

# 親子関係否定の法理の解釈論的検討

事実主義の立場から

二 宮 周 平

はじめに

- 1 現行制度の問題点
- 2 民法772条の解釈 - 「推定の及ばない子」
- 3 虚偽の嫡出子出生届
- 4 認知無効

おわりに

## はじめに

判例・通説は、法律上の親子関係に関して、母子関係の場合は、分娩という事実に基づいて発生するが、父子関係の場合には、母子関係とは異なり、DNA鑑定等を用いない限り、事実によって明らかにすることができないことから、妻が婚姻中に懐胎した子を夫の子と推定し（民772条）、婚外子については、認知をすることで（民779条）、法律上の親子関係が生じるものとしてきた。認知は親子関係の成立要件であり、認知の訴えは形成の訴えと理解されている（最判昭29・4・30民集8巻4号861頁）。

これに対して、私見は、父子関係も母子関係も、自然血縁の事実に基づいて法律上の親子関係は発生すると考えるものであり（以下、事実主義と称する）、これは現行法の解釈論として成り立ちうるとするものである<sup>1)</sup>。父子関係と母子関係の違いは、自然血縁の事実の確認方法の違いにすぎないと捉える。つまり、母子関係は、分娩（出産）によって確認できるが、父子関係は事実による確認が困難であるため、法律上の推定として、妻の婚

姻中懐胎と父による認知を用意したと解釈するのである<sup>2)</sup>。

しかし、事実主義をとることは、推定が自然血縁の事実と異なることが判明した場合に、いつでも誰でも推定を争うことを認めるかのような誤解を与えている<sup>3)</sup>。こうした誤解を解くために、事実主義に立ったとしても、安定的な親子関係、親子共同生活が継続して営まれている場合には、こうした関係性を尊重することが可能であることを示す必要があると考えた。

以下、本稿では、現行制度の問題点を分析した上で(1)、「推定の及ばない子」(2)、虚偽の嫡出子出生届(3)、認知無効(4)の問題を取り上げ、血縁よりも養育の事実を優先することは、人間社会が育んできた智慧の一つであり、子の利益を優先する今日の親子法の立場からは、自然血縁の事実と養育関係が食い違う場合に、いかにして子の利益を確保するかは、事実主義の場合でも共通の問題認識であることを示し、現行法の解釈としての解決の可能性を追求したい。

## 1 現行制度の問題点

### 1) 妻の婚姻中懐胎による推定

この推定によって、子の父が確保される。これは婚姻の最大のメリットであろう。しかし、すでに生じている問題が2つある。

(1) 婚姻前懐胎・婚姻後出生子 1つは、妻が婚姻前に懐胎し婚姻後に出産した子の扱いである。民法の規定では、このような子は、民法772条1項「妻が婚姻中に懐胎した子は夫の子と推定する」の適用を受けず、「嫡出子」の身分も与えられない。したがって、「嫡出でない子」として、父の認知によって初めて法律上の父子関係が生じ、準正（民法789条2項）によって「嫡出子」の身分を取得するにすぎない。しかし、明治民法下の日本の慣行では、挙式・同居の後で妻が懐胎してから、あるいは子が出生してから、婚姻届を出すことが多かった。内縁関係が先行し、子ができることが確実にってから婚姻に移行するのである。このような子が「嫡出

子」となるためには、婚姻届の他に認知という特別な手続が必要だということは、当時の国民の法感情に合わない。父は法律上の扱いについて何も知らずに、婚姻後に妻が生んだ子だということで嫡出子出生届をする。

このような実情に対応して戸籍実務は、父のする嫡出子出生届は父の認知届をかねる準正嫡出子出生届として扱い(戸籍法で成文化した、現行戸籍法では62条)、出生届と同時に「嫡出子」として扱ってきた。しかし、基本は認知準正なのだから、父が死亡していたり(当時は死後認知の制度はなかった)、失踪していたり、意思能力がない場合には、認知不能のため、嫡出子とする道はなかった。

そこで判例は、父母の内縁関係中に懐胎し婚姻後に出生した子について、父母の認知の手続を要せずして、「出生と同時に当然に父母の嫡出子たる身分を有する」ものとし(大連判昭15・1・23民集19巻54頁)、戸籍実務は、当該子が内縁関係中に懐胎した子かどうかを確かめる権限がないことから、内縁関係の有無にかかわらず、婚姻後に出生した子をすべて「生来の嫡出子」として扱うこととした(昭15・6・5民事甲701号民事局長回答、昭15・8・24民事甲1087号民事局長回答)<sup>4)</sup>。

しかし、婚姻前懐胎・婚姻後出生子は、婚姻中懐胎=夫の子という推定を受けていないので、父子関係を争う場合には、嫡出否認の訴えの適用を受けず、一般的な親子関係不存在確認の訴えによるものとされた。このような子を学説上、「推定を受けない嫡出子」という。その結果、「推定を受けない嫡出子」は嫡出子の地位を取得するが、親子関係不存在確認の訴えによって、利害関係のある者は誰でもいつでも父子関係の存否を争うことができるため、子の地位を不安定にしてしまう。「推定を受けない嫡出子」について、解釈または立法によって、法律上の父性推定を及ぼした上で、父子関係を争うことのできる出訴権者と出訴期間を限定する必要がある。

(2) 推定期間の妥当性 もう1つは、民法772条2項が、「婚姻成立の日から200日を経過した後又は婚姻の解消若しくは取消しの日から300日以内に生まれた」を「婚姻中に懐胎したものと推定する」ことである。立法

当時、前者については、当時の医療技術水準における短い日数で、後者については、平均的な日数で、広く推定を及ぼし、子の父を確保しようとしたものである<sup>5)</sup>。

しかし、今日の医療水準では、懐胎から150日前後でも生存することが可能になった。婚姻成立から200日を経過していない間に生まれたが、婚姻中の懐胎であったり、離婚後の懐胎であるにもかかわらず、離婚から300日以内に生まれるなどの事例が生じている。前者では、戸籍実務で嫡出子として扱われるが、夫の子としての推定を受けないから、親子関係不存在確認の訴えで、出訴権者、出訴期間の制限なく、争うことが可能になる。後者では、現夫の子であるにもかかわらず、前夫の子と推定され、今日の「戸籍のない子」の問題を生じていた<sup>6)</sup>。医療技術の進展を視野に入れて、この日数を短縮するのか、婚姻解消の場合には、なお父確保の視点から、できるだけ長い日数を維持するのか、別居～離婚～再婚の常態化を踏まえて、「婚姻解消」は死別のみとして、離婚を除外し、前夫の子としての推定が及ばないようにするのか、何らかの手当が必要になっている。

## 2) 嫡出否認の訴え

民法772条の父性推定は、夫だけが子の出生を知って1年以内に否認の訴えによって、争うことができるだけである（民法777条）。このように厳しい制限を設けた理由としては、第三者の介入を防いで家庭の平和を守ること、父子関係を早期に安定させることがあげられている。例えば、夫が妻の産んだ子を自分の子だと信じて家庭生活を営んでいるときに、第三者がこの子は夫の子ではないと主張して争えらしたら、家庭の平和は崩壊するかもしれないし、子は養育者ばかりか「嫡出子」としての法的地位も失ってしまい、子の利益にはならない。

しかし、家庭生活の当事者である妻や子に否認権を認めないのはなぜなのだろう。明治民法の制定時に、起草者の富井政章は、子の利益を考えれば、子に否認権を認めることには反対しないが、否認のためには「母ノ姦

通ヲ証明シナケレバナラヌ」というようなこともあるので、十分お考えを願いたいと述べ<sup>7)</sup>、起草者の梅謙次郎は、その後、著書の中で、嫡出推定が当たっているかどうかを判断できるのは父母だけだが、母がその子が夫の子でないと主張することは、「有夫姦ヲ犯シ又ハ婚姻ノ前後ニ於テ私通ヲ為シタリト主張スルニ同シ」だから、実際に反証をすることは困難であるだけではなく、「其不品行ヲ法廷ニ主張スルノ権利ヲ之ニ与フルハ風教ニ害アル所ナルカ故ニ夫ニノミ権利ヲ与ヘタルナリ」と述べた<sup>8)</sup>。ここでは、妻=母の姦通を公けにしないという体面が重視されていることがわかる。

