

Title	〔最高裁判事例研究 二九三〕 一 人事事件における証拠調の限度 二 内縁の妻が懐胎した子と父の推定
Sub Title	
Author	大濱, しのぶ(Ohama, Shinobu) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1991
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.64, No.8 (1991. 8) ,p.114- 127
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19910828-0114

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

〔最高裁判事例研究 二九三〕

昭和二九一(民集八卷一)
号八七頁)

一 人事事件における証拠調の限度
二 内縁の妻が懐胎した子と父の推定

子認知請求事件(昭和二九年一月二日第一小法廷判決)⁽¹⁾

(事実)

X(原告・控訴人・被上告人)の母Aは、昭和二二年四月二九日にY(被告・被控訴人・上告人)と結婚式を挙げ、爾来事実上の夫婦となつて、Aは同年八月二三日実家に帰され、後にXを分娩した。そこでXはYに対し本件認知の訴えを提起したが、Yは、Aが同棲前に他の男と関係してXを懐胎したのであって、Xは自分の子ではないと争つた。Xによれば、出生は昭和二三年一月一六日で、受胎後九ヶ月の早産児として助産婦Bのもとで出生したとされたが、Yは、Xが昭和二二年二月下旬に十ヶ月の成熟児として助産婦Cのもとで出生したこと、併せて、Aには情人がいたとの噂があり結婚が決まると同年四月に同僚の男女と泊まりがけの旅行をしていること等Aの同棲前の行状、同棲直後Aに性病が出たこと、同棲後三ヶ月弱で胎動があったこと等を主張した。

第一審長野地裁における証拠調では、鑑定(内容不明)並びにXY

A及び、YによればXの父と目されるDについての人相等の検証が行われている。第一審の判決は、性病、胎動、出生時の体重に関する助産婦Bの証言に矛盾があることから、Xが昭和二三年一月一日に出生したとしても早産児であったかを確認するに足る証拠はなく、更に鑑定及び検証の結果に徴して、XはYの子たることを断定し難いとして、請求を棄却した。

Xは控訴し、控訴審東京高裁における証拠調では、XYAについての血液型・人相等の鑑定が行われている。控訴審の判決は原判決を取消して請求を認容したが、その理由は次のようなものである。まず、Xの出生日について、Yが出生票及び人口動態調査票における助産婦の記載の食違ひがあること及び出生証明書の出生年月日欄の数字に訂正の痕跡があることから、出生日につき届出の際に作為があったと主張することから、その「理由原因は証拠上これを詳らかにするをえないが」、これだけのことでXの出生日をYの主張通りに認定することはできず、昭和二三年一月一六日であることは他の証拠から明らかで、故にXはAとYの内縁成立後二六三日目解消後一四六日目の出生子と認定した。その上で、「法律上の婚姻といひ、内縁の夫婦といひ、これを法律上全ての点において同一に取り扱うことは、固より許さるべきことではないが、内縁の夫婦は少くとも単なる野合とはちがうのであって、内縁の夫婦間の性関係と内縁の妻の貞節とが法律上の婚姻の場合と本質的に同一であるとみられる限りにおいては、婚姻の場合における父性推定の規定たる民法

第七百七十二条は、内縁の場合において内縁の妻の懐胎した子の父性を認定するため類推適用されべきであり、「内縁関係成立前に既に懐胎せられたこと、又は、内縁関係成立後に懐胎せられたとしてもその間」Aに「不貞の行状があったとの反対の証拠がない限り」XはYの子と推定するのが相当とした。前記推定を覆す立証の有無については、内縁成立前の懐胎を推測すべき事実としてYが主張する点に関し、却ってXは早産児と認められること、性病やAの行状等からは内縁成立前にAが他の男と情交した事実は認められないことを挙げ、第一審の検証及び鑑定の結果等によるも「前記推定を覆し控訴人が被控訴人の子でないという事実を認定することができず」、却って控訴審の鑑定結果によれば「固より真実被控訴人の父であるとの断定はできないがその父であることの可能の確率は五五、六パーセントで法医学上からはむしろ控訴人は被控訴人の子であると認定するのが相当である事実が認められるので、前記推定はここに科学的根拠を得て一層強められたものといふべきである。以上の次第で、本件において確定せられた叙上事実関係の下においては、控訴人は、被控訴人の子であると認めるのが相当である」とした。

(上告理由)

一 人事訴訟手続法三一条の解釈を誤った違法がある。同条は、人事訴訟における真実発見の要請に基づき、当事者の提出した証拠のみによって真実発見が困難な場合は、裁判所は職権によって証拠調をなすべしという真実探求の義務を認めたものと解すべきである(大判昭和一〇年一月三日)。然るに原審が、①出

生票と人口動態調査票の助産婦の記載の食違い及び出生証明書
の出生年月日欄の数字の訂正に関する職権証拠調を行わなかつたこと②XはYに似ておらずDに生写しである旨の第一審の検証結果を理由なく排斥し、XYAのみの鑑定結果を証拠として採用する一方、Dの血液型その他の職権鑑定を行わなかつたことは違法である。

二 民法七七二条・七七五条・七八七条の解釈を誤った違法がある。内縁関係に民法七七二条が類推されるとすると、内縁成立後二百日後解消後三百日以内の出生子は推定された父を有していることになるので、その父に対して認知を求めめる必要はない。その父が父子関係を否認するには民法七八七条を類推して否認の訴えによるべく、それが容れられた場合に眞の父に対して認知を求めうるにすぎない。かかる権利保護要件を欠いた訴えを受理したことは違法である。

(判旨)

