

## 身分占有と訴訟要件

金子敬明

### 一 問題の提示

いわゆる「藁の上からの養子」を被告とする親子関係不存在確認請求訴訟について、最判平成一八・七・七民集六〇巻六号二三〇七頁は、権利濫用の法理を用いて原告の請求を排斥すべき場合があることを認めるに至った。学説は、少なくともその結論にはこぞって賛同しているが、その際に、フランス法の身分占有の概念に言及するものがある<sup>(1)</sup>。

実際、フランス親子法は、二〇〇五年に、嫡出子と自然子との区別の廃止を含む大規模な改正の対象となったところ<sup>(2)</sup>、確立された親子関係を争う訴え一般について、現行フランス民法典三三三三条（以下、特に断るか文脈から明らかである場合を除き、条文は現行のフランス法のそれである）は、第一項で、「身分占有が*en fait*」（出生証書または認知証書<sup>(3)</sup>）と一致している場合には、当該子、その父母の一方、真実の親と主張する者、のみが訴えを提起できる。この訴えは、その身分占有が止んだ日、もしくははその親子関係が争われているところの親の死亡の日、から五年の経過によって消滅する」と、さらに第二項で、「出生時か、認知がそれより後になされた場合には認知の

時、から少なくとも五年間、*five*に一致する身分占有が持続したときには、検察官を例外として、誰もその親子関係を争う (*contester*) ことができない」と、規定している。<sup>(4)</sup> 特にこの第二項は、一度確立された親子関係が争われる場合における「安定した身分占有の法理」(その意味につき注一参照)を体现する規定として、注目に値する。<sup>(5)</sup>

ところで、フランスにおいて「安定した身分占有の法理」が適用される場合、親子関係を争う訴訟は不受理になる、という説明が一般にされてきた。<sup>(6)</sup> しかしるに、「安定した身分占有の法理」を背後に持つてしていると解釈することもできる最高裁判平成一八年判決は、訴訟要件ではなく本案について議論をしているように思われる。<sup>(7)</sup>

かくして、本稿では、確立された親子関係を争う訴えにおいて、<sup>(8)</sup> 「安定した身分占有の法理」が適用された場合に、それは本案の問題なのかどうか、という問題を、フランス法での議論を参考にしつつ検討することにする。<sup>(9)</sup>

## 二 フランスにおける防御方法の議論

フランスでは、子という身分に関する訴えについて、一定の事由があるときはその訴えは受理されない (*irrecevable*) と民法典の中で規定されていることが、少なくとももかつては少なくなかった。そして、一般に、そのような事由として法律で規定されているものは、民事訴訟法典で定められている三種の防御方法 (*moyens de défense*) のうち、訴訟不受理事由 (*fin de non-recevoir*) に該当する、と言われている。<sup>(11)</sup>

ここでフランスでの防御方法に関する議論を簡単に整理しておこう。防御方法として、民事訴訟法典では、① 本案に対する防御 (*défense au fond*)、② 訴訟上の抗弁 (*exception de procédure*)、③ 訴訟不受理事由 (*fin de non-*

recevoir) の三種類が規定されている。①は「本案 (fond du droit) の審理の後に、相手方の請求を、根拠づけられていないものとして棄却させることに向けられたあらゆる方法」と、②は「訴訟手続に瑕疵がある、もしくは消滅した、と宣言させ、または訴訟手続の進行を停止させることに向けられたあらゆる方法」と、③は「本案 (fond) の審理なくして、訴権 (droit d'agir) の欠如を理由に相手方の請求が受理されないことを宣言させることに向けられたあらゆる方法で、例えば、適格 (qualite) の欠如、利益 (interet) の欠如、時効、不変期間、既判力など」と規定されている(それぞれ民事訴訟法典七一条・七三条・一二二条)。

③の訴訟不受理事由という言葉は、古法時代から用いられていたが、一八〇六年に制定された(旧)民事訴訟法典では③に関する規定は落とされた。一九三五年のデクレ・ロワによってようやく、(旧)民事訴訟法典に③に関する規定が入れられたが、実際にはこれは③を②と同じ仕組みの中に入れ込もうとするものであった。すなわち、現行法における①と②との大きな違いとして、①の提出は訴訟のどの段階でも可能であるのに対して、②は原則として、全て同時に、かつ①や③の防御方法に先立って提出されることを要する、ということがあるが(それぞれ民事訴訟法典七二条・七四条一項、一九三五年のデクレ・ロワによる改正後の(旧)民事訴訟法典一九二条は、提出が許される時機という点において、③を②と同列に扱うものであった)。

しかし、その後の判例は、(旧)民事訴訟法典一九二条所定の提出時機制限が③にかからないような読み方を同条について採用して一九三五年改正の趣旨をおよそ骨抜きにした(但し、一九五八年のデクレで同条の文言が修正された後、この手法は不可能になった)、または、伝統的に③だとされてきた事由を①と性質決定する、もしくは③の中には実体に関わるもの (fin de non-recevoir liée au fond) と手続に関わるもの (fin de non-recevoir de procédure) とがあつて同条所定の提出時機制限は後者にのみかかると解釈する、という手法を用いて③の事由の一

部につき同条所定の提出時機制限を免れさせたりした。かくして、一九七二年、訴訟のどの段階においても③を提出することができる旨を認める規定（民事訴訟法典一二三条）が設けられ、<sup>12)</sup>現在に至っている。<sup>13)</sup>

### 三 自然子の父を探索する訴えにおける「訴訟不受理事由」

子という身分に関する訴えについての規定で訴訟不受理事由として定められているもの（実際に③としての性質を認めるべきか否かを問わない。以下ではこれを、カギカッコをつけて「訴訟不受理事由」と表記する）に話を限定すると、それらを②として性質決定する見解はおよそ存在しない。そうすると、二で前述した一九七二年改正の後では、それらを③として理解するか、それとも①か、を争うことは、それら事由の提出が訴訟のどの段階まで許されるかという実践的な課題に関する限り、意義を失ったことになるのだが、それでも、それら事由が本当に③の性質をもつのか、むしろ①として理解すべきではないか、という点は、なお論じられつづけた。

そのような議論は、とりわけ、自然子（enfant nature）の父を探索する訴え（これは、「安定した身分占有の法理」が問題となる、確立された親子関係を争う訴え、には属さない）について蓄積されている。具体的に見ていこう。

#### Ⅰ Carbonnier評釈

Carbonnierは、破毀院民事部一九四一年二月一七日判決に対する評釈の中で、この問題を検討している。<sup>14)</sup>

同判決当時の民法典三四〇条は、二項一号において、「懐胎の法定期間内に、母に周知の不行跡（inconduite notoire）があり、または他の男性との交遊（commerce）があったことが証明された場合」には、父性認知の訴え

