

判例研究

国籍法2条3号
「父母がともに知れないとき」の要件事実
—最判平成7年1月27日民集49卷1号56頁
国籍確認請求事件—

田村伸子

第一 本稿の趣旨

第二 最判平成7年1月27日民集49卷1号56頁国籍確認請求事件の事案および判決の概要

第三 研究

第一 本稿の趣旨

民事訴訟において、裁判所が、法律効果の発生のために必要な要件に該当する事実が存否不明になった場合に、いかなる判決をすべきか、いかなる事実の形で立証責任¹⁾対象事実を決定すべきかという問題は、事実関係に争いがあり事実の存否不明が起こりうる実務においては極めて重要である。もちろん、当事者側から見れば、自己の主張が認められるために、いかなる事実を立証しなければならないかという点も、重要な観点である。

法文の表現、形式を見ると、非常に立証が困難な事実について、一方当事者に立証責任を課しているように読めるものがあり、諸般の事情から考えるに、そのことが一見理論的には妥当なようにも思われる。しかしながら、同条文に規定するある要件に該当する事実の立証が非常に困難なために、当事者が立証できず

1) 本稿では、立証責任に絞って論じることとするが、主張責任と立証責任との関係については、筆者は当然に一致するものとする。詳細は、伊藤滋夫『要件事実の基礎—裁判官による法的判断の構造』(平成12年、有斐閣) p81以下、難波孝一「主張責任と立証責任」伊藤滋夫・難波孝一編『民事要件事実講座1総論I 要件事実の基礎理論』p160以下参照。

に、極めて妥当性を欠く結論となってしまうことが、しばしば起こってしまう。このような場合において、従来から、妥当な結論を導くために様々な理論構築がなされてきたのであるが、訴訟法的観点から、立証の難易や当事者の公平を基準に論じたものは従来から見られるようであるが、実体法規範の問題として制度趣旨などに遡って、立証責任をどう考えるべきかという観点から論じたものは、ほとんどなかったように思われる。

本稿で取り上げた、国籍法2条3号「父母がともに知れないとき」の要件の立証責任が真正面から問題となった判例は、すでに15年ほど前の判決であり、数々の評釈等がすでに存在してはいる。しかしながら、本条項の要件を定めた制度趣旨等から実体法規範をいかように解するべきか、いずれの当事者がいかなる事実について立証責任を負うべきか、そして、立証の困難性が実体法規範に対しどのような影響を及ぼすかなどについて論じたものは、ほとんど存在しないようである。今後立証責任の所在が問題となった場合に、実務の指標となるべく、裁判規範としての民法という考え方に立ち、これらの事項につき深く検討してみたい。特に評価的要件の場合に制度趣旨がどのように立証責任に影響を及ぼすか、評価的要件の特殊性が実体法規範の解釈にどのような影響を及ぼすかも研究してみたい。

第二 最判平成7年1月27日民集49巻1号56頁国籍確認請求事件の事案および判決の概要

1 事案の概要

本件は、外国人と思われる母親が子どもを病院で出産した後、子どもを病院に置いたまま行方不明になってしまい、その子の日本国籍が認められるかが争われた事件である。子どもが原告となって、国籍法2条3号「父母がともに知れないとき」の要件に該当するとして、国に対し、日本国籍を有することの確認請求をした。最高裁判決の中で述べられる原審の確定した事実関係の概要は以下のとおりである。

1 Xの母は、平成3年1月4日、長野県厚生農業協同組合連合会小諸厚生総合病院において外来患者として初診を受け、その後二回通院した後、同月18日

に入院してXを出産したが、Xの出生届をしないうまま、同月23日に退院して行方不明となった。

2 (一) Xの母は、「セシリア・ロゼテ」と名乗っていたが、小諸厚生総合病院において受診し、同病院に入院した際、旅券、健康保険証等の身分を証する物は、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。

(二) Xの母の入院の際、小諸厚生総合病院職員がその供述に基づいて作成したカルテには、名前「セシリア M ロゼテ」、生年月日「一九六五年(昭和四〇年)十一月二日」と記載されている。

(三) Xの母が入院した際に提出された入院証書の患者の氏名欄には、「Cecilee M. Rosete」又は「Cecille M. Rosete」、生年月日欄には「65年11月21日」と記載がされていたが、この記載はだれがしたのか不明である。

(四) Xの母に会った小諸厚生総合病院の産婦人科婦長や後にXの養父となったリース・ウィリアム・リチャードは、Xの母はフィリピン人ではないかとの印象を抱いた。

3 Xの出生届は、Xの出産に関与した小諸厚生総合病院の杉田医師によって提出されたが、右届出に添付された「孤児養子縁組並びに移民譲渡証明書」と題する書面には、「Ma Cecilia ROSETE」が、「andrew Robert Rees」の唯一の親で、Xの現在の養父母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」と記載がされているが、この記載は、Xの母に付き添っていた友人が代筆したものである。

4 Yによる調査の結果、明らかになった事実

(一) 旅券を所持する者が本邦に上陸しようとする場合には、その者が、出入国管理及び難民認定法施行規則五条一項所定の入国記録カード(EDカード)を作成し、これを旅券と共に入国審査官に提出して、上陸の申請をすることとされているが、入国記録カードには、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り、その署名欄には「Cecillia m Rosete」と署名がされている。この者については、我が国からの出国の記録はない。

記

国 籍	フィリピン
氏 名	ROSETE, CECILIA, M
性 別	女
生年月日	一九六〇年十一月二一日
旅券番号	F五三二九七六
目 的	観光

(二) フィリピン共和国に対する旅券発行の有無についての照会結果によれば、1987年10月26日、旅券番号F五三二九七六をもって、申請者CECILIA MERCADO ROSETEに対して、旅券が発行されていること、同人の生月日（誕生日）は11月21日（生年の記録はない。）で、出生地はTalavera, Nueva Ecijaと記録されていることが判明した。

(三) フィリピン共和国 Nueva Ecija 州 Talavera 市に提出されている出生証明書には、フィリピン国籍を有する婚姻した父母の間の子として、Cecilia Roseteが、1960年11月21日に、Nueva Ecija 州 Talavera 市において出生した旨の記載がされている（以下、右出生証明書に係る者を「ロゼテ本人」という）。

5 Xの父を知る手掛かりは何もない。

2 本事件における争点

本件において第1審から最高裁までを通じ争点となったものは以下の3点である。

争点1 国籍法2条3号の「父母がともに知れないとき」とは、日本国籍が認められなければ子が無国籍となるおそれのある場合を含むものと解すべきか。

争点2 国籍法2条3号は、その該当性を主張する者が、父母が共に知れないことを立証すべきか、或いは、その非該当性を主張する者が、父又は母が知っていることを立証すべきか。

争点3 原告は、国籍法2条3号に定める要件に該当するか。

この三点のうち、争点1について、第1審判決はこれを否定し、控訴審判決も結論としては同様に否定し、最高裁判決はこの点については触れていない。その

結論自体には国際人権規約B規約24条3項の解釈という国際法上の問題や日本国としての立法政策・立法論の問題なども関連する困難な問題であり、最終的には国籍をめぐる考え方・価値観によって賛否両論分かれる問題であると考えられる。争点1は、争点2および争点3を考える上で重要な問題ではあるが、本稿ではその問題をあえて独立の争点としては検討せず、特に争点2を検討する際に、その中で合わせて検討したい。控訴審判決は、争点1の判断において、国際人権規約B規約二四条三項の解釈にも触れて述べており、それが主張立証責任にどのような影響を与えるかも一つのポイントになるように思われる。

争点2及び争点3（特に争点2）については、まさに要件事実、主張立証責任をどう考えるかに直接かかわる問題であるので、本稿で検討する。

3 争点2 主張立証責任についての判決の概要

(1) 第1審判決

原告は、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、被告において、原告の「父または母が知っている」ことについての、主張立証責任があると主張した。

これに対し、被告は、国籍法2条3号に該当するとされるためには、原告において、子の「父母がともに知れない」ことを立証すべきと主張した。

これら当事者双方の主張に対し、第1審判決は以下のとおり、判示した。

まず、第1点目に「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、国籍法二条三号の『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。」と述べ、原告側に立証責任があることを明らかにした。

その上で、第2点目に「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。」と述べ、国籍法2条3号所定の要件については、「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」とした。

第1審判決は、立証の困難性を、立証対象事実の程度に結びつけているようである。すなわち主張立証対象責任事実の内容を、より立証の容易な程度のもので足りるとして、寛容するものと評価されよう。

