



Title	認知による国籍取得と戸籍実務
Author(s)	奥田, 安弘; OKUDA, Yasuhiro
Citation	北大法学論集, 48(6), 261-303
Issue Date	1998-03-31
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/15767">https://hdl.handle.net/2115/15767</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	48(6)_p261-303.pdf



## 認知による国籍取得と戸籍実務

奥田安弘

わが国の国籍法二条は、出生による国籍取得の要件を定めているが、最近、その解釈をめぐって議論がある。すでに「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」という要件（二条三号）については、平成七年一月二十七日に最高裁判決が下され（民集四九卷一号五六頁、家月四七巻七号一三四頁、判時一五二〇号三二頁、判タ八七二号七八頁）注目を集めていたが（いわゆるアンデレ事件）、この度、「出生の時に父又は母が日本国民であるとき」という要件（二条一号）についても、注目すべき最高裁判決が下された。平成九年一月一七日の最高裁判決（二小法廷判決）である。

事件の概要は、次のとおりである。韓国入女Aと日本人男Bは、平成元年三月二十八日、日本において婚姻したが、平成二年六月ころから別居していた。Aは、平成三年ころ、日本人男Cと知り合い、Bとの婚姻中である平成四年九月一日にXを出産した。同年一月四日、AとBは協議離婚し、さらに同年二月二十八日、BとXの親子関係不存確認の調停が申し立てられた。平成五年四月二十七日、BとXの親子関係不存確認の審判が下され、同年六月二日、この審判が確定した。同年六月四日、AがXの出生届をし、CがXを認知する旨の届出をした。しかし、Xは日本国籍を取得していないとされたため、Y（国）

に対して国籍確認を請求したのが本件である。

平成六年九月二八日の東京地裁判決（行集四六卷一〇・一一号一〇八〇頁）は、「国籍法二条一号にいう『出生の時に父が日本国民であるとき』とは、子の出生時において、日本国民である父との間に既に法律上の父子関係が形成されていることを意味し、子の出生後にされた認知の効果が出生時に遡及し（法例一八条、民法七八四条）、その結果、父子関係が形成されるような場合を含まない」として、Xの請求を棄却した。

これに対して、平成七年一月二九日の東京高裁判決（行集四六卷一〇・一一号一〇七二頁、判時一五六四号一四頁）は、本件のような「極めて例外的な場合、すなわち特別の事情があつて子の出生前の認知届はないが、嫡出が否定された時に接着した時（嫡出子であることが確定した裁判によつて否定された時から本来の出生届の期間内）に新たな出生届と認知届出があつた場合」には、国籍法二条一号の要件を満たすとして、Xの請求を認容した。

この高裁判決については、結論に賛成するものとして、奥田安弘・戸籍時報四五六号四頁以下、山本敬三・私法判例リマークス一五号一六五頁以下、松本哲弘・判例タイムズ九四五号一九〇頁以下があるが、反対するものとして、山田鎌一・ジュリ

スト一〇九一号二五八頁以下、江川英文Ⅱ山田鎌一Ⅱ早田芳郎『国籍法〔第三版〕』七五頁、木棚照一『国籍法逐条解説(5)』戸籍時報四六七号一三頁以下があり、学説の間でも見解が分かれていた。

しかし、平成九年一〇月一七日の最高裁第二小法廷判決は、高裁判決を支持して、国側の上告を棄却したのである。本稿執筆（平成九年一〇月末）の時点では、この最高裁判決は下されたばかりであり、いずれの判例集にも掲載されていないので、資料1として掲載することにした。また、資料2として、私が原告弁護士団の依頼を受けて、最高裁に提出した意見書を掲載した。

最高裁判決は、結論的には高裁判決を支持しているが、判決理由は、幾つかの点で異なっている。とくに高裁判決は、嫡出推定が排除された時から戸籍法四九条の出生届の期間（国内出生の場合は十四日）内に認知届をすべきであるとしていたが、最高裁判決は、「母の夫と子との間の親子関係の不存在を確定するための法的手続が子の出生後遅滞なく執られた上、右不存在が確定されて認知の届出を適法にすることができるようになった後速やかに認知の届出がされることを要する」としている。これは、①嫡出推定を排除する手続も遅滞なく行われること

を要件として加えた点、②認知届をすべき期間については、必ずしも戸籍法四九条の出生届の期間をもって基準とせず、単に速やかであることを要件とした点において、高裁判決と異なる。これは、大西裁判官が補足意見で述べているように、「民法、国籍法、戸籍法等に参考とすべき規定がないわけではないが、結局は立法的解決を待つほかはない」という趣旨であろう。

ちなみに私の意見書は、国籍法二条一号にいう「出生の時」について、「通常は、生理的な出生時を意味するが、例外的な事情があれば、生理的な出生後の合理的な期間を含む」としたうえで、①については、嫡出否認の訴えに関する民法七七七条を参考にして、子の出生から一年、②については、高裁判決と同様に、「戸籍法四九条の出生届の期間をもって、「合理的な期間」とする解釈を主張している。

なおXの出生前、AとBは婚姻中であつたため、生まれてくるXは、Bの子と推定され（法例一七条、民法七七二条）、これと矛盾するCの胎児認知はできない状態であつた。戸籍実務上も、母の婚姻中の子は、他人が認知することはできないとされている（明三三・三・二四民刑第二一八〇号回答、大七・七・四民第一二九六号回答）。また、子の出生前には、嫡出否認の訴えや親子関係不存在確認の訴えによって、かかる嫡出推定を

排除することもできない。そこで、高裁判決は、本件のような場合には、「本来なら日本国籍を取得し得るはずの子であつても、子が生まれながらに日本国籍を取得する途が閉ざされてしまふ」として、かかる結果は不合理であると判断した。

これに対して、国側は、上告理由において、次のように反論している。すなわち、たしかに本件のような場合には、胎児認知届は不受理処分を受けることになるが、子の出生後に親子関係不存在確認の裁判が確定すれば、この不受理処分に対して家庭裁判所に不服申立てを行うことができるし（戸籍法一一八条）、また「家庭裁判所への不服申立てを経なくても、市区町村長が先の不受理処分を取り消した上、受理することも可能である」というのである（平成九年一月八日事務連絡五・六、民事月報五二巻三三号一一八頁以下参照）。しかし、最高裁判決は、「不適法として受理されない胎児認知の届出をあえてしておく方法があることをもって国籍取得のみちがあるというのは、適当でないことが明らかである」として、国側の反論を一蹴した。

以上のように、本件は、認知による国籍取得と戸籍実務の関係を考えるうえで、重要な論点を含んでいる。ここでは詳しい論評は差し控えるが、全体としてみると、生後認知か胎児認知かによって、出生による国籍取得を区別する現行国籍法には、

料 かなり無理があると思われる。さらに、私の意見書でも述べているように、かかる区別は違憲の疑いすらある。この点については、さしあたり拙著『家族と国籍』一一三頁以下および同『市民のための国籍法・戸籍法入門』九七頁以下を参照していただきたい。また、違憲の主張を退けた平成八年六月二八日の大阪地裁判決（判時一六〇四号一二三頁、判夕九二八号六四頁）に対する私の評釈として判例評論四六七号三六頁があるので、併せて参照していただきたい。

資料1 平成九年一〇月一七日の最高裁第二小法廷判決（平成八年（行ツ）第六〇号国籍確認請求上告事件）

(1) 法廷意見（国側の上告理由について）

外国人である母が子を懐胎した場合において、母が未婚であるか、又はその子が戸籍の記載上母の夫の嫡出子と推定されるときは、夫以外の日本人である父がその子を胎児認知することができ、その届出がされれば、国籍法二条一号により、子は出生の時に日本国籍を取得するものと解される。これに対し、外国人である母が子を懐胎した場合において、その子が戸籍の記載上母の夫の嫡出子と推定されるときは、夫以外の日本人である父がその子を胎児認知しようとしても、その届出は認知の

要件を欠く不適法なものとして受理されないから、胎児認知という方法によつては、子が生来的に日本国籍を取得することはできない。もつとも、この場合には、子の出生後に、右夫と子との間の親子関係の不存在が判決等によつて確定されれば、父の認知の届出が受理されることになるが、同法三条の規定に照らせば、同法においては認知の遡及効は認められていないと解すべきであるから、出生後に認知がされたというだけでは、子の出生の時に父との間に法律上の親子関係が存在していたというだけでは、認知された子が同法二条一号に当然に該当するということにはならない。

右のように、戸籍の記載上嫡出の推定がされない場合には、胎児認知という手続を執ることに、子が生来的に日本国籍を取得するみちが開かれているのに、右推定がされる場合には、胎児認知という手続を適法に執ることができないため、子が生来的に日本国籍を取得するみちがないとすると、同じく外国人の母の嫡出でない子でありながら、戸籍の記載いかんにより、子が生来的に日本国籍を取得するみち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。したがって、できる限り右両者に同等のみちが開かれるように、同法二条一号の規定を合理的

に解釈適用するのが相当である。

右の見地からすると、客観的にみて、戸籍の記載上嫡出の推定がされなければ日本人である父により胎児認知がされたであろうと認めるべき特段の事情がある場合には、右胎児認知がされた場合に準じて、国籍法二条一号の適用を認め、子は生来的に日本国籍を取得すると解するのが相当である。そして、生来的な日本国籍の取得はできる限り子の出生時に確定的に決定されることが望ましいことに照らせば、右の特段の事情があるというためには、母の夫と子との間の親子関係の不存在を確定するための法的手続が子の出生後遅滞なく執られた上、右不存在が確定されて認知の届出を適法にすることができるようになつた後速やかに認知の届出がされることを要すると解すべきである。

所論は、戸籍の記載上嫡出の推定がされる場合においても、父が胎児認知の届出をすれば、その届出は、いったん不受理とされるものの、後に前記の親子関係の不存在が確定されれば、改めて受理されることになり、その結果、子は、父との法律上の親子関係が出生時からあったものと認められ、国籍法二条一号により、日本国籍を取得するに至るから、右の場合にも嫡出でない子の生来的な日本国籍取得のみちが閉ざされているわけ

ではないと主張する。しかしながら、不適法として受理されない胎児認知の届出をあえてしておく方法があることをもって国籍取得のみちがあるというのは、適当でないことが明らかである。のみならず、所論の場合に子の生来的日本国籍取得を認めることは、出生の時点では父と子との間に法律上の親子関係があるとはいえなかつたにもかかわらず、後の事情変更により、当初から法律上の親子関係があつたと取り扱う例を示すものにはかならず、父が、胎児認知を届け出ても不適法として受理されないと考えて、まず認知の届出が適法に受理されるための手続を進め、その完了後速やかに認知の届出をするという方法を採用した場合に、前記要件の下に同号の適用を認めることも、同号の合理的な解釈として許されるものといふべきである。

原審の適法に確定した事実関係等によれば、(1) Xは、平成四年九月一日、韓国人である母Aの子として出生した、(2) 当時Aは日本人であるBと婚姻関係にあつたため、Xの出生前に適法な胎児認知をすることはできなかった、(3) 同年一月四日、AとBは協議離婚した、(4) 同年二月一日、BとXとの親子関係不存在確認の調停が申し立てられ、同五年四月二七日、右親子関係不存在確認の審判がされて、同年六月二日、右審判が確定した、(5) 同月一日、日本人であるCがXを認

知する旨の届出をした、というのである。右事実関係によれば、Xの出生後遅滞なくBとXとの親子関係不存在を確認するための手続が執られ、これが確定した後速やかにCが認知の届出をしたものといえることができ、客観的にみて、戸籍の記載上嫡出の推定がされなければCにより胎児認知がされたであろうと認めるべき特段の事情があるといふべきであり、このように認めることの妨げになる事情はうかがわれない。そうであれば、Xは、日本人であるCの子として、国籍法二条一号により、日本国籍を取得したものと認めるのが相当である。

以上と結論において同旨の原審の判断は、正当として是認することができる。論旨は、独自の見解に立つて原判決を論難するものであり、採用することができない。(以下略)

## (2) 裁判官大西勝也の補足意見

国籍法二条一号にいう「出生の時に父が日本国民であるとき」とは、一般には、子の出生時において、日本国民である父との間に法律上の父子関係が形成されていることを意味し、子の出生後にされた認知の効力が出生時に遡及する(法例一八条、民法七七八四条)結果、出生時に法律上の父子関係が形成されるような場合は含まれないと解すべきである。したがって、外国人

