

妻や子に嫡出否認の訴えの提起を認めないことの合憲性

【文献種別】 判決／神戸地方裁判所

【裁判年月日】 平成29年11月29日

【事件番号】 平成28年(ワ)第1653号

【事件名】 損害賠償請求事件

【裁判結果】 請求棄却

【参照法令】 民法772条・774条・775条・776条・777条、憲法14条1項・24条2項

【掲載誌】 判例集未登載

LEX/DB 文献番号 25548884

事実の概要

X₂は、X₁の母であるが、X₂は、婚姻中に夫Aに継続的に暴力を振るわれ、別居した。X₂は別居中にBと交際し、Aとの婚姻継続中にX₁を出産した。実父であるBが出生届を提出したところ、夫の嫡出推定が及ぶ(民法772条1項)ことを理由に受理されなかった。妻や子が、嫡出否認の訴え(民法774条、775条)を提起することは法律上認められていない。出生届をすると、Aの戸籍に記載されるため、X₂は、戸籍謄本からAにX₁の存在を知られることを恐れて出生届を出すことができず、その結果X₁は無戸籍となった。

X₃、X₄はX₁の子であるが、X₁に戸籍がないため、その戸籍に入ることができず、同様に無戸籍となった。

Aは離婚協議の成立後に死亡し、これを知ったX₁はBに対し認知調停の申し立てを行い、認知を認める審判がなされた。これを受けて、X₁は氏をBの氏に変更する変更許可を求め、申し立てを認める審判がなされた。Bはこれらの審判書を添付してX₁の出生届を提出し、X₁はBの戸籍に記載された。その後、X₁を筆頭者とする戸籍が編成され、X₂、X₃が同戸籍に登録された。

原告らは、民法774条、775条、776条(以下、本件各規定)が、妻や子に夫に対する嫡出否認の訴えを認めないことが、憲法14条1項及び24条2項に違反しているのが明らかであるにもかかわらず、本件各規定の改正を怠った立法不作為に対し、国家賠償法1条1項に基づき、慰謝料及び弁護士費用として、損害賠償(55万円と遅延損害金)を請求した。

判決の要旨**1 憲法14条1項適合性について****(1) 妻について**

(i) 「現行民法の嫡出推定制度において、嫡出性の否認は夫の意思に委ねられている。」「本件各規定は、夫と子、及び夫と妻の間において、嫡出否認の行使について区別をしているといえる。このような区別が事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものと認められない場合には、本件各規定は憲法14条1項に違反する。」

(ii) 「妻が婚姻中、夫以外の男性の子を懐胎・出産した場合、その子は、夫の子であるとの嫡出推定を受け、夫が嫡出否認権を行使しない限り、夫との間に父子関係が成立する。」「夫との離婚手続を取れば、離婚成立後、自らが親権者となり、子の氏を自らの氏に変更すれば、戸籍を同じくすることが可能である。さらに、生物学上の父と婚姻し、子に養子縁組をさせることにより、当該生物学上の父と共同親権を行使する状況を作ることができる。嫡出推定が本意であっても、これを前提として適切に対処することは不可能ではない。嫡出否認が認められた場合と比べ差異はあるが、これをいかに評価するかは、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえた、国会の立法裁量に委ねられるべき問題と考えられる。」

(iii) もっとも、嫡出推定の「例外の存在に鑑みると、妻に一定の制約の下で、嫡出否認の訴えの提起を認めることは選択肢の一つとなり得る。すなわち、上記例外が認められる、夫婦の実態が失われたといえるまでの事情がないとしても、これに近似するような事情(婚姻関係の危殆化)が

生じ、妻が懐胎・出産した場合を想定すると」「出産後、一定期間内に婚姻の解消（又は離婚訴訟の提起）がされること」、「生物学上の父による認知が得られること」「を要件として妻に嫡出否認の訴えを提起することを認める等、要件設定次第では、子の利益の保護に欠けることがない制度を構築することは不可能とはいえない。また、このような補完的な制度の設置により、母において子が生物学上の父とは異なる夫の戸籍に入籍することを嫌忌して出生届の提出を控え、無戸籍となる事態（いわゆる無戸籍児問題）を防止する余地があると考えられる。」しかし、「現行民法下の嫡出推定制度を前提としても、子の利益は図り得ると考えられるから、このような補完的な制度を設けるか否かは国会の立法裁量に属するといえ、設けることが欠陥に当たるとまではいえない。」

(2) 子について

(i) 「子は、父子関係の一方当事者であるから、嫡出否認権を与えることが考えられる。」（未成年の子につき、母または第三が代理権を行使する場合につき、1(1)(ii)に同じ。）