第3点目として「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。」と述べ、被告の立証すべき事実を明らかにした。

これは、本要件を一応は事実（評価的要件ではなく）と解していると思われるが、主張立証責任を負わない当事者に、反証として一定の事実の主張立証責任を課しているようにも読める。この点は、控訴審判決で触れられている「事実上の推定」の手法を用いたものであるとの評釈もある²⁾が、一概に判決の立場を論じることは困難なように思われる。

(2) 控訴審判決

主張立証責任については、控訴審判決は以下のとおり判示した。

まず、第1点目として、「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ないものであり、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。」

2) 山本敬三、判例評論417号23頁（判時1467号）は、「国籍法2条3号の要件事実、国籍の取得を主張する原告側で主張立証すべきであるが、要証事実の性質からしてその要件の立証はきわめて困難であるので、通常父母が知れないと考えられるような事情があれば、右の要件の存在が事実上推定されるというものである。この方法は「伊方原発訴訟」の平成4年10月29日最高裁第一小法廷判決（判例時報1441号37頁）においてもとられていることである。」としている。伊方原発判決の評価についても様々な見解があり、「事実上の推定」にあたるかは疑問である。

と述べ、第1判決同様、原告に主張立証責任があることを明らかにした。

第2点目としては、「したがって、挙証責任のある被控訴人が「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、相手方である控訴人において「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。「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。」と述べ、「父母がともに知れない」ことは、文字通り全く「知れない」という事実を主張立証すべきとし、第1審判決とは異なる判断を示した。

その上で、第3点目として、被控訴人が、伊方原発訴訟における最高裁判決（平成四年一〇月二九日第一小法廷判決）の主張立証責任に関する判断を挙げて、被控訴人が「父母がともに知れない」ことを窺わせる事情を立証したときは、被控訴人において「父又は母が知れている」ことを立証しない限り、「父母がともに知れない」ことが事実上推定されると解すべきである旨主張したことに触れて、以下のように判示した。

「しかし、右判決は、各専門分野の学識経験者等を擁する原子力委員会の科学的、専門技術的知見に基づく意見を尊重して行う内閣総理大臣の合理的な判断に委ねられている原子炉設置許可処分取消訴訟において、被告行政庁のした原子炉施設の安全性に関する判断に不合理な点があることの主張立証責任は、本来、原告が負うべきものと解されるが、当該原子炉施設の安全審査に関する資料をすべて被告行政庁の側が保持していることなどの点を考慮して、被告行政庁の側において、まず、被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張立証する必要がある、被告行政庁が右主張立証を尽くさない場合には、被告行政庁のした右判断に不合理な点があることが事実上推定されると判示したものであって、本件要件の存否という事実認定が問題となっており、かつ、一般的な証拠の偏在という事情のない本件とは事案を異にするというべきであるから、右判決においてされた判断を直ちに本件に適用することは相当でない。」

この伊方原発訴訟判決との関係については、立証の困難性をいかに考え当事者間の公平を図るかという問題として、本判決と共通する問題を含むもの³⁾であり、筆者にとっても興味深いものであるが、紙幅の関係から本稿では検討しない

こととする。

4 争点3 事実認定についての判決の概要

(1) 事実認定のポイント

本件では父が知れないことについては、当事者間に争いがないので、先の事実の概要について述べた、フィリピン共和国 Nueva Ecija 州 Talavera 市に提出されている出生証明書に係る1960年11月21日生まれの Cecilia Rosete 「ロゼテ本人」が、X を分娩した母親本人であるかが、焦点となった。

より具体的には、「ロゼテ本人」が、フィリピン共和国から旅券の発行を受け、日本に入国した（いまだ出国記録のない）その者であるか、また、仮にそうであるとしても、その者がX を分娩した女性本人であるといえるかが、厳密にはこの2段階の事実が認定できるかが争点となる。

フィリピン共和国から旅券の発行を受けた者は、出生地は出生証明書と一致するが、申請者は CECILIA MERCADO ROSETE と、若干出生証明書の記載とは異なり、さらに生年の記録はないが、生月日（誕生日）は11月21日と、出生証明書と一致している。

また、日本への入国記録カードによれば、氏名は「ROSETE,CECILIA,M」と出生証明書および旅券申請の記録とは若干異なり、さらに ED カードのその署名欄には「Cecillia m Rosete」と、さらに出生証明書、旅券申請の記録、入国記録カードとは異なる署名がされている。しかしながら、生年月日は1960年11月21日とされており、これは出生証明書と同じである。

X を分娩した女性は、出産したその病院において自ら「セシリア・ロゼテ」と名乗り、X の母の入院の際、小諸厚生総合病院職員がその供述に基づいて作成したカルテには、名前「セシリア M ロゼテ」、生年月日「一九六五年（昭和四〇年）十一月二日」と記載されている。さらに、X の母が入院した際に提出された入院証書の患者の氏名欄には、誰が記載したのか不明であるが、「Cecilee M. Rosete」又は「Cecille M. Rosete」、生年月日欄には「65年11月21日」と記載

3) 伊藤滋夫編『環境法の要件事実—法科大学院要件事実教育研究所報第7号』（日本評論社、2009年）46～50頁に、「環境法要件事実研究会」（2008年11月開催）での伊藤滋夫教授の発言があり、参考になる。

がされていた。

(2) 第1審判決

まず、第1点目に「原告の母は、その氏名、年齢を申告したものの、その余の身分関係は明らかにしなかったし、その身分を証するようなものも何ら所持せず、会話は、片言の英語とジェスチャーのみで行い、退院後の住所を明らかにせず、原告出産後その出生届もしないまま退院して、以後行方不明であるというのであって、このような事情の下においては、父はもとより母を知ることもできないのが通常の事態と考えられるというべきである。」と述べた。

その上で、第2点目として、「フィリピン共和国の記録上、旅券を発行した「CECILIA MERCADO ROSETE」の生年は記載されておらず、通常はファイルされている申請書等の記録もないというのであって、このことは、同女に対する旅券の発行手続に何らかの手違いないし作為があったのではないかということに疑わせるに足りるものといわざるを得ないのである。そして、この旅券を提示して「ROSETE, CECILIA, M」なる女性がわが国に入国しているが、その際のEDカードの署名は、ファーストネームが「Cecillia」となっていて、記録上のファーストネームより「l」が一つ多くなっており、同一人物で、自らの名前の綴りをこのように間違えることは考え難いところであるというべきであって、以上の事実、近年、他人名義の旅券や、全く偽造の旅券で我が国に入国する事例が跡を絶たないこと（〈書証番号略〉の新聞報道にもあるが、公知の事実、に属する。）を考え併せれば、「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の疑いを払拭できないというべきである。」と述べて、「ロゼテ本人」と、フィリピン共和国において旅券の発行を受けて日本に入国した者との同一性を認めなかった。

さらには、第3点目として、仮に日本に入国した者が「ロゼテ本人」であったとしても、「我が国への入国の際の申告においては、右女性の生年月日は、一九六〇年一月二日となっているが、原告の母の申告における生年月日は、一九六五年一月二日となっていて、月日は一致するものの生年が五年も異なって

いるのであって、本人とある程度接触のある者であれば、本人の生月日を知ることとは比較的容易であると考えられる反面、同一人物が接客の必要等の理由も特でないのに五年も年齢を偽ることは考え難いこと、他人が代筆したものではあるが、その記載については本人も確認したと考えられる「孤児養子縁組並びに移民譲渡証明書」には、「Ma CECILIA ROSETE」の署名がされているが、その者ではないかとされるフィリピン国籍の者の旅券のミドルネームは、「MERCADO」であって、「Ma」という省略がされるはずはないし、ミドルネームをラストネームの前、一番最初に記載するはずもないこと、原告の母が、真実「ROSETE, CECILIA, M」であれば、昭和六三年二月に我が国に入学し、既にその当時約三年間日本で生活していたことになるから、ある程度の日本語による会話をする事ができたのではないかと考えられるのに、原告の母は、病院において、片言の英語とジェスチャーのみで意思を通じていたことなど、右旅券を提示して我が国に入学した者と、原告の母との同一性を疑わせる事情があり、このことに、近年、観光ビザで我が国に入学し、滞在期間が過ぎても出国しないで就労している外国人女性が多数存在していること（これも公知の事実といえよう。）を考え併せれば、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。

結論として、「そうすると、原告の出生当時の状況によれば、原告の父母は、これを通常知ることができないと認められるところ、原告について、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、結局父母が共に知れないと認める外はない。」と述べ、国籍法2条3号「父母がともに知れないとき」の要件を満たすとして、Xの請求を認容した。

