

非嫡出親子関係の成立の準拠法の基準時

——国際私法における原因事実発生時——

根本 洋一

[目次]

第1章 はじめに

第1節 本稿の課題

第2節 事実主義と認知主義

第3節 法適用通則法 29 条の 1 項と 2 項の適用関係

第4節 改正前法例 18 条の立法理由

第5節 準拠法基準時の備えるべき条件

第2章 出生による非嫡出親子関係成立の準拠法基準時

第1節 従来の学説

第2節 懐胎時と出生時

第3章 認知による非嫡出親子関係成立の準拠法基準時

第1節 従来の学説

第2節 認知による非嫡出親子関係成立の原因

第3節 認知時

第4節 子の出生時

第5節 裁判認知

第6節 胎児認知

おわりに

第 1 章 はじめに

第 1 節 本稿の課題

法の適用に関する通則法（以下、「法適用通則法」という。）29 条は「嫡出でない子の親子関係の成立」の準拠法を定める規定であり、正確には、血縁上の親子関係に基づく非嫡出親子関係の成立（以下では、単に「非嫡出親子関係の成立」という。）に関する規定である。

血縁上の親子関係に基づく非嫡出親子関係の成立に関して、諸国の実質法上、事実主義と認知主義というふたつの制度があることは周知のとおりである。すなわち、事実主義とは、血縁上の親子間に子の出生により非嫡出親子関係を成立させる制度であり、認知主義とは、血縁上の親子に関して認知を条件として非嫡出親子関係を成立させる制度である¹⁾。いずれも法適用通則法 29 条の適

1) 中川・米倉〔2004 (H16)〕267 頁(泉久雄)は血縁主義と認知主義について次のようにいう。
「血縁主義が、自然の血縁関係のあるところに当然に法律上の非嫡出親子関係が発生するとするのに対し、認知主義は、認知という形成行為を俟ってはじめて法律上の非嫡出親子関係が発生するとする。この 2 つの主義は、父の搜索という婚外子法の出発点においてだけではなく、それと結びついた効果の面でも、独自の道を歩んできた。」
中川・米倉〔2004 (H16)〕267-268 頁(泉久雄)は認知主義について次のようにいう。
「認知主義においては、認知が、非嫡出親子関係を発生させる唯一の基礎であり、認知は父あるいは母であることを承認する任意の意思表示として理解される。つまり、認知は、非嫡出親子関係の自然的血縁関係を自白するという意味では一種の意思表示であるが、同時に、親としての権利・義務を基礎づけるという意味では形成的効力を持つことになる。だから、認知主義の論理によれば、非嫡出親子関係を裁判によって確定することはそれ自体矛盾であり、任意に子を認知した者のみが、法律上、子の養育に責任を負うべきことになる。このような認知主義に徹した考えを、私達は、フランス民法旧 340 条の父の搜索の禁止 (La recherche de la paternité est interdite.) の中にみいだす。そして、人は、非嫡出子に、訴えによって、父あるいは母を求める道が開かれた後も、この認知 (主義) の原則を前面に出して、裁判 (認知の訴え) による父の確定を強制認知 (reconnaissance

用対象である^{2), 3)}.

forcée)と呼んでいる。認知主義は、フランス法を中心とする、ローマ法系の国々で採用されてきた。」

中川・米倉〔2004 (H16)〕270頁(泉久雄)は事実主義(血縁主義)について次のようにいう。

「血縁主義は、自然の血縁関係にもとづき生理的な血縁関係の立証されるところ、非嫡出親子間に、当然に法律上の親子関係が発生するとするものであり、したがって父の搜索はそのような生物的父を求めることだ、ということになる。しかしこの主義に採用にあたっては、父たることを証明する、生殖の事実を直接立証することが必ずしも容易でないことを常に念頭に置かなければならない(それに反し、母については、分娩の事実によって母子関係が明らかであるから、特別の立証を必要としない)。だから、血縁主義をとる立法例においては、父性を推定するなんらかの規定(例えば、旧民法1717I)を置くのが普通である。父性の承認——認知主義においてはこの意思表示にもとづいて父子関係が形成される——は、二次的意味を持つにすぎず、父の確定にあたっての1つの証拠となるにとどまる(血縁主義をとっていたドイツ民法旧規定では父性を承認した場合には、多数関係者の抗弁が排除されるものとしていた——旧1718)。」

この他、事実主義と認知主義に関しては次の文献を参照。久保〔1955 (S30)〕593頁、折茂〔1972 (S47)〕336頁、南〔1992 (H4)〕115頁、山田(鎌)〔2004 (H16)〕483頁、溜池〔2005 (H17)〕494頁、櫻田〔2020 (R2)〕303頁、櫻田・道垣内〔2011 (H23)〕第2巻84頁(佐野寛)。

- 2) 法適用通則法29条が事実主義と認知主義の双方に関する規定であることは次の文献が認める。澤木・南〔1990 (H2)〕20頁(澤木敬郎)、横山〔1990 (H2)〕239-240頁、南〔1992 (H4)〕114-117頁、横山〔1997 (H9)〕194頁、山田(鎌)〔2004 (H16)〕483頁、溜池〔2005 (H17)〕496頁、櫻田・道垣内〔2011 (H23)〕第2巻84-85頁(佐野寛)。

南は改正法例18条につき次のようにいう。

「本条は、非嫡出親子関係の成立に関する規定であり、第一項において非嫡出親子関係の成立一般を定めている。非嫡出親子関係は、出生という事実によって生じる法制と認知によって生じる法制とがあるが、同項は、改正前の法例とは異なり、その双方を適用範囲としている。」(南〔1992 (H4)〕114頁)

法適用通則法29条1項が血縁上の親子関係に基づく非嫡出親子関係の成立に関する国際私法規定であることについては、後出第3章第4節参照。

- 3) 血縁上の親子関係のないところに非嫡出親子関係を成立させる制度がある。嫡母庶子関係がその例である。日本民法旧728条(昭和22(1947)-1-1廃止)は「〔……〕嫡母ト庶子トノ間ニ於テハ親子間ニ於ケルト同一ノ親族関係ヲ生ス」と規定していた。穂積〔1933 (S8)〕67頁は「嫡母庶子は父と庶子との関係に準ずべきである〔……〕。」という(庶子とは父が

法適用通則法 29 条 1 項前段は、出生による非嫡出親子関係成立⁴⁾と認知による非嫡出親子関係成立に関して、父子関係の成立に関しては「子の出生当時における父の本国法」を準拠法とし、母子関係の成立に関しては「〔子〕の出

認知した子である。日本民法旧 827 条 2 項)。韓国民法 774 条 (1991 (H3) -1-1 削除) は「婚姻外の出生子と父の配偶者及びその血族、姻戚との間の親系と親等は、その配偶者の出生子と同一なもののみならず。」(戸籍実務六法令和 4 (2022) 年版による。)と規定していた。

血縁上の親子関係のないところに非嫡出親子関係を成立させる制度には法適用通則法 29 条は適用されない。例えば、山田(録)[2004 (H16)] 483 頁は改正法例 18 条に関して「血縁関係がない者の間における嫡出以外の親子関係の成立については、別途の考察を要する。」という。また、櫻田・道垣内[2011 (H23)] 第 2 卷 89 頁(佐野寛)参照。

- 4) 「事実主義による非嫡出親子関係成立」という言葉にはあいまいな面がないではない。例えば、日本も韓国(韓国民法 855 条 1 項は「婚姻外の出生子は、その生父または生母がこれを認知することができる。父母の婚姻が無効であるときは、出生子は婚姻外の出生子とみなす。」と規定する。戸籍六法令和 4 (2022) 年版による。)も父子関係については認知主義の国であるが、韓国人男 P とその血縁上の子である日本人 C (P は C をまだ認知していない) の間に非嫡出親子関係が或る時点において存在するか否かを判断する場合(親子関係確認の訴えの場合、あるいは、相続の前提問題として P の死亡時における親子関係の存否を判断する場合など)は、——認知により非嫡出親子関係が成立したか否かを法適用通則法 29 条により判断するとともに——出生により非嫡出父子関係が成立したか否かを法適用通則法 29 条 1 項前段により韓国法を基準として判断する必要がある。それゆえ、この場合は、出生による非嫡出親子関係成立 (= 事実主義による非嫡出親子関係成立) の問題が認知主義の法(韓国法)を基準として判断される。

山田(録)[2004 (H16)] 483-484 頁は、法適用通則法 29 条 1 項前段の送致対象を、「出生による非嫡出親子関係の成立」および「認知による非嫡出親子関係の成立」とする。ただし、溜池[2005 (H17)] 496 頁は「事実主義による非嫡出親子関係の成立」という項目の本文中では「出生による非嫡出親子関係の成立」を論ずる。このような理由により、本稿では、「出生による非嫡出親子関係の成立」という用語と、「事実主義による非嫡出親子関係の成立」という用語を同義語として使う。

「事実主義による非嫡出親子関係の成立」という表現も、「出生による非嫡出親子関係の成立」という表現も、子の出生——《或る者の血縁上の子が生まれる。》という事実——に基づき法が非嫡出親子関係の成立を認めることを表現するから、違いはないであろう。事実主義における非嫡出親子関係成立原因が何であるかについては、後出第 2 章第 2 節参照。

生の当時における母の本国法」を準拠法とする。同条2項前段は、認知に関しては1項前段に定める準拠法によるほか、「認知の当時における認知する者又は子の本国法による」と規定する。すなわち、出生による非嫡出親子関係成立に関しては子の出生時の当該親の本国法が準拠法になり、認知による非嫡出親子関係成立に関しては、子の出生時の認知者の本国法または認知時の認知者もしくは子の本国法が択一的に準拠法になる。従って、出生による非嫡出親子関係成立の準拠法基準時は子の出生時のみであるのに対して、認知による非嫡出親子関係成立の準拠法基準時は子の出生時と認知時である。また、見方を変えれば、子の出生時は出生による非嫡出親子関係成立と認知による非嫡出親子関係成立に共通する準拠法基準時であるのに対して、認知時は認知による非嫡出親子関係成立のみの準拠法基準時である。このように、非嫡出親子関係成立の準拠法基準時の決め方は極めて複雑である。

改正法例（平成1（1989）年法律27号）が施行（平成2（1990）年1月1日）されてから30年以上経過した現在、非嫡出親子関係成立の準拠法に関しては夥しい数の学説判例が発表されている。しかし、非嫡出親子関係成立に関しては、どの時点がどんな根拠により基準時になるかについて、十分には検討されていないように思われる。例えば、認知の準拠法基準時を説明する際にしばしば言及される *favor paternitatis*（認知保護）⁵⁾ の思想は、どの時点を基準時とすべきかの根拠を説明していないように思われる。本稿は、非嫡出親子関係成立に関しては、どの時点がどんな根拠で準拠法の基準時になるかを検討する⁶⁾。

第2節 事実主義と認知主義

出生による非嫡出親子関係成立の準拠法は法適用通則法29条1項により規

5) 南〔1992（H4）〕119頁、山田（鏡）〔2004（H16）〕485頁、溜池〔2005（H17）〕497頁、櫻田・道垣内〔2011（H23）〕第2巻86頁（佐野寛）。

6) 本稿では生殖補助医療による出生は扱わない。

律されるのに対して、認知による非嫡出親子関係成立の準拠法は同条の1項と2項により規律されるから、或る国の実質法上の制度が出生による(事実主義による)非嫡出親子関係成立を定めているのか、それとも、認知による非嫡出親子関係成立を定めているのかは、法適用通則法29条1項と2項の適用関係を決めるために重要である(或る国の実質法が事実主義であればその実質法の定める父による自認⁷⁾は認知行為ではないから法適用通則法29条1項後段および2項などは適用されないことになる.)。そこで、認知主義と事実主義の定義をする必要がある。日本民法上、非嫡出父子関係が認知主義であり、非嫡出母子関係が事実主義であることは異論のないところである⁸⁾ので、それを手掛かりにすれば、非嫡出親子関係を形成することができる者を当事者(血縁上の親子、あるいはこれに準ずる者)に限定していれば認知主義であるのに対して、いつでもだれでも当事者(血縁上の親子)間の非嫡出親子関係の確認を求めることができれば事実主義であるといえよう。

やや詳しくいえば、次のようになろう⁹⁾。

7) フィリピン家族法172条1項柱書は「嫡出子の父子関係は以下のことにより生ずる。」と規定し、同項2号は「公文書または父母が署名した私文書で嫡出親子関係を自認すること」と規定し、同法175条1項は「非嫡出子は嫡出子と同様の方法と証拠により非嫡出親子関係を生ずる。」と規定する。それゆえ、フィリピン法では父の自認により「非嫡出親子関係を生ずる」。しかし、フィリピン法は事実主義であると理解されている。櫻田・道垣内〔2011(H23)〕84頁注1(佐野寛)、中野〔2014(H26)〕38頁、奥田〔2020(R2)〕259頁。

フィリピン家族法175条については、奥田・高畑〔2007(H19)〕20頁、253頁以下参照。日本人女と外国人男(事実主義に立つ法を本国法とする)の間に生まれた子の出生届については、後出注10参照。

8) 南〔1992(H4)〕115頁、櫻田・道垣内〔2011(H23)〕84頁注1(佐野寛)、奥田〔2020(R2)〕259頁。

9) 中川・米倉〔2004(H16)〕510頁(奥田安弘)は次のようにいう。

「ここでは、法例18条の解釈として、ひとまず次のような基準を示しておきたい。まず裁判認知とは、任意認知における親の意思表示に代わる機能を果たし、また遡及効を認めるか否かはともかく、裁判によって初めて非嫡出親子関係を成立させるものとして

まず、血縁上の親が任意認知をすれば非嫡出親子関係が成立する、という制度であれば認知主義であるし、その制度の下で、血縁上の親が任意認知をしない以上は当事者（血縁上の親子）以外の者は親子関係確認を求めることができない、というのであれば認知主義であることに変わりはない。また、その制度の下で、血縁上の親以外の者（血縁上の子など）が血縁上の親子関係を証明すれば法的親子関係を主張できるが、それには出訴権者・出訴期限などが定められているのであれば、依然として認知主義である。

これに対して、たとえ血縁上の親が親子関係を認めない場合であっても当事者（血縁上の親子）以外の者が当事者間の血縁上の親子関係を証明すれば法的親子関係を主張でき、それには証拠の制限もなく、出訴権者・出訴期限などの制限もない、という制度であれば、事実主義である。この制度の下で、血縁上の親が親子関係を認めれば非嫡出親子関係が成立するとされていても、依然として事実主義である¹⁰⁾。

理解される。具体的には、任意認知と併存している場合は、裁判による親子関係の確定を裁判認知とみてよいであろう。これに対して、任意認知の制度が存在しておらず、また非嫡出親子関係の成立について、裁判以外に、親が自分の子として承認していること、父母が同居していることなど、様々な証明方法が認められている場合は、事実主義であると判断してよいであろう〔……〕。」

事実主義と認知主義については、また、奥田〔2020 (R2)〕259-261頁参照。

- 10) ここで、事実主義による非嫡出父子関係を戸籍上どのようにして示すかに関する戸籍実務と、事実主義に関する判例を見る。

1. 事実主義による非嫡出父子関係の戸籍への記載

日本人女と外国人男（事実主義国の国民）の間に生まれた子については——血縁上の母の本国法（日本法）は母子関係の成立につき事実主義であり、血縁上の父の本国法は父子関係の成立につき事実主義であるから——法適用通則法 29 条 1 項前段により、出生により非嫡出母子関係と非嫡出父子関係が成立する。また、この子は出生により日本国籍を取得し（国籍法 2 条 1 号）、また、母の氏を称する（民法 790 条 2 項）から母の戸籍に入籍する（戸籍法 18 条 2 項）。佐藤・道垣内〔2007 (H19)〕73 頁（出口耕自）参照。この子の父の氏名を子の戸籍に記載するためには、戸籍実務では、以下の通り、父母双方が血縁上の父子関係を出生届において認めることを必要としている。

まず、「法例の一部を改正する法律の施行に伴う戸籍事務の取扱いについて」（平成1（1989）-10-2民2第3900号民事局長通達）（以下、「基本通達」という。）第3「出生等」2「嫡出でない子」（2）は次のように定める。

「外国人父の本国法が事実主義を採用している場合における日本人母からの嫡出でない子の出生の届出については、次のとおり取り扱う。

ア 届書の父欄に氏名の記載があり、「その他」欄に父の本国法が事実主義を採用している旨の記載があり、かつ、父の国籍証明書、父の本国法上事実主義が採用されている旨の証明書及びその者が事件本人の父であることを認めていることの証明書（父の申述書、父の署名ある出生証明書等）の提出があるときは、事件本人の戸籍に父の氏名を記載する。〔以下省略〕

この引用文中の「その者が事件本人の父であることを認めていることの証明書（父の申述書、父の署名ある出生証明書等）」について、法務省民事局内法務研究会〔1989（H1）〕195-196頁は次のように説明する。

「事実主義により法律上の父子関係の存在を認めるためには、血縁上の父子関係を確認する必要があるが、誰がこれを証明するのかという問題がある。この証明の手段としては、我が国の戸籍の取扱い上は、当事者の双方である父及び母の承認を必要とすることとした。父母双方による承認は、高い証明力があるからである。なお、この承認があることによって、後日の紛争も減じる者と予想される。

そして、この出生届の届け出義務者は母であることから、届書の父欄に父の氏名を記載すること及び届出人の署名押印をすることにより、当然母からの「当該者が父であること。」の証明及び承認の意味もその届出に内包されているので、別途母からの申述書の添付は、不要であろう。そこで、通達では、父が作成したその旨の申述書を添付させる必要があることのみが記載されている。なお、その内容は、「当該出生子〇〇△△（当該出生子の氏名）の父は、私こと□□□〇〇〇〇（父の氏名）である。」旨の記載があれば足りよう。この申述書の作成は父に限られ、第三者による申述書は認められない。自然的父子関係の存在を認定することは、一般に審査が困難なものである。戸籍の窓口は、裁判所ほど多くの調査手段とその能力を持たず、しかも、全国統一的に正確かつ迅速に処理しなければならない要請がある。このような制度上の要請から、このような、いわば、父母の二重のチェックを要求することによって初めて誤りの少ない取扱いができるので、このような取り扱いとしたのである。

なお、父の本国官憲の父子関係証明書は生理上の父子関係を証明する書類ということができ、この添付があるときは、申述書は不要である。また、出生証明書に父の署名がある場合あるいは出生登録証明書に父が記載されている場合であって、しかも、その登録証明書への父の氏名が父自らの届出、申出等によって記載されている場合には、父の意思により行為が書面上明らかであるので、やはり申述書は不要である。」

なお、上述した出生届は認知届ではないから、成年に達した日本人子について上記の出生届をする場合も、成年の子を認知するために必要な子の承諾（民法782条）は不要である。法務省民事局内法務研究会〔1989（H1）〕193頁、澤木・南〔1990（H2）〕125頁参照。

2. 判例

事実主義（に立つ実質法）に関して改政法例18条または法適用通則法29条を適用した判例として次の判例がある。

最（3）判平成26（2014）-1-14（民集68巻1号1頁）

〔事実〕日本人男Aとフィリピン人女B（2002（H14）-10に来日）が2003（H15）-3に婚姻した。Bは、Aと婚姻する前、フィリピンで3人の子を儲けていた。C（1996（H8）年生まれ）はその末子である。Bは、Aと婚姻した後に、フィリピンに3人の子がいることと、3人を日本に呼び寄せたい旨をAに話した。Aは2004（H16）-5ころ単身でフィリピンに渡り、3人の子のうちCのみを日本に呼ぶこととした。Cはフィリピンで血縁上の父（フィリピン国籍、2008（H20）ころ死亡）と生活していた。2004（H16）-12にAはCを認知する届出をした。AとCの間に血縁上の父子関係はなく、Aは認知時にそのことを知っていた。Cは2005（H17）-10に来日して、AおよびBと同居を始めた。Cは2005（H17）-12に日本国籍を取得した（平成20（2008）年法律88号による改正前の国籍法3条所定の届出による。なお、フィリピン国籍を喪失したかどうかは明らかではない。）。Cは2009（H21）-1に児童相談所の一時保護施設に入所した。Bは2009（H21）-2にA宅を出て別居し、現在、福祉施設内で生活している。Aは、2009（H21）と2010（H22）に、Cを被告として認知無効の訴えを提起し、また、Bを被告として離婚と慰謝料160万円の支払いを求めて訴えを提起した。

第1審判決（平成22（2010）-10-21広島家裁判決）は次のように判示して認知無効請求を認容した（また、離婚請求認容、慰謝料請求棄却）。

「(ア) 認知の当時、Cはフィリピン国籍を有していたと認められる。

法の適用に関する通則法（以下「通則法」という。）29条1項及び2項によれば、認知に関しては、子の出生時における父の本国法によるほか、認知の当時における認知者又は子の本国法によるとされており、涉外認知の成立をなるべく容易にするという認知保護の政策に基づいて選択的連結が導入されている。そうすると、認知の無効については、上記の選択的連結を導入した趣旨を考慮して、上記すべての法律によっても認知が無効である場合のみ、これを無効とすることができると解される。

