代替手段になるというためには、帰化を申請する外国人にとって、帰化自体の要件が緩和される必要があるが、実定法上そうでないことは、以上の説明から明らかである。

第二に、これと関連するが、帰化は法務大臣の許可を要件としており、その許可処分は自由裁量行為であるから、帰化申請者が国籍法5条以下の条件を満たしていても、法務大臣は帰化を許可する義務を負わない。逆にいえば、帰化申請者は、帰化を請求する権利があるわけではなく、あくまでも自由裁量にもとづく法務大臣の許可を待たなければならない（江川＝山田＝早田・前掲99頁以下、東京地判昭63・4・27訟月35卷3号495頁、広島地判昭57・9・21訟月29卷4号733頁参照）。

これに対して、認知による国籍取得は、法律上当然の国籍取得であるから、上告人の側からの申請も、国の側からの許可処分も全く必要ない。本件では、すでに日本人父が認知届を済ませているので（戸籍法60条）、戸籍実務としては、胎児認知があった場合と同様に、直ちに上告人の日本国籍取得を認定し、氏および本籍を適当に設定して、単独の新戸籍を編製することになるであろう（昭29・3・18民甲第611号回答参照）。

かような法律上当然の国籍取得と、あくまでも法務大臣の自由裁量にもとづく許可を要件とする帰化との間には、本質的な違いがある。これは、とりわけ裁判上の紛争になった場合に顕著となる。すなわち、前者は、原告が国籍法の要件に該当するか否かだけを判断して、これが肯定されたら、すでに取得した国籍の確認判決を下せば足りる。これに対して、後者は、裁量権の逸脱または濫用があった場合にかぎり、帰化不許可処分の取消が命じられる（行政事件訴訟法30条）。

この帰化不許可処分の取消訴訟については、最終的に申請者側が勝訴した判例は見当たらない（江川＝山田＝早田・前掲118頁も参照）。このことから、帰化による国籍取得が出生による国籍取得の代替手段にならないことは分かるであろう。また仮に帰化不許可処分が判決によって

取り消されても、不許可処分がなかった状態に戻るだけであり、改めて帰化申請に対する処分が必要になる。この場合、判決の趣旨は考慮されるが、先の不許可処分とは異なった理由にもとづいて、再び不許可処分がなされるおそれもある。

さらにいえば、すべての外国人は、帰化を申請できるのであるから(国籍法4条1項)、もし帰化による国籍取得が出生による国籍取得の代替手段になるというのであれば、いかに出生による国籍取得の制限が不当であったとしても、それを争う余地はなくなるであろう。しかし、両者は本質的に異なるのであるから、出生による国籍取得を否定することの合理性は、帰化による国籍取得とは無関係に判断されるべきである。

第三に、仮に上告人が帰化を申請したとしたら、それが許可される可能性があるのかという点が問題になる。もちろん帰化の許可は、法務大臣の自由裁量にもとづくから、帰化が許可されるか否かを事前に予測することは、事実上不可能といってもよい。この点からも、帰化は救済手段にならないことが明らかであるが、さらに本件上告人についていえば、むしろ不許可になる可能性の方が大きいとさえいえることができる。

これは、意見書(五)45頁以下で紹介したように、帰化実務において、親子同時申請主義が行われているからである。すなわち、上告人が帰化を申請したいのであれば、上告人の母も同時に帰化を申請しなければならない、というのである。しかし、上告人の母に帰化申請を強制することは、もちろんできない。したがって、上告人の母が自発的に帰化を申請しないかぎり、上告人が単独で帰化を申請しても、不許可になることがほぼ確実であると思われる。

また国籍法8条1号は、「日本国民の子」が「日本に住所を有する」ことを条件としている。ここでいう「住所」とは、民法上の住所とは異なり、わが国の出入国管理規制にしたがって、合法的に在留するものでなければならない(江川＝山田＝早田・前掲100頁以下参照)。したがって、不法滞在者は、いかに長期にわたり日本に事実上滞在していたとしても、日本に「住所」があるとはされない。

たしかに「日本国民の子」は、入管法上「日本人の配偶者等」という在留資格を与えられるが、その在留期間は、3年、1年または6月に限定されている(出入国管理及び難民認定法別表第2)。そして、「法務大

臣は、当該外国人が提出した文書により在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由があるときに限り、これを許可することができる」（同法21条3項）とされているように、在留期間の更新は法務大臣の広範な裁量に委ねられている。

したがって「日本に住所を有する」という条件について、入管法上、法務大臣の自由裁量が働くと同時に、この条件を満たしても、帰化の実務上は、母との同時申請でなければ、帰化は不許可になるであろう。また仮に親子同時申請を行ったとしても、なお帰化が許可されるか否かは、法務大臣の広範な自由裁量に委ねられている。

それでも、帰化による国籍取得が出生による国籍取得の代替手段になるというのであろうか。原審判決は、この点で、帰化制度そのものに対する理解が不十分であったといわざるをえない。

8 その他の問題点

原審判決は、その外にも、幾つかの矛盾を抱えている。たとえば、国籍の浮動性防止に関連して、次のように述べている。

「なお、控訴人は、現に被控訴人も、日本人父と外国人母の間に嫡出子として出生した子どもについて、後に嫡出否認の訴えや親子関係不存在確認の訴えによって嫡出性を喪失すれば、その子どもの出生の時期にさかのぼって日本国籍を喪失させる取扱いを行っている」と主張するところ、右は訴訟による判決の結果に基づくという、いわば特別の場合のことであって、そのことから直ちに被控訴人が一般的に国籍の浮動性を容認しているということとはできない。」

しかし、「訴訟による判決の結果に基づくという、いわば特別の場合」とは、どのような意味なのであろうか。裁判の場合には、遡及効が許されるというのであれば、まさに裁判認知による国籍取得は認められるべきことになる。しかし、前述4（5）のように、原審判決は、裁判認知による場合には、なおさら国籍取得を認めるべきでないという立場であるように思われる。

また国籍の浮動性防止の理由として、原審判決は、「国籍は選挙権や

公務就任等の公法上の権利義務の取得にもかかわる」という点を挙げていたが、嫡出否認や親子関係不存在確認の裁判が確定した結果、出生時にさかのぼって日本国籍を失った場合には、かような不都合は生じないというのであろうか。「特別の場合」というだけでは、全く理由にならないであろう。

つぎに原審判決は、生後認知によって日本国籍を付与した場合の不都合として、「これにより現に有している外国国籍を喪失することも起こり得る」とする。

かような例としては、従来、韓国国籍法12条6号を挙げることができた。これによると、「未成年者である大韓民国の国民で、外国人の認知により外国の国籍を取得した者」は、韓国国籍を喪失するとされていた。しかし、韓国国籍法は、本年6月13日から施行された法律によって改正され、「外国人である父又は母に認知され、その父又は母の国籍を取得することとなった者」は、「その外国の国籍を取得したときから6か月以内に、法務部長官に、大韓民国の国籍を保有する意思のある旨を申告」すれば、韓国国籍を喪失しないことになった（15条2項3号。翻訳については、趙均錫「速報・大韓民国改正国籍法」戸籍時報482号13頁）³。したがって、今後は、生後認知によって日本国籍を取得した結果、現に有している外国国籍を喪失するという例を挙げることは困難になる。

現に、本件上告人についていえば、日本人父の認知によって日本国籍を取得しても、母の本国であるフィリピン法には、改正前の韓国国籍法のような規定がないから、現に有しているフィリピン国籍を喪失することにはならない。すなわち、原審判決は、架空の例を取り上げているのであり、かような架空の例を取り上げるというのであれば、次のように述べていることと矛盾しているように思われる。

「控訴人は、外国人母の母国が国籍取得につき生地主義を原則としている場合には日本国籍を付与されないと無国籍になるおそれがあるというが、右の一事をもって、現行法の基本的立場が立法政策上合理性を欠

³ この規定の正確な翻訳および解釈については、奥田安弘＝岡克彦『在日のための韓国国籍法入門』（1999年・明石書店）118頁以下参照。

くとはいえない。」

生後認知による国籍取得の不都合として、現に有している外国国籍の喪失をいうのであれば、逆に生後認知による国籍取得を否定した場合の不都合として、無国籍のおそれを取り上げるべきであり、その点で、原審判決の理由づけは、一貫性を欠いている。

9 小括

以上のように、本件上告人に対して、認知による国籍取得を認めないことは、憲法14条1項に反すると解される。すなわち、同じく日本人父と外国人母から生まれた子が嫡出子である場合や、胎児認知を受けた非嫡出子である場合と比較すると、出生によって決定される身分、すなわち憲法14条1項後段にいう「社会的身分」による差別が発生している。

原審判決は、かような国籍取得の差異が親子の実質的結合関係の違いや、重国籍の防止および国籍の浮動性防止の観点から、合理的な区別であるとし、また準正による国籍取得や簡易帰化などの救済手段も考慮すれば、憲法14条1項に違反しないとす。

しかし、親子の実質的結合関係の違いは、少なくとも胎児認知を受けた非嫡出子と比較した場合には、存在しないと考えられるし、本件上告人とその妹を比較した場合には、むしろ前者の日本人父との関係の方が密接であったと判断される。また重国籍についても、事後的に解消するのならともかく、事前に防止することに合理性を見いだすことはできない。さらに国籍の浮動性防止自体は、必ずしも不合理であるとはいえないが、本件上告人については、生後認知による国籍取得を認めても、何ら具体的な不都合を生じない。

したがって、本件についてみれば、生後認知による国籍取得を認めないことは、国籍の浮動性防止という目的達成の手段として、著しくバランスを欠いている。この不均衡は、明らかに合理的な範囲を越えているから、生後認知による国籍取得の否定は、憲法14条1項に違反する結果を生じることになる。

