

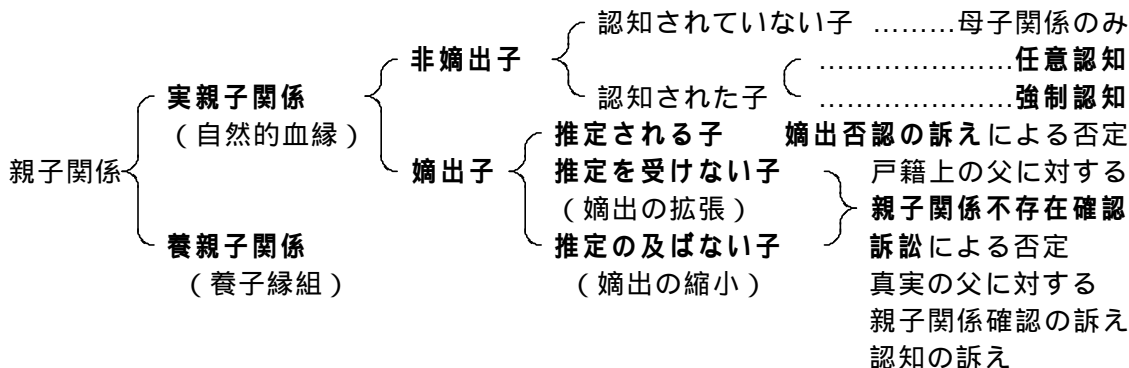
第7回 実親子関係の成立 (教科書60～81頁)

2000/05/08 (2000/05/15改訂 - 赤字部分と末尾の【応用編】)

松岡 久和

序論と制度の構造】

- ・ 親子法の課題 - 血統継続・家産承継から未成熟子保護へ、非嫡出子差別 (子の氏、親権者、相続分1/2) の解消



- ・ 母子関係と父子関係 立証困難に対処する二つの推定 (嫡出推定 任意認知による推定)

分娩という自然的事実で比較的容易に確認可能

779条にもかかわらず母の認知は不要 (マ39)

なおAIDや代理母につき末尾の追加参照

- ・ 基本的な価値観の対立

「血は水よりも濃い」 vs 「生みの親より育ての親」

真実主義

目的的制度観

血縁的事実主義

プライバシーの確保による家庭の安定・子の保護

婚姻 = 家族関係を個人の権利の障害とみるか防壁と見るかの難問が顔を出す。

【嫡出推定 - 父性推定と嫡出性付与 (772条1項)】

1 嫡出子の立法趣旨とその後の変容

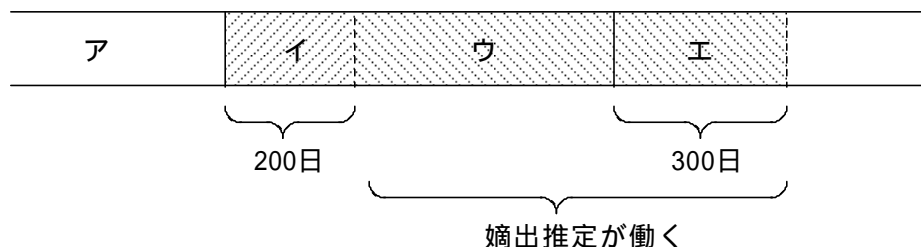
- ・ 立法趣旨：嫡出子 = 法律婚中に懐胎された子 (懐胎主義)

夫の父性推定 継続的性関係の推定 + 因果関係の推定 (貞操義務)

出生時からする懐胎時期の推定 (772条2項) 当時の医学的統計に基づく

法律婚成立

離婚等の婚姻解消



期間（ウ・エ）中の出生でも婚姻期間外の懐胎が証明されるなら父性推定はなく（推定を受けない嫡出子）、期間外でも婚姻中の懐胎なら父性推定が働く。

イの部分での出産には嫡出推定が働かず、非嫡出子となり、認知準正（789条2項）による。

アの部分での出産子は非嫡出子で、婚姻準正（789条1項）または認知準正による。

待婚期間違反の再婚で前婚の工と後婚のイの推定が重複 父を定める訴え（773条）

- ・内縁先行（＝届出婚の未定着）と夫の出征等による問題の顕在化

婚姻中の出生子はイの部分でも生来の嫡出子（マ35）だが、嫡出推定は働かない（推定を受けない嫡出子） 嫡出子概念の変容：婚姻中に懐胎又は出生した子
戸籍実務の対応：嫡出子出生届でも非嫡出子出生届でもよい

