

# 推定嫡出子に関する一考察

黒 田 幸 久

## 目 次

- § 1. はじめに
- § 2. 法的親子関係
- § 3. 非嫡出子関係
- § 4. 1 推定される嫡出子
  - 2 推定の及ばない表見嫡出子
  - 3 推定のされない嫡出子
  - 4 嫡出推定制度の今後
- § 5. 戸籍と民法
- § 6. おわりに

## § 1. はじめに

親が子を生み育てることによって親子関係が継続して、人の歴史は脈々として継承できたのです。その継承の中に、わが子を家庭の承継者とし、或いは社会、文化、歴史の承継者として幾多の希望と前進を期待してきた人類であることは間違いない事実でありましょう。

しかし、自己の血縁であることに強く執着して、婚姻した妻の産んだ子に対して血縁であることを重視するあまりに、社会的制度としての婚姻の権威に矛盾するような血縁説及びその延長線上での折衷説が強調されることに疑問を持ちはじめたのです。これの解決の論理は、妻が生んだ未成熟な子に養育と平和を与えることを主眼として論じることにかかっていることを考えて、その主張をこの論集に一考を投じることにしたのであります。

## § 2. 法的親子関係

実親子関係は本来、生物学的に血縁的に親子であることを前提としており、血縁であることが判明すれば、当事者のそれぞれの意思によって、子として認めるか否かということは問題とされない。ただ、生物学的親子の関係を法的親子関係の基礎においてはいるけれど、生物学的親子そのものではないと解されている。

従って、生物学的な親子と法律上の親子関係とが一致するとは限らないのは法律家の常識であっても、日本人の常識ではない<sup>(1)</sup>と言われている。

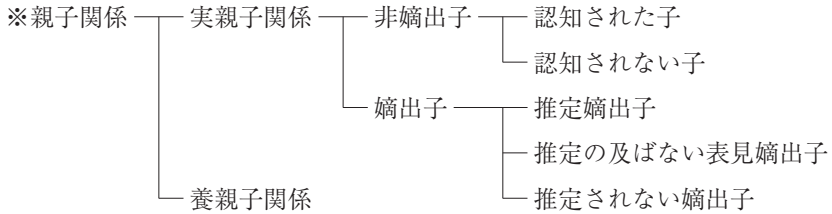
ということは、法律的親子関係には血縁上は親子でない子も含まれることがあるということを知らねばならない。婚姻という法的条件が具備されたとき、そして社会的に親子であることに至ったとき、血縁上は結果的には親子ではないときにおいても、親子となることがある制度が推定嫡出子制度であると考えられる。

生物学的親子と区別される法的親子関係が認められているとすると、それにはどんな効果があるか。1つには、親の財産に対して、子が法的な相続人となることである。世代を越えて承継することの秩序がなくてはならない。次に、出生子には養育、監護をしてくれる親が必要であるし、親も又養育する楽しみを独占することができること、3つ目には親子関係の延長から来る、血族関係や親族関係を明確にしておかなければならないことである<sup>(2)</sup>。

そこで、嫡出子は血縁関係のある親子というのだけではなく、民法第772条、774条から、法律上の婚姻関係にある父母から生まれた子を言うことがうかがえる。そして789条の準正子及び809条の養子も嫡出子とされている。それ他の親子関係は法律上父が確定していない非嫡出子ということになり、認知を持って法的に親子関係が発生することになる（779条）とされている。

但し、母子関係については明確な親子関係となる出産という事実があることから、母の認知を待つまでもなく、判例・通説ともその事実によって、法的母子関係が成立するとして認知を必要としないと解している。しかし、生

物学的親子関係から法的関係の成立を認めるには、父に求めた認知を母にも同じように必要とすると考えるべきであるとの主張もあるが、認知をもって母子関係成立の意味があるとする考えが論理的と言えるか（779条）。と言うのもそれは、父の認知が身分形成の意思表示と解されているからである<sup>(9)</sup>。母子関係においても、捨て子や時間の経過した関係で確認し難い場合などでは、父子関係と同じではないかという疑問も指摘される。



#### ※関係法規

民法第772条 1項 妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する。

(推定嫡出子) 2項 婚姻の成立の日から200日を経過した後、又は婚姻の解消もしくは取り消しの日から300日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する。

(嫡出認否認)

民法第774条 第772条の場合において、夫は子が嫡出であることを否認することができる。

(嫡出承認)

民法第776条 夫は子の出生後において、その嫡出であることを承認した時は、その否認権を失う。

(嫡出否認ノ時効)

民法第777条 嫡出否認の訴えは、夫が出生を知った時から1年以内に提起しなければならない。

(認知)

