

父子関係についての 2つの最高裁判決と真実志向

松 倉 耕 作

目 次

- はじめに
- 父性否認と最高裁判決
- 認知無効と最高裁判決
- スイス旧法下での判例の展開
- 今後のあるべき立法
- むすびにかえて

はじめに

1 対象とする2つの最高裁判決

2つの判決というのは、最高裁判決平成26・1・14と、最高裁判決平成26・7・17（未公表判決）である。前者は、任意認知につき、認知した父からの認知無効の主張を適法とした判決であり、後者は嫡出否認に関する最新の判決である。いずれも父子関係の切断を議論するパターンである。この判決を素材として、私見を述べてみたい。ただ、記念号ということもあり、紙幅の余裕がないため、論点を絞り込んだ説明となっている。

とくに嫡出推定・否認について補足すれば、わが民法とほぼ同じ構造のもとで、子の訴権を導いていたスイス旧法下での判例の変遷を取り上げる。「解釈により」子の訴権を導いているからである。さらに、今後の議論の

中心となるのは、子の否認権の法定と、(父の) 出訴期間の起算点である。以下 では、立法例を素描する。

2 嫡出推定・嫡出否認についての判例の立場

対象とした最高裁判所 26 年判決を理解するために、判例の基本的な流れをみておきたい。家裁の実務では、777 条の規定する 1 年の期間を経過した後でも、(夫婦の子、とくに夫の子ではない旨の) 夫婦の合意が整えば、家裁の審判を経て父子関係の切断・取消が認められる道が残されているが(家事事件手続法 277 条, 旧・家事審判法 23 条), 判決(確定)後には、そのルートも閉ざされることになる。

(1) 最高裁・昭和 44 (1969) 年判決

リーディング・ケースである昭和 44 年 5 月 29 日判決(民集 23・6・10 64)では、懐胎時期に長期別居中の場合には、1 年の出訴期間を過ぎた後でも、例外的に父以外の者、たとえば子や母も、親子関係確認の訴えを提起することができるが、しからざる場合には、1 年の嫡出否認期間が適用される、とされた。本件事案は、真の父への認知請求事件につき、「外観理論」に基づき、同訴訟を適法、かつ認知請求を認めた事案である。

従前の流れを補足しておこう。1 件ずつ検討する余裕がないので、おもな判決の流れを素描するとどめる。子の懐胎時期に、夫の子を懐胎することが外観的に不可能であるときに限り、例外的に 772 条にいう父の子という推定の排除を認める。そのような例外事情が存在しなければ、母の夫(子の戸籍上の父)が、子の出生を認識したときから出訴期間が起算される(777 条)。例外的に、懐胎不能が明白であれば、親子関係不存在確認訴訟(人事訴訟法 2 条 2 項)が許される。確認の利益の存することは必要ではあるが、(出訴)期間の制約はなくなる。最高裁判所として、例外事情を認めた判決例としては、子を懐胎する時期に夫婦が「長期別居中の懐胎」事案(最判昭 44・5・29 前掲のほか、最判昭 44・9・4 (判時 572・26。結論同旨、最判平 12・3・14 家裁月報 52 巻 9 号 85 頁(以下、12 年判決という))、と「出征中の懐胎」事案(最判平 10・8・31 家月 51・4・75)

などがある。もっとも、妻の生んだ子であることを要するのは、当然の前提である。出征中懐胎という特殊な例を除けば、別居中懐胎が通例の事案である。

前掲12年判決では、出訴期間の経過後に戸籍上の父X男が戸籍上の子Yを被告として「親子関係不存在確認の訴え」を提起した事案である。X男が出訴するには、つぎの事情が動機となった。離婚後7か月ほど経過したころ、X男の子ではないとの噂を聞き、離婚した元妻に問いただしたところ、元妻はX男の子でないことと認めたこと、その後、他男がX男に電話で、「子は自分の子である」と述べたので、出訴するに至った。

これにつき第2審（東京高等裁判所決定平成11・9・30）は、いわゆる家庭平和説に従い、否認制度の基盤である家族共同体の実態がすでに失われ、身分関係の安定も有名無実となっている場合には、いわゆる真実主義を優先させ、真実の血縁関係に合致した父子関係の確定のために、例外的に親子関係不存在確認の訴えを許すのが相当であるとの立場に立った（第1審判決を破棄差戻し）。結論において、X男からの主張・請求を許容した。

しかし、最高裁は、上記の2審判決を破棄し、下記の理由を付して、結論においてX男の請求を棄却した。

「民法772条により嫡出推定を受ける子につき夫がその嫡出であることを否認するためには、専ら嫡出否認の訴えによるべき」である、「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十分な合理性を有する」と明言するとともに、この理は、「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、……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ものと解するのが相当である」と帰結した。「外観説」を踏襲していることが確認できる。

(2) 最高裁判所23年(2011年)判決 最近になり、およそ10年ぶりに、関連した最高裁判決が公表されている。夫婦の間に男児3人いるが二

男につき、二男の出生から7年以上経過してから、夫が提起した親子関係不存在確定の訴えが却下され、その判決が確定したあとで、上記の夫に対して妻が監護費用（二男のそれも含む）の分担を請求した事案において、最高裁は、妻のそのような請求は権利濫用にあたる判断したのである（最判平23・3・18 家庭裁判月報63・9・58。一部破棄自判、一部却下、一部棄却）。本件も夫婦の同居中の懐胎というケースである。「夫婦の同居中の懐胎」という類型に属するので、最高裁のとり「外観説」によれば、1年の否認期間の経過したあとは、もはや父子関係を否定することが許されないと帰結され、夫を含めた母、次男自身「にも」、父子関係を否定する手段は、残されていないことになる。つまり法律上の父子関係は、従来そのまま残されることになる。

父性否認と最高裁判決

最高裁判決平成26年7月17日、同日付けで判断された3件とも、「婚姻中・同居中の懐胎」事例である。したがって、上に示した外観説にしたがうと、1年の出訴期間後には、法律上の父子関係を切断することはできないと帰結されるパターンである。筆者が関心を抱いたのは、複数の反対（少数）意見が表明されたことにある。

1 最高裁判決26・7・17 1402号（親子関係不存在確認請求事件、大阪ケース）

〔事実関係〕本件は、上告人・Y男を被告としてXから（子の母A女が代理）親子関係不存在確認の訴えが提起されたものである。上告人Y男とA女とは平成11年に婚姻した。A女とZ男とは平成20年頃から交際を始めたが、夫婦は同居中であり、認定事実によれば「夫婦の実態は失われ」ていなかった。

出産にさいして、A女は、「子がZ男との間の子であると思っていたことから、妊娠したことをY男に言わなかった...（平成21年）月日にA女はY男に黙って病院に行き、同月日にXを出産した。」（出産後病

院で?) Y男がA女に、子の父親について尋ねたところ、「2、3回しかあったことのない男の人」と説明するにとどまった。Y男は、子をY男とA女との長女とする出生届けを提出し、自分の子として監護養育していた。その後、平成22年月日に、子Xの親権者を母A女と定めて協議離婚をした。母Aと子Xは、現在、前記Z男とともに生活している。被上告人側(A女側)が「私的に行ったDNA(親子)鑑定の結果によれば、Z男が子の生物学上の父である確率は99.999998%である」。

