

判例研究

DNA 鑑定による血縁関係否定と親子関係不存在確認

——最(一小)判平成 26 年 7 月 17 日(民集 68 卷 6 号 547 頁)

田中 宏

I	判決要旨	158
II	参照条文	158
III	事案の概要	158
IV	主たる争点	158
V	下級審の判断	159
1	第 1 審 旭川家裁平成 23 年 12 月 12 日判決	159
2	控訴審 札幌高裁平成 24 年 3 月 29 日判決	159
VI	本判決 最高裁平成 26 年 7 月 17 日第一小法廷判決	160
VII	検討	161
1	現行法制	161
2	推定の及ばない子	161
3	推定の及ばない嫡出子の範囲	162
4	本件の問題点——DNA 鑑定の位置づけ	165
5	消極寄りの意見	165
6	積極寄りの意見	167
7	私見	169

I 判決要旨

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、親子関係不存在確認の訴えをもって父子関係の存否を争うことはできない。

II 参照条文

民法772条、民法775条、人事訴訟法2条2号

III 事案の概要

- (1) Y男とA女は、平成11年、婚姻の届出をした。
- (2) A女は、平成20年頃からB男と交際を始め、性的関係を持つようになった。しかし、Y男とA女は同居を続け、夫婦の実態が失われることはなかった。
- (3) A女は、平成21年、妊娠したことを知ったが、その子が乙との間の子であると思っていたことから、妊娠したことを上告人に言わず、Y男に黙って病院に行き、同年、Xを出産した。
- (4) Y男は、入院中の甲を探し出し、A女に対してXが誰の子であるかを尋ねたところ、甲は、「2、3回しか会ったことのない男の人」などと答えたが、Y男は、XをY男とA女の長女とする出生届を提出し、その後、Xを自らの子として監護養育した。
- (5) Y男とA女は、平成22年、Xの親権者をA女と定めて協議離婚をした。
A女とXは、現在、B男と共に生活している。
- (6) A女は、平成23年6月、Xの法定代理人として、本件訴えを提起した。
- (7) X側で私的に行ったDNA検査の結果によれば、B男がXの生物学上の父である確率は99.999998%であるとされている。

IV 主たる争点

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

V 下級審の判断

1 第1審 旭川家裁平成23年12月12日判決 (LEX/DB 25504637)

「Xは、Y男とA女が婚姻中に懐胎した子であり、しかも、その当時Y男とA女は同居しており、夫婦としての実体が失われていたというような事情はうかがわれない。」という事実を認定しつつ、「もっとも、A女が、Xを懐胎した当時、Y男とA女との間には妊娠に至るような性交渉がなく、XがY男の子である可能性が低いこと、そのため、A女はXがY男の子でないと確信し、Y男もXが自分の子であるか疑っていたこと、他方でA女が交際していたBがXの父である可能性が極めて高いこと(Y男は、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、XとY男との間には、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、Y男とA女は既に離婚しており、現在、X、A女及びBと一緒に生活しているのであるから、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、Xの請求を認容した。

2 控訴審 札幌高裁平成24年3月29日判決 (LEX/DB 25504698)

最(一小)判昭44年5月29日第一小法廷判決(民集23巻6号1064頁)の、民法772条の嫡出推定が排除される要件について、「妻が子を懐胎すべき時期に、夫婦が事実上の離婚をして別居状態にあり、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でない限り、嫡出推定は排除されないものであると解すべきである」とのY男の主張に対し「上記最高裁判例が、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る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。」と説示した上で、「これを本件についてみると、前示のとおり、DNA鑑定によりB男がX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、Y男とX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、A女とB男は既に離婚して別居しており、Xは親権者であるA女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。」

として原審判断を維持し、Y男の控訴を棄却した。

Y男から上告受理の申立て。

VI 本判決 最高裁平成26年7月17日第一小法廷判決 (LEX/DB 25446515)

「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(最高裁昭和54年(オ)第1331号同55年3月27日第一小法廷判決・裁判集民事129号353頁、最高裁平成8年(オ)第380号同12年3月14日第三小法廷判決・裁判集民事197号375頁参照)。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、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

