

【研究ノート】

平成18年7月7日最高裁判決を読む  
——「藁の上からの養子」に対する親子関係不存在確認  
請求が権利濫用に当たるとされた二つのケース——

足立清人

## 研究ノート

## 平成18年7月7日最高裁判決を読む ——「藁の上からの養子」に対する親子関係不存在確認請求が 権利濫用に当たるとされた二つのケース——

足立 清 人

## 目次

1. はじめに
2. 平成18年7月7日最高裁判決の紹介と解説
3. 平成18年7月7日最高裁判決の検討
4. 平成18年7月7日最高裁判決の意義と評価
5. まとめ

### 1. はじめに

出生後間もない他人の子を、自分たちの嫡出子として、虚偽の嫡出子出生届を届け出て養育するケースを、「藁の上からの養子」と呼ぶ<sup>1</sup>。わが国では、古くから行われていた慣行であった。ときに親子間・親族間で、藁の上からの養子の親子関係の存否をめぐる争いが生じた。判例は、民法施行前のケースについては、適法な慣行であるとして、養子縁組の効力を認めた。しかし、民法施行後は、虚偽の嫡出子出生届は無効であり、養子縁組としても認められないとして、一貫してその効力を否定してきた<sup>2</sup>。このような判例の厳格な態度に対して、学説では、判例の考え方に賛同する説、また、実親子関係も養親子関係も認められない藁の上からの養子の身分を保護するために、虚偽の嫡出子出生届に養子縁組届としての効力を認めようとする説、親子関係不存在確認請求を権利濫用として排斥する説や、そもそも訴えの利益を認めない説など、藁の上からの養子の法的な取り扱いをめぐる、様々な議論が展開されてきた<sup>3</sup>。

平成18年7月7日、藁の上からの養子の実親子関係の存否が争われた事件で、最高裁判所が注目すべき二つの判決を下した。判例は、先に述べたように、藁の上からの養子の保護を断固として拒否してきたが、この二つの最高裁判決が初めて、藁の上からの養子に対しての実親子関係不存在確認請求が権利濫用に当たるとを認めて、藁の上からの養子を保護した<sup>4</sup>。

現在、生殖補助医療の発達や家族観の変化から、多様な親子・家族を形成することが可能である。そうしたなかで、親子関係を法的にどう捉えていくのか、親子関係の法的なあり方を考えることは意義のあることだと考える。その端緒として、本稿では、多数の評釈が著されているが、平成18年7月7日の二つの最高裁判決を内在的に検討してみたい。本稿の構成として、2.で、平成18年7月7日の両判決の事実と判旨を紹介する。3.で、両判決で示された、権利濫用の判断要素について検討を加えて、4.で、この両判決の意義と評価を考え、最後に若干のまとめをする。

### 2. 平成18年7月7日最高裁判決の紹介と解説

(1) 最判平成18年7月7日民集60巻6号2307頁

まず、最判平成18年7月7日民集60巻6号

2307頁・判時1966号58頁<sup>5</sup> (以下、広島ケースと呼ぶ)を紹介する。本件は、戸籍上の両親以外の第三者(姉)が、実親子関係不存在確認請求を提起したケースである。

【事実】(親子関係不存在確認請求事件)

Xは大正12年▲月▲日、亡A・亡B夫婦(以下、A夫婦)の長女として出生し、昭和5年▲月▲日、亡D・亡E夫婦(以下、D夫婦)と養子縁組をし、その後、D夫婦の子として養育された。亡Cは、大正14年▲月▲日、A夫婦の二女として出生した。Yは、昭和16年▲月頃、亡F・亡G夫婦(以下、F夫婦)の間に出生した。F夫婦は、Aに対して、YをA夫婦の嫡出子として出生届をするように懇請し<sup>6</sup>、Aは、YについてA夫婦の間に同月▲日に出生した長男として出生届をした。A夫婦は、Yを同夫婦の実子として養育した。Yは、高校卒業の頃、自分がA夫婦の実子ではないのではないか、という疑問を抱いたことがあったが、A夫婦を含む周囲の者からその旨を告げられたことはなく、A夫婦の実子であると思い続けていた。その後、Yは、大学に進学し、卒業後、婚姻したが、昭和51年までA夫婦およびCと生活をともにした。また、Cは、Yの学費を負担するなどYの養育に協力した。Aは、昭和49年▲月▲日に死亡したが、生前Yが自分の子でない旨を述べたことはなかった。Aの遺産はすべて妻Bが相続した。

Yは、平成2年頃、実母であるGの喜寿を祝う集まりに呼ばれ、平成5年頃には、自分が真実はF夫婦の実子であることを認識するに至ったが、その後も、従前と同様に、B、CおよびXとの間で家族としての関係を継続し、同人らも、YがA夫婦の間の子であることを否定したことはなかった。

Bは、平成8年▲月▲日に死亡した。その遺産は遺言によりすべてCが相続したが、このような遺言がなされたのは、遺産の主なものがBとCが居住していた自宅の土地建物で

あり、Bの死後もCが引き続きこれに居住できるようにBが配慮したためである。独りで生活していたCは、平成14年▲月▲日頃、自宅で死亡し、その約10日後に発見された。Cは、Bの死亡後も、YがA夫婦の実子であることを否定する発言をしたことはなかった。

Xは、YがCの安否の確認をしなかったために、Cの死亡の発見が遅れたと思い、憤りを感じていたところ、Cの法要の参列者をYがXに相談なく決めようとしたことなどに反発し、YとA夫婦との間の実親子関係を否定する旨の訴えを提起した。

Yは、XがD夫婦と養子縁組をした後、D夫婦の子として生活していたこと、A夫婦は、生涯Yとの実親子関係を継続し、死亡するまでこれを否定しなかったこと、A夫婦は死亡したため、YがA夫婦との間で養子縁組をすることはできない状況にあること、Xは、Cの死亡後、その遺産の相続についてYと協議するなかで、Yが、A夫婦と親子関係がなく、Cの相続人ではないと主張するに至ったのであって、本訴請求は専らXが遺産の独占を図る目的のものであることなどから、本請求が権利の濫用にあたることを主張した。

【判旨】(一部破棄差戻し、一部棄却)

最高裁は、原判決の「実親子関係不存在確認請求をすることが権利の濫用に当たらないとした部分は是認することができない」と判示した。

その理由は、「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き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、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、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、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、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、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」とした。

そして、本件について、「(1) Yの出生の届出がされた昭和16年からBが死亡した平成

8年までの約55年間にわたり、YとA夫婦ないしBとの間で実の親子と同様の生活の実体があり、かつ、Xは、Cの死亡によりその相続が問題となるまで、YがA夫婦の実子であることを否定したことはない。

(2) 判決をもってYとA夫婦の実親子関係の不存在が確定されるならば、Yが受ける精神的苦痛は軽視し得ないものであることが予想され、また、土地建物を中心とするA夫婦の遺産をすべて承継したCの死亡によりその相続が問題となっていることから、Yが受ける経済的不利益も軽視し得ないものである可能性が高い。

(3) A夫婦は、Yが実の子でない旨を述べたことはなく、Yとの間で嫡出子としての関係を維持したいと望んでいたことが推認されるのに、A夫婦が死亡した現時点において、YがA夫婦との間で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。

(4) Xは、Cの死亡の発見が遅れたことについて憤りを感じたこと、Cの法要の参列者がXに相談なく決めようとされたことなどから、YとA夫婦との親子関係を否定するに至ったというのであるが、そのような動機に基づくものであったということは、XがYとA夫婦との間の実親子関係を否定する合理的な事情とはいえない」と事実認定をした。そうして、「YとA夫婦との間で長期間にわたり実親子と同様の生活の実体があったこと、A夫婦が既に死亡しておりYがA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を重視せず、また、Yが受ける精神的苦痛、経済的不利益、XがYとA夫婦との実親子関係を否定するに至った動機、目的等を十分検討することなく、Xにおいて上記実親子関係の存在しないことの確認を求めることが権利の濫用に当たらないとした原審の判断には、判決に影響を及ぼすことの明らかな法令の違反がある。…原判決のうち実親子関係不存在確認請求に関する部分は破棄を免れない」と

して、実親子関係不存在確認請求が権利濫用に当たるかどうかについて審理させるために、本件を原審に差し戻した。

他方で、Xからの養親子関係不存在確認請求については、事実関係から、「YはA夫婦の養子としての生活をしてきたものではないから、XがYとA夫婦との間の養親子関係が存在しないことの確認を求めることが権利の濫用に当たるとはいえない」として、原判決のうち養親子関係不存在確認請求については是認することができる、とした。

### 【解説】

**控訴審**（広島高判平成17年1月27日民集60巻6号2329頁・控訴棄却）では、まず、「Yと亡Aとの間に血縁上の父子関係はなく、Yと亡Bとの間に血縁上の母子関係はないから、Xの請求のうち、Yと亡Aとの間の実父子関係が存在しないことの確認及びYと亡Bとの間の実母子関係が存在しないことの確認をを求める請求はいずれも理由がある」として、YとA夫婦との実親子関係が否定された。

そして、虚偽出生届には養子縁組届出としての効力がある、とするYの主張に対しては、「養子縁組は法定の届出によって効力を生ずるものであり、未成年者を養子とする場合には原則として家庭裁判所の許可審判が必要とされ、特別養子縁組においても家庭裁判所の審判が必要とされているから、たとえ亡A夫婦とYとの間に実の親子と同様の生活実態があったとしても、本件出生届出をもって養子縁組届とみなし有効に養子縁組が成立したものとすることはできない」として、虚偽の嫡出子出生届に養子縁組の効力を認めることはできないとする従来判例法理に従った。

さらに、Xの本件実親子関係不存在確認請求が権利の濫用に当たる、とするYの主張に対して、「(1) …Yは、自己の関与しないところにおいて虚偽の出生届出をなされ、長年にわたり亡A夫婦の間の子として養育されて

きたにもかかわらず、本件親子関係不存在確認請求が認容された場合には、長年にわたって形成されてきた亡A夫婦との親子関係を否定され、精神的な葛藤を来すであろうと認められる。また、本件においては、Yが、本件請求が認容された後に、あらためて亡A夫婦との間で養子縁組をなし、従前通り、戸籍上亡A夫婦の間の子としての地位を享受することは不可能である。

