

DNA鑑定結果に基づく 親子関係不存在確認請求の許否[†]

永 下 泰 之

夫と民法772条により嫡出の推定を受ける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るなどの事情がある場合における親子関係不存在確認の訴えの許否

最高裁平成26年7月17日第一小法定判決(【旭川ケース】最高裁平成24年(受)1402号：親子関係不存在確認請求事件, 【大阪ケース】最高裁平成25年(受)233号：親子関係不存在確認請求事件, 裁時1608号1頁(【旭川ケース】), 同6頁(【大阪ケース】), 判時2235号14頁, 金判1453号14頁)

【事実の概要】

旭川ケース, 大阪ケースはいずれも, 婚姻中に妻が子を懐胎し出産したが, DNA検査の結果によれば夫と子との間に生物学上の父子関係が認められないなどの事実関係の下で, 子が夫に対して親子関係不存在確認の訴えを提起した事案である。各事件の事実関係の概要は, 次のとおりである。

【旭川ケース】

Y1(上告人)とA(被上告人X1の母親)は, 平成11年婚姻した。Aは, 平

[†] 本稿は, 平成26(2014)年9月16日に行われた「離婚と子どもに関する研究会」(札幌弁護士会)における筆者の報告に加筆・修正を加えたものである。また, 同研究会では, 本件【旭川ケース】の上告代理人である小林史人弁護士(しらかば法律事務所, 旭川弁護士会)も訴訟の経緯等につき報告された。本稿執筆に当たっては, 同報告から多大な示唆を受けたものである。記して, 感謝申し上げる。

成20年頃からBと交際を始め、性的関係を持つようになったが、Y₁との同居は継続していた。平成20年10月頃、Aは妊娠を疑い出し、平成21年5月、検査を受けたところXを妊娠していることが判明した。Aは、X₁がBの子であると思っていたことから、妊娠の事実をY₁に伝えなかった。Aは、同年▲月▲日に、Y₁に黙って病院へ行き、同月▲日にX₁を出産した。Y₁は、Aの居場所を探し、同月▲日に入院しているAを探し出した。そこでY₁はAから別の男性の子であることを知らされたが、Y₁は、同月▲日、X₁をY₁とAの子とする出生届を提出し、その後、X₁を自分の子として監護養育していた。Aは、同年▲月ころから離婚を求めようになり、平成22年▲月▲日、Y₁とAは、X₁の親権者をAと定めて協議離婚した。その後、AとX₁は、Bと共に生活している。

Aは、平成23年▲月頃、X₁の法定代理人として、Y₁に対して親子関係不存在確認の調停を申し立てたが、Y₁がDNA鑑定を拒み、同月▲日、調整は不成立に終わった。Aは、平成23年6月、Xの法定代理人として、X₁Y₁間の親子関係不存在確認の訴えを提起した。なお、X₁側で私的に行なったDNA検査の結果によれば、BがX₁の生物学上の父である確率は、99.999998%であるとされている。

第一審（旭川家裁平成23年12月12日）は、「X₁はY₁とAが婚姻中に懐胎した子であり、しかも、その当時Y₁とAは同居しており、夫婦としての^マ実体が失われていたという事情はうかがわれない」が、「AがX₁を懐胎した当時、Y₁とAとの間には妊娠に至るような性交渉がなく、X₁がY₁の子である可能性が低いこと、そのため、AはX₁がY₁の子でないと確信し、Y₁もX₁が自分の子であるか疑っていたこと、他方でAが交際していたBがX₁の父である可能性が極めて高いこと（Y₁は、上記鑑定について疑義がある旨主張しているが、同鑑定の信用性を否定するような事情はうかがわれない。）などに照らすと、X₁とY₁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。」「なお、嫡出推定制度は、家庭の平穏を維持し、子供の養育環境を安定させることを目的としてい

るものと解されるところ、本件においては、Y₁とAは既に離婚しており、現在、X₁、A及びBと一緒に生活しているものであるから、民法772条の嫡出推定を排除しても同制度の趣旨に反するとまではいえない」として、本件訴えを認容。Y₁が控訴。

原審（札幌高判平成24年3月29日）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。すなわち、民法が婚姻関係にある両親から生まれた子についてその親子関係を争うことについて厳格に制限しようとしたのは、家庭内の秘密や平穏を保護するとともに、平穏な家庭で養育を受け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と解されるから、このような趣旨が損なわれないような特段の事情が認められ、かつ、親子関係の不存在が客観的に明らかな事案においては、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限定する必要はないと考えるべきである。これを本件についてみると、……、DNA鑑定によりBがX₁の父親である確率が99.999998パーセントとの鑑定結果が得られており、Y₁とX₁との間の親子関係の不存在は、科学的証拠により客観的かつ明白に証明できており、また、X₁の母とY₁は既に離婚して別居しており、X₁は親権者である母の下で監護されているなどの事情が認められるのであるから、本件においては嫡出推定は排除されると解するのが相当であり、本件訴えは適法であるというべきである。」「また、Y₁は、DNA鑑定報告書の成立の真正、鑑定人の存在及び鑑定内容に疑義がある旨主張するが、……、DNA鑑定報告書が真正に成立したことは認められ、また、同報告書の内容に照らせば、鑑定人の不存在や鑑定内容の信用性について疑義が生ずるということはない」として、控訴棄却。Y₁が上告受理申立て。

【大阪ケース】

Y₂（上告人）とC（被上告人X₂の母親）は、平成16年▲月▲日、婚姻した。Y₂は、婚姻当時、単身赴任していたが、単身赴任中も甲の居住する自宅にお

おむね月に2, 3回帰宅していた。Y₂の単身赴任は、平成17年▲月から平成19年▲月までは解消されていたので、その頃はCと同居生活をしていたが、平成19年▲月から、Y₂は再び単身赴任生活に戻った。Cは、Y₂との離婚を考えるようになり、平成19年▲月頃、Dと知り合い、親密に交際するようになった。ただし、その頃も、Cは、Y₂とともに旅行に行くなどしていたところ、Y₂は、平成20年▲月▲日頃、Cから妊娠している旨の報告を受けた。Cは、平成21年▲月▲日、X₂を出産、Y₂も出産に立ち会った。Y₂は、X₂のために保育園の行事に参加するなどして、監護養育していた。Y₂は、平成23年▲月頃、CとDとの交際を知り、CがY₂に対し離婚を求めたところ、Y₂がこれに応じなかったため、同年▲月頃から、X₂を連れて自宅を出て別居し、同年▲月頃からX₂と共に、Dおよびその前妻の子2人と同居生活を送っている。X₂は、Dを「お父さん」と呼んでいる。

