

実親子関係確定における真実主義の限界

羽 生 香 織[※]

- I 序
- II 真実主義の普遍的限界
- III 真実主義の内在的限界
- IV 真実主義の外在的限界
- V 真実主義の潜在的限界
- VI 結

I 序

1 本稿の目的と対象¹⁾

実親子関係には二つの対立的な考え方がある。一方は、生物学的親子関係や生物学的真実と呼ばれる血縁を重視した捉え方である。他方は、社会学的親子関係や社会学的真実と呼ばれる生活実体を重視した捉え方である。そして法律が承認した親子関係である法律上の親子関係は、生物学上の親子関係と社会学上の親子関係とが複雑に重なり合って構成されている。

実親子関係はその本質に血縁上の真実が存在することは否めない。しかし、法律上の親子関係は血縁上の真実のみに基づいて成立しているのではない。親子関係の確定法理は、母子関係を前提として父子関係を推定する仕組みとなっている。父母が婚姻関係にあれば母の夫が父である蓋然性が高く、婚姻に基づく父性推定が働く。父母が婚姻関係になれば父の認知という要式行為により間接的に父性を推定する。つまり、法律上の親子関係はその核心に血縁上の真実を含有しつつ、父子関係の立証困難性から他の要素（婚姻、意思、生活実体等）により補完され、それらと結び付いて成立していると考えられる。従って、法律上の親子関係

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第7巻第3号2008年11月 ISSN 1347 - 0388

※ 一橋大学大学院法学研究科附属日本法国際研究教育センター非常勤研究員、一橋大学法学研究科博士後期課程修了（2008年博士（法学）取得）

1) 本稿では、実親子関係の中でも人為的な生殖技術が介在しない男女の結合による自然生殖に基づく親子関係に対象を限定する。

とは、血縁上の真実を有するであろう親子関係を確定し家族を形成するシステムである、と同時に、子の扶養義務を負う者を確定させるシステムであると考え。だからこそ、血縁上の真実の解明が可能となった現代において、それが法律上の親子関係を決するというのはあまりにも条件反射的である。故に、実親子関係の本質に存在する血縁上の真実解明を指向する立場である真実主義は限界を有する。

真実主義が対象とする血縁上の真実は生物学的つながりと遺伝学的つながりという二つの概念を含んでいる。一つに、生物学的つながりとは子と親との間に推定される血縁であり、血縁上の真実解明が技術上不可能であった時代に考察された要素である²⁾。一つに、遺伝学的つながりとは子と親との間の自然血縁そのものであり、血縁上の真実解明が可能となった現代において新たに検討された要素である。血縁上の真実を、推定を用いて間接的に解明する生物学的つながりと、親子鑑定を用いて直接的かつ確定的に解明する遺伝学的つながりとは区別して論じられなければならない。しかしながら、例えば「真実の親子関係」と表記される場合、しばしば生物学的つながりと遺伝学的つながりは混同されている³⁾。

これら二つの概念を意識的に区別しながら真実主義との関係性を構築したのがフランス親子関係法であると考え。フランス親子関係法は、血縁上の真実に対して、親子の情愛に基づいて血縁上の真実を推定する社会感情的つながりを法律上の親子関係の要素の一つとして位置付けた。そして、身分占有という、一定期間親子として形成された生活実体を親子関係の証明方法として認めるフランス法独自の法制度を確立したのである。身分占有は真実主義との関係性構築においてその許容範囲と密接に関連する。

そこで、真実主義の限界を画定する根拠の一つとして、フランス身分占有を検討する。なぜならば、親子として営まれた生活事実に一定の役割を持たせることは真実主義との新たな関係性構築が期待される今後のわが国の議論にとって有益

2) 生物学的つながりは、男女が性的結合を有した事実に基づいて産みの親への血縁上の真実を推定する。但し、女性が複数男性と性的関係を有していた場合、推定される血縁上の真実の蓋然性は疑わしくなる。

3) 血縁上の真実を直接的かつ確定的に解明できるようになった現代では、むしろ、血縁上の真実とは遺伝学的真実主義に基づいて観念されていると解し得る。

であると考えるからである。現在、わが国では現行の親子関係の確定法理の再検討や新たな確定法理の提言がなされている。一番の課題は、わが国の親子関係法が家族概念の多様化や真実主義といかなる関係性を構築していくかにある。特に、真実主義は従来の親子関係の確定法理を根底から覆し得る危険性を秘めている。だからこそ、科学の進歩を無防備に受け入れてきたわが国の親子関係法は改めて真実主義と向き合う必要がある。

2 本稿の構成

本稿では、フランス法が真実主義といかなる関係性を構築してきたか、構築された真実主義の限界において生活実体そのものを評価する身分占有がいかなる役割を果たしているかに焦点を当て、日本法の議論の参考とする。

フランス親子関係法において、真実主義には三つの限界がある。第一に、真実主義に対する普遍的限界である。第Ⅱ章は「真実主義の普遍的限界」と題して、フランス親子関係法において真実主義が伝統的に認められない領域について論じる。具体的には、近親相姦関係から生まれた子と匿名出産から生まれた子は親子関係の立証は法律上承認されていない。但し、真実主義の普遍的限界において身分占有が機能する余地はない。第二に、真実主義に対する技術上の限界である。第Ⅲ章は「真実主義の内在的限界」と題して、フランス親子関係法において血縁上の真実を直接的かつ確定的に探求できなかった時代に、親子関係の証明方法として確立された身分占有の法理について論じる。真実主義の内在的限界において身分占有は法律上の親子関係を生物学的つながりに近似させる機能を有している。第三に、真実主義に対する手続上の限界である。第Ⅳ章は「真実主義の外在的限界」と題して、科学の進歩とともに多様化した身分占有の役割について論じる。身分占有という概念は玉虫色の概念である。その精確な輪郭は依然として明らかとされていない⁴⁾とも評価されている。だが近時では、子の身分の安定要請を実現する道具として身分占有の有用性が再認識されている。さらに、破毀院判決において身分占有の重大な役割が新たに発見された。身分占有は真実主義を制

4) トビアス・ヘルムス『生物学的出自と親子法』（中央大学出版、2002）236頁。

限する根拠を正当化し、さらには、真実主義の解明の鍵となることを論じる。真実主義の外在的限界において身分占有は法律上の親子関係を生物学的つながり或いは近時では遺伝学的つながりから遮断する機能を有している。

比して、身分占有という法制度を有しないわが国においても真実主義に対する意識上の限界があると考える。第Ⅴ章は「真実主義の潜在的限界」と題して、「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」基準が真実主義に対する意識上の制限として潜在していることを論じる。子の身分の安定要請実現のために、生活実体そのものを親子関係の証明方法として評価し、身分占有類似の機能を生ぜしめることを試みる。

Ⅱ 真実主義の普遍的限界

フランス親子関係法において血縁上の真実の探究が伝統的に禁じられている場合がある。以下では具体的に、家族制度の尊重要請と個人の自由の尊重要請による制限を考察する。

1 近親婚の禁止

家族制度の尊重要請に基づく真実主義の制限は近親子に関して存在する。婚姻障害による近親子の双方親との親子関係の立証は禁止されている（310条の2）。1972年法は「真実を得させる」⁵⁾ための親子関係法であった。しかし、家族という社会制度の崩壊につながる恐れから⁶⁾、男女の近親相姦関係から生まれた子について血縁上の真実解明を禁じている。

フランス民法典は原則として近親婚を禁じている。婚姻障害となる血族もしくは姻族にある者を父母として生まれた子の親子関係は、1804年法以降一貫して、父母のいずれに対しても親子関係の搜索が禁じられてきた。本質は近親婚の禁止に基づく家族制度の尊重の要請であり、その結果、近親子の存在は法律上承認し難いものであった⁷⁾⁸⁾。後の1972年法改正は直系姻族間とおじ・めい及びおば・おい間に生まれた近親子につき、婚姻中の親からの認知を認め⁹⁾、親子関係の成

5) J. Foyer, Rapport sur le projet de loi n° 1624 sur la filiation, p. 27.

6) J.-P. GRIDEL, *Vérité biologique et droit positif de la filiation (1972-1993)*, D. 1993. 196.

立を認めた。また、限定的に、直系血族間と兄弟姉妹間に生まれた近親子につき一方親とのみ親子関係の成立を認めた。

近親子の親子関係の立証制限に関して、破毀院第一民事部2004年1月6日判決¹⁰⁾は、母とその異父兄弟と間に生まれた子（母が認知）について、父との単純養子縁組を認めた原判決¹¹⁾を破毀している。近親子が双方親との親子関係を立証する可能性について、破毀院は絶対的な否定という態度を崩さなかった。その結果、2005年法改正において「いかなる方法によっても」立証を禁ずるという文言が加えられた。

2 母性の秘密の法的承認

個人の自由の尊重要請に基づく真実主義の制限は匿名出産から生まれた子に関して存在する。フランスでは伝統的に子を匿名で出産することが認められていた。しかし、匿名出産により分娩した母とその子との母子関係の立証に関して明文規定を欠き、匿名出産から生まれた子の母子関係の立証は困難であった¹²⁾。

1993年1月3日の法律は匿名出産の権利を法律上承認し、その反射効として、匿名出産から生まれた子の母子関係の搜索を禁じ、血縁上の真実解明の道を遮断した（341条、341条の1）。すなわち、真実主義の実現は完全に封じられる。

真実主義の普遍的限界に対して、子の出自確認をいかに捉えるべきか。「親族関係の任意的創設こそが価値を有すると考えるフランス人にとって、母に保障された自らの意思で母子関係の創設を拒む権利は、子に保障された自己の出自を知る

-
- 7) 近親子の親子関係の立証制限に関する歴史的概観は、久貴忠彦「フランス非嫡出子法の動向に関する一考察(一)」阪大法学89号76頁（1974）以下に詳しい。
 - 8) 立法者も「とくに重大と考える近親相姦から生じる親子関係の成立を許しうるとは考えなかった」のであり、また、近親子の親子関係の立証禁止は、社会的理由のみならず、二つの親子関係の成立が相続の平面にもちこむ不条理な結果から考えても妥当なものである（久貴・前掲註7）「非嫡出子法」82頁）。
 - 9) 但し、母が婚姻中である場合には前夫の父子関係の推定が排除されなければ現夫からの認知は認められない。
 - 10) Cass. 1^{re} Ch. civ., 6 janvier 2004, *Bull. civ.* I. n° 2, *Dr. Famille* 2004, comm. n° 16, note D. FENOUILLET.
 - 11) Lennes, 22 janvier 2001.
 - 12) フランス匿名出産に関して、西希代子「母子関係成立に関する一考察—フランスにおける匿名出産を手がかりとして—」本郷法政紀要10号397頁（2001）に詳しい。

権利よりも優位に置くべき概念である」¹³⁾とは言え、真実主義の制限と子の出自確認は表裏一体をなす。1993年匿名出産が民法上明文化された後、2002年に自己の出自及び親の身元を知る権利を極めて限定的に保障する立法がなされた¹⁴⁾。但し、親に関する情報開示により子が自己の血縁上の真実を知り得たとしても、法律上の親子関係の立証を認めるには至っていない。真実主義の普遍的限界は維持されている¹⁵⁾。

Ⅲ 真実主義の内在的限界

フランス親子関係法において、真実主義は血縁上の真実解明手段の不存在により内在的な限界を有していた。すなわち、血縁上の真実を技術的に解明できない時代においては、その存在を推定する以外に手段はなかった。法諺「*Pater is est quem nuptiae demonstrat* (婚姻の指し示す者が父である)」にあるように、婚姻の効果として子を母の夫と結び付ける手法は経験則から生み出された手法であり、今日でもなお存在価値を失わない。この手法は多くの社会が採用する親子関係の成立システムである。

ここで、比較法の観点からフランス親子関係法¹⁶⁾において注目されるのが「身分占有 (*la possession d'état*)」である。身分占有とは、子どもをその両親に結び付けるフランス法独自の概念であり、フランス法をヨーロッパ諸法とは別位に置く概念である¹⁷⁾。真実主義の対抗概念として、身分占有は法律上の親子関係を客観的に知り得ない血縁上の真実に近似させる推定方法である。

しかしながら、身分占有には明確な概念が存在しない。身分占有概念が有する

13) 子の出自確認に対するフランス法の姿勢に関して、トビアス・ヘルムス・前掲註4)240頁以下に詳しい。

14) 2002年1月22日の法律第93号。本立法に関して、J. RUBELLIN-DEVICHI, *LA RECHERCHE DES ORIGINES PERSONNELLES ET LE DROIT À L'ACCOUCHEMENT SOUS X DANS LA LOI DU 22 JANVIER 2002*, *Dr. Famille* 2002, chr. n° 11、邦語の立法紹介として、西希代子「養子および国の被後見子の出自へのアクセスに関する2002年1月22日の法律第九十三号」日仏23号288頁(2004)がある。

15) この点につき、「フランス法には、自己の出自を知る権利という公式が優越的な意義を持ち得るための前提条件が欠けているのであり、訴訟手続によって自己の出自の終局的確実性に到達することはできない」との指摘がある(トビアス・ヘルムス・前掲註4)241頁)。

柔軟性と不確実性は表裏一体である。そのため、フランスの学者でさえ「身分占有とは何か、実は私も良くわからない」と自認する概念である¹⁸⁾。以下、身分占有の意義とその役割について考察する。

1 子の身分の外観

子の身分占有は子の身分の外観を示す複雑な徴表として現れる¹⁹⁾。そして、一定期間継続した事実上の身分関係に対して当該身分を与える²⁰⁾。身分占有は「ある時は単なる推定、ある時は争い得ない推定、ある時は証拠規則、ある時は事実規則」²¹⁾と述べられるように、その概念は多様であり、かつ、解釈も多様である。そのため全体像を把握し難く、まるでどじょうを素手で捉えようとしているかのようである。

-
- 16) フランス親子関係法及び身分占有に関する参考文献として、A. BÉNABENT, *Droit civil, La famille*, 11^e éd., Paris, Litec, 2003; J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. I, Paris, PUF, 2004; J. CARBONNIER, *ESSAIS SUR LES LOIS*, 2^e éd., Paris, Defrénois, 1995; C. COLOMBET, J. FOYER, D. HUET-WEILLER et C. LABRUSSE-RIOU, *La filiation légitime et naturelle – Etude de la loi du 3 janvier 1972 et de son interprétation*, Paris, Dalloz, 1977; G. CORNU, *Droit civil, La famille*, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 1996; F. GRANET-LAMBRECHTS, V^o POSSESSION D'ÉTAT, *Rép. Dalloz, Droit civil*, VIII, Dalloz, 1996; J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *TRAITÉ DE DROIT CIVIL, La famille*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993; C. LABRUSSE-RIOU, V^o FILIATION, *Rép. Dalloz, Droit civil*, VIII, Dalloz, 1996; C. LABRUSSE-RIOU et R.-L. GUIDEC, V^o FILIATION LÉGITIME et FILIATION NATURELLE, *Rép. Dalloz, Droit civil*, VIII, Dalloz, 1996; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *DROIT CIVIL, LA FAMILLE*, Paris, DEFRENOIS, 2004; J. MAZEAUD et F. CHABAS, *LEÇONS DE DROIT CIVIL, La famille*, T. I, vol. I, 11^e éd., Paris, Montchrestien, 1996; M. RÈMOND-GOUILLOUD, *La possession d'état d'enfant*, *R.T.D. civ.* 1975, p. 459を主に参照した。
- 17) J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *supra* note 16, p. 14.
- 18) F. TERRÉ, *ASPECTS PHILOSOPHIQUES, ETHIQUES, PSYCHO-SOCIOLOGIQUES, POLITIQUES ET JURIDIQUES*, dans C. LABRUSSE et G. CORNU, *DROIT DE LA FILIATION ET PROGRES SCIENTIFIQUES*, Paris, ECONOMICA, 1982, p. 115 (水野紀子「実親子関係と血縁主義に関する一考察—フランス法を中心に—」『日本民法学の形成と課題 下』(有斐閣、1999) 1157頁より引用)。
- 19) J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *supra* note 16, p. 251.
- 20) 外観を保護する価値判断は財産法の領域にも親子関係法の領域にも共通して現れている価値判断である。親子関係法上の身分占有と財産法上の占有との関係について、星野茂「身分占有の概念に関する若干の考察」明治25巻1号248頁(1988)、山田梨花「フランス法における身分訴権の時効」法学政治論究24号191頁(1995)がある。
- 21) J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *supra* note 16, p. 251.

ここで、身分占有を歴史的に概観²²⁾²³⁾すると、ローマ法においては身分占有の概念は知られていなかった²⁴⁾。しかし実際には、裁判上利用されていたが、ローマ法学者たちによる理論構築までには至らなかったようである²⁵⁾。中世カノン法において身分占有を構成する主たる三要素「氏・処遇・世評」が確立され、専ら親子関係の証明方法として利用されていた²⁶⁾。

旧体制 (Ancien Régime) 下において教会が小教区の人名簿により出生・婚姻・死亡等の個人の身分変動を管理するようになると、身分占有の有用性は失われた。その後、これまで新教徒に信仰の自由を認めていたナント勅令が廃止されたため、カトリック教会の挙式を経ていない新教徒の子は適法に婚姻によらない夫婦から生まれた私生児とされた。相続権等の私生児の権利を保護するため、旧体制終期の立法は世俗的な民事婚を承認し、さらに、宗教上の儀式の有無と婚姻の有効性は無関係であることを確認した。そして、自然子²⁷⁾は身分占有による親子関係の立証が認められ、嫡出子と同等の相続権が認められた。つまり、身分占有は自然父子関係の証明方法となった。この一連の改革により、身分占有は一時的な衰退から有用性を回復する。

ところが、1804年ナポレオン法典では身分占有による親子関係の立証を嫡出子に限ったため、子の身分占有は限定的な利用にとどめられた。1972年1月2日の法律²⁸⁾²⁹⁾は親子関係法の大改正を行い、身分占有に関する新たな条文を新設し

22) 身分占有の歴史については、M. RÉMOND-GOUILLOUD, *supra* note 16, p. 459; F. BOULANGER, *DROIT CIVIL DE LA FAMILLE*, tome II, Paris, ECONOMICA, 1994, p. 3 et s.; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, Paris, 1996, p. 75, 265, 284, 327, 346, 365 et 396; J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 963、滝沢正『フランス法』(三省堂、第二版、2002) 66、67、76、297頁を参照した。

23) かつて、貴族の身分がその身分占有によって推定されていた(仁平先鷹「フランス法における身分占有(上)」戸時243号27頁(1978))。

24) J. CARBONNIER, *supra* note 16, p. 963.

25) C. AURIOL, *Du rôle de la possession d'état en droit Romain et en droit civil français*, th. Toulouse, 1884, p. 35 à 123 (cité C. CLÉMENT, *PRESOMPTIONS ET FICTIONS EN DROIT DE LA FILLATION*, th. Paris, 2006, p. 371).

26) 古法時代、子の身分占有の親子関係を証明する役割は嫡出親子関係にも自然親子関係にも適用されていた(C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 372)。

27) 但し、単純自然子のみである。自然子は、単純自然子、姦生子、近親子に区別される。

28) Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972.

た。さらに1982年6月25日の法律³⁰⁾³¹⁾では、専ら嫡出親子関係のみに認められてきた身分占有単独での親子関係の立証という一定の法律効果を自然親子関係にも認めるに至った。2005年7月4日のオルドナンス³²⁾は、従来の法律が維持してきた嫡出子と自然子の間の身分上の区別を廃し、親子関係の証明方法を統一した。特に、身分占有による親子関係の立証についてその有用性を承認している。

(1) 身分占有の本質

(ア)「身分占有は現実を映し出す『鏡』である」³³⁾。現実には営まれている親子としての生活事実が日々繰り返された黙示の自白は、当事者間の親子関係のつながりを推定させる。そして、身分占有は親子関係法において複雑な推定として現れる。ある時は法律上の推定、ある時は事実上の推定であるとも解されている³⁴⁾。しかし、子の身分占有の存在を裏付けているもの、つまり子の身分占有という身分の外観によって推定される対象が何であるかに関しては未だ議論が別れている³⁵⁾。以下の三つの議論がある。

第一の見解³⁶⁾は、親子関係についての法律上のつながりであると述べるにとどまる³⁷⁾。しかしながら、この見解は問いに何ら答えていない。第二の見解³⁸⁾は、争われている親子関係について、現に営まれている親子関係の実体を有利に取り

29) 1972年1月2日の法律に関する邦語文献として、久貴・前掲註7)「非嫡出子法」59頁、有地亨「フランスにおける親子法の近時の展開」ジュリ604号106頁(1976)、田中通裕「フランスにおける非嫡出子法の動向に関する一考察」法と政治28巻3=4号165頁(1978)、稲本洋之助『フランスの家族法』(東京大学出版会、1985)57頁等がある。

30) Loi n° 82-538 du 25 juin 1982.

