

## 国籍法2条3号の「父母がともに知れないとき」の意味

— 証明の対象は何か —

根本 洋一

### 〔目次〕

はじめに

第1章 アンデレ事件

第2章 学説

第3章 国籍法2条3号前段における証明の対象と証明責任

おわりに

### はじめに

国籍法2条3号前段は、子が日本で生まれた場合においてその父母がともに知れないときにはその子は日本国籍を取得する旨を定める。ところで、いわゆるアンデレ（Andrew）事件（最高裁判所第2小法廷平成7年1月27日判決、平成6年（行ツ）71号、国籍確認請求事件、民集49巻1号56頁）は、母が日本の病院で出産した5日後に母が子を残して行方不明になったという事案である。この事件では、病院職員が母の供述に基づいて作成したカルテに母の氏名、生年月日が記載されているなど、母が誰であるかを知る手がかりがあったために、「父母がともに知れない」という文言をどのように理解すべきかが問題になり、学説もこれを困難な問題としてとらえている。

ともあれ、現在ではアンデレ事件の最高裁判決後4年を経たために「父母がともに知れない」をめぐる研究（＝解釈論）は鎮静化を見せ、他方では、議論の重点は国籍法2条3号の改正論に移って来ているように思われる<sup>1)</sup>。しかし、

同条同号前段の解釈に関してはまだ検討が不十分なところがあると思われる。すなわち、従来の学説は同条同号の「父母がともに知れない」においては何が証明の対象であるかを十分に明らかにしているわけではないと思われるからである。従来の学説は、父母がともに知れないこと（または、その裏である、父母の一方が知れていること）が証明の対象であると考えているようであり、その結果として、証明責任の問題として、父母がともに知れないか否か明らかでない場合にはどうすべきかという問題を立てているように思われる。しかしこのように考えるべきではない。本稿の結論をここで述べれば、同条同号の「父母がともに知れない」においては、証明の対象は、子の父母が誰であるのか、であり、換言すれば、子と特定の男・女との間に事実上（＝生物学上）の親子関係が存在すること（または、存在しないこと）が証明の対象である。従って、証明責任の問題として立てるべきは、子と特定の男・女との間の事実上の親子関係の存否が明らかでない場合にはどうすべきか、という問題である。従来の学説の混迷の原因は、国籍法2条3号の定める「父母がともに知れない」ことが証明の対象であると考えて、その結果として、父母がともに知れないか否か明らかでない場合という・理解し難い状況を想定している点にあるように思われる。

アンデレ事件判決後4年を経た現在「父母がともに知れない」における証明責任を検討するのはいささか時宜を失った感がある。それにもかかわらず本稿でこの問題を検討するのは上に述べた理由に基づく。

以下では、まず、アンデレ事件の事実関係と各審級の判旨（第1章）とアンデレ事件に対する学説の反応（第2章）を見た後、「父母がともに知れない」における証明の対象と証明責任を検討する（第3章）。

## 第1章 アンデレ事件

国籍法2条3号の「父母がともに知れないとき」（あるいは、同条同号と同旨の旧規定）をめぐって証明責任の問題を検討した判例はいわゆるアンデレ事件だけであると思われる。そこで、本章では、アンデレ事件における事実関係と各審級の判決を述べ（第1節）、次に、各審級の判決と訴訟当事者の主張にはどのような考え方があるかを簡単に見る（第2節）。

## 第1節 アンデレ事件

### 第1款 事実

最高裁判決に掲載された事実に第1審判決と控訴審判決で認定された事実を加えると本件の事実関係は以下の通りである。

第1 Xの母Aは、平成3年1月4日、長野県内の病院で外来患者として初診を受け、その後11日および17日に通院した後、18日に入院して同日午後6時29分にXを出産したが、Xの出生届をしないまま、同月23日に退院して行方不明になった。

Aは「セシリア・ロゼテ」と名乗っていたが、同病院で受診し、入院した際には旅券、健康保険証等の身分を証するものは何も所持しておらず、片言の英語と身振りで意思を伝えていた。

Aに会った同病院の産婦人科婦長訴外Bや、後にXの養父となった訴外C（Xの法定代理人）は、Aはフィリピン人ではないかとの印象を抱いた。

Aの入院の際、病院職員がその供述に基づいて作成したカルテには次の通り記載されている。

名 前 セシリア M ロゼテ

生年月日 1965年（昭和40年）11月21日

Aが入院した際に提出された入院証書には次の通り記載されており（ただし、誰が記載したかは不明である）、訴外Cが入院依頼人として署名した。

患者の氏名 Cecilee M. Rosete, または, Cecille M. Rosete

生年月日 65年11月21日

第2 Xの出生届は、Xの出産に関与した同病院の訴外D医師により平成3年1月30日に提出された。

出生届に添付された「孤児養子縁組並びに移民譲渡証明書」と題する平成3年1月19日付けの書面には、「Ma CEcilia ROSETE」が「andrew Robert Rees」の唯一の親であり訴外CE夫婦（Xの現在の養父母、法定代理人）と養子縁組をするなどの記載がされており、その署名欄には、「Ma CEcilia ROSETE」と記

載されている（この署名はAに付き添っていた友人が代筆したものである）。

第3 Xは、当初、「国籍フィリピン」として外国人登録がされたが、その後、「無国籍」として登録し直され、その後平成3年10月17日に訴外CE夫婦の養子となった。

第4 Y（国）による調査の結果、次の事実が明らかになった。

1 入国記録カード（上陸の申請をしようとする外国人が入国審査官に提出すべき書面。出入国管理及び難民認定法施行規則5条1項。Embarkation/Disembarkation Card, ED カード）には1988年2月24日に、下記の者がフィリピン共和国のマニラを発ち空路大阪から入国した旨の記録がある。この者については日本からの出国の記録はない。

記

国 籍 フィリピン（あるいは, Filipin）  
氏 名 ROSETE, CECILIA, M  
性 別 女  
生年月日 1960年11月21日  
旅券番号 F 532976  
目 的 観光  
在留期限 1988年3月10日  
署 名 Cecillia m Rosete

2 フィリピン共和国の日本総領事館は下記の者に短期滞在査証（査証番号816511）を1988年2月1日付けで発給した。

記

国 籍 フィリピン  
氏 名 ROSETE CECILIA M.  
性 別 女  
生年月日 1960年11月21日

3 フィリピン共和国における旅券発行の有無に関する照会に対し、同国領

事部領事記録課課長代理は旅券課電子情報処理室の記録に基づき、下記の通り旅券が発行されていること、および、本件旅券の処理済申請書は、理由は不明であるが、ファイルされていない旨を回答した。

記

旅券番号 F532976  
発行日 1987年10月26日  
発行場所 マニラ  
申請者名 CECILIA MERCADO ROSETE  
生年月日 11月21日（生年の記録はない）  
出生地 Talavera, Nueva Ecija  
婚姻状況 独身  
渡航目的 観光  
渡航先 アメリカ合衆国

4 1960年12月12日にフィリピン共和国 Nueva Ecija 州 Talavera 市に提出された出生証明書には下記の通りの記載がされている（この出生証明書が出生を証明する者は控訴審以来「ロゼテ本人」と呼ばれている）。

記

子の氏名	Cecilia Rosete
出生日	1960年11月21日
出生場所	Poblacion Talavera N. E
父の名	Felino S. Rosete
父の国籍	フィリピン
母の名	Juanita P. Mercado
母の国籍	フィリピン
両親の結婚した日	1951年6月17日

第5 Xの父を知る手掛かりは何もない。

第6 このような事情の下で、XはY（国）を被告として、「原告が日本国籍を有することを確認する」との判決を求めて訴えを提起した。

第1審から上告審に至るまで次の3点が争点になっている。第1点は、国籍法2条3号前段の「父母がともに知れないとき」とは、日本国籍が付与されなければ子が無国籍になるおそれのある場合を含むかという点であり、第2点は国籍法2条3号前段における証明責任であり、第3点は、本件事案は国籍法2条3号前段に該当するかという点である。

第2款 第1審判決〔東京地方裁判所平成4年（行ウ）42号、〕  
〔平成5年2月26日判決〕

請求認容。

第1 争点1について

〔国籍法2条3号〕が『父母がともに知れないとき』を国籍付与の要件としたのは、父母のいずれかが特定され、かつ外国籍を有しているときは、一般的に子その父または母の有する国籍を取得できる可能性が大きいことを根拠とするものであるから、右要件の判断に当たっては、右の趣旨から、子に国籍が付与されることが可能な程度に父母のいずれかが特定されているかどうかという観点から検討することを必要とするものというべきである。〕

第2 争点2について

〔1 自己が日本国籍を有することの確認を求める訴訟においては、自己に日本国籍があると主張する者が、国籍取得の根拠となる法規に設定された要件に自己が該当する事実を立証しなければならないものであり、国籍法2条3号の『父母がともに知れない』という要件についても、これと異なるところはないというべきである。しかしながら、人の身元が分からないことを証明することは困難であるから、右要件の立証については、その者の出生当時の状況などにより、そのような事情の下においては、通常は父母をともに知ることができないであろうと考えられる程度に事実を立証すれば足り、そのような事実が立証されたときは、その相手方において、父又は母のいずれかの身元が判明していることを立証しない限り、右要件該当の事実につき証明があったものとして取り扱うのが相当である。〕

2 なお、反証として父又は母が知れていることを立証するについては、単

に、父母のいずれかにつき、その身元を探索するための何らかの手掛かりがあることを示すだけでは足りず、父母のいずれかについて、子にその親の国籍取得を可能にする程度にこれを特定して示す必要があるものというべきである。」

### 第3 争点3について

旅券の申請者の氏名、EDカード氏名欄記載の氏名、同署名欄の署名の綴りの比較、旅券発行の状況などを考慮すると、「『ROSETE, CECILIA, M』を名乗って、我が国に入国した者は、何らかの手段により、フィリピン共和国において、自らの身元ではない、『ROSETE, CECILIA, M』の名義による旅券を取得し、これを提示して不正に我が国に入国したものではないかとの疑いを払拭できないというべきである。」

仮に日本に入国した者が真実「ROSETE, CECILIA, M」であったとしても、EDカード記載の生年月日とAの生年月日を比較すると生年が5年異なっていること、旅券を申請した者の氏名と「孤児養子縁組並びに移民譲渡証明書」記載の署名が異なることなどを考慮すると、「氏名不詳の外国人女性が、何らかの機会に、『ROSETE, CECILIA, M』と知り合い、その名前と生月日を知ったことから、出産の際に同女の身上を詐称したのではないかとの推測をいれる余地は充分にあるといわなければならない。」

「そうすると、Xの出生当時の状況によれば、Xの父母は、これを通常知ることができないと認められるところ、Xについて、父又は母のいずれかが知れていることを認めることはできないから、結局父母がともに知れないと認める外はない。」

Yが控訴した。

第3款 控訴審判決〔東京高等裁判所平成5年（行コ）43号、〕  
〔平成6年1月26日判決〕

原判決取消、請求棄却。

### 第1 争点1について

「法2条は、出生による国籍の取得について、その1号及び2号で血統主義による国籍の取得を定め、その3号では、日本で生まれた場合において、父母が

ともに知れないとき、又は国籍を有しないときは、その子を日本国民とする旨規定し、生地主義による国籍の取得を定めている。これは血統主義を厳格に貫くときは、3号に該当するような子は無国籍者となってしまうことから、できる限り無国籍者の発生を防止するため、血統主義の例外として生地主義を採用したものにほかならない。実際上の問題としては、同号が適用されるのは、子を分娩した母及び事実上の父の存在が関係者に全く不明であり、かつ、その手掛りさえも得られない場合が大多数であろうが、無国籍者の発生をできる限り防止しようとする同号の趣旨に照らせば、同号の適用を右のような場合に限定して解釈するのは相当でない。右の趣旨からすれば、本件要件〔国籍法2条3号の「父母がともに知れないとき」〕は、父母についての手掛りが全くないわけではないが、その資料が不十分であり、その結果父及び母のいずれについても特定することができない場合を含むものと解するのが相当である。』

## 第2 争点2について

「自己が日本国籍を有することの確認を求める訴訟においては、自己に日本国籍があると主張する者が、国籍取得の根拠となる法規に規定された要件に自己が該当する事実を主張立証しなければならぬものであり、本件要件についてもこれと異なるところはないと解するのが相当である。したがって、挙証責任のあるXが『父母がともに知れない』ことを窺わせる事情を立証しても、相手方であるYにおいて、『父又は母が知っている』ことを窺わせる事情を立証し、一応父又は母と認められる者が存在することを窺わせる事実を立証したときは、『父母がともに知れない』ことについての証明がないことになるというべきである。『知れない』ことの立証に困難が伴うことは別異に解すべき理由にはならない。』

## 第3 争点3について

### 1 日本に入国した者がロゼテ本人であるか否かについて

「空路で大阪へ上陸した者がロゼテ本人であることには、若干の疑念がないではないが、未だ合理的な疑いを差し挟むには至らないというべきである。』

### 2 Aとロゼテ本人が同一人であるか否かについて

認定した諸事実を総合勘案すると「ロゼテ本人とAとは同一人である蓋然性が高く、Xの母が知れないことについて証明されたものとはいい難いので、結局、法2条3号の母が知れないときには該当しないというべきである。」

Xが上告した。

#### 第4款 上告理由

上告理由の主要な部分は上告理由第3点から第5点までであり、次の通りである。

##### 1 上告理由第3

(1) 原判決は争点1に関する判旨で国籍法2条3号の「父母がともに知れない」とは「父母についての手掛りが全くないわけではないが、その資料が不十分であり、その結果父及び母のいずれについても特定することができない場合を含むものと解するのが相当である。」と判示し、争点2に関する判旨で「挙証責任のあるXが『父母がともに知れない』ことを窺わせる事情を立証しても、相手方であるYにおいて、『父又は母が知れている』ことを窺わせる事情を立証し、一応父又は母と認められる者が存在することを窺わせる事実を立証したときは、『父母がともに知れない』ことについての証明がないことになるというべきである。」と判示したが、このふたつの判旨は矛盾し、従って、理由齟齬の法令違背がある。

(2) 原判決が争点1に関する判旨で国籍法2条3号の「父母がともに知れない」とは「父母についての手掛りが全くないわけではないが、その資料が不十分であり、その結果父及び母のいずれについても特定することができない場合を含むものと解するのが相当である。」と判示したにもかかわらず、争点3に関する判旨で「ロゼテ本人とAとは同一人である蓋然性が高く〔……〕法2条3号の母が知れないときには該当しないというべきである。」と判示したのは矛盾し、この点で理由齟齬がある。

