

離婚による親権変動の効力と準拋法変更

——親権変動の準拋法の基準時——

根本 洋一

〔目次〕

はじめに

第1章 判例の概観

第1節 離婚後に親子関係準拋法が変更した事案

第1款 判例の概観

第2款 準拋法変更の態様

第2節 離婚後に親子関係準拋法が変更しなかった事案

第1款 判例の概観

第2款 判例の概観のまとめ

第3款 学説

第3節 親権に関する判例における判断対象

第2章 離婚による親権変動の効力と準拋法変更

第1節 親権変動後の準拋法変更

第1款 親権変動一般を対象として論ずる説

第2款 親子関係成立による親権変動を対象として論ずる説

第3款 父母の離婚による親権変動を対象として論ずる説

第4款 父母の一方の死亡による親権変動を対象として論ずる説

第 5 款 法律行為による親権変動を対象として論ずる説

第 2 節 離婚による親権変動後の準拠法変更

第 1 款 従来 of 学説

第 2 款 準拠法上の要件と離婚

第 3 節 実質法上の親権変動の構造と国際私法

第 1 款 断絶説の論拠

第 2 款 権利変動の効力と準拠法変更

第 3 款 親権変動の基盤としての親子関係

第 4 款 国際私法上の親権変動原因

第 4 節 親権の存否 (誰が親権者であるか) の準拠法

第 5 節 離婚による親権変動の効力と準拠法変更

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」の準拠法を定める国際私法規定である。同条の単位法律関係である「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り, 渉外的な親権問題のうちで判例上最も多く現れているのは離婚による親権変動 (離婚による親権分配)¹⁾ であり, これに関する研究²⁾ もまた夥しい数にのぼる。

1) 従来は, 「父母の離婚の際に生じる子に対する監護権の帰属・分配の問題」, 「離婚の際における夫婦間の子に対する監護権の帰属・分配の関係」(池原 [1973 (S48)] 116 頁), 「離婚に伴う親権・監護権の帰属・分配」(溜池 [2005 (H17)] 516 頁), 「父母の離婚の場合における子の親権・監護権の帰属・分配」(山田 (録) [2004 (H16)] 522 頁), 「離婚に際する親権・監護権の帰属・分配」(櫻田 [2020 (R2)] 316-317 頁), 「離婚の際の親権者・監護権者の決定」(河野 [2011 (H23)] 135 頁) という言葉が使われている。折茂 [1972 (S47)]

しかし、従来、離婚による親権変動については、離婚判決をする際に裁判所が（離婚による）親権変動を判断する場合の準拠法如何（離婚準拠法説と親子関係準拠法説の対立）が学説の大きな関心事であった³⁾。これに対して、離婚後

311 頁注 5 には「監護権ないし親権の帰属・分配等の問題」という言葉があり、同 388 頁注 3 には「準拠法上、離婚が親権の帰属に変動を生ぜしめないものとされているときは」という言葉がある。

本稿では簡略に「離婚による親権変動」という。本稿でいう「離婚による親権変動」とは、準拠法が離婚後の親権者を法定しているために離婚（協議離婚、裁判離婚）により自動的に親権者が決まる場合、離婚後の親権者を定める父母の協議により離婚後の親権者が決まる場合、離婚判決に附帯する親権者指定裁判により離婚後の親権者が決まる場合のいずれをも含む。また、離婚判決をする裁判所が離婚による親権変動を判断する場合（その場合は、親権者指定の附帯裁判をするときとしないときがある。後出注 3 参照。）、離婚（協議離婚、裁判離婚）後に提起される裁判で離婚による親権変動を——過去の親権変動として——判断する場合を含む。

- 2) 實方 [1937 (S12)] 283-286 頁, 實方 [1950 (S25)] 333-335 頁, 溜池 [1955 (S30)] 574-575 頁, 久保 [1955 (S30)b] 612 頁, 折茂 [1972 (S47)] 307-308 頁, 310-313 頁注 5, 387 頁, 388-389 頁注 3, 池原 [1973 (S48)] 115-116 頁, 池原 [1986 (S61)], 松原 [1990 (H2)] 231 頁, 道垣内 [1991 (H3)], 櫻田 [1992 (H4)], 南 [1992 (H4)] 97 頁, 道垣内 [1994 (H6)], 三浦 [1995 (H7)], 中西 [1995 (H7)], 多喜 [2004 (H16)], 山田 (録) [2004 (H16)] 452-453 頁, 522 頁, 溜池 [2005 (H17)] 470 頁, 516 頁, 多喜 [2007 (H19)], 河野 [2011 (H23)] 135 頁など。
- 3) 裁判所が離婚判決をする際に（離婚による）親権変動を判断した場合は、裁判所は、離婚判決に附帯する親権者指定裁判をすべきか、または、すべきでないか、決める必要がある。その結果、離婚判決に附帯する親権者指定裁判をした判例が多いが、離婚判決に附帯する親権者指定裁判をしない判例もある。次の判例は後者の例である。

横浜地判昭和 58 (1983) 年 1 月 26 日 (判時 1082 号 109 頁)

〔事実〕韓国人女 A と韓国人男 B は 1964 (S39) 年 7 月に婚姻し、同年 9 月、1966 (S41) 年および 1968 (S43) 年にそれぞれ子 C、D および E が生まれた。1979 (S54) 年に A は B を被告として離婚と 3 人の子の親権者を A と定めることなどを求めて訴えを提起した。

〔判旨〕裁判所は離婚請求に関しては法例旧 16 条により韓国法を適用し請求を認容した。親権者指定に関しては次のように判示して請求を棄却した。

「親権者の指定は離婚の効力に関する問題であるから、離婚の準拠法である韓国法によるべきところ、同国民法第 909 条第 5 項は父母が離婚した場合母はその前婚中に出生した

に親子関係準拠法が変更した場合、離婚により生じた親権変動は準拠法変更後
はどのような効力を持つのか、という問題については研究が手薄だったように
思われる⁴⁾。本稿はこの問題を検討する。すなわち、本稿では、離婚後に裁判

子の親権者となることはできないと規定し、離婚後の未成年者の親権者を父と法定して、
裁判所に対し離婚に際しての親権者指定の権限を付与していないから、当裁判所は親権
者を指定することはできない。

もっとも、右韓国法を適用して親権者を父である B とすることが我国の公序良俗に反
する場合は、法例第 30 条により右法条を適用しないものとする余地がないではない。そ
して〔……〕B は現在家を出て子どもらと別居生活を継続し、A が子どもらを養育して
いるのであるが、他方、B は子どもらを養育するのに十分な資力を有し、別居後も月に 2、
3 回は前記居宅に子どもらを訪れ、生活費の外必要に応じて子どもらの教育費等を渡す等
しているのであり、〔……〕によれば、B は子どもらに対する愛情は失っておらず、自ら
子どもらの親権者となることを望んでいることが認められるし、この事実〔……〕A
の生活態度をも考え併わせると、B を親権者にすることが我国の公序良俗に反するとい
うことはできず、他にこれを認めるに足る証拠はない。」

この判旨の公序に関する判断に関して舛場〔1985 (S60)〕242 頁は「法例 30 条の運用
方法に関していえば模範的とも評価できる。」という。

この他、最 (1 小) 判昭和 52 (1977) 年 3 月 31 日 (民集 31 卷 2 号 365 頁) は離婚請求
と親権者指定請求にかかる事案にかかる判例であるが、その第 1 審判決 (名古屋地判昭
和 47 (1972) 年 8 月 31 日) は親権者指定請求に関しては、準拠法たる韓国法上離婚後の
親権者が父に法定されていることを理由として請求を棄却した (しかし、控訴審判決 (名
古屋高判昭和 51 (1976) 年 6 月 29 日) は親権者を指定し、上告審判決は上告を棄却した.)。

東京高判昭和 61 (1986) 年 5 月 28 日 (家月 39 卷 5 号 42 頁) は原告と被告いずれも離
婚と親権者指定等を求めた事案にかかる判例であり、その第 1 審判決 (千葉地裁昭和 60
(1985) 7 月 29 日) は、離婚請求を認容する一方で、親権者指定請求に関しては、準拠法
たる韓国法上離婚後の親権者が父に法定されていることを理由として請求を棄却した (し
かし、控訴審判決は親権者を指定した)。

- 4) 父母子の国籍・常居所が変更した場合 (例えば、A 国籍の妻、B 国籍の夫、A 国籍と B
国籍の子が日本に住んでおり、或る時点で妻の国籍が A 国籍から B 国籍に変更した場合
に、法適用通則法 32 条により特定される実質法は、国籍変更前は A 国法であり、国籍変
更後は B 国法である。) 連結基準——親と子の同一の本国法——は変更する。では準拠
法は変更したのか。妻の国籍変更前に親が子のためにした代理行為との関係で、親権者
が誰か、という問題を解決すべきときは、その問題の準拠法は A 国法であり、その問題

所が離婚による親権変動を——過去の権利変動として——判断する場合の法適用関係を検討対象とする。なお、親権変動を内容とする裁判（離婚判決に附帯する親権者指定裁判など）の効力は裁判の効力として検討すべきなので、本稿では検討しない。

本稿では、第1章で、離婚後の裁判で親権問題が判断された判例を見る。第2章では、父母の離婚後に親子関係準拠法が変更した場合には、裁判所は離婚による親権変動に対してどのように法適用をすべきかを検討する。

第1章 判例の概観

以下に挙げるのは、離婚（親権者指定の附帯裁判のない離婚判決、または、協議離婚）後に裁判が提起され（親権者指定申立事件、親権者変更申立事件など）、その結果、その裁判で、離婚による親権変動が——過去の親権変動として——判断された判例である。以下の判例は、離婚の方法が裁判離婚か協議離婚か、離婚判決をしたのは日本の裁判所か外国裁判所か、離婚後に申し立てられた事項が親権者指定か親権者変更か、など、種々の視点から分類することができるが、本稿で検討する問題との関係ではそれらの分類には大きな意味はないので、排列の順序は裁判年月日順とする。

の準拠法がA国法であることは妻の国籍が変更しても変わらないから、その問題の準拠法は変更しないというほかはない。根本〔2020（R2）〕51頁。しかし、本稿で検討するのは親権の存否の準拠法（これについては、後出第2章第4節参照。）ではなく親権変動の準拠法であるから、親権の存否の準拠法と同列には論ずるわけにはいかない。また、親子関係に関しては「準拠法が変更する」、「準拠法の変更」という言葉が広く使われている。根本〔2020（R2）〕52-56頁。そこで、本稿では、「準拠法が変更する」、「旧準拠法」、「新準拠法」という言葉を使う。なお、山田（録）〔2004（H16）〕521-522頁は「準拠法が変更する」、「新しい準拠法」という言葉とともに「新本国法または新常居所地法」という言葉をも使う。

以下では、平成元 (1989) 年改正前の法例を適用した判例も検討対象とする。それは、法例旧 20 条においても改正法例 21 条および法適用通則法 32 条においても準拠法の基準時の考え方は同じだからである。

なお、以下では、改正前法例を適用した判例でも親権に関して反致 (法例旧 29 条) により日本法を準拠法とした判例は検討しない。それは、法適用通則法 41 条ただし書きは、同法 27 条または 32 条の規定により当事者の本国法によるべき場合は日本法への反致を承認しない (= 離婚による親権変動に関し離婚準拠法説に立っても日本法への反致を承認しない。) から、現在は、親子関係に関する反致を検討する必要性に乏しいからである。

第 1 節 離婚後に親子関係準拠法が変更した事案

第 1 款 判例の概観

本稿の検討対象は、離婚による親権変動の効力はその後に親子関係準拠法が変更すれば準拠法変更後はどうなるのかという問題である。この問題に直接関係のある判例は次の 3 件である。

【判例 1】東京家審昭和 38 (1963) 年 1 月 31 日 (家月 15 卷 6 号 94 頁)⁵⁾

〔協議離婚後に申し立てられた親権者変更申立事件〕

〔事実〕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

5) 【判例 1】の判旨の準拠法判断については、林脇 [1964 (S39)] 参照。

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の再婚のこと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。

〔判旨〕認容。

「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。)

(1) 判旨は、離婚による親権変動に韓国法を適用したが、韓国法をいかなる資格で適用したのか。判旨の「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」というのは、「韓国の法令」をいかなる資格で準拠法として適用して「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」という結論を導き出したのか、明らかでない。この理解の仕方にはふたとおりある。ひとつは離婚による親権変動に関する離婚準拠法説に立ち、協議離婚時の夫(B)の本国法を適用した(法例

旧 16 条本文) と考え得るし、もうひとつは、離婚による親権変動に関する親子関係準拠法説に立ち、協議離婚時の父 (B) の本国法を適用した (法例旧 20 条) と考え得る。

判旨が前者の考え方をしたのであれば、本件事案は、まず、協議離婚に基づいて離婚準拠法により親権変動が生じ、次に、その後に親子関係準拠法が変更した、という事案になる。これに対して、判旨が後者の考え方をしたのであれば、本件事案は、まず、協議離婚に基づいて親子関係準拠法により親権変動が生じ、次に、その後に親子関係準拠法が変更した、という事案になる。ここで注意すべきなのは、前者のタイプになるのか後者のタイプになるのかは、離婚後に申し立てられた親権者変更申立事件を審理する裁判官が、離婚による親権変動につき離婚準拠法説に立つか、それとも、親子関係準拠法説に立つかにより決まる、という点である。

(2) 判旨は、離婚に基づき韓国法により父が親権者になったことを前提として、その後の親権者変更につき日本法を適用して、親権者を父から母に変更した。準拠法変更前の親権分配が準拠法変更後も存続することを認めた判例であり、この点は判旨の大きな特色である。

【判例 2】 東京家審昭和 48 (1973) 年 11 月 28 日 (家月 27 卷 7 号 82 頁)

〔協議離婚後にした親権者を母とする旨の父母の協議の届出の効力〕

〔事実〕 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A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。

〔判旨〕申立却下。

〔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ところになり、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〕。」

(1) 判旨は「C は〔……〕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。」と判示するので、離婚による親権変動につき法例旧 20 条により韓国法を適用して判断した。それゆえ、この判例における事案は、先に述べた 2 種類のうちのひとつ——協議離婚に基づいて親子関係準拠法により親権変動が生じ、次に、その後に親子関係準拠法が変更した、という事案——である。

(2) 判旨は、父母離婚後も韓国法により父が親権者だった旨を判示したが、親子関係準拠法が日本法に変更した後については「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」を採るべきであると判示した。すなわち、韓国法により父が親権者になったことは準拠法変更後は存続しないという考え方に立っている。これがこの判例の最大の特色である。さらに注目すべきなのは、準拠法変更後の親権状況を新準拠法（日本法）により判断するに際して判旨が離婚——それは準拠法変更前に発生した——を考慮している点である。

【判例 3】 仙台家審昭和 57 (1982) 年 3 月 16 日 (家月 35 卷 8 号 149 頁) ⁶⁾

〔協議離婚後に申し立てられた親権者変更申立事件〕

〔事実〕 A 女と B 男 (いずれも外国人登録上国籍を朝鮮とする) は 1964 (S39) 年に婚姻し、1965 (S40) 年と 1967 (S42) 年にそれぞれ子 C と子 D (いずれも外国人登録上国籍を朝鮮とする) が生まれた。1971 (S46) 年に A と B は仙台市長に協議離婚届をし、離婚届の際に A と B は C と D の親権者を A とす

6) 【判例 3】の研究として、早田 [1995]、青木 [2004 (H16)]、青木 [2007 (H19)]、青木 [2012 (H24)] がある。

る旨の協議をしてその旨届出た(本件審判理由を引用すれば次のとおりである。「双方ともその間の子の親権者の決定が本国法に依ることに考え及ばぬまま C と D の親権者の指定は当然父母の協議によつて決定し得るとして A を各親権者と指定したうえ、昭和 46 年 2 月 2 日、仙台市長に対し協議離婚届出をなして離婚した。)。1976 (S51) 年に A と日本人 E は婚姻届をし、同時に C および D と E との養子縁組届をした。その後、C と D の日本への帰化手続に際して法務局から韓国法により C と D の親権者は B であるため C と D の帰化申請には B の同意書の添付が必要である旨の指摘を受けたため、A は B に C と D の帰化申請の同意を求めたが、B は同意を拒否した。そこで、1981 (S56) 年に A は B を相手方として C と D の親権者を B から A に変更する旨の審判を申し立てた。

〔判旨〕 認容。

裁判所は、「渉外的親子関係に関する準拠法は、法例二〇条により父の本国法に依るので父たる B の本国法を検討するに」と判示し、北朝鮮法を B の本国法とし、親権者変更について次のように判示した。

「本件においては先ず C と D らの親権者が何人であるか検討を要するところ、離婚に関する朝鮮の法令には「男女平等権に関する法令」第五条一項が「婚姻生活において夫婦関係が困難で、夫婦関係をそれ以上継続することができない条件が生じた場合には、婦人は男子と同等の自由な離婚の権利を有する。」とし、同条三項において「母性として児童の養育費を以前の夫に要求しうる訴訟権を認め、離婚と児童養育に関する訴訟は、人民裁判所においてこれを処理するように規定する。」と規定するに止まり、離婚の場合における親権者の指定に関する明文の規定を欠き、さらに、同国「離婚事件審理に関する規定」第二〇条に「裁判所は離婚判決に際して子の養育問題を同時に解決しなければならない。」と定めてあるのみで、一九六五年三月八日同国内閣決定第二四号により協議離婚が廃止されていること(欧龍雲氏、朝鮮民主主義人民共和国および中華人民共和国の領域内に在籍する外国人と日本人との間の離婚の準拠法等