(3) 控訴審判決

第1点目として、出生証明書に係る「ロゼテ本人」が、フィリピン共和国において旅券の発行を受けて日本に入学した者との同一性が認められるかの点について、以下の通り判示し、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程度には至らないとして、同一性を認めた。多少長いが、判決文を引用す

る。

「出入国管理及び難民認定法並びに同法施行規則等によれば、本邦に入学しようとする外国人は、有効な旅券で日本国領事館等の査証を受けたものを所持し、上陸しようとする出入国港において、入国審査官に対し上陸の申請をして、上陸のための審査を受けなければならない、審査に当たっては、氏名、国籍、旅券番号、渡航目的等を記載した書面（EDカード）を提出した上、旅券を提示しなければならない、また、入国審査官は、旅券の所持者とEDカードを提出して入学しようとする者とが同一人であることを旅券の写真等によって確認することになっているので、一般的には、入学しようとする外国人が有効な旅券を所持している者であり、その旅券に基づいて、EDカードに記載された者とEDカードを作成提出した者との同一性を入国審査官が審査、確認しているので、EDカードの作成提出者がその旅券の発行を受けた者と同一人であること、及びその者が入学したことは確認されているものということが出来る。他人名義の旅券や偽造変造の旅券で日本国に入学しようとする事例があったとしても、右の事実を覆すに足りるものとはいえない。したがって、前認定の事実によれば、フィリピン国籍を有する婚姻した父母の子として、一九六〇年一月二日にフィリピン共和国 Nueva Ecija 州 Talavera 市において出生した、同国の国籍を有する独身女性である「CECILIA ROSETE」（以下「ロゼテ本人」という。）が、番号F五三二九七六の旅券を所持して、一九八八年二月二四日、フィリピンのマニラから空路で大阪へ上陸したことが認められる。もっとも、フィリピン共和国の記録上、旅券を発行した「CECILIA MER-CADO ROSETE」の生年は記載されておらず、かつ、理由は分からないが処理済申請書はファイルされていないというのであるが、旅券の発行を受けるに際し、作為的にその申請書に生年を記載しなかったとみることは、旅券に生年が記載されていたとみられること、及びその後、査証の発行を受ける際には生年を明らかにしていることと矛盾することになり、不合理、不自然である。また、処理済申請書がファイルされていない点も、その理由が分からないので、このことから直ちに旅券の発行手続に作為があったことを疑うことはできない。更に、EDカードの署名には「Cecillia m Rosete」とあり、「CECILIA」の綴りに誤りがある点も、全ての者が自己の氏名を誤りなく綴ることができるとは限らない（ちなみに、EDカードの国籍欄には「Filipin」と記載されており

(〈書証番号略〉、その綴りに誤りがある。)のであるから、空路で大阪へ上陸した者が、ロゼテ本人ではなく、本人以外の者が何らかの手段により、フィリピン共和国において、他人である「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ことを疑わせるには不十分というべきである。結局、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程度には至らないというべきである。」

第2点目として、Xを分娩した母親が、ロゼテ本人と同一人か否かについて以下のように判示し、同一性を認めた。

「(一) 前認定の事実によれば、(1) 小諸厚生総合病院の関係者及び被控訴人の養父は、被控訴人の出産前後にその母親と面談し、一応その身上関係について聞いており、その限りでは母親が誰であるかを知っていることになるが、その者について、旅券や健康保険証等により、その者の氏名、生年月日、国籍、住所等の身上関係を確認しているわけではなく、(2) 被控訴人の出生届は、母親がしたのではなく、杉田医師がしたものであり、(3) 本件全証拠によっても、他に母親を特定できる者が存在するものとは窺えないので、結局、母親が右病院において供述したところが真実であるか否かを確定することができず、右の事実関係だけでは、被控訴人の母親が誰であるかは、一応知れないということが出来る。

(二) 一方、前認定の事実関係によれば、(1) 母親が病院関係者等に供述したところによれば、母親の氏名が「セシリア・ロゼテ」、生月日が「一一月二一日」で、旅券ないしはEDカードに記載された者の氏名、生月日と合致していること、(2) 同病院の産婦人科部長や被控訴人の養父は、母親と面談して、確たる証拠はないが、同人がフィリピン人であるとの印象を受けていること、(3) 母親が入院する際、被控訴人の養父は入院依頼人となり入院証書に署名しているが、患者である母親については、人を特定する通常の方法である住所、氏名、生年月日について前記のとおり記載がされていることを認識していたとみられること、(4) 被控訴人の養父は、出産の翌日である平成三年一月一九日付けで母親との間で、母親の氏名を「セシリア・ロゼテ」として、被控訴人の養子縁組に関する書類を作成していること、(5) 一九八八年(平成元年)二月二四日、フィ

リビンのマニラから空路で大阪へ上陸した「セシリア・ロゼテ」と称する女性があり、その後、この者は未だ出国していないこと、以上の事実を指摘することができ、これらの事実は、母親とロゼテ本人とが同一人であることを窺わせる事情である。

もっとも、a ロゼテ本人の生年が一九六〇年であるのに、母親のそれは一九六五年とされており、生まれた年に五年の開きがあること、b ロゼテ本人は「Cecillia m Rosete」と署名していたのに、母親の氏名は「Cecilee m. Rosete」（又は、「Cecille m. Rosete」あるいは、「ma CEcilia ROSETE」と記載されており、「CECILIA」の綴りがフィリピンにおいて届け出られたものとはもとより、EDカードに記載されたものとも異なっており、また、「MERCADO」に相当する部分が「ma」と省略され、しかも氏名の最初に書かれていること、c 入国から入院まで約三年を経過しているのに、片言の英語と身振りのみで意思を伝えていたことなどの事情もある。しかしながら、前認定の事実によれば、母親は、出産の翌日には被控訴人を養子にする手続をし、平成三年一月二三日退院したのちそのまま行方不明になっているのであるから、このような者が、出産のための入院をする際に正確な年を記載しなかったり、氏名の綴りを誤ったり、あるいは、代筆者が綴りを誤ったことを認識しながら敢えてそのことを指摘しなかったとしても、そのことから直ちにロゼテ本人と母親とが同一人であることに合理的な疑いを生じさせるものということとはできない。更に、仮に母親が我が国に入国してから約三年経っていても、本人の意欲や能力あるいはその間の生活状況によっては日本語を習得し得なかったこともあり得るのであって、これもまたロゼテ本人と母親とが同一人であることに合理的な疑いを生じさせるものということとはできない。そして、本件全証拠によっても、前記認定事実と異なり、ロゼテ本人のほかに同人の氏名を騙る者があったことを窺わせる事情は認められない。

（三）以上に述べた点を総合勘案すると、ロゼテ本人と母親とは同一人である蓋然性が高く、被控訴人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、法二条三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。」

以上より、控訴審は原判決を取り消し、本訴棄却した。

5 最高裁判決の概要

(1) 争点2

争点2の主張立証責任について、最高裁は、以下のように判示した。

「1 法は、出生の時に父又は母が日本国民であるとき、又は出生前に死亡した父が死亡の時に日本国民であったときに、その子は日本国民とすることとしているが(二条一号、二号)、日本で生まれた子の父母がともに知れないとき、又は国籍を有しないときも、その子を日本国民とするものとしている(同条三号)。これは、父母の国籍によって子の国籍の取得を認めるという原則を貫くと、右のような子は無国籍となってしまうので、できる限り無国籍者の発生を防止するため、日本で生まれた右のような子に日本国籍の取得を認めたものである。そうすると、法二条三号にいう「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。

2 法二条三号の「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1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、法二条三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。」

(2) 争点3

争点3の事実認定については、以下のとおり判示した。

「3 原審の適法に確定した前記事実関係によれば、Xの母親は、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うことができる。これに対して、被上告人(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五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三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、被上告人の立証によっては、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、法二条三号に基づき、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うべきである。」

最高裁は、以上の通り判示し、結論としては、原判決を破棄し、Xの請求を認めた。

第三 研究

1 民事訴訟における要件事実論、主張立証責任論（総論）

まず、判例の具体的検討に入る前に、民事訴訟における要件事実論および主張立証責任論（立証責任については、一般には証明責任などと呼ばれることもある）について、簡単に触れておきたい。

