

【判例研究】

産院における新生児の取り違え

——東京高判平成22年9月6日判時2095号49頁・判タ1340号227頁——

足 立 清 人

判例研究

産院における新生児の取り違え

—東京高判平成22年9月6日判時2095号49頁・判タ1340号227頁—

足立 清人

目次

1. はじめに
2. 東京高判平成22年9月6日判時2095号49頁・判タ1340号227頁
3. 判例・裁判例と学説
4. 若干の考察

1. はじめに

本件は、産院で新生児の取り違えが生じ、実の親子同様に生活を継続していたが、両親の死亡後、遺産争いを契機に、戸籍上の弟らから、親子関係不存在確認請求が提訴されたケースである。本判決は、「藁の上からの養子」の親子関係の不存在が争われた最判平成18年7月7日民集60巻6号2307頁で判示された権利濫用法理が用いられて、親子関係不存在確認請求が排斥された。

2. 東京高判平成22年9月6日判時2095号49頁・判タ1340号227頁¹

【事実】(親子関係不存在確認等請求控訴事件)

A(大正13年2月8日生)とB(昭和3年1月1日生)は、昭和27年5月15日に婚姻届を提出した。Yは、A夫婦の長男として、乙山病院にて、昭和28年3月30日に出生した旨、戸籍に記載された。この際、Yは、A夫婦の実子(長男)と取り違えられたことが認めら

れる。Yは、A夫婦の長男として養育され、大学卒業後、会社(製版会社)勤めをして、30歳でCと結婚して、長女D(平成元年4月25日生)と、二女E(平成3年4月28日生)が生まれた。Yは、20年ほど会社勤めをした後、退職して、10年ほどAの不動産業を手伝ったが、その後、独立した。

X1(昭和29年4月13日生)、X2(昭和31年4月1日生)およびX3(昭和33年1月16日生)は、いずれもA・B夫婦の子である。

Bは、平成11年4月2日に死亡した。Bの遺産については、既に遺産分割が行われ、Yは、現在の居住建物の敷地所有権を含む相続財産を取得した。Aは、YおよびXらに対し、それぞれ不動産や預貯金等を相続させる旨の公正証書遺言をした。これによりYが取得する財産は、千葉県船橋市にある土地建物等である。Aは平成19年10月7日に死亡して、これによって、公正証書遺言の効力が発生した。

Xらは、平成20年7月2日、Yに対して本件訴訟(親子関係不存在確認請求)を提起した。Xらは原審において、YとXらとの間に両親を同じくする兄弟関係があるか否かの本件DNA鑑定を申立て、本件鑑定が行われた²。本件鑑定において、YとXらとの間には、生物学的な父を同じくする兄弟関係、生物学的な母を同じくする兄弟関係いずれも存在しない旨の鑑定結果が得られた³。原審は、平成21年6月11日に、本件鑑定の結果に基づいて、

キーワード：新生児の取り違え、藁の上からの養子、親子関係不存在確認訴訟、権利濫用法理

YとA夫婦の間にはいずれも親子関係が存在しないことを確認する判決を言い渡した。Yは、原判決を不服として、控訴を提起した。

【判旨】(原判決取消・自判)(※以下、判決文中の下線、亀甲括弧部分は筆者による挿入である。)

控訴審は、YとA・Bとの間に生物学的な父子・母子関係が存在しないことを認めて、「そうであるのに、YがいかにしてA・B夫婦の実子として戸籍に記載され、養育されるに至ったのかは必ずしも明らかとはいえない。しかし、弁論の全趣旨によれば、Yの実母とBが同じ病院で、同じ日又は極めて近接した日に出産し、出生後まもないYとBの産んだ子とが何らかの事情で取り違えられ、そのことに気付くことのないまま、A・B夫婦はYを実子として出生届をし、実子として養育するに至ったものと推認される。このことは驚くべき事態というべきであるが、A・B夫婦はもとより、Yもこれにつき何の責任もないのである。関係者にとっては、他に例をみることの極めて稀な悲劇であり、当裁判所としても、法的評価・判断は別にして、まことに同情を禁じ得ない」と、YがBの生んだ子と産院で取り違えられたことを認定する。そうして、「わが民法が血縁主義の原則を採用し、これは国民の法的確信を基礎としていることを前提の認識としつつ、権利の濫用が禁じられていることも民法の原則(民法1条3項)であることに思いを致し、親子関係存否確認の請求についても、権利濫用禁止の法理が妥当する場合があるものと解する。そして、本件については、Xらの親子関係不存在確認請求は、権利の濫用に当たり、理由がないものと判断する」として、Xらの親子関係不存在確認請求を権利濫用にあたるとして斥けた。

その理由は、「親子関係存否確認訴訟は、親子関係という血縁に基づく基本的親族関係の存否について関係者間に紛争がある場合に対世的効力を有する判決をもって画一的確定

を図り、これにより親子関係を公証する戸籍の記載の正当性を確保する機能を有するものであるから、真実の親子関係と戸籍の記載が異なる場合には、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のが原則である。

しかしながら、このような血縁主義の原則及びこれを具体化した戸籍の記載の正確性の要請等が例外を認めないものではないことは、民法が一定の場合に、戸籍の記載を真実の実親子関係と合致させることについて制限を設けていること(776条、777条、782条、783条、785条)などから明らかである。真実の親子関係と異なる出生の届出に基づき戸籍上甲乙夫婦の嫡出子として記載されている丙が、甲乙夫婦との間で長期間にわたり実の親子と同様に生活し、関係者もこれを前提として社会生活上の関係を形成してきた場合において、実親子関係が存在しないことを判決で確定するときは、事実に反する届出について何ら帰責事由のない丙に軽視し得ない精神的苦痛、経済的不利益を強いることになるばかりか、関係者間に形成された社会的秩序が一挙に破壊されることにもなりかねない。そして、甲乙夫婦が既に死亡しているときには、丙は甲乙夫婦と改めて養育縁組の届出をする手続を採って同夫婦の嫡出子の身分を取得することもできない。そこで、戸籍上の両親以外の第三者である丁が甲乙夫婦とその戸籍上の子である丙との間の実親子関係が存在しないことの確認を求めている場合においては、〔①〕甲乙夫婦と丙との間に実の親子と同様の生活の実体があった期間の長さ、〔②〕判決をもって実親子関係の不存在を確定することにより丙及びその関係者の被る精神的苦痛、経済的不利益、〔③〕改めて養育縁組の届出をすることにより丙が甲乙夫婦の嫡出子としての身分を取得する可能性の有無、〔④〕丁が実親子関係の不存在を確認請求するに至った経緯及び請求をする動機、目的、〔⑤〕実親子関係が存在しないことが確定されなかった場

合に丁以外に著しい不利益を受ける者の有無等の諸般の事情を考慮し、実親子関係の不存在を確定することが著しく不当な結果をもたらすものといえるときには、当該確認請求は権利の濫用に当たり許されないものというべきである（最高裁平成17年（受）第833号平成18年7月7日第二小法廷判決・民集60巻6号2307頁）」として、最判平成18年7月7日判決の権利濫用法理が本件においても適用されることを示した。

