

# 父子関係の成立と子の福祉について

——最高裁平成26年7月17日第一小法廷判決を題材として——

谷口 祐 太 朗

(法学専攻 リーガル・スペシャリスト・コース  
推薦教員：二宮周平)

## 目 次

はじめに
第一章 民法772条の制度趣旨と意義
第一節 民法772条の沿革
第二節 限 界
第三節 外観説の確立
第二章 家庭破綻説の登場と限界
第一節 家庭破綻説と実務
第二節 家庭破綻説の限界
第三節 家裁実務の運用
第三章 本判決の検討
第一節 概要と判旨
(1) 事実の概要
(2) 審理の経過
(3) 判 旨
第二節 反対意見と補足意見
第三節 本判決に対する学説の評価
(1) 本判決と学説の対比
(2) 本判決の評価
(3) 本判決の影響
第四章 今後の検討課題——立 法 論
第一節 立法論の紹介及び私見
(1) 日本私法学会での提案
(2) 日本家族〈社会と法〉学会での提案
(3) 二つの学会報告の比較
(4) 私 見
第二節 私的鑑定の証拠能力
おわりに

## はじめに

本稿では、最高裁第一小法廷平成26年7月17日判決民集68巻6号547頁（以下「本判決」という）を題材とし、父子関係の成立と子の福祉についての考察を行うことを目的とする。本判決は、私的になされたDNA鑑定の結果を根拠に親子関係不存在確認の訴えがなされた事案である。本事案には、我が国の現行の嫡出推定制度（民法772条）や嫡出否認制度（民法775条以下）という制度上の問題、例外的に嫡出推定を排除する事由に関する解釈上の問題、私的な鑑定を証拠とすることの可否など多くの問題が含まれている。その問題への解答は、真に守るべきものは法的安定性と現実の養育環境のどちらなのかという政策的な価値判断を伴うため、様々な点で議論が錯綜しており、本判決に対する評価も大きく二分している。

そこで、制度の趣旨や機能を遡って確認し、判例や家裁実務がどのような工夫をしてきたかを整理した上で、本判決を検討する必要がある。本稿では第一章、第二章がこれに当たる。特に第二章では、判例が外観説を確立させるに至った経過、現実の養育環境を重視し、法律上の父子関係を争う道を開こうとして、下級審においては家庭破綻説を採るものが数多く現れるようになった経過、家庭破綻説が限界を露呈し、判例が外観説を維持する一方、家裁実務上は合意説と呼ばれる考え方に則った運用がなされてきた経過を示す。

このように種々の見解が錯綜する中、本判決は、従来の最高裁判例と同様外観説を徹底させ、現実の養育環境よりも法的安定性を重視させる結論を下した。本判決は5名の裁判官の合議によって行われたが、内3名が多数意見、2名が反対意見の立場を採るという僅差でのものであった。本判決に対する学説上の評価も大きく二分しており、多数意見派と反対意見派の両者が「何を最も重視するか」という観点から争った。第三章以下で述べるが、私見は、本件のような事案においては現実の親子としての家庭環

境を安定させるという見地から、反対意見の立場を支持する。ところで、本判決によって外観説がより一層徹底されると、血縁上の父に対する認知の訴えの中で嫡出推定を排除したり、親子関係不存在確認の審判において合意説を採ることも難しくなることが予想される。しかし、本判決は合意説を否定した判決ではない。そのため、今後も家裁実務上は合意説による運用がなされる可能性はある。

しかし、判例・実務による解決には限界がある。そこで、学会における提案や議論状況を参考に、私見として立法論の提案を行った。冒頭で述べたように、本判決の事案では、原告側が私的に行った DNA 鑑定の結果を証拠として提出していた。しかし、親子関係不存在確認の訴えは認められず、前夫と子との間には血縁関係が存在しないことが明白になっているにもかかわらず、法律上は親子であることが確定する結果となった。私的な鑑定を行うことの問題性が明らかになった事案でもある。そこで、最後に私的鑑定の証拠能力をとりあげ、鑑定の濫用に歯止めをかける解釈論を検討した。

本稿では、これらの検討を通じて、子の養育環境を安定化させる解釈、立法のあり方を明らかにしたい。

## 第一章 民法772条の制度趣旨と意義

### 第一節 民法772条の沿革

民法772条は、嫡出推定の規定である。具体的には第1項で「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する。」とし、第2項で「婚姻の成立の日から二百日を経過した後又は婚姻の解消若しくは取消しの日から三百日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する。」と規定している。このように、妻の婚姻中懐胎によって夫の子であると推定することを「嫡出推定」という。

法律上の親子関係の発生は、自然血縁関係という生理学的な事実を基盤

とするのが親子法を支配する基本原則である<sup>1)</sup>。また、民法上、嫡出子の定義は定められていない。しかし当然ながら、夫との性的交渉によって懐胎された子でなければならないことはいうまでもない。そして、客観的な事実として、子が婚姻の成立の日から二百日を経過した後又は婚姻の解消若しくは取消しの日から三百日以内に生まれたことの証明は容易であるのに対し、妻が夫との性的交渉によって懐胎したということを直接証明することは事実上不可能である。そのため、父子関係の発生ないし存在を比較的確実にして簡明ならしめるためには、何らかの推定制度を必要とした。そこで民法は772条2項の推定を設け、婚姻成立後に懐胎された子についてのみこの証明を不要とすることにしたのである。

明治民法の家制度のもとで最も重視されることは共同体たる「家」の維持とその受継にある。「家」の跡継ぎたる嫡出子の確定や「家」の承継を早期に行うことができるようにするという機能を、民法772条は果たしてきたといえる。家制度が廃止された現代においてもこの種の家父長意識や長男の跡継ぎ意識は存続し続けている。例えば人事訴訟法41条は、夫が否認権を行使せずに死亡した場合に他の者が否認権を行使することができる旨を定めている<sup>2)</sup>。ここには、夫の相続人その他の親族の利益擁護を最優先しようとする思想が強く現れている。これは、大事な「家」を血の繋がりのない者に継がせるわけにはいかないという一種の家意識の名残りと解することができるように思われる。

また、現代において、旧法から現行民法への移行とともに家制度が廃止されると、「夫婦と子」という家族単位が認められるようになってきた。このことによって初めて、子を保護する仕組み、その根幹が出来上がってきたといえる。その中でも嫡出推定は、子にとっての父を早期に確保することができるという機能を果たしている。それが血縁上の父なのか法律上の父なのかはさておき、ともかく子にとっての保護者たる法律上の父を早期に確定することに意義が見いだされ、「夫婦と子」という新しい概念が中心となって、夫婦間の「子の保護」という守られるべき概念が登場する

こととなる。そこでは、家長たる父という絶対的な権威者ではなく、「保護者としての父」という新たな概念に転換した。このように嫡出推定は、父子関係のあり方を時代に沿って定義づけてきたといえる。現行民法において嫡出推定が果たすべき機能のうち最も重要なものは、子の法的保護者の確保なのである。

## 第二節 限 界

嫡出推定とはその文字通り「推定」であるのだから、当事者はこの推定を争うことができる。嫡出推定を受ける父子関係が真実に反し自然的血縁関係が存在しないのならば、当事者は、反対事実を主張立証することによってその推定を覆すことが許されなければならない。そのため現行民法は、嫡出推定が事実と反するときには特定の者にこれを否認する権利を与え、それを訴えの提起という形で行使すべきものと規定している。この制度が「嫡出否認制度（民774条）」である。そして民法775条は「嫡出否認の訴え」を規定し、嫡出否認の方法を訴訟に限定した。また、嫡出否認の訴えは、原則として夫のみが、子の出生を知ったとき<sup>3)</sup>から1年以内に提起しなければならない（民777条<sup>4)</sup>。

このように「否認権者」と「否認期間」に厳しい制約を設けている理由としては、まず、「家庭内の平和の維持」と「安定的な親子関係の早期確定」があげられる。両者とも、たしかに法律上保護に値する利益であることに疑いはない。しかし、それに加えて、親子間の血縁の真実を明らかにしたいという「人としての気持ち（人情）」も法律上無視することはできないものである。この両者間の調和をどうとっていくべきかは非常に難しい問題であり、一概に答えを導き出すことは容易でないが、少なくとも嫡出否認の訴えの要件が厳格にすぎると思われる。なぜなら、生物学上の親子関係が存在しないとわかった場合であっても出訴期間の1年を超えてしまうと父子関係を争うことが出来なくなるのだが、このような争いをする場合において「1年」という期間はあまりに短すぎるし、また、そもそも

