

親子関係不存在確認と通則法の規定の適用関係、選択的連結と反致

- 【文献種別】 判決／名古屋家庭裁判所豊橋支部
【裁判年月日】 平成30年10月2日
【事件番号】 平成30年(家ホ)第18号
【事件名】 親子関係不存在確認事件
【裁判結果】 認容
【参照法令】 法の適用に関する通則法28条・29条・41条等
【掲載誌】 判例集未登載
◆ LEX/DB 文献番号 25580357

慶應義塾大学教授 北澤安紀

事実の概要

原告Xの母であり、Xの法定代理人でもあるA(本国法はルーマニア法)と被告Y(本国法は日本法)は平成16年10月に日本で婚姻し、同居を始め、平成18年に長男Bが出生した。その後、A Yは不和となって、平成21年頃以降は性交渉もない状態となり、遅くとも平成29年6月初旬には、AはBを連れてYと同居していた家を出て、Yと別居した。Aは、同年6月初旬からCと交際を始め、その頃から性交渉があった。その後、Aは、同年6月15日からC及びBと3人で同居を始め、同年7月3日にYと離婚した。Aは、平成30年にXを出産した。Xは、同年にYを相手方として、名古屋家庭裁判所豊橋支部に親子関係不存在確認の調停を申し立てたが、同年6月に同調停事件は不成立となり終了した。DNA鑑定の結果によれば、CがXの父である可能性は、99.9999%であり、CとXとの間に生物学的な父子関係が存在すると極めて強く推定できるとされている。本件は、XがYに対し、AがYと婚姻中にXを懐胎したが、懐胎当時AとYが性交渉をもった可能性がなく、XはYの子ではないとして、XY間の親子関係が存在しないことの確認を求めた事案である。

判決の要旨

認容(確定)。

1 「本件において、Yの住所地が我が国にあるので、我が国に裁判管轄権が認められる。」

2 「次に、準拠法について検討するに、親子関係の成立という法律関係のうち嫡出性取得の問題を一個の独立した法律関係として規定している法の適用に関する通則法(以下「通則法」という。)28条、29条の構造上、親子関係の成立が問題になる場合には、まず嫡出親子関係の成立についての準拠法により嫡出親子関係が成立するかどうかを見た上、そこで嫡出親子関係が否定された場合には、嫡出とされなかった子について嫡出以外の親子関係の成立の準拠法を別途見だし、その準拠法を適用して親子関係の成立を判断すべきである(最高裁平成12年1月27日第一小法廷判決・民集54巻1号1頁参照)。」

3 「夫婦の一方の本国法で子の出生の当時におけるものにより子が嫡出となるべきときは、その子は、嫡出子となる(通則法28条1項)ところ、Aの本国法であるルーマニア法またはYの本国法である日本法により、XとYとの間に嫡出親子関係が成立するか、検討する。」「ルーマニア民法2603条2項は、婚姻から出生した子の親子関係につき、父母の婚姻が子の出生前に解消されたときは、準拠法は、婚姻の解消当時、婚姻の効力を規律した法律とする旨定めている。」「A及びYは、日本で婚姻し、婚姻生活を送り、離婚してい

ることから、離婚当時、婚姻の効力を規律した法律は日本法であると認められる。」「したがって、通則法 41 条により、日本法が適用されることとなり、Y の本国法も日本法であることから、嫡出親子関係に係る準拠法は日本法となる。」そして、日本民法 772 条 1 項によれば、X が Y の子であるとの嫡出推定は及ばないとし、「したがって、ルーマニア法及び日本法のいずれによっても、X Y 間の嫡出親子関係は否定される。」と判示した。

4 「嫡出でない親子関係の存否については、子の出生の当時における父の本国法によるとされているところ（通則法 29 条 1 項）、父である Y の本国法である日本法が準拠法となる。」とした上で、科学的証拠により X C 間に親子関係が存在することが認められ、かつ、X は、Y の子ではないことが明らかであるとされた。