を母とする非嫡出子が生来的に日本国籍を取得するのは、一般には、子が胎児である間に日本国民である実父から認知され、出生時において法律上の親子関係が形成されているというような場合に限られることとなる。この点は、第一審判決及び原判決が一致して判示するところであり、法廷意見もこのことを前提としている。

本件においては、X出生時に至るまでAがBと婚姻関係にあったため、Cが胎児認知の届出をしても受理されないであろう客観的事情にあつたことは明らかである。このような場合に、国籍法二条一号の「出生の時」という文言をどのように解釈すべきかが、本件の問題である。

国籍は、国家の構成員たる資格であるが、何人が自国の国籍を有する国民であるかを決定することは、国の固有の権限に属し、日本国憲法一〇条は、「日本国民たる要件は、法律でこれを定める。」と規定している。すなわち、国籍法は、国家の構成員の範囲を定める国家存立の基本に関する公法であり、その解釈に当たっては、拡張解釈や類推解釈を極力避けることが要請される。しかし、一方において、国籍法は、親子関係等私法の規定によって決定される法律関係を前提とすることが多く、その解釈に当たっても、これらの先決的な問題の影響を受ける

場合があることも、否定することができない。

Xの援用する昭和五七年二月一八日付民二第七六〇八号法務省民事局長回答は、韓国人男と離婚した韓国人女の胎児について、離婚後三箇月目に日本人男が認知の届出をし、子の出生前であるため嫡出の推定を受けることとなるか否かが未確定であったがゆえに届出が受理されたところ、その後認知された子が離婚後三〇〇日以内に出生したが、事後において母の前夫と子との間に親子関係不存在の裁判が確定した場合には、前の胎児認知届は有効とされ、その結果、子は国籍法二条一号に該当するから、日本国籍を取得するとされた例である。この回答は、離婚後三〇〇日以内に出生することによって、いったん嫡出の推定を受けることとなりながら、その後親子関係不存在の裁判が確定したことによって、当初から嫡出の推定を受けないこととなった事案に関するものであつて、たまたま戸籍上の取扱いとして、胎児認知の届出が受理されていたため、右胎児認知の届出を有効と解したのに対し、本件の場合は、戸籍の取扱いとして、胎児認知の届出は受理されないこととなっているため、有効な届出をすることができなかつたにすぎない。両者とも、子の生理的の意味での出生時において、父が日本国民であることが法律上確定していなかつたことにおいては何ら変わりがない

く、国籍法二条一号の「出生の時」の解釈上、両者を全く別異に考えるのは相当でない。

もとより、一般に行政実例を解釈の直接の根拠にすることが本末転倒であることは、所論の指摘するところであり、また、前記の回答の当否については、議論のあるところであらう。しかし、前示のとおり、国籍の決定は国の固有の権限に属し、国籍及びそれに連なる戸籍の取扱いは、これらに関する法令の解釈を含めて、第一次的には、これらの事務を所掌する国の行政機関の決するところにゆだねられているのであるから、国籍の得喪について、国がいかなる解釈の下に、いかなる取扱いをしているかを度外視することはできない。前記回答は、国家が一定の解釈を示すことにより、その権限に基づき国籍を決定した例として、参酌すべきものである。

そうすると、子の出生前に胎児認知をすることができなかつたが、子の出生の約三箇月後に母の夫と子との間の親子関係の不存在を確定するための法的手続が執られ、その不存在が確定されて適法に認知の届出ができるようになった日から一二日後に認知の届出をしたという本件の場合も、前記回答の場合と同様に国籍法二条一号に該当すると解するのが相当である。右法条の「出生の時」の意義について、生理的意味における出生

の時より広い時間的範囲を含むと解することが、やや文理に合致しないとのそしりは免れないにしても、両者とも右「出生の時」に含まれると解することが、国家の統一的意思を示す合理的解釈といふべきである。

付言するに、以上のような解釈は、法廷意見が述べるとおり、母の夫と子との間の親子関係の不存在を確定するための法的手続が子の出生後「遅滞なく」執られ、右不存在が確定されて認知の届出を適法にすることができるようになった後「速やかに」認知の届出がされることを前提としている。本来出生子の生来の国籍が浮動的であることは、国家の立場はもちろん本人の立場からも好ましいことではなく、生来的国籍は、できるだけ出生時点ないしそれに近接する時点において確定的なものとす必要がある。その意味では、右親子関係不存在の確定手続及び認知の届出をすべき期間を具体的数値をもって示すことにより、画一的基準を設定することが望ましく、また、これらについて、民法、国籍法、戸籍法等に参考とすべき規定がないわけではないが、結局は立法的解決を待つほかはないであろう。本件は、国籍の浮動性防止の観点からしても、前記の解釈が許容される範囲内にある事例といふべきである。

裁判官根岸重治は、裁判官大西勝也の補足意見に同調する。

### (3) 国側の上告理由

#### 第一 はじめに

原判決は、「国籍法二条一号にいう『出生の時に父が日本国民であるとき』とは、一般には、子の出生時において、日本国民である父との間に法律上の父子関係が形成されていることを意味し、子の出生後にされた認知の効果が出生時に遡及する結果、出生時に法律上の父子関係が形成されることとなるような場合は含まれない」としながら、①この解釈を貫くと、子が嫡出性の推定を受ける場合には、実の父が子の出生前に右の推定を排除する途はなく、胎児認知の届出も受理されないから、本来なら日本国籍を取得できる子であっても、出生により日本国籍を取得する途を閉ざされてしまうという不合理が生ずる、②行政の実例においても実質的には子の出生後に胎児認知の効力を認めて戸籍の記載をする例外を認めている、③本件のように嫡出性が否定された時から戸籍法四九条の出生届の期間内に新たな出生届と認知届とがあつた場合には、例外的に国籍法二条一号の要件を満たすと解しても、認知によるそ及効を一般的に認めるものではなく、国籍が長期にわたつて不確定なものとなるおそれもないから、Xが出生後に日本人である父により認知されたことよつて日本国籍を取得したとして、Xの請求を認

容した。

しかし、原判決の右判断には、国籍法二条一号の解釈適用を誤った違法があり、この違法が判決に影響を及ぼすことが明らかであるし、理由不備の違法もある。

第二 国籍法二条一号の解釈適用の誤り

一 国籍法二条一号の解釈

国籍とは、国の構成員たる地位又は資格であつて、その得喪の要件は、当該時代、国籍に対する考え方、国の成立過程などによつて異なる。そして、何人が自国の国籍を有する国民であるかを決定することは各国の固有の権限に属する。日本国憲法一〇条は、「日本国民たる要件は、法律でこれを定める。」とし、日本国籍の得喪の要件を立法府の裁量にゆだねた。これを受けて、国籍法は、その二条において出生による日本国籍の取得について規定し、本件で問題となつている同条一号において「出生の時に父：が日本国民であるとき」と規定している。

そして、右国籍法二条一号にいう「出生の時に父：が日本国民であるとき」とは、子の出生の時に日本国民である父との間に既に法律上の親子関係が存在している場合を意味し、子の出生後に日本国民である父が認知をした結果民法七八四条本文により子の出生時から父子関係があつたとして取り扱われる場合

を含まない。

このことは、現行の国籍法が制定された経緯からも明らかである。すなわち、現行の国籍法は、旧国籍法（明治三二年法律第六六号）が、新たに制定された日本国憲法及び昭和二年法律第二二二号による改正後の民法第四編第五編の趣旨に沿わない規定を多く含むこととなつたため、旧国籍法を廃止して、新たに制定された。その際の眼目の一つが、認知に伴う子の国籍の変更の点にあつた。旧国籍法は、出生後に日本国民である父に認知された子は、一定の要件を具備するときには、当然に日本国籍を取得することとしていた（五条三号、六号）。しかし、認知という父の一方的な行為によつて子の国籍を変更させることは、憲法二四条二項に定める「個人の尊厳」の精神に合致しないため、現行の国籍法は、右の規定を排し、子についても、出生により当然に日本国籍を取得する場合を除いて、父母からの地位の独立を認めることとした（乙第三号証）。このような現行国籍法制定の経緯からすれば、子の国籍が出生後に父が認知をしたからといって、変動しないことは、当然である。

また、このことは、国籍法三条が、父母の婚姻及び父の認知により嫡出子たる身分を取得した子でその父が子の出生の時に降引き続き日本国民であつた場合であっても、日本国籍を取得

するためには法務大臣への届出を必要とし(二項)、その届出

さない。

の時に日本国籍を取得する(二項)として、同法六条一号、八条一号が外国人の母から出生し、日本人の父に認知された者の帰化の要件を規定していることから裏付けられる。

## 二 国籍法二条一号の解釈の例外

### 1 原判決の説示する前記第一の①の根拠について

原判決は、「日本国民でない母が婚姻中の場合であつて子が嫡出の推定を受ける場合には、生まれてくる子の実の父が夫以外の日本国民であつても、子の出生前に嫡出否認の訴えや親子関係不存在確認の訴えによつて右推定を排除する途はなく、また実の父からの胎児認知の届出も受理されない扱いであるから、本来なら日本国籍を取得し得るはずの子であつても、子が生まれるながらに日本国籍を取得する途が閉ざされてしまうこととなる。このような結果は、胎児認知が許される場合と比較すると、不合理な面がある」と判示している。

しかし、本件のような場合、出生した子は、出生により日本国籍を取得し得ないとしても、母の国籍を取得し得る(本件でも、韓国籍を取得する)から、無国籍となるわけではない、帰化の要件も緩和されている(国籍法八条一号)から、出生により日本国籍を取得し得ないとの点を過大に評価することはで

また、原判決は、本件のような場合、子が出生により日本国籍を取得する途が閉ざされてしまうと説示しているが、必ずしもそのように断言することはできない。すなわち、本件のような場合、胎児認知の届出をしても市区町村長(戸籍法一条、四条)は不受理処分をすることとなるが、出生後に親子関係不存在確認の裁判が確定した後、右不受理処分に対して戸籍法一条により家庭裁判所に不服申立てをすれば、家庭裁判所は市区町村長に対し胎児認知の届出の受理を命ずることができる。

また、家庭裁判所への不服申立てを経なくても、市区町村長が先の不受理処分を取り消した上、受理することも可能である。そして、右受理により届出時に胎児認知の効力が生じる結果、その子は出生により日本国籍を取得することができる。

### 2 原判決の説示する前記第一の②の根拠について

そもそも原判決が行政実例の存在を根拠として法律を解釈したことが本末転倒である。

この点はひとまずおくとしても、原判決が指摘する法務省民事局長の回答(昭和五七年二月一八日付け民二第七六〇八号民事局長回答、平成三年一月五日付け民二第一八三号民事局長回答)のうち、平成三年の民事局長回答は国籍の得喪に関する

先例となるものではない。国籍にかかわる昭和五七年の民事局長回答は、韓国人の前夫と離婚した韓国人（女）の胎児につき離婚後に日本人の男が胎児認知届をし、胎児認知された子が離婚後三〇〇日以内に出生したが、その後母の前夫との間に親子関係不存在確認の裁判が確定した場合には、右胎児認知届の効力が認められ、その結果、国籍法二条一号により日本国籍を取得するとしたものである。すなわち、この回答は、親子関係の不存在が確認されたことにより、既にされていた胎児認知届が有効であることを確認し、胎児認知された子が出生時に国籍法二条一号の規定により日本国籍を取得したとするものであるから、正に出生時において日本国民である父との間に法律上の親子関係が存在することを要するという前記一で示した解釈に沿うものにはかならず、原判決のいうように「例外を認める余地があることを示唆する」ものではない。

### 3 原判決の説示する前記第一の③の根拠について

原判決は、本件のように「特別の事情があつて子の出生前の認知届はないが、嫡出が否定された時に接着した時（嫡出子であることが確定した裁判によつて否定された時から本来の出生届の期間内）に新たな出生届と認知届出があつた場合に限つて」国籍法二条一号の要件を満たすと解したとしても国籍が長期に

わたつて不確定なものとなつたおそれもないと説示する。しかし、親子関係不存在確認の調停の申立て又は訴えの提起については出訴期間の制限がないから、子が出生した後長期間を経過してから右申立て又は訴えの提起がされることも十分あり得るのであつて、このような場合は、子の国籍が長期にわたつて不確定なものになる。また、原判決の論理によれば、父の親子関係不存在確認訴訟の提起及び認知という一方的な意思によつて、子及びその母の意思に反しても子の国籍のそ及的変更をもたらすことにもなりかねないのであつて、前述の憲法二四二条二項の精神に基づいて制定された現行国籍法の趣旨に照らし、その不当なことは明らかである。