本件訴訟は行政事件であり行政事件訴訟法上、公法上の法律関係に関するいわゆる実質的当事者訴訟（行訴4条）に属する。それは、民事訴訟に類似することか

ら、民事訴訟における立証責任が妥当すると解するのが通説のようである⁴⁾。後に詳述するように、歴史的にみても、最初に国籍要件について規定されたのは民法(旧民法)であった。

民事訴訟における主張立証責任については、法律要件分類説が通説であり、実質的当事者訴訟にも法律要件分類説が適用されるという見解⁵⁾もあるが、それには賛成できない。民事訴訟における主張立証責任については、いわゆる規範説、法律要件分類説、修正法律要件分類説、「裁判規範としての民法」説等の諸説が主張されている。筆者は、その中でも「裁判規範としての民法」説が妥当と考えている。

「裁判規範としての民法」という考え方をごく簡単に説明すると、事実が存否不明になったときにも、裁判官が判断することが不能とならないように立証責任のことで考えて要件が定められている民法のことであり、当該要件に該当する事実が立証されない場合には、その要件による効果が発生しないものと扱うのが民法上妥当な結果となるような形式で定められている民法(をはじめとする実体法)のことである⁶⁾。「裁判規範としての民法」の要件の定め方は、最終的には、立証の負担が公平になるように定める。すなわちその制度趣旨に合致するように、主張立証責任対象事実を決定する⁷⁾。主張立証責任対象事実が要件事実となる。

これに対し、通説といわれる法律要件分類説は、基本的には、法条の形式に従って主張立証責任を決定するという考え方であり、現在は、文字通りの法律要件分類説の立場に立つ見解はほぼないと言ってよい。むしろ、修正法律要件分類説が通説といわれていることは理解できる。

修正法律要件分類説は、その内容自体が論者によって変わるので一義的に明確

4) 南博方・高橋滋編『条解行政事件訴訟法(第3版補正版)』(2009年、弘文堂)225頁春日偉知郎「行政訴訟における証明責任」、2004年の行政事件訴訟法の改正においても変わることはない。なお、伊藤滋夫編『環境法の要件事実』(日本評論社、2009年)86~88頁[伊藤滋夫執筆部分]には要件事実論の観点から説明があり有益である。

5) 前掲注4の文献参照。木棚照一「国籍法2条3号にいう「父母がともに知れないとき」の意義他」民商法雑誌113-6-146, 961頁, 吉原宏「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日最高裁判所第二小法廷判決)について」民事月報50, 4, 19頁

6) 伊藤滋夫「要件事実の基礎—裁判官による法的判断の構造」(平成12年, 有斐閣)183頁以下

7) 伊藤滋夫編著「要件事実講義」(2008年, 商事法務)204頁以下[伊藤滋夫執筆部分]

ではないが、概しては、「権利根拠規定の要件事実はその権利の発生を主張する者に、権利消滅規定の要件事実はその権利の消滅を主張する者に、権利根拠規定に基づく法律効果の発生の障害を定める規定（権利障害規定）の要件事実はその法律効果の発生が妨げられていると主張する者に、それぞれ立証責任がある。以上の各場合につき本文とただし書とが組み合わされている法条では、ただし書については、法条の効果を免れようとする者に立証責任がある。ただし、どうしてもその基準に従うことが不都合な場合には、解釈によってそれを修正する。この考え方は明確性および思考経済の点から妥当である。」と言って良いであろう⁸⁾。

しかしながら、我が国の民法は、元来主張立証責任のことを考えて規定されているわけではなく⁹⁾、他の特別法もどこまで主張立証責任のことを考えて定められているかは様々である。条文の表現の形式にまず従うということが、明確性および思考経済に資するとは言えないであろう。また、条文の形式に従うことが不都合な場合には、解釈によって修正するという点については、解釈の基準については全く論じられておらず、規準がないに等しい。したがって法律要件分類説ないし修正法律要件分類説の立場は妥当でないと考える。

本判決の主張立証責任の基準について見てみるに、本件の第1審判決から最高裁判決までの判例評釈や批評の中には、判例の立場は（修正）法律要件分類説に従って、本要件の主張立証責任を国籍取得を主張する者に負わせたものとしているもの¹⁰⁾が散見されるが、我が国の国籍法がどの程度立証のことを意識して条文を作成したかは明確ではなく、判例が（修正）法律要件分類説に立つとする根拠はほとんど不明である。

「裁判規範としての民法」説に立つ場合、その制度趣旨に合致するように、主張立証責任対象事実を決定するプロセスを簡単に説明すると、以下のとおりである¹¹⁾。まず、何が原則で何が例外かを決定しなければならない。民法をはじめ

8) 最も典型的な修正法律要件分類説は、中野貞一郎・松浦馨・鈴木正裕編『新民事訴訟法講義（第2版補訂2版）』（有斐閣、2008年）大学双書、369～375頁【青山善充執筆部分】であるといえよう。

9) 平成16年法律第147号、民法の現代語化の改正によって主張立証責任を考えた規定された条文は除く。民108条、109条、478条、543条、714条1項である。

10) 前掲注2、注5記載の文献の他に、綿引万里子・ジュリスト1066号227頁

11) 伊藤『講義』・前掲注7、226頁以下【伊藤滋夫執筆部分】参照。

とする実体法規範は、原則・例外の構造を取っていると考えられる。当該訴訟物たる権利の発生のための本質的要件（原則）のみが請求原因となり、例外に回すことができるものは抗弁となる（抗弁以下も同様の構造である。）。その上で、立証の困難性は、原則・例外という形で決まった実体法規範構造を、立証の困難性を考慮に入れてもなお維持できるか、という形で考慮される。すなわち、当該制度趣旨が適切に実現できるよう、裁判規範としての民法の要件（それに該当する具体的事実が要件事実である）の形式を正しく決定するために、立証の困難性を考慮することになる¹²⁾。

以下は、「裁判規範としての民法」説を前提として、国籍法2条3号の制度趣旨から原則・例外を考え、その上で評価的要件の場合の特殊性を考慮して、実体法の規範構造を検討する。その上で、立証のことを考慮に入れていない規範構造が、立証のことを考えた場合も制度趣旨に合致し維持できるのかを検討する。

2 国籍法2条3号の実体法規範の構造

(1) 国籍法2条3号の制度趣旨

「裁判規範としての民法」という考え方では、原則・例外という規範構造を考える。本要件に即していえば、

- ① 「日本で出生したものは、父母がともに知れないときには、日本国籍を取得する。」

という規範構造と、

- ② 「日本で出生したものは、日本国籍を取得する。ただし、父または母が知れているときはこの限りではない。」

という規範構造の、二つの実体法規範構造が考えられるのであるが、そのいずれが正しいと考えるべきかを検討する。

これには、国籍法2条3号の制度趣旨を検討する必要がある。国籍法の定める

12) 立証の困難性の位置づけについては、前掲伊藤『講義』・前掲注7、249頁〔伊藤滋夫執筆部分〕の説明が最も端的であろう。なお、同240頁には「筆者は、立証の困難性をそのままストレートに立証責任に結びつけているのではない（この点は、誤解のないように留意して頂きたい）が、そうした立証の困難性の有無の点は考慮するべきであり、その点の検討結果を所有権制度の趣旨に照らして考察した上で、結論を出すべきであると考えている。」とある。

国籍の取得については出生によるものと出生後の事由によるものがある。出生による国籍の取得について世界各国の法制は、大きくは血統主義（親の血統に従って親と同じ国籍を取得する主義）と生地主義（出生地国の国籍を取得する主義）に分かれる¹³⁾。我が国の国籍法は2条1号および同条2号において血統主義を採用することを明らかにしている¹⁴⁾。

その上で、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血統主義を貫く場合に生じる無国籍の防止のために、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されている¹⁵⁾。

我が国の国籍立法を沿革的に見てみる¹⁶⁾。フランス民法の影響が強いとされる旧民法（いわゆるボワソナード民法、明治23年に公布され、明治26年施行の予定であったが実際は施行されなかった）の人事編第二章「国民分限」中に日本国籍要件を定める規定が存在していた。旧民法の人事編7条には「父母共に知れざる時は日本に於いて生まれたる子は日本人とする若し其出生地の知れざる時は現に日本国内に在る者は日本人とす」との規定があった。旧民法は施行されなかったのであるが、後の国籍法の原型となったといわれている。旧民法が強く影響を受けるフランスは、血統主義が原則で、補充的に生地主義が採用されているようである¹⁷⁾。その後、大日本国帝国憲法を受け、明治32年（1899年）に旧国籍法（明治32年法律66号）が成立した。旧国籍法は、血統主義を原則とし、生地主義を補充的に認める規定が採用されていた。

