

最高裁の親子観 -最近の判決の検討を通して-

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2018-03-28 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 石井, 美智子 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/19272

【論 説】

最高裁の親子観

—— 最近の判決の検討を通して ——

石 井 美 智 子

目 次

1. はじめに
2. 嫡出子
 - (1) DNA 鑑定に基づく親子関係不存在確認請求
 - (2) 監護費用請求と権利濫用
 - (3) 性別変更者による生殖補助医療
3. 非嫡出子
 - (1) 相続分差別違憲決定
 - (2) 出生届記載合憲判決
 - (3) 父による認知無効の訴え
4. 養子
5. おわりに

1. はじめに

今日、親子のあり方は、大きく変わってきている。生殖補助医療が発達し、精子提供のみならず、卵子提供、代理懐胎等、従来考えられなかった多様な生殖が可能となり、実際に子どもが生まれている⁽¹⁾。また、平成 16 年には、性同一性障害者の性別の取り扱いの特例に関する法律が施行され、性別の変更が認められ、変更した性による婚姻が可能となり、そうした夫婦が子どもをもうけ子育てをしている。欧米諸国では、同性婚が広く認められるようになり、同性カップルが両親として子

(1) 石井美智子「生殖補助医療によって生まれた子の親子法のあり方」論叢 89 巻 4・5 合併号 1 頁。

育てる例も増えている。わが国でも、同性カップルの登録制度を設ける地方自治体が出てきており、同性カップルも「夫婦」として社会に受け入れられはじめている。同性カップルが里親となることが認められた例も報じられている⁽²⁾。そうした中、あらためて親子とは何か、親子法のあり方が問われている。

かつては、血縁が親子関係の最も重要な要素であった。けれども、今日においては、子の福祉が第1に考えられなければならない。親は、子の第1の保護者である。親子法は、かつてのような、家の正統な後継ぎを定めるものではなく、子を養育する責任を負う者を定めるものである。養育の事実、親として子を養育する意思が重要になってきている。

諸外国は、立法や法改正によって新しい状況に対応してきている。アメリカでは、2017年に新しい統一親子法が提案された。そこでは、父と母という性による区別はなく、親という統一した概念が用いられている。血縁上の親であっても法律上親にならない場合もあり、親となる意思をもつ者を法律上の親とする考えが示されている⁽³⁾。

わが国においても、親子法の改正が学界等では提案されているけれども、立法は行われて来なかった⁽⁴⁾。そのため、判例の役割は大きい。2010年の論文では、国籍法違憲判決までの最高裁の判決を通して実親子関係法の再検討を行った。その後も、最高裁は、非嫡出子の相続分差別違憲決定をはじめとして、親子法に関わる重要な判決を下している⁽⁵⁾。そこで、本稿においては、それらの判決の検討を通して、最高裁の親子観を探求するとともに、親子法の問題点を明らかにし、親子法のあるべき方向を考えてみたい。

(2) 毎日新聞 2017年4月6日付朝刊。

(3) 石井美智子「生殖補助医療」『新注積民法(17)』(有斐閣、2017年) 666頁、674頁。

(4) 「家族法改正——その課題と立法改正」家族〈社会と法〉33号等。

(5) 石井美智子「実親子関係法の再検討」論叢 81 卷 2・3 合併号 31 頁。

2. 嫡出子

(1) DNA鑑定に基づく親子関係不存在確認請求

妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定され、婚姻の成立の日から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日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定される。嫡出推定期間内に生まれた子の場合、夫のみが、出生を知った時から1年以内に限り嫡出否認の訴えによってのみ、父子関係を否定することができる。このような嫡出否認手続の厳格な制限について、最高裁は、昭和55年の判決において、身分関係の法的安定を保持する上から十分な合理性をもつ制度であって、憲法13条、14条に違反しないと判示していた⁽⁶⁾。しかし、長期の別居後に生まれた子のように、明らかに夫の子ではあり得ない場合にも、夫が子の出生を知った日から1年以内に嫡出否認の訴えによって否認しない限り、夫が法律上の父と確定し、真実の父を法律上の父とすることができないことは、子の福祉に反する場合もある。そこで、嫡出否認の訴えによらず、親子関係不存在確認の訴えによって、誰でもいつでも否定できる推定の及ばない子という概念が考え出され、最高裁もそのような考えを認めていた⁽⁷⁾。どのような場合に、推定が及ばない子と認められるかについては意見が分かれていたが、最高裁は、平成10年8月31日の2つの判決で、妻が夫によって懐胎され得ないことが客観的に明らかな場合に推定の及ばない子と認める外観説を取ることを明らかにした⁽⁸⁾。また、平成12年の判決では、家庭破綻説を否定したと言われる⁽⁹⁾。けれども、子

(6) 最判昭55・3・27判時970号151頁。

(7) 最判昭44・5・29民集23巻6号1064頁。婚姻解消後300日以内に出生した子であっても、離婚届出に先立ち約2年半以前から夫婦が別居し、夫婦の実態が失われていた場合には、772条の推定を受けないとし、夫による嫡出否認の訴えによる父子関係否定がなされなくとも、真実の父に対する認知の訴えができるとした。

(8) 最判平10・8・31判時1655号128頁は、父の出征中に懐胎した子は、実質的には本条の推定を受けない嫡出子であり、父の死亡後にその養子が親子関係不存在確認の訴えを提起することは、権利濫用に当たらない限り認められるとした。それに対し、最判平10・8・31判時1655号112頁は、別居開始9か月余の後に出生した子であっても、婚姻の実態が存しないことが明らかでない場合には、実質的に本条の推定を受けない嫡出子とはいえないとした。

(9) 最判平12・3・14判時1708号106頁。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が当然になくな

子どもが血縁上夫の子ではないことが明らかな場合であっても、推定が及ぶのかについては、必ずしも明らかではなかった。その問題について、平成 26 年 7 月 17 日の 3 つの最高裁判決が、DNA 鑑定によって夫の子ではないことが明らかな場合であっても、嫡出推定期間内に生まれた子については、親子関係不存在確認の訴えによって父子関係を否定することはできないことを明らかにした⁽¹⁰⁾。

第 1 の高松の事件は、夫が親子関係不存在確認の訴えによって父子関係を否定しようとした。X 男と A 女夫婦の間には、平成 13 年、15 年、20 年、22 年生まれの 4 人の子があった。平成 24 年に A が懐胎したが、X の子ではあり得ないことから、X は、第 3、第 4 子についても、自分の子かどうかを疑い、私的に DNA 鑑定を行ったところ、X の子ではないことが明らかになった。すでに嫡出否認の訴えを提起できる期間を過ぎていたため、X は親子関係不存在確認の訴えを起こした。けれども、1 審は、「親子として生活してきた事実は軽視できない。法的父子関係と生物学上の父子関係とが一致することが一般的に望ましいとしても、子の利益という観点からは、法的に確定している父子関係を、私的な DNA 鑑定による生物学的父子関係の調査や、妻の不貞による家庭の平穩の破壊といった事情によって覆すことは、法の趣旨に照らし許されない」として、訴えを却下し、2 審も控訴を棄却した。最高裁も先例に従って、次のように判示し、上告を棄却した⁽¹¹⁾。

「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子であることを否認するためにはどのような訴訟手続によるべきものとするかは、立法政策に属する事項であり、同法 777 条が嫡出否認の訴えにつき 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、所論の憲法 14 条等違反の問題を生ずるものでもない」。

第 2、第 3 の事件は、子どもの方が、親子関係不存在確認の訴えを提起した。このようなケースでは、調停で夫も同意し、合意に相当する審判（家事手続法 277 条）によって解決している場合が多いが、両事件では、すでに子どもは血縁上の父と暮らしているにもかかわらず、夫は自分が父であるとして争い、裁判になった。

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うる期間の経過後に、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した。