(*action en reconnaissance de paternité*) は受理されない、と規定していた。

同判決の事案は次のようなものである。一九三五年に生まれた子について、母が原告として、ある男性に対して父性認知の訴えを提起した。被告は、控訴審の段階で初めて、補充的に、懐胎の法定期間内に原告に周知の不行跡があった、また他の男性（とりわけCという男性）との交遊があった、という事情について証拠の申し出 (*offre de preuve*) をした。Lyon控訴院は、この申し出は受理されないとした上で、被告が子の父であると判決した。被告が破毀申立てをしたところ、破毀院は、当時の（旧）民事訴訟法典一九二条の規定は、「前条までに規定された」訴訟不受理事由、という同条の文言上、被告の申し立てる民法典三四〇条二項一号所定の「訴訟不受理事由」には適用されず、よって被告は訴訟のどの段階においても当該「訴訟不受理事由」を申し立てることができ、<sup>16)</sup>として原判決を破毀した。

さて、Carbonnierは、同判決の具体的な解決を評価しつつも、その解決は、民法典三四〇条二項一号の規定に固有の論理によって正当化されるべきである、とする<sup>17)</sup>。ではそれはどのような論理か。一つには、民法典三四〇条二項一号所定の「訴訟不受理事由」は公序 (*ordre public*) に関わるから、というものが考えられる。しかし、この理由づけは、（旧）民事訴訟法典一九二条が提出時機について、公序に関わる事由か否かによる区別をしていないこと、また公序だとすると、仮に被告自身がその主張をあえてしなかったとしても、検察官により主張され、あるいは判事によって職権で取り上げられるので、却って社会にスキャンダルの種をまくことになってしまふこと、に鑑みると、問題のある理由づけである。

かくして、民法典三四〇条二項一号所定の「訴訟不受理事由」は、実は①なのである、という理由づけが適切

である。もっとも、同規定の「訴訟不受理事由」の性質決定をめぐって、①（内容的にはまぎれもなくこれである）と③とのあいだで議論が揺れているのには、相応の理由がある。それは、法律が、当該「訴訟不受理事由」を、本案の弁論（*debat au fond*）から隔離して訴訟手続（*instance*）の冒頭に置きたいとはっきり考えている、ということであり、そのことが、訴訟上の抗弁の仕組みを想起させるのである。<sup>18</sup> 民法典三四〇条二項一号所定の「訴訟不受理事由」は、それ自体としては（*en tant que telles*）、訴訟手続の最初に置かれられない限り存在意義を失ってしまう。このことゆえに、①とは絶対的に袂を分かつているように見えるのである。

しかし、ここにおいて、民法典三四〇条二項一号所定の「訴訟不受理事由」が、②や通常の③と異なる点が現れる。それは何かというと、後者においては、原告の利益のため、被告が審理の冒頭で主張する義務（*obligation*）を負うのに対し、前者においては、被告自身の利益になる事由であるので、被告にとってそれを主張することは権能（*faculté*）であり、よって、訴訟手続の冒頭で当該「訴訟不受理事由」を主張して直ちにその後の審理をショートカットするということは放棄しつつ、もっと後の段階で父子関係の存否に関する判事の心証を左右する一要素としてそれを主張する可能性を留保しておくことが許される、という点である。これが、本判決の最も堅固な説明方法である。

以上を要するに、当時の民法典三四〇条二項一号所定の「訴訟不受理事由」は、本案に対する防御にほかならず、よって訴訟のどの段階でも主張することができる、しかしそれが特に訴訟手続の冒頭で「訴訟不受理事由」として主張されると、当該事由が立証された場合には、同規定により、その他の本案の要素についての審理が行われることなく直ちに本案の判断として父子関係を認めない（認知請求を棄却する）という結論が下されることになるのだ、というのがCarbonnierの主張であると解される。<sup>19</sup>

(I) Henon論文

Carbonnier評釈の後、自然子の父を探索する訴えに関する規定は一九七二年一月三日の法律により改正され、Henon論文は同改正後の民法典の規定を前提とするものである。当時の民法典三四〇―一条では、次の三つの場合に、父を探索する訴えは受理されない (ne sera pas recevable) と規定されていた。<sup>(20)</sup>

「一 懐胎の法定期間内に、母に周知の不行跡 (indonduite notoire) があり、または他の男性との交遊 (commerce) があったことが証明された場合。但し、血液検査その他のあらゆる確実な医学的検査から、当該男性が父たりえないことが判明する場合を除く。

二 父だと主張されている者が、同期間内に、別離 (éloignement) のため、または何らかの事故の影響により、父であることが物理的に不可能な状態にあった場合。

三 父だと主張されている者が、血液検査その他のあらゆる確実な医学的検査により、父たりえないことを証明した場合。」

Henonは、同条所定の各事由は、立法者が③と性質決定したにもかかわらず、実際には①と理解すべきであると主張する。その理由として挙げられている事情は、次のとおりである。<sup>(21)</sup>

(a) 二号及び三号の事由については、次の二点を挙げる。(a)それら事由を被告が提出できる時機や、提出された場合に判事がそれらについて判断をすべき時期についての判例法上の規律をみると、その内容は、①だと考え

でも十分説明できる。(a<sub>2</sub>)それら事由の主張は、「本案」の審理を妨げるどころか、むしろそれを必要不可欠なものとするのであり(ここで、「本案」とは、父と主張されている者と子との間に遺伝上の関係があるか否かのことであり、両者の間に法的に親子関係が認められるか否かはその結果に完全に依存する、ということが暗黙のうちに前提とされていると解される)、そして、それら事由が認められれば、「本案」の審理に入ったときに親子関係はないという結論に至ることは目に見えているのだから、それら事由を①ととらえても事態は何ら変わらない。

(b) 一号本文後段の事由については、次のように言う。一九七二年改正で付加された但書がなかった状態では、確かに愛人の複数性(plurality of amants)は「真正な(féel)」訴訟不受理事由であった。なぜなら、その事由が認められた場合、「その愛人のうちの誰が父であるか」(遺伝上誰か、という意味であろう)を仮に確定できたとしても、なお父の探索を求める訴えは失敗に終わっていたからである。しかし但書が付加された今、その事由は、「本案」についての弁論を妨げるどころか、むしろ必要不可欠なものにしている<sup>(23)</sup>のであり、そうすると一号本文後段の事由は、③と性質決定されるべきではない。

(c) 最後に、一号本文前段の事由(一号但書はこの場合には関わらないことに注意)について。不行跡の証拠が出てきたときに、判事はどう判断するであろうかを考えると、判事は、被告の父性については大きな疑問をもつことになり、親子関係を宣言するに足りる確実性がないと判断することになるだろうから、父の探索を求める訴えは失敗していたであろう。そうすると、訴訟不受理事由という性質決定をすることは非常に疑問である。

このように見てくると、Heno論文では、当時の民法典三四〇—一条所定の三つの事由はいずれも③である、との性質決定を斥けるために、主に二つの論理が用いられていると理解される。一つは、それを①ととらえた

ところで結論に違いは出てこないから、③という性質決定は十分に基礎づけられていない、という論理であり、(a)と(c)に見られる。もう一つは、所定の事由が、「本案」で扱われるべき事項（遺伝上の関係の有無）の審理を要求することになるので、それはむしろ①として理解すべきである、という論理であり、(a)と(b)に見られる。