(2) しかしながら、身分関係を公証する戸籍にはその記載の正確性を確保すべき要請があること、身分関係の存否確認訴訟の判決には対世的効力があるから、同訴訟の訴え提起者に関する個別事情を重視するのは相当ではないこと、現在の特別養子縁組制度においても厳格な要件と重大な効果が法定されていることに照らせば、…本件に至る経緯…事情を考慮しても、本件親子関係不存在確認請求が権利の濫用に当たるとを基礎づける事情は認めるに足りる証拠はない」として、Xからなされた実親子関係および養親子関係双方の不存在確認請求を認め、Yの控訴を棄却した。

控訴審は、藁の上からの養子についての従来判例法理に従って、養子縁組の届出主義と、家庭裁判所の審判を経ていないことを理由に、虚偽の嫡出子出生届に養子縁組としての効力を認めなかった。さらに、実親子関係不存在確認請求の権利濫用についても、法律上の親子関係が切断されると、Xに精神的不利益、法律上の不利益（養子縁組の不可）が生じることを認めながらも、①戸籍の記載の正確性・真実性、②身分関係存否確認訴訟の判決の対世的効力、それゆえに提起者の個別事情に左右されるべきでないこと、③特別養子縁組制度の存在を理由に、Xの実親子関係不存在確認請求は権利の濫用に当たらない、とした。

**第一審**（広島地判平成16年5月14日民集60巻6号2321頁・認容）も、Yと亡A夫婦間の実親子関係を否定して、養子縁組の届出主義、

それゆえの要式性、そして、身分関係は血縁主義に基づいて画一的に確定しなければならないことを理由に、養子縁組への転換を否定した。

Xの本件実親子関係不存在確認請求が権利の濫用に当たる、とするYの主張に対して、第一審も、控訴審と同様、Yの精神的不利益、法律上の不利益を認めながらも、それらの事情を考慮しても、身分関係存否確認訴訟の性格、すなわち、それによって戸籍の記載の正確性・真実性を確保することを理由に、実親子関係不存在確認請求の行使を権利濫用として認めることはできない、とした。しかも、Yは、実親子関係の不存在が確定して戸籍が訂正された後も、Aの氏を称し続けることができるし、そもそもYはA・B・Cの遺産の形成について特段の貢献をしたわけではないから、相続権が奪われても、Yに経済的不利益が生じるわけでもない。これらのことから、この判断は是認できる、という。つまるところ、第一審・控訴審は、従来の判例が採ってきた親子関係の血縁主義に従ったのである。

下級審における判断に対して、**最高裁**は、Xが提起した実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下級審の判断を却けた。確かに、実親子関係不存在確認請求は、真実の親子関係と戸籍の記載が異なる場合に、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ものである。しかし、戸籍の記載の正確性の要請は、たとえば、776条、777条などのケースに見られるように、例外を認めないものではない。虚偽の嫡出子出生届に基づき、甲乙夫婦の嫡出子として長期間にわたって実親子同様の生活を継続した丙が、実親子関係にないことが判決で確定された場合、虚偽の届出について帰責事由のない丙は、経済的、精神的、社会的に苛酷な状態におかれることになる。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、「〔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」〔 〕は筆者の挿入。以下、同様)、丁の提起した実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、とした。そうして、本件では、「YとA夫婦との間で長期間にわたり実親子と同様の生活の実体があったこと〔約51年間〕、A夫婦が既に死亡しておりYがA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を重視せず、また、Yが受ける精神的苦痛、経済的不利益、XがYとA夫婦との実親子関係を否定するに至った動機、目的等を十分検討することなく、Xにおいて上記実親子関係の存在しないことの確認を求めることが権利の濫用に当たらないとした原審の判断には、判決に影響を及ぼすことの明らかな法令の違反がある」とされて、原審に差し戻された(差戻審は、公表されていないようで、参照できなかった)。

第一審、控訴審は、YとA夫婦間の長年にわたる実親子と同様の生活実体の継続を否定することで、Yに経済的不利益、精神的苦痛、法的不利益が生じることは認めるが、控訴審判旨の実親子関係不存在確認「訴訟の訴え提起者に関する個別事情を重視するのは相当ではない」という文言からも分かるように、当事者の具体的な事情や利益よりも、従来の判

例法理に従って、親子関係を公証する戸籍の記載の正確性・真実性を重視して、実親子関係不存在確認請求の権利濫用を認めなかった。他方で、最高裁も、戸籍の正確性・真実性は重視するが、特に子(藁の上からの養子)の事情や利益を考慮して、「実親子関係の不存在を確定することが〔子(藁の上からの養子)にとって〕著しく不当な結果をもたらすものといえるとき」には、実親子関係の不存在確認請求が権利濫用に当たり許されない、として、子(藁の上からの養子)を保護した。

(2) 最判平成18年7月7日家月59巻1号98頁

次に、同日の最判平成18年7月7日家月59巻1号98頁・判時1966号62頁<sup>7</sup>(以下、東京ケースと呼ぶ)を紹介する。本件は、戸籍上の母が、実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。

【事実】(親子関係不存在確認請求事件)

X(明治41年生)と亡A(明治40年生)は、昭和12年▲月▲日、婚姻の届出をした。同年▲月▲月、X・A夫婦(以下、A夫婦)の間に長男Bが出生した。Aは、Yについて、A夫婦間に昭和18年▲月▲月に出生した子として出生の届出をしたが、YはA夫婦の実子ではなく、この届出は虚偽の届出であった<sup>8</sup>。Yは、同月頃から、A夫婦のもとで、その子として養育され、高校卒業後、昭和53年5月15日に結婚するまで、A経営のそば屋「○○家」を手伝った。Aは、昭和51年▲月▲月に死亡した。Yは、Aの相続人としてAの遺産の約3分の1相当を取得したものとされた。

Xは、平成6年5月頃、Yを相手どって実親子関係不存在確認を求める調停を申し立てたが、10月頃取り下げた<sup>9</sup>。Xは平成16年4月頃、再度、Yを相手方どって実親子関係不存在確認を求める調停を申し立てたが、同調停は同年6月頃、不成立により終了した。Xは、Yに対して実親子関係の不存在確認を請求し

た。

Yは、XがYとの間で長期間親子としての社会生活を送ってきたものであり、Aの死亡後も平成6年まで実親子関係不存在確認調停の申立て等の手続を採ることなく、しかも、同年に申し立てた調停を取下げにより終了させていること、本請求はXの相続を有利にしようとするBの意向によること、判決をもってYの戸籍上の地位が訂正されるとYが精神的苦痛を受けることなどから、本請求は権利の濫用に当たると主張した。

【判旨】(破棄差戻し)

最高裁は、Xの実親子関係不存在確認請求を認めた原審の判断を認めることができない、とした。その理由は、同日の最高裁判決・広島ケースと同様、実親子関係不存在確認請求の機能を挙げ、真実の親子関係と戸籍の記載が異なる場合には、それを正すことができるのが原則であると認めるが、その例外もありうることを確認して、「真実の親子関係と異なる出生の届出に基づき戸籍上甲の嫡出子として記載されている乙が、甲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、乙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。また、虚偽の出生の届出がされることについて乙には何ら婦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といえる」として、広島ケースと同様の権利濫用の判断要素を示したうえで、「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」と判示した。

本件においては、「(1) Yは、昭和18年5月ころ以降、A夫婦の下で実子として養育され、Xが平成6年に第1回目の調停を申し立てるまでの約51年間にわたり、YとXとの間で実の親子と同様の生活の実体があり、かつ、Xは、第1回目の調停申立てまでの間、YがXの実子であることを否定したことはなかった。

(2) 判決をもってYとXとの間の実親子関係の不存在が確定されるならば、Yが受ける精神的苦痛は、軽視し得ないものであることが予想され、また、Xは、Aの遺産の相当部分を相続したことがうかがわれるので、Xの相続が発生した場合に、Yが受ける経済的不利益も軽視し得ないものである可能性が高い。

(3) Xが、上記第1回目の調停申立てをした動機、目的は明らかでないし、その申立てを取り下げた理由も明らかではない。その後、約10年が経過して再度調停を申し立て、更には本件訴訟を提起するに至ったことについても、XがYとの間の実親子関係を否定しなければならぬような合理的な事情があることはうかがわれない」として、最高裁は、原判決を破棄し、Xの実親子関係不存在確認請求が権利の濫用に当たるとかどうかについて審理させるために、本件を原審に差し戻した。

#### 【解説】

**控訴審**（東京高判平成17年6月22日・棄却）は、Xの実親子関係不存在確認請求が、相続を有利にしようとする実子Bの意向によるものであったとしても、Xは、真実の親子関係の確定を求めて本件訴訟を提起したものであるから、戸籍の記載の正確性・真実性を理由として、戸籍上の母Xが提起した実親子関係不存在確認請求が権利濫用に当たると認めることはできない、とした（第一審は、公表さ

れていないようで、参照できなかった）。

**最高裁**は、Xの実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判決を排斥した。本判決も、広島ケースと同様に、Xの実親子関係不存在確認訴訟が権利濫用に当たるとかどうかの判断要素を示す。ただし、本件は、広島ケースと異なり、戸籍上の親が戸籍上の子（藁の上からの養子）に対して実親子関係不存在確認請求を行ったケースなので、事案に応じた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〔藁の上からの養子〕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。そこで、戸籍上の親である甲が、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、〔④〕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、〔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」、甲の提起した実親子関係確認請求は権利の濫用に当たり許されない、と。広島ケースで権利濫用の判断要素として採用された判断要素③「改めて養子縁組の届出をすることにより乙が甲の嫡出子としての身分を取得する可能性の有無」が除かれた。そうして、本件においては、「YとXとの間で長期間にわたり実親子と同様の生活の実体があったこと〔約51年間〕を重視せず、また、Xが受ける



精神的苦痛、経済的不利益、YがXとの実親子関係を否定するため再度調停を申し立てるなどした動機、目的等を十分検討することなく、Yにおいて上記実親子関係の存在しないことの確認を求めることが権利の濫用に当たらないとした原審の判断には、判決に影響を及ぼすことの明らかな法令の違反がある」と事実認定がなされて、原審に差し戻された。

