

# 親子関係不存在確認の訴え

岡 林 伸 幸

## 一 はじめに

### (1) 問題の所在

親子関係不存在確認の訴えは、人事訴訟法二条二号に規定されている特定人の間の実親子関係の否定の確認を求める訴えである。当事者間に既存のものとしての親子関係の存否につき争いがある場合、その存否を確定判決によって確認することは、当事者間の法律関係の安定にとって極めて有益である<sup>(1)</sup>。しかしながら、人事訴訟法自体には、親子関係不存在確認の訴えの提訴権者や提訴期間などについての規定がなく、実体法たる民法においてもそれに関する明文の規定があるわけではない。そこで親子関係不存在確認の訴えは、同じ法律効果を有する各種の実親子関係訴訟が適用されない範囲でのみ許容されると考えられている。したがって、嫡出否認の訴えを提起すべき場合には、親子関係不存在確認

の訴えを提起することはできない。そこで、親子関係不存在確認の訴えの要件を論じるためには、嫡出否認の訴え（民七七五条）の要件である（民七七四条）、民法七七十二條第二項に規定された嫡出推定の及ぶ範囲を確定させなければならないのである。

しかしながら、嫡出否認の訴えは提訴権者が父に限られ（民七七四条）、子や母からは提訴することが認められず、しかもその提訴期間は、父が子の出生を知った時から一年とされており（民七七七条）、きわめて厳格なものとなっている。そのため、婚姻中に妻が産んだ子が自分の子ではないと父が気付いたが、すでに出訴期間の一年を過ぎていたために提訴できない場合や、婚姻継続中に夫の家庭内暴力から逃れるために別居し、別の男性と内縁関係に入り懐胎したが、出生届を提出すると戸籍上の夫の子となるために提出できない場合など、不都合な事態を招くことがある。そこで「推定の及ばない子」という考え方が出現し、親子関係不存在確認の訴えによってその父子関係を争うことができるように推移したのである。

## (2) 本稿の構成

本稿は親子関係不存在確認の訴えの要件をめぐる判例・学説を紹介し検討した上で、現行法上の解釈として私見を述べ、その中で立法論についても触れ、親子関係不存在確認の訴えのあるべき要件に関して考察する。

## 二 判例の流れ

### (1) はじめに

判例に関してそれを紹介する文献は既に多く存在するので、詳しい説明はそちらに譲り、私見を展開するのに必要な流れを紹介することにする。

民法七七二条は、第一項で「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する」と規定し、第二項で推定期間を「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」と客観的に明確に定めており、この文言を見ると解釈の余地がないように思われる。しかしながら、前述のように、嫡出否認の訴えの厳格な要件故に、嫡出推定制度の構造に由来する不都合を免れるために、判例は「推定の及ばない子」をどのような基準で認めるべきかを模索してきた。

初期の裁判例は、夫の生死不明や全懐胎期間中の別居のように外観上性行為が行われないことが明白である場合だけでなく、血液型・血清型の不一致や婚姻関係が事実上破綻している場合を含めて広く認めていたようである。しかしながら最高裁判所は、外観説の立場に立つことを示して判例を確立した。

### (2) 外観説の確立

①最高裁判所昭和四四年五月二九日第一小法廷判決（民集二三卷六号一〇六四頁）は、離婚による婚姻解消後三〇〇日以内に出生した子であっても、母とその元夫とが、離婚の届出に先立ち約二年半以前から事実上の離婚をして別居し、全く交渉を絶って、夫婦の実態が失われていた場合には、民法七七二条による嫡出推定を受けないものと解すべきであ

る、として元夫からの嫡出否認を待つまでもなく、子が実の父に対して認知請求を求めたことを認めた。つまり①判決は、親子関係不存在確認の要件として、夫婦間の性的関係の不存在が客観的に明らかであることを要求していることになる。そして「客観的に明らかである」ということは、懐胎期間中の別居を意味しており、同居していたけれども性的関係はなかったという場合は含まないと解されている。<sup>③</sup>その根拠として、嫡出推定の趣旨が、夫婦間の秘事を公にすることを防ぎ第三者の介入を許さず、それによって家庭の平和を保護することに求めている。<sup>④</sup>また類似の事案で、②最高裁判所昭和四四年九月四日第一小法廷判決(判時五七二号二六頁)は、離婚の届出に先立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、単に離婚の届出が遅れていたに留まるというのであるから、その子は実質的には民法七七二条の推定を受けない嫡出子であり、したがって、母の元夫からの嫡出否認を待つまでもなく、子は実の父に対して認知請求することができる、とした。

判例のその後の関心は、外観説の基準に照らして具体的にどのような場合に嫡出推定が及ばないとされるか、に向かうことになる。③最高裁判所平成一〇年八月二二日第二小法廷判決(家月五一巻四号七五頁)は、婚姻成立の日から二〇〇日以後に出生した子を被告として父親の死亡後にその養子が親子関係不存在確認の訴えを提起した場合について、母が子を懐胎した時期には父は出征中であって、母親が父の子を懐胎することが不可能であったことは明らかであるから、民法七七二条の嫡出推定を受けず、養子がその父親と子との間の父子関係の存否を争うことが権利の濫用に当たると認められるような特段の事情がない限り、親子関係不存在確認の訴えは適法である、とした。他方で、④最高裁判所平成一〇年八月二二日第二小法廷判決(家月五一巻四号三三頁)は、夫婦が子の出生する九箇月余りに別居し、夫婦間にはその以前から性交渉がなかったが、夫は、別居開始から子の出生までの間に、妻と性交渉の機会を有したほか、妻とはなお婚姻関係にあることに基づいて婚姻費用の分担金や出産費用の支払いに応ずる調停を成立させたなどの事実

関係の元においては、夫婦間に婚姻の実態が存しないことが明らかであったとまでは言い難いから、その子は実質的には民法七七二条の嫡出推定を受けない嫡出子に当たるとはいえないから、嫡出否認の訴えによらずに夫が提起した親子関係不存在確認の訴えは不適法である、とした。さらに、⑤最高裁判所平成二二年三月一四日第三小法廷判決（家月五二巻八号八五頁）は、子は婚姻中に出生したが、離婚後に元妻及び実の父が自分達の子であることを認めたことから、戸籍上の子に対して親子関係不存在確認の訴えを提起した事案について、民法七七二条により嫡出推定をうける子につき、父母の家庭が崩壊している場合でも、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、その一事を以て、嫡出否認の訴えの出訴期間経過後に、親子関係不存在確認の訴により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して、元夫の訴えを棄却することを通じて、嫡出推定の及ばない子に関して外観説を採ることを確認した。

### (3) 外観説の確認

判例が外観説を確立した後に、裁判実務においては、後述する合意説のような運用がなされていることが指摘された。つまり、家事調停において夫・妻等が子との間に血縁関係がないことを争わず、家事事件手続法二七七条第一項（旧家事審判法二三条第二項）の合意に相当する審判手続を用いることに合意すれば、親子関係不存在確認の審判を行うことがあるそうである。また①②判決後の下級審判決においては、子の利益の見地から直接且つ明白な必要性がある場合にも推定を排除して親子関係不存在確認の訴えをより広く認める傾向が認められ、後述する家庭破綻説・新家庭形成説のような運用がなされていることが指摘されている。<sup>⑤</sup>さらに科学の進歩により「DNA鑑定」の精度が増し、その制度が広く普及することにより、父子関係がわからないという時代は終わりを告げた。このような事情のもとにおいて、外観説