##### 2 上告理由第4

国籍法2条3号の「父母がともに知れないとき」という要件については「父母のいずれかが知れている」ことの立証責任を国側に負担させるべきである。原

判決が「父母がともに知れない」ことの立証責任を原告に負担させたのには同要件の立証責任に関する法令の解釈・適用の誤りがある。

### 3 上告理由第5

原判決は「ロゼテ本人とAとは同一人である蓋然性が高く」と判示したが、これは経験則に違背した事実認定である。

第5款 上告審判決〔最高裁判所平成6年（行ツ）71号、  
平成7年1月27日第2小法廷判決〕

原判決破棄，控訴棄却。

#### 第1 争点1について

「法2条3号にいう『父母がともに知れないとき』とは、父及び母のいずれもが特定されないときをいい、ある者が父又は母である可能性が高くても、これを特定するには至らないときも、右の要件に当たるものと解すべきである。なぜなら、ある者が父又は母である可能性が高いというだけでは、なおその者の国籍を前提として子の国籍を定めることはできず、その者が特定されて初めて、その者の国籍に基づいて子の国籍を決定することができるからである。」

#### 第2 争点2について

「法2条3号の『父母がともに知れないとき』という要件に当たる事実が存在することの立証責任は、国籍の取得を主張する者が負うと解するのが相当であるが、出生時の状況等その者の父母に関する諸般の事情により、社会通念上、父及び母がだれであるかを特定することができないと判断される状況にあることを立証すれば、『父母がともに知れない』という要件に当たると一応認定できるものと解すべきである。そして、右〔……〕に述べたとおり、ある者が父又は母である可能性は高いが、なおこれを特定するには至らないときも、法2条3号の要件に当たると解すべきであることからすると、国籍の取得を争う者が、反証によって、ある者がその子の父又は母である可能性が高いことをうかがわせる事情が存在することを立証しただけで、その者がその子の父又は母であると特定するには至らない場合には、なお右認定を覆すことはできないものとい

うべきである。」

### 第3 争点3について

「原審の適法に確定した〔……〕事実関係によれば、Aは、氏名や誕生日を述べてはいたが、それが真実であるかどうかを確認することができるような手掛かりはなく、Xを出産した数日後に行方不明となったというのであるから、社会通念上、Xの母がだれであるかを特定することができないような状況にあるものといえることができる。これに対して、Yは、Xの母とロゼテ本人とが同一人である可能性がある事情を立証している。しかし、Xの母が述べた生年とロゼテ本人の生年には5年の開きがあること、入院証書及び『孤児養子縁組並びに移民譲渡証明書』と題する書面に記載されたXの母の氏名のつづりは、フィリピンにおいて届け出られたロゼテ本人の氏名のつづりや、入国記録カードに記載された署名のつづりと異なっていること、ロゼテ本人が我が国に入国してからXの母の入院までには約3年が経過しているにもかかわらず、Xの母は、片言の英語と身振りのみで意思を伝えていたことなど、Xの母とロゼテ本人との同一性について疑いを抱かせるような事情が存在することも、原審の適法に確定するところである。原審も、右の可能性の程度を超えて、ロゼテ本人がXを出産した母であると特定されるに至ったとまで判断しているわけではない。

そうすると、Yの立証によっては、Xの母が知れないという認定を覆すには足りず、日本で生まれ、その父については何の手掛かりもないXは、法2条3号に基づき、父母がともに知れない者として日本国籍を取得したものといえるべきである。」

## 第2節 判決の特色

以上が、アンデレ事件における事実関係と最高裁までの各審級の判決である。国籍法2条3号の解釈ないしは証明責任に関しては後に検討するので、ここでは、裁判所の判断と訴訟当事者の主張にはどのような考え方があったのかを整理してみる（引用文中の強調は引用者による）。

### 第1 「知れない」の証明、「知っている」の証明

証明の対象は「知れないこと」、「知っていること」である、という考え方を

各審級の判決・訴訟当事者の主張に見ることができる。

まず、本件の訴訟当事者は1審以来一貫して「知れない」の証明、「知っている」の証明という考え方に立っている。すなわち、Xは第1審で、「一般に『知れない』ことの証明は、いわゆる『悪魔の証明』であるから、Xの『父母がともに知れない』か否かについての立証責任はYにあり、Xの『父または母が知っている』ことをYにおいて立証しえない限り、Xが日本国籍を有することが確認されるべきである。」と主張したのに対して、Yは、「国籍法2条3号に該当するとされるためには、子の『父母がともに知れない』ことが立証されるべきである。」と主張し（民集186頁2）、控訴審でも両当事者は第1審におけるとはほぼ同じ主張をしている（民集196頁2）。上告理由第四も『「父母がともに知れない（とき）」という要件の立証責任』を論ずる（民集142頁，153頁）。

裁判所も同様であり、第1審判決は、「人の身元が分からないことを証明することは困難である」、「相手方において、父又は母のいずれかの身元が判明していることを立証しない限り」（以上、民集190頁二1）、「反証として父又は母が知っていることを立証するについては」（民集190頁二2）という表現を使う。

控訴審判決は、『「父母がともに知れない」ことについての証明』、『「知れない」ことの立証に困難が伴うことは別異に解すべき理由にはならない。』という（民集202頁）。

最高裁判決は、『「父母がともに知れないとき」という要件に当たる事実が存在することの立証責任は、国籍の取得を主張する者が負うと解するのが相当である』という（民集61-62頁2）。

このように、どの審級でも裁判所も訴訟当事者も「知れない」の証明、「知っている」の証明という考え方をしているのである。

## 第2 Xの母とロゼテ本人との同一性の証明

Xの母Aとロゼテ本人が同一人であれば（＝ふたりの同一性が証明されれば）、Xの母が「知っている」といえることは明らかである。この点で、Xの母とロゼテ本人との同一性が証明の対象である、と考えることもでき、この考え方を各審級の判決・訴訟当事者の主張に見ることができる。

まず、Xは第1審で、「外国人出入国記録にある『セシリア・ロゼテ』の記録も〔……〕その者がXの母と同一人であるとの証拠にはならないというべきで

ある。」(民集187頁二),「結局,氏名についてみても,出入国記録にある者とXの母との同一性には疑問があるというべきである。」(民集187頁3),『セシリア・ロゼテ』がXの母と同一人物とは考えられない。」(民集188頁4),「〔ミドルネーム MERCADO と Ma が異なることは〕『セシリア・ロゼテ』とXの母親が全く違う人物であることを推認させる重大な事実である」(民集188頁三)と主張し,Yは,「右にみた入国者とXの母との同一性についてみるに〔……〕。これらのことから,Xの母と前記〔……〕の入国者との同一性についても,優に証明されているものというべきである。」(民集189頁二),「Xは,種々のケースを想定して,『セシリア・ロゼテ』とXの母の同一性に疑いを差し挟もうとするが,いずれも,根拠の薄弱な想像に過ぎず,氏名・生月日・国籍の一致という事実による同一性の証明を覆すものとは考えられない。」(民集189頁三)と主張している。

第1審判決は,「旅券を提示して我が国に入国した者と,Xの母との同一性を疑わせる事情があり〔……〕氏名不詳の外国人女性が,何らかの機会に,『ROSETE, CECILIA, M』と知り合い,その名前と生月日を知ったことから,出産の際に同女の身上を詐称したのではないかとの推測をいれる余地は充分にあるといわなければならない。」と判示した(民集192-193頁)。

XとYは控訴審でもロゼテ本人とXの母との同一性の有無について第1審におけるほぼ同じ主張をし(Xの主張につき民集197-198頁③④⑤,Yの主張につき民集200頁②③参照),控訴審判決はロゼテ本人とXの母との同一性の有無を検討し(民集207-209頁4),「ロゼテ本人と母親とは同一人である蓋然性が高く」と判示した(民集209頁三)。上告理由第五はこれを攻撃するものである(民集156頁,175頁)。

最高裁判決は,「Xの母とロゼテ本人との同一性について疑いを抱かせるような事情が存在することも,原審の適法に確定するところである。」と判示した。

このように,裁判所も訴訟当事者もロゼテ本人とAとの同一性の有無を最も重要な事実問題と考えていたといえる。

### 第3 判決の構成について

本件では第1審判決から最高裁判決に至るまで判決の基本的な構成は変わっていない。すなわち,どの審級の判決も,国籍法2条3号の「父母がともに知れ

ないとき」とはどんな意味であるか（争点1）、「父母がともに知れない」の証明責任はどちらの訴訟当事者が負担するか（争点2）、本件では「知れない」、「知っている」は証明されたか（争点3）について判断している。この判断過程を通常の民法規定を適用する場合と比較してみよう。

「Tの事実が存在する場合にはRの権利が発生する」という実体法規定について証明責任を検討する場合には次の3つの問題を立てるのが普通であろう。すなわち、①Tはどんな意味であるか、②Tの証明責任はどちらの訴訟当事者が負担するか、③本件ではT（または非T）（に該当する具体的事実）は証明されたか、である。そして、アンデレ事件における各判決もこの構成をとっているかに見える。しかし、各判決の争点3における判断の重点がロゼテ本人とAは同一人であるかという点にあることは明らかである（前出第2参照）。この点で、アンデレ事件における争点1（および争点2）と争点3が噛み合っているか否か検討の余地があろう。

## 第2章 学 説

学説では、アンデレ事件を契機として国籍法2条3号の「父母がともに知れないとき」の証明責任をめぐる議論が行なわれるようになった。そこで、アンデレ事件に対する学説の反応を見る必要があるが、従来の学説の多くは判例研究という形で発表されているため、制約された紙幅の中で圧縮した議論を展開するものが多い。そこで、以下では、上告審判決に関する研究の中から、国際私法学者の研究、民事訴訟法学者の研究、実務家の研究をそれぞれひとつずつ（奥田、松本、綿引）挙げることにする。また、アンデレ事件に関する個々の研究を要約して紹介することは困難なので、以下では原文を引用するという方法による。

### 第1 奥田安弘

1 奥田は上告審判決に関して次のようにいう。

「本判決は、Yに重い反証責任を負わせることによって、実質的に立証責任の転換を図った。」（〔1995②〕28頁三）。

「『父母がともに知れない』ことが真偽不明の状態にあることを理由として、

国籍法2条3号の適用を否定することはできない。なぜなら、この場合、Yは『父母のいずれかが知れている』ことを証明したわけではなく、単に『父母がともに知れない』ことを疑わしい程度に反証したにすぎないからである。すなわち、父母の特定という国籍決定プロセスの第1段階がクリアされておらず、結局、Xは、血統にしたがって国籍を取得できないことになる〔……〕。そこで、本判決は、無国籍の防止という規定の趣旨を立証責任にも反映させるために、父母を特定する責任をYに負わせたのである。

もっとも、本判決の趣旨がこのようなものであるならば、むしろ端的に『父母のいずれかが知れている』ことの立証責任をYに負わせ、Xがこれを真偽不明に持ち込めば、反証に成功したとする方が、理論的にはすっきりすると思われる〔……〕。(28頁三)。

2 この見解の骨子は、第1に、最高裁は「知れない」の証明責任を国籍取得を主張する者(X)に負わせつつも相手方(Y)に重い反証責任を負わせることによって実質的に証明責任を転換している、と理解する点、第2に、国籍取得を争う者が「知れている」の証明責任を負担するものと解すべきであると主張する点にある。

この見解は、「知れている」を証明する、「知れている」の真偽不明、「知れない」の真偽不明、「知れている」の証明責任、という表現を使って検討しているが、これは多くの学説の共通点である。

## 第2 松本博之

1 松本は上告審判決に関して次のようにいう。

「本判決も、子が日本において生まれた場合に『父母がともに知れない』ことは出生による国籍取得の要件であるので、その客観的証明責任は国籍取得を主張する原告にあるという見解に立っている。〔……〕。証明の困難は一般的に証明責任の転換を正当化するものではない。問題の要件に関して言えば、父または母と想定されうる者(本件では『ロゼテ本人』)について、その者が父または母でないことを証明してこれを排除する方法によることができ、それ以上に考えられるあらゆる抽象的な可能性の排除までも要求されないものであり、決して『悪魔の証明』を要求することにはならないからである〔……〕。また、法2条3

号は血統主義の例外として生地主義を定めるものであるから、例外を援用する者にその要件について証明責任を分配するのが適切である。したがって、本判決が国籍の取得を主張する者に『父母がともに知れない』ことの客観的証明責任を負わせているのは、正当である。」（〔1995〕50頁2①）

「しかし、『父母がともに知れない』ことはいわゆる消極的要件であり、この要件に該当する具体的事実の証明は困難である。しかも、Xがロゼテ本人について情報を得ることは著しく困難であるか、またはほとんど不可能であるが、出入国を管理するYがこの点の情報を有し、また調査能力を有しており、それゆえ、『父母がともに知れないこと』を否認するYに、期待可能な範囲において否認の具体的な事実の陳述と証拠の提出を要求することは信義則に適い、事案の解明に役立つという事情もある。このような立証の困難と情報の偏在に鑑み、最高裁は〔……〕Xの証明負担を大幅に軽減したと解することができる。」（50－51頁②）

「問題は、証明責任を負わない当事者に主張＝証明義務を課する法的根拠である。〔……〕。前述のように当事者間の情報不均衡に鑑み、信義則に基づき、証明責任を負わない当事者に主張＝証明義務を課したと解する方が適切であり、近時の判例の流れにも沿うように思われる。この立場に立つ場合、原告の方も単に抽象的に『父母がともに知れない』と主張するだけでは足りず、出来るかぎり具体的事実をもってこれを主張することを要すると解すべきであるから、この要件の具備を窺わせる具体的な事実の陳述を必要とすると解すべきである。本件では、このような事実陳述はなされていたと見ることができる。」（51－52頁③）

「本判決において特徴的なこととして、このYの反証に対する要求が極めて高いことが特筆されなければならないであろう。これは、判旨〔「知れない」の意味について述べた部分〕において、ある者が父または母である可能性が高くて、その特定に至らないときは『父母がともに知れないとき』に当たるという解釈をとったことの反面として、Yにおいて、ある者が父または母であるとの心証を裁判所に抱かせないかぎり、法2条3号の要件の具備が肯定されなければならないことに起因する〔……〕。これは本要件の特殊な事情であろう。」（52頁④）

「原判決の判決理由によると、第2審裁判所はAとロゼテ本人との同一性につ

いて高度の蓋然性を認定しており、ほとんど心証に近いものを得ていたようである。〔……〕。最高裁は、『原審も……ロゼテ本人がXを出産した母であると特定されるに至ったとまで判断しているわけではない』というが、原審は、形の上では『Xの母が知れないことについて証明されたものとはいい難い』と結論づけたものの、実際のところは、ロゼテ本人とAとの同一性につきほとんど確信を得ていたのであろう。〔……〕。最高裁がこの原審の事実判断を排斥するためには、経験則違背、Aとロゼテ本人との同一性を疑わせる事情を排除するために挙げられた『本人の意欲や能力あるいはその間の生活状況』が訴訟において主張、証明された事情でないこと、主張・立証の規律に関する原審の誤った法解釈の影響のもとでAとロゼテ本人の同一性が認定されているというような理由づけの一つまたはその組合せを必要としたのではなかろうか。」(52頁3)

2 この見解は、第1に、最高裁は「知れない」の客観的証明責任を国籍取得を主張する者に負わせている、と理解しつつ、この点の判旨に賛成し、第2に、最高裁はXの証明負担を大幅に軽減しYに主張＝証明義務を課していると理解し、第3に、最高裁がYの反証に対して課す要求が極めて高いと指摘し、第4に、控訴審と最高裁はロゼテ本人とAとの同一性に関して異なる心証を得たと思われる（もしそうであれば控訴審判決の事実認定を排斥するためには最高裁判決の理由付けでは不十分である）と指摘している、といえよう。

