

# 死後認知と国際私法上の公序

大村 芳 昭

1. はじめに
2. 問題点
3. 認知訴訟の提訴期間の定め方
4. 日本法における経緯と考察
5. 国際私法上の公序が問題となった裁判例
6. 考察

## 1. はじめに

サルバドール・ダリといえば、絵画「記憶の固執」や、チュッパチャプスの商品デザインなどで日本でもおなじみのスペインの画家である。その娘だと主張していたカタルーニャ自治州の女性（報道の時点で満61歳とされていた）が提起した認知訴訟において、裁判所の命令によりダリの遺骨を掘り起こしてDNA鑑定が行われた<sup>(1)</sup>、というニュースは、日本でもかなりの話題になった。もしダリとの親子関係が証明されれば、女性は莫大な遺産の相続権を得るはずだったようであるが、2017年9月6日にガラ・サルバドール・ダリ財団が発表したところによると、結局、この女性はダリの娘ではないとの結果が出たとのことである。

ダリは1989年1月23日に亡くなっており、裁判までに30年近くが経過していた。このように、父（として主張されている者）の死亡から長期間が経

過してからでも、(結果はともかく) 認知訴訟の提起が認められることは、父の死後3年間に限って死後認知の訴え(民法787条ただし書)を認める日本法の立場からはあまりにかけ離れているようにも思われるが、その反面、死後認知のあり方をめぐる考察にとって有意義な素材を提供してくれる事案とも考えられる。

また、わが国で同様の紛争が起こることは(現行法からしても、また将来的な法改正の見込みからしても) 考えにくいと思われるが、涉外事例として、例えば日本に住むスペイン人をめぐる認知訴訟で同様の主張がなされる可能性がないとは言い切れない。そのような場合には、国際私法上の公序との関連を検討する必要があることとなろう。では、死後認知の提起期間と国際私法上の公序の関係をどのように理解すればよいのであろうか。

## 2. 問題点

日本の民法787条<sup>(2)</sup>によれば、婚外子はその父を相手取って、裁判所に「認知の訴え」を起こすことができる。また、父が死亡した後も3年間はこの訴えを起こすことができる。これは、「父の死亡から長期間経過した後の事実認定の困難さと濫訴の弊害を考慮して、法的安定性を保とうとしたためである」<sup>(3)</sup>とされる。

この規定には、3つのレベルの論点関係している。すなわち、

- A 父の意思に反する認知請求を認めるか
- B 父の死後における認知請求を認めるか
- C 父の死後における認知請求をいつまで認めるか

である。

Aについては、かつて婚外子による父の搜索を認めなかった欧州各国法が、子の保護の観点から父の搜索を認めるようになったが、日本でも(むしろ西欧先進国に先んじて) 強制認知を制度化した明治民法制定の際に議論となった<sup>4</sup>。

Bについては、認知の法的性質（意思表示による親子関係の創設か、血縁等によってすでに成立している親子関係の確認行為か）との関係で議論がありながらも、父の死後一定期間に限って認知請求を認める立法例が見られるようになってきた。

そしてCについては、欧米諸国で死後認知を認めるようになったのに伴い、上でも述べた事実認定の困難と濫訴の弊害の観点から、どの程度の期間制限を設けるか、国ごとに異なる対応が見られてきた。

死後認知の制度設計が国によって異なる中、国際私法上の公序との関係で、どこまでの違いを容認するのか、という点は常に問題となり得る。そこで本稿では、この点に関するいくつかの考え方を現実の立法例<sup>5</sup>を踏まえつつ確認し、我が国の国際私法上の公序に照らしてどう評価すべきかを考察してみたい。

### 3. 認知訴訟の提訴期間の定め方

認知訴訟（それに類する婚外父子関係の形成・確認を求める訴えを含む）の提訴期間については、次のような立法例が見られる。

#### （1）父の生存中とする例

①オーストラリア<sup>6</sup>：ある者（親）の生存中に、裁判所が、その者が特定の子の親であることを明示的に認定し、または特定の子の親でなければありえない認定をしたときは、その判断が変更されるなどしない限り、その者はその子の親として推定される。