他方で、民法には、夫が子の出生後にその嫡出性を承認したときは、夫は否認権を失うという規定もある(民776条)。事実反していても夫が嫡出性を承認すれば、法律上の父子関係が確定する。否認するのも承認するのも夫=父の意思次第という発想には、父による家庭の維持という父権思想があるといわざるをえない。

しかし、起草者は、夫が禁治産者のときは、その後見人が否認の訴えを起こすことができ(旧人事訴訟手続法28条, 現行人事訴訟法14条)、夫が子の出生前または否認の訴えを提起しないで死亡した場合には、相続権を害される者および3親等内の血族は、否認の訴えを起こすことができるという規定を設けた(旧人訴29条, 現行人訴41条, 後見開始審判が取り消された場合につき現行民法778条)。この場合、夫の意思や体面は考慮されないことになる。富井政章は、その理由を、「夫ノ子デナイ者ガ夫ノ子ト極ツテ仕舞ツテ從テ相続権其他種々ノ点ニ於テ重大ノ結果ガ生ズル」からだとする<sup>9)</sup>。妻の婚姻中懐胎という推定制度は相続制度と密接に関係していることがわかる。否認権の最終目的は、婚姻による子の保護者の確定ではなく、父系による相続の確保だったといえよう。

このような沿革はともかく、事実上離婚や出征、収監など懐胎時における夫と妻の別居という客観的な事実が存在したり、すでに血液型の不一致などが判明している場合を除けば、嫡出否認の訴えで父子関係を否定する

ことはそう簡単ではない。訴訟では、夫と子の間に自然血縁関係が存在していないことを証明しなければならない<sup>10)</sup>。その証明方法は、血液鑑定やDNA鑑定になるが、現行制度では、妻が鑑定を拒否した場合に、これを強制する手段がない。鑑定が許否されれば、真偽不明の状態になり、証明責任の原則から、否認権を行使している夫が敗訴する。したがって、訴訟に前置される家事調停において、妻を説得して鑑定を実施してもらわなければならない。結果的には、妻の合意を得て初めて嫡出否認の訴えで、父子関係を否定することができるのである。

こうした事実上の限界はあるものの、現行制度が、出訴権者、出訴期間を限定していることから、自然血縁と法律上の父子関係が一致しないケースが生じてくる。例えば、夫が妻の産んだ子が自分の子でないことに気がついたが、もはや出訴期間の1年を過ぎているような場合、妻の不貞が判明したため夫婦が離婚し、妻は子の自然血縁上の父と再婚したが、夫が復讐心や嫌がらせのために否認権を行使しようとしめない場合などである。

では、子にとって、前夫が父であることが不利益になっている。でも、家庭が破綻し、子が母と共に暮らし、子の自然血縁の父との親子関係を求めるような場合であれば、と同様のことがいえる。親子関係の確定が子のためにあるとすれば、こうした場合に、嫡出否認によらないで、子（代理人としての母）が夫ないし前夫との親子関係を否定する方法を用意する必要がある。また のような場合、夫にとって、自然血縁関係のない者との間に法律上の父子関係が存続することに対して、精神的に耐え難い思いや、経済的に厳しい負担を覚えるとすれば、出訴期間を経過していても、子の利益に反しない限りで、父性推定を争う方法を考える必要がある。

### 3) 虚偽の嫡出子出生届

かつて日本では、生まれて間もない他人の子を引き取って、自分たち夫婦の間の実子、つまり「嫡出子」として出生届をすることがふつうに行わ

れていた。未婚女性の産んだ子、妻や夫が姦通でもうけた子などの出生の秘密を隠すために、また戸籍上は実の親子のような外観を作って、後日、自分たちが血のつながった親子でないことが子にわからないようにしようとするためにも、利用された。

しかし、法の建前からみると、自然血縁関係がないのだから、実親子関係を認めることはできない。嫡出子出生届は虚偽の届出であり、何の効力もなく、法律上の親子関係は生じない。他方、戸籍上の親の側には、生まれて間もない子を養育しようとする意思がある。さらに長期にわたる事実上の親子関係が存在したような場合に、後になって法的には親子関係は存在していないとして、利害関係のある者なら誰でも、あるいは虚偽の出生届をした親自身さえも、その親子関係を争うことができるというのでは、子の利益を守ることができない。幼い子を引き取って養育する形態である以上、まず子の保護を考える必要がある。

そこでこうした虚偽の嫡出子出生届に養子縁組としての効力を認めることができないかが問題となったが、判例は、養子縁組が要式行為であり、実質的成立要件の遵守を担保していることを根拠に、一貫して縁組としての効力を否定している<sup>11)</sup>。したがって、何十年たっても、自然血縁の事実を明らかにして、長期にわたる親子共同生活に基づいて形成された親子関係を否定することができる。それは、自分の子かどうか確信はもてないが、女性に対する愛情から、自分の子として出生届をする場合にもあてはまる。

例えば、次のような事案がある。A女は同時期にXおよびZと性交渉を持ち妊娠し、Yを出産したが、未婚であったため、Aの両親の「嫡出子」として出生届をした。その後、XはYを自分の子として育てるから結婚してほしいとAに申し入れたところ、AからXの子かZの子かわからないと話された。しかし、XはAへの愛情から、Aと婚姻しYを養育した。Yが幼稚園に入園するに際し、戸籍を訂正し、XがYをAとの間の「嫡出子」とする出生届をした。その後、夫婦仲はお互いの不貞行為からこじれ、婚

姻から20年後、XとAは離婚した。離婚後、XはAとAの不貞の相手方に対して損害賠償請求訴訟を起こしたが、その中でAはYがXの子でないことを明らかにする陳述をした。そこで、Xは、23歳になったYに対して親子関係不存在確認の訴えを起こした。

原審（大分地判平9・11・12判タ970号225頁）は、血液型鑑定では父子関係が存在すること、長期間父子として生活してきたこと、Yの意思などを考慮し、DNA鑑定の結果は100パーセントの信頼をおけるものではないとして、Xの訴えを棄却した。これに対して、控訴審（福岡高判平10・5・14判タ977号228頁）は、遺伝学的に父子関係が成立しえない以上、法律上の父子関係は成立しないとして、Xの訴えを認めた。

Yは、妻Aが婚姻中に懐胎した子ではないため、夫Xの子という法律上の推定を受けない。自然血縁関係が存在しないのだから、実親子ではない。これまでの判例法理によれば、控訴審判決が正しい。しかし、長期間親子関係を築いていた事実を重視すれば、Xの請求はあまりにも身勝手である。少なくとも、子が未成年であったり、夫婦関係を破壊するおそれがある場合には、自然血縁の親子関係の追求を制限すべきであろう<sup>12)</sup>。ここでも出訴権者と出訴期間を限定し、子の利益を守るという課題がある。

#### 4) 認知無効の訴え

民法786条には、反対事実の主張について、期間の制限がない。利害関係人の範囲についても限定がない。こうしたことから、判例・学説は、認知無効の訴について、出訴権者、出訴期間について制限を設けない。

例えば、次のような事案がある。Xと婚姻したAは、Xの婚外子として出生したYを不憫に思い、Yを自己の子として認知した。しかし、家業の経営をめぐる家族間に対立が生じ、Aの死去に伴う相続問題から、認知の届出から52年後に、母Xが認知の無効を主張した。Yは権利濫用の抗弁をしたが、最高裁は、自然血縁のない者を認知しても当然無効であるということ为前提に、権利濫用に当たらないとした原審を支持した（最判昭

53・4・14 家月30巻10号26頁)。

また認知無効の訴の原告が第三者の場合は、被告は認知者および子の双方であり(大判大14・9・18 民集4巻653頁)、どちらかが死亡していれば生存している方(大判大11・3・27 民集1巻137頁)となる。いずれの場合も被告となる者がすべて死亡していれば、被告は検察官となる(認知者死亡の事案につき、最判平1・4・6 家月41巻7号93頁)。

以上のように、認知の場合、認知によって成立した父子関係を否定することが、父子以外の第三者にも、期間制限なしで認められ、かつ認知者や子が死亡していても、認められるのである。婚外子の父子関係は、認知訴訟において判決で父子関係が証明される場合以外は、不安定なままである。ここでも3)と同様に、出訴権者と出訴期間を限定し、子の利益を守るという課題がある。

