

**例外的な出生事項の記載としての国籍確認を前提とする子らの国籍取得につき戸籍法104条3項「責めに帰することができない事由」に当たらないとされた事例**

【文献種別】 決定／最高裁判所第二小法廷

【裁判年月日】 平成29年5月17日

【事件番号】 平成28年（許）第49号

【事件名】 市町村長の処分に対する不服申立て却下の審判に対する抗告審の取消決定に対する許可抗告事件

【裁判結果】 破棄

【参照法令】 憲法10条、国籍法12条、戸籍法104条・104条の2・104条の3

【掲載誌】 裁時1676号1頁、判タ1439号75頁

LEX/DB 文献番号 25448658

**事実の概要**

抗告人らの父Aは昭和22年2月26日、福岡県に本籍を有する日本国民の母の嫡出でない子として出生し、日本国籍を有するとして平成25年1月28日、久留米市長（以下Y）に対し、Aの出生届の受理を求め、久留米市長は、これを出生事項記載の申出と解し、福岡法務局久留米支局長の許可を受けて、同年3月27日、Aの出生事項を戸籍に記載した。久留米市の担当者は、遅くとも同年4月30日までに、Aの代理人弁護士にその旨を電話で連絡した。

抗告人らはX<sub>1</sub>（昭和43年7月21日出生）、X<sub>2</sub>（昭和45年12月7日出生）、X<sub>3</sub>（昭和47年9月23日出生）、X<sub>4</sub>（昭和50年4月8日出生）、X<sub>5</sub>（昭和62年9月2日出生）の5人である。この他上述したX<sub>1</sub>～X<sub>4</sub>の父A（昭和22年2月26日出生）、Aの妻（X<sub>1</sub>～X<sub>4</sub>らの母・中国籍）、Aの母（X<sub>1</sub>～X<sub>4</sub>らの祖母）がいる。X<sub>5</sub>はX<sub>1</sub>の子である。X<sub>1</sub>～X<sub>5</sub>にはそれぞれ子がおり、中華人民共和国に住所を有する。

A、抗告人らとその子らは、平成25年頃までは中国に居住していた。平成25年10月7日、Aは①X<sub>1</sub>～X<sub>4</sub>の出生届、②X<sub>1</sub>～X<sub>4</sub>は自身の子ら（X<sub>5</sub>その他）の出生届、③X<sub>2</sub>はCの死亡届、④X<sub>5</sub>は自身の婚姻届及び離婚の届出を行った。

昭和60年1月1日国籍法改正以前は、血統主義を採用する外国で出生した者は国籍留保制度の対象とされていないことから、Yは①については受理し、戸籍に記載した。しかし、②については、

国籍留保制度の対象外となるため、戸籍法104条1項及び3項の定める期間を経過してなされたものであることを理由として、不受理処分とした。さらに③④についても、子らは国籍法12条により日本国籍を失っているため戸籍法の適用がない者であることを理由として不受理処分とした。

本件訴訟は、このYによる②③④の処分を争ったものである。

第一審（福岡家久留米支審平28・1・29平成27年（家）第6号から第14号まで）はX<sub>1</sub>らの申立てを却下した。これに対し第二審（福岡高決平28・9・16平成28年（ラ）第84号）は第一審判決を取り消し、②③④の受理を認めた。

本件最高裁決定は、第二審決定を棄却した。第二審決定と第一審及び最高裁決定の違いは、結局のところ戸籍法104条の解釈の違いに帰着する。同条は次のように定める。

「国籍法第12条に規定する国籍の留保の意思の表示は、出生の届出をすることができる者（第52条第3項の規定によつて届出をすべき者を除く。）が、出生の日から3箇月以内に、日本の国籍を留保する旨を届け出ることによつて、これをしなければならぬ」（1項）。「前項の届出は、出生の届出とともにこれをしなければならぬ」（2項）。「天災その他第1項に規定する者の責めに帰することができない事由によつて同項の期間内に届出をすることができないときは、その期間内は、届出をすることができるに至つた時から14日とする」（3項）。

