

主 文

本件上告を棄却する。

上告費用は上告人の負担とする。

理 由

上告代理人臼杵敦の上告理由第一、二点について。

原判示によれば、「甲第一号証（戸籍謄本）と証人Dの証言を総合すれば、被上告人が昭和五年一月二十四日訴外Dの子として出生したことが認められ、Dの証言に証人E、F、Gの各証言を総合すれば、Dが大正一二年カフエーの女給として働いていた頃、当時大阪医科大学在学中の上告人と知り合い、大正一三年頃より情交を結んで昭和四年暮頃までこれを継続した事実を認めることができる。右認定に反する上告人本人の供述は信用できず、乙第一号証も右認定を覆すに足りない。そして右証人F、E及びGは、Dがいわゆる固い女で他の男とは関係がなかつたと思う旨の証言をなし、Dもこれに副う供述をなしているが、乙第一ないし第四号証も、Dが被上告人を懐胎した当時、他の男との間にも同様の関係があつたことを疑わしめるに足る証拠となすに不十分であり、上告人本人の、被上告人をEの子と思う旨の陳述は何らの証拠を示さない陳述で到底信用できず、一方、鑑定人Hの鑑定の結果によれば、上告人と被上告人との間には血液型の背馳はなく、ただ、総括的観察としての結論において、被上告人が上告人の実子であるかどうか判らないというにどまり、その他には、何らの反証もない」というのである。

認知請求の訴において、原告は自己が被告の子であるとの事実につき挙証責任を負うべきこと勿論であるが、本件において原審の確定した前示事実関係によれば、被上告人の母が被上告人を懐胎したと認められる期間中上告人と継続的に情交を結んだ事実があり、且つ上告人以外の男と情交関係のあつた事情が認められず、血液型の検査の結果によつても、上告人と被上告人との間には血液型の上の背馳がない

のであるから、被上告人は上告人の子たることを推認するに難くないのであつて、況んやこの推認を妨ぐべき別段の事情は存しないのであるから、被上告人が上告人の子であるとの事実は証明されたものと認めて、経験則に違反するところがないといわなければならない。

所論引用の大審院判例は、右の趣旨に副わない限度においてこれを変更するものである。されば、被上告人の本件請求を認容した原判決は結局正当であつて、論旨は採用することができない。

同第三点について。

原判決は、民法一条の二が本件の如き認知を目的とする訴における挙証責任についても解釈の標準となるべきものと/orして、私生子なるが故に殊更に差別的取扱をしたものとは認められないから、所論憲法一四条違反の主張は、その前提を欠き上告適法の理由とならない。

よつて、民訴四〇一条、九五条、八九条に従い、裁判官藤田八郎の少数意見を除くその余の裁判官一致の意見で、主文のとおり判決する。

裁判官藤田八郎の少数意見。

原判決は、認知請求訴訟における立証責任の分配の問題に関し「認知の請求を為す者において、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つた事実が立証された以上は、反証がない限り、こ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、従つ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子との間にも同様の関係が結ばれ従つ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者の抗弁を提出し、且、この事実を立証し得ない限り、右の事実上の推定を阻止することはでき

ないものと解するのが相当である」とし、本件において、上告人とDとの間には大正十三年頃から、昭和四年暮頃迄情交関係が継続せられ被上告人はその間において昭和五年一月二十四日Dの子として出生した事実は確認されたに拘わらず、上告人が原審において提出援用した乙第一乃至四号証、鑑定の結果、上告人本人訊問の結果をもつてしては前記事実上の推定を阻止する反証とするに足りず「結局、上告人は自己と被上告人との間の父子関係の存在についての先きに掲げた事実上の推定を受けることを阻止するに足りる反証を尽さないのであるから、所謂多数関係者の抗弁を理由に本件認知請求を拒むことはできず」として被上告人の本訴請求を認容したのである。