これらのうち、第一の論理については、③という性質決定がおかしいとする結論の補強的な論拠にはなるかもしれないが、そのみで論拠とできるものではない（どちらとも決めがたいだけである）と思われる。他方で、第二の論理は相応の説得力を有しそうだが、この論理からすると、「訴訟不受理事由」として「本案」とは独立の事項が定められている場合には、それが③ではないという結論は必ずしも導かれなことになる。実際、既に見たように、Henoは、一九七二年改正以前の「愛人の複数性」という事由はまぎれもなく③であると考えているし、また、ある子について一方の親との関係が確立されている場合に、当該親との間に絶対的近親婚（inceste absolu）の事由がある者と当該子との間の親子関係を確立することは許されないとする、当時の民法典三三四―一〇条（現行規定では三三〇―二条）の定めは、父ないし母を探索する訴えにとつての③を定めるものである、と<sup>(24)</sup>している。

### III Block論文

Blockは、子という身分に関わる訴えについて定められている「訴訟不受理事由」はすべて、実際には③ではなく①である、と主張し、その際に複数の注でHenoの説を好意的に引用している<sup>(25)(26)</sup>。しかしBlockは、Henoと異なって、子という身分に関わる訴えについて定められている「訴訟不受理事由」は、いずれも③ではなく①である、と断言している。実際、Block論文では、Henoの説には見られない論拠が援用されている。

一つは、「本案」の中身に関わる。すなわち、「訴訟不受理事由」とされている事由が存在することを理由として判事が「本案」に入らずに訴えを排斥した、とされる場合において、実際には判事は、本案の要素の一部について判断をせずに訴えを排斥したのであって、それ以外の本案の要素についての判断はしているのではないか、というのである。<sup>(27)</sup>

もう一つは、「手続は法廷地法に服する」という国際私法ないし国際民事訴訟法のルールに関して、子という身分に関わる訴えについて定められている「訴訟不受理事由」は、手続の問題だとは全く考えられていない、ということである。<sup>(28)</sup>

#### 四 検討

Block論文は、訴訟不受理事由についての一般理論を構築しようという強い意欲に支えられた学位論文 (these) であり、他方でCarbonnier評釈は、ある破毀院判決についての一頁余のコメントにすぎない、という違いはあるが、自然子の父を探索する訴えの規定で定められている「訴訟不受理事由」の理解に関する限り、両者はほとんど変わらないように思われる。<sup>(29)</sup>

両者は結局、(例えば、母に周知の不行跡があるという「訴訟不受理事由」を以下では念頭に置くとすると) 母に周知の不行跡があるという事由の存在が証明されると被告が子の父であることを裁判上認めさせることは一切できなくなる、というのはすぐれて実体法秩序に関わる問題である、という認識を背景に有している。この認識は正当と思われ、<sup>(30)</sup> 支持すべきである。

もっとも、Blockの立場がCarbonnierのそれと異なると思われる点もある。それは、母に周知の不行跡がある

という事由と、被告男性と子との間に遺伝上の関係がないという事由とが、本案の防御方法として同列にあり、判事は訴訟経済の観点から、簡単に処理できる方で処理できればよい、とBlockが考えているらしいことに関係する。つまり、例えば、建築請負人に対する損害賠償請求訴訟において、もし損害賠償債権が消滅時効にかかっているならば、建築請負人の過失 (faute) を証明すべく時間も費用もかかる不動産鑑定を行う必要はないが、それと同じである、というのである。<sup>31)</sup>しかし、この二つの事例には重大な違いがある。すなわち、もし消滅時効の主張が成り立つのであれば、訴訟のどの段階でその主張が出されようとも、それはいわばジョーカーとしての効果を發揮し、損害賠償請求が認められないという結果が導かれる。これに対して、母の周知の不行跡という事情は、訴訟手続の当初の段階で主張され立証された場合にのみ、ジョーカーとしての効果を發揮する。ひとたび、例えばDNA鑑定が行われてしまつて被告男性と子との間に遺伝上の関係が認められるという結果が出てしまえば、その後で、母の周知の不行跡という事情が主張立証されたとしても、それは父子関係の存否を評価する際の一資料にすぎず、結果として父子関係が認められることが十分にありうるのである。Carbonnierが強調していたように、母の周知の不行跡という事由を法律が「訴訟不受理事由」として規定することの意味は、もしその事由が訴訟手続の最初に主張されて立証もされた場合に限つて、その余の事情がどうであれ原告の訴えを一切認めないことにするというジョーカーとしての地位を当該事由に与える、という法の態度決定を明示する点にある。<sup>32)</sup>Blockの議論は、この点を捨象しすぎているように感じられる。

かくして、自然子の父を探索する訴えに関する「訴訟不受理事由」の位置づけについては、Carbonnierの説明が最も当を得ているように、筆者には思われる。

#### 四 確立された親子関係を争う訴えにおける「訴訟不受理事由」

ここで話を本題に戻し、民法典三三三条二項において、*titre*（出生証書または認知証書）に一致する身分占有が所定の期間継続したという事由は、③の訴訟不受理事由として性質決定されてよいか、を検討しよう。

三での考察をふまえると、右の事由は、まさに三四での検討の際に念頭に置いていた「訴訟不受理事由」と同じ性質のものであるとみてよいように思われる。すなわち、*titre*（出生証書または認知証書）に一致する身分占有が所定の期間継続したという事由は、その*titre*に表示されている親子関係が遺伝上の関係に裏付けられていることを想定させるが、右事由はそのような心証を形成するのに有利な一事情であるだけであり、例えばDNA鑑定を実施してみたりすればそれとは別の結論が導かれるかもしれない。しかし、実体法的な態度決定として、そのような本来は一事情にすぎない事由も、訴訟の当初に主張されて立証もされた場合に限り、その余の事情がどうであるかに関係なく、その*titre*で表示された身分をそのまま維持する（≡争うこと（*contestation*）を認めない）ことにした、というわけである。<sup>(14)(36)</sup>

では、「安定した身分占有の法理」そのものの問題ではないが、民法典三三三条一項についてはどう考えればよいであろうか。同条二項で、確立された親子関係を誰も争えないようにする事由が③ではなく①なのだとすれば、一項で、確立された親子関係を争う訴えにつき規定された、提訴権者及び提訴期間の制限もまた、③ではなくて①だということになるのであろうか。この点を最後に考えることにしよう。

*Block*は、期間制限については、消滅時効と同様に、①の問題としてとらえている。<sup>(36)</sup>しかし興味深いことに、提訴権者についての態度に揺れが見られる。<sup>(37)</sup>すなわち、国際私法上の扱いを念頭に置き、適格（*qualite*）は手続

法的概念であるから、少なくとも (à tout le moins) 法廷地法によっては規律されるべきである、と述べて、当事者適格を実質法 (loi du fond) に結びつける多数説を批判し、通常の訴え (actions dites « banales ») の当事者適格は法廷地法で規律すべしとのHuet説を好意的に引用する。しかしここで、Huetが、訴訟上の理由ではなく、法政策 (politique juridique) 上の理由、あるいは家族秩序・人的秩序 (ordre familial ou personnel) 上の理由、により与えられた特別の訴え (actions « atypiques ») については、当事者適格は実質法により規律されるべし、と述べていることにも、言及がされる。Blockはこれを受けて、結論として、もしかしたら (peut-être)、既に一部で指摘されているように、法廷地法に加えて、場合によっては実質法も重疊的に (cumulativement) 適用するのがよいのではないかとする。訴えの利益の「既発生かつ現在の (né et actuel)」という要件<sup>(38)</sup>について、破毀院は、法廷地法に加えて実質法も考慮することを認めているが、同様の一定の調整 (certains aménagements) が、当事者適格についても可能ではないか、というのである。