(イ) 本件では、A及びCの本国法は日本法であるが、認知当時のCの本国法はフィリピン法である。しかし、フィリピン法においては、事実主義を採用していると解されていることから、フィリピン法は認知に関する準拠法とはいえず、認知無効に関する準拠法ともならない。実際、本件においては、AとCの血縁上の親子関係がないから、同

第 3 節 法適用通則法 29 条の 1 項と 2 項の適用関係

ここで、法適用通則法 29 条 1 項と 2 項の適用関係を考える。

法適用通則法 29 条は、事実主義による非嫡出親子関係成立と認知主義による非嫡出親子関係成立に関する国際私法規定であるため、また、1 項前段の定める基準時が子の出生時であるのに対して 2 項前段の定める基準時が認知時であるため、理解しやすい規定とはいえない。しかも、両項の適用関係については学説上も見解が一致しない。そこで、以下では、両項の適用関係を明らかにしたい（なお、以下では胎児認知は扱わない。胎児認知については後出第 3 章 6 節参照）。

法適用通則法 29 条 1 項前段の送致概念である「嫡出でない子の親子関係の成立」とは、第 1 に、子が出生したことにより、血縁上の親子間に非嫡出親子関係が成立する（した）か否か問題と、第 2 に、認知により、血縁上の親子間に非嫡出親子関係が成立する（した）か否かの問題により構成される¹¹⁾。事

法による父子関係が認められないことは明らかである。

(ウ) よって、後に検討するとおり、日本法によって、認知無効が認められるのであれば、A は C に対し認知無効を求めることができる。」

A, B, C いずれも控訴し、また、B は控訴審で、A による離婚請求が却下・棄却されることを解除条件として、160 万円の慰謝料を請求する反訴を提起した。控訴審判決（広島高判平成 23 (2011) -4-7）は国際私法上の問題に関する第 1 審判決の判旨を是認して、控訴棄却、反訴請求棄却。C が上告した。

〔判旨〕上告棄却。なお、上告審判決は国際私法上の問題に触れていない。

本件の控訴審判決については、山田 (恒) [2012 (H24)] があり、上告審判決については、中野 [2014 (H26)] がある。

11) 法適用通則法 29 条 1 項が事実主義と認知主義の双方に関する規定であることは次の見解が認める。

(1) 南 [1992 (H4)] 114 頁は改正法例 18 条に関して次のようにいう。

「本条は、非嫡出親子関係の成立に関する規定であり、第一項において非嫡出親子関係の成立一般を定めている。非嫡出親子関係は、出生という事実によって生じる法制と認知によって生じる法制とがあるが、同項は、改正前の法例とは異なり、その双方を適用範囲としている。」

実主義による非嫡出親子関係成立の準拠法の根拠規定は29条1項前段だけである。問題になるのは認知であり、特に、認知に関して子の出生時の認知者の本国法（29条1項前段の定める準拠法）が準拠法になるのは29条2項前段の「子の認知は、前項前段の規定により適用すべき法による」という文言に基づくのか、という点である。

生後認知の場合、子の出生時の認知者の本国法により認知が成立すれば、血縁上の親子間に非嫡出親子関係が成立する。その根拠規定は本条1項前段であり、また、ここで1項前段が適用されるのは2項前段の「子の認知は、前項前段の規定により適用すべき法による」に基づくのではない¹²⁾、¹³⁾。

(2) 山田（鐔）[2004（H16）] 483頁は次のようにいう。

「改正法例一八条は、一項と三項に認知のみならず出生による非嫡出親子関係の成立を対象とした規定を置き、さらに二項と三項に認知に関する規定を置いている。」

法適用通則法29条1項が事実主義と認知主義の双方に関する規定であることについては、また、後出第3章第4節参照。

12) 生後認知が子の出生時の認知者の本国法により成立する場合に、子の出生時の認知者の本国法が準拠法になり、その根拠規定は29条1項前段であり、1項前段が適用されるのは2項前段の「子の認知は、前項前段の規定により適用すべき法による」に基づくのではないことは次の見解が認めている。

(1) 澤木は次のようにいう。

「まず、嫡出に非ざる子の親子関係は、父子関係については子の出生当時の父の、母子関係については同じくその当時の母の本国法による（1項前段）。この規定は非嫡出親子関係の成立に関する一般規定であると説明されている。すなわち、事実主義であれ認知主義であれ、非嫡出親子関係は、子の出生時の親の本国法による。事実主義にもとづく親子関係の成立は出生の時点でしか問題となりえないものであり、そこでは、子の国籍は問題としないから、これは当然である。認知による親子関係の成立は、出生以後に認知がなされる場合であっても、出生時に成立した親子関係の確認とも考えられるから、出生時の親の本国法を認知の準拠法として一般的に認めたものである。

これに対して、出生以後における認知の場合には、すでに子は国籍を有しているので、認知を容易にするために、子の本国法を選択的に適用することが可能となる。認知を形成的法律行為と考えれば、この場合の基準時点が認知当時であることは当然である。そして、この認知者と子の本国法を選択的適用が認知に関する追加的特則とされているの

これに対して、子の出生時の認知者の本国籍により認知が成立せず、かつ、認知者時の（認知者の、または、子の）本国籍により認知が成立する場合はどうか。この場合は、29 条 1 項と 2 項によれば、まず、裁判官は、子の出生時の認知者の本国籍による判断結果である《認知は成立しない。》という結論を採ってはならず、次に、認知時の（認知者の、または、子の）本国籍による判断結果である《認知は成立する。》という結論を採るべきである。そして、29 条 2 項前段の「子の認知は、前項前段の規定により適用すべき法によるほか〔……〕による。」とは、この場合に、《裁判官は、子の出生時の認知者の本国籍による判断結果である《認知は成立しない。》という結論を採ってはならない。》ことを定める規定である¹⁴⁾、¹⁵⁾。

である（2 項前段）。」（澤木・南〔1990（H2）〕21-22 頁（澤木敬郎））

(2) 溜池は次のようにいう。

「子の出生当時（18 条 1 項前段）もしくは認知当時の認知する者の本国籍または認知当時の子の本国籍（同 2 項前段）のいずれによっても認知することができる。」（溜池〔2005（H17）〕497 頁）

- 13) 法適用通則法 29 条 1 項後段が「子の認知」の場合の承諾・同意に関して子の本国籍の累積的適用を規定しているのは、同項前段の「嫡出でない子の親子関係の成立」が事実主義による非嫡出親子関係成立だけでなく認知による非嫡出親子関係成立をも含んでいるからだといえよう。
- 14) 本文に述べた解釈と異なり、生後認知の場合に子の出生時の認知者の本国籍が準拠法になる（法適用通則法 29 条 1 項前段）ことの根拠は同法 29 条 2 項であると解する説がある。

(1) 澤木〔1990（H2）〕132 頁は次のようにいう。

「法例 18 条 1 項は、事実主義に基づく非嫡出親子関係および、出生時またはそれ以前の認知によるそれについて規定し、2 項は出生時以後の認知につき規定している。すなわち、事実主義と認知主義のいずれにもとづくものであれ、出生時において問題となる非嫡出親子関係は、父子関係については父の、母子関係については母の、出生時における本国籍が準拠法となる（1 項）。また認知による非嫡出親子関係の成立は、右の出生時における父または母の本国籍によるほか、父子関係については父の、母子関係については母の、認知時の本国籍または、認知時の子の本国籍によることもできる（2 項）。」

第4節 改正前法例18条の立法理由¹⁶⁾

法例（明治31（1898）年法律10号）旧18条は認知の準拠法を定めており、法例の施行（M31（1898）-7-16）後、改正法例施行（平成2（1990）年1月1日）までの約100年間、非嫡出親子関係成立の準拠法に関する学説は同条の解釈論

この説明によれば、生後認知に関して子の出生時の認知者の本国法が準拠法になることの根拠規定は29条2項である。

(2) 神前・早川・元永〔2019（H31）〕186-187頁（神前禎）は次のようにいう。

「非嫡出親子関係の成立については、通則法29条が規定している。同条を整理すると、1項前段が非嫡出親子関係の成立についての原則規定、2項前段が認知についての特則、3項が28条2項と同趣旨の規定ということになる。〔……〕。通則法29条1項前段は、非嫡出親子関係の成立についての原則規定とされる。しかし、認知については2項前段が適用されるのであり、1項前段が適用されるのは、出生による親子関係の成立の問題ということになる。」

15) 法適用通則法29条1項と2項の適用関係については別の見解もある。道垣内は次のようにいう。

「通則法29条1項は、事実主義か認知主義かを問わず、子の出生時の非嫡出親子関係の成立について規定し、2項は出生時とは異なる時点での認知について規定している。すなわち、1項により、出生時に非嫡出親子関係が成立したか否かは、父子関係については父の、母子関係については母の、出生時における本国法が準拠法となる。その本国法が認知を要求していれば、いずれの時点でもするにせよ、その法律上の認知がされなければ親子関係は成立しない。また、2項により、これに加え、認知による非嫡出親子関係の成立に関しては、父子関係については父の、母子関係については母の、認知時の本国法又は認知時の子の本国法によることもできる。たとえば、子の出生時の時点での父の本国法上の認知ができない場合であっても、認知当時の父の本国法によれば認知ができるのであれば、認知ができることになる。」（澤木・道垣内〔2018（H30）〕114頁）

しかし、法適用通則法29条1項は、「事実主義か認知主義かを問わず、子の出生時の非嫡出親子関係の成立について規定し」ているのではなく、「事実主義か認知主義かを問わず、血縁による非嫡出親子関係成立の問題を子の出生時の（当該親の）本国法により判断すべきこと」を規定していると思われる。

16) 改正前法例18条1項は、公布当時は、「私生子認知〔……〕」という文言だった。しかし、昭和17（1942）-2-12公布の法律7号（昭和17（1942）-2-18公布の勅令93号により昭和17（1942）-3-1施行）により、民法中の「私生子」の語が「嫡出ニ非サル子」あるいは「子」に改正されたのに合わせて、法例旧18条1項の文言も「子ノ認知」に改正された。

という形で展開され、その影響は法例改正後（1990（H2）以後）の解釈論にも影響を及ぼしている。そこで、ここでは、法例旧18条の立法理由を見る。

第1款 法例議事速記録

法例第6回議事速記録（明治30（1897）-12-10開催）の中の17条に関する記載の全文を次に引用する。

「穂積陳重君 本条ハ格別長イ説明ヲ致シマセヌデモ本國法ト云フ事柄ニ依テ此規定ヲ定メタ云フコトガ既ニ明カデアリマスル以上ハ多分分ラヌ点ハ少ナカラウト思ヒマス固ヨリ私生子認知ノ要件ト云フモノハ認知者ノ方ニ付テハ斯ウ云フ場合ニ於テ認知スルコトガ出来ル又被認知者ノ方ニ於キマシテハモウ大人ニナツテ居ル者ナラバ其人ノ承諾ガナケレバ認知ハ出来ナイ色々ナ要件ガアリマスソレハ其人ノ身分ニ関スルモノデアリマスカラ認知スルモノハ認知者ノ属スル国ノ法律ニ依ルシ認知セラルルモノハ又其自國法ニ依ル是ハ殆ド前カラ本案ノ採り来リマシタ主義ニ依テ双方身分上ニ關係ヲ及ボスモノハ各自ノ本國法ニ依ルト云フ主義ヲ示スニ過ギナイソレカラ認知ノ効力ト云フモノハ其認知者ノ本國法ニ依ルトイフコトモ是レ又格別説明ヲ要スル程ノコトデモアリマスマイト思ヒマス其方が双方ノ利益デアリマスルシ又幼少ノ者等デアリマスルナラバドウシテモ認知セラレテサウシテ養育教育等ノ保護ヲ受ケテ居ルト云フタメニ父又ハ母ノ本國法ニ依ルト云フコトハ当り前デアリマス本条ニ付キマシテ文字ノ修正ヲ致シタウゴザイマスソレハ「認知ノ当時父又ハ母ノ属スル国ノ法律ニ依リテ」ト致シタイ是ハ民法親族論ノ議事ノトキニ多ク諸国ニナイモノデアリアスカラシテ私共ノ案ハ認知ト云フト何時モ父ノ働キノヤウニシテ出シマシタコロガ追々議論ガアリマシテ母デモ認知スルコトガ出来ルト云フ議論ガ出マシテ到頭母トイフ字ガ加ハリマシタソレ故ニ此処デモ「父又ハ母ノ属スル国ノ法律ニ依リテ」ト斯ウセヌト民法ノ方ノ規定ト鈞合ハヌヤウニ思ヒマスカラ「又ハ母」ト云フ字ヲ御加ヘラ願ヒマス

議長（清浦奎吾君）別段御発議モナイヤウデスカラ次ニ移リマス」（法例議事速記録〔1986（S61）〕146-147頁）

第2款 法例修正案理由書

法例修正案理由書中の18条に付された理由の全文を以下に引用する。

「(理由) 私生子ト父母ト国籍ヲ異ニスルトキハ私生子認知ノ要件ヲ父母又ハ私生子ノ一方ノ本国法ニ依テ之ヲ定ムルコトヲ得サルカ故ニ父又ハ母ニ関シテハ其本国法ニ依リ私生子ニ関シテモ亦其本国法ニ依ルコトトセリ而シテ私生子ヲ認知シ既ニ親子ノ関係ヲ生スルトキハ親ノ本国法ニ従フヲ以テ正当トスルカ故ニ認知ノ効力ハ其認知者タル父又ハ母ノ本国法ニ依ルコトトセリ」(法例修正案理由書〔1898（M31）〕39頁)

第3款 まとめ

以上のとおり、法例旧18条の立法者は、同条が「認知ノ当時」を基準時とした理由を説明していない。

第5節 準拠法基準時の備えるべき条件

非嫡出親子関係成立の準拠法基準時については、法適用通則法によれば、出生による非嫡出親子関係成立に関しては子の出生時であり（29条1項前段）、認知による非嫡出親子関係成立に関しては子の出生時と認知時である（29条1項前段、2項前段）。ところで、非嫡出親子関係成立の準拠法基準時に関しては、懐胎時か、子の出生時か、認知時かが問題になり得るところ（これらの点については次章以下で検討する。）、事実主義においては非嫡出親子関係は子の出生により成立するし、認知主義においては非嫡出親子関係は認知により成立するから、法適用通則法は非嫡出親子関係成立に関しては原因事実¹⁷⁾完成後の時点を基準時とはしていない、と考えることができる。そこで、ここでは、国際私法が原因事実完成後の時点を基準時としない理由を考える。これは、見方を

変えれば、国際私法上の準拠法基準時の備えるべき条件である。

17) 国際私法は「原因」という用語を使う。

(1) まず、法域を特定するために、

(ア) 法適用通則法14条は事務管理債権・不当利得債権の成立と効力の準拠法を「その原因となる事実が発生した地の法」と定める。

(イ) 法例旧11条1項は事務管理・不当利得・不法行為により発生する債権の成立と効力の準拠法を「其原因タル事実ノ発生シタル地ノ法律」と定めていた。

(2) 次に、時点を特定するために、

(ア) 法適用通則法13条2項は物権変動の準拠法を「その原因となる事実が完成した当時におけるその目的物の所在地法」と定める。

(イ) 法適用通則法15条は事務管理債権・不当利得債権の成立と効力の準拠法の例外に関して「その原因となる事実が発生した当時において当事者が法を同じくする地に常居所を有していたこと」という言葉を使う。

(ウ) 法適用通則法16条は事務管理債権・不当利得債権の準拠法の合意による変更に関して「その原因となる事実が発生した後」という言葉を使う。

(エ) 法例旧16条本文は離婚の準拠法を「其原因タル事実ノ発生シタル時ニ於ケル夫ノ本国法」と定めていた。

以上に挙げた「原因」という語は、いずれも、法域を特定するためか、または、時点を特定するために用いられている。ただし、法適用通則法30条1項の「準正の要件である事実が完成した当時」は時点を特定するために「要件」という語を使う。また、法域・時点の特定以外の目的で「原因」という語を使うこともある。例えば、法適用通則法35条2項1号の「後見等が開始する原因」、改正法例4条(法例旧4条も同じ)の「後見開始ノ審判ノ原因」である。

他方で、国際私法は「要件」という言葉をも使う。例えば、法適用通則法29条1項後段は「認知の要件」といい、31条1項後段は「養子縁組の成立の要件」という。改正法例13条1項(法例旧13条1項も同じ)は「婚姻成立ノ要件」といい、法例旧18条1項は「子ノ認知ノ要件」といい、法例旧19条1項は「養子縁組ノ要件」という。ここに挙げた「要件」の語はいずれも単位法律関係(送致の対象たる法律問題)を示すために使われている。

本稿では国際私法で使われる「原因」と「要件」という言葉の定義に立ち入る余裕はない。しかし、要件ではあるけれども原因ではないもの例を挙げることはできる。まず、継続の状態(婚姻挙行時には既に婚姻適齢に達していること、など)は要件ではあるが原因ではない。また、法適用通則法29条1項後段は認知に関する子または第三者の承諾・同意を「認知の要件」と呼ぶが、この中で、少なくとも、第三者の同意は認知の原因であるとはいえないであろう。

なお、以下では、事実主義による非嫡出親子関係を取り上げる。また、事実主義においては子の出生時は原因事実完成時である¹⁸⁾という前提で検討する。

以下では、裁判時、原因事実完成後の或る時点、本問題（を基礎づける事実）の発生時が準拠法基準時になれない理由を考える。

第1款 裁判時

まず、裁判時が準拠法基準時になるための要件を備えているか否かを検討する¹⁹⁾。そこで、「出生による非嫡出親子関係成立は裁判時の（当該親の）本国法による。」という国際私法規定が施行されていると仮定する。

一般に、人々は、子の出生後、或る時点に、裁判を俟たずに、《このふたりは法的な親子であるか。》という問題につき、自分で法（国際私法と実質法）を見て、判断して、結論を得る（例えば、このふたりは親子である、という結論を得る。）。そして、次の行動に移る（例えば、親による法定代理行為の相手方になる。）。また、《将来、裁判所がこの問題を判断しても同じ判断結果が出るであろう。》という予測・期待をする。ここで人々がした判断は、既に発生した事実に基づいて権利変動が生じたか否か、という判断であるから、裁判所による法的判断と同じである²⁰⁾。

しかし、その後に裁判所がその子の出生により非嫡出親子関係が成立したか否かに関して、裁判時の（当該親の）本国法を準拠法として判決をすれば、そ

18) 事実主義における非嫡出親子関係成立原因が何であるかについては、後出第2章第2節第2款参照。

19) 事実主義による非嫡出親子関係成立に関して裁判時を以って準拠法の基準時とする学説・立法例は実際にはないと思われる。しかし、裁判時が準拠法基準時になれない理由を検討することは必要であろう。

20) 人々が裁判を俟たずに法的判断をする場合も実質法と国際私法により判断するから、この場合、人々の予測・期待・確信は、非嫡出親子関係が成立したか否かという点と、どの法域の法が準拠法になるかという点の双方にわたる。しかし、本稿では、議論を単純化するため、前者に関する予測・期待・確信のみを取り上げる。

の判決の内容は、当事者が裁判を俟たないで法的判断結果と異なる可能性がある。すなわち、どの時点で裁判が行われるかにより判断結果が左右される。この場合、人々が私的にした予測・期待（将来、裁判所がどんな判断をするかに関する予測・期待）は覆された・保護されない、それゆえ人々が安心して行動できなくなる、といえる²¹⁾。その原因は、どの時点で法的判断をするかが

21) 折茂〔1972 (S47)〕233-234頁は次のようにいう。

「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。」

この引用文が「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〔……〕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」というのは、当事者が裁判を俟たずに法的判断の結論と裁判所による法的判断の結論が異なれば人々は安心して行動することができなくなる、という趣旨であろう。

なお、折茂が準拠法基準時として裁判時（「訴訟当時」）の概念を導入したことは、裁判官による法的判断を第三者の観点から認識することを可能ならしめるものであり、高く評価すべきである。根本〔2020 (R2)〕66-67頁参照。

判断結果を左右した、という点にある。どの時点に法的判断をするかが判断結果を左右してはならない、というのは法の基本原則であろう。この観点から、裁判時を準拠法の基準時とすることはできない。従って、判断対象たる法律関係（子の出生とそれに関連する法律関係）を構成する要素の発生時を基準時とする必要がある。

第2款 子の出生後（原因事実完成後）

次に、子の出生後の何らかの時点（例えば、子が成年に達した時点）を準拠法の基準時とする国際私法規定はどうか。実際には、このような国際私法規定を立法化した国際私法の立法例もないし、そのような国際私法規定の立法を主張する学説もない。しかし、ここでは、準拠法の基準時の備えるべき条件が何かを検討するために、そのような国際私法規定を検討する。すなわち、「事実主義による非嫡出親子関係の成否は子が成年に達した時点における当該親の本国法による。」という成文国際私法規定が施行されていると仮定する。