上告棄却

一 「人事訴訟事件においても、裁判所がいかなる限度まで証拠調をするかは、裁判所が、すでに得た心証の程度により、自由によりこれを決することを得るものであって、人訴三一条もこの点に関し何等制限又は変更を加える趣旨を含むものと解すべき理由はない。そして、原判決の挙げている各証拠を総合すれば、原判決のような認定をすることはできるわけであるから、原審がこれらの証拠によって得心証をもって十分なものとし、所

論のごとき諸点につき、更に証拠調をしなかったことを捉えて、所論の違法があるということではない」

二 民法七七二条の適用により嫡出の推定を受ける子が特に父の認知を必要としないのは、同条の推定があることのみならず、嫡出の推定は、否認の訴え以外の方法によってこの推定を争うことが許されていないものと解すべきだからである。「しかるに、内縁の子についても民法七七二条が類推されるという趣旨は、事実の蓋然性に基いて立証責任の問題として、父の推定があるというに過ぎない。それ故、認知の訴訟において父の推定を受けている者が、父にあらざることを主張する場合には、その推定を覆すに足るだけの反証をあげる責任を負うわけである。そして、父と推定される者は、認知をまたずして、法律上一応その子の父として取扱われることもなく、また同様にその子は、認知をまたずして、法律上一応推定を受ける父の子として取扱われることもないと言わねばならぬ。だから、父子の關係は、任意の認知がない限りどこまでも認知の訴で決定されるのである（民法七七九条、七八七条、その際民法七七二条の類推による推定は、立証責任負担の問題としての意義を有するのである。さらに、戸籍の取扱からいっても）」「内縁の夫婦については、もとより婚姻の届出はないのであるから、その父と推定される者の子として父の戸籍に届出ても、実質的審査権をもたない戸籍吏は、内縁關係の実質を調べるわけにはいかなないから、現行戸籍法の解釈としてこの届出を受理することは許されないもの

と言わねばならぬ。それ故、戸籍の点からいっても認知の訴は必要となって来る。」

（評釈）

判旨第一点、第二点ともに疑問がある。

一 判旨第一点は、人事訴訟では当事者の申出た証拠のみで真偽不明の場合に裁判所には職権による証拠調をする義務があるとする上告理由に対し、これを否定するものである。その趣旨において、人事訴訟における証拠調の限度は裁判所の心証に依じた裁量に委ねられ、親子關係事件の職権証拠調の場合も例外ではないという立場を示している。条文に照らすと、証拠調の限度が裁判所の自由裁量に委ねられることは民事訴訟法二五九条の定めるところであり、他方人事訴訟手続法三一条は二項において職権証拠調を定めるので、判旨は、人事訴訟に民事訴訟法二五九条の適用があること及び人事訴訟手続法三一条二項はその妨げにならないということになる。人事訴訟の証拠調の限度に関する大審院判決としては、上告理由が引用する大判昭和一〇年一月二二日（裁判例九卷民事六頁）があるが、最高裁の判決としては、本判決が最初のものようである。両者の關係については後述する（三）。

また、本判決の立場を踏襲するものとして、最判昭和三五年二月二日民集一四卷一四七頁（婚姻事件における職権による当事者尋問の要否）、最判昭和三六年六月二〇日家月一三卷一一号八三頁（死後認知請求事件における職権による遺言状の鑑定の要否）が

る。

二 判旨第一点には、格別の議論はないといって差し支えあるまい。が、問題がないわけでもない。本判決及び前記最判昭和三五年二月二日の評釈を中心に学説を整理すると、次の三つの問題が見出せる。(一)上告理由のいうように、人事訴訟において当事者の申出た証拠のみでは真偽不明の場合、裁判所は常に職権証拠調をせねばならないか(人事訴訟における職権証拠調の権限行使についての右の意味における義務の有無)。これを否定し、本判決のように人事訴訟における職権証拠調の限度は裁判所の裁量に委ねられるとしても、(二)職権証拠調の権限行使が違法になる場合を認めうるか(職権証拠調の限度を決する裁量権についての限界の有無)。これを肯定するとすれば、(三)本件事案が職権証拠調の権限行使が違法になる場合に該当しうるか(本件事案の解決の仕方 of 妥当性)である。

(一)については、上告理由のごとくこれを肯定する学説は見当たらない。否定する理由は、人事訴訟にも自由心証主義が採られる点に求められることが多い。(二)については、①積極的な立場と②消極的な立場がある。①積極説には、認知事件の場合に言及するにとどまるものもあるが、①人事訴訟に限らず広く職権証拠調一般について、原則としては裁量に委ねられるとしつつ、「裁判所の自由裁量にも自ら限界があるものというべく、個々の具体的状況からみて、職権による証拠調をしなかつた措置が一般裁判官の通念に照らし、到底首肯できないような

場合には違法になると解する。換言すれば、職権証拠調は一般的に義務ではないが、右の如き特別の事情の存するときは取調の必要(これを「義務」と呼ぶか「責務」と呼ぶかは用語の問題である)があるというべきである」というものがある。(二)消極説の理由としては、費用及び当事者の訴訟追行の態度に対する影響が挙げられる。(三)については、①④積極的な立場と①⑤消極的な立場がある。