(10) 久保野恵美子「嫡出否認と親子関係不存在確認」法時 87 卷 11 号 79 頁。

(11) 最判平 26・7・17 裁判所ウェブサイト。

第2の旭川の事件は、次のような事案であった。

AはYとの婚姻中にBと交際し、平成21年にXを出産した。Yは、自分がXの血縁上の父ではないことを知りながら、Xを自己の嫡出子として出生届出し、監護養育していた。けれども、平成22年にAとYは、Xの親権者をAと定めて協議離婚し、Xは、現在、母Aとともに血縁上の父Bと一緒に生活している。私的な鑑定では、BがXの父親である確率が99.999998パーセントとの結果が得られている。XはBを「お父さん」と呼んでおり、順調に成長している。子XがYに対して親子関係不存在確認の訴えを起こした。

1審の旭川家裁平成23年12月12日判決は、XとYとの間に生物学的親子関係がないことは明らかであり、民法772条の嫡出推定は及ばないとしたうえで、Xの請求を認容した。嫡出推定制度は、家庭の平穩を維持し、子どもの養育環境を安定させることを目的としているところ、本件においては、YとXの母Aは既に離婚し、現在、X、Xの母A及びYと一緒に生活しているので、民法772条の嫡出推定を排除しても同制度の趣旨に反するとまではいえないとした。2審の札幌高裁平成24年3月29日判決も控訴を棄却した。民法が婚姻関係にある両親から生まれた子についてその親子関係を争うことを厳格に制限しようとしたのは、家庭内の秘密や平穩を保護するとともに、平穩な家庭で養育を受けるべき子の利益が不当に害されることを防止することにあると解されるから、このような趣旨が損なわれないような特段の事情が認められ、かつ、親子関係の不存在が客観的に明らかな事案においては、嫡出推定が排除される場合を妻が夫の子を懐胎する可能性がないことが外観上明白な場合に限定する必要はないとした。

しかし、最高裁は、次のように判示して嫡出推定が及ぶとし、3対2で、原判決を破棄して、第1審判決を取り消し、訴えを却下した⁽¹²⁾。

「夫と子との間に生物学上の父子関係が認められないことが科学的証拠により明らかであり、かつ、夫と妻が既に離婚して別居し、子が親権者である妻の下で監護されているという事情があっても、子の身分関係の法的安定を保持する必要があるものではないから」、民法772条による「嫡出の推定が及ばなくなるものとはいえず、親子関係不存在確認の訴えをもって当該父子関係の存否を争うことはできない」。

(12) 最判平26・7・17民集68巻6号547頁。

加えて、櫻井裁判官は、補足意見の中で、次のように、立法による解決が必要である旨、判示した。

「親子関係に関する規律は、公の秩序に関わる国の基本的な枠組みに関する問題であり、旧来の規定が社会の実情に沿わないものとなっているというのであれば、その解決は、裁判所において個別の具体的事案の解決として行うのではなく、国民の意識、子の福祉（子がその出自を知ることの利益も含む）、プライバシー等に関する妻の側の利益、科学技術の進歩や生殖補助医療の進展、DNA 検査等の証拠としての取扱い方法、養子制度や相続制度等との調整など諸般の事情を踏まえ、立法政策の問題として検討されるべきである」。

また、山浦裁判官も補足意見の中で、次のように、立法によるべきとの考えを示した。

「たまたま DNA 検査をしてみた結果、ある日突然、それまで存在するものと信頼してきた法律上の父子関係が存在しないことにつながる法解釈を示すことは、夫婦・親子関係の安定を破壊するものとなり、子が生まれたら直ちに DNA 検査をしないと生涯にわたって不安定な状態は解消できないことにもなりかねない。このような重要な事項について法解釈で対応できないような新たな規範を作るのであれば、国民の中で十分議論をした上で立法をするほかはない」。

それに対して、金築裁判官は反対意見の中で、次のように、本件のように血縁上の父と暮らしている場合には、その父との法律上の父子関係を認めるべきとの考えを示した。

「血縁関係にあり同居している父とそうでない父とが現れている場面においては、通常、前者の父子関係の方が、より安定的、永続的といつてよいであろう。子の養育監護という点からみても、本件のような状況にある場合、Y が子の養育監護に実質的に関与することは、事実上困難であろう。また将来、Y の相続問題が起きたとき、Y の他の相続人は、子が B ではなく Y の実子として相続人となることに、納得できるであろうか。「科学的証拠により生物学上の父子関係が否定された場合は、それだけで親子関係不存在確認の訴えを認めてよいとするものではなく、本件のように、夫婦関係が破綻して子の出生の秘密が露わになっており、かつ、生物学上の父との間で法律上の親子関係を確保できる状況にあるという要件を満たす場合に、これを認めようとするものである」。

また、白木裁判官も反対意見の中で、次のように、本件のような場合には、子からの訴えを認めるべきとの考えを示した。

「本件においては、夫婦関係が破綻して子の出生の秘密が露わになっており、かつ、血縁関係のある父との間で法律上の親子関係を確保できる状況にあるという点を重視して、子からする親子関係不存在確認の訴えを認めるのが相当である」。

第3の大阪の事件は、次のような事案であった。

AはYとの婚姻中にBと交際し、平成21年にXを出産した。Yは父としてXを監護養育していたが、平成23年にAとBとの交際がYの知るところとなり、AはXを連れて家を出て、Bとともに暮らすようになった。XはBを「お父さん」と呼び、順調に成長している。私的な鑑定の結果によれば、BがXの生物学上の父である確率は、99.99%とされている。XがYに対して親子関係不存在確認の訴えを起こした。Xには、特別代理人も付されている。その後、Aは離婚訴訟を提起した。

1審の大阪家裁平成24年4月10日判決は、DNA鑑定の結果は究極の嫡出推定を覆す事実であり、嫡出推定は及ばないとして、親子関係不存在確認の訴えを認めた。2審の大阪高裁平成24年11月2日判決も、DNA鑑定の結果からXがYの生物学上の子でないことは明白であり、YもXの生物学上の父親がBであることは争ってはいないこと、XはBの自宅でABに育てられ、Bを「お父さん」と呼んで順調に成長していることに照らすと、Xには民法772条の嫡出推定が及ばない特段の事情があるとし、控訴を棄却した。

しかし、最高裁は、次のように判示し、嫡出推定が及ぶとして、3対2で、原判決を破棄し、第1審判決を取り消して、訴えを却下した⁽¹³⁾。

「夫と子との間に生物学上の父子関係が認められないことが科学的証拠により明らかであり、かつ、子が、現時点において夫の下で監護されておらず、妻及び生物学上の父の下で順調に成長しているという事情があっても、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、・・・772条による嫡出の推定が及ばなくなるものとはいえず、親子関係不存在確認の訴えをもって当該父子関係の存否を争うことはできない」。

嫡出推定制度は、法律上の父を早期に確定し、子の養育環境を守るものであり、子の福祉のために重要である。嫡出否認権が認められている父に親子関係不存在

(13) 最判平26・7・17判時2235号21頁。

確認の訴えを認める必要はないだろう。けれども、嫡出否認の訴えができない母と子には、親子関係不存在確認の訴えが認められる必要がある。最高裁は、婚姻に基づく嫡出推定を重視し、夫が嫡出否認しない限り、子からの親子関係不存在確認請求を認めなかった。それが、子の福祉にかなうであろうか。事実審は、いずれも子の福祉を重視し、子の請求を認めた。第2の事件では、夫は子の出生の時から「父」として子育てに関わっていない。第3の事件でも、「父」が子育てに関わったのは、子が2歳までである。いずれの子も現に共に暮らしている血縁上の父が父として育てている。それにもかかわらず、最高裁は夫を法律上の父とし、血縁上の父を実父と認めなかった。

確かに、養子縁組をすれば、実父と認められなかった血縁上の父も養父として法律上の父となり、親権も持つことができる。けれども、第3の事件では、離婚が成立していないため、夫にも親権があり、夫の同意なしには、養子縁組することができず、血縁上の父は、法律上父となることができない。血縁上の父は、単なる同居者にすぎず、親権もない。逆に、第2の事件では、元夫は法律上父とされたが、離婚後、親権を持たないので、その同意無しに、母の同意のみで、養子縁組されてしまう可能性がある。

