

判例研究 血縁関係のない子に対する離婚後の 監護費用の請求と権利濫用

宮 崎 幹 朗

血縁関係はないが法律上の親子関係が認められる父親に対する離婚後の妻からの子の監護費用の請求が権利濫用に当たるとして棄却された事例
最高裁判所第2小法廷平成23年3月18日判決（平成21年（受）332号 離婚等請求本訴、同反訴事件）

家庭裁判月報63巻9号58頁、判例時報2115号53頁、判例タイムズ1347号95頁

一部破棄自判・一部却下・一部棄却

<事実の概要>

X男（上告人）とY女（被上告人）は、平成3年に婚姻し、婚姻中に長男A（平成8年生）、二男B（平成10年生）、三男C（平成11年生）が出生している。このうち、二男Bは平成9年からのYの不貞行為によってもうけられた子であり、BとXとの間に自然的血縁関係はないことが明らかとなっている。YはBが出生してから2か月以内にBとXとの間に親子関係がないことを知ったものの、そのことをXに告げないままであった。

XはBの出生前からYに通帳とキャッシュカードを預け、その口座からYと子どもらの生活費を支出することを許容し、その後も婚姻関係が破綻するまでの間、月額約150万円程度の生活費をYに渡してきた。

XとYとの婚姻関係がXの不貞行為などを主たる原因として、婚姻から13年後の平成16年に破綻した。その後、XがYに対して婚姻費用の分担として、月額55万円を支払うよう命じる審判が確定している。Xは、婚姻の破綻後、

Bの出生から7年後に初めて自己とBとの間に自然的血縁関係がないことを知ったが、民法777条所定の出訴期間が経過していたため、嫡出否認の訴えを提起することはできなかった。そこで、平成17年に親子関係不存在確認請求の訴えを提起したが、訴えは却下された。したがって、XとBとの間の親子関係を否定する法的手段は残されていない。

XがYに対して平成17年9月に離婚請求訴訟を提起し、離婚と財産分与および慰謝料を請求した。これに対して、Yが離婚および子の親権者をYと指定すること、A、B、Cの3人の子どもの養育費の支払いと財産分与、年金分割に関する処分の申立てと慰謝料を請求する反訴を提起した。

第一審（東京家庭裁判所平成20年5月12日）判決は、XとY間の夫婦関係はXの不貞行為を直接の原因として破綻しているとして離婚を認容した。そして、離婚慰謝料については、離婚についての責任はXとYの双方に同程度あるとして、双方の請求を棄却した。また、財産分与について、夫婦の共有財産の財産価値はマイナス約300万円のオーバーローンとなっているが、財産分与の方法として、XとYの共有名義となっている5件の不動産につき、共有関係を解消すべく、それぞれが負担することを条件に、一方の共有持分を他方に全部移転登記することを命じた。その結果からすれば、Yは、財産分与として約1270万円相当の積極財産を取得することとなる。さらに、3人の子の親権者にはYを指定し、養育費についてはXの年収（約3655万円）が標準算定表の上限を超えている場合であるが、算定表の上限額やXが財産分与後に高額な住宅ローンを負担することなどを考慮して、3人の子どもの養育費として月額16万円の支払いをXに命じた。この判決に対して、XとYの双方が控訴した。

原審（東京高等裁判所平成20年11月6日）判決は、XとYの離婚を認め、子どもA、B、Cの親権者をいずれもYと定めた。婚姻破綻の責任はXにあるとして、Xに慰謝料100万円の支払いを命じ、他方で、Yが不貞行為におよび、その結果生まれたBがXの子でないことを知った後も、その事実をXに告げずにXにBの養育の責任を負わせたこととXにBとの間の親子関係を争う機会を失わせたことにつき、Yに慰謝料100万円の支払いを命じた。子ども

の養育費については、Xの年収および潜在的稼働能力を考慮した算定表上の養育費負担額は32万円ないし34万円であり、Xが医師として今後も相当高額の収入を得ていくことが想定され、XY間の婚姻費用分担事件においてXが負担すべき額が55万円と定められていたことなどを考慮して、1人当たり月額14万円と定めた。XとBとの間に法律上の親子関係があることを理由に、XはBに対する監護費用分担義務を負うものとした。

これに対して、Xが上告し、Yに離婚を請求した。Yは反訴として、Xに離婚等を請求するとともに、財産分与を請求し、子どもらがそれぞれ成年に達する日の属する月まで1人当たり月額20万円の監護費用を分担するように求めた。これに対して、XはBに対する監護費用の請求については自然的血縁関係の不存在を理由に監護費用の分担義務がない旨を主張した。

