

嫡出否認の提訴権者

【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】 棄却

【参照法令】 憲法14条1項・24条2項、民法774条～776条、国家賠償法1条1項

【掲載誌】 裁判所ウェブサイト

LEX/DB 文献番号 25548884

事実の概要

X₄（原告）は、夫であるAから継続的に暴力を振るわれており、離婚の手続きをとることができないまま別居し、婚姻継続中にBと交際した。X₄は、Bとの間に子X₁（原告：昭和〇〇年〇〇月〇〇日生）を懐胎し、出産した。

BはC区役所にX₁の出生届を提出したが、Aの嫡出推定が及ぶことを理由に不受理とされた。また、妻や子は、父に対して嫡出否認の訴えをすることは法律上認められておらず、X₄は、AにX₁の存在を知られることをおそれていたため、その出生届を提出することができなかった。そのため、X₁は、無戸籍となった。

X₁は、子X₂（原告）を平成〇〇年〇〇月〇〇日、X₃（原告）を平成〇〇年〇〇月〇〇日にそれぞれ出産したが、X₂・X₃は、X₁に戸籍がないため、その戸籍に入ることができず無戸籍となった。

なお、昭和〇〇年〇〇月〇〇日に、X₄とAとの間で協議離婚が成立し、X₄は、Aが平成〇〇年〇〇月ごろ死亡したことを知ったことを受け、X₁は、Bに対して認知調停の申立てを行い、認知を認める審判がされた。その後、X₁は、Bの氏に変更するための申立てを行い、この申立ても認められ、上記認知調停に係る審判及び氏の変更許可に係る審判の審判書を添付して、出生届を提出した。平成〇〇年〇〇月〇〇日に、X₄の戸籍にX₁が記載され、その後X₁を戸籍筆頭者とする戸籍が編製され、X₂及びX₃は同戸籍に記載され

た。

このような経緯から、X₁からX₄は、民法774条～776条（以下「本件各規定」という）は、夫にのみ嫡出否認の訴えの提訴権を認めることによって、合理的な理由がなく、夫と子・妻との間で差別的な取扱いをしており、社会的身分による差別（憲法14条1項）に該当し、同項及び憲法24条2項に違反していることが明らかである。それにもかかわらず、国会は、本件各規定の改正を怠っており、その立法不作為は、国家賠償法上違法に当たるとして、Y（国）に対して、国家賠償法1条1項に基づき、精神的損害についての慰謝料を求めた。

判決の要旨

本稿は、民法の観点から解説するものであるが、本判決の要旨は以下のようになる。

本件各規定の憲法14条1項適合性について

憲法14条1項適合性の判断基準については、最大判昭39・5・27（民集18巻4号676頁）、最大判昭48・4・4（刑集27巻3号265頁）等に従っている。すなわち、「現行の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。夫と妻の意思が一致している場合には妻の意思を考慮することができるが、夫と妻の意思が一致していない場合の妻の意思は考慮されず、また、子の意思は考慮されていない。〔原文改行〕

このような点において、本件各規定は、父と子及び夫と妻との間において、嫡出否認権の行使について区別をしているということが出来る」が、このような区別が「合理的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項に違反すると解される」。

「婚姻及び家族に関する事項は、…〔中略〕…法律によってこれを具体化することがふさわしいと考えられ」、憲法24条2項は、このような観点から、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべき要請、指針を示すことにより、立法裁量の限界を示している。

「婚姻関係にある夫婦の子が嫡出子となることは、法律上の婚姻による主要な効果であり、「本件各規定が定める嫡出否認権は、法制度をまっぴらで初めて具体化される権利であるということができ」、「嫡出推定制度をどのように定めるかについては、立法府の裁量判断に委ねられていると解される」。しかし、このような裁量権を考慮しても、上述した区別について立法目的に合理的な根拠が認められなければ、憲法14条1項に違反する。

