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

Title	実親子関係の成立についての準拠法 : 国際私法における法欠缺の一場合
Sub Title	Anzuwendendes Recht auf die Abstammungsklage : eine Lückenergänzung im Kollisionsrecht
Author	高鳥, トシ子(Takatori, Toshiko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1987
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.60, No.5 (1987. 5) ,p.1- 25
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19870528-0001

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.

実親子関係の成立についての準拠法

——国際私法における法欠缺の一場合——

高鳥トシ子

一　はじめに
二　嫡出子と婚外子の区別
三　準拠法決定における問題点　(一)　嫡出親子関係の基礎となる母子関係の存否について
四　承前　(二)　血縁のみによって成立する婚外親子関係について
五　おわりに

一

法制審議会国際私法部会で進められていた法例改正についての作業は、小委員会で検討された結果が同部会に報告され、「法例改正についての中間報告」として、昭和六一年八月、法務省民事局参事官室より公表された。(1) その報告（以下、中間報告と呼ぶ）によると、親子関係については婚姻関係についてよりも多くの案が並記されており、小委員会における意見の多様性がうかがわれる。

中間報告でも、実親子関係の成立については、現行法例と同じく、嫡出親子関係と非嫡出親子関係とを分けて、それぞれを単位法律関係として規律することが前提とされている（検討事項六、七。以下、検討事項は単にゴシックの漢数字のみで表記する）。まず、嫡出親子関係については甲案から丁案までが並記されている（六）。甲案は、子の嫡出性の問題は父母の婚姻の効力の問題であるという従来学説により有力に主張されていた見解が土台となって、この問題を「子の出生の当時における父母の婚姻の効力の準拠法」（三によれば、婚姻の効力については夫婦の共通本国法→共通常居所地法→最密接関連法が上位から順次準拠法となる）によらしめるものとする（ここで「父母」という文言が使われているが、父母であるか否かが問われるのであるから、表見上の父母、或は父母であるか否かが争われている者の意味であることは当然である）。乙案は、甲案の考え方から出発して、父母の共通本国法がないとき、「子が父母のいずれか一方の本国法によれば嫡出であると認められるときは、子は、嫡出子とする」という項目を加えることとする（この項目により「父母のいずれか一方の本国法」に準拠して嫡出子とされれば問題は止むが、そこで嫡出子とされない場合には、次の順位の準拠法に移ることになる。六（注3）参照）。丙案は、乙案の甲案に対する追加項目を独立の準拠法とする（この案では、「子に有利に」という観点から父母のいずれか一方の本国法により嫡出子とされれば問題は止むが、いずれによっても嫡出子とされない、或は嫡出推定がなされない場合の嫡出否認、或は親子関係の存否についての準拠法如何の点が不明である）。丁案は、甲案が嫡出子の問題は父母の婚姻の効力の問題であると考えるのに対し、子の父母に対する結付き、子の父母による保護の問題であると考え、「子の出生の当時における子の本国法」を準拠法とする。

次に、非嫡出親子関係の成立については、中間報告は、現行法例の認知を中心とした表現を改め、非嫡出親子関係の成立一般の準拠法をおくこととし、甲案から丙案までを並記する（七）。甲案は、「子の本国法」、乙案は、「子の常居所地法」を準拠法とし、非嫡出親子関係の成立は子からの保護の請求という性質をもつものとして、子を中心に準拠法を決定するという考え方に立つ。これに対し、丙案は、「父子関係については父の、母子関係については母の本

国法」を準拠法とし、非嫡出親子関係の成立についても（とくに出生の事実に基く血縁のみによる親子関係の成立を含めるとき）、嫡出親子関係の成立と同じく、親が親子関係の出発点であるとする考え方に立つ。そして、いずれの案も準拠法決定の基準時については明かにしていないが、「子の出生の当時」、認知を要する場合については「認知の当時」とするものといってよい（七（注1）参照）。なお、非嫡出親子関係の成立につき認知を要する場合に、認知の要件につき特別の規定を設ける必要があるのではないかと考えられるが、この点も指摘されている（七（注3、4））。

中間報告の検討事項に沿って各方面から意見が寄せられ、それを参考にして改正草案が作成されることになるであろう。[2] とすれば、次のような点に予め考察を加えておくことは無意味ではなかろう。第一に、中間報告の検討事項に沿った討議によって、従来親子関係について問題とされてきた論点が解消されるか、なお解消されずに残るところはないか、第二に、ここに示された検討事項に沿って草案が作成されることにより、新たな問題が生ずることはないか。後者については、六丁案で「子の出生当時における子の本国法」を準拠法とするとき、子の国籍をいかに捉えるか、また七甲案で「子の本国法」を準拠法とするとき、血縁のみによる親子関係の成立を問題にするときは「子の出生の当時」が基準時となるから、やはり同様の問題が生ずる。これは、従来、認知について規定している法例一八条を非嫡出親子関係の成立一般に及ぼそうとするときに、「子ノ属スル国ノ法律」の適用につき子の国籍が問題となっていたのが、ここではより直接的に表面化するものといえよう。この点については別の機会に論じたいと思う。[3] ここでは、前者、従来実親子関係の成立につき問題とされてきた論点と、それが現行法例の下で実務および学説によりどのような方向で解決されようとしてきたかを、振返っておきたい。

（1） 法例改正についての中間報告、ジュリスト八六七号一二七頁以下。

（2） その後聞くところによると、法制審議会の国際私法部会は、目下試案の検討中であり、今年秋あたりには改正試案としてまとめられる模様である。

(3) 判例タイムズ六三一（一九八七・六・一）号登載予定。

二

親子関係の成立について、現行法例は、嫡出親子関係（法例一七。以下、条数のみを示すのは法例の規定である）、認知－婚外親子関係（一八。以下、非嫡出親子関係とせずに婚外親子関係で統一する）、養親子関係（一九）の規定をおいている。ここでは養親子関係の検討は除くとして、実親子関係について、法例も、多くの国の実質法規定と同じく、嫡出親子関係と婚外親子関係の区別を認めている。(1)

このような法例の規定の根拠となるのは、次のような実質法上の扱いにあるものと考えられる。(2) 父母とその子との間の法的規律を考えるとき、夫婦の結合とその間に生まれた子によって家庭が営まれることが出発点となる。ここでの家庭の平和が一つの価値であり、理想である。一方、自らの意思によらずに生まれた子は誰彼の差別なしに親によって保護されるべきである。子の利益保護の価値、理想である。ところで、夫婦の結合から生まれた子については、この二つの価値、理想の達成に支障はないが、父母の婚姻によらないで生まれた子の場合には、この二つの価値、理想の間に矛盾が生じ、これをいかにして調和させるかが課題となる。

