

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

上告代理人宮田勝吉の上告理由について。

原審の確定した事実によれば、被上告人の母Dは、昭和三三年七月一八日訴外Eと婚姻し、二人の子まで設けたが、家庭不和のため昭和三七年九月頃Eと事実上の協議離婚をして同棲を解消し、爾来同人とは全く交渉を絶ち、同年一〇月一八日には「協議書」なる協議離婚の書面を作成交換したのに、たまたまその届出手続がおくれ、昭和三九年七月四日にいたつてようやく正式の離婚届をするに至つたのであるが、それに先だつ同三八年一〇月頃上告人と肉体関係を結ぶようになり、以来右Dが被上告人を分娩する同三九年一一月一七日の一ヶ月位前まで肉体関係を継続し、その間に上告人の子である被上告人を懐胎したというのである。

右事実関係のもとにおいては被上告人は母DとEとの婚姻解消の日から三〇〇日以内に出生した子であるけれども、DとE間の夫婦関係は、右離婚の届出に先だち約二年以前から事実上の協議離婚をして爾来夫婦の実態は失われ、たんに離婚の届出ができていたにとどまるというのであるから、被上告人は実質的には民法七七二条の推定を受けない嫡出子というべく、被上告人はEからの嫡出否認を待つまでもなく、上告人に対して認知の請求ができる旨の原審の判断は正当として是認できる（当裁判所昭和四三年（オ）第一一八四号、昭和四四年五月二九日第一小法廷判決参照）。論旨は、右と異なる独自の見解であつて採用しえない。

よつて、民訴法四〇一条、九五条、八九条に従い、裁判官全員の一致で、主文のとおり判決する。

最高裁判所第一小法廷

裁判長	入	江	俊	郎
裁判官	長	部	謹	吾
裁判官	松	田	二	郎
裁判官	岩	田		誠
裁判官	大	隅	健 一	郎