

嫡出推定の及ぶ範囲

——裁判例より見たる——

佐藤義彦

目次

はじめに

一 裁判例の概観

一 事実上の離婚中における妻の懐胎

二 夫の長期不在中における妻の懐胎

三 懐胎期間内における夫との肉体関係の不存在

四 夫の生殖不能

五 避妊方法の実施

六 血液型・血清型の違背

七 混血児

八 父母の婚姻

二 まとめに代えて

一 裁判例の要約

二 血縁の不存在と嫡出推定の関係

三 三種の推定——懐胎時期の推定・肉体関係の推定・因果関係の推定

四 むすび

嫡出推定の及ぶ範囲

同志社法学 三三卷三・四号

二〇五 (五九九)

はじめに

民法第七七二条第一項は、「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する」と定めている。しかも、同条第二項によれば、婚姻成立の日から二〇〇日後または婚姻終了の日から三〇〇日以内に生まれた子は婚姻中に懐胎したものと推定されるので、結局、母の婚姻成立の日から二〇〇日後でかつその終了の日から三〇〇日以内に生まれた子は当然に母の夫の子と推定されることになる。もっとも、現実には、かならずしも母の夫が子の父であるわけではないから、このような場合には、民法第七七四条以下の規定にしたがって右の推定を破り、夫と子との間に父子関係が存在しない旨の確認をすることができる。いわゆる嫡出否認である。しかし、この嫡出否認は、かならず訴えの方法によることを要するのみならず、その原告となりうる者が夫に限定されていること、提訴期間が子の出生を知った時から一年以内とされていることなど要件が厳格であるため(民法第七七四条以下)、夫と子との間に父子関係が存在しないにもかかわらず、事実上父子関係があるとして取り扱われざるをえない事例が現実には少なくない。

このような立法の不備?をおぎなうため、判例・学説は「嫡出推定が及ばない子」なる概念を創設し、嫡出否認の方法によることなく夫と子との父子関係の不存在を主張できる範囲を広げてきている。本稿は、現在までに公表されている裁判例を素材として、嫡出推定の及ぶ範囲(及ばない範囲)に関する判例の立場を紹介し、あわせて、私なりのこの点に関する一応の考え方を示そうとするものである。

一 裁判例の概観

一 事実上の離婚中における妻の懐胎

事実上の離婚中に妻が懐胎し離婚後に出生した子と夫との間にも第七七二条による父子関係の推定が働くかに関し、当初の判例はこれを肯定的に解していたが、昭和一三年の大審院判決が事実上の離婚中の懐胎子については嫡出否認の手續によることなく夫と子との間の父子関係不存在確認を求めることができると解して以来、多くの下級裁判所が右立場に立った裁判を下しており、現在では、妻が事実上の離婚中に懐胎した子は第七七二条にいう「妻が婚姻中に懐胎した子」に含まれないという解釈は確定しているといつてよい。具体的にみてみよう。

1 宮城控訴院大正八年一月二〇日判決は、母が事実上の離婚中に懐胎し離婚後出産した子から父に対して認知を求めたものであるが、裁判所は「被控訴人の母スエが前夫利助と事実上離婚を為したる後被控訴人を懐胎したるものに係り被控訴人が利助の胤に非ざることは当事者間争なき処なりと雖も」、「利助より被控訴人に対し否認訴権を行使したる事跡の認むべきものなきを以て被控訴人は今尚ほ利助の嫡出子として同人の家籍に在ると同時に」、「スエは被控訴人と家を異にし同人に対し親権を行ふものに非ざる結果同人の法定代理人たる資格なきものなれば民法第八百三十五条（注・現行第七八七条）に依り私生子認知の訴を提起し得べき適格を有せざるものとす」と述べ、母スエが親権者法定代理人としてなした訴えを却下している。この判決は民法第七七二条を形式的に適用したもので、伝統的な解釈に従ったものにすぎず、その意味では特に目新しいものではないが、原審仙台地裁古川支部大正八年七月三十一日判決は子からする認知請求を認容していた点に注目する必要があると思われる。もっとも、原審判決は公表されてい

ないようで、参照することができないのは残念である。

2 昭和に入ってから、大審院は、事実上の離婚後新たな男性と内縁関係に入った母と右内縁の夫との間に生まれた子から、夫および内縁の夫の死亡後、母を相手方として、民法第七七三条に準じて内縁の夫との間の父子関係の確定を求めた事実において、注目すべき判断を下した。⁽²⁾ 次のように述べている。「本訴ハ民法所定ニ係ル父ヲ定ムルコトヲ目的トスル訴ニ該当セサルハ論ナキモ之ニ準スル一ノ訴トシテ人事訴訟ヲ以テ之ヲ律シ其ノ当事者ノ如キハ則チ宜ク人事訴訟手續法……ヲ類推シテ之ヲ定ムヘク古屋常市(注・夫)池本藤兵衛(注・内縁の夫)死亡後ノ今日上告人(注・子)ノ提起セル本訴ニ於テ被告タル適格ヲ有スルモノハ則チ検事ヲ眞テ他ニ其ノ人アルヘカラス被上告人(注・母)ヲ相手方トスル本訴ハ此ノ点ニ於テ已ニ失当」と。

この判決は、結果的には、子である原告の請求を却けたものであるが、右に引用した箇所先だち次のように述べており、これがその後の下級裁判所の裁判に重大な影響を与えたのである。

「民法第八百二十条(注・現行第七七二条)第二項ハ子ハ受胎後二百日以上三百日以内ニ生ルルヲ以テ生理上ノ原則トスト云フ前提ニ立ツモノナリ從ヒテ同法第七百六十七条(注・現行第七三三条)第一項ノ期間内ニ再婚シタル女カ前婚ノ解消又ハ取消ノ日ヨリ三百日内後婚成立ノ日ヨリ二百日後ニ分娩シタルトキハ前夫ノ子ト推定セラルルト共ニ後夫ノ子ト推定セラレ其ノ孰ノ子ナルヤヲ知ルニ由無キカ故ニ所謂父ヲ定ムルコトヲ目的トスル訴ニ依リテ之ヲ一決スルモノ之ヲ同法第八百二十一条(注・現行第七七三条)ノ規定ト為ス是故ニ女カ婚姻解消又ハ取消後他ノ男子ト事実上同棲シタル場合或男子ト事実上ノ同棲ヲ止メタル後他ノ男子ト婚姻ヲ為シタル場合前後共ニ事実上ノ同棲ナル場合甚シキニ至リテハ即有夫ノ婦カ他ノ男子ト通シタル場合若ハ無夫ノ婦カ数人ノ情夫ヲ有スル場合等凡ソ冒頭判示ノ生理