ここで前提されている国籍法12条は国外で出

生し外国の国籍を取得した日本国民は、戸籍法により日本国籍留保の意思表示がなければ、その出生の時にさかのぼって日本の国籍を失う旨定める。

原審（第二審）の判示は以下の通りである。

国籍留保の制度は、「これをしない限り日本国籍を喪失させるという重大な結果を発生させる制度であり」、「抗告人4名が戸籍法に基づく原則的な出生届を提出することができない時点において、日本国籍を留保する旨の記載のある出生届の提出が可能であったとし、同時点から14日の経過をもって、日本国籍の留保を許さないとするのは相当ではない」（二審判決5～6頁）。たしかに、Aの任意の協力を得て、「Aが戸籍に記載された日から14日以内に、Aが抗告人4名の子の嫡出子としての出生届および国籍を留保する旨の届出をすることは可能であるが、「抗告人4名について国籍留保制度の適用はなく、Aが抗告人4名の出生届を提出する時期について届出が制限されるような期間の制限は存在しない……から、抗告人4名の子の国籍の喪失につながる国籍留保の制度の適用において、Aの任意の協力を前提とするのは、抗告人4名の子の法的地位を著しく不安定にする」（同前6～7頁）。

すなわち、一審及び最高裁決定とは対立した判示となっている。

## 決定の要旨

「国籍法は、……国外で出生して日本国籍との重国籍となるべき子に関し、例えば、その生活の基盤が永続的に外国に置かれることになるなど、必ずしも我が国との密接な結び付きがあるとはいえない場合があり得ることを踏まえ、実体を伴わない形骸化した日本国籍の発生をできる限り防止するとともに、内国秩序等の観点からの弊害が指摘されている重国籍の発生をできる限り回避することを目的として、国籍留保制度を設けた……（最高裁平成25年（行ツ）第230号同27年3月10日第三小法廷判決・民集69巻2号265頁参照）」

「これを受けた戸籍法104条1項は、……出生の届出をすべき父母等による国籍留保の意思表示をもって当該子に係る我が国との密接な結び付きの徴表とみることができることから、国籍留保の意思表示は、出生の届出をすることができる者が、

原則として子の出生の日から3箇月以内に国籍留保の届出によってしなければならないとした……。そして、同条3項は、上記の届出期間について例外を認めるものであるところ、上記の国籍留保制度等の趣旨及び目的に加え、同項が『天災』を挙げていることに照らせば、同項にいう『責めに帰することができない事由』の存否は、客観的にみて国籍留保の届出をすることの障害となる事情の有無やその程度を勘案して判断するのが相当である。」

「本件においては、相手方4名について、戸籍に記載されておらず、本籍及び戸籍上の氏名がないという事情だけでは、客観的にみて本件子らに係る国籍留保の届出をすることの障害とならないことは明らかで、「これによって相手方4名が戸籍法104条1項の届出期間内に本件子らに係る出生の届出や国籍留保の届出をすることができなかったとはいえない。したがって、上記の事情のみをもって同条3項にいう『責めに帰することができない事由』があるとした原審の判断には、裁判に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があるというべきである。そして、その他に本件各国籍留保の届出について戸籍法104条3項を適用して受理すべき事情はうかがわれないから、本件各国籍留保の届出は、同条1項及び3項の定める届出期間を経過してされたものというべきであり、また、その余の本件各届出は、本件子らが国籍法12条により日本国籍を失っているため、戸籍法の適用がない者に係るものであるから、本件各届出は、いずれも不受理とするのが相当である。」

## 判例の解説

### 一 原審との対立点——戸籍法104条3項「責めに帰することができない事由」の解釈

本件は、最三小判平27・3・10（平成25年（行ツ）第230号・民集69巻2号265頁）が、国籍留保手続を定める国籍法12条が憲法14条に反しないとした国籍法の解釈を前提とする。

そもそも、国籍留保制度は、一般的には、「血縁、地縁のいずれも国籍決定の絶対的要素ではなく、親の意思も重要な要素を成」し、「留保制度は、それらの要素を総合的に考慮したもの」である。また、実効性のない国籍の発生を防ぐことが国籍

立法の理想であり、「日本国外で生まれた重国籍の子は、日本との結付きの比較のうすい可能性があり、親が取得の意思を表示しない限り、右の子に日本国籍を取得させないのがむしろ妥当」だとの主張が有力であると解される<sup>1)</sup>。

第一審及び最高裁は、戸籍法 104 条 3 項にいう「責めに帰することができない事由」について、同規定の「天災」規定により、極めて例外的な場合にのみその適用を認める。法改正以前に届出遅延の正当化事由があると認められた戸籍先例では、法の不知、事情不案内などは遅延の正当化事由として認められていなかった<sup>2)</sup>。