本件の事実認定において、「YとA・B夫婦との間には、Bが平成11年4月2日に、Aが平成19年10月7日にそれぞれ死亡するまで、実の親子と同様の生活の実体があった。その年数は、Bについて約46年、Aについて約54年半もの長きに及んでいる」こと（判旨の①に該当）。また、「A・B夫婦はいずれも、生前、Yが同夫婦の実子であることを否定したことはなかった。もとより、それは、AとBが、Yとの間に生物学的親子関係（血縁）がないことを知らなかったからであるが、そうであったとしても、関係者間に形成された社会的秩序である親子関係について考えるときには、実子であることが否定されなかったという事実が重視されるべきである」。「Yは、本件鑑定前、自分とA・B夫婦の間には親子関係があると確信していたが、本件鑑定により生物学的な親子関係が否定された結果を知り、実に大きなショックを受けている（Y）。また、Yの出生後50年以上を経過した現在では、Yの実父母がだれであるのか、どこにいるのか、今も生存しているのかさえ、調査することが著しく困難であることは明らかである。したがって、法的な親子関係の不存在を確認した原判決が確定すれば、Yは、A・B夫婦との間の親子関係を否定され、かつ、実父母がだれであるのかわからない状態に陥り、Yのアイデンティティは、いわば二重の危機にさらされることになる。また、Yの実父母が判明しない限り、戸籍上、Yの両親の欄は

空欄となる（…）が、これにより、Y本人やその家族が奇異の目で見られ、精神的苦痛を受ける可能性は高いといわざるをえない。上記事情に照らせば、判決をもって親子関係の不存在が確定されるとすれば、Yの受ける精神的苦痛には著しいものがあると評価すべきである」（②の精神的苦痛に該当）。「…A・B夫婦は、その生前、Yが実子でないことが判明していれば、Yとの間で養子縁組をし、Yをして法的に同夫婦の子としての地位を取得させた蓋然性が高かったように思われる。しかし、YがA・B夫婦の子でないことが判明したのは、同夫婦がいずれも死亡した後であったから、Yが同夫婦と養子縁組をして嫡出子としての身分を取得することは不可能である」こと（③に該当）。「YとA・B夫婦との間に親子関係がないことを確認する判決が確定すれば、Yは、A、Bの相続人としての地位を失い、既に取得した相続財産は不当利得として返還すべき義務を負う。これは、相続適格を欠くとされることの法的結果であるから、それ自体はやむを得ない…。Bの遺産については、既に遺産分割が終わっており、Yは、現在の居住建物の敷地所有権を始めとする相続財産を取得した。しかし、原判決が確定すれば、Xらが上記敷地の所有権を主張して、同敷地についての現在のY名義の所有権移転登記の抹消登記手続を請求したり、Yの居住建物を取去して敷地を明け渡すことを請求する等の事態が考えられる。もっとも、居住建物は、Yが建築した同人の所有名義のものであるから、その敷地を取得した経緯からも、直ちに明け渡すべきであるとの結論に至ることには問題があろう。ただ、いずれにしても、Yの被る不利益は重大である。一方、Aは公正証書遺言を作成しており、YもXらと共に受遺者となっているので、これに基づくYの権利が、親子関係の不存在により、直ちに影響を受けることは少ないと考えられるものの、上記遺言の前提事実に関わるとして

その効力が問題とされる余地は十分想定される。また、上記遺言後にAが購入した土地があり(…)、それについては、親子関係の不存在が確定すれば、Yが取得する余地はない。この点についても、Yは不利益を被ることになる。以上のとおり、親子関係不存在を確認する判決が確定すれば、それによる法的効果ではあるにしても、Yは、少なからぬ不利益を被る結果となる」(②の経済的不利益に該当)。「…Xらが、本件訴訟を提起した動機、目的には、もちろん身分関係を正したいとの思いがあると解されるが、以上の経過からすると、それと同時に、あるいはそれよりも少なからぬ比重で遺産分割を有利に展開する意図があったと評価すべきところである。Xらは、本件訴訟提起の動機、目的は遺産分割にあるのではなく、根底にYのAに対する冷たい態度によるYとXらとの不和があったと主張する。しかし、Xらの主張によれば、例えば、Bの遺産分割の際、YがAの在宅介護をすると言うので、YにBの遺産の大半を取得させたにもかかわらず、YはAの在宅介護をせず、老人施設に入れようとしたため、Xらが共同して在宅介護をしたが、Yは十分な協力をしなかったというのであるから、Aの介護をめぐる兄弟間の不和といっても、結局は、財産的問題である遺産分割が大きく関わっているということが出来る。もっとも、…公正証書遺言では、船橋の家はYが取得するところ、Yは、北海道から転勤してきて船橋の家に住み、兄弟と共にAの在宅介護をし、Aの死後も船橋の家を生活の本拠として居住し続けているX3に対し、当初、X3がYから船橋の家の明渡しを求められると心配するような態度を示し(X3)、当審においても、船橋の家の時価による買取り又は賃借をもとめる態度(…)を示した(もっとも、その後、Yの態度はより柔軟になっている)。このようなYの態度が、利己的な冷たい態度として、Xらの反感を買ったことは想像に難くないが、

親子関係不存在確認請求の動機、目的としては必ずしも相当とはいえない」こと(④に該当)。「そうすると、Xらの親子関係不存在確認請求が認められない場合、Xらは、法的に遺産相続上の不利益を受け、これは少なからぬ不利益ではあるが、著しい不利益と評するには躊躇を覚える」こと(⑤に該当)。これらの事実認定から、「以上のとおり、YとA・B夫婦との間で長期間にわたり実の親子と同様の生活の実体があったこと、AとBはいずれも既に死亡しており、YがA・B夫婦との間で養子縁組をすることがもはや不可能であること、親子関係の不存在が確認された場合、Yが受ける重大な精神的苦痛及び少なからぬ経済的不利益、XらとYの関係、XらがYとA・B夫婦との親子関係の不存在確認請求をするに至った経緯及び請求をする動機、目的、親子関係が存在しないことが確認されない場合、Xら以外に不利益を受ける者はいないことなどを考慮すると、Xらの親子関係不存在確認請求は、権利の濫用に当たり許されないというべきである。以上のように解するのは、病院で取り違えられたYが育ての親と46年から54年もの長きにわたり実の親子と同様の生活実体を形成してきたのにもかかわらず、両親の死後、その遺産争いを直接の契機とし、戸籍上の弟であるXらが本件訴訟を提起したという本件の事実関係における個別性、特殊性に由来するものであることはいうまでもない」として、控訴審は、Xらの親子関係不存在確認請求が、本件の事実関係の個別性、特殊性ゆえに、権利濫用に当たると認めた。

また、控訴審は、「AやXらに対する配慮を欠くと感じられるYの態度が本件訴訟提起の原因の一つにもなっていることを、Yとしては深く反省すべきである」として、Aの相続財産について、「Yは、利己的な態度を取ることなく、Bの遺産分割の内容その他を考え併せて、謙抑的な態度でAの遺産分割協議に臨むことが望まれる」として、Yへのアド

バイスを送る。

【本判決の解説】

控訴審は、Xらの親子関係不存在確認請求を認めた原判決を取消して、最判平成18年7月7日民集60巻6号2307頁が示した権利濫用法理の5つの基準をそのまま本件に適用して、Xらの請求が権利濫用に当たり、許されないと判示した。

本件においては、YとA・B夫婦の間には、A・Bそれぞれが死亡するまで、Bについては約46年間、Aについては約54年半、実親子同様の生活実体が継続し、A・Bから、Yが実子であることを否定することはなかった

