

不貞の抗弁

不貞の抗弁

—Einrede der Bescholtenheit—

朝 山 善 成

一、非嫡出子の側から父親に対して強制的に認知の請求をする認知請求訴訟における訴訟物は認知請求権であり、請求を理由づける要件事実は自然血縁的父子関係である。

ところが現在の科学の力をもってしても直接に父子関係を一〇〇パーセント証明することはできない。

そこで自然的父子関係を立証する方法としては、父子関係を推認せしめる間接事実を種々集めてこれを立証し、もって裁判官の自由心証に任ねる方法しかない。

通常問題とされる間接事実としては、(1)子の母と相手方男性との間において、受胎可能日に性的交渉のあったこと、(2)右の当時母には当該男性以外に男性関係が存在しなかったこと、(3)血液検査、人類学的検査等の科学的検査によって、父子関係存在の可能性が認められること等である。(例えば最高裁判所昭和三二年六月二一日判決等)

右(2)の他の男性関係の点については、被告である男性の側から、自分以外にも子の母と性的交渉があり、子の父である可能性のある男性の存在することを主張立証して、認知請求の棄却を求める抗弁とすることを認める立法例がある。例えばドイツ民法第一七一条前段は、「懐胎期間中母と同棲していた男は他にも右期間中母と同棲していた者がなければ、第一七〇八条ないし第一七一六条の意味における非嫡出子の父親とみなす。但し母が子をその同棲によって懐胎したことが不可能であることが諸事情によって明らかである場合には同棲は考慮されなす。」とする。

これを不貞の抗弁 (Einrede der Bescholtenheit) 若しくは多数関係者の抗弁 (Mehrverkehrsrede) とす。

かかる明文のない我が民法の下においては、多数関係者の不存在を認知請求者側において立証すべきであるか、或いは多数関係者の存在について請求棄却を求める男性側に立証責任があると考えらるべきであるか、考え方が分れる。

二、この点につき大審院明治四五年四月五日判決は「甲男ト乙女ト相通シ乙女ヨリ生レタル子カ甲男ヲ以テ自己ノ子ナリトシテ認知ヲ訴求スルニハ単ニ甲男ト乙女ト情交ヲ通シタル事実ヲ証明シタルノミヲ以テ足レリトセス乙女カ其懐胎當時ニ於テ他ノ男子ト通セザリシ事実関係ヲ乙女ノ操行其他乙女ノ懐胎當時ニ於ケル四圍ノ情況ニ依リテ確立シ以テ甲男ト乙女ノ交通カ乙女懐胎ノ唯一ノ原因タリシ事実ニ付キテ裁判所ノ心証ヲ得ルコトヲ要シ事実証拠ニ依リテ乙女カ他ノ男子ニ接セザリシコトノ心証ヲ裁判所ニ起サシムルコトヲ得ザリシ原告ハ私生子認知ノ訴ニ於テ敗訴スベキモノトス」と判示し、多数関係者不存在の立証責任を認知請求者側に負わせる見解をとり、これが指導的判例とされてきた。(例えば東京控訴院大正九年二月一六日判決、同昭和九年二月一九日判決等)

不存在の事実を直接に立証することは困難であるので、男性側で当時の女性の素行についていろいろの事実をあげ、女性の側でそれを反駁することになるが、右の見解によれば、結局多数関係者が他にいないことの心証が得られない限り認知請求は棄却されることになる。

三、これに対し、大阪高裁昭和二年八月二一日判決は「茲に認知請求の訴訟における立証責任の問題に付て考察すると、…併しながら一般に或る事実の存在したことを立証するのに比べると、或る事実の存在しなかつたことを証明するのは著しく困難なことであり、而もこのことは女子の操行の問題に付て事柄の性質上一層困難の度を加えるものであるから、右判例(前記大審院判例)のごとき解釈をとることは認知請求の訴に於ける原告側の立証責任を不当に加重するものであって殆んど婦女の不貞を推定するにも等しく、改正前の民法の下に於てすら所謂父系尊重思想の極端なあらわれであるとの批判を受けたところであるから、個人の尊厳と両性の本質的平等を旨として解釈すべきものであるとする改正民法第一条の二の理念の下に於ては到底之に従うことは出来ない。而して立証責任の分配の見地よる見るときは、認知の請求をなす者において相手方たる男子との性交の結果妊娠した事実の立証責任を負担することは勿論であるが、いやしくも問題の子を懐胎したと認められる期間中に相手方たる男子との間に性的交渉のあった事実が立証された以上、反証がない限り此のの性交の結果妊娠したものと一応の推定(所謂事実上の推定)を為すべきであり、従って立証責任は終始認知請求者の側にあるが、所謂立証の必要は相手方たる男子に移り、此の者に於て右期間中に他の男との間にも同様の関係が結ばれ、従って問題の子の父であるかも知れぬ者が自己以外に存在する旨の所謂多数関係

