

## 嫡出否認における憲法的視座

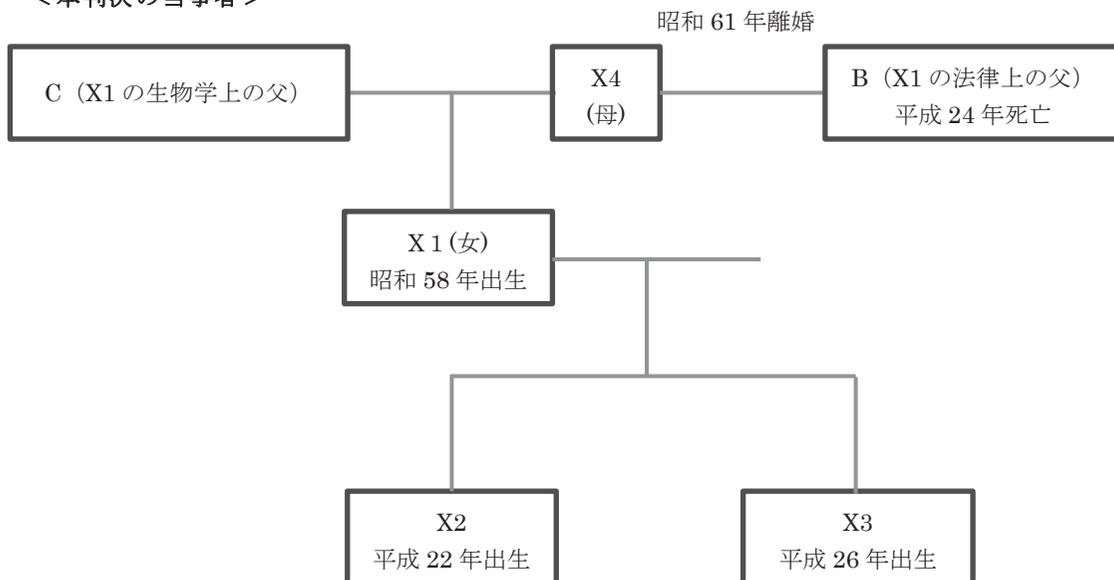
—大阪高裁平成30年8月30日判決（訴訟月報65巻4号623頁）をめぐって—

松本 研二

嫡出否認の訴えは、提訴権者を夫のみとし、提訴期間を1年に限っている。大阪高裁は、父子関係の早期安定による子の利益の確保という立法目的に合理性を認め、区別と立法目的との間に一応の合理性があるとして、憲法14条1項及び24条2項に違反しないと判断した。しかし子の利益は、親に情愛をもって育てられることに求められるべきであり、子自らが追及すべきものである。またドメスティック・バイオレンス（DV）事案では特に、妻を提訴権者とすべき必要性が高い。過去最高裁は、国籍法違憲判決で、立法目的の合理性及び区別と立法目的との間の合理性につき、厳格な合理性基準を用いた。また同判決や非嫡出子相続分差別違憲判決では、諸外国の立法動向や批准した条約の内容を重視した。尊属殺重罰規定判決では、旧家族制度的倫理観にもとづくことを理由に、違憲とする意見が出された。これらからは、現行の嫡出否認制度は、14条1項に抵触すると思われる。

キーワード：嫡出否認 嫡出推定 法の下での平等 厳格な合理性 海外の立法動向・条約

### <本判決の当事者>



## 1. 300 日問題をめぐる状況

### 1-1 嫡出推定の体系

嫡出子は婚姻している父母の子をいうが、民法は直接の定義を置かず、民法 772 条 1 項を根拠とする。772 条 1 項は、妻が婚姻中に懐胎した子を夫の子と推定する。このように民法は、分娩主義を取らず、懐胎主義を取る。婚姻中是不貞行為を行わない義務を負うことを根拠とする推定である。

次いで同 2 項は、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を婚姻中に懐胎したものと推定する。いつ懐胎したかの判定は困難であるため、出生時から遡った規定を置いている。民法 733 条 1 項は、女が前婚の解消又は取消しの日から起算して 100 日を経過した後でなければ、再婚することができないと定めるが、772 条 2 項と相まって、父性の推定の重複を回避し、父子関係の安定を図っている<sup>1)</sup>。かつて 733 条 1 項の女の再婚禁止期間は、前婚の解消又は取消しの日から起算して 180 日と定めていたため、再婚禁止期間が設けられていない男との差異が、憲法 14 条 1 項及び 24 条 2 項に違反するか争われたが、100 日を超過する部分については違反するとされたものの、100 日までの部分については合憲とされ<sup>2)</sup>、現在の規定に改正された。

嫡出推定は、提訴権者を夫のみとし、しかも提訴期間を子の出生を知った時から 1 年に限る嫡出否認の訴えによってのみ覆すことができる。通常推定においては、真実がそれと異なることを主張する側に立証責任を課すものの、証明方法が特に限定されるものではないことから、推定の域を超えていると指摘されている<sup>3)</sup>。

離婚後女が 100 日の再婚禁止期間が過ぎて直ちに再婚し、やがて子を出産し、出産日が離婚後 300 日に満たない場合、前夫が子の法律上の父として極めて強い推定を受け、妻、子その他の第三者からは推定を覆すことができない。また女が離婚成立前に他の男との子を懐妊した場合も、同様である。

### 1-2 推定の及ばない子

民法 772 条の推定は極めて強力なものであるが、離婚後 300 日経過しない間に出生した子が夫の子と推定されない場合がある。この推定の及ばない子に該当すれば、嫡出否認の訴えによらず、訴えの利益があれば、原則として誰でもいつでも提起できる親子関係不存在の訴えにより、夫との父子関係を切断することが可能となる。

最高裁は、父の出征中に懐胎した子について、父の死亡後にその養子が親子関係不存在の訴えを提起することを認めた<sup>4)</sup>。また最高裁は、父母の婚姻解消から 300 日以内に出生した子からの生物学上の父に対する認知請求につき、「離婚の届出に先だち約二年半以前から事実上の離婚をして爾来夫婦の実態は失われ、たんに離婚の届出ができていたにとどまるというのであるから、被上告人 B1 は実質的には民法 772 条の推定を受けない嫡出子というべく、同被上告人は E (法律上の父) からの嫡出否認を待つまでもなく、上告人に対して認知の請求ができる旨の原審の判断は正当として是認できる」<sup>5)</sup>と判示し、親子関係不存在の訴えを経ずに生物学上の父への認知請求ができると判示した。その一方で、同判決の中で最高裁は、「上告人は、被上告人の出生する 9 箇月余りに D と別居し、その以前から同人との間には性交渉がなかったものの、別居後被上告人の出生までの間に、D と性交渉の機会を有したほか、同人となお婚姻関係にあることに基づいて婚姻費用の分担金や出産費用の支払に应ずる調停を成立させたというのであって、上告人と D との間に婚姻の実態が存しないことが明らかであったとまではいい難いから、被上告人は実質的に民法 772 条の推定を受けない嫡出子に当たるとはいえないし、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」と述べ、実際に性交渉があったかどうかよりも性交渉の機会があったかどうかを問題とし、婚姻の実態の不在についても極めて厳しい態度を示し、嫡出推定を破ることの困難さを示した。