### 第3 綿引万里子

1 綿引は最高裁判決の解説において次のようにいう（傍点と\* 印は引用者による）<sup>1a)</sup>。

「民事行政事件訴訟においては、基本的には、法律要件分類説によって主張立証責任を分配すべきものと考えられていると思われる。この考え方からすれば、『父母がともに知れないとき』という要件に当たる事実が存在することの立証責任は、国籍の取得を主張する者が負担すると解すべきことになろう。本判決もこのような見解を採った上で、国籍の取得を主張する者が、出生時の状況等その者の父母に関する諸般の事情により、社会通念上、父及び母がだれであるかを特定することができないと判断される状況にあることについて立証すれば、右要件に当たることの立証がされたと見ることができるとしたものである。本判

決のこの判断は、『父母がともに知れないとき』という要件を、子の父母に関する諸般の事情が、社会通念上、父母がだれであるか特定できないと評価されるようなものであることを意味する一種の規範的な要件であるととらえたものと理解できる。

そして、国籍の取得を主張する者が、社会通念上、父及び母がだれであるかを特定することができないと評価される状況にあることについて立証したのに対し、国籍の取得を争う者が、子の父又は母が氏名、本籍、住所、出身地、生年月日等によって特定された者（本件ではロゼテ本人）であることについて立証活動を行い\*、これを覆そうとした場合において、口頭弁論終結時におけるその立証の程度については、a 父母についての手掛かりとなるような事実が何も立証されていない、b ある者が父又は母である可能性（その可能性には高低の差があり得よう。）があるとの心証を裁判所に抱かせる程度の事実が立証された、c ある者が父又は母であるとの心証を裁判所に抱かせるに足りる事実が立証されたという3つの場合が考えられると思われる。争点1についての本判決の判断によれば、右のaの場合ももとより、bの場合も請求原因が認められる場合に含まれるのであって、bのような事実を立証しただけでは、いまだ請求原因が認められるという状況に変わりはないことになるものと思われる。本判決が、国籍の取得を争う者が、反証として、ある者がその子の父又は母である可能性が高いことをうかがわせる事情が存在することを立証しただけで、その者がその子の父又は母であると特定するには至らないときは、反証が成功したとはいえないとしたのはこの趣旨をいうものであろう。」（〔1997〕213—214頁）

「右cの場合以外は、すべて『父母が知れない』という要件に該当することになるのは、法2条3号が、その子の父母が特定の者であるかどうか不明である\*というグレーゾーンにある場合をも日本国籍を取得することができる場合に取り込んだことの論理的帰結であるといえよう。つまり、法2条3号が、右のbの場合のように、その子の父母が特定の者である可能性はあるが、そのように断定するには至らないというグレーゾーンにある場合をも権利取得の要件に取り込んだため、積極的事実Aが存在することが権利発生の要件とされている通常の場合における立証責任の議論〔事実を真偽不明に追い込めば反証の目的を達し得る、という点〕は、そのままでは法2条3号の要件の立証には妥当

しないことにならざるを得ないものと思われるのである。

このように、子の父母が特定の者であるかどうか不明である\* ことの不利益を国籍の取得を主張する者が負担することはないというのであれば、むしろ、国籍の取得を争う者が、抗弁として『父又は母が知れている』ことの立証責任を負担すると説明する方が、従来の立証責任の理解と整合するとの批判もあり得よう〔……〕。しかし、このように解したならば、国籍の取得を主張する者は、日本で生まれたことだけを主張立証すれば足りるということになるが、国籍の取得を主張する者が、裁判所に『父母がともに知れない』との心証を抱かせるような状況事実を主張も立証もしないのに、日本国籍の取得を認めることになるような解釈は、法2条3号の文理からは採り難いものと思われる。本判決は、そのような趣旨で、法2条3号の要件に当たる事実が存在することの立証責任は、国籍の取得を主張する者が負担し、出生時の状況等その者の父母に関する諸般の事情により、社会通念上、父及び母がだれであるかを特定することができないと判断される状況にあることについて立証すべきであるとしたものと思われる。』(215頁)

2 綿引は、ある者が子の父または母であるか否か不明であるという心証を裁判官が抱いた場合は国籍法2条3号の「知れないとき」に該当する、という(上の引用文の傍点部分)。これは、同条同号の「知れない」とは、なんらかの事実の存否が不明の場合の処理(=証明責任)を直接に定めている(場合分けとしては、「知れない」場合(aとb)と「知れている」場合(c)のふた通りであり、「知れない」か「知れている」か不明な場合はあり得ない)、という考え方につながるものがある。

次に、綿引は上の引用文で「国籍の取得を争う者が、子の父又は母が氏名、本籍、住所、出身地、生年月日等によって特定された者(本件ではロゼテ本人)であることについて立証活動を行い」、「子の父母が特定の者であるかどうか不明である」という表現(\*を付した部分3か所)を使っているので、「子の父母が特定の者である」ことが証明の対象である、という考え方に立っているといえよう。

### 第3章 国籍法2条3号前段における 証明の対象と証明責任

本章では国籍法2条3号前段における証明の対象は何かを検討し、次いで、その証明の対象の存否不明の場合の処置（証明責任）に関して検討するが、それに先立って、国籍法2条3号の立法趣旨を述べる。なぜなら、実体法（民法・商法）上の法律要件の存否不明の場合にどうすべきかという問題を検討する際には実体法の趣旨を明らかにすることが必要ないしは有益であるからである。

#### 第1節 国籍法2条3号の立法趣旨

日本の国籍法は父母両系血統主義を採用している（国籍法2条1号、2号）。そこで、すべての国が父母両系血統主義を採用したものと仮定すれば（国内法が普遍化されたものとして想定しその特色を吟味する方法は国籍法の立法・解釈にとって不可欠である）、子は出生時に親の国籍を取得するから、子が無国籍者になることはあり得ないかのようである。

しかし、そうではない。たとえすべての国が父母両系血統主義を採用しても、父母がともに無国籍者である場合には子は出生時に国籍を取得しないし、父母がともに知れない場合には子がどの国の国籍を取得したかわからないから、子が国籍を取得したとはいえない。要するに、上の仮定の下で子が国籍を取得するためには父母の一方が判明して国籍を持っていることが最低限必要であり、この要件が満たされなければ子は国籍を取得しない。これは父母両系血統主義に本質的に内在する無国籍の可能性である。そこで、このような無国籍を防止するためにはどのような立法をすべきかが問題になるが、すべての国が父母両系血統主義（国籍法2条1号、2号）を採用したものと仮定すれば、子の出生時の無国籍を防止するためには、各国が「少なくとも父母の一方が判明して国籍を持つ」場合以外には出生地たる自国の国籍を子に付与する、という規定を立法することが必要にして十分である。国籍法2条3号はこの規定であり、同条同号の立法趣旨は父母両系血統主義に本質的に内在する無国籍の可能性を除去するところにある<sup>2)</sup>。

ただし、現実にはすべての国が父母両系血統主義を採用しているわけではな

いから、子の無国籍を防止するためには国籍法2条3号だけでは十分ではない（生地主義の国の国民を父母として日本で出生した子は同条の下でも無国籍になる）。すなわち、国籍法2条3号は父母両系血統主義に本質的に内在する無国籍の可能性を除去するものに過ぎず、無国籍一般を防止する規定ではない。

## 第2節 「知れない」の意味——「知る」の時点と主体——

国籍法2条3号は「父母がともに知れない」という要件を定める。それでは、「知れない」とは、「どの時点に」「誰に」「知れない」ことを意味するのでしょうか（国籍法は「父母がともに知れない」と定めるが、アンデレ事件では事実上の母が誰であるかが問題になったので、以下、本稿では、事実上の母について検討する。本稿の以下の叙述は父に関しても妥当する）。

### 第1 時 点

まず、基準時点を検討しよう。国籍法2条3号の「知れない」とは、誰が母であるかを子の出生の時点において関係者（例えば、出産に立ち合った医師）が知らない（または、知ることができない）ことである、と解すべきではない。なぜなら、このように解すると、母が子の出生の時点に関係者に知れなかったことを訴訟当事者の一方が証明した場合には、母が裁判の時点においてその関係者に知れていることを相手方訴訟当事者が証明したときにも子は日本国籍を取得することになるが、そうすると子は重国籍になり（母が法律上の母であり、母が国籍を持ち、かつ、母の本国が血統主義を採っている場合）、国籍法2条3号の立法趣旨（無国籍を防止するために日本国籍を付与する）に反するからである。従って、「知れない」とは裁判の時点において知れないことを意味する、と解すべきである<sup>3)</sup>。

### 第2 知・不知の主体

次に、知・不知の主体を検討しよう。国籍法2条3号の「知れない」とは、誰が母であるかを裁判の時点において裁判官以外の者（例えば、出産に立ち合った医師、養父母、あるいは、社会一般）が知らない（または、知ることができない）ことである、と解すべきではない。なぜなら、このように解すると、裁

判官以外の者（例えば、養父母、あるいは、社会一般）が子の母を知らないことを訴訟当事者の一方が証明した場合には、相手方訴訟当事者が苦心して証拠を収集して真の母が誰であることを証明した（＝母が誰であるかについて裁判官が確信した）ときにも子は日本国籍を取得することになるが、そうすると子は重国籍になる（可能性がある）からである。従って、「知れない」とは裁判の時点において裁判官が知らないことを意味する、と解すべきである。

このように、国籍法2条3号の「知れない」の基準時は裁判時であり知・不知の主体は裁判官である。従来の学説が、父母が知れないために日本国籍を取得した（と扱われている）子の父母が後に判明した場合には出生時にどの国の国籍を取得したかを改めて判断すべきである<sup>4)</sup>としているのは上に述べた考え方に基づくものと思われる。

### 第3 「知れない」か否かを判断するために利用し得る事実

上に述べたように、「知れない」とは裁判官が知らないことである、と解すべきであるから、父母が誰であるかを知るためには、裁判官は、子の出生前に発生した事実（例えば、ロゼテ本人が日本に入国したという事実）と出生時の状況だけでなく、出生後に発生した事実（アンデレ事件では問題になっていないが、例えば、顔その他の身体的特徴）をも利用することができる、と解すべきである。アンデレ事件の第1審判決は「Xの出生当時の状況によれば、Xの父母は、これを通常知ることができないと認められるところ」と判示したが（民集193頁4）、どの時点の事実を提出し得るかについて当事者が控訴審で争ったために、控訴審は「本件要件〔「父母がともに知れないとき」という要件〕の存否の判断に当たって、事実審の口頭弁論終結時まで調査・探索して得た資料を証拠として提出し得ることは当然のことである」（民集203頁1）と判示した。

### 第3節 証明の対象

国籍法2条3号の「知れない」においては証明の対象は何か。すなわち、訴訟当事者は何の存在・不存在を裁判官に確信させようとして証明活動をするのであろうか。また、裁判官は何の存在・不存在に関して心証を形成するのであろうか。

この問題を検討するためには、父母が誰であるかを裁判官が知る・知らないとはどんなことかを明らかにする必要がある。

### 第1 「知る、知れている」

子の事実上の母が誰であるかを裁判官が知る（裁判官に知れている）とは、子と特定の女との間に事実上の親子関係が存在することを裁判官が確信すること（＝訴訟当事者がその存在を証明すること）である（図1参照）。従って、国籍法2条3号の「知れない」においては証明の対象・裁判官の心証形成の対象は、子と特定の女との間の事実上の親子関係である<sup>4a)</sup>。

本件ではどうか。まず、ロゼテ本人はフィリピンの出生証明書により特定されている。従って、ロゼテ本人とXとの間に事実上の親子関係が存在することを裁判官が確信すればXの母は裁判官に知れた、Xの母は特定された、といえる。ところが、本件では、AとXの間には事実上の親子関係が存在するから、裁判官がロゼテ本人とAが同一であることを確信すればロゼテ本人とXとの間の事実上の親子関係の存在を確信する、という関係にある。従って、本件では、証明の対象（＝裁判官の心証形成の対象）はロゼテ本人とAとの同一性である（アンデレ事件の各審級の判決がすべて争点3においてロゼテ本人とAとの同一性を検討していることは既に指摘した。前出第1章第2節第2参照）。

【図1】

客観的事実と「知れた」、 「知れない」

子と特定の女との間の事実上の親子関係 (t)	母は知れたか
存在する	母が知れた
存在しない	母が知れない

【図2】

裁判官の心証と「知れた」、 「知れない」

tの存否に関する裁判官の心証	証明責任による解決	
	①	②
存在の確信	母が知れた	母が知れた
存否不明	母が知れない	
不存在の確信		母が知れない

### 第2 「知らない、知れない」

次に、子の事実上の母が誰であるかを裁判官が知らないとはどんなことであろうか。

まず、訴訟が開始した時点では裁判官には何の情報も与えられていないから、裁判官は子の母が誰であるかを知らない。そして、子と特定の女（甲野花子）

との間の事実上の親子関係の存否に関して証拠調べを行なった結果、不存在の確信を得た場合には、子の母が誰であるかを裁判官は依然として知らない、といえよう（図1参照）。この場合には、別の特定の女（乙山雪子）が事実上の母であるか否かに関して引き続き証拠調べを行い、その結果、事実上の親子関係の存在を確信すれば、この段階で裁判官は誰が子の母であることを知ったといえる。しかし、二人目に関しても事実上の親子関係の不存在を裁判官が確信すれば依然として裁判官は子の母が誰であるかを知らないといえよう。

このように、母が誰であることを裁判官が知らない（＝母が裁判官に知れない）とは、何よりも、子と特定の女（裁判官の視野に入った特定の女）との間の事実上の親子関係の不存在を裁判官が確信すること（＝訴訟当事者がその不存在を証明すること）である<sup>4b)</sup>。

上に述べたことを要約すれば、国籍法2条3号前段においては、訴訟当事者は子と特定の女との間の事実上の親子関係の存在・不存在を裁判官に確信させようとして証明活動をするのであり、裁判官はそのふたりの間の事実上の親子関係の存否に関して心証を形成するのである。そして、裁判官がその存在の確信を抱いた場合には母が「知れた」、「特定された」のであり、その不存在の確信を抱いた場合には母は「知れない」、「特定されない」のである。

### 第3 間接事実による証明の必要性

国籍法2条3号においては、訴訟当事者の証明の対象（主題）は子と特定の女との間の事実上の親子関係であり、裁判官の心証形成の対象もこれである。しかし、事実上の親子関係は直接に証明することができないから、訴訟当事者は、最終的には事実上の親子関係の存在・不存在を裁判官に確信させよう・存否不明に追い込もうとして種々の間接事実を証明することになり、裁判官はこれらの間接事実を総合して経験則の助けを得て証明の主題に関する心証を形成することになる（図3参照。アンデレ事件では、裁判官は各種の書面に記載された氏名の綴り・生年月日、Aが日本語をどの程度話せたかなどの事実を総合してXとAが同一人であるか否かに関して心証を形成することになる<sup>5)</sup>）。