を維持すべきかどうか、が問題とされるようになってきたのであるが、判例(⑤判決)は外観説を維持することを確認した。

これに関して決定的なのは、⑥最高裁判所平成二五年二月一〇日第三小法廷決定(民集六七巻九号一八四七頁)及び⑦平成二六年七月一七日第一小法廷判決(民集六八巻六号五四七頁)である。⑥決定は、性同一性障害特例法によって性別を変更した者が、その後婚姻し人工授精(AID)によって出生した子について、嫡出推定を認めた決定である。⑦判決は、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、子が、現時点において夫の元で監護されておらず、妻及び生物学上の父の元で順調に成長しているという事情があっても、子の身分関係の法的安定性を保持する必要が当然になくなるものではないから、民法七七二条による嫡出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により父子関係の存否を争うことはできない、と判決した。いずれも血縁関係にないことが客観的に明白であるにもかかわらず、嫡出推定を認めて親子関係不存在確認の訴えを排除したものであり、特に⑦判決は、家庭破綻説・新家庭形成説を明確に否定した点で意義があるといえる。

#### (4) 小括

判例は一貫して外観説を採用してきたといえる。そして、後述するように、「外部から客観的に明らか」ということは多義的であり、どのような場合にそう言えるかは、判決例の積み重ねによるしかないように思われる。判例は、比較的広く外観による例外を認めてきたといえるが、しかし⑥⑦判決を通じて限界付けを行ってきているということもできよう。

### 三 学説の検討

#### (1) はじめに

学説に關しても、それを紹介する文献は既に多く存在するので、詳しい説明はそちらに譲り、私見を展開するのに必要な流れを紹介することに留める。古くは、民法七二二条の適用範圍に關して制限説と無制限説の対立があつた。<sup>(7)</sup>即ち、本条は、夫婦が同居し妻が夫の子を懐胎し得る状態の元において子を懐胎した場合にのみ適用される規定であるか(制限説)、夫婦の同居の有無や夫の子を懐胎する可能性の有無を問わず、法律上妻という身分を有する女性が子を懐胎した全ての場合に適用される規定であるか(無制限説)、の争いである。<sup>(8)</sup>しかしながら、本稿ではこの論点は取り扱わないことにする。というのは、この点に關しては制限説にはば収束され、後は「どの範圍で」制限されるかに争点が完全に移行しているからである。

制限の範圍に關して学説は、基本的には「外觀説対血縁説」を軸に展開している。当初は抽象的・理念的な争いであつたが、嫡出推定制度を「子の福祉」の観点から捉え直すことにより、互いの欠点を克服するために自説を修正しながら、具体的な妥当性を目指すような方向へと進んでいる。

#### (2) 外觀説

判例が外觀説に立っていることは前述したが、これに大きな影響を与えたのは我妻榮博士である。我妻博士は、嫡出推定の制度趣旨を家庭の平和に求めつつも、その根底には、同居している夫婦には性的交渉があり、妻には貞操義務がある、仮に妻と他の男との性的交渉があつたとしても、子の父は夫とすべきであるという一連の事実と當為によつ

て成立しているとする。したがって、懐胎期間中に夫婦が同居していない場合にはその基礎が失われることになる。そこで、同居の欠如という外観的に明瞭な事実がある場合に限り、嫡出推定が及ばないと結論づける。<sup>9)</sup> 我妻説の特徴は、夫婦間の個人的交渉に立ち入らずに夫の子の懐胎の不能なことが明らかかな場合と夫婦間の個人的事情の審査によって初めて明らかにされる場合とを区別し、前者には嫡出推定は及ばないが、後者には及ぶとしている点である。したがって、夫が失踪宣告を受けて失踪中である場合や夫が出征中又は在監中・外国滞在中・別居中（事実上の離婚状態）である場合には嫡出推定は及ばないとされるが、そうでない場合に、夫が生殖不能である場合や血液型の検査の結果、父子関係があり得ないと証明された場合などには、嫡出推定は及ぶとする。<sup>10)</sup>

### (3) 血縁説（実質説）

血縁説は血縁の有無を科学的・客観的に調査して、夫の子ではあり得ないことが判明した場合も、嫡出推定は及ばないとする見解である。その嚆矢は中川善之助博士であり、嫡出推定は、正常な婚姻生活の普通の状態を予定して立てられたものであるから、異常な事情のため、夫による懐胎ということが絶対にありえないような場合には、適用されるべきではない<sup>11)</sup>、とする。そして、形式的には民法七七二条の適用を受ける出生子でも、科学的な鑑定の結果、夫の子ではありえないと確定された場合には、やはり正常な夫婦関係の欠如が客観的に証明された場合であるから、嫡出推定は受けられないものと解すべきである<sup>12)</sup>、とする。したがって、夫の生殖不能・血液型検査の背反の場合にも嫡出推定は及ばないことになり、現代においては、DNA鑑定の結果、父子関係が否定された場合も嫡出推定が及ばないことになろう。<sup>13)</sup>

血縁説の根拠は、人間の自然な感情によれば、親子の情愛は血縁に由来することから、可能な限り血縁主義を貫くべきであり、また真実の父子間に親子関係を認め、他方で血縁のない子の父であることを否定することが、関係者全員の



希望に合致することが多い点にある。そして外観説に対しては、夫の子でないことが外観上明らかであるか否かによって、その間に決定的な差異を設ける根拠が薄弱であるとす。例えば、長期行方不明や事実上の離婚状態であることは、それだけで夫婦の性的交渉が全くなかったということはできず、したがって証明を要しない公知の事実とはいえないはずであるから、その主張・立証の過程で夫婦のプライベートが公開されることになってしまう。結局のところ、外観上明らかであるか否かは程度の問題に過ぎず、そうであるとすれば、真実に従って親子関係の存否を決するのが妥当である。

血縁説に対しては、平穏な家庭生活を過ごしている場合であっても、生理的な父子関係の存在しないことが証明されれば、嫡出推定が及ばないことになり、いつでも誰でも親子関係不存在確認の訴えを提起して父子関係を否定することができる。出訴権者と出訴期間を限定し、父子関係の安定を図る意義もある現行の嫡出否認制度全体の趣旨が没却することになりかねない<sup>14</sup>、という非難がある。そして「実際上も、父子関係存否確認訴訟が提起された場合、裁判所は、まず嫡出推定が認められるか否かを審理し、推定があると認めるときは、生理的な父子関係の存否を審理するまでもなく、判決をなすに熟していることになる<sup>15</sup>」ということが指摘されている。

しかしながら、外観説に依拠して、父子関係に疑問を持ちながら親子の生活を続けなければならないとしたら夫婦親子の生活は極めて不自然なものとなり、時には異常にさえなってしまうであろう。鑑定の精度が高まってきていることから血縁的事実主義に徹する道を歩むべきではなからうか<sup>16</sup>。

さらに、血縁説に対しては手続法的側面からの制約が指摘されている。つまり、家事事件においては、当事者のプライベートは最大限に保護しなければならないことが要請され、父子関係の不存在の証明も、当事者及び利害関係人の意思に反しない方法で行わなければならないことになる。その結果、血液型鑑定やDNA鑑定などの親子鑑定を行う

