

虚偽の出生届の養子縁組への転換の可否をめぐる 議論の展開

宮 崎 幹 朗

目次

- 1 はじめに
- 2 これまでの判例の流れ
- 3 最高裁平成18年7月7日判決とその後の判例
- 4 学説の展開
- 5 おわりに

1 はじめに

わが国においては、生まれたばかりの他人の子を引き取って、自分の子として育てる慣習が古くからあったと言われている。いわゆる「藁の上からの養子」と呼ばれてきた慣行である¹⁾。事実上の養子を養子であることを分らないように隠して、実子として育てたいという養い親の要請があり、他方では未婚で子を出産する女性がその事実を知られないように隠して養子に出したいという実の親の要請が合致して、虚偽の出生届という便法が生まれ、定着したものとされている。

このような慣行が広くおこなわれていたことは、たとえば、谷口知平が1948年度～1953年度において大阪家庭裁判所に申し立てられた調停審判事件に関しておこなった調査結果からも明らかである。谷口によれば、6年間

1) 我妻栄「身辺雑記：養子二題」ジュリスト 185号（1959年）22頁において「日本のありふれた事件」として藁の上からの養子の例が紹介されている。久留都茂子「虚偽の出生届の効力」『現代家族法大系3』（有斐閣、1979年）94頁も同様の指摘をしている。

における調停審判事件のうち虚偽の嫡出子出生届に関連する事件は497件に及んでおり、そのうち戸籍上実子にするためのいわゆる「藁の上からの養子」に当たる案件は89件、非嫡出子となることを避けるための案件は118件に及んでいる²⁾。これらの案件の多くは第2次大戦終了前に出生届出がなされた案件であるものの、かなり広範に上記の慣行が広まっていたことがうかがわれる。また、山島正男は、虚偽の出生届出がされる場合を整理し、婚外子であることを隠す目的で他人の戸籍を借りて出生届を出す場合、婚外子の父親が自己の嫡出子として出生届を出す場合、最初の方法で嫡出子出生届を出した後戸籍上の親の代諾で養子縁組届出をおこなう場合、そして養子とする意図に基づく嫡出子出生届出がなされた場合をあげているが³⁾、ここでも虚偽の出生届出が用いられる種々の場合が想定されている。

このような形で提出された出生届は事実に反する虚偽の届出であり、戸籍法132条において罰則規定が置かれているのみならず、刑法157条1項の公正証書原本不実記載および行使の罪に問われることとなる。民法上の親子関係の確定についても、生まれた子を引き取った親が自分の子として出生届を出した場合、この届出が虚偽のものであり、真実に反する届出として無効であることには議論の余地はなく、事実上の養い親と貰われた子との間に実親子関係が成立することはないと考えられてきた。それを当然の前提とした上で、この虚偽の出生届を養子縁組届に転換できないかについて、学説上議論が続いてきた⁴⁾。また、養子縁組届への転換が認められないとしても、親子関係不存在確認請求に対して、これを権利濫用禁止などの一般法理によって排斥できないかについても、長く議論が続いてきた。

2) 谷口知平「虚偽出生届による戸籍の訂正と親子法改正について」同『親子法の研究(増補)』(信山社、1991年)225頁参照。初出は、全国連合戸籍事務協議会編『身分法の現在及び将来』(戸籍誌第100号記念論文集、帝国判例出版、1958年)である。

3) 山島正男「虚偽の嫡出子出生届と養子縁組」ジュリスト増刊『民法の判例(第3版)』(有斐閣、1979年)239頁参照。

4) 前掲・久留都茂子「虚偽の出生届の効力」『現代家族法大系3』95頁では「学説は、判例の立場を是とするいわゆる消極説と、転換によって虚偽届に養子縁組届の効力を認むべしとする積極説とに分かれる。積極説がやや有力であるが、消極説も対立して帰一するに至っていない」と指摘していた。

大審院判例は、当初、明治以来、いわゆる「藁の上からの養子」の慣行が一般的におこなわれていたことを認めた上で、養子縁組の成立に届出を要件とする明治民法の制定・施行の前後において異なる処理をおこなうべきとの判断を示した。すなわち、明治民法施行以前においては、養子縁組に届出が要件とされていなかったことから、「純然たる養子縁組に非ざるも養子制度に準拠するもの」として、虚偽の嫡出子出生届に養子縁組の効力を認める判断を示していた⁵⁾。しかし、明治民法施行後についてはこのような態度を否定し、養子縁組としての効力を否定する立場を明確にしていった⁶⁾。第2次大戦後の判例の立場は基本的に第2次大戦前の判例の立場を引き継ぎ、最高裁判所においても、虚偽の出生届を養子縁組届へと転換することを否定してきた⁷⁾。しかし、下級審判決の中には、事実上の親子としての生活状態の継続と親子関係を形成しようとしてきた当事者の意思に着目して、養子縁組の成立を認めるものもあらわれてきた⁸⁾。

学説においては、前述のように、大審院および最高裁判所の判断を是とする見解とこれに反対する見解とに分かれ、対立している。特に、最高裁判所昭和25年判決に対して、最高裁判所昭和27年10月3日判決が、虚偽の出生届が出された子について、その戸籍上の親の代諾による養子縁組を一種の無権代理とみなして、民法116条の類推適用によって養子となった子が15歳に達した後、無効の養子縁組を追認する余地があり、これによって本来無効な養子縁組届が有効となるという判断を示したことを受け⁹⁾、この判決との均衡から、無効行為の転換の一つとして、虚偽の出生届に養子縁組届としての効力を認めるべきとする積極的な主張も強まっていった¹⁰⁾。一方で、昭和49年、昭和50年と最高裁判所の判決が昭和25年判決を支持する態

5) 大審院大正8年2月8日判決民録25輯4号189頁。

6) 大審院昭和11年11月4日判決民集15巻22号1946頁など。

7) 最高裁昭和25年12月28日判決民集4巻13号701頁、最高裁昭和49年12月23日判決民集28巻10号2098頁、最高裁昭和50年4月8日民集29巻4号401頁など。

8) 東京高裁昭和43年2月27日判決家裁月報21巻3号57頁など。

9) 最高裁民集6巻9号753頁。

10) たとえば、我妻栄「無効な縁組届出の追認と転換」同『民法研究Ⅶ-2』(有斐閣、1969年)183頁以下(初出は法学協会雑誌71巻1号、1953年)など。

度を示し続けたこともあって、消極説もまた強く主張され、学説上の議論の対立は続いた。

そのような中で、最高裁判所は平成18年7月7日の2つの判決において、虚偽の嫡出子出生届によって戸籍に記載された親子関係に関する争いについて、親子関係不存在確認請求が権利濫用にあたるものとして、この請求を否定するという判断を示すに至った¹¹⁾。従来からの最高裁判例の変更としてとらえられている。その後、下級審判決においても同趣旨からの検討をおこなう判決が出され¹²⁾、最高裁判所平成18年判決の立場は今後定着していくものと予想される。しかし、権利濫用法理によって親子関係不存在確認請求を否定したとしても、本来無効な親子関係の戸籍への記載が残されたままとなり、その後の処理をどのように考えるべきかという根本的な問題は残されたままとなる。

また、産院で取り違えられた子が実子として戸籍に記載され、長年にわたり実親子同様の生活をしてきたところ、事実上の両親の死後、遺産相続の争いを直接の契機として、戸籍上の弟らが提起した親子関係不存在確認請求に関して、東京高裁平成22年9月6日判決は、これを権利濫用に当たるとして排斥する判断を示している¹³⁾。藁の上からの養子の事案ではなく、典型的な虚偽の出生届出の事例ではないが、生物学的な親子関係にない事実上の親子関係に関する問題として共通するものがある。このような事案についても、権利濫用法理が適用されるに至っていることは、最高裁平成18年判決の射程範囲が広がっていると考えられることができる。

本稿では、以上のような状況を踏まえて、虚偽の出生届をめぐる問題について検討を試みる。

11) 最高裁平成18年7月7日判決民集60巻6号2307頁(広島ケースと呼ばれる)、同平成18年7月7日判決家裁月報59巻1号98頁(東京ケースと呼ばれる)。

12) 名古屋高裁平成20年12月25日判決判例時報2042号16頁。

13) 判例時報2095号49頁。

2 これまでの判例の流れ

(1) 第2次大戦前の判例の流れ

東京地裁明治42年4月7日判決（判例1）は、子を出産した原告が、子を引き取って嫡出子として届け出た被告に対して子の引き渡しを求めた訴訟であり、実の親が事実上の養い親に対して子どもの返還を求めた事案である。判決は「人の身分に関する法律行為は公序良俗に関するものなるを以て法律の規定に依るに非ざれば絶対に其成立を許さず而して民法上認められたる養子縁組なるものは法律の定むる届出の方式に従ひ養子縁組の意思表示を為すによりて始めて其効力を生ずるものなれば本件の如く法定の形式を履まずして事実上磯崎一郎を被告が貰受け被告の嫡出子なりとして届出づるも民法上養子縁組たるの効力を生ぜず従ひて被告と一郎の間には何等の身分関係を発生せざるのみならず之等事実上の養子を為すの契約は親族編又は相続編に於て認めざる所なるに依り全く無効のものなりと謂はざるべからず」と述べて、虚偽の出生届出によって養子縁組の効力は発生しないことと子の親権者が原告であることを認めて、子の引き渡しを命じたものである¹⁴⁾。