上ノ原則ニ遵フトキハ孰ノ子トモ推定シ得ラルルニ当リ其ノ孰ノ子ナリヤヲ確定スルコトハ之ヲ許サス若ハ之ヲ要セ
ストセハ則チ已ム其ノ爾ラサル限リ前記第八百二十一条（注・現行第七七三条）ノ法意ノ自ラ此ノ間ニ類推セラルト云
ハムヨリモ類推ノ外無キハ蓋纒述ヲ俟タサラムナリ」

つまり、本稿に関する部分についてだけ言えば、「（待婚期間内に）再婚シタル女カ前婚ノ解消又ハ取消ノ日ヨリ三百
日午後婚成立ノ日ヨリ二百日後ニ分娩シタルトキ」のみならず、「有夫ノ婦カ他ノ男子ト通シタル場合」にも、父を
定める訴えの類推によって父を定めるほかない、というのであった。判決文によれば、「他ノ男子ト通シタル」有夫
の婦は必ずしも事実上の離婚中における妻には限定されていないのみならず、父を定める訴えの類推適用ということ
からいえば、むしろ現実的にも夫との婚姻生活を営んでいながら他の男性と関係をもった妻だけが問題とされている、
と読めないこともないだろうけれども、事案は事実上の離婚中における妻が生んだ子に関するものであったことが、
その後の裁判所に影響を及ぼしたのであった。

大阪地裁昭和一七年七月一八日判決は、⁽³⁾事実上の離婚中に懐胎され離婚後に出生した子が母の死亡後父を相手方と
して父確定の訴えを提起した事案であるが、右大審院判決を引用して被告を父と確定せしめている。また、大阪高裁
昭和三一年三月二三日決定は、⁽⁴⁾母の事実上の離婚後懐胎され離婚後に出生した子が、父を定める訴えを提起する前提
として、夫の死亡後、父を相手方として家庭裁判所に親子関係存在確認調停を申し立てて合意に相当する審判を得た
あと、家庭裁判所から戸籍法第一一三条による戸籍訂正許可を得て、戸籍役場に対し戸籍訂正を申し立てたところ、
右戸籍役場はその申請につき不受理処分をしたので、不服申立てをした事案であるが、裁判所は、父を定める訴えの
前提としての親子関係存在確認審判（二三条審判）によって父子関係が確認された以上、確定した審判は確定判決と同

一の効力を有し人事訴訟手続法第三二条第一八条第一項の類推により第三者に対しても効力があり、また同一人に二人の父の存在はありえないから、右審判は同時にその反面において右子は夫の子でないことをも確認するものといふべきであると判示し、戸籍訂正申請の受理を命じている（その他、福岡高裁昭和二六年一月二十九日判決⁽⁵⁾、傍論としてではあるが、「例えば妻が夫と別居して数年になるにまだ法律上の離婚手続を了しない儘他の男と同棲して子を分娩したる場合とか、永らく夫が出征中若くは海外において別居中とかその他離婚同様に別居生活をし永く夫婦関係を断絶している場合の如く外部関係から何人がこれを見てもその夫婦間では絶対に夫の子を懐胎し得られない状態であることまことに明かな場合」は、「例外として父を定める訴に準じてこれを救済することのできるものと解するのが相当である」と述べている）。

3 しかし、事実上の離婚中に懐胎された子について父を定める訴えに関する規定を類推適用することについては、前掲大審院昭和一一年七月二十八日判決に関する判例批評中においてすでにその不当なことが指摘されており、前掲大阪地裁昭和一七年七月一八日判決に対しても、父を定める訴えの類推ではなく嫡出父子関係の不存在確認請求を許すべきであろうとの批判がなされていた。⁽⁷⁾

このような批判に応じたのか、熊本地裁昭和三一年八月一四日判決⁽⁸⁾は、父から子と母の夫との間の父子関係不存在確認を求めた事案において、「（民法第七七二条による）父性の推定は無条件に加えられるものではなく、子の懐胎当時夫婦があくまで夫婦としての正常な婚姻的共同生活を営んでいる事実そのものに対して付与される法律上の推定にはかならないので妻が戸籍の上では婚姻中に懐胎した子であっても、夫婦が事実上離婚状態にあるとか或いは夫が永らく海外に滞在し若くは行方不明の状況にあるなど長期に亘る別居生活をなし永らく夫婦関係を断絶している場合のよう外部関係から何人がこれを見てもその夫婦間の子であり得ないことが明白な場合にはその子は夫の子である旨の

推定を受けないものと解するのが相当であり、右の如く本来嫡出子としての推定を受けない子が偶々戸籍上夫の子即ち嫡出子として届出がなされておる場合には之と利害関係を有する者は何人と雖も訴によってその父子関係を争い、真実に合致する戸籍の訂正を求めうべきものといわなければならない」と判示し、父子関係の不存在を確認した。その後同趣旨の事案において、大津家裁昭和三二年八月一三日審判⁽⁹⁾(ただし、母からする父子関係不存在確認請求事件。なお、夫は韓国人である)、松山家裁八幡浜支部昭和三四年四月二一日審判⁽¹⁰⁾、札幌家裁昭和四一年八月三〇日審判⁽¹¹⁾(ただし、子からする父子関係不存在確認請求事件)はいずれも夫と子との間の父子関係不存在を確認している。