31) 1982年6月25日の法律に関する邦語文献として、滝沢幸代「身分占有—非嫡出親子関係の立証に関する民法第三三四条の八を変更する一九八二年六月二五日の法律第五三八号」日仏12号169頁(1982)等がある。

32) Ordonnance n° 2005-759 du juillet 2005 portant réforme de la filiation: JO 6 juillet 2005, p. 11159.

33) G. CORNU, supra note 16, p. 337.

34) J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, supra note 16, p. 251.

35) C. CLÉMENT, supra note 25, p. 404.

36) A. BÉNABENT, supra note 16, p. 376, J. MAZEAUD et F. CHABAS, supra note 16, p. 208.

37) 例えば、ベナバン氏の解説では“C'est donc une présomption légale relative à la filiation, ...”と述べるにとどまる(A. BÉNABENT, *ibid*).

38) J. CARBONNIER, supra note 16, p. 956; G. CORNU, supra note 16, p. 337; V. MORGAND-CANTEGRIT, *La possession d'état d'enfant*, th. Lille II, 1993, p. 1.

扱うという意味での証明の仕組み³⁹⁾であるとする。つまり、現に営まれている親子関係は、前提としての事実があり、結論としてそこから推論された事実があり、結果として推論された事実に対する法規定の適用がなされ、法律上のつながりとなる⁴⁰⁾。第三の見解⁴¹⁾は、血縁上のつながりであるとする⁴²⁾。その根拠として二つある。第一に、子の身分占有は、反証がなされるまで親子関係を推定するにすぎない。破毀院第一民事部1990年12月4日判決⁴³⁾は、紛争当事者間に血縁上の真実が存在しないとする科学的証拠に基づいて親子関係を覆すことを認めている。子の身分占有から引き出された推定を覆す証拠が血縁上の真実であるならば、血縁上の真実こそが推定の対象となる。第二に、血縁に基づかない人為的な親子関係である養親子関係には子の身分占有が適用されない。子の身分占有は、一方で、養親子関係の範囲内においてはその有用性を欠き、他方で、実親子関係の範囲内にその働きを制限されている。とすれば、子の身分占有が作用する範囲内に属する推定の対象は血縁上の真実に他ならない。

(イ) 第三の見解に立てば、実親子関係はその本質に存在する血縁上の真実に基づいて成り立っているが、その立証困難性を補完する手法として身分占有が存在すると解することになる。なぜならば、身分占有は血縁上の真実それ自体を探究することを指向している訳ではないからである。法律上の親子関係は生物学上の親子関係と社会学上の親子関係とが複雑に重なり合って構成され、生物学上の親子関係と異なる親子関係が存在することをも前提としている。第三の見解を唱える学者の中には、「証明された法律上のつながりは、生物学的つながりと感情的つながりに対応する事実である」⁴⁴⁾と述べて、推定の対象が純粋なまでに血縁上の真実に限定しているのではないことを指摘している。破毀院第一民事部2006

39) “un mécanisme de preuve” cité C. CLÉMENT, supra note 25, p. 405.

40) V. MORGAND-CANTEGRIT, supra note 38, p. 1.

41) C. COLOMBET, J. FOYER, D. HUET-WEILLER et C. LABRUSSE-RIOU, supra note 16, p. 40, J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, supra note 16, p. 250; P. MALAURIE et L. AYNÈS, supra note 16, p. 343; J. LAUTOUR, *La possession d'état*, th. Paris II, 1973, p. 198 et 281.

42) P. MALAURIE et L. AYNÈS, supra note 16, p. 343.

43) Cass. 1^{re} Ch. civ., 4 décembre 1990, *Bull. civ.* I, n° 319, *J.C.P.* 1991. IV. 42, *Defrénois* 1991, p. 673, note J. MASSIP, *R.T.D. civ.* 1991, p. 511.

44) *ibid.*

年3月14日判決⁴⁵⁾においても、母の夫が子との父子関係の不存在を認める手紙という父の自白にもかかわらず、子の出生時より母の夫が息子として扱っていた事実から嫡出子の身分占有の存在を認めている。血縁上の真実の不存在が直ちに法律上の親子関係を否定するのではなく、身分占有によって引き出された生活実体が尊重され、血縁上の真実よりも優位に置かれる場合があることを示している。

従って、子の身分占有は、その立証を通じて、親子関係の生物学的つながりの存在を間接的に示している。と同時に、親子関係の社会感情的つながりの存在を直接的に示している⁴⁶⁾。すなわち、実親子関係の成立要素である生物学的要素と社会感情的要素という二つの要素を有している。外観である社会感情的つながりを推定の基礎として生物学的つながりを推定する。但し、身分占有の存在は親子関係の内部に隠された血縁上の真実を推知させる手法ではあるが、身分占有は生物学的つながりから遺伝的つながりを示することに帰するのではないことに留意しなければならない。

(2) 客観的証明方法の不存在

(ア) 子の身分占有とは子に与えられた身分の外観である。親子関係の生物学的つながりを推定する手段としてだけでなく、親子関係の社会感情的つながりを明示する手段として、歴史的に種種の要素を含有しながら発展してきた。その背景には、親子関係の真実を客観的に証明することができないという真実主義の内在的限界がある。

身分占有を構成する伝統的な三要素として「氏 (nomen)、処遇 (tractatus)⁴⁷⁾、世評 (fama)⁴⁸⁾」が挙げられる。2005年法改正では、身分占有を構成する伝統的三要素は主要な順に「処遇、世評、氏」に入れ換えられたが、何ら実質的な変更を加えることなく維持されている⁴⁹⁾。子の身分占有の存在を立証するにはこれら

45) Cass. 1^{re} Ch. civ., 14 mars 2006, *RJPF* 2006-6/40, p. 26.

46) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 409.

47) ラテン語 “tractatus” の仏訳として、“traitement (取り扱い)” (A. BÉNABENT, *supra* note 16, p. 376)、“comportement (行動)” (G. CORNU, *supra* note 16, p. 333) が使用されている。

48) ラテン語 “fama” の仏訳として “rputation (世評、評判)” の他に、“bruit (うわさ)”、“voix publique (民の声)”、“renommée (名声)” が使用されている (G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, Association H. Capitant, 6^e éd, Paris, PUF, 2004, V^o Fama, p. 375)。

の要素を含む事実を例証しなければならない(311条の1⁵⁰⁾)。例証には構成要素の多様性と一致という二重の要請がある⁵¹⁾。一つに、子の身分占有を構成する多様な要素が集合していること。カルボニエ氏は、事実の多様性を「社会学のカクテル」⁵²⁾と表現し、そこに様々な要素が混ぜ合わさっていることを指摘している。一つに、それらの要素の集合体が総体をなして子の身分占有の存在を推認させること。唯一の要素から子の身分占有を立証することはできない。

但し、伝統的な三要素をすべて具備する例証ではなかったとしても、身分占有の存在可能性を否定するものではない。破毀院もこれを認めている⁵³⁾。つまり、これらの三要素を網羅的に例証する必要はなく、紛争当事者の親子関係についてその関係性の徴表を引き出す例証であればよい⁵⁴⁾。また、311条の1に列挙された三要素を示す主要な事実は限定列举ではなく、実例という価値を有するにすぎないのである⁵⁵⁾。本条が対象としていない事実が親子関係の外観の創出に有益であれば、検討に値するであろう。つまり、裁判官は個別具体的な事案毎に考慮に入れる事実を裁量で判断し、最も確実と思われる親子関係を決定する余地が残さ

49) J. HAUSER, *Des filiations à la filiation*, *RJPF* 2005-9/9, p. 6; P. MURAT, *L'action de l'ordonnance du 4 juillet 2005 sur la possession d'état*, *Dr. Famille* 2006, p. 17.

50) 第311条の1「①身分占有は、ある者とその者が属するとされる家族との間の親子関係及び血族関係を表示する事柄の十分な集合によって立証される。

②これらの事項の主要なものは〔以下のようである〕。

1 その者がそれらから生じたとされる者によってそれらの者の子として扱われ、かつ、その者がそれらの者を父母として扱ってきたこと

2 それらの者が、その〔父母の〕資格において、その育成、その養育又はその自立に資したこと

3 その者が社会において、かつ、家族によってそれらの者の子として承認されていること

4 公権力がその者をそのような者とみなしていること

5 その者が、それらから生じたとされる者の氏を称していること(拙稿「フランス実親子関係法の動向—2005年改正をふまえて—」家族23号141頁(2007))。]

51) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 377.

52) J. CARBONNIER, *supra* note 16, p. 970.

53) Cass. 1^{re} Ch. civ., 5 juillet 1988, *Bull. civ. I*, n° 217, *Gaz. Pal.* 1988. II. 351352, note J. MASSIP, *D.* 1989. 398, note L. CHARBONNIER; Cass. 1^{re} Ch. civ., 16 mars 1999, *Bull. civ. I*, n° 98.

54) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 379.

55) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 376.

れている⁵⁶⁾。そのため、子の身分占有という概念の柔軟性が理解される反面、多様な解釈が可能であることから概念を不明確にしている。

とは言え、伝統的な三要素は親子関係の徴表として有益である。多くの場合には、「処遇」と「世評」に基づいて構成された子の身分占有が考慮されている。特に、「処遇」の要素は身分占有の王⁵⁷⁾と評される。「処遇」の要素は当事者の振る舞いを通じて、親子関係のつながりの承認を表明する。その表明に対する家族や社会による認識が「世評」の要素であると理解される。子の身分占有が直接的に示す社会感情的つながりを考慮することで、そこに現れた徴表が間接的に示す生物学的つながりを根拠付けることになる。

(イ) 一方で、身分占有の伝統的な三要素「処遇、世評、氏」は、親子関係の存在を知り得る徴表である⁵⁸⁾。紛争当事者間の親子関係について、その関係性の存在を示唆することが可能な状況を示す⁵⁹⁾。親子関係の生物学的つながりは直接の証明が不可能に近いことから、身分占有はそれを示す手助けとなる。

第一に、「処遇」の要素は各々の当事者の振る舞いそれ自体を事実として特徴付けていることから、身分占有を構成する伝統的な三要素の中で最も重要な要素であるとされている⁶⁰⁾。1972年法改正以前は子に対する親の振る舞いのみしか規定されていなかったが、法改正以降、親の振る舞いと子の振る舞いが相互に考慮されることとなった。また、当事者の振る舞いについて、当事者が行った振る舞い（子に対する親の振る舞い及び親に対する子の振る舞い）だけでなく、その反射として、当事者に期待すべき当然の振る舞い（子に対して当然に期待される親の振る舞い及び親に対して当然に期待される親の振る舞い）をも考慮に入れている⁶¹⁾。当事者の振る舞いは必然的に表に現れてくる⁶²⁾⁶³⁾。

56) 判例上身分占有がどのように現れるかについて、山田梨花「フランス法における身分占有—要素・性質・証明—」法学政治学論究22号77頁(1994)、柳勝司「嫡出推定が排除される基準」名城法学49巻2号53頁(1999)に詳しい。

57) J. HAUSER, *supra* note 49, p. 9.

58) G. CORNU, *supra* note 16, p. 206.

59) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 376.

60) G. CORNU, *supra* note 16, p. 333.

61) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 380.

62) 例外として、父母が不倫関係や近親相関関係にある場合を除く(cité C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 382)。

具体的に、親の振る舞いに特徴的な事実⁶⁴⁾として、コルニュ氏は「世話をする行為」であると述べる⁶⁵⁾。拡大解釈すれば、親として子に対する権限を行使する意識を有する、と同時に、それに伴う責任を引き受けるということである⁶⁶⁾⁶⁷⁾。さらに、親の振る舞いは積極的かつ意図的に行動された事実でなければならないとされる。また、子の振る舞いに特徴的な事実として、親に対する愛情の表明が挙げられる。その表明方法としては「パパ」「ママ」と呼びかけている事実、書面に「パパ」「ママ」と記載している事実がある。他に、高齢の親に対する子からの金銭的な援助の事実も含まれる⁶⁸⁾。結局のところ、当事者の振る舞いは、家族内部のレントゲン写真のように、現実には営まれている親子関係のイメージを与え、生物学的つながりを信頼する徴表となるばかりか、子が家族共同体内部と一体化していることをも映し出している⁶⁹⁾。このように「処遇」の要素を内部イメージ、「世評」の要素を外部イメージと捉えるならば、「処遇」の要素と「世評」の要素は連動する⁷⁰⁾。つまり、表に現れた「処遇」の要素は外部から認識され、「世評」の要素を形成するのである。

第二に、「世評」の要素を示す事実とは、当事者の外部にいる第三者の目に映っ

63) 但し、「処遇」の要素を示す当事者の振る舞いは、時期や子及び夫婦の状況等の影響を大きく受けて変化する。例えば、子が幼児であるかどうか、夫婦は離別しているかどうかといった個別具体的な事案毎に適した考察が必要である。

64) 親の振る舞いとして考慮される事実として、子と共に暮らしている事実、子と共に休暇を過ごしている事実、訪問権や宿泊権を行使した事実、子と文通している事実、子を小学校へ送迎している事実、子の婚姻に同意した事実、子の託児所や乳母を探した事実などがある。また、法定の権限である教育、養育、居所指定の行使、子を就学させそれに伴う費用を負担している事実、子を世話している事実、子を住まわせている事実が考慮される。他に、生命保険金の受取人として指名している事実などがある。

65) “action de s’occuper” note G. CORNU, *supra* note 48, V° Tractatus, p. 869.

66) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 380.

67) 慈善や法的強制とは無縁である。例えば、一方親からの扶養定期金の支払いの事実は、それが離婚訴訟における判決として命じられたものである場合には、「処遇」の要素を示す親の振る舞いとして考慮されない (Cass. 1^{re} Ch. civ., 28 mai 1991, *Bull. civ.* I, n° 166, *D.* 1991. 172, *R.T.D. civ.* 1991, p. 73, *Defrénois* 1991, art. 35142)。同様に、継続性のない一方親の扶養料の支払いの事実は、「処遇」の要素を示す親の振る舞いとして考慮されない。

68) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 381.

69) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 382.

70) V. MORGAND-CANTEGRIT, *supra* note 38, p. 482.

ている事実、第三者に親子であるとみなされている事実である。ここで考察される第三者とは、当事者からして近い又は遠い親族、当事者を取り巻く周囲の人々、公権力である。まず、子の最も身近な存在である家族は、家族内部で当事者間の生物学的つながりを信じて疑わないことを証言する。この家族の証言は、子が家族内部に同化していることだけでなく、その前段階として、子を家族内部に受け入れていることを明らかにしている。次に、当事者の隣人や友人、地域の商店の店員、家族医⁷¹⁾等の周囲の人々が当事者間に生物学的つながりが存在することを信じていることを証言する。すべての人の証言が一致する必要はないが、不一致の場合には「世評」の要素を示す事実であるとは考慮し難い。できる限り多くの人々が、当事者間に生物学的つながりが存在するとの認識を共有していることが求められる。最後に、1972年法で付加された公権力たる行政機関は、当事者が同意した上でなした届出に基づいて当事者間に生物学的つながりが存在すると信じるにつき公文書を作成交付する⁷²⁾。つまり、公文書につき、当事者が互いに親として或いは子として同意した上でなした届出が証明する範囲内で、「世評」の要素を示す事実となる。

第三に、「氏」⁷³⁾の要素を示す事実として、子が親の氏を称している事実は家族の外観の徴表とみなされる⁷⁴⁾。氏は、家族の結合の証である。従って、氏は、共通の氏を有する者たちの間に生物学的つながりが存在することを示している。反対に、共通の氏を有していない者たちの間に生物学的つながりが存在しないことを示している。しかし、現行法では両親による氏の選択が認められており、結果、氏は個人の呼称としての性格が強まっていると指摘されている⁷⁵⁾。とすれば、伝統的な三要素における氏の重要性は相対的に低いことになる。但し、この傾向

71) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 383.

72) 具体的に、公権力とは、居住地の役所、子が通う学校の校長や先生、社会保障制度の各窓口の職員等であり、公文書とは身分証明書、パスポート、家族手帳、社会保険証書等である (C. CLÉMENT, *ibid*).

73) 子の氏に関する近時の二つの改正につき、色川豪一「フランスにおける子の氏—氏 (nom de famille) に関する2002年3月4日の法律第304号、氏の付与に関する2003年6月18日の法律第516号—」比較法学38巻2号(2005)がある。

74) J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *supra* note 16, p. 256.

75) J. MASSIP, note sous *La loi du mars 2002 relative au nom de famille*, *Defrénois* 2002, art. 375763 (色川・前掲註73)「子の氏」308頁)。

は以前から指摘されており、子の氏は子の出生時の偶然性に左右されることから、氏は伝統的な三要素のうち最も決定的でないと言われていた⁷⁶⁾⁷⁷⁾。

(ウ) 他方で、身分占有の伝統的な三要素「処遇、世評、氏」は社会感情的つながりを明示する手助けとなる。特に「処遇」の要素は他の要素よりも明白である。親として子を処遇している事実は、当事者間の親子関係の外観を創出するのに役立っている。裏返せば、社会感情的つながりを有していない当事者間で身分占有が構成されることは考え難い⁷⁸⁾。

特に、社会感情的つながりを示す子の身分占有は、主に「処遇」の要素と「世評」の要素から構成される⁷⁹⁾。まず、第三者の介入し得ない当事者間内部の感情的なつながりは「処遇」の要素となる。親の振る舞いは親の子に対する愛情表現に注目している。「親らしさ」とも表現される⁸⁰⁾。親の子に対する本能的な愛情⁸¹⁾に溢れた振る舞い⁸²⁾は、子を受け入れる意思を表している。また、子の振る舞いは子の親に対する愛情表現に注目している。子の親に対する好意や尊敬を持った振る舞いである。つまり、身分占有を構成するこれらの事実は当事者の意思表示を明らかにしており、社会感情的つながりの表明であると考えられる⁸³⁾。次に、当事者の振る舞いを通じて、外部の第三者は当事者間に親子関係のつながりがあ

76) C. COLOMBET, *DROIT CIVIL, La Famille*, 6^e éd., Paris, PUF, p. 133.

77) 2005年法改正以前においても、出生証書により立証される嫡出親子関係と身分占有により立証される自然親子関係が抵触する場合、子は出生証書による氏を名乗っているのだから(山田・前掲註55)「身分占有」86頁)、この場合「氏」の要素は考慮に値しない。

78) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 410.

79) 「氏」の要素に関しては、2002年法改正が氏の付与を両親の選択に委ねており、そこに「氏」の要素を示す個人の意思を見出すことができるとする解釈の余地もあり得る。しかし、現代社会において、共通の氏を有している事実から社会感情的つながりを思い浮かべることは不確かであると言えよう。

80) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 410.

81) *ibid.*

82) 具体的には、命名、子宛の手紙がある。他に、子の母に同伴して産科医の元を訪れた事実、家族や友人に子の出生を知らせた事実などがある。但し、暴力的な振る舞い、悪意に満ちた振る舞い、利害関係のある振る舞い、嫌々になった振る舞いは、「処遇」の要素として考慮されないのは当然である(J. LAUTOUR, *supra* note 41, p. 166)。

83) 但し、子の振る舞いは子の年齢や成熟度合いに影響を受けやすいため、考慮する際には親の振る舞いに比して反映されない傾向が見受けられる(C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 411)。

ることを認識する。つまり、第三者の目から親子とみなされることで、当事者間内部の社会的つながりは「世評」の要素となる。

親子関係の社会感情的つながりは子と親とを結び付けている心のつながりを明らかにしている。外部に現れた明白な態様を通じて、その内側にある直接目で見ることのできない現象を推測する⁸⁴⁾。

(エ) さらに、身分占有は「継続し、かつ、平穩、公知、明瞭なもの」であることが要請される(311条の2)⁸⁵⁾⁸⁶⁾。親子関係の生物学的つながり及び社会感情的つながりの存在を示す身分占有は、それを構成する事実の多様性と一致だけではなく、それらの事実に有効性を与えるためには、一定期間内に身分占有を構成する個々の要素が一貫してかつ同一に存在している必要がある⁸⁷⁾。

また、2005年改正法における子の身分の統一に基づいて削除された不可分性の要請に関して、1972年法下では嫡出子の身分占有は父に対する身分占有と母に対する身分占有が同時に存在していなければならないと規定されていた。つまり、嫡出子の身分占有は、子が婚姻している二人の親に囲まれているイメージを示している⁸⁸⁾。このイメージから、夫婦が子を自分たちの間に生まれた子として扱っていること、子が家族や周囲の者から夫婦の子とみなされていることを推認させる。不可分性の要請から引き出された親子関係のイメージは、嫡出親子関係を証明するに適した徴表であったといえる。

(オ) 結論として、子の身分占有がその立証を通じて明らかにする親子関係とは、生物学的つながりであり、社会感情的つながりである。この二面性は双方向に連動している。一方で、目で認識し得る外部に現れた現象を通じて、目で認識し得

84) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 414.

