

判例研究 2

他人の子を実子として出生届出した後、実親子関係不存在確認の訴を提起することと不法行為の成否

大阪地裁昭和44・8・29判決（昭和40(夕)124号，同41(夕)90号，親子関係不存在確認請求，損害賠償反訴請求事件），判例時報580号70頁

土 田 哲 也

他人の子を嫡出子として出生届をする，いわゆる藁の上からの養子について，虚偽の出生届に養子縁組の効力を認めて保護を図るべきかという問題は，従来判例と学説とでその扱い方を異にしていた。本判決は，生活事実を伴わない「観念上の養親子関係」は，出生届を縁組届に転換してまでこれを「真正な養親子関係」とみなすべきではないとして，転換の可能性を認めると同時に転換をする場合の理論的限界を示しており，注目に値する。同時に本判決は，出生届をしながら後日実親子関係不存在確認の訴を提起するのは，戸籍の公証機能の大きさからみて，出生届に裏づけられた親子関係の存在への信頼を毀損する行為であり，事実上の養親子関係の不当破棄に匹敵する人格に対する侵害であるとして不法行為責任を認めており，特異な不法行為事件としても注目を引く事件である。

〔参照条文〕 民法799条・709条・710条

《事実》 被告Y（反訴原告）は，昭和15年11月28日，AB夫婦の三女として出生した。原告（反訴被告）夫婦X₁X₂は，Yを養子にすることについてABの同意を得たが，養子より実子として出生届をした方がよいと判断して，12月28日，YをX₁X₂の長女として12月20日に出生した旨の虚偽の出生届をした。しかしYは，X₁X₂とABの話し合いで，当初からABの膝下で養育されX₁X₂と生活したことは殆んどなく，またX₁X₂がABにYの扶養料等の金員を仕送りしたこともなかった。そして，Yの小学校入学を機に，X₁X₂とABは協議の上，Yの戸籍をAB夫婦のそれに戻すことにしたが，YをX₁X₂の実子とし

て出生届をした関係上、YとABが養子縁組をすることとして、昭和22年4月10日その旨の届出をした。その後同年11月4日X₁X₂に長男が出生した。

X₁X₂もABも、昭和40年9月の本訴提起前の家庭裁判所における調停の時まで、Yに対してABが真実の父母であることを明らかにしたことはなく、Yも心中あくまでX₁X₂兩名こそ実の父母であると信じ続けていた。その間昭和37年3月より、Yが妻子ある従兄とねんごろになりやがて同棲したり自殺をはかったりといった生活を送るようになったので、X₁X₂は、Yがそのような者との縁を切ることを切実に願い、とりわけX₁がかなりの資産を有するところから、将来遺産の相続をめぐって問題が起こるのをおそれ、Yとの戸籍上の実親子関係を真実に合致するように訂正すべく、昭和40年8月20日頃AB夫婦にYの戸籍訂正を申し入れたが話し合いができず、同年9月家庭裁判所に調停の申立をしたがこれも不成立に終り、本訴に及んだものである。

一方Yは、X₁X₂が、真実な親子関係がないのにもかかわらず、虚偽の出生届によってYをX₁X₂の嫡出子として公示し、20数年間にわたってYに実親と思わせておきながら、主として自らの没後の全相続財産を実子に保全するため、Yを相続人から排除する意図で、Yの同意なくして本訴を提起し実親でないことをあらわにする行為に出たこと、そのことによってYが多かれ少なかれ精神的な衝撃を受けたことは、Yに対する不法行為であるとして、損害賠償請求の反訴を提起した。

《判旨》 1 「認定した事実から明らかなように、Yは昭和15年11月28日ABの三女として出生したものであり、X₁X₂兩名の子ではないから、X₁X₂兩名とYとの間には親子関係が存在しない。また本件では、養親子関係の存在も認め得ない。蓋し、X₁X₂兩名からなされたYの嫡出子出生届には、『一応の』人為的な親子関係、即ち養親子関係設定意思の存在をみてとることができ、また、実親からの縁組代諾意思が明瞭に存在したとみられる関係上、少なくとも当事者間には、観念上養親子関係の成立をみたと言ひ得る。しかし、『観念上の養親子関係』成立の時点で、様式においても全く異なる出生届を敢て縁組届に転換してまでこれを『真正な養親子関係』とみなすのはやはり早計であって、後に『事実上の養親子関係』即ち親子らしい生活事実の補強をまって始めて、右の一応の縁組意思を事後的に本来の縁組意思と確認し、ここに右の転換を認めて出生届の時点における『真正な養親子関係』の成立を擬制すべきであるからである」として、X₁Y₂とYとの間には親子関係が存在しないことの確認を求める原告の本訴請求を認容した。