なお、準正による国籍取得や簡易帰化は、本件上告人にとって、全く救済手段にならないから、これらの制度があるからといって、生後認知

による国籍取得の否定が許されるということとはできない。

それにもかかわらず、原審判決は、旧国籍法における規定の削除および現行国籍法3条の存在を理由として、現行法上は、生後認知による国籍取得が認められないとする。しかし、本件では、かような解釈によると、憲法14条1項に違反する結果が生じるのであるから、裁判所は、現行国籍法を合憲的に解釈する義務を負っていたことになる。

具体的には、旧国籍法における規定の削除は、憲法14条1項に違反する結果を生じる以上、現行国籍法の解釈を拘束するものではない。また現行国籍法3条は、意図的に非嫡出子差別を助長したという点において、違憲無効の疑いがあるが、仮にそうでないとしても、本件上告人は、認知の遡及効の結果、国籍法2条1号により、出生の時から日本国籍を取得しているのであるから、国籍法3条は無意味である。したがって、国籍法3条の反対解釈により、本件上告人の日本国籍取得を否定することはできない。

すなわち、国籍法2条1号にいう「父又は母」とは、法律上の父母を意味するが、本件上告人は、日本人父の認知を受け、その効力は出生の時にさかのぼるから、結局、国籍法2条1号の要件を満たしていることになる。したがって、本件請求は認容されるべきである。

第三 国際法上の争点

1 条約の解釈方法

原審判決は、「B規約が無国籍児の一掃を目的としていることは明白であるものの、無国籍児の発生とは関係なしに…、国籍取得における非嫡出子差別をも無効とする趣旨であるかは必ずしも明らかでない」とする。この判旨は、条約の解釈方法に言及していないが、条約は制限的に解釈すべきである、という前提に立っているようである。

また原審判決は、児童権利条約「2条1項についても、非嫡出子に関する直接、具体的な文言を欠くところから、その趣旨ないし適用範囲は必ずしも明らかではないところ、その制定の経緯…に照らすときは、日本法上においても、例えば法定相続分等の民事法関係における嫡出子と非嫡出子との取扱いの違いが、合理的な区別であるか否かは問題となる可能性はあるものの、国籍取得における嫡出子と非嫡出子との取扱いの

違いについてまで、右2条1項が規定していると直ちに解することはできない」とする。この判旨は、制限的解釈に加えて、条約の成立経緯にもとづく主観的解釈を重視している。

しかし、かような制限的解釈や主観的解釈が条約の解釈方法として妥当であるか否かは、検討を要する。わが国は、昭和56年に「条約法に関するウィーン条約」（以下では「条約法条約」という）に加入したのであるから、その解釈規則（31条以下）を遵守する義務を負っているが、原審判決は、そもそも条約の解釈方法の点で、これに違反している疑いがある（ちなみに、この条約法条約は、「従来慣習法として形成されてきた条約法の諸規則を成文化し、さらに法の漸進的発達のための諸規則をもとり入れたもの」とされている。杉原高嶺ほか『現代国際法講義〔第2版〕』287頁。山本草二『国際法〔新版〕』590頁も参照）。

まず条約法条約31条1項は、解釈の一般的規則として、「条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するものとする」と定めている。この規定は、「用語の通常の意味（ordinary meaning）」と述べていることから分かるように、条約文に即した客観的解釈（textual approach）を基本原則に据えている（山本・前掲614頁。これに対して、主観的解釈は、後述のように、補足的手段にすぎない）。

そして、この「用語の通常の意味」は、「文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる」。すなわち、「文脈（context）」によるとは、個々の規定を切り離して個別に解釈するのではなく、条約全体の中でその意味を確定することである（山本・前掲614頁）。また条約の「趣旨および目的（object and purpose）」に照らすとは、用語の抽象的な意味ではなく、条約全体の趣旨および目的に沿って、規定の意味を探ることである（小川芳彦訳「国際法委員会条約法草案のコメンタリー（三）」法と政治（関西学院大学）19巻4号125頁参照）。

たとえば、これを児童権利条約に当てはめれば、差別の禁止に関する第2条と国籍取得権を保障した第7条は、併せて読むことが可能であるし、また必要な場合には、むしろ併せて読むことが義務づけられている（体系的解釈）。また、これらの規定の解釈は、児童の権利保護という条約全体の趣旨および目的を考慮すべきである（目的論的解釈）。した

がって、相続分差別は禁止されるが、国籍取得の差別は条約の対象外である、というような原審判決の解釈は、児童権利条約の趣旨および目的からみて、およそ導き出すことができない（それは、誠実な解釈という原則にも反する）。

続いて条約法条約31条3項は、文脈とともに考慮されるものとして、(a) 条約の解釈または適用につき当事国の間で後にされた合意、(b) 条約の適用につき後に生じた慣行であって、条約の解釈についての当事国の合意を確立するもの、(c) 当事国の間の関係において適用される国際法の関連規則を挙げている。

本件との関連では、最後の「国際法の関連規則」が重要であろう。なぜなら、B規約および児童権利条約は、もともと第二次世界大戦後に成立した国連憲章を出発点として、世界人権宣言を皮切りに、国連が中心となって採択した多数の人権諸条約の一部であり、これらの条約は、相互に「国際法の関連規則」として、その解釈において参照されるべきものだからである（斎藤恵彦「国際人権法の展開と児童の権利条約」石川稔・森田明編『児童の権利条約—その内容・課題と対応』34頁以下参照。ちなみに同書36頁には、かような国連の人権諸条約のリスト（23条約）が掲げられている）。

それゆえ平成7年3月26日付けの意見書（四）10頁以下では、とりわけ関連の条約として、1979年の女子差別撤廃条約を取り上げたのである。すなわち、同条約9条2項では、「締約国は、子の国籍に関し、女子に対して男子と平等の権利を与える」と定められており、この規定がきっかけとなって、わが国の国籍法における父系血統主義が父母両系血統主義に改められたことは、原審判決も紹介しているとおりである。しかし、この規定は、本件のような国籍法における非嫡出差別にも関連するものとして、B規約および児童権利条約の解釈において参照すべきである。

ところで、条約法条約32条は、解釈の補足的手段として、条約の成立経緯を考慮することを認めている。すなわち、「前条の規定の適用により得られた意味を確認するため又は次の場合における意味を決定するため、解釈の補足的な手段、特に条約の準備作業及び条約の締結の際の事情に依拠することができる」として、(a) 前条の規定による解釈によっては意味が曖昧または不明確である場合、(b) 前条の規定による解釈に

より明らかに常識に反するか、または不合理な結果がもたらされる場合を挙げている。

これによると、条約の成立経緯は、前述の客観的解釈によって、すでに規定の意味が明らかであり、かつその結果が合理的である場合は、かような意味を確認するためにのみ依拠することができる（杉原ほか・前掲317頁参照）。しかも、この客観的解釈は、文理解釈を基本とするものの、体系的解釈および目的論的解釈によって補充され、かつその他の関連条約なども参照して行われるから、それでもなお規定の意味が不明確であることは稀であろう。

しかるに、原審判決は、とくに児童権利条約について、客観的解釈を十分に行わないまま、単に成立経緯だけを理由として、国籍取得の差別を条約の対象外としている。かような解釈方法が条約法条約の解釈規則に違反することは、上記の説明から明らかである（なおB規約についても、客観的解釈を尽くしているとはいえない）。

2 条約の解釈権限

わが国の憲法98条2項は、「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする」と定めているが、一般的な管轄権を有する国際裁判所が存在しない現状においては、その遵守の対象となる条約の解釈権限は、少なくとも第一次的には、各当事国にあるというほかない。

しかし、だからといって、各国は、全く自由に条約を解釈できるわけではない。前述の条約法条約が慣習国際法を法典化したものであることも考慮するならば、その解釈規則に沿った解釈が行われるべきであり、これを無視した解釈は、国際法違反および憲法98条2項の違反を構成するものと考えられる。

しかるに、原審判決は、自らは条約法条約を全く無視した解釈を行っていないながら、「B規約委員会の一般的意見や各国政府よりの報告書に対する意見は、締約国の国内的機関による条約解釈を法的に拘束する効力は有しないものであり、もとより我が国の裁判所による条約解釈を法的に拘束する効力は有していない」とし、同様の趣旨は、児童権利条約についても判示している。

たしかにB規約委員会や児童権利委員会による条約の解釈は、直ちに国際法上の拘束力を有するものではない。しかし、国内裁判所は、条約の解釈に際して、これらの委員会の解釈を参照すべきであると考えられる。

そもそもB規約委員会や児童権利委員会では、各国政府からの報告書にもとづいて審査を行い、意見などを述べているが、各国がこれらを全く無視するのであれば、かような報告書の審査を行うことの意味はなくなってしまう。もちろん、これらの委員会の意見などは、裁判所の判決とは異なる性格を持つものであろう。しかし、これらの委員会の意見によって、各当事国は、自国の条約解釈を見直す機会が与えられているのであり、いわば自発的な尊重が求められていると考えられる。

本件においても、もし原審判決がこれらの委員会の意見をもっと真摯に受け止めていれば、自らの解釈方法の誤りに気づいたはずである。とくにイギリス政府の報告書に対する児童権利委員会の最終所見は、イギリスの国籍法において、まさに本件と同様の問題が発生してただけに、これを無視することは、児童権利条約そのものを無視することにつながりかねない（後述4参照）。

したがって、条約の解釈権限が第一次的には各当事国にあるとしても、その解釈方法に誤りがないかを点検するとともに、これらの委員会の意見を参照することによって、自らの条約解釈をつねに見直す必要がある。

3 B規約24条1項および3項

B規約委員会の一般的意見17（甲第17号証の1および2）は、児童の権利に関するB規約24条の全体に関するものであるが、原審判決は、同条3項に関する意見の第8項だけを取り上げている。しかし、その前に、同条1項に関する意見の第5項を見ておく必要がある。それは、次のように述べている。