この調和を図るため実質法がとる一つの解決方法の結果、嫡出子、婚外子の区別が生じる。すなわち、実親子はいずれにしても本来親と子の生理的な（血縁上の）つながりそのものでありながら、父母が夫婦である場合には、母と子の生理的なつながりを前提として、父と子の関係も当然に（他に格別の要件なしに）発生するものとし、母子関係とともに父子関係も合一に成立するものとする。これが嫡出親子関係である。これに対し、父母が婚姻して生まれたのでない子については、父と子、母と子の生理的なつながりがあるだけでは必ずしも親子関係の成立を認めず、他の要件

の充足をまって始めて親子関係の成立を認める。これが婚外親子関係である。

このような嫡出親子関係と婚外親子関係の区別は、多くの国で採用されている（もちろん、法律上の取扱いについて父母の婚姻から生まれた子と婚姻外で生まれた子について差別してはならないとするものもある。中華人民共和国婚姻法一九参照）。そして、この区別は、また、表見上嫡出親子関係ありとされている者についてその関係を否定し、或は婚外親子関係の成立を肯定するについて、独特の方法を生出す。たとえばわが国の場合を例にとると、子は親からの嫡出子出生の届出によって嫡出子として扱われる（戸籍四九Ⅱ1、五二Ⅰ参照）。このことは、嫡出親子関係においては、親子関係を認めることが子の保護と同時に家庭の平和を形成するものであることによる。もっとも父母の婚姻から生まれたとされている子であっても、例外的に父と子、母と子の間に生理的なつながりのない場合が生じうる（虚偽の出生届による場合）。このような場合、母と子の生理的なつながりは嫡出親子関係成立の前提となっているから、この関係が欠けるときは、外形上嫡出親子関係にあっても、一般の方法により母子関係の存在を否定して、嫡出親子関係の不存在を確定できるものといわなければならない。これに対し、父と子の間に生理的なつながりを欠く場合にも、父子関係の存在を否定しうるが、一般にこの否定の途は嫡出否認の方法によることを要し、限られて狭い。というのは、母子関係の存否は原則として分娩の事実により生理的なつながりを一般の方法で確定しうると考えるのに対して、父子関係についてはその生理的なつながりを知ることが事実上困難であることを基礎に、婚姻中に妻が生んだ子であれば、生理的なつながりを有する父子関係も成立しているのが通常の事態であり、通常の事態に従うのが家庭の平和を守ることであるからである。

他方、婚外親子関係についても、父と子、母と子の間に生理的なつながりがあれば、父子関係、母子関係を認めることが一般には子の保護になるが、ここで当然に親子関係を認めると、父の家庭、母の家庭の平和を攪乱することがありうる。そこで、子の利益の保護を図るのは当然のことながら、家庭の平和との調和のため、父或は母の意思的要

素（子を自らの家庭の中に引入れても差支えないとする）を要件とした上で、親子関係の成立を認めるわけである。これが婚外親子関係の成立には親と子の生理的なつながりプラスα（たとえばわが国では認知）が必要とされる所以である。この点についての各国の法制度は多様性を示しているので、その一端につき後出四で触れることとする。

（1）フランス民法は、一九七二年一月三日法 Loi no 27-3 sur la filiation により、第一編人、第七章親子関係に第一節嫡出親子関係及び自然親子関係に共通の規定、第三款親子関係の立証に関する法律の牴触の規定を設けた。その三一一条の一四は「親子関係は、子の出生の日の母の属人法 loi personnelle によって規律される。母が知られない場合には、子の属人法による。」と規定し（訳文は、法務資料四三三号によった）、実質法では嫡出子 enfant légitime と自然子（婚外子）enfant naturel の区別を認めながら、準拠法の決定については母の属人法が両者に共通のものとなった。

（2）実質法上の理解については、日本民法親族法の文献、とくに我妻栄・親族法（法律学全集）（昭和三六）二一一―二五〇頁参照。

三

法例においても実親子をめぐる単位法律関係として、嫡出親子関係と婚外親子関係とが取上げられていることは、上述した通りである。となると、国際私法上、嫡出親子関係、婚外親子関係という単位法律関係の性質決定、およびそこで指定された準拠法の適用範囲如何がまず問題となる。今、実質法の議論としては、嫡出親子関係とは、生理的なつながりのある母子関係を前提として、母と婚姻関係にある者（父）については父子関係も合一に成立させる場合の親子関係であるとした。国際私法上の嫡出親子関係についてもほぼ同じように考えることができるであろう。

このような理解に立った上で、これまで嫡出親子関係の問題として法例一七条の適用範囲に入るか否かが議論されたのは、無効婚、誤想婚から生まれた子、或は婚約子の地位の問題であった。これは一七条が準拠法を「母ノ夫」の

本国法としているところから、父母の間に有効な婚姻関係を欠く親子関係について、それが一七条の適用範囲に入るか否かが問題とされたものであった。これに対し、「母ノ夫」という規定からは、もう一つ、前提となっている母子関係をめぐる問題が生ずるわけであるが、これについては、従来、正面きって論じられることがほとんどなかったように思う(1)。子の嫡出性を規定する一七条が子の出生当時の「母ノ夫」の本国法を準拠法としていることは、同条も、母子関係の存在を前提として、その母と婚姻関係にある者との間に父子関係を確定することを主眼としていることを示し、したがって、同条の適用範囲として、嫡出推定が及ぶか、嫡出推定の排除、嫡出否認の方法などの問題がここに含まれることは疑いない。

問題となるのは一七条で前提としている母子関係そのものが争われる場合である。母子関係について、実質法上、日本法を含めて多くの法制度で、その存否は一般の方法によって確定できる、つまり母子関係は存否確認の対象となり、分娩による生理的なつながりという事実の証明によって法律上の母子関係も確定される。しかし、国際私法の観点からは、一概にこれを事実の証明に委ねることはできない。諸国の立法例中、フランス民法三二二条のように、嫡出親子関係の証明の規定がおかれ（父子関係については直接的立証が困難なため法律上の推定を設けているが、嫡出親子関係の基礎となる母子関係は、それ自体証明されなければならない。そこで、三二二条の規定は嫡出母子関係の証明に関するとされる(2)）、その証明方法として、（身分登録簿に登録された）出生証書の提出（三一九）、身分の占有（三二〇）、証人による立証（三二三）が規定され（法律による証拠方法の限定）、子が出生証書と一致する身分占有を有する場合には、何人もその身分を争うことができないとされる（三二二Ⅱ）。そこで、夫婦或は夫婦の一方が他人の子を自分の子として届出で、自分の子として養育する場合には、母と子の間に生理的なつながりのない事実を立証して嫡出親子関係のないことを主張できない場合が生ずる。しかし、このことは、嫡出親子関係の基礎に生理的なつながりのある母子関係（血縁上の母であること）を必要としないのではなく、依然それを前提としてはいるものの、母子関係の証明の方法が限定されてい