**差戻審**（東京高判平成18年10月26日・原判決取消）は、XとYとの親子関係の存否について、「Yは、A<sup>10</sup>とXとの間の二男として、昭和18年5月8日に出生した旨の記載があるところ…、Xは、長男B<sup>11</sup>の出産後の状態が悪く、子を産めない身体になり、ところが、Aが出生後まもないYを貰い受けてきて、実子として育てることとなったのであり、Xは、Yを出産していない旨陳述・供述している。そして、一般に、仮に真実母子関係があるにもかかわらず、実母が実子に対し、親子関係不存在確認訴訟を提起し、同訴訟においてもその旨供述等することはよほど特別の事情のない限りあり得ないところ、本件全証拠によっても、XとYとの間に真実親子関係があるにもかかわらず、Xが真実に反してYとの母子関係を否定するような事情ないし理由があると認めることはできない。そこで、これら事実と、Yは、Xとの母子関係の存否を科学的に調査するためのDNA鑑定が施行されることを拒否していることを考慮すると、XとYとの間には母子関係はないものと認められる」とする。差戻審は、実母が実子との親子関係を切断するために実親子関係不存在確認請求を提起することなどあり得ない、とする経験則と、YがDNA鑑定を拒否している事実<sup>12</sup>から、母子関係の存在を否定する。

そうして、Yによる実親子関係不存在確認請求の権利濫用の主張について、差戻審は、上記事実に加えて、Yが結婚に伴い家業のそば屋の一部である支店の営業を譲り受けて独立したこと、長男Bは、昭和54年6月26日、

その長女F、二女G、三女Hの3人を代諾して、Xと養子縁組をしたこと、Xは平成6年5月20日、Yを相手方として東京家庭裁判所に実親子関係不存在を求める調停を申し立てたが、同年10月14日、取り下げたこと、Xは第一審において、Yに対して、Xを被相続人とする遺留分の生前放棄許可審判を受ければ、本件訴えを取り下げる旨の提案をしたこと、XとBは、本件訴訟が上告審に継続中の平成17年11月16日に、東京家庭裁判所にYを被告としてAとYの間の実親子関係不存在確認を求める訴訟（別件訴訟）を提起したこと、を認定した。以上の事実関係から、差戻審は、「YとXとの間には、Yが幼少の頃から長期間にわたり実親子と同様の生活実体があったものと認められ、Y、X及びBは、昭和52年にAの死亡に伴う遺産分割協議をし、同遺産分割協議において、XもBも、YをAの相続人として扱い、Yが当時のほぼ法定相続分に当たる遺産を相続することに合意し、昭和53年にYは家業の一部を譲り受けており、Xは、平成6年5月20日前件調停を申し立てるまでの約51年間にわたり、Yが実子であることを否定したことはなく、YもXを実母と信じていたのであり、そして、Yは、亡Aの遺産の3分の1前後を相続したことから、その財産を所有していると推認されることからすると、YとXとの親子関係が存在しないことを判決で確定するとY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と認められる」（判断要素①、②）とする。このことから差戻審は、「本件戸籍記載についてYに何らの帰責事由がないのに対し、Xは、少なくともこれを容認していたといえることができるから、その後極めて長期間が経過した後になって戸籍の記載が真実と異なる旨の主張をすることは、当事者間の公平に著しく反する行為といえることができる」とした。また原審における証拠を子細に検討して、「本件訴訟を提起したころ、YとXの関係は、XがYから虐

待されたり、侮辱されたことはなく、Yは、Xを訪れることがないなどの、いわば消極的な態度を取っている状態であり、このような状態に至ったことについて、主にYに責むべき原因があるとはいえない。したがって、…長年Yと実親子と同じ生活実態を営んできたXが、Yに対し、親子関係の不存在の確認という重大な本件訴訟を提起することを首肯させるような合理的理由・動機あるいは必要性があったとはいえない。そうすると、…本件訴訟及び別件訴訟は、Bが自己の側にX夫妻の相続財産を独占しようとする経済的利益の獲得を目的として、Bの主導の下に提起されたものと推認することができる」(判断要素④)として、「本件において、XとYとの実親子関係の不存在を確定することは、著しく不当な結果をもたらすといえるから、本件請求は権利の濫用に当たる」と判示した。差戻審は、Xの実親子関係不存在確認請求に、合理的な動機や目的は存在せず、当該請求が、もっぱら長男BによるX夫妻の遺産独占を目的に行われたものであるとして、Xの実親子関係不存在確認請求が権利濫用に当たると判断した。

本判決・東京ケースは、広島ケースと同様、第一審、控訴審では、従来の判例に従って、実親子関係不存在確認請求の権利濫用が否定されたが、最高裁、差戻審では、従来の判例法理の考え方を認めつつも、実親子関係不存在確認請求が権利濫用に当たると認めて、子(藁の上からの養子)を保護した。

### (3) 平成18年7月7日両判決の概観

両判決ともに、親子関係不存在確認訴訟(人事訴訟法2条二号)は、対世的効力をもつ判決で身分関係を画一的に確定して、これによって実親子関係を公証する戸籍の記載の正確性を確保するものであり、戸籍の記載が真実の親子関係<sup>13</sup>と異なる場合には、本訴えを提起できるのが原則であることを確認する<sup>14</sup>。

この点、従来の判例と異なるところはない。したがって、子(藁の上からの養子)について実親子関係の存否が争われて、判決で実親子関係の不存在が確定されると、戸籍の記載が訂正されることになる。しかしながら、虚偽の出生届を出された子(藁の上からの養子)が、戸籍上の親と長期間にわたって実親子同様の生活を継続してきた場合に、実親子関係が存在しないことが対世的に確定されると、子(藁の上からの養子)およびその家族に、経済的・精神的・社会的・法的にも甚大な不利益が及ぶ。それまで形成されてきた社会秩序が一瞬で消滅することになる。場合によっては、真実の親が分からないこともあり、自己のアイデンティティの喪失に至ることもある。このような不条理かつ不合理な事態を前にして、子(藁の上からの養子)の身分や利益を保護するために、実親子関係の不存在確認を請求することが権利濫用に当たる場合があることが示された。広島ケースでは、戸籍上の親以外の第三者からの不存在確認請求<sup>15</sup>が、東京ケースでは、戸籍上の親からの不存在確認請求<sup>16</sup>が権利濫用に当たると判示された。両判決によれば、権利濫用の判断要素として、①実親子同様の生活実体のあった期間の長さ、②実親子関係の不存在が確定された場合に、子(藁の上からの養子)およびその関係者の受ける精神的苦痛、経済的不利益、③改めて養子縁組を結んで嫡出子としての身分を取得する可能性、④実親子関係不存在確認請求するに至った経緯、その動機、目的、⑤実親子関係の不存在が確定されなかった場合に、請求者以外に不利益を受ける関係者の有無、の5つの要素が示された(東京ケースは、母親からの請求なので、判断要素③が除かれた)。こららの諸般の事情を総合的に考慮した結果、「実親子関係の不存在を確定することが著しく不相当な結果をもたらすものといえる」ときに、親子関係不存在確認請求が権利濫用とされるのである。

両判旨ともに、親子関係不存在確認請求の権利濫用による遮断後、その真実でない親子関係がどのように扱われるかについては判示していない。真実の親子関係がないことが判決で確定されても、親子関係不存在確認請求の遮断の結果、真実でない親子関係が法律上の親子関係として存続することになる。戸籍の記載も、真実でない親子関係がそのまま記載されたままになる。

### 3. 平成18年7月7日最高裁判決の検討—権利濫用の判断要素の検討

平成18年の両判決は、親子関係不存在確認請求が権利濫用<sup>17</sup>に当たるか否かの判断要素を示している。それぞれの判断要素を検討する。

まず、①実親子同様の生活実体の期間の長さが挙げられる<sup>18</sup>。広島ケースでは、父Aと33年間、母Bと55年間、東京ケースでは、約51年間の実親子同様の生活実体が継続された。判旨では、「長期間にわたり実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」とされる。この「長期間」が、どの程度の期間なのか問題となる。両判決からすると、短くても広島ケースの33年間だから、最高裁は、数十年の期間を想定しているのではないかと考えられる。もっとも、判旨によれば、最終的には、諸般の事情を考慮して、権利濫用に当たるか否かの判断を下すことになるので、期間が長ければ権利濫用を認められやすい、短ければ認めにくいと図式的に定まるものでもなく、期間の長さも含めて総合的な判断が下されるのだろう。これに対して、両判決ほどの長期間は必要ではなく、もっと短い期間でも権利濫用を認めるべきだ、とする学説もあるが<sup>19</sup>、当該学説と判例の立場では、よってたつ考え方が異なるように感じている。これについては、後述する(332・333頁)。いずれにせよ、

どの程度の期間が基準となるのかは、判決の積み重ねを待つほかないだろう。

また、実親子同様の生活実体が、どのような生活実体を指すのか分からない、という指摘もある<sup>20</sup>。広島ケースでは、実親子としての養育、すなわち、高校、大学と教育を受けさせ、婚姻後も同居を続けた。戸籍上の親から、実子であることの否定もなされなかった。東京ケースでも、実親子として養育され、高校卒業後から婚姻するまで、家業のそば屋を手伝った。親子関係不存在確認の調停が申し立てられるまでは、実子であることが否定されることはなかった。確かに、実子同様の生活実体といっても多様だろうが、社会通念上、実子同様の養育を行う、ということで、常識的に考えれば問題ないと思われる。

従来、判例は、戸籍上の親と子(藁の上からの養子)の間に、長期間にわたって実親子同様の生活関係が継続されてきたとしても、その事実によって、当事者間に養親子関係や実親子関係が生ずることも、親子関係不存在確認請求を権利濫用として却けることも、頑なに拒否してきた(戸籍の訂正を命じてきた)<sup>21</sup>。しかし、両判決は、親子関係不存在確認請求が権利濫用に当たる可能性があることを認めることで、実親子として長期間、継続されてきた子(藁の上からの養子)の生活実体を保護した。真実でない親子関係が法律上の親子関係として存在しうることを、消極的・結果的に承認した、ということもできる<sup>22</sup>。

