

嫡出推定制度を中心とした親子法制 の在り方に関する研究会報告書

令和元年 7 月

公益社団法人 商事法務研究会

嫡出推定制度を中心とした親子法制の在り方に関する研究会報告書

目次

第1	はじめに	2
1	実親子法をめぐる諸問題	2
2	嫡出推定制度を中心とした検討	5
第2	民法第772条（嫡出の推定）の見直し	7
1	嫡出推定制度に関する現行法の規律	7
2	見直しの必要性	8
3	見直しの方向性	9
4	婚姻中の夫婦の間に提供精子を用いた生殖補助医療により生まれた子の父子関係	14
第3	民法第775条（嫡出否認の訴え）の見直し	17
1	現行法の規律	17
2	諸外国の規律	18
3	見直しの必要性	18
4	見直しの方向性	19
第4	民法第777条（嫡出否認の訴えの出訴期間）の見直し	22
1	現行法の規律	23
2	諸外国の規律	23
3	見直しの必要性	24
4	見直しの方向性	24
第5	その他の方策の検討	27
1	当事者の合意により父子関係を否定する方策	27
2	民法第772条の推定が及ぶ子について、嫡出でない子としての出生届を認める方策	28
3	訴訟によらない否認権の行使を認める方策	29
第6	その他の論点について	29
1	民法第776条（嫡出の承認）の見直し	29
2	認知者による認知無効の訴えの提訴期間の制限	31
3	母子関係ルールの整備	33
4	精子提供者の法的地位の整備	35

第1 はじめに

1 実親子法をめぐる諸問題

(1) 現行制度の概要

法的な実親子関係をどのようにして確定するか。民法は、生物学的な親子関係を基礎としつつも、いくつかの仕組みによって法的な親子関係を確定している。すなわち、父子関係については、①A 母が婚姻していた場合には嫡出推定（民法第772条以下）によって、①B 母が婚姻していなかった場合には認知（民法第779条以下）によって子の父が定まるものとされている。他方、母子関係に関しては、② 子の懐胎時における婚姻の有無にかかわらず、子を分娩した者が母となるとされている¹。父子関係については、その確定の困難さに鑑み母の婚姻の有無により異なる方法によって定めている、すなわち、母が婚姻しているのであれば自動的に夫が父となるが、母が婚姻していなければ認知を待って初めて認知者が父となる。これに対して、母子関係に関しては、分娩という明確な事実によって母を定めているのである。以上のような基本枠組みは、日本法のみならず多くの外国法においても採用されている²。

¹ 母が婚姻していなかった場合の母子関係については、民法第779条は母の認知を要するとしているものの、判例は「原則として、母の認知を俟たず、分娩の事実により当然発生すると解するのが相当である。」としており（最高裁昭和37年4月27日判決・民集16巻7号1247頁。最高裁平成19年3月23日決定・民集61巻2号619頁参照）、このことは母が婚姻している場合にも妥当すると解されている（通説）。

² ドイツでは、母子関係は分娩により成立するのに対し、父子関係については、子の出生時に子の母と婚姻していた男性が父となり（ドイツ民法第1592条第1号）、この規律によって父が定まらない子については父性を認知した男性が父となる（同条第2号）。

フランスでは、母子関係は子の出生証書における母の表示により確立される（フランス民法第311条の25）のに対し、父子関係については、「婚姻中に懐胎され、又は出生した子は夫を父とする」との推定により確立し（第312条）、これによって父子関係が確定されないときは、出生の前又は後の認知によって確立する（第316条第1項）。

アメリカ（統一親子関係法〔2017〕）でも、子を出産した者との間に母子関係が成立し（第201条(1)・(2)）、子を出産した女性と婚姻しており、かつ、子が婚姻中に出生した場合（同条(2)、第204条）や、子を認知した場合（第201条(5)）に父子関係が成立する。

イギリス（イングランド法）でも、コモンロー上の原則として、出産した女性が法的な母となる。他方、父子関係については、子の遺伝上の父が法的な父となるとされているが、懐胎時又は出生時において女性が婚姻していた場合にはその女性の夫が父と推定されている。

また、韓国でも、母子関係は妊娠及び出生という外形的・自然的事実で確定されるのに対し、父子関係については、「妻が婚姻中に妊娠した子は、夫の子として推定する。」（韓国民法第844条）とされている。

台湾でも、母子関係は分娩によって確定されるのに対し（台湾民法第1065条第2項）、父子関係については、妻が婚姻中に懐胎した子は嫡出子と推定する（第1063条第1項）との規定を置き、非嫡出子については、「父の認知によって、嫡出子とみなされる」（第1065条第1項）としている。

(2) 家族観をめぐる近年の変化

しかしながら、近年、この基本的枠組みをめぐる様々な問題が指摘されるようになってきている³。その背景には、一方で、家族や家族観の多様化、家族の個人化（団体としての家族の保護ではなく家族関係における個人の自由・平等の重視）といった事情が存在する⁴。このような事情は家族法全般に影響を及ぼしているが、実親子法に関して言えば、離婚・再婚が増えているのに伴い、子の父子関係が問題になる場面が増えている。また、懐胎を契機に婚姻する夫婦が増えていることもあって、婚姻後に生まれた子は夫婦の子であるという意識が定着しつつある。さらに、婚姻中に生まれた子と婚姻外で生まれた子との間の平等な取扱いの要請に照らすと、親子関係の効果（親権や相続など）だけでなく、いったん確立された親子関係の維持についても平等化が求められるようになってきている。他方、実親子法の領域でとりわけ重要なのは、科学技術の発展である。DNA鑑定が確立・普及したことにより、生物学的な親子関係の確定はかつてに比べて格段に容易になるとともに、生殖補助医療の登場により、生物学的な親子関係とは異なる実親子関係を認めるべきか否かが問題となる場面が増えている。

(3) 具体的な問題

具体的な問題としては、次のようなものを挙げることができる。

第一に、嫡出推定（①A）に関しては、現行法の下では短期間に限り夫のみが嫡出否認の訴えをなし得るとされており、母や子自身には否認権が与えられていないため、子の父は夫ではない（夫の子として届け出たくない）と考える母が出生届を提出せず、子が戸籍に記載されないという事態が生じている（このような理由等により、戸籍に記載されない者が生じている問題は、無戸籍者問題と呼ばれ、社会問題となっている。以下、単に「無戸籍者問題」といい、戸籍に記載されない者を「無戸籍者」という。）。また、離婚後に再婚した場合にまで、前夫の子であるという推定が及ぶ点を疑問視し、むしろ再婚夫婦の子とすべきではないかとする学説も少なくない。さらに、AID（第三者提供精子による人工受精）によって生まれた子につき、夫による嫡出否認を否定すべきか、否定する場合にはその前提として夫が施術に同意したことが必要になるとも考えられるが、同意の存在をどのように証明するかという問題も提起されている。

第二に、認知（①B）については、固有の問題もあるが⁵、嫡出推定と認知の

³ もっとも、後述のように、必要とされているのは基本的枠組みの細部の見直しであり、基本的枠組み自体を根本的に変更する必要はないものと思われる。実親子法の改正を行った国々を見ても、基本的枠組み自体は維持されているといえる。

⁴ ほかに、家庭内における暴力の顕在化も重要である。

⁵ 胎児・成年子に対する認知、認知の取消しなど。

双方に関するものとして、いくつかの問題が指摘されている。一つは、認知無効の訴えの提訴期間を制限する必要があるかという問題である。父子関係の確定については、母の婚姻の有無によって異なる仕組みによることに合理性があるとしても、いったん確定された父子関係をいつまで覆すことができるかという点については、嫡出否認の場合と認知無効の場合を区別する必要性は乏しいとすれば、認知無効の訴えにも提訴期間の制限を設けて、子の地位の安定を図る必要があることになる。もう一つは、父子関係を争う訴訟においてDNA鑑定の利用をどこまで認めるかという問題である。最後に、嫡出子・嫡出でない子という呼称も問題になり得る。

第三に、分娩による母子関係の確定(②)については、条文上は明らかでない現在の取扱いを明文化する必要があるか、嫡出でない子につき、条文上は認められているものの実際には行われていない匿名出産(出生届に母の氏名を記載しない場合には、分娩によっても直ちに母子関係は生じないとする。)を改めて認める必要があるか⁶、さらには、代理懐胎がなされた場合の母子関係についても、判例を踏まえつつ明確なルールを置く必要があるか、などが問題になり得る。

(4) 基本的な考え方

以上のような諸問題を考えるにあたっては、次の諸点に留意する必要がある。実親子法は、生物学的な親子関係を基礎として法的な親子関係を定める。しかしながら、常に、生物学的な親子関係の探究を優先させてきたわけではない。父子関係について言えば、嫡出推定にせよ認知にせよ、婚姻や認知という生物学的な事実以外の要素に依拠した形で父子関係を定めることを原則とし、生物学的な親子関係を問題にする場面を限定している(嫡出否認の訴え、認知の訴え、認知無効の訴えなどの場合)。その背後には、婚姻という制度的事実の尊重(嫡出推定の場合)、父の意思の重視(嫡出否認・認知の場合)を見出すことができるが、同時に、家庭の平和や子の利益が考慮されていることにも注意しなければならない。実親子法は諸要素のバランス(均衡)の上に成り立っているのである。

これらの諸要素のバランス(均衡)は、今日ではゆらぎ(変化)を見せつつある。既に述べたように、科学技術の発展は、一方では生物学的な真実(親子関係)の探究に向かう。子の出自を知る権利もまたこの潮流に掉さず。他方で、生殖補助医療は親の側の意思によって親子関係を創り出そうという発想と親和

⁶ 母の意思によって母子関係の存否(あるいは一応の存否)を決めることができるという考え方に立つとすると、さらに進んで、母の意思によって父子関係の存否(あるいは一応の存否)を決めることができるか、という問題も出てくる。具体的には、出生届に父の名を記載しない場合には、嫡出推定は直ちには働かないことになる。

的であり、家族を形成する権利がこれを支える。また、一口に事実を重視すると言っても、そこには生物学的な事実だけではなく、親子として共に暮らしてきたという社会学的な事実も含まれる。意思についても、今日では、夫ないし父の意思だけでなく、妻ないし母の意思を同様に尊重することが求められる。さらにこれに子の意思が加わる。子の利益もまた多義的である。生物学的な親子と社会学的な親子のどちらを法的な親子とすることが子の利益にかなうのか、父の意思と母の意思のどちらが子の利益と適合的なのか。

前記の具体的な問題に取り組むにあたっては、実親子法の基本的枠組みを支える考え方とこれについて生じているゆらぎ（変化）を考慮に入れて慎重な検討を行った上で、新たな均衡点が探索されなければならない。

2 嫡出推定制度を中心とした検討

(1) 嫡出推定制度の見直しに関する提言等

嫡出推定制度については、近時、無戸籍者問題が生じる一因になっているとの指摘がある。すなわち、上記1(3)記載のとおり、母の婚姻中に生まれた子は夫（離婚後300日以内に生まれた子については、離婚前の夫）の子と推定され、その推定は、短期間に限り夫のみが嫡出否認により覆すことができることとされており、母や子自身には否認権が与えられていないため、子の父は夫ではない（夫の子として届け出たくない）と考える母が出生届を提出せず、子が戸籍に記載されないという事態が生じている。母は、夫の協力を得られなければ嫡出推定を覆すことができず、また、子が「推定の及ばない子」に当たるときは、親子関係不存在確認・強制認知の手续により父子関係を否定することができるものの、これらの手続によることの時間的・金銭的・精神的負担や、婚姻中にDV被害を受けたなどの事情により夫に住所や出産の事実を知られたくないといった理由から、これらの手続を採ることが困難な場合も存在する⁷。