これについて、原審の判断は未公表である。最高裁判決に示されるそれに基づいて要約すれば、推定が排除される場面は、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されると解するのは、「相当でない」、「民法が…父子関係を争うことを厳格にしようとする趣旨は、家庭内の秘密や平穏を保護し…平穏な家庭で養育をう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…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、かつ生物学上の親子関係の不存在が客観的に明らかな場合においては、嫡出推定が排除されるべきである、本件では、科学的に父子関係の不存在が証明されている。また、夫婦は離婚・別居し、子が親権者である母のもとで生育しているなどの事情が認められる。このような場合には、「嫡出推定が排除されると解するのが相当であり、本件訴えは適法」である。

[最高裁の判断] — 原判決破棄 最高裁は原判決を破棄した。その理由を下記のごとく説明する。親子関係不存在確認の訴えの可否について「…(原審認定の事情がある場合であっても)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…嫡出の推定が及ばなくなるものといえず、親子関係の不存在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…。親子関係の齟齬について、「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…が、民法772条、774条-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」。親子関係不存在確認の訴えが認められる余地について、つぎのように説明している。

「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うことができるから、同条 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」。(最高裁判決 44 年 5 月 20 日の最初の判決のほか、同 10・8・31、同 12・3・14 などを明示し、上記の結論が、すべての小法廷で認められる結論である旨を明示している)。

しかし、本件では、上記のような事情も認められず、他に本件の訴えが適法であるとすべき事情を認められない。ゆえに、原判決を却下し、第 1 審判決を取り消すべきである(補足意見がある)。

2 少数意見(反対意見) 1) まず、金築裁判官は、結論において、本件の原判決の結論が正当であると導く。真の父との父子関係の発生可否について 　いわゆる外観説の立場に立つ多数意見の立場では、(子からも)子と真の父との法律上の父子関係を発生させることはできない。本件のような場合、真の父との父子関係の方が、より安定的、永続的であるにもかかわらず。厳格な否認の訴えを認める趣旨について 　否認の訴えを厳格にしている趣旨については多数意見と同様の認識に立つ。夫婦関係が破綻し、子の出生の秘密が露わになっている本件のもとでは、家庭内での秘密・平穏を保護するという保護法益は失われている。加えて、子の父を確保するという観点からも、親子関係不存在確認の訴えを許容してもよいと考えられる状況が存在する。この 2 つの理由からも、嫡出否認制度による厳格な制約を課す「実質的な理由は存在しない」。その他、外観説より例外を広げる結論になること、親子関係の不存在訴えの許容要件が不明確になるとの批判について、子の利益と特別代理人の選任について、合意に相当する審判(家事事件手続法 277 条)との対比などについても、意見が述べられていることを付言しておこう。

2) 白木裁判官の少数意見 結論として、金築裁判官と同様に、本件の

原判決の結論が正当であると導く。多数説のような結論は、「民法の規定する制度がもはや本来の姿のままでは維持できない事態にいたっている」との認識に立つ。事案の解決としては、「父子間の血縁の存否を明らかにし、それを戸籍の上にも反映させたいと願う人としての心情も法律論として無視できない」と明言する。具体的には、本件のような事案においては、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と導く。

2 最高裁判決 26・7・17 233号（親子関係不存在確認請求事件、北海道・旭川ケース）

〔事実関係〕前記・大阪ケースに比べると、真の父と母とが婚姻、子どもカップルと同居していることである。

主要事実。Y男・A女は平成16年に婚姻、Y男は同19年から単身赴任していたが、月に2、3度は自宅に帰宅していた（距離不詳）。19年に他男Zと性関係が生じるが、Y男・A女夫婦の実態は失われていない。20年にY男に妊娠を告げる。21年出産。23年、Y男がA女・Z男の交際の実事を知った（時期の認識は不詳）。同年、A女は子Xをつれて婚姻住居を去り、同年頃からZ男と同居（Zの前妻との間の子2人とも同居）。子XはZ男を「お父さん」と呼んでいる。同23年には私的に行ったDNA親子鑑定（業者名など不詳）の結果、Z男が子Xの父である父性確率は99・99%である。23年12月、本件訴えを提起（24年4月、別訴で離婚訴訟も提起）。

〔原審〕本件訴えを適法とし、親子関係不存在確認請求を認容した。理由：DNA親子鑑定ではY男とX男の間には父子関係のないことが明白である、YもZ男が生物学上の父であることを争っていない、子は新しい家庭で順調に生育している。このような事実に照らせば、「772条の嫡出推定が及ばない特段の事情がある」。

〔最高裁判所〕上記のような事情があっても、「推定が及ばなくなるものとは言えず、親子関係不存在確認の訴えをもって当該父子関係を争うことはできない」。例外的に親子関係不存在確認の訴えが許される場合につい

ては、前記・大阪ケースと同じ理由づけが述べられている。他に、櫻井裁判官と山浦裁判官の補足意見あり。[反対意見] 金築裁判官・白木裁判官の反対意見あり。内容は、大阪ケースと同じといえよう。

3 最高裁判決 26・7・17 226号 (四国ケース)

この四国ケースは、他の事案と内容を異にする。すなわち、法律上の夫婦関係は離婚しているが、訴え・申立て、もともとの親子関係の不存在を主張したのは、戸籍上の父である。その点では、本稿が問題とする子からの父子関係の切断とは事案を異にする。それゆえ本稿では、これには立ち入らないことにする。

認知無効と最高裁判決

対象とする最高裁判決以前は、自分の子でないと知りつつ認知した男性からの認知無効請求は、許されないとするものであった。結論そのものは、ある意味で単純である。それと紙幅との理由から、判例の流れについては、筆者の別稿の記述に譲ることとする。

最高裁判決平成 26・1・14 (23年(受)1561号, 第三小法廷)

[事実関係] X男は、妻 Y2 を相手として離婚請求、子 Y1 を相手として認知無効を求めて出訴した。事案のエッセンスは、男性が血縁上の父子関係がないことを知りながら子を認知した場合に、のちに男性が認知の無効を主張することが許されるか、という点である。認定された事実を簡略に記そう。平成 15 年 3 月、X男は子の母である Y2 と婚姻した。翌年の 12 月に、子 Y1 とは血縁上の父子関係のないことを知りながら、子 Y1 を認知 (本件認知) した。(別件の離婚請求は認容されている)。

原々審では、X男からの認知無効請求が権利濫用とはいえず、785 条の規定から認知者による認知無効を認容した。Yらが控訴。控訴審でも、民法 785 条及び 786 条の規定は、血縁上の父子関係がない場合であっても、認知者による認知無効の主張を許さない趣旨まで含むものではないとして、X男からの認知無効請求を認めた。Yらは、血縁関係がないことを知りな