また、法律上「父」とされても、「父」は、子育てに関わっていくことができるのだろうか。第3の事件では、その後、法律上「父」とされた夫Yが5歳になった子Xとの面会交流を求めたのに対し、家裁は、次のように判示して、申立を却下した⁽¹⁴⁾。

「血縁上の父の下で平穩に暮らしているXに対し、Yとの面会交流を認め、法律上の父がいることをXに明らかにすることは、子の利益を優先しなければならない面会交流の趣旨からすると、相当性を欠く」。

血縁上は父ではないけれども、法律上は「父」としながら、「父」として子育てに関わることを認めないのみならず、その「父」の存在を知らせることが子にとって有害であるというのである。法律上、「父」とされたことの意味はどこにあるのだろうか。その「父」に養育費の支払いを期待できるだろうか。また、その「父」の相続に対する子の権利の根拠は何であろうか。

(14) 大阪家審平 27・3・13 家庭の法と裁判 6号 89頁。

(2) 監護費用請求と権利濫用

最高裁は、DNA鑑定によって夫の子ではないことが明らかになった場合であっても、嫡出推定が及び、法律上の父は夫であるとした。法律上の父であることの意味は、子を養育する責任を負うことにある。その1つに、養育費の支払いがあるだろう。しかし、妻と離婚した後も、離れて住む血縁上は自分の子ではない子どもの養育費の支払いを法律上の父に期待できるであろうか。現実の支払いの確保が困難であるばかりか、法律上の義務付けさえ、難しくなっている。最高裁は、妻が婚姻中に夫以外の男性との間にもうけた子の場合に、法律上は父である夫に対して離婚後の監護費用の分担を妻が求めることは、権利の濫用に当たると判決した⁽¹⁵⁾。

事件は、次のような事案であった。X女とY男夫婦の間には、3人の男の子があったけれども、二男は、XがY以外の男性との間にもうけた子であった。Yがその事実を知ったのは、二男の出生後7年を過ぎてからであったため、嫡出否認できず、親子関係不存在確認の訴えを提起したが、却下され、Yが二男の法律上の父と確定した。離婚に際し、3人の子の親権者は、Xとされ、監護費用については、1審は、Yに二男も含めて各18万円の支払いを命じた。2審は、各14万円に減額したが、二男についても、法律上の親子関係がある以上、Yは監護費用を分担する義務を負い、その分担額については、長男及び三男と同額であるとした。

ところが、最高裁は、監護費用分担の判断に当たっては子の福祉に十分配慮すべきとしながらも、次のように判示して、二男に対する監護費用の分担を否定した。

「Yが二男との親子関係を否定することができなくなった上記の経緯に照らせば、Yに離婚後も二男の監護費用を分担させることは、過大な負担を課するものというべきである」。「さらに、XはYとの離婚に伴い、相当多額の財産分与を受けることになるのであって、離婚後の二男の監護費用を専らXにおいて分担することができないような事情はうかがわれない。そうすると、上記の監護費用を専らXに分担させたとしても、子の福祉に反するとはいえない」。「以上の事情を総合考慮すると、XがYに対し離婚後の二男の監護費用の分担を求めることは、監護費用の分担につき判断するに当たっては子の福祉に十分配慮すべきであることを考慮してもなお、権利の濫用に当たる」。

(15) 最判平23・3・18家裁月報63巻9号58頁。

本判決は、離婚に際しての母親からの監護費用分担請求を権利濫用としたもので、あらためて、子どもが養育費の支払いを請求することは可能であろう。けれども、養育費の問題も、離婚の際に同時に解決されることが望ましい。本判決後ではあるけれども、平成 23 年の法改正で、協議離婚の際に協議して定める事項として、民法 766 条に「子の監護に要する費用の分担」が追加されている。そもそも、上記の判示は、Y が二男の養育費を分担する必要がないと言っているようにも読める。一緒に暮らしている兄弟には、父から毎月、各々 14 万円送られてくるのに二男には 0 円である。それが子の福祉にかなうであろうか。二男には、法律上 Y 以外に養育責任を負う父はいないのである。

(3) 性別変更者による生殖補助医療

平成 15 年に成立した性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律に基づき、厳格な要件を充たした性同一性障害者は、家裁の審判によって、民法その他の法令の規定の適用については、法律に別段の定めがある場合を除いて、他の性別に変わったものとみなされる。要件の 1 つに生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあること（同法 3 条 1 項 4 号）がある。夫が女性から性別変更した男性である夫婦の場合、自分たちの子どもをもつためには、妻が提供精子による生殖補助医療を受けることになる。元女性の夫に生殖能力はなく、生まれた子の遺伝上の父でないことは明らかである。そのうえ、性別変更した事実は、戸籍の身分事項欄に「平成 15 年法律 111 号 3 条による裁判確定日」と記載されることから、戸籍事務管掌者には明らかである。そのため、性別変更した男性の妻が嫡出推定期間内に出産した子を嫡出子として届け出た場合、当初、出生届は受理されなかった。けれども、それについて争った事件において、最高裁は、女性から男性に性別変更した夫を父と認めた。

事件は次のような事案であった。特例法により男性に性別変更した X1 は、妻 X2 が婚姻中に懐胎出産した子 A を夫婦の嫡出子として出生届を出したが、戸籍事務管掌者である新宿区長は、子 A の「父」の欄を空欄とし、妻 X2 の長男と戸籍記載した。そこで、X1 は、子 A は民法 772 条による嫡出の推定を受けるから、A の「父」の欄に「X1」と記載すること等の戸籍訂正の許可を戸籍法 113 条に基づいて求めた。1 審、2 審ともに X の請求を認めなかった。

それに対して、最高裁は、3対2で高裁決定を破棄し、原々審判を取り消して、筆頭者X1の戸籍中、Aの「父」の欄に「X1」と記載し、その出生の欄に「届出人父」と記載する旨の戸籍訂正を許可した⁽¹⁶⁾。最高裁は、次のように判示し、夫が性別変更した男性の場合にも、772条の嫡出推定は及ぶとした。

「特例法3条1項の規定に基づき男性への性別の取扱いの変更の審判を受けた者は、以後、法令の規定の適用について男性とみなされるため、民法の規定に基づき夫として婚姻することができるのみならず、婚姻中にその妻が子を懐胎したときは、同法772条の規定により、当該子は当該夫の子と推定される」。「性別の取扱いの変更の審判を受けた者については、妻との性的関係によって子をもうけることはおよそ想定できないものの、一方でそのような者に婚姻することを認めながら、他方で、その主要な効果である同条による嫡出の推定についての規定の適用を、妻との性的関係の結果もうけた子であり得ないことを理由に認めないとするは相当でない」。「そうすると、妻が夫との婚姻中に懐胎した子につき嫡出子であるとの出生届がされた場合においては、戸籍事務管掌者が、戸籍の記載から夫が特例法3条1項の規定に基づき性別の取扱いの変更の審判を受けた者であって当該夫と当該子との間の血縁関係が存在しないことが明らかであるとして、当該子が民法772条による嫡出の推定を受けないと判断し、このことを理由に父の欄を空欄とする等の戸籍の記載をすることは法律上許されない」。

ただし、寺田裁判官は、補足意見の中で、次のように判示し、子からの親子関係不存在確認請求を認める可能性を示唆した。

「子の立場に立てば親の意思に拘束されるいわれはない度合いが強いと考える余地はあろうから、法整備ができるまでの間は、民法774条の規定の想定外の関係であるとして、子に限って親子関係不存在確認請求をすることができるとする解釈もあり得なくはないように思われる」。

また、岡部裁判官は、反対意見の中で次のように、推定が及ばない旨判示した。

「民法772条の推定は妻が夫によって懐胎する機会があることを根拠とするのであるから、その機会のないことが生物学上明らかであり、かつ、その事情が法令上明らかにされている者については推定の及ぶ根拠は存在しない」。