うことができるから、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（最高裁昭和 43 年（オ）第 1184 号同 44 年 5 月 29 日第一小法廷判決・民集 23 卷 6 号 1064 頁、最高裁平成 7 年（オ）第 2178 号同 10 年 8 月 31 日第二小法廷判決・裁判集民事 189 号 497 頁、前掲最高裁平成 12 年 3 月 14 日第三小法廷判決参照。）

としつつ、「本件においては、甲が被上告人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、DNA 鑑定の結果を考慮しないこととして、原判決を破棄、第 1 審判決を取消し、本件訴えを却下した。

Ⅶ 検討

1 現行法制

民法は、妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定し（772 条 1 項）、婚姻成立の日から 200 日経過後又は婚姻解消若しくは取消しの日から 300 日以内に生まれた子は婚姻中に懐胎したものと推定する（同条 2 項）と定めている。これらの規定は、あくまで推定（法律上の事実推定）規定であって、みなし規定ではないので、夫の子ではないという事実によって覆すことができるが、覆すルートは限定されており、①夫だけが（主体限定）、②子の出生を知った時から 1 年以内に（期間限定）③嫡出否認の訴えによってのみ（手段限定）覆すことができる（774 条、775 条、777 条）。このような嫡出推定と否認の制度が設けられている理由としては、法律上の父子関係の早期安定による子の福祉、家庭の平和などがあげられている。

2 推定の及ばない子

もっとも、形式的には 772 条の推定要件を充たしていても、客観的には夫の子ではあり得ない子が存在しうる。例えば、子が懐胎した当時、夫が在監中だった場合等、妻が夫によって懐胎することが不可能な事実のあった場合である。そもそも嫡出子が夫の子と推定されるのは、妻が夫としか肉体関係を結ばないという法律上の義務に基づいた推定があるからであるゆえに、夫と肉体関係を結ぶことが不可能又は著しく困難な事情のある場合には、子が夫の子であると嫡出推定は働かない。このような場合を「推定の及ばない子」とか「推定を受けない嫡出子」という概念で説明する（ここでは「推定の及ばない子」と表現を統一する。）。この場合は、夫からの嫡出否認の訴

えによることなく、親子関係不存在確認の訴えにより、いつでも誰でも父子関係を否定することができる。これは後に検討する判例(最(一)小判昭44.5.29)等に現れている。

3 推定の及ばない嫡出子の範囲

(1) 学説の状況

「推定の及ばない子」を認めるとして、問題は、どのような場合に、推定が及ばないと認めるかである。学説は概ね次のように分類することができる。

① 外観説⁽¹⁾

懐胎期間中に夫との性行為がなかったことが、同棲の欠如(具体的には事実上の離婚、夫の出征、収監など)によって外観上明白である場合に限り、嫡出推定は及ばないとする見解。

② 血縁説⁽²⁾

血液型、遺伝子や生殖能力を調査した上で、科学的・客観的にみて夫の子ではありえない場合にも嫡出推定は及ばないとする見解。

③ 家庭破綻説⁽³⁾

父母の離婚や別居など、法律上の父母の家庭の平和が崩壊している場合に嫡出推定は及ばないとする見解。

④ 合意説⁽⁴⁾

家庭の平和・父子関係の早期確定という利益を受ける子・妻・夫の三者の合意があれば、血縁上の父子関係の存否の確認を求めることができるとする見解。

(2) 判例

判例は、一貫して外観説を採用している。

① 最(一)小判昭44.5.29(民集23-6-1064 LEX/DB 27000814)

被上告人らの母西海百合江は、昭和21年訴外伊藤重雄と結婚したが、同24年4月頃伊藤と事実上の離婚をして別居し、爾来同人とは全く交渉を絶ち、26年10月2日正式に離婚したのであるが、それに先だつ同25年9月頃から同39年3月頃までの間上告人と肉体関係を持続し、その間同27年3月28日被上告人西海光子を、同31年1月31日被上告人西海正典を各分娩し、同人らを自己の嫡出でない子として出生届をし