X₂は、平成23年▲月▲日、Y₂を相手方として、親子関係不存在確認の調停を申し立てたが、不調に終わった。そこで、平成23年12月21日、本件訴えを提起した。なお、X₂側で私的に行なったDNA検査の結果によれば、DがX₂の生物学上の父である確率は、99.99%であるとされている。

第一審（大阪家審平成24年4月10日）は、「本訴を却下し、その結果、X₂及びY₂に偽りの嫡出親子関係を強制する結果を裁判所が肯認することが、果たしてX₂及びY₂の利益に合致するかという点からして、疑問なしとしない。」「もっとも、生物学上の親子関係よりも長年に亘って形成されて社会的に認知された親子関係を尊重してこれを法的に追認する事例も、本件のようなケース以外にもあるといえ（略）、本件においても、……、遅くとも平成23年▲月ころまでは、X₂、Y₂及びCは、社会的にも情情的にも夫婦・親子としての生活を形成し、Y₂がXを既に3年近くに亘って嫡出子として愛情をもって養育してきた事実が容易に推認でき、このような社会的事実を不貞行為を行ったCとその相手であるDが、Y₂の関与する余地のないDNA鑑定の結果を突き付けて否定することが許されるかという問題も存し、権利濫用的要素も考慮に値する。」「しかしながら、既にX₂とY₂との間に生物学上の親子関係がないことは

X₂を巡る者の間の知るところであり、早晩X₂もこれを知るのは火を見るよりも明らかであるところ、X₂が知るに至った場合のその心身への悪影響は、このままY₂との間の嫡出親子関係を維持する方がこれを否定するよりも大であることは否定できない。また、実の子として変わらない愛情をもって父親としてのつとめを果たすと誓うY₂の心情を現時点で疑うことはしないけれども、既にY₂も、X₂が血を分けた子どもではなく、妻とその不貞行為の相手方の血を分けた子どもであるという事実を突き付けられているのであり、今後X₂が成長するに従って、おそらくCとDの外形上の特徴を徐々に顕してくるであろうX₂に対して、なお父として振る舞うことをY₂に強要するのは酷であり、また、X₂にとっても、Y₂に父として振る舞われることは酷といわざるを得ない。」「以上に認定・説示のところからすると、上記DNA鑑定の結果は究極の嫡出推定を覆す事実であり、このように嫡出推定が及ばないX₂については、なお、親子関係不存在確認の訴えを提起する利益があると解するのが相当である」として、請求認容。Y₂が控訴。

原審（大阪高判平成24年11月2日）は、「……X₂、D及びCの各DNAを被検対象とするDNA鑑定の結果、X₂とDとの間に生物学上の父子関係が認められる確率は99.99%であることが認められ、加えて、上記鑑定書自体の外形的証明力及びこれによって導かれる今日のDNA鑑定の信用力を併せ考慮すると、X₂がY₂の生物学上の子でないことは明白である。」「また、Y₂もX₂の生物学上の父親がDであること自体は積極的に争ってはいないことや、現在、X₂は、●市内のDの自宅においてCやDに育てられ、Dを『お父さん』と呼んで順調に成長しており、面談した特別代理人も、このような状況を確認していること（弁論の全趣旨）にも照らすと、X₂には民法772条の嫡出推定が及ばない特段の事情があるものと認められる。」「この点、Y₂は、嫡出否認制度が厳格な制限を設けていることは、血縁上の親子関係よりも法律上の親子関係及びその早期安定を法が優先している顕れであり、これが子の福祉に沿う所以であるから、子の福祉の観点からも本件で嫡出推定を排除する理由はないと主張する。」「しかし、嫡出否認制度が法律上の親子関係とその早期安定を一定限度保護してい

るとしても、そのことから直ちに上記保護の要請が血縁上の親子関係を確認する利益よりも常に優先するものとは考えがたいし、本件においては、……、X₂の福祉の観点からも、民法772条の嫡出推定を受けないものと解すべきものであるから、子の福祉の観点から、X₂に嫡出推定を及ぼすべき理由があるとは到底認められない。」「また、Y₂は、〈1〉本件訴えはX₂のためになされたものとはいえ、Cが法定代理権を濫用するものであること、〈2〉本件はCとDの不貞行為が原因で生じた紛争であり、X₂及びY₂には何らの落ち度もないこと、〈3〉仮に本件訴えの適法性が認められ、Y₂とX₂の親子関係が否定されれば、X₂は、不安定な養育環境に置かれるとともに、Y₂は、愛情をもって養育してきた我が子を失うという精神的苦痛を味わうことになるが、本件の原因を作ったCは望みどおりの結果を得ることになるなど、権利濫用の点からも、本件訴えは不適法であると主張する。」「しかし、本件訴えは、X₂の真実の親子関係を確認するためというX₂の利益のためになされたものであることは明らかであり、Cの欲望を実現するためのものであるとか、その法定代理権を濫用するものであるとは認められない。また、本件は、CとDとの不貞行為が原因で生じたこと、本件訴えが認容されることにより、Y₂に一定の心理的苦痛が生じることは否定できないが、X₂の真実の親子関係を確認するという目的の重要性及び公益性から見て、そのことから直ちに本件訴えが権利濫用に当たるとまでは認められない。」「以上のとおり、X₂には民法772条の嫡出推定が及ばないから、X₂は、親子関係不存在確認の訴えを提起することができ、また、その確認の利益があるものと認められる」として、生物学上の血縁関係がないことが明らかであるからとし、控訴棄却。Y₂が上告受理申立て。