4 婚姻中の懐胎子は、その懐胎が事実上の離婚中になされた場合であっても、戸籍の実務上は懐胎時における夫の子として戸籍に記載される。そこで事実上の離婚中に懐胎された子についてはしばしば出生届がなされず(前掲大審院昭和二一年七月二八日判決は右のような子につき二〇年間も出生届がなされていなかったという事案である)、または、出生日をずらして虚偽の届出(母の非嫡出子としてまたは母の再婚後における夫の嫡出子として)がなされることがある。後者の場合において、その後戸籍簿中における出生日の記載だけを訂正できるかは問題である。出生日を訂正すると形式的には、母の先夫の子としての推定を受けるので、同時に父欄の訂正をも必要とするように思われ、また、出生届の届出人の資格を「同居者」と変更しなければならぬ場合もあるだろうからである。ところが、福島家裁平支部昭和三八年六月三日審判⁽¹²⁾は、事実上の離婚中に懐胎され出生した子について父母の婚姻(再婚)後に出生したごとく記載されている戸籍の生年月日のみを父からの申立てに基づき真実の出生日に訂正することを許可したものである。まったく同趣の事案において札幌家裁滝川支部昭和三九年七月一六日審判⁽¹³⁾も生年月日のみの記事を錯誤として訂正することを許可しているが、ここでは、その理由として、「しかしながら、花子(注・子)の真実の父が申立人であることはす

に前段認定のとおりであるから、本件で花子の戸籍につき父の氏名および出生届出人の資格の訂正をした場合は、後日さらにその訂正記載を真実に合致するよう、つまり現在の戸籍どおりに再訂正することが必要となるのであって、かかる訂正手続きをくりかえすことはあまりに形式論理にとらわれた迂遠の業といわねばならない」と述べている。

5 夫の子と記載されている子から父に対して直接（嫡出否認をまずに）認知を求めることができるとも、東京地裁昭和三八年一月二八日判決⁽¹⁴⁾、前橋家裁桐生支部昭和三八年七月一日審判⁽¹⁵⁾、神戸地裁昭和四一年七月二日判決⁽¹⁶⁾およびその控訴審である大阪高裁昭和四三年七月三〇日判決⁽¹⁷⁾、東京高裁昭和四三年九月三〇日判決⁽¹⁸⁾はいずれもこれを肯定していたが、右神戸地裁判決および大阪高裁判決の上告審である最高裁昭和四四年五月二九日判決⁽¹⁹⁾が、「右事実関係のもとにおいては、被上告人光子（注・子）は母百合江と伊藤重雄との婚姻解消の日から三〇〇日以内に出生した子であるけれども、百合江と重雄間の夫婦関係は、右離婚の届出に先だち約二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、たんに離婚の届出がおくれていたにとどまるというのであるから、被上告人光子は実質的には民法七七二条の推定を受けない嫡出子というべく、同被上告人は伊藤重雄からの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」と述べて、認知請求を認容し、さらに、右東京高裁判決の上告審である最高裁昭和四四年九月四日判決⁽²⁰⁾も、右最高裁判決を引用しつつ、「右事実関係のもとにおいては被上告人は母花子と石田源吉との婚姻解消の日から三〇〇日以内に出生した子であるけれども、花子と源吉間の夫婦関係は、右離婚の届出に先だち約二年以前から事実上の協議離婚をして爾来夫婦の実態は失われ、たんに離婚の届出がおくれていたにとどまるというのであるから、被上告人は実質的には民法七七二条の推定を受けない嫡出子というべく、被上告人は石田源吉からの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」と述べて子から

の認知請求を認めた。⁽²¹⁾

6 このように、現在では、母の事実上の離婚中に懐胎された子は夫の子と推定されず、それゆえ、このような子が戸籍上夫の子と記載されているときは嫡出否認をまたず夫との間の父子関係不存在確認を求めることができ、子の出生年月日が戸籍上誤って記載されているときは生年月日のみの訂正をすることができ、あるいは、右のような子は父に対し直接認知を求めることができる、ということに確定しているといつてよいであろう（なお、その他、仙台地裁大河原支部昭和三八年八月二十九日判決は、⁽²²⁾夫の三年以上の生死不明を理由とする離婚判決においては、夫が所在不明になってから懐胎した子については、夫の子でないことが明らかであるから、妻を親権者とするという内容の親権者の指定はなすべきでない」と判示している）。

二 夫の長期不在中における妻の懐胎

夫が長期不在中に妻が懐胎した場合については、事例の数がさほど多くないので断定的なことはいえないが、事実上の離婚中ないし夫の生死不明中の懐胎の場合と必ずしも同一に取り扱われているとはいえないようにも思われる。

1 大審院昭和十三年二月二四日判決は、⁽²³⁾出生日前三〇〇日ないし二〇五日の間夫と別居していた母により懐胎されその離婚届出の二日後に出生した子が、夫に対し、その嫡出子であることの確認を求めた事案であるが（戸籍上は夫の弟として記載されていた）、裁判所は、子の出生を知った後一年以内に夫が嫡出否認をしなかったという一事を認定して、請求を認容している。この事件の場合は、厳格に認定されているわけではないが、子の出生前二〇五日ないし二〇〇日の間は母と夫とが同棲していたようであり、この点があるいは考慮されたのかもしれないが、前述したように、すでに昭和十一年七月二十八日には、事実上の離婚中における懐胎子について父を定める訴えの類推による人事訴