(1) 我妻栄・親族法・221頁。

(2) 中川善之助・新訂相続法364頁。

(3) 松倉耕作「嫡出性の推定と避妊」(法律時報45巻14号130頁)。

(4) 福永有利「嫡出推定と父子関係不存在確認」(別冊判タ8号(1980)・240頁)。

たというのである。

右事実関係のもとにおいては、被上告人光子は母百合江と伊藤重雄との婚姻解消の日から 300 日以内に出生した子であるけれども、百合江と重雄間の夫婦関係は、右離婚の届出に先だち約 2 年半以前から事実上の離婚をして爾来夫婦の実態は失われ、たんに離婚の届出がおくれているにとどまるというのであるから、被上告人光子は実質的には民法 772 条の推定を受けない嫡出子というべく、同被上告人は伊藤重雄からの嫡出否認を待つまでもなく、上告人に対して認知の請求ができる旨の原審の判断は正当として是認できる。

② 最（一）小判昭 44.9.4（集民 96-485 LEX/DB 27451605）

被上告人の母木山花子は、昭和 33 年 7 月 18 日訴外石田源吉と婚姻し、2 人の子まで設けたが、家庭不和のため昭和 37 年 9 月頃石田と事実上の協議離婚をして同棲を解消し、爾来同人とは全く交渉を絶ち、同年 10 月 18 日には「協議書」なる協議離婚の書面を作成交換したのに、たまたまその届出手続がおくれ、昭和 39 年 7 月 4 日にいたってようやく正式の離婚届をするに至ったのであるが、それに先だつ同 38 年 10 月頃上告人と肉体関係を結ぶようになり、以来右花子が被上告人を分娩する同 39 年 11 月 17 日の 1 ヶ月位前まで肉体関係を継続し、その間に上告人の子である被上告人を懐胎したというのである。

右事実関係のもとにおいては被上告人は母花子と石田源吉との婚姻解消の日から 300 日以内に出生した子であるけれども、花子と源吉間の夫婦関係は、右離婚の届出に先だち約二年以前から事実上の協議離婚をして爾来夫婦の実態は失われ、たんに離婚の届出がおくれているにとどまるというのであるから、被上告人は実質的には民法 772 条の推定を受けない嫡出子というべく、被上告人は石田源吉からの嫡出否認を待つまでもなく、上告人に対して認知の請求ができる旨の原審の判断は正当として是認できる（当裁判所昭和 43 年（オ）第 1184 号、昭和 44 年 5 月 29 日第一小法廷判決参照）。

③ 最（二）小判平 10.8.31（家裁月報 51-4-75 LEX/DB 28032540）

妊娠週数が 24 週以上 28 週未満の分娩は、現在では早産と扱われているが、上告人出生当時は流産と扱われていた。ちなみに、昭和 53 年及び同 54 年の各人口動態統計によれば、妊娠週数 24 週以上 28 週未満の分娩による出生数の総出生数に対する構成割合は、いずれの年においても 0.1 パーセント程度にすぎない。仮に、B 女が、A 男が帰還した昭和 21 年 5 月 28 日に同人と性的関係を持ち、上告人を懐胎したとすると、B 女は妊娠週数にして最長でも 26 週目に上告人を分娩したことになる。

右の事実によれば、A 男は、応召した昭和 18 年 10 月 13 日から名古屋港に帰還し

た昭和21年5月28日の前日までの間、B女と性的関係を持つ機会がなかったことが明らかである。そして、右の事実のほか、昭和21年当時における我が国の医療水準を考慮すると、当時、妊娠週数26週目に出生した子が生存する可能性は極めて低かったものと判断される。そうすると、B女が上告人を懐胎したのは昭和21年5月28日より前であると推認すべきところ、当時、A男は出征してまだ帰還していなかったのであるから、B女がA男の子を懐胎することが不可能であったことは、明らかというべきである。

したがって、上告人は実質的には民法772条の推定を受けない嫡出子であり、A男の養子である被上告人が亡A男と上告人との間の父子関係の存否を争うことが権利の濫用に当たると認められるような特段の事情の存しない本件においては、被上告人は、親子関係不存在確認の訴えをもって、亡A男と上告人との間の父子関係の存否を争うことができるものと解するのが相当である。

④ 最（三）小判平12.3.14（家裁月報52-9-85 LEX/DB 28050541）

民法772条により嫡出の推定を受ける子につき夫がその嫡出であることを否認するためには、専ら嫡出否認の訴えによるべきものとし、かつ、右訴えにつき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十分な合理性を有するものといえる（最高裁昭和54年（オ）第1331号同55年3月27日第一小法廷判決・裁判集民事129号353頁参照）。そして、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得る期間の経過後に、親子関係不存在確認の訴えをもって夫と子との間の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。