85) 1972年法は身分占有の性質として継続性のみを要求していた(旧311条の1第2項)。継続性の要請に加えて、判例は、物に対する占有の理論を子の身分占有の理論にもあてはめて、瑕疵の不存在を要求していた(現2229条[取得時効のための占有]「時効によって取得することができるためには、継続して中断がない、平穩な、公然の、不明瞭でない、所有者としての占有が必要である(法務大臣官房司法法制調査部(編)／稲本洋之助(訳)『フランス民法典—物権・債権関係—』(法曹会、1982)366頁)」。瑕疵の不存在の要請は2005年改正法により具体化され、311条の2に明文化された。

86) 身分占有の性質につき、山田・前掲註55)88頁以下に詳しい。

87) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 386.

88) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 422.

ない内部の現象について確信を抱きながら推知する。他方で、子とその親との間の血縁の存在を推知させるのは、当事者と周囲の者が共有している親子であると信じて疑わない認識でしかない。従って、子の身分占有は親子関係の生物学的つながりの存在を間接的に示すと同時に親子関係の社会感情的つながりの存在を直接的に示す。すなわち、子の身分占有とは生物学と社会学との交差点に位置付けられた複雑な概念なのである⁸⁹⁾。

2 子の身分占有が果たす伝統的役割

1972年1月2日の法律による親子関係法の改正は従来の身分占有が果たしてきた伝統的役割を承認している。1972年法では、身分占有は嫡出親子関係と自然親子関係に共通の証明方法となり（旧311条の1）、裁判所は心証を得るのに十分な資料がない場合には、身分占有を考慮して親子関係を決定する（旧311条の12第2項）。

身分占有に関する数多くの研究において、身分占有の伝統的役割として承認されているのが「親子関係の証明」と「親子関係の補完的証明」である。

特に、親子関係の証明という役割は、身分占有という概念が創設された当初よりその有用性は明確に認識されていた。「身分占有はある者の身分に関する最も重要な証明方法の一つとして絶えず承認されていた。[...] 全民族の始まりから、長い間、身分占有は唯一の証明であった」⁹⁰⁾と説明する研究や、他にも、「身分占有は、ローマ時代から、出現したあらゆる社会において、個人の親子関係を証明するために利用された原始の証明方法として存在した」⁹¹⁾、「誕生したあらゆる社会で採用された原始の証明方法」⁹²⁾と解説する研究がある。身分占有は、一

89) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 402.

90) G. BATAILLE, *Des effets de la possession d'état en matière de mariage et de filiation légitime*, th. Paris, 1887, p. 55 (cité C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 417).

91) F. RAPHAËL, *De la possession d'état comme preuve de la filiation*, th. Paris, 1895, p. 85 (cité C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 417).

92) A. FAUVELLE, *De la possession d'état et de sa force probante en matière de filiation*, th. Paris, 1883, p. 92. Dans le même sens, C. DEMOLONBE, *Cours de Code Napoléon – Traité de la paternité et de la filiation*, th. Paris, 1870 n° 205; G. LEFORT, *De la possession d'état en général en matière de filiation naturelle et modifications apportées par la loi du 16 novembre 1912*, th. Paris, 1914, p. 29 (cité C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 418).

時期、旧体制下において公的証書による親子関係の証明が確立されてその有用性を失ない、さらに、1804年法下において嫡出親子関係のみにその有用性を限定されたが、全体を通じて親子関係の証明としての役割を果たしてきたといえる。親子関係の証明という伝統的役割は、身分占有のみにより、つまり他とは無関係に独自に作用し、単独で親子関係の証明方法となる。

同時に、親子関係の補完的証明という役割は、家族政策の手段として子が現に営んでいる親子関係を構築し保護してきた。実際に、他の親子関係の証明方法である身分証書と結び付いて補完的に作用する。

(1) 親子関係の証明

(ア) 身分占有に割り当てられた親子関係の証明という役割は、親子関係法の証明対象である親子関係のつながりを予め法定された枠内で示すことにある。身分占有は、間接的に親子関係の生物学的つながりの存在を示し、同時に、直接的に親子関係の社会感情的つながりの存在を示すことで、血縁上の真実解明を試みる手段である。

ビゴ氏によれば、身分占有は「最も古典的な、真実を明示するのに適したあらゆる真実を含む、人間の神聖不可侵の領域から生まれた」証明方法である⁹³⁾。古来より、専ら嫡出親子関係の証明方法として、父母に対する不可分の身分占有は有用であった。2005年改正法で不可分性の要請について法律は沈黙してしまった。しかし、不可分性が示す婚姻している二人の親と子との結合のイメージは、なおもそれだけで親子関係の証明方法として伝統的に承認されてきたことからその必要性を失わない。

(イ) 比して、自然親子関係に関しては、自然子の身分占有がそれだけで親子関係の証明方法となり得るかにつき、紆余曲折を経てようやく承認された⁹⁴⁾。1804年ナポレオン法典では自然子の身分占有は親子関係の証明方法として承認されなかった。自然親子関係の成立は原則として父母の任意認知とされ、親子関係搜索の訴えにつき父子関係の搜索は絶対的に禁じられた。自然母子関係の搜索が極め

93) J. BIGOT, *Indivisibilité ou divisibilité de la filiation après la réforme de 1972*, R.T.D. civ. 1977., p. 243 (cité V. MORGAND-CANTEGRIT, supra note 25, p. 56).

94) 自然親子関係の立証に関する歴史の変遷につき、M.-H. RENAUT, *Histoire du droit de la famille*, Paris, Ellipses, 2003、田中・前掲註29)165頁以下に詳しい。

て限定的に認められたにすぎない。その結果、自然親子関係において身分占有は伝統的な役割を果たし得なかった。

だが、民法典制定当初から一部の学説と判例は自然子の身分占有に伝統的な役割を認める余地があることを認識していた。

まず、子の身分占有による自然母子関係の立証可能性につき、19世紀前半、一部の学説と判例は、子の身分占有が自然母子関係の証明となる可能性を示唆していた。破毀院でも自然子の身分占有を母子関係の証明方法として承認する判例が現れた⁹⁵⁾。しかし、19世紀後半には態度を一変し、一貫して、自然子の身分占有を親子関係の証明方法から排斥するに至った⁹⁶⁾。自然母子関係の立証方法として援用された自然子の身分占有につき、破毀院第一民事部1851年2月7日判決⁹⁷⁾は、法律が身分占有を嫡出親子関係以外の親子関係の証明方法として承認していない限り、身分占有は、いかなる場合であっても、自然父子関係及び自然母子関係の証明方法として援用することはできないと判示し、自然子の身分占有が親子関係の証明方法となり得ないことを確認した。本判決で示された破毀院の態度は以降長い間維持されることとなる⁹⁸⁾。

実際に、自然子の身分占有が母子関係の証明方法として明示的に認められたのは、後の1955年7月15日の法律である。自然子の母に対する継続的な身分占有により、母と主張される者が分娩した子が親子関係を主張している子と同一であることを立証することが認められた（1955年法による旧331条）。

(ウ) 子の身分占有による自然父子関係の立証可能性につき、父の自白を表す父の振る舞いは父子関係の証明方法及び父子関係搜索の訴訟開始事由として承認されたが、自然子の身分占有それ自体が父子関係の証明方法及び訴訟開始事由として明示的に承認されることはなかった。その後、1972年1月3日の法律は、父子

95) Cass. Req., 10 février 1847, *D.* 1847. 1. 149.

96) 同様の傾向は、「出生証書における母の氏の記載」にもみられる（田中・前掲註29）172頁）。

97) Cass. 1^{re} Ch. civ., 17 février 1851, *D.* 1851. 1. 113.

98) 本判決以降も自然子の身分占有が母子関係の証明となる解釈の可能性が検討された。実際に、破毀院審理部1852年1月7日判決（Cass. Req. 7 janvier 1852, *D.* 1852. 1. 75）は、旧336条を反対解釈して、父の認知が母を表示しかつ母が母子関係について自白をなしたときには、母子関係も成立することを認めている。詳細な検討は後述Ⅲ 2(2)参照。

関係及び母子関係について、自然親子関係は原則として認知もしくは捜索の訴えにより成立すると定めた(旧334条の8)。しかし、自然子の身分占有が父子関係の証明方法として承認されるには至らなかった。

自然子の身分占有が父子関係の証明方法として承認されるに至った契機として、ロウ・キン事件(l'affaire Law King)⁹⁹⁾が挙げられる。本件では、亡父に対する自然子の身分占有が自然父子関係の立証方法となる可能性につき、これを否定した破毀院¹⁰⁰⁾に対しこれを肯定する移送審¹⁰¹⁾が抵抗し¹⁰²⁾、大論争となった¹⁰³⁾。

破毀院大法廷1982年7月9日判決¹⁰⁴⁾が判例変更を確認する直前に、立法による解決が実現した。1982年6月15日の法律¹⁰⁵⁾は、子の身分占有を嫡出親子関係と同様に自然親子関係の証明方法として承認した(1982年法による旧334条の8)。1982年法改正は身分占有の意義を再評価させることとなった。

99) ロウ・キン事件に関する事案の詳細は、V. MORGAND-CANTEGRIT, *supra* note 38, p. 81 et s. 及び C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 431 et s. を参照した。

100) Cass. 1^{re} Ch. civ., 8 mai 1979, *Bull. civ.* I. n° 134, *D.* 1979. 477, note D. HUET-WEILLER, *D.* 1980. 1 note P. RAYNAUD, *J.C.P.* 1980. II. 19301, note G. PAIRE, *Gaz. Pal.* 1979. II. 426, note J. MASSIP, *R.T.D. civ.* 1979, p. 791 note R. NERSON, et *Deffrénois* 1979, art. 32054.

101) Saint-Denis de la Réunion (Chambres réunies), 4 juillet 1980, *D.* 1981.58 et *D.* 1981. 41 note W. JEANDIDIER.

102) ロウ・キン事件における判決の相違に関して、「破毀院は法文に忠実な解釈をなしたまでである。対して、控訴院は望まれるべき解釈をなしたまでである。破毀院の保守的な姿勢は、立法の有様を恣意的に変容させることは司法の任務ではないというフランス法の法認識を示すものであり、1982年法にみられるような迅速な立法の対応と相俟って、一つのあるべき法治の形態をなしていることを十分にうかがい知ることができる」との指摘がある(滝沢・前掲註31)「身分占有」171頁)。

103) 自然子の身分占有による父子関係の立証可能性につき、1972年法は自然親子関係の証明方法として身分占有を列挙せず(旧334条の8)、さらに、親子関係捜索の訴えが認められる場合として身分占有を列挙せず(旧340条、旧341条)と言えども、身分占有に関する旧311条の1から旧311条の3の規定が「嫡出親子関係及び自然親子関係に共通の規定」に位置付けられていることから、これらの条文が自然親子関係にも適用されるかが問題となる。

104) Cass. ass. plén., 9 juillet 1982, *Bull. ass. plén.* n° 4, *R.T.D. civ.* 1982, p. 584 note R. NERSON, *Gaz. Pal.* 1982. II. 5 note J. MASSIP, *Deffrénois* 1982, p. 1265, note J. MASSIP, *Journ. not.* 1983, p. 87 note A. PLANCQUEEL, *J.C.P.* 1983. II. 19993 note E. CABANNES et *J.C.P.* 1984. II. 3135 note P. THERY.

105) D. HUET-WEILLER, *L'établissement de la filiation naturelle par la possession d'état (Commentaire de la loi du 25 juin 1982 modifiant l'article 334-8 c.civ.)*, *D.* 1982. 185; J. MASSIP, *L'établissement de la filiation naturelle par la possession d'état*, *Deffrénois* 1982, art. 32935.

(エ) 2005年法改正は身分占有の有用性を改めて承認し、裁判外の証明方法として新たに公知証書により確認された身分占有による親子関係の立証を認めている(317条)。公知証書により確認された身分占有は「形式主義の強調」¹⁰⁶⁾とも評されるが、交付請求期限を付された公知証書から推定された身分占有の現実性と安定性¹⁰⁷⁾は、反証されるまで有効であるにすぎない。破毀院もこれを認め、公知証書の効力は身分占有の単なる推定にすぎず、反証がなされるまで有効であるにすぎないと判示していた¹⁰⁸⁾。2005年法改正で明文化され、公知証書への異議申立が認められている(335条)。

(2) 親子関係の補完的証明

(ア) 身分占有は親子関係の補完的証明方法として、その他の証明方法と結びついて親子関係を証明するのに有用である。特に出生証書との結合から、出生証書の証明力を引き出している。但し、それだけで親子関係の証明となる場合に子の身分占有が親子関係の生物学的つながりと社会感情的つながりを示していたのとは異なり、子の身分占有がその他の証明方法と結合して親子関係の補完的証明となる場合には、法律上の親子関係を立証するにとどまる。

(イ) 1972年法の下で、子の身分占有が親子関係の補完的証明として重視されたのは、自然母子関係の証明に関してであった。ある女性に対する自然子の身分占有を、父の認知たる公署証書と結合させる旧336条反対解釈の場合と、出生証書と結合させる旧337条の場合である。

前者の場合、父の認知が母を表示しかつ母が母子関係について自白をなしたときには、母子関係も成立する(旧336条反対解釈)。但し、ここで父が公署証書¹⁰⁹⁾(1993年改正後に「認知証書」との表記に改訂)に記載した母の表示は、それだけで親子関係の証明とはならない。つまり、母の表示は自然母子関係の成立を確信させるものではないということである。そこで、母の黙示の自白を構成する自然子の母に対する身分占有の裏付けにより、母の表示を含む公署証書の効力が補

106) P. MURAT, *supra* note 49, p. 18.

107) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 435.

108) Cass. 1^{re} Ch. civ., 7 février 1989, *Bull. civ.* I, n° 65, D. 1989. 396, note J. MASSIP.

109) 自然子の認知の方式として、出生証書による認知、それがなければ公署証書による認知が行われる(旧335条)。

完され、自然母子関係が立証される。

後者の場合、母の表示を含む出生証書はそれだけで親子関係の証明とはならず(旧337条)、自然母子関係の成立を確信させるものない。そこで、自然子の身分占有の裏付けにより、母の表示を含む出生証書の効力が補完され、自然母子関係が立証される。

これらの場合に、子の身分占有は、それだけでは親子関係の証明となることのない証書について、その証書と結合して親子関係の証明を補完する。つまり、自然子の身分占有は母子関係の認知を補う役割を果たしている。従って、自然子の身分占有は、母子関係の認知と同等とみなし得る¹¹⁰⁾。

(ウ) 伝統的に子の身分占有に割り当てられた親子関係の補完的証明という役割は、1982年改正法が自然子の身分占有を親子関係の証明方法として承認したことで、その存在意義を疑問視されることとなった。自然子の身分占有がそれだけで親子関係の証明となるとすれば、単なる補完的証明方法としての役割は既に無用なものとも考え得る。

確かに、出生証書との結合の場合(旧337条)には、子の身分占有による補完的証明の有用性は完全に失われている¹¹¹⁾。なぜならば、子の身分占有は出生証書の効力を補完するまでもなく、それだけで自然母子関係を証明することができるからだ(旧334条の8)。

しかし、父の認知との結合の場合(旧336条反対解釈)には、子の身分占有による補完的証明の有用性は維持されている。なぜならば、母の自白(旧336条)はその母に対する子の身分占有とは直接結び付かないからだ¹¹²⁾。つまり、母の自白につき、その母に対する子の身分占有は母の自白の効力ではなく、母の表示を含む公署証書の効力を補完するのである。従って、子の身分占有は父の認知たる公署証書と結合し、補完的証明となる。反対に、身分占有の構成要素である母としての振る舞いは母の黙示の自白として解し得る。

結果として、旧336条と旧334条の8は各々の適用が重複しないことから併存

110) "reconnaissance putative" note G. CORNU, *supra* note 16, p. 29.

111) J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *supra* note 16, p. 535.

112) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 446.

が可能であり、補完的証明としての有用性は失われていない。

(エ) 2005年法改正は、母子関係の立証に関して、嫡出子・非嫡出子を問わず、出生証書における母の表示を単独の親子関係の証明方法として承認した(311条の25)。これにより、現行法において、母子関係の立証における身分占有の有用性は失われた。子の身分占有に伝統的に割り当てられてきた親子関係の補完的証明という役割は存在意義を完全に失ったのである。従って、2005年以降、子の身分占有は親子関係の証明という役割に純化した。

IV 真実主義の外在的限界

フランス親子関係法において、真実主義は血縁上の真実解明に対する法的規制により外在的な限界を有している。科学技術の進歩は真実主義の内在的限界の範囲を縮小させ、親子関係の確定に大きな影響を及ぼした。この影響力を全く無視することは不可能であることから、真実主義を手続上制約する必要がある。そこで、親子関係を直接的に証明し得る鑑定の利用には、訴えの制限および証明の自由に対する制限が設けられた¹¹³⁾。また、手続上の制約を正当化する根拠としても身分占有が用いられるようになった。以下、科学の進歩に直面した身分占有の役割について考察する。

1 子の身分占有が果たす役割の多様化

1972年1月2日の法律による親子関係法の改正は、子の身分占有が従来より果たしてきた伝統的役割に加えて新たな役割を承認している。「身分占有なるものは、1972年の親子法の全機能を支えているとさえいえる程の重要な解釈概念である」とも評される¹¹⁴⁾。子の身分占有は、社会状況や親子関係の変化に伴う家族政策の要請に応じて、具体化され、拡大した重要な役割を見出すに至っている。さらに、1972年1月3日の法律と1982年6月25日の法律を通じて、親子関係

113) 親子鑑定命令に関する判例の変遷につき、拙稿・吉澤香織「フランス親子関係法における生物学的真実へのアクセス—破毀院第一民事部2000年3月28日判決—」一法4巻2号197頁(2005)参照。

114) 伊藤昌司「フランス1972年親子法における身分占有—1982年6月25日の法律による改正の周辺—」比較46巻202頁(1984)。

法における身分占有の役割の増大は必然的であったとも評される¹¹⁵⁾。

理想的な家族関係を構築するために、子の身分占有の役割は伝統的な役割である「親子関係の証明方法」から進化して多様な役割が認められた。具体的には、「親子関係の創設」「親子関係の紛争回避」「親子関係の紛争解決」である。これらの役割が作用する場合、子の身分占有は真実探究への指向が薄れ、専ら家族政策を実現する手段として子の現実の親子関係を保護することに努める¹¹⁶⁾。子の身分を然るべき場所に据えるために、子の身分占有を家族政策（子の利益、家庭の平穩、社会秩序）の道具¹¹⁷⁾とみなし、親子関係に血縁上の真実とは別の価値観を与えている。つまり、親子関係とは、むしろ理想的な家族関係¹¹⁸⁾、つまり、子への愛情に溢れた家族関係、子を受け入れている家族関係、社会的に承認された家族関係であると捉えるものである。現在の多様化した子の身分占有の役割は伝統的な役割と常に結び付きながら、その効力を発揮している。

2 親子関係の創設¹¹⁹⁾

子の身分占有の役割として、親子関係の証明方法から派生した親子関係の創設がある。但し、専ら嫡出親子関係或いは子の父母が婚姻夫婦である場合における

115) 身分占有は外観を通じて現実の親子関係を、さらに、当事者の振る舞いを通じて意思を考慮して、親子関係の社会的真実と生物学的真実との均衡を保つものである (V. MORGAND-CANTEGRIT, *supra* note 38, p. 56)。

116) *ibid.*

117) C. CLÉMENT, *supra* note 16, p. 449.

118) C. CLÉMENT, *supra* note 16, p. 448.