さらに近時は、DNA 鑑定により、血縁の有無はほぼ誤差なく正確に判定される。ところが最高裁は、子からの親子関係不存在確認の訴えにつき、「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」と述べ<sup>6)</sup>、DNA鑑定により血縁関係が否定されても、生物学上の父との間に新家庭が形成されていても<sup>7)</sup>、上記3判例に示されたように、妻が子を懐胎すべき時期に夫婦の実態が失われ、また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なければ、嫡出推定は失われなければならないことを述べた(外観説)。また最高裁は、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の存在を容認したが、上記のとおり、嫡出否認にかかる諸規定をその根拠としたことが重要である。後で述べるように、嫡出推定を覆すことが困難であるがゆえに、嫡出否認を見直すべきことが議論的となるが、最高裁は、嫡出否認制度の正当性を所与とした上で、嫡出推定の堅固さを是とする根拠としたのである。

しかしながら、法律上の父子関係は、可能な限り生物学上の父子関係と一致すべきとするのが、一般の感情であろう。その根底には、両者が一致することが子の生育環境にとって望ましいとの発想があると思われる。外観説のもとで両者の一致を推し進めるのであれば、嫡出否認制度は見直すべきこととなる。

### 1-3 戸籍のない子

現在の戸籍事務では、母が婚姻中に出生した子や母が離婚後300日以内に出生した子は、夫または元夫の子としての出生届しか受理されない<sup>8)</sup>。生物学上の父を法律上の父とするためには、子が

推定の及ばない子に該当しない限り、夫または元夫が嫡出否認の訴えを起こし、審判または判決を受けることが求められる。またすでに見たように、推定の及ばない子については、生物学上の父への認知請求が認められる。しかし母が夫または元夫に嫡出否認の訴えを求めることについては、特に本判決のようなDVが背後にあるような場合、母が命の危険を感じるため、期待しがたい面がある。そのため母が出生届を出さない結果、戸籍のない子が生じている。

戸籍は住民票やパスポート等のベースとなるため、戸籍のない子は、必要な行政サービスを受用する機会を奪われる場合が多い<sup>9)</sup>。無戸籍の子に対しては、さまざまな救済策が講じられているが、救済を受けるための手続きが困難でハードルが高く、権利保障が充分でない指摘されている<sup>10)</sup>。このような子に生じる不利益を減じる目的で、法務省は、離婚後懐胎したことを医師が証明した場合は、現夫の嫡出子または嫡出でない子としての出生届を受理する旨の通達を発した<sup>11)</sup>。しかし離婚後の懐胎に限られるため、これにより救済される割合は、1割程度に過ぎないと見られている<sup>12)</sup>。

もちろんこれは戸籍実務の問題であり、嫡出推定制度そのものの問題ではないが、私法上夫または元夫の子として扱われるにもかかわらず、戸籍上は別に再婚後の夫の嫡出子または嫡出でない子として扱うことは、法政策上期待しがたいところであろう。

## 2. 本判決の事実の概要

X4は、夫Bから継続的に暴力を振るわれ、離婚の手続きを取らないまま別居し、Bとの婚姻継続中、Cと交際し、X1を出産した。X4は、BにX1の存在を知られることを恐れ、X1の出生届を提出しなかった。Cが提出した出生届は、Bの嫡出推定が及ぶことを理由に不受理となった。嫡出否認の訴えは、妻や子に提訴権が認められていないため、このような事態に対処できない。その結果、X1は無戸籍となった。その後、X4とBの協議離婚が成立した。

X2とX3は、X1の子であるが、母であるX1に戸籍がないため、その戸籍に入ることができず、

X1 同様に無戸籍となった。

近時 B は死亡し、C に対する認知調停の申立てを認める審判に続く氏の変更許可の申立てを認める審判により、X1 は X4 の戸籍に記載された。その後、X1 を筆頭者とする戸籍が編成され、X2 及び X3 は同戸籍に記載された。

民法 774 条～776 条（本件各規定）は、父（夫）にのみ嫡出否認の訴えを認めているが、父と子及び夫と妻との間の差別的な扱いが憲法 14 条 1 項の社会的身分による差別に該当し、同項及び憲法 24 条 2 項に違反していることが明らかであるにもかかわらず、本件各規定の改正を怠っている立法不作為を理由に、国家賠償法にもとづき、X1～X4 は、国に対して慰謝料を求めた。

原審<sup>13)</sup>は、本件各規定が憲法 14 条 1 項及び 24 条 2 項のいずれにも違反しておらず、立法不作為を理由とする前提を欠くことから、X1 らの請求を棄却した。

憲法 14 条 1 項に反しない理由として、原審は、本件各規定は、嫡出性を否認するための要件を厳格に制限することで、子の身分関係の早期安定を図り、子の利益の確保を強固なものとするを目的とするものであり、かかる立法目的には合理性が認められるとした。さらに妻は懐胎時期を選択することができ、子に嫡出否認を認めても生物学上の父の認知が得られない可能性があること等を理由に、区別と立法目的との間に合理的関連性があるとした。

### 3. 判旨

控訴棄却。

①「憲法 14 条 1 項は、法の下での平等を定めており、同規定は、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨であると解される（最高裁昭和 39 年 5 月 27 日大法廷判決・民集 18 卷 4 号 676 頁、最高裁昭和 48 年 4 月 4 日大法廷判決・刑集 27 卷 3 号 265 頁等）。」

②本件各規定は、「父と子及び夫と妻との間において、嫡出否認権の行使について区別をしているということが出来る。そうすると、このような区別をすることが事柄の性質に応じた合理的根拠に

基づくものと認められない場合には、本件各規定は憲法 14 条 1 項に違反すると解される。」

③「婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断を行うことによって定められるべきものである。したがって、その内容の詳細については、憲法が一義的に定めるのではなく、法律によってこれを具体化することがふさわしいと考えられる。憲法 24 条 2 項は、このような観点から、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を、第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、立法裁量の限界を画している（最高裁平成 27 年 12 月 16 日大法廷判決・民集 69 卷 8 号 2427 頁参照）。・・・本件各規定が定める嫡出否認権は、法制度をまっぴら初めて具体化される権利であるということが出来る。そうすると、嫡出否認に係る子や妻の利益が、具体的な法制度を離れて、憲法上の権利として各人に保障されているとまで解することはできない。・・・本件各規定を含め、嫡出推定制度をどのように定めるかについては、立法府の裁量判断に委ねられていると解されるが、・・・立法府に与えられた上記のような裁量権を考慮しても、なおそのような区別をすることの立法目的に合理的な根拠が認められない場合、又はその具体的な区別と上記の立法目的との間に合理的関連性が認められない場合には、当該区別は、合理的な理由のない差別として、憲法 14 条 1 項に違反すると解される。」