妻に嫡出否認権が認められないのは、「妻は、婚姻期間中、離婚後の期間を通じ、不本意な嫡出推定が働かないよう、適切に懐胎の時期を選択する限り、事実上、嫡出否認の必要性は生じない。」「形式的には嫡出推定が及ぶように見える事案であっても、これが及ばない例外がある。」

「これに対し、夫は、妻が他の男と性交渉を持ち、懐胎することを事実上、阻止し得ないから、妻が他の男との性交渉により懐胎・出産した子について、嫡出否認により、父子関係の当事者となることを防止する利益がある」。また、夫の否認権は、「子の出生を知ったときから1年以内に限定されており、その後に生物学的には自らの子でないことを知っても、嫡出否認をすることができず、相当程度に制約されている。

「現行の民法が規定する嫡出推定制度は、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目的から、法律上の父子関係と生物学上の父子関係とが一致しないことを当然に許容しているということが出来る。「夫との父子関係が否定された場合、生物学上の父から認知が得られるとは限らず、制度的な手当てはされていない。「以上

の点を考慮すると、嫡出推定の制度は、法律上の婚姻と密接に結びついて、子の地位の安定を図っているということが出来る」。

本件各規定の立法目的は、「父子関係をめぐる無用な紛争の発生を 방지、子の身分関係の法的安定を保持することの重要性を考慮すれば、本件各規定の立法目的には合理性が認められるというべきである」。

判例の解説

一 問題の所在

法律上の婚姻をもとにした嫡出制度とこれに対する否認制度は、まず、婚姻の効果として、夫婦が相互に貞操義務を負い——不貞は離婚原因となる（770条参照）ということが前提となり——、772条の推定規定をおいている。そして、夫は、子の出生を知った時から1年以内に子又は親権を行う母に対する嫡出否認の訴えを提起することにより子が嫡出であることを否認する権利が認められているが（774条、775条、777条）、夫は、子の出生後にその嫡出であることを承認すれば、否認権を失う（776条）。

本件でも争いになっているように、嫡出否認の提訴権者を、民法は「夫」にだけ与えており、また、提訴期間も子の出生を知った時から1年と短期であるため、このような制度の合理性に対して、学説は古くから異論を唱えてきた。そして、判例は、学説が提唱してきた「推定を受けない嫡出子」の理論を承認し¹⁾、親子関係存否確認に関する手続²⁾と嫡出否認に関する手続を併存することで、嫡出否認の提訴権者・提訴期間に関する問題をそのまま残してきた³⁾。

本件では、774条から776条が規定する嫡出否認の制度において、夫にのみ嫡出否認を求める権利が認められ、妻と子にはこの権利が規定されていないという区別が、憲法14条1項及び24条2項に違反している、さらにそれにもかかわらず立法不作為の状態が続いていることが国家賠償法1条1項に違反するため損害賠償を求めるという原告Xらの訴えに対し、本判決は、憲法14条1項及び24条2項の判断枠組に従い774条から776条の規定は同規定に違反しないと判断した事案で

ある。

本判決における判断枠組については、憲法上の議論に委ねることとし、以下では、本判決が検討した夫にのみ嫡出否認の提訴権を認め、妻と子にはこの権利が認められないとする嫡出否認制度上の区別はどのような目的によるものかという問題を中心に、従来のこの議論の中で本判決の問題点について若干の検討を試みたい。

二 嫡出否認権者

774条の規定に関して学説は、嫡出推定制度が、真実の父子関係にない当事者を法律上の親子関係に含められることに対して「夫（父）」のみが提訴権者として認めていること、父子関係の早期の安定の観点から提訴期間が制限されていることを、疑問視してきた。

そもそも、提訴権者を「夫」のみに認める趣旨は、夫が「眞正直接ノ関係者」であり、親子関係の推定を受けるかどうかの判断をする地位にあるからである。子は、確かに子の利益という観点から同様に考えられるが、子に提訴権を認めた場合「母ノ姦通ヲ証明シナケレバナラヌ」という弊害を考慮する必要があると説明されている⁴⁾。

