

個別論点の検討（１）

第１ 懲戒権に関する規定の見直し

懲戒権に関する規定の見直しについて、次のいずれかの案によるものとする。

【甲案】 民法第８２２条を削除する。

【乙案】 民法第８２２条を次のように改める。

親権を行う者は、子の年齢及び発達の程度に応じて、第８２０条の規定による監護及び教育のために必要な指示及び指導をしなければならない（注１）。ただし、体罰をしてはならない（注２、注３、注４）。

【丙案】 民法第８２２条を次のように改める。

親権を行う者は、第８２０条の規定による監護及び教育を行うに際し、体罰をしてはならない（注４）。

（注１）「指示及び指導」に代えて、「指示及び助言」とすることについて、引き続き検討する。

（注２）（注１）において「指示及び助言」を採用した場合には、体罰を加えてはならない旨の文言を用いないことも考えられる。

（注３）【乙案】及び【丙案】における「体罰」は、㊦子に肉体的な苦痛を与えること、㊧その肉体的苦痛が子の問題行動に対する制裁として行われることを要素とするものであり、殴る、蹴るといった暴力のみならず、例えば、長時間正座させること、食事を与えないことなども含み得ることを前提としている。

（注４）「体罰」に代えて、「体罰又は心身に有害な影響を及ぼす言動」とすることについて、引き続き検討する。

（補足説明）

１ 乙案について

（１）中間試案では、乙案として、民法第８２２条の「懲戒」の表現を見直し、「指示及び指導」の表現に改めることを提案していたが、この提案に対しては、その問題点として、「懲戒」の表現を「指示及び指導」又は「指示及び助言」の表現に代えたとしても、今度はその表現が子どもに対する言葉の暴力等の口実にされるのではないかといった懸念があるとの指摘がされていた。

（２）そこで改めて検討すると、乙案における「指示及び指導」は、部会資料１０－２のとおり、民法第８２０条の監護教育権の行使方法を具体的に規定したものと整理できるものであり、それ自体、親権の一内容であると位置付けられるところ、乙案では、現行の民法第８２２条の表現形式を踏襲し、「指示及び指導をするこ

とができる」としてきたところである。しかし、このような規定とした場合には、親権の権利としての側面が強調されることとなる結果として、「指示及び指導」による子どもへの教育やしつけに関し、親権者に無限定の裁量を伴う権利があるかのような誤った印象を与えるおそれがあるとも考えられる。

5 そもそも、親権の法的性質については、権利にして義務であるとの見解や、権利ではなく、義務にほかならないとの見解が示されるなど、定まった見解がない状況ではあるものの、親権の一内容としてのしつけに係る規定を置く場合に、権限の濫用を防止する観点から、親権者の責務として規定することが相当であるとも考えられる。さらに、部会資料16-1に記載したとおり、国際連合児童の権利に関する委員会（以下、「児童の権利委員会」という。）による一般的意見（注1）でも、「家族法においては、いかなる形態の暴力も用いることなく子どもに適当な指示及び指導を与えることが親の責任には含まれることも、積極的に強調されなければならない。」とされ、子どもに対する「指示及び指導」が親権者の責務として位置付けられているところ、我が国の民法上、「指示及び指導」が親権者の責務であることを明記することは、権利条約の要請にも沿うものといえる。

10 これらを踏まえ、本部会資料では、「指示及び指導をすることができる」との表現に代えて、新たに「指示及び指導をしなければならない」との表現を提案しているが、どのように考えるか

15 (3) 親権者のいかなる行為が子の利益に適合するかは、子の年齢や発達の程度によって異なり得るものであり、親権者に対して子への「指示及び指導」を義務付ける場合には、「監護及び教育に必要な」という記載に加え、子の個別的事情への配慮の重要性が明らかとなるような行為指針を示すことが望ましいと考えられる。このような観点から、本部会資料では、乙案について、児童福祉法第2条（注2）の規定を参考に「子の年齢及び発達の程度に応じて、第820条の規定による監護及び教育のために必要な指示及び指導」と規定することを提案している。

20 加えて、このような規定とすることは、児童の権利に関する条約第5条が「その児童の発達しつつある能力に適合する方法で適当な指示及び指導を与える責任、権利及び義務」（注3）を規定していることとも整合し、親権者による「指示及び指導」が無条件に尊重されるわけではなく、そこには子を本位とした考慮が必要であることを示す同条の趣旨にも適合するものと考えられるが、どのように考えるか。

25 （注1）児童の権利に関する委員会一般的意見8号のパラグラフ39の内容は下記のとおり。

30 「39. あらゆる体罰の明確かつ無条件の禁止を達成するためにどのような法改正を行なわなければならないかは、締約国によって異なる。教育、少年司法およびあらゆる形態の代替的養護を対象とする分野ごとの法律に、具体的規定を設ける必要があるかもしれない。しかし、暴行に関わる刑事法の規定において、家庭におけるものを含むあらゆる体罰も対象とされることも、はっきりと明確にされるべきである。そのためには、締約国の刑法に追加の規定を設ける必要があるかもしれない。しかし、民法または家族法

に規定を置いて、あらゆる体罰を含むあらゆる形態の暴力の使用を禁止することも可能である。このような規定を設ければ、親その他の養育者は、刑法にもとづいて訴追された場合に、体罰を（「合理的に」または「適度に」）用いるのは自分の権利であるという伝統的な抗弁をもはや利用できなくなることが強調される。家族法においては、いかなる形態の暴力も用いることなく子どもに適当な指示および指導を与えることが親の責任には含まれることも、積極的に強調されなければならない。」（日本語訳：日本弁護士連合会）

（注2）児童福祉法

第2条 全て国民は、児童が良好な環境において生まれ、かつ、社会のあらゆる分野において、児童の年齢及び発達の程度に応じて、その意見が尊重され、その最善の利益が優先して考慮され、心身ともに健やかに育成されるよう努めなければならない。

2 児童の保護者は、児童を心身ともに健やかに育成することについて第一義的責任を負う。

3 国及び地方公共団体は、児童の保護者とともに、児童を心身ともに健やかに育成する責任を負う。

（注3）児童の権利に関する条約

第5条 締約国は、児童がこの条約において認められる権利を行使するに当たり、父母若しくは場合により地方の慣習により定められている大家族若しくは共同体の構成員、法定保護者又は児童について法的に責任を有する他の者がその児童の発達しつつある能力に適合する方法で適当な指示及び指導を与える責任、権利及び義務を尊重する。

2 子に精神的な苦痛を与える行為について

(1) 前回会議における議論の状況

部会資料16-1では、乙案及び丙案について、体罰に加えて、子どもに精神的な苦痛を与える行為を明文で禁止する規定を設けることを引き続き検討することとした上、そのような規定の表現方法として、概念の明確性の観点から、児童虐待の防止等に関する法律（以下「児童虐待防止法」という。）第2条が規定する「児童虐待」の文言を用いて、民法第822条に「体罰又は児童虐待をしてはならない」という規定を設けることを提案していた。

しかし、前回会議においては、乙案及び丙案について、明文で禁止する行為の範囲を拡大する方向性に異論は見られなかったものの、「児童虐待」の文言を用いることに対しては、民法に体罰の禁止を規定する趣旨は、国民に対するメッセージ性にあるところ、一般に、虐待をしている親は、自分が虐待をしているという認識がないため、体罰に加えて虐待を禁止する規定を設けた場合、他人事として受け止めてしまい、メッセージ性が弱まるという意見や、そもそも児童虐待防止法第2条は、児童福祉法上の通告の対象を明確にする趣旨で設けられた規定であり、親権の効力等を定める民法とは目的を異にしているから、児童虐待防止法の「児童虐待」という概念を借用することに合理性が認められないという意見など、消極的な意見が多く、「体罰又は児童虐待をしてはならない」との表現を支持

する意見はなかった。

(2) 民法第822条で禁止する行為として考えられる表現

ア 肉体的又は精神的な苦痛を与える懲戒（又は制裁若しくは罰）

前回会議では、上記のような議論に加え、乙案及び丙案は、「監護及び教育」又は「指示及び指導」といった文脈の中での許されない行為を明確にすることに意味があり、親権の行使として一般に許されないことを全て書き出すことを主眼としているわけではないといった指摘があったところであり、乙案及び丙案で明示的に禁止する行為としては、親権者による子どもに対する教育やしつけの場面で、民法上許容されないにもかかわらず、親権者により、子どものための教育やしつけとして行われがちな行為を捉え、これを適切に表現する文言を模索していくべきとも考えられる。

このような考え方に基づいて改めて検討すると、本部会における有識者からのヒアリングにおいては、しつけがうまくいかないときに、子どもに対して制裁を加えてしまうとの指摘がされており、教育やしつけの場面で、子どもを自己に従わせるための手段として制裁を加える傾向があるものと考えられる。また、子どもに対する制裁が、徐々にエスカレートし、深刻な虐待を引き起こす例が多いことも指摘されているところである。

このような指摘等を踏まえると、子どもに対する制裁について明文で禁止し、これを防止することで虐待につながる要因を排除することが有用であるとも考えられる。前回会議においても、「肉体的又は精神的な苦痛を与える懲戒（又は罰）」といった表現が検討されるべきとの意見があったほか、前記ヒアリングでも、懲戒や罰がしつけにつながらず、場合によっては子どもの将来の精神的問題に大きな影響を与えるため、体罰だけでなく、子どもに心理的外傷をもたらす他の罰も禁止されるべきとの見解が示されていることから、民法上「肉体的又は精神的な苦痛を与える懲戒（又は制裁若しくは罰）」を明文で禁止することも考えられるところである。

しかし、少なくとも現段階では、社会通念上、教育やしつけの場面において、子どもに対する制裁がおおよそ許容されていないとまでは解されず、例えば、罰としておやつを抜いたり、ゲームの時間を減らしたりすることは、社会的に許容された制裁であると考えられるところ、そのような行為が許容されるのは、子に規範を身に付けさせるために、子が規範に意図的に違反した場合に制裁として行うことが必要かつ相当なものと理解されているためと考えられる。また、そのような社会的に許容されていると考えられる制裁によっても、子どもが精神的な苦痛を感じるものと考えられ、「肉体的又は精神的な苦痛を与える懲戒（又は制裁若しくは罰）」との表現では、民法上許容されない行為の範囲を適切に表現できないとも考えられる。加えて、このような表現によった場合、一定の制裁や罰は許容されないことの裏返しとして、子どもに対する制裁や罰であっても民法上許容されるものがあることが示されることとなるところ、その部分のみが過度に着目されることにより、子どもに対する制裁や罰の口実とさ

