
種 別： 判例研究

タイトル： 監護親からの監護費用請求が権利濫用にあたりとされた事例

著 者： 竹村 壮太郎

所 収： 『上智法学論集』第 57 卷 1-2 合併号（平成 25 年 11 月）207-219 頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

判例研究

監護親からの監護費用請求が権利濫用にあたることとされた事例

竹村壮太郎

最高裁判所平成 23 年 3 月 18 日第二小法廷判決—一部破棄自判、一部却下、一部棄却

(平成 21 年(受)第 332 号：離婚等請求本訴、同反訴事件)

判タ 1347 号 95 頁、判時 2115 号 55 頁、家月 63 巻 9 号 58 頁、裁判集民 236 号 213 頁

【事案の概要】

X と Y は平成 3 年に婚姻した夫婦であった。Y は平成 8 年に長男 B、平成 11 年に三男 C を出産したが、その間の平成 9 年に X 以外の男性と性的関係を持ち、平成 10 年に A を出産した。X と A との間には自然的血縁関係はなかったが、Y はそれを X に告げなかった。X は平成 9 年頃から Y に通帳やキャッシュカードを預け、その口座から生活費を支出することを許容しており、平成 11 年以降一定の生活費を Y に交付するようになっても、平成 12 年 1 月から平成 15 年末まで、ほぼ毎月 150 万円程度の生活費を Y に交付し、A を含めた家族の養育費を支出してきた。

ところが平成 16 年になり、X が Y 以外の女性と性的関係を持ったことなどから、X と Y との婚姻関係は破綻した。その際に行われた離婚調停は不成立に終わり、後に X からの生活費が 30 万円に減額されたため、婚姻費用分担調停が開かれ、X が Y に婚姻費用として月額 55 万円を支払うよう命じる審判が確定した。

その後平成 17 年になって、X は自身と A との間に血縁関係がないことを知り、親子関係不存在確認の訴えなどを提起したが、同訴えは却下され、それが

確定した。

そしてXはYに対して同年、離婚および離婚慰謝料を求める本訴を提起し、Yは離婚慰謝料を求める反訴を提起した。

第1審の東京家庭裁判所平成20年5月12日判決(判例集未掲載)は、XとYの離婚を認め、A、B、Cの親権者をYとし、Xに1人あたり月額16万円の養育費の支払いなどを命じた。なお、双方の慰謝料請求は認められなかった。

Xは、Aとは生物学的血縁関係は存在せず、この養育の負担を課するのは自然的、道徳的基礎を欠くなどとして控訴したが、原審の東京高等裁判所平成20年11月6日判決(判例集未掲載)はその主張を退け、Yに認められる養育費を月額14万円とした。また、YからXへの慰謝料の請求も認められた。

そこでXは、自然的血縁関係にも自らの意思にも基づかない親子関係を前提に養育費を認める判断は条理に反するなどとして、上告受理申立てをした。

[判旨]

一部破棄自判、一部却下、一部棄却。

「被上告人(筆者注:上記Y)は、上告人(筆者注:上記X)と婚姻関係にあったにもかかわらず、上告人以外の男性との性的関係を持ち、その結果、二男(筆者注:Aのこと)を出産したというのである。しかも、被上告人は、それから約2か月以内に二男と上告人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、そのことを上告人に告げず、上告人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、上告人は、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、もはや上告人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、上告人は、被上告人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、被上告人に対し月額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、上告人に対して、月額55万円を被上告人に支払うよう命ずる審判が確定している。このように、上告人はこれまで二男の養育・監護のための費用を十分に分担してきており、上告人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、上告人に離婚後も二男の監護費用を分担させることは、過大な負担を課すものというべきである。

さらに、被上告人は上告人との離婚に伴い、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被上告人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被上告人に負担させたとしても、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ると、被上告人が上告人に対し離婚後の二男の監護費用の負担を求めることは、監護費用の負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、権利の濫用にあたりというべきである」。