Blockが参照したことはないであろうが、同様の説は、既に日本でも唱えられているように思われる。それは石黒一憲教授の説である。<sup>(39)</sup> 石黒教授は、実体関係的な要素の大きな概念はすべて実体問題と性質決定されるべきだから、当事者適格も実体問題とすべきだ、との議論を批判する。実体問題として考えてしまうと、その結果を修正したいとき (アメリカのクラス・アクションが特に念頭に置かれている) の手段は、国際私法上の公序だけになってしまう。それでは困るので、まずは手続問題として性質決定しておいた上で、しかし法廷地手続法上の概念が多くを実体法に送致 (Verweisung) している場合には、その送致の限度で当該実体法を参照<sup>(40)</sup> することが認められる (しかしそれが適用されそれに全面的に拘束されるのではない)、というのである。

門外漢からは判断がつきかねるが、門外漢なりに考えた限りでは巧みで説得力のある説明だと思われる。しか

し翻って考えるに、例えば提訴期間の制限が完全に本案の問題であるとされるのに（それ自体疑問の余地があるだろうが）、なぜ提訴権者の制限だけはあくまで手続問題であるとされることになるのか、今ひとつ腑に落ちないところがある。Blockや石黒教授の説は、アクチオ的に構成された条文における提訴権者の制限列挙は当事者適格という手続法上の概念の中で扱われるべき問題の一分肢である、という構成を前提としていると思われるが、その構成自体を疑う余地はないのだろうか。しかし、これは明らかに筆者の能力を超える問題であり、疑問の提起にとどめておきたい。

\*本稿は、筆者が法律時報八二巻一一号（二〇一〇）一〇六頁で公表した同題の論考に大幅な修正拡充を施したものである。前稿は、紙幅も限られる中、育児休業に入る直前の時期に急いで提出した（前稿を含む同号での小特集「実体法と手続法」の各論考は、二〇一〇年一〇月に北海道大学法学部で開催された日本私法学会でのワークショップでも取り上げられたが、右の理由により筆者は出席することが叶わなかった）、舌足らずかつ考察に不十分な点の極めて多いものであったが、本稿ではそれらの点を多少なりとも改めるよう心掛けた。そのようなわけで、本稿は、故森田博志先生の追悼号に寄稿するものとしては甚だ不適切なものと言わざるを得ないが、国際私法に多少の関連があるテーマを扱い、かつ今回はその点に若干踏み込んだ記述をおこなったことをもって、彼岸に旅立たれてしまった故森田博志先生のお許しを頂戴できればと切に願う次第である。

個人的な思い出を少しだけ付け加えると、筆者は、二〇一二年四月二五日の同年度最初の本学大学院専門法務研究科教授会において、前年度に学務委員長を務められてその重責から解放されたばかりの（二〇一一年度は同研究科の認証評価の実施年度であった上、震災にまつわる諸々の影響で御苦労が多かったことと想像する）、故森田博志先生の左隣の席に座ったことを、今でもありありと記憶している。その後、二度と隣の席に座る機会を得られなかったことが、誠に残念でならない。在りし日の姿を偲び、心よりご冥福をお祈り申し上げます。

なお、本稿は、前稿同様、財団法人民事紛争処理研究基金の研究助成を受けた研究成果の一部である。

(1) そもそも、日本において、フランス法の身分占有概念は、藁の上からの養子の身分が判例上不安定なものとして扱われてきたのを救済しようとする脈絡の中で、主に紹介されてきた。その紹介のされ方にも複数あるが(山田梨花「フランス法における身分占有」法学政治学論究二二号(一九九四)九九頁注三参照、本稿で扱う「安定した身分占有の法理」(以下、公的に登録された身分に合致した身分占有が安定的に存在するときにはその身分を一切争えないようにする、という法理をさすものとする。羽生香織「実親子関係確定における現実主義の限界」一橋法学七巻三号(二〇〇八)一〇六七頁以下で「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」基準と呼ばれているものと同じと考えられる)の意味における身分占有の紹介のされ方に限ってみても、谷口知平・民商二八巻二号(一九五三)八九頁(最判昭和二五・一二・二八民集四巻一三三七〇一頁の評釈)をおそらく嚆矢として、それ以来の伝統を有する。もともと、最高裁判平成一八年判決の評釈で「身分占有」という語に明示的に言及するのは、西希代子・判例セレクト二〇〇六(法教三一八号別冊付録、二〇〇七)二六頁と、若林昌子・平成一九年度主要民事判例解説(別冊判タ二二二号、二〇〇七)五一頁くらいである。

(2) 正確には、親子法を改革する二〇〇五年七月四日のオルドナンス二〇〇五―七五九号(JO 6 juillet 2005, p. 11159)が二〇〇六年七月一日に施行され、その後、同オルドナンスを追認する二〇〇九年一月一六日の法律二〇〇九―六一号(JO 18 janvier 2009, p. 1062)により若干の修正が施された。日本語による紹介として、二〇〇五年のオルドナンスについては、羽生香織「親子——親子関係の改正に関する二〇〇五年七月四日のオルドナンス第七五九号」日仏法学二四号(二〇〇七)一一九頁や、同「フランス実親子関係法の動向」家族〈社会と法〉二三号(二〇〇七)一三一頁があり(後者に付された条文訳は、本稿でも参考にした)、二〇〇九年の法律については、齋藤哲志「親子——親子関係制度改正に関する二〇〇五年七月四日のオルドナンス第七五九号を追認し親子関係に関する諸規定を改廃する二〇〇九年一月一六日の法律第六一号」日仏法学二六号(二〇一〇)一五七頁がある。また、フランス実親子法について、父子関係を中心に、二〇〇五年及び二〇〇九年の改正に至る経緯ならびに現行の規定の内容を要領よく概観したものとして、西希代子「比較法的検討——フランス」家族〈社会と法〉二八号(二〇一〇)六七頁がある。

(3) 同条における*titre*という語の解釈について、通達上の定めも含め、Frédérique Granet-Lambrechts, *J.-Cl. civ., art. 332 à 337*, fasc. 350 (2010), no. 94を参照(同註「François Terré/Dominique Fenouillet, *Droit Civil. La Famille* (Se éd., 2011, Dal-

102), no. 684)。

(4) 一項第二文の「もしくはその親子関係が争われているところの親の死亡の日」と、二項の「検察官を例外として」、前述の二〇〇九年の法律によって付加された文言である。なお、反対に民法典三三四条は、*titre*に一致した身分占有がない場合には、親子関係を争う訴えは、利益 (*intérêt*) を有する全ての者によって、民法典三二一条所定の期間内に提起される、と規定している。