際には、当事者・利害関係人の任意の同意がある場合に限ってしか行うことができず、直接強制は言うまでもなく間接強制を実施することも認めるべきではない<sup>17)</sup>、とされている。血縁説を貫くためには、鑑定強制は重要な前提であるが、証明責任の問題として後に検討する。

#### (4) 合意説

合意説は「外観説対血縁説」の枠組みとは異なった観点からのアプローチである。福永有利教授は、まず嫡出推定制及び嫡出否認制度の根拠として、婚姻が成立すれば、その夫婦は同居しその間に性的交渉が行われ、且つ、妻は貞操を守るのを通常とするであろうから、妻が産んだ子の父は夫である蓋然性が高いこと（積極的根拠）と、もし嫡出推定・否認訴訟制度を置かないと、第三者から父子関係不存在確認訴訟が提起され、夫婦間のプライバシーが公にされ、家庭の平和が乱され、また早期に父子関係を安定させることができないという弊害が生じること（消極的根拠）を挙げる。そして嫡出推定制は前者に否認訴訟制度は後者にその主たる根拠を有するとした上で、後者の消極的根拠とされた要請によってその利益を保護される者、即ち、子・妻・夫の三者の合意があれば、嫡出推定があるにもかかわらず、真実の父子関係の存否を確認訴訟によって争うことができる<sup>18)</sup>とする。

現在の家裁実務においては、親子関係不存在確認の訴えを提起する際には、調停前置主義が採られ、家事調停を申し立てることになる。そして、家事調停において、夫と妻が夫と子との間に父子関係が存在しないという事実関係について争わず、不存在確認の審判を受けることに合意すると、家事審判手続に移行し、家庭裁判所は親子関係の存否について事実を確認した上で、その合意を正当と認めるときには、合意に相当する審判をする（家事事件手続法二七七条）<sup>19)</sup>のである。この実務は実質的に合意説に近いと評価できる<sup>20)</sup>。

合意説は、当事者の意思によって問題を解決するものであり、それによって親子関係の存否が決定されたのであれば紛争は解決され、第三者がそれに介入する余地を認める必要はない。したがって、この見解は正当であるといえるが、しかし合意に達しなかった場合には、どのように解決すべきであるかの問題が残る。合意説は合意により嫡出推定を排除する見解であることからすると、合意が得られなかった場合には、夫が父親のままであることになり、後は外観説に従って判定されることになる。

#### (5) 家庭破綻説・新家庭形成説（折衷説）

家庭破綻説及び新家庭形成説は、血縁説を基礎としながらも、同説に対する批判を踏まえてその欠点を克服しその修正を試みようとするものである。

家庭破綻説は、父母の離婚や別居など、法律上の父母の家庭の平和が崩壊している場合には、もはや守るべき家庭の平和がないから真実の追求を許すが、表面的にでも夫婦の同居が継続している場合には、家庭の平和を優先するとする見解である。

松倉耕作教授は、問題の所在を家庭の平和（真実父子関係が存在しても、法律上は父子とされない）と真実主義（真実父子関係があれば、必ず法律上も父子とされる）をいかに調和せしめるかという点に求めて、家庭の平和が存在する場合には、血縁主義を排して真実の追求を否定して家庭の保護を図るべきであるが、夫婦・家庭の平和が既に崩壊している場合、例えば夫婦が既に離婚している場合、妻が子の真実の父と既に同居している真実の父が養育している場合や、形式上は婚姻が継続していても夫婦が別居していて母親側が子を養育している場合には、もはや守るべき家庭の平和が存在しないのであるから、真実主義に則り真実の父を法律上の父とする途を認めるべきである<sup>(2)</sup>とする。

中川淳教授は、家庭の平和の破壊を基準として、夫婦のプライバシーに立ち入ることが認められ、真実の血縁主義に道を譲ることが必要であるとする。嫡出推定の根拠を家庭の平和の尊重に求めることから、それが破綻してしまった場合には、血縁主義に立ち返って親子関係を明らかにする必要がある、具体的事実在即して、家庭の平和の尊重と血縁主義との調和が具体化されるべきであるとする<sup>(22)</sup>。

中川高男教授も「家庭の平和が既に崩壊し、当該父及び母子のいずれもが真実に合致しない形式的身分関係の消滅を望んでいるときは、もはや現行の嫡出推定、否認の制度的基盤が失われたものというべく、例外的に右法条の適用が排除されると解するのが相当<sup>(23)</sup>」であるとする判決例を引用して、この見解に与する<sup>(24)</sup>。

この見解に従うと、親子関係不存在確認の訴えを提起する時点で家庭が破綻していればよいことになるから、例えば、夫が当初は妻の不貞を許して自分の子として育てようと思っていた場合であっても、その後夫婦関係がうまく行かなくなり別居や離婚に至ると、家庭破綻を理由に親子関係不存在確認の訴えを提起することが認められて、子は父を失うことになる。逆に、夫が自分の子として養育に努力している場合であっても、妻が子を連れて出て行き別居を始めると、家庭破綻を理由に妻から夫に対し父子関係を否定することが可能となる。このように父子関係が夫・妻の一方的な意思<sup>(25)</sup>（恣意）で覆される虞があることになる。

このような欠点を克服するために、梶村太市判事は、親子関係不存在確認の訴えを提起することができる場合を、妻が子の血縁上の父と同居・再婚している場合に限定して認めるべきである<sup>(26)</sup>、とする。これが新家庭形成説である。梶村判事は、親子関係不存在確認の申立てをしたのが子の側か父の側かを分け、前者の場合には原則として全ての場合に許容されるべきだとする。その理由は、子の側から申し立てた場合というのは、真実の父との新家庭が形成されているか又はそのための胎動であるから、従来の家庭の平和は既に過去のものとなっており、父の利益よりも子の利益を優先さ

せるべきものと解せられるからである。他方で、父の側からの申立ては、子の利益に合致する限りにおいてしか許容されないとする。この場合、従来の家庭が実質的に崩壊していて、真実の父との新家庭が形成されるときはもちろん、たとえ新家庭が形成されていなくても、戸籍上の父母の夫婦関係が破綻している限り、そのような形骸化した父母と子との親子関係は、心理学的に見てかえって子の利益を害するからである。梶村判事は、この類型を維持しつつも、子に對し法律上の父を一人は確保してやるのが法の最低限の任務であること、戸籍上の父親に嫡出否認の要件を具備していない場合、その意思に反してでも、子の法律上の父として子に對する養育責任を果たす義務を負わせるべきであること、嫡出否認制度はやはり子の利益を中心に考えるべきであって、父の利益はそれに劣後してもやむを得ないことなどから、「嫡出推定排除を認めるべき要件としては、従来の家庭が破綻してその平和が崩壊しているだけでは足りず、それに加えて既に子をめぐる新家庭が形成されているという事情があり、それを認めることが子の利益に合致するものであることを要すると解すべきである」というように、見解を修正された。松久和彦教授は、「子どもの福祉の視点からみれば、嫡出推定制度は、子どもの養育を担う父を確保するための制度であり、より子どもの福祉に適する形で父を確保することができるのであれば、嫡出推定を制限することも考えられるのではないであろうか」として、この見解を支持する。