〔研究〕

一 はじめに

日本の民法上明示的な規定はないが、親は法的親子関係のある子に対して、その養育を果たす義務がある⁽¹⁾⁽²⁾。これは、いわゆる生活保持義務だと解されている。そうしてこのことは、その親が離婚したとしても変わることはない。したがって単独で子を育てることになる親、つまり監護親は、そのための費用である監護費用（上告受理申立て理由書などでは養育費ともいわれるが、本稿では本判決に従って監護費用と呼ぶ）を一方の親に請求することができる⁽³⁾。

それに対して本判決は、監護親からの監護費用の請求を権利濫用にあたりと判断し、認めなかった。かような判断をした前例はなく、今後の子の監護費用のあり方について影響は少なくないものと思われる。そのため本判決の判断構造、射程を分析し、何らかの評価を加えることには少なからず意義がある⁽⁴⁾。

(1) 詳細な記述は避けるが、大別すれば、次の解釈がある。親子関係から当然に生じるとされる見解として、中川善之助「親族的扶養義務の本質」法学新報 38 卷 6 号（1928）9 頁、我妻栄『親族法』（有斐閣・1961）147 頁、148 頁、332 頁。親の親権に関する民法 820 条を根拠とされる見解として、川島武宜・来栖三郎・磯田進『家族法講話』（日本評論社・1950）174 頁。現在は、民法 877 条 1 項の直系血族の扶養義務を根拠とする見解が通説であるといわれている。これについては、内田貴『民法Ⅳ 親族・相続（補訂版）』（東京大学出版・2004）294 頁、二宮周平『家族法（第 3 版）』（新世社・2009）246・247 頁などを参照。

(2) 基本的に、ここで養育の対象となるのは未成熟の子である。本稿は、子、とのみ表記するが、断りのないかぎり、未成熟子を想定している。

(3) このことは、最判平成 1 年 12 月 11 日民集 43 卷 12 号 1763 頁でも示されている。

(4) 本判決の評釈には、主に以下のものがある。犬伏由子・新・判例解説 Watch10 号（2012）。ただし TKC の web 上では 2011 年に公表されている）95 頁以下、常岡史子・民商 145 卷 2 号（2011）115 頁以下、幡野弘樹・判例セレクト 2011 [I]（2012）23 頁、村重慶一・戸時 681 号（2012）62 頁以下、高橋朋子・ジュリ 1440 号（平成 23 年度重要判例解説）（2012）86 頁以下、棚村政行・リマークス 45 号（2012）54 頁以下、後藤直

本稿もそのことを目的としている。

二 嫡出推定・否認制度と法的親子関係の確定

(1) 本判決の判断を検討する前に、その前提を確認していくことから始めたい。

まず、本件のような事案が生じた理由はどこにあるだろうか。冒頭のとおり、上告受理申立て理由書は、監護費用の負担が自然的血縁関係に基づくことを主張する。ではなぜその主張に至ったのか。それは、その理由書のなかの次の部分からうかがうことができる。すなわち、「本件のように法的親子関係の有無を争う機会が出訴期間徒過等により失われるケースも起こりうると考えられる」とすれば、「生物学的な血縁関係がない子に対し養育費を支払う必要があるかということは…最高裁判所による統一的な解釈が待たれる事項である」⁽⁵⁾。つまり、本件の問題の原初は、そもそもの親子関係の確定段階から存在しているといえる。

本件においては、事案の概要のとおり、XとAとの親子関係は既に確定している。ただ本件の特徴として、次の点を挙げることができる。その親子関係の確定に先立って、YがAの事情をXに告げていなかったこと。そうしてそのうちに嫡出否認の訴えの出訴期間が徒過したことである。

現行の嫡出推定・否認制度の解釈によれば、以上のような事態があったとしても、親子関係は確定しうる。まずもって、XとYとの婚姻関係が継続している以上、Aの嫡出性は推定される。解釈上、いわゆる嫡出推定の及ばない子という考え方があがるが、外観説と呼ばれる判例の解釈を前提とすれば、本件での結論は異ならない。例えば平成12年の最高裁判決は、子の嫡出性の推定が及ばない例として次のことを挙げる。妻が「子を懐胎すべき時期に、既に夫婦が事実上の離婚をして夫婦の実態が失われ、又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存在する場