なお、原判決は、「本件のような場合にまで認知の届出による日本国籍の取得を認めないとすると、それまで嫡出子とされたことによつて有しているはずであつた日本国籍が否定されることになつて、かえつて不安定になる」とも判示している。しかし、Xが従来日本国籍を有しているとされていたのは、たまたまXの母の前夫が日本人であり、Xがその嫡出子と推定されていたという偶然の結果にすぎないから、これをもつて原判決の論理を補強することはできない。また、もともとXの日本国籍の取得は右の推定の上に成り立つ一応のものにすぎないから、

Xの父が母の前夫であるという前提が崩れた以上、Xの国籍が日本国でない」とされるのは当然の結果であり、これをもって「かえって不安定となる」というのは不当である。

### 第三 理由不備

国籍法には、前述のとおり、出生後の認知によって子の国籍を変動させないという原則があり、その例外の手掛かりとなる規定はない。

仮に、右の原則に対する例外を認めることが許されるとしても、その場合には例外となる根拠及び要件を明らかにすべきであるにもかかわらず、原判決はこの点に関する説示を欠いている。すなわち、原判決は、認知によるそ及効を認めて国籍法二条一号の要件を満たしたという場合を嫡出性の推定が否定された時から戸籍法四九条の出生届の期間内に新たな出生届と認知届とがされた場合に限定するが、このような結論は国籍法二条一号をどのように解釈して導き出されたのか全く不明である。

結局、原判決は、国籍法二条一号の文言及び立法趣旨に反し、かつ、特段の根拠及び要件を明示することもなく、同号の例外を認めたこととなる。このようにして国籍法二条一号の例外を認めることは、結果として、裁判所による立法行為を認めるに等しいといわざるを得ず、原判決には理由不備の違法がある。

### 資料2 奥田意見書

#### (1) 平成八年四月八日の意見書(一)

\* 原文では、国側の上告理由書をページ数で引用していたが、ここでは、別の引用法による。

本意見書は、平成八年二月八日の上告人・国の上告理由書(以下では単に「上告理由書」という)に対して、疑問を提起するものである。

#### 第一 国籍法二条一号の解釈

上告人は、国籍法二条一号にいう「出生の時」に父が日本国民であるときは、「子の出生の時に日本国民である父との間に既に法律上の親子関係が存在している場合を意味し、子の出生後に日本国民である父が認知した結果民法七八四条本文により子の出生時から父子関係があったとして取り扱われる場合を含む」とする(上告理由書第二の一)。

しかし、これは、国籍法二条一号の「出生の時」という文言の解釈を全く示していない。そもそも子の「出生」は、法律により異なって解釈されている。例えば、民法は、「私権ノ享有ハ出生ニ始マル」と規定しており(一条ノ三三)、ここでいう「出生」とは、胎児が母体から全部露出することであるとされてい

るが(通説)、刑法では、母体から一部露出した子を殺した場合、墮胎罪ではなく、殺人罪を適用するとされている(大判大正八・一一・一三刑録二二六七頁)。

そこで、国籍法二条一号にいう「出生の時」とは、民法にいう全部露出時であるのか、それとも刑法にいう一部露出時と解するのか、さらには国籍法独自に解釈するのか、という問題が生じる。原判決は、この点について、国籍法独自の解釈を採用している。

それによると、本件のような「極めて例外的な場合、すなわち特別の事情があつて子の出生前の認知届はないが、嫡出が否定された時に接着した時(嫡出子であることが確定した裁判によつて否定された時から本来の出生届の期間内)に新たな出生届と認知届があつた場合」には、国籍法二条一号の要件が満たされる。

すなわち、原判決は、国籍法二条一号の「出生の時」という文言が、このような出生後の合理的期間を含む、と解しているのである。これに対して、上告人は、国籍法二条一号の「出生の時」という文言の解釈を示さなのまま原判決を批判する、という誤りを犯している。

また上告人は、現行国籍法の制定経緯に触れながら、「認知

に伴う子の国籍の変更」は認められなくなったと主張する(上告理由書第二の一)。しかし、本件の問題は、「国籍の変更」ではなく、「国籍の確定」である。すなわち、旧国籍法では、認知による国籍取得は、婚姻・養子縁組・帰化などと並べて、「外国人」が日本国籍を取得する場合として規定されていた。したがつて、認知によつて、国籍は変更された。

これに対して、本件では、生まれた時から日本国籍を取得していたことの確認が求められているのであるから、国籍は変更されるのではない。ただ、このような生来国籍をいつの時点で確定すべきか、という点が問題となっているのである。もちろん、この基準時点は、国籍法二条一号にいう「出生の時」であるが、原判決は、これを国籍法独自に解釈すべきであると判断したのである。

さらに上告人は、認知による国籍取得が否定される根拠として、国籍法三条、六条一号、八条一号を挙げているが(上告理由書第二の一)、これらは、国籍法二条一号にいう「出生の時」より後に認知が行われた子に対して適用されるだけであり、国籍法二条一号にいう「出生の時」を国籍法独自に解釈することを妨げない。

以上のように、上告人は、原判決を十分に理解しないまま、

これを批判するという誤りを犯している。原判決は、国籍法二  
 条一号の「出生の時」という文言を国籍法独自に解釈したまで  
 であり、「出生の時」より後の新たな国籍取得を認めたもので  
 はない。

## 第二 国籍法二条一号の解釈の例外

### 一 胎児認知が許される場合との比較

原判決は、本件では、胎児認知が不可能であったから、「胎  
 児認知が許される場合と比較すると、不合理な面がある」とし  
 たのに対して、上告人は、本件のような場合であっても、子は  
 「母の国籍を取得し得る（本件でも、韓国籍を取得する。）から、  
 無国籍となるわけではないし、帰化の要件も緩和されている（国  
 籍法八条一号）から、出生により日本国籍を取得し得ないとの  
 点を過大に評価することはできない」とする（上告理由書第二  
 の二の1）。しかし、上告人の主張は、その前提を誤っている。

まず、本件では、たしかに被上告人は、母の血統により韓国  
 国籍を取得するが（韓国国籍法二条一項三号）、被上告人が求  
 めているのは、父の血統による日本国籍の取得である。すなわ  
 ち、被上告人が母の国籍を取得するからといって、父の国籍を  
 取得しなくてもよい、ということにはならない。しかも、仮に  
 母の本国が生地主義を採用している場合には、子は無国籍にな

る恐れがある。

例えば、アメリカ合衆国の移民および国籍法三〇一条(b)は、  
 合衆国の領土外で生まれ、かつ父母の一方が外国人であり、他  
 方がアメリカ国民である子については、アメリカ国民である親  
 が子の出生前に五年以上アメリカの領土内に事実上居住したこ  
 とがあり、そのうちの二年以上は十四歳に達した後であること  
 を、国籍取得の要件としている。したがって、アメリカ人母が  
 日本で生まれ育ち、一度もアメリカの領土内に住んだことがな  
 ければ、日本人父の認知による日本国籍の取得を認めない限り、  
 子は無国籍になる。

アメリカ合衆国以外にも、コロンビアは、子が出生後に自国  
 に住むようになることを要件としているし、ブラジルやアルゼ  
 ンチンも、届出や本人の居住などを要件としている（これらの  
 立法例については、民事月報三九卷九号九三頁、五〇卷一一号  
 一一三頁、一一四頁、五〇卷一二号六三頁参照）。したがって、  
 このような届出や本人の居住などの要件を満たさなければ、こ  
 れらの南米諸国出身の母と日本人父から生まれた非嫡出子は、  
 父の認知による日本国籍の取得が認められない限り、無国籍に  
 なる。

また上告人は、帰化の「要件」が緩和されているというが、

わが国の国籍法における帰化の「要件」は、法務大臣の許可である（四条二項）。国籍法八条一号は、法務大臣が帰化を許可する「条件」を緩和しているだけであり、帰化の「要件」を緩和しているわけではない。

しかも帰化の条件が緩和されているとはいっても、国籍法八条一号は、居住条件を緩和し、能力条件および生計条件を免除しているだけであり、帰化の審査そのものが緩やかに行われるわけではない。帰化は、あくまでも法務大臣の裁量にかかっているから、父が日本人であるからといって、必ず帰化が許可されるという保証はない。もちろん、帰化が不許可になった場合には、裁量権の逸脱や濫用があったとして、裁判で争うことは可能であるが、これまでに帰化申請者が勝訴した例は見当たらない。

そもそも帰化は、出生後の行政処分による国籍取得であるのに対して、国籍法二条一号による国籍取得は、出生により法律上当然に認められる。すなわち、帰化による国籍取得と出生による国籍取得は、根本的に異なるから、前者が後者の代わりになるということはあり得ない。

さらに上告人は、本件では、胎児認知が可能であったと主張する。すなわち、「本件のような場合、胎児認知の届出をして

も市区町村長（戸籍法一条、四条）は不受理処分をすることとなるが、出生後に親子関係不存在確認の裁判が確定した後、右不受理処分に対して戸籍法一八条により家庭裁判所に不服申立てをすれば、家庭裁判所は市区町村長に対し胎児認知の届出の受理を命ずることができる。また、家庭裁判所への不服申立てを経なくても、市区町村長が先の不受理処分を取り消した上、受理することも可能である。そして、右受理により届出時に胎児認知の効力が生じる結果、その子は出生により日本国籍を取得することができる」（上告理由書第二の二の1）。

しかし、上告人自身が別の箇所でも主張しているように、「親子関係不存在確認の調停の申立て又は訴えの提起については出訴期間の制限がないから、子が出生した後長期間を経過してから右申立て又は訴えの提起がなされることも十分あり得るのであって、このような場合は、子の国籍が長期にわたって不確定なものになる」（上告理由書第二の二の3）。上告人は、形式的に胎児認知届さえ行われていれば、事実上国籍が長期にわたって不確定になっても構わないというのであろうか。

すなわち、胎児認知届の不受理処分の後、子が出生し、さらに長期間を経過してから、親子関係不存在確認の調停の申立ては訴えの提起がなされることも予想されるが、このような場

合であつても、親子関係不存在確認の裁判が確定すれば、先になされた不受理処分が取り消されて、胎児認知届が受理されることになる。しかし、上告人は、子の国籍が長期にわたつて不確定になることを批判しているのだから、上告人の主張はこの点で、一貫性を欠いている。

また上告人は、本件のような場合、胎児認知届をしても、不受理処分をすることになるというのであるから、たとえ親子関係不存在確認の裁判が確定した後に、先の胎児認知が改めて受理されることになるとしても、社会通念上は、やはり胎児認知が不可能であつたといわざるをえない。上告人は、不受理処分が予想されるにもかかわらず、あえて胎児認知届を行へというのであるうか。上告人の主張は、この点で、社会通念にも反している。

## 二 従来の戸籍先例との関係

上告人は、昭和五七年二月一八日民二第七六〇八号回答について、「この回答は、親子関係の不存在が確認されたことにより、既にされていた胎児認知届が有効であることを確認し、胎児認知された子が出生時に国籍法二条一号の規定により日本国籍を取得したとするものであるから、正に出生時において日本国民である父との間に法律上の親子関係が存在することを要

する」という前記一で示した解釈に沿うもの」であるとすると（上告理由書第二の二の2）。

しかし、上告人は、この回答の意義を不当に簡略化している。すなわち、この回答の意義は、離婚後三〇〇日以内に子が生まれたことにより、胎児認知が形式的には一旦無効となつたはずであるのに、親子関係不存在確認の裁判が確定した後に有効とされ、子の国籍も、その時に初めて確定された点にある。

原判決は、現に次のように述べている。被控訴人（上告人・引用者注）は、回答例の場合は、子が出生するまでは嫡出の推定を受けるかどうか確定しないから、胎児認知の届出自体は受理せざるを得ない場合であり、胎児認知の届出を受けた以上は、嫡出子であることを否定する裁判が確定した時に子が遡及的に嫡出子としての身分を失い、結果として胎児認知が有効となるとの考えに基づくものであり、本件のような場合とは異なるという。しかし、国籍法二条一号につき前記のような解釈を厳格に貫くのであれば、子が出生した時点で嫡出の推定を受けることが確定すれば、先の胎児認知の届出は無効となると解すべきであるはずであるのに、そうはしないで、後に嫡出子であることが裁判によって否定されるかどうかを待つて処理する点で、出生時に国籍が確定されるべきであるとの基本的な思想