に関する鑑定書、家庭裁判月報二二卷二号二〇五頁以下参照）からすれば、申立人と相手方の協議離婚は少なくとも同国法に準拠して受理されたとは見なし得ず、我が国法務当局の平和条約発効後における朝鮮人又は台湾人間の協議離婚届出の受理に関する取扱（昭和二七年九月二四日民事甲第三二二二号）、平和条約発効前婚姻した朝鮮人男と日本人女が協議離婚の届出に際し本国当該官憲の証明書を提出し得ない場合の取扱（外国人登録証明書による離婚要件の審査と受否決定、昭和二九年一月一六日民事甲第二六四九号）等を勘案すれば、〔1〕前示A とB の協議離婚届出の受理は、種々の法律構成が可能でいずれに依るか明らかでないが結論的には韓国民法を適用の上なされたと見ざるを得ず、またこれが違法といい得ない。〔2〕そして、父母の離婚の場合における親権の帰属は離婚の効果として離婚の効力の準拠法によるとされるから、〔3〕 C とD の親権者は、右協議離婚届出受理の結果その時点で韓国民法により自動的に父である相手方に指定⁷⁾される結果となつている。

そこで進んで親権者の各変更について考えるに、親権の帰属とその変更とは関連する問題ではあるが各独立する問題である。〔4〕本件はいずれも親権の指定⁸⁾があつた後におけるその変更の問題であり、右は親子間の法律関係としてB の本国法すなわち朝鮮国法令によるべきであるが、前示のとおり朝鮮の前掲各法令には、裁判所が離婚判決に際して子の養育問題を同時に解決しなければならない旨定めるのみで、また同国憲法及び男女平等権に関する法令において、男女の平等を強く宣明していることからすれば、朝鮮においては、子に対する親の権利義務は離婚によつて左右されないものと考えられ、親権者として指定されない他方当事者の親権を根本的に変更するおそれのある親権者指定を行うか否か⁹⁾ 若干の疑問もなくはないが、他方、本件のように親権者の決定

7) [引用者による注] ここで、親権者の「指定」とは、韓国法が離婚後の親権者を法定している結果として離婚後はBが親権者になったことを指す。

8) [引用者による注] 前注参照。

があつた後において当該親権者が子の監護、養育を放棄して顧みない場合についてまで両親の権利義務の平等の名の下に共同親権の形骸を復活、存続させるべきことを朝鮮の親子関係法が期待しているものとは解せられず、むしろ子の養育監護上適当な一方の親にこれを変更し子の養育監護に万全を期することこそそのような場合における最も適切かつ直截な措置として、右各規定の趣旨にそうものであると解する。そうだとすれば、前記認定のAとBの離婚の経過それ以後の事情の下では、CとDの親権の行使はAに委ねるのが相当である。

よつてCとDの親権者をBからAに変更することを求める本件各申立をいずれも認容し、主文のとおり審判する。」(下線と〔1〕、〔2〕等の数字は引用者による。)

判旨はBの本国法を北朝鮮法と認定したにもかかわらず、下線部〔1〕ではAとBの協議離婚につき韓国法を準拠法として協議離婚が有効であるという判断をする。下線部〔2〕は父母の離婚による親権変動は離婚準拠法によるべき旨を判示し、これを受けて下線部〔3〕は父母離婚後のCとDの親権者は韓国法により父である旨を判示する。ようやく下線部〔4〕に至り、本件で申し立てられた親権者指定に関しては父Bの本国法である北朝鮮法が準拠法になる旨を判示する。

判旨は離婚による親権変動については離婚準拠法説に立ち韓国法を準拠法とし、離婚後に申し立てられた親権者変更の準拠法を北朝鮮法とした。しかし、本件判旨の特色は別のところにある。本件では離婚時から親権者変更申立事件時までBの本国法は変更していないので、離婚時における親子関係準拠法は北朝鮮法であると思われる。それゆえ、判旨が離婚による親権変動については

9) [引用者による注]「親権者として指定されない他方当事者の親権を根本的に変更するおそれのある親権者指定を行いうるか否か」とは、《裁判離婚時に裁判所が裁判により父母の一方を親権者と定め得るか否か》という意味であると思われる。

離婚準拠法説に立ち韓国法を準拠法としたこと、および、判旨が離婚時における親子関係準拠法が北朝鮮法だったと判断した(ように読める)ことが本件判旨の特色である。

ところで、判旨の特色であるこの 2 点は、むしろ、本件事案の特殊性を示す。すなわち、協議離婚の場合は、改正前法例下では、離婚の準拠法は法例旧 16 条により原因事実発生時の夫の本国法として協議離婚時の夫の本国法が準拠法になり、協議離婚時における親子関係準拠法は法例旧 20 条により協議離婚時の父の本国法であるから、両者は同じである。それゆえ、本件判旨の特色として述べた上記 2 点は本件判旨の特色であるのみならず本件判旨の特殊性である。

しかし、他方で、離婚準拠法と親子関係準拠法が異なるという現象は、改正前法例下では裁判離婚の場合に裁判離婚原因事実が裁判時の前に発生すれば生じ得たし、また、法適用通則法下では、夫婦を基軸として準拠法を決める同法 27 条と親子を基軸として準拠法を決める同法 32 条により生じ得る。それゆえ、本件は、離婚による親権変動に関して離婚準拠法説に立ち X 国法を準拠法とし、離婚後に申し立てられた親権者変更に関して Y 国法——離婚時から変更していない親子関係準拠法である Y 国法——を準拠法とした事案という形に一般化することができる(なお、本件は離婚時から親権者変更申立事件までに親子関係準拠法が変更しなかった事案にかかる判例であるので次節の判例と同じグループに属するが、X 国法により決まった親権者を Y 国法により変更したという点に鑑み、便宜上、本節で検討した。)

さて、本件がそのようなパターンの事案であるとすれば、その原因は、親権者変更申立事件を審理する裁判所がそれに先行する協議離婚による親権変動につき離婚準拠法説に立ったところにある。すなわち、本件判旨が仮に本件協議離婚による親権変動につき親子関係準拠法説に立ったとすれば、裁判所は、協議離婚による親権変動を北朝鮮法により判断し、その後に申し立てられた親権者変更も北朝鮮法により判断したであろう。

第2款 準拠法変更の態様

前款で判例を概観した結果¹⁰⁾、離婚後の裁判で親権が判断される事案には4種類あることがわかる。

まず、離婚後、親権を判断する裁判までに、親子関係準拠法が変更しないタイプである。このタイプはつぎのふたつに分かれる。

まず、〔A-1〕離婚後に申し立てられた事件で親権を判断する裁判所が、離婚による親権変動につき親子関係準拠法説に立つ場合である。このタイプの事案では、裁判所は、離婚による親権変動についても、申し立てられた親権者変更等に関しても、同じ法域の法を適用する。

もうひとつは、〔A-2〕離婚後に申し立てられた事件で親権を判断する裁判所が、離婚による親権変動につき離婚準拠法説に立つ場合である。このタイプの事案では、裁判所は、離婚による親権変動と、申し立てられた親権者変更等に関して、異なる法域の法を適用すべきときがある。【判例3】仙台家審昭和57(1982)年はこのタイプである。

以上のふたつのタイプの判例は、【判例3】を除き、後出第2節で検討する。

10) このほか、平成1(1989)年の改正法例施行(平成2(1990)年1月1日)により親子関係準拠法が変更した事案にかかる判例があるが、この事案では準拠法変更の原因が当事者の国籍等の変更ではなく国際私法改正であるので、本稿では検討しない。参考までに、その判例を次に掲げる。

福岡家小倉支審平成4(1992)年5月14日(家月45巻9号54頁)

〔協議離婚後に親権者指定を申し立てた事案〕

〔事実〕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、1990(H2)年1月1日に改正法例が施行され、1992(H4)年に母が日本法に基づき親権者指定を申し立てた。

〔判旨〕認容。

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。

次に、離婚後、親権を判断する裁判までに、親子関係準拠法が変更したタイプである。このタイプはつぎのふたつに分かれる。

まず、〔B-1〕離婚後に申し立てられた事件で親権を判断する裁判所が、離婚による親権変動につき親子関係準拠法説に立つ場合である。これは親権変動後の親子関係準拠法変更の事案である。【判例 2】東京家審昭和 48 (1973) 年はこのタイプである。【判例 1】東京家審昭和 38 (1963) 年もこのタイプに属するものと理解することが可能である。

もうひとつは、〔B-2〕離婚後に申し立てられた事件で親権を判断する裁判所が、離婚による親権変動につき離婚準拠法説に立つ場合である。このタイプでは、裁判所は、離婚による親権変動——それは離婚準拠法により生じた——の効力が、離婚時から、親子関係準拠法変更後まで存続するものと考えべきか、といった問題を解決する必要がある。【判例 1】東京家審昭和 38 (1963) 年もこのタイプに属するものと理解することが可能である。

ここでは、以上のタイプごとに法適用関係を検討することはしない。ここでは、単に、離婚による親権変動の効力がその後どうなるかという問題に関しては以上の 4 種類の事案があることを確認すれば足りる¹¹⁾。

第 2 節 離婚後に親子関係準拠法が変更しなかった事案

離婚（親権に関する附帯裁判のない内外の離婚判決、または、協議離婚）後に提起された裁判で親権を判断した判例で、離婚後、親権を判断する裁判まで

11) 本稿の検討対象は、親子関係の準拠法が変更した場合には、それ以前の（親権変動により生じた）親権状況は、準拠法変更後はどうなるのか、という問題である。これに対して、ある事実（父による子の認知、父母の一方の死亡など）に基づき——法適用通則法 32 条により——親子関係準拠法が変更し、新準拠法によればその事実が親権変動原因である場合は、準拠法変更と親権変動が同時に発生したものと見得るので、特殊なタイプである。それゆえ、このタイプは本稿の直接の検討対象ではないが、本稿の最後に触れる。後出注 66 参照。

の間に親子関係準拠法が変更しない事案にかかるものは次のとおりである（反致により日本法を準拠法とした判例を除く.）。引用に際しては、準拠法に関する判示事項を下線で示す。

第1款 判例の概観

【判例4】大阪家審昭和38（1963）年12月27日（家月16巻5号183頁）¹²⁾

〔親権者に関する附帯裁判のない国内離婚判決後に監護人指定を申し立てた事案〕

〔事実〕中華民国人女A（元日本人）と中華民国人男Bは1947（S22）年に婚姻し、1949（S24）年に子Cが生まれた。1950（S25）年ごろ以降Bは所在不明になったのでAは離婚の訴えを提起し、大阪地裁の離婚判決は1961（S36）年に確定したが、同判決は親権者・監護権者に関する附帯裁判をしなかった。1963（S38）年にAはBを相手方としてAをCの監護人と選定する審判を申し立てた。

〔判旨〕認容。

「準拠法については、本件申立の内容をなす子の親権者監護人の選定は親子間の法律関係に関することであるから、同法第20条により父の本国法である中華民国法によるべきである。」ところで同国民法第1051、1055条によると、日本民法第819条第2項と異なり、裁判上の離婚に際して父母の一方を必ず監護人に指定しなければならないものではなく、監護人の選定がなかつた場合には、父が当然に監護に当ることになっているので、上記判決において監護についてなんらの定めがなされなかつたからといつて裁判の一部に脱漏があつたと解すべきではないし、また裁判上の離婚の際に夫婦の協議または裁判によつて監護人の選定等がなされなかつたときは、離婚後においても、父母において子の利益

12) 【判例4】の判旨の準拠法判断については、欧〔1965（S40）〕126頁参照。

のため必要あるときは監護人の選定の申立をすることができる。

さて上記認定事実によると、C の監護人を、現に同人を適切に養育しており監護能力も充分な A に選定するのが、C の利益を守り福祉の向上に資すること明らかである。(なお本件では、上記認定によつて明らかのように、父である B が親権を行使し得ない状態にあること明らかであるから、同国民法第 1089 条によつて、母である A がこれを行使する権限を有することは言うまでもない。)」

【判例 5】東京家審昭和 41 (1966) 年 6 月 7 日 (家月 19 卷 2 号 132 頁)¹³⁾

〔協議離婚後に後見人選任を申し立てた事案〕

〔事実〕日本人女 A と韓国人男 B の間に、韓国で、1945 (S20) 年、1947 (S22) 年、1950 (S25) 年にそれぞれ子 C、D、E が生まれ、A と B は 1952 (S27) 年 4 月 3 日に婚姻届をし、1953 (S28) 年に子 F が生まれた。A と B は 1965 (S40) 年に協議離婚し、A は D、E、F の 3 人の子を連れて日本に入国した。1966 (S41) 年に A は 3 人の子の後見人として A を選任する審判を申し立てた。

〔判旨〕認容、

「事件本人等はいずれも韓国人であるから、その親権者は法例第 20 条により父の本国法である韓国民法によつて定めるべきところ、同法第 909 条によればその家にある父、すなわち〔……〕B が親権者となるわけであるが、同人は現在釜山市について現実に親権を行使することができない事情にある〔……〕。」

【判例 6】東京家審昭和 41 (1966) 年 8 月 1 日 (家月 19 卷 3 号 95 頁)

〔協議離婚後に後見人選任を申し立てた事案〕

13) 【判例 5】の判旨の準拠法判断については、田村〔1968 (S43)〕152 頁参照。

〔事実〕日本人女 A と中華民国人男 B は 1947 (S22) 年に婚姻届をした (A は日本国籍を喪失した)。1948 (S23) 年 1 月に子 C が生まれた。同年 10 月に家族は上海に渡り、その後 1955 (S30) 年までに子 D, E, F が生まれた。1960 (S35) 年に A と B は協議離婚したが同居を続け、1961 (S36) 年に子 G が生まれた。1965 (S40) 年に A は F と G を連れて日本に帰国し、以後、F と G を養育している。A が日本に帰国する際に B は「〔F と G〕の監護は母である A に託する旨の書面を A に送っている。」1966 (S41) 年に A は F と G の後見人として A を選任する旨の審判を申し立てた。

〔判旨〕却下。

「法例第20条によれば、親子間の法律関係は父の本国法に依るべきところ、父の本国法たる中華民国法第1051条によれば、「協議離婚後における子の監護は、夫がこれに当る。但し、別段の約定があるときは、その約定に従う。」とあり、この別段の約定については、協議離婚の場合と違って、必ずしも書面を以てこれをなすべきものとは定められていない。これを上記認定事実に照すと、本件未成年者等の監護すなわち親権は、母である申立人が当るべきこととなる。なお、同民法第1086条には、「父母はその未成年の子の法定代理人となる。」とあり、また第1089条には、「父母の一方が権利を行使することができないときは、他の一方がこれを行行使する。」とあるので、A は F と G の法定代理人として、F と G に代り種々の法律行為をなすことができるものと解する。

以上のとおり、A は F と G の法定代理人たる地位を有するものであるから、本件後見人選任の申立はその必要がなく〔……〕。」

【判例7】水戸家麻生支審昭和51(1976)年5月19日(家月29巻3号99頁)

〔協議離婚後に申し立てられた後見人選任申立事件〕

〔事実〕韓国人女 A と韓国人男 B が 1963 (S38) 年に東京都調布市役所に婚姻届を提出した。A と B の間には 3 人の子が生まれた。A と B は 1974 (S49) 年に同市役所に協議離婚届を提出した。B は協議離婚後、行方不明である。

1976 (S51) 年に A は 3 人の子の後見人として A を選任する審判を申し立てた。

〔判旨〕認容。

「事件本人はいずれも韓国人であるからその親権者は法例第 20 条により父の本国法である韓国民法によって定めることとなり、同民法第 909 条によれば、その家にある父すなわち B が親権者となるわけであるが、同人は現在行方不明で現実に親権を行使することができない事情にある〔……。〕」(下線は引用者による。)

【判例 8】山口家岩国支審昭和 52 (1977) 年 11 月 4 日 (家月 30 卷 11 号 77 頁)¹⁴⁾

〔親権に関する附帯裁判のない外国離婚判決後に親権者指定を申し立てた事案〕

〔事実〕日本人女 A と米国人男 B の間に 1962 (S37) 年に子 C が生まれ、同年 5 月に B は C を認知し、同年 8 月に A と B は婚姻した。1963 (S38) 年に B は勤務の都合で米国に帰国し、A は病気療養のため B とともに日本に滞在することとした。米国ノース・カロライナ州裁判所は B の訴えに基づき 1968 (S43) 年に離婚判決をしたが、同判決は C の監護について定めなかった。1977 (S52) 年に A は B を相手方として A を C の親権者に指定する審判を申し立てた。

〔判旨〕認容。

「子の親権者を定めるについての準拠法は、法例第二〇条の親子の法律関係に関するものと解する。

法例第 20 条によれば親子間の法律関係については、父の本国法によるべきとされている。父の住所はノースカロライナ州と認められるのでノースカロライナ州法を準拠法とする。