#### （2）父の死亡後一定期間内とする例

①クロアチア<sup>7</sup>：父又は母として主張されている者が生存していないときは、母性又は父性確定の訴えは其の者の相続人に対して提起する。この場合、その訴えは母又は父として主張されている者の死亡から1年以内、あ

るいは相続に関する判断から6か月以内に提起されなければならない。

### (3) 子の出生後一定期間とする例

①フランス<sup>(8)</sup>：婚外父子関係搜索の訴えの原告適格は子にのみ認められる。ただし、提訴後に子が死亡したときはその相続人が訴えを承継する。また、子が未成年であるときは、母のみが子の名で訴えを提起できる。被告は父と主張される者であり、その死亡後はその相続人である。訴えを提起できる期間については、2005年のオールドナンスにより大幅に改められた結果、子の出生から10年間とされている（ただし子が未成年の間はこの期間は停止される）。

②ベルギー<sup>(9)</sup>：父子関係が推定や認知によって確立していない場合、父性の訴えに対する判決によって確立させることができる。この訴えは、母又は父が30年の提訴期間中に、あるいは子が48歳に達する前にすることができる。

### (4) 特に短期の期間制限をしない例

①オランダ<sup>(10)</sup>：未婚の母から生まれた子の父子関係は、父の意思に関係なく、母又は子の訴えにより地方裁判所により確認することができる。子が提訴する場合には期間制限はない。

②スペイン<sup>(11)</sup>：婚外親子関係の宣言を求める訴権は、身分占有を欠く場合、子の生存中はその子に属する。子が、成年に達してから4年以内または親子関係の証拠を発見してから1年以内に死亡したときは、訴権は相続人に承継される。

③デンマーク<sup>(12)</sup>：推定される父が認知をしない場合や認知を受理すべきでないと判断する事情がある場合には、父を確定する訴えを提起できる。提訴権者はまずは警察署長に属し、署長がこの義務を尽くさなかったときは母と子（およびその法定代理人）等が訴えを提起できる。出訴期間の制限はない。なお、同国の2002年最高裁判決は、現在成人している子から血縁

上の父（故人。子が6～7歳の頃に同居）に対する父子関係確認を認めた。

④ニュージーランド<sup>(13)</sup>：家庭裁判所及び高等裁判所は、1969年子の地位に関する法律10条に基づき、父性に関する宣言を行う権限を有する。この権限は、問題となっている父や子が死亡しているか否かに関係なく行使することができる。

⑤ルーマニア<sup>(14)</sup>：婚外子は、司法手続によってのみ父子関係を確立することができる。訴えを提起できるのは子、母の子（母が18歳未満であってもよい）または子の法定代理人である。被告は父またはその相続人である。提訴期間の制限はないが、子の相続人は子の死亡後1年以内に限り訴えを提起できる。

## （5） 小括

本稿では、時間的・能力的な制約のため、ごく少数の立法例を限られた文献により確認したにとどまるが、その範囲内で見ても、諸国が、自己のルーツを求めようとする子の権利と、時間の経過による証明の困難や法的安定性とのバランスをいかにしてはかるか、それぞれの立場で配慮していることが見て取れる。

もともと認知を父の意思表示による父子関係の創設と考える立場<sup>(15)</sup>からは、認知訴訟も父の意思表示を求める訴えであり、父が死亡すれば意思表示は不可能となるのであるから、認知の訴えも認められない理屈になるはずである。しかし、子の利益を重視し、認知を父の意思表示に依存せず血縁関係の確認として客観化しようとする立場<sup>(16)</sup>からは、仮に任意認知の制度と並行して認知訴訟を認めるとしても、認知訴訟の提起が父の死亡によって認められなくなる必然性はない、ということになる。