続いて、②実親子関係の不存在が確定することで、子(藁の上からの養子)およびその関係者の受ける精神的苦痛・経済的不利益が挙げられる。この点についても、従来の判例は、戸籍上の親と子(藁の上からの養子)との間に、既に親子としての生活関係が確立し、それが社会的に承認されている場合に、実親子関係が存在しないことが判決で確定されて、子(藁の上からの養子)がどんなに苛酷な状況におかれることになっても、真実の親子関

係および戸籍の正確性・真実性を重視して、実親子関係の不存在を確定すべきだという立場を採っていた<sup>23</sup>。従来判例は、子（藁の上からの養子）の不利益を認めながらも、血縁関係を重視して、実親子同様の生活実体の継続という事実、そこから生じる子の経済的利益や精神的愛着を一刀両断に切り捨てていた。両判決が、最高裁として初めて、子（藁の上からの養子）の事情や利益を具体的に考慮に入れて、子を保護した。親子関係の真実主義と、子（藁の上からの養子）の具体的利益を比較考量して、子（藁の上からの養子）を保護すべき場合があることを最高裁が認めたことの意義は大きい。

子（藁の上からの養子）の精神的苦痛とは、親子関係が切断されることによる精神的ダメージである。たとえ子（藁の上からの養子）が、既に実親子関係にないことを知っていたとしても、それが判決で確定されて、戸籍から抹消されることは、子が成人していきがいが、耐え難いダメージである。長期間経過後であれば、真実の親が死亡したり、見つからない可能性もあり、自己のアイデンティティが揺るがされることになる。このダメージは、子（藁の上からの養子）自身だけではなく、子に家族がいれば、その家族にも影響が及んでいく。経済的不利益とは、親子関係が切断されることで嫡出子としての身分を失うことによる法的利益、すなわち、相続権・遺留分権の喪失である。遺産がそもそもないかもしれないし、相続を承認するか拒絶するかは相続人の自由だが、法上当然に取得することになる相続権・遺留分権を失うことは、子（藁の上からの養子）の期待を裏切り、既に相続、そして遺産分割がなされていた場合には、分割のやり直しをしなければならず、子（藁の上からの養子）にとっては、経済的な影響が大きい。長期間の経過後の親子関係不存在確認請求は、相続財産をめぐって提起されることが多いという事実から考えても、子（藁の

上からの養子）の経済的利益を勘案することは重要である。そして、この判断要素－特に、子（藁の上からの養子）の経済的不利益－から、判断要素③が、検討材料として出てくることになる<sup>24</sup>。

広島ケースは、戸籍上の親以外の第三者（姉）からの親子関係不存在の確認請求なので、③子（藁の上からの養子）が、改めて養子縁組の届出をすることで嫡出子としての身分を取得する可能性の有無が、権利濫用の判断要素として挙げられた（もっとも広島ケースでは、戸籍上の両親ともに死亡しているため、養子縁組の可能性はない）。親子関係が切断されたとしても、子（藁の上からの養子）が改めて戸籍上の親と養子縁組を結ぶことができれば、子は嫡出子の身分を取得して、従前の身分を回復できる可能性があるからである<sup>25</sup>。判断要素②を受けて、子（藁の上からの養子）の利益の回復可能性を考えての判断要素であると考えられる<sup>26</sup>。改めて養子縁組を結ぶ可能性があれば（戸籍上の親が一方でも存命であれば）、親子関係不存在確認請求の権利濫用を否定する（実親子関係を切断する）方向に傾くのか、広島ケースのように養子縁組を結ぶ可能性がなければ、権利濫用を容認する方向に傾くのかについても分からないが、その他の判断要素と総合的に判断されるのだろう<sup>27</sup>。もっとも、養子縁組の可能性があるので親子関係を切断したとしても、改めて養子縁組が行われるかどうかは分からない（養子縁組を強制できない）から、養子縁組の可能性で、子の利益が絶対的に保護されるというわけでもない<sup>28</sup>。

また、判断要素③は、虚偽の嫡出子出生届を養子縁組届に転換することはできない、虚偽の嫡出子出生届によって嫡出親子関係の創設を認めない、法律上の親子関係は血縁上の親子関係である、という裁判所の態度を断固として表明したものと捉えることもできる。

なお、東京ケースは、戸籍上の親からの親

子関係不存在確認請求であるため、養子縁組の可能性はそもそも存在しない。

つづいて、④親子関係不存在確認請求がなされるに至った経緯、その動機、目的、それぞれの合理性の検討が要求される。判例は、原則、血縁上の親子関係が法律上の親子関係であるとする。藁の上からの養子の場合、それが無いのだから、親子関係不存在確認請求は、そもそも正当な権利の行使である。これが、従来の判例の立場であった。しかし、両判決によって、親子関係不存在確認の請求者が、戸籍上の親と子（藁の上からの養子）の間に実親子関係がないことを知りながら、多くは相続問題を契機に、突如、親子関係不存在確認請求を提起したり、または、感情的な対立を理由に、もしくは相続財産の独占を目的として、子（藁の上からの養子）を害しよう、相続から排除しようとして提訴するなど、請求の経緯、その動機、目的に合理性がない場合に、その正当な権利行使の妥当性がチェックされるようになった。広島ケースでは、X（長姉）は、C（次姉）の死亡の発見が遅れたこと、Cの法要の参列者をY（藁の上からの養子）が勝手に決めたことなどから、XとY間に感情的な対立が生じ、それを理由に実親子関係を否定するに至ったことが認められ、その動機に合理性はない、と認定された。さらに、Xの親子関係不存在確認請求の動機には、A・B・Cの遺産の相続問題があったのではないかと疑われる。東京ケースでは、提訴に至る前に、X（戸籍上の母親）が2回、実親子関係不存在確認の調停を申し立てているが、最高裁は、その動機に合理的な理由は存在しない、と認定した。差戻審によれば、XとY（藁の上からの養子）の間に、家業（そば屋）の承継や、親子の交流について、感情的な対立があったことを認めているが、これらの事情が、提訴に至ることを首肯させるような合理的理由や動機であるとはいえない、とした。そして、それ以外の証拠から、

本件訴訟が、B（Xの実子・Yの戸籍上の兄）の主導のもと、Bが相続財産を独占しようとして提起されたものである、と推認された。親子関係不存在確認請求は、長期間にわたって実親子同様の生活実体を継続する中で形成されてきた子（藁の上からの養子）の経済的・精神的・社会的・法的利益を破壊することになる。確かに、正当な権利の行使ではあるが、それがもたらす効果は甚大である。権利行使の合理性・妥当性は、請求者側の事情だけではなく、子（藁の上からの養子）側の事情や利益（判断要素②）も総合的に考慮することで判断されることになる<sup>29</sup>。この点についても、従来の判例は、請求者側の諸事情や、子（藁の上からの養子）側の不利益を認めつつも、それを考慮せずに、親子関係不存在確認請求は正当な権利の行使であるとして、実親子関係を切断していた。最高裁が、実質面、特に財産法上の側面から、権利行使の妥当性・合理性を判断するようになったことの意義は大きいと考えられる。

最後に、⑤実親子関係の不存在が確定されないとした場合に、請求者以外に著しい不利益を受ける者の有無が判断要素として挙げられる。正当な権利主張をしたにもかかわらず、それが認められないことで、不利益を被る者がいないかである。不利益を被る者がいるのであれば、親子関係不存在確認請求の権利濫用が否定される方向に傾くのか、いないのであれば、親子関係不存在確認請求の権利濫用が容認される方向に傾くのかは分からないが、本判断要素についても、諸般の事情の一つとして考慮されることになる。「著しい不利益」とされることから、経済上の不利益が念頭に置かれているのだろう。もっとも、本判断要素は、広島ケース、東京ケースともに、判旨では検討されていないようである（東京ケースでは、請求者以外に、不利益を被る者B（Yの戸籍上の兄）が存在するが、この者が相続財産の独占を得るために訴えを主導した

と認定されているので、この者の不利益は考  
える必要がない<sup>30</sup>。

また、東京ケースについては、そもそも、  
虚偽の出生届を提出したかまたは容認した親  
が、届出から長期間経過後に、届出の無効を  
主張することは、当事者間の公平に反するこ  
とが指摘された（禁反言の原則・矛盾行為の  
禁止）<sup>31</sup>。従来判例は、親からの親子関係不  
存在確認請求が不当であることを認めながら  
も、真実の親子関係を確立すること、戸籍の  
記載の正確性・真実性を重視して、親からの  
親子関係不存在確認請求も容認される、とし  
ていた。本判決では、その不当性が、親子関  
係不存在確認請求の評価の俎上に挙げられた。  
もっとも、その不当性の指摘と権利濫用の判  
断要素との関係が、東京ケースの判旨からは、  
よく分からない（公平に反する（禁反言）の  
みで無効と認めても良いような気もする）。

両判決は、以上の判断要素を含めた諸般の  
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、親子関係不存在確認  
請求が権利の濫用に当たり許されない、とす  
る。権利濫用法理を用いることで、当事者の  
具体的な事情・利益に分け入って、きめ細か  
な利益衡量が可能となった。

もっとも、両判決の挙げる判断要素につい  
ては、経済的利益を重視しすぎである、とい  
う批判がある<sup>32</sup>。先述のように、最高裁は、  
法律上の親子関係は、血縁主義によるべきだ  
という立場を堅持している。実親子同然の関  
係が長期間、継続した結果、子（藁の上から  
の養子）をめぐっては、それに基づく社会秩  
序、すなわち、経済的・精神的・社会的・法  
的關係や利益が形成される。正当な権利行使  
といえども、それらの関係を断ち切ることは、  
子の利益に反し、合理性・妥当性がない。し  
たがって、そのような場合には、子を保護す  
るために、正当な権利の行使であっても、権  
利の行使を権利濫用として遮断する、とい