(1) 判例時報580号71頁では、「11月20日」となっている。

2 一方、『観念上の養親子関係』が存続する場合に、『親』がこれを一方的に破棄した場合、換言すれば、『子』の同意その他然るべき理由なしに、親子関係不存在確認の訴（もしくはその前置としての調停申立）または戸籍訂正の申立によって、出生届が虚偽であり親子関係は元来存在しなかったとし、一応の縁組意思を確定的に撤回する行為に及んだ場合は、『事実上の養親子関係』の不当破棄に準じてその法的保護をはかるべきである。蓋し、現代における戸籍の公証機能の大きさから考えると、前者が内包する戸籍の記載に裏づけられた親子関係の存在への信頼に対する毀損と、後者が内包する生活事実に裏づけられたそれに対する毀損との間に、質的な差等を設ける合理的根拠に乏しく、いずれも同じく実質的には人間としての至深の精神構造即ち人格に対する侵害にかかわるものとして、不法行為を構成するといわなければならないからである。従って、Yは、『観念上の養親子関係』の破棄の責任を共同不法行為としてX₁X₂両名に問うる」として、X₁X₂に50万円の慰籍料をYに支払うよう命じた。

《研究》 1 本件には2つの問題点が含まれている。第1は、虚偽の出生届に養子縁組の効力を認めうるかということであり、第2は、他人の子を実子として出生届をした後、実親子関係不存在確認の訴を提起することが不法行為となるかということである。以下これらについて順次考察してみる。

2 他人の子を自己の嫡出子として届出るケースとしては、真実の親の子として届出ることを憚る事情があってなされる場合と、本件のように葉の上からの養子とするためになされる場合とがあるといわれている⁽²⁾。

判例は従来、いずれの形式についても縁組は絶対無効であるとし、何年後でも、養子側からも養親側からでも無効を主張しうるものとしてきた⁽³⁾。その理由として、実親子関係は自然の事実を基礎とするものであること、また縁組は届出によって法律上効力を有する要式行為であり、そのことを規定した民法799条、739条（旧民法847条、775条）は強行法

(2) 谷口知平、「親子法の研究」87頁—89頁；久留都茂子、「虚偽の出生届と養子縁組」(家族法大系IV所収) 218頁参照。

(3) 例えば、他人に貰い受けられた私生子が嫡出子として届出られさらに家督相続人に指定されたのに対して、別の養子が出生届無効確認請求をした事案で請求を認容した、東京控判昭和4・4・11新聞2999・12、戸籍上の母から子に対して縁組予約不履行による慰籍料を請求した事案について、嫡出子出生届の縁組届への転換ないし包含を否認した、大判昭和11・11・4民集15・1945、妹の私生子を引取って夫との嫡出子として届出をし養育してきた後その子に対して提起した養母の嫡出親子関係不存在確認請求を認容した、最判昭和25・12・28民集4・13・701などがある。

規であることをあげている。しかし最高裁は、真実の父母でない他人夫婦の嫡出子として届出られた者が、その後さらにこの夫婦の代諾で養子縁組をしたという事案においては、父母にあらざる者の代諾した縁組も、養子が15才に達した後は有効に追認することができる⁽⁴⁾として、無効な縁組に追認の余地を認めた。

一方大多数の学説は、実体の伴った事実上の親子については養子縁組の成立を認むべき⁽⁵⁾であるとしている。

親子としての実体を重視すべきであるとする谷口教授は、「嫡出親子関係は一つの社会関係であって、それを嫡出親子として法律上認めるや否やは、国家の立場から子や親や更に社会全般の利害、幸不幸を考慮して判定されてよいのではなからうか」とし、その根拠として、民法が「嫡出否認の訴や認知の制度を以て、法上の身分秩序安定のために、血縁主義を貫徹せず、時の経過や当事者の意思に従って真実に合わない親子関係の確定を認めたり、合真実の親子関係の形成を制限している」ことを挙げ、「これと対比すると、虚偽届による真実の嫡出親子関係について徹底的に真実に引直しうるものとし、嫡出親子関係存否確認を無制限に認めることは不統一の感を免れない」としている。そして、「虚偽の親子関係を不動のものとして法認するためには、確認利益の不存在を認定するか、信義則違反或は権利濫用若しくはクリーン・ハンドの理論ないし禁反言法理を用うるか、又当事者死亡後における検事を相手方とする方法なきことを理由として訴を否定するか又、養子縁組の存在を認定するか、色々の法的解釈技術が考えられる」とのべている⁽⁷⁾。