民法第779条 嫡出でない子は、その父又は母は認知することができる。

### § 3. 非嫡出子関係

分娩という血縁的親子があれば法的親子関係ととらえて、母子関係認知不要論をとれば、父子関係も血液鑑定などで明らかになったときにも、同じことが言えそうだ。認知は一つの身分形成の意思作用であり、本人の意思決定によるべきである認知届は意思の表明である。従って、血液鑑定が出たところで、本人は父であることを受け入れるか、そして認知として意思決定して表明するか、しないかの内心的選択の自由があるといえるのではないか<sup>(4)</sup>。それならば、母子関係といえども出産が先行していても、特に捨て子や時間が経過した親子の場合などには、親子を確認できるとは限らず、本人の判断と意思の決定と表明が必要となってくるのではないか。血縁であることの証明が出たことで、そのことだけで、血縁的親子関係が法的親子関係を創出することの根拠となるかは問題ではないだろうか。親子問題は、血縁であることを前提とはしているが、それが全てではない。即ち、科学の証明が全てではない。審判の手続きにおいて、当事者の合意に相当する審判の場合においても、当事者の意思や判断が重要な要素ととらえられているのも、そこには社会的相当性があると思われるからなのではないか<sup>(5)</sup>。なぜなら科学の証明が親子関係の全てではないし、また科学の証明は事実の証明であるが、それを生きた人々が内心的に社会生活の中において、どのように評価するかは、人間社会においてその事実関係を判断して、社会的にどのように評価して生きるかの問題であるということができるのではないか。従って完全ではない人間が何をもって、合理的で社会的に相当であるということができるのか、事実の証明は判断評価があって意味がでてくるのではないか。証明と評価は必ずしも一致するものではないとしても、そこには相応にして相当の意味があることと思われる<sup>(6)</sup>。

しかし評価といっても、そこには自ら限界があるのだろうか。事実の証明と大きく違う当事者の評価や合意は許されないだろう。事実は証明された範囲では評価されるべきことであるし、否定してはならないことは正義の求め

るところであろう。そこで、この評価は科学では証明されない領域においても言えることであろうし、また証明し切れない部分についてでもであろう。あるいは又、科学的証明の争われない部分などについても、当事者の評価や合意は正当な結論として社会に受け入れられるものがあると考ええる。

あるいは、774条の嫡出否認においても、夫は子の嫡出であることを否認することができるとしていることは、否認しない自由もあることになる。このことは、血縁関係を前提としてはいるが、そのことだけが関心事ではなく、この出生を知った時から1年以内に限り提訴できるとしていることも、そのことが考えられていると推測される。本人がなした事実関係に対する判断とその評価については、本人だけがなし得ることで、本人は内心的に自由な判断で嫡出を否認しないこともできると考える。

このことは即ち、親子の生物学的父子関係、つまり血縁の証明だけが目的なのではなく、子供の親権者や監護者を子に与えてやること、子の幸福追求権や人間的成長をはじめ、父親としての監護、教育の機会を与えようとするもので、人間性を重視した規定だと考えられるのではないだろうか。妻が生んだ子は自分の推定嫡出子であることを夫が望んでいるであろうが、そうでもないかも知れないとき、次のステップでは、子の将来と自分の生き方を如何に創るかが人として、また親としてのステップとなるのではないだろうか。

嫡出子推定が働かないところでは、妻や実父などの関係者から親子関係不存在の確認の訴えができると考えられているが、学説・判例の解釈から出たもので、子に実親を与えようとする主張であり、これも子の成長を願い子と思う救済の道であるでしょう。嫡出でない子は、父または母が認知することができる（779条）としたことは、血縁であることが全てを解決できると考えているのではなく、認知という積極的な意思表示をもって血縁関係を法的な関係として確定しようとしていることで、人間社会での親子関係は、血縁関係を前提としながら、そのことを基本としながらも、父が如何に父子関係を創出し保持するかを選択する余地を残していると考えられる。その選択することによって父子関係が成立したり、不成立とされたりすることは、社

会的存在である人間の判断と評価がもたらすものであると考えられる。

従って、前出の最判54年6月21日家裁月報31巻11号84頁は「嫡出でない子と父との間の法律上の父子関係を成立させるためにどのような制度を定めるかは、立法的裁量にかかる事項であり、民法が嫡出でない子と父との間の法律上の父子関係は認知によって初めて発生するものと定めていることは、身分関係の法的安定を保持する上から十分な合理性を持つ制度であって、憲法13条に違反するものではなく、また右の規定は、すべての嫡出でない子について平等に適用されるものであるから、憲法14条1項に違反するものでもない」と判示していることには合理性があるといえることができる。

#### § 4. 1 推定される嫡出子

前掲の水野紀子氏の<sup>7)</sup>が公表した、フランスの嫡出制度には意義深いものがあるので、ここに引用しておきたい。嫡出推定制度が、フランスでは夫の黙示の意思や妻の貞操義務を根拠としたこともあるが、妻の否認権が認められて説明が困難になった。妻が産んだ子は夫の子であることが多いという事実<sup>8)</sup>に依拠している。医学的鑑定や偽の親子関係への反感、社会学的親子（身分占有）、事実婚などから正当化が難しくなった。フランスの嫡出制度の否定は、日本の血縁説を意味することにはならない。カルボニエはその教科書で夫の権利としてよりもまず夫の義務であると説明する。法的親子関係は子の安全な成長を確保するために法が決定する制度で、そのための伝統的な技術であった。血縁上の親子関係そのものが法的親子関係となるのではない、嫡出推定制度という親子関係を設定する技術は、子の保護のために外形的な事実から身分関係を安定的に確立する制度を構築するためにあったのである。またフランスのテリーは、父性が根拠づけられ得るのは「血縁を受け止め、撤回のない契約を結んで、事実を支配できる自由という基礎である」。つまり「父性は道徳的制度的現実の秩序の中に組み込む公的契約に基礎づけられる」。育てる義務のある親が確保されて、子は無事に安全に成長する。親が