(ii) 「また、子が成長した後に嫡出否認権を認めるとすれば、子の法的地位の早期安定を図る見地からすると、子が成熟した判断能力を有するに至った段階、例えば成人するのを待って認めることが考えられる。この場合、出生から一定の年月が経過しており、それまでに生じた法律関係が覆され、身分関係の法的安定を害するおそれがあることは否定できない。」

（親子関係不存在確認訴訟の場合は、推定の及ばない子などの例外的事情が存在する場合であり、子が成長する前に提起されることが多く、「身分関係の法的安定が害される程度は低い。」これが「容認できることをもって、嫡出否認訴訟も容認できると評価するかは、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえた、国会の立法裁量に委ねられるべき問題と考えられる。」

「子に嫡出否認権を認めることに合理性があるとは断定し得ない。」

(3) 結論

(i) 「妻と子に夫と同様に嫡出否認権を認めることには必ずしも合理性があるということとはできない。」「他方で、父子関係の一方当事者である夫にのみ相当の制限を加えつつ嫡出否認権を認めることは、生物学上の父との間の父子関係と法律上

の父子関係を一致させることに係る要請と早期に父子関係を確定して身分関係の法的安定を保持することに係る要請との調和を図る一つの妥協点であるといえることができる。嫡出否認権を行使することができる主体を夫に限る本件各規定について、その合理性を否定することはできない。」

(ii) 「以上の点を踏まえれば、本件各規定の要件によって生じた差別について、立法府に与えられた裁量権を考慮しても、なおそのような差別をすることの立法目的に合理的な根拠が認められない場合、又はその具体的な差別と上記の立法目的との間に合理的関連性が認められない場合に該当するということとはできない。本件各規定は、憲法14条1項に違反しない。」

2 憲法24条2項適合性について

(i) 「憲法24条2項は、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、立法裁量の限界を画している。そして、同条は、憲法上直接保障された権利とまではいえない利益であってもなお尊重すべきものについて十分に配慮した法律の制定を求めていると解すべきである。」

(ii) しかしながら、「妻や子について、その嫡出否認に係る利益を考慮しても、夫と同様に嫡出否認権を認めることには必ずしも合理性があるということとはできない。そうであるとすれば、嫡出否認権を行使することができる主体を夫に限る本件各規定について、憲法24条2項の観点からも合理性を欠くということとはできず、同条に違反しない。」

判例の解説

子が無戸籍の状態に陥る場合は、いくつかの場合があるが¹⁾、代表的には、本件のように(a)嫡出推定にかかる諸規定による場合、(b)母が届出を怠った場合、が指摘される。

(a)の場合、救済策としては、嫡出否認の訴え(民法775条)、子を懐胎すべき時期に夫婦間に性的関係をもつ機会がなかったことが明らかである等の事情があれば(推定の及ばない子)、親子関係不存在確認訴訟(人訴2条2号)、認知請求(民法

787条)によることが考えられる。いずれも調停を経る必要がある。また、嫡出否認の訴え、親子関係不存在確認訴訟の場合には、(元)夫の関与が避けられないことから、裁判手続が躊躇されることもある。認知請求の場合にも、(元)夫の手続保障の見地から、照会や調査がなされうる²⁾。

嫡出否認の訴えは、(元)夫(子の父と推定される者)が提起でき、子の出生を知ったときから1年以内に提起する必要がある(民法777条)。本件では、妻や子が嫡出否認の訴えを提起できないことの合憲性が、憲法14条、24条のもとで争われた。神戸地裁は、妻において現行民法下の嫡出推定制度を前提とする対処が可能で、子の利益も図りうること、子が成長した後に嫡出否認権を認めると、法律関係が覆され、身分関係の法的安定を害するおそれがあることなどから、これらの制度設計を立法裁量の範囲内であるとし、立法目的は合理的で、区分と立法目的にも合理的関連性があるとして、憲法14条1項違反を否定した。また、妻や子に嫡出否認権を認めることには必ずしも合理性がないとして憲法24条違反を否定した。

嫡出否認規定は、(元)夫にのみ否認権を認めたことが家長父的規定であること、提訴期間が厳しすぎるものが批判されている³⁾。妻は、法律上の父子関係に重大な利害関係をもち、それは、妻の母としての生き方、幸福追求に関わる⁴⁾が、妻は、嫡出否認権を行使できない。当事者である子は、母の(元)夫との法律上の親子関係を解消することができず、血縁の父との法律上の実親子関係を成立させられない⁵⁾が、やはり嫡出否認権を行使できない。諸外国では、妻や子からの嫡出否認を認める制度をおくところがあり⁶⁾、日本でも無戸籍の子を救う方策として検討される。