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、妻が右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、右子は実質的には民法772条の推定を受けない嫡出子に当たるといえるから、同法七七四条以下の規定にかかわらず、夫は右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（最高裁昭和43年（オ）第1184号同44年5月29日第一小法廷判決・民集23巻6号1064頁、最高裁平成7年（オ）第2178号同10年8月31日第二小法廷判決・裁判集民事189号497頁参照）。しかしながら、本件においては、右のような事情は認められず、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。

4 本件の問題点——DNA 鑑定の位置づけ

本件では、極めて精度の高い DNA 鑑定により、生物学上の父子関係がないという鑑定がなされているという事実があるため、外観説の射程外として扱われるのが問題となった。しかし、最高裁は、「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」でない限り、「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、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。」として、外観説の射程の範囲内であることを説示し、血縁上と法律上の父子関係の食い違いについては「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。」として、例外的に許容できる領域を含めて外観説の立場を維持するものとした。

外観説の枠組みは、現在のような精度の高い DNA 鑑定の技術が開発される前に立てられたものであるから、判断基準は「血縁関係の有無」という、生物学的手法によるものではなく、「事実上の離婚」という社会的実態に依拠せざるをえなかった。

問題は、技術の発達によって、端的に生物学的に（同居の有無に関わらず）血縁関係を極めて高い精度で判断することができる技術が開発された現在においても、なお、従前の「生物学的手法による判断が未だ不可能であった時代の」枠組みが維持されなければならないかであるが、多数意見はこれを是とした。以下、判例に付された DNA 鑑定の結果考慮に対する - 消極寄りの意見（櫻井裁判官、山浦裁判官）と積極寄りの意見（白木裁判官、金築裁判官）を検討することとする。

5 消極寄りの意見

(1) 櫻井裁判官の補足意見

櫻井裁判官は、「近年における DNA 検査技術の進歩はめざましく、安価に、身体に対する侵襲を伴うこともなく、ほぼ 100% の確率で生物学上の親子関係を肯定し、又は否定することができるようになったことは、公知の事実である。」と、DNA 鑑定が

もつ機能は承認しつつも、嫡出推定を覆すルートを制限し、父子関係を早期に確定させる現行の法的枠組みについて「現段階でもその重要性が失われておらず、血縁関係のない父子関係であっても、これを法律上の父子関係として覆さないこととすることに一定の意義がある」と説示される。そして、これまで判例が採用してきた外観説からはみ出る場合について、問題なしとはしないとしつつ（特に、子が成長した後、自らの判断で自己の出自を知りたいと願い、あるいは生物学上の父との間での法律上の関係の設定を望んだ場合に、それを実現させる方法がないということ为例示される）も、これに応じて生物学上の親子関係を重視していくことは、「民法772条の文理からの乖離にとどまらず、嫡出否認の訴え、再婚禁止期間、父を定めることを目的とする訴え等の規定が存在することとの関係をどのように調整するのかという問題に行き当たることになり、解釈論の限界を踏み超えているのではないかと思われる。」とされ、立法政策の問題として検討されるべきであるとされる。

(2) 山浦裁判官の補足意見

山浦裁判官は、現行法制の嫡出推定・否認の例外として認められる外観説を前提とする親子関係不存在確認の訴えについて、「外観上の事情が認められる場合に限って例外的に認められるものであって、訴訟の場においては、上記の外観上の事情の存在が認められた場合に初めて血液検査やDNA検査などによる生物学上の父子関係の存否に関する事実の立証の段階に進むことになる（上記の外観上の事情が認められない場合には、親子関係不存在確認に係る訴えは、その段階で却下されることになるのであり、血液検査やDNA検査の結果が証拠として提出されていても意味を持たないことになる。）」とされ、生物学的検査の結果等については、あくまで外観上の事情が認められる場合に初めて持ち出されるものであって、外観上の事情がない場合に、先行してDNA検査等の結果が考慮されることはないとされる。