<判旨>

「Yは、Xと婚姻関係にあったにもかかわらず、X以外の男性と性的関係を持ち、その結果、二男を出産したというのである。しかも、Yは、それから約2か月以内に二男とXとの間に自然的血縁関係がないことを知ったにもかかわらず、そのことをXに告げず、Xがこれを知ったのは二男の出産から約7年後のことであった。そのため、Xは、二男につき、民法777条所定の出訴期間内に嫡出否認の訴えを提起することができず、そのことを知った後に提起した親子関係不存在確認の訴えは却下され、もはやXが二男との親子関係を否定する法的手段は残されていない。

他方、Xは、Yに通帳等を預けてその口座から生活費を支出することを許容し、その後も、婚姻関係が破綻する前の約4年間、Yに対し月額150万円程度の相当に高額な生活費を交付することにより、二男を含む家族の生活費を負担しており、婚姻関係破綻後においても、Xに対して、月額55万円をYに支払うよう命ずる審判が確定している。このように、Xはこれまでに二男の教育・監護のための費用を十分に分担しており、Xが二男との親子関係を否定することができなくなった上記の経緯に照らせば、Xに離婚後も二男の監護費用を分担させることは、過大な負担を課するものというべきである。

さらに、YはXとの離婚に伴い、相当多額の財産分与を受けることになるのであって、離婚後の二男の監護費用を専らYにおいて負担することができないような事情はうかがわれない。そうすると、上記の監護費用を専らYに分担させたとしても、子の福祉に反するとはいえない。

以上の事情を総合考慮すれば、YがXに対し離婚後の二男の監護費用の分担につき判断するに当たっては子の福祉に十分配慮すべきであることを考慮してもなお、権利の濫用に当たるといふべきである。」

<研究>

1 本件の主要な争点は、離婚請求訴訟に附帯して申し立てられた子の監護費用（養育費）の支払い問題である。法律上の親子関係は存続するが、事実上血縁関係が存在しない子に対する監護費用の分担の責任の可否が問題となったものであり、本最高裁判決は、母親であるYから法律上の父であるXに対する監護費用の請求が権利濫用に当たるとして、養育費の請求を排斥した。この種の事案について示された初めての判断である¹⁾。

本事案については、以下のような状況が見られる。XとYの間に生まれた3人の子のうち二男であるBがYの不貞行為の結果生まれた子であり、YはBがXの子でないことをBの出生から2ヵ月後には知ったものの、その事実をXに告げないままであった。Xが、Bが自分の子ではないことを知ったのはBの出生から7年後であった。嫡出否認の訴えの提訴期間をすでに過ぎていたため、XはBとの間の親子関係不存在確認請求訴訟を提起したものの、訴え

1) 本判決に関する判例研究として、高橋朋子「判例研究」ジュリスト1440号86頁（2012年）、水野貴浩「判例研究」『民事判例IV 2011年後期』（日本評論社、2012年）162頁、常岡史子「判例研究」民商法雑誌145巻2号115頁（2011年）、後藤亜季「判例研究」高岡法学30号105頁（2012年）、村重慶一「判例研究」戸籍時報681号62頁（2012年）、中川淳「判例研究」戸籍時報690号90頁（2012年）、武村壮太郎「判例研究」上智法学論集57巻1・2号207頁（2013年）、犬伏由子「判例研究」TKC速報判例解説民法（家族法）No.51（『新・判例解説Watch 10』）95頁、日本評論社、2012年）、棚村政行「判例研究」『私法判例リマークス45』（日本評論社、2012年）54頁、梅澤彩「判例研究」法律時報85巻2号126頁（2013年）、中川敏宏「判例研究」法学セミナー698号132頁（2013年）、幡野弘樹「判例研究」判例セレクト2011〔I〕（法学教室377号別冊）23頁（2012年）がある。

は却下された。その結果、もはやXとBとの親子関係を否定する手段は残されていない。したがって、XとBとの間に自然的血縁関係が存在しないことは明白にもかかわらず、法律上の親子関係はなお存続していることとなっている。Xは法律上の親子関係は存続しているものの、自然的血縁関係が存在しない子に対する監護費用（養育費）の支払いを拒否し、この当否が本事件の争点となった。

2 従来、親の子への監護費用の負担は、親の子への扶養の問題として位置づけられてきた。一般に、自ら生活を維持する能力がなく、要扶養状態にある未成熟子に対する親の扶養義務は生活保持義務としてとらえられ、親は自己と同一の生活水準を保障すべき責任を負うものと理解されてきた²⁾。父母の婚姻中においては、親権者としての親の未成熟子に対する監護教育義務の一環として、父母に扶養の責任を位置づけることになる。親の子に対する扶養義務の根拠については、いくつかの考えを示すことができるが、松島道夫は、親と子の血縁に根拠を求める立場、親子関係の本質に根拠を求める立場、親子の共同生活関係に根拠を求める立場、社会的公平に根拠を求める立場、婚姻家族の機能に根拠を求める立場、弱者救済の社会的責任に根拠を求める立場をあげて、それぞれの視点から見れば一定の合理性を有していると指摘している³⁾。