新家庭形成説に立った場合、「新家庭の形成」とはどういう場合を意味するかが問題となる。梶村判事は、典型的なのは血縁上の父と母及び子が同居している場合であり、再婚の場合に限らず内縁でもいいとする。そして重要なことは真実の父による認知が約束されていることであり、その事情の存在も要件とする。<sup>(30)</sup>問題は、新家庭での父が血縁上の父でない場合の要件であるが、梶村判事は養子縁組が約束されている場合でよいと考えられている。<sup>(31)</sup>これに對して永下泰之教授は、「判決後に事情が変更することも考えられることから、いかに可能性が高くとも、『法的父を確保できる』こ

とへの何らの担保もない状態で、いたずらに従前の父子関係を切断することは妥当ではない」として、現に、口頭弁論終結時まで生物学的父と子との間で養子縁組がなされていることを要する、とする。<sup>33)</sup>

## (6) 承認説

承認説は、「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、自分の子である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、承認があったと認められない場合には、親子関係不存在確認の訴えの問題とする見解である。

伊藤昌司教授は、まず家庭破綻説に対して、家庭の中心軸を親子関係よりも夫婦関係に求める近似的常識が疑われない限り、夫婦関係の破綻から家庭の崩壊を結論し、そのような評価を親子関係に投影する可能性が強いことを批判する。そして議論の焦点は父子関係に当てられなければならないことを指摘する。そこで、家庭破綻説に依ると、妻が夫によらずに産んだ子は殆ど全ての場合に、家庭の崩壊を理由にして従来父から引き離されるといふ結論となり、この点に疑問を感じている。つまり、夫は妻を奪われたばかりか、自らの生殖能力の果実ではなくとも婚姻中の家族生活の成果である子まで血縁上の父に奪い取られるような残酷な結果を認めるのは避けるべきであるとする。「そこに働く推定の効力の強弱、つまりは嫡出否認か親子関係不存在かを分ける標識は、父子関係自体のなかにもとめられるべきであろうし、訴が前者ではなく後者であったとしても、無制限に認められてよいわけであるまいと考える」<sup>34)</sup>。

以上のような考察を踏まえて、伊藤教授は嫡出否認の訴えと親子関係不存在確認の訴えの区別を、「母の夫と子の全生活関係の評価から右の推定が裏付けられるかどうかの判断、つまり、一言でいえば『承認』があるかどうかで決する必要がある」と結論付ける。<sup>35)</sup> 敷衍すると、承認関係があれば、夫が訴権を行使しないのに第三者がそれを争うのを許す

べきではないし、他方でその関係がなければ推定が排除されて親子関係不存在確認の訴えを認めてよいことになる。したがって、民法七七六条の「承認」には前述のような意味を与え、その有無は出生後一年の期間内で判断するのではなく、訴え提起までの父子関係を全生活関係に渡って判断する<sup>36)</sup>ことになる。そして承認があったと判断される場合には、夫は民法七七六条によってその否認権を失うことになるが、その意味は、民法七七七条が遡って適用されることを指すと考える。その結果、民法七七七条が適用されるのは民法七七六条の承認がある場合のみとなるので、承認がない場合は嫡出否認の訴えは排斥され、親子関係不存在確認の訴を認めることになる<sup>37)</sup>。

二宮周平教授は、「推定の及ばない子」という解釈の本来の趣旨を、「嫡出否認権者と出訴期間の制限を解釈によって緩和することであり、その実質的な理由は、戸籍上の父から見れば、血縁関係がないにもかかわらず、子の法的な父として責任を強制されることからの解放であり、子から見れば、血縁上の父との間に法律上の親子関係を築くことによる法的保護者の確保と自己の出自のアイデンティティの確保にある<sup>38)</sup>」と捉える。「したがって、子から戸籍上の父に対して親子関係不存在確認の訴えを起す場合には、後者の子の利益を中心に考え、嫡出推定を排除することができると考える<sup>39)</sup>。」として外観説の採用を否定する。それに加えて、否認権者を子や母に拡大した上で、父子としての養育実績がある場合には、一方からの否認権の行使を制限するなどの法改正がなされるまでは、戸籍上の父親からの親子関係不存在確認の訴えについては承認説を採り、子からの訴えについては、子の養育環境を確保できるといふ子の利益が明確である場合には、嫡出推定を排除し、親子関係不存在確認の訴を認めるという解釈を採用する<sup>40)</sup>。

## (7) 新外観説

この見解は、合意説でカバーできるところはそれで済ませ、合意に至らなかった場合は外観を基準にして判断しよう

とするものである。そしてこの見解の特徴は、判例や従来の外観説（我妻説）よりも嫡出推定の範囲を広く捉えようとするところである。

水野紀子教授は、嫡出推定・嫡出否認の制度の趣旨に関する我が国の議論が、家庭の平和を維持し、夫婦間の秘事を公にすることを防ぐ点に重点が置かれ、それが父子関係の早期安定を図り、「嫡出子の身分の安定という法益を擁護する制度目的を持った法技術であることは、十分には認識されていなかったように思われる」と批判する<sup>(4)</sup>。そして、法的親子関係は、子の安全な成長を確保するために、法が決定する制度であるから、嫡出推定という親子関係を設定する技術は、子の保護のために外形的な事実から身分関係を安定的に確立する制度を構築するためにある。したがって、「たしかに血縁上の親子関係という事実を可能な限り多くの場合に取り込む構成によって、法的親子関係を設計する必要があるけれども、血縁上の親子関係そのものが法的親子関係になるのではない」とする<sup>(42)</sup>。以上の考察を踏まえて、合意説を甘受しながら、合意が成立しない場合に、血縁説や家庭破綻説を採って嫡出推定の制限を否定すると、一旦成立している法的親子関係が、存続を願う当事者の意思にもかかわらず覆される結果となると批判した上で、現行法の解釈としては外観説にとどめるべきであるとする<sup>(43)</sup>。そしてその根底には「育てる義務のある親が確保されて、つまり法的親子であるということが安定的に確保されて、子は無事に安全に成長する。親が親であろうとする意思是、子の生存にとってなにより必要であり、その意思是法によって強制される社会的な義務感によっても維持される。生まれた子には、できるだけ速やかにこのような義務を持つ親を確保してやる必要がある」という法の長い歴史上の知恵の成果がある。結局、「法律上の親子関係は血縁上の親子関係とは異なるものであり、それは扶養の責任を負わせ、相続権を与えて、法が親子として扱う関係である」とされる<sup>(45)</sup>。このような観点から、どのような場合に嫡出推定が排除されるかを検討し、子が「死んだ婚姻」から生まれたのか「生きている婚姻」から生まれたのかという違いを反映し、婚姻共同生活の有無を問



題とする。したがって、たとえ外観から客観的に夫の子ではあり得ない場合であっても、婚姻共同生活が存在した場合には（例えば夫の長期出張などの円満別居の場合）、夫が子を受容している限り、嫡出推定を排除すべきではないとしており、判例の採る外観説より親子関係不存在確認の訴えの要件を厳格に捉えている。