【判旨】

破棄原判(両事件とも判決内容はほぼ同一であるため、旭川ケース判決をベースとする)。

「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ものといえることができる(略)。そして、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(大阪ケースでは、傍線部分は、「子が、現時点において夫のもとで監護されておらず、妻及び生物学上の父の下で順調に成長しているという事情があっても」：筆者注)、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。このように解すると、法律上の父子関係が生物学上の父子関係と一致しない場合が生ずることになるが、同条及び774条から778条までの規定はこのような不一致が生ずることをも容認しているものと解される。」「もっとも、民法772条2項所定の期間内に妻が出産した子について、妻がその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、上記子は実質的には同条の推定を受けない嫡出子に当たるといえることができるから、同法774条以下の規定にかかわらず、親子関係不存在確認の訴えをもって夫と上記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(略)。しかしながら、本件においては、AがX₁(大阪ケースでは、傍線部分は、「CがX₂」：筆者注)を懐胎した時期に上記のような事情があったとは認められず、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」として原判決を破棄し、第一審判決を取消し、本件訴えを棄却。

なお、本判決には、金築裁判官、白木裁判官の各反対意見がある他、櫻井裁判官、山浦裁判官の各補足意見が付されている¹⁾。

1) 本判決の評釈等としては、安達敏男＝吉川樹士・戸時715号(2014)38頁、村重

【評釈】

1. 本判決の意義及び問題の所在

(1) 本判決の意義

上記旭川ケース及び大阪ケースの2件の最高裁判決(以下、「本判決」という。)は、DNA鑑定の科学的根拠により生物学上の父子関係が存在しないことが明らかなる場合であり、かつ、子が親権者と生物学上の父の下で監護養育されていた(なお、旭川ケースでは父母は離婚しているが、大阪ケースでは離婚は成立しておらず、別居にとどまる。)としても、それだけでは民法772条による嫡出推定の及ばない子ということではできないとして、従来の外観説の立場を堅持したものである。本判決では、外観説を採る理由として、子の身分関係の法的安定性の保持が挙げられており、これは最判平成12年3月14日家月52巻9号85頁(以下、「平成12年判決」という。)と同様の判断枠組みである。しかしながら、本判決と平成12年判決とでは、以下の点で異なる。第一に、本判決では、DNA鑑定という科学的証拠により生物学上の父子関係の不存在が明らかとなっている。第二に、平成12年判決は、夫婦の婚姻関係が終了しその家庭が崩壊している事情があることをもって親子関係不存在確認の訴えが認容されるかが争点となっていたのに対し、本判決は、婚姻破綻及び家庭の崩壊に加えて、生物学上の父(及び親権者)と子とが新たな家庭を形成しているという事情がある。また、本判決では特段問題とはされていないが、平成12年判決は、父から子に対する親子関係不存在確認の訴えであるのに対し、本判決は、子(法定代理人である母親)から父に対するそれである。

本判決は、以上のような相違点が認められるところ、平成12年判決の判断枠

慶一・戸時716号(2014)73頁、窪田充見・ジュリ1471号(2014)66頁、水野紀子・法教411号(2014)42頁、飛澤知行「調査官解説」ジュリ1474号(2014)112頁、木村敦子・ひろば67巻12号(2014)62頁、小林史人・法セ721号(2015)15頁、松尾弘・法セ721号(2015)112頁があるほか、松倉耕作「父子関係についての2つの最高裁判決と真実志向」名城法学64巻1・2号(2014)137頁も参照。また、【大阪ケース】原審につき、二宮周平「子の福祉と嫡出推定～外観説の射程」戸時692号(2013)4頁を参照。

組みを採り、かつ、DNA鑑定によって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、なお外観説を維持することを表明したところに意義が認められる。すなわち、本判決は、血縁説、家庭破綻説のみならず、新家庭平和説をも採用しないことを明言したものと評することができる。

(2) 問題の所在

以上のことから、次のことが問題となろう。

第一に、DNA鑑定等の科学的根拠によって生物学上の父子関係が存在しないことが明らかな場合であっても、なお民法772条の嫡出推定が及ぶか（あるいは排除することが許されないか）、という点である。近年のDNA鑑定の精度の向上により、ほぼ確実に生物学上の父子関係の存否が明らかになるにもかかわらず、なお外観説を堅持することの意義はどこにあるのだろうか。

第二に、DNA鑑定により生物学上の父子関係が明らかであり、また夫婦間の婚姻関係が破綻し家庭が崩壊していることに加えて、子が生物学上の父と新たな家庭を築き、監護養育が確保されているといった事情があっても、外観説の例外を認めるべきではないとする理由はどこにあるのだろうかという点である。

本判決は、以上の問題点につき、平成12年判決の判断枠組みに依拠して、「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」として、いずれも排斥している。しかし、本判決が確定したことにより、子（旭川ケースX₁及び大阪ケースX₂）は、生物学上の父と法的父とで二重の父子関係が生じることとなるが、このような帰結ははたして当該子の福祉にかなうものなのかという疑念を払しょくすることができない。また、当該子は、本判決の確定により、制度上今後二度と法的父子関係を変更することができなくなるわけであるが、「子の身分関係の法的安定」を保持する必要があるにしても、身分関係の変更不可能なまでの固定が望ましい帰結なのであろうか。したがって、血縁関係や新家庭の形成にも優先される子の身分関係の法的安定性とは、いかなるものであるかが問われなければならない。すなわち、「子の福祉」の意味を再検討する必要がある。

2. これまでの議論状況

民法772条1項により、婚姻中に妻が懐胎した子は、その夫の子と推定され、法的な父子関係が設定される。しかし、何らかの事情により、法律上の父子関係が生物学上の父子関係と一致しない場合が生じうるが、この場合には、嫡出否認の訴え（774条）をもって法律上の父子関係を否定することができる。ただし、嫡出否認の訴えには、夫が子の出生を知った時から1年以内に提起しなければならないとして、出訴期間に制限が設けられている。ところが、この嫡出否認の訴えは、出訴権者が父のみであること及び出訴期限が子の出生を知った時から1年に限定されていることから、その要件の厳格さ（とくに出訴期限）に対する批判に応じて、判例・学説は、「推定の及ばない子」である場合には、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（人訴2条2号）により父子関係を争うことができることを認めている。もっとも、いかなる場合に親子関係不存在確認の訴えを提起しうるか、すなわち、いかなる場合に「推定の及ばない子」とされるかについては見解が分かれている。