がら認知をしたX男は、結論において無効を主張することは許されないとした(Yらが上告)。

[最高裁判決] 上告棄却。結論において、X男の認知無効請求が認められた。「血縁上の父子関係がないにもかかわらずにされた認知は無効というべきである(が)、認知をするに至る事情は様々であり、自らの意思で認知をしたことを重視して認知者自身による(認知)無効の主張を一切許さないと解することは相当ではない。

…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。…そうすると、認知者は民法786条に規定する利害関係人に当たり、自らした認知の無効を主張することができるというべきである。この理は、認知者が血縁上の父子関係がないことを知りながら認知をした場合においても異なるところはない。」(大橋裁判官の反対意見、木内裁判官の補足意見、寺田裁判官の意見がある)。

その後、同様の事案においても、同じ理由づけにより、認知者からの認知無効を許容した最高裁判決がみられることを付言しておこう(最判26年3月28日・執筆時、未公表)。

第1に、理由付けには対立がみられるが、結論には賛成である。いったん認知した男性が、のちに認知無効の主張をするのは、子の母との離婚後であることが多い。認知無効の主流を占めているといえるほどである¹。比較法のレベルからみても、認知者の訴権を制限すべき理由はないであろう。

1 下記の文献を参照。拙稿「認知無効と真実志向」民商法雑誌118巻3号、1998年、拙稿「認知無効と比較法」南山法学23巻1=2号、1999年、拙稿「ドイツスイスと日本法」『家族(社会と法)』誌13号、1997年。認知訴訟を対象とする文献として、拙稿「2013年施行、新オーストリア親子法と裁判認知」同誌30号、2014年、拙稿「スイス裁判認知法(1)-(2)」南山法学4巻1号~3号、1980-1981年、『概説オーストリア親子法』前掲、嵯峨野書院、2003年など。

第2に、筆者が最も関心のあるのは、裁判認知（死後認知を除く）、認知無効、などには期間制限がない点である。ここでは身分関係の早期安定という要請は、ないのであろう。同じ、父子関係の切断というケースであるが、期間制限ないし、父子関係の早期安定が主張されないのは、条文が異なるというだけの理由なのであろうか。立法論ではあるが、早期安定がそれほど強い要請であるなら、多少次元の異なる面もあるが、なぜ統一的理念がないのであろうか。議論すらないことを不自然に感じる。

スイス旧法下での判例の展開

ここでスイス法、それも旧法（1978年施行前の規則）を扱うのは、それが、今日の日本法の構造と近いからである。結論をいえば、規定の上では、子からの否認権が認められていないにもかかわらず、一定の要件のもとでは訴権の行使が可能となる解釈が採られていたことを示すことにより、わが法のもとでの解釈の参考資料を提供する目的がある²。以下では、とくに「子の訴権」を中心に、規定の概要、解釈の展開を素描するにとどめておく。念のために触れておけば、本稿でいう「子の訴権」というのは、父が否認権を行使できなかった場合に認められるそれではなく、いわば第一次的な訴権を前提としている。

子の訴権を巡って、2つの連邦裁判所（わが最高裁判所と同等の地位にある）の判決をみておこう。子の訴権について、これを否定した1947年判決と、これを肯定した1962年判決が有益である。

1 1947年連邦判決

1) 判決の概要 事件・判決当時のスイスの判例では、子自身の訴権も、母や真実の（血縁上の）父の訴権も、すべて否定されていた。つぎに示す連邦判決は、子の否認権に論及した画期的な判決である。それ以前の先例

2 以下については、拙著『スイス親子法 嫡出推定規定の展開』1980年、千倉書房発行を参照。

では、いとも簡略に子の訴権を否定してきたのに対して、第一次訴権を子にも拡張して解すべきかについて論じた最初の上告審判決である。

判例・BGE 73 201 (最高裁判例集73巻, 第 部, 201頁を意味する。通例は, 判決が始まる頁が示される)。判決は結論として, 母が子の真実の父と婚姻していたとしても, 子自身が子の嫡出を否認することはできない, と帰結したものである。前述したわが国の最高裁判決との結びつけを考慮して, 判決内容を簡潔に要約する。婚姻後4年以上経過して1944年に妻Mが子Sを出産。翌年, 夫Rは, 離婚の訴えを提起。チューリッヒ地裁は, 訴外男性Eとの不貞による婚姻関係の破綻(当時の142条)を主な根拠として離婚の訴えを認容。同年妻・母は, 前記・訴外男性Eと婚姻。子Sの補佐人K(後見官庁が任命した弁護士)が, 前記離婚訴訟において, 子の父がR男ではなく, 目下の母の夫であるE男である旨が確認されていることを根拠として, 46年に嫡出否認の訴えを提起。当事者の間では, 子の懐胎期には, 母MはEとのみ交渉を持ち, 夫R(懐胎期には兵役に服していた)とは交渉がないことについて, 争いが無い。1審・2審ともに, 前提として, 原告・子Sの原告適格を認めたが, 「父たることの不可能」が証明されていないことを理由として, 子の訴えを棄却した(子S上告)。

連邦裁判所も, 原判決を支持して, 上告を棄却した。その根拠は, 252条以下の解釈および立証の不十分を主たる柱とする。とくに子の否認権を明示的に否定する。すなわち, 規定上, 夫が唯一の否認権者であり, 子の訴権は規定上認められていない, 補充的否認権者(夫が死亡などで否認権を行使しなかった場合には, 補充的に夫の相続人が否認権者となる)にも, 子は含まれていない。法が主眼とするのは, 子個人の利益ではなく, 家族の確定である。すなわち, 夫の家族のなかに, 異なる血がはいるのを防ぐことにある。夫が否認期間を徒過することにより否認権を喪失したときも夫の意思と擬制される。しかし, 結論では, 子の否認権が認められないと明言するが, これが認められる余地について, 示唆する。夫が自己の子でないことを知っていて, 否認権を行使しなくとも権利濫用には

あたらないが、権利濫用となる場合には、権利濫用（2条）を根拠として子の訴権が認められる余地はある（この部分は傍論である）。もっとも、濫用となる場面についての言及はない。

2) 学説からの批判 学説の圧倒的多数は、上記の判決に批判的であった。詳細は拙著にゆずる³。

2 1962年連邦判決

上で述べたような学説の批判もあって、次の1962年判決では、若干の制約を付してではあるが、子からの（第一次的）否認権が肯定された。

1) 判決の概要 本判決は、前記1947年判決を変更した。子の訴権を認めた最初の公表判決であり、この領域で最も重要な判決である。その結論において、子の否認権は、実質的には夫（子の父）によるそれと同じ要件（とくに立証について）に服すると解するものである。

簡単に事実を記すとつぎのようである。本訴の前にA男・B女夫婦は離婚した。子Mの懐胎期には、服役中であった夫Aとの交渉はなく、訴外Gと交渉があった。B女とG男とが婚姻。子MはB女・G男夫婦のもとで生活している。子の出生後10年経過した1961年に、子の補佐人が子の代理人として身分登録簿上の父Aと母Bを被告として子Mにつき、嫡出否認の訴えを提起した。1審では子の訴権が肯定されたが、原審は、子には訴権がないことを理由として、子の訴権を否定した（子が上告）。