判例の解説

一 はじめに

本判決は、親子関係の不存在確認が求められた事案において、法の適用に関する通則法（以下、通則法という）28 条と 29 条の規定の適用順序につき判断を下した裁判例である¹⁾。親子関係の存否確認の準拠法については従来から判例・学説上争いがある。本判決が引用する最一小判平 12・1・27 民集 54 巻 1 号 1 頁²⁾（以下、最高裁平成 12 年判決という）は、相続の先決問題として親子関係の存在確認が問題となった事案において、法例（平成元年改正）17 条と 18 条〔現行通則法 28 条と 29 条〕の規定の適用順序につき、まず嫡出親子関係の成立に関する法例 17 条を適用し嫡出親子関係が成立するか否かを判断した上で、嫡出親子関係が成立しない場合には、非嫡出親子関係の成立に関する法例 18 条を適用し非嫡出親子関係が成立するか否かを判断するとして、規定を段階的に適用する立場を明らかにした（親子関係存在確認の事案で同様の判断を下した裁判例として東京地判平 22・11・29³⁾がある）。本判決は、親子関係の不存在確認が問題となる事案においても、最高裁平成 12 年判決と同じく、通則法 28 条と 29 条を段階的に適用した。また、本判決は、選択的連結を

採用する通則法 28 条 1 項の規定の適用上、反致を認めた初めての公表裁判例である。

二 親子関係不存在確認事件の国際裁判管轄

本判決は、被告 Y の住所地が我が国にあることを根拠に、日本の裁判所の国際裁判管轄を肯定した。本件は平成 30 年の改正人事訴訟法（平成 31 年 4 月 1 日施行）施行前の事案である。同法の施行前は人事訴訟法中に国際裁判管轄に関する明文規定が設けられておらず、親子関係不存在確認の訴えの国際裁判管轄については、条理に基づきその可否が判断されていた。本件では、被告 Y の住所は日本にあり、原告 X 及び関係者である A の住所も日本にあるため、日本の裁判所の国際裁判管轄を肯定したことに異論はなからう。現行法の下であれば、実親子関係の存否確認の訴えは人事訴訟法の規律の対象となり（同法 2 条第 2 号）、本件は、身分関係の当事者の一方に対する訴えであって、被告 Y の住所が日本国内にあるため（同法 3 条の 2 第 1 号）、我が国の裁判所に国際裁判管轄が認められることになる。

三 親子関係不存在確認と通則法の規定の適用関係

親子関係の存否確認の準拠法をめぐる学説上争いがある。第 1 に、これを一般的な親子関係の存否確認の問題であるとしつつ、直接の明文規定を欠いているためもっぱら条理により、実親子関係の成立に関する規定及びその他の親族関係等に関する規定の趣旨を参照しながら、当事者双方の本国法を累積的に適用すべきであるとする見解が主張されている⁴⁾。しかし、ここで問題となっているのが嫡出親子関係ないしは非嫡出親子関係の成否である以上は、通則法の規定が予定していない親子関係の存否一般という法律関係を観念すべきではないとこの見解は批判される⁵⁾。第 2 に、各国の実質法上、嫡出と非嫡出の区別のない国も存在し、その区別も国によって異なりうるため、親子関係の存否を確認するためには、嫡出親子関係の存否の判断だけでは足りず、いかなる意味においても実親子関係が存在しないことを確認する必要があるとして、通則法 28 条と 29 条 1 項及び 3 項を段階的又は同時的に適用すべきとの見解

も有力に主張されている⁶⁾。最高裁平成12年判決も同様の立場に立つものと解されている。嫡出と非嫡出は表裏の関係にあること、嫡出である子については非嫡出親子関係の成否は問題とはならないこと、一般に非嫡出親子関係よりも嫡出親子関係の成立の方が子の利益保護に資すること等の理由から最高裁の立場を支持する見解が多い⁷⁾。

親子関係の存否確認には存在確認の場合と不存在確認の場合がある。存在確認の場合には、もし確認が求められている親子関係が嫡出親子関係か非嫡出親子関係かが既に判明しているのであれば、当該親子関係の成立の準拠法によるべきであろう。いずれの親子関係の成立の可能性もあるような場合には、嫡出親子関係の成立が認められれば非嫡出親子関係の成否は問題とならないであろうし、また、非嫡出親子関係よりは嫡出親子関係の成否について判断する方が子の利益に資することから、まず通則法28条で子の嫡出性を判断し、それが否定された場合に29条で非嫡出親子関係の成否について判断すべきであろう。このように規定の適用順序を設けることは、親子関係の存在確認についてはとりわけ意味がある。不存在確認の場合には、通則法が28条と29条で異なる規定を用意していることから、通則法28条で嫡出親子関係がないことを確認するだけでは足りず、29条によっても非嫡出親子関係がないことを確認する必要があり、通則法28条と29条を段階的又は同時的に適用すべきである。もっとも、段階的であろうと同時的であろうといずれの規定も適用しなければならないため、親子関係不存在確認の場合には、存在確認の場合ほど適用順序が問題となることはない⁸⁾。本判決は、通則法28条と29条を段階的に適用し、XY間には嫡出親子関係と非嫡出親子関係のいずれも存在しないと判断しており、有力説の立場から見ても、そのような処理の仕方の問題はないと思われる。