に例外を認めるものであることには変りはない。」。

また、法務省民事局第二課戸籍実務研究会編『新人事法総覧・先例解説編』九一二頁も、この先例を次のように解説している。「本件のように、父母離婚後三か月目に、母の胎児を他男が認知するというような事例にあつては、その胎児認知は、子が、父母離婚後三百日以内に出生すると民法第七百七十二条の推定規定がはたらくため、有効な認知とはなりえない。すなわち、当該胎児認知の届け出があつたのちにその子が出生しても、その胎児認知は、母の先夫の子としての推定を受ける子に対する胎児認知であるため、認知届が受理されているとはいつても、形式的には無効な胎児認知ということになる。しかし、その認知が真実の父子関係に基づくものであるならば、認知の意思表示としてはその効力を失うことなく内蔵している、という状態にあるものといえよう」。

上記の解説および原判決から、昭和五七年の回答は、次のように理解される。まず民法上、妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定され、離婚から三〇〇日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定されるが（七七二条）、子が生まれる前は、この規定によって嫡出推定を受けるかどうかは分からない。したがって、胎児認知届は受理せざるをえないことになる

（大正七年三月二〇日民第三六四号回答）。

つぎに、胎児認知された子が、離婚から三〇〇日以内に生まれた場合には、前の夫の子と推定され、胎児認知は無効となるはずである。そして、昭和五七年の回答のケースでは、前の夫は韓国人であるから、子は日本国籍を取得しないはずである。しかし、回答は、このような形式的扱いを否定して、後に嫡出推定が確定的に覆された場合には、先の胎児認知を有効として、国籍取得を認めたのである。

このケースでは、とくに子の出生後に、子の国籍が確定された点に注目すべきである。すなわち、出生の時点では、胎児認知は無効であり、子は日本国籍の取得を否定されていたはずである。しかし、このような国籍取得の否定は、この時点では、まだ確定しておらず、後に親子関係不存在確認の裁判によって覆されているのである。

原判決は、このように子の国籍が生理的な出生後に確定された点を捉えて、昭和五七年の回答が「子の日本国籍の取得に関する国籍法二条一号にいう『出生の時に父が日本国民であるとき』との要件の解釈につき、子の出生時において、日本国民である父との間に既に法律上の父子関係が形成されていなければならぬとする原則に対する例外を認める余地があることを示

唆する」と述べているのである。

要するに、この回答の意義は、子の国籍が生理的な出生後に確定された点にある。したがって、この点を看過した上告人の主張は、原判決に対する不当な批判である。

また、上告人自身が実務において、このような先例を認めておきながら、本件においてのみ、子の国籍が生理的な出生後に確定されることを一切拒否するのは、信義に反する行為である。したがって、「そもそも原判決が行政実例の存在を根拠として

法律を解釈したこと自体が本末転倒である」(上告理由書第二の二の2)という上告人の主張も、妥当とは思えない。

### 三 国籍の浮動性の防止

原判決は、本件のような「極めて例外的な場合、すなわち特別の事情があつて子の出生前の認知届はないが、嫡出が否定された時に接着した時(嫡出であることが確定した裁判によって否定された時から本来の出生届の期間内)に新たな出生届と認知届があつた場合に限っては、国籍法二条一号の要件を満たすものと解しても、認知による遡及効を一般的に認めるものではないから、国籍が長期にわたつて不確定なものとなる恐れもない」と判示した。

これに対して、上告人は、「親子関係不存在確認の調停の申

立て又は訴えの提起については出訴期間の制限がないから、子が出生した後長期間を經過してから右申立て又は訴えの提起がされることも十分あり得るのであつて、このような場合は、子の国籍が長期にわたつて不確定なものになる」と批判する(上告理由書第二の二の3)。

しかし、本件では、平成四年九月一日に子が出生した後、同年一月四日には母が離婚し、同年二月一日には親子関係不存在確認の調停が申し立てられている。そして、翌平成五年四月二七日に親子関係不存在確認の審判が行われ、同年六月二日に審判が確定した後、同月一四日には、子の出生届および認知届が行われている。このような一連の流れを見るならば、少なくとも本件では、社会通念上、合理的な期間内にすべての手続が行われたといふことができる。

たしかに、原判決は、親子関係不存在確認の審判確定から合理的な期間内に認知届が行われたことだけに言及しているが、親子関係不存在確認の手続そのものが合理的な期間内に行われたことは、当然の前提となっているはずである。すなわち、仮に子が生まれてから何年も経った後に、親子関係不存在確認の裁判が開始されていたのであれば、たとえそれが確定してから直ちに認知が行われていたとしても、同じ結論が導かれていた

とは思えない。

また上告人は、「原判決の論理によれば、父の親子関係不存在確認訴訟の提起及び認知という一方的な意思によって、子及びその母の意思に反しても子の国籍のそ及的変更をもたらすことになりかねない」と批判する（上告理由書第二の二の3）。

しかし、認知による国籍取得を認めることは、嫡出子と非嫡出子の差別を可能なかぎり撤廃することに意義がある。すなわち、認知が必要である点を除けば、非嫡出子は、国籍の取得について、嫡出子と同じ地位に置かれることになる。そして、嫡出子は、もちろん母子の意思にかかわらず、父の国籍を取得するのであるから、非嫡出子についてのみ、母子の意思を問題とする必要はない。

また民法は、胎児認知については母の承諾を要件とし（七八三条一項）、成年の子の認知については本人の承諾を要件とするが（七八二条）、出生後の未成年の子の認知については、母または子の承諾を要件としていない。認知について、母子の承諾を必要としないのに、国籍取得についてのみ、母子の意思を尊重すべきであるとする上告人の主張は、論理の一貫性を欠いている。

さらに原判決は、「本件のような場合にまで認知の届出によ

る日本国籍の取得を認めないとすると、それまで嫡出子とされたことよって有しているはずであった日本国籍が否定されることになって、かえって不安定になる」と判示したのに対して、上告人は、次のように批判している。

「被上告人が従来日本国籍を有しているとされていたのは、たまたま被上告人の母の前夫が日本人であり、被上告人がその嫡出子と推定されていたという偶然の結果にすぎないから、これをもって原判決の論理を補強することはできない。また、もともと被上告人の日本国籍の取得は右の推定の上に成り立つ一応のものにすぎないから、被上告人の父が母の前夫であるという前提が崩れた以上、被上告人の国籍が日本国でないといわれるのは当然の結果であり、これをもって「かえって不安定となる」というのは不当である」（上告理由書第一の二の3）。

上告人の批判は、ある意味で正当であるが、別の意味では、一貫性を欠いている。すなわち、たまたま母の前夫が日本人であったという点はその通りであるが、上告人の主張によると、その母の前夫との親子関係不存在が確認された場合には、生まれた時にさかのぼって、母の前夫の血統による国籍取得が否定されることになる。しかし、親子関係不存在の確認は、いつ行われるか分からないのであるから、それまで子の国籍は不確定

になる。このような国籍の不確定は構わないが、認知による国籍取得による国籍の不確定は、絶対に認めないというのであるうか。

もつとも、母の前夫の血統による日本国籍の取得が「一応のものにすぎない」という点も不正確である。すなわち、親子関係不存在の確認が行われなければ、そのまま母の前夫の血統による日本国籍の取得が認められるのであり、このような国籍取得を「一応のもの」ということはできない。そもそも国籍法二条一号による国籍取得は、法律上の親子関係を前提としていたのであって、事実上の親子関係にもとづくものではない。したがって、法律上の親子関係が事実上の親子関係と一致しなくても、国籍法上は、あくまでも法律上の親子関係にもとづいて、子の国籍を決定することになる。それならば、親子関係の存在確認と不存在確認とで別異に取り扱う理由は見出し難い。

それにもかかわらず、親子関係の不存在が確認された場合のみ、国籍が不確定になっても、生まれた時にさかのぼって、国籍を認定し直すというのであるから、このような上告人の主張は、論理の一貫性を欠くといわざるをえない。

### 第三 理由不備

上告人は、原判決が「国籍法二条一号の文言及び立法趣旨に

反し、かつ、特段の根拠及び要件を明示することもなく、同号の例外を認めたこととなる」と批判する（上告理由書第三）。

しかし、原判決の根拠は、まさに国籍法二条一号の文言および趣旨にある。それによると、「確かに、国籍法二条一号の趣旨からいって、生来的な国籍取得は、出生時における法律的な親子関係に基づいて、できる限り確定的に決定されるべきものであって、適及的な変更を避けるべきものであることは、先に判示したとおりであるが、この趣旨に反しないのであれば、解釈上一定の例外を認めることも許されてしかるべき」である。

すなわち、国籍法二条一号にいう「出生の時」とは、通常は、生理的な出生時を意味するが、例外的な事情があれば、生理的な出生後の合理的な期間を含む。このような例外の余地は、国籍法二条一号自体が認めている、というのである。

さらに言えば、原判決の結論は、国籍法全体の趣旨からも根拠づけることができる。すなわち、生来的な国籍取得が必ずしも生理的な出生の時に確定されるわけではない、という例は、すでに国籍法の他の規定にも見出される。

例えば、「出生により外国の国籍を取得した日本国民で国外で生まれたものは、戸籍法（昭和二十二年法律第二三二号）の定めるところにより日本の国籍を留保する意思表示を示しなけ

れば、その出生の時にさかのはつて日本の国籍を失う」が（国籍法一二条）、このような意思表示は、出生の日から三か月以内に、出生届と同時に行えばよいとされている（戸籍法一〇四一条一項・二項。この三か月という期間は、国外出生の場合の出生届の期間でもある。同法四九条一項）。

したがって、外国で生まれた重国籍者は、出生の日から三か月以内に国籍留保が行われるかどうかによつて、初めて生来国籍が確定することになる。これは、出生前に国籍留保を行わせて、あくまでも生理的な出生の時に生来国籍を確定させることが、實際上無理であることを認めたものである。

しかも、天災などの不可抗力によつて、期間内に届出ができない場合には、届出ができるようになった時から、十四日以内に届け出ればよい（戸籍法一〇四条三項。不可抗力による期間の延長については、さらに国籍法一五条三項但書および一七条二項但書も参照）。これも、国籍取得を決定する届出については、機械的な処理が不合理であり、例外的な救済が必要な場合があることを認めたものである。

ところで、日本人父と外国人母から生まれた非嫡出子にとつては、父の認知届は、実質上、国籍取得を決定する届出の機能を果たしている。それならば、国籍法二条一号の「出生の時」

という文言の解釈として、戸籍法一〇四条などの趣旨を取り入れることは許されるであろう。したがって、原判決は、戸籍法一〇四条三項ならびに国籍法一五条三項但書および一七条二項但書の趣旨を取り入れて、不可抗力により胎児認知届を行うことができないという例外的な場合には、合理的な範囲で届出期間の延長を認めた、と解することができる。

具体的には、被上告人は、母の前夫との親子関係不存在確認の審判が確定した平成五年六月二日から、父の認知を受けることができるようになった。そして、戸籍法四九条一項による出生届の期間内（十四日以内）である同年六月一四日には、父によつて認知されたのであるから、国籍法二条一号にいう「出生の時」に、日本人父との法律上の親子関係が成立したことになる。

ところで、前述のように、そもそも親子関係不存在確認の調停の申立または訴えの提起については、とくに期間の制限がない。しかし、嫡出否認の訴えについては、「夫が子の出生を知つた時から一年以内にこれを提起しなければならない」とされている（民法七七七条）。これは、子の身分関係を速やかに安定させるために、父が嫡出否認の訴えを提起するための「合理的期間」を定めたものと解される。すなわち、単なる届出で済

む場合と異なり、裁判を要する場合には、一年程度の期間は必要である。

そこで、親子関係不存在確認の調停の申立または訴えの提起については、とくに期間の制限がないが、子の法定代理人である母が子の出生から一年以内に申立または訴えの提起を行えば、子の身分関係安定の観点から、「合理的期間内」であつたと考へてよいであろう。そして、本件では、平成四年九月一五日に、被上告人が出生した後、同年二月一八日には、母の前夫との親子関係不存在確認の調停が申し立てられたのであるから、この申立は、「合理的期間内」であつたと考えられる。

なお、私見によると、戸籍法一〇四条は、全面的に国籍法二条一号の「出生の時」という文言の解釈に取り入れられるべきであり、胎児認知が不可能であるという例外的な事情がなくても、認知届が戸籍法四九条一項の期間内（国内出生は十四日以内、国外出生は三か月以内）に行われた場合には、国籍法二条一号の要件を満たすと解するべきである。

