

親と子の法的関係 ——特別養子離縁と血縁——

川 村 隆 子

はじめに

たとえば、「夫婦」という言葉は、何を連想するだろう。華やかな結婚式や幸せな家庭、新婚夫婦から老夫婦まで、無限の想像が湧き出る。少し「法的に」という条件を加えれば、婚姻届や氏の問題、住居や相続といったことが出てくるだろう。ただ、最近では事実婚という形態をとる男女も「夫婦」として捉えられている。また、徐々に認められる国・地域が増加傾向にある同性カップルも夫婦のように捉えることが浸透しつつある。今では「夫婦」という言葉が意味する対象も多様化している。

では、「親子」という言葉はどうであろうか。まさに親と子であるから、夫婦よりは明確かもしれない。しかし、「法的に」そして「親子関係」という条件を付けると少し複雑になる。戸籍に関する出生届書が提出されるが、その提出がなくても親子は親子であるし、大多数の良好な関係に対して、虐待などの憂慮すべき関係は皆無にはならない。親も子も人間であるから対等な関係であろうが、幼少期の子は多くを依存する関係を持たざるを得ない。しかも、夫婦のように自分たちの意思で共同生活に入ったのではなく、子の意思は問われることのないまま親との関係が発生してしまう。

ただ、たとえ子との意思の合致がなく親子関係が発生したとしても、子は所有対象となるような「モノ」では決してない。そこで、社会経験に乏しく自活できない未成年者、特に意思の表示もままならない幼少な者を保護するため様々な制度が設けられる。

こうした「子のため」の制度は、多方面から検討され、議論を深めていくことが求められる。なぜなら、それが「子のため」にできる大人の責任だからである。しかし、その基礎の一つとなる親子という関係を「法的に」議論し尽くしているかと言えば、必ずしもそうではない。しかも、その議論が最終段階を迎え、すべてが解き明かされるという性質のものでもないだろう。そうすると、今できることは、今の段階でできる最良な方向を見いだすことである。もちろん、その方向を示すことは容易なことではないが、議論すべきであると感じる点の一端を、書き表すことはできるかもしれない。

そこで、法的に見た親子関係とその関係への介入、そして、絶対的な影響を与える「血縁」という存在と、「子のため」に設けられた特別養子縁組に含まれる離縁の制度が、親子関係を如何なる角度から捉えているのかという視点をもとに、若干の検討を試みたい。

1. 親と子への介入

1. 子のために成された民法改正

まず、親子の關係に法が立ち入る制度として、存在する親子關係に対する最近の動向を見てみると、2012年4月に施行された民法等の一部を改正する法律があげられる。

ここで簡単に今回の改正¹⁾を見てみると、親権喪失について、「父又は母による虐待又は悪意の遺棄があるときその他父又は母による親権の行使が著しく困難又は不適當であることにより子の利益を著しく害するときは……親権喪失の審判をすることができる」と、民法834条が改正された。改正前の「父又は母が、親権を濫用し、又は著しく不行跡であるとき……親権の喪失を宣言することができる」という規定と単純に比較すれば、「虐待又は悪意の遺棄」と明記されたことにより、今回の改正が意図する方向性が明確化され、現在、我々が直面している親子の問題に対して「子のため」という改正の趣旨を読み取ることができる²⁾。親権喪失が求められる事案においては、子に身体的・精神的ダメージが生じ、不安定な生活環境に置かれている場合が多く、できるだけ早期の安定が望まれ³⁾、また、「親権者の帰責性ないし非難的要素を必須のものとしな⁴⁾とされることから、親権行使の善悪よりも、その行使が子に与える影響に対して比重を置いた運用が求められている。

そして、このような親権喪失が求められた「原因が消滅したときは……本人又は親族の請求によって」、家庭裁判所が「審判を取り消す」(836条)ことになる。些か明瞭とも不明瞭とも捉えられそうな要件ではあるが、家庭裁判所の裁量に大きく委ねられることになる。

ところで、この制度が誤解され易いのが、親権を喪失した親の「子に対する扶養義務が消滅するわけではないし、相続についての関係も従来どおり」⁵⁾であるという点であり、親子關係が完全に断たれる訳ではない。よって重大な虐待等の事実に対し親子關係への介入は限定される。しかしながら、包括的な親権の喪失は極めて効果が大きいと捉えられ、現実的には慎重かつ限定的な運用⁶⁾が通常化し、これは改正後でも大差はないと考えられる。そこで親権を制限する方法と

1) 多くの文献により紹介・検討が成されている。たとえば、許末恵「児童虐待防止のための親権法改正の意義と問題点—民法の視点から—」法律時報83巻7号65頁ほか。なお、本稿は多数の論考・書籍に負うところが多いが、逐一詳細な参照を掲げることも困難であり不十分な点は否めない。ここに謝辞するとともに御寛容頂きたい。

2) 本稿において詳述はしないが、解釈論としての問題はある。たとえば、虐待等があれば当然に親権喪失が認められるのか、それとも著しく困難または不適當であるかを踏まえるべきであるのかなど今後評価されることになるだろう。窪田充見「親権に関する民法等の改正と今後の課題」ジュリストNo. 1430, 5頁参照(2011)

3) 細矢郁「児童福祉法28条事件及び親権喪失等事件の合理的な審理の在り方に関する考察」家月64巻6号44頁参照(2012)

4) 細矢 前掲本稿注3) 37頁

5) 窪田充見「家族法」303頁(有斐閣, 初版, 2011)

6) 窪田 前掲本稿注5) 303頁ほか参照

して、より柔軟に行使可能な制度が求められていたのである。

こうした経緯から、民法改正により834条の二が設けられ、「親権の行使が困難又は不適當であることにより子の利益を害するとき」に、2年を超えない範囲で親権の停止を請求することが可能となった。様々な実態や程度の差は当然に考えられるが、この親権停止の制度は、「比較的程度の軽い事案や医療ネグレクトなど一定期間親権を制限すれば足りる事案」⁷⁾に対応すべく検討され、実現された「子のため」の制度であると言える。