連邦裁判所は、原判決を破棄・差し戻した。その結論を要約すると、下記のごとくである。規定上、子の訴権が明記されていないこと、補充的否認権者としても子が登場しないことは、子の訴権が認められないことの根拠とはなりえない。また、立法資料からも、子の訴権についての結論を導くことができない。身分登録上の父子関係と、真実のそれとを一致せしめることについて、民法の嫡出（否認）に係わる規定では、公的な利益

3 拙著『スイス親子法』前掲55-56頁参照。

よりも、訴権者個人の利益を優先させている。母の夫により懐胎せられたのではない子は、嫡出の身分を取得することについて、すなわち真実の嫡出関係が確定されることについて、利害関係を有するのを通常とする。本件のごとく、母が身分登録上の父との婚姻を解消し、真実の父と婚姻しているときは、とくにその必要性が強い。その場合には、子が母の前夫に由来するとの推定を排除することによって、準正により、真実の父の嫡出子たる地位を得ることが可能となる。このような地位を得ることは、子にとって、たんに（相続などの）経済的関係のみならず、とりわけ人的関係においても、大きな意義がある。少なくとも、子が母や真実の父のもとで暮らしているときには、とくにその必要性が高い。これを認めないことは、人格権の保護、すなわち子の福祉および子の精神的安定に対する著しい侵害となる。子もまた、嫡出を否定することについて、身分登録上の父と同様に、重大な関心を有している。夫（子の身分登録上の父）は、事情によっては、たとえ第三者により母が懐胎した子であれ、自己の子との外観を欲することもあろう。しかし、このような願望も、妻との離婚後には、それが継続する場合ほどには強くないのを通常とする。とすれば、離婚後は、子が嫡出子とされるかについては、前婚の夫の利益よりも、子自身の関心の方が一層つよいであろうから、子の利益を優先させるべきである。

子は成年後にも、嫡出否認の訴えを提起することも可能である。差し戻した理由は、前夫が父であることは不可能なのか、新しい夫が父なのかを確定すべく、差し戻したのである。

2) その他の特記事項 62年判決は、結論において子による否認権を肯定したが、その要件について、元の夫婦関係が解消されていることは家族の安定および危険を排除する必要のあることを絶対要件とすることであるが、ことに母が子の真実の父と婚姻していること、さらに子が同居していることが必要とされるのかは明らかでなかった。また、否認の要件については夫のそれと同様の要件に服するが、出訴期間（当時は3カ月）については、排除されると解されていた。もっとも、期間制限が排除されるとしても、いつまで出訴が可能かは、いまだ定説がない状況である。

関連して扱うべき事項は多々ある。たとえば、血液検査などの検査強制、否認原因などがその主な項目である。否認原因については、きわめて大きな違いがある。当時の条文の構造はわが現行法と大差がない。すなわち、枝葉を省いて示せば、婚姻中（または婚姻の解消の日から 300 日以内も同様）に生まれた子は、嫡出と推定される（252 条 1 項）、夫は、子の出生を知ったときから 1 年以内に、裁判官のもとに嫡出否認の訴えを提起することができる（253 条 1 項）、子が婚姻成立の日から少なくとも 180 日を経過して生まれたときは、夫は、自分が子の父ではありえないことを証明しなければならない（255 条）。

全体の構成をみれば、注目されるのは、嫡出（正確に表現すれば、夫の父性）「否認の原因」が、わが国より広く、ないし緩やかに解釈されていることである（詳細については、拙稿「嫡出推定規定」前掲 18 頁 - 45 頁を参照）。否認原因について、少し体系的にみてみよう。(1) 性交渉の不可能と、(2) 父子間の血縁関係の不存在、とに大別される。前者はさらに、外観的な性交渉の不可能、心理的な性交渉の不可能、状況的な性交渉の不可能などに細分されている。懐胎期における性交渉の不可能という否認原因は、外観的な不可能、心理的な不可能、などと分かれる。わが国では、夫婦の懐胎期に夫婦が長期「別居」していれば、夫の子であるとの「推定が及ばない子」と帰結されるが、スイスでの上記の扱いは、解釈として参考になるであろう。

3 1978 年新法

新法とはいっても、昨年・2013 年 1 月 1 日からは、最新の規則が制定・施行されているので、今日からみれば、旧法というのが正確であるが、ここでは便宜上「1978 年新法」と表現する⁴。

4 1978 法については、拙著『スイス親子法』前掲 140 頁以下。また、2013 年施行法については、拙稿「スイス嫡出否認法の一部改正——2013 年 1 月 1 日施行法」名城・同誌 26 号、2013 年、163 頁以下を参照。

今後のあるべき立法

本節では、比較・立法例を取り上げる。今回の最高裁 26 年判決での補足意見ほかでも、立法的解決を望む声が多く登場している。今後の展開においては、立法論も活発に展開されるであろうことが予測される。

以下では、その参考資料を提供する目的がある。そこで、立法として最も重要となるのは、否認制度をどのように構築するかという問題が最も必要となる。筆者は、かつて 10 カ国ほどの立法例を概観したことがある⁵。それから 15 年余の歳月が流れており、当時取り上げた各国の法制も、かなり変わっているものと思われる。今回は、さしあたりドイツ語圏での扱いの手がかりとして、立法として参考となる諸点あげておきたい⁶。

1 スイス

比較の視点を明確にするために、とくに、つぎの 2 項目、すなわち、

- 5 否認権者についてのみであれば、かつて世界の動向を素描したことがある、拙著『血統訴訟と真実志向』成文堂、とくに 101 頁の表のほか 1997 年、とくに 1 頁-102 頁参照。
- 6 各国についての最新の文献をあげておく。旧法・新法の草案などは、下記に引用されたそれを参照されたい。

ドイツ法については、拙稿「ドイツにおける新しい嫡出否認法」名城ロースクール・レビュー - 8 号、2008 年、拙稿「ドイツ父性否認法と 2007 年 7 月 11 日付け政府草案」同誌 7 号、2007 年、拙稿「ドイツの新しい (嫡出) 否認権法 (2004 年 4 月 30 日施行法)」同誌 3 号、2006 年。その他、欧文献として、たとえば、Schwarzer, Familienrecht, 2012, 253 頁以下の「出自」の項を参照した。

スイス法については、拙稿「スイス嫡出否認法の一部改正 —— 2013 年 1 月 1 日施行法」同誌 2013 年、拙著『スイス親子法 —— 嫡出推定規定の展開』千倉書房、1980 年。念のために記せば、拙著『概説スイス親子法』信山社、1995 年は、別書である。

オーストリア法について、拙稿「2013 年施行、新オーストリア親子法と嫡出否認規定」同誌 28 号、2013 年。なお、オーストリアでは、2012 年 12 月に、親子法に係わる「政府草案」が公表されている。そのなかでは、嫡出否認についての規定が改正されている。ドイツ法に近い「子の福祉」を考慮した否認の出訴制限に係わる規定が新設された。父性否認に係わる基本構造については、拙著『オーストリア親子法』嵯峨野書院、2005 年、とくに 1 頁 - 57 頁で「嫡出否認」を扱う。