(16) 最決平25・12・10判時2210号27頁。羽生香織「性同一性障害を理由とする性別の変更と民法772条」法時87巻11号63頁。

加えて、大谷剛彦裁判官は反対意見の中で、次のように、推定が及ばないとの考えを示している。

「父子関係については、従来客観的又は外形的な事実からの判定が困難なところから、婚姻という制度的事実を根拠に民法 772 条以下の父性の推定規定及び否認権の制限規定により、強力な推定効果をもって法律上の父子関係（この場合嫡出父子関係）の成立を認めるところである。・・・親子法制においては、婚姻はそれ自体が実親子関係を成立させるものではなく、法律上の親子関係形成の推定の根拠として位置付けられている。・・・、特例法の制度設計において、性別取扱いの変更を受けた者が遺伝的な子をもうけることは想定されておらず、このことは手続的制度とも相俟って、客観的かつ外形的に明らかといえるのであり、上記の民法の解釈からすれば、実質的に父子関係、実親子関係の推定が及ばない場合と解せざるを得ない」。

本決定後、法務省は、性別変更した男性を父とする出生届の受理を認めるとともに、すでに妻の非嫡出子として戸籍記載した子についても嫡出子に戸籍訂正することとし、父と特別養子縁組している場合には特別養子縁組事項を消除するものとした⁽¹⁷⁾。

最高裁は、嫡出推定を婚姻の主要な効果とし、夫が生殖不能の場合にも 772 条の嫡出推定が及ぶと判示した。結果として、提供精子生殖補助医療によって生まれた子についても夫の子と推定されるとした。けれども、本件は、性別変更者のケースにおける戸籍記載に関する事件であり、提供精子による生殖補助医療によって生まれた子の父子関係について直接判断したものではない。772 条の嫡出推定が及ぶとしても、嫡出否認できるかどうかは別の問題である。岡部裁判官も反対意見の中で、「非配偶者間人工授精によって生まれた子・・・における嫡出推定の可否については何ら触れるものではない」と付言している。

(17) 平成 26 年 1 月 27 日付民一第 77 号民事局長通達。武見敬太郎ほか「性同一性障害により性別の取り扱いの変更の審判を受けた夫と妻との婚姻中に出生した子に関する戸籍事務の取扱について（平成 26 年 1 月 27 日付民一第 77 号民事局長通達）の解説」戸籍時報 713 号 2 頁。

3. 非嫡出子

(1) 相続分差別違憲決定

平成 25 年に改正されるまで、民法は、長い間、非嫡出子の相続分を嫡出子の 2 分の 1 と定めていた。平成 6 年には、法制審議会民法部会身分法小委員会の審議に基づくものとして法務省民事局参事官室により公表された「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」において、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を平等とする旨の案が示された⁽¹⁸⁾。けれども、平成 7 年においても、最高裁は、当該規定を合憲とした⁽¹⁹⁾。本件規定につき、「民法が法律婚主義を採用している以上、法定相続分は婚姻関係にある配偶者とその子を優遇してこれを定めるが、他方、非嫡出子にも一定の法定相続分を認めてその保護を図ったものである」とし、その定めが立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えたものということとはできないので、憲法 14 条 1 項に反するとはいえないとした。ただし、5 人の裁判官の反対意見があり、賛成意見の裁判官 10 人中 4 人の裁判官も、補足意見の中で、合理性に疑いがあり、立法による解決が必要との意見を述べた。実質は、6 : 4 : 5 の合憲判決であった。

最高裁も、平成 25 年になって漸く、次のように判示し、当該規定を違憲と判断した⁽²⁰⁾。全員一致の判決であった。判例変更はせず、当該事件の相続発生時である平成 13 年 7 月当時においては、立法府の裁量権を考慮しても、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を区別する合理的な根拠は失われており、当該規定は、憲法 14 条 1 項に違反し、無効であるとした⁽²¹⁾。

「相続制度を定めるに当たっては、それぞれの国の伝統、社会事情、国民感情なども考慮されなければならない。さらに、現在の相続制度は、家族というものをど

(18) これを更に検討した上で平成 8 年に法制審議会が法務大臣に答申した「民法の一部を改正する法律案要綱」において、両者の法定相続分を平等とする旨が明記された。

(19) 最大決平 7・7・5 民集 49 卷 7 号 1789 頁。

(20) 最大決平 25・9・4 民集 67 卷 7 号 1320 頁。

(21) 平成 26 年 12 月 2 日の最高裁判所第三小法廷判決は、平成 25 年の最高裁大法廷の違憲決定後の判決ではあるけれども、相続時が同決定が違憲とした平成 13 年 7 月より前であったため、「平成 12 年 5 月当時において、嫡出でない子の相続分を嫡出である子の相続分の 2 分の 1 と定めた民法（平成 25 年法律第 94 号による改正前のもの）900 条 4 号ただし書前段の規定が憲法 14 条 1 項に違反するものでなかったことは、当裁判所の判例とするところである」と判示している（TKC 文献番号 25505524）。

のように考えるかということと密接に関係しているのもであって、その国における婚姻ないし親子関係に対する規律、国民の意識等を離れてこれを定めることはできない。これらを総合的に考慮した上で、相続制度をどのように定めるかは、立法府の合理的な裁量判断に委ねられている」としながらも、「法律婚主義の下においても、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分をどのように定めるかということについては、前記で説示した事柄を総合的に考慮して決せられるべきものであり、また、これらの事柄は時代と共に変遷するものでもあるから、その定め合理性については、個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らして不断に検討され、吟味されなければならない」。

「昭和 22 年民法改正時から現在に至るまでの間の社会の動向、我が国における家族形態の多様化やこれに伴う国民の意識の変化、諸外国の立法のすう勢及び我が国が批准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会からの指摘、嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等の変化、更にはこれまでの当審判例における度重なる問題の指摘等を総合的に考察すれば、家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきたことは明らかであるといえる。そして、法律婚という制度自体は我が国に定着しているとしても、上記のような認識の変化に伴い、上記制度の下で父母が婚姻関係になかったという、子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきているものといえる」。

昭和 22 年民法改正以降の婚姻や家族の実態の変化、その在り方に対する国民の意識の変化については、次のように指摘する。「戦後の経済の急速な発展の中で、職業生活を支える最小単位として、夫婦と一定年齢までの子どもを中心とする形態の家族が増加するとともに、高齢化の進展に伴って生存配偶者の生活の保障の必要性が高まり、子孫の生活手段としての意義が大きかった相続財産の持つ意味にも大きな変化が生じた」。「昭和 50 年代前半頃までは減少傾向にあった嫡出でない子の出生数は、その後現在に至るまで増加傾向が続いているほか、平成期に入った後においては、いわゆる晩婚化、非婚化、少子化が進み、これに伴って中高年の未婚の子どもがその親と同居する世帯や単独世帯が増加しているとともに、離婚件数、特に未成年の子を持つ夫婦の離婚件数及び再婚件数も増加するなどしている。これら

のことから、婚姻、家族の形態が著しく多様化しており、これに伴い、婚姻、家族の在り方に対する国民の意識の多様化が大きく進んでいることが指摘されている。

諸外国特に欧米諸国の状況の大きな変化については、「1960年代後半（昭和40年代前半）以降、これらの国の多くで、子の権利の保護の観点から嫡出子と嫡出でない子との平等化が進み、相続に関する差別を廃止する立法がされ、平成7年大法院決定時点でこの差別が残されていた主要国のうち、ドイツにおいては1998年（平成10年）の『非嫡出子の相続法上の平等化に関する法律』により、フランスにおいては2001年（平成13年）の『生存配偶者及び姙生子の権利並びに相続法の諸規定の現代化に関する法律』により、嫡出子と嫡出でない子の相続分に関する差別がそれぞれ撤廃されるに至っている。現在、我が国以外で嫡出子と嫡出でない子の相続分に差異を設けている国は、欧米諸国にはなく、世界的にも限られた状況にある」という。また国際条約についても、「我が国は、昭和54年に「市民的及び政治的権利に関する国際規約」（昭和54年条約第7号）を、平成6年に「児童の権利に関する条約」（平成6年条約第2号）をそれぞれ批准した。これらの条約には、児童が出生によっていかなる差別も受けない旨の規定が設けられている。「我が国の嫡出でない子に関する上記各条約の履行状況等については、平成5年に自由権規約委員会が、包括的に嫡出でない子に関する差別的規定の削除を勧告し、その後、上記各委員会が、具体的に本件規定を含む国籍、戸籍及び相続における差別的規定を問題にして、懸念の表明、法改正の勧告等を繰り返してきた。最近でも、平成22年に、児童の権利委員会が、本件規定の存在を懸念する旨の見解を改めて示している」ことをあげる。