無戸籍者を生ずる原因は上記のとおり様々であり、法務省はこれまで無戸籍者についての情報収集、手続案内等の対策をしてきたが、将来にわたって無戸籍者を生じさせないためには、嫡出推定制度を中心とした見直しの検討が必要であると考えられる。

(2) 生殖補助医療に関する立法の現況等

⁷ 法務省では、無戸籍者問題について、平成26年7月に民事局長通達を発出し、無戸籍者についての調査を行っている。全国の法務局から法務省に連絡のあった無戸籍者の数は令和元年6月10日までに累計2407名であり、このうち、1577名は、親子関係不存在確認の裁判等を経ることによって戸籍に記載され、同日現在の無戸籍者の数は830名である。無戸籍者の母等が出生届を提出しない理由についての調査結果によれば、必ずしも嫡出推定制度が原因とはいえないものもあるが、上記830名のうち649名（約78%）が「(前)夫の嫡出推定を避けるため」と回答している。

ア 立法の現況

生殖補助医療により出生した子に関する親子法制の整備については、平成13年2月から、法制審議会生殖補助医療関連親子法制部会（以下「平成13年部会」という。）において検討が開始され、平成15年7月には「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療により出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する要綱中間試案」（以下「中間試案」という。）が取りまとめられた。ところで、平成13年部会における検討は、同部会の発足の経緯に照らし、厚生労働省に設置された厚生科学審議会生殖補助医療部会における生殖補助医療の実施に対する規制（以下「行為規制」という。）を前提とする親子法制を対象とするものであり、同部会における検討と並行して行われていた。同部会においては、平成15年4月に「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療制度の整備に関する報告書」が取りまとめられたが、その後、上記報告書に基づく立案作業は中断された。平成13年部会は行為規制を前提とした親子法制を検討していたことから、行為規制の立案の動向を注視するため、平成15年9月以降中断している。

イ 整備の必要性等

平成13年部会における審議が中断してから15年以上が経過し、この間、現に第三者の提供精子を利用するなどの生殖補助医療により生まれた子は相当数に上り⁸、今後も生まれることが見込まれる。それにもかかわらず、行為規制についての立法がされる目途は立っておらず、生殖補助医療により生まれた子の親子関係について明確な規律がないため、その子の身分関係が不安定となつて、その利益を害するおそれがある状況が続いている。そのため、生殖補助医療により生まれた子に関する親子法制を、行為規制に関する立法が存在しない前提で可能な範囲で早急に設ける必要がある。また、嫡出推定制度の見直しは、生殖補助医療により生まれた子の親子関係に関する規律をも視野に入れて検討する必要がある。

他方で、整備に当たっては、行為規制に関する立法が存在しない現状で、親子関係ルールを定めることによって、かえって子の利益を害するおそれがないかという点につき、そのようなおそれがあるのであれば行為規制の整備まで親子法制の整備を差し控えるという選択肢もあり得ることを含めて、留意する必要がある。

(3) 本研究会における検討対象と優先順位

本研究会では、嫡出推定制度を中心とした親子法制の見直しを検討し、これ

⁸ 公益社団法人日本産科婦人科学会（以下「産科婦人科学会」という。）平成29年度倫理委員会登録・調査小委員会報告によれば、平成28年のAIDの治療成績は、患者総数1146人、出生児数99人である。

に関連して、生殖補助医療により生まれた子の親子関係の規律や認知及び母子関係の確定に関する規律等についても検討を行った。

第2 民法第772条（嫡出の推定）の見直し

1 婚姻の成立の日から200日以内に生まれた子についても、夫の子と推定することとしてはどうか（注1）。

（注1）懐胎時期にかかわらず、婚姻の成立の日の後に生まれた子は、夫の子と推定することを想定している。

2 婚姻の解消（注2）又は取消しの日から300日以内に生まれた子は、その出生時に母が前夫以外の男性と婚姻していたときは、母の前夫の子と推定されないこととしてはどうか（注3）。

（注2）死別による婚姻の解消の場合に前夫の子とするとの推定をなお維持するかどうかについては、引き続き検討する。

（注3）子の出生時に母が前夫以外の男性と婚姻していない場合にも、同様とするかについては、引き続き検討する。

3(1) 提供精子による生殖補助医療により法律上の夫婦の間に生まれた子について、嫡出推定規定を適用することとした上で、生殖補助医療の実施について同意をした夫は、血縁関係がないことを理由に嫡出否認の訴えをすることができないこととする方向で、当該同意の意義や立証責任、同意の方式の在り方等については、引き続き検討することとしてはどうか。

(2) 提供精子による生殖補助医療により懐胎され、婚姻の成立の日から200日以内に生まれた子及び婚姻の解消又は取消しの日後に生まれた子の父子関係に関する規律等については、上記1ないし3(1)の規律の見直しの方向性に留意しつつ、更に検討することとしてはどうか。

（補足説明）

1 嫡出推定制度に関する現行法の規律

(1) 民法第772条は、父子関係について、第1項で母が婚姻中に懐胎した子を母の夫の子と推定し、さらに第2項で「婚姻の成立の日から200日を経過した後又は婚姻の解消若しくは取消しの日から300日以内に生まれた子」を婚姻中に懐胎した子と推定している。

(2) これにより、婚姻成立の日から200日経過後から婚姻の解消又は取消し（以下「婚姻の解消等」という。）の日から300日以内までの間に生まれた子は母の夫の子と推定されることになるが、①婚姻中に生まれた子であっても、婚姻成立の日から200日以内に生まれた子は、母の夫の子とは推定されず、他方で、②婚姻の解消等の日の後に生まれた子であっても、婚姻の解消等

の日から300日以内に生まれた子は、母の前夫の子と推定される。

ところで、①婚姻の成立の日から200日以内に生まれた子については、判例上⁹、婚姻の成立前に内縁関係が継続し母が内縁の夫によって懐胎した場合には、嫡出推定を受けることはないが、父の嫡出子出生届が提出されたときは、父による認知の手続を経ることなく、出生と同時に当然に父母の嫡出子たる身分を有するとされている。この判例を受けて、戸籍実務では、婚姻の成立の日から200日以内に生まれた子は、内縁関係の先行の有無を確認することなく、嫡出子出生届を提出することが認められている（「推定されない嫡出子」と呼ばれる。）¹⁰。なお、母は、嫡出でない子の出生届を提出することも認められる¹¹。

また、②婚姻の解消等の後に生まれた子で、婚姻の解消等の日から300日以内に生まれた子については、婚姻中に懐胎したものでないことを証明することによって前夫の子であるとの推定を覆すことができ、かかる証明は、必ずしも嫡出否認の訴えによってすることを要しないと解されており、戸籍実務においては婚姻中に懐胎したものでないことを医師の作成した証明書により確認することができる場合には、嫡出でない子又は再婚した夫の嫡出子の出生届を受理することとされている¹²。

2 見直しの必要性

(1) いわゆる無戸籍者問題について

ア 第1記載のとおり、嫡出推定制度については、無戸籍者問題の一因になっているとの指摘がある。

イ 現行法上、民法第772条第2項の期間内に生まれた子であっても、「推定の及ばない子」については親子関係不存在確認の訴え等が認められること、また、医師の証明書を添付して母の嫡出でない子等として出生届を提出することが可能であることから、これらに該当する事案については、(前)夫の協力が得られない場合であっても、母等への情報提供、負担軽減措置、調停・裁判手続における配慮により、無戸籍状態を解消することができる。他方で、これらに該当しない事案については、夫が嫡出否認の訴えを提起しない限り、出生届の提出を控えることになる。このような事案に対応するためには、嫡出推定規定や嫡出否認制度を見直すほかないと思われる。

ウ このように、無戸籍者を生み出さないための嫡出推定制度の在り方は、母子に対する行政上の支援や司法手続上の配慮を含め、制度全体を視野に

⁹ 大審院昭和15年1月23日判決・民集19巻1号54頁、最高裁昭和41年2月15日判決・民集20巻2号202頁

¹⁰ 昭和15年4月8日付け民事甲第432号民事局長通牒

¹¹ 昭和26年6月27日付け民事甲第1332号民事局長回答

¹² 平成19年5月7日付け法務省民一第1007号民事局長通達

入れて検討すべきものである。嫡出推定規定そのものについても、推定を覆すために手続を採ることが母等の負担となっているとの指摘があることからすると、子の保護の観点から、現行の嫡出推定規定の見直しを検討する必要があると考えられる。

(2) 推定されない嫡出子について

推定されない嫡出子については、上記のとおり、嫡出子出生届の提出が認められている一方で、その地位を争うために嫡出否認によることが必要でなく、親子関係不存在確認等により、いつまでも父子関係を否定される可能性が残ることから、子の地位が不安定であるとの指摘がある。また、社会の変化により、妊娠を契機として婚姻に至るカップルが増加している現状¹³に鑑みれば、婚姻の成立の日から200日以内に生まれた子は夫の子である蓋然性が高いという指摘がされている。

3 見直しの方向性¹⁴

(1) 婚姻の成立の日から200日以内に生まれた子（本文1）

本研究会では、婚姻の成立の日から200日以内に生まれた子を夫の子と推定することの当否について、現行法上、当事者は、夫の嫡出子出生届か嫡出でない子の出生届かを選択できることとされているが、夫の子と推定することにより、この選択権を奪うこととなるとの指摘があったものの、上記2(2)の観点から、夫の子と推定することにより子の地位を早期に安定させることが望ましいとの意見が多かった。また、民法第772条第1項は、懐胎主義を採用し、母が子を懐胎した時期により子の父を推定する規律を設けているが¹⁵、婚姻の成

¹³ 平成13年度及び同22年度厚生労働省人口動態特殊統計「出生に関する統計」によれば、結婚期間が妊娠期間よりも短い出生の子（ただし、妊娠週数の考え方から発生する妊娠期間のずれと、婚姻の届出や同居の開始がハネムーン後になることもあることを考慮し、「結婚週数<妊娠週数-3週」で出生した子として集計。）が、嫡出第一子に占める割合は、1980年には12.6%であったのが、2000年には26.3%に増加し、2009年には25.3%となっている。

¹⁴ 本研究会の議論の進め方について

本研究会では、検討に当たって、原則として懐胎主義と分娩主義のいずれに基づくべきかを決定した上で論点を整理すべきとの意見もあったが、いずれを採用するとしても他方の立場からの修正が必要となるので、子の出生時期毎に分けて整理すべきとの意見が多数を占めたことから、本文のように整理している。

¹⁵ 二宮周平編『新注釈民法(17)親族(1)』533頁〔野沢紀雅〕。なお、同506頁〔二宮周平〕には「母が婚姻している場合に、その夫を父とするルールは、多くの国に共通する。しかし、そのルールには、日本法のように、妻が婚姻中に懐胎した子を夫の子とする懐胎主義と、妻が婚姻中に産出した子を夫の子とする分娩主義の2つがある。（中略）一夫一婦制の下、夫・妻には貞操義務があり、婚姻中に懐胎した場合、夫の子である蓋然性が極めて高い。したがって、血縁と法律上の親子関係が一致する可能性も極めて高くなる。（中略）分娩主義は、離婚後、妻が再婚して産出した場合には、現夫の子である蓋然性が高いことに

立の日以降に生まれた子については、婚姻の成立の日の前に懐胎した場合であっても夫の子である蓋然性が高く、また、夫婦で子を養育する意思を有していると考えられるから、部分的に分娩主義を採用し、母の夫の子と推定するとの規律を置くことが望ましいとの指摘もあった。

比較法的にみても、韓国及び台湾が、婚姻成立の日から一定期間後に生まれた子は夫の子と推定するとの規定を置いているものの¹⁶、ドイツ、フランス、イギリス、アメリカでは、母が婚姻前に懐胎し婚姻中に出生した子を母の夫の子と推定しており、婚姻の成立の日から一定期間経過後の出生か否かによって子の地位に差異は設けられていない。