親であろうという意思は、子の生存にとって何より必要であり、その意思は法によって強制される社会的義務感によって維持されるものである<sup>(8)</sup>。

我が民法では、妻が婚姻中に懐胎した子及び婚姻後200日後又は婚姻の解消若しくは取消から300日以内に生まれた子は推定される嫡出子とされている（772条2項）。

つまり嫡出子とは婚姻関係にある夫婦の懐胎した子である。いわゆる妻が婚姻した夫の子であることを嫡出子としていることが分かる。妊娠・分娩をする母子関係とは違い、夫の子であること、つまり嫡出子であることの証明は容易なことではない。婚姻中は夫は妻と同棲し性的関係を独占するという蓋然性の大きさに基づいて1項の推定を設け、2項で医学的見地からこの規定を置いたとされている<sup>(9)</sup>。この蓋然性については、反対の証明があれば推定は覆るはずであるが、嫡出否認の訴えは774条で、「夫」のみから争うことができることとされている。加えて、提訴期間は夫が子の出生を知った時から僅か「1年」に制限したことには、格別の理由によると思われる。そのことは明確にされてはいないが、歴史的には家制度の家長の存在から強く夫の名誉を強調したことによるであろうが、現代では第三者が他人の家庭の平和に介入し、破壊することを避けようとした点にあると考えられている。

このように、提訴期間を制限したのは、父子関係を早期に安定させることにあるようだが、夫以外に、その妻や子の血縁上の父からの提訴を認めることになっていれば、また法制度の目的は違うものと考えなければならないが、子の血縁上の父が誰であるかを問うことが目的とはなってはいない。また、提訴権を失うのは1年の提訴期間を経過した場合だけではない。776条においては、子の出生後に嫡出であることを「承認」した時は、嫡出否認の権利を失うとしている。そこで夫が出生届を提出した時は、否認権を失うのだろうか。この届出は、わが子として公式の戸籍原簿に登録する行為は、親として子に命名して行う積極的な親の行為であるとみれば、否認権を失うとする説も考えられる。むしろ、1年の期間経過で提訴権をなくすことからみれば、特段の目的が予定されているとみるべきであろう。しかしこれまでにそのこ

とで判例に現われた事例はないようだ。命名をして出生届をすることは、戸籍法上の義務（戸籍法52条1項、53条）の履行であることから、嫡出の承認には当たらないとするのが今日の多数説となっているようだ<sup>(10)</sup>。嫡出否認の提訴権者の制限で、子や母或は真実の父からの提訴は認められないか解釈論上に問題は残ると言われるが、如何なものだろうか。札幌家裁昭和41年8月30日家裁月報19巻3号80頁の判例では、子が夫以外の男性の子であることについて、家事審判法23条の「関係者の合意」があるときについては、夫以外の提訴を認めても、家庭の平和は既に破綻しており、提訴権者を制限をした法の精神に反するものではないとしていることは下級審ながら注目に値する。しかし、同じ嫡出子でも推定の及ばない嫡出子があると解されており、この場合には嫡出推定は受けないが、結果として嫡出子となることから、そこには解釈に区別があり、推定されない子に対しては夫以外の提訴を認めたり、提訴期間を緩和することについて意味があるように思われる。そうしなければ、法の推定を受けて嫡出子になったことの意味がないものになるからである。そこで、大判昭和13年12月24日民集17巻2533頁では、別居中の妻が懐胎したので協議離婚した直後に出産したが、世間体から知合いの実子として届出て28年を経過した場合について、大審院は夫の嫡出推定は及んでおり、もはや親子関係の否定はできないと判示しているが、妻の実家に別居中の懐胎であることが詳しく論じられておらず、嫡出推定の及ばない子の事例とも思われ、この判例にはかなり無理があると思うが、学説の多くは抗弁権の永久性の理論で判例に反対している<sup>(11)</sup>ようだ。

## § 4. 2 推定の及ばない表見嫡出子

民法772条の嫡出推定の規定に形式的には該当していても、推定が不自然で実質的に推定が及び得ない場合があり得る。例えば婚姻後200日以後に生まれた子でも夫の出征や夫婦の別居、海外赴任、夫が航海や漁業で長期不在となり帰宅できなかった場合や、懐胎の時期に夫が刑務所に服役していた場



合などでは、嫡出推定は及ばないと解している学説がある。このような子を嫡出推定の及ばない子或いは表見嫡出子と呼んでいる<sup>(12)</sup>。最判昭和44年5月29日民集23巻6号1064頁では、2年以上別居していたが、離婚して約6か月後には出産した子から、血縁の父に対して認知請求ができるとした。本来なら離婚から300日以内の出産であることから嫡出推定が及ぶわけであることから、夫による嫡出否認が認められてからでないと、実の父に対する認知請求はできなかったはずである。しかし最高裁の判例がこのような推定の及ばない、表見嫡出子を認めたことは、実態に即したもので妥当な結論と解されてよいと考える。

そして、夫が長期に出征した間に妻が懐胎した推定の及ばない子に対しては、親子関係不存在確認訴訟の提起を認めている<sup>(13)</sup>。このような判例が度々先行したことから、そこで民法にない実親子関係の存否確認の訴えについて、人事訴訟法2条2号を平成15年に条文を追加している。