(1) 否認権者の違い, (2) 否認出訴期間の違い, に限定して, 取り上げるにとどめる。今後, わが国においてこの2項目が最も議論の対象となると思われるからである。

否認権者についての説明にあたっては, 補充的に否認権の行使が認められるそれ(スイスであれば, 夫の相続人)には触れない。視点を夫と子に限定することにより, 比較参照すべき論点が簡明になると考えるゆえである。

(1) 否認権者の違い

第1に, 夫の否認原因につき条文の構造からみてみよう。旧法下では, 母の不倫を知ったときからも出訴期間が進行した。これに対して, 新法では, 「子が自分の子ではないことを知ったこと」が否認原因であって, そのときから否認のための出訴期間が進行するというので, 旧法と若干の違いが生ずる。

第2に, スイス法のもとでの否認制度の全体像については, 別書で紹介しているので, ここでは結論を素描するにとどめる。否認権者は父すなわち母の夫と子に限られる(そのほかに, 所定の事由がある場合には, 夫の父母なども登場する)。78年施行法以前の旧法では, その他に, 利害関係人(たとえば, 子と並んで相続権者を有する者など)や管轄官庁にも否認資格が認められていたが, 78年の全面改正法では, これらの者の否認権は削除された。

第3に, とくに子の否認権は, いわゆる第一次訴権である。つまり, 夫が否認権を行使しない場合といった制約はない。しかし, 子の父・夫の場合のように, 無条件で否認権が発生するわけではなく, 子の未成年中に, 子の両親・父母の共同世帯が解消していることが必要である。たとえば, 子の両親が離婚, 別居(裁判別居だけでなく, 事実上の別居も含まれる)しているなどの場合がその典型例である。この点は, ドイツ法と大きく異なる点である。

子が出訴するについて, つぎのことは要件ではない。母が子の真の父(と思われる男性)と婚姻していること(通説・判例)。否認することが

子の利益になること。かつて、オーストリア旧法の下での検察官の否認権行使には、そのような要件が付せられていたが、スイスの法はそのような要求をしていない。訴権行使にあたり子が判断能力を有していることは必要ではない。否認権行使という事柄の性質を理解できる程度の能力で足りる。

わが国と比較すれば、わが最高裁判決および通説は、「外観的な性交渉の不可能」のみを、否認原因としている。スイスでの解釈と比べて、きわめて狭いそれであることが推測できる。

(2) 否認出訴期間の違い

出訴期間のうち最も重要な期間の起算点についてのみ、その結論を示しておこう。第1に、スイス法の下での夫は、子の出生、および、自己が子の父ではないこと（たとえば、血清学的鑑定により、これを知る場合をも含む）、または、第三者が懐胎可能期間中に母と性交渉をもったこと、を知ったときから1年内に提訴する必要がある（これを講学上「相対期間」と呼び、別に、子の出生時から5年で訴権消滅という「絶対期間」の定めがある）。上記要件のうち、との双方を知ったときから期間が進行することが注目される。

第2に、関連して子の訴権につき、結論のみを示めせば、子自身の訴権（嫡出否認権）が、明文の規定により、肯定されている。それによれば、子は20歳に達するまで、母の夫（子からみれば、身分登録上の父）の父性を否認することができる。期間の長さが注目される。

第3に、特別な事情が存在すれば、上記の出訴期間を過ぎたあとも、出訴が許される場合がある（明文規定がある）。本稿の本筋からずれるので、詳細については、前述した別書に譲る。

2 ドイツ

(1) 否認関係

2008年改正法により、父子関係の否定と子の利益の調和をめざす「解明手続」という制度を打ち出した。最近に至りオーストリアでも似た制度

を採用しているが、制定当時は、ドイツ語圏内の他の2国とは異なる方向性を示したことになる。立法のうえで参考となりうる考え方である。まず、これを説明しておこう。

第1に、新しい制度である解明請求と否認手続について触れておこう。(父性)否認手続は、前述した解明請求(手続)と係わりなく進めることが子の権利である。父の父性につき疑いを抱く家族員は、2つの手続を選択すること、たとえば、まず解明手続を求め、のちに否認手続を求めることが可能である。

第2に、否認期間には、所定のときから2年という期間の制約がある(1600条b)。そのさい、出訴期間の起算点については、わが国の運用と著しい違いが存することは、前述したスイスの場合と同様である。

この期間の経過後は、法的安定のため、出訴は許されないという効果が生じる。その意味では、つねに、かつ、いつまでも出自の解明が許されているわけではないので、真実主義に制約を設けていることが分かる。

第3に、「父が」出自の解明をする手続を実行したときは、否認期間進行が停止される。立法者があげる例を示そう。子が1998年6月に出生。2008年6月に、母(妻)が97年秋に婚外交渉をもったことを、父(身分登録上の母の夫)が知った。1600条bによれば、夫は上記の事実を知ったときから2年以内に父性否認の訴えを提起する必要がある。期間は、父性についての重大な疑い、すなわち上記の事情を知った2008年6月から2年の期間が進行する。子の福祉などを考慮した解明手続が始められれば、上記の否認出訴期間の進行が停止するということである。

つぎに、否認原因についても、これまでの変遷は別稿に譲り、以下では、現行の制度に触れるにとどめる。

第1に、新1598条aの規定によれば、つぎのような結論が導かれる。

手続について、父、母、子はそれぞれ、他の二人を相手として、父性の解明(Klärung der Abstammung)を求める請求権を有する。逆にいえば、当事者は、遺伝上の出自鑑定に同意し、必要なブローベ(通例は血液ないし口腔細胞)の採取を受忍する義務を負う。つまりは、親子鑑定に協

力する義務，言い換えると，「検査強制」という制度が法定されているのである。

解明請求には，その余を要件は付されておらず，期間の制約もない，というきわめて制約の少ない権利であることが特色である。出自鑑定に同意しない家族員がいる場合には，家庭裁判所の判断で，同意に代えることができる。このことは，制度の評価としては，個人の意思（の尊重）より，解明請求権の方が優先することを意味していると評価できる。

第2に，上記の解明請求には，明示的な制約が明言される。すなわち，特別な場合，とくに立法者があげる例によれば，特別な生活状態，発達・成長段階においては，子の福祉を考慮するために，解明手が阻止される場合がある。これにより，つぎのことが担保される。未成年子にとり，不都合な時期に解明請求が実行されることを防ぐことができる。たとえば，立法者によれば，思春期にある子が拒食症に悩んでいて，出生鑑定の結果が明らかにされれば，病状が悪化するであろうと思われる場合などが例示されている。

(2) 否認権者

前世紀の終わり頃から，嫡出否認（権）についてのドイツ民法の動きは，かなり急激である。ひと言で表現すれば，否認権者を拡大する動きが急激に進んできた。ドイツ法のもとの否認権者も，当初は母の夫に限られていた。その後は，子（従来規則の改正），母（新設），真実の父（新設）と，否認権者の範囲が拡大されてきている。否認権者の範囲の拡大についても目を見張るものがあるが，拡大の基礎が，判例によるのではなく，民法を改正するという形で実現されていることは，比較法の視点からみても，極めて注目すべきであろう。