これに対して、大審院大正8年2月8日判決（判例2）は、明治の初めに平民間において女性が婚姻前に分娩した子を生母の属する戸籍に編入せず、他家に遣わし貰い受けた者が自己の子として届出てその家に入籍せしめる慣行が一般に行われていたことを認めて、その慣行が当時の法制上は適法なものと判断し、「慣行は純然たる養子縁組に非ざるも養子制度に準拠するものと謂ひ得べく私通を幫助し実親子の事実関係を不明ならしむるものに非ず」としていた¹⁵⁾。明治民法施行前に事実上行われていた慣行を認めたものである。

その後、東京控訴院昭和4年4月11日判決（判例3）では、養子縁組の意思をもって出生届を出したとしても、民法所定の養子縁組の届出がない限り、養子縁組は成立しないと判断し¹⁶⁾、同昭和10年2月15日判決（判例4）は仮

14) 法律新聞 567 号 13 頁。

15) 民録 25 輯 4 号 189 頁。家督相続権回復請求事件である。

16) 法律新聞 2999 号 12 頁。

に養子縁組の予約があったとしても、養子縁組は届出により初めて効力を生じるものであり、嫡出子出生届をもってそれに代えることはできない旨を示した¹⁷⁾。さらに、京都地裁昭和10年7月7日判決（判例5）も事実上の親子関係が存在していても、虚偽の出生届によっては法律上の親子関係は生じない旨を明らかにした¹⁸⁾。

大審院は昭和11年11月4日判決（判例6）において、縁組を届出る意思がなかったものは、養子をする意思がなかったものであるとして、虚偽の出生届では法律上の親子関係は生じないことを明確にした。この事件は、家を継ぐとの前提でいわゆる「藁の上からの養子」を貰い受けて、自己の子として出生届を出した戸籍上の母親がその意図に反した行動を取った戸籍上の子に対して、養子縁組予約不履行を原因として慰謝料を請求したものであった。大審院は「上告人ハ被上告人夫婦ノ長男トシテ出生ノ届出ヲ為サレタルモノナルカ故ニ被上告人夫婦ト豊五郎夫婦トノ間ニハ上告人ヲ被上告人夫婦ノ養子トナス縁組ヲ戸籍吏ニ届出ツル意思ナカリシモノト認ムヘク而モ縁組ハ其ノ届出ヲ為スニ因リテ効力ヲ生スルモノナルカ故ニ右両夫婦ノ間ニハ法律上上告人ヲ被上告人夫婦ノ養子トナス意思ナカリシモノト云ハサルヘカラス仮ニ後日右縁組ノ届出ヲ為サントスル意思絶無ニ非ザリシモノトスルモ前記出生届ハ虚偽ノ届出ニシテ上告人ト被上告人夫婦ノ間ニハ法律上親子関係存在セサルモノナル」と述べて、虚偽の出生届出によっては法律上の親子関係は成立しないことを明確にした¹⁹⁾。また、大審院昭和13年7月26日判決（判例8）の事案は、父親の妾の子（被告、被控訴人、上告人）を正妻の三男として出生届を出したというもので、父親の死

17) 法律新聞 3838 号 14 頁。

18) 法律新報 409 号 14 頁。

19) 民集 15 卷 1946 頁。この事案では、第 1 審の原告である養い親が夫の死亡後生活に困った結果、貰い子を実の両親のもとに預けたままで長年が経過した後、養い親が生活の面倒をみてもらうことを目的に貰い子に対して家の跡を継ぐことを求めたのに対して、貰い子の方がこれを拒否したため、養い親が慰謝料を請求したものであり、第 1 審では請求棄却、第 2 審では原判決取消で、500 円の慰謝料請求が認められた。大審院は上告を認め、第 2 審判決の慰謝料請求を認容した部分を破棄し、控訴院に差し戻している。

亡後、その子が家督相続人となったことに対して、正妻の子（戸籍上は弟、原告、控訴人、被上告人）が家督相続回復の訴えを提起したというものであり、判決は父親と上告人である子との間に養子縁組もしくは養子に準ずべき関係があるとは言えないとした原審判決を支持している²⁰⁾。さらに、大審院昭和18年2月16日判決（判例10）および昭和18年10月5日判決（判例11）でも、同様の判断を示し、他人の子を貰い受け、実子として届け出ても、これによって養子縁組としての効力を認めることはできない旨を明らかにしている²¹⁾。このように、大審院判決は、虚偽の出生届をもって養子縁組届の効力を認めることはできない立場を明確にしていった。

その他に、第2次大戦終了までの間に、下級審判決として、広島控訴院昭和12年8月6日判決（判例7）と東京控訴院昭和13年11月22日判決（判例9）が出されており、いずれも養子として他人の子を貰い受ける意図で、実子としての出生届出をした場合に、養子縁組の効力を認めることはできず、養い親と子との間に法律上の親子関係は生じないとの判断を示している²²⁾。

（2）第2次大戦後の最高裁判例の流れ

第2次大戦後も、最高裁判例はほぼ一貫して、昭和11年の大審院判決（判例6）以降の判例と同様の判断を維持し続けており、虚偽の嫡出子出生届について養子縁組届出としての効力を認めてこなかった。

最高裁昭和25年12月28日判決（判例12）においても、「養子縁組は本件嫡出子出生届出当時施行の民法第847条第775条（現行民法第799条第739条）及び戸籍法にしたがい、その所定の届出により法律上効力を有するいわゆる要式行為であり、かつ右は強行法規と解すべきであるから、その所定条件を具備しない本件嫡出子の出生届をもって所論養子縁組の届出のあったものとなすこと（殊に本件に養子縁組がなされるがためには、上告人は一旦その実父母の双方又は一方において認知した上でなければなら

20) 民集 17 卷 1481 頁、法律新聞 4312 号 3 頁。後述の判例 7 の上告審判決である。

21) 順に、法学 12 卷 790 頁、法学 13 卷 397 頁。

22) 順に、法律新聞 4180 号 10 頁、評論 28 卷民法 49 頁。判例 7 は判例 8 の原審判決である。

いものである)はできないのである」と述べて、嫡出子出生届出によって養子縁組の効力を肯定することはできないことを最高裁判所として明確にした²³⁾。この事案は、事実上の養父の死亡後、事実上の養母から子に対して親子関係の不存在確認請求訴訟が提起されたものであったが、子の側からは嫡出子出生届出には子は何ら関与しておらず、事実上養父母となった夫婦の意思のみによってなされたものであり、子もその夫婦が実父母と信じてきたものであることを指摘し、このような場合には親の側からの親子関係不存在確認の訴えの提起は許されないものとすべきという主張をおこなったが、判決はこの主張を排斥し、親となった者の意思のみによってなされた届出であり、当事者間に長年事実上実親子関係が継続してきたとしても、これらの事情によって嫡出親子関係が創設されるわけではなく、親子関係不存在の確定の利益に消長をきたすものではないとしている。真実とは異なる外形を自らの意思によって作り出した者からであっても、真実の関係を確定するための訴えを提起することを認めていた。

最高裁昭和49年12月23日判決(判例24)は、生後1週間ほどで昭和15年当時朝鮮在籍者である夫婦に貫われ、その嫡出子として出生届が出され、その旨が戸籍に記載された子の親子関係に関する事案である。事実上の母親の死亡後、事実上の父親と内縁の妻との間に生まれた子らが、父親の死亡後、戸籍上嫡出子となっている子に対して相続回復請求を行ったというものである。直接には、昭和15年当時の朝鮮在籍者を養い親とする養子縁組に適用される朝鮮民事令11条2項が問題となった事案であるが、他人の子を養子とする意図で行った嫡出子出生届を養子縁組届に転換して、養子縁組の効力を肯定できるかどうかの問題となった点では、従来からの本問題と同様のものであった。判決は「養子縁組をする意思で他人の子を嫡出子として届け出た虚偽の出生届に養子縁組届としての効力を認め縁組の効力を肯定することは、たとえ戸籍上の親と子との間に出生届出以後親子的共同生活が続いたという要件を具備した場合に限るとしても、まず縁組届出の有無により養親子関係の成否を決するたてまえをとっている朝鮮民事令

23) 民集4巻13号701頁。

11条2項の解釈としては許されないものと解するのが相当である」として、判例12の最高裁判決と同様の判断を示している²⁴⁾。

続いて、最高裁昭和50年4月8日判決（判例25）は、子のいない夫婦が生後2か月の子を貰い受け、自分たちの子として嫡出子出生届出をおこない（大正11年）、40年近く事実上の親子として生活を共にしていたというものである。しかし、夫が死亡した後、残された妻が子から暴行脅迫を受け、家から出ていかざるを得なくなったため、戸籍上の子を相手にして親子関係不存在確認の訴えを提起し、これを認める判決を得た後（昭和43年）、事実上の母親から事実上の父親の死亡後相続によって子が取得していた土地および建物の所有権移転登記の更正登記手続を求めるとともに、土地および建物の引き渡しを求めた訴訟である。判決は、昭和25年判決（判例12）を引用し、「右届出当時施行の民法847条、775条によれば、養子縁組届は法定の届出によって効力を生じるものであり、嫡出子出生届をもって養子縁組届とみなすことは許されないと解すべきである」として、従来からの最高裁判決の立場を明確にしている²⁵⁾。

さらに、最高裁は、昭和56年6月16日判決（判例31）でも同旨の判断を示しており、「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、養子とする意図で他人の子を嫡出子として出生届をしても、右出生届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ことは当裁判所の判例とするところであり」としている²⁶⁾。この事案では、父親と後妻の間の子として届け出られた子が二人の間の子ではなかったとして、先妻の子らが親子関係不存在確認の訴訟を提起したものであった。

