

「内密出産」としての虚偽の嫡出子出生届
-親子関係存否確認事件を通して考える-

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2019-01-31 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/10291/19825

【論 説】

「内密出産」としての 虚偽の嫡出子出生届

—— 親子関係存否確認事件を通して考える ——

石 井 美 智 子

目 次

1. はじめに
 2. 大審院判決
 - (1) 養子縁組有効判決
 - (2) 親子関係否定判決
 - (3) 養子縁組無効判決
 - (4) 戸籍上の親による代諾養子縁組
 - (5) 認知の効果を認めた判決
 - (6) 母子関係に認知を必要とした判決
 - (7) 死者との親子関係存否確認事件
 - (8) 小括
 3. 最高裁判決
 - (1) 養子縁組無効判決
 - (2) 戸籍上の親による代諾養子縁組
 - (3) 認知の効果を認めた判決
 - (4) 母子関係に認知を不要とした判決
 - (5) 死者との親子関係存否確認事件
 - (6) 親子関係不存在確認の訴えと権利濫用
 - (7) 小括
 4. 総括
 5. おわりに
- 別表 判決一覧表

1. はじめに

望まない妊娠の場合、妊娠中絶が行われることが多い⁽¹⁾。出産した場合にも、子捨て子殺しという不幸な事件に至ることもある。児童虐待により、死亡する不幸な事件は後を絶たない。わが国で発覚した児童虐待による死亡事件の子どもの年齢は0歳児が最も多く、その中でも0箇月の割合が高い。また、予期しない妊娠であったケースが多いという⁽²⁾。そのような不幸な事件を防ぎ、子どもの命を守るために、ヨーロッパでは、赤ちゃんポストが設けられたり、内密出産が行われてきた。赤ちゃんポストは、出産したが育てられない子どもを名前を明かさずに安全な施設に託すことができる仕組みである。それに対して、内密出産は、妊娠したが出産しても自分では育てられない女性が、匿名で安全な病院で安心して出産できるようにし、母と子の命を守る仕組みである。生まれた子どもは、子どもを欲する人の養子となって大事に育てられることを予定している。近年、このような仕組みの合法化が進んでいる。フランスでは、古くから行われていた匿名出産の制度が1993年に民法に定められた⁽³⁾。ドイツは、2013年に内密出産を制度化する法律を制定し、翌年から施行した⁽⁴⁾。その特徴は、子の出自を知る権利を保障したことにある。16歳に達した子は出産した母について知ることができる。アメリカでは赤ちゃんポストを多くの州が合法化している⁽⁵⁾。わが国でも、「こうのとりのゆりかご」という赤ちゃんポストを2007年から運営している熊本の病院が内密出産の導入を検討しているという⁽⁶⁾。

わが国で内密出産を導入するには、母を偽名で出生届出することになり、子どもの戸籍を如何するかという難しい問題がある。けれども、わが国では、昔から婚外

(1) 2016年度には16万8千件余の人工妊娠中絶が行われたことが報告されている。厚労省「平成28年度衛生行政報告例」。また、できちゃった婚という言葉があるように、妊娠した場合は、子の出生前に婚姻するケースが多く、未婚の非嫡出子は、少なく、2016年に出生した非嫡出子は、全出生子の2.3%にすぎない。

(2) 「子ども虐待による死亡事例等の検証結果等について（第13次報告）」

(3) 旧341条の1、現326条。西希代子「母子関係成立に関する一考察」本郷法政紀要10号397頁。

(4) 渡辺富久子「ドイツにおける秘密出産の制度化」外国の立法260号65頁。

(5) 三枝健二「アメリカにおける『赤ちゃん避難所』法」早法83巻4号65頁。

(6) 「こうのとりのゆりかご」については、検証が行われている。熊本県要保護児童対策地域協議会こうのとりのゆりかご専門部会「『こうのとりのゆりかご』第4期報告書」。

子の出産を隠すために、虚偽の出生届が行われてきた⁽⁷⁾。明治になって、戸籍制度が整った後も、そのような慣行は続き、虚偽の出生届は、明治民法施行後も行われた。それは、一方において婚外子の出産を公にしないために、他方において養子ではなく実子として子を育てたい養親の望みを叶えるために行われていた。いわゆるわらの上からの養子である。戸籍には公証力があるので、誰も争わなければ、戸籍記載の親子関係が社会的に認められた⁽⁸⁾。誤った親子関係を正すための戸籍訂正の手続については、戸籍法は許可と判決による場合の2つ定めているが、許可によることができるのは軽微なものに限られ、親子関係の訂正は、判決によらなければならない⁽⁹⁾。そのための裁判手続は、長い間法律上定められていなかったけれども、学説上、実務上、親子関係存否確認訴訟として認められていた。漸く、平成16年に人事訴訟手続法が人事訴訟法に改められた際に、人事訴訟の1つとして実親子関係の存否の確認の訴えと養親子関係の存否の確認の訴えとして明記された。当事者、要件、期限等何も定められないままであるが、人事訴訟として対世効が認められる。また、親子関係は、財産事件の前提問題としても、争うことができ、その理由中の判示に基づいた戸籍訂正も可能であった。戸籍に公信力はない。一旦、虚偽の出生届が裁判で公になれば、その親子関係は否定されてきた⁽¹⁰⁾。相続を巡って、親子関係の存否が争われるケースが少なくない⁽¹¹⁾。

(7) 次のような慣例が紹介されている。「婚姻せざる前處女にして出産する事あれば、其處女たるものの弟妹として籍に入れ、或は他人へ養育料を添て之を遣し、人別に其貰受るものの実子と看做し其籍に入る風習なり・・・」。司法省編『日本民事慣例類集』35頁（白東社、1932年）。カタカナ表記をひらがな表記に改めた。

(8) 大判明治37・1・23民録10輯931頁は、次のように判示している。
「戸籍簿は・・・反証あらざる以上は正当に作成せられたるものにして之に登載事項も亦真正の事実なりとの推定をさざるべからざるものとす」。

(9) 大判大正5・2・3民録22輯156頁は、次のように判示している。
「戸籍法第164条に所謂法律上許すべからざる記載とは戸籍の記載自体より其記載事項が法律上許すべからざることの顕わるる場合を指称するものとす」。
林屋礼二「親子関係存否確認の訴え」『新版注釈民法(23)親族(3)親子(1)』（有斐閣、2004年）、兼子一「親子関係の確認」『家族制度全集法律篇Ⅲ親子』（河出書房、1937年）。大判明治33・4・17民録6輯4号84頁は次のように判示している。「親子関係の確認は法律関係の確認にして事実の確定訴訟にあらず、故に特殊の規定なきも許すべき」。また、大判昭和11・6・30民集15巻1281頁は、親子関係確認訴訟が人事訴訟であることを明らかにした。

(10) 水野紀子「親子関係存否確認訴訟の生成と戸籍訂正(1)」『同(2)』名大法政論集134号41頁、同136号87頁。

(11) 親子関係不存在確認訴訟については、沢山の論考あり、参照させていただいたが、文献と

本稿においては、別表にまとめた親子関係の存否が争われた訴訟事件を通して、わが国では、虚偽の嫡出子出生届という形で、出生の秘密を隠すために「内密出産」が行われていた状況を示そうとするものである⁽¹²⁾。

*本稿においては、事件の時代的な背景がより明らかになると考え、「私生子」等の不適切な用語もそのまま用いている。

2. 大審院判決

(1) 養子縁組有効判決

①大正 8 年 2 月 8 日大審院判決⁽¹³⁾ 家督相続権回復請求事件

本件は、虚偽の嫡出子出生届による養子縁組を有効とした有名な大審院判決である。大正時代の判決ではあるけれども、子どもは明治元年に生まれており、虚偽の嫡出子出生届は明治民法施行前に行われている。大審院は、当時の慣習を理由に嫡出子出生届による養子縁組を有効とした原審判決を肯認した。本件は、未婚の娘の出産、子どもが私生子である事実を隠すために、別の夫妻の嫡出子として虚偽の出生届出後、実母の母（祖母）と養子縁組した。子どもは、実家で養育されたけれども、成人後に離縁されたため、実家の家督相続権の回復を求めて、虚偽の嫡出子出生届を否定し、実母との親子関係の存在を主張した。本件も（4）で取り上げる虚偽の嫡出子出生届に基づく戸籍上の親による代諾養子縁組であるけれども、それは離縁されているため問題とならず、虚偽の嫡出子出生届が養子縁組と認められるかどうか争点となった。

〈事実〉 X は、明治元年 10 月に A の私生子として出生したが、B 夫妻の子として出生届出され、翌 2 年に A の母（X の祖母）C の養子となったが、30 年に離縁された。その後、A が死亡したのに続いて C が死亡した。X は、自分は、A の実子

して引用することはできなかった。

(12) 事件を網羅するものではない。わらの上からの養子に関する総合的判例研究として、山崎正男「養親子関係の成立および効力」『総合判例研究叢書民法 15』（有斐閣、1960 年）がある。

(13) 大判大正 8・2・8 民録 25 輯 189 頁、家督相続権回復請求事件。

であるとして、代襲相続を主張し、C家の家督相続の回復請求を申し立てた。大審院は、次のように判示して、虚偽の嫡出子出生届による養子縁組を、明治初年における慣行と認めて有効とした原審判決を肯認した。

「明治初年に於いては平民間に在りては 婦女が父母の婚姻を承諾せざる以前に他人と私通して分娩したる子は、往々之れを其生母の属する戸籍に子として編入せず他家に遣わし、之を貰い受けたる者は其貰い受けたる子を自己の子として届出て其家に入籍せしむることの慣例が一般に行われたること・・・斯くの如き慣行が・・・其当時の法制上適法なることは原判示の如くなる・・・」⁽¹⁴⁾

「原判示の如き慣行は純然たる養子縁組に非ざるも養子制度に準拠するものと謂い得べく、私通を幫助し実親子の事実関係を不明ならしむるものに非ず。而して・・・原院は右慣行を以て当時の法制上適法のものとしたるは相当」⁽¹⁵⁾。

②昭和13年7月26日大審院判決⁽¹⁶⁾ 家督相続回復請求事件

宗教団体の主宰者の相続をめぐる有名な事件である。同日に、同一の紛争に関わるもう1つの大審院判決がある⁽¹⁷⁾。大審院は、わらの上からの養子について、①判決を引用し、明治初年においては法制上適法とするのが判例であると判示した。しかし、本件においては縁組の合意はなかったとし、虚偽の嫡出子出生届による養子縁組の成立は認めなかった。本件で問題となった虚偽の嫡出子出生届も、明治民法施行前に届出られたものである。妻妾家族同居する中、妾の子も正妻との間に出生した嫡出子として届出られていた。本件は、戸籍上嫡出子となっていた妾の子が、家督相続した15年後に、正妻の子である年下の嫡出子が家督相続回復請求した。それに対して、被告は実子ではあるけれども、虚偽の嫡出子出生届による養子縁組を主張した。庶子の相続権は嫡出子に劣後するからであろう。民集には、家督相続回復請求事件の大審院判決中、家督相続の放棄は許されない旨判示した部分だけが掲載されている⁽¹⁸⁾。大審院は、本件においては縁組の合意はなかったとし、