季・高岡法学30号(2012)105頁以下、水野貴浩・民事判例Ⅳ-2011年後期(2012)162頁以下、中川淳・戸時690号(2012)90頁以下、梅澤彩・法時85巻2号(2013)126頁以下、中川敏宏・法セミ698号(2013)132頁。

(5) この部分は、上告受理申立て理由中、原審の審理不尽の違法を訴えるなかで記述されている。ただこの部分は、審理不尽の主張が受け容れられなかったのか、上告受理の段階で排除されている。したがって実際の争点となるものではないが、この部分はなお本件の契機を示しているように思われる。なお、上告受理申し立て理由書については、LEX/DB 25443230を参照した。

合〕⁽⁶⁾。事実の概要からの推察によるところが多いが、本件の事案はこのいずれにも該当しない。あえてその理由を挙げれば、まず、XとYの婚姻関係が破綻したとされるのは平成16年のことであって、Aが産まれたのは平成10年である。またYは実家に戻ることが多かったとされるが、週に3度ほど上京していたというのであるから、Xとの交流が絶たれていたわけでもない。したがって外観的にも嫡出性の推定は及ぶから、Xは親子関係を争う場合、嫡出否認の訴えによるほか手段はないことになる⁽⁷⁾。そうして1年の出訴期間が経過すれば、基本的に、それでXとAとの親子関係は確定する。その後に親子関係不存在確認の訴えが提起されても、それは不適法であるから、却下される。

(2) さて、既述のとおり本件にあっては、XがAの事情を知らないままであったという特徴がある。しかしそれでも現行制度の通説的解釈によれば、XがAの出生を知ったときから1年嫡出否認の訴えがない場合、問題なく親子関係が確定する。それは、そもそもこの制度が子の地位の早期確定を目指したものであることを理由にしている。つまり、子の身分を安定させ、その養育を確保することこそ、この制度の存在意義だというわけである⁽⁸⁾。この立場を貫徹すれば、本件のような主張はそもそも議論の余地がないようにも思われる。親子関係が当然に確定する以上、子の事情が明らかでないまま監護費用の負担が生じることも、制度上織り込み済みだということになるはずだからである⁽⁹⁾。

しかしながらここで問題となるのは、必ずしもそうした厳格な制度運用に異論がないわけではないことである。本件のように、夫が子の事情を知らないまま出訴期間を徒過して親子関係が確定してしまうという問題自体は昔から指摘されてきたことであつたし、現在でも疑問視する見解は少なくはない⁽¹⁰⁾。そ

(6) 最判平成12年3月14日家月52巻9号84頁。

(7) 家事審判法23条の合意に相当する審判がありうるが、当事者の合意がなければならない。

(8) 制度の意義を鋭く説かれる研究に、特に、水野紀子「嫡出推定・否認制度の将来」ジュリ1059号(1995)118頁以下がある。

(9) 本判決の評釈でも、このことが指摘されている。例えば、犬伏由子・前掲注(4)98頁。

(10) 例えば、古くは、穂積重遠『親族法』(岩波書店・1933)430頁。近時でも、久貴忠彦『親族法』(1984・日本評論社)171、172頁、太田武男『親族法概説』(有斐閣・1990)258頁、北川善太郎『親族・相続(民法綱要V)(第2版)』(有斐閣・2001)82頁、内田貴・前掲注(1)173頁などから、そのことがうかがわれよう。また、二宮周平「親子

れを避けるための解釈論も少なからず提示されているのが現実である。よく見られるものでいえば、次の解釈を挙げることができる。すなわち、嫡出否認の訴えの出訴期間を、「否認すべき」子の出生を知ったときから開始する、というものである。いわゆる合意に基づく審判(23条審判)ではあるが、この考え方を採用した例は次のように述べる。「自己の子でないことを偶然知った…時は既に出生のときより一年以上を経過しているが故に遅かりしことでは、自分の子ではないことを知りながら、いついつまでも嫡出子として養育せざるを得ない結果となり、人道上是勿論、法律上も余りに酷」である、と⁽¹¹⁾。仮にこの解釈をとった場合、ただ子の出生を知ったときから1年過ぎただけでは必ずしも親子関係は確定せず、したがって監護費用の負担も直ちには確定しなかった。