親子関係の当事者の一方である子や、子を出産した母に否認権がないからである。

このように嫡出否認の訴えが厳格となった理由としては、様々なことが考えられる<sup>5)</sup>。これについて、岡垣学氏は次のようにまとめられた。主要なものとしては、① 夫婦間の嫡出子とされている子を第三者がみだりに自己の子であるとして認知したり、その子の母と不貞関係にあったことを公然と露呈することを許してしまうと、不必要に婚姻道徳を乱し、家庭の平和をも乱す原因となるので好ましくないこと、② 要件を厳格にすることによって嫡出推定の効果が強力なものとなり、法律上の父子関係が画一的に早期安定するため、特に子の利益が保護されることなどが挙げられる。この他にも、③ 妻の不貞行為等によって子が生まれた場合その不貞行為の存在を積極的に主張立証する必要があるが、そのことを夫以外の第三者に認めることは夫の名誉を傷つけるということや、④ 夫が推定を受ける嫡出父子関係が真実に反するのではないかとの疑念を抱きつつ、あるいはそれが完全に真実に反すると知っていながらあえて否認権を行使しなかった場合、そのような嫡出父子関係は実質的には養親子関係と何ら変わりがないものなので、それに対して第三者が、家庭内の秘密事に干渉することを許す必要がないことなども、嫡出否認の訴えの要件が厳格にされている理由とされる。

しかし、この理由では、夫以外の第三者の介入を防ぐことを説明できても、子や妻に否認権を認めないことを説明することはできない。夫のみが嫡出否認の訴えを提起することができるということは、夫の意思次第で父子関係の成否が決められてしまうことを意味する。一度法律上の嫡出親子関係が成立してしまうと、それを妻や子の側から否認することはできないのである。民法772条の嫡出推定は、たしかに「夫婦と子」という守られるべき新しい家族の単位を生じさせ、結果としてある種平等な親子関係を定義づけ、子の保護を図ることができた。しかしその嫡出推定を否認する段階では、いまだ夫の意思が優先するという父権的な思想が根強く残され

ているのである。

### 第三節 外観説の確立

嫡出推定は、夫婦間に性交渉があることを根拠としている。そのため、夫婦間に性交渉がないことが明らかな場合には、推定の根拠を失うこととなり、嫡出推定が排除され、嫡出否認の訴えを提起する必要はなくなる。このような場合には親子関係不存在確認の訴えによって父子関係を争うことが可能になる。こうして、解釈によって嫡出推定の厳格さを緩和する工夫がなされた。

例えば熊本地判昭31・8・14下級民集7巻8号2210頁は、本来婚姻中懐胎子は民法772条によって夫の子と推定されるため父子関係の否認は嫡出否認の訴えによらなければならないのが原則であるが、「夫婦が事実上離婚状態にあるとか或いは夫が永らく海外に滞在し若くは行方不明の状況にあるなど長期に亘る別居生活をなし永らく夫婦関係を断絶している場合のように外部関係から何人がこれを見てもその夫婦間の子であり得ないことが明白な場合にはその子は夫の子である旨の推定を受けない」旨判示した。その上で嫡出子と夫との間での親子関係不存在確認の訴えを認容した。

これは、長期間にわたって夫婦の同棲が失われ、たんに戸籍上のみ婚姻の形骸が残されているような場合においてまで妻の産んだ子を戸籍上の夫の子と推定することは不合理であるとして争った事件であるが、のちに最一小判昭44・5・29民集23巻6号1064頁（以下「最判昭和44年」という）は、「実質的には民法772条の推定を受けない嫡出子」と述べた後、「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」旨判示した。判決文中の「民法772条の推定を受けない嫡出子」というのが、学説上の「推定の及ばない子」のことである。これによって前夫と子との間の法律上の親子関係は否定されることとなったが、本件は認知の訴えによって、子と血縁上の父との間で親子関係が成立する事案であったため、結果的に子の保護にかけることはないものであった。子の利益を最大限に

尊重した判決であったと言えよう。

また、先ほども述べたとおり、嫡出推定制度は、妻の産んだ子と夫との間に法的父子関係を早期に安定的に確立する法的技術である。日本民法の規定は、嫡出推定を破ることが極めて困難な時代のドイツ法をモデルに立法化されたため、条文上の否認権制限が厳格すぎるということに異論はない。しかし、嫡出推定制度は、母子関係と違って父子関係が分かりにくいという理由だけで設けられた制度ではないから、西欧諸国の民法には、血縁上の父子関係を鑑定できる技術が進化した現在でも、また嫡出子と非嫡出子との差別を立法上撤廃した最新のドイツ法改正等においても、妻の産んだ子については夫を父とし、これを覆すことに何らかの制限を設ける制度が共通して存在している<sup>6)</sup>。

これに対して我が国では、先述した最判昭和44年以来、嫡出推定が排除される場合について、「外観説」を採用してきた。これは、妻の懐胎期間中の夫の収監、失踪、海外渡航、事実上の離婚などによって同棲が欠如し、夫婦間に性交渉がなかったことが外観上明白な場合に限り、嫡出推定を排除しようとするものである。この場合、嫡出推定は排除されるので、その嫡出性を争うには嫡出否認の訴えによることを要せず、親子関係不存在確認の訴えによることとなる。最高裁判所は最判昭和44年で外観説を採用した後、最二小判平 10・8・31 家月51巻 4号33頁と最二小判平 10・8・31 家月51巻 4号75頁の両判決でも、外観説を確認した。

## 第二章 家庭破綻説の登場と限界

### 第一節 家庭破綻説と実務

判例が外観説を確定させたのに対し、学説では、血液型や生殖能力の調査をし、科学的・客観的に見て夫の子ではあり得ないというような場合には嫡出推定が排除されたとした血縁説が登場した。これは真实性の要請を尊重するものだが、血縁上の父が、子と法律上の父との間に血縁関係がな

いことを証明すれば、いつでも父子関係を否定できるため、家庭の平和や法的安定が保てない恐れがあり、嫡出推定の制度趣旨を根本から覆してしまう恐れもあるとの批判がなされた。そのため学説の中に血縁説を採るものは少なく、判例は一貫して血縁説を否定している。

これに対して1970年代に登場した家庭破綻説と呼ばれる学説は、基本的には血縁説に立ちつつも、戸籍上の父と母の家庭の平和が崩壊している場合には守るべき家庭の平和がないのだから、親子関係の存否を争うことを認めるというものであった。家庭破綻説に立つと、表面的にでも父母の同居が存続している場合には嫡出推定は排除されないこととなる<sup>7)</sup>。

また、例えば a) 夫が嫡出否認をしたいが既に1年経過している場合、b) 夫が子への愛着、妻への復讐心や嫌がらせのために否認権を行使しようとしないうち、c) 別居中に妻が出産した事実を知ったまま放置していた場合などには、判例の外観説では嫡出否認をしたい者の救済が図れない。しかし、家庭破綻説によれば、上記いずれの場合においても親子関係の存否を争うことが可能であるし、血縁説のように家庭の平和を保つことができないうちのデメリットも存在しない<sup>8)</sup>。家庭破綻説は、いわば血縁説や外観説の欠点を補うものであり、これによって新しく父子関係の存否を争う道を探るものであった。

家庭破綻説を採った下級審判例は過去にいくつも存在する。例えば① 東京家審昭51・5・28 判タ348号295頁、② 東京家審昭52・3・5 家月29巻10号154頁、③ 札幌家審昭61・9・22 家月39巻3号57頁、④ 大阪地判昭58・12・26 家月36巻11号145頁、⑤ 東京地判平2・10・29 判タ763号260頁、⑥ 神戸地判平3・3・11 判タ769号214頁などがある。①～③は子から戸籍上の父に対する訴えであり、④～⑥は戸籍上の父から子に対する訴えである。しかしこれら家庭破綻説を採用した判例は、いずれも事前に、夫と妻との間で法律上の父子関係を否定することについて調停合意が成立しており、審判では親子鑑定に当事者が協力していた。つまり、父子関係を否定することについて当事者間で合意ができており、実質的に子の利益や保護