そこで、本文1では、婚姻の成立の日から200日以内に出生した子は夫の子と推定するとの改正案を提案し、(注1)で200日経過後に生まれた子も、同様に、夫の子と推定する旨付記している。なお、この案を採用した場合には、民法第772条第1項の「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する」との規律を一部修正することになり、少なくともこの場面に限っては、婚姻中に「出生」した子も夫の子と推定するという形で見直すことになると考えられる。

(2) 婚姻の解消等の日の後に生まれた子 (本文2)

ア 本文2は、婚姻の解消等の日の後に生まれた子について、婚姻の解消等の日から300日以内に生まれたときは、前夫の子と推定するとの現行法の規律を原則として維持しつつ、例外的に子の出生時に母が前夫以外の男と婚姻していたときは、前夫の子と推定しないとの改正案を提案するものである。

イ 婚姻の解消等の日の後に生まれた子を前夫の子と推定することの当否は、①子と前夫との間に血縁関係が存在する蓋然性が高いといえるか、また、②母との婚姻が解消等したにもかかわらず、なお前夫を子の父と推定し、母と共に養育の主体とすることが相当かという観点から検討する必要がある。

本研究会では、①について、婚姻の解消等の日の後300日以内に出生した子を統計的に把握することが困難であることを前提に検討がされた。一方で、通常、離婚に至る夫婦は婚姻関係が破綻し、夫婦関係も存在していないことが多く、前夫の子である蓋然性は高くないとの意見があったのに対し、夫婦関係の破綻を経て離婚に至るというプロセスは、例えば一定期間別居が継続しているなど夫婦関係の破綻が離婚の要件とされている法制の下であればともかく¹⁷、

よる。」との記載がある。なお、本研究会では、分娩主義の根拠として、婚姻している夫婦による養育を期待することができることを挙げる意見もあった。

¹⁶ もっとも、韓国では、判例・通説により事実婚から法律婚に移すことが慣行であることから、「婚姻が成立した日」には事実婚が成立の日も含むと解釈されている。また、台湾では、非嫡出子は父の認知によって嫡出子とみなされる(台湾民法第1065条第1項)ため、これによって子は嫡出子として保護される。

¹⁷ ドイツでは、死別の場合を除き、婚姻の解消等の後に生まれた子は、母の前夫の子とは

夫婦の協議により離婚することができる我が国では、離婚の直前の時期に夫婦関係が破綻しているとは直ちにはいえないこと¹⁸から、前夫の血縁上の子である蓋然性はなお高いとの意見もあった。もっとも、少なくとも、母が前夫との婚姻の解消後、子の出生までの間に別の男性と再婚している場合には、前夫の血縁上の子である蓋然性は高くないとの意見が多かった。

また、②については、母が前夫とは別の男性と再婚した場合には、母及び後夫は再婚家庭で子を養育する意思を有していると考えられることから、前夫の子と推定するのは相当でないとの意見が多数であった。

そこで、婚姻の解消等の日から300日以内に生まれた子について、前夫の子と推定するとの原則を維持しつつ、子の出生時に母が前夫以外の男性と再婚していたときは、前夫の子と推定されないとの例外を設ける改正案を提案している。

なお、この案の下では、母の再婚後に出生し、前夫の子と推定されない子は、本文1で婚姻の成立の日から200日以内に生まれた子を夫の子と推定することとしているため、後夫の子と推定されることになる。

ウ 本文2の案に対しては、婚姻の解消等の日の後300日以内に生まれた子のうち、出生時までに母が再婚していたものしか嫡出推定の例外とならないため、無戸籍者問題の一部しか解決することができないとの指摘もあった。

しかしながら、嫡出推定の例外を広く認めることは、本来、嫡出推定規定により前夫の子と推定され、早期に父子関係が確定されたはずの子を父の定まらない不安定な地位に置くことにもなること、無戸籍者問題は、嫡出否認制度を含む嫡出推定制度全体を見直す中で解決すべきものであることから、否認権者の拡大等の方策により、個別具体的な場面で子の側から父子関係を否認する余地を認めることによって解消することが相当であるとの意見が多数であった。

エ また、本研究会では、母が子の出生時に再婚していた場合に限らず、婚姻の解消等の日より後に生まれた子は広く前夫の子と推定されないこととする案についても検討した。

同案は、通常、夫婦関係の破綻を経て離婚に至ることから、離婚の直前の時期は、一般的に、既に夫婦関係が破綻しており、妻が懐胎した子は夫の子である蓋然性があるとはいえないことを根拠とするものであり、委員の一部には、

推定しないこととされているが、同国では、離婚に際して、一定期間の別居が要件とされている。

¹⁸ このことは、離婚に至る夫婦が別居を開始した時期からも推察することができる。すなわち、厚生労働省の平成29年人口動態統計「中巻 離婚 第2票 離婚件数、届出月・同居をやめた年月別」によれば、平成29年中に離婚した夫婦（総数21万2262件）のうち、離婚前1か月以内に同居をやめた夫婦は約52.8%（11万2275件）、離婚前5か月以内に同居をやめた夫婦は約78.1%（16万5788件）であった。

子の出生時に母が再婚しているか否かによって、子の地位が左右されることは相当でないとして、これを支持する意見があった。しかしながら、同案に対しては、大きく2つの方向から問題点が指摘された。まず、上記イのとおり、協議離婚制度を採用する我が国の法制の下では、離婚の直前の時期に夫婦関係が破綻しているとは直ちにはいえないことから、同案を支える根拠がないというものである。二つ目は、婚姻の解消等の日から300日以内に生まれた子について、(現行法は前夫を父と推定するのに対して)嫡出推定規定によって父が定まらず、認知によらなければ父が定まらないこととなるが、無戸籍者問題に現れている、血縁がないにもかかわらず前夫の子と推定されることによる不都合を解消するために、嫡出推定により保護される子の範囲を縮小することが望ましいとはいえないというものである。

そこで、母が子の出生時に再婚していない場合にも同様に嫡出推定が及ばないこととするかどうかについては、更に検討する必要があることから、(注3)において、引き続き検討すべきであると付記した。

オ なお、本文2の提案を前提に、死別によって婚姻が解消した場合に母が再婚後に生まれた子を後夫の子と推定してよいかどうかについては、更に検討する必要がある。

本研究会では、死別による婚姻の解消の場合には、婚姻の解消前に夫婦関係が破綻していることが多いとはいえず、なお前夫の子である蓋然性が高いことから、前夫の子と推定することが相当と考えられるとの意見があった一方で、子が出生するまでに母が再婚したときは、その夫は生まれる子を引き受ける意思を有しているということが出来るから、後夫の子と推定することが相当であるとも考えることもできるとの意見もあり、結論の一致を見なかった。

そこで、本文2の(注2)として、この点を引き続き検討すべきであると付記した¹⁹。

(3) 再婚禁止期間の要否

¹⁹ 民法第772条第1項の「推定」について

なお、民法第772条第1項が、妻が婚姻中に懐胎した子は夫の子と「推定する」と規定していることに対しては、民法第774条がかかる推定を覆すためには嫡出否認の訴えによらなければならないと規定しているため、単なる推定ではなく、実質的には親子関係を規律しているといえるとして、端的に「夫の子とする」との規定に改めるべきであるとの指摘があった。

これに対しては、本文1や2のように一定の範囲で分娩を基準とする規律に見直す場合には、それに合わせて見直すべきであるとの意見があった一方で、現行法が「推定する」と規定することで、血縁関係を父子関係の基礎としているという基本的考え方を変えることにもなり得るため慎重な検討が必要であるとの指摘があったほか、文言上「推定の及ばない子」を認める解釈が採れなくなるおそれがある。そこで、民法第772条の「推定」の語を改めることについては、慎重な検討が必要であると考えられる。

再婚禁止期間（民法第733条）の定めは、嫡出推定制度による父性推定の重複を避けるためという点で、同制度と密接に関連するものであるが²⁰、本文1及び2の案を採用した場合には、離婚後に生まれた子について、母の再婚前に生まれた子は前夫の子と推定され、母の再婚後に生まれた子は後夫の子と推定されることになるため、上記(2)オ（死別による婚姻の解消の場合）を別途考慮する必要があるものの²¹、前夫の父性推定と後夫の父性推定とが重複することはなくなるため、その限度において、再婚禁止期間の定めは不要となる。

なお、死別による婚姻の解消のときは、なお前夫の子と推定するとした場合には、前婚と後婚の父性推定が300日間重複することになるため、「再婚禁止期間を延長する」、「前夫の推定が後夫の推定に優先するとの規律を設ける」、又は「父性推定が重複する子の父は、父を定める訴え（民法第773条）によって定める」などの対応が必要となる一方で、死別の場合も後夫の子と推定するとした場合には、その限度で再婚禁止期間は不要となる。

(4) 「推定の及ばない子」を明文で規定する方策

ア 妻が婚姻中に懐胎した場合であっても、妻が子を懐胎すべき時期に、既に夫婦が事実上の離婚をして夫婦の実態が失われ、又は遠隔地に居住して、夫婦間に性的関係を持つ機会がなかったことが明らかであるなどの事情が存在するときには、民法第772条の推定が及ばないとする見解（いわゆる外観説。このような子を「推定の及ばない子」という。）があり、判例も外観説に立つものとみることができる²²。

イ 本研究会では、この「推定の及ばない子」を明文で規定し、嫡出否認の訴えによらず、親子関係不存在確認、強制認知により父子関係を争うことができるといった規律を設けるという案を検討した。

ウ この規律を設ける利点として、否認権者の拡大等の改正がされた後も、なお「推定の及ばない子」について親子関係不存在、強制認知による父子関係の否定の手段が残ることを明らかにすることができる点が指摘された。すなわち、「推定の及ばない子」は、現行法の嫡出否認の否認権者及び否認期間の制限が厳格であることを背景に、例外的に嫡出否認によらずに父子関係を否定すべき場合があると考えられたことから解釈上承認されることとなった概念であり、今回の見直しによって否認権者及び否認期間を拡大した場合には、血縁関係のない父子関係の多くは否認手続によって争われることになるから、この

²⁰ 最高裁平成27年12月16日判決・民集69巻8号2427頁

²¹ このほか、婚姻の取消の場合の取扱いについても、検討する必要がある。

²² 最高裁昭和44年5月29日判決・民集23巻6号1064頁、最高裁平成10年8月31日判決・裁判集民事189号437頁、最高裁平成10年8月31日判決・裁判集民事189号497頁、最高裁平成12年3月14日判決・裁判集民事197号375頁、最高裁平成26年7月17日判決・民集68巻6号547頁など。

ような例外を認める必要がなくなるとの指摘があり、他方で、実務上、親子関係不存在確認、強制認知には、必ずしも夫を手続の当事者とする必要がないという独自の意義があり、「推定の及ばない子」を明文で規律することで、改正後もなお同様の解決が可能であることが明らかとなるとの指摘があった。

これに対して、このような案を採用すべきか否かは、否認権者の拡大等の見直しの方向性によっても左右されるものであること、いかなる場合が「推定の及ばない子」に該当するかについては判例も未だ固まっておらず、明文で規律することによる弊害も大きいとの指摘があった。

そのため、この案については、取り上げないこととしている。

エ なお、明文の規定を設けないこととした場合に、「推定の及ばない子」について親子関係不存在確認、強制認知がなお認められるか否かについては、法改正によっても、なお否認手続によっては十分に救済されず、親子関係不存在確認の訴え等が必要とされる事案があるのではないかと指摘が多かった。