「規約は、児童が人種、皮膚の色、性別、言語、宗教、国民的もしくは社会的出身、財産または出生などのいかなる理由による差別に対して保護されることを要求している。この関連で、たしかに規約で定められた権利享有に関する無差別原則は、児童についても、第2条から由来

し、また児童の法の前の平等が第26条から由来するが、第24条に規定された無差別条項は、とくに同条で定める保護措置に関するものであることについて、委員会は留意する。当事国の報告書は、相続を含むあらゆる分野におけるすべての差別、とりわけ自国民である児童と外国人である児童の差別、ないし嫡出子と非嫡出子の間の差別を除去するために、保護措置がとられることについて、立法および国家実行がこれをどのようにして確保しているのかを示すべきである。」(傍線筆者)⁴

この記述のうち、とくに二つの箇所が本件との関連で重要である。ひとつは、当事国の報告書では「相続を含むあらゆる分野におけるすべての差別、とりわけ…嫡出子と非嫡出子の間の差別」を取り上げるべきであるとする点である。国籍取得における非嫡出子差別が除外されないことは、これにより明らかである。また規約24条1項の文言からも、国籍取得における非嫡出子差別は、「出生による」差別に該当することが明らかである。すなわち、条約法条約31条1項にいう「用語の通常の意味」によると、およそ規約24条が国籍取得における非嫡出子差別を除外する趣旨であると解することはできない。

もうひとつは、「第24条に規定された無差別条項は、とくに同条で定める保護措置に関するものである」とする点である。すなわち、規約24条2項は、児童の登録および氏名を有する権利を保障し、同条3項は、国籍取得権を保障しているが、とくにこれらの権利について、同条1項は、差別を禁止しているというのである。したがって、国籍取得における非嫡出子差別は、他の差別にもまして、規約24条1項により禁止されていることになる。これは、条約法条約31条1項にいう「文脈」による解釈、すなわち体系的解釈にもとづいている。

以上を前提にして、一般的意見の第8項を読む必要がある。それは、次のように述べている。

「児童に与えられる保護の文脈において、第24条第3項で定められたすべての児童の国籍を取得する権利に対しても、特別の注意が払われる

⁴ CCPR/C/21/Rev. 1, para. 5.

べきである。この規定の目的は、児童が無国籍のために社会および国家によって相対的に低い保護しか与えられないことを防止することにあるが、必ずしも国家に対しその領域内で生まれたすべての児童に国籍を与えることを義務づけるものではない。しかし、国家は、すべての児童が出生時に国籍をもつことを確保するために、その国内においてのみならず他国の協力も得て、あらゆる適切な措置をとることが求められる。この関連で国籍取得に関する差別、たとえば嫡出子と非嫡出子の差別、無国籍の親から生まれた子の差別、一方または双方の親の国籍にもとづく差別などは、国内法上許されるべきでない。児童が国籍を有することを確保するためにとられた措置は、当事国の報告書において必ず記載されるべきである。」(傍線筆者)⁵

この記述は、たしかに全体的には無国籍の防止を述べている。しかし、だからといって「この関連で」国籍取得の差別の禁止に言及した箇所も、原審判決がいうように、無国籍が発生する場合に限定していると解することはできない。

第一に、前述の一般的意見の第5項は、規約24条1項があらゆる分野における差別を禁止し、とりわけ同条で定められた保護の措置に関連して、これを定めているとしている。したがって、規約24条1項が出生による差別、とりわけ非嫡出子差別を禁止しており、また同条3項が児童の国籍取得権を保障しているのであれば、これらの規定は、相互に関連づけて解釈されるべきであり、それゆえ国籍取得における非嫡出子差別が禁止されていることは明らかである。一般的意見の第8項は、かような意見の第5項を受けて、国籍取得の差別が無国籍発生のおそれもあることに注意を喚起したまでであり、原審判決がいうように、無国籍が発生する場合にのみ、国籍取得の差別を禁止すれば足りる、と述べているわけではない。

第二に、現実にも、無国籍が発生する場合にだけ、非嫡出子に国籍を付与するというような立法は、見当たらない。拙稿「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94巻3号1頁以下において紹

⁵ *Ibid.*, para. 8.

介したように、ヨーロッパの主要国の立法をみるかぎり、非嫡出子に対する国籍付与は、無国籍の発生とは関係なく行われている。またドイツでは、たしかに非嫡出子に対する国籍付与のきっかけは、1961年の「無国籍の減少に関する条約」および1973年の「無国籍の場合の減少に関する条約」の批准にあるが、それによる国籍法の改正は、無国籍の発生にかかわりなく、むしろ一般的に非嫡出子に対して国籍を付与するという形で行われている。B規約委員会が架空の立法を前提として、無国籍が発生する場合にだけ、非嫡出子に国籍を付与するという立法を勧告したとは考えられない。

以上により、B規約24条1項および3項については、その文理解釈および体系的解釈から、国籍取得における非嫡出子差別を禁止する趣旨であることは明らかであるし、またB規約委員会の一般的意見17の第5項および第8項も、これを確認したものと考えるべきである⁶。

ちなみに、日本政府の第四回報告書に対するB規約委員会の最終所見（本年11月5日採択）によると、「委員会は、とりわけ国籍、戸籍および相続分の問題に関する非嫡出子差別に対して、引き続き懸念を表明する」とされている（CCPR/C/79/Add.102, para.12）。これは、まさに本件のような事案が念頭に置かれているのであり、その意味で、国籍法における非嫡出子差別をB規約違反と判断した委員会の条約解釈は、本件において、最大限の尊重を要するといえる。

4 児童権利条約2条1項および7条

原審判決は、児童権利条約「2条1項についても、非嫡出子に関する直接、具体的な文言を欠く」とするが、非嫡出子差別がこの規定のいう「出生」による差別に該当することは明らかであり、いずれにせよ2条1項は、「いかなる差別もなしに」この条約に定める権利の確保を求めている。

すなわち、条約2条1項は、非嫡出子差別の禁止を含むことが明らかであり、また差別の禁止によって保護されるべき権利は、この条約に定

⁶ 奥田安弘「国際人権法における国籍取得権」高見勝利編『人権論の新展開』（1999年・北海道大学図書刊行会）142頁以下参照。

められたものを意味するから、条約7条にいう国籍取得権が「いかなる差別もなしに」保障されるべきであることも明らかである。かような文理解釈および体系的解釈から、国籍取得における非嫡出子差別が条約2条1項および7条によって禁止されるという結論は、容易に導き出せる。

しかるに、原審判決は、条約の成立経緯において、国籍取得における非嫡出子差別が議論されなかったことだけを理由として、これを条約2条1項の対象外であるとし、また条約7条は、「専ら無国籍児の一扫を目的としたもの」と断定している。しかし、かような制限的解釈は、規定の文言からは全く不可能であるし、また児童の権利保護という条約全体の趣旨および目的に明らかに反している。

さらに原審判決は、相続分における非嫡出子差別が問題になる可能性があるとしながら、国籍法における非嫡出子差別は対象外であるとしている。前者が問題になる可能性があるにもかかわらず、後者が問題にならないとする論理は、どこから導かれるのであろうか。あるいは原審判決は、B規約が民事法関係における差別だけを禁止していると言いたいのかもかもしれないが、かような限定を行う根拠は全く示していない。それどころか、これは、明らかに不合理な解釈であり、不当に国籍法を特別扱いにしたものといわざるをえない（意見書（四）4頁以下も参照）。

そもそも条約の解釈は、繰り返し述べているように「用語の通常の意味」にしたがって行われるべきであり、明らかに条文に反する解釈は、たとえ条約の成立経緯において、当事国の間で合意されたとしても認められない。とりわけ児童権利条約のように、複数の国家の共通の利益を実現する立法条約（law-making treaties）であり、かつ条約の採択に参加しなかった国の加入を認める開放条約においては、条約の成立経緯を理由として、条文に反する解釈を行うことは許されない（山本・前掲613頁参照）。

また、仮に条約の成立経緯で議論されなかった問題が対象外になるのであれば、条約は、成立後直ちに時代遅れとなり、その後の国際法の発展に対応するためには、改正するしかないことになってしまう。条約法条約32条が条約の成立経緯を解釈の補足的手段にすぎないとしたのは、かような考慮も働いたからである。

なお、イギリス政府の報告書に対する児童権利委員会の審査は、意見

書（四）19頁以下において、詳しく紹介したとおりである⁷。ここでイギリス国籍法における非嫡出子差別が取り上げられたということ自体が、条約がこの問題を除外していないことの表れである。またここでは、本件と同様の問題が審議され、その結果、国籍取得における非嫡出子差別が条約2条および7条に違反していると認定され、さらに国家の裁量による後天的な国籍取得は、何ら条約違反を正当化するものではないとされた。この審査結果は、本件における条約の解釈に際しても参照されるべきである。

以上により、B規約と同様に、児童権利条約2条1項および7条も、その文理解釈および体系的解釈などから、国籍取得における非嫡出子差別を禁止する趣旨であることは明らかであり、また本件と同様の問題を扱った児童権利委員会の最終所見は、最大限に尊重されるべきである。

5 小括

以上のように、本件上告人に対して、認知による国籍取得を認めないことは、国籍取得における非嫡出子差別を禁止したB規約24条1項および3項ならびに児童権利条約2条1項および7条に違反すると解される。

原審判決は、これらの規定が国籍取得における非嫡出子差別を禁止していないとするが、かような解釈は、条約法条約の解釈規則に反している。すなわち、非嫡出子差別は、B規約24条1項および児童権利条約2条1項にいう「出生」による差別に該当することが明らかであり、これらの規定は、それぞれB規約24条3項および児童権利条約7条によって保障された国籍取得権と関連づけて解釈すべきであるから、国籍取得における非嫡出子差別が禁止されていることは明らかである。