(1) 学説及び判例の状況

「推定の及ばない子」が問題となったのは、最判昭和44年5月29日民集23巻6号1064頁（以下、「昭和44年判決①」とする）である。同判決は、法律上の父と母が事実上離婚状態にあり夫婦の実態が失われていたことから、民法772条の推定を受けないとして、生物学上の父から子に対する認知請求を認めた事件であり、いわゆる外観説を採用したものとされている。

外観説とは、嫡出推定制度の趣旨が家庭の平和と夫婦間のプライバシーを保護することにあり、夫婦生活の秘事には立ち入るべきではないことを根拠として、夫婦の長期間の別居、例えば夫の収監、行方不明、海外赴任等で、外観上、夫による懐胎が不可能であることが明らかな場合に、嫡出推定が排除されるとするものである²⁾。最高裁は、本判決を含め、一貫して外観説を維持してい

2) 我妻栄『親族法』（有斐閣、1961）221頁。

る³⁾。

他方で、外観説が挙げるような場合に限られず、血液型や生殖能力を調査した上で科学的・客観的にみて夫と子の生物学上の父子関係があり得ない場合にも、嫡出推定が及ばないとする血縁説がある⁴⁾。本判決からも明らかなように、最高裁は血縁説を排除しているが、下級裁判所では同説を採ったものもいくつか存在している⁵⁾。もっとも、多くの例では、血縁関係に加え、家庭の崩壊や各当事者の意思などを嫡出推定排除の条件としている（後述家庭破綻説につながる）。

ただし、外観説は、懐胎の不可能性につき、物理的に性交渉が不可能であることに限定されることや、夫婦の同居中に妻が夫の子ではありえない子を産んだ場合（例えば、子が異人種の特徴を備えている場合や夫が避妊手術を受けているのに妻が子を産んだ場合⁶⁾）にも嫡出推定がなされてしまうという難がある。他方で、血縁説に立ったとしても、今度は、血液型鑑定やDNA鑑定といった科学的鑑定を行わなければならないことになり、紛争を生じた場合には鑑定が広く行われ自然的血縁関係の探求がされることにつながるが、現行法上これを強制することはできない。また、民法は自然的血縁関係と法的親子（父子）関係が一致すること要請しておらず、その基本理念に合致しない。そこで、今日主流となっているのは、外観説と血縁説の中間的立場を採るものである。

近年有力な説は、家庭破綻説と呼ばれるものであり、家庭裁判所の実務では主流化していた。家庭破綻説によれば、父子関係につき、民法は、家庭の平和

3) 本文中の最判昭和44年判決、平成12年判決のほか、最判昭和44年9月4日判タ240号137頁（以下、「昭和44年判決②」とする）、最判平成10年8月31日判タ986号176頁（以下、「平成10年判決」とする）。

4) 中川善之助『新訂親族法』（青林書院新社、1965）364頁以下。

5) 例えば、子が人種を異にする場合（福岡家審昭和44年12月11日家月22巻6号93頁）、夫の生殖能力の欠如の場合（新潟地判昭和32年10月30日下民集8巻10号2002頁）、夫が精管切除手術を受けていた場合（東京家審昭和52年3月5日家月29巻10号154頁。もっとも同判決では、夫婦関係があっても子の受胎に関しては長期間別居や長期不在等と同視できるとするなど、形式的には外観説を採ったものということもできる。）など。

6) これらについては、注(5)に挙げた裁判例を参照。

か真実主義かの二者択一的な選択を一律化しているわけではないから、家庭の平和と真実主義を調和せしめるべきであるとし、家庭が破綻している場合には、もはや守るべき家庭の平和が存在しない存在しないのであるから、血縁主義を優先し嫡出推定の排除を認めるべきである、家庭が破綻していない場合には、家庭の平和を優先すべきであり、血縁上の親子関係がなかったとしても嫡出推定の効果が認められるとする⁷⁾。外観説によれば、懐胎期間中に別居が始まっていなかった場合には、嫡出推定が及んでしまい、親子関係不存在確認の訴えを提起することができないが、家庭破綻説によれば、夫も妻も子が夫の子ではないことを認識し、別居・離婚を経て、夫は法律上の親としての義務を免れ、子は血縁上の父との間に法律上の親子関係を形成できることから、当事者の利益調整を図り、現実的な解決を志向する家庭裁判所としては妥当性が高かったようである。もっとも同説に対しては、嫡出推定制度は、子の安全な成長を確保するため及び父子関係の早期安定のために、法が親子関係を決定するという目的を有するものであるにもかかわらず、血縁説や家庭破綻では、事実上父が血縁によって父子関係を否定することができ、嫡出推定制度が空洞化されるとの批判⁸⁾や、議論の焦点は、父子関係であるにもかかわらず、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（父子関係）に投影させるのだとすれば、父子関係が崩壊していない場合であっても、家庭の崩壊を理由として、子から父が引き離されてしまうことに対する疑義がある⁹⁾。また、平成12年判決は、「夫と妻との婚姻関係が終了してその家庭が崩壊しているとの事情があっても、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、右の事情が存在することの一事をもって、嫡出否認の訴えを提起しうる期間の経過後に、親子関係不存在確認の訴えをもって夫と子との

7) 松倉耕作「嫡出性の推定と避妊」法時45巻14号（1973）133頁以下。

8) 水野紀子「嫡出推定・否認制度の将来」ジュリ1059号（1995）115頁、同「判批（東京島判平成6年3月28日判時1496号76頁）」215頁以下。

9) 伊藤昌司「実親子法解釈学への疑問」法政研究（九州大学）61巻3＝4号（1995）1062頁。

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、明示的に家庭崩壊説を否定している。

その他、合意説と呼ばれるものがある。同説は、子と母とその夫との三者間に、嫡出と推定されている父子関係の存在を争うことを認める合意がある場合は、嫡出否認の訴えによらず、親子関係不存在確認の訴えを提起することができる¹⁰⁾。現在の家庭裁判所は、この合意說的な対応をしているようである¹¹⁾。もっとも、上記家庭破綻説を取り入れた判例のほとんどが、親子関係不存在確認の訴えの前の家事調停において、夫（父）と妻（母）との間で不存在の合意が成立しており、合意に相当する審判（旧家事審判法23条、現家事事件手続法277条）をすることに対しての合意も成立しており、家事審判において、事実の確認として、科学的鑑定をすることについても合意が成立していることから¹²⁾、現在の実務上の対応は、家庭破綻説を前提とした合意說的対応ということができよう¹³⁾。

