

国際私法上の親子関係の準拠法の基準時

——継続的法律関係の準拠法の基準時——

根本 洋一

〔目次〕

はじめに

第1章 従来の学説等

第1節 ドイツの学説

第2節 日本の学説等

第1款 立法理由

第2款 日本の学説

第2章 親権の準拠法の基準時

第1節 親権の存否等の準拠法の基準時

第1款 親権の存否等の準拠法の基準時の理論的根拠

第2款 裁判時説

第2節 親権変動の準拠法の基準時

第1款 ふたつの見方

第2款 存続説

第3款 断絶説

第4款 親権変動の準拠法の基準時の理論的根拠

第5款 まとめ

おわりに

【参考文献】

はじめに

法の適用に関する通則法（以下、「法適用通則法」という。）32 条は「親子間の法律関係は、子の本国法が父又は母の本国法（父母の一方が死亡し、又は知れない場合にあっては、他の一方の本国法）と同一である場合には子の本国法により、その他の場合には子の常居所地法による。」と定める¹⁾。本条は準拠法の基準時を定めていないが、本条は準拠法の変更主義を採用²⁾ものと解されている。しかし、親子間の法律関係に関して準拠法の変更主義が採用されていることの意味は必ずしも十分には検討されていないように思われる。特に、ひとたび父又は母が親権を取得すると、その親権は準拠法変更後はどうなるのか、という問題は十分には検討されていない。本稿はこの問題を検討するものである。なお、法適用通則法 32 条の「親子間の法律関係」とは親権に限定されるものではない³⁾が、同条の「親子間の法律関係」に該当する事項の中で最も重要なのは親権であるので、本稿では親権に限って検討する。

本稿で検討するのは、ひとたび発生または消滅した親権の効力は準拠法変更後も存続するのか、という問題である。これは、見方を変えれば、親権変動の基準時の問題である（第 2 章第 2 節第 1 款参照）。そこで、本稿では、両者を同じ意味で用いる。

1) 親子間の法律関係に関する日本の国際私法規定の制定後の経過は次のとおりである。まず、明治 31 (1898) 年 7 月 16 日施行の法例 (明治 31 (1898) 年法律 10 号) の 20 条は「親子間ノ法律関係ハ父ノ本国法ニ依ル若シ父アラサルトキハ母ノ本国法ニ依ル」と規定していた。次に、平成 2 (1990) 年 1 月 1 日施行の改正法例 (平成 1 (1989) 年法律 27 号) の 21 条は「親子間ノ法律関係ハ子ノ本国法ガ父又ハ母ノ本国法若シ父母ノ一方アラザルトキハ他ノ一方ノ本国法ト同一ナル場合ニ於テハ子ノ本国法ニ依リ其他ノ場合ニ於テハ子ノ常居所地法ニ依ル」と規定していた。次に、平成 19 (2007) 年 1 月 1 日施行の「法の適用に関する通則法」(平成 18 (2006) 年法律 78 号) の 32 条として本文のように改正された。

2) 山田 (鐮) [2004 (H16)] 521 頁。

3) 山田 (鐮)・前掲 524-525 頁は、子が出生により親の氏を称すべきか否かは法例 21 条 (法適用通則法 32 条) によるべきであるとする。

なお、本稿では「裁判時」という言葉を事実審の口頭弁論終結時⁴⁾の意味で用いる。

第1章 従来の学説等

ひとたび発生した親権（または、ひとたび消滅した親権）は、その後、準拠法が変更すると、どのような運命をたどるのか、に関しては、従来の学説上、3つの考え方がある⁵⁾。

第1は、《親権変動の効力は準拠法変更後も存続する。》という考え方である。本稿ではこれを「存続説」と呼ぶ。

第2は、《親権変動の効力は準拠法変更後は存続しない。》という考え方である。本稿ではこれを「断絶説」と呼ぶ。

第3は、《親権変動の効力は、準拠法変更後の新準拠法がそれを親権変動と認めれば、準拠法変更後も存続する。》という考え方である。本稿ではこれを「新準拠法適用説」と呼ぶ⁶⁾。

親権変動の基準時を論ずる従来の学説にはこの3つの考え方のいずれかが存

-
- 4) 訴訟当事者は事実審の口頭弁論終結時までに父母子の国籍・常居所の判断に必要な資料を提出することができるし、裁判所もこの時点までに提出された資料を基礎として父母子の国籍・常居所を認定するから、事実審の口頭弁論終結時の国籍・常居所を「裁判時」の国籍・常居所と呼ぶことは自然であろう。
 - 5) 親権変動が準拠法変更後に有する効力に関する考え方を簡潔に呼ぶ名称はこれまで提案されていないように思われる。わずかに、Lagarde [1998 (H10)] が「保護の継続を主張する意見」と「変更可能性を主張する意見」と呼んでいるのが目につく程度である。後出注64参照。前者は本稿でいう存続説であり、後者は本稿でいう断絶説である。
 - 6) 準拠法変更前に発生した事実に準拠法変更後の準拠法を適用する場合、旧準拠法により発生した親権変動の効力が準拠法変更後も存続することを制限する方向に適用すること（累積的適用）と、旧準拠法により発生しなかった親権変動の効力が準拠法変更後に発生する方向に適用することがあり得る。本稿で「新準拠法適用説」というときは原則として両者を含む。

するように思われる。

以下では、ひとたび発生した親権変動の効力は、その後、親子関係の準拠法が変更すればどうなるのかに関して、ドイツの学説と日本の学説を訪ね (第 1 章)、その後、この問題についてどう考えるべきかを検討する (第 2 章)。

第 1 節 ドイツの学説

第 1 款 Savigny [1849]

Savigny は次のようにいう。

「婚姻中に子をなすこと Zeugung による父権の der väterlichen Gewalt 発生は、その考え得る取消しと同じく、父が子の出生 Geburt の時にその住所を有していた場所の法律により判断すべきである。

これに対して、父と子の財産関係は、父のその都度の住所にある法律により nach dem Gesetz, welches an dem jedesmaligen Wohnsitz des Vaters besteht —その結果、それゆえ、住所の変更が財産関係の変更をもたらすことができるように—判断すべきである。」(S.338)

Savigny は父権の発生とその取消し、及び、父子の財産関係に関してこのように述べるのみである。引用文の第 2 文における準拠法の基準時に関する思考は親子関係の準拠法の基準時に関する日本の現在の多数説の淵源であろう。

第 1 文は、子の出生後における父権変動に関してもまた子の出生時を準拠法の基準時とするのか、あるいは、それに関しては父権変動原因事実発生時を準拠法の基準時とするのか、明らかではない。

第 2 款 Habicht [1907 (M40)]

Habicht はドイツ民法施行法 19 条⁷⁾ (嫡出親子関係の内容) について、基準

7) ドイツ民法施行法 19 条 (1986 (S61) 年 8 月 31 日まで有効な規定) は次のように定めていた。

時に関する一般原則を次のように述べる。

「それ〔Art.19 EGBGB〕によれば、法律関係は、継続的に同一の準拠法に服するのではなく、準拠法は父のその都度の属人法とともに変更することがある es kann mit dem jeweiligen Statute des Vaters wechseln. 判断〔裁判〕のためには、しかしながら、判断の時の国籍——文言を見るとそのように考えることができるのであるが——だけが基準になるのではなく、それと並んで、過去における法律関係の判断が問題になる場合には、そこにおける法律関係を判断すべき時点における国籍（どの時点における法律関係が判断されるべきかに応じて、その時点における国籍）die Staatsangehörigkeit in demjenigen Zeitpunkte, für den das Rechtsverhältnis beurteilt werden soll もまた基準になる。」(S.151)

Habicht は準拠法変更に関して次のようにいう。

「〔1〕〔準拠法が外国法からドイツ法に変更すると〕未成年の子にあっては、父または母の親権が、ドイツ民法に統合されている権能と義務のすべてとともに——すなわち、母に関しては、それまでの本国法がかような権限を母のために知らなかったとしても——発生する。〔……〕。〔2〕開始するドイツ法の妥当〔ドイツ法が準拠法になり始めること〕は、従来 of 法の下で開始した出来事や既に終結した権利形成からその効力を奪うという意味で遡及効を持つ、というわけではない。それゆえ、〔3〕その姓として父母の結合姓を両親の従来 of 本国法に基づき取得した子は〔準拠法がドイツ法に変更した後〕その姓を保持するし、〔4〕外国法により、そこで定められている若年の年齢の達成によ

「父母と嫡出子との間の法律関係は父又は父死亡したときは母がドイツ国籍を有するときは、ドイツの法律に依りてこれを定む。父又は母のドイツ国籍消滅するも子のドイツ国籍存続するとき亦同じ。」

川上太郎『現代外国法典叢書(21) 国際私法(独逸国際私法, 仏蘭西国際私法)』226-227 頁〔1955 (S30), 有斐閣〕による(引用に際して、片仮名を平仮名に改め、一部の漢字を仮名に変えた。)

り、または、婚姻などにより、成年に達した子はその成年状態を維持し (Art.7, Abs.2)、ドイツ法は成年者に対する親権を定めていないから、〔準拠法がドイツ法に変更した後も〕かような子に対しては再び親権が発生することはない。〔5〕未成年の子の親権解放が従来法により効力を生じた場合は、それが少なくとも子の財産に対する親権者の収益権を排除する限り、〔準拠法がドイツ法に変更した後も〕準拠法変更後も効力を維持する。〔6〕204 条及び 205 条はそれ自体は旧法から新法への経過規定であるに過ぎないが、その規定の原則もまた、親子法上の権限の移行——それは国際法領域において国籍変更により発生するのであるが——に類推適用しなければならない。なぜなら、〔7〕〔法律〕関係が全体としてドイツ法に服従することは、法律行為による変更の有効性、または、それまでにその法律関係につき管轄を有していた外国の官庁の命令の有効性を——それらがそれまでの法により有効に行われたのであれば——直ちに奪うことを意味しないからである。〔8〕ドイツ法がそもそも許さず、我々の見解によれば〔法律〕関係の倫理的本質と mit dem Sittlich Wesen 相いれない変更に関し、当該〔法律〕関係がドイツ法の支配に入れば直ちに、もはや承認されることができない。〔9〕とはいってもこれに当たるのは普通は、法律関係がまだ外国法に服従する限り 30 条により国内で承認されることができない形成である。〔10〕過去において完結した法律要件に関してはドイツ法への服従が遡及効を持たないことは言うまでもない。例えば、父がドイツ国籍を取得する前に娘が婚姻した場合、娘は後になってドイツ民法に基づいて嫁資 Aussteuer を請求することはできない。」(SS.152-153. [1], [2] ……は引用者による。)

Habicht の挙げる例は必ずしも理解しやすいものではないが、準拠法変更に関する Habicht の考え方の基本は上記引用文の〔7〕及び〔8〕に示されている。すなわち、Habicht によれば、第 1 に、旧準拠法時代に発生した親権変動の効力は準拠法変更後も存続する (これは〔7〕に示されている。ただし、〔2〕

の意味は異なる。〔2〕は、旧準拠法時代に親子関係に基づいて具体的に発生した権利・財産は準拠法変更後も影響を受けない、という意味である。第2に、しかし、新準拠法がドイツ法である場合はドイツ法の価値観に基づいて親権変動の効力の存続が否定されることがある（これは〔8〕に示されている。なお、このふたつのルールによれば、Habichtの挙げる〔1〕は、親権を有しない父母というのはドイツ法上の親子関係の倫理的本質に反する、という説明になる）。このうちの第2の点は——これは例外的に適用されるルールであるが——旧準拠法による親権変動が準拠法変更後も存続するか否かを判断するに際してその親権変動を新準拠法が認めるか否かを問題にする考え方である。

結局、Habichtの見解の中核は存続説であり、ただし、旧準拠法時代の親権変動を新準拠法が例外的事由により認めない場合は存続を認めない見解である。

第3款 Zitelmann [1912 (T1)]

Zitelmannは、「親と子」と題する節の「V 属人法の変更」の冒頭で、非嫡出子を出産したフランス人女の国籍がその後ドイツ国籍に変更した場合を例に挙げて、次のようにいう。

「人は、《ドイツ法はその非嫡出母に常に[•]stets子のための監護の権利と義務をその非嫡出母に——そのための法律要件がその母から生まれたことだけで十分であるという形で、しかもその出生は、ひとたび発生した出来事という意味においてではなく、連結された効力を常に新たに発生させる継続的状况という意味において——付与する。》》と言っはいけないのだろうか？ ドイツ法の意味に従えばこの問題には肯定の答えをなすべきだ、と私は信ずる：母は、それゆえ、認知されていない子に対して、属人法の変更とともに、新準拠法が非嫡出母子間に存するものと定める身分法上の関係に入る。」(S.901. 傍点は原文では隔字体、下線は引用者による。)

この引用文には、親子関係成立 (=「ひとたび発生した出来事」) に基づいて親権が発生するというよりは、継続的親子関係 (=「継続的状况」) から不断に親権が発生する、という考え方が見られる。また、Zitelmann は、親権から発生する財産管理権に関して、「ある属人法から別の属人法への移行が生ずる場合は、嫡出親子間の財産法上の効力は、新属人法がその財産法上の効力に付与する内容——もっと正確に言えば：嫡出親子関係がこの時点にはじめて成立するのであれば保有するであろう内容——を、この時から、保有する。」(S.905. 下線は引用者による。) という。両者を合わせれば、Zitelmann には、準拠法変更が生じた場合には、あたかも準拠法変更時点で親子関係が成立したものと考えて (= 準拠法変更前に生じた親権変動を考慮せず)、親権の発生・帰属等を考える、という思考を見ることができる。

しかし、Zitelmann の考え方は必ずしも一貫していない。すなわち、Zitelmann には、準拠法変更前の権利変動が準拠法変更後も存続することを認める記述があるのである。

Zitelmann は、まず、「ひとたび成立した嫡出親子関係及び非嫡出親子関係が〔親子関係成立の〕準拠法の変更にも関わらず存続するという〔……〕命題は、親子関係は内容の点でも不変である *ungeändert* ということの意味しない。この問題に関しても最終的には——今や関係者の身分法上の結合を判断する唯一の法である——新準拠法の意味のみにかかる。その限りで、個々の実質法秩序に基づいて回答すべき問題がここでは問題となる。」(S.901. 下線は引用者による。) といい、これに続けて Zitelmann は、実質法が親子関係を倫理的関係——それは契約を許容しない——の表現としてとらえていること、その意味で親子法の規定は強行法 *zwingendes Recht* であることを述べて、「準拠法の変更とともに——疑わしい場合には次のことが新準拠法の意味Sinnに対応するのであるが——法律関係は今や、その〔法律〕関係が新準拠法により保有する内容を保有するに至る。」(S.902. 下線は引用者による。) という。このように、Zitelmann は、新準拠法の意味を問題にする。

親権変動の効力が準拠法変更後も存続するか否かに関する Zitelmann の意見の核心は次の部分である。

「親子関係の成立後、時間が経ってから準拠法変更 Statutenwechsel が生ずる場合は、より明確には、身分法関係の^変^更^可^能^性 Wandelbarkeit が発生する。ここでは法律状態は新準拠法に対応する形で変更する。〔……〕。〔1〕例えば、ドイツ人夫婦がスイスに移住した場合は、新国籍取得の時から、母もまた子のための代理権——母がドイツでは有していなかった権利——を取得する〔……〕。〔2〕これとは逆に、その属人法により子に対する親権を有する非嫡出母が——ドイツのように、非嫡出母が子に対して監護権のみを認める——国の国民になった場合は、私見によれば、母はその親権を失い、単なる監護権のみを保有する。

身分法関係は新準拠法がそのような身分法関係に付与する内容を取得する、という命題は、しかし、新準拠法が法律関係の別の内容を全く知らない場合に限って、正しい。〔すなわち、〕嫡出親子関係または非嫡出親子関係が何らかの事実に基づいて auf Grund gewisser Tatsachen, あるいはもっと強い内容を保有したり、あるいは弱化させられたりすることを定める規定を新準拠法自身が有する場合は別なのである。〔3〕この場合、すなわち、このような弱化が旧準拠法で発生した場合は、それは新準拠法の下でも存続する。このような法律要件は、特に、離婚判決であり、さらには、後見官庁の命令である。〔……〕。〔4〕それゆえ、父または母の身分権がこのような命令により、または、離婚判決により、それに固有の方法で in eigentümlicher Weise 形成されている場合は、しかも、その身分権が新準拠法の支配下でもまた或る状況の下で unter gewissen Umständen 保有するであろう内容を〔形成により〕今や保有するに至った場合は、身分権はその内容とともに新準拠法下でもまた存続する。〔5〕旧準拠法の下で離婚判決が父から子の身上監護権を奪った場合は、父が子とともにドイツ国籍を取得するときは、監護権を再び取得することはない。〔6〕しかし、子の代理権もまた父から剥奪された場合は、代理権は今やドイツ民法典

の支配の下で再び発生する；なぜなら、ドイツ法はいずれにしても *jedenfalls* 父に代理権を付与するからである〔……〕。(SS.902-903. 傍点は原文では隔字体.)

Zitelmann の見解の根幹ないし出発点は、準拋法変更時にあたかも親子関係が発生したかの如く考えて、その時点に存在する事実に基づいて親権の発生・帰属を考える、ということにある。上記引用文の〔1〕、〔2〕及び〔6〕はこの点から理解できる。

しかし、Zitelmann はこの原則を修正する。Zitelmann の最終的な見解は次の 2 点に要約することができる。

第 1 に、旧準拋法時代に生じた父母の地位に対応する制度が新準拋法にあれば、親権変動の効力は準拋法変更後も存続する(上記〔4〕はこれを意味する.)。上記引用文の〔5〕では、子の身上監護権を有しない父という旧準拋法上の制度を新準拋法が持つから、旧準拋法時代の父の地位は準拋法変更後も存続する。

第 2 に、旧準拋法時代により生じた父母の地位に対応する制度が新準拋法になければ、親権変動の効力は準拋法変更後は存続しない(この場合、準拋法変更後の父母の地位は、準拋法変更時に存在する事実に基づいて新準拋法により決まる)。上記引用文の〔1〕は、子のための代理権を有しない母という旧準拋法上の制度を新準拋法が持たないから母は準拋法変更後は新準拋法により代理権を取得し、〔2〕は、非嫡出子のための親権を有する母という旧準拋法上の制度を新準拋法が持たないから母は準拋法変更後は新準拋法の認める限度の監護権のみを取得し、〔6〕は、子のための代理権を有しない父という旧準拋法上の制度を新準拋法が持たないから父は準拋法変更後は新準拋法の認める代理権を取得する。

なおお付言すれば、Zitelmann が親権変動の効力が準拋法変更後も存続することを認めるのは、旧準拋法時代に発生した親権変動原因事実を新準拋法が親権変動原因と認めるからではない。この点は、Zitelmann が、新準拋法上

の父母の地位が「何らかの事実に基づいて auf Grund gewisser Tatsachen」, 「或る状況の下で unter gewissen Umständen」発生することを——親権変動の効力が準拠法変更後も存続するための——要件としていることからわかる。Zitelmann にとっての関心事は、旧準拠法により形成された父母の地位が新準拠法にあるか否かである。

Habicht が⁸、旧準拠法時代に発生した親権変動の効力が準拠法変更後も存続することを基本としつつ、新準拠法の内容（旧準拠法上の親権変動が新準拠法上の法律関係の倫理的本質と相いれるか否か）によっては存続を認めないのに対して、Zitelmann は、準拠法変更後は存続しないことを基本としつつ、新準拠法の内容（旧準拠法上の父母の地位に対応する地位が新準拠法にあるか否か）によっては存続を認める。両者の基本的な出発点は異なるが、新準拠法の内容により修正を図るという点は共通している。

第4款 Raape [1931 (S6)]

Raape は次のようにいう。

「III. 基準となる親のその都度の本国法 das jeweilige Heimatrecht des Elternhauptes (国籍変更の場合)

1. 一般的考察

基準となる親の国籍変更は準拠法の変更をもたらす ein Staatswechsel des maßgebenden Elternteils einen Statutenwechsel nach sich zieht. [……]. スイスに住所を有するドイツ人家族がスイス国籍を取得した場合、今やスイス法が [……] 子との関係で [……] 基準になる。国籍変更の後に生まれた子だけでなく、その前に生まれた子に関してもまた、親との法律関係はスイス法により判断される。ただし、国籍変更の後の時間 [の法律関係] に関してだけであることはいうまでもない。[……]. それゆえ、19条で黙示的に宣言されているのは変更可能性の原則 der Grundsatz der Wandelbarkeit である。[……].

2. 個別事項

[……]

c) 遡及効

準拠法変更は [……] 遡及効を有しない。既得権の原則は当然である。この条件の下でのみ 19 条を適用すべきである。[……]。

ε) 親権の制限

[1] 親権者から親権の全部または一部を剥奪する官庁の命令が旧準拠法の下で適法に行われた場合、その効力を維持する。民法施行法 204 条の規定はこの種の事案にも類推適用すべきである ist [……] entsprechend anzuwenden. 法秩序の変更が立法の変更により起きるか、あるいは、関係者の国籍変更により起きるかは、この場合に判断にとって意味のないことである。Habicht, 前掲 [=Habicht, S.153].

[2] 旧準拠法の下で法律に基づいて直接に発生した親権の制限——例えば、ドイツ民法1680条による制限——は、新準拠法によれば、例えばフランス法によれば、発生しなかったであろうというときでも auch wenn sie [……] nicht eingetreten wäre, 効力を維持する。しかし、新準拠法に基づく効力が遡及するのは新準拠法の施行後の期間のみに関してである、と考えなければならないであろう。」(SS.464-467. 下線及び [1], [2] は引用者による。)

Raape の考え方は明快である。Raape 説の中核は、変更可能性の原則 (der Grundsatz der Wandelbarkeit) とは既得権の保護に劣後する、という点にある。それゆえ、Raape によれば、親権の制限・喪失の効力は例外なく準拠法変更後も存続する。

注目すべきは Raape が [2] で、旧準拠法時代に発生した親権変動の原因事実が新準拠法上の親権変動原因に該当するか否かを問わない旨を明言する点である。Raape は、このように明言するに際して、批判の対象となる説を引用していない。しかし、この部分は Habicht と Zitelmann を念頭に置いている可能

性がないではない。もちろん、Habicht が「ドイツ法がそもそも許さず、我々の見解によれば〔法律〕関係の倫理的本質と mit dem Sittlich Wesen 相いれない変更（に限り、当該〔法律〕関係がドイツ法の支配に入れば直ちに、もはや承認されることができない。）」と述べ、また、Zitelmann が、旧準拠法時代に形成された父母の地位に対応する地位が新準拠法にあればその地位は準拠法変更後も存続する旨を主張したのは、いずれも、旧準拠法時代に形成された地位自体に重点を置いている。これに対して、Raape が「旧準拠法の下で法律に基づいて直接に発生した親権の制限〔……〕は、新準拠法によれば、〔……〕発生しなかったであろうというとき」というの——旧準拠法時代に形成された地位というよりもその原因である——親権制限原因に重点があろう。しかし、いずれも、旧準拠法時代に発生した親権変動の効力が準拠法変更後も存続するための要件として新準拠法による審査をする——ただし、Raape はその審査の必要性を直ちに否定した——という点で類似している。

なお、Raape が結論的に退けた新準拠法の適用は、親権変動の効力が準拠法変更後も存続することを制約する方向での適用である。Raape が退けたこの考え方——旧準拠法時代に発生した親権喪失の効力は、準拠法変更後の新準拠法が親権喪失と認める場合は、準拠法変更後も存続する、という考え方——は折衷により採用された（後出第 2 節第 2 款第 6 目参照）。

第 5 款 Lewald〔1931 (S6)〕

Lewald〔1931 (S6)〕は次のようにいう。

「父あるいは母のその都度の jeweilige 属人法が基準になり、ここから次のことが導き出される：親権の準拠法は変更可能である das Recht der elterlichen Gewalt ist wandelbar.〔……〕」

ここでは、しかしながら、次の点に注意しなければならない。親子間の法律関係の内容は準拠法変更後は新準拠法により規律されるが、しかし、〔1〕その法律関係がそれまでの準拠法の支配下で受けた具体的な形成を無視してはなら

ない。〔2〕その子に対する親権を奪われているフランス人男がドイツ国籍を取得した場合、父の子に対する地位がいまやドイツ法により判断されることは確かであるが、私見によれば、彼は、ドイツ法秩序における、彼が以前の属人法に従って保有していた地位に対応する entspricht 地位のみを取得する。〔3〕ただし、このような等価な制度 eine solche Äquivalenz が存在せず、また存在しない限度で、以前の準拠法により実現した法律関係の修正は終了しなければならないであろう。〔……〕。Zitelmann, Bd. II, S. 903 に示されている例も同旨である：《父がその以前の〔属人〕法によりその子のための代理権を奪われている場合は、父はドイツ国籍取得後は代理権を有する。なぜなら、ドイツ法はこの権能の剥奪を知らない nicht kennt からである。》(SS.133-134) (傍点は原文では隔字体。〔1〕,〔2〕……は引用者による。)

Lewald の見解の中核は〔2〕と〔3〕であろう。すなわち、Lewald の見解は、旧準拠法時代に発生した親権変動により形成された父母の地位に対応する地位が新準拠法あればその地位は存続し、対応する地位がなければ父母の地位は存続しない(この場合は、準拠法変更後の父母の地位は、準拠法変更時に存在する事実に基づいて新準拠法により判断される)、という点にある。これに対して、〔1〕は存続を基本とすべきであるという趣旨ではあるが、〔1〕は〔3〕により修正されている。

第6款 Frankenstein [1935 (S10)]

Frankenstein は次のようにいう。

〔1.原則〕

(a) 親子間の法律関係は継続的法律要件である Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern ist ein Dauertatbestand. 親子の属人法が変更すれば関係の内容もまた変更する。以前に完結した個々の法律要件、例えば、既発生の収益果実、既発生の嫁資請求権は、たとえ新準拠法が反対の旨を定めて

いても、準拠法変更の影響を受けない。

(b) 準拠法変更Statutenwechselは、法律関係が以前の準拠法の下で有していた形態のままで法律関係を受け入れる。準拠法変更前に法律関係に影響を与えた出来事は——何よりも、官庁の介入による親権の制限と剥奪は——もしその行為が一般原則により承認可能であり、また、この種の介入が一致に近い形で新準拠法に知られて入れば、準拠法変更を越えて効力を有する。それ以外の場合は親権の制限や剥奪は準拠法変更とともになくなる。例えば、親権解放の場合であり、さらには Zitelmann の挙げた例である：旧準拠法により父から代理権が剥奪されており、父と子がドイツ人になる場合である。なぜなら、ドイツ法は代理権の剥奪という制度を知らないから、代理権の剥奪もまた承認されないであろう。[……]