以上の問題につき、いずれの立場に与すべきか。(一)については、自由心証主義というよりむしろ訴訟経済に反することから、肯定説は支持できない。そこで、職権証拠調の権限行使は、当事者の申出による証拠調の場合と同様、裁量に委ねるとの考え方が妥当であると思う。なお、職権による場合を含めて証拠調の限度に関する自由裁量原則と自由心証主義との関係については、後に触れておきたい(四)。更に付言すれば、職権証拠調の権限行使は自由裁量に委ねるとの考え方は、人事訴訟に限らず、その他の民事訴訟において職権証拠調が許容される場合に広く当てはまるのではないかと思う。(二)については、①積極説、とくに後に掲げた①見解を支持したい。これに対しては、裁量に委ねるとしながらもその裁量に限界があるとするのはおかしいとの反論が考えられようが、裁量権は性質上濫用のおそれを内在するものであるから、その防止のために客観的限界を認めることは合理的であろう。民事訴訟法二五九条の解釈として、違法性につき明言しないまでも、多くの学説が証拠

調の限度を決する裁量に限界があることを認めていることは、⁽¹¹⁾裁量権についての同様の理解に基づくように思われる。付言すれば、職権によるか当事者の申立てによるかを問わず、また人事訴訟かその他の民事訴訟かを問わず、広く証拠調が適法であるためには、その限度を決する裁量権が一定の限界内に止まっている必要がある、換言すれば、証拠調の限度は——裁量権の限界を以て枠付けされる——一定の限度を超える必要があると思ふ。⁽¹²⁾（3）については、①-③の積極説を支持したい。この点については後述する（三）。

以上を踏まえた上で、本件事案の解決の仕方についての是非を別として、人事訴訟の証拠調の限度に関する本判決の立場をどのように理解し評価すべきかを考えてみるに、判旨は（一）については否定する態度を明らかにしているが、（二）については直接述べていないので、この点を否定するものではないと解してよいと思ふ。そこで、本判決の立場は、（一）について否定するに止まるものと解することを前提として、⁽¹³⁾正当と考える。

ここで、上告理由が引用する大判昭和一〇年一月二二日（離婚事件）との関係について触れておくと、この判決は、人事訴訟では身分関係を取扱う故に、裁判所の真実探求の努力が一層強く要求されることを説き、更には人事訴訟における職権探知主義の採用も右の趣旨において理解せられることに言及した上で、職権証拠調は勿論のこと当事者の証拠の申出も悉く却下した原判決には「不当ニ真実探求ノ義務ヲ怠リ事実審トシテ正ニ

為スベキ審理ヲ尽クサザリシ違法アルモノ」としている。この判旨は上告理由のように解する余地もないわけではないが、むしろ職権証拠調の権限不行使が違法になる場合があることを、例外として認めるものと解した方がよいように思ふ。即ち、右大審院判決は、前記（2）について①の立場に立つものと考えられる。⁽¹⁴⁾この意味で、右大審院判決は本判決と矛盾するものではないと思ふ。⁽¹⁵⁾

三 上述のように、本判決が、職権による場合も含め人事訴訟の証拠調の限度は裁判所が自由に決することができることとについては、いわば原則を述べたにすぎず、職権証拠調をしないことが違法になる場合があることを否定するものではないと解した上で、賛成である。本判決に対する疑問は、本件事案の解決の仕方にある。即ち、本件については職権証拠調の権限不行使が違法となる例外的な取扱を認める余地もあったように思ふ。

本件は人事訴訟手続法三一条により職権証拠調が許容される親子関係事件であるが、人事事件のうちでもこの事件類型には、客観的真實の探求の要請がとくに強く働くと考えられる。こうした性質に鑑みて、少なくともこの事件類型は、職権証拠調を含めた証拠調一般の限度を定める裁量権の限界について、通常の民事事件より厳しく解してよいのではないか、換言すれば、より丁寧な証拠調を要求してもよいように思ふ。⁽¹⁷⁾このことを前提としたうえで、具体的状況に照らしてみると、上告理由が

主張するうち、Dについての職権鑑定を行わなかった点が問題になり得ると思う。——約四〇年前の判決であるからその間の科学の進歩を考慮せねばなるまいにしても——原審の鑑定結果においてYが父である確率は五五、六パーセントという低い数値に止まっていること、——専門家の判断である鑑定結果に比較して検証結果は信頼性において劣るように思われるにしても——第一審の検証結果ではXはYには似ておらずDによく似ているとされ、第一審はこれを採用していること、——原審は内縁成立前の他男情交の存在を認定できないとしているので、これがDの職権鑑定をしなかった理由ではないかと思われるが——おそらく原審はDとの情交不存在について確信に達してはおらず、いわゆる真偽不明の状態ではなかったかと憶測せられること等を考え合わせれば、原審の措置について証拠調の限度を決する裁量権の限界を逸脱した場合とみることは必ずしも否定し得ないように思う。

四 ところで、証拠調の限度に関する裁量権の限界は、自由心証の限界と同様であると説明されることがある。また、人事訴訟の職権証拠調のみならず一般に証拠調の限度を裁判所の自由裁量に委ねるとの原則は、自由心証主義を採るが故のものと考えられるようである。こうした説明ないし考え方自体に異論を唱えるわけではないが、証拠調の限度に関する自由裁量原則と自由心証主義との関係は、なお検討する余地があるように思う。証拠調の直接の目的は心証形成であるので、証拠調は心証形

成を妨げるようなものであってはならず、これに役立つものでなければならぬ。証拠調の限度についての自由裁量原則が正当化される理由も、第一にこれが自由心証主義に奉仕するところに求められよう。この意味で両者の結びつきを否定すべくもない。が、翻って両者は、少なくとも後者を採用する以上は必ず前者を採用せねばならないといった関係にはないと思う。仮にそういった関係にあるとすれば、証拠調の限度の決定に裁量を認めないことは自由心証主義に反することになる。が、例えば職権証拠調を常にせねばならないとしても、また当事者から申出られた証拠は全て採り上げるとしても、証拠力の自由な評価の妨げになるであらうか。むしろその方が、自由心証主義の目的たる実体的真実発見⁽²²⁾に資することになるのではあるまいか。⁽²³⁾