この場合は、その国際私法規定の定めた基準時が到来するまでは、人々が私的に法的判断をする場合も裁判所が判断する場合も、事実主義による非嫡出親子関係成立を判断する基準（準拠法）がないこととなる。

これに対して、基準時が到来すれば、それ以後は、子の出生による非嫡出親子関係の成否に関して、人々は私的に法的判断をすることができるし、裁判所も法的判断をし得る。基準時到来後は、基準時到来の前の期間（の或る時点）において親子関係が存在したか否かの前提問題として子の出生による非嫡出親子関係の成否を判断することもできる。また、基準時到来後は、人々が私的に法的判断をする場合でも裁判所が法的判断をする場合でも、国際私法規定の定めた時点が等しく準拠法の基準時となり、この結果、どの時点に法的判断をするかが判断結果を左右することはない。

以上に述べたところからわかるのは、基準時は法的判断（裁判だけでなく、人々の私的な法的判断も含めて）の以前の時点（法的判断時、または、法的判

断前の時点)である必要がある, という点である。これは, どの法域の法が準拠法になるかは法的判断時点には決まっている必要があるからである。

では, 法的判断以前の時点というのは, どこまで遡ればよいのか。これは原因事実完成時である。なぜなら, 原因事実完成以後でなければ非嫡出親子関係成立に関する問題が(人々により私的に, または, 裁判官により)提起されないからである²²⁾。

第3款 親子関係存否時: 本問題(を基礎づける事実の)発生時²³⁾

次に, 子の出生後の或る時点 t における非嫡出親子関係の「存否」の前提問題²⁴⁾としての事実主義による非嫡出親子関係の「成否」の問題に関しては

22) 佐野が法適用通則法29条1項前段に関して「事実主義による非嫡出親子関係の成立[……]は子の出生時において問題となるため, 準拠法の基準時は子の出生当時とされている。」(櫻田・道垣内〔2011(H23)〕第2巻96頁(佐野寛))というのはこの趣旨であると思われる。

23) ここでは, 《或る時点 t において非嫡出親子関係が存在するか。》という問題(本問題)の前提問題として《非嫡出親子関係は成立したか。》が判断される場合に, 非嫡出親子関係成立の準拠法基準時を t の時点とすることの当否である。本問題も前提問題も裁判時に提起されるのであり(つまり, t の時点における非嫡出親子関係の存否の問題が裁判時に提起される), t の時点に提起されるのではないから, t の時点を「本問題発生時」と呼ぶのは正確ではないが, 便宜上, このように呼ぶこととする。

24) 通常は, 相続と婚姻の「成否」・親子関係の「成否」との関係が本問題・先決問題の例として挙げられ, 相続開始時における夫婦関係の「存否」・親子関係「存否」は考慮されない。池原〔1973(S48)〕274-275頁, 山田(鎌)〔2004(H16)〕159頁, 溜池〔2005(H17)〕227頁参照。最(1)判平成12(2000)-1-27民集54巻1号1頁は, 相続と「出生以外の事由により嫡出性を取得する場合の嫡出親子関係の成立」および「血縁関係がない者の間における出生以外の事由による親子関係の成立」の間の関係について, 後者の2種類の親子関係の成立の準拠法を決めるために法定地たる日本の国際私法を適用した。相続と婚姻成立・親子関係成立が本問題・先決問題の关系到立つといわれるのは, 夫婦関係・親子関係が成立すれば, その後, 存続するので, 相続の先決問題としては婚姻成立・親子関係成立を考えれば足りるからであると思われる。しかし, 婚姻関係存否確認訴訟・

tの時点をもって準拠法の基準時とすることも理論的には可能であろう²⁵⁾。規定の体裁としては、「出生による非嫡出親子関係の成否は、当該親の本国法変更の場合は、本国法変更前の親子関係については変更前の本国法により、本国法変更後の親子関係については本国法による。」といった形になろうか。そこで、このような国際私法規定が施行されていると仮定する。

このような国際私法規定が施行されている場合は、裁判所は、親子関係が或る時点t1（例えば、当該親が子のために代理行為をした時点）において「存在したか否か」を判断する場合は、その前提としての出生による非嫡出親子関係の「成否」に関してはt1の時点の本国法を準拠法として判断する。そして、その後に裁判所が同じ問題（親子関係がt1において「存在したか否か」という問題）を判断するときも裁判所は出生による非嫡出親子関係の「成否」に関してはt1を準拠法の基準時とするから、どの時点で裁判が行われるかは判断

実親子関係存否確認訴訟では、或る時点における夫婦関係・親子関係の存否が民事訴訟の審判の対象になるので、或る時点における婚姻関係・親子関係の「成否」と、その婚姻関係・親子関係の「成否」は本問題・前提問題の關係に立つといえよう。

- 25) 国際私法上の準拠法の基準時に関してこのような解決策が立法により採用されたり、学説上主張されたりしたことはないと思われる。しかし、時際法にはこのような解決策がある。

民法施行法（明治31（1898）年法律11号、明治31（1898）-7-16施行）には次の規定がある。

「第65条 民法施行前ニ為シタル婚姻又ハ養子縁組カ其当時ノ法律ニ依レハ無効ナルトキト雖モ民法ノ規定ニ依リ有効ナルヘキトキハ民法施行ノ日ヨリ有効トス」

この規定は、民法施行前にした婚姻・養子縁組が婚姻時・養子縁組時の法によれば無効であり、民法によれば有効である場合は、民法施行日以後、当事者が夫婦・養親子である旨を定める。すなわち、民法施行前に婚姻した男女間に民法施行後に夫婦関係が「存在するか否か」、という問題の前提としての婚姻の「成否」の問題に関して民法を適用する。従って、この規定によれば、《民法施行前に婚姻した男女が民法施行前は夫婦ではないけれども民法施行後は夫婦である。》という事態が発生する。民法施行法65条については、根本〔2021（R3）〕130頁注50参照。

結果を左右しない。

次に、親子関係が或る時点 t_2 (例えば、親が死亡した時点) において「存在したか否か」を裁判所が判断する場合は、その前提としての出生による非嫡出親子関係の「成否」に関しては t_2 の時点の本国法を準拠法として判断する。上記の国際私法規定の下では、この問題をどの時点で裁判所が判断しても判断結果を左右しない。

しかし、上記の国際私法規定の下では、《子の出生後、 t_1 の時点には非嫡出親子関係が「存在しなかった」が、その後の t_2 の時点には非嫡出親子関係が「存在した。」という判断結果を許容する。これは、まず、《ひとたび権利・法律関係が発生すれば、その後は、その解消原因が発生しない限り、その権利・法律関係は存続する。》という実質法上の法律構成に反する。しかし、それだけではなく、同一当事者間の非嫡出親子関係が「成立した」という判断と「成立しなかった」という判断が同一判決の中で共存することとなる。裁判時を準拠法の基準時とする場合は(前出本節第 1 款参照)、相異なる時点における裁判が、相互に矛盾する判断結果の共存に導くのと比べると、こちらの矛盾の程度は著しく大きい。従って、上記の国際私法規定を採用することもできない。

ここから次のことがわかる。すなわち、出生による非嫡出親子関係成否の問題が他の問題(本問題)の前提問題として判断される場合でも、本問題(を構成する事実)の発生時をもって前者(非嫡出親子関係成立)の基準時としてはならない、という点である²⁶⁾。

第 4 款 子の出生時(原因事実完成時)

以上の検討の結果、事実主義による非嫡出親子関係成立に関しては、第 1 に、

26) 前掲最判(前出注 24 参照)は本問題・前提問題(先決問題)の關係に立つふたつの問題に関して、前提問題の準拠法は法廷地国際私法により決めるべきだと判示したが、その趣旨は基準時に関しても妥当するであろう。

裁判時を基準時としてはならないこと、第2に、原因事実完成時かそれ以前の時点を基準時とすべきこと、第3に、非嫡出親子関係成立が他の問題の前提問題として判断される場合でも、本問題（を構成する事実）の発生時を基準時としてはならないこと、を結論として得た。しかし、この3つの原則は、原因事実完成時かそれ以前の時点をもって基準時とすべきこと（第1、第2）と、他の問題との関係で基準時を決めてはならないこと（第3）をいうに過ぎず、いわば、基準時の備えるべき最低限の条件をいうに過ぎない。すなわち、以上の検討結果は、原因事実完成時を以て基準時とすることを積極的に基礎づける根拠ではない。

そこで、次章では、原因事実完成時（事実主義にあっては子の出生、認知主義にあっては認知行為）を含めてそれ以前の時点のどの時点がどんな根拠により基準時となるのかを検討する。

第2章 出生による非嫡出親子関係成立の準拠法基準時

第1節 従来の学説

ここでは、従来の学説が出生による非嫡出親子関係成立の準拠法基準時（どの時点の本国法、の問題）をどう考えていたのかを見る。ただし、そのためには、事実主義による非嫡出親子関係成立の準拠法（誰の、どの時点の本国法を、如何に——例えば、配分的に——、の問題）に関する従来の学説を見ざるを得ない²⁷⁾。

27) 法例改正前は、事実主義による非嫡出親子関係成立の準拠法に関する学説として、本文中に挙げたもののほか、「扶養、相続その他の具体的法律関係に関連して問題となる場合」は「その具体的法律関係の準拠法すなわち効果法（lex causae）によって判断すれば足りるといことができる。」、「出生による非嫡出親子関係の成立に関して、認知に関する法例18条が類推適用されるべきであるとしても、それは非嫡出親子関係の成立が一般的に問題となる場合に限られるものと解すべきである。」とする説（山田（録）〔1987

第 1 款 法例改正前の学説

事実主義による非嫡出親子関係の成立について、法例改正前の学説は、法例旧 18 条が認知に関して規定する配分的適用を事実主義に類推適用すべきかを主として論じていたため、基準時の問題に触れる学説は多くない。

1. 山口弘一

出生による非嫡出親子関係成立の準拠法を最初に論じたのは山口であると思われる。山口は、非嫡出母子関係に関する各国の立法が認知主義と事実主義などに分かれていることを述べ、次のようにいう。

「此如く、私生子と其母との親族関係につき各国法律の主義一致せざる結果、母子が其国籍を異にする場合に何れの本国法に依り此問題を解決すべきや。惟ふに此問題は認知の効力問題に非ず。何となれば私生子と其母の親族関係は必しも認知を要する者に非ざればなり。同一の理由に依り此問題は認知の要件問題にも非ず純然たる親族問題なり。随て法例第 22 条の管轄に属す。即ち私生子と母との本国法に共通する規定に由り此問題を解決す〔……〕。」(山口〔1932 (S7)〕80 頁。山口〔1943 (S18)〕176-177 頁も同旨であるが、後者では「私生子」の語が「婚外子」に変更されている²⁸⁾ほか、字句の相違がある。)

2. 實方正雄

「第 18 条は『認知ノ当時』を標準とする。〔……〕我が法例が然かく立言したのは、認知主義の下にあっては認知によって始めて親子関係が発生するからであり、其の趣旨は『婚外親子関係発生の時』と言ふ一般的思想の形を変えた表現であると見て差支えない。此の点への反省を加えて置くことは、血統主義に依る婚外親子関係の発生が問題となった場合に重要な意味を持って来る。」(實方〔1953 (S28)〕310 頁。實方〔1937 (S12)〕259 頁も同じ。)

(S62)〕398-399 頁) などがあつた。

28) 前出注 16 参照。

3. 江川英文

(1) 江川〔1939 (S14)〕

「法例 18 条は認知に関するものであるが、国によっては婚姻外の親子関係を出生の事実によって当然に発生せしめるものがある。かかる親子関係が認められるか否かは右の認知に関する原則を類推して決定し得るであろう。」(江川〔1939 (S14)〕 257 頁)

江川はこの引用文に後注を付し、次のように記載する。

「この点については實方・前掲論文 256 頁以下参照」(江川・同 257 頁注 6)

(2) 江川〔1950 (S25)〕

「法例は婚姻外親子関係即ち非嫡出子関係の発生のうち認知の場合のみを規定し、出生の事実によって発生する非嫡出子関係については規定がない。しかし、認知に関する要件は非嫡出子の親子関係発生一般について妥当するものと解すべきである。」(江川〔1950 (S25)〕 294-295 頁、江川〔1970 (S45)〕 279 頁も同じ)

4. 久保岩太郎

「法例は血統主義(事実主義)に従い、子の出生の事実だけによって婚外親子関係が発生する場合(例えば、生母に関して、華民 1065 条 2 項、瑞民 302 条 1 項、独民 1705 条。なお父母に対してソヴィエト婚姻法 25 条、扶養の範囲において生父に対して独民 1717 条)について、直接規定するところはない。そこで、法例第 22 条に従って、子及び親の本国法を累積的に適用すべきものとする学説もあるが(山口・研究 174 頁)、本条〔法例旧 18 条〕の類推拡張により、本条第 1 項は広く婚外親子関係発生の要件を定めているものと解するのが正当であろう(實方・309 頁、江川・295 頁、久保・前掲 14 頁)。従って出生による婚外母子関係の発生要件の問題は、認知の場合と同様に、子の出生当時の母及び子の本国法の結合的適用によって解決すべく、子は、出生が生地主義を採用する国においてあった場合を除き、母の国籍を取得するから、結果においては通常母の本国法に依ることとなるであろう。」(久保〔1955 (S30)〕 598 頁)

5. 折茂豊

「法例一八条は、単に子の「認知」についてのみ規定しているにとどまるがゆえに、認知をまたずして出生によって生ずる婚外親子関係の成立問題の準拠法は、いかに定めらるべきかが問われうる。かかる準拠法もまた、法例一八条によって定められるものと解すべきである。けだし、認知によると否とにかかわらず、ここでの問題はいずれも婚外親子関係の成立に関するものなのであり、法例一八条が子の「認知」についてのみ立言しているのは、おそらく、わが実質私法たる民法が、かかる親子関係の成立をもっぱら認知にのみかからしめているということに対応するものであって、その本来の趣旨は、婚外親子関係一般の成立問題を、その原因たるべき事実の発生した当時における各当事者の本国法にしたがって定めんとするところにある、と解せられうるからである。」(折茂 [1972 (S47)] 343 頁。折茂 [1959 (S34)] 277 頁も同じ。)

折茂はこの引用文に後注を付し、次のようにいう。

「本文にのべたごとく解するときは、子の出生によって生ずる婚外親子関係の成立問題の準拠法は、「子の出生当時における」当事者の本国法なりと解すべきこととなろう。久保・前掲参照。」(折茂 [1972 (S47)] 346 頁注 3。引用文末尾の「久保・前掲」とは、「久保・講座 II598 頁」を指す。なお、折茂 [1959 (S34)] 279 頁注 3 も同旨。)

6. 溜池良夫

「非嫡出子が、父または母との間に嫡出子と同一の法的地位を認められるか否かの問題は、いかなる準拠法によるべきであるか。この問題は、一般的にいて、認知をまたないで、出生の事実だけによって発生する婚外親子関係の成立の準拠法如何の問題とすることができる。〔……〕。〔以下、248 頁〕出生の事実のみにより発生する非嫡出親子関係の場合は、法律の規定により直接親子関係が発生する場合であるから、嫡出親子関係の発生の場合と同じく、親の属人法のほかに子の属人法を考慮する特別の理由は存しないと考え〔以下、249 頁〕られるのである。〔……〕。もっぱら親の本国法のみを考慮するのが妥当と思わ

れるのである。

しかして、この場合は、非嫡出親子関係の問題であるから、その点、法例 18 条と同じく、父または母につき、それぞれの子との関係を別々に定めることが認められるべきである。[……]。

なお、右の解決は、法例解釈上、結局 22 条によることになるであろう。もっとも、山口博士は、この問題を法例 22 条によらしめながら、各当事者の本国法の累積的適用の立場をとられる（山口・前掲書 174 頁。この点につき、久保・前掲論文〔以下、250 頁〕598 頁参照）。法例 22 条が、一般に各当事者の本国法の累積的適用を命じているものと解すれば（久保岩太郎『国際私法概論』202 頁）、そのような立場をとらざるをえないが、同条は、単に本国法主義の原則を示したものにすぎないと解されるから、本国法主義の範囲内でそれぞれの場合について妥当な解決を決定することが可能なものであると思われる。」（溜池〔1985（S60）〕247-250 頁。溜池〔1962（S37）〕253-255 頁は、字句の相違があるほかは、同じ）

第 2 款 法例改正後の学説

以下に挙げるのは、すべて、法適用通則法 29 条 1 項前段（改正法例 18 条 1 項前段）が事実主義による非嫡出親子関係の成立に関して子の出生時を基準時とすることに関する見解である。

1. 南敏文

「基準時は、子の出生の時に固定している。事実主義のある点を考えると、当然に子の出生の時に固定されるわけである。」（南〔1992（H4）〕117 頁）

2. 櫻田嘉章

「出生の事実によるのであるから、出生当時に固定する不変更主義によっている。」（櫻田〔2020（R2）〕304 頁）

3. 横山潤²⁹⁾

「『事実主義』による非嫡出親子関係は、法律の規定により直接発生する親子

関係であり、嫡出親子関係の成立の場合と異ならない。〔……〕。準拠時点は、嫡出親子関係の成立と同じく、子の出生当時に固定される。』（横山〔1997（H9）〕194頁。横山〔1990（H2）〕240頁も同じ）

4. 佐野寛

「事実主義による非嫡出親子関係の成立〔……〕は子の出生時において問題となるため、準拠法の基準時は子の出生当時とされている。」（櫻田・道垣内〔2011（H23）〕第2巻96頁（佐野寛））

第3款 まとめ

以上に見た通り、法例改正前は、出生による非嫡出親子関係成立につきどの時点を基準時とすべきであるかを述べる説は多くなく、また、述べる場合も詳論するわけではない。法例改正後は、法適用通則法29条1項前段が出生による非嫡出親子関係成立に関して「子の出生の当時」を基準時とする理由について、学説は、説明しないか、また、説明する場合も詳しくない。

第2節 懐胎時と出生時

既述のとおり（前出第1章第5節参照）、或る事実に基づいて権利変動が生ずる場合、その事実の発生後の時点を準拠法基準時とすることは許されず、基準時は、その事実の発生時か、または、それ以前の時点に求める必要がある。ところで、法が出生による非嫡出親子関係成立を認める場合（＝事実主義）、子の出生により、出生時に、非嫡出親子関係が成立する。従って、出生による（事実主義による）非嫡出親子関係成立の準拠法基準時は、子の出生時か、または、

29) 横山〔2012（H24）〕272頁は事実主義による非嫡出親子関係成立に関して「連結の時点は、嫡出親子関係の成立と同じく、子の出生当時に固定される。」といい、横山・同270頁は嫡出親子関係成立の準拠法に関して「基準時は子の出生時である。」と述べるのみである。

それ以前の時点の中から求める必要がある。そこで、基準時の候補として考えられるのは、いうまでもなく、出生時と懐胎時である。

改正前法例下の学説は、嫡出親子関係の成立に関しては懐胎時と出生時のいずれを基準時とすべきかを検討していたのに対して、出生による非嫡出親子関係成立に関してはその問題を検討していなかった。これは、出生による非嫡出親子関係成立に関しては法例旧 18 条（の定める配分的適用主義）を類推適用すべきか否かという点に議論が集中したことにも主たる原因があるものと思われるが、それだけではなく、嫡出親子関係に関する懐胎時説と出生時説の対立は出生による非嫡出親子関係成立に関してもそのまま妥当すると考えられていたことにも原因があろう。このような議論の構図——嫡出親子関係成立に関しては懐胎時説と出生時説の対立に言及するけれども出生による非嫡出親子関係成立に関しては両説の対立に言及しないという構図——は、法例改正後にも引き継がれることとなった。

嫡出親子関係も非嫡出親子関係も実親子関係であり、すなわち、血縁上の親子関係に基づいて法的親子関係が成立する制度である（両者間の違いは子が婚姻した男女の間の子であるか否かという点のみにある。）。従って、嫡出親子関係成立の準拠法基準時に関する懐胎時説と出生時説の対立（ないしは、両説の論拠）は出生による非嫡出親子関係成立に関しても妥当と思われる。そこで、以下では、嫡出親子関係成立の準拠法に関して懐胎時説と出生時説の対立に触れる学説を見る。

第 1 款 嫡出親子関係成立の基準時に関する懐胎時説と出生時説

1. 實方正雄

嫡出親子関係成立の準拠法基準時に関して、懐胎時説と出生時説の対立に日本で最初に言及したのは實方であると思われる。實方は嫡出親子関係成立に関する法例旧 17 条に関して次のようにいう。