死後認知を認める立場を採る場合、その提訴期間をどうするかは、認知を得ることによる子の利益と、認知の可能性によって特定の立場の者に対してもたらされる法律関係の不安定との比較考量的問題とも思われるが、認知の成立を父の意思にかからせず、あくまで血統主義の観点を貫くとす

れば、請求権者の限定と同様に提訴期間の制限についても疑問視すべきこととなる<sup>(17)</sup>。

#### 4. 日本法における経緯と考察

日本では、もともと明治民法では認知請求は父の生存中にしか認められていなかった<sup>(18)</sup>が、第二次世界大戦中の1942年に行われた民法改正において、出征兵士の内縁の子について死後認知を認めることを動機として死後認知制度が導入された<sup>(19)</sup>、という経緯がある<sup>(20)</sup>。また、第二次世界大戦後の1947年には、「認知の訴の特例に関する法律」<sup>(21)</sup>が制定され、「今次の戦争において、戦地若しくはこれに準ずる地域に臨み、若しくは国外において未復員中その他これらと同様の実状にあって死亡し、又は国内において空襲その他戦争に因る災害のため死亡した者」に対しては、死亡の事実を知った日から3年以内、死亡の日から10年以内なら認知の訴えを提起できるとされた<sup>(22)</sup>。

このように、立法に限れば、日本の死後認知制度は戦争を契機に、兵士の子を念頭に置いて認められた側面がある。しかし、欧米諸国での動きを見ればわかるように、そもそも死後認知制度の本旨は婚外子の福祉ないし利益の重視であり、戦争のような特殊な場面に限って問題となるものであるべきではないように思われる。死後認知が相続などの法律関係に与える影響の大きさを考えると、出訴期間を何らかの形で制限すること自体は、必ずしも不合理なこととは言えないであろう。しかしそれでも、父の死後3年という制限にどこまでの合理性があるかは疑問の余地がある。その点、立法論としてこの期間制限の撤廃を主張する学説がある<sup>(23)</sup>のももっともなことであるし、解釈論としても、出訴期間を厳格に解することに反対する説<sup>(24)</sup>があるのも頷ける。

裁判例を見ると、期間制限自体については最高裁が合憲と判断している<sup>(25)</sup>が、裁判例の中には、民法787条の文言にとらわれず、柔軟な解釈に

よって、父の死後3年を経過した後の認知請求を認めたものがある<sup>(26)</sup>。この判決は、内縁の夫の行方不明後に子が生まれ、一度は嫡出子として戸籍に記載された子が、その後判明した父の死亡により非嫡出子となり、かつその時点では父の死亡から3年を経過していた、という特殊な事案に対するものであり、後の別件の最高裁判決<sup>(27)</sup>では「事案と異にし、本件に適切でない」とされている。しかし、同条の柔軟な解釈があり得ることを示した意義は小さくないように思われる。また、その後の裁判例<sup>(28)</sup>は、中国残留孤児が父の死後3年を経過してからその事実を知り、さらに日中国交回復後によりやく帰国して認知の訴えを提起した事案について、出訴期間の規定は「死亡が客観的に明らかとなり、かつ、子、その直系卑属又はこれらの者の法定代理人において認知の訴を提起することが可能な状況下にあったことを前提としている」とした上で、帰国時を出訴期間の起算点とすることを認めた。これもまた特殊な事案ではあるが、やはり同条の柔軟な解釈の可能性を示す意義は小さくないように思われる<sup>(29)</sup>。

## 5. 国際私法上の公序が問題となった裁判例

死後認知の出訴期間制限と国際私法上の公序との関係について、我が国の裁判例は公序違反としたものと公序違反とはしなかったものに分かれる<sup>(30)</sup>。

### (1) 公序違反を認めた裁判例

#### ① 熊本地裁昭和44年2月20日判決<sup>(31)</sup>

この判決は、父が死亡したときはその死亡を知った日より1年以内に検事を相手として認知請求の訴を提起することができる旨を規定した大韓民国民法<sup>(32)</sup> 864条の規定の適用について、「一般的には日本国民法の出訴期間が大韓民国民法のそれよりも長いといいうるにしても、具体的事案によつては、一律に死亡後3年と定めた日本国民法と異なり、死亡を知った日