以下、こうした課題に答えようとする判例・家裁実務を紹介し、自然血縁の事実に基づいて法律上の父子関係の発生を認める立場からは、どのような解釈になるのかを検討する。

## 2 民法772条の解釈～「推定の及ばない子」

### 1) 「推定の及ばない子」という考え方

妻が婚姻中懐胎した子を夫の子と推定する制度は、子の保護者を確保する上では、重要な役割を果たした。しかし、この推定が強く働きすぎること、これを争う権利者・期間が限定されていたことが問題だった。これに関して、欧米諸国では、一定の条件の下に否認権を子や母に与えるよう法改正をしている<sup>13)</sup>。

ところが、日本はこれを解釈によって補っている。1つは、「子の出生を知った日」という条文を、「否認すべき子の出生を知った日」、つまり自分の子でないことが判明した日と解釈するものである(札幌家審昭41・8・30 家月19巻3号80頁など)。しかし、自分の子でないことがわかったのはい

つかという事実の証明の問題があり、主観的な証明だから、いくらでも日をずらすことがありうるし、結局、否認権を行使するか否かが夫の意思に依存するので、十分な解決にはならない。そこで「推定の及ばない子」という考え方が用いられている。

妻が婚姻中に懐胎した子を夫の子と推定する根拠は、夫婦の間には性交渉があることである。しかも、妻には貞操義務があるから、夫の子である蓋然性が高いという経験則に基づいている。だから、推定の根拠となる性交渉が夫婦の間にはない場合には、この経験則が働かないので、妻が懐胎した子を夫の子と推定することができないし、また推定する意味がない。このような子については、嫡出否認の訴えによる必要はなく、一般的な親子関係不存在確認の訴えでその父子関係を争うことができる。つまり嫡出推定が働かないので、推定を前提にした嫡出否認の訴えを用いることができず、かつその必要がない。学説は、このような子を「推定の及ばない子」と表現する<sup>14)</sup>。

## 2) 判例・実務の現状

最高裁は、夫婦が2年半以前から事実上離婚状態にあった事案で、子は「実質的には民法772条の推定を受けない嫡出子」として(最判昭44・5・29民集23巻6号1064頁)、別居後、1度、性交渉の機会があり、婚姻費用分担や出産費用の支払に応ずる調停が成立している事案では、婚姻の実態が存しないことが明らかであったとまではいい難いから、772条の推定を受けない嫡出子にあたるとはいえないとし(最判平10・8・31家月51巻4号33頁)、夫が戦地から帰還した後で、妻Bが妊娠週数26週目にCを出産したが、Cは出生後すぐにCの父と思われる男性の養子になり、父母と完全に接触が断たれていたという事案では、妻が夫の子を懐胎することが不可能であったことは明らかであるから、772条の推定を受けない嫡出子であるとした(最判平10・8・31家月51巻4号75頁)。夫の失踪、事実上の離婚、夫が海外滞在中あるいは収監中など、懐胎期間中に夫との性交

渉がなかったことが、同棲の欠如によって外観上明白な場合に限ることから、外観説といわれている<sup>15)</sup>。

これに対して、家庭裁判所では、父母の離婚や別居があり母が子を養育していたり、母が自然血縁上の父と再婚・同居しているなど、訴え提起の時点で、戸籍上の父と母の家庭の平和が崩壊している場合には、守るべき家庭の平和がないのだから、真実の追求を許し、夫と子の間に自然血縁関係がないことが科学的に証明されれば、親子関係不存在確認の訴えを認めるとする立場をとるものが多かった<sup>16)</sup>。家庭が破綻しているかどうかを、真実追求の可否の基準とするので、家庭破綻説と呼ばれている<sup>17)</sup>。

もっとも、この場合、調停で父子関係の存否について協議がなされ、夫と妻の合意が成立した上で、家事審判法23条による「合意に相当する審判」を行うので、審判として決着がついた事例は、すべて夫・妻間に合意があることになる。嫡出否認制度は、夫の子であるという蓋然性が高いという積極的な理由と、家庭の平和やプライバシーを守り、子の法的地位を早期に確定するという消極的理由に基づくが、消極的理由によって利益が守られる子・妻・夫の合意があれば、父子関係の存否の確認を求めることができるという、合意説<sup>18)</sup>の立場を、採用しているのと同じ結果になっている。

戸籍上の父子の間に自然血縁関係がないことが明らかであり、当事者間に実親子としての愛情が期待できない事情や、婚姻家庭が崩壊していたり、当事者が親子関係の否定に合意していたりという事情があると、家庭生活の円満な調和を優先する家庭裁判所としては、理論よりも実益を重視せざるをえないからであろう。その結果、家庭裁判所に申し立てられる親子関係不存在確認事件は、嫡出否認事件の4～5倍(2271件対494件, 2006年)にも達しており、かつ75.5%で不存在が確認されている(2006年)。

問題は、合意が形成されない場合である。公表された事例をみると、夫から提訴している事案の中には、妻が血液型などの鑑定に応じなかったり(東京地判平2・10・29判タ763号260頁)、訴えの却下を求めるだけで答弁しな

い（東京高判平6・3・28判時1496号76頁）など、何らかの事情で妻が父子関係の否定に同意していないケースや、妻が死亡しており子の血縁上の父がわからないケース（神戸地判平3・11・26判時1425号111頁）もある。かつて家裁実務は、このような場合にも親子関係不存在確認を認めていたが、最高裁は、こうした取扱いを消極的に評価するような見解を示した。

婚姻中に妻が懐胎した子について、離婚後、子の出生から4年後に、母（元妻）から自分の子ではないと知らされた父（元夫）が親子関係不存在確認請求の訴えを起こした事案で、原審が、自然的血縁関係の存在について疑問を抱くべき事実を知った後相当の期間内であれば、不存在確認の訴えを起こすことができ、本件では婚姻関係は消滅しており、家族共同体の実体が失われていることは明らかであるとして、父からの訴えを認めたのに対して、最高裁は、すでに家庭が崩壊していても、「子の身分関係の法的安定性を保持する必要が当然になくなるものではない」として、嫡出否認期間経過後に親子関係不存在確認の訴えを起こすことはできないとした（最判平12・3・14家月52巻9号85頁）。原審が純粋な家庭破綻説を採用していたわけではないので、これを否定したとまではいえないが、この学説によって嫡出否認制度が事実上意味をなさないような事態を避けようとする姿勢は明確になっている<sup>19)</sup>。

### 3) 学説の動向

最近の有力な学説として、父子関係を争える場合を、外観説と合意説の場合に限定する学説<sup>20)</sup>、家庭破綻説を妻が子の血縁上の父と同居・再婚している場合に限定する学説<sup>21)</sup>、「嫡出性の承認」に関する規定（民776条）を目的的に捉え、婚姻前懐胎、婚姻中懐胎を問わず、訴え提起までの子の出生以来の父子関係を全生活関係にわたって判断し、自分の子としての承認があったと認められる場合には、遡って嫡出否認の問題とし、承認があったといえない場合には、親子関係不存在確認の訴えの問題とする学説がある<sup>22)</sup>。は、フランスの法制度のように子の養育者の確保

を条件にし、<sup>22)</sup> は、これまでの養育の事実を尊重しようとするものである。

最近の家裁実務は<sup>23)</sup> のように思われるが、父母の共同生活が解消した後、子が父と別居している場合や、婚姻中の懐胎ではあるが、別居が始まり、夫が子の出生以降、父としてかかわったことのない場合などに、合意がないことを理由に、嫡出否認期間の徒過によって法律上の親子関係を確定させ父としての義務を負わせてみても、結局はその義務を放棄するだけであり、そうまでして法律上の父を確保する意味があるのか疑問である。

私見としては、法改正をするまでは、<sup>24)</sup> を支持する。<sup>25)</sup> は、婚姻前懐胎・婚姻後出生子についても父性推定を可能にして、子の身分の安定を統一的に追求しようとする点でも評価できる。その上で、例外的に、父と子(意思能力がある場合)の合意が形成されれば、当事者の意思を尊重し、自然血縁に基づく親子関係の発生を可能にするために、既存の法律上の親子関係を否定することを認めることにしたい<sup>26)</sup>。