④「妻は、婚姻期間中、離婚後の期間を通じ、不本意な嫡出推定が働かないよう、適切に懐胎の時期を選択する限り、事実上、嫡出否認の必要性は生じない。・・・これに対し、夫は、妻が他の男と性交渉を持ち、懐胎することを事実上、阻止し得ないから、妻が他の男との性交渉により懐胎・出産した子について、嫡出否認により、父子関係の当事者となることを防止する利益がある。もっとも、夫の上記利益は相当程度に制約されている。子の出生を知ったときから 1 年以内に限定されて

おり、その後に生物学的には自らの子でないことを知っても、嫡出否認をすることができない。・・・現行の民法が規定する嫡出推定制度は、早期に父子関係を確定して身分関係の法的安定を保持する目的から、法律上の父子関係と生物学上の父子関係とが一致しないことを当然に許容しているということができる。・・・嫡出推定の制度は、法律上の婚姻と密接に結びついて、子の地位の安定を図っているということができる。」

⑤「本件各規定は、嫡出性を否認するための要件を父母両者にとって厳格に制限することで、婚姻関係にある夫婦の子の身分関係の早期安定を図り、子の利益の確保を強固なものとしており、これをもって、本件各規定の目的と捉えることができる。父子関係をめぐる無用な紛争の発生を防ぎ、子の身分関係の法的安定を保持することの重要性を考慮すれば、本件各規定の立法目的には合理性が認められるというべきである。」

⑥「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当然になくなるものではないと解されることからすれば、早期に父子関係を確定して身分関係の法的安定を保持することに係る利益と生物学上の父との間の父子関係と法律上の父子関係をを一致させることに係る利益（嫡出否認に係る利益）とでは、前者が優位な関係に立つとみるべきである。」

⑦「夫には、嫡出否認によって父子関係から生じる扶養義務を免れ、子を自らの相続人の地位から排除するとの直接的な利益がある。これに対し、妻は、父子関係の当事者ではなく、嫡出推定により直接の法的権利義務関係が生じるものではない。妻には、生物学上の父との間で子について共同親権者となる利益があるとしても、これは、自らが子の親権者となって夫と離婚し、さらに、生物学上の父と婚姻し、子に養子縁組をさせるという形でも達成することはできる。嫡出否認が認められた場合と差異があるとはいえ、夫の場合には、扶養義務を免れ、子を自らの相続人の地位から排除するのと同様の効果を生じさせる措置はな

い。・・・夫と妻でみる限り、嫡出否認権を夫にのみ認めるという区別には、直接の法的権利義務関係の有無、夫以外の生物学上の父を生じさせる機会の管理の可能性の有無という点で、一応の合理性があるというべきである。」

⑧子については、「よりよい扶養環境を得ることや生物学上の父の相続人の地位を取得すること自体は、・・・養子縁組という方法によっても達成は可能である。さらに、子は、出生後間もない時期においては嫡出否認権を行使できる判断能力を有しない。また、成長した後に嫡出否認権を行使できるとした場合にはそれまでに築かれた法律関係が覆されることになりかねず、早期に父子関係を確定して子の身分関係の安定を図る嫡出推定の制度趣旨からは問題が生じることになる。そうすると、父と子でみても、直接の法的権利義務関係の有無、身分関係の法的安定の利益との衝突の広狭という点で、嫡出否認権を父にのみ認めるという区別に一応の合理性があるということができる。」

⑨「妻や子に嫡出否認権を認めるかどうか、認めるとしてどのような制度とするかは、婚姻及び嫡出推定を含めた家族に関する制度設計の在り方の問題であり、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえた、国会の立法裁量に委ねられるべき問題と考えられる。・・・原告らが指摘する条約・勧告の内容については、それ自体、直接に本件各規定の不合理性を指摘するものではない。そして、各国における婚姻や家族の在り方は異なり、これらに関する制度の内容も多様なものが想定されるのであって、諸外国における立法の内容が直ちに我が国における法制度の合理性を否定することにはならない。」

⑩「妻や子について、その嫡出否認に係る利益を考慮しても、夫と同様に嫡出否認権を認めることには必ずしも合理性があるということとはできない。そうであるとすれば、嫡出否認権を行使することができる主体を夫に限る本件各規定について、憲法24条2項の観点からも合理性を欠くということとはできず、同条に違反しない。」

⑪「控訴人らは、DNA技術と医療技術の発達により嫡出否認権の行使を制限的に夫にのみ認めた

民法制定当時の根拠は失われたとも主張する。しかし、父子関係の確定は科学的な判定にのみ、又は科学的な判定に主として委ねられるものではない。技術の発達は、国会の立法裁量における考慮要素の一つにすぎない。」

⑫「仮に妻や子に嫡出否認権が認められたとしても、父子関係の当事者である夫と全く没交渉のまま嫡出関係が否定できるとは考えられず、妻や子に嫡出否認権を認めることで無戸籍となるのを防ぐことができるのは一部にすぎないというべきである。」

#### 4. 本判決の構成と問題点

以下、丸囲み数字は、いずれも3の①～⑫を指す。

最高裁は、尊属殺重罰規定判決（①で引用した2つの判例のうちの後者）で、憲法14条1項が相対的平等を保障し、合理的な根拠にもとづかない差別的な取扱いを禁じるものであること、合理的な根拠の有無は、立法目的の合理性及び区別と立法目的との間の合理的関連性により判断されることを示したが<sup>14)</sup>、本判決も①及び③でかかる基準に依ることを示した<sup>15)</sup>。ここで重要なことは、立法目的の合理性の判断において、立法府の裁量による留保を前面に打ち出したことである。本判決は、14条1項に違反しない根拠に、24条2項にかかる夫婦同氏制判決（③で引用）を持ち出したが、同判決によれば、24条2項は立法裁量に限定的な指針を与えるものに過ぎず、そのことを根拠として14条1項違反の有無を判断すれば、立法目的の合理性が否定される余地は極めて小さくなる。また⑩では、嫡出否認の訴えが24条2項に違反しない根拠を同制度が14条1項違反としないこととほぼ直結させたが、結局のところ、24条2項に違反しない根拠を自らに求めているのに等しく、論理の循環が指摘できる。夫婦同氏制判決は、婚姻及び家族に関する法制度が憲法13条、14条1項に違反しない場合でも、「個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合」には、24条に違反することがありうることを示したが、本判決が14

条1項違反と24条2項違反と直結させたことは、同判決の枠組みにも抵触する可能性がある。

本判決は、④及び⑤を通じて、嫡出推定制度と嫡出否認制度の合理性をともに子の身分関係の法的安定に求め、嫡出否認制度に嫡出推定制度を強固なものとする機能を認める。嫡出推定の訴えを夫のみに認め、妻に認めないことが不合理であるとの批判に対して、妻が問題を回避できるのになかったことや夫においても不利益を甘受すべきことがあることを指摘している。しかし本事案のようなDV事例においても、このように妻の帰責性を取り上げ、双方の不利益を等閑視することが妥当か、疑問が残る。