不貞の抗弁

者の抗弁を提出し、且此の事実を立証（所謂反証）を提出し得ない限り、右事実上の推定を阻止することは出来ないものと解するのが相当である。」と判示した。

この見解によれば多数関係者の存否が明確でないとき、原告の請求は認容されることになり、前記大審院の判例の正反対の考え方である。大阪高裁がこのような考え方をとるにいたった動機として、同庁昭和二九年七月三日判決において前記大審院の判例の考え方に従っていたことに對する反省があつたのではないかと推測される。（この高裁判決は昭和三十一年九月一三日最高裁において破棄されている。）

いずれにしても、学説の多くは右判例の見解に賛成している（例えば我妻親族法二四五頁、中川「親族相続判例総評」等）。

四、しかしながら婚姻（内縁を含む）外の男女間において受胎可能な日に性的交渉のあつた事実をもって直ちに子は右行為の結果懐胎されたものと推定する考え方には賛成できない。

婚姻中にできた子は夫の子と推定される（民法第七七二条）。この推定は内縁の夫婦の場合に類推され、内縁の夫と子との間には父子関係が事実上推定される（通説、最高裁昭和二九年一月二一日判決も同旨）。

しかしかかる事実上の推定を内縁関係にもない男女間の子と男との間に一般的に認めることは妥当でない（同旨三淵乾太郎法曹時報九卷八号一〇二頁、片山金章家族法大系八三頁）。我妻親族法二四五頁は、内縁関係がなくとも、かなり継続した関係があれば推定してよい旨述べられているが、疑問である。受胎可能な日に母と性的交渉のあつた者が父性を推認される可能性があることは否定できないであろう。しかし、多数関係者の存在することが立証されないという一ことでもって、直ちに右の可能性が父子関係存在の蓋然性にまで高められるということとは経験則的に理解できない。

五、そこで我妻前二四六頁は、母の職業ないし地位を重要なものと考え、母が娼妓その他多数の男子と性的交渉をもつ地位にあつた場合、母だけが特例であつたことの挙証がない限り、認知の請求は認められないが、これに對し、母が普通の女子である場合には、単なる噂だけでは多数関係者の抗弁は成立せず、特定の男子と性的交渉のあつたことを挙証しなければならぬ、とする。

同様に千葉地裁昭和三六年八月一〇日判決は「特定の男子と特定の女子との間に性的交渉があり、而もその女子が右男子以外の男子と性的交通を持たなかつたときは、その女子の分娩した子は右男子の子であるという外はないとの経験則が存在する」としつつ、「例えば所謂箱入

娘と云われる様な女性、若しくは人に囲はれて居る様な女性（妾）が他の男子と性的交通を持つことの機会を遮断されていることは経験則の示すところであるから、その子の母がその様な境遇にある女性であることの証明が為されれば、その子はその母と性的交通をなした男子の子と推定すべく（従ってこの場合立証責任は相手方に転換される）、之に反し、所謂職業婦人、特に接客業若しくは之に類似する職業に従事する婦人については一種の性的解放が現出されて居ると観ることの出来る現下の状況に於いては、男子との性的交通が自由であるという一般的状态の存在することによって、逆に他の男子との性的交通の遮断がないとの推定を受くべく、従ってその母がその様な職業に従事して居る場合においては、他の男子との性的交通の遮断されて居ることの推定がないことになるから、その母にそのような交通のなかつたことを原告に於て証明せざるをえない……」とする。

いずれも推定の範囲を類別化し、具体化しようとするものであるが、父子関係という微妙な問題を定型的なもので割り切ろうとするものであって、賛成できない。右判例等の類型、例えば「娼妓」、「箱入娘」、「囲われ者」という概念は必ずしも明確でないし、後の二類型に該当する者は特定の男子以外の男子との交渉を遮断されているという経験則が存在するというのも独断の感がある。