戸籍実務では推定の及ばない子が戸籍には夫の嫡出子として記載されていても、訴訟では戸籍の記載にかかわらず、嫡出否認の訴えを待たずに、子の血縁上の父に対して認知請求することができるし、戸籍上の父に対しても親子関係不存在の訴えができることになったといえる<sup>(14)</sup>。そこで、嫡出推定が及ばないことの判断は、外部から見て明瞭とは限らないことから、どんな場合にいかなる事実関係や証拠等から嫡出推定が否定されることになるか、その判断基準が検討用意されることが待たれる。

嫡出推定制度は、この制度の中の父子関係の中に血縁的には真実の父子でない当事者を結果として含むものであることを、やむを得ないとして承認している（水野紀子 嫡出推定・否認制度の将来2頁）はずである。わが国での批判はこのような擬制に対する違和感や嫌悪感によるもの、具体的には親子血液鑑定の進歩、提訴権者や提訴期間の制限などであったとされる。そして、嫡出推定制度は実務において適用領域を限定され空洞化されている。家事審判法23条において、推定子ではないことの当事者の合意が成立する場合には、提訴権者や提訴期間にとらわれず父子関係を否定する傾向にある。合

意できないで23条が使えないときには最高裁判決以来<sup>(15)</sup>、推定の及ばない子という領域が認められて嫡出推定制度は空洞化した。推定の及ばない子の領域をどのように設定するかについては3説に整理できる。外観説では同棲の欠如での適用排除を、血縁説では血液型の違背のような場合でも広く排除を認めるとしており、子の母と夫の家庭の平和が失われている時には適用が排除されるとする折衷説とがある。家庭裁判所では、折衷説を前提とする23条審判によって、血縁と異なる父子関係を否定する解決が多く、最高裁では昭和44年5月29日判決では外観説をとっているが、最近折衷説を採用する高裁判決が発表されている<sup>(16)</sup>。以上前掲・水野紀子氏を引用。

血液型鑑定などで親子の関係があり得ないとされる時や、夫に生殖能力がないことが明らかなきなどについては、家庭の中のプライバシーに深く立ち入って夫の意に反してまで親子関係を否定すべきではなく、嫡出推定は及ぶとする有力な見解があるが、事実の証明以外に夫の協力を要する場合には夫の判断に委ねるべき自由の範囲と考えるべきであるという主張もあり、未だ学説や判例も分かれていてまとまっているとは言えない。

また、母の不倫により出産した子の血液型が戸籍上の父とは一致しないだけでは、子から父に対する親子関係不存在確認訴訟はできないが、東京家裁の例では、調停手続きにおいて当事者の合意が成立したことで合意に相当する審判を行なわれた場合では、772条の嫡出推定は排除されるから嫡出否認を待つまでもなく、親子関係不存在確認を求めることができるとしている<sup>(17)</sup>。

この審判例での科学的証明があれば、772条推定は排除されることについては、学説の多くの支持を得ているわけではない。世間的な家庭の平和より真実の親子関係を優先するとする血縁説に立法論的には一理はあるが、解釈論としては夫の嫡出否認（774条）や1年間の提訴期間の制限（777条）などには、ただ親子関係の確定を急ぐことより、父子関係の早期安定や現在の家庭的な平和などを優先して考えているのであって、それなりの深い意義があると解される。その意味では、家庭がそれなりに平和に収まっているにもかかわらず、外部から血縁上の実父が血液型の不一致や生殖能力を暴露して親

子関係の不存在を主張して家庭を攪乱することは、民法の認めた嫡出否認の制度の求める意図を害していると言えるのではないだろうか。従って長期別居や事実上の離婚に見られるような外観上、懐胎が不可能な場合に限定して、嫡出推定（772条）をはずして、推定の及ばない子の領域を設けるべきではないかと考えている<sup>(18)</sup>。

そして、関係者の合意があるときには、772条の推定をはずすことで真実の親子関係を追求したらいいのではないかと考える。これが私の外観説を支持する理由である。これら血縁説、外観説の長所を取り入れた折衷説（家庭破壊説）があって、もともとの家庭が平穏で平和に維持されているとき、嫡出推定は及ぶとするが、一旦家庭が破壊された時点からは血縁説の立場から772条の推定をはずすとしている。家庭裁判所の実務ではこの説が有力とされているようだが、父または母の意思で別居することになれば否定されるようになるのでは、安定した親子関係は築けないとしての批判がある<sup>(19)</sup>。しかしその後、最高裁は<sup>(20)</sup>、原審が家庭破壊説に立って夫の嫡出推定の及ぶ子について、親子関係不存在の確認を求めたのに対してこれを破棄している。

「夫婦の婚姻関係が終了して家庭が崩壊しているということがあっても、子の身分関係の法的安定を保持することの必要がなくなるものではない」と述べて家庭破壊説を退けて、外観説に立つことを明確にしている。生物学的な父子関係を強く主張する血縁説では、そのことが必ずしも子の利益を尊重することになるとは限らず、子の立場に立って、子に嫡出子としての家庭を提供する目的を持って親子関係を早期に安定させるということの方こそが、子によりよい永続的な社会的恩恵をもたらすとする主張には一理あるということできる。