実のところ、上告受理申立て理由書が、親子関係が確定してもなおその監護費用の負担を争おうとするのは、以上のような制度運用の揺らぎを率直に反映しているといえる。確かに通説は先に挙げた前者であって、後者のような解釈はその理論的な困難さなどからして比較的には少数である⁽¹²⁾。そのため、現行制度上、本件でXとAとの親子関係が確定することはなかなか否定できない。しかしながら、事情を知らないまま出訴期間を徒過するという問題が現代でも意識され、それを解決しようとする審判例が少なからず存在すること自体が、その親子関係の確定、ひいては監護費用の負担に疑義をもたらす余地を与えていよう。いいかえれば、子の監護の確保を何よりも強調し、単にその出生を知ったときから1年の経過ですべてが決まると解することが当然とまではい

関係否定の法理の解釈論的検討-事実主義の立場から- 立命館法学 316号(2007) 1761頁で、子の利益に反しない限りでの修正を示唆される。

- (11) 松江家審昭和46年9月30日家月24巻9号173頁、判タ282号401頁。また、同種の解決を採用する例に、東京家審昭和42年2月18日家月19巻9号76頁、奈良家審平成4年12月16日家月46巻4号56頁、などがある。これを支持する学説としては、例えば、太田武男・久貴忠彦『親子の法律(改訂版)』(有斐閣・1973)22、23頁、中川高男『新版 親族・相続法講義』(ミネルヴァ書房・1995)191頁、北川善太郎・前掲注(10)82頁、内田貴・前掲注(1)173頁など。
- (12) 中川淳『親族法逐条解説』(日本加除出版・1977)204頁は、かような解決は解釈論としては無理があり、立法論の課題であるとする。ただ、現行法における弊害を除去しようという意義は評価することができるかと述べておられる。また、大沼洋一「嫡出否認の訴えと親子関係不存在確認請求訴訟」野田愛子・梶村太市(総編)『新家族法実務大系第2巻親族 [II]-親子・後見-』(新日本法規・2008)147頁は、以上の解決は子の地位を不安定にし、文理解釈的にも無理があるとされる。

いきれていない現状が、本件のような主張を許しているのである。

結局以上の点をふまえるならば、本件は単なる監護費用レベルにとどまる問題ではないことがわかる。むしろ、嫡出推定・否認制度の意義という根本的な問題をも含み込んでいるものといえよう。

三 監護費用の請求と権利濫用

(1) 本判決は、以上の問題に対して、権利濫用法理を用いる解決を示した。既述のとおり、本件のような事案で監護費用の請求を権利濫用にあたと判断した例は、おそらく本判決が最初である。

強いていえば、関連する事案として札幌家庭裁判所平成10年9月14日審判⁽¹³⁾が挙げられることもある。ただ、これは確かに監護費用の請求を「信義則に反し、権利の濫用であると認めるのが相当である」とした例ではあるが、事案の背景は大きく異なっている。この事案では監護親が費用を繰り返し借金に充てるなどしていたことが問題とされたもので、子との親子関係の確定段階が問題となったわけではない。したがって、事案を解決する手法は同じとしても、本件とはほとんど無関係の事案であるといわなければならない。それだけに、本件の特徴が浮かび上がるわけである。

(2) ところで、上告受理申立て理由書は、さほど権利濫用という主張をしていたわけではなかったように思われる。どちらかといえば、本件のような事案ではそもそも監護費用を支払う義務が存在しないことを強調していた。すなわち「自然的血縁関係ある場合こそ、養育費の負担を負うべきであって、これなき場合には養育費の負担は負わないとの条理の存否」の判断を求めていたのである。しかして本判決が権利濫用という解決を示したのは、上告受理申立て理由書に比べれば中間的な立場を採用しているものと解される。なぜなら、権利濫用というのはそもそもの権利・義務がなければ生じないからである。したがって本判決の立場は、何も知らないまま出訴期間が徒過し、親子関係が否定できなくなったとしても、基本的にはXに監護費用を支払う義務が存在することを前提にしているものといえる。もっとも、そのうえで権利濫用という修正策を講じているのであるから、実は本判決も単に子の出生を知ったときから1年ですべてが決まるとまでは考えきれていないことがうかがわれる。