「連結点として使用せらるる国籍は、子の出生当時に於ける夫の国籍であっ

て、懐胎当時のそれではない。又、出生後の夫の国籍変更は此処には考慮せられないのであって、是所謂る国際私法上に於ける不変更主義の採用を意味する。蓋し、親子の関係は出生の当時において確定するものだからであらう。」(實方〔1953 (S28)〕302 頁、實方〔1937 (S12)〕251 頁も同じ。)

2. 江川英文

江川は法例旧 17 条について次のようにいう。

「いかなる時期における母の夫の本国法であるかについては、本来ならば、懐胎の当時における本国法であるべきであるが、懐胎の時は明瞭でないから、出生当時の本国法によるべきものとし、〔……〕。」(江川〔1970 (S45)〕278 頁、江川〔1950 (S25)〕293 頁も同じ)

3. 久保岩太郎

(1) 久保〔1951 (S26)〕

「懐胎によって嫡出親子関係の発生自体の法律要件が始まり分娩までは未完成の法律要件たる状態を継続し、分娩によって終結せる法律要件となる。一回的法律要件の (einmaliger Tatbestand) 理論に基き、未完成の法律要件たる間に国家変更が生じたときは、準拠法はこれに伴つて変更し新連結国法に依ることとなる。而して分娩があるときはここに終結した法律要件となり、この瞬間における連結国法が法律要件 (変動原因) 及び法律効果の変動自体の問題を規律することとなる (Rabel, The Conflict of Laws. I. p. 562.)。その後において当事者の連結国に変更があつても、既に取得した法律効果たる嫡出親子関係の存在自体は既得権として承認せられる。故に嫡出親子関係の発生問題の準拠時点は理論上出生当時である。」(久保〔1951 (S26)〕6-7 頁)

(2) 久保〔1955 (S30)〕

久保は、「嫡出親子関係発生」につき次のようにいう。

「子の出生当時に準拠時点とすること 子の懐胎は親子関係発生の法律要件の発足に止まり、その完成は子の出生の時であり、しかもこの出生は 1 回的事実であるからである (Frankenstein, IV S.17.)」(久保〔1955 (S30)〕590 頁)

4. 折茂豊

(1) 概論書の本文の記載

折茂は嫡出親子関係の成立の準拠法基準時に関して、その概論書の本文で次のようにいう。

「わが法例にしたがえば、子の嫡出性決定の準拠法は母の夫の本国法であるが、かかる本国法は、子の「出生ノ当時」におけるそれであることに注意すべきである。すなわち、ここでの問題が、子の嫡出性の決定という身分関係の形成に関するものであるがゆえに、準拠法の不変更主義を採用したものである。かくて、たとえ出生の前後に母の夫の国籍に変更があったとしても、もっぱら出生当時の本国法のみが基準とせられるのである。」(折茂〔1972 (S47)〕328頁。折茂〔1959 (S34)〕269頁の記述は字句の違いがある点を除き同じである。)

(2) 概論書の本文に付した後注の記載

折茂はこの引用文に次のふたつの後注を付す。

(a) まず、上記引用文中の「準拠法の不変更主義を採用したものである」に付した後注では次のようにいう。

「もっとも、ひとしく不変更主義をとるとしても、準拠法決定の時点としては、べつに懐胎の時を考えることもできよう。Laurent, *Le droit civil international*, t. V, p. 510. および, Rabel, *Vol. I*, pp. 605-606. 参照。ただし、これにたいしては、懐胎の時期は出生の時期に比較してその確定が容易でなく、強いてそれをいずれかの時点に定めようとすれば、出生の時から一定の期間を逆算して確定するよりほかはないが、かかる一定の期間というのは、それ自身法によって定めらるべきものであり、その法は、この場合まさに嫡出性決定の準拠法でなければならぬであろうから、結局において、懐胎の時を準拠法の決定時点とすることは適当な態度とはみられがたい、とする批評がある。溜池、前掲259頁, Raape, *Les rapports*, p. 427; Boyer, *La filiation légitime*, pp. 205-206. 参照。」(折茂〔1972 (S47)〕329-330頁注2。折茂〔1959 (S34)〕269-270頁注2の記述には「溜池、前掲259頁」の記載がないほか、その他の引用文献にも少し違いが

ある。)

(b) 次に、上記引用文の末尾の「もっぱら出生当時の本国法のみが基準とせられるのである。」に付した後注では次のようにいう。

「懐胎後出生以前における、母の夫の国籍変更によって、懐胎子の利益が侵害せられるおそれがあるというのが、懐胎当時の母の夫の本国法説の実質的根拠であろう。この点については、久保・講座 II590 頁、溜池・前掲 258 頁、Rabel, op. cit.; Raape, op. cit., p. 427, Staudingers Komm., S. 448.などを参照。」(折茂 [1972 (S47)] 330 頁注 3. 折茂 [1959 (S34)] 270 頁注 3 の記述は「溜池・前掲 258 頁」の文字がない点を除き同じである。)

5. 溜池良夫

(1) 溜池 [1985 (S60)]

溜池は法例旧 17 条 (嫡出親子関係の成立の準拠法に関する規定) に関して次のようにいう。

「嫡出決定の準拠法が子の出生の当時または母の夫の死亡当時に固定され、準拠法についての不変更主義が採用されるのは、問題が子の嫡出性の決定という身分関係の形成に関するものであるからであり³⁰⁾、かつ、原則として子の出生当時に固定されているのは、親子関係は子の出生当時において確定するものであるからであるといわれる³¹⁾。すなわち、それが子の懐胎の当時とされなかったのは、子の懐胎は親子関係発生の法律要件の発足にとどまり、その完成は子の出生の時であるからである³²⁾。しかし、この立場によると、子の懐胎後その出生前に、母の夫が国籍を変更することにより子の嫡出性を左右することができるから、子の利益保護という観点からすれば、懐胎の時をもって連結時点とするのが妥当のように考えられる。[……。]。しかし、懐胎の時期は確

30) (引用者注) ここに後注が付され、折茂 [1959 (S34)] 269 頁と示されている。

31) (引用者注) ここに後注が付され、實方 [1953 (S28)] 302 頁と示されている。

32) (引用者注) ここに後注が付され、久保 [1955 (S30)] 590 頁と示されている。

定が容易でなく、結局、それには、出生の時を基準にして懐胎の時を法的に推定するという方法をとるよりほかない。しかし、その推定自体一定の法律によらねばならないから、そこではすでに法律の牴触が解決していることが前提とされていなければならない。かくて、結局循環論に陥ることになる³³⁾。したがって、懐胎の時点を実際私法上の連結時点とすることは不可能ということになる。」(溜池〔1985 (S60)〕253頁。溜池〔1962 (S37)〕258-259頁も同じ。)

(2) 溜池〔2005 (H17)〕

溜池は改正法例 17 条について次のようにいう。

「準拠法の基準時点、すなわち、いかなる時点における夫婦の一方の本国法によるかについては、「子ノ出生ノ当時」としている。この点、本来ならば、懐胎当時の本国法によるべきである。なぜなら、子の懐胎後における父または母の国籍変更による新本国法は、その子の嫡出性の決定に関係しないとするのが合理的だからである。しかし、懐胎時というのは、出生の時点をもとにして一定の法律によって推定しなければならないが、その法律がまさに嫡出決定の準拠法ということになるから、これは循環論に陥る。したがって、懐胎当時の本国法とすることは不可能である。そこで、子の出生当時の父または母の本国法としたのである。」(溜池〔2005 (H17)〕489-490頁)

6. 南敏文

南は改正法例 17 条について次のようにいう。

「嫡出性の準拠法につき「子ノ出生ノ当時」という時間的な限定がなされているが、これは、事柄の性質上当然であるということができよう。」(南〔1992 (H4)〕109頁)

7. 山田鎌一

山田(鎌)は改正法例 17 条に関して次のようにいう。

33) (引用者注) ここに後注が付され、折茂〔1959 (S34)〕270頁等が示されている。

「改正前の法例 17 条につき、懐胎当時の母の夫の本国法によるべきであるとする説もあった。懐胎後出生前における母の夫の国籍変更によって、懐胎子の利益が侵害されるおそれがあるというのが、この説の根拠となっている。しかし、懐胎の時期を確定することは法律的にも事実的にも困難であり、準拠法の決定時点としては適当でない。講座Ⅱ(久保岩太郎)590頁。この点は、改正法例 17 条についても妥当するものといえよう。溜池・講義 463 頁。」(山田(鎌)[2004(H16)]481頁注2)

8. 櫻田嘉章

櫻田は嫡出親子関係成立の準拠法基準時に関して次のようにいう。

「本来、子の懐胎当時の本国法という不変更主義をとるべきであるが、その時点の確定は困難であり、それを親の本国法によらしめると循環論に陥るので、「子の出生の当時」とした。」(櫻田[2020(R2)]302頁)

9. 佐野寛

佐野は嫡出親子関係成立の準拠法基準時に関して次のようにいう。

「嫡出親子関係は一般に子の出生時において確定するものであるから、準拠法の決定も子の出生時を基準としている。」(櫻田・道垣内[2011(H23)]第2巻75頁(佐野寛))

佐野はこの引用文に脚注を付し、次のようにいう。

「改正前法例では、「母の夫」の本国法主義との関係で、子の懐胎後夫が国籍を変更することにより子の利益が害されることのないように、懐胎当時に基準とすべきとする議論もあった。しかし、懐胎の時期を確定することは容易でなく、また現行法の下では夫による一方的な準拠法の変更も問題とならないことから、子の出生当時に基準とされている。溜池・前掲注9)「嫡出決定の準拠法について」258-259頁、同・講義489-490頁参照。」³⁴⁾(櫻田・道垣内[2011

34) 後出注 41 参照。

(H23)〕第2巻75頁注33(佐野寛)

10. まとめ

嫡出親子関係成立の準拠法基準時に関する懐胎時説と出生時説の対立に触れる学説は以上のとおりである。学説の分かれる根拠は後に検討する(後出第3款参照)。次に、出生による非嫡出親子関係成立の原因が何かを検討する。

第2款 出生による非嫡出親子関係成立の原因

出生による非嫡出親子関係成立に関してどの時点を準拠法基準時とすべきかを考える際には、非嫡出親子関係成立の原因³⁵⁾が何かを明らかにする必要がある。これは、原因でないものは準拠法基準時を決定することはできないと考えるからである。なお、原因は1個であるとは限らない。複数の原因のあることもあろう(その場合は、最後の原因が発生した時点は原因事実「完成」時と呼ばれる。).

では、事実主義においては非嫡出親子関係成立原因は何か。

第1に、受精・懐胎はどうか。血縁上の親子関係(誰と誰が血縁上の親子であるか)は受精ないしは懐胎により決まるから、懐胎は非嫡出親子関係成立のための最も重要な原因である。

第2に、血縁上の親子関係はどうか。実質法が出生により非嫡出親子関係が成立することを認める場合についても認知により非嫡出親子関係が成立することを認める場合についても、血縁上の親子関係は要件(のひとつ)である³⁶⁾。そこで、血縁上の親子関係(という事実)は存在するのか、という問題、また、そうであれば、血縁上の親子関係(という事実)は継続して存在するのか、という問題を検討する必要がある³⁷⁾。結論をいえば、《血縁上の親子関係(とい

35) 国際私法で使う「原因」という用語については、前出注17参照。

36) 前出注1参照。

う事実)が存在する。》と考えることはできない。なぜなら、現実中存在する事実は、或る女の卵子が或る男の精子により受精してその女が子を出産(分娩)したという事実であり³⁸⁾、《当事者間には血縁上の親子関係が存在する。》という陳述は、受精ないしは出産(分娩)という事実を別の言葉で言い換えているに過ぎないからである(なお、血縁上の親子関係と異なり、法的親子関係が

37) 久保は、出生による非嫡出親子関係成立の原因が、出生という一回的事実か、それとも、出生しているという継続状態かを検討する。久保は次のようにいう。

「血統主義〔……〕における 婚外親子関係の発生の法律要件が懐胎に始まり出生(Geburt)によって完成せる一度的法律要件(einmaliger Tatbestand)であるか、出生しているということ(Geborensein)なる継続状態(dauernder Zustand; Dauertatbestand)であるかが問題である。前者であるとすれば、懐胎より出生までの間に法律変更が起れば法律要件完成当時即ち出生当時の本国に依るべきこととなり、後者であるとすれば、常に現在の本国法(新本国法)に依るべき道理となる。血統主義につき規定をかくわが法例の解釈としてこれを認知に準じ前説を採つて出生当時の本国法に依るべきものとする学説があり(實方教授 309 頁、江川教授 295 頁、久保・概論 235 頁、Rabel, I. p. 613)、また血統主義の国の学者にしてこれを後者と解し現在の本国法に依るべきものとする者がある(Zitelmann, II, S. 901, Raape, Kommentar, S.494; Frankenstein, IV, SS. 90, 91)。これは一種の法律関係の性質決定の問題に関する。」(久保 [1951 (S26)] 13 頁)

また、久保は次のようにいう。

「認知主義の本国法の下において未だ認知のない間に、血統主義の国の国籍を取得したときは、未完成の法律要件である間に法律変更があったものとなるから、新国籍の取得後は専ら新本国法に依るべく、新本国法に依り他に故障がないかぎり子は既に生れているのであるから、新国籍取得の瞬間に法律要件が完成し血統による婚外親子関係が発生するものと解すべきであろう〔……〕。」(久保 [1955 (S30)] 598 頁、久保 [1951 (S26)] 15 頁も同旨。)

久保のこの見解は《事実主義においては、継続して存在する血縁上の親子関係から不断に法的親子関係が成立する。》という思想を前提とするように思われる。

なお、法適用通則法 29 条 1 項は事実主義による非嫡出親子関係成立につき「子の出生の当時」を基準時とするから、「認知主義の本国法の下において未だ認知のない間に、血統主義の国の国籍を取得したとき」は、法適用通則法の下では、本国法変更時に非嫡出親子関係が成立するわけではない(本国法変更後も、子の出生時の認知者の本国法により認知することはできる。)

38) 本稿では生殖補助医療に関する問題は取り扱わない。

継続して存在することはいうまでもない.)。

第3に、出生はどうか。事実主義にあっては、子の出生により、出生の時点に、非嫡出親子関係が成立するから、子の出生も原因である。

以上により、事実主義にあっては、非嫡出親子関係成立の原因は、受精・懐胎と出生である。なお、出生により出生時に非嫡出親子関係が成立するから出生は原因事実の「完成」である³⁹⁾。では、ふたつの原因事実発生時（懐胎時、出生時）のいずれを準拠法基準時とすべきか。

第3款 懐胎時と出生時

出生による非嫡出親子関係成立にあっては懐胎と出生はいずれも権利変動(非嫡出親子関係成立)の原因である。そこで、次に、出生による非嫡出親子関係成立に関しては懐胎時と出生時のいずれを準拠法基準時とすべきかが問題とな

39) ただし、子の出生時が基準時になるのは出生時に親子関係が「成立」するからだ、という説明もあろう。この点について、横山が嫡出親子関係と非嫡出親子関係に関して説くところを見る。

「嫡出親子関係の成立に関するかぎり、各国の国際私法の間で、基準時につきほとんど相違はみられない。嫡出親子(父子)関係は、原則として pater is est という推定に基づいて出生の日に当然に成立する。こういった諸国の実質法の規定を反映して、抵触法上も一般に出生時が基準とされているようである。」(横山〔1997 (H9)〕190頁。横山〔1988 (S63)〕(16) 1-2頁も同旨。)

「『事実主義』による非嫡出親子関係は法律の規定により直接発生する親子関係であり、嫡出親子関係の成立の場合と異ならない。〔……〕。準拠時点は、嫡出親子関係の成立と同じく、子の出生当時に固定される。」(横山〔1997 (H9)〕194頁。横山〔1990 (H2)〕240頁も同じ)

出生時は、最後の原因事実の「発生」時であり、換言すれば、原因事実「完成」時であるから、出生時に非嫡出親子関係が「成立する」。この点では、「原因事実の発生・完成」と「法律関係の成立」を区別する意義に乏しいように思われる。

認知に関して子の出生時を準拠法基準時とすることと認知の遡及効の関係に関しては、後出注48参照。

る。これに関する従来の学説の争点を見る。

まず、事実主義とは血縁上の親子関係を以って法的親子関係とする制度であるところ、血縁上の親子関係は受精・懐胎により決まるから、この観点から見れば懐胎時を基準時とすべきこととなる⁴⁰⁾。これは実質的な視点である。次に、事実主義において、非嫡出親子関係は、法的には、出生により出生時に成立するから、この観点から見れば出生時を基準時とすべきこととなる。これは法形式の視点である。さらに、連結基準としての明確性という観点からは、出生は極めて明確な事実であるのに対して、懐胎は明確ではない。この、懐胎が明確ではないというのは2点あり、第1に、現在の科学では懐胎時を1日単位で知ることとはできない（その結果、懐胎時を法により推定する必要が生じる.）、という点であり、第2に、懐胎は母体内で発生する事実であるから明確ではない、という点である。学説の分かれる原因は以上の4点をどのように評価するかという点にあらう⁴¹⁾。

まず、實方と久保は非嫡出親子関係の法的な成立時点を考えている。これに対して、溜池は「しかし、この立場によると、子の懐胎後その出生前に、母の夫が国籍を変更することにより子の嫡出性を左右することができるから、子の利益保護という観点からすれば、懐胎の時をもって連結時点とするのが妥当の

40) 民法886条1項は「胎児は、相続については、既に生まれたものとみなす。」と規定し、同条2項は「前項の規定は、胎児が死体で生まれたときは、これを適用しない。」と規定する。この規定に関して、中川・泉〔1992（H4）〕215頁（阿部浩二）は次のようにいう。

「立法論としては、出生により権利能力を取得するのではなく、胎児の懐胎に始まって取得されるものとするほうが好ましいかもしれない〔……〕。」

41) 佐野は嫡出親子関係につき出生時を基準時とする根拠に関して「現行法の下では夫による一方的な準拠法の変更も問題とならない」という点を挙げる。前出本節第1款参照。しかし、法適用通則法28条の下でも「子の懐胎後その出生前に、母の夫が国籍を変更することにより子の嫡出性を左右することができる」（溜池の言葉。前出本節第1款参照）と思われる。

ように考えられる.」,「本来ならば,懐胎当時の本國法によるべきである.」というから,血縁上の親子関係の成立時点を重視している.江川と山田(鏖)は懐胎時の認定の困難を重視しているし,山田(鏖)の述べる理由は,《懐胎は明確な事実であるとはいえないから懐胎時はそれ自体として「準拋法の決定時点としては適当でない」》という趣旨のように読めなくもない⁴²⁾.

ただ,ここでは,事実主義による非嫡出親子関係成立に関しては懐胎時と出生時のいずれを準拋法基準時とすべきかについては,結論を留保したい.それは,懐胎は母体内で発生する事実であるのに対して出生は母体外で発生する事実であるため懐胎と比べて出生は極めて明確な事実である,というのは懐胎と出生はそれぞれどんな事実であるかという問題であるのに対して,出生により出生の時点に非嫡出親子関係が成立する,というのは法の問題であるから,両者(事実の面と法の面)を同一平面上で比較衡量することは困難だからである.そこで,次に,認知に関して認知時を準拋法基準時とする根拠を検討し,その際に,事実主義による非嫡出親子関係成立の準拋法基準時問題(懐胎時か,出生時か)をも考えたい(後出第3章第3節参照).

なお,ここで,子の出生とは何か,を考える.先に述べたように(前出第2款),事実主義においては懐胎も出生も非嫡出親子関係成立原因であり,それゆえ,子の出生は原因事実「完成」である.しかし,懐胎と出生を合わせれば——懐胎を出生に吸収させれば——,子の出生とは単なる《人の出生》という事実ではなく《或る者の血縁上の子が生まれる.》という事実である.そして,事実主義とは,《或る者の血縁上の子が生まれる.》という事実に対して法

42) 溜池は基本的には懐胎時説であるのに対して,實方,江川,久保,山田(鏖)はいずれも出生時説である.この中で,實方,久保の両説が,事実主義における非嫡出親子関係の法的な成立時点,という形式的な(しかし,法の体系に忠実な)論拠に立っていたのに対して,江川,溜池,山田(鏖)は実質的な考慮を加えている.それぞれの学説の発表された時代を反映しているといえよう.