訟が認められるかのような判決が出されているのであり、これら兩判決の関係が問題とされるべきであったように思われる。

2 しかしその後は永らく夫の長期不在中の懐胎子に関する事案は公表されなかったようである（もともと、傍論としてあるいは例示として夫の長期不在中の懐胎子については嫡出推定は働かない旨を述べたものは存在している）。昭和五十一年になって二事例が公表されたのみである。那覇家裁昭和五十一年二月三日審判⁽²⁴⁾は、夫（韓国人）の在監中に懐胎期間（出生前二〇〇日ないし三〇〇日）があたる子からの認知請求事件であるが、「嫡出推定は、子の懐胎期間中、夫が……在監中……等夫と妻との間における同棲交渉が欠如していることが外観的に明瞭である場合には、排除され」と述べ、認知を認めている。大阪高裁昭和五十一年九月二一日判決⁽²⁵⁾は、子の出生前二〇〇日ならびに二九六ないし三〇〇日目の間のみ同棲の可能性があり他の期間は夫が交通事故で入院中であつたという事実において母の最終月経日から懐胎時を別居期間中であると認定し、父子関係不存在確認請求を却下した原判決を取り消し差し戻している。次のようにその理由を述べている。「妻が婚姻中に懐胎した子であっても、妻の懐胎期に夫婦同棲がまったく欠けており、妻が夫によって懐胎することが不可能であり、そのことが外見から明白な場合には、同条（注・民法第七七二条）の推定が及ばないものと解するのが相当である。……とところで、嫡出推定の基礎たる夫婦同棲の欠如していることが、外見上明白な場合といつても、右のような外観的事実の存否は、何らの証明をまたずに明白であるというようなものではなく、やはり証拠調をまっして判明する事柄であるから、結局右にいう夫の子を懐胎しえないことが外見上明白な場合は、夫婦間の秘事を少くとも直接には公開しないで立証しうるものであるかぎり、ひろくその証拠調の結果を総合してはじめて判明するような場合をも包含するものと解するのが相当である」と。

3 那覇家裁の審判の事案は子の出生前二〇〇日ないし三〇〇日の全期間にわたって母と夫との同棲のないことが明白であったので、その意味では事実上の離婚中の懐胎子と同一に取り扱うことができたとと思われるけれども、大阪高裁の事案は、わずかではあったが右期間内に夫と母との同棲の可能性が残されている。前掲大審院昭和一三年二月二四日判決はほぼ同一の事例において、実質審理をすることなく、夫が嫡出否認をしなかったという一事から嫡出父子関係の存在を確認しているものであり、この判決との間に不統一が存するように思われる。

三 懐胎期間内における夫との肉體關係の不存在

懐胎期間内に同居中の夫との間に肉體關係がなかったことを立証して推定の及ばないことを主張できるかに関して判例の立場はかなり微妙である。

1 名古屋地裁岡崎支部昭和二九年四月九日判決⁽²⁶⁾は、強度の精神分裂病にかかったため性交能力を欠くに至った夫が子の出生後五年経過したときに禁治産宣告を受けたのでその後見人に就任した者が右禁治産者を代理して否認の訴えを提訴した事案であるが、後見人就任以前から夫のために子の出生を知っていた場合にも否認の訴えの提訴期間の起算点は、後見人就任の時であると解して、訴えを認容した事実である。本件の原告は右後見人を法定代理人とする禁治産者たる夫がなっており後見人自身ではなかったから右の説示が本事案に妥当であったかには疑問があるが、他面において、夫が性交無能力であれば嫡出推定が働かないとして父子関係不存在確認を認めてもよかつたにかかわらず、あえて嫡出否認事件として処理したあたり裁判所の苦勞したことがうかがわれるようである。

2 明らかに性交無能力と思われる事案は右の一件しか見出せなかつたが、懐胎時に夫との間に肉體關係のなかつたことを認定して裁判した事例が二例存在している。松江地裁益田支部昭和四四年四月二五日判決⁽²⁷⁾は、夫と子との間

で親子関係不存在確認の合意に相当する審判がなされて確定した後右の子が別の男性を相手どって認知の訴えを提起した事案である。被告は、右の調停申立てが子の出生後八年余を経た後になされていることを指摘して右審判の効力を争ったが、懐胎当時は「右訴外人(注・夫)の年齢の問題もあって、右両者(注・母と夫)の夫婦関係は杜絶するにいたった」ことを一つの理由として、認知請求を認容している。前掲大阪高裁昭和五一年九月二一日判決は、⁽²⁵⁾子から夫に対する父子関係不存在確認請求事件であるが、裁判所は、「春子(注・母)は長女雪子と階下三帖の間で、被控訴人(注・夫)は二階四帖半の間で各別に就寝していたうえ、被控訴人は毎夜のように飲酒するなどのこともあって、夫婦仲はとかく円満を欠いていたこと」などを認定したうえ、このような場合には「講学上のいわゆる推定されない嫡出子というべく」、嫡出否認によることなく、一般の親子関係不存在確認訴訟によることができる、と判示している。もっとも、これら二つの裁判例は、いずれも夫と子との間に血液型の違背がある事例であることを見逃すことはできないかもしれない。

3 このように見てみると、同居している夫と母との間に子の懐胎当時肉体関係のなかったことを認定することに裁判所はかなり消極的であるということができようと思う。

四 夫の生殖不能

肉体関係をもつことは可能であるが生殖能力はないという場合(以下本稿では「生殖不能」という)は、「性的無能力」として「性交不能」と同一に論じられることがあるが、⁽²⁸⁾性交不能と生殖不能とは区別して考察する必要がある。もっとも、生殖不能の事案は次の一例のみのものである。

新潟地裁昭和三二年一〇月三〇日判決は、⁽²⁹⁾精子欠如症の夫が原告となって、子の出生約二年半後に、子を被告とし

て、父子関係不存在確認を求めた事案であるが、裁判所は、「夫たる原告は、婚姻中全く生殖能力を有しなかったことが極めて明白であり、したがって被告が原告の子であり得ようはずがないのであるから、このような場合には、民法第七七十二条によって原、被告間に父子関係の存することの推定はうけないのである」と述べて、父子関係の不存在を確認している。夫に生殖能力がないときは夫が父でないことは明らかであるとしても、⁽³⁰⁾それがなぜ嫡出推定をうけないことにつながるのかについての説明はない。

五 避妊方法の実施

避妊方法の実施⁽³¹⁾それ自体が嫡出推定を排除する事由となることを認めた裁判例は見あたらない。ただ、東京家裁昭和五一年五月二八日審判⁽³¹⁾は、性的交渉のとき避妊具（コンドーム）を用いて避妊していたという事例において、血液型の違背、母と夫との間の婚姻関係の破綻、父母の再婚、父子関係の不存在についての夫の承認などを理由として、嫡出推定の規定は適用されないとし、子からの父子関係不存在を確認している。なお、その他としては、傍論ではあるが、大分家裁中津支部昭和四八年一月八日審判⁽³²⁾がくわしく避妊方法の実施（膈外射精）と嫡出推定との関係について述べているので、参考までに引用しておこう。