(a) 2004年の「改正前」 2004年の新规定が制定されるまでの規定（2004年5月1日より前の規定）では，下記のように，定められていた。すなわち，「[旧] 1600条（否認権者）父性（Vaterschaft）を否認することができる者は，1592条1号・2号および1593条に基づき父性が存在する男，[子の]母および子である。」

[筆者補注] 母が訴権者に加えられたのは、2002年の改正法（同年1月2日施行）による。第一次訴権を母に認めたこと、さらに、98年に「子からの否認権」が拡大された。

(b) 2004年の改正後 2004年4月23日法（同年4月30日施行）により、真の父（平たくいえば、母の愛人ないし事実婚の夫）が、新たに訴権者に加えられた（拙稿・前掲2006年論考参照）。規定の表現は下記のごとくである。

同年の改正部分を含めて、新1600条（否認権者）の全文を示しておこう。

父性を否認することができるのは、下記の者である。

- 1 1592条1号・2号、および1593条に基づき父性が存在する男、
- 2 懐胎期間中に、子の母と性交渉をもったことを、宣誓により保証した男、
- 3 母、... [中略] 4 子。

子と、第1項第1号の意味での父との間に、社会的にみて[家族のような]親密な関係が存在しないか、または上記の男性の死亡のとき（まで）[そのような関係が]存在せず、かつ、否認権者が子の真の父であるということが、第1項第1号による」[嫡出]否認の要件である。

第1項第1号の意味での父が、子のために、事実上の[現実の]責任を負担し、またはその死亡のときには[そのような責任を]負担していたときは、[前記]第2項による社会的な[家族のような]親密な関係が存在するものとする。第1項第1号の意味での父が、子の母と婚姻していたとき、または子と長期間家族的共同関係のもとに暮らしてきたときは、現実の責任の引受があったものとする。男性および母の同意を得て、第三者の精子を用いた人工受精により子が懐胎されたときは、上記の男性および母は、上記男性の父性を否認することができない。[筆者註記：否認権者については、上記1項2号が2004年の改正部分である]

(c) 法律上の父との父子関係の破綻 真の父が否認権を行使するには、身分登録簿上の父 (= 母の夫) と子 (間接的には母) との関係が、父子と呼べる状況にないことが必要である。多くの文献においても、当然ながら、この点が最も詳細に記述されている。わが国でいう嫡出否認 (権) を念頭において、少し補足しよう。

第1に、出訴にあたっては、真の父と子との関係が重要である。すなわち、第1項2号による否認は、子と、第1項1号の意味での登録の父 [註：身分登録簿上の父、の意。以下、同] との間に、「社会的にみて家族に近い関係 (sozial-familiaere Beziehung)」 (以下、「社会的家族関係」と表現する) が存在せず、または上記の男の死亡の時点において [それが] 存在せず、かつ、否認しようとする者 (出訴権者) が子の真実の父 (leiblicher Vater) であることを、要件とする。

第2に、「社会的家族関係」については、その内容を補充する推定規定が用意される。すなわち、第1項1号の意味での登録の父が、現実に子のために [親としての] 責任を果たしているか、または彼の死亡の時点まで果たしていた場合には、第2項による「社会的家族関係」が存在するものと扱われる。

第1項1号の意味での身分登録簿上の父が、子の母と婚姻関係にある (夫婦の場合)、または子と長い間家族共同体において生活してきた場合 (事実婚の場合) には、通例は、現実の責任を引き受けていたという関係が存在するものと扱われる。したがって、たとえば、身分登録簿上の父が婚姻家庭を去り、「事後に」別居した場合などにあっては、それまで存在した社会的親密さが事後に消滅したことになる。このときには、真の父の否認権が生じる可能性が開ける。これに対して、身分登録簿上の父の死亡が原因で、社会的親密な関係が終了したときは、真実の父の否認権は認められないものと思われる。

(d) 性交渉の存在についての宣誓 子の母と、懐胎期に同衾 (= 性交渉) した旨を、宣誓により保証していること。他の訴権者 (身分登録上の父、子、母など) にはない要件である。詳細は、前記・別稿に譲る。

(e) 父性の推定 (1592 条) の構造 1592 条では、父性、すなわち誰が父となるかが規定される。それによれば、子の父と扱われる男性は、子の出生時に子の母と婚姻関係にある男 (1 号)、任意認知した男 (2 号)、裁判認知によりその父性が確定された男 (3 号) などである。以上のうち、本稿と係わるのは、前記 1 号の男性、すなわち身分登録簿上の父 (= 母の夫) である (子からみれば子の出所を意味する出自の法的意義は、1591 条の解釈を参照)。さらに、上記 1592 条の規定は、生物学的な由来の確定に加えて、一般社会のためおよび関係当事者の法的安定性のために、法的解明 (Rechtsklarheit) をも目的とする。

(f) 身分登録上の父の否認権の結論 身分登録上の父の否認権について要約しておこう。

第 1 に、身分登録上の父、母、子は、「つねに」否認権者である。つまり、他の否認権者が否認権を行使したかどうかにより、影響をうけない。このような否認権を「第一次的否認権」と呼ぶことにしよう。身分登録上の父の「家庭の平和」を重視するが、それが壊れている場面では、真実の父にも、否認権を付与した。これにより、たとえば、母と真実の父が同居しているような場合には、真実の父のイニシヤティブにおいて、自分が子の法律上の父となる可能性が開けるわけである。08 年法で追加された真実の父の否認権は、当然のことながら、出訴要件が厳しいことが特色である。それゆえ、現実の出訴状況は不明ではあるが、さほど画期的とはいえないであろう。

第 2 に、母に対する子からの情報提供請求権は興味ぶかい。90 年代の判例が論じた問題である。具体的には、真実の父の名前や住所など、特定できる情報の提供を求めることができるか、という問題である。結論のみ記せば、支配的見解では、このような権利は母のプライバシー保護より優先すると位置づけ、この命題を肯定するものが多いようである (消極説も存在するが)。その根拠は、子の有する一般的人格権に求められている。子の福祉を優先される発想は、われわれも学ぶべきであろう。付け加えれば、さらに比較的最近の下級審裁判例 (99 年プレーメン高判ほか) では、

民事訴訟法 888 条 1 項の譲り渡すことができない行為として、強制執行も可能とする例も現れている。

(3) 否認出訴期間の違い

第 1 に、父母や子の出訴期間は、1600 条 b に明記される否認期間内に制限される。身分登録上の父（母の夫）の訴権と、子のそれとがほぼ並列して規定されていることが、旧法との違いである。結論のみを記しておく。

2 年以内に訴える必要がある。起算時期がわが法と著しく異なる。すなわち、父性に反する事情を認識したときから 2 年の期間が進行する（最も早い場合でも、子の出生から起算する。たとえば、子が生まれる前から、不貞を知っていたときでも、との趣旨である。1600 条 b 2 項参照）。結論において旧法下での解釈と同じである。

