

旧法例下における分娩による法的母子関係の成立と経過措置規定

【文献種別】 判決／最高裁判所第三小法廷

【裁判年月日】 令和2年7月7日

【事件番号】 平成31年(受)第184号

【事件名】 親子関係存在確認請求事件

【裁判結果】 一部破棄差戻し、一部上告棄却

【参照法令】 法の適用に関する通則法29条・附則2条・附則3条、法例(平成元年法律第27号による改正前)22条

【掲載誌】 民集74巻4号1152頁、裁時1747号13頁

◆ LEX/DB 文献番号 25570943

富山大学准教授 岩本 学

事実の概要

X(原告、控訴人兼被控訴人、上告人)は、昭和33年に日本で出生し、日本に居住する者であるが、韓国においてAとその当時の妻との間の子とされ、韓国の戸籍の父の欄にはAが記載されている。Xは平成14年、帰化により日本国籍を取得した。その際に編製された日本の戸籍は、父の欄が空欄とされ、母の欄にはAの遠縁に当たる女性の氏名が記載された。一方Bは、昭和8年日本で出生した日本国籍をもつ者であるが、昭和28年Aとの間で長女をもうけ、昭和39年にAと婚姻している。

本件は、Xが検察官Y(被告、被控訴人兼控訴人、被上告人)に対し、Xが亡A(平成17年死亡)と亡B(平成22年死亡)の間に出生した子であると主張し、XとA及びBとの間に親子関係が存在することの確認を求めたものである。

第一審(東京家立川支判平28・8・18(参)民集74巻4号1160頁)はXとBとの親子関係の存在を認めたが、XとAとの親子関係の確認の訴えは却下した。Yからの敗訴部分についての控訴に対し原審(東京高判平30・10・18(参)民集74巻4号1176頁)は、非嫡出親子関係のうち認知以外の原因による親子関係の成否については、平成元年法律第27号(以下、「平成元年改正法」という。)による改正前の法例(以下、「旧法例」という。)18条1項が準用ないし類推適用されるとし、Bの本国法は日本法、Xの出生時における本国法は韓国法であり、BとXとの間の親子関係については、

日本法と韓国法がともに適用されるとした。本件が旧法例によるべき理由について原審は、「改正後の法の適用に関する通則法の規定は、次条に規定する場合を除き、この法律の施行日前に生じた事項にも適用する。」と定めている法の適用に関する通則法(以下、「通則法」という。)附則2条は、新法である通則法と旧法である平成元年改正法による改正後の法例(以下、「新法例」という。)との関係を規律するものにすぎず、新法例と旧法例の関係については「この法律の施行前に生じた事項については、なお従前の例による。……」と定める平成元年改正法附則2項によるため、とした。そして原審は、Xの訴えは韓国民法865条2項の出訴期間を経過していることから、第一審がXとBとの親子関係の存在を認めた部分について取り消し、この部分にかかるXの訴えを却下した。

X上告。

判決の要旨

I 「準拠法の決定及び適用について定める通則法は、新法例を全部改正したものであるところ、通則法附則2条は、同附則3条の規定による場合を除き、通則法の規定を通則法の施行日(平成19年1月1日)前に生じた事項にも適用する旨を規定する。その趣旨は、新法例の規定及び平成元年改正法の施行日(平成2年1月1日)前に生じた事項についてなお従前の例による旨を規定する平成元年改正法附則2項本文により適用していた旧法例の規定のうち、通則法によって内容

が実質的に変更されていないものについては、これらの規定に代えて通則法の規定を適用してもその結果が変わりがないことから、通則法の規定の遡及適用を認めることとしたものと解される。このような趣旨からすれば、旧法例に明文の規定が欠けていても他の規定の解釈等によってある規範が導かれ、これに代えて通則法の規定を適用してもその結果が変わりがない場合には、その規範は通則法によって内容が実質的に変更されていないものと評価することができるから、通則法の規定を遡及適用することとして差し支えないというべきである。」