(①実親子同様の生活実体の継続)。Yは、本件鑑定により、自らとA・B夫婦との間に生物学的な親子関係がないことを知り、大きなショックを受けた。しかも、Yの場合、実の父母が誰であるかも、出生後50年以上を経過した現在では、判明し難しい。これらから、Yのアイデンティティは二重の危険にさらされることとなり(取り違えのケースの特殊事情である)、YおよびYの家族の精神的苦痛は著しい(②精神的苦痛)。また、親子関係不存在を確定する判決が確定すると、すでになされたBの遺産分割や、Aの遺言の効果も遡及的に無効とされる可能性があり、Yは不利益を被ることとなる(②財産的不利益)。また、A・B夫婦は、Yが実子でないことが判明したら、Yとの間で養子縁組をした蓋然性が高かったが、YがA・B夫婦の実子でないことが判明したのは、同夫婦がいずれも死亡した後だったから、Yが同夫婦と養子縁組をして嫡出子としての身分を取得することは不可能である(③養子縁組の可能性)。控訴審は、最判平成18年7月7日の③の判断基準を機械的に当てはめている。しかし、本件の場合、親(養親)の意思が介在する藁の上からの養子ケースとは違って、親の意思は介在しない。したがって、実親子同然の生活実体が長年継続した後、親子関係がないことが判

明して、父または母が存命で養子縁組が可能であったとしても、養子縁組がなされるかどうかは、藁の上からの養子のケース以上に、不確定である。Xらが本件訴訟を提起した目的・動機については、一連の過程から判断するに、究極的には、Aの遺産分割を有利に展開しようという意図があったものと解される

(④親子関係不存在確認請求の動機・目的)。そうして、親子関係不存在確認請求が認められないとしても、Xら以外に不利益を被る者は存在せず、そもそもXらの不利益も、著しい不利益とは評価できない(⑤不利益を被る利害関係人の存在)。こうして、親子関係不存在確認請求が権利濫用とされるための判断基準が充たされるので、本件のXらの主張は権利濫用として認められない、とされた。最後に、控訴審は、YのXらに対する冷たい態度が本件訴訟の原因の一つになったと指摘して、YおよびYの弁護士に対して利己的な態度を緩和するよう、異例の求めを行っている⁴。以上が、本件判旨の判断構造である。

3. 判例・裁判例と学説

(1) 判例・裁判例

(イ) 産院での新生児の取り違えに関する裁判例

本件のような産院での新生児の取り違えが問題となったケースとして、次の三つの裁判例がある。那覇地沖縄支判昭和54年9月20日判時949号12頁、東京地判平成17年5月27日判時1917号70頁、東京高判平成18年10月12日判時1978号17頁・判タ1252号264頁(東京地判平成17年5月27日の控訴審)である。

那覇地沖縄支判昭和54年9月20日⁵は、病院での新生児の取り違え後、6年が経過して、その事実が発覚して、子どもを交換して実子を引き取った両家族が、病院の過失による不法行為に基づく損害賠償を追求した事件である。裁判所は、病院の不法行為責任を認めた。

本判決によれば、新生児の取り違い事件では、「子供を交換して実子を引き取ることが通常の解決方法」であるとされ、そのために、本件の両家族が採った具体的な方法が示されている。すなわち、両家族は、交換後の実親子関係の形成を円滑にするために、養育中の子を交換する前提として、相互に親近感を持つために実親子間での交流を重ねた。交換後も、子の精神を安定させ、実親子関係を融和させるために、少なくとも週一回程度は、子を養家に連れて行き、両家族が交流を継続することに努めた。裁判所は、病院の責任を認めるにあたって(損害賠償額を算定するにあたって)、両家族が、取り違いられた子に対して、最善と信じる監護教育を行ない、十分な愛情を注いで養育して来た結果、子らは心身ともに健康に生育していることから、両家族が「各実子と今後円滑な親子関係が形成されるにはさらに困難が伴わざるを得ないとしても、親の愛情と子の順応性によりそれが形成されることが十分期待できる」点を考慮に入れた⁶。

東京地判平成17年5月27日⁷と東京高判平成18年10月12日⁸は、同一事件の原審と控訴審である。本件では、出産後46年して、実親子関係がないことがDNA鑑定により判明した。原告(親と子)は、新生児の取り違いがなされた産院に対して、分娩助産契約の債務不履行または不法行為に基づく損害賠償を請求した。46年もの間、実親子と同様に生活してきた原告らがなぜDNA鑑定まで行ったのかは不明であるが(血液型の背馳をきっかけに、自分たちが実親子だということを、DNA鑑定をもって明らかにしようとしたのか)、原告らは、血縁上の実子・実親を探すために、戸籍の受附帳の開示請求等を行ったが、突き止めることはできなかった。裁判所は、原告らの請求を認め、分娩助産契約の債務不履行に基づく損害賠償責任を認めた。もっとも、本件では、債務不履行に基づく損害賠償請求

権の消滅時効が完成しているのか否か、その起算点はいつかが争点となった。

産院での新生児の取り違いが問題となった上記の裁判例は、いずれも産院の損害賠償責任を追求したケースであり、新生児の取り違いでの親子関係の存否が問題となった本判決の評釈とは関連がない。もっとも、那覇地沖縄支判昭和54年9月20日は、取り違いが判明して、子の実親が明らかになった場合に、どのような対処がなされるのかについて判示しており、興味深い。

続いて、本判決が引用した藁の上からの養子に関する判例・裁判例について、概観する。

(ロ) 藁の上からの養子に関する判例・裁判例

多くの文献で指摘がなされているように⁹、他人の子をもらいうけ、実子として虚偽の嫡出子出生届を届出で養育する藁の上からの養子の慣行が、わが国では古くから行われていた。一方で、子を欲する夫婦がおり、他方で、子の出生を隠したい者がおり、もちろん、それだけが理由ではないが、両者のニーズが合致した場合に、虚偽の嫡出子出生届が作成・届出られ、この慣行が世上行われるようになったのだろう¹⁰。この慣行は、子に養子であることを分からせないために行われたものである。養親・実親側の事情もあるが、ある意味、子の利益を考えた慣行であるということもできる。もっとも、子の側には、離縁ができない、実親を知ることができないなどの不利益がある。また、虚偽の届出である以上、あくまで脱法行為であり、戸籍法上の罰則(戸籍法132条)、刑法上の責任(157条・158条 公正証書原本不実記載等・同行使等罪)も問われることになる。

以下、新生児の取り違いのケースとは事案が異なるが、藁の上からの養子に関する判例・裁判例の流れを簡単に見ておきたい¹¹。明治

民法施行前は、虚偽の嫡出子出生届が慣行として一般的に行われていたことから、藁の上からの養子のケースについて養子縁組届への転換を認めた（大判大正8年2月8日民録25輯189頁など）。明治民法施行後、大審院は、養子縁組の意思がないこと、養子縁組が要式行為であること、養子縁組の規定が強行規定であることなどを理由に、養子縁組届への転換を否定した（大判昭和11年11月4日民集15巻22号1946頁など）。戦後、最判昭和25年12月28日民集4巻13号701頁¹²も、大審院の判例を踏襲し、虚偽の嫡出子出生届の養子縁組届への転換を否定し、これが判例として確立した¹³。

