

Title	民法七八七条但書と認知請求訴訟・父子関係存在確認訴訟： 高裁平成二年七月一九日第一小法廷判決を中心にして
Sub Title	Die Vaterschafts- bzw. die Feststellungsklage auf Bestehen der Vaterschaft und die Vorschrift des § 787 BGB
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira)
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.12 (1991. 12) ,p.9- 22
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	人見康子教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19911228-0009

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.

民法七七八七条但書と

認知請求訴訟・父子関係存在確認訴訟

——最高裁平成二年七月一九日第一小法廷判決を中心にして——

石 川 明

- 一 問題の所在
- 二 判例・学説の現状
- 三 検討
- 四 結論

一 問題の所在

一 民法七七八七条但書（以下単に但書という）は、死後認知訴訟の出訴期間を制限している。一定の場合、この期間経過後も子は父子関係存在確認の訴えを提起できるか、あるいは認知の訴え乃至父子関係確認の訴えを認める例外的場合があるのか、という点が問題になる。

右の種類父子関係存在確認請求訴訟や認知の訴えの可否については、判例は消極的であるが、学説は多岐にわかれていた。最近最高裁は右但書の出訴期間経過後に提起された父子関係存在確認訴訟の適否について消極的判決を下した。それは最高裁判平成二年七月一九日第一小法廷判決である（以下本件判決といふ）¹⁾。

二 本件判決の事実関係は以下のとおりである。

Xは、昭和二〇年六月二五日A、B夫婦の三女として出生届がなされ、同年八月二五日Cの養女として入籍された。ところが、昭和六三年になって、Xは自分は真実は母であるC女と亡D男（昭和三四年一月二日死亡）との間に出生したものであるとして、検察官を相手にして、Xが亡Dの子であることの父子関係存在確認請求の訴えを提起した。

本件訴訟でのXの主張を要約すると次のとおりである。すなわち、Xは、真実はC女の婚外子として出生したが、CはXを私生児として届けるのを避けるため、A、B夫婦に依頼して右のような方法をとったのであり、また、Xは既にXとA、B夫婦間には親子関係がないことを確認する審判を得ているが、亡Dに対する認知の訴えの出訴期間が経過しているために認知の訴えではなく父子関係存在確認訴訟を提起したものである。

一審、原審判決ともにXの訴えを不適法として却下した。原審はその理由として、「非嫡出子については認知によって初めて法律上の父子関係が発生するものと解すべきであるから、本件訴えは自然血縁的親子関係という事実の確認を求める訴えとして不適法なものといわざるをえない。また、認知の訴えの提起期間が経過した後には父子関係存在確認の訴えを提起することを認めるときは、……民法七八七条但書の趣旨を没却することになるから、この点からも本件訴えは許容することはできない」と判示した。

これに対して、Xは上告し、上告理由で、原審判決は憲法一四一条一項に反するとともに、判決に影響を及ぼすことが明らかな判例・法令違背があると主張した。

これに対して本件判旨は以下のごとく述べている。

上告棄却。「嫡出でない子と父との間の法律上の親子関係は、認知によってはじめて発生するものであるから、嫡出でない子は、認知によらないで父との間の親子関係の存在確認の訴えを提起することができない。……論旨は、違憲をいう点を含め、ひっきり、独自の見解にたつて原審の右判断における法令の解釈適用の誤りをいうものに基づきず、採用することはできない。」としている。

三 本件判決の立場は、通説でもある。そしてこの立場によれば認知が形成的である点から、死後認知は右但書にいう三年の出訴期間を経過した場合、子は永遠に法律上の父子関係を形成することができないことになる。したがって、認知が形成的であるとの立場によれば、法律上の父子関係はもっぱら認知の訴えにより形成すべきであって、そのことは右但書の出訴期間経過の前後を問わないことになる。いわんや右出訴期間経過後は父子関係確定の便法として父子関係存在確認請求訴訟は許されないということになる。しかしながら、この通説、判例の立場には強い疑問が残されていることも周知のとおりである。