II 「嫡出でない子の親子関係の成立について、旧法例は 18 条 1 項で認知による場合の準拋法を規定し、出生による場合の明文の規定を欠いており、平成元年改正法の施行前における嫡出でない子の母との間の分娩による親子関係の成立については、準拋法の決定が旧法例の解釈に委ねられていたところ、上記親子関係の成立については、分娩による直接的な結び付きがあること、親子関係の存否が確定しなければ子の本国法が定まらない場合があること等を踏まえ、旧法例 22 条の法意に鑑み、子の出生の当時における母の本国法によって定めるのが相当であったと解される。上記親子関係の成立については、通則法附則 3 条によって通則法の規定の適用が除外される場合に当たらないところ、通則法 29 条 1 項は、上記親子関係の成立についての準拋法は子の出生の当時における母の本国法であると規定するから、上記の旧法例の解釈によって導かれる規範に代えて同項を適用してもその結果が変わりがなく、同項が遡及適用されるというべきである。」

判例の解説

一 「法例」と「法の適用に関する通則法」

わが国には国際私法という名称の法律はなく、主たる規定は現在、通則法の 4 条以下に置かれている。通則法（平成 18 年法律第 78 号）は、それまで国際私法の主たる規定が置かれていた「法例」（明治 31 年法律第 10 号）を全面改正する形で、新たな立法として制定されたものである。但し、本件で問題となる通則法 29 条 1 項を含む主に家族関係の規定は法例の条文を現代語化したのみで

あり、実質的な変更がなされなかった。ところで、その「法例」も平成元年改正法により大きな改正がなされており、このときには通則法 29 条 1 項の元規定である新法例 18 条を含む親族法関係及び総論規定を中心に改正がなされた。明治 31 年制定の旧法例から平成元年改正の新法例へ、そして平成 18 年制定の通則法へとわが国の主たる国際私法典は受け継がれてきたわけであるが、旧法例と通則法を対比すると、ほとんどの条文で変更がなされている。

このような状況のため、平成元年改正法制定前後、通則法制定前後においては、新旧いずれの法規を適用すべきかが問題となる場合があり、両法のいずれにも経過措置規定が置かれている。このうち通則法附則 2 条は、通則法の規定は、同 3 条に規定された事項を除き、通則法の施行日前に生じた事項にも適用する、とし対応する。立法担当者によれば、同 3 条に列挙されているのは通則法制定により新法例から実質的に改正された事項とされる¹⁾。

二 判旨 I について——通則法附則 2 条と通則法の遡及適用

1 従来の議論

通則法附則 2 条を字句通り理解すれば、同 3 条の適用されないあらゆる事項について通則法が適用されることになる²⁾。もっとも、一で述べた通り「法例」には旧法例が施行されていた時期が存する。平成元年改正法附則 2 項によれば旧法例が適用される事案（以下、「附則 2 項旧法例適用事案」という。）においても、通則法が遡及するかは、通則法附則 2 条には明示されていない。この問題については 2 つの見解が示されていた。1 つは、附則 2 項旧法例適用事案でも通則法は遡及するとの考え（遡及説）であり、通則法附則 2 条の文言に忠実な立場といえる。もう 1 つは、同 2 条の遡及は新法例施行時までに関り、その後の処理は平成元年改正法の経過措置規定に委ねるとの考え（遡及制限説）である。遡及説は、通則法制定後まもない頃、裁判例が採用していたものであった³⁾。これに対し、その後の裁判例は遡及制限説に立っていると思われる⁴⁾。学説は附則における経過措置規定は、新法と旧法の関係を規律するもので、施行日前の旧法たる新法例との関係を規律するに過ぎないとして、遡及制限説を採る⁵⁾。

通則法附則 3 条は不遡及事項が限定列举されており解釈の幅が広くはない規定であることから、遡及説によれば同 2 条も自ずと解釈の幅の狭い明確な規定となり、安定的な法適用が期待できる。一方、遡及制限説については、平成元年改正法附則 2 項に左右されることになるが、当時の立法担当者からの解釈指針も示されており⁶⁾、同項についても解釈の幅が広いとはいえないため、遡及説と同様の安定性は確保しようと評価できよう。

ところで、附則 2 項旧法例適用事案である本件において問題となったのは、分娩による法的母子関係の成立を規律する抵触規則の内容であった。この問題を扱った抵触規則については、新法例において明文規定となり通則法に引き継がれているが、旧法例には明文規定を欠いていたため様々な解決策が裁判例や学説から示されていたものであった。本件について従来の議論に照らせば、遡及説からは通則法のみで解決することとなり、遡及制限説によれば、旧法例下での不文の抵触規則が適用されることになる。原審は、後者の立場であることを明示し、後述する通り、旧法例下で一定の裁判例に採用されていた旧法例 18 条 1 項の準用ないし類推適用によるとした。