今日注目されるのは、新家庭形成説と呼ばれる見解である。家庭崩壊説では、家庭の平和が崩壊しただけで、要件を満たすことになるから、この状態のまま戸籍上の父との親子関係不存在の主張を許してしまうと、子の父が法律上存在しない結果を認めることとなってしまう、妥当ではないことから、嫡出制定の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

10) 福永有利「嫡出推定と父子関係不存在確認」家族法の理論と実務（別冊判タ8号）（1980）254頁。

11) 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1301号（2009）47頁以下のほか、松原正明「家庭裁判所における親子関係事件の実情及び問題点」家族（社会と法）28号（2012）46頁以下等参照。

12) 二宮・前掲注(1)・8頁。

13) 東京高判平成23年5月26日（判例集未搭載）では、「家庭裁判所の親子関係不存在確認申立事件においては、未成年の子と父について、DNA鑑定によって生物学的に親子関係が存在しないことが明らかであることを前提に、父と母を法定代理人とする子の間に合意が成立し親子関係の存否について争いがない場合には、家事審判法23条〔現家事事件手続法277条：筆者注〕により、その親子関係の不存在を確認する旨の審判をするという実務が定着しつつあり、そのことは当裁判所に顕著である」と述べられている。

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する。具体的には、既に血縁上の父と母・子の新家庭が形成されており三者が同居している場合や、血縁上の父による認知の約束等がある場合が挙げられる¹⁴⁾。既に子を含めた新家庭が形成されている場合には「子の福祉」の観点からすれば、外観説に拘泥して親子関係不存在確認の訴えを頑なに認めないとすると、「子の身分」の固定のために、かえって子の生活環境が脅かされかねず、子にとっては不利益な点が少なくない。従来家庭破綻説（合意説的対応をしない）では、父が不在となる可能性もあったところ、同説によれば、少なくとも父を確保しようという点で優れており、また、子を中心とした親子関係の設定という点では、実態に沿った望ましい帰結を導くことができる点で傾聴すべき見解である。もっとも、「既に」新家庭が形成されているという点については、いつの時点において新家庭が形成されている必要があるのか、すなわち、親子関係不存在確認の訴え提起時まで形成されている必要があるのか、それとも同訴の口頭弁論期日まででもよいのか（口頭弁論期日まででよいとすれば、提訴後の駆け込みの新家庭形成でも「新家庭」と認められるのか）が不明確であるとともに、新家庭が形成されていたとしても破綻の虞も危惧されるところである（新家庭が破綻した場合、子が父不在となることが危惧されるが、この点を許容できるのであろうか）。また、血縁上の父による認知の約束等で足りるのかという点も疑問である。すなわち、子が戸籍上他人の嫡出子として他家の戸籍に記載されている限り、嫡出否認ないし親子関係不存在確認の訴えにより父子関係を切断しなければ血縁上の父といえども当該子を認知することはできないため¹⁵⁾、認知を約束することしかできないのであるが、法的に拘束力のな

14) 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937号（1997）43頁以下。なお、同44頁では、新家庭での父が血縁上のそれでない場合には、それとの養子縁組が約束されている場合でもよいとされているが、この点については、後に詳しく検討する。

15) 戸籍上他人の嫡出子として他家の戸籍に記載されている者に対する認知を認めた例としては、大判昭和7年12月14日大審院民事判例集11巻2323頁があるが、同

い「約束」といった実態のみに依拠して親子関係不存在確認の訴えを認めることが妥当なのであろうか¹⁶⁾。少なくとも、新家庭の形成や認知の約束等、可変性のある実態に依拠して従前の父子関係を切断することには躊躇を覚える¹⁷⁾。

その他、類似する見解として、合意説のほか、「子の利益の見地から直接かつ明白な必要性がある場合にも推定排除が認められねばならない」として、「民法772条の推定にもかかわらず、子の非嫡出子たる地位の確認が許されうるのは、それによってのみ子が真実の嫡出子たる地位を確定し、あるいは養子となることが可能である場合にかぎられ」とするものがある¹⁸⁾。ここでは、血縁上の父との再婚や養子縁組など、子の法的親が確保されることを要件とすることが示唆されている¹⁹⁾。子の福祉の優先という点で、優れた見解であるが、血縁上の父との再婚という点については、新家庭形成説と同様に、実態のみに依拠することへの疑念が払拭できない。また、養子縁組については、確かに法的身分としては、養子縁組によって嫡出子たる身分を取得することができるが、嫡出子たる身分と実子としての身分とは同一視することはできず、はたして当事者の要請にかなうかは疑問が残るところである²⁰⁾。

事件では、戸籍上の父母は、戸籍上嫡出子として記載されている子とは血縁関係がなく、いわゆる虚偽の嫡出子出生届がなされたケースであることから、父母の一方と血縁関係がある場合には、同判決の射程は及ばないものと解される。

16) もっとも、この「約束」については、公正証書を作成しておくことで、ある程度実効性を担保することができようか。

17) この点に関しては、本判決の山浦補足意見が指摘するところであり、本稿でも後に(3(2))詳しく検討する。

18) 山嶋正男「嫡出否認」法セ330号(1982)109頁。

19) 二宮・前掲注(1)・13頁。

20) 性同一性障害の夫婦による嫡出子出生届に関する議論であるが、梶村太市「性同一性障害の夫婦による嫡出子出生届をめぐる法律問題・下」法時84巻11号(2012)77頁では、養子縁組を認めればよいのかといえ、実子と養子とは同一視することはできず、また、実子として育てたいとする親の希望は親子のアイデンティティそのものであり、養子で代替できるものではないことが指摘されており、この指摘は、親子関係不存在確認の訴えの場面でも異なることはないと思われる。