証拠調に限度が必要とされる理由を考えてみるに、それは自由心証主義ではなく訴訟経済に求められるべきであると思う。証拠調の限度についての自由裁量原則も、自由心証主義の必然的帰結というより、訴訟経済の制約のもとで、自由心証主義の機能を最大限に發揮できるからこそ認められる建前のように思われる。自由心証主義は、法定証拠主義の硬性性の反省にたつて真実発見のために最も効率のよい制度として採用されているため、できるかぎりその自由を制約しないことが望ましい。⁽²⁴⁾これに対し、証拠調の限度に関する自由裁量原則は、上述のように自由心証主義のみならず訴訟経済の要請との結びつきが強い

と考えられるので、その裁量の限界は、自由心証主義の自由の限界と全くパラレルに扱われねばならないわけではなく、相対的には、やや厳しく考えることが許されるのではあるまいかと思われる。

五 判旨第二点は、民法七七二条の類推適用に関するもので、直接には民法の問題というべきである。が、同条は推定の語を用いる規定であるから、その類推適用に関しては、民法の問題としてのみならず、推定に関する訴訟法の問題の一としてみることもできると思う。故に、判旨第二点も併せて検討することにする。

まず、本判決を民法の問題としての観点から概観しておく。まず、内縁子に民法七七二条の類推適用を肯定した——大審院・最高裁を通じて——最初の上級審判決としての先例的価値が認められる。但し、(一)同条の類推適用の可否自体は、最高裁では争われておらず、本判決はこれを肯定する理由に触れることもなかった。この結論については学説にも異論はないようであり、その理由としては、原審が述べるところと同様に、民法七七二条の父性推定の根拠は届出ではなく、婚姻生活における性交渉の存在及び妻の貞操遵守にあり、この点で婚姻と内縁は異ならないことが挙げられる。そこで、むしろ争点は、同条の類推適用があることを前提にした(2)類推適用の意義及び(3)類推適用ある場合の認知の訴えの要否である。本判決は(2)につき「事実の蓋然性に基ついて立証責任の問題として、

の意義を有するにとどまり、法律上の父子関係の存在は推定されないとし、その論理的帰結として及び戸籍制度との関係で(3)を肯定する。学説の多くは、(2)について現行法の認知主義の枠内での内縁子保護のあり方として妥当であることを理由に本判決の立場に賛成し、(3)につき、戸籍制度に関する点は技術的な問題にすぎないとして、これを理由に掲げることには批判を加える他は、本判決の立場に賛成する。これに対して一部の学説は自然的親子親による認知の客観主義の立場から、本判決の立場に反対し、上告理由の如く(2)につき単に証明責任の問題にとどまることなく反対の証明ない限り法律上の父子関係が生じることを認め、従って(3)につき認知は不要とする。更に、推定を覆す方法として、嫡出否認の訴えを類推する立場と親子関係不存在確認の訴えでいくべしとの立場に分れる。

さて、本判決以後最高裁は、昭和四二年一月二日家月二〇巻三六〇頁(推定を覆すに足る特段の事実につき審理不尽、理由不備の違法ありとして破棄差戻)、昭和四四年一月二七日民集二三巻一〇二二九〇頁(民法七七二条の類推適用がある場合にも民法七八七条但書の出訴期間の制限を認めた事例)、昭和四六年三月一九日判時六二三号七五頁(推定を覆すに足る特段の事情なしとして認知を認めた原判決を維持)、昭和五五年一月二三日判時九九二号四七頁(前掲昭和四四年判決に同じ)において、本判決の立場を踏襲している。ところが、横浜地判昭和五四年一〇月一九日判時九四八号八九頁は、韓国法を

準拋法とする内縁子の父子関係存在確認請求を認容し（確定。なお同解説によると、日本民法七七二条をめぐる解釈論は韓国民法八四四条のそれと同様に考えられてよいとのことである）、以下のように判示している。内縁子に対する韓国民法八四四条の類推適用による推定は「単なる事実上の推定にとどまるものではなく、法律上の推定と解するのが妥当である。それゆえこれが推定を受ける子と」内縁の夫「との間には認知を待つまでもなく法律上の父子関係があるものというべきである」。この父子関係は非嫡出子の母子関係と同様、認知主義の例外と解すべしとする。この事案は内縁子出生後内縁の夫婦が婚姻し夫死亡後一〇年以上経たというもので、本件の事案とは異なることには注意を要するが、判決理由を素直に読む限り、民法七七二条の類推適用の意義及び認知の訴えの要否につき、本判決に反対する学説及び本件上告理由と同様の立場を示したものとみることが出来る。

六　ところで、周知のごとく、推定には、事実上の推定と法律上の推定があり、両者は効果の上で厳然と区別される。前者は、間接事実により主要事実の存否を推認するが如き、経験則による通俗的な意味の推定をいい、この推定の効果は証明責任の分配に影響を及ぼさない。これに対して、後者は、甲事実あるときは乙事実あるものとの推定するが如き推定命題が法規の内容とされる場合で、この推定の効果を覆すためには推定される事実の不存在につき、真偽不明に追い込むだけではたりず、裁判

官に確信を抱かせねばならない。この意味で法律上の推定は証明責任の転換を伴う。更に、法律上の推定は、事実を推定する事実推定と、権利ないしは法律関係を推定する権利推定に区別される。⁽³¹⁾