父性の疑いを抱かせる事実の認識で足りる。この点も旧法下と同じである。子については、その法定代理人が訴えを提起する場合を予定している。子が成年（18 歳）に達したのちに、自ら訴えることも可能である（1600 条 b 3 項）。その場合でも、子自身が前記事実を認識したときから 2 年の期間が起算されることは、機能として、真実志向度が著しく強く働くといえる。

第 2 に、子の訴権につき、たとえば、子自身が、自分の非嫡出との事情を知ったときから、子の母と真の父との婚姻を知ったときから、出訴期間が進行する。その場合の出訴期間は子が成年に達して 2 年間、すなわち子が 20 歳に達するまでである。なお、削除された旧法下の規定では、所定の場合（旧 1596 条 1 項 4 号・5 号）には、たとえば、夫の破廉恥ないし反倫理的な生活行状、または子に対する重大な過誤があるため、否認することが倫理的に正当とされるとき、さらには、夫が強度の遺伝的疾患があるため、否認することが倫理的に正当とされる場合、がその例である。注目すべきは、この場合にあっては、出訴期間の制約がなかったということである。

3 オーストリア法

訴権者と訴権行使の制約に関して、第1に、訴権行使の障害が低ければ、それだけ真実志向が強いことになる。真実志向度、言い換えれば、真実の父子関係への回復のパイプが太いか細いか、という視点から、結論を示すに留める。わが法でいう嫡出否認の領域では、検事訴権が廃止されたとはいえ、子自身の申立権が新設されたこと、否認を申し立てる期間は2年と短い、その起算点が「非嫡出という事情を認識したときから2年」という構造は、ドイツ法と近く、真実回復へのパイプが、少なくともわが国と比べると、遥かに太いといえる。

第2に、子自身の否認という制度は、ドイツよりもやや遅く2004年法で新設されたものである。世界的にみて、子に嫡出（ないし父性）否認権を認める法制はかなり少ない。立法者は、最近の憲法裁判所判決を契機として（憲法裁判所判決2003年6月23日を参照）、子の嫡出否認権を認め、これを制度化する途を選択した。

さらに子の出自を知る権利という側面から嫡出法について補足すれば、オーストリア旧法では、子の嫡出否認権が認められていなかったが、2003年、憲法裁判所は、父にのみ嫡出否認権を認める民法156条以下の規定は、憲法違反（憲法裁判所での判断）であると明言されたことは、比較法の視点からも、特筆するに値する。

憲法違反とする理由は、否認に係わる規定が「ヨーロッパ人権協定」（8条1項）に基づく、家庭生活の尊重を求める権利に抵触することを理由とする。言い換えると、「ヨーロッパ人権協定」という国際協定から導かれる理念に基づいて、たとえ推定の父（母の夫）が存在するときでも、国家は子をして生物学上の父（通例は不倫相手である男性）を、法律上の父とすることを可能とする法整備をする義務があるにも拘らず、子をして、出自を争う可能性を認めていない、ということに求められた。「ヨーロッパ人権協定」という外輪は、わが国との構造の違いがあるが、その理念は、考慮に値するであろう。

(1) 否認権者

子自身の訴権は、最近になって、やっと肯定されている。以下では、父の訴権を中心に紹介しよう。その扱いが制度の中心となることは、いうまでもない。

(a) 法律上の父 第1に、父となる者につき、144条(旧138条)では、法律的な意味で誰が父となるのかが、明らかにされている。すなわち、婚内出生子にあっては、子の出生した時点で母と婚姻関係にある男であり、婚外出生子にあっては、子を認知した男または裁判手続で父と確定された男が子の父と扱われる。上記の結論を導くシステム自体は、従前と変わらない。

第2に、嫡出推定期間について、規定上の変更がみられる。現在では、推定期間の規定は削除され、夫(正確に言えば、母の夫)が死亡した場合については、例外的に期間規定が存続された。とはいえ、立法者の説明によれば、このような改正にも拘らず、上記2つの領域につき内容面での変更はない。

(b) 離婚後などの出生子 第1に、この場合の扱いは、2001年親子法改正のおりには、改正が見送られていた課題である。離婚や婚姻の取消後の出生子、または婚姻の無効宣告から300日以内の出生子は、つぎの要件、すなわち、母の前婚の夫(=離婚した夫)がその父性を承認した(=所定の手続により、自分の子と認めた)とき、または、前婚の子と確定、すなわち子もしくは前婚の夫の申し立てに基づいて(母が申立権者に含まれていない)、裁判所が前婚の夫の子であることを確定したときには、子は嫡出と扱われる(144条、旧138条d1項)。

第2に、違いの機能につき一言すれば、わが国でも、嫡出否認により真実志向は可能ではあるが、原則は後婚の夫の子と扱う構成の方が、経験則に合致しているであろう。さらに、オーストリアでは、夫の承認がないかぎり、子は非嫡出子となる。離婚後の出生子の多寡にもよるが、わが国におけるとかなり結論の違いの生じる余地がある。

(c) 出自の否定 第1に、既存の父子関係を否定することを総称して、

「出自の否定」と表現する。今世紀にはいり、子自身の否認権が認められたことが特筆される。とはいえ、この点は、先行するドイツの制度に比べると、さほど画期的ともいえない。他面において、オーストリアでは、母や真の父（と主張する男）には、そのような申立権を認められていない。制度面で、ドイツ法との違いの一つである。もっとも、母には、非訟手続に参加（一種の補助参加）する途が認められている（非訟 82 条 2 項）。

第 2 に、子からの申立権の許容という制度は、世界的にみて、これを認める法制はかなり少ない。前述したように、立法者は、最近の憲法裁判所判決を契機として、子自身に嫡出否認権を認め、これを制度化する途を選択した。本稿では、その詳細には立ち入らない。

(2) 否認出訴期間の違い

第 1 に、期間の面では、嫡出否認期間に相当する、「夫の父性否認のための申立期間」は、夫の子ではないという事情を認識したときから 2 年である（158 条 1 項）。旧 156 条に比べると、2004 年法で、出訴ないし申立期間が 1 年から 2 年に伸長された。子の訴権についても、18 歳から 2 年間であり、起算点についても、父のそれと同様に扱われていることが注目される特色である。さらに特別事情のある場合には期間が伸長される。詳細については、別書に譲る。

補足しよう。比較法の視点から評価するうえで、期間の起算点は重要な要素である。したがって、新法下でいう子が婚外出生子であるとの「事情の認識」については、旧法の下での解釈がそのまま役立つことになる。この点では 2013 年法でも変更がないので、立法者が著わした「解説」でも、殆ど話題にされていない。

わが法と最も違いがあるのは、いわば「否認原因を覚知したときから」出訴期間（新法では、申立期間）が進行する点である。のちに真実の血縁関係を回復することができる余地が広いという意味では、オーストリア法は、わが法の下での扱いに比べて、相対的に真実志向度が強い、と評価することができる。真実志向の面からみて、興味深い制度である。詳細については拙著・別書で、多くの判例を挙げて紹介しているので、それに譲る。