### § 4. 3 推定されない嫡出子

妻が婚姻中に懐胎した子が夫の推定嫡出子であることから、婚姻後200日以内の出産であれば772条2項に照して明らかに違背しており、形式的にも

推定は及ばないことになる。ただし、内縁が先行していた場合はどうか。大審院は昭和15年1月23日<sup>(21)</sup>において、内縁が先行する場合には婚姻後200日以内に生まれた子も嫡出子として扱うのが「民法の親子法に関する規定全般の精神より推して当を得たもの」としている。

いわゆる、772条の推定をされない嫡出子とはいかなる意味を持つのか。内縁成立後200日以後に生まれた子は、例え婚姻後200日以内に生まれても、772条で推定される嫡出子となるという説がある。嫡出推定の範囲の拡大を図る解釈論であるが、内縁の成立や200日の経過の立証や判断は實際上、相当な困難を伴うことではある<sup>(22)</sup>。この規定を内縁にまで拡大することは、実務処理においても、一層あいまいな部分を多く残してしまい、本来の正確な意味での推定嫡出子の信頼性までが損なわれることになると言わざるを得ない。

大審院では、前掲大連判昭和15年1月23日<sup>(23)</sup>において、内縁が先行していれば婚姻成立後200日以内に生まれていても嫡出子として扱うものとしたことから、戸籍の実務においては、内縁の先行は調べようがないから、婚姻後に出生した子は一律に嫡出子として取り扱うことになってしまった<sup>(24)</sup>。

内縁が先行していて、200日以内に生まれていれば、判例からは嫡出子として扱っても、772条2項の推定を受けないことには違いはなく、父子関係について嫡出否認を待つまでもなく、親子関係不存在確認訴訟で争うことができる。従って、提訴権者や提訴期間の制限はないことになって、いつでも関係者からは争えることは、子にとっては不安定な立場に立たされることになるといえる。772条の推定を受けないということから、父子関係は証明されたと言えず、正確に言えば法的には認知する必要があることになる。婚姻後に生れたのであれば、婚姻成立後200日以内では「推定されない嫡出子」になる。

それでは内縁成立後200日以上を経過していれば、やはり「推定されない嫡出子」なのか、それとも「推定される嫡出子」となるのだろうか。最判昭和41年2月15日（民集20巻2号202頁）では、これまでの判例にならって、

たとえ内縁が先行していても推定される嫡出子となることはないことを判示した。民法772条が示すとおり妻が婚姻中に出産したことではなく、婚姻中に懐胎したことが必要なわけで、772条2項の規定からも婚姻後200日以内に生まれたのであれば、戸籍上は嫡出子として扱われるが、内縁が先行していても「推定されない嫡出子」ということになることには違いがない<sup>(25)</sup>。ただし、内縁中の懐胎子は母の内縁の夫からは事実上の父性推定を受けるが、法律上の父性推定は受けないという結論が導き出されることになるとしていること<sup>(26)</sup>には、首肯できる解釈と考えられる。

## § 4. 4 嫡出推定制度の今後

嫡出推定制度が子の養育のために機能しているのか疑問の点も少なくない。この制度が血縁主義を貫いて、真実の親子関係以外を排除しようとして血縁を至高のものと考えてみても、現実的には父性については、母性とは比べられない程の父子関係確認の不確実性を内包していることは否定できない。このことを踏まえて父母の同棲など客間的な外観性から判断していくべきことと思われる。血液型の違背などを持ち込んで、むやみに家庭の平和に侵入すべきことではないと考える。なぜなら、嫡出推定制度そのものが「父として育てた者はそのように扱われる権利を持つ」という主張はまさに真理をついた言葉ではないだろうか。以下に私が支持する前掲・水野紀子氏の論評を抽出して紹介しておきたい。

「自然血縁上の親子と法律上の親子が異なり得るということは法律家にとっては常識であっても、日本人の常識ではない」との言葉には意義深いものがある。嫡出否認の提訴権者を夫のみにすることは、濫用的な不行使を可能にする弊害があるであろう。であれば、提訴権者を当事者である子に認めれば解決できるが、子に認めなければ母や検事に認める必要があろう。児童の権利に関する条約7条は「子は父母を知りかつ父母によって養育される権利を有する」と規定している。フランス法には子の提訴権を認めてはいない

が、「子は父を知り父に育てられる権利を持つ。父として子を育てたものはそのように扱われる権利を持つと結論できるだろう」。子の提訴権を認めたとしても限定の必要があり、子の意思次第でいつでも争うことができるようにはすべきではない、としていることは、充分示唆に富むものといえることができる。婚姻中或は離婚後300日以内に、婚姻外の男との間に出生した妻は、夫の子として育てるつもりがない場合に嫡出子として出生届をすることに抵抗があるが、実務では夫の嫡出子出生届によらなければならない。また妻の非嫡出子については出生届未済のままで裁判を得るか、虚偽の出生届を提出しておいて裁判によって訂正するしかない。母法のフランス法とは異なり、日本では特殊な戸籍制度で、嫡出制度は出生届の拒絶として機能している。婚姻前懐胎については子の出生について知っている母から夫の子でない出生届があれば受理される現行実務からしても、婚姻中あるいは離婚後300日以内の出生子の母による非嫡出子出生届は受理されるべきである。そうすれば実父が認知届をすることができることなど、至極実態を反映した実務処理だと思われる。23条審判は戸籍制度と身分証書制度の違いや、法的親子関係に対する国民意識の違いから来る矛盾を解決する妙手になってきた。しかし制度的には裁判で争われること自体が子の人権上の問題であることからして、出生届などの外形的な事実から、子の幼いうちに安定的な親子関係を確立することが望ましいと言わざるを得ない、としている。