戸籍受理に内縁の有無の審査権なし

2 推定の及ばない子

- ・懐胎可能性がない場合は推定の基礎を欠く 緩やかな嫡出否定の可能性肯定へ
例 夫の長期不在、性交不能、生殖不能、性関係の不存在（客観説）
判例 百30＝マ37（2年半の離婚状態）
血液型不適合などの場合にも推定を働かないと見るか。
- ・血縁説、家庭破壊説（家庭平和説）、合意説などの学説や審判例有
考慮要因：身分関係の安定と家庭の平和、子のアイデンティティ

【嫡出否認】

1 嫡出否認（774条以下）

- ・意義：婚姻中に懐胎出生した子の父性推定を破る例外を厳格に制限する制度
家庭の平和の維持、親子関係の早期安定、背景に父権思想（父の意思次第）
- ・戸籍上の記載に関係なく嫡出否認の対象となる。
判例 大判昭13年12月24日民集17巻2533頁（祖父夫婦の子として届け出た例）
- ・別居後三〇〇日以内であってもこの訴えによる必要がある。
判例 最判平10年8月31日判時1655号112頁（別居中に不貞行為があった事例）
- ・推定を受けない子や推定が及ばない子に関しては、親子関係不存在確認請求によって親子関係を否定できる（＝嫡出否認の訴えの種々の制限が及ばない）
判例 百29＝マ36（内縁の妻が懐胎した子。別の男への認知請求事例）
最判平10年8月31日判時1655号128頁（復員前懐胎可能性が高い子供）

2 種々の制限

- (1) 否認権者の限定：母の夫（774条、人訴28条・29条）のみ 子や夫の家庭の平和？
- (2) 否認権の行使期間：子の出生を知ったときから一年内（777条）。
判例 百31（出訴期間制限は合憲）
起算点については後ろに繰り延べる審判例や学説もある。
- (3) 承認による否認権喪失（776条、但し、承認の内容は不明で廃止論も有力）
- (4) 子の死亡後：否認すべき対象が消滅（人訴32条2項 2条3項）

3 証明や効果

- ・「多数当事者の抗弁」は不十分。親子関係不存在証明が必要。真実の父親が誰である

かは問題外。

- ・判決確定で親子関係の当初からの不存在が**対世的効**を持つ(人訴32条1項 18条1項)。

【任意認知】

1 任意認知制度の意義

- ・意義：**嫡出子として届け出ていない場合**や推定が**訴訟**で破れた場合、法律上の父のない子について父を確定する制度
婚外親子関係の基礎となる自然血縁関係推定の唯一の方法で**觀念の通知**

判例 最判昭54年6月21日判時933号60頁(自然血縁関係の他に認知を要件とする?)

2 任意認知の成立要件

- (1) 認知能力：意思能力で足りる。法定代理人の同意は不要(780条)。
- (2) 任意認知行為の方式
 - ・届出又は遺言(781条)。前者は創設的届出、後者は報告的届出(985条1項 戸64条)。婚姻前出生子の婚姻後嫡出子出生届 認知(戸62条 民789条2項：**認知準正**)
 - 判例** 百36 = マ40(妻の子でなく無効な嫡出子出生届も認知としての効力を有する) 大判昭4年7月4日民集8巻686頁(非嫡出子との養子縁組には認知の効力なし)
- (3) 被認知能力
 - ・**嫡出子出生届の出していない子**および推定が**訴訟によって覆**されている子のうち未認知の子(779条参照)。

戸籍事務においては、実質審査ができないから、すでに嫡出子として届けられている子や認知済みの子については、任意認知によって二重に父を認めることができず、もっぱら強制認知によらざるを得ない

判例 最判平7年7月14日民集49巻7号2674頁(特別養子関係の確定審判後は認知不可)

- (4) 任意認知の時期と三つの制限(関係者の承諾)
 - ・期間制限なし。ただし子の成人後は承諾を要する(782条) 身勝手な主張の遮断?
 - ・子の死後の認知は原則不可だが、直系卑属が存在すれば可能(783条2項)。
 - ・胎児の認知も可能だが母の承諾を要する(783条1項) 母の名誉?