4 婚姻中の夫婦の間に提供精子を用いた生殖補助医療により生まれた子の父子関係

(1) 現行法の規律

婚姻中の夫婦の間に提供精子を用いた生殖補助医療²³により生まれた子の父子関係に民法第772条の推定が及ぶか否かについて、明文の規定はない。

学説の多くは、夫の合意の上で行われた非配偶者間人工授精（A I D）により生まれた子は民法第772条の推定を受ける嫡出子となると解しており²⁴、裁判例にも、夫の同意の上で行われた人工授精により生まれた子は推定の及ぶ嫡出子であり、妻が夫と子の間に親子関係が存在しないことを主張することは許されないとしたものの等が存在する²⁵²⁶。

²³ 提供精子を用いる生殖補助医療には、非配偶者間人工授精（A I D。妊娠を目的として夫以外の男性の精子を体外に取り出し、その精子を注入器を用いて人工的に女性の体内に注入する方法）、提供精子による非配偶者間体外受精（夫以外の男性の精子と妻の卵子を体外で受精させて、その胚（受精卵）を妻に移植する方法）がある（中間試案の補足説明5頁）。

²⁴ 中川善之助・米倉明編『新版注釈民法(23)親族(3)』173頁〔高梨公之・高梨俊一〕

²⁵ 東京高決平成10年9月16日・家月51巻3号165頁。また、妻が夫の同意なしに第三者の精子を用いた人工授精を行って子を得た場合について、夫が嫡出承認したものと認められる事実はないとして、夫からの嫡出否認の訴えを認めた裁判例も存在する（大阪地判平成10年12月18日・家月51巻9号71頁）。

²⁶ なお、最高裁平成25年12月10日決定・民集67巻9号1847頁は、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律に基づく「男性への性別の取扱いの変更の審判を受けた者は、以後、法令の規定の適用について男性とみなされるため、民法の規定に基づき夫として婚姻することができるのみならず、婚姻中にその妻が子を懐胎したときは、同法772条の規定により、当該子は当該夫の子と推定されるというべきである」と説示し、

(2) 平成13年部会での議論

平成13年部会の中間試案では、「妻が、夫の同意を得て、夫以外の男性の精子（その精子に由来する胚を含む。）を用いた生殖補助医療により子を懐胎したときは、その夫を子の父とするものとする。」としている。同部会では、その根拠として、①提供精子を用いた生殖補助医療は、当該医療を受ける夫婦がその間の子を設けることを希望するものであり、これによる妻の懐胎に同意した夫は生まれた子を自らの子として引き受ける意思を有していると考えられるので、同意した夫を父とし、親の責任を負わせることが相当であることが指摘されていた（中間試案の補足説明）。

(3) 整備の方向性等（本文3）

ア 整備の方向性

本研究会では、規律の実質として、夫婦間において提供精子を用いた生殖補助医療が行われた場合に当該生殖補助医療に同意した夫を父とすべきとした中間試案は基本的に妥当であるとの意見で一致した。

その上で、妻が婚姻中に懐胎した子について、その子が自然懐胎により懐胎した子であるか、提供精子を用いた生殖補助医療により懐胎した子であるかは、出産時や出生届の提出の場面で一見して明らかではないこと、父子関係の成立・否定の場面で自然懐胎により生まれた子と提供精子を用いた生殖補助医療により生まれた子の取扱いを変えることは提供精子を用いた生殖補助医療により生まれた子に対する不利益な取扱いとなり相当でないことから、提供精子を用いた生殖補助医療により生まれた子の父子関係についても、嫡出推定規定を適用して、母の夫を子の父と推定することとし、生殖補助医療の実施について同意をした夫は、血縁関係がないことを理由に嫡出否認の訴えを提起することができないとすることが相当であるとの意見が多数であった。

そこで、本文3(1)のとおり、上記の方向で引き続き検討することを提案している²⁷。

妻との性的関係によって子をもうけることはおよそ想定できない場合にも、嫡出推定規定が適用されるものとした。

²⁷ 諸外国の規律

ドイツでは、母の夫が法律上の父となり（ドイツ民法第1592条第1号）、生殖補助医療の実施について同意した当事者には否認権の行使が認められない（第1600条第4項）。

フランスでは父子関係の成立について特別な規定は置かれておらず、婚姻している夫婦では民法典312条により父性推定を受ける。ただし、生殖補助医療を利用する夫婦は事前に、裁判官又は公証人の面前で、公署証書により同意をする必要がある（フランス民法第311条の20）、夫婦は子との父子関係の成立を争うことが禁止される。

アメリカ（統一親子関係法〔2017〕）では、子の親となる意図を持ってある女性の生殖補助医療に同意した者が、その子の親となると規定し（第703条、同意は、子を出産した女性と子の親となる意思を有する者の署名ある記録によってなされることを要し、こ

イ 同意の意義

同意の意義については、(自己の精子を用いるか、第三者の提供精子を用いるかを問わず)生殖補助医療を受けることについて同意したことで足りるのか、第三者の提供精子による生殖補助医療を受けることについての同意であることを要するのか等が問題となるとの指摘があった。

ウ 同意の立証責任

同意の立証責任について、生殖補助医療によって生まれた子は、年長になるまで自身が生殖補助医療によって生まれたことを知らされない場合が多く、証拠資料の収集が極めて困難であることから、訴訟等において、子に、生殖補助医療により生まれたものであること及び母の夫が生殖補助医療の実施に対して同意を与えたことの立証責任を負わせることは酷であるとの指摘があった。このような観点からは、母の夫が生殖補助医療の実施に対して同意を与えていないことの立証責任は夫が負うこととすることが望ましいと考えられる。他方で、同意の不存在の立証責任を夫に負わせることは、夫に消極的事実の証明を求めることとなるとの指摘もあり、いずれによるべきかについて結論は一致しなかった²⁸。

また、子が生殖補助医療により生まれたことを立証することが困難であることから、夫が提供精子による生殖補助医療に同意した事実を立証したときは、子がその生殖補助医療により生まれたものであることを推定することができることとすべきとの指摘もあった。

エ 同意の方式

本研究会では、同意の立証が困難であることを考慮して、生殖補助医療について行為規制を前提としないとしても、子の利益の観点から、父の同意がされたことを外形的に確保するため、私法上一定の要件を課すことも考えられるという指摘があった。具体的には、生殖補助医療の実施についての同意についての判断を慎重にさせ、その意思が外部的にも明らかになっていることを求める観点からは書面又は電磁的記録によることを求めることが、その法的効果やリ

れを欠く場合であっても、裁判所は、女性及びこの者が、懐胎前に明白な合意があったことを証明したとき等は同意を認定することができる(第704条)。

イギリス(イングランド法)では、相手方配偶者の同意がなかったことが証明された場合を除き、相手方配偶者が父と扱われ、これにより父が決まらない場合であっても、女性が男性と共同で施術前にその子の親となることを引き受ける同意をしていたときは、父と扱われる。

²⁸ なお、中間試案では、行為規制により同意書が長期間公的機関に保管されること等から、子に同意の存在の立証責任を負わせたとしても特段の困難を強いるものではないことを前提に、生殖補助医療に対する夫の同意の存在を推定するとの考え方は採らないこととしていた。本研究会でも、医療機関等による情報管理を含めた行為規制が必要であるとの指摘もあった。

スクを正しく理解した上で行うことを求める観点からは公証人の関与を求めることが、当事者間の具体的事情を考慮した後見的な関与を求める観点からは家庭裁判所の関与を求めることが考えられる。

オ その他の論点

提供精子を利用した生殖補助医療により生まれた子の父子関係の規律を定めるに当たっては、今回の見直しの結果、改めて検討すべき論点が複数あることが指摘された²⁹。

例えば、①婚姻の成立の日から200日以内に生まれた子及び婚姻の解消等の日から300日以内に生まれた子に関する規律をどのように適用すべきか、②否認権者を子やその母に拡大した場合に、子や母は、生殖補助医療の実施に対する父母の同意を根拠に否認権を行使することができなくなるのかなどの論点について検討を加える必要がある³⁰。

本研究会では、これらの論点は今回の見直しの方向性を踏まえつつ、改めて検討する必要があることとして、その旨を3(2)に記載することとどめている。

第3 民法第775条（嫡出否認の訴え）の見直し

- 1 子を否認権者とし、親権者である母又は未成年後見人による代理行使を許容する方向で、代理行使の在り方について、引き続き検討することとしてはどうか（注1）。
- 2 母を否認権者とすることについては、父子関係の当事者ではない母を否認権者とするをどのように正当化するかにも留意しつつ、引き続き検討することとしてはどうか（注2）。

（注1）子の否認権が行使される場合には、母の夫（法律上の父）のみを相手方とする。

（注2）このほか、子の血縁上の父を否認権者とする考え方がある。

（補足説明）

1 現行法の規律

民法第774条は、「第772条の場合において、夫は、子が嫡出であることを否認することができる。」と規定し、民法第772条により嫡出推定が及ぶ子

²⁹ このほか、複数回にわたって施術がされた場合にその都度同意を要することとすべきか否か、同意の撤回の可否等の論点があることが指摘された。

³⁰ 本研究会では、生殖補助医療の実施に関する父母の同意について、同意を根拠に否認権を失うと考えた場合に、子の否認権は制限されないのではないかという指摘があったほか、特別養子の成立について養子が一方的に離縁できるとされていないのと同様に、一定の手続に従って確認された父母の意思や裁判上の手続を経て形成された親子関係は、父母だけでなく子自身もこれを争うことはできないとするとも考えられるとの指摘があった。

については、母の夫のみがその父子関係を否認することができることとしている。このような否認権者及び否認期間（民法第775条）に関して厳格な制限が設けられている理由について、子の地位を安定させ、家庭の平穩を守るためであると説明される。そして、民法第774条が夫にのみ嫡出否認の訴えの提訴権を認めた理由は、夫は、通常、妻が懐胎した子との父子関係について判断すべき立場にあること、また、その夫が嫡出否認の訴えを提起することなく提訴期間を経過した場合には、夫による子の養育を期待することができると考えたことによるものと考えられる。

2 諸外国の規律

諸外国の否認権者の規律をみると、①法律上の父、②母については、ドイツ、フランス³¹、アメリカ³²、台湾、韓国の各国で認められている³³。③子については、ドイツ、フランス、アメリカ、台湾で認められているが、韓国は子に否認権を認めていない。さらに、④生物学上の父については、ドイツ、フランス、アメリカで認められている。

3 見直しの必要性

民法が否認権者を父に限っていることに対しては、父子関係の存否が問題となる場面は、懐胎時期に母が夫との間にも性関係を有していたか否か、また、子の出生後の母や子の生活状況（例えば、懐胎時の夫となお円満に生活しているのか、既に夫婦関係が破綻し、別居又は離婚しているのか、母が血縁上の父と再婚や同居をしているのかなどが考えられる。）等、多様であるにもかかわらず、夫だけに決定権を与えるだけでは適切な解決が図れないとの指摘がある³⁴。また、夫から家庭内暴力を受けている母や嫡出否認について夫の協力を得られない母等が、夫を父とすることを避けるために、出生届を提出せず、子が無戸籍になるとの指摘もある。このような指摘を踏まえると、子の養育等の観点か

³¹ フランスについては、身分証書と身分占有が合致する場合。なお、証書と身分占有が合致しない場合や、公知証書によって確認された身分占有により確立された父子関係を争う場合には、全ての利害関係人が訴えを提起することができる。

³² 統一親子関係法〔1973〕以降。

³³ なお、イギリス（イングランド法）では、父性推定が及ぶ子について、父子関係を否定する特別の手續が設けられていないことから、否認権者についても限定がないこととなる。