また、最高裁平成9年3月11日判決（判例35）では、養い親の一方が死亡

24) 民集28巻10号2098頁、家裁月報27巻5号112頁、判例時報766号43頁、判例タイムズ318号230頁。

25) 民集29巻4号401頁、家裁月報27巻8号52頁、判例時報773号17頁、判例タイムズ321号62頁。

26) 民集29巻4号401頁、家裁月報33巻11号95頁、判例時報1008号142頁、判例タイムズ446号81頁。

した後、その遺産分割のもつれから、事実上の養子に対して正式に養子縁組した養子が親子関係不存在確認訴訟を提起したものである。「身分関係存否確認訴訟は、身分法秩序の根幹を成す基本的親族関係の存否につき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、ひいてはこれにより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有するものであるところ、虚偽の嫡出子出生届出により戸籍上存在する表見的親子関係の不存在確認を求める本件訴訟の有する右のような性質等に加えて、本件訴訟で金次郎夫婦と上告人裕一との間に親子関係が存在しないことを確認する判決が確定した後、あらためて上告人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も鑑みれば、前記のような本件事実関係の下においては、論旨が主張するように、金次郎夫婦と上告人裕一との間に長年にわたり実親子と同様の生活の実体があり、当事者とその生活関係の解消を望んでいなかったことや、被上告人が、金次郎夫婦と上告人裕一との間の親子関係の不存在を熟知しておりながら、金次郎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、被上告人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いうべき」であるとして、従来からの最高裁の立場を維持したうえで、さらに親子関係不存在確認請求が権利の濫用には当たらないという判断を示したものであり²⁷⁾、「権利濫用」という観点に対する論点が展開されている点では最高裁の新しい判断であったといえる。

(3) 第2次大戦後の下級審判例の展開

第2次大戦後においても、虚偽の出生届出による事実上の養親子関係をめぐる訴訟は多く、地方裁判所および高等裁判所の判決でも、公表された判決は20を超えている。その多くは、最高裁の判断と同じく法律上の養親子関係の成立を認めるものではない。しかし、いくつかの判決では、虚偽の嫡出子出生届から養子縁組届への転換を認めるものもあるし、長年にわた

27) 家裁月報 49 卷 10 号 54 頁。

り事実上の親子関係が継続した後に親子関係不存在を主張することが権利の濫用にあたるとするものもあらわれていた。

東京高裁昭和32年5月24日判決（判例13）では、他人の子を貰い受けて自分の子として出生届を出し、自分の子として育てるいわゆる「藁の上の養子」について、出生届が不実のものであり、貰い受けて以来養育してきたとしても、これにより養子縁組が成立すると解することはできない旨を明らかにしている²⁸⁾。同様に、福岡地裁飯塚支部昭和34年10月30日判決（判例14）でも、虚偽の嫡出子出生届をもって養子縁組届としての効力を認めることはできない旨を判示している²⁹⁾。この事案では、事実上の養子が自分が戸籍上の父母の実子ではないことを知ってからも戸籍上の親子関係を了解して、異議を述べずに生活してきた点を強調して、子が15歳に達した時または遅くとも20歳になった時に養子縁組につき本人として黙示的に同意したものとみなすべきという主張に対して、養子縁組の要式の欠缺が補われるものとは解すことはできないとし、養子縁組の要式性の重要性が強調されている。

大阪高裁昭和42年12月22日判決（判例15）では、戸籍上の両親の死亡後に、実子と事実上の養子との間で争いが生じ、姉弟関係不存在確認請求訴訟が提起されたものであるが、貰い子と戸籍上の父母との間に養親子関係の成立を認めることはできないとしている³⁰⁾。この事案では、事実上の養父母はともに死亡し、貰い子の実親も不明である状態であったが、その場合でも誤った戸籍の訂正を可能にするためには姉弟関係という支分的身分関係の不存在の確認を求める請求も許されると判示されている。この控訴審である大阪高裁昭和45年9月28日判決（判例20）でも³¹⁾、同様の判断が示され、事実上の養子が事実上の養父母の嫡出子ではないことを確認した上で、姉弟という血族関係は存在せず、戸籍上の記載の変更を受ける前提と

28) 新聞 57 号 10 頁。

29) 下民集 10 卷 10 号 2292 頁。

30) 判例時報 515 号 70 頁。

31) 下民集 21 卷 9 = 10 号 1358 頁、判例時報 622 号 80 頁、判例タイムズ 255 号 167 頁。

して姉弟関係の不存在の確認を求める訴えは正当であるとしている。また、これに加えて、「未だ出生届のない幼児について養子縁組をしようとする夫婦が、その便法として、その幼児が自らの嫡出子である旨の出生届をした場合には、みぎ事実上の養父母と事実上の養子との間には、たとえその後長年の間、事実上実の親子同様の生活を続けたとしても、養子縁組は成立しないと解するのが相当である。けだし、一般に虚偽の身分関係の戸籍記載を他の身分関係の届出に転換して有効と認めることは、身分関係を公証する戸籍の信頼性を失わせ、また身分関係の混乱を招くので好ましくないし、みぎのような便法は各種将来の紛争の種を蒔くおそれがあるばかりでなく、養父母としてふさわしくない者が養父母となるおそれもあって、その弊害はみぎのような便法のもたらす利点（例えば事実上の養子の出生上の恥辱を隠蔽し、事実上の養父母と事実上の養子間の愛情の破たんを防止する等）を凌駕するので、このような虚偽の身分関係の出現はできる限り抑圧するのが望ましいところ、みぎ便法を法律上有効な養子縁組手続として認めることは必然的にこのような便法の利用を著しく助長することになるからである」と指摘し、虚偽の出生届出によって正規の養子縁組手続が回避され、脱法的な養子縁組の増加を助長しかねないという問題点が強調されている。

甲府地裁都留支部昭和53年11月30日判決（判例26）および東京高裁昭和55年3月24日判決（判例29）は、最高裁昭和56年6月16日判決（判例31）の原審および原審判決である³²⁾。いずれも、養子縁組の要式性を強調し、養子縁組は法定の手続によって法律上の効果を生じる要式行為であり、嫡出子出生届をもって養子縁組届とみなすことは許されない旨を明確にしている。大阪地裁昭和55年5月2日判決（判例30）も、同様に養子縁組の要式性の観点から、無効な出生届を養子縁組へ転換することを否定している³³⁾。ここでは、「養子縁組は、双方当事者ないし代諾権者の縁組意思の合致のみではならず、民法及び戸籍法の定める届出をすることによってはじめて

32) 高民集 33 卷 1 号 61 頁、判例時報 964 号 62 頁、判例タイムズ 447 号 130 頁。

33) 判例タイムズ 423 号 136 頁。

成立する要式行為であって、右は強行法規であると解すべき」と指摘している。東京高裁昭和61年10月29日判決（判例33）も、養子縁組は法定の届出によって効力を生ずべき要式行為であり、他人の子どもを嫡出子とする出生届を出してもその出生届をもって養子縁組届とみなすことは許されないとしている³⁴⁾。また、京都地裁昭和54年6月6日判決（判例27）では、虚偽の出生届を養子縁組届に転換することを認めることは戸籍の信頼性を害し、身分関係の混乱を招くということから、無効な出生届の養子縁組への転換を否定している³⁵⁾。

東京高裁平成10年8月26日判決（判例37）も、子どもがなかった夫婦が子どもを貰い受け、実子として出生届出をおこなった事案であるが、事実上の母親が子どもの死亡後に検察官を相手取って、親子関係不存在確認請求訴訟を提起し、第1審判決がこの請求を認容したため、死亡した子どもの子が補助参加し、控訴したものである。判決は第1審の結論を支持し、長年にわたる親子としての生活実体や意識の存在を強調して親子関係の存在を認めるべきとする補助参加人の主張に対して「独自の見解」というほかないとして、排斥している³⁶⁾。また、東京高裁昭和43年5月23日決定（判例17）も妹の出産した婚外子を兄夫婦が嫡出子として出生届出をした事案に関するものであり、戸籍法に基づいて、真実でない戸籍の記載の訂正を求める申し立てを原審判が許可したことに対して抗告され、確定判決または家事審判法に基づく確定審判によらなければ戸籍の訂正をおこなうことはできないという判断が示されたものである。

大阪地裁堺支部昭和47年3月31日判決（判例21）は人身保護請求事件であるが、事実上の養父母の嫡出子として出生届が出された子どもについて実母が引き渡しを求めたという事件である³⁷⁾。婚姻外で子どもを出産した実母の父親の意向で、事実上の養父母に子どもを委ねたという事案であったが、判決は両者のいずれに子どもを監護させるのが子どもの幸福になる

34) 判例時報1213号92頁。

35) 判例タイムズ412号148頁。

36) 判例タイムズ1025号266頁。

37) 判例時報666号69頁。

かを比較考量して、実母からの請求を棄却した。事実上の養父母からの養子縁組への転換の主張については、未成年養子についての家庭裁判所の許可がないことと所定の要式を経ていないことを指摘して、虚偽の出生届に養子縁組の効力は認められないとしている。その後、この実母が子どもを事実上の養父母のもとから奪い去ったために、事実上の養父母が実母を相手にして人身保護請求を申し立てる事件に発展している。これに対する大阪地裁昭和48年10月9日判決（判例22）は、事実上の養父母からの引き渡し請求を認容している³⁸⁾。この判決においても、虚偽の出生届を養子縁組届に転換することを認めることはできないことを指摘している。この事件においては、法的親子関係の成立および確定の問題と未成年子の監護養育のあり方を別個の問題として取扱い、適切な子の監護養育という観点からは法的親子関係が認められない者による子の監護であっても許容されることを示したことになる。