離婚後であっても、子と同居しない非監護親は婚姻中と同様の扶養義務を負うと考えられている。しかし、その場合、親権者あるいは監護者とならなかった非監護親は、親権に基づく監護教育義務の一環として扶養の責任を負うわけではなくなるため、扶養義務の法的根拠が問題となる。親権と扶養義務とを分離し、民法877条の一般的な扶養義務に根拠を求め、要扶養状態にある未成熟子に対する非監護親の扶養義務を認めるというのが通

2) 中川善之助『新訂親族法』（青林書院新社、1965年）597頁、同「親族的扶養義務の本質—改正案の—批評」法学新報38巻6・7号1頁（1928年）。

3) 松島道夫「親権者と子の扶養」『現代家族法大系3』（有斐閣、1974年）426頁以下。なお、松島道夫「離婚と子の扶養（一）」久留米法学26号103頁（1995年）、前掲注1・後藤亜季・高岡法学30号107頁以下参照。

説的な見解である⁴⁾。しかし、離婚後の子からの扶養請求と考えた場合、扶養請求の前提として子の要扶養状態の判断が問題となる。未成熟の子自身に自活能力はなく、未成熟の子に対する扶養が生活保持義務であることを前提として、未成熟の子は常に要扶養状態にあるという考えもあり、そのような視点からの審判例は多いと指摘されている⁵⁾。

これに対して、民法820条の親権の効果として位置付ける見解や親子関係の本質から生じるものであって、法律上の根拠を必要としないとする見解もある⁶⁾。また、民法766条1項の「子の監護に必要な事項」の中に子の監護費用も含まれるとして、これに基づく監護親からの監護費用の分担請求が認められることを指摘して、766条を扶養義務の根拠とする見解があり、有力である⁷⁾。2011年に改正された民法766条1項に、子の監護に必要な事項の1つとして、面会交流と並んで、子の監護に関する費用という文言が明記されたことにより、この条文を根拠とする立場は主張しやすくなったといえる。

通説においても、請求手続として、子からの扶養請求とともに、監護親からの監護費用の分担請求も併存して認めており、大きな相違は生じないといえるが、民法877条に基づく扶養請求については、子自らがおこなうことができず、法定代理人である監護親が子を代理して請求をおこなうこととなる。この場合でも、請求者である監護親自身も子に対する扶養義務を負うわけであり、利益相反行為に当たるのではないかという疑問も出されている⁸⁾。そのため、家庭裁判所実務では、双方が子に対する扶養義務を負

4) 沼邊愛一「未成熟子の養育料の請求方式」沼邊愛一・太田武男・久貴忠彦編『家事審判事件の研究(1)』(一粒社、1988年)253頁、深谷松男「未成熟子扶養請求の準拠規定と法的方式」判例タイムズ550号73頁など。なお、子の固有の権利として、父母の婚姻関係や状態に関わりなく扶養請求権を明記すべきとする主張もある。本澤巳代子「扶養義務(877条以下)との関係」法律時報86巻8号59頁(2014年)。

5) 前掲注1・後藤垂季・高岡法学30号110頁。

6) 前橋家裁桐生支部昭和36年7月6日審判(家庭裁判月報13巻9号92頁)参照。

7) 川田昇「離婚後の子の養育費の確保」『現代民法学の理論と課題』(遠藤浩先生傘寿記念、第一法規、2002年)675頁、大村敦『家族法(第3版)』(有斐閣、2010年)103頁など。

8) 上野雅和「扶養の協議について」岡山大学法学会雑誌44巻3・4号16頁。

う元夫婦間の子の監護費用の分担問題として処理されているのが実情であると指摘されている⁹⁾。ここ数年、離婚後の子の養育費の請求を子からの扶養請求事件として争うケースは減少していることも指摘されている¹⁰⁾。本件の事案も離婚後の子の監護費用の分担請求の事案である。

3 第1審判決と原審判決は、ともに、XとBとの血縁関係が存在しない場合であっても、法的な親子関係が存在している限り、Bの法的父親であるXはBに対してYとの離婚後も監護費用を負担すべきとした。本件判決は、Xが婚姻期間中に十分な生活費をYに渡してきたこと、婚姻関係の破綻後も相当に高額な生活費をYに支払う旨の審判がなされていることを指摘して、Xがこれまで子Bの監護養育のための費用を十分に負担してきたと評価している。そして、離婚後もさらにBの監護費用を負担させることはXに過大な負担を課すことになるとし、YからのBに対する監護費用の請求が権利濫用に当たると判示した。本判決においても、法的な父としてのXのBに対する監護費用分担義務ないし扶養義務が存在することを前提としているものと思われる。ただ、Yとの関係において監護費用の請求の適否が判断されたことになる。YがこれまでもXから十分な監護費用を受け取ってきたことやY自身が十分な財産分与を得ることができるという状況を前提とすれば、YがBを監護養育していくに当たって、経済的な支障は生じないという判断が本判決の結論を左右した一つの要因であると推測することができる。