原審は、「嫡出否認権を含め、嫡出推定制度は、生物学上の父との間の父子関係と法律上の父子関係を一致させることに係る要請と早期に父子関係を確定して身分関係の法的安定を保持することに係る要請との調和の下で成り立つ制度であり、嫡出否認に係る利益と早期に父子関係を確定して身分関係の法的安定を保持することに係る利益とは、いずれか一方が優位な関係に立つということはできない。」と述べ、生物学上の父との間の父子関係と法律上の父子関係を一致させる利益が、早期に父子関係を確定して身分関係の法的安定を保持することに係る利益に劣後するものとは位置付けなかった。これに対して本判決の⑥は、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当然になくなるものではないことを理由に、早期に父子関係を確定して身分関係の法的安定を保持することに係る利益が、生物学上の父との間の父子関係と法律上の父子関係を一致させることに係る利益に優先すると述べた<sup>16)</sup>。しかしかかる見解は、子の身分関係の法的安定が何よりも確保されなければならないとの姿勢に、頑なに拘ったものと言わざるをえず、身分関係の法的安定が確保されていれば、嫡出否認にかかる利益が確保されなくても許される根拠が示されていない点で、説得性を欠いている。

⑦及び⑧は、夫にのみ嫡出否認の訴えを認め、妻及び子に認めないという区別と立法目的との間の合理的関連性につき、述べる。原審は、「現行民法下の嫡出推定制度を補完するものとして、要件を限定した上、妻に嫡出否認の訴えの提訴権を認めるべきか否かはなおも検討の余地がある。…夫婦の実態が失われたといえるまでの事情がないとしても、これに近似するような事情（婚姻関係の危殆化）が生じ、妻が懐胎・出産した場合を想定すると（原告X4は、このような事実関係を主張しているものと考えられる。）、出産後、一定期間内に婚姻の解消（又は離婚訴訟の提起）がされること〔子の法律関係の早期安定を図る基礎が揺らいでいることをうかがわせる要件〕、生物学上の父による認知が得られること〔嫡出推定に代わる子の利益の保護を図る要件〕を要件として妻に嫡出否認の訴えを提起することを認める等、要件設定次第では、子の利益の保護に欠けることがない制度を構築することは不可能とはいえない。また、このような補完的な制度の設置により、母において子が生物学上の父とは異なる夫の戸籍に入籍することを嫌忌して出生届の提出を控え、無戸籍となる事態（いわゆる無戸籍児問題）を防止する余地があると考えられる。」と述べ、本事案に即して妻に嫡出否認の訴えを認めることを検討した。ただしかかる補完的な制度を設けるか否かは、立法裁量に属するとして、制度の欠陥とは位置付けなかった。この点本判決は、⑦及び⑧ともに求められる区別と立法目的との間の合理的関連性のレベルを「一応の合理性」としたことが特徴的である。「一応の合理性」で足りるのであれば、そもそも嫡出否認制度の補完的制度を検討する必要は低下し、合理的関連性が否定される余地もまた、極めて小さくなると考えられる。過去最高裁は、小売市場距離制限事件判決<sup>17)</sup>で、「本法所定の小売市場の許可規制は、国が社会経済の調和的発展を企図するという観点から中小企業保護政策の一方策としてとった措置ということができ、その目的において、一応の合理性を認めることができないわけではな」と述べ、「一応の合理性」の表現を用いたが、明白性の原則により合理性の有無の審査が緩やかに行われる経済的自由に対する積

極的規制<sup>18)</sup>の事案と本事案との間には、言うまでもなく大きな隔たりがあり、同様の基準が用いられるべきではない。なお1-2で述べたDNA鑑定と嫡出推定の関係について判断を示した最高裁判決（平成26年判決）の中で、金築裁判官反対意見は、血縁関係のない法律上の父子関係が、子の生育にとって心理的、感情的な不安定要因となることを示唆したが、法律上の父子関係を維持した上での二重の父子関係が生じる（普通）養子縁組によっては、かかる懸念は払拭されず、また法律上の父の同意を得られないことによる縁組自体の不成立も危惧される。本判決は、養子縁組にあたって事前に離婚することを前提としているが、DV事例では特に、裁判外での離婚の申入れは危険を伴い、また裁判手続を通じた離婚も、夫が拒む場合、相当の時間を要する。

⑨の原告らが指摘した条約・勧告の内容は、(i) 国際人権規約B規約が、児童がいかなる差別も受けないこと、法律による平等の保護を受ける権利を有することなどを規定するとともに、全ての児童が出生の後直ちに登録されかつ氏名を有することを規定し、さらに児童の権利条約が、児童ができる限りその父母を知りかつその父母によって養育される権利を有することを規定すること、(ii) 児童の権利に関する条約の児童の権利委員会が、締約国である日本に対し、平成16年に出生登録における差別を撤廃することを含む法改正について、平成22年に実質上無国籍状態から児童を保護することを確保するために国籍法及び関係規則を条約と適合すべく改正することなどについて勧告を行っていること、(iii) 国際人権規約B規約及び女子差別撤廃条約が、男女の平等といかなる差別をも受けないことを規定し、さらに女子差別撤廃条約が、締約国が婚姻及び家族関係に係る全ての事項について女子に対する差別を撤廃するための全ての適当な措置を執ること、特に婚姻の有無を問わず子に関する事項について親としての同一の権利及び責任を確保することについて規定していること、及び(iv) 女子差別撤廃条約委員会が、平成6年に締約国に対し、婚姻に関する法及び慣行の相違により、婚姻における平等な地位及び責任に対する女性の権利が制限され、制約の結

果として、夫が世帯主及び主たる決定者と扱われることについて、条約の規定に違反することを勧告していることである。また原告は、諸外国においては、多くの国で夫以外の者による嫡出否認権の行使が認められていることを指摘した。国籍法違憲判決<sup>19)</sup>で最高裁は、「諸外国においては、非嫡出子に対する法的な差別的取扱いを解消する方向にあることがうかがわれ、我が国が批准した市民的及び政治的権利に関する国際規約及び児童の権利に関する条約にも、児童が出生によっていかなる差別も受けないとする趣旨の規定が存する。さらに、国籍法3条1項の規定が設けられた後、自国民である父の非嫡出子について準正を国籍取得の要件としていた多くの国において、今日までに、認知等により自国民との父子関係の成立が認められた場合にはそれだけで自国籍の取得を認める旨の法改正が行われている。以上のような我が国を取り巻く国内的、国際的な社会的環境等の変化に照らしてみると、準正を出生後における届出による日本国籍取得の要件としておくことについて、前記の立法目的との間に合理的関連性を見いだすことがもはや難しくなっているというべきである。」と述べ、区別と立法目的の合理的関連性の判断に、条約や諸外国における立法動向を反映させたが、本判決はそれらの影響を遮断した。しかしわが国特有の事情についての論証はなされていない。