ただ、期限が設けられるなど、親権を制限する制度として親権喪失との段階的な位置関係にある親権停止は、効果の大きい「親権喪失との対比では、相対的にハードルが下がることは十分に考えられるであろう」⁸⁾とされる一方、「停止審判は、親権全部の行使を停止するものであるから、喪失審判より効果が軽いと言い切れるか疑問である」⁹⁾とも評価されており、両制度の適用範囲、つまり使い分けの議論も深まっていくと考えられる。とりわけ、2年を超えないという制度の特徴的要素に新制度の存在意義を見いだすことになるだろう。そこで、親権喪失と同様、836条により「原因が消滅したとき」に家庭裁判所が審判を取り消すことになるが、2年を超えない親権停止が繰り返された場合、それは親権喪失の対象とすべき事案となるのか、あくまで「子のため」に停止が繰り返されるべきなのか、思案の難しい問題が発生すると推測される。親と子、そして、法の介入という関係において、「子のため」という大きな課題への対応を「子のため」に考える重要な機会が、この制度により提供されていると考えることもできるだろう¹⁰⁾。

2. 特別養子縁組

このような親権喪失および親権停止の制度は、いずれにせよ、存在する親と子の関係において「親権」という権利義務¹¹⁾の制限を成すものであり、親子関係が法的に消滅するものではない。特に親権停止に関して言えば、親子再統合¹²⁾という視点が制度設計において組み込まれていたと考えられることから、虐待や医療ネグレクトなどに対応するために、親子という繋がりを重視しつつも法的に介入する姿勢を示したものである。

一方、特別養子縁組による親と子の関係においては、新たな養親と子の法的親子関係創設とともに、存在した実親と子の親子関係を断絶するという、大きな意味合いを持つ。

7) 細矢 前掲本稿注3) 38頁

8) 窪田 前掲本稿注2) 6頁

9) 許末恵「児童虐待防止のための民法等の改正についての一考察」法曹時報65巻2号30頁(2013)

10) なお、親権停止制度施行後3ヶ月で児童相談所長による7件の申し立てなど(その他30件以上)が行われていることから、「短い期間ではあるが……制度が積極的に利用されている状況がうかがえ、従来の親権喪失宣告に見られたような申立ての躊躇という問題は、一応は免れているということができよう」と評価されていることから、申し立ての実情・実態が徐々に明らかになることにより、児童虐待の防止などに、どのように運用されていくかが注目される。許 前掲本稿注9) 1~2頁参照

11) 親権の性質については議論のあるところであるが、ここでは深くは触れず、単に権利義務としておく。

12) 許 前掲本稿注1) 66頁

親権喪失等と断絶は、その影響力が相違するが、検討対象となる親子間に発生した考慮すべき要件は類似している。特に虐待や医療ネグレクトなどに対する子の保護を考えれば、前者が親権を喪失または停止させることにより親権の射程において判断が下されるのに対して、後者は実親子関係を断絶させた上で、新たな養親子関係を築くことにより子の成長する環境を整える機会を創設することから、対象となる子の状況において（たとえば、親の対応の変化が期待できるか、また子の年齢や養親となる者の存在など）、選択は可能であろう。ただ、現状では、出産直後に親が子を養育できない状況（たとえば、経済的困窮、未成年者による非嫡出子出産、犯罪による出産など）への対処として、特別養子縁組による子の保護が検討されることが多いようである。

存在する親子関係と新たに創設される親子関係双方の問題が絡む特別養子縁組による介入の都合いは大きい、「子のため」を重視した運用が望まれる。特にわが国が抱える自然大災害により、不幸にも親を失った子に対する将来を見据えた対応としては見直されるべき制度と言えよう。

3. 「離縁」という再介入

実親子間で発生する問題は、もちろん養親子間でも発生する。そこで、親権の喪失および停止と養親子関係（普通養親子関係）を考えた場合、養親子間に虐待等の考慮すべき要件が備われば、親権の喪失や停止のほか、離縁についても検討されることになろう。その際、継続される普通養親子関係と考慮すべき要件を推し量ると、親権喪失等よりも離縁という選択が有力候補に挙げると考えられる。もちろん、離縁が最優先に検討されるという訳ではないだろうが、子の生活環境等が確保されるのであれば普通養子縁組の解消は比較的容易に選択されよう。そうすると俗に言う「勘当」という親子関係を断つ方法がない現代において、親権喪失や停止という制度は、実親子間に発生する問題に介入する手段として想定された制度であると言えるのかもしれない。

このように考えた場合、特別養子縁組による養親子関係については、可能な限り実親子関係に近い親子関係を創設することにより「子のため」の環境を整えるという制度設計が成されているため、考慮すべき要件が発生した場合、親権喪失および停止が検討されるべきである。

しかしながら、この特別養子縁組においても、条件的には厳しいが「離縁」が設けられているため、親権喪失等と同列もしくは優先的に検討される可能性がある。実親子関係における実子が、親権喪失や停止そして断絶を伴う特別養子縁組の検討による保護が可能であるのに対して、特別養子となった者にも親権喪失等とともに、再度、特別養子縁組を検討することが均衡のとれた対応であると考えれば、離縁を認めないという制度も考えられるが、法的な関係を作り出す制度であるが故に、特別養子の離縁自体は認められるべき制度と言わざるを得ないのが現状の在り方である。

他にも親子間に介入する制度は存在するが、法が介入することにより認められた特別養親子関係は、親権の問題とともに、実親子と法的親子の複雑な問題を内包する制度であると言える。