以上の判例から明らかなように、虚偽の出生届を養子縁組届に転換することを否定する判例の根拠は、とりわけ養子縁組の要式性と戸籍の信頼性という点があげられる。

これに対して、養子縁組の成立を認める判決もわずかではあるが存在している。東京高裁昭和43年2月27日判決（判例16）は前述の最高裁49年判決（判例24）の原審判決であるが、この判決においては「身分法上の行為について届出が要求されるのは、意思表示のされたことを確実にするためと行為のされたことを公示するためと解されるが、他人の子をもらって自分の実子として養育してゆくために、嫡出子出生届をする場合は、当事者間に養親子関係以上の結びつきを形成しようとする合意、従って、少なくとも養親子関係を形成しようとする合意のされたことが、養親のうちの一方からの届出によるとはいえ、明確にされているということができし、また、実子と養子とは身分上の地位に大差があるわけではなく、養子が実子として戸籍に記載されても、一応公示の目的は達成されたということもで

38) 下民集21巻9=12号720頁、判例時報726号18頁。この事件は「未婚の母事件」としてマスコミでも取り上げられ、社会的にも注目を集めた事件であった。

きるから、当事者間に実質上の養親子関係を形成する旨の合意があり、その合意を実現する目的で養子を嫡出子として届出た場合は、届出者夫婦と養子との間に法律上の養親子関係が成立したものと解するのが相当である」という判断を示している³⁹⁾。これまでの多くの判決とは異なり、当事者間の意思を尊重して、本来無効な嫡出子出生届から養子縁組届への転換を認めた初めての裁判所判断であった。

また、大阪地裁昭和44年8月29日判決（判例18）は、子どものない夫婦が妻の姉の娘を出生と同時に貰い受け、自分たちの実子として出生届を出したものの、結果的に親子としての生活がうまくいかなかったため、6年余りで娘を実の親のもとに返したというものである。実の親との間に養子縁組を行い、実親の戸籍に入れていたが、その後養親に実子が生まれ、将来の相続問題でこじれては困ると考えた養い親から、娘に対して親子関係不存在確認の調停を申し立て、次いで訴訟に及んだというものである。これに対して、娘の方からは戸籍の記載を信じていたのに調停や訴訟という養い親の行動によって精神的ショックを受けたとして、戸籍上の親に対して慰謝料を請求する反訴を提起している。判決は、親子関係不存在確認の本訴請求を認容し、一方で慰謝料請求の反訴請求も認容した。この判決では、この事案に見る養い親の側の縁組意思のあり方に着目して、その意思がそれほど強固なものではないと評価して、「一応の縁組意思」と把握し、これによって「観念上の養親子関係」の成立は認めるものの、親子らしい生活事実（事実上の養親子関係）の補強をまって始めて、一応の縁組意思を事後的に本来の縁組意思と確認して、ここで転換を認めて出生届の時点における「真正な養親子関係」の成立を擬制すべきであると述べている⁴⁰⁾。結論としては養親子関係の成立を否定したものの、虚偽の嫡出出生届であっても養子縁組届に転換することを認める余地があることを示した点で、単純な要式性重視論とは異なる立場を示したことになる。

39) 下民集 19 卷 1 = 2 号 115 頁、家裁月報 21 卷 3 号 57 頁、判例時報 520 号 54 頁、判例タイムズ 219 号 93 頁。

40) 判例時報 580 号 70 頁、判例タイムズ 242 号 270 頁。

大阪地裁昭和45年6月15日判決（判例19）は、子がいない夫婦が子を買収し、自分たちの実子として出生届を出し、長年親子として生活してきたが、養い親と事実上の養子との間がうまくいかなくなり、養い親から親子関係不存在確認請求訴訟が提起され、事実上の養子の側から養親子関係確認請求の反訴が提起されたという事案である。判決は、両者間に真実の親子関係は存在しないことを認めた上で、十数年にわたり親子にふさわしい円満な共同生活を続けてきたこと、実質的に見て事実上の養子の実親に養子縁組の意思が存在していたことが推認できること、事実上の養子がすでに34歳に達しており代諾の存在を顧慮すべき立場にないことなどを指摘し、出生届は養子縁組届としての要式性を充足すると判断し、法律上有効な養親子関係が存在することを確認している⁴¹⁾。十数年にわたる円満な共同生活の継続と実質的な縁組意思の存在という点に着目して、養親子関係の成立を肯定したものである。

前橋地裁高崎支部昭和49年6月17日判決（判例23）⁴²⁾は、実母に無断で実母の両親が事実上の養父母に子どもを預け、事実上の養父母が実子同様に育てたいとして、自分たちの嫡出子として出生届を出したという事案であり、事実上の養父の死後、養父の兄が事実上の養子と事実上の養母を相手に親子関係不存在確認請求の訴えを提起したものである。判決は、まず、事実上の養父母に子どもを養子とする意思があったこと、実母は子どもを養子に出すことについて後に暗黙のうちに承認したこと、事実上の養父母と子どもとの間に長期間にわたって「親子関係と称するに相当する具体的な生活関係」が継続したことをあげて、代諾権者である実母による無効な養子縁組の追認があったものと認めている。さらに、養子縁組の要式性の問題に関しては、「しかし乍ら身分行為に必要とされる要式性は、該行為成立の確実性を担保し且つその旨を一般に公示することを目的とするものと解されるところ、嫡出子出生届には、少なくとも養親子関係を形成しようとする合意の為されたことが、養親のうちの一人からの届出によるとは

41) 家裁月報23巻8号60頁。

42) 家裁月報27巻2号104頁、判例時報756号97頁。

云え、明確にされているということができのみならず、親子関係の成立は、出生届によっても一応公示されるものということが出来る。そして当事者に真実の親子と同様の関係を創設する真摯な意思があり、且つその意思が対社会的に公示され、しかも実質的に親子に相応しい生活状態が相当期間継続し、実質的な縁組意思及び代諾意思が客観的にも動かし難いものと認められる程度に達している場合には、形式上の欠点の故に、かような実質的な親子関係を一挙に否定し去ることは相当でなく、この意味において、嫡出子出生届は、養親子関係設定の方式としてこれを是認することが、実質的社会的に実在する親子関係を保護するというより大きな利益に奉仕する所以であると考えられる」と述べて、有効な養子縁組の成立を認めている。

大阪高裁平成3年11月28日判決(判例34)も、虚偽の嫡出子出生届の養子縁組届への転換を認め、養親子関係の存在を確認したものである⁴³⁾。子どもがいなかった夫婦が夫の弟の子を貰い受け、自分たちの嫡出子として出生届を出し、以後46年間にわたって事実上親子関係を継続し、子も事実上の父親の家業を手伝うなどして貢献してきたが、事実上の養母が亡くなった後、事実上の養父が再婚を希望したことをきっかけにして、両者の仲が悪化し、事実上の養父が親子関係不存在確認請求の訴えを提起するに至ったというものである。第一審判決はこの請求を認容したため、子が控訴し、同時に自分が養子であることの確認を求める予備的反訴を提起したのが本件である。判決では、原則として養子とする意思で他人の子を嫡出子とする出生届を出しても、その出生届をもって養子縁組届出とみなし、有効な養子縁組が成立したとすることはできないことを述べた上で、「子の実の父母(他人)と戸籍上の父母の双方が、真実、当該子を、戸籍上の父母の養子とする意思でその旨承諾し合ったのに、戸籍上の父母が、その子を嫡出子として養育するのが望ましいと考え、自己の嫡出子と全く同様の親子関係を形成する意思のもとに、便宜、その他人の子を、自己の嫡出子として出生届をし、戸籍にその旨記載され、その後、戸籍上の父母と子が、長

43) 家裁月報 45 卷 2 号 144 頁、判例時報 1417 号 74 頁、判例タイムズ 781 号 209 頁。

期間に亘り、現実には嫡出子として実親子関係と同様の親子共同生活を継続してきたような場合であって、かつ、それまでの長期間に亘る右親子と同様の生活関係に鑑み、何ら合理的理由もないのに、突如として親子関係を全く否定することが、一般の社会通念に照らし、信義則上、不当であると認められるような場合には、例外的に、右嫡出子としての出生届出をもって養子縁組の届出とみなし、右出生届出の時に、有効に養子縁組が成立したものと解するのが相当である」と述べ、具体的に事案を検討して、事実上の養父が46年余の長期間に亘る実親子関係と同様の生活関係を突如として否定することは、子としての戸籍の記載が削除され、子としての権利義務をすべて失わせる結果を招くことになり、単なる財産的利益ばかりでなく、精神的にも子の利益を著しく害することになり、一般の社会通念に照らし、信義則上著しく不当な結果を招くとして、養子縁組の成立を認めている。例外的に長期間にわたって実親子と同様な生活を営んでいたような場合に、何ら合理的な理由もなく突如として親子関係を否定することが一般の社会通念に照らして信義則上不当であると認められる場合には、出生届時に有効な養子縁組が成立したものと解すべきであるという判断を示したものである。

神戸地裁平成10年3月30日判決（判例36）は、日本に在住する中国人夫婦の実子として届け出られた子について、38年経過後に親子関係不存在確認請求訴訟が提起されたという事案であり、中華人民共和国法によって適法な養子縁組が成立したとされたものである⁴⁴⁾。涉外事件であり、日本における国際裁判管轄と準拠法が問題となるが、当事者双方が日本国内に住所を有し、双方が日本の裁判所での審理については異存がないとして、わが国の裁判管轄を肯定し、準拠法については改正前の法例17条の規定から、中華人民共和国法を適用するものとしたものである。中国においては1992年に養子縁組法が制定されているが、出生届出の時点（昭和30年）には、まだ法整備が進んでいなかった。判決では、中国では従来から法律上の手続を履践しないまま事実上の養子縁組が多くおこなわれていたこと、1984