るものというべきである（しかも、この証明方法の限定は実体の問題である）。

このような立法例まで含めて考えても、単位法律関係としての嫡出親子関係は、母と子の間の生理的なつながりを前提として、この母と婚姻関係にある者（父）と子との間の父子関係を正面に据えて、これを問題とするものであるといってよい。法例一七条が準拠法の決定につき「母ノ夫」の本国法といっているのは、立法者が嫡出親子関係の基礎として生理的なつながりのある「母」を前提としており、そのような母子関係のないときは、それだけで母の夫（父）との間でも嫡出の親子関係が成立しないのは、自明のことであるとし、また、母子関係の確定については、事実の証明（方法の限定のない）によりうると考えたためである。したがって、立法者は、嫡出親子関係が問題となる場合のうち、母子関係の確定が問題とされる場合、および母子関係の証明の方法についての規律を直接には念頭におかなかったといえよう。

裁判例でこの点にふれたと思われるものが散見される。(3) 問題となる場合を整理すると、

1　表見上、嫡出親子関係ありとされる母と子の間に、母子関係が存在しないと主張される場合――さらに、そのうちで、

(1)　子が公簿上実の両親と全く異なる他人夫婦の嫡出子として記載されている場合（子と表見上の父母いずれの間にも親子関係が存在しないことが主張されている。親子関係不存在確認事件）　当然ここで母子関係も問題になっているわけであるが、裁判例は父子関係と母子関係とを分けずに、血縁上の親子関係を否定し、血縁上の親子関係がない場合に法律上の親子関係は存在しないとして家事審判法二三条の審判或は親子関係不存在確認の判決をしている例が多い。準拠法として、法例一七条、一八条一項の趣旨を類推して当事者双方の本国法を累積的に適用する、或は一七条の適用および子の出生当時の父または母の本国法の適用を判示しているが、母子関係につき一七条によっているのかは判文上必ずしも明かでない。しかし、少くとも準拠法決定について「母ノ夫」というとき、まず母子関係を一七条とは別

に決定されるいずれかの準拠法により確定して、その上でその夫の本国法を準拠法とするのではない。ここで「母」とは母子関係が争われている、いわゆる「表見上の母」を考えているといってよかろう。

(2) 公簿上の両親の一方＝父は実の親である場合（もっぱら母子関係のみが問題とされている。親子関係不存在確認事件）ここでは母子関係だけが取上げられているが、準拠法については(1)と同様の判示がみられるから、嫡出母子関係についても一七条を適用ないし類推しているものと推測することが可能である。

上にみたように裁判例における多数の見解は、表見的に成立している嫡出親子関係を否定する場合には、(1)、(2)を通じて、一七条を適用ないし類推するものとし、そこで「母ノ夫」の本国法とは、母子関係が争われており、公簿上母と表示されている、表見上の母の夫の本国法を指すものと解している。これに対し、裁判例の中には、一七条ではなく一八条一項によるとするものがある。多くはその判断の過程を明かにしていないが、(2)とは逆に、公簿上の両親の一方＝母については母子関係の存在は争われておらず、表見上の父に対する親子関係不存在確認が求められた事件で、東京家裁昭和五三年三月一七日審判[4]は、父子関係については一七条および一八条一項により準拠法が決定されるとし、括弧書きで、（一七条適用上の）前提たる母子関係について一八条一項によれば云々、と判示している。この見解は、一七条でいう「母」は一七条の適用に先立って生理的なつながりのある母であることが確定されていなければならない、そしてそれを確定するのは一八条一項により決せられる準拠法であるとするものの如くである。すなわち、母子関係の確定は、嫡出であれ婚外であれ、生理的な母子関係の存在（そしてその証明）の問題であると捉え、その確定が問題となっている当事者の本国法によるとするものと考えられる。これによれば、嫡出母子関係の存否確認の問題は一七条の適用ないし類推の範囲に入らないことになり、一七条はもっぱら嫡出父子関係の規定となる。

このように一七条の「母」を、親子関係不存在確認の請求においても、生理的なつながりのある母（実母）と解したものに、大阪地裁昭和三九年一〇月九日判決[5]がある。子から公簿に記載された表見上の母に対し親子関係不存在確

認を求めた事件で、判決は、一七条の「母」を実母と解するところから、実母と事実上の関係にある者の本国法を準拠法としたものである。本件ではたまたま実母と事実上の関係にある者が公簿上の父であり、表見上の母の夫であるから、その本国法を準拠法とすることは結果的に是認されるが、一七条の「母ノ夫」にいわゆる内縁の夫を当てているのは、子の嫡出性を決定する一七条の連結点の構成要素としては不適切であり、誤った解釈といわざるをえない。

2　以上、嫡出の母子関係の不存在確認、或は嫡出親子（父子）関係の不存在確認の前提としての母子関係の確定が問題となる場合を挙げたが、母子関係については、さらに積極的確認の請求がなされる場合もあるし、嫡出親子（父子）関係の存在確認の前提として母子関係の確定が問題になる場合がある。母子関係の積極的確認が求められた実際例は婚外母子関係の存在確認であって、その準拠法如何については次の四で検討するところである。嫡出親子（父子）関係の存在確認の前提として嫡出の母子関係の確定が問題となったものに、浦和家裁昭和六一年一月二〇日審判(6)がある。C女の婚外子として届出られた子Xが実は日本人A男と婚姻関係にあったB女との間に生まれた子であるとして、就籍許可申立がなされた事件である。就籍許可の判断をなすためには、Xが日本国籍を取得、保有しているか、さらにそのためにはXとAとの間に申立のような親子関係が存在しているかが問題となる。そこで一七条が適用されることになり、実母（と主張されている）Bの夫Aの本国法が準拠法とされている。嫡出親子関係存在確認においては、表見上の母との間の親子関係が問題になっているのではなく、実母と主張されている母の夫と子との間の親子関係が問題とされているのであるから、実母と主張されている母の夫の本国法が準拠法となることは明かである。

嫡出親子関係の存在が確認されるためには、母は生理的なつながりのある母でなければならない。このことは、法例自身が予定している嫡出親子関係と婚外親子関係の区別に由来する。ただ、一七条の適用上は、母とは実母と主張されている者を指すことになる。これに対し、公簿上嫡出親子関係ありとされている者のうち、わが国ですでに母子間では親子関係不存在確認の裁判が確定している場合には、一七条の適用がないことになる。千葉地裁昭和四九年一