本稿は右の問題点を検討しようとするものである。

四 本記念号の Jubilarin 人見教授は、かつて最高裁昭和五七年三月一九日第二小法廷判決の解説「死後認知の訴え提起期間の起算点」The Law School 四四号八三頁のまとめに以下のように解説されている。すなわち、(1)右但書について「その点では但書全面削除論か全面適用論しかないであろう」(2)「母子関係について当然発生主義が認められて以来、一中略―父子関係についても事実主義が強調されている」(3)「立法論的には、但書全面削除論―中略―によって、検討し直すことも必要であろう」とされているのである。⁽³⁾

(1)の但書全面削除論は(3)の立法論である。本稿は父子関係についても(2)の事実主義的要素を加味して、解釈論として全面適用論の緩和を論じるものである。

(1) 最判平成二年七月一九日判例時報一三六〇号一一五頁、判例タイムズ七三九号七六頁。なお本判決については、ジュリス

ト平成二年度重要判例解説一一九頁に池尻郁夫助教授の解説がある。本稿もこの池尻解説に教えられるところがあつた。

(2) 認知訴訟を形成訴訟とする先駆的判例は、最判昭和二九年一月二日民集八卷一号八七頁であり、今日では形成訴訟が、学説、判例上の通説といえよう。於保不二雄・解説・家族法判例百選（新版）九九頁も時間的制約がある限り認知の形成的性格は払拭できないとしている。

(3) 人見教授の同解説の「結び」は以下のとおりである。「七八七条但書をめぐり、学説では内縁中懐胎子で七二二条類推が認められる場合には、但書の適用を排除しようとする学説は有力である。しかし、婚外子と嫡出子の平等化に向かいつつある現代の立法傾向の流れの中で、婚外子の中に内縁中懐胎子と一時的交渉の子で差別を生ずる解釈は妥当なものとはいえない。その点では但書全面削除論が全面適用説しかないであろう。

全面適用説をとれば、「裁判上行使すべき権利の行使期間は、権利の存続期間にはかならない」（川島・前掲五七六頁）から、出訴期間経過後の認知の訴につき、「特段の事情」の審理も、「死亡が客観的に明らかになった日」を認定することもなく却下せざるを得ない。出訴期間については立法当時において、五年説もとなえられたように（星野・前掲一八一五頁以下）、まったく政策的なものであり、採証困難、濫用の弊害、身分関係の安定、相続回復との関係などが考えられよう。

母子関係について当然発生主義が認められて以来（最一小判昭和三七年四月二七日民集一六卷七号二二四七頁）、父子関係についても事実主義が強調されている。母子関係が、母の死亡後、母の遺産について遺産分割その他の処分後に明らかになつたとしても、七八四条但書、九一〇条を類推適用することはできない（最一小判昭和五四年三月二三日民集三三卷二号二九四頁）とし、母と非嫡出子の関係を一步進めている。

財産を所有することが多い父と非嫡出子の関係について、七八四条但書適用とすることは、父子関係の立証困難を考慮に入れても均衡を失することになる。

その点で立法論的には、但書全面削除論（あるいは憲法一四条違反による適用排除）によって、検討し直すことも必要であらう。

根本的には、認知の訴を形成の訴と考えるか確認の訴と考えるかについても再検討を及ぼすべきである。

非嫡出子の地位の早期安定を考えるならば、スイス民法のように子の出生後一年、フランス民法では出生後二年という、従来とはまったく別の視点から、認知の訴の除斥期間を定めることも考慮すべきであらう。