³⁴ 最高裁平成26年7月17日判決・民集68巻6号547頁〔札幌ケース〕は、母が、夫との婚姻中に交際相手との子を懐胎・出産したが、その後、夫と離婚し、交際相手と生活していたところ、母が子の法定代理人として夫に対して親子関係不存在確認の訴えを提起した事案である。同判決の多数意見は、DNA鑑定によって、（前）夫との間に父子関係が存在しないことが明らかになったとしても、その嫡出推定が及ばないとはいえないことなどを理由として、当該訴えを却下するとの判決をしたが、2人の裁判官が反対意見を述べている。

らより適切な父子関係を形成するために、子や母にも否認権を与え、血縁関係のない父子関係を否定する可能性を認めることが有益であると考えられる。無戸籍者問題の解消という観点からも、夫の協力が得られないときであっても、母等が否認手続を採ることで、父子関係を否定し、夫の子でない出生届を提出することができることになり、この問題の解消につながるというメリットがある。

4 見直しの方向性

(1) 子の否認権（本文1）

ア 子の否認権の根拠

子の否認権については、その行使期間の在り方とも関連し、母や未成年後見人による代理行使を前提に、子の出生直後など子自身による行使が期待できない時に認めるという考え方と、子自身が行使することを前提に、子に判断能力が備わる年齢に至った時に認めるという考え方があり得る（後者は、否認権の行使期間に関する後記第4で検討する。）。

本研究会では、子は父子関係の当事者であり、その人格的利益に配慮する観点からも、推定される父との父子関係を否定して血縁上の父の認知を受けるために、子に否認権を認める利益があることから、子を否認権者とすることを支持する意見が多数であった。そこで、本文1のとおり、子を否認権者とすることを提案している。

なお、後者（子に実質的な否認権行使の機会を与えるべきか否か）の問題は、代理行使を前提とした子の否認権を認めるか否かの議論にも影響を与え得るとの指摘もあった。

イ 子の否認権の代理行使

子の否認権を代理行使すべき者については、本文1のとおり、親権を行う母及び未成年後見人による代理行使を許容する方向で検討するとの提案をしている³⁵。

親権を行う母に代理行使を許すことについては、母の意思で子の否認権を行使し子から法律上の父を失わせることが、母と子の利益相反に当たるか否かが問題となり得る³⁶。

本研究会では、母は父子関係の当事者ではないので、身分関係上、利益相反

³⁵ 親権者ではない母については、法定代理という前提から離れ、父との関係で子の利益を代弁する者として母が適切であると考えられるとの指摘もあった。この点、父を定める訴えの提訴権者は「母」とされている（人事訴訟法第43条第1項）。

³⁶ ドイツでは、母と子については、母が法律上の父と婚姻している場合には、一般的に利益相反の関係に立ち、法定代理権を認めないという考え方があるとの指摘があった。

は考え難いとの指摘があった³⁷。また、父子関係の否認により養育と相続の可能性が失われることから、子にとって不利益になるとの指摘があった一方で、法律上の父としても様々な者が想定され、それが子から失われることによる影響も様々であるため、具体的な子の利益を図るのは、親権を行う母の裁量に委ねることも考えられるという指摘もあった。現行法においても、夫による嫡出否認の訴えの相手方は「子又は親権を行う母」とされており（民法第775条）、少なくとも親権を行う母は子の利益を代表する者として想定されていると考えられる。そこで、親権を行う母による否認権の代理行使を許容することを前提に本文1の提案をしている³⁸。

さらに、父を失うこととなる子の利益の観点からは、母が再婚している場合に限り代理行使を認めるなど、定型的な要件を課すことも考えられるとの指摘もあったが、母が再婚していたからといって、認知をしなければ子に新たな父が確保されるわけではなく、否認権を代理行使することができる場合を限定する合理的な理由はないという意見もあったことから、代理行使について定型的な要件を課すことはしていない。

もっとも、母が親権者として子を代理して否認権を行使する場合には、子の利益のために行使しなければならず、具体的事案において、明らかに子の利益や福祉に反する場合には、代理権の濫用などの一般法理により、代理行使が制約されることもあるとの指摘があった。

ウ 否認権行使の相手方

子の否認権行使の相手方については、父子関係の他方当事者である父とすべきであるとの考えについて異論はなかったため、その旨を注1に付記している。

(2) 母の否認権（本文2）

ア 母の否認権について考える場合は、一般的に、母は、子が夫との間に血縁関係を有する否かについて、夫よりも正確に判断することができ、また、共に子を養育する主体として血縁関係のない夫が適切か否かを判断することができるという事情を考慮する必要がある。他方で、第4の2（子自身による否認権の行使の可否）の問題を念頭に置きつつ検討する必要があるものの、子に否認権を認め、その代理行使を親権者たる母に認めることとした場合に、なお母に独自の否認権を認めることをどのようにして正当化するかを検討する必要

³⁷ 抽象的には、父母がなお婚姻中である場合には、子の父子関係が否定されることによって、相続人の範囲が変わることが考えられるが、直ちに母と子の利益が相反するということはできないとの指摘もあった。

³⁸ 母と子との利益相反があるという観点から、子の特別代理人を設けることも検討された。もっとも、特別代理人選任の申立権者は母となると考えられ、否認訴訟の成否は血縁関係の有無という客観的事実によって決まることからすると、子の代理人を母とした場合と実質的には変わらないという指摘もあった。

がある。

この点については、母が子の父子関係について固有の利益を有するという観点からの基礎付け（後記イ）と、親権の有無にかかわらず、母が子の利益を代弁する者として最も適切であるとの観点からの基礎付け（後記ウ）とが考えられる。

イ 母の固有の利益からの基礎付け

婚姻している夫婦によって子を養育するという考え方からすれば、夫（父）と平等に妻（母）にも固有の利益を認めることができるとの指摘があった³⁹⁴⁰。これに対して、嫡出否認の訴えの対象が飽くまでも父子関係の問題であると捉える立場からは、父と子が等しく否認権を有するべきであるということとはできず、母に否認権がないことが父との間で平等を害するということができず、父子関係について母が固有の利益を有するとはいえないのではないかという指摘があった。

さらに、母の固有の利益から否認権を認めることとした場合には、母は、子の利益に反するときであっても、否認権の行使を妨げられないことになるが、子の利益の観点から子の否認権を認めるという基本的発想に反するのではないかとの指摘があった⁴¹。

ウ 子の利益を代弁する者としての基礎付け

また、母は、父子関係について、子の利益を代弁する者として最も適切であり、親権の有無にかかわらず、否認権を認めるべきであるとの指摘があった。この観点から母の否認権を認める場合には、否認権の行使が子の利益に反するときはその行使が制限されることがあるとの指摘があった一方で、父の否認権に何らの制約もないこととのアンバランスを指摘する意見もあった。

エ 以上より、母に否認権を認めることについては、以上のような問題があることに留意しつつ、引き続き検討することを提案している。

³⁹ フランスでは、婚姻制度は本来そこから生まれた子を嫡出子とするとの考え方があり、母に嫡出否認権を認めることが容易であったとの指摘があった（なお、現行法では、認知された子について、母が認知取消しや無効の提訴権を有するとされている。）。

また、ドイツでは、父子関係と母子関係を分けて考える発想が強く、従来、母は父子関係の当事者ではないとの考えから、母に否認権を認めていなかったが、現行法では、母にも否認権が認められているとの指摘があった。

日本法については、婚姻している夫婦により子を養育するという考え方に親和的であるとの指摘もあった。

⁴⁰ ドイツでは、父子関係について母が有する利益について、母も子の親権者である以上、その夫（父）が親権者として不適當であれば、それを排除する利益があるとされているという指摘もあったが、父子関係と親権の有無は別問題であり、そのような指摘は親権の問題として整理すべきものであるとの指摘もあった。

⁴¹ なお、母に固有の利益を認める場合には、母は夫による否認権の行使の相手方とする必要があるかなどの検討が必要となる。

(3) その他の利害関係人⁴²

ア 血縁上の父

本研究会では、血縁上の父は、その子に他の男性の嫡出推定が及んでいるときは、嫡出否認がされなければ子を認知することができず、その法律上の父となることはできないことから、否認権者として認める必要性があるのではないかという指摘があった。しかしながら、血縁上の父が否認権を行使しなければ法律上の父となることができない場合とは、夫（法律上の父）や子の母が否認権を行使する意思がない場合が多いと考えられ、家庭外の者である血縁上の父による否認権の行使を認めると、家庭の平穩を害し、子の利益に反するおそれ大きいと考えられることから、慎重な検討が必要であるという意見が多数であった。また、血縁上の父であることは、否認訴訟の本案において判断されるべき事項であり、否認権者を限定する意味を持たないため、濫用的に訴えが提起されるおそれがあるとの指摘もあった⁴³。そこで、検討課題の一つとして（注2）に付記するにとどめている。

イ 夫の推定相続人

夫の推定相続人については、財産上の期待権を有するにすぎない者に否認権を与える必要はないとの指摘があったほか、既存の父子関係が否定されるのみになってしまい子の利益に反するという指摘もあり、これを認めるべきでないという意見が多数であったことから、本報告書では取り上げないこととしている。

第4 民法第777条（嫡出否認の訴えの出訴期間）の見直し

1 原則的な（注）否認権の行使期間の制限については、次のいずれかの案によることを中心として、引き続き検討することとしてはどうか。

第1案 否認権の行使は、(1)又は(2)のいずれか短い期間内にしなければならない。

(1) 子の出生を知った時から10年間

(2) 否認権を行使することができることを知った時から〔1年／2年〕間

第2案 否認権の行使は、子の出生を知った時から〔3年／5年〕以内にならなければならない。

⁴² この他、第2の2の見直しをした場合に、前夫の否認権を認めるべきかを検討する必要がある。

⁴³ 血縁上の父の否認権を認めるドイツにおいては、手続要件として、「懐胎期間中に子の母と性交渉を有したことについて、宣誓に代わる保証をしたこと」が、実体要件として、「法律上の父と子の間に社会的家族関係が存在しないこと」がそれぞれ必要とされている。もっとも、ドイツでは、子を認知したいという血縁上の父のニーズが前面に出ており、日本法と同視することはできないとの指摘もあった。

(注) ここで「原則的な」としているのは、2の子自身が否認権を行使する場合を除く趣旨であり、具体的には、夫の否認権、母の否認権、親権者が代理行使する場合の子の否認権等を想定している。

- 2 子自身による否認権の行使は、1の期間が経過している場合であっても、子が[成年／15歳]に達した後一定期間はなお可能とすることについては、その必要性の程度や、これを可能とした場合の弊害にも留意しつつ、引き続き検討することとしてはどうか。
- 3 否認権の行使期間を伸長することとした場合には、父子関係を否認する判決ないし審判が確定したときの効力に関して、法律上の父であった者は、子に対して、その養育のために支出した費用の償還を請求することはできないとの規律を置くことについては、引き続き検討することとしてはどうか。

(補足説明)

1 現行法の規律

民法第777条は、嫡出否認の訴えは、夫が子の出生を知った時から1年以内に提起しなければならないと規定している。否認権の行使期間はいわゆる除斥期間であるとされ、嫡出否認の訴えの提起を受けた裁判所は、職権でこれを調査し、行使期間を徒過している場合には訴えを却下しなければならない。1年の行使期間の経過により否認権が消滅する根拠として、①期間の経過により夫が子の嫡出性を黙示的に承認したと考えられること、②子の身分関係が早期に安定し、子の利益に適うこと⁴⁴、③時間の経過によって証拠が散逸するおそれがあること等が挙げられる⁴⁵。

また、「1年」という行使期間の長さについて、明治民法の起草時には、夫が遠方にいる場合なども勘案し、当時の外国の立法例の中でも最長の例によって、1年としたものと説明されている⁴⁶。さらに、行使期間の起算点については、条文の文言どおり「夫が子の出生を知った時」とするのが通説⁴⁷・判例⁴⁸である。