(14) 同上196頁。カタカナをひらがなに、漢数字を算用数字に改め、句読点を付した。本稿の大審院判決についてはすべて、同様である。

(15) 同上199頁。

(16) 大判昭和13・7・26法律新聞4312号3頁、「法燈ゆらぐ金光教」。

(17) 大判昭和13・7・26法律新聞4323号10頁、身分関係等確認請求事件。

(18) 大判昭和13・7・26民集17巻1481頁。

自己の子とする意思がない場合には、養親子関係は認められないと判示した。

〈事実〉 Yは、明治21年10月21日、妻妾同居するAの妾Bの私生子として出生したが、Aと妻Cの間に出生した嫡出子として届出られ、戸籍簿上三男として記載された。大正8年12月17日にAが死亡してYが家督相続し、大正9年1月10日に届出た。Xは、明治27年11月3日にAとCの間に出生した嫡出子であるが、大正6年11月3日に分家の届出をしている。昭和10年12月になって、XがYに対し、家督相続回復の訴を提起した。原審は、Xの相続回復請求を認めた。Yが上告したが、大審院は、上告を棄却したが、虚偽の出生届による養子縁組については、次のように適法と判示した。ただし、本件については認めなかった。

「明治初年に於いて他人の子を貰い受けたる者が自己の子として届け出てその家に入籍せしむる慣行あり。この慣行が当時の法制上適法ものなりしことは当院の判例とする所なり（参照として①判決を引用）。然れども自己の子と為す意思なくして単に戸籍吏に届出でたる場合に於いても亦法律上親子関係を生ずるものと為すが如きは、事実上の縁組を以て養親子関係の成立を認めたる旧慣に反し、到底是認するを得ざる」（上告理由第10点、17頁）。

（2）親子関係否定判決

③昭和7年12月14日大審院判決⁽¹⁹⁾ 私生子認知請求事件

本件も、子どもが私生子である事実を隠すために、別の夫婦の嫡出子として虚偽の出生届するわらの上からの養子が行われた。子どもは、「養家」の家督を相続して戸主となったが、戸籍訂正しないまま、実父に認知を求める訴えを提起した。戸籍上嫡出子のまま、認知できるかどうか争点となった。大審院は、虚偽の嫡出子出生届による戸籍上の親子関係を否定して、認知を認めた。ここでは、戸籍上の親子ではなく実親子関係の有無が問題となっている。

〈事実〉 A（大正14年2月14日死亡）がYと私通し、明治42年6月7日にXを分娩したが、当時AとYは何れも相当の家庭に在ったため、之を恥じてB夫妻の嫡出子として虚偽の出生届を出した。Xは、B家に在籍し、大正7年3月4日にB死亡により、家督を相続して戸主となったが、戸籍訂正しないまま、Yの認知を求めて訴えた。Xの主張によれば、Yは一時Xを引き取って扶養した。原審がX

(19) 大判昭和7・12・14民集11巻2323頁、私生子認知請求事件。

の請求を認めたため、Yが上告。Yは、嫡出子の身分を有する者は、認知請求できないと主張したが、大審院は、次のように判示して、上告を棄却した。

「親子たる事實は戸籍の記載の如何に因りて左右せらるべきものに非ざると共に、戸籍上実親子たる記載あるも其の実親子に非ざるときは法律上親子たる関係を生ぜざること論を俟たず。故に私生子に対し其の父母に非ざる他人の嫡出子として届出あり且戸籍上其の届出に基く記載ありとするも事實は其の子を仍お私生子なりと云うに妨げと為るものに非らず。而して民法第827条及第835条の規定は事実上の親子をして認知に因り法律上も親子として之に伴う権利義務を有せしめんことを目的とするものなるが故に、真実私生子なる以上は、縦令其の父母に非ざる他人の嫡出子として他家の戸籍に記載せられ而も已に其の家の戸主と為りたる場合に於ても、仍お其の実父又は実母に於て之を認知することを妨げざると共に、其の子も亦実父又は実母に対して認知を求むることを得るものと解するを相当とす。之に加え斯の如き場合に於て、其の子は戸籍上の父母の嫡出子たる身分を有するものに非ざるが故に、其の戸籍の記載の訂正前に於ても、実父又は実母に於て之を認知することは所論の如き不能のことに非ざるは勿論、其の認知に因り法律上一面に於て他人の子たり他面に於て実父母の子たる二重の身分関係を生ずるものにも非ず」。

また、戸籍訂正が不要な理由については次のように重戸籍は生じないと判示した。

「私生子が認知せられるる以前既に父母に非ざる他人の家に入りて戸主と為りたるときは、認知あるも他家なる父又は母の家に入るべきに非ずして依然家督を相続したる家に在りて戸主たるものと解するを相当とするが故に（大正9年（ク）第121号同年10月15日当院決定参照）、結局其の子は父又は母の認知に因りて所論の如き復本籍を有する関係を生ずることなく、又当該認知は其の子の戸主たる家の存否に影響を及ぼさざるものと云わざるべからず。然らば其の子に於て認知を求むるに先だち必ずしも戸籍の訂正を求め、其の記載を抹消することを要するものに非ざること明白なり」。

（3）養子縁組無効判決

④昭和11年11月4日大審院判決⁽²⁰⁾ 慰藉料請求事件

わらの上からの養子が親子関係不存在確認訴訟を提起して勝訴したのに対し、「養

(20) 大判昭和11・11・4民集15巻1946頁、慰藉料請求事件。

母」が損害賠償を請求した事件である。「養親」は虚偽の嫡出子出生届を出し、実子として養育していたが、4年後に「養父」が死亡したため、「養母」は「養子」を実親の元に返し、子どもは実親に育てられた。子どもが、28歳の時に他家に入夫婚姻するために、誤った戸籍を訂正する必要上、出生届無効（親子関係不存在）確認訴訟を提起し、認められた。それに対して、「養母」が子どもに慰藉料を請求した。

〈事実〉 Yは明治40年3月A夫妻の三男として出生したが、X夫婦が事実上の養子としてもらいうけ、同年4月1日にX夫婦の長男として届出た。X夫婦はYを養育していたが、明治44年3月にXの夫が死亡したため、XはYの養育に窮して、同年中当時5歳のYを実家のA方に引渡した。Xは昭和9年28歳の時にB方に入夫婚姻するため、戸籍を訂正する必要上、Xを相手取り、YはAの三男でXの嫡出子でないことを原因として上記出生届無効（親子関係不存在）確認訴訟を提起し、昭和10年6月27日にY勝訴の判決を得、同判決は確定した。それに対して、XはYの所為を養子縁組予約不履行としてYに慰藉料2千円を請求する訴を提起した。1審は、予約は合意の上で解除されたとのYの抗弁をいれ、Xの請求を排斥したが、2審はYはX夫婦がYを正式に養子としてXの家を継がせようというX夫婦の念願に反して前記訴訟を提起して勝訴の確定判決を得、Xに対して精神上の苦痛を与えたので、その慰藉料支払の義務があるとし、5百円の慰謝料を認めた。Y上告。大審院は、原判決中X敗訴の部分を破毀し、X夫婦とY間に扶養契約があった可能性を認めて、控訴院に差戻した。

まず、養子縁組については、養子縁組届が必要であり、虚偽の嫡出子出生届によっては親子関係は生じないと、次のように判示した。

「X夫婦とA夫婦の間には、YをX夫婦の養子となす縁組を戸籍吏に届出ずる意思なかりしものと認むべく、而も縁組はその届出を為すによって効力を生ずるものなるが故に、右両夫婦の間には法律上YをX夫婦の養子と為す意思なかりしものと云わざるべからず。仮に後日右縁組の届出を為さんとする意思絶無に非ざりしものとするも、前記出生届は虚偽の届出にして、YとX夫婦の間には法律上親子関係は存在せざりしものなるが故に、Yが前記の訴えを提起し、勝訴の判決を得たるは何等の不法あることなく、Yを正式に養子としてXの家を継がしめんとせるX夫婦の念願に反せるものと云うをえざるものとす」。

したがって、原審が、Yに慰藉料支払の義務あるとしてXの請求を認容したこ

とは全く法の解釈を誤った違法があるとしたが、次のように判示して、扶養義務違反の可能性を認め、原審は此の点を釈明させるべきであったとして差し戻した。

「若し前示両夫婦間の契約にはYとX夫婦とは実親子同様に互に扶養し行くべき旨の契約を包含し、本訴は畢竟Yが其の扶養義務に違背したるに因る損害の賠償を求むるが如きものなりとせば固より別論なり」。

⑤昭和18年2月16日大審院判決⁽²¹⁾ 親子関係不存在確認請求事件

本件も、私生子であることを隠すために、実母の姉夫婦の嫡出子として虚偽の出生届をしたが、実母が姉夫婦と子どもを相手に両者間に親子関係が存在しないことの確認を求めた。大審院は、養子縁組届がなければ、養親子関係は生じないとした。

〈事実〉Y1は昭和13年9月18日にXの私生子として出生したが、Xの姉Y2夫婦の嫡出子として虚偽の出生届出された。しかし、実母Xが姉Y2夫婦と子どもY1を相手に両者間に親子関係が存在しないことの確認を求めて訴えた。Yは、養子縁組を主張したが、大審院は、次のように判示して、上告を棄却した。

「仮にY2夫婦がY1を養子として迎えたものなりとするも、其の届出のなき間は養親子関係を生ずることなし」。

(4) 戸籍上の親による代諾養子縁組

⑥大正7年7月5日大審院判決⁽²²⁾ 養子縁組無効確認請求事件

本件は、虚偽の嫡出子出生届によって戸籍上父母となっている者の代諾による養子縁組を無効とした最初の大審院判決として知られている。明治民法も、養子となる者が15歳未満の場合は代諾によるものとし、代諾権者は「其家ニ在ル父母」と定めていた（明治民法843条）。本件の事実関係は不明であるが、大審院は、次のように判示して、虚偽の嫡出子出生届によって戸籍上父母となっている者は「其家ニ在ル父母」に当たらないとした。

「民法第843条第1項に『其家ニ在ル父母』と云うは養子となるべき者の真実なる実父母若くは養父母にして之れと戸籍を同うするものを謂い、誤って形式上父母として戸籍に記載せられあるものを指すにあらざることは家の觀念に照して疑い

(21) 大判昭和18・2・16 法学12巻790頁、親子関係不存在確認請求事件。

(22) 大判大正7・7・5 法律新聞1474号18頁、養子縁組無効確認請求事件。

を容れざる所なる」。

⑦昭和 3 年 6 月 26 日大審院判決⁽²³⁾ 養子縁組無効確認請求事件

本件は、未婚での出産と私生子の事実を隠すために、実母の兄夫婦の嫡出子として虚偽の出生届が出された後、その兄夫婦の代諾によって他家の養子となった。大審院は、⑥事件と同様に、代諾養子縁組を無効とした。

〈事実〉 Y は A と B 間の私生子として出生したが、大正 8 年 3 月 20 日に A の兄 CD 夫婦の長女として出生届出され、大正 14 年 4 月 30 日に CD 夫婦の代諾により、EX 夫婦の養子となった。X が養子縁組無効を請求した。大審院は、まず、次のように、虚偽の嫡出子出生届によっては親子関係は生じない旨を判示した。

「事実上 A と B との間に生じたる Y が C 及其の妻 D との間に生れたる子として届出られ、C 夫妻が Y と同一家籍内に在る父母として戸籍簿に登録せらるるも、之が為法律上 C 夫妻と Y との間に親子関係を生ずるものに非ず」。

そのうえで、大審院は、代諾養子縁組について次のように判示し、その養子縁組を無効とした。

「C 夫妻は Y に対し民法第 843 条に所謂其の家に在る父母となるものに非ざるが故に、C 夫妻が Y に代りて本件縁組の承諾を為すも、其の縁組は有効なるものと云うを得ず。而して尚所論の如き事実関係ありとするも本件縁組は法律上 Y に代わりて縁組承諾の意思表示を為し得る者が其の承諾の意思表示を為し且其の届出を為したるものと云うべきものに非ず」。