無戸籍の子の救済にかかる事案は、これまで、広島高岡山支判平22・9・3(家月64巻5号100頁、上告棄却不受理確定)や、再婚禁止期間に関する最大判平27・12・16(民集69巻8号2427頁)・神戸地判平29・10・12(LEX/DB25549100、無戸籍の母が、2人の子の出生届を受けて直ちに住民票に記載しなかった神戸市の対応を違法とし、国家賠償を求めた。請求棄却。⁷⁾)の本件と一連の裁判において、様々な角度から問われてきた。判例は、本件は該当しないが、形式的には嫡出推定を受けるように見える場合でも、実質的には嫡出推定を受けない場合に(推定の及ばない子)、外観説をと

り(最判昭44・5・29民集23巻6号1064頁)、これにより親子関係不存在確認訴訟等が行われてきた。また、平成19年5月1日法務省民事局長通達が出されたり⁸⁾、再婚禁止期間規定(民法733条)の改正⁹⁾が行われたりして、一部の場合には救済がなされ、あるいは無戸籍状態が生じることが避けられるようになった。また、実父に対する認知請求訴訟¹⁰⁾も、確実とはいえないものの¹¹⁾、救済策として用いられている。しかし、大部分の事案は救われず、本件もまた、うまく問題の核心を俎上にのせられなかったように思われる。

本件の神戸地裁は、判決の要旨1(1)(ii)のような妻の(離婚後の)対処を一般的に示唆し、やむをえず夫との「婚姻関係を継続したまま、他の男性との間の子を懐胎する事態の解消のために、訴訟手続上、個人情報秘匿等の配慮や、このような妻に寄り添った離婚訴訟提起等への支援」で対処すべき、また、「妻が嫡出推定に従って行動した場合(夫を父とする出生届の提出等)を含め、夫から暴力を受けるおそれがある場合には、配偶者の暴力からの保護を与える法整備」をもって対処すべきとする。しかし、地裁の認識は甘く、場合によっては、妻や子は、この手続のために命を賭することになる。

ただし、このような場合に、妻(や子)に嫡出否認の訴えの提訴権を認めても、現にDVの被害をうける状況では、實際上、行使困難であることについては、本件地裁は正しい。地裁がこうした制度を設けるか否かは立法裁量に属するとしたことも、そうした筋合いからは必ずしも不当ではない。

子が未成年の場合、母が訴訟を提起することになることから、この種の訴訟は、なにかしら——本件のようにDV事案であっても——「適切に懐胎の時期を選択」しなかった、母への道徳的非難がからむようである。この点、最大判平25・9・4(民集67巻6号1320頁)が違憲とした婚外子の相続分差別と共通する。

実際には、無戸籍となり、「住民登録、選挙権、資格、免許、パスポート、銀行口座、融資、住居、就職、結婚、学校、病院等」¹²⁾、種々の場面でいちいちの困難に直面するのは、子である。ところが、たとえ、(b)のような事案であっても、成人した子が自ら就籍をもとめる場合、「就籍許可」手続¹³⁾がとりうるものの、戸籍法上の届出義務者(戸籍法52条)である親が判明していれば、親

の状況と切り離して、無戸籍の子の救済を図る道は事実上用意されていない¹⁴⁾。

各省庁等は各種の通知・通達・事務連絡等を出し¹⁵⁾、法務省が「無戸籍ゼロタスクフォース」を設け(2015年)、HP上に手続を案内する¹⁶⁾、最高裁が、認知請求をHPで案内する¹⁷⁾などしている。日弁連は、「無戸籍者問題対応マニュアル」をHPに掲載し支援を図っている¹⁸⁾。また、自治体の支援¹⁹⁾、NPOの支援も行われた結果、無戸籍でも教育を受け、福祉サービスを受けられる。また、婚姻や投票も不可能ではない²⁰⁾。

しかしながら、無戸籍の子にとって、いちいちの手続が交渉を伴い、困難でハードルが高く、その結果、権利保障が充分になされず、人的な関係を築くことも困難を伴うことがある事実が認識されねばならない。複雑な家族関係が祖上に上る、DVのために裁判所を利用することがそもそも難しいなど、各種の困難が予想されるが、あえて訴訟を提起する無戸籍の子の、関連の憲法諸規定(13条、15条、22条、24条、25条、26条、29条など)の権利侵害に、裁判所は向き合うべきである。