監護費用の請求が権利濫用として否定された例は少ない。離婚前の別居時における婚姻費用分担請求事件として、東京高裁昭和58年12月16日決定¹¹⁾と東京家裁平成20年7月31日審判があげられる¹²⁾。東京高裁昭和58年12月16日決定の事例は、夫からの再三にわたる話し合いに応じることなく、妻が子を連れて10年以上別居を続けたというものである。東京家裁平成20年7月

9) 於保不二雄・中川淳編『新版注釈民法(25)』(有斐閣、2004年)739頁[深谷松男]など。

10) 前掲注1・後藤垂季・高岡法学30号110頁、松島道夫「養育費裁判の現状と改革への課題」久留米法学56・57号205頁(2007年)。

11) 家庭裁判月報37巻3号69頁。

12) 家庭裁判月報61巻2号267頁。

31日審判の事例は、妻が不貞行為をして、子を連れて不貞行為の相手方と同棲しているという事案である。これらの決定および審判においては、婚姻費用の請求者側の婚姻破綻に関する有責性を理由にして、婚姻費用の分担請求が権利濫用に当たるとした。しかし、請求者自身の婚姻費用の分担請求とは別に、子の監護費用については請求できるものとしている。したがって、請求者自身の婚姻破綻に関する有責性は、子の監護費用・養育費については影響しないものと考えているといえる。これまでも、婚姻費用分担請求事件においては、子を監護している配偶者からの請求について、その配偶者の有責性を考慮して、請求者自身の生活費が減額され、あるいは認められないという審判例もあったが、子の監護費用・養育費については監護者の有責性が影響を受けることはなかったとされている¹³⁾。

離婚後の監護費用の分担請求が権利濫用として排斥された事案として、札幌家庭裁判所平成10年9月14日審判がある¹⁴⁾。この事案は、離婚した夫婦間における子の監護に関する処分として、妻から夫に対する監護費用の請求が問題となったものであるが、審判は、妻とその再婚相手の収入等を勘案し、未成年子が生活する家庭の基礎収入と生活保護法による最低生活費との差額を計算した上で、妻の側が未成年の子に対して十分な扶養義務を履行することはできない状況にあることを認めながら、妻が監護費用の支払いを求める申立てをおこなった主たる原因が妻の都合で抱えてしまった多額の借金の返済による生活の困窮が理由であることが明らかであり、夫から受け取った900万円もの離婚給付金を借金の返済のためなどに短期間で費消したうえ、離婚後も夫から数度にわたりまとまった金員の支払いを受け、未払い家賃の支払いに充てるなどしてきたことを指摘し、妻の行動が親権者として真に未成年子のことを考えて行動しているとは考えられないとして、「借金の返済による生活の困窮から免れるため、未成年者の養育費請求という形式をとって相手方に自己の借金の一部を肩代わりしてもらうことを求めているに等しく、信義則に反し、権利の濫用であると認める

13) 前掲注1・後藤亜季・高岡法学30号111頁参照。

14) 家庭裁判月報51巻3号194頁。

のが相当である」として、妻からの請求を棄却している。この事案についても、夫は十分な離婚給付を支払い、離婚後も子の養育費および生活費の支払いを続けてきたなどの事情が認められている。本件判決とは異なり、子の養育費については監護者側の収入が不足しているとしながら、養育費請求の本来の目的という妻の側の主観的事情を問題視した審判である。

本来、養育費の請求権者は子であり、子の事情が判断要素となるべきところ、札幌家裁審判は、子を含む母とその後夫の収入が不十分であることを認めながら、子の親権者である母親（妻）の権利行使の問題点を指摘し、養育費の請求を権利濫用に当たると判断しており、疑問が示されている¹⁵⁾。妻の行動が夫との関係で権利濫用に当たると判断できる場合であったとしても、子を監護している母親の権利行使の正当性が問題となって、子に対する監護費用・養育費請求の必要性が否定されるというのは理論的には納得しがたいといえる。