2. ドイツ法

ドイツ法はこの問題をふたつの個別規定により規律しているに過ぎない。

(a) 既に検討した施行法 19 条 1 文の規定が原則である：法律関係は父（またはその死亡後は母）がドイツ帝国国籍を保有する場合はドイツ法に服する。

a) この規定の形態は不十分である。判断の時の帝国国籍か、または、法律要件が実現した時の帝国国籍かがわからないからである。規定の文言は前者の方の理解を支持する。しかし、文言は決め手にならない。

イタリア人がイタリア国籍の子のイタリア法上の請求権の処分権を有していたかという問題を——数年後にかれがドイツ人になったので——ドイツ法に遡及効を与えてドイツ法により判断することは立法者の意図ではなかった。これに関しては学説は一致している。

β) これとは逆に法律要件の実現した時に父がドイツ人だったが、子とともに別の国の国籍を取得した場合には規定を欠く。この場合はもちろん新準拠法が適用されるが、既に完成した法律要件はドイツ法により判断される。

γ) ドイツ人父の属人法のみが適用される。子が他の国籍を取得し父がそ

うでない場合はこのことは何の影響も持たない。これとは逆に父のみがドイツ人になった場合はその時からドイツ法が妥当する。」(SS.33-35. 下線は引用者による。)

Frankensteinの見解の中核は下線部であり、それはZitelmannの見解と同じであろう。すなわち、Frankensteinの見解は、旧準拠法時代に発生した親権変動に類似する制度が新準拠法にあれば親権変動の効力は存続し、そうでない場合は存続しない、という点にある。

第7款 Kegel〔1984 (S59)〕

Soergel-Kegel〔1984 (S59)〕Art.19, Rz.8は、「嫡出親子関係の内容の準拠法は変更可能である Das Statut der ehelichen Kindschaft ist wandelbar. [……] 父又は母の本国法が基準になる場合、親子関係の準拠法は父又は母の国籍の変更とともに変更する so wechselt das Kindschaftsrecht mit jedem Wechsel der Staatsangehörigkeit des Vaters oder der Mutter.」と述べ、同・Rz.9は親子関係から発生する請求権である娘の嫁資（婚姻支度）Aussteuer請求権（これは親子関係から発生する請求権である）に関して述べるのみである。同・Rz.23-26は親権の取得喪失を扱うが、親権変動の効力が準拠法変更後も存続するかという問題を検討する記述は見当たらない。

Soergel-Kegel〔1996 (H8)〕Art.19, Rz.64, 65, 79-82の記述はSoergel-Kegel〔1984 (S59)〕における上記の記述と実質的に同じであり、親権変動の効力が準拠法変更後も存続するかという問題を検討する記述は見当たらない⁸⁾。

8) ドイツ民法施行法19条2項(1986 (S61)年9月1日から1998 (H10)年6月31日まで有効な規定)は次のように定めていた。

「(2) 両親と嫡出子との間の法律関係は、本法14条1項により婚姻の一般的効力に適用される法による。婚姻が存在しない場合は、子が常居所を有する国の法による。」

Kegel/Schurig [2004 (H16)] (Kegel) S.926 は「親子関係の服する法は変更可能である Das Recht, dem das Eltern-Kind Verhältnis unterliegt, ist wandelbar.」といい、同・SS.926-927, 923 の記述も Soergel-Kegel [1984 (S59)] における上記の記述と実質的に同じであり、親権変動の効力が準拠法変更後も存続するかという問題を検討する記述は見当たらない⁹⁾。

第8款 Looschelders [1999 (H11)]

第1目 Looschelders [1999 (H11)]

Looschelders [1999 (H11)] は断絶説に立って現行法を検討する。

Looschelders は、親権変動の効力が準拠法変更後も存続するかに関してはドイツ国際私法は断絶説に立っている、と理解しているようであり、この理解に立って Looschelders は、夫婦でない男女に子が生まれ、親子関係の準拠法がドイツ法だった時期に親権宣言をして共同親権者になり¹⁰⁾、その後準拠法変更が生じた場合を次のように3つに分けて検討する。

(1) まず、新準拠法が夫婦でない父母に共同親権を認めるときについて、Looschelders は、「ドイツで発生した共同親権は、このとき、新準拠法に基づいて存続する bleibt auf der Grundlage des neuen Statuts bestehen.」(SS.424-425) という。

(2) 次に、新準拠法が、「夫婦でない父母に、ドイツ法と同じく、法律行為としての宣言により共同親権を取得することを可能ならしめる」ときは何の間

9) ドイツ民法施行法 21 条 (1998 (H10) 年 7 月 1 日施行) は次のように定めている。

「子とその両親との間の法律関係は子が常居所を有する国の法による。」

10) § 1626a (1) BGB は、子の出生時に夫婦でない両親は、両親が親権を共同で取得することを望む旨の宣言 (親権宣言) をした場合などには両親は共同親権者になる旨を定める。

§ 1626d (1) BGB は、親権宣言は公正証書によりすべき旨を定める。

ドイツにおける親権制度については、西谷祐子「海外制度調査報告書 (ドイツ)」[<http://www.moj.go.jp/content/000033298.pdf>] (2020 (R2) 年 8 月 10 日閲覧) 参照。

題も起きない、といい、その例としてイングランド法を挙げて次のようにいう。

「ドイツの親権宣言はイングランドの親責任の合意 parental responsibility agreement と同じ機能 die gleiche Funktion を有するから、ドイツの親権宣言は代用 Substitution により Children Act 1989 の諸規定に包摂される subsumiert werden ことができる。」¹¹⁾ (S.425)

この事案では、準拠法変更後に父母が「親責任の合意」をしたわけではないので、断絶説に立つ場合は、準拠法変更前に行った親権宣言に基づき新準拠法により共同親権を認めるのは容易ではない。

(3) 最後に、新準拠法が夫婦でない父母に (いかなる場合にも) 共同親権を認めないときは親権の継続性 Kontinuität der elterlichen Sorge が危険にさらされるといい、また、新準拠法が夫婦でない父母の共同親権のために裁判所または行政機関の判断 Entscheidung を要件とするときは、準拠法変更後はさしあたり父母の共同親権は成立せず、親権の継続性が危険にさらされるという (S.425)。

そして、Looschelders は「親子関係準拠法の変更可能性 Wandelbarkeit の目的論的縮小」が必要だと主張し、当時ドイツがまだ批准していなかった「親責任及び子の保護措置についての管轄権、準拠法、承認、執行及び協力に関する条約 (1996 (H8) 年 10 月 19 日、ハーグ国際私法会議)」¹²⁾ (ドイツについては 2011 (H23) 年 1 月 1 日発効) 16 条 2 項の「裁判所または行政機関の関与しない、合意または一方的行為による親責任の発生と消滅は、合意また

11) Looschelders [2014 (H26)] S.155 は、これとは逆に、父母が旧準拠法——ドイツ法と同じく親権宣言により父母が共同親権者になれる旨を定めている準拠法——に従い親権宣言をして、その後、親子関係の準拠法がドイツ法に変更した場合にも、Substitution により、父母の共同親権は存続する旨を述べる。

代用 Substitution については、溜池 [2005 (H17)] 237-239 頁参照。

12) この条約に関しては後出注 66 参照。

は一方的行為が効力を生じた当時の子の常居所のある国の法による。」という規定を参考にして、「法律行為に基づく親権に関しては、いずれにしても、合意が効力を生じた時点への連結を受け入れるべきである ist……zu begrüßen.」(S.426. 傍点は原文では斜字体。)という。

第2目 Looschelders (2014 (H26))

上に述べた Looschelders [1999 (H11)] は、親子関係の準拠法がドイツである期間中に非嫡出子の父母が親権宣言をして共同親権者になり、その後、親子関係の準拠法が外国法に変更した場合を検討したが、Looschelders [2014 (H26)] は、これとは逆に準拠法が外国法からドイツ法に変更した場合を検討する。すなわち、非嫡出子の父母が外国法により共同親権者であり、その後準拠法がドイツ法に変更した場合は、父母が親権宣言をするまでは母の単独親権になるところ、これは、「父の親としての権利 Elternrecht des Vaters およびドイツ基本法により保護されている子の福祉 grundrechtlich geschützten Wohl des Kindes に反しないかは大変疑問である。」(S.154) といい、「親権関係の継続性は子の福祉に奉仕するから、子の常居所の単なる変更により問題視されるべきではないであろう。」(S.154) という。そして、まず、実質法的解決として、ドイツ民法 1626a 条は非嫡出子の父母が共同親権者ではない場合に関する規定であるから、「従来の常居所地法により存する親権は実質法の平面で承認すべきであろう。それゆえ、父母はドイツ民法 1626a 条 1 項 1 号による親権宣言をもちやすする必要はないこととなろう。」(S.155) という。しかし、これに続けて Looschelders は、「しかしながら、法定安定性の理由から、ドイツ民法施行法 21 条による変更可能性 Wandelbarkeit の制限による抵触法的解決が優先に値する。」(S.155) という。

Looschelders のいう「実質法の平面」での解決とは、旧準拠法時代の親権を新準拠法の解釈により存続させることをいう。

第 9 款 Henrich [2019 (R1)]

Staudinger/Henrich [2019 (R1)] Art. 21 EGBGB は次のようにいう。

「親子関係は、子がその都度 *jeweils* その常居所を有する国の法に連結される。親子関係の準拠法はそれゆえ変更可能である *Das Kindschaftsstatut ist also wandelbar* [……] .」 (Rn.24)

「準拠法変更は将来に向かって効力を生ずる *Der Statutenwechsel wirkt ex nunc*. [……].」 (Rn.25)

「準拠法変更が親権の喪失をもたらすことができるかという問題は長い間争われて来た。夫婦ではないカップルがその共通の子とともに或る国——その国の法によれば両親が親権者だった——からドイツに引っ越したという事案が議論された。次のことが問題になった：ドイツ法の規則——それによれば、両親が親権宣言をしていなければ親権は母のみに帰属した (§ 1626a BGB) ——が今や妥当したのか？ これには、法の文言を根拠として、しばしば——満足の行く回答ではないと感じられているにもかかわらず——肯定の回答を与えられた (21 条の目的論的縮小解釈に賛成するものとして, Looschelders IPRax 1999, 420, 424 参照.)。この不快な現象は、そうこうしている間、KSÜ が取り上げた。同条約 16 条 3 項によれば、共同親責任は常居所が他の国に変更した後も存続する [……]。しかしながら、KSÜ が妥当していない国——例えば、コスタ・リカあるいはドミニカ共和国——に子が引っ越した場合は、それまで共同親権者だった父は——たとえ新準拠法によれば非嫡出子の親権は母のみに帰属するときでも——親権を失うことがあり得る [……]。親権宣言に基づく親権は、準拠法変更を越えて存続する既得権ではない (MünchKomm/Helms Art21 Rn16 ; ただし, Looschelders IPRax 2014, 152, 154 は反対.)」^{13), 14)} (Rn.26)

13) この引用文に対応する記述は Staudinger/Henrich [1994 (H6)] Art 19 EGBGB Rn273-278 (Folgen eines Statutenwechsels) には見られない。

この引用文に対応する記述は Staudinger/Henrich [2002 (H14)] Art21 EGBGB Rn 26

この引用文の前半は、過去の学説の状況と親責任条約に言及しているが、後半部分(子が親責任条約の非締約国に引っ越した場合に関する文から後の部分)がHenrichの意見であろう。すなわち、Henrichは、少なくとも親権宣言に基づく共同親権に関しては、断絶説である。

上記引用文に続けてHenrichは既得権(両親が準拠法変更前に子の財産を管理して得た収益、準拠法変更前に婚姻した娘が取得した嫁資請求権)の存続について説明し(Rn.27)、さらに続けて次のようにいう。

「これとは逆に、準拠法変更は親権(または親責任)の取得をもたらすこともある。トルコ法により単独親権者だった非嫡出子の母がドイツに引っ越した場合は、親権を共同で引き受けることを望む旨の宣言を両親がすれば、子の父も共同親権を取得することができる。」(Rn.28)

「既得権と同様に親権の制限 beschränkungen der elterlichen Sorge (特にその喪失 Verwirkung) もまた準拠法変更の場合はさしあたり存続する zunächst bestehen (MünchKomm/Helms Art21 Rn16)。親権の制限は、しかしながら、新準拠法の諸規定に従って、遡及効を有するものとされることもできる können……rückgängig gemacht werden [……].」(Rn.29)

このように、Henrichは親権の制限・喪失の効力は——親権取得と異なり——準拠法変更後も存続する旨を述べる。

および Staudinger/Henrich [2014 (H26)] Art 21 EGBGB Rn26 に見ることができる。いずれも文章表現の点でこの引用文と異なるが、基本的な考え方はこの引用文におけると同じだと思われる。

- 14) 引用文中のKSÜは、「親責任及び子の保護措置についての管轄権、準拠法、承認、執行及び協力に関する条約」(1996 (H8) 年10月19日、ハーグ国際私法会議。ドイツについては2011 (H23) 年1月1日発効。以下、本稿では「親責任条約」という。)である。この条約については後出注66参照。

第 10 款 Kropholler [2006 (H18)]

Kropholler [2006 (H18)] は次のようにいう。

「常居所への連結は[・][・][・]変更可能 wandelbar である。子の常居所の変更は、それゆえ、準拋法変更をもたらす Ein Aufenthaltswechsel des Kindes bringt somit einen Statutenwechsel mit sich. [1]準拋法変更は、特に両親が夫婦ではない場合、親権者の——法により当然に発生する——変更をもたらす。[2]しかしながら、親権宣言に基づく——従って、法律行為に基づく——夫婦でない両親の共同親権 (§ 1626a (1) BGB) は、信頼の保護の利益と継続性の利益のために、合意の効力発生時に準拋法だった法に服すべきであろう (Art.16 (2) KSÜ は明示的にその旨を定める.)。[3]裁判所が命じた処分は、それが承認されるべき場合は、子の常居所変更後もさしあたり効力を保持する [……].」(S413414)¹⁵⁾、¹⁶⁾ (傍点は原文では斜字体。[1]、[2]、[3]は引用者による。)

Kropholler は、[1]において断絶説に立つ旨を述べ、[2]では、夫婦の法律行為による共同親権は例外として準拋法変更後も存続する旨を説く。[3]は裁判の性質上当然であろう。

第 11 款 Helms [2020 (R2)]

Tobias Helms はドイツ民法施行法 21 条の定める準拋法の基準時について次のようにいう。

「その都度の常居所が問題となる。Es kommt auf den jeweiligen Aufenthalt an. 準拋法は、それゆえ、変更可能である Das Statut ist also wandelbar. 例外

15) この引用文は Kropholler [2001 (H13)] S.396 および Kropholler [2004 (H16)] S.407 における記述と同じである。

16) この引用文中、KSÜ の条文番号を引用した直後に Kropholler は脚注を付し、「詳しくは、Looschelders, IPRax, 1999, 424ff. 参照」と記載している。

的に、(1回限りの給付に対する)既得権、及び、個別的な出来事に基づき、または、特別な個別的な状況を考慮してもたらされた法的効力(例えば、親権喪失)は、準拠法の変更を越えて存続する。同じことは、既判力のある裁判所の裁判によりもたらされる効力についても——それは手続法に基づくのではあるが——妥当する。法に基づく親権及び親権宣言に基づく親権がこの意味の既得権ではないことはいうまでもない。この難局は親責任条約の適用範囲では除去されている(親責任条約16条3項および4項。)¹⁷⁾(MünchenerKom/Helms [2020 (R2)] EGBGB Art.21 Rn.16)

Helmsは、親権喪失の効力が準拠法変更後も存続する旨を述べ、「法に基づく親権及び親権宣言に基づく親権」が準拠法変更後は存続しない旨を述べる。

第12款 まとめ

親権変動の効力が準拠法変更後も存続するか否かに関するドイツの学説の状況は、第2次世界大戦以前は、原則として存続するが新準拠法が認めない例外的場合には存続しない、とする説(Habicht)、旧準拠法上の父母の地位に相当する地位が新準拠法にあれば存続するがそうでない場合は存続しない、とする説(Zitelmann, Lewald, Frankenstein)、存続を主張して例外には触れない説(Raape)に分けることができる。Habicht, Zitelmann, Lewald, Frankensteinに共通するのは、旧準拠法上の親権変動の効力が準拠法変更後も存続するための要件として新準拠法による評価をする点にある。なお、大戦前のドイツの学説は親権変動一般ではなく親権喪失・親権制限の効力が準拠法変更後も存続するかを取り上げていたが、その理由は明らかではない。

第2次世界大戦後の学説も親権変動の準拠法の基準時問題を詳しく論じて

17) この引用文はMünchenerKom/Helms [2015 (H27)] EGBGB Art.21 Rn.16の記述と同じである。

いるわけではない。しかし、大戦以前は存続説が主流だったのに対して大戦後は断絶説が主流であるように思われる。すなわち、Kropholler, Henrich, Looschelders, Helms いずれも基本は断絶説である。しかし、その中でも、法律行為による親権取得に関しては、存続する旨を説く説 (Looschelders, Kropholler) と、これを否定する説 (Henrich, Helms) があり、また、親権喪失・親権制限の効力は存続する旨を説く説 (Henrich, Helms) がある。

第 2 節 日本の学説等

第 1 款 立法理由

第 1 目 法例議事速記録

法典調査会の「法例第 6 回議事速記録 (明治 30 (1897) 年 12 月 10 日)」によれば、法典調査会には第 19 条が親子間の法律関係に関する国際私法規定として提案された。提案された条文の文言は、最終的に成立した法例旧 20 条の文言と同じである。法典調査会に提案された 19 条に関する速記録の全文を以下に掲げる。

「穂積陳重君 本条モ格別説明ヲ要スル程ノコトハアリマセヌ唯ダ諸国ノ採ツテ居リマスル主義ガ三ツ許リニ分レテ居リマス此参照ニ甲ト致シテアリマスル諸国ハ先ヅ本案ト同ジ主義ヲ採リマシテ父ノ本國法主義ニ規定ニナツテ居リマス乙ノ下ニアリマスル諸国ハ矢張り父ヲ本トシテ居リマスルガ住所地法主義ソレカラ丙トアリマスルノハ「モンテキデオ」条約即チ南亞米利加諸国ノ條約ニ依テ定メマシタ原則デアリマスルガ是ハ親権行使地法又ハ財産所在地法主義ヲ採ツテ居リマス併シ本案ハ多数ノ立法例ニ倣ヒマシテ矢張り国籍ヲ本トシタ法律ノ方ガ穩当デアラウソレデ主トシテ此場合ニ於テモ本國法主義ヲ採ツタノデアリマス「若シ父アラサルトキハ母ノ本國法ニ依ル」是レモ当然ノ話デアリマシテ父ノ知レナイ子乃チ私生子、サウ云フヤウナ場合ニハ母ノ本國法ニ依ルヨリ外ニ処分ハアリマスマイト思ヒマス
議長 (清浦奎吾君) 次ニ移リマセウ」(法例議事速記録 [1986 (S61)] 149 頁)

このように、法典調査会では親子間の法律関係の準拠法の基準時に関しては全く議論されていない。

法典調査会で審議された法例 19 条の案は明治 30（1897）年 12 月 17 日に開催された法例整理会で条文番号が 20 条に改められた¹⁸⁾。

第 2 目 法例修正案参考書

明治 31（1898）年 5 月、法例修正案が帝国議会に提出された。帝国議会には、法例修正案に付加して法例修正案参考書¹⁹⁾が提出された。法例修正案参考書中、法例 20 条に関する部分は次のとおりである。

第 1 項 各国の立法例の一覧

法例修正案理由書〔1898（M31）〕²⁰⁾は、第 20 条のところで、同条の規定の案文（成立した法例旧 20 条と同じ文言である）を掲げ、最初に立法例（国内法、条約）、立法草案などを次のように掲げる。

「（参照） 甲、本国法主義（一）父（死後母）ノ本国法主義〔……〕、（二）出生当時の父の本国法主義〔……〕

乙、住所地法主義（一）父ノ住所地法主義〔……〕、（二）出生当時ノ父ノ住所地法主義〔……〕

丙、親権行使地法又ハ財産所在地法主義〔……〕

丁、母ト私生子トノ関係出生当時ノ母ノ本国法主義」（40-41 頁）

これによれば、法例の立法者には、親子間の法律関係の準拠法に関して子の

18) 法例議事速記録 190 頁、川上〔1967（S42）〕81 頁、95 頁。

19) 帝国議会に提出されたのは「法例修正案参考書」である。しかし、これは、後に、そのままの題名で出版されたり、あるいは、「法例修正案理由書」という題名で出版されたりしたが、両者の内容は同じである。高桑〔1987（S62）〕158-162 頁。

20) 私が参照したのは本稿末尾の参考文献一覧に掲げた「法例修正案理由書」〔1898（M31）〕であるので、以下では、「法例修正案理由書」として引用する。

出生時を準拠法の基準時とする主義も知られていたことがわかる。

なお、ここに引用した立法例一覧は、各立法例の見出しとなる「本国法主義」、「父（死後母）ノ本国法主義」といった文言を欠く形でそのまま法例議事速記録にも掲載されている（ただし、上記の立法例一覧と法例議事速記録に掲載されている立法例一覧を比較すると、後者には文字の脱落がある.）。

第 2 項 理由

法例修正案理由書の第 20 条の部分は、上記引用の「(参照)」に続けて「(理由)」という見出しの下に立法理由を述べる。その全文を以下に掲げる。

「本条ハ父母ト嫡出子トノ法律関係タルト母ト私生子トノ法律関係タルトヲ問ハズ広く親子間ノ法律関係ヲ定ムヘキ準拠法ヲ規定セリ父母ト嫡出子トノ法律関係ニ付テハ参照法文中ニ掲ケタルカ如ク甲、乙、丙ノ三主義アリト雖モ本案ハ近世多数ノ立法例ニ倣ヒ本国法主義ヲ採リ父カ生存スル間ハ父ノ本国法ニ依リ父カ死亡シタルトキハ母ノ本国法ニ依ルコトトセリ或ハ母ト私生子トノ法律関係ニ付テ特ニ一条ヲ設クルモノアリト雖モ母ト私生子トノ法律関係モ亦親子間ノ法律関係ニ外ナラサルカ故ニ本案ハ本条ニ併セテ之ヲ規定シ父ノ認知セサル私生子ト母トノ法律関係ハ条文ニ所謂父アラサルトキニシテ母ノ本国法ニ依リテ之ヲ定ムルコトトセリ又或ハ親子国籍ヲ異ニスルニ至ル場合ヲ予想シ子ノ出生ノ当時ノ父又ハ母ノ本国法主義ヲ探ルモノアリト雖モ親子若シ国籍ヲ異ニスルトキハ寧ろ親ノ本国法ニ依ルヲ以テ我国ノ倫理的思想ニ適合スルモノトシ本案ハ単ニ父又ハ母ノ本国法ニ依ルト規定シ以テ父又ハ母ノ国籍変更スルトキハ其新本国法ニ依ルヘキコトヲ明カニセリ」(41 頁)

このように、法例修正案理由書は、法典調査会における審議を記録した法例議事速記録と異なり、準拠法の基準時の問題を意識しているが、準拠法変更後の法律関係は新本国法によるというに過ぎず、親権変動の効力が準拠法変更後も存続するか否かに関する考えを読み取ることはできない。

第2款 日本の学説

第1目 山口弘一〔1900 (M33)]²¹⁾

第1 山口〔1900 (M33)]

(1) 山口〔1900 (M33)]は「親権」と題する項目で、まず、次のようにいう。
 「親権ノ原因(例ヘハ出生、准嫡、養子縁組)カ発生セシ当時ニ於テ親権問題ヲ管轄セシ法律ハ親権カ消滅スルマテ此問題ヲ管轄スヘキヤ是レ親権発生後ニ親子カ国籍ヲ変更スル場合ニ起ル所ノ問題ナリトス而シテ積極論ヲ唱フルモノハ曰ク若シ国籍ノ変更ト共ニ管轄法ヲ変更スヘシトセハ親ハ已ニ利益ナル国籍ヲ取得シ以テ親権ノ上ニ變動ヲ来スコトヲ得ヘシト消極論者ハ則チ之ニ答ヘテ曰ク抑モ親権ヲ設ケタル理由ハ之ニ依テ以テ子ノ利益ヲ保護スルハ公益ノ為メニ欠クヘカラストスルニ在リ而ルニ甲国ノ臣民タリシモノカ其ノ国籍ヲ変更シテ乙国ノ臣民トナル場合ニ猶ホ甲国ノ法律ニ由リテ親権ヲ定ムヘシトセンカ甲国ハ之レカ為メニ些シモ益スル所ナクシテ乙国ノ利益ハ大ニ損傷セラルヘシ故ニ国籍ノ変更ハ親権ノ變動ヲ伴フヘシト或ハ積極消極ノ二説ヲ折衷シテ以テ説ヲ為スモノアリ曰ク国籍ノ変更ハ親権ノ管轄法ヲ変更スヘシト雖モ親権発生ノ当時ニ於ケル法律カ子ノ為メニ利益ナル場合ニハ親権ハ同法ニヨリテ管轄セラルヘシト我法例ハ此事項ニ付キ明文ヲ掲ケス而シテ別段ノ規定ナキ以上ハ現在ノ父ノ本國法ナリト解釈セサルヘカラス」(484-485頁、下線は引用者による。)

この引用文中では、親子関係成立時における親権の準拠法がその後の親権を支配する、とする説と、親が国籍を変更するたびに親権の準拠法が変更する、

21) この時期に刊行された国際私法概論書として野澤・山口〔1900 (M33)]があるが、同488-492頁は親権の準拠法に関する種々の立法主義(父の現在の住所地法主義、子の出生時の父の住所地法主義、子の出生時の父の本國法主義、家族の属する国の法律主義)を、国籍または住所の変更の場合に言及しつつ、比較検討し、その結果、「家族の属する所の国家の法律に依るを正当なりとす」と述べるが、法例旧20条には言及しない。

とする説が紹介されており、「現在ノ父ノ本國法」という言葉は後説を支持するために用いられている。

(2) 山口〔1900 (M33)〕は「親権」と題する項目の下位項目「子ノ財産ニ対スル権利」の中で次のようにいう。

「本國法トハ親権發生ノ當時ニ於ケル本國法ナリヤ將タ財産取得ノ當時ニ於ケル本國法ナリヤ將タ現在ノ本國法ナリヤト云ニ本國法説ヲ執ル欧州大陸ノ學者モ亦住所法説ヲ唱フル英米ノ學者モ多クハ財産取得ノ當時ニ於ケル本國法又ハ住所法ナリト云ヘリ其ノ他新法カ既得ノ権利ヲ侵ス能ハサルコトニ就テモ學説相吻合セリ我法例ニハ単ニ父ノ本國法又ハ母ノ本國法トアルカ故ニ現在ノ本國法ナリト解スルヲ得ヘシ」(486-487 頁、下線は引用者による。)