⑧昭和 4 年 7 月 4 日大審院判決⁽²⁴⁾ 親族関係不存在確認請求事件

本件では、妾の子を庶子とせず、妾の叔父夫婦の嫡出子として虚偽の出生届出し、嫡子の出生が絶望となった後、その戸籍上の父母の代諾により、実父夫妻の養子とした。「養父」の死後、家督相続した「養子」に対し、「養父」の弟が親族関係不存在の確認を求めた。「養父」の弟は、「養父」が死亡しているので、養親子関係不存在の訴えを起こすことができないため、自分との親族関係の不存在確認を求め、それを認容する判決によって戸籍訂正をしようとしたのであろう。「養父」は実父

(23) 大判昭和 3・6・26 法律新聞 2890 号 15 頁、養子縁組無効確認請求事件。

(24) 大判昭和 4・7・4 民集 8 卷 686 頁、親族関係不存在確認請求事件。

ではあるけれども、昭和17年改正の前で、死後認知の訴えは認められず、「養子」は、家督相続権を失うことになる。戸籍上の父母には代諾権がないため、無効であるとの主張に対し、「養子」は、養子縁組には実母の実質的な承諾があったこと、「養子」本人による追認によって有効になったと主張したが、大審院は、いずれも認めなかった。また、実父による養子縁組を認知とみなすことについても否定した。

〈事実〉 Yは、BとCの間に私生子として生まれたが、D夫妻の子として出生届出された後、明治36年にD夫妻の代諾により、B夫妻の養子となった。その後、B及びBの父の死亡により、YはB家の戸主となった。XはBの実弟で、XY間に親族関係が存在しないことの確認を求めた。1、2審はXの請求認容。Yが上告。大審院は、次のように判示して、上告を棄却した。

まず、実母の承諾については、養子縁組届出の当事者ではないので事実上の承諾があっても縁組は無効であると次のように判示した。

「D夫妻は、右縁組届出当時Yの家^に在る父母に非ざること洵に明白なるを以て、該縁組届出は民法第843条第1項の要件を欠缺する全然無効のもの^と云わざるべからず。然り而して其の当時、仮にYの肉親たるCが事実上縁組の承諾を為し居たりとするもCは本件縁組の届出の当事者に非ず。而して縁組の承諾を為すべき適格者が事実上其の承諾を為し居りたるとするも其の者に於て縁組届出の当事者と為らざる限りは養子縁組の効力を生ぜざること固より言を俟たざるところなるが故に、単にCが事実上本件縁組に承諾を為し居たる一事を以てD夫妻及びB夫妻を届出当事者とする本件縁組を有効とするの理由と為すことを得ず」。

Yの追認については、絶対無効な養子縁組が追認によって有効となることはない^と次のように判示した。

「本件養子縁組の届出は絶対に無効のものなるを以て追認に依りて其の効力を生ずるの余地なきものと云うべく、既に右届出の絶対に無効なる以上、該届出に依りて養子縁組の効力を生ずることなく、又民法第119条但書の規定は追認に依りて新なる行為ありたるものと看做すと雖、養子縁組は其の届出に依りてのみ効力を生ずることは同法第847条第775条の規定の明掲するところにして右追認に依りて養子縁組の成立するが如きことは民法の之を認めざるところなるや明白なり」。

さらに、養子縁組を認知とみなすことについては、次のように判示して否定した。

「養子縁組と私生子の認知とは其の発生を目的とする私権の内容を異にする各別

箇の性質を有する行為にして民法上其の方式及要件亦固より同一に非ざるが故に一を以て他に代え、此に依りて彼を為すことを得ざるものなることは言を俟たざるところなり。されば本件縁組が無効なりとするも右縁組の届出は其の実質に於て養親たる亡BのYに対する私生子認知の意思表示を包含するを以て右届出に依りて認知の効力を生ずとの所論は之を肯定することを得ざるや明瞭なりものとす。蓋し養子縁組を為さんとせば民法上規定せられたる縁組の行為に依るべく私生子の認知を為さんとせば同じく民法上明示せられたる認知の手續に従うべきものにして一方に於て養子縁組が無効にして他方に於て認知の手續なき場合に於て養親の内心に潜在する認知の希望を以て直に認知の効力を生ずるものと做すべからざるを以てなり」。

⑨昭和 13 年 7 月 27 日大審院判決⁽²⁵⁾ 養子縁組無効確認等請求事件

本件も、私生子であることを隠すために、虚偽の嫡出子出生届された後、戸籍上の父母の代諾によって養子縁組された。「養父」と婚姻した継母が養親子関係不存在の確認を請求した。

〈事実〉 Y は A の私生子として生まれたが、昭和 4 年 3 月 28 日に B 夫妻の二男として出生届出され、B 夫妻の代諾によって C と養子縁組し、昭和 5 年 5 月 22 日届出された。X は昭和 6 年 10 月 12 日に C との婚姻届出をした。昭和 12 年 4 月 18 日に C が死亡し、22 日に Y を家督相続人として届出た。X が C と Y との養子縁組を無効として訴えた。1、2 審とも X の請求を認容。Y が上告したが、大審院は、⑧判決を引用して次のように判示し、養子縁組を無効として上告を棄却した。

「単に戸籍簿上父母として登載されたに過ぎず、真実家に在る父母に非ざる者の代諾によってされた 15 年未満の者の養子縁組は民法第 843 条に所謂其の家に在る父母の代諾ありといえず、当然無効なことは当院判例の示すところなり」。

(5) 認知の効果を認めた判決

⑩大正 15 年 10 月 11 日大審院判決⁽²⁶⁾ 預金返還請求事件

(25) 大判昭和 13・7・27 民集 17 卷 1528 頁、養子縁組無効確認等請求事件。

(26) 大判大正 15・10・11 民集 5 卷 703 頁、預金返還請求事件。

大審院が、実父が自分の嫡出子として届け出た虚偽の出生届に認知の効力を認めた判決である。実父が妾腹の子を妻との間の嫡出子として届け出た。事件は、人事訴訟ではない。父死亡後に戸籍上の母が親権者として預金返還を求めたのに対し、相手方が虚偽の嫡出子出生届を理由に戸籍上の母は親権者ではないとして争った。

〈事実〉 Xは父Aと妾Bとの間に明治43年9月28日に出生したが、Aは妻Cとの間に生れた嫡出子として出生届出した。Aが死亡して、CがYの親権者となった。Cが親族会の同意を得てXの親権者としてYに対して預金返還の訴を提起したところ、Yは、CがXの親権者ではないとして、法律上代理欠缺の妨訴抗弁を提出した。それに対して、AがYを嫡出子として出生届出したことによりYを認知したので、CとYの間には親子関係が生じ、A死亡後はCは親権者であると主張した。1審は認知の効力を認めず、訴を却下したが、2審は、私生子認知の効力を認め、Yの妨訴抗弁を棄却する中間判決を言渡した。Yが違法な虚偽の届出に効力は認められないとして、上告。大審院は、違法な届出であっても直ちに全然何等の効力が生じないと速断すべきではないとし、次のように判示して、虚偽の嫡出子出生届に認知の効力を認め、上告を棄却した。

「該届出中には、自らAに於てXが自己の子なることを認むる意思表示を包含するを以て、父たるAが所轄戸籍吏に対し右の如き出生届出を為し、該出生子が事実妾腹の子なる本件の如き場合に於ては之に依り、私生子認知の効力を生ずるものと解するを相当とす」。

（6）母子関係に認知を必要とした判決

①大正10年12月9日大審院判決 共有権確認抵当権登記更正手続請求事件⁽²⁷⁾

非嫡出子の母子関係成立に認知を必要とした事で有名な判決である。祖父母の嫡出子として虚偽の出生届出された婚外子が母の死後、戸籍訂正後にその遺産相続を主張した事件である。

〈事実〉 Xは、Aが婚姻外で出産したため、祖父母の嫡出子として出生届出されたが、Aが大正9年6月21日に死亡した後、同年9月1日区裁判所の戸籍訂正決定によってAの私生子男と戸籍訂正された。その上で、Xは、遺産相続による共有権確認等を求めた。原審は、私生子の母子間は分娩の事実によって当然法律上の

(27) 大判大正10・12・9民録27集2100頁、共有権確認抵当権登記更正手続請求事件。

親子関係が生じるとして、Xは亡Aの私生子として遺産相続人の一員であると認められた。それに対し、大審院は、次のように判示して、原審を破棄して差戻した。

「婚姻外に生まれた子と其生母との間に於ける親族関係は……母の認知に因りて初めて母某対私生子某としての親族関係発生する」。

(7) 死者との親子関係存否確認事件

⑫昭和 10 年 7 月 16 日大審院判決 身分確認請求事件⁽²⁸⁾

明文の規定がないため、検察官を相手方として、死者との親子関係不存在確認を請求することは、認められないとした判決である。虚偽の嫡出子出生届出された私生子が死亡した戸籍上の親との親子関係不存在確認を求めて検察官を相手方として訴えたが認められなかった。親子 2 代、虚偽の嫡出子出生届がされたという。

〈事実〉 Xは、明治 45 年 1 月、Aの私生子として出生したが、Aの戸籍簿上の父母BCの嫡出子として戸籍記載されている。BCが死亡しているため、Xは、検察官を相手方として親子関係不存在確認を請求した。原審が訴えを不適法としたため、Xが上告したが、大審院は次のように判示して、上告を棄却した。

「検事を相手方として民事の訴訟を提起しうる場合は極めて異例の事に属し、人事訴訟手続法第 2 条 3 項の如きは、之を準用すべき場合に付き、法律が特に同法第 39 条第 4 項の如き規定を設け居るに徴するも、かかる規定なき場合に猥りにその準用を為すべきに非ざるものと解せざるべからず」。

⑬昭和 17 年 3 月 10 日大審院判決 父確認請求事件⁽²⁹⁾

自分の私生子を自分の両親の嫡出子として虚偽の嫡出子出生届した「実父」が、両親死亡後に、戦死した息子の父であることの確認を検察官を相手方として求めた。大審院は、嫡出推定重複の場合に父を定める訴えを定めた民法 821 条に該当する場合にあらず、訴えは許されないとした。

〈事実〉 Aは、Xが明治 44 年秋に事実上婚姻したBが同棲中に懐胎し、離別後の大正元年 11 月 11 日出生したが、Xの父母CDの子として出生届出され、戸籍に登載された。Aは、昭和 13 年 5 月 20 日に戦死した。CDは既に死亡している。

(28) 大判昭和 10・7・16 民集 19 卷 1278 頁、身分確認請求事件。

(29) 大判昭和 17・3・10 法律新聞 4773 号 4 頁、父確認請求事件。

XがAの父であることの確定を求めて検察官を被告として訴えた。原審は検事は当事者の適格なしとの理由でXの請求を排斥したため、Xが上告。大審院は、本件について次のように判示し、上告を棄却した。