のが両判決の考え方である。両判決は、長期  
間の実親子同様の生活事実の継続、それに基  
づく親子としての社会的な承認を理由に、実  
親子関係の不存在を確定すること自体をダイ  
レクトに権利濫用として排斥するのではなく、  
親子関係を切断することで、子（藁の上から  
の養子）が長期間、積み重ねてきた諸利益、  
特に経済的利益が破壊され、子が苛酷な状況  
（寄る辺なき境遇）に追いやられることから、  
子（藁の上からの養子）を保護するために、  
親子関係不存在確認請求を権利濫用とするの  
である<sup>33</sup>。親子関係不存在確認請求を行使す  
ることで、真実の親子関係を確立する、戸籍  
の正確性・真実性を確保するという公益性と、  
長期間の実親子同然の生活実体の継続で子  
（藁の上からの養子）が積み上げ形成してき  
た諸利益との比較衡量で、権利濫用を評価す  
るという判断構造である以上、経済的事情が  
重視されるのも仕方がないと考えられる。従  
来判例は、真実の親子関係を回復する（血  
縁関係を重視する）ことに重きをおいた結果、  
法律関係の安定、特に、財産法上の法律関係  
の安定を失った<sup>34</sup>。つまり、子の財産法上の  
利益を犠牲にしてきたのである。両判決は、  
その揺り戻しであると考えられる。判断要素  
①実親子同様の生活事実の長期間の継続は、  
子（藁の上からの養子）の諸利益が積み重ね  
られていくための前提となっていると考える<sup>35</sup>。

#### 4. 平成18年7月7日最高裁判決の意 義と評価

両判決は学界に好意的に受け入れられた。  
両判決によって、従来、一刀両断に切り捨て  
られた子（藁の上からの養子）の身分や利益  
が保護されることになったからである。戸籍  
上の親からにせよ、それ以外の第三者からに  
せよ、提起された親子関係不存在確認請求が、  
子（藁の上からの養子）に対して著しく不当  
な結果をもたらす場合、権利濫用により封じ

られる可能性が認められた<sup>36</sup>。親子関係不存在確認請求が権利濫用で遮断される結果、虚偽の嫡出子出生届に基づく、真実でない親子関係が継続することになる。当該親子間に、積極的に、法律上の親子関係の成立が認められるのではなく、あくまで消極的・反射的・結果的に（裏側から）、法律上の親子関係が継続するのである<sup>37</sup>。その結果、戸籍は、真実の親子関係を記載しないまま存続し<sup>38</sup>、両判決のいう、戸籍の記載の正確性の要請の例外が生じる。真実の親子関係を記載すべき戸籍の正確性・真実性、その公証性が損なわれることになる<sup>39</sup>。とはいえ、子（藁の上からの養子）は、嫡出子としての身分、したがって相続権・遺留分権を確保する<sup>40</sup>。このような結果（事態）ををどう考えるか、である<sup>41</sup>。

水野は、両判決を「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民法の法理への自覚が浸透したことがあったもの」と評価する<sup>42</sup>。確かに、虚偽の嫡出子出生届に基づく、真実でない親子関係が、積極的に、法律上の親子関係として存続する、戸籍記載の真実でない親子関係が固定することになる（長期間にわたって実親子同然の生活実体を継続した子（藁の上からの養子）の身分や利益を保護するための第一歩は踏み出された）。しかし、両判決においても、裁判所の立場はあくまで、「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り、戸籍上の両親または両親以外の第三者が実親子関係の不存在の確認を求めている場合には、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」とときには、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、とするものである。これは、776条や777条などに表れた、戸籍の記載の正確性の要請の「例外」が認められたケースなのである<sup>43</sup>。裁判所は、従来通り、血縁

主義の立場を崩していない。

このことは、権利濫用の判断要素からも見て取ることができる。先述のように、権利濫用の判断要素のポイントは、子の身分の法的安定性にあるのではなく、経済的な利益にある。判断要素②では、子（藁の上からの養子）の経済的不利益が権利濫用の判断材料としてダイレクトに挙げられており、判断要素③の改めでの養子縁組の可能性が考慮されるのも、子が嫡出子としての身分を取得して、相続権を確保することに主眼がある。そもそも判断要素③自体が、裁判所が親子関係を考えるにあたって血縁重視の立場を取ることの表明である。また、判断要素④で、提訴者の提訴に至った経緯、その動機、目的を探ることは、親子関係不存在確認請求が相続争いの前提としてなされることが多いことから分かるように、親子関係不存在確認請求の背後にある、当事者間の財産的利益の争いを考慮することになる。また、⑤の請求者以外に著しい不利益を受ける利害関係者の存在如何も、権利濫用の判断要素が、経済的利益を判断材料としていることの証拠となる。そして、そもそも判断要素①の長期間にわたる実親子同様の生活実体の継続も、判旨で「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」ことや、実親子関係の不存在の確定により「関係者間に形成された社会秩序が一挙に破壊されることにもなりかねない」と示されていることから、長期間の生活実体で子（藁の上からの養子）に諸利益が積み重なっていくことの前提条件となっている。したがって、水野の言う「民法の法理への自覚の浸透」は、行き過ぎ・時期尚早のように思われる<sup>44</sup>。

実際、名古屋高判平成20年12月25日判時2042号16頁（親子関係不存在確認請求控訴事件）<sup>45</sup>では、平成18年の両判決で示された権利濫用の判断要素を用いて、親子関係不存在確認請求が権利濫用には当たらないと判示された（原判決取消）<sup>46,47</sup>。本件は、両親A夫婦の遺

産分割協議を契機に、実子X（弟）から、藁の上からの養子Y（姉）に対して、親子関係不存在の確認請求が行われた。平成18年判決・広島ケースと同じく、戸籍上の両親以外の第三者からの不存在確認請求のケースである。

判旨では、まず、戸籍上の親A夫婦とYとの間に生物学上の実親子関係がないことが確認されて、次いで、親子関係不存在確認請求が平成18年の両判決の判断要素に従って、権利濫用に当たるか否かが検討された。本件では、A夫婦とYは約50年間、実親子同様の生活実態を継続した（判断要素①）が、Yは中学生の頃に既に実子でないことを認識しており、親子関係が切断されても、その精神的打撃の程度は小さい、と認定された（判断要素②（精神的苦痛））。また、A夫婦はともに既に死亡していたことから、YがA夫婦と改めて養子縁組を結ぶことは不可能である（判断要素③）。したがって、親子関係が否定されると、Yは嫡出子としての身分を失うことになるが、Yは婚姻の際に、A夫婦から盛大な結婚式を催してもらい、事実上の財産分けを受けていた（判断要素②（経済的利益））。他方で、Xは大学進学を断念して、家業を継いで、家業を盛り立て、A家の財産形成に貢献した（判断要素④（請求までの経緯））<sup>48</sup>。そして、Xが親子関係不存在確認請求を提起した動機は、家業を廃するにあたって、その借金を返済するために、Aの遺産である宅地を売却して、借金返済に充てようとしたところ、Yが遺産分割に同意しなかったことにある（判断要素④（請求の動機））。したがって、Xが本件訴訟を提起した目的は、Yの相続権を否定することにあつた（判断要素④（請求の目的））。控訴審は、これらの事情を総合して、Yが現在、生活保護を受けていることを考慮したとしても、「YとA夫婦の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は認められない」として、親子関係不存在確認請求は権

利濫用に当たらない、と判示した。しかも、その理由付けとして、「Yが相続権を有しないことはA夫婦の子でない以上当然のことであ」と駄目をおした。

本判決は、約50年間、親子としての生活が継続されたケースだったが、実親子関係が否定される子Y（藁の上からの養子）の経済的利益・不利益、精神的苦痛や、Xの請求の経緯、その動機、目的などの諸事情が具体的に考慮されて、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。約50年間の実親子同様の生活実体の継続、既に両親ともに死亡しており、Y（藁の上からの養子）が養子縁組を結ぶ可能性はなかったことから、平成18年判決・広島ケースのように、権利濫用が認められても良かったケースであるとも考えられる。しかし、XとY双方の事情、特に双方の経済的利益・不利益が比較衡量されて判断が下されており、子の身分の安定という視点（身分的側面）から、親子関係不存在確認請求の権利濫用如何が判断されたのではない。この点で、権利濫用法理による子（藁の上からの養子）の保護の限界事例であると評価されている<sup>49</sup>。

判決の当否はさておき<sup>50</sup>、本判決の判断構造も、虚偽の嫡出子出生届により、戸籍の記載が正確でない場合には、戸籍の記載の正確性・真実性を確保するために、親子関係不存在確認請求が提起され、戸籍の記載が真実に正されるのが原則なのである。控訴審は、法律上の親子関係は、血縁上の親子関係によるのが原則であるという立場を崩してはいない。親子関係不存在確認請求が真実の血縁関係に合致する場合、その請求は外形的に正当な権利の行使なのである。しかし、「その背景となっている具体的な状況と〔親子関係切断の〕実際の結果とに照らすと、これを権利の行使として認めることが社会通念上不当であると判断されるような場合には、例外的に、この身分関係の存否確認請求は、権利の濫用とし



て許されない」(波線は筆者)とされる。羽生は、本判決が、「例外的に」身分関係存否確認訴訟が権利濫用として許されない、としたことで、本判決を、平成18年の両判決が確認した「従来の判例・学説の流れに逆行して、権利濫用法理の適用に制限をかけたもの」と評価した<sup>51</sup>。しかし、先に述べたように、両判決においても、法律上の親子関係は、あくまで血縁上の親子関係であり(したがって、戸籍には、真実の血縁上の親子関係が記載されなければならない)、真実でない親子関係が法律上の親子関係とされる(戸籍に記載されているのが、真実でない親子関係であって、真実の血縁上の血縁関係を記載していない)のは、例外であって、つまり、戸籍の記載の正確性・真実性を確保するための親子関係不存在確認請求が権利濫用で遮断されるのも(そうして、真実でない親子関係が、消極的に、法律上の親子関係となり、戸籍に記載されたままになるのも)、例外である、とされる。羽生の言うように、裁判所の立場が後ろ向きになったとは評価できない。そもそも裁判所は、法律上の親子関係と血縁上の真実の親子関係が違う、ということに自覚的ではなく、裁判所の血縁主義の立場は堅持されている。

最判平成9年3月11日家月49巻10号55頁(親子関係不存在確認請求事件)<sup>52</sup>も、平成18年判決・広島ケースと同じく、戸籍上の両親以外の第三者(養子)が親子関係不存在確認請求を提起したケースである(棄却)。A夫婦の養子Xと、戸籍上の兄Y1(藁の上からの養子)との間で、父Aの死亡をきっかけに、家業の経営権をめぐる争いが生じ、遺産分割協議も進展しなかったため、Xが、Y1と母Y2を相手どって、Y1と亡父A、母Y2との間に実親子関係のないことを確認するために訴訟が提起された。