我が国における嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等も変化してきたことについては、後述する、住民票と戸籍における続柄記載の変更に加え、最高裁が「嫡出でない子の日本国籍の取得につき嫡出子と異なる取扱いを定めた国籍法3条1項の規定（平成20年法律第88号による改正前のもの）が遅くとも平成15年当時において憲法14条1項に違反していた旨を判示し、同判決を契機とする国籍法の上記改正に際しては、同年以前に日本国籍取得の届出をした嫡出でない子も日本国籍を取得し得ることとされた」ことを指摘する。

そして、「我が国でも、嫡出子と嫡出でない子の差別的取扱いはおおむね解消されてきたが、本件規定の改正は現在においても実現されていない」理由について、

次のように述べる。「欧米諸国の多くでは、全出生数に占める嫡出でない子の割合が著しく高く、中には50%以上に達している国もあるのとは対照的に、我が国においては、嫡出でない子の出生数が年々増加する傾向にあるとはいえ、平成23年でも2万3000人余、上記割合としては約2.2%にすぎないし、婚姻届を提出するかどうかの判断が第1子の妊娠と深く結び付いているとみられるなど、全体として嫡出でない子とすることを避けようとする傾向があること、換言すれば、家族等に関する国民の意識の多様化がいわれつつも、法律婚を尊重する意識は幅広く浸透しているとみられることが、上記理由の一つではないかと思われる」。

また、平成7年大法廷決定が法定相続分の定めが遺言による相続分の指定等がない場合などにおいて補充的に機能する規定であることをも考慮事情としていることについては、以下のように判示した。「本件規定の補充性からすれば、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を平等とすることも何ら不合理ではないといえる上、遺言によっても侵害し得ない遺留分については本件規定は明確な法律上の差別というべきであるとともに、本件規定の存在自体がその出生時から嫡出でない子に対する差別意識を生じさせかねないことをも考慮すれば、本件規定が上記のように補充的に機能する規定であることは、その合理性判断において重要性を有しないというべきである」。

本最高裁決定を受けて、平成25年12月5日に民法が改正され、非嫡出子の相続分は、嫡出子の相続分と平等になった。速やかに法改正されたが、保守系議員からの反発があり、配偶者の相続権を拡大する方向での相続法改正が検討されている⁽²²⁾。しかし、本件で明らかなように、嫡出子は、母が父から相続した分を母から相続する。その結果、母が父から相続できない非嫡出子の相続分は、嫡出子と同じではなく、嫡出子より少なくなる。

本件の相続人は、被相続人（平成13年7月25日死亡）の妻亡i（平成16年11月5日死亡）、被相続人と亡iとの間の嫡出子a、b、嫡出子亡jの代襲相続人のc、

(22) 平成27年4月から法制審議会に民法（相続関係）部会が設置され、平成28年6月に「民法（相続関係）等の改正に関する中間試案」が取りまとめられ、パブリックコメントに付された。批判的意見が多かったことを踏まえて、その後、配偶者の相続分の引上げに代わる新たな配偶者保護策等が検討され、平成29年7月に新たな方策についてあらためてパブリックコメントに付された。経緯については、西希代子「試金石としての相続法改正」法時89巻1号76頁。

dと非嫡出子のe、fであった。本最高裁判決の結果、非嫡出子e、fの相続分は、嫡出子a、b、と平等になった。ところが、被相続人の妻亡iが死亡し、その子a、bと亡jの代襲相続人c、dが亡母iの分を相続した。その結果、法定相続分は、嫡出子のaとbが各15分の4（代襲相続人のcとdは各15分の2）、非嫡出子のeとfが各10分の1となり、実際には、非嫡出子eとf各々の相続分は、嫡出子aとb各々の相続分の半分以下となっている。

(2) 出生届記載合憲判決

非嫡出子の相続分が嫡出子の相続分と平等になったことにより、戸籍上非嫡出子と嫡出子を区別する必要はなくなった。それにもかかわらず、出生届には嫡出子と非嫡出子の別を記載しなければならない。それは、戸籍法49条2項1号に定められている。かつては、出生届に嫡出子又は嫡出でない子の別が記載されていない場合、届出は受理されず、子の住民票は作成されなかったけれども、平成22年3月にそのような届出も、催告等の手続後、受理されるように取り扱いが改められた⁽²³⁾。しかし、出生届の記載はそのままであった。

最高裁は、非嫡出子の相続分差別違憲判決と同じ平成25年9月の26日判決において、出生届に嫡出子と非嫡出子の別を記載させる戸籍法の規定を合憲とした⁽²⁴⁾。事実上の夫婦と、その間の子が、嫡出子又は嫡出でない子の別を記載する欄を空欄のままとした出生届出が受理されなかったため、国に対し損害賠償請求した事件である。戸籍法49条2項1号の規定のうち、届書に嫡出子又は嫡出でない子の別を記載すべきものと定める部分は、憲法14条1項に違反するとして、当該規定を撤廃しない立法不作為の違法を理由に、国家賠償法1条1項に基づき慰謝料の支払を求めた⁽²⁵⁾。本件の原告父X1と母X2は、長年事実上の夫婦であり、平成17年

(23) 平成22年3月24日付平成22年法務省民一第729号法務局民事行政部長及び地方法務局長宛て法務省民事局民事第一課長通知。〔1〕届書に嫡出子又は嫡出でない子の別を記載するよう補正を求めても届出人がこれに応じない場合には、届書の「その他」欄に子の称すべき氏又は入籍すべき戸籍を明らかにする方法による補正を求め、〔2〕届出人がその補正の求めに応じない場合においても、届書、添付書類及び戸籍簿の記載との対照等によって補正すべき内容を認定することができるときは、当該届書の付せん又は余白に認定した内容を明らかにした上で、当該届出を受理する。

(24) 最判平25・9・26民集67巻6号1384頁。

(25) 本件訴訟の前に、原告らは、住民票の記載がされなかったことについて、それが行政処分

3月に原告子X3が出生した。父は、同年2月に胎児認知の届出をして受理されていた。X1は、平成17年4月11日、区長に対し、X3の出生届出をしたが、嫡出子又は嫡出でない子の別を記載する欄を空欄のままとしたため、受理されなかった。その後、X1は、区長に対し、X3の住民票の記載を求める申出をしたが、区長は、出生届が受理されていないことを理由に、記載しない旨の応答をした⁽²⁶⁾。そこで、原告らは、平成23年3月8日、本件訴えを提起した⁽²⁷⁾。1審、2審ともに、請求は認められなかった⁽²⁸⁾。

最高裁は、「当該届出に係る子が嫡出子又は嫡出でない子のいずれであるかは市町村長において戸籍簿の記載との対照等の方法によっても知り得るものであり・・・、届書に嫡出子又は嫡出でない子の別を記載することを届出人に義務付けることが、市町村長の事務処理上不可欠の要請とまではいえない」ことを認めながらも、「少なくともその事務処理の便宜に資するものであることは否定し難く、およそ合理性を欠くものということではできない」として、上告を棄却した。

「出生の届出は、子の出生の事実を報告するものであって、その届出によって身分関係の発生等の法的効果を生じさせるものではなく、出生した子が嫡出子又は嫡出でない子のいずれであるか、また、嫡出でない子である場合にいかなる身分関係上の地位に置かれるかは、民法の親子関係の規定によって決せられるものである。そして、民法は、婚姻は戸籍法の定めるところにより届け出ることによってその効