ノースカロライナ州法によると、申立を受けた裁判所の裁判官は児童の利益及び福祉を最善に促進すると認める個人、代理人、団体又は施設に対し斯る児童の

14) 【判例 8】の判旨の準拠法判断については、林脇〔1979 (S54)〕145-146 頁参照。

監護権を与えなければならぬ旨規定する。

〔……〕 調査官の調査報告書によれば次の事実が認められる。

〔……〕

以上の事実が認められる。

よつて、ノースカロライナ州法を適用し子の福祉と利益を最善に促進するものと認める子の母である A を C の親権者に指定することとし主文のとおり審判する。」

【判例 9】 富山家審昭和 56 (1981) 年 2 月 27 日 (家月 34 卷 1 号 80 頁)

〔父母の協議離婚後に親権者変更を申し立てた事案〕

〔事実〕 日本人女 A と「朝鮮に属する」男 B は 1975 (S50) 年に婚姻し、子 C と子 D が生まれた。A と B は 1979 (S54) 年に協議離婚した。1979 (S54) 年に A は B を相手方として C と D の親権者を B から A に変更する審判を申し立てた。

〔判旨〕 認容。

「外国人たる父と日本人たる母との間の外国人たる子に対する親権の変更の問題について、〔……〕 親権に関する法律関係の準拠法は父の本国法であるが、本件記録中の資料によれば、B は日本で出生、成長し、日本内において自動車板金塗装工場を経営し、大韓民国、朝鮮民主主義人民共和国のいずれにおいても生活したことがなく、又、今後もその意思もないことが認められ、以上の事実によれば B の本国法決定の基準である国籍をいずれともきめかねる事態であり、むしろ無国籍に準じて処理すべきものと解し、法例 27 条 2 項に準じ、同人の住所地法である日本法をもつてその本国とみなすべきものと判断する。

〔……〕

〔……〕 次の事実が認められる。

〔……〕 上記認定事実によれば、A が親権者として C と D を養育監護することが、同人らの福祉に合致するものと考えられるから、わが民法 819 条 6 項を適用して、主文の通り審判する。」

【判例 10】福岡家審昭和 56 (1981) 年 7 月 28 日 (家月 34 卷 1 号 84 頁)

〔父母の協議離婚後に親権者指定を申し立てた事案〕

〔事実〕日本人女 A と中国人男 B は 1977 (S52) 年に婚姻し、1988 (S63) 年に子 C が生まれた。A と B は 1980 (S55) 年に協議離婚したが、C の親権者については協議ができない。そこで、A は 1981 (S56) 年に A を親権者に指定する審判を申し立てた。

〔判旨〕主文「A を C の扶養教育者 (監護養育者) に指定する。」

「親権者指定の問題は、親子間の法律関係というべきであるから、法例第 20 条により父の本国法が準拠法となるべきところ、本件において父の本国法は中華人民共和国の法律 (以下単に「中国法」という。) である (親権者の指定を広義における離婚の効果と考えても、離婚の準拠法は法例第 16 条により、夫たる B の本国法すなわち中国法であるから結果において異なるところはない)。」

【判例 11】東京家審昭和 62 (1987) 年 4 月 27 日 (家月 39 卷 10 号 101 頁)

〔親権者を指定する附帯裁判のない外国離婚判決後に申し立てられた親権者指定申立事件〕

〔事実〕日本人女 A とフィリピン人男 B は 1973 (S48) 年に香港で婚姻した。1974 (S49) 年に子 C が生まれた。1976 (S51) 年に A は日本に帰国し、1982 (S57) 年に A は B から C を引き取り、それ以来 C を養育している。B の訴えに基づき香港の裁判所のした離婚判決が 1984 (S59) 年に確定した。同判決は C の親権者を定めていない。A は 1985 (S60) 年に日本人男 D と婚姻した。1987 (S62) 年に A は B を相手方として C の親権者を定める審判を申し立てた。

〔判旨〕子 C の親権者を母 A と定めた。

「[1] 渉外的離婚に伴う未成年の子の親権ないし監護権者の指定に関する準拠法については、これは離婚の効力に関する問題であるから法例 16 条が規定する離婚の準拠法により決定されるべきであるとする見解と、この問題は離婚を

契機として生じる親子間の法律関係にすぎないから法例20条により決定されるべきであるとする見解がある。これを本件についてみるに、法例16条によるとすれば、離婚の原因の発生したときにおける夫の本国法（フィリッピン共和国法）か、あるいはAとB間の本件離婚に実際に適用された香港法か、そのいずれかが準拠法になるものと考えられる。しかしながら、上記認定事実によれば、〔2〕本件は昭和59年9月28日に上記離婚の裁判が確定した後、2年半余り経過してから親権者の明確でないCにその指定を求めるものであるから、これを離婚に付随する親権者の指定の問題とみることは相当でなく、本来的に親子間の法律関係の問題として、法例20条に基づき父の本国法（フィリッピン共和国法）を準拠法とするべきものと認められる。

ところで、〔3〕フィリッピン共和国民法によれば、婚姻の無効、取消し及び法律上の別居が定められるのみで、法律上の離婚は認められていないから、当然のこととして夫婦の離婚後の嫡出子の親権の帰属の問題については法律を欠いており、結局、準拠法の欠缺の問題として、条理により、日本国民法（819条5項）を裁判規範として適用するのが相当であると思料される。（〔1〕、〔2〕、〔3〕および下線は引用者による。）

本件は、子の出生以来、本件裁判時まで、親子関係の準拠法はフィリッピン法であり、変更していない。

判旨は〔1〕で離婚による親権変動の準拠法の検討を巧みに避けた。しかし、現に誰を親権者に指定すべきかを考えるためにはその前提として現に誰が親権者であるかを確定する必要がある。そこで、判旨は、〔2〕で判示した、本件申立にかかる親権者指定の準拠法（フィリッピン法）を、〔3〕で離婚による親権変動——判旨の言葉では「夫婦の離婚後の嫡出子の親権の帰属の問題」——にも適用したように読める。判旨を仮にこのように読むことができれば、判旨は、（離婚後の）親権者指定の準拠法をそれ以前の親権変動である離婚による親権変動に適用した判例——前掲【判例2】東京家審昭和48（1973）年と同趣旨の

判例——ということになろう¹⁵⁾

【判例 12】 静岡家審昭和 62 (1987) 年 5 月 27 日 (家月 40 卷 5 号 164 頁)

〔親権者を指定する附帯裁判のない外国離婚判決後に申し立てられた親権者指定申立事件〕

〔事実〕日本人女 A とメキシコ人男 B の間に 1980 (S55) 年にアメリカ合衆国カリフォルニア州で子 C (アメリカ合衆国国籍) が生まれた。1981 (S56) 年に A と B は同国同州で婚姻した。1983 (S58) 年に A は C を連れて日本に帰国した。A の帰国後 B はカリフォルニア州上位裁判所に離婚の訴えを提起し、同裁判所は 1986 (S61) 年に A と B の離婚判決をしたが(同年 8 月に確定)、C の親権者については裁判をしなかった。1986 (S61) 年に A は B を相手方として C の親権者を A と定める審判の申立をした。

〔判旨〕 認容。

「C の親指定の問題は親子間^(ママ)の法律関係の問題といえるから、法例 20 条によるべく、右によれば父の本国法によることとなる。メキシコ民法によれば、嫡出子の親権については同法 283 条により離婚の際の判決によって父母いずれかに定められることになっており、離婚原因 (父母の合意による場合を除き) によって親権の帰属を定めることとされており、概ね有責的な原因の場合、その責のない方の配偶者、病気が原因となる場合は、健康な配偶者となっているところ、本件の如き親権の指定についても右条項を類推し、結局右は子の福祉

15) 判旨は「〔フィリピン法では〕夫婦の離婚後の嫡出子の親権の帰属の問題については法律を欠いており、結局、準拠法の欠缺の問題として、条理により、日本国民法 (819 条 5 項) を裁判規範として適用するのが相当である」と判示する。この意味も検討の余地はあるが、それは別として、仮にフィリピン法が離婚制度 (および、「夫婦の離婚後の嫡出子の親権の帰属の問題」に関する規定) を有していれば、判旨は「夫婦の離婚後の嫡出子の親権の帰属の問題」にフィリピン法 (= 本件申立にかかる親権者指定の準拠法) を適用したと思われる。

の見地から解釈されるべきであるから、本件の如く、BとAの離婚原因の實質は、Bの不貞行為、Aに対する虐待等であり、しかも昭和58年5月以降AはCを日本に連れ帰り、以後Bの全くの金銭的援助もなく養育している現状に鑑みると、Cの親権者としてAを指定することを相当とするものである。」
(下線は引用者による。)

【判例13】山口家下関支審昭和62(1987)年7月28日(家月40巻3号90頁)
〔監護人を定める附帯裁判のある国内離婚判決の後に申し立てられた親権者指定申立事件〕

〔事実〕A女(日本国籍)とB男(朝鮮国籍)は1980(S55)年に婚姻し、1981(S56)年に下関市で子Cが生まれた。1983(S58)年にAはCを連れて広島市に転居し、Bと別居した。1985(S60)年5月にBはAの意に反してCを連れ去り、以後、Bの実母に養育を任せた。Aは広島地裁に人身保護法による救済を求め、1985(S60)年に同裁判所はBがCをAに引き渡すべき旨の判決をした。1985(S60)年にAはBを被告として離婚とCの親権者をAと定めることを求めて山口地裁下関支部に訴えを提起し、同裁判所は、親権者指定申立を監護人指定申立に変更させた上で、離婚請求を認容し、北朝鮮法を適用してCの監護人をAと定める判決を1986(S61)年11月にした。Bは同年12月ごろからBの実母方に帰らなくなり、所在不明になっていた。1987(S62)年2月にAはBを被告として山口地裁下関支部に幼児引渡請求の訴えを提起するとともに、Bを相手方として山口家裁下関支部にCの親権者をAと定める審判を申し立てた。後者の事件が本件である。1987(S62)年3月にBの実母はCをAに引き渡した。なお、Bは恐喝未遂罪で1987(S62)年6月に山口地裁下関支部に起訴され、現在は保釈中であり、Bは現在「Cを愛育したい気持ちはあるが、今となつては、AにCをまかせるより外に方法がない。」と考えている。

〔判旨〕認容。

「2 [……] 本件では、C 及びその父である B ともに朝鮮国籍であって、親子間の法律関係は父の本国法である北朝鮮の法律によるべきものと考えられるところ (法例 20 条)、我が国と北朝鮮との間には未だに正式な国交がなく同国の法律制度は必ずしも明白とはいえない。しかし、過去の裁判例 (札幌地裁昭和 43 年 4 月 16 日判決、家月 21、4、170) で採用された鑑定書によれば、北朝鮮の離婚判決においては、子の養育問題を同時に解決しなければならないとされているだけで、子の親権者ないし監護権者を定める明文の規定はないことが認められる。

前記裁判例においては、先の鑑定結果を受けて、北朝鮮においては子に対する両親の権利義務は同等と考えられるので、親権者を一方に指定することは他方の親権を根本的に変更することとなり、親権者の指定はできないが、子の養育上必要と認められる場合には親権に対して根本的な変更をきたすおそれのない監護人の指定はこれをなしうる、としたのであり、本件の A と B との離婚判決においても、C の親権者の指定はなされず、監護人の指定のみがなされたのである。

しかし、翻って考えるに、夫婦関係が破綻して離婚した場合には、親権を父母が円満な状態で共同行使しうるとは考えにくく、父母のどちらかを親権者とすべきであり、我が民法 819 条 1、2 項は、その故に、父母が離婚する場合にはその一方を親権者と定めなければならないと規定しているのであろう。そして、通常は現に子を監護養育する者を親権者と定めるべきであろう。

本件において、A と B とは、夫婦関係が破綻して離婚しており、C をどちらが監護養育するかについて、[……]、相当深刻に争っているのであるから、円満な状態で親権を共同行使しうるものとは全く考えられないのであり、そのうえ、現在においては、A がその両親とともに C を監護養育していて、B は、一時所在不明の状態となりその後刑事事件を起して起訴されていることを考慮すれば、親権を共同行使する余地はなく、我が民法上は A を親権者とすることが相当である。

3 そして、親権者の指定に関して明文の規定のない北朝鮮の法制に従い親権者をいずれとも定めず不確定のままに放置することは我が国の公序良俗に反し、法例 30 条により許されないと解するべきである（最高裁昭和 52 年 3 月 31 日判決、家月 29、9、79 参照。）。

そうすると、A と B の離婚判決確定後の現時点においては、我が民法 819 条 1、2、5 項を類推適用して、A を C の親権者と指定することが可能であり相当であると考えられる。

なお、前記離婚判決は、親権者の指定を遺脱したものではなく、法例、北朝鮮法の解釈上、前記離婚判決の時点においては親権者の指定が困難とした上、原告（本件 A）の請求の趣旨を「事件本人の親権者を原告と指定する。」から「事件本人の監護人を原告と指定する。」と変更させて判決したものであり、本審判は、前記離婚判決後の事情の変化をも考慮し、現時点において、法例、北朝鮮法、我が民法の解釈上親権者の指定が可能とした上でなすものであるから、前記離婚判決に抵触するものとは考えられない。」（下線は引用者による。）

【判例 14】松江家審平成 1（1989）年 9 月 13 日（家月 42 卷 1 号 120 頁）

〔協議離婚（届出の際に離婚後の親権者を父とする届出——準拠法上の法定事項をそのまま記載した届出——をした）の後に申し立てられた親権者変更申立事件〕

〔事実〕韓国人女 A（1971（S46）年に日本の永住許可を得た。）と韓国人男 B（1970（S45）年に日本の永住許可を得た。）は 1976（S51）年に婚姻届をし、1979（S54）年 3 月に子 C が生まれた（同年 5 月に日本の永住許可を得た。）。1988（S63）年に B は単身で鳥取に転出し、それ以来、A は C を養育している。1989（H1）年 1 月に A と B は離婚することと A が C の親権者になることを合意した。しかし、A は松江市役所の係員から、「韓国人夫婦の協議離婚の場合、子の親権者は父として届けなければ受理されず、後に家庭裁判所の審判により親権者を母に変更することができる。」と説明されたので、1989（H1）年

7 月 26 日に松江市長に協議離婚届をし、離婚届の際、A と B の離婚後の C の親権者を B とする旨の届出をした。そこで、1989 (H1) 年に A が B を相手方として親権者を B から A に変更する審判を申し立てた。なお、現在、B は C の親権者を B から A に変更することに同意している。

〔判旨〕認容。

「本件については、父の本国法である大韓民国法によるべきところ、同国民法 909 条によれば、夫婦が離婚するに際し、当事者間の未成年の子の親権者の指定については自動的に父に定まっております、本件申立の如き親権者変更の制度は同国法では認められないものと解される。

しかし、前記認定事実によれば、A、B、C とも日本の永住許可を得て日本で生活している等、その生活の本拠は日本にあり、A と B との離婚に際しても、当事者間では両者間の長女である C の親権者を A とする旨合意していたが、韓国人夫婦間の協議離婚においては、両者間の未成年の子の親権者を母とする離婚届は戸籍管掌者に受理されないことから、便宜、C の親権者を B とする離婚届をしたものであり、C の親権者を B から A に変更することについては B も同意しており、A と B が別居した昭和 63 年 10 月以降は A が C を現実に監護養育しているのであり、これらの事実によれば、C は母である A の許で引き続き監護養育されることが同人の福祉に合致するものというべきであり、このような事情にある本件において、B を C の親権者としておくことは、C を継続して監護養育している母である A から親権者の地位を奪うことになって、親権者の指定は子の福祉を中心に考慮決定すべきものとするわが国の社会通念に反する結果を来し、ひいてはわが国の公序良俗に反するものというべきである。

したがって、本件においては、法例 30 条により、親権者変更を認めない大韓民国法の適用を排除し、C の親権者を父である B から母である A に変更するのが相当である。」(下線は引用者による。)

【判例15】東京家審平成3（1991）年12月6日（家月44巻10号47頁）¹⁶⁾

〔離婚後に子の監護者指定を申し立てた事案〕

〔事実〕中国人女Aと中国人男Bは1988（S63）年に婚姻し、その後子Cが生まれ、その後1991（H3）年4月に離婚した。1991（H3）年にAはBを相手方としてCの監護者をAと定める審判を申し立てた。

〔判旨〕認容。

裁判所は「本件については、法例21条により中華人民共和国の法律が準拠法となるところ」と判示して申立を認容した。

【判例16】大阪高決平成16（2004）年5月12日（家月56巻10号56頁）¹⁷⁾

〔協議離婚後に親権者母について財産管理権喪失宣告を申し立てた事案〕

〔事実〕A女（韓国人）とB男は1991（H3）年に婚姻し、1995（H7）年に子CとD（双子）が生まれた。AとBは2000（H12）年に離婚後のCとDの親権者をAと定めて協議離婚した。2003（H15）年にBが死亡した。同年、Bの母XがAのCとDの財産管理権喪失宣告審判を申し立てた。