また理論的に可能であるとする説に、無効行為の転換を認めようとする説、無効行為の追認を認めようとする説、「追認を許す無効」概念で説明しようとする説がある。

無効行為の転換を主張する我妻博士は、「いわゆる藁の上から貰って育てようとする場合に、一度他人の籍を借りてその嫡出子として届け出で、しかる上でその戸籍上の父母の代諾で縁組をしたときと、いきなり養親となるべき者の嫡出子として届け出たときとで、まるで違った取扱をうけるということは妥当ではなく、実際上の立場から転換の問題を再考

(4) 最判昭和27・10・3民集6・9・753。なおこの事件の再上告審（最判昭和39・9・8民集18・7・1423）でも、最高裁は追認しうることを再確認している。

(5) 学説の詳細な分析については、久留、前掲論文221頁以下；川井健「他人の子を嫡出子として届出た者の代諾による縁組の効力」(家族法判例百選所収)102頁—103頁参照。

(6) 「虚偽の」もしくは「事実上の」の誤まりではないかと思う。

(7) 谷口、前掲書、183頁。

(8) 例えば、縁組の形式があつてそれに伴う代理権の欠けた場合の、前掲最判昭和27・10・3。

(9) 例えば、縁組の意思があつて形式の欠けた場合の、前掲最判昭和25・12・28。

すべきである。そのためには、まず、縁組の意思を縁組届出の意思と解すべきではなく、嫡出親子関係を設定する意思と解すべきである。また、縁組の意思表示に要求される要式は、嫡出子としての届出でも十分だと解すべきである。無効行為の転換は、一般的には、法律行為の解釈として当然のことで、明文のないわが民法の下でも認むべきである。ただ転換される法律行為が要式行為である場合に、無効な行為の要式としてなされたものを、どこまで潜在する効果意思の要式として十分なものとみるかということだけが問題である。したがって問題の中心点は、無効な嫡出子出生の届出を認知の要式として十分だという以上、縁組の届出としても十分だというべきかどうかということである。そして昭和27年の最高裁の判決は、届出の当事者であった戸籍上の父母の代理権のことを不問にして、戸籍に現われた養親子関係そのものが本人の追認によって有効となるといっている。それなら、さらに一步を進めて、養親子関係よりもさらに大きい嫡出実親子関係を示す形式（嫡出子としての届出）が存在すれば、その成立の過程を不問にして、養親子関係の成立を認めることもできるのではあるまいか」とのべ、なおこの理論は、「⁽¹⁰⁾ 真実養子縁組をする意思があり、かつそれに伴う生活事実が存する場合のことである」とのべている。⁽¹¹⁾ 同様に久留助教授は、「虚偽の出生届に事実上の親子関係を伴うときには、単なる事実というより一種の戸籍届による身分行為の擬制に近いものがある。また、養子縁組よりも強い実親子関係創設の意思にもとづく出生届については、嫡出子出生届の中に認知の意思を認定した判例理論を推及して、擬制的親子関係である実親子関係の意思を認めることができ、さらに、昭和27年の最高裁判決も、その本体は代理権の補完に過ぎず、形式の補完ではないのだが、従来の判例が要件とした形式の不備（縁組の当事者たるべき真正代諾権者の承諾が届出にあらわれていないという点）を不問とする点を含んでおり、そこから、縁組の形式すら備えない場合にも、養親子関係より大きい嫡出実親子関係を示す形式が存在するならば、その成立の過程は不問にして養親子関係の成立を認めることができる。親子関係は血縁を基礎とするものではあるが、生物的血縁そのものに価値があるのではなく、血縁にもとづく親愛の情と、社会的責任を伴った養育の事実こそ意義があり、価値がある。また、届出は法の公示として要求される従たる要件に過ぎず、出生届の形式をかりた養親子関係が、真実の親子としての養育を伴う過去の事実に対しては、縁組の要式性にとらわれず、無効行為の転換により、法律上も養親子関係の成立を認めることが、『育ての親』のためにも、

(10) 大判大正15・10・11民集5・703は、妾腹の子をいきなり父とその正妻の間の嫡出子として届出たのに対して、認知の効力を認めた。

(11) 我妻栄、「無効な縁組届出の追認と転換」(民法研究 VII-2所収) 210頁—213頁。

また子の福祉のためにも現実に即した解決である」とのべている⁽¹²⁾。

無効行為の追認を主張する中川教授は、身分法上無効行為の追認は可能であるとし、「凡ゆる『身分への行為』は、第一に身分的効果意思（心素）、第二に身分的生活事実（体素）、第三にその法律的表示行為としての方式（形式）の三要素から成っている。形式が欠ければ、身分行為は不成立であり、心素か体素かが全然欠缺して形式のみ存する場合には、身分行為が無効となる。この無効なもの、それに伴うべき心素または体素を加えて補完する（当事者が届出に相応する身分的効果意思をもって身分的生活事実に入る）ことによって有効となしうる。それが無効な身分行為の追認である」とのべている⁽¹³⁾。そしてこの理論をさらに一步進めて、無効な身分行為（意思を欠く身分行為）一般の追認を認めるべきであるとする説もある⁽¹⁴⁾。