判決では、まず、従来の判例に従って、虚偽の嫡出子出生届を養子縁組届に転換するこ

とが、養子縁組の届出主義を理由に認められなかった。次いで、Xの親子関係不存在確認請求が権利濫用に当たる、というYらの上告理由に対して、親子関係不存在確認訴訟が戸籍の記載の正確性を確保する機能をもつものであり、「本件訴訟でA夫婦とY1との間に親子関係が存在しないことを確認する旨の判決が確定した後、あらためてYらの間で養子縁組の届出をすることにより嫡出母子関係を創設するなどの方策を講ずることも可能であることに鑑みれば、…本件事実関係の下においては…、A夫婦とY1との間に長年にわたって実親子と同様の生活の実体があり、当事者がその共同生活の解消を望んでいなかったことや、Xが、A夫婦とY1との間の親子関係の不存在を熟知しておりながら、Aの死亡前にはその確認を求める訴訟を提起しなかったことなどを考慮しても、Xの本訴請求が権利の濫用に当たり許されないものということとはできない」として、Y1と母Y2との間で改めて養子縁組を結んで、Y1の身分(嫡出子)を回復する手段が残されていることから、最高裁は、Xの訴えが権利濫用にあたるとするYらの主張を却けた。本判決には、可部裁判官の補足意見が付けられている。平成18年の両判決の判断枠組みと位置づけを理解するにあたっては、この補足意見が大切である。すなわち、「身分関係の存否をめぐる訴訟において、しばしばその提訴が権利濫用に当たるとして争われ、しかも多くの場合にこれが排斥を免れないものとされるのは、一面において…、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、幼児本人の与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し、他面、右の既成事実を重視するあまり権利濫用の主張をたやすく是認すれば、血縁関係の正確な表示を所期すべき戸籍-身分法の

基本原則に背馳する結果となるからにはほかならない。本件のような虚偽の出生届出により外見上存在する実親子関係の不存在確認請求において、その提訴自体を権利濫用として抗争することが許されないとする理由が、右に述べた後者の要請に出るものであるとすれば、右の親子関係の不存在を原因とする相続財産をめぐる訴訟においてまで、この理が同じく妥当するものと解すべきいわれはなく、かかる財産上の争訟にあっては、むしろ前者の法感情を直視した上、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を根拠として、親子関係不存在の主張を権利濫用として排斥することを妨げる理由は存しない」として、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、実親子同様と容認された生活実体の継続、そして、それを覆すことの不条理さかつ不合理さを根拠に、その訴えが権利濫用として斥けられる場合があることを認めた。もっとも、本件においては、「幸いにもY1の戸籍上の母であるY2が健在である。したがって、本判決の言渡しによりY1との間の親子関係の不存在確認が確定すれば、Y1は、亡Aの遺産につき大きな相続分を有するY2との間に、養子縁組を結ぶことができる。このことが本件紛争の解決に当たって、A夫婦とY1との間に長年にわたって形成された社会生活上の既成事実がXの提訴による親子関係の不存在確認により一挙に崩壊せしめられるという不合理な結果を減殺する上で、大きく資するところがある」から、本判決に問題はない、とする。そして、虚偽の嫡出子出生届を養子縁組届に転換することについて、判例がこれを採らないのは、「容易に克服し難い法理上の難点が存することによる」からであるが、「戸籍上の両親が死亡した後に親子関係不存在確認の判決が確定した場合は、戸籍上の父母と同居し、実子として養育され、社会的にその存在を肯定された“藁の上からの養子”

は、罪なくしてその身分を一挙に剥奪され、その相続分は零となる。かかる不合理が法の当然に予定するところであるとは到底考え難い〔上述、「無理からぬ法感情」〕。名は親子関係不存在確認の請求であっても、その実質は財産上の紛争にほかならないのが、この種〔の〕訴訟の大部分であるといえよう。かかる事案において、窮極的には<sup>53</sup>、親子関係不存在の確認請求自体が権利濫用として排斥される場合があり得るものといわなければならない」として、可部裁判官は、親子関係不存在確認請求が、窮極的には、権利濫用として排斥されることがあることを認めた<sup>54</sup>。

本判決も、従来の判例の採ってきた血縁主義の立場にたつものである。ただし、親子関係不存在確認請求が権利濫用である、という主張に対しては、本件では、当事者間で改めて養子縁組を結ぶことが可能で、子（藁の上からの養子）の法的身分の回復が可能であることを考えると、長年にわたる実親子同様の生活実体があり、当事者が共同生活の解消を望んでおらず、親子関係不存在確認請求に至った経緯を考慮しても、親子関係不存在確認請求が権利濫用に当たるといえることはできない、とする。つまり、反対に、改めて養子縁組を結ぶことが不可能なのであれば、親子関係不存在確認請求が権利濫用に当たる可能性もあるのである<sup>55</sup>。可部裁判官の補足意見によれば、この種の訴訟は、実質は相続財産をめぐる争いであることが多い。そのような場合に、社会的に親子として肯定されてきた子（藁の上からの養子）の親子関係を切断すると、子（藁の上からの養子）にとって不条理かつ非合理であるという法感情が存在する。したがって、「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を根拠にして、親子関係不存在の主張を権利濫用として排斥することを妨げる理由はない」として、親子関係不存在確認請求が権利濫用として排斥されることもあると認めた。

本判決の判旨と可部裁判官の補足意見に、平成18年の両判決の判断要素の萌芽を見取ることができる。判旨および補足意見の様ざまな箇所而言及される「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」は、判断要素①にあたり、「当事者がその共同生活の解消を望んでいなかったこと」、「戸籍上の両親が死亡した後に親子関係不存在確認の判決が確定した場合は、戸籍上の父母と同居し、実子として養育され、社会的にその存在を肯定された“藁の上からの養子”は、罪なくしてその身分を一挙に剥奪され、その相続分は零となる。かかる不合理」は、判断要素②、「あらためてYらの間で養子縁組の届出をすることにより嫡出母子関係を創設するなどの方策を講ずること」は、判断要素③、「A夫婦とY1との間の親子関係の不存在を熟知しておりながら、Aの死亡前にはその確認を求める訴訟を提起しなかったこと」、「名は親子関係不存在確認の請求であっても、その実質は財産上の紛争にほかならない」が判断要素④にあたる（判断要素⑤は挙げられていない）。本判決においても、親子関係不存在確認請求が権利濫用に当たるか否かは、主に子の経済的要素に重点をおいて判断されている。したがって、平成18年の両判決の判断枠組みは、平成9年最高裁判決の延長線上にあり、その枠組みを大きく出たものではない。

## 5. まとめ

平成18年7月7日に下された二つの最高裁判決を、客観的、内在的に検討してきた。両判決は、平成9年判決の判旨・補足意見で示された、親子関係不存在確認請求が権利濫用に当たると認められるための条件を整理し、そのための判断要素を定式化した。両判決は、整理した判断要素を事案に当てはめて、最高裁として初めて、親子関係不存在確認請求を権利濫用で遮断した。また、両判決が示した

判断要素は、子（藁の上からの養子）の身分の安定という観点から、親子関係の存否をダイレクトに評価するものではなく、長期間、実親子同様の生活実体が継続したことにより、子（藁の上からの養子）に積み重ねられ、形成された経済的・精神的・社会的・法的利益－特に子（藁の上からの養子）の財産的利益が重視される－を破壊することが正当か否かを評価する材料である。法律上の親子関係の成立に関しての裁判所の立場は、今なお血縁主義である。とはいえ、従来判例では認められてこなかった、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で遮断されたことの意味は大きい。実質的に、子（藁の上からの養子）の利益、特に、財産法上の地位の法的安定が図られ、結果的に、子（藁の上からの養子）の身分が保護されたからである。今後の展開を見ないと分からないが、裁判所のとる血縁主義の立場に小さいながらも風穴を空けたからである。

ところで、両判決の権利濫用の判断要素の一つである「実の親子と同様の生活実体のあった期間の長さ」に重きをおく見解がある<sup>56</sup>。本判決の当該判断要素は、長期間にわたる実親子同様の生活実体の継続という事実、ダイレクト・積極的に法律上の親子関係の成立を認めようとするものではない<sup>57</sup>。もちろん、「虚偽の届出により作成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。しかし、裁判所は、その効果をダイレクトに認めているわけではなく、子（藁の上からの養子）の利益、主に財産的利益の侵害を判断する権利濫用論の一要素として、それを、子の諸利益・財産形成の前提として扱っているものと思われる。この要素に重きをおく見解は、当該判断要素にフランス法の身分占有（*possession d'eta*）的な機能（法律上の親子関係の成立）を読み取ろうとする。し

かし、先に確認したように、本判決は、積極的に法律上の親子関係が成立することを認めるものではなく、親子関係不存在確認請求の権利行使を制限するものである。確かに、親子関係不存在確認請求の権利濫用による遮断の結果、血縁に基づかない・真実でない親子関係を、法律上の親子関係として、消極的に容認することになり、そこに身分占有類似の機能・効果を見て取ることができる。しかし、ここに身分占有の機能を読み込むことは行き過ぎと考える<sup>58</sup>。

両判決は事例判決と評価される<sup>59</sup>。しかし、最高裁が初めて、親子関係不存在確認請求を権利濫用に当たると認めたことの意義は大きい。したがって、両判決で示された親子関係不存在確認請求の権利濫用法理が、どの程度の射程を持つかも論じておかなければならない。平成18年判決・広島ケースの判旨では、「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」とされる。つまり、両判決は、戸籍に記載されている表見的親子関係と真実の親子関係とが異なるケースを対象としている。このような事態は、虚偽認知または錯誤認知のケース、嫡出推定の及ばない子のケースでも生じうる<sup>60</sup>。それぞれのケースの特性を勘案しなければならないが、これらのケースについても、その適用可能性を検討していく必要がある<sup>61</sup>。裁判例・判例の蓄積が待たれるところである。また、産院における子の取り違えケースでも、平成18年の両判決の権利濫用法理が適用されることが、下級審（東京高判平成22年9月6日判時2095号49頁：親子関係不存在確認等請求控訴事件・取消，自判）により示されている<sup>62</sup>。