では、その修正策はどのように判断されているか。権利濫用の有無は、現在の判例上、客観的事情の衡量によって判断されるものと解されている⁽¹⁴⁾。本

(13) 札幌家審平成10年9月14日家月51巻3号194頁。

判決の中で取り上げられている事情を挙げれば、次の3つがある。①Xにもはや親子関係を否定する手段は残されていないこと、②Xはこれまで監護のための費用を十分に負担してきたこと、③Yに監護費用を負担させても子の福祉には反しないこと。このことからすれば、本判決もこれまでの判例に従い、客観的事情の衡量によって判断していることがうかがわれる⁽¹⁵⁾。この点につき、しばしば本判決の評釈からは、本判決の判断にYへの制裁の意味合いがあることも指摘される⁽¹⁶⁾。確かに権利濫用という表現からすればそう読めなくもないし、結果としてはそうなりかねない。ただ、上記のとおり現在では権利濫用に制裁の意味合いは薄く、本判決中でも積極的にYの行為が評価されているわけではない。YがAの事情を秘匿していた経緯こそ述べられているが、それはあくまでXが親子関係を否定する術を失った過程の確認だとも読める。結局、本判決の判断のなかにYへの制裁までを読み取るかどうかは、依然として読み手次第だということができよう。

むしろ本判決が以上の3点をもって判断しているのは、あくまでXの金銭負担とAの養育可能性の比較衡量である。そうして権利濫用を認めたということは、本判決が次のように結論づけたことを示している。Aの養育可能性の確保よりも、Xの監護費用の負担の方が重い、と。本判決中で当事者の負担状況をうかがわせる事情としては、以下の3つがある。すなわち、i) Xが当初Yに自身の口座から生活費の支出を許容していたことや、その後約4年の間月額にしておよそ150万円の生活費を支出してきたこと、ii) 婚姻関係破綻後の婚姻費用分担調停から移行した審判で、Xが月額55万円をYに支払うことが確定していること、iii) Yが多額の財産分与を受けること。このうちやや注意を要するのは、判決中、子の養育可能性を確保できるかどうかの判断がiii)の点とだけ関連して挙げられていることである。したがって、Xの負担として取

(14) 最判昭和40年3月9日民集19巻2号233頁の、いわゆる板付飛行場事件判決がその例である。学説では、我妻栄『新訂 民法総則』(岩波書店・1965)35頁以下、を参照。もっとも、学説からは、かような客観的事情のみの比較には批判が出ている。このことは特に、四宮和夫・能見善久『民法総則(第8版)』(弘文堂・2010)18、19頁。客観的事情の衡量のみでは、えてして既成事実が優先されうるからである。

(15) なお、本判決の評釈である、犬伏由子・前掲注(4)98頁は、上記①の点を主観事情として取り上げておられるようである。ただ、常岡史子・前掲注(4)119頁は、本判決が客観的事情の比較衡量を採用したものと分析されている。

(16) 例えば、常岡史子・前掲注(4)120頁は、Yへの背信性への考慮があることは確かであると述べておられる。

り上げられる i)、ii) の事情が A の養育可能性にとって何らかの意味を持っているのかどうかは明らかではない。ただ X のこれまでの負担によって A が養育されてきたことを考えれば、i)、ii) の事情も必然的に A の養育可能性を支えているものとみてよいようには思われる。なお、本判決の評釈においては、iii) の事情は加味すべきではないとの指摘もある⁽¹⁷⁾。というのは、Y の財産分与の事情は A の監護費用の問題とは関係がないからだという。ただ、A は Y の財産から必要な費用を受けて養育されるのであるから、A の養育可能性にとって Y の財産状態を変動させる事情はまったくの無関係ではない。したがって、本判決が X の財産負担と A の養育可能性との比較を取り上げる際、Y への財産分与を挙げたことは無理由ではないように思われる。