二月二五日判決[7]は、上述のような場合に、表見上の父の死亡後、その父との間の親子関係不存在確認を請求した事件で、すでに表見上の母との間には母子関係が存在しないことが確定していること、表見上の母以外に母と考えられる特定の人はいないこと（原告は日本生れの父母不明の棄児）を挙げて、一七条によっては準拠法が定まらないと判示し、条理上子の本国法を準拠法としている。子の本国法を準拠法とすることが妥当かという点は措いて、この事例では母子関係の存否もなお争われているというのではなく、不存在が確定しているのであるから、表見上の父に対する親子関係不存在確認につき一七条によることは不要となり、一八条一項ないし婚外父子関係の不存在の問題に移行することになる。

以上1、2を通していくつかの裁判例をみてきたところから、嫡出母子関係の確定は、それが独立の存否確認の対象となる場合にも、嫡出親子（父子）関係の確定の前提として問題となる場合にも、一七条により決せられる準拠法の適用を受けるものと考えられる。すなわち、一七条は、母子関係の存在を前提として母と婚姻関係にある者と子との間の父子関係も合一に確定しようとするものであるから、嫡出親子関係の基礎となっている母子関係の存否自体が争われるときは、嫡出親子関係を規律する一七条が適用されるものというべきである。消極的確認においても積極的確認においても同様で、ただ、消極的確認の請求においては、表見上の母子関係を起点として、準拠法上規定されている証明方法によって生理的なつながりのある母子関係の不存在が確定されるならば、嫡出親子関係は否定されるのであり、積極的確認の請求においては、実母と主張される者を起点として、準拠法上母子関係の存在が確定されたときに、それを前提として嫡出親子関係の存否が確認されることになる。いずれも母子関係が存在しないとして争われ、或は存在すると主張されている母が基準となっている。母子関係の存否が争われているその母の夫の国籍が連結点とされるのは、たとえば不法行為につき「原因タル事実ノ発生シタル地」の法律が準拠法とされ（一一）、離婚につき「原因タル事実ノ発生シタル時」における夫の本国法が準拠法とされる（一六本）のと同様であり（いずれも不法行為の、

或は離婚の「原因タル事実」に当るか否かは準拠法を適用してみなければ確定されないことである)、母であるか否かが準拠法の適用を受けるべき問題なのであって、この点を別の準拠法により決した上で一七条が適用されるのではなく、母であるか否かを含めて、嫡出親子関係につき、母であることが争われている者の夫の本国法によって決せられることになる。ただ、一七条は、単位法律関係としての嫡出親子関係につき生理的なつながりのある母子関係を前提としているから、すでに母子関係が否定されているときには一七条が適用されるべき嫡出親子関係の問題とはいえない。

一七条の起草者は、上述のように、一七条の適用につき母子関係の存否が争われる場合を現実には予想しなかったといえるかもしれない。この点で嫡出の母子関係の確定については一見、法に欠缺があるようにみえるが、一七条によって嫡出親子関係を父母合一に規律しようとした立法者の意図からすれば、嫡出親子関係の基礎となる母子関係についても一七条の適用があるものとすることができる。嫡出母子関係の存否確認について法の欠缺は存在せず、一七条の類推ではなしに、一七条が適用される場合である。

この点を中間報告についてみると、検討事項六の甲案ないし丙案はいずれも親を基準にして準拠法を定めるのに対し、丁案は子の本国法を準拠法とする。現行規定の考え方を引継いで改正するとすれば[8]、甲案、乙案、或は六(注1)でいうように甲案の規定方法に代えて、「子が嫡出であるかどうかは、子の出生の当時における父母の共通本国法によって定める。(下略)」とする案ということになろう(丙案は一で指摘したように規定として不完全である)。これらの案によれば、父母の共通本国法(乙案で追加――父母のいずれか一方の本国法)、共通常居所地法、それらがないときに父母の最密接関連法が順次準拠法となる。ここで、本国法と常居所地法とは順位をつけて並置されているが、常居所地法もなお属人法として位置づけられているのか、密接関連法の一つとして密接性の度合を示しているにすぎないのかが問われることになろう。また、ここでの議論は密接関連法に集中するであろうが、この最密接関連法の決定をめぐって新たな問題が生ずるように思われる。これらの問題の検討は、本論稿の範囲を超える。

(1) 田中徹・渉外判例研究・ジュリスト六〇七号一五一―一五二頁参照。
(2) 谷口知平・現代外国法典叢書(14)仏蘭西民法(I)人事法二九三頁参照。
(3) 裁判例の紹介、整理は、海老沢美広・渉外親子関係事件をめぐる一考察・国際法外交雑誌六八巻一号三五頁以下、林脇トシ子・親子関係存否確認・判例コンメンタール7民法V渉外家族法（昭和五三・四）七八五頁以下参照。
(4) 家裁月報三一巻七号八〇頁。韓国人女が韓国人夫との婚姻継続中、他の韓国人男との間にもうけた子につき、子から出生当時の母の夫に対し、親子関係不存在確認の請求がなされた事件。
(5) 下民集一五巻一〇号二四一九頁（海老沢・渉外判例百選（増補版）一六八頁）。日本在住の朝鮮人男が朝鮮人妻との婚姻継続中、日本在住の日本人女との間にもうけた子につき、子から表見上の母に対し、その間の親子関係不存在確認が求められた事件。
(6) 家裁月報三八巻四号一〇六頁（鳥居淳子・渉外判例研究・ジュリスト八七五号二七一頁）。申立人Xは日本人A男と婚姻関係にあった韓国人B女との間に生まれた子であるが、Aは敗戦により収容され日本に単身帰国し、Bは韓国人男と婚姻することになり、XはBの養母である韓国人C女の婚外子として届出られていた。子Xから日本戸籍に就籍許可の申立がなされた事件。
(7) 判例時報七八一号九六頁（田中・前掲ジュリスト六〇七号一四九頁）。虚偽の申告により韓国戸籍に同国人夫婦間の嫡出子として記載された日本生まれの父母不明の子（棄児）から、表見上の父の死亡後、表見上の母との間に親子関係不存在確認の審判を経た上、さらに表見上の父との間の親子関係不存在確認の請求がなされた事件。
(8) 「母ノ夫」の国籍を連結点とすることが両性平等の理念に抵触しないかという懸念を免れることが主眼で、現行規定の考え方そのものは維持できるとする立場からの改正案といえよう。

四

わが国の国際私法上、婚外親子関係については、法例一八条で認知の規定を設けているだけであるが、諸国の立法例上血縁のみによって婚外親子関係が成立する例がみられる。このような関係についても一八条の適用範囲内に入る