四 選択的連結と反致

選択的連結を採用する規定について通則法41条の反致を認めるべきか。これを肯定するのが立案担当者の理解であるが⁹⁾、学説上は争いがある。平成元年法例改正時に反致規定にただし書が付加され段階的連結の場合に反致が否定されたことに

より、他の連結方法と反致の関係についても議論が生じることとなった¹⁰⁾。多数説は、同条ただし書は、反致が否定される場合として段階的連結を限定的に列挙したものであり、選択的連結の規定はそこで挙げられていない以上、反致が当然に認められるとする¹¹⁾。それに対し、同条ただし書は例示列挙であり、通則法の規定が定める準拠法指定の趣旨に反するときは反致を認めないことを例示的に表明したものであるとしてこれを柔軟に運用しようとする見解がある¹²⁾。例えば、選択的連結の場合に反致を認めると準拠法の選択肢の数が減少するおそれがあるため、それが選択的連結を採用した趣旨に反するとして、反致を一律に否定する立場¹³⁾や、個別具体的なケースごとに、実親子関係の成立等の実質法的目的に適う限りにおいて反致を肯定あるいは否定する立場等が主張されている¹⁴⁾。立法経緯等を踏まえると同条ただし書は段階的連結のみを対象としていると考えられること、同条には反致規定の柔軟な運用の根拠となりうるような「準拠法の指定の趣旨に反しない限り」といった文言上の限定が付されていないこと、また、反致の成否を個別具体的なケースの結論に委ねる立場は、法的安定性の観点から問題があることや従来の反致の根拠の1つである国際的判決調和の実現とは別の機能を反致規定に果たさせることになるため、反致の理論的根拠や通則法41条の立法趣旨との関係で更なる検討が必要となること等から、選択的連結の場合に反致を否定することは通則法41条の解釈論として難しいように思われる。本判決が通則法28条1項の適用に際し反致を認めたことは妥当であろう。

本判決は、通則法28条1項の準拠法の選択肢としてAの本国法たるルーマニア法とYの本国法たる日本法を挙げた上で、前者につき反致の成否を検討している。そして、ルーマニア民法2603条2項によれば¹⁵⁾、婚姻から出生した子の親子関係については、父母の婚姻が子の出生前に解消されたときは、婚姻の解消当時、婚姻の効力を規律した法律が準拠法となるとした上で、「婚姻当時、婚姻の効力を規律した法律は日本法であると認められる」と判示した。ここで、婚姻の効力の準拠法が日本法となるための根拠規定として、婚姻の一般的効力の準拠法につき夫婦の共通常居所

地法と夫婦の共通国籍法を段階的に適用するルーマニア民法 2589 条 1 項の規定を判決文中で引用し、夫婦の共通常居所地法として日本法へ反致してくる旨の説明が必要であったろう¹⁶⁾。また、本判決は、「ルーマニア法及び日本法のいずれによっても、XY間の嫡出親子関係は否定される」としたが、通則法 41 条に従い反致を認めた以上は、準拠法は日本法であり、ルーマニア法を再度参照する必要はないであろう¹⁷⁾。なお、反致の成否を判断する際に外国国際私法中の反致規定についても考慮すべきか否かについては議論があるが、かりに考慮すべきであるとの立場に立てば、ルーマニア民法 2558 条 2 項、2559 条の反致規定についても検討する必要が出てこよう。