II. 法の在り方と血縁という存在

1. 血縁と法

様々な角度から見ることでできる親子関係において、その趣旨を含め検討されるべき要件がある。特別養子縁組の離縁を定める民法817条の十第二号に規定される「実父母が相当の監護をすることができること」である。

離縁の要件としては、この第二号とともに、「養親による虐待、悪意の遺棄その他養子の利益を著しく害する事由があること」(817条の十第一号)という両方の要件に「いずれにも該当する」ことが必要であり、さらに離縁は、この「規定による場合のほか、これを行うことができない」(817条の十第一項・2項)とされているため、第一号・第二号の要件は絶対条件となる。

第一号に関しては、親権喪失や停止が検討される際の考慮すべき要件と重なり、また、特別養子縁組を成立させるために重要な判断となる「父母による養子となる者の監護が著しく困難又は不適当であることその他特別の事情がある場合において、子の利益のため特に必要があると認めるとき」(817条の七 以下、要保護要件とする)という要件に、文言は相違するが内容的には同趣旨であると言えることから、「子のため」に親子関係への介入を成す要件として問題はない。

注目すべきは第二号に規定される「実父母」による相当の監護が求められることである。特別養子縁組の際に、実父母に関しては要保護要件が検討され、それが「子のため」に認められることにより、親子関係は断絶したはずである。そうすれば、実親子関係は法的になくなり、相続等をはじめ法的関係は起こりえない関係¹³⁾となる。にもかかわらず、特別養子縁組の離縁の際に、実父母の監護が要件として求められる理由を如何に考えるべきであろうか。

単純に「実の親子だから」と考えるのは明瞭ではある。大多数の実親子が、様々な衝突や葛藤(もちろん喜びや悲しみ)を重ねて親子関係を築いていくことを考えれば、実親子関係に戻ることは、実に単純明快である。しかし、法的に断絶した実親子が親子関係を復活させることは、たとえば、離縁された子が、突然、縁もゆかりもない夫婦の子として親子関係に入る状況とは、感覚的に明らかに異なる。そこには「縁もゆかりも」ある関係、つまり「血縁」という関係の存在が前提として想定されており、その「血縁」という担保が、単純明快な離縁後の親子関係復活を肯定させる根本になっていることは否定できない。

これは特別養子縁組新設時においても確認されており、『『実父母』とは、一般に血縁上の父母を言うが……特別養子縁組の成立によって法律上の親子関係が終了した血縁上の父母の趣旨で用いられている』¹⁴⁾とされていることから、離縁による子の受け入れに「血縁」という関係が、当然の要件として求められているのである¹⁵⁾。

13) 当然、子の出自を知る権利といった関係は残る。

14) 細川清「改正養子法の解説」130～131頁(法曹会、第1版、1993)

15) 「実父母」について、たとえば、父子関係において嫡出推定を受けつつも「血縁」関係のない父子も、そこに争いがなければ、法的に親子となる。しかし、この要件が、「血縁」に捕われない純粋な法的親子関係を想定して設けられている訳ではないことは前述(前脚注参照)の通りである。よって本稿にお

もちろん、この「血縁」という受け入れにより容易に離縁が認められるという訳ではなく、裁判所により「子のため」に必要であるかどうかが見極められる上、「実父母」に関しては、「特別養子縁組を行うことを認定された実父母の状況が、子の復帰を受け入れられる程度に改善してはならないというのはかなり厳しい条件といえよう」¹⁶⁾とされている。その上、特別養子縁組自体の件数が少ない中、離縁件数も少ない¹⁷⁾状況から、その検証が後順位になりかねないのが現実である。しかし、「子のため」という制度である限り、細やかな対応は必須であると言えるはずである。そうであるならば、この「実父母」という「血縁」要件を如何に考えるべきであるかは、実は大きな問題の存在を表していると考えられる。

男女間に授かった新たな生命を守りたいという自然の成り行きがあつてこそ、人が人のために作った「法」に親子に関する規定が設けられるということも事実である。そうした前提の上で、法治国家として、法が定める親子関係に対する態度を明確に示し、維持されなければならない。それこそが「血縁などとは別の原理で、実親子関係が形成されることを認めるという考え方」であり、現行法が示す法的親子関係に他ならない。そしてこれには「一定の時間的な経過とともに、その親子としての性格はより強まっていくのであり、それを覆すことは、子の法的地位を不安定なものにするという考え方」¹⁸⁾が基礎として存在しており、生物としての親子の繋がりよりも実生活や成長の場を重視した社会環境などによる繋がりの方が最適であるということが確認されているのである。そうすると特別養子縁組の離縁により、新たな環境を求めることになる子にとって、「実父母」という要件は、法的地位を安定させるための絶対条件として適切なのであろうか。新たな親子関係を築くことになった両者が「時間的な経過」を経っていないのは、実父母であれ、他の新たな養親であれ同様である。そこで、より最適な者を選択することは趣旨に適うが、それが「実父母」に限定される理由は、およそ「血縁」という事実以外には考えられない。そうすると、「血縁」という繋がりよりも安定した関係の形成が法的に求められる「子のため」の制度にとって、この「実父母」要件は、まさに矛盾を孕んだものとして存在するのである¹⁹⁾。

いては、「血縁」という前提を踏まえた要件であるという視点で論を進める。

16) 能見善久・加藤新太郎編「論点体系 判例民法9親族」349頁（第一法規，初版，2009）

17) まずは親権喪失や停止，転縁組などが検討されることになるだろう。ちなみに特別養子縁組の離縁については、受理総数と認容件数として平成11年（1999）2件（認容2件），同14年（2002）2件（認容1件），同15年（2003）13件（認容2件），同16年（2004）13件（認容4件），同17年（2005）16件（認容2件），同18年（2006）6件（認容3件），同19年（2007）4件（認容0件），同20年（2008）2件（認容0件），同21年（2009）2件（認容1件），同22年（2010）5件（認容1件），同23年（2011）0件（認容0件）となっている。能見・加藤編 前掲本稿注16）349頁，司法統計参照