的親子関係の発生を結び付ける制度であるとも考えることもできる。子の出生を《或る者の血縁上の子が生まれる。》という事実であると考えれば、子の出生は、複数の原因のうちの最後の原因の発生という意味の原因事実「完成」ではなく、1 個の原因の発生という意味の原因事実「発生」である。いずれにしても、事実主義における非嫡出親子関係成立原因は、懐胎と子の出生であり、懐胎を子の出生に吸収させる考え方も成り立つ。

第 3 章 認知による非嫡出親子関係成立の準拠法基準時

第 1 節 従来の学説

第 1 款 法例改正前の学説

法適用通則法 29 条 2 項前段は任意認知による非嫡出親子関係成立に関して認知時を準拠法基準時とする。その根拠について、従来の学説はどのように説明しているか。

1. 山田三良

山田 (三) は次のようにいう。

「本国法を定むる時期に付て或は私生子の認知は出生の時に遡つて親子の関係を発生せしむるのみならず、父は出生後国籍の変更に依つて認知を困難ならしむる虞があるから認知は私生子の出生当時の本国法に依るべきことを主張する者もある。併し乍ら出生当時の本国法は必ずしも常に私生子の為に有利なりと断定することを得ざるのみならず、若し現在の本国法が認知を制限し若くは禁止する限りは、仮令出生当時の本国法に依れば認知の要件を具備する場合に於ても認知を有効に成立せしむることを得ないのであるから、認知者も私生子も認知当時の本国法の要件を具備すべきものであると言はねばならぬ。」(山田 (三) [1934 (S9)] 638 頁。山田 (三) [1931 (S6)] 192 頁も同じ。)

この引用文は、出生時と認知時を累積的關係に置く場合を論じているようである。

2. 實方正雄

實方は法例旧 18 条に関して次のようにいう。

「第 18 条は『認知ノ当時』を標準とする。〔……〕我が法例が然かく立言したのは、認知主義の下にあっては認知によって始めて親子関係が発生するからであり〔……〕。」(實方〔1953 (S28)〕 310 頁、實方〔1937 (S12)〕 259 頁も同じ。)

3. 久保岩太郎

(1) 久保〔1951 (S26)〕

「認知の法律要件について見れば懐胎に始まり、認知によって完成し終結した法律要件となるのであるから、法律要件理論の立場からは認知の当時における国法に依るべきものとする右の立法〔引用者注：ポーランド、チェコ・スロバキア、ギリシャなどの国際私法規定〕は何れも正当といわねばならない。」(久保〔1951 (S26)〕 11 頁)

(2) 久保〔1955 (S30)〕

久保は法例旧 18 条 1 項に関して次のようにいう。

「認知なる法律要件の完成当時が準拠時点となる。従って普通の任意認知においてはその認知行為の当時であり、強制認知においては認知の裁判のあった時である。」(久保〔1955 (S30)〕 595 頁)

4. 折茂豊

折茂は法例旧 18 条 1 項に関して次のようにいう。

「ここに本国法というのは、「認知ノ当時」におけるそれである。すなわち、ここでの問題が婚外親子関係の確定という身分関係の形成に関するものであるがゆえに、準拠法の不変更主義を採用したものであろう。かくて、認知の前後にたとひ当事者の国籍に変更があったとしても、もっぱら認知当時の本国法のみが基準とせられるのである。」(折茂〔1972 (S47)〕 343 頁、折茂〔1959 (S34)〕 277 頁も同じ。)

5. 山田鎌一

山田(鎌)は法例旧 18 条 1 項に関して次のようにいう。

「各当事者の本国法を適用するとして、それはいかなる時期における本国法であるか。認知は婚姻外の親子関係を成立させるものであるから、その要件は親子関係成立の時に存しなければならないのはいうまでもない。したがって、法例は認知の当時における各当事者の本国法によるべきものとした。」⁴³⁾（山田（録）〔1987（S62）〕399頁）

第2款 法例改正後の学説⁴⁴⁾

1. 澤木敬郎

澤木は改正法例18条2項前段について次のようにいう。

「認知を形式的法律行為と考えれば、この場合の基準時点が認知当時であることは当然である。」（澤木・南〔1990（H2）〕21-22頁）

2. 横山潤

横山は認知による非嫡出親子関係成立の準拠法の基準時に関して次のようにいう。

「子の出生当時と認知当時という時点を連結の基準時とすることにも、それ

43) この引用文中の「要件」は何を指すのか。実質法上の認知の要件（認知の意思表示など）であるとすれば、この引用文は当然のことをいうに過ぎない。従って、国際私法上の要件（＝連結点）を指すものと解すべきであろう。

なお、横山〔2012（H24）〕9頁は「抵触規定は固有の法律要件と法律効果を有している。法律要件は（法律行為や婚姻などの）事項概念により特定される法律問題からなり、連結基準は法律効果の一部となっている。」という。しかし、連結点は国際私法上の法律要件の構成要素である。実質法上にあつては事実の存在・不存在が要件であるのに対して、国際私法上の連結点（国籍など）にあつては、その存在・不存在だけでなく、どの法域に存在するかもまた要件である、という点で実質法上の要件と異なるに過ぎない。連結点の主張・立証については、櫻田・道垣内〔2011（H23）〕368-373頁（山本和彦）参照。

44) 認知の準拠法基準時に関する諸外国の立法についてどんな理由が挙げられているかについては、後出注52（任意認知、認知時）、後出注47、48（任意認知、子の出生時）、後出注60（裁判認知、裁判時）、後出注61（裁判認知、子の出生時）参照。

なりの理由が認められる。子の出生当時に連結を固定すれば、それ以降における親の国籍の変動いかにかわからず、当事者の身分関係の安定した規律が可能となる。逆に、認知時という基準時は、当事者が現在統合されている社会の法の適用を可能にする。そしてこれら二つの基準時を選択的關係に置けば、例えば次のように「子の利益」に沿った結果が得られる。子の出生当時における当事者の本国法の下で強制認知が可能であった場合には、父が国籍を変更したとしても、子は強制認知の可能性を奪われない。逆に、子の出生当時における当事者の本国法では強制認知が認められていないとしても、現在当事者が属する本国法がこれを認めているときには、強制認知の可能性が生まれる。」(横山〔1990 (H2)〕241頁、横山〔1997 (H9)〕196頁も同旨)

3. 南敏文

南は改正法例18条の定める認知の準拠法に関して次のようにいう。

「本条第一項、第二項を総合すると、子の出生当時の認知すべき者の本国法又は認知の当時の認知すべき者若しくは子の本国法の三種類の法律のいずれによっても認知をすることができるものとしているが、各法律を採用した理由は、次のとおりである。

- ① 子の出生当時の認知すべき者の本国法 出生による親子関係の成立の準拠法と平仄を合わせたものであり、原則的な準拠法である。子の出生当時に連結を固定すれば、当事者の身分関係の安定した規律が可能となろう。
- ② 認知の当時の認知すべき者の本国法 改正前の本条が配分的適用をしていた法律の一を採用したものである。なお、認知のみを考えれば、準拠法の基準時は、身分関係が形成される認知の時とするのは、当然であろう。
- ③ 認知の当時の子の本国法 ②に同じ。」(南〔1992 (H4)〕120頁)

4. 山田鎌一

山田(鎌)は改正法例18条2項前段に関して次のようにいう。

「認知の要件につき、改正前の法例18条1項は、父または母に関しては認知当時の父または母の本国法、子に関しては認知当時の子の本国法によるべきも

のと定め、親と子の本國法の配分的適用主義を採っていた。

しかし、配分的適用主義によるときは、実際には両者の本國法が累積的に適用されることが多く、認知が困難となるので、改正法例では、選択的適用主義により、認知の成立をできるだけ容易に認めることにした。すなわち、認知の要件については、18 条 1 項前段で、父との関係については子の出生当時の父の本國法、母との関係についてはその当時の母の本國法によるべきものとし、さらに 18 条 2 項において、右の法律に加えて、認知当時における認知者または子の本國にもよりうるとした。したがって、子の出生当時の認知者の本國法、認知当時の認知者の本國法または認知当時の子の本國法のいずれによっても認知をすることができる。いわゆる「認知保護」(favor paternitatis)の思想にもとづくものである。」(山田(鐙)〔2004 (H16)〕484-485 頁)

5. 佐野寛

佐野は次のようにいう。

「認知については、本条 1 項が定める子の出生当時の親の本國法に加えて、認知当時の認知する者(父子関係については父、母子関係については母)の本國法または子の本國法のいずれによることもできる(本条 2 項)。認知による親子関係の成立は、子の出生時から相当の年数が経過後に問題とされることもあり、その時点において当事者と密接な関係にある法を適用することが望ましいとともに、認知保護の思想に基づき、認知の成立を容易にするために選択的連結の方法によることにしたものである。」⁴⁵⁾(櫻田・道垣内〔2011 (H23)〕

45) 佐野はこの引用文に脚注を付し、次のようにいう。

「南・解説 119-121 頁、横山潤「涉外認知事件の裁判管轄権とその準拠法」岡垣學=野田愛子編「講座・実務家事審判法 5」(日本評論社、1990) 240-242 頁、選択的連結の選択肢としては、本条 2 項の他に子の常居所地法によることも考えられたが、特に子が日本に常居所を有するというだけで外国人同士の親子関係に日本法を適用することは適当でないとの理由などから採用されなかった。南・解説 121 頁参照。」(櫻田・道垣内〔2011 (H23)〕第 2 卷 96 頁注 31)

第2巻96頁（佐野寛）

第2節 認知による非嫡出親子関係成立の原因

認知による非嫡出親子関係成立の準拠法基準時を検討する前に、認知主義における非嫡出親子関係成立原因が何であるかを確認する（なお、《血縁上の親子関係という事実が継続して存在する。》と考えることができないことについては、前出第2章第2節第2款参照）。

まず、受精・懐胎が血縁関係を発生させるから、懐胎が認知による非嫡出親子関係成立の原因であることはいうまでもない。

次に、出生である。懐胎があっただけで子が生きて生まれなければ、仮に認知行為をしたとしても、非嫡出親子関係は成立しない。次に、認知時に子が生存していることは非嫡出親子関係成立の「要件」ではない（例えば、日本民法783条2項、韓国民法857条）。それゆえ、子の出生は、認知により非嫡出親子関係が成立するための「要件」である。

しかし、子の出生は認知による非嫡出親子関係成立の「要件」であるだけではない。先に述べたように（前出第2章第2節第3款）、懐胎と子の出生を合わせて考えれば、子の出生とは単なる《人の出生》という事実ではなく《或る者の血縁上の子が生まれる。》という事実であり、この事実と《或る者がその血縁上の子を認知する。》という事実が相俟って法により非嫡出親子関係が成立する。この観点からは、認知主義における非嫡出親子関係成立原因は子の出生と認知行為の2個であり、生後認知の場合は認知行為は2個の原因のうちの最後の原因であるから、認知行為は原因事実「完成」である。

いずれにしても、認知主義における非嫡出親子関係成立原因は、懐胎、子の出生および認知行為であり、懐胎を子の出生に吸収させる考え方も成り立つ^{46), 47), 48)}。

第3節 認知時⁴⁹⁾

ここでは、認知による非嫡出親子関係成立に関して認知時を準拠法基準時とする根拠を考える。

認知による非嫡出親子関係成立においては認知は最後の原因であり、従って、認知時は原因事実完成時である。既に、国際私法上の準拠法基準時の備えるべき条件を検討したが（前出第1章第5節参照）、ここでは、準拠法基準時は原因事実完成後の時点であってはならないという結論を得た。それゆえ、原因事

46) 澤木・南〔1990（H2）〕21頁（澤木敬郎）は改正法例18条に関して次のようにいう。

「認知による親子関係の成立は、出生以後に認知がなされる場合であっても、出生時に成立した親子関係の確認とも考えられるから、出生時の親の本国法を認知の準拠法として一般的に認めたものである。」

しかし、認知主義にあっては子の出生により法的親子関係が成立する、と考えることはできないであろう。

47) 横山〔1997（H9）〕189-190は「非嫡出親子関係に関する諸国の立法」の項目で、「任意認知の基準時」を「出生時」とする立法の根拠について次のようにいう。

「自然的親子関係の存在を親が承認する場合に法的親子関係を推定させる制度として認知制度を捉えることができる。このように理解すると、任意認知に関する規定は、裁判による非嫡出親子関係の確定を根拠づける要件事実に関する規定と同じ性質のものと考えられる〔以下、190頁〕とができる。重要な要素はあくまで自然的血縁関係という事実なのであるから、この事実が発生した日つまり出生の日を抵触法上も基準時としなければならない。」

この説明は極めて難解であるが、認知主義にあっては子の出生と認知が相俟って非嫡出親子関係を成立させる、と述べているものと思われる。

48) 横山〔1997（H9）〕190頁は、出生時を任意認知の基準時とする根拠に関する外国の学説を次のように紹介する。

「実質法上任意認知の効果は出生時に遡及することも援用される。」

認知の効力が出生時に遡及するのは出生時が原因事実発生時だからだ、と考えることができるであろう。

49) 認知による非嫡出親子関係に関して認知時を準拠法基準時とする諸外国の立法例とそれについて諸外国の学説の与える理由については、横山〔1997（H9）〕189頁（裁判認知の場合の裁判時）、190-191頁（任意認知の場合の認知時）参照。

実完成時を含め、原因事実完成以前の多数の時点の中から原因事実完成時を選んで基準時とするためには、《その時点が原因事実完成時だから》という根拠に加えて別の根拠が必要である。では、他の時点ではなく原因事実完成時（認知時）を基準時とすることを基礎づける根拠は何か。

第1款 当事者と最も密接な関係に立つ法域の法

認知時（原因事実完成時）において、当事者の立場に立てば、その本国には、過去の本国（例えば、子の出生時の本国）と現在（＝認知時）の本国がある。認知時を基準時とする根拠をこの観点か説明することはできるか。

横山は次のようにいう。

「認知時という基準時は、当事者が現在統合されている社会の法の適用を可能にする。」（横山〔1997（H9）〕196頁。横山〔1990（H2）〕241頁も同じ）

佐野は次のようにいう。

「認知による親子関係の成立は、〔……〕その時点において当事者と密接な関係にある法を適用することが望ましい〔……〕。」（櫻田・道垣内〔2011（H23）〕第2巻96頁（佐野寛））

どう考えるべきか。権利変動に臨む当事者はその時点の本国の法により権利変動が生じれば——過去の本国の法により権利変動が生ずる場合と比べて——本国法により最も保護されたと感じるであろう。それゆえ、他の時点ではなく認知時を基準時とすることをこの理由により基礎づけることは可能であると思われる。上記の横山と佐野による各説明はこの観点に立っている可能性がある⁵⁰⁾。

50) 横山は「現在」という主観的な表現を使うのに対して、佐野は《認知（による親子関係の成立）の時点》という客観的な表現を使う。当事者の立場に立った表現である「現在」という言葉は認知時を基準時とする根拠を的確に示しているように思われる。

第 2 款 当事者の期待の保護

もうひとつの重要な説明は、山田（鎌）による次の説明である。

「認知は婚姻外の親子関係を成立させるものであるから、その要件は親子関係成立の時に存しなければならないのはいうまでもない。したがって、法例は認知の当時における各当事者の本国法によるべきものとした。」(山田（鎌）[1987 (S62)] 399 頁)

この説明は難解であるが、その趣旨は、おそらく、《時間の経過に応じて次々に事実が発生するが、ある事実に基づいて権利変動が生ずるのであれば、それは、その事実の発生時の国籍等を基準として選ばれた実質法が権利変動を生じさせるのである。》というところにあると思われる。この説明は認知の準拠法基準時の根拠を国際私法の本質ないしは基本原理に求める。しかし、その説明内容自体は、事実と法による権利変動を自然界の現象と同視する説明である。むしろ、人々の期待の保護に根拠を求めるべきであろう⁵¹⁾。すなわち、《或る事実が発生した場合は、その事実発生時の国籍等を基準として選び出された実質法により権利変動が生ずる、と考えるのが自然であり、そのように考える人々の期待を保護する必要がある。》という説明である。

しかし、さらに問題がある。すなわち、原因事実完成時（認知時）に当事者は《この事実により非嫡出親子関係が成立した。》と確信するが、このような確信を保護する必要性は、原因事実完成時（認知時）を基準時とすることを直

51) 山田（鎌）説が既得権説に立っているか否かは明らかではないが、山田（鎌）説には既得権説に類似する面はあろう。

折茂は、不法行為に関する不法行為地法主義を基礎づける学説である既得権説などについて、次のようにいう。

「かくて、それらの諸説というのは、不法行為の準拠法の決定において、なにゆえに不法行為地法主義を採らなければならないのかという、その点の説明としては、いまだかならずしも充分の説得力をもちえないのではないか、という疑問がいだかれざるをえないのである。」(折茂 [1976 (S51)] 90-91 頁)

接には基礎づけず、原因事実完成后（認知後）の時点を基準時とすることを禁止するに過ぎない、という見方も成り立つ。例えば、子の出生時にその時点の（当該親の）本国法により将来の任意認知による非嫡出親子関係成立の可能性を信じ、その後には生後認知が行われた場合（国際私法が準拠法を決めなければ市町村長は受理できない、という問題は別として）、人々は、《この事実の発生により非嫡出親子関係が成立した。》と確信することであろう。この場合の確信の根拠は現に行われた任意認知と、過去（子の出生時）の本国法である。原因事実完成前（認知前）の本国法に基づく確信を全く保護しなくてよいとはいえない。すなわち、現に認知が行われた時点に抱く確信であっても、どの時点（認知時、子の出生時）の本国法に基づく確信であるかにより保護の必要性に軽重が生ずるに過ぎないと考えるべきである。この観点から見れば、等しく認知時に抱く非嫡出親子関係成立の確信であっても、認知時の本国法に基づく確信は最も自然な確信であるから、それ以前の時点（子の出生時など）の本国法に基づく確信と比べて、保護する必要性が最も大きい、といえる。

第3款 まとめ

認知による非嫡出親子関係成立に関して認知時を基準時とする根拠は以上の2点（認知時の当事者は認知時の本国法と最も密接な関係に立つこと、認知時に当事者の抱く非嫡出親子関係成立の確信が認知時の本国法に基づく場合、その確信を保護する必要性が最も大きいこと）であると思われる⁵²⁾。

52) 横山は、認知時を基準時とする諸外国の立法の根拠について次のようにいう。

「〔……〕認知時を基準とする立法は次の2点を理由とすることができると思われる。

第1に、任意認知の法的性質論から出生時という基準を導くことができるように、同じくその法的性質論から認知時を導くこともできよう。すなわち、真実の親が非嫡出子を自分の子であると承認し、それによって法的親子関係を成立させることを目的とする意思表示として任意認知を捉えることが可能である。少なくとも、任意認知がこういった側面をもつことは無視できない。法律行為が問題である以上、それが行われる時つまり認知の

事実主義による非嫡出親子関係成立に関して子の出生時を基準時とする根拠も同様である。すなわち、まず、事実主義においては子の出生により非嫡出親子関係が成立するから、出生後の時点を基準時とすることは許されないが、出生以前の時点（懐胎時など）を基準時とすることは許される（前出第1章第5節参照）。しかして、事実主義による非嫡出親子関係成立の場合、非嫡出親子関係成立時である子の出生時においては、血縁上の親は、その時点の本国法と最も密接な関係に立つこと、および、血縁上の親が子の出生時においてその時点の本国法により抱いた非嫡出親子関係成立の確信を最も保護すべきであること、このふたつの理由により、子の出生時を基準時とすることを基礎づけることができる⁵³⁾（これに対して、懐胎という事実が懐胎時に直ちに認識されることはほとんどないから、血縁上の親が「懐胎時に」どの時点の本国法と最も

時点を基準としなければならない。

さらに、このように任意認知の性質を捉えないとしても、認知によって婚外親子間に法的親子関係が創設される以上、認知の時点における法を適用すべきであるともいわれる。たしかに、実質法上認知には遡及効が認められている。けれども、認知前と認知後における子の法的状況はまったく異なるのであり、それゆえ状況が変化した時点における法を準拠法とするのが正当とされる。つまり、状況に最も密接に関連する法を採求することが国際私法の目的であるとすれば、任意認知については、当事者が出生後に新たに統合されるにいたった地の法に依るべきであり、関連性を喪失した地の法に依るべきではないといわれる。」（横山〔1997（H9）〕190頁）

引用文中の第1点（認知は意思表示である、という理由）も第2点（認知により非嫡出親子関係が成立する、という理由、認知時に当事者と最も密接な関係を持つ本国の法を準拠法とすべきであるという理由）も本文で検討した理由に類似しているといえよう。

- 53) 結局、事実主義に関して子の出生時を準拠法基準時とするのも、認知主義に関して認知時を準拠法基準時とするのも、その究極的根拠は、《その事実に基づき非嫡出親子関係が成立するから》、《その事実発生時が原因事実完成時だから》という点にある。その意味では實方も久保も（嫡出親子関係成立の準拠法に関する懐胎時説と出生時説に関して、前出第2章第2節第1款、認知主義における認知時に関して、前出本章第1節第1款）誤っていない。しかし、そのような説明からさらに進んで実質的根拠を求める必要があると思われる。

密接な関係に立つかを問う必要性に乏しいし、血縁上の親が子の出生時に「懐胎時の本国法により」抱く非嫡出親子関係成立の確信を保護する必要性に乏しい.)).