2 諸外国の規律

否認権の行使期間に関する諸外国の規律は多様であるが、大別すると、子が父の子でないことを知った時という主観的起算点から一定期間という制限のみを設ける法制（ドイツ、韓国。いずれも長さは2年。）、子の出生の時又は子の

⁴⁴ 最高裁昭和55年3月27日判決・裁判集民事129号353頁参照。

⁴⁵ 二宮周平編『新注釈民法(17)親族(1)』590頁〔野沢紀雅〕

⁴⁶ 広中俊雄・星野英一編『民法典の百年IV個別的観察(3)親族編・相続編』「2民法772条・774条」64頁〔阿部徹〕

⁴⁷ 二宮周平編『新注釈民法(17)親族(1)』591頁〔野沢紀雅〕

⁴⁸ 大審院昭和17年9月10日判決・法学12巻4号67頁

出生を知った時という客観的起算点から一定期間という制限のみを設ける法制（アメリカ（統一親子関係法〔2017〕）、台湾の法律上の父、母。いずれも長さは2年。）、父子関係の成立方法に応じて異ならせる法制（フランス）がある⁴⁹。

3 見直しの必要性

民法第777条に対しては、夫の否認権の行使期間の制限が厳格に過ぎ、例えば、夫が子の出生を知った後、子が成長するにつれて血縁関係の有無を疑うに至った場合に、行使期間を経過していることにより嫡出否認の訴えが許されないなど、夫が否認権を行使するか否かの判断をするために十分な期間が与えられていないという問題がある。また、否認権者の範囲を拡大し、母に否認権を認めることとした場合に夫と同様の行使期間を定めることとしたときには、子の出産から1年以内に母が否認手続を採ることは困難であるとの指摘がある。さらに、現在の諸外国の規定に照らしても、1年は短いという指摘もある。

このような観点から、原則的な否認権の行使期間の制限を見直し、これを緩和することが考えられる。

4 見直しの方向性

(1) 原則的な否認権の行使期間（本文1）

ア 原則的な否認権行使の期間制限の見直しについて、本研究会では、具体的な期間の長さについて様々な意見があったが、否認権の行使期間の制限は、父子関係を早期に確定し、子の地位の安定を図る必要性と、否認権者に否認の機会を保障する必要性との間のバランスの問題であると整理され、大まかな方向性として、①客観的な起算点から長期の期間制限と主観的な起算点から短期の期間制限とを組み合わせた行使期間の制限と、②客観的な起算点から中期の期間制限に一本化した行使期間の制限の2案を支持する意見が多数であった。

イ 第1案

第1案は、上記の①を具体化したものであり、子の出生を知った時から10年間という客観的な期間制限⁵⁰と、否認権を行使することができることを知った

⁴⁹ フランスでは、身分証書と身分占有が一致する場合には、①法律上の父、②母、③子、④真実の親と主張する者の行使期間はいずれも、「身分占有が終了した日又は争われる親子関係を有する親が死亡した日」から5年（フランス民法第333条第1項）、証書と一致した身分占有が子の出生時から5年継続しているときは、検察官を除き、親子関係を争うことはできない（第333条第2項）。証書により父とされるが、身分占有が存在しない場合には、①法律上の父、②母、④全ての利害関係人が、「子の出生の時」から10年、③子は成人に達してから10年である（第334条）。身分占有により確立された父子関係を争う場合には、①～④のいずれも、公知証書の交付から10年である。

⁵⁰ 客観的な起算点としては、「子が出生した時」とすることも考えられ、夫が子の出生を知

時から〔1年／2年〕間という主観的な期間制限とを設け、いずれかが経過したときは、否認権を行使することができないとする案である。

同案については、否認権者が否認原因を知らないうちに権利行使期間を徒過する事態を防ぎつつ、これを知っている場合には短期間で子の地位を安定的なものとするところができるというメリットがあり、理論的にも、主観的な期間制限を設けることで、否認期間の経過により夫が黙示的に父子関係を承認したという説明が容易であるとの指摘があった。他方で、「否認権を行使することができることを知った時」の解釈や当てはめが困難であり、この要件をめぐる紛争が生ずるおそれがあるというデメリットが指摘された。

また、主観的な期間制限の起算点については、例えば、母が懐胎時期に夫以外の男性と性関係を持ったことなど、「否認原因があることを疑わせる事情を知った時」とする意見もあったが、否認原因の疑いだけで否認手続を採ることを決断することは困難であり、また、かかる疑いから事実を調査し、否認手続を採るための期間としても1年では短すぎるとの指摘があった。そこで、同案では、法律上の父と子との間に血縁関係がなく「否認権を行使することができることを知った時」を主観的な期間制限の起算点としている。

ウ 第2案

第2案は、上記の②を具体化したものであり、子の出生を知った時から〔3年／5年〕間という客観的な期間制限に一本化するものである。同案については、否認権者の主観をめぐる紛争を回避することができるというメリットが考えられる一方で、現行法の規律にもいえることであるが、期間の長さの定め方にもよるが、否認権者が否認権を行使することができることを知らないうちに権利行使期間を徒過する事態が生ずるおそれがあるというデメリットが考えられる。また、否認権者が否認権を行使することができることを知らないうちに行使期間を徒過した場合には、期間の経過により夫が父子関係を黙示的に承認したということとはできないという問題も指摘された⁵¹。

具体的な期間の長さについては、夫が、子が自身の血縁でないことを疑い、調査等で血縁がないことを知った上で、否認手続を採るための期間としては、現行法の1年や2年では不十分であるとの意見や、また、母にとっても、同様

らない場合は多くの場合「推定の及ばない子」に該当する場合が多く、このような制限を課したとしても、親子関係不存在確認により父子関係を争うことができるから、否認権者にとって酷ではないとの指摘もあった。しかしながら、子の出生自体を知らないうちに期間が進行するのはやはり否認権者に酷であるとの指摘もあり、このように解したとしても、子の出生自体の認識については解釈や当てはめが困難であるとも考え難いことから、ここでは、現行法と同様、客観的起算点を「子が出生したことを知った時」としている。

⁵¹ もっとも、この指摘に対しては、夫は子の出生を知ったときは期間内にその子を自らの子とするかどうか必要な調査をすべきであり、これをしなかった以上、黙示的に父子関係を承認したということができるとの指摘もあった。

の問題に加え、子の出産後すぐに否認権を行使することは困難であることから、2年でも短いという意見があった。また、子が義務教育を受け始める年齢（6歳）までには父子関係が確定していることが望ましいとの観点から、否認手続自体は5年以内に採るべきであるとする意見もあった。

エ 以上を踏まえ、事実的な親子関係がどの程度継続すればもはや嫡出否認によって覆すことを認めるべきではないといえるかという観点⁵²も考慮しつつ、第1案と第2案という2つの選択肢を提示し、引き続き検討することを提案している。

(2) 子自身による否認権の行使期間（本文2）

本研究会では、子自身による否認権の行使の機会を保障するという観点から、夫や母による否認権の行使期間とは別途、子自身による否認権の行使を可能とすべきかどうかについても検討した。

これを保障すべきとする意見として、原則的な否認権行使の期間制限は子の地位の安定のために早期に確定する必要があるものの、子自身が父子関係を否定したいと考える場合には否認権行使を認めてもよいとの指摘があった。

これに対して、子が一定の年齢に達した後に否認権を行使した場合には、それまでに夫が子を養育してきたという事実状態があるにもかかわらず、子の一方的な意思により父子関係を覆すことは相当でないという指摘もあった。また、行使期間の長さにもよるが、子自身の判断で適切な対応ができるかは疑問であり、実際には監護者の意向に左右されてしまうのではないかという指摘もあった。

そこで、子が一定の年齢に達した後に否認権の行使を可能とすることについては、必要性の程度や弊害に留意しつつ、引き続き検討することとしている。

(3) 否認判決等の効力

嫡出否認の請求を認容する判決が確定すると、子の父子関係は遡及的に失われ、子はその出生の時に遡って母の嫡出でない子となる⁵³。そのため、法律上の父であった者が子の養育費を支払っていた場合には、子や母等に対して、不当利得に基づき、相当額を請求することが可能となると考えられるが、このような請求を認めるべきか否かが問題となる。この問題は現行法下でも生じ得るものであるが、否認権の行使期間を伸長した場合には、既払の養育費の額がより大きくなるおそれがあることから、本研究会でも議論することとした⁵⁴。

⁵² フランス法において、身分占有がある場合の否認権の行使期間が当初は10年であったのが、現在では5年に短縮されている。

⁵³ 中川善之助編『注釈民法(22)のI親族(3)』139頁〔岡垣学〕

⁵⁴ これと類似する問題は、嫡出でない子についてされた認知が、取消し又は無効となった後、認知者が支払った養育費を請求する場合や、嫡出でない子について認知がされた後、母が父に対して支払った養育費を請求する場合等に生じ得ると考えられる。

本研究会では、法律上の父であった者が、子に対して養育費の返還を請求することができるとする、子が経済的な理由で否認権を行使することができなくなるおそれがあるとの指摘があり、明文の規律を置くなどして、法律上の父は子に対して養育費相当額の支払を請求することができないこととすべきとの意見が多数であった。他方で、法律上の父が、母や子を認知した者に対してする請求については、同様の理由から、これを制限すべきとの意見があった一方で、本来、母等が負担すべきものであるから、請求を認めてよいとする意見があった。

そこで、法律上の父であった者は、子に対して養育費相当額の請求することができないとの規律を置くことについて、引き続き検討することを提案している。

第5 その他の方策の検討

1 当事者の合意により父子関係を否定する方策

子と法律上の父との間に血縁上の父子関係が存在しない場合には、当該子、法律上の父〔及び子の母〕の合意により、父子関係を否定することができるものとする（注1）ことについては、否認権者の拡大や否認権の行使期間の緩和をした上でもなおその必要性が認められるかや、規律を設けることによりどのような影響があるかを慎重に判断しつつ、引き続き検討することとしてはどうか（注2）。

（注1）具体的には、実体的な要件を見直す方策として、①否認権の行使期間を徒過した場合であっても否認権の行使を認めることや、②嫡出否認の訴えによらず、実親子関係不存在確認や強制認知の訴えなどの中で父子関係を否定することができるということが考えられる。

（注2）否認権者の拡大や否認権の行使期間の緩和が外観説に関する解釈論にどのような影響を与えるかについても、引き続き検討する必要があるものと考えられる。

（補足説明）

民法第772条の適用を受ける子の父子関係については、その当事者である子、法律上の父〔及び子の母〕であっても、否認権の行使によらなければこれ

⁵⁵ 委員から、ドイツでは、不当利得返還請求権は、債務者が善意の場合には現存利益の範囲で返還すれば足りるため、子に対する不当利得返還請求権は実際上認められないが、表見上の父（法律上の父性が父性否認により否定された者）は、生物学上の父（法律上の父とされた者に限られる。）に対して、子に対して支払った扶養料等を請求することができる（ドイツ民法第1600条d）との報告があった。

また、フランスについても、子に対する養育費の返還は認められないが、母又は認知をした父に対して養育費の返還請求をすることができるとの報告があった。

を否定することはできず、例外的に、子が「推定の及ばない子」に該当する場合には、親子関係不存在確認や強制認知の手續によりこれがないことを確認等することができるのみである。もっとも、否認権を行使できない場合（現行法における子や母、否認権の行使期間経過後の父等）や、子が「推定の及ばない子」に該当しない場合であっても、父子関係の当事者等が合意している場合には、血縁関係がないことが証明されることを前提としつつ、合意を根拠に嫡出否認の手續によることなく、父子関係を否定する方策を認めてよいのではないかとの意見がある。