第1審（神戸家審平成15（2003）年10月16日）は申立を却下した。Xが抗告した。

〔判旨〕原審判取消し。AのCおよびDに対する財産管理権を喪失させる。

「本件は、親子間の法律関係であるから、法例21条により準拠法が定められるところ、CおよびDの本国法は韓国法であり、Aの本国法と同一であるから、韓国法が準拠法となる。」

16) 【判例15】の判旨の準拠法判断については、小山〔1995（H7）〕347頁参照。

17) 【判例16】の判旨の準拠法判断については、多田〔2007（H19）〕125頁参照。

【判例17】東京高決平成17（2005）年11月24日（家月58巻11号40頁）¹⁸⁾

〔協議離婚後に親権者指定を申し立てた事案〕

〔事実〕フィリピン人女Aと日本人男Bは2002（H14）年にフィリピンで婚姻し、その12日後に子Cがフィリピンで生まれた（日本国籍を留保しなかったためフィリピン国籍のみ）。それ以来、AとCはフィリピンに住んでいる。2005（H17）年2月にAとBは協議離婚をした。2005（H17）年にAはBを相手方としてCの親権者をAと指定する審判を求めた。

第1審（千葉家松戸支審平成17（2005）年6月6日）は日本に国際裁判管轄がないという理由で申立を却下した。Aが抗告した。

〔判旨〕原審判取消し。申立認容。

「本件Cの親権者指定は、親子間の法律関係に属するから、法例21条に従い、子であるCとその母であるAの本国法であるフィリピン家族法が適用される。

ところで、フィリピン家族法においては、離婚制度が存在しないため、協議離婚に際して未成年者である子の親権者を指定する制度は存在しないものの、同法26条2項では、フィリピン人が外国人と婚姻し、その後外国において離婚した場合には、フィリピン人はフィリピン国内において再婚能力を有することが定められていて、外国における離婚の効力が認められている。そして、外国人と離婚するに際して子の親権者の指定については、別居の際の親権者の指定を定めた同法213条の規定を類推適用するのが相当である〔……〕。」

【判例18】前橋家審平成21（2009）年5月13日（家月62巻1号111頁）¹⁹⁾

〔協議離婚（離婚届には子の親権者になるべき者は父である旨を記載した）の後に母が撫養者を父から母に変更する審判を申し立てた事案〕

18) 【判例17】の判旨の準拠法判断については、林〔2007（H19）〕760-761頁参照。

19) 【判例18】の判旨の準拠法判断については、後出第3款参照。

〔事実〕中国人女 A と中国人男 B は 1999 (H11) 年に婚姻し、同年から日本で生活している。2002 (H14) 年に子 C が生まれた。2007 (H19) 年に A と B は協議離婚届を市長にしたが、その際、離婚届には C の親権者になるべき者は B である旨を記載した。2008 (H20) 年に A は B を相手方として C の親権者を B から A に変更する審判を申し立てたが、A は 2009 (H21) 年の審判期日において、本件申立は中国法上の「撫養」をする者を B から A に変更することを求める趣旨であると述べた。

〔判旨〕「C の撫養者を B から A に変更する。」

「親権者の指定又は変更や子の監護に関する処分については、法の適用に関する通則法32条にいう親子間の法律関係に当たり、子の本国法が父又は母の本国法と同一である場合には、子の本国法によると解される。」

本件においては、C 及び当事者双方の本国法はいずれも中国法であるから、中国法が準拠法になると解される。

〔……〕撫養者を B から A に変更することが C の将来的な福祉に適うものと判断される。

〔……〕なお、B は、離婚の際に当事者間の協議によりいったん撫養者が相手方と定められた以上、後に撫養者を変更することはできないはずである旨の主張をする。

しかし、中国法においては、父母は離婚後も子に対し撫養の権利義務を有するとされており（中国婚姻法 36 条 2 項）、離婚の際に撫養者にならなかった側であっても、後に撫養者になるという事態が想定されているということが出来る。また、そうである以上、同条 3 項にいう撫養問題の争いは、離婚後においても発生し得るものであるから、同項は、離婚時のみならず離婚後においても父母の間に撫養問題の争いが発生した場合にも適用されると解することが相当である。そうすると、離婚の際にいったん当事者の協議により撫養者が定められた場合であっても、離婚後に撫養者の変更をすることは可能であり、撫養者の変更について協議が調わないときは、撫養者を変更する旨の裁判をすることが

できると解される。」（下線は引用者による。）

【判例19】 横浜家小田原支審平成22（2010）年1月12日（家月63巻1号140頁）²⁰⁾

〔親権に関する附帯裁判のない外国離婚判決後に親権者指定を申し立てた事案〕

〔事実〕 日本人女Aと米国人男Bが1994（H6）年に婚姻し、2002（H14）年に子C（日米の重国籍）が生まれた。2005（H17）年に米国ネブラスカ州裁判所が婚姻解消の裁判をしたが、Cの親権者・監護権者を定める裁判をしなかった。2008（H20）年にAはBを相手方としてCの親権者をAと指定する審判を申し立てた。

〔判旨〕 認容。

裁判所は「法の適用に関する通則法32条、38条1項によれば、本件についての準拠法は日本法であると認められる。」と判示して申立を認容した。

【判例20】 東京家審平成22（2010）年7月15日（家月63巻5号58頁）²¹⁾

〔協議離婚後に親権者変更を申し立てた事案〕

〔事実〕 A女（コロンビア国籍とイラン国籍）とB男（イラン国籍）の間に2001（H13）年に子Cが日本で生まれた。AとBは2002（H14）年に東京都〇〇区長に婚姻届をし、2004（H16）年に東京都〇〇区長に、離婚後の親権者を相手方として離婚届をした。2009（H21）年にAがBを相手方としてCの親権者をBからAに変更する審判を申し立てた。

〔判旨〕 認容。

20) 【判例19】の判旨の準拠法判断については、樋爪〔2014（H26）〕118頁参照。

21) 【判例20】の判旨の準拠法判断については、大村〔2011（H23）〕560頁、嶋〔2011（H23）〕153頁、黄〔2012（H24）〕48頁参照。

裁判所は、Aの本国法をコロンビア法とし、BとCの本国法をいずれもイラン・イスラム法とし、次のように判示した。

「本件における準拠法は、B及びCの共通本国法であるイラン・イスラム法となるが（通則法32条）、[……] イラン・イスラム法に準拠するときには、親権は常に子の父が有し、子の親権者を母に変更することはできないことになり、かかる結論は、親権者の変更は子の福祉を中心に考慮して決定すべきものとする我が国の社会通念に反する結果をきたし、ひいては公の秩序又は善良の風俗に反するものと解するのが相当である。

よって、本件においては、通則法42条により、イラン・イスラム法を適用せず、日本法（民法819条6項）を適用して、未成年者の親権者をBからAに変更するのが相当である。」

第2款 判例の概観のまとめ

第1目 離婚後における裁判で当事者が求めた裁判（審判の対象）

ここでは、本節で見た判例だけでなく、前節で見た3件の判例も併せて、離婚後に当事者はどんな裁判を求めたのかを見る。

親権者・監護権者の指定を求めた事案にかかる判例は、【判例】の4、8、10、11、12、13、15、17、19である。

親権者・監護権者の変更を求めた事案にかかる判例は、【判例】の1、3、9、14、18、20である。

財産管理権喪失宣告を申し立てた事案にかかる判例は、【判例】の16である。

以上の3種類の判例で当事者が求めたのは親権変動を内容とする裁判である。

しかし、当事者が求めた裁判が親権変動を内容とする裁判でない場合でも、裁判所が親権を判断した判例がある。

まず、後見人選任を申し立てた事案にかかる判例は、【判例】の5、6、7である。

次に、市町村長に対する戸籍申請受理を命ずる審判を求めた事案にかかる判例は、【判例】の2である。

第2目 親子関係準拠法が変更しない事案にかかる判例の特色

本節で見たのは、離婚後、親権者指定申立事件などの裁判までに親子関係準拠法が変更しない事案にかかる判例である。このような事案でも——すなわち、準拠法変更の有無を問わず——裁判所が親権を判断する場合は、離婚によりいかなる親権変動が生じたのかを判断することが必要であり、その判断結果を前提として、当事者の請求・申立（親権者指定等）に理由があるか否かを判断すべきである（後出第3款に引用した学説参照）。それにもかかわらず、本節で見た多くの判例は、離婚によりどんな親権変動が生じたのかを判断していないように見えるし、離婚による親権変動を判断した判例でも、ふたつの法律問題の準拠法——離婚による親権変動の準拠法と、当事者の求めた親権者指定・変更の準拠法——に関する判断を十分にはしていないように見える。その原因は、離婚後、裁判時までに親子関係準拠法が変更しなかった点にあらう。なぜなら、その間に準拠法が変更していなければどの時点を準拠法の基準時としたかを明示する必要はないからである。いずれにしても、離婚時から（親権者指定申立事件などの）裁判時までに親子関係準拠法が変更しない事案にかかる判例を読む場合は、こういった点に注意して読む必要がある。

第3款 学説

離婚後に親権者申立事件等が申し立てられ、その間に親子関係準拠法が変更しなかった場合に関する法適用関係を論ずる学説には、井上〔2012（H24）〕がある。

井上・同149頁は【判例18】に関して次のようにいう（引用文中、Xは母、Yは父、Aは子である。）。

「XおよびYは、協議離婚の際にYがAを養育する旨を合意しているが、

この時点における A の身上監護権の帰属は、本件申立てとの関係では、いわゆる先決問題となる〔……〕。そして、〔……〕離婚に伴う A の身上監護権の帰属は、通則法 32 条の「親子間の法律関係」と性質決定され、その準拠法は、A、X および Y において同一の本国法である中国法とされることになる。本件審判は、この点について明示していないが、中国婚姻法 31 条は、協議離婚を認めており、同法 36 条 3 項は、子女の撫養について父母の協議を予定しているから、A の身上監護権（撫養権）は、X と Y との離婚の際に、X・Y 間の上記合意により Y に帰属したものと理解される。

以上によれば、本件申立ては、A の身上監護権（撫養権）が離婚の際に Y に帰属したことを前提として、X が改めてその帰属を自己に変更するよう求めるものであって、離婚に伴う子の身上監護権の帰属を問題とするものではない。したがって、前記のいずれの学説〔離婚による親権変動に関する離婚準拠法説と親子関係準拠法説〕に従ったとしても、本件申立てに係る事案において、A の身上監護権の帰属は、通則法 32 条の「親子間の法律関係」と性質決定され、その準拠法は、A、X および Y において同一の本国法である中国法とされることになる。〕²²⁾

この学説は、離婚後、親権者指定申立事件等の裁判までに親子関係準拠法が変更しなかった事案に関する説であり、そして、親権者指定申立事件等を審理する裁判所が離婚による親権変動につき親子関係準拠法説に立つべきであるという立場に立って検討している。すなわち、前出の〔A-1〕のタイプ（前出第 1 節第 2 款参照）に関する学説である。この学説は、離婚による親権変動の効力に関していくつか重要な指摘をしているが、ここではそれには立ち入らない。ここでは、この学説が〔A-1〕のタイプに関する学説であるという点に留意す

22) 【判例 18】の判旨の準拠法判断については、また、黄〔2010 (H22)〕512 頁、河野〔2011 (H23)〕137 頁注 49、長田〔2012 (H24)〕25-26 頁参照。

れば、この学説が本稿の課題（離婚による親権変動のその後の親子関係準拠法変更後の効力）を検討する際にも極めて有益であることを確認すれば足りる。

第 2 章 離婚による親権変動の効力と準拠法変更

本章では、離婚により生じた親権変動の効力はその後に親子関係準拠法が変更した場合はどうなるのか、という問題を検討する。

第 1 節 親権変動後の準拠法変更

親権の準拠法・親権変動の準拠法を説く学説は少なくないが、親権変動の後に親子関係準拠法が変更した場合に関して説く学説は少ない²³⁾。本節の検討対象は後者に限定する。すなわち、本節では、親権変動一般——離婚による親権変動に限定せず——に関して、親権変動の効力はその後に親子関係準拠法が変更した場合はどうなるのか、という問題に関する従来の学説を見る。

なお、この問題に関しては、親権変動の効力は親子関係準拠法変更後も存続するという説（存続説）²⁴⁾は、日本ではかつて見られたが、現在は見当たらないので、それ以外の学説を以下で検討する²⁵⁾。

以下では、親権変動の原因に応じて分けて、次の順序で検討する。すなわち、親権変動一般、親子関係の成立、父母の離婚、父母の一方の死亡、法律行為である。

23) 親権の準拠法に関する日本の学説については、根本〔2020 (R2)〕27-48 頁参照。

24) 日本で存続説に立つのは實方、久保、および林脇である。根本〔2020 (R2)〕29-36 頁、72-73 頁注 51 参照。

25) ただし、林脇〔1964 (S39)〕は存続説に立ちつつも存続説とそれ以外の説を比較検討しているため、本稿の検討対象とする。

第1款 親権変動一般を対象として論ずる説

第1目 江川英文

江川は次のようにいう。

「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²⁶⁾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。」²⁶⁾

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」という記述は、(a)《新しい準拠法では準拠法変更後に親権喪失の原因のない場合》という意味と、(b)《新しい準拠法では準拠法変更の前後を通じて親権喪失の原因のない場合》という意味のいずれの意味に理解することも可能である。(a)の意味であれば、《親権喪失の効力は準拠法変更後は存続せず、準拠法変更時に親権を回復する。》という意味である。(b)の意味であれば、《準拠法変更前に発生した親権喪失原因を新準拠法が親権喪失原因と認めなければ準拠法変更時に親権を回復するし、認めれば準拠法変更後も親権を喪失したままである。》という意味である。では、どちらの可能性が高いか。いま、仮に(b)の意味であるとすれば、江川のいう「新しい準拠法では親権喪失の原因のない場合」という記述は、むしろ、《新しい準拠法では親権喪失の原因のないこととなった場合》のように表現する方が自然であろう。また、仮に(b)の意味であるとすれば、準拠法変更前に発生した事実に新準拠法を適用する旨を明確に述べ

26) 江川〔1970 (S45)〕286頁。この記述と江川〔1950 (S25)〕300-301頁における記述は漢字かなづかいの点で異なるに過ぎない。江川の見解については、根本〔2020 (R2)〕36-37頁参照

るのが普通であろう。それゆえ、江川の上記記述は、(a) の意味である可能性は大きく、(b) の意味である可能性は小さいといえる。

では、(a) の意味であるとするれば江川説は何を説いているのか。例えば、【事例 1】準拠法変更の前後の準拠法がいずれも《父母は親権者になる。ただし、親権は届出により辞任することができる。》と規定しており、準拠法変更前に父が親権を辞任した場合、江川説によれば父の親権は準拠法変更後も消滅したままであろうか。上記記述の「親権喪失の原因のない場合」とは極めて難解な表現であるが、【事例 1】については、江川説によれば父は準拠法変更時に親権を回復すると思われる。

第 2 目 折茂豊

折茂は次のようにいう。

「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。」²⁷⁾

この見解は、親権変動の後に親子関係準拠法が変更した場合は、新準拠法が(準拠法変更前に生じた)親権変動の原因を親権変動原因と認めないときは、親権変動の効力は準拠法変更後は存続しない、という趣旨である。すなわち、親権変動の効力が準拠法変更後に存続するか否かを判断する際に(準拠法変更前に生じた)親権変動に新準拠法を適用する説である。

27) 折茂 [1972 (S47)] 385 頁注 2。この記述と折茂 [1959 (S34)] 307 頁注 2 における記述の間には字句の違いがあるに過ぎない。折茂の見解については、根本 [2020 (R2)] 37-39 頁参照。

第3目 山田鐸一

山田（鐸）は次のようにいう。

「〔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。」²⁸⁾（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〔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」という記述における「新しい準拠法では親権喪失の原因たる事実が存する」に關

28) 山田（鐸）〔2004（H16）〕521-522頁。この記述と同旨の記述は次の文献に見える。山田（鐸）〔1970（S45）〕192-193頁、山田（鐸）〔1982（S57）〕423-424頁、山田（鐸）〔1992（H4）〕438-439頁、山田（鐸）〔2003（H15）〕519-520頁。山田（鐸）の見解については、根本〔2020（R2）〕40-42頁参照。

しても、(a)《新しい準拠法では準拠法変更後に親権喪失の原因たる事実が存する》という意味か、それとも、(b)《新しい準拠法では準拠法変更の前後のいずれかに親権喪失の原因たる事実が存する》という意味か明らかではないが、江川説におけると同じく、(a)の意味である可能性が大きく、(b)の意味である可能性は小さい。

では、(a)の意味であるとすれば下線部〔1〕はどんな意味か。例えば、【事例 2】準拠法変更の前後の準拠法がいずれも《非嫡出子の母は親権者になる。ただし、父母の協議で父を親権者と定めることができる。》と規定しており、準拠法変更前に父母が父を親権者にする協議をした場合（この協議により、母は親権を喪失し、父は親権を取得する。）〔1〕によれば父の親権は準拠法変更後も存続するか。〔1〕の「親権喪失の原因たる事実が存する場合」とは極めて難解な表現であるが、【事例 2】では〔1〕によれば父は準拠法変更時に親権を失うと思われる。