ここでも、「現在ノ本國法」という言葉が用いられている。その意味は、前出 (1) で引用した文におけると同じであろう。

第 2 山口〔1932 (S7)〕

山口〔1932 (S7)〕93-94 頁は次のようにいう。

「親権の準拋法たる父又は母の本國法は現在の本國法なり。即ち父又は母の国籍変更と共に其準拋法も亦変更するものとす。」(この引用文は山口〔1943 (S18)〕194 頁にも見える。)

ここでも、国籍の変更とともに準拋法が変更することを述べ、変更後の準拋法を「現在の本國法」と呼んでいる。

第 2 目 山田三良〔1931 (S6)〕

山田 (三)〔1931 (S6)〕は「親子間の権利義務」を「身分に関する権利義務」と「財産に関する権利義務」に分けて論じ、「身分に関する権利義務」の項目で次のようにいう。

「親権は子の出生当時の父母の本國法に依つて之を定むべしと主張する者も

ある。併し乍ら父母が国籍を変更したる以上は従来の本国法は最早親子間の関係を規律すべき理由を有せざるものであるから、国籍の変更と共に新なる本国法に依らざるべからざるは固より言ふを俟たないのである。是れ法例第 20 条に単に父又は母の本国法に依ると明言し、常に現在の本国法に依るべき旨を明かにせる所以である。」(437-438 頁。下線は引用者による。この引用文は山田(三)〔1934 (S9)〕 645-648 頁にも見える。)

この引用文では、「父母が国籍を変更したる以上は従来の本国法は最早親子間の関係を規律すべき理由を有せざるものであるから、国籍の変更と共に新なる本国法に依らざるべからざるは固より言ふを俟たない」と述べているところから判断すると、準拠法変更後の本国法を「現在の本国法」と呼んでいるものと解される。

第 3 目 實方正雄〔1937 (S12)〕

實方は、親子間の法律関係の準拠法の基準時に関する見解を、實方〔1937 (S12)〕 275-276 頁と同〔1950 (S25)〕で発表した。両者は字句の違いがあるのみであるので、以下では後者から引用する。

實方〔1950 (S25)〕はつぎのようにいう。

「準拠法たるのは父又は母の現在の本国法であつて、所謂の国際私法上の変更主義の原則に依拠して居る。此の点、婚姻の効果が身分上の効果と財産法上の効果とに分たれ、前者に就いては変更主義（法例 14 条）が、後者に就いては不変更主義（法例 15 条）が採用せられて居ると趣を異にし、親子関係にあつては両者を分つことなく等しく変更主義が認められている。けれども、〔1〕此の変更主義の採用と言うことは、親子関係が従来の準拠法上受けた具体的の変更乃至修正を無視する結果を伴うものではない。例えば、親権を喪失せる仏蘭西人たる父が後に日本国籍を取得した時は、子に対する父の地位は新本国法たる日本民法に依つて判断せらるるに至るのではあるが、此の本国法の変更によつて父が再び親権を取得すると言ふことは許されず、従来の本国法上占め

て居た地位に相當する日本法上の地位を取得するに過ぎないものと解す可きである。若し、新本国法上再び親権を當然に取得するものとすれば、従来の本国法上法律関係の受けた修正は全然無意味になり終るであろう。併し、〔2〕旧本国法による或る権能の喪失が新本国法上全然承認し得ない様なものであるときは、新国籍取得後は父は斯かる権能を回復するものと解す可きである。」^{22), 23)}(325-326 頁、下線及び〔1〕、〔2〕の文字記号は引用者による。)

この引用文中の下線部分〔1〕は存続説に立ち、〔2〕はその例外的場合である。
第 4 目 久保岩太郎〔1940 (S15)〕

第 1 項 久保〔1940 (S15) b〕

第 1 久保〔1940 (S15) b〕は次のようにいう。

「旧法下に取得せる権利又は身分は之に該当するものが新法に存するときはその効力は新法の其に轉換されることとなる。〔……〕。旧法下に取得した親子関係に該当するものを新法が認め居る場合にはその親子関係の効力は専ら新法に依ることとなるから親権・扶養義務・持参金供与義務等は連結素の所在変更後は新法に従つて定まることとなる。従つて例へば新法が父の子の財産に対する用益権はその全部に及ぶものとなすときは旧法により子の自由財産なりしものも父の用益権の客体となり、懲戒権の内容程度行使方法等も新法によつて定まることとなる。右の父の用益権の効果として父が果実の所有権を取得し、扶養義務の懈怠により子に扶養請求権が発生する。これ等の権利（支分権）より

22) この引用文の最後の部分は、實方〔1937 (S12)〕276 頁では「父に斯かる権能が発生するものと解す可きである。」(強調は引用者による)である。

23) 本文で引用した部分に實方〔1937 (S12)〕も同〔1950 (S25)〕も注を付さず、その結果、本文の記述がいかなる先行研究に負うかは明らかではない。しかし、引用文中の〔1〕は Lewald〔1931 (S6)〕の記述に類似しているし、〔2〕における新準拋法による「承認」の考え方は Habicht〔1907 (M40)〕と Frankenstein〔1935 (S10)〕の記述に類似している。

見れば親子関係の存在はその発生原因とも見られる。ここに於て親子関係等を指して継続的法律要件と云ふ者があるが一面の消息を語るものと云へよう。」²⁴⁾ (618-619 頁)

この引用文は、ひとたび発生した親権が準拠法変更後も存続することを前提としているといえよう。

第2 久保 [1940 (S15) b] は次のようにいう。

「親子関係の効力即ち親子間の法律関係は父（又は母）の本国法に依るものとされているから（法例 20 条）、この法律関係の性質上連結素の所在変更とともに準拠法変更を生じ爾後父（又は母）の新本国法に依ることとなる。従つて親権の帰属並に行使親権の内容効力は勿論、扶養の義務・持参金供与義務の問題等は国籍の変更後は新本国法に依ることとなる。なおこの場合には子の国籍又はその変更が間接に親子関係の効力に影響する場合のあるに注意すべきである、例えば子がその新本国法によれば成年なるため、父の本国法によればなお未成年なるも、父の親権が消滅することがある如くである。

右の如く親権の帰属その範囲が新法に依ることは前述の如くであるが、〔1〕裁判又は法律行為により親権の全部又は一部を剥奪され若しくは喪失した親が準拠法の変更と共に新法により新たに親権を取得することとなるのではない。右の如き場合には親権の全部又は一部を剥奪され若しくは喪失した地位に該当する新法上の地位を取得するのである。〔2〕尤も右の如き旧法上の地位に該当するものが新法上に存せず、新法は裁判又は法律行為による剥奪又は喪失を認めざる場合の如きは、従来の地位は効力なきこととなるから新法の定むる如き

24) この引用文に典拠は示されていないが、久保 [1940 (S15) a (3・完)] 485 頁には「親子関係の効力の如きものを指して継続的法律要件と云ふ者がある」という言葉が見え、そこに注番号を付し、同 486 頁注 25 で Frankenstein, Internationales Privatrecht (Grenzrecht). 1. Band, S.144 [1926 (S1)] を示している。

地位に新しく就くものと見るべきであらう。」 (626-627 頁、下線及び [1], [2] の文字記号は引用者による.)

この引用文中の [1] は、少なくとも法律行為による親権喪失に関しては、存続説に立つ。[2] はその例外である。實方説も久保説も基本的に存続説に立ちつつ、旧準拋法時代に発生した親権喪失の効力が準拋法変更後も存続するか否かに関して新準拋法による評価をすべき旨を説く点で類似する。

第 2 項 久保 [1951 (S26)]

久保 [1951 (S26)] は、親子間の法律関係の準拋法の基準時間問題に関して内外の文献を引用しつつ次のようにいう。

第 1 一般原則

久保は、親子間の法律関係の準拋法の基準時一般に関して次のようにいう。

「準拋時点を指定してある立法の下においては解釈上はその指示に従わなければならない。しかしこれを指示していない立法の下においては何時における本国法に依るべきかを理論に基いて決定しなければならない。そこでここに問題となる「親子間の法律関係」たる法律関係の性質が問題となる。惟うに、この「親子間の法律関係」とは親子関係の存在を前提としその存続する限りその内容効力として継続的更新的に発生する効果、例えば親の養育義務、親権等を意味する。換言すれば、その発生する個々の支分的効果から見ればその法律要件であり、しかも継続的なものを意味する。即ち継続的法律要件である。而してこの継続的法律要件はその性質上時々（即ち現在）の本国に密着の関係を持つものであるから、国籍の変更の場合には理論上現在の本国法たる新本国法に依るべきものといわねばならない。これは学説の一般に認むるところである。」²⁵⁾

25) 久保はこの引用文の末尾に後注を付し、次のように書いている (26 頁注 18)。

「山口博士研究 194 頁、山田博士 647 頁、實方教授 325 頁、江川教授 300 頁、久保・概論 241 頁、Zitelmann II, S.902; Raape, Kommentar, SS.464. 491. 589; Frankenstein, IV, SS.

(25-26 頁. 下線は引用者による.)

上記引用文中の下線部の意味はやや明快を欠くが、親子間の法律関係とは親権等の発生するための継続的法律要件であるという趣旨であろう。

第2 親権変動が準拠法変更後に有する効力

久保は、親権変動の効力が準拠法変更後も存続するかに関して次のようにいう。

「親子間の法律関係の内容効力は上述の如く、国籍の変更後は新本国法に依るとはいえ、[1] 旧本国法の支配下において法律関係に受けた具体的構成は新本国法下においても無視されるのではない。例えば旧本国法に依り、その子に対する親権の剥奪されている仏蘭西人たる父が日本の国籍^(ママ)の取得するときは、その父の子に対する地位は爾後日本法に依つて定まるのではあるが、仏法に依つて占めていた地位に相当する日本法上の地位を取得するのであり (日民834条・835条)、親権を有する父の地位を取得するのではない。[2] 尤も相当する地位が新本国法上にない場合、例えば旧本国法に依り子に対する代理権を剥奪された父が独逸の国籍を取得した場合の如きは、ドイツ法上にはかかる代理権の剥奪された父は認められていないから、独逸の国籍の取得後は父は代理権を有することとなるものと解すべきであろう (Lewald, SS.133.134; Zitelmann, II. S. 903; Frankenstein, IV. SS. 34. 35; 實方教授 326 頁、江川教授 301 頁、久保・概論 242 頁)。」(28 頁. 下線は引用者による.)

親権変動の効力が準拠法変更後に有する効力に関する久保の最も詳しい叙述であると思われる。根拠となる内外の文献も豊富に示されている。下線部 [1]

33. 97, 116. 194. 195; Lewald, S. 133; Nussbaum, Deutsches internationales Privatrecht, S. 170; Gebhard, Zur Vorgeschichte des internationalen Privatrecht. von Niemeyer, S. 211.]

は存続の原則を述べ、下線部〔2〕は例外的に存続しない場合を述べる。

第 3 項 久保〔1953 (S28)〕

久保〔1953 (S28)〕はつぎのようにいう。

「親子間の法律関係は継続的の法律関係であり而かも特別の制限的の規定もないから、この準拠法たる本国法は現在の本国法を意味する。従って父（又は母）の国籍の変更と共に準拠法も亦変更することとなる。この点は婚姻の身分的効力の準拠法と同様であり、婚姻の財産的効力（夫婦財産制）の準拠法と異なる所である。これは親は子の身分上の関係たると財産上の関係たるとを問わず故意に子の不利益を計るが如きことなく常に子の幸福を祈念するものであるとの信頼に基くものである。

右の如く父（又は母）の国籍の変更によつて準拠法が変更するとは云え、従来の準拠法の下に於て生じた法律関係の具体的事実が無視せられることとなるのではない。例えばその子に対する親権を喪失した外国人たる父が日本の国籍を取得した場合の如きは、その子に対する父の地位は日本法に依ることとなるのであるが、従来の本国法上に於て有していた地位に相当する日本法上の地位即ち親権を有せざる父の地位を取得するに止まるのであり、父が改めて日本法に依り親権を取得することとなるのではない。」(241-242 頁)

この引用文は、「準拠法が変更する」という言葉（久保〔1940 (S15) b〕も同様に「準拠法の変更」という言葉を用いた）に加えて「現在の本国法」という言葉を新たに用いている。しかし、「変更主義」という言葉はまだ用いていない。

第 4 項 久保〔1955 (S30) a)〕

久保〔1955 (S30) a)〕は次のようにいう。

「身分関係の効力の一例たる親子関係の効力（法例 20 条）について見ても、法律変更後は新本国法によるべきことになるから、親権・養育義務・持参金供与義務等は新本国法によつて定まる。従つて新本国法が父の子の財産に対する

受益権は子の財産の全部に及ぶものとしているときは、旧本国法下において及ばなかつた子の自由財産にも及び、また親の懲戒権の内容・程度及び行使方法等も新本国法によつて定まり、また旧本国法により持参金供与義務のなかつた親も新本国法がこれを認めているときはこれを負担することとなる。」²⁶⁾ (225-226 頁)

第5項 久保〔1955 (S30) b〕

久保〔1955 (S30) b〕はつぎのようにいう。

「〔1〕 父又は母の本国法は、親子間の法律関係なる事柄が継続的法律関係であり、しかも何等特別の制限を受けていないから、理論上現在の本国法を意味する(変更主義)、従つて父がある場合には父の国籍が変更したときは準拠法が変更し、又、父なく母のみある場合において母の国籍が変更したときは準拠法が変更する。この点は婚姻の身分的効力の準拠法(法例14条)と同様であり、財産的効力(夫婦財産制)の準拠法(法例15条)と異なるところである。〔2〕 かく親子関係の効力は、身分的効力についても財産的効力についてもこれを区別することなく、共に理論通り変更主義を採り、現在の本国法に依らしめたのは、親は故意に子の不利益を計ることなく常に子の利益を祈念するものとする信頼に基づくのである。右の如く、〔3〕 法例は変更主義を採るとはいへ、従前の準拠法の下において生じた法律関係の具体的事実は必ずしも無視されるのではない。例えば、その子に対する親権を喪失した外国人たる父が日本の国籍を取得した場合の如きは、その子に対する父の地位は日本法に依ることとなるのではあるが、従前の本国法上において有していた地位に相当する日本法上の地位即ち親権を有しない父の地位を取得することとなる如くである(實方326頁、江川301頁)。」(611-612 頁、下線及び〔1〕、〔2〕……は引用者による。)

26) 久保〔1940 (S15) a〕(3・完) 484-485 頁にも同旨の記述がある。

この引用文の下線部〔1〕と下線部〔2〕は、《ある時点における親子関係についてはその時点為準拠法の基準時とする。》というルールを意味していることは明らかである。なお、この引用文は久保〔1953 (S28)〕が用いた「準拠法が変更する」、「現在の本国法」という言葉に加えて、「変更主義」という言葉を用いている。

この引用文の下線部〔3〕が存続説に立つことは明らかである。

親権喪失の効力が例外的に存続しない場合に関する記述、すなわち、久保〔1940 (S15) b〕の下線部〔2〕、及び、久保〔1951 (S26)〕の下線部〔2〕に対応する記述は久保〔1955 (S30) b〕には見られない。従って、久保〔1955 (S30)〕は例外のない存続説を主張するものといえよう。

第 5 目 江川英文〔1950 (S25)〕

江川は親子間の法律関係の準拠法の基準時に関するその見解をその著書『国際私法』の初版〔1950 (S25)〕300-301 頁と改訂増補版〔1970 (S45)〕286 頁で発表した。この問題に関する前者における見解と後者における見解は漢字かなづかいの点で異なるに過ぎない²⁷⁾ので、ここでは改訂増補版の記述を引用する。

江川〔1970 (S45)〕はつぎのようにいう。

「父または母の本国法は、もちろん、現在の本国法である（変更主義）。現在の本国法によるべきであるから、親が従来の本国法上親権を喪失していた場合に国籍を変更し、従って、親権の準拠法が変更し、新しい準拠法では親権喪失の原因のない場合には親権を回復しうる。もちろん、親権喪失の取消が裁判所の宣言によるべき場合、取消には裁判所の宣告を必要とし、当然に親権が回復するものではない。」(286 頁。下線は引用者による。)

27) ただし、本文に次に引用して示した改訂増補版における記述の「裁判所の宣言によるべき場合」の「宣言」は初版では「宣告」である。

江川〔1950 (S25)〕は、この引用文が示すように、その後に発表された久保〔1955 (S30)〕と同じく、「準拠法が変更し」、「現在の本国法」、「変更主義」という言葉を用いる。しかし、江川は、久保〔1940 (S15) b〕や同〔1955 (S30) b〕と異なり、親子関係の継続中に当事者が国籍を変更した場合に準拠法が変更する旨を上記引用文の冒頭で述べていない。この結果、江川〔1950 (S25)〕では「現在の本国法」という言葉が唐突に現れる印象を受け、どの時点を指すのかが明らかではない。しかし、「現在の本国法」と述べた直後に「親が従来
の本国法上親権を喪失していた場合に国籍を変更し、従つて、親権の準拠法が変更し、新しい準拠法では親権喪失の原因のない場合」を論じているので、「現在の本国法」とは準拠法変更後の新準拠法を指しているものと理解することができる。

次に、この引用文中の「新しい準拠法では親権喪失の原因のない場合」というのがどの時点に「ない」のかが必ずしも明らかではない。すなわち、〔1〕《準拠法変更後に親権喪失の原因のない場合》という意味なのか、それとも、〔2〕《準拠法変更の前後を通じて親権喪失の原因のない場合》という意味なのかである。〔2〕の意味であれば、旧準拠法時代に発生した事実が親権喪失原因であるか否かを新準拠法により判断することとなる。江川の記述は簡略であるため、その趣旨が〔1〕と〔2〕のいずれにあるのかは明らかではないが、〔1〕の意味に理解するのが自然であろう。従つて、江川説は断絶説であろう。

第6目 折茂豊〔1959 (S34)〕

折茂は、親子間の法律関係の準拠法の基準時に関する見解を、その概論書の初版と新版で公表している。両者の間にはいくつかの違いがあるので、以下では両者を引用する。

第1項 折茂〔1959 (S34)〕

折茂〔1959 (S34)〕は法例旧20条に関して次のようにいう。

「ここに父または母の本国法とっているのは、いかなる時点におけるそれ

であるか。この点については、法の明文には、なんら言及されていないけれども、現在の、いかにすれば訴訟当時における本国法であると解すべきであろう。ただし、ここでの問題は、人が、すでにひとたび取得した親たり子たるの地位にもとづいて、いかなる権利義務を有するにいたるかという、身分関係の内容の問題にほかならないがゆえに、その準拠法は、変更主義によって定めらるべきものとおもわれるからである。」(306 頁)

折茂はこの引用文の末尾に後注を付し、次のようにいう。

「江川・前掲【=江川・300 頁】ほかわが通説のみとめるところ。かくて、たとえば、父がその国籍を変更した場合、旧本国法上みとめられていたその親権の喪失は、もしも新本国法上さような喪失の原因がみとめられていないとすれば、そのまま存続するものではありえない。法例 20 条が、準拠法の変更主義をとっているものとみられるかぎり、右の場合、父がその親権を回復しうることとなるのは、おそらく当然の帰結であるといえよう。江川・301 頁。ただし、実方・326 頁、久保・前掲 612 頁は反対。」(307 頁注 2)

第 2 項 折茂〔1972 (S47)〕

折茂〔1972 (S47)〕は法例旧 20 条に関して次のようにいう。

「ここに父または母の本国法といているのは、訴訟当時におけるそれを意味するものと解せらるべきである。ただし、ここでの問題は、すでにひとたび取得せられた親たり子たるの地位にもとづいて、親子間にいかなる権利義務が生ずるかという、身分関係の内容の問題にほかならないがゆえに、その準拠法は、変更主義によって定めらるべきものとおもわれるからである。」(384 頁)

折茂はこの引用文の末尾に後注を付し、次のようにいう。

「江川・前掲【=江川・286 頁】ほかわが通説のみとめるところ。判例またこれのみとめる。東京家審昭和 38 年 1 月 31 日(家月 15 巻 6 号 94 頁)。かくて、たとえば、父がその国籍を変更した場合、旧本国法上みとめられていたその親権の喪失は、もしも新本国法上さような喪失の原因がみとめられていないとすれば、そのまま存続すべきものではありえない。法例 20 条が準拠法の変更主

義をとっているものとみるかぎり、右の場合、父がその親権を回復しうることとなるのは、おそらく当然の帰結である。江川・前掲。ただし、実方・326頁、久保・前掲612頁は反対。」²⁸⁾(385頁注2)

第3項 折茂説の特色

折茂は、概論書の初版における「現在の、いいかえれば訴訟当時における本国法」という言葉を新版では「訴訟当時におけるそれ」と書き換えた。「現在」という言葉が何を基準として現在のかが明らかではないからであると思われる。

次に折茂説の最大の特色は、「父がその国籍を変更した場合、旧本国法上みとめられていたその親権の喪失は、もしも新本国法上さような喪失の原因がみとめられていないとすれば、そのまま存続すべきものではありえない。法例20条が準拠法の変更主義をとっているものとみるかぎり、右の場合、父がその親権を回復しうることとなるのは、おそらく当然の帰結である。」(折茂〔1972(S47)〕からの引用)という記述である。

この記述の前段は必ずしも一義的ではないかもしれない。すなわち、この記述の前段の「もしも新本国法上さような喪失の原因がみとめられていないとすれば」は、[1]《もしも本国法変更後に新本国法上の親権喪失原因に該当する事実がなければ》という意味と、[2]《もしも本国法変更前に発生した親権喪失原因事実が新本国法上の親権喪失原因に該当しなければ》という意味の二通りに理解できる余地があろう。しかし、折茂の「新本国法上さような喪失の原因がみとめられていないとすれば」という言葉は、本国法変更後に発生した事実について述べているというよりも、本国法変更前に発生した事実を新本国法により評価することを述べているように読める。従って、折茂説は[2]の意味(新準拠法適用説)に理解すべきであろう。

28) 折茂の引用する東京家審昭和38(1963)年1月31日については後出注51参照。

第 7 目 山田鐮一〔1970 (S45)〕

山田 (鐮)〔2004 (H16)〕は次のようにいう。

「子の本国法または常居所地法とは現在の本国法または常居所地法である。したがって、親子関係の効力については、身分上のものたると財産上のものたるとを問わず、子の国籍または常居所の変更とともに準拠法が変更する。いわゆる変更主義を採るものである。しかし、〔1〕親が従来の子の本国法または常居所地法上親権を有していた場合に、国籍または常居所の変更により親権の準拠法が変更し、新しい準拠法では親権喪失の原因たる事実が存する場合に親権が消滅することについては異論がないが、逆の場合、すなわち〔2〕親が従来の子の本国法または常居所地法によれば親権を喪失しているが、新しい準拠法によれば親権喪失の原因のない場合については問題がある。かような場合には、親が再び親権を回復することは許されず、親は、従来の子の本国法または常居所地法上有していた地位に相当する新本国法または新常居所地法上の地位を認められるにすぎないとも考えられる (改正前の法例を前提として、実方・概論 326 頁、講座 II (久保) 612 頁)。子の利益保護のために変更主義にひとつの制限を認めるものではあるが、法例二一条について広く変更主義を認める以上、右の場合には、公序の原則の適用されない限り、新本国法または新常居所地法により親権の回復を認めるべきであろう。もっとも、親権喪失の取消が裁判所の宣告によるべき場合には、取消につき裁判所の宣告を必要とすることはいうまでもない。」²⁹⁾ (521-522 頁) (下線及び〔1〕、〔2〕の文字記号は引用者による。)

29) この引用文の公表以前にも山田 (鐮) は親子間の法律関係の準拠法の基準時に関する見解を何度も公表した。この引用文とそれらを比較すると、次のとおりである。

(1) 山田 (鐮)〔1970 (S45)〕423-424 頁の記述とこの引用文を比較すると、(ア) 前者においては改正前法例の規定を引用していること、(イ) 後者における「である。したがって」が前者では「である (変更主義)。したがって」となっていること、(ウ) 後者における「変更する。いわゆる変更主義を採るものである。しかし」が前者では「変更する。しかし」になっていること、(エ) 後者における「地位を認められるにすぎないとも考

この引用文中の〔1〕「親が従来の子の本国法または常居所地法上親権を有していた場合に、国籍または常居所の変更により親権の準拠法が変更し、新しい準拠法では親権喪失の原因たる事実が存する場合に親権が消滅することについては異論がない」という記述は、それまでの概論書では論じられていなかった状況に関するものである。〔1〕の「新しい準拠法では親権喪失の原因たる事実が存する場合」とは《準拠法変更後に存する場合》という意味であろう。

次に、上記引用文中の〔2〕「親が従来の子の本国法または常居所地法によれば親権を喪失しているが、新しい準拠法によれば親権喪失の原因のない場合〔……〕、新本国法または新常居所地法により親権の回復を認めるべきであろう。」にいう「親権喪失の原因のない場合」というのも、《準拠法変更後は親権

えられる」は前者においては「地位を認められるにすぎないとす見解が一般に認められている」となっていること、(オ) 後者における「制限を認める」が前者においては「制限を認めた」となっていること、(カ) 前者においては参考文献の引用がないこと、(キ) 字句にいくつか違いがあることを除き、両者は同じである。

(2) 山田（鎌）〔1982（S57）〕423-424頁の記述とこの引用文を比較すると、(ア) 前者においては改正前法例の規定を引用していること、(イ) 後者における「地位を認められるにすぎないとも考えられる」は前者においては「地位を認められるにすぎないとす見解が一般に認められている」となっていること、(ウ) 後者における「制限を認める」が前者においては「制限を認めた」となっていること、(エ) 後者における「親権の回復を認めるべきであろう」の直後には句点があるのみであるが、前者における「親権の回復を認めるべきであろう」と句点の間には割注があり、その中に「江川・全書286頁」と記載されていることを除き、両者は同じである。

(3) 山田（鎌）〔1992（H4）〕438-439頁の記述とこの引用文を比較すると、後者における「新常居所地法上の地位」の「新」の文字は前者にはないことを除き、両者は同じである。

(4) 山田（鎌）〔2003（H15）〕519-520頁の記述とこの引用文は同じである。

(5) 特に重要なのは、この引用文中の割注の記載である。山田（鎌）はこの引用文に割注を設けて實方と久保を引用するが（原文の割注を、本稿では、印刷の都合上、割書きでは印刷していない。）、この点は山田（鎌）〔1982（S57）〕以降、同〔2004（H16）〕まで変わらない。しかし、同〔1982（S57）〕にあった「江川・全書286頁」の記載は同〔1992（H4）〕以降削られている。

喪失の原因のない場合》という意味であろう。従って、山田（鎌）説は断絶説と理解すべきであろう³⁰⁾。

第 8 目 林脇トシ子〔1978 (S53)〕

林脇〔1978 (S53)〕は次のようにいう。

「本国決定の基準となる時点は争いとなっている時である。つまり、ここでの問題は、ひとたび取得された親、子の地位に基づいて、親子間にかなる権利義務が生ずるかという身分関係の内容の問題であるから、その準拠法は変更主義によって定められる（国籍変更に基づく準拠法の変更によって具体的にはどのような事項が変更に服するかについて、江川・国際私法 286 頁、実方・概論 326 頁、久保岩太郎「親子」講座Ⅱ 611～612 頁参照。参考例として、東京家審昭 38・1・31 家月 15-6-94 がある。韓国法により父母の離婚後父が親権者となっていた場合に、父母および子が日本に帰化した後に親権者を母に変更する親権者変更の審判をした事例——評釈、林脇トシ子・ジュリ 305 号 87 頁）。」
(809 頁)