「蒸発」の法的処理を含めて、立法論的に考察すべき問題点を含む事案である。」

二 判例・学説の現状

一 (1) 出訴期間経過後の死後認知訴訟を不適法として却下した判例は数多い。これら諸判例は前記、池尻・解説に挙げられているので、ここに列挙を繰り返さない。そこに挙げられたものだけでも最高裁判決五件、高裁判決二件、地裁判決一件がある⁽¹⁾。但しそれらのうち最高裁昭五七年三月一九日判決は出訴期間の起算点を「父死亡の日」から「死亡が客観的に明らかになった日」に繰り下げている点が注目される。

(2) 死後認知の出訴期間経過後に提起された父子関係存在確認の訴えについて、これを不適法として却下したものとして、同じく前記、池尻・解説によれば、最高裁判決一件、高裁判決四件、地裁判決一件が挙げられている⁽²⁾。逆にこれを適法とした判決として最高裁判決一件が挙げられている⁽³⁾。そして、この種の訴えを不適法とする理由は、「認知訴訟の出訴期間経過後に父子関係存在を提起することを認めるときは、民法七八七条但書の趣旨を没却することになるから、父子関係存在確認訴訟は許容しえない」とか、あるいは、「非嫡出子については、認知によって初めて法律上の父子関係が発生するものであるから、父子関係存在確認訴訟は自然血縁的親子関係という事実の確認を求める訴えとしては不適法である」という点に求められている。

二 認知が形成的であるとすれば七八七条但書の認知訴訟出訴期間経過後の父子関係存在確認訴訟が適法か否かという問い方自体がナンセンスで、七八七条但書の期間経過を問題とするまでもなく、認知により父子関係を形成すべき子についての父子関係存在確認訴訟の請求それ自体が失当というべきである。したがって問われるべき右但書期間経過後の認知訴訟の適法性のみである。かかる立場からすれば、認知制度の客観主義的理解を徹底するという観点から、出生と同時に父子関係も成立するものとし、したがって、父の死亡後三年以上経過してなされた父子関係存在確認の訴えをも認める立場は、否定されなければならないことになる。

内縁関係から生まれた非嫡出子については以下の見解の対立がみられる。すなわち、内縁の夫婦関係から出生し、民法七七二条の類推適用によって生物学的な事実関係である父性が推定される子の認知に関して、学説には、第一に右推定によって法的にも父性が決定され、それ以上に認知を重ねることは不要とする説がある。この見解は推定がなされる場合、そもそも認知を必要としないとする見解である。第二に、なお認知は必要であるが、解釈論としては民法七八七条但書の適用排除を認めるべきであるとする説がある。すなわち、現実的な配慮さえ守られるならば、出訴期間制限の例外を設けてもよいという点で一致し、例外とされうる事情を設定していく方向を示している。第三に、父子関係における自然親子観の確立徹底を欠いている現段階としては、出訴期間の制限もやむを得ないとする説がある。⁽⁶⁾

(1) 最判昭和三〇年七月二〇日民集九卷九号一一二二頁（父の死亡後三年経過して提訴）

(2) 最判昭和四四年一月二七日民集二三卷一一号二二九〇頁（父死亡後五年経過して、内縁の子から提訴）

(3) 大阪高判昭和五五年八月二八日判例時報九八三号八三頁（父子関係の存在が確実な場合で、父の死亡の事実がこの法定

代理人等に判明したのが父の死亡の日から三年一ヶ月後であり、父の親族において認知を希望しているような事情の下に、死後一四年経過して内縁の子から提訴）

(4) 最判昭和五五年一月二三日判例時報九九二号四七頁（父死亡後五年経過して、内縁の子から提訴）

(5) 最判昭和五七年三月一九日（3）の上告審）民集三六卷三三三三頁。

(6) 最判昭和五七年一月一六日判例時報一〇六五号一三六頁（父の死亡後三九年経過して提訴（主位的請求））

(7) 大阪地岸和田支判昭和五九年二月一四日下民集三五卷一一四号六一頁（父子関係の存在が確実な場合で、父の死亡を知ったのが死亡時より三年経過後であり、もともとなされていた戸籍上の父子関係の記載が長期間経過後に訂正されたという事情の下に、死後四年経過して提訴）

