慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔國際私法一〕國際私法上の强制認知 (昭二九・一〇・二八東京地裁判決)
Sub Title	
Author	林脇, トシ子(Hayashiwaki, Toshiko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1959
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.32, No.6 (1959. 6) ,p.70- 78
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19590615-0070

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

受欠缺の程度の如何に拘らず發起人の責任によつて會社を成立せしめ得ると解するから、拂込の欠缺の金額の程度如何も會社の成立に影響を及ぼすことはないと考える。

（阪埜光男）

〔國際私法　一〕　國際私法上の強制認知

（昭二九・一〇・二八東京地裁判決　昭二九（タ）第六〇號認知請求事件　下級民集五卷一〇號一七九九頁、家裁月報七卷六號八五頁、國際私法關係事件裁判例集（上）八七一頁）

〔判示事項〕　一、認知の訴の性質とその許容性
二、日本人を母とする子が死亡した朝鮮人を父として檢察官に對して提起した認知の訴と裁判權の有無
三、認知の訴と法例の適用の有無

〔參照條文〕　法例八條・一八條、民法七八七條

〔事實〕　日本人である訴外Aは、昭和二四年四月三〇日から、朝鮮人である訴外亡Bと事實上の婚姻をなし、Bが昭和二八年一一月一八日死亡するに至るまで同棲を續け、昭和二六年三月六日原告X_1を、昭和二八年五月二五日原告X_2を分娩した。從つて、X_1、X_2は、Bの子である。ところが、Bは、X_1、X_2を認知しないで、前記の日に死亡したので、X_1、X_2は、檢察官を被告として、X_1、X_2がBの子であることを認知する旨の請求に及んだ。

〔判旨〕　認容。

一、「認知の訴は、原告と原告がその父であると主張する者との間に、父と子と云ふ事實關係が現に存在すると云ふ事實を、判決によつて確定することを、求めることをその實質とする訴であるから、……確認の訴である。」「事實上の父子關係は、その關係の一方の當事者である子が生存して居る以上、その子にとつては、現在の事實關係として存在して居るから、他の一方の當事者である父が死亡して居ても、現在の事實關係として、その確定を求め得ると解すべきである。從つて、父が死亡して居ても、子から認知の訴を提起し得る。」

二、「事實上の父子關係は、その確定を求める者卽ち原告側に、一方的に、之を確定し得る。蓋し、事實上の父子關係は、相互關係であるから、一方に、その關係があるとされれば、當然、他方にもその關係があることになるからである。從つて、原告に日本國の主權が及びさえすれば、日本國の裁判所は、その裁判權を行使して、原告側に、一方的に、その確定を爲し得る。」戸籍謄本およびX_1、

X_2法定代理人尋問の結果によると、「X_1、X_2は日本人であり、從つて、日本國の主權は、當然、X_1、X_2に及ぶから、本件認知の訴については、日本國の裁判所にその裁判權がある。而して、日本國の裁判所に訴を提起した以上、日本國の訴訟法に從ふべきであるから、X_1、X_2がその父であると主張するBの死亡後に於て、檢事を被告として提起したX_1、X_2の本件訴は適法である。」

三、「認知の訴は、……確認の訴であつて、而もその確認の對象は、父子關係の存在すると云ふ事實の確定であるから、實體法的法律によつて處理すべき實體關係は存在しない。從つて、爭の實體に適用すべき法律選擇の問題、卽ち準據法確定の問題は生じない。故に本件については、法例の適用はない。……尙、民法第七八七條は、認知の訴の當事者適格とその訴の提起の時期に制限を加へた規定であると解すべきであるから、主として訴訟法上に於て、その意義を有し、從つて、法廷地法として、認知の訴について、當然、その適用があるが、認知の準據法とはならないとしなければならない。」そこで、X_1、X_2提出の各證據を綜合すると、事實欄に記載した事實が認められ、「X_1、X_2は、Bの子であると推定される。この推定を覆すに足りる證據は一も存しない。」そして、BがX_1、X_2を認知しないで死亡したことが認められ、「且、その死亡の日から、三年以內である昭和二九年三月二三日に、本訴が提起されたことが、當裁判所に顯著であるから、X_1、X_2の本件認知の請求は正當である。」