18) 窪田 前掲本稿注5）164頁

19) なお，離縁が認容された事案について，詳細は不明である。1988年から2007年までの15件の認容についても「内容は公表されておらず，縁組み当事者が離縁に至った具体的な事情は不明である」とされている。前田陽一・本山敦・浦野由紀子「民法IV 親族・相続」158頁（有斐閣，初版，2010）

2. 父子関係・母子関係

法的に親子関係を考えるとき、「血縁」は前提とされつつも絶対視または最重要視されている訳ではない。これは、表現は様々であっても、共通認識をもって是認されていると言っても良いはずである。このように考えたとき、特別養子縁組にのみ、こうした「血縁」的な要件や思考と法的親子関係が衝突しているのではなく、法と「血縁」は微妙なバランスをもって存在していることがわかる。

そもそも、親子関係（父子関係・母子関係とする方が正しいかもしれない）について、明確にその関係を位置付ける規定は用意されていない²⁰⁾。社会生活の様々な事柄について法が定められているという感覚からすれば奇異なことであるが、親子関係は常識的に判断できる反面、実は明確に規定できない性質とも言えるものである。

そこで民法がその関係を如何に想定しているかを探る作業が成されるが、たとえば、772条の「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する」という推定規定から、法律婚による夫婦間の子は、その夫の子と推定される。つまり、父子関係は、あくまで法的に推定されるという方法で形成されることになり、一般常識的な父子間の「血縁」という繋がり、絶対的には求められていない。これは、法律婚による強固な法的関係を示すとともに、子という存在に対する責任を明確に示すものと言えよう。

ただ、民法が制定された時代と、現在のDNAによる技術などを比較すれば、このような推定による父子関係の形成自体を疑問視できるかもしれない。しかし、この問題はそんなに単純ではない。なぜなら、現在のDNA技術などを用いて父子関係を決定するということは、子の父を明確にするという意味では現実的かもしれないが、間接的（直接的かもしれない）に、母である妻の不貞の調査という意味合いを否定できない。無論、問題がなければ、そのような調査も受け入れられるだろうが、夫婦間の問題への法の介入度合いや、結果的に夫婦の一方（妻）に対する不当な嫌疑とも捉えられかねない調査は、無批判には受け入れられないだろう。そう考えると、この規定は、「血縁」による親子という前提を前面に出すことなく、親子としての信頼関係や社会的生活の安定を重視していることが示されており、それこそが法の求める親子関係であると言うことができる。そしてこれは、夫が子の「嫡出であることを承認したときは、その否認権を失う」（776条）という規定によっても裏付けられ、また、仮に夫が嫡出を否認する場合においても「出生を知った時から一年以内に提起しなければならない」（777条）という期間の限定により、早期の親子関係の安定を願っていることから明確に読み取れるのである²¹⁾。よって、DNA鑑定に

20) 多くの書籍より確認できるが、たとえば窪田前掲本稿注5) 153頁以降が簡易に分かり易く説明されている。

21) たとえば、「一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うことができる」ので、離婚によっても「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……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」父子関係を争うことはできない、としている。最高裁平成12年3月14日判決（家月52巻9号87頁）

より、ほぼ確実な決定ができる現在においても、「血縁」を重視した父子関係ではなく、法的な父子関係の推定による決定が受け入れられていると言えるのである。

一方、母子関係は、父子の推定のような規定も存在しない。そこで、772条の「妻が婚姻中に懐胎した子」、773条の「女が出産した場合」という文言から、母子関係は当然に確認にでき、発生するものであることが前提になっていると考えられている。また、嫡出でない子の認知においても、「分娩の事実」から母親の認知は不要とされるので²²⁾、懐胎・出産による事実、母子関係を強固に結び付けるものであると言える。

ただ、これは結局のところ、母子の「血縁」が明白であることから導き出されているものである。後述する生殖補助医療により、すべての懐胎・出産が完全な血縁を意味しない時代となったが、そうした新しい技術を抜きにしても、法が母子関係を「血縁」によるものであると当然に考えていることは、実は興味深いところである。生物として親子の「血縁」を全く無考慮に物事を進めていくことは困難であり、「子のため」に少なくとも母だけは確定しておくという配慮もあろう。ほとんどが医療機関・医療関係者のもとで出産する現実を考えても、懐胎・出産による母子関係は確認が容易である。しかし、法として父子関係を推定せざるを得ない現実に対して、母子関係の「血縁」を法的にも至高のものと捉え、認知も要しないという位置付けは、「親子」という枠組みを「父子」「母子」に分別し、対等であるべき両者に何らかの優劣の存在を認識させる結果を生み出しかねない。つまり、母子イコール「血縁」という事実の当然の安定を求める法の姿勢が、母子関係の有益な強固さを反映しているとすれば、プラス面はもちろん、マイナス面においても、優位に立つ母が一身に背負うべきという道筋を作り出しかねない。本来、「子のため」に判断しなければならない問題に、不明確な状況を作り出しているのである。

3. 生殖補助医療

たとえば、AID（非配偶者間人工授精）は、原則的に匿名性が求められるため、血縁としての父子関係を追求する態度を採らず、法律婚による法的な父子関係が認められると考えるのが通説と言える。そのため、極めて法的な親子関係を築くことになり、法が考える法的親子関係の姿を明確に示すものと言えよう²³⁾。東京高裁平成10年9月16日決定（家月51巻3号165頁）において、「夫の同意を得て人工授精が行われた場合には、人工授精子は嫡出推定の及ぶ嫡出子であると解するのが相当である」と判断されていることが現行法の姿勢である。そして離婚などの事実によっても、このような子の嫡出性を否定することは「その行為の背信性、結果の重大性」²⁴⁾から許されず、母親側から父と子（人工授精子）の間に「親子関係が存在しない旨の主張をすることは許されない」とすることが、AIDの趣旨に沿っていると言える²⁵⁾。