119) 「親子関係の創設」との表記につき、研究会で多くの先生方からご教示を頂いた。それは以下の点に集約できる。すなわち、身分占有の機能として、身分の時効取得という積極的效果を有するのか、身分の不可争性という消極的效果を有するのか、両者を有するのか否かである。手続ルールたる身分の不可争性と解したならば本稿第Ⅲ章5以降の議論や破毀院判例との整合性を有する。しかし、実体ルールたる身分の時効取得と解したならば本稿第Ⅲ章5以降の議論との整合性を導き得ないのではないか。「親子関係の創設」との表記は身分占有への理解の混乱を招く結果となる。この点に関して、「親子関係の創設」との表記はクレマン氏の論説の中の「子の身分占有の創設の役割 (“Le rôle fondateur de la possession d'état d'enfant” cité C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 450)」という小題から引用した。クレマン氏は婚姻の効果としての父性推定と身分占有との結び付きに着目し、親子関係の生物学的つながりよりもむしろ社会感情的なつながりに基づく考察が他の「親子関係の紛争回避」や「親子関係の紛争解決」と同じく家族政策を実現する役割を果たしていると指摘している。

父性推定(“*pater is est*”)に資するものである。なぜならば、1972年法は、親子関係の創設の場面において、子の身分占有の存否を父性推定の発効にかからしめたからである。これは革新的なことであったと評されている¹²⁰⁾。

具体的には、1972年法は、子の身分占有の不存在を父性推定の排除要件として、他方で、子の身分占有の存在を父性推定の回復要件として認めている¹²¹⁾。

(1) 父性推定の排除要件

(ア) 1972年法及び2005年改正法は、子の身分占有の不存在を父性推定の排除要件として認めた(314条¹²²⁾)。しかし、ここでの親子関係の創設を目的とした子の身分占有の役割は「ひどく変わっている。なぜならば、身分占有の存在には全く関心がないからだ」¹²³⁾。

314条は身分占有の不存在に関心を示している。加えて、その唯一の効果は父性推定の排除にあり、子とその母の夫との法律上のつながりを生じさせない。つまり、婚姻中の父母の間に生まれた子から父性推定の恩恵を取上げることになる。すなわち、出生証書への母の夫の表示がない場合に、母の夫に対する子の身分占有の不存在を父性推定の「自動的な排除」¹²⁴⁾と結び付けている。ここで、「自動的な排除」とは否認の訴えを不要とするという意味である¹²⁵⁾。とすれば、反対に、身分占有の存在は、必然的に、子に対して父性推定の排除を免れさせ、続いて父性推定が働くことになる。従って、子の身分占有の存否は父性推定の発効を左右する。身分占有は争われている親子関係の立証に直接的に関与している¹²⁶⁾。

身分占有に割り当てられた親子関係の創出という役割は父性推定の及ぶ範囲を

120) J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *supra* note 16, p. 320.

121) その他に、子の身分占有の存在を、準正要件或いは父子関係搜索の訴えの訴訟開始事由として承認した。

122) 第314条「父子関係の推定は、子の出生証書に父として夫が表示されず、かつ、子がその者に対して身分占有を有していない場合には、斥けられる(拙稿・前掲註49)114頁)。」

123) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 451.

124) “l’éviction automatique de la présomption *Pater is est*” note C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 452.

125) その他の表現として、「父子関係は推定されず、あたかも否認がなされたかのように親子関係は母に対してのみしか成立しない」(松川正毅「婚姻による親子関係の推定制度—親子関係設定の原理」法セミ478号44頁(1994)。

126) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 452.

画定することにある。父性推定は出生子とその母の夫との間の親子関係の法律上のつながりを即時にもたらす。しかし、そして、母の夫に対する身分占有の不存在は出生証書への父の表示の欠如と合わせて、それだけで父性推定を排除する。対して、身分占有の存在は出生証書への父の表示の欠如があったとしても父性推定が働く。

(イ) 1972年法の立法段階において本条が想定した場面とは、夫婦の事実上の別居の事案であった¹²⁷⁾。つまり、父性推定の排除要件としての身分占有が意味するところは、夫婦の別居が公証されていない場合、すなわち事実上の別居における子と親とのつながりを考察することにある。具体的には、子が夫婦の事実上の別居期間中に懐胎された場合、つまり、夫婦の事実上の別居期間と母の法定懐胎期間が重複している場合、父性推定の根拠となる夫婦の結合の存在の可能性、すなわち母の懐胎にその夫が関わっている可能性は著しく低下する¹²⁸⁾。加えて、母が子の出生証書の父の欄にその夫の名を記載することを拒否したとき¹²⁹⁾、そのような母の行為は子とその母の夫との親子関係の生物学的つながりの蓋然性の低下を表している。

子が母の夫と出生証書によっても身分占有によっても結び付けられていないという事実状態は、実際に、深刻な夫婦の危機¹³⁰⁾を明らかにしている。具体的には、事実上の別居という分裂した家庭内に子を据えてしまう危険性を連想させる。また、子の身分占有の不存在は事実上の別居状態が続いており、夫婦関係が不安定であることも連想させる。このとき、母が表した父子関係の生物学的蓋然性の欠如よりも、子が受け入れられるべき現実の家庭が存在しないことの方が重大で

127) G. CORNU, *supra* note 16, p. 355, C. COLOMBET, *supra* note 76, p. 153, J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *supra* note 16, p. 321, P. MALAURIE et L. AYNÈS, *supra* note 16, p. 357 et J. MASSIP, *La loi du 3 janvier 1972 sur la filiation*, *Defrénois* 1972, art. 30051.

128) 夫婦の事実上の別居期間と妻の法定懐胎期間が全期間にわたり重複する場合や部分的に重複する場合、一時的な夫婦の事実上の別居の場合には、妻の懐胎にその夫が関わっているとの結論はその可能性を否定し得ないが、その逆も然りであるので、同様に疑問視すべきである (C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 452)。

129) 母による子の出生証書への父の表示の拒否は、母が自ら夫の父性推定の発効を阻止する「何とも奇妙な場面」である (J. CARBONNIER, *supra* note 16, p. 1026)。

130) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 453.

ある。つまり、身分占有の不存在は、子とその母の夫との親子関係の生物学的つながりの蓋然性の欠如を意味することよりもむしろ、子を受け入れるに適した現実の家庭の欠如を意味する。そして、子を不安定な状況下に据えることを避けるために父性推定の発効を抑制する。

従って、出生証書への母の夫の表示の欠如と身分占有の不存在は、子を受け入れるに適した現実の家庭を提供する事実上の不可能性を示していると理解される。

(ウ) 反対に、子の出生証書への夫の表示が欠如していたとしても、母の夫に対する子の身分占有が存在する場合には父性推定が働く。子が母の夫と身分占有によって結び付けられているという事実状態は、安定した夫婦関係を明らかにしている。具体的には、子とその母の夫との社会感情的つながりを示しており、子が家庭に受け入れられ、子がその母の夫から愛情を十分に受けていることを連想させるからだ。また、子の身分占有の存在は事実上の別居状態にあった夫婦の和解をも連想させる。

このような身分占有は、母が子の出生証書に示した子と夫との親子関係の生物学的つながりの蓋然性の欠如を、夫の子に対する父としての振る舞いにより補おうとしているのである。つまり、現実には営まれている父子関係が生物学的つながりに基づいているか否かはあまり重要ではない¹³¹⁾。実際に、多くの場合に母の夫は子の生物学上の父ではないであろう。子とその母の夫との親子関係の生物学的つながりの蓋然性よりも、子を受け入れるに適した現実の家庭に子が結び付いていることが重視されている。子の身分占有の存在は、父性推定が排除されないように作用する。この場合、父性推定は身分占有を享有する子の利益になるように働くとして理解することができる。

(エ) 結論として、314条が身分占有の不存在に付与した父性推定の「自動的な排除」という効果は、子とその母の夫との親子関係の生物学的つながりの蓋然性の欠如を意味することよりもむしろ、子を受け入れるに適した現実の家庭の欠如を意味するものであり、何よりも、分裂しかつ不安定な家庭に子を結び付ける危険性を未然に防いでいる。反対に、母の夫に対する子の身分占有は、子を受け入れ

131) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 454.

るに適した現実の家庭と子との結合と同時に、夫婦の和解の証¹³²⁾でもある。

(2) 父性推定の回復要件

(ア) 夫婦に対する子の身分占有の存在は、法律上当然に父性推定を回復させる。すなわち、父性推定が排除されたとしても、子が事後的に身分占有を有する場合には父性推定が働く。

父性推定の回復要件としての身分占有が意味するところは、夫婦関係が破綻した後の和解における子と親とのつながりを考察することにある。具体的には、子が夫婦の法定別居中に懐胎された場合、つまり、父母の法定別居期間と母の法定懐胎期間が重複している場合、夫婦は法律上同居義務を免除されていたのであるから夫婦の性的結合は疑わしく、結果として、子とその母の夫との親子関係の蓋然性は著しく低いことから父性推定は排除される(313条1項¹³³⁾)。

しかしその後、父性推定を排除された子が父母から夫婦の子として養育されている場合、父性推定の回復要件として身分占有の考慮は有用である。子は、母に対する身分占有は出生時より享有しているが、父に対する身分占有は出生時に欠如し、時が経過した後に享有している。このような事後的な身分占有は、父性推定の及ぶ範囲に影響する。事後的な身分占有の存在は、子と夫婦である父母との間の安定的な関係性を明らかにしており、子に対して夫婦が共有の認識を有していることを連想させる。また、子の身分占有の存在は、婚姻関係が破綻し法律上の別居に至った夫婦の和解及び家庭の再構築をも連想させる。このとき、夫婦双方の共通の認識は子と母の夫との生物学的つながりの蓋然性の認識に基づいているか否かを不問とし¹³⁴⁾、子と母の夫との社会感情的つながりを重視して、身分

132) *ibid.*

133) 第313条「①父子関係の推定は、離婚又は別居の請求の場合には、離婚又は第250条の2の適用による仮の措置の諸結果を定める合意を認可する命令、あるいは勧解不調の命令後300日を超えて、かつ、請求の終局的な排斥後又は和解後180日未満に出生した子については、斥けられる。

②但し、父子関係の推定は、子が夫婦に対して身分占有を有し、かつ、子が第三者に対して既に立証された父子関係を有していない場合には、法律上当然にその効力を回復する(拙稿・前掲註49)143頁)。」

134) つまり、子の懐胎時期の夫婦の状況から父子関係の蓋然性は依然として低いが、反対に、夫婦の現在の状況から子と夫婦とが共有している感情は進展していると解する(C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 461)。

占有の存在により排除された父性推定を回復させるように作用する¹³⁵⁾¹³⁶⁾。この場合、父性推定は身分占有を享有する子の利益になるように働くと理解することができる。

313条2項は、夫婦のそれぞれ¹³⁷⁾に対する子の身分占有が存在する場合に、同1項により排除された父性推定の効力を法律上当然に回復することを認めている。

(イ) 313条2項の父性推定回復の適用範囲につき、夫婦の事実上の別居に基づく父性推定の排除(314条)の場合にも適用し得るかが問題となる。

1972年法下において、学説は旧313条2項(現313条2項)の適用可能性を明確に否定していた¹³⁸⁾。但し、夫婦の法律上の別居による父性推定の排除の場合という留保を付して適用可能性を認める学説¹³⁹⁾もあった。1972年法改正に携わった民法典改正委員会のフォワイエ氏は、政府提出草案において、旧313条1項及び同2項は原則と例外の関係性があり、さらに、同2項は子の懐胎期間内における夫婦の法律上の別居の場合に父性推定の作用を排除する性質が示されていることを指摘している¹⁴⁰⁾。つまり、313条2項と314条とでは前提としている夫婦の別居状態が異なる。従って、313条2項が適用されるのは夫婦の法律上の別居を

135) 出生時に享有する生来の身分占有と時の経過後に享有する事後的な身分占有の証明力に差異はない(C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 454)。

136) 1972年法改正に携わった民法典改正委員会のジョゾー・マリニュ氏は、政府提出草案において、「本条は夫婦の和解を想定している。新たな結合の中に、恐らくは生物学的な真実ではなく、間違いなく社会的現実を表している嫡出性を得た子を迎え入れる」と述べている(*Rapport n° 1624 de Assemblée nationale au nom de la Commission des lois – Examen des articles*, par L. JOZEAU-MARIGNÉ, *JO Sénat* n° 16, p. 34)。

137) 2005年法改正は嫡出子と自然子の区別を廃し、嫡出子の身分占有に固有の不可分性の要請を削除した。これに伴い父性推定の回復要件を、「嫡出子の身分占有」から「夫婦に対する子の身分占有」という表現に修正している。このとき、夫婦の離婚の場合に、子が離婚夫婦のそれぞれに対する子の身分占有を有していれば、父性推定回復の可能性が認められるかにつき問題となる。かつての不可分性の要請は婚姻夫婦と子との結合を示すことを重視していたことから、現行法においてもその価値を失わないであろうと解されている。従って、離婚夫婦のそれぞれに対する子の身分占有につき、父性推定回復の効果を認めることは慎重でなければならない。

138) J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *supra* note 16, p. 329 et P. SALVAGE-GEREST, *La domaine de la présomption « Pater is est » dans la loi du 3 janvier 1972*, *R.T.D. civ.* 1976, p. 249.

139) G. CORNU, *supra* note 16, p. 355.

140) *Rapport n° 1624 de Assemblée nationale au nom de la Commission des lois – Examen des articles*, par J. FOYER, *JO Sénat* n° 16, p. 54.

想定した同1項の場合であり、夫婦の法律上の別居に基づく父性推定の排除の場合だけしか同2項による父性推定の回復の議論の余地はないと解される。夫婦の事実上の別居を前提とする314条に基づく父性推定排除への313条2項の適用可能性は否定される。

他方、適用可能性を否定する他の根拠として、313条2項と314条とでは、身分占有の存在の効果が異なる。具体的には、前者は既に排除された父性推定を回復する効果があり、後者は父性推定の排除を回避し、反射として推定を発効する効果を有する点が指摘されている。従って、314条への313条2項の適用可能性は否定される。

(ウ) 従って、夫婦の法律上の別居に基づいて父性推定が排除されたとしても、事後的な身分占有の存在は夫婦の和解と家庭の再構築を連想させる。この場合、母の夫の生物学的つながりを不問とし、子に対する夫の父としての愛情と安定した家庭の中に子を受け入れているという社会感情的なつながりが重視されている。ここでの生物学的つながりと社会感情的つながりは同価値ではなく、夫婦の別居後に事後的に構成された身分占有は生物学的つながりの徴表を抑止し、社会感情的つながりに対して法律上の保護を与えている。つまり、事後的な身分占有は、子を愛情深い父と法律上結合させる道具となり、同時に、再構成された安定的な家庭の中に子を統合する道具となる¹⁴¹⁾。

3 親子関係の紛争回避

子の身分占有の役割として、親子関係の証明方法から派生した親子関係の紛争回避がある。他に、親子関係を強化する役割¹⁴²⁾、親子関係を丈夫にする役割¹⁴³⁾、親子関係を安定化する役割¹⁴⁴⁾、親子関係に平穏をもたらす役割¹⁴⁵⁾とも表現されている。既に立証された親子関係について、当該親子関係を争う訴えから回避する効力を有する。ある時は、親子関係を争う訴えの障壁となり、ある時は、親子

141) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 461.

142) “rôle consolidateur”, cité C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 466.

143) “rôle confortatif”, cité P. MALAURIE et L. AYNES, *supra* note 16, p. 344.

144) “rôle stabilisateur”, cité J. LAUTOUR, *supra* note 41, p. 443.

145) “rôle pacificateur”, cité J. HUSER et D. HUET-WEILLER, *supra* note 16, p. 489.

関係を争う訴えの歯止めとなる¹⁴⁶⁾。

さらに、親子関係の紛争回避という役割は、親子関係を争う訴えの受理可能性の判断を通じて、子の身分占有に対して血縁上の真実解明を制限することを可能としている。血縁上の真実解明は、法律が親子関係を争う訴えを禁じている場合にはその扉をぴたりと密閉し、法律が留保を付して親子関係を争う訴えを認めている場合には半ばその扉を開けて隙間を作っている¹⁴⁷⁾。つまり、血縁上の真実解明手段である親子関係を争う訴えについて、法律は限定的にしか認めていない。とすれば、当該訴えが認められる根拠として血縁の真実に一致させる配慮であると解するのは疑わしい。むしろ、より政策的な観点から、現実に営まれている親子関係の保護を意図していると解する方が相応しいのではないかと考える。

以下では具体的に、子の身分占有が親子関係を争う訴えにおいていかなる働きを有しているのかにつき、証書と結び付けられた場合、時の経過と結び付けられた場合、証書と時の経過とに結び付けられた場合を検討する。

(1) 証書との結合

(ア) 第一に、子の身分占有と証書とを結び付けて、証書に合致する身分占有が立証する親子関係につき争い得ないとする。証書に合致する身分占有の存在は紛争を回避し、子の身分を安定させる。しかしながら、1972年法下では、証書と結合した子の身分占有による親子関係の紛争回避はその対象を嫡出親子関係のみに制限していた。

(イ) まず、嫡出母子関係につき、旧322条¹⁴⁸⁾は、証書と結合した子の身分占有により親子関係を争う訴権の行使を制限しようとしたが、例外規定により貫徹されなかった。自分は産んでいないのに他人の子を自分の子とする出産偽称¹⁴⁹⁾の場合と、故意であれ過失であれ同じ時期に産まれた子の取替え¹⁵⁰⁾の場合には、

146) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 466.

147) *ibid.*

148) 旧第322条「①いかなる者も、その出生の証書及びその証書に合致する〔身分〕占有がその物に付与する身分と異なる身分を主張することができない。

②反対に、いかなる者も、その出生の証書に合致する〔身分〕占有を有する者の身分を争うことができない（法務大臣官房司法法制調査部（編）／稲本洋之助（訳）『フランス民法典一家族・相続関係』（法曹会、1978）118頁。）」

149) G. CORNU, *supra* note 16, p. 361.

母が分娩した女性ではないことを証明して、その証書に記載された母子関係を争うことができる(旧322条の1)。身分を争う訴えにより、出生証書と合致する子の身分占有によって推定された嫡出母子関係が覆されるだけでなく、嫡出母子関係を前提として法律上推定された父子関係をも覆される恐れがある。このとき、血縁上の真実が優越することになる。

近時の破毀院第一民事部2005年5月18日判決¹⁵¹⁾は、子の出産偽称による嫡出親子関係を争う訴えにつき、原判決が子の身分占有を考慮した稀有な事例である。破毀院は原判決を破毀し、出産偽称の場合に、証書と結合した身分占有よりも血縁上の真実が尊重されることを確認している。

出産偽称及び取替えがあった場合には刑事罰が科される。なぜならば、出産偽称及び取替えは、民法が親子関係の決定要件としている出生証書及び身分占有を害し、延いては民事身分に危害を及ぼす行為であるからだ¹⁵²⁾。しかも、子から真実の親子関係を奪い、自分のものではない家庭に帰属させることになる¹⁵³⁾¹⁵⁴⁾。2005年法改正では具体的に出産偽証及び取替えを列挙せずに、母が子を出産していないことを証明して母子関係を争い得るとだけ規定している(322条1項)。

(ウ) 次に、嫡出父子関係につき、身分占有と証書との結合があるにもかかわらず、親子関係を争う訴権の行使に対する制限は法律と判例により著しく緩和された。

法律においては、1972年法は新たに、母による嫡出否認の訴えを認めた。証書とそれに合致する身分占有の存在にもかかわらず、子の準正を目的とする母の否認権行使によって、母の夫に推定された父性は覆されることになる。

判例においては、旧322条反対解釈を承認した破毀院第一民事部1985年2月27日判決¹⁵⁵⁾が制限に対する緩和傾向を一層押し進めた。本判決は1972年法第322

150) *ibid.*

151) Cass. 1^{re} Ch, civ., 18 mai 2005, *Bull. civ.* I, n° 218, *R.T.D. civ.* 2005, p. 582 note J. HAUSER.