問題は、憲法上の問題を惹起するのにかにある。戸籍先例に従えば、最高裁の判示にも合理性はある。

最高裁平成 27 年判決は、憲法と国籍立法との関係につき憲法 14 条 1 項に違反しないことを確認する。この判示は、国籍立法に関する立法裁量をかかなり広範に認めている<sup>3)</sup>。しかしこの判決も、本件最高裁決定同様「人権としての国籍」という視点はない。平成 27 年判決では、国籍法 12 条の憲法 14 条違反が争点となり、その視点から特に生来的国籍取得要件と伝来的なそれを全く比較の対象としないことが批判されている。国籍法 3 条 1 項違憲判決（最大判平 20・6・4 平成 19 年（行ツ）第 164 号・国籍確認請求事件・集民 228 号 101 頁（破棄原判））は、胎児認知と出生後の認知の区分に伴う制度が、日本国籍取得について合理性を欠いた過剰な要件を課したとの論理であるから、生来的に取得したはずの国籍が届出によって確定するのは「実質的にみれば、『日本国民である父から胎児認知された非嫡出子及び日本国民である母の非嫡出子』が生来的に日本国籍を取得することも考慮したうえで、当該区別の合理性を判断して」おり、本来国籍法 12 条の合憲性審査は「生来的及び伝来的取得の制度全体の中で比較がなされるべきである」ので、「とりわけ、2008 年改正後の国籍法 3 条 1 項との比較では、国籍法 12 条の合理性は疑わしい<sup>4)</sup>。

## 二 本判決の問題点——戸籍法 104 条は憲法 10 条の下での立法裁量を超えるか

本件では国籍法 12 条の合憲性・合理性は全く疑われず、同法の適用にかかる戸籍法 104 条等についても、同様である。本判決は、一審判決同様、自らの父の国籍が不明であっても、また戸籍

が不明でも、届出そのものは可能だから A の届出時点を「届出をすることができるに至った時」（戸籍法 104 条 3 項）とすべきであるという。しかしかかる解釈は、国籍法違憲判決の結果改正された国籍法 3 条 1 項と整合しないと思われる。

現在、婚姻していない男女の子について、文面上は事後に国籍を取得できる可能性があることと均衡を欠いている。条文には（実は改正前から）期限が切られていない。もちろん、届出による取得は生来的取得とは異なるというのが実務の、そして裁判所の理解ではある。しかし本件の特殊性は見逃すことができない。本件判断では、期限の切り方が全く異なり、当然例外的取扱いにも限界があるが、均衡を失する<sup>5)</sup>。

X<sub>1</sub>らの届出の前提となる A の国籍取得自体、本来法の想定している届出でなく、形式的な国籍法及び戸籍法の解釈に基づく。本件判決が A については行政の判断を追認し、それに比べれば特殊性という点でいえば劣る X<sub>1</sub>らの届出を認めないことは、均衡を欠く。

国籍法違憲判決は、「日本国民たる父の非嫡出子に関しては、その父母が婚姻しているか否かにかかわらず、届出によって日本国籍の取得を認めるというものでなければならないというもの<sup>6)</sup>」で、そこ「で問題とされた区別は、このベースラインから、父母の婚姻という非嫡出子本人の意思や努力によっては動かし難い身分行為を国籍取得の要件とする点で乖離しており、しかもその結果は、基本的人権の保障等に重大な意味を有する国籍を取得し得ないという深刻な不利益をもたらすもので、この乖離に合理的理由はない<sup>7)</sup>」。国籍法における届出による日本国籍取得を考える場合に、この基本前提は重要である。

また本来考慮さるべきもう 1 つの点は、国籍選択制度自体の持つ憲法問題である。

そもそも国籍法 12 条の規定は、重国籍の防止を目的とする。重国籍の防止という目的について、その妥当性を判例は疑わず、法務省の実務も疑わない。

しかし、ヨーロッパ審議会（Council of Europe）が 1997 年に採択したヨーロッパ国籍条約（European Convention on Nationality）がその第 5 章「重国籍」（14 条～17 条）で定めている重国籍許容の要件は、重要である（14 条は当然に重国籍となる場合を規定する）。ヨーロッパ審議会はヨー

ロッパの、EUとは異なる人権・民主主義・法の支配分野における国際機関であり、日本は加盟国ではないが、1996年11月からオブザーバーである。国際的な潮流であり、日本国憲法の解釈としても重国籍許容は充分成り立つ。そもそも、兵役義務がない日本において、二重国籍が問題をもたらす場合は、ほとんど具体的に考えられない。しかも、関連する「催告」の制度（国籍法15条）は、現在まで一度も行われていない<sup>8)</sup>。