#### 4) 争う権利の制限

問題は、この合意が形成されていない場合に、「推定の及ばない子」という考え方をを用いて、親子関係不存在確認の訴えを誰に、いつまで認めるのかである。民事訴訟一般の法理に基づき、確認の利益があれば、誰でもいつでもということ認めることはできない。ここで注目されるのが、前述の最判平10・8・31判決における補足意見(福田博裁判官)である。

福田裁判官は、嫡出否認の訴えを制限した立法趣旨を、身分関係を早期に確定させ、子の福祉を図るとともに、第三者の家庭への介入を否定し、家庭の平和ないし家庭の秘密を保護することにあるとし、このような要請は、「推定の及ばない子」の親子関係にも当てはまるべきであるという立場から、「父子関係の存否を争い得るのは、原則として、当該家庭を構成している戸籍上の父、子、母、それに、新たな家庭を形成する可能性のある真実の父と主張する者に限定されるべきである」と考える。……それ以外の第三者については、現行法の解釈として、当然に親子関係不存在確認の

訴えの原告適格を否定することはできないとしても、その訴えの許容性については、より厳格に吟味されるべきであろう。これら第三者については、たとえ身分上、財産上の利害関係が存する場合であっても、むしろ特段の事情のない限り、親子関係不存在確認の訴えの提起権者となり得ないものと解するのが、前記の民法の趣旨にかなうものであると考える」とする<sup>24)</sup>。

これに対して、人事訴訟法41条の規定との関係からみても、明文によらない制限は難しいとする見解もあるが<sup>25)</sup>、同規定は、嫡出否認の訴えにつき、夫が子の出生前に死亡したとき、または出訴期間内に否認の訴えを提起しないで死亡したときに関するものであり、出生を知って1年以内の出訴権者に限られる。出訴期間経過後に、判例、学説によって要件は異なるものの、各説の要件を満たす場合に、父子関係の否定を可能にしようとする「推定の及ばない子」の場合とは、前提とする問題が異なるのだから、人訴の規定は解釈を制限する根拠にはならない。「推定の及ばない子」という考え方は、子の利益を確保することを第1の目的とし、それが確保される範囲内で、自然血縁関係がないにもかかわらず、法律上の親子関係の存続を強制される父の感情を考慮するものである。戸籍上の父、子、母が法律上の父子関係を受け入れ、安定的な共同生活を営んでいる場合、あるいは営んでいた場合に、第三者が介入したのでは、子の利益を守ることはできない。たとえ相続権などの利害があるとしても、他人の親子関係を否定することまでは認められないという意味で、訴えの利益がないと解することもできる<sup>26)</sup>。

こうした見地から、解釈によって親子関係不存在確認の出訴権者を制限することができると思う。私見は、福田裁判官よりもさらに制限し、出訴権者は、子（子が15歳未満の場合は、法定代理人としての母）、戸籍上の父に限る。また出訴期間については、福田裁判官が、「子の出生から長期間が経過し、この間、安定した身分秩序が事実上継続されている場合には、戸籍上の父からであるか子からであるかを問わず、親子関係不存在確認の訴えの提起が制限されることがあり得よう」とし、権利濫用に当たる場合が

あるとしている<sup>27)</sup>のを参考に、子の地位の法的安定性を最重視し、父子関係の不存在を認識してから相当の期間内、例えば、2年程度を基準にしてはどうかと考える。

#### 5) 離婚後300日以内出生子

離婚後300日以内の出生子についても、これらの判例・学説を用いて、前夫の子ではないことの確認ができる。

問題は、家庭裁判所の審判や判決を得なければ、「推定の及ばない子」として取り扱うことができないのかどうか、である。今日、問題となっているのは、こうした手続をとることのできない事情や、戸籍の身分事項欄に、前夫の氏名を示して、親子関係不存在確認や嫡出否認の審判や裁判が確定していたことが記載されることを嫌って、出生の届出自体がなされないことである。簡易な手続で、「推定の及ばない子」として取り扱う必要がある。

2006年年末から新聞等メディアで継続的に取り上げられ、弁護士の有志が電話相談日を設けたり、大学教員・弁護士が署名・アピールをしたり、当事者や市民団体が運動を展開したり、与野党から法案の作成が検討されるなどしたことから、一定の改善がなされた<sup>28)</sup>。具体的には、離婚後300日以内の出生でも、医師の作成した証明書の提出により、離婚後に懐胎したことが証明できる場合には、民法772条の推定が及ばず、前夫を父としない出生届(嫡出でない子又は後夫の嫡出子としての出生届)を受理することができるようになった(平19・5・7法務省民一1007号,戸籍時報614号(2007)27頁以下参照)。

しかし、この通達では、離婚前に懐胎したり、離婚前に出産した事案は救済されない。根本的には、民法の改正で対応すべきであるが、それまで多くの当事者を不安定なままに放置することは許されない。戸籍先例による応急的な措置はなお必要性が高い。私見は、母が、母の現夫の子としての嫡出子出生届あるいは父欄空白の「嫡出でない子」としての出生届をし

た場合には、「推定の及ばない子」として民法772条は適用されず、その出生届をそのまま受理するというものである<sup>29)</sup>。

現行制度では、父の認知の場合には、認知届だけで婚外子の父子関係が認められる（通説によれば、父子関係が成立する）。また婚姻成立後200日以内の出生子については、母は夫の「嫡出子」出生届も、「嫡出でない子」としての出生届もできる（昭26・6・27民甲1332民事局長回答）。いずれの場合も、虚偽の可能性はあるが、何の証明書の添付も確認も要せず、前者では父の意思に、後者では母の選択に任せられている。これに対して、離婚後300日以内の出生子について、母の現夫の子として出生届あるいは「嫡出でない子」としての出生届をそのまま受理できないとするのは、法律が推定している親子関係を否定するためには、審判や判決で親子関係の不存在を確認する必要があるが、これを省略できるのは、民法772条1項の推定が直接否定できる、医師の証明による離婚後の懐胎だけであることによる。

しかし、戸籍が法律上の親子関係を反映すべきであるとしても、戸籍の記載はその親子関係を確定してしまうものではない。戸籍の窓口は親子関係の存否につき実体的判断をする機関ではない。存否の実体的判断は、民法の規定に基づき、家庭裁判所が審判・判決において判断すべきことである。戸籍先例による解決は、出生した子について、審判・判決を介さないで、簡易に戸籍登録ができるようにする便法なのだから、とりあえず、母からの出生届を真実に基づくものとして受理すればよいのである。

これは、子の父が誰かを最も知悉する母の出生届を信頼することを意味する。単に戸籍の取扱い上、婚姻中懐胎による父子関係の推定が排除されるだけのだから、前夫または現夫が真実とは違うと考えれば、親子関係存在あるいは不存在確認の訴えを起せばよい。その訴訟の過程で故意による不実の出生届であることが明らかになれば、公正証書原本不実記載罪（刑法157条）として刑事告発することも可能である。このリスクを覚悟の上で、不実の出生届をする母が数多く登場するとは思われない。届出人を信頼することにおいて、認知や婚姻成立後200日以内の出生子の場合と取

扱いを異にする必要はないのである。

### 3 虚偽の嫡出子出生届

#### 1) 判例の展開

長期間親子として共同生活をしながら、後になってその親子関係を覆されることは、子にとって苛酷すぎる。そこで、下級審判決には、例えば、親子としての共同生活が36年経過した後、子が父に反抗したことから、戸籍上の父から親子関係不存在確認の訴えなされたが、子に知的障害があり、自活が困難であることなどを考慮して、権利濫用として訴えを棄却したり(京都地判昭54・10・30判時960号92頁)、親子としての共同生活が46年経過した後、戸籍上の父が子の反対を押し切って再婚したことから不和になり、父から親子関係不存在確認の訴えなされたが、信義則の法理を用いて、養子縁組の成立自体を認めるもの(大阪高判平3・11・8判タ781号209頁)などがあった。