第 9 目 南敏文〔1990 (H2)〕

第 1 項 南〔1990 (H2)〕

南〔1990 (H2)〕195 頁は次のようにいう。

「このように、本条は主として親権に関する事務を扱うが、親権は、継続する法律関係であることから、婚姻とか養子縁組等とは異なり、具体的な親権行使当時の関係者の本国法により準拠法を決定することとなる。それ故、子の出生後父又は母が外国への帰化又は日本国籍の離脱等により従前の国籍を変更した場合は、変更後の国籍により父又は母の本国法を決定し、子の親権の準拠法を決定することとなる。」

30) 山田（鎌）がその概論書で親子間の法律関係の準拠法の基準時に関する見解を述べる際には、山田（鎌）〔1982 (S57)〕では江川を引用したのに対して、山田（鎌）〔1992 (H4)〕以降、江川を引用しない。前出注 29 参照。しかし、その理由は明らかではない。

第2項 南〔1992（H4）〕

第1 改正法例21条に関して

南〔1992（H4）〕は次のようにいう。

「本条は〔……〕主として親権に関する事項を扱うが、本条は段階的連結をしており、また、親権は継続的な関係であるので、親権の行使等につき具体的な案件が生じる毎に、当該時点における父母子の本國法により準拠法を決することとなる。それ故、子の出生後、父又は母等関係者が外国へ帰化したり、重国籍の場合において常居所を変更したこと等により、従前の本國法が変更された場合は、変更後の関係者の本國法により、子の親権の準拠法が子の本國法であるのか、子の常居所地法であるのかを決定することとなる。」（167頁）

第2 改正法例附則2項に関して

南は、改正前法例と改正後法例の適用関係を定める時際国際私法規定である改正法例附則2項に関して、「新法施行中に当事者の国籍の変更等連結点を変更したことにより準拠法が変更することがある。この場合については、いわゆる法律変更の問題として扱われるが、以下に述べる点は、この場合についても、ほぼ当てはまるものといえよう。」（213頁）³¹⁾、親子関係に関しては次

31) 準拠法の基準時の問題は、例えば、養子縁組後に当事者の国籍等の変更により準拠法変更が生じた場合はどの時点の国籍等を基準として養子縁組の準拠法を決めるべきかという問題である（その答えは、例えば、養子縁組時の国籍等——法適用通則法31条1項前段——のようになる。）。これに対して、国際私法改正の場合の時際国際私法問題は、養子縁組後に国際私法の改正により準拠法変更が生じた場合はどの時点の国際私法を基準として養子縁組の準拠法を決めるべきかという問題である（その答えは、例えば、養子縁組時の国際私法——平成元年改正法例附則2項本文——のようになる。）。両者ともに、その解決に際しては、どの時点における当事者の期待（どの法域の法が準拠法になるかに関する期待）を保護すべきかという点が中心になるので、両者には類似点はある。しかし、平成元年改正の際には、準拠法の基準時は個別の国際私法規定（法例21条など）が定め、時際国際私法問題は附則2項（経過規定）が定めたので、経過規定の解説の中で準拠法の基準時を詳論するのは問題があろう。

のようにいう。

「(9) 親子間の法律関係

〔婚姻の効力〕と同じである。継続的關係であり新法の施行とともに準拠法が変更する。

例えば、日本国籍を有する子を有する韓国人夫と日本人妻が旧法中に離婚した場合の当該子の親権者は、父の本国法である韓国民法により父に法定されていたが、新法施行後は、子の本国法である日本民法が適用されることとなる。この場合、離婚後親権者の指定のない状態となり、父母が協議するまでの間は、共同親権となろう。なお、裁判離婚等において、裁判所が父の本国法を適用して、父母のいずれかを親権者に指定した場合は、問題である。この場合も、改正法の施行とともに準拠法が変更するが、裁判の確定力により、新たな裁判があるまでは、親権の帰属は変わらないものというべきであろう。」(217-218 頁、強調は引用者による)

この引用文は改正前法例と改正法例の適用関係に関する説明であるが、先に述べたように、南はこの引用文が連結点の変更にも妥当するという。そこで、引用文中の最初の事例を連結点変更の事例に読み替えると、《父母が親子関係の準拠法が韓国民法である期間中に離婚した場合の当該子の親権者は、父の本国法である韓国民法により父に法定されていたが、親子関係の準拠法が日本法に変更した後は、離婚後親権者の指定のない状態となり、父母が協議するまでの

改正法例施行(平成 19(2007)年 1 月 1 日)の前後に渡り親子関係が継続している事案にかかる判例として、福岡家小倉支審平成 4(1992)年 5 月 14 日(家月 45 巻 9 号 54 頁)がある。事実は次のとおりである。1988(S63)年に日本人母 A と国籍朝鮮の父 B が協議離婚し、その際は子 C(本国法は日本法)は北朝鮮法により父母の共同親権とされ、1992(H4)年に母が日本法に基づき親権者指定を申し立てた。裁判所は改正法例附則 2 項に言及せず、改正法例 21 条を適用して日本法を準拠法とし、日本民法 819 条 1 項、5 項に基づき申立てを認容した。

間は、共同親権となろう。》となろうか。引用文中の後の事例を連結点変更の事例に読み替えると、《裁判離婚等において、裁判所が裁判時の親子関係の準拠法を適用して、父母のいずれかを親権者に指定した場合は、問題である。この場合も、当事者の国籍・常居所の変更とともに準拠法が変更するが、裁判の確定力により、新たな裁判があるまでは、親権の帰属は変わらないものというべきであろう。》となろうか。

第10目 海老沢美広〔1994 (H6)〕

海老沢〔1994 (H6)〕は次のようにいう。

「準拠法決定の基準時は訴訟時現在である。そこで、例えば、日本人男が韓国女の子の生んだ子（韓国籍）を認知し、ついで日本に帰化させたとすると、子の国籍変更により、準拠法が帰化前の韓国法から帰化後は日本法に変わることになる（変更主義）。それにつれて、多くの場合、子の親権者も、父母の共同親権（韓国民法 909—3 項の協議等のない場合 1 項の共同親権と解される）から母の単独親権（民 819VI）に変わるわけである。」（124 頁）

海老沢は準拠法の基準時を「訴訟時現在」という。また、「変更主義」という言葉を使う。

第11目 佐藤やよひ〔2007 (H19)〕

佐藤やよひ〔2007 (H19)〕は次のようにいう。

「準拠法決定の時期—変更主義

〔1〕親権は継続的法律関係であるところから、婚姻や養子縁組とは異なり、具体的に親権行使が問題となる当時の関係者の本国法あるいは常居所地法により準拠法が決定されることになる。したがって、原則として子の本国法によるとしても、子の出生後、父又は母についてその国籍に変動があれば、準拠法が変わる可能性もあり、その結果親権者に変動が生じることもある〔……〕。

例えば、子の出生後、父又は母など関係者が外国へ帰化した場合や、重国籍者が常居所を変更したこと等により従前の本国法が変更された場合は、変更後

の関係者の本国法により、子の親権の準拠法が決定されることになる〔……〕。

また、父又は母の死亡により、準拠法に変動が生じることもある。例えば、〔2〕日本人と外国人の間の日本人嫡出子につき、父母婚姻中に日本人親が死亡すれば、準拠法は子の本国法たる日本法から、〔……〕子の常居所地法によることになる。そしてその場合、その子が日本に常居所地を有していれば、親権の準拠法は従前どおり日本法になり、父母の共同親権から一方死亡による単独親権になるだけであり、届出の必要な変動はないことになる。しかし、子の常居所地が外国であれば当該外国の法が準拠法になり、親権者に変動が生じる場合がある。

さらに、例外的に子の常居所地法による場合には、その常居所地が変更することによって、親権者及び親権自体に変動（例えば、後見開始）が生じることもある。

気をつけなければならないのは、次のような事例である。〔3〕日本人と外国人夫婦の間の日本人嫡出子につき、夫婦が離婚し、その際、親権者を日本人親にしたが、その後その日本人親が死亡し、子の常居所地が日本であるために日本法が準拠法となる場合である。その際には日本人未成年嫡出子の後見が開始するのであり、もう一方の外国人親が親権者になるのではない。しかし、この後見開始後、子が常居所地を外国に移したため、準拠法が変わり、その外国の法が準拠法となって外国人親の親権が回復するときである〔……〕。」(264-265 頁)

この引用文の下線部〔1〕はこの引用文中の最も重要な部分である。

上記引用文の下線部〔2〕と下線部〔3〕は、どんな場合に準拠法変更が生ずるかの例を挙げるとともに、「〔準拠法変更後は〕親権者に変動が生じる場合がある。」、「気をつけなければならないのは〔……〕準拠法が変わり、その外国の法が準拠法となって外国人親の親権が回復するときである」という。これは、準拠法変更時に新準拠法により——旧準拠法と異なる形で——親権分配が行われることを認めたものであり、従って、佐藤は断絶説に立っているものと理解できる。

第12目 横山潤〔2012 (H24)〕

横山〔2012 (H24)〕は次のようにいう。

「通則法32条の規定は、子の嫡出性いかんそして実親子関係か養親子関係かのいかんを問わず、親子間の法律関係の準拠法を定める。32条の規定によれば、子の本国法が原則とされ、その法が父母の本国法のいずれとも一致しない場合に、子の常居所地法による。

準拠法は連結素（国籍と常居所）の変動に従い変更する。

〔中略〕

*子が交通事故に遭遇した場合に保険会社は父母のいずれと交渉すべきか。つまり子の法定代理人は誰かといった問題との関連においては、準拠法につき第三者の予見可能性に配慮しなければならない。この観点からは子の常居所地という連結基準には利点がある。金融機関などの第三者は子の本国法たる外国法の調査をしなくてもよいからである。さらに、子を保護する措置は子が現実に生活をしている国の機関がとるであろう。常居所地法はこのような機関の所属する国の法と一致するであろうから準拠法の適用が容易となり、したがって子の迅速かつ実効的な保護も期待できよう。

しかし、子の常居所はつねに変更する可能性がある。そのため、子の常居所地法を適用すると次のような不都合が生ずる。たとえば、〔1〕子の出生当時の常居所地法の下では嫡出でない子の父母がともに親権者とされていたとしよう。子の常居所が移動し、新たな常居所地の法では嫡出でない子については母のみが親権者とされているとすると、(なんら不行跡がなかったとしても)親権者としての地位を父は失うことになる。逆に、〔2〕旧常居所地法では非嫡出である子の母が単独親権者とされていた場合に、新常居所地法では父も親権者とされていると、今度は(単独で子を養育しようとする)母の意思に反する結果を招来しかねない。このように、常居所という連結素のもつ可変性は、親子間の法律関係に関する中心的問題

について、父母に不測の事態をもたらしかねない。通則法 32 条の規定が、子の国籍を原則的な連結基準とし、常居所地法の適用を例外としたのは、この観点から説明できよう。」(287-288 頁、下線及び [1], [2] の文字記号は引用者による。)

上記引用文中の*以下の部分で、横山は、親子間の法律関係の準拠法を現行法におけると異なり子の常居所地法とした場合にどんな問題が生ずるかを検討する。

上記引用文の下線部 [1] も下線部 [2] も断絶説に立っているものと思われる。
第 13 目 奥田安弘〔2015 (H27)〕

奥田〔2015 (H27)〕は次のようにいう。

「以上の段階的連結は、親子関係の効力が問題となる時点ごとに判断される。子の本国法や常居所地法に変更があった場合だけでなく、父または母の本国法に変更があったり、父が子を認知したり、父または母の一方または双方が死亡した場合など、様々な事情により準拠法の変更が生じ得る。また、養子縁組が成立した場合も、実親子関係が断絶しない場合は、それぞれに親子関係の効力の準拠法を判断する必要がある。それによって、親権が重複したり、親権者がいなくなったりする場合は、適応問題として解決を図るしかないであろう〔……〕。」(262 頁)

第 14 目 織田有基子〔2016 (H28)〕

織田〔2016 (H28)〕は次のようにいう。

「32 条は、連結の時点を示していないため変更主義を採用しているものと解される。この場合、事実審の口頭弁論終結時までには準拠法の変更が可能である。」(182 頁)

第 15 目 まとめ

日本の学説は以上のとおりである。日本の学説の説くところはいずれも簡略である。そこで、日本の学説の相互比較は次章です。

第2章 親権の準拠法の基準時³²⁾

第1節 親権の存否等の準拠法の基準時

第1款 親権の存否等の準拠法の基準時の理論的根拠

第1目 多数説の認めるルール

親権は、私法上のあらゆる権利と同じく、行使を最終的な目的とする。親権の発生、親権者を変更する父母の協議の届出、裁判所による親権者指定・変更などの親権変動は、すべて、親権の行使を最終目的とする中間段階の制度であり、最後に問題となるのは、親権の存否、親権の内容（＝質）、親権の範囲（＝量）である³³⁾。それでは、親権の存否・内容・範囲に関してはどの時点を準

32) 第1章で引用した学説を本章で引用する場合は、単に、「久保〔1955 (S30) b)〕のようにページ番号なしで著書・論文を示し、「前出第1章第2節第2款第4目第5項参照」といった相互参照を省略する。

33) 従来の判例に現れた事案には、親権変動（親権者指定、親権者変更、特別代理人選任など）を目的とする裁判、親権の内容の具体的形成（子との面接の条件を定めるなど）を目的とする裁判が多い。親権の行使それ自体が争われた判例には以下のものがある。

(1) 過去の親権行使に関してその時点における親権者が誰だったかを判断した判例として次のものがある。

(a) 札幌高判昭和46（1971）年4月27日（訟務月報17巻8号1284頁）（子とその親権者が遺産分割協議をするには子のための特別代理人を選任することが必要か）

(b) 大阪地判昭和54（1979）年11月6日（判タ404号96頁）（退去強制令書発付処分に至る手続）

(2) 現に行われている裁判手続において、その裁判手続が法定代理人により追行されているか否かを判断した判例として次のものがある。

(ア) 訴えの提起など裁判手続の開始

(a) 東京地判昭和28（1953）年2月18日（下民集4巻2号218頁）（建物取去土地明渡請求）

(b) 東京高判昭和34（1959）年9月3日（下民集10巻9号1860頁）（建物所有権移転登記抹消登記手続請求、訴えの提起、控訴の提起）

拋法の基準時とすべきか.

-
- (c) 長野地松本支判昭和36(1961)年1月16日(下民集12巻1号4頁, 家月14巻4号217頁)(損害賠償請求)
 - (d) 最(3)判昭和44(1969)年10月21日(民集23巻10号1834頁)(認知の訴え)
 - (e) 名古屋家半田支審昭和49(1974)年7月8日(家月27巻7号87頁)(親子関係不存在確認審判申立)
 - (f) 山口家審昭和51(1976)年8月18日(家月29巻9号119頁)(親子関係不存在確認審判申立)
 - (g) 大阪家審昭和52(1977)年5月23日(家月31巻6号54頁)(認知審判申立)
 - (イ) その他の訴訟行為
 - (a) 大阪高決昭和36(1961)年2月2日(家月13巻5号170頁)(少年法上の保護処分決定に対する抗告)
 - (b) 東京高決平成22(2010)年2月12日(家月62巻7号99頁)(少年法上の保護処分決定に対する抗告).
- (3) 親権行使を目的として訴え等を提起した判例として次のものがある.
- (a) 仙台家審昭和30(1955)年9月12日(国私例集694頁)(子の引渡しを求めた.)
 - (b) 大阪高判昭和35(1960)年12月20日(下民集11巻12号2702頁, 家月14巻2号160頁)(子の引渡しを求めた.)
 - (c) 神戸家審昭和45(1970)年1月17日(家月22巻8号89頁)(子の引渡しを求めた.)
 - (d) 大阪高判昭和45(1970)年9月30日(判時620号51頁)(子の引渡しを求めた.)
 - (e) 大阪地判昭和51(1976)年10月19日(判タ352号311頁)(子の引渡しを求めた.)
 - (f) 大阪高判昭和52(1977)年9月14日(判時895号83頁, 判タ364号234頁)(子の引渡しを求めた.)
 - (g) 東京家審平成4(1992)年9月18日(家月45巻12号63頁)(子の引渡しを求めた.)
 - (h) 京都家審平成5(1993)年2月22日(家月46巻2号174頁)(子の引渡しを求めた.)
 - (i) 東京高決平成23(2011)年7月20日(家月64巻11号50頁)(子の引渡しを求めた.)
 - (j) 静岡地浜松支判平成27(2015)年12月2日(判時2292号79頁)(子の引渡しを求めた.)

親権の存否・内容・範囲の準拠法の基準時に関しては学説の多数は一致している。すなわち、《親子関係の継続中に当事者の国籍等が変更して親子関係の準拠法が変更した場合、準拠法変更前の親権の存否・内容・範囲に関しては準拠法変更前の準拠法により、準拠法変更後の親権の存否・内容・範囲に関しては準拠法変更後の準拠法に依る。》というルールである。簡略に表現すれば、《ある時点における親権の存否・内容・範囲についてはその時点を準拠法の基準時とする。》というルールである。多数説（山口弘一、山田三良、實方正雄、久保岩太郎、江川英文、山田鎌一、南敏文、佐藤やよひ、横山潤、奥田安弘）は、法例旧 20 条・法適用通則法 32 条の解釈として、ここに挙げたルールを採用すべきことについて一致している。

このルールは、過去の或る時点における親権の存否・内容・範囲の問題に関してはその時点が準拠法の基準時になることを定めているから、その後当事者が国籍等を変更してもその問題に関する準拠法は変更しないことは明らかである³⁴⁾。

本款では、《ある時点における親権の存否・内容・範囲についてはその時点を準拠法の基準時とする。》というルールの実質的根拠は何か。理論的根拠は何か、を検討するが、その前に、従来の学説が親権の準拠法が変更すると考えていたかどうかを確認する。

なお、本款では多数説の論拠を検討する。訴訟時を準拠法の基準時とすべきことを主張する少数説（折茂豊、海老沢美広、織田有基子）については第 2 款で検討する。

34) 前出注 33 に挙げた(1)の判例のように、過去の或る時点における親による代理行為（売買契約など）に関して親が法定代理権を有したか否かという問題の準拠法がその後の父母子の国籍・常居所の変更により変更するとしたら法的安定性が失われるのは明らかである。

第 2 目 親権の存否等の準拠法は変更するか^{35), 36)}

今、見たように、過去の或る時点における親権の存否・内容・範囲に関する準拠法は変更しない。しかし、一般には、親子関係の準拠法は父母子が国籍等を変更すればそれに応じて変更する、と考えられている³⁷⁾。そこで、本目では、

35) 以下では、親権の準拠法が変更するか否かの問題を検討するので、従来の学説による変更主義と不変更主義の定義を挙げる。代表的な定義は岡本〔1975 (S50)〕による定義である。

岡本〔1975 (S50)〕618-619 頁は、「変更主義」を「国際私法上の準拠法決定につき、時間の経過による準拠法の変更 (Statutenwechsel) をもたらす連結素の定め方をする立法上の主義」と定義し、具体例を挙げる。岡本の挙げる変更主義の例は、婚姻の身分的効力 (法例旧 14 条)、親子間の法律関係 (同 20 条)、扶養の義務 (同 21 条)、動産物権 (同 10 条 1 項) である。それゆえ、岡本の挙げる変更主義の例は、継続的法律関係の内容 (婚姻の身分的効力、親子間の法律関係、扶養の義務)、及び、動産物権の内容 であるといえよう。

次に、岡本〔1975 (S50)〕590 頁は、不変更主義を「国際私法上の準拠法決定につき、時間の経過による準拠法の変更をもたらさない連結素の定め方をする立法上の主義」と定義し、具体例を挙げる。岡本の挙げる不変更主義の例は、婚姻の財産的効力 (法例旧 15 条)、婚姻の実質的成立要件 (同 13 条)、離婚 (16 条)、嫡出親子関係の成立 (同 17 条)、認知の要件 (同 18 条)、養子縁組の要件 (同 19 条)、相続 (同 25 条) である。それゆえ、岡本の挙げる不変更主義の例は、継続的法律関係の内容 (婚姻の財産的効力)、及び、法律関係の成立 (婚姻の実質的成立要件、離婚、嫡出親子関係の成立、認知の要件、養子縁組の要件、相続) であるといえよう。

36) 舛場〔1973 (S48)〕316-317 頁は「連結点と基準時点」という項目でこの問題を扱う。舛場は、「不変的連結点として明文の規定があるもの」の例として、「原因事実完成当時の目的物の所在地」 (法例旧 10 条 2 項)、「婚姻当時の夫の本国」 (法例旧 15 条)、「原因事実発生当時の夫の本国」 (法例旧 16 条本文) を挙げ (傍点は原文)、「解釈上の不変的連結点」の例として、「行為当時の本国」 (法例旧 3 条 1 項)、「婚姻当時の本国」 (法例旧 13 条 1 項本文)、「縁組当時の本国」 (法例旧 19 条 1 項)、「死亡当時の本国」 (法例旧 25 条) を挙げる。

次に、舛場は、「法文上、明白に規定されておらず、かつ解釈上も準拠時点を固定する合理性のないものは、可変的連結素と考えてよい。」といい、その例として、法例旧 14 条 (婚姻の効力)、18 条 2 項 (認知の効力)、19 条 2 項 (養子縁組の効力、離縁)、20 ~ 24 条 (親子間の法律関係、扶養義務、親族関係、後見、保佐) を挙げ、これに続けて舛場は「もっとも、これらは、提訴によって時間的にも特定するから、訴訟当時をもって準拠時点とするとも言う。」という。

37) 前出注 35 で引用した岡本による「変更主義」の定義を参照。

従来の学説が、親子関係の準拠法は時間の経過とともに「変更」として考えているのか、それを「変更主義」と呼んでいるのか、親子関係の準拠法は「現在の本国法」だと考えているのか、を調べる。

第1項 学説の態度

日本の学説は第1章第2節第2款で見た。ここで、親子関係の準拠法が変更するのにか等に関する各学説の態度を要約すれば次のとおりである。

(1) 山口〔1900 (M33)〕は「国籍ノ変更」,「管轄法 (の) 変更」という言葉を使いつつ「現在ノ父ノ本国法」という言葉を使う。

(2) 山口〔1932 (S7)〕は「準拠法も亦変更する」という言葉と「現在の本国法」という言葉を使う。

(3) 山田 (三)〔1931 (S6)〕は「国籍の変更」,「従来の本国法」,「新なる本国法」,「現在の本国法」という言葉を使う。

(4) 實方〔1937 (S12)〕は「現在の本国法」,「変更主義」,「従来の準拠法」,「本国法の変更」,「従来の本国法」という言葉を使う。實方〔1937 (S12)〕が親子間の法律関係に関する「変更主義」という言葉の最初の用例かどうかは確認できないが、早い時期の用例であるとはいえよう。

(5) 久保〔1940 (S15) b〕は「準拠法 (の) 変更」,「新本国法」という言葉を使うが、「現在の本国法」,「変更主義」という言葉は使わない。

(6) 江川〔1950 (S25)〕は「現在の本国法」,「変更主義」,「準拠法が変更し」,「従来の本国法」,「新しい準拠法」という言葉を使う。江川が親子間の法律関係の準拠法に関して「変更主義」という言葉を初めて使ったのは江川〔1950 (S25)〕においてであると思われる。

(7) 久保〔1951 (S26)〕は「現在の本国法」という言葉を使う。

(8) 久保〔1953 (S28)〕は「現在の本国法」,「準拠法が変更する」,「従来の準拠法」,「従来の本国法」という言葉を使う。

(9) 久保〔1955 (S30) b〕は「現在の本国法」,「変更主義」,「準拠法が変更する」,「従前の準拠法」という言葉を使う。久保が親子間の法律関係に関して

初めて「変更主義」という言葉を使ったのは久保〔1955 (S30)〕においてであると思われる。

(10) 折茂〔1959 (S34)〕は、「現在の、いいかえれば訴訟当時における本国法」, 「変更主義」, 「旧本国法」, 「新本国法」という言葉を使う。

(11) 折茂〔1972 (S47)〕は「現在の本国法」という言葉を使わず, 「訴訟当時におけるそれ [= 父または母の本国法]」, 「変更主義」, 「旧本国法」, 「新本国法」という言葉を使う。

(12) 山田(鐮)〔1970 (S45)〕および山田(鐮)〔1982 (S57)〕は「現在の本国法」, 「準拠法が変更する」, 「変更主義」, 「従来の本国法」, 「旧本国法」, 「新しい準拠法」, 「新本国法」という言葉を使う。山田(鐮)〔2004 (H16)〕は、「現在の本国法または常居所地法」, 「準拠法が変更する」, 「変更主義」, 「新しい準拠法」という言葉を使う。

(13) 林脇トシ子〔1978 (S53)〕は「本国決定の基準となる時点は争いとなっている時である。」といい, また, 「変更主義」という言葉を使う。

(14) 南〔1990 (H2)〕は「具体的な親権行使当時の関係者の本国法により準拠法を決定する」という表現をする。

(15) 南〔1992 (H4)〕は「親権の行使等につき具体的な案件が生じる毎に, 当該時点における父母子の本国法により準拠法を決することとなる。」という表現をする。南〔1992 (H4)〕は改正法例附則 2 項の説明の中で, 「新法施行中に当事者の国籍の変更等連結点が変わったことにより準拠法が変更することがある」という。

(16) 佐藤〔2007 (H19)〕は「具体的に親権行使が問題となる当時の関係者の本国法あるいは常居所地法」, 「準拠法が変わる」, 「準拠法に変動が生じる」, 「変更主義」という言葉を使う。

(17) 横山〔2012 (H24)〕は「準拠法は連結素(国籍と常居所)の変動に従い変更する」という。

(18) 奥田〔2015 (H27)〕は「段階的連結は, 親子関係の効力が問題となる

時点ごとに判断される」, 「準拠法の変更」という言葉を使う。

(19) 織田〔2016 (H28)〕(織田有基子)は「変更主義」, 「事実審の口頭弁論最終時までは準拠法の変更が可能である」という。

第2項 学説の推移

以上の検討の結果, 多数説, すなわち, 《ある時点の親権の存否・内容・範囲についてはその時点を準拠法の基準時とする。》というルールを認める説が「準拠法が変更する」と考えているのか, それを「変更主義」と呼んでいるか, 親子関係の準拠法は「現在の本国法」だと考えているか, については次のようにまとめることができる。