であることを前提にその取消しと損害賠償等を求める訴えを提起して最高裁まで争ったが、請求は認められなかった。最判平21・4・17民集63巻4号638頁。

- (26) 本件上告の提起後、区長は、届出義務者である母に対し、戸籍法44条に基づいて、出生の届出をするよう催告したが、所定の各期間内に母から出生届出はされなかった。そこで、区長は、同月25日、同条3項において準用される同法24条3項に基づき、本籍地である我孫子市長に対し、子の出生に係る届出義務者による届出がされていない旨の通知をしたところ、同市長は、同法44条3項において準用される同法24条2項に基づき、職権により上告人子に係る戸籍の記載をした。これに伴い、同市長が区長に対し住民基本台帳法9条2項に基づく通知をしたため、区長は、平成25年1月21日、同法施行令12条2項1号の規定により子X3の住民票の記載をした。
- (27) 原告らは、世田谷区に対しても、子の住民票の記載をしない不作為の違法を理由に、国家賠償法1条1項に基づき慰謝料の支払を求めたが、認められなかった。また、当初、原告らは、子X3の住民票の記載の義務付けを求める請求等もしたが、その後、住民票が作成されたため、上告審においてそれらの請求等に係る上告を取り下げた。
- (28) 東京地判平24・4・26民集67巻6号1429頁、東京高判平24・9・27民集67巻6号1473頁。

力を生ずるものとして法律婚主義を採り（739条1項）、これを前提として、父母の婚姻関係の有無によって、法律上の父子関係など子の身分関係について異なる規律を定めている。「このように、民法及び戸籍法において法律上の父子関係等や子に係る戸籍上の取扱いについて定められている規律が父母の婚姻関係の有無によって異なるのは、法律婚主義の制度の下における身分関係上の差異及びこれを前提とする戸籍処理上の差異であって、本件規定は、上記のような身分関係上及び戸籍処理上の差異を踏まえ、戸籍事務を管掌する市町村長の事務処理の便宜に資するものとして、出生の届出に係る届書に嫡出子又は嫡出でない子の別を記載すべきことを定めているにとどまる。そして、届書にこれが記載されない場合、当該届出に係る子が嫡出子又は嫡出でない子のいずれであっても、その記載の欠缺により届出が不受理の理由となり得る瑕疵のあるものとなる一方で、前記・・・のとおり届出の受理や職権による戸籍の記載も可能である。以上に鑑みると、本件規定それ自体によって、嫡出でない子について嫡出子との間で子又はその父母の法的地位に差異がもたらされるものとはいえない」という。

国家賠償訴訟であるため、訴えが認められることの難しさはある。けれども、再婚禁止期間を違憲とした判決においては、最高裁は、国家賠償請求は認めなかったけれども、女性のみにも再婚禁止期間を定める民法の規定について、100日を超える禁止期間を違憲とする判断を示した⁽²⁹⁾。

また、非嫡出子の父母との続柄の差別的記載については、損害賠償請求は認められなかったが、下級裁判所の判示を契機として改められている。続柄については、長い間、戸籍上も住民票上も差別されていた。まず、住民票における世帯主との続柄は、嫡出子が「長男」「二女」等と記載されるのに対し、非嫡出子は「子」と記載されていた。そのような非嫡出子の続柄記載は差別であるとして、その差し止めと損害賠償を求める訴訟が提起された。東京地裁は、続柄記載の差し止めと損害賠償請求はいずれも斥けたが、そのような記載はプライバシー権の侵害となる旨を判示した⁽³⁰⁾。それを契機として、平成6年（1994年）12月に住民基本台帳事務処理要領の一部が改正され、翌年3月1日から、嫡出子も含めてすべての子の世帯主

(29) 最大判平27・12・16民集69巻8号2427頁。

(30) 東京地判平3・5・23判時1382号3頁。高裁（東京高判平7・3・22判タ874号82頁）、最高裁（最判平11・1・21判時1675号48頁）においても請求は認められず、裁判は原告敗訴に終わった。

との続柄が「子」と記載されるようになった⁽³¹⁾。

さらに、戸籍上の筆頭者との続柄も記載が統一されている。以前は、嫡出子が「長男」「二女」等と記載されるのに対し、非嫡出子は「男」「女」と記載されていた。東京地裁の平成 16 年 3 月 2 日判決は、その差し止めと損害賠償を求める請求を認めなかったけれども、そのような戸籍の記載は、プライバシーの権利を実質的に害すると判示した⁽³²⁾。戸籍上に非嫡出子であることを判別できるようにする必要があるとしても、その記載方法は、プライバシーの侵害が必要最小限になるような方法を選択し、非嫡出子であることが強調されることがないようにすべきであるとした。非嫡出子の場合、身分事項欄に「認知」の記載がなされるか、父欄が空白であることにより非嫡出子であることが判別できるため、あえて戸籍の続柄欄に「女」と記載することの合理性、必要性は乏しいとした。その後、東京高裁は、民法が相続において嫡出子と非嫡出子を区別している以上、戸籍上区別する必要がある、続柄記載において嫡出子と非嫡出子を区別することが、プライバシー権を侵害する違法な記載であるとは到底いえないとして、控訴を棄却した⁽³³⁾。けれども、平成 16 年に戸籍法施行規則が改正され、戸籍の記載のひな形、出生の届書の様式、記録事項証明書の様式、戸籍記載例及びコンピューター記載例が改正され、平成 16 年 11 月 1 日から、戸籍の続柄欄の記載は、母が分娩した非嫡出子の出生の順に、「長男（長女）」、「二男（二女）」等と記載されるようになった⁽³⁴⁾。

しかし、本件最高裁は、請求を認めないのみならず、次のように判示して、プライバシーの侵害を否定し、嫡出子・非嫡出子の別の記載の変更を求めることはなかった。

「戸籍法が届書の開示については戸籍の開示よりも厳格な要件を定めていること（48 条 2 項、10 条、10 条の 2）に照らせば、出生の届出に係る届書に嫡出子又は嫡出でない子の別を記載することにより、その内容が第三者との関係においてより容易に知られ得る状態に置かれることとなるものともいえない。」

ただし、櫻井裁判官は、補足意見の中で、次のように制度の見直しの必要を述べている。

(31) 平成 6 年 12 月 15 日自治振第 233 号。

(32) 訟務月報 51 卷 3 号 549 頁。

(33) 東高判平 17・3・24 判時 1899 号 101 頁。

(34) 平成 16 年法務省令 76 号、平成 16 年 11 月 1 日付法務省民一第 3008 号民事局長通達。

「出生届に子が嫡出であるか否かの記載を求めることが、・・・必ずしも事務処理上不可欠な記載とまではいえないであろう。そうであれば、本件のような事態に陥る嫡出でない子の問題の発生を将来にわたって極力避けるためには、父母の婚姻関係の有無に係る記載内容の変更や削除を含め、出生届について、戸籍法の規定を含む制度の在り方についてしかるべき見直しの検討が行われることが望まれる」。

そもそも、「嫡出でない子」という表現自体が、正統な嫡出子に対して、正統でないことを示唆する表現であり、問題である。けれども、最高裁は、その点についても、次のように、表面的な判断をしたにとどまった。

「『嫡出でない子』という文言が用いられていること自体が婚外子に対する不合理な差別的取扱いであるともいうが、民法及び戸籍法において『嫡出でない子』という用語は法律上の婚姻関係にない男女の間に出生した子を意味するものとして用いられているものであり、所論は法令上のかかる用語についてその表現の当否を論ずるに帰するものであって、採用することができない」。