より1年と定める大韓国民法においては死亡後3年を経過した後においても訴の提起が許される場合のあることを考えると、一概にいずれが出訴を認めるにつき寛大であるともいいえないものと考えられる」としつつ、「出訴期間を制限した所以のものは、関係者の多くが生存し記憶新鮮鮮明なる間に親子関係を明らかにしてその関係の存在が肯定されるときは親子関係を創設しようとするものであつて、日時経過による証拠の不明確になることを防止しようとするものであると共に、他面いつまでも身分関係の不安定となることを防止しよつて、子および親その親族との各利益の保護を調整しようとする趣旨のものであることが、いずれの法律においても認められる。」とした上で、「認知制度は嫡出でない子にとつてその父が何人であるかを定めこれを戸籍簿に記載し明確にならしめ、子の社会生活法律上の生活を父の判明しないことによる不利益から脱脚せしめて子の利益を擁護する唯一の方法であり、嫡出でない子にとつて認知を許さないで放置することは一般社会生活の秩序に不当な影響をおよぼすものというべきであるから、子であると主張する原告らにおいて認知の訴を提起する利益あるものというべきであり、」しかも本件においては父（と主張される者）の両親も認知のなされることを望み、同両親兄弟等親族にとつて認知をうけることによつて不利益はないことが認められると認定した上で、「父である者の本国法において強制認知を認めぬ場合には法例30条によつて日本国民法が適用されて父死亡後3年の出訴期間内に訴を提起することが否定されない結果となりうることに對比較量してみても、日本国民が日本国の裁判所に提起し同裁判所で裁判をうけようとする本件訴について、右大韓国民法による出訴期間経過のみを理由として直ちに本件訴を不合法とすることは、原告らの右訴を必要とする利益と右各出訴期間を定めた趣旨並びに法例30条の精神に照らし、直ちにとりえないところであつて、原告らが、日本国民法の出訴期間内に日本の裁判所に提起した本件認知請求の訴につき審理裁判をすることができるものと解するのが条理上妥当と思料され、またかく解することが必ずしも両本国法の結合的適用に相矛盾するこ



ととなるものでもない」として、原告の訴えを適法と認めた（認知請求を認容）。

この判決は、認知の出訴期間制限の趣旨が、子側と親側の双方の利益の調整にあることを念頭に置きつつも、認知は婚外子の利益を擁護するための唯一の方法であるとして、本件の具体的事情のもとで親側の利益が害されないことや、父の本国法が強制認知を認めない場合との対比を踏まえ、韓国法上の出訴期間を経過しても日本法上の出訴期間内であれば訴えを適法と認めるべきだ、との結論を導いている。国際私法上の公序の観点を踏まえつつも、事案に即した解決をはかったものと言えよう。ただ、もし父の両親が認知を拒絶していたり、父の親族にとって認知による不利益が認められる場合を考えると、この判決の考え方により果たして同じ（公序違反という）結論を導き出せるのかは、必ずしも明らかでない。むしろ、親側の事情により結論が左右される余地があるという点で疑問の余地があるようにも思われる。

## ② 神戸地裁昭和55年3月27日判決<sup>(33)</sup>

この判決は、やはり韓国民法864条について、「父が死亡した場合においても強制認知を許容しているのであり、その要件である出訴期間について日本民法とは異なる規定をしているというに止まるから、右韓国法所定の出訴期間が一般的に日本民法所定のそれより短いとはいえものの、韓国法を適用することが直ちに公序に反するものということとはできない」としている。そして、「法例30条により外国法の適用を排除することは、外国法の内容それ自体を弾劾することではなく、その外国法を当該事案に適用することが当該事案の日本社会との牽連関係に照らして日本国内における法秩序の維持を危くする結果となる場合に、そのような結果の発生を回避することに目的があり、「外国法の適用を公序に反するとして排除すべきか否かは当該事案との関係において相対的に決せられるべきものである」とする。その上で、「本件についてみるに」父（と主張される者）は「出生時は日本国籍を有し、終戦後に日本国籍を喪失して韓国籍を取得し