(5) 民法典三三三条の定めには、羽生・前掲論文(注一)一〇四六頁及び一〇五〇頁でも言及されている。なお、同一〇五〇頁では、同条二項の規定について、「五年という期間は現代の家族の流動性を考慮に入れれば妥当であろう」とする意見が紹介されているが、*titre*と一致する身分占有が五年間継続するだけで第二項が規定するような効果を生じさせることに対しては、異論もある (Florence Millet: *La vérité affective ou le nouveau dogme de la filiation*, *JCP G* 2006. I. 112; Hugues Fulchiron: *Toute vérité est-elle bonne à dire?* *D.* 2008, 3035など参照。なお、この最低五年間の継続した身分占有の起算点は、認知時 (出生時より後になされた認知に基づく認知証書が *titre* である場合) または出生時 (それ以外の場合) に限定されることについては、Philippe Malaurie/Hugues Fulchiron, *Droit Civil: La Famille* (4e éd. 2011, Lextenso), no. 1318, *Terre/Fenouillet*, *supra* no. 684などを参照)。しかし、この点には本稿は立ち入らな。

(6) 羽生・前掲論文(注一)一〇四七頁・一〇四八頁ではそのように説明されており、実際、同所で引用されている破毀院第一民事部二〇〇六年二月四日判決 (*Bull. civ. I*, no. 70) をはじめとして、いくつかの破毀院判決でも、「安定した身分占有の法理」を体现していたと解される、二〇〇五年改正前のフランス民法典三二二条二項に関してはあるが、*irrecevable* や *fin de non-recevoir* といった語を用いた説明がなされている。また、大分地判平成九・一一・一二判タ九七〇号二二五頁 (羽生・前掲論文(注一)一〇六九頁は、出産偽称の事例にかかる最高裁判平成一八年判決よりも、むしろこの裁判例の方が、フランス身分占有法理に近似する紛争解決であった、という) に関する評釈である、松川正毅・私法判例リマックス一九九九〈上〉七〇頁が、やはり二〇〇五年改正前のフランス民法典三二二条二項に関して、そのように説明している。

なお、民法典三一〇―三三条第二項は、親子関係に関する訴えが提起された場合においては、親子関係は、訴えの受理可能性を留保して (*sous réserve de la recevabilité de l'action*)、あらゆる証拠方法 (*tous moyens*) により立証され争われる、と

規定している。しかし、同項については、訴訟となれば攻撃側も防御側も原則としてあらゆる証拠方法を用いることができる、という側面に光が当てられがちであり（全くの一例として、Pierre Murat [sous la direction de] *Droit de la famille* (5<sup>e</sup> éd., 2010, Dalloz Action) no. 21140 (Frédérique Granet-Lambrechts) を参照)、「反面、何が同項に言う「訴えの受理可能性」にあたるのかは、あまり探求されない傾向があるように思われる。例えば、Terre/Fenouillet, *supra*, no. 577は、この点につき、カッコ書きで「訴えの利益の存在、訴えが時の経過により消滅していないこと、子が生存能力ある形で生まれてきたこと (enfant né viable)、等々)」といった、比較的一般的な事情に言及するだけであり（なお、生存能力なく生まれてきた子の親子関係についての訴えが「受理されない」ことについては、民法典三二八条参照）、民法典三三三三条を扱う nos. 682 et ss では、受理可能性とか受理されないという語を用いた説明はしていない（但し、後出注三三三も参照）。なお、二〇〇五年改正法に関する二〇〇六年六月三〇日の通達 (no. Circulaire: CIV/13/06) では、民法典三二〇—三二二条第一項の「訴えの受理可能性を留保して」という文言の趣旨について、「これは、訴えができない (l'action ne peut prospérer) にもかかわらず（訴えの利益の欠如、訴えの消滅、……）、好奇心を満たす目的で鑑定が命じられ実施されることを避けるためである」と規定している (Ire partie, 12.1)。

- (7) 最高裁判成一八年判決の判旨は、訴訟要件に関する判断は一切していないように思われる（太田晃詳・最判解平成一八年度（下）七七四頁以下は、「本判決は、……この点について、明示の判断をしていない」と言うが、同解説七八〇頁注一六は、請求却下説でなく請求棄却説に加担しているように見える）。実際にも、同判決と同日付の最高裁判決（判時一九六六号六二頁）の差戻し後控訴審判決である東京高判平成一八・一〇・二六（LEX-DB文献番号28130040）は、請求棄却判決を下している。これに対して、慶應義塾大学民事手続判例研究会（監修：三木浩一）・Lexis判例速報一一号（二〇〇六）八二頁は、最高裁判成一八年判決は訴権の濫用につき判示した判例である、と述べており、また伊藤眞『民事訴訟法』（第四版、二〇一〇）三二五頁注一八二は、訴えが訴権の濫用として却下される場合の例として、同判決を挙げている（梅本吉彦『民事訴訟法』（第四版、二〇〇九）三三二頁注五も同旨か）。特に新堂幸司『新民事訴訟法』（第五版、二〇一一）二六三頁以下は、「訴訟上の請求が認容されることが明らかな場合の訴権の濫用」という項目の中で、同判決に触れており、注目される。
- (8) なお本稿では、生殖補助医療による拳児の事例は考察の対象外とする。

- (9) 「安定した身分占有の法理」の日本法のもとの応用可能性については、羽生・前掲論文(注一)一〇六四頁以下で検討されているが、本稿は、日本法でも応用可能だということをもしる想定しつつ、それが訴訟要件の問題なのか、それとも本案の問題なのか、について一定の結論を出そうとするものである。
- (10) 但し、本稿で扱う問題は、訴権(droit d'action)をどう定義するかという、フランス(民事)訴訟法学での一大争点にも関わるものであるところ、その包括的な検討は、一介の日本の民(事)法研究者の能力及ぶところでは到底ない、ということこそ、予めお断りしておきたい。
- (11) Isabelle Pétel-Teyssié, *Rep. pr. civ., Vo. défenses, exceptions, fins de non-recevoir* (août 2005), no. 49.
- (12) 但し民事訴訟法典一二三条条は、遅延の意図をもってヨリ早期の段階で③を提出することを控えた当事者に対しては、損害賠償が命じられることがある、とも規定されている。なお、他方で①については、そのような定めは存在しないが、権利の濫用の理論の活用により、実際には、両者の差はそれほど大きくはないと思われる。以上にご覧、Pétel-Teyssié, *supra* no. 124参照。
- (13) 以上の経緯をめぐり、Henry Solus/Roger Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. 1 (1961, Sirey), nos. 308, 315 à 318; Guy Block (Préfète de Natalie Fricero et Raymond Martin), *Les fins de non-recevoir en procédure civile* (thèse Nice, 2002, Bruylant/LGDJ), nos. 8 à 23; J.-P. Béguet, *Étude critique de la notion de fin de non-recevoir en droit privé*, *RTD civ.*, 1947, 133, nos. 3 à 5; Blanche Heno, *Le déclin des fins de non-recevoir dans le droit de la filiation*, *JCP G*, 1975, I, 2706, no. 2; Jacques Normand, *Les excroissances des fins de non-recevoir*, *RTD civ.*, 1981, 684など参照。
- (14) 自然子の父を探索する訴えの許容度の変遷について、簡単に、中川善之助＝米倉明【編】『新版注釈民法②』(二〇〇四)二六八頁以下(泉久雄)参照。
- (15) *Cass. civ.*, 17 déc 1941, *D.C.*, 1942, 113 note Carbonnier.
- (16) なお、同判決は、本文二で前述した、「(旧)民事訴訟法典一九二条所定の提出時機の制限が③にかからないような読み方を同条について採用して一九三五年改正の趣旨をおよそ骨抜きにした」判例として、よく知られている(V., Solus/Perrot, *supra* no. 318, p. 296 note 1)。