【図3】 「知れない」の判断に至るまでの論理的過程

証明の対象 (間接事実)	証明の対象(t) (証明の主題)	tの存否に関する 裁判官の心証	証明責任による解決
氏名の綴り 生年月日 日本語が話せるか	事実上の親子関係 (ロゼテ本人とAの同一性)	存在の確信	知っている
		存否不明	知れない (国籍法2条3号)
		不存在の確信	
		客観的事実 ←	→ 裁判官の主観

#### 第4節 証明責任

それでは、子と特定の女との間の事実上の親子関係に関して裁判官が存在の確信も不存在の確信も得ない場合（存否不明の心理状態）には、存在するものとして扱うべきか、それとも、存在しないものとして扱うべきか。これが証明責任の問題である。

##### 第1款 証明責任の所在

###### 第1 証明責任

子と特定の女との間の事実上の親子関係の存否不明は、理論的には、存在するものとして扱うことも可能であり存在しないものとして扱うことも可能であると思われる（前者は図2の②，後者は図2の①）。すなわち、「知れない」という文言の意味としてはどちらの解決策をも許容するから、「知れない」の語義の問題として解決することはできないと思われる。従って、どちらの解決策をとるべきかを考えるためには各々の解決策の実質的根拠を明らかにする必要がある。

そこで、国籍法2条3号の立法趣旨（血統主義に本質的に内在する無国籍の可能性を除去すること。前出第1節参照）を考えてみよう。いま、世界中の国が国籍法2条（と同じ規定）を採用したと仮定すると、日本で生まれた子が血統主義（国籍法2条1, 2号参照）によりA国（日本を含む）の国籍を取得するためには、その子とA国民との間に事実上の親子関係が存在することを裁判官が確信することが必要である（これに加えて出生時に法律上の親子関係が成立する必要があるがこの点はいまは考えない）。従って、ふたりの間に事実上の親子

関係が存在することを裁判官が確信した場合以外（＝不存在の確信と存否不明）には（出生地たる日本の国籍を与えなければその子は無国籍になるから）、無国籍を防止するために日本国籍を与える必要がある。すなわち、子と特定のA国民女との間の事実上の親子関係の存否不明はその不存在と同じく扱うべきである（要するに、国籍法2条1、2号と3号とは表裏一体の関係に立っているのである）。

このように、子と特定の女との間の事実上の親子関係の存否不明の心証は不存在の確信と同じ扱いを受けるから（図2の①）、子の日本国籍取得を争う訴訟当事者が事実上の親子関係の存在に関して客観的証明責任を負うものと考えることができる<sup>6)</sup>。

## 第2 事案解明義務

1 国籍取得を争う者が証明責任を負担する、と解する立場に立つと、国籍取得を主張する者は自己が日本で生まれたことを主張し証明するだけでよいのか（自己の父母に関する情報を提出しないでよいのか）という問題がある。例えば、綿引は、国籍取得を争う者が証明責任を負担すべきであるという考え方に対して、「このように解したならば、国籍の取得を主張する者は、日本で生まれたことだけを主張立証すれば足りるということになるが、国籍の取得を主張する者が、裁判所に『父母がともに知れない』との心証を抱かせるような状況事実を主張も立証もしないのに、日本国籍の取得を認めることになるような解釈は、法2条3号の文理からは採り難いものと思われる。」という<sup>7)</sup>。これに対して、奥田は「〔国籍取得を主張する者がする〕主張および立証は、裁判所に審理の必要性を認めさせる程度のもので足りるであろう。」という<sup>8)</sup>。さらにこれに対して木棚は「要件事実論においては、証明責任と主張責任が常に一致すべきとされているから、これを分離することを前提とする議論〔……〕は、その反論としては十分でないであろう。」という<sup>9)</sup>。

それではどう考えるべきであろうか。子は母に関する（たとえ少ないとしても）決定的な情報を持っているのが普通であるから、子が母に関する情報を提供しないと国は誰が母であるか証明する手掛かりがつかめないと思われる<sup>10)</sup>。従って、子が母に関する情報を提供しないでよいというわけにはいかないであろう。

この問題については事案解明義務の考え方が参考になると思われる。高橋は「客観的証明責任から主観的証明責任を引き出す考え方を誇張するならば、証明責任を負わない当事者は、訴訟で証明活動を行なう必要は何らなく、相手方の本証が成功しそうになって初めて反証をすれば足りる、ということになる。しかし、このように事案解明に不協力を決め込んでよいかは、当事者間の公平からも大いに問題とし得るところである。」<sup>11)</sup> といい、事案解明義務の考え方を紹介する。高橋は「〔事案解明義務の考え方は〕証拠の偏在現象（当事者の一方にのみ証拠方法がある）と不作為による証明妨害（自己の証拠方法を提出しない）とを背景にしたような議論であるが、医療過誤訴訟などにうまく当てはまる理論である。」といい、患者側（＝過失・因果関係に関して証明責任を負う）が医者側の過失・因果関係に関してそれなりの手掛かりを示した場合には医者側がカルテ等を提出して無過失・因果関係の不存在の証明活動をしなければならない、この義務を医者側が果たさないときには患者側の主張を真実と擬制し、これとは逆に医者側がこの義務を果たしたときには存否不明であれば証明責任に従って患者側が敗訴する考え方である、という。そして、「細部につきまだ詰めるものが残っているかもしれないとしても、今後伸びていく理論と思われる。」という<sup>12)</sup>。

国籍確認請求の特色は母の存在（＝事実の存在）の証明責任を被告に負担させる点にあり、過失・因果関係の証明責任を原告（＝患者側）に負担させる医療過誤訴訟とは異なる。しかし、医者側が原告になって提起する債務不存在確認請求では過失等の存在の証明責任を被告が負担するから、この点では国籍確認請求に類似する。従って、事案解明義務の考え方は国籍確認請求についても当てはまるとされる。すなわち、原告は自己が日本で生まれたことを主張するだけでよいが、これに対して被告（国）は「原告には父母がいる」と抽象的に主張するのが普通であり、ここに至り原告は「原告の母の供述に基づきカルテには『氏名、セシリア M ロゼテ、生年月日1965年（昭和40年）11月21日』と記載されているが原告の母が誰であるかについてはこれ以上のことは分からない」と主張しなければならない、これにより証明の主題（ロゼテ本人と原告との間の事実上の親子関係の存否）が特定されるのである<sup>13) 13a)</sup>。

2 争点2に関する判旨で、第1審判決は「国籍法2条3号の『父母がともに

知れない』という要件〔……〕の立証については、〔国籍取得を主張する者が〕その者の出生当時の状況などにより、そのような事情の下においては、通常は父母をともに知ることができないであろうと考えられる程度に事実を立証すれば足り」といい、最高裁判決は「〔国籍取得を主張する者が〕出生時の状況等その者の父母に関する諸般の事情により、社会通念上、父及び母がだれであるかを特定することができないと判断される状況にあることを立証すれば、『父母がともに知れない』という要件に当たると一応認定できるものと解すべきである。」というが、これをどのように理解すべきかという問題がある。

従来の学説は、この引用文は「父母がともに知れない」ことの証明責任を原告に課しつつも原告の証明の負担を軽減するものであると理解している<sup>14)</sup>。しかし、訴訟開始時には裁判官には何の情報も与えられていないから、裁判官が「母は知れない」と判断するためには訴訟当事者の証明活動は不要なはずである（前出第3節第2参照）。従って、上の引用文は子と特定の者との間の事実上の親子関係の存在の証明責任を被告に課しつつも、証明責任を負わない原告に事案解明義務を課すものと理解すべきであろう。

### 第3 従来の学説

国籍法2条3号の立法趣旨から証明責任の所在を引き出す考え方（前出第1参照）は従来の学説にも見られる。例えば、奥田は次のようにいう。

『父母がともに知れないこと』によって、国籍の帰属が決定できない場合を救済する、という立法趣旨から、逆に『父母がともに知れないとき』という要件を認定すべきである。』（1994①）（下）46頁）

〔国籍法2条3号の適用を否定するためには〕たとえ父母が日本人でないことが確実であっても、仮に父母の本国法が血統主義を採用していたならば、子が父母の国籍を取得できる程度に、父母が判明しているべきであろう。それは、あたかも父母が日本人であると主張されたならば、国籍法2条1号により日本国籍を付与できる程度に、父母が判明していなければならないのと同じことである。（同47頁）

〔国籍法2条3号の適用を否定するためには、厳密に言えば、父母の本国法により、子が父母の国籍を取得できるかどうかを知ることができる程度に、父母が判明していることが必要であるというべきであろう〔……〕。』（同47—48頁）

『父母がともに知れない』ことが真偽不明の状態にあることを理由として、国籍法2条3号の適用を否定することはできない。なぜなら、この場合、Yは『父母のいずれかが知れている』ことを証明したわけではなく、単に『父母がともに知れない』ことを疑わしい程度に反証したにすぎないからである。すなわち、父母の特定という国籍決定プロセスの第1段階がクリアされておらず、結局、Xは、血統にしたがって国籍を取得できないことになる〔……〕。』（1995②）28頁）

これらの叙述は国籍法2条3号の立法趣旨から証明責任の所在を考えているものといえる。

#### 第4 アンデレ事件の各判決

上に見たように、「知れない」をめぐる証明責任の所在は国籍法2条3号の立法趣旨から引き出すべきであるが、アンデレ事件の各審級の判決もまた「知れない」の意味（争点1）に関する判旨において実質的には国籍法2条3号の立法趣旨から証明責任に関する判断を引き出したものと理解し得る。以下で見てみよう（引用文に付した傍点と\*印は引用者による）。

##### 1 まず、最高裁判決はどうか。

(1) 最高裁判決は争点1に関して次のように判示する。

「法2条3号にいう『父母がともに知れないとき』とは、父及び母のいずれもが特定されないときをいい、ある者が父又は母である可能性が高くても、これを特定するには至らないときも、右の要件に当たるものと解すべきである。〔A〕なぜなら、ある者が父又は母である可能性が高いというだけでは、なおその者の国籍を前提として子の国籍を定めることはできず、その者が特定されて初めて、その者の国籍に基づいて子の国籍を決定することができるからである。〔B〕

この引用文の前半部分（A）は、子と特定の女との間の事実上の親子関係の存否不明の場合（＝「可能性が高くても、これを特定するには至らないとき」）にはこれを不存在として扱う、という趣旨であり、従って、証明責任の所在を判示したものである。

この引用文の後半部分（B）はどうか。傍点部分は分かりにくいですが、Bは次の趣旨であると思われる。

「なぜなら、ある者が事実上の父又は母である可能性が高いというだけでは、たとえその者の本国の国籍法が血統主義を採用しているとしても子はその国の国籍を取得することはできず、その者が特定されて、かつ、法律上の親子関係が成立する場合に限り、親の本国の国籍法が血統主義に立っていれば子はその国の国籍を取得するからである。」<sup>15)</sup>

これは国籍法2条3号の立法趣旨（前出第1節参照）を述べているものである。従って、最高裁は争点1に関する判旨において国籍法2条3号の立法趣旨Bから証明責任に関する結論Aを引き出した、といえよう。

(2) 次に、最高裁は争点2に関する判旨で次のようにいう。

「右〔……〕に述べたとおり、ある者が父又は母である可能性は高いが、なおこれを特定するには至らないときも、法2条3号の要件に当たると解すべきであることからすると、国籍の取得を争う者が、反証によって、ある者がその子の父又は母である可能性が高いことをうかがわせる事情が存在することを立証しただけで、その者がその子の父又は母であると特定するには至らない場合には、なお右認定を覆すことはできないものというべきである。」（「国籍の取得を争う者が」以下の部分をCとする）

この引用文中のCは、だれが父母であるかを国籍取得を争う当事者が証明しない限りその当事者は敗訴するという趣旨であり、従って、CはAの言い換えである。しかし、重要なのは、最高裁がCをAから引き出している点である（上の引用文の前半）。ところで、AはBから引き出されているから（上の(1)参照）、結局最高裁は証明責任に関する判断（C）を国籍法2条3号の立法趣旨（B）から引き出したといえるであろう<sup>16)</sup>。

2 次に、第1審判決はどうか。

(1) 第1審判決は争点1に関して次のように判示する。

「〔国籍法2条3号〕が『父母がともに知れないとき』を国籍付与の要件としたのは、父母のいずれかが特定され、かつ外国籍を有しているときは、一般的に子がその父または母の有する国籍を取得できる可能性が大きい\*ことを根拠とするものであるから、右要件の判断に当たっては、右の趣旨から、子に国籍が付与されることが可能な程度に父母のいずれかが特定されているかどうか\*\*という観点から検討することを必要とするものというべきである。」

この判旨の傍点部分\* は、子と特定の者との間に事実上の親子関係が存在し、ふたりの間に法律上の親子関係が成立し、親の本国の国籍法が血統主義を採用している場合には子はその国の国籍を取得する、という趣旨であり、国籍法2条3号の立法趣旨を述べるものである。傍点部分\*\* は「子に国籍が付与されることが可能な程度に父母のいずれかが特定された場合以外は『知れない』に該当し被告が敗訴する」という趣旨であり、証明責任について判示したものである。従って、第1審判決も国籍法2条3号の立法趣旨から証明責任に関する結論を引き出した、といえる<sup>16a)</sup>。

(2) 第1審判決は争点2に関して次のようにいう。

「人の身元が分からないことを証明することは困難であるから、右要件の立証については、その者の出生当時の状況などにより、そのような事情の下においては、通常は父母をともに知る事ができないであろうと考えられる程度に事実を立証すれば足り、そのような事実が立証されたときは、その相手方において、父又は母のいずれかの身元が判明していることを立証しない限り、右要件該当の事実につき証明があったものとして取り扱うのが相当である。」

この引用文の後半も国籍取得を争う者に証明責任を負担させるが(引用文の前半については前出第2の2参照)、その理由を「人の身元が分からないことを証明することは困難である」という点に求めている。すなわち、第1審判決においては争点1に関する判旨と争点2に関する判旨は証明責任の所在については同じ結論に達しつつもその理由が異なり、従って、第1審判決は相互に独立したふたつの判旨を並列しているに過ぎない(これに対して最高裁判決はふたつの判旨(ABとC)の関連性を意識している。前出1参照)<sup>17) 18) 19)</sup>。

3 それでは、控訴審判決はどうか。

控訴審判決は争点1に関する判旨において、国籍法2条3号の立法趣旨を述べてから「本件要件〔国籍法2条3号の「父母がともに知れないとき」〕は、父母についての手掛りが全くないわけではないが、その資料が不十分であり、その結果父及び母のいずれについても特定することができない場合を含むものと解するのが相当である。」という。これも、国籍法2条3号の立法趣旨を根拠として事実上の親子関係の存在の証明責任を国籍取得を争う者に負担させたものと理解し得る。この点では各審級の判決は争点1に関する判旨で同じ判断をして