このような意見に対しては、「推定の及ばない子」についての親子関係不存在確認調停、認知調停に係る合意に相当する審判⁵⁶で一定の対応がされているという現状はあるが、今般の見直しによって否認権者の拡大や否認権の行使期間の緩和をした上でもなおその必要性が認められるかは疑問であるという指摘があった。なお、合意により身分関係を処分することはできないのではないかという指摘があった一方で、合意により身分関係を処分するのではなく、ここでいう合意は、血縁関係が存在しないことを前提として、嫡出否認の訴えの提訴期間を合意で緩和したり、合意により嫡出否認の訴えによることなく父子関係を争うことができることとしたりするものであり、両者は区別することができるとの指摘もあった。

2 民法第772条の推定が及ぶ子について、嫡出でない子としての出生届を認める方策

（補足説明）

本研究会では、無戸籍者の解消という観点からは、何よりも国が子の存在を把握することが重要であるとして、民法第772条の適用がある子について、母に嫡出でない子としての出生届を認める制度の必要性が指摘されたため、そのような制度として、かかる届出により、推定を排除する等の効果が生ずることとする方策について検討した。

⁵⁶ 親子関係不存在確認・強制認知調停における合意に相当する審判について

子と夫との間の親子関係不存在調停において、当事者間に、申立てのとおり審判を受けることについての合意が成立し、当事者双方が申立てに係る身分関係の存否について争わない場合には、家庭裁判所は、必要な事実の調査をし、その合意を正当と認めるときは、合意に相当する審判をすることができる（家事事件手続法第277条第1項）。家庭裁判所は、実体要件の存否、すなわち、子が法律上の父の推定の及ばない子であることを職権で調査しなければならず、判例・実務である外観説を前提とした場合には、懐胎時に夫婦の実体がなかったことが外観上明らかであることが必要となる。

なお、子が「推定の及ばない子」に該当する場合には、子が血縁上の父を相手方として申し立てる認知調停により、法律上の父との父子関係を否定し、血縁上の父との間に父子関係を成立させることも可能とされている。

具体的には、届出により、母の夫の子であるとの推定が及ばなくなるという効果が生ずるとの方策として、例えば、「1. ①母が夫の子であるとの出生届を提出した場合には夫の子と推定されるが、②母が嫡出でない子としての出生届を提出した場合には夫の子との推定が及ばないこととする。2. 1の②の場合には、①血縁上の夫はその子を認知することができる。また、②夫が、その子を自身の子であると考ええる場合には、親子関係を確認する訴え等を提起することができる。」等の規律を設けることが検討された。

しかしながら、このような方策に対しては、母の意思により、少なくとも戸籍上は父のいない子を作り出すことができることとなるが、原則として父を確保するという嫡出推定制度の趣旨と異なるという指摘や、夫が自らの子であることを訴えて主張することとするのは過大な負担であり、無戸籍者の解消という目的のために過大な見直しであるとの指摘があったほか、出生届の届出義務者である父（母の夫）もまた嫡出でない子の出生届をすることができるのかという疑問が投げかけられた。

以上から、民法第772条の適用がある子について、母に嫡出でない子としての出生届を認めることとする方策については、取り上げないこととしている。

3 訴訟によらない否認権の行使を認める方策

(補足説明)

民法第772条の適用がある子について、嫡出否認の訴え(民法第775条)によることなく、母が、父を相手方としない家事事件手続法別表第一の審判として、家庭裁判所に対して、嫡出推定を排除する審判を求める申立てをすることを認め、家庭裁判所では、推定の及ばない子に当たる事情を確認した場合や、子と母の夫との間の血縁関係の不存在を確認した場合に、夫の嫡出推定を排除する旨の審判をすることができることとする方策については、夫の側が異議の申立てや訴えの提起をすることにより、父子関係を成立させることができる制度を設ける必要があると考えられるが、制度が複雑になるとの批判が考えられる。その上で、このような方策を講ずることを積極的に支持する意見はなかったことから、この方策については取り上げないこととしている。

第6 その他の論点について

1 民法第776条(嫡出の承認)の見直し

民法第776条の承認による否認権の喪失の規律については、否認権の行使期間の制限の見直しの在り方を踏まえつつ、否認権者が、一定の要件(注1)(注2)の下で父子関係を承認した場合には、その者は否認権を失うものとするとの規律を置くことについて、引き続き検討することとしてはどう

か。

(注1) 書面・電磁的記録によること、公正証書によること、家庭裁判所の許可によることなどが考えられる。

(注2) 否認権者が承認した際に否認原因があることを知っていたことを要件とするかについては、引き続き検討する。

(補足説明)

(1) 現行法の趣旨及び内容

民法第776条は「夫は、子の出生後において、その嫡出であることを承認したときは、その否認権を失う。」と規定し、民法第772条の推定を受ける子について、その出生後に、夫が、推定を受ける子が真に自己の嫡出子であることを積極的に肯定し、あるいは消極的に否認権を行使しないことを表明したときは、否認権を失うとする。なお、夫が自己に否認権があることを認識している必要はなく、たとえその子が自己の子でないことを知らず、後日にその事実を知ったとしても、いったん生じた承認の効果に消長を及ぼすことはない⁵⁷。

承認の方法は規定されておらず、明示であることも要しないとされている。なお、戸籍実務上、夫がその子を自己の嫡出子としての出生届を提出したことは、本条の承認には当たらないとされている⁵⁸。

(2) 見直しの必要性

本研究会では、民法第776条の嫡出の承認は、実務上ほとんど使われておらず、どういう行為が承認に当たるかも判然としないことから、削除すべきであるという指摘があった一方で、父子関係を早期に確定させるための規律として機能するよう見直しを検討すべきであるという指摘もあった。

具体的には、否認権の行使期間を伸張することにより、長く父子関係が安定しない状態が継続することとなるため、民法第772条により推定される父子関係を早期に確定させるために、嫡出の承認をすることを認めることが考えられる。

(3) 見直しの方向性

本文の提案は、父子関係を早期に確定させるための規律として、否認権者が一定の要件の下で父子関係を承認した場合には、その者は否認権を失うことと

⁵⁷ 中川善之助編『注釈民法(22)のI』148頁〔岡垣学〕

⁵⁸ 明治32年1月10日第2289号民刑局長回答。このような取扱については、戸籍法上、嫡出子出生届は、父又は母がしなければならないとされ(同法第52条第1項。ここでいう「父」は、母の夫と解される。)、また、嫡出否認の訴えを提起したときであっても、出生届をしなければならないとされていることから(同法第53条)、夫が出生届をしたことによって、血縁関係がない子について法律上の父であることまで承認したと解することはできないと説明されている(中川善之助・米倉明編『新版注釈民法(23)親族(3)』228頁〔松倉耕作〕)。

するものである。

具体的な要件としては、嫡出の承認（否認権の喪失）の判断を慎重にさせ、その意思が外部的にも明らかになっていることを求める観点からは、保証契約（民法第446条第2項、第3項）と同様に、書面又は電磁的記録によることを求めることが考えられる。また、嫡出の承認の法的効果やリスクを否認権者が正しく理解した上で行うことを求める観点からは、保証意思宣明公正証書（民法第465条の6第1項）のように、公証人の関与を求めることが考えられる。さらに、当事者間の具体的事情を考慮した後見的な関与を求める観点からは、遺留分の事前放棄（民法第1049条第1項）のように、家庭裁判所の関与を求めることも考えられるため、これらを（注1）で列挙している。なお、嫡出の承認に否認権を失うという効果を与える以上、否認原因を知ってすることが望ましい一方で、そのような当事者の主観を要件とすると、その有無をめぐって紛争が生じるおそれがあるとの指摘があったことから、否認権者が承認した際に否認原因があることを知っていたことを要件とするかについては、引き続き検討することを（注2）で付記している。

2 認知者による認知無効の訴えの提訴期間の制限

認知及び認知無効に関する制限について、次のような規律を設ける方向で引き続き検討することとしてはどうか。

(1) 嫡出でない子（注1）は、その承諾（注2）がなければ、これを認知することができない。[ただし、認知をしようとする者が子の父であることを証明した場合には、この限りでない。]

(2) 認知無効の訴えについても、嫡出否認の訴えと同様に、一定の制限を設けることとする（注3）。

（注1）「嫡出」という表現振りについては、今回の見直しの全体像を踏まえつつ、引き続き検討することを想定している。

（注2）[成年／15歳]に達しない子の承諾については、法定代理人（親権を行う母を含む。）によってされることを想定している。

（注3）なお、子の血縁上の父を嫡出否認の否認権者としなくても、認知無効の主張権者には含めることとするなど、嫡出否認と認知無効の差異を踏まえた相違点が生ずることは想定している。

（補足説明）

(1) 見直しの必要性及び方向性

本研究では、嫡出子について否認権の期間制限を見直すのであれば、これに併せる形で、認知無効についても同様の制限を設けるべきであるという意見があり、さらにそうであれば、認知をすることについても一定の制限を設ける

べきであるという指摘があった。

そこで、婚姻中に生まれた子であるか否かによって生ずる差異に留意しながら、親子関係の成否の点について、嫡出子と嫡出でない子との規律を同一にする⁵⁹ことの可否についても検討した。

(2) 認知の制限

本研究会では、現行の認知制度について、全く関係のない者からの濫用的な認知を防止するために、子や母の承諾を認知の要件とすることを検討してはどうかという指摘があったところ、父子関係について、母の固有の利害関係を認めるかどうかについては意見が分かれている状況を踏まえ、差し当たり、飽くまで子自身の承諾として構成することとしている。

また、真に血縁関係のある父が認知をしようとする場合に、母がそれを拒絶できるというのは疑問があるとして、血縁関係が証明された場合には、父による認知が優先するという仕組みを設けるべきであるという指摘があった。他方で、現行法においても、認知の際に承諾が要件となる規律があるが、必ずしも血縁関係の有無のみでその要件が設けられているものでもないことから⁶⁰、この点については、ブラケットを付すこととしている。

(3) 認知無効の期間制限

ア 現行法の趣旨及び内容

民法第786条は、「子その他の利害関係人は、認知に対して反対の事実を主張することができる。」と規定し、任意認知がされた場合であっても、認知者と被認知者との間に血縁上の親子関係がない場合には、子その他の利害関係人は認知無効の訴えを提起することができるとしている。この認知無効の訴えについて、期間制限はなく、「その他の利害関係人」には、認知者も含まれると解されており、判例は、認知者が、血縁上の父子関係がないことを知りながら認知をしたときであっても、認知無効の訴えを提起することができるとしている⁶¹。

イ 見直しの必要性及び方向性

本研究会では、嫡出でない子については、子又は利害関係人はいつでも認知無効の主張をすることができること、利害関係人には認知者も含まれることに対して、嫡出子については、否認権者及び否認期間が制限され、早期の父子関係の安定が図られていることとの均衡に照らせば、子から父が失われる結果となる認知無効の主張についても、その主張期間や主張権者に関して、嫡出否認

⁵⁹ もっとも、嫡出子と嫡出でない子の規律が同一になるのは親子関係の成否を争う場面の制限についてのみであり、親子関係の成立に関する規律はなお異なることとなる。

⁶⁰ 民法第782条が成年の子の認知についてその承諾を要件としているのは、①扶養義務を懈怠した父が子に扶養を請求する問題と、②不実認知の無効を主張する際の立証の問題にあると指摘されている。

⁶¹ 最高裁平成26年1月14日判決・民集68巻1号1頁

と同様の制限を設けることとしてはどうかという指摘があり、これを支持する意見が多かった。そこで、大きな方向性としては、嫡出否認の訴えと同様の制限を設けることとする方向で検討することを提案している。もつとも、嫡出推定の場合には、一定期間、父母と子との共同生活があることが多いが、認知の場合にはその保障がないという指摘もあるなど、その差異を踏まえた相違点を設けることも考えられることから、(注3)でその旨を注記することとしている。