22) 最高裁昭和37年4月27日判決（民集16巻7号1247頁）

23) 事実婚である場合などは問題となるだろう。本稿では紙数の関係上詳述しない。

24) 本東京高裁決定の原審新潟家裁長岡支平成10年3月30日審判参照

25) もっとも、夫がAIDについて「事前に包括的に承認したと認めること」ができない場合は、嫡出否認が認められる。大阪地裁平成10年12月18日判決（家月51巻9号71頁）

ところで、AIDによる子が特別養子になり、その後離縁された場合、「実父母」という要件における父は、法的な父になるだろうか。何らかの病の治療のために匿名性を有するとはいえ、血縁上の父である者を探し求めることは不可能ではないだろうが、それではAIDの趣旨を損なうことになる。ただ、法的に「実父母」という文言が血縁上の父母を意味することから、矛盾が生じる。「子のため」に柔軟な対応が求められることから、信義則といった万能薬が解決を導き出すだろうが、法的に血縁を求めることになる姿勢が不明瞭さを増幅させる結果となっていると言えよう²⁶⁾。

一方、母子関係については、生殖補助医療の進化により、大きな希望や選択の幅を創出した反面、現実と法の真摯な議論を要求することになった。

前述のように、母子関係は母の認知を待たずに認められるが、それは、懐胎・出産という事実の重視よりも、決定的な母と子の「血縁」関係の承認と言えるものであり従来の医療技術などを考えれば、当然導かれる結論であった。しかし、様々な要因により注目を集めることになった最高裁平成19年3月23日決定（民集61巻2号619頁、以下19年決定とする）により、細やかな議論を慎重に重ねるべき問題に、裁判所の判断が下されることになった。つまり、「現行民法の解釈としては、出生した子を懐胎し出産した女性をその子の母と解さざるを得ず、その子を懐胎、出産していない女性との間には、その女性が卵子を提供した場合であっても、母子関係の成立を認めることはできない」と判断されたのである。この19年決定により、懐胎・出産の事実は、血縁や遺伝子という生物的事実よりも優先して親子関係（母子関係）を成立させることが法的に確認されたことになる。

これにより、父子関係の推定と共に、母子関係に対する法的な立場は明確となり、「血縁」主義というものが存在するのであれば、それは排除されたかのように見える。これは、近年準備が進められている「卵子バンク」と呼ばれる制度を支えることにもなるだろう。

本来、子が意思により親を選択できないのと同様に、親も子との関係を意思により決定できないと見ることが実親子関係における認識と言えるだろう。懐胎・出産という事実に向け、「血縁」による実親子関係創出の「意思」を退けた19年決定の判断は、そうした姿勢と捉えることもできる。「血縁」という意味において実親子関係とは言えないが、AIDによる父子関係においても、夫の同意の意思はAIDという手段の選択に対する意思と捉えれば、夫の意思による父子関係の創出ではなく、あくまで772条の推定による父子関係が法的に認められると見ることができる。法の考える「親子関係」と「血縁」は、同意語ではないという明確な姿勢が示されたと言えよう。

26) ちなみに特別養子縁組において、要保護要件や親の同意は「父母」が対象となる。離縁のように「実父母」ではない。しかし、最高裁は血縁のある実父が特別養子縁組に関わる「みち」に重きを置き、父母の同意が不要かどうかの検討を共同生活の実績のない実父に求め、明白に不要と言えない場合は、実父による戸籍上の父子の親子関係不存在確認請求に理由があったとした。AIDではなく、事情が複雑なため特殊性が高いが、法的親子や子の実生活と「子の血縁上の父」に対する考えのバランスが伺える。最高裁平成10年7月14日判決（家月51巻2号83頁）最高裁平成7年7月14日判決（家月47巻10号50頁）

一方で、特別養子縁組においても子の意思は幼少のため明確ではないとしても、養親となる者の意思は明確に確認できる。ここに実親子関係との差異が現れる。この差異の大きさは、現実社会を生きる我々にとって、時には小さく、そして、時には余りにも大きな差異となるだろう。しかし、法が養子制度を定め、「血縁」のない法的親子関係を認めている限り、その意思により創設される親子関係を如何に捉えるのかが問題となる。当然、様々な考慮により定められた法に従った保護は徹底されるべきであり、「子のため」という背景を持つのであれば尚更である。しかしながら、この法的な親子関係を離縁により解消する際に、実父母という意味を問わない「血縁」が必須条件となる。親子関係の単純ではあるが複雑な存在は、突き詰めていくごとに混沌としてしまうのである。

III. 法の位置付けと現実問題

1. 裁判における判断への影響

ここで親子関係に対して見え隠れする「血縁」の影響力を見てみると、たとえば、神戸家裁姫路支部平成20年12月26日審判においては、特別養子となる子にとって、養親となる者は「血縁上の親」であることが確認されており、「出生した子の福祉を中心に検討するのが相当」とされつつも、「申立人ら夫婦は、事件本人の血縁上の親であり」という文言から「血縁」が判断に少なからず影響を与えていると受け止められる。また、前述のAIDに関する東京高裁決定においても、離婚による親権者の指定に際して、父子の自然的血縁関係がないという事実から、「このことが場合によっては子の福祉に何らかの影響を与えることがありうると考えられる」としており、そして、そのことは「基本的には子の福祉」など様々な事情を「総合的に考慮、検討」して親権者を決定すべきであると解する上での「考慮すべき事情の一つ」としてしている。