⑪では、夫婦の実体が失われていない場合に、夫以外の男との間で儲けた子についてDNA鑑定で血縁関係が証明されても、夫からの嫡出否認の訴えによらなければ嫡出推定は覆らず、子からの親子関係不存在確認の訴えを認めなかった平成26年判決の影響が読み取れる。

⑫のとおり、嫡出否認の訴えは、調停前置主義の適用を受けるため、妻や子に提訴権を認めても、夫と対峙する可能性は失われない。しかし裁判所を介した手続きの中で接触する場合と、裁判所を介することなく夫に嫡出否認の訴えを提起するよう求める場合とでは、妻に生じる心理的負担や生命の危険が大きく異なることが考慮されていない。

## 5. 嫡出否認にかかる問題

### 5-1 否認要件の厳格化

起草者は、夫のみに嫡出否認権を認めた理由として、夫が真に直接の関係者であり、推定の当否を判断できるのは夫だけであると説明する。また提訴期間を1年以内としたのは、夫が疑念を調査するのに必要な期間であるからとしている<sup>20)</sup>。

学説上は、要件を厳格に定めた理由を夫婦間のプライバシーを第三者の干渉から保護し、父子関係を早期に確定して身分関係の画一的安定を図ることに求めるのが一般的である。嫡出子たる地位を安定させ、父による保育関係を確保することを重視する<sup>21)</sup>。また特に妻について、自ら犯した不貞行為を証明することが公序に反すると指摘する<sup>22)</sup>。子に否認権を認めても、母の不貞行為を証明することになる。

平成26年判決で最高裁は、「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うことができる」と述べた。本事案において被告である国は、妻や子に否認権を認めない根拠として、同判決を指摘したが、本判決の中では参照されていない。この判例は、DNA鑑定で血縁関係が証明されても、夫からの嫡出否認の訴えによらなければ嫡出推定は覆らないか否かが問われた事案であり、嫡出否認制度の妥当性そのものが問われた事案ではない。

本判決の原審では、妻や子に嫡出否認の訴えを認めない理由として、(i)妻に嫡出否認権を認める場合には、父子関係の当事者以外の者に権利を付与することとなり、真に子の利益のために権利が行使されることになるかが不確かであり、子の相続権や扶養を受ける権利等が父子の意思に反して奪われる事態が生じ得、(ii)子に嫡出否認権を認める場合には、仮に、出生後一定期間(例えば1年間)に限って権利を認めれば、子に判断能力がなく、その代理人が権利を行使することとなり、妻に認める場合と同様の問題が生じる一方、子が成長した後に権利を認めるとすれば、それま

でに生じた法律関係が覆され、法的安定を著しく害するおそれがあるとする被告国のスタンスが示されている。

しかし現行の嫡出否認制度に対しては、子の父が誰であるかについて重大な利害を有し、推定の当否を夫よりも正確に判断できるはずの母が除外されていることの不合理さが指摘されている<sup>23)</sup>。夫が否認する場合も、妻の不貞行為を証明することは変わらない<sup>24)</sup>。また妻や子が、生物学上の父からの認知を希望しても容れられず、真実が夫の意思だけでゆがめられることをもって、父権的であると評される<sup>25)</sup>。

平成26年判決の中で、金築裁判官は、「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、B(夫)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。・・・血縁関係のないBとの法律上の父子関係が残るといふことも、子の生育にとって心理的、感情的な不安定要因を与えることになるのではないだろうか。・・・Bに対する親子関係不存在確認の訴えを認めないことは、子から、そうした父を求め権利を奪っているという面があることを軽視すべきでないと思う。」との反対意見を述べた。4で述べたとおり、児童の権利条約が、児童ができる限りその父母を知りかつその父母によって養育される権利を有することを規定しているが、父母としての共同性がなく、妻が子の生物学上の父と子を養育している場合は、生物学上の父を法律上も父とすることが、条約の趣旨に適うとする考えが提唱されている<sup>26)</sup>。条約からは、法制度により与えられた父を受け入れることよりも、自ら父を探す権利の保障が求められよう。そのためには子に判断能力が備わった後に父を探す権利が保障される必要があり、提訴期間が長期に認められる必要がある。また母についても、誰と家庭生活を営み、誰と子育てをするかを決定する幸福追求権があると主張されている<sup>27)</sup>。嫡出否認の訴えが究極的に子の利益(幸福)のためであるならば<sup>28)</sup>、その主体である子が自らの幸福を追求する手続に参加で

きないことは、妥当とは思われない。

憲法の視点からは、子の嫡出否認権を奪うことは、子にとって父子関係の確定が将来にわたる重大事であることから、憲法13条に反すると主張されている<sup>29)</sup>。

もっとも自ら不貞行為を行い、夫以外の男との間に子を儲けた妻には、嫡出否認を認めるべき固有の利益は認めにくいであろう。妻に嫡出否認を認めた場合、離婚に至る可能性が高まると考えられるが、有責配偶者からの離婚請求が認められる場合が限定的であることから<sup>30)</sup>、妥当性に疑問が残る。1-3で述べた離婚後に懐妊した場合に限って離婚後300日以内に生まれた子の出生届を受理する扱いには、妻が婚姻中に夫以外の男と性交渉を持つことを法認することを回避する意義がある。ただし不貞行為に至った決定的な原因が、DV事例のように夫にある場合は、母の誰と家庭生活を営み、誰と子育てをするかを決定する権利を重視すべきである。DV事例では、妻は夫からの心理的抑圧により離婚を申し入れられる状況にない場合も多く、申し入れる場合も、生命の危険を覚悟しなければならない。そのような中で夫以外の男に身を寄せることは、一概には責められないのではないだろうか。もっとも提訴権の付与にあたり、個別具体的な判断を持ち込むのは、法的安定性の観点からは困難である。しかし家族をめぐる事情が複雑化する中、母に否認権を与える必要性が高まっていることは、間違いないであろう。母に否認権を認めるべき場合については、5-2で検討する。

その一方で、子の生育環境の確保は、母の事情と別に考える必要がある。父子関係の安定や法律に裏打ちされた父の確保を強調する立場は、法にもとづく父としての養育への義務感に期待しているものと思われる<sup>31)</sup>。しかし最も重要なのは、最も情愛をもって子に接するのは誰であるかであり、もちろん無責任な生物学上の父も少ないとはいえないだろうが、相対的には、血縁関係のない法律上の父よりも生物学上の父のほうが、深い情愛を有している場合が多いのではないだろうか<sup>32)</sup>。児童福祉法1条は、「全て児童は、児童の権利に関する条約の精神にのっとり、適切に養育される