れ、その結果虐待に至るおそれも否定し得ない。

以上からすれば、乙案及び丙案において、民法第822条で禁止すべき行為として、子どもに対する制裁や罰といった表現を用いることは困難であるとも考えられるが、どのように考えるか。

5 イ 身体に対する暴力その他の心身に有害な影響を及ぼす言動

部会資料16-1では、「精神的侵害」や「精神に有害な影響を及ぼす行為」等の子どもに対して与える影響や結果に着目した表現の場合、同じ行為であっても、個々の子どもの感じ方によって、許容される行為か否かの判断が区々となり、親権の行使として具体的にどのような行為が許されないのかを国民に対して示すことが困難となることなどを理由に、判断基準の明確性の観点から、行為に着目した概念を用いた規定とすることを提案していたところである。

しかし、前回会議においては、親権者が良かれと思ってやった行為であっても、子どもに与える影響や害悪といった結果の面で問題があるから許容されないのだというように、結果の面から許容される行為の範囲を画することも検討に値するとの意見など、子どもに対して与える影響や結果に着目した表現を許容する意見が複数あったところである。

そこで改めて検討すると、体罰のみでなく、子どもに精神的な苦痛を与える行為も明文で禁止すべきであると考えられる理由は、本部会における有識者からのヒアリングなどでも指摘されているように、子どもを心理的に傷つける行為が、子どもの将来の精神的問題に大きな影響を生じさせるおそれがあるためであると考えられる。このような子どもに与える影響を防止するという目的を踏まえると、民法第822条において明文で禁止すべき行為について、子どもに与える影響や害悪に着目した表現を用いることは、その目的にかなう合理的なものであるとも考えられる。

また、民法第822条が民法上の権利義務関係を定める規定であると解する以上、同規定において許容されないものとされる行為は、単に道徳的に望ましくないというにとどまらず、実体法上禁止されるべきものであることとなるところ、このような効果を生ずるにふさわしい行為とは、法的に禁止される行為であるということについて、社会的なコンセンサスが形成されている行為に限られるべきものとも考えられる。そのような観点から見ると、体罰が子にとって有害で許容されないものであることは、児童福祉、精神医学の分野で広く承認されるに至っているものと考えられるし、子に精神的な苦痛を与える行為についても、少なくとも子の心身に有害な結果を残すような行為は許されないと整理することができると考えられる。

35 このような観点から、本部会資料では、「体罰又は心身に有害な影響を及ぼす言動」を明文で禁止することを本文（注4）で提案しているが、どのように考えるか（注1）（注2）。

（注1）他の法令でこのような子どもに与える影響や害悪の面から行為を規定するものとして

は、国境を越えた子の不法な連れ去り又は留置があった場合に、常居所地国に子を返還するための手続等を定める「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約」（以下「ハーグ条約」という。）の国内実施法である「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律」（平成25年法律第48号）（以下「実施法」という。）第28条第2項第1号が挙げられる。同号は、同条第1項第4号が定める子の返還拒否事由（子の心身に害悪を及ぼすことその他子を耐え難い状況に置くこととなる重大な危険があること）がの考慮事情として「身体に対する暴力その他の心身に有害な影響を及ぼす言動」（以下「暴力等」という。）を受けるおそれの有無を規定するものであり、親権者の権限の範囲を定めた規定ではないものの、子の利益に反する行為を例示した規定として、本見直しにおいても参考になるものと考えられる。

もっとも、実施法第28条第2項第1号の暴力等の具体的内容については、立案担当者によれば、児童虐待の防止等に関する法律第2条各号に掲げる行為が参考になるものとされ、児童に対する身体的虐待、性的虐待、ネグレクト及び心理的虐待等が含まれるものと説明されているところであり、その概念は、比較的狭く解されているものと考えられ、暴力等があったと認められるためには、一定の強度の暴力等が継続的又は恒常的に行われていたことが必要とされる傾向にあるとの指摘もあるところであるため、暴力等の記載をそのまま乙案または丙案に採用することは、児童虐待につながるおそれのある体罰や精神的な苦痛を与える行為を明示的に禁止し、児童虐待を防止するという今回の見直しの目的に沿わないとも考えられる。

（注2）国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律

第28条 裁判所は、前条の規定にかかわらず、次の各号に掲げる事由のいずれかがあると認めるときは、子の返還を命じてはならない。ただし、第一号から第三号まで又は第五号に掲げる事由がある場合であっても、一切の事情を考慮して常居所地国に子を返還することが子の利益に資すると認めるときは、子の返還を命ずることができる。

一 子の返還の申立てが当該連れ去りの時又は当該留置の開始の時から一年を経過した後になされたものであり、かつ、子が新たな環境に適応していること。

二 申立人が当該連れ去りの時又は当該留置の開始の時に子に対して現実に監護の権利を行使していなかったこと（当該連れ去り又は留置がなければ申立人が子に対して現実に監護の権利を行使していたと認められる場合を除く。）。

三 申立人が当該連れ去りの前若しくは当該留置の開始の前にこれに同意し、又は当該連れ去りの後若しくは当該留置の開始の後にこれを承諾したこと。

四 常居所地国に子を返還することによって、子の心身に害悪を及ぼすことその他子を耐え難い状況に置くこととなる重大な危険があること。

五 子の年齢及び発達の程度に照らして子の意見を考慮することが適当である場合において、子が常居所地国に返還されることを拒んでいること。

六 常居所地国に子を返還することが日本国における人権及び基本的自由の保護に関する基本原則により認められないものであること。

2 裁判所は、前項第四号に掲げる事由の有無を判断するに当たっては、次に掲げる事

情その他の一切の事情を考慮するものとする。

- 一 常居所地国において子が申立人から身体に対する暴力その他の心身に有害な影響を及ぼす言動（次号において「暴力等」という。）を受けるおそれの有無
- 二 相手方及び子が常居所地国に入国した場合に相手方が申立人から子に心理的外傷を与えることとなる暴力等を受けるおそれの有無
- 三 申立人又は相手方が常居所地国において子を監護することが困難な事情の有無

第2 嫡出の推定の見直し

民法第772条の規律を次のように改める。

- ① 妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する。妻が婚姻前に懐胎した子であっても、妻が婚姻の成立した後に出産した子であるときは、同様とする。
- ② 婚姻の解消又は取消しの日から300日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する。
- ③ 婚姻の解消又は取消しの日から300日以内に生まれた子であって、妻が前夫以外の男性と再婚した後に出生したものは、①及び②の規律にかかわらず、再婚後の夫の子と推定することとし、その適用範囲については、次の2案を引き続き検討する（注）。

【甲案】一律に再婚後の夫の子と推定する案

離婚及び死別による婚姻の解消並びに婚姻の取消しの場合に適用する。

【乙案】前夫の死亡の場合を除き、再婚後の夫の子と推定する案

離婚による婚姻の解消及び婚姻の取消しの場合に適用し、死別の場合には適用しない（前夫の子との推定と再婚後の夫の子との推定が重複する。）。

（注）子の出生時に妻が前夫以外の男性と再婚していないときにも、一定の要件の下、前夫の子と推定しないことの可否については、引き続き検討する。

（補足説明）

1 妻の婚姻の解消又は取消しの日の後に出生した子の懐胎時期の推定に関する規律（本文②関連）

(1) 本部会では、現実の妊娠日数や、離婚直後に懐胎した場合の手続負担等も考慮すると、本文②の規律において、300日という期間が果たして妥当であるかについても検討すべきといった指摘もあり、パブリック・コメントでも同様の指摘があったことから、以下検討をする。

(2) まず、妊娠の期間等に関して、東京都立墨東病院産婦人科部長である久具宏司医学博士から聞き取った概要は、以下のとおりである（詳細は、参考資料17-1参照）。

分娩週数と出生数の統計（厚生労働省 / 人口動態調査 / 人口動態統計 確定数 保管統計表（報告書非掲載表） 出生参照）を見ると、出生数のピークは、妊

妊娠が38週（266日～272日）から40週（280日～286日）であるものの、わずかではあるが妊娠43週（301日～307日）以降に出生する子も存在するところである。

妊娠43週0日に出生した子は、受精が成立したと推定される日から数えて41週間後に出生したことを意味する（すなわち、妊娠43週0日に出生したと推定される日より前の期間として14日間を含んでいる）。また、卵子は排卵後短時間で受精能を失うのに対し、精子は子宮内で数日間受精能を有しているため、排卵から最大5日前の性交渉でも妊娠の可能性はある。

以上を踏まえると、妊娠43週0日（301日）で出生した場合には、性交渉から出生までの期間は、最長で292日（301—14（受精までの期間）＋5（精子の受精能を有する期間））と想定される。そうすると、性交渉から300日という期間があれば、その性交渉により受精・着床して出生した子をほぼ全て捕捉することができるものと考えられる。

(3) 前記(2)の医学的知見を踏まえ、本文②における300日という期間を短縮する必要があるか検討する。

嫡出推定制度は、子の父を推定することによって、早期に父子関係を確定し、子が安定した地位を得るという意義を有していることに照らすと、婚姻中に懐胎した場合ほぼ全てを包摂し得る期間を懐胎推定の終期とすることが望ましいと考えられる。

他方で、婚姻中に懐胎した場合ほぼ全てを包摂し得る期間を懐胎推定の終期とすると、前記(2)の一般的な妊娠期間（分娩予定日は妊娠40週0日（280日）であること）に照らすと、実際には離婚後に懐胎したにもかかわらず婚姻中に懐胎したものと推定される場合が一定数含まれ得るという弊害を生じ得るといえる。しかし、このような弊害については、戸籍実務において、婚姻の解消又は取消しの日から300日以内に生まれた子であっても、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上記推定を覆すことができるとされている（平成19年5月7日付け法務省民一第1007号民事局長通達）ことにより、対処することが可能である。他方で、実際は前夫により懐胎された子であるにもかかわらず、推定の及ぶ期間外に出生したことによって前夫の子と推定されない場合には、生まれた子は認知によらなければ法律上の父が確保されないことからすると、仮に300日という期間を短縮した場合には、法律上の父がいない子の増加につながることは避けられず、総体として、子の利益が害される事態が増加するとも考えられる。

また、諸外国等の立法例を見ると、嫡出推定の終期として300日という期間より短い280日前後の期間を設ける例もあったものの、300日前後の期間を設ける国が多かった（注1）（注2）。