たが、出生から死亡まで日本国内に居住し、日本社会に同化して生活していた者であり、日本社会との牽連関係の程度は国籍の違いを除けば通常の日本人と同様であつたこと」、また、「認知制度が、嫡出でない子にとって、法律上その父が定められた親子関係が成立し、それに伴う権利、利益が保護される唯一の方法であること」に鑑みて、「本件に韓国法を適用して訴を不適法として却下することは、法例30条にいう公序に反する結果となる」として、認知の訴えを適法と判断した（認知請求を認容）。

この判決は、上記①判決と異なり、「右韓国法所定の出訴期間が一般的に日本民法所定のそれより短い」と認定しているものの、外国法の日本国内における適用の結果に照らして公序違反の有無を判断するとした上で、父と日本社会との深い牽連関係に照らして、公序違反との結論を導いたものと言えよう。

### ③ 神戸地裁昭和56年9月29日判決<sup>(34)</sup>

この判決は、認知の訴えについて子の出生後5年の出訴期間を定めた中華民法1067条の適用について、「本件に父たる被告の本国法である中華民法を適用することが、公序良俗に反するかは、中華民法を、当該事案に適用することが、当該事案の日本社会との牽連関係に照らして、日本国内における法秩序の維持を危くする結果となるため、そのような結果の発生を回避することとの関係において、相対的に決せられるべきものである」とした上で、「被告が原告の血統上の父と認めることができたとき、日本民法によれば、原告は法律上、被告を父として定められ（略）る唯一の方法であることに鑑みると、本件に中華民法を適用し、出訴期間徒過による認知請求権の消滅をもつて、法律上において、父と確定される者が生存し確認されているのかかわらず原告の請求を排斥することは、如何に法制の違いから来る身分関係に伴う法的安定保持のために止むを得ない技術的問題と理解しても、法例30条にいう公序良俗に反する結果となるというべきである」として、中華民法の適用を排除すべき場合であると判断し、認知の訴えを適法と認めた（認知請求を認容）。

この判決は、上記①判決のように父側の利害関係に触れることもなく、また上記②判決のように父と日本社会との牽連関係の深さを特段強調することもなく、婚外子の権利・利益の保護の重要性を強調して中華民国法の適用を公序違反と認定した点で特色があるように思われる。

## (2) 公序違反を認めなかった裁判例

### ① 大阪高裁昭和55年9月24日判決<sup>(35)</sup>

この判決は、「認知に関する日本民法及び韓国民法を対比検討すると(略)出訴期間の定め方において差異があり、一般的には日本民法787条の出訴期間である父又は母の死亡日から三年が韓国民法864条のそれよりも長いというとしても、具体的事案によつては死亡を知つた日より一年と定める韓国民法の方が死亡後3年を経過した後においても訴の提起が許される場合のあることも考えられるのであつて、認知請求権者である子にとつても一概にいずれが利益不利益かを即断し難い」とした上で、父が日本国内で出生し、日本人に引き取られて養育され、韓国へは一度も行つたことがなく、日常言語も日本語のみで韓国語の読み書きはできず、生前日本に帰化して永住する意思があつたことを認定しながら、「法例が属人法決定の基準として当事者の国籍に拠つている以上(父の本国法は)韓国法であり、更に死後認知に関する彼我の法制の違いが前記の程度でむしろ技術的問題にすぎず、これら訴提起期間の制限も身分関係に伴う法的安定保持のために不合理となし難いことなどを考慮すると、わが国の死後認知に関する出訴期間の規定は、本来の準拠外国法である韓国民法の適用を排除してまでも実現すべき強度の法目的を有するものとは考えられず、本件においても韓国民法の前記出訴期間を一年と限定した規定の適用の結果がわが国の公序良俗に反するものとはいまだ認めることができない(最高裁第二小法廷昭和50年6月27日判決参照)」として、韓国法の適用を肯定した。