そのうえで、DNA検査等の結果生物学上の父子関係の不存在が明らかである場合（「第1要素」とする。）には親子関係不存在確認訴訟の提起を認めるという考え方に対しては、櫻井裁判官と同様、「民法772条の文理やこれまでの累次の当審判例に整合しない」とされ、また、第1要素に加えて、法律上の父との家庭の破綻により子の出生の秘密が露わになっている場合（「第2要素」とする。）、さらには、生物学上の父との新しい家庭が形成されていること又は生物学上の父との間で法律上の親子関係を確保できる状況にある場合（「第3要素」とする。）に、親子関係不存在確認訴訟が認められるとする考え方については、訴訟手続上の問題があると指摘される。すなわち第2、第3要素の有無が判決の基礎となる判断基準時は、親子関係不存在確認訴訟の口頭弁

論終結時となる。すると、訴訟の中で第1要素が呈示されたが、口頭弁論終結時に第2要件、第3要件が認められなかった場合には、親子関係不存在確認請求は認められず、それでいて「血縁上の親子関係はない」という情報だけが宙ぶらりんの形で残ってしまうことになることを批判される（かといって「生物学上確実な事実が判明した以上は仕方がない」という姿勢をとるならば、DNA検査の結果だけが法廷を支配することになるであろう」とされる）。

また、第2要素、第3要素について、口頭弁論終結時の存否が結論を左右することから、自己に有利（親子関係不存在の方向で）な結論を導くために、ことさらに家庭崩壊を導いて第2要素を作り出そうとしたりすることが懸念されたり、第3要素については、「生物学上の父との新しい家庭の形成や親子関係の確保」という、ある意味移ろいやすい要素が掲げられていることから、DNA検査の結果に配慮しようとするあまり、子の身分関係を不安定にするなどの問題があるとされる。

また本件の場合、子が生後23歳であることから、「年齢的にみて子の意思を確認することができない段階で、これまで父としての自覚と責任感に基づいて子を育ててきた上告人の意思を無視して、DNA検査の結果に基づき、子の将来を決めてしまうことには躊躇を覚える。とりわけ、法律上の父と母との間においてまだ離婚ないしは婚姻破綻の経緯にまつわる感情的な対立が続いている状態で、子の意思を確認することもなく、その父子関係を決めるのは適切ではない。」「子が、十分に成長して適切な判断力を備えて自己決定権を行使できるようになった後に、自ら父子関係を訴訟において争う機会を設けるということも考えられるが、これは解釈の枠を超えた立法論というべきであろう。」とされ、DNA検査そのものについても、その偏重が「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もなりかねない。このような重要な事項について法解釈で対応できないような新たな規範を作るのであれば、国民の中で十分議論をした上で立法をするほかはない。」とされる。

6 積極寄りの意見

(1) 金築裁判官の反対意見

金築裁判官の反対意見は、「科学的証拠により生物学上の父子関係が否定された場合は、それだけで親子関係不存在確認の訴えを認めてよいとするものではなく、本件のように、夫婦関係が破綻して子の出生の秘密が露わになっており（山浦裁判官の補足意見における「第2要素」、かつ、生物学上の父との間で法律上の親子関係を確保でき

る状況にあるという要件を満たす場合（同じく「第3要素」）に、これを認めようとするものである。「形式的には嫡出推定が及ぶ場合について、実質的な観点を導入することにより、嫡出否認制度の例外を認めるという点では、外観説と異なるものではない。」とあるように、無条件で血縁説に立つものでなく、外観説の射程範囲を「第2要素」「第3要素」という形で明確化しようとするものである。

たとえば、「夫婦関係の破綻による子の出生の秘密の暴露」については、子の出生の秘密はあくまで夫婦関係の破綻の結果として暴露された（つまり元の鞘に収まる可能性がない状態で暴露された）ものであることを要するのであろうし、「生物学上の父との間で法律上の親子関係を確保できる状況にある」とは、DNA鑑定の結果「父子関係は否定したが、父親は誰かは不明」という状況での例外的取扱は認めない、ということであろう。

また、本件の場合、不倫関係に及んでいた母親が子の法定代理人として訴えを提起していることから、事件のスワリという点でどうかという疑問もあるが、この点については子に特別代理人を選任して子の利益を守ることが適当であり、訴え提起自体を封じ込めてしまうのは妥当ではないとされている。