第4節 子の出生時⁵⁴⁾

ここでは、認知による非嫡出親子関係成立に関して子の出生時を準拠法基準時とする根拠を考える。

第1款 身分関係の安定した規律

第1目 従来の学説

従来の学説の説くところを見る。

1. 横山潤

横山は認知の準拠法の基準時に関して次のようにいう。

「[出生時]は簡明であり、親子関係の固定性・安定性を確保する点では適当と考えられる。」(横山〔1988 (S63)〕(16) 4頁)

「子の出生当時に連結を固定すれば、それ以降における親の国籍の変動いかににかかわらず、当事者の身分関係の安定した規律が可能となる。」(横山〔1997 (H9)〕196頁。横山〔1990 (H2)〕241頁も同じ)

2. 南敏文

南は認知の準拠法の基準時に関して次のようにいう。

「子の出生当時に連結を固定すれば、当事者の身分関係の安定した規律が可能となろう。」(南〔1992 (H4)〕120頁)

54) 認知の準拠法基準時を子の出生時とする学説については、折茂〔1972 (S47)〕345頁注1参照。任意認知による非嫡出親子関係成立に関して「基準をもっぱら子の出生時に求めている」立法例については、横山〔1997 (H9)〕189頁参照。

第2目 検討

「親子関係の固定性・安定性」（横山）、「当事者の身分関係の安定した規律」（横山、南）とは何を意味するのか。

まず、裁判所の立場を考える。同一当事者間で何回も任意認知が行われた場合（例えば、認知の無効・取消しなどにためにもう一度認知した、という場合）は、裁判所の立場としては、複数回行われた任意認知のすべてに関して同一の実質法を準拠法とすれば、便宜にかなう。

次に、当事者の立場を考える。血縁上の親が子を認知しようとして行動指針（認知の要件が何かに関する情報）を得ようとする場合、実質法の調査が長期に及ぶことがあるので、長期にわたり一貫して子の出生時の（当該親の）本国法を調べるので足りるのであれば、血縁上の親の便宜にかなう。しかし、これは、血縁上の親の過去の本国の法を調べることを意味し、その国から見れば今や外国人となった当該親がその国に入国して資料を集めたり、その他の調査をしたりするのは、その国の国民と同程度にはできないであろう。

結局、出生時を認知の準拠法基準時とすれば、身分関係の安定した規律という利益を達成することはできるが、そのような利益は大きいとはいえないと思われる。

第2款 将来の認知可能性への期待の保護

ここでは、当事者の期待の保護という観点から認知に関して子の出生時を基準時とすることができるかを検討する。

第1目 従来 of 学説

当事者の期待の保護という観点から認知に関して子の出生時を基準時とすることができるかを検討する学説は次のとおりである。

1. 山口弘一

山口は将来の「任意認知」への期待の保護の必要性を検討し、その結果、子

の出生時を基準時とする必要性を否定する。

「私生子ニ付テハ出生ノ時ニ於ケル本國法ニ依ルヘキヤ抑モ亦タ認知ノ時ニ於ケル本國法ニ依ルヘキヤノ問題ニ就テハ議論アリ出生ノ時ヲ以テ標準トナス者ノ理由トスル所ハ私生子カ認知セラレ得ヘキ資格ハ出生ノ時ニ定マルト云フニ在リ然レトモ出生ノ時ハ私生子ノ為メニ単ニ認知シ得ラルヘキ冀望ヲ生シタルニ過キス若シ果シテ權利ヲ發生スト云フコトヲ得ヘクンハ論者ノ説ハ或ハ可ナリト雖モ私生子ヲ認知スルハ認知者ノ自由ナルカ故ニ認知シ得ラルヘキ權利ヲ生スト云フコトヲ得ス左レハ認知者ノ現在ノ本國法ヲ標準トナスヲ可トス我法例カ認知ノ時ヲ標準トナシタルハ妥当ナリト云フヘシ」(山口〔1900 (M33)〕491-492頁)

2. 横山潤

横山は、出生時を基準時とするものの理由のひとつとして、将来の「裁判認知」への期待の保護の必要性を挙げる。

「これら二つの基準時〔子の出生時と認知時〕を選択的關係に置けば、例えば次のように「子の利益」に沿った結果が得られる。子の出生当時における当事者の本國法の下で強制認知が可能であった場合には、父が国籍を変更したとしても、子は強制認知の可能性を奪われない。逆に、子の出生当時における当事者の本國法では強制認知が認められていないとしても、現在当事者が属する本國法がこれを認めているときには、強制認知の可能性が生まれる。」(横山〔1990 (H2)〕241頁、横山〔1997 (H9)〕196頁も同旨)

第2目 検討

子の出生時の(当該親の)本國法が認知主義であれば、人々は、子の出生時に、《将来、血縁上の親が任意認知をすれば非嫡出親子関係が成立する。》と考える。例えば、子の出生時の血縁上の父の本國法が認知主義であり、子が出生により事実主義の国(血縁上の母の本國)の国籍を取得し、父が認知をしないまま父の本國法が変更して——本人の意思に基づかない国籍変更もあり得る——

—父の新本国法も事実主義の国である場合、認知の準拠法基準時を子の出生時とすればこの事例の父は認知することができる。

この事例では、人々の期待・確信は 2 点ある。ひとつは、子の出生時の父の本国法を見て《将来の認知があれば非嫡出親子関係が必ず成立する。》という、条件付き権利変動の確信である。もうひとつは、父が実際に生後認知をした場合（準拠法未定の状態で市町村長が関与できるのかという問題は措くとして）、人々は非嫡出親子関係が成立したことを確信するが、それは、子の出生時（認知時から見れば過去の時点）の父の本国法に基づく確信である。前者は単なる希望・期待といってもよいし、後者は父の過去の（＝子の出生時の）本国法に基づく確信である。認知主義においても子の出生が非嫡出親子関係成立原因であるが、そのことを考慮しても、このような期待・確信の保護の必要性により、直接に、子の出生時を以って認知の準拠法基準時とすることを基礎づけることができるか疑問である⁵⁵⁾。

第 3 款 事実主義と認知主義の共通の準拠法の必要性

第 1 目 従来学説

1. 澤木敬郎

澤木は改正法例 18 条について次のようにいう。

「規定の形式としては、1 項で“嫡出ニ非ザル子ノ親子関係ノ成立”につき規定し、これは、事実主義と認知主義の双方を含む非嫡出の親子関係の成立一般に関するものであると説明され、2 項で“子ノ認知”につき規定し、これは、認知に関する追加的特則と説明されている。しかし、それは、事実主義と認知主義の双方を含む出生時を基準とする親子関係の成立と、認知時を基準とする認知主義による親子関係の成立との、二つの連結方式として解釈することもで

55) 将来の裁判認知への期待の保護の必要性により認知について子の出生時を基準時とすることを基礎づけることができるかについては、後出本章第 5 節第 2 款参照。

きよう。」(澤木・南〔1990 (H2)〕20頁(澤木敬郎))

この引用文は難解であるが、法適用通則法29条1項前段を「事実主義と認知主義の双方を含む出生時を基準とする親子関係の成立」に関する国際私法規定と捉えているといえよう。

2. 奥田安弘

奥田は法適用通則法29条1項前段の文言を引用して、それに続けて次のようにいう。

「すなわち、非嫡出親子関係の成立一般については、当該親の本国法によるという単一的連結が採用されている。非嫡出親子関係の成立が事実主義によるのか、それとも認知主義によるのかなど問題は、子の出生の時に確定する必要があるから、その時点における当該親の本国法によるしかない。」(奥田〔2020 (R2)〕262頁)

第2目 検討

これまでに、事実主義による非嫡出親子関係成立に関しては出生時を基準時とすること、および、認知による非嫡出親子関係成立に関しては認知時を基準時とすることのいずれにも根拠があることを見た(いずれについても、前出本章第3節参照)。そこで、このふたつの国際私法規定しかないものと仮定する。この状況では、出生時の(当該親の)本国法が事実主義であれば出生時に親子関係が成立するのに対して、認知主義であれば出生時には親子関係は成立しない。後者に関しては、子の出生後に認知をすればよいのであるが、(当該親が)認知をしようとした時点には親も子も事実主義国の国民であれば、認知をすることはできない。これは、認知に関して認知時を基準時をした以上はやむを得ないとして放置すべきであろうか。

この問題は、先に述べた、人々が出生時における(当該親の)本国法により抱く将来の認知の可能性への期待の保護の問題ではない。ここでは、出生時の(当該親の)本国法が事実主義であるか認知主義であるかにより不平等が生じ

ているといえる。出生時の（当該親の）本国法が事実主義である場合に出生時に非嫡出親子関係が成立するのであれば、同じ時点に（当該親の）本国法が認知主義である場合には将来の認知による非嫡出親子関係成立の可能性を確保すべきであろう。このために、事実主義と認知主義の間では、血縁上の親子関係に基づく非嫡出親子関係成立という観点から準拠法を一致させる必要がある。法適用通則法 29 条 1 項前段はこの思想に立つ規定であり、それゆえ、同条同項前段は、「事実主義と認知主義の双方を含む出生時を基準とする親子関係の成立」（澤木）に関する規定であり、換言すれば、《血縁上の親子関係に基づく非嫡出親子関係成立》という単位法律関係に関して子の出生時の（当該親の）本国法を準拠法とする規定である⁵⁶⁾。

56) 次の見解は法適用通則法 29 条 1 項前段が血縁関係に基づく非嫡出親子関係成立に関する国際私法規定であると理解する（また、前出注 2 参照）。

(1) 南〔1992 (H4)〕116 頁は次のようにいう。

「改正法例は、認知のみならず、出生による非嫡出親子関係についても適用される準拠法を指定することとしたが、その定め方としては、両者を別々に規定するよりも、包括的に「非嫡出親子関係の成立一般」の問題ととらえて 1 本の準拠法によらしめ、なお、認知について特則を設ける必要があれば、別途検討することとした。」

(2) 櫻田〔2020 (R2)〕303-304 頁は次のようにいう。

「非嫡出親子関係一般の成立について（事実主義による場合をも含めて）、法適用通則法 29 条 1 項は、父、母につきそれぞれの本国法によることとした。」

(3) 澤木・道垣内〔2018 (H30)〕112 頁（道垣内正人）は次のようにいう。

「実質法レベルでの異なる立法主義を視野に入れば、国際私法上、非嫡出親子関係の成立（婚姻していない父母から生まれた子との間の親子関係）という一般の問題に関する規定に加え、出生とは異なる時点ですることもある認知による場合についても別に規定を置くことが考えられ、通則法 29 条はそのようにしている。」

(4) 中西・北澤・横溝・林〔2018 (H30)〕330 頁は次のようにいう。

「29 条 1 項前段は、事実主義および認知主義双方の法制に基づく非嫡出親子関係の成立に適用される。」

第4款 まとめ：認知の原因事実発生時としての子の出生時

以上をまとめると、認知主義にあっても、子の出生は、《或る者の血縁上の子が生まれる。》という事実であるから非嫡出親子関係成立原因である。そこで、認知に関しても子の出生時は基準時となる資格を持つ。そして、認知主義と事実主義との間の平等扱いの必要があるので、両者を通じて、出生時の（当該親の）本国法を準拠法とした。法適用通則法 29 条 1 項前段が認知に関して子の出生時を基準時とすることの根拠はここに求めるべきであろう。

第5節 裁判認知

法例旧 18 条にいう「認知」も法適用通則法 29 条にいう「認知」も、任意認知だけでなく裁判認知をも含む⁵⁷⁾。しかし、裁判認知の基準時に関しては任意認知におけるほどは検討されていない⁵⁸⁾。それは、任意認知の基準時に関する議論がそのまま裁判認知にも妥当すると考えられているためであると思われる。

第1款 認知時

認知判決が確定すれば非嫡出親子関係が成立する⁵⁹⁾から、認知判決は実質

57) 法例旧 18 条に関して、江川 [1939 (S14)] 256 頁、江川 [1950 (S25)] 295 頁、江川 [1970 (S45)] 280 頁、法例改正後について、山田 (録) [2004 (H16)] 486 頁、櫻田・道垣内 [2011 (H23)] 第 2 卷 91 頁 (佐野寛)。

58) 久保は裁判認知の基準時について次のようにいう。

「認知なる法律要件の完成当時に準拠時点となる。従って普通の任意認知においてはその認知行為の当時であり、強制認知においては認知の裁判のあった時である。」(久保 [1955 (S30)] 595 頁)

59) 形成判決により権利変動が生ずるのは形成判決確定時である。新堂 [2019 (H31)] 212 頁。また、「[形成判決による] 形成の効果を遡及させるかどうかの判断は、当該法律関係の安定の要請と変動の効果を徹底させる必要性とを調和させる作業であり、すぐれて実体法的考慮にかかる問題である。」(新堂・同) とされる。従って、認知判決の遡及効

法上の権利変動原因であり、任意認知と同じである⁶⁰⁾。しかし、任意認知に基づいて非嫡出親子関係が成立したか否かを裁判所が判断するためには準拠法が必要になるのに対して、認知判決が確定すれば、認知判決に基づいて非嫡出親子関係が成立したか否かは認知判決の効力の問題であり、認知による非嫡出親子関係成立の準拠法を基準として判断すべき問題ではない。

しかし、任意認知に基づいて非嫡出親子関係が成立したか否かを裁判官が準拠法により判断するのと同じことは裁判認知でも行われる。すなわち、認知の訴えを審理する裁判所は、一方では、実質法上の権利変動原因を創出するとともに（これは、裁判外の認知の場合の認知行為に相当する。）、他方では、その権利変動原因創出が適法であることを確認している（これは、裁判外の認知の場合に裁判所が事後的に任意認知の有効無効を判断する行為に相当する。）、と考えることができる。認知判決に基づいて非嫡出親子関係が成立する（認知判

は認知の準拠法によると考えるべきであろう。認知の遡及効が法適用通則法29条1項前段および2項前段に該当することについては、溜池〔2005（H17）〕497-498頁、櫻田・道垣内〔2011（H23）〕第2巻95頁（佐野寛）参照。認知の遡及効の準拠法については、また、山田（鐸）〔2004（H16）〕489-490頁参照。

60) 横山は裁判認知の準拠法基準時を出生後の時点とする諸外国の立法の理由として述べられることを次のようにまとめる。

「裁判認知について出生時より後の時点が基準となりうることを認めるのはスイス国際私法69条およびオーストリア国際私法25条1項そしてドイツ国際私法20条1項の規定である。たしかに、裁判により自然的血縁関係が確定されてはじめて法的親子関係が成立するのであるから現在の時点を基準とすべきであり、そうすることによって最も密接な関連性を有する法の適用が可能となる。非嫡出親子関係の確定は、多くの場合、子による扶養請求などの前提として問題となるのであるから、現在の時点が非嫡出親子関係の成立にとって意味がある。もっとも、出生時に準拠法を固定しないと連結素の操作が行われるという懸念もないではない。しかし、「父子関係の確定を可能にするため、あるいはこれを妨げるために、だれも外国に旅行したり国籍を変更したりはしない」し、そもそも父子関係の確定についてはforum shoppingを妨げることはできない、との反論がある。」（横山〔1997（H9）〕189頁）

決の形成力)のは前者の側面であり、認知判決に基づく非嫡出親子関係成立をなんびとも争うことができない(認知判決の既判力)のは後者の側面である。簡単にいえば、認知判決においては、裁判所は、一方では認知行為を行い、他方では、それと同時に、その認知行為に基づき非嫡出親子関係が成立した旨を判断している、と考えることができる。

以上により、裁判認知による非嫡出親子関係成立に関しても認知時を以って準拠法基準時とすることを基礎づけることができる(それゆえ、認知判決確定時が基準時になると思われるが、国籍・常居所などを認定する必要上、実際には事実審の口頭弁論終結時が基準時となる。).

第2款 子の出生時

裁判認知に関して子の出生時を準拠法基準時とすることに関して、将来の裁判認知への期待が説かれることがある。

横山は次のようにいう。

「これら二つの基準時〔子の出生時と認知時〕を選択的關係に置けば、たとえば、次のように「子の利益」に沿った結果が得られる。子の出生当時における当事者の本国法の下で強制認知が可能であった場合には、父が国籍を変更したとしても、子は強制認知の可能性を奪われない。逆に、子の出生当時における当事者の本国法では強制認知が認められていないとしても、現在当事者が属する本国法がこれを認めているときには強制認知の可能性が生まれる。」(横山〔1997 (H9)〕196頁、横山〔1990 (H2)〕241頁も同じ。)

子の出生時に人々がその時点の(当該親の)本国法を見て、将来の任意認知の可能性を信ずることを保護すべきか否かに関しては既に検討した(前出本章第4節第2款参照)。

裁判認知に関して子の出生時を準拠法基準時とする根拠も、任意認知におけると同じく、第1に、認知主義にあっても子の出生は非嫡出親子関係成立原因であること、および、第2に、事実主義と認知主義は、いずれも血縁による非

嫡出親子関係成立として、両者を通じて同じ準拠法を定める必要があること(前出本章第4節第3款参照)に求めるべきであろう^{61), 62)}。

- 61) 横山は裁判認知の基準時を子の出生時とする諸外国の立法に関して述べられる理由を次のようにまとめる。

「裁判による非嫡出親子関係の成立については、ポルトガル民法56条1項の規定を除き、すべての規定が出生時を少なくとも原則的な基準時としている。

〔……〕出生時を唯一のあるいは原則的な基準とする理由は次の2点に求められよう。第1に、嫡出親子関係と非嫡出親子関係を区別せず、両者に同一の抵触法的処理を与えようとするれば、準拠時点については両者に共通する時点を選ばなければならない。こういった処理を前提とするかぎり出生時によらざるをえない。ポーランド国際私法19条2項、フランス民法311条の14などの規定が出生時を基準とした理由の一つはこの点にあるとみられる。第2に、親子関係を発生させる事実は子の出生という事実であるから、出生の日を基準にしてその成立に適用される法を決定しなければならない。実質法上、親子関係の成否に関する訴えの期間は出生の日から起算されるということによっても、このことは裏書きされるといわれる。」(横山〔1997(H9)〕188頁)

この引用文中の第1点は嫡出親子関係と非嫡出親子関係の準拠法の一致の必要性という観点であり、血縁による非嫡出親子関係成立(事実主義と認知主義)における準拠法の一致の必要性という観点ではない。第2点は、子の出生は認知による非嫡出親子関係成立原因である、という思想である。

- 62) 横山は、「子の出生当時における当事者の本国法の下で強制認知が可能であった場合には、父が国籍を変更したとしても、子は強制認知の可能性を奪われない。」という観点を重視するのに対して、裁判離婚に関しては、離婚原因(不貞行為など)の発生時に当事者の抱く将来の離婚判決への期待の保護の必要性を重視しない。横山は次のようにいう。

「訴え提起当時であれ離婚時であれ、ある事実が離婚原因を構成するか否かは、これらの時点において特定される法によって評価される。関連する事実が発生した後当事者が国籍や常居所を変更し、それらの時点における準拠法が事実発生当時における準拠法と異なる場合も同様である。したがって、事実発生当時における準拠法の下においては当該事実が離婚原因に該当していたとしても、新準拠法が離婚原因とは評価していないときは、当該事実を離婚原因として援用することはできないことになる。準拠法の変更のため生ずるこの結果はかならずしも不都合ではない。旧準拠法の下で離婚を請求することができたにもかかわらず、当事者はその権利を行使しなかったと考えることができるからである。」(横山〔1997(H9)〕134頁)

裁判認知でも裁判離婚でも、事実発生時に人々が抱く将来の形成判決への期待は、その事実発生時を基準時とすべきか否かの決め手にはならないように思われる。

第6節 胎児認知

胎児認知の場合は、認知時に胎児の本国法は存在しないという特色があるが、それだけでなく、生後認知の場合には子の出生後に認知が行われるのに対して、胎児認知の場合は、子の出生時と認知時が逆転している。このために、解釈上の問題は少なくない。

第1款 従来の学説

第1目 法例改正前の学説

1. 山口弘一

「胎児を認知することを得るや、之は被認知者たる胎児の本国法に依る。然るに胎児には国籍なきが故に、母の本国法を以て其本国法と看做す。」(山口〔1932 (S7)〕76頁、山口〔1943 (S18)〕172頁も同じ。)

2. 實方正雄

「胎児は認知することを得るや、理論上は認知者たる親及び被認知者たる胎児の本国法に依って決定せらる可き問題である。併し胎児には国籍無く、且私生子は母の国籍を取得するを通常とするから(例えば、我が国籍法2条)、母の本国法を以て子の本国法と看做すの外は無いであらう。」(實方〔1953 (S28)〕311頁、實方〔1937 (S12)〕260頁も同じ。)

3. 江川英文

(1) 江川〔1939 (S14)〕

(a) 江川は法例旧18条1項の規定の文言を引用して次のようにいう。

「胎児を認知することを得るか否かも右の原則によるべきであるが、胎児は国籍を有しないから、この場合には母の本国法を以て子の本国法と見做さざるを得ない。」(江川〔1939 (S14)〕256頁)

(b) 江川はこの引用文に後注を付して次のように記載する。

「實方・前掲論文260頁、山口・前掲76頁参照。」(江川〔1939 (S14)〕256頁注4)