いるのである。

ところが控訴審判決は争点2に関する判旨において「挙証責任のあるXが『父母がともに知れない』ことを窺わせる事情を立証しても、相手方であるYにおいて、『父又は母が知っている』ことを窺わせる事情を立証し、一応父又は母と認められる者が存在することを窺わせる事実を立証したときは、『父母がともに知れない』ことについての証明がないことになるというべきである。」という。これは、子と特定の女との間の事実上の親子関係の存否不明の場合（＝傍点部分）にはXは敗訴するという趣旨であり、Xに証明責任を負担させるものである。従って、控訴審判決の争点1に関する判旨と争点2に関する判旨は矛盾しているといえよう<sup>20) 20a) 20b)</sup>。

## 第5 国籍取得を争う者のする証明と「反証」

上に述べたように、アンデレ事件の第1審判決と最高裁判決は国籍取得を争う者（被告）に子と特定の者との間の事実上の親子関係の存在の証明責任を課したものと理解し得るから、被告のする証明は本証である。ところが、両判決は被告のする証明を「反証」と呼んでいるので、その理由が問題になる<sup>21)</sup>。

1 まず、第1審判決は争点2に関する判旨で次のようにいう。

「1 自己が日本国籍を有することの確認を求める訴訟においては、自己に日本国籍があると主張する者が、国籍取得の根拠となる法規に設定された要件に自己が該当する事実を立証しなければならないものであり、国籍法2条3号の『父母がともに知れない』という要件についても、これと異なるところはないというべきである。〔……〕その相手方において、父又は母のいずれかの身元が判明していることを立証しない限り、右要件該当の事実につき証明があったものとして取り扱うのが相当である。

2 なお、反証として父又は母が知っていることを立証するについては、単に、父母のいずれかにつき、その身元を探索するための何らかの手掛かりがあることを示すだけでは足りず、父母のいずれかについて、子にその親の国籍取得を可能にする程度にこれを特定して示す必要があるものというべきである。」

第1審は上記引用文の前半で「原告が『父母がともに知れない』ことの証明責

任を負う」という命題を判示し、後半（点線以下の部分）で「被告は事実上の親子関係の存在の証明責任を負う」という命題を判示する。前者は傍論であり後者は真の判決理由（ratio decidendi）である<sup>22)</sup>。従って、第1審判決が被告のする証明を通常用語法に反して「反証」と呼んだのは自らの傍論にとらわれたためであろう。

因みに、上記引用文では冒頭で「父母がともに知れない」の証明責任を論じ、また、3か所の傍点部分のうちの初めの2か所は「父又は母のいずれかの身元が判明していること」、「父又は母が知れていること」をもって証明の主題としているのに対して、最後の傍点部分では「父母のいずれかについて〔……〕これを特定して示す」といい、事実上の親子関係をもって証明の主題としている。このように、判決文が展開するにつれて証明の主題が次第に明確になっていることは興味深い。

3 次に、最高裁判決は争点2に関する判旨で次のようにいう。

「法2条3号の『父母がともに知れないとき』という要件に当たる事実が存在することの立証責任は、国籍の取得を主張する者が負うと解するのが相当である〔……〕。〔……〕国籍の取得を争う者が、反証によって、ある者がその子の父又は母である可能性が高いことをうかがわせる事情が存在することを立証しただけで、その者がその子の父又は母であると特定するには至らない場合には、なお右認定を覆すことはできないものというべきである。」

この引用文の構成は基本的には第1審判決の構成と同じである。すなわち、最高裁は上記引用文の前半で「原告が『父母がともに知れない』ことの証明責任を負う」という命題を判示し、後半（点線以下の部分）で「被告は事実上の親子関係の存在の証明責任を負う」という命題を判示する。前者は傍論であり後者は真の判決理由（ratio decidendi）である。

ところが、最高裁判決には第1審判決と異なるところがある。それは、「反証によって」が文法的に何を修飾しているか明らかではない点である。すなわち、「反証によって」が「立証した」を修飾することは明らかであるが、「特定する」をも修飾するか否かは明らかではない<sup>22a)</sup>。そのために、上記引用文の後半は2通りに解釈することができる。

第1は、「被告が、反証によって、ある者がその子の父又は母である可能性が

高いという心証を裁判官に抱かせただけで「被告が勝訴する、と解すべきではない。被告が」反証によってその者がその子の父又は母であるという確信を裁判官に抱かせるには至らない場合には、なお被告は勝訴することはできないものというべきである。」(A) という意味である<sup>22b)</sup>。上記引用文の後半がこの意味であるとすれば第1審判決と同じである。従って、最高裁が被告のする証明を上記Aにおけるように通常用語法に反して「反証」と呼んだとすれば、それは自らの傍論にとらわれたためであろう。

しかし、最高裁が「反証」を通常用語法に反して使ったと断定することはできない。なぜなら、「反証によって」は「特定する」を修飾しないという解釈が可能だからである。すなわち、上記引用文の後半は「被告が、反証によって、ある者がその子の父又は母である可能性が高いという心証を裁判官に抱かせただけで「被告が勝訴する、と解すべきではない。なぜなら、被告が証明責任を負うと解すべきだからである。すなわち、被告が」本証によってその者がその子の父又は母であるという確信を裁判官に抱かせるには至らない場合には、なお被告は勝訴することはできないものというべきである。」(B) と解釈することも可能である。そして、反証とは証明責任を負わない当事者がする証明にして裁判官を存否不明の心証に追い込むものであるから、最高裁判決をBのように解釈するのが自然であろう。従って、最高裁は上記引用文では、冒頭で「父母がともに知れない」の証明責任は原告が負う旨の命題を判示したにもかかわらず、その命題が傍論であることを最後に（「その者が」以下の部分。Bの「本証によって」以下の部分）自ら認めたといえよう。

因みに、上記引用文では冒頭で「父母がともに知れない」の証明責任を論じたのに対して、後半で「ある（その）者がその子の父又は母である」ということばを2回使い、これをもって証明の主題とする。ここでも第1審判決におけると同様に判決文が展開するにつれて証明の主題が次第に明確になっていることは興味深い。

## 第2款 「知れない」の法律要件としての特色

事実上の親子関係の存否不明の場合にはどうすべきかという問題（証明責任の問題）の解決策とその実質的根拠は上に述べた通りである。最後にこの款では「知れない」は法律要件としてどんな特色を持っているかを検討する。

## 第1 裁判官の心証

国籍法2条3号の「知れない」は事実上の親子関係の存否不明の場合を含むものと解釈することができるかを検討しよう。

まず、民法規定を考える。「Tの事実が存在する場合にはRの権利が発生する」と定める民法規定の多くにおいては、Tの存在の証明責任を権利者が負担する（＝存否不明は不存在として扱われる）。ところで、Tの存否不明の場合に権利者が敗訴するのは実体法の適用・不適用を裁判官に命ずる証明責任規範に基づくと考えられており、その民法規定が「Tが存在する旨の確信を裁判官が抱いた（＝Tが存在する旨証明された）場合にはRの権利が発生する」と解釈されたわけではない<sup>23)</sup>。

それでは、国籍法2条3号の「知れない」はどうか。民法上の法律要件（例えば、「買主カ之ヲ知シラサリシトキ」民566①前。「売主カ〔……〕知ラサリシ場合」民562①。他に、民112但、117②）が事実を描写することばであるのに対して、国籍法2条3号の「知れない」は裁判官がした事実認識の内容（裁判官の心理状態）を描写することばである。すなわち、甲裁判官が子と特定の女との間の事実上の親子関係につき存在（または、不存在）の確信を抱いたことを乙裁判官の立場に立って表現すると「事実上の母は甲裁判官に知れた（または、知れない）」となるのである（図1参照）。このように、「知れない」は事実を描写することばではなく裁判官の心証を表現することばであるから<sup>24)</sup>、「知れない」ということばの意味を拡張して存否不明の心証を含ませることが可能である。そして、事実上の親子関係の存否不明は不存在と同じく扱うべきであるから（前出第1款第1）、国籍法2条3号の「知れない」は事実上の親子関係の存否不明の場合を含む<sup>25)</sup>、と解釈すべきであろう。

## 第2 裁判官の心証の証明

### 1 心証の証明

上に見たように、「母が知れない」、「母が知れている」とは、事実上の親子関係の存否に関して裁判官が形成した心証を表現することばである。従って、「知れていることを証明する」、「知れないことを証明する」という考え方は心証形成の結果を証明するという考え方であり、それ自体矛盾である（「知れないを証明する」とは正確には次の場合を指す。すなわち、甲裁判官がどんな心証を得

たかを乙裁判官が認定する場合である。この場合には「母が甲裁判官に知れないことを乙裁判官の面前で証明する」といえる）。また、この考え方をすると、裁判官は何の存在・不存在に関して心証を形成すればよいのかわからないし、訴訟当事者も何の存在・不存在を裁判官に確信させようとして証明活動をすればよいのかわからない。従って、このような考え方をすべきではないと思われる。「知れないことの証明」という考え方が持つ本質的な問題点は、このように、消極的事実の証明という点にあるのではなく、心証形成の結果を証明するという考え方をする点にある。

もっとも、特定の女が事実上の母であることを証明すれば直ちに母が知れる（図2の①）から「母が知れていることを証明する」という考え方には実際には不明確さは少ない<sup>26)</sup>。これに対して、「母が知れないことを証明する」という考え方をすると、裁判官は心証形成の対象が何であるかが全くわからないし、訴訟当事者は証明活動の目標が何であるかが全くわからない（特定の女が事実上の母であるか否か不明な場合も「知れない」に該当するから）。従来の学説<sup>27)</sup>が「知れない」の証明は困難である、というのはこの点を指摘するものといえることができる。

## 2 アンデレ事件の各判決

アンデレ事件では、どの審級の判決も、基本的には、「母が知れない」、「母が知れている」をもって証明の対象であるととらえていることは既に見た通りであり、その際、判旨の該当部分を引用した（前出第1章第2節第1参照。ただし、第1審判決と最高裁判決では判決文が展開するにつれて証明の主題が次第に明確になっている。これについては前出第3章第4節第1款第5参照）。ここでは、判旨の他の部分を手掛かりとして、各審級の判決が何をもって証明の対象（証明の主題と間接事実）としているかを見る。

(1) まず、第1審判決は争点2に関する判旨において「その者の出生当時の状況〔A〕などにより、そのような事情の下においては、通常は父母をともに知ることができない〔B〕であろうと考えられる程度に事実を立証すれば足り」という。これは、「父母をともに知ることができない〔B〕」をもって証明の主題と考え、また、間接事実Aによる証明を考えているといえる。

第1審判決はまた「反証として父又は母が知れていることを立証するについ

ては〔……〕父母のいずれかについて、子にその親の国籍取得を可能にしうる程度にこれを特定して示す必要があるものというべきである。」という。この傍点部分は子と特定の男女との間の事実上の親子関係をもって証明の主題と考えるものであろう。

(2) 次に、控訴審判決は「挙証責任のあるXが『父母がともに知れない』ことを窺わせる事情を立証しても、相手方であるYにおいて、『父又は母が知れている』ことを窺わせる事情を立証し、一応父又は母と認められる者が存在することを窺わせる事実を立証したときは、『父母がともに知れない』ことについての証明がないことになるというべきである。』という。この判旨の初めのふたつの傍点部分はそれぞれ「知れない」こと、「知れている」ことが証明の主題であると考えているが、3番目の傍点部分は「父又は母と認められる者が存在すること」を証明の主題としているから、子と特定の者との間の事実上の親子関係を証明の主題としているといえる。また、傍点部分はすべて間接事実による証明を考えているといえる。

(3) 最高裁はどうか。

まず、争点2に関する判旨における「出生時の状況等その者の父母に関する諸般の事情〔A〕により、社会通念上、父及び母がだれであることを特定することができない〔B〕と判断される状況にあることを立証すれば」という部分は「父及び母がだれであることを特定することができない〔B〕」ことをもって証明の主題としている。そして、「父及び母がだれであることを特定することができない〔B〕」は裁判官の心理状態であるから、先に引用した部分は裁判官の心理状態をもって証明の主題と考え、また、間接事実Aによる証明を考えているといえる<sup>28)</sup>。

次に、争点2に関する判旨における「国籍の取得を争う者が〔……〕ある者がその子の父又は母である〔B〕可能性が高いことをうかがわせる事情〔A〕が存在することを立証〔する〕」とは、子と特定の者との間の事実上の親子関係〔B〕の判断に役立つ間接事実〔A〕を証明する、という意味であるから、ここでは証明の主題を正確にとらえているといえる。

また、争点3に関する判旨における「Yは、Xの母とロゼテ本人とが同一人である〔B〕可能性のある事情〔A〕を立証している。、〔Xの母とロゼテ本人との同一性〔B〕について疑いを抱かせるような事情〔A〕が存在することも、原審

の適法に確定するところである。」ということばも、ふたりの同一性〔B〕の存在・不在の判断に役立つ間接事実〔A〕の証明という意味であり、従って、証明の主題を正確にとらえているといえる。

## おわりに

以下では、本稿で得られた結論をまとめる。

国籍法2条3号の法律要件たる「父母がともに知れない」の特色は次の3点である。

第1に、「知れない」という要件が充足されたか否かを判断するためにはいくつかの段階を経る必要がある。すなわち、証明の最終的な対象（主題、目標）は子と特定の男女との間の事実上の親子関係の存在・不在であるが、これを証明するためにはその存否の判断に役立つ事実（間接事実）を証明する必要がある。そして、事実上の親子関係に関して裁判官が得る心証は3通りあり、これがふたつに分けられて各々が「知れない」と「知っている」になる。

第2に、「知れない」、「知っている」は裁判官の得た心証を表現することばであり、民法上の通常の法律要件（事実を描写することば）とは異なる。すなわち、「知れない」はその意味として証明責任による解決を含んでいるのであり、従って、「知れない」は証明の対象・心証形成の対象ではない。

第3に、「知っている」場合とは事実上の親子関係の存在の確信を得た場合であるのに対して（一義的）、「知れない」場合とは不在の確信の場合と存否不明の心証の場合とを含むから（二義的）、この点で後者はあいまいである。

従来の学説は第3点（「知れない」のあいまいさ）を明確に認識していたし、第1点（間接事実による証明の必要性）についても同様であろう。第2点はどうか。従来の学説は「知れない」が証明責任による解決を含意していると解していたが（前出第3章第4節第1款第3参照）、「知れない」、「知っている」をもって証明の対象とする考え方（前出第3章第4節第2款第2参照）から脱却していなかったといえよう<sup>補注</sup>。

### 注

1) 国籍法2条3号の改正論については、例えば、奥田〔1995②〕28-29頁四、同

[1996①] 90-92頁, 山本 [1995] 26-28頁参照。

1a) 綿引 [1995] と同 [1997] を比較すると, [1997] の「3 『父母がともに知れないとき』に当たることの立証」と題する項目の本文は [1995] におけるそれとほとんど変わらないが, それ以外の項目は書き改められて詳細になり, [1997] では新たに全体にわたり注が付されているので, 本稿では原則として [1997] から引用することにする。