なぜなら、日本人父と外国人母から生まれた非嫡出子が日本国籍を取得するためには、常に胎児認知が必要であるということと自体が、社会通念上、不可能を強いるものだからである。すなわち、胎児認知は、生後認知が困難になる場合を救済するた

めに設けられた特殊な制度であるから、通常は利用されないと考えられる。

例えば、子の出生前に、父が死にそうであるとか、死ぬ危険が高い場所（戦地など）に赴くとか、父母の内縁関係が破綻して、父が家に出ることなどが考えられる。このような場合、たしかに子の出生後に認知の訴えを提起することが（たとえ父の死亡後であっても三年間は）可能であるが（民法七八七条）、父が認知する意思があるのなら、むしろ子が生まれる前の認知すなわち胎児認知をしておいた方が便利であろう。そこで、民法は、母の承諾を条件として、胎児認知を認めているのである（七八三条一項）。

しかし、ここで注意すべきであるのは、胎児認知が行われる場面では、子の出生後は、すでに父が死んでいるか、少なくとも母子との関係を絶っていることである。もし父が生きており、母子と同居するか、または母子の面倒を見ているのであれば、わざわざ子が生まれる前に、認知する必要はなく、むしろ死産の可能性も考えれば、無事に生まれてから、認知する方が自然であろう。

そうであれば、生後認知が困難になるといふ特別の事情がないにもかかわらず、生理的な出生の時に国籍を確定させるため

にのみ、胎児認知を要求することは、明らかに社会通念に反している。それゆえ、国籍留保届の場合と同様に、認知届についても、出生届の法定期間内に行われた場合には、常に国籍法二条一号の要件を満たすと解すべきである。

もつとも、国籍留保届の場合には、出生届と別個に行つたのでは意味をなさないから、戸籍法一〇四条は、これらの届出が同時に行われることを求めているが、認知届は出生届と別個に行うことが可能である。現に、認知届は父が行うのに対して、非嫡出子の出生届は母が届出義務者とされるから（戸籍法五二条二項）、出生届の前に認知届が（病院の出生証明書を添付して）行われることさえある。そして、このような認知届も受理すべきものとされている（明治四五年三月五日民第一三三三号回答、昭和三六年二月一日民甲第三一一四号回答）。

したがって、ここでは、認知届が合理的な期間内に行われたか否かだけを見れば足りる（その点で、拙稿「生後認知による国籍取得を例外的に認めた事案―平成七年一月二十九日の東京高裁判決」戸籍時報四五六号一一頁を一部訂正する。ここでは、出生届が戸籍法四九条の期間内に行われ、これと同時に、またはそれ以前に認知届が行われた場合に、国籍法二条一号の要件該当性を認めていたが、そのように狭く解する必要はない）。

#### 第四 現行国籍法の違憲性

原判決は、国籍法二条一号の「出生の時」という文言を柔軟に解釈することによって、不合理な結果を回避したものである。しかし、そもそも認知による国籍取得を認めない現行の国籍法は、違憲の疑いがある。したがって、仮に原判決のような解釈が認められないとしても、被上告人の国籍取得を認めるという原判決の結論は妥当であつた。

一 憲法一四条にいう「社会的身分」による差別の存在

上告人は、「国籍とは、国の構成員たる地位又は資格であつて、その得喪の要件は、当該時代、国籍に対する考え方、国の成立過程などによって異なる。そして、何人が自国の国籍を有する国民であるかを決定することは各国の固有の権限に属する。日本国憲法一〇条は、『日本国民たる要件は、法律でこれを定める。』とし、日本国籍の得喪の要件を立法府の裁量にゆだねた」と主張する（上告理由書第二の一）。

上告人の主張は、ある意味では、当然のことを述べたものであるが、そのことから直ちに、国籍法は、国籍取得の要件をどのようにでも定めることができる、という結論が導かれるわけではない。そこには、国際法および憲法上の制約がある。

例えば、わが国の憲法一四条一項は、「すべて国民は、法の

下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的關係において、差別されない」と規定する。同様の趣旨は、世界人権宣言一条および七条、市民的及び政治的権利に関する国際規約二条、二四条および二六条、児童の権利に関する条約二条などでも規定されている。したがつて、わが国の国籍法に定められた国籍取得の要件が、これらの平等原則に反する場合には、直ちに違憲や条約違反の疑いが生じる（以下では、便宜上、主に違憲の問題だけを取り上げる）。

しかるに、現行の国籍法においては、日本人父と外国人母から生まれた子は、父母が婚姻していた場合、および父が胎児認知を行った場合には、出生による国籍取得が認められるし（二条一号）、また準正によつて嫡出子の身分を取得した場合には、届出による国籍取得が認められる（二三条）。これに対して、生後認知だけが行われた子は、生来国籍だけではなく、届出による国籍の取得も認められない。これは、嫡出子に対する非嫡出子の差別であり、非嫡出子のうちでも、胎児認知が行われた子に対する出生後の認知が行われた子の差別である。すなわち、憲法一四条一項にいう子の「社会的身分」による差別である。

また、認知による国籍取得が認められないことによつて、次

のような不利益が子に生じている。

まず、国内法上、日本国籍を取得していないこと、すなわち外国人であることによつて、様々な不利益を受ける。例えば、出入国および在留の制限、参政権および公職の制限、その他の職業および事業活動の制限、財産権の制限などがある。もちろん、これらの制限は、そもそも内外人平等の見地から、その妥当性に疑いの余地があるが、現に、このような不利益を受けている事実は、国籍法の合憲性を判断するに際して、考慮されなければならない（松岡博「日本人母の子は日本国籍を取得できるか」判タ四四六号一四頁参照）。

つぎに国際法上、国家は、外国人の在留を認める義務はなく、一定の外国人に対して、なんらかの理由により、国外追放を命じることがあるし、外国にいる他国民に対しては、外交的保護を行使しないのが通例である（江川英文『山田録一』早田芳郎『国籍法（新版）』一〇頁以下）。

さらに、父が日本国民であるのに、子が外国人であること、すなわち父と子が異国籍であることによつて生じる不利益もある。例えば、前述のように、外国人は、日本における在留が制限され、国外追放されることもあるから、子が父と同じ国に住居できないという事態が生じうる。とりわけ子が未成年である

場合には、これは心情的な不利益となるだけでなく、法律上

も、父にとつては、親権や監護権などの行使が妨げられるし、

子にとつては、これらの義務の履行を求めることが困難となる

(ただし、父母の協議によつて、父を親権者と定めることが前

提となる。日本民法八一九条三項、韓国民法九〇九条四項)。

さらには、子が父に扶養義務の履行を求めることすら困難とな

りうる(なお、これに関連して、児童の権利に関する条約では、

父母によつて養育される権利や、父母から分離されない権利が

規定されている点にも注意を要する。同条約七条一項、九条)。

## 二 差別の合理性

以上のように、認知による国籍取得を認めないことは、子の

社会的身分による差別であり、その結果、法律上重大な不利益

を生じているから、合理的な理由がない限り、憲法一四条一項

に違反する。そこで、認知による国籍取得を認めないことが、

合理的な理由に基づくか否か、という点を検討する。

### 1 認知による国籍取得廃止の経緯

上告人は、旧国籍法では、認知による国籍取得が認められて

いたが、現行国籍法では、その規定が廃止されたのであるから、

もはや認知による国籍取得は認められないと主張する(上告理

由書第二の一)。政府の提案理由は、これを次のように説明し

ている。

「現行法(旧国籍法・引用者注)は、国籍の取得についても、

また喪失についても、妻は夫の国籍に従うという原則及び子は

父または母の国籍に従うという原則を採用しており、婚姻及び子

婚、養子縁組、離縁、認知等の身分行為に伴い、あるいは夫ま

たは父母の国籍の得喪に伴つて、当然に妻または子の意思に基

づかないでその国籍の変更を生ずることになっているのであり

ますが、これまた憲法第二十四條の精神と合致いたしませんの

で、この法案におきましては、近時における各国立法の例にな

らい、国籍の取得及び喪失に関して、妻に夫からの地位の独立

を認めて、その意思を尊重するとし、また子についても、出

生によつて日本国籍を取得する場合を除いて、子に父母からの

地位の独立を認めることといたしました」(第七回国会制定法

審議要録三九四頁)。

しかし、政府の提案理由は、様々な点で、前提を誤っている。

第一に、旧国籍法五条は、外国人が日本国籍を取得する場合

として、婚姻・入夫・認知・養子縁組・帰化を列挙しており、

前四者と帰化が全く異なる性質のものであることは明らかであ

る。なぜなら、前四者は、法律上当然の国籍取得であるのに対

して、帰化は、内務大臣の許可による国籍取得だからである(七

条)。しかし、さらに婚姻・入夫・養子縁組と認知の間でも、国籍取得の根拠は全く異なっていた。

すなわち、旧国籍法の立法理由書によると、前三者は、日本人との身分行為により、日本人の「家」に入ることが国籍取得の根拠とされていたが、認知については、次のように述べられている。「私生子カ日本人タル父又ハ母ニ依リテ認知セラルルトキ之ヲ日本人ト為スハ血統主義ヲ基礎トスル精神ヲ貫カントスルモノナリ」(法務省民事局第五課「国籍法審議録(一)」戸籍二七六号三三頁)。

要するに、婚姻・入夫・養子縁組による国籍取得は、戦前の「家」制度を前提とするものであった。したがって、これらは、現行憲法二四条の精神に反するから廃止されるべきであった。しかし、認知による国籍取得は、血統主義を補完するものであり、「家」制度を前提とするものではない。それにもかかわらず、政府の提案理由は、前三者と認知による国籍取得を区別しないで、いずれも身分行為に伴う国籍取得であるとして、一斉に廃止してしまった。この点で、立法者の判断には誤りがあった。

第二に、政府の提案理由は、「子についても、出生によつて日本国籍を取得する場合を除いて、子に父母からの地位の独立を認める」と述べている。すなわち、血統による国籍取得は、

父母の国籍によつて子の国籍を決定するから、それは、あたかも子に父母からの地位の独立を認めていないかのようである。しかし、父母の国籍によつて子の国籍を決定するのは、血統主義を採用する以上、当然のことである。したがって、認知による国籍取得が血統主義を補完するものであるならば、この点からも廃止の必要はなかったことになる。

第三に、政府の提案理由は、各国の立法例にならったとも述べている。そして、たしかに自国民男性と結婚した外国人女性が自動的に国籍を取得する制度は、両性の平等に反するとして、各国で廃止される傾向にあった。しかし、認知による国籍取得は、廃止されるどころか、むしろ拡大する傾向さえ示している(拙稿「認知による国籍取得に関する比較法的考察」国際法外交雑誌九四卷三号一頁以下)。

例えば、わが国と同様に、戦前から認知制度を採用していたフランス・ベルギー・イタリアなどの国は、一貫して認知による国籍取得を認めている。細部については、何度も改正が行われてきたが、現在の立法では、未成年の間に、自国民によつて認知された子は、自動的に国籍を取得する。これらの国では、認知による国籍取得と婚姻による国籍取得は明確に区別されていたのである。

これに対して、ドイツは、長らく認知による国籍取得を認めていなかった。しかし、それは、一九一三年にドイツ国籍法が制定された当時、ドイツ民法が非嫡出父子関係の成立を否定していたからである。すなわち、認知による非嫡出父子関係の成立という制度は、ドイツでは存在しなかった。これに対して、母との関係では、非嫡出子は、嫡出子と同じ地位に置かれていた。そこで、国籍法上も、ドイツ人父の嫡出子およびドイツ人母の非嫡出子はドイツ国籍を取得する、と規定されていたのである。

しかし、一九六九年の民法改正によって、認知制度が導入されると、国籍法でも、一九七四年から、ドイツ人父によって認知された未成年の子は、(裁量帰化とは異なる)帰化請求権が与えられた。そして、ついに一九九三年の国籍法改正によって、認知による国籍取得が認められるに至ったのである。それによると、子が二十三歳に達するまでに、ドイツ人父によって認知された場合には、自動的にドイツ国籍を取得する。その趣旨は、国籍の取得について、嫡出子と非嫡出子の差別を可能な限り撤廃することにあった。

以上のように、わが国の国籍法が認知による国籍取得を廃止したことは、むしろ各国の立法例に反していた。わが国の民法

は、戦前からずっと、認知制度を設けていたのであるから、認知による国籍取得は、当然のことであった。それにもかかわらず、これを廃止したことは、立法者の判断の誤りであったといわざるをえない。