- (17) Solus/Perrot, *supra* no. 316, p. 293 note 1 & Bruno Oppetit, *Les fins de non-recevoir à l'action en recherche de paternité naturelle*, *RTD civ.*, 1967, 765 4<sup>e</sup>, 本文IIで前述した。実体に関わる訴訟不受理事由と手続に関わるそれとの区別、という当時の有力説を支持する学説の「ひとつ」のCarbonnier評釈を挙げるが、これは誤解に基づくものだと思われる。
- (18) Jean Carbonnier, *Droit Civil 2: La famille, les incapacités* (8e éd., 1969, PUF), p. 251 4<sup>e</sup>, 自然子の父を探索する訴えの審理構造につき、理論的に分析すれば、時間的に順を追った二つの弁論 (deux débats successifs) を伴う、と言う。すなわち、まず、訴訟開始事由 (cas d'ouverture, 当時の民法典三四〇条第一項では、自然子の父性が裁判上宣言されうる場合が五つ限定列挙されていたが、それらのこと) 及び「訴訟不受理事由」が論じられる、真実らしさについての弁論 (un débat de vraisemblance) の段階、そして次に、実体に関する、真実についての弁論 (un débat de vérité, un débat quant au fond) の段階、の二つである (もともと、実際上これら二つの弁論は、訴訟開始事由を中心争点とする一つの弁論に凝縮される、とも述べられている)。
- (19) これに対して、Oppetit, *supra* no. 24 4<sup>e</sup>, 本文に掲げた民法典三四〇条二項一号所定の「訴訟不受理事由」は審理の最初の段階に限らずどの段階でも主張でき、それが主張されると本案に関する弁論をそれ以上進めさせないという効果をもたらすことが当事者に認められる、と言う。しかしそれだと、遺伝上の関係があるか否かの審理がかなり進んで判事も心証を固めつつあったときに初めて民法典三四〇条二項一号所定の「訴訟不受理事由」が主張され、その事由の証明もされた、という場合に、判事はどうすべきだというのだろうか。Carbonnierの周到な構成 (その意義は、DNA鑑定という、遺伝上の関係を証明するためのそれ以外の証拠方法の価値を遠く霞ませる証拠方法が広く用いられるようになった今日、ますます大きなものとなっていると考えられる) は、まさにこの点をクリアするために必要になったというのに。
- (20) この規定は、本来は、生計費請求の訴え (action à fin des subsides) に関する当時の規定と対照して検討されるべきであり、実際にもHenoはその点を意識した検討をしているが、本稿ではその点は捨象する。なお、この規定の訳出にあたり、法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典——家族・相続関係——』(一九七八)を参考にした。
- (21) Heno, *supra* nos. 21 à 32.
- (22) 同じ議論は、日本法の嫡出否認の訴えにつき判例上形成された「実質的には民法七七二条の推定を受けない嫡出子」の法

理(その適用を認めた最高裁の事例として、最判昭和四四・五・二九民集二三卷六号一〇六四頁や最判平成一〇・八・三一判時一六五五号一二八頁がある)に関する、外観説や血縁説についても、応用可能であろう。

(23) もっとも、一号但書では、被告となった男性が父であるかどうかそれ自体ではなく、当時原告と交遊があったと主張される「他の男性」が子の父たりえないことが、問題とされている。よって、一号本文後段の場合に、懐胎当時母と交遊があったと被告が主張する男性(たちの少なくとも誰か一人)について、子の父ではありえないことが示されなかったときには、それだけで(つまり、仮に「本案」で血液検査などを行っていたら被告男性が遺伝上の父であることを示せていた場合であつても)、被告男性に対する父の探索の訴えはなお失敗することになる。このように考えると、「本案」についての弁論を妨げない、ということ(こ)での論拠は、(a)の場合ほどにはうまくいっていないようにも思われる。

(24) Heno, *supra*, no. 36.

(25) Block, *supra*, no. 72 notes 432, 436 et 438.

(26) Block, *supra*, nos. 130, 169<sup>1)</sup>, (3)キ、管轄ある (compétent) 判事に適式に訴えが提起されている (régulièrement saisi) 状態を前提として、その判事に本案 (fond) について判断する (statuer) ことを妨げるような防御方法、と定義しており、それにあてはまるのは、利益 (intérêt) の欠如、適格 (qualité) の欠如、既判力の「抗弁」、和解の「抗弁」、諸主張間に一定の関係が存在し・または存在してゐないこと (V. Block, *supra*, nos. 160 et s.) の五つに限られるという。この説の背景には、訴訟不受理事由と本案とを峻別し、後者の視点が一切混じらないように訴訟不受理事由を構成する、という彼の理論的立場がある。

(27) Block, *supra*, no. 74.

(28) Block, *supra*, no. 73 note 441 et no. 74.

(29) ちなみに、Block, *supra* の巻末の文献リストには、Carbonnier評釈は挙げられていない。但し、筆者が発見した限りでは、no. 72 note 421「おこづべ」同評釈の一節が引用されている。

(30) Oppetit, *supra* nos. 22, 24は、ある事由が本案に関わるからといって、直ちにそれは訴訟不受理事由になるわけではなく、ある事由が訴訟不受理事由であるかどうかは、審理をショートカットするという手続上の機能によつてもっぱら判断される

べきである」として、当時の民法典三四〇条二項一号（Carbonnier評釈の当時の規定に同じ）所定の事由は訴訟不受理事由であると断ずる。しかし、Carbonnierが指摘していたように、右の事由と、通常の訴訟不受理事由（利益の欠如、適格の欠如など）や訴訟上の抗弁とのあいだには重要な違いがあること（本文三（一）参照）、また、Oppetitの提唱する秩序が必ずしも説得力のあるものではないこと（前出注一九参照）、に鑑みて、Oppetitの立場には賛同しがたい。ちなみに、Petit-Teysie, *supra* no. 55は、一九九三年改正により廃止された民法典三四〇—一条三号所定の事由（条文につき本文三（一）参照）が③ではなく①であるという破毀院判例の立場について、当該防御方法の直接的な性質（caractère direct）ゆえに、立法者により用いられた「受理されない」という文言に立ち止まることなく①と性質決定することが許されたのである、とコメントしている。

(31) Block, *supra* no. 74.