また、「嫡出推定制度をあくまでも子の父を確保することに奉仕する制度として機能的に解して、血縁上の父を法律上の父として確保できる場合については、より子の福祉に適した形で父を確保するための推定の制限をする」ことはできないかとし、「子から血縁上の父に対する認知請求がされて、子の血縁上の父が確保できる事情があって、当初の父子関係の法的安定性を確保する必要性が後退している場合については、嫡出推定を子の福祉の観点から制限」する、あるいは、外観説を原則として維持しつつも、「例外として、子が、婚姻家庭が破綻している中で、外観説では民法772条の推定を排除できない父との父子関係を争っており、かつ、その父子関係を否定することが血縁上の父を法律上の父として確保できる道を開くなど、従前の父子関係を安定させることよりも、明らかに子の福祉に適する、という特別な事情が認められる場合については、外観説を超えた推定の排除を認めることができる」のではないかとして、婚姻家庭の破綻に加え、子から血縁上の父に対する認知請求をもって、嫡出推定を排除する見解がある²¹⁾。「子の福祉」を前面に出し、嫡出推定制度を、子の父を確保することに奉仕する制度であると解する点において、優れた見解であり、私見としても共感を覚える。ただ、血縁上の父を法律上の父として確保するために、子から血縁上の父に対する認知請求を要する点については、手続上の問題点が解消されていない以上、現時点においては疑問を覚える。同認知請求が認められるためには、DV事例のように、血縁上の父に対する認知請求の場面で嫡出推定を排除するためには戸籍上の父の手続関与が必須とまではいえないような場合がある一方で、そうでなければ、少なくとも戸籍上の父との間で嫡出推定が及ぶため、親子関係不存確認の訴えにより戸籍上の父との父子関係を切断することを要するが、ここでは戸籍上の父の関与は一切不要というわけではないからである²²⁾。また、一度は戸籍上の父とされる者との間で父子関係を切断せ

21) 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。

22) もっとも、同説を主張する前田・前掲注(21)もまた、この点について指摘している(63頁)。

ざるを得ず、一旦は法的父が不存在となるわけであるから、従前の父子関係を切断した後の状況を危惧する本判決の山浦補足意見に対してはやや説得力に劣るものと思われる。もっとも、子自身がそのような状況を認識し、これを許容した上でなお血縁上の父に対する認知請求（+親子関係不存在確認の訴え）を敢行する（できる）場合にまで、これを認めないとする理由もまた乏しい。したがって、私見としては、子から血縁上の父に対する認知請求という要件につき、子の主体的関与が認められる場合に限り、同説を採ることも許されると解する（したがって、原則として、子が成年に達している場合であり、子が未成年のうち、母がどこまで実質的な意味で子の利益を代表しうるかについては疑義が残るため、特別代理人が選任されている場合に限られると解する）。

（2）外観説の意義と限界

最高裁は、外観説に立ち、別居などによる性交渉の不存在をもって、嫡出推定の排除を可能としている。外観説は、前述のとおり、嫡出推定制度の趣旨が家庭の平和と夫婦間のプライバシーを保護することであり、夫婦生活の秘事には立ち入るべきではないことを根拠として、性交渉の不存在をその要件としているのであるが、下記の最高裁判例を見る限り、最高裁は、むしろ、「子の身分関係の法的安定」（平成12年判決）を重視し、父子関係が否定された場合に、子が法律上の父を確保できるか否かという点を考慮していたものと解される²³⁾。

外観説を採用したリーディングケースである昭和44年判決①及び②は、子から血縁上の父に対する認知請求の前提として、婚姻関係が事実上離婚状態にあることを指摘して、嫡出推定の適用が無いことを示したもので、戸籍上の父との法律上の父子関係が否定されても、子には認知の訴えにより法律上の父を確保できる点で、子の利益にかなうという事情があった²⁴⁾。

23) 二宮・前掲注(1)・13頁以下。

24) 二宮・前掲注(1)・14頁。

また、これとは反対に、平成10年判決及び平成12年判決は、戸籍上の父から子に対する親子関係不存在確認の訴えであり、外観説を採用してこれを否定しなければ、子は法律上の父を失ってしまうケースであった。特に平成12年判決は家庭破綻説を明示的に否定したものと解されるのであるが、子が法律上の父を失ってしまう事態を回避するために外観説を採用したのだと解すれば、法律上の父を確保できる場合においても外観説によるべきだとしたものはいえないと解する余地はある。すなわち、子から父に対する親子関係不存在確認の訴えにおいて、保護者としての法律上の親子関係確保できる場合には、子の身分の法的安定を保持する必要は相当程度後退しているのであるから、実態を尊重すべきであって、例外的に嫡出推定を排除する解釈も可能ではないかと思われる。この場合、二宮によれば、子が血縁上の父による認知又は養子縁組などによって保護者としての法律上の親子関係を新たに形成する可能性が高い場合には、嫡出推定を排除してしかるべきだとされる²⁵⁾。

このように解することができるならば、外観説の意義とその限界は、次のように再定位することができる。すなわち、判例が外観説を採用するのは、子が法的父を確保すること＝法的父を失わないことを目的としているのであり、この点にこそ意義を有する。したがって、戸籍上の父から親子関係不存在確認の訴えを提起され、これが認められると、子が法的父を確保することができない場合には、外観説によるほかないが、(子の利益の代表性の問題は残るにしても)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提起し、これが認められた結果、戸籍上の父との間の父子関係が切断されようとも、法的父を確保できる場合においてまで、外観説に固執すべきではないといえよう。このとき、「法的父を確保できる場合」が問題となるが、二宮によれば、その可能性が高

25) 二宮・前掲注(1)・14頁。なお、二宮は、このような場合には、子の身分の法的安定を保持する必要が当然になくなっているとするが、私見としては、「当然になくなっている」とまでは解されず(本判決【旭川ケース】のように母親が法定代理人となったときの子の利益の代表性への疑念)、また本判決の山浦補足意見も、子の身分の法的安定を保持する必要が当然になくなったものとは見ていないことは明らかである。

い場合にこれを認めるのであるが、私見としては、これを是とすることはできない。本判決の山浦補足意見が指摘するように、判決後に事情が変動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。したがって、私見としては、少なくとも口頭弁論期日までに既に養子縁組がなされていることを要するものと解する。こうすることで、身分としては「嫡出子の身分」を取得することができる（民法809条）のであるから、戸籍上の父に対する親子関係不存在確認の訴えにより従前の父子関係が切断されたとしても、法的父を欠くことはなく、子の福祉に反することもないであろう。