こうした判断は19年決定やその原決定（高裁）の判断²⁷⁾にも随所に見て取れるものであり、たとえば、特別養子縁組に必要な親の同意を実母が拒んだ事例においても、「肉親の情としてやむを得ない」²⁸⁾という判断が成されている。一般的に考えれば、こうした「血縁の情」というべき存在を判断に反映させることは至極当然であろう。しかし、血縁関係がないという事実と、望まれる親子関係の安定を調節すべき役割を担うのが、まさしく法に求められる姿である。現実的には「血縁」の有無による判断を払拭できない人間の根本的・生物的な意思の縛りは、簡単に消せるものではない。だからこそ、法的に定めた「子のため」の保護を、それを成すことが望まれる者に、粛々と実現していくことを見守る（もしくは、課していく）姿勢が、法に託された使命であろう。にもかかわらず、法の定める「親子関係」に対して、随所に見られる「血縁」への意識が、本来的に人が持っているであろう「自らの血を引き継ぐ者」への愛着と相まって、より混

27) 19年決定は特別養子縁組の申し立てではないが、血縁と子の福祉などについて述べられている。なお、19年決定の当事者間には、後日、特別養子縁組が認められたようである。

28) 大阪高裁昭和63年10月27日決定（家月41巻3号164頁）

沌とした問題を引き起こしていると言えるのである。

そして、特別養子縁組自体について考えるとき、これは複雑な意味合いを持つ。そもそも、要保護性を考慮することにより、実親子関係の断絶と養親子関係を創出する特別養子縁組は、その創出された法的親子関係が「子のため」に最良であると考えることが大前提となる。そこに「血縁」という存在を取り出し、しかも優位性を持たせるかのような判断を下すことは、制度そのものの存在を否定することになりかねない。もちろん、生物としての「血縁」を否定し得ないことは当然であるが、「子のため」の判断に「血縁」を配慮する判断を加えることは、養親子関係が劣後的な関係であるかのような態度を示すものであることに注意が払われるべきである。19年決定などにより法的親子関係の確認は成されたが、司法判断の中において、場合によっては「血縁」を至高と捉えているかのような文脈が見て取れてしまうことが、その影響力の大きさを物語っているのである。

2. 現実問題

以上のように、半ば当然かのような優位性を持って判断材料となる「血縁」を如何に考えるか。今風に言えばDNAを法的に如何に捉えるか。そこには、自然的・生物学的な繋がりと、人が作り出した法的な繋がりの極めて困難な問題が存在する。法的には「血縁」を重視しないという姿勢であっても、法的に親子関係を確認し、重大な権利義務効果を発生させる必要に迫られた際、法律婚や推定などに該当しない当事者間の関係を認めさせる証拠の一つとして「血縁」は利用し得ると解することはできるだろう。

ところで、本来、実親子関係は、その成立に意思決定が問題とならない領域²⁹⁾である。本稿では詳述しないが、前述の神戸家裁姫路支部審判では、代理出産した夫婦に、その出産した子を「監護養育していく意向はなく」、かかる夫婦に「監護養育を委ねることは、その監護が著しく困難又は不適當であることその他特別の事情があると認められる」として、特別養子縁組を認めている。この審判自体を特別な事案³⁰⁾と見ることはできるが、親子関係を考えるとき、「経済的な不安」もなく、虐待の事実もない状況下で、「意向」のないことが判断材料となり、親子関係を断絶させるという法の介入を実現しているのである。「意向がない」ということは、虐待等の事実と比較して、その軽重は計り知れない。ただ、たとえば、虐待等の事実を、親子関係を検討する際、事実として「子のため」の判断材料となるが、意向の有無は、まさに親の意向次第である。親子関係とは親の「意向」により左右できるものと位置付けることができるだろうか、という根本的な疑問も浮き出てくる。こうした意思や意向といった心理レベルの問題と「血」という事実が絡み合う親子関係は、実に混沌とした姿を見せてくれるのである。法治国家として「血」に頼ると

29) 窪田 前掲本稿注5) 215頁参照

30) 法律婚をした夫婦が、他者（夫婦の長女夫婦）の卵子・精子を用いた生殖補助医療により、懐胎出産したという事案。拙稿『子のため』の特別養子縁組—民法改正との関連において—名古屋学院大学論集社会科学篇第48巻4号においても取り上げている審判であり、重要な要素が多く含まれていると考える。

いう事実、法的な手続きを踏まなくても子は誕生するという現実と、守るべき子に対して法が法として成し得ることへの探求は、高度に発達した現代社会においても困難な問題である。

そうした社会において、生活スタイルの多様化から、法律婚を選択しない男女の判断も当然に自由である。本来、法律婚は強制されておらず、逆に、法律婚を選択しない男女に、法律婚と同様な法的効力を認める（もしくは課す）ことは、自由に対する過度の介入と言える。たとえば、婚姻による氏の問題が取り上げられるが、法的な要件と効力を考えれば、一部の効力を求めない者に他の部分の効力を与える（課す）という姿勢が認められるとすれば、強権的であり、本来あってはならない姿勢である。

また、世界的に動向が見られる同性カップルの問題に関しても、現行法が予定していない限り、婚姻による法的効力を与える（課す）ことは、同性カップルにとっても法にとっても良好なことではない。法律婚を選択しない男女に対しても、同性カップルに対しても、要件・効力が定まっている法律婚を求めること自体、本来の要求とは異なっているはずであり、法による婚姻という枠組みに組み込まれようとする姿は、法が強制しているかのようである³¹⁾ と言うこともできるだろう。本来ならば、それぞれの自由を尊重する形で、法的な要件・効果³²⁾ が認められるべきであり、または創設されるべき性質のものである。