第二次世界大戦後、新憲法の制定を受け、昭和25年（1950年）に現在の国籍法（法律147号）が成立した。日本国憲法10条は、「日本国民たる要件は、法律でこれを定める。」として国籍取得の要件は法律事項であること規定し、それを踏まえて国籍法は成立したが、旧国籍法と同様に血統主義を原則とし、生地主義を補充的に認めるものであった。

その後、数回にわたり改正されているが、中でも大きな改正は、昭和59年（1984年）の法律第45号である。我が国が1980年に署名した「女子に対するあらゆる

13) 江川英文＝山田録一＝早田芳郎『国籍法（第3版）』（有斐閣、平成9年）59頁以下

14) 江川ほか『国籍法』・前掲注13、63頁

15) 江川ほか『国籍法』・前掲注13、77頁

16) 江川ほか『国籍法』・前掲注13、37～40頁参照。

17) 江川ほか『国籍法』・前掲注13、60頁

る形態の差別の撤廃に関する条約」を批准するための措置であった。準正による届出制度の新設(国籍法3条)や帰化制度の整備(国籍法8条)等が行われた。その際に、無国籍防止という趣旨をより徹底する立場から、日本で出生し、日本国籍を取得できなければ無国籍となるべき子のすべてに日本国籍を取得する途を開くかも検討されたが、消極的意見が強かったようである¹⁸⁾。

国籍法の沿革は以上のようなものであるが、現在もそれが妥当するといえるか。我が国の国籍取得の実情を見てみよう。まず原則である血統主義が適用される場合には、最高裁判決平成20年6月4日民集62巻6号1367頁は、「国籍法2条1号は、子は出生の時に父又は母が日本国民であるときに日本国民とする旨を規定して、日本国籍の生来的取得について、いわゆる父母両系血統主義によることを定めている。したがって、子が出生の時に日本国民である父又は母との間に法律上の親子関係を有するときは、生来的に日本国籍を取得することになる。」と判示する。

この法律上の親子関係の存否の問題は、国籍法上の先決問題と呼ばれている¹⁹⁾。我が国の戸籍実務を勘案するに、戸籍に搭載される者は日本国籍を有する者に限られ、かつ日本国籍を有する者はすべて戸籍に記載されることになる。出生の届け出により戸籍の記載がなされるのは出生により日本国籍を取得した子に限られる。制度上、日本国籍の取得および喪失は戸籍の記載に反映される仕組みとなっている。父または母が日本人の場合は、出生証明書に父または母の戸籍謄本を添えて届け出をすれば、日本国籍が与えられる取り扱いとなっている。

これは原則的な血統主義の場合でさえ、国籍取得を主張するものが、国籍法2条1号あるいは2号に該当することが積極要件となっていることを示すものといえるであろう。そうであれば、血統主義の例外として、しかも完全な生地主義ではなく、「父母がともに知れないとき」に限って生地主義を採用する3号についても、同様にそれに該当することが積極的要件になっていると考えるべきであろう。すなわち、前記①の規範構造で捉えるのが正しいと考える。

一方で、X側の上告理由にあるように、世界人権宣言15条「すべて人は一つの国籍を有する権利がある」との規定、国際人権規約B規約24条3項「すべて

18) 江川ほか『国籍法』・前掲注13、77～78頁

19) 江川ほか『国籍法』・前掲注13、27頁

の児童は国籍を取得する権利を有する」との規定，さらには児童の権利に関する条約7条の趣旨を徹底すると，国籍法2条3号も，すべての子が国籍を取得できるように方向で解釈されなければならないという考え方もあるかもしれない。そういうように考えると，日本国内における出生により，原則として国籍を取得し，父又は母が知れていることが例外として消極要件である（すなわち，前記②の規範構造で捉えるのが正しい）と考えるべきことになろう²⁰⁾²¹⁾。

それでは，最終的にどのように考えるべきであろうか。制度趣旨といっても，立法当時の立法者意思のみならず，法の改正の経緯や，社会状況や人々の感覚等の変化に適切に対応したものでなければならないであろう²²⁾。これらを総合して考えると，沿革的には原則が血統主義で，生地主義は補充的なものであること，その後の改正の経緯，特に前述の昭和59年（1984年）の国籍法改正の際に，日本で出生し，日本国籍を取得できなければ無国籍となるべき子のすべてに日本国籍を取得する途を開くかについて，消極的意見が強かったとの立法者の合理的意思にも合致しており，現在も妥当するのではないかと考えられる。さらに，現在の国籍取得の実情や，国際社会情勢を考慮しても，それが変更せざるを得ないものであるとは言えないであろう。

結論として，実体法規範の解釈としては，前記二つの規範構造のうち①「日本で出生したものは，父母がともに知れないときには，日本国籍を取得する。」という規範構造が正しいと考えるべきである。

20) 端的に国側に「父または母が知れていること」の立証責任を負担させるべきであるとの見解としては，佐野寛・ジュリスト1030号129頁，鳥居淳子・私法判例リマークス8号173頁，奥田安弘・判例評論439号28頁

21) 綿引万里子『平成7年最高裁判例解説民事編』（法曹会）54頁は，国側に「父または母が知れていること」の立証責任を負担させるべきとの見解に対しては，「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に足りる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がたいものと思われる。」との批判がされている。

22) 最終的には時代に応じた社会正義の実現とは何か，公平とは何か，人間の尊厳を実現するためには何が必要かといった，法社会的，法哲学的な問題と向き合わなければならないであろう。筆者自身はこのような法社会的，法哲学的問題に対しての見解を持ち合わせていないが，できる範囲で検討する。

本最高裁判決は、国籍法2条3号の趣旨について「父母の国籍によって子の国籍の取得を認めるという原則を貫くと、右のような子は無国籍となってしまうので、できる限り無国籍者の発生を防止するため、日本で生まれた右のような子に日本国籍の取得を認めたものである。」と述べている。控訴審判決においても、最高裁判決と全く同旨の記述がある。これら判決の立場も、国籍法2条3号は、原則である血統主義の例外として限定的な生地主義を採用したものであると解される。

(2) 「父母がともに知れないとき」の評価性

本要件の典型例は「棄児」(戸籍法57条ないし59条参照)であるとされる。これにより「父母がともに知れないとき」とは文字通り父母いずれも全く不明な場合との解釈もなしようところである。この点をまず検討する。

本要件と同様の規定が、我が国において最初に見られるのは、前述のとおり、フランス民法の影響が強いとされる旧民法の人事編である。旧民法の人事編7条には「父母共に知れざる時は日本に於いて生まれたる子は日本人とする若し其出生地の知れざる時は現に日本国内に在る者は日本人とす」との規定があり、ここにいう「日本に在る者」とは日本の「棄児」と称する者に相当し、「父母の知れざる場合」と同様であるとの説明がなされている²³⁾。

後段にいう「其出生地の知れざる時は現に日本国内に在る者は日本人とす」とは、現行法には該当する規定が存在しないが、これが日本国において発見された「棄児」を指すとされていた。これは、日本において生まれたか不明であっても現に日本にいる者は日本人とするのみなし規定あるいは推定規定と言っても良いであろう。諸外国には、「国内で発見された棄児は、国内で生まれたものと推定する」という規定がある例も多いようであるが、日本は島国でそのような規定を設ける必要性が低いからという理由で旧国籍法にはそのような推定規定がないとされているようである²⁴⁾。

23) 熊野敏三・岸辰雄『民法〔明治23年〕正義 人事編卷之壹』(日本立法資料全集別館63)、(信山社出版、1891年)、月田みづえ『日本の無国籍児と子供の福祉』(明石書店、2008年)53頁

24) 月田『日本の無国籍児と子供の福祉』前掲注23、67頁、81頁注(77)

前段の「父母共に知れざる時」について、フランスをはじめとする欧州では、婚外子の場合、医師が守秘義務により訴訟になっても母の氏名を申し出ないことが多くあったようである。このような場合は、「父母共に知れざる時」にあたり、生地主義により国籍を付与するのが相当であると考えられたのであろう。当時の日本においては厳格な戸籍制度により婚外子を母親が必ず届け出ることとなっていたが、届出人が頑固に母の氏名を申し述べることを拒む場合がこの条文に当たると想定されていた。したがって我が国においては、「父母の知れざる場合」は「棄児」以外には、届出人が頑固に母の氏名を申し述べることを拒むような、ほとんど起こりえようのない、極めて稀な場合であると想定されていたようである²⁵⁾。