これに対して、最高裁は、約50年親子として共同生活が継続したが、父の死後、家業の経営をめぐる養子Xと戸籍上の実子Yが対立し、養子から親子関係不存在確認請求がなされた事案で、改めて戸籍上の母とYの間で縁組をすることが可能であることに鑑みれば、長年の実親子と同様の生活の実体があること、Xが事実を知りながら、父の死亡前に訴訟を提起しなかったことなどを考慮しても、Xの本訴請求が権利の濫用に当たり許されないものということではできないとしていた(最判平9・3・11家月49巻10号55頁)。しかし、可部恒雄裁判官の補足意見は、名は親子関係不存在確認請求でも、その実質が財産上の紛争にほかならない場合には、長きにわたる実親子として社会的に容認された生活の実体を根拠として、不存在の主張を権利濫用として排斥される場合もありうる」と述べていた。

その後、下級審判決には、権利濫用論を採用したものがある。高齢となった父母の財産管理をめぐる争いで、戸籍上の父母から死亡した子に対

して訴えを起こした事案だが、実は戸籍上の他の子が相続財産を独占することに協力するために提起したこと、他にも不実の届出をした戸籍上の嫡出子がいる可能性が高いにもかかわらず、当該子についてのみ不存在確認請求をしていること、当該子が死亡しており、養子縁組の可能性がなく、不合理な結果を回復する手段がないこと、本訴によって、何の帰責事由もない当該子とその家族に過大な精神的、財産的負担を強いることになることから、本訴請求は、一般社会通念上許容することのできない不当な結果をもたらすものであって、権利の濫用として許されないとした（東京高判平14.1.16判時1774号46頁<sup>30)</sup>。

## 2) 権利濫用法理の承認

こうした流れの中で、最高裁は次の事案で権利濫用の法理を用いることを示した。A夫婦はYを自分たちの「嫡出子」として出生届をし、以来、55年間、実の親子として家族共同生活を営んできた。A夫婦が亡くなり、続いて遺産をすべて相続していたA夫婦の二女（実子）Bが亡くなった。Bは独身だったため、Bの相続人は、姉のX（実子）と、戸籍上は弟になっているYである。Bの法要や住居の後始末などをめぐって、これまで姉弟として仲の良かったXとYの間に対立が生じ、XはYに対して、AとYとの間の親子関係不存在確認の訴えを起こした。

最判平 18・7・7 民集60巻6号2307頁【1】は、次のように述べた。

「真実の親子関係と異なる出生の届出に基づき戸籍上甲乙夫婦の嫡出子として記載されている丙が、甲乙夫婦との間で長期間にわたり実の親子と同様に生活し、関係者もこれを前提として社会生活上の関係を形成してきた場合において、実親子関係が存在しないことを判決で確定するときは、虚偽の届出について何ら帰責事由のない丙に軽視し得ない精神的苦痛、経済的不利益を強いることになるばかりか、関係者間に形成された社会的秩序が一挙に破壊されることにもなりかねない。そして、甲乙夫婦が既に死亡しているときには、丙は甲乙夫婦と改めて養子縁組の届出をする手続を

採って同夫婦の嫡出子の身分を取得することもできない。」

「そこで、戸籍上の両親以外の第三者である丁が甲乙夫婦とその戸籍上の子である丙との間の実親子関係が存在しないことの確認を求めている場合においては、甲乙夫婦と丙との間に、実の親子と同様の生活の実体があった期間の長さ、判決をもって実親子関係の不存在を確定することにより丙及び関係者の被る精神的苦痛、経済的不利益、改めて養子縁組の届出をすることにより丙が甲乙夫婦の嫡出子としての身分を取得する可能性の有無、丁が実親子関係の不存在確認請求をするに至った経緯及び請求をする動機、目的、実親子関係が存在しないことが確定されなかった場合に、丁以外に著しい不利益を受ける者の有無等の諸般の事情を考慮し、実親子関係の不存在を確定することが著しく不当な結果をもたらすものといえるときには、当該確認請求は権利の濫用に当たり許されないものというべきである。」

【1】は、以上の基準を本件にあてはめ、当該確認請求を権利の濫用に当たらないとした原審の判断には、明らかな法令の違反があったとした。これは、虚偽の嫡出子出生届に関して提起された親子関係不存在確認請求について、権利濫用の法理を用いることを示した初めての最高裁判決であり。同日、最判平18・7・7家月59巻1号98頁【2】は、約51年間親子としての生活実体があったが、実子が相続を有利にしようとして、戸籍上の母に、戸籍上の子と亡夫との間の実親子関係不存在確認をさせた事案で、上記判決とほぼ同じ理由で権利濫用の法理を用いることを示しており、これら2つの判決によって最高裁の判例法理が確立したと評価できる。

【1】では、戸籍上の父母は当該子との親子関係を否定することなく亡くなっているため、むしろ出生届の養子縁組への転換を認めやすい事案だったが、この解釈をとらなかった。従来判例法理を維持しながら、権利濫用論で、戸籍上の子の利益を守るのだから、濫用になるかどうかの基準が問題となる。

【1】【2】とも、50年を超える長期間にわたり親子としての生活実

体があり、その間、親または関係者から実親子関係が否定されたことがないこと、実親子関係の不存在が確認されることにより子の側に著しい不利益が存在生じること、実親子関係の不存在確認を請求する側の理由、動機に合理性がないことが認定されている点では、共通する。他方、【1】では、戸籍上の父母が共に亡くなっており、父母以外の者からの不存在確認請求なので、父母と新たに縁組を結んで嫡出子の地位を取得できないことが理由に加えられ、【2】では、自ら虚偽の出生届を行いまたは容認した親の側が、当該届出から極めて長期間経過した後で、戸籍の記載が真実と異なる旨主張することが、当事者間の公平に著しく反することがふまえられている。こうして～の基準を基本に、事案の特徴に応じて理由の補強がなされている。今後、～の生活実体の存続期間が50年に満たない場合、例えば、20年、30年程度くらいの事案でも、以下の理由づけを補強することによって、権利濫用と判断されていくのかどうか<sup>31)</sup>、今後の判例の動向が注目される。

ところで虚偽の嫡出子出生届の場合、民法上は、母子関係は分娩の事実で発生しており、父子関係は、嫡出推定または認知によって定まっている。【1】でいえば、実母が民法上の母であり、父は、母が婚姻中に懐胎した子だから母の夫である。戸籍はこの法律上の親子関係を反映していないので、親子関係不存在確認の訴えを起こし、裁判で確定してから戸籍の記載を訂正するという手順をふむことになる。しかし、【1】は、「真実の実親子関係と戸籍の記載が異なる場合」という位置づけをしている。このような捉え方をすると、婚姻がその実態を失っている場合に妻が懐胎した子（「推定の及ばない子」）、妻が婚姻前に懐胎し、婚姻後に出生した子（「推定を受けない嫡出子」）、認知をしたが、実は他人の子であった場合でも、戸籍が法律上の親子関係を反映していない結果として、真実の親子関係と戸籍の記載が異なることから、共通の問題として位置づけることが可能になり、いずれの場合も、権利濫用法理の適用の可能性が出てきている。

### 3) 学説の解釈

有力な学説は、無効行為轉換の法理（Aという法律行為としては要件をみたさないため効力がないが、Bという法律行為の要件をみたく場合には、Bとしての効力を認める考え方）で、養子縁組の成立を認めるべきだとする。縁組の本体は、親子関係を設定しようとする意思と、親子関係にふさわしい生活事実であって、届出は、その公示として要求される従たる要件にすぎないという認識に立ち、縁組の意思は、縁組の届出意思ではなく、親子関係を設定する意思と解すべきであること、縁組の意思表示に要求される要式は、嫡出子としての届出でも十分だと解すべきであるとする。その上で、真に縁組をする意思があり、かつそれに伴う生活事実が存在する場合には、養親子関係よりもさらに大きい嫡出実親子関係を示す形式である嫡出子出生届が存在するのだから、養親子関係の成立を認めることもできるとするのである<sup>32)</sup>。

しかし、このような形で縁組への轉換を認めると、当事者の縁組意思の確認や、未成年養子縁組に対する家裁の許可などの要件を無視することになってしまうこと、また戸籍上の親から未成年の子に対して親子関係不存在確認の訴えがなされた場合に、縁組への轉換が認められたとしても、戸籍上の親が親権者として子を養育することは期待できないこと、さらに戸籍上の父や母、あるいは戸籍上の父母の実子から、相続問題にからんで親子関係不存在確認の訴えが提起された場合は、子自身が成人した後の財産的利益の調整であり、子の福祉とは直接結びつかないこと、轉換を認めることは、結果的に虚偽の嫡出子出生届を助長し、子の利益にはつながらないことなどを理由に、轉換に否定的な学説もある<sup>33)</sup>。