この判決では、上記②判決のように父と日本との牽連性の強さを認定しておきながら、法例が本国法主義を採用していることや、提訴期間の違い

は技術的問題にすぎないとの見解を根拠に、韓国法の適用排除を否定している。しかし、公序違反を認定した上記裁判例にくらべて、この判決の理由付けはいささか表面的であり、子の権利という一般論から考えても、事案の具体的解決としても、疑問の残るものであるように思われる。

ちなみに、同様に韓国民法864条の適用が問題となった別の最高裁判決<sup>(36)</sup>も、「大韓国民民法の右規定（大村注：864条）は、父又は母の死亡後における認知請求の訴を認めたとえ、出訴期間をその死亡を知った日から1年に限定したものであるからといつて、これを日本民法787条の規定と対比してみても、その適用の結果がわが国の公序良俗に反するものとは認め難い」とするのみであり、結論はともかくとしても理由づけとして十分なもののか否か、疑問の残るところである。

## 6. 考察

外国法の適用結果が国際私法上の公序（法の適用に関する通則法42条）<sup>(37)</sup>に反するか否かは、一般的に、適用結果の異常性と内国牽連性の相関関係で決まるものとされる<sup>(38)</sup>。本稿で検討している死後認知の出訴期間については、そのうち適用結果の異常性に関する問題ということになる。

公序判断の基準については、かつて国家的公序か普遍的公序かという議論があったが、現在では解釈論として後者を支持するものはなく、公序を発動するかどうかの基準は日本法に内在する基本的価値に反するか否かであるとされる<sup>(39)</sup>。また、国際私法上の公序は、かかる基本的価値に照らし、どうしても耐え難い結果を排除するという機能を果たすものであり、国内法の強行規定に反するからといって必ずしも公序違反になるとは限らないものとされる<sup>(40)</sup>。

このような解釈態度を正当化するのは、自国法上の正義の相対化や、外国法に対する寛容さであるといえるであろう。いうならば、「自国法を出

発点として公序のハードルを下げる」アプローチ、と言うこともできるように思われる。

しかし、本当にそれだけでよいのか、素朴な疑問を感じる部分がある。仮に、ある問題に関する自国法の立場が、その問題に関して国際的に共有されている、あるいはされつつある価値観に照らして、世界の立法の動向から立ち遅れていると評価できるような場合に、そのような自国法よりもさらにハードルを下げたところに公序違反の有無の基準を設けることに、どれだけの正当性があるのであろうか。

むしろそのような場合には、さすがに自国法の内容を公序違反とするのは解釈上無理であるとしても、自国法の内容をいわば最低ラインとして、それ未満の外国法は（内国関連性の度合いによる調整の必要性を認めつつも基本的には）国際私法上の公序違反と判断する考え方も可能なのではなかろうか。

もしそのような考え方を採るならば、死後認知の出訴期間については、次のような解釈を正当化できる可能性があるように思われる。すなわち、死後認知の出訴期間については、子の権利・利益の増進という観点から、父の死亡から訴え提起までの期間制限を撤廃する動きが一部の国において見られる。この傾向は、国際的に承認された子の権利に関する基本原則に支えられており<sup>(41)</sup>、また比較法的に見て優勢とまでは言えなくともある程度有力なものであり、日本でも民法改正を待たず、国際私法の解釈の面でそのような動向を柔軟に取り入れるべきである、と考えることができるように思われる。であれば、民法787条ただし書の定める3年の出訴期間を適用した場合と比べて、ある外国の法を適用した場合に出訴期間がより短くなるような事案においては、そのような外国法の適用は日本の国際私法上の公序に反するものとしてその適用を排除し、日本法を適用して事案の解決をはかるべきである<sup>(42)</sup>。