2 本判決の立場

本判決は上記の議論とは一線を画す判断を下した。すなわち、旧法例下の不文の抵触規則と通則法の規定を比較し、それが「実質的に変更されていない」場合、附則 2 項旧法例適用事案においても通則法を適用するとの手法を採用したのである。

これは、通則法附則 2 条の中に、旧法例と通則法の間で実質的な変更があったか否かという評価軸が示し、変更されていない事項については、附則 2 項旧法例適用事案においても字句通り遡及する、というものである。この点、遡及制限説は、変更されていなくとも旧法例時の不文の抵触規則を直接適用すべきとの結論になると思われるため、この説と本判決は相容れないことになる。一方、遡及説は本件においては結論として本判決と同様になるが、本判決は通則法附則 3 条の事項以外で旧法例と通則法の間で変更された事項があった場合、反対解釈から、遡及することは認めないと解されるため、遡及説と本判決もやはり同一ではない。以上から、本判決は従来の議論には

ない新たな同 2 条の解釈を最高裁として示したものと評価できる。

3 検討

しかし、判旨 I には疑問がある。まず、三で示す通り、非嫡出母子関係の成立について、裁判例は準拠法を示さずに処理していた時期があった。その後、昭和 30 年代後半から、様々な根拠が示された不文の抵触規則で処理をしてきた、との経緯がみられる。では、本判決にいう「実質的に変更されていない」とされた不文の抵触規則はどの時点を指すのであろうか。旧法例は明治 31 年から平成元年までのおよそ 90 年間わが国で妥当していたものであるが、そのいずれの時期でも妥当している不文の抵触規則であろうか。この点を明らかにしないままに、旧法例 22 条の法意から母の本国法との不文の抵触規則が存在していたとし、それが通則法と異ならないとした点は、恣意的に時期を選択する余地があることに鑑みると、法的安定性への配慮に欠いた判示といえるのではないか（この点、三三で再考）。

そして、「その結果に変わりがない」場合について、仮に、結果に変わりがある場合には反対解釈により、通則法の遡及が認められない場合が存在することが想起されるが、その後の処理については何ら示されていない。端的に平成元年改正法の経過措置規定によるとの立場も考えられるが、判旨に同規定に対し何ら言及がないことから、これは適用対象とせず、通則法附則 2 条の趣旨に照らして直接処理するとの立場も考えられる。

いずれにせよ、「実質的に変更されていない」や「その結果に変わりがない」といった判断要素の存在により、経過措置規定に対する安定的な法適用の期待が阻害されないかについては疑問なしとしない。

三 判旨 II について——旧法例下における法的母子関係の存否の準拠法

1 旧法例下での裁判例・学説の変遷

上述の通り、渉外的な法的母子関係の存否の確認について、初期の裁判例は準拠法の適用を意図していなかったといえる⁷⁾。このような中、準拠法判断を初めてしたとされるものが、前橋家審昭 36・11・14（家月 14 巻 4 号 224 頁）である。この事件は、本件同様に戸籍上は別に記載されてい

る生母と子の間の婚外母子関係の確認において旧法例 18 条 1 項の類推により子の出生当時の母と子の本国法を累積的に適用し処理したものである。この立場は、一定の裁判例に支持されてきた⁸⁾。もっとも、準拠法を母の本国法のみとする結論を導いた裁判例として、条理によったもの⁹⁾と旧法例 17 条の類推適用¹⁰⁾としたものがあり裁判例の立場は一貫しているとはいえない状況であった。

学説では、旧法例 18 条適用説が通説¹¹⁾とされてきた。これに対し、通説を批判し、子の本国法を考慮する場合、子の国籍決定との関係で循環論に陥る懸念などから、準拠法を、問題となっている親の本国法のみによるべきとし、解釈上は旧法例 22 条を拠り所とする立場が現れ¹²⁾、通説の支持者からも注目されていた¹³⁾。結局、この後者の見解は有力説と評され、平成元年法例改正時、新法例 18 条の策定に際しての基礎とされることとなった¹⁴⁾。