この立場では、具体的事情の下に、親子関係不存在確認請求を権利濫用として拒否するという解決をとる。最高裁判例がこの方向に舵を切ったことは、前述のとおりである。しかし、権利濫用の法理にはいくつかの問題点がある。第1に、具体的事案によって濫用となるかどうか個別的に判断されるため、安定的な解決とはならないこと、第2に、権利濫用の法理では、

同一の原告がその後の事実関係の変化や動機・目的の違いを理由に再度提訴することも許容されると解されることから、人事訴訟判決の対世効（人訴24条1項）を有名無実化するおそれがあることである<sup>34)</sup>。前者に対しては、子自身が親子関係を覆されるのを望まない場合には、原則、権利濫用になると解釈すること<sup>35)</sup>、後者については、対世効を優先し、再度提訴することを許さないと解釈することなどが考えられるが、より安定的な解決を志向するには、前述の「推定の及ばない子」の解決方法として述べた、訴えの利益を主張できる者を、子、戸籍上の父母の3者に制限する解釈で対応すべきであると考ええる。

その上で考慮すべきことは、虚偽の嫡出子出生届の場合には、明らかに親の側は自然血縁が存在しないことを認識した上で、法律上の親子関係を成立させたことである。それにもかかわらず、後日、これを覆すことは自己矛盾の行動なのだから、信義則上、父母の訴えの利益を否定することができるように思われる。他方、子が、長期間親子共同生活を継続しながら、戸籍上の親の介護などの負担を回避するために請求した場合も、同様に信義則に反するものとして、訴えの利益を否定する。したがって、親子関係を覆すことができる場合とは、子、戸籍上の父母（どちらかが死亡している場合は、生存中の者）が父子関係を否定することに合意した場合に限られる。父子関係継続に関する利益を当事者全員が放棄したのだから、親子関係不存在確認の訴えの利益を認めることができると考えるのである。その際、合意をする子の年齢の基準は、養子縁組締結能力との整合性から、15歳を目安とする。それまでは誰も不存在確認の訴えを起すことはできない。こうした解釈は確かに行き過ぎかもしれないが、法改正がなされるまでの緊急避難としては、許容の範囲ではないだろうか。

## 4 認知無効

### 1) 認知に対する反対事実の主張

現行規定によれば、子その他利害関係人は、認知に対して反対の事実を主張することができる(民786条)。立法者は、不実認知が不成立であることを前提に、相続などの別の訴訟の先決問題として親子関係が存在しないことを主張できる旨の規定と捉えていたようである<sup>36)</sup>。他方、民法は、認知した父または母は認知を取り消すことができないとしており(民785条)、この規定から、認知者はたとえ認知が真実に反しても、無効の主張はできないとする判例があった(大判大11・3・27民集1巻137頁)。

しかし、その後の学説は、不実認知を認知無効の問題と捉え、認知者自身も利害関係人の1人として、認知が真実に反することを理由に、無効の主張をすることができるとする。判例も、自然血縁関係がないのに、好意から他人の子を認知した事案で、認知を無効とするほか(最判昭53・4・14家月30巻10号26頁)、認知者の意思に基づかない届出による認知も無効とする(最判昭52・2・14家月29巻9号78頁)。

その上で民法学説の多数説は、不実認知は、裁判による確定を待たずに当然に無効であり、他の訴訟の先決問題として、無効を主張することができるとする<sup>37)</sup>(確認無効説)。これに対して、判例は、無効判決によって初めて認知は無効となるとする(形成無効説、前掲大判大11・3・27)。認知を婚外父子関係の成立要件と考えるのであれば、認知無効の訴えは、成立している父子関係を否定し、消滅させるものなのだから、形成の訴えと捉えるべきであろう。これを確認の訴えとするのであれば、認知も、すでに成立している父子関係の確認ということになり、認知は成立要件ではありえないことになる。ところが立法者は先決問題として親子関係が存在しないことを主張できるという趣旨で、利害関係人による反対事実の主張を認めるのだから、確認無効説を取る方が理解しやすい。しかし、それでは認知

を父子関係成立の要件としたことと整合しない。認知成立要件説に立った上で、民法785条と786条を統合的に理解することは極めて困難である。

認知推定方法説の立場からは、認知は自然血縁の事実の推定なのだから、推定を覆すことが認められなければならない、本条はこれを意味することになる。推定されている父子関係について、反対事実を主張して、まさに推定を覆す規定となるのである。訴訟の形式としては、認知無効ではなく、親子関係不存在確認の訴えになる。認知者の意思能力が不存在の場合、第三者が届け出ており本人には認知の意思がない場合に、証明方法としての認知が無効となる。

## 2) 認知無効の訴え

一定の共同生活や親子としての交流が継続した後では、父と子（または母）の合意なくして、自然血縁の事実を優先させるべきではない。判例・通説のように認知無効の訴えという構成をするにしても、私見のように認知推定方法説をとり、親子関係不存在確認の訴えという構成をするにしても、すでに存在する法的親子関係を否定することには慎重さが求められる。婚外子と父の間に安定した共同生活や親子関係が営まれている場合に、「真実」を御旗に第三者が介入することは認めるべきでない。この場合に、前述の虚偽の嫡出子出生届の場合の判例法理（権利濫用論）の適用が可能であると考えが、前述のように、権利濫用論の限界を考え、訴えの利益という視点から、出訴権者、出訴期間を限定すべきであると考え<sup>38)</sup>。

こうした解釈をとる実質的な根拠は、父子関係の存在に対する子の利益の確保であり、共同生活の継続に伴う父子の利益の確保である。したがって、「推定の及ばない子」の考え方を参考に、婚外子と認知者が同居して父子としての共同生活を継続していた場合、同居はないが、養育費の給付や継続的な父子としての交流を継続していた場合には、虚偽の嫡出子出生届の場合と同様に、認知者にも子にも訴えの利益を否定する。これらを欠く場合には、認知者、母、子は父子関係の直接の利害関係人として、訴え

を起こすことができるが、以上の者以外は、利害関係人には当たらず、訴えの利益はないものとする。たとえ相続権など重大な利害関係があるとしても、父子関係の当事者が争おうとしない場合にまで、認めるのは、当事者の意思に反するからである。唯一の例外は、認知者と子(子の年齢によっては母)が父子関係を否定することに合意した場合である。父子関係継続に関する利益を当事者全員が放棄したのだから、親子関係不存在確認の訴えの利益を認めることができる。

共同生活の継続性の時間的基準は、現行法の下では、嫡出否認期間との整合性から1年とし、合意をする子の年齢の基準は、養子縁組締結能力との整合性から、15歳とし、具体的な事情を勘案して、幅を設けることを認めたい。こうした解釈は、判例・学説の理解による「認知無効の訴え」についても妥当すると考える。

## おわりに

以上は、解釈論である。しかし、解釈論として成り立たないという批判もあると思う。より望ましいのは立法による解決であることはいうまでもない。

親子法の改正については、1959年、法制審議会民法部会小委員会が「仮決定及び留保事項」を公表している<sup>39)</sup>。父子関係を否定する規定については、推定を覆すための特別の訴えの制度を必要とする案として、「現行の嫡出否認の訴の提起権者の範囲を拡張し、提起期間に関する制限を緩和又は撤廃することとする案」(甲案)、「更に、夫の子の懐胎を不可能とする顕著な事情があるときは、右の訴によることを要しないものとする案」(乙案)、「特別の制度を必要としない案として、「事実上の父子関係の存否によって決定することとする案」(丙案)があり、議論の方向は、甲案、乙案であり、丙案の支持は少なかった。当時の議論では、婚姻外の親子関係の成立について、「父子関係も自然血縁によって当然に生ず

るものとする案。なお、認知の届出は父たることを推定せしめる効果あるものとし、認知の訴及び認知の無効・取消の訴は廃止することとする」という乙案があり、先の 丙案は、この乙案とセットのものとして位置づけられていた<sup>40)</sup>。しかし、父子関係が自然血縁の事実に基づいて当然に生ずることと、その存否を争う場合に、その時点までに形成されてきた親子共同生活や親子の交流など親子としての実質的な関係性を尊重し、争うことを認めないということとは、両立しうることである。