44) 判例タイムズ1007号280頁。

年の最高人民法院の意見もこのような関係を収養（養親子）関係によって処理すべきことを認めていることをあげて、両者の事実上の養親子関係の成立を認めた。直接、日本法における問題に直結するわけではないが、長期間継続した事実上の親子関係を肯定する考えを示したものとして、位置づけることができる。

このように、養子縁組への転換を否定する判例が大勢を占める中でも、これを肯定する判例もあらわれている。

（４）権利濫用論に関する判例

最高裁平成18年判決以前から、虚偽の嫡出子出生届から養子縁組届への転換を認めるか否かという議論に対して、原則として、養子縁組の成立を否定しながら、権利濫用論を用いて、結論的に事実上の親子関係を容認する立場を示す判例があらわれていた。

京都地裁昭和54年10月30日判決（判例28）は、事実上の養父が知恵遅れで何かにつけて問題を起こす事実上の養女が重荷になり、妻の死亡後に内縁関係となった女性との間のトラブルについて子がその証人として出廷したことに憤慨して、親子関係不存在確認請求をしたという事案であるが、事実上の子として30年間余養育し、長い親子関係を続けてきたことをあげて、親子関係が否定されることになれば子に精神的・経済的基盤を失うことになり、事実上の父親からの請求は正当な理由がなく、権利濫用に当たるとしたものである⁴⁵⁾。

広島高裁平成13年1月15日判決（判例38）も同様の判断を示したものである。戸籍上の祖父母の財産の一部を承継した戸籍上の母が死亡した後、これを相続した事実上の子に対して、そのいとこ（事実上の母の兄の子）が戸籍上の母親との親子関係の不存在を主張して、相続回復請求権を行使した事案の控訴審である⁴⁶⁾。判決は、原則として虚偽の嫡出子出生届をもって養子縁組届とみなすことはできないことを認めた上で、控訴人が事実上

45) 家裁月報32巻4号67頁、判例時報960号92頁。

46) 家裁月報54巻9号108頁。

の養父母によって養育され、30年以上にわたって実親子同様の生活関係を継続してきたこと、親子関係の不存在が認められ、相続財産を相続できない場合には生活の本拠を失うおそれがあること、親子関係不存在確認請求の訴えを提起した原告（被控訴人）らは被相続人である事実上の母と控訴人との間に本当の親子関係がないことを知りながら控訴人を被相続人の実子として接してきたにもかかわらず、被相続人が死亡するや相続人としての権利を主張したことなどの事実を総合的に判断し、一般の社会通念に照らすと、被控訴人の相続回復請求権は、控訴人に対し一方的に財産上、精神上にもその利益を著しく害するものであり、不当な結果を招来することは明白であるから、権利濫用として許されないものという判断を示した。

さらに、東京高裁平成14年1月16日判決（判例40）でも、虚偽の出生届から54年後に親子関係の不存在確認が争われた事案で、親子関係不存在確認請求が権利濫用に当たるとして棄却されている⁴⁷⁾。他人の子を嫡出子として出生届を出し、54年経過後事実上の子が死亡した後、事実上の子の妻との間でもめごとが生じ、これが原因となって事実上の父母と戸籍上の妹が検察官を相手に、事実上の子との間の親子関係の不存在確認を求める訴訟を提起したというものである。上告されたものの、最高裁平成14年6月14日決定において、上告棄却兼不受理決定が言い渡されている⁴⁸⁾。

札幌高裁昭和57年2月25日判決（判例32）は、他人の子を自分たちの長女として虚偽の出生届を出し、20年余り実子として養育してきたものの、子どもが精神薄弱者となり養い親に暴力を振るうようになったため、事実上の養い親（戸籍上の父母）から親子関係不存在確認請求が出された事案に関するものである。判決は、親子関係不存在請求を権利濫用に当たるとして棄却した原判決を取り消して、親子関係不存在確認請求を認容したものである⁴⁹⁾、「嫡出子出生届をもって養子縁組届とみなすことについては積極、消極の両説が対立しており、積極説の理論的基礎としては、無効な

47) 家裁月報 54 卷 11 号 37 頁、判例時報 1774 号 46 頁。

48) 判例集未登載。太田晃祥「判例批評」法曹時報 61 卷 5 号 203 頁（2009 年）参照。

49) 家裁月報 35 卷 7 号 46 頁。

行為の追認とか、身分行為の擬制とか、或いは無効行為の転換などが論ぜられており、また事実上も虚偽の嫡出子出生届であることが後にわかったとき、或いは本件のようにみずから虚偽の嫡出子出生届をしたものが親子関係不存在の確認を請求したときにおける子の財産的、精神的利益保護に対する配慮の必要性を考慮すると、これを積極的に解すべしとする立場にも相当の根拠があることを認めざるを得ないが、当裁判所は右の問題は消極に解すべきものと判断する。その理由は第一に民法799条（739条の準用）は養子縁組は戸籍法の定めるところにより、届出ることによってその効力を生ずる旨を定めており、縁組には厳格な方式が必要であり、その手続は強行法的性格を有すること、第二に虚偽の嫡出子出生届がなされる背景を考慮して、養子縁組の効力を認めることは、このような虚偽出生届を増加させる虞がないとはいえず、それは戸籍の信憑性を著しく阻害することになること、第三に縁組の効力を認めないこととすると、みずから虚偽の嫡出子出生届をした戸籍上の父もしくはこれに同意した戸籍上の母等が後日右嫡出子出生届の無効を主張し、親子関係不存在確認の請求をなすうることとなるが、かかる場合は、具体的事情のもとにおいて権利濫用の法理によって、裁判所は右請求を拒否することも可能であり、或いは子の慰謝料請求権等が認められることも考えられるから、子の利益（財産的、精神的）の保護に全く欠けるということはないこと、およそ以上の理由によって、虚偽の嫡出子出生届出をもって養子縁組とみなすことは相当でない」と述べて、虚偽の嫡出子出生届と養子縁組への問題の議論を視野に入れた上で、虚偽の出生届から養子縁組への転換を否定する論拠を示している。養子縁組の要式性と戸籍の信頼性が大きな理由となっている。しかし、理論的な結論とは別に、子の利益の保護という観点から、事実上の養父母からの親子関係不存在確認請求を権利濫用として否定する可能性を示している点には注目される。この点について、判決は事実上の養父母の請求の理由が不明瞭とはしながら、親子関係の不存在が確定したとしても引き続き子どもの面倒はみることと遺産を子どもに残す旨を述べていることを指摘して、親子関係不存在確認請求が権利濫用となるためにはその請

求が強度の反社会性を有している場合に限ると解するのが相当であるという立場から、事実上の養父母からの請求は著しく信義則に反するものとはいえず、権利濫用には当たらない正当な請求であるという判断を示している。

3 最高裁平成18年7月7日判決とその後の判例

前述のように、最高裁判所は平成18年7月7日に2つの判決によって、親子関係不存在確認請求を権利濫用とすることが許される旨の判断を示し、これまでの最高裁判例の見解を変更した。1つは「広島ケース」と呼ばれ（判例41）⁵⁰⁾、もう1つは「東京ケース」と呼ばれている（判例42）⁵¹⁾。

広島ケースの事案は次のようなものである。すでに長女Xと二女Cの2人の子を有していたAとBの夫婦が他の夫婦の子であるYを引き取ることとなり、その実親から嫡出子として出生届を出すことを懇願され、Yを長男とする出生届を役場に提出した（昭和16年）。長女Xはすでに別の夫婦の養女となり、その夫婦のもとで養育されていた。A・B夫婦は長年にわたりYを実子として養育し、Yも実子であることを疑ったことはあったものの、自身がA・B夫婦の実子であると思いつけてきた。その後、Yは大学を卒業後、結婚し、昭和51年までA・B夫婦およびCと生活を共にしてきた。また、CはYの学費を負担するなどYの養育に協力していた。Aが昭和49年に死亡し、Aの遺産は妻であるBが相続した。その後、Yは実母の喜寿を祝う集まりに呼ばれ、自身がA・B夫婦の実子ではないことを認識するに至ったが、従前とおおりBおよびCとの家族関係を継続し、Bも実子であることを否定することにはなかった。Bは平成8年に死亡し、その遺産は遺言によりCが承継した。その後、平成14年にCが自宅で死亡し、約10日後に遺体が発見された。XはYがCの安否を確認しなかったためにCの死亡の発見が遅れたと考え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、これをきっかけにYとA・B夫婦との間の実親子関係を否

50) 民集 60 卷 6 号 2307 頁、家裁月報 59 卷 1 号 92 頁、判例時報 1966 号 58 頁。

51) 家裁月報 59 卷 1 号 98 頁。

定するに至ったものであった。

第1審（広島地裁平成16年5月14日）判決は、Xの主張を認め、A・B夫婦それぞれとYとの間に親子関係が存在しないことを確認する判決を出した。第1審判決はこれまでの判例の主張を踏襲し、養子縁組の要式性と親子関係存否の画一的確定の必要性を指摘した上で、戸籍簿の記載の正確性の要請から、種々の事情を考慮しても、Xが提起した親子関係不存在確認請求を権利の行使として認めることが社会通念上不当であり、権利濫用に当たるとまではいうことはできないと述べている⁵²⁾。これに対してYが控訴したが、第2審である原審（広島高裁平成17年1月27日）判決は控訴を棄却し、YとA・B夫婦の間の実親子関係の不存在の確認を認め、養子縁組に関しては「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夫婦と控訴人（Y）との間に実の親子と同様の生活実体があったとしても、本件出生届出をもって養子縁組届出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」という判断を示し⁵³⁾、従来までの最高裁判例の立場を踏襲していた。