〔評釋〕 一、判旨の第一點は、いかなる點を問題として論じているのか、文言のみからは必ずしも明かでない。本件における訴の實質およびその性質が何であるかは、國際私法上、日本の現行法に則していえば法例のいずれの規定が適用されるべきかを決定する面と、その訴が日本の裁判所で訴訟要件を充たすものとして取り上げられるべきかを判斷する面で、まず、問題となりうる。推察するに、判旨の第一點が論じているのは、この後者についてであると考えられる。この面で問題を考えるならば、判旨が、本件における訴は、父子關係が存在するという事實の確定を實質とするが、この事實關係は、一方の當事者である子が生存する限り、現在の事實關係として存在しているのであるから、なお確認の訴の對象となりうるとしているのは、いかなる國のいかなる法を基礎として論じているのであろうか。判旨は、本件における訴を確認の訴であるとし、附隨的に、「確認の訴であれば、確認の利益を有する限り、何人からでも、訴を提起し得る筈であるが、法律は、公益上の見地から、當事者適格に制限を加えて居る。」と論じ、或はまた、父の死亡後も子から認知の訴を提起しうるとして、

「民法第七八七條はこの理を認めたものである。但し、公益上の見地から、訴提起の時期に制限を加えて居る。」と附加的に論及し、日本民法七八七條を引合いに出している（この考え方は判旨第三點に明瞭である）が、これによつて、判旨は、この問題を、日本民法を基礎として解決しようとしていると解することが許されるならば、判旨のとつた態度は間違つているといわなければならない。日本民法の解釋問題としても、強制認知の性質が事實關係の確認であるかどうかは議論の存するところである（判旨は、「父の死亡後に、父子關係を形成し得ると云ふことは事實に反するし、又、當事者の一方が死亡した後に形成權を行使し得ると云ふことは不可解である。」として、形成の訴とみることに反對している。民法學說上、昭和一七年の改正以前は、父の死亡後における認知は認められず、認知の訴は、意思表示を求める訴、つまり給付の訴であると解されていた。昭和一七年の改正により、死後認知が認められ、これが現行七八七條に受け繼がれたが、ここでは、認知の訴を形成の訴とみる說とならんで、確認の訴とみる說も可能となつた。舟橋諄一「中川善之助責任編集・註釋親族法（上）」三五一頁は、認知の訴は、事實上の親子關係の認定に基き、判決をもつてはじめて法律上の親子關係を創設するものであるから、形成の訴と解したいとされる。我妻榮・立石芳枝「親族法・相續法」（コンメンタール）一八八―一八九頁は、強制認知は意思主義から事實主義への架橋であるとしながらも、なお、形成の訴であると解するのが妥當であろうとしている。最高裁判所も形成の訴とみている（昭二九・四・三〇第二小法廷判決、最高民集八卷四號八六一頁）。これに對し、中川善之助「親族法下卷」（現代法學全書）三七五―三七七頁は、認知の訴を認知の意思表示を求める給付の訴とみる見解を排擊する意圖で確認說を唱えられるが、これは、訴訟法技術上、形成說を排斥するものではないという立場をとられる）が、これはここでの直接の問題ではないから論じないとして、涉外的要素を含む本件におけるような訴が、事實關係、或は法律關係の確定を實質とするか、法律關係の形成を實質とするか、また、確認の訴であるか、形成の訴であるかは、法廷地である日本の國際私法ならびに國際民事訴訟法に照らして決定すべき事柄であり、このような操作を經ずに結論に到達することは誤りである。