3 任意認知の効力

- ・出生時からの親子関係の発生(784条)。但し第三者の既得権を顧慮(同条但書)。

4 事実と反する認知(認知無効)、認知行為の無効、認知行為の取消

- (1) 認知無効(786条): 父子関係不存在証明による推定の打破
- (2) 認知無効の主張
 - ・利害関係人とは当該親子関係の存否につき親族法上直接利害関係を有する者
例 認知者の妻、認知を受けた子の母、認知者の子、認知者の兄弟等
 - ・認知無効の時的限界なし。認知の死後も**検察官を相手**に訴訟できる。
判例 最判昭53年4月14日判時894号65頁(五〇数年後の請求)
百40 = マ47(認知から五七年後死後二六年後の請求)
- (3) 認知行為の無効
 - ・認知者の意思に基づかない認知行為の無効(推定自体が機能しない)とは異なる。
判例 最判昭52年2月14日家月29巻9号78頁(認知届偽造の場合らしい)
百33(認知者の意識喪失の間になされた認知届も有効)

- (4) 認知行為の取消 (785条): 真実の父子関係不存在なら(1)の問題であることに注意
- ・取消不可能説、撤回不可能説(判例)、限定取消説(法定承諾要件を欠く認知行為のみ取消可 人訴27条)

強制認知(787条以下)

1 意義および性質

- ・意義: 親子関係の存在を直接に創設 or 確認する方法
- 判例** 百37 = マ41 (形成訴訟説 = 創設説 昭和17年の死後認知制度)
百35 (認知の訴えを経ない親子関係存在確認請求はできない)
学説には確認訴訟説も有力。

2 強制認知請求権者と相手方

- ・請求権者: 子、その直系卑属、これらの法定代理人(787条)
- 判例** 百38 (法定代理人は子の意思能力に関係なく常に請求権者)
百41 = マ42 (認知請求権の放棄は認められない)
- ・相手方: 父(生存中) その死後は検察官。

3 認知の訴えの提訴期間

- ・調停前置主義
- ・父の生存の間は期間制限なし
- 判例** 最判昭37年4月10日民集16巻4号693頁(25年後の訴え)
百34 (内縁の夫婦の子で50を超えて死んだ子の娘からの請求)
- ・父の死後は3年以内(787条但書。昭和17年改正による)
事実認定の困難、身分関係に伴う法的安定の保持 = 濫訴防止
- 判例** 最判昭30年7月20日民集9巻9号1122頁(訴訟代理人が途中死亡・訴訟終了)
マ45 (内縁関係継続中の懐胎子の場合も期間制限がある)
(参考) マ38、百32 (親子関係存否確認の訴えは当事者の一方の死亡後も検察官相手に提起可)
- ・起算点: 客観的な父の死亡日
- 例外** マ46 (出奔した内縁の夫の死亡が3年1ヶ月後に確認された例)

4 立証責任

- ・一般の証明責任に従い裁判官の自由心証に任されている。
- ・事実上の推定
内縁関係には772条が類推適用され、父性の事実上の推定が働く。それ以外では;
判例 マ43ほか (受胎可能期間中の性交関係、被告以外の男性との性関係の不存在、血液型等に矛盾がないこと。親子としての愛情を示したことなどを加える判例もあるし、～ は絶対的な要件ではない)。
トピック: DNA鑑定とその問題点(マ44、百39)
DNA鑑定の強制はできないし利用度も認知訴訟の一割程度。慎重論も有力
嫡出推定による婚姻家族保護の思想を空洞化するおそれがあるから。
百39は鑑定に非協力の被告の態度と理由をも考慮する
- ・多数当事者(不貞)の抗弁の扱いの変遷
- 判例** 最判昭32年6月21日民集11巻6号1125頁: 原告に重い立証責任を課すそれまでの

扱いを変更し、この抗弁を間接反証であると理解。性関係が真偽不明なら他の間接事実による推定を妨げないとして請求が認容されると変更。

応用編 - 現代的な問題点 (人工生殖・代理母・胚提供)】

この部分は結局講義では話せませんでした。

1 背景と根本的な問題点

(大村205～207頁参照)