以上を踏まえると、嫡出推定の終期については、婚姻中に懐胎した場合ほぼ全てを包摂し得る期間を懐胎推定の終期とすることが相当であるところ、前記(2)のとおり、300日という期間は、婚姻中に懐胎した場合ほぼ全てを包摂し得る期

間であって、合理的なものであり、この期間を短縮する必要はないと考えられるが、どのように考えるか。

(注1) 諸外国等における婚姻を基礎に父性を推定する法制は、以下のとおりである（期間に関する部分に下線を引いた）。

○ドイツ

子の出生時にその母と婚姻関係にあった者が法律上当然に父となる（ドイツ民法第1592条第1号）。

婚姻が母の夫の死亡によって解消した場合において、その解消後300日以内に子が出生したときは、ドイツ民法1592条第1号が準用され、死亡した夫が当然に父となる（ドイツ民法第1593条第1文）。なお、離婚によって婚姻を解消した場合に前夫が父となる旨の規定は設けられていない。

○フランス

「婚姻中に懐胎され、又は出生した子は夫を父とする」（フランス民法第312条）。

懐胎時期について、「法律は、子が出生の日の前300日目から180日目に及ぶ、その日を含めての期間中に懐胎されたものと推定する」（フランス民法第311条第1項）。

「懐胎は、子の利益のために請求されるところに従い、この期間のいかなる時にでも生じたものと推定される」（同条第2項）。

○アメリカ

統一親子関係法（2017年）は、父子関係の推定に関し、次のような規定を設けている。

「第204条（親子関係の推定）

(a) ある自然人は、次の場合において子の親と推定される。

(1) [第8編又は] 州法により異なる定めがなされている場合を除き、

(A) 当該婚姻が無効であるか又は無効と宣言されうるかどうかにかかわらず、この自然人と子を出産した女性とが婚姻しており、かつ、子がこの婚姻中に出生した場合

(B) 当該婚姻が無効であるか又は無効と宣言されうるかどうかにかかわらず、この自然人と子を出産した女性とが過去に婚姻しており、婚姻が死亡〔離婚、解消、無効若しくは無効宣言〕によって終了した後、〔又は別居若しくは別居扶養の判決後〕、300日以内に子が出生した場合」

○イギリス（イングランド法）

コモンロー上の原則として、子の遺伝上の父が法的な父となる。

他方で、出生登録においては、婚姻女性が出生した場合において、父として夫の名が挙げられたときは、登録官が特に疑いを持つべき状況であれば別であるが、そうでなければ、特段の証拠を要することなく、夫の名が登録される。夫以外の男性を父として登録しようとする場合には、その男性と子の間に遺伝上の関係があることを証拠立てなければならない。ここに、「父性の推定」ルールが反映されている。

「父性の推定」ルールとは、コモンロー上のルールとして、婚姻女性が出産した場合に、

当該女性の夫が父であると推定するものであり、当該女性が懐胎時又は出生時において男性と婚姻していた場合に当てはまる（婚姻する前に懐胎していても出産時に婚姻していれば当てはまるし、また、婚姻解消後通常の妊娠日数内〔特に日数は定まっていない〕に生まれた子にも当てはまる）。

5 ○韓国

「妻が婚姻中に妊娠した子供は、夫の子として推定する」（韓国民法第844条第1項）。

「婚姻が成立した日から200日後に生まれた子供は、婚姻中に妊娠したものと推定する」（同条第2項）。

10 「婚姻関係が終了した日から300日以内に生まれた子供は、婚姻中に妊娠したものと推定する」（同条第3項）。

○台湾

「妻が婚姻中に懐胎した子は、嫡出子と推定する」（台湾民法第1063条第1項）。

「子の出生日より遡り、181日から302日にわたる期間を懐胎期間とする」（同条第2項）。

15 「懐胎が、181日以内あるいは302日以前に生じたと証明できれば、その期間を懐胎期間とする」（同条第3項）。

（注2）なお、諸外国の嫡出推定の終期として280日前後の期間を設ける法制は、以下のとおり（期間に関する部分に下線を引いた）。

○カザフスタン（「全訂新版 渉外戸籍のための各国法律と要件Ⅱ」786頁参照）

20 「母から子が出生したことは、医療機関において、母が子を出生したことを確認した書面に基つき、登録機関が立証する。医療機関外の子の出生の場合は、出生の事実を確認するメディカル・ドキュメントに基つき登録機関が立証し、それがない場合は、子の出生の事実、裁判での手続で立証される。」（婚姻及び家族に関するカザフスタン共和国法典第47条第1項）

25 「子が婚姻解消、婚姻の無効の日又は子の母の配偶者の死亡の日から280日以内に出生したときは、反する証明がないときは、母の前夫が子の父と認められる」（婚姻及び家族に関するカザフスタン共和国法典第47条第3項）

○スリランカ（「全訂新版 渉外戸籍のための各国法律と要件Ⅳ」54頁参照）

30 妻が婚姻中又は婚姻解消の日から280日以内に出生した子は、夫の子と推定される（スリランカ国証拠法第112条）。

○ネパール（「全訂新版 渉外戸籍のための各国法律と要件Ⅴ」100頁参照）

「夫婦の婚姻中に生まれた子、また、夫婦の離婚又は夫の死亡から272日以内に生まれた子は、裁判所において、同夫の子と推定される。」（Evidence Act of 2031 第6章(d)項）

35

2 民法第772条の見直しに伴う場面ごとの検討

次の場面については、以下の整理が考えられるが、どのように考えるか。

- (1) 妻は、婚姻前に懐胎し、その後、夫と婚姻したが、婚姻解消又は取消しに至った後に出産した子

本文①後段において、現行法を見直して、妻が婚姻する前に懐胎し、かつ、婚姻後200日以内に出生した子を夫の子と推定するとした趣旨は、そのような子については夫の生物学上の子である蓋然性が高いと考えられるという点等にあるが、そのことは子の出生前に婚姻の解消又は取消しに至ったからといって変わるものでないと考えられることなどに照らすと、このような場合においても、夫の子と推定するのが相当であると考えられる（中間試案補足説明18頁参照）。

したがって、妻が、婚姻前に懐胎し、その後、夫と婚姻したが、婚姻解消又は取消しに至った後に出産した子は、本文①後段により夫の子と推定されるものと考えられる。

なお、婚姻解消又は取消しの日から300日以内に生まれた子であれば、本文②で婚姻中に懐胎したと推定されるが、婚姻前に懐胎した場合（婚姻前に懐胎したことを反証できる場合）には上記推定を覆すことができるため、本文①前段で夫の子と推定することになるわけではない。

(2) 母が、前夫Aとの婚姻中に懐胎したが離婚し、Bと再婚したものの離婚し、さらにCと再婚した後に、出産した子

本文①の前段により前夫A、本文①の後段により再婚後の夫B及び同Cの子との推定が及ぶことになり得る。また、再婚後の夫B及び同Cは、本文③により、いずれもが子の父となり得るものといえる。

しかし、子にとって適切な養育を期待することができることや再婚後の家庭の平穏を維持するといった本文③の趣旨に照らすと、一番最後の（子の出生の直前の）再婚後の夫Cの子と推定することが相当であると考えられる（中間試案補足説明26頁参照）。

なお、前夫Aは、父子関係の当事者ではなく、子の利益に反する事態が生じるのを防止する観点から、前夫の否認権行使に要件を付加することを検討していることに照らすと、このような場合には、前夫Aは、Bの子であるとの推定及びCの子であるとの推定の双方について否認権を行使しなければならないとすることが考えられる（このような規律を設けた場合には、Bの子であるとの推定又はCの子であるとの推定のいずれか一方のみの嫡出否認の訴えは、不適法となる）。

(3) 母が、前夫Aとの婚姻中に懐胎したがAの死亡により婚姻解消し、Bと再婚したものの離婚し、さらにCと再婚した後に、出産した子

本文①の前段により前夫A、本文①の後段により再婚後の夫B及び同Cの子との推定が及ぶことになり得る。また、再婚後の夫B及び同Cは、本文③により、いずれもが子の父となり得るものといえる。

本文③【甲案】によれば、前記(2)と同様、Cの子と推定することになると考えられるが、同【乙案】によった場合には、前夫Aの子であるという推定とCの子であるという推定が重複することになるので、父を定めることを目的とする訴えによることになる。なお、Bについては、子の父と推定されないが、Cの子という推定が否認された場合には子の父と推定されることから、父を定めることを目的とする訴えにおいてはBをも当事者としなければならないとすることも考え

られる。

第3 別居後に懐胎された子による認知の訴えの明文化

民法第772条の期間内に出生した子に関し、民法に①の規律を、家事事件手続法に②の規律を、それぞれ設けるものとしてはどうか。

① 民法第772条の期間内に出生した子は、夫婦の一方が婚姻を解消する意思をもって別居をした後に懐胎したものであるときは、(嫡出推定の及ぶ子は、認知をすることができないとの規律にかかわらず、)同法第787条の訴えを提起することができる。

② ①に規定する子が父を相手方として申し立てた認知の調停において、家庭裁判所は、夫の陳述を聴くことを要しない。ただし、本文の規定は、家事事件手続法第261条ないし第263条の規定による事実の調査及び証拠調べを妨げるものではない。

(補足説明)

1 概要

パブリック・コメントや本部会のヒアリングにおいては、裁判手続等において、(前)夫と関わりを持つことを避けたいと望む当事者(母)が少なくなく、それが無戸籍の要因となっているとして、母が(前)夫と関わりを持つことなく、(前)夫の子との嫡出推定を否定する規律を求める意見があった。また、前回会議では、嫡出推定の例外を認める範囲に関して、子の出生時に妻が前夫以外の男性と再婚していないときにも、一定の要件の下、前夫の子と推定しないことの可否については、引き続き検討する必要があるとする意見があった。

そこで、本部会資料では、嫡出推定の原則規定(中間試案第2の1の本文①及び②)に対する例外として、夫婦が別居をした後に妻が懐胎した子は、嫡出推定の及ぶ子は認知をすることができないとの規律にかかわらず、強制認知の訴えを提起することができることを明文化した上で、そのような子が提起した認知調停の手続において、裁判所は、夫への手続保障の観点から、夫の陳述を聴く手続を取ることを要しないことを確認的に規定することを提案している。