か否かが論議されていることは周知の通りである。一八条が「認知」を単位法律関係としているのは、実質法上、婚外親子関係の成立のためには、親と子の間の生理的なつながりプラスαが必要であり、そのプラスαが認知である場合を念頭において立法されたものということができる。すなわち、二において、婚外親子関係については、家庭の平和の理想と子の利益の保護の理想との間で、生理的なつながりだけでは親子関係を成立させず、プラスαが必要であるとする実質法上の立法例をみた。この点について、やや詳しくみておきたい。

沿革的には、父子関係のみならず母子関係についても、婚外親子関係の成立には父または母と子の間に生理的なつながりがあるだけでは足りず、それを前提とした上で父または母の意思表示が必要であり、したがって婚外親子関係の成立という効果も父または母のそれを欲した意思表示の効果であると考えられた。しかし、立法上、任意認知だけでなく強制認知の制度が認められるようになった。たとえば、フランス民法はかつて父の捜索を禁じていたが、三四〇条は婚姻外の父子関係も裁判上宣言されるものとした。但し、宣言される場合が要件的に厳格に制限されており、三四〇条の一に規定する場合には父子関係捜索の訴は受理されない。これに対し、母子関係の捜索は三四一条で広く認められ、事実関係の証明により決せられる。このような強制認知では生理的なつながりが前面に出て、プラスαが縮減される。親の死亡後にも強制認知を認めるわが国の民法の規定（七八七。昭和一七年法七改正）はその延長上にある。

さらに、母子関係については、認知の必要そのものを否定し、出生の事実によって母子関係が成立するとする立法例がある（わが民法七七九条の規定に対し、学説、判例は、母子関係については棄児のような例外的な場合を除いて、認知を要しないとする。スイス民法二五二Ⅰ、中華民国民法一〇六五後段参照）[1]。母子関係の成立について認知を要するとするか否かは、一つの立法政策の問題であり、分娩の事実によって生理的な親子関係は生じても法律上もそうであるとは限らない、認知がなければ法律上の親子関係を成立せしめないというのも一つの政策ではある。しかし、政策の合理性を考える

と、認知を必要とすることの大きな理由は、親子間の生理的なつながりが事実として必ずしも確証されえないこと、そしてそのようなところで事実関係を主張して結着のつかない争いに持込むことは家庭の平和を乱すことになるからである。このようなことから考えると、事実関係が確証できるものであれば、たとえ婚姻外の親子関係であっても事実は事実として確認することが、家庭の平和の観点からもかえって望ましいということができる。父子関係に較べると母子関係については、分娩という事実から母子間の生理的なつながりを証明することは容易である（棄児のように分娩の事実が明かでない場合には、したがって認知を要求している）。ここに母子関係の成立には認知を要しないとする立法例が現われた理由がある。

さらに、このような考え方は父子関係にも影響を及ぼし、生理的なつながりがあれば親子関係成立の法律要件として十分である、父の場合にも生理的なつながりという要件事実が父の承認（任意認知）または裁判（強制認知）によって確認され、したがって任意認知においても親子関係成立の効果は意思表示の効果ではなく事実承認に結付く効果であるとする考え方が生まれてきた。[2] ただ、父子関係については生理的なつながりは完全には確証できず、認知は父でありうるという可能性の上に父によるその事実の承認としての意味をもつ（この点から死後認知が許されるか否かが問題となる）。

ここでは、なお、認知をまって親子関係の成立という効果が生じるのであるが、父子関係についても認知は事実の承認であると考えられるようになると、事実主義（血統主義）との接点が生まれる。たとえば、ドイツ民法(旧)一五八九条二項では婚外子と父の間には法律上一般的な親子関係を認めず、ただ、(旧)一七一七条に規定する一定の者を(旧)一七〇八条以下に規定する扶養料支払義務については婚外子の父と看做していた。[3] つまり、父子関係についても認知を要しないとしながら、生理的なつながりによっては法律上の親子関係の成立を一般的には認めず、そこから生ずる法律上の効果を狭く限定する立法例である。また、アメリカの多くの州では婚外親子関係の成立について認知

という画一的な身分決定によらずに、身分関係を前提としてたとえば扶養請求が行われると、そこで個別に身分関係が確認される。[4] さらに、社会主義国では認知の規定をおかず、血統主義に立つとみられる立法が行われている。[5]

このようにいくつかの立法例をみただけでも、婚外親子関係の成立について認知を要するとは限らない。したがって、国際私法上、婚外親子関係の確定をめぐって提起される問題は、認知の要件、認知無効、認知請求の他、婚外親子関係存在確認（認知をまたずに婚外親子関係が成立しているものとして）、或は不存在確認（嫡出親子関係とともに婚外親子関係も存在しないことの確認を求めて）の請求に亙りうる。ところが、法例は、上述のように、婚外親子関係の成立には認知が必要であるとする法制度を念頭において、直ちに、認知の要件を規律する準拠法如何を一八条一項に規定した。そこで、上述の問題のうち認知に関するものを除く他については、準拠法決定の規定を欠くのではないかが問題となる。

もっとも、これを法の欠缺とみるべきかについては、なお検討を要する。立法者は、確かに、認知以外の方法で、とくに父子関係については、婚外親子関係が成立することを考えなかった。そこで、認知の他に婚外親子関係成立の規定をおかなかったが、立法者は、一八条一項で婚外親子関係の成立を規律しようとしたのである。したがって、「認知」という文言を使っていても、立法者の意図にしたがえば、婚外親子関係の成立一般を意味するものであり、認知以外の方法による婚外親子関係の成立についても一八条一項によるべきである、この意味で法の欠缺は存在しないとする立場がある。[6] しかし、この点に関しては、次のように考えるのが正しかろう。すなわち、立法者は一八条で婚外親子関係の規律を考えていたことは確かである。しかし、その婚外親子関係とは認知によって成立するものと考えられ、[7] その前提で一八条一項の規定内容が定められた。もしそれ以外の方法で婚外親子関係が成立する場合を予想したとすれば、一八条一項のような規定内容となったかは不明であり、しかもその場合の規律が認知の規定の中に当然含まれるという関連はない。したがって、認知以外の方法による婚外親子関係の成立についての規定は、法例に欠