(8) 大阪高判昭和六〇年一月二五日判例タイムズ五九九号六四頁（父の死亡後七年経過して提訴）

これら諸判例のなかで(5)の最判が、出訴期間の起算点を「父死亡の日」ではなく、「死亡が客観的に明らかになった日」に繰り下げるという処理をして、出訴期間経過後に提起された認知請求を認めている。前記、人見・解説はこの判例の解説であ

でないからである。⁽¹⁾この点で最高裁昭和二十九年一月二日民集八卷一八七頁の判決は、内縁継続中に懐胎した子は、内縁の夫の子と推定されるが、この意味は、子から内縁の夫に対して認知請求をする場合には立証責任は原告ではなく被告が負担するということであって、認知を待たずに子が推定される父をもつことではないとしているが、これは正当である。⁽²⁾したがって、前節注5の於保説が、このような父性推定の適用を受ける場合は、父子関係を認知の訴えではなく父子関係存否確認の訴えによって確定しようと説いたことにも賛成できないことはいうまでもない。

二 ところで、右第三説によれば、民法が死後認知請求の出訴期間を父の死後一定期間に制限した理由としては通常次の三点が挙げられる。⁽³⁾

(イ)父の死亡後あまり長期間経過してから認知訴訟を認めると、証拠が不明確になること、(ロ)検察官が被告であるため直接利害関係がないから、原告提出の証拠をくずすことや反証の収集に熱心ではなく、直接の利害関係人に防禦の機会が与えられていないために、容易に認知請求が認容される危険がある等濫用されるおそれがあること。

(ハ)いつまでも身分関係が不安定な状態で放置されることになり、いったん認知請求が認容されるならば利害関係人に重大な影響を与えること等である。

これに対して、以下の批判が加えられている。⁽⁴⁾すなわち、(イ)についていえば、内縁関係であっても民法七七二条を類推適用して、生物学的事実関係である父性が推定される場合、認知判決を要するまでもなく父子関係の存在が推定されると論じるのは行き過ぎであるとしても、右但書の適用は排除される、あるいは生物学的事実関係として父子関係を証する確たる証拠が存する場合、右但書の適用除外をすることは許されてしかるべきであるとの批判が考えられる。(ロ)についても、利害関係人に訴訟参加をさせてこれに実質的に訴訟活動をさせれば、この批判は回避されるといえよう。残る問題は(ハ)であるが、この点は相当な理由があるといふべきである。しかしながら、要は身分関係の安定性と真実性のいずれを強調すべきかという衡量の問題ということになる。安定性を優先させて七八七条但書が

適用除外を認めないというのは立法政策の問題で、かかる立法政策が採用されている以上はこれを解釈論としては尊重せざるを得ないということになる。

このようにみえてくると、(イ)(ロ)の問題は、右但書の適用排除を否定する根拠としては薄弱であるように思われる。やはり基本的に最も重要な論点は第三点(ハ)であろう。しかしながら(ハ)にみられる法的安定性の要請といえどもそれほど絶対的なものとは云い難いのではないかと思われる。というのは嫡出子が父を相手に提起する父子関係存在確認の訴えであれば、訴え提起期間の制限が存在しないということとの対比で考えてみるができるからである。嫡出子と非嫡出子を区別することについて存する合理性を理解できないわけではないが、しかし、認知の訴えの出訴期間を設けることによる法律関係の安定性の要請からみる限り、両者は五十歩百歩であって、その間に絶対的な区別がなされうると断定することはできない⁽⁵⁾かと思われる。

三 ももちろん、だからといって七八七条但書の存する限り死後認知の訴えの提起期間に何の制限も設けないこととは、同但書の立法論的当否は別にしても、その存在を無視することになり、かかる解釈は解釈論の限界をこえることになる。