2 ①の規律について

(1) 規律を設ける意義等

ア 妻が、婚姻中又は婚姻の解消又は取消しの後300日以内に出生した子は、妻が(前)夫以外の男性と再婚した後に生まれたものでない限り、原則として、(前)夫の子と推定されることとなる。しかし、妻が、その子を懐胎した時期に前夫と別居していたときは、妻や(前)夫は、子が(前)夫により懐胎されたものでないことを明確に認識しているのが通常であるものと考えられるから、このような場合における(前)夫の子との推定の在り方について、原則とは異なる規律を設けることが相当であるとも考えられる。否認権者の範囲を拡

大する今回の見直しにより、このような場合には、子又は母が否認権を行使することで、(前) 夫の子であることを否認することができるが、特に、無戸籍者問題を解消するという観点からは、(前) 夫を裁判手続の相手方とすることなく、裁判上、父子関係を否定することができるものとする点で意義がある。

5 このような規律は、現行法の下でも、判例上、推定の及ばない子について認められているものであるが、あくまで解釈上認められるものであることから、その規律を明確化し、国民にとって分かりやすい制度とすることが望ましい。
(注1)

10 イ そして、嫡出推定制度は、夫婦の同居義務や貞操義務に基づき、事実として、妻が婚姻中に懐胎した子は夫の子である蓋然性があること、夫婦間のプライバシーや家庭の平穏を維持するという観点から、夫の子であることが明らかでないときも、夫の子と推定することが相当であること、さらに、夫婦の協力・扶助義務に照らせば、夫婦によって子の養育が期待できること等を根拠とするものであるところ、夫婦の同居義務や貞操義務は、夫婦の一方からの意思表示のみで解除することができるものではないものの、夫婦の一方が婚姻関係を解消させる意思で別居を開始した後に子を懐胎した場合には、嫡出推定の基礎ないし根拠が欠けているものと評価することができる。そこで、このような子について、嫡出推定が及ばないものとして、嫡出子は認知をすることができないとの規律にかかわらず、子に認知の訴えの提起を認めることが相当であると考えられる。

20 ウ なお、推定の及ばない子の規律は、判例により、現行法の解釈として認められているものであることから、本提案における規律を置いたとしても、引き続き解釈により、この規律の外側で嫡出推定の例外を認めるべき場面が残る可能性は否定することはできないが、本提案は、現在の判例に代わる規律として、
25 置くことを想定している。

(2) 「別居」の意義

30 ここでいう「別居」は、嫡出推定の例外を認めるための要件であることを踏まえると、単に同居すなわち夫婦が寝食を共にする状況を解消するだけでは足りず、夫婦の一方が、婚姻を解消する意思で同居を解消したことまで要するものとすべきと考えられる。そこで、①では、単に「別居をした後」とするのではなく、「夫婦の一方が婚姻を解消する意思をもって別居をした後」との規律を置くことを提案している。

35 この点、判例には、単身赴任による別居中であっても、月2、3回自宅に帰ったり、夫婦で旅行に行くなどしていたという事情があった事案で、夫婦関係の実態が失われているとの外観はないと判断したものがあるが(参考・②)、単身赴任の場合には、夫婦のいずれにも、婚姻を解消する意思がないことから、「別居」が認められないことになるものと考えられる(注2)。

 また、別居後に月2、3回自宅に帰ったり、夫婦で旅行に行くなど夫婦間で接触があったという事案では、妻が夫の子を懐胎する可能性があることは否定でき

ないが、そのような事案であっても、夫婦の一方が婚姻を解消する意思をもって別居をしたと認められるときは、いったん別居を開始したことで、嫡出推定の基礎となる夫婦関係の実態が失われているといえることができる以上、強制認知の申立てを許容することが相当であるとも考えられる。このように、本提案では、別居があった場合には、現実的な懐胎可能性の有無に関わらず、子は適法に強制認知の訴えをすることができるものとするものであるが、この場合でも、裁判所は、認知の訴えを認容するためには、夫婦間で接触があったという事情を踏まえ、子と相手方である父との間の生物学上の父子関係があることを認定しなければならないこととなる（月2、3回自宅に帰ったり、夫婦で旅行に行くなどしていたという事情は、別居が婚姻を解消する意思によるものであったか否かを判断する際の事情になると同時に、強制認知の相手方である父と子との間の父子関係の有無を判断する際の間接事実にもなることになる。）。

なお、妻が、婚姻前に懐胎し、婚姻の成立後に出生した子については、妻の懐胎時に、夫婦は同居義務・貞操義務を負っていないが、今回の見直しにより、婚姻の成立後に生まれた子に一律に夫の子との推定を及ぼすこととする趣旨に照らせば、夫婦が同居していないことを理由に、強制認知を許すものとすることは相当でない。そして、①では、「夫婦の一方が婚姻を解消する意思で別居を開始した後」と規定しており、そもそも同居を開始していない夫婦に別居を観念することはできないこと、また、夫婦に婚姻を解消する意思も認められないことから、婚姻前に懐胎し婚姻の成立後に出生した子について、強制認知の申立てを許容することは想定していない。

(3) 強制認知の訴えの許容性

①では、妻が、夫婦の一方が婚姻を解消する意思をもって別居をした後に懐胎したことの効果として、嫡出推定の及ぶ子は認知することができないとの規律（民法第779条は、嫡出でない子は、その父又は母がこれを認知することができるとして、このことを規定するものであるとも理解できる。）にかかわらず、子は、認知の訴えを提起することができるものとするを提案している。

推定の及ばない子に関する判例は、推定の及ばない子について、「実質的には民法772条の推定を受けない嫡出子というべく、（中略）嫡出否認を待つまでもなく、上告人に対して認知の請求ができる」（参考・㊸）とか、「子は実質的には同条の推定を受けない嫡出子に当たるといえることができるから、同法774条以下の規定にかかわらず、親子関係不存在確認の訴えをもって夫と上記子との父子関係の存否を争うことができる」（参考・㊹）と判示している。

判例は、「実質的には（中略）推定を受けない嫡出子に当たる」ことの意義を明確に述べておらず、「嫡出子」であることを前提としている以上、訴えによらなければ、父子関係を否定することができないものとも理解することができる一方で、強制認知の先決問題として、夫と子との間の父子関係の不存在を主張することができるものとしている（注3）。

このように現行法の解釈には必ずしも明確とはいえない面もあるものの、法律

により、一定の場合に、嫡出否認の訴えによることなく、強制認知の訴えによることを認めることは可能であると考えられる。

(4) 嫡出推定の例外を認める範囲の検討

ア 本部会資料では、上記のとおり、夫婦の一方が婚姻を解消する意思をもって別居をした後に懐胎した子に限り、認知の訴えを提起することができるものとするを提案している。これに対して、判例は、一般論として、嫡出推定が及ばない場合について、「妻が右子を懐胎すべき時期に、既に夫婦が事実上の離婚をして夫婦の実態が失われ、又は遠隔地に居住して、夫婦間に性的関係を持つ機会がなかったことが明らかであるなどの事情が存在する場合」と判示しているところ、①に規律する場合のほかに、夫婦の実態が失われていないが、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場合にも、嫡出推定が及ばないものとする趣旨と理解することができる。このような場合には、夫婦内の事情に立ち入ることなく、妻が夫の子を懐胎する可能性がないことが外観上明らかであることから、①において、このような場合も強制認知ができる旨を明文で規律することが考えられる一方で、これらの場合には、必ずしも夫婦の婚姻の実態が失われているとはいえず、嫡出推定を及ぼす基礎が失われているとはいえないことから、なお嫡出推定を及ぼすことが相当であるとも考えられるが、どうか。

イ また、既に夫婦が事実上の離婚をして夫婦の実態が失われ、夫婦間に性的関係を持つ機会がなかった事案としては、①のほかに、いわゆる家庭内別居のように、同居は継続しているものの、夫婦の実態が失われている場合も含まれ得る。このような場合についても、①において、明文で強制認知ができる旨を規律することも考えられるが、どうか。

(5) 親子関係不存在確認の訴えの許容性の検討

推定の及ばない子については、判例上、強制認知によるのではなく、親子関係不存在確認の訴えによることもできるものとされているが、①の規律は、あくまで、子に新たな父が確保されることとなる強制認知の場合に限り、明文で規律することとしているものである。

他方で、生物学上の父を強制認知の相手方とすることができない事案など、親子関係不存在確認の手続も無戸籍者問題の解消という観点から一定の意義を有しているとも考えられることからすると（注4）、推定の及ばない子について、親子関係不存在確認の訴えによることができることをも明文で規律し、子の身分関係を安定させる観点から、一定の規律を設けることや、少なくとも親子関係不存在の手続の許容性を否定するような規律を置くことは相当でないとも考えられるが、どうか（例えば、推定の及ばない子に関する親子関係不存在確認の訴えについて、提訴権者や出訴期間を限定することなどが考えられる。（注5））。

（注1）なお、人事法案第95条第3項は、「前二項ノ規定ハ子ノ出生前二百日乃至三百日ノ間妻ガ夫ノ子ヲ懐胎スルコト能ハザル事情アル場合ニハ之ヲ適用セズ」としていた。

(注2) なお、判例には、夫は子の出生する9か月余り前に母と別居した事案で、別居後、子の出生までの間に、母と性交渉の機会を有したことに加え、母となお婚姻関係にあることに基ついて婚姻費用の分担金や出産費用の支払に応ずる調停を成立させたという事情を挙げて、夫と母との間に「婚姻の実態が存しないことが明らかであったとまでは言い難い」として、子が推定の及ばない子に当たるとは言えないとしたものがある(参考・㊦)。

(注3) なお、木村敦子「(3)『推定の及ばない子』に関する検討—平成26年判決が残した課題を中心として」道垣内弘人＝松原正明『家事法の理論・実務・判例1』47ページ以下。同53ページは、「推定の及ばない子」に関し推定の排除が理論上問題となるのは、第一次的な父子関係の成立の場面又は嫡出否認の場面(父性推定とその反証が問題となる。)であるが、その法的構成については、(α-1)嫡出推定を基礎付ける事実が欠けていることをもって、「推定が及ばない」とし、第一次な父子関係が成立しないとの構成、(α-2)父性推定を基礎付ける事実が欠けていることをもって、父性推定が働かないとする意味で、「推定が及ばない」という構成、及び、(α-3)父性推定の反証の場面で、父子関係の不存在である等の場面では、父性推定が当然に覆されることをもって「推定が及ばない」とし、嫡出否認によらなくてよいとの構成が考えられるとする。