3. 本判決の検討

(1) DNA鑑定等の科学的証拠に基づき父子関係を否定することの当否

最高裁は、一貫して外観説を維持しているものの、その一方で、家庭裁判所の調停では、DNA鑑定を行い、DNA鑑定の結果によって父子関係を不存在とする調停・合意に相当する審判を成立させるという対応が一般的となっている。そして、本判決では、私的鑑定ではあるものの、DNA鑑定により法律上の父と子との間に生物学上の父子関係が存在しないことが明らかとなっている（より厳密に言えば、生物学上の父と子との間にはほぼ100%に近い確率で生物学上の父子関係が存在することが明らかとなっている）。したがって、まずは、DNA鑑定等の科学的証拠に基づき父子関係を否定することの当否について、検討してみたい。

本件最高裁は、多数意見・反対意見ともに、血縁説に立ち科学的証拠のみに基づき父子関係を否定することをよしとしていない。民法は、法律上の父子関係と生物学上の父子関係とが一致しない場合が生ずることをも容認しているからである。それゆえ、嫡出推定を排除するには外観説に立つほかないとしている。それでは、嫡出推定が及ばず親子関係不存在確認の訴えが認められるとした本判決の第一審及び原審は、どのような見地であるのか。

旭川ケースでは、DNA鑑定の結果、法律上の父と子との間に生物学上の父子関係が存在しないことに加えて、X₁の懐胎時にY₁とAとの間に妊娠に至る性交渉がないことやAはX₁がY₁の子ではないことを確信していたこと及びY₁もX₁が自分の子であるか疑っていたこと（以上、第一審）、またY₁とAとは提訴前に離婚しX₁はAとBと新家庭を形成していること（以上、第一審及び原審）を挙げているところからすると、外観説ないし新家庭形成説の見地から嫡出推定を排除したものであって、DNA鑑定結果はこれを補強する材料として位置づけられたものと解される。他方、大阪ケースでは、「子の福祉」の観点が前面に打ち出されたものとなっている。すなわち、「DNA鑑定の結果は究極の嫡出推定を覆す事実」（第一審）とはしているものの、これに加えて、生物学上の父ではないことが明らかなる者に父として振る舞われることの酷さ（第一審）や生物学上の父と新家庭を形成していること（以上、第一審及び原審）を認定・説示しているように、その趣旨は、当該子にとっての利益の優先にあると解される。以上のことから、旭川ケース・大阪ケースともに、外観説の例外を認めるべき事情をDNA鑑定結果以外の点にも求めており、単純にDNA鑑定結果のみに依拠して嫡出推定を排除しているものではない。

確かに、子のアイデンティティ、子の出自を知る権利などを考えると、生物学上の父子関係に合わせて親子関係を設定することもまた子の利益となるかもしれない。しかしながら、山浦補足意見の述べる「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。たまたまDNA検査してみた結果、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なりかねない」との指摘を看過することはできない²⁶⁾。すなわち、法律上の親子関係は、「生物学的な（遺伝子的な）親子関係が存在する者が父あるいは母であるというのが基本的考え方である」

26) 水野・前掲注(1)・46頁に同旨。

が、「当事者の意思及び社会的な要素が配慮されている場合も存在する」²⁷⁾とするのが民法の基本的発想であるから、法律上の親子関係は遺伝的な要素だけではなく、当事者の意思、共同生活の実績、社会が当事者を親子として扱ってきた事実などを考慮して、その存否が決定されるべきだからである²⁸⁾。このように考えるならば、DNA鑑定結果の一事により嫡出推定を排除することは妥当ではなく、また、【旭川ケース】にせよ【大阪ケース】にせよ、それ自体では嫡出推定を排除せず、その他の要素（家庭の崩壊や新家庭形成など）が併せて考慮されている点は、評価することができよう。

そうすると、本判決での本質的な問題は、DNA鑑定結果による父子関係の決定ではなく、外観説の例外を認めるべきか、認めるべき場合には、DNA鑑定結果以外にどのような事情を要するかという点にある。

(2) 外観説の例外を認めるべきか 一子の身分の法的安定性、「子の福祉」とは？

本判決は、多数意見・反対意見ともに、「子の福祉」を重視すべきとするところには争いがない。しかし、いかなる父子関係が「子の福祉」にかなうのか、子の利益になるのかという点において鋭く対立している。ここでは、子の身分の法的安定が問題となる。この点につき、平成12年判決は、戸籍上の父から子に対する親子関係不存在確認の訴えが提起され、家庭の崩壊という事情をもって父子関係を否定されてしまうと、子の身分関係の早期安定を図れないほか、子が法律上の父を失ってしまい、子の養育者の安定的確保が脅かされてしまうというケースにおいて、家庭破綻説を否定したものであった。これに対して、本判決は、子から戸籍上の父に対する親子関係不存在確認の訴えが提

27) 野村豊弘「人口生殖と親子の決定」石川稔＝中川淳＝米倉明編『家族法改正への課題』（日本加除出版、1993）322-323頁。

28) 本山敦「DNA鑑定による父子関係の否定」ジュリ1156号（1999）143頁。その他、松倉・前掲注(7)133頁、水野・前掲注(8)ジュリ115頁、伊藤・前掲注(9)1062-1063頁、高梨俊一「DNA鑑定による親子関係推定とその限界」日本法学65巻4号（2000）500-501頁等も参照。

起された事案であるところ、提訴時において、従前の家庭が崩壊し、かつ、子が生物学上の父と新たな家庭を形成していることが認められる事案である。このような場合、学説は、子が生物学上の父と新家庭を形成しており、生物学上の父が認知の約束としている場合や子が認知請求をしている場合あるいは認知請求や養子縁組をすることが可能な場合には、外観説を維持すべきではないと主張されているところであり、また実務上も合意説的な対応によって、実態に則した対応をしてきたところである。にもかかわらず、本判決は、「子の身分関係の法的安定」の保持のため、新家庭を形成し、子の養育者が事実上確保されているという事情があったとしても、従前の父子関係を否定することはできない旨を判示した。その結果、本判決のケースでは、共に生活していない法律上の父と新たな家庭を形成している生物学上の父とが存在することとなったのであるが、このような帰結は、はたして「子の福祉」にかなうものであろうか。やや、形式論にすぎるのではないかと思われるが、ここで最高裁の趣旨を検討してみよう。