四 本判決における権利濫用判断の是非

(1) 既述のとおり、現行制度下においては、仮に子の事情を知らないままでも親子関係を否定する術を失うことがある。そうしてその場合、夫に監護費用を支払う義務が生じること自体はまず否定できない。以上に検討したように、本判決も一応そのことを前提としている。しかし、本判決がそれでもなお権利濫用を認めたのは、X の負担が例外的に重かったことを理由にしている。本件は親子関係を否定する術を失っただけではなく、これまでに相当多額の費用を負担してきたという。このことは、現行制度の帰結としてはかなり過酷な部類に入るものと考えられる。

では、その本判決の判断をどのように受け止めることができるか。ここでの問題は、まさに次の点にある。すなわち、X が A の事情を知らないままであったことを、どのように評価するか。

民法 777 条によれば、嫡出否認の訴えは、夫が子の出生を知ったときから 1 年以内に提起しなければならないという。この期間制限は子の地位の早期保全が目的であるなどといわれ、1 年というのも合理性があるといわれている⁽¹⁸⁾。それを厳密に解すれば、事情を知ろうが知るまいが、その 1 年の経過ですべてを夫に負わせても何の問題もないようにも見える。しかしながら他面で、嫡出否認ができる旨の規定がある以上は、それは夫の権利でもあるということがで

(17) 犬伏由子・前掲注(4) 98 頁。

(18) もともと 1 年という出訴期間は短きに失するといわれてきたが、最判昭和 55 年 3 月 27 日家月 32 卷 8 号 66 頁によれば、それは身分関係の法的安定を保持する上で十分合理性を持つとされる。

きる。しばしばこの1年というのは熟慮期間であるともいわれるように⁽¹⁹⁾、夫にとって、今後の負担を選択する権利だというわけである。親の子に対する扶養義務は生活保持義務であるとされているから、その選択は決して軽いものではない。そこで仮に事情を知らないまま何もかもが確定するというのでは、その権利があまりにも損なわれるうらみがあるろう⁽²⁰⁾。勿論、現代は、子の養育可能性の確保こそが嫡出推定・否認制度の趣旨であるということに気づかされている。だが子の養育可能性を優先することが、直ちに夫の選択を無視する理由にはならない。なぜなら、子の養育可能性の確保が子の人権であるといわれるならば、夫の選択も自己の生活を追求する人権たりうるからである⁽²¹⁾。

以上のことからすれば、子の事情を知らないという事態にあつては、その養育可能性を重視することは当然としても、夫の選択にもある程度配慮したバランスを構築する必要がある。この意味で、権利濫用法理を用いた本判決の判断は一考の価値があるということができよう。周知のとおり、権利濫用法理はかつてから衝突する権利の調整を担ってきた⁽²²⁾。ここでは、子の養育される権

(19) 例えば、中川淳・前掲注(12)203、204頁、などを参照。なお、中川善之助・米倉明(編)『新版 注釈民法(23)親族(3)親子(1)』(有斐閣・2004)235頁(松倉耕作)では、夫が子の非嫡出性を認識していない場合に期間徒過として扱われるならば、熟慮期間の機能を全うしているとはいえないということが指摘されている。

(20) 阿部徹「民法七二七条・七四七条(嫡出推定・嫡出否認)」広中俊雄・星野英一(編)『民法典の百年Ⅳ』(有斐閣・1998)93、94頁でも、次のことが指摘されている。自分の子であると信じていたために否認の訴えを起こさないでいたところ、そうでないことを認識した時にはすでに訴訟期間を過ぎていたというのでは、否認権を認めた趣旨自体が疑わしくなる、と。なお、民法典起草者の1人であられた梅博士は、嫡出否認の訴えに関して、その教科書で次のように述べておられる。自分の子でないという「其事実ヲ知ル以上ハ之ニ対シテ直チニ抗議ヲ為スヘキハ当然ト謂ハサルヲ得ス然ルニ一年以上之ヲ放棄スルカ如キハ是レ既ニ其子タルコトヲ承認シタルモノト謂フヘシ」、と。このことは、梅謙次郎『民法要義巻之四』(明法堂・1899)249頁参照。このことからすれば、立法者の意思のなかでは、夫が子の真実を知っていることが前提だったようにも思われる。