逆に、出訴期間を一切制限しないような外国法については、法的安定性の観点から、その適用結果が国際私法上の公序に反するとの主張がなされ

る可能性があろう。そのような主張の余地をいかなる場合にも全く認めない  
とまで断言する根拠は提示できないが、個々の事案の事情に照らして、  
客観的な父子関係の確定という要請を明らかに上回る程度の弊害が認めら  
れない限り、提訴を認めるのを基本として解釈するのが適切であるように  
思われる。

#### 注

- (1) 時事ドットコム・ニュース、2017年9月26日閲覧。https://www.jiji.com/jc/article?k=20170907036149a&g=afp. なお、遺骨の掘り起しは、ダリが生まれたスペイン北東部フィゲラスのダリ劇場美術館で2017年7月に行われ、墓を覆っていた1トン超の石板を取り外すなど、大掛かりな作業となった。また、ダリ財団の弁護士は、アベルさんの主張が誤りだった場合、彼女は多額の請求を受ける可能性があると警告していたという。
- (2) 子、その直系卑属又はこれらの者の法定代理人は、認知の訴えを提起することができる。ただし、父又は母の死亡の日から3年を経過したときは、この限りでない。
- (3) 二宮周平著『家族法 第3版』（新世社・2009年）173頁。
- (4) 二宮・同上172頁。
- (5) なお、本稿で紹介する立法例は、必ずしも現行法であるとは限らない点をご了承願いたい。
- (6) 家族法典69条 S. Alexandra Hartland et al., *Family Law Principles* (Thomson Reuters, 2011) p. 213-214.
- (7) Olga Cvejic Jancic Editor, *The Rights of the Child in a Changing World* (Springer, 2016) p. 87.
- (8) 田中通裕「研究ノート：注釈・フランス家族法（12）」法と政治64巻4号（2014年2月）282-283頁。
- (9) Bill Atkin (General Editor), *The International Survey of Family Law 2010 Edition* (Jordan Publishing Limited, 2010) p. 61.
- (10) 民法1：207条。Olga Cvejic Jancic Editor, *supra* note 7, p. 321
- (11) 民法133条（2015年改正後）。司法書士古閑次郎事務所ホームページ「スペイン民法条文」。
- (12) 1960年5月18日親子法。中川善之助・米倉明編『新版注釈民法（23）親族（3）親子（1）』（有斐閣・2004年）277頁。裁判例については、Olga Cvejic Jancic Editor, *supra* note 7, p. 100