本判決における民法七七二条の類推適用の意義ひいては認知の訴えの要否という問題についても、本判決は右のいかなる推定を認めたものと解すべきか、そしてそれは妥当かという観点から検討することが考えられる。本判決の立場について、学説がどのように解しているかという点、事実上の推定とみるもの、法律上の推定とみるものに分かれており、一致をみていない。⁽³²⁾

いずれの立場に与するべきかを検討する前に、民法七七二条の推定の本来の意義について——類推適用される場合の問題としてではなく、適用される場合の問題として——考えておきたい。まず、同条一項及び同条二項は共に法律上の推定であることに異論はないようである。が、同条一項が法律上の事実推定⁽³³⁾か、権利推定⁽³⁴⁾かは見解が分かれている。更に、同条（一項）は法律上の推定としても特殊な効果を有する旨指摘されていることに注意を要しよう。即ち、通常の法律上の推定は、その効果の覆滅の方法をとくに制限されないのに対し、民法七七二条の場合には、同法七七四条により、推定の効果を覆滅する方法が嫡出否認の訴えに限定されるという点である。更に、この推定の効果の覆滅方法の制限の前提として、推定が生じることによる証明責任の転換という通常の訴訟法的な効果のほかに、裁判外

における一応の法律状態の形成という実法的な効果が結びつけられていることが挙げられる。³⁷⁾

民法七七二条二項は通常の法律上の事実推定とみてよいと思う。一項も、法律上の権利推定というより、法律上の父子関係の成立原因についての推定として、³⁸⁾法律上の事実推定の一種とみてよいように思うが、同時にその特殊性——推定の効果の覆滅方法の制限のみならず、実法的な効果が生じる点——に注目しておく必要があると思う。こうした特殊性に鑑みると、一項の①法律上の推定の効果は、次のような三つの意義に分解して捉えることも可能ではなからうか。即ち、④自然的親子関係の事実の存否についての証明責任を転換させること(父性推定の訴訟法的効果)、⑥一応の法律上の親子関係という法律関係を生じさせること(父性推定の実法法的効果)、⑤嫡出否認の訴えによらねば一応形成されている法律関係を覆せぬこと(実法法的効果の覆滅方法の制限)である。

民法七七二条の推定の効果を右のように解することが許されるとするならば、内縁関係に対する同条の類推適用の意義については、右の三つの効果のどこまでを認めるべきかという形で問題にすることが考えられよう。更に、ここで問うのは適用ではなく類推適用の意義であるから、選択肢としては、加えて自然的親子関係の事実についての②事実上の推定の効果も考えられてよいであろう。では、本判決の立場はどのように解すべきかという点、①-⑥を認めないことは明らかであるが、①-

④を認めるか、それとも②かについて必ずしも明らかではないと思う。即ち「事物の蓋然性に基づいて」という措辞に鑑みれば②事実上の推定と解する余地もあるが、他方「立証責任の問題」との措辞からすれば、①法律上の推定として④推定が生じた場合の証明責任の転換の効果のみを認めるものと解せられる。「立証責任」が強調されているので、後者とみる方が素直な理解の仕方のように思う。なお、原審判決についても「前記推定はここに科学的根拠を得て一層強められた」との措辞からすると、②事実上の推定を認めるもので、鑑定結果により経験則を補強したと考えられないこともないが、他方、推定を覆すのに反証ではなく本証を要求しているようであり、「前記推定を覆し控訴人が被控訴人の子でないという事実を認定することができず」との表現はあっても、積極的に父子関係の存在を認定できる旨明言してはいないように読めるので、①-④を認めるものではないかと思う。これに対して、本判決に反対する学説のうち、推定の効果を覆す方法として親子関係不存在確認の訴えで行くべしとする学説は①-④⑥、嫡出否認の訴えを類推すべきとするものは①-④⑥⑧まで認めようとするものといえよう。なお、前掲横浜地判は①-④⑥を認めることは明らかであるが、⁴⁰⁾⑧については不明とみるべきであろうか。

本判決の立場を右のように解するとして、次にこれは妥当であるかを検討する。が、その前提として、ある推定命題を事実上の推定と解すべきか、法律上の推定と解すべきか、更に

特殊な効果を伴う場合それを認めるべきかについて、何を基準として考えるべきか、が問題になりうると思う。事実上の推定と法律上の推定の基本的な差異は、証明責任との関係にあるとみてよいと思うので、右の問題についても、証明責任の分配基準に関する考え方を参考にすることが考えられてよいと思う⁽⁴¹⁾。

けれども、証明責任の分配基準に関しては周知のとおり学説が多岐に分かれ、⁽⁴²⁾ 困難な問題であるので、ここでは立入ることを差し控え、次の二点を述べるに止めておきたい。まず右の問題にはその性質上、規範説ないし法律要件説は参考になし得ない。そして、内縁子に対する民法七七二条の類推適用の効果をいかに解すべきかに関しては、とくに実体法上の政策的要請を重視して考えるのが妥当ではないかと思う⁽⁴³⁾。

内縁子に対する民法七七二条の類推に関して、実体法上基本的に問題になるのは、内縁子（ひいては子）の保護と非嫡出子についての認知主義（ひいては法律婚）尊重という二つの要請の調整をいかに図るかということではないかと思う。このような観点からすると、まず類推適用の効果を①法律上の推定と解するか②事実上の推定と解するかについては、内縁子保護の要請により資することから前者の方が妥当と思う。またそう解しても、①法律上の推定の効果を④通常の法律上の推定の効果に止めるかぎり、認知主義の尊重の要請に直接抵触しないので、この点からとくに問題になることもないと思う。それに対して、⑤一応の法律状態の形成の効果を認めることは認知主義尊重の