「性交時の膈外射精による受胎障害というがごとき事実は、閨房の秘事として夫婦間における高度の秘密に属し、夫婦間の事実上の離婚・別居、夫の長期不在・行方不明等それ自体公然性を具えている事実による懐胎不能などは、自ら異なり、他人の不可触的聖域ともいうべきであるから、これを理由とする父子関係否認の訴等は民法第七七七条所定のごとき厳格な要件に服させることが必要であって、たやすく嫡出性の推定を排除しいつでも、また利害関係ある一般第三者からでも右趣旨の訴を提起できるところのいわゆる『推定されない嫡出子関係』として位置づけること

は、夫婦・家庭の秘密保持のため認められた『嫡出否認厳格性』の原則をみだることになり、妥当でない」と。

六 血液型・血清型の違背

夫と子との間に血液型の矛盾があり、この両者間に絶対に父子関係の可能性が存在しないという場合には嫡出推定の規定が適用されないとする裁判例が若干存在する。

1 松江家裁昭和四六年九月三〇日審判⁽³³⁾は、昭和四五年三月二日に生まれた子の血液型がA型、夫がB型、母がO型であることを昭和四六年一月に知った夫が、子の出生を知ってから一年以上経過した昭和四六年八月二三日に、嫡出否認の申立てをした事案に関するものであるが、裁判所は、右血液型の違背を確認したうえ、嫡出否認の訴えの提出期間につき、「当裁判所は、民法七七七条の出訴期間は夫に嫡出子でないことを知らなかったことについて故意または重大な過失がない限り、夫が否認の原因を知ったときより一年と解すべきものと考える」と述べ、請求を認容した。この事件は、血液型に矛盾があるときは嫡出推定が及ばなくなると判断したのではなく、出訴期間の起算点をずらすことによって嫡出否認として処理したものであるが、実質的には、嫡出推定が及ばなくなると判断したのと同じ結論になっている。たまたま申立人が夫であったため右のような操作が可能であったが、申立人・原告が子であったときは、右のような処理はできなかつたはずである。

2 前掲東京家裁昭和五一年五月二八日審判⁽³¹⁾は、子から夫を相手どってした父子関係不存在確認請求事件において、血液型などの医学的見地から百パーセント父子関係の存在が否定される場合には嫡出推定の規定は適用されず、父子関係不存在の確認裁判が可能であるとして、請求を認容している。前掲大阪高裁昭和五一年九月二一日判決⁽²⁵⁾も同一の結論を述べている。もっとも、この二つの裁判例は、血液型の違背があるときはそれだけで嫡出推定が排除されると

解しているわけではなく、前者にあっては、母と夫との婚姻関係の破綻、母と父との間における新しい家族関係の形成、夫の側における父子関係不存在の承認などの要件が満たされることを要求しており、後者にあっては、母と夫との同棲の欠如、母の離婚、父母の再婚、夫の側における父子関係不存在の承認などが総合的に判断の資料とされている。これに反し、東京家裁昭和五二年三月五日審判⁽³⁴⁾は、同じく子からする夫との間の父子関係不存在確認請求事件において、「血液型の対照により親子の血縁が否定される場合には、他の証拠をまつまでもなく親子関係の不存在を断定するに足りるものであり、かような科学的証明により親子関係が一〇〇パーセントあり得ないものとして否定された場合には、外形上は民法七七二条に該当する場合であっても……同条の適用は排除され、生れた子が夫の子と推定されることはないものと解すべきである」と述べ、父子関係の不存在を確認している。その他、涉外事件ではあるが、東京家裁昭和五三年三月一七日審判⁽³⁵⁾も、日本民法と同一内容を規定する韓国民法の解釈として、「血液型の対照により客観的に父子関係のないことが明らかなる場合には右の推定（注・嫡出推定）が及ばないと解すべきである」としている。

七 混血児

従来公表されている事例は日本人と黒人との混血児の事例が一例存在しているにすぎない。異人種間に生まれた子（混血児）にも、その混血であることが一見して明白である場合とそうでない場合とがありうるので、すべての場合に ついて同一に取り扱うことは困難であろうが、参考までに紹介しておこう。

福岡家裁昭和四四年一二月一一日審判⁽³⁶⁾は、出生後約三年経過した黒人との混血児から夫を相手どってした父子関係不存在確認請求事件であるが、「正常な婚姻的共同生活関係にある純粹の日本人夫婦から歴然たる黒人との混血児が

生れたような、夫の子でないことが、遺伝学上客観的に明白であり本来その異常性が社会に公開された状況にあって夫婦間の秘事として秘匿し正常な父子の関係を保持することが困難な場合は、単に血液型の検査の結果から父子関係の存在が否定される場合や、日常生活の外見上明白でない夫の生殖不能の場合の如く父子関係の不存在が夫婦家庭内の秘事として止まりうる場合とは異なり、前記の嫡出子の推定を設けた趣旨に反するものでないから、嫡出子としての推定を受けないものと解され、戸籍を訂正するため親子関係不存在確認の訴えないし審判が法律上許されるとするのが相当である」と述べている。

八 父母の婚姻

嫡出推定・嫡出否認の制度が家庭の平和を維持し夫婦間の秘事を公けにすることを防ぐということを目的としたものであるとすると、婚姻関係が破綻した後にはあえて夫からの嫡出否認をまつ必要がなくなるのみならず、特に母がその後に至って父と婚姻(内縁を含む)したような場合には、子の側からの夫に対する父子関係不存在確認と父に対する認知請求が認められて然るべきであるという議論も成り立つ余地がある。

1 この点に関し、東京家裁昭和五〇年七月一四日審判⁽³⁷⁾は、嫡出推定・嫡出否認の制度の目的が家庭の平和と父子関係の早期安定を図るといふ点にあることを述べた後、「しかし、以上は、家庭が破壊されずに維持されている場合を前提としている。子の出生前、あるいは夫が子の出生を知った時から一年以内に家庭が破壊した場合には、否認の訴の出訴期間について厳格な要件を定める意義は失われる。特に夫が法律の不知から、または妻またはその子の父と目される他男を困惑させる目的で、否認の訴を提起せず、出訴期間を徒過するときは、子から真実の父を尋ねる機会を奪うことになり、子の幸福に反することが明らかである。そして結局前記の出訴期間内に父母が離婚に立ち至り、