Yからの上告に対して、最高裁判決は実親子関係不存在確認請求が権利の濫用に当たらないという原審判決の判断について是認できないとして破棄差し戻した。判決は「実親子関係不存在確認訴訟は、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」としながら、戸籍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776条等から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

52) 民集 60 卷 6 号 2321 頁以下参照。

53) 民集 60 卷 6 号 2329 頁以下参照。

などから明らかであるとして、「真実の親子関係と異なる出生の届出に基づき戸籍上A・B夫婦の嫡出子として記載されているYが、A・B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ばかりか、関係者間に形成された社会的秩序が一举に破壊されることにもなりかねない。そして、A・B夫婦が既に死亡しているときには、YはA・B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XがA・B夫婦とその戸籍上の子であるY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、A・B夫婦とY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Y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YがA・B夫婦の嫡出子としての身分を取得する可能性の有無、X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かった場合にX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」という判断を示した。そして、本件事案の場合において、Yの出生届出からBが死亡するまでの約55年間にわたりYとA・B夫婦間に実の親子と同様の生活実体があったこと、実親子関係の不存在が確定した場合にYが受ける精神的苦痛が軽視できないこと、A・B夫婦の遺産を承継したCの死亡によるその相続に関してYが受ける経済不利益も軽視できない可能性が高いこと、すでにA・B夫婦が死亡していることからあらためて養子縁組届出をおこなうことができないことを挙げ、またXが親子関係不存在確認請求をおこなった動機がCの死亡の発見が遅れたことへの憤りやCの法要への参列者をYがXに相談することなく決めたことへの不満であったことなどからすれば、

YとA・B夫婦間の実親子関係を否定する合理的な事情とはいえないことを指摘し、「以上によれば、上告人とA・B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・B夫婦が既に死亡しており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・B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」と述べて、Xの親子関係不存在確認請求が権利の濫用に当たるとして、その部分についてさらに審理を尽くす必要があるとして、その部分について原審に差し戻すとの判決を出した。

東京ケースの事案は以下のようなものである。AとXは昭和12年に婚姻し、その後長男Bが生まれた。その後、昭和18年にYを嫡出子とする出生届を出したが、この出生届は虚偽のものであり、YはAとX夫婦の実子ではなかった。YはA・X夫婦のもとで養育され、高校卒業後はAの経営するそば店を手伝ってきた。昭和51年にAが死亡し、Yは相続人としてAの遺産の約3分の1相当を取得した。その後、平成6年ころ、XはYを相手方として実親子関係不存在確認をを求める調停を申し立てたが、後にこれを取り下げた。その後平成16年にXは再びYを相手に実親子関係不存在確認をを求める調停を申し立て、調停が不成立によって終了したため、XがYとの間の実親子関係の不存在確認をを求める訴訟を提起したものである。第1審判決（東京地裁平成17年1月28日判決）および第2審判決（東京高裁平成17年6月22日判決）はともに実親子関係の不存在の確認請求を認容し、Xからの請求が権利の濫用には当たらないとの判断を示した。これに対して、最高裁判決は、広島ケースと同様の判断を示し、Xの請求が権利の濫用に当たるとかの判断について原審に差し戻したものである。広島ケースの場合と比べると、親子関係を否定しているのが事実上養育してきた親の一方である点であり、すでに事実上の親が双方とも死亡している広島ケースとその点で異なっており、改めての養子縁組の可能性には言及していないが、Yが受ける精神的苦痛およ

び経済的不利益に対する判断の必要性とXが調停を申し立てた動機や訴訟を提起した目的等を検討する必要性を指摘している。

これまで下級審判決には見られた権利濫用の観点からの親子関係不存在確認請求の可否という問題に関して、最高裁判所として初めて一定の判断基準を示した点で注目されるべき判決である。その後、最高裁平成20年3月18日判決（判例43）は平成18年判決の判断にしたがって、実親子関係の不存在を認めながら、親子関係不存在確認請求が権利濫用に当たるとしてこの請求を棄却している⁵⁴⁾。

平成18年の最高裁判決の影響は広がって、下級審判決に及んでいる。名古屋家裁平成20年3月27日判決（判例44）は、実の父母ではない夫婦の妻子として出生届が出され、以後50年近くにわたって親子としての生活を続けてきたところ、事実上の両親の死亡後、父の跡を継いで家業を継続してきた弟（実子）が廃業することにし、負債の返済のため不動産等を処分するために、戸籍上の兄に同意を求めたところ相続分が考慮されていないとして契約書に印を押さなかったため、事実上の兄弟の間で争いが生じた結果、弟から兄が亡くなった両親の子どもではないことの確認を求める訴えが提起されたものである。この判決においては、親子関係不存在確認請求が権利濫用に当たるとして排斥された⁵⁵⁾。

これに対して、その控訴審である名古屋高裁平成20年12月25日判決（判例45）では、権利濫用には当たらないとして原審判決を取り消し、請求を認容した⁵⁶⁾。親子関係などの身分関係については、事実の血縁関係と戸籍の記載が乖離する場合には原則として身分関係の存否確認請求ができるとした上で、請求の背景となっている具体的な状況と実際の結果に照らして、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、例外的に権利の行使を許さないとすべきと述べ、最高裁平成18年判決を踏まえた上での判断を示している。そして、具体的には、実

54) 裁判所時報 1456 号 4 頁。

55) 判例時報 2042 号 19 頁。

56) 判例時報 2042 号 16 頁。

の親子と同様の生活の実体のあった期間の長さ、判決によって実親子関係不存在を確定することによる子およびその関係者の受ける精神的苦痛および経済的不利益、改めて養子縁組をすることにより子の身分を取得する可能性、親子関係不存在確認請求訴訟を提起するに至った経緯と動機や目的、請求者以外に著しく不利益を受ける者の有無を総合して、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、当該請求は権利濫用に当たり許されないというべきであるとする。しかし、この事案においては、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ず、請求は権利濫用には当たらないという判断を示したものであった。この判決が考慮した事情としては、まず第1に、現在の時点で、事実上の両親の実子であることが否定されたとしても、実の親子ではないことをすでに中学生の頃から知っていたので、その精神的打撃が甚大であるとは認められないことである。次に、すでに事実上の両親は死亡しており、改めて養子縁組をすることはできず、その相続権は失うが、事実上の両親から大切に育てられ、結婚の際にも事実上の遺産分けを受けていたことが認められることである。それに対して、弟の方は家業を継ぐため大学進学を断念し、病弱の父に代わって家業を盛り立て続けてきたことと、兄弟の争いの直接の契機が家業の廃業に伴い、父の遺産である宅地を売却して負債を返済しようとしたところ、兄が同意しなかったことにあり、訴訟の主たる目的は兄の相続権を否定し、宅地の売却を容易にすることにあることが認められるとして、これらを総合的に考慮すれば、親子関係不存在確認請求が権利の濫用に当たるとまではいえないということである。

まだ数は少ないものの、平成18年7月7日最高裁判決の考え方に沿った判例が今後積み重なっていくものと思われる。そのような流れの中では、虚偽の出生届を養子縁組届に転換するべきか否かという議論は問題とならず、虚偽の出生届に基づく親子関係の創設という視点は考慮される余地はほぼないことになる。今後の判例の展開の中で、権利濫用論の精緻化は図られ、当事者間での紛争の合理的解決は進むものと思われる。しかし、親子関係

不存在確認請求が権利濫用に当たるとされた場合、虚偽の出生届に基づきいかなる親子関係が認められることになるのか、納得し難い状況だけが残されることになる。

4 学説の展開

(1) 初期の学説

すでに述べたように、明治民法施行前に「藁の上からの養子」に当たる慣行が定着していたことを考慮して、民法施行前の事案については虚偽の出生届をもって養子縁組の効力を認めるという大審院判決（判例2）があったものの、民法施行後の事案としては養子縁組について届出主義が採用されたことを重視して、虚偽の出生届に養子縁組としての効力を認めることを否定する立場が一般化されていった（判例6および8など）。学説もこのような判例の立場を容認し、第2次大戦前の学説の大勢は大審院昭和11年判決（判例6）の影響を受けて虚偽の出生届に養子縁組としての効力を認めることには否定的であった⁵⁷⁾。婚姻届出のない夫婦関係を内縁関係にとらえるのと同様に、事実上の親子関係にとどまるものとしてのみ理解されていた。

第2次大戦後においても、最高裁昭和25年判決（判例12）は従来からの大審院判決の立場を踏襲することを明らかにし、学説もこれを支持する立場がなお一般的であった。

(2) 虚偽の出生届の養子縁組届への転換を認める見解の登場

その後、虚偽の出生届を養子縁組届に転換することを認めるべきとする見解があらわれてきた。その中心的役割を果たしてきたのが中川善之助と我妻栄である。

中川善之助は、すでに第2次大戦終了前から、婚姻、離婚、養子縁組等の

57) たとえば、戒能通孝「判例批評」『判例民事法昭和11年度』（有斐閣、1937年）132事件、来栖三郎「判例批評」『判例民事法昭和13年度』（有斐閣、1939年）97事件など参照。