- (13) 1969年子の地位に関する法律。Henaghan et al., *Family Law in New Zealand* 17<sup>th</sup> ed. (Lexis Nexis, 2015) p. 427.
- (14) 民法（2009年公布、2011年施行）421条以下。Olga Cvejic Jancic Editor, *supra* note 7, p. 225
- (15) このような立場を採ってきたと言われるフランス法の沿革につき、中川善之助・米倉明編・前掲注12・301頁以下を参照。
- (16) このような立場を採ってきたと言われるドイツ法の沿革につき、中川善之助・米倉明編・前掲注12・303頁以下を参照。
- (17) 中川善之助・米倉明編・前掲注12・306頁。
- (18) 当初の規定は次の通りである。「子、其直系卑属又ハ此等ノ者ノ法定代理人ハ父又ハ母ニ対シテ認知ヲ求ムルコトヲ得」（明治31年法律第9号民法親族編835条）この規定の成立に至る立法の経緯については、中川善之助・米倉明編・前掲注12・294頁以下を参照。
- (19) 同年改正後の規定は次の通りである。「子、其直系卑属又ハ此等ノ者ノ法定代理人ハ認知ノ訴ヲ提起スルコトヲ得但父又ハ母ノ死亡ノ日ヨリ3年ヲ経過シタルトキハ此限ニ在ラス」（昭和17年法律第7号民法中改正法律835条）。
- (20) 中川善之助・米倉明編・前掲注12・384頁。
- (21) 昭和24年法律206号。
- (22) 同法は現在でも有効であると思われるが、その対象が「今次の戦争」つまり第二次世界大戦に限定されているため、もはやそれ自身が適用される機会はほとんどないように思われる。
- (23) 於保不二雄「内縁中の懐胎と父性の推定」判例百選（新版）99頁。
- (24) 松倉耕作『血統訴訟と真実志向』（成文堂・1997年）306頁。
- (25) 最高裁大法廷判決昭和30年7月20日・最高裁判所民事判例集9巻9号1122頁。憲法判断の部分は以下の通り。「同第三点中憲法13条違反を主張する点は、認知の訴提起の要件をいかに定めるかは立法の範囲に属する事項であつて、法律が認知の訴の提起につき、父又は母の死亡の日から、三年を経過した場合はこれをなし得ないこととする規定を設けたことは、身分関係に伴う法的安定を保持する上から相当と認められ、何ら憲法13条に違反するものではない。また、憲法14条違反を主張する点は、民法787条但書の規定は、認知の訴の提起に関し、すべての権利者につき一律平等にその権利の存続期間を制限したのであつて、その間何ら差別を加えたものとは認められないから、所論は前提を欠き、上告理由としては不適法である。」
- (26) 最高裁昭和57年3月19日判決・最高裁判所民事判例集36巻3号432頁。

- (27) 昭和57年11月16日・家庭裁判月報35巻11号56頁。
- (28) 福岡高裁昭和60年7月2日判決・家庭裁判月報37巻10号67頁。
- (29) なお、認知の訴えの出訴期間経過後に別の手段、すなわち父子関係存否確認訴訟によって婚外父子関係を確定させようとする試みについては、最高裁によって不適法との判断が下されている。最高裁平成2年7月19日判決・家庭裁判月報43巻4号33頁、家族法判例百選第6版24事件。
- (30) 中川善之助・米倉明編・前掲注17・339頁。
- (31) 家庭裁判月報22巻5号88頁。
- (32) 壇紀4293年(1960年)1月1日施行。
- (33) 判例タイムズ417号154頁。
- (34) 家庭裁判月報34巻9号110頁。
- (35) 家庭裁判月報33巻3号48頁。
- (36) 最高裁昭和50年6月27日、家庭裁判月報28巻4号83頁。
- (37) 「外国法によるべき場合において、その規定の適用が公の秩序又は善良の風俗に反するときは、これを適用しない。」なお、遺言の方式の準拠法に関する法律8条、扶養義務の準拠法に関する法律8条にも同趣旨の規定がある。
- (38) 櫻田嘉章・道垣内正人編『注釈国際私法 第2巻』(有斐閣・2011年)335頁
- (39) 櫻田嘉章・道垣内正人編・前掲注34・334頁。
- (40) 同上。その具体例として同書ではまさに死後認知の出訴期間を挙げ、準拠法が外国法である場合にもこの(民法787条ただし書の)3年の出訴期間を堅持しなければならないわけではない、として、最高裁昭和50年6月27日を参照している。
- (41) 例えば、1989年11月20日に国連総会で採択され、1990年9月2日に発効した、子ども(公定訳では「児童」。以下本稿では「子ども」の語を用いる)の権利に関する条約(日本では1994年5月22日効力発生)の前文にいう「家族が……子どもの成長及び福祉のための自然な環境として、社会においてその責任を十分に引き受けることができるよう必要な保護及び援助」、3条1項にいう「子どもの最善の利益」、4条にいう「すべての適当な立法措置」、7条1項にいう「できる限りその父母を知りかつその父母によって養育される権利」などを想起すべきであろう。
- (42) なお、その場合に、父子関係を証明する手段として重要性を持つてくるのはDNA鑑定である。この点につき、大村敦志『家族法〔第3版〕』(有斐閣・2010年)189頁以下、91頁以下を参照。