子の母が子の父と目される他男と婚姻するに至った場合には、戸籍上の父からの嫡出否認の訴を待つことなく、母、子もしくは利害関係人から戸籍上の父と子との親子関係不存在確認の訴を提起することが許されるものと解すべきである」と述べ、母が夫との婚姻共同生活中に他の男性と通じて子を懐胎・分娩した例につき、子の出生一日前に夫と父との間で慰藉料の支払ならびに出生子の監護養育に当たっては父と母との協議によってその処遇を決めることとし夫はこれについて何ら異議を申し立てない旨の合意が成立していること、子の出生後母は父と再婚していることを認定して、出生後三年以上経過してから夫を相手方として子から申し立てられた父子関係不存在確認請求を認容している。前掲東京家裁昭和五一年五月二八日審判⁽³¹⁾も、「子どもが母とその夫との婚姻共同生活中に出生したものであって、形式的にみれば、民法七七二条により父の嫡出子であるとの推定を受けることになる場合であっても、血液型などの医学的見地から百パーセント父子関係の存在が否定され、しかもすでに母と婚姻関係にあった夫との婚姻が破綻し、すでに離婚に至っていて、しかも子と母および事実上の父と推定される者との間に新しい家族関係が形成されており、戸籍上の父において、子との間に親子関係がないことを承認しているような場合には、実質的には、民法七七二条の嫡出推定の規定は適用されず、一般の原則に従って右戸籍上の父と子との間に法律上の親子関係が存在しないことの確認的裁判をすることができると解すべきである」として、出生の三年後に子からなされた父子関係不存在確認請求を認めている（もっとも、本事例では、母と父との間に形成されているという「新しい家族関係」はいまだ内縁にとどまっている）。その他、母と父とが婚姻関係ないし内縁関係に入ってから提起された裁判において嫡出推定の規定が事実上適用されなかった事例は極めて多い（たとえば、前掲大審院昭和二年七月二八日判決、前掲大阪地裁昭和十七年七月一八日判決、前掲熊本地裁昭和三年八月一四日判決、前掲大津家裁昭和三年八月一三日審判、前掲松山家裁八幡浜支部昭和三年

四年四月二二日審判、前掲福島家裁平支部昭和三八年六月三日審判、前掲前橋家裁桐生支部昭和三八年七月一日審判、前掲仙台地裁大河原支部昭和三八年八月二九日判決、前掲札幌家裁滝川支部昭和三九年七月一六日審判、前掲札幌家裁昭和四一年八月三〇日審判、前掲大阪高裁昭和五一年九月二一日判決、前掲東京家裁昭和五二年三月五日審判など多数)。

2 なお、母とその夫との婚姻関係の破綻が嫡出推定の適用になんらかの影響を与えているかについては、事例のほとんど大部分がすでに婚姻関係の破綻後におけるものであり、婚姻関係がいまだ破綻していない(と思われる)事例は、アメリカ黒人兵から強姦され歴然たる黒人との混血児が生まれたという前掲福岡家裁昭和四四年一月一日審判⁽³⁶⁾だけである。もしも母の婚姻関係が破綻した後は嫡出推定の規定が適用されなくなる(これを逆にいえば、母の婚姻関係が継続している間だけは嫡出否認によらなければならない)と解すれば、ほとんど大部分の事例において嫡出否認の必要がなくなる、ということになる。

二 まとめに代えて

一 裁判例の要約

右に見たように、裁判例は種々の場合ごとに嫡出推定に関する民法第七七二条の規定、ひいては嫡出否認についての同法第七七四条以下の規定の適用されないケースについて論じているが、これを要約すれば次のようになる。

事実上の離婚・夫の生死不明、全懐胎期間にわたる夫婦の別居といった夫婦間に同棲の事実のないことが外見上明らかとなる事由の存する場合に嫡出推定が及ばないことについては、現在では異論がない。推測される懐胎の時期に夫婦の同棲がなかったことが外見上明らかな場合の取り扱いについては、反対もあるが、最近の裁判例はこの場合に

も嫡出推定が及ばないとする傾向にあるといえる。生殖不能・避妊方法の実施の場合については、事例が少ないが、これが単独で問題とされるときはおそらく嫡出推定が及ぶと解されるものと思われる。血液型・血清型の違背についても事例は多くないが、生殖不能や避妊方法の実施の場合とは逆の傾向にあるといえるようである。明白な混血児が生まれた場合についても同様である。母とその夫との間に肉体関係があった場合には、子に嫡出否認権を認めまたは提訴期間を夫が子の自己の子でないことを知った時から一年と解するなどの方法をとることによって、いずれも嫡出否認として処理する傾向にある。性交不能のケースは一例しか見当たらなかったが、ここでも提訴期間の起算点をずらすことによって否認の訴えとして処理している。

父と母が事実上ないし法律上の婚姻関係に入って共同生活を営んでいる場合に嫡出推定に関する規定の適用除外ないし緩和がみられるかについては、父子関係不存在確認や認知を求める事案のほとんどすべてが父母の婚姻（内縁を含む）後の請求にかかるものであり、特に顕著な特色を見出すことは困難なようである。

二 血縁の不存在と嫡出推定の関係

このような裁判例のうち、血液型・血清型などの科学的鑑定の結果からすれば夫と子の間に父子関係の存在がおよそ考えられない場合には嫡出推定が及ばないとする一連の裁判例については私は疑問を持っている。純然たる日本人同士夫婦であるにかかわらず一見して明白な黒人との混血児を妻が出産したという裁判例についても同様である。その理由は次のとおりである。

父子関係が血縁にもとづくものであるとする以上、科学的な鑑定の結果血縁関係のないことが疑う余地のないときはそこに父子関係もないとするほかに、かかる場合には嫡出推定が働かないとして、いつでもだれからでも父子関