また、この解釈は、B規約委員会の一般的意見17およびイギリス政府の報告書に対する児童権利委員会の最終所見にも表れているし、日本政府の第四回報告書に対するB規約委員会の最終所見は、まさに日本の国

⁷ その内容は、奥田・前掲注（6）144頁以下とほぼ同様である。この1995年の最終所見（CRC/C/15/Add. 34, paras. 12, 29）に続き、2002年の最終所見（CRC/C/15/Add. 188, para. 23）でも、イギリス国籍法における非嫡出子差別は条約違反とされている。

籍法について、これを適用した。わが国の裁判所の条約解釈においても、これらは最大限の尊重を必要とする。

さらにいえば、B規約および児童権利条約のような立法条約は、独自の国内法をもった様々な国が共同で作成したものであるから、一国の国内法だけを前提として解釈することはできない。すでに意見書（四）3頁でも述べたように、わが国の国籍法における非嫡出子差別は、「国際的な観点」から検討を要する（波多野里望『逐条解説・児童の権利条約』26頁参照）。その意味で、拙稿「認知による国籍取得に関する比較法的考察」において紹介したヨーロッパ諸国の立法の動向は、条約解釈においては、とくに考慮すべき材料のひとつであると思われる。

第四 結論

本意見書では、以上のように、憲法上の争点および国際法上の争点に分けて、原審判決の問題点を述べてきた。その結果、原審判決は、上告人の日本国籍取得を否定することが憲法および国際法に違反しないというが、実際には、憲法14条1項ならびにB規約24条1項、3項および児童権利条約2条1項、7条に違反することが明らかとなった。

したがって、裁判所は、これらの憲法および条約の規定に違反しないように、国籍法を解釈する義務を負っている。すなわち、原審判決は、旧国籍法における規定の削除および現行国籍法における第3条の新設を理由として、現行国籍法では、認知による国籍取得が認められないと判示したが、かような国籍法の立法経緯は、憲法および条約違反を正当化するものではないから、現行国籍法の解釈においては考慮すべきではない。

そこで、現行国籍法を憲法および国際法に違反しないように解釈するためには、国籍法においても、認知の遡及効を認める必要がある。すなわち、本件上告人は、日本人父の認知により、出生の時にさかのぼって、法律上の父子関係が成立したのであるから、国籍法2条1号にいう「出生の時に父…が日本国民であるとき」に該当し、それゆえ日本国籍を取得した。したがって、本件の国籍確認請求は認容されるべきである。

以上。

資料3 平成11年7月23日の意見書

第一 はじめに

この意見書は、平成10年11月20日付けの意見書（六）（以下では「意見書（六）」という）を一部訂正したうえで、補足するものである。

まず意見書（六）の第二の4の（3）「親権に適用される法」のうち、フィリピン家族法の内容の箇所を訂正する。ただし、この訂正は、結論に影響を及ぼすものではない。

つぎに、仮に合憲の結論が下されたとしたら、実際上どのような不都合が発生するのかを明らかにする。すなわち、本件において、仮に合憲の判断が下されたとしたら、日本人父と外国人母から生まれた非嫡出子は、原則として胎児認知がないかぎり、国籍法2条1号による国籍取得が否定されることになるが、これは、かような非嫡出子にとって、実質上、胎児認知が国籍取得の要件となることを意味している。

しかし、子の出生前に、日本人父または外国人母が専門家の適切なアドバイスを受けるとは限らず、多くは子の出生後に認知届をする際に初めて、子が日本国籍を取得できないことを知ることになると推測される。また仮に専門家にアドバイスを求めたとしても、その専門家自身が誤ったアドバイスをする可能性がきわめて大きく、これが新たな紛争の原因となっている。

さらに日本人父は、外国人母の胎児を認知するわけであるから、戸籍実務上、母の身分を証明する添付書類が要求されるが、かような書類を揃えるのに時間がかかり、胎児認知が間に合わないという事態が生じている。これは戸籍法の建前上、起きてはならないことであるが、現実には、相当頻繁に起きているようである。

また外国人母が他の男と婚姻しているため、実の日本人父が胎児認知をできないという事態も生じている。この問題については、平成9年10月17日の最高裁第二小法廷判決（民集51巻9号3925頁）、平成9年1月8日の法務省民事局第二課補佐官の事務連絡（民事月報52巻3号117頁）、平成10年1月30日の民五第180号民事局長通達（民事月報53巻2号110頁）などが出ているが、なお不明の点が多く、また実務上も混乱を招いてい

る⁸。

たしかに本件では、上告人の父が胎児認知を試みたわけではないし、また上告人の母が別の男と婚姻していたわけでもない。しかし、仮に本件について合憲判決が下されたとしたら、胎児認知が国籍取得の要件となっている現状が固定され、その影響は計り知れないものがある。

すなわち、意見書（六）では、生後認知による国籍取得を一律に認めないことが、憲法14条1項に違反することを明らかにしたが、さらに以下で述べる実際上の不都合も考慮するならば、一層これを維持することの不合理は明らかになるであろう。

第二 親権に適用される法

意見書（六）では、親権の準拠法に関する法例21条により、上告人にはフィリピン法が適用され、上告人の妹には日本法が適用されると述べた。この点は、問題がない。しかし、フィリピン法の内容として、フィリピン家族法211条1項により、非嫡出子についても、父母が共同で親権を行使すると述べた箇所は訂正させて頂く。フィリピン家族法176条によると、非嫡出子については、母のみが親権を行使することになっているからである。そこで、意見書（六）の21頁以下を次のように訂正する。

（3）親権に適用される法

一方、親権は、親子関係の効力の問題として、法例21条により準拠法が決定される。それによると、子の本国法が父または母の本国法と共通であれば、その共通の本国法が適用される。そこで、上告人とその妹について、親権の準拠法を考えてみる。

まず上告人は、フィリピン国籍しか取得しないとされているので、母

⁸ 法務省は、かような混乱に対応するため、平成9年の事務連絡および平成10年の通達を整理して、平成11年11月11日民二・五2420号通達を発した程である。それによれば、平成10年の通達の「適用範囲を過大に解釈したり、この通達により従来戸籍事務の取扱いに変更があったものと誤解し、その結果、訴訟に至った事案」があったことを認めている。ここで誤解をしたのは、この通知の名宛人である法務局および市町村の職員であることは明らかである。

と共通の本国法であるフィリピン法が親権の準拠法になる。そして、フィリピン家族法176条によると、非嫡出子は母の親権に服するとされている⁹。

つぎに上告人の妹は、日本国籍とフィリピン国籍の両方を取得しており、法例28条1項により、その本国法は日本法とされ、父と共通の本国法である日本法が親権の準拠法になる。そして、日本の民法819条4項によると、「父が認知した子に対する親権は、父母の協議で父を親権者と定めるときに限り、父がこれを行う」とされている（これは生後認知の子であると、胎児認知の子であるとを問わない）。現に上告人の妹については、母が親権者とされている。

原審判決は、前述のように、親権をもって日本国籍取得の基準のひとつとするが、それによれば、日本人父の胎児認知によって日本国籍を取得する子は、父の親権に服するはずである。しかし、上告人の妹は、父の親権ではなく母の親権に服している。すなわち、上告人とその妹は、いずれも母の親権に服しているから、その点でも、両者の国籍取得に差異が生じる理由は、説明できないことになる。

第三 合憲判決による実際上の不都合

1 専門家の誤ったアドバイスによるトラブル

前述のように、日本人父と外国人母から生まれた非嫡出子にとって、胎児認知が実質上日本国籍取得の要件となっているが、かような知識は、多くの場合、外国人支援団体から得たものであったり、伝聞などに頼っている状況であると推測される。

たとえば、平成9年6月8日の中日新聞（資料1）によると、ある中国人女の胎児について、実の父である日本人男が法律相談に行ったところ、胎児認知は必要ないと言われたために、子が国籍を取得できなかった

⁹ フィリピン家族法176条によれば、「非嫡出子は、母の姓を称して、母の親権に服し、この法律にしたがい扶養を受ける権利を有する。非嫡出子の法定相続分は、嫡出子の相続分の2分の1とする」。このようにフィリピン家族法は、非嫡出子の法的地位をまとめて規定している。その解釈については、J・N・ノリエド（奥田安弘＝高畑幸訳）『フィリピン家族法』（2002年・明石書店）255頁以下参照。

たとして、弁護士に1000万円の損害賠償を請求する紛議調停を名古屋弁護士会に申し立てた、という事件がある。申立によると、この日本人男は、胎児認知が必要らしいという情報を新聞記事で知って心配になり、弁護士会の法律相談に訪れたとのことである。相談を担当した弁護士は「胎児認知しなくても日本国籍は取れる」と回答したため、そのまま子の出生後に区役所で出生届をしたところ、日本国籍を取得しないことを知らされた。この弁護士は「女性と所帯を持ち、子供が生まれそうだと聞いて、当然結婚していると思った」とか、「(婚姻)届がしてあるなら胎児認知は必要ない、という趣旨で回答したつもりだった」と話しているが、はたして胎児認知が必要であることを知っていたのかは疑わしい。

また『訟務月報』45巻2号33頁以下は、前述の平成9年10月17日の最高裁判決を解説しているが、その39頁以下は、次のように述べている。「なお、胎児認知は、当事者双方の本国法が許容する場合に限り、することができるものとされており、日本人父の本国法たる日本の民法上は胎児認知が可能(民法783条1項)であっても、外国人母の本国法上胎児認知の制度がない場合は、日本人父は胎児認知をすることができず、子は出生により日本国籍を取得することができないことはいうまでもない」。