婚姻子と婚外子との差別をなるべくなくそうとする傾向からすれば、その立法論的当否が問題になる。しかしこの点は別にしても、右但書が厳然として存在する以上、解釈論としてはその存在を前提として右但書の適用を制限する方向に進むのが、右の傾向に合致するのではないかと思われる。そこで折衷的見解として、第一に、前記最高裁昭和五七年判決のように但書の出訴期間の起算点を親の死亡が客観的に明らかになった日にずらすという見解が登場することになる⁽⁶⁾。親の死亡後三年といっても子に父の死亡が明かでない以上、但書を客観的絶対的に適用することは子にとり著しく酷になることはない。

最高裁五七年判決は、この点を指摘し、

「前記事実関係によれば、太郎の死亡の事実が花子らに判明したのは、その死亡の日から既に三年一ヶ月を経過した後であり、その間、上告人は戸籍上太郎、花子夫婦間の嫡出子としての身分を取得していたのであるから、上告人または花子が太郎の死亡の日から三年以内に認知の訴えを提起しなかったことはやむをえなかったものといふことができ、しかも、かりに右認知の訴えを提起したとしてもその目的を達することができなかったことに帰するところ、このような場合にも、民法七八七条但書所定の出訴期間を徒過したものとしてもはや認知請求を許さないとすることは、認知請求権者に酷に失するものといふべきである。右出訴期間を定めた法の目的が身分関係の法的安定と認知請求権者の利益保護との衡量調整にあることに鑑みると、本件の事実関係のもとにおいては、他に特段の事情が認められない限り、右出訴期間は、太郎の死亡が客観的に明らかになった昭和五三年一二月初め頃から起算することが許されるものと解するのが相当である。」

と判示しているのである。⁽⁷⁾ 私見もこの立場に賛成するものである。

しかし、かかる解釈とても右但書の明文の文理に反することは明白であることから、更に次のように要件を加重すべきではないかと考えられる。すなわち、前記二(イ)からみて、原告の主張によれば、(a)特に内縁関係で父性推定のある場合について、民法七七二条を類推適用して生物学的事実関係である父性が推定される場合であること、あるいは、(b)父性推定のない場合でも、右事実関係を証する確たる証拠が存することを具体的に示す主張が含まれている場合であることが必要とされるといふ点⁽⁸⁾である。これら二つのうちいずれかを具備する場合は同但書の出訴期間の制限を排除するという解釈をしてよいのではないかと思われる。

確かに、右(a)を要件として右但書の適用を緩和すると、推定要件ありとして提起される死後認知の訴えの濫用を誘発する結果になるという懸念も考えられるが、推定要件ありと主張することによって死後認知の訴えを適法に提起できたとしても推定要件が存在しない限り請求は結果的に棄却されることになるのであるから、不都合な程度に多くの濫用的死後認知訴訟を誘発するということにはならないものと思われる。

因みに、後掲四(1)の二宮説は、但書適用制限説を父性推定の及ぶ場合に限定し、推定の及ばない一時的関係の子

についてまで適用制限をするものではない旨主張される。私見によれば、既述のように後者の場合でも前記(b)の要件の下に適用制限をしてよいものと考えられるのである。

四 (1) 父性推定それ自体から期間制限の排除を認め、父性推定を認知訴訟の適法要件と解し、したがって父性推定が及ばない場合は訴えを不適法却下とすべしとする見解がある。すなわち、二宮・前掲判批は、

「制限排除説は、自然血縁に基づいて親子関係を成立させるべきだとしながらも、その自然血縁は究極的には父たることの可能性を示す事実つまり父性の推定に依拠せざるをえないことを認識して、内縁の子にはこの父性推定が及ぶがゆえに出訴期間の制限をはずそうとするのであって、推定の及ばない一時的関係の子についてまで父子関係が確実なことがわかれば制限をはずそうとするのではない。確実かどうかを立証することの困難さを認めるから、推定が及ぶ場合に限定するのである。また、内縁の認定については、挙式・同居・周囲の評価などの事情からなすことができるし、内縁の主張があれば右の事情から内縁の心証を形成できるかどうかでチェックをし、形成されなければ訴却下、形成されれば本案審理に入り、父性推定を排除すべき事情について判断していけばすむものと思われる」