その上で、複数の最高裁判決の意味内容や法的構成にばらつきがあるとしつつ、参考・㊦の傍論では嫡出否認の期間制限をも緩和することが示唆されていること(α-3では、夫婦間の事情に立ち入らないという嫡出否認制度の趣旨に照らせば、性交渉の不存在等の事情が外観上明白な場合に第三者により父子関係の存在を争うことは正当化されるものの、夫自身が嫡出否認の期間制限を超えて父子関係を争うことを正当化することはできないとする。)、参考・㊦等で、生物学上の父に対する強制認知で、嫡出推定の排除が先決問題として位置付けられていること等から、α-1構成が前提とされているとの解釈が素直であるとしている(同61ページ)。

(注4) 参考資料16-3によれば、法務省で把握した無戸籍者であって戸籍に記載された者2491名のうち、657名が親子関係不存在の手続によるものであった(強制認知の手続によるものは947名)。

また、出生から戸籍に記載されるまでにかかった期間が3年を超える者は512名(うち、親子関係不存在の手続によるものは109名、強制認知の手続によるものは174名)、5年を超える者は397名(うち、親子関係不存在の手続によるものは73名、強制認知の手続によるものは130名)であった。

(注5) 参考・㊦の福田博裁判官の意見は、推定の及ばない子について、「嫡出推定が排除される場合であるからといって、当然に、だれからでもいつでも父子関係の存否を争うことができるとするのは、身分関係の早期安定を図り、かつ、第三者の家庭への介入を防ごうとした前記民法の趣旨に反することとなる。」、「私は、嫡出推定が排除される場合であっても、父子関係の存否を争い得るのは、原則として、当該家庭を構成している戸籍上の父、子、母、それに新たな家庭を形成する可能性のある真実の父と主張する者に限定されるべきであると考え。」などと指摘している。

3 ②の規律について

(1) 無戸籍者問題を経験した当事者からのヒアリングやパブリック・コメントでは、子が生物学上の夫を相手方として申し立てる強制認知の調停の有用性を指摘する意見がある一方で、調停手続において、裁判所から前夫の関与を求められることがあり、それが制度の利用をためらわせる事情になっているとの指摘があった。そこで、無戸籍者問題を解消する観点から、調停手続において前夫の関与を要するか否かについての当事者の予測可能性を高める方策を設けることが有益であるとも考えられる。

(2) そこで検討すると、認知調停において、裁判所は、(前) 夫に対して、調停期日への出席を求めたり、意見照会又は陳述聴取を行うことがある。このように前夫の関与を求める趣旨としては、⑦推定の及ばない子に該当するか否かを検討する上での事実認定や法的判断のための資料収集の必要があるという理由と、④自らの戸籍が訂正されることに関して、(前) 夫の手続保障を与える必要があるという理由があると指摘されている。また、戸籍に子が記載されているか否かにかかわらず、(前) 夫は、第772条により子の父と推定されるのであるから、この推定が否認されることについて手続保障を与えられるべき地位にあるとの指摘もある。これらの関与を求める趣旨に照らせば、⑦については、家事事件手続法第261条ないし第263条に基づく事実の調査ないし証拠調べとして、出席、意見照会又は陳述聴取を行なうものであり、④については、(前) 夫に利害関係参加(第258条第1項、第42条)の機会を与えるために、通知を行なっているものであるとも考えられる。

④については、①の規律により子が推定の及ばない子に該当するとされるのは、実質的に、子と夫との間の生物学上の父子関係の存在を推定する基礎が欠如している場合であるともいえるところ、このような場合にまで、夫について、子と夫との間の父子関係の存在の否定に帰着する手続への関与の機会を保障すべき実質的な利益があるとはいえないとも考えられる。また、夫を含む第三者に対して強制認知の効力が及ぶためには、家庭裁判所による合意に相当する審判が必要であることなどからすれば、仮に強制認知の調停において当事者の馴れ合いによる手続追行があっても、夫の利益が不当に害される結果を招くとは直ちには想定し難く、したがって、夫による手続への関与を通じて当事者を牽制するといった必要性も乏しいとも考えられる。このほか、夫が子の父として戸籍に記載されている場合には、自らの戸籍が訂正されることを理由に手続保障を与える必要性があるとの指摘もあるが、戸籍法上、自らの意思と関係なく軽微な訂正が行われることも予定されており、前提となる身分関係から独立して、戸籍の訂正を理由に手続保障を与えることが必要であるとまでは言えないとも考えられる。

他方で、⑦については、裁判所は、合意に相当する審判をするに当たっては、必要な事実を調査した上で、当事者の合意を正当と認めること、すなわち、実体的真実に合致することを確認した上で、審判をすべきものとされている(家事事件手続法第277条第1項柱書本文)ことから、法律により、裁判所の事実の調

査の範囲を制限することは相当でなく、裁判所が事実の調査ないし証拠調べとして必要と考えた場合には、(前) 夫の期日への出席を求めたり、意見照会又は陳述を聴取することも妨げられないと考えられる。特に、別居の開始時期や別居が夫婦の一方による婚姻を解消する意思によって開始されたものであるか否かについての事実を認定するために、事情をよく知るであろう(前) 夫から聴取することが必要となる事案も存在すると思われる。他方で、住民票の異動や渡航履歴、刑事施設への収容状況に関する客観的証拠や懐胎時期における夫婦関係に関する関係者の供述証拠、また、夫婦が妻の懐胎時までに長期間にわたり別居していること、別居前後に家庭内暴力等を理由とする保護命令の申立てがされていること、住民票についてDV等支援措置がされていることといった状況証拠などの(前) 夫の供述以外の証拠等によって、夫婦の一方が婚姻を解消する意思をもって別居をした後に懐胎したという事実を認定することができる事案も多いと考えられ、そのような事案では、事実認定や法的判断のために(前) 夫の関与を求める必要性は小さいとも考えられる。

このように、㊦家庭裁判所において、事実の調査ないし証拠調べとして、前夫の関与を求める余地を残すこととした場合には、必ずしも、前夫の関与についての当事者の予測可能性を高めることになるとは言えない一方で、前夫の関与の必要性の有無は、認知調停の申立ての時点で申立人において証拠を評価することによって、一定程度予測することができるとも考えられることからすると、㊧夫の手續保障の要否という観点から夫を関与させる必要がないことを法律上明記することによって、夫の関与の要否についての、当事者の予測可能性が高まるとも考えられるが、どうか。

(3) 以上を踏まえ、㊨では、㊩に規定する子が父を相手方として申し立てる強制認知の調停において、裁判所は、夫の陳述を聴くことを要しない旨の規律を置くこととし、その上で、このような規律は、家事事件手続法第261条ないし第263条の規定による裁判所の実地の調査及び証拠調べを妨げるものではないことを注意的に規定することとしているが、このような規律を設けることについて、その必要性も含め、どのように考えるか。

(参考) 推定の及ばない子に関する最高裁判例(抜粋)

㊦ 最判昭和44年5月29日民集23巻6号1064頁

「原審の確定した事実によれば、被上告人らの母Bは、昭和二一年訴外Cと結婚したが、同二四年四月頃Cと事実上の離婚をして別居し、爾来同人とは全く交渉を絶ち、同二六年一〇月二日正式に離婚したのであるが、それに先だつ同二五年九月頃から同三九年三月頃までの間上告人と肉体的関係を持続し、その間同二七年三月二八日被上告人Aを、同三一年一月三十一日被上告人Dを各分娩し、同人らを自己の嫡出でない子として出生届をしたというのである。

右事実関係のもとにおいては、被上告人Aは母BとCとの婚姻解消の日から三〇〇日以内に出生した子であるけれども、BとC間の夫婦関係は、右離婚の届出に先だち約二年半

以前から事実上の離婚をして爾来夫婦の実態は失われ、たんに離婚の届出がおくれていたにとどまるというのであるから、被上告人Aは実質的には民法七七二条の推定を受けない嫡出子というべく、同被上告人はCからの嫡出否認を待つまでもなく、上告人に対して認知の請求ができる旨の原審の判断は正当として是認できる。」

5 ① 最判昭和44年9月4日判タ240号137頁

「原審の確定した事実によれば、被上告人の母Bは、昭和三三年七月一八日訴外Cと婚姻し、二人の子まで設けたが、家庭不和のため昭和三七年九月頃石田と事実上の協議離婚をして同棲を解消し、爾来同人とは全く交渉を絶ち、同年一〇年一八日には「協議書」なる協議離婚の書面を作成交換したのに、たまたまその届出手続がおくれ、昭和三九年七月四日

10 日にいたってようやく正式の離婚届をするに至ったのであるが、それに先だつ同三八年一〇月頃上告人と肉体関係を結ぶようになり、以来Bが被上告人を分娩する同三九年一月一七日の一ヶ月位前まで肉体関係を継続し、その間に上告人の子である被上告人を懐胎したというのである。

右事実関係のもとにおいては被上告人は母BとCとの婚姻解消の日から三〇〇日以内に出生した子であるけれども、BとC間の夫婦関係は、右離婚の届出に先だち約二年以前から事実上の協議離婚をして爾来夫婦の実態は失われ、たんに離婚の届出がおくれていたにとどまるというのであるから、被上告人は実質的には民法七七二条の推定を受けない嫡出子というべく、被上告人は石田源吉からの嫡出否認を待つまでもなく、上告人に対して認知の請求ができる旨の原審の判断は正当として是認できる（略）。」

15

20 ② 最判平成10年8月31日家月51巻4号33頁

「上告人は上告人と花子との婚姻が成立した日から二〇〇日を経過した後に花子が出産した子であるところ、右事実関係によれば、上告人は、被上告人の出生する九箇月余りに花子と別居し、その以前から同人との間には性交渉がなかったものの、別居後被上告人の出生までの間に、花子と性交渉の機会を有したほか、同人となお婚姻関係にあることに

25 基づいて婚姻費用の分担金や出産費用の支払に応ずる調停を成立させたというものであって、上告人と花子との間に婚姻の実態が存しないことが明らかであったとまではいい難いから、被上告人は実質的に民法七七二条の推定を受けない嫡出子に当たるとはいえないし、他に本件訴えの適法性を肯定すべき事情も認められない。」

③ 最判平成10年8月31日家月51巻4号75頁

「右一の事実によれば、太郎は、応召した昭和一八年一〇月一三日から名古屋港に帰還した昭和二一年五月二八日の前日までの間、花子と性的関係を持つ機会がなかったことが明らかである。そして、右一の事実のほか、昭和二一年当時における我が国の医療水準を考慮すると、当時、妊娠週数二六週目に出生した子が生存する可能性は極めて低かったものと判断される。そうすると、花子か上告人を懐胎したのは昭和二一年五月二八日より前であると推認すべきところ、当時、太郎は出征していまだ帰還していなかったのであるから、