係の不存在確認を請求でき、父はこれを認知できるとするのが合理的なように思える。しかしながら、次のことを考えておかなければならない。一般に、ある二人の間に親族関係が存在する場合にはその両者間に親族関係が存在する旨の確認判決を求めることができる。逆に、二人の間に親族関係がないときはその旨の確認判決を求めることもでき、これらの確認判決は、一般の確認判決と同じく、およそ確認の利益を有する者であればだれでもいつでも求めることができる」と理解されている。

ところで、嫡出否認の訴えは、嫡出推定、つまり、夫と子との間に父子関係が存在すると推定される場合においてその夫と子との間に父子関係が存在しない旨の確認を求めるものであり、親族関係不存在確認訴訟の一種と考えるのが相当である。嫡出否認訴訟の本質が親族関係不存在確認訴訟であるにかかわらず、その提訴権者や提訴期間が一般の確認訴訟のそれに比し著しく限定されているのは、無制限に第三者の介入を許すことになると徒らに夫婦間の秘事を公けにし、家庭の平和をみだすことになるというおそれからであるとされている。しかし、その根拠がどこにあるうとも、嫡出否認について一定の要件を課して制限した以上、真実は父子関係にない者同士について法律上父子関係がある者同士について同一の取扱いをしなければならないことは当然であり、立法者もこのことは予定していた筈である。その意味においては、父子関係にない者が父子として取り扱われるのは不合理であるという批難を嫡出推定・嫡出否認の制度に向けることは筋違いということになるのではないだろうか。嫡出推定はしょせん「推定」なのであって、真実と異なる場合のありうることは予定されているはずである。推定された事実と真実とが一致しないときは、推定が働かないのではなく、働いている推定を破る必要があるのである。問題は、むしろ、嫡出推定を定めているとされる民法第七七二条はいかなる要件があるときにいかなる効果を発生させると定めているのかを確定さす

ことが先決であるように思われる。

三 三種の推定——懐胎時期の推定・肉体関係の推定・因果関係の推定

1 民法第七七二条は、第一項において、「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する」と定めるが、婚姻中の懐胎であるか否かが不明である場合のために、第二項において、「婚姻成立の日から二百日後又は婚姻の解消若しくは取消の日から三百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」と規定している。一般的には、この第一項と第二項を総合して、婚姻成立の日から二〇〇日後で婚姻の終了の日から三〇〇日以内に生まれた子は夫の子と推定され嫡出否認の対象になるとし、かかる前提をふまえた上で、その適用除外について考えようとしているように見える。

2 しかしながら、右の第二項は、その文言からも明らかなように、「懐胎時期の推定」に関する規定にすぎない。夫と子との間に父子関係が存在する旨の推定とは直接の関係がないことに注意しなければならない。たとえば、離婚の日から三〇〇日目に生まれた子についてその懐胎時期が離婚後であることの立証ができるとすれば、その子については第一項の推定が働かないはずである。婚姻成立の日から二五〇日目に生まれた子についてその懐胎時期が婚姻前であることの立証がなされた場合についても同様である。嫡出否認は夫が子の父であるという推定を破るための制度であるとするならば、懐胎時期の推定を破るには嫡出否認の手続によることを要しないから、右のような子(懐胎時期が婚姻外であるとの立証がなされた子)については、婚姻成立の日から二〇〇日後で婚姻の終了の日から三〇〇日以内に生まれた子であっても、嫡出否認の方法による必要はなく、一般の父子関係不存確認請求が許される、ということになる(なお、逆に、婚姻成立の日から二〇〇日以内または婚姻の解消もしくは取消の日から三〇〇日後に生まれた子であっても、

妻が婚姻中に懐胎した子であることが立証されるときは、第一項により夫の子と推定され、この推定を破ろうとするときは、原則として、嫡出否認によらなければならないことになる。

3 問題は、妻が婚姻中に懐胎した子は夫の子と推定されると定める第一項の意味である。この規定は分析してみると二つの推定から成り立っていると考えられる。夫と妻の間には肉體關係が存在しているという推定（これを本稿では「肉體關係の推定」ということにする）およびそのその肉體關係から当該子が生まれたという推定（これを本稿では「因果關係の推定」ということにする）である。子は、本来であれば（第七七二条第一項の規定がなかったならば）、ある男性を父であると主張しようとすれば、その男性と母との間に肉體關係のあったことおよびその肉體關係から自己が生まれたこと（因果關係）を立証しなければならないが、懐胎時に母が妻であったときは、これら二つの事實の存在が推定されるから、子はこれらを立証する必要から免れる、⁽³⁸⁾というのである。逆に、これら二つの推定のいずれか一方が破られるときは、子の父は夫ではない、ということになる。

4 肉體關係の推定を破るには、懐胎期間内に母とその夫の間では肉體關係が存在しなかったことを立証すればよいわけであるが、ここで二つの疑問が生ずる。一つは、肉體關係の推定を破るにも嫡出否認の手續によることを要するかの問題であり、他の一つは、母とその夫の間では肉體關係が存在しなかったということを立証する際にいかなる方法が許されるかの問題である。

前者の問題については、すでに前に見たように、母が事実上の離婚状態にありまたは夫と長期間の別居中に懐胎された子については、父子關係不存在確認請求や父に対する認知請求が認められることに裁判例は一致している。このことは、肉體關係の推定を破るには嫡出否認の手續によるを要しないということの意味している。後者の問題、つま

り、肉体関係の推定を破るためにはいかなる立証手段が許されるかの問題に関しては、事実上の離婚とか長期間の別居といった外部関係から肉体関係の不存在が明らかとなる事実によって立証することが許されることに異論はないが、同居している夫婦などについて内部的な審理をすることが許されるかに関しては、前述したように裁判所の態度はかなり微妙である。たしかに、ある男性とある女性の間にある時期に肉体関係があったとかなかったとかということが裁判所において主張・立証されることは好ましいことではない。特にそれが当事者以外の第三者によってなされるときはなおさらである。しかし、このことはかかる主張・立証を許さないことによって保護される法的利益とこれを許すことによって得られる法的利益との比較衡量をさえ許さないというほどの意味をもつものとは考えられない。また、他の制度における取扱いなども参考とされなければならないであろう。子からする強制認知の訴えにあっては、原告である子は被告として訴えた男性が母と懐胎期間内に肉体関係をもっていたことを立証する必要があるとされているし、認知無効の訴えにあっては、認知者と母との間にある期間肉体関係がなかったということを主張立証することとは許されないという法理は存在しない、と思う。私は、母とその夫との間に肉体関係がなかったことを立証する際その立証方法を制限する必要はないと考える。