として⁽¹⁰⁾いる。

さらにまた、星野・前掲判批は、

「届出がないだけで他の点は全く婚姻と変わらないような内縁の存在が原告により立証された場合において、先の父性推定が類推され、被告によってくつがえされなかったときに限り、七八七条但書の適用がない、とすることである。右の内縁関係の挙証の方法として、具体的には、挙式同居の事実、当事者の言動などから、周囲の者が、届出がなかったために法律上の婚姻でなかったことを知らない限り全く婚姻と思ひ込むような事情のあったことの証明を要すると解すれば、いわゆる内縁の多義性からくる危険は避けられよう」

として⁽¹¹⁾いる。但書の適用がないということは出訴期間との関係で訴えの適法性の問題が考えられており、父性推定が立証されなかったときは但書が適用されて訴えは不適法として却下ということになるとの主張であると解される。

（2）しかしながら、私見によれば、父性推定の主張はあるが、審理の結果父性推定ができない場合認知請求を棄却すべきものと考えるのである。右但書の出訴期間の定めを排除するための死後認知の訴えの適法要件としては、父性推定の主張をもって足りると解すべきである。

（3）二宮・前掲判批は期間制限排除の方法について以下のように主張される¹²⁾。すなわち、

「むしろ問題は期間制限を排除する方法である。「父又は母の死亡の日」を「死亡を知った日」と解釈すれば本件のような事案を解決できるが、内縁の子一般の救済にならないし、父性推定の及ぶ事例をカバーすることになり立証の困難を避けることができない。そこで前述のように七八七条但書は例外を許さぬものではないとの立場に立って、例外とされうる特段の事情を設定していくという方向をとるべきだと考える。まず内縁の子について、父性推定が及ぶことによって但書を設けた趣旨が守られることを理由に、期間制限を受けぬ例外を認める。ただし父の死後著しく長期間経過している場合には、但書の趣旨をいかすために利害関係人の同意を条件とする。次に内縁の子ではなくても、期間制限に伴う不合理一般を避けるために、期間の徒過がやむをえぬ事情に基づくときには（例えば、本件のように父の死を知ったときにはすでに出訴期間を徒過していたとき、戸籍上の親子関係が虚偽であることがわかり、これを否認したあとで実の父に認知の訴を提起したがすでに出訴期間を徒過していたときなど）、できるだけ迅速に訴提起をするという条件をつけて例外として扱う。さらに子の意思の尊重という観点から子が成人に達してから相当期間内の場合にも例外として扱うべきである（フランス民法三四〇条の四、スイス民法二六三条など参照）」

というのである。

期間制限の例外を認めることには賛成できるが、問題は右に説かれた例外を認めるための要件いかんという点であろう。「父の死後著しく長期間経過している場合……利害関係人の同意を条件とする」とされるが、「著しく長期間」という概念自体要件として掲げるには不明確なものであるし、訴提起に第三者たる利害関係人の同意を要するという点はいかかなものであるか。むしろ、必要なのは右の同意により出訴の可能性を縮めてしまうのでなく、第三者たる利害関係人に参加の機会を与えるということではないのであろうか。

また、期間徒過がやむを得い事情に基づくとき、「できるだけ迅速に」訴を提起することを条件として例外を認めるとされるが、「できるだけ迅速」という概念もまたそれ自体きわめて不明確な期間を示すものである。むしろ、父の死亡が明らかになったときから三年ということであれば期間は明確である。

(1) 於保不二雄・前掲九九頁は、時間的制約のある限り認知の形式的性格は否定できず、その形成的性格が残っている限り、認知の父性推定的性格を徹底させることが困難であるとしている。