要請に反することになり、困難な問題が生じる。思うに、法律婚主義を採る限り内縁の保護の限界をどこに置くかは重要な問題であるし、認知主義の堅持はその限界の画し方の一つとしては評価できるであろう。けれども、子の犠牲において内縁保護に歯止めをかける行き方には賛同し難い。故に、内縁子に対する民法七七二条の類推に関して、内縁子保護の見地から、①④のみならず⑤の効果も認めてよいのではないかと思う。これを認めると、認知の訴えを形成の訴えとする限り、認知の訴えは不要と解せられる⁽⁴⁴⁾。更に⑥覆滅方法を制限する効果を認めるべきかについては、一応形成された法律状態を覆すのは形成の訴えである必要があり、親子関係不存在確認の訴えを確認の訴えとみる以上、これによって推定を覆すことはできないと考えらるべきであろうから、結局現行法上は嫡出否認の訴えを類推するほかないと思う。なお、⑥の効果を認める際に問題になる戸籍の手続については、内縁証明の方法を工夫することが考えられよう⁽⁴⁶⁾。

以上のように、判旨第二点については、内縁子に民法七七二条を類推することには賛成であるが、類推適用の意義及び認知の訴えの要否に関しては反対で、上告理由の立場を支持したいと思う。なお、同条の類推適用をうける内縁子が自己の身分関係の安定を図ることを欲するならば、認知の訴えではなく親子関係存在確認の訴えによればよく、認知の訴えによった場合には訴えの変更をすべきで、訴えの変更がないときには、釈明に

よりこれを促すことが許されてもよいのではないか。更には、その釈明権不行使を違法とすることも考えられないことではあるまい。⁽⁴⁷⁾

(1) 本件控訴審判決東京高判昭和三十五年八月八日は高民三巻三号九一頁に登載されており、第一審判決の理由は、同九九頁以下にある(後掲本件判批早川三七頁、同じく和田二二三三四頁参照)。

本件判批として、川添利起・最高裁判所判例解説民事篇昭和二十九年度二頁(昭和三〇年)、木村健助、関西大学法学論集四巻二号(昭和二十九年)八九頁、早川登・名城法学四巻二号(昭和二十九年)三三頁、谷口和平・末川博編最高裁判例批評昭和二十九年度三〇頁(民商三〇巻六号(昭和三〇年)五三五頁より転載)、太田武男・中川淳編判例親族法(有信堂、昭和四四年)一四一頁、於保不二雄・家族法判例百選新版増補(昭和五〇年)九八頁、黒木三郎・家族法判例百選三版(昭和五五年)八六頁、和田吉弘・法協一〇六巻一二号(平成元年)二二三四頁。

なお控訴審判決については、我妻栄「判例慢策・父子関係の成立(二)―父の搜索―」ジュリ三八号(昭和二八年)八頁、来栖三郎 尾高都茂子・法協七一巻五号(昭和一九年)四八五頁。

(2) 最高裁昭和三五年二月二日判批として、鈴木潔一・最高裁判所判例解説民事篇昭和三五年年度一二頁、沢井種雄・民商四二巻六号(昭和三五年)八一六頁、新堂幸司・法協七九巻四号(昭和三七七)五二〇頁。

(3) 人事訴訟に限らず広く職権による証拠調をなし得る場合について、その権限の行使が義務であるかはときに問題にされ、とくに刑事訴訟で問題になる旨の指摘もある。岩松三郎 兼子一編、法律実務講座民事訴訟編4(有斐閣、昭三六年)一五八頁及び一五九頁注

六。

(4) 岩松 兼子編・前掲一五八頁、早川・前掲本件判批三五頁、鈴木・前掲昭和三五年判批一三頁、和田・前掲本件判批二二三八頁。
 (5) 谷口・前掲本件判批三三頁以下。誤判の場合の訂正の困難さを理由とする。なお黒木・前掲本件判批八七頁は、本件につき当然に職権鑑定をすべきで上告を容れる余地ありとするが、職権証拠調の権限不行使が違法となる場合を人事訴訟事件一般について認めるかは不明。

(6) 岩松 兼子編・前掲一五八頁。同旨、和田・前掲本件判批二二三八頁。

(7) 沢井・前掲昭和三五年判批八二三頁以下。なお後注(10)参照。

(8) 前注(5)に掲げた判批。

(9) 前注(6)。

(10) 本判決については、職権証拠調の権限不行使が違法なる場合を認めるかに触れず、全面的に賛成する学説が少なくない(川添・前掲本件判批一二頁、木村・前掲本件判批九一頁、斉藤秀夫編・注解民事訴訟法4(第一法規、昭和五〇年)四二三頁(小室直人、早川・前掲本件判批三五頁、鈴木・前掲昭和三五年判批一三頁(但し、人事訴訟につき、その特質から証拠調の限度は慎重に決することが望ましいとする)。これらは本文の②の立場を採るか①・③の立場を採るかは不明ということになる)。

なお新堂・前掲昭和三五年判批五二一頁以下は、本判決の理論を正当とされるが、職権証拠調の権限不行使について合理的な理由の開示が必要になる場合があることを指摘されている。その前提として、同教授は証明度及び事実認定則につき事件類型毎に差異があることを認められる。より丁寧な証拠調を要求することが、証明度を高く設定することになるとすれば、事件類型毎に証明度の差異を認