しかしながらいわゆる立証責任とは要証事実が証明されなかつた場合、その事実につき立証責任を負う者の不利益において裁判がなされるということであつて（昭和二九年（オ）八五六号昭和三一年九月一三日第一小法廷判決）、原判決のいうように、上告人（被告）の挙証責任を負担する事実が上告人提出援用の証拠から認められないからといつてただちに、上告人を敗訴せしめるという筋合のものではないのである。裁判所は要証事実の真偽を確定するについては、挙証責任を負担する当事者の提出した証拠方法であると又はその反対を証するため相手方の提出した証拠方法であるとを問わずすべてこれを斟酌することを要するものであり、殊に子の認知の訴訟は人事訴訟の範疇に属するものとして職権主義をとるものであり、裁判所は、当事者双方の提出せる証拠のみならず進んで職権をもつて必要と思われる証拠調を遂行し、あらゆる証拠調をもつてしてもその要証事実についてこれを真実とみとめる心証を得られなかつた場合にはじめていわゆる挙証責任分配の法則に従つて、その責任ある当事者の不利益において裁判をすることとなるのである。しかるに、原審は要証事項について被上告人（原告）側が提出援用した証拠については何ら判断を加えるところなく（本件の第一審判決は、これらの証拠を総合して本件要証事

実のすべてを肯認し被上告人勝訴の裁判をしたのであるが）また、さらに進んで職権をもつて証拠調をした形跡もなく、ただ上告人の挙証は反証とならないというだけの理由で上告人敗訴の裁判をしたことは、人事訴訟の職権主義たることを忘れ、訴訟における挙証責任の法理を誤つたものと云わざるを得ない。

さらに、原審の判示した挙証責任分配の法則は果してあやまりないものであろうか。

もとより認知請求の訴において、被告に対し認知の請求をする原告は自己が被告の子であることにつき立証の責任を負担する（これは原判決も是認するところである）。そして自己が被告の子であることを立証するためには被告と自己の母との間に性的関係があり、この関係が、母が自己を懷胎した原因であることを立証しなければならないことは当然である。そしてこの関係がその懷胎の原因であることを主張するためには、他にその頃原告の母と性的関係を結んだ男子がいないということ、或は他にかかる男子があつても、その男子との関係が右懷胎の原因でないという事実を明らかにしなければならない。旧来の大審院判例がくり返し「甲男と乙女の交通が乙女懷胎の唯一の原因であつた」事実につき挙証の責任ありとする所以である。ただ、この場合に、原告の母が原告を懷胎した時期と考えられる　いわゆる受胎可能の期間に、原告の母と被告との間に性的関係があつたという事実が立証されれば、原判決のいうように、「反証がないかぎりこの性交の結果懷胎されたものと一応の推定（所謂事実上の推定）を為すべきで」あろうか。「従つて所謂立証の必要は相手方たる男子に移り、この者において右期間中に他の男子との間にも同様の関係が結ばれ、従つ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者の抗弁を提出し且、この事実を立証（反証）しない限り、右の事実上の推定を阻止することはできないと解す」べきものであろうか。

男女関係の態様の種々相によつて、異なるのであつて原判決のごとく一概に論決す

ることはできないのではなかろうか。

法律上婚姻している男女に関しては、この点に関し厳とした法律上の推定があり（民法七七二条）この推定をくつがえすためには、とくに嫡出子否認の訴によることを要するものとせられる（同七七四条七七五条）。法律上の婚姻ではないけれども、いわゆる内縁の夫婦関係ある男女間に生まれた子については、事実の蓋然性にもとづく立証責任の問題として民法七七二条が類推され、内縁の夫の子の推定を受けるべきであるとすることは当裁判所の判例（昭和二五年（オ）三二三号事件同二九年一月二一日第一小法廷判決）である。

しかしながら、婚姻若しくはこれに準すべき内縁関係のないいわゆる私通関係にある男女間に生まれた子に関し、その関係持続中に懐胎したというだけでただちに懐胎された子がその相手方たる男の子であることの「事実上の推定」が立証責任の問題として無条件に是認せられてよいであろうか。

職業的に性交を常習とする女について、かような推定のなりたたないことは常識上当然である。また、良家の子女に対して一概にいわゆる不貞を推定することは原判決のいうごとく改正民法一条の二の理念に反するであろう（尤も良家の子女といつても、法律上の婚姻も事実上の結婚もしないで子をうむという事態そのことに相当問題はあるとしても）。しかし本件原判決認定のような大正十二年来昭和四年までカフェーの女給として働いていて、当時大阪医科大学在学中の上告人と情交関係を結んだという境涯の女子について無条件に、原判決のいうがごとき事実上の推定が成り立つものとするのは、いささか早計ではなかろうか。