二、現在の段階においてはという留保づきで、判旨に贊成。判旨は、まず、「事實上の父子關係は、その確定を求める者卽ち原告側に、一方的に、之を確定し得る。」とし、從つて、「原告に日本國の主權が及びさえすれば、日本國の裁判所は、

その裁判權を行使して、原告側に、一方的に、その確定を爲し得る。」としている。つまり、判旨は、本件につき日本の裁判所が判決を下しうるか（Entscheidungsgewalt）、また判決を下さなければならないか（Entscheidungspflicht）の問題を、もつぱら日本の主權の及ぶ範圍という基準をもつて、裁判權（Gerichtsbarkeit）の問題として把えようとする（當事者の一方が日本人であるとか、日本に永住するとかいう場合の渉外親子關係事件、渉外離婚事件において、判決は、しばしば、このような態度をとつている。例えば、判決年月日不明東京地裁判決、判例タイムズ四二號四八頁、國際私法關係事件裁判例集〔以下、國際私法例集と略す〕（上）八四三頁における日本在住の原告が北鮮在住の北鮮人を被告として提起した親子關係不存在確認請求事件では、原告と被告とが形式上親子關係にあるとされている結果被告は相手方とされているに過ぎないのであるから、被告に日本の主權が及びさえすれば〔日本の主權が及ぶか否かは日本の領域内に永續的に居住するという具體的な事實關係の上に決定される〕、日本の裁判所は、その訴に對し裁判權を行使しうるとしている。また、離婚事件に關しては、昭三一・二　一五横濱地裁判決、下級民集七卷二號三四九頁、アメリカ人である夫と日本人である妻の離婚事件において、離婚は人の身分につき重大な關係を伴う問題であるから、當事者の一方が日本の國籍を有する限り、日本の裁判所は當該訴訟につき裁判權を有すると解するのが相當であるとし、同樣に、昭三三・七・一〇東京地裁判決、下級民集九卷七號一二六一頁におけるフィリッピン人である夫と日本人である妻の離婚事件においても、原告は現に日本の國籍を有するから、被告の住所が日本にあるかどうかにかかわりなく、本件離婚につき日本の裁判所は裁判管轄權〔裁判權〕を有するとしている）。このような判旨の態度に對しては、國際私法學者は、ほとんど一致して、反對の表示をしている。すなわち、國際主義ないし世界主義の立場から、渉外的要素を有する本件のような場合には、國際裁判管轄權（internationale Zuständigkeit）の問題として解決しようとする（Gerichtsbarkeit 或は internationale od. staatliche Zuständigkeit という概念および用語については、E.Riezler, Internationales Zivilprozessrecht,"III. Staatliche Zuständigkeit und Gerichtsbarkeit", S. 197 ff. 參照）。さらにいいかえるならば、この立場は、私法的國際交通の安全保障を目的とする國際民事訴訟法の存在を認め、それによつて渉外事件における裁判管轄權の分配を行おうとする立場であり、私法的國際交通の現實は、すでにこのような國際民事訴訟法を構成しなけ