しかし、このような趣旨に対して学説は、夫が嫡出否認権を行使する場合でも、妻の不貞行為を主張立証することになるため事態は同じであり、結局夫にのみ提訴権を認めるのは、夫の名誉と夫が否認権を行使しない場合には妻や子は夫の意思に従うべきという夫の意思優先の父権的な考え方であると批判し、妻や子が真実を明らかにしたい場合には夫の意思にのみ決定権を与えることは問題であると指摘してきた。さらに2000年代には子どもの権利条約7条1項の「父母を知りその父母によって養育を受ける権利」を手掛かりに、子の利益という観点から子自身に否認権及び子による認知請求を保障する必要性も唱えられてきた⁵⁾。

三 親子関係存否確認手続との関係

最高裁は、772条により嫡出の推定を受ける子について、夫がその嫡出であることを否認するためには、原則として、嫡出否認の訴えによるべきであるとする。そして、嫡出否認の出訴期間を1

年に定めたことについても、「身分関係の法的安定性を保持する」という合理性があるとする⁶⁾。ただし、例外的に、772条2項所定の期間内に妻が出産した子について、妻が子を懐胎すべき時期に、既に夫婦が事実上の離婚をして夫婦の実態が失われ、あるいは遠隔地に居住しているために、夫婦間に性的関係を持つ機会がなかったことが明らかであるなどの事情が存在する場合には、その子は実質的には民法772条の推定を受けない嫡出子に当たるとして、嫡出否認の規定(774条以下)にかかわらず、夫は、子との間の父子関係の存否を争うことを認めている⁷⁾。したがって、子が嫡出推定を受ける場合に上記の例外的な事情がない場合、夫が、嫡出否認の出訴期間が経過した後子との生物上の父子関係に疑問を抱く事実を知って、親子関係不存在確認の訴えを提起しても、訴え提起時に「夫と妻との婚姻関係が終了してその家庭が崩壊しているとの事情があっても、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から、右の事情が存在することの一事をもって、嫡出否認の訴えを提起し得る期間の経過後に、親子関係不存在確認の訴えをもって夫と子との間の父子関係の存否を争うことはできない」とする⁸⁾。否認期間経過により、父子関係は一度確定されるはずにもかかわらず、家族の破綻という事後的な事情により父子関係を否定すると子の身分関係の早期安定、とりわけ養育者の安定的確保が脅かされるからであると説明されている⁹⁾。最高裁は、子が親子関係存否確認の訴えを提起した場合でも、この判例理論(外観説)に従った判断をしており¹⁰⁾、法律上の父子関係が生物学上の父子関係と一致しない場合が生ずることを認めている。そして、その理由として挙げる「子の身分関係の法的安定」は、法律上の父という「養育者の確保」という要請として語られる。

しかし、嫡出推定を受ける子がDNA鑑定において父子関係が否定され、夫が行った親子関係不存在確認の訴え等が却下され、夫婦が離婚する際に妻が子の監護費用の分担を求める場合に、最高裁は、権利濫用に当たると判断している¹¹⁾。すなわち、破綻した夫婦間では法律上の父子関係と生物学上の父子関係とが一致しない場合においては、母による子の監護費用の請求が権利濫用に当

たるとの理由からではあるが、血縁関係や父の意思が養育費の負担者の決定に影響を及ぼしており、安定的な養育者の確保がされているとはいえない状況にあるといえる。

四 本判決が残した課題

本判決は、嫡出推定・否認（772条から777条）と親子関係存否確認制度における判例が基本的な理念として重視してきた「子の身分関係の法的安定性」に沿った判断ともとれる。この理念を前提として嫡出否認権を夫に認める理由と妻に対して嫡出否認権を否定する理由を示す。夫に否認権を認める理由については異論のないところといえるが、妻の否認権を否定する理由として挙げる「妻は、婚姻期間中、離婚後の期間を通じ、不本意な嫡出推定が働かないよう、適切に懐胎の時期を選択する限り、事実上、嫡出否認の必要性は生じない」という理由には疑問が残る。すなわち、この理由では、夫以外の者への嫡出否認権者の拡大を必要とする夫による濫用的不行使の問題¹²⁾には応接していない。また本件の事案がそうであるように別居はしていても離婚していない（できない）状況の中での婚外の懐胎についても、妻が「適切に懐胎の時期」を選択しなかったという問題として、妻に嫡出否認権を認めないことに合理性があると判断していることにも疑問が残る¹³⁾。