3 母子関係ルールの整備

女性が子を出産した場合には、その子の懐胎について生殖補助医療が用いられた場合であっても、その女性をその子の母とするものとする方向で、引き続き検討することとしてはどうか(注)。

(注) 民法第779条の母の認知に関する部分を削除するほか、母子関係ルールの具体的な規定振りについても検討する必要がある。

(補足説明)

(1) 現行法の内容及び趣旨

母子関係の成立に関する規律について、第1の1(1)記載のとおり、民法では、母が婚姻していた場合の母子関係を直接定めた規定は置かれていないが、子を懐胎し出産した女性がその子の母であると解釈されている⁶²。また、母が婚姻していない場合について、判例・通説は、民法第779条の規定にかかわらず、分娩の事実によって当然に成立すると解している。

(2) 見直しの必要性

自然懐胎を前提とする場合には分娩者と血縁上の母とが一致するが、提供卵子・提供胚を用いた生殖補助医療や代理懐胎により生まれた子については、分娩者と血縁上の母とが一致しないこととなる。そのため、これらの生殖補助医療の利用状況等を勘案しながら、このような生殖補助医療を利用した場合も念頭に置いた、母子関係の成立に関する規律を設ける必要がある⁶³。

また、自然懐胎について、現在の子を分娩した者を母とするとの規律について、特段の不都合は生じていないものの、仮に生殖補助医療を念頭に置いて母

⁶² 民法第772条第1項の「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する。」との規定は、妻が懐胎した子の母となることを前提としているから、同項が子を懐胎し、出産した女性

を母とする根拠規定であるとの指摘もある。
⁶³ なお、上記注の最高裁平成19年決定は、民法は出産という事実により当然に法的な母子関係が成立するものとしているとし、「子を懐胎し出産した女性とその子に係る卵子を提供した女性とが異なる場合についても」、「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ない」としているが、一方で、「現実に代理出産という民法の想定していない事態が生じており、今後もそのような事態が引き続き生じ得ることが予想される以上、代理出産については法制度としてどう取り扱うかが改めて検討されるべき状況にある」、「立法による速やかな対応が強く望まれる」と述べている。

子関係の成立に関する規律を置く場合には、これと併せて明文の規律を置くことも考えられる。

(3) 検討の方向性

ア 規律の実質

平成13年部会の中間試案では、①母子関係の発生を出産という外形的事実にかからせることによって、母子間の法律関係を客観的な基準により明確に決することができること、②女性が子を懐胎し出産する過程において、女性が出生してくる子に対する母性を育むことが指摘されており、子の福祉の観点からみて、出産した女性を母とすることに合理性があることなどの理由から、「女性が自己以外の女性の卵子（その卵子に由来する胚を含む。）を用いた生殖補助医療により子を懐胎し、出産したときは、その出産した女性を子の母とするものとする。」としており、本研究会でも、この方向性の規律を置くことに対して異論はなかった。

また、生殖補助医療の行為規制に関する立法がなく、自主規制ルールでも、提供卵子・提供胚による生殖補助医療については許容されていない現状を前提にすると、母子関係の形成に関する規律を設けることによって行為規制に対してどのような影響が生ずるかを考慮する必要があるとの指摘があった一方で、そのような影響を考慮した上でも、なお、私法上、子を出産した女性を母とするとの規律を設けるべきであるという意見もあった。

そこで、本文において、その旨の規律を置くことについて引き続き検討してはどうかとの提案をしている。このような規律を採用した場合には、第三者の提供卵子を用いた生殖補助医療（卵子提供）により生まれた子は、出産した女性の子となる。なお、代理出産においても、現実に子を出産した女性が子の母となることとなり、出産を依頼した女性と生まれた子との間に親子関係を認めるためには、養子縁組等の方法によることが必要となる。

イ 嫡出でない子の母子関係について

民法の条文では認知により母子関係が成立することとされているが、認知を待たずに母子関係が成立するというのが判例であるから、そのように改めるべきであるという指摘があり、上記アの規律を設けることと併せて、本文のとおり提案している。

なお、匿名出産を認めるために、母による認知の制度を用いることもあり得るという指摘もあったが、例外的な場面については社会福祉の問題として対応すべきであり、民法の問題として捉えるのは疑問であるという指摘もあったことから、この点については取り上げないこととしている。

ウ 母子関係を争うことに関する制限について

本研究会では、分娩の事実にかかわらず、一定期間にわたって形成された社

会的な母子関係を保護し、子の身分の安定を図るため、嫡出否認の訴えに関する制限等と同様に、母子関係を争うための訴えに一定の提訴要件を課すことについても検討した。この点については、判例⁶⁴においても、諸般の事情を考慮し、実親子関係の不存在を確定することが著しく不当な結果をもたらすものといえるときには、当該確認請求は権利の濫用に当たり許されない旨を判示するものがあり、そこでは、子とされている者の利益についても、その考慮要素とされている。

しかしながら、母子関係を争うことについて一定の制限を設ける場合には、子の利益を守るという側面もあるものの、事実とは異なる母子関係が否定される場面を限定することにつながり、代理出産を容認するという側面もあるのではないかという指摘があった。また、嫡出推定制度により、実体的に、血縁関係とは異なる父子関係が成立することが民法上想定されていることとは異なり、母子関係を基礎付ける妊娠・出産という事実を行っていない者について、実体的に母子関係を成立させる根拠を見出すのは容易ではないとも考えられる。

そこで、この点については、一律に嫡出否認の場合と同様の制限を設けるのではなく、判例のように、個別の事案において、権利の濫用等の一般法理に委ねる方向で検討することが相当であるとして、取り上げないこととしている。

4 精子提供者の法的地位の整備

生殖補助医療に対する精子提供者による認知及びその者に対する強制認知の訴えに関する制限を設けることについては、生殖補助医療の行為規制に関して予期しない影響が生じない形で私法上の規律を設けることができるか、精子提供者の予測可能性を必要な限度で確保することができるかといった点に十分に留意しつつ、引き続き慎重に検討することとしてはどうか。

(補足説明)

(1) 整備の必要性

提供精子による非配偶者間人工授精（A I D）⁶⁵における精子提供者は、当該A I Dによって生まれた子との間に血縁関係を有するため、認知又は強制認知の訴えによって、当該子との間に父子関係が生ずる余地がある（民法第779条、第787条）。通常、精子提供者は自らその子の父となる意思を有しておらず、将来、生まれた子から認知請求を受けることとなることを懸念し、精子の

⁶⁴ 最高裁平成18年7月7日判決・民集60巻6号2307頁、最高裁平成18年7月7日判決・裁判集民事220号673頁

⁶⁵ 現在の産科婦人科学会の会告によれば、被実施者は、法的に婚姻している夫婦であることが要求されている（平成9年5月発表・平成18年4月・平成27年6月改訂産科婦人科学会「提供精子を用いた人工授精に関する見解」）。

提供をためらう原因となっているとの指摘がある⁶⁶。

(2) 整備の方向性

ア 平成13年部会の中間試案では、「(1) 制度枠組みの中で行われる生殖補助医療のために精子を提供した者は、その精子を用いた生殖補助医療により女性が懐胎した子を認知することができないものとする。(2) 民法第787条の認知の訴えは、(1)に規定する者に対しては、提起することができないものとする。」との提案がされている⁶⁸。

しかしながら、行為規制に関する立法を前提としない場合には、一定の制度枠組みを前提として、中間試案のような規律を設けることは困難である。

イ 本研究会では、生殖補助医療に対する精子提供者については、その者自身が子の父になる意思を有しているとは考え難いこと、子にとってもその者を父として確保する意義に乏しいと考えられることから、一般的な形で、生殖補助医療に対する精子提供者による認知及びその者に対する強制認知の訴えに関する制限を設けることを支持する意見があった。なお、このような意見については、例えば、見ず知らずの男女が1回限りの性交渉を行い、男性に子の父となる意思がないような場合にも、その男性との関係における認知に制限はないこととの平仄が問題となるが、本研究会では、①性交渉（自然生殖）と精子提供の違いや⁶⁹、②男性にとって、子の母となる者が特定されているか否かの違い⁷⁰によって差別化できるのではないかという示唆があった。

⁶⁶ 2018年10月21日朝日新聞（朝刊）『人工授精 精子ドナー不足。最多実施の慶大病院 希望夫婦受け入れ中止』には、慶応大学病院が、海外で子の出自を知る権利が認められてきたことを背景に、2017年6月からドナーの同意書の内容を変更し、「日本はAIDで生まれた子の父親が、育てた男性かドナーのどちらなのかを明確に決めた法律がないため、扶養義務など法的トラブルが起こりうることを丁寧に説明した」ところ、同年11月以降、新たにドナーを確保できなくなった旨の記載がある。

⁶⁷ 本研究会でも、子の出自を知る権利について議論すべきであるとの意見があったものの、出自を知る権利は、生殖補助医療により生まれた子が父母を知る機会を保障するための情報提供機関を設けるか否かなど行為規制に関わる問題に及ぶため、親子法制に関する本研究会の検討の範囲を超えるとの意見が多数であった。

⁶⁸ ここでの「制度枠組みの中で行われる生殖補助医療のために」には、精子を提供する手続が客観的に制度枠組みの中で行われた場合のみならず、提供手続に不備があっても提供者において自己の提供した精子が適法な生殖補助医療に用いられると考えていた場合をも含むとされている。

⁶⁹ 具体的には、性交渉をした者と精子提供をした者とでは、それにより生まれた子の父となるべきであるとの価値判断の違いがある（性交渉をしたの方が父となるべきであるといいやすい。）という趣旨と考えられる。

⁷⁰ 具体的には、男性にとって、性交渉をした場合には母となる者は特定されているが、精子提供をした場合には特定されていない点の違いという趣旨と考えられる。なお、例えば、特定の夫婦のためにその親族が精子提供をする場合のように、精子提供者にとって母となる者が特定されている場合も考えられるが、そのような場合には、ここでいう精子提供者に当たらない（認知の制限が及ばない）とすることも考えられるとの指摘があった。

ウ 他方で、一般的な形で精子提供者との関係における認知の制限を及ぼすことは、現在、産科婦人科学会の会告で許容されている精子提供の場合のほか、例えば、婚姻していない女性が精子提供を受けて子を出産し、その精子提供者との関係で認知の制限が及ぶ結果、父のない子が生まれることを許容することにつながるものであるが、生殖補助医療についての行為規制に関する立法が定まらない中で、私法上そこまでの規律を設けることができるのかという点については、慎重な検討を要するものと考えられる。

この点については、例えば、私法上設ける規律を嫡出推定が及んでいる子に限り認知の制限を設けることとすれば、この問題を回避することも可能となる⁷¹。もともと、本研究会では、精子提供者からすれば、提供した精子がどのような女性に対する施術に用いられるかは分からないため、このような限定を付すことは、その予測可能性を害し、合理的な判断をする者であれば、精子提供者とはならないという指摘があったところであり、このような限定についても、慎重な検討を要するものと考えられる。

エ 以上のとおり、生殖補助医療について行為規制に関する立法が定まらない中で、精子提供者との関係で私法上認知制限の規律を設けることについては、慎重な検討を要する点が多いと考えられることから、本文の提案にとどめている。

以 上

⁷¹ 具体的には、法律上の夫婦が提供精子による生殖補助医療の実施に際して上記第2の4(3)エ記載のような方式で夫の同意を行った場合には、当該夫が父となることが事前にかつ外形的に担保されていることから、その生殖補助医療に対して精子を提供した第三者の認知の制限を設けることが考えられる。なお、本研究会では、子には嫡出推定が及び、嫡出推定が及ぶ子は認知することができないから、あえて認知の制限を設ける必要はないとの指摘もあった。