次に、上記引用文中の下線部〔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「新しい準拠法によれば親権喪失の原因のない場合」というのも、(c)《新しい準拠法によれば準拠法変更後は親権喪失の原因のない場合》という意味と、(d)《新しい準拠法によれば準拠法変更の前後を通じて親権喪失の原因のない場合》という意味のいずれにも理解することができるが、江川説におけると同じく、(c)の意味である可能性が大きく、(d)の意味である可能性は小さい。(c)の意味であるとすれば、上記引用文中の下線部〔2〕の意味は江川の説くところと同じである²⁹⁾。

29) 江川説も山田（鎌）説も凝縮した文章で表現しているので、その意味するところを正確に理解するのは容易ではない。

第2款 親子関係成立による親権変動を対象として論ずる説

第1目 海老沢美広

海老沢は次のようにいう。

「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。」³⁰⁾

この引用文の挙げる例では、非嫡出母子関係の成立、父による子の認知（非嫡出父子関係の成立）、子の国籍変更という事実が順を追って発生し、子の国籍変更により、親子関係準拠法は、それまでの韓国法（母子の同一本国法）から日本法（父子の同一本国法）に変更した。この事例では、父による認知後は父子関係と母子関係が成立しており、認知後は子の国籍が変更したこと以外には重要な事実（親権変動原因となるか否かが問題となる事実）は発生していない。この事例につき、海老沢は、準拠法変更前は父母の共同親権であり、準拠法変更後は母の単独親権であるという³¹⁾。この結論に至るための法律構成にはふたとおりある。詳しくは次の横山説を検討する際に述べる。

30) 海老沢〔1994 (H6)〕124 頁。海老沢の見解については、根本〔2020 (R2)〕45 頁参照。

なお、引用文中の韓国民法 909 条 3 項は正しくは 4 項であるように思われる。法務省法務総合研究所監修『戸籍実務六法平成 10 (1998) 年版』812-813 頁〔1997 (H9)、日本加除出版〕参照。

31) 海老沢は、この事例につき、準拠法変更前は父母の共同親権である旨を述べる。その意味は、準拠法変更前に父母の一方が子のためにした代理行為との関係では、準拠法変更後に裁判が行われても旧準拠法により父母の共同親権とするという意味であろう。これは——引用文冒頭の「準拠法決定の基準時は訴訟時現在である。」という文言と一致しないが——山口弘一以来の日本の多数説（根本〔2020 (R2)〕49-51 頁参照）と同じである。

第 2 目 横山潤

横山は次のようにいう。

「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、新常态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。」³²⁾ ([1], [2] の文字記号は引用者による。)

32) 横山 [2012 (H24)] 287-288 頁。横山の見解については、根本 [2020 (R2)] 47-48 頁参照。

この引用文の示す、親子関係準拠法を子の常居所地法とした場合に生ずる問題は、「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」ことの原因である。従って、引用文の示す、親子関係準拠法変更による親権分配への影響は、法適用通則法 32 条においても等しく妥当するものと思われる。

横山は〔1〕では、非嫡子の父子関係と同母子関係がともに成立した後にその時の親子関係準拠法が父母双方を親権者とする場合において、その後に親子関係準拠法が変更したときは、準拠法変更時に母が単独親権者になる旨を述べる（この点は海老沢も同じである。）。〔2〕は、旧準拠法の内容と新準拠法の内容を逆にした場合には、準拠法変更時に父母双方が親権者になる旨を述べる。では、その法律構成如何。

この結論に至るための法律構成にはふた通りある。ひとつは、《準拠法変更時には非嫡出父子関係と非嫡出母子関係が存在しているので、この事実に基づいて新準拠法により親権分配をする。》という法律構成（断絶説）である。もうひとつは、《非嫡出父子関係と非嫡出母子関係がともに成立したこと（準拠法変更前の事実）に対して新準拠法を適用すれば父母双方が親権者になるところ、新準拠法による親権分配は準拠法変更時に顕在化する。》という法律構成（新準拠法適用説）である。いずれの法律構成によっても同じ結論を得る。横山による上記引用文だけでは横山がいずれの見解であるかを判断することができない。しかし、ここで重要なのは、同じ結論に至るこのふたつの法律構成はそれぞれいかなる論拠に立つのか、という点である。

第 3 款 父母の離婚による親権変動を対象として論ずる説

では、親子関係成立後に別の親権変動原因が発生した場合はどうか。まず、父母が離婚した場合に関する従来の学説を見る。

第 1 目 林脇トシ子

林脇は東京家審昭和 38（1963）1 月 31 日について 1964（S39）年に判例研

究を発表し、その中で、離婚による親権変動の効力がその後の親子関係準拠法変更後も存続するかという問題に関して、「二つの立場」(存続説と他の説)を周到に検討した³³⁾。

林脇は次のようにいう。

「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する。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。」³⁴⁾

このように、林脇は、準拠法変更前に父が単独親権者であれば準拠法変更後も父は単独親権者であると考えている。

しかし、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服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(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。[1] 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 [2] 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

33) 林脇の見解については、根本 [2020 (R2)] 72 頁注 51 参照。親権変動に関して複数の学説を比較検討する見解は多くない。林脇 [1964 (S39)] 以外には、山田(録) [2004 (H16)] 521-522 頁が親権喪失の場合について存続説と断絶説を比較検討している。

34) 林脇 [1964 (S39)] 89 頁。

肯認する。」³⁵⁾ ([1], [2] および下線は引用者による。)

林脇は「二つの立場」を示し、そのうちの [2] を是とするが、現在の日本の多数説が支持していると見られるのは [1] である。そこで、本稿では [1] を——後ほど——検討する。

なお、林脇自身は上記の「二つの立場」のうちの [2] を妥当とするようであり、[1] を支持しているわけではないので、[1] を「林脇説」と呼ぶわけにはいかないので、以下では、[1] を「林脇提案」と呼ぶ。

第2目 南敏文

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が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。」³⁶⁾ といい、親子関係に関しては次のようにいう。

〔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。」³⁷⁾ (強調は引用者による)

35) 林脇 [1964 (S39)] 89 頁。

36) 南 [1992 (H4)] 213 頁。南の見解については、根本 [2020 (R2)] 42-45 頁参照。

37) 南 [1992 (H4)] 217-218 頁。

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、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。》となろうか。

なお、上記の《 》内は南自身による記述ではないが、南は、国際私法改正の場合の新旧国際私法の適用関係に関する南による解釈が準拠法変更の場合にも「ほぼ当てはまるものといえよう。」というので、上記《 》内の記述を以下では「南説」と呼ぶ。

第 4 款 父母の一方の死亡による親権変動を対象として論ずる説

横山は、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、準拠法、承認、執行及び協力に関する条約」(1996 (H8) 年 10 月 19 日) の 16 条 1 項³⁸⁾ に関して、父母の一方の死亡後の準拠法変更に関して述べている。横山が述べるのは条約の解釈であり、法適用通則法の解釈ではないが、参考として掲げる。

横山は親責任条約 16 条 1 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

38) 同条約 16 条 1 項は次のように規定する (小出 [1997 (H9)] 99-100 頁による.)。

「(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。」

とになる。」³⁹⁾ 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。

「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。」⁴⁰⁾

この引用文は、親の一方が死亡した時の親子関係準拠法が親の一方の死亡を親権変動原因とはせず、その後に準拠法が変更し、新準拠法が親子一方の死亡を親権変動原因とする場合に、準拠法変更時の親権分配に際して準拠法変更前に発生した事実に基づいて「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」という「問題の評価は B 国の実質法に委ねられる。」という。しかし、横山は上記引用文を親責任条約の解釈として述べているので、本稿——日本の国際私法の解釈論を検討している——では上記引用文にかかる横山説を論評することはできない。

第 5 款 法律行為による親権変動を対象として論ずる説

法律行為により親権変動が生ずることがある。父母の協議により親権者を定めること、親権辞任などである。法律行為による親権変動の効力がその後の親子関係準拠法変更後も存続するか否かという形に問題を限定して論ずる学説は

39) 横山〔2001 (H13)〕308 頁。これは Lagarde の見解に基づくものと思われる。Lagarde の見解については、根本〔2020 (R2)〕96 頁注 83 参照。

40) 横山・前掲 311 頁注 45。

日本には見当たらない⁴¹⁾。そのため、親権変動一般を対象として論ずる学説（前出第1款参照）に基づいて考えるほかはない。

第2節 離婚による親権変動後の準拠法変更

本節では、離婚による親権変動後の準拠法変更問題に関して従来の学説の説くところを検討する。

第1款 従来の学説

従来の学説中、離婚による親権変動後の準拠法変更を直接に検討しているのは、林脇と南である。まず、ふたりの考え方を確認する（前出第1節第3款参照）。

林脇の挙げる「二つの立場」のうちのはじめの立場は次のとおりである。

「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」（Xは母、Yは父、Aは子である。）

南の見解は、おそらく、次のとおりである。

《父母が親子関係の準拠法が韓国の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。》

以下では、上記引用文を手掛かりとして、離婚による親権変動後の準拠法変更問題を検討する。

林脇は、準拠法変更時に「親権者が欠けている状態」になったことを述べ、また、その結果として「新たにX、Yの協議（或いは裁判所の決定）を要

41) ドイツではLooscheldersによる研究がある。根本〔2020（R2）〕17-19頁参照。

する」と述べる。南は「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。」という。両者に共通するのは、準拠法変更後は父母の協議により父母の一方を親権者に定めることができる、という結論に至っている点である。この結論は韓国法ではなく日本法の解釈⁴²⁾を前提としている。そして、その結論を出すに際して離婚を前提としている(仮に、父母の婚姻していることを前提とすれば、日本法上は父母の協議で父母の一方を親権者に定めることはできないから)。すなわち、林協提案も南説も、準拠法変更後の親権状態を新準拠法により判断するために準拠法変更前の離婚を考慮している⁴³⁾。これを、離婚を中心に据えて見れば、離婚による親権変動に関して、その後の準拠法変更後の新準拠法を適用している。では、その理論的根拠は何か⁴⁴⁾。

42) 日本法上は、《離婚後の親権者の記載のない協議離婚届は受理されないが、誤って受理されれば離婚は有効となる。この場合、離婚届出時には父母の協議で離婚後の親権者をまだ定めていなかったのであれば親権者を定める届出をするのが相当で、その届出前は父母が共同で親権を行使すべきである。》と解釈されている。於保・中川編集〔2004 (H16) 38-39 頁 (田中通裕)〕。

43) それゆえ、南説は(現在の日本の多数説であると見られる)断絶説と同じではない。後出注 65 参照。

44) 新準拠法が《離婚とは、離婚により夫婦でなくなった状態を含む。》という解釈を許容していれば、準拠法変更前の離婚を準拠法変更時に存在する事実として考慮することができるか。すなわち、新準拠法のそのような解釈を通じて準拠法変更前の離婚を考慮すれば準拠法変更時に存在する事実に基づいて親権分配をしたこととなるか。

準拠法が許容するそのような解釈に従った場合も、新準拠法によるそのような解釈を通じて準拠法変更前の離婚を考慮していることに違いはない(=準拠法変更時に存在する事実のみに基づいて親権分配をしたとはいえない)。それゆえ、新準拠法によるそのような解釈を通じて準拠法変更前の離婚を考慮する場合は、準拠法変更前の離婚を考慮するための理論的根拠を求める必要が依然としてある。ただし、根本〔2020 (R2)〕78-80 頁参照。

そのため、本文における検討では、検討対象を単純化するために、新準拠法が離婚を親権変動原因としつつも《離婚とは、離婚により夫婦でなくなった状態を含む。》という解釈を許容しない場合を考える。

第 2 款 準拋法上の要件と離婚

離婚後に親子関係準拋法が変更し、その後に親権者指定または変更が申し立てられた場合は、申し立てられた親権者指定・変更は、いわゆる離婚の際の親権・監護権の帰属・分配の問題ではなく、それゆえ、親子関係準拋法(法例旧 20 条, 改正法例 21 条, 法適用通則法 32 条により定まる実質法)による⁴⁵⁾ことに異論はない。

本款では、離婚後に親子関係準拋法が変更し、その後に親権者指定または変更が申し立てられた場合に、裁判所が離婚による親権変動に新準拋法を適用することの根拠を、新準拋法が離婚を親権者指定・変更の要件ないしは前提問題として位置づけることに求めることができるか否かを検討する。

第 1 目 親権分配の要件としての離婚

まず、考えられる理由は、新準拋法が準拋法変更前の離婚を親権者指定・変更等の要件としているから、準拋法変更前の離婚を考慮することが許される、という理由であろう。この点はどうか。

確かに、権利変動の要件が何であるかは準拋法が決めるし、この点は親権変動でも同じであるから、準拋法変更後における親権者指定・変更の要件が何で

45) 鳥居 [1989 (H1)] 246 頁は「離婚の際ではなく、離婚後一定期間を経た後に子の親権者の指定が求められた場合には、もはやこれを離婚準拋法に依らしめることなく、親子の問題として法例 20 条に依らしめることに従来判例はほぼ一致しており」といい、【判例 11】、【判例 12】および【判例 13】を挙げる。

井上 [2012 (H24)] 149 頁は【判例 18】について「本件申立ては、A の身上監護権(撫養権)が離婚の際に Y に帰属したことを前提として、X が改めてその帰属を自己に変更するよう求めるものであって、離婚に伴う子の身上監護権の帰属を問題とするものではない。したがって、前記のいずれの学説〔離婚による親権変動に関する離婚準拋法説と親子関係準拋法説〕に従ったとしても、本件申立てに係る事案において、A の身上監護権の帰属は、通則法 32 条の「親子間の法律関係」と性質決定され [……].」という。

また、根本 [1983 (S58)] 114 頁参照。

あるかは準拠法が決めるといえよう。しかし、離婚により親権変動（父母の一方による親権取得など）が生じたとしても、その親権変動は離婚時に生ずるのであり、かく発生した親権変動の結果（父母の一方が親権を有する状態）がその後、準拠法変更時まで続くのである。すなわち、離婚による親権変動が——その後時間を経て——準拠法変更後の親権者指定時・変更時に生ずる、というのではない⁴⁶⁾。従って、新準拠法が親権者指定・変更等の判断の前提（のひとつ）として離婚を定めていることから、離婚による親権変動は準拠法変更後の新準拠法による、という結論を引き出すことはできない。その理由を簡単にいえば、離婚による親権変動については準拠法を定めることができる⁴⁷⁾という点にある。

第2目 親権分配の前提問題としての離婚

離婚による親権変動（父母の一方による親権取得など）が離婚時に発生して、その効力がその後存続し、準拠法変更後の親権者指定・変更等に際して考慮されるのであれば、離婚による親権変動は準拠法変更時における親権変動の前提問題である⁴⁸⁾。では、両者間のそのような関係に基づいて、親子関係準拠法

46) 井上〔2012（H24）〕149頁は【判例18】前橋家審平成21（2009）に関して次のようにいう（引用文中、Xは母、Yは父、Aは子である。）。

「本件申立ては、Aの身上監護権（撫養権）が離婚の際にYに帰属したことを前提として、Xが改めてその帰属を自己に変更するよう求めるものであって、離婚に伴う子の身上監護権の帰属を問題とするものではない。」

47) 離婚による親権変動が離婚準拠法（改正前法例16条、改正法例16条、法適用通則法27条により定まる実質法）によるか、それとも、親子関係準拠法（改正前法例20条、改正法例21条、法適用通則法32条により定まる実質法）によるかについては検討の余地があるにしても、離婚による親権変動について準拠法を決めることができることは明らかであろう。前出注2と後出注75にそれぞれ掲げた文献参照。

48) 井上〔2012（H24）〕149頁は【判例18】前橋家審平成21（2009）に関して次のようにいう（引用文中、Xは母、Yは父、Aは子である。）。

「XおよびYは、協議離婚の際にYがAを養育する旨を合意しているが、この時点におけるAの身上監護権の帰属は、本件申立てとの関係では、いわゆる先決問題となる〔……〕。」

変更前にした離婚による親権変動を新準拠法により判断することはできるか。

これは、先決問題の準拠法問題に関する本問題準拠実質法説⁴⁹⁾を想起させる解決策である。しかし、先決問題の準拠法問題に関しては、最 (1 小) 判平成 12 (2000) 年 1 月 27 日 (民集 54 卷 1 号 1 頁) は、「渉外的な法律関係において、ある一つの法律問題 (本問題) を解決するためにまず決めなければならない不可欠の前提問題があり、その前提問題が国際私法上本問題とは別個の法律関係を構成している場合、その前提問題は、本問題の準拠法によるのでも、本問題の準拠法が所属する国の国際私法が指定する準拠法によるのでもなく、法廷地である我が国の国際私法により定まる準拠法によって解決すべきである。」と判示した⁵⁰⁾。これについて考える。

離婚による親権変動——離婚によりいかなる親権変動が生じたか、という形の法律問題——は実質法により解決することのできる法律問題であり、これにつき準拠法を決めることができる⁵¹⁾。親権者指定・変更もまた実質法により解決することのできる法律問題であり、これにつき準拠法を決めることができる⁵²⁾。それゆえ、離婚による親権変動と、その後の親権者指定・変更は、いずれも実質法により解決することのできる法律問題——相互に別個の法律問題——であるから、両者間の関係は、上記最高裁判例の「ある一つの法律問題 (本問題) を解決するためにまず決めなければならない不可欠の前提問題があり、その前提問題が国際私法上本問題とは別個の法律関係を構成