152) 水野紀子「認知無効について—血縁上の親子関係と法律上の親子関係の不一致—」法学64巻1号28頁(2000)。

153) 水野・前掲註152)「認知無効(—)」29頁。

154) クレマン氏は、「生物学上の母ではありえない女性との法律上の虚偽の再結合」と評している(C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 474)。

条を反対解釈して、出生証書が身分占有によって裏付けられていない場合には、その証書に記載されている父子関係を争い得るとの解釈を認めたものであり、判例法となっている。但し、旧322条は本来母子関係に関する規定であるが、本条を嫡出父子関係に適用している。

1985年に破毀院が認めた旧322条反対解釈は、証書と身分占有の合致が存する場合であっても、要件を満たせば、親子関係を争うことができると判示した。訴えの利益を有する者は誰でも提起することができ、訴権行使は30年間可能である。従って、証書と結合した子の身分占有による嫡出父子関係の紛争回避は徹底されなかったといえる。

(エ) 新たな2005年法下においては、例外的な血縁上の真実の尊重に対して、子の身分占有による紛争回避の原則がより一層強調され勢力を拡大している¹⁵⁶⁾。実際に、333条¹⁵⁷⁾は証書と合致する子の身分占有による紛争回避の原則を徹底した。その結果、1972年法に比して血縁上の真実が尊重される可能性は極めて限定された。つまり、一定の期間存続する子の身分占有により、原則として親子関係の紛争は回避され、子の身分は安定することとなる。

この時、証書に合致する子の身分占有は、血縁上の真実に基づく親子関係を法律上再構成することを遮断している。さらに、虚偽の申述に対する是正の機会を奪っている。すなわち、親子関係の血縁上の真実に対する口封じの手段¹⁵⁸⁾とし

155) Cass. 1^{re} Ch. civ., 27 février 1985, *Bull. civ.* I. n° 76, *D.* 1985. 265, note G. CORNU, *J.C.P.* 1985. II. 20460, note E. FORTIS-MONJAIL et G. PAIRE, *D.* 1985. 123, note D. HUET-WEILLER, *D.* 1985. 205, note P. RAYNAUD, *Deffrénois* 1985, art. 33620, note M. GRIMALDI et *R.T.D. civ.* 1986, p. 579, note J. RUBELLIN-DEVICHI. 破毀院第一民事部1985年2月27日判決に関する邦語文献として、伊藤昌司「フランス親子法における身分占有」『谷口知平先生追悼論文集 第一巻 親子』(信山社、1994) 203頁、同「隠退の時を迎えた嫡出否認—破毀院第一民事部1985年2月27日判決—」関西フランス法研究会、<http://www.law.kobegakuin.ac.jp/~nishitsu/frenchlaw/rep1-1.html>(1999)がある。

156) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 477.

157) 第333条「①身分占有が証書に合致するとき、子、その父母の一方、真の親を称する者のみが訴えを提起することができる。訴権は、身分占有が終了した日から起算して5年で時効にかかる。

②いかなる者も、その証書に合致する身分占有が少なくとも5年を経過した場合には、後に認知がなされたとしても、親子関係を争うことができない(拙稿・前掲註49)146頁)。」

158) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 472.

て活用される。血縁上の真実に有用な手段としてではなく、社会感情的つながりを有する親子関係を保護する手段として現れる。つまり、出生証書又は認知証書と合致する子の身分占有は、それを有している者の家族への統合という肯定的なイメージを与えている¹⁵⁹⁾。結局、証書に合致する子の身分占有は、証書に記載された親子関係について、生物学的つながりの存否はどうでもよいことなのである¹⁶⁰⁾。

例えば、破毀院第一民事部2006年2月14日判決¹⁶¹⁾は、旧322条2項反対解釈に基づく夫の父子関係を争う訴えの事例で、夫の不妊症と妻の不倫が明らかにされたにもかかわらず、出生証書に合致する嫡出子の身分占有の存在を根拠に請求を却下している。つまり、証書に記載されている親子関係の法律上のつながりは血縁上の真実に反するとしても、最終的に、社会感情的つながりを裏付ける現実の生活実体が血縁上の真実の不存在を補うことが示されている。

従って、血縁の真実追究を際限なく認めると、家族の平和を害し、子を安定的な家族から引き離す恐れがある。もはや証書に合致する子の身分占有は血縁上の真実との一致を考慮せずに、現実には営まれている親子関係を保護している。333条は、血縁の真実を犠牲にしてもなお、家族の平和と子の利益を保護するために、旧322条に比して一層厳格なものとなっていると評価することができる。

(2) 時の経過との結合

(ア) 第二に、法律は、子の身分占有と時の経過とを結び付けて、一定の期間継続する子の身分占有は、その身分占有を有する者の親子関係に関する紛争を回避する。すなわち、時の経過により子の身分は確定される効果を生じる。子の身分占有が時の経過により獲得する親子関係の紛争回避という効果は、1972年法下では、一般の訴えにつき30年の時効にかからしめた(旧311条の7)¹⁶²⁾。時効の起算点は、身分を求める訴えにつき「身分が剥奪された日」、身分を争う訴えにつき「身分の享有を開始した日」である¹⁶³⁾。本条は子の身分占有を暗黙に要求する

159) *ibid.*

160) *ibid.*

161) Cass. 1^{re} Ch. civ., 14 février 2006, *Bull. civ.* I. n° 70, *R.T.D. civ.* 2006, p. 293 note J. HAUSER.

ものであり¹⁶⁴⁾、身分占有はまさに「時効の要素」¹⁶⁵⁾とみなすことができる。そして、30年間の身分占有の欠如又は30年間の身分占有の存続は、親子関係に関する訴権行使を無条件に無力化する。一方で、一定期間の身分占有の存否により親子関係に関する紛争を回避し、子の身分を安定させる働きを有する。つまり、血縁上の真実の追究を決定的に制限している。少なくとも30年が経過した外観は、現実に営まれている家族の安定性を保護するのに役立つ。

(イ) 2005年改正法は、親子関係に関する訴権の時効について、30年から10年に短縮した(321条)。但し、時効期間の短縮以外に実質的な変更はなく、身分占有により推定された血縁上の真実に反する親子関係は覆される可能性を有したままである。

(3) 証書及び時の経過との二重結合

(ア) 第三に、法律は、子の身分占有と証書及び時の経過とを二重に結び付けて、親子関係を争う訴えの唯一の訴訟不受理事由とした¹⁶⁶⁾。

二重結合による紛争回避の根拠は1972年法下で既に多くの学者が指摘していた。子の身分占有に親子関係の紛争回避という役割を割り当てたのは、もはや法律上の親子関係を血縁上の真実と一致させることを指向していないからである¹⁶⁷⁾。第一に、親子関係の紛争回避は、結果として、血縁上の真実との不一致を理由に親子関係を争うことを禁じることになる。血縁上の真実を解明する目的で親子関係を争う訴えを際限なく認めることは避けなければならない。第二に、親子関係を争う訴えの訴訟不受理事由としての身分占有の活用と、血縁上の真実解

162) 1972年法以前は、身分を求める訴えに関する旧328条から親子関係に関する訴権は時効で消滅することがないと解されていた。しかし、当時の判例は、旧311条の7に基づいて、嫡出親子関係も自然親子関係も一様に、訴権は30年の時効にかかると判示していた(J. SAVATIER, note sous Colmar, 14 février 1950, *J.C.P.* 1950. II. 5853 (citée C. CLÉMENT, supra note 25, p. 480))。

163) V. MORGAND-CANTEGRIT, supra note 38, p. 607 et J. LAUTOUR, supra note 41, p. 541.

164) C. COLOMBET, J. FOYER, D. HUET-WEILLER et C. LABRUSSE-RIOU, supra note 16, p. 67.

165) J. LAUTOUR, supra note 41, p. 533.

166) C. CLÉMENT, supra note 25, p. 495.

167) C. CLÉMENT, supra note 25, p. 497.

明との間にあらゆる親子関係の存在を否定することにある¹⁶⁸⁾。証書に合致し一定期間経過した子の身分占有によって示された徴表は、親子関係の存在を推知させる。証書に親として記載されている者が子として記載されている者を世話している事実や、証書に子として記載されている者が親として記載されている者をパパ又はママと呼んでいる事実は時の経過により集積する。これらの集積した事実が親と子を取り巻く周囲の人々に感知され、両者の間に親子関係の存在を確信させる。その結果、証書と時の経過との二重結合による紛争回避という身分占有の役割により、親子関係の安定は一層強化される。同時に、身分占有は子の利益、家族の平和、社会秩序を守る¹⁶⁹⁾。すなわち、証書と時の経過と二重に結合した身分占有は、生物学的つながりを明らかにするよりもむしろ、親子としての感情や交流に基づく社会感情的なつながりを明らかにしている¹⁷⁰⁾。そのような社会感情的つながりは生きた関係として理解される¹⁷¹⁾。そして、血縁上の真実によりこれまでの親子関係を無に帰する恐れのある議論から、可能な限り、人間味ある親子関係を守ることを明らかにしている¹⁷²⁾。

(イ) 1972年以前には、1804年法による旧339条で「父あるいは母による認知は、子による請求と同様に、あらゆる利害関係人によって争われうる」¹⁷³⁾と規定されており、自然親子関係を争う訴えを回避する条文は存在しなかった。そのため、学説と判例は、好意認知を争う訴えを封じる手立てがないことを強く批判していた。特に、認知者による認知無効の主張の許否につき、嫡出親子関係に関する1804年法による旧322条に相当する、自然子の身分を保護する条項が存在しなかった。そのため、結局のところ、判例は認知者自身の無効主張を認めてきたのである。

1972年改正法は訴訟不受理事由を新設し、自然子の身分の保護を図った。「認

168) *ibid.*

169) J. HAUSER, *Contestation de reconnaissance et possession d'état*, R.T.D civ. 1997, p. 110.

170) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 498.

171) *ibid.*

172) *ibid.*

173) 水野紀子「認知無効について—血縁上の親子関係と法律上の親子関係の不一致—(二)」法学64巻2号159頁(2000)。

知から少なくとも10年を経過した身分占有」は、その身分占有を有する者の親子関係の紛争を回避する（旧339条3項）。自然親子関係の認知は親子関係の証明方法であり、同時に、その認知を争う訴えの訴訟不受理事由でもある。

自然子の認知は意思に基づく法律行為であり、そこには血縁上の真実の自白と自らの家族への受け入れを含むと理解されている¹⁷⁴⁾。或いは、過去の自白とそこから生じた結果を将来的に保証する意思や契約を含むと理解されている¹⁷⁵⁾。認知を裏付ける身分占有の存在は、その身分占有を有する者の親子関係の紛争を原則的に回避させる。より正確には、意図的に好意認知をした者へのサンクションであり¹⁷⁶⁾、血縁上の真実を無視して親子関係は立証される¹⁷⁷⁾。結果として、「親子関係法を道徳的に向上させること」に役立つ¹⁷⁸⁾。但し、例外として、他の親、子自身又は真の親を称する者の側からの場合には、認知を覆し得る¹⁷⁹⁾。

(ウ) 333条は、証書と合致する子の身分占有による紛争回避を徹底した。原則として、証書と合致する身分占有であり、かつ、出生又は認知から少なくとも5年を経過した身分占有を有する者の親子関係を争うことができない。

2005年法は子の身分を統一したことから、身分占有の出生証書及び時の経過との二重結合による紛争回避の役割はその適用範囲を拡大した。つまり、自然子の認知を争う訴え（旧399条3項）は廃止され、認知により親子関係が成立した子についても、身分占有の二重結合による紛争回避が及ぶことになる。さらに、提訴期間は出生又は認知から5年であり、5年間継続した親子としての生活実体は、営まれた親子関係を覆す目的で提起されるあらゆる訴えを回避されることになる。5年という期間は現代の家族の流動性を考慮に入れば妥当であろう¹⁸⁰⁾。

174) J. CARBONNIER, *supra* note 16, p. 1047; J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *supra* note 16, p. 492; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *supra* note 16, p. 403; J. MAZEAUD et F. CHABAS, *supra* note 16, p. 338.

175) G. CORNU, *supra* note 16, p. 395.

176) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 501.

177) J. CARBONNIER, *supra* note 16, p. 1045.

178) V. MORGAND-CANTEGRIT, *supra* note 38, p. 376.

179) Cass. 1^{re} Ch. civ., 5 novembre 1991, *Bull. civ.* I. n° 299, *J.C.P.* 1991. I. 3591; Cass. 1^{re} Ch. civ., 3 mars 1992, *Bull. civ.* I. n° 70, *D.* 1993. 133; Cass. 1^{re} Ch. civ., 5 novembre 1996, *D.* 1998. 34; Cass. 1^{re} Ch. civ., 16 mars 1999, *Bull. civ.* I. n° 98.

180) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 502.

従って、身分占有を紛争回避の要素である出生証書と時の経過に二重に結合させて、より強力なかつより増大した紛争回避の役割を割り当てている。

4 親子関係の紛争解決

子の身分占有の役割として、「親子関係の証明方法」から派生した「親子関係の紛争解決」がある。つまり、抵触する二つの親子関係のうちどちらか一方に終局的に決定する。子の身分占有は一方で紛争を回避するために作用し、一方で生じた紛争を回避するために作用する。

親子関係の紛争解決は裁判所に委ねられた。それは、裁判所に予め与えられた一種の白紙委任状である¹⁸¹⁾。1972年以前には解決の一般原則は法定されていなかった。そのため裁判所は個別具体的な事案毎に解決法を示すのであるが、そこで検討された解決策として二つある¹⁸²⁾。第一の解決法は、嫡出親子関係と自然親子関係又は二つの嫡出親子関係又は二つの自然親子関係が抵触した場合、より蓋然性の高い生物学的つながりの優位性を認める。第二の解決法は、子の利益に資するために子自身に身分の選択を委ねるというものである。

後に1972年法は解決の一般原則として、旧311条の12¹⁸³⁾において蓋然性と身分占有という二つの基準を設定した。第一に、原則として、親子関係の蓋然性が優先される。第二に、補足的に、子の身分占有を考慮する。ここに、子の身分占有は親子関係の紛争解決基準という新たな役割を割り当てられることとなった。親子関係の紛争解決としての身分占有は、裁判官への一種の白紙委任状である。但し、あくまでも補足的な活用であり、原則的紛争解決基準である蓋然性が探知し得ない場合に限って代用されるものである。

181) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 541.

182) 身分占有に付与された親子関係の紛争解決という役割は、裁判官への一種の白紙委任状である (C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 507)。

183) 旧第311条の12「①裁判所は、それについて法律が、他の原則を定めていない親子関係の抵触を、すべての証拠方法によって最も確実と思われる親子関係を決定して、解決する。

②裁判所は、心証〔を得る〕に十分な資料がない場合には、身分占有を考慮する（稲本・前掲註148)113頁)。」

(1) 紛争解決基準の適用範囲

前提として、旧311条の12が適用されるのは、親子関係の抵触について「法律が、他の原則を定めていない」場合である。法律は四つの類型の紛争において、予め予防的解決基準を定めている。つまり、予防的解決基準とは、既に存在している親子関係に反する他の親子関係の立証を禁止することで、親子関係の抵触を未然に防ぐというものである。具体的に、第一の予防的基準として、母が準正を目的として夫の嫡出性を否認する場合に、二つの嫡出親子関係の抵触を予防する(旧318条)。第二として、子が身分を求める場合に、嫡出親子関係と自然親子関係の抵触を予防する(旧328条)。第三として、親子関係を搜索する場合に、嫡出親子関係と自然親子関係の抵触を予防する(旧334条の9)。第四として、認知を争う場合に、二つの自然親子関係の抵触を予防する(旧338条)。

実際に、旧311条の12の効力が生じる場面とは、法律が定めた紛争解決の特別原則によってもなお紛争の火種がくすぶり続けている場合に、終局的な紛争解決基準(旧311条の12)は有用である。具体的には、母の婚姻解消後180日以上300日未満に出生した子の父子関係が問題となる¹⁸⁴⁾。母の待婚期間に反する再婚の場合に、抵触する二つの嫡出親子関係或いは抵触する嫡出親子関係と自然親子関係につき、同1項はすべての証拠方法を用いて蓋然性の高い親子関係を決する。そこで原則的紛争解決基準が有用でなかったならば、続いて、同2項により、子の身分占有を考慮して親子関係を決する。

2005年法改正は二つの親子関係の抵触回避を徹底させ、身分占有における親子関係の紛争回避という役割を体現する紛争解決基準(旧311条の12)を削除した。しかし、親子関係の紛争回避という役割は有用性を失うことなく、近時新たな役割として進化した¹⁸⁵⁾。

(2) 紛争解決基準の意義

(ア) 旧311条の12は、原則的紛争解決基準としての蓋然性と補完的解決基準としての子の身分占有を提示している。本条は、二つの紛争解決基準について、同等性や相互交換可能性を否定し、適用の順序を決定している。二つの紛争解決基

184) 詳細な検討は後述Ⅴ2(2)(ウ)参照。

185) 詳細な検討は後述Ⅳ5(2)以下参照。

準の序列は、裁判所に対する紛争解決基準の単なる提供にとどまらず、各々の基準の内容に重要な指標を与えている。

紛争解決基準として、親子関係の生物学的つながりを考慮する蓋然性と、親子関係の生物学的つながり及び社会感情的つながりを考慮する身分占有が示されている。ここで、補完的紛争解決基準である身分占有は、原則的紛争解決基準である蓋然性を補うために作用する。とすれば、二つの紛争解決基準は同一の意味で理解すべきではない。つまり、第一の原則的基準に生物学的要素を割り当てているのであるから、第二の補完的基準には社会感情的要素が割り当てられていると理解すべきである¹⁸⁶⁾。

(イ) 第一の原則的基準が意味する蓋然性の概念につき、専ら生物学的要素に基づいていることに異論はない¹⁸⁷⁾。カルボニエ氏も、「最も確実と思われる親子関係を」「生物学的な親子関係」、「生物学的にはほぼ真実である親子関係」と言い換えている¹⁸⁸⁾。最も確実と思われる親子関係とは、外観と血縁の真実との一致が発見された親子関係である¹⁸⁹⁾。従って、裁判所は抵触する二つの親子関係につき、第一の原則的基準を適用し、生物学的蓋然性に基づいて親子関係の紛争解決を図る。

とは言え、かつての判例においては蓋然性の要求は必ずしも血縁上の真実と結び付けられていた訳ではないようである。例えば、嫡出父子関係を争う訴え(旧318条)において旧311条の12の適用が問題とされた事例¹⁹⁰⁾では、父と主張する者の生物学的な父性の不存在につき、子が母の再婚夫に対する身分占有を有する場合に限り、蓋然性の考慮が後退させられている¹⁹¹⁾。同様の事例¹⁹²⁾では、父と主

186) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 507.

187) A. BÉNABENT, *supra* note 16, p. 373; C. COLOMBET, *supra* note 76, p. 143; J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *supra* note 16, p. 641; V. MORGAND-CANTEGRIT, *supra* note 38, p. 285.

188) J. CARBONNIER, *supra* note 16, p. 978.

189) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 536.

190) Paris, 2 décembre 1977, *D.* 1978. 141 note J. MASSIP.

191) マシップ氏は、本件評釈において、パリ控訴院の判断はリベラルな判決であると評している (J. MASSIP, *note sous* Paris, 2 décembre 1977, *D.* 1978. 141)。

192) Trib. gr. inst. Paris, 21 novembre 1978, *D.* 1979. 611 note P. RAYNAUD; Trib. gr. inst. Colmer, 19 octobre 1987, *D.* 1989. 361.

張する者の生物学的な父性の存否とは無関係に、母の夫に対する身分占有の不存在と自然父子関係の認知者たる母の愛人に対する身分占有の存在から結論付けられている。このような事案においては、最も確実と思われる親子関係の決定に関与する身分占有の役割は大きい。すなわち、子の身分占有に割り当てられた親子関係の紛争解決という役割である。

しかしながら、最も確実と思われる親子関係の決定を認めるに十分な要素を欠くために、最後に頼る手段として血液検査が命じられた事例¹⁹³⁾も存在する。本件では、母が夫と愛人との関係を同時に有していた時期に懐胎された子が抵触する二つの身分占有を有していた事案であり、血縁上の真実の解明により抵触する父子関係は一方のみに決定された。

(ウ) 第二の補完的基準が意味する身分占有の概念につき、身分占有の本質は親子関係の生物学的つながりを間接的に示し、同時に、社会感情的つながりを直接的に示することにある。しかし、第二の補完的基準として作用する身分占有は、最も確実と思われる親子関係を決する上で、生物学的つながりを明らかにするために利用されるのではなく、社会感情的つながりを明らかにするために利用される。つまり、親子関係の紛争解決という役割を割り当てられた子の身分占有は、社会感情的つながりを明らかにする手段であり、親子関係を営む意思や安定した家族へ子を受け入れる意思を具体化する¹⁹⁴⁾。

さらに、他方で、第二の補完的基準である身分占有は、親子関係の紛争の終局的な解決基準である。つまり、紛争の終局的解決のため、血縁上の真実は社会感情的現実には道を譲った。第二の補完的基準を適用した場合、最も確実と思われる親子関係は生物学的つながりを欠いているかもしれない。しかし、子が結び付けられた者が血縁上の親ではなかったとしても、真の親として振る舞っている者であるならば、それが最大限子の利益に資するであろうし、家族の平和を維持することができる。そのようにして、紛争解決における子の身分占有は、子の利益、家族の平和、社会秩序といった家族政策の絶対的要請を実現する¹⁹⁵⁾。

193) Trib. gr. inst. Paris, 13 septembre 1988, *D.* 1989. 361.

194) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 538.

5 子の利益の砦

身分占有の多様化した役割は、血縁上の真実を解明し得る科学技術の進歩に直面して、より一層の親子関係の安定化へ向けて進化し始めた。1972年法以降の家族状況や社会状況の変化に鑑みて、テリ氏¹⁹⁶⁾とドゥケヴェ・ドゥフォセ氏¹⁹⁷⁾両名は、家族法改正に関する公式報告書を各々にまとめた。さらに、コルパール氏は、フランスの法学者らによる家族法における新たな問題点の指摘に関してまとめた¹⁹⁸⁾。ドゥケヴェ・ドゥフォセ氏は¹⁹⁹⁾、親子関係の改正の必要性につき、家族概念の再構成と科学の進歩を認識すべく、親子関係を構成する証書、身分占有、生物学的真実の三つの真実について検討を加える必要性を説く。すなわち、証書が示す公証的真実、身分占有が示す心の真実、生物学的真実という三つの真実に着目しなければならない。そして、親子関係を構成する三つの真実は相互に関連性を帯びながら法的真実を決定すべきであると述べている。

親子関係の改正に関する2005年7月4日のオルドナンス第759号²⁰⁰⁾²⁰¹⁾は、法の簡素化に関する2004年12月9日の法律第1343号²⁰²⁾第4条に基づき、オルドナンスと呼ばれる委任立法の手法を用いて立法された²⁰³⁾。本改正法は本年7月1日より施行されている。改正の中心は、嫡出子と自然子の身分の平等化、母子関係の

195) C. COLOMBET, J. FOYER, D. HUET-WEILLER et C. LABRUSSE-RIOU, *supra* note 16, p. 87; J. LAUTOUR, *supra* note 41, p. 362; V. MORGAND-CANTEGRIT, *supra* note 38, p. 640; C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 540.

196) I. THÉRY, *COUPLE, FILLIATION ET PARENTÉ AUJOURD'HUI*, Paris, La Documentation française, 1998.

197) F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille*, Paris, La Documentation française, 1999.

198) I. CORPART, *Filiations: nouveaux enjeux*, Paris, La Documentation française, n° 914, 2005.

199) F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille*, *supra* note 197, p. 23 et s.

200) Ordonnance n° 2005-759 du juillet 2005, *JO* 6 juill. 2005, p. 11159.

201) 2005年改正法の詳細につき、J. MASSIP, *LE NOUVEAU DROIT DE LA FILLIATION*, Paris, DEFRENOIS, 2006 et V. BONNET, *Le droit de la filiation*, Paris, L'Harmattan, 2006 et s.、拙稿「親子—親子関係の改正に関する2005年7月4日のオルドナンス第759号」日仏24号119頁(2007)、同・前掲註49)131頁がある。

202) Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit.

203) 本オルドナンスは、第五共和国憲法第38条に基づいて政府にオルドナンスを制定する権限を付与した授權立法である(岡村美保子「フランスの新たな行政改革の手法—委任立法による法と行政の簡素化—」外法227号84頁)。

立証要件の統一化、身分占有の確認要件の明確化、親子関係に関する訴えの手続規定の調整、親子関係のつながりの安定化、紛争における子の保護、親子関係を争う訴えの手続規定の簡素化及び提訴要件の修正にある。

2005年改正法は身分占有の有用性を再認識した。特に、子の利益、家族の平和、社会秩序という近時の家族政策目的で身分占有が利用される場合、子の身分占有は親子関係を血縁上の真実と結び付けることをもはや保証していない²⁰⁴⁾。2005年改正法により親子関係を争う訴えが一本化され、さらに証書と合致する身分占有を伴う親子関係に関しては提訴期間が5年に短縮されたことにより(333条)、身分占有を有する事実から引き出された親子関係の存在への確信は一層強まることになる。つまり、身分占有によって立証された親子関係を覆すことは、血縁上の真実と一致しない法律上の親子関係の単なる消失ではなく、むしろ、平穩に暮らしている家族や子を喜んで受け入れている家族から子を悲痛にも引き離すことであると理解される²⁰⁵⁾。従って、家族政策目的実現のために活用される子の身分占有は血縁上の真実に勝る。

以下では血縁の科学的解明が可能となった近時のフランスにおいて、血縁上の真実と対峙した子の身分占有が果たす役割に加えられた新たな評価について考察する。

(1) 血縁上の真実の優越

(ア) 身分占有は反証されるまで親子関係を推定するにすぎない。これを明確にしたのは破毀院第一民事部1990年12月4日判決²⁰⁶⁾である。父子関係探索の訴えにおいて、父性を否定する親子鑑定の証拠が提示された事案で、「身分占有は立証されると同時に反証されるまで親子関係を推定するにすぎない」と判示して、子が被告男性に対する自然子の身分占有を享有しているか否かについて評価せずに、父子関係を否定する血液検査の結果に基づいて請求を棄却した原判決を支持している。本判決において、破毀院は、親子関係について当事者間に争いがある

204) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 444.

205) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 504.

206) Cass. 1^{re} Ch. civ., 4 décembre 1990, *Bull. civ.* I. n° 277, *R.T.D. civ.* 1991, p. 308, note J. HAUSER et p. 511, note D. HUET-WEILLER, *Defrénois* 1991, art. 35047 note J. MASSIP et *J.C.P.* 1991. IV. 42.

場合、親子鑑定の実施が妥当であるとする姿勢を示しているとの指摘がある²⁰⁷⁾。カルボニエ氏は「生物学の大勝利である」と評した²⁰⁸⁾。従って、身分占有と鑑定結果が不一致の場合には「生物学的真実が勝る」²⁰⁹⁾とも考え得る。

本判決以降、身分占有により推定された親子関係が反証によって覆される可能性は増大した。そして、身分占有や公知証書への反証において要求されている反証とは、身分占有の不存在や真正性の欠如の証明よりもむしろ、血縁上の真実の不存在の証明であるとも主張された²¹⁰⁾。

(イ) 科学の飛躍的な進歩は遺伝学的つながりである血縁上の真実解明を可能にした。親子鑑定により血縁上の真実が直接的かつ確定的に獲得されるならば、血縁上の真実に反する法律上の親子関係を覆すことは容易である。とすれば、血縁上の真実の解明が実現可能となった現在においては、親子鑑定の有用性を重視してその実施を奨励することも考えられる。しかし、親子関係において血縁上の真実を解明することが常に望ましいとは限らない。否定的な評価を加えれば、血縁上の真実の暴露は家族政策たる子の利益、家庭の平和、社会秩序を侵害する恐れがある。

そこで、フランス法は血縁上の真実解明に対して、その有用性と危険性を考慮した上で、慎重な態度で臨んだ。すなわち、親子関係に関する訴えに種種の制限を課した上で、親子関係の安定化を図った。血縁上の真実解明に対する制限は二つの方向で実行された。一方で、証明の自由に対する制限であり、他方で、訴権行使に対する制限である。さらに、1994年生命倫理法²¹¹⁾を制定し、親子鑑定に

207) C. JOURDAIN-FORTIER, *Dr. Famille* 2000, comm. n° 72, p. 21.

208) J. CARBONNIER, *supra* note 16, n° 460.

209) V. MORGAND-CANTEGRIT, *supra* note 38, p. 689.

210) P. MURAT, *L'action de l'ordonnance du 4 juillet 2005 sur la possession d'état, Dr. famille* 2006, p. 19; A. GOUTTENNOIRE, *Les actions relatives à la filiation après la réforme du 4 juillet 2005, Dr. famille* 2006, p. 20.

211) Lois n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain (人体の尊重に関する1994年7月29日法律第94-653号) et s. フランス生命倫理法に関する邦語文献として、北村一郎「フランスにおける生命倫理立法の概要」ジュリ1090号120頁(1996)、ノエル・ルノワール・北村一郎・大村敦志「フランス生命倫理立法の背景」ジュリ1092号74頁(1996)、滝沢正「フランスにおける生命倫理法制」上法43巻4号9頁(2000)がある。

対する法規制を設けた。紛争当事者はこれらの血縁上の真実解明に対する種種の障壁を乗り越えたときに初めて、紛争当事者は血縁上の真実を手に入れることができる。

(ウ) フランス親子関係法は血縁上の真実の解明に極めて慎重な姿勢を崩さなかったと評価できる。親子関係の遺伝学的つながりである血縁上の真実解明を可能にする科学的な親子鑑定技術が発見されて以降、裁判官の裁量に対する制約は徐々に強まった²¹²⁾。ところが、近時の破毀院第一民事部2000年3月28日判決²¹³⁾では、「親子関係につき科学的鑑定を行うことは理由がある、それを行わない正当な事由がある場合を除いて」と判示し、親子鑑定命令に関する破毀院の伝統判例を覆した²¹⁴⁾。本判決はすべての親子関係訴訟における指導的原則であると好意的に評され²¹⁵⁾²¹⁶⁾、真実主義への指向が加速したともみえる。

親子関係に関する訴えについて親子鑑定を行うことが当然のこととして認められる旨を述べた本判決により、裁判官は当事者の一方が親子鑑定を請求した場合には鑑定命令を拒むことができない。ここに、当事者の一方が親子鑑定を請求した場合における鑑定命令の義務性が承認されたことにより、親子関係を争うすべての訴えにおいて真実主義を考慮に入れることが明らかされた。つまり、破毀院

212) 親子鑑定命令に関する判例の変遷及び破毀院第一民事部2000年3月28日判決の詳細な考察につき、拙稿・前掲註113)参照。

213) Cass. 1^{re} Ch. civ., 28 mars 2000, *Bull. civ.* I. n° 103, *J.C.P.* 2000. I. 253, note C. BYK, *J.C.P.* 2000. II. 10409, note M-C. MONSTSALLIER-SAINT MLEUX, *D.* 2000. 731, note T. GARÉ, *D.* 2001. 976, note F. GRANRT, *D.* 2001. somm. 1427, obs. H. GAUMONT-PRAT, *D.* 2001. 2868, note C. DESONYER, *Gaz. Pal.* 2000. II. 1867 et *Defrénois* 2000, art. 37194, note J. MASSIP, *Dr. Famille* 2000, comm. n° 72, note P. MURAT, *P.A.* 2000, n° 177, note N. NEVEJANS-BATAILLE, *P.A.* 2000, n° 236, note C. DABURON, *R.T.D. civ.* 2000, p. 304, note J. HAUSER et *Dr. Famille* 2003, chr. n° 23, note C. JOURDAIN-FORTIER.

214) 破毀院第一民事部2000年3月28日判決以降、本判決を踏襲した判例が多数存在する。いずれも新民事訴訟法典146条2項に鑑み、証拠の提出における当事者の懈怠を補うために生物学的鑑定を命じることを否認した原判決を破毀している。

215) J. MASSIP, note sous Cass. 1^{re} Ch. civ., 28 mars 2000, *Defrénois* 2000, art. 37194.

216) 但し、エレヌ・ブワウェ・ルクレールバリ控訴院弁護士は「破毀院の態度は、遺伝子鑑定は親子関係訴訟と一体だというもの」と指摘している（エレヌ・ブワウェ・ルクレール／水野紀子（訳）「家族の観念」日仏法学会編『日本とフランスの家族観』（有斐閣、2003）66頁）。

は「すべての証拠方法によって最も確実と思われる親子関係を決定」しなければならないとする旧311条の12第1項を専ら生物学的意味において解している²¹⁷⁾。換言すれば、親子関係が争われた場合に、親子関係の遺伝学的つながりを明らかにすることを判示している。

(エ) 但し、親子鑑定の実施の義務性を承認した本判決には鑑定実施に留保が付されている。つまり、本判決は、鑑定を行わない正当な事由が存在する場合には、鑑定命令を拒むことができる例外を認めている。この曖昧な概念である「鑑定を行わない正当な事由」とは、争われている親子関係について既に十分な確信が得られており生物学的鑑定に頼る必要がない場合と解することができる。また、新民事訴訟法典146条に基づいて、証拠提出における当事者の懈怠は鑑定命令を拒むことを認める正当な事由に当たらないと解することができる。従って、当事者が自らなすことのできない鑑定について請求したときには、或いは、当事者が自己の主張を裏付けるために唯一有している証明方法である親子鑑定を請求していないとしても、裁判官は親子鑑定を命じなければならない²¹⁸⁾。

具体的に、判例に現れた「正当な事由」として、時間稼ぎを目的とした鑑定請求の場合²¹⁹⁾、夫や内縁の夫が妻の貞操を確かめることを目的とした興味本位の鑑定請求の場合²²⁰⁾、既に鑑定が実施されている場合²²¹⁾、他の証拠資料で心証が形成されている場合²²²⁾、鑑定の実施が不可能である場合²²³⁾等がある。近時、子の身分占有の「親子関係の紛争解決」という役割は、血縁上の真実解明において身分占有が果たす新たな役割を発現させた。以下で検討する。

(2) 身分占有が果たす新たな役割

(ア) 破毀院第一民事部2000年3月28日判決により血縁上の真実の科学的解明は紛争解決手段として奨励された。さらに、2005年改正法により旧311条の12

217) N. NEVEJANS-BATAILLE, note sous Cass. 1^{re} Ch. civ., 28 mars 2000, *P.A.* 2000, p. 10.

218) N. NEVEJANS-BATAILLE, supra note 217, p. 12.

219) Cass. 1^{re} Ch. civ., 18 mai 1989, *Bull. civ.* I. n° 203, *Gaz. Pal.* 1990. I. 91 et *Defrénois*. 1989. art. 34574, note J. MASSIP, *D.* 1987. Somm. 313, obs. D. HUET-WEILLER.

220) N. NEVEJANS-BATAILLE, supra note 217, p. 13.

221) *ibid.*

222) Cass. 1^{re} Ch. civ., 18 février 1992, *Bull. civ.* I. n° 51.

223) Douai, 15 février 2000.

は廃止された。では、今後、子の身分占有は親子関係の紛争解決において有用性を完全に失ってしまうのであろうか。

これまでに子の身分占有が補完的紛争解決基準として有用なのは、血縁上の真実の科学的解明が技術上困難であった場合や、裁判官が親子鑑定には触れずに身分占有による紛争解決を選択した場合であった。つまり、身分占有が家族政策の手段として利用された場合である²²⁴⁾。

親子関係に関する紛争は、一方当事者による、血縁上の真実に対する疑念や秘密の暴露に基因する。紛争の渦中に置かれた子の利益を保護し、動揺している家族の平穏を護り、混乱している社会秩序を護るために、身分占有の役割を再検討する必要がある。

(イ) 子の身分占有に割り当てられた親子関係の紛争解決という役割は、血縁上の真実の科学的解明が可能となり、その範囲を縮小されつつあるというのが学説の多数を占める²²⁵⁾。そのような状況下で、コルニュ氏だけはなおも頑なに多数説の見解を否定している²²⁶⁾。すなわち、子の身分占有に割り当てられた親子関係の紛争解決という役割の重要性を強調し、旧311条の12において身分占有は第二順位に置かれた紛争解決基準にすぎないと理解は無用であり、身分占有は補完的な紛争解決基準ではなく、二つの基準の均衡を保つ上では上位の紛争解決基準であると指摘している²²⁷⁾。コルニュ氏の指摘に応じて、クレマン氏は次の三点の根拠を挙げて補足している²²⁸⁾。一つ目の根拠として、親子鑑定実現への技術上の限界と訴訟上の限界が克服されたとしてもなお、身分占有に割り当てられた親子関係の紛争解決という役割が機能する範囲が残されている点。二つ目として、身分占有に割り当てられた親子関係の紛争回避という役割が残されている点。三つ目として、破毀院第一民事部2000年3月28日判決に「鑑定を行わない正当事由」

224) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 548.

225) C. COLOMBET, *supra* note 76, p. 143; J. HAUSER, et D. HUET-WEILLER *supra* note 16, p. 22; J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *supra* note 16, p. 644; J. MAZEAUD et F. CHABAS, *supra* note 16, p. 218.

226) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 553.

227) G. CORNU, *supra* note 16, p. 346.

228) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 553.

という留保が付されている点である。

(ウ) 特に、親子関係の紛争解決という役割に関する身分占有の有用性に関して検討する。破毀院第一民事部2000年3月28日判決は、親子関係に関する訴えにおいて親子鑑定が請求された場合、裁判官による鑑定命令の義務性を承認している。にもかかわらず、鑑定の実施が事実上困難な場合には、身分占有が紛争解決基準となる。例えば、一方又は双方の当事者の死亡又は失踪の場合がある。死者や行方不明者の近親者に対して鑑定が行われたとき、その鑑定結果の信用性は弱まる²²⁹⁾。例えば、裁判官の鑑定命令に対して一方当事者が同意を拒否した場合がある。親子鑑定を実施して血縁上の真実を科学的に解明することは不可能である。例えば、当事者双方から鑑定請求がなされず、裁判官も職権で鑑定を命じなかった場合がある。裁判官に対する鑑定命令の義務性は生じない。例えば、鑑定結果によれば、抵触する父性の蓋然性が同程度に高い又は低い或いは不明と結論付けられた場合がある²³⁰⁾。これらの四事例においては、身分占有は紛争解決基準として底力を発揮する。親子関係の抵触につき、より確実と思われる親子関係を決定する。

第一に、2005年改正法が新設した333条により、証書と合致する子の身分占有による紛争回避の原則は徹底された。反対に、334条は、証書と合致する子の身分占有の欠如による訴権行使を認めている。つまり、訴訟はその前提として証書と合致する子の身分占有の存否に左右される。破毀院第一民事部2000年3月28日判決が示した鑑定の義務性は、血縁上の真実解明の優越を承認したかのように見える。しかし、裁判官がその裁量で親子鑑定を命じるか否かを判断する場合に、その訴訟の前提として鍵を握っている明白な基準は、実際に、子の身分占有なの

229) イヴ・モンタン氏の死後、故人の近親者に対して鑑定が実施された事例がある (Paris, 6 novembre 1997, *D.* 1998, 122, note P. MALAURIE, *D.* 1998, 161, note H. GAUMONT-PRAT, *D.* 1998, 296, note N. NEVEJANS-BATAILLE, *R.T.D. civ.* 1998, p. 87, note J. HAUSER et *J.C.P.* 1998, I, 101, note J. RUBELLIN-DEVICHI.)。

230) G. CORNU, *supra* note 16, p. 346 et J. CARBONNIER, *supra* note 16, p. 978.

但し、鑑定によって抵触する父性の蓋然性が共に否定された場合、紛争解決は親子関係の消滅にあるのだから、身分占有による紛争解決の必要性はないとの反対意見もある (J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *supra* note 16, p. 643)。

である²³¹⁾。このとき、身分占有は親子関係の紛争回避として底力を存続している。

第二に、破毀院第一民事部2000年3月28日判決が示した鑑定命令の義務性についての例外に関してである。「鑑定を行わない正当な事由」と述べて破毀院が付した留保は、親子関係紛争に際して、科学的に解明された遺伝学的つながりである血縁上の真実とは無関係な要素を考慮に入れることを示している²³²⁾。正当事由について、自然父子関係搜索の訴えが提起され鑑定請求がなされた事例である破毀院第一民事部2002年2月5日判決²³³⁾と同2002年9月24日判決²³⁴⁾は、重大な推定又は徴表が「親子鑑定を行わない正当な事由」に該当すると判示した。前者の破毀院第一民事部2002年2月5日判決は、母は被告男性と法定懐胎期間内に同棲しており、被告男性は収監後出産に立ち会えなかった後悔の念を手紙に書き記していたことに鑑みて、重大な推定又は徴表はそれだけで父子関係を立証するのに十分であるのだから、鑑定は無用であり、重大な推定又は徴表を通じて十分な心証を得られることは、裁判官が鑑定を命じない正当な事由に該当すると判示した。特に、ニーム控訴院2001年11月22日判決²³⁵⁾は、「身分占有により立証された親子関係の安定性を保護する配慮は鑑定を行わない正当な事由に該当する」と判示した。さらに、破毀院第一民事部2005年5月31日判決²³⁶⁾も「事柄の集合によって立証された身分占有は生物学的鑑定を命じない正当な事由に該当する」と述べて、鑑定を行わない正当な事由として身分占有の考慮を認めている²³⁷⁾。つまり、手続上の制限を正当化する根拠となり得る身分占有の役割として「親子関係の科学的反証の鍵」という役割が新たに発見された。従って、子の身分占有は

231) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 555.