こうした傾向に変化の兆し（養子縁組への転換は認めないが、権利濫用法理などの一般条項を用いて、親子関係不存在確認請求を遮断しようとする傾向）が見られたのが、最判平成9年3月11日家月49巻10号55頁¹⁴である¹⁵。本件は、戸籍上の弟（養子）から戸籍上の兄（と母）に対して、親子関係不存在確認請求の訴えが提起され、第1審と原審は、親子関係不存在を認めた。これに対して、戸籍上の兄（上告人）らが上告理由において、虚偽の嫡出子出生届の養子縁組届への転換、親子関係不存在確認請求が権利濫用であるなどと主張した。本判決は、従来の判例法理にしたがって、虚偽の嫡出子出生届を養子縁組に転換することを認めず、親子関係不存在確認請求も権利濫用には当たらない、とした。本判決で、親子関係不存在確認請求が権利濫用に当たらない、とされたのは、身分関係存否確認訴訟が、対世的効力を有する判決で身分関係の画一的確定を図り、それによって身分関係を公証する戸籍の記載の正確性を確保する機能をも有するものであることが理由とされた。また、本件では、戸籍上の兄（藁の上からの養子）と亡父（養父）・母（養母）との親子関係が否定されたところで、母が存命しており、戸籍上の兄と母との間で改めて養子縁組を結

ぶことができ、戸籍上の兄の精神的苦痛・経済的不利益をカバーすることができることも、権利濫用の判断にあたって考慮された。したがって、本件では、母が存命でなければ、親子関係不存在確認請求が権利濫用に当たるとされた可能性も存在する¹⁶。さらに本判決には、補足意見が付けられている。すなわち、虚偽の嫡出子出生届が養子縁組に転換されることは認められないが、親子関係不存在確認請求が、相続財産をめぐる訴訟の前提として提起された場合には、「数十年の長きにわたる実親子としての社会的に容認された生活の実体があるにもかかわらず、幼児本人の知り知らない出生届出が血縁の関係において真実に合致しないとの一事をもって、これが俄に覆されることを不条理とするまことに無理からぬ法感情が存在」することから、長期間の実親子としての社会的に容認された生活実体の継続を根拠として、その訴えが権利濫用として排斥される可能性がある、とされた。

その後、広島高判平成13年1月15日家月54巻9号108頁・判時1757号97頁・判タ1068号204頁と東京高判平成14年1月16日家月54巻11号37頁・判時1774号46頁では、いずれも親子関係不存在確認請求が権利濫用として認められない、とされた。広島高判平成13年1月15日¹⁷は、戸籍上の母の兄弟の子（従兄弟）が、戸籍上の母と子（藁の上からの養子）との間に、実親子関係がないことを理由に、相続財産の回復請求を争ったケースである。子（藁の上からの養子）からの虚偽の嫡出子出生届の養子縁組届への転換を求める主張は認められなかったが、相続財産回復請求は、実親子関係がないといえども、30年以上にわたり実子同様の生活関係を継続してきた子（藁の上からの養子）に対して、財産的にも精神的にも不利益を及ぼし、不当な結果をもたらすものであり、しかも、当該訴訟が財産上の訴訟であり、身分関係存否確認訴訟のように対世的効力を有する判決をもって画一的確定を図る必

要はないから、権利濫用に当たり許されない、とされた。また、東京高判平成14年1月16日¹⁸は、戸籍上の母から、子(藁の上からの養子)が既に死亡していたため、検察官を相手どって、親子関係不存在確認請求がなされたケースである。子(藁の上からの養子)の妻・子らが補助参加人として参加した。母は、戸籍上のそれ以外の子(こちらも藁の上からの養子である可能性が高い)が、亡父の財産相続を独占するのに協力するために、当該訴訟を提起したのだらうと認定されている。本件は、最判平成9年3月11日の判断基準からさらに踏み込んで、その請求が外形的には権利の行使とみられるとしても、その背景となっている具体的な事情と実際の結果から、権利の行使として認めることが社会通念上不当と判断されるような場合には、権利の濫用として許されないことがあることを認めた。そうして、54年以上、実親と同様の生活実体を継続してきたこと、母の本訴提起の動機(それ以外の子による相続財産の独占の働きかけ)、親子関係の不存在が認められると、補助参加人らの精神的・経済的不利益が大ききこと、子(藁の上からの養子)が既に死亡していたため、改めて養子縁組をすることもできないこと、亡父の財産の帰属については、母が遺言をするなどして、手当てをすれば、親子関係の不存在まで主張しなくても、相続財産争いに一定の解決を図ることも可能であることなどから、親子関係不存在確認請求は権利濫用として認められないとした。裁判所の態度が変わりつつある萌芽を見て取ることができる。こうして、平成18年7月7日の二つの最高裁判決が、この流れを決定づける。

最判平成18年7月7日民集60巻6号2307頁・判時1966号58頁¹⁹(広島ケース)は、戸籍上の親の実子(他夫婦に養子に出されている)から、子(藁の上からの養子)に対しての親子関係不存在確認請求が権利濫用に当たると判示された初めての最高裁判決である。最高

裁は、親子関係不存在確認請求が権利濫用に当たらないとした原審の判断に対して、「実親子関係不存在確認請求は、実親子関係という基本的親族関係の存否について関係者間に紛争がある場合に対世的効力を有する判決をもって画一的確定を図り、これにより実親子関係を公証する戸籍の記載の正確性²⁰を確保する機能を有するものであるから、真実の実親子関係と戸籍の記載が異なる場合には、実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のが原則である。しかしながら、上記戸籍の記載の正確性の要請等が例外を認めないものではないことは、民法が一定の場合に、戸籍の記載を真実の実親子関係と合致させることについて制限を設けていること(776条、777条、782条、783条、785条)などから明らかである。真実の親子関係と異なる出生の届出に基づき戸籍上甲乙夫婦の嫡出子として記載されている丙が、甲乙夫婦との間で長期間にわたり実の親子と同様に生活し、関係者もこれを前提として社会生活上の関係を形成してきた場合において、実親子関係が存在しないことを判決で確定するときは、虚偽の届出について何ら帰責事由のない丙に軽視し得ない精神的苦痛、経済的不利益を強いることになるばかりか、関係者間に形成された社会的秩序が一挙に破壊されることにもなりかねない。そして、甲乙夫婦が既に死亡しているときには、丙は甲乙夫婦と改めて養子縁組の届出をする手続を採って同夫婦の嫡出子の身分を取得することもできない。そこで、戸籍上の両親以外の第三者である丁が甲乙夫婦とその戸籍上の子である丙との間の実親子関係が存在しないことの確認を求めている場合においては、〔①〕甲乙夫婦と丙との間に実の親子と同様の生活の実体があった期間の長さ、〔②〕判決をもって実親子関係の不存在を確定することにより丙及びその関係者の被る精神的苦痛、経済的不利益、〔③〕改めて養子縁組の届出をすることにより丙が甲乙