形成的身分行為一般の問題として、心素（身分的效果意思）と体素（身分的生活事実）と形式（届出の方式）の3つ要素が重要であることを指摘し、形式が欠ければ身分行為は不成立であり、形式だけあって心素や体素が欠けている身分行為は無効となることを強調し、不成立の身分行為については後に有効となる余地はないが、無効な身分行為は後に心素と体素を補完することによって有効な身分行為となるとの考えを示した⁵⁸⁾。虚偽の出生届に関しては、虚偽の出生届であっても立派に自己の子として育てること意思を有しており、事実として親子としての共同生活が継続して営まれており、虚偽の出生届が無効であると分かったならば、あらためて養子縁組届を提出したであろうという事実が推定される場合には、虚偽の嫡出子出生届に養子縁組の効力を認める可能性がある⁵⁹⁾と主張した⁵⁹⁾。このような中川善之助の見解にもかかわらず、第2次大戦前の学説の立場は前述のように、虚偽の出生届に養子縁組としての効力を認めることには否定的な立場が圧倒的であった。

このような状況が大きく変化したのは、最高裁昭和27年10月3日判決⁶⁰⁾の影響である。この判決は、虚偽の出生届のなされた子について戸籍上の親が代諾しておこなった養子縁組届の効力に関して、一種の無権代理行為と解して、民法166条等を類推適用し、子が15歳に達した後その養子縁組届を追認すれば、養子縁組届が有効となるという判断を示したものであった。この判決と最高裁昭和25年判決（判例12）との均衡が問題視されるようになり、これまでの判例の立場に対する批判が展開されるようになった。最高裁の判例の立場に従えば、いったん誰かの嫡出子として出生届を出した上で、戸籍上の親の代諾によって養子縁組届を出した場合には、養子となる者の追認によって養子縁組ははじめから有効とされる余地があるのに対して、同じように養子とするつもりで子を引き取り、いきなり嫡出子出生届を出した場合には、養子縁組としての効果は認められず、何らの親子関

58) 中川善之助「身分行為の無効」同『身分法の総則的課題』（岩波書店、1941年）194頁以下参照。

59) 中川善之助『親族相続判例総評3』（1940年）178頁。

60) 民集6巻9号753頁。

係の成立も認められないということになる。確かに理論上は異なる問題として処理されるという事情はあるが、同じように養子とする意思（親子関係を創設する意思）があり、「藁の上からの養子」という出発点として実体には差異はないのに、親となるべき者がいずれの手段を選ぶかということによってその結果が異なるということ是不合理ではないかということであった⁶¹⁾。

このような議論を呼ぶ大きなきっかけを作ったのが我妻栄である。我妻は、上記2つの最高裁判決を対比しながら、最高裁昭和25年判決（判例12）の立場を批判する。養子縁組の本体は、親子関係を設定する意思と親子としての共同生活の事実であることを強調する立場を基本として、養子縁組に必要な「心素」たる縁組の意思を縁組の「届出意思」と解すべきではなく、嫡出親子関係を設定する意思と解すべきであると強調して、身分行為意思について実質的意思説の立場を示しつつ、「縁組の意思表示に要求される要式は、嫡出実親子関係を示すもの、すなわち嫡出子としての届出でも十分だと解すべきものと思う。けだし、養親子関係は、法律的に言えば、嫡出実親子関係と主要な点でその内容を異にしない」と述べ、さらに「養親子関係よりもさらに大きい嫡出実親子関係を示す形式（嫡出子としての届出）が存在」するのであるから、大は小を兼ねるという論法を引きながら、無効行為転換の法理によって養子縁組の成立を認めるべきと主張した⁶²⁾。

上記のような点から、次第に、虚偽の出生届を養子縁組届へと転換することを認めるべきとする見解が多くなっていった。その根拠は要約すれば、以下のような点に集約される。第1に、民法上親子関係の成立について必ずしも血縁主義を採用しているわけではないことである。第2に、親族法上の

61) たとえば、深谷松男「虚偽の嫡出子出生届と養子縁組の効力」加藤一郎・米倉明編『民法の争点』（ジュリスト増刊、有斐閣、1978年）365頁参照。

62) 我妻栄「無効な縁組届出の追認と転換」同『民法研究VI-2』（有斐閣、1969年）210頁以下参照。初出は法学協会雑誌71巻1号18頁以下（1953年）。ただし、同じ方向を示すものであっても、中川善之助の身分行為に関する考え方とは一線を画している。

要式行為の目的は、意思表示によって示されたことを確実にし、これを戸籍によって公示することであり、届出行為を他の届出行為に転換することに支障はないことである。第3に、虚偽の出生届に認知届の効力を認めている最高裁判例⁶³⁾との対比においても、養子縁組届への転換を認めないとする理由がないことである。第4に、仮に、養子縁組への転換を認めた場合、離縁の必要が生じたときに技術的難点が生じるという批判があるが、そのときには当事者から養親子関係にあることと離縁原因が存在することを主張し、戸籍の訂正をおこなった上で離縁の記載をすることによって解決が図れるということである。

虚偽の出生届に対して養子縁組への転換を認めるべきとする積極的な見解は、立法時に予想していなかった現実の問題に対して、原則論の立場から出生届を無効とし、いっさいの親子関係を認めないことによって、自らの出生に何ら責任のない子に大きな不利益を強いる結果をおもんばかり、多少の無理は承知で、養子縁組としての効力を認めようというものである⁶⁴⁾。その意味では、理論的整合性よりも、結果的妥当性をより重視した見解である。

(3) 養子縁組への転換を否定する見解

虚偽の出生届を養子縁組に転換することを認めるべきとする積極的な見解に対して、従来までの最高裁判例の立場を支持し、養子縁組への転換に否定的な見解も有力であった。その主張は以下のように要約できる。

第1に、届出については、公示の目的以上に、実質的要件を欠く養子縁組の成立を防ぐという形式的審査の目的があり、これを無視することはできないということである。第2に、未成年養子の場合には、家庭裁判所の許可が必要であり、養子縁組への転換を認めることは、この要件を潜脱することを認める結果となってしまうことである⁶⁵⁾。第3に、仮に出生届出に届出

63) 最高裁昭和53年2月24日判決民集32巻1号110頁。

64) 國府剛「虚偽の嫡出子出生届と養子縁組の効力」『家族法の理論と実務』（別冊判例タイムズ8号、1980年）266頁参照。

65) 来栖三郎「判例批評」『判例民事法27巻』231頁（1951年）。

した者の縁組意思の存在を認めることができるとしても、夫婦のもう一方の当事者の縁組意思の存在が出生届出から直ちに明確になるわけではないことである。出生届出はあくまでも出生事実の報告的届出であり、養子縁組届出のような親子関係に関する創設的届出ではないから、これらを同視することはできないと主張する⁶⁶⁾。第4に、仮に養子縁組への転換を認めた場合、養子縁組の解消方法が問題となることである。虚偽の出生届を養子縁組に転換する場合の戸籍の訂正の方法が問題となるということである。第5に、養子縁組の成立の時期をいつとするかという問題である。第6に、現行民法における養子縁組の代諾の際の意思表示方法を考慮すると、真正な縁組意思を没却してしまうことになるということである⁶⁷⁾。本来、代諾権限を有する者の権限を無視することになるということである。第7に、養子縁組への転換を認め、戸籍上の記載を変更しない結果、近新婚などの身分関係に混乱を招くおそれがあり、公簿としての戸籍の信頼性を失わせる結果となることである。第8に、虚偽の出生届がおこなわれる風潮を助長する結果となり、真実に合致しない届出や戸籍の記載を増加させるおそれがあることである。

無効行為の転換を認めることについては、法解釈として無理があるという点から批判が強い。単なる事実行為にすぎない出生届出という行為を身分関係を成立させる行為である養子縁組届出と同視することは適切でないということである。

(4) 権利濫用禁止の法理による解決策

中川高男は、最高裁昭和50年判決(判例25)の評釈において、解釈論としては虚偽の出生届の養子縁組届への転換は無理であろうと述べながら、「自ら嫡出届をした戸籍上の父もしくはそれに同意またはその戸籍を承認してきた戸籍上の母や子の実父母等が、後になって嫡出届の無効主張を

66) 福島四郎「判例批評」関西大学法学論集 18 卷 5 号 415 頁 (1969 年)。

67) 青山尚史「判例批評」法律論叢 43 卷 1 号 145 頁 (1969 年)、前田正昭「判例批評」同志社法学 108 号 175 頁 (1968 年)。

するときは、裁判所は具体的事情のもとに権利濫用として拒否すべきである」旨を主張した⁶⁸⁾。虚偽の出生届の効力が具体的に問題となるのは、相続上の利害対立が生じたような場合であろうから、特に戸籍上の親からの親子関係不存在確認請求は、長年にわたる事実上の親子関係を覆滅させるような主張として信義則違反となるものであり、厳しく制限すべきである旨を主張している。以前から、信義誠実の原則や権利濫用禁止の原則、クリーン・ハンドの原則などの一般条項の適用による問題の解決も主張されていた⁶⁹⁾。現在においても、戸籍上の親からの親子関係不存在確認請求の訴えについては、子の信頼を裏切ったという意味で信義誠実の原則違反として拒否すべきという主張や、子の利益という観点から親からの請求を権利濫用として排斥すべきという主張は強く、一般条項による解決を肯定する見解は有力であるといえる⁷⁰⁾。前述のように、最高裁平成18年判決は、兄弟からの親子関係不存在確認請求ではあるが、権利濫用に当たるとした判断を示すに至っており、このような立場から戸籍上嫡出子と記載された子の事実上の保護を図る立場はますます有力となったといえる。

しかし、小野幸二は、権利濫用禁止法理の適用を認めながら、より厳格な要件が必要として、親子関係不存在確認請求をおこなうことが公序良俗違反となるような強度の反社会性を有する場合に限るべきであると指摘している⁷¹⁾。親子関係不存在確認請求自体は本来の実体的身分関係に戻すことを意図するものであり、その請求が否定されるためには強い反社会性が必要であると主張しており、権利濫用の判断の厳格さを求めている。