232) *ibid.*

233) Cass. 1^{re} Ch. civ., 5 février 2002, inédit.

234) Cass. 1^{re} Ch. civ., 24 septembre 2002, *J.C.P.* 2003, II. 1053, note T. GARÉ.

235) Nîmes, 22 novembre 2001 (cité T. GARÉ note sous Cass. 1^{re} Ch. civ., 24 septembre 2002, *ibid.*). 現段階で事案の概要は不明である (cité T. GARÉ note sous Cass. 1^{re} Ch. civ., 24 septembre 2002, *ibid.*, p. 622).

236) Cass. 1^{re} Ch. civ., 31 mai 2005, inédit (*ibid.*).

237) Cass. 1^{re} Ch. civ., 3 novembre 2004, inédit (cité C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 556), Cass. 1^{re} Ch. civ., 14 juin 2005, *Bull. civ.* I. n° 252 et Cass. 1^{re} Ch. civ., 15 avril 2007, inédit.

遺伝学的つながりである血縁上の真実解明の障壁となると評価することができる。

(エ) 結論として、フランス親子関係法は血縁上の真実解明に極めて制限的な関係性を構築したにもかかわらず、科学の飛躍的な進歩により真実主義の脅威は増すばかりであった。そのような状況下で、子の身分占有は、子があるべき位置に据え、子の身分の安定要請を実現する道具として、さらなる重要な役割が割り当てられた。つまり、子の身分占有は真実主義の対抗概念としてそれを外在的に制限する根拠となる。これこそが子の身分の安定要請を実現するために身分占有に付与された新たな役割である。このような真実主義に対するフランス親子関係法の姿勢を、水野紀子教授はエブロー教授の語を引用して「〔血縁上の〕真実とは、燃えている石炭のようなもので、この上ない慎重さがなければ扱えない」²³⁸⁾とした上で、フランス法は燃える石炭を扱う際の火掻き棒として、身分占有という法的概念を便利に用いていると指摘する²³⁹⁾。

特に、破毀院第一民事部2000年3月28日判決は、鑑定命令の義務性を判示し紛争解決基準としての身分占有の有用性を縮小させたが、近時になって血縁上の真実解明の鍵として身分占有の有用性が再認識されている。つまり、身分占有は血縁上の真実解明が技術的に不可能であった時代には、手続上の制限とは別に真実主義を内在的に制限していたが、遺伝学的つながりである血縁上の真実解明が可能となった現在においては、「親子関係の科学的反証の鍵」として真実主義を外在的に制限する。

V 真実主義の潜在的限界

血縁上の真実解明が科学的に可能となった今日においては、わが国が構築すべき真実主義との関係性について考察する必要がある。つまり、血縁上の真実が法律上の親子関係を覆し得る要件を検討しなければならない。換言すれば、血縁上

238) “La vérité est un charbon ardent qu’il ne faut manier qu’avec d’innies précautions.” cité P. HEBRAUD, *La vérité dans le procès et les pouvoirs d’office du juge*, Annales de l’Université des Sciences Sociales de Toulouse, T. XXVI, 1978, p. 380.

239) 水野・前掲註18)「実親子関係」1138頁。

の真実が生活実体から生じる法律関係を覆し得ない要件を検討しなければならない。

1 藁の上からの養子に対する親子関係不存在確認請求事件

血縁上の真実が法律上の親子関係を覆し得ない要件として、藁の上からの養子に対する親子関係不存在確認請求事件に関する近時の注目すべき最高裁判決がある。

わが国では古くから、生後間もない子を実親からもらい受けて、実子でない子を自分たち夫婦の嫡出子（実子）として届け出る慣行が行われていた。いわゆる藁の上からの養子の問題は、藁の上からの養子と戸籍上の親、戸籍上の親の実子らとの関係性が失われ身内から血縁上の真実が暴露されることで表面化する。長期間にわたる親子としての生活実体があるにもかかわらず、後になって血縁上の不一致を理由に一方的に法律上の親子関係を覆すことが認められるというのでは子にとって酷である。

(1) 藁の上からの養子の救済²⁴⁰⁾

(ア) 藁の上からの養子が行われた場合の虚偽の出生届の効力について、大審院は「届出なければ身分行為なし」の原則²⁴¹⁾を堅持した。戦前、大審院は、養子縁組の届出がなければ養子縁組の意思もなかったのであるから法律上の親子関係は生じないと判示している²⁴²⁾。戦後、最高裁も大審院判例を踏襲し、一貫して虚偽の嫡出子出生届に養子縁組届の効力を否定した²⁴³⁾。

(イ) 戦前、中川善之助博士は養子縁組が法律上認められる可能性を示唆した²⁴⁴⁾。戦後、我妻栄博士は、縁組の本体は親子関係を設定しようとする意思と親子関係に適わしい生活事実であり、届出はその公示として要求される従たる要件にすぎ

240) 藁の上からの養子に関する判例の変遷につき、中川・後掲註253)「判批（実親子関係不存在確認請求）」260頁に詳しい。

241) 中川善之助＝山岸正男編『新版注釈民法24』（有斐閣、1994）270頁。

242) 大判昭和11年11月4日民集15巻22号1946頁。

243) 最判昭和25年12月28日民集4巻13号701頁、最判昭和27年10月3日民集6巻9号753頁等。

244) 「虚偽の出生届から立派に自己の子たることを主張する意思表示され、しかも事実上於いて親子の生活が営まれた」とすれば、「一種の戸籍届による身分行為の擬制に近い」（中川善之助『親族相続判例総評』3巻169頁（1940））。

ないとして、縁組の意思とは嫡出親子関係を設定する意思と解すべきこと、縁組の意思表示に要求される要式と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であると解すべきことであるとした上で、当事者間に縁組意思と親子としての生活実体が存在する場合には、養親子関係よりもさらに大きい嫡出実親子関係を示している嫡出子としての届出が存在すれば、その成立の過程を不問にして、養親子関係の成立を認めることもできるとする無効行為の転換理論を主張した²⁴⁵⁾。以降、虚偽の嫡出子出生届を養子縁組届に転換する説が有力説となった²⁴⁶⁾。

しかしながら、最高裁は一貫して、養子縁組の要式行為性とその強行法規性を根拠として、虚偽の嫡出子出生届から養子縁組届への転換を否定している²⁴⁷⁾²⁴⁸⁾。

(ウ) だが、最も重視しなければならないことは、その身分を覆されようとしている輩の上からの養子を救済することである。そこで、形式的には、法文解釈として無効行為の転換理論を否定するとしても、実質的には、請求を権利濫用として許さないという方法で結論の妥当性を実現するという解決が望ましい。下級審判例には、個別具体的な事案の下で、戸籍上の親からの親子関係不存在確認の訴えを権利濫用として棄却し、子を救済する事例が現れるようになった²⁴⁹⁾²⁵⁰⁾。

このような状況下で、最判平成9年3月11日²⁵¹⁾は、戸籍上の親からの親子関係

245) 我妻栄「無効な縁組届出の追認と転換」法協71巻1号1頁(1953)。

246) 久留・後掲註259)217頁。

247) 下級審判例には無効行為の転換を認めた判例もある(東京高判昭和43年2月27日家月21巻3号57頁、大阪地判昭和45年6月15日家月23巻8号6頁、前橋地高崎支判昭和49年6月17日判時756号97頁等)。

248) 無効行為の転換理論に否定的な学説の根拠は、要式行為性の欠如、縁組の成立時期の不明確性、戸籍の信頼性の喪失、違法行為の助長、近親婚の危険性、養子が養子であることを知り得ない不利益等に要約できる(山畠・前掲註241)『注釈民法②』275頁)。主な否定説として、深谷松男「虚偽の嫡出子出生届と養子縁組の効力」『民法の争点Ⅰ』(有斐閣、1985)212頁。

249) 京都地判昭和54年10月30日家月32巻4号67頁、広島高判平成13年1月15日家月54巻9号108頁、東京高判平成14年1月16日家月54巻11号37頁等。

250) 他に、信義則の法理を用いて、養子縁組の成立を認めた判例もある(札幌高判昭和57年2月25日家月35巻7号46頁、大阪高判平成3年11月8日家月45巻2号144頁)。しかし、二宮周平教授は「信義則によって、ある身分関係が成立するという論理は、疑問である」として、自分勝手な親子関係不存在確認請求は、権利濫用として認めないという方法で行うべきであることを指摘している(二宮周平「判例回顧」法時65巻4号32頁(1993))。

不存在確認の訴えにつき、最高裁が権利濫用の観点から初めて判断を下したものである。本判決は個別具体的な事情に鑑みて権利濫用の適用を否定したが、その補足意見において、権利濫用の適用可能性が示唆されている。

(2) 権利濫用法理の適用基準

(ア) 戸籍上の親から親子関係不存在確認が提起された事案である最判平成18年7月7日(第一事件)²⁵²⁾及び戸籍上の親の実子から親子関係不存在確認が提起された事案である最判平成18年7月7日(第二事件)²⁵³⁾は、最高裁が権利濫用の適用を認め、その具体的な適用基準を初めて示したものである。さらに、戸籍上の親の実子から親子関係不存在確認が提起された事案である最判平成20年3月18日判決²⁵⁴⁾においても最高裁が示した権利濫用の適用基準に基づいて判示されている。

最高裁が示した具体的な権利濫用の適用基準とは、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いえる場合であり、具体的には、①長期間にわたる実親子と同様の生活実体の存在、②親子関係不存在の確定により子が受ける著しい精神的苦痛や経済的不利益、③訴えに至った経緯及びその動

251) 家月49巻10号55頁、裁判集民182号1頁、梶村太市「判批(養子からの虚偽嫡出子出生届に基づく父母子間の親子関係不存在確認請求が権利の濫用に当たらないとされた事例)」判解(判タ978号)112頁(1998)、松倉耕作「判批(親子関係不存在確認請求と権利濫用)」判タ965号76頁(1998)、村重慶一「判批(「藁の上からの養子が認められなかった事例)」」戸時487号52頁(1998)、澤田省三「判批」戸籍674号31頁(1998)、中川淳「判批」法令ニュース33巻7号24頁(1998)。

252) 家月59巻1号98頁、裁時1415号4頁、判時1966号62頁、裁判集民220号673頁、村重・後掲註253)「判批(「藁の上からの養子)」」、中川・後掲註253)「判批(実親子関係不存在確認請求)」。

253) 民集60巻6号2307頁、家月59巻1号92頁、裁時1415号2頁、判時1966号58頁、裁判集民220号653頁、村重慶一「判批(「藁の上からの養子)」について親子関係不存在確認請求訴訟が権利の濫用に当たるとされた事例」戸時609号61頁(2007)、水野紀子「判批(親子関係不存在確認請求と権利濫用)」重判解(ジュリ1332号)87頁(2007)、本山敦「判批(藁の上からの養子に対する親子関係不存在確認請求と権利濫用)」金判1266号8頁(2007)、中川高男「判批(実親子関係不存在確認請求が権利の濫用となりうる場合)」民商136巻2号253頁(2007)、二宮周平「判批(虚偽の嫡出子出生届がなされた場合の親子関係不存在確認請求と権利濫用法理の適用)」判タ1241号44頁(2007)、西希代子「判批(第三者による実親子関係不存在確認請求と権利の濫用)」セレクト(法教318号)26頁(2006)。

254) 裁時1456号4頁。

機や目的の合理性、④親子関係不存在の確定により子以外に著しい不利益を受ける者の有無等が挙げられている。これらの判断基準に加えて、改めて養子縁組の届出をすることにより子が嫡出子の身分を取得する可能性や、提訴した者が自ら虚偽の届出を行った親自身であることも考慮される。

(イ) わが国では、真実主義の対抗概念として権利濫用法理を確立したと評価することができる。但し、権利濫用の適用基準の一つとして「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」基準を考慮する潜在的な制限であるとするにすぎない。

わが国にはフランス身分占有の制度は存在しないため、身分占有の概念を用いることはできない。だが、藁の上からの養子たる事実上の養子の問題においては、「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」基準は血縁上の真実解明を封じ、子の身分の安定要請に応える重要な要素となる。つまり、フランス身分占有が真実主義を制限する機能を有するという視点に立てば、最高裁が示した権利濫用の適用基準の一つである「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」基準は真実主義の実現を意図して提起された訴訟を斥ける働きを有すると解することができる。この「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」基準に着目し、権利濫用の機能において身分占有類似の効果を生ぜしめる²⁵⁵⁾ことが望まれる。

藁の上からの養子の救済策としてフランス身分占有理論は有用であると考ええる。子の身分占有は子の身分の安定に資するものである。以下では、身分占有類似の機能を有するものとして「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」基準を考慮する。藁の上からの養子に対する親子関係不存在確認の訴えを制限する「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」は、真実主義を制限する身分占有の役割のうち、新たに発見された外在的制限たる「親子関係の科学的反証の鍵」に該当すると解することができる。

(ウ) フランス身分占有理論は、かつて、無効行為の転換理論を論証する過程でも着目されていた。中川善之助博士が「それら無効の身分行為が他の身分行為に轉換しうるためには、常に有効とされる身分行為の效果に相當する事實—フランス民法に謂はゆる「身分の占有」*possession d'état*—がなくてはならない」と指

255) 松倉・前掲註251)「判批(権利濫用)」79頁。

摘し²⁵⁶⁾、さらに、谷口知平博士が、フランス法(1972年法改正以前)における嫡出親子関係の証明方法としての身分占有を紹介した²⁵⁷⁾ことから、虚偽の嫡出子出生届の解釈論において、藁の上からの養子の身分を保護する目的で身分占有と関連させて論じられるようになった。すなわち、身分占有たる継続する実親子と同様の生活事実が無効な身分行為の転換要件となると論じる解釈論²⁵⁸⁾と、出生証書と身分占有との合致(仏民旧332条)により親子関係が争えなくなると論じる解釈論²⁵⁹⁾とがある²⁶⁰⁾。しかし、伊藤昌司教授は身分占有についての一面的理解が学会に根強いと警鐘を鳴らしている²⁶¹⁾。

(エ) 私見として、フランス身分占有理論は真実主義を制限する役割を担う。真実主義は生物学的つながりと遺伝学的つながりという二つの概念を含んでいる。身分占有は、一方で、生物学的つながりである血縁上の真実を内在的に制限し、他方で、遺伝学的つながりである血縁上の真実を外在的に制限する。

ここで留意しなければならないことは、藁の上からの養子の事例は、生物学的つながりである血縁上の真実の存在を推定する母の懐胎期間内における夫婦の性的結合も母の分娩の事実も存在しないということである²⁶²⁾。従って、藁の上から

256) 中川善之助「判批(養子縁組の代諾者と家に在る父母の意義―表見的父母の代諾による幼者縁組の不成立)」民商9巻2号127頁(1939)。

257) 谷口知平「嫡出親子関係と身分占有(比較法的一考察)」『民事法の諸問題』(有斐閣、1953)163頁。

258) 青山尚史「無効な身分行為の転換」盛岡短期大学研究報告23号55頁(1973)、滝沢幸代「虚偽の嫡出子出生届に対しては養子縁組の効力を認めえない」法協93巻8号1307頁(1976)、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264頁(1980)、中川高男「虚偽の認知届・嫡出子出生届と養子縁組の効力」判タ747号224頁(1991)。

259) 久留都茂子「虚偽の出生届と養子縁組」中川善之助追悼『現代家族法大系4』(有斐閣、1960)217頁、青山尚史「虚偽の嫡出子出生届と養子縁組」法律論叢43巻4=5巻153頁(1970)。

260) 山田・前掲註55)99頁。

261) 「フランス民法典第322条が出生証書と身分占有の合致によりもはや何人も親子関係を争い得ないと規定する部分の解説のみを鵜呑みにした結果、身分占有が自然血縁の親子関係の真実探究に対し阻止的に作用しようという一面のみがクローズアップされてしまう恐れがあった」(伊藤・前掲註155)「身分占有」205頁)。

262) つまり、父子関係確定の前提となる母子関係において血縁上の真実が存在しないということは重大である。フランス法は出産偽称や子の取り違えが判明した場合にはその母子関係を争うことが認められ(仏民旧322条の1)、血縁上の真実は証書に合致する身分占有に優越する。藁の上の養子の問題を考察する上で、この点も注視しなければならない。

の養子の事例において対象となるのは遺伝学的つながりである血縁上の真実であり、それを制限するのは子の身分占有に付与された真実主義の外在的制限たる親子関係の科学的反証の鍵という役割に他ならない。このような理解に立てば、権利濫用の適用基準を示した最判平成18年7月7日よりむしろ、藁の上の養子に対して戸籍上の父から訴えを提起した事案である大分地判平成9年11月12日²⁶³⁾の方がフランス身分占有法理に近似する紛争解決であったと評価することができる。本判決では、DNA鑑定により父子関係の遺伝学的つながりの不存在が明らかとされたにもかかわらず、親子としての生活実体を重視して親子関係不存在確認の訴えを棄却していることから、フランス身分占有の親子関係の科学的反証の鍵としての役割を体現していると考える。

かつて藁の上の養子における無効行為の転換理論で検討されたフランス身分占有理論は、生物学的つながりである血縁上の真実への制限であり、制限の対象を異にする。

(3) 「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」基準

(ア) フランス身分占有が真実主義の内在的制限としての働きを有するのは、生物学的つながりである血縁上の真実を対象とする場合である。つまり、母の懐胎期間内における父母の性的結合と母の分娩の事実が存在すれば、子と母の夫との間の親子関係の蓋然性を有する。このとき、子の身分占有は伝統的な「親子関係の証明」という役割から派生した「親子関係の創設」「親子関係の紛争回避」「親子関係の紛争解決」という三つの役割として作用する。

(イ) かつて藁の上の養子における無効行為の転換理論で検討されたフランス身分占有理論は、親子関係の紛争回避という役割に注目した解釈である。先に指摘した通り、当時検討されたフランス身分占有理論は生物学的つながりである血縁上の真実を対象としていた。

つまり、血縁上の真実解明を指向して子の身分が親子関係不存在確認により容易に覆されることを回避するために、身分占有類似の機能を有する「長期間にわ

263) 判タ970号225頁、松川正毅「判批（父子関係の存否とDNA鑑定）」リマークス18号68頁（1999）、松倉耕作「判批（真実の血縁関係の存在を無視できるか）」判タ979号40頁（1998）。

たる実親子と同様の生活実体」基準を考慮することは有用である。具体的には、推定の及ばない子に対する親子関係不存在確認の訴えや認知された子に対する認知無効の訴えにおいて、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場合である²⁶⁴⁾。

(ウ) 推定の及ばない子に対する親子関係不存在確認の訴えにおいて、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場合に、子を救済する手段として「長期間にわたる実親子としての生活実体」基準に基づく権利濫用はその適用可能性を有する。同様に、認知された子に対する認知無効の訴え²⁶⁵⁾において、特に虚偽認知²⁶⁶⁾の場合に

としての生活実体」基準から生じる親子関係を覆し得ない具体的な期間が問題となる。現在の流動的な家族関係を考慮し²⁶⁸⁾、フランス法と同様に短期に設定することも考え得る²⁶⁹⁾。

とすれば、身分占有類似の機能を有する「長期間にわたる実親子としての生活実体」基準は、子の利益という政策的な観点から真実主義を制限し、現実に営まれている親子関係の保護に資するものである。「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」基準は身分占有に付与された親子関係の紛争回避機能を有し、血縁上の真実が生活実体から生じた親子関係を覆し得ない要件となる。

存在確認請求を原則として認め、親子関係を否定された子が提起する損害賠償或いは慰謝料請求を許容する方向で解決を図るのである。同様の解釈は、フランスにもある。ある学説は、虚偽認知された子に対して認知者が認知無効を主張する場合には、虚偽の認知をなす行為と認知無効を主張する行為は矛盾する行為であることから、何らかの民事責任を課すべきであると主張する²⁷³⁾。破毀院第一民事部1987年7月21日判決²⁷⁴⁾も、破毀院第一民事部1988年12月6日判決²⁷⁵⁾も、認知者に対して金銭賠償による制裁を課することを認めている²⁷⁶⁾。先例

772条嫡出推定が及ぶ範囲が問題となる。嫡出推定が及ぶ範囲につきわが国の解釈論上多説あるが、主に、外観説、血縁説、家庭破綻説、合意説がある。実際に、家裁実務では合意に相当する審判（家審23条）により解決が図られている。判例では、最高裁は子の懐胎当時既に夫婦としての実体が失われていたことに着目し、外観説の立場を明確にした²⁸¹⁾。最近の最高裁でも外観説を維持し、真実主義の一定の限界を表明している²⁸²⁾。下級審では家庭破綻説を支持する判例が多く、加えて

的つながりを強調し、子を受け入れるに適した現実の家庭に子を結び付ける機能を有している。この場合、婚姻の効果としての父性推定の及ぶ範囲は身分占有を享有する子の利益となるように決せられる。

(2) わが国の嫡出推定への適用可能性

わが国では嫡出推定が及ぶ範囲につき、身分占有類似の機能を有する「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」基準の考慮は有用である。

<

出生した子（夫婦の離婚手続中に関して同313条1項）について、父性推定が及ぶと規定している。

従って、わが国の推定されない嫡出子の事例において身分占有類似の機能を有する「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」基準を考察する余地はない。むしろ、子の懐胎時又は出生時に父母が婚姻関係にあったか否かが重視される。

わが国では、772条の形式的適用により嫡出推定を受けること

ここで想定している場面とは、前婚の婚姻関係が既に破綻し事実上の別居状態にあった場合である。

父性が重複し抵触した場合、フランス法は、法定懐胎期間を設定し、当該期間内において子の利益に基づいて懐胎時期を選択できるとする解決策を提示している（仏民311条2項）。つまり、子の利益に基づいて懐胎時期を自由に設定することができ、具体的には、懐胎時期を前婚の解消前又は解消後と位置付けて、その結果、二つの重複する父子関係をどちらか一方に定め、婚姻の効果としての父性推定を働かせるという解決策である。しかし、この解決策は終局的な解決策とは言えない。例えば、前婚の解消前に懐胎時期を位置付けたものの、産科学的な見地から懐胎期間が長期であり、懐胎時期は前婚の解消後であると判断される場合や、逆に、前婚の解消後の懐胎時期を位置付けたものの、産科学的な見地から懐胎期間が短期であり、懐胎期間は前婚の解消前であると判断される場合である。このとき、推定された父子関係は、子が証書に合致する身分占有を有する場合には真の親を称する者によって、子が証書に合致する身分占有を有していない場合にはすべての利害関係人によって、争われる余地が残されており終局的な解決策とはならない。

親子関係に関する紛争は、2005年法改正以前は紛争解決基準（仏民旧311条の12）に従って最も確実と思われる親子関係を決定して、解決する。紛争解決基準として、原則的には、すべての証拠方法によって親子関係の生物学的つながりを考慮し、補完的には、社会感情的つながりを考慮する。フランス身分占有の「親子関係の紛争解決」という役割は終局的紛争解決基準となる。2005年法改正により紛争解決基準に関する規定は削除されたが、身分占有には「親子関係の科学的反証の鍵」という役割が新たに発見され、親子関係の遺伝学的つながりを考慮する場合に手続上の外在的制限を正当化する根拠となる。

(エ) 身分占有類似の機能を有する「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」基準を考慮することで、そのような生活実体から親子関係の生物学的つながりと社会感情的つながりを考慮するものであると理解することができる。そして、子

286) C. CLÉMENT, *supra* note 25, p. 527 et s.