2) 江川・山田・早田 [1997] 76頁は「血統主義を貫くならば, 出生による無国籍者の発生を防止することのできない場合を生ずる。血統主義によるだけでは, 父母がともに知れないかまたは国籍をもたない場合には, 子の国籍を決定しえず, 子は無国籍者とならざるをえない。」といい, 同77頁は国籍法2条3号の立法趣旨について, 「この規定は, 子の出生による国籍の取得について血統主義を貫く場合に生ずる無国籍の防止のため, 血統主義の補則として生地主義を採用したものである。」という。また, 奥田 [1995②] 26頁二は「血統にしたがって国籍を決定するためには, 少なくとも親の一方が特定され, かつ親自身が国籍を有している必要がある。逆にいえば, 『父母がともに知れないとき, 又は国籍を有しないとき』には, 血統にしたがって国籍を決定することができない。」という。

国籍法2条3号の沿革については奥田 [1994①] (上) 14-15頁参照。同条同号の立法趣旨については同 (下) 46-48頁参照。

3) 黒木・細川 [1988] 296頁 (細川清) は「国籍法2条3号は, 同条1, 2号とは異なり, 父母がともに知れないことの基準時点を定めていない」という。

4) 江川・山田・早田 [1997] 81-82頁参照。なお, 欧 [1969] 304-307頁, 310-311頁参照。

4a) 綿引 [1997] 214頁は「国籍の取得を争う者が, 子の父又は母が氏名, 本籍, 住所, 出身地, 生年月日等によって特定された者 (本件ではロゼテ本人) であることについて立証活動を行い」といい, 証明の対象を正確にとらえている。

4b) 松本 [1995] 50頁(2)④は次のようにいう。

「『父母がともに知れない』という要件に関して言えば, 父または母と想定される者 (本件では『ロゼテ本人』) について, その者が父または母でないことを証明してこれを排除する方法によることができ, それ以上に考えられるあらゆる抽象的な可能性の排除までも要求されないものであり, 決して『悪魔の証明』を要求することにはならない [……]。」

ただし, 山田由紀子 [1995①] 94頁は次のようにいう。

「『知れない』ということの証明は, 『悪魔の証明』と呼ばれるほど難しい証明である。[……] 母親が『知れない』(わからない) という証明ということになると, 極端な話, 世界中の女性についてAさんでもなくBさんでもなくCさんでもない, というふうに否定していくのでもない限り, 完全な証明はできない。」

5) 上告理由も間接事実による証明に言及する。民集103頁, 106頁。

間接事実に関連して間接反証に言及するものがある。例えば, 徳岡 [1996] 151頁三は次のようにいう。

「本件のような場合には, むしろ, 次のように考えることができると思われる。」

まず、国籍の取得を主張する者は、裁判所に『父母がともに知れない』との心証を抱かせるような状況事実を間接事実として主張・立証し、これにより『父母を特定するに至らない場合』という主要事実の存在の推定を働かせる。これに対して、国の方で、間接反証により、このような状況事実（間接事実）と両立し得る別個の間接事実（すなわち、特定するに足る具体的事実）を主張・立証（本証）することにより、この『父母を特定するに至らない場合』という主要事実の存在の推定をくつがえすこと（すなわち『父母を特定するに至らないとはいえない場合（換言すれば、特定される場合）』に該当することの立証）が必要である。』

アンデレ事件の最高裁判決に関して吉原〔1995〕20頁も間接反証に言及する。また、奥田〔1996②〕54-55頁参照。

中野貞一郎・松浦馨・鈴木正裕編『新民事訴訟法講義』312-314頁（青山善充）〔有斐閣、1998〕は認知の訴えにおける父子関係を例として間接反証を説明している。ただし、新堂幸司『新民事訴訟法』496-497頁注2〔1998、弘文堂〕、高橋宏志『重点講義民事訴訟法』377-382頁〔1997、有斐閣〕は間接反証の考え方に反対する。

因みに、アンデレ事件ではロゼテ本人とAとの同一性を肯定する方向に働く諸事実のみを総合してふたりの同一性を判断したとしても裁判官は「ふたりは同一人である。」旨の確信を得るには至らないであろう。最高裁の「Yは、Xの母とロゼテ本人とが同一人である可能性がある事情を立証している。」ということばはこれを示す。従って、アンデレ事件では間接反証の考え方が働くための要件は存在しないと思われる。

- 6) 国籍取得を争う者が証明責任を負担すると解すべきである、とするのは、鳥居〔1994〕173頁二、大村〔1994〕140頁四、奥田〔1995①〕247頁三、奥田〔1995②〕28頁三である。佐野〔1993〕129頁三もこれに近い。

国籍取得を主張する者が証明責任を負担すると解すべきである、とするのは、綿引〔1995〕227頁二、松本〔1995〕50頁2①、木棚〔1996①〕963頁、綿引〔1997〕215頁である。吉原〔1995〕21頁もこれに近い。

- 7) 綿引〔1995〕227頁二、同〔1997〕215頁。木棚〔1996①〕963頁も同旨。  
8) 奥田〔1995②〕28頁。  
9) 木棚〔1996④〕965頁注27。また、綿引〔1997〕217頁注7参照。  
10) 個人の同一性の有無の判断に必要な事実の点では国の情報量・調査能力は大きいといえる。就籍許可事件（戸籍110①）において収集すべき事実に関して、斎藤秀夫・菊池信男編『注解家事審判規則〔特別家事審判規則〕（改訂）』534-535頁（大森政輔）〔青林書院、1994〕参照。また、鳥居〔1994〕173頁二参照。

木棚〔1996〕962頁はA（原告の母）に関する手掛かりに言及し、子の情報量・調査能力が国のそれよりも劣るとはいえないという。吉原〔1995〕21頁も同旨。

アンデレ事件に関する従来の研究では、国の情報量・調査能力が優越していると考えられる説が多い。佐野〔1993〕129頁三「当事者と証拠との距離」、鳥居〔1994〕173頁二「調査および証拠収集において圧倒的優位にたつ国」、松本〔1995〕50頁②「情報の偏在」、51頁③「情報不均衡」。これらの説は個人の同一性の判断に必要な事実を念頭に置いているものと思われる。

- 11) 高橋（前出注5）396頁。
- 12) 高橋396－397頁。
- 13) 松本〔1995〕は国籍取得を主張する者（原告）に客観的証明責任を負担させつ次のようにいう。

〔Xがロゼテ本人について情報を得ることは著しく困難であるか、またはほとんど不可能であるが、出入国を管理するYがこの点の情報を有し、また調査能力を有しており、それゆえ、「父母がともに知れないこと」を否認するYに、期待可能な範囲において否認の具体的な事実の陳述と証拠の提出を要求することは信義則に適い、事案の解明に役立つという事情もある。このような立証の困難と情報の偏在に鑑み、最高裁は〔……〕Xの証明負担を大幅に軽減したと解することができよう。〕（50－51頁②）

〔最高裁が〕当事者間の情報不均衡に鑑み、信義則に基づき、証明責任を負わない当事者〔被告〕に主張＝証明義務を課したと解する方が適切であり、近時の判例の流れにも沿うように思われる。この立場に立つ場合、原告の方も単に抽象的に『父母がともに知れない』と主張するだけでは足りず、出来るかぎり具体的事実をもってこれを主張することを要すると解すべきであるから、この要件の具備を窺わせる具体的な事実の陳述を必要とすると解すべきである。本件では、このような事実陳述はなされていたと見ることができる。〕（51－52頁③）

これは、原告に客観的証明責任を負担させつつ、立証の困難と情報の偏在に鑑み被告（国）に主張＝証明義務を課し、さらに原告にも具体的事実の主張を要求する見解であると思われる。

- 13a) アンデレ事件ではカルテ・入院証書などの書類に記載された氏名などは「乙」の符号の付された書証に基づいて認定されている。第1審につき民集183－184頁（2－5）、控訴審につき民集194頁3、203－204頁2（一）。従って、それらの書類の記載内容は被告（国）が主張したものと思われる。書証に付す甲乙の符号については、新堂幸司他編集代表・吉村徳重他編集『注釈民事訴訟法7』33－35頁（エ）（西野喜一）〔有斐閣、1995〕参照。いずれにしてもアンデレ事件では事案解明は十分に行なわれたといえるであろう。
- 14) 佐野〔1993〕128頁（1審判決につき）、佐野〔1994〕127頁3（1審判決につき）、松本〔1995〕50－51頁①②（最高裁判決につき）、東〔1995〕64－65頁2、3（1審判決と最高裁判決につき）、木棚〔1996①〕963頁（最高裁判決につき）、江川・山田・早田〔1997〕79－80頁（最高裁判決につき）。
- 15) 判旨の傍点部分は分かりにくい。奥田〔1995①〕247頁は「父母が特定され、かつ国籍を有していても、父母の本国が生地主義を採用している場合には、他国で生まれた子に国籍を付与しないことがあるから〔……〕、父母の特定だけで子の国籍を決定できるかのように述べている部分は疑問である。」という。奥田〔1995②〕27頁二は「親の特定は〔……〕親の事実上の判明だけを指しているから、子の国籍を決定するためには、さらに、①法例が指定する準拠法によって、法律上の親子関係が成立しているか否か、②親自身が国籍を有しているか否か、国籍を有しているとしても、どの国の国籍を有しているのか、③親の本国の国籍法によって、子が国籍を取得

するの否か否か、という問題をクリアする必要がある。したがって、親の特定ということから、直ちに「その者の国籍に基づいて子の国籍を決定することができる」とする点は、若干ミス・リーディングであった〔……〕。』という。

- 16) 奥田〔1995②〕28頁三は「〔最高裁〕判決は、無国籍の防止という規定の趣旨を立証責任にも反映させるために、父母を特定する責任をYに負わせたのである。」という。同〔1996②〕57頁も同旨。徳岡〔1996〕151頁二は、最高裁は証明責任に関する判断(C)を国籍法2条3号の立法趣旨(B)から引き出した、という。

最高裁は証明責任に関する判断(C)を国籍法2条3号の「知れない」の意味(A)から引き出した、という理解は従来の学説にも見ることができる。例えば、綿引〔1997〕は次のようにいう。

「争点1についての本判決の判断によれば、右のaの場合はもとより、bの場合も請求原因が認められる場合に含まれるのであって、bのような事実を立証しただけでは、いまだ請求原因が認められるという状況に変わりはないことになるものと思われる。本判決が、国籍の取得を争う者が、反証として、ある者がその子の父又は母である可能性が高いことをうかがわせる事情が存在することを立証しただけで、その者がその子の父又は母であると特定するには至らないときは、反証が成功したとはいえないとしたのはこの趣旨をいうものであろう。」(214頁)

「右cの場合以外は、すべて『父母が知れない』という要件に該当することになるのは、法2条3号が、その子の父母が特定の者であるかどうか不明であるというグレーゾーンにある場合をも日本国籍を取得することができる場合に取込んだことの論理的帰結であるといえよう。」(215頁)

吉原〔1995〕21頁、木棚〔1996①〕962-963頁も最高裁は証明責任に関する判断(C)を国籍法2条3号の「知れない」の意味(A)から引き出したという。また、松本〔1995〕52頁④参照。

なお、江川・山田・早田〔1997〕80頁は争点2に関する最高裁の判旨について「これは、『父母がともに知れないとき』という要件事実の立証は実際上きわめて困難であるという理由から、できるだけそれを緩和するという立場を示したものであ〔る……〕。』という。

- 16a) 奥田〔1996②〕57頁は「地裁判決〔……〕は、無国籍の防止という立法趣旨を立証責任の分配に反映させたのである。」という。

- 17) 証明の程度について次のような問題がある。A国(例えば、フィリピン)の公的機関(裁判所、行政庁など)が子とA国民との間に事実上の親子関係が存在する旨の判断をするために必要な・証明の程度が、日本の裁判所が同様の判断をするために必要な・証明の程度より高いと仮定する。この場合には、日本の裁判官が得た確信がA国の基準に達しないときに日本の裁判官が「子の母が知れている」と判断したとしてもその子はA国(の公的機関)ではA国民としては扱われない。そこで、上の場合には日本の裁判官はその確信の程度がA国の基準に達しなければ「母が知れない」ものと判断すべきであろうか。

国籍法2条1、2号と3号とは表裏一体の関係に立っていること(つまり、国籍法2条3号の立法趣旨は血統主義に本質的に内在する無国籍の可能性を除去するところ

にあり、日本の国籍法と外国の国籍法との違いに基づいて無国籍が発生することを防止することは同条同号の目的ではない)に鑑み、同条1, 2号の適用に必要な確信の裏側をもって同条3号前段の適用の要件とすべきであり、日本の国籍法がその基準(境界線)を定めることができると解すべきであろう。

なお、最高裁判決の「その者が特定されて初めて、その者の国籍に基づいて子の国籍を決定することができる」という判旨は、ある者と子との間の事実上の親子関係を認定するためにどの程度の確信が必要かはその者の本国法が決める、という意味に理解すべきではあるまい。吉原〔1995〕18頁はこの最高裁の判旨について「第1審判決のように、子に国籍を付与することが可能な程度に父母のいずれかが特定されていることを要求するものであるとするならば、国籍を付与するか否かは本来各国の主権に属する事項であることにかんがみ、適当ではないというべきであろう。」といい、これに対して綿引〔1997〕217頁注5は「父母の所属国が子にその国籍の付与を認めるか否かの問題と国籍法2条3号の要件を充足するとして日本国籍が認められるか否かの問題は、理論上別個の問題である。『父母がともに知れないとき』の意義に関する本判決の判断は、国籍法の執行に当たる我が国の国家機関において、氏名、本籍、住所、出身地、生年月日等によって特定された個人が子の父又は母であると認定できるのでない限り、子に日本国籍を付与すべきことを判示したものである。」という(傍点は原文)。また、佐野〔1993〕127頁二(1審判決の解説)参照。

なお、奥田〔1994②〕289頁四はロゼテ本人とXとの間の事実上・法律上の母子関係の成立を肯定した控訴審判決について「〔本件では〕フィリピン大使館がXのフィリピン国籍を否定したように、〔……〕フィリピン憲法の国籍規定を適用できる程度に、母が特定しているとはいえない。〔……〕本件では、父母の本国の国籍法を適用できる程度に、父母が判明しているかどうかを判断すべきであった。」という。また、木棚〔1996①〕958-960頁参照。

- 18) 従来<sup>1)</sup>の学説も、第1審判決と最高裁判決は国籍取得を争う者に実質的に証明責任を負担させる趣旨である、と理解している。すなわち、佐野〔1993〕129頁三「〔第1審判決は〕実質上、『父母のいずれかが知れている』ことについて被告に立証責任を負担させたのと同様の結果となっている。」、鳥居〔1994〕173頁二「〔第1審判決〕が、かたちのうえでは、Xに国籍法2条3号の要件事実の立証責任があるとしながらも実質的には、国の側に立証責任を負わせたのを評価するものではあるが〔……〕。」、吉原〔1995〕20頁「〔最高裁判決〕は、反証に本証(自己が証明責任を負う事実を証明するための証拠)と同程度の立証負担を要求している点で、立証責任を事実上転換したものである。」、早田〔1995〕271頁二「立証責任についての〔最高裁〕判決の所論は、基本的に第1審判決のそれと趣旨を同じくするものであり、実質的には、父母のいずれかが知れていることの立証責任を国籍の取得を争う国側に負担させたのと同様の結果を導く。」、奥田〔1995②〕28頁三「〔最高裁判決は〕実質的に立証責任の転換を図った。」、山本〔1995〕21頁「〔第1審判決は〕実質的に立証責任を逆転させている。」、徳岡〔1996〕151頁二「〔最高裁判決は〕実質的に立証責任を転換している。」である。東〔1995〕64-65頁2奥田〔1996②〕56頁も第1