その後、改正案は公表されていない。2006年12月、民法学者による民法改正委員会から立法提案の議論状況が報告された<sup>41)</sup>。父子関係の否定に関しては、父子関係の否認権を、子の出産時にその母の夫であったことから、子の父とされた者の他に、子、親権を行う母に認める甲案、さらに利害関係人を含むとする乙案が示され、否認権行使期間に制限を設けることが示されている。否認権者の拡大という点では評価できるが、認知については、無効を主張する権利者、権利の行使期間の制限は検討されていない。

今後、求められる改正の方向は、子の尊厳、子の平等、父母の養育責任の平等化の視点から、父子関係も母子関係も自然血縁の事実によって当然に発生することであり、同時に、養育の事実を尊重し、自然血縁に基づく親子関係の確認を認めない場合もあるという立場をとることではないだろう<sup>42)</sup>。この点で、仮決定留保事項にも、民法改正委員会の立法提案にも、なお検討すべき課題が残されているように思われる。

- 1) 認知を父子関係の推定方法と捉える解釈を展開する前提として述べたことである（二宮周平「認知制度は誰のためにあるのか～認知推定方法説の試み」立命館法学310号（2006）333～342頁）。婚内子の父子関係の場合、妻の婚姻中懐胎によって何が推定されるのかといえば、それは、夫と子との間に自然血縁の事実が存在することである。認知の訴で争点になるのは、原告（子）と被告（父）との間に、自然血縁の事実が存在することである。任意認知も、今日の学説では、父子関係という事実の確認と捉えられており、それは認知者と子との間の自然血縁の事実と他ならない。こうしたことから、父子関係も母子関係も自然血縁の事実に基づいて親子関係は発生すると考えるのである。
- 2) この解釈の実際のメリットは、第1に、推定に依らないで、直接、自然血縁の事実を確認することを認めることができることである。この事実の確認は、親子関係存在確認の訴

えであり、認知の訴えではなくなるから、死後認知の出訴期間の制限を受けない。したがって、最判平 18・12・9(未公表)で死後3年以上経過していたため、ハンセン病の亡父に対する死後認知の訴えとして認められなかったものが、親子関係存在確認の訴えとして可能となる。第2に、婚外子の場合も、子の出生の時点で父が存在しており、認知があれば、法律上の親子関係が推定されることになるのだから、日本人父と外国人母の間の婚外子の場合でも、出生の時点で日本人父が存在しており、日本国籍の取得が可能になる。つまり、生後認知は婚外子の父の存在を法律上推定するものであり、親子関係自体は出生の時点から発生しているからである。

- 3) 例えば、我妻教授は、嫡出否認制度について、事実主義を徹底して、あとの問題は親子関係存否の確認の問題にしてしまう立場では、あくまでも自然の事実に従っていくべきだという主張になり、法律上の意味での嫡出推定はならず、事実上の推定が働くとしても、それは採証上の問題にすぎず、前提問題として、何人も、どの場合でも、主張はできるといことになる」と指摘していた(我妻栄ほか「親族法の改正」法律時報31巻10号(1959)35~36頁)。また水野教授は、「認知も強制認知もないときに、それでも非嫡出親子関係が存在するという解釈がありうるか」と問題提起し、こうした解釈は「法律上の親子関係という概念の否定であり、民法実親子法の要件規定の存在意義の否定であるといわざるをえない」とし、従来の日本法の議論の根底には、「血縁によって客観的に親子関係が存在しそれがすなわち法律上の親子関係となるべきである、という考え方が存在するように思われる。法律上の親子関係を血縁上の親子関係と異なるものとするのであれば、このアプリオリな存在を解釈の前提におくことはできない」と批判している(水野紀子「認知無効について(2・完)」法学64巻2号(2000)6頁)。
- 4) 二宮周平「民法772条と戸籍のない子」戸籍時報609号(2007)26~27頁。
- 5) 日本近代立法資料叢書『法典調査会民法議事速記録6』(商事法務研究会,1984)492頁。
- 6) この問題については、後述2の5)参照。
- 7) 法典調査会民法議事速記録・前注(5)510頁。
- 8) 梅謙次郎『民法要義 卷之四 親族編』(有斐閣,1984,第22版(1912)の複製版)245頁。
- 9) 法典調査会民法議事速記録・前注(5)535頁。民法整理会において、手続に関する規定は人事訴訟手続法に委ねられ、民法の規定は削除された(阿部徹「民法772・774条(嫡出推定・嫡出否認)」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年』(有斐閣,1998)67頁)。
- 10) 嫡出否認の訴えについて、判例・通説は、嫡出否認によって、父子関係が遡及的に消滅することから、形成訴訟と理解する。そのため認知無効の訴えや親子関係不存在確認の訴えが確認訴訟であることとの整合性が取りにくくなっている。しかし、法律上の父子関係も自然血縁によって生じるという立場に立てば、これらはすべて、自然血縁関係の不存在を証明することによって、父子関係が存在しないことを確認する訴訟になる。
- 11) 大判昭 11・11・4 民集15巻1946頁(ただし、子からの不存在確認の訴えが認められたことに対する、戸籍上の親から子に対する慰謝料請求の事案)、最判昭 25・12・28 民集4巻13号701頁、最判昭 49・12・22 民集28巻10号1098頁、最判昭 50・4・8 民集29巻4号401頁など。

- 12) 松倉耕作「真実の血縁関係の存在を無視できるか」判例タイムズ979号（1998）48頁。
- 13) 松倉耕作『血統訴訟と真実志向』（成文堂，1997）第1章参照。
- 14) 判例の分析として，阿部・前注(9)80～86頁。各最判の事実関係（誰が誰に対して不存を確認をしているか）を検討して，各判決の射程を明らかにし，嫡出否認制度の問題点を抽出しようとするものとして，浦野由紀子「『推定の及ばない子』めぐって(上)(中)(下)」法学教室307号（2006）129頁，308号69頁，309号103頁がある。
- 15) 我妻栄『親族法』（有斐閣，1961）221頁，内田貴『民法〔補訂版〕』（東大出版会，2004）178頁など。
- 16) 東京家審昭50・7・14判タ332号347頁以降，実務では主流であり，最近では東京高判平6・3・28判時1496号76頁などがあった。
- 17) 松倉耕作・判批・法律時報45巻14号（1973）130頁がその嚆矢。以降，松倉耕作「嫡出推定と子の幸福」民商法雑誌78巻臨時増刊号(2)（1978）84頁，梶村太市「婚姻共同生活生活中の出生子の嫡出推定と親子関係不存在確認」ジュリスト631号（1977）128頁，宮崎幹朗「嫡出推定規定の意義と問題点」有地亨編『現代家族の諸問題』（弘文堂，1990）274頁などが支持した。
- 18) 福永有利「嫡出推定と父子関係不存在確認」別冊判例タイムズ8号（1980）254頁。
- 19) 床谷文雄・判批・私法判例リマークス22号（2001）81頁。家庭破綻説では，死別・離婚・別居など婚姻家庭が崩壊している場合には，自分の子でないことが証明できれば，親子関係不存在確認が認められる。したがって，例えば，夫が当初は妻の不貞を許し自分の子として育てようと思っていた場合でも，その後うまくいかなくなり別居や離婚に至ると，たとえ妻や子の側では父でいてほしいと望んでいたとしても，家庭破綻を理由に親子関係不存在確認が認められ，子は父を失ってしまう。逆に夫が自分の子として養育に努力している場合でも，妻が子を連れて別居を始めると，同じく家庭破綻を理由に妻の側から親子関係を争うことが可能になる。現実には少いかもしれないが，安定した養育関係が夫・妻の一方向的な意思で覆る危険性がある。嫡出否認制度は，訴えを起こす期間を制限し，夫がいったん父として子にかかわる決意をしたり，現実には父としてかかわってきた以上，もはや誰も父子関係を覆せないことにして，子の父を安定的に確保させることができた。しかし，家庭さえ破綻していれば，利害関係のある者はいつでも争えるという論理では，こうした子の利益を保障することができないという欠点がある。
- 20) 水野紀子・判批・判時1521号（1995）215頁，床谷・前注(19)81頁。
- 21) 梶村太一「嫡出否認の訴えと親子関係不存在確認の訴え」判例タイムズ934号（1997）35頁。
- 22) 伊藤昌司「実親子関係法解釈学への疑問」法政研究61巻3＝4号（1995）1063頁。
- 23) 床谷・前注(19)81頁は，合意できる子の年齢を15歳以上とする。
- 24) 判例時報1655号132～133頁。
- 25) 床谷・前注(19)81頁，判例時報1655号131頁の解説。
- 26) 関西家事事件研究会における善元貞彦裁判官のコメントを参考にした。
- 27) 判例時報1655号133頁。
- 28) この間の経緯について，本山敦「いわゆる『300日問題』とは何か」法学教室325号

