

生物学上の親子関係がなくても嫡出推定は覆らない。
最判小1平成26・7・17（判例時報2235号14頁）

大阪学院大学大学院教授 細 見 利 明

1 事案の概要

AとBは平成16年に婚姻の届出を了した夫婦である。Aは平成19年から単身赴任していたが、単身赴任中にも月に2、3回は自宅に帰っていた。BはAとの婚姻から4年目の平成21年にCを出産したが、懐胎当時にAとBとの婚姻関係の実質が失われていた事実はない。AはCの保育園の行事に参加するなどしてCを監護養育していた。

しかし、Bから出生したCは真実にはAの子ではなく、Aの単身赴任中にBがDと不倫関係になって懐胎したBとDの子であった。その後Dが私的に行ったDNA検査の結果によれば、DがCの生物学上の父である確率は99.99%であるとされている。

Bはその後Aを見捨て、Cを連れて不倫相手のDのもとに身を寄せ、Dと同居するようになった。今ではCはDを「お父さん」と呼んでいる。

C（Bが法定代理人親権者母）はAを被告として親子関係不存在確認を求める訴訟を提起した。

第1審はCの請求を認容した。

2 原審

原審の大阪高等裁判所も、第1審と同じくCの請求に理由があると認めてAの控訴を棄却した。原審は、本件には民法772条の嫡出推定が及ばないとしたが、その理由として次のように述べている。

「本件においては、上記のDNA検査の結果によれば、CがAの生物学上の子でないことは明白である。また、AもCの生物学上の父がDであること自体について積極的に争っていないことや、現在、Cが、BとDに育てられ、順調に成長していることに照らせば、Cには民法772条の嫡出推定が及ばない特段の事情があるものと認められる。」

3 最高裁判決

最高裁は、原判決を破棄し、第1審判決も取り消して自判し、本件訴えを却下した。これにより、生物学上の親子関係にかかわらず、法律上はCがAの嫡出子であること、Dの子でないことが公権的に確定された。ただし、裁判官2名の反対意見がある。

「しかしながら、原審の上記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その嫡出であることを否認するためには、夫からの嫡出否認の訴えによるべきものとし、かつ、同訴えにつき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有するものといえる（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，最高裁平成8年（オ）第380号同12年3月14日第三小法廷判決・裁判集民事197号375頁参照）。そして、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、上記の事情が存在するからといって、同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ものと解するのが相当である。このように解すると、法律上の父子関係が生物学上の父子関係と一致しない場合が生ずることになるが、同条及び774条から778条までの規定はこのような不一致が生ずることをも容認しているものと解される。

もっとも、民法772条2項所定の期間内に妻が出産した子について、妻がその子を懐胎すべき時期に、既に夫婦が事実上の離婚をして夫婦の実態が失われ、又は遠隔地に居住して、夫婦間に性的関係を持つ機会がなかったことが明らかであるなどの事情が存在する場合には、上記子は実質的には同条の推定を受けない嫡出子に当たるといえるから、同法774条以下の規定にかかわらず、親子関係不存在確認の訴えをもって夫と上記子との間の父子関係の存否を争うことができる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，前掲最高裁平成12年3月14日第三小法廷判決参照）。しかしながら、本件においては、甲が被上告人を懐胎した時期に上記のような事情があったとは認められず、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。」

「以上によれば、本件訴えは不適法なものであるといわざるを得ず、これと異なる原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。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、第1審判決を取り消し、本件訴えを却下すべきである。」

4 評釈

判旨に賛成する。

婚姻中の妻が懐胎した子は夫の子と法律上推定され（民法772条）、この推定を覆すためには夫が子の出生を知った時から1年以内に嫡出否認の訴を提起し、同裁判で勝訴することが必要である（民法774条ないし777条）。子から父に対して親子関係不存在確認を求めることはできず、そのような訴えを起こしても門前払いの形で訴えは

却下される。なお、既に夫婦が事実上の離婚をして夫婦の実態が失われ、又は遠隔地に居住して、夫婦間に性的関係を持つ機会がなかったことが明らかであるなどの事情が存在する場合には、子は実質的には同条の推定を受けない嫡出子に当たるとして、同法774条以下の規定にかかわらず、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ができるとするのが判例である（最高裁44年5月29日第一小法廷判決・民集23巻6号1064頁ほか）。しかし、本件ではそのような事実もない。したがって、最高裁判決が、第1審判決及び原審の判決を破棄して、親子関係不存在確認請求の訴えを却下したのは当然のことである。

しかし、第1審も、原審も、そして最高裁において反対意見を述べた2名の裁判官も多数意見とは異なり、民法772条の嫡出推定を否定して親子関係不存在確認請求を認めたことは驚くべきことである。これらの見解は、要するに、「生物学上の親子関係が存在しなければ嫡出推定は及ばない。」というものであり、それが法律解釈の範囲を逸脱していること、裁判官による法の創造になっていることへの反省が見られない。裁判官ならなんでもできると思いあがっているように私には思える。

最高裁の金築裁判官の反対意見の中に、次の部分がある。

「家庭裁判所の実務においては、家事事件手続法277条（旧家事審判法23条）の合意に相当する審判により、嫡出推定を否定する方向でこの種の紛争の解決が図られることが少なくなく、外観説の枠に収まらない運用もなされていると紹介する文献もある。このような運用がなされているとすれば、具体的に妥当な解決を図る目的で、嫡出否認制度の厳格さを回避するために生まれた運用ではないかと思われる。本件のような事案の解決においても民法772条により推定される父の意思が決定的に重要であると考えらるなら別であるが、そうとは考えられないのであって、このような合意に相当する審判の運用と、本件において親子関係不存在確認の訴えを認めることとの距離は、それほど遠いものではないように思われる。」

この意見は家庭裁判所の運用の実態をもって嫡出推定の排除の根拠とするかのごとき口吻である。しかし、「裁判所の運用」は法律に基づいて行われなければならない、法律を無視した「運用」は裁判所による法の創造である。民法上は、嫡出否認の訴えによるほかに嫡出子であることを否定する方法がないのに、合意に相当する審判（家事事件手続法277条1項）という姑息な手段をもって親子関係不存在を認める家事審判官には、自己が民法772条などの実体法規を無視していることをどう考えるのだろうか。法律を無視した裁判所の運用などには何の根拠もないのであり、運用を根拠に論じるなど本末転倒だと思う。