夫婦の嫡出子としての身分を取得する可能性の有無、〔④〕丁が実親子関係の不存在確認請求をするに至った経緯及び請求をする動機、目的、〔⑤〕実親子関係が存在しないことが確定されないとした場合に丁以外に著しい不利益を受ける者の有無等の諸般の事情を考慮し、実親子関係の不存在を確定することが著しく不当な結果をもたらすものといえるときには、当該確認請求は権利の濫用に当たり許されないものというべきである」として、親子関係不存在確認請求が権利濫用とされるための5つの判断基準を示した。本件では、約55年間にわたり、実親子と同様の生活の実体があり、実親子関係の不存在が確定されたならば、子が受ける精神的苦痛・経済的不利益は軽視し得ないものであり、戸籍上の両親が既に死亡していることから、当事者間で養子縁組をすることは不可能であり、実子の親子関係不存在確認請求の動機も合理的な事情があるとはいえないことから、実子からの親子関係不存在確認請求は権利濫用に当たり許されない、とされた。最高裁の立場は、依然、養子縁組届への転換は認めないが、所定の基準が充たされた場合には、親子関係不存在確認請求を権利濫用として遮断することによって、長期間、実親子と同様の生活実体を継続した藁の上からの養子の法的な身分を保護した（他方で、戸籍の公益性と血縁主義は損なわれることにもなる）。最高裁が掲げた基準は、当事者の具体的な事情・利益に分け入って、法律上の親子関係の存否を確認しようという点で、きめ細かな利益衡量が可能であり、実態を重視するものであるということもできる。

同日、同旨の最高裁判決が下されている。最判平成18年7月7日家月59巻1号98頁²¹（東京ケース）である。本判決では、戸籍上の親が、その子（藁の上からの養子）との間に実親子関係が存在しないことの確認を求めた。権利濫用に当たらないとした原判決が破

棄されて、原審に差し戻された²²。本件は、同日判決（広島ケース）と異なり、戸籍上の親からの親子関係不存在確認請求なので、権利濫用の判断基準も、それに従って変更が加えられている。すなわち、「虚偽の出生の届出がされることについて乙〔子〕には何ら帰責事由がないのに対し、そのような届出を自ら行い、又はこれを容認した甲〔親〕が、当該届出から極めて長期間が経過した後になり、戸籍の記載が真実と異なる旨主張することは、当事者間の公平に著しく反する行為」である、と。そうして、「甲がその戸籍上の子である乙との間の実親子関係の存在しないことの確認を求めている場合には、〔①〕甲乙間に実の親子と同様の生活の実体があった期間の長さ、〔②〕判決をもって実親子関係の不存在を確定することにより乙及びその関係者の受ける精神的苦痛・経済的不利益、〔③〕甲が実親子関係の不存在確認請求をするに至った経緯及び請求をする動機、目的、〔④〕実親子関係が存在しないことが確定されないとした場合に甲以外に著しい不利益を受ける者の有無など諸般の事情を考慮して、実親子関係の不存在を確定することが著しく不当な結果をもたらすものといえるときには、当該確認請求は権利の濫用に当たり許されない」とした。戸籍上の親から子（藁の上からの養子）に対しての親子関係不存在確認請求であるため、同日判決（広島ケース）の改めて養子縁組をすることの可能性という判断基準が省かれている。

この二つの最判平成18年7月7日は、事例判決であるとも評価されるが²³、最高裁によって、親子関係不存在確認請求が権利濫用に当たり、その訴えが遮断されることが、初めて認められたことの意義は大きい。血縁上の親子関係がない子であっても、長期間の実親子同様の生活実体の継続があつて、実親子関係の不存在を確定することが著しく不当な結果をもたらす場合には、法律上の親子関係の切

断が封じられる。つまり、法律上の親子関係が固定されることになる²⁴。

これ以降、藁の上からの養子に対しての親子関係不存在を争った裁判例には、次の二つがある。最判平成20年3月18日集民227号571頁・判時2006号77頁・判タ1269号127頁と名古屋高判平成20年12月25日判時2042号16頁である。最判平成20年3月18日²⁵は、大韓民国の国籍をもつ戸籍上の姉らが、戸籍上の弟(藁の上からの養子)に対して、戸籍の父との間に親子関係が存在しないことの確認を求めたケースである。韓国の判例(韓国大法院1977年7月26日判決(大法院判決集25-2-211))では、虚偽の嫡出子出生届が、養子縁組の実質的成立要件すべてを充たす場合には、養子縁組としての効力を生ずる。しかし、最高裁は、韓国の判例に従うことはせずに、親子関係不存在確認請求が、最判平成18年7月7日(広島ケース)の判断基準にしたがって、権利濫用に当たるか否かという観点から判断を下した。そうして、最高裁は、親子関係不存在確認請求が韓国民法2条2項の権利濫用に当たるかどうかを審理させるために、本件を差し戻した(差し戻審では、権利濫用が認められた)。また、名古屋高判平成20年12月25日²⁶は、戸籍上の弟らが、亡親の遺産分割協議を契機に、姉(藁の上からの養子)に対して、親子関係の不存在の確認を求めたケースである。具体的には、遺産の一部である土地の売却について、姉が同意しない(印章を押さない)ことを理由に、本訴が提起された。原審では、弟らの請求が権利濫用に当たる、とされたが、本判決では、最判平成18年7月7日(広島ケース)で示された判断基準が適用されて、親子関係不存在確認請求が権利濫用には当たらない、とされた。確かに、約50年の実親子と同様の生活実体が継続し、親が死亡していたため、養親縁組を改めて行うことはできず、親子関係不存在確認請求の目的が、遺産分割協議にあたって、戸籍上の姉(藁の

上からの養子)の相続権を喪失させることにあった。しかし、姉は既に中学時代に、自らが実子でないことに気付いていたことから、ここで実親子関係が存在しないことが確定されたとしても、その精神的打撃は甚大なものとはまでは言えず、また、婚姻の際に、盛大な結婚式が催され、過大な嫁資が与えられた(事実上の財産分けに当たる)。他方、戸籍上の弟らは、両親の家業を手伝うため、自らの希望を捨て、家業を盛り立て、財産を維持・形成してきた。しかも、弟らが、親子関係不存在確認請求を求めているのも、家業を廃業して、その借金を返済するために、遺産の一部である土地を売却しようとしたが、姉が承諾しない(印章を押さない)という理由であり、弟らの親子関係不存在確認請求の動機・目的に不当な理由は見られない。つまり、姉から相続権を奪い、自らが相続財産を独占しようというような不当な動機・意図は認定できない。これらの事情から、親子関係不存在確認請求が権利の濫用に当たるという姉(藁の上からの養子)の主張が斥けられた²⁷。本判決では、長年にわたって実親子同様の生活実体が継続したという事実ではなく、姉(藁の上からの養子)の財産状況、親子関係の不存在が確定した場合の精神的打撃の軽微さ、そして、弟らの本訴提起の動機・目的が比較衡量されて、権利濫用が認められなかった²⁸。

(2) 学説

新生児の取り違えのケースで親子関係をどう扱うかについて、学説を見つけることはできなかった²⁹。

藁の上からの養子に関して、判例は、虚偽の嫡出子出生届を養子縁組届に転換することを一貫して否定している。学説³⁰では、判例を支持して、養子縁組届への転換を認めない消極説と、それに対して、転換を認める積極説の対立がある。消極説は、判例が掲げるその理由、養子縁組の要式行為性、家庭裁判所