まず, 1930年代から2000年代(2010年代の前)までの学説は「変更主義」という言葉を使う(實方〔1937 (S12)〕, 江川〔1950 (S25)〕, 久保〔1955 (S30) b〕, 山田(鎌)〔1970 (S45)〕, 林脇〔1978 (S53)〕, 山田(鎌)〔1982 (S57)〕, 山田(鎌)〔2004 (H16)〕, 佐藤〔2007 (H19)〕)。ただし, この時期でも「変更主義」という言葉を使わない説があり(南〔1992 (H4)〕), 2010 (H22)年代以降も「変更主義」という言葉を使わない説が現れている(横山〔2012 (H24)〕, 奥田〔2015 (H27)〕)。

これに対して, 「準拠法が変更する・変わる」, 「準拠法の変更」という表現は1900 (M33)年代から現在まで広く使われている(山口〔1900 (M33)〕(管轄法の変更), 山口〔1932 (S7)〕, 久保〔1940 (S15) b〕, 江川〔1950 (S25)〕, 久保〔1955 (S30) b〕, 山田(鎌)〔1970 (S45)〕, 林脇〔1978 (S53)〕, 山田(鎌)〔1982 (S57)〕, 山田(鎌)〔2004 (H16)〕, 南〔1992 (H4)〕, 佐藤〔2007 (H19)〕, 横山〔2012 (H24)〕, 奥田〔2015 (H27)〕)である。ただし, 山田三良, 實方正雄にはこの表現は見当たらない。³⁸⁾

38) このように, 2010 (H22)年代以降は, 親子関係の準拠法の基準時を検討する際に「変更主義」という言葉を使用する頻度が減少した原因は, 親子関係の準拠法は変更しない, という意識が広まってきたことにあるのかも知れないし, あるいは, 「変更主義」とい

次に、「現在」はどうか。法例施行(明治31(1898)7月16日)の直後から2000年代(2010年代の前)までの学説は、親子間の法律関係の準拠法を表現する際に「現在」という言葉を使う(山口[1900(M33)],山田(三)[1931(S6)],實方[1937(S12)],江川[1950(S25)],久保[1951(S26)],久保[1955(S30)],山田(鎌)[1970(S45)],山田(鎌)[1982(S57)],山田(鎌)[2004(H16)])。ただし、この時期でも「現在」という言葉を使わない説があり(林脇[1978(S53)],南[1992(H4)],佐藤[2007(H19)],2010(H22)年代以降も「現在」という言葉を使わない説が現れている(横山[2012(H24)],奥田[2015(H27)])³⁹⁾。

第3目 親権の存否等の準拠法の基準時の理論的根拠

第1項 実質的根拠

第1 親子関係の準拠法の基準時に関するふたつの考え方

準拠法の基準時の決め方として変更主義と不変更主義があることはいうまでもない。特に、法律関係の成立に関する不変更主義に関しては学説上共通の理解であろう。これは、例えば、婚姻の実質的成立要件(法適用通則法24条1項)に関しては婚姻挙行時を準拠法の基準時とする⁴⁰⁾考え方である。すなわち、

う言葉が、国際私法上の多くの〇〇主義という用語と同じく、その意味内容が多義的ないしは不明確だと意識されるようになったところにあるのかもしれない。

なお、「準拠法が変更する」という表現が正確ではないことは既に述べた。しかし、他方で、「本国法が変更する」というのも正確ではない。法適用通則法32条の下では子の常居所地法が準拠法になることもあるからである。「準拠法が変更する」は慣用的な表現として使われているといえよう。本稿でも「準拠法が変更する」という表現を頻繁に用いざるを得ない。

ドイツでは、古くから、親子関係の準拠法は変更可能である(変更する)wandelbar、と一般的にいられている(Habicht[1907(M40)],Zitelmann[1912(T1)],Raape[1931(S6)],Lewald[1931(S6)],Frankenstein[1935(S10)],Kegel, Henrich[2019(R1)],Kropholer[2006(H18)],Helms[2020(R2)])。

39) 親子関係の準拠法を「現在の本国法・常居所地法」と呼ぶことについては、後出注48参照。

40) 折茂[1972(S47)]234頁、山田(鎌)[2004(H16)]404頁。

法律関係の成立に関してその法律要件・原因事実の発生時を準拠法の基準時とする考え方である。

継続的法律関係に関してこれに対応する制度を考えるとすれば、まず、《親子関係の内容に関しては親子関係成立時を準拠法の基準時とする。》という制度を想起することができる。これは古い時代の学説（山口弘一、山田三良）が祖上に載せていた説である。ところで、法例旧 20 条・法適用通則法 32 条は準拠法の基準時を明示しない。この結果、法例旧 20 条・法適用通則法 32 条の解釈としては、《親子関係の内容に関しては親子関係の成立時を準拠法の基準時とする。》という解釈と、《ある時点における親子関係の内容に関してはその時点を準拠法の基準時とする。》という解釈のいずれを採用することもできるはずである⁴¹⁾。ところが、日本の学説は、訴訟時を基準時とすべき旨を述べる比較的新しいわずかな例外を除き、法例施行後一貫して、前者の解釈を採らず、後者の解釈を採っている。これはなぜか。

第 2 多数説の挙げる理由

そこで、法例旧 20 条・法適用通則法 32 の解釈として《ある時点における親子関係の内容に関してはその時点を準拠法の基準時とする。》というルールを引き出す説が何を理由としてそのような解釈をするのかを見てみよう。

1. 学説の態度

(1) 山口 [1900 (M33)] は、「親権ノ原因（例ヘハ出生、准嫡、養子縁組）カ発生セシ当時ニ於テ親権問題ヲ管轄セシ法律ハ親権カ消滅スルマテ此問題ヲ管轄スヘキヤ是レ親権発生後ニ親子カ国籍ヲ変更スル場合ニ起ル所ノ問題ナリトス」と問題提起をし、積極論、消極論及び折衷説を比較検討した後、「我法

41) 法例旧 15 条は夫婦財産制の準拠法の基準時を「婚姻ノ当時」と規定していた。それゆえ、継続的法律関係に関してその法律関係の成立時を準拠法の基準時とする制度は立法論としても解釈論としても成り立つ。

例ハ此事項ニ付キ明文ヲ掲ケス而シテ別段ノ規定ナキ以上ハ現在ノ父ノ本國法ナリト解釈セサルヘカラス」という (引用文中の強調は引用者による.)。すなわち、法例旧 20 条が基準時を明示していないことから、《ある時点における親権の内容についてはその時点を準拠法の基準時とする。》というルールを引き出している。

(2) 山田 (三) [1931 (S6)] は、「親権は子の出生当時の父母の本國法に依つて之を定むべしと主張する者もある。併し乍ら父母が国籍を変更したる以上は従来の本國法は最早親子間の関係を規律すべき理由を有せざるものであるから、国籍の変更と共に新なる本國法に依らざるべからざるは固より言ふを俟たないのである。是れ法例第 20 条に単に父又は母の本國法に依ると明言し、常に現在の本國法に依るべき旨を明かにせる所以である。」という ()。山田 (三) は、子の出生時を基準時とする立場と、どの時点の親子関係が問われるかにより基準時を決める立場を比較検討して後者を妥当とする (この点で山口 [1900 (M33)] と異なる)。そして、山田 (三) は、法例旧 20 条が基準時を明示していないことは後者の立場を是とする趣旨であるものと解釈している。

(3) 久保 [1951 (S26)] は「この継続的法律要件はその性質上時々 (即ち現在) の本國に密着の関係を持つものであるから、国籍の変更の場合には理論上現在の本國法たる新本國法に依るべきものといわねばならない。」という。親子間の法律関係は継続的法律関係であるからその時その時における本國法に依らねばならぬという趣旨であり、それは山田 (三) が述べたことに通ずる。

(4) 久保 [1955 (S30) b] は「父又は母の本國法は、親子間の法律関係なる事柄が継続的法律関係であり、しかも何等特別の制限を受けていないから、理論上現在の本國法を意味する [……].」という (久保 [1953 (S28)] にも同旨の記述がある)。ここでは、親子関係が継続的法律関係であることと、法例旧 20 条に基準時の定めがないことの 2 点を根拠にしている。

(5) 南 [1990 (H2)] は「親権は、継続する法律関係であることから、婚姻とか養子縁組等とは異なり、具体的な親権行使当時の関係者の本國法により準

拠法を決定することとなる。」といい、南〔1992 (H4)〕は「本条〔改正法例21条〕は段階的連結をしており、また、親権は継続的な関係であるので、親権の行使等につき具体的な案件が生じる毎に、当該時点における父母子の本国法により準拠法を決することとなる。」という。段階的連結と準拠法の基準時がどのような関係にあるかは別としても、南の見解は、親子関係が継続的な法律関係であることを根拠に《ある時点における親権についてはその時点を準拠法の基準時とする。》というルールを引き出している。

(6) 佐藤〔2007 (H19)〕は「親権は継続的法律関係であるところから、婚姻や養子縁組とは異なり、具体的に親権行使が問題となる当時の関係者の本国法あるいは常居所地法により準拠法が決定されることになる。」といい、親子関係が継続的な法律関係であることから《ある時点における親権についてはその時点を準拠法の基準時とする。》というルールを引き出している。

以上の検討の結果、多数説が法例旧20条・法適用通則法32条から《ある時点の親子関係の内容に関してはその時点を準拠法の基準時とする。》というルールを引き出す根拠に3つあることがわかる。すなわち、条文が基準時を明示していないこと、最密接関係、及び、親子関係が継続的法律関係であることである。

まず、山口弘一は、条文が基準時を明記していないことのみを理由とする。

次に、山田三良は、「父母が国籍を変更したる以上は従来の本国法は最早親子間の関係を規律すべき理由を有せざるものである」ということと、条文が基準時を明記していないことの2点を挙げる。

久保も、親子関係が継続的法律関係であることと、条文が基準時を明記していないことの2点を理由とする。

南と佐藤は親子関係が継続的法律関係であることのみを理由とする。

学説の流れを見ると、山田(三)〔1931 (S6)〕が早い時期に「父母が国籍を変更したる以上は従来の本国法は最早親子間の関係を規律すべき理由を有せざるものである」という実質的根拠を挙げたことが注目される。次に、親子関係

が継続的法律関係であることを理由とする説がある。久保 [1955 (S30)], 南 [1990 (H2)], 佐藤 [2007 (H19)] である。第 2 次世界大戦以後の学説といえるであろう。なお、山田 (三) の挙げる理由と久保以降の学説の挙げる理由は、同じものを別の角度から表現しているように思われる。

最後に、条文が基準時を明記しないことを挙げる説がある。これは古い学説に限られる(山口 [1900 (M33)], 山田 (三)[1931 (S6)], 久保 [1955 (S30)])。

2. 多数説の実質的根拠

さて、従来 of 学説の挙げる理由のうちの実質的理由は、山田三良の「父母が国籍を変更したる以上は従来 of 本国法は最早親子間の関係を規律すべき理由を有せざるものである」という理由と、久保等の挙げる、親子関係は継続的法律関係である、という理由である。このうち、前者は、最も密接な関係のある実質法を準拠法とすべきである、という国際私法の理念に忠実である。次に、親子関係が継続的法律関係であることを理由とする説は、間接的に、山田三良と同じことを述べていると思われる。

しかし、「父母が国籍を変更したる以上は従来 of 本国法は最早親子間の関係を規律すべき理由を有せざるものである」という理由、あるいは、親子関係は継続的法律関係である、という理由は、《ある時点の親子関係についてはその時点が準拠法の基準時になる。》というルールを基礎づけるためにはなお不十分だと思われる。次に、この点を見る。

第 2 項 理論的根拠—原因事実発生時—親権の発生原因としての親子関係

それでは、多数説の採用する解釈、すなわち、《ある時点における親権の存否・内容・範囲に関してはその時点を準拠法の基準時とする。》というルールの理論的根拠は何か。

まず、法律関係の成立に関しては要件発生時・原因事実発生時が準拠法の基準時になるのが普通である。例えば、婚姻の実質的成立要件に関しては婚姻挙行時が準拠法の基準時になる。

継続的法律関係である親子関係ではどうか。ある時点で親権が存在するためには、その時点で親子関係が存在することが必要である。親子関係の存在しないところに親権の発生も親権の存在もあり得ない。この意味で、親子関係の存在は親権の存在の要件である⁴²⁾。それゆえ、《ある時点の親権の存否・内容・範囲についてはその時点を準拠法の基準時とする。》というルールは、原因事実発生時——親子関係の存在する時点——を準拠法の基準時とするルールである。

第2款 裁判時説

1950年代から2010年代まで、親子間の法律関係の準拠法の基準時が訴訟時・事実審の口頭弁論終結時である旨を明言する説が散発的に見られ（折茂〔1959 (S34)〕, 海老沢〔1994 (H6)〕, 織田〔2016 (H28)〕), いずれも「変更主義」という言葉を使う。そこで、この説の代表として折茂説を検討する。

42) Frankenstein〔1935 (S10)〕は「親子間の法律関係は継続的法律要件である。」という。

久保〔1951 (S26)〕は「『親子間の法律関係』とは親子関係の存在を前提としその存続する限りその内容効力として継続的更新的に発生する効果、例えば親の養育義務、親権等を意味する。換言すれば、その発生する個々の支分的効果から見ればその法律要件であり、しかも継続的なるものを意味する。即ち継続的法律要件である。」という。

久保〔1955 (S30) a〕226-227頁注8は「親子関係の効力としての父の用益権の効果として父が子の財産からその果実の所有権を取得し、または父の養育義務の懈怠によって子が父に対して扶養請求権（支分的権利）を取得する。これらの親子関係の効力の結果として取得する個々の権利（支分的権利）から見れば、右の親子関係の効力即ち親子間の法律関係（法例二〇条参照）は、その個々の権利の継続的発生原因とも解することができる。されば、右の親子関係の効力の如きものを指して継続的法律要件（Dauertatbestand）という者がある（Frankenstein, aa.O., ISS. 144ff.）。一面の消息を道破したものといえよう。」という。久保〔1940 (S15) a〕(3・完) 485頁、久保〔1940 (S15) b〕619頁にも同旨の記述がある。

久保の論旨は明瞭ではないが、親子関係と親権を区別し、前者から後者が発生する、と考えているように読める。

第 1 目 折茂豊

折茂〔1972 (S47)〕は、親子関係の準拠法の基準時に関して「ここに父または母の本国法とっているのは、訴訟当時におけるそれを意味するものと解せらるべきである。けだし、ここでの問題は、すでにひとたび取得せられた親子たり子たるの地位にもとづいて、親子間にいかなる権利義務が生ずるかという、身分関係の内容の問題にはほかならないがゆえに、その準拠法は、変更主義によって定めらるべきものとおもわれるからである。」という。

この引用文に見える「訴訟当時における」「本国法」、「親子間にいかなる権利義務が生ずるかという、身分関係の内容の問題」および「変更主義」という言葉は、相互にどのような関係に立っているのか。

折茂は、変更主義・不変更主義を一般的に定義する際に、「当面の問題が、すでにひとたび形成せられた身分関係の内容——たとえば夫婦間なり親子間なりの権利義務のごとき——に関するものであるときは、新属人法——すなわち現在の、訴訟当時における当事者の属人法——が基準とせらるべきものである（準拠法の変更主義）」（後出第 2 目参照）という。この一般的定義に見える「身分関係の内容——たとえば夫婦間なり親子間なりの権利義務のごとき——」、「訴訟当時における当事者の属人法」及び「変更主義」という 3 つの言葉は、本目の最初に引用した親子関係の準拠法の基準時に関する折茂の記述に見える 3 つの言葉と正確に対応している。

このふたつの引用文の言葉遣いだけを見れば、現在における身分関係の内容であろうと過去のある時点における身分関係の内容であろうと訴訟時を準拠法の基準時とすべきである、という趣旨に読める。しかし、他方で、折茂は、変更主義・不変更主義の一般的定義において、「もしも身分関係の形成の問題にたいして当事者の訴訟当時における属人法を適用すべきものとすれば、たとえばすでに婚姻当時におけるその属人法によって有効に成立した婚姻であっても、のちにいたってその有効性を否認せられる可能性があることとなり、涉外的身分関係の法的安定性はいちじるしく損われざるをえない」（後出第 2 目参

照) といひ、身分関係の形成に関して「渉外的身分関係の法的安定性」の確保を強調している。それゆゑ、折茂説を、過去のある時点における身分関係の内容に関してまた訴訟時を準拠法の基準時とすべきである、という趣旨に理解することはできず、折茂説は、訴訟時における身分関係の内容に関しては訴訟時を準拠法の基準時とすべきである旨を述べたものと理解すべきであろう。すなわち、折茂説は、《ある時点における親子関係の内容についてはその時点を準拠法の基準時とする。》というルールを——ただし、過去のある時点における親子関係の内容に関する準拠法の基準時には触れず——述べているものと理解することができる。結局、折茂説は山口弘一以来の日本の多数説と軌を一にしているといえよう。

第2目 折茂による「変更主義」の定義

しかし、問題はまだ残っている。すなわち、折茂説の趣旨は、《訴訟時における親子関係の内容に関しては訴訟時を準拠法の基準時とすべきである。》という点にあることは上に見たとおりであるが、そうすると、折茂が、《ある時点における親子関係の内容に関してはその時点を準拠法の基準時とすべきである。》というルールを「変更主義」と呼ぶのか、それとも、訴訟時における親子関係の内容であろうとそれ以前の時点における親子関係の内容であろうと、訴訟時を準拠法の基準時とする制度があればそれを「変更主義」と呼ぶのか、が明確ではない。

本稿の目的は、親権変動に関しては、どの時点を、どんな根拠で準拠法の基準時とすべきかを検討することであり、「変更主義」、「不変更主義」といった言葉の定義を検討することではない。しかし、折茂による「変更主義」の定義を検討することは準拠法の基準時を考える際に多くの示唆を与えるので、以下では、折茂による「変更主義」の定義を検討する。

まず、折茂による変更主義・不変更主義の定義を見る必要があるので、以下にそれを掲げる。

折茂〔1972 (S47)〕は婚姻の実質的成立要件(法例旧 13 条 1 項本文)の基準時を検討するに際して、その冒頭で次のようにいう(以下の引用文は、折茂〔1959 (S34)〕182-183 における叙述と比較すると、句読点と字句に違いがあるに過ぎない)。

「法例一三条一項本文が、各当事者につき「其本国法」を適用するといっているのは、いかなる時期における本国法をさしているのか。いいかえれば、当事者が婚姻当時と現在——訴訟当時——とにおいてその国籍を異にしているとき、すなわち婚姻後にその国籍を変更した場合においては、新旧いずれの本国法を適用すべきであるか。法文にはとくにこの点が明らかにされていないから、解釈によってこれを補わなくてはならない。

〔……〕もともと、一般的にいて、身分関係の準拠法決定に際し、当事者の属人法に変更があった場合新旧いずれの属人法を基準とすべきかについては、つぎのごとくに解すべきであろう。すなわち、まず、当面の問題が、身分関係の形成——たとえば婚姻なり養子縁組なりの成立のごとき——に関するものであるときは、旧属人法——たとえば婚姻なり養子縁組なりの当時における当事者の属人法——が基準とせらるべく(準拠法の不変更主義)、つぎに、当面の問題が、すでにひとたび形成せられた身分関係の内容——たとえば夫婦間なり親子間なりの権利義務のごとき——に関するものであるときは、新属人法——すなわち現在の、訴訟当時における当事者の属人法——が基準とせらるべきものである(準拠法の変更主義)、と。けだし、一方において、もしも身分関係の形成の問題にたいして当事者の訴訟当時における属人法を適用すべきものとすれば、たとえばすでに婚姻当時におけるその属人法によって有効に成立した婚姻であっても、のちにいたってその有効性を否認せられる可能性があることとなり、渉外的身分関係の法的安定性はいちじるしく損われざるをえないのにたいし、他方において、すでにひとたび成立した身分関係にもとづいて、たとえば夫たり妻たる当事者が相互にいかなる権利義務をもつかという、身分関係の内容の問題にいたっては、これに当事者の訴訟当時における属人法を適

用しても、右のごとき不都合を生ぜしめることがないとおもわれるからである。むしろ、右のべたごとく、身分関係に関する問題の二つの種類に応じて、新旧の属人法をそれぞれ適用し分けることが、身分関係にたいして当事者の属人法を準拠法とすべしとする基本的趣旨に、よく合致するものとみらるべきであろう。」(233-234頁)

さて、上に挙げた折茂による変更主義と不変更主義の定義をどのように理解すべきか。

第1に、折茂は「当面の問題が、身分関係の形成——たとえば婚姻なり養子縁組なりの成立のごとき——に関するものであるときは、旧属人法——たとえば婚姻なり養子縁組なりの当時における当事者の属人法——が基準とせらるべく(準拠法の不変更主義)」といい、身分関係の形成に関して婚姻挙行時・養子縁組時などを準拠法の基準時とすべき旨を説く。そして、折茂はこの制度を準拠法の不変更主義と呼ぶ。これは、従来の学説による不変更主義の定義と同じである。

第2に、折茂は「当面の問題が、すでにひとたび形成せられた身分関係の内容——たとえば夫婦間なり親子間なりの権利義務のごとき——に関するものであるときは、新属人法——すなわち現在の、訴訟当時における当事者の属人法——が基準とせらるべきものである(準拠法の変更主義)」という。

この引用文を《ある時点における親子関係の内容についてはその時点を準拠法の基準時とする。》という趣旨に理解すべきことは既に述べた。しかし、その結果、折茂が、《ある時点における親子関係の内容に関してはその時点を準拠法の基準時とすべきである。》というルールを「変更主義」と呼ぶのか、それとも、訴訟時における親子関係の内容であろうとそれ以前の時点における親子関係の内容であろうと、訴訟時を準拠法の基準時とする制度があればそれを「変更主義」と呼ぶのかが不明確になった。

第3に、折茂は「もしも身分関係の形成の問題にたいして当事者の訴訟当時

における属人法を適用すべきものとすれば、たとえばすでに婚姻当時におけるその属人法によって有効に成立した婚姻であっても、のちにいたってその有効性を否認せられる可能性があることとなり、渉外的身分関係の法的安定性はいちじるしく損われざるをえない」といい、「身分関係の形成の問題にたいして当事者の訴訟当時における属人法を適用す〔る〕」制度が理論的には可能であることを前提として、そのような制度は法的安定性を欠く旨論評する。しかし、折茂は——上記のように、身分関係の形成に関しては婚姻なり養子縁組なりの当時を準拠法の基準時とすべきであるといい、その制度を「準拠法の不変更主義」と呼ぶにもかかわらず、その対極的な制度である——「身分関係の形成の問題にたいして当事者の訴訟当時における属人法を適用す〔る〕」制度を「変更主義」と呼んでいるわけではない⁴³⁾。

折茂による変更主義の定義にはこのように不明確な点がいくつかある。

しかし、折茂説の最大の特徴は、上記の第3点、すなわち、「身分関係の形成の問題にたいして当事者の訴訟当時における属人法を適用す〔る〕」制度を理論的に考えることができることを示した点にある。これは、裁判時がただ裁判時であるという理由で準拠法の基準時になる制度であり、法律関係と全く関係のない時点を準拠法の基準時とする制度である(ただし、折茂はこれを「変更主義」とは呼んでいない)。これは、折茂の説明の第1点、すなわち、身分関係の形成に関して婚姻時・養子縁組時などを準拠法の基準時とする制度と対称的であり、この意味で折茂は準拠法の基準時に関する明確な座標軸を提示したといえる。

43) 私は、かつて、離婚の準拠法の基準時を検討する際に、折茂の記述を誤解して、裁判時がただ裁判時であるがゆえに準拠法の基準時になる制度を「変更主義」と呼んだ。根本〔2019 (R1)〕がそれであるが、ただ、そこでは、どの時点がいかなる根拠により離婚の準拠法の基準時になるかを検討したのであり、「変更主義」、「不変更主義」という言葉の定義自体を検討したわけではない。

また、裁判時がただ裁判時であるという理由により準拠法の基準時になる制度は身分関係の形成だけでなく、法律関係（身分関係）の内容に関しても成立することは明らかである（過去における身分関係の内容に関してもまた裁判時を準拠法の基準時とする。）^{44), 45)}。

第2節 親権変動の準拠法の基準時

本節では、親権変動の効力は準拠法変更後も存続するか、という問題⁴⁶⁾（親

44) 海老沢[1994 (H6)]は「〔親子間の法律関係の〕準拠法決定の基準時は訴訟時現在である。」という。織田[2016 (H28)]は「32条は、連結の時点の特に示していないため変更主義を採用しているものと解される。この場合、事実審の口頭弁論終結時までは準拠法の変更が可能である。」という。

45) 裁判時が裁判時であるという理由で準拠法の基準時になる制度を「変更主義」と呼ぶ用語例は内外ともに見当たらないようである（折茂もこれを「変更主義」と呼ぶことを慎重に避けている）。そのような用語例のない理由は、裁判時が裁判時であるという理由で準拠法の基準時になる制度を採用する立法例や学説がほとんど見当たらないということにあらう。そして、そのような制度を採用する立法等がない理由は、裁判時は裁判が行われる時点であるという意味以外で法律関係と無関係であること、裁判時が裁判時であるという理由で準拠法の基準時になる制度は当事者にも裁判所にも格別の利益をもたらさないということに求められようか（例えば、裁判所にとっては裁判時の国籍・常居所は過去の国籍・常居所と比べて容易に認定し得るわけではない——事実は証拠により認定するから——）。

46) 親権変動の準拠法の基準時を論ずる際に裁判による親権変動（親権者指定審判など）をどのように扱うべきかという問題がある。

まず、日本の裁判所は親権変動の裁判をする場合にどの時点を準拠法の基準時とすべきか、という問題は本稿の検討対象である。親権変動の裁判をする場合の準拠法の基準時については、後出注85参照。

これに対して、既に行われた裁判（日本の裁判所または外国の裁判所による裁判）に基づく親権変動の効力が準拠法変更後も存続するかという問題は本稿の検討対象ではない。これは、日本の裁判所の裁判による親権変動であれば既判力と形成力の問題であり、外国裁判所の裁判による親権変動であれば家事事件手続法79条の2の問題である。江川[1970 (S45)]が「親権喪失の取消が裁判所の宣言によるべき場合、取消には裁判所の宣告を必要とし、当然に親権が回復するものではない。」（山田（録）[2004 (H16)]も同旨を述べる）というのはこのことを意味すると思われる。

権変動の準拠法の基準時）を検討する。

第 1 款 ふたつの見方

親権変動に関しては、ひとたび生じた親権変動の効力はその後の準拠法変更によりどのような影響を受けるかという形の問題が提起されることが少なくない。そのような研究方法の代表者である久保は「国際私法上に於ける法律変更」という題名の論文で次のようにいう。