## § 5. 戸籍と民法

戦後、家制度がなくなったとき、戸籍が個人とその家族だけの身分証明の役割に転換できていたなら、推定の及ばない子や非嫡出子の戸籍の届出が社会や他人の目を過剰に意識することをしないで、実態を記載できたのではないと思われる。以下に、その実態と提言を発表されている、前掲・水野紀子氏の論文を再度抽出して紹介することにしたい。

戸籍制度は戸籍と同時に国民登録であり、親族登録であり、住民登録での

機能を持つことになったといえる。住民登録制度は戸籍と別に制度化されたとはいえ、住民登録と戸籍とは相互に連携されていて、戸籍によって住民登録をたどることができ、その逆も可能であるという制度のもとでは、依然住民登録の機能を持つといえる。親族登録としての機能についても、戦後の改革により夫婦とその子ごとに戸籍となったものの、戸籍相互間の関係をたどることができる。日本人の全親族関係は登録されており、出生子はそのどこかに付属する者として記載され、その戸籍を通じてその者の親族関係も現住所も把握される。戸籍はこの三種の機能を合わせ持つ結果、日本人の身分証明書としての役割を果たしており、身分関係の立証などにあまり便利なものである反面、国民は絶えずその存在を意識し、それに縛られその重圧を感じ、国籍差別や非嫡出子差別の原因となっている。この戸籍記載の特徴は、戸籍筆頭者との関係によって家族構成を特定するという記載様式としている。そして、一つの戸籍に記載される家族の範囲は、氏を基準に決定される構造となっている。

このことから、立法論的にはともかく今の制度では、家制度の名残を戸籍制度にも残していることから来る弊害を如何にしてなくすかを制度として考えなければならないが、その弊害の指摘された部分については運用として反省の余地を残している。加えて嫡出子問題について、社会制度としての揺るぎない親子関係について一考を提言したいと考えた。

## § 6. おわりに

諸先生の学説判例に接するほどに、推定嫡出子問題は学説・判例の立場や目指す終点の違いもあって議論し尽し切れているとは言えないものがある。今後、論じられてゆく中で消化され、論点が極められてくることと思われる。しかし、これまでの戦前の家制度の権威の残像や血縁者の優先、氏を中心とした戸籍編成などから、婚姻制度の権威を取戻し信頼される社会制度として、婚姻から発生してくる推定嫡出子制度を再構築しては、未成熟子の速やかに



して確たる養育のため、父として育てた者は父として扱われることを前提として、外観説を一層理論的に補強し確たる社会正義として定着させていくことを願って前進していきたいと考えている次第です。

## 注

- (1) 水野紀子 嫡出推定・否認制度の将来 7 頁
- (2) 内田 貴 民法Ⅳ補訂版 親族・相続 165 頁
- (3) 林 良平・大森政輔 民法親続法・相続法 215 頁
- (4) 林 良平・大森政輔 注釈判例民法 親続法・相続法 215 頁
- (5) 最判昭和 44・10・21 民集 23 巻 10 号 1834 頁
- (6) 最判 54・6・21 家裁月報 31 巻 11 号 84 頁
- (7) 嫡出推定・否認制度の将来
- (8) 水野紀子 嫡出推定・否認制度の将来 4 頁
- (9) 内田 貴 民法Ⅳ補訂版 親族・相続 P 169
- (10) 内田 貴 民法Ⅳ補訂版親族・相続 170 頁、小林良平注解判例民法 211 頁
- (11) 内田 貴 民法Ⅳ補訂版 親族・相続 174 頁
- (12) 林 良平・大森政輔 注解判例民法親族法・相続法 201 頁
- (13) 最判平成 10 年 8 月 31 日 家裁月報 51 巻 4 号 75 頁
- (14) 林 良平・大森政輔 注解判例民法 203 頁
- (15) 最判昭和 44 年 5 月 29 日 民集 23 巻 6 号 1064 頁
- (16) 東京高裁平成 6 年 3 月 28 日判例時報 1296 号 76 頁
- (17) 東京家審昭和 52 年 3 月 5 日家裁月報 29 巻 10 号 154 頁
- (18) 内田 貴 民法Ⅳ補訂版親族・相続 178 頁
- (19) 二宮周平 家族法 123 頁
- (20) 平成 12 年 3 月 14 日判例時報 1708 号 106 頁
- (21) 民集 19 巻 54 頁
- (22) 内田 貴 民法Ⅳ補訂版 親族・相続 180 頁
- (23) 民集 19 巻 54 頁
- (24) 内田 貴 民法Ⅳ補訂版親族・相続 181 項
- (25) 内田 貴 民法Ⅳ補訂版親族・相続 182 頁
- (26) 中川善之助・米倉 明 新判注釈民法(23)194 頁