これは、平成元年の法例改正前の戸籍実務において、中華人民共和国法、中華民国法、米国ノースカロライナ州法に胎児認知の制度がないことを理由として、認知届を不受理とした先例があることを念頭に置いているようである(昭58・3・3民二第1330号回答、昭28・9・3民事甲第1602号回答、昭54・6・4民二第3297号回答)。たしかに当時の法例18条1項によると、「子ノ認知ノ要件ハ其父又ハ母ニ関シテハ認知ノ当時父又ハ母ノ属スル国ノ法律ニ依リテ之ヲ定メ其子ニ関シテハ認知ノ当時子ノ属スル国ノ法律ニ依リテ之ヲ定ム」とされていた。すなわち、配分的結合的適用を採用していた。したがって、認知能力や裁判認知の提訴権者のように、当事者の一方のみに関する事項については、各当事者の本国法が適用されたが、胎児認知の許否のように、当事者の双方に関する事項については、両当事者の本国法のいずれの要件も満たさなければならぬ、と解されていた(なお胎児はまだ生まれていないので、母の本国法をもって子の本国法と解していた)。

しかし、改正後の法例18条1項および2項によると、認知は、原則として認知者の本国法または子の本国法のいずれかによるとされている。すなわち、選択的適用を採用している。したがって、日本人父が外国人母の胎児を認知する場合、たとえ外国人母の本国法に胎児認知の制度がなくても、日本法によって胎児認知ができることになる。

問題は、『訟務月報』のような法務省の専門誌がかような初歩的誤りを伝えていることである。最悪の場合、これを読んだ弁護士や法務局の職員などは、中国人母の胎児を認知する届出は不受理になるものと誤解する惧れがある。

もちろん不受理処分がなされた場合には、家庭裁判所に不服申立をすることができるが（戸籍法118条）、実際には、後述のように、受付さえも拒否されることがありうるし、また当事者が最初から諦めて、胎児認知をしなかったり、不服申立を断念する惧れもある。かようなケースについて、国は、どのように責任をとるつもりなのであろうか。

2 胎児認知届の受付

前述のように、日本人男が外国人女の非嫡出子を認知する場合、法例18条1項および2項により、父の本国法である日本法または子の本国法が選択的に適用される。しかし、胎児は、まだ出生していないから、その本国法というものを考えることができないので、母の本国法をもって子の本国法と読み替えて処理されている（平元・10・2民二第3900号通達第4の1（3）参照）。したがって、本件のように、フィリピン人女の胎児を認知する場合には、日本法またはフィリピン法が準拠法になる。

まず父の本国法である日本法によると、母の承諾があれば、胎児認知はできる（民法783条1項）。また母の本国法であるフィリピン法は、非嫡出父子関係の成立についても、父の認知を必要としない事実主義を採用しているから、そもそも認知に関する規定を設けていない。したがって、かようなケースでは、父の本国法である日本法により、胎児認知届が審査されることになる。

戸籍実務上の添付書類としては、まず外国人母の承諾書が必要であるが、承諾書に代えて、母が胎児認知届の「その他」の欄に承諾の旨を記載して、署名するだけでもよい（戸籍法38条1項）。つぎに、外国人母

の国籍を証明する書類が必要である。このケースでは、胎児認知は、父の本国法である日本法のみによるが、そもそもこれは、母がフィリピン国籍であることを前提としているからである。さらに母が別の男と婚姻中である場合には、他人が認知することができないから（明32・3・24民刑第2180号回答、大7・7・4民第1296号回答）、母が独身であることを証明する書類が必要となる。

かような添付書類が揃っていないとして、胎児認知届の受付をしなかった事件として、広島地裁平成5年（行ウ）第5号、第6号退去強制命令等取消、国籍存在確認請求事件がある。この事件は、日本人男がフィリピン人女の胎児を認知するために、広島市西区役所に赴いたところ、女の国籍を証明する書類が添付されていないことを理由として、区役所の職員が胎児認知届の受付をしなかったというものである。この女は、旅券を所持していなかったため、国籍を証明する書類として、フィリピンから自分の出生証明書を取り寄せようとしたが、ピナトゥボ火山の噴火により郵便事情が悪く、出生証明書は、子の出生後に届いた。そこで区役所では、生後認知として、届出を受理した。これに対して、子の側は、胎児認知があったとして、国籍確認訴訟を提起し、結局のところ、国側が子の国籍取得を認めて、和解が成立した（この事件の訴状抜粋＝資料2、今西富幸＝上原康夫＝高畑幸『国際婚外子と子どもの人権・フロリダ、ダイスケ母子の軌跡』、奥田安弘『家族と国籍』140頁以下参照）。

前述の平成9年1月8日の法務省民事局第二課補佐官の事務連絡は、この問題について、次のように定めている（傍線・奥田）。第一に、「胎児認知の届出があった場合は、届書類を受領します。届書類を受領することを『受付』といいます。受け付けたときは、その年月日を一応届書に記載しておきます。この受付後に、民法及び戸籍法等関連する法規に照らし、審査することになります。（後略）」。第二に、「届書等に不備がある場合は、不備な箇所について補正をさせることとなりますが、同意・承諾等の書面（戸籍法38条、以下『添付書類』という。）が不足している場合は、それを補完させることとなります」。第三に、「届書類に不備又は不足があり、その書類等を即日に補正又は補完することができないときは、受理の決定ができないため、届書等に受領の年月日を記載し、戸籍発収簿にその旨を記載することとなります（標準準則33条1項）」。

第四に、「民法及び戸籍法等関連する法規に照らし、適法なものであると認めるときは、その届出を受理し、受附帳に記載することになります。また、届書類に不備があったものについて、後日、添付書類等が補完され、適法なものであると認められたときも同様です。この場合は、その旨を戸籍発収簿の備考欄に記載することになり（標準準則33条2項）、当初の受付の日に受理したことになります」。

要するに、戸籍の届出は、受付・審査・受理の順で処理され、受付の前に審査を行ってはならない、ということである。すなわち、審査をしなければ、届書に不備があったり、添付書類が足りない、ということは判断できないわけであるから、添付書類が足りないことを理由として、受付を拒否することはあり得ないことになる。仮に添付書類が足りない場合には、後日、補完させることになるから、即日受理することはできず、この場合には、戸籍発収簿に記載して、受付の年月日を明らかにしておかなければならない。そして、添付書類が補完された後に、届出が受理されたら、その効力は、受付の日遡ることになる。したがって、子の出生前に認知届が受け付けられ、その添付書類が子の出生後に補完された場合には、この届出は胎児認知届として受理される。

これは、届出の処理方法を変更したわけではなく、関連法令や従来の行政先例を忠実に守っていれば当然のことを確認したにすぎない（たとえば、戸籍法施行規則63条、戸籍事務取扱準則33条、さらに行政先例については、奥田・前掲142頁以下参照）¹⁰。しかるに、その後も、胎児認知届の受付を拒否するという事例は現れている。

たとえば、日本人男がフィリピン人女の胎児を認知するために、名古屋市港区役所に赴いたところ、女の独身証明書が足りないと指摘されたので、フィリピンから独身証明書を取り寄せようとしたが、なかなか入手できなかったため、出産予定日間近に、再度届出に行ったが、受け付けられなかったという事件がある。ここでも結局、独身証明書は、子の出生後に届いたため、届出は生後認知として処理された。ちなみに、届出人である日本人男が「独身証明書以外の書類は整っている」と主張し

¹⁰ 奥田安弘「涉外戸籍入門(5X6)」外国人登録513号4頁以下、514号4頁以下も参照。

たが、「書類が全部整っていないと、受理できない」と言われ、受け付けられなかったとのことであるから、明らかに区役所の職員は、受付と受理を混同しており、前述の事務連絡を無視していることになる（以上については、このフィリピン人女の在留特別許可申請書＝資料3参照）。

また大阪地裁平成10年（行ウ）第23号国籍確認請求事件は、前述の平成9年10月17日の最高裁判決により、例外的に出生後の認知による国籍取得が認められると主張するものであるが、原告側は、フィリピン人母の夫との親子関係不存在確認の裁判が確定した後に、認知届が遅れた理由を次のように述べている。「認知の届出が判決確定から3ヶ月近く遅れることになったのは、認知届の添付資料として、フィリピン本国における原告の出生証明書の父親名の記載に北村とあるのを、佐川に変更した出生証明書及びフィリピン国籍の証明書を要求されたため、その入手に手間取っていたのである」（この事件の訴状＝資料4参照）。

ここでも、区役所の職員は、これらの添付書類が揃うまで、認知届の受付を拒否していたことが窺われる。また当事者も、本来は、かような受付拒否が許されないことを認識している様子がない。しかし、日本人男が外国人女の胎児を認知する場合には、かような添付書類の不足を理由とした受付拒否は重大な結果をもたらすことになる。しかも受付が拒否された場合、戸籍発収簿には、何も記載されないわけであるから、裁判において、届出があったことを証明することは極めて困難である。前述の広島地裁の事件においても、区役所の職員の証言によって、初めて証明が可能であったという点に留意すべきである（今西＝上原＝高畑・前掲115頁以下参照）。

このように胎児認知の有無によって、国籍取得が左右される現状が続くならば、同種の事件は、今後も頻発するであろう。当事者が争うことを諦めたケースも含めれば、その数はかなり多いと推測できる。

3 婚姻中の外国人母の胎児

外国人女が「日本人の配偶者等」という在留資格（いわゆる配偶者ビザ）によって、わが国に在留し、その後、日本人夫と不仲となって別居しても、離婚しないケースは多いようである。そして、かような状態において、別の日本人男と同居し、子を懐胎するケースも多数見受けられ