(2) 白木裁判官の反対意見

白木裁判官の反対意見は、金築裁判官の反対意見に依拠するものであり、外観説の存在自体が「民法の規定する制度がもはや本来の姿のままでは維持できない事態に至っていることを意味するというべきであろう。」と説示した上で、DNA検査については、技術の向上の結果、「父子間の血縁の存否がほとんど誤りなく明らかにできるようになったが、そのようなことは、民法制定当時にはおよそ想定できなかったところであって、父子間の血縁の存否を明らかにし、それを戸籍の上にも反映させたいと願う人情はますます高まりをみせてきているといえよう。」と評価される。そして「民法の規定する嫡出推定の制度ないし仕組みと、真実の父子の血縁関係を戸籍にも反映させたいと願う人情とを適切に調和させる」ことを実現する手段として、立法的な手当に待つことが望ましいことはいうまでもないが、日々生起する新たな事態に対処するためには、さしあたって個々の事案ごとに適切妥当な解決策を見出していくことの必要性も否定できないところであり、本件においては、夫婦関係が破綻して子の出生の秘密が露わになっており、かつ、血縁関係のある父との間で法律上の親子関係を確保できる状況にあるという点を重視して、子からする親子関係不存在確認の訴えを認めるのが相当であるとされる。

7 私見

現行法制が、血縁関係の有無をほぼ100%の確度で判定できる技術のない時代に作られたものであることは明らかである。そうなると、第一の根源的な問題は「血縁関係を、親子関係判断の主要素とするか」ということになる。仮にこれを是とするのであれば、現行法制は、「本来血縁によって結論を導くべきところ、そのような技術がなかったため、妥協的な枠組みを作った不備のある制度」ということになり、現行法制の不備に「親子関係」という極めて人の根幹に関わる問題を「つきあわせる」という本末転倒な事態となる。そうだとすれば、白木裁判官の反対意見にあるように、立法的手当を漫然と待つのではなく、可能な限り、これを結論に反映させる解釈論（というより、外観説の要件の見直し）が図られるべきであろう。この点に関し、本判決は「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。」と説示しているが、既に述べたように、現行法制は血縁関係を判定できる手法のない時代に作られたものにすぎず、容認といっても容認「せざるを無かった」ものであって、その法的枠組みは決定的な要因とはならない。

これに対し、親子関係を血縁関係のみで判断するという考え方をそもそもとらないという前提であれば、現行法制の枠組み自体には不備はなく、あとは外観説の要素を技術革新に応じて広げるのか（あるいは広げないのか）という問題となる（なおこの点に関して、養子制度の存在を、親子関係を血縁関係とリンクさせる必要はないことの証左とすることは、そもそも親子の意思によって血縁関係がないことを承知の上で親子関係を創設する養子制度と、そのような意思の働かないところで予期に反して親子とされてしまっている場合とを同列に考えるものであり、説得的ではないと思う）。

むろん、血縁の有無だけでドライに割り切ってしまう、親子関係不存在確認の訴えを無制限に認めることには弊害があることは、本判決の多数意見（補足意見も含む）に傾聴すべきところがあるが、少なくとも現実の生活状況と乖離した法的親子関係を解消することができないのは、子の福祉という観点からも妥当でない場合があるし、男性を父親の地位から解放できない（本件の場合は法律上の父親が真実を知ってもなお父子関係の解消を望まないというやや特殊なケースではあるが）という問題があることは直視しなければならないと考える。いずれにせよ、DNA検査という確度の極めて高い血縁関係の鑑定方法が現に存在する以上、それを受け入れるにせよ、入れないにせよ、その手法の存在を前提とした制度の見直しが急務であることは否定できないだろう。

*本判決の評釈:村重慶一/戸籍時報・716号)、木村敦子/法律のひろば67巻12号62頁、同/民法判例百選Ⅲ・56頁([27]事件)、窪田充見/ジュリスト・1471号66頁、飛澤知行/ジュリスト・1474号112頁、水野紀子/法学教室・411号、本件の上告代理人による評釈として、小林史人/法セミ・721号15頁。また、脱稿後に近藤ルミ子「親子関係不存在確認をめぐる実務上の問題点」(戸籍時報・725号)に接した。