夫婦間の子が夫の子と推定されること（民法第七七二条）の根拠は、夫婦間に於てはそれ以外の男女間に於ける場合と基本的に異なる強い守操義務が道徳的法律的に要求されることにあると共に、さらに家庭の平和を守るための政策的な配慮にあるのである。従って特定の男子以外の男子との交渉を遮断されるかどうかという点について、妻の地位にある女性とそうでない者とは厳に区別されねばならない。而して妻の地位にない者の場合において、その者の職業、地位（接客業、良家の子女等）は父子関係の存在という要証事実立証のための証拠の証明力に影響する事実であるが、右の類型的な職業、地位等によって一概に立証責任を決定しようとする考え方は妥当でない。

六、思うに不貞の抗弁、又は多数関係者の抗弁というが、これは真正な意味における抗弁ではない。

即ち抗弁とは特定の権利関係を主張する者が、その権利の発生の根拠となる要件事実を主張立証するのに対し、権利関係の発生を阻止する事実、或いは権利関係を消滅させる事実を主張する場合に、これらの権利障害ないし消滅事由を抗弁というのであって、その立証責任は抗弁を提出する側が負担する。

ところが多数関係者の抗弁における多数関係者の存否は、自然的父子関係を立証するための間接事実の一つである受胎可能な日に性的交渉

不貞の抗弁

があった事実の証明力に影響するものであって、認知請求者からすれば、その不存在の事実が右証明力を増強する利益を有し、請求棄却を求める側は右存在の事実が右証明力を減殺させる利益を有する。即ち多数関係者の存否は主張抗弁といった要証事実ではなく、認知請求の要証事実である自然的父子関係を推認させる間接事実の一つである。

自然的父子関係の立証は、第一項の(1)、(2)、(3)の各事実は勿論のこと、その他母の操行、職業、地位、性格、知能、情交の密度、受胎及び分娩の事実の告知の有無及び時期、男性の態度、分娩回避の可否、分娩後の男性の態度、扶養、認知請求の時期等々の間接事実を仔細に探究し、要証事実についての心証の形成の待つべきである。

その場合多数関係者の存在事実が完全に立証され、血液型等による科学的検査等によっても父である可能性のある者が他に存在することが立証された場合には、認知請求は棄却されるであろう。逆に多数関係者の不存在が完全に立証された場合、被告の父性に対する推定は増強される。この意味で多数関係者の問題は重要であり、無視することのできない要素である。しかし右の中間の心証状態の場合、即ち多数関係者が存在すること、又はその存在しないことのいずれとも明確に心証が形成できない場合は比較的多いと思われるが、その場合に、不存在の事実が立証されないから、請求を棄却するとか、又は存在の事実が立証されないから、請求を認容するという結論を急ぐことは妥当ではない。

三淵前記一〇三頁は、右いずれの心証もとれないという場合は、審理不尽である旨述べているが、しかし職権探知によって審理を尽くしてもいずれかに明確に決することのできない場合があることは否定できないであろう。かかる場合に判決をすることができないとは考えられない。その点を明確に確定できないでも、その他既に述べた諸々の事情（間接事実）を明確にすることによって要証事実についての心証形成することは可能である。

最高裁昭和三六年九月二六日判決は、母が子を懐胎した当時被告と継続的情交関係にあったこと、母に被告以外の男と情を通じたことは認められないこと、血液型等では被告の父性は不合理でないこと、被告が母と子を扶養していたこと等の事情の下においては、母が子を懐胎した当時被告以外の男と情を通じなかったことを確立しないでも、子は被告の子であると推定しうる旨判示している。

七、要するに多数関係者の抗弁は要証事実ではない。

最高裁昭和三十一年九月一三日、同三十二年六月二一日、同三十二年一月三日各判決はいずれも多数関係者の存在することが認められない旨の

原審の認定事実を一つの要素として父子関係を推定すべきである旨判示している。これ等の判例は、多数関係者の抗弁が要証事実であって、多数関係者の存在を被告に於て立証責任を負うと考えているのではなくて、多数関係者の問題を父性推定の一要素と考えているものと考えられる。(同旨岡垣学家族法判例百選九五頁)

(非常勤講師)

不貞の抗弁