しかし、そのような男女の自由意思による判断、具体的に共同生活などを考えれば「大人」による自由と言える問題と、「子」に対する問題は別次元である。あくまで、「子」を守るべき存在であることが前提となるが³³⁾、様々な法制度や自由な選択に「子のため」の配慮が求められる事態が生じて、それは「子のため」になされるのであって、親（大人）の自由な行動に対して手厚く選択肢を増やし補完するためになされるものではない。性質上、法律に従った当事者よりも自由を選択した当事者に選択の幅が増やされるのであれば、おそらく法に従う理由は見いだせない。法というものは完璧ではないが、何らかの理由をもつものであり、社会生活のため遵守を求めるものと、選択できるものがある。その自由な選択が本人のみに影響を与える限り、それは本人の望むところであろうが、親の選択は、そのまま子に影響を与えることになる。その影

31) 逆に法律婚における効力や婚姻という形態を求めること自体が、法律婚に捕われた結果という捉え方もあり、それぞれが望むスタイルを確立していけば、法律婚によらずとも当事者の保護は可能であろう。法律婚の結果もたらされる事実の状況（まさに事実婚による状況）を求めているとすれば、それは自由な共同生活の選択の中で、誰もが享受可能である。ただ、そうした共同生活の中で、取引の安全などのために法整備をすることは考えなければならない。

32) 共同生活をするることによる不具合は、多くの場合、当事者間での取り決めにより解決できるであろう（それが不可能であれば、共同生活自体が困難なはずである）。その中で不具合が生じた場合にも、不当利得や不法行為、遺言などによって対応できる範囲も多いだろうが、フランスのPACSのような制度も参考になるだろう。しかし、他国の制度は、あくまで他国の事情に沿うものであるため、無条件に導入できるものではないのは当然である。

33) 生まれてすぐに独立した意思決定のできる一個人としての存在として見るのであれば、未成年としての保護や親子法などは必要なくなるが、それが不可能であるからこそ「子のため」の思考が求められるはずである。

響の根拠が、現代においても血縁であるのか、それとも法的な関係によるものであるのか、明確なようで不明確な状態にあると言えるのかもしれない。

たとえば、法律婚による推定を受けられない子は、父子関係において、認知により関係を作るとしても、結局のところ「血縁」という証拠により、安定した地位が確認できることは否定できない。事実婚による外観的な判断から、その父子関係を当事者が主張できたとしても、それは法の推定を超えるものであるはずである（772条）。法は、「血縁」を絶対視することのない親子関係に子の安定を見いだしているが、親が法律婚を選択しなかった場合、子は「血縁」という生物学的な要素に安定を求めることになるのが現実である³⁴⁾。また、前述のような意向や意思というのが実親子関係に影響を及ぼすとすれば、意向や意思のない者に認知を強制させる制度は、如何なる位置付けを持って認められることになるのか。法と意思と血縁は、冷静な位置付けが求められるが、現状は混在していると言えよう。

また、同性カップルに関しては、生物学的に子を儲けることはできないため、養子による親子関係³⁵⁾が検討対象となろうが、片方だけに血縁関係がある場合、当事者間の関係は、おそらく法と血縁で混乱するであろう。もちろん、同性カップルにも「子をもつ権利」が主張されるだろうが、ここでの「もつ権利」は、モノの所有としての「もつ」ではない。自らが判断できる大人の自由と、自らが判断できない「子」への法的な配慮は比較すべきものでもないだろうが、たとえば、特別養子縁組における「親」の要件が、わが国の法の考える（または法的に考え得る）親子関係に求められるとするならば、同性カップルと「子」について、わが国の法が、または、わが国の法を作る主権者たる国民が、如何なる判断をするかを慎重に議論しなければならない。

このように、人として子の存在を考えたとき、そこには必ず親が存在するのであり、「生まれながらにして、子が片親であるということに、医療が手を貸してはならない」³⁶⁾というフランスの考えが一定の支持を受けるのであれば、生殖補助医療は無制限に認められる性質のものではなく、法的に親子をどのように位置付けるかを明確にしなければならない。親と子の関係自体が複雑な上に、単純に「血縁」によって成立しない事実と、そのような事実を踏まえて法が定めた法的親子関係が設けられる現実社会において、特別養子縁組の離縁などに見られるような「血縁」と法的親子関係に存在する微妙なバランスは、その時々による場当たりの判断を誘発しかねない。無論、「血縁」という考えを排除すべきであるとは言わない。しかし、一応、法が主権者の選択により制定され、おそらく、遵法という思想がある限り、最低限の法の遵守は求められる。そうであるならば、「血縁」というものに特別な評価を与え、理由を持って制定された法に影響を与え、時には修正を加えるような姿は健全な法を育むのであろうか。特別養子縁組における離縁の「実父母」要件は、法を作り出した生命体である我々の難しい課題を敢えて明文化し、よりよい答えを探求するための大きな起爆剤として、議論される時が来ることを待っているかのよう

34) 無論、養子縁組による場合は別の話である。

35) ヨーロッパ養子協定の新協定(2008年)において同性カップルの共同養子が承認された。中田裕康編「家族法改正 婚姻・親子関係を中心に」86頁(有斐閣、初版、2010)

36) 松川正毅「変貌する現代の家族と法」5頁(大阪大学出版会、初版第2刷、2002)

である。そしてそれは、「子のため」という大義を持ちつつも、結局、当事者である「子」に多くの負担を強いているという現実がある限り、必ず注目しなければならない法と情が絡み合う難問であろう。

おわりに

存在する親子関係に対して、親権の制限という法介入にも細心の注意が払われる。そうすると、親子関係を解消させ、新たな親子関係を創出すること、更に、再度その関係を解消させるという行為は、慎重に慎重を重ねた配慮が必要とされよう。そこに「血」が関係してくれば、尚更である、というのが現状である。