2 本判決が採用する旧法例当時の不文の抵触規則

旧法例 22 条の法意を根拠とした本判決が示した不文の抵触規則は、上記いずれの裁判例でも明確には採用されていないものであり、また本判決が「親子関係の存否が確定しなければ子の本国法が定まらない場合があること」を論拠としていることから、通説の採用も適当ではないと考えたことがうかがえる。結局本判決は、新法例 18 条の基礎となった有力説に沿ったものといえるのではないだろうか。このように考えると、有力説が、新法例 18 条のベースである以上、それを引き継いだ通則法 29 条 1 項が、本判決が示したものと「実質的に変更されていない」とされるのは当然といえるだろう。

3 検討

以上から、有力説は新法例制定直前期には一定の通用性があったとし、子の本国法を巡る循環論の回避を重視したとすれば、最高裁として同説を法の解釈統一に用いることには合理性は見いださう¹⁵⁾。しかし、旧法例制定当初、あるいは X の出生した時期においてもこの規範が妥当していたといえるかは不透明といわざるを得ない。現行法の解釈は事案の時期に関わらず裁判時点での最

新の適切な解釈によるという命題があり、旧法例は現行法ではないためその妥当していた最後の時点を上記の「最新」ということにしたのであろうか。いずれにせよ最高裁自身が判旨 I で提示した「実質的に変更されていない」とのテストをクリアするためには、通則法との比較対象を明確にする必要があるのであって、そうするとやはり、二三で示した時期の特定や、様々な解釈があり得た中で当該不文の抵触規則を選択した具体的な論拠の提示は、経過措置規定の法適用の透明性を確保するためにも必要であったといえるのではないか。

●—注

- 1) 小出邦夫『逐条解説 法の適用に関する通則法 (増補版)』(商事法務、2014 年) 437 頁以下。
- 2) この理解は、形式的には通則法が法例とは別の法律となったことにより導かれうることを指摘するものとして、神前禎「本件判批」ジュリ 1555 号 (2021 年) 146 頁、青木清「本件判批」令和 2 年度重判解 245 頁参照。
- 3) 大阪高判平 19・9・13 家月 60 巻 3 号 38 頁、東京地判平 22・11・29 判例集未登載など。
- 4) 東京地判平 23・8・18 判例集未登載、東京地判平 30・7・24 判タ 1471 号 94 頁。
- 5) 櫻田嘉章=道垣内正人 (編)『注釈国際私法 第 2 巻』(有斐閣、2011 年) 376 頁 [竹下啓介]、黄勅堯「判批」櫻田嘉章=道垣内正人 (編)『国際私法判例百選 [第 2 版]』(有斐閣、2011 年) 159 頁、神前・前掲注 2) 145 頁など。
- 6) 南敏文『改正法例の解説』(法曹会、1992 年) 212 頁以下。
- 7) この時期の裁判例については、林脇トシ子「判批」ジュリ 390 号 (1968 年) 150 頁参照。
- 8) 東京家審昭 38・10・22 判タ 155 号 222 頁、東京家審昭 41・2・4 家月 18 巻 10 号 83 頁など。同 17 条にも言及があるものであるが、東京家審昭 41・4・9 家月 18 巻 12 号 66 頁、大阪家審昭 39・9・12 家月 17 巻 2 号 65 頁など。
- 9) 東京家審昭 43・8・22 家月 21 巻 2 号 190 頁など。
- 10) 東京家審昭 43・5・11 家月 20 巻 12 号 109 頁など。
- 11) 江川英文『国際私法 [改訂]』(有斐閣、1957 年) 279 頁、久保岩太郎「親子」国際法学会 (編)『国際私法講座 第二巻』(有斐閣、1955 年) 598 頁、折茂豊『国際私法 (各論) [新版]』(有斐閣、1972 年) 343 頁など。
- 12) 溜池良夫「嫡出決定の準拠法について」大平善梧編集代表『国際私法の基本問題』(有信堂、1962 年) 253 頁以下。
- 13) 小瀬保郎「判批」ジュリ 267 号 (1967 年) 80 頁など。
- 14) 南・前掲注 6) 117 頁。
- 15) なお、最判平 12・1・27 民集 54 巻 1 号 1 頁との関係につき、神前・前掲注 2) 146 頁。