「法律関係と国法とを連繋せしめる連結素自体の所在に変更を生ずることがある。例えば人がその国籍を変更し若くはその住所を他国に移し又は動産が他国に運ばれた場合の如くである。かく連結素の所在に変更を生じた場合に、先づ単位法律関係の準拠法に変更を生ぜしむるか否か、次にその変更を来たさしむる場合には〔A〕従来の準拠法（旧法・前法）は如何なる事項までに適用せられ、新しき準拠法（新法・後法）は如何なる事項に適用せられるか、〔B〕これを規律せられるものたる法律関係（事項）の側より見れば如何なる事項までは従来の準拠法の適用を受け、如何なる事項は新準拠法の適用を受けるかと云ふ適用範囲の問題を生ずる。更に〔C〕従来の準拠法の適用を受けて発生した法律効果並にその内容効力は法律変更により影響を受けるか、その影響を受ける場合には如何なる変更を来すかの問題を生ずる。」（久保〔1940（S15）a〕（1）88-89 頁）（強調及び〔A〕、〔B〕、〔C〕の文字記号は引用者による）

この引用文はいくつかのことを述べている。まず、〔A〕は実質法から出発して検討する研究方法を述べ、〔B〕は、それとは反対に、法律関係から出発して検討する研究方法を述べる。〔A〕と〔B〕が同じことを別の角度から表現していることは言うまでもない⁴⁷⁾。

47) 本文で「 」で引用した文とほとんど同じ文章は久保〔1955（S30）a〕185 頁に見える。しかし、後者では〔B〕は削られている。このことから、久保が準拠法の基準時の問題に関しては実質法から出発して検討する研究方法を重視していたことが窺える。

次に、〔C〕は時間の流れに沿って検討する研究方法を述べる。これは当事者の立場に立って物事を見る方法である。国際私法が涉外的な私法上の法律関係を研究する学問である以上は当事者の立場が重要なのはいうまでもない。しかし、研究の視点としては、当事者でも裁判官でもない第三者の立場に立って裁判官による法適用を客観的に見るという方法も成り立つ⁴⁸⁾。

では、第三者の立場に立って検討するとはどういうことか。まず、ひとたび生じた親権変動の効力がその後の準拠法変更後も存続するということは（これは存続説の考え方である）、裁判官の立場から見れば、親権変動の準拠法の基準時を原因事実発生時とする、ということに等しい。他方で、準拠法変更が生じた場合はそれ以前に生じた親権変動ないしはその原因事実を考慮しないとい

48) 日本では、法例施行（明治31（1898）7月16日）の直後から2000年代（2010年代の前）までの学説は、親子間の法律関係の準拠法を表現する際に「現在（の本国法）」という言葉を使う（山口〔1900（M33）〕、山田（三）〔1931（S6）〕、實方〔1937（S12）〕、江川〔1950（S25）〕、久保〔1951（S26）〕、久保〔1955（S30）〕、山田（鑛）〔1982（S57）〕、山田（鑛）〔2004（H16）〕）。前出注39を付した本文参照。これは当事者の立場に立った見方であるといえよう。

これに対して、親子関係の準拠法の基準時を、「本国決定の基準となる時点は争いとなっている時である」（林脇〔1978（S53）〕）、「具体的な親権行使当時の関係者の本国法」（南〔1990（H2）〕）、「親権の行使等につき具体的な案件が生じる毎に、当該時点における父母子の本国法」（南〔1992（H4）〕）、「具体的に親権行使が問題となる当時の関係者の本国法あるいは常居所地法」（佐藤〔2007（H19）〕）、「段階的連結は、親子関係の効力が問題となる時点ごとに判断される」（奥田〔2015（H27）〕）というように客観的な言葉で表現する学説が1970（S45）年代以降現れているが（前出第2章第1節第1款第2目参照）、これは、裁判官による法適用を第三者の立場に立って見ているといえよう。

ドイツでは、親子関係の準拠法の基準時を表現する場合は、古くから、「その都度の *jeweilig*（国籍、本国法）」と表現するのが一般的である。Habicht〔1907（M40）〕、Raape〔1931（S6）〕、Lewald〔1931（S6）〕、Henrich〔2019（R1）〕(*jeweils*)、Helms〔2020（R2）〕である。なお、Savigny〔1849〕は *jedesmalig* という語を使った。これらは客観的な第三者の立場に立った表現であると思われる。特に注目すべきは、Habicht〔1907（M40）〕が「父のその都度の属人法 *dem jeweiligen Statute des Vaters*」と表現するとともに、「そこにおける法律関係を判断すべき時点における国籍 *die Staatsangehörigkeit in demjenigen Zeitpunkte, für den das Rechtsverhältnis beurteilt werden soll*」と表現したことである。

うことは(これは断絶説の考え方である), 少なくとも基準時を親権変動原因事実発生時には置いていないといえる。

このように, 裁判による法適用における時間的要素の働きを検討する場合, 当事者でもなく裁判官でもなく第三者の立場に立って裁判官による法適用を見ろという方法は多面的な見方を提供すると思われる。それゆえ, 以下では, 親権変動の準拠法の基準時はどの時点か, その時点を基準時とする実質的根拠は何か, という角度から検討する。

第2款 存続説

第1目 存続説の理論的根拠

まず, 存続説である。ドイツでは Habicht [1907 (M40)], Zitelmann [1912 (T1)], Lewald [1931 (S6)], Frankenstein [1935 (S10)] は親権変動の効力が準拠法変更後に存続することがあることを認めていたし, 特に Raape [1931 (S6)] は例外のない存続説を主張した。日本でも, 實方 [1937 (S12)], 久保 [1955 (S30)] は存続説である⁴⁹⁾。

存続説の論拠は何か。実質法では, ある事実により権利が発生した場合は, 発生した権利はその後に権利消滅事由が発生するまでは存続する(この反面として, ある事実によっては権利が発生しないとされた場合は, その後に権利発生事由が発生するまでは権利はない。既発生権利の消滅・不消滅についても同じである。)。この考え方を国際私法に反映させるためには, 事実が発生するたびに, その事実により権利変動が生じたか否かに関してはその事実の発生時を準拠法の基準時とするほかはない。なぜなら, ある事実による権利変動に関して, その事実の発生時の後の時点を準拠法の基準時とすると, 一旦発生(または, 消滅)したはずの権利が実は発生(または, 消滅)していなかった, ということになり得るからである。それゆえ, 権利変動および法律関係の成立・消

49) 存続説は Lagarde が「保護の継続を主張する意見」と呼ぶ見解である。後出注 64 参照。

滅に関して原因事実発生時を準拠法の基準時とするのは国際私法の基本原則と
いってよいであろう。これを親権変動に適用したのが本稿で呼ぶ（親権変動に
関する）存続説である。

存続説の最大の特徴は、複数の権利変動が継起する場合の實質法上の判断過
程を国際私法に反映させているという点にある。すなわち、實質法では、ある
事実に基づいて権利が発生し、その後に別の事実が発生し、その事実に基づい
て権利変動が発生し、ということをして、最終的に特定の時点における権利
の存否に至るから、裁判官はこの順序に従って法的判断を積み重ねる必要があ
る。このように、（親権変動に関する）存続説は、継起する権利変動の判断を
時間の流れに沿って積み重ねて最終的に権利の存否の判断に至る、という實質
法上の判断過程を国際私法に忠実に反映させている。

第2目 存続説の実際上の帰結

ところが、親権変動に関しては存続説には大きな難点がある。それは、親権
変動の効力が準拠法変更後も存続すると考えると、新準拠法の価値観に合わ
ない親権分配が頻発するからである。例えば、【事例1】非嫡出子親子関係成立
時には親子関係の準拠法が《非嫡出子の父母は親権者になる。》と定めており、
その後に準拠法が変更し、新準拠法は《非嫡出子の母は親権者になる。》と定
めている場合には、存続説により新準拠法の下で父を親権者とすることは新
準拠法の価値観に合わないし、これとは逆に、【事例2】非嫡出子親子関係成
立時には親子関係の準拠法が《非嫡出子の母は親権者になる。》と定めており、
その後に準拠法が変更し、新準拠法は《非嫡出子の父母は親権者になる。》と
定めている場合には、存続説により新準拠法の下で父が親権者でないことは新
準拠法の価値観に合わない^{50), 51)}。

- 50) 【事例 2】では、旧準拠法時代に非嫡出親子関係成立によっては父の親権は発生しなかったから親権変動は生じていず、それゆえ、旧準拠法時代に父が親権者でないという状態は存続説に立ったとしても準拠法変更後に引き継がれるわけではない、という考え方が成り立つかもしれない。しかし、ここではこの問題には立ち入らない。
- 51) 東京家審昭和 38 (1963) 年 1 月 31 日 (家月 15 巻 6 号 94 頁) は存続説に立っているようである。

この判例における事実は次のとおりである。ともに朝鮮に本籍地を持つ A 女と B 男は夫婦であり、1946 (S21) 年に子 C が生まれた。1955 (S30) 年に A と B は協議離婚をした。A はほどなく日本に帰化し、B と C は 1962 (S37) 年に一緒に日本に帰化した (B は韓国法上 C の親権者として C の帰化申請をした.)。そこで、1963 (S38) 年に A は B に対して C の親権者を A に変更する旨の審判の申立をした。なお、判旨は、「C は A と B の離婚以来ひきつづき母である A に監護教育せられ何等の故障なく成長し今日に至り、B に於ても C の親権者を A に変更するについて異議はないが、A の再婚の事などから感情に疎隔をきたし、親権者の変更等について互に協議する意思のないことが認められる。」(下線は引用者による。)と述べている。

これにつき、裁判所は、「B は法例第 27 条第 3 項の規定に準じて韓国の法令を適用すべき朝鮮人であつたものと云うべく、そうだとすれば朝鮮民事令で朝鮮の独立後も事実上援用される日本民法 (旧法) 第 877 条の規定により事件本人は父母の離婚によつて父の親権に服すべきものであり、その後韓国新民法の施行 [1960 (S35) 年 1 月 1 日施行] をみるに至つたがその点については何等の変更をみないのである (朝鮮民事令 1 条、11 条、1957 年 2 月 26 日韓国代表団の口上書、韓国民法 909 条参照)。しかし、さきに申立人が日本に帰化し更に昭和 37 年 9 月 14 日、相手方及び事件本人が帰化を許されるに至つて申立人と相手方である親と子である事件本人との親子関係は法例 20 条に則つて現在の父の本国法すなわち日本民法に準拠すべきところ、さきに認定した事実は民法第 819 条第 6 項の規定を準用して親権者を変更すべき場合に該当するものと云うべく [……]。」(下線は引用者による。)と判示した。

この判旨は、準拠法変更前の状態——韓国民法により父が単独親権者であるという状態——が準拠法変更後も存続している、と考えているように読める。

この判例につき林脇 [1964 (S39)] 89 頁は「韓国法で法規上当然父が親権者であったことを日本法では父母の協議で父を親権者と定めたものとして取り扱うべきものと考え、その上で子の利益のため必要があれば親権者の変更ができることになる。この意味で本審判が 819 条 6 項を準用する (類推する) というならば正しい。」という。すなわち、林脇も、準拠法変更後、本件審判まで、父が単独親権者だったと考えている。

林脇はさらに続けて次のようにふたつの選択肢を挙げている (次の引用文中、X は母、Y は父、A は子である.)。

「Y の国籍変更前の旧準拠法である韓国法によつて Y が A の親権者とされているのは法規上当然の効果であるから、新準拠法である日本法の適用によつて変更しその効果は無意味ならしめうる。ただ日本法上父母の離婚の際の親権者の決定は父母の協議

第3款 断絶説

そこで、準拠法変更後の親権分配を新準拠法上の価値観に基づいてする方向が探られることとなる。それが断絶説である。ドイツでは Henrich [2019 (R1)], Kropholler [2006 (H18)] が基本的には断絶説に立ち、日本では、江川 [1950 (S25)], 山田 (録) [1970 (S45)], 山田 (録) [1982 (S57)] 以来、断絶説を支持するのが多数であるとみてよいであろう。

(或いは裁判所の決定) という具体的な行為を要するので、これとの関連で二つの立場が考えられる。Y が A の親権者とされていることは日本法上全く無意味で親権者が欠けている状態と同じであり新たに X、Y の協議 (或いは裁判所の決定) を要すると考えるか、或いは Y が親権者とされていることは X、Y の協議によって Y を親権者に決定したのと同様に取り扱うべくその上で新準拠法に存在する親権者変更の規定の適用の可能性があると考えるかであろう。ひとまず後者の立場に立つて本審判の結果を肯認する。」

林協のいう「二つの立場」のうちの前者は断絶説であり、後者は存続説である。前者の立場 (断絶説) は、南 [1992 (H4)] のいう次の解決策である (以下の引用文中の傍点は引用者による.)。

南は、平成元年法例改正時の時際国際私法規定である改正法例附則 2 項に関して、「新法施行中に当事者の国籍の変更等連結点を変更したことにより準拠法が変更することがある。この場合については、いわゆる法律変更の問題として扱われるが、以下に述べる点は、この場合についても、ほぼ当てはまるものといえよう。」といい、「例えば、日本国籍を有する子を有する韓国人夫と日本人妻が旧法中に離婚した場合の当該子の親権者は、父の本国法である韓国民法により父に法定されていたが、新法施行後は、子の本国法である日本民法が適用されることとなる。この場合、離婚後親権者の指定のない状態となり、父母が協議するまでの間は、共同親権となろう。」という。そこで、南の挙げるこの事例を連結点変更の事例に読み替えると、《父母が親子関係の準拠法が韓民法である期間中に離婚した場合の当該子の親権者は、父の本国法である韓国民法により父に法定されていたが、親子関係の準拠法が日本法に変更した後は、離婚後親権者の指定のない状態となり、父母が協議するまでの間は、共同親権となろう。》となり、東京家審昭和 38 (1963) 年の事案と同じである。

なお、東京家審昭和 48 (1973) 年 11 月 28 日は林協 [1964 (S39)] の示す「二つの立場」のうちのはじめの立場 (断絶説) を採用した。後出注 56 参照。

第 1 目 断絶説の内容

断絶説は、準拋法変更時における親権分配を準拋法変更時に存在する事実に基づいて⁵²⁾ 新準拋法を適用して⁵³⁾ 行う。これにより、準拋法変更時における親権分配を新準拋法の価値観に従って行うことが可能となる。ここから、断絶説は以下の特徴を備える。

断絶説は準拋法が変更するたびに親権分配をやり直すから、断絶説においては、いわば、準拋法が変更するたびに親権分配は装いを新たにして出発し、新準拋法に支配されている親権の姿は次の準拋法変更が生ずるまで続く。

断絶説は、準拋法変更時における親権分配を準拋法変更時に存在する事実に基づいて行うから、親子関係の準拋法が変更すれば、それ以前の親子関係とそれ以後の親子関係をあたかも別の親子関係として扱う。

断絶説は準拋法が変更するたびに親権分配をやり直すから、準拋法変更前の親権の状況に変更を加えるものではない。それゆえ、準拋法変更前の或る時点(例えば、代理行為をした時点)における親権の存否・内容・範囲に関しては、準拋法変更後に裁判が行われても、旧準拋法が適用される。

断絶説の内容は以上のとおりである。

52) 断絶説が準拋法変更時の親権分配を準拋法変更時に存在する事実によって行うことを明言する学説は多くない。Zitelmann [1912 (T1)] が「ある属人法から別の属人法への移行が生ずる場合は、嫡出親子間の財産法上の効力は、新属人法がその財産法上の効力に付与する内容——もっと正確にいえば：嫡出親子関係がこの時点にはじめて成立するのであれば保有するであろう内容——を、この時から、保有する。」という言葉が参考になる(ただし、Zitelmann は一定の場合には親権変動の効力が準拋法変更後も存続することを認めた.)。

53) 断絶説は Lagarde が「変更可能性を主張する意見」と呼ぶ見解である。後出注 64 参照。断絶説が準拋法変更時における親権分配を新準拋法により行うことはこの説の本質的内容である。

第1項 親子関係の成立に基づく親権変動

では、さきに挙げた事例では断絶説はどのような解決をするか。【事例1】は、非嫡出子親子関係成立時には親子関係の準拠法が《非嫡出子の父母は親権者になる。》と定めており、その後に準拠法が変更し、新準拠法は《非嫡出子の母は親権者になる。》と定めている場合であるが、この事例では、断絶説によれば、準拠法変更後には母のみが親権者になり⁵⁴⁾、【事例2】は、非嫡出子親子関係成立時には親子関係の準拠法が《非嫡出子の母は親権者になる。》と定めており、その後に準拠法が変更し、新準拠法は《非嫡出子の父母は親権者になる。》と定めている場合であるが、この事例では、断絶説によれば、準拠法変更後には父母が親権者になる⁵⁵⁾。いずれの事例でも、準拠法変更後には新準拠法の価値観に合う親権分配が直ちに行われる⁵⁶⁾。

この場合の、新準拠法上の価値観に従った親権分配の内容を詳しく見よう。

54) 海老沢〔1994 (H6)〕は「日本人男が韓国人女の生んだ子(韓国籍)を認知し、ついで日本に帰化させたとすると、子の国籍変更により、準拠法が帰化前の韓国法から帰化後は日本法に変わるようになる(変更主義)。それにつれて、多くの場合、子の親権者も、父母の共同親権(韓国民法909—3項の協議等のない場合1項の共同親権と解される)から母の単独親権(民819VI)に変わるわけである。」という。

横山〔2012 (H24)〕は「子の出生当時の常居所地法の下では嫡出でない子の父母がともに親権者とされていたとしよう。子の常居所が移動し、新たな常居所地の法では嫡出でない子については母のみが親権者とされているとすると、(なんら不行跡がなかったとしても)親権者としての地位を父は失うことになる。」という。

いずれも、準拠法変更時における親権分配を準拠法変更時に存在する事実に基づいてするものであろう。

55) 横山は「旧常居所地法では非嫡出である子の母が単独親権者とされていた場合に、新常居所地法では父も親権者とされていると、今度は(単独で子を養育しようとする)母の意思に反する結果を招来しかねない。」という。

これもまた、準拠法変更時における親権分配を準拠法変更時に存在する事実に基づいてするものであろう。

56) 東京家審昭和48(1973)年11月28日(家月27巻7号82頁)は断絶説に立っているようである。事案は次のとおりである。

韓国人男Aと日本人女Bは内縁関係にあり、1962(S37)年2月14日に子Cが生まれた。1962(S37)年2月27日にAとBは婚姻し、同時にAはCの出生届をした。

1964 (S39) 年に A と B は協議離婚をした。1966 (S41) 年 4 月 12 日 A は帰化により日本国籍を取得した。1966 (S41) 年 8 月 20 日に「C の親権者を母 B と定める父母協議の届出」がされた。C の監護養育は母 B がして来たが、1972 (S47) 年 8 月 26 日に B は日本人 D と婚姻し、同日、C は親権者母 B の代諾により D との養子縁組届出をした。

1972 (S47) 年 8 月 2 日に A は B に対して C の親権者指定協議届出の無効確認を求める調停申立てをし、1973 (S48) 年 2 月 2 日に調停不成立となったが、同日、A は戸籍訂正許可審判申立てをし、裁判所は、1966 (S41) 年 8 月 30 日当時 C については後見人を選任すべきであつたとして 1973 (S48) 年 5 月 31 日に、右申立につき、「本籍東京都〔……〕、筆頭者 B の除籍及び本籍東京都〔……〕、筆頭者 B の除籍中、長女 C の身分事項欄の「昭和 41 年 8 月 20 日協議により親権者を母 B と定める旨父母届出」の記載は消除することを許可する。」旨の審判をし、右審判は同年 6 月 16 日確定した。そこで申立人は右審判に基づいて 1973 (S48) 年 6 月 26 日東京都〔……〕区長宛戸籍訂正申請をしたところ、同区長は右申請の受理をしなかつた。そこで、A は、この戸籍訂正申請を受理せよ、との審判を求める申立をした。

裁判所は次のように判示した。

「C は法例 14 条により適用される韓国民法 855 条 2 項により嫡出子とみなされ、法例 20 条により適用される韓国民法 909 条 1 項により、家にある父たる A が親権者となり、この親権者は父母の離婚によつても変動していない。

さらに、A の帰化により、関係者全員は日本人となるので、現在の父の本国法である日本民法が適用されることになるが、A の帰化前 B との離婚当時 A が C の親権者であつたことを、わが民法上如何に解すべきかが問題であり、この問題の処置についてわが民法上 819 条 1 項の親権者指定の協議があつたものと解して処置する方法と、日本民法適用上 A の帰化後父母共同親権となり、父母間に親権者指定の協議のなされていない状態とみて処置する方法とが考えられる。前者の方法によるときは、戸籍上 A を親権者として表示する方法がない。もつとも本件のように戸籍上母が親権者となる場合には、民法 819 条 6 項により親権者変更の手続によるべきものとする事になり、後者の方法によるときは、本件戸籍の記載のように、帰化後に父母より親権者指定の届出をなさしめることになる。

当裁判所はわが民法の父母共同親権および未成年者の福祉保護の理念に照らし、後者の見解ならびにその見解にもとづく戸籍上の処置を正当と解するものである。

以上のように解するときは、C の親権に関する戸籍の記載は正当であ〔る〕。」

判旨は、父が単独親権者であるという準拠法変更前の状態は準拠法変更をもって終了し、準拠法変更後は、父母が協議離婚をしたにもかかわらず父母が子の親権者を定める協議をしていない状態(父母の共同親権の状態)となつたところ、準拠法変更の 4 か月後の 1966 (S41) 年 8 月に父母が親権者を定める協議の届出をした、と解した。従つて、この判例は林脇〔1964 (S39)〕が示した「二つの立場」のうちのはじめの立場(断絶説)を採用したといえる。前出注 51 参照。

断絶説に従った場合、【事例1】と【事例2】では、準拠法変更時の親権分配が新準拠法を基準として行われることは今見たとおりであるが、その場合、どんな事実を考慮しているか。【事例1】と【事例2】は親子関係成立後は格別の親権変動が生じていない事案であるが、このように、親子関係成立後は格別の親権変動が生じていない事案に関して準拠法変更時に断絶説が親権分配をする場合、親子関係の種類（嫡出親子関係、非嫡出親子関係、養親子関係の別）に関しては、新準拠法はあたかも親子関係成立時から親子関係の準拠法だったかのように振る舞う。すなわち、断絶説が準拠法変更時にする親権分配は建前上は準拠法変更時に存在する事実のみに基づくにもかかわらず、実際には、準拠法変更前に発生した事実（発生した親子関係の種類）に基づいているのである。この点は極めて重要である。

第2項 親子関係成立後の親権変動

それはともかく、断絶説は万能ではない。それは、親子関係成立後に親権変動が生じた場合である。

第1 法律行為に基づく親権変動

まず、法律行為ないしは行政機関への届出による親権変動を考える。例えば、非嫡出親子関係成立時には親子関係の準拠法が《非嫡出子の母は親権者になる。ただし、父母の協議により親権者を父に変更することができる。》と定めており、非嫡出親子関係成立後に父母がこの規定に従って親権者を父に変更し、その後準拠法が変更した場合において、【事例3-1】新準拠法が《非嫡出子の母は親権者になる。》とのみ定めているときと、【事例3-2】新準拠法が旧準拠法と同じく《非嫡出子の母は親権者になる。ただし、父母の協議により親権者を父に変更することができる。》と定めているときを考える。【事例3-1】でも【事例3-2】でも旧準拠法時代に父による親権取得と母による親権喪失が生じたわけである。さて、断絶説は準拠法変更前に生じた親権変動は考慮せず、準拠法変更時にあたかも親子関係が成立したかの如く考えて準拠法変更時の親権分配をするから、【事例3-1】でも【事例3-2】でも、断絶説によれば、準拠法変更

後は、父は親権者ではなく、母が親権者になる⁵⁷⁾。いずれの事例でも、親子関係成立後に父母の協議により生じた親権取得と親権喪失のいずれの効力も準拋法変更後は無視される結果となる(なお、【事例 3-2】では、準拋法変更後に当事者が新準拋法の許容する親権者変更手続をすることが許されるのは当然であるが、それをするまでは、準拋法変更後は、母が親権者である)。ここにあげたふたつの事例で準拋法変更時に断絶説がする親権分配は、さきに挙げた【事例 1】および【事例 2】におけると異なり、新準拋法があたかも親子関係成立時から親子関係の準拋法だったかのような親権分配ではない。すなわち、ここにあげたふたつの事例では、断絶説は、準拋法変更時までに存在する事実のうち、親子関係成立後の親権変動(父母の協議による親権者変更)を視野の外に置いて、準拋法変更時の親権分配をする。これでは、断絶説の目標——準拋法変更時における親権分配を新準拋法の価値観に従ってするという目標——が完全に達成されたとはいえない。

第 2 法律行為以外の事実に基づく親権変動

次に、親子関係成立後の親権変動のうち、法律行為以外の事実(父母の婚姻・離婚、子の認知、父母の一方の死亡など)に基づく親権変動はどうか。例えば、【事例 4】親子関係成立時に父母の一方(A)が親権者になり、A が、その後、死亡した。その時の親子関係の準拋法は他方の親が当然に親権者になるとは定めていない。その後親子関係の準拋法が変更し、新準拋法が《父母の一方が親権者である場合において、その者が死亡した場合は、他方が親権者になる。》と定めている場合である⁵⁸⁾。この事例では、新準拋法上、残された親(B)が親権者になるための要件は、規定上は、《親権者たる親が死亡すること》であるが、しかし、

57) 日本の多数説(江川英文、山田録一)によれば、旧準拋法時代に親権喪失が生じて準拋法変更後は親権は復活するから、多数説によれば、【事例 3-1】でも【事例 3-2】でも準拋法変更後に母が親権者になる。

58) 横山 [2001 (H13)] 311 頁注 45 の挙げる事例による。後出注 83 参照。

新準拠法が《親権者たる親が既に死亡しており生存していないこと》が要件であるという解釈を許容することであろう。これは準拠法の解釈の問題である。そして、新準拠法が後者の解釈を許容していれば、【事例4】では、断絶説に立ったとしても、親子関係成立後かつ準拠法変更前に発生した事実（父母の一方が親権者である場合における親権者の死亡）を事実上考慮に入れて準拠法変更時における親権分配をすることができ（準拠法変更時からBが親権者になる。）、この結果、新準拠法の価値観に沿った親権分配が行われる^{59), 60), 61)}。

これに対して、新準拠法が当事者の法律行為を親権変動原因とする場合は、準拠法変更前にした法律行為に関しては、このような処理はできない（【事例3-2】）。当事者間の法律行為であれ（ドイツ法上の親権宣言）、行政機関への届

59) 佐藤〔2007（H19）〕は、「気をつけなければならないのは、次のような事例である。日本人と外国人夫婦の間の日本人嫡出子につき、夫婦が離婚し、その際、親権者を日本人親にしたが、その後その日本人親が死亡し、子の常居所地が日本であるために日本法が準拠法となる場合である。その際には日本人未成年嫡出子の後見が開始するのであり、もう一方の外国人親が親権者になるのではない。しかし、この後見開始後、子が常居所地を外国に移したため、準拠法が変わり、その外国の法が準拠法となって外国人親の親権が回復するときである〔……〕。」という。