(3) 父による認知無効の訴え

非嫡出子の父は、任意に子を認知し、法律上の父となることができる。子との血縁関係を証明する必要はなく、子が未成年の場合、子の承諾も母の承諾も必要ない。父は、自分の意思のみによって認知することができる。不実の認知もできることから、民法 786 条は、子その他の利害関係人は、認知に対して反対の事実を主張することができるとしている。けれども、同法 785 条は、認知をした父は、その認知を取り消すことができないと定めている。そのため、父が反対の事実を主張して自らの認知の無効を訴えることができるかどうかの問題とされてきた。認知無効の訴えについては、期間制限がない。嫡出子の場合、嫡出否認については、子の出生を知った日から 1 年と短期の期限を定めている上に、その期間内であっても、子の出生後にその嫡出であることを承認した夫はその否認権を失う。嫡出子の身分を早期に確定し子の福祉を図っている。また、前述するように、最高裁は、嫡出子の場合、DNA 鑑定によって父子関係がないことが明らかな場合であっても、親子関係不存在確認の訴えを認めなかった。子の福祉の観点からは、任意に認知した父による認知無効の訴えは認められるべきではないだろう。ところが、最高裁

は、父による認知無効の訴えを認めた⁽³⁵⁾。

最初の事案は、以下のようなものであった。入管に関わっての認知の「不正」利用が社会問題となっている背景がある。これは、特殊なケースともいえるが、母との婚姻に伴う不実認知という最も多い事例の1つとも言える。

Yの母A（フィリピン国籍）とXは、平成15年に婚姻した。平成16年にXは、Aの子Yが自分子ではないと知りながら認知した。Yは平成17年にXと共に生活するようになり、日本国籍を取得した。平成19年、Xは、YとAと別々に生活するようになった。Xは、Yの母Aに対して離婚を求めるとともにYに対する認知を無効とする訴えを提起した。

1審の広島家裁平成22年10月21日判決は、離婚請求を認容し、認知を無効とした。民法785条については第一義的には認知の撤回を認めないという趣旨にとどまり、血縁上の親子関係が存在しない場合であっても、認知者の認知の取消しや無効の主張を認めないという趣旨までも含むことは困難であるとした。2審の広島高裁平成23年4月7日判決は、民法785条及び786条は、血縁上の父子関係がない場合であっても認知者による認知の無効の主張を許さないという趣旨まで含むものではないなどとして、Yの控訴を棄却した。

最高裁第三小法廷は、父を786条の利害関係人と認め、次のように判示して4対1で上告を棄却した。

「血縁上の父子関係がないにもかかわらずされた認知は無効というべきであるところ、認知者が認知をするに至る事情は様々であり、自らの意思で認知したことを重視して認知者自身による無効の主張を一切許さないと解することは相当でない。また、血縁上の父子関係がないにもかかわらずされた認知については、利害関係人による無効の主張が認められる以上（民法786条）、認知を受けた子の保護の観点からみても、あえて認知者自身による無効の主張を一律に制限すべき理由に乏しく、具体的な事案に応じてその必要がある場合には、権利濫用の法理などによりこの主張を制限することも可能である。そして、認知者が、当該認知の効力について強い利害関係を有することは明らかであるし、認知者による血縁上の父子関係がないことを理由とする認知の無効の主張が民法785条によって制限されると解する

(35) 最判平26・1・14民集68巻1号1頁。木村敦子「任意認知者による認知無効」法時87巻11号70頁。

こともできない。」

寺田裁判官は、認知者は、民法786条に規定する利害関係人に当たり、原則として、認知の無効を主張できるとする多数意見には反対するが、本件においては、Yにはフィリピン法に基づいてフィリピン人の父がいるためにXの認知は無効であり、Xも認知の無効を主張できると結論には賛成した。

また、大橋正春裁判官は、次のように、父による認知無効の主張を認めることに反対の意見を述べた。

「ここで問題になっているのは認知者の意向によって被認知者の地位を不安定にすることを許してよいかということであり、この点では認知した父は子その他の利害関係人とは全く異なる立場に立つのであるから、他の利害関係人に認められるから当然に認知した父にも認めるべきであるということにはならない。また認知した父による認知の無効の主張を認めないとしても子が認知の無効の主張をすることは妨げられないのであるから、子に対して血縁関係のない父子関係をその不利益に強制することにはならない」。「Yの地位がXの意思によって不安定なものとなることは明らかである。民法785条及び786条はこうした事態を避けるために、認知した父に反対の事実を主張して認知の無効の主張をすることを許さない旨定めたものであると解すべきである」。「法律上の父子関係は、血縁上の父子関係を基礎とするものではあるものの、民法上、血縁上の父子関係が存しなければ法律上の父子関係も存し得ないものとされていること、あるいは血縁上の父子関係が存すれば必ず法律上の父子関係が存することになるものともされていないことは、嫡出否認制度や認知制度などに照らしても明らかであり、このような点からみても、上記のように解し、その結果として血縁上の父子関係の存しない法律上の父子関係の存在を容認することになったとしても直ちに不合理であるとはいえない」。

さらに、最高裁、同年3月28日の第一小法廷判決においても、不実認知をした父からの認知無効の訴えを認めた⁽³⁶⁾。事件は次のようなものであった。Xは、平成14年2月、Y（平成3年出生）の母Aと婚姻し、Yとの間に血縁上の父子関係がないことを知りながら、Yを認知した。平成17年1月、Aの求めに応じて、協議離婚し、その後、XY間に交流はほとんどない。Aは、平成17年9月、X以外の男性と再婚し、Yは、同年10月、その男性と養子縁組をした。Xは、Aに対し、Y

(36) 最判平26・3・28裁判所時報1601号1頁。

の養育費として、平成 18 年春ころから月額 7 万円、その後、月額 9 万円、月額 15 万円と増額して、平成 23 年 3 月ころまでの間、支払っていた。1、2 審ともに、X の請求を認容した。

最高裁第一小法廷も、第三小法廷同様に、次のように不実認知を無効と判示し、全員一致で上告を棄却した。

「認知は、血縁上の父子関係を前提として、自らの子であることを認めることにより法律上の父子関係を創設する制度であると解されるところ、血縁上の父子関係がないにもかかわらずされた認知は、認知制度の本来の趣旨に反するものであって無効というべきである」。

確かに、父の訴えを認めないとしても、父の親族等、他の利害関係を有する人が訴えれば、不実認知は無効とされ、父子関係はなかったことになる。長い間、父子関係の実態が存続していた場合には、権利濫用法理によって、子を保護することはできるかもしれない。けれども、最高裁は、その子の母と婚姻して血縁関係のない子を認知した不実認知のケースにおいて、認知後 50 年以上たち、認知者死亡後に相続を巡って争いになり、子の母が認知無効を請求した場合にも、信義に反せず、権利濫用に当たらないとした原審の判断を正当として是認している⁽³⁷⁾。前述したように、最高裁は、嫡出否認の制度を厳格に適用して嫡出子の法的身分の安定を図ったのに対し、非嫡出子については、法的身分の保護に欠ける。認知無効を請求できる利害関係人については、厳格に制限されるべきである。

4. 養子

養子縁組が成立するためには、養子縁組届が必要であり、最高裁は、一貫して「わらの上からの養子」を養子とは認めない⁽³⁸⁾。またも、養子縁組が有効に成立するためには縁組意思の合致がなければならない。民法 802 条 1 号は縁組意思を欠く

(37) 最判昭 53・4・14 家月 30 卷 10 号 26 頁。その後、最高裁は、わらの上からの養子の親子関係不存在確認事件（最判平 18・7・7 民集 60 卷 6 号 2307 頁）において、実親子関係不存在請求については、権利濫用法理の適用を認めており、認知の事件においても、権利濫用法理が適用される可能性はある。

(38) 最大判平 18・7・7 民集 60 卷 6 号 2307 頁は、実親子関係不存在確認請求は権利濫用として斥けたが、養親子関係不存在確認請求は認めている。

場合は、無効としている。その縁組意思是、実質意思であり、社会通念上親子と認められる関係を成立させる意思が必要であると解されており仮装縁組は無効とされる。昭和23年の最高裁判決は、法定推定家督相続人を他家に入籍させるための方便としてなされた養子縁組の事件において、次のように判示した⁽³⁹⁾。「『当事者間に縁組をする意思がないとき』とは、・・・当事者間に真に養親子関係の設定を欲する効果意思を有しない場合を指すものであると解すべきは、言をまたない。「たとい養子縁組の届出自体については当事者間に意思の一致があつたとしても、それは単に他の目的を達するための便法として仮託されたに過ぎずして真に養親子関係の設定を欲する効果意思がなかつた場合においては、養子縁組は効力を生じない」。