(21) 林家礼二「判例評論(最判昭和55年3月27日)」判時985号(1981)163頁、は次のように述べておられる。自分の子ではないことを確信したにもかかわらず、嫡出否認の機会が与えられず、それを一生我慢しなければならないとすることは、夫の「幸福追求」の権利を損なうものと見る余地が十分にある、と。福永有利「判例解説(最判昭和55年3月27日)」判タ439号(1981)155頁、はかような見解に魅力を感じるとしながらも、訴訟期間の制限を否認の原因の事実を知ったときから起算するなどの解釈をもって、夫の利益を保護することを提唱される。

(22) 権利濫用法理のこうした用い方については、我妻栄・前掲注(14)35頁、参照。

利と夫の選択する権利との調整をはかるのである。現行制度下では理論的帰結として監護費用の負担の存在までは確定するが、実際の請求の段階でかような修正を加えることも無理ではない。他に手段のない現状にあっては、1つの有効な解釈論のように思われる⁽²³⁾。

(2) 権利濫用法理を用いた本判決に難点があるとすれば、その衡量の内容が不鮮明なことである。例えば、以下の2点を挙げることができる。

まず1つは、何を衡量の材料とするのか。本判決は既述のとおり、おおよそ3点程度を確認するのみである。これは原審までの事実認定の仕方によるのかもしれないが、それで十分ということはできないであろう。本件でいえば、例えば次の事情も加味する必要がある。まず本件のAには2人兄弟がいるという。その2人についてはXとYとで費用を分担することになるが、そこでのYへの負担がAの養育可能性にどう影響するか。次に、現時点におけるAの年齢。それから、X以外にAの養育可能性を支える人物がいないかどうか。差し当たってかような事情をも加味してこそ、Aの養育可能性とXの負担との適切な衡量を果たせるように思われる。

次に、そもそも子の養育可能性をどのレベルで確保するのか。この点についても、本判決は「十分配慮すべきであることを考慮しても」とだけ述べている。だが、どのレベルで十分配慮したのかは明らかではない。さしたる言及がないことからすると、それほど高いレベルは要求していないものとも推察できる。これについて考えてみれば、まずもって親自らの身を切るほど高度なものを求めることはできないものと考えられる。なぜなら、もともと事情を知っていれば嫡出否認の訴えが行使されたかもしれないからである。ただそうはいつでも、なるべく標準的な家計に近づけて考える必要もあろう。当事者の負担を調整するのだとしても、制度の主たる目的が子の養育可能性の確保にあるからには、少なくとも一般的に子の養育といえる程度は確保する必要がある。したがって、そのレベルにない場合には、基本的に子の養育可能性の方を重く捉えなくてはならない⁽²⁴⁾。

(23) ところで、本件が子自身からの扶養請求であった場合はどうなるか。この点、本判決の判断が客観的事情の衡量によって権利の調整をはかったものだとすれば、それでも結論は変わらないように思われる。確かに親の事情は子の与り知るところではない。ただ以下のとおり、一定の養育可能性を確保できる場合、権利の調整という面で扶養請求が認められないのも、無理からぬように思われる。

(24) 本件では既述のとおり、Aには2人兄弟がいる。以上のように解すると、兄弟間で監護費用の差ができるという深刻な問題が生じうる。本判決の評釈はこの点に注目し、兄

五 本判決の射程と今後の課題

(1) ここまで検討したように、本判決は、夫が子の事情を知らないまま親子関係が確定し、よって監護費用の負担が生じた場合の、1つの修正策といえる。では、その判断の射程はどこまで考えることができるか。いうまでもなく、権利濫用の判断は個々の事情の評価に強く依存する。もっともいくつかの事情を想定することは可能であろうから、最後に4つほど例を挙げて、若干の検討を加えることとしたい。

第1に、子の養育可能性が現実的に危険に晒される場合。当然、その場合には権利濫用との判断には至らない。程度の問題は残るとはいえ、本判決も一応子の養育可能性が確保できることを前提としているからである。