める考え方に賛成したい。が、証明度とはそれだけの意味ではないとすればこの考え方にはやや疑問があるので、ここでは証明度については触れないことにする。なお、人事訴訟の証明度に関する実務家の意識について、倉田卓次「父子関係の証明」鈴木忠一 三ヶ月章監修・新実務民事訴訟講座8（日本評論社、昭和五六年）三七七頁以下注（55）及び（56）参照。

(11) 岩松 兼子編・前掲一七九頁。千種秀夫「証拠調をめぐる諸問題」鈴木忠一 三ヶ月章監修・実務民事訴訟講座1（日本評論社、昭和四四年）三二九頁。菊井維大 村松俊夫・全訂民事訴訟法Ⅱ（日本評論社、平成元年）四一七頁、兼子一 松浦馨 新堂幸司 竹下守夫・条解民事訴訟法（弘文堂、昭和六一年）九六三頁（松浦、斎藤編・前掲四二三頁（小室）。なお刑事訴訟にであるが、恣意を排除するために、証拠調の限度を定める裁量権にも限界があることを正面から認める判例もある。最判昭和三年七月二九日刑集二巻九号一〇四五頁「裁判所は自由裁量を許されるとして、主観的な専断ないし独断に陥ることは固より許され難いところであり、実験則に反するに至れば、ここに不法を招来する」。

(12) なお、証拠調の限度の決定の適法性に関して、このような下限（証拠調の不足）を問題とするならば、上限（証拠調のしすぎ）も問題とすべきではないかとの考え方もあり得るかもしれないが、ここでは下限のみを問題にするに止める（上限の方は、仮にあるとしてもその違法をどのように取扱うかも含め、より困難な問題のように思われる。少なくとも親子関係事件の場合には上限を問題にしないくともよいと思う）。

(13) 岩松 兼子編・前掲一五八頁参照。

(14) 岩松 兼子編・前掲一五九頁注七。なお和田・前掲本件判批二二二九頁は通常の民事訴訟としても破棄され得るような事件であり、

本件とは事案がかなり異なるとされている。

(15) 理由は付されていないが、大判昭和一〇年一月二日と本判決は矛盾しないとするものとして、川添・前掲本件判批二二頁、早川・前掲本件判批三六頁。

(16) 岡垣学 吉村徳重編・注解人事訴訟手続法（青林書院、昭和六二年）三三二頁（佐々木吉男）。

(17) 勿論親子関係事件につき証明責任によることを否定する意味ではない。但し、東原清彦「認知訴訟における父子関係の立証」鈴木忠一 三ヶ月章監修・実務民事訴訟講座6（日本評論社、昭和四六年）一九一頁以下及び一九四頁注（12）には、認知訴訟につき、立証の必要及びそれを尽くさなかった場合の不利益は認めるにしても、証明責任を否定してもよいのではないかという旨の記述がある。

なお、新堂・前掲昭和五年判批五二三頁及び前注（10）参照。

(18) 黒木・前掲本件判批八七頁も父性肯定率が低過ぎることを指摘する。血液型を中心とする親子鑑定の結果について、倉田・前掲三七九頁注（62）によれば、今日では父性肯定率として九九パーセント以上の高い数値が示されることも珍しくないといわれている。また森寺邦之輔「親子鑑定」戸籍四一六号（昭和四四年）四一頁以下注（5）では、本件原審判決がエッセン・メラウ方式による父性肯定率を根拠に父子関係を認めた判例の一として掲げられているが、同三九頁では「この種の計算値は「例えば九五%、九八%というような値以上になって始めて父らしさが相当に濃いと見える」（上野正吉・法医学（昭和三四年）二五四頁）」との見解が紹介されている。