床谷文雄教授は、①判決の認める範囲と合意説の範囲で親子関係不存在確認の訴えを認める。嫡出推定規定の現代的意義としての、親子関係の安定<sup>45</sup>子の利益重視の基本的考え方に賛成し、子を懐胎した当時事実上の離婚状態にあったことが明白である場合に限り、表見的身分の変動を目的とする人事訴訟としての親子関係不存在確認の訴えを提起することができるとする。そしてそれに加えて旧家事審判法二三条（現家事事件手続法二七七条）に基づく合意の審判を認め、それ以外の場合は、親子関係を維持するのが望ましい<sup>47</sup>、とする。

しかしながら、父母の共同生活が解消し子が父と別居している場合や夫が子の出生以降、父として関わったことのない場合などに、嫡出否認期間の経過によって法律上の親子関係を確定させ父としての義務を負わせてみても、結局はその義務を放棄するだけであり、父子の交流は期待できず、そのままでは法律上の父を確保する意味があるのか疑問である<sup>48</sup>。

## (8) 小括

学説は、基本的には「外観説対血縁説」を軸に議論が進められてきたといえるが、旧来の議論のように、「家庭の平和か真実主義か」といった二者択一の議論は、本当に子供の幸福につながるかどうか疑問を投げかけられている<sup>49</sup>。そこで学説は多様化し、嫡出推定を排除するために新たな要件を課したり、例外を認めたりすることによって妥当な結論、即ち子の利益に適う結論を目指すようになってきたということができよう。

## 四 私見

### (1) 嫡出推定の意義

嫡出推定・嫡出否認制度の存在意義について、従来から①家庭の平和の維持と夫婦間の秘事の公開防止、②父子関係の早期安定の確保、③私有財産制度の下での相続財産の承継者の確保などの三点が説かれてきた。

しかしながら、親子関係不存在確認の訴えが問題となる事件では、夫婦関係は完全に破綻し、実際には夫婦間の秘事は既に公開されており、守るべき秘事はないに等しいのではなからうか。それよりも子供のために血縁上の父親が誰であるかを確定することの方が重要であるように思われる。医学的に父子関係を立証することが困難であった立法当時とは異なり、医学の発展によって父性確定が容易且つ確実になってきたことから、これを裏付けることができよう。したがって、①②については、親子関係不存在確認の訴えを認容したからといって、嫡出推定・嫡出否認制度の趣旨を逸脱することにはならないであろう。③は全く別の観点からの趣旨であり、相続財産の承継は私的自治に委ねられるものであるところ、もはや嫡出推定・嫡出否認制度にそれを負わせる意味はないであろう。

現行法の嫡出否認の提訴権者や提訴期間があまりに厳格すぎて妥当な結論を導くことができないことや、父(夫)しか否認権を認められておらず、子や母が訴えることができない<sup>50)</sup>ということは、家父長的規定であり現在の家族法の理念に合致しないことから、嫡出推定の範囲を狭める根拠となる<sup>50)</sup>。これに対して水野教授は、夫にのみ否認権を与える嫡出推定制度を、「同時に、夫に妻の産んだ子に対する責任放棄をあきらめさせる制度でもあった<sup>51)</sup>」とする。日本民法の母法である仏民法に由来する見解であるが、しかしそのまま日本民法に当てはまるとは思われない。立法過程における民法七七二条・七二四条の審議において、そのようなことは議論されていないからである<sup>52)</sup>。そして我が国の嫡出推定

にこのような意味を持たせることには疑問がある。水野説の根拠は婚姻に依ると思われるが、婚姻届を提出する際に夫が「妻の生んだ子は、たとえ自分と血縁関係がない子であつても、哺育する」という意思を持つことは考えられないからである。夫の意思に反してでも社会がそれを義務付けるとするならば、他に何か根拠が必要であると思うが、それが扶養の責任を負わせることにあるのであれば、後述するように、それは社会が表見的な父に押し付けるべきものではなく、社会全体で負担すべきものである、と私は考えている。したがって、水野説に与することはできない。

## (2) 外観説に対する疑問

外観説は外観上明白な場合に限定して嫡出推定を排除しようとするが、その明白性の程度に関しては、必ずしも一致していないように思われる。例えば、別居や外国滞在中の事例については、性的交渉の可能性が客観的に全くないということはできず、懐胎可能期間中に夫婦が接触していないことを証明して初めて判明する事柄ではないであろうか。そうすると、外観説が守ろうとした夫婦のプライバシーを詮索せざるを得ないことになってしまうであろう。

他方で外観説の中には、性的関係の不存在を別居の場合に限定する必要はなく夫の性交不能を推定排除事由に加えた<sup>(53)</sup>り、父子間の人種の相違を排除事由に加えたりする見解があり、外観説自体が多様なものとなつてしまつている。つまり、嫡出推定の及ばない「外観上明白な場合」とはどのような場合であるかについては、見解が一致していないのである。

## (3) 血縁説の再評価

実親子というのは血縁の存在を基本として成立するものである<sup>(55)</sup>。そして嫡出推定制度は、血縁関係が明確に判断する

ことができなない時代の産物であり、現代においては、「父子鑑定を巡る科学的鑑定の可能性が飛躍的に進歩している」のであるから、これに対応した法制度と法解釈とが容認されるべきである<sup>36</sup>と思う。したがって、血縁説に立脚して、血縁上の親子関係を確認した上で、問題の処理を図るべきである。

血縁説に対する批判としてよくなされるのは、前述の嫡出推定の空洞化である。しかしながらこれは針小棒大の批判ではなからうか。圧倒的多数の夫婦は子と血縁関係にあり嫡出推定により実親子関係を築いており、何の問題もなく過ごしているはずである。血縁説は鑑定により血縁が証明されなければ父子関係を認めないというようなことを主張しているのではない。あくまで父子関係に疑問が生じた場合に、その解決策を提示しているに過ぎない。したがって、血縁説に立ったからといって、現行の嫡出推定制度が崩壊することはないはずである。

血縁説にとって問題となる事例は、血縁関係にない親子が平穩に暮らしているにもかかわらず、第三者がそれに介入してくる場合である。判例は、戸籍上の父母とその嫡出子として記載されている者との間の親子関係について、約五五年間にわたり実親子と同様の生活を送っていたこと等から、その父母の長女による親子関係不存在確認の訴えを権利濫用の法理を用いて退けた（最高裁判所平成一八年七月七日第二小法廷判決…民集六〇巻六号三〇七頁）。妥当な判決であると思うが、一般条項に頼ることは不安定さの危険が伴うことになり、特に身分関係については避けたい点である。だが、これは血縁説の欠陥というよりも、誰でも何時でも訴えを提起することができる親子関係不存在確認の訴えの欠陥というべきである。立法論としては、提訴権者を当事者（父と子・母）に限定し、提訴期間も例えば一〇年ないし二〇年に制限して、フランスにおける身分占有制度と同じ機能を働かせるようにすべきであろう。

また、鑑定を強制できるかどうかの問題も血縁説に投げかけられている。人事訴訟は職権探知主義が採られ、裁判官には職権探知義務が課せられている。身分関係は客観的事実に基づいて対世的に確定されなければならないから、判決