この旧民法は施行されることはなかったが、後段は削除され、前段の規定のみが旧国籍法(明治32年法律66号)を経て現在の国籍法(昭和25年法律147号)に受け継がれている。

旧民法成立当時の社会状況や戸籍実務からは、「棄児」以外はほぼ想定されていなかったといえるが、現在の社会状況においても、同様に解することができるかは、疑問である。現代においては、明治時代とは比較にならないほど我が国の国際化も進み、出産の状況も病院に入院して出産するケースが通常である。「棄児」となるケースは、明治時代には、人知れず出産した母親が、仕方なく子供を遺棄する(この場合、子どもにとって母親が誰かは全く分からない)という事態が一般的には想定されていたが、現在においては、病院で出産するケースが一般的であり、身元がよく分からない母親(多くは外国人であろうが、日本人でも起こりうる)が出産し、子どものみを残して病院から失踪するといったケース(この場合、この人が母親だとは分かるが、「この人」がどこの誰かは分からない)も生じうる状況である。旧民法制定当時に予定されていた、戸籍の届出人が意図的に母の氏名を申し述べない場合だけでなく、届出人の意図とは無関係に母の氏名を述べたくても述べられない場合もありうるのである。おそらくは、我が国の出産の状況の変化や国際化から起きる現象であろう。従前の解釈に縛られてこれを維持する必然性はないように思われる。したがって、「棄児」以外でも日本国籍を認めるのが妥当な場合も

25) 月田『日本の無国籍児と子供の福祉』前掲注23, 49~53頁, 67頁

あるように思われる。

次に「棄児」に限る必要はないとしても、その具体的内容をどう考えるかが問題となろう。

この点、最高裁は、「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。」と判示している。

結論としても、その根拠にしても、第1審判決からより進んだ判断をしており、その論旨に賛成である。国籍法2条3号の趣旨は、父または母のいずれかが特定されていれば、父または母の国籍を取得できる可能性が高いことから、それらを除外することにあつたと考えられる。このことから「知れない」イコール「特定されない」と読み替えること自体は、制度趣旨に合致した解釈であると考えられる。そういった意味では、最高裁判決は、2条3号の趣旨からと直接言っているわけではないが、実質的には、父母の国籍を含む特定という観点から本要件を解釈を導いているものといえ、理論的で説得力のある説明がなされている。結論としても第1審判決より明瞭な解釈であるといえるであろう。

次に最高裁のいう「特定されない」ことの中身をさらに具体的に考察してみる。人の特定といえは、通常は氏名、生年月日、住所、居所、あるいは本籍などの事項をもってされるのが通常であるが、本要件は日本で出生した者の国籍取得という問題であるから、当然に国籍を含む特定の要素が必要であると解されるべきであろう。父または母がどこの誰かが分かってもその国籍が全く不明であれば、その父又は母の国籍を取得できる可能性はないのであるから、国籍を当然に含む特定が行わなければならないといえる。

仮に父母の特定の程度が1から100までであるとしよう。その上で、国籍を含め正確に「特定されたとき」を100という到達点 α であるとすれば、「父及び母のいずれもが特定されないとき」とは $\alpha - X$ であり、1～99までの、まったく特定されていないといってよに近い限りなく低い特定の程度から、正確に特定さ

れたとまではいえないがそれに限りなく近い特定の程度までのグレーゾーンの段階を含むものである。言い換えれば、「特定されないとき」とは、「全く特定されていないとき」のみならず「特定されたとされる場合ではないとき」というグレーゾーンを含む広い概念である。

そうすると、本要件の「知れない」とは、「特定されない」とイコールではなく、全く特定されていないとき」のみならず「特定されたとされる場合ではないとき」というグレーゾーンも含む広い概念であるということである。

仮に控訴審判決のように本要件を文字通り「父母がともに知れない」と解すると、事態は全く反対になってしまうように考えられる。「知れないこと」とは「父又は母と認められる者が存在しないこと」という一点であり、それは100という到達点 β である。父又は母と同一人である蓋然性が高い者が存在することは $\beta - Y$ となり、父または母が完全に知っている0から、父母がともに知れないに限りなく近いが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があるという99までの段階を広くさすこととなる。父又は母と同一人である蓋然性が高い者が存在しないということが、「父母がともに知れない」ことである。それにいたらないグレーゾーンは本要件に該当しないこととなる。

ここで、「父母がともに知れないとき」の多様性についても検討したい。「父母がともに知れないとき」の典型例は、いわゆる棄児であるとされるが、それに限られるものではないと解すべきであることは前述のとおりである。棄児以外にも、本件の事案のような場合や、控訴審でのXの主張にあるように、母が子を「置き去り」にした場合にも本要件に当たる場合がある（例えば、子を下宿に放置して父母が行方不明となり、下宿の家婦がその子を育てている場合など）ことを考えても、「父母がともに知れないとき」とは、誰もが共通のイメージを抱くことはできず、多様なケースを想定できる評価的要件であって、単なる事実的要件とは言えないのではないかと筆者は考える²⁶⁾。

同様に最高裁判決も、本要件を評価的要件と理解していると指摘する見解もあ

26) 綿引万里子・ジュリスト1066号(1995. 5. 1-15)227頁、東亜由美「無国籍児訴訟の上告審判決—最高裁第二小法廷平成7年1月27日判決—」法律のひろば、1995. 8)、65頁、綿引万里子『平成7年最高裁判例解説民事編』(法曹会)52頁は、本要件が規範的要件であることを指摘している。

る²⁷⁾。筆者自身は最高裁が本要件を評価的要件と理解しているかについては、後に述べるように疑問があるが、本要件は評価的要件であると解すべきであろう。

(3) 評価的要件の規範構造

評価的要件であるとする、評価根拠事実と、評価障害事実とで、主張立証責任の所在が分かれるわけであるが、何が評価根拠事実で、何が評価障害事実であるかは、非常に困難な問題である。評価根拠事実、あるいは評価障害事実としてどのような事実をいずれの当事者が立証しなければならないかが、問題となる。

筆者自身は、評価的要件はある一定の評価に向けられた量的なものであると考えている²⁸⁾。そして、原則例外の考え方が、評価的要件においても妥当し、それに加え、事実の量的程度を考慮することによって、ある評価の存在を根拠づけられる程度の事実が原則として評価根拠事実として必要で、評価を根拠づけられる事実の存在を前提として、その評価を覆すに足りる事実があってはじめて評価が障害されると考える²⁹⁾。

具体的には、評価的要件の存在を主張するものは、このような事実があれば原則として当該評価があるといえるような当該評価に向けられた量的程度の実事を主張立証しなければならない。その程度の実事が認められれば特段の事情がないかぎりには当該評価ありといえる事実がなければ、請求原因は必要十分ではなく主張自体失当となる。評価的要件の存在を争うものは、原則として当該評価が認められる量的程度の実事の存在を前提として、当該評価を覆すことのできる方向へ向けられた量的程度の特段の事情を主張立証しなければならないと解する。

原則例外という要件事実論的思考を事実的要件のみならず評価的要件の場合にも用いることが有用であると考え、最終的には評価的要件を定めた法の制度趣旨に合致するように、事実の量的程度をも考慮して、原則としてどのような事実が

27) 前掲注26、綿引・ジュリスト227頁、同「平成7年最高裁判例解説民事編」(法曹会)52頁は、最高裁判決が規範的要件ととらえたものと理解できるとしているが、疑問である。

28) 伊藤『講義』・前掲注7、257頁以下 [伊藤滋夫執筆部分]

29) 田村伸子「評価的要件の判断構造についての考察—権限外の表見代理における『正当理由』を題材として—」伊藤滋夫編『民事要件事実講座6』(青林書院、2010年)81頁以下、特に91頁以下参照。

どの程度必要か、例外としてどのような事実がどの程度必要かを決定することが当事者間の立証の負担の公平のために必要であると考ええる。

本要件の場合には、何が原則で、何が例外と考えるべきか。最高裁判決の述べる「父及び母のいずれもが特定されないととき」と評価できるだけの評価根拠事実が存在すれば良いのであるが、先ほど検討したように、「特定されない」という一点にとどまらず、「特定された」とされる場合ではないとき」というグレーゾーンも含む広い概念である。「特定された」を100とすると、「特定されないととき」とは「特定された」とされる場合ではないとき」であり、その範囲は1から99までと広いので、どの程度必要かということになる。99まで必要ということであれば、それは父または母がどこの誰でどういう氏名、生年月日、国籍の人かということがほぼ判明しつつあることであり、それは評価というより事実に近い。「父及び母のいずれもが特定されないととき」という評価に向けられたものとしては、量的には限りなく少ない事実で足りるということになる。他方、1あれば良いということであれば、全くの棄児であり父母の手がかりが全くないということであり、「父及び母のいずれもが特定されないととき」という評価に向けられたものとしては、量的には多い事実が必要となる。