ればならない段階に到達しているとする（例えば、池原季雄「國際私法に於ける裁判管轄權と當事者の國籍（二・完）」國際法外交雜誌四八卷六號八九頁參照。本件について、この立場からなされた評釋、山田鐐一「國際私法上における『認知の訴』」名古屋大學法政論集四卷二號一四五頁以下がある）。このような國際民事訴訟法の存在は理念的に望ましいものであることはもちろん、すでにこの不文の國際民事訴訟法を前提として問題を論じることが一般となつているが、なおこの國際民事訴訟法も一國の國內法としての性格を有するものであり、また、本件におけるように問題の父子關係の一方の當事者である原告のみが日本人であり日本に居住しているが、他方は日本人ではなくすでに死亡しているという場合に、日本國際民事訴訟法上、いかなる理由で日本に裁判管轄權を認めうるかが必ずしも明かにされていないことを考えるとき、國際民事訴訟法の存在とならんで、一國主權に基く考慮の必要性も（實體法である法例三〇條の公序規定と手續法上類似の機能を營むものとして）否定できないであろう。すなわち、日本の裁判所が當該事件を取り上げうるためには、被告および事件が日本の裁判權に服するものであることが必要とされる（日本の民事訴訟法學者の通說。例えば兼子一「民事訴訟法體系」一五〇頁參照）が、本件におけるように、實質上の相手方であるBが日本人でなくすでに死亡していても、日本人である原告X_1、X_2の認知請求事件については、對物的に日本の裁判權が及び、とくにX_1、X_2の利益保護のため、檢察官を被告として提起した訴は適法なものであると考えられる。ただ、判旨において不明な點は、判旨が、「原告側に、一方的に、之を確定し得る。」としながら、「蓋し、事實上の父子關係は、相互關係であるから、一方に、その關係があるとされれば、當然、他方にもその關係があることになるからである。」と理由づけをしているのはいかなる意味であろうか。X_1、X_2はBの子であるということは、BはX_1、X_2の父であるということであるから、この意味で、一方にその關係があるとされれば當然他方にもその關係があることになるとしているのであるとすれば、極く當り前のことを述べているに過ぎず、何の理由づけにもならない。これに對し、X_1、X_2とBとが互いに子であり父であることが、X_1、X_2の側からも、またBの側からも認められるということを意味するならば、國際民事訴訟法上、日本の

裁判所に管轄權を認める強い理由づけになろうが、このような關係は、判旨の前提とする國家主權の原則から導き出されうるであろうか。

三、判旨に贊成できない（山田・前掲、折茂豐「國際私法（各論）」〔法律學全集〕二八二―二八三頁も、判旨に不贊成の立場から批評を加えている）。判旨は、認知の訴は、父子關係の存在という事實の確定を實質とする訴であるから、そこには、實體法の適用をみるべき關係は存在しないとし、「原告と原告がその父であると主張する者との間に、法律上の父子關係が生ずるのは、判決によつて、父子關係があると云ふ事實が確定された結果、法律によつて付與される効果であるから、それは判決による事實確定の法律上の効果に過ぎない。」とし、從つて、準據法指定の問題は生ぜず、そのためにする法例の適用の必要はないとする（親子關係事件に關し、同樣の立場に立つ判決がみられる。前掲判決年月日不明東京地裁判決では、親子關係不存在確認の訴における確認の對象は、「親子關係と云ふ法律關係が存在して居ないと云ふ事實關係の存在」であつて、法律の適用によつて處理されるべき實體はないから、準據法の問題は生ぜず、法例の適用はないとし、昭二九・八・二六東京地裁判決、家裁月報七卷九號五九頁、國際私法例集（上）八六八頁における親子關係存在確認事件においては、特別な理由づけなしに、法例その他の法を適用することなく、事實問題として事柄を處理している）。續いて判旨は、認知の訴が日本の裁判所に提起された以上、認知の實質およびその訴の性質如何は法廷地である日本の訴訟法規定によつて決定されるべきものとし、しかも日本民法七八七條の規定を訴訟法上意義を有する規定とみて、準據法としてではなく法廷地法として當然適用があるものとする。しかし、この考え方は、次の二つの點で誤つている。まず、日本の實質法を例にとつて考えてみても、强制認知の實質が何であるかは、實體法に照らしてみて明かとなることであつて、そこには法の適用されるべき關係が存在しているのであり（强制認知が事實上の親子關係を確認するものであるか、事實上の親子關係の確定に基いて法律關係を形成するものであるかは、法、つまり民法七八七條の解釋を通して問題となるのであり、法の適用をみずにアプリオリに事實關係の確認であるとすることはできない）、涉外事件に移して考えても、認知の實質およびその訴が判旨のい