こと、その生活を保障されること、愛され、保護されること、その心身の健やかな成長及び発達並びにその自立が図られることその他の福祉を等しく保障される権利を有する。」と規定するが、条約を根拠に、児童に対し、適切な養育を受ける権利にとどまらず、愛される権利をも保障していることも参考になろう。母や子は、誰が情愛をもって子に接するか判断に相応しい主体と考えられる。法律上の父が養育者として良いと思えば、あえて否認権を行使しないであろうし<sup>33)</sup>、行使するのは、生物学上の父が養育者として適任であると考えるからである。

父子関係の安定といっても、法律上の父が嫡出否認の訴えで勝訴すれば、父のいない子となり、父の確保という目的は達成されず<sup>34)</sup>、生物学上の父の認知によるしかないものであり、それほどの安定性が確保されているとはいえない。その意味では、法律上の父のみに訴えを認めることをもって父子関係の安定を図るメリットは、むしろ原告適格の範囲を絞ることで、提訴に至る確率を低く抑えることにあるように思われる。

子にとっての嫡出否認は、父を知る権利と養育に相応しい父を選ぶ権利の二つの側面があると考えられる。前者について、母の不貞行為を証明することを理由に否認権の行使を否定するのは、知らないほうが子本人のためという視点は理解できるが、子が真実を知り、自らの境遇を受け入れようとする態度を妨げるべきではないであろう。

#### 5-2 母に嫡出否認の訴えを認めるべき場合

以下、母に嫡出否認の訴えを認めるべきかどうか、いくつか場合を挙げて、考察してみたい。

ここでは、生物学上の父が、自ら養育を望んでいることを前提とする。養育を望まないのであれば、父そのものの不在を回避するため、法律上の父の地位を安定的なものとする必要があろう。なお子にとっては、父と母の共同による十分な養育が確保されることが望ましいことは、言うまでもないであろう。

(a) 法律上の父と母が納得して、父と血縁関係のない子を育てることに合意した場合

この場合は、そもそも問題は生じない。

(b) 法律上の父が養育を望むために否認権を行使しない場合

私見からは、本来母に嫡出否認の訴えを認めるべき必要はないが、子としては両親が協力し合っただけで養育に臨むことを求める場合が多いであろうから、子の代理人的立場で、母に訴えを認めることも考えられる。

(c) 法律上の父は養育を望まないが、自らのプライドの維持や嫌がらせを動機として、否認権を行使しない場合

父によるネグレクトが必至であり、子の生育環境の確保のため、母に嫡出否認の訴えを認めるべきである。

(d) 母が夫からのDV被害に遭っている場合

嫡出否認の訴えを提起するよう、夫または元夫に対する裁判外での申入れを母に要求するのは、生命の危険に及ぶものであり、妥当でない。また子にとっても、両親が協力し合っただけの生育環境はもはや望めず、子に対する身体的・精神的虐待やネグレクトに向かう恐れもあり、法律上の父から切り離す必要がある。よって、母に嫡出否認の訴えを認めるべきである。

以上からは、否認権の行使にあたって、母に固有の利益が認めたい場合があるとしても、子の利益の代理人的観点を含めれば、(b)～(d)いずれの場合も母に嫡出否認の訴えを認めるべきであると考えられる。

### 6. 法律上の父子関係の切断における調停前置主義

すでに見たように、婚姻中または離婚後300日以内に夫または元夫以外の男との間に儲けた子は、推定の及ばない子に該当しなければ、父を提訴権者に限る嫡出否認の訴えによらなければ、法律上の父と子との間の父子関係を切断することはできない。推定の及ばない子に該当すれば、母または子から夫に対する親子存在不存在的訴えを提起することが可能である。また推定の及ばない子であれば、1-2で述べたとおり、直接生物学上の父に対する認知の訴えも認められる。

ところで以上の3つの訴えについては、人事訴訟法2条の適用を受けるため、家事事件手続法257条により、それらに先立って家事調停の申立

てをしなければならない。調停が成立すると、合意に相当する審判（家事 277 条 1 項）がなされる。父子関係は、離婚や離縁と異なり、調停における合意によって確定するわけではない。確定には家庭裁判所の調査が必要となる。合意に相当する審判は、非公開の審判手続とするか、公開の訴訟手続とするかの手続上の合意である<sup>35)</sup>。実際のところ、審判により解決され、人事訴訟に至らない事案が多いといわれている<sup>36)</sup>。

夫が子の出生を知ってから 1 年以内に嫡出否認の申立てがなされると、DNA 鑑定等で生物的な父子関係が否定されれば、その旨の審判がなされ、解決に至る。実務的には子からの親子関係不存在確認の申立てが少なくないが、法律上の父が同意すれば、嫡出否認の申立てに変更することで処理することが可能であり、問題は顕在化しない。これに対して、夫が子の出生を知ってから 1 年を超えると、いずれの者からの申立てであっても、親子関係不存在確認の申立てによるしかなく、審判手続においても、外観説による制約に服することになり、父子関係の切断は極めて困難となる<sup>37)</sup>。

強制認知の申立ては、生物学上の父を相手とし、夫または元夫を相手にする必要はない。最高裁は、夫または元夫と対峙することを避けることから生じる 300 日問題への対応として、ホームページ上で、強制認知の申立ての周知を図っている。しかし父としての推定を受ける夫または元夫を当事者として排除することは妥当でないから、夫から事情を聞く場合がある<sup>38)</sup>。このように強制認知の申立てにあたっては、夫または元夫と一切向き合わないわけではない。また認知の審判においても、外観説の適用は避けられない。

結局のところ、妻や子からの申立てにより、外観説の壁を乗り越え、法律上の父と生物学上の父を一致させるためには、それらに嫡出否認の訴えを認めるしか方法はない。それでは、あくまで当否の問題として、制度上の問題は立法府の判断による解決を待つしかないのであろうか<sup>39)</sup>。以下では、嫡出否認の訴えを夫のみに認める現制度が憲法に合致し、効力を有するといえるか（憲法 98 条 1 項）、憲法の判例や学説に照らし、考察する。

## 7. 法の下での平等に関する合憲性判断の方向性

### 7-1 社会的身分にもとづく差別における違憲審査（厳格な合理性基準適用の試み）

最高裁は、尊属殺重罰規定判決において、14 条 1 項後段に列挙された事項は例示列挙に過ぎないとして、特別な意義を認めていない<sup>40)</sup>。しかし現在の多くの学説は、14 条 1 項後段列挙事由は、非列挙事由と異なり、合憲性を主張する側に立証責任を転換したより厳しい基準が適用されるとする。ただし列挙事由には、やむを得ない目的の下で必要最小限の区別のみ認められるとする二分説と、列挙事由のうち人種、門地には厳格な審査が適用されるが、性別、社会的身分については、目的と手段の間に実質的な関連性があれば合憲であるとする中間審査としての基準が適用されるとする三分説とに分かれる<sup>41)</sup>。三分説に対しては、二分説より、各 14 条 1 項後段列挙事項は、人類上の悲惨な差別、本人の努力ではいかんともしがたい社会的汚名等の事情に着目して憲法上列記されたものであるとして、解釈上同一次元で扱うべきとの批判がなされている<sup>42)</sup>。