(32) Jacques Héron/Thierry Le Bars, *Droit judiciaire privé* (3e éd., 2012, Lextenso), no. 146-9同旨。同所の項目は「偽の」訴訟不受理事由（*Kaususes*） *fins de non-recevoir*）とどうものであり、そこでは、実体法に属する防御方法が人工的なやり方で「訴訟不受理事由」と性質決定されることがあること、そうする際の立法者の意思は、その要素を本案の弁論から隔離して判事にその審理を最初に命じ、もしその点について原告の主張に根拠がないように思われたら、事件のその他の要素に取り組む必要なしに原告の請求を排斥することを認める点にあること、が述べられている。

(33) 民法典三三三条の規定では、訴訟不受理事由とか受理されないといった文言は用いられていないが、多くの文献は同条に「して」、「訴訟不受理事由」の語を用いつつ説明をうけている（例えば、Granet-Lambrechts, *supra* no. 22; Murat (dir.), *supra* no. 213,335 (Granet-Lambrechts); Mauraie/Fulchiron, *supra*, no. 1318(54)）。

(34) 確立された親子関係を争う訴えにおいて、被告が、*in fine*に一致する身分占有が所定の期間継続したという事由の主張を自発的にしなかつたら、どうなるだろうか。

Carbonnierが、懐胎の法定期間内における母の不行跡という事情を被告が「訴訟不受理事由」として主張するかどうかは被告の義務ではなく権能である、と考えていたことは、本文三（一）で先述した。身分の不可処分性という原則（その限界も含め、Mauraie/Fulchiron, *supra* nos. 1079 et 1080を参照）からすると、このCarbonnierの判断については議論の余地がある。

しかし、自然子の父の探索を制限するという方向が当時既に妥当でないと考えられていたとするならば、推定懐胎期間内に母の不行跡があった場合には父の探索の訴えは不受理とされるという当時の民法典の規定は動かかせないとしても、その制約を可及的に免れさせるべく、その点について被告があえて主張をしなかった場合には訴えを不受理にはせず、被告男性と子との間に遺伝上の関係があるかどうかの審理に入るべきである、という主張も、相応の説得力を有したように思われる。

これに対して、*titre*に一致する身分占有が所定の期間継続した場合には、その*titre*の示す親子関係を争うことを認めない、という方針は、遺伝上の関係重視という近時の傾向からは異論がありうるもの（特に近時のヨーロッパ法の傾向と適合するかどうかについては、疑念を差し挟む見解が多い。Terre/Fenouillet, *supra* no. 687; Maurie/Fulchiron, *supra* no. 1350など参照）、自然子の父の探索の訴えを制限するという方針よりははずっと受け入れやすいように思われ、その分、*titre*に一致する身分占有が所定の期間継続したことを主張するかしないかは被告の権能であるという議論は、ヨリ受け入れづらいように思われる。実際、*titre*に一致する身分占有が所定の期間継続したという「訴訟不受理事由」は、公序としての性質を有すると解されており(Granet-Lambrechts, *supra* no. 24)、判事はこの論点を職権で指摘しなければならぬ(民事訴訟法典一二五条一項)。とはいえ、フランス民事訴訟法のもとで、判事は、当事者が主張している事実について、当事者による証明がされなくても、職権によって証拠調べ(*mesures d'instruction*)をする権限を有するもの(民事訴訟法典一〇条、両当事者とも、身分占有があったことを基礎づける事実について主張すらしめない場合(この場合でも、民事訴訟法典八条により、判事は争訟の解決に必要と考える限度で当事者に対し事実について説明を求める権限を有するが、この権限の行使にも一定の限界があるだろう)には、弁論に顕出されない事実をもとに判事が判断を下すことはできないから(民事訴訟法典七条。以上につき、徳田和幸「裁判官による防禦権尊重」同『フランス民事訴訟法の基礎理論』(一九九四)四一頁及び四四頁(初出・一九七七)も参照)、結局判事としては、この「訴訟不受理事由」に関する論点はないものとして、争われている親子関係の両当事者間に本当に遺伝上の関係があるかどうかの審理に進むほかない、と思われる(なお参考までに、破毀院第一民事部二〇〇八年九月一八日判決(*Bull. civ. I, no. 207, Procédures, déc. 2008, no. 324 obs. Perrot*))が、当時の消費法典L. 三一一―三七条(現行の消費法典L. 三一一―五二条に相当)の規定に基づき、多重債務者に対する債権者の追及についての二年間の時的制限(*forclusion*)の「訴訟不受理事由」が公序としての性質を有することにつき、同条の前身にあたる一九

七八年一月一〇日の法律七八—二七条に関するものだが、破毀院第一民事部一九九三年六月九日判決 (*Bull. civ.*, I no. 211) を参照) に関して、確かに「訴訟不受理事由」を基礎づける事実関係が顕出されていたならば、判事はその「訴訟不受理事由」を職権を以て指摘しなければならないが、本件多重債務者の側で、右の時的制限を徒過した請求である旨も、それを基礎づける事実関係も、何ら主張しなかった場合は、判事は詳細な事実関係を提供する義務を負わない、と述べて、判事が右の義務を怠つたと主張する本件多重債務者の破毀申立てを排斥している。

(35) 同じく *Possession* に関わるフランスの占有の訴え (*action possessoire*) の規律と対比すると、次のようになる。

第一に、占有の訴えと本権の訴えとの関係について、占有の訴えの被告は、妨害のない状態が物理的に実現されるまでは、本権の訴えに頼る (*agir au fond*) ことはできない、とされており (民事訴訟法典一二六七条)、ヨリ一般的に言つて、両者の訴えが並行するときには必ず、占有の訴えの判断が出るまでは本権の訴えを進行させることはできない、と解されている (旧民事訴訟法典二七条に関する記述だが、*Solus/Perrot, supra no. 178*)。民法典三三三二条二項の場合にも、これと同様に、先に身分占有の論点を審理しなければならない。しかし、占有の訴えでの結論が本権の訴えでの最終的な結論を必ずしも左右しないのに対し (占有の訴えの判断は本権の訴えに対して既判力を有しないとされてゐる (*Héron/Le Bars, supra no. 443*)。また、民事訴訟法典一二六七条の規定に違反して本権の訴えが提起された場合に、それは延期の抗弁 (*exception dilatoire*) という②の問題になるのか、それとも③の問題になるのか、争いがあるが (*Pérel-Tevysie, supra no. 37; Héron/Le Bars, supra no. 448*)、いずれにしても本権の訴えでの最終的な結論を左右しないことは当然の前提となつてゐる)、民法典三三三二条二項の場合には、*titre* に一致する身分占有が所定の期間継続したという点が証明されれば、最終的な結論まで決まつてしまつことになつてゐる (したがつて、*titre* に一致する身分占有が所定の期間継続したという事由は、やはりあくまで①の一種であり、ただ、本文で前述したようなジョーカー的な地位が与えられている点で特殊性がある、と見るべきである)。

第二に、占有の訴えをパスしていきなり本権の訴えを提起することができるが (民事訴訟法典一二六六条)、この規律は本権の訴えの原告にしかあてはまらず (占有の訴えによる保護という利益を放棄したから、と説明される)、本権の訴えの被告の方はいつでも必要に応じて占有の訴えを提起できる、とされてゐる (*Héron/Le Bars, supra no. 449*)。ほか、旧民事訴訟法典二二

条に関する記述だが、*Solus/Perrot, supra no. 176*も参照。占有の訴えも並行する場合には、第一で述べたところがあてはまる。これに対して、民法典三三三三条二項の場合、*in re*に一致する身分占有が所定の期間継続したから原告の訴えを排斥すべき、という主張は、訴訟の最初の段階で処理される必要がある、訴訟の当初でその論点に関する事実の主張を両当事者とも（とりわけ被告が）しない場合には、前出注三四で述べたように、實際上その論点はパスされて、争われている親子関係の両当事者間に本当に遺伝上の関係があるかどうかの審理に入ることになる。