## 参考文献

内田 貴	民法Ⅳ補訂版親族・相続	東大出版会	2007 年
林 良平・大森政輔	注解判例民法親族相続法	青林書院	1992 年



島津一郎・久貴忠彦

新判例コンメンタル民法(12) 親族(3) 三省堂 1992年

島津一郎 判例ハンドブック親族・相続[第2版] 日本評論社 1996年

我妻 栄・有泉 亨・遠藤 浩

民法3 親族法・相続法 勁草社 2003年

山田卓生・淡路 剛・野村豊弘・藤岡康宏・佐藤義彦

基本判例 民法 有斐閣 2001年

遠藤 浩・川井 建・原島重義・弘中俊雄・水本 浩・山本進一

民法(8) 親族第4版増補改訂版 有斐閣 2004年

中川善之助・米倉 明

新版注釈民法(23) 親族(3) 有斐閣 2004年

北川善太郎 親族相続民法講義第2版 有斐閣 2001年

二宮周平 家族法 新世社 1999年

大村敦志 家族法 有斐閣 1999年

水野紀子 嫡出推定・否認制度の将来 インターネット Yahoo

2007年6月13日

水野紀子 戸籍制度 インターネット Yahoo

2007年8月29日

## 判例の紹介

### ①大判昭和13年12月24日民集17巻2533頁 親子関係確認請求事件

要旨1. 協議離婚をした後2日で分娩した子は、1年以内に嫡出子否認の訴えを起さない限り、嫡出子であることを否認することはできない。

### ②大連判昭和15年1月23日民集19巻54頁 内縁先行嫡出子

要旨1. 内縁関係の継続中夫によって懐胎し、適法に婚姻をした後に出生した子は、その出生が婚姻成立から200日以内であっても民法上私生児ではなく、とくに認知を要せずして、出生と同時に当然に父母の嫡出子たる身分を取得する。

### ③最判昭和41年2月15日民集20巻2号202頁 嫡出推定上告事件

事実関係 Xの母A女は、昭和10年3月26日にB男と結婚式を挙げて内縁関係に入り、同年4月20日過ぎから同棲生活を始め、同年7月5日に婚姻届を提出した。Xは同年11月26日に出生したが、出生届は昭和11年3月23日に、AとBの協議離婚届と同時に出されている。

Xから、昭和10年3月19日ごろ、Aと情交関係を持ったYに対し、認知を求めた。原審はXの請求を認容したので、Yは上告し、Bからの嫡出否認がなされていないのに認知請求を認めたのは違法であると主張した。

判決 上告棄却

要旨1. 民法772条2項にいう『婚姻成立の日』とは婚姻の届出の日を指称すると解

するのが相当であるから、夫と妻の婚姻届出の日から 200 日以内に出生した子は、同条により夫の嫡出子としての推定を受ける者ではない。

判決理由 民法 772 条 2 項にいう『婚姻成立の日』とは、婚姻届の日と指称すると解するのが相当であるから、A と B の婚姻届出の日から 200 日以内に出生した X は、同条より B の推定を受けるものではなく、たとえ X の出生の日が、A と B の挙式あるいは同棲開始の時から 200 日以降であっても、同条の類推適用はないものというべきである（大審院民事連合部判決昭和 15 年 1 月 23 日判決、民集 19 卷 1 号 54 頁）。されば、X が B の嫡出子としての推定を受けるとの前提に立って、B が法定の期間内に嫡出否認の訴えを提起しなかった以上、右推定が確定し、X の本件認知請求は許されないとする Y の主張は理由がない。

④最判昭和 44 年 5 月 29 日民集 23 卷 6 号 1064 頁 認知請求上告事件

- 要旨 1. 離婚による婚姻解消から 300 日以内に出生した子であっても、母とその夫が離婚の届出に先立ち約 2 年半以前から事実上離婚をして別居し、全く交渉を絶って夫婦の実態が失われていた場合には、本条による嫡出の推定をうけないものと解すべきである。
2. 離婚による婚姻解消後 300 日以内に出生した子であっても、母とその夫とが離婚の届出に先立ち約 2 年半以前から事実上の離婚をして夫婦の実態が失われていた場合には、子は母の夫からの嫡出否認を待つまでもなく、父に対し認知の請求をすることができる。

判 決 上告棄却

判決理由 被上告人らの母 A は、昭和 21 年訴外 B と結婚したが、同 24 年 4 月頃 B と事実上の離婚をして別居し、爾来同人とは全く交渉を絶ち同 26 年 10 月 2 日正式に離婚したのであるが、それに先だつ同 25 年 9 月頃から同 3 月頃までの間上告人 C と肉体関係を持続し、その間、同 27 年 3 月 28 日被上告人 D を、同 31 年 1 月 31 日被上告人 E を各分娩し、同人らを自己の嫡出でない子として出生届をしたというのである。右事実関係のもとにおいては、被上告人 D は母 A と訴外 B との婚姻解消の日から 300 日以内に出生した子であるけれども、A と B 間の夫婦関係は、右離婚の届出に先立ち約 2 年半以前から事実上の離婚をして爾来夫婦の実態は失われ、たんに離婚届出がおくれていたにとどまるというのであるから、被上告人 A は実質的には民法 772 条の推定を受けない嫡出子というべく、同被上告人は B から嫡出否認を待つまでもなく上告人に対して認知の請求ができる旨の原審の判断は正当として是認できる。