に欠けることのないものであった。

## 第二節 家庭破綻説の限界

しかし、家庭破綻説の限界を示す例がある。神戸地判平3・11・26 家月45巻7号76頁は、被告である子が、母の死亡後姉と共に児童養護施設に預けられ生育しているという事案である。この事案で裁判所は「客観的、科学的に見て、被告は原告の子ではないことが明白であり、原告（父）と久子（母）の家庭は既に久子の死亡により終了し、その後は、原告と被告との間に通常の家生活を送られたことは一度もないのであって、原告自身、被告に対し、自己の子としての情愛を持つことができないと感じており、今後も両者間に、改めて平穏な家庭が築き上げられる見込みは全くない」という本件の事実関係の下では、被告は、原告の嫡出子としての推定を受けず、原告は、被告との親子関係が存在しないことの確認を求めることができるというべき」旨判示した。当該事案では、被告は養護施設に残されることになるが、当該施設園長は、「不確実な親子関係ならば、なくても被告は十分生育できるであろう」と述べている。しかし、当該事案では父の一方的な意思によって姉のみ父の下に引き取られ、養護施設で姉妹として助け合って暮らしていたであろう養育環境が壊れたということも事実である。

このように、家庭破綻説によると、親子関係不存在確認の訴えを起こす時点で家庭が崩壊している場合には、自己の子でないことさえ証明できれば親子関係不存在確認の訴えが認められてしまう。そのため、安定した養育関係や兄弟姉妹の関係などが夫・妻の一方的な意思で覆る危険性がある。また、家庭さえ破綻していれば利害関係者がいつでも争えるという論理では、子の利益を保障することができないという批判がなされることとなった<sup>9)</sup>。このような批判が重なり、家庭破綻説はその限界を露呈することとなる。そして、これらの批判を後押しするかのようになり、最三小平12・3・14 判タ1028号164頁も、法律上の父から子に対する親子関係不存在確認の

訴えを認めないとした。

これは、離婚後、子の出生から4年経過したところ、原告である父が、被告である子との間に血縁関係がないと元妻から電話で知らされた時点から約1ヶ月後に、親子関係不存在確認の訴えを起こした事案である。原審は、自然血縁関係の存在について疑問を抱くべき事実を知った時から相当の期間内であれば、不存在確認の訴えを起こすことができ、本事案では、婚姻関係は離婚によって消滅しており、家族共同生活の実態が失われていることは明らかであるとして、父からの訴えを認めた。これに対して最高裁は、「民法772条2項所定の期間内に妻が出産した子について、妻が右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合には、右子は実質的には民法772条の推定を受けない嫡出子に当たるということができるから、同法774条以下の規定にかかわらず、夫は右子との間の父子関係の存否を争うことができると解するのが相当である。しかしながら、本件においては、右のような事情は認められず、他に本件訴えの適法性を肯定すべき事情も認められない」と判示して、従来からの外観説を明示した。原審は、疑問を抱くべき事実を知った時から相当の期間内という限定をつけており、純粋な家庭破綻説を採用したわけではないので、これを否定したとまではいえないが、家庭破綻説によって嫡出否認制度が事実上意味をなさなくなるような事態を避けようとする姿勢が明確になっていると指摘する説もある<sup>10)</sup>。しかし、この最判以降、家事審判等で家庭破綻説に立つものはなくなった。その意味で、本最判は、結果として家庭破綻説を否定したものといえるのではないだろうか。

### 第三節 家裁実務の運用

判例が外観説を徹底させ、血縁説や家庭破綻説を一蹴する中、我が国の家裁実務では、「合意説」が一般化する傾向が生まれた。合意説とは、人

事訴訟における調停前置主義から導き出された考え方である。具体的には、当時の家事審判法23条に基づく合意に相当する審判（現行家事事件手続法277条）を用いる。家事調停において、父母（子）間で生物学上の父子関係の不存在と父子関係の解消に関する合意が成立し、合意に相当する審判を望む場合には、家事審判への移行を行う。そして親子関係の存否についての事実確認を行い、家庭裁判所が必要となる事項についての調査を経た上で上記合意を正当と認める際に、合意に相当する審判、つまり親子関係不存在確認の審判をするのである。

合意に相当する審判は、親子関係不存在確認や嫡出否認など人事に関する訴えを提起できる事項についての家事調停手続において行われる。全家庭裁判所における合意に相当する審判は、平成27年度で3829件を新受件している。同年の既済件数は3735件（うち合意に相当する審判1897件、不成立725件、取り下げ864件）で、その内訳は、嫡出否認510件（うち合意に相当する審判402件、不成立21件、取り下げ62件）、親子関係不存在確認1041件（うち合意に相当する審判673件、不成立121件、取り下げ183件）となっている<sup>11)</sup>。また、平成27年に限らず、いずれの年においても親子関係不存在確認、認知、協議離婚無効・取消、嫡出否認の順に事件数が多いことには変わりはない<sup>12)</sup>。

審判の具体的な手続としては当事者のDNA鑑定等が行われるが、審判前の調停で合意に相当する審判に関して当事者間の合意があるのだから、これを拒否されることはない。このような合意と審判を組み合わせた家裁実務の運用によると、嫡出否認の訴えの提訴期間である1年を超えていても、また外観説に該当しない場合であっても、親子関係の存在を否定することができる。この実務は判例の外観説に対する一種の「抜け道」であるといわれることもあるが、当事者の意思を最大限に尊重したものと評価できる<sup>13)</sup>。

### 第三章 本判決の検討

#### 第一節 概要と判旨

##### (1) 事実の概要

被告（Y）と原告の母（甲）は平成11年に婚姻し、旭川市内に同居していた。甲は平成18年頃に乙と知り合い、平成20年頃から交際を始め、肉体関係を持つようになった。甲は、平成20年頃から生理の中断を理由に妊娠を疑うようになり、平成21年には原告（X）を妊娠していることが判明した。甲はXが乙の子であると思っていたことから妊娠の事実をYに言えず、黙って入院をした。後に甲を見つけ出したYは、甲の妊娠の事実を驚くとともにXは誰の子かと尋ねたところ、甲は「2、3回しか会ったことのない男の人」と答えた。Yは平成21年にXをYと甲の長女とする出生届を提出し、自分の子として監護養育していた。しかし平成22年にYと甲は、Xの親権者を甲と定めて協議離婚した。甲とXは、現在乙とともに生活している。また、原告側が行ったDNA鑑定では乙がXの父親である確率は99.999998%との鑑定結果が得られている。しかし、Yと甲は、甲が懐胎したと考えられる時期に妊娠に至るような性交渉を一切行わなかったとまでは認められていない。上記事実関係のもと、X（の法定代理人甲）は平成23年、Yに対する親子関係不存在確認の訴えを提起し、DNA鑑定の結果に基づく生物学上の父が乙であることの推定と、現在における新家庭の形成を根拠として、嫡出推定が排除されると主張した。

本判決時の平成26年には、すでにDNA鑑定をすることが容易で、その精度も非常によいものとなっていた。これに加えて、本事案は、法律上の父であるYが子への愛着から親子関係を存続させたいと願う、従来の親子関係訴訟と比べるとやや特殊なものでもあった。また、DNA鑑定の結果から乙がXの生物学上の父であることが強く推定されており、現在Xは甲及び乙と共に暮らして新家庭を形成している。このような事情の下で

あっても早期に親子関係を確定させる必要があるのだが、果たして本事案は嫡出推定が排除される例外に当たりうるのかが、本事案でのポイントとなる。

## (2) 審理の経過

第一審は、本事案においては嫡出推定の例外たる外観説のいうところの推定を覆すべき事情は存在しないとした上で、甲がXを懐胎した当時、Yと甲との間には妊娠に至るような性交渉はなく、XがYの子である可能性は低いことや、甲自身もXは乙の子だと思っていたこと、乙がXの父である可能性が極めて高いことなどといった事情に照らすと、「XとYとの間には、生物学的観点からの親子関係は存在しないことは明らかであり、民法772条の嫡出推定は及ばないものと認められる」と判示して、Xの請求を認容した。嫡出推定制度の目的を①家庭の平穏を維持することと②子どもの養育環境を安定させることにあるとした上で、本件では子Xが乙と暮らしており、新家庭が確保できているという事情があるので、外観説には当てはまらないが、いわば例外として嫡出推定を排除しても、嫡出推定の制度趣旨に反しないと判示したのである<sup>14)</sup>。これに対してYは、最判昭和44年を引用し、嫡出推定の排除例外は外観説に限られる旨を主張して控訴した。

しかし、原審<sup>15)</sup>は「嫡出推定の排除される場合を妻が夫の子を懐胎する可能性がないことが外観上明白な場合にのみ限定する趣旨のものであると解するのは相当ではない」とし、最判昭和44年は嫡出推定が排除される場合を外観説に限定した趣旨のものではないと判示した。その上で、民法が婚姻関係にある母が出産した子について父子関係を争うことを厳格に制限しようとした趣旨は、①家庭内の秘密や平穏の保護、および②平穏な家庭で養育を受けるべき子の利益が不当に害されることを防止することにあるから、これらの目的が失われない場合において、特段の事情があれば、嫡出推定の排除例外を外観説に限定して考える必要はないとして、DNA鑑定の結果如何によっては嫡出推定が排除されるべきである旨述べた。