の事実的基礎については対立当事者の意思による限定は認められず、裁判官の職責によって真相の究明を行わなければならないからである。<sup>(57)</sup> そうであるならば、DNA鑑定を強制することもできそうであるが、他方でDNA鑑定の結果得られる情報は、高度に一身専属的なものであり、本人の人格権やプライバシー権に関わるものであるから法的に十分に保護されなければならない利益であることも確かである。家裁実務でも、関係当事者の了解と同意を前提として親子鑑定は行われており、それを強制することは考えられないこととされている。<sup>(58)</sup> したがって、鑑定の強制に関する規定を人事訴訟法が持たない以上、「たとえ公益に關係する身分關係が訴訟の対象にされているとしても、人格権やプライバシーの保護の観点から見て、受忍を余儀なくされる者に対する侵害の程度が重大であるため、真実発見の要請は後退せざるをえないであろう」ということになる。<sup>(59)</sup> 結局、親子関係不存在確認の訴えにおいて採られる余地があるのは、証明妨害の法理と事案解明義務の理論ということになる。つまり鑑定を拒否した当事者に不利な事実認定を行うことを、あくまでも自由心証の枠内で実行することによって、鑑定への協力を促す方法である。<sup>(60)</sup> あまりスマートな方法とはいえないが、現行法上はこれが限界であろう。

水野教授は、この点についてもDNA鑑定を実施することを極めて慎重に考えなければならないとして、「科学的鑑定を裁判に利用するにあたっては、血縁上の親子関係が明らかになることで争いに決着がつく訴訟類型でありかつそれを明らかにすることが子の福祉を害しない親子関係の争い、つまり科学鑑定を利用することができる親子関係の争いを明確に限定することをまずしなければならぬ」として、「既に確立している法的親子関係を争う場合の多くは、その許されない場合に入るのであろう」とする。<sup>(62)</sup> しかしながら、人事訴訟手続においては職権探知主義が採られており、親子関係不存在確認の訴えの訴訟要件は本案と密接に結び付いていることから、審理を二分することは実際上できないので、このように訴訟要件について制約を課すことは妥当でないであろう。<sup>(63)</sup>

## (4) 家庭破綻説・新家庭形成説に対する疑問

家庭破綻説・新家庭形成説に対して最も疑問に思うのは、その判断基準時を訴提起時（紛争時）においていることである。そしてそもそも親子関係不存在確認の訴えが提起されている時には、家庭が破綻しているのが通常であり、その場合に嫡出推定の排除を許すのであれば、血縁説と変わらなくなってしまうであろう。<sup>65</sup> 新家庭形成説は、子に対し法律上の父を確保するために、親子関係不存在確認の訴えの口頭弁論終結時までに新家庭が形成されていることを更に不存在を認容する要件として課す。しかしこのことに果たして有用性があるかどうか疑問である。<sup>66</sup> 父から訴えが提起された場合、その父は血縁関係にない子を哺育する意思を有していないわけであるから、新家庭が形成されていないことを理由に不存在の確認を棄却しても無意味であるように思われる。それでも経済的な扶養義務を課すことで子に利益があるかもしれないが、新家庭が形成されているか否かは子側の事情であり、父は関与することができず、多分に偶然に左右される事柄である。父の支配が及ばない事情で彼に不利益を与えるには根拠が必要なはずであり、その根拠を法律上の婚姻に求めるならば、新外観説の方が説得的であると思う。他方で、子の側から訴えが提起された場合には、父との表見的な親子関係を絶ちたいという意思の表れであるから、たとえ新家庭が形成されていなかったとしても、それを認容することが子の利益に適うのではないであろうか。確かに新たな父親が存在することは望ましいことではあるが、たとえ母子家庭であつても子がそのために不幸であるということとはできず、父との法律上の親子関係をその意思に反して継続することは妥当ではないように思われる。私は扶養の問題は、最終的に社会が負担すべき問題であると考えており、徒に表見的な父に課するのは妥当でないと思う。社会全体が負担することによって、より良い子の福祉と子の平等が実現できるからである。

また何が要件事実であるかも不明確に思われる。つまり、夫婦関係が破綻してしまった事実と、妻が戸籍上の夫と別

居し、生物学上の父と共に子を養育し、新家庭を築いているという事実は、刻々と変化する不安定な事情であるから、口頭弁論終結時にそれを認定するのは困難であり、特に後者は評価的な要素が多いため、偶然に左右される結果となつてしまふのである。そして、判断基準時が口頭弁論終結時であることから、結局既成事実を作つた者が勝ちということになりかねないであらう。<sup>(68)</sup>

さらに家庭破綻説・新家庭形成説の見解に立つと、父子関係の立証は非常に困難なものとなつてしまふであらう。例えば同説は夫が復讐心から合意に反対して審判が得られないケースを救済することを提案理由に挙げているが、「夫の合意不承諾が復讐心からなのか、真に父親でありたいと願つてのことなのか、その評価は難しい」と思われる。さらに事情変更を認めるか否かの問題もあるように思われる。つまり、親子関係不存在確認の訴え当時は新家庭が形成されていたためにその訴えが認容されたが、後に新家庭が破綻した場合、子がかつての父に対して嫡出推定を理由として親子関係不存在確認の訴えを取り消すことができるのであろうか、という問題である。おそらく否定されると思うが、訴訟継続中に新家庭が形成されても、口頭弁論終結時に破綻していれば、新家庭形成説に従うと親子関係不存在確認の訴えは棄却されるはずであるから、それとの均衡がどうなるのか疑問である。訴訟の継続期間が長いか短いかの偶然に左右されるような結論は採るべきではないであらう。

いずれにせよ、懐胎当時の事情ではなく事後の事情によつて親子関係不存在確認の訴えの可否を決定することは、出生した子について設けられている嫡出推定の枠組みとしては疑問であり、いつまでも嫡出推定排除の可能性を残すことから、父子関係の早期確定という趣旨にも反することにならう。<sup>(70)</sup>

以上のことから、家庭破綻説・新家庭形成説では、子の身分の安定ということを図れないのではないかとの疑問があり、賛成できない。

## (5) 承認説・新外観説に対する疑問

承認説と新外観説は全く別の見解のように思えるが、愛情と意思を親子関係の根底に据えている点において共通する基盤を有していると私は考えている。ところがその意思には過度の擬制があるように思われる。そこで両者を纏めて批判的に検討したいと思う。

承認説は、どのような場合に「承認」があつたとするのかを明確にする必要があると思う。伊藤教授は民法七七六条を引き合いに出されているが、そうであるならば承認の「意思表示」が必要であるということになる。その内容理解については、積極的に否認権を放棄する意図がある場合だけでなく、否認権消滅の効果を招来させる消極的な擬制で足りるといのが通説である<sup>(71)</sup>。しかしながら、それでも意思表示である以上、黙示であつても表示されなければならないし、「事柄の性質上、自己の子と認める旨の明確さが要求される」<sup>(72)</sup>はずである。そしてたとえ承認しても、その承認に錯誤・詐欺・強迫があれば、無効・取消の主張することが可能であることになる。特に身分行為の錯誤については、錯誤者に重大な過失があつたとしても無効を主張することができるから、父親が血縁上の自分の子ではないことを知らずに承認した場合には、常にその承認の無効を主張することができることになり、親子関係不存在確認の訴えを認めるのと同じ結果になるのではなからうか。承認説は、フランス法の身分占有のような制度を持たない我が国において、それと同じような結果をもたらそうとする意図が見取れるが、それは親子関係不存在確認の訴えの訴訟要件を制限することによつて実現すべきであると私は考えている。