けていると考えるべきであろう。

問題は、この法欠缺の場合に、一八条一項を類推することが妥当か、或は何らか他の準則を見出すべきかという点に移る。一八条一項では「子ノ認知」につきその要件は「父又ハ母」（以下、父（母）と表記する）については父（母）の、子については子の本国法によると規定している。この規定が認知以外の方法による婚外親子関係の成立についても類推されるか否かは、認知による婚外親子関係の成立をめぐる当事者および利害関係を有する者の利益状況と、それ以外の場合におけるその利益状況とが、同等か別異かによって定まる。認知による婚外親子関係の成立と血縁のみによるそれとを比較すると、次のようにいうことができよう。前者は、とくに任意認知において明かであるが、認知によって身分関係が形成される（強制認知については形成であるか確認とするかの議論があるが、いずれにしても認知の訴を要するのであって、出生により当然に生ずる身分関係ではない）のに対し、後者は、出生によって成立している身分関係が、生理的なつながりという事実の証明によって確認されるものと理解される。このことから、前者については、従前の身分関係に変化を来たすものとして子の利益を保護するために（たとえば、成年の子につきその承認を任意認知の要件とする（日民七八二）子自身の属人法＝本国法の関与を必要としている（父（母）の本国法と子の本国法の配分的適用。この場合、子の本国法のみによって認知の成否を決するわけではないから、子の本国法の関与はその承認の必要など主として身分関係の形成を否定する方向で働く）。後者については、全く事実の確認に他ならず他の考慮は一切含まれないとすれば、認知の場合とは事情が異なり、父（母）の本国法と子の本国法の双方を準拠法とする必要はない（むしろ二つの法の関与のために身分関係の確定が難しくなることがありうるという点で不都合でさえある）。この意味で、後者について一八条一項の類推は適当でなく、当事者いずれかの属人法＝本国法によるとすることが考えられる。むしろ、同じく出生によって身分関係の定まる嫡出親子関係の確定と同様の事情にあるとして、一七条が親を起点としたのに倣って、父（母）の本国法によるとする考え方が生まれる（嫡出子については父母合一に決せられるので「母ノ夫」の本国法と規定されるが、婚外子

については父母合一である必要はないから、問題となっている父（母）の本国法を準拠法とする。[8]

しかし、身分関係の形成か確認かという理論上の争いは措くとして、実際上、確認、とくに積極的確認の請求において、親からの確認請求に対しては（認知の場合と同様に）子の承諾を要するとする立法も考えられないか、事実の確認の際の証拠方法の限定、推定規定などが準拠法の内容として考えうるところであり、子の属人法＝本国法におけるこれらの規定が子の利益のために考慮されるべきことは、認知の場合と同様であろう。事実の確認によって親子関係が確定されるという点で、一七条の嫡出親子関係の準拠法決定の方法に類するとするよりも、むしろ両者の決定的な差異として、発生する効果が嫡出親子関係であるか婚外親子関係であるかの点に注目する必要があるように思う。すなわち、前者では事実が確認され親子関係が確定されることが子の利益の保護に直結するという前提に立っているが、後者ではそれが婚外親子関係の効果如何によっては必ずしも子の利益につながるとは限らず、とりわけ子の保護のための要件が問題となる。この点をめぐる両者の利益状況の違いが、準拠法決定の方法を左右する。この意味で、血縁のみにより成立する婚外親子関係については、一八条一項を類推することが適当と考える。[9]

一八条一項類推についてはいくつかの点で困難が生じることはすでに指摘されている通りである。一つは、認知主義をとる国の国籍をもつ子から認知の請求がなされたが相手方である親の本国法は事実主義をとっている場合、逆に事実主義をとる国の国籍をもつ子から親子関係存在確認の請求がなされたが相手方である親の本国法が認知主義をとる場合に、妥当な結論を導くためには、いわゆる適応問題として処理する必要が生ずる。とくに裁判例で問題となった前者について考えてみたい。婚外親子関係が血縁のみによって発生するか、或は認知をまって始めて成立するかは両当事者相互の関係であるから、それぞれの本国法の配分的適用はありえない。[10] この点で、一八条一項類推は、両当事者の本国法の累積的適用に導く。そして、ひとまず次のような推論が可能であろう。すなわち、婚外親子関係が認知をまって成立する法と血縁のみによって発生する法との累積的適用の結果は、成立により困難な要件を課する法に

よるという意味で、認知を要求する。ところで、血縁のみによって婚外親子関係が発生する国では認知の制度を設けていないが、認知の結果である婚外親子関係の発生を否定するものではないから、認知が可能というべきであろう。しかし、このような推論には疑問が呈されている。すなわち、ここで認知がなされた場合、認知の効果は父（母）の本国法による（一八Ⅱ）から、父（母）の本国法上、親子関係の確定は個別の請求の前提としての親子関係の確認であって婚外親子関係の一般的な成立を認めるものでないとすると、子から認知を求めた目的が達せられず、適応を行うことが適切か否かが問題となるからである。一応認知が可能としたが、なお検討を要する問題である。

第二には、一八条一項類推により、父（母）の本国法と並んで、子の本国法が準拠法となるとするとき、子の国籍の決定をめぐって循環論に陥るという点が指摘されている。確かに、この批判は、出生による国籍取得につき血統主義をとる場合には、親子関係が確定されなければ子の国籍も定まらないという点で、理論上避けられない。しかし、この批判を理由に、一八条一項類推が実際上も不可能であるとまではいえないように思う。実際に起りうる場合を想定して逐一検討することが必要であるが、ここではいくつかの場合を考えるに止める。まず、子が生地主義の国で生まれた場合には循環論の回避されるのは明かである（もっとも二重国籍が生ずる場合の一方が日本国籍であるような場合には二七条但書の適用上問題が残る）。また、一般に、親子関係存否確認の請求で、当事者の一方＝親の本国法で親子関係の成立を否定していればそれだけで親子関係の成立は否定されるから、当事者の他方＝子の本国法の決定に到らない場合が多い。問題となるのは、親の本国法で親子関係の成立を肯定しているとき、子の本国法を決定する必要が生ずる。ここで親子関係存否確認は出生による親子関係がすでに存在している、或は存在しないという確認であり、これが確認されれば出生の始めからそうであったことになるから、子の国籍もこれにかかっている。この点で、認知が遡及効を認めるにしろ、認知（の意思表示、或は裁判）があって始めて親子関係が確定されるから、確定されるまでは従前の国籍が基準になるのとは異なる。これが循環論といわれる所以である。しかし、子からの存在確認では、子は親子関

係の存在が確認されることを求めており、親の本国法によりそれが確認されるならば、子の利益保護のためのチェック機能を果たすべき子の本国法の考慮は不要となる。これに対し、父または母からの請求に対しては、本来子の本国法の関与はこの請求をチェックする点に意味があるのであるから、この機能を果たさせるべく子の本国法の決定が必要となる。この目的からいえば、子の国籍は、親子関係が確認されることによって取得される国籍ではなく、現在取得しているとされる国籍が基準となるとしてよかろう（形成か確認かの別にかかわらず、認知の場合に準ずる）。すなわち、母子関係については、すでに婚外父子関係が確定している場合には父の国籍を、それ以外の場合には父母がともに知れないときとして日本で生まれたときは日本国籍（国籍二3）を、父子関係については、多く婚外母子関係が確定しているであろうから、母の国籍を基準とすることができる。このようにして、子の国籍をめぐる循環論も実際上はおおよそ回避できるように思う。以上により、婚外親子関係の成立一般について、一八条一項を類推することができるものと考える。