49) 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、根本 [2020 (R2)] 93 頁注 79 に引用した文献を参照。

50) 判旨の採用する法廷地国際私法説を採る学説は根本 [2020 (R2)] 93 頁注 81 に掲げた。

51) 離婚による親権変動につき準拠法を決めることができることについては、前出注 47 参照。なお、実質法により解決できる問題 (実質法上の問題) のすべてに関して準拠法を決めることができる、というわけではない。後出注 73 参照。

52) 親権者指定・変更は法適用通則法 32 条に該当し、それゆえ、これについて準拠法を決めることができることについては、前出注 45 参照。

している」という要件に該当する。

なお、先決問題と本問題の例として、通常は、婚姻（法適用通則法 24 条）と相続（同法 32 条）、親子関係の成立（法適用通則法 28 条～ 31 条）と相続のように、先決問題と本問題が相互に異なる国際私法規定の単位法律関係に該当する場合が挙げられる。しかし、離婚による親権変動とその後の親権者指定・変更のように、先決問題と本問題が同一の国際私法規定（法適用通則法 32 条）に該当する場合も上記判例の射程内にあると考えるべきである⁵³⁾。

結局、離婚による親権変動は準拠法変更後の親権者指定・変更の前提問題であるという両者間の関係は、親子関係準拠法変更前にした離婚による親権変動を新準拠法により判断するための理由にはならず、上記最高裁判決によれば、前提問題である、離婚による親権変動については「法廷地である我が国の国際私法により定まる準拠法によって解決すべきである」こととなる。

以上のように、離婚による親権変動の効力がその後の親子関係準拠法変更後はどうなるかを検討する場合、離婚が新準拠法上の親権者指定等の要件である

53) 池原 [1973 (S48)] 277 頁は次のようにいう。

「先決問題についての論議が実益をもつのは、抽象的にいえば、次のような諸条件が具備されている場合に限られるであろう。すなわち、まず、本問題の準拠法が外国法であること、次に、その外国の実質法を適用して本問題に解決を与えるための要件の一つとして、それ自体がほんらい独立に準拠法指定の単位とされている別個の問題（先決問題）が提起されること、更に、その問題について法廷地の国際私法と本問題の準拠法所屬国のそれとの何れに従うかによって相異なる準拠法が指定され、しかもその何れに準拠するかによって相異なる解決が齎されるということである。」

池原によれば、「先決問題についての論議が実益をもつ」ための要件のひとつは、「本問題に解決を与えるための要件の一つとして、それ自体がほんらい独立に準拠法指定の単位とされている別個の問題（先決問題）が提起されること」であり、離婚による親権変動とその後の準拠法変更後の親権者指定・変更の関係はこれに当たると思われる。なお、親子関係の準拠法が外国法から日本法に変更した場合は準拠法変更時の親権分配の準拠法は日本法であり、これは、池原のいう「本問題の準拠法が外国法であること」という要件を満たさない。

という理由，あるいは，離婚による親権変動は親権者指定等の前提問題であるという理由により，新準拠法を適用すべきであるという結論を基礎づけることはできない。それゆえ，これについては，問題を正面から見て解決すべきであるというほかはない。すなわち，離婚による親権変動の準拠法の基準時の問題として解決すべきである。

しかし，親権変動の準拠法基準時問題に関して離婚による親権変動に限定して検討することには無理がある。そこで，以下では，親権変動一般を対象として準拠法基準時問題を検討する。問題の中心は，国際私法上，親権変動という構造物の中で親子関係はどこに位置するのか，という点にある⁵⁴⁾。

第 3 節 実質法上の親権変動の構造と国際私法

本節では，親権変動という構造物の中で親子関係がどこに位置するのかを見る。

第 1 款 断絶説の論拠

まず，日本の多数説を代表する江川説と山田（鏝）説を確認する。

まず，江川説は次のとおりである。

「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には親権を回復しうる。」

次に，山田（鏝）説は次のとおりである。

「〔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

54) 舩場 [1971 (S46)] 64-65 頁は次のようにいう。

「これまで以上に斯学の論理的・思想的・哲学的局面の研究を深めることが望まれる。〔……〕。斯学の論理的・哲学的・思想的局面と実用的局面とはさながら両輪を成し，相互に平衡を保ちうる状態で共に深められ高められてゆくことが望まれる。」

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。〔……〕、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。」（〔1〕、〔2〕は引用者による。）

先に江川説と山田（鎌）説を検討する際に述べた【事例1】（第1節第1款第1目、第3目参照）を再び考える。すなわち、準拠法変更の前後の準拠法がいずれも《父母は親権者になる。ただし、親権は届出により辞任することができる。》と規定しており、準拠法変更前に父が親権を辞任した場合、江川説・山田（鎌）説によれば、準拠法変更後は父の親権は復活する。

次に、山田（鎌）説を検討する際に述べた【事例2】（第1節第1款第3目）を再び考える。すなわち、準拠法変更の前後の準拠法がいずれも《非嫡出子の母は親権者になる。ただし、父母の協議で父を親権者と定めることができる。》と規定しており、準拠法変更前に父母が父を親権者にする協議をした場合（この協議により、母は親権を喪失し、父は親権を取得する。）、山田（鎌）説によれば、準拠法変更後は父は親権者ではない。

ここから、断絶説が次のふたつの思想から構成されることがわかる。第1は、《親権変動の効力はその後の準拠法変更により消滅する。》という思想であり、第2は、《継続する親子関係から直接に親権が発生する。父子関係または母子関係の存在は親権発生障害である（父または母であることは親権者たるための欠格事由である。）。》という思想——簡単にいえば、《親子関係は親権発生の原因・障害である。》という思想——である。【事例1】で、江川説・山田（鎌）説によれば、準拠法変更時に父が親権を回復するのは、第1の《親権変動の効力はその後の準拠法変更により消滅する。》という思想と第2の《親子関係は親権発生の原因・障害である。》という思想の双方を根拠としているし、また、【事例2】

で山田（鐔）説によれば準拠法変更時に父が親権を喪失することも同じくこのふたつの思想を根拠としている。

そこで、以下では、このふたつの思想の当否を検討する。

第2款 権利変動の効力と準拠法変更

或る事実により権利変動が生じたか否かに関しては、事実発生時をもって準拠法の基準時とするのが国際私法の基本原則である。例えば、事実発生時の当事者の国籍を基準とする、というように、では、その準拠法により発生した権利は、その後に当事者が国籍を変更した場合、消滅するか。答えは否であろう。権利または法律関係の変動について原因事実発生時を準拠法の基準時とするのであれば、かく生じた権利変動効力はその後の準拠法変更（実は、準拠法は変更していない。正確には、当事者の国籍等の変更である。）の後も存続する（この考え方に立つのが存続説である。）。

しかし、準拠法の基準時に関しては別の考え方がないわけではない。すなわち、事実発生後の時点（当事者の死亡のような法律関係と関係のある時点、あるいは、裁判時）を準拠法の基準時とすることも——立法論的な当否は別として——理論的には可能である。しかし、事実発生後の時点を準拠法の基準時とすれば、その準拠法により、権利は初めから発生しなかったものとされる可能性がある⁵⁵⁾。ここで重要なのは、実質法は、ひとたび発生した権利はその後に権利消滅原因が発生するまで存続する、という法律構成を採るが、この実質法の構造はそのまま国際私法に反映させる必要がある、という点である。すなわち、権利変動に関してどの時点を準拠法の基準時とするかは国際私法が決める事項であるが、しかし、国際私法は、たとえどの時点を準拠法の基準時

55) 折茂 [1972 (S47)] 233頁は「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」という。

としても、ひとたび発生した権利はその後に権利消滅原因が発生するまで存続するという実質法上の原則を守る必要がある。それゆえ、断絶説が、ひとたび発生した親権がその後に当事者が国籍等を変更すれば消滅する（例えば、【事例2】で、父母の協議により親権者になった父が準拠法変更後に親権を喪失する。）、と考えるのであれば——断絶説がどの時点を準拠法の基準時とするかを問わず——国際私法の基本原則に反する。

以上に述べたことは、権利の消滅に関しても妥当するであろう。すなわち、実質法は、ひとたび権利が消滅すればその後に権利発生原因が発生するまで権利消滅の効力が存続する、という法律構成を採るところ、国際私法もこの法律構成に従わなければならない。それゆえ、断絶説が、親権消滅後に準拠法が変更すれば親権消滅の効力が消滅する（【事例1】における父の親権に関する江川説と山田（録）説参照）と考えるのであれば——断絶説がどの時点を準拠法の基準時とするかを問わず——国際私法の基本原則に反する。

第3款 親権変動の基盤としての親子関係

断絶説の論拠のふたつ目は、《継続する親子関係は、親権発生の原因・障害である。》という思想である。例えば、【事例1】では、《新準拠法上、父であることは親権発生原因であるから準拠法変更時に存在する事実（父子関係）に基づき新準拠法により父は親権者を回復する。》という説明があり得るし、【事例2】では、《新準拠法上、父であることは親権者になるための欠格事由である（＝父子関係の存在は親権発生障害である）から準拠法変更時に存在する事実（親権者欠格事由）に基づき新準拠法により父は準拠法変更後は親権者になれない。》という説明があり得る。これらの説明に共通しているのは、《継続する親子関係から不断に直接に親権が発生する。》という思想、《父子関係の存在または母子関係の存在は親権発生障害である。父であること、母であることは親権者となるための欠格事由である。》という思想である。次にこの点を検討する。

第1目 《親子関係から直接に親権が発生する。》の思想の系譜

国際私法学説を見渡すと、《継続的法律関係である親子関係から不断に親権が発生する。》という思想を見出すことができる。以下で見てみよう。

第1項 Zitelmann

まず、Zitelmann〔1912（T1）〕は、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った。

「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》って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、新準拋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。」⁵⁶⁾（傍点は原文では隔字体、下線は引用者による。）

ここには、《継続的法律関係である親子関係から不断に親権が発生する。》という思想が見える。

ところが、他方で、Zitelmannは次のようにいった。

「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。」⁵⁷⁾（下線は引用者による。）

ここには、《準拋法変更時に親子関係が成立する。》という思想を見ることが

56) Zitelmann〔1912（T1）〕S.901. Zitelmannの見解については、根本〔2020（R2）〕7-11頁参照。

57) Zitelmann〔1912（T1）〕S.905.

できる。これは、準拋法変更時の前後の親子関係は別個の親子関係である、というに等しい。

第2項 Frankenstein

次に、Frankenstein は「親子間の法律関係は継続的法律要件である。」⁵⁸⁾ といった。しかし、Frankenstein が、継続的法律関係である親子関係から不断に親権が発生すると考えていたのか、あるいは、親子関係は親権変動の前提条件・基盤であるに過ぎないと考えていたのか、は明らかではない。

第3項 久保岩太郎

第1 久保〔1951 (S26)〕

まず、久保は次のようにいう。

「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。」⁵⁹⁾

第2 久保〔1955 (S30) a〕

次に、久保は次のようにいう。

「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つ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, a.a.O., I,SS. 144ff.）。一

58) Frankenstein [1935] S.33. Frankenstein の見解については、根本 [2020 (R2)] 14-16 頁参照。

59) 久保 [1951 (S26)] 25 頁。久保の見解については、根本 [2020 (R2)] 30-36 頁参照。

面の消息を道破したものといえよう。」⁶⁰⁾

久保が、継続的法律関係である親子関係から不断に親権が発生すると考えているのか、あるいは、親子関係は親権変動の前提条件・基盤であるに過ぎないと考えているのかも——Frankensteinにおけると同じく——明らかではない。

以上のとおり、国際私法学説上、《継続的法律関係である親子関係から不断に直接に親権が発生する。》、《親子関係の準拠法変更の時点で親子関係が新たに成立する。》、《親子関係は法律要件である。》という思想を見ることができているが、いずれも、親権変動の準拠法基準時間問題とどのように結び付くのかは明らかではない。

第2目 親権変動の基盤としての親子関係

ここでは、《継続する親子関係から不断に直接に親権が発生する。》という思想、《父または母であることは親権者となるための欠格事由である、父子関係または母子関係の存在は親権発生障害である。》という思想の当否を検討する。

まず、実質法ではどうか。実質法では親権の変動（発生・変更・消滅）は他の権利と同じに考えられていると思われる。すなわち、事実の発生に基づいて親権が発生し、その親権がその後継続して存在し、その親権が新たな事実の発生に基づいて消滅し、その状態が継続し、さらに新たな事実の発生により親権が回復され……というように、親権は、発生して、存続して、消滅して、とい

60) 久保 [1955 (S30) a] 226-227 頁注 8.

61) ただし、民法では、「親権の喪失」を論ずるが、「親権の発生」は論せず、後者については、誰が親権者かの問題ととらえるようである。我妻[1961 (S36)] 320 頁, 346 頁参照。於保・中川編集 [2004 (H16)] 22 頁 (岩志和一郎) は「親権者となるのは父母である」という。

うのを繰り返す⁶¹⁾。すなわち、実質法は《継続的法律関係である親子関係から不断に親権が発生する。》という思想に立っていない。

では、実質法では親権変動に際して親子関係には意味がないのかというと、そうではない。個別的事実（父母の協議、親権辞任など）により親権変動が生ず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変動はあり得ない）。この意味で、実質法では、親子関係は親権変動の前提条件ないしは親権変動の基盤である。

ここで再び、親権変動の前提条件ないしは基盤としての親子関係から不断に親権が発生する、と考えることはできないのか考えよう。例えば、父母の協議により母を親権者と定めたとする（民法819条1項）。この場合、父母の協議後の或る時点に父子関係から親権が発生するか否か、を判断するためには、それ以前の事実（父母の協議）を考慮する必要がある。それゆえ、親子関係から直接に親権が発生するわけではない。なお、親子関係の発生はどうか。継続的法律関係である親子関係が存在を開始することに基づき親権が発生する旨を実質法が規定していれば、親子関係の発生は親権発生原因であるが、これは上に述べたことの例外をなすものではない。

最後に、実質法が《非嫡出子の母は親権者になる。》と規定する場合、父子関係は親権発生の障害か（父であることは親権者となるための欠格事由か）を考える。この場合も、実質法は、父子関係が存在する場合については親権発生原因を定めていないに過ぎず、父子関係の存在が親権発生の障害である（父であることは親権者となるための欠格事由である）と考えるべきではない。

いずれにしても、親権変動の要件・原因とは、一面では個別的事実（父母の協議、親権辞任など）であり、他面では親子関係そのものである。このような、親権変動の要件・原因に2種類あることは実質法の平面では明瞭に区別されている。ところが、国際私法の世界では、何をもって親権変動の要件・原因と考えるかが学説の分岐と対立をもたらす。

第 4 款 国際私法上の親権変動原因

第 1 目 個別的事実か親子関係か

法適用通則法 32 条は時間の経過とともに変更する可能性のある本国法・常住所地法を準拠法決定基準とするから、その基準時を決める必要があるところ、準拠法の基準時になり得るのは、事実発生時か、または、裁判時である⁶²⁾。裁判時を準拠法の基準時とするのは異例であるから、ここでは、親権変動の準拠法の基準時を原因事実発生時と解する。では、その場合の「原因事実」とは何か。選択肢は、個別的事実（父母による協議、親権辞任など）と親子関係のふたつに限られる。

個別的事実の発生時を親権変動の準拠法の基準時とするのは存続説である。この説にあっては、親権変動の効力は準拠法変更後も存続するので、旧準拠法時代に生じた親権変動の効力を新準拠法のもとでどのように取り扱うべきかという困難な問題⁶³⁾が生ずるし、また、旧準拠法による親権分配が新準拠法上の価値観（非嫡出子の親権者を誰にするか、など）と衝突することが多い。

これに対して、継続的親子関係の存在する最終時点（或る時点における親権の存否・内容・範囲が問題になっているのであれば、その時点）を親権変動の準拠法の基準時とするのは新準拠法適用説である。この説の特徴は、或る時点における親権の存否・内容・範囲の判断をそれ以前に発生したすべての事実に基づいてする点にある。他方で、この説の難点は、個別的事実により親権変動が生じたか否かは準拠法変更後の時点における親権の存否・内容・範囲との関係では新準拠法により判断され、その結果、当事者の期待を損なう可能性があるところにある。

62) 準拠法の基準時になり得るのは、事実発生時か、または、裁判時であることについては、根本〔2019 (R1)〕47 頁注 35（事実発生時について）、同〔2020 (R2)〕66 頁（裁判時について）参照。

63) 前掲【判例 1】東京家審昭和 38（1963）年参照。

しかし、国際私法上の親権変動の準拋法の基準時としての原因事実発生時に
つき、その「原因事実」を個別的事実と解すべきか、それとも、親子関係と解
すべきかを、両者の得失の比較検討に立って検討すべきかは問題であり、むしろ、
国際私法の基本原理に遡って個々の見解の理論的根拠を考えることが必要
である⁶⁴⁾。