審判決と最高裁判決につき同旨。

- 19) 本文でこれまでに見たように、第1審判決と最高裁判決は国籍取得を争う者に証明責任を負担させたと理解し得る。従って、両判決がXの請求を認容した理由は次の通りであると思われる。①ロゼテ本人とAとの同一性（＝ロゼテ本人とXとの間の事実上の母子関係の存否）は不明である。②その存否不明は不存在として扱うべきである（Yが証明責任を負担する）。③従って、Xの事実上の母は知れないからXは国籍法2条3号前段に基づいて出生時に日本国籍を取得したものとすべきである。

ところで、争点2に関する判旨の冒頭で、第1審判決は「自己が日本国籍を有することの確認を求める訴訟においては、自己に日本国籍があると主張する者が、国籍取得の根拠となる法規に設定された要件に自己が該当する事実を立証しなければならないものであり、国籍法2条3号の『父母がともに知れない』という要件についても、これと異なるところはないとすべきである。」といい、最高裁判決は「法2条3号の『父母がともに知れないとき』という要件に当たる事実が存在することの立証責任は、国籍の取得を主張する者が負うと解するのが相当である」という。これはどのように理解すべきであろうか。

まず、母は知れないか知れているかのどちらかでありその真偽不明はあり得ないから（後出第2款参照）、上記の引用文が文字通り「父母がともに知れない」の証明責任を判示したものとすればそれ自体として無意味な判旨である。

次に、上記の引用文が子と特定の者との間の事実上の親子関係の不存在の証明責任を原告に課す趣旨であるとすれば傍論（＝事案の解決に不必要な命題）と解すべきであろう。

- 20) 奥田 [1994②] 289頁三は「〔控訴審判決の〕判旨2は判旨1と矛盾するのではないか、という疑問が生じる。」「〔判旨1で国籍法2条3号の立法趣旨などを述べているのに対して〕判旨2は、被告側の反証責任について、『一応父又は母と認められる者が存在することを窺わせる事実を立証』すれば足りるとしており、国籍法2条3号の立法趣旨が解釈に生かされていないように思われる。」という。山本 [1995] 22-23頁も同旨。

上告理由も控訴審判決のこの点の矛盾を指摘している。民集94頁，100頁。

- 20a) 控訴審判決がXの請求を棄却した理由は次の通りであると思われる。①ロゼテ本人とAとの同一性の存否（＝ロゼテ本人とXとの間の事実上の親子関係の存否）は不明である。②その存否不明は存在として扱うべきである（Xが証明責任を負担する）。③従って、ロゼテ本人はXの事実上の母である。④ふたりの間には法律上の親子関係が成立し、民集209-210頁、従って、Xの法律上の母は知れている。⑤ロゼテ本人はXの出生時にフィリピン国籍を持っていた。⑥従って、Xは国籍法2条3号の前段にも後段にも該当しないから日本国籍を取得しない。

すなわち、控訴審判決が第1審判決・最高裁判決と異なりXの請求を棄却した原因は控訴審判決が他の2判決と異なり証明責任をXに負担させた点に求めるべきであろう。綿引 [1997] 213頁3は「1, 2審の判決の結論が異なった最大の原因」は証明責任の所在に関する判断の違いにあるといい、奥田 [1995②] 27頁三も1, 2審の判決につき同旨。

これとはやや異なり、①控訴審は第1審と異なり証明責任をXに負担させ、②控訴審は第1審と異なりロゼテ本人とAとの同一性の存在の確信を抱いた、と理解することも可能であろう。佐野〔1994〕127頁三、塚本〔1994〕301頁は実質的にはこの理解をする。

また、松本〔1997〕52頁(3)は「〔控訴審は〕実際のところは、ロゼテ本人とAとの同一性につきほとんど確信を得ていたのであろう。」という。

なお、綿引〔1997〕218頁注8は、控訴審がふたりの同一性につき存否不明の心証を得たのか、それとも、存在の確信を得たのかは「必ずしも明らかであるとはいえないように思われる。」という。

20b) 控訴審判決は争点2に関する判旨の冒頭で「自己が日本国籍を有することの確認を求める訴訟においては、自己に日本国籍があると主張する者が、国籍取得の根拠となる法規に規定された要件に自己が該当する事実を主張立証しなければならぬものであり、本件要件〔国籍法2条3号の「父母がともに知れないとき」〕についてもこれと異なるところはないと解するのが相当である。」といい、「父母がともに知れない」の証明責任を原告に課すが、正確には、子と特定の者との間の事実上の親子関係の不存在の証明責任を原告に課す趣旨であろう。

21) 本証と反証の意味については、新堂（前出注5）461頁参照。

22) 前出注19参照。

22a) 木棚〔1996①〕961－962頁は次のようにいう。

「本件判決は、国籍の取得を主張する者が出生時の状況等その者の父母に関する諸般の事情により、社会通念上、父及び母が誰であるかを特定することができないと判断される状況にあることを立証すれば、『父母がともに知れない』という要件に当たると一応認定することができることを前提として、反証によって、ある者がその子の父または母である可能性が高いことを窺わせる事情を立証しただけでは、このような認定を覆すことができないとしているに過ぎない。」

22b) 多くの学説は最高裁判決をこの意味に理解している。綿引〔1997〕214頁は「本判決が、国籍の取得を争う者が、反証として、ある者がその子の父又は母である可能性が高いことをうかがわせる事情が存在することを立証しただけで、その者がその子の父又は母であると特定するには至らないときは、反証が成功したとはいえないとしたのは〔……〕。」という。吉原〔1995〕20頁は「本判決は、反証に本証（自己が証明責任を負う事実を証明するための証拠）と同程度の立証負担を要求している点で、立証責任を事実上転換したものとすることができる。」「本判決のいう『反証』とは、これまでに例のない概念であるということができよう。」という。松本〔1995〕52頁④は「本判決において特徴的なこととして、このYの反証に対する要求が極めて高いことが特筆されなければならないであろう。」という。東〔1995〕65頁3は「反証として〔……〕本判決は、父又は母を特定できる程度の事実の立証を要求するのである。」という。奥田〔1995②〕28頁三は「本判決は、Yに重い反証責任を負わせることによって、実質的に立証責任の転換を図った。」といい、同〔1996②〕57頁は「〔最高裁によって〕国側の反証が不十分であるとして、国籍法2条3号の適用が認められたのである。」という。石川〔1996〕250頁は最高裁のいう「反証」につい

て、「従来の一般的な議論とは異質なものがあるように思われる。」という。佐野〔1996〕14頁二は「〔最高裁判決は〕反証する側にかえて『父母の特定』を求めている。」という。

- 23) 「実体法は法律要件が存在するときに適用される」という考え方と「実体法は法律要件が証明されたときに適用される」という考え方の違いと証明責任規範については、新堂（前出注5）484頁注1、高橋（前出注5）348頁注7参照。
- 24) なお、民法にも、「不在者ノ生死分明ナラサルトキ」（民26。他に、27②、30①）、「他ノ者ノ死亡後尚ホ生存シタルコト分明ナラザルトキ」（民32の2）、「配偶者の生死が3年以上明かでないとき」（民770①Ⅲ）、「相続人のあることが明かでないとき」（民951）のような要件がある。これらの要件がどんな特色を持っているか検討する余裕はなかった。
- 25) 綿引〔1997〕215頁は「法2条3号が、その子の父母が特定の者であるかどうか不明であるというグレーゾーンにある場合をも日本国籍を取得することができる場合に組み込んだ」という。
- 26) 山田由紀子〔1995①〕94頁、大村〔1996②〕125頁参照。
- 27) 佐野〔1993〕128頁、山本〔1993〕23頁二、鳥居〔1994〕173頁二、佐野〔1994〕127頁三、松本〔1995〕50頁②。
- 28) 綿引〔1997〕213頁は最高裁判決について次のようにいう。

「本判決〔は〕、国籍の取得を主張する者が、出生時の状況等その者の父母に関する諸般の事情〔A〕により、社会通念上、父及び母がだれであるかを特定することができない〔B〕と判断される状況にあることについて立証すれば、右要件に当たることの立証がされたと見ることができるとしたものである。本判決のこの判断は、『父母がともに知れないとき』という要件を、子の父母に関する諸般の事情〔A〕が、社会通念上、父母がだれであるかを特定できない〔B〕と評価されるようなものであることを意味する一種の規範的な要件であるととらえたものと理解できる。」

「知れない」と規範的要件については、また、東〔1995〕65頁3、奥田〔1995②〕27頁三参照。

民法上の規範的要件（民709の過失など）と「知れない」は、ある点では類似し、別の点では相違する。

まず、過失を証明することはできず、過失を基礎付ける事実（脇見運転など）を証明することしかできない。高橋（前出注8）270頁。同様に、「知れている、知れない」を証明することはできず、「知れない」か否かの判断を基礎付ける・事実上の親子関係の存否を証明する（むしろ、事実上の親子関係の存否の判断を基礎付ける間接事実を証明する）ことしかできない。この点で過失と「知れている、知れない」は類似している。

しかし、過失が客観的事実（脇見運転など）を法的に評価して表現することばであるのに対して「知れている、知れない」は裁判官の主観（心理状態）を表現することばである（図3参照。しかも、裁判官の心理状態を法的に評価して表現しているわけではない）。このために、過失を基礎付ける事実（脇見運転など）を証明することができるのに対して「知れている、知れない」を基礎付ける事実（存在・不存在の確信、

存否不明の心証)を証明することはできない。要するに、過失を証明することができないのは過失が客観的事実を法的に評価して表現することば(規範的概念)だからであるのに対して、「母が知れない」を証明することができないのは「母が知れない」が裁判官の心理状態だからである(図3参照。因みに、甲裁判官の心理状態はそれ自体事実であるから「母が甲裁判官に知れない」ことを乙裁判官の面前で証明することは可能である)。この点で過失と「知れない」は存在の平面を異にするのである。

最高裁は、本文で述べた通り、間接事実Aの証明を通じて「父及び母がだれであるかを特定することができない[B]」ことを証明するという考え方に立っているから、この点では最高裁は過失と「知れない」を同じく扱っている。上の引用文は最高裁のこの扱い方を指摘するものであろう。

補注)「国籍法2条における表と裏——同条3号の本質——」

最後に、事実上の親子関係が国籍法2条においてどのような地位を占めるかを検討し、合わせて、同条3号の特色を検討する。

① 国籍法2条3号の適用の際の判断順序は、通常は、以下の通りであると思われる(以下では事実上の父が誰であるか判明しない場合を念頭に置く)。

まず、日本で生まれた子の事実上の母が誰であるかを判断する。すなわち、子と特定の女との間に事実上の親子関係が存在するか否かの判断である。これが否定された場合には母が「知れない」から子は日本国籍を取得する。国籍法2条3号前段。

次に、ふたりの間に事実上の親子関係が存在するという結論を得た場合には法律上の親子関係が子の出生時に成立したか否かを判断する。成立しなかったという結論を得たときには母が「知れない」から子は日本国籍を取得する。国籍法2条3号前段。

次に、ふたりの間に法律上の親子関係が子の出生時に成立したという結論を得た場合(=母が知っている場合)には母が子の出生時にどの国の国籍を持っていたかを判断する。母が無国籍であるという結論を得たときと母の国籍が不明であるという心証を得たときには子は日本国籍を取得する。国籍法2条3号後段。父母の国籍不明の場合の根拠条文については江川・山田・早田[1997]82-83頁参照。

次に、母が子の出生時に国籍を持っていたという結論を得た場合には国籍法2条3号は適用されない(母の国籍が日本国籍であれば子は国籍法2条1号に基づいて日本国籍を取得し、外国国籍であれば子は日本国籍を取得しない)。

要約すれば、国籍法2条3号の適用の際には次の3問題を次に掲げる順序で解決することが必要であると通常は考えられている。すなわち、第1に子と特定の女との間の事実上の母子関係の存否であり、第2に子とその女との間の法律上の母子関係の成否であり、第3にその女の国籍(有無、どの国の国籍か)である。奥田[1995②]27頁二は以上の3点をこの順序で列挙する。木棚[1996④]959頁も同旨と思われる。また、江川・山田・早田[1997]79頁が「父母がともに知れないときというのは、父母が誰であるか事実上判明しない場合および父母が事実上判明していても父母と子の間に法律上の親子関係が存在しない場合をいう。」というのも上記の第1問題と第2問題を別個の問題とする趣旨であろう。本稿もこの3つの問題を区別する立場に立つて、そのうちの第1問題を考察したのである。

上記の3つの問題を上記の順序で判断すべきであるとする、一応次のことがいえる。すなわち、第1点として、事実上の母が誰であるかを確定する前に法律上の親子関係の成否を検討する必要はない。第2点として、事実上の母が誰であるかを確定する前に母である可能性のある女の国籍を調べる必要はない。奥田〔1994②〕289頁四、綿引〔1995〕226頁一、早田〔1995〕271頁一、奥田〔1995②〕27頁二（前出注15参照）、木棚〔1996〕957-958頁、綿引〔1997〕212-213頁、江川・山田・早田〔1997〕81頁は第1点を指摘し、奥田〔1994②〕289頁四は第2点を指摘する。

② しかし、事実上の親子関係の成否（上記①の第1問題）を独立した問題として扱うべきかは検討の余地がある（なお、「父母の少なくとも一方が……」とか「父母がともに……」と表現すると煩雑であり、その結果、複数の要件が相互にいかなる関係に立っているか見通せなくなるので、以下では母により父母を代表させる。また、以下では基準時はすべて子の出生時である）。

世界中の国が父母両系血統主義を採用したものと仮定すると、裁判官が「この子はS国の国籍を取得した」旨の判断をするためには、裁判官が子と甲野花子（住所、氏名、生年月日、職業などにより特定された者）の間に法律上の母子関係が成立すると判断し（A）、かつ、裁判官が「甲野花子はS国の国籍を持っている」と判断する（B）ことが必要にして十分である（国籍法2条1号はこれを日本国籍について定めたものである）。

従って、上の仮定の下では、次の場合には、裁判官は子が国籍を取得した旨の判断をすることができない。すなわち、裁判官が子と甲野花子の間に法律上の母子関係が成立しないと判断するか（非A）、または、裁判官が甲野花子は無国籍（もしくは、国籍不明）であると判断する（非B）場合である（裁判官の視野に入った女を問題にすれば足りることについては、前出第3章第3節第2参照）。