(2) 江川 [1950 (S25)]

「胎児の認知については、胎児には国籍がないから、その本国法によることはできない。この場合には、母の本国法をもって胎児の本国法と看做すべきであろう。」(江川 [1950 (S25)] 295 頁。江川 [1970 (S45)] 280 頁も同じ。)

4. 久保岩太郎

(1) 久保 [1951 (S26)]

「胎児の認知において認知行為のあった時には他の当事者たる被認知者は未だ胎児である。胎児には国籍がないから母の国法を以てこれに代位せしめることが考えられる (實方教授 311 頁, 江川教授 295 頁, 久保・概論 233 頁, なお山口博士研究 172 頁参照)。しかし法律要件理論の立場から考えれば胎児が胎児である間は認知たる法律要件としては未完成であり, 分娩があって始めて完成するのであるから, 被認知者については分娩 (出生) 当時の子の本国法 (或は母と同一の本国法なることあり, 或は出生地が本国法なることがあろう) に依るべきものとするのが正当のように思われる。また認知を認知者の本国法のみによらしめる主義を採る立法の立場から見れば認知当時の認知者 (父) の本国法でなく, 寧ろ子の出生当時の認知者の本国法に依るものとすべきであろう。」(久保 [1951 (S26)] 12 頁)

(2) 久保 [1955 (S30)]

「胎児認知 (例えば, 日民 783 条 1 項) においては, 認知行為の当時は, 一方の当事者たる被認知者は未だ胎児であり, 人格者ではないので, この者についての準拠法をどこに求めるかが問題となる。出生後取得すべき本国法に求むるもの (川上・128 頁) と, 母の本国法を以て代用せしめようとするもの (實方・311 頁) とがある。前説では準拠法が未定になる不都合がある。後説に依り, 現実に子が出生した場合に取得した本国法 (例えば母と同一の本国法又は出生地法) がこれを認めないときは失効するものとするのが適當ではないかと思う (山口・研究 172 頁, 久保・前掲 13 頁参照)。」⁶³⁾ (久保 [1955 (S30)] 596 頁)

5. 川上太郎

「死者及び胎児には認知当時に本国法はないから、止むを得ず死者については死亡当時の本国法，胎児に〔以下，128頁〕については出生後取得すべき本国法によるべきものと解する。」（川上〔1953（S28）〕127-128頁）

6. 折茂豊

(1) 折茂は次のようにいう。

「胎児を認知しようとするときには，その本国法は母の本国法にこれをもとむべきであろう。」（折茂〔1972（S47）〕343頁）

(2) 折茂はこの引用文に後注を付して次のようにいう。

「江川・280頁，実方・311頁，川上・128頁は，出生後取得すべき本国法によるものとされる。」（折茂〔1972（S47）〕345頁注2）

7. 山田鎌一

(1) 山田（鎌）は次のようにいう。

「胎児の認知の場合には，胎児には国籍がないから，認知当時における母の本国法をもって胎児の本国法とみなすべきである。」（山田（鎌）〔1987（S62）〕399頁）

(2) 山田（鎌）はこの引用文に後注を付して次のようにいう。

「江川・全書280頁，実方・概論311頁，山口弘一『親族法及国際親族法の研究』172頁。これに対し，川上・要綱128頁は，出生後取得すべき子の本国法によるものとし，講座Ⅱ（久保）596頁は，母の本国法により，現実に子が出生した場合に取得した本国法（例えば出生地法）がこれを認めないときは失効するものとする。」（山田（鎌）〔1987（S62）〕404頁注4）

63) 久保のいう「後説に依り，現実に子が出生した場合に取得した本国法（例えば母と同一の本国法又は出生地法）がこれを認めないときは失効する」とはどんな場合か。胎児認知時の本国法が胎児認知を認める場合において出生時の本国法が認知主義に立つけれども胎児認知制度を持たないときがその例であろう。なお，その場合（＝胎児認知時の本国法が胎児認知を認める場合）において出生時の本国法が事実主義に立つときは，出生時の本国法は胎児認知を有効とは認めないにもかかわらず出生時に非嫡出親子関係が成立する。

8. 澤木敬郎

「胎児認知については、母の本国法をもって子の本国法とみなすべきである。」
（澤木〔1984（S59）〕125頁）

第2目 法例改正後の学説

以下では、法例改正後に発表された、胎児認知に関する学説を挙げるが、便宜上、基本通達とその解説を最初に掲げる。

1. 戸籍実務

(1) 基本通達

「法例の一部を改正する法律の施行に伴う戸籍事務の取扱いについて」（平成1（1989）-10-2民2第3900号民事局長通達）「第4認知，1創設的届出，（3）胎児認知の場合」は次のように定める。

「胎児認知の届出があったときは、改正法例第十八条第一項後段及び第二項の適用上、「子の本国法」を「母の本国法」と読み替えて受否を決するものとする。」

(2) 法務省による解説

法務省民事局内法務研究会〔1989（H1）〕は法務局職員のための解説である。同書は次のようにいう。

「胎児の本国法については、従前のおりの取扱い、すなわち、改正法例第18条第1項後段及び第2項の「子の本国法」を「母の本国法」に読み替えることを明確にするため、通達文で、明示したのである。

したがって、胎児認知は、認知の当時の父の本国法又は認知の当時の母の本国法のいずれの法律によってもすることができるとなり〔……〕。

〔以下、249頁〕

なお、胎児認知の場合は、子は未だ出生していないことから、子の出生の当時の認知する者の本国法は存在しないが、「認知時の認知する者の本国法」により認知することができるので、あえて読み替える必要はないと思われる（読

み替えても同一の結果になろう.)」(法務省民事局内法務研究会〔1989 (H1)〕248-249頁)

2. 澤木敬郎

(1) 澤木・南〔1990 (H2)〕

「胎児認知は、出生時に問題になるものではないから2項が適用される。その場合は、母の本国法を子の本国法とみなすことになる。」(澤木・南〔1990 (H2)〕22頁(澤木敬郎))

(2) 澤木〔1990 (H2)〕

「法例18条1項は、事実主義にもとづく非嫡出親子関係および、出生時またはそれ以前の認知によるそれについて規定し、2項は出生時以後の認知につき規定している。すなわち、事実主義と認知主義のいずれにもとづくものであれ、出生時において問題となる非嫡出親子関係は、父子関係については父の、母子関係については母の、出生時における本国法が準拠法となる(1項)。また、認知による非嫡出親子関係の成立は、右の出生時における父または母の本国法によるほか、父子関係については父の、母子関係については母の、認知時における本国法または、認知時の子の本国法によることもできる(2項)。[……。]。〔以下、133頁〕。[……。]。1項後段による認知当時の子の本国法は、胎児認知については、母の本国法をもって子の本国法とみなすべきである。」(澤木〔1990 (H2)〕132-133頁)

3. 南敏文

南は改正法例18条について次のようにいう。

「胎児認知の場合における本条の適用であるが、「子の本国法」を「母の本国法」と読み替えて本条一項後段及び二項を適用することとなる(基本通達第四の一(三))。本条三項で関係者が死亡した場合における補助準拠法のみを〔以下、127頁〕定めており、胎児認知の場合における子の本国法について定めていない以上、胎児については本国法がなく、結局、認知の当時の認知する者の本国法のみにより認知をすることができ、かつ、この場合は、子の本国法によ

る保護要件も適用されないと考える余地もあるが、そのように解した場合、胎児に限って選択的連結を認めないこととなり、かつ、保護要件も適用されないとことになって、著しくバランスを欠き、立法趣旨に合わなくなる。また、改正前の法例上、胎児認知の場合は、本条の「子ノ本国法」を「母ノ本国法」と読み替えて適用しており、改正法例下においても、そのような解釈が可能であるので、前記の解釈が正当である〔……〕。胎児認知の場合は、子の出生の当時における父の本国法は存在せず、本条一項前段の適用の余地はない。」(南〔1992 (H4)〕126-127 頁、澤木・南〔1990 (H2)〕149-150 頁(南敏文)も同旨。)

4. 山田鎌一

(1) 山田(鎌)は次のようにいう。

「胎児の認知については規定がないが、胎児には国籍がないから認知当時における母の本国法をもって子の本国法とみなすべきである(南・解説 127 頁、溜池・講義 472 頁、平成元年基本通達第 4 の 1 (3)).」(山田(鎌)〔2004 (H16)〕485 頁)

(2) 山田(鎌)はこの引用文に後注を付し、次のようにいう。

「改正前の法例の解釈として、江川・全書 280 頁、実方・概論 311 頁、山口弘一・親族法及国際親族法の研究 172 頁。これに対し、川上・要綱 128 頁は、出生後取得すべき子の本国法によるものとし、講座 II (久保) 596 頁は、母の本国法により、現実に子が出生した場合に取得した本国法(例えば出生地法)がこれを認めないときは認知は失効するものとした。」(山田(鎌)〔2004 (H16)〕491 頁注 5)

5. 溜池良夫

「胎児認知の場合には、子の本国なるものはないから、もっぱら父または母の本国法によるべきであるとする見解もあるが、母の本国法をもって子の本国法とみなすべきであろう。」(溜池〔2005 (H17)〕499 頁)

6. 奥田安弘

(1) 奥田は次のようにいう。

「胎児認知の場合は、子がまだ生まれていないから、認知の当時における子の本国法は存在しないが、母の本国法をもって子の本国法とみなすべきである。このように母の本国法をもって代用法とするのは、実際的な理由による。すなわち、子の本国法がないものとしたら、認知を成立しやすくするという選択的連結の趣旨に反し、〔……〕保護要件の趣旨も没却されること、胎児認知は、その性質上、裁判によって請求することができず、戸籍実務の形式審査のもとでは、一律に母の本国法をもって子の本国法とすることにより、審査の便宜が図られることなどである。」(奥田〔2020 (R2)〕263頁)

(2) 奥田はこの引用文に脚注を付して次のようにいう。

「注釈民法実子514頁(奥田安弘)は、一律に母の本国法をもって子の本国法とする解釈に疑問を提起したが、説を改める。」(奥田〔2020 (R2)〕263頁注16)

7. 佐野寛

(1) 佐野は次のようにいう。

「子の出生前の認知、すなわち胎児認知については明文規定が存在しない。胎児については本国法を観念できないとして、認知者の本国法のみを適用することも考えられるが、出生後の認知の場合と著しく均衡を欠くことになるため、通説および戸籍実務は、認知当時の母の本国法を子の本国法と読み替えて適用するとしている(澤木＝道垣内・入門130頁、南・解説126-127頁、山田録485頁)」(櫻田・道垣内〔2011 (H23)〕第2巻97頁(佐野寛))

(2) 佐野はこの引用文に脚注を付して次のようにいう。

「平成元・10・2民二3900通達第4の1(3)。もっとも、このような処理に対しては、子が出生したときに母の国籍を取得する可能性がある場合に限定すべきであるとの見解もある(奥田・前掲注1)514頁)。しかし、このような読替は認知保護の考慮から、いわば便宜的に行うものであるから、厳密な国籍取得の可能性とは切り離して、認知当時において胎児と最も密接な関係を持つ法である母の本国法によるものと理解すべきであろう。」(櫻田・道垣内〔2011

(H23)〕第 2 巻 97 頁注 32 (佐野寛)

8. 道垣内正人

「通則法 29 条 1 項は、事実主義か認知主義かを問わず、子の出生時の非嫡出親子関係の成立について規定し、2 項は出生時とは異なる時点での認知について規定している。すなわち、1 項により、出生時に非嫡出親子関係が成立したか否かは、父子関係については父の、母子関係については母の、出生時における本国籍が準拠法となる。その本国籍が認知を要求していれば、いずれの時点でするにせよ、その法律上の認知がされなければ親子関係は成立しない。〔……〕。胎児認知の場合、認知の時から子の出生までの間に認知者の本国籍が変更したときは、1 項に加え 2 項の適用もあり、その場合の 2 項の「子の本国籍」は認知当時の母の本国籍と解すべきであろう。」(澤木・道垣内〔2018 (H30)〕114 頁)

9. 出口耕自

「胎児認知の届出があった場合には、子の本国籍を母の本国籍と読み替えたうえで受否が決定される(平成元・10・2 民二 3900 通達第 4 の 1 (3))。したがって、胎児認知は、認知の当時の父の本国籍又は認知の当時の母の本国籍のいずれの法律によってでもできる。ただし、前者の法律による場合には、後者の法律上の子の保護要件を備える必要がある。」(佐藤・道垣内〔2007 (H19)〕78 頁(出口耕自))

第 2 款 検討

胎児認知の準拠法に関する従来の学説は以上のとおりである。必ずしも多くはないとはいえ、少なくともなく、むしろ多彩であるといえる。

生後認知の場合は認知時の子の本国籍が存在する(認知前に子が死亡した場合は死亡時の本国籍である。法適用通則法 29 条 3 項後段)。これに対して、胎児認知の場合は、認知時に子の本国籍が存在しないが、それだけではない。生後認知と胎児認知を比較すると、認知のふたつの原因(子の出生と認知行為)の発生順序が互いに逆になっている。以下ではこれらの観点から検討する。

第1目 法例改正前の学説の評価

まず、法例改正前の学説を検討する。

法例旧18条1項は認知に関して認知者の本国法と子の本国法の配分的適用を定め、認知時を準拠法基準時とした。この規定の下で胎児認知の準拠法を考える場合、解決の方向には2種類ある⁶⁴⁾。

第1説は、胎児認知にあっては認知時の子の本国法という準拠法は存在しないから、認知時の子の本国法を別の実質法により補充・代替する説（段階的連結説）である。

第2説は、胎児認知の場合は子の出生時が原因事実完成時であるから、認知者の本国法と子の本国法のいずれに関しても子の出生時を基準時とすべきである、とする説である。

まず、第1説（段階的連結説）である。この説は、胎児認知時の子の本国法を何により代替するかにより、胎児認知時の胎児の母の本国法を、胎児の母の本国法としての資格で、代替的・補充的に準拠法とする説（第1説1）と、子の出生時の本国法を代替的・補充的に準拠法とする説（第1説2）に分かれる。

第1説1（胎児認知時の胎児の母の本国法を、胎児の母の本国法としての資格で、代替的・補充的に準拠法とする説）は、山口、江川、折茂、山田（鎌）[1987（S62）]、澤木 [1984（S59）] の各説である。第1説1にあっては、認知者については胎児認知時の認知者の本国法によることとなる。

第1説2（子の出生時の本国法を代替的・補充的に準拠法とする説）はふたつに分かれる。すなわち、胎児認知の成否を、子が出生により実際に取得した国籍に基づいて、子の出生後に判断する説（第1説2a）と、子が出生により取得する国籍を胎児認知時に予測して、その予測に基づいて胎児認知の成否を判

64) 学説の分類については、久保 [1955（S30）] 596頁、折茂 [1959（S34）] 279頁注2、折茂 [1972（S47）] 345頁注2、山田（鎌）[1987（S62）] 404頁注4、山田（鎌）[2004（H16）] 485頁、491頁注5、櫻田・道垣内 [2011（H23）] 第2巻97頁（佐野寛）参照。

断する説 (第 1 説 2b) である。

子が出生により実際に取得した国籍に基づいて胎児認知の成否を判断する説 (第 1 説 2a) に立つのは川上と久保 [1955 (S30)] であろう。ただし、川上のいう「〔胎児が〕 出生後取得すべき本国法によるべきものと解する」の意味が、胎児認知の成否を子の出生後に判断する (第 1 説 2a) という意味なのか、それとも、子が出生時に取得する国籍を胎児認知時に予測して、その予測に基づき、胎児認知の成否を判断する (第 1 説 2b) という意味なのか、明らかではない面はある⁶⁵⁾。次に、久保 [1955 (S30)] は胎児認知の有効無効を子の出生を待って子の出生時の本国法により判断する (なお、久保 [1955 (S30)] は胎児認知時の胎児の母の本国法と出生時の子の本国法を累積的に適用しているのではないかと、という疑問が生ずるが、久保 [1955 (S30)] の主眼は出生時の子の本国法を適用するところであろう。)、第 1 説 2a にあっても、認知者については胎児認知時の認知者の本国法によることとなる。

子が出生により取得する国籍を胎児認知時に予測して、その予測に基づいて胎児認知の成否を判断する説 (第 1 説 2b) に立つのは實方である。實方が「私生子は母の国籍を取得するを通常とするから [……]、母の本国法を以て子の本国法と看做すの外は無いであらう。」というのは、胎児認知時の胎児の本国法の欠缺は子の出生時の本国法により代替・補充すべきである、という思想に立っており、實方説の特色は、胎児認知の成否の判断を、子の出生を待たずに、胎児認知時に行う点にある。次に、川上のいう「〔胎児が〕 出生後取得すべき本国法によるべきものと解する」というのは、胎児認知の成否は子の出生後に判断する (第 1 説 2a) という意味に理解することもできるし、また、子が出生により取得する国籍を胎児認知時に予測して、その予測に基づいて胎児認

65) 久保 [1955 (S30)] 596 頁は川上説に関して「前説〔川上説〕では準拠法が未定になる不都合がある。」という。それゆえ、久保は、川上説を、胎児認知の有効無効を子の出生を待って判断する説として理解するといえよう。

知の成否を判断する（第1説2b）という意味に理解することもできる。なお、久保〔1955（S30）〕は實方説を支持しつつも子の出生時の本國法により子の出生後に再判断をするから、本質的には第1説2aである。第1説2bにあっても、認知者については胎児認知時の認知者の本國法によることとなる。

以上のうち、第1説2aによれば、胎児認知の成否は子の出生を待たないと判断することができない。第1説2bによれば、胎児認知の成否を胎児認知時に判断することができるが、子が出生時に実際に取得した国籍が胎児認知時における予想に反した場合の問題は大きいであろう（以上は、実際上の難点と評することができる。）。これに対して、胎児認知時の胎児の母の本國法を、胎児の母の本國法としての資格で、代替的・補充的に準拠法とする説（第1説1）によれば、子が出生により取得する国籍を予想することなく、胎児認知の成否を胎児認知時に判断することができる。

第2説（胎児認知の原因事実完成時として、認知者についても子についても、子の出生時を基準時とする説）は久保〔1951（S26）〕が主張していた説である。この説の論拠である、《胎児認知にあつては原因事実完成時は子の出生時である。》という思想は胎児認知の本質をとらえていると思われるが、法例旧18条1項が認知に関して明文を以って認知時を基準時としていたので、第2説は解釈論としては成立し難い⁶⁶⁾。

以上の学説のうち、第1説2（a、bいずれも）は子の出生時の本國法によ

66) 改正前法例は認知に関しては認知時を基準時とした（法例旧18条1項）のに対して、出生による非嫡出親子関係成立に関しては明文の規定を欠いていた。そこで、法例改正前の学説は、《認知に関しては原因事実完成時たる「認知時」を基準時とする。》という準則を平行移動して、《出生による非嫡出親子関係成立に関しては原因事実完成時たる「出生時」を基準時とする。》と解釈することが可能だった。第2章第1節に引用した久保説、折茂説を参照。これに対して、胎児認知は認知の一種であるから、《胎児認知に関しては原因事実完成時たる「出生時」を基準時とする。》という解釈は法例旧18条1項の明文に反する。

る代替・補充を実質的根拠とし、第2説は子については子の出生時の本国法を本来の準拠法とするから、いずれも循環論法という批判を免れない⁶⁷⁾(これを理論上の難点と評することができよう.)。

以上をまとめると、第1説2(a, bいずれも)には実際上の難点があり、第2説には解釈論としての難点があり、第1説2(a, bいずれも)も第2説も循

67) 周知のように、嫡出親子関係の成立に関して出生時の子の本国法を準拠法とすることは循環論法になるので採り得ない。それは、嫡出親子関係の成否が決まらなければ子の国籍が決まらないにもかかわらず、子の本国法により嫡出親子関係の成否を判断するのは矛盾だからである。溜池〔1985(S60)〕236頁参照。

溜池が、事実主義による非嫡出親子関係成立に関して、法例改正前に、認知者の本国法と子の本国法の配分的適用を定めた法例旧18条を類推適用する説(基準時は子の出生時である。前出第2章第1節で引用した久保および折茂の各説を参照)を批判した際の理由のひとつは、そのような解釈は循環論法に陥る、という点にあった。溜池は次のようにいう。

「出生の事実により直接発生する婚外親子関係の成立に子の本国法を考慮することは、嫡出親子関係の場合に比べると同じく、循環論に陥ることがある。すなわち、それは子の国籍の決定が婚外親子関係の成否にかかることがあるからである。たとえば、わが国籍法2条1号が前提とする父子関係は嫡出父子関係のみならず婚外父子関係を含み、また同条3号にいう父子関係の不存在は、嫡出父子関係のみならず、婚外父子関係を含む(平賀・前掲書277頁, 226頁)。したがって、国際私法上婚外父子関係の存否が決定しなければ、子の国籍は決定し得ないことになるから、その決定に子の本国法を考慮することは循環論に陥る。」(溜池〔1985(S60)〕249頁。溜池〔1962(S37)〕242頁も、字句の違いがあるほかは、同じ)。