うような性質を有するかどうかは、準據法を適用して後確定するのであつて、そのために衝突法である法例による指定が必要なのである。次に、民法七八七條は、強制認知の許否、その要件を規定したものであつて、訴訟法上意義を有する規定である以前に、まず實體を規定した實體法規定である。渉外事件に日本民法七八七條が適用されるとすれば、それは準據法として適用されるのであつて、法廷地訴訟法として適用されるのではない。さらに判旨は、前示の立場に立つて、「認知の訴を以て、或は認知の要件と解し、或は又、認知の方式と解して、その準據法を、法例第一八條、又は第八條によつて定めようとする說（孰れも國際私法學說上の有力說）があるが、それ等の說は、認知の訴の本質に關する考へ方の相違に由來するもので、……孰れも從ふことを得べき說ではない。」と論じている。國際私法學說上、認知の訴を認知の方式と解し、準據法として法例八條の適用を認める說がおそらく存在しないであろうことは、すでに山田教授が指摘しておられる（山田・前揭一五一頁參照）から、とくにふれないが、私は、本件については、法例一八條の適用される場合であると考える。すなわち、法例一八條一項に、「子ノ認知ノ要件ハ」と規定しているのは、任意認知であると强制認知であるとを問わずおよそ認知の許否、その成立要件については法例一八條一項の適用があること、さらに、認知によると否とにかかわらず婚外親子關係一般の成立問題（フランス民法および日本民法におけるような認知主義をとる法制に對して、ドイツ民法におけるように父子關係も子の出生という事實によつて確定される血統主義の法制もある〔ドイツ民法一七一一七條二項參照〕。法例は、このような異つた法制を含めてその上に立つものと考えられる）については同條の適用があることを意味している（日本國際私法學者の通說。例えば、江川英文「國際私法」〔有斐閣全書改訂版〕二七九頁、久保岩太郎「親子」國際私法講座二卷五九七―五九八頁、實方正雄「國際私法概論」三〇九頁、折茂豐・前揭二七七頁參照）。そして、この法例一八條の規定に照して考えるとき、判旨の第一點の問題に立ち歸つて、わが國國際私法および不文の國際民事訴訟法上は、認知の實質およびその訴の性質は、極く大まかに親子關係の確認ないし形成として把えられるにすぎず（ドイツ國際私法である民法施行法は、實質法である民法の血統主義を反映して、その二一條で事實上の父子關係に基いて「父ノ私生

子ニ對スル扶養義務」についてのみ規定する。その他の婚外子、父間の法律關係の準據すべき法については言及していない。このような法制下で、父が法律上不明であれば、父子關係確認の訴を提起することとなろう)、そのようなものとして認知の訴は適法なものと認められるが、進んで實質的に、強制認知の性質如何、許容性、その要件等は準據實質法によつて決定されるものと考えられる。以上、本件を渉外事件として把える限り、國際私法上の強制認知にも準據法決定の必要があり、それには法例一八條が適用されるべきであるとして、判旨に異論を唱えてきたのであるが、判旨の言い表わそうとするところを筋を通して一つの立場に組み立てるならば、本件を渉外事件に對する眼で把えるのではなく、日本の國内事件に類するものとしてみる方が素直ではなかろうか。というのは、日本人である原告X_1、X_2の利益保護の見地から、とくに本件に日本の裁判權が及ぶものとされ、死亡したBの側に對する効果の如何は問題外として、もつぱらX_1、X_2の本國法であり法廷地法でもある日本法の全面的な支配を認める(ここでは民法七八七條ももちろん適用される)という立場が考えられるからである。この場合、認知の効力もBの本國法によるのではなく、X_1、X_2の本國法である日本法によるべきものと考えられる(法例一八條二項參照)。國際私法という國際主義的、世界主義的な立場からみれば、或はこのような考え方は國家主義への退歩であるかもしれないが、現實的な判旨の立場を貫けば、このような理論構成ができるし、またこの立場を否定しきることは、そう簡單ではない(渉外事件として法例一八條を適用して準據法を決定した場合にも、その準據法上、父の本國法が認知の訴を認めていないとすれば、法例三〇條の公序の規定が適用されるか否かの問題が出てくる。この點については、折茂・前掲二八一―二八二頁が詳細に論じ、久保・前掲五九七頁、實方・前掲三一〇―三一一頁は公序條項適用肯定説、江川・前掲二八〇頁は否定説をとつている。判決の傾向としては、昭三二・二・一〇東京地裁判決、下級民集八巻二號三四〇頁、判例時報一〇四號二八三七頁、アメリカ合衆國ミズーリ州生れの被告に對する認知請求事件において、アメリカ合衆國ミズーリ州法によれば強制認知を許す規定がないが、認知の訴を許さないことは日本の公序に反するから、法例三〇條の精神に則り、すべて日本國民法を適用すべきものとされる〔本件については控訴がなされたが、棄却された。昭三二・一一・二八東京高裁判決、下級民集八巻一一號二二〇〇頁、判例タイムズ七七號三二頁、國際私法例集(上)九三〇頁〕。本件については、山田鐐一「強制認知を認めないアメリカ