以上は法例の解釈論として、欠缺補充を考えたものであるが、立法論としては、最近の実質法における立法が嫡出親子関係から生ずる効果と婚外親子関係から生ずる効果の差を狭める傾向からいって、父（母）の本国法と別に子の本国法を考慮することがどこまで必要かを検討すべきであろう。むしろ、中間報告の検討事項**七**の丙案、すなわち「非嫡出親子関係成立の要件は、父子関係については父の、母子関係については母の本国法によって定める」とするのが簡明である。認知、或は親からの存在確認について、子の承諾を規定する子の本国法の考慮が必要か否かは検討されるべきであろう（**七**（注3）参照）。

（1） ドイツ民法（旧）一七〇五条も、婚外母子関係は出生により発生することを前提として、婚外子も「母及其ノ血族ニ対スル関係ニ於テハ嫡出子ノ法律上ノ地位ヲ有ス」と規定していた。ドイツ民法第四編第二章の規定は、後出一九六九年八月一九日法 Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder によって大幅に改正された。一七〇五条も同法により

新規に立法され、さらに一九七九年七月一八日法 Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge によって変更されたが、婚外母子関係が出生の事実によって発生することは変りない。なお、ドイツ（およびフランス）親子法の改正について詳しくは、多喜寛・国際私法における婚外子・国際法外交雑誌七四巻六号七三頁以下、七五巻二号四九頁以下参照。

(2) 任意認知についても、これを意思表示による親子関係の形成とみるか、事実の確認とみるかの争いがあるが、さらに、財産法上、意思表示のみでなく意思実現に効果が認められるように、身分法上これに当る場合として中華民国における無育認知がある（中華民国民法一〇六五中段）。日本人女が中華民国人男との間にもうけた婚外子から、父の死亡後検察官を相手に認知の請求をした事件で、出訴期間を超えてなされたが、中華民国民法によれば生父に撫育された子はすでに認知されたものと看做され、父子関係の存在が認められるとして、期間の制限は本件認知請求を排斥すべき要件とはならないとした裁判例がある。東地判昭和四〇・一・二七下民集一六巻一号一二〇頁（畑口紘・渉外判例百選（増補版）一一六頁、山田鎌一・渉外判例研究・ジュリスト三五五号一四七頁）、同旨、東地判昭和四八・一〇・二六家裁月報二六巻七号七三頁（横山潤・渉外判例研究・ジュリスト五九九号一二二頁）。

(3) ドイツ民法のこれらの規定は、註（1）に挙げた一九六九年八月一九日法で改正された。それによれば、第四編第二章第二節に婚外子の項が追加され、一六〇〇条aは、婚外子において父性は認知または判決により対世的な効力をもって確定され、その法律効果は、法律に異なった規定がない限り、確定の時から主張されうると規定し、（旧）一七〇八条以下の婚外親子関係の主要な効果である扶養請求にも父性の一般的確定を要求して、いわゆる血統主義から離れた。旧規定における婚外親子関係の成立について認知を要しない代りにその法律上の効果を限定する考え方に対し、新規定では婚外親子関係について効果の面から原則として嫡出子との区別を設けない代りに認知または判決による一般的確定を要求するという考え方に基く。最近の立法で婚外子を法律効果の点で嫡出子と区別しないものに、フランス民法の一九七二年一月三日法による改正があり、三三四条は、婚外子は父母いずれに対する関係でも「一般に嫡出子と同一の権利及び同一の義務を有する」と規定する。国際私法上の規律のためにも、実質親子法の立法傾向に注目すべきである。

(4) このことはわが国の裁判例で屢々問題になっている。アメリカ人男と日本人女の間に生まれた婚外子から父を相手に認知の訴が提起された事例で、アメリカ法上認知の制度が認められないとして、公序則を使って日本法により認知を認めている。ミズーリ州法につき、東地判昭和三二・二・二〇下民集八巻二号一三〇頁、同じく東高判昭和三二・一一・二八下民集八巻一一号二二〇〇頁（山田・渉外判例研究・ジュリスト一六三号六六頁）、コロラド州法につき、名古屋家審昭和四九・三・二家裁月報二六巻八号九四頁。

(5) 一九八〇年九月一〇日の中華人民共和国婚姻法は、一五条一項で父母は子女に対し扶養と教育の義務を負うと規定している。そして、認知の規定は有せず、一九条二項では婚外の子女の「実父」は子女の生活費、教育費につき負担することを義務としている。なお、ソヴィエト婚姻法二五条は父母に対して血統主義に立つといわれたがすでに現行法ではなく、一九六八年六月二七日法によれば、父子関係については、父による認知、裁判による確定の規定が設けられるもののようである。

(6) 旧来の通説であり、江川英文・国際私法二七九頁、久保岩太郎・親子・国際私法講座二巻五九七—五九八頁、実方正雄・国際私法概論三〇九頁、折茂豊・国際私法（各論）〔新版〕三四三頁、山田鐐一・国際私法二〇四—二〇五頁、近くは三浦正人・非嫡出親子関係の成立の準拠法・民商法雑誌五三巻四号五一四—五一六頁。この点に関する筆者の意見は再転したが、林脇・国際私法上の強制認知・法学研究三二巻六号七六頁における最初の見解は本説に立つ。

(7) 法典調査会における審議に付された法例議案（明治三〇・一一・二六配布）では現行一八条は一七条であり、現行の「父又ハ母」とあるところが、始めの案では「父」のみであったのが、穂積陳重起草委員より文字の修正をしたい旨の発言があり、「又ハ母」の字を加えて「父又ハ母」とした。これは、民法親族編の議事の際に母も認知することができるという議論が出て、母という字が加わったとの釣合いのためであると説明している（法典調査会議事速記録（日本学術振興会版）第貳巻一〇三丁裏—一〇四丁表）。この立法過程からみると、確かに、血縁のみによって生ずる婚外親子関係（母子関係を含めて）についても、ここで規律しようとすれば、文言は始めから「父又ハ母」であるはずであり、これが「父」となっていたのは、認知のみが念頭にあり、その他の方法によって発生する婚外親子関係について規律するつもりのなかったことが知られる（ただ、疑問なのは、議案一七条一項の全文が「私生子認知ノ要件ハ其父又ハ母ニ関シテハ認知ノ当時父ノ属スル国ノ法律ニ依リテ之ヲ定メ其子ニ関シテハ認知ノ当時子ノ属スル国ノ法律ニ依リテ之ヲ定ム」（傍点筆者）とあり、二項でも「認知ノ効力ハ父又ハ母ノ本国法ニ依ル」とあることである。議案の書写しに誤りがないか検討を要する）。