30 花子が太郎の子を懐胎することが不可能であったことは、明らかというべきである。したがって、上告人は実質的には民法七七二条の推定を受けない嫡出子であり、太郎の養子である被上告人が亡太郎と上告人との間の父子関係の存否を争うことが権利の濫用に当たると包められるような特段の事情の存しない本件においては、被上告人は、親子関係不存

35

在確認の訴えをもって、亡太郎と上告人との間の父子関係の存否を争うことができるものとするのが相当である。」(福田博裁判官の意見がある。)

㊦ 最判平成12年3月14日家月52巻9号85頁

「一(略)記録によって認められる事実関係の概要は、次のとおりである。(略)

5 2 花子は、平成三年九月二日、上告人を出産した。被上告人は、同月一日、上告人の出生の届出をし、上告人は、戸籍上、被上告人と花子の嫡出子(長男)として記載されている。

3 被上告人と花子は、平成六年六月二〇日、上告人の親権者を花子と定めて協議離婚した。(略)

10 三(略) 夫と妻との婚姻関係が終了してその家庭が崩壊しているとの事情があつても、子の身分関係の法的安定を保持する必要が当然になくなるものではないから、右の事情が存在することの一事をもって、嫡出否認の訴えを提起し得る期間の経過後に、親子関係不存在確認の訴えをもって夫と子との間の父子関係の存否を争うことはできないものと解するのが相当である。

15 もっとも、民法七七二条二項所定の期間内に妻が出産した子について、妻が右子を懐胎すべき時期に、既に夫婦が事実上の離婚をして夫婦の実態が失われ、又は遠隔地に居住して、夫婦間に性的関係を持つ機会がなかったことが明らかであるなどの事情が存在する場合には、右子は実質的には民法七七二条の推定を受けない嫡出子に当たるということができるから、同法七七四条以下の規定にかかわらず、夫は右子との間の父子関係
20 の存否を争うことができると解するのが相当である(略)。しかしながら、本件においては、右のような事情は認められず、他に本件訴えの適法性を肯定すべき事情も認められない。」

㊧ 最決平成25年12月10日民集67巻9号1847頁

「特例法3条1項の規定に基づき男性への性別の取扱いの変更の審判を受けた者は、以後、
25 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。もっとも、民法772条2項所定の期間内に妻が出産した子について、妻がその子を懐胎すべき時期に、既に夫婦が事実上の離婚をして夫婦の実態が失われ、又は遠隔地に居住して、夫婦間に性的関係を持つ
30 機会がなかったことが明らかであるなどの事情が存在する場合には、その子は実質的には同条の推定を受けないことは、当審の判例とするところであるが(略)、性別の取扱いの変更の審判を受けた者については、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ものの、一方でそのような者に婚姻することを認めながら、他方で、その主要な効果である同条による嫡出の推定についての規定の適用を、妻との性的関係の結果もうけた子であり得ないことを理由に認めないとするのは相当でないというべきである。(略)
35 これを本件についてみると、Aは、妻である抗告人X2が婚姻中に懐胎した子であるから、夫である抗告人X1が特例法3条1項の規定に基づき性別の取扱いの変更の審判を受けた者であるとしても、民法772条の規定により、抗告人X1の子と推定され、また、Aが実質的に同条の推定を受けない事情、すなわち夫婦の実態が失われていたことが明ら

かなことその他の事情もうかがわれない。したがって、Aについて民法772条の規定に従い嫡出子としての戸籍の届出をすることは認められるべきであり、Aが同条による嫡出の推定を受けないことを理由とする本件戸籍記載は法律上許されないものであって戸籍の訂正を許可すべきである。」(寺田逸郎裁判官、木内道祥裁判官の各補足意見、岡部喜代子裁判官、大谷剛彦裁判官の各反対意見がある。)

㊦ 最判平成26年7月17日民集68巻6号547頁

「2 記録によって認められる事実関係の概要等は、次のとおりである。(略)

(2) 甲は、平成20年頃から乙と交際を始め、性的関係を持つようになった。しかし、上告人と甲は同居を続け、夫婦の実態が失われることはなかった。(略)

4 (略) 夫と子との間に生物学上の父子関係が認められないことが科学的証拠により明らかであり、かつ、夫と妻が既に離婚して別居し、子が親権者である妻の下で監護されているという事情があっても、子の身分関係の法的安定を保持する必要が当然になくなるものではないから、上記の事情が存在するからといって、同条による嫡出の推定が及ばなくなるものとはいえず、親子関係不存在確認の訴えをもって当該父子関係の存否を争うことはできないものと解するのが相当である。このように解すると、法律上の父子関係が生物学上の父子関係と一致しない場合が生ずることになるが、同条及び774条から778条までの規定はこのような不一致が生ずることをも容認しているものと解される。

もっとも、民法772条2項所定の期間内に妻が出産した子について、妻がその子を懐胎すべき時期に、既に夫婦が事実上の離婚をして夫婦の実態が失われ、又は遠隔地に居住して、夫婦間に性的関係を持つ機会がなかったことが明らかであるなどの事情が存在する場合には、上記子は実質的には同条の推定を受けない嫡出子に当たるということができるから、同法774条以下の規定にかかわらず、親子関係不存在確認の訴えをもって夫と上記子との間の父子関係の存否を争うことができると解するのが相当である(略)。しかしながら、本件においては、甲が被上告人を懐胎した時期に上記のような事情があったとは認められず、他に本件訴えの適法性を肯定すべき事情も認められない。」(櫻井龍子裁判官、山浦善樹裁判官の各補足意見、金築誠志裁判官、白木勇裁判官の各反対意見がある。)

㊧ 最判平成26年7月17日裁判集民事247号79頁

「2 記録によって認められる事実関係の概要等は、次のとおりである。

(1) (略) 上告人は、平成19年▲月から単身赴任をしていたが、単身赴任中も甲の居住する自宅に月に2、3回程度帰っていた。

(2) 甲は、平成19年▲月頃、乙と知り合い、乙と親密に交際するようになった。しかし、甲は、その頃も上告人と共に旅行をするなどし、上告人と甲の夫婦の実態が失われることはなかった。(略)

4 (略) 夫と子との間に生物学上の父子関係が認められないことが科学的証拠により明らかであり、かつ、子が、現時点において夫の下で監護されておらず、妻及び生物学上の父の下で順調に成長しているという事情があっても、子の身分関係の法的安定を保持する必要が当然になくなるものではないから、上記の事情が存在するからといって、同条による嫡出の推定が及ばなくなるものとはいえず、親子関係不存在確認の訴えをもつ

て当該父子関係の存否を争うことはできないものと解するのが相当である。このように解すると、法律上の父子関係が生物学上の父子関係と一致しない場合が生ずることになるが、同条及び774条から778条までの規定はこのような不一致が生ずることをも容認しているものと解される。

もつとも、民法772条2項所定の期間内に妻が出産した子について、妻がその子を懐胎すべき時期に、既に夫婦が事実上の離婚をして夫婦の実態が失われ、又は遠隔地に居住して、夫婦間に性的関係を持つ機会がなかったことが明らかであるなどの事情が存在する場合には、上記子は実質的には同条の推定を受けない嫡出子に当たるということができるから、同法774条以下の規定にかかわらず、親子関係不存在確認の訴えをもって夫と上記子との間の父子関係の存否を争うことができると解するのが相当である(略)。しかしながら、本件においては、甲が被上告人を懐胎した時期に上記のような事情があったとは認められず、他に本件訴えの適法性を肯定すべき事情も認められない。」(櫻井龍子裁判官、山浦善樹裁判官の各補足意見、金築誠志裁判官、白木勇裁判官の各反対意見がある。)

第4 嫡出の承認の制度の見直し

民法第776条の規律を次のように見直すものとしてはどうか。

① 夫又は妻が、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、承認をした者はその否認権を失う(注1)。

② 成年に達した子が、①の承認をしたときは、その否認権を失う。(注2)

(注1) 再婚後の夫の子との推定に対する前夫の否認権については、嫡出の承認に関する規律を設けないことを想定している。

(注2) 成年に達した子の否認権を認めないものとした場合には、未成年の子について、嫡出の承認に関する規律を設けないことを想定している。

(補足説明)

1 概要

嫡出の承認に関する民法第776条の規定の見直しについて、これまで第10回会議において議論され、中間試案の第7・1では、嫡出の承認の制度の見直しについて、「第4(嫡出否認制度の見直し)により、否認権者の範囲を拡大し、否認権の行使期間を伸張することに伴い、子の身分関係の安定を図る観点から、嫡出の承認に関する民法第776条を実効化するための方策を設けることについて、引き続き検討する。」ものとされていた。

パブリック・コメントでは、子の身分関係の安定を図る観点から、第776条を実効化する方策について引き続き検討することに賛成する意見が多数であった。他方で、この規定が適用された例が極めて少ないことから、実効化する方策を実現することは難しいとの指摘もあった。

本部会資料では、否認権者が、嫡出の承認をしたときは、その否認権を失うという第776条の規律を基本的に維持した上で、否認権者を拡大することに伴い、新

たに否認権者となる子及び妻についても、その者が嫡出の承認をしたときは、当該承認をした者はその否認権を失うとの規律を設けることを提案している。

2 規律の内容

5 (1) 夫の否認権

ア 夫の否認権については、第776条の規律を基本的に維持することとしているが、その理由は次のとおりである。

すなわち、現行法の規律の内容及び趣旨は、部会資料10-1の第5の補足説明の1記載のとおりであるが、否認権者を拡大することとした場合には、夫のみの承認によって父子関係が確定することにはならないため、その趣旨は、
10 一定程度変容することは避けられないとも考えられる。もっとも、同条の趣旨として、夫が承認したときは、生物学上の父子関係がある蓋然性が高く、また、承認により親としての責任を負う意思を推測させること、さらに、子の身分関係の早期確定や子の利益の保護を図る必要があること等が指摘されているが、
15 否認権者を拡大したとしても、子の身分関係の早期安定という観点から、否認権者の承認という行為によって、否認権の消滅という効果を生じさせるものであるという点は引き続き妥当するものとも考えられる。そして、否認権の行使期間を伸長した場合には、夫が嫡出の承認をした後、例えば、夫婦関係が悪化し、主として妻が子を養育することとなった場合に、夫が自らの扶養の責任や相続関係を失わせるために、否認権を行使することが、子の身分関係の早期確定や子の利益の保護の観点から相当でない事案が生じることも予想される。