親子関係が存在する場合、その親子間の権利義務関係（親権の有無など）の
具体化は事実（父母による協議など）の発生により行われる。この点で、親権
にとっては親子関係の存在が本質的に重要であり必須不可欠である。それゆえ、
親権変動の原因は——個別的事実ではなく——親子関係である、と考えるべき
である。

かくして、親権変動の準拋法の基準時に関しては——存続説でも断絶説で
もなく——新準拋法適用説を採るべきである⁶⁵⁾、⁶⁶⁾、⁶⁷⁾。

64) 前出注 54 参照。

65) 新準拋法適用説については、根本〔2020 (R2)〕89-95 頁参照。

学説では南説が新準拋法適用説に立つと見られる。判例の状況については、後出注 67
参照。

66) 準拋法が変更した場合において、新準拋法によればその準拋法変更原因（父による子の
認知、父母の一方の死亡など）が親権変動原因である場合はどうか。

このような事案にかかる判例として、根本〔2020 (R2)〕80 頁注 63 では次の 5 件の判
例につき事実と判旨を示した。

- (1) 大阪家審昭和 34 (1959) 年 5 月 28 日（父による認知による準拋法変更の後に親権
者指定を申し立てた。）
- (2) 京都家審昭和 47 (1972) 年 7 月 17 日（父の死亡後の準拋法変更の後に後見人選任
を申し立てた。）
- (3) 東京家審昭和 50 (1975) 年 10 月 2 日（父による認知による準拋法変更の後に親権
辞任許可を申し立てた。）
- (4) 熊本家審昭和 52 (1977) 年 7 月 11 日（父による認知による準拋法変更の後に後見
人選任を申し立てた。）
- (5) 大阪家審昭和 53 (1978) 年 4 月 20 日（父による認知による準拋法変更の後に親権
者指定を申し立てた。）

次の判例も同種の事案にかかる判例であるので、ここに追加する。

(6) 福井家小浜支審昭和 57 (1982) 年 4 月 16 日 (家月 35 卷 8 号 146 頁)

〔父による認知により父子関係が成立し、その結果、親子関係準拠法が変更し、新準拠法によれば認知が親権変動原因である事案〕

〔事実〕 韓国人男 A と日本人女 B の間に 1980 (S55) 年 3 月 10 日に子 C が生まれ、同年同月 21 日に出生届と認知届がなされた。1982 (S57) 年に B が死亡したが、その後も A は C を養育している。そこで、A は A を親権者と定める審判を申し立てた。

この事案では、父による認知により親子関係準拠法が日本法から韓国法に変更したものと見られる。

〔判旨〕 申立却下。

「父が認知した婚外子の親権者にだれになるかについては、法例二〇条の定めにより父である A の本国法の大韓国民民法によるべきところ、A には配偶者がいないから一九七七年一月三日改正後 (一九七九年一月一日施行) の大韓国民民法九〇九条二項に従い、A が C を認知したことにより当然に C の単独親権者となつたものと解するのが相当である。そして、A の C に対する親権の消滅事由は認められない。

〔……〕

〔……〕 以上のとおり C の親権者を定めるについての準拠法である大韓国民民法によれば A が現在 C の親権者であるから、C の親権者の指定を求める本件申立はその前提を欠き失当である。」

この判旨は、韓国法を準拠法とし、認知に基づいて、準拠法変更直後の親権状況を判断している。

以上の 6 件の判例は、すべて、準拠法変更直後の親権状況を、父による認知または父の死亡に基づいて、新準拠法により、判断している。ところで、これらの事案における事実等は、論理的には、父による認知により父子関係が成立し、父子関係の成立により親子関係準拠法が変更した、という関係に立つので、6 件の判旨はすべて、準拠法変更前の事実 (父による認知、父の死亡) に基づいて新準拠法により準拠法変更後の親権状況を判断したと見ることができる。

67) 判例の状況をまとめると次のようになる。

まず、【判例 1】東京家審昭和 38 (1963) 年は存続説に立つ。

これに対して、【判例 2】東京家審昭和 48 (1973) 年に加えて、準拠法変更と親権変動原因発生が同時に生じた事案にかかる判例 (前出注 66 に掲げた 6 件の判例) は準拠法変更直後の親権状況を準拠法変更前の事実に基づいて新準拠法により判断している。

結局、判例の多数は学説上の多数と思われる断絶説に従わず新準拠法適用説に立っているといえよう。

第2目 断絶説の評価

断絶説はドイツでも日本でも現在は多数の学説が支持していると思われる。しかし、断絶説は、その理論構成を詳しく説明しているわけではない⁶⁸⁾。そこで、ここでは、断絶説がいかなる理論構成をしているかを見る。

最初に断絶説を確認する。事実①が発生した時点の親子関係準拠法がA国法であり、その後準拠法がB国法に変更し、その後（準拠法がB国法である期間中）に別の事実②が発生し、その後（準拠法がB国法である期間中）に親が子のために代理行為をしたとする。この事例で、代理行為時の親権の存否を判断するために、断絶説は、準拠法変更前の事実を無視するとともに準拠法変更後の事実にもB国法を適用する（江川説（前出第1節第1款第1目）および山田（鎌）説（前出第1節第1款第3目）参照。）。

断絶説の論拠の出発点として考えることのできるのは、《親権の原因とは継続的法律関係である親子関係である。》という思想である⁶⁹⁾。では、断絶説がこの思想に立脚しているとするれば、どのような理論構成をしているのか。

まず、基準時について。《親権の原因とは継続的法律関係である親子関係である。》と考えれば、上記の事例では、代理行為時を準拠法の基準時とすべきこととなり、それゆえ、準拠法はB国法である。そうであれば、準拠法変更前に発生した事実①にもB国法を適用すべきであろう。ところが、断絶説は

68) 山田（鎌）〔2004（H16）〕521-522頁は「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、〔……〕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。」というが、「法例二一条について広く変更主義を認める以上」というのが何を意味するのか明らかではない。

69) これに対して、断絶説が、親権の原因とは個別的事実（父母による協議、親権辞任など）である、という思想から出発しているのであれば、断絶説は《親権変動の効力はその後準拠法が変更すれば消滅する。》という誤り（前出第2款参照）を犯していることとなる。

事実①を無視する。その理由は何か。断絶説は、事実①に B 国法を適用すれば事実①の発生時を準拠法の基準時としないこととなり、それは、権利変動については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国際私法上の原則に反する結果となる、と考えているのかもしれない。そうであれば、断絶説は《親権の原因とは継続的法律関係である親子関係である。》という思想から出発したにもかかわらず、その思想を貫徹していないこととなる。

次に、断絶説は準拠法変更時にその時点に存在する親子関係に基づいて親権分配をする。この点で、断絶説は《親子関係から直接に親権が発生する。》という思想に立脚している可能性がある⁷⁰⁾。しかし、断絶説は準拠法変更後の期間については——親子関係から直接に親権が発生するのではなく——個別的事実に基づき親権変動が生ずると考えるから、《親子関係から直接に親権が発生する。》という思想を貫徹しているわけではない⁷¹⁾。

このように、この理論構成の論旨は矛盾している。しかし、この理論構成は——親権変動の準拠法の基準時を決める局面では、継続する親子関係が親権の原因だと考えている面もあり、個別的事実が親権の原因だと考えている面も

70) 《継続的法律関係である親子関係から不断に親権が発生する》、《準拠法変更時に親子関係が成立する》、あるいは、《親子関係は法律要件である》という趣旨の言葉を述べたのは、Zitelmann, Frankenstein および久保であるが、この 3 人はいずれも親権変動の効力が準拠法変更後も存続することがあることを認めていた。これに対して、断絶説を採る者（日本では、江川、山田（録）、ドイツでは Henrich, Kropholler）はこういった言葉を述べていない。それゆえ、断絶説が《親子関係から直接に親権が発生する。》という思想に立脚しているか否かは明らかではない。

71) 《親子関係準拠法変更時に親子関係が成立する。》という思想（この思想も Zitelmann に見る。前出第 3 款第 1 目第 1 項参照。）に立てば本文に述べた矛盾は解消する（親子関係の成立により親権が発生し得ることについては、前出第 3 款第 2 目参照）。しかし、断絶説は、準拠法変更時に親子関係が成立するか否かを親子関係成立の準拠法（法適用通則法 28 条から 31 条までの規定により定まる実質法）により判断すべきだとは述べていない。

あり、何に基づいて親権変動が生ずるかに関しては、親子関係から直接に親権が発生すると考えている面もあり、個別的事実に基づいて親権変動が生ずると考えている面もあり——様々な思想から構成されている。この理論構成の特色はこの多面性である。

断絶説は、親権変動の準拠法の基準時がどの時点なのかを明確に述べているわけではない。また、断絶説は、準拠法変更前に発生した事実と親権変動を無視して準拠法変更時に親子関係が発生したかの如く考える理由も説明していない。そのため、断絶説がどのような理論構成をしているのか明らかではない。いずれにしても、断絶説が現在の日独の多数の学説の支持を得ている原因は、断絶説が上記の理論構成——この理論構成は様々な思想から構成されている——に立っているものと理解することが可能であるところにある。

第4節 親権の存否（誰が親権者であるか）の準拠法

さて、ここでもうひとつ検討すべき課題がある。それは、【判例2】東京家審昭和48（1973）年は、「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」を採用すべきだと判示した。すなわち、準拠法変更の直後の親権状況——準拠法変更の直後は誰が親権者だったか——を判断している点である。このほか、【判例7】水戸家麻生支審昭和51（1976）年は、後見人選任申立事件において、裁判時（後見人選任申立事件の裁判時）において誰が親権者であるかを判断している。そこで問題になるのは、《ある時点において誰が親権者であるか。》という問題について準拠法を決めることができるのか、その必要があるのか、という点——国際私法上の連結可能性——である。ここではこれを検討する。

或る時点（t）において誰が親権者であるか、という問題は権利変動を問う問題ではない（権利変動の結果として生じた状態を問う問題である。）。しかし、この問題は実質法により解決できる問題である。なぜなら、裁判所が、ある事実により親権が発生したと、その後、tの時点に至るまでに親権が消滅し

ていないことを実質法により確定すれば、 t の時点で親権は存在するという結論を得る（親権の不存在に関しても同様に、ある事実により親権が消滅したとと、その後、 t の時点に至るまでに親権が発生していないことを実質法により確定すれば、 t の時点で親権は存在しないという結論を得る）からである。従って、或る時点 (t) において誰が親権者であるか、という問題は実質法により解決できる問題である⁷²⁾。

しかし、或る時点における親権の存否の問題が実質法により解決できる問題であることから、その問題に関して準拠法を決めることが可能である・必要で

72) 親権に関しては親権存否確認判決をすることができる。親権の不存在を確認した判例を次に挙げる。

大阪地判昭和 51 (1976) 年 10 月 19 日 (判タ 352 号 311 頁)

〔事実〕 韓国人女 A と韓国人男 B は 1967 (S42) 年に事実上の夫婦生活に入り、1968 (S43) 年に大阪市淀川区長に婚姻届をし、1970 (S45) 年に子 C が生まれ、同年に同市長に C の出生届をし、1972 (S47) 年に子 D が生まれ、同年に同市長に D の出生届をした。1974 (S49) 年に A は B を被告として、夫婦関係不存在確認判決、B が C と D に対して親権を有しないことの確認判決、C と D の A への引渡判決および慰謝料を求めて訴えを提起した。

〔判旨〕 裁判所は「A、B 間の婚姻は成立しておらず、A、B は法律上の夫婦でない」と判示し、「C と D の親権者は韓国民法 909 条 3 項により生母である A と云わざるを得ない」と判示して、夫婦関係不存在確認判決、B が C と D に対して親権を有しないことの確認判決、B に対する C と D の A への引渡命令をする判決、慰謝料支払命令を内容とする判決 (以上、判決主文第 1 項から第 4 項まで) をした。

なお、ある問題が法律問題であるか否か、と、その問題は確認訴訟の対象になるか否か、との間には直接の関係はないようである。新堂 [2019 (H31)] 274 頁は「過去の事実または過去の法律関係の確認は原則として許されない。[……] 現在の権利または法律関係の存否を問うのが直接的であり、また効果的である。」といい、また、証書真否確認の訴え (民事訴訟法 134 条) は「事実の確認について、法がとくに確認の利益を肯定した一例である。」という。

それゆえ、親権存否確認判決があることから、親権の存否は法律問題であるという結論を引き出すことはできないであろう。

ある、といえるかは検討の余地がある。すなわち、上記の実質法上の判断方法を見ると、裁判所は、ある事実により親権が発生したか否かを準拠法により判断し、親権が発生したという結論を得れば、次に、問題とされる時点 (t) までに親権が消滅していないことを準拠法により判断すれば、tの時点で親権が存在するという結論を得るからであり、tの時点で親権は存在するかという問題に関して準拠法を決める必要はない⁷³⁾。

しかし、これは、親権変動に関する存続説の論理である。日本の多数説である断絶説ではこうはいかない。なぜなら、ある事実により親権変動が生じても、その後に親子関係準拠法が変更すれば、断絶説にあっては、準拠法変更後の代理行為などとの関係ではその親権変動は無視される⁷⁴⁾からである。すなわち、断絶説にあっては、どの時点における親権の存否を知る必要があるのかを最初に決めることが必要であり、その時点を準拠法の基準時とし、かく選ばれた実質法 (A 国法) により、その時点から過去に遡って、その準拠法 (A 国法) に

73) この点は婚姻関係を考えればよくわかる。婚姻が有効に成立したことで、その後、tの時点までに婚姻が解消していないことを判断すれば、《tの時点においてこの男女は夫婦である。》という結論を得る。それゆえ、《tの時点においてこの男女は夫婦であるか。》という問題が実質法により解決できる法律問題であることから、《tの時点においてこの男女は夫婦であるか。》という問題の準拠法を決める必要があることにはならない。

ところで、《tの時点においてこの男女は夫婦であるか。》という問題の準拠法を決める必要がないのは、実質法の構造——婚姻が有効に成立すれば、その後に婚姻が解消しない限り、婚姻関係が継続する、という構造——に基づく。それゆえ、国際私法は、《或る時点において男女は夫婦であるか。》という問題に関する抵触規定を置かない。解釈論としては、《或る時点において男女は夫婦であるか。》という問題は法適用通則法のどの規定 (の単位法律関係) にも該当しない、と解釈することとなるが、そのような解釈の実質的根拠は実質法の構造にある。

このように、実質法により解決することのできる問題 (実質法上の法律問題) の中には、それについて準拠法を決めることのできない——国際私法上の連結をすることのできない——ものがあることは、国際私法の構造を考える場合、重要であろう。

74) 江川説 (前出第1節第1款第1目) および山田 (鏖) 説 (同第3目) 参照。

より支配される期間内に発生した事実のみを考慮する。このように、断絶説では、どの時点における親権の存否を知る必要があるのかを最初に決めることが必要になる。この結果、断絶説にあつては、《t の時点において誰が親権者であるか。》という問題の準拋法を決める必要がある。

この点は新準拋法適用説でも違いはない。過去に発生した事実のみを見て、《この事実により親権変動は生じたか。》という問題の準拋法を決めることは、新準拋法適用説では——断絶説におけると同じく——無意味である（むしろ、できない）。それゆえ、新準拋法適用説にあつても——断絶説におけると同じく——どの時点における親権の存否を知る必要があるのかを最初に決めることが必要になる。要するに、新準拋法適用説でも、《t の時点において誰が親権者であるか。》という問題について準拋法を決める必要がある。

このように、存続説に立てば、《或る時点においては誰が親権者であるか。》という問題の準拋法を決める必要はないのに対して、断絶説または新準拋法適用説に立てば、その必要がある⁷⁵⁾。

75) 《或る時点において誰が親権者であるか。》という問題について準拋法を定めることができるかについて、学説はどう考えているか（なお、久保は存続説であり、山田（鎌）は断絶説であり、折茂は新準拋法適用説である。根本〔2020 (R2) 30-42 頁参照。〕

久保〔1955 (S30) b〕612 頁は、「如何なる親が親権を持ち如何なる子が親権に服するか、親権の剥奪又は制限、親権の放棄又は回復並びにその要件等は勿論、親権の行使は父が優先するか父母共同して行使すべきか、親権の行使に親族会又は一定の機関等の共力を要するか等（〔……〕新日民 818 条〔……〕）」（下線は引用者による。）の問題は法例旧 20 条によるとする。これは、——久保が存続説に立つことについては根本〔2020 (R2)〕30-36 頁参照——親権の発生の問題だけでなく、或る時点において誰が親権者であるかという問題についても準拋法を決めることができるという趣旨に読むこともできない。

折茂〔1972 (S47)〕387 頁は「何びとが親権者たるべきか、親権に服するのはいかなる子であるか、親権は父母の共同によってのみこれを行使すべきか、親権者が親権を失うのはいかなる場合においてかなどといった、親権の帰属、親権服従者、親権の行使、そ

具体的には、親権者指定・変更申立事件と財産管理権喪失宣告申立事件などの親権に関する形成裁判にあっては、それらの裁判をなすべき時点の直前の親権状態（誰が親権者・財産管理権者であるか）を確定する必要がある、このことは国内事件であろうと涉外事件であろうと違いはない⁷⁶⁾。従って、その時点（親権者指定申立事件の裁判をなすべき時点の直前というのは、結局、親権者指定申立事件の裁判時である。）が親権の存否の準拠法の基準時になり、それにより決まる準拠法は準拠法変更前の事実（父母の離婚など）にも適用される。このことは、後見人選任申立事件などで——親権に関する形成裁判以外の裁判で——裁判の直前の親権状況を判断する場合でも違いはない。