そういう意味で、最高裁判決の指摘する「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」といえるだけの評価根拠事実が必要であるとすれば、それは、2でも100でもなく、その中間程度と解されるように思われる。「社会通念上」「判断される」というその時代における通常人の感覚といった相対的な基準であり、いわば緩衝材としての役割を果たすようなそうした状況があれば良いということであろう。

評価障害事実としては、当該評価が「特定された」とされる場合ではないとき」というグレーゾーンも含む広い概念であるがゆえに、評価根拠事実を前提としてその評価を覆すためには「父又は母が特定された」という1という一点が必要であろう。具体例としては、棄児の場合は、その後例えば何らかの経緯でDNA鑑定などが行われ偶然に父又は母が判明したことなどが必要である。本事案の場合でいえば、仮にその後の調査等により、「ロゼテ本人」の所在が判明し、それが母親であると特定できていれば、そのことがこれに当たるのではないかと評価

障害事実は、当該評価を覆す方に向けられた量的には多い事実が必要といえるであろう。

このような評価根拠事実・評価障害事実の具体的内容についての解釈こそ、評価的要件の原則・例外を適切に考え、バランスよく国籍法2条3号の趣旨を実現するものである。この点における最高裁の判示内容は、結論としては賛成しうる。国籍法2条3号の趣旨は、原則である血統主義の例外として限定的な生地主義を採用したものであり、日本で出生し、日本国籍を取得できなければ無国籍となるべき子のすべてに日本国籍を与えるものでもないというものである。上記のように考えれば、「父及び母のいずれもが特定されないとき」という評価に向けられた、相当程度の量的事実があれば、原則として国籍を与え、例外として、完全に特定されたといえる場合には、当該評価は覆されるということになり、本条の制度趣旨を一方に偏ることなくうまくバランスが取れて実現できるように思われる。

ただ、最高裁判決の理論構成も評価的要件として処理したものかどうかは、判然としない。この点、第1審判決は、Xの立証すべき事実を述べたその後に「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。」(下線は筆者が付した)と述べている。

最高裁判決においても「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。」(下線は筆者が付した)と述べている。第1審判決も最高裁判決も「反証」という言葉を用いていることをいかに評価するかは問題である。

一般に「反証」とは、相手方に立証責任がある事実について、真偽不明に持ち込むことによって、相手方の立証すべき事実があるとは認められないとする訴訟活動をいう。評価的要件の場合は、最終的に立証された評価根拠事実から、当該評価ができるかを判断し、当該評価が認められることを前提に、立証された評価

障害事実から、当該評価を覆すことができるかという判断が行われる。要件事実である評価根拠事実あるいは評価障害事実それ自体について、それを真偽不明に持ち込む相手方の反証は観念することができるであろうが、評価障害事実そのものには、「反証」という概念は入る余地がない。要件事実であるので立証あるいは本証されなければならないといえる。

この点、判例の立場は間接反証理論を採用していると考えられるかも知検討の余地がある。筆者自身は、間接反証理論そのものは反対である。理由を簡単に述べると、そもそも間接反証理論が提唱されたのは、評価的要件（例えば不法行為責任における過失など）についてであり、評価そのものを要件事実と解し、評価を根拠づけるあるいは障害する具体的事実は間接事実であるとする間接事実説を前提としているものであること、間接事実説は、実務においても採用しえないし、学説上も少数であることが理由の一つである。また、理由の二つ目として、評価的要件ではなく事実的要件に適用される理論だとしても、間接反証理論は、「反証」と言いながら、当該間接事実の「本証」＝「立証」を必要とする点で妥当でない。すなわち間接事実は要件事実ではないのであるから、要件事実を認定するためにプラスの事実であれマイナスの事実であれ、必ずしも立証される必要はなく、あるがままの証明の状態で要件事実の存在を認めることができるかという判断に用いて良いと考えるべきであるからである³⁰⁾。

最高裁が本要件を評価的要件としたうえで、間接事実説を採用しているものと、評価することは困難であろう。しかしながら、「反証として」という最高裁の判決の表現を素直に読む限りは、本要件を事実的要件とした上で間接反証理論を用いていると評価できる可能性はあろう。第1審判決も同様である。

筆者自身の考えは、既に述べたとおり、国籍法2条3号の「父母がともに知れないとき」とは、最高裁判決と同様に「父及び母のいずれもが特定されないととき」を指すと解すべきであるが、それは評価的要件であり、評価根拠事実として「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」とい

30) 間接反証理論反対説として、伊藤滋夫「事実認定の基礎－裁判官による事実判断の構造」(平成8年、有斐閣)104頁以下、高橋宏「重点講義民事訴訟法(上)」(2005年、有斐閣)463頁、489頁以下。

量的程度の事実があれば、特段の事情のない限りは、国籍法2条3号の「父母がともに知れないとき」の要件を満たすと評価できる。特段の事情として、「父又は母が特定されたこと」といえる量的程度の評価障害事実があれば、「父母がともに知れないとき」という評価が覆されることとなると考えている。

実体法規範の構造としては、評価的要件の場合、さらに例外が存在するという構造になる。すでに述べた①の規範構造をさらに発展させ、

- ①' 「日本で出生したものは、父母がともに知れないと評価できる場合には、日本国籍を取得する。但し、父母がともに知れないとは言えない特段の事情がある場合はこの限りではない。」

という規範構造がより正確であるといえよう。

それと同時に、いかなる場合に当該評価があるといえるか、特段の事情があるといえるかについての、当該評価に向けられた、あるいは当該評価を覆す方向へ向けられた事実の量的程度を制度趣旨に合致するよう検討することが必要であるといえよう。

3 立証の困難性が実体法規範構造に与える影響

今までは、立証のことを考慮に入れずに、何が原則で何が例外かという実体法規範の構造を検討してきたが、立証責任の所在を検討するにあたり、やはり全く立証の困難性（立証の難易）という事柄を考慮しないというのは適切ではないであろう。立証の困難性をどのように考慮するかが問題である。

すでに述べたように、立証の困難性は、原則・例外という形で決まった実体法の規範構造を、立証の困難性を考慮に入れてもおお維持できるか、という形で考慮されるべきである。すなわち、当該制度趣旨が適切に実現できるよう、裁判規範としての民法の要件（それに該当する具体的事実が要件事実である）の形式を正しく決定するために、立証の困難性を考慮することとなる。

具体的に本要件に即して検討してみる。この点、「父母がともに知れないとき」というのは消極的事実であり、「ないこと」の立証はいわゆる悪魔の証明とも言われる、立証の極めて困難な事実であると指摘するものもある³¹⁾。しかしなが

31) Xの第1審から最高裁への上告理由を通じて、「悪魔の証明」だから国が立証責任を負うべき旨の主張がなされている。

らいわゆる消極的事実といってもその中身は当該要件によってさまざまであり、一概に悪魔の証明とは言えない場合もあろう。例えば、「善意」という要件は様々な場面で登場するが、一般には「ある事柄を知らないこと」と説明されることが多いが、その立証は格別困難であるとは言えない。また、即時取得（民法192条）にいう「善意」は「前主が権利者であると積極的に信じたこと」と解すべきであるとされており、問題となる場面によって、その内容は異なる。「未成年」という要件も「成年でないこと」であるが、その立証は容易である。消極的事実であるという一事をもって立証が困難であると断じることは妥当ではなく、やはり個々に具体的内容を検討していく必要があるであろう。

仮に「父母がともに知れないとき」が事実的要件であるとして、その立証が極めて困難であるとすれば、そのような困難な事実の立証責任を、国籍取得を主張する者に負わせるならば、国籍の取得はより難しくなる。仮に、国籍取得を容易に認めない方向こそが、制度趣旨であるとすれば、立証の困難性を考慮しても、当該事実の立証を国籍取得を主張する者に負わせるのが法の趣旨に合致するといえる。反対に、制度趣旨が国籍の取得を認めやすくすることであるとすれば、仮にその立証が困難であれば、国籍取得を主張する者が立証責任を負うとするのは、制度趣旨に反することになり、かえって国籍取得を争う者がその反対事実について立証責任を負うとすることが制度趣旨に合致する。仮にその立証が極めて容易であれば、国籍取得を主張する者が立証責任を負うとしても、それは制度趣旨に反するものとまではいえない。このように立証の困難は、それ自体が主張立証責任の負担の決定基準となるものではないが、制度趣旨に合致しているかを考える上で重要なファクターとなる³²⁾。