右原審の判断の過程に、所論違法は認められない。論旨は、右と異なる独自の見解であって採用できない。

## ⑤最判昭和 44 年 10 月 21 日民集 23 卷 10 号 1834 頁 認知請求上告事件

要旨 1. わが民法には、血統上の父が非嫡出子を自己の子として養育している事実に基づいて、当然に、認知の効力を発生させる旨の規定がないから、父が自分の子として養育している場合においても、父が任意に認知の届出をするか、または子がその父に対して提起した認知の訴えにおいて勝訴の判決を得るか、あるいは右判決にかかわるそのいずれかの手続きを経ない限り、いまだ認知の要件は完全に具備したことはない。

## ⑥最判昭和 54 年 6 月 21 日家月報 31 卷 11 号 84 頁 親子関係存在確認請求事件

要旨 1. 法律上の父子関係は認知によってはじめて発生するものと定めていることは法的安定を保持する上から十分な合理性をもつから憲法 12 条及び 13 条に違反しない。

## ⑦最判平成 10 年 8 月 31 日家月報 51 卷 4 号 75 頁 出征と親子関係不存在

要旨 3. 夫婦が子の出生する 9 か月余りに別居し、夫婦間にはその以前から性交渉がなかったものの、別居後出産までの間に妻と性交渉の機会を有したほか、妻となお婚姻関係にあることに基づいて婚姻費用の分担金や出産費用の支払いに応ずる調停を成立させたなど、判示の事実関係の下においては、嫡出否認の訴えは不適法である。

## ⑧最判平成 12 年 3 月 14 日家月報 52 卷 9 号 85 頁 親子関係不存在確認請求事件

要旨 2. 嫡出推定を受ける子につき夫がその嫡出であることを否認するためには、専ら嫡出否認の訴えによるべきものとし、かつ右訴えにつき 1 年の出訴期間を定めたことは身分関係の安定を保持する上から十分に合理性を有するものであり、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を保持する必要性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持って、嫡出否認の期間経過後に、親子関係不存在の訴えをもって夫と子の間の父子関係の存否を争うことはできない。

## 事実関係

一 本件は、被上告人が戸籍上同人の嫡出子とされている上告人に対し、両者の間に親子関係不存在の確認を求める訴えを提起した事案である。記録によって認められる事実関係の概要は以下の通りである。

1 被上告人 B と訴外 C は、平成 3 年 2 月 2 日、婚姻の届出をした。

2 C は、平成 3 年 9 月 2 日上告人 A を出産した。被上告人 B は同月 11 日、A の出生の届出をし、A は戸籍上は B と C との嫡出子として記載されている。

3 B と C は、平成 6 年 6 月 20 日上告人の親権者を C と定めて協議離婚した。

4 B は、平成 7 年 2 月 16 日、本件訴えを提起した。

- 二 第一審は、本件訴えを却下したが、原審は本件訴えの適法性につき次のとおり判断し、第一審判決を取消して事件を第一審に差し戻す旨の判決をした。
- 1 民法上嫡出の推定を受ける子に対し、父が推定を否定するためには、同法の規定ののっとり嫡出否認の訴えによることを原則とするが、嫡出推定及び嫡出否認の制度の基盤である家族共同体の実態が既に失われ、身分関係の安定も有名無実となった場合には、同 777 条所定の期間が経過した後においても、父は父子間の自然的血縁関係の存在に疑問を抱くべき事実を知った後、相当の期間内であれば、例外的に親子関係不存在確認の訴えを提起することができるものと解するのが相当である。
- 2 本件において、B と C との婚姻関係は消滅していることから、B と A をめぐる家族共同体の実体は失われていることは明かである。また、B と A との間に自然的血縁関係がないのではないかという疑いを高めたのは、平成 7 年 1 月 22 日に C からその旨の電話を受けた時であり、B はその後速やかに本件訴えを提起している。
- 3 したがって、本件においては、B は A に対し、親子関係不存在確認の訴えを提起し得るものと解すべきであり、本件訴えは適法といえる。
- 三 しかしながら、原審の右判断は是認することができない。その理由は次のとおりである。

民法 772 条により嫡出の推定を受ける子につき夫がその嫡出であることを否認するためには、専ら嫡出否認の訴えによるべきものとし、かつ、右訴えにつき 1 年の出訴期間を定めたことは、身分関係の法的安定を保持する上から十分な合理性を有するものといえることができる。(最高裁昭和 54 年(オ)第 1331 号同 55 年 3 月 27 日第一小法廷判決・裁判集民事 129 号 353 頁参照)。

そして、夫と妻との婚姻関係が終了して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の訴えをもって夫と子の間の父子関係の存否を争うことはできないものと解するのが相当である。(最高裁昭和 43 年(オ)第 1184 号同 44 年 5 月 29 日第一小法廷判決・民集 23 巻 6 号 1064 頁、最高裁平成 7 年(オ)第 2178 号同 10 年 8 月 31 日第二小法廷判決・裁判集民事 189 号 497 頁参照)。

しかしながら、本件において、右のような事情は認められず、他に本件訴えの適法性を肯定すべき事情も認められない。

そうすると、本件訴えは不適法なものといわざるを得ず、これと異なる原審の判断には法令の解釈適用を誤った違法があり、この違法は原判決の結論に影響を及ぼすことは明かである。この点をいう論旨は理由があり、原判決は破棄を免れない。そして、以上に説示したところによれば、本件訴えは却下すべきであるから、右と結論を同じくする第一審判決は正当であって、被上告人の控訴はこれを棄却すべきものである。