合衆國ミズーリ州法と法例第三〇條の適用の有無」ジュリスト一六三號六六―六七頁における強制認知の問題は國内的公序ではあるが國際的公序には該當しないとして判旨に不賛成の立場からする批評がある。また、昭三二・七・三一東京地裁判決、ジュリスト一三九號六〇頁、家裁月報九卷一〇號三五頁、國際私法例集(上)九二四頁におけるアメリカ合衆國テキサス州生れの被告に對する認知請求事件においても、前掲の判決と同樣の立場をとつている。離婚事件に關しても、日本人である妻のフィリッピン人である夫に對する離婚請求についての前掲昭三三・七・一〇東京地裁判決においては、法例一六條を適用した結果、夫の本國法であるフィリッピン法は離婚を禁止しているが、これは日本の私法法規の根本觀念に著しく反し、法例三〇條にいわゆる公序の問題として、フィリッピン法の適用は排除され、この欠缺の補充は法廷地法である日本法によるとされる。この判決は問題を綿密に論じているが、この問題點について、桑田三郎「日本人の女でフィリッピン人の妻となつた者の離婚の適用法規」判例評論一五號一五―一七頁は比較法的考察をめぐらしながら、一般的な公序條項の發動ないし内國人保護のためにする配分的適用主義の援用に反對し、「人間性の留保條項」としての公序を理由として、フィリッピン法の適用を排除すべきものと批評している。フランスにおける一九四九―一九五〇年の國際私法草案三四條によれば、親子が國籍を異にする場合、認知の訴〔父の搜索〕は主として子の利益に關するものとみて、子の身分に適用されるべき法による。但し、父母もしくは子のいずれか一方がフランス人であつて身分上フランス法に服するときは、フランス法によるべきものとされている。また、フランス判例法上、父の搜索を許すフランス法は國際公序の規定と認められるから、外國人である婚外子は、たとえその本國法が無制限に父の搜索を許す場合でも、フランスの裁判所においては、フランス法が許容する限度でのみ父の搜索をなすことができる)。しかし、このような一國の立場からなされた認知の成否、その効力が、いずれの國においても、とりわけ本件についていえばBの側においても、認められるかどうかは別の問題である。ここに、かようにして生じる父子關係の片面性の問題がみられる(離婚事件においても、跛行婚の問題として現われる)。最後に、このように日本法を適用して下される判決により片面的になされる強制認知に、實質的に(X_1、X_2はBの子であるとされること以外に)いかなる利益が認められるのであろうか。相續或は扶養の問題が現實の問題であるとすれば、それは別個の規制に服すべきであり、その面でこの認知の効力が維持されることは望み難いであろう。

（林　脇　ト　シ　子）