4 で述べたように、尊属殺重罰規定判決は、憲法 14 条 1 項が相対的平等を保障し、合理的な根拠にもとづかない差別的な取扱いを禁じるものであること、合理的な根拠の有無は、立法目的の合理性及び区別と立法目的との間の合理的関連性により判断されることを示した。国籍法違憲判決も、立法裁量を認めつつ、立法目的の合理性及び区別と立法目的の間の合理的関連性の観点から絞りをかける。同判決は「日本国籍は、我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な法的地位でもある。一方、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得するか否かということは、子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない父母の身分行為に係る事柄である。したがって、このような事柄をもって日本国籍取得の要件に関して区別を生じさせることに合理的な理由があるか否かについては、慎重に検討することが必要である。」と述べ、合理性判断に対して慎重な姿勢を示した。最高裁は、国籍を重要な法的地位としたことで、

立法裁量を後退させるとともに、本人の努力によってはどうしようもない身分にかかる差別であることを重視した学説と共通する解釈を展開した<sup>43)</sup>。国籍法違憲判決は、従来の合理性テストを厳格な合理性テストへと接近させたと評されている<sup>44)</sup>。このように区別と立法目的との間に「一応の合理性」があれば足りるとした本判決と同判決の間には、大きな差がある。さらに同判決の泉裁判官の補足意見は、「この差別は、差別の対象となる権益が日本国籍という基本的な法的地位であり、差別の理由が憲法14条1項に差別禁止事由として掲げられている社会的身分及び性別であるから、それが同項に違反しないというためには、強度の正当化事由が必要であって、国籍法3条1項の立法目的が国にとり重要なものであり、この立法目的と、『父母の婚姻』により嫡出子たる身分を取得することを要求するという手段との間に、事実上の実質的関連性が存することが必要である。」と述べた。同補足意見が示した「強度の正当化事由」及び「事実上の実質的関連性」というメルクマールは、厳格な合理性テストによるべきことをより踏み込んで述べたものと見ることができよう。

#### 7-2 総合考慮方式による諸外国の立法動向、条約の重視

国籍法違憲判決は、あくまで立法目的の合理性及び区別と立法目的との間の合理的関連性の枠組みで論じたものであるが、この枠組みによらず憲法14条1項の合憲性を論じたのが、非嫡出子相続分差別違憲決定<sup>45)</sup>である。4で述べたとおり、すでに国籍法違憲判決において最高裁は、諸外国において非嫡出子に対する法的な差別的取扱いを解消する傾向にあることを指摘した。非嫡出子相続分差別違憲決定で最高裁は、「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2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。」と述べる。ここにいう前記2で説示した事柄として最高裁は、「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。・・・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。」と述べ、国籍法違憲判決よりさらに踏み込んで、諸外国の立法動向や批准した条約の内容を重視した。そのうえで最高裁は、「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。以上を総合すれば、遅くともAの相続が開始した平成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いたというべきである。」と述べ、民法900条4号但書のうち、非嫡出子の相続分を嫡出子の相続分の2分の1とする規定を違憲とした。それまで非嫡出子相続分差別については、立法理由に合理的根拠があり、区別が立法理由との関連で著しく不合理でなければ違憲でないと言われてきた<sup>46)</sup>が、諸外国の立法動向や批准した条約の内

容に照らし、結論を異にした。

もっともこの違憲判決は、従来の判例理論の合憲説を否定せず、法的安定性を重視して、従来の立法目的の合理性及び区別と立法目的との間の合理的関連性の枠組みとの関係や違憲審査基準に触れなかった。そのためこのような総合考慮方式が、先例拘束性を有する新しい基準となりえるか、疑問視された<sup>47)</sup>。このことは、本判決が従来の立法目的の合理性及び区別と立法目的との間の合理的関連性の枠組みを踏襲する一方で、諸外国の立法動向や批准した条約の内容を軽視したことと無関係ではないであろう。

### 7-3 旧家族的倫理観の否定

尊属殺重罰規定判決は、尊属殺人が普通殺人と区別して特別の規定を置くこと自体に合理的根拠を認め、その点では憲法14条1項に違反しないとしたものの、法定刑が厳しすぎる点で14条1項に違反するとした。これに対して田中裁判官は、「憲法の基調をなす民主主義の根本理念に鑑み、個人の尊厳と人格価値の平等を尊重すべきものとする憲法の根本精神に照らし、これと矛盾抵触しない限度での差別的取扱いのみが許容される」とし、「尊属がただ尊属なるがゆえに特別の保護を受けるべきであるとか、本人のほか配偶者を含めて卑属の尊属殺人はその背徳性が著しく、特に強い道義的非難に値いするとかの理由によって、尊属殺人に関する特別の規定を設けることは、一種の身分制道徳の見地に立つものというべきであり、前叙の旧家族制度的倫理観に立脚するものであつて、個人の尊厳と人格価値の平等を基本的な立脚点とする民主主義の理念と抵触するものとの疑いが極めて濃厚であるといわなければならない」と述べ、「憲法を貫く民主主義の根本理念に抵触し、直接には憲法14条1項に違反するものといわなければならない」と結論付けた。

## 8. 結語

妻や子に嫡出否認を認めるべきかについて、憲法判例からは以下の示唆を得ることができよう。

第1に、国籍法違憲判決に見るように、立法目的の合理性及び区別と立法目的との間の合理的関

連性の枠組みのもとで、厳格な合理性基準を用いるべきと考えられる。嫡出否認制度における立法目的の合理性は、父子関係の安定である。しかし父としての情愛をもって子と接するかどうかの議論を抜きに、母の夫または元夫を法律上の父として固定する意義は低いと思われる。厳格な合理性基準のもとでは、より制限的でない他の代替手段が存在しないことが求められるが<sup>48)</sup>、4で述べたとおり、本判決の原審は、出産後一定期間内に婚姻の解消または離婚訴訟の提起がなされ、生物学上の父による認知が与えられること等、要件次第では子の保護に欠けることがない制度を構築することは不可能とはいえないと判示した。区別と立法目的との間の関連性については、本判決のいう「一応の合理性」はともかく、より制限的でない他の代替手段が考えられる以上、厳格な合理性は到底認められない。

第2に、国籍法違憲判決及び非嫡出子相続分差別違憲決定が指摘したとおり、もはや諸外国の立法動向や批准した条約の内容は無視しえない。児童の権利条約が、児童ができる限りその父母を知りかつその父母によって養育される権利を有することを規定すること、女子差別撤廃条約が、婚姻の有無を問わず子に関する事項について親としての同一の権利を確保することについて規定していることは、嫡出否認の訴えの見直しを迫るものである。非嫡出子相続分差別違憲決定の総合考慮方式を採用すれば、夫のみに嫡出否認の訴えを認めるのであれば、諸外国の立法動向や批准した条約の内容と異なる制度を正当化するに値するわが国固有の事情が立証されなければならないであろう。