### (3) 判 旨

本判決は原判決を破棄し、第一審を取り消した。その理由は以下のとおりである。「民法772条により嫡出の推定を受ける子につきその嫡出であることを否認するためには、夫からの嫡出否認の訴えによるべきものとし、かつ、同訴えにつき1年の出訴期間を定めたことは、身分関係の法的安定を保持する上から合理性を有する……。……夫と子との間に生物学上の父子関係が認められないことが科学的証拠により明らかであり、かつ、夫と妻が既に離婚して別居し、子が親権者である妻の下で監護されているという事情があっても、子の身分関係の法的安定を保持する必要が当然になくなるものではないから、上記の事情が存在するからといって、同条による嫡出の推定が及ばなくなるものとはいえず、親子関係不存在確認の訴えをもって当該父子関係の存否を争うことはできないものと解するのが相当である」と判示した。その上で、Xが実質的には民法772条の推定を受けない嫡出子に当たるかについて、甲がXを懐胎した時期に「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」があったとは認められないと判示し、外観説を貫徹させた。

## 第二節 反対意見と補足意見

本判決については、法律上の親子とは何かについての考え方の相違から、反対意見及び補足意見が付されることとなった。

補足意見を述べた櫻井龍子裁判官は、772条以下の現行民法を確認した上で、「これら一連の嫡出推定に関する規定は、……法律上の父子関係を速やかに確定し、家庭内の事情を公にしないという利益に資するものとして設けられた」と解し、その例外的事情として「外観説」でバランスをとっているのだと主張する。しかしながら、近年のDNA鑑定は「ほぼ100%の確率で生物学上の親子関係を肯定し、又は否定することができるようになったことは、公知の事実である」とした上で、このように変化し

た状況の中で民法772条の適用範囲をどう考えるかが問われているとし、「父子関係を速やかに確定することにより子の利益を図るという嫡出推定の機能は、現段階でもその重要性が失われておらず、血縁関係のない父子関係であっても、これを法律上の父子関係として覆さないこととすることに一定の意義がある」と主張して、子の利益についての言及を行っている。また、「DNA 検査技術の発達を考慮すると、反対意見が述べる問題意識も十分に理解できる」と述べ、外観説の場合を除いて「嫡出否認の訴え以外によってはいかなる場合であっても父子関係を覆すことができない」点については疑問を呈している。しかし、生物学上の親子関係を重視していくという立場をとると、「民法772条の文理からの乖離にとどまらず、嫡出否認の訴え、再婚禁止期間、父を定めることを目的とする訴え等の規定が存在すること」との整合性がとれないので、そのような解釈論の限界を超えた問題については立法の必要性が検討されるべきと主張した。

山浦善樹裁判官も多数意見に賛同した者の一人である。山浦裁判官は民法772条について「嫡出否認の訴え以外に父子関係を否定する手段を認めないとする手続的法的な規律と相まって、法律上の父子関係を早期に確定するための強力な推定規定となっている」とした上で、「DNA は人間の尊厳に係る重要な情報であるから決して濫用してはならない」との理解に立ちつつ、「DNA 検査をしてみた結果、ある日突然、それまで存在するものと信頼してきた法律上の父子関係が存在しないことにつながる法解釈を示すことは、夫婦・親子関係の安定を破壊するものとなり、子が生まれたら直ちに DNA 検査をしないと生涯にわたって不安定な状態は解消できないことにもなりかねない」と述べ、この検査結果だけが法廷を支配することになってはならないとの警鐘を鳴らしたうえで、「このような重要な事項について法解釈で対応できないような新たな規範を作るのであれば、国民の中で十分議論した上で立法をするほかはない」と主張した。

これら多数意見に対し、反対意見を述べた金築誠志裁判官は、一般論ではなく事案ごとの検討が必要だと説き、子の福祉という観点から原判決の

維持を主張した。具体的には、「本件のように、血縁関係にあり同居している父（乙）とそうでない父（丙（本件のY：筆者注））とが現れている場面においては、通常、前者の父子関係の方が安定的・永続的」であるし、本件のような場合において「Yが子の養育監護に実質的な関与することは、事実上困難であろう」と述べた。そして、Yに対する親子関係不存在確認の訴えを認めないと、子が「認知を求めるという方法で、自らのイニシアティブにより乙との法律上の父子関係を構築すること」ができない。このように、特に本件のようにYとの法律上の父子関係が解消されたとしても、直ちに乙という父を確保できる状況にある場合において、「子から、そうした父を求める権利を奪っているという面があることを軽視すべきでない」と主張した。また金築裁判官は、① 科学的証拠により生物学上の父子関係が否定された場合で、② 本件のように夫婦関係が破綻して子の出生の秘密が露わとなっており、かつ、③ 生物学上の父との間で法律上の親子関係を確保できる状況にあるという三つの要件を満たす場合には、親子関係不存在確認の訴えを認めてよいとする。

これに対しては、山浦裁判官が反論をしている。山浦裁判官の主張は、「②及び③の要件に係る事実の有無の判断基準時は、親子関係不存在確認訴訟の口頭弁論終結時」となることから、上記金築裁判官の考え方では、「当該口頭弁論終結時に②又は③の要件に係る事実が認められなかった場合には、DNA検査等の結果により生物学上の父子関係の不存在が明らかであったとしても、親子関係不存在確認請求は認められない」こととなり、「この場合には、DNA検査の結果に含まれる重大なプライバシー情報が訴訟の場に提出され、家庭の平和が害されたという結果のみが残されることになる」というものである。また、山浦裁判官は、「男女の関係は変わり得るもの」であるとする。そのため、上記金築裁判官の考え方によると②③の判断基準時が口頭弁論終結時になってしまうことから、判決後の男女間の事情や感情変動に対応できない不都合があると指摘し、「子の身分関係を不安定にする」との問題を提起している。

白木勇裁判官も原判決の結論を相当とし、その維持を主張する反対意見を述べた。白木裁判官は金築裁判官の意見に賛同するとともに、「父子間の血縁の存否を明らかにし、それを戸籍の上にも反映させたいと願う人としての心情」の重要性をも説く。そして、「民法の規定する嫡出推定の制度ないし仕組みと、真実の父子の血縁関係を戸籍に反映させたいと願う人情とを適切に調和させることが必要になる」との注意喚起をし、「立法的な手当に待つことが望ましいことはいうまでもないが、……さしあたって個々の事案ごとに適切妥当な解決策を見出していくことの必要性も否定できない」と述べ、個別具体的な事案での妥当な解決を重視している。金築裁判官は上記主張に加え、最後に「事案の解決の具体的妥当性というものは、法的安定性よりも優先する」と述べ、あくまで子の視点に立った具体的な解決の道を模索することを重視している。

### 第三節 本判決に対する学説の評価

#### (1) 本判決と学説の対比

1970年代、学説上は、① 外観説、② 血縁説、③ 家庭破綻説、④ 合意説など種々の見解が提唱されていた。第二章で概観したように、最高裁判例は①外観説を、1970～80年代の家裁実務は③家庭破綻説を、その後の家裁実務は④合意説<sup>16)</sup>的な対応をしてきた。その後の学説としては、⑤新・家庭破綻説がある。これは、家庭破綻説のいう「家庭の破綻」を、妻が子の血縁上の父と同居・再婚している場合（新家庭の形成）あるいは血縁上の父が認知の約束をしている場合で、かつ親子関係の不存在を確認することが子の利益に合致する場合に限定するものであり、子の福祉を優先的に位置づけている<sup>17)</sup>。本判決の金築裁判官の反対意見は、この新・家庭破綻説の立場に沿うものであると考えられる<sup>18)</sup>。

さらに、⑥ 嫡出否認権が夫に独占され、母や子に争う機会が保障されていない現行制度に問題があると指摘した上で、嫡出否認権を母と子に認める法改正がなされるまでは、母と子からの不存在確認請求は広く認め、

血縁上の父との親子関係の確立を可能にすべきだという説<sup>19)</sup>、⑦「嫡出性の承認」に関する規定を目的的に捉え、婚姻前懐胎、婚姻中懐胎を問わず、子の出生から訴え提起までの父子関係を全生活関係に渡って判断し、自分の子としての承認があったと認められる場合には、遡って嫡出否認の問題とし、承認があったといえない場合には、親子関係不存在確認の訴えの問題とする説などもあった<sup>20)</sup>。