確かに、本件において仮に子の出生届けが出され、夫が嫡出否認に応じなかった場合でも、別居中に懐胎出産された子であるX₁は、嫡出推定は及ばないとの理由から親子関係存否確認の訴えを行うことも、生物学上の父に認知を直接求めることも不可能ではなかった事案ともいえる。しかし、出生届けが受理されれば血縁関係にない父子間において法律上の親子関係が生じる状態となり、それにもかかわらず養育費は支払われないという状態が生じ、子の養育者の確保という観点からみた場合には意味のない届出であり、しかも手続の煩雑性だけが残る状態になる。このように考えると、少なくとも嫡出否認の提訴権が夫にだけしか認められないという点について、合理的理由があるといえるかは疑問といえる。

翻って、嫡出否認の、提訴権者をどこまで拡張するかという問題は、多くの学説において主張さ

れているように、「子の利益」の観点から、期間制限や親子関係存否確認とをあわせて、早期に立法的解決が望まれる制度といえる¹⁴⁾。

●—注

- 1) 山崎正男「嫡出否認と親子関係不存在」判タ747号(1991年)178頁。「嫡出推定を受けない嫡出子」については「嫡出推定の及ばない嫡出子」と呼ぶ説もあり、判例が採用する外観説以外に血縁説、家族平和説、意思説など多岐に分かれる。
- 2) 今日では、人事訴訟法2条2号に明文化されている。
- 3) 近年では、嫡出推定制度の廃止を前提とした親子関係不存在確認手続との統一化も含めた制度への転換を志向した立法提案も活発である(二宮周平「親子法」戸時750号(2017年)4頁以下)。
- 4) 『法典調査会民法議事速記録六』(商事法務研究会、1984年)509～510頁[富井政章発言]。
- 5) 学説は多数あるが、二宮周平「夫のみの嫡出否認権と嫡出推定制度(1)」戸時743号(2016年)6頁。
- 6) 最判昭55・3・27裁判集民129号353頁参照。
- 7) 最判昭44・5・29民集23巻6号1064頁、最判平10・8・31裁判集民189号497頁参照。
- 8) 最判平12・3・14裁判集民197号375頁。
- 9) 木村敦子「親子関係不存在訴訟」法教429号(2016年)24頁。
- 10) なお、子が親子関係不存在確認の訴えを提起した平成26年7月17日の2つの最高裁判決(札幌のケース(民集68巻6号547頁)、大阪のケース(裁時1608号6頁))があるが、類似するケースで同趣旨の判示がされている。
- 11) 最判平23・3・18家月63巻9号58頁。
- 12) 水野紀子「嫡出推定・否認制度の将来」ジュリ1059号(1995年)120頁では、子に提訴権を認めないのであれば母や検事に提訴権を認める必要があるとする。
- 13) 水野・前掲注12)120頁では、妻が夫ではない他男との間で子を出生し、夫の子として育てるつもりがない場合に嫡出子出生届をすることに抵抗があるにもかかわらず実務では、夫の子として嫡出子出生届によらなければ受理されず、妻の非嫡出子につき出生届未済のまま裁判をするか虚偽の出生届を提出してそれを裁判によって訂正するほかない、と指摘する。本件はまさに出生届未済の状態が続いた事件であった。
- 14) 木村・前掲注9)24頁、二宮周平「夫のみの嫡出否認権と嫡出推定制度(2・完)」戸時744号(2016年)9～10頁など。

甲南大学教授 冷水登紀代