68) 中川高男「判例批評」判例時報783号152頁(判例評論199号22頁、1975年)。なお、梶村太市「判例批評」判例タイムズ978号122頁(1998年)は、一般の親子関係不存在確認請求と相続回復請求や遺産分割審判などの相続争訟に起因する親子関係不存在確認請求を区別し、後者における権利濫用禁止の法理の適用を肯定している。

69) 加藤永一「判例批評」法学17巻4号122頁(1953年)、谷口知平「虚偽出生届による戸籍の訂正と親子法改正について」『身分法の現在及び将来』(帝国判例法規出版、1958年)39頁。

70) 西口元「判例批評」判例タイムズ821号118頁(1993年)、二宮周平「判例批評」判例タイムズ1241号48頁(2007年)。

71) 小野幸二「判例批評」判例時報975号170頁(1980年)。

また、松倉耕作は、家族関係における真実主義の原則から、戸籍上の親からの親子関係不存在確認請求も原則として肯定されるとしながら、そのような親に対するサンクションとして、子からの損害賠償請求を認めることで、調整をはかるべきと述べている⁷²⁾。権利濫用を根拠とする親子関係不存在確認請求を否定し、損害賠償請求による子の不利益の救済を図るべきとしている。

(5) 事実上の親子関係の存在の尊重

水野紀子は、法律上の親子関係の成立によって個人の身分関係を安定させ、家庭の平和を保障することに意義があることを考慮して、無効行為の転換理論によって養子縁組を認容するという法解釈ではなく、実親子法の領域における法解釈を考えるべきとする。そして、戸籍上の親は自己の子として受け入れようという意思のもとに出生届を提出するのであるから、出生届の提出によって戸籍上の親が認知したと考えるべきではないかと主張している。認知の場合には単独行為であり、親の行為によって法律上の親子関係を成立させるものであり、当事者の行為の意味と構造に合致すると指摘している⁷³⁾。

実父の提出した虚偽の出生届について認知届の効力を認めている最高裁判例の見解⁷⁴⁾には対応しているとはいえるものの、現在の判例の立場によれば⁷⁵⁾、認知した親が後になって認知が事実と反するとして認知無効の訴えを提起した場合には、子の利益を守ることができなくなり、安定的な親子関係が創設されるわけではないという問題が残ることになる。ただし、水野は、真実とは異なることを知りながら認知した者が後になって認知の無効を主張することについて原告適格を有せず、その主張を否定する見解を示しており、認知によって子の身分関係が安定的に維持できることを前

72) 松倉耕作「判例批評」判例タイムズ965号76頁(1998年)。

73) 水野紀子「認知無効について(2)」法学64巻2号168頁(2000年)。

74) 最高裁昭和53年2月24日判決民集32巻1号110頁、家裁月報30巻8号39頁、判例時報883号25頁。

75) 最高裁平成26年1月14日判決判例時報2226号18頁。

提とした見解であり、その点に特徴があるといえる。

虚偽の出生届を養子縁組届に転換することが、基本的に判例によって否定されている現状を前提としながら、他の手段によって子の保護を図ろうとする見解もある。床谷文雄は、離縁事由に相当する事情がある場合に限り親子関係を否定することを認めるべきとして、子自身が親子関係の存続を希望する場合には親子関係不存在確認請求を認めないという手法を主張する⁷⁶⁾。深谷松男は、事実上の親子関係の保護を充実させることによって子の保護を図ることも可能であるとして、相続に関する問題については、寄与分、扶養、家業承継などの観点から子の救済を図るべきとする⁷⁷⁾。また、事実上の親子関係を当事者の一方が正当事由なく一方的に解消した場合には、不当破棄による損害賠償を認めるということで、他方の救済を図るべきとする見解もある⁷⁸⁾。ただし、これらの見解に対しては、虚偽の出生届の場合に限られるものではなく、出生届を提出するという「藁の上の養子」という慣行が求められてきた意味を考慮していないと批判されている⁷⁹⁾。

5 おわりに

最高裁平成18年7月7日判決は、虚偽の出生届をもって養子縁組届へ転換するという無効行為の転換理論を否定するという従来からの最高裁判例の立場を維持しながら、権利濫用禁止の法理論によって、自らには責任がない事情により真実の血縁関係とは異なる戸籍上の親子関係にある子の立場の保護を図ろうとしたものと評価できる。しかし、権利濫用として親子関係不存在確認請求が否定されるために、子の精神的苦痛や経済的不利益に

76) 高橋朋子・床谷文雄・棚村政行『民法7親族・相続(第4版)』(有斐閣、2014年) 166頁〔床谷〕

77) 深谷松男「身分行為に関する二、三の考察」金沢法学19巻1・2号76頁(1976年)。

78) 久貴忠彦「未認知の非嫡出子と事実上の養子」太田武男編『現代の親子問題』(有斐閣、1975年)105頁、松倉耕作『血縁訴訟論』(一粒社、1995年)213頁。

79) 中川善之助・山嶋正男編『新版注釈民法(24)』(有斐閣、1994年)279頁〔山嶋正男〕。

対する考慮の必要性と親子関係不存在確認請求を提起した動機や目的を検討する必要性を指摘しているものの、具体的にいかなる要件が必要であるのかについては明白であるとはいいがたい。平成18年判決の事案のように、50年を超える長期間に及ぶ親子としての生活実体が必要であるとすれば、権利濫用禁止の法理の射程となる救済範囲は狭められることになり、肯定的評価は低くならざるをえないことは確かである⁸⁰⁾。

虚偽の出生届が提出される場合としては、藁の上の養子のような場合だけでなく、子の取り違いによる場合などもあり、子自身が選びようのない事情の中で、血縁のつながりを前提とする親子関係と事実としての親子関係とのずれが生じていることをどのようにとらえるべきかという問題の解決が決して容易なものではないことを虚偽の出生届から派生するさまざまな問題に関する議論が示している。一方で法的親子関係の存否を血縁関係の存否によって確定せざるをえないとする社会的要請があり、他方で自分自身に責任がない事情により血縁とは関係のない親子関係を余儀なくされた者を保護すべきとする社会的要請がある。この二つの要請をどのように調整すべきかが問題となるが、それに対する一つの答えが本稿で取り上げた最高裁平成18年7月7日判決で示された「権利濫用禁止の法理」の活用であったといえる。しかし、それが決定的な解決方法であるとはいえないことは明らかである。親子関係の不存在確認請求が権利濫用であるとして排斥されたとしても、長年親子として暮らしてきた親子生活の実態は、本来の親子関係とは別の事実上の親子関係にほかならない。そして、子は永遠に不安定な法的立場に置かれることとなる。

法的な親子関係確定のあり方は本稿のような問題で問われているだけではない。非夫婦間の人工授精や体外受精の可能性が広がることにより、親子関係の確定のあり方が問われている。血縁関係の存在を強調すれば、夫婦間の体外受精による胚を移植して別の女性が出産した子は代理出産を依頼した夫婦間の子として認められるべきこととなる。しかし、言うまでも

80) 大坂賢志「親子関係不存在確認請求と権利濫用法理 (2・完)」早稲田大学法研論集 132号66頁(2009年)。

なくそのような代理出産子を依頼者夫婦の子として認めることは否定されている⁸¹⁾。それに対して、他の女性の卵子と夫の精子を用いた体外受精による胚を妻に移植し、妻が出産した場合には、生まれた子は妻との血縁関係は存在しないにもかかわらず、妻が出産したという事実に基づいて妻の子となり、嫡出推定により夫の子となる。

妻が婚姻中に出産した子は夫の子と推定されるが、妻が婚姻中に夫以外の男性との間の子を出産した場合でも、判例によれば客観的に夫婦間の生活関係が認められないことが外観上明白な場合のみ嫡出推定規定の排除を認めているにすぎず⁸²⁾、血縁関係が存在しない親子関係が法的に確定することがあることも明らかである。また、性同一性障害者であり、性転換手術を受けて、性同一性障害者の性別に関する取扱いの特例に関する法律の規定に基づき、性別の取り扱いの変更の審判を受け、女性と婚姻した後、非配偶者間人工授精により妻が出産した子を嫡出推定規定により性転換した夫の子として認める判決がある⁸³⁾。婚姻中に妻が出産した子と夫との間の親子関係がDNA鑑定によって否定される場合であっても、嫡出推定規定は覆されず、血縁関係とは異なる親子関係が確定することになる⁸⁴⁾。

このように、現在、法的な親子関係の確定をどのような基準でとらえていくべきかがさまざまな場面で問われているように思われる。一方で、生殖補助医療のあり方との関係で父子関係や母子関係のあり方が議論されており、他方で、嫡出推定規定のあり方に疑問が投げかけられている。親子をどのような視点でとらえるべきかという問題について、画一的な解答が望めない状況になっているのではないと思われる。血縁関係の存在、事実としての生活関係、親として子を育てようとする親の意思など、親と子を親子たらしめている要素は一つではないといえる状況の中で、法的な親子関係の確定の方法を考えていく必要があると考えている。本稿は、その

81) 最高裁平成 19 年 3 月 23 日判決民集 61 卷 2 号 619 頁。

82) たとえば、最高裁昭和 44 年 5 月 29 日判決民集 23 卷 6 号 1064 頁など。推定の及ばない子に関する外観説の立場である。

83) 最高裁平成 25 年 12 月 10 日判決判例時報 1593 号 4 頁。

84) 最高裁平成 26 年 7 月 17 日判決最高裁 HP 最新判決参照。

ような問題の一つとして、虚偽の出生届による親子関係の存否に関する問題について、判例および学説の展開を検討したものであり、今後さらに他の問題を取り上げながら検討していきたいと考えている。