- ・性革命・女性解放運動により「子をもたない自由」(避妊・中絶の自由)の延長線上で「子をもつ自由」が出てきている。働く女性の増加と結婚・出産年齢の上昇・不妊増加が要求を切実化している。
- ・どのような子をもつかという選択の希望は、一面、優秀な子と劣悪な子(=障害児)を事前診断によって区別する優生主義、ナチスドイツの悪夢の再来として警戒されている。自己決定論への歯止めを示唆
- ・根本問題：倫理的問題として、男女=父母の結びつきなしで単に精子と卵子を結び付けることによって子をもうけてよいか。

2 人工生殖

- ・A I H (Artificial Insemination by Husband)に関して問題は、避妊と同様、生殖を人工的にコントロールすることの宗教的・倫理的問題で、法的な問題は少ない。
もっとも、夫の死後の人工授精による妊娠・出産では、胎児に死亡した父を相続する権利があるか否かは問題(初心者への案内文献だが、和田幹彦「家族法ってこういうもの」法セミ546号31頁以下のとりわけケース3を参照)。
- ・A I D (Artificial Insemination by Donnor)については、夫の同意の有無で嫡出(推定される嫡出子扱い。夫が同意を撤回して父子関係を争うことは禁反言則に反し権利濫用となる)・非嫡出とすることになる。
- ・「同意」の意味：姦通性の阻却、父子関係の成立、ドナーとの親子関係の切断は、「承認」と解することになるか。ただ、法は事前の承認を予定しておらず、嫡出推定の排除制度との整合性に欠けると考えると、推定の及ばない子であるという考え方になるが、子の身分を誰からでもいつまでも覆しうることになり妥当でない(石川43頁)。夫の同意を養子縁組の同意と見る養子説も、「藁のうえからの養子」において虚偽の出生届に養子縁組の効力を認めない最高裁判例(次回)から見て、難しい。
は、日本の現行法では保障されていない。せいぜい、嫡出推定がなされる子について嫡出否認を経ない認知請求を認めない扱いにとどまる。
夫の同意がなければ嫡出否認ができる(大阪地判平成一〇年一二月一八日 - 大村205頁の紹介する朝日新聞1998年12月20日付朝刊掲載記事)
その場合、子の父はどうなるのか?
ドナーの意思によって父子関係を切断するのは現行法上不可能
ドナーの期待を裏切ることになるし、人工授精の匿名性を揺るがせることになるが、子を犠牲にするのではなく、血縁の原理に基づいて、子からドナーへの認知請求ができる(石川44頁)。

3 代理母と公序良俗

- ・国内では禁止されているが、アメリカや韓国で契約する例がある。
- ・第一の観点：赤ちゃん売買となるのではないか。出産・養子手続等にかかる費用はよいとして、それを超える報酬には、この点で問題がある。
- ・第二の観点：人間の生殖機能・母性を取引対象とすることは、貧しい女性の搾取であり、母の基本的人権を阻害するのではないか。
- ・第三の観点：自分で育てる意思のない子・望まれない子を生む契約は、子供の基本的人権を害するのではないか。とりわけ障害児が出生して依頼者夫婦が引取を拒否した場合、依頼者夫婦が子の出生前に死亡した場合、子の監護養育に重大な支障が生じる。

4 胚 (= 受精卵) 提供

- ・親のための養子と類似性がある。
- ・胚提供者（遺伝子上の母）と分娩者（出産した母）の分離が生じ、前者の母子関係の主張をどうするか問題になる（同意のあるAIDと類似）。
- 参考 出産者は、胎児の社会的な母親であることを重視して、法的な「母」概念を再構成することも可能で、そうすれば、胚提供者からの親子関係の主張を否定できる（大村212頁）
- ・日本では1984年と1988年の産科婦人科学会ガイドラインが「受精卵は提供者の承諾を得たうえで2週間以内に限り研究に使用でき、胚の凍結保存は体外受精を行う夫婦の承諾を得たうえで可能」だとする。
- ・ドイツは1990年胚保護法により厳格な条件を付す。

【参考文献】

- 石川稔「親子法の課題」『講座・現代家族法3 親子』3頁以下（とくに41頁以下）
- 水野紀子「比較婚外子法」『講座・現代家族法3 親子』127頁以下（嫡出推定と嫡出否認制度による婚姻家族の安定が空洞化している点を問題視する）
- 大村敦志「実親子関係の成立」道垣内＝大村『民法解釈ゼミナール 親族・相続』所収