一般的に権利濫用の判断については、当事者の主観的事情と客観的事情とを総合的に考慮してなされ、権利の種類や権利行使の態様等に注目され、権利行使によって実現される権利者の利益と相手方に及ぼす害悪との比較考量の態様などが重要な要素となると解されてきた¹⁶⁾。本件判決の場合、権利濫用の判断については、妻Yが不貞行為の結果出産した子Bが夫Xの子でないことを知りながらXに告げなかったというYの側の主観的事情が大きな要因となっているといえる。したがって、Yの不誠実な行為によって取得した権利の行使が認められなかったと考えることができる。しかし、養育費の請求をおこなう権利を有しているのは、子であるBであり、Bからの請求が権利の行使として許されないかどうかを判断するべきであろう¹⁷⁾。この点については、Xが婚姻継続中、十分な婚姻費用および養育費を支払ってきたのに対して、他方でYが離婚によって相当多額な離婚給付を受けることから、Yが子Bの監護費用を分担できないような事情がないとして、Yに

15) 松嶋道夫「判例研究」民商法雑誌121巻6号135頁。

16) たとえば、四宮和夫＝能見善久『民法総則（第8版）』（弘文堂、2010年）18頁参照。

17) 前掲注1・犬伏由子・TKC速報判例解説民法（家族法）No.51、4頁。

子Bの監護費用を負担させたとしても子の福祉に反することはないという点も権利濫用の成否の重要な判断要素となっている。子の監護に関する費用の分担を父母双方の事情を考慮しておこなったと理解することもできるが、別居中のXの婚姻費用負担の実績とYに対する離婚給付の有無が重要な要因となっている。

実際に、本判決においては、離婚後のYの生活の状況等をどう考慮するかという点は問題とはされていない。しかし、Yが就労しておらず、自分自身で得る収入がないことだけをもって、子の養育費負担をXにのみ負わせることも公平に反する。婚姻中あるいは別居中においても、YはXの経済力に依存していたわけであって、自分で経済的に自立しようとしていたわけではないものと推測できる。仮に、Yの就労可能性を判断するとしても、現実に学齢期の子を抱えた女性の働く場がどのように保障されているかを考慮すると、Yの就労可能性はきわめて低いものとなるだろう。しかし、それらの諸事情を考慮した上で、XとYがBを含む三人の子に対してどのように監護または扶養の責任を分担するかを判断すべきものであったように思われる。本判決が、法律上のみの親子関係が存しているBに対してはXに養育費負担の責任がないとしたわけではない以上、Bに対する関係においてXが果たすべき責任を明確に判断すべきだったといえる。

4 法的親子関係が存在しない場合に、父とされていた夫が子とされていた者に対して監護費用の分担義務を負うかどうかについては、直接に監護費用分担義務の存否が争われたわけではないが、離婚後養育費を支払った夫から、過去に支払った養育費が不当利得に当たるとして返還請求をした事案がある。

大阪高裁平成20年2月28日判決の事案は、調停によって夫婦間の離婚が成立した後に、夫と子の親子関係不存在確認の審判が確定したというものであり、夫が妻に支払った別居後の家賃、婚姻費用分担の審判に基づき支払った婚姻費用、離婚後に支払った子の養育費の返還を求めたという事件である¹⁸⁾。夫は、真実を知らなかったために配偶者としての責任を負う趣

旨で、調停によって婚姻費用分担金を出損したものであり、妻が不貞行為をして子をもうけたという事実を知っていれば、婚姻費用等の支払いをするはずがないとし、妻は事実を知りながら黙っていたことなどから、妻が支払われた金員を保持することを適法とするのは著しく社会正義に反し、信義則に悖るとして、原判決を変更し、夫が支払った婚姻費用分担金、家賃および養育費については妻の不当利得に当たると判断して、不当利得の返還請求を認めている。

これに対して、東京高裁平成21年12月21日判決では、異なる結論を導いている¹⁹⁾。離婚判決の確定後に、夫と子の親子関係不存在確認の審判が確定したものであり、親子関係が存在しない子に対して20歳まで負担した養育費は本来負担する必要のない支出であったとして、夫が妻に返還請求した事案である。判決は、夫は妻と婚姻中の婚姻費用を負担すべきであり、嫡出推定を受ける子に対する養育費もその一部として支払われていたものであり、婚姻費用の支払いは法律上の原因に基づいてなされたものであることを指摘し、子が自己の子でないことが発覚するまでは、夫と子の間では良好な親子関係が形成されてきたのであって、夫が子に養育費を投じた結果について、不当利得の法理である公平の理念に照らし、法規範が許容しない違法な不均衡状態があるとして是正すべきと解することはできないと判示した。特に、判決は、夫と子の間で子がほぼ成人に達するまで良好な親子関係が生成されてきたこと、夫が父として子育ての過程で金銭には代えられない無上の喜びや感動を得ていたことは否定できないうえ、子自身には養育費を受けたことにつき何ら責任がないことを指摘している。

このように、法的親子関係が否定された場合においても、すでに支払った養育費や監護費用が不当利得になるかどうかについて、裁判において判

18) 公刊物未登載。LEX/DB 文献番号25400319。判例研究として、冷水登紀代「判例研究」『速報判例解説3』（法学セミナー増刊、日本評論社）109頁参照。