本判決は、こうした学説の展開に対応するものではなく外観説を確認するものであり、その意味では新しい見解を示したものではない。しかし、子が母と共に血縁上の父と家庭共同生活を営んでいる場合でも外観説を採用とした点で、外観説を徹底したものであると考えることも出来る。そこで次に、本判決に対する学説の評価を整理したい。

## (2) 本判決の評価<sup>21)</sup>

本判決に対しては、学説上の評価も二分した。

水野紀子教授は、最高裁の立場に賛成する立場を明確にしている<sup>22)</sup>。水野教授は嫡出推定の存在意義の重要性を説くとともに、「訴訟要件と実体審理を明確に区別し、訴訟要件レベルで嫡出推定の排除を検討した上で、実体審理の段階で必要な限度で科学的鑑定が実施されるべき」と述べて山浦裁判官の意見に賛同している。この考え方に対しては、羽生香織准教授もまた賛同している<sup>23)</sup>。羽生准教授は櫻井補足意見のように、本件のような事案の解決は、「裁判所において個別の具体的事案の解決として行うのではなく、……立法政策の問題として検討されるべき」と主張する。そして、本判決は、民法が定める基本的枠組みについて、正面から見直す時期にあることを具現する判決であると評価している。また水野教授は、金築反対意見に対しては「親子関係はDNA鑑定の弊害がもっとも大きく出る」としたうえで、この判断に賛成できない旨明言し<sup>24)</sup>、比較法的観点から、現在の日本法の嫡出推定制度が相当に柔軟で広範な嫡出推定の否定を認めているとして、合意説及び外観説を評価している。私見によれば、これら本判決の多数意見に賛同する見解は、人は法にあわせて行動すべきで

あり、行動しない人にも法を強制すべきであるという考えが思想の根底にあるように思われる。

一方、仮に法を強制したところでそれを実行しない人も存在するとし、あくまで子のためになる「実体」を重んじようとする立場がある。このような立場をとるのが、二宮周平教授や棚村政行教授らである。

二宮教授は、そもそも嫡出否認権者が夫に限定されており期間制限があることに問題があると指摘し、法的親子関係は子の利益を中心に考えていく必要があると主張する。そして、法的親子関係と血縁関係はずれることがあって当然であり、その上で守らなければならないのは、実際に今親子として暮らしている人たちの養育環境であるとし、現実の面から見て子の利益（権利）を保護する立場に立っている<sup>25)</sup>。棚村教授は、まず「当事者間に激しい対立・葛藤があり、合意による解決が困難なケースでは、従来の外観説と合意説で実務上適切に対応することは明らかに困難」と述べ、実質的な視点から水野説を批判する<sup>26)</sup>。そして、法的な親子関係と生物学的な親子関係にズレが生じることは民法でも想定されているが、そのズレは、子の利益や親の身分関係の安定に伴う家族関係の安定につながるからこそ容認されているのだと主張する。そのため、血縁・意思・生活実態・子の利益等にズレが生じてしまった場合どのようなファクターで最終的に判断をするのかは、解釈論にとどまらず立法の課題となるという立場をとっている。本判決については、血縁よりも生活実態の形成の方を重視していることから、反対意見を支持した上で、親子関係を争う場でDNA鑑定等を行うことは、一定の条件の下では許されるとした。また、DNA鑑定の結果のみで親子関係を否定することは制限されるが、子供からの請求が一定期間は許されるべきだとも主張している。

窪田充見教授も本判決の反対意見（特に金築裁判官反対意見）に賛同をするが、反対意見の結論には躊躇を覚えるとしている。なぜなら、そもそも「推定の及ばない子」という概念は民法典の予定していなかった「劇薬」であり、だからこそ外観説によってその射程を限定してきたという判

例の立場も理解できないのではないからである。その上で嫡出推定制度の合理的枠組みの維持は必要で、特に問題がある嫡出否認権者の限定についての制度的解決が不可欠であると主張する<sup>27)</sup>。

### (3) 本判決の影響

最判昭和44年は、「推定の及ばない子」であれば、母の夫からの嫡出否認を待たずに生物学上（血縁上）の父に対しての認知請求ができ、また、母の夫との父子関係の不存在は、認知訴訟の中で請求の前提として主張しうることを認めている。つまり最判昭和44年によって、外観説に該当する事案では、子は、嫡出推定制度によって与えられた嫡出子としての法的地位よりも、認知請求によって得られる法的地位の取得を希望する場合には、後者の地位を直接取得することができるようになったのである。他方、第二章第三節で述べたとおり、家裁実務においてはこれまで合意説が一般化しており、それに沿った運用がなされてきた。外観説に該当しないような事案でも、① 親子関係不存在確認の訴えについては、調停前置主義から当事者間の合意さえあれば、不存在確認を認めてきた。また、② 認知の訴えについても、最判昭和44年を用いて、比較的緩やかでルーズな運用がなされてきた。しかし、本判決によって、②は影響を受けている旨の指摘がある<sup>28)</sup>。

他方、本判決は①の家裁実務の運用については言及していない。本判決は外観説を徹底したとはいえ、家裁実務上の合意説を否定したわけではない。そもそも家裁実務の対応について触れるものではないとされている<sup>29)</sup>。そこで、外観説に該当しない事案では、親子関係不存在確認の調停において、相手方となる法律上の父に対して、申立人側（母）が子との面会交流を認めるなどの説得をして、父子関係解消の合意形成を図るなど<sup>30)</sup>、これまでの家裁実務による柔軟な運用によって、現実の家族生活に沿った解決を目指す可能性が残されている。

## 第四章 今後の検討課題——立法論

### 第一節 立法論の紹介及び私見

#### (1) 日本私法学会での提案

本判決以前からではあるが、嫡出推定の規定を含む家族法改正の必要性はたびたび唱えられてきた。中でも以下では、2009年10月、日本私法学会シンポジウム「家族法改正～婚姻・親子法を中心に」においてなされた民法改正委員会家族法作業部会の提案、2016年11月、日本家族〈社会と法〉学会シンポジウム「家族法改正～その課題と立法提案」においてなされた家族法改正研究会親子関係法グループの提案を紹介し、共通点を整理し、私見を述べることにする。

まず、2009年の家族法作業部会（以下「本作業部会」）の立法提案を一部抜粋する<sup>31)</sup>。

- C-1 子を出産した者を母とする。
- C-2 子の出産時にその母の夫であった者を、その子の父とする。
- C-3 C-2により父が定まらないときは、子の懐胎の時にその母の夫であった者を、その子の父とする。婚姻の解消若しくは取消しの日から（300日）以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する。
- C-4 C-2、C-3の場合において、同条によって父とされる者又は子若しくは親権を行う母（その他の利害関係人）は、父子関係を否認することができる。
- C-6 ① C-2、C-3によって父とされる者の否認権は、子の出生及び父子関係を否定する事実を知ったときから1年以内に否認の訴えを提起しなかったときは消滅する。子の出生を知ったときから3年を経過したときも、同様とする。  
② 子の否認権は、成年に達した後、父子関係を否定する事実を知った時から1年以内に否認の訴えを提起しなかったときは消滅する。  
③ 母（利害関係人）の否認権は、子の出生から3年を経過したときは消滅する。
- C-7 ① 夫が、子の出生後において、その子の父であることを承認したとき

は否認権を失う。

② 妻が第三者の提供による精子を用いて懐胎する生殖補助医療（AID）について、夫が同意を与えたときには、父子関係の否認は認められない。

本作業部会はまず、C-1において分娩主義を採用することを明らかにしている。その上で、現行民法の772条に相当する枠組みとしてC-2及びC-3を提案する。ここで問題となる事はいくつか挙げられるが、その中でも、本作業部会は「推定」という枠組みを維持していない。これは、① 現行民法においては嫡出推定という形式が採用されているものの、その推定は嫡出否認という方法によってのみ覆すことができるものとされており、その点で、端的に父子関係の存否の規定として置き、それを一定の場合に否定できるという構造にすることが適切であるし、② 懐胎時期をめぐる問題についてのもと同じ「推定」という用語を用いることが適当ではないと考えたからである。また、現行民法の嫡出推定制度に相当する仕組みを基本的に維持するという場合、いわゆる300日問題との関係が問題となるが、本作業部会は、① 現行民法の嫡出推定制度に相当する仕組みを全面的に否定することは、それによって生ずる社会的なコストがあまりにも大きく、またそれに相当する適切な保障や手当も考えられていない、② いわゆる300日問題に関して扱われている問題の本質が、前夫との接触の回避、前夫に現在の住所等の情報を知られることの回避であるならば、嫡出推定制度の是非との間には一定のズレがあると考えられるといった理由からこうした仕組みの維持を主張する<sup>32)</sup>。