第3に、尊属殺重罰規定判決で田中裁判官は、個人の尊厳と人格価値の平等と矛盾抵触しない限度での差別的取扱いのみが許容されるとし、尊属殺重罰規定は身分制道徳の見地に立つ旧家族制度的倫理観に立脚するものとして憲法14条1項に違反すると述べた。5-1で述べたとおり父権的であると評される現行の嫡出否認制度は、同意見によれば、当然に違憲とされよう<sup>49)</sup>。

以上を総合すると、父のみに提訴権を認める嫡出否認の訴えは、憲法14条1項に抵触すると考

えるべきであろう。

なお本判決後、本事案は上告されたが、令和2年2月5日、上告理由にあたらぬとして棄却され、本判決が確定した。これにより嫡出否認制度の見直しは、立法府に委ねられることとなった。

## 引用文献・判例

- 1) 最判平 7.12.5 判例時報 (判時) 1563 号 81 頁。
- 2) 最判平 27.12.16 最高裁判所民事判例集 (民集) 69 巻 8 号 2427 頁。
- 3) 窪田充見『家族法』171 頁 (有斐閣、4 版、2019)。
- 4) 最判平 10.8.31 最高裁判所裁判集民事 189 号 487 頁。
- 5) 最判昭 44.5.29 民集 23 巻 6 号 1064 頁。
- 6) 最判平 26.7.17 判時 2235 号 14 頁 (大阪高裁ケース) 及び最判平 26.7.17 民集 68 巻 6 号 547 頁 (札幌高裁ケース)。
- 7) 木村敦子 [判例批評 (判批)] 別冊ジュリスト (別冊ジュリ) 225 号 56 頁 (2015)。
- 8) 二宮周平『家族法』181 頁 (新世社、5 版、2019)。
- 9) 戸籍のない子が置かれる過酷な環境については、毎日新聞社会部『離婚後 300 日問題 無戸籍児を救え!』(明石書店、2008) が詳しい。
- 10) 吉田仁美 [判批] 新・判例解説 Watch23 号 14 頁 (2018)。
- 11) 平 19.5.7 付民一 1007 号法務省民事局長通知。
- 12) 毎日新聞社会部・前掲注 (9) 111 頁。
- 13) 神戸地判平 29.11.29 判時 2381 号 114 頁。
- 14) 渡辺康行 [判批] 別冊ジュリ 245 号 56 頁 (2019)。
- 15) 高佐智美 [判批] ジュリスト (ジュリ) 1531 号 15 頁 (2019)。
- 16) 小池泰 [判批] 判時 2409 号 168 頁 (2019)。
- 17) 最判昭 47.11.22 最高裁判所刑事判例集 26 巻 9 号 586 頁。
- 18) 芦部信喜 [高橋和之補訂]『憲法』235 頁 (岩波書店、7 版、2019)。
- 19) 最判平 20.6.4 民集 62 巻 6 号 1367 頁。
- 20) 前田泰「日本における議論の整理」家族<社会と法> (家族) 28 号 16 頁 (2012)。
- 21) 注釈民法 (22 の I) [岡垣学] 119 頁 (有斐閣、1975)。
- 22) 梅謙次郎『民法要義 巻之四 親族編』425 頁 (有斐閣、復刻版、1985)。
- 23) 新注釈民法 (17) [野沢紀雅] 572 頁 (有斐閣、2017)。
- 24) 二宮・前掲注 (8) 171 頁。
- 25) 我妻栄 = 立石芳枝『親族法・相続法』163 頁 (日本評論社、1956)。
- 26) 二宮・前掲注 (8) 173 頁。
- 27) 二宮・前掲注 (8) 172 頁。
- 28) 大村敦志「『300 日問題』とは何か」ジュリ 1342 号 4 頁 (2007)。
- 29) 辻村みよ子『家族と憲法』306 頁 (日本加除出版、2016)。
- 30) 最判昭 62.9.2 民集 41 巻 6 号 1423 頁。
- 31) 嫡出否認の訴えにおける義務の側面を指摘するものとして、水野紀子「嫡出推定・否認制度の将来」ジュリ 1059 号 117 頁 (1995)。
- 32) 二宮周平「夫のみの嫡出否認権と嫡出推定制度 (1) ~ 家族法における憲法的価値の実現 ~ 家族法改正と司法判断 (4)」戸籍時報 743 号 7 頁 (2016) は、すでに子が血縁上の父と共同生活をしている場合は、その実態に法的な親子関係を適合させることの方が子の養育関係の安定化につながるのではないかと指摘する。
- 33) 二宮周平「多様化する家族と法②子の父は誰か—嫡出否認権を妻と子に」時の法律 2040 号 48 頁 (2017)。
- 34) 浦野由紀子「『推定の及ばない子』をめぐって (上)」法学教室 (法教) 307 号 130 頁 (2006)。
- 35) 松原正明「家庭裁判所における親子関係事件の実情及び問題点」家族 28 号 45 頁 (2012)。
- 36) 野沢・前掲注 (23) 581 頁。
- 37) 松原・前掲注 (35) 46 頁。
- 38) 松原・前掲注 (35) 49 頁。
- 39) 嫡出否認制度の改正が過去頓挫した経緯については、秋山千佳『戸籍のない日本人』211 頁 (双葉文庫、2015) 以下、井戸まさえ『無戸籍の日本人』233 頁 (集英社文庫、2018) 以下参照。
- 40) 注釈日本国憲法 (2) [川岸令和] 172 頁 (有斐閣、2017)。
- 41) 君塚正臣 [判批] 別冊ジュリ 225 号 12 頁 (2015)。
- 42) 佐藤幸治『日本国憲法論』209 頁 (成文堂、2011)。
- 43) 駒村圭吾「法の下での平等」法学セミナー 681 号 80 頁 (2011)。
- 44) 佐藤・前掲 (42) 213 頁。
- 45) 最決平 25.9.4 民集 67 巻 6 号 1320 頁。
- 46) 最決平 7.7.5 民集 49 巻 7 号 1789 頁。高井裕之 [判批]

- 別冊ジュリ 245 号 62 頁 (2019)。
- 47) 辻村・前掲注 (29) 185、196 頁。
- 48) 渋谷秀樹 = 赤坂正浩『憲法 2 統治』172 頁 (有斐閣、7 版、2019)。
- 49) 上田健介 [判批] 法教 450 号 138 頁 (2018) は、否認権者の制限に家父長制の要因があれば、立法目的から不合理 (あるいは立法目的以前の大原則違反) であるとする。また高佐・前掲注 (15) 15 頁は、家父長制は憲法の基本理念である人格価値の平等に真っ向から対立するものであるとして、手段の適合性を判断するまでもなく、違憲であるとする。
- 
- (受付 2020.2.21 受理 2020.6.30)