(2) 内縁子の受ける父性推定が―それは最高裁昭和二十九年一月二日第一小法廷判決によって認められたのであるが―、実体的効力をもつものではないことは今日ほぼ確立した判例法であり、学説の多くもこれに賛成する。例えば、中川善之助編・前掲三一九頁〔利谷信義〕参照。

(3) 中川善之助編・前掲二八三頁〔利谷信義〕、星野英一・前掲一八二六頁、久保岩太郎「死後認知について」法学新報五五卷二八三頁。

(4) 批判について、二宮周平・前掲一五五頁参照。

(5) 同旨、二宮周平・前掲一五五頁、星野英一・前掲一八一七頁、なお、島津・前掲二〇四頁が、「この点については、共同相続人間で遺産分割などの処分が終わっている場合には、非嫡出子には価額による支払の請求権だけを与えることにして、立法上一応の対策がとられている（民法九一〇条）。さらに、非嫡出子が認知によってすでに遺産を承継した者よりも先順位の相続人となる場合には、非嫡出子からの相続回復請求によって身分関係にもなる法的安定が害されるともいえるが、相続回復請求権が五年の短期時効によって消滅すること（民法八八四条）などを考慮すれば、法的安定の阻害もそう大きくないともいえる。」と述べている点も参考にすべきである。

(6) 「父の死亡が客観的に明らかになった日」であって「知った日」ではないのは何故かという点について小川栄治・前掲二三三頁参照。

(7) 島津一郎・前掲も判旨に賛成している。このほか、結論的に判旨賛成の評釈として、小川栄治・前掲がある。

(8) 太田武男・前掲一二四頁は、民法七七二条の類推適用による父性の推定を受ける子の認知の訴えにつき民法七七七条但書の適用排除を否定した最高裁昭和四四年の前記の評釈において、結論的には判旨賛成の立場をとりながらも、「その期間が「三年」に限られたことについては、父子関係という微妙な問題を父の死亡後あまり長い期間を経過してから問題とすることの不

都合防止の配慮があったことや、父子関係の確実なときは、いつまでもその確定の途を残すとすれば、なにも七七二条の推定問題がない事案においても、父子関係が確実な事情さえあれば、通常の認知の訴においても、父の死後三年という制限は不要であるとの結論に達しざるをえず」とされている。

(9) 千種秀夫・前掲一〇五頁。

(10) 二宮周平・前掲一五五頁、星野英一・前掲一八一六頁。

(11) 星野英一・前掲一八一八頁。なお、池尻郁夫・前掲一二二頁も同旨と解される。すなわち、「出訴期間の制限を排除するためには例外的事情の立証が必要である（特別な適法要件）。具体的には、原告が内縁子である場合、認知請求の請求原因中に内縁の子である旨の主張があれば、裁判所は挙式・同居・周囲の評価等の事情について立証させ、内縁の存在について心証が得られなければ訴えの却下、心証が得られれば本案審理に入ることによればよい」とされている。

(12) 二宮周平・前掲一五五頁、池尻郁夫・前掲一二二頁。

四 結 語

民法七八七条但書の出訴制限は、嫡出子と非嫡出子とを差別するものである。もちろんその差別をもって直ちに憲法一四条の平等原理違反ということとはできない。

しかしながら、嫡出子または非嫡出子のいづれとして出生するかという点について子に責任はないのであるから、両者の差別的取扱いは将来解消すべき方向に進むのが立法論としては正当であるように考える。しかしながら、立法論は立法論にとどまるのであって解釈論ではない。

それにしても、両者の差別を解消する方向に向かわんとする立場からみると、最高裁昭和五七年の判決を除けば、判例の立場は右但書の適用についていかにも厳格に過ぎるのであって、解釈論的努力が足りないように感じる。私見は本稿において右の差別解消の方向性からみてどこまで右但書の厳格適用説に切り込むことができるかという解釈論的試みを行ったものである。