る。

しかし、妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定されるから（民法772条1項）、それと矛盾する別の男による認知はできないと解される。前述のように、行政先例においても、母が別の男と婚姻中である場合には、他人が認知することができないとされている。すなわち、かようなケースでは、たとえ胎児認知届をしても、不受理処分がなされることになる（たしかに判例では、別居中は、嫡出推定がそもそも働いていないとされているが、形式的審査権しか有しない戸籍実務では、戸籍の記載上、婚姻中である場合には、嫡出推定が働く判断しかない）。

この点について、前述の平成9年1月8日の事務連絡第5は、次のように述べている（傍線・奥田）。「不受理処分の理由が、被認知胎児が他男の嫡出推定を受けることにある（例えば、被認知胎児の母である外国人女が日本人男又は外国人男と婚姻中で、その夫との間の子であるとの推定を受けるような場合）場合には、子が出生後、その嫡出推定を排除する裁判等が確定したときは、その裁判等が確定した旨の書面を添付して届出をすれば、市区町村長は、不受理処分を撤回し、その届出を不受理処分をした日をもって受理できる旨を届出人に説明しておきます」。

要するに、一旦は不適法として不受理処分をした胎児認知届について、後に母の夫との親子関係不存在確認の裁判または嫡出否認の裁判が確定した場合には、その不受理処分を撤回して、改めて認知届を受理するが、その効力は、最初に不受理処分を受けた届出の受付日に遡るから、胎児認知として処理されることになる。

これによると、たとえ外国人女が婚姻中であっても、結局は、実の日本人父が胎児認知をすることは可能であるといえるかもしれないが、前述の平成9年10月17日の最高裁第二小法廷判決は、このように不受理処分となる胎児認知をしていなかったからといって、国籍法2条1号の適用を否定することは妥当でないとしている。

この事件では、韓国女人Aが日本人夫Bとの別居中に、日本人男Cと知り合い、平成4年9月15日にXを出産した。そして、同年12月18日にBとXの親子関係不存在確認の調停が申し立てられ、翌平成5年6月2日に親子関係不存在確認の審判が確定した。さらに同月14日、CがXを認知する届出をしたのである。

国側は、前述の事務連絡に記載されたような理由によって、胎児認知は可能であり、日本国籍取得のみちが閉ざされているわけではないと主張したが、最高裁判決は、「不適法として受理されない胎児認知の届出をあえてしておく方法があることをもって国籍取得のみちがあるというのは、適当でないことが明らかである」として、この主張を退けた。

そして、嫡出推定が働かない場合には、胎児認知によって国籍取得のみちが開かれているのに、嫡出推定が働く場合には、胎児認知ができないため、国籍取得のみちがないとすれば、同じく外国人母の非嫡出子でありながら、国籍取得のみちに著しい差があり、不合理であるとして、「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号の適用を認め、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、…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子の出生後遅滞なく執られた上、右不存在が確定されて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」と判示した（傍線・奥田）。

この事件では、Xの出生から約3か月目に、Bとの親子関係不存在確認の調停が申し立てられ、この不存在確認の審判が確定してから12日目にCによる認知届がなされていた。そこで最高裁は、これらの事実関係が前述の要件を満たしているとして、Xの国籍確認請求を認める判決を下したのである。

この判決を受けて、戸籍実務では、前述の平成10年1月30日の通達が発せられた。これを要約すると、外国人母の夫の嫡出推定を受ける子について、その出生後に「遅滞なく」嫡出推定を排除する裁判が提起され、かつ裁判確定後「速やかに」日本人父が認知届をした場合、届出を受け付けた市区町村長は、監督法務局の長の指示を求めるものとする。そして、法務局長は、かような裁判が子の出生後3か月以内に提起され、かつ裁判確定後14日以内に認知届がなされた場合には、原則として子が日本国籍を取得したものとして処理するよう指示する。すなわち、この場合には、嫡出推定が働かなければ胎児認知をしたであろうと認めるべき

「特段の事情」があったものと認定する。ただし、この認定の妨げとなる事情が窺われる場合や、裁判提起または認知届が右の期間を経過した後に行われた場合は、法務省民事局長の指示を求めるものとする。

この通達は、最高裁判決の曖昧さをそのまま反映しただけでなく、新たな不平等をもたらしている。

第一に、この通達は、最高裁判決の事案と同様のケースについては、原則として国籍取得の処理を認めるが、裁判提起または認知届がそれよりも長い期間を経過していた場合には、法務省民事局長の指示を求めるとするだけであり、明確な基準を示していない。これに対して、前述の最高裁判決では、大西勝也裁判官の補足意見は、「親子関係不存在の確定手続及び認知の届出をすべき期間を具体的数値をもって示すことにより、画一的基準を設定することが望ましく、また、これらについて、民法、国籍法、戸籍法等に参考とすべき規定がないわけではないが、結局は立法的解決を待つほかはないであろう」としていた。しかし、この判決から一年半以上過ぎた現在も、かような立法的解決が検討されている様子はない（山田録一「涉外事件に関する最近の最高裁判決につき思う」ジュリスト1159号130頁は、かような例外的場合を立法化するよりも、むしろ端的に生後認知による国籍取得を認めるべきであるとする）。

第二に、この通達は、最高裁判決の事案と同様のケースであるか、またはより短い期間に手続が終了したケースであっても、「胎児認知がされたであろうと認めるべき特段の事情」があったという認定の妨げとなる事情が窺われる場合には、法務省民事局長の指示を求めるとする。しかし、ここでも明確な基準は示されていない。

前述の『訟務月報』における最高裁判決の解説（39頁）では、母子の側からの「強制認知の訴え（民法787条）は、実父に子を認知する意思がない場合に、実父の意思に反してでも裁判によって強制的に親子関係を確定させる手法であって、実父の自由意思で行われる任意認知である胎児認知とは、その性格を異にすること」から、そもそも本判決のいう「法的手続」には含まれないとしており、また「子の出生後に、実父が自己の子が生まれたことを初めて知った場合などは、実父の胎児認知の意思が推認されないこと」から、これを「認定の妨げとなる事情」であると解しているが、この点については、なお争いの余地がある。

たとえば、東京地裁平成9年（行ウ）第236号日本国籍確認請求事件では、まさにこの点が争われている。この事件では、中国人女Dが日本人Eと婚姻中に、別の日本人男Fと知り合い、昭和63年9月9日にXを出産した。Dは、まずEとの婚姻関係を解消しようとしたが、当初はEの所在が不明であり、その後、所在が判明したので、調停を申し立てたが、慰謝料を払えなどの恫喝まがいの要求をされたので、畏怖して調停を取り下げ、ようやく平成8年5月28日に調停離婚した。続いて、XとEの親子関係不存在確認の裁判をしようとしたが、またもやEの所在が不明になったため、やむを得ずFに対して裁判認知の申立をし、これを認める審判が確定したというのである（この事件の訴状抜粋＝資料5参照）。

かようなケースでは、実の父が任意認知をする意思があったとしても、裁判認知によらざるをえなかったといえよう。むろん理屈のうえでは、中国人女の夫が所在不明であったとしても、親子関係不存在確認の裁判は可能であったといえるであろう。また自分の離婚よりも先に、子の出生後直ちに、夫と子との間の親子関係不存在確認の裁判を申し立てるべきであった、と批判することもたやすい。しかし、一般的にみて、かような裁判手続を迅速かつ正確に進めることを要求することは、当事者に酷であるといわざるをえない¹¹。

¹¹ 公表判例としては、大阪地判平11・12・24訟月46巻8号3532頁・戸籍716号28頁、大阪高判平12・6・29戸籍716号27頁がある。この事案では、韓国女Aが日本人男Bと婚姻中であつた昭和60年7月15日に、別の日本人男Cの子Xを出産した。Xは、日本においては、A・B間の嫡出子として出生届がなされたが、韓国においては、Aの非嫡出子として出生届がなされ、昭和61年9月26日には、Cの認知届が受理された。AとBは、昭和61年3月19日に協議離婚をしたが、XとBの親子関係不存在確認の調停は、平成7年3月27日に申し立てられ、平成8年1月13日に審判が確定した。同審判により、Xは、日本国籍を取得しなかつたものとして、Bの戸籍から消除された。平成8年6月14日にAが死亡した後、Cは自らをXの親権者とする審判を得て、平成11年1月12日、Xの新戸籍を編製する旨の上申書を大阪法務局に提出したが、これが認められなかつたので、国籍確認訴訟を提起した。しかし、大阪地裁・大阪高裁いずれも、本件は平成9年の最高裁判決のいう基準に該当しないとして、請求を棄却した。

第三に、この通達が適用されるケースと、前述の事務連絡が適用されるケースとの間には、不平等がある。後者の事務連絡では、胎児認知届は、一旦不受理になるが、嫡出推定を排除する裁判が確定し、その謄本を添付して、改めて届出をすれば、不受理処分が撤回される。かような裁判および再度の届出については、とくに期間が定められていないから、極端に言えば、子が成年に達してからでも、これらの手続は可能であると解される。これに対して、通達が適用されるケースでは、かような裁判および認知届は、子の出生後かなり短期間に済ませる必要があり、形式的に胎児認知をしたか否かによって、このように取扱いが異なることは不合理であると考えられる。

また前述のように、現状では、かような裁判および認知届の期間について、立法的解決が図られていないのであるから、通達の内容そのものを当事者に周知させる手段はない。この通達は、その性質上当然のことであるが、各地の法務局長を名宛人としており、これらの法務局長は、さらに各支局長および市区町村長に周知を依頼されているにすぎない。かような状況において、当事者が通達どおりに手続をしなかったからといって、国籍取得の否定という重大な不利益を負わせることが妥当といえるのであろうか。