の許可の潜脱などを挙げて、養子縁組届への転換を否定した³¹。この立場の背後には、戸籍の公益性格・公証性の重視の考え方がありと考えられる。転換を認めない結果、あくまで虚偽の出生届であるから、親子関係の不存在が認められていくことになる。これに対して、消極説・判例の形式論・苛酷さから、虚偽の嫡出子出生届を養子縁組届として認めようという積極説が登場してくる。その法的構成の仕方は、無効行為の転換論³²、または身分行為の擬制³³が主張されている。他方で、虚偽の嫡出子出生届を養子縁組届に転換することは、法解釈上、無理があることから、親子関係不存在確認請求の訴え自体を、確認の利益なしとして、そもそも訴えを認めないか³⁴、あるいは、権利濫用または信義則違反として訴えを制限すべきである³⁵とする学説も主張されている。そうして、最判平成18年7月7日の両判決が下されて以降、権利濫用法理の運用による親子関係不存在確認請求の遮断、その結果としての藁の上からの養子の法的身分の保護が高く評価されてゆく³⁶。

これらの学説の（対立の）根底には、戸籍自体に対しての考え方、戸籍と民法との関係の捉え方、さらには、親子関係と家族を法的にどのように考えていくか、についての、より根源的な対立・相違があると考えられる³⁷。

4. 若干の考察

本判決は、結局、最判平成18年7月7日（広島ケース）で示された親子関係不存在確認訴訟の権利濫用論の判断基準が、新生児の取り違えのケースにも適用されることを示した。いわば、最判平成18年7月7日判決の基準の射程を拡大したものと考えられる³⁸。

しかし、本件の新生児の取り違えのケースと、本判決が引用した藁の上からの養子のケースとでは、事案が異なる。新生児の取り違えケースでは、親の側に、他人の子を嫡出子と

して受け入れるという意味は存在しない。虚偽の嫡出子出生届を届け出る意思はまったく存在しない。取り違えられた子を、自分の子と信じて受け入れ、養育していく。取り違えは、分娩契約における産院側の過失によるものであり、親は自分の子と信じているが、真実はそうではないと、いわば錯誤の状態に陥っている。親の側にも子の側にも、責められるべき事情は存在しない³⁹。これに対して、藁の上からの養子のケースは、様ざまな理由から、親が、他人の子を自らの子として養育しようとして、虚偽の嫡出子出生届を届け出る。法律上、子に責められるべき事情はないが、親には責められるべき事情が存在する。

本件は、親子関係がそもそも存在しないのだから、親子関係不存在確認請求が当然認められて良いケースであり、親・子いずれの側から、それを提起することも、権利濫用・信義則違反に当たるものではないと考えられる。ここで、本判決の、権利濫用法理が適用されるのは「病院で取り違えられたYが育ての親と46年から54年もの長きにわたり実の親子と同様の生活実体を形成してきたのにもかかわらず、両親の死後、その遺産争いを直接の契機とし、戸籍上の弟であるXらが本件訴訟を提起したという本件の事実関係における個別性、特殊性に由来する」の「(本件の事実関係の) 個別性、特殊性」という文言に着目したい。本件事実関係の「個別性、特殊性」とは何なのか。病院で取り違えられた子が、45年から54年もの長い間にわたって実親子同様の生活実体を継続した、ということだろう。この個別性、特殊性ゆえに、最判平成18年7月7日（広島ケース）の権利濫用法理の判断基準が適用された⁴⁰。すなわち、新生児取り違えのケースでは、先述の那覇地沖縄支判昭和54年9月20日で示されたように、「子供を交換して実子を引き取ることが通常の解決方法」であるが⁴¹、本件のごとく、実親子同様の生活実体が長年継続した場合には、例外的

に、権利濫用法理の判断基準が類推適用されて判断が下される、ということではないだろうか。

とはいえ、本件のような新生児の取り違えのケースについても、最判平成18年7月7日の権利濫用法理の判断基準が適用されることが、裁判所によって認められたことの意義は大きい。結果、法律上の親子関係は継続することになるからである。自然血縁上の親子関係が存在しなくても、長年の間、実親子と同様の生活実体が継続することで、事情によっては、法律上の親子関係が確定・継続することが認められるからである。子の法的身分が覆されることなく、安定することになるからである。

本件の検討からは逸れるが、二つの最判平成18年7月7日の意義について、ここで、若干述べさせていただきたい。先述のように、権利濫用を判断するにあたって、(事案によって変更は加えられるが、) 5つの基準が提示された。①長年月の実親子同様の生活実体の継続、②親子関係不存在が認められた場合の子の精神的苦痛と経済的不利益、③親子関係不存在が認められた場合に、それを治癒するための手段が残されているかどうか、つまり、親と子の間で改めて養子縁組を結ぶことができるかどうか、④親子関係不存在確認訴訟を提起した者(提訴者)の動機、目的、理由、⑤親子関係の不存在が確定されなかった場合に、提訴者以外に不利益を被る者がいるかどうか、という基準である。この5つの基準をどう考えるか、である。私も、羽生が認めるように⁴²、最高裁が①の基準を採用したことは重要だと考える⁴³。羽生は、②～⑤の基準は、①の基準の補完材料となると解しているが、私は、確かに①の基準は重要だが、①～⑤の基準が総合的に評価されて、親子関係不存在確認請求の権利濫用性が判断されると考える。また、多くの論者が、最判平成18年7月7日の判旨を好意的に捉えている(私も、

そう思う)。しかし、私自身、最判平成18年7月7日の評価について、多くの論者が採る見解に全面的に賛同することはできない。実際に、後続の裁判例(名古屋高判平成20年12月25日)では、長期間の実親子同様の生活実体の継続があったにもかかわらず、親子関係不存在確認請求の権利濫用が否定されている。権利濫用に当たるか否かを判断するにあたっては、実親子同様の生活実体の継続が特に重視されているわけではなく、それも一つの判断材料として、親子関係不存在確認請求の背後にある遺産争いや感情をめぐってのもつれなどの諸事情が考慮される⁴⁴。したがって、最判平成18年7月7日が、子の法的身分の安定に資するものである、フランス法の身分占有のように⁴⁵「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」を積極的に活用していくための方向付けを示した⁴⁶、「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るという日本民法の法理への自覚が浸透した」⁴⁷とまでは断言できないように思われる。最判平成18年7月7日の法理が、どのような機能を果たしていくかについては、今後の判例・裁判例の流れを見ていかないとならない⁴⁸。(了)

¹ 松尾弘「判批」法セミ676号148頁；村重慶一「判批」戸時677号63頁；羽生香織「『藁の上からの養子』に対する親子関係不存在確認請求と権利濫用」(棚村政行他編「家族法の理論と実務：中川淳先生傘寿記念論集」(2011年)所収)252頁以下を参照。

² Xらが、なぜ、親子関係不存在確認請求を行ったのか、判決文だけでは分からない。

³ 親子関係の存否が争われる訴訟で、DNA鑑定をどのように行っていくか、取り扱っていくかについては、難しいところである。立法による対処が早急に必要であると考え。大村敦志「家族法[第3版]」(2010年)91・92頁などを参照。戸籍上の父から、好意認知された子に対して親子関係不存在確認請求がなされた大分地判平成9年11月12日判タ970号225頁では、DNA鑑定では父子関係の存在が否定