そもそも、本件判示は、極めて技巧的である。

既に平成9年の最高裁判決（最二小判9・10・17平成8年（行ツ）第60号（国籍確認）・民集51巻9号3925頁）では、戸籍の記載による嫡出推定がない場合、胎児認知によって日本国籍を取得できるが、嫡出推定がある場合、胎児認知ができず、その結果、「子が生来的に日本国籍を取得するみに著しい差があることになるが、このような著しい差異を生ずるような解釈をすることに合理性があるとはいえない」と判示されている<sup>9)</sup>。

これに対し、平成9年1月8日民二事務連絡及び平成11年11月11日民二・五第2420号通知は、「胎児認知の届出があった時に、母親が婚姻中である場合は、ひとまず不受理処分をし、届書などを返却するが、子の出生後に、夫との親子関係不存在確認の裁判が確定し、当初の届書などによってふたたび認知届がなされた場合は、不受理処分を撤回し、胎児認知届として受理する」との扱いを行った<sup>10)</sup>。そのため、先の平成9年判決は「不合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」として、国側の主張を退けた<sup>11)</sup>。

本件最高裁の判示は、むしろここで自ら斥けているはずの不合理な形式主義的な国の主張を安易に認めている。

Aの日本国籍取得が最終的に確認されていなくとも、届出だけはしておくことで期間経過を避け得るとの指摘は、上記の指摘となんら異ならない。この指摘が成立し得るためには、Aの日本国籍取得が承認された時点で国籍法15条に基づく催告が文書で行われることが必要であるが、既に述べたように運用上当然に、本件の事実関係において、かかる催告は行われていない<sup>12)</sup>。第二審判決がいうように、「抗告人4名〔X<sub>1</sub>～X<sub>4</sub>〕が、Aが出生届を拒否していることを示して、それぞれAの子

としての出生事項の戸籍への記載を申し出るとともに自らの婚姻届及び子の出生届をすることは可能であると考えられるが（中略）、国籍留保の制度の適用において、このような例外的な出生届の提出方法を前提とすべきでない」との指摘の方がより合理性ある判断であろう。したがって、国籍法12条の規定それ自体は立法裁量の限界を超えているとはいえないが、同規定実施のための戸籍法104条等の本件における解釈は、合憲限定解釈された国籍法12条を違憲に拡張する解釈であると評価できるのではなからうか。

結論自体は妥当であるが、本件における戸籍法解釈には、憲法上疑義があると解される。

#### ●—注

- 1) 江川英文＝山田鏡一＝早田芳郎『国籍法〔第3版〕』（有斐閣、1997年）145頁。
- 2) 江川ほか・前掲注1）書147～148頁。
- 3) ただし同判決への評釈（解説）である植村勝慶「国籍法12条の国籍留保手続の合憲性」新・判例解説 Watch（法七増刊）17号は「国籍法12条の『立法目的には合理的な根拠がある』との認定に対し、直ちに否定的な評価を下すことはできない」（41頁）とする。
- 4) 同前42頁。
- 5) 法務省は改正後の国籍法3条1項について、附則で具体的な例外事由を示している（<http://www.moj.go.jp/MINJI/minji163.html>（2018年8月23日閲覧））。そこで示された具体的な例外事項と比較すると、解釈の余地が大きすぎる。
- 6) 長谷部恭男編／川岸令和＝駒村圭吾＝坂口正二郎＝穴戸常寿＝土井真一著『注釈日本国憲法（2）国民の権利及び義務（1）』§10～24（有斐閣コンメンタール）Japanese Constitutional Law Annotated, Vol. 2』（有斐閣、2017年）49頁。
- 7) 同前50頁。
- 8) 平成21年（2009年）衆議院第171回法務委員会第10号会議録。なお、奥田安弘『家族と国籍 国際化の安定のなかで』（明石書店、2017年）207頁参照。
- 9) 奥田・前掲注8）書160～161頁。
- 10) 奥田・前掲注8）書163頁。
- 11) 奥田・前掲注8）書163頁。
- 12) 江川ほか・前掲注1）書は「責めに帰すことのできない事由」についての行政実例を追認するが（注2参照）、他方で同書153～154頁は、催告制度が活用されることを想定している。したがって、結局催告制度が全く機能していない状況と同様の判断をすることはできないのではないかと解される。