第2に、例えば、Xがこれまで平均的な費用しか負担していなかったとか、Aの出生から2、3年後に事情を知ったという場合はどうであろうか。本件の最大の特徴は、おそらくこれまで数年間多額の費用を負担してきたということにある。仮にそれがXの負担として考慮されるとともにAの養育可能性を支えているとすれば、その場合に監護費用を免れる可能性は高くはない。あるとすれば、次の事情があるときであろう。監護親であるYに単独で監護しうる確かな資力があるか、他に養育可能性を支えうる人物を確保できる蓋然性がある場合、など。

第3に、XがAの事情を知らないことにつき、何らかの過失があるという場合はどうか。本件は、Yが告げなかったため、XがAの事情を知らなかった事案での判断である。Xに責められるべき点があったかどうかは定かではない。ただXに責められるべき点がある場合には、その費用負担を免れないというべきであろう⁽²⁵⁾。Xの負担は自ら招いたものであるから、これまで出費

弟間での均衡をはかる重要性を説いている。このことは、例えば後藤亜紀・前掲注(4)115頁。また、中川淳・前掲注(4)93頁も、兄弟で同額基準になっているかどうかに着目されている。本件の原審も、「法的な親子関係にある子に対して生物学的な血縁関係の有無により養育費の支払義務に差等があるとは認め難い」と述べていた。ただ、その子の養育可能性と夫の選択の調整をはかる場合、兄弟の事情は1つの参考にとどまるというべきであろう。子の養育可能性を確保するという目的のなかに、兄弟と平仄を合わせることまでが当然に含まれるとは考えられないからである。もっとも差が顕著である場合、それでは一般的な養育可能性も確保できていないという疑いは生じよう。

(25) なお、嫡出否認の訴えの出訴期間を、「否認すべき」子の出生を知ったときからと解する奈良家審昭和53年5月19日家月30巻11号62頁は、夫が子の事情を知らないことにつき、重大な過失がないことを要求している。その趣旨は、子の身分関係を長く不安定にすることを避けるためにあるという。

した費用も、これから出費する費用も、Xの正味の負担にはならないからである。

第4に、そもそもYの費用請求が離婚の際になされたものではなかった場合はどうなるであろうか。いうまでもなく、本件は「離婚後の二男の監護費用の負担を求めること」の問題である。だが、夫が子の事情を知らないまま費用を負担し続けなければならないかという問題は、離婚しなくても生じうる。婚姻関係をなお継続させているうえで、婚姻費用の負担という形で問題となることもあろう。離婚してもしなくても子の養育を果たす義務は変わらないのだとすると、本判決の判断が離婚事例に限られるという理由はない。ただ、仮に本判決のような負担の衡量が上記の場合に及びうるとしても、そこでXが費用を免れる現実的な可能性はほとんどない。なぜなら、本件では婚姻関係破綻後の審判で確定したXの負担や離婚の際のYへの財産分与が比較衡量において大きな比重を占めていたからである。

(2) 既に述べたように、本件の問題は、嫡出推定・否認制度に対する立場の揺らぎを背景としている。子の養育可能性の確保のみを取り上げるのか、それとも夫の権利を一定程度尊重するのか。本稿は、嫡出否認の制度があるということ的前提に検討を進めた。だが実際、現行制度、特に民法777条の文言からは、制度がいかなる立場をとっているのかが必ずしも明らかではない。本件のような事案を終局的に解決する術は、何よりその立場を改めて明示することにあるといえよう。そこでは、例えば法律の改正が1つの有効策になる。本判決からは、そうしたレベルでの解決の必要性も示唆されるように思われる⁽²⁶⁾。

(本学法学部特別研究員)

(26) 実のところ、現在の嫡出否認制度は厳格に過ぎるとして、昔から立法課題に挙げられていた。例えば大正14年の民法親族編改正要綱やその後の人事法案でも取り上げられていた。内容については、我妻栄・前掲注(1)225、226頁、などを参照。近時でも家族法改正に向けた議論がなされている。特別座談会「家族法の改正に向けて(下)-民法改正委員会の議論の現状-」ジュリ1325号(2006)148頁以下で、嫡出否認の訴えの出訴期間も議論されている。なお、こうして立法課題として取り上げる場合、改めて子の養育可能性を何よりも強調するという方策を選択するならば、それはそれで1つの道であるようにも思われる。