●—注

- 1) 本件評釈として、嶋拓哉・ジュリ 1545 号 (2020 年) 115 頁以下、黄軻霆・戸時 794 号 (2020 年) 19 頁以下がある。
- 2) 本判決の評釈として、松岡博・リマークス 22 号 (2001 年) 138 頁、大村芳昭・平成 11 年度重判解 (ジュリ 1179 号) 297 頁、尾島明・曹時 55 巻 2 号 (2003 年) 443 頁、河田充規・平成 12 年度主要民事判例解説 (判タ 1065 号) 198 頁、植松真生・法教 239 号 (2000 年) 130 頁、青木清・国際私法判例百選 [第 2 版] (2012 年) 132 頁以下がある。
- 3) WLJPCA11298007。
- 4) 山田録一『国際私法 [第 3 版]』(有斐閣、2004 年) 499 頁。
- 5) 林貴美「涉外親子関係存否確認事件に関する一考察—準拠法の問題を中心に」判タ 1059 号 (2001 年) 31 頁、櫻田嘉章=道垣内正人編『注釈国際私法第 2 巻』(有斐閣、2011 年) 79 頁 [佐野寛]、中西ほか『リーガルクエスト国際私法 [第 2 版]』(有斐閣、2020 年) 335 頁等。
- 6) 久保岩太郎「親子」国際法学会編『国際私法講座第 2 巻』(有斐閣、1955 年) 596 頁、西賢「親子関係確定の準拠法」中川善之助先生追悼『現代家族法大系 (3)』(有斐閣、1979 年) 132 頁、溜池良夫『国際私法講義 [第 3 版]』(有斐閣、2005 年) 502 頁、林・前掲注 5) 31 頁、佐藤やよひ=道垣内正人編『涉外戸籍法リステイトメント』(日本加除出版、2007 年) 62 頁 [西谷祐子]、佐野・前掲注 5) 79 頁、澤木敬郎=道垣内正人『国際私法入門 [第 8 版]』(有斐閣、2018 年) 113 頁、櫻田嘉章『国際私法 [第 7 版]』(有斐閣、2020 年) 308 頁、中西ほか・前掲注 5) 335 頁以下等。
- 7) 松岡・前掲注 2) 141 頁、大村・前掲注 2) 298 頁、尾島・前掲注 2) 458 頁、河田・前掲注 2) 199 頁以下、青木・前掲注 2) 133 頁等。
- 8) 法例下の学説が親子関係存否確認の準拠法を論じる際には、不存在確認の準拠法決定の文脈で規定の適用関係

について言及することが多かったこと、不存在確認の場合には親子関係を否定することが目的であったこと等から、規定の「段階的または同時的」適用を学説が主張する際には規定の適用順序の問題がそれほど強く意識されていなかったことを指摘するものとして、青木・前掲注 2) 133 頁を参照。親子関係の不存在確認の場合にも、存在確認の場合と同じく、通則法 28 条、29 条の順で、規定の適用順序を設けるべきであるとする見解として、木棚照一編著『国際私法』(成文堂、2016 年) 213 頁以下 [木棚照一]、嶋・前掲注 1) 116 頁を参照。

- 9) 南敏文『改正法例の解説』(法曹会、1992 年) 206 頁以下、小出邦夫編著『逐条解説 法の適用に関する通則法 [増補版]』(商事法務、2015 年) 372 頁 [大間知麗子]。
- 10) 明治 31 年法例制定時から通則法に至るまでの反致規定の沿革については、櫻田=道垣内編・前掲注 5) 310 頁以下 [北澤安紀] を参照。
- 11) 山田・前掲注 4) 74 頁、474 頁、483 頁、494 頁、出口耕自『論点講義国際私法』(法学書院、2015 年) 95 頁、97 頁、澤木=道垣内・前掲注 6) 47 頁、櫻田・前掲注 6) 118 頁等。
- 12) 坪場準一「養子縁組・離縁の準拠法及び国際的管轄」岡垣學=野田愛子編『講座・実務家事審判法 5』(日本評論社、1990 年) 257 頁。出口・前掲注 11) 93 頁以下は、これを通則法 41 条ただし書の「合目的解釈」と呼ぶ。
- 13) 坪場準一ほか「座談会 法例改正をめぐる諸問題と今後の課題」ジュリ 943 号 (1989 年) 36 頁 [坪場準一発言]、嶋拓哉「選択的連結に対する反致の適用に関する若干の考察」北法 65 巻 5 号 (2015 年) 1644 頁以下 (特に、1630 頁以下を参照)。
- 14) 木棚照一ほか『国際私法概論 [第 5 版]』(有斐閣、2007 年) 59 頁以下 [松岡博]、横山潤『国際私法』(三省堂、2012 年) 75 頁以下。
- 15) ルーマニア民法中の国際私法規定については、Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari and Pedro de Miguel Asensio, *Encyclopedia of Private International Law*, volume 4, 2007, p. 3647-3676. 笠原俊宏「ルーマニア国際私法の改正について—新旧法の比較検討」東洋法学 57 巻 1 号 (2013 年) 279 頁以下を参照。
- 16) 同旨、嶋・前掲注 1) 117 頁。
- 17) 同旨、嶋・前掲注 1) 117 頁。

*本稿は、科研費 19H01416 による成果の一部である。