「血縁」という生物学的な関係を完全に否定することは、人として子孫を残す構造・仕組みを持つ生命体として、およそ不可能と言わざるを得ない。しかし、文字を持ち、文明を発達させ、法という遵守すべき価値観を創設できた人は、その社会が求める親と子の関係を、血縁という前提を踏まえつつも生み出し、そして守ることができる存在でもある。家族に関する、時に常識的感覚で解決できると思われがちな法関係の中において、養子制度は、法に捕われない家族という存在と極めて法的な家族という存在が共存する制度である。それ故に、慎重に対処しつつも、最終的に離縁による実父母への再総合を容認する、もしくは容認せざるを得ない特別養子縁組の現状は、生命体としての人の思考の限界なのか、法という制度の限界なのか、または、法の在り方自体が、各時代の様々な要請に従う形で本来進むべき道を誤ってしまった結果、しがらみを超えた再構築を必要とする段階に達しているのであろうか。

結局のところ、人のために整備される法は、すべてを機械的に整え、判断していくことの限界と、「意思」という極めて非機械的な存在に左右されざるを得ない性質を持つのである。特に親子関係という生命体としての「人」にとって避けようのない「血縁」という繋がりを、無視できる方向性が確立できていないのは明白である。確かに血の通った暖かい施策は求められようが、現実社会が異なる良心を持つ個々で成立している限り、法的な取り決めは必要不可欠である。法の在り方において、血縁があるが故に「子のため」になるのではなく、「子のため」に如何なる判断ができ、その判断の中に「血縁」というものが、どれほどの意味合いをもって「子のため」の判断に組み入れることが必要かどうかを検討するという段階へと進むことが望まれると信じ、そして、今はその途上であると考える。

法を考える人（大人）が、子を親の従属物のような存在として捉えず、一人の人間として捉え、本当に「子のため」の法を考えることが可能であるならば、自由な選択が可能な大人と、その選択に身を委ね成長していく子のために、明確な法整備が可能であるはずである。ただ、将来、その子たちが法を考える大人になったとき、今我々の整備した法は正しい方向性を示していると評価されるだろうか。それとも、「実に大人のための法である」として、新たな発想をもって、「子のため」の法を再構築してくれることになるのであろうか。

追記

本稿出稿前の2013年7月10日、非嫡出子相続分について最高裁大法廷で弁論が開かれ、本稿校正中の同年9月4日、最高裁大法廷は、非嫡出子相続分差異を違憲であると判断した。近々、民法が改正され、相続分差異は撤廃されるだろう。「子のため」という方向性からは歓迎される判断である。ただ、この差異に対する多角度からの議論が終了することに大きな懸念を抱かざるを得ない。そこで敢えて、この時期であるからこそ、異なる意見を記しておき、広く議論された後に今回の結果が導きだされるべきであると感じていた点の一部分を示しておきたい。

まずは、法律婚をどう考えるか。法律婚を尊重しようがしまいが、扶養や取引の安全、相続等において法律婚の存在理由はある。当然ながら、法治国家において法を遵守した者が不利益を被る理由はない。今回、家族形態の多様化が重要視されているが、一つの法の選択による結果と、選択をしなかったもしくはできなかったことによる結果を「同一」にすることが、多様化への答えとなっている。多様化への対応と追随は異なる。次に「子」の平等であるが、非嫡出子・嫡出子ともに「子」である。相続分を考える限り、嫡出子に対する観点を忘れては、議論そのものが公平ではない。当然、正の財産だけでなく、負の財産もある。法的に処理される相続に対して、今回の議論の基礎は、父と非嫡出子との「血縁」と言える。相続税なる課税をし、法的な親子関係を採用する現行法において、相続も血縁ではなく法的承継という関係から発生するものである。「血縁」や認知の問題が成熟していない段階で、認知されていない子の「平等」をどう考えるのか。また、現状、どうしても父に相続財産があるという構図が想定されるが、女性の社会進出が当然な現代、法律婚をした妻に対して、非嫡出子を持つ夫との相続開始の前後による自分の財産の行方を周知し、認識させる必要があるだろう。想定される父の財産に対して、配偶者の貢献（いわゆる内助の功）などを如何に捉えるのかも興味深い。

また、諸外国の動向が大きな理由となるが、歴史観・宗教観・親子観などの異なる諸外国の法が、大きな参考になっても、わが国に適合するかは別の話である。諸外国の歴史・社会背景から生まれた法が優れ、わが国で生まれた法が悪法であるという自虐的な発想を支持する理由はない。たとえば、夫婦別氏についても、諸外国が採用しているが、なかには伝統的に父方の姓を受け継ぐ国もある。これは現在わが国で主張されている別氏の理由とは大きく異なる「諸外国の動向」と言えよう。今回のように、国の基礎的部分を担う家族や親子などの問題にさえ、諸外国の動向を直接導入するのが正しいとされるのであれば、わが国の立法は不要であろう。

最後に、半分となっている非嫡出子の相続分をもって、人としての価値が半分であるというような意見に対しては、強い悲しみを感じる。親の相続財産が子の価値を決めるのではないし、遺児に関してここで書くまでもない。無論、立場を主張するためには必要であろうが、こうした意見は逆に、子のために法律婚を選択しない、もしくは出来ない状況で子を誕生させた父母双方に対する非難を増幅させ、父母によって不利益が生じたのであれば、父母双方に賠償を請求するのが筋ではないか、少なくとも嫡出子に不利益を与える理由をどう正当化するのかという意見を支えることになりかねない。遺言も相続分の差異も無知であったことが主張できるのであればともかく、法的には、被相続人が生前の法による相続を望んでいたと推定せざるを得ず、実質的な寄与分の調整になる。この問題は、そうした私有財産の配分を相続後に調整することにより変更を促す方向性でなく、議論されて立法により変更されるべきであったと考える。主権者の選択による立法が、諸外国などの影響による判断で議論が成熟する前に変更させられる状況は、法治国家として正しい方向性なのであろうか。

極端な部分もあるが、簡略に異なる方向性の一部分を示した。「子のため」の改正が行われるとして、本当にそれは「子のため」なのであろうか。それとも別の何かのためなのだろうか。