C-2、C-3による父子関係を覆す仕組みとして用意したものが、C-4以下の「父子関係否認」である。まず、現行民法が否認権者を父にのみ限定していることについては、従来からその問題が指摘されていたため、本作業部会は基本的に① 子、② 子の母、③ 利害関係人についても否認権を認めることを提案している。ただし、③の利害関係人については、子と母と現在の父のいずれも否認をせず現在の父子関係を維持しようとしてい

る場合にまで他の者に否認介入をさせることは望ましくないなどの理由から消極に解されており、上記立法提案では括弧に入れてある。

また、否認権行使の要件、中でも特に期間制限についてC-6で提案を行った。その①によると、父とされる者の否認権については、現行民法777条が「子の出生を知った時」を起算点として1年という期間制限を設けているのに対して、出生を知った時から3年とし、その要件の緩和を試みている。この期間制限は、安定的な父子関係の早期形成という観点から基礎付けられている。他方で、否認原因事実を知った時から1年とする点は、安定的な父子関係の早期形成には反する面がある。また②子には成年到達後、否認原因事実を知った時から1年として、子の意思を尊重する。さらに③母の否認権行使については、子の出生から3年とする。C-7では、父の側の行為によって否認権を喪失する場合等を規定した。具体的には、① 現行民法776条を受けた「承認」による場合は夫の否認権の喪失の規定として、② AID への同意の場合には父子関係否認の一般的排除の規定として用意することを提案した。

## (2) 日本家族〈社会と法〉学会での提案

次に、2016年の家族法改正研究会親子関係法グループ（以下「本グループ」）の提案する立法内容から一部を抜粋し、それを条文形式で示す<sup>33)</sup>。

(法律上の親子関係の成立)

### 【母子関係】

772a 条

子を分娩した者を、その母とする。

772b 条

- 1 妻が婚姻中に分娩した子は、夫を父とする。
- 2 母の婚姻の死亡解消又は取消しの日から300日以内に出生した子は、その婚姻の夫を父とする。
- 3 前2項の規定が抵触する場合には、第1項による。

772c 条

- 1 772b 条の規定による父がないときは、子を承認（認知）した者を父とす

る。

- 2 12歳以上の子は、その承諾がなければ承認をすることができない。
- 3 子が12歳未満の場合は、その母の承諾がなければ承認をすることができない。
- 4 母が、正当な理由なく、本条3項の承諾をしない場合又は母が死亡している場合には、家庭裁判所は、母の承諾を求める者の申立てに基づき、母の承諾に代わる審判をすることができる。
- 5 子が出生前の胎児である場合は、その母の承諾がなければ承認をすることができない。
- 6 子が死亡した場合において、その直系卑属があるときは、その子を承認することができる。ただし、本条2項及び3項を準用する。

(法律上の親子関係の否定)

**【父子関係】**

774b 条

- 1 772b 条及び772c 条の場合において、母、母の夫、子を承認した者又は子は、父子関係を否定することができる。
- 2 前項による父子関係の否定は、訴訟によって行う。
- 3 母又は母の夫が772b 条に基づく父子関係を否定する訴訟を提起する場合には、子の出生を知ったときから2年以内に訴えを提起しなければならない。
- 4 母又は子を承認した者が、772c 条に基づく父子関係を否定する訴訟を提起する場合には、承認があったときから2年以内に訴えを提起しなければならない。ただし、承認者が事実を反することを知って承認をしたとき及び母が772c 条3項の承諾をしたときは、訴えを提起することができない。
- 5 772b 条又は772c 条によって父とされる者が生殖補助医療に同意を与えた場合には、父とされる者及び母は、それによって出生した子について、本条2項の訴えを提起することができない。
- 6 子は、成年に達した後2年を経過するまで、本条2項の訴えを提起することができる。

本グループは、法改正の理念として優先すべきは子の利益であり、その仕組みを構築する中で、父母の平等、子の平等を可能な限り追求していこうという考えを採る。また、本稿第一章第一節において述べたように、全ての出生について自然血縁の存在の証明を要求することは事実上困難であ

るため、父性推定あるいは一定の要件を満たした場合に法律上の父子関係を成立させる制度を設けざるを得ない。したがって、自然血縁と法律上の親子関係が一致しない場合が生じ得ることになるのだが、その場合に本グループは、子の利益を優先する。そして、血縁主義に傾きすぎず、意思と生活の実態を重視することこそが子の利益に叶うとし、子の利益の具体的な内容としてその優先順位を、① 養育環境の安定、② 自然血縁の尊重、③ 子の意思の尊重とした。養育環境の安定化を第一に目指すことで、血縁との不一致があるとしても法律上の父子関係を維持することを認める立場を採る。また、本グループは子の利益の他に、子の平等（婚内子と婚外子の平等）や、父母（夫妻）の平等を可能な限り追求し、近年問題となっている生殖補助医療においても可能な限り自然生殖の場合と区別をすることなく多種多様な子の生まれ方に対応していくことを主張した。

次に、実際の法改正提案の内容についてみていくこととする。まず、現行の婚姻中懐胎子を夫の子と推定する懐胎主義から、妻が婚姻中に分娩した子を夫の子とする規定に改めた（立法案772b条1項）。そもそも離婚後300日以内に出生した子を前夫の子と推定する規定は、離婚時までには夫婦間に貞操義務が存続しており、排他的な性的関係を伴う夫婦関係が継続するという前提の下に成り立っている。しかし現実には、夫婦関係が破綻して離婚にいたるという場合が多いので、これは実態に即していない。そのため、本グループは妻が婚姻中に分娩したということを基準にした立法提案を行った。これによって妻が離婚後300日以内に再婚して分娩した子の父は後父となり、再婚していない場合には前夫の子との推定がなくなるので、父のない子として血縁上の父からの承認（認知）が可能となり、いわゆる「離婚後300日問題」の一部を解消することができる。また、婚姻が死亡により解消された場合には亡夫を父とする（立法案772b条2項）。しかし、死亡解消後300日以内に妻が再婚して子を分娩した場合には、その分娩を優先する（同3項）。これによって、離婚後に再婚して生まれた子の法律上の父が二重に存在するということはないので、再婚禁止期

間を全廃することが可能となる。

前述したとおり、本グループは子にとっての養育環境の安定を第一に考えることから、父子関係の否定は婚内子、婚外子共通の問題として同一平等に考え、婚外子の父子関係も含めて条文の一本化を行った（立法案774b条）。さらに、子の利益を優先することから、父子関係を争う権利を誰に認め、権利の行使期間をどのように設定するかが検討された。本グループ内での議論では、父子関係を争うことができる者を子、母に拡大することについては異論がなかった。そして、婚外子については養育環境の安定化のために出訴権者を制限し（同条1項）、いわゆる「不実認知」の場合には、承認した者による父子関係否定訴訟を認めず、母がその承認を承諾した場合も同様とした（同条4項但し書き）。また、出訴期間は、子の出生を知ってから又は承認から2年に制限する（同条3項）。出訴期間を長期に設定しなかったのは、子の法的地位を早期に安定させるためである。出訴期間の起算点については、否認原因を知ったときとすると覚知時を恣意的に遅らせるおそれがあり、その結果、子の養育環境の早期安定に反するため、父とされた夫が否定する場合も出生を知ったときから2年とし、子を承認したことによって父とされた者は承認をしたときから2年とした<sup>34)</sup>。他方、子の意思の尊重の観点から、子は成年に達してから2年間は父子関係を否定する権利を有することとした（同条6項）。子は未成年の間も、意思能力さえあれば否定訴訟を提起することができる。これは、子が未成年の間に争うのは、実際には父と別居しているなど社会的な親子関係が存在しない場合が多いという推測による。また、母による恣意的な権利行使を阻止する目的から、母が未成年の子を代理して否定訴訟を提起することは認めず、家事事件手続法の手続代理人または人事訴訟法13条の訴訟代理人が否定訴訟を遂行することで対応をしていく。そして、本稿第二章第三節で紹介した現在の家裁実務の合意説については、その維持を主張している。

### (3) 二つの学会報告の比較

本作業部会及び本グループは、共に子にとっての養育環境の安定を第一と考える点では一致している。そして、分娩主義の採用・現行民法下における嫡出否認権者の拡大・否認期間の伸長を求める点も、一致している。両者の相違点は、夫死亡の場合の婚姻中懐胎についての推定規定を残すか否か、現行制度の嫡出否認と認知無効を父子関係否定訴訟に一本化して提訴権者を限定するか否かという点もある。しかし、本稿との関わりでの相違点は、否認権者に「その他利害関係人」を含めるか否か、また否認期間の起算点を出生時とするか否認原因事実を知った時とするか、否認期間を何年とするかにある。