「追認を許す無効」論を主張する川井教授は、「民法上無効に追認が許される場合があり、民法116条はその一場合を規定したにすぎない。無権代理が『追認を許す無効』とされた条件は、第一に法律行為が成立し、第二に法律行為の当事者の一方（相手方）に効果意思があり、第三に他方の当事者（本人）はその行為に関与せず他人が無権限でその行為を成立せしめたということである。従ってこれらの条件が満たされれば、財産法上無権代理以外に「追認を許す無効」の成立する余地があり、身分行為においても同じことが認められるべきである。但し身分行為については、第一に身分行為は要式行為であるから、それが戸籍により表示され、第二に身分行為の当事者の一方の効果意思に身分的生活事実が伴っていることが必要である。かかる場合は、『追認を許す無効』となり、身分行為の当事者の他方は追認をなしうると解すべきである。ただその追認は、身分行為の性質上単なる意思表示では足りず、身分的生活事実を要する」とのべている⁽¹⁵⁾。

3 以上諸説を概観してきたが、昭和27年（及び39年）の最高裁の判決も含めて共通していることは、虚偽の嫡出子出生届に養子縁組の効力を認めるためには、親子としての生活⁽¹⁶⁾

(12) 久留，前掲論文，222頁以下。

(13) 中川善之助，「身分法の総則的課題」209頁—213頁。

(14) 例えば，山島正男，「養子縁組の成立」(民法演習V所収) 102頁。

(15) 川井，「代諾縁組」(家族法大系IV所収) 184頁以下，前掲論文103頁。なお無効な代諾縁組について，実務では，15才になった者からの追完届が認められている（昭和34・4・8民甲624号民事局長通達）。

(16) なお肯定する場合，離縁の困難性，家庭裁判所の許可という条件の無視，後日養親側から親子関係不存在確認請求をした場合の対応策をどうするかなどの，いくつかの技術的問題は残る。しかし，それぞれについて種々の提案がなされている。谷口，前掲書183頁；久留，前掲論文225頁参照。

事実が継続していることが前提であるとされていることである。思うに、柔軟な解釈のなされる身分法においても、養子縁組が要式行為である以上、虚偽の出生届の解釈には一定の限界があるのであって、第1に当事者間に親子としての実体（意思と生活事実）が存在すること、第2に既成事実を法的に肯定した結果が当事者の利益・幸福となることが明らかであることが、必要な前提条件であり、それを満たした場合に初めて縁組の効力を認めるべきではなからうか。因みに、重婚の内縁に準婚性を認める学説⁽¹⁷⁾及び判例⁽¹⁸⁾も、実体のない戸籍上だけの夫婦よりも、実体のある関係を法的に保護しようとしたものである。従って、当事者間に生活事実がなく、親子の気持も稀薄であったこと、真正な養親子関係を肯定しても格別の利益が予想されないことから、本件には保護に値するような親子関係を認められない。その意味で、本判決が「虚偽の出生届は、親子らしい生活事実の補強をまって始めて『一応の』縁組意思を事後的に本来の縁組意思と確認し、転換を認めて出生届の時点における『真正な養親子関係』の成立を擬制すべきである」として、「觀念上の養親子関係」にまで転換の枠を広げるべきではないと述べているのは、極めて正当である。⁽¹⁹⁾

4 次に不法行為の問題について考察してみよう。本判決の論旨は、当事者間には「觀念上の養親子関係」が存在するので、親がこれを一方的に破棄したり、一応の縁組意思を確定的に撤回するのは、戸籍の記載に裏づけられた親子関係の存在への信頼に対する毀損となり、それには人格に対する侵害行為となるというものである。

しかし、本判決には次のような問題点がある。第1は、不法行為の成立を認めることに関して、本件当事者間に被侵害法益たる「觀念上の養親子関係」が存続しているとみるべきかどうかということであり、第2は、存続しているとしても、養子の「戸籍の記載に裏づけられた親子関係の存在への信頼」に対する毀損行為とは何であり、それを違法な侵害行為と認めうるかということであり、第3は、不法行為が成立するとしたら、具体的損害は何かということである。