最高裁判決は、「不適法として受理されない胎児認知の届出をあえてしておく方法があることをもって国籍取得のみちがあるというのは、適当でないことが明らかである」という。そうであれば、本来当事者が知りえない通達の要件が満たされていないこと、さらに言えば通常の場合ではなされない胎児認知をしなかったこと自体が、国籍取得を否定する理由として、きわめて妥当性を欠いているといわざるをえない¹²。

4 離婚後の胎児認知

それでは、外国人女が婚姻中に懐胎したが、子の出生前に離婚した場

¹² 今回の平成14年の最高裁判決は、この平成9年の最高裁判決には全く言及していない。後者の判決は、国籍法2条1号の解釈として、認知の遡及効を否定しながらも、嫡出推定を受けるため、実父が胎児認知をできなかったという特殊なケースについて、国籍法2条1号の適用を認めるものであり、前者の審理では、事案が異なると判断されたのであろう。

合には、胎児認知はできるのであろうか。嫡出親子関係の成立は、夫婦の一方の本国法によるから（法例17条）、この外国人女の夫が日本人である場合には、少なくとも民法772条2項の要件を満たしているとき、すなわち離婚から300日以内に子が生まれたときは、嫡出推定が働くことになる。しかし、戸籍実務上は、実際に子が生まれるまでは、この規定によって嫡出推定が働くことを確認できないとして、胎児認知届を受理する扱いになっている（大7・3・20民第364号回答）。

この点について、前述の平成9年1月8日の事務連絡第6は、さらに次のように述べている（傍線・奥田）。「胎児認知届受理後、被認知胎児が出生した場合、その出生子が他男の嫡出推定を受ける子であるときは、認知の要件を欠くこととなりますから、受理処分を撤回し、不受理処分とします。…届出人に届書を返戻する際には、5なお書と同様の説明をしておきますが、この場合の受理の日は、当初の届出日になります」。

要するに、離婚から300日以内に子が生まれた場合、胎児認知届の受理は撤回され、不受理処分を受ける。しかし、前述の事務連絡第5のように、その後、嫡出推定を排除する裁判が確定したときは、その謄本を添付して再び届出をすれば、今度は不受理処分が撤回され、胎児認知届として受理されるというのである。

ここで重要なことは、いかに出産間近に離婚が成立して、嫡出推定が働くことが明白であったとしても、胎児認知届が受理されるという点である。すなわち、前述の最高裁判決の論理によると、胎児認知届が受理されるのであるから、例外的に出生後の認知による国籍取得を認めることはできない。

かようなケースについて判断したものとして、平成10年10月7日の横浜家裁川崎支部審判（戸籍680号47頁）がある。この事件では、フィリピン人女が平成10年1月19日に日本人夫と離婚した後、同年5月21日に出産し、その後、同年6月2日、子と母の夫との間の親子関係不存在確認の調停が申し立てられ、同年7月14日、これを認める審判が確定した。そして、同年7月21日、子の出生届および実の日本人父による認知届がなされた。なお本審判からは、詳細が明らかでないが、子が日本国籍を取得し、新戸籍を編製する旨の追完届もなされたようである（前述の最高裁判決後の追完届に関する平10・1・16民二第94号回答参照。この回

答は、民事月報53巻2号94頁に掲載されている)。ところが、川崎市某区役所の区長は、この追完届について、不受理処分をしたので、これを不服として不受理処分取消の申立がなされたのである。

この審判によると、「本件は、申立人が乙男の嫡出子としての推定を受けたものの、甲男が胎児認知し、申立人の出生後にその推定を排除する裁判を確定させたうえで出生届をすることによって、先になされた胎児認知は有効となり、申立人は出生時に遡って日本国籍を取得できたものであるところ、甲男による胎児認知がなかったものであって、申立人主張の最高裁判所判決がいうところの嫡出推定がされなければ胎児認知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当たらない」。すなわち、胎児認知は可能であったから、最高裁判決のケースとは異なるとして、申立は却下されたのである¹³。

¹³ その後、国籍確認訴訟として提起され、判決が公表されたものとしては、次のものがある。(1) フィリピン人女Aは、平成4年7月10日に日本人夫Bと離婚したが、離婚の前後にBと性的関係があっただけでなく、平成4年6月ころ、別の日本人男Cとも性的関係があった。Aは離婚から300日以内である平成5年3月15日にXを出産し、XはBの嫡出子として戸籍に記載された。しかし、Bは、平成7年5月15日、大阪家裁にXとの親子関係不存在確認の調停を申し立て、これが平成8年3月1日に不成立になると、同年12月9日、大阪地裁にXとの親子関係不存在確認訴訟を提起し、DNA鑑定などにより、勝訴判決を得た。同判決は、平成9年9月20日に確定し、同年9月25日、XはBの戸籍から削除された。一方、Cは、Xが自分の子であるか否かについて、明確な認識がなかったが、Bの勝訴が確定した後、同年12月17日にXを認知した。しかし、大阪地裁は、Cが胎児認知をする余地が全くなかったわけではないことなどを理由として、Xの国籍確認請求を棄却し、大阪高裁も、これを支持した。大阪地判平11・12・21訟月46巻8号3518頁・民月56巻5号115頁、大阪高判平12・10・17民月56巻5号111頁。(2) 韓国女人Aは、平成7年1月ころから日本人夫Bと別居し、Bの署名捺印のある離婚届書を預かっていた。同年5月ころ、Aは別の日本人男Cと知り合い、平成9年9月26日にXを出産した。離婚届は、Xの出生の前日である同年9月25日になされ、XはBの嫡出子として戸籍に記載された。平成10年6月15日、XとBの親子関係不存在確認訴訟が提起され、同年11月5日、判決が確定し、同年11月9日、CがXを認知した。大阪地裁は、かような事実関係を考慮して、仮に胎児認知が受理されたとしても、離婚後300日以内に子が出生すれば、結局は受理を取り消されるから、母が婚姻中で

しかし、かようなケースが最高裁判決および平成10年1月30日の通達に該当しないことは、当事者はもとより市町村職員にとっても、容易に理解できるとはいえないようである。

たとえば、平成11年1月21日の中国新聞および翌22日の同広島版（＝資料6・7）は、次のような事件を報じている。韓国人女が平成10年5月に日本人夫と離婚し、約1か月後に出産したが、この離婚の後、出産前に、実の父である別の日本人男と一緒に、当時居住していた福岡県内の市役所を訪れ、胎児認知をしたいと申し出たところ、「胎児認知の届け出は不要。出生後に離婚した前夫との親子関係不存在の裁判の確定を待って、出生届と認知届を提出すればいい」と指示された（これは、福岡法務局北九州支局と連絡をとったうえの判断とのことである）。そこで親子関係不存在確認の裁判が確定した後に、改めて同市役所に出生届および認知届を提出したところ、「法務局が胎児認知をするべきだった、と言っている」として届出が受理されなかった。また後に、広島県内に転居して、同様の届出をしたが、やはり受理されなかった（ここでいう「受理」は、おそらく「受付」の意味であると思われる）。これに対して、子の側が国籍確認訴訟を提起したが、同年3月20日の中国新聞（＝資料8）によると、国側が子の国籍取得を認めて、和解が成立したとのことである。

このように当事者から相談を受けた市役所や法務局の職員ですらも、適切な指示を与えることができない惧れがある。たしかに、子の出生前には、嫡出推定を受ける子であるか否かを確定できないから、胎児認知を受理するという処理は、理にかなっているであろう。しかし、その後、

あるため胎児認知が受理されない場合と差異がないこと、母の離婚と子の出生が極めて近接した時期である場合にまで、胎児認知が可能であったとすることは、平成9年の最高裁判決の趣旨に反すること、親子関係不存在確認訴訟を提起するまでに9か月近くかかったのは、AがXの出産後に健康を害しており、またBの所在調査のために時間を費やしたからであることなどを理由として、Xの国籍確認請求を認容した。しかし、大阪高裁は、母の離婚と子の出生が極めて近接していることは考慮したものの、親子関係不存在確認訴訟が遅滞なく提起されたとはいえないとして、原判決を取り消し、請求を棄却した。大阪地判平12・5・19訟月47巻12号3754頁、大阪高判平12・11・15訟月47巻12号3744頁。

現実に離婚から300日以内に生まれた子は、嫡出推定を受けるから、胎児認知の受理処分が撤回されて、不受理処分を受けるのであれば、やはり最高裁判決がいうように、「不適法として受理されない胎児認知の届出をあえてしておく方法があることをもって国籍取得のみちがあるというのは、適当でない」というべきではないのだろうか。かような割り切れなさが残る根本的原因は、胎児認知を国籍取得の要件としてしまっている点に求められる。

5 国籍留保届との関連

さらに柿村清「落葉」(戸籍679号70頁)は、国籍留保届(国籍法12条、戸籍法104条)との関連を取り上げて、次のような相談事例を紹介している。

「日本人男(甲男)が前夫(住所を日本に有する日本人である。)と離婚したタイ人女(乙女)の胎児を、その離婚後300日以内に、認知する届を乙女の所在地(甲男の本籍地と同じ)に提出し、受理されているところ、乙女はタイ国に帰国し、前夫との離婚後300日以内に甲男が認知した子を出産(以下「丙児」という。)しており、出生後に、甲男と乙女はタイ国の方式で婚姻し、甲男の本籍地にて報告的婚姻届が受理されている場合において、この程、甲男から、丙児につき出生届及び国籍留保届がされ、これらの届には、事件本人と同人の母の前夫間の親子関係不存在確認の審判書・確定証明書と届出の遅延理由書が添付されているが、このような届出を受理することができるか否かについて疑義があるとして照会がされたものです」。