新外観説に関しては、前述の通り、その基礎となつている嫡出推定・嫡出否認制度の捉え方に疑問がある。嫡出推定制度が、「子の保護のために外形的な事実から身分関係を安定的に確立する制度を構築するため」<sup>(73)</sup>にあることは理解できるが、だからといって「夫の権利であることより先にまず夫の義務であるものと説明」<sup>(74)</sup>することは論理の飛躍がある



う。親が子を哺育する意思は子の生存にとって必要であることはその通りであるが、その意思は法によつて強制される社会的な義務感によつて確保されるとは思えないからである。むしろ夫が父親としての意思を自発的に發揮して初めて、子は無事に安全に成長するのではなからうか。したがつて、血縁関係にない父親を強制的に父子関係に縛り付けることは、必ずしも子の利益になるとは思われぬ。

水野教授は「自己のアイデンティティを揺るがされる子の苦悩を考えると、出自を知る権利のみならず、出自を知らされない権利も重要である」とするが、これも理解に苦しむ見解である。水野教授は、血縁上の親子関係とは異なる法律上の親子関係の存在を認める限り、血縁関係は当事者にも分らないままにとどめる必要があること<sup>(76)</sup>から、このような主張をなされているのであろうが、かなり独断的な見解のように思われる。というのは、自己の出自を知る権利は、水野教授のご指摘の通り、子どもの権利条約で認められた人格権の一つであり、ないがしろにできないものである。血縁関係にない戸籍上の父が、そのことを知りながら子を自分の子として受け入れ愛情を持つて哺育している場合、たとえ子が彼を血縁関係にない父と知つたからといって、何も問題は生じないはずである。その子が「真実の父が誰であるか知りたい」と思うことはあつても、それ故に戸籍上の父との親子関係を断ちたいとは思わないであらう。他方で血縁説は、戸籍上の父が血縁関係にない子に対する愛情を有しない場合に、その父子関係を絶ち、新たにその子を愛してくれる父を登場させる機会を与えようとするものである（その者が血縁上の父である場合は実親子関係として、血縁の無い者である場合には（特別）養子縁組を通じて）。あくまで血縁に従つて父子関係を判定し、それで不都合な部分については修正していくという態度が適切であると思われる。したがつて、この点も賛成することができない<sup>(77)</sup>。

両説とも、「妻を奪われたばかりか、自らの生殖能力の果実ではなくとも婚姻中の家族生活の成果である子まで奪い取られることになるような残酷な結果を認めるのは避けるべきである」とするが、血縁の無い者を法律上の父にするこ

とが必ずしも子の利益に適うということはできず、親の意思を子の福祉に優先させるのは現代家族法の理念である「子のための家族法」の原理に反するのではなからうか。

(6) おわりに

親子関係は親としての愛情と親になるという意思が基礎にあるのは間違いないことである。<sup>(79)</sup> そして愛情は強制からは生まれにくいことも確かである。<sup>(80)</sup> 水野教授が、我が国の議論において、法律上の親子関係という存在について十分には認識されてこなかったという指摘<sup>(81)</sup>には納得できる。しかしながら、「法律上の親子関係は血縁上の親子関係とは異なるものであり、それは扶養の責任を負わせ、相続権を与えて、法が親子として扱う関係である」というように、法律上の親子関係と血縁上の親子関係を峻別する考え方に対しては疑問を持つ。

親子関係は自然的血縁関係によって生ずるという親子観に立つならば、嫡出子と非嫡出子を区別すべきでない。<sup>(82)</sup> 判例は、非嫡出子については厳格な血縁主義に与していることは明白である。<sup>(84)</sup> 同じ態度を嫡出子に対しても採るべきではなからうか。嫡出子と非嫡出子を平等に扱うことは、確かに一夫一婦制の法律婚主義の原理と緊張関係に立つことになる。しかしながら、「家のための家族法」から「親のための家族法」へと移ってきた家族法の理念の変遷の流れからすれば、「全ての子の平等」を「法律婚主義」よりも優先させるべきではないであらうか。

このような観点から嫡出推定制度を再考すると、嫡出賦与と父性推定を分けて考える必要があるが、民法七七二条は婚姻によって子供に嫡出性を賦与するものであって、父性を推定するものではない。父性推定力は、父子の自然的血縁関係の存在を基礎付けている、子の懐胎期間中に父母が共同生活を送っていたという事実<sup>(85)</sup>に根拠があることになる。

- (1) 松本博之『人事訴訟法(第三版)』(弘文堂・二〇一二年) 三九七頁。
- (2) 初期の裁判例については、佐藤義彦「嫡出推定の及ぶ範囲」同法一六四号(一九八〇年)二〇五頁以下参照(以下佐藤①として引用する)。
- (3) 佐藤義彦「嫡出推定規定の適用を排除することの可否」リマ一九号(一九九九年)六八頁以下、七一頁(以下佐藤②として引用する)。
- (4) 野田宏「婚姻解消後三〇〇日以内に出生した子が嫡出の推定を受けないとされた事例」『最高裁判所判例解説民事篇(昭和四四年度)』(法曹会・一九七〇年)所収二八九頁以下。
- (5) 前田陽一「民法七七二条をめぐる解釈論・立法論に関する二、三の問題」判タ一三〇九号(二〇〇九年)六一頁以下、二宮周平「子の福祉と嫡出推定」外観説の射程一戸時六九二号(二〇一三年)四頁以下(以下二宮①として引用する)。
- (6) DNA鑑定の実状と問題点については、佐藤優希「親子関係事件におけるDNA鑑定について(一)」東北学院法学七三三号(二〇一二年)四九頁以下、同「同(二・完)」同七五号(二〇一四年)九九頁以下参照。
- (7) 無制限説に立つ見解としては、平賀健太「親子関係と戸籍訂正」中川善之助教授還暦記念家族法大系刊行委員会編『家族法大系I(家族法総論)』(有斐閣・一九五九年)二八四頁がある。
- (8) 高野竹三郎「嫡出性の否認」中川善之助教授還暦記念家族法大系刊行委員会編『家族法大系IV(親子)』(有斐閣・一九六〇年)一六頁。
- (9) 我妻榮『親族法』(有斐閣・一九六一年)二二二頁。
- (10) 我妻前掲二二二頁。
- (11) 中川善之助『新版 民法大要 親族法・相続法』(勁草書房・一九七五年)八二頁。
- (12) 中川前掲八三頁。
- (13) 中川善之助『新訂 親族法』(青林書院新社・一九六八年)三二二頁以下。
- (14) 小石寿夫「いわゆる推定をうけない嫡出子」『現代家族法大系三 親子・親権・後見・扶養』(有斐閣・一九七九年)一四頁。
- (15) 福水有利「嫡出推定と父子関係不存在確認」加藤一郎・太田武男編『家族法判例百選(第三版)』(有斐閣・一九八〇年)八五頁。
- (16) 泉久雄『親族法』(有斐閣・一九九七年)一九六頁。
- (17) 梶村太市「婚姻共同生活中の出生子の嫡出推定と親子関係不存在確認」ジュリ六三二号(一九七七年)一三三頁(以下梶村①として引用する)。
- (18) 福水有利「嫡出推定と父子関係不存在確認」別冊判タ八号(一九八〇年)二五三～四頁。
- (19) 合意に相当する審判の手続構造については、岡部喜代子「いわゆる推定の及ばない嫡出子の手続的側面」判タ一三〇一〇号(二〇〇九年)三九頁以下