(19) 岩松 兼子編・前掲一七九頁、千種・前掲三二九頁。

(20) 三ヶ月章・民事訴訟法（有斐閣法律学全集、昭和三四年）四二〇頁及び前注（4）。

(21) 岩松 兼子編・前掲一五二頁参照。

- (22) 兼子他・前掲条解五〇五頁(竹下守夫)。
 (23) 千種・前掲三三一頁参照。
 (24) 千種・前掲三二八頁参照。
 (25) 兼子「自由心証と経験則」民事法研究Ⅱ(酒井書店、昭和二九年)一九七頁以下参照。
 (26) 外岡茂十郎・親族法の特殊研究(敬文堂、昭和二五年)二七二頁、太田武男・内縁の研究(有斐閣、昭和四〇年)一七九頁、右近健男・最判昭和四四年一月二七日批評・民商六三卷一号(昭和四五年)一五六頁。理由につき反対、倉田・前掲三五六頁注(14)(準婚性のみに求められるとする)。
 (27) 谷口・前掲本件判批三四頁、太田・前掲本件判批一四七頁、黒木・前掲本件判批八七頁、和田・前掲本件判批二二四四頁等。
 (28) 外岡・前掲一七七頁。
 (29) 木村・前掲本件判批九六頁、右近・前掲昭和四四年判批一五七頁、太田・前掲内縁の研究一七九頁。なお於保・前掲本件判批九七頁もこの立場に同調するようである。
 (30) 本来は嫡出子に関わる事案で、子出生後婚姻の場合の準正のためには認知が必要との立場及び死後認知の出訴期間の制限を前提とする限り、嫡出子たる身分を取得し得ないことになるところ、救済の途を認めた判決とみることもできよう。
 (31) 兼子「推定の本質及び効果について」民事法研究Ⅰ(酒井書店、昭和二五年)三〇〇頁以下、三ヶ月・前掲四一五頁、新堂幸司・民事訴訟法第二版補正版(弘文堂、平成二年)三五四頁等。なお、推定には「一応の推定」の概念もあるが、ここでは立入らない(これをどのように理解すべきかにつき学説は多様であるが、事実上の推定の一種とするのが近時の多数説のようである。藤原弘道「一応の推定と表見証明」民事訴訟法の争点新版(昭和六三年)二四四頁)。
 (32) 福永有利「推定されない嫡出子」星野英一編民法講座7(有斐閣、昭和五九年)一九四頁は、民法七七二条の推定の概念を訴訟法的に検討する必要性を指摘する。
 (33) 宮脇幸彦「自由心証と経験則」三ヶ月章他編・新版民事訴訟法演習Ⅰ(有斐閣、昭和五八)二八五頁、川添・前掲本件判批一二頁、川田昇・最判昭和四六年三月一九日批評・家族法判例百選四版(昭和六三年)七三頁、最判昭和四六年三月一九日解説・判時六二三号七五頁、横浜地判昭和四四年一〇月一九日解説・判時九四八号九〇頁。
 (34) 和田・前掲本件判批二三四一頁、早川・前掲本件判批三七七頁、福永・前掲一八七頁。
 (35) 岩松Ⅱ兼子編・前掲一二頁、新堂・前掲民事訴訟法三四四頁、小山昇・民事訴訟法四訂版(青林書院、昭和五九年)三三一頁。三ヶ月・前掲四一六頁、中野貞一郎他編・民事訴訟法講義補訂版(有斐閣、昭和五五年)三二九頁(青山善充)は一項二項の区別なく法律上の事実推定の例とする。
 (36) 福永・前掲一九二頁。
 (37) 兼子・前掲「推定の本質及び効果について」三四四頁。法律上の事実推定規定のうち稀なものとして、本文のような効果を有するものがあると指摘され、現在の民法七七二条に当たる旧八二〇条を(一項・二項の区別をせず)その例とされる。福永・前掲一九二頁には民法七七二条一項について同様の指摘がある。
 なお、法律上の推定の推定事実是一定の法条の構成要件を成す事実となつていとされる(兼子・前掲「推定の本質及び効果について」三〇八頁)が、この点に関する民法七七二条の特殊性につき、倉田・前掲三五五頁注(3)参照。

- (38) 兼子・前掲「推定の本質及び効果について」三二八頁以下参照。
- (39) なお民法学上では民法七七二条に關し、父性推定と、嫡性賦与ないしは嫡出推定の區別が説かれることにつき、於保「嫡出推定は嫡性賦与と父性推定に分離すべし」時報三一巻一〇号六二頁、中川編・前掲九〇頁(高梨公之)参照。
- (40) なお、和田・前掲二二四五頁は「認知が不要という意味であり、訴訟法でいう法律上の推定とは別の意味で用いられている」とする。
- (41) 兼子・前掲「推定の本質及び効果について」三〇九頁は、法律上の推定規定を設ける趣旨は、証明責任の分配などと同様に考えられることに言及している。なお、法律上の推定規定は証明責任規範であるとする見解(小林秀之・証拠法(弘文堂、平成元年)一四三頁)や法律上の推定の概念は証明責任の分配の問題に解消されるから不要との見解(石田穰・証拠法の再構成(東大出版会、昭和五五年)があり、その結論自体の当否は別として、右のような見解が存することは、ここでの問題を証明責任の分配基準に関する考え方に準じて取扱うことが許される根拠の一つにはなり得よう。
- (42) 学説の整理として、例えば竜崎喜助「証明責任の分配」講座民事訴訟5(弘文堂、昭和五八年)九一頁以下、小林・前掲一三八頁以下等。
- (43) 証明責任の分配基準につき、とくに実体法の立法趣旨を重んじる見解として、石田・前掲一四三頁以下、とくに一四九頁以下。
- (44) 認知の訴えを形成の訴えと解するのは通説(兼子一「親子関係の確認」民事法研究I(酒井書店、昭和二五年)三四九頁、山木戸克己・人事訴訟手続法(有斐閣法律学全集、昭和三年)六七頁、小山昇「認知請求訴訟における諸問題―最高裁の判例を機縁として」民商四四巻一号(昭和三六年)六三頁等)・判例(最判昭和二九年四月三〇日民集八巻四号八六一頁)。但し、これを確認の訴えとみる余地もないわけではなく(東京地判昭和二九年一〇月二八日下民五巻一〇号一八〇〇頁)、そのように解すると本文②の効果を認める場合でもただちに認知の訴えが不要になるとはいえまい(認知の訴えの性質に関する学説判例の整理として、中川善之助編・注釈民法(22)のI(有斐閣、昭和四六年)(利谷信義)二五二頁以下)。
- (45) 通説(兼子・前掲「親子関係の確認」三四三頁、山木戸・前掲八二頁等)・判例(大判明治三三年四月一七日民録六輯四号八四頁)。
- (46) 同旨、木村・前掲本件判批九七頁、谷口・前掲本件判批三五頁以下も、現行法の認知主義の下では到底許されないとしつつ、戸籍の手続の問題としては家庭裁判所を関与せしめた内縁証明の方法で対処し得ることを示唆する。
- (47) 訴えの変更を促す積明に關しては中野貞一郎「訴えの変更と積明義務」過失の推認(弘文堂、昭和五三年)二二九頁以下参照。同二二二頁以下では、学説は、権限行使の適法性につき積極的であるが、不行使の違法性につき消極的としている。

大濱しのぶ