- されたが、父の訴えが棄却された（控訴審・福岡高判平成10年5月14日判タ977号228頁では、原判決が取消されて、父の訴えが認められた）。なお、羽生香織「実親子関係確定における真実主義の限界」一橋法学7巻3号（2008年）408頁では、大分地判平成9年11月12日が、フランス身分占有法理に近い紛争解決であったと評価する。
- ⁴ 松尾・法セミ676号148頁は、この点、権利濫用法理の調停的機能の限界である、と指摘する。しかし、権利濫用法理を使うからこそ、このような配慮が可能になるのではないか、という考えもあると思われる。
- ⁵ 家長登「判批」別冊ジュリ183号200頁；尾澤彰宣「判批」別冊ジュリ140号120頁；末益昭夫「判批」別冊ジュリ102号182頁を参照。
- ⁶ 末益・別冊ジュリ102号183頁は、裁判所のこの態度に関して、「[取り違えられた両]児の人格形成過程に及ぼした心理的影響を無視し、新生児を取り違えた事実だけを問題としていることにな」として、疑問を呈している。
- ⁷ 石松勉「判批」福岡大学法学論叢51巻3・4号（2007年）361頁を参照。
- ⁸ 新井敦志「判批」立正法学論集42巻1号（2008年）285頁；半田吉信「判批」判時1990号171頁；平沼高明「判批」民事情報260号（2008年）62頁を参照。
- ⁹ 大村「家族法」205頁以下；本山敦「家族法の歩き方」（2009年）101頁以下などを参照。
- ¹⁰ 菊田医師事件をきっかけに、「特別養子制度」が制定された。本制度の創設を機に、この慣行も減少していきだろろうと言われていた。現在、特別養子縁組の成立件数自体、減少しているとのことである（特別養子制度が、社会の潜在的なニーズに答えられていない）。菊田医師事件については、中川高男「実子斡旋事件」ジュリ900号216頁を参照。特別養子制度については、二宮周平「家族法〔第3版〕」（2009年）198頁以下、その問題点・改正提言については、本山敦「養子法の課題」（ジュリ増刊 内田貴・大村敦志編「民法の争点」所収）332頁；床谷文雄「養子法」（中田裕康編「家族法改正 婚姻・親子関係を中心に」（2010年）所収）85頁以下などを参照。
- ¹¹ 藁の上からの養子に関わる判例・裁判例については、さしあたり、鈴木伸智「判批」愛知学院大学論叢法学研究49巻4号（2008年）136頁以下；大坂賢志「親子関係不存在確認請求と権利濫用法理（1）・（2完）-『藁の上からの養子』に関する最高裁平成18年7月7日判決を契機として-」早稲田大学大学院法研論集131号・132号（2009年）28頁以下を参照。
- ¹² 阿部浩二「判批」別冊ジュリ40号133頁；浦本寛雄「判批」法セミ258号69頁；加藤永一「判批」法学17巻4号（1953年）122頁；谷口知平「判批」民商28巻2号（1953年）88頁を参照。
- ¹³ もっとも、表見代諾縁組について、満15歳を超えた養子の追認を認めた最判昭和27年10月3日民集6巻9号753頁以降、下級審においては、虚偽の嫡出子出生届を養子縁組として認める裁判例が散見される。たとえば、東京高判昭和43年2月27日民集28巻10号2114頁（もっとも、上告審・最判昭和49年12月23日民集28巻10号2098頁は原審の判断を破棄した）；大阪地判昭和45年6月15日家月23巻8号60頁；前橋地高崎支判昭和49年6月17日家月27巻2号104頁；大阪高判平成3年11月8日判時1417号74頁（信義則を根拠とする。上告審・最判平成4年10月9日家月45巻2号161頁では、原告死亡により裁判終了）などである。
- ¹⁴ 梶村太市「判批」判タ965号76頁；澤田省三「判批」戸籍674号31頁；中川淳「判批」法令ニュース606号24頁；松倉耕作「判批」判タ965号76頁；村重慶一「判批」戸時487号52頁を参照。
- ¹⁵ 本判決以前にも、京都地判昭和54年10月30日家月32巻4号67頁では、父から子に対して親子関係不存在確認請求がなされたケースで、虚偽の嫡出子出生届を養子縁組届に転換することは認めないが、「理不尽な、あるいは不当な親子関係不存在の確認請求に対しては、信義則ないし権利濫用の法理を適用することにより、身分の安定性という点でなお養子縁組の効力を認めることより劣るものの、具体的妥当性を図ることも可能である」として、親子関係不存在確認請求の訴えを権利濫用として排斥した。もっとも、本件は、子に知的疾患があった特別なケースでもあった。
- ¹⁶ 松倉・判タ965号77頁は、判旨のこの箇所はそう読まれるべきではなく、「『あとからも縁組みが可能なんだから、この結論でもいいではないか』とっているにすぎない」とする。
- ¹⁷ 遠藤東路「判批」判タ1096号96頁；大坂「親子関係不存在確認請求と権利濫用法理（1）」

- 42頁を参照。
- ¹⁸ 大坂「親子関係不存在確認請求と権利濫用法理(1)」44頁；春日偉知郎「判批」ジュリ1246号125頁；澤田省三「判批」判時1785号193頁；村重慶一「判批」判タ1125号108頁を参照。
- ¹⁹ 大坂「親子関係不存在確認請求と権利濫用法理(2・完)」52頁以下；太田晃詳「判批」曹時61巻5号195頁；門広乃里子「判批」法セミ増刊速報判例解説 vol.1・123頁；鈴木・法学研究49巻4号143頁以下；中川淳・戸時617号68頁；中川高男「判批」民商136巻2号(2007年)253頁；西希代子「判批」法教318号別冊付録判例セレクト2006・26頁；同「判批」別冊ジュリスト193号52頁；二宮周平「判批」判タ1241号44頁；羽生「実親子関係確定における真実主義の限界」1066頁以下；同「判批」判例ブラクティス民法Ⅲ(2010年)48頁；同「判批」『藁の上からの養子』に対する親子関係不存在確認請求と権利濫用」246頁以下；水野紀子「判批」ジュリ1332号87頁；同「判批」私法判例リマークス36号75頁；村重慶一「判批」戸時609号61頁・本山敦「判批」金判1266号(2007年)8頁などを参照。
- ²⁰ わが国の戸籍の問題性については、常々指摘されるところである。水野「生殖補助医療を契機に日本実親子関係法をふりかえる」曹時61巻5号7頁以下；同「戸籍と民法」(ジュリ増刊「民法の争点」所収)310頁などを参照。
- ²¹ 大坂「親子関係不存在確認請求と権利濫用法理(2・完)」56頁以下；門広乃里子「判批」法セミ増刊速報判例解説 vol.1・123頁；鈴木・法学研究49巻4号132頁以下；沢田省三「判批」戸時812号32頁；中川淳「判批」戸時627号68頁；中川高男「判批」民商136巻2号253頁；村重慶一「判批」戸時609号61頁を参照。
- ²² 差戻審から、本件も、実子が自己の相続を有利にしようとして、実母に働きかけて、親子関係不存在確認請求を提起させたものであることが分かる。
- ²³ 太田・曹時61巻5号208頁。
- ²⁴ その他の利害関係人からの親子関係不存在確認請求が許されるのか、が問題となる。太田・曹時61巻5号213・214頁を参照。
- ²⁵ 岡部喜代子「判批」判例ブラクティス民法Ⅲ49頁；金汶淑「判批」ジュリ増刊1376号336頁；道垣内正人「判批」私法判例リマークス39号134頁；中川淳「判批」戸時642号59頁；同「判批」民研643号2頁；村重慶一「判批」戸時636号90頁；渡辺惺之・趙慶済「判批」戸時637号22頁などを参照。
- ²⁶ 阿部純一「判批」中央大学法学新報117巻5・6号(2011年)203頁；生駒俊英「判批」法時82巻3号118頁；澤田省三「判批」戸時845号15頁；羽生「『藁の上からの養子』に対する親子関係不存在確認請求」250頁以下；本山敦「判批」判タ1312号56頁などを参照。
- ²⁷ 本山・判タ1312号60頁は、本件で親子関係不存在確認請求が権利濫用に当たらないと判断された理由(背景)の1つに、被告(不存在確認の対象)が女性であったこともあるのではないかと推測する。
- ²⁸ 生駒・法時82巻3号121頁；羽生「『藁の上からの養子』に対する親子関係不存在確認請求」251・252頁は、本判決に「例外的に、この身分関係の存否確認請求は、権利濫用として許されない」(下線、筆者)とあることから、「権利濫用法理の適用は『当然に』は認められないという趣旨」(羽生)であり、本判決によって、最判平成18年7月7日(広島ケース)で示された判断基準が、判例・学説の流れに逆行して、制限をかけられた、と評価する。
- ²⁹ 中川善之助・山島正男編「新版 注釈民法(24)」(1994年)269・270頁(山島正男)では、出生児の取違えの場合には、フランス法の身分占有の考え方が、合理的であるように思う、とされる。
- ³⁰ 藁の上からの養子に関わる学説の紹介は、さしあたり、鈴木・法学研究49巻4号141頁以下；大坂「親子関係不存在確認請求と権利濫用法理(2・完)」46頁以下を参照。
- ³¹ 青山尚史「判批」明治大学法律論叢43巻1号(1969年)149頁以下；福島四郎「虚偽の嫡出子出生届と養子縁組届の効果」関西大学法学論集18巻5号(1969年)17頁以下、23頁以下；前田正昭「判批」同志社法学108巻3号(1968年)40・41頁などを参照。
- ³² 我妻栄「無効な縁組届出の追認と転換」法協71巻1号(1953年)26頁以下を参照。以降、転換説は有力となる。
- ³³ 中川善之助「養親の嫡出名義の出生届と養子縁組」(同「親族相続判例総評第3巻」(1940年)所収)177・178頁を参照。
- ³⁴ 谷口知平「判批」民商28巻2号(1953年)90頁；同「嫡出親子関係と身分占有—比較法的