親子関係不存在確認の訴え

同志社法学 六八巻七号 四〇三(二五五一)

親子関係不存在確認の訴え

同志社法学 六八巻七号 四〇四（二五五二）

下参照。

- (20) 二宮周平『家族法 第四版』（新世社・二〇一三年）一六五頁（以下二宮②として引用する。岡部前掲四六～七頁）。
- (21) 松倉耕作『血統訴訟論』（一粒社・一九九五年）一六三頁。
- (22) 中川淳「嫡出推定を受ける子からの親子関係不存在確認請求」同『家族法判例研究』（法律文化社・一九九二年）一二二頁。
- (23) 大阪地判昭和五八年二月二六日・家月三六巻一一号一四五頁。
- (24) 中川高男『親族・相続法講義（三訂版）』（ミネルヴァ書房・一九九一年）一八〇頁。
- (25) 二宮②一六三頁。
- (26) 梶村太市「嫡出否認の訴えと親子関係不存在確認の訴え」判タ九三四号（一九九七年）三五頁以下（以下梶村②として引用する）。
- (27) 梶村①一三四頁。
- (28) 梶村②四三～四四頁。
- (29) 松久和彦「嫡出推定とDNA鑑定」司法書士五一四号（二〇一四年）八一頁。
- (30) 梶村②四四頁。
- (31) 梶村②四四頁。
- (32) 永下泰之「DNA鑑定結果に基づく親子関係不存在確認請求の許否」商学討究六五巻四号（二〇一五年）二七五頁。
- (33) 永下前掲一七九頁。
- (34) 伊藤昌司「実親子法解釈学への疑問」法政六一巻二四号（一九九五年）一〇六二頁。
- (35) 伊藤前掲一〇六二頁。
- (36) 伊藤前掲一〇六一～一〇六三頁。
- (37) 伊藤前掲一〇六三頁。
- (38) 二宮①一四頁。
- (39) 二宮①一四頁。
- (40) 二宮①一六頁、二宮②一六三頁。
- (41) 水野紀子「嫡出推定・否認制度の将来」ジュリ一〇五九号（一九九五年）一一八頁（以下水野①として引用する）。

- (42) 水野①一七頁。
- (43) 水野紀子「嫡出推定の及ぶ子について、嫡出否認の訴えによることなく、親子関係不存在確認の訴えにより父子関係を否定した事例（東京高判六・三二二八）」判評四三五号（一九九五年）二二六頁（以下水野②として引用する）。
- (44) 水野②二五頁。
- (45) 水野紀子「実親子関係と血縁主義に関する一考察」中川良延・平井宜雄・野村豊弘・加藤雅信・瀬川信久・廣瀬久和・内田貴編『星野英一先生古稀祝賀 日本民法学の形成と課題 下』（有斐閣・一九九六年）二六三頁（以下水野③として引用する）。
- (46) 水野紀子「わが国における嫡出推定制度の空洞化とその問題性」民研四八〇号（一九九七年）三二頁（以下水野④として引用する）。
- (47) 床谷文雄「家庭破綻後の嫡出推定を受ける子に対する親子関係不存在確認の訴え」リマ三三三号（二〇〇一年）八一頁。
- (48) 二宮①一六頁、二宮②一六三頁。
- (49) 松倉前掲一五六頁。
- (50) 窪田充見「法における親子の意味」ジュリ一四七二号（二〇一四年）七二頁。
- (51) 水野③一一四五頁。
- (52) 広中俊雄・星野英一編『民法典の百年 IV』（有斐閣・一九九八年）五三頁以下〔阿部徹〕。
- (53) 佐藤②七一頁。我妻前掲二二二頁は反対している。
- (54) 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・二〇〇四年）一七四頁〔高梨公之・高梨俊一〕。
- (55) 椿寿夫「実親子関係とDNA鑑定・序説」ジュリ一〇九九号（一九九六年）二九頁以下。
- (56) 松倉前掲一〇一頁。
- (57) 山木戸克己『人事訴訟手続法 家事審判法』（有斐閣・一九五八年）二一三頁。
- (58) 梶村太市「家裁実務におけるDNA鑑定」ジュリ一〇九九号（一九九六年）八七頁。
- (59) 春日偉知郎「父子関係訴訟における立証問題と鑑定強制について」ジュリ一〇九九号（一九九六年）八〇頁。
- (60) 春日前掲八〇頁。
- (61) 水野②二七頁。
- (62) 水野②二七頁。

親子関係不存在確認の訴え

親子関係不存在確認の訴え

同志社法学 六八巻七号 四〇六（二五五頁）

- (63) 松本前掲四〇七頁。
- (64) 澤田省三「親子関係不存在確認請求事件」戸籍九〇五号（二〇一四年）一七頁。
- (65) 水野②一二二頁。
- (66) 田村五郎『親子の裁判』（中央大学出版部・一九九六年）一九―三三頁。
- (67) 松尾弘「科学的証拠により生物学上の夫でない者に対する親子関係不存在確認請求の可否」法セ七二二号（二〇一五年）一二三頁。
- (68) 小林史人「DNA鑑定と親子関係不存在確認請求事件」法セ七二二号（二〇一五年）一八頁。
- (69) 水野紀子「DNA鑑定による血縁関係否定と嫡出推定」法教四二一号（二〇一四年）四八頁（以下水野⑤として引用する）。
- (70) 床谷前掲八一頁。
- (71) 中川善之助・米倉明編前掲二二七頁〔松倉耕作〕。
- (72) 中川善之助・米倉明編前掲二二八頁〔松倉耕作〕。
- (73) 水野④一七頁。
- (74) 水野④一八頁。
- (75) 水野⑤四六頁。
- (76) 水野紀子「離婚等家庭崩壊を理由として、嫡出子に対して提起された親子関係不存在確認の訴えの許否」ジュリ二二〇二二号（二〇〇一年）八一頁。
- (77) 水野教授は、両親が離婚をする際に、子供の意見表明権を根拠に親権者を選ぶことを、「ソフィーの選択」にあるユグヤ人の母親に強制収容所で二人の子のどちらを殺すかを尋ねた質問になぞらえて「残酷な選択」を迫るものとするが（水野④三五頁）、この比喩は誤っていると思う。ソフィーの選択の場合はどちらを選んでもマイナスになるが、親権者を選ぶ場合はどちらを選んでもプラスになる選択であるからである。もちろん両親と共に過ごすのがベストであろうが、その選択肢が失われている以上、次善の策としての選択は善であっても悪になることはない。
- (78) 伊藤前掲一〇六二頁。
- (79) 星野英一『家族法』（放送大学教育振興会・一九九四年）一二二頁。
- (80) 星野前掲一二二頁。
- (81) 水野③一二六二頁。
- (82) 水野③一二六三頁。

- (83) 於保不二雄「嫡出推定は嫡性賦与と父性推定とに分離すべし」『民法著作集Ⅱ 家族法』(新青出版・二〇〇五年)二六八頁。
- (84) 最高裁判所平成二六年一月一四日第三小法廷判決(民集六八卷一頁一頁)。
- (85) 於保不二雄『親子(近代家族法の基礎理論)』(日本評論社・一九五〇年)二八頁。