佐藤の挙げるこの事例では、新準拠法である外国法により「外国人親の親権が回復する」原因が何であるかが明らかではない。しかし、仮にこの事例で、その外国法が《単独親権者である父母の一方が死亡した場合は他方が親権者になる。》と定めつつ、「死亡した」とは、既に死亡しており生存していない状態を含む。》という解釈を許容するときを意味するのであれば、本文に述べた事案そのものである。

60) 父母の一方の死亡のような純粋な事実ではなく、身分関係の変動はどうか。例えば、父母の婚姻、父母の離婚、子の認知である。例えば、父母が離婚した後に親子関係の準拠法が変更し、新準拠法が離婚により自動的に親権変動が生ずる旨を定めている場合はどうか。この場合も、新準拠法が《父母が離婚したときは離婚により婚姻が解消した状態を含む。》という解釈を許容していれば、断絶説は、準拠法変更時における親権分配を、準拠法変更前に生じた離婚を視野に入れて、することができる。

61) Lagardeが「婚姻、認知、死亡」について述べることはこのような意味であると理解することもできる。後出注83参照。

出 (日本民法上の届出) であれ、それらは一瞬のうちに完了する事実であり、行政機関に届け出れば届出をしている状態がその後継続する、とはいえないからである⁶²⁾。

このように見ると、断絶説が準拠法変更時の親権分配の際に考慮に入れることができる事実は、まず、親子関係成立 (【事例 1】、【事例 2】) である。次に、断絶説は、親子関係成立後の事実 (法律行為を除く) (【事例 4】) についても、準拠法の解釈如何によっては、準拠法変更時の親権分配をする際の基礎として考慮することができる。要するに、断絶説は、準拠法変更時の親権分配の際に、実際上は、準拠法変更前に発生した事実のうちのかなり多くを考慮している。その結果、断絶説は、準拠法変更時の親権分配を、新準拠法の価値観にかなり沿った形で行うことができることとなる。ドイツでも日本でも現在でも基本的には断絶説が支持されている (とみられる) のはこのような理由に基づくと思われる⁶³⁾。

62) Looschelders [1999 (H11)] は、ドイツ法に従って行った親権宣言の効力は、その後に準拠法がイングランド法 (親責任の合意の制度を有する) に変更した場合には、代用 Substitution により、存続する旨を説く。これは、ドイツ法に従って行った親権宣言が状態として準拠法変更時まで継続して存在しているのではないことを前提とする議論であろう。

63) なお、準拠法変更時に親権変動原因が発生する場合を検討する必要もあろう。すなわち、親子関係の準拠法の変更原因が新準拠法上の親権変動原因である場合である。例えば、父による認知により父子関係が成立し、これにより親子関係の準拠法が変更した場合において (認知により親子関係の準拠法が変更することがあることについては奥田 [2015 (H27)] 参照。ただし、認知の準拠法上認知が遡及効を有する場合でも親子関係の準拠法の変更は遡及しないと解すべきであろう。認知の遡及効が法適用通則法 29 条によるべきことについては溜池 [2005 (H17)] 499 頁、櫻田 [2020 (R2)] 305-306 頁参照。)、新準拠法が認知による父子関係の成立を親権変動原因とするとき、また、父母の一方の死亡により親子関係の準拠法が変更した場合において (父母の一方の死亡により親子関係の準拠法が変更することがあることについては奥田 [2015 (H27)] 参照。)、新準拠法が父母の一方の死亡を親権変動原因とするときである。

(1) 父による認知により父子関係が成立し、その結果親子関係の準拠法が変更した事案
(ア) 準拠法変更前の親権者が誰であるかに言及したものと見られる判例として次のものがある。

東京家審昭和 50 (1975) 年 10 月 2 日 (家月 28 卷 10 号 103 頁) の事実は次のとおりである。

1968 (S43) 年 12 月 19 日に日本人女 A と国籍朝鮮の B の間に子 C が生まれ、同年同月 27 日に B は C を認知し、これにより C は韓国国籍を取得したが、その後 6 か月以内に日本国籍を離脱しなかったので 1969 (S44) 年 6 月 27 日の経過をもって韓国国籍を喪失した。1975 (S50) 年に A は C の親権を辞任することを許可する審判の申立をした。

裁判所は次の理由で、A は C の親権者ではない、と判示して申立を却下した。

「C の出生時同人の母である A が C に対し親権を行使した。しかし韓国人である父が認知した子の親権者については法例第 20 条によると父の本国法による。大韓民国国籍法によれば、大韓民国の国籍を取得することにより 6 月内にその国籍を喪失するにいたる外国人であつて、大韓民国の国民である父が認知した者は同国の国籍を取得し (第 3 条の第 2 号)、大韓国民民法第 909 条第 1 項により未成年者である子はその家にある父の親権に服する。しかしその者が大韓民国の国籍を取得した後 6 月経過してもその外国の国籍を喪失しないときは、右大韓民国の国籍を喪失する (第 12 条第 7 号)。従つて本件に就いてみれば、父である B の認知により、C は昭和 43 年 12 月 27 日大韓民国の国籍を取得し、B が C の親権者となつた。しかし記録によれば、C が右昭和 43 年 12 月 27 日から 6 月内に日本国籍を離脱し、これを喪失した事実はなかつたことが認められるので、事件本人は昭和 43 年 12 月 27 日から 6 月の期間を経過した昭和 44 年 6 月 27 日の経過を以て韓国の国籍を喪失し、同時に同人の父 B の事件本人に対する親権も消滅し、我が国の民法上事件本人につき後見が開始した (民法第 838 条第 1 号) [……].」

この事案では父子関係の成立とそれに伴う親子関係の準拠法の変更 (法例旧 20 条により、母の本国法たる日本法から父の本国法たる韓国法への変更) が同時に発生した。引用した判旨の冒頭の「C の出生時同人の母である A が C に対し親権を行使した。」という記述が旧準拠法 (日本法) 上の判断なのか否かは明らかではないが、その記述に続く「しかし韓国人である父が認知した子の親権者については法例第 20 条によると父の本国法による。」という言葉から判断すると、その記述は旧準拠法上の判断である可能性は高い。しかし、その記述が旧準拠法上の判断であるとしても、裁判所は——A による親権辞任を許可するためには A が裁判時において親権者であることを確定する必要があるところ——A が準拠法変更前に日本法により親権者だったことが準拠法変更後も存続するか否かを検討せず、B による C の認知以後に発生し、または、存在する事実のみを基礎として韓国法を適用して判断した (なお、この事案では、存続説によっても断絶説によっても認知後の 6 か月間は B が親権者になろう)。この判例の研究として、西賢「涉外判例研究」ジュリスト 635 号 144 頁 [1977 (S52)] がある。

(イ) 準拋法変更前の親権者が誰であるかに言及しなかった判例として次のものがある。

(a) 大阪家審昭和 34 (1959) 年 5 月 28 日 (家月 11 巻 8 号 134 頁)

事実は次のとおりである。朝鮮に本籍を有する男 A と内地に本籍を有する女 B の間に 1948 (S23) 年と 1950 (S25) 年にそれぞれ子 C と D が生まれ、1952 (S27) 年に「日本国との平和条約」の発効により A が日本国籍を喪失し、1956 (S31) 年に A が C と D を認知し、1959 (S34) 年に A が B に対して日本民法 819 条 4 項 5 項に基づき C と D の親権者を A に指定する旨の審判を申し立てた。この事案では、A による C と D の認知により親子関係の準拋法 (法例旧 20 条) は日本法から韓国法に変更したものと見られる。

裁判所は A による認知前の C と D の親権者が誰だったかについては判断せず、次のように判示して申立を却下した。

「日本人女たる B の非嫡出子 C、D と A との親子間の法律関係については現行日本民法の適用なく、法例第 20 条に基き父たる A の本国法すなわち大韓民国国籍法第 2 条第 2 号、第 4 条第 1 号、朝鮮民事令第 1 条第 1 号、第 11 条第 1 項、旧日本民法第 877 条第 1 項の適用を受くべきものと解するを相当とし、これによれば C および D は上記認知により父の国籍を取得しその親権者は父たる A であると解せられる〔……〕。」

この判例も、裁判時における親権者が誰であるかを判断するために、準拋法変更後に発生し、または、存在する事実のみを基礎として新準拋法 (韓国法) を適用したものと見られる。

(b) 熊本家審昭和 52 (1977) 年 7 月 11 日 (家月 30 巻 8 号 74 頁)

事実は次のとおりである。日本人女 A と韓国人男 B の間に 1971 (S46) 年 7 月に子 C が生まれ、同年 10 月 5 日に A と B が婚姻し、同日 B が C を認知した。C は B による認知により韓国国籍を取得したが日本国籍を離脱しなかったので 6 か月の経過により韓国国籍を喪失した。昭和 50 (1975) 年に A と B は協議離婚し、それ以後 A が C を養育している。そこで、A が C の後見人選任審判を申し立てた。この事案では、B による C の認知により親子関係の準拋法 (法例旧 20 条) は日本法から韓国法に変更したものと見られる。

裁判所は認知前の C の親権者が誰だったかについては判断せず、次のように判示して C の後見人として A を選任した。

「親子間の法律関係は法例 20 条によつて、父の本国法が適用されるところ、C の父の本国法である大韓国民民法 781 条 1 項、909 条 1 項によれば、子は父の家に入籍し、その子が未成年者であれば、その家にある父の親権に服従するのであるから、C は前記認知届後 6 月間即ち C が韓国籍を有して父 B の家にある間は、父 B の親権に服していたが、右 6 月の経過により、C が韓国籍を喪失して父の家

から出ることにより、(大韓民国戸籍法 21 条)、父 B は親権者でなくなり、結局民法 838 条 1 項 (法例 23 条 1 項により日本民法) によつて C につき後見が開始したと解される。」

この判例も、裁判時において誰が親権者であるか (親権者の有無) を判断するために、認知後に発生し、または、存在する事実のみを基礎として韓国法を適用したものと見られる。この判例の研究として、横山潤「涉外判例研究」ジュリスト 697 号 147 頁 [1979 (S54)] がある。

- (c) 大阪家審昭和 53 (1978) 年 4 月 20 日 (家月 32 卷 6 号 64 頁) は、日本人女 A と韓国人男 B の子 C が 1973 (S48) 年 7 月に生まれ、翌月に B は C を認知し、これにより C は韓国国籍を取得し、C はその後 6 か月以内に日本国籍を離脱しなかったために韓国国籍を喪失したという事実の下で 1977 (S52) 年に A が C の親権者を A と定める旨の審判を求めた事案である。この事案では、B による認知による親子関係の成立により親子関係の準拠法が日本法から韓国法に変更したと見られる。裁判所は B による認知以前の親子関係の準拠法に言及せず、認知以後に発生し、または、存在する事実韓国法を適用し、A が C の親権者である旨を判示し、申立を却下した。

- (2) 父母の一方の死亡により親子関係の準拠法が変更した事案

京都家審昭和 47 (1972) 年 7 月 17 日 (家月 25 卷 5 号 66 頁)

事実は次のとおりである。日本人男 A と国籍朝鮮の女 B が 1967 (S42) 年に婚姻し、1968 (S43) 年に子 C が生まれ、1970 (S45) 年に A が死亡した。利害関係人 D が C のための後見人選任を申し立てた。この事案では、A の死亡により親子関係の準拠法 (法例旧 20 条) は日本法から韓国法に変更したものと見られる。

裁判所は A の死亡前の C の親権者が誰だったかについては判断せず、次のように判示して申立を却下した。

「C の親権者は法例 20 条に準拠して、父死亡後は父あらゆるものとして母の本国法によつて決すべきものと解され、母 B の本籍地、その生活関係および意思等を考慮すると、同女の本国法は大韓民国法であると認められる。そうして、韓国民法第 909 条第 1、第 2 項によると嫡出子については、まず、家にある父が父がないかまたは親権を行使することができないときは、その家にある母が親権を行使するものと定め、同条第 3 項には、婚姻外の出生子について、上記親権を行使する者がいないときは、その生母が親権者となる旨規定されていることが明らかである。

「……」本件の場合には前記第 909 条第 2 項に準じ、同法上も母である B が C の単独親権者であると解するのが相当である。」

この判例も裁判時における親権者が誰であるかを判断するために、準拠法変更後に発生し、または、存在する事実のみを基礎として新準拠法 (韓国法) を適用したといえよう。

第 2 目 存続説と断絶説の共存

第 1 項 存続説と断絶説の比較

第 1 一般的比較

ここで、存続説と断絶説の得失を比較しよう⁶⁴⁾。当事者の期待の保護あるいは親権の継続性の観点では存続説が勝る。すなわち、存続説は、旧準拠法による親権分配を準拠法変更後も継続させるから、旧準拠法時代に当事者あるいは子と取引に入る第三者が抱いた期待——誰が子の親権者であるか——は準拠法変更により損なわれることはない。

これに対して、その時その時の状況に最もふさわしい親権分配をするのは断絶説である。断絶説の眼目は準拠法変更時における親権分配を新準拠法上の価値観により行うところにある。この観点から見ると存続説は守旧派である。存続説は、旧準拠法上の親権分配を準拠法変更後に持ち込み、その結果、新準拠法はそれを当面は——親権変動原因事実が発生するまでは——受け入れなければならない。

特に問題なのは、断絶説はその意図するところを完全には実現していない点である。断絶説は、準拠法変更時の親権分配に際して、旧準拠法時代に発生したすべての事実を考慮するわけではないので、準拠法変更時の親権分配を新準

64) Lagarde [1998 (H10)] No.105 (pp.578-581) は変更可能性 *mutabilité; mutability* を主張する意見（断絶説）と保護の継続 *la continuité de la protection; the continuity of the protection* を主張する意見（存続説）の各々の論拠を紹介し、「いずれの意見も問題の諸要素の全体を考慮していなかった。aucune ne tenait compte de la totalité des éléments du problème; neither of which took into account of the totality of the elements of the problem.」という。

Lagarde は変更可能性を主張する意見の論拠として単純性と安全性 *simplicity and security* を挙げる。すなわち、国の機関、子と取引に入る第三者、子の属する家族いずれにとっても、変更可能性は、過去の準拠法を調べたり、複数の子ごとに異なる準拠法を適用したりすることと比べて単純である、という。

Lagarde は保護の継続を主張する意見の論拠として、準拠法変更により親権者が変更することは保護の継続性に断絶 *break* が生じるから避けるべきであり、保護の継続は親責任を有する親にとっても有益である、という。

拠法上の価値観により行うという目標を完全に達成することはできない。

第2 親権変動原因ごとの比較

両説の実現する利益（存続説では親権の継続性と当事者等の期待の保護、断絶説では新準拠法の価値観に従った親権分配）を親権変動原因ごとに検討しよう。

まず、旧準拠法時代に当事者が抱いた期待の保護あるいは親権の継続性の観点から見るとどうか。親権変動原因は、親子関係成立（親子関係の種類）、親子関係成立後に発生した事実のうち法律行為以外（父母の婚姻・離婚、子の認知、父母の一方の死亡など）、親子関係発生後に行われた法律行為に分けることができるが、法律行為による親権変動の場合に当事者の抱く期待は非常に大きい（その他の原因による親権変動の場合の期待も決して小さくないが）、それゆえ、当事者の期待の保護の必要性という観点に立つと、法律行為による親権変動の効力は準拠法変更後も存続させることが望ましいといえる。

次に、新準拠法の価値観に従った親権分配の必要性の観点から見るとどうか。断絶説が準拠法変更時の親権分配の際に考慮し得る事実の範囲を見てみよう。まず、断絶説は親子関係の成立（親子関係の種類）を必ず考慮する。次に、親子関係成立後、かつ、準拠法変更前に発生した事実（父母の婚姻・離婚、子の認知、父母の一方の死亡など）のうち準拠法が《その事実により発生した状態を含む。》という解釈（例えば、死亡とは死亡したために生存していない状態を含む、という解釈）を許容する場合は、断絶説はその事実を考慮する。これに対して、断絶説は、事実の発生に関して準拠法が《その事実により発生した状態を含む。》という解釈を許容しない場合と法律行為による親権変動を準拠法変更時の親権分配に際して考慮することができない。それゆえ、断絶説が準拠法変更時にする親権分配が新準拠法上の価値観に従っているかという観点から見ると、前者の範疇の事実に関しては新準拠法上の価値観に従っているが、後者の範疇の事実に関しては新準拠法上の価値観に従っていない。

第2項 存続説と断絶説の共存

以上の検討の結果、旧準拠法時代に法律行為により生じた親権変動の効力は

準拋法変更後も存続させるべきだといえるかもしれない。次に、準拋法変更時の親権分配の際には親子関係の種類（嫡出親子関係、非嫡出親子関係、養親子関係）に基づく親権分配は——旧準拋法時代の親権分配を存続させず——新準拋法によりすべきであるといえるかもしれない⁶⁵⁾。

このような状況で、親権変動の時期（親子関係成立時か、その後の時点か）、親権変動の原因の種類（法律行為による変動か、その他の事実——親子関係の成立、父母の婚姻・離婚、子の認知、父母の一方の死亡など——による変動か）、親権の取得と喪失で異なる扱いをするか、父母双方が親権者である状況を望ましい状況とするか、といった基準により新旧準拋法の組み合わせを多数考えて、どの場合には断絶説を採るべきか、どの場合には存続説を採るべきか、を検討することは重要であろう^{66), 67)}。しかし、他方で、それに劣らず重要なのは、

65) Kropholler [2006 (H18)] が準拋法変更時の親権分配に関して、親子関係の種類に基づく親権分配は新準拋法により行いつつも旧準拋法時代の法律行為に基づく親権分配の効力は準拋法変更後も存続する旨を説くのは、本文に述べたように存続説と断絶説の得失を比較検討した結果のように思われる。Kropholler は次のようにいう。

「準拋法変更は、特に両親が夫婦ではない場合、親権者の——法により当然に発生する——変更をもたらす。しかしながら、親権宣言に基づく——従って、法律行為に基づく——夫婦でない両親の共同親権 (§ 1626a (1) BGB) は、信頼の保護の利益と継続性の利益のために、合意の効力発生時に準拋法だった法に服すべきであろう [……].」

66) ハーグ国際私法会議第 18 会期で採択された「親責任及び子の保護措置についての管轄権、準拋法、承認、執行及び協力に関する条約」(1996 (H8) 年 10 月 19 日、ハーグ国際私法会議。本稿では「親責任条約」という。)は 2002 (H14) 年 1 月 1 日に発効した。2019 (R1) 年 12 月現在、締約国数は 52 か国である (ハーグ国際私法会議のサイトによる.)。

同条約 16 条は次のように規定する (小出 [1997 (H9)] 99-100 頁による。ただし、第 2 項の訳文を修正した.)。

- 「(1) 司法又は行政機関の関与のない親責任の法律上当然の帰属又は消滅は、子の常居所地国法によって定める。
- (2) 司法又は行政機関の関与のない合意若しくは単独行為による親責任の帰属又は消滅は、合意又は単独行為が効力を生じた当時の子の常居所地国法によって定める。
- (3) 子の常居所地国法によって存在した親責任は、他の国に常居所が変更した場合でも効力を保持する。

親権変動に関しては、どの時点をも、いかなる根拠により、準拠法の基準時にすべきか、という、国際私法の基本原理に立ち返った検討である。

第4款 親権変動の準拠法の基準時の理論的根拠

第1目 断絶説の理論的根拠

第1項 継起する親権変動の考慮の必要性

断絶説は、準拠法変更が存在する事実に基づいて新準拠法により親権分配を

-
- (4) 子の常居所が変更した場合において、未だ法律上当然に親責任を有していなかった者に法律上当然に親責任が付与されるか否かは子の新常居所地国法によって定める。」

本条の特色について横山〔2002（H14）〕40-41頁は次のようにいう。

「16条の規定は、父母はともに子にたいして親責任を保有すべきであるとの実質的な観点に立ちながら、常居所という連結素のもつ上の弱点を克服しようとする。一方において既得の親責任を尊重し（3項）、他方において新常居所地国法に従った親責任の付与を肯定する（4項）。かくして、次のような処理が与えられることになる。

(i) 既得の親責任の尊重（3項）

婚姻関係にない父母が子とともにA国からB国に移動する。A国法では父母がともに親責任を有していると、移動先のB国の法律では母のみが親責任を有しているとしても、父は親責任を失わない。

(ii) 新たな親責任の尊重（4項）

婚姻関係にない父母が子とともにX国からY国に移動する。X国法では母だけが親責任を有していたが、移動先のY国では父母双方が親責任を有しているとする。子の常居所がY国に移動した時点で、父は親責任を保有することになる。」

- 67) Looschelders〔1999（H11）〕は、非嫡出子の父母がドイツ法上の親権宣言をして共同親権者になった後に準拠法が外国法——非嫡出子の父母の一方のみを親権者とする外国法——に変更した場合に共同親権の存続を主張し、Looschelders〔2014（H26）〕は、非嫡出子の父母が非嫡出子の父母であることに基づいて親権者になった後に親子関係の準拠法がドイツ法に変更した後も共同親権の存続を主張する。後者の理由は、ドイツ法上は非嫡出子の父母が親権宣言をすれば共同親権者になる、というところにあり、非嫡出子の父母であることに基づく共同親権の存続を一般的に——新準拠法上父母の一方しか親権者にならない場合でも——主張する趣旨（＝存続説そのもの）ではない。要するに、Looschelders〔2014（H26）〕は、新準拠法の内容如何を旧準拠法上の父母の共同親権が準拠法変更後も存続するための要件と考えている。

する。それゆえ、断絶説によれば、準拠法変更時に、新準拠法上の価値観に基づいた親権分配をすることが基本的に可能になる。

さて、実質法で代理行為時における親権の存否が問題になる場合は、親子関係成立時から代理行為時まで発生したすべての親権変動に判断を加えて代理行為時の親権の有無の判断に至るのに対して、断絶説は——存続説と異なり——準拠法変更前に生じた親権変動を考慮しない。このように、実質法上の考え方を国際私法に反映させない考え方は国際私法としての理論的基礎を欠くものである。それゆえ、断絶説を採ることはできない。

ではどうすべきか。

第 2 項 断絶説における準拠法の基準時

どうすべきかを考える前に、断絶説がいかなる説であるかを再び見てみよう。

存続説は、親権変動に関してはその原因事実発生時を準拠法の基準時とする、という考え方である。では、断絶説はどの時点を準拠法の基準時としているのか。親子関係の準拠法が A 国法である期間中に親権変動①が生じ、その後準拠法が B 国法に変更し、その後に親権変動②が生じ、その後（準拠法が B 国法である期間中）に代理行為が行われた場合、断絶説が親権変動②に対して B 国法を適用するのは——親権変動原因事実発生時ではなく——代理行為時を準拠法の基準時としているといえる。そして、断絶説は、親権変動に関して代理行為時を準拠法の基準時としつつ、準拠法変更前に発生した親権変動を考慮しない。それでは、断絶説はなぜ準拠法変更前に発生した親権変動を考慮しないのか。それは、おそらく、親子関係の準拠法が A 国法である期間中に発生した親権変動①に関してその後の時点を基準時として B 国法を準拠法とするのは、権利変動に関してはその原因事実発生時を準拠法の基準時とすべきであるという、権利変動一般に関する国際私法上の基本原則に反すると考えたからであろう⁶⁸⁾。

第2目 親権変動の準拠法の基準時の理論的根拠

第1項 新準拠法適用説の内容

断絶説は準拠法変更時の親権分配を新準拠法上の価値観に従って行おうとするが、準拠法変更前に発生した事実（特に、法律行為）を視野の外に置いて準拠法変更時の親権分配をする点で不完全である。それゆえ、準拠法変更時の親権分配を完全に新準拠法上の価値観に従って行う方法は、準拠法変更前に発生した事実をすべて考慮することに尽きる（以下では、これを「新準拠法適用説」と呼ぶ。）。しかし、これは、断絶説がまさに拒否した方法である。Raape〔1931（S6）〕もまたこの考え方を示したが直ちに退けた^{69）}。しかし、折茂はこの考え方を採用した^{70）}。折茂以外にも、親権変動の効力が準拠法変更後も存続するための要件として新準拠法による評価を必要とする考え方は、Habicht〔1907（M40）〕^{71）}、Zitelmann〔1912（T1）〕^{72）}、Lewald〔1931

68) この点では断絶説の論理に矛盾はないように見えるが、実は矛盾に陥っている。後出第5款第2目第2項参照。

69) Raape〔1931（S6）〕は次のようにいう。

「旧準拠法の下で法律に基づいて直接に発生した親権の制限——例えば、ドイツ民法1680条による制限——は、新準拠法によれば、例えばフランス法によれば、発生しなかったであろうというときでも auch wenn sie [……] nicht eingetreten wäre, 効力を維持する。」

70) 折茂〔1972（S47）〕は次のようにいう。

「たとえば、父がその国籍を変更した場合、旧本国法上みとめられていたその親権の喪失は、もしも新本国法上さような喪失の原因がみとめられていないとすれば、そのまま存続すべきものではありえない。法例20条が準拠法の変更主義をとっているものとみるかぎり、右の場合、父がその親権を回復しうることとなるのは、おそらく当然の帰結である。」

71) Habicht〔1907（M40）〕は基本的に存続説に立ちつつ次のようにいう。

「ドイツ法がそもそも許さず、我々の見解によれば〔法律〕関係の倫理的本質と mit dem Sittlich Wesen 相いれない変更に関り、当該〔法律〕関係がドイツ法の支配に入れば直ちに、もはや承認されることができない。」

(S6)]⁷³⁾, Frankenstein [1935 (S10)]⁷⁴⁾, 實方 [1937 (S12)]⁷⁵⁾, 久保 [1951 (S26)]⁷⁶⁾ により試みられた。それゆえ、この考え方を検討しないわけにはいかない。なお、ここに挙げた学説は、すべて、旧準拋法時代に発生した親権變動の効力が準拋法変更後も存続するための条件として新準拋法による評価を認めるが(新準拋法の適用は親権變動の効力の存続を制限する方向に働く。折茂説にあっては累積的適用である)、以下では、旧準拋法時代に発生した事実が旧準拋法上の親権變動原因に該当せず、かつ、新準拋法上の親権變動原因に該

72) Zitelmann [1912 (T1)] は次のようにいう。

「父または母の身分権がこのような命令により、または、離婚判決により、それに固有の方法で in eigentümlicher Weise 形成されている場合は、しかも、その身分権が新準拋法の支配下でもまた或る状況の下で unter gewissen Umständen 保有するであろう内容を〔形成により〕今や保有するに至った場合は、身分権はその内容とともに新準拋法下でもまた存続する。」

73) Lewald [1931 (S6)] は親権變動の効力は存続するという考え方を述べ、次のようにいう。

「ただし、このような等価な制度 eine solche Äquivalenz が存在せず、また存在しない限度で、以前の準拋法により実現した法律関係の修正は終了しなければならないであろう。」