原判決は、この法則支持の一証拠として挙証の困難を挙げている。曰く「一般に或る事実の存在したことを証明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、しかも、このことは女子の操行の問題については事柄の性質上一層困難の度を加えるものである」として、女子に不貞のなか

つたことの挙証を強うるの非を強調している。しかし、立証の困難は相手方にもある。本件のようにすでに分娩より二十年余の歳月を経た今日において、二十余年前にカツフエーの女給をしていた女に他にも関係者があつたという事実の立証の困難はまさに上告論旨の指摘するとおりであろうと思われる。

（また、原判決は、いわゆる「多数関係者の抗弁」は被告の提出する抗弁なるが故に被告側に立証責任ありとするものようであるが、いわゆる多数関係者の抗弁は真正の意義における抗弁とは認められない。被告との性交関係が原告懐胎の原因であるという原告主張の事実に対する相手方の否認に伴う反対事実の主張に過ぎないのである。）

事案の実相は、きわめて微妙な事実関係の裡に伏在するのであつて、各場合の具体的案件について、その具体的事情に即して解決するの外なく、原判決のいうような普遍的な抽象的な立証責任の分配ということは、一概には考えられないのである。

もともと、認知訴訟は、父と子との間における事実上の親子関係の存在を確定し、かつこの事実にもとづいて、法律上の親子関係を創設することを目的とする訴訟であつて親族法上、相続法上重大な影響を及ぼすことはもとより、人倫の根本に関し、公益にも関連する重要なものであるために、とくに人事訴訟によることを要するものとせられ、この訴訟においては当事者の処分権主義を制限し、職権主義を採用したのであつて、単に当事者の挙証が不十分であるから、直ちにその当事者を敗訴させるというがごとき訴訟のたて前にはなつていないのである。であるから、裁判所としては挙証責任の法理に従つて裁判をする前に、できるかぎり職権による事実の探知をしなければならない。懐胎当時の情交関係は間違いないとしても、被告の他に原告の母と、同様の関係を結んだものがあつたかどうかの点は勿論、当時原告の母の操行に関する状況、分娩前後における双方の交情の密度、或は子の命名に父たるべき人が干与したようなことがあるかどうか、その他、当時事実上自己が父たる

ことを認めていたような事実があるかどうか、本件のごときは、子の出生以来二十余年を通して後に認知の訴が提起されているのであるが、何故にしかく多年に亘つて、認知問題が放置されて来たか、その間子の扶養はいかにされて来たか、等々直接、間接の事情関係を仔細に探究することによつて、おのずから、裁判所は主要の要証事項について心証を得られることとなるのである。

（本件第一審判決は、原告側の立証によりその頃、原告の母に不貞の事実なしとの心証を得て原告勝訴の裁判をしたことは前に述べたとおりである。）

従来、大審院が明治四五年四月五日以来くり返し、「甲男ヲ自己ノ父ナリトシテ認知ヲ訴求スルニハ单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ハ足レリトセス、乙女力其懷胎当時ニ於テ他ノ男子ト通セサリシ事実関係ヲ乙女ノ操行其他乙女ノ懷胎当時ニ於ケル四囲ノ状況ニヨリテ確立シ以テ甲男ト乙女ノ交通力乙女懷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」として裁判所はこの間の事情関係について十分に職権調査を為すべきことを指示し、すんで「事実、証拠ニヨリテ乙女力他ノ男子ニ接セサリシコトノ心証ヲ裁判所ニ起サシムルコトヲ得サリシ」場合、すなわちこれら職権探知の結果、乙女が当時不貞でなかつたことの心証が得られなかつた場合は「原告ハ認知ノ訴ニ於テ敗訴スヘキモノトス」と判示しているのは、その表現に意をつくさぬ点がないとは云えないけれども、結局は、上来述べ來つたところの人事訴訟としての認知の訴の本質を開明したに外ならぬと解すべきであつて、原判決のごとく右大審院判決をもつて「認知請求の訴における原告側の立証責任を不当に加重するもの」と非難するはあたらぬいのである。

要するに、原判決が自ら十分に事実を探知することはなく、安易に拳証責任分配の法則に依拠して裁判をしたことは認知訴訟が人事訴訟である本質にもとり、審理不尽の違法をあえてしたと云うの外なく、原判決はこの点において破棄を免れない

ものと思料する。

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官	小	谷	勝	重
裁判官	藤	田	八	郎
裁判官	池	田		克