「民法第821条の規定に該当する場合に非ずして、子の父が原告たることの確定を求むる訴を許したる法規あることなく、其の他之を許すべき根拠あることなし」。

(8) 小括

親子関係の存否が大審院で争われた事件は、虚偽の出生届による親子関係を否定するためばかりではなく、実の親子関係を法律上の親子関係とするための訴訟もある。大審院は、①判決において、明治民法の施行前に行われた虚偽の嫡出子出生届による養子縁組については、適法であり、有効と判決したが、明治民法施行後の虚偽の嫡出子出生届の場合は、④判決をはじめ、養親子関係の成立を否定した。その結果、虚偽の嫡出子出生届に基づく戸籍上の親による代諾養子縁組は、「其の家に在る父母」の代諾を欠くものとして、⑥判決はじめ、無効とした。その追認も⑧判決のように、認めなかった。ただし、⑫判決のように、大審院は、検察官を相手として、死者との親子関係不存在確認訴訟を提起することは認めなかったので、虚偽の嫡出子出生届による戸籍上の親子関係が維持されることもあった。けれども、⑧判決のように、生存する親族が虚偽の嫡出子出生届による「養子」との親族関係を否定する訴えが認められることにより、結果的に死者との親子関係が否定されることもあった。また、⑪判決のように、大審院は、私生子については法律上の母子関係の成立に、認知を必要とした。実父子の場合でも、⑧判決のように、養子縁組届には、認知の効果は認められなかったが、⑩判決のように、虚偽の嫡出子出生届には認知の効果は認められた。

3. 最高裁判決

(1) 養子縁組無効判決

⑭昭和 25 年 12 月 28 日最高裁判決⁽³⁰⁾ 身分関係不存在確認請求事件

わらの上からの養子を無効とした戦後のリーディングケースであるが、出生届は、戦前に行われている。本件も、未婚の娘の出産を隠すために、その兄夫妻の嫡出子として出生届出された。兄死亡後に、兄の妻（戸籍上の母）が夫妻の子ではないことの確認を請求した。最高裁は、養子縁組は要式行為であり、それは強行法規であって、虚偽の嫡出子出生届を養子縁組届とみなすことはできないとした。

〈事実〉 Y は、A の私生子として出生したが、A の兄 B と X の間の嫡出二女として昭和 15 年 9 月 1 日に出生したと届け出られた。B 死亡後、X が Y は B と X との間の子でないことの確認を求めて訴えた。Y は、住所地方に於ては出生後間もない幼児を養子とする場合には養子縁組の届出手続をせずに嫡出子として届出をする慣習があり、嫡出子の届出に依つて養子縁組が成立したと主張。1、2 審とも X の請求認容。Y 上告。最高裁も次のように判示し、上告を棄却した。

「養子縁組は本件嫡出子出生届出当時施行の民法第 847 条第 775 条（現行民法第 799 条第 739 条）及び戸籍法にしたがい、その所定の届出により法律上効力を有するいわゆる要式行為であり、かつ右は強行法規と解すべきであるから、その所定条件を具備しない本件嫡出子の出生届をもつて所論養子縁組の届出のあったものとなすこと（殊に本件に養子縁組がなされるがためには、上告人は一旦その実父母の双方又は一方において認知した上でなければならぬものである）はできないのである。」

⑮昭和 49 年 12 月 23 日最高裁判決⁽³¹⁾ 相続回復請求事件

在日韓国人の朝鮮民事令（明治 45 年制令第 7 号）が適用される事件であるが、最高裁は、虚偽の嫡出子出生届によっては養子縁組の成立が認められないことを改めて明らかにした。本件も虚偽の嫡出子出生届は、戦前に行われている。人事訴訟

(30) 最判昭和 25・12・28 民集 4 卷 13 号 701 頁、身分関係不存在確認請求事件。

(31) 最判昭和 49・12・23 民集 28 卷 10 号 2098 頁、相続回復請求事件。

ではなく、相続回復請求事件である。「父」の死亡後、家督相続した「長男」に対し、事実上の後妻との間に生まれた非嫡出子達が遺産である土地の返還を求めた。原審は、虚偽の嫡出子出生届による養子縁組の成立を認めたのに対し、最高裁は、それを否定した。

〈事実〉 Yは、昭和15年3月13日に韓国人AとBとの間に男女の双子の1人として出生したが、生後1週間ほどで韓国人CとD夫妻に貰い受けられ、同年8月20日同夫妻の嫡出子として韓国の本籍地の邑面長に届け出られ、その旨戸籍に記載され、実子として育った。昭和38年6月26日にCが死亡し、昭和39年6月9日にYが相続を原因として、Cの遺産の土地の所有権移転登記をした。X1～3は、昭和21～26年の間にCと内縁の妻Eとの間に出生し、Cの死後に訴えにより認知された。X1～3がYはCの子ではないとして、Cの遺産の前記土地の所有権確認と前記登記の抹消を求めて訴えた。1審は、X1～3の請求を認めた。2審は、虚偽の嫡出子出生届による養子縁組の成立を認め、前記土地について、戸主Yが15分の6、男子であるX1とX2は15分の4、同一家籍にない女子であるX3は15分の1の所有権を有するとした。

2審は、次のように判示した。

「C夫婦はB夫婦からYを子とするためにもらい受け、実子としてその出生届をし、実子同様にこれを養育してきたものと認められるから、右出生届によりC夫婦とYとの養子縁組の届出がされたものとみなすのが相当である。すなわち、身分法上の行為について届出が要求されるのは、意思表示のされたことを確実にするためと行為のされたことを公示するためと解されるが、他人の子をもらって自分の実子として養育してゆくために、嫡出子出生届をする場合は、当事者間に養親子関係以上の結びつきを形成しようとする合意、従つて、少なくとも養親子関係を形成しようとする合意のされたことが、養親のうちの1人からの届出によるとはいえ、明確にされているといえることができるし、また、実子と養子とは身分上の地位について大差があるわけではなく、養子が実子として戸籍に登録されても、一応公示の目的は達成されたということもできるから、当事者間に実質上の養親子関係を形成する旨の合意があり、その合意を実現する目的で養子を嫡出子として届出た場合は、届出者夫婦と養子との間に法律上の養親子関係が成立したものと解するのが相当である」。

しかし、最高裁は、次のように判示して虚偽の嫡出子出生届による養子縁組の成立を否定し、2 審判決を破棄して控訴を棄却した。

「養子縁組など身分行為の要式性は、戸籍制度とあいまつて、創設される身分関係を戸籍上公示し身分的法律効果を明らかにするとともに、その実質的成立要件の遵守を担保することを、その目的とするものであって、これを養子縁組についていえば、縁組の届出は、縁組当事者の縁組に関する合意の存在とその内容を明らかにし、未成年者養子につき家庭裁判所等の許可を必要とする法制度のもとにおいては、その後見的役割が阻害されることのないように担保し、また、夫婦共同縁組を要件とする法制度のもとにおいては、夫婦の一方にその意思のない縁組の成立を妨げるなど、実質的成立要件を具備しない縁組の成立を事前に阻止する機能を果たしているのである」。

岡原昌男裁判官は補足意見の中で、「永年の間、実子同然に養育され、戸籍記載のとおり実子であると信じていた Y のような立場にある者が、戸籍上の親の死亡後、その遺産について相続の権利を否定されることについては、同情すべき点がないとはいえないが、身分関係の画一的処理の要請に照らし、やむをえない」とし、虚偽の出生届に養子縁組届として効力を認める積極説に対する反論を詳述している。

⑩昭和 50 年 4 月 8 日最高裁判決⁽³²⁾ 相続回復、所有権更正登記手続請求事件

戦前の虚偽の嫡出子出生届によるわらの上からの養子の事件である。実子として育ててきた戸籍上の母が、夫の死後に、夫との親子関係を否定し、夫の遺産の不動産を単独で相続したとして、その返還を求めた。母子関係否定は、別訴で認められている。当時は未だ死者との親子関係の不存在確認訴訟が認められていなかったため、財産権に関する訴訟を提起したのであろう。最高裁は、財産権の帰属をめぐる訴訟において前提問題として親子関係の存否につき認定判断をすることができるとして、虚偽の嫡出子出生届による養子縁組の成立を否定し、BY 間には親子関係が存在しない旨判示した。

〈事実〉 Y は、大正 11 年 1 月頃 A 夫婦間の子として出生したが、同年 3 月 13 日に BX 夫婦が引き取り、同年 9 月 22 日に BX 間の嫡出子として出生届出し、長男として実子同様に育てた。実子同様の関係は B とは B が死亡した昭和 36 年 11

(32) 最判昭和 50・4・8 民集 29 卷 4 号 401 頁、相続回復、所有権更正登記手続請求事件。

月15日迄、XとはXが家を出た昭和37年4月30日迄続いた。Bの遺産である土地建物は、XとBが共同相続したとしてXが3分の1、Yが3分の2の共有名義の登記がされ、Yが占有している。Xは別訴で昭和39年Yを相手にXとYとの間の親子関係不存在確認の訴を提起し、認容された。Xが、YはBの子ではないとして、Bの遺産の土地建物につき、Xの単独所有名義に更正登記し、土地を引渡し、建物を明渡すことを求めて訴えた。1、2審ともにXの請求を認めた。Y上告。最高裁は、次のように、財産権の帰属をめぐる訴訟において、前提問題として親子関係の存否につき認定判断をすることができるとし、虚偽の嫡出子出生届による養子縁組の成立を否定して、BY間には親子関係が存在しないとし、上告を棄却した。

「届出当時施行の民法847条、775条によれば、養子縁組届は法定の届出によつて効力を生ずるものであり、嫡出子出生届をもつて養子縁組届とみなすことは許されない」。

「他人の子を嫡出子としてした出生届に基づく戸籍の記載に親子関係の存在を確認した判決と同様の効力があると解すべき根拠はなく、また、親子関係の存否を確認する確定判決が存在しない場合においても、本件のような財産権の帰属をめぐる訴訟において前提問題として親子関係の存否につき認定判断をすることができる」。

(2) 戸籍上の親による代諾養子縁組

⑰昭和27年10月3日最高裁判決⁽³³⁾ 養子縁組無効確認請求事件

虚偽の嫡出子出生届による戸籍上の親が代諾した無効な養子縁組が本人の追認によって有効となることを認めた有名な最高裁である。本件も、私生子であることを隠すために、虚偽の嫡出子出生届がされ、戸籍上の親の代諾によって、養子縁組した。虚偽の嫡出子出生届、代諾養子縁組ともに、戦前に行われている。「養子」は、成人後「養父」に対して、書面で追認した。「養父」の再婚後に生まれた実子が、「養父」と「養子」に対して、代諾養子縁組の無効を理由に、養親子関係の不存在確認を求めて訴えた。大審院はそのような代諾養子縁組を絶対無効として追認を認めなかった。けれども、最高裁は無権代理の追認等の規定を類推適用して追認により有効となる可能性を認め、高裁に差し戻した。差戻審は、15歳に達した子の追認により有効となったとした。それに対して、実子は、追認によって第三者

(33) 最判昭和27・10・3民集6巻9号753頁、養子縁組無効確認請求事件。

の権利を害することはできないとして再上告したが、最高裁は、民法 116 条但書は類推適用されないとして、上告を棄却した⁽³⁴⁾。

〈事実〉 Y1 は、A の私生子として出生したが、BC 夫妻の嫡出子として大正 2 年 3 月 23 日出生したと虚偽の届がなされ、戸籍上 BC 夫妻の二男として登載され、大正 4 年 6 月 9 日、同夫妻の代諾により、Y2 夫妻と養子縁組した。Y2 は、大正 9 年に D と再婚し、大正 10 年 1 月 27 日に長男 X が出生した。Y1 は昭和 22 年 12 月 23 日に Y2 に対し書面をもつて追認の意思表示をした。X が Y1、Y2 を相手に、養子縁組無効確認請求の訴えを起こした。X は、Y1 と BC 夫妻との間の親子関係不存在確認を求める別訴も起こしている。1、2 審共に X の請求を認めたが、最高裁は、次のように判示し、無効な代諾養子縁組の追認の可能性を認め、高裁に差し戻した。