事実的要件であれば比較的単純ではあるが、しかしながら、「父母がともに知れないとき」は評価的要件と解すべきである。評価的要件の特殊性を踏まえて検討してみたい。

評価的要件の場合、評価根拠事実と、評価障害事実とで立証責任が分けられることから、いずれの当事者がどの程度の事実を立証すべきかを決定するに際し、立証の困難性を考慮しながら、あくまで恣意的にならないように注意しながら

32) 伊藤「講義」・前掲注7, 226頁, 248～249頁 [伊藤滋夫執筆部分] など

らも、柔軟に考慮することが可能であろう。

例えば、立証の困難性を考慮に入れなくて実体法の規範構造を考えた場合に、原告が本来量的に10の評価根拠事実を立証しなければならないときに、それが証拠の偏在などにより極端に立証が困難である場合がありえよう。このような場合、立証の困難性を救済するために、証明度の引き下げ、一応の推定、事案解明義務等が提唱されているが、評価的要件の場合は、そのような手法を用いなくとも立証の困難性を考慮して制度趣旨の実現に資する立証責任の公平な分担を実現できるように思われる。具体的には、本来10の評価根拠事実を立証すべきところを、当該当事者の元には1の評価根拠事実を立証するだけの証拠しかないとする。その場合は、立証の困難性を加味して考慮し、制度趣旨に合致する立証責任を定めるために、1の評価根拠事実が立証できれば、当該評価があると評価できるものと扱うというものである。反対に、当該評価の存在を争う当事者は、特段の事情として、立証の困難性を考慮に入れなくて実体法の規範構造を考えた場合に、本来10の評価障害事実を立証すべきところ、当該評価の有無についての証拠を容易に多く手に入れることができる立場にある当事者は、立証の困難性を考慮に入れて立証責任を考えた場合、15の評価障害事実を立証してはじめて、当該評価を障害することができると定める。

これは、どの程度の評価根拠事実・評価障害事実が立証されれば当該評価があるといえるに十分であるか、あるいは障害されるといえるに十分であるかという、当該評価の価値判断の問題であるともいえよう³³⁾。

この価値判断を本要件に則して検討する。先ほど立証の困難性を考慮にいれずに検討したところによると、国籍法2条3号の「父母がともに知れないとき」は、「父及び母のいずれもが特定されないとき」と解釈すべきであり、評価根拠事実としては、「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」が必要である。その評価根拠事実の立証は、出生時およびその前後の事実であり、国籍取得を主張する者はその当時はまだ出生前かあるいは出生直後

33) 伊藤滋夫「事実認定序説(7)―民事判決における事実判断の構造―」ジュリスト1028号(1993. 8. 1-15)190頁, 191頁注(12)「同(8)」ジュリスト1029号(1993. 9. 1)136頁, 139頁注(3)、伊藤『事実認定の基礎』・前掲注30, 140頁-154頁の記載参照。

の乳児であり、当時の記憶はないであろう。しかしながら、出産に立ち会った人、出生後に養育していた者等がいれば、それらの者や関係者の協力を得て、ある程度の出生時前後の状況は立証できるように思われる。出生当時の状況が分からなければ分からないほど、「父及び母のいずれもが特定されないとき」は立証しやすく、ある程度出生した病院や養育者等の協力を得ることができたり、父母に関する証拠がある程度はあるという状況のほうが、立証はより困難なように思われる。とはいえ、「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」に該当すると言えれば良いのであるから、国籍取得を主張する者にとって、立証が容易とまではいえませんが、格別に立証が困難であるとはいえないであろう。

他方、評価障害事実としての「父又は母が特定されたこと」の立証は、事実としては、父又は母がその国籍を含む氏名、生年月日、住所等の要素によって特定されたという一点に限定される。これを立証するためには、時間的には、出生時の状況のみならず、場合によっては父母の出生時にさかのぼって、あるいは、国籍取得を主張する者の出生後の状況を調査する必要がある。場所的には、日本国内にとどまらず、時には父母の出生国にまで赴いていかねばならない場合もある。事実の性質としては、外国の戸籍についての調査や、我が国の出入国に関する事実の調査等といった、一般人では情報を入手することが不可能あるいは著しく困難な事実を調査する必要がある。このような調査は、国籍取得を争う国側にとっては、容易であるとまではいえなくても、一般人に比較すれば相当程度可能であり、証拠の収集・提出も可能である。

本要件の立証の困難性は以上のとおりであろう。次に、以上のような立証の困難性をもって、先ほど立証の困難性を考慮に入れずに検討した制度趣旨に合致した原則・例外という形の実体法の規範構造を、なおも維持できるかを検討する。

評価根拠事実の立証が、容易であるとまではいえませんが、格別困難というわけでもないとするれば、それらの立証責任を国籍取得を主張する者に負わせるとしても、国籍取得を特に容易にするわけではなく、かといって格別困難なものとするわけでもないということがいえる。他方、評価障害事実の立証は、相当程度困難であると言えるが、その立証のための証拠の収集・提出は、国籍取得を主張する者より、それを争う国が行うほうが、より可能性が高いといえ、証拠が国側に偏

在している状況と言えよう。こうした状況は、ある程度の慎重さを求めながらも一定の場合には国籍取得を認めつつ、父母のいずれかが判明し父母の国籍を取得できる可能性が極めて高いと判断しうる場合には、本条項により日本国籍を認めることが明らかに不当といえ、そのような場合に限り国籍取得を排除するというものであり、国籍法2条3号の原則である血統主義の例外として限定的な生地主義を採用したものであるという制度趣旨を、非常に適切にバランスの取れた形式で実現するものといえよう。

そういった意味で、本件は、立証の困難性を考慮に入れて考えたとしても、立証の困難性を考慮に入れずに検討した実体法の規範構造に変更を及ぼさなくとも、適切な制度趣旨の実現が可能であり、当事者間の立証の公平は図られていると言える。

以上を前提として、本件における判決を検討してみる。

第1審判決は、「通常は父母をと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」と述べ、その理由として、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という立証の困難性を挙げている。第1審の判断は、「父母をとともに知ることができないであろうと考えられる程度」とは具体的にはどういった事実を指すかが不明確であるという問題があるものと考えられる。それに加えてより重要な問題としては、本要件の立証の具体的内容を論じるにあたって、立証の困難性のみを理由に挙げることは、実体法の規範構造を無視して、立証の困難性といった訴訟上の観点のみから立証責任の所在を根拠づけるものであり、十分な説得力があるとはいえないように思われる。

最高裁判決も、立証責任については、特に理由を述べることなく、「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」と結論を述べるのみである。国籍法2条3号の趣旨から、直接的に上記結論を導いているわけではないが、そうかといって、最高裁判決が、(修正)法律要件分類説によって立つことを明らかにしているわけでもない。最高裁の立場は、制度趣旨から直接というわけではないかもしれないが、実質的にみてどちらの当事者に立証責任を負わせるのが公平かという観点から実質的に判断していると読み取ることが可能であり、この点は注目に値する。ただ、最高裁は本要件を事実的要件と解した上で、間接反証理論によって立つ可能性が高い。最高裁が述べる「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。」ということは、やはり国籍取得を争う方で「父又は母が特定された」ことを立証しなければならないこととなり、自説と結論としては、同じこととなろう。

4 まとめ

評価的要件の場合は、その評価の中に原則・例外の規範構造を含むものであるため、原則の中に、原則・例外が存在し、あるいは例外の中にさらに原則・例外という実体法上の規範構造を含むものである。制度趣旨に合致するよう原則・例外の規範構造を定めていく必要がある。さらに立証の困難性を考慮に入れて考えた場合、どの程度の量的な評価根拠事実、評価障害事実を立証すれば当該評価がありとの判断ができるかという問題が生じる。これも最終的には制度趣旨に合致し当事者間の立証の公平を図ることができるよう検討する必要がある。このように評価的要件は、立証責任対象事実の決定において、一方ではよりきめ細やかな配慮が可能である。他方では、利益衡量を複雑にすることもあろう。当事者間における立証責任の公平な分配を実現するためには、いたずらに複雑な議論にならないよう注意しながら、実体法の制度趣旨に合致するように原則・例外という規範構造に則った検討および立証の困難性も考慮にいった検討が必要であろう。

以上