これを時系列的に整理すると、次のようになる(71頁)。

- ① 平8・8・21 乙女が日本人男と離婚した。
- ② 平9・3・5 甲男からA市(乙女の所在地。甲男の本籍地)に提出された乙女の胎児に係る胎児認知届が受理される。
- ③ 平9・3・15 乙女がタイ国に帰国した。
- ④ 平9・6・11 乙女がタイ国において甲男から胎児認知された丙児を出産した。
- ⑤ 平9・8・22 甲男と乙女はタイ国の方式により婚姻し、甲男の本籍地であるA市に婚姻届をし、受理される。

- ⑥ 平10・1・1 乙女が日本に再入国する。
- ⑦ 平10・5・18 乙女は、A市（従前の住所地）にて外国人登録をする。
- ⑧ 平10・7・10 丙児の法定代理人である乙女は、同女の前夫（日本人）と丙児との親子関係不存在確認の審判を申し立てる。
- ⑨ 平10・9・5 乙女の申立てを認容する審判が確定した。
- ⑩ 平10・9・15 甲男から丙児の出生届及び国籍留保届がA市に提出される。

前述の平成9年1月8日の事務連絡第6によると、かような胎児認知届は、丙児が乙女の離婚から300日以内に生まれることによって、一旦は受理処分が撤回され、不受理処分を受けるが、その後、乙女の前夫と丙児との親子関係不存在確認の裁判が確定したのであるから、再度届出をすれば、今度は不受理処分が撤回されて、胎児認知として受理される。

しかし、このケースでは、丙児の出生後直ちに出生届をしておらず、乙女の前夫との親子関係不存在確認の裁判が確定した後、甲男が出生届をしている。甲男と乙女は、すでに婚姻しているので、真実の父である甲男からの（嫡出子）出生届は、認知届の効力を有する（戸籍法62条）。すなわち、丙児については、準正が成立する（法例19条1項、民法789条2項）。問題は、かかる出生届および国籍留保届が丙児の出生から1年以上経過した後に行われたことである。国籍法12条によると、「出生により外国の国籍を取得した日本国民で国外で生まれたものは、戸籍法…の定めるところにより日本の国籍を留保する意思表示しなければ、その出生の時にさかのぼって日本の国籍を失う」とされている。そして、戸籍法104条1項および2項によると、国籍留保届は、出生届と共に出生の日から3か月以内にしなければならない。

丙児は、乙女の子としてタイ国籍を取得しているが、さらに甲男の出生届が胎児認知届の効力を有するとしても、結局は、国籍法12条による国籍留保届を怠っていたとして、出生の時に遡って日本国籍を喪失していたことになるのではないか、と思われる。たしかに戸籍法104条3項は、「天災その他第1項に規定する者〔＝届出義務者〕の責めに帰することができない事由によって同項の期間内に届出をすることができないときは、その期間は、届出をすることができるに至った時から14日とする」

としているが、柿村氏の解説によると、このケースでは、「母又は前夫から子の出生届及び国籍留保届をすることに法律上何らの障害もなかったのに、ただ、前夫の戸籍に入籍させたくないということで、届をしなかったのだから、このような理由だけでは、遅延したことに責めに帰すべからざる事由があったと認めることはできない」とされている(75頁)。

たしかに、このケースでは、外国人女の前夫が日本人であったから、日本人夫の嫡出子という推定が働き、日本国籍を取得するものとして、出生届および国籍留保届をすることは、戸籍実務上可能であったといえるのかもしれない。しかし、かような出生届によって、わざわざ真実の父ではない前夫の戸籍に子を入籍させなければ、日本国籍を留保できないのも奇妙であるし、また当事者らの心情に大いに反することも明らかである¹⁴。

さらに外国人女が外国人夫と別居中に日本人男と知り合い、子を懐胎して外国で出産した場合は、どうなるのであろうか。外国人夫婦の子が外国で出生したのであるから、たとえ日本の戸籍に出生届および国籍留

¹⁴ もっとも、現実にかような出生届および国籍留保届がなされていた事例がある。すなわち、フィリピン人女Aと日本人夫Bが平成10年9月30日に離婚した後、別の日本人男Cが同年12月9日にAの胎児を認知した。平成11年3月8日、Aが米国においてXを出産した後、前夫であるBに依頼して、同年4月26日、Xの出生届および国籍留保届をさせた。その後、Aは、日本に再入国し、XとBの親子関係不存在確認の裁判について、家裁に相談し、私的にDNA鑑定を依頼した。この鑑定報告書の結果を受けて、平成11年9月2日、XとBの親子関係不存在確認の申立がなされ、同年10月19日に審判が確定した。そして同年10月27日、AがXの非嫡出子出生届および国籍留保届をしたところ、これらの届出について受理照会がなされ、受理して差し支えない旨の回答がなされた。平12・3・29民二765号回答。事実関係については、民月55巻5号117頁以下参照。なお、民事月報の解説からは明らかでないが、平成11年4月26日の出生届および国籍留保届は、前夫であるBが行ったものであるため、その後、XとBの親子関係不存在確認の裁判が確定したことにより、受理が撤回されたものと思われる。いずれにせよ、XはBの戸籍から消除される。しかし、それでは国籍留保届がなかったことになり、またAによる出生届および国籍留保届は、Xの出生から3か月以上を経過していたので、国籍法104条3項にいう届出人の「責めに帰することができない事由」に該当するか否かについて照会がなされたのである。

保届をしたとしても、これらの届出は受理されないことになる。それどころか、前述のように、受付さえも拒否される惧れがある。そうすると、後に外国人夫との親子関係不存在確認の裁判が確定し、日本人父が認知して、前述の事務連絡や通達に該当すると判断されたとしても、出生から3か月以上が経過している場合には、結局のところ、国籍留保届がなかったとして、日本国籍を失うことになる。

おそらく戸籍実務上は、外国人夫婦の子が外国で生まれたケースであっても、日本の戸籍に出生届および国籍留保届をして、一旦は不受理処分を受けて、その後、この不受理処分を撤回させることになるのであろう。しかし、理屈のうえでは、かような手続をすべきであったとしても、はたして現実問題として可能であるのかは、きわめて疑問に思われる。

6 まとめ

以上は、私が把握できたかぎりでは、戸籍実務上のトラブルないしトラブルの可能性を挙げてみたが、実際のトラブルの事例は、もっと多いであろう。たとえば、厚生省の人口動態統計（平成7年）によると、わが国における外国国籍の子の出生数は、母の国籍別では10,363人であるが、父の国籍別では8,806人である。その差1,557人は非嫡出子であるが、そのほとんどは、父が日本人であろうと推測される。すなわち、父が日本人であるにもかかわらず、日本国籍を取得できなかった子は、年間1,000人以上に達すると推計される。

かような状況において、前述の法務省の通達や事務連絡などは、問題解決になるどころか、むしろ事態を一層悪化させているとさえいえる。その問題点をまとめておくと、次のようになる。

まず、これらの通達や事務連絡は、市町村や法務局の職員にすら、十分に周知されていないか、または理解されていない。ましてや当事者は、これらの通達や事務連絡の名宛人になっていないのであり、かような内部文書によって、この問題を処理しようとする発想自体に疑問を感じる。すなわち、国の側は、当事者がどのような行動をとるべきかを事前に知らせるつもりはなく、たまたまとった行動の結果にだけ対応しようとしている。しかし、これらの通達や事務連絡の内容は、国籍法、民法、戸

籍法などの関連法令から直ちに明らかであるとはいえ、一般市民を対象とした事項の処理方法としては、きわめて問題であると思われる。

つぎに、前述の通達は、本来明確であるべき国籍取得の基準をきわめて曖昧にしていると同時に、あくまで胎児認知が必要であるという原則を維持しようとしているため、かなり無理な指針を示している。たとえば、嫡出推定がされなければ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ったという認定の妨げとなる事情がある場合は、法務省民事局長の指示を求めるとする点などである。

本来、胎児認知が必要であることを知っていれば、生後認知をするような日本人父は、すべて胎児認知をしたであろうし、また仮に日本人父が胎児認知をする意思がなかったとしたら、胎児認知は裁判によって強制できないから、子の国籍取得が父の意思のみにかかるという不都合がある。最高裁判決は、「客観的にみて」、嫡出推定がされなければ胎児認知がされたであろうという特段の事情を認定すべきであるというが、このように胎児認知にこだわる姿勢が戸籍実務に混乱を招いたといえる。

さらに、前述の事務連絡は、かなり画一的な基準を示しているが、通達が適用されるべきケースとの間に、新たな差別が生じていたり、かようなケースとの区別が分かりにくいこと等の難点が見られる。また一旦、不受理処分をした胎児認知届について、親子関係不存在確認の裁判などが確定したときは、再び届出をすれば、不受理処分を撤回して、胎児認知届として受理するという点など、救済手段としては止むを得ない面があるが、技巧的にすぎると思われる。

ましてや一旦、受理処分をした胎児認知届について、子が離婚から300日以内に出生したときは、受理処分を撤回して、不受理処分をし、さらに親子関係不存在確認の裁判などが確定したときは、再び届出をすれば、不受理処分を撤回して、胎児認知届として受理するという点は、2回も処分を撤回することなどからみて、戸籍実務としては、きわめて異例であるといわざるをえない。しかし、かような処理をしなければ、嫡出推定を受ける子については、文字通り、胎児認知によって日本国籍を取得する道が閉ざされることになり、不合理な結果となることは明らかである。

たしかに、理屈のうえでは、胎児認知が実質上国籍取得の要件となっ

ている現状でも、戸籍実務は機能していくかのように見える。しかし、現実には、ほとんど破綻状態であるといっても過言ではない。仮に本件について合憲判決が下されたとしたら、これらの矛盾点は温存されるか、またはより一層増幅することになるであろう。

もともと本件のようなケースについて、認知が出生後であったことだけを理由として、国籍取得を否定すること自体が、憲法14条1項に違反する不合理な差別であるが、以上に述べた実際上の不都合も考慮するならば、これを維持することの不合理は、より明らかになったといえよう。以上。