5 最後に残るのが、因果関係の推定である。私は、この推定こそが嫡出推定の中核をなすものであって、嫡出否認の手續によってのみ破られる推定であると考ええる。けだし、懐胎時期の推定それ自体は父子関係の存否とは関係がないし、肉体関係の推定も、肉体関係がなかったならば子は生まれていないという意味では関係があるようであるが、肉体関係の推定は他の男性との肉体関係の不存在をも推定するものではないから、推定される肉体関係と父子関係との間に直接の関係はないといわざるをえない。これに反し、因果関係の推定は、夫との間の肉体関係の存在を前提と

しつづ、妻の貞節を事実上推定するところに成り立っているものであるから、因果関係の推定を軽々に夫以外の者によつて破ることを承認することは好ましくないというのが嫡出否認の趣旨であると思うからである。

四 むすび

以上述べたところをまとめてみれば次のようにならう。

民法第七七二条は、懐胎時期の推定（第二項）、肉体関係の推定および因果関係の推定（いずれも第一項）の三つの推定から成り立っているところ、嫡出否認の制度は、現在では、因果関係の推定を破る方法として理解するのが妥当であり、他の二つの推定は、必ずしも嫡出否認の方法による必要はなく、任意の方法でこれを破ることが認められる。

それゆえ、母の事実上の離婚または長期別居中に懐胎された場合、同居はしていたけれども懐胎期間中に母が夫と肉体関係をもたなかった場合ないし夫が性交不能であった場合などは、いずれも肉体関係の推定を破る場合に該当するから、嫡出否認の手續によらずとも、夫が子の父でないことを主張できる。これに反し、夫が生殖不能の場合、避妊方法が実施されていた場合、血液型・血清型の矛盾がある場合、母方および夫方の人種でないことが一見明白な混血児が生まれた場合などは、夫との間に肉体関係があった以上、因果関係の推定に反する場合であり、嫡出否認の手續によつてのみ、夫は子が自分の子でないことの主張をすることができ、子の母および父（と思われる男性）とが婚姻（内縁）共同関係に入っているか否かは、いずれの推定をも破る事実とはなりえない。

（一九八〇・八・一五）

（1）新聞一六二六号一八頁。

（2）大審院昭和十一年七月二十八日判決（民集一五卷一五三九頁）。

- (3) 新聞四八〇〇号二頁。
- (4) 高民集九卷二号一〇二頁、家裁月報八卷五号四一頁。
- (5) 下民集二卷一〇号一三六七頁。
- (6) たとえば、穂積重遠「〈本件判批〉」法協五五卷二号(昭一二)四一三頁、福島四郎「〈本件判批〉」民商五卷三号(昭一二)五五〇頁以下。
- (7) 柳瀬兼助「〈本件判批〉」銀行論叢三九卷六号(昭一七)六一頁以下。
- (8) 下民集七卷八号二二一〇頁。
- (9) 家裁月報九卷八号四五頁。
- (10) 家裁月報一一卷六号一四〇頁。
- (11) 判例タイムズ二一三号二一四頁、家裁月報一九卷三号八〇頁。
- (12) 家裁月報一五卷九号二二七頁。
- (13) 家裁月報一六卷一二号四七頁。
- (14) 下民集一四卷一号一〇二頁、判例時報三二六号二六頁、家裁月報一五卷七号一〇六頁。
- (15) 家裁月報一五卷一〇号一四二頁。
- (16) 最高民集二三卷六号一〇六八頁。
- (17) 判例時報五三一号三五頁、家裁月報二二卷一〇号一〇一頁、最高民集二三卷六号一〇七二頁。
- (18) 判例時報五三九号四七頁、判例タイムズ二二二号一八七頁。
- (19) 最高民集二三卷六号一〇六四頁、判例時報五五九号四五頁、判例タイムズ二二六号一二三頁。
- (20) 判例時報五七二号二六頁、判例タイムズ二四〇号一三七頁。
- (21) その後も、大阪家裁堺支部昭和五二年五月二三日審判(家裁月報三一卷六号五四頁)が公表されている。
- (22) 家裁月報一六卷一号一一三頁。
- (23) 民集一七卷二五三三頁。
- (24) 家裁月報二九卷二号一三〇頁。

摘出推定の及ぶ範囲

- (25) 判例時報八四七号六一頁。
- (26) 判例時報二四号一四頁。
- (27) 判例時報五六二号六〇頁。
- (28) たとえば、大阪高裁昭和四一年六月六日決定(判例タイムズ二〇九号二六一頁、家裁月報一九卷一号三二頁)は、「性的無能」という語を「性交不能」と「生殖不能」の両者を含んだものとして使用しているようである。
- (29) 下民集八卷一〇号二〇〇二頁。
- (30) 生殖能力の有無は、相対的な判断で決定されることが多い。「絶対的に」生殖能力がないとされる事案がどの程度あるのかは詳かにしない。本文で述べることは、本事案を絶対的生殖不能の事案であると仮定してのことである。
- (31) 判例タイムズ三四八号二九五頁。
- (32) 判例時報七〇二号九九頁、家裁月報二六卷一号六八頁。
- (33) 家裁月報二四卷九号一七三頁。
- (34) 家裁月報二九卷一〇号一五四頁。
- (35) 家裁月報三一卷七号八〇頁。
- (36) 家裁月報二二卷六号九三頁。
- (37) 判例タイムズ三三二号三四七頁。
- (38) 懐胎時期の推定の場合にはこれと異なる。懐胎時期の推定が破られても、婚姻外の懐胎であるということが明らかにするだけで、当然には、夫が子の父でないということにはならない。