- 考察一」(浅井清信編「民事法の諸問題：末川先生還暦記念」(1953年)所収)185頁以下を参照。フランス法の「身分占有」に、より近い考え方と思われる。
- ³⁵ 中川高男「判批」判評199号20頁；同・判タ747号224頁を参照。
- ³⁶ 羽生「実親子関係確定における真実主義の限界」406頁以下；同『『藁の上からの養子』』に対する親子関係不存在確認請求と権利濫用」247頁以下、256・267頁；水野・曹時61巻5号20・21頁を参照。親子関係不存在確認訴訟の問題については、水野・曹時61巻5号6・7頁を参照。
- ³⁷ 生殖補助医療による親子の出現を見るに、親子関係、家族を法的にどのように構成していくかについて、考えていかなければならない。家族をめぐる状況の変化に応じて、家族法の改正も考えられている。ジュリ増刊「民法の争点」所収の窪田充美「父子関係の成立」328頁・本山敦「養子法の課題」332頁；中田編「家族法改正」所収の窪田充美論文・床谷文雄論文・久保野恵美子論文・座談会報告(特に256頁～272頁、314頁以下の窪田充美・追記)・吉田克己論文などを参照されたい。
- ³⁸ 羽生『『藁の上からの養子』』に対する親子関係不存在確認請求と権利濫用」254頁を参照。最判平成18年7月7日が示した権利濫用法理の判断基準が、法律上の親子関係と血縁上の親子関係との不一致が発現するその他のケース(「推定の及ばない子」や「好意認知」のケースなど)にも及ぶか、については、二宮・判タ1241号46頁以下を参照。
- ³⁹ 松尾・法セミ148頁；羽生『『藁の上からの養子』』に対する親子関係不存在確認請求と権利濫用」254頁を参照。
- ⁴⁰ 羽生『『藁の上からの養子』』に対する親子関係不存在確認請求と権利濫用」254頁を参照。
- ⁴¹ 那覇地沖繩支判昭和54年9月20日の判旨を見ても分かるように、取り違えが早い段階で発覚して、子が未成熟の段階で、実父母に引き取られたとしても、事態は相当にハードである。多くの論者が言うように、親子関係存否確認訴訟の提訴権者・提訴期間を限定すべきであると考えるが、新生児の取り違えケースにおいては、子・親ともに責められるべき事情なしに取り違えが生じているため、親子関係の存否確認を早期に遮断して、血縁のない親子関係を強いることには若干の抵抗も感じる。血縁上の実親子関係を回復すべき(したい)、という親・子の利益も考慮しなければならない。(それを考えると、権利濫用法理の裁量性も捨てがたい。)
- ⁴² 羽生『『藁の上からの養子』』に対する親子関係不存在確認請求と権利濫用」249・250頁を参照。
- ⁴³ 鈴木・法学研究49巻4号147頁；大坂「親子関係不存在確認請求と権利濫用法理(2・完)」65頁は、「期間の長さ」について重きを置くべきではない、とする。虚偽の届出の子が、未成年である場合の方が事態が深刻だからである。水野・ジュリ1332号88頁；同・リマークス36号75頁も、子の法的身分の早期の安定を図るためにも、本件ほどに長期期間の経過は必要ではない、とする。
- ⁴⁴ 羽生『『藁の上からの養子』』に対する親子関係不存在確認請求と権利濫用」249頁(「虚偽の届出により作出された親子関係であるとしても、親子らしい外観を備え、親子として社会的に承認されている事実には、自然的血縁関係を圧倒する価値を見出すことができる。だからこそ、財産的な意義を強調しない限り、『藁の上からの養子』』に対する親子関係不存在確認訴訟は無意義な行為といえる)は、長期間の実親子同様の生活実体の継続を重視しすぎているように感じる。
- ⁴⁵ フランス法の身分占有の考え方を、日本民法、判例・裁判例の解釈にダイレクトに読み込んでいくことについては、躊躇を覚えている。もっとも、伊藤昌司「実親子解釈法学への疑問」九州大学法政研究61巻3・4号(1995年)609頁以下の776条の「承認」に身分占有的な考え方を読み込んでいこう、とする興味深い試みである。
- ⁴⁶ 羽生「実親子関係確定における真実主義の限界」407頁、409頁以下、423頁以下を参照。
- ⁴⁷ 水野・リマークス36号77頁；同・曹時61巻5号13頁、20・21頁を参照。
- ⁴⁸ 権利濫用法理による問題解決は、確かに柔軟な解決をもたらすことができるが、裁量性が高いことから、安定的な解決をのぞむことはできない(松尾・法セミ148頁)。したがって、子の法的身分の安定化のためには、親子関係存否確認訴訟の提訴権者と提訴期間を立法で限定することだろう、とされる。羽生『『藁の

上からの養子』に対する親子関係不存在確認
請求と権利濫用」255・256頁；水野・曹時61
巻5号21頁；大坂「親子関係不存在確認請求
と権利濫用法理（2・完）65頁注（76）（77）
などを参照。前掲注（41）も参照。