この点、無戸籍児の住民票への記載についての神戸地判平29・10・12のように、子の不利益を中心に据えた訴訟の方が、より直接的に救済を問う。母と別れた無戸籍の子の不利益について、上級審の判断に期したい²¹⁾。

無戸籍の子の立法的救済を図る特例法案は、自民党保守派の反対によって頓挫したとされる²²⁾。しかし、比較的家族関係において恵まれているのであろうこれら保守派の「家族観」が、苦境にある無戸籍の子の救済よりも優先される現状について、「国の伝統や国民感情を含めた社会状況」がこれを許容しているとは思われない。早期に、母の状況がどうあれ、出生した子の登録が遅滞なくなされるような、「父空欄の届出」を認めるなどの立法措置がとられるべきである²³⁾。

●—注

- 1) 井戸まさえ『無戸籍の日本人』(集英社、2016年)52頁。
- 2) 山田徹「戸籍制度の由来等に基因する現行戸籍制度の問題点と無戸籍者問題」自正67巻11号(2016年)8頁、14頁。「無戸籍者問題に対する取組状況」ひろば2015年2月号3頁。
- 3) 水野紀子「嫡出否認・父子関係不存在確認・認知無効の関連」法セ591号(2004年)16頁、18頁。
- 4) 二宮周平「夫のみの嫡出否認権と嫡出推定制度(1)(2・

- 完)」戸時743号(2016年)2頁・744号(2016年)2頁、3頁。
- 5) 二宮、前掲注4)「夫のみの嫡出否認権(2・完)」7頁。
- 6) 二宮周平「子の父は誰か——嫡出否認権を妻と子に」時法2040号(2017年)43頁、48頁。
- 7) 無戸籍の子の住民票への記載につき「世田谷区無戸籍児訴訟判決」法セ637号(2008年)126頁参照。
- 8) 離婚後の懐胎につき、医師の作成した証明書があれば、調停・裁判を経ずに出生届が受理されるようになった。
- 9) 再婚禁止期間が100日に短縮されたほか、新たに、前婚の解消又は取消しの時に懐胎していなかった場合には、733条1項が適用されなくなった。
- 10) 法務省HP<<http://www.moj.go.jp/MINJI/minji175.html>>(2018年2月1日閲覧)、ただし、子は出生時点の母の姓を名乗ることになるため(法務省通達を根拠とする)、出生時に離婚が成立していなかった場合には「元夫」の姓を名乗ることになるという問題が指摘される。「母の所在がしれない無戸籍の子を民法上の父母を介さずに行う方法について」戸籍943号(2017年)64頁。
- 11) 親子関係不存在確認手続を優先し、認知請求の申し立てを受理しない裁判所もあるとされる。宅見誠「嫡出推定規定を原因とする無戸籍事案」戸時749号(2017年)72頁、74頁。
- 12) 秋山千佳『戸籍のない日本人』(双葉新書、2015年)159頁。
- 13) 法務省HP<http://www.moj.go.jp/MINJI/minji04_00047.html#q2-1>(2018年2月1日閲覧)。
- 14) 法務省HP・同上、秋山・前掲注12)187頁。棄児の場合は、市区町村長が出生届を提出する(57条)。
- 15) 「戸籍に記載がない者に関する情報の把握及び支援について(依頼)」(平成26年7月31日法務省民事局民事第一課長通知)、その他、多岐にわたる。
- 16) 前掲注2)「無戸籍者問題に対する取組状況」3頁。
- 17) http://www.courts.go.jp/saiban/qa_kazi/qa_kazi48/index.html(2018年2月1日閲覧)。
- 18) 山田・前掲注2)13頁。
- 19) 井戸まさえ「無戸籍問題に自治体はどう向きあうのか」都問2016年5月号26頁、29頁。明石市HP<https://www.city.akashi.lg.jp/seisaku/soudan_shitsu/mukoseki/mukosekisyasienn.html>(2018年2月1日閲覧)。
- 20) パスポートの取得も可能だが、母の元夫の姓を記載することなどが求められることが報告されている。便宜的な、事実と異なる記載や登録、特にDV加害者の戸籍への記載への抵抗は強い。井戸まさえ「戸籍制度の『バグ』と『無戸籍の日本人』」司法書士534号(2016年)29頁。
- 21) 最判平21・4・17民集63巻4号638頁(住民票不記載について取消請求を棄却)の法廷意見、今井功裁判官の補足意見参照。
- 22) 秋山・前掲注12)212頁以下。
- 23) 子どもの権利条約7条は、子どもが「出生の後直ちに登録される」ことを求める。