### (4) 私 見

まず、両者の共通する立法提案、妻の婚姻中懐胎ではなく、妻が婚姻中に分娩した子について、夫を父とする規定に改めるべきことについては、実現していくべきだと考える。また、本作業部会案C-4以下及び本グループ立法案774b条において嫡出否認の訴えの要件の厳格さを緩和することについては、全く異議がない。夫のみにしか否認権が認められていない現状の不公平さを打破するため、否認権者は拡大すべきである。

そして、両者の相違点について筆者は、本グループ提案を支持する。嫡出否認の提訴期間について、出生時を起算点とすることから、実の子でないことを知るまでに一定の期間が必要であり、また知ったとしても否認することの判断を躊躇することもあり得るので、1年では短すぎる。しかし、3年となると、子には父としての愛着が生じる可能性があるため、それを一方的に絶つことは子の福祉に反するよう思われる。そこで、出生を知った時から2年とするのが適切であろう。なお、本作業部会は、括弧書きではあるものの、否認権者に利害関係人を加えている。例えば、相続人への相続権の保障という理由から、嫡出否認の訴えの提訴権者が死亡した場合に、相続権を侵害される相続人にも嫡出否認権を認めるべきかどうかという議論が起りうる。子の安定した養育環境の早期確保及び当事者の

意思の尊重という観点からも、利害関係人は削除するべきであると考えられる。そもそも嫡出否認の訴えの目的は、① 可及的速やかに身分関係を確定すること、② 子の福祉を図ること、③ 第三者の家庭への介入を否定し、家庭の平和ないし家庭の秘密を保護することにある。そのため、筆者は、父子関係の存否を争いうるのは、① 法律上の父とされている者、② 母、③ 子とするのが子の福祉の観点からも望ましいと考える。そのことを明示している上記本グループ立法案には、賛同できる。

ところで、日本統治下に日本民法が適用され、独立後も日本民法を基本として家族法を制定した台湾、韓国でも、嫡出否認権者を拡大する法改正を実現している。

台湾においては「男女平等と子の利益」という理由に基づき、1985年には既に子の母に対する嫡出否認権を認めるようになっており、さらに「子の血統認識権という人格権」を保障するため、2007年には嫡出否認の訴えに関する提訴期間と提訴要件を緩和して、夫と子の母のみならず、子自身にも嫡出否認権を認めている。これによって、親子関係を真実の血縁に一致させることを目指したのである（台湾民法1063条2項、3項）。

韓国では、嫡出否認の訴えの提訴期間に関する民法847条1項中「その出生を知った日から1年」と定めている部分について、夫の人格権、幸福追求権及び個人の尊厳と両性の平等に基づいた婚姻と家族生活に関する基本権を侵害するとして、憲法裁判所が憲法に合致しないとの決定を下している（憲法裁判所1997年3月27日）。この決定を受けて立法者は、2005年3月31日に民法を改正し、嫡出否認の提訴期間を「その理由があることを覚知した日から2年」に延長し、上記条文を改正する際に、血縁真実主義及び夫婦平等の理念に附合しないという趣旨から、提訴権者も夫のみから妻にまで拡大した。

これらに対して日本では、未だ法改正がなされていない。最高裁は外観説を徹底させて一定の場合に嫡出推定が及ばないとし、一定の者からの親子関係不存在確認の訴えによって対応することとしているが、これにはや

はり限界がある。家族関係は人間生活の根底をなす重要なものであるのだから、時代にそぐわない条文については、早急な改正が望まれる。

## 第二節 私的鑑定の証拠能力

現在我が国で行われる親子鑑定は、裁判所からの指示によることなく当事者からの私的な依頼に基づいてなされることがままある。例えば、本判決がその最たるものである。本判決において山浦裁判官は、私的な DNA 鑑定の結果のみが法廷を支配することになるという疑問を呈しており、金築裁判官は DNA 検査の強制や濫用的利用に関しての危惧をしており、立法ないし法解釈上一定の規制が必要であるならばそれはそれとして検討すべきであるとする。

立法のない現状では、鑑定の私的利用に対して歯止めをかけることは非常に難しい。例えば現在親子鑑定について、鑑定医の学会による指針と経済産業省の事業者向けガイドラインが存在し、当ガイドラインには、DNA 鑑定の利用における適切な手続の厳守や関係者の同意等、自主規制に関する規定が盛り込まれている<sup>35)</sup>。しかし、関係者の範囲の捉え方によっては、本判決の事案のように、法律上の父の同意がないまま、血縁上の父と子の鑑定がなされてしまう。業者の信用性や採取方法に対しての信憑性の問題もある。私的になされた DNA 鑑定の結果の提出を規制する規定や法律が存在しない我が国の現状において、自由心証主義の中で対応するとしても、金築裁判官の指摘するような解釈上の一定の規制を検討すべきではないだろうか。

検討の素材として、ドイツ法の対応を取り上げる。ドイツ民法においては、父性否認の訴え（日本における嫡出否認の訴えと同種のもの）の際には、「父性に反する事情及びその事情を知った時点」を示して申し立てを行う必要がある、「客観的に見て嫡出性に疑念を抱かしめ、かつ、非嫡の出自が全くの的はずれともいえないと思わせるに足る事情」（端緒的嫌疑）を具体的に主張しなければ、申し立ては有理性がないとして棄却される。

そのため、私的鑑定による消極的結果をもって端緒的嫌疑の根拠としようとすることがある。これに対して連邦通常裁判所2005年1月12日判決は、子ないしその法定代理人たる母の同意無くして秘密裏に行われた父性検査の結果を端緒的嫌疑の主張・立証に利用することはできないとした<sup>36)</sup>。その鑑定は、情報に関する自己決定権（憲法上保護される一般的人格権）を侵害した違法な手段によって収集されたものであって、裁判で利用することはできないからである<sup>37)</sup>。

このように、当該親子関係の当事者の同意を得ないで私的になされた鑑定の結果を訴訟の場で証拠として認めないという解釈は、可能ではないだろうか。例えば、血縁上の父と母と子の三者で新家庭を形成している本判決のような場合に、血縁上の父と子（実際にはその法定代理人である母）の両者の同意を得てDNA鑑定を行い、その鑑定結果を「血縁上の父と子との間に血縁関係が存在する」という意味で利用し、法律上の親子関係成立の証拠とすることには、何の問題もない。しかし、当該鑑定結果を、「法律上の父と子との間に血縁関係は存在しない」という意味で利用することは問題であろう。なぜならこの場合、法律上の父は鑑定について何ら同意をしていないにもかかわらず、血縁関係不存在という鑑定結果が証拠として提出されてしまうからである。このような場合、鑑定を行った血縁上の父と子（母）の同意自体は得られているので、鑑定を実施した業者は何ら責められるいわれはない。訴訟の場においても、法律上の父の同意がなかったとはいえ、一旦血縁の不存在が明らかになってしまった以上、裁判官はその結果を完全に無視することはできなくなるといった問題が生ずる。

そもそも私的鑑定自体をなくしていかなければ、私的鑑定の結果が法廷を支配することにつながりかねず、また、鑑定の濫用的利用が危惧される。鑑定の利用は慎重に行い、かつその結果は絶対視してはならない。子の養育環境の安定化のために法的親子関係を維持する必要もあるからである。そのために、鑑定の私的利用に一定の歯止めをかける解釈が必要である。

そこでドイツ法を参照して、当該親子関係の存否に関わる当事者の同意を得ないでなされた私的鑑定は、情報に関する自己決定権<sup>38)</sup>を侵害するものとして、その証拠能力を否定すべきであると考え。その結果、本判決の事案のように、血縁上の父（と想定されている者）と子（実際にはその法定代理人である母）の同意の下に行われた私的な鑑定の結果が、法律上の父と子との間の親子関係が不存在であることの証拠として提出されても、裁判所はこれを証拠として評価しないことになる。こうした評価を自由心証主義の中で、解釈論として提言することは許されないだろうか。これによって、父あるいは母による恣意的な私的鑑定の利用を防ぐことを期待したい。

## おわりに

第三章で述べたとおり、本判決は外観説を徹底させ、現実の養育環境よりも法的安定性を重視させる結論を下した。しかし事案ごとの個別具体的な検討を行わない多数意見には、子の福祉の観点から賛同できない。私見は、本判決の反対意見を支持する。本判決の反対意見として金築裁判官が述べているとおり、① 科学的証拠により現在法律上の父とされている男性との生物学上の父子関係が否定された場合で、② 本件のように夫婦関係が破綻して子の出生の秘密が露わとなっており、かつ、③ 生物学上の父との間で法律上の親子関係を確保できる状況にあるという三つの要件を満たす場合には、子にとって何ら不利益となるものではないから、親子関係不存在確認の訴えを認めてもよい。真に守られるべきものは、現実にも子どもが成育している家族環境の安定化にある。