「民法総則の規定は、直接には親族法上の行為に適用を見ないと解すべきであるが、15 歳未満の子の養子縁組に関する、家に在る父母の代諾は、法定代理に基くものであり、その代理権の欠缺した場合は一種の無権代理と解するを相当とするのであるから、民法総則の無権代理の追認に関する規定、及び前叙養子縁組の追認に関する規定の趣旨を類推して、旧民法 843 条の場合においても、養子は満 15 歳に達した後は、父母にあらざるものの自己のために代諾した養子縁組を有効に追認することができるものと解するを相当とする。しかして、この追認は、前示追認と同じく何らその方式についての規定はないのであるから、明示若しくは黙示をもつてすることができる。その意思表示は、満 15 歳に達した養子から、養親の双方に対してなすべきであり、養親の一方の死亡の後には、他の一方に対してすれば足るものであり、適法に追認がなされたときは、縁組は、これによつて、はじめから、有効となる」。

(3) 認知の効果を認めた判決

⑱昭和 53 年 2 月 24 日最高裁判決⁽³⁵⁾ 貸金請求事件

最高裁が虚偽の嫡出子出生届に認知の効力を認めた判決である。中華民国籍の父が婚外子を嫡出子として虚偽の出生届、また母について虚偽の名で出生届出して

(34) 最判昭和 39・9・8 民集 18 卷 7 号 1423 頁。

(35) 最判昭和 53・2・24 民集 32 卷 1 号、貸金請求事件。

いた。父の死後、子ども達が亡父の債務者に貸金の返済を求めたのに対し、債務者がそのような子ども達は債権者の相続人ではないとして争った事件である。最高裁は、虚偽の嫡出子出生届であっても、出生した子が自己の子であることを父として承認し、申告する意思表示が含まれているので、受理された以上は、認知届としての効力が認められるとした。

〈事実〉 中華民国籍のAは昭和21年8月26日にX1と婚姻した。Bとの間に出生したX2、3、Cとの間の子X4、5をX1との間の嫡出子として、また、X6を架空の女性Dとの間の子として出生届出した。Aは、昭和41年3月31日、Yに200万円を弁済期同年5月30日の約束で貸した。Aが昭和41年6月21日に死亡した後、X1～6を含む10人がAの相続人として、Yに対し、貸し金200万円の返済と遅延損害金の支払いを求めた。それに対し、Yは、X2～5は、虚偽の出生届のため、相続人ではないとして争った。1審、2審ともXの請求を認容。Y上告。最高裁は、次のように判示し、上告を棄却。

「嫡出でない子につき、父から、これを嫡出子とする出生届がされ、又は嫡出でない子としての出生届・・・にも、父が、戸籍事務管掌者に対し、子の出生を申告することのほかに、出生した子が自己の子であることを父として承認し、その旨申告する意思の表示が含まれており、右各届が戸籍事務管掌者によつて受理された以上は、これに認知届の効力を認めて差支えない」。

(4) 母子関係に認知を不要とした判決

①昭和37年4月27日最高裁判決⁽³⁶⁾ 親子関係存在確認請求事件

母子関係は分娩によって発生し、認知は不要であることを明らかにしたことで有名な判決である。愛人であった母は、生まれた子を別の夫婦の嫡出子として出生届出後、養子縁組し、手で育てた。その後、子どもが父の家を継ぐために母とは離縁し、父と養子縁組した。成人した子どもが母であることを否定したため、母子関係の確認を求めて訴えた。戦前の判例は、母子関係にも認知が必要であるとしていたが、最高裁は、分娩の事実によって法律上の母子関係は成立し、その確認を請求することができるとした。

〈事実〉 A男の愛人であったX女は、大正6年にYを出産した。しかし、Yを

(36) 最判昭和37・4・27民集16巻7号1247頁、親子関係存在確認請求事件。

A、X いずれの家の戸籍にも入れることができなかったため、B 夫妻の嫡出子として出生届出し、2 週間後に X の養子とした。Y は、成人するまで X の手許で育ったが、昭和 6 年、父 A の家業を継ぐために、X との縁組を解消し、A と養子縁組した。その後、Y は X が母であることを否認するようになったので、X が親子関係存在確認の訴えを起こした。成人の子を認知するには、子の承諾が必要なため、認知することができなかったためであろう。1、2 審ともに X が Y を分娩したという事実を認定し、認知の有無を問題とせず、母子関係の存在を確認した。Y が上告。最高裁は、次のように判示し、上告を棄却した。

「母とその非嫡出子との間の親子関係は、原則として、母の認知を俟たず、分娩の事実により当然発生する」。

(5) 死者との親子関係存否確認事件

②昭和 34 年 5 月 12 日最高裁判決⁽³⁷⁾ 親子関係不存在確認請求事件

虚偽の出生届によって実父の母（祖母）の子となっている。その親子関係の不存在確認を両者死亡後に実父が請求したが、最高裁は、親子の双方がすでに死亡している場合に検察官を相手方として訴を提起することはできないとした。

〈事実〉 A は、X1 と妻 X2 とが大正 9 年 12 月 23 日に婚姻届出する前の大正 4 年 11 月 20 日に出生したため、X1 の母 B の子として虚偽の出生届出され、X1 の弟として戸籍に記載された。けれども、A は X の子として育てられた。B は昭和 17 年 4 月 9 日に死亡した。A は、昭和 16 年 2 月 13 日に C と婚姻し、昭和 17 年 9 月 24 日に長女 D が生まれたが、昭和 19 年 7 月 21 日に戦死した。C は昭和 24 年 11 月 4 日に D 子を残して他家に再婚し、X が D を養育している。X が検事総長を相手として AB 間の親子関係不存在の確認を求めた。1 審は訴えを却下し、2 審は控訴を棄却した。X 上告。最高裁は、次のように判示し、上告を棄却した。

「X らは、X ら夫婦の子 A が、戸籍上、X1 の母 B の子として不実の記載がなされているとし、検察官を被告として、B と A との親子関係不存在の確認を訴求するものであるが、B も A もすでに死亡しているというのであるから、ひきょう過去の法律関係の確認を求める不適法な訴であり、検察官を相手方となし得るものとする人事訴訟手続法 2 条 3 項を類推適用すべき根拠のないものである」。

(37) 最判昭和 34・5・12 民集 13 卷 5 号 576 頁、親子関係不存在確認請求事件。

②昭和37年7月13日最高裁判決⁽³⁸⁾ 相続登記抹消等請求事件

虚偽の嫡出子出生届による戸籍上の長男が相続した財産の抵当権の抹消を真正相続人が求めた事件である。戸籍上の父母と長男との間に親子関係が存在しないことを確認する旨の家事審判法第23条に基づく審判が確定している。最高裁は、死者との間に親子関係が存在しないことを確認する旨の家事審判法第23条に基づく審判はいわゆる対世的効力を有しないとした。

〈事実〉Y1は、氏名不詳の者を父母として生れたが、子のなかった夫婦であったAとX1が貰い受け、虚偽の嫡出子出生届出し、戸籍にはその長男として記載された。昭和17年9月28日にAが死亡し、Y1が家督相続した。本件不動産については、家督相続による所有権取得登記をした。昭和30年にY2が本件不動産につき、抵当権を取得し、登記した。昭和31年に、X1は、Y1を相手方とし、親子関係不存確認の調停を申立て、昭和31年5月28日、A及びX1とY1との間に、親子関係が存在しないことを確認する旨の審判が確定した。同審判に基づいて、Y1は除籍された。X1及びAとX1の子X2、3がY1、2に対して本件土地の相続登記及び抵当権設定登記の抹消を求めて提訴した。

1、2審ともにAとY1との間の親子関係不存を認めたのに対し、最高裁は、親子関係不存を確認した上記審判は、主体の一方である父Aが手続の当事者になっていないので、対世的効力は認められないとして、次のように判示して、原判決を破棄し、差戻した。

「家事審判法23条は身分関係について当事者間に合意が成立し、これを前提として当該合意に相当する審判をすることができることを規定したものであって、身分関係の存否が確認される場合は、その審判の性質上、存否が確認される身分関係の主体となる者が当事者として加り、その当事者間に合意が成立して、始めてその審判に人訴32条、18条の類推によるいわゆる対世的効力が附与され得るものと解すべきである。従つて、本件の場合、前記長崎家庭裁判所の審判のうち、亡AとY1との間に親子関係が存しないことを確認する旨の部分、存否が確認された親子関係（父子関係）の主体の一方である亡Aがその手続の当事者となっていないことが明らかである以上、これに対世的効力を認めることはできない」。

(38) 最判昭和37・7・13民集16巻8号1501頁、相続登記抹消等請求事件。

②昭和 39 年 3 月 17 日最高裁判決⁽³⁹⁾ 不動産分割協議無効確認等請求事件

親子 2 代にわたって、出生の秘密を隠すために、虚偽の出生届が行われた。戸籍上の相続人との間で為された遺産分割協議の無効確認とその結果として為された不動産移転登記の抹消を真正相続人が求めた事件である。

〈事実〉 A は、明治 36 年頃、B と C との間に出生したが、両名の婚姻が認められず、離婚して実家へ戻っていた B の姉 D の私生子として出生届出され、D が養育した。E は、昭和 10 年頃、F が女中奉公をしていた家族の者と相通じて出生したが、妻 G との間に子がなかつた A が同人らの間に出生した長男として届出た。A は、昭和 11 年 7 月 2 日に死亡した。D の夫 I が昭和 33 年 7 月 21 日死亡し、同人の所有不動産を D、I の姉 J、I の妹 Y1、I の妹 K の 4 名が相続したが、D が同年 12 月 22 日に死亡した。

昭和 34 年 3 月 1 日、J と Y は K と E と話合つて、I の遺産について分割協議し、Y は、本件物件中第 1 物件を、J は同第 2 物件を取得したとして、所有権移転登記をした。

それに対して、X は、E は、D の直系卑属ではないので、Y1 と J が相続人でない E との間にした遺産分割協議は無効であるとして、本件訴訟を提起した。X は D の姉 H（昭和 17 年 11 月 30 日死亡）の三女で、D の死亡した兄弟姉妹の直系卑属として X 外 18 名が本件物件を代襲相続したとして、本件各不動産の所有権移転登記の抹消登記手続を求めた。訴訟中に J が死亡し、その相続人 Y2 が訴訟承継した。また、X の申立により、昭和 37 年 9 月 24 日に、A と E との間には親子関係がないとして E の戸籍訂正を許可する審判がされ、戸籍訂正された。その審判は、別訴相続無効確認事件の判決を資料としてなされた。1 審 2 審ともに X の請求を認めた。

2 審は次のように判示した。

「D と A 間、A と E 間にはそれぞれ親子関係はない。従つて E に D の直系卑属としてその相続権があるということとはできない。しかも、・・・本件訴訟中に、右真実に反する戸籍の記載は、適法に訂正されていることが認められる、・・・そうすると、Y1 及 J が E、K と共に本件物件につきなした前記分割協議は、権利なき者を交えたものであるから無効である」。