## 2 国籍の浮動性の防止

原判決は、「生来的な国籍取得は、出生時における法律的な親子関係に基づいて、できる限り確定的に決定されるべきものである」として、濫及的な変更を避けるべきものである」としている。また上告人も、「出生後の認知によって子の国籍を変動させないという原則」があると主張する(上告理由書第三)。

これは、従来から学説によって主張されてきた「国籍の浮動性の防止」に関する議論である。しかし、従来の学説においても、国籍の浮動性によって、具体的にどのような弊害があるのかは十分に述べられていない。わずかに、国籍の浮動性があると、「国家の立場からはもちろん、本人の立場からしても好ましくない」とされているにすぎない(田代有嗣『国籍法逐条解説』一五八頁)。

もともと、何十年間も外国人として生活してきた者が、ある日突然、日本人父によって認知され、生まれた時から日本人として扱われることになったら、次のような不都合が生じるとも

料 考えられる。

資

例えば、その者が日本人として投票すべきであった選挙は、無効になるかもしれない。また、その者の婚姻を日本法にもとづいて審査し直したら、婚姻が無効になるかもしれない。さらに、母の国籍だけを取得している者として、その国の公務員になつていたが、日本国籍も取得していることが分かつたために、罷免されることがあるかもしれない。

しかし、認知による国籍取得を認めながら、これらの弊害を防止することは可能である。現に、ヨーロッパ諸国の国籍法は、このような弊害を防止できるからこそ、認知による国籍取得を認めているのである（拙稿「認知による国籍取得に関する比較法的考察」前掲参照）。

まず、ヨーロッパ諸国の国籍法は、子が未成年である場合に限つて（ただし、ドイツでは、成年年齢である十八歳から更に五年後まで）、認知による国籍取得を認めている。成年に達した後の国籍変更は、本人や第三者に対する影響が大きすぎるからである。例えば、前述のような選挙の無効や婚姻審査のやり直し、外国の公務員職の罷免などの問題が起きるのは、主に成年に達した後であろう。したがつて、認知による国籍取得を未成年の間に限定することには、合理的な理由がある。

また、未成年の間の認知によつて国籍取得を認める場合であっても、ベルギーの国籍法は、これを新たな国籍取得として認める。すなわち、生まれた時からベルギー国民になるのではなく、認知の時から新たにベルギー国民になる。このような遡及効の否定によつて、国籍変更の弊害は防止されることになる。

これに対して、フランス民法の国籍規定は、認知があれば、生まれた時からフランス人であつたとするが、本人の行為の効力および第三者の権利は害さない、という規定を置いている。これは、遡及効を認めながら、新たな国籍確定の弊害だけを防止しようとする立場である。

わが国の民法も、認知の遡及効を認めているが、第三者がすでに取得した権利を害することはできない、と規定している（七八四条）。したがつて、国籍法において、認知による国籍取得を認めても、民法のこの規定の適用または類推適用によつて、第三者の権利を害さない限りでのみ、生来国籍を取得すると解される。

以上のように、認知による国籍取得を未成年の間に限定すると共に、第三者の権利を害さないとするならば、新たな国籍確定の弊害は防止されることになる。したがつて、具体的な弊害がない以上、国籍の浮動性防止というドグマだけを追求するこ

とは、無意味である。

現に本件でも、被上告人は、まだ幼児であり、生まれた時にさかのぼって、日本国籍を与えても、実際上の不都合が生じるとは思えない。仮に何か不都合があったとしても、民法七八四条の適用または類推適用によって、第三者の権利を害することはできないと解される。したがって、国籍の浮動性防止は、被上告人の国籍取得を妨げる理由とはならない。

### 3 結論

以上のように、認知による国籍取得に関する旧国籍法の規定の廃止は、立法者の判断の誤りであったし、また現行国籍法において、認知の遡及効による国籍取得を認めても、何ら不都合は生じない。したがって、嫡出子や胎児認知が行われた子が国籍を取得するのに対して、生後認知だけが行われた子が国籍取得を否定されるのは、憲法一四条にいう「社会的身分」による差別として、違憲であると判断される。

この結論は、国籍法二条一号自体を無効とするわけではない。なぜなら、この規定は、「出生の時」に父が日本国民であることを、国籍取得の要件としているにすぎないからである。これに対して、国籍法三条は、本件に直接関係しないが、必然的に無効となる。なぜなら、国籍法二条一号だけを解釈するのであ

れば、認知による国籍取得を認めることも可能であるが、国籍法三条が存在することによって、認知だけによる国籍取得は、確定的に否定されるからである。

しかし、そもそも国籍法三条が準正を要件としていることは、憲法一四条に違反している。したがって、国籍法三条は無効であり、この規定が存在しないものとして、国籍法二条一号を解釈すべきである。したがって、被上告人は、認知の遡及効によって、「出生の時」から日本人父が存在していたのであるから、日本国籍を取得することになる。

### (2) 平成八年七月五日の意見書(一)

\* 原文では、意見書(一)をページ数で引用していたが、ここでは、別の引用方法による。なお意見書(二)を執筆した時点では、平成八年六月二八日の大阪地裁判決は、判例集未登載であったが、本稿のはしがきにあるように、その後、登載されている。

### 第一 本意見書の目的

本意見書は、平成八年六月二八日の大阪地裁判決(判例集未登載)が本件と共通する問題を扱っていることに鑑みて、平成八年四月八日の意見書(以下では「意見書(一)」という)を

補足するものである。

この大阪地裁の事案では、日本人父とフィリピン人母から生まれた姉妹のうち、妹は父の胎児認知によって日本国籍を取得したが、姉は、生後認知であったために、日本国籍を取得していないとされた。そこで、この姉について、日本国籍の確認訴訟が提起された。

なお、この事案では、姉は平成四年六月二日に生まれて、平成七年四月一二日に認知された。また、胎児認知が不可能であった、という特別の事情が存在していたわけでもない。したがって、生後認知による国籍取得を認めないことが憲法一四条などに違反するか否か、という問題が主たる争点であった。

これに対して、本件では、国籍法二条一号の解釈として、被告人が日本国籍を取得したか否か、という問題が主たる争点であるが、仮にこれが否定されたなら、今度は、国籍法の合憲性が問題となる。そこで、大阪地裁判決の内容を検討しておく必要がある。

## 第二 大阪地裁判決の内容

まず大阪地裁判決の「第三 当裁判所の判断」のうち、「一 憲法一四条等との適合性について」という箇所を以下に引用したい(便宜上、引用符は省略する)。

現行法二条一号を右のように解すると、日本人父と外国人母との間の非嫡出子については、認知により法律上の父子関係が生じているにもかかわらず、日本国籍を取得できないということになり、嫡出子との間で取扱いに区別が生ずるうえ、非嫡出子同士の間でも、胎児認知の場合と出生後認知の場合とで区別が生ずることになることは、原告が指摘するとおりである。

原告は、右の区別をもって憲法一四条等に反する不当な差別であると主張するが、当裁判所は、原告の右主張を採用することはできない。その理由は、次のとおりである。

1 日本国民の要件すなわち国籍をどのように定めるかについては、憲法自身が法律に委ねているところであって(憲法一〇条、これどのように定めるかは、すぐれて高度な立法事項であり、立法府の裁量の余地が大きいものというべきである。しかしながら、右の法律(国籍法)を定めるに当たっては、憲法の他の諸規定と抵触しないように定めるべきであることも当然であって、これを憲法一四条の平等原則との関係でいえば、国籍法の中の規定が右の平等原則に照らして不合理な差別であると認められる場合には、右の裁量の範囲を逸脱したものとして、その効力は否定されなければならない。

2 国籍の得喪に関する立法は、各国家の国内管轄事項であると考えられており、どのような個人に国籍を認めるかについては、その国家の沿革、伝統、政治経済体制、国際的環境等の要因に基づいて決められるところであり、出生による国籍の付与に関する血統主義又は生地主義のいずれを採用するかもその国の選択に委ねられるが、い

ずれの主義を採るにしても、国籍の積極的抵触（重国籍）及び消極的抵触（無国籍）の発生を可能を限り避けることが理想とされている。また、出生は、すべての国の国籍立法において、国籍取得の最も普遍的な原因とされているところ、このような生来的国籍は、被告が指摘するとおり、出生の時点においてできるだけ確定的に決定されるべき性質のものであること（浮動性の防止）は、否定できないところである。

3 我が国の国籍法の沿革は、前記第二の一（一）でみたとおりであるが、昭和五九年に改正された現行法の概要は次のとおりである。

同年の改正の主眼点は、新法が旧法以来採っていた父系血統主義を改めて父母両系血統主義を採用したことである。その改正理由としては、① 新法制定以後、日本の国際化が大幅に進み国際的な交流が活発化したこと、② 従来父系血統主義を採っていた西欧諸国等が次々と父母両系血統主義に改めたこと、③ 昭和五四年に国連総会で採択された「女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約」の批准に備えること等が挙げられる。なお、父系血統主義の立法目的の一つに重国籍の防止ということが挙げられるが、多数の国において父母両系血統主義が採用されるにつれて、右の目的を達することが困難になったことも指摘されている。

右のように、出生による国籍の取得（生来的取得）について、父母両系血統主義を採用したこと（二条一号）に伴い、準正による国籍取得制度の新設（三条）、帰化条件の整備（五条、七条、八条）、国籍留保制度の整備（二二条）、国籍選択制度の新設（二一条、一四

条、一五条、一六条）等の改正がなされた。

4 前記第二の一及び第三の一でみたように、現行法二条一号は、日本人父と外国人母との間の非嫡出子については、胎児認知の場合を除き出生後の認知による日本国籍の取得を認めないものであるが、このような者のうち、三条の準正による取得の要件を満たす者は、届出により事後的（伝來的）に日本国籍を取得することができるものとされているし、また、右の要件を満たさない者であっても、出生後の認知により日本人父との間に法律上の親子関係が生じた者は、簡易帰化による日本国籍の取得の道が開かれている（八条）。

前記2、3で判示したところを踏まえて、これらの規定を総合的に考察すると、現行法は、血統という単なる自然的・生理的要素を絶対視することなく、親子関係を通じて我が国との密接な社会的結合が生ずる場合に国籍を付与するとの基本的立場に立っているものということが出来る。すなわち、嫡出子については、父又は母のいずれが日本人であるかを問わず、親子の実質的結合関係が生ずるから日本国籍を付与するについて問題は無い。しかしながら、非嫡出子については、親子の実質的結合関係は一律ではなく、民法上非嫡出子は、母の氏を称し（民法七九〇条二項）、母の親権に服する（民法八一九条四項）ものとされていることから明らかなとおり、父子関係は、母子関係に比較して実質的な結合関係が希薄であるのが通常である。現行法は、右の親子関係の差異に着目し、親子関係が希薄な場合の国籍取得について、段階的に一定の制約を設けたものと解することができる。

なお、右の日本人父と外国人母との間の非嫡出子については、多くの場合、母から外国国籍を承継することができるということも考慮されているように思われる（本件においても、原告は、母と同じフィリピン国籍を取得している）。

5 以上で検討したところを総合すると、右の現行法の基本的立場は、現今の国籍立法政策上合理性を欠くものとはいえず、このことに準正による国籍取得や簡易帰化等の補完的な制度を具備していることも合わせ考慮すると、現行法が一部の非嫡出子について原告が指摘するような取扱いの区別をもうけたことには、合理的な根拠があるものといべきであつて、立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えたものといふことはできない。したがつて、右の区別は、憲法一四條の平等原則に照らして不合理な差別といふことはできない。

6 B規約二四條、児童の権利に関する条約二條及び七條等の条約は、いずれも無国籍児童の一時を目的としたものであり、しかも、憲法一四條を越えた利益を保護するものといふことはできない。

### 第三 大阪地裁判決に対する批判

#### 一 親子の實質的結合關係

以上をみると、大阪地裁判決は、親子の實質的結合關係の違いを主たる根拠にしていると思われる。すなわち、嫡出子の場合には、親子の實質的結合關係が生じるのに対して、非嫡出子の場合には、父子關係は、母子關係に比較して實質的な結合關

係が希薄であるから、国籍取得について、一定の制約を設けることに合理的な理由がある、というのである。

しかし民法上、非嫡出子が母の氏を称して、母の親權に服することを理由として、父子關係は母子關係よりも實質的な結合關係が希薄である、とする点は承服しがたい。

第一に、非嫡出子が父に認知された後は、家庭裁判所の許可および戸籍への届出によつて、父の氏を称することができる（民法七九一條一項）、また父母の協議によつて、父を親權者と定めることができる（民法八一九條四項）。したがつて、父母のどちらの氏を称するか、また父母のどちらの親權に服するかは、認知された非嫡出子の日本国籍取得を否定する理由とはならない。