19) 判例時報2100号43頁。判例研究として、冷水登紀代「判例研究」『新・判例解説 Watch 10』（法学セミナー増刊、日本評論社）99頁、中川忠晃「判例研究」『民事判例3』（日本評論社）164頁、畑宏樹「判例研究」『私法判例リマークス46』（日本評論社）126頁参照。

断が分かれている。大阪高裁平成20年2月28日判決は、法律上の親子関係の否定によって、父親の子に対する扶養義務が消滅することを認めたものといえる。東京高裁平成21年12月21日判決は、真実の親子関係の成否とは別に、事実上の親子としての良好な関係の上に支出された婚姻費用や養育費の対価として、精神的な喜びを得たとして、不当利得とはならないことを示しており、親子関係が存在しない場合に父とされた者に子に対する扶養義務または養育費の支払い義務があるか否かについて明確にしているわけではないが、支払い済みの婚姻費用や養育費の返還義務を否定した。

5 養育費の請求を子の監護費用の分担の問題として扱うとしても、なお、子の扶養請求と子の監護費用請求がどのような関係にあるのかという問題が残される。

本判決は、問題となった子Bの監護費用について、母親Yが十分な離婚給付を得ることができることを指摘し、Yからの請求を否定したわけだが、後になって、子Bから教育費用等が不足しているなどの理由で、法的な父親であるXに扶養請求がなされた場合、どのように判断されるのかという問題がある。また、本判決は、XとYの夫婦間について、妻Yからの養育費を含む婚姻費用の分担請求が権利濫用に当たるとして棄却したわけだが、Xと子Bとの間の法的親子関係は存続しているのであり、Xはその子Bに対して扶養義務を負うのかどうかは別途問題となりうる。B自身からXに対して養育費の請求があった場合、その請求もまた権利濫用として排斥できるものかどうか、疑問である²⁰⁾。

監護親である母からの監護費用の請求に対する協議あるいは審判がなされた後、子自身からの扶養請求は可能なのかどうかというような問題としても議論されてきた問題と同様の問題であるが、監護親と非監護親との間の協議により監護費用の支払いの可否およびその額が決定した後であっても、子の生活保持の権利が保障されていない限りは子からの扶養請求を認

20) 前掲注1・常岡史子・民商法雑誌145巻2号262頁。

めるという立場が有力であり、これを否定する見解は見られないとされている²¹⁾。したがって、法的親子関係の存続を前提とする限り、事実上は父親ではない者であっても子に対する扶養義務を免れることはできないものと思われる。

本判決は、離婚後に父母のいずれがどのように子に対する養育費を分担するかの判断をおこなう際に、父母双方の経済的状況を勘案して、母親が子Bに対する養育費を負担できるため、Xが負担する必要がないと判断したものととらえることも可能だが、他の子AおよびCについてはXの養育費負担が否定されているわけではなく、理論的には整合性がない。Xと血縁関係のない子Bに対してのみ、母親であるYの養育費負担能力が高く、Xと血縁関係にある子AおよびCに対して、父親であるXに養育費負担を課すというのでは、父母双方の養育費負担能力を比較衡量したことにはならないだろう。また、三人の子の関係で、Bに対する監護費用をXが負担しないことによって、AとCの生活にも影響があることに対する配慮の必要性も指摘されている²²⁾。

結局のところ、Bに対してXが養育費を分担しないという結論を導くためには、事実上血縁関係のない子に対する養育責任を負わないことを認めるしかないということになるのではないと思われる。

6 XとBとの間の法律上の親子関係が否定できず、真実とは異なる親子関係を確定せざるを得なかった原因は、言うまでもなく、現行の嫡出推定制度と嫡出否認制度が抱える問題点にある。民法772条の規定によって、母が出産した子の父は母の夫と推定され、この父子関係の存否を争う場合は、民法775条以下に規定する嫡出否認の訴えによらなければならない。嫡出否認の訴えによって父子関係を否定することができるのは夫のみであり、その期間は子の出生から1年間に限定されている。これらの規定は、子の法的

21) 日野原昌「父母間に養育費不請求の合意がある場合又は養育費分担についての確定審判がある場合の子からの扶養請求の可否」前掲注3・沼邊ほか編『家事審判事件の研究(1)』326頁など。

22) 前掲注1・後藤亜季・高岡法学30号115頁。

な地位を早期に確定させ、第三者からの子の地位をめぐる争いを避けるためであると説明されている。その趣旨自体には異論はないが、嫡出否認の訴えが許される要件の厳格さが問題を生じさせていることは否定できない²³⁾。