本判決多数意見は、民法が法律上の父子関係と生物学上の父子関係とが一致しないことを容認していることをもって、外観説によって子の身分関係の法的安定を保持することを優先しているが、だからといって、生物学上の父子関係の不存在が明らかであり、かつ、生活実態にそぐわない父子関係を維持すべきなのであろうか。反対意見は、このことが子の利益にならないと考えるからこそ、子の身分関係の法的安定を後退させてでも例外を認めようとしているのである。本判決のように親子関係不存在確認の訴えが認められなければ、「Bとの法律上の実親子関係を解消することができず、Cとの間で法律上の実親子関係を成立させることができない。血縁関係がある父が分かっており、その父と生活しているのに、法律上の父はBであるという状態が継続するのである。果たして、これは自然な状態であろうか、安定した関係といえるであろうか」との金築反対意見の問題提起は傾聴すべきであろう。このように考えると、子の福祉の観点からは、可能な限り実態に則した判断をすべきであり、頑なに外観説を維持する必要性は乏しいと思われる。

もっとも、反対意見の趣旨は支持できるものの、現在、新家庭が形成されているという実態のみで嫡出推定を排除することはできないと解される。この点については、山浦補足意見が指摘するところである。すなわち、家庭が崩壊しているとか新家庭が形成されているなどの事実は評価の問題であって、これを口頭弁論終結時までに考慮しうるとすると、当事者が意図的に家庭崩壊を試みる場合もありうるし、新家庭が形成されているといっても、その根拠となる事実は、母と生物学的な父との再婚・同棲や、生物学上の父が判明しその者が子を認知する意思を表明していることなどが挙げられるが、これとて訴訟係属中に事情が変動する可能性はあるし、判決時以降にまた事情が変動する可能性もある。このような実態という評価的事実に基づき、法律上の父を確保することに何らの保障もないまま父子関係を否定することは、法律上の父が不存在となる虞があり、かえって「子の福祉」に悖る結果となることが危惧される。少なくとも、反対意見によっては、この問題点を解消しえないものと思われる。したがって、本判決については、私見としては、消極的ではあるものの、新家庭形成説によることはできず、外観説に立つほかなかったものとして首肯することができる。

とはいうものの、やや形式的にすぎるのではないと思われるので、外観説の例外を一切認めるべきではないとは解されない。私見としては、外観説の例外が認められるべき場合は、新家庭が形成されていることに加え、認知の約束があるとか養子縁組をする可能性が高いといった実態では足りず、現に、口頭弁論終結時までに生物学上の父と子との間で養子縁組がなされていることを要するものと解する。このようにして、法的に嫡出子としての身分を取得させておけば、訴訟係属中ないし判決時以降に実態としての事情の変更があろうとも、法的には父子関係を存続させることができるのであるから、少なくとも法律上の父の不存在という状況は避けられると思われる。なお、私見によれば、口頭弁論終結時までとすることで、不安定要素は残るものの、提訴後に逆の意味で事情が変動することも考えられることから、提訴時まで限定する必要はないものと思われる。

以上の通りに解すると、本判決の射程は次の通りであると解される。本判決は、DNA鑑定結果のみにより嫡出推定を排除する血縁説はこれを採らないことを明らかにしたものであり、また、DNA鑑定結果に加えて、新家庭が形成されている事情をもってしても嫡出推定を排除することはできないとして、外観説を採用したものである。しかし、新家庭が形成されているという実態のみでは外観説の例外を認めることができないとしたものと解するのが相当であり、本判決の射程は、その点にしか及ばないものと解される。したがって、私見のように、現に養子縁組がなされていた場合にはその射程は及ばないものと解される。本判決の2つのケースにおいては、実態として家庭が崩壊し、新家庭が形成されていることまで認定されているにすぎず、養子縁組の事実については何らの言及もされていない。この点は、本判決の射程をはずれるものであり、残された課題となろう。

4. 終わりに代えて—残された課題

多数意見は、こと親子関係に関する規律は、公の秩序に関わる基本的な問題であるので、裁判所が個別具体的事案の解決として行うことは適切ではなく、立法政策に委ねられるべきだとする（櫻井・山浦補足意見）。たしかに、これまでも、種々の立法提案がなされてきたところであり²⁹⁾、また、近年の親子関係に関する事件は、科学技術の進展もあり、解釈論の限界が呈されてきているように思われるところである³⁰⁾。しかしながら、立法整備がなされるまでは、解釈によって個別具体的に対応していくほかないのであって、さらに外観説の意義及び限界の検討を要しよう³¹⁾。また、本稿が指摘したように、既に養子縁

29) 窪田充見「3 実子法」中田裕康編『家族法改正～婚姻・親子法を中心に』（有斐閣、2010）49頁以下（初出：民法改正研究会家族法作業部会「家族法改正～婚姻・親子法を中心に」ジュリ1384号（2009）22頁以下〔窪田充見〕）、二宮周平「立法提案—改正の方向性」家族〈社会と法〉28号（2012）77頁以下、床谷文雄ほか「家族法研究会第7回シンポジウム『実親子関係について～基本的な考え方といくつかの提案』」戸時719号（2014）2頁以下などを参照。

30) 例えば、最判平成25年12月10日判時2210号27頁など。

31) 木村・前掲注(1)・67-68頁。

組がなされていた場合については、本判決の射程が及ばないところであるので、この点についてもまた、議論を進めるべきだと思われる。この点については、本判決には現れていない事情であり、評釈の域を超えるため、別稿に譲ることとする。

[追記]

本件旭川ケースの上告代理人である小林史人弁護士に事情を伺ったところ（平成27（2015）年1月19日）、本件旭川ケースのX₁（被上告人）とB（X₁の生物学上の父）とは、上告受理申立て後、養子縁組が成立していたとのことである。この事実は、いずれの事実認定にも現れていないが、仮にその事実が認定されていたとすれば、本件旭川ケースについては、結論が異なっていた可能性もあったのではないだろうか。