が平穏な家庭の中で父から受け入れられていることが示されたならば、そこから子を引き離すことは避けなければならない。ときに生物学的つながりを不問とし、生物学的つながりのない者を父とする可能性は否定できないが、子を受け入れる社会感情的つながりを有する者を父とすることの方がより子の利益に資する。つまり、「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」基準の考慮は子を養育するに適した現実の安定的な家庭と結び付ける機能を有している。

従って、フランス親子関係法では、婚姻の効果としての父性推定の及ぶ範囲につき、第一段階として、法定懐胎期間内における夫婦関係が問題となり、第二段階として、「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」が問題となると理解することができる。

(オ) わが国において嫡出推定の及ぶ範囲について論じる諸学説のうち、外観説は、法定懐胎期間内における夫婦の同棲の欠如や異人種等夫による懐胎ではないことが外観上明白な場合に嫡出推定は排除されると解する²⁸⁷⁾。推定の及ぶ範囲につき、外観説では第一段階のみに基づいて判断されることとなる²⁸⁸⁾。第二段階は全く考慮されない点において、嫡出推定の及ぶ範囲は極めて限定される。最高裁は外観説の立場に立つものと捉えられている。例えば、「夫婦の実態が失われ、たんに離婚の届出が遅れていたにとどまる」場合²⁸⁹⁾や「法定懐胎期間内に妻が夫により子を懐胎することが不可能である」場合²⁹⁰⁾に嫡出推定は及ばないと判示しており、嫡出推定の及ぶ範囲につき第一段階のみを考慮している。近時では、家庭崩壊の一事をもって嫡出推定は排除されず、子の身分の法的安定性の保持の必要性を考慮すべきである²⁹¹⁾として、嫡出推定の及ぶ範囲につき第一段階だけでなく第二段階の検討の可能性を示している。

外観説の他に、血縁説は、夫婦の同棲の欠如、夫の生殖不能や血液型の背馳等

287) 我妻栄『親族法』（有斐閣、1961）221頁。

288) 外観説をさらに限定し、懐胎時期における婚姻中夫婦の性的関係の不存在の場合に推定を排除する修正外観説がある（佐藤義彦「嫡出推定の及ぶ範囲」同法32巻3＝4号225頁（1980））。

289) 最判昭和44年5月29日民集23巻6号1064頁等。

290) 最判平成10年8月31日（第一事件）家月51巻4号33頁等、同（第二事件）家月51巻4号75頁等。

291) 最判平成12年3月14日家月52巻9号85頁等。

夫による懐胎ではないことが外観上明白な場合に限らず、科学的客観的に夫による懐胎ではないことが証明された場合に嫡出推定は排除されると解する²⁹²⁾。血縁説では第一段階の判断に加えて、第二段階として、親子関係の血縁上の真実を重視し、社会感情的つながりは考慮されない。但し、特に、血液検査やDNA鑑定等の親子鑑定が実施された場合には、血縁説が説く血縁上の真実とはもはや親子関係の生物学的つながりではなく遺伝学的つながりであり、嫡出推定制度が対象とする範囲を逸脱している。血縁上の真実とはいえ、二つの異なる証明対象を混同していると考える。合意説は当事者間に合意があれば嫡出推定は排除されると解する²⁹³⁾。嫡出推定の及ぶ範囲を当事者の意思にかからしめる解釈であり、第一段階及び第二段階の判断基準は全く加味されない。

(カ) 嫡出推定の及ぶ範囲につき「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」を考慮する解釈として、「承認(776条)」説と家庭破綻説及び新家庭形成説がある。

まず、「承認(776条)」説は、772条の推定を受ける子であっても776条の「承認」がなかったならば子の出生から1年が経過した後も父子関係を否認できると解釈し、同時に、772条の推定を受けない子であっても776条の「承認」があったといえるような場合には父子関係の不存在確認の訴えを排斥できると解する²⁹⁴⁾。「承認」とは母の夫が子の嫡出性を認める行為であり、その有無は子の出生から訴え提起までの全生活関係から判断される²⁹⁵⁾。嫡出性の「承認」があったと判断される場合に限り、777条が適及的に適用され、夫は否認権を失い、親子関係不存在確認の訴えを提起する可能性は封じられることになる²⁹⁶⁾。つまり、

292) 中川善之助『新訂親族法』(青林書房新社、1965) 363頁。

293) 福永有利「嫡出推定と父子関係不存在確認」別判タ8号252頁(1980)。

294) 伊藤昌司「実親子法解釈学への疑問」法政研究61巻3=4号1041頁(1995)。

295) わが国の通説によれば、承認方法は法定されておらず、明示・黙示も問われないが、事柄の性質上、自己の子と認める旨の明確さが要求される。この観点から、例えば、子の出生を喜んだ、夫の名の一部をとって子に命名した、知人の子の誕生を通知したなどの事実があっても、この事実のみで承認と導くのは無理だと解されている(松倉耕作「嫡出の承認」中川善之助=米倉明編『新版注釈民法23』(有斐閣、2004)、二宮周平『家族法』(新世社、第二版、2006) 161頁)。

296) 二宮周平教授は、民法改正が実現するまでは、伊藤教授の解釈を支持することを表明している(二宮周平「父とは誰か—嫡出推定および認知制度改革私案—」立命5号83頁(1996)、同「認知制度は誰のためにあるのか5」戸時611号16頁(2007))。

既に嫡出推定により父子関係が確定した子の身分が争われる場合を想定した解釈である。第一段階の法定懐胎期間内における父母の夫婦関係を不問とし、第二段階として、嫡出性の承認に該当する「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」のみを考慮する。フランス身分占有の「親子関係の紛争回避」という役割を「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」基準に体现したと理解することができる。

私見として、フランス身分占有は親子関係の創設という役割をも併せ持つことから、「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」基準にも「親子関係の創設」機能を体现することができよう。従って、嫡出推定を受ける子であっても、母が夫の父性を否認し、かつ、母の夫による嫡出性の承認がないと判断される場合には、嫡出推定は排除される。子は嫡出推定を受けない子であっても、母の夫による嫡出性の承認があったと判断される場合には、母が夫の父性を否認していたとしても、子は嫡出推定が及ぶと解することになる。しかし、わが国には嫡出推定の回復に関する明文はなく、子は親子関係存在確認の訴えを提起しなければならない。また、母には否認権が認められない。

但し、「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」基準に親子関係の創設機能を体现する解釈は、わが国において772条に起因する「離婚後300日問題」の解決策として有用である。例えば、再婚後早産により子が前婚の解消から300日以内に出生した場合、772条により子は前婚の夫の嫡出推定を受ける。子は、前婚の夫につき772条の推定を受ける嫡出子であり、後婚の夫につき推定されない嫡出子である。推定されない嫡出子とは嫡出推定は受けないものの、出生と同時に嫡出子の身分を有する子であるとの判例があるが²⁹⁷⁾、実質的には前婚の夫と後婚の夫の父性が抵触した場合であるとみなし得る。なぜならば、後婚の夫を軸に考察すれば、再婚後早産により前婚の解消から300日以内に出生した子は、後婚の夫の嫡出推定は受けない子ではあるが、母の夫による嫡出性の承認があったと判断される場合には、母が夫の父性を否認していたとしても、子には後婚の夫の嫡出推定が及ぶと解釈することができる。そして、父性の重複はフランス身分占

297) 大判昭和15年1月23日・前掲註284)。

有の「親子関係の紛争解決」という役割に基づいて、最も確実と思われる親子関係を決定することになる。

従って、第一段階として、法定懐胎期間内における父母の婚姻関係を不問とし、第二段階の「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」基準を776条の「承認」に当てはめて、そこにフランス身分占有の親子関係の創設、親子関係の紛争回避、親子関係の紛争解決の各機能を持たせるという解釈は、特にわが国において772条に起因する「離婚後300日問題」の解決策として有用であると考ええる。

(※) 次に、家庭破綻説及び新家庭形成説は、子が置かれている状況を考慮する。それは、既に母とその夫との婚姻関係が破綻している現実である。家庭破綻説は、事例毎に個別具体的な事情を判断し、例えば、両親の別居や離婚により子が母子家庭で養育されている場合等、子が置かれている家庭にもはや守るべき平和が存在しない場合には、親子関係の遺伝学的つながりを優先させて嫡出推定を排除し、遺伝学的つながりを有する父を法律上の父とする途を認め、逆に、家庭の平和が存在する場合には、親子関係の遺伝学的つながりを不問として嫡出推定を働かせ、家庭の保護を図るべきであると解する²⁹⁸⁾。さらに具体化して、新家庭形成説は、子が置かれている状況につき、家庭が破綻してその平和が崩壊して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という事情があり、それを認めることが子の利益に合致するものであるれば、嫡出推定は排除されると解する。推定の及ぶ範囲の判断基準となる新家庭形成とは既に遺伝学的つながりを有する父と母・子の新家庭が形成されており三者が同居し、真実の父による認知が約束されている場合、又は、新家庭での父が遺伝学的つながりを有する父でないときは、それとの養育縁組が約束されている場合をいう²⁹⁹⁾。

一見すると、家庭破綻説及び新家庭形成説は、第一段階として、法定懐胎期間内における父母の婚姻関係を考慮し、第二段階として、子と母の夫との「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」を考慮する解釈であるともみえる。しかし、以下の点で身分占有類似の効果を有する「長期間にわたる実親子と同様の生活実

298) 松倉耕作「嫡出性の推定と避妊」法時45巻14号130頁(1993)。

299) 梶村太市「嫡出否認の訴えと親子関係不存在確認の訴え—嫡出推定排除と科学的証拠に関する最近の東京高裁の二判決を素材として—」判タ934号35頁(1997)。

体」基準とは異なる。まず、家庭破綻説は、考察対象である子がおかれている状況は出訴時の状況である点が挙げられる。但し、フランス身分占有「親子関係の創設」機能に近似する解釈であり、フランス身分占有を考察することで不明確であるとして批判を受けている家庭破綻の具体的な基準を示し得ると考える。次に、新家庭形成説は、親子関係の遺伝学的つながりと社会感情的つながりを考慮対象とする解釈であり、「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」基準が対象としている親子関係とは異なる。つまり、「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」基準が対象としている親子関係とは、生物学的つながりであり社会感情的つながりである。さらに、母の夫の父性と同時に母の新たなパートナーの父性を考慮する解釈であり、「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」基準では、母の夫の父性を考慮しそれが否定されて始めて、母の新たなパートナーの父性が問題となる点が挙げられる。

家庭破綻説及び新家庭形成説において「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」基準を用いるとすれば、嫡出推定の及ぶ範囲につき、一方で、第一段階として、法定懐胎期間内における父母の婚姻関係を考慮し、第二段階として、「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」を考慮することとなる。第一段階として、法定懐胎期間内における父母の婚姻関係が破綻していれば、子と母の夫との父子関係の蓋然性は疑わしくなる。第二段階として、「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」を考慮しそのような事実が存在していれば、母の夫の嫡出推定が働く。他方で、第一段階として、法定懐胎期間内における父母の婚姻関係が良好であるとしても、第二段階として、「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」が存在しなければ、母の夫の嫡出性を争うことができると解することになる。第二段階として考察される「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」基準とは、子と母の夫との親子関係の生物学的つながりと社会感情的なつながりを示す個別具体的な事情である。時には子の利益となる結果を導くために、生物学的つながりを不問とし、社会感情的なつながりのみを考慮することもあり得る。

従って、第一段階として、法定懐胎期間内における夫婦の婚姻関係を、第二段階として、「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」を考慮する解釈は、子と母の夫との親子関係の社会感情的つながりを重視する解釈であり、子の利益に資

する解決策として有用である。

(ク) 結論として、嫡出推定の及ぶ範囲は、子を現実の安定的な家庭と結び付け、子の身分の安定要請に応えることを目的として、その目的を実現するための手段として活用される。具体的には、法定懐胎期間内における夫婦の婚姻関係や「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」を考慮して決定する。確かに、嫡出推定制度の根拠である子の身分の早期確定に十分に応え得る解釈とは言えない。しかし、子の身分の安定要請は早期確定よりも一層の保護に値すると考える。

VI 結

科学技術の飛躍的進歩によりこれまで直接的かつ確定的に証明できなかった血縁上の真実を手に入れることができるならば、「証拠の女王」たる科学的鑑定の実施を指向するだろう³⁰⁰⁾。親子鑑定が解明する血縁上の真実とは、親子関係の遺伝学的つながりであり、従来推定により得られてきた生物学的つながりとは一線を画さねばならない。しかし、遺伝学的つながりと生物学的つながりは区別することなく論じられているのが現実である。親子鑑定の利用拡大は、父性推定を無に帰させる恐れがある。実際に、科学の進歩に直面して父性推定は弱体化している³⁰¹⁾。事実上の真実主義化によりもはや法律上の推定たる嫡出推定は死に瀕しているのだろうか。

このような状況下で、フランス身分占有理論を基礎として、わが国における親子関係の確定法理における「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」基準の有用性について検討する必要がある。

300) A. BÉNABENT, *supra* note 16, p. 381.

301) 親子関係法における主要な法諺「Pater is est quem nuptiae demonstrant (父は婚姻が指示する者なり)」及び「mater semper certa est (母性は常に確実である)」は、「pater certus est (父性は常に確実である)」との新たな法規範に改めなければならない (E. CADOU, *LA « BIOLOGISATION » DU DROIT DE LA FILLIATION*, dans C. LABRUSSE et G. CORNU, *DROIT DE LA FILLIATION ET PROGRES SCIENTIFIQUES*, Paris, ECONOMICA, 1982, p. 23)。

1 親子関係の確定法理

現行の親子関係の確定法理は、父子関係につき嫡出推定制度及び認知制度がある。特に、嫡出推定の否認においては提訴要件を極めて厳格に限定し、法律上の親子関係は血縁の存在とは別に成立することを明らかにしている。しかし、わが国においては嫡出推定により推定された親子関係は血縁の証明により容易に覆し得るものであると認識されてしまっている。同様に、認知無効を争う場合に、当該認知は血縁の証明により容易に覆し得るものであると認識されてしまっている。これら場合、認識されている血縁につき、血縁上の真実たる生物学的つながりと遺伝学的つながりとが混同されている。そのため、親子関係の確定法理においては、血縁上の真実そのものである遺伝学的つながりが無意識のうち法律上の親子関係と同一視されていることのないよう留意しなければならない。

確かに、科学的客観的に遺伝学的つながりの有無を立証することが可能となった現在において、遺伝学的つながりの考慮は親子関係確定基準の一つである。しかし、他の多くの基準を考慮する余地を与えないほどの影響力の大きさを無視することはできない。従って、遺伝学的つながりたる血縁上の真実解明に対する立法による規制が必要である。

比して、フランス親子関係法は真実主義に対して極めて制限的な関係性を構築した。このとき、真実主義を制限する鍵となる子の身分占有は、子のあるべき位置に据え、子の身分の安定要請に応える。子の身分占有は、子の利益、家族の平和、社会秩序という家族政策目的実現手段として活用されている。

わが国でも真実主義の対抗概念として権利濫用法理を判例上確立した。最高裁が示した権利濫用の適用基準の一つである、フランス身分占有類似の機能を有する「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」基準の考慮は、わが国の親子関係の確定法理において大きな意義を有すると考える。一方で、親子関係を否定する場面における「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」基準の考慮は、子を受け入れるに適した現実の家庭に結び付けることに有用である。一方で、親子関係を肯定する場面における「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」基準の考慮は、子に受け入れ、愛情溢れる父と結び付けることに有用である。このような「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」基準の考慮は、ときに子と父との生物学

的なつながりを不問として、社会感情的なつながりを重視することで、子に然るべき親子関係を認めるよう配慮している。従って、親子関係確定の法理における「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」基準の考慮は、子の利益に資する結論を導くための有益な判断基準であると理解することができる。

2 子の身分の安定

現在、わが国の親子関係法は混乱している。親子関係確定の法理が混迷している状況下で見失ってはならないことは、法律上の親子関係は遺伝学的つながりである血縁上の真実によって無力化されてはならないということである。時代の変遷とともに社会は変化し、人々のライフスタイルも変化した。様々な個性や価値観が生まれた現代社会においては、多様な価値観の受容とある一定限界の設定がなされるべきである。真実主義に対しても同様にその限界を明確に線引きされなければならない時期にきていることは確かだ。早期の立法的解決が望まれる。

親子関係の確定法理は何よりも子の身分の安定要請に応えるものでなければならない。現実には営まれている安定的な親子関係はより一層の保護に値するものであり、比して、法律上の親子関係が遺伝学的つながりと一致していることはそれほど重要な価値をもたない。つまり、現実には営まれている安定的な親子関係を立証する「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」基準は、真実主義の実現を阻止する対抗概念として有用な判断基準であると理解することができる。

つまり、遺伝学的つながりである血縁上の真実が覆し難いと同様に、親子としての生活実体が存在していたという真実を何人も覆すことはできないということである。時の経過により構築された関係性を尊重し、遺伝学的つながりである血縁上の真実に優越する価値を付与すべきである。「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」基準は子の利益、家族の平和、社会秩序を守り、ひいては子の身分の安定を実現するために活用される。このとき、「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」基準は遺伝学的つながりである血縁上の真実に勝る。

従って、真実主義との関係性を構築すべき時期を迎えたわが国の親子法にとって、そして、近い将来設計されるであろう新たな親子関係確定の法理において、身分占有類似の機能を有する「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」基準を考慮すべきなのではないだろうか。わが国においてこれまで意識下に潜在してい

た真実主義への制限を、「長期間にわたる実親子と同様の生活実体」基準の導入により顕在化させることで、子の身分の安定要請に応えなければならないと考える。