本判決は、「嫡出子出生届がなされ実親の縁組代諾意思が明瞭に存在する以上、養親子関係設定意思があり、従って觀念上養親子関係が成立したとみ、生活事実によって表わされ

(17) 中川良延、「内縁の成立」(家族法大系II所収)295頁以下参照。

(18) 大阪地判昭和31・8・27下級民集7・8・214；同昭和38・3・30判時338・35；東京地判昭和41・8・31判時474・33など。

(19) 東京高判昭和43・2・27判時520・54は、「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、養親子関係が成立する」として、生活事実の存在を要しないような説明をしているが、別の要式行為としての効力を認めるための理論構成としては問題があり、反対である。

る本来の縁組意思が確認されるまでは、この関係が存続する」としている。ところで本判決は、Yを実親の戸籍に戻すために X_1X_2 とABとの間でなされた養子縁組をどう評価しているか明らかにしていない。察するところ、観念上の養親子関係の存続を前提として本訴提起を不法行為としているのであるから、何の効果も認めていないのであろう。しかし、その理由の説明もなしに、当初の設定意思の確認だけを強調するのは納得しがたい。それに別の見方をすれば、 X_1X_2 がYをABの戸籍に戻したのは、本来の実親子関係に形式をも符合させるためであり、 X_1X_2 とYとの虚偽の親子関係を解消することが目的であったとも見られる（この時点では相続への配慮とか養親の身勝手というふしは見られない）。また後日の本訴提起も、この時初めて親子関係解消の意思表示をしたとみるより、解消の意思表示を戸籍上正当な手続によって表明し直そうとした含みがあるとも解し得るのであって、「観念上」の養親子関係であっても、当然存続しているとするのは問題である。

次に、「戸籍の記載に裏づけられた親子関係の存在に対する信頼の毀損」という意味であるが、判旨を具体的に言いかえると、Yが、戸籍の記載によって、自分が X_1X_2 の実子であり現在ABの養子となっていると信じていたのに、ABの実子であると書き改められることを指す。ところがYは、ABを養親というよりは実親と信じて成長してきたのであり、実親に対する情愛の念という点からいえば、それが稀薄であった X_1X_2 よりはABが戸籍上も実親と記載されることは、Yにとってはむしろ好結果となると思われる。従って、本訴提起行為を違法視するほどのことはなかならうか。また、戸籍簿上養親が実親と書き改められることが、25才の成人にとって苦痛となるほど深刻な問題といえるだろうか。仮にそうだとしても、具体的事情を明示すべきではなからうか。以上のことから、本訴提起行為ないし戸籍の訂正が違法行為であるとするには反対である。

最後に、観念上の養親子関係の不当破棄が不法行為であるとする場合に、いかなる損害が考えられるかを検討してみよう。事実上の縁組の不当破棄の場合について判例は、円満な親子関係の成立・永続にかけた期待の破れたことによる精神的苦痛の賠償請求を認めているが、財産的損害については、養親の財産を相続すべかりし利益の賠償請求をしたのを棄却している⁽²⁰⁾。学説には、監護・教育の費用、扶養の費用、或は子が養父母のために無償で労務を提供した場合について、両者の双互にえた利益と清算した上で請求を認めるべき⁽²¹⁾。

(20) 新潟地判昭和33・7・26下級民集9・7・1442は、この理由で養親の責任を認めている。

(21) 大判昭和12・5・26民集16・891。

であるとするものがある。⁽²²⁾ 本件については、当事者間に共同生活がなかったのであるから、財産的損害は考えられない。また慰藉料も、本判決が認定の根拠としてあげる観念上の養親子関続継系の期間について、それを本訴提起当時までとみるべきかどうか、また被告の精神的打撃として具体的にいかなる内容のものがあるかは問題であり、判旨には十分な説明がない。さらに、本判決は、戸籍の公証機能の重大性を唱えながら、当初の出生届には養親子関係の「設定意思」を認めただけで、養親子関係そのものの存在は認めておらず、後日の養子縁組にも効力を認めていないようであるから、保護さるべき身分関係を示すような戸籍の記載はむしろ存在しないのではなからうか。設定意思が法的に実体を伴ったものと認められるようになるかどうか分からない関係に、しかも、むしろ設定意思は解消されたとみるべき事情にありながら、保護を与うべきであらうか。X₁X₂と戸籍の上で形式上生じた関係を利用して、親子関係を主張するYには何の非難もなし得ないであらうか。以上のように、理論的にも実質的にも、本訴提起行為を不法行為とした本判決には問題があり、反対である。

(22) 我妻、「親族法」281頁—282頁。