第二に、認知された非嫡出子が父の氏を称するために家庭裁判所の許可を必要とするのは、氏の変更は慎重に行ななければならぬからであり、また親權を父母の協議によつて定めるのは、両性の平等に配慮したからである。したがつて、認知された非嫡出子が当然に父の氏を称して、父の親權に服することに於いては、父の氏を称して、父子關係が母子關係よりも希薄であるわけではない。

第三に、胎児認知が行われた場合にも、非嫡出子は、母の氏

を称して、母の親権に服するが、父の日本国籍を取得するとされている。したがって、大阪地裁判決の論理によると、胎児認知と生後認知の間で、国籍取得に違いが生じることは説明がつかない。

## 二 血統主義の制限

大阪地裁判決によると、現行法は血統主義を絶対視することなく、親子関係を通じて我が国との密接な社会的結合が生ずることを、国籍取得の根拠にしているとのことである。

しかし、日本人との親子関係があるにもかかわらず、血統による国籍取得が否定される例としては、認知による国籍取得の場合以外には、国籍留保制度があるにすぎない。それによると、外国で生まれて重国籍になった子は、日本国籍を留保しなければ、出生の時にさかのぼって日本国籍を失う（国籍法一二条）。なお国籍法一一條、一三条、一五條三項、一六條二項ないし五項も、日本国籍の喪失を規定しているが、これらは、出生による日本国籍の取得を否定するものではない。

ところで、この国籍留保制度は、「日本国外で生まれた重国籍の子は、日本との結びきの比較的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」である、という理由によって根拠づけられ

ている（江川英文Ⅱ山田録一Ⅱ早田芳郎『国籍法（新版）』一三三頁）。これに対して、認知による国籍取得の否定は、日本で生まれて、日本との結びつきが強い子に対しても適用される点で、妥当性に疑問がある。

また、国籍留保の届出は、出生の日から三か月以内に、出生届と同時に届けばよいとされているし、また天災などの不可抗力によって、期間内に届出ができない場合には、届出が可能となった時から、十四日以内に届け出ればよいとされている（戸籍法一〇四條）。しかも、国籍留保ができなかった者は、未成年の間に、日本に住むようになった場合、届出による国籍の再取得が認められている（国籍法一七條一項）。このように国籍留保制度は、血統主義を制限しながらも、国籍取得の機会を十分に与える配慮も行っている。

これに対して、日本人父と外国人母から生まれた非嫡出子が日本国籍を取得するためには、胎児認知が必要であるが、これは、国籍法の条文から直ちに分かるようになっていない。国籍法二條一号の「出生の時」という文言および国籍法三條の反対解釈から、胎児認知が必要であることは、一般人にとって自明であるとはいえない。これは、単なる法律の不知として片づけられる問題ではないであろう。

しかも胎児認知は、意見書(一)第三で述べたように、きわめて特殊な制度であり、一般には利用されないと考えられる。しかるに、国籍留保の場合と異なり、認知の場合には、出生後の届出による国籍取得や不可抗力の場合の救済などが明文の規定によって定められていない。

以上のように、国籍留保制度による血統主義の制限は、法律上明確に規定されており、かつ一定の条件の下で国籍取得の機会を与えているのに対して、認知による国籍取得の制限は、法律上の規定が不明確であるだけでなく、事実上、国籍取得の機会を奪ってしまっている。したがって、同じく血統主義の制限とされる国籍留保制度と比べても、認知による国籍取得の制限は、明らかに合理的な範囲を越えている。

### 三 母の外国国籍の承継

さらに大阪地裁判決は、日本人父と外国人母から生まれた非嫡出子が、多くの場合、母の外国国籍を承継することも、認知による国籍取得を否定する理由として挙げている。

しかし、母の外国国籍を取得するからといって、父の日本国籍の取得を否定する理由とはならない。現に嫡出子は、父の日本国籍と母の外国国籍の両方取得して、国籍選択の機会が与えられているのに対して、非嫡出子は、かような国籍選択の機

会すらも与えられていない。

たしかに父の日本国籍と母の外国国籍の両方取得した場合には、子は二重国籍になるが、現行の国籍選択制度は、事後的に、かような二重国籍を解消しようとしているのであって、出生による国籍取得を否定してまで、二重国籍を防止する趣旨ではない。したがって、二重国籍の防止も、認知による国籍取得を否定する理由とはならない。

さらに認知による国籍取得の否定は、無国籍児を発生させるおそれすらある。すなわち、外国人母の本国が生地主義を採用している場合には、日本で生まれた子に対して、母の国籍を付与しないことがあるから、日本人父の認知による国籍取得が否定されると、子は、父母いずれの国籍も取得できないことになる。

たとえば、アメリカ合衆国は、生地主義を原則としており、他国で生まれた子の国籍取得については、両親の一方のみがアメリカ国民である場合、その親自身が五年以上本国に住んでいる経歴があることを要件としている。したがって、仮にアメリカ人母が日本で生まれ育って、一度も本国に住んだことがなければ、子はアメリカ国籍を取得しない。

また、アメリカ合衆国以外にも、コロンビアは、子が出生後

に自国で住むようになることを要件としているし、ブラジルやアルゼンチンも、届出や本人の居住などを要件としている（以上の立法例については、民事月報三九卷九号九三頁、五〇巻一頁一—三頁、一一四頁、五〇巻二—二二頁六三三頁参照）。したがって、かような届出や本人の居住などの要件を満たさなければ、これらの南米諸国出身の母と日本人父から生まれた非嫡出子は、無国籍になる。

たしかに、大阪地裁の事案では、母はフィリピン人であるから、父母両系血統主義によりフィリピン国籍を取得する。また、本件でも、韓国は父系血統主義を採用しているが、出生の時点で父に認知されていない子は、補足的に韓国人母の国籍を取得するから（韓国国籍法二条一項三号）、子は無国籍にならない。しかし、昭和五九年までは、日本の国籍法が父系血統主義を採用していたために、米軍基地のある沖縄において、アメリカ人父と日本人母から生まれた嫡出子が多数、無国籍になり、この問題が昭和五九年の国籍法改正に影響を及ぼしたことを考慮するならば、無国籍発生の可能性は、認知による国籍取得否定の合理性を疑わせるのに十分な根拠となるであろう。

#### 四 準正による国籍取得および簡易帰化

なお大阪地裁判決は、認知による国籍取得を否定する補足的

な理由として、準正による国籍取得および簡易帰化などの「補足的な制度」の存在を挙げている。

しかし、準正を要件とすることは、まさに嫡出子と非嫡出子の差別であり、このような制度があることをもって、認知による国籍取得を否定する点をもつて、大阪地裁判決が問題の所在を全く見誤っていることは明らかである。

そもそも父母の婚姻は、子が左右することができない事実であり、かかる子の責めに帰することができない事由によって、国籍の取得を否定することは、とりもなおさず子の「社会的身分」による差別である。

また、日本人父がすでに結婚している場合には、外国人母と重ねて結婚することはできないから、準正による国籍取得は、子の救済とはならない。そして、大阪地裁の事案および本件は、まさにこのようなケースに当たる（なお、すでに配偶者のいる日本人父が外国人母との性交渉の結果、日本国籍を取得しない非嫡出子が生まれたことに対して、道徳的非難を浴びせる者がいるかもしれないが、そのような非難は、生まれてきた子に対して向けられるべきものではない）。

つぎに、大阪地裁判決は、認知による国籍取得を否定しても、「簡易帰化による日本国籍の取得の道が開かれている」とする。

そして、たしかに、国籍法八条一号によると、「日本国民の子（養子を除く。）で日本に住所を有するもの」については、その居住期間を問わず、また能力条件や生計条件を備えないときでも、法務大臣は、帰化を許可することができる」とされている。

しかし、そもそも現行の帰化制度は、法務大臣の許可を要件とする裁量帰化である（国籍法四条二項）。したがって、帰化の請求権があるわけではない。国籍法五条以下が定めているのは、あくまでも法務大臣が帰化を許可する「条件」であって、帰化の「要件」ではない。

また、国籍法六条以下に規定された簡易帰化は、居住条件などを一部免除したり緩和するだけであり、帰化の審査そのものが緩やかに行われるわけではない。すなわち、帰化の許可は、あくまでも法務大臣の裁量にかかっており、父が日本人であるからといって、必ず帰化が許可されるという保証はない。もちろん帰化が不許可になった場合には、裁量権の逸脱や濫用があったとして、裁判で争うことは可能であるが、これまでに帰化申請者が勝訴した例は見当たらない。

さらに帰化は、出生後の行政処分による国籍取得であるのに対して、国籍法二条一号による国籍取得は、出生により法律上当然に認められる。すなわち、帰化による国籍取得と出生によ

る国籍取得は、同じく国籍取得とはいっても、根本的に異なる。したがって、前者が後者の代わりになるということは、そもそもあり得ない。

#### 五 重国籍および浮動性の防止

大阪地裁判決は、重国籍および無国籍の発生を可能な限り避けること、ならびに生来的国籍は出生の時点においてできざり確定的に決定されるべき性質のものであること（浮動性の防止）にも言及している。

しかし、重国籍の防止は、生来的国籍の取得を否定してまで、事前に防止すべきものではないことは、前述のとおりである。また、認知による国籍取得を否定した場合には、むしろ無国籍が発生するおそれがあることも、前述のとおりである。

さらに国籍の浮動性については、すでに意見書（一）第四の二の2で述べたように、具体的な弊害が示されていないうえに、民法七八四条の適用または類推適用によって、第三者の権利を害することはできないと解されるから、認知による国籍取得を否定する理由とはならない。

#### 六 民法九〇〇条四号但書に関する最高裁判決との比較

ところで、平成七年七月五日の最高裁大法廷判決は、非嫡出子の法定相続分を嫡出子の二分の一とする民法九〇〇条四号但

書について、合憲判決を下した（民集四九卷七号一七八九頁）。そこで、念のため、本件で問題となっている非嫡出子の国籍取得と法定相続分の問題の違いに言及しておきたい。

まず、大法廷判決が民法九〇〇条四号を合憲と判断した判決理由の主要部分を引用すると、次のとおりである。

「本件規定の立法理由は、法律上の配偶者との間に出生した嫡出子の立場を尊重するとともに、他方、被相続人の子である非嫡出子の立場にも配慮して、非嫡出子に嫡出子の二分の一の法定相続分を認めることにより、非嫡出子を保護しようとしたものであり、法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整を図ったものと解される。これを言い換えれば、民法が法律婚主義を採用している以上、法定相続分は婚姻関係にある配偶者とその子を優遇してこれを定めるが、他方、非嫡出子にも一定の法定相続分を認めてその保護を図ったものであると解される」。

「現行民法は法律婚主義を採用しているのであるから、右のような本件規定の立法理由にも合理的な根拠があるというべきであり、本件規定が非嫡出子の法定相続分を嫡出子の二分の一としたことが、右立法理由との関連において著しく不合理であり、立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えたものということはできないのであって、本件規定は、合理的理由の

ない差別とはいえず、憲法一四条一項に反するものとはいえない」。

この大法廷判決は、民法九〇〇条四号但書が嫡出子の立場（法律婚）を尊重するとともに、非嫡出子の保護も図ったものであるとする。すなわち、嫡出子と非嫡出子の相続分を同一にした場合には、嫡出子の立場（法律婚）の尊重が足りないことにならざるであらうし、また非嫡出子の相続を全く否定した場合には、今度は、非嫡出子の保護に欠けることになるであらう。したがって、「法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整を図ったもの」とされるのである。

これに対して、外国人母の非嫡出子に日本国籍の取得を認めたとしても、日本人父の配偶者や嫡出子に何ら不利益が及ぶわけではない。非嫡出子は、その国籍いかんにかかわらず、扶養請求権や相続権などを取得するであらう（なお、扶養請求権については、扶養義務の準拠法に関する法律により、原則として、扶養権利者たる子の常居所地法により、また相続権については、法例二六条により、被相続人である父の本国法、すなわち日本法による）。

また、民法九〇〇条四号但書では、嫡出子の二分の一とはいえず、非嫡出子の相続分が認められているのに対して、国籍法で

は、認知による生来国籍の取得が完全に否定されている（準正による国籍取得や簡易帰化が救済にならないことは、前述のとおりである）。しかも、法定相続分は、財産上の利益だけに係わるのに対して、国籍の取得は、在留権、参政権、職業選択の自由など様々な基本的人権に係わる上、自己のアイデンティティーの決定という人間として最も重要な問題を左右するものである。