嫡出否認制度の厳格さを避けるための手段として、民法772条の適用を排除することを認める理論が構築されてきた。いわゆる「推定の及ばない子」概念である。形式的には、民法772条によって出生した子の父が母の夫と推定される場合でも、一定の要件のもとに772条の適用を排除することを認め、父子関係の存否を嫡出否認の訴えによらずに、一般の親子関係存否確認の訴えで争うことを認める考え方である。ただし、772条の適用を排除するための要件についての争いがあることは周知のとおりである。嫡出推定規定と嫡出否認制度の趣旨が早期に法的親子関係を安定させることによって、子の福祉・利益を図ることにある点を強調するとともに、夫婦間のプライバシーの尊重を強調して、家庭生活の秘事にまで踏み込まねば分からないような事情は考慮に入れるべきではないということから、夫の失踪・行方不明、刑務所への収監、外国滞在、事実上の離婚状態など、妻の懐胎期間中における夫婦間の同棲または性的関係の明白な欠如によって、妻が夫の子を懐胎することがありえないということが外観上明白な場合にのみ、嫡出推定規定の排除を限定すべきとする外観説が通説的立場を占めている²⁴⁾。法的親子関係を生物学的血縁関係と必ずしも一致させる必要がないという立場といえる²⁵⁾。他方で、親子関係においては生物学的親子関係・血縁の存在を重視すべきで、それに基づく法的親子関係の確定が必要であるとして、科学的・客観的にみて事実として血縁関係が否定される父子間の法的親子関係の不存在を認め、個別具体的な審査の結果、客観的に

23) 宮崎幹朗「嫡出推定規定の意義と問題点」有地亨編『現代家族法の諸問題』（弘文堂、1990年）259頁以下参照。

24) 我妻栄『親族法』（有斐閣、1961年）221頁など。

25) たとえば、水野紀子は嫡出推定規定も「子の安全な成長を確保するために、法が決定する『制度』」であることを強調して、生物学的親子関係と法的親子関係とが必ずしも一致するものではないことを指摘する。水野紀子「嫡出推定・否認制度の将来」ジュリスト1059号117頁（1995年）など。

正常な夫婦関係ないし父子関係の不存在が明らかな場合にも嫡出推定規定の適用が排除されることを認めるべきであるという見解が主張されてきた²⁶⁾。事実として親子関係が否定できる場合に広げるべきだとする実質説（血縁説）である。最高裁判例では、嫡出推定制度と嫡出否認制度の趣旨を重視して、外観説を支持する立場が示されてきた²⁷⁾。

外観説と実質説の対立に加えて、折衷的見解も主張されてきた。問題となっている夫婦間の家庭の状況を考慮して、妻の夫による懐胎可能性や父子関係の存否の客観的審査（鑑定）の結果を問題とするのではなく、家庭の平和の保護、子の利益の保護という観点を重視して、夫婦間が完全に破綻し、別居したり離婚したりして、母が一人で子を養育しているなど、子が置かれている家庭にもはや守るべき平和が存在しない場合には、血縁主義を優先させ、父子関係の不存在を認め、嫡出推定規定の適用排除を認め、逆に、血縁上の父子関係は存在しないものの、子を含む家庭および夫婦間において平和が存在する場合には、血縁主義を排して嫡出推定規定の適用を認めるべきであるという主張がある²⁸⁾。家庭破綻説と呼ばれており、この見解に依拠する判決もある²⁹⁾。特に、子の母が真実の父と同居したり、再婚したりして、真実の父からの認知によって法律上の父が確保できる可能性がある場合には、母の夫による嫡出否認の訴えによらずに、一般の親子関係不存在確認の訴えの提起を認める実益があると指摘されている³⁰⁾。また、嫡出推定制度や否認制度の趣旨が家庭の平和や家庭のプライバシーを守り、子の身分の早期安定を図るためのものであることから、子、その母、母の夫の間で合意が形成されるならば、それを尊重して、嫡出推定の適用を排除して、父子関係の不存在の確認をを求めることを認めるべきだとする主張がある。旧家事審判法23条（現家事事件手続法277条）に基づいて、

26) 中川善之助『新訂親族法』（青林書院新社、1965年）365頁など。

27) 最高裁昭和44年5月29日判決（民集23巻6号1064頁）。近時でも、最高裁平成10年8月31日判決（家月51巻4号75頁）、同平成12年3月14日判決（家月52巻9号85頁）。

28) 松倉耕作「嫡出推定と子の幸福」『法と権利（2）』（有斐閣、1978年）83頁など。

29) 大阪地裁昭和58年12月26日判決（判タ552号265頁）など。

30) 梶村太市「嫡出否認の訴えと親子関係不存在確認の訴え」判タ934号42頁以下（1997年）。

当事者の合意があり、当事者間の調停の結果、父子関係の不存在が判明した場合には、妻や子からの申立てであっても、嫡出否認の訴えの出訴期間が経過した場合であっても、親子関係不存在確認を認める審判をおこなうことができることを主張して、当事者の合意によって嫡出推定規定の適用排除を認めることが許されるとする見解がある³¹⁾。いわゆる合意説であり、家庭裁判所の審判等ではこの見解に依拠したものもある³²⁾。