第2に、子の出生または出自変更が発効したときから30年で申し立て不能となる(同条3項)。夫からみれば、いわゆる絶対期間といえる。もっとも、この絶対期間は夫のみに適用があり、子の否認権には適用がないことが理解できる。子の「父を知る権利」を重視する規定と思われる。

(3) 特色

比較法の面からみて重要な、子の福祉・利益を重視するという視点からのみ、まとめのコメントするにとどめる。新法では、子の利益の優先が優先される。結論のみ補足しよう。憲法裁判所は、2003年6月28日付け判決で、旧法156条・157条・158条・159条1項の各規定が憲法違反と宣告した。その理由は、上記の各規定がヨーロッパ児童協定・EMRK(8条1項)に基づく、家庭生活の尊重を求める権利に抵触することを理由とする。具体的には、上記国際協定から導かれる理念から、国家は子をして生物学上の父を、たとえ推定の父(母の夫)が存在するときでも、[法的な]父とすることを可能とする法整備をする義務があるにも拘らず、それを怠り、子をして、出自を争う可能性を認めていないことを最大の理由とする(解説18頁以下を参照。ちなみに、同判決は、ドイツの家族法雑誌FamRZ 2003,1915にも掲載されているので、日本でも容易にこれを見ることが可能である)。上記の判決が、今回2013年の法改正へと向かわせた大きな動機の一つである。

むすびにかえて

まず、わが法のもとでの解決について確認しておこう。

第1に、否認権者・否認期間についての起算点の問題は、極論すれば、父の名誉・家庭の秘密の保護と、子の利益のいずれを重視するかという議論に帰着する。わが法のもとにおいても、筆者の提唱した家庭破綻説(ないし家庭状況説)によると、親子関係不存在確認の訴えにより出訴する余地が、判例の見解よりも、多く登場することになる。例えば、離婚した、または別居中の夫婦の事件では、ほぼ常に父子関係を争うことができる。それゆえ、判例の立場では、父子関係を切断する途が閉ざされた場面でも、

父子関係の否認を争いうる場面が広くなり、その限度で親子関係不存在確認の訴えが広く機能することになる⁷。

筆者の（解釈論としての）結論を、対象判決を前提に具体的に、例えを交えて補足しよう。シ - ソ - で言えば、支点の左側に夫の利益、右側に子の利益を置けば、元の夫婦の別居、新たなカップル（男は子の真実の父であることが前提）による新家庭の創設、新たなカップルの法律婚の成立などの場面の違いにより、右方向へのベクトルが、右にいくほど強くなる。対象とした最高裁判決では、と のパターンが登場している。はともかく、夫婦の状況が や にまで至れば、新家庭ないし子の保護、ひいては元の父との父子関係を切断する道を認めるべき必要が強いのではないかと、主張しているのである。

第2に、本稿では、わが現行法とほぼ同じ構造であったスイス法を素材として、一定の条件のもとで、子の訴権を肯定する解釈が導かれた法制例を紹介した。同様の例は、ドイツ否認法の展開でもみられる⁸。わが法の解釈にとっても、重要な参考例であろう。子の訴権制度の導入と、出訴期間の起算点の修正は、同時並行して議論されるべきであろう。わが国では、起算点の改正についての主張は余りみられなかったので、あえて強調しておきたい。

第3に、立法論を少し詳しく述べた。判決では複数（3名）の裁判官が、新たなルール作りや立法などを求める意見を出していることもあり、父子関係をめぐる議論が高まるものと予想されるからである。今後の立法論を視野に入れて、わが外観説の結論とドイツ語圏での立法例を比較した。

7 拙稿「嫡出性の推定と認知請求（判例批評）」法律時報 570 号 129 頁以下、1975 年。およそ 40 年前に主張した見解である。その後の筆者の見解および学説などについては、松倉『新版・注釈民法（23）』、2004 年、とくに「推定排除」について、239 頁以下を参照。

8 ドイツにおける当時の展開については、海老原明夫「自己の出自を知る権利と嫡出否認——ドイツ連邦憲法裁判所の判決と親子法の改正」法協 115 巻 3 号、1998 号、349 頁以下が最も簡明である。その後も、春名麻季「自己の出生をめぐる憲法上の利益について——ドイツの「出自を知る権利」を中心に」六甲台論集 49 巻 3 号 19 頁以下、2003 年。

まず否認権者の面からみれば、夫・父による出訴の可否につき、日本法では、対象とした26年最高裁判決で明らかにされているように、「外観説」に拠るかぎり、夫婦が同居中の懐胎パターンであれば、夫以外の者、たとえば子の母や子自身からの父子関係の否定は、認められないことになる。

他方、出訴期間についてみれば、夫婦同居中の懐胎であっても、家裁での調停・審判を通じて、1年の経過後であっても、父子関係を切断するルートがないわけではない。しかし、このようなルートでの解決ができれば、訴訟による解決しかない。訴訟ルートでは、「外観説」に拠るかぎり、すでに出訴期間を超過すれば、父子関係を否定する否認は認められないことになる(777条)。その他の者についても、同居中の懐胎であるかぎり、「外観説」に拠るかぎり、そもそも否認権が認められないのであるから、出訴期間についても検討すべき余地はない。

紹介したドイツ語圏の法律では、対象とした最高裁での家庭状況、すなわち新家庭が形成されている状況にあれば、父子関係を切断するのは可能である。

他面、立法論としては、ドイツ語圏での法制を素描したことから理解できるかと思われる、子の訴権の法定、出訴期間の起算点の改正を主張している。子の訴権は、ドイツ語圏の法制にみられるように、成年到達後のそれを肯定する必要がある。いわば子に、父を選ばせるチャンスを与えるということに通じる。加えて、出訴期間の起算点についても、改める必要がある。ドイツ語圏の法制ほどまで広げるかはともかく、おおいに議論すべきであろう。最高裁判所判決で、多くの裁判官が立法的解決を明言するに至った今日では、父子関係の早期安定を理由に、出生後1年程度で決着をつけようとするのは、あってはならないと思われる⁹。

9 父子関係の早期安定論に対する筆者の疑問について、松倉『注釈民法』前掲231頁以下を参照。念のために付け加えれば、「一応平穩に営まれる家庭の破壊や子の福祉を害することを防ぐこと」は、考慮すべき論点の一つであろう

論 説

上記の議論に加えて、より進んだ立法論として、ドイツやオーストリアで制定された「解明手続」も、注目するに値する制度である。とはいえ、解明手続の運用実態は、いまだ定かではない。とくに「子の福祉」を根拠とする解明手続の開始は、基準についての裁判例の積み重ねが必要であろう。運用の困難さはともかく、極めて興味をもたれる制度である。

付記：校正のおり、スイス法について、下記の文献に接した。

Pfaffinger, M., *Vaterschaft auf den Prüfstand. Das Recht auf Kenntnis der eigenen Vaterschaft im Zeitalter der Gentik*. FAM PRA. CH03/2014. S. 604-615. (2014年9月25日出版)

(松倉『注釈民法』前掲 232 頁)。最近のドイツやオーストリアの法制は、貴重な参考立法である。