以上により、本件で問題となっている非嫡出子の国籍取得と法定相続分の問題は、根本的に異なっており、後者について合憲判決が下されたからといって、前者についても同様に解する必然性は全くないと思われる。

### (3) 平成八年八月二日の意見書(三)

\* 原文では、意見書(二)をページ数で引用していたが、ここでは、別の引用方法による。

#### 第一 本意見書の目的

本意見書は、平成八年七月五日の「意見書(二)」第三の四を補足するものである。すなわち、平成八年六月二十八日の大阪地裁判決は、認知による国籍取得を否定しても、「簡易帰化に

よる日本国籍の取得の道が開かれている」とするが、かような帰化による国籍取得と出生による国籍取得の混同は、大阪地裁判決に始まったものではない。

そこで、かような混同の先例として、本件と同様に国籍確認訴訟に関する昭和五十六年三月三〇日の東京地裁判決を取り上げることにする。

つぎに、この東京地裁判決の誤りを証明するために、帰化不許可処分の取消訴訟に関する判例、とりわけ昭和六三年四月二七日の東京地裁判決などを取り上げたい。

さらに、被告の国側は、右の国籍確認訴訟と帰化不許可処分取消訴訟において、相矛盾する主張を行っているので、この点を検討したい。

#### 第二 国籍確認訴訟に関する判決

##### 一 判決の内容

昭和五九年改正前の国籍法は、父系血統主義を採用していたので、外国人男性と結婚した日本人女性から生まれた子は、日本国籍を取得しなかった。そこで、かような父系血統主義が憲法の定める平等原則に反するとして、アメリカ人と結婚した日本人女性から生まれた子の日本国籍確認を求める二つの訴訟が東京地裁に係属した。

これに対して、昭和五六年三月三〇日の東京地裁判決は、いずれの事件についても、原告の請求を棄却した（東京地裁昭和五二年（行ウ）三六〇号国籍存在確認請求事件、判時九九六号二三頁・判タ四三七七号六三頁、東京地裁昭和五三年（行ウ）一七五号国籍確認請求事件、行集三二卷三号四六九頁・判タ四三七七号七五頁）。両者の判決理由は、ほぼ同じであり、前者の判決文から、帰化に関する部分を引用すると、次のとおりである。

「父系優先血統主義には右のような重国籍発生防止の効果がある反面、これによると、日本人母の子は父が外国人である限り原則として生来的日本国籍を取得できないこととなるばかりでなく、場合によつては無国籍となることがあり得る…」（中略）

「そこで、この点につき国籍法がいかに対処しているかをみるのに、国籍法は、右のような立場におかれた子につきいわゆる簡易帰化により日本国籍を取得する途を設けている。（中略）」「もつとも、国籍法上、帰化は個人の権利ではなく、その許否が国家の利益保護の見地から法務大臣の裁量的判断に判断にかかっているけれども、日本人の子につきその血縁的及び地縁的關係を考慮して特別に日本国籍の取得を容易ならしめようとしている趣旨に照らせば、よほど特別の事情のない限り、右の

子が法定の帰化条件をみたしているにもかかわらず裁量によつて簡易帰化を不許可となし得る場合は考えられないところである。右制度の実際の運用がこれと異なつて行われていると認めべき資料はない。」（中略）

「ところで、日本国籍は、生来的のものであれ、帰化によるものであれ、その法律上の効果に差異はなく、生来的取得と帰化とは、両者相まつて国籍法の日本国籍付与に関する制度を構成しているものである。本件において原告が違憲と主張している父系優先血統主義は、右のうち生来的取得に関するものであるが、生来的取得と帰化が右のような関係にあることからすれば、その制度としての合理性を判断するにあつては、生来的取得のみを孤立して論ずべきではなく、これを補完するものとしての帰化に関する制度が存在することをも考慮に入れたうえで決定することが必要である。…この簡易帰化が完全に自由でなく、また、取得する国籍が生来的のものであるか帰化によるものであるかの違いは心情面等において微妙なものがあるにしても、父系優先血統主義による差別的不利益、殊に子が無国籍になるという人権上の不利益は、これによつて結果的にかんがりの範囲において是正が図られているということができる」。

二 判決に対する批判

この判決は、帰化が法務大臣の裁量的判断にかかっていることを認めつつも、簡易帰化の場合には、ほとんど不許可処分はありえないかのように述べている。しかし、「意見書(二)」で指摘したように、簡易帰化は、居住条件などを一部免除したり緩和するだけであり、帰化の審査そのものが緩やかに行われるわけではない。

また、この判決は、「右制度の実際の運用がこれと異なつて行われていると認めるべき資料はない」と述べているが、むしろ積極的に、簡易帰化の場合には帰化の審査を緩やかに行う、というような法令上の根拠規定や通達などが無い以上、簡易帰化は普通帰化と同様に運用されていると推測する方が自然であろう。

さらに、この判決は、出生による国籍取得を補完するものとして帰化制度が存在しているかのように述べているが、「意見書(二)」で指摘したように、出生による国籍取得と帰化による国籍取得は、根本的に異なる。すなわち、帰化は、出生後の行政処分による国籍取得であるのに対して、出生による国籍取得は、法律上当然に認められる。

そもそも帰化は、出生の時点で自国民でない者に対して、国民としての適性を判断することによって、後天的に国籍を付与

する制度である。したがって、単なる血縁関係や地縁関係だけによって、帰化を許可することはできないし、また帰化が許可された場合にも、出生の時点にさかのぼって国籍を付与するのではなく、帰化許可の時点から新たに国籍を付与するだけである。

これに対して、出生による国籍取得は、血統主義によるか、生地主義によるかの違いはあるが、いずれにしても血縁関係または地縁関係を基礎として、出生の時点で当然に認められるものである。仮に出生後に国民としての適性に欠けるとして、国籍が剥奪されるとしたら、それこそ国際法違反に問われることになるであろう。

東京地裁判決は、帰化が法務大臣の裁量によることや、後天的な国籍取得であることについて、単に「心情面等において微妙なものがある」と評しているが、かような出生による国籍取得との違いは、両者の本質に由来するものであり、単なる心情面の問題ではない。

したがって、帰化による国籍取得と出生による国籍取得を混同した東京地裁判決は、根本的な誤りを犯しているといわざるをえない。

第三 帰化不許可処分取消訴訟に関する判決

以上のような帰化制度の特質は、とくに帰化申請者が不許可処分を不服として争った訴訟において、顕著に現れる。たとえば、昭和六三年四月二七日の東京地裁判決（訟月三五卷三号四九五頁、判時一二七五号五二頁）は、次のように述べている。

「帰化は、国家という一つの共同体が本来その共同体に属さない個人を新たに共同体の成員として認め、国籍を付与することであり、我が国は、国籍法（昭和五九年法律第五四号）による改正前のもの。以下同様である。）四ないし七条で帰化の条件を規定している。ところで、国籍は、国家の主権者の範囲を確定し、国家の属人的統治権の範囲を限定する高度の政治的事項であつて、これを付与するための要件、付与を求める申請の方式、付与された場合の効果等についてはもちろん、要件、方式が一応具備されている場合にこれを付与するかどうかについては、当該国家が自由に決定することができるものと解すべきであるから、法定条件が充たされている場合においても、帰化を許可するかどうかについて、被告（国・引用者注）は、広範な裁量権を有するものと解すべきである」。

また、同じく帰化申請却下処分取消請求事件において、昭和五十七年九月二二日の広島地裁判決（訟月二九卷四号七三二頁）は、次のように述べている。

（昭和五九年改正前の）「国籍法四条は、その一号ないし六号の条件を具備しないかぎり、法務大臣は当該外国人に対し帰化を許可することができない旨を定めているところ、その文理と帰化の意義・性質を併せ考えると、同条は法務大臣が帰化の許可をするについての最小限の基準を示したに止まり、同条の帰化条件を具備する者が当然に帰化の許可を得ることができるとか、その条件を具備する者に対し法務大臣が必ず許可を与えないければならないことまでを規定したのではないと解せられる。すなわち、帰化の許否は法務大臣（被告）の自由裁量に属するというべく、帰化申請者に国籍付与請求権というような権利が存するものでないことは、被告の指摘するとおりである」。

もつとも、これらの判決は、裁量権の逸脱または濫用があつた場合には、帰化の不許可処分の取消を求めることが可能としているが、最終的に帰化申請者が勝訴した例は見当たらない（昭和五十七年九月二二日の広島地裁判決は、原告の請求を認容したが、昭和五十八年八月二九日の広島高裁判決は、原判決を取り消し、請求を棄却した。訟月三〇卷二号二二二頁）。

#### 第四 国側の主張の矛盾

ところで、被告の国側も、国籍確認訴訟の場合と帰化不許可処分取消訴訟の場合とで、相矛盾した主張を行っている。

すなわち、国籍確認訴訟に関する昭和五六年三月三〇日の東京地裁判決の事案では、原告の無国籍になるという主張に対して、国側は、「このような場合に日本国籍を取得しようとするれば帰化の方法によればよいのであり、この帰化はほとんど無条件に近い（国籍法六条二号）のである」と反論している。

しかし、帰化不許可処分取消訴訟に関する昭和六三年四月二七日の東京地裁判決の事案では、国側は、次のように主張している。

「帰化とは、国家という一つの共同体が本来その共同体に属さない個人を新たに共同体の成員として認めることであり、国籍付与の条件、申請の方式、帰化許可の効果についてはもちろん、要件、方式が一応具備されている場合に許可を与えるか否かについても、当該国家が自由に決定することができるとしているのが一般である。そして、日本の国籍法上も、同法四ないし七条で帰化の条件を規定しているが、右法定条件を充たしている場合でも、帰化の許否は法務大臣の自由裁量に属するものである」。

以上のように、国側は、一方において、帰化は無条件に近いと主張しながら、他方において、帰化条件を満たしていても、帰化が許可されるとは限らないと主張している。そのいずれが

解釈論として正しいかといえ、もちろん後者の方であるが、それならば、帰化が無条件に近いというような主張を行うべきではないであろう。すなわち、国籍確認訴訟と帰化不許可処分取消訴訟とで、国側の主張は、相矛盾する内容となっているのである。

##### 第五 具体的な事案における帰化の可能性

さらに、平成八年六月二八日の大阪地裁の事案では、日本人父によつて認知された子であるにもかかわらず、帰化できない可能性の方が高いといえよう。

たしかに、国籍法八条一号によると、「日本国民の子（養子を除く。）で日本に住所を有するもの」については、五条一項一号、二号および四号の条件を備えないときでも、法務大臣は帰化を許可できるとされている。すなわち、現に日本に住所があれば、その居住期間は問われないし、成年条件および生計条件が免除される。

しかし、ここでいう住所とは、不法滞在の場合を含まない（黒木忠正『細川清』『外事法・国籍法』三四二頁、法務省民事局法務研究会編『改訂・国籍実務解説』六一頁）。また、帰化申請に際しては、住所を証明する書面として、外国人登録済証明書 の提出を要求されるから（法務省民事局第五課国籍実務研究会

編『国籍・帰化の実務相談』(四八六頁)、不法滞在者は、事実上、帰化申請ができないであろう。

大阪地裁の事案では、母親が不法滞在であるから、日本国籍を取得しない姉も、同様に不法滞在であった(これに対して、妹は、日本国籍を取得しているから、当然に日本に居住することができ)。したがって、姉は国籍法八条一号にいう「日本国民の子」という条件は満たしているが、「日本に住所を有するもの」という条件を欠いていることになる。

また、国籍法八条一号は、五条一項三号の「素行が善良であること」という条件を免除していないから、不法滞在者は、この素行条件を満たしていないとも判断されるであろう。

以上のように、帰化は、申請者が日本国民として相応しいか否かという観点から、総合的に日本国民としての資格を審査することによって、日本国籍を付与する制度である。これに対して、出生による国籍取得は、血縁関係さえあれば、日本国民としての資格を問わない。

したがって、帰化による国籍取得と出生による国籍取得は、同じく国籍取得とはいっても、根本的に異なるから、前者が後者の代わりになることは、そもそもあり得ないし、大阪地裁の事案では、実際上も、代替可能性はなかったといえる。

付記―脱稿後に、今回の最高裁判決の掲載誌として、判例時報一六二〇号五二頁、判例タイムズ九五六号一四三頁、裁判所時報二〇六号二頁および戸籍六六六号六一頁に接した。