法律上の父子関係の確定については、子どもの利益を優先する立場が強まっているとはいえ、嫡出推定規定の意義および嫡出否認制度の趣旨を考慮して、通説および判例はなお外観説を維持しており、子の身分の早期安定という要請がもっとも重視されている実態は変わっていないものといえる。平成26年7月17日、最高裁判所第1小法廷は、婚姻関係継続中に妻が出産し、民法772条によって母親の夫を父と推定している子と法律上の父との父子関係の存否に関する3件の案件について、判断を示した。いずれの場合も、外観説によれば民法772条の嫡出推定が排除されることにならない事案であり、このうち2件については、母と子が子の生物学上の父である男性と同居しているという事案であり、子と同居している男性との間でおこなった私的なDNA鑑定の結果（99.9%以上の確率で親子関係が存在するというもの）をもとに、母が子を代理して親子関係不存在確認の訴えを提起したものであり、第1審および原審判決は請求を認容していたが、最高裁は原審判決を破棄し、訴えを却下した。もう1件は夫が鑑定結果をもとに親子関係の不存在確認を求めたものであり、最高裁は第1審判決および原審判決を支持し、上告を棄却した。民法772条の適用排除について外観説を維持した上で、DNA鑑定によって事実上親子関係が否定される場合においても、法的な親子関係と事実とが相違する事態が生じることを容認したことになる。前の2件については、5人の裁判官のうち2名が反対意見を述べ、2名の裁判官が補足意見を述べており、父性確定に関する法的ルールの構築に関

31) 福永有利「嫡出推定と父子関係不存在確認」『家族法の理論と実務』（判例タイムズ社、1980年）254頁など。

32) 東京家裁昭和52年3月5日審判（家月29巻10号154頁）など。

連して立法的検討の必要性が指摘されている³³⁾。

7 嫡出推定規定の排除の問題について、外観説を維持する以上、生物学的には真実とは異なる父子関係が法的に確定されたとしてもやむを得ないものとして、法律上の父子関係の存在を認める以外にはなく、その結果として、当該父子間に扶養の権利義務や相続に関する権利義務が存することを認めざるをえないものといえる。そうであるとすれば、事実上の父子関係が存在しない子に対する養育費の支払い責任を結果的に否定する本判決の結論には違和感が生じる³⁴⁾。本件の事案の場合には、子に対する監護費用・養育費の支払い義務が問題となっただけだが、XとBとの間に法的親子関係が存在するという事は、双方の間に相続権が認められるということであり、将来は高齢となったXに対してBが扶養義務を負うということでもあるはずである。これらの問題を含めて、XとBとの親子関係の存在をどうとらえるのかは本判決からは見えてこない。結果的に、本判決のような結論を認めれば、本件のXとBのように、法的親子関係は存在するが、事実として生物学的親子関係が否定されるような親子関係は、事実としての生物学的な親子関係が存在し、法的親子関係が存在する親子関係とは峻別される異なる類型の親子関係が存在することを認めることにもなりかねないように感じる。

また、すでに指摘したように、夫婦間の関係において権利濫用に当たるような事情があったとしても、子からの扶養料や養育費の請求が当然に権利濫用となると考えることには疑問がある。本判決においては、夫婦間における主観的事情がその結論に強く影響していることは明らかである。この種の問題を子の監護に関する問題の1つとして夫婦間の子に対する監護費用の分担問題として把握する場合、Bを含む3人の子の養育にかかる費用

33) 最高裁平成26年7月17日判決（最高裁判所HP、最高裁最新判決参照、判例時報2235号14頁以下）。3件の事件番号は、平成24年（受）1402号、平成25年（受）233号、平成26年（オ）226号である。

34) 前掲注1・犬伏由子・TKC速報判例解説民法（家族法）No.51 4頁、常岡史子・民商法雑誌145巻2号118頁など。

の確定と、夫Xと妻Yとの経済力から見る分担能力の問題とを検証することになるはずであり、そこに夫婦間の行為の有責性ないし背信性が考慮されることは子の監護教育に対する親の責任のあり方として妥当であるとは思えない。さらに、母親の不誠実な行為が二男であるBの監護費用の請求についてのみ権利濫用の原因となるという点についても疑問が残る。子に対する親の責任の程度を判断する場合に、他方の配偶者の行為の背景や責任の程度を参考にするということには、理論的に整合性があるとは言い難いように思われる。