Y は、親子関係不存在確認については人訴によるべきとして、上告したが、最高

(39) 最判昭和 39・3・17 民集 18 卷 3 号 473 頁、不動産分割協議無効確認等請求事件。

裁は、次のように判示して上告を棄却した。

「親子関係の存否に関する身分関係者間の紛争は人事訴訟事件と認めるべきであるが、この身分関係に基づいて生ずる法律効果に関する紛争は、通常の民事訴訟事件として処理されるべきであり、右訴訟手続においては、親子関係の存否に関する審理、判断も民事訴訟法の規定するところに従つてなされれば足り、人事訴訟法の規定する特殊原理に従うことを要しない」。

②昭和45年7月15日最高裁判決⁽⁴⁰⁾ 母子関係存在確認請求事件

検察官を相手方として、死者との親子関係の存否確認を求める訴えが認められることを明らかにした判決である。戦死した息子との母子関係確認を求めた事件である。息子は、虚偽の嫡出子出生届によって別の夫婦の嫡出子となっていた。従来判例は、死者との親子関係は、過去の法律関係であるとして、確認訴訟を認めてこなかった。最高裁は、判例を変更し、父母の両者または子のいずれか一方が死亡した後でも、生存する一方は、検察官を相手方として、親子関係の存否確認の訴を提起することができるとした。また、子の死後20年以上たってから、直系卑属のいない死亡した子との母子関係存在確認訴訟が認められるとした。

〈事実〉 Aは、大正10年3月16日にBが出産した庶子として父Cによって届出られ、大正15年12月23日にCとBが婚姻したことにより嫡出子となっている。真実は、Aは、B家の養女となったXと婿養子Dとの間に出生した。Aは、昭和19年7月1日、マリヤナ島において、戦死した。それから20年以上たつた昭和42年になって、Xが、母として恩給を受給するために戸籍訂正の必要があり、人事訴訟手続法2条3項により、検察官を被告として母子関係存在確認を請求した。1審は、次のように判示して、訴を却下した。

「XとAとの母子関係は過去の法律関係に属しているから、その確認を求める訴はいわゆる確認の利益のない不適法な訴であり、かつ、かかる場合、検察官を相手として訴を提起し得る成法上の根拠に乏しく、その性質上からも人事訴訟手続法2条3項を準用ないし類推適用すべきものと解し得ない」。

2審も同様の見解に立って、控訴を棄却した。それに対して、最高裁は、次のように判示して判例を変更し、原審判断を違法として原判決を破棄し、第1審判決を

(40) 最判昭和45・7・15民集24巻7号861頁、母子関係存在確認請求事件。

取消して本件を 1 審裁判所に差戻した。5 人の裁判官が、反対意見を述べている。「親子関係は、父母の両者または子のいずれか一方が死亡した後でも、生存する一方にとつて、身分関係の基本となる法律関係であり、それによつて生じた法律効果につき現在法律上の紛争が存在し、その解決のために右の法律関係につき確認を求める必要がある場合があることはいうまでもなく、戸籍の記載が真実と異なる場合には戸籍法 116 条により確定判決に基づき右記載を訂正して真実の身分関係を明らかにする利益が認められるのである。人事訴訟手続法で、婚姻もしくは養子縁組の無効または子の認知の訴につき、当事者の一方が死亡した後でも、生存する一方に対し、死亡した当事者との間の右各身分関係に関する訴を提起し、これを追行することを認め、この場合における訴の相手方は検察官とすべきことを定めている（人事訴訟手続法 2 条 3 項、24 条、26 条、27 条、32 条等）のは、右の趣旨を前提としたものと解すべきである。したがつて、父母の両者または子のいずれか一方が死亡した後でも、右人事訴訟手続法の各規定を類推し、生存する一方において死亡した一方との間の親子関係の存否確認の訴を提起し、これを追行することができ、この場合における相手方は検察官とすべきものと解するのが相当である。この点について、当裁判所がさきに示した見解（昭和 28 年（オ）第 1397 号、同 34 年 5 月 12 日第三小法廷判決、民集 13 卷 5 号 576 頁）は変更されるべきものである」。

それに対して、村上朝一裁判官は、反対意見の中で、次のように、戸籍法 113 条によって真実の親子関係と異なる戸籍記載は訂正できると判示した。

「現行戸籍法 116 条 1 項は、『確定判決によつて戸籍の訂正をすべきときは、訴を提起した者は、判決が確定した日から一箇月以内に、判決の謄本を添附して、戸籍の訂正を申請しなければならない。』と規定し、確定判決によつて戸籍を訂正すべき場合の訂正申請の手続を定めているに過ぎない。いかなる場合に戸籍訂正につき確定判決を必要とするかは、同条の規定するところではないのである。しかるに、同法 113 条は、戸籍の記載が法律上許されないことを発見した場合には、利害関係人は、家庭裁判所の許可を得て、戸籍の訂正を申請することができる旨を規定しており、親子関係に関する戸籍の記載が真実と異なるときは、法律上許されない戸籍の記載であることは、いうまでもない。親子関係に関する戸籍の記載が真実と異なるにかかわらず、親又は子の一方が死亡したため親子関係存否確認の判決を得られない・・・場合には、戸籍法 113 条による家庭裁判所の許可を得て戸籍の訂

正を申請することができる」。

②昭和56年6月16日最高裁判決⁽⁴¹⁾ 親子関係不存在確認請求事件

嫡出親子関係不存在確認の訴において、父子関係と母子関係を合一に確定する必要はないことを最高裁が明らかにした判決である。虚偽の嫡出子出生届によって、戸籍上は父と後妻の嫡出子になっている弟について、先妻の子達が嫡出親子関係の不存在確認を求めた。先妻の子達は、母子関係については訴えの利益がないとし、父子関係の不存在確認のみが認められた。

〈事実〉 X1、X2はAとその先妻Bとの間の長女と長男である。Aは、Y1と昭和13年8月18日再婚したが、子ができなかつたため、生後10ヶ月の子Y2を引き取り、AとY1との間に同月20日出生した子として虚偽の出生届を出した。Aは昭和48年3月27日死亡した。X1、X2がY1、Y2に対して、Y2はAとY1との間の子ではないことの確認を求めて訴えた。1審は、Xの請求を認容したが、2審は、次のように判示し、母子関係については訴えの利益がないとして、Y1とY2の間の母子関係不存在確認請求については訴えを却下し、AとY1との間の父子関係の不存在確認請求のみを認めた。

「現行法のもとにおいては、・・・父子関係、母子関係を合一にのみ確定すべき嫡出親子関係存否確認の訴訟形態はすでに普遍性を失っているというべきである。もつとも、現在においても、戸籍上父母を同一にする子相互間の訴訟について、嫡出親子関係存否確認の訴訟形式がとられているが、これは、父子関係及び母子関係の存否確認がともに必要である場合、従来から行われてきた嫡出親子関係存否確認訴訟の形式を便宜踏襲してきたとみるのが相当であり、右訴訟の実質は、父子関係及び母子関係両者の併合訴訟であると善解するのが相当である。・・・もし、このような解釈をとらずに、Xら主張の如く、嫡出子出生届のなされている子と父母との関係は、常に合一にのみ確定すべきものであるとすれば、母子関係について確定の利益がない場合にも、その有無について審理、判断しなければならぬことになり、この場合、故なく第三者をして母子関係の存否という重大な法律関係に容喙させることになり、著しく不合理な結果を招来することになる。

このようにみても、本件においては、AとY1との間の父子関係不存在が確

(41) 最判昭和56・6・16民集35巻4号791頁、親子関係不存在確認請求事件。

認められ、その関係の戸籍訂正がなされれば足りることがXらの主張に照らして明らかである。・・・Xらは、単にYらと親族というだけで、控訴人らの間の母子関係の存否確定について法律上直接の利害関係を有するとはいえないから、確認の利益がない」。

Yが上告し、虚偽の嫡出子出生届に養子縁組の効力を認めるべきと主張したが、最高裁は、次のように判示して、上告を棄却した。

「養子縁組届は法定の届出によつて効力を生ずるものであり、養子とする意図で他人の子を嫡出子として出生届をしても、右出生届をもつて養子縁組届とみなし有効に養子縁組が成立したものとする事ができないことは当裁判所の判例とするところである」。

「Xらの本件請求が権利の濫用であるとはいえない」。

「嫡出親子関係不存在確認の訴においては父子関係と母子関係の各不存在を合一にのみ確定する必要はない・・・、以上の見解と異なる大審院判例（省略）は変更されるべきである」。

㊤昭和 56 年 10 月 1 日最高裁判決⁽⁴²⁾ 親子関係不存在確認請求事件

推定家督相続人である母が家を出て、戸主である父と婚姻するために、内縁関係中に生まれた息子を母の父母（子の祖父母）の嫡出子として出生届出した事件である。戸籍上の父母死亡後に、その相続を巡って、実母とその妹（子の実の叔母）が争い、叔母が親子関係不存在確認の申立をした。㊤判決を受けて、第三者が死亡した者との親子関係について争う場合は、死亡した親について検察官を被告とする必要はなく、生存する子のみを相手方とすればよいことを明らかにした。

〈事実〉 Yは、昭和 11 年 10 月 13 日に A と B との間に生まれたが、法定の推定家督相続人である A が戸主である B と婚姻するために、A の父母 CD の嫡出子として虚偽の出生届出された。C 家を継ぐべき者として AB によって育てられた。40 年近く Y と CD との親子関係を争う者はなかったが、昭和 47 年に D 死亡後、CD の遺産相続をめぐる A の妹 X と A との間に紛争が生じ、X は CD と Y1 との間の親子関係を否定し、昭和 49 年 11 月に親子関係不存在確認の申立をした。1、2 審ともに、X の請求を認容した。Y が上告、死亡した CD に代わって検察官を被告

(42) 最判昭和 56・10・1 民集 35 卷 7 号 1113 頁、親子関係不存在確認請求事件。

とすべき等主張したが、最高裁は、下記のように判示し、上告を棄却した。Yは、Bが既に死亡しており、死後認知には3年の期限があるとの問題も指摘したが、最高裁は、それには答えなかった。

「第三者が親子関係存否確認の訴を提起する場合において、親子の双方が死亡しているときには、第三者は検察官を相手方として右訴を提起することが必要であるが（省略）、親子のうち的一方のみが死亡し他方が生存しているときには、第三者は生存している者のみを相手方として右訴を提起すれば足り、死亡した者について検察官を相手方に加える必要はないものと解するのが相当である（人事訴訟手続法2条2項の類推適用）。そして、本件において、亡C及び亡DとYとの間に親子関係があるかどうかを確定することは、単に現に係属中の遺産分割申立事件との関連において相続人の範囲を決定するためばかりでなく、XとYの間の身分関係を明らかにし、戸籍の記載を真実の身分関係に適合するように訂正し、また、右親子関係を基本的前提とする諸般の法律関係を明確にする等のためにも必要であるから、右遺産分割申立事件の前提問題として親子関係の存否を争うことができるからといって、そのために本訴についての訴の利益がないということとはできない。更に、原審の適法に確定した事実関係のもとにおいては、Xがした本件訴の提起は信義則に反し権利の濫用にわたるものではないと認められる。」

（6）親子関係不存在確認の訴えと権利濫用

㊸平成9年3月11日最高裁判決⁽⁴³⁾ 親子関係不存在確認請求事件

虚偽の嫡出子出生届による養子縁組によって戸籍上嫡出子と記載されて実子同様に生活してきた者と養子縁組届によって養子となった者が、父の死後の家業の承継を巡って争いとなり、養子がわらの上からの養子の親子関係不存在確認を請求した。最高裁は、改めて母と養子縁組することもできるとして、養子の請求は権利の濫用に当たらないとした。可部裁判官が補足意見の中で、権利濫用となる場合がある旨判示した。