非Aと非Bの総和は国籍法2条3号の前段の要件と後段の要件の総和と一致する。また、非Aは同条3号前段の「法律上の母が〔……〕知れないとき」と一致する（「知れない」とは「裁判官に知れない」という意味であるから。前出第3章第3節第2参照）。非Bは同条3号後段の「法律上の母が〔……〕国籍を有しないとき」を含むが、それより広い（非Bは法律上の親子関係の成否を問わないから）。

上述したところから次のことが分かる。すなわち、世界中の国が父母両系血統主義を採用したという仮定の下では、子が出生により親の国籍と同じ国籍を取得したか否かの判断（補充的生地主義により生地の国籍を付与すべきか否かの判断）は、子と特定の女との間の法律上の母子関係の成否の判断と、その特定の女の国籍の調査により構成されるのである。従って、事実上の親子関係の存否を独立の問題として位置付けるべきではなく、法律上の親子関係の成否の問題の一環として位置付けるべきであろう。換言すれば、親子関係の成立の準拠法が事実上の親子関係の存在をもって法律上の親子関係の成立要件とする場合に限り事実上の親子関係の存否を判断すれば足りる。

従来の学説はどうか。江川・山田・早田63頁は「〔国籍法2条1号の〕「父」または「母」とは、法律上の父または母をいうのであって、事実上の父または母は含まれない。」という。国籍法2条1号に関するこの見解を考慮すると、従来の学説は、国籍法

2条3号については上記①の3問題を形の上で区別するのみであり、実質的には、事実上の親子関係の存否を法律上の親子関係の存否の問題の一環として位置付けていると思われる。

③ それでは、第2問題と第3問題の判断の順序はどうか。

子と特定の女との間の法律上の親子関係の成否の判断とその特定の女の国籍の調査は、理論的には、どちらを先に行なってもよいであろう。

ところで、日本の国際私法は法律上の親子関係の成立に関して本国法主義を採用しているため（法例17条など）、子と特定の女との間の法律上の母子関係の成否を判断するには母（たるべき者）の国籍を調べなければならないのが普通であり、この結果、裁判官は法律上の母子関係の判断に先立って母の国籍を調査せざるを得ないのが普通である。従って、裁判官がこの調査の結果母が無国籍（または、国籍不明）であると判断した（＝非B）場合は（子の出生地が日本であり、父が不明であれば）直ちに「子は出生の時点で日本国籍を取得した」旨の判断をすることが許されると解すべきであろう。早田〔1995〕270－271頁がアンデレ事件に関して「もし、Aの身元が確認されその国籍が判明した場合には、AX間の法律上の親子関係の存否が確かめられなければならないが、Aの国籍が判明しない場合にAX間の法律上の母子関係の存否を問題とする理由はなく、その必要もない。」といい、大村〔1996①〕163頁二が「事実上の母が国籍不明の場合、法律上の母子関係の存否を確定するのは無意味なので〔……〕直ちに子の〔……〕日本国籍を認めるべきものとする〔……〕。」というのはこの趣旨であると思われる。

それでは、この場合の根拠条文は何か。

国籍法2条3号は「父母がともに知れないとき、又は国籍を有しないとき」と定めるところから、これは、「法律上の父母がともに知れないとき、又は法律上の父母がともに国籍を有しないとき」と解すべきである（事実上の親子関係をどこに位置付けるべきかについては上記②参照）。従って、上に挙げた場合には、裁判官は、「太郎の父は不明である。花子は太郎の法律上の母である可能性があるが、花子は無国籍（または、国籍不明）であるから、法律上の母子関係が成立していないとすれば国籍法2条3号前段により、また、成立しているとすれば同条同号後段により、いずれにしても太郎は出生の時点で日本国籍を取得したものである」と判示すれば足りる。

この点につき、早田〔1995〕は「『父母がともに知れないとき』とは、父母が誰であるか判明しない場合であるといっても、それだけでは国籍付与の要件として具体的明確さを欠く。〔……〕。この場合、問題となるのは、認定すべき具体的事実の内容であり、『父母がともに知れないとき』に該当するか否かの判定に当り、要証事実として重視すべきは、父母の国籍である。国籍法2条3号の規定は、子の出生による国籍の取得について、父母の国籍を基準にして子の国籍を決定する血統主義が実際に機能しえない場合を定めたものであるからである。父母の特定には、公的記録等に基づく個人の同一性の証明が必要であるが、ここで重要なのは、父母の国籍の認定である。」「本件の場合、子Xを分娩した女性Aの出産時の所在は知っているが、Aの国籍が判明しないかぎり、Xの母が知っているといえない。」（以上は270頁一。傍点は引用者による）、「父母の国籍が不明な場合〔……〕は同号前段の『父母がともに

知れないとき』に該当するものとする解釈が正当と考える。」(271頁一) という。これに対して、大村〔1996①〕163頁二は、事実上の母の国籍が不明の場合は法律上の母子関係の成否を問わず国籍法2条3号後段の「母が〔……〕国籍を有しないとき」に該当するものと解する。このような議論をする必要はないであろう。

④ アンデレ事件ではロゼテ本人が特定の女であるからロゼテ本人の国籍の調査（Bか非Bか）とロゼテ本人とXとの間の法律上の母子関係の成否の判断（Aか非Aか）をすべきことになるが、ロゼテ本人がフィリピン国籍を持っている（Bに該当する）ことは明らかなので法律上の母子関係の成否を判断すべきことになる。

第1審から上告審に至るまで裁判官にとってロゼテ本人とAとの同一性の存否（＝ロゼテ本人とXとの間の事実上の母子関係の存否）は不明であった。前出注20a参照。第1審と上告審はこれを不存在として扱うべきであると考えてXの事実上の母は知れないと判示した。前出注19参照。しかし、それは、正確には、ロゼテ本人とXとの間には事実上の母子関係が存在しない（と扱うべきである）からフィリピン法上法律上の母子関係が成立せず（＝上記②の非A）、従ってXの法律上の母は知れない、という趣旨であろう。

これに対して控訴審はロゼテ本人とAとの同一性の存否不明を存在として扱うべきであると考えて、この前提の上に立ってロゼテ本人とXとの間の法律上の母子関係の成否を判断したところ、成立しているという結論を得たので（＝上記②のA。Xの法律上の母が控訴審の裁判官に知れた）Xの請求を棄却したのである。前出注20a参照。

なお、鳥居〔1994〕172－173頁一はAとXの間には法律上の母子関係が成立し（法例18条、28条2項本文、30条本文）、Aの国籍が不明であるからXは国籍法2条3号後段により日本国籍を取得するという解決策と、Xの事実上の母が知れないから国籍法2条3号前段に基づいて日本国籍を取得するという解決策を示し、後者を妥当とする。大村〔1994〕140頁三もAとXとの間の法律上の親子関係の成否を検討する。これらの見解の誤りは、多くの学説の指摘するところとは異なり、Xの事実上の母が誰であるかを確定する前に法律上の母子関係の成否を判断した点にあるのではなく、Xと身元不明のAとの間の法律上の母子関係の成否を判断した点にある。

⑤ 国籍法2条1号2号の要件たる法律上の親子関係の成立と同条3号前段の要件たるその不成立は表裏一体の関係に立つから（上記②のAと非Aである）、前者の判断基準と後者の判断基準は一致させるべきである。

まず、法律上の親子関係の成否は国籍法2条のどの号においても日本の国際私法が指定した実質法を基準として判断すべきである。田代〔1974〕230頁は国籍法旧2条に関して「2条の建前は〔……〕数次の依拠すべき基準を段階的に設けているのであって、第1順位の基準（父）によりえない場合には、第2の基準（母）へと移行し、これにもよりえない場合には第3の基準（生地）へと移行しているのである。したがって、その基準は、本条全体を通じて一貫していなければ支離滅裂となる」という。そして、旧2条1号2号（父系血統主義）の父と同条4号（補充的生地主義）前段の父は「同一意義に解しなければならぬ。」といい（221－222頁）、同条3号（補充的母系血統主義）の母と同条4号前段の母についても同旨を述べる（230頁）。

従来の学説も国籍法2条における要件たる法律上の親子関係の成否は日本の国際私法が指定した実質法を基準として判断すべきであるとする。溜池〔1960〕18-21頁七、八（旧2条1号の「父」、旧3号の「父が知れない場合」など）、江川・山田・早田30-31頁（国籍法上の先決問題たる身分関係一般）、63-64頁（2条1号の「父又は母」）、80-81頁（3号前段の「父母がともに知れないとき」）。また、海老沢〔1972〕387-389頁、木棚〔1996②〕(4)5-7頁参照。アンデレ事件の控訴審判決はロゼテ本人とXとの間の法律上の親子関係の成否を日本の国際私法に基づいてフィリピン法を基準として判断し（民集209-210頁）、佐野〔1994〕127頁二はこの点に賛成する。

次に、事実上の親子関係をめぐる証拠法上の問題の判断基準（準拠法）も国籍法2条の各号において同一たるべきであろう。例えば、国籍法2条1号2号において事実上の親子関係に関する証明責任を実体準拠法によらしめるのであれば、同条3号においても同様にするべきであると思われる。斎藤秀夫他編著『注解民事訴訟法(5)(第2版)』418-420頁（山本和彦）〔第一法規，1991〕は、証明責任は実体準拠法による、と解し、証明度は原則として法廷地法による、と解する。

本稿では、国籍法2条においては事実上の親子関係の存否は法律上の親子関係の成否から独立した要件であるという立場に立って前者をめぐる証拠法上の問題を検討したに過ぎず（証明責任については前出第3章第4節第1款第1、証明度については前出注17）、事実上の親子関係の存否を法律上の親子関係の成否の問題の一環として位置付ける立場に立って検討する余裕はなかった。

## 【凡例】

引用文中の〔 〕はその部分を引用者が加えたことを示す。

## 【参考文献】

- 文献名の末尾に付した（第1審）、（控訴審）、（上告審）は、その文献がアンデレ事件のその審級の判決の評釈・研究・解説であることを示す。
- 石川利夫〔1995〕「解説」訟務月報41巻1号48頁（控訴審）  
 石川利夫〔1996〕「解説」訟務月報42巻2号242頁（上告審）  
 江川英文・山田鏡一・早田芳郎〔1997〕『国籍法（第3版）』〔有斐閣〕  
 海老沢美広〔1972〕「国籍法の解釈と国際私法——とくに国籍法2条の父、母の観念をめぐって——」全国連合戸籍事務協議会編『日本戸籍の特質（戸籍制度創設100周年記念論文集）』383頁〔帝国判例法規出版社〕  
 欧龍雲〔1969〕「棄児の国籍」北海学園大学法学研究4巻2号284頁  
 大村芳昭〔1994〕「涉外判例研究」ジュリスト1042号138頁（第1審）  
 大村芳昭〔1996①〕「涉外判例研究」ジュリスト1087号162頁（上告審）  
 大村芳昭〔1996②〕「アンデレちゃん事件をめぐって（判例研究）」中央学院大学法学論叢9巻2号115頁（上告審）  
 奥田安弘〔1994①〕「国籍法2条3号について（上）（中）（下）」戸籍時報432号11頁，433号33頁，434号38頁  
 奥田安弘〔1994②〕平成5年度重要判例解説（ジュリスト1046号）287頁（控訴審）

- 奥田安弘〔1995①〕「日本で生まれた父母不明の子の国籍」涉外判例百選（第3版）246頁（上告審）
- 奥田安弘〔1995②〕「最新判例批評」判例評論439号25頁（判例時報1534号171頁（上告審））
- 奥田安弘〔1996①〕「人権としての国籍」自由と正義47巻1号89頁
- 奥田安弘〔1996②〕『家族と国籍——国際化の進むなかで——』〔有斐閣〕
- 木棚照一〔1996①〕「判例批評」民商法雑誌113巻6号950頁（上告審）
- 木棚照一〔1996②〕「国籍法逐条解説（1）-（5）」戸籍時報460号3頁，461号11頁，462号13頁，464号2頁，467号10頁
- 黒木忠正・細川清〔1988〕『外事法・国籍法』〔ぎょうせい〕
- 小鷹勝幸〔1992〕「出生による国籍取得についての若干の考察」民事月報47巻9号101頁
- 小鷹勝幸〔1992〕「出生による国籍取得についての若干の考察」戸籍598号1頁
- 佐野寛〔1993〕「下級審・時の判例」ジュリスト1030号126頁（第1審）
- 佐野寛〔1994〕「時の判例」法学教室165号126頁（控訴審）
- 佐野寛〔1996〕「日本国籍の取得をめぐる諸問題」ジュリスト1101号12頁
- 澤田省三〔1994〕「ピックアップ判例戸籍法」戸籍622号71頁（控訴審）
- 田代有嗣〔1974〕『国籍法逐条解説』〔日本加除出版〕
- 溜池良夫〔1960〕「国籍法の適用に関する若干の問題」法学論叢67巻6号1頁
- 塚本伊平〔1994〕平成5年度主要民事判例解説（判例タイムズ852号）300頁（第1審）
- 徳岡卓樹〔1996〕「判例評論」私法判例リマークス12号（1996上）148頁（上告審）
- 鳥居淳子〔1994〕「判例評論」私法判例リマークス8号（1994上）169頁（第1審）
- 早田芳郎〔1995〕平成6年度重要判例解説（ジュリスト1068号）269頁（上告審）
- 東亜由美〔1995〕「最近の判例から」法律のひろば48巻8号59頁（上告審）
- 松本博之〔1995〕「国籍法2条3号にいう『父母がともに知れないとき』の意義と証明責任——アンデレちゃん事件（判例クローズ・アップ）」法学教室179号48頁（上告審）
- 村重慶一〔1995〕平成6年度主要民事判例解説（判例タイムズ882号156頁）（控訴審）
- 村重慶一〔1995〕戸籍時報454号37頁（上告審）
- 山内惟介〔1996〕「日本国籍取得要件としての『父母の不明』」澤木敬郎・坪場準一編『国際私法の争点（新版）』264頁〔有斐閣〕
- 山田由紀子〔1995①〕「子どもの人権を優先させた最高裁判決——アンデレ君の国籍確認訴訟」部落解放391号90頁（上告審）
- 山田由紀子〔1995②〕「無国籍児の救済と日本の中の国際化——アンデレ君の国籍訴訟が投げかけたもの——（人権レポート5，外国人②）」法学教室179号4頁（上告審）
- 山田鎌一・土屋文昭〔1999〕『わかりやすい国籍法（第3版）』〔有斐閣〕
- 山野幸成〔1994〕「国籍法2条3号（ケーススタディ121）」民事研修447号803頁
- 山野幸成〔1995〕「国籍法2条3号（続編）（ケーススタディ131）」みんけん（民事研修）457号897頁

山本敬三〔1993〕「最新判例批評」判例評論417号20頁（判例時報1467号182頁）（第1審）

山本敬三〔1995〕「わが国籍法における生地主義」修道法学18巻1号1頁

吉原宏〔1995〕「国籍法2条3号に該当するとして日本国籍が認められた事例（平成7年1月27日最高裁判所第2小法廷判決）について」民事月報50巻4号6頁（上告審）

綿引万里子〔1995〕「時の判例」ジュリスト1066号225頁（上告審）

綿引万里子〔1997〕「最高裁判所判例解説」法曹時報49巻1号195頁（上告審）