けれども、相続目的での養子縁組であっても、縁組意思があれば有効とされている。昭和38年の最高裁判決は、孫に相続させるために孫を養子とした事件において、「親子としての精神的なつながりをつくる意思を認めることができ、したがって、・・・真実養親子関係を成立せしめる意思も亦十分であつたとする原審判決の判断は、これを是認しうる」と判示している⁽⁴⁰⁾。また、過去の情交関係が争点となった事件ではあるけれども、昭和46年の最高裁判決は、「養子とすることにより、自己の財産を相続させあわせて死後の供養を託する意思をもつて、本件縁組の届出に及んだものであること、・・・かかる事実関係のもとにおいては、養子縁組の意思が存在するものと認めることができ、かつ、右の過去の一時的な情交関係の存在は、いまだもつて、あるべき縁組の意思を欠くものとして、縁組の有効な成立を妨げるにはいたらぬものであるとした原判決の判断は、正当として是認することができる」と判示した⁽⁴¹⁾。

相続は、養子縁組に伴う民法上の効果である。しかし、相続税の節税目的の養子縁組は、相続目的の養子縁組とは異なる。節税目的の養子縁組は多い。余りに多いため、相続税法上の控除の対象となる相続人の数に含める養子の数が制限された。そうした中、節税目的の養子縁組の有効性については、下級審の意見は分かれていたけれども、最高裁は、平成29年1月の判決において、節税目的の養子縁組を有効とした⁽⁴²⁾。

(39) 最判昭23・12・23民集2巻14号493頁。

(40) 最判昭38・12・20家月16巻4号117頁。

(41) 最判昭46・10・22民集25巻7号985頁。

(42) 最判平29・1・31民集71巻1号48頁。

次のような事案であった。亡Aは、長男Bの子である1歳の孫Yを節税目的で養子とした。その後、亡Aは、離縁届を出したが、代諾権者である長男B夫妻の同意を欠くものとして、離縁は無効とされた。そのため、亡Aの長女X₁と二女X₂が養子縁組の意思を欠くと主張して、その養子縁組の無効確認を求めた。原審は、本件養子縁組は専ら相続税の節税のためにされたものとした上で、かかる場合は民法802条1号にいう「当事者間に縁組をする意思がないとき」に当たるとして、養子縁組を無効とした。

しかし、最高裁は、次のように判示して、原判決を破棄し、請求を棄却した第1審判決を正当として、控訴を棄却した。

「相続税の節税の動機と縁組をする意思とは、併存し得るものである。したがって、専ら相続税の節税のために養子縁組をする場合であっても、直ちに当該養子縁組について民法802条1号にいう『当事者間に縁組をする意思がないとき』に当たるとすることはできない」。

本件では、孫に相続させる意思があったとの認定もされていない。最高裁は、専ら相続税の節税のための養子縁組と認めながら、そのような養子縁組を有効とした。節税は動機であって、縁組意思とは併存し得るというだけで、本件においてどのような縁組意思が認められるのかを判示していない。最高裁は、事実審が縁組意思がなかったと判断しているにもかかわらず、差し戻しもせずに自判して控訴を棄却した。「当事者間に縁組をする意思がない」ことは、縁組の無効を請求する原告が立証すべきというのであろうか。

また、本判決は、縁組意思とは何かについても判示していない。従来、実質意思を要するとしてきた先例との関係についても論じていない。最高裁が控訴を棄却して肯認した1審判決は、本件縁組届がAによって作成されたということからAに養子縁組意思があったと推定し、その推定を覆すに足る事実は認められず、Aが縁組意思及び届出意思を欠いていたと認めるに足る証拠は見当たらないという理由で、養子縁組無効請求を棄却した⁽⁴³⁾。

実際には節税目的で多くの養子縁組が行われていることから、節税目的の養子縁組を無効とした場合の実務への影響は大きい。しかし、それだからといって、そのような養子縁組を有効としてよいのだろうか。いろいろな目的で便宜的に養子縁

(43) 東京家判平 27・9・16 金商判例 1515 号 13 頁。

組を行う成年養子はともかくとして、子のための養子であるべき未成年養子において、全く養育する意思のない縁組を有効とすることは問題である。親のない子に親を与え、子の養育環境を確保することが未成年養子の目的とされている。未成年養子においては、子の福祉が第1に考えられなければならない。

厚労省の「児童虐待対応における司法関与及び特別養子縁組制度の利用促進の在り方に関する検討会」が平成29年6月30日に報告書「特別養子縁組制度の利用促進の在り方について」をまとめ、特別養子縁組制度の見直しの提言されているが、未成年養子全体についても見直しが必要であろう。

5. おわりに

最高裁は、非嫡出子の相続分差別を違憲とし、非嫡出子の嫡出子との平等化を進めたけれども、出生届における非嫡出子と嫡出子の別の記載を合理性があるとして、必ずしも必要のない非嫡出子と嫡出子の「区別」は温存している。また、女性から男性に性別変更した夫を父と認めたことはよいけれども、その判決には、婚姻の目的は嫡出子を設けることであるかのような判示もある。法律婚主義を重視し、法律婚の尊重とあわせて、嫡出子概念に重きを置いているようにみられる。嫡出推定を重視し、その否定を厳格に制限している。嫡出子の場合、DNA鑑定によって血縁関係がないことが明らかな場合にも子からの親子関係不存在確認請求を認めない一方で、不実認知をした父の認知無効の訴えを認め、非嫡出子については法的親子関係の安定に対する配慮が欠けている。嫡出子と非嫡出子で、身分関係の保護に大きな差を設けている。

しかし、嫡出子の場合も、必ずしも、子の保護を図っているとはいえない。現実に養育している父を法律上の父として認めない。また、法律上の父であっても、血縁上の父でない場合には、母からの監護費用の分担請求は権利の濫用として斥け、養育責任の義務づけは不十分である。最高裁の判断は示されていないが、最高裁で嫡出推定制度によって法律上の父とされても、その後の面会交流の申立は認められず、養育への参加も保障されていない。制度を重視し、養育の事実を重視していないようにも見える。

子どもの福祉にとって、法律上の親の確定は重要であるが、親によって保護される養育環境が現実に確保されることも重要である。血縁関係がない場合にも法律上は親子とするのはよいけれども、現実に血縁上の親によって子が幸福に養育されている事実を顧みないこと、また血縁がないことをもって法律上の親子関係を否定できないとしながら、親としての養育責任を認めないことは、子・福祉に対する配慮に欠ける。さらに、養育の意思のない節税のための養子縁組も縁組意思ありとして有効とし、子のための養子縁組というあるべき制度の目的を考慮していない。親子法は、子の第一の保護者として子を養育する責任を負う、親を確定し、子の福祉を図るものでなければならない。最高裁は、法律審ではあっても、当該事件の子の福祉を重視して判断した事実審を覆す際には、子の福祉への十分な配慮が求められる。

最高裁も、法の子定していなかった問題については、繰り返し、立法による問題解決を求める判示をしており、子のための親子法をめざした立法、法改正が必要なことは間違いない。しかし、早急な立法が期待できない現状においては、最高裁には、子の福祉を最優先して親子法を解釈適用することが求められる⁽⁴⁴⁾。

* 大野先生には、2004年に明治大学に着任した同期として、親切にいただき、感謝しております。大野先生の古稀記念号には先生の研究領域に関わる論文をと考えておりましたが、果たせず、このような拙稿になってしまいましたこと、ご容赦ください。先生のますますのご活躍を祈念しております。

(明治大学法学部教授)

(44) 本稿をまとめるに際しては、多くの著作、論文、判例評釈等を参考にさせていただいたが、引用することができなかった。ご容赦いただきたい。