〈事実〉 Y1は、昭和17年11月24日にAY2夫婦間に出生した子として届出られているが、Y2夫婦の実子ではない。Xは、昭和35年2月5日に同夫婦と養子縁組をした養子で、20年以上も前からY1がY2夫婦の実子でないことを知ってい

(43) 最判平成9・3・11家月49巻10号55頁、親子関係不存在確認請求事件。

た。Y2 夫婦と Y1 の間には長年にわたって実親子と同様の生活の実体があり、その解消を望んでいない。

昭和 63 年 8 月 22 日に A が死亡した後、Y と X 間で、家業の製靴業の経営権をめぐる争いが生じ、遺産分割協議も進展しなかった。遺産分割協議の前提として Y1 の身分関係を明確にする必要があることから、X が Y を相手に、A と Y1 との間に父子関係が、Y2 と Y1 との間に母子関係が存在しないことの確認を求めて提起した。1 審 2 審ともに X の請求を認容。Y 上告。最高裁は、次のように判示して上告を棄却した。

「養子縁組は法定の届出によって効力を生ずるものであるから、養子とする意図で他人の子を嫡出子として出生届をした場合に、たとい実の親子と同様の生活の実体があったとしても、右出生届をもって養子縁組届とみなし有効に養子縁組が成立したものとすることができない」。

「身分関係存否確認訴訟は、身分法秩序の根幹を成す基本的親族関係の存否につき関係者間に紛争がある場合に対世的効力を有する判決をもって画一的確定を図り、ひいてはこれにより身分関係を公証する戸籍の記載の正確性を確保する機能をも有するものであるところ、虚偽の嫡出子出生届出により戸籍上存在する表見的親子関係の不存在確認を求める本件訴訟の有する右のような性質等に加えて、本件訴訟で AY2 夫婦と Y1 との間に親子関係が存在しないことを確認する旨の判決が確定した後、あらためて Y らの間で養子縁組の届出をすることにより嫡出母子関係を創設するなどの方策を講ずることも可能であることにも鑑みれば、前記のような本件事実関係の下においては、論旨が主張するように、A 夫婦と Y1 との間に長年にわたり実親子と同様の生活の実体があり、当事者がその共同生活の解消を望んでいなかったことや、X が、A 夫婦と Y1 との間の親子関係の不存在を熟知しておりながら、A の死亡前にはその確認を求める訴訟を提起しなかったことなどを考慮しても、X の本訴請求が権利の濫用に当たり許されないものということとはできない」。

可部恒雄裁判官は補足意見の中で、次のように判示した。

「名は親子関係不存在確認の請求であっても、その実質は財産上の紛争にほかならないのが、この種訴訟の大部分であるといえよう。かかる事案において、窮極的には、親子関係不存在の確認請求自体が権利濫用として排斥される場合があり得る」。

②平成 18 年 7 月 7 日最高裁判決（広島事件）⁽⁴⁴⁾ 親子関係不存在確認請求事件

虚偽の嫡出子出生届によるわらの上からの養子の事件である。「養母」が死亡するまで 55 年間実親子関係が継続したが、次姉の死を巡って長姉との関係が悪化し、長姉が親子関係不存在確認を求めて訴えた。最高裁は、養親子関係の不存在確認請求は認めたが、実親子関係の不存在確認請求は、権利濫用の可能性があるとした。実親子同様の生活実体があった期間の長さ、実親子関係の不存在確定により子とその関係者が被る精神的苦痛、経済的不利益、改めて養子縁組を届出ることにより嫡出子の身分を取得する可能性の有無、申立人が実親子関係の不存在確認請求をするに至った経緯及び請求の動機、目的、実親子関係不存在が確定されない場合に申立人以外に著しい不利益を受ける者の有無等の諸般の事情を考慮し、実親子関係の不存在確定が著しく不当な結果をもたらすときには、当該確認請求は権利の濫用に当たり許されないと判示した。

〈事実〉 Y は昭和 16 年に F 夫婦の間に男女の双子の 1 人として出生したが、当時の風習により、AB 夫婦にもらわれ、その嫡出子として虚偽の出生届出され、戸籍上 AB 夫婦の長男として養育された。A 夫婦には長女 X と二女 C がいた。X は、昭和 5 年に D 夫婦と養子縁組し、D 夫婦の子として養育された。A は、昭和 49 年に死亡したが、生前 Y が自分の子ではない旨を述べたことはなかった。A の遺産はすべて妻 B が相続した。B は平成 8 年に死亡し、その遺産は遺言によりすべて C が相続した。独りで生活していた C は、平成 14 年に自宅で死亡したが、死亡の約 10 日後に発見された。そのことをめぐって、X と Y の関係が悪化し、X が Y は A 夫婦の子ではないとして親子関係不存在確認の訴えを提起した。1 審 2 審ともに X の請求を認めた。それに対し、最高裁は、養親子関係の不存在確認請求については認めたが実親子関係不存在確認請求については、次のように判示して権利濫用の可能性を認めて、高裁に差戻した。

「実親子関係不存在確認訴訟は、実親子関係という基本的親族関係の存否について関係者間に紛争がある場合に対時的効力を有する判決をもって画一的確定を図り、これにより実親子関係を公証する戸籍の記載の正確性を確保する機能を有するものであるから、真実の実親子関係と戸籍の記載が異なる場合には、実親子関係が存在しないことの確認を求めることができるのが原則である。しかしながら、上記

(44) 最判平成 18・7・7 民集 60 卷 6 号 2307 頁、親子関係不存在確認請求事件。

戸籍の記載の正確性の要請等が例外を認めないものではないことは、民法が一定の場合に、戸籍の記載を真実の実親子関係と合致させることについて制限を設けていること（776条、777条、782条、783条、785条）などから明らかである。真実の親子関係と異なる出生の届出に基づき戸籍上甲乙夫婦の嫡出子として記載されている丙が、甲乙夫婦との間で長期間にわたり実の親子と同様に生活し、関係者もこれを前提として社会生活上の関係を形成してきた場合において、実親子関係が存在しないことを判決で確定するときは、虚偽の届出について何ら婦責事由のない丙に軽視し得ない精神的苦痛、経済的不利益を強いることになるばかりか、関係者間に形成された社会的秩序が一挙に破壊されることにもなりかねない。そして、甲乙夫婦が既に死亡しているときには、丙は甲乙夫婦と改めて養子縁組の届出をする手続を採って同夫婦の嫡出子の身分を取得することもできない。そこで、戸籍上の両親以外の第三者である丁が甲乙夫婦とその戸籍上の子である丙との間の実親子関係が存在しないことの確認を求めている場合においては、甲乙夫婦と丙との間に実の親子と同様の生活の実体があった期間の長さ、判決をもって実親子関係の不存在を確定することにより丙及びその関係者の被る精神的苦痛、経済的不利益、改めて養子縁組の届出をすることにより丙が甲乙夫婦の嫡出子としての身分を取得する可能性の有無、丁が実親子関係の不存在確認請求をするに至った経緯及び請求をする動機、目的、実親子関係が存在しないことが確定されなかった場合に丁以外に著しい不利益を受ける者の有無等の諸般の事情を考慮し、実親子関係の不存在を確定することが著しく不当な結果をもたらすものといえるときには、当該確認請求は権利の濫用に当たり許されない」。

②平成 18 年 7 月 7 日最高裁判決（東京事件）⁽⁴⁵⁾ 親子関係不存在確認請求事件

嫡出子として虚偽の出生届出し、約 51 年の間、実の親子と同様の生活の実体があったが、「父」の死亡後 30 年近く経ってから、戸籍上の母が母子関係の不存在確認を求めた事件である。前記①判決と同日に、最高裁は同様に判示して、実親子関係の不存在確認請求が権利濫用に当たる可能性を認めた。

〈事実〉 A と X 夫婦には、長男 B が生まれたが、X が子を産めない身体になったため、昭和 18 年 5 月に貰ってきた Y を二男として虚偽の出生届出し、実子として

(45) 最判平成 18・7・7 家月 59 卷 1 号 98 頁、親子関係不存在確認請求事件。

養育した。Yは、高校卒業後もAXと同居し、家業の蕎麦屋を手伝った。Aが昭和51年9月24日に死亡し、X、B、Yの3名がその遺産のほぼ3分の1ずつ相続した。Yは、昭和53年5月Cと結婚し、家業の支店の営業を譲り受けて独立した。Xは、平成6年5月20日、Yを相手方として、東京家庭裁判所に親子関係不存在確認を求める調停を申し立てたが、同年10月14日に取り下げた。Xは、平成16年4月頃、Yを相手方として、再度、実親子関係不存在確認を求める調停を申し立てたが、同年6月、不成立により終了した後、親子関係不存在確認を求めて訴えた。1、2審ともにXの請求を認容した。Y上告。XとBは、上告審係属中の平成17年11月16日、Yに対し、AとYとの間の親子関係不存在確認を求める訴訟を提起した。最高裁は、次のように判示して原判決を破棄し、東京高裁に差戻した。差戻しを受けた東京高裁は、平成18年10月26日Xの実親子関係不存在確認請求を権利濫用として、請求を棄却した。

「真実の親子関係と異なる出生の届出に基づき戸籍上甲の嫡出子として記載されている乙が、甲との間で長期間にわたり実の親子と同様に生活し、関係者もこれを前提として社会生活上の関係を形成してきた場合において、実親子関係が存在しないことを判決で確定するときは、乙に軽視し得ない精神的苦痛、経済的不利益を強いることになるばかりか、関係者間に形成された社会的秩序が一挙に破壊されることにもなりかねない。また、虚偽の出生の届出がされることについて乙には何ら帰責事由がないのに対し、そのような届出を自ら行い、又はこれを容認した甲が、当該届出から極めて長期間が経過した後になり、戸籍の記載が真実と異なる旨主張することは、当事者間の公平に著しく反する行為といえる。そこで、甲がその戸籍上の子である乙との間の実親子関係の存在しないことの確認を求めている場合においては、甲乙間に実の親子と同様の生活の実体があった期間の長さ、判決をもって実親子関係の不存在を確定することにより乙及びその関係者の受ける精神的苦痛、経済的不利益、甲が実親子関係の不存在確認請求をするに至った経緯及び請求をする動機、目的、実親子関係が存在しないことが確定されなかった場合に甲以外に著しい不利益を受ける者の有無等の諸般の事情を考慮し、実親子関係の不存在を確定することが著しく不当な結果をもたらすものといえるときには、当該確認請求は権利の濫用に当たり許されない」。

「YとXとの間で長期間にわたり実親子と同様の生活の実体があったことを重

視せず、また、上告人が受ける精神的苦痛、経済的不利益、被上告人が上告人との実親子関係を否定するため再度調停を申し立てるなどした動機、目的等を十分検討することなく、Xにおいて上記実親子関係の存在しないことの確認を求めることが権利の濫用に当たらないとした原審の判断には、判決に影響を及ぼすことの明らかな法令の違反がある」。

東京高裁は、差戻判決において、次のように判示した。

「長年Yと実親子と同じ生活実態を営んできたXが、Yに対し、親子関係の不存在の確認という重大な本件訴訟を提起することを首肯させるような合理的理由・動機あるいは必要性があったとはいえない。・・・本件訴訟及び別件訴訟は、Bが自己の側にX夫妻の相続財産を独占しようとする経済的利益の獲得を目的として、Bの主導の下に提起されたものと推認することができる。したがって、・・・XとYとの実親子関係の不存在を確定することは、著しく不当な結果をもたらすといえるから、本件請求は権利の濫用に当たる」。