本稿における「本判決」として原審が札幌高裁でのものを採り上げたが、実際には同日に大阪高裁での事案（以下、大阪ケースとする）についても同様の判示がなされた。大阪ケースも本判決と同じく、子（実際にはその法定代理人である母）の法律上の父に対する親子関係不存在確認の訴えを

却下した。しかし大阪ケースでは、この最高裁判決の直後、平成26年8月に、夫が大阪家裁に対して、子との面会交流を求める調停を申し立てている。そしてこの申立てに対し、大阪家裁は、夫の面会交流を認めず、これを却下した<sup>39)</sup>。大阪ケースも本判決の事案も、紛争は継続している。また、いずれの事案も、夫・前夫に法律上の父子関係が認められた。法律上の父として子との面会を希望するのは、当然といえば当然である。しかし、それは言い換えると、子にとっての安定した養育環境が整っているにもかかわらず、法律上の父が法的な地位をもってその養育環境への介入を請求してくるということに他ならない。結局、平成26年7月17日第一小法廷判決では、現実の安定した養育環境を守ることができていないのである。この裁判の段階で、子の福祉を重視し、現実の養育環境を守る結論を下していれば、大阪ケースのような「その後の紛争」を防ぐことができた可能性もある。

しかし、こうした解釈による解決には限界がある。そこで、嫡出否認期間の伸長や否認権者の拡大等に関する立法提案を検討し、私見を述べた。それは、子の利益を尊重するため、父母による子の養育環境が安定している場合には現状を守り、父母による養育環境が存在しない場合には、一定期間、血縁に基づいて親子関係を覆すことを保障し、法的親子関係の安定を優先するか血縁を優先するかの最終的な判断を子に委ねようとするものである。「子の意思の尊重」という子の利益を重視する。

他方で、血縁重視から私的な親子鑑定が利用される現実があり、父母による子の養育環境の不安定化の要因となるおそれがある。鑑定協力義務も鑑定強制措置も法定化されていない日本の現状では、当該親子関係の当事者の同意なくしてなされた私的鑑定についての証拠能力を否定することで、親子関係の安定性を確保することを試みた。

家族に関する法律は人の生活の根幹をなすものであり、種々の議論が絶えないところでもある。父子関係の成立は、子の福祉を最優先に考えられなければならない。鑑定も含めて今後の立法の推移に注目していきたい。

- 1) 中川善之助編『注釈民法(22の1)』(有斐閣・1971) 115頁 [高梨公之]。
- 2) 具体的には、その子のために相続権を害される者その他夫の三親等内の血族である。
- 3) これについては「妻の産んだ子が嫡出推定を受けることを知った時」をいうとする説も有力である(東京家審昭42・2・18家月19巻9号76頁)。
- 4) ただし、人事訴訟法14条1項、2項、41条1項前段に例外あり。
- 5) 中川編・前注(1) 119頁 [岡垣学]。
- 6) 水野紀子「判批」ジュリ1202号(2001) 80頁参照。
- 7) 松倉耕作「判批」法時45巻14号(1973) 130-134頁。
- 8) 二宮周平『家族法〔第4版〕』(新世社、2014) 160頁。
- 9) 二宮周平「子の福祉と嫡出推定～外観説の射程」戸籍時報692号(2013) 10頁。
- 10) 床谷文雄「判批」リマークス22号(2001(上)) 81頁。
- 11) 『司法統計年報3 家事編』(最高裁判所事務総局、2015) 14、26頁。
- 12) 矢尾和子・船所寛生「第8回 調停に代わる審判の活用と合意に相当する審判の運用の実情」曹時66巻12号(2014) 46-47頁。
- 13) 水野紀子「DNA鑑定による血縁関係否定と嫡出推定」法教411号(2014) 44頁。
- 14) 旭川家判平23・12・12金判1453号22頁。
- 15) 札幌高判平24・3・29金判1453号22頁。
- 16) 福永有利「嫡出推定と父子関係不存在確認」加藤一郎ほか編『家族法の理論と実務(別冊判タ8号)』(判例タイムズ社、1980) 254頁。
- 17) 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(1997) 35頁。
- 18) また、山島正男「嫡出否認」法セミ330号(1982) 109頁や、前田陽一「民法772条をめぐる解釈論・立法論に関する2、3の問題」判タ1301号(2009) 63頁の立場も、新・家庭破綻説に近いものと解される。
- 19) 石井美智子「実親子関係法の再検討——近年の最高裁判決を通して」法律論叢81巻2・3合併号(2009) 39頁。
- 20) 伊藤昌司「実親子法解釈学への疑問」法政研究61巻3・4号(1995) 1062頁。
- 21) なお、調査官解説として、飛澤知行「判解」ジュリ1474号(2014) 112頁及び同「判解」曹時68巻7号(2016) 169頁、客観的な立場からの分析として、木村敦子「法律上の父子関係とDNA鑑定に関する一考察」ひろば67巻12号(2014) 62頁が、被告側代理人の解説として、小林史人「DNA鑑定と親子関係不存在確認請求事件——血か絆か、子の福祉とは何か」法セミ721号(2015) 15頁がある。
- 22) 水野・前注(13) 44-46頁。
- 23) 羽生香織「判批」新・判例解説 Watch 16号(2015) 111頁。
- 24) 水野・前注(13) 46頁。
- 25) 二宮周平・棚村政行・水野紀子・窪田充見「親子法のあり方を求めて」法時87巻11号(2015) 5-7頁。
- 26) 棚村政行「判批」リマークス51号(2015(下)) 67頁。
- 27) 窪田充見「法における親子の意味——最高裁平成26年7月17日判決を契機に」ジュリ1471号(2014) 70-71頁。

- 28) 浦野由紀子「認知訴訟と認知調停」法時87巻11号（2015）61頁注35参照。
- 29) 飛澤・前注（21）ジュリ1474号113頁，同・曹時68巻7号175頁注9。
- 30) 二宮周平「判批」ジュリ1479号（2015）82頁。
- 31) 窪田充見「実子法」ジュリ1384号（2009）26頁以下。後に，中田裕康編『家族法改正婚姻・親子関係を中心に』（有斐閣，2010）に所収（該当箇所は56，61-63，68頁）。
- 32) 中田編・前注（31）67頁〔窪田〕。
- 33) 二宮周平「I 親子法」戸籍時報750号（2017）4-10頁。
- 34) 二宮周平「母子関係と婚内子の父子関係」戸籍時報719号（2014）15頁。
- 35) 勝又義直『最新 DNA 鑑定～その能力と限界』（名古屋大学出版会，2014）274，278，284頁。
- 36) 野沢紀雅「比較法的検討～ドイツ」家族（社会と法）28号（2012）58-59頁。
- 37) 野沢・前注（36）59頁。
- 38) この権利について，日本法でも検討されている。例えば，日本では，「自己に関する情報をコントロールする権利（情報プライバシー権）」としたり（芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第6版〕』（岩波書店，2015）123頁，野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法I〔第4版〕』（有斐閣，2006）267頁），自己情報コントロール権として，「自己の私的情報をみだりに収集，利用，伝達されない権利」（長谷部恭男『憲法〔第5版〕』（新世社，2011）146頁）とする憲法学説があるが，同意のないDNA鑑定を証拠として提出することについては，言及がない。また，民事訴訟法では，違法に収集された証拠能力については，証拠能力を否定する説もあるが（伊藤眞『民事訴訟法〔第4版〕』（有斐閣，2011）348頁），具体例としてあげられているのは，無断で会話を録取した録音テープ，盗聴された電話の録音テープなどである（松本博之・上野泰男『民事訴訟法〔第7版〕』（弘文堂，2012）406-407頁）。他方，著しく反社会的な手段を用いて行われた，人の精神的肉体的自由を拘束する等的人格権侵害などによって得られた証拠方法と限定する説もある（川嶋四郎『民事訴訟法』（日本評論社，2013）569-571頁）。しかし，いずれも，当事者の同意のないDNA鑑定については言及がない。私見は，当該親子関係の存否に関するDNA鑑定について，当事者の同意のないものを，ドイツ法にならい，「自己に関する情報をコントロールする権利」の侵害として，違法収集証拠とすることができないかとするものである。
- 39) 大阪家審判27・3・13家庭の法と裁判6号89頁。