久保博士の註記によれば、起草委員は婚外母子関係の発生についてはもと血統主義を考えていたようであるとされ、これについての準拠法は掲げていないが、暗黙の中に自明のこととして母の本国法を予定していたのであろうとされる。さらに、血統主義による婚外父子関係の発生についてはこの議案では思い及んでいないものと思われるとされる（久保・現行法例の成立について（身分と総則の部）・国際身分法の研究六〇—六一頁（論文初出昭和三八・一））。婚外母子関係について母の本国法を準拠法として予定していたのか、血縁のみによって発生する婚外親子関係については準拠法如何を問題にする必要はないと考えたのか、いずれであろうか。後者であることも十分考えられる。学説から厳しい批判を受けたが、このような考え方、つまり母子間の生理的なつながりは分娩という事実によって証明され、これにより親子関係の成立は自明であるから、法律の適用

によって処理されるべき実体はなく、準拠法決定の問題は生じないとする態度は、初期の裁判例にもみられる。たとえば、東地判裁判年月日不明昭和二八（タ）二一九号判例タイムズ四二号四八頁、東地判昭和二九・一〇・二八下民集五巻一〇号一四三頁、秋田地判昭和三八・一〇・三〇判例タイムズ一五五号二二〇頁。

(8) 親子関係不存在確認の準拠法について、溜池教授は一七条の適用および子の出生当時の父（母）の本国法の適用を主張される。これは、親子関係の不存在とは嫡出および婚外の親子関係がいずれも存在しないことを意味し、一七条で嫡出親子関係が規律され、血縁に基く婚外親子関係の不存在については子の出生当時の父（母）の本国法が準拠法となるとされるものである（渉外判例百選（増補版）一一四頁、嫡出決定の準拠法について・久保岩太郎先生還暦記念論文集・国際私法の基本問題（昭和三七・六）二五三―二五五頁（溜池良夫・国際家族法研究所収）。近時、賛同者がふえている。西賢・親子関係確定の準拠法・現代家族法大系3（昭和五四・一二）一三六頁。越川教授は、婚外母子関係の存否確認につき一七条類推を唱えられるが、その結果は親子関係の成立が問題となっている母の本国法が準拠法となるとするものである（いずれも渉外判例研究・ジュリスト三七四号一四三頁、三三一号一二五頁）。

(9) 本文に述べた観点から一八条一項の類推に賛成したのが、林脇・親子関係存否確認・判例コンメンタール7民法V渉外家族法七九四頁である。もっとも、実質法上、嫡出子と婚外子の区別を認めながら、効果の点で、母に対する関係だけでなく父に対する関係でも嫡出子と同様の権利、義務を有するとする立法がふえてきたことは、註（3）でふれた通りである。この点からいえば、フランス民法三一一条の一四のように、嫡出子と婚外子とで準拠法決定に差を設ける必要はないともいえる（同条はいずれも母の属人法による。フランス民法は、その上で、三一一条の一七に任意認知につき特別の規定を設け、任意認知は「親の属人法に、あるいは子の属人法にしたがって行った場合には、有効である」とする）。このような立法も考慮に値するが、現行法例の欠缺補充の方法としては、一八条一項類推によるべきものと考える。

(10) この点から、筆者が二番目にとった見解（いずれも渉外判例研究・ジュリスト四五七号一四二頁、三九〇号一四九頁）は、母子関係存否確認の事例につき、母の本国法を準拠法とするものである。すなわち、婚外親子関係の成立一般の問題は、認知の要件に及ぶ前段階、そもそも認知が必要か否かの問題を含むのであるから、認知の要件を規定した一八条一項（したがって当事者の本国法の配分的適用）によるのは適当でないと主張した。この見解は、上出註(9)に挙げたところにより改められた。

五

認知の方法によって成立する婚外親子関係の他、婚外親子関係の成立一般について法例一八条一項を類推するという私見によれば（従来の通説で一八条一項を適用するという場合にはもちろん）、問題はここで止む。これに対し、最近有力に主張されているところによれば、一八条一項は認知に関する規定であり、しかもそれ以外の方法で成立する婚外親子関係については類推も適当でないとされるから、次に、ではいかなる準則によるのかが問題となる。ここに登場したのが二二条によるとする説である。古くは山口博士により主張され、各当事者（親と子）の本国法の累積的適用があるものとされ[1]、その後、四で挙げた溜池教授が父または母の本国法の適用を主張されたときに、この解決は「法例解釈上、結局二二条によることになるであろう」とされた[2]。最近新たに炭場教授によりその根拠づけとともに二二条によることが主張され、特徴的なことは、当事者の本国法の適用の範囲内で「二二条にのみ基づき、子の利益をより重視した牴触規定を解釈上構成すべき方向」が示唆されている[3]。また、二二条によった裁判例も出るに至った[4]。

これらの説では法欠缺をいかに補充するかが関心事となっている。法欠缺は一般に立法において将来生じうる事態の予測困難性から生ずるが、国際私法においては、世界各国の法制度を知悉し、そのような法制度に則って繰広げられる渉外的生活関係を見通して、遺漏のない規制を行うことは増々困難である。このような国際私法に特殊な事情から、この分野での法欠缺が他の分野における以上に生ずることは疑いない。それだけ国際私法における法欠缺補充の方法を論ずる必要があるといえる。とくに、上に挙げた各説のように同じく二二条によると唱えながら、具体的に準拠法とされる法が異なるなど、法欠缺論にとって二二条を論ずることの意味は大きいと思われる[5]。二二条については別稿で論ずることとしたい。本稿では、このような国際私法における法欠缺の一場合として実親子関係の成立についての準拠法決定の問題を取上げ、この分野でのより広い範囲に亙る法欠缺論への手がかりとすることを意図した。

（1）山口弘一・親族法及国際親族法の研究（昭和一八・一）一七四頁。
（2）溜池良夫・前掲（四註（8））論文二五五頁。
（3）烏場準一・親族関係・判例コンメンタール7民法V渉外家族法八三四頁以下、とくに八三八頁。
（4）神戸地判昭和六〇・五・一〇家裁月報三八巻四号一一一頁（高鳥・渉外判例研究・ジュリスト八七一号一〇八頁）。
（5）もっとも、中間報告では一〇1で「法例二二条の規定を存置する必要があるかどうか」が検討事項とされ、審議の中では削除すべきであるとする意見が強かったときいている。