- (2007)6~9頁,大村敦志『『300日問題』とは何か』ジュリスト1342号(2007)2~3頁,二宮周平『『離婚後300日以内生子』問題その後』戸籍時報623号(2008)所収参照。
- 29) フランス民法では,夫の名を示さずに出生届がなされた場合において,身分占有(親子としての実際の関係性)が母に対してのみ存在するときは,父子関係は推定されない(314条(旧313条の1),松川正毅「婚姻による親子関係の推定制度」『ゼミナール婚姻法改正』(日本評論社,1995)250頁)。こうした発想を戸籍先例が取り入れればよいのである。
- 30) 戸籍上の父母が死亡した後で,母の相続権を主張する者(甥姪)から,表見嫡出子(虚偽の嫡出子出生届をされた子)に対する相続回復請求を権利濫用として,表見嫡出子の相続利益を守ったものもある(広島高判平13・11・5家月54巻9号108頁)。本山教授は,前掲東京高判平14・1・16,広島高判平13・11・5が上告棄却,上告不受理となったことから,権利濫用法理の適用につき下地を整えていたと指摘される(本山敦・判批・金融商事判例1266号(2007)4頁)。
- 31) 水野教授は,【1】【2】ほどに長期間経過後の提訴という典型的に不当な事例でなくても権利濫用を認めてよいものと思われるとし,ドイツ法,フランス法で,親子関係を覆す請求について,嫡出・非嫡出の区別なく同じ提訴制限をかけて子の身分を保障しており,それらの提訴期限は本件事案よりもはるかに短期間であることを指摘される(水野紀子・判批・ジュリスト1332号(2007)88頁)。
- 32) 中川善之助・判批・民商法雑誌5巻5号(1937)145頁以下,我妻栄「無効な縁組届の追認と転換」法学協会雑誌71巻1号(1953)25~29頁など。
- 33) 久貴忠彦・判批・民商法雑誌74巻1号(1976)117頁など。学説の整理として,深谷松男「虚偽の嫡出子出生届と養子縁組の効力」ジュリスト増刊『民法の争点』(1978)364~7頁,川田昇『『子のための』養子』星野英一ほか編『民法講座7』(有斐閣,1984)224~6頁など参照。これまでの判例・学説を整理・分析した上で【1】【2】判決を高く評価する見解として,中川高男・判批・民商136巻2号(2007)260~278頁がある。
- 34) 本山・前注(30)4頁。
- 35) 水野・前注(31)88頁。
- 36) 法典調査会民法議事速記録・前注(5)581頁,中川善之助・米倉明編『新版注釈民法(23)』(有斐閣,2004)372頁〔前田泰〕。
- 37) 我妻・前注(15)236頁,久貴忠彦『親族法』(日本評論社,1984)182頁など。
- 38) 水野紀子「認知無効について(1)」法学64巻1号(2000)35頁は,この問題点を指摘するが,具体的な解釈としては,民法785条を理由に,786条の提訴権者のうちに認知者を含めないことによる制限を考え(水野・前注(3)19頁),この理屈を,「わらの上からの養子」に応用する(同28頁以下)。
- 39) 我妻ほか・前注(3)35,41頁。なお臨時法制審議会答申に基づき民法改正臨時委員会がまとめた「人事法案」(1939年)では,婚姻後の出生子を嫡出子とすること,妻が夫の子を懐胎することができない事情がある場合には,婚姻中懐胎による父性推定を適用しないこと,嫡出否認の請求は,「夫が否認ノ原因タル事実ヲ知りタル時」より1年に限定することなどの提案がなされていた(阿部・前注(9)60,70頁)。

- 40) 前注(3)参照。分析につき、二宮周平「認知制度は誰のためにあるのか(3)」戸籍時報602号(2006)16頁。
- 41) 特別座談会「家族法の改正へ向けて(下)～民法改正委員会の議論の現状」ジュリスト1325号(2006)148頁〔窪田充見報告〕。なお阿部・前注(9)97～100頁では、立法を展望した論点の整理がなされている。
- 42) 加藤佳子「親子関係の成立(4・完)」名古屋大学法政論集136号(1991)503～4頁では、父性推定として、懐胎期間中に母と性交したと認知をあげ、親子関係についての争いを、親子関係存否確認の訴えに一本化し、10年以上親子として生活し、戸籍上にも生活事実に合致した記載がある場合には、子以外の者は親子関係を争えないとする立法論が展開されている。

なお私見は次のようなものである。父の推定を受ける者および子は、父子関係の不存在の確認を求めることができるが、子が父子関係の継続を望んでいる場合および父が未成年の子を適切に監護・教育している場合には、不存在の確認を求められないとして、養育の事実を尊重する扱いにする。期間制限は設けないが、不存在確認を認めない場合をあげるのので、親子共同生活の実体を保護することができる。現行の嫡出否認制度は廃止する。子が成人し、判断能力がある場合に、子と父が親子関係の否定について合意した場合には、これらの制限には該当しないので、不存在の確認をすることができる。

一定の期間の経過によって不存在の確認を求められないようにするという考え方もあるが、私見は、当事者の個別具体的な事情に対応するために、当事者の合意形成を優先し、それができない場合には、不存在の確認を認めないとするものである。日本には家庭裁判所制度があり、調停や審判の過程で、こうした当事者の心情や利害を調整することができる。そのメリットをいかすべきだと思うのである(二宮周平「認知制度は誰のためにあるのか(5・完)」戸籍時報611(2007)22～24頁、二宮周平『家族と法』(岩波新書, 2007)117～123頁)。

外国法の比較として、例えば、ドイツでは、1997年の法改正で(施行は98年7月)、母の定義(子を出産した女子)が設けられ、父子関係については、子の出生時に母と婚姻していた男子、父性を承認した男子、裁判所によって父性が確認された男子を父とする規定が設けられ、「嫡出」「非嫡出」の区別が廃止された。出生時に父母が離婚していた場合には、かによって父とされるが、死亡解消後300日以内に子が出生したときには、が準用される。の承認には母の同意が必要であり、同意が得られない場合には、によることとなる。父子関係の否定は、婚内子、婚外子ともに父性取消権として一本化され、によって父性が認められている男子、母および子に取消権が認められ、出訴期間は、取消権者が父性に反する事実を知ったときから2年以内となった。子も、成年到達後、右の事情を知ったときから2年以内であれば取り消すことができる(さらに、父子関係の維持が子にとって苛酷になる場合には、その事情を知った時から2年の期間が起算される)。

この父性取消権について、2004年の法改正で、取消権者に、子の自然血縁上の父が加えられた。懐胎期間中に子の母と性交渉をもったことを宣誓により保証した男子は、登録上の父と子の間に社会的に見て家族に近い関係(子のために責任を負担していること)が存

在せず、男子が子の真の父であることを証明した場合には、登録上の父の父性を取り消すことができる(1600条)。つまり法律上の父と子の父子関係が破綻していることが前提である。岩志和一郎「ドイツの新親子法(上)」戸籍時報493号(1998)5~8頁、床谷文雄「ドイツ家族法立法の現状と展望(3)」阪大法学47巻2号(1997)311頁以下(条文の仮訳)、片山英一郎「ドイツ血統法における親子関係」早稲大学大学院法研論集117号(2006)1頁以下、松倉耕作「ドイツの新しい(嫡出)否認権法」名城ロースクール・レビュー3号(2006)93頁以下など参照。