(36) *Block, supra nos. 72, 71.* これに対して、日本では最判平成一〇・八・三一判時一六五五号一二二頁が、「実質的には民法七七二条の推定を受けない嫡出子」の法理の適用がないと判断される事案だという前提のもとで、夫が日本民法七七七条所定の出訴期間を遵守せずに提起した嫡出否認の訴えにつき、却下判決を下している。

(37) *Block, supra no. 153.*

(38) *Block*は、訴えの利益について判例・学説がほぼ一致して要求している、利益の「既発生かつ現在の（*ne, et actuel*）」という性質は、訴訟制度設営者の観点からみて無益な訴訟を排除するもので、手続法に属する問題であるから法廷地法で規律されるべきだとする（*Block, supra nos. 144 a 149*）。また、訴えの利益が「正当な（*legitime*）」ものであることを要求する立場に抗しては、実体法の観点をしのびこませているという批判を、多くの学説と共に加えている（*Block, supra no. 62*）。

(39) 石黒二憲『国際私法』（第二版、二〇〇七、新世社）二二六頁以下。既に、同『国際民事紛争処理の深層』（一九九二）二一頁注五五でも同旨。

(40) 石黒教授は、ここでいう実体法とは、法廷地の実質法ではなく、実体準拠法のことである、とする（石黒・前掲書（注三九）国際私法二二七頁、同・前掲書（注三九）深層二〇八頁）。それはその通りであろうが、そうすると、フランスが法廷地になる場合には、原則としてそれは、民法典三一―一四条一文により、子が生まれた日における母の属人法（*loi personnelle*）となる。しかし、同条の直後に、民法典三一―一五条は、「但し、子と、父母の両方ないし一方とが、いずれも、共通のいずれ別々のいずれ常居所（*résidence habituelle, commune ou séparée*）をフランス国内に有する場合には、親子関係の他の要素が外国法に依存する場合であってもなお、身分占有は、フランス法によれば生じるところのすべての効果を発生させる」と規定している。したがって、例えば、既に出生証書または認知証書に基づきその旨の身分登録がされている父子関

係（父とされる男性をA、Aの子として身分登録されている者をBとする）について、Bの親子関係の準拠法が民法典三一一―一四条によればフランス法にならないとしても、A・Bが共にフランスに常居所を有しており、かつA・B間に民法典三三三条二項所定の効果を生じさせるような身分占有がある場合には、当該準拠法での定めがどうであれ、A・B間の父子関係を否定するフランスの裁判を得ることは、（民法典三三三三条二項所定の事由の主張立証が訴訟手続の冒頭でなされる限り）一切できないことになる。本文にしたがってこの例を分析すると、次のようになる。すなわち、A・B間に法的な父子関係が認められるか否かは、A・Bの間に一定の質を備えた親密な関係（身分占有）があるときにもなおA・B間の父子関係を否定する余地を認めるかどうかも含めて、実体法の問題であるから、フランスで裁判が行われた場合には、フランス法ではなく、フランスの抵觸法規定によって指定される実体準拠法（一般的には、民法典三一一―一四条により指定され、それによればフランス法であるとは限らない）にしたがって、判断されるべきところ、民法典三一一―一五条は、この問題に対して、A・Bの間に一定の質を備えた親密な関係（身分占有）があるときにもなおA・B間の父子関係を否定することを認めるべきかどうか、という実体法上の論点の限りでフランス法の介入を認めることにした、ということになる。

この民法典三一一―一五条は、一九七二年一月三日の法律による改正で設けられたものであるが、裁判での適用例はほとんどなごとのごとである（Pierre Bourrel/Horatia Muir Watt (refondu par Estelle Gallant), *J.-Cl. civ.*, art. 311-14 à 311-18, fasc.10 (2007), nos. 63 et 68)。また、その立法趣旨が何であるのか自体が争われてくる（*ibid.*, nos. 51 à 55）。ある国際私法の体系書は、「一般的に言って、この強行的適用（application nécessaire）という性質は、裁判により、あるいはヨリ稀には立法者自身により、当該規定の目的（but）から、論理的に導出される（déduit logiquement）。このとき、強行法規（lois de police）という言葉が用いられる。しかし時として、右の性質が立法者によって恣意的に押しつけられる（imposé arbitrairement）こともある」（傍点は原文ではイタリック）と述べ、後者の例として民法典三一一―一五条を挙げる（Pierre Mayer/Vincent Heuzé, *Droit international privé* (10e éd., 2010, Lextenso), nos. 120 et 131)。しかし、例えば農家の相続時に農地の分散化を避ける目的で一部の相続人への優先的割当（attribution préférentielle）を定める規定や、市場競争保護目的の規定（règles protectrices de la concurrence）が、強行法規として異論なく認められるのであれば（V. *ibid.*, no. 124）、同様に親子だと確立されているフランス国内に常居所を構える者たちについて、両者間に一定の性質を備えた身分占有が備わって

いる場合には、その身分占有を尊重してもはや当該親子関係を争うことを認めないようにする、という判断は、フランス国内における親子関係秩序という観点から、十分にありうる選択肢であり、立法者の恣意的な定めとはいえない、と筆者には思われる（但し、一定の性質を備えた身分占有が備わっている場合にはその身分占有を尊重してもはや当該親子関係を争うことを認めない、ということは、身分占有の効果の一つにすぎないのであり、身分占有の効果としてフランス法で定められているありとあらゆることについてフランス法の規定に従った効果を生じさせる、という民法典三一―一五条の規定の仕方が妥当かは、また別論である）。もっとも、さらに翻って考えると、この問題は、誰と誰のあいだに法的な親子関係を認めるかという観点からの介入ではなく、むしろ、親子関係から生じる一効果としての親権ないし親密な交流を保障するという観点からの介入がなされれば足りる、と考えるべきなのかもしれない（西・前掲論文（注二）七五頁は、「当初、親権剥奪制度を知らず、原始規定以来、離婚後も含めて常に父母がともに親権者とされてきたフランス法の下では（原始三七―三条等）、親権が法的親子関係の主要な効果と考えられることも多く、親権帰属者と法的親はほとんどの場合一致していた。そのため、現実的な意義及び機能という観点からも、親を確定する際には、単に生物学的真実のみならず、親としての適格性という視点が入らざるを得なかったのではないだろうか。親権に対するコントロール体制強化の中で、法的親⇨親権帰属者という図式が崩れ始め、それに伴い、法的親の確定において従来期待されていた親としての適格性判断等が必ずしも求められなくなり、その結果、純粹に親子関係の存否を考えることが可能になったという側面もあるように思う」と指摘する）。しかし、そこまでくると、親子関係とそこから生じる効果とを分ける傾向にある大陸法系の構成（他方で英米法系の抵觸法学では、親子関係についての準拠法を正面から論じることがは、嫡出性と養子の問題を除けば、ほぼない）の妥当性が問われるべきことにもなりかねず、本稿の射程を大きく超える。