74) Frankenstein [1935 (S10)] は次のようにいう。

「準拋法変更 Statutenwechsel は、法律関係が以前の準拋法の下で有していた形態のまままで法律関係を受け入れる。準拋法変更前に法律関係に影響を与えた出来事は——何よりも、官庁の介入による親権の制限と剥奪は——もしその行為が一般原則により承認可能であり、また、この種の介入が一致に近い形で新準拋法に知られて入れば、準拋法変更を越えて効力を有する。それ以外の場合は親権の制限や剥奪は準拋法変更とともになくなる。」

75) 實方 [1937 (S12)] は基本的に存続説に立ちつつ次のようにいう。

「旧本国法による或る権能の喪失が新本国法上全然承認し得ない様なものであるときは、新国籍取得後は父に斯かる権能が発生するものと解す可きである。」

76) 久保 [1951 (S26)] は基本的に存続説に立ちつつ次のようにいう。

「尤も相当する地位が新本国法上にない場合、例えば旧本国法に依り子に対する代理権を剥奪された父が独逸の国籍を取得した場合の如きは、ドイツ法上にはかかる代理権の剥奪された父は認められていないから、独逸の国籍の取得後は父は代理権を有することとなるものと解すべきであろう」

当する場合（新準拠法の適用は準拠法変更後に親権変動が顕在化する方向に働く。）をも含めて検討する。

では、新準拠法適用説とはどんな説か。新準拠法適用説が断絶説と異なるのはただ1点——新準拠法適用説は準拠法変更時の親権分配に際して親子関係成立時から準拠法変更時までに発生したすべての事実を考慮する⁷⁷⁾——においてである。新準拠法適用説は、断絶説と同じく、準拠法が変更するたびに親権分配をやり直すから、新準拠法適用説においては、断絶説におけると同じく、準拠法が変更するたびに親権分配は装いを新たにしておき、新準拠法に支配されている親権の姿は次の準拠法変更が生ずるまで続く。そして、

77) 親子関係の準拠法がA国法だった時期にA国法に従ってした法律行為により親権変動①が生じ、その後、準拠法がB国法に変更した場合、親権変動①の有効性をB国法により判断することは具体的には次のように行われる。まず、実質的成立要件（父母が協議離婚すること、子が非嫡出子であること、父母の協議で親権者変更ができることなど）が満たされているかについてはB国法により判断する（法適用通則法32条）。次に、親権変動原因たる法律行為の方式についてはB国法上の方式と行為地法上の方式のうちのいずれかを満たしていればよい（法適用通則法34条）。

佐藤 [2007 (H19)] 268頁は、どんな場合に日本法上の方式による親権変動が有効かという観点から現行実務の準則を次のように示す。

- 「(1) 親権準拠法が日本法の場合に、協議により親権者を定めようとする者、又は、親権・管理権を辞し若しくはこれを回復しようとする者は、戸籍法78条又は80条に従ってその旨の届出をしなければならない。
- (2) 親権準拠法が外国法の場合において、当該準拠外国法が、協議により、親権者を定めること、又は、親権・管理権を辞し若しくはこれを回復することを認めるときには、行為地が日本である限り、戸籍法78条又は80条に準じて届出をすることができる。」

第1項は、親権の準拠法が日本法である場合は、親権の創設的届出を（実質的成立要件の準拠法上の方式として、または、行為地法上の方式として）日本法上の方式によりすることができる旨を示し、第2項は、親権の準拠法である外国法が、協議により親権者を定めることを認め、または、親権・管理権の辞任・回復を認める場合は、親権の創設的届出を行為地法としての日本法上の方式によりすることができる旨を示したものであろう。佐藤・270頁参照。

新準拠法適用説では、断絶説におけると異なり——準拠法変更時の親権分配を親子関係成立時から準拠法変更時までに発生したすべての事実に基づいてするから——準拠法変更時の親権分配は新準拠法上の価値観に完全に従った形で行われる。

新準拠法適用説は準拠法が変更するたびに親権分配をやり直すが、準拠法変更前の親権の状況に変更を加えるものではない。この点で新準拠法適用説は断絶説と異ならない。例えば、準拠法変更前の或る時点（例えば、代理行為をした時点）における親権の存否・内容・範囲に関しては、準拠法変更後に裁判が行われても、新準拠法適用説では、旧準拠法が適用される。

新準拠法適用説の内容は以上のとおりである。

第 2 項 理論的根拠—原因事実発生時—親権変動原因としての親子関係

新準拠法適用説の抱える最大の問題は、親権変動の準拠法の基準時が原因事実発生時ではなく、その後の時点である、というのはどのような理論的基礎を持つのか、という点にある。例えば、親子関係の準拠法が A 国法である時期に親権変動①が生じ、その後、準拠法が B 国法に変更し、親権変動②が生じ、その後（準拠法が B 国法である期間中）に代理行為が行われた場合、代理行為時における親権の存否との関係では、新準拠法適用説は、親権変動①に関しても親権変動②に関しても B 国法を適用して判断する。親権変動②について B 国法を適用するのは当然としても、親権変動①についてもなぜ B 国法を適用するのか。

まず、これは先決問題の準拠法問題に類似した状況である。すなわち、代理行為時における親権の存否の問題と、代理行為以前に発生した親権変動の問題との関係は本問題と先決問題の関係に類似する⁷⁸⁾。そして、親権変動に関する新準拠法適用説は先決問題の準拠法問題に関する本問題準拠実質法説⁷⁹⁾を想起させる。しかし、先決問題の準拠法問題に関して法廷地国際私法説が判例⁸⁰⁾・学説⁸¹⁾で広く支持されている現在、親権変動の準拠法の基準時を検討する際に先決問題の準拠法問題の解決方法を参照する必要はないと思われる。

代理行為時の親権の存否の前提となる親権変動に関して代理行為時を準拠法の基準時とする理論的基礎として残されたものは、継続する親子関係それ自体が親権の要件である⁸²⁾、という視点である。

実質法上、親権変動は個々の事実に基づいて発生する。例えば、親子関係の成立（親子関係の成立は法的判断の結果であり、事実の発生ではないが）、父母による親権者変更の協議、親権辞任などに基づいて親権変動が生ずる。その意味で、これらの事実は親権変動原因である。しかし、他方で、親子関係のないところに親権は成立しないし、親権変動も生じない。この意味で、親子関係の存在それ自体もまた親権変動の要件である。では、後者の点は国際私法ではどのような意味を持つか。

親子関係はその成立時から継続して存在する。継続的に存在する親子関係が親権の要件であると考えれば、代理行為時における親権の有無の前提としての（代理行為時前に生じた）親権変動に関しては、親子関係成立時から代理行為時まで継続して存在する親子関係が原因事実であると考えることができ、この結果、親権変動の原因事実発生時として——親権変動の直接の原因である個々

78) ただし、先決問題の準拠法問題の成立要件のひとつが本問題と前提問題が異なる国際私法規定に該当することであることを考えると、ここで検討している、代理行為時における親権の存否の問題と、代理行為時前に生じた親権変動の有効性の問題は、本問題と先決問題の関係には当たらないであろう。さらに、親権変動は親権行使の時点における親権の存否の判断の前提問題としての意味しか持たないので、この点からも、相続（本問題）と婚姻の有効性・親子関係の成立（先決問題）との間の関係とは異なる。先決問題の準拠法問題の成立要件については、池原〔1973（S48）〕277頁、溜池〔2005（H17）〕231-232頁、櫻田〔2020（R2）〕148-149頁参照。

79) 先決問題の準拠法問題に関する本問題準拠実質法説については、溜池〔2005（H17）〕228-229頁、道垣内〔2012（H24）〕7頁、櫻田〔2020（R2）〕149-150頁参照。

80) 最高裁平成12（2000）年1月27日第1小法廷判決（民集54巻1号1頁）。

81) 溜池〔2005（H17）〕232頁、道垣内〔2012（H24）〕7頁、櫻田〔2020（R2）〕151頁。

82) 前出注42参照。

の事実の発生時ではなく——代理行為時を準拋法の基準時とすることができる。これが、代理行為時における親権の存否の前提問題としての親権變動に関して代理行為時を準拋法の基準時とするための理論的根拠である。

第 5 款 まとめ

親権變動の準拋法の基準時に関して本節で検討したことは次のようにまとめることができる。

第 1 目 準拋法変更時の親権分配と新準拋法上の価値観

存続説によれば、旧準拋法時代の親権分配が準拋法変更後も引き継がれる。それゆえ、存続説が準拋法変更時にする親権分配は新準拋法上の価値観と正面から衝突する。

断絶説が準拋法変更時にする親権分配は新準拋法を基準とするので、新準拋法上の価値観に従った親権分配の可能性が開ける。しかし、断絶説が準拋法変更時の親権分配の際に考慮する事実は準拋法変更時に存在する事実である（ただし、事実上、断絶説は、旧準拋法時代に発生した事実のうち、親子関係の種類を考慮するし、法律行為以外の実事も準拋法の解釈如何によっては考慮することができる）。この結果、断絶説が準拋法変更時にする親権分配は新準拋法上の価値観を十分には反映していない。

新準拋法適用説は、準拋法変更時の親権分配を新準拋法を基準としてする。その際に考慮する事実は親子関係成立時から準拋法変更時までに発生したすべての事実である。従って、新準拋法適用説による準拋法変更時の親権分配は新準拋法上の価値観を十分に反映する。

第 2 目 実質法との関係

第 1 項 親権の存否の判断過程

実質法では、ある時点における親権の存否を判断すべき場合は、親権の発生とその後の変動をひとつずつ実質法に照らして判断し、この判断を積み重ねて、

特定時点における親権の存否・内容・範囲の判断に至る。

存続説と新準拠法適用説は実質法上のこのような判断過程を国際私法に反映させている。しかし、断絶説は準拠法変更前に発生した事実を——建前上——視野の外に置き、この結果、実質法上の判断過程を国際私法に反映させていない。

第2項 親権変動の要件は何か

実質法上は、親権変動は個々の事実（親子関係の成立、法律行為、父母の婚姻・離婚、父母の一方の死亡など）により発生する。しかし、親子関係のないところに親権はなく、親権変動も生じないという点で、親子関係も親権変動の要件である。

存続説は個々の事実が親権変動の原因であるという考え方に立っている。これに対して、新準拠法適用説は親子関係それ自体が親権変動の原因であるという考え方に立っている。

断絶説はどうか。断絶説は準拠法変更時の親権分配を新準拠法により行うという点で親子関係それ自体が親権・親権変動の要件であるという考え方に立っているようである。しかし、旧準拠法時代に発生した親権変動に新準拠法を適用しないのは個々の事実が親権変動の原因であるという考え方に立っているからであろう。この点で断絶説は矛盾に陥っていると思われる。

第3目 結論

新準拠法適用説は、親子関係が実質法上有する特色——親子関係それ自体が親権変動の要件であること——を最もよく国際私法に反映させる説である。

法適用通則法 32 条は親権変動の準拠法の基準時を明示しない。それゆえ、同条の解釈論として、親権変動の準拠法の基準時に関しては新準拠法適用説を採るべきである^{83), 84), 85)}。

83) Lagarde [1998 (H10)] No.100 (pp.578-579) は親責任条約16条1項に関して、「子がその国に常居所を取得する前に発生した事実(婚姻、認知、死亡など)を考慮するか否かを決めるのは子の常居所地法である。il appartient à la loi de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant de décider si elle prend ou non en considération les faits s'étant produit avant que l'enfant n'ait eu residence habituelle dans cet Etat; it is for the law of the State of the child's habitual residence to decide whether or not it will take into consideration events which occurred before the child had his or her habitual residence in that State.」(強調は引用者による。)という。

横山[2001 (H13)] 308頁は同条約同条同項について、「連結の基準時は、(婚姻、認知または親の死亡といった)親責任の得喪を惹起する事実の発生時点に固定されていない。そのため、子がかつて常居所を有していた国において認知などの一定の事実が発生したときは、当該事実の持つ意味は現在の常居所地国法が評価することになる。」といい、この引用文の末尾に後注を付して次のようにいう(311頁注45)。「たとえば、A国に子が常居所を有していた間に親の一方が死亡したとする。A国法によれば他方の親が当然に親権者となるわけではなく、後見人が選任されなければならない。しかし、後見人がA国において選任されないまま子はB国に移動し、B国法では親の一方の死亡により生存している他方の親が法律上当然に親権者とされていたとすると、B国に子が常居所をもっていない前に一方の親の死亡という事実が生じたとしても、なお、B国法によって他方の親は子の親権者となることができるのか。こういった問題の評価はB国の実質法に委ねられる。」(強調は引用者による。)という。

それでは、Lagardeが「子がその国に常居所を取得する前に発生した事実(婚姻、認知、死亡など)を考慮するか否かを決めるのは子の常居所地法である。」というのはどんな意味か、3通りに理解できると思われる。

子がA国に常居所を有していた間にある事実——その事実はA国法上の親権取得原因ではない——が発生し、その後、子がB国(その事実はB国法上の親権取得原因である)に常居所を取得した場合を考える。この場合についてLagardeの記述は、第1に、その事実に基づいて親権が発生するか否かについてB国法を適用する——B国法を判断基準とする——か否かはB国法が決める、という意味に理解することができる。しかし、このような理解に対しては、旧準拠法時代に発生した事実に新準拠法を適用するか否かは国際私法が決めるべき問題である——実質法はその問題に対する回答を用意していない——からLagardeの記述をそのように理解することはできない、という反論が可能である。

Lagardeの記述は、第2に、A国法が準拠法だった期間中に発生した事実が準拠法変更後のB国法上の親権取得原因に該当するか否かはB国法が決める(B国法上の要件の解釈はB国法に従ってする)、という意味——すなわち、その事実に基づく親権変動についてはB国法を判断基準とすべきである、ということ的前提とする趣旨——に理解することができる。しかし、このような理解に対しては、ある事実が実質規定の要件に該当するかがその実質規定の解釈問題であるということは当然のことであり、このような当然のことを国際私法の著述で正面から述べる必要があるのかという疑問が生ずる。

Lagarde の記述は、第 3 に、準拠法変更前の T の事実（母の死亡）の発生により惹起された状態（母が生存しないという状態）がその後継続するところ、準拠法変更時にこの状態（母が生存しない状態）が存在することを新準拠法が親権発生原因とするか否かは新準拠法に委ねる、という意味に理解することもできる。前出第 3 款第 1 目第 2 項第 2 参照。しかし、このような理解に対しては、これは 16 条 4 項の問題であり、16 条 1 項の問題ではないから、Lagarde の記述をそのように理解すべきではない、という反論が可能である。

いずれにしても、Lagarde の記述を第 2 の意味に理解すれば、Lagarde の記述は親権発生原因に関しては、その後の準拠法変更後の新準拠法を適用する可能性を認めたものであり、注目に値しよう（ただし、第 2 の意味に理解したとしても、旧準拠法時代に発生した事実を新準拠法が親権発生原因と認めれば、その親権はさらに準拠法が変更しても存続する（条約 16 条 3 項）から、新準拠法適用説とは異なる。).

- 84) 従来の学説には、親権の準拠法の基準時を論じつつも親権変動の準拠法の基準時を論じないものがあり、それらをどのように理解すべきかという問題がある。例えば、以下に掲げる説である。

南〔1990 (H2)〕195 頁は次のようにいう。

「親権は、継続する法律関係であることから、婚姻とか養子縁組等とは異なり、具体的な親権行使当時の関係者の本国法により準拠法を決定することとなる。」

南〔1992 (H4)〕は次のようにいう。

「親権は継続的な関係であるので、親権の行使等につき具体的な案件が生じる毎に、当該時点における父母子の本国法により準拠法を決することとなる。」

佐藤〔2007 (H19)〕は次のようにいう。

「親権は継続的法律関係であるところから、婚姻や養子縁組とは異なり、具体的に親権行使が問題となる当時の関係者の本国法あるいは常居所地法により準拠法が決定されることになる。」

これらの引用文のいう「親権は」という言葉が親権の存否・内容・範囲だけでなく親権変動をも含むのであれば新準拠法適用説である。しかし、これらの引用文が準拠法の変更の場合について明示的に言及していない以上、準拠法の基準時に関して新準拠法適用説に立つものと理解すべきではないであろう。

- 85) 裁判所が親権変動を内容とする裁判（親権者指定、親権者変更などの形成裁判）をする場合、裁判時を準拠法の基準時とすべきであるが、その根拠は何か。親権変動の裁判をする場合は、裁判時は、その時点における親権が問題になっているので準拠法の基準時になると考えるべきであろう（この点で、《ある時点における親権の存否・内容・範囲に関してはその時点が準拠法の基準時になる。》というルールの適用される場合の例である。).

なお、裁判所が離婚判決をする場合は裁判時は離婚判決という法律要件の発生時としての資格で準拠法の基準時になる。根本〔2019 (R1)〕80-82 頁参照。それゆえ、離婚判決と親権変動の裁判は、いずれも形成裁判であり、裁判時を準拠法の基準時とする点は同じであるが、裁判時を準拠法の基準時とする根拠は異なる。

おわりに

本稿では、親権（親権変動を含む）に関しては、どの時点が、いかなる根拠により基準時になるのかを検討し、その結果、親権の準拠法を考える際には、親子関係それ自体が親権の原因事実であると考えなければならないという結論に達した。このような研究に対しては、それは単に国際私法の形式論理を満足させるに過ぎず、それ以上の存在意味はないという批判もあろう。しかし、国際私法上、何を以て親権の原因と考えるべきかという問題は、国際私法の理論体系を考える上で不可避のものである。本稿はそのような研究の試みである。

【参考文献】

- 塚場準一「連結点」中川善之助監修『現代法学事典 4（別冊法学セミナー増刊）』315 頁〔1973 (S48), 日本評論社〕
- 池原季雄『国際私法（総論）』〔1973 (S48), 有斐閣〕
- 海老沢美広「親子間の法律関係：第 21 条」木棚照一・松岡博編『基本法コンメンタール：国際私法』（別冊法学セミナー 130 号）123 頁〔1994 (H6), 日本評論社〕
- 岡本善八「不変更主義」, 「変更主義」国際法学会編『国際法辞典』〔1975 (S50), 鹿島出版会〕
- 織田有基子「親子関係と子の奪取」櫻田嘉章・佐野寛・神前禎編著『演習国際私法 CASE30』179 頁〔2016 (H28), 有斐閣〕
- 折茂豊『国際私法（各論）』〔1959 (S34), 有斐閣〕
- 折茂豊『国際私法（各論）（新版）』〔1972 (S47), 有斐閣〕
- 川上太郎『日本国における国際私法の生成発展』〔1967 (S42), 有斐閣〕
- 久保岩太郎「国際私法上に於ける法律変更」国際法外交雑誌 39 巻 2 号 87 頁, 5 号 365 頁, 6 号 475 頁〔1940 (S15) 年 2 月, 5 月, 7 月〕 a
- 久保岩太郎「法例上に於ける準拠法変更」一橋論叢 5 巻 6 号 611 頁〔1940 (S15) 年 6 月〕 b
〔<https://hermes-ir.lib.hit-u.ac.jp/rs/bitstream/10086/5106/1/ronso0050600570.pdf>〕
- 久保岩太郎「国際親子法上における法律変更」法学新報 58 巻 4 号 1 頁〔1951 (S26)〕
- 久保岩太郎『国際私法概論（改訂版）』〔1953 (S28), 巖松堂書店〕
- 久保岩太郎『国際私法構造論』〔1955 (S30) 年 9 月 30 日, 有斐閣〕 a
- 久保岩太郎「親子」国際法学会編『国際私法講座第 2 巻』588 頁〔1955 (S30) 年 10 月 30 日, 有斐閣〕 b
- 小出邦夫「ヘーグ国際私法会議第 18 会期の概要——親責任及び子の保護措置に関する管轄

- 権, 準拠法, 承認, 執行及び協力に関する条約を中心として——」民事月報 52 卷 6 号 73 頁 [1997 (H9)]
- 櫻田嘉章『国際私法 (第 7 版)』[2020 (R2), 有斐閣]
- 佐藤やよひ「親権・後見」佐藤やよひ・道垣内正人編『涉外戸籍法リステイメント』[2007 (H19), 日本加除出版]
- 實方正雄「国際親子法」穂積重遠・中川善之助責任編輯『家族制度全集, 第 2 部法律篇, 第 3 卷親子』245 頁 [1937 (S12), 河出書房]
- 實方正雄『国際私法概論 (改訂版)』[1950 (S25), 有斐閣]
- 高桑昭「法例修正案に関する参考書と理由書——わが国の国際私法学における立法資料の取扱——」国際法外交雑誌 86 卷 2 号 154 頁 [1987 (S62)]
- 溜池良夫『国際私法講義 (第 3 版)』[2005 (H17), 有斐閣]
- 道垣内正人「判例研究: 最高裁平成 12 (2000) 年 1 月 27 日第 1 小法廷判決」櫻田嘉章・道垣内正人編『国際私法判例百選 (第 2 版)』6 頁 [2012 (H24), 有斐閣]
- 根本洋一「国際私法上の離婚の準拠法の基準時—変更主義・不変更主義の意味と根拠—」横浜法学 28 卷 2 号 1 頁 [2019 (R1)]
- 野澤武之助・山口弘一『早稲田叢書国際私法論』[1900 (M33) 初版, 1901 (M34) 再版, 発行所: 東京専門学校出版部] [復刻版: 日本立法資料全集別巻 615, 2009 (H21), 信山社出版]
- 林脇トシ子「判例研究: 東京家裁昭和 38 (1963) 年 1 月 31 日審判」ジュリスト 305 号 87 頁 [1964 (S39)]
- 林脇トシ子「法例第 20 条」島津一郎編『判例コンメンタール 7 民法 V』808 頁 [1978 (S53), 三省堂]
- 「法例議事速記録 (法典調査会)」[復刻版: 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書 26』[1986 (S61), 商事法務研究会] 所収]
- 「法例修正案理由書」『民法修正案理由書 (附 法例修正案 国籍法案 不動産登記法案 各理由書)』[明治 31 (1898) 年 6 月 10 日発行, 博文館] = 『日本立法資料全集別巻 32』[復刻版, 1993 (H5), 信山社出版] 所収]
- 南敏文「法例改正に関する基本通達の解説」澤木敬郎・南敏文『新しい国際私法——改正法例と基本通達——』37 頁 [1990 (H2), 日本加除出版]
- 南敏文『改正法例の解説』[1992 (H4), 法曹会]
- 山口弘一『国際私法提要』[1900 (M33), 日本法律学校発行]
- 山口弘一「親族法上の事項に適用する法律」東京商科大学研究年報, 法学研究 1 号 1 頁 [1932 (S7)]
- [<https://hermes-ir.lib.hit-u.ac.jp/rs/bitstream/10086/7222/1/TNhogaku0000100010.pdf>]
- 山口弘一『親族法及国際親族法の研究』[1943 (S18), 巖松堂書店]
- 山田三良「国際私法 (6・完)」末弘巖太郎編輯代表『現代法学全集 39 卷』[1931 (S6), 日

本評論社]

- 山田三良『国際私法 (第 3 分冊) (下巻)』[1934 (S9), 有斐閣]
- 山田鎌一「親子」山田鎌一・澤木敬郎編『国際私法講義』[1970 (S45), 青林書院新社]
- 山田鎌一『国際私法』[1982 (S57), 筑摩書房]
- 山田鎌一『国際私法』[1992 (H4), 有斐閣]
- 山田鎌一『国際私法 (新版)』[2003 (H15), 有斐閣]
- 山田鎌一『国際私法 (第 3 版)』[2004 (H16), 有斐閣]
- 横山潤「親責任及び子の保護措置についての管轄権, 準拠法, 承認, 執行及び協力に関するハーグ条約」『変動期における法と国際関係』(一橋大学法学部創立 50 周年記念論文集) 287 頁 [2001 (H13), 有斐閣]
- 横山潤「1996 年および 2000 年のハーグ条約における子および成年者の保護」国際私法年報 3 号 30 頁 [2002 (H14), 信山社]
- 横山潤『国際私法』[2012 (H24), 三省堂]
- Frankenstein, Ernst: Internationales Privatrecht (Grenzrecht), 4. Band [1935 (S10)]
- Habicht, Hermann: Internationales Privatrecht [1907 (M40)]
- Kegel, Gerhard; Schurig, Klaus: Internationales Privatrecht, 9. Aufl. [2004]
- Kropholler, Jan: Internationales Privatrecht, 4. Aufl. [2001 (H13)]
- Kropholler, Jan: Internationales Privatrecht, 5. Aufl. [2004 (H16)]
- Kropholler, Jan: Internationales Privatrecht, 6. Aufl. [2006 (H18)]
- Lagarde, Paul: Rapport explicative (Actes et documents de la Dix-huitième session 30 septembre au 19 octobre 1996, Tome II (Protection des enfants); Conférence de la Haye de droit international privé) [1998 (H10)]
- Lewald, Hans: Das Deutsche Internationale Privatrecht [1931 (S6)]
- Looschelders, Dirk: Alternative und sukzessive Anwendung mehrerer Rechtsordnungen nach dem neuen internationalen Kindschaftsrecht, IPRax1999, S.420
- Looschelders, Dirk: Fortbestand oder Verlust des elterlichen Sorgerechts bei Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts, IPRax2014, S.152
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10 (Internationales Privatrecht I), 6. Aufl. [2015 (H27)]
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 12 (Internationales Privatrecht I), 8. Aufl. [2020 (R2)]
- Raape, Leo: Staudingers Kommentar zum BGB und dem Einführungsgesetz, VI. Band, Einführungsgesetz, 2. Teil, IPR, 9. Aufl. [1931 (S6)]
- Savigny, Friedrich Carl von: System des heutigen römischen Rechts, 8. Band [1849], [Neudruck, 1981]

- Soergel, Hans Theodor; Kegel, Gerhard: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 11. Aufl. Band 8 (Einführungsgesetz) [1984 (S59)]
- Soergel, Hans Theodor; Kegel, Gerhard: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12. Aufl. Band 10 (Einführungsgesetz) [1996 (H8)]
- Staudingers Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, EGBGB/IPR, Kindschaftsrechtliche Übereinkommen; Art.19 EGBGB; Minderjährigen schutzabkommen 1961; Sorgerechtsübereinkommen 1980, 13. Bearb. [1994 (H6)]
- Staudingers Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, EGBGB/IPR, Art.19-24 EGBGB, Neubearb. 2002 [2002 (H14)]
- Staudingers Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, EGBGB/IPR, Art.19-24 EGBGB, ErwSÜ (Internationales Kindschaftsrecht, Erwachsenenschutzübereinkommen), Neubearb. 2014 [2014 (H26)]
- Staudingers Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, EGBGB/IPR, Art.19-24 EGBGB, ErwSÜ (Internationales Kindschaftsrecht, Erwachsenenschutzübereinkommen), Neubearb. 2019 [2019 (R1)]
- Zitelmann, Ernst: Internationales Privatrecht, 2. Band [1912 (T1)]