市町村長に戸籍訂正申請を受理するよう命ずる審判を申し立てた事件、すな

の喪失などに関する諸問題は、すべて右にあげた法例 20 条にしたがって定まる準拠法によることとなる。」（下線は引用者による。）という。「親権者たるべきか」とは親権の発生を指すのか、親権者である状態を指すのか明瞭ではないが、《或る時点において誰が親権者であるか。》の問題についても準拠法を決めることができるという趣旨に読むこともできる。

山田（録）〔2004（H16）〕522-524 頁は、「親権者は父であるか、母であるか、あるいは父母ともに親権者であるか〔……〕などの問題」、「認知の場合における子の親権の帰属の問題」、「親権の喪失または停止」、「親権の消滅に関する問題」、「親権または管理権の剥奪〔……〕の許否、要件」（下線は引用者による。）が改正法例 21 条の適用範囲に入る旨を述べるので、親権変動だけでなく、或る時点における親権者は誰かという問題についても準拠法を決めることができるという立場に立つと思われる。

Kegel〔1996（H8）〕はドイツ民法施行法 19 条 2 項の「両親と嫡出子との間の法律関係」（根本〔2020（R2）〕16 頁注 8 参照）に該当する事項として、親権の内容（Art.19 Rn.77-78）、親権の取得・制限・喪失（Rn.79-82）その他を挙げ、親権が誰に帰属するかの問題を親権の取得・制限・喪失の問題の一環とする（Rn.79）。この点から見ると、Kegel は存続説——Raape など、第 2 次世界大戦前の説——に立っている可能性がある。なお、Kegel は親権変動後の準拠法変更問題を論じていない。根本〔2020（R2）〕16-17 頁参照。

76) 井上〔2012（H24）〕149 頁（前出第 1 章第 2 節第 3 款参照）。

わち、【判例 2】ではどうか。この事件では、裁判所は、戸籍における「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」という記載が誤っているか否かを判断する必要がある。この判断は、父母の協議により母が親権者になったか否かという過去の事実による親権変動を事後的に判断する作用である。父母の協議により母が親権者になったか否かを判断するためには、前提問題として、父母の協議の届出の直前——それは、届出日と解してよいであろう——の親権状況を判断する必要がある。それゆえ、この時点（父母の協議の届出をした日）が親権の存否の準拠法の基準時になり、これにより決まる準拠法（日本法）を準拠法変更前に発生したすべての事実（父母の離婚のみならず、子の出生以来発生したすべての事実）に適用すべきである。【判例 2】の判旨は「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」を選んだ。これは、離婚後、A の日本への帰化まで父母の——潜在的な——共同親権だったことを前提とするのみならず、A と B の離婚前もまた A と B の潜在的な共同親権だったことを前提としており（そうでなければ、「A の帰化後父母共同親権となり」という結論を導き出せない。）、それゆえ、父母の協議の届出の直前の親権状況を判断するために、子 C の出生後に発生したすべての事実に日本法を適用して判断したものと理解することができ、妥当である。

第 5 節 離婚による親権変動の効力と準拠法変更

ここでは、第 1 章第 1 節第 2 款に掲げた 4 種類の事案に関してどのようにすべきかを簡単に述べる。なお、説明の必要上、[A-1]、[B-1]、[A-2]、[B-2] の順に説明する。

まず、[A-1] 離婚後に申し立てられた親権者変更申立事件で裁判所が離婚による親権変動につき親子関係準拠法説に立つ場合において、離婚後、親権者変更申立事件までに、親子関係準拠法が変更しないとき⁷⁷⁾ はどうか。この種の事案では、裁判所は、離婚による親権変動についても、申し立てられた親権者

変更等に関しても、同じ法域の法を適用することで足りる⁷⁸⁾。

次に、〔B-1〕離婚後に申し立てられた親権者変更申立事件で裁判所が離婚による親権変動につき親子関係準拠法説に立つ場合において、離婚後、親権者変更申立事件までに、親子関係準拠法が変更したときはどうか。これについては本稿で述べたことがそのまま妥当する。前掲【判例2】東京家審昭和48(1973)は、既に見たように(前出第4節参照)、準拠法変更後の親権状況を準拠法変更前の事実(父母の離婚)に基づき新準拠法により判断したので、この点の判旨に賛成する。これに対して、【判例1】東京家審昭和38(1963)年がこのタイプに属するのであれば、同判決の判旨は存続説に立つものであり、賛成できない。

次に、〔A-2〕離婚後に申し立てられた親権者変更申立事件で裁判所が離婚による親権変動につき離婚準拠法説に立つ場合において、離婚後、親権者変更申立事件までに、親子関係準拠法が変更しないときはどうか。この種の事案では、離婚による親権分配——それは離婚準拠法により生じた——を前提として考える必要がある。例えば、親が代理行為をした場合は、代理権の有無はかく分配された親権を前提とせざるを得ないのに対して、親の代理権の内容・範囲は親子関係準拠法による⁷⁹⁾。では、親子関係準拠法により親権者変更をなし得るかどうかであるが、肯定すべきであろう⁸⁰⁾。【判例3】仙台家審昭和57(1982)年

77) 前出第1章第2節第1款に掲げた判例はこのタイプに該当する可能性がある。

78) 井上〔2012(H24)〕の述べることが妥当する。井上説については、前出第1章第2節第3款参照。

79) 後出注80に引用した文献参照。

80) 離婚による親権変動の準拠法につき離婚準拠法説を採る学説は、離婚準拠法により父母に分配された親権の内容・行使が親子関係準拠法による旨を述べるが、離婚準拠法により決められた親権者を親子関係準拠法により変更することができるか否かには言及しないようである。

實方〔1937(S12)〕285-286頁は「斯くして分配せられた監護権其の者〔……〕は明らかに親子法上の法律関係であるから、第20条の管轄に属せしめられる可きである。

は〔A-2〕のタイプの事案であり、この解決をした(判旨は、まず、離婚による親権変動を離婚準拠法たる韓国法により判断し、父が親権者になったものと判断し、次に、父から母への親権者変更を親子関係準拠法たる北朝鮮法によりした.)。

最後は、〔B-2〕離婚後に申し立てられた親権者変更申立事件で裁判所が離婚による親権変動につき離婚準拠法説に立つ場合において、離婚後、親権者変更申立事件までに、親子関係準拠法が変更したときである。この事案に特有の問題は、離婚による親権分配が離婚準拠法により行われた場合は、その親権分配

例えば、子の心身監護権を与えられた親の権利行使に関する諸問題の如きは、固より第 20 条に基づき親子関係を支配する準拠法の判断に服するのである。」という。實方〔1950 (S25)〕335 頁の記述は字句の違いがあるのみでほとんど同じである。

溜池〔1955 (S30)〕574-575 頁は「かくて決定せられた監護権に基づく監護の方法、その実行などの問題は、親子関係の準拠法による。」(強調は引用者による。)という。

久保〔1955 (S30) b〕612 頁は「父母の離婚の場合における親権の帰属の問題〔……〕は離婚原因発生当時の夫の本国法に依るべきである」というに過ぎない。

江川〔1970 (S45)〕268 頁は「かくして決定した監護権者たる親と子の関係は親子関係に関する法例第 20 条によるべきである〔……〕。」(強調は引用者による。)という(江川〔1950 (S25)〕285 頁も同じである.)。

折茂〔1972 (S47)〕307-308 頁は「監護の権利義務の〔……〕内容・行使等の問題については、法例 20 条によって定まる準拠法が適用せられるものと解すべきである。」(強調は引用者による。)という。

以上の学説は、離婚を原因として離婚準拠法により決められた親権者を親子関係準拠法により変更することができるか否かに言及しない。

道垣内〔1994 (H6)〕156 頁は、当事者の国籍等の変更に基づく準拠法変更ではなく法例改正に基づく準拠法変更の事案にかかる判例(前出注 10 で引用した福岡家小倉支審平成 4 (1992) 年)に関する判批で、離婚による親権変動の準拠法に関して親子関係準拠法説の立場から、離婚準拠法説に対する批判として、「親権者変更について法例二一条によることになる以上、離婚の際の親権者指定についてのみ法例一六条によって準拠法を定めても、直ちに親権者変更が申立てられると、法例二一条によって定められる準拠法により判断し直すことになって、結局、最初から二一条を適用する方が適当であるという点を指摘することができよう」という。

は、その後に親子関係準拋法が変更すれば、親子関係準拋法変更後も存続するかという問題である。これについては、離婚による親権分配が親子関係準拋法ではなく離婚準拋法により行われたという点を重視すべきであり、それゆえ、親権変動に関して断絶説あるいは新準拋法適用説に立ったとしても、存続を肯定すべきであろう（それゆえ、親子関係準拋法変更後における代理行為の場合や親権者変更の場合については〔A-2〕と同じく考えるべきであろう）。【判例1】東京家審昭和38（1963）年が〔B-2〕のタイプに属するものであればこの解決をしたものといえよう（判旨は離婚による親権分配がその後の親子関係準拋法変更後も存続することを前提として親権者を変更した）。

おわりに

本稿では、実質法の平面では解釈上の実益を伴わない問題——親権変動の要件・原因は個別的事実か親子関係かという問題——であっても、それに関する見解の相違が、国際私法の世界では、学説の分岐と対立の原因になり得るだけでなく、ひとつの学説の中に相反する思想が混在する原因にもなり得ることを明らかにした。

国際私法の構造、延いては国際私法と実質法の関係は極めて複雑である。本稿はこのような観点からの研究⁸¹⁾の試みである。

【参考文献】

煖場準一「国際私法」『1971（S46）年学会回顧・判例回顧』法律時報43巻12号64頁〔1971（S46）〕

煖場準一「涉外判例研究：横浜地判昭和58（1983）年1月26日」ジュリスト828号241頁

81) 例えば、準拋外国法の内容不明の場合の処置に関する学説の対立の根底には実質法の性質をどのように考えるかについての見解の対立がある。これについては、根本〔1996（H8）〕参照。

[1985 (S60)]

青木清「判批：仙台家審昭和 57 (1982) 年 3 月 16 日」櫻田嘉章・道垣内正人編『国際私法判例百選』8 頁 [2004 (H16), 有斐閣]

青木清「判批：仙台家審昭和 57 (1982) 年 3 月 16 日」櫻田嘉章・道垣内正人編『国際私法判例百選 (新法対応補正版)』8 頁 [2007 (H19), 有斐閣]

青木清「判批：仙台家審昭和 57 (1982) 年 3 月 16 日」櫻田嘉章・道垣内正人編『国際私法判例百選 (第 2 版)』8 頁 [2012 (H24), 有斐閣]

池原季雄『国際私法 (総論)』[1973 (S48), 有斐閣]

池原季雄「判批：東京地判昭和 35 (1960) 年 12 月 24 日」池原季雄・早田芳郎編『涉外判例百選 (第 2 版)』8 頁 [1986 (S61), 有斐閣]

井上泰人「判批：前橋家審平成 21 (2009) 年 5 月 13 日」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]

江川英文『国際私法』[1950 (S25), 有斐閣]

江川英文『国際私法 (改訂, 増補)』[1970 (S45), 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]

欧龍雲「涉外判例研究：大阪家審昭和 38 (1963) 年 12 月 27 日」ジュリスト 327 号 125 頁 [1965 (S40)]

大村芳昭「判批：東京家審平成 22 (2010) 年 7 月 15 日」民商法雑誌 144 卷 4・5 号 557 頁 [2011 (H23)]

於保不二雄・中川淳編集『新版注釈民法 (25) 親族 (5) (改訂版)』[2004 (H16), 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]

久保岩太郎「国際親子法上における法律変更」法学新報 58 卷 4 号 1 頁 [1951 (S26)]

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 卷』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)]

黄勳霆「判批：前橋家審平成 21 (2009) 年 5 月 13 日」民商法雑誌 142 卷 4・5 号 509 頁 [2010 (H22)]

黄勳霆「判批：東京家審平成 22 (2010) 年 7 月 15 日」戸籍時報 691 号 44 頁 [2012 (H24)]

河野俊行「法適用通則法 32 条」櫻田嘉章・道垣内正人編『注釈国際私法第 2 卷』[2011 (H23), 有斐閣]

- 小山昇「涉外判例研究：東京家審平成3（1991）年12月6日」ジュリスト1073号346頁〔1995（H7）〕
- 櫻田嘉章「涉外判例研究：東京地判平成2（1990）年11月28日」ジュリスト993号210頁〔1992（H4）〕
- 櫻田嘉章『国際私法（第7版）』〔2020（R2）, 有斐閣〕
- 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巻親子』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〕
- 嶋拓哉「涉外判例研究：東京家審平成22（2010）年7月15日」ジュリスト1434号152頁〔2011（H23）〕
- 新堂幸司『新民事訴訟法（第6版）』〔2019（H31）, 弘文堂〕
- 多喜寛「判批：東京地判平成2（1990）年11月28日」櫻田嘉章・道垣内正人編『国際私法判例百選』132頁〔2004（H16）, 有斐閣〕
- 多喜寛「判批：東京地判平成2（1990）年11月28日」櫻田嘉章・道垣内正人編『国際私法判例百選（新法対応補正版）』136頁〔2007（H19）, 有斐閣〕
- 多田望「涉外判例研究：大阪高決平成16（2004）年5月12日」ジュリスト1329号124頁〔2007（H19）〕
- 田村精一「涉外判例研究：東京家審昭和41（1966）年6月7日」ジュリスト390号151頁〔1968（S43）〕
- 溜池良夫「離婚・別居」国際法学会編『国際私法講座第2巻』563頁〔1955（S30）年, 有斐閣〕
- 溜池良夫『国際私法講義（第3版）』〔2005（H17）, 有斐閣〕
- 道垣内正人「親権者の指定・変更の裁判管轄と準拠法」判例タイムズ747号472頁〔1991（H3）〕
- 道垣内正人「判批：福岡家小倉支審平成4（1992）年5月14日」私法判例リマークス1994（H6）（下）154頁〔1994（H6）〕
- 鳥居淳子「国際私法判例の動き」『昭和63（1988）年度重要判例解説』ジュリスト935号246頁〔1989（H1）〕
- 長田真理「判批：前橋家審平成21（2009）年5月13日」戸籍時報678号20頁〔2012（H24）〕
- 中西康「判批：東京地判平成2（1990）年11月28日」池原季雄・早田芳郎編『涉外判例百選（第3版）』4頁〔1995（H7）, 有斐閣〕
- 根本洋一「涉外判例研究：那覇家沖繩支審昭和56（1981）年11月5日」ジュリスト797号113頁〔1983（S58）〕
- 根本洋一「準拠外国法の内容不明の場合の処置——外国法の解釈と裁判所による法創造——」横浜国際経済法学4巻2号113頁〔1996（H8）〕
- 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 巻 2 号 1 頁 [2019 (R1)]

根本洋一「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——」横浜法学 29 巻 1 号 1 頁 [2020 (R2)]

林貴美「判批：東京高決平成 17 (2005) 年 11 月 24 日」民商法雑誌 136 巻 6 号 752 頁 [2007 (H19)]

林脇トシ子「涉外判例研究：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「涉外判例研究：山口家岩国支審昭和 52 (1977) 年 11 月 4 日」ジュリスト 692 号 145 頁 [1979 (S54)]

早田芳郎「判批：仙台家審昭和 57 (1982) 年 3 月 16 日」池原季雄・早田芳郎編『涉外判例百選 (第 3 版)』20 頁 [1995 (H7), 有斐閣]

樋爪誠「涉外判例研究：横浜家小田原支審平成 22 (2010) 年 1 月 12 日」ジュリスト 2014 号 115 頁 [2014 (H26)]

松原正明「渉外的子の監護紛争の処理」岡垣學・野田愛子編『講座・実務家事審判法 5 (涉外事件関係)』[1990 (H2), 日本評論社]

三浦正人「判批：福岡家小倉支審平成 4 (1992) 年 5 月 14 日」池原季雄・早田芳郎編『涉外判例百選 (第 3 版)』154 頁 [1995 (H7), 有斐閣]

南敏文『改正法例の解説』[1992 (H4), 法曹会]

山田録一「親子」山田録一・澤木敬郎編『国際私法講義』[1970 (S45), 青林書院新社]

山田録一『国際私法』[1982 (S57), 筑摩書房]

山田録一『国際私法』[1992 (H4), 有斐閣]

山田録一『国際私法 (新版)』[2003 (H15), 有斐閣]

山田録一『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『国際私法』[2012 (H24), 三省堂]

我妻栄『親族法』320 頁, 346 頁 [1961 (S36), 有斐閣]

Frankenstein, Ernst: Internationales Privatrecht (Grenzrecht), 4. Band [1935 (S10)]

Soergel, Hans Theodor; Kegel, Gerhard: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12. Aufl. Band 10 (Einführungsgesetz) [1996 (H8)]

Zitelmann, Ernst: Internationales Privatrecht, 2. Band [1912 (T1)]