(7) 小括

戦後の最高裁判決もすべて戦前に行われた虚偽の嫡出子出生届が戦後に争われたケースである。最高裁も昭和25年のリーディングケース^⑭判決以来、虚偽の嫡出子出生届による養子縁組の成立は否定している。しかし、最高裁は、親子関係存否確認に関する大審院の判例を大きく変更した。まず、昭和27年の^⑰判決によって、虚偽の嫡出子出生届に基づく戸籍上の親の代諾による養子縁組については、追認によって有効となるとした。また^⑲判決によって、検察官を相手方として、死者との親子関係存否確認を求める訴えを認めた。その後、死者との親子関係存否確認訴訟は検察官を相手方とすることは、平成16年施行の人事訴訟法に明記されている(人訴13条3項)。^⑳判決は、母子関係と父子関係を合一に確定する必要はないとした。さらに、昭和37年の^㉑判決は、非嫡出子の母子関係については、認知を不要とし、分娩の事実によって当然成立するものとして、母子関係確認訴訟を認めた。ついには、平成18年の^㉒と^㉓判決では、虚偽の嫡出子出生届に基づく戸籍上の親子関係が実体を伴って長年月続いた場合には、親子関係不存在確認請求が権利濫用となる場合があるとした。親子関係不存在確認請求が権利濫用となる場合には、結果として、虚偽の嫡出子出生届による養子は、実子として認められることに

なった。

4. 総括

以上、見てきた親子関係存否確認事件においては、虚偽の嫡出子出生届は、出生の秘密を隠すために行われ、一種の「内密出産」の役割を果たしていたと言える。別表に示したように、28判決のうち事実関係が不明な5件を除いた23件中、嫡出子または嫡出子となる子は6件で、17件が私生子か婚外子のケースである。そして、28件中不明な1件を除いて25件が嫡出子として出生届出されている。実親の親族、特に父母（子にとっての祖父母）の嫡出子として届け出たケースが目立つ。また、別の夫婦の嫡出子として届け出た後、実父、実母の養子となったケースもあり、未婚の娘の出産、私生子、婚外子の事実を秘密にしようとする意図が見られる。わらの上からの養子も多いが、代諾養子も28件中6件（⑰判決で追認が認められた昭和27年までの17件中では5件）あり、養子の事実を隠すというよりも出生の秘密を隠すために虚偽の嫡出子出生届が行われているようにみえる。相続をめぐる紛争が生じたケースが不明6件を除いた22件中13件と多い。戸籍上の親子関係を争うものが多いが、実親子関係を明らかにしようとする事件も9件あり、子どもが原告となっている事件も6件ある。

5. おわりに

本稿で取り上げた事件では、戦後の最高裁の判例もすべて、虚偽の嫡出子出生届は戦前に行われている。戦後は、出生届に医師の証明書の添付が義務づけられた結果、虚偽の嫡出子出生届が行いにくくなったと考えられる⁽⁴⁶⁾。しかし、虚偽の嫡出子出生届による養子縁組は戦後も行われていた。そのため、法務省は、虚偽の嫡出子出生届を防止するための通達を出している⁽⁴⁷⁾。さらに、菊田医師事件によ

(46) 水野紀子「戸籍の虚偽記載と訂正をめぐる問題」法時88巻11号37頁。

(47) 昭和36・9・5民事2008号通達。

て、その実態が明らかになった⁽⁴⁸⁾。妊娠中絶が行える時期を過ぎてしまった場合に、医師が協力して虚偽の嫡出子出生届が行われていた。その後、菊田医師事件を1つの契機として、特別養子制度ができた⁽⁴⁹⁾。特別養子によれば、虚偽の嫡出子出生届によらなくても実親子関係を切断し、実親子同様の関係をつくることができ、戸籍上も実親子関係と同様に表記されるようになった。しかし、特別養子縁組が行われた場合でも、母の戸籍に子を出産した事実は残る。内密出産は認められなかった。

わが国では、現行法の下で、内密出産を行うことは難しい。内密出産を認めるには、戸籍法を改正して、母を仮名にした出生届を可能とする必要があるだろう。確かに、虚偽の嫡出子出生届が慣行として行われ、届出に基づく戸籍上の親子関係が実体を伴う限り、社会的に親子として認められてきたことは、わが国でも内密出産を受け入れる余地があることを示すとも言えよう。最高裁も、権利濫用法理により、結果として、虚偽の嫡出子出生届による親子関係を認めた。しかし、虚偽の嫡出子出生届が一旦、公になれば、その親子関係は否定されてきた。そのような判例の積み重ねは、制度として内密出産を認めることの難しさを示すものでもあろう。十分な検討を踏まえた立法による解決が望まれる。子の福祉を第1に考えなければならぬ。子の出自を知る権利を保障することも必要である。

(明治大学法学部教授)

(48) 菊田医師事件とは、1973年に、菊田医師が虚偽の出生証明書を作成して、出産した女性が育てられない子どもを養育を希望する夫婦の実子として斡旋していたことが明らかになった事件である。菊田医師は、10年間で100人の子を斡旋していたという。菊田医師は、医師法違反、公正証書原本不実記載・同行使罪で20万円の罰金刑に処せられるとともに医業停止6ヶ月の処分も受け、優生保護医の指定も取り消された。菊田医師は、事件公表後も120件余の実子斡旋を行ったという。毎日新聞1988年7月2日付朝刊。

(49) 中川高男『第二の自然—特別養子の光芒』(一粒社、1986年)。

別表

判決一覧表

判決年月日	出生年	真の身分	届出身分	申立人	相手方	請求	紛争の時期	紛争	裁判結果	備考	
① T8.2.8	M1	私生子	別の夫婦の嫡出子 母方の祖母の養子*	子	戸主	実家の家督相続 回復請求	養母の死後	相続	×	*離縁 代諾養子	
② S13.7.26	M21	妾の子	実父の嫡出子	実父の嫡出 子	子	家督相続回復請 求	父の死後	相続	○	宗教団体	
③ S7.12.14	M42	私生子	別の夫婦の嫡出子	子*	実父	認知請求	戸籍上の父の死 後	不明	○	*戸籍上戸主、 嫡出子	
④ S11.11.4	M40	嫡出子	別の夫婦の嫡出子	元戸籍上の 母	子	慰謝料請求	子の親子関係不 存在確認請求後	扶養	△		
⑤ S18.2.16	S13	私生子	実母の姉夫婦の嫡出 子	実母	子、姉夫婦	親子関係不存在 確認請求	不明	不明	○		
⑥ T7.7.5	不明	不明	不明 代諾養子	不明	不明	養子縁組無効確 認請求	不明	不明	○	代諾権なし	
⑦ S3.6.26	T8	私生子	実母の兄夫婦の嫡出子 代諾養子*	養母	子	養子縁組無効確 認請求	養父の死後	不明	○	*代諾養子縁 組時 6 歳	
⑧ S4.7.4	不明	妾の子	別の夫婦の嫡出子 実父夫妻の養子*	実父の弟	子	親族関係不存在 確認請求	実父、実父の父 の死後	家督相続	○	*M36戸籍上 の父母の代諾	
⑨ S13.7.27	S4	私生子	別の夫婦の嫡出子 代諾養子*	継母	子	養子縁組無効確 認請求	戸籍上の父の死 後	家督相続	○	*戸籍上の父 母の代諾	
⑩ T15.10.11	M43	妾の子	実父の嫡出子	子	実父の債務 者	預金返還請求	父の死後	預金	○	認知の効果	「母」親権者
⑪ T10.12.9	不明	私生子	祖父母の嫡出子	子	不明	共有権確認等	母の死後	相続	×	母の認知必要	
⑫ S10.7.16	M45	私生子	祖父母の嫡出子	子	検察官*	身分確認請求	母の死後	不明	×	*戸籍上の両 親死亡	
⑬ S17.3.10	T1	私生子	父方祖父母の嫡出子	実父	検察官*	父確認請求	戸籍上の父母の 死後	恩給?	×	*子戦死	
⑭ S25.12.28	S15	私生子	実母の兄夫婦の嫡出 子	戸籍上の母	子	身分関係不存在 確認請求	戸籍上の父の死 後		○		
⑮ S49.12.23	S15	嫡出子 双子の1人	別の夫婦の嫡出子	戸籍上の父の 非嫡出子*	子	相続回復請求	戸籍上の父の死 後	相続	○	*事実上の後妻 の子(死後認知)	

⑯ S50.4.8	T11	嫡出子	別の夫婦の嫡出子	戸籍上の母	子	相続回復請求	戸籍上の父の死後	相続	○	母子関係不存在確認確定	
⑰ S27.10.3	T2	私生子	別の夫婦の嫡出子 代諾養子	養父の後妻の子	子、養父	養子縁組無効確認請求			×	追認肯定	代諾養子縁組時 2 歳
⑱ S53.2.24	S21 等	婚外子	実父の嫡出子	子	実父の債務者	貸金請求	戸籍上の父の死後	貸金	○	認知の効果	
⑲ S37.4.27	T6	私生子	別の夫婦の嫡出子 実母の養子	実母	子	親子関係存在確認請求	離縁、実父と養子縁組後	母子関係	○	母子関係認知不要	
⑳ S34.5.12	T4	私生子	父方の祖母の子	実父母	検察官*	親子関係不存在確認請求	戸籍上の母の死後	恩給	×	*子 S19 年戦死	
㉑ S37.7.13	不明	不明	別の夫婦の嫡出子	戸籍上の母とその子	子、抵当権者	抵当権設定登記抹消請求	戸籍上の父の死後	抵当権	×	亡父との親子関係不存在確認、23 条審判の効力	
㉒ S39.3.17	M36	私生子	姉の私生子	戸籍上の母の姉の子	戸籍上の母の夫の妹	遺産分割無効確認	戸籍上の母の死後	相続	○	民事訴訟	
㉓ S45.7.15	T10	嫡出子	別の夫婦の嫡出子	実母	検察官	母子関係存在確認請求		恩給?	○	死者との親子関係確認認容	子 S19 年戦死
㉔ S56.6.16	S13	不明	別の夫婦の嫡出子	戸籍上の父の先妻の子	子、戸籍上の母	親子関係不存在確認請求	戸籍上の父の死後	相続	○	父母合一確定不要	父子関係不存在のみ
㉕ S56.10.1	S11	(嫡出子)	祖父母の嫡出子	母の妹	子	親子関係不存在確認請求	戸籍上の父母の死後	相続	○	推定家督相続人の婚姻	
㉖ H9.3.11	S17	不明	別の夫婦の嫡出子	戸籍上の親の養子	子、戸籍上の母	親子関係不存在確認請求	戸籍上の父の死後	相続	○	権利濫用否定	
㉗ H18.7.7	S16	嫡出子 双子の 1 人	別の夫婦の嫡出子	戸籍上の親の子	子	親子関係不存在確認請求	戸籍上の姉の死後	相続	×	実親子関係不存在確認請求 権利濫用肯定	
㉘ H18.7.7	S18	不明	別の夫婦の嫡出子	戸籍上の母	子	母子関係不存在確認請求	戸籍上の父の死後	母の相続?	×	権利濫用肯定	父子関係不存在確認(別訴)

婚外子：夫の婚姻外で生まれた子

別の夫婦の嫡出子：届出夫婦のわらの上からの養子

代諾養子：虚偽の嫡出子出生届による戸籍上の父母の代諾による養子縁組

実父の嫡出子：父とその妻の子として出生届