例えば、非嫡出父子関係が子の出生により成立するか否かの問題につき出生時の子の本国法を準拠法とする場合、子が母から取得する国籍のみを前提として判断するわけにはいかないであろう。これは、胎児認知の場合も同様であると思われる。父による胎児認知が有効か否かの問題につき出生時の子の本国法(子が出生時に現実取得した国籍、あるいは、懐胎中に予測した国籍のいずれであるかを問わず)を準拠法とする場合、子が母から取得する国籍のみを前提として判断するわけにはいかないであろう。従って、胎児認知時の胎児の本国法を胎児の出生時の本国法により代替する説は循環論法に陥ると思われる。

環論法に陥る。第1説1はそれらの難点を備えていない（第1説1については後出第2目第3項参照）。

第2目 法例改正後の学説等

生後認知の場合は、準拠法基準時は、子の出生時の認知者の本国法（法適用通則法29条1項前段）、認知時の認知者の本国法および認知時の子の本国法（法適用通則法29条2項前段）である。これは、胎児認知に関してはどのように解釈されているか。

第1項 戸籍実務

第1に、基本通達は、「胎児認知の届出があったときは、改正法例第十八条第一項後段及び第二項の適用上、「子の本国法」を「母の本国法」と読み替えて受否を決するものとする。」と述べるのみであり、認知時の認知者の本国法にも出生時の認知者の本国法にも触れない。

第2に、法務省による解説（法務省民事局内法務研究会〔1989（H1）〕）は、改正法例18条2項前段の「子の本国法」を「母の本国法」に読み替えるべき旨を述べ、また、「胎児認知は、認知の当時の父の本国法又は認知の当時の母の本国法のいずれの法律によってもすることができることとなり」、「胎児認知の場合は、子は未だ出生していないことから、子の出生の当時の認知する者の本国法は存在しない」という。これによれば、胎児認知の準拠法は認知時の認知者の本国法と（胎児の本国法の代替的準拠法たる）胎児認知時の胎児の母の本国法である。

第3に、南は、胎児認知時については、「子の本国法」を「母の本国法」と読み替えるべき旨を述べるとともに、「本条三項で関係者が死亡した場合における補助準拠法のみを定めており、胎児認知の場合における子の本国法について定めていない以上、胎児については本国法がなく、結局、認知の当時の認知する者の本国法のみにより認知をすることができ、かつ、この場合は、子の本国法による保護要件も適用されないと考える余地もあるが」と述べて、そのよ

うな解釈を排除しているので、認知時の認知者の本国法が準拠法になることを認めるといえる。そして、「子の出生の当時における父の本国法は存在せず、本条1項前段の適用の余地はない。」という。従って、南も、胎児認知の準拠法をふたつ（胎児認知時の認知者の本国法、胎児認知時の胎児の母の本国法）であると考えているといえる。

第2項 学説

次に、学説はどうか。

第1に、基本通達と同じく、胎児認知時の胎児の本国法については胎児認知時の胎児の母の本国法により代替すべき旨を述べるのみで、胎児認知時の認知者の本国法と子の出生時の認知者の本国法が準拠法になるか否かに言及しない説として、山田（鎌）〔2004（H16）〕を挙げることができる。

第2に、法務省による解説および南と同じく、胎児認知時の認知者の本国法と胎児認知時の胎児の母の本国法が準拠法になるとともに子の出生時の認知者の本国法は準拠法にならない旨を述べる説として、澤木・南〔1990（H2）〕（澤木）を挙げることができる。「胎児認知は、認知の当時の父の本国法又は認知の当時の母の本国法のいずれの法律によってでもできる。」と述べる出口も同様であろう。

第3に、胎児認知に関しては子の出生時の認知者の本国法のみが準拠法になる（法適用通則法29条1項しか適用されない）とする説として、澤木〔1990（H2）〕を挙げることができる。

第4に、胎児の本国法について代替的連結をしなければ択一的連結の趣旨に反する旨を説く説として、溜池、奥田、佐野を挙げることができる。この説が、胎児認知時の胎児の母の本国法に加えて、胎児認知時の認知者の本国法と子の出生時の認知者の本国法の双方を準拠法にするのか、それともいずれか一方のみを準拠法とするのかは明らかではない。

第5に、胎児認知の場合は、胎児認知時の認知者の本国法、胎児認知時の胎児の母の本国法、および、子の出生時の認知者の本国法が択一的に準拠法にな

るとする説として、澤木・道垣内〔2018（H30）（道垣内）〕を挙げることができる。

第3項 まとめ

法例改正後に現れた胎児認知の準拠法に関する学説等は次のようにまとめることができる。

第1 認知時の子の本国法（法適用通則法 29 条 2 項前段）

法例改正前は、胎児認知に関しては、第1説（段階的連結説。胎児認知時には胎児の本国法は存在しないので別の実質法を代替的・補充的に準拠法とする説）と、第2説（胎児認知の場合は原因事実完成時は子の出生時であるから認知者と胎児のいずれについても子の出生時を基準時とする説）があり、前者は、胎児認知時の胎児の母の本国法を、胎児の母の本国法としての資格で、代替的・補充的に準拠法とする説（第1説1）と、子の出生時の本国法を代替的・補充的に準拠法とする説（第1説2。これは、子が出生により実際に取得した国籍を基準とする説（第1説2a）と、子が出生により取得する国籍を胎児認知時に予測して、予測された国籍を基準とする説（第1説2b）に分かれる。）に分かれていた。

第1説2（a, b いずれも）には実際上の難点がある。第2説には法例旧 18 条の文言に反するという難点があった。第1説2（a, b いずれも）および第2説には循環論法に陥るという理論上の難点がある（前出本款第1目参照）。法例改正後は明文の規定により子の出生時が基準時になった（法適用通則法 29 条 1 項前段）ため、法例改正後は第2説が成立する基盤は失われた。法例改正後は——改正法例 18 条 2 項前段および法適用通則法 29 条 2 項前段にいう認知時の子の本国法に関して——胎児認知の場合については多数説が第1説1（胎児認知時の胎児の母の本国法を、胎児の母の本国法としての資格で、代替的・補充的に準拠法とする説）を主張しているのはこのような理由に基づくと思われる。法例改正後の学説の中で第1説1を主張する説は、基本通達、法務省による解説（法務省民事局内法務研究会〔1989（H1）〕、澤木・南〔1990（H2）〕（澤

木）、南〔1992（H4）〕、山田（鎌）〔2004（H16）〕、溜池〔2005（H17）〕、奥田、佐野、道垣内、出口である（本節第1款第2目で挙げた学説のうち澤木〔1990（H2）〕以外である。）。胎児認知の場合は認知時の子の本国法（法適用通則法29条2項前段）は存在しないが、択一的連結の趣旨から、準拠法の選択肢の数を減らすべきではない。次に、胎児と母は肉体的に同一であるから、胎児認知時の胎児の母の本国法を、胎児の母の本国法としての資格で、代替的・補充的に準拠法とすべきであろう。

第2 認知時の認知者の本国法（法適用通則法29条2項前段）

法例改正前は第1説（第1説1、第1説2a、第1説2b）は、認知時の認知者の本国法（法例旧18条1項）については胎児認知の場合も胎児認知時の認知者の本国法と解釈していた。改正法例18条2項前段および法適用通則法29条2項前段にいう認知時の認知者の本国法に関して、胎児認知の場合は、胎児認知時の認知者の本国法と解する説は、法務省の解説、澤木・南〔1990（H2）〕（澤木）、南〔1992（H4）〕、道垣内、出口である。この解釈に問題はないであろう。

第3 子の出生時の認知者の本国法（法適用通則法29条1項前段）

子の出生時の認知者の本国法（法適用通則法29条1項前段）は法例改正により新たに設けられた準拠法である。胎児認知の場合も子の出生時の認知者の本国法は準拠法になるとする説は澤木〔1990（H2）〕と道垣内である。胎児認知の場合に子の出生時の認知者の本国法を準拠法とする場合は、子の出生を待たなければ胎児認知の成否を判断することができないという事態が生じ得る。そこで、胎児認知の場合も子の出生時の認知者の本国法が準拠法になるか否かを次に検討する。

第3目 胎児認知の準拠法基準時としての子の出生時

胎児認知の問題点は次の点にあらう。第1に、子が生きて生まれるかどうか胎児認知時にはわからない（胎児が死産した場合は非嫡出親子関係は成立しない）。第2に、認知による非嫡出親子関係成立の要件のひとつは認知者と子

との間の血縁関係であるが、母が婚姻中である場合に母の夫以外の男が胎児認知をするときは、認知者と子との間の血縁関係は、(ア)法による嫡出推定（それは子の出生日により決まる）により左右され、(イ)嫡出否認判決または母の夫と子との間の親子関係の不存在を確認する判決により左右される。すなわち、母が婚姻中である場合に母の夫以外の男が胎児認知をするときは、認知による非嫡出親子関係成立の要件としての認知者と子との間の血縁関係の存否は子の出生後でないとわからない。しかし、胎児認知に関して認知時を基準時とする限り（法適用通則法 29 条 2 項前段）、どの法域の法が準拠法になるかは胎児認知時に決まる^{68) 69)}。

これに対して、血縁上の父が胎児認知を試みたところ、その時点の（認知者の、

68) 青木・大森〔1982 (S57)〕は戸籍実務に関して次のようにいう。

「胎児認知の届出があっても、ただちにこれを戸籍に記載するのではなくて、出生の届出をまって出生事項とともに戸籍に記載する。したがって、胎児認知の届出を受理した母の本籍地の市町村長は、後に出生届があるまでこれをそのまま保存し〔……〕、ただ備忘的措施として、戸籍簿の表紙の裏面にその旨のメモ紙を附することはさしつかえないとされる〔……〕。」(青木・大森〔1982 (S57)〕 299 頁)

「胎児が死産したときは、胎児認知に関する事項は結局戸籍に記載されないこととなるが、この場合には、胎児認知の届出に結末をつける必要上 65 条による死産届がなされる。」(青木・大森〔1982 (S57)〕 300 頁)

以上の点については、また、中川〔1971 (S46)〕 220 (木下明)、中川・米倉〔2004 (H16)〕 355 頁 (前田泰)、二宮〔2017 (H29)〕 620 頁 (前田泰) 参照。

69) 認知による非嫡出親子関係成立の要件のひとつである認知者と子との間の血縁関係が子の出生後でないとわからないため、胎児認知届の受理処分撤回および不受理処分の撤回がなされる。そして、胎児認知届の不受理処分をした場合に、子の出生後、不受理処分を撤回するときは、戸籍実務上は、次のとおり、当初の届出等の受付の日に胎児認知届の効力が発生するものとされる。

平成 11(1999)-11-11 法務省民 2.5 第 2420 号 (法務局民事行政部長、地方法務局長あて法務省民事局第 2 課長、第 5 課長通知)「渉外的胎児認知届の取扱い等について (通知)」の「2 渉外的胎児認知届の取扱い等について」は次のように定める。

まず、「ウ 届出の不受理処分及びその撤回」の②は次のように定める。

および、胎児の母の) 本国法 (法適用通則法 29 条 2 項前段) により胎児認知をすることができない場合に、出生時の認知者の本国法 (法適用通則法 29 条 1 項前段) により判断すべきであるという解釈をしたときは、胎児認知時には、子の出生等の事実が未確定なだけでなく、認知者が子の出生時に有する国籍が未確定であり、従って、戸籍事務担当者の判断基準 (実質法の内容) も未確定である。

具体的にはどんな事例があり得るか、血縁上の父の本国法が (事実主義に立つため、または、認知主義に立つけれども胎児認知制度を持たないため) 胎児認知を有効とはしない場合において、血縁上の父 (以下、「認知者」という。) が市町村長に対して胎児認知届の受理を求めたが、その時点で認知者が日本へ

「胎児認知の届出を受理した後に被認知胎児が出生したことによって、その子が外国人母の前夫の嫡出推定を受けることが明らかになった場合には、当該受理処分を撤回して、不受理処分をする。この場合には、受理処分を撤回して、不受理処分をした旨を受附帳の備考欄に記載し、届出の受理の年月日及び受付番号を消除した上で、届出人に届書等を返戻する。

届書等を返戻する際には、届出人に対し、外国人母の前夫の嫡出推定を排除する裁判等が確定した旨の書面を添付して、返戻された届書によって届出をすれば、不受理処分を撤回し、当初の届書等の受付の日に届出の効力が生ずる旨を説明する。」

次に、「エ 届出の受理処分及びその撤回」の②は次のように定める。」

「被認知胎児が婚姻中の外国人母の夫の嫡出推定を受けることを理由に届出を不受理とした場合には、届書等を返戻する際に、届出人に対し、子の出生後に外国人母の夫の嫡出推定を排除する裁判等が確定した旨の書面を添付して、返戻された届書によって届出をすれば、不受理処分を撤回し、当初の届書等の受付の日に届出の効力が生ずる旨を説明する。」

上記引用文中の「ウ 届出の不受理処分及びその撤回」の②の第 2 段落および「エ 届出の受理処分及びその撤回」の②はいずれも、不受理処分の撤回の場合には「当初の届出書等の受付の日に届出の効力が生ずる」としている。これは、子の出生時に存在すべき事実 (子の血縁上の父が母の夫ではなく認知者であること) の存在が子の出生以後に確定した場合は胎児認知 (を試みた) 時に遡って胎児認知の効力が発生することを認めるものである。

の帰化手続中である場合である⁷⁰⁾。この場合において、認知者が子の出生前に日本国籍を取得したときは——胎児認知の基準時を認知時および出生時と解釈すれば——、既に試みた胎児認知が遡って有効となる（その結果、子は出生時に日本国籍を取得する。国籍法2条1号）。もちろん、この場合、認知者が日本国籍を取得した後、子の出生前に胎児認知をすれば同じ目的（出生時に非嫡出親子関係が成立すること、および、子が出生により日本国籍を取得すること）を達成することはできる。しかし、そのことから、胎児認知の準拠法基準時を出生時とする必要はない、とはいえない。

まず、先に述べた通り（前出本章第4節第3款参照）、すべての婚外子につき、その非嫡出親子関係成立に関しては、一律に出生時を——非嫡出親子関係成立の方向で——準拠法基準時とする必要がある。それゆえ、出生時の（当該親の）本国法が認知主義を採るのであれば、認知行為が行われる時点——認知が出生後に行われるか、それとも、出生前に行われたか——を問題としてはならないであろう。

次に、択一的連結の趣旨から、胎児認知に関して準拠法の選択肢の数（生後認知であれば、子の出生時の認知者の本国法、認知時の認知者の本国法、認知時の子の本国法の合計3個）を減らすべきではない。

以上の理由により、胎児認知に関しては、胎児認知時の（認知者の、および、胎児の母の）本国法と子の出生時の（認知者の）本国法を準拠法とすべきであろう。

70) 胎児認知に関して子の出生時の認知者の本国法を準拠法とする必要が生ずるのは、胎児認知制度を持つ国の国籍を、子の出生までに、認知者が取得する可能性のあることを認知者自身知っている場合（帰化手続を進めている、など）に限られよう。

おわりに

法適用通則法 29 条の規定する非嫡出親子関係成立の準拠法の基準時（子の出生時、認知時）に関しては、従来の学説は、なぜ他の時点ではなく、子の出生時・認知時を基準時とするのか——その時点を基準時とすることの基礎づけ・積極的根拠——を十分には説明していない。本稿は、このような問題意識に立って、法適用通則法 29 条が非嫡出親子関係成立に関して子の出生時と認知時を準拠法基準時とする根拠を検討した。

本稿は、法適用通則法 29 条の定める基準時を所与のものとしてその実質的根拠を検討したものであり、同条の改正を主張するわけではないし、同条の問題点を指摘するものでもない。しかし、現行法の拠って立つ根拠を尋ねることは法解釈学の避けて通れない問題である。本稿はこのような研究の試みである。

【参考文献】

- 青木義人・大森政輔『全訂戸籍法』〔1982 (S57), 日本評論社〕
池原季雄『国際私法（総論）』〔1973 (S48), 有斐閣〕
江川英文「国際私法（5・完）」末弘巖太郎編輯代表『新法学全集』第 36 回配本〔1939 (S14), 日本評論社〕
江川英文『国際私法』〔第 1 版 1950 (S25), 改訂増補版 1970 (S45), 有斐閣〕
奥田安弘『国際家族法』〔第 1 版 2015 (H27), 第 2 版 2020 (R2), 明石書店〕
奥田安弘・高畑幸訳: Nollo, Jose N (J.N. ノリエド) 著『フィリピン家族法』〔第 2 版 2007 (H19), 明石書店〕
折茂豊『国際私法（各論）』〔第 1 版 1959 (S34), 第 2 版 1972 (S47), 有斐閣〕
折茂豊『涉外不法行為法論——近代国際私法の発展——』〔1976 (S51)〕
川上太郎『国際私法講義要綱』〔1953 (S28), 有信堂〕
神前禎・早川吉尚・元永和彦『国際私法』〔第 4 版 2019 (R1), 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「親子」国際法学会編『国際私法講座第 2 巻』〔1955 (S30), 有斐閣〕
櫻田嘉章『国際私法（第 7 版）』〔2020 (R2), 有斐閣〕

- 櫻田嘉章・道垣内正人編『注釈国際私法』第2巻〔2011（H23）、有斐閣〕
- 佐藤やよひ・道垣内正人編『涉外戸籍法リステイトメント』〔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部法律編、III 親子』245頁〔1937（S12）、河出書房〕
- 實方正雄『国際私法概論』〔再訂版1953（S28）、有斐閣〕
- 澤木敬郎『国際私法入門』〔第2版1984（S59）、第3版1990（H2）、有斐閣〕
- 澤木敬郎・道垣内正人『国際私法入門』〔第8版2018（H30）、有斐閣〕
- 澤木敬郎・南敏文編著『新しい国際私法——改正法例と基本通達——』〔1990（H2）、日本加除出版〕
- 新堂幸司『新民事訴訟法』〔第6版2019（H31）、弘文堂〕
- 溜池良夫「嫡出決定の準拠法について」大平善梧編集代表『（久保岩太郎先生還暦記念論文集）国際私法の基本問題』235頁〔1962（S37）、有信堂〕
- 溜池良夫『国際家族法研究』〔1985（S60）、有斐閣〕
- 溜池良夫『国際私法講義』〔2005（H17）、有斐閣〕
- 中川善之助編集『注釈民法（22）のI親族（3）』〔1971（S46）、有斐閣〕〔復刊版2013（H25）、有斐閣〕
- 中川善之助・米倉明編集『新版注釈民法（23）親族（3）』〔2004（H16）、有斐閣〕
- 中川善之助・泉久雄編集『新版注釈民法（26）相続（1）』〔1992（H4）、有斐閣〕
- 中西康・北澤安紀・横溝大・林貴美『国際私法』〔第2版2018（H30）、有斐閣〕
- 中野俊一郎「判批：最判平成26（2014）-1-14」戸籍時報720号35頁〔2014（H26）〕
- 二宮周平編集『新注釈民法（17）親族（1）』〔2017（H29）、有斐閣〕
- 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）〕
- 根本洋一「親子関係の準拠法と抵触法理論——親権変動の構造と国際私法・時際法・時際国際私法——」横浜法学29巻3号91頁〔2021（R3）〕
- 法務省民事局内法務研究会編『改正法例下における涉外戸籍の理論と実務』〔1989（H1）、テイハン〕
- 法例議事速記録：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〕146-147頁
- 法例修正案理由書：『民法修正案理由書』〔1898（M31）-6-10発行、発兌元：博文館〕＝『民法修正案理由書（第4編親族、第5編相続）（日本立法資料全集別巻32）』〔復刻版1993（H5）-11-30、信山社出版〕所収
- 穂積陳重『親族法』〔1933（S8）、岩波書店〕
- 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）、発行所：日本法律学校、大売捌所：有斐閣書房、

清水屋]

山口弘一「親族法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)]

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 (下巻)』[1934 (S9), 有斐閣]

山田恒久「判批: 広島高判平成 23 (2011) -4-7」新・判例解説 Watch (法学セミナー増刊速報判例解説 10) [2012 (H24), 日本評論社]

山田鎌一『国際私法 (第 1 版第 5 刷)』[1987 (S62), 筑摩書房]

山田鎌一『国際私法 (第 3 版)』[2004 (H16), 有斐閣]

横山潤「婚姻・親子に関する近時の国際私法立法の動向とその問題点」(16) 戸籍 533 号 1 頁 [1988 (S63)]

横山潤「涉外認知事件の裁判管轄権とその準拠法」岡垣學・野田愛子編『講座・実務家事審判法 5 (涉外事件関係)』237 頁 [1990 (H2), 日本評論社]

横山潤『国際家族法の研究』[1997 (H9), 有斐閣]

横山潤『国際私法』[2012 (H24), 三省堂]