また、本条に対する削除論として、夫の一方的意思によってもたらされる虚偽の父子関係を子に強いるものであるとの批判や、真実主義を担保することからみればこれを削除すべきとの意見もあるところ、今回の見直しにより、夫以外
20 外の者に否認権を認め、また、夫が嫡出の承認をしたときであっても他の否認権者の否認権の行使は制限されないものとした場合には、これらの指摘は当たらない。

そこで、夫について、嫡出の承認の規定を引き続き維持することとしている。

イ また、中間試案では、第776条の規定を実効化する形で見直すこととされていたが、嫡出の承認の要件を具体化することは、かえって嫡出の承認が認められる場面を限定することとなり、相当ではないとも考えられることから、本部会資料では、要件の具体化等
30 の見直しを提案しないこととしている。

もっとも、同条の規定を実効化する観点から、嫡出の承認の意思表示の相手方は誰か、承認をする者が夫と子との間に生物学上の父子関係がないことを認識していることを要するか否かなど、嫡出の承認の要件を具体化すること
35 も考えられるが、どうか。

そのような検討に当たっては、嫡出の承認は、否認権者から提起された嫡出否認の訴えにおいて、子が夫の子でないことが主張・立証されたことに対する抗弁として機能することからすると、子が夫の子でないことを前提に、いかな

る事情があれば否認権を制限する承認の意思表示があったといえるかどうか
が問題となる。また、否認権の行使期間が経過しているときは、それにより訴
えは認められないこととなるから、そのような事情は、否認権の行使期間内に
生じている必要がある。このような観点からみた場合に、例えば、夫が、子と
5 の間に生物学上の父子関係がないことを知らずに、子を命名し、愛育し、又は
周囲の人間に自らの子の誕生を知らせたといった事情がある場合に、嫡出の承
認を認めるべきかどうか、また、夫が、子との間に生物学上の父子関係がない
ことを知りつつ、上記の言動をしたという事情がある場合に、嫡出の承認を認
めるべきかどうかを検討することが有益であるとも考えられる。

10 (2) 母の否認権

否認権を母にも認めることを前提に、母も、嫡出の承認をすることができ、承
認をしたときは、母は否認権を行使することができないものとするとしている。

母はその夫と異なり父子関係の当事者ではないものの、子の父が誰であるかを
15 よく知り、また、父とともに子を養育する主体となる母が嫡出の承認をしたとき
は、子の身分関係を早期に確定させるために、その否認権の消滅という効果を生
じさせることが相当であると考えられる。

(3) 子の否認権

子の否認権については、成年に達した子に否認権を認めることとした場合に、
20 成年に達した子は、嫡出の承認をすることができ、承認をしたときは、子は否認
権を行使することができないものとするとしている。

成年に達した子に否認権を認めることとした場合には、身分関係を早期に確定
する観点から、否認権の消滅という効果を生じさせることが相当であるとも考え
られる。他方で、子は主として養育を受ける立場にあることからすると、その承
25 認の内容は夫や妻の承認と異なるとも考えられ、いかなる事実がある場合に（黙
示の）承認があったといえるかは難しい問題である。また、第10回会議では、
子からする嫡出の承認が子の利益に適うかどうか疑問であるとの指摘もあったと
ころである。これらの点について、どのように考えるか。

なお、成年に達した子の否認権を認めないものとした場合には、未成年の子の
30 否認権は、子の出生から3年又は5年以内に行使すべきものとされており、子が
自律的な判断により、嫡出の承認をするということは観念できない。また、上記
のとおり、本部会でも、親権を行う母等が子に代わって嫡出の承認をすることは、
子の利益に適合しないのではないかと指摘があったことから、未成年の子につ
いて嫡出の承認の規律を設けないことを想定しており、その旨（注2）に付記し
35 ている。

(4) 再婚後の夫の子との推定に対する前夫の否認権

再婚後の夫の子と推定される子については、前夫は当該推定に対する否認権を
有するものとしているが、本提案では、前夫の当該否認権については、嫡出の承
認の規律は設けないものとするとしており、その旨を（注1）に付記してい

る。

その理由は、前夫は、推定される父子関係の当事者ではなく、夫や妻と異なり、子が再婚後の夫の子と推定されている限りは、子を養育する主体とはならないことから、これらの者に対するものと同様の嫡出の承認の規律を設けることは相当でない。また、単に、再婚後の夫による子の養育を黙認してただけで、嫡出の承認があったものとするとは、前夫の否認権を制限することとなり、相当でないとも考えられる。

なお、特段の規律を設けない場合であっても、前夫が、再婚後の夫の子との推定を争わない旨の積極的言動をするなどしていたにもかかわらず、前夫が、それに反して嫡出否認の訴えを提起するなどした場合には、そのような否認権の行使が、信義則に反し、又は権利の濫用に該当し、許されないものとするとはできるとも考えられることから、前夫について、嫡出の承認の規定を設けないとしても、問題は生じないと考えられる。

第5 第三者の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関する民法の特則

第三者の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関し、民法の嫡出推定制度の特則として、次のような規律を設けるものとしてはどうか。
(注1)

① 母の否認権の特則

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。以下同じ。）を用いた生殖補助医療により懐胎した子については、妻は、民法第774条の規定にかかわらず、その子が嫡出であることを否認することができない。

② 未成年の子の否認権の特則（注2）

妻が、夫の同意を得て、夫以外の男性の精子を用いた生殖補助医療により懐胎した子については、未成年の子は、民法第774条の規定にかかわらず、自らが嫡出であることを否認することができない。

(注1) 妻が、婚姻中に夫の同意を得て、夫以外の男性の精子を用いた生殖補助医療により懐胎し、夫婦の婚姻の解消又は取消しの日から300日以内に生まれた子であって、妻が夫以外の男性と再婚した後に生まれたものについては、基本的に、民法の嫡出推定制度の特則は設けないものとする。

(注2) 成年に達した子の否認権を認めることとした場合については、妻が、夫の同意を得て、夫以外の男性の精子を用いた生殖補助医療により懐胎した子については、夫との間に生物学上の父子関係がないことを理由として、自らが嫡出であることを否認することができないものとするが、その余の規律については、成年に達した子の否認権の具体的規律を踏まえ、引き続き検討する。

(補足説明)

1 第16回会議における指摘等

部会資料16-3では、第三者の提供精子を用いた生殖補助医療により生まれた子の親子関係について提案がされていたところ、第16回会議では、夫の同意により否認権が制限される根拠を整理する必要があるとの指摘や、母の否認権を認めることに伴い、生殖補助医療法第10条が「夫の同意」とのみ規律している点の見直しの要否について検討する必要があるとの指摘があったほか、成年に達した子の取扱いも具体的に提案すべきであるといった指摘がされた。

そこで、本部会資料では、部会資料16-3で提案されていた規律を基本的に維持した上で、(注2)において、成年に達した子の否認権についての具体的な規律を付記することとしている。また、補足説明において、上記各指摘について、更に検討を加えることとしている。

(注) 諸外国等における第三者の提供精子による生殖補助医療により生まれた子の父子関係に関する規律(詳細は参考資料17-2を参照。以下は、事務当局において、その内容を要約したものである。括弧内のページ番号は、参考資料17-2の該当ページを指す。また、親子法制の一般的規律については、参考資料3-1も参照。)

(1) ドイツ

ア 自然懐胎を含む一般的規律

子の出生時にその母と婚姻関係にあった者が法律上当然に父となる。また、認知によっても父子関係が成立する。これらに対して、子及び法律上の父母は否認の訴えを提起することができる。子については、成年到達時又は父子関係を疑わせる事実を知った時のいずれか遅い時から2年以内に行使することとされている。否認の訴えの実体要件は、原則として、遺伝上の血縁関係の不存在である。さらに、裁判所は、遺伝上の血縁関係を要件として、父子関係を確認することができる。

イ 生殖補助医療に関する規律

ドイツでは、生殖補助医療に関し、養子縁組あつせん法、胚保護法、臓器移植法及び精子提供者登録法が規律を置いているが、親子関係については、民法に以下のとおりの規律が置かれている。

婚姻カップルの間で第三者提供精子により子が生まれた場合には、上記の規律により、母の夫が当然に子の父となる。そして、父母の双方が、母が第三者の提供精子による人工生殖より懐胎することに同意していたときは、当該父母は否認権を有しないとされている(ドイツ民法1600条4項)。この理由について、精子が第三者の提供によるものである以上、父は子の血縁上の父ではないが、そのことを理解した上でそれによる人工生殖に同意した父母が、それにもかかわらず後から否認権を行使するのは禁反言に反し許されないと説明されている。他方、この場合でも、子は、否認権を行使することができる(子が未成年の間は否認権の行使は法定代理人によらなければならないが、法定代理人はそれが子の福祉に適う場合のみ否認権を行使できるとされているが、別の者が父となることなく現在の父との父子関係が単に否定されるというの

は、通常は子の福祉に適うとは言えないため、実際に問題になるのは、子が成年に達してからであると言われている。)

また、母のパートナーが認知をしたときは、子の父となるが、認知により発生した父子関係の否認に関する規律は、婚姻により発生した父子関係に対するものと同様である。パートナーが認知しない場合には、子又は母は父子関係確認の裁判をすることになるが、同意していた男性を父として確認する旨の規律は設けられていない。

なお、上記の規定が適用されるための同意について、同意は、父母の一方がそれぞれ他方の者に対する意思表示としなければならないと解釈されているが、法律上特別な方式は必要とされていない。同意は、人工生殖の実施までいつでも撤回することができるという解釈されている。(以上、3、8、9 ページ。行為規制の詳細は、4 ページ以下を参照。)

(2) フランス

ア 自然懐胎を含む一般的規律

婚姻中に懐胎され又は出生した子は夫を父とする。また、認知により父子関係を確立することができる。これに対して、一定の者が父子関係を争う訴えを提起することができる。一定の者とは、①出生証書と身分占有が一致している場合は、身分占有が5年未満であるときは、子、父、母、真実の親と主張する者であり、また、身分占有が5年間継続しているときは、検察官のみ、②①以外の場合は、利害関係人である。