平成18年の両判決が示した権利濫用法理は、法的に不安定である、という指摘がある。一

般条項を用いた解決である以上、仕方がないだろう。実際、先に見たように、平成20年名古屋高裁判決では、平成18年判決・広島ケースと事実関係がほぼ同じであるにもかかわらず、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。したがって、両判決の示した権利濫用法理は、藁の上からの養子の保護にとっては、急場しのぎの弥縫策にしかすぎない（子の身分は、以前として、不安定である）<sup>63</sup>。生殖補助医療技術の発展、特別養子制度の使い勝手の悪さや<sup>64</sup>、社会の家族観・親子観の多様化などからも、この種の問題は、虚偽の嫡出子出生届を防止するために出生届に出生証明書の添付が義務づけられたとしても、消滅することはないと思われる<sup>65,66</sup>。個別の事案によって、子の保護が変わるのでは、法的安定性が損なわれる。では、どうしたら良いか。多くの学者が言うように、立法によって親子関係不存在確認請求の提訴権者、提訴期間を制限する<sup>67</sup>か、あるいは訴えの利益を否定すること<sup>68</sup>が必要だろう。しかし、これでも、抜本的な解決には至らないと考える。依然として、真実でない血縁のない親子関係が、法律上の親子関係として存続する（例外的ケースとして存続する）、という状態は残るからである。家族・親子をめぐる様々な問題を見るに、我われは、これまでの家族の歴史を踏まえ、現実と照らし合わせながら、法律上の親子関係とは何なのかを考え、そして、今後の親子・家族のあり方を、法律上、どのように構成・構築していくかを考えていかなければならない<sup>69,70</sup>。

(丁)

- <sup>1</sup> 金子宏・新堂幸司・平井宜雄編著「法律学小辞典 [第4版補訂版]」(2008年) 1284頁。
- <sup>2</sup> 判例の推移については、中川善之助・山島正男編「新版 注釈民法(24)」(1994年) 269頁以下〔山島〕；大坂賢志「親子関係不存在確認請求と権利濫用法理－『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－(1)」早稲田大学大学院 法研論集131号(2009年) 28頁以下；中川高男「判批」民商136巻2号260頁以下；本山敦「虚偽の届出と無効な身分行為の転換」法教382号27頁以下を参照。
- <sup>3</sup> 学説の展開については、さしあたり、大坂「親子関係不存在確認請求と権利濫用法理－『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－(2・完)」早稲田大学大学院 法研論集132号(2009年) 46頁以下を参照。
- <sup>4</sup> 下級審においては、藁の上からの養子を保護した判決が散見される。たとえば、東京高判昭和43年2月27日民集28巻10号2114頁(相続回復請求控訴事件：養子縁組届への転換を認めた)や、京都地判昭和54年10月30日家月32巻4号67頁(親子関係不存在確認請求事件：親子関係不存在確認請求の権利濫用を認めた)などである。
- <sup>5</sup> 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「判解」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；鈴木伸智「判批」愛知学院大学 法学研究49巻4号(2008年) 129頁；中川淳「判批」戸時617号68頁；中川高男「判批」民商136巻2号253頁；西希代子「判批」判例セレクト2006(法教318号別冊付録) 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；羽生香織「判例プラクティスⅢ」(2010年) 48頁；水野紀子「判批」ジュリ1332号87頁；同「判批」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8頁；若林昌子「判批」別冊判タ22号50頁。
- <sup>6</sup> 控訴審でのXの主張によれば、Xは亡F夫婦の子として、男女の双子で出生した。当時の風潮として、男女の双子は、畜生腹として忌み嫌われていたので、この事実を隠すために、亡F夫婦から懇請されて、亡A夫婦の実子として虚偽の届出がなされた。
- <sup>7</sup> 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・速報判例解説 vol.1・123頁；澤田省三「判批」戸時812号32頁；鈴木・法学研究49巻4号129頁；中川淳・戸時617号68頁；中川高男・民商136巻2号253頁；村重・戸時609号61頁。
- <sup>8</sup> Yを貰い受けた事情については、差戻審を参照。ただし、虚偽届出がなされた理由は、差戻審の判旨からも分からない。
- <sup>9</sup> 差戻審によれば、取下げの理由は、当時、精度の高いDNA鑑定が一般化していなかったもので、実親子関係の不存在を立証することが極めて困難であると判断したので、やむなく取り下げた、とされる。
- <sup>10</sup> 差戻審では、Dとされる。以下、同じ。
- <sup>11</sup> 差戻審では、Cとされる。以下、同じ。
- <sup>12</sup> DNA鑑定の拒否という事実から、親子関係の不存在を推認することには、問題を感じる。
- <sup>13</sup> 真実の親子関係とは、血縁上の真実を志向する立場である。真実主義とも呼ばれる(本稿では、血縁主義とも呼んでいる)。真実主義の問題点については、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) 1013頁以下を参照。本稿では、血縁によるつながりという意味で用いている。
- <sup>14</sup> 水野は、両判決のこの論旨に対して、鋭い批判を展開している。すなわち、水野・リマークス36号77頁によれば、「法律上の親子関係は、血縁上の親子関係を基礎にはするが、子に法律上の親を与える要請や子のアイデンティティ・身分の保障などを考慮して定められる。すなわち法的親子関係は、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。生物学的事実はこの制度に組み込まれてはいるが、制度に代替するものではない」。したがって、水野・ジュリ1332号88頁によれば、「法律上の親子関係は、血縁上の親子関係と事実上はほとんど重なるが、完全に一致するものではない」。しかし、「親子関係存否確認訴訟は、戸籍の記載が血縁上の親子関係と異なるだけで親子関係を否定できるという発想」で運用されている。「民法を原則とするのであれば、親子関係存否確認訴訟を民法の構造に投影して理解し規律すべきところ、本判決の文言にも見られるように、民法とこの訴訟の矛盾に関する緊張感を余りもたない」。そうして、「解釈によって親子関係存否確認訴訟の領域

を大胆に認めることによって、判例法は、法律上の親子関係を血縁上の親子関係に合わせるように、民法を空洞化させて親子法の内容を改変してきた」とされる。

- <sup>15</sup> 最判昭和25年12月28日民集4巻13号701頁など。
- <sup>16</sup> 最判昭和56年6月16日民集35巻4号791頁など。
- <sup>17</sup> 権利濫用禁止法理については、谷口知平・石田喜久夫編「新版 注釈民法（1）〔改訂版〕」（2002年）148頁以下〔安永正昭〕を参照。親子関係不存在確認請求と権利濫用については、204頁以下。
- <sup>18</sup> 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『『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法理』（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）248・249頁を参照。
- <sup>19</sup> 水野・ジュリ1332号88頁；同・リマークス36号75頁；羽生「実親子関係確定における真実主義の限界」1070・1071頁などを参照。短期間でも権利濫用を認めるべきである、という見解は、虚偽の嫡出子出生届を出された子（藁の上からの養子）が未成年者であった場合の方が、事態が深刻になるから、とする（たとえば、大坂「親子関係不存在確認請求と権利濫用法理（2・完）」65頁以下）。しかし、この場合、真実の親が明らかになる可能性も高いことから、実親子関係の不存在を認めた方が、子の利益に適う場合もあるだろう。判断の難しい問題である。
- <sup>20</sup> 鈴木・法学研究49巻4号147頁。
- <sup>21</sup> たとえば、最判昭和25年12月28日民集4巻13号701頁など。
- <sup>22</sup> このような結果から、「長期間の実親子同様の生活実体の継続」に、フランス法の身分占有的な機能を期待する学説が出てくる（本文332・333頁を参照）。
- <sup>23</sup> 最判平成9年3月11日家月49巻10号55頁（本文後述）が初めて、戸籍上の親と子（藁の上からの養子）の親子関係を解消しても、その後、養子縁組を行うことで、子（藁の上からの養子）の利益が保護される、として、子（藁の上からの養子）の利益について本格的な配慮を示した。
- <sup>24</sup> 子の精神的損害・経済的不利益は、虚偽の親子関係を存続させるという解決の仕方ではなく、戸籍上の親に対しての損害賠償請求で

解決すべきである、とする学説もある。松倉耕作「判批」判タ965号78頁；本山敦「判批」判タ1312号60頁を参照。

- <sup>25</sup> もっとも、改めての養子縁組は、子の精神的苦痛を和らげることにはならない。実親子関係の不存在が争われた時点で、それが認められようが、認められまいが、実親子関係がないことを既を知っていようがいまいが、子の精神的ダメージは大きい。
- <sup>26</sup> 改めての養子縁組の可能性を探らなくても、遺言で、または、事実上の養子に相続権を認めことで、子の保護を図れる、という学説もある（米倉明「特別養子制度の研究」（1998年）237頁以下）。この場合、親子関係を切断しても構わないことになる。
- <sup>27</sup> 名古屋高判平成20年12月25日判時2042号16頁（本文後述）では、平成18年判決・広島ケースと同様に、養子縁組の可能性がなかったが、親子関係不存在確認請求の権利濫用が否定された。
- <sup>28</sup> 阿部純一「判批」中央大学 法學新報117巻5・6号（2011年）227頁。「新版 注釈民法（1）」205頁〔安永〕は「解決として、割り切れない面が残る」とする。
- <sup>29</sup> 「新版 注釈民法（1）」149・150頁〔安永〕。ここでの権利濫用法理の機能は、権利行使の限界を画する機能を果たしているものと思われる（166・167頁）。
- <sup>30</sup> 両判決以降の判決でも、判断要素⑤は取りたてて検討されていないようである。
- <sup>31</sup> 中川淳・戸時617号72頁。
- <sup>32</sup> 梶村太市・徳田和幸編「家事事件手続法〔第2版〕」（2007年）340頁。
- <sup>33</sup> 松川正毅「判批」リマークス18号71頁によれば、親子関係は、「年月が経過して問題になればなるほど、親子関係の争いは相続絡みになる。…血縁を根拠にした相続争いが多く見えてくる…」とされる。
- <sup>34</sup> 山嶋正男「親子とは何か」法セミ328号125頁。
- <sup>35</sup> 拙稿「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－」北星学園大学 経済学部 北星論集52巻1号100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法理』248・249頁は、判断要素②～⑤は、判断要素①を補完する、という。『『藁の上からの養子』の場合、その多くが、時の経過と