イ 生殖補助医療に関する規律

フランスでは、生殖補助医療に関し、公衆衛生法典等が規律を置いているが、親子関係については、民法に以下のような規律が置かれている。

、生殖補助医療に対して与えられた同意により、(中略)あらゆる親子関係に対する異議の訴えが禁じられるとの特則が置かれている(フランス民法第311条の20第2項本文)。これは、親子関係の安定化を図るため、生殖補助医療に関する特則を定めるものであり、婚姻による父性推定や認知により、親子関係がいったん法的に確立すると、あらゆる異議に関する訴権が封じられる。また、婚姻していないカップルについては、生殖補助医療に同意しながら、それにより生まれた子を認知しない者に対し、親子関係は裁判上宣言されとの規定(同条第5項前段)と、そのような者は、母と子に対して責任を負うとの規定(同条第4項)を置いている。ただし、子が生殖補助医療から生まれたのではない場合及びカップルの一方の死亡、離婚、別居、共同生活の終了の申立てがあったことにより、同意が効力を有しない場合には、特則は適用されないとされている(同条第2項、第3項)。

なお、上記の同意は、事前に、秘密が保持される状況で、公証人から親子関係条の帰結について知らされた上で得られなければならないものとされ、それが、施術の要件ともされている(第311条の20第1項、公衆衛生法典L. 第2141-10条第7項)

(以上、30～32 ページ。行為規制の詳細は、23 ページ以下参照。)

(3) イギリス (イングランド)

ア 自然懐胎を含む一般的規律

イングランドでは、自然懐胎を含めた親子関係は第一次的にコモン・ローによって規律される。そこでは、子と遺伝関係のある男性が法的な父とされ、遺伝上のつながりを示すものとして、婚姻や出生証明書による父子関係の推定が用いられている。これらによって一定の男性が子の父と推定される場合でも、当該推定は遺伝子検査によって覆し得る。

イ 生殖補助医療に関する規律

イングランドでは、1990年成立のヒト受精及び胚研究に関する法（HFEA1990）及びその2008年法（HFEA2008）が、生殖補助医療に生殖補助医療に関する事前の規律及びこれにより出生した子の親子関係に関する規律を定めている。

HFEA2008 第35条(1)は、「(a)胚、精子若しくは卵子の移植時又は人工受精時において女性が男性と婚姻しているか、男性とパートナーシップ関係にある場合であり、かつ、(b)当該女性により懐胎される胚が、当該女性と婚姻関係又はパートナーシップ関係にある者の精子により形成されたものでないときには、婚姻関係又はパートナーシップ関係にある男性が父親として扱われる。ただし、当該男性が胚、精子若しくは卵子の移植又は人工受精に同意していないことを証明した場合を除く。」と規定しており、第三者の提供精子を用いた人工授精又は体外受精を受けた女性が婚姻している場合には、上記コモン・ロー上のルールではなく、同条により、母の夫が父親とされる。なお、行為規制として、配偶子・胚を生殖補助医療に利用する場合には、その目的を明示した、書面による同意が必要とされ、同意を与える前に適切なカウンセリングを受け、十分な情報を与えられていなければならないとされている。もっとも、上記親子関係に関する規律は、医療機関によらずに当事者自身が行った人工授精等にも適用されるため、医療行為の規制が親子関係の規律の適用の前提とはされていない。

また、事実上のパートナーを有する女性が第三者提供精子を用いて生殖補助医療を受けた場合は、当該パートナーが合意による父子関係についての条件（男性が子の父として扱われることにつき同意した旨を述べる通知と、女性が当該男性がそのように扱われることにつき同意した旨を述べる通知を、書面により、HFEAの認可を受けて治療を提供する医療者に与えること等が必要とされる。）を満たすときは、父となる

（HFEA2008 第36条、第37条）（以上、78、80～82ページ。行為規制の詳細は、77ページ以下参照。）

(4) アメリカ

ア 概要

アメリカでは、親子関係に関する規律は州法で規律されているが、その起源はイングランドにおけるコモン・ローである。家族法分野に関しては、統一親子法案

（UPA）が策定され、州法の統一化に寄与しているが、州によっては、生殖補助医療により出生した子の親子関係について、特に定めた制定法・判例法を有しないものもある。

イ 統一親子法案

最新の2017年のUPA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が置いている。第三者の提供精子を用いた生殖補助医療により生まれた子について

は、婚姻カップルと非婚姻カップルを区別することなく、第 703 条が「生殖補助医療により生まれた子の親となる意思を有して、第 704 条の規定に従い女性による生殖補助医療について同意をした個人は、子の親である。」と規定している。同意は、懐胎・出産した女性及び親となる意思のある他方当事者の署名のある記録によりなされなければならないが、かかる記録がない場合でも、明白かつ説得力のある証拠により同意したことが示された場合又は懐胎・出産した女性と親となる意思のある他方当事者が子の誕生から 2 年の間子と共に同居し子を実子として扱った場合は、親子関係が認められる（第 704 条(b)）。

ウ ニュー・ヨーク州

ニュー・ヨーク州では、第三者の提供配偶子を用いて出生した子の親子関係の形成について、出産・懐胎した女性がパートナーと婚姻しているか否か、また、パートナーが同性か異性かにかかわらず、ドナー配偶子を用いた生殖補助医療につきパートナーが同意している場合には、パートナーと出生した子の親であるとしている（ニュー・ヨーク州家庭裁判所法第 581-303 条(a)。これに対して、子、親とされた者、生殖補助医療の参加者（配偶子の提供者、生殖補助医療により出生した子の親となる意思を有している者）、自身が親であると主張する者等は、配偶者の認識及び同意なく生殖補助医療が行われたという明白かつ説得力ある証拠がある場合に限り、親子関係の存在を争うことができるものとされている（第 581-201 条(c)、第 581-303 条(a)）。(以上、52～56 ページ)

(5) 韓国

ア 自然懐胎を含む一般的規律

韓国民法第 844 条は、婚姻中に妻が胞胎した子を夫の子と推定するとしており（「親生推定」と呼ばれる。）、第 846 条、第 847 条により、この推定を覆すためには、夫又は妻が、親生否認の理由あることを知った日から 2 年以内に提起する親生否認の訴えによらなければならないとしている。これに対して、判例で、その夫婦の一方が長期間にわたり海外に出ていたり、事実上の離婚で夫婦が別居している場合など「同棲の欠如」によって、妻が夫の子を胞胎できないことが外見上明白な事情がある場合には、親生推定が及ばず、親生子関係不存在確認の訴えを提起することができるものと解釈されている。また、実父の認知又は子が父を相手にする認知請求によっても、法律上の親生子関係が創設される（第 855 条第 1 項、第 863 条）

イ 生殖補助医療に関する規律

韓国では、2004 年に「生命倫理及び安全に関する法律」が制定されたが、同法は行為規制に重点を置いたものであって親子法的な観点からの規定は断片的なものにとどまっていることから、多くの問題は現行民法の規定の解釈や判例に委ねられている。

第三者の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、これを定める明文の規定はないが、第三者の提供精子を用いた人工授精（A I D）により生まれた子の父子関係が争われた事案に関する大法院の判決がある。

この事案で、大法院は、A I Dにより生まれた子にも親生推定が及び、子と夫との

間に血縁関係がないことが明らかになった場合でも、依然として親生推定が及ぶ旨を判示した上で、通常の婚姻生活をしている夫婦の間でA I Dに同意した夫が後でこれを覆して親生否認の訴えを提起するのは、第 852 条（子の出生後親生子であることを承認した者は、再び親生否認の訴えをていきすることはできないとの規定）及び先行行為と矛盾する行為であって信義則に照らして許されるべきではないとの理由とともに、A I D 事案における夫の同意は、親生推定の適用根拠であり、親生否認の訴えの排除根拠であることを挙げて、親生否認の訴えは認められないと判断した。

なお、生命倫理法は、事実婚等の非婚姻カップルの間で生殖補助医療を許可できるかについて明示的な条文を置いていないものの、同法の関連規定の解釈や学会の指針により、第三者提供精子を用いた生殖補助医療の対象は法律婚の夫婦のみとされている。生まれた子の親子関係については、解釈に委ねられている。（以上、149～154 ページ。行為規制の詳細は、140 ページ以下参照。）

(6) 台湾

ア 自然懐胎を含む一般的規律

台湾民法では、妻が婚姻中に懐胎した子は嫡出子と推定するとされ（第 1062 条第 1 項）、夫、妻又は子は、子と夫の間の実親子関係が存在しないこと、すなわち、自然血縁関係の不存在を証明することによって、否認の訴えを提起することができるとされている（第 1063 条第 2 項）。また、非嫡出子とその父の関係は、任意認知及び強制認知を含めたを認知により成立する（第 1065 条第 1 項）。

イ 生殖補助医療に関する規律

台湾では、2007 年に成立した人工生殖法が、生殖補助医療を通じて生まれた子の親子関係に関する定めを置いており、第三者の提供精子により生まれた子の父子関係については、同法第 23 条第 1 項が、妻が婚姻関係存続中において、夫の同意を得た後、ドナーの提供した精子を使用して自分の卵子を授精させ出産した子は、夫の嫡出子とみなされるとしている。

人工生殖法第 23 条第 1 項は、この原則をA I Dにより生まれた子に適用すると、子の地位が不安定になることから、生殖補助医療に同意した夫を父とするとともに、夫に嫡出否認の訴えを起こさせないものとしたものである。その趣旨について、立法時の説明では、信義則や禁反言の法理によるものとされている。これに対して、妻及び子が嫡出否認の訴えを提出できるかについて明確な定めはなく、解釈に委ねられている。子については、通説は、第 23 条が「嫡出子とみなす」という文言を取っていることから、嫡出否認の権利を有しないと解釈している。

なお、人工生殖法は、事実婚の夫婦による生殖補助医療の利用を認めていないようである。（以上、189～192 ページ、行為規制の詳細は、186 ページ以下参照。）

(7) オーストリア

ア 自然懐胎を含む一般的規律

オーストリア民法では、子の出生時に母と婚姻関係にあった者又は母の夫として子の出生前 300 日以内に死亡した者は、その子の父となるとされ、また、男性が子を認知した場合や、男性が父であることが判決によって確認された場合にも、当該男性が

子の父となるとされている（第 144 条第 1 項）。法律上の父及び子は、血縁関係がないときは、親子関係不存在確認の訴えをすることができるとされている（第 151 条第 2 項）。

イ 生殖補助医療に関する規律

5 オーストリアでは、1992 年に制定された生殖医療法が、生殖補助医療を包括的に規律しているが、第三者の提供精子による生殖補助医療がされた場合については、民法が特則を設けている。

10 婚姻カップルに生まれた子は、上記のとおり、母の夫の子となるが、生殖補助医療が医学的手法によって行われ、かつ、父がそれにより公正証書により同