- ともに関係性が希薄化しているとも評価することができる。そのような希薄な親子関係を法律上維持する必要性が、適用基準〔判断要素〕①のみでは認めがたいから」である、とされる。
- <sup>36</sup> 子(藁の上からの養子)自身による親子関係不存確認請求については、両判決からはどうなるか分からない。藁の上からの養子には、帰責性がないことから、親子関係の切断を認めるべきである、とする見解が多い(たとえば、中川高男・判評199号153頁)。もっとも、藁の上からの養子による親子関係不存確認請求についても、平成18年判決の権利濫用の判断要素によるスクリーニングを通すべきであるとする見解もある(西・別冊ジュリ193号53頁)。
- <sup>37</sup> 本山・金判1266号10・11頁によれば、本判決の既判力が問題となる。本山の整理によれば、同一原告が、経緯の変化や動機・目的の違いを理由に再度提訴することも考えられる。また、戸籍上の親が親子関係不存確認請求訴訟を提起し、請求が棄却された場合に、親の死亡後、戸籍上の兄弟姉妹が、藁の上からの養子に対して親子関係不存確認請求訴訟を提起できるかが問題となるとされる。門広・速報判例解説 vol.1・125・126頁；二宮・判タ1241号47頁も参照。
- <sup>38</sup> 権利濫用法理による親子関係不存確認請求の遮断のこの結果を、戸籍の公証性を損なうものとして、否定的に評価する学者は、虚偽の嫡出子出生届を養子縁組届に転換する転換理論を支持する。たとえば、國府剛「虚偽の嫡出子出生届と養子縁組の効力」別冊判タ8号266頁；鈴木・法学研究49巻4号145頁以下；本山・金判1266号10頁；門広・速報判例解説 vol.1・126頁を参照。中川・民商136巻2号276頁では、親子関係不存確認請求が権利濫用で否定されたあと、「当事者の請求やその必要性(近親婚禁止の要件の除去など)およびその可能性(訴えの利益など)がある場合」にかぎって、出生届の縁組届出への転換を認めるべきである、とする
- <sup>39</sup> 太田・曹時61巻5号1650・1651頁。
- <sup>40</sup> 権利濫用法理は、結果的に、フランス法の身分占有と同じ効果を持つことになる(本文332・333頁を参照)。
- <sup>41</sup> 小野幸二「判批」判評261号176頁；門広・速報判例解説 vol.1・123頁を参照。
- <sup>42</sup> 水野・ジュリ1332号88頁。羽生「親子関係不存確認請求と権利濫用法理」247・248頁、255頁「血縁主義の後退」；若林・別冊判タ22号51頁も参照。
- <sup>43</sup> 本山・金判1266号法10頁は、真実の血縁上の親子関係と法律上の親子関係のズレが生じることがある776条、777条などのケースと、藁の上からの養子のケースとを同視することはできない、とする。
- <sup>44</sup> もっとも、水野自身、平成18年両判決の論旨の混乱について了解済みである(リマークス36号77頁)。
- <sup>45</sup> 阿部「判批」法學新報117巻5・6号203頁；生駒俊英「判批」法時82巻3号118頁；澤田省三「判批」戸籍845号15頁；羽生「『藁の上からの養子』に対する親子関係不存確認請求と権利濫用法理」250頁以下；本山敦「判批」判タ1312号56頁；若林昌子「判批」別冊判タ29号150頁。
- <sup>46</sup> 原審(名古屋家判平成20年3月27日判時2042号19頁)は、控訴審と同じ事実認定から、虚偽の嫡出子出生届を養子縁組届に転換することを否定したが、親子関係不存確認請求の権利濫用については、平成18年の両判決の判断要素を検討して、Xの親子関係不存確認請求は、「一般社会通念上許容することのできない不当な結果をもたらすもの」として、権利濫用であり許されない、と判示した(棄却)。
- <sup>47</sup> 藁の上からの養子の親子関係存否が争われたケースとして、最判平成18年7月7日以降では、本判決以外に、最判平成20年3月18日集民227号571頁(親子関係不存確認請求事件)がある。大韓民国の国籍をもつ戸籍上の姉らが、弟(藁の上からの養子)に対して、親子関係不存確認請求の訴えを提起したケースである。本件では、平成18年両判決の判断要素が検討されて、実親子関係不存確認請求の権利濫用が容認された(棄却差戻し)。
- <sup>48</sup> これらの点について、生駒・法時82巻3号121頁は、本件は親子関係不存確認請求に関する事件であり、Yへの財産分けについては、特別受益、XのA家の財産形成への貢献は、寄与分として、相続法の範囲内で解決すべきである、として、経済的不利益に関する点を殊更強調する点に疑問を呈する。
- <sup>49</sup> 澤田・戸籍845号21頁；羽生「親子関係不存

- 確認請求と権利濫用法理」255頁。
- <sup>50</sup>ほとんどの評者が、本判決に反対の態度を示している。
- <sup>51</sup>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法理」250頁以下。生駒・法時80巻3号121頁も参照。
- <sup>52</sup>梶村太市「判批」判タ978号122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；同・判タ1100号108頁；村重慶一「判批」戸時487号52頁。
- <sup>53</sup>可部裁判官が、「窮極的には」という語で、何を意図しているのか、分からない。可部裁判官も、戸籍簿には真実の親子関係を記載すべきだ、真実（血縁上）の親子関係が法律上の親子関係である、という血縁主義の立場なのだが、子（藁の上からの養子）のおかれる状況が不条理窮まりない場合には、最後の手段として、親子関係不存在確認請求が権利濫用として排斥される、ということか。
- <sup>54</sup>可部裁判官の補足意見の解釈について、梶村・判タ978号123頁によれば、可部裁判官の補足意見を突き詰めていくと、「親子関係不存在確認請求の人事訴訟と、相続回復請求や遺留分減殺請求などの民事訴訟及び遺産分割審判などの相続財産訴訟における親子関係不存在の主張とに分け、権利濫用法理は前者では適用がないが、後者では適用があると解することも不可能ではない。この考え方に従えば、後者の相続財産訴訟では、前者の人事訴訟に基づく親子関係不存在の戸籍訂正があろうとなかろうと、独自の判断で権利濫用法理の適用の可否を判断できる」ことになる、とする。
- <sup>55</sup>この解釈については異論もある。松倉・判タ965号77頁を参照。
- <sup>56</sup>羽生「実親子関係確定における真実主義の限界」1067頁以下、特に1082頁以下；同「親子関係不存在確認請求と権利濫用法理」248・249頁、256・257頁；門広・速報判例解説 vol.1・126頁；若林・別冊判タ22号50頁。
- <sup>57</sup>羽生「実親子関係確定における真実主義の限界」1069頁も認めるように、大分地判平成9年11月12日判タ970号225頁（親子関係不存在確認請求事件）は、フランス法の身分占有に近い紛争解決であった、と評価できる。本判決では、血液型鑑定では父子関係が存在するとされ、DNA鑑定では父子関係が存在しない
- とされたが、親子としての生活実体という事実を重視して、戸籍上の父からの親子関係不存在確認請求を認めなかった（棄却）。もっとも、本事件は、控訴審・福岡高裁平成10年5月14日判タ977号228頁で破棄され、親子関係不存在確認請求が認められている。松倉耕作「判批」判タ979号40頁；松川・リマークス18号68頁を参照。
- <sup>58</sup>松川・リマークス18号71頁。
- <sup>59</sup>太田・曹時61巻5号1646頁。
- <sup>60</sup>生殖補助医療技術の進展により、この種のケースは、今後、増えることも予想される。
- <sup>61</sup>二宮・判タ1241号46・47頁を参照。今後の検討課題と考えている。
- <sup>62</sup>拙稿「産院における新生児の取り違え」89頁。
- <sup>63</sup>羽生「親子関係不存在確認請求と権利濫用法理」252頁。
- <sup>64</sup>阿部・法學新報117巻5・6号203頁。
- <sup>65</sup>熊本市「慈恵病院」には、「こうのとりのゆりかご」、いわゆる「赤ちゃんポスト」が設置されている。2011年度には、8人の新生児が預けられた。利用理由は、生活困窮、未婚、不倫、育児不安・負担感、親などの反対、世間体・戸籍であったという（2012年5月22日朝日新聞デジタル）。いかにこの種の事態に対応するための制度が整備されたところで、藁の上からの養子のような問題は、なくなることはないのではないかと。
- <sup>66</sup>医療技術の発展により、DNA鑑定を用いれば、100%に近い確率で、血縁上の親子関係が明らかになる。DNA鑑定の運用によっては、知られたくない・知らないでも良い、血縁上の事実・真実が明らかにされる。その運用如何では、現行の親子関係成立制度・枠組みの根幹を揺るがす可能性もある。血縁上の真実を重視する真実主義の危うさである。羽生「実親子関係確定における真実主義の限界」1014・1015頁、1082頁以下。
- <sup>67</sup>水野・リマークス36号78頁；大坂「親子関係不存在確認請求と権利濫用法理（2・完）」132号65頁注（76）、（77）；羽生「親子関係不存在確認請求と権利濫用法理」255・256頁。また、水野・ジュリ1332号88頁は、「子自身がその身分関係が覆されるのを望まない場合には、親子関係不存在確認請求は、積極的に権利濫用で封じられるべきであろう」とする。子自身が、親子関係不存在確認請求を提起した以



外は、すべて権利濫用で封じられることになる。

<sup>68</sup> 二宮・判タ1241号47・48頁。二宮は、ただし、子が父子関係を否定することに合意した場合に限って、父子関係を覆すことができるとする(48頁)。松川・リマークス18号71頁では、「もはや、権利ではなくなっていると考えれば、その濫用もあり得ない。そのような観点まで高めた保護が必要であろう」とする。

<sup>69</sup> 羽生「実親子関係確定における真実主義の限界」1082頁以下の言うように、法律上の親子関係の形成に、「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」基準を導入していくことが、子の身分の安定の実現に資することになるのかもしれない。羽生「親子関係不存在確認請求と権利濫用法理」256・257頁も参照。

<sup>70</sup> 逆説的ではあるが、「藁の上からの養子」という慣行が行われていたこと自体、我が国にも、フランス法の身分占有を認めるための素地が存在していた(あるいは、存在している)と考えられるのではないか。この慣行には、もちろん、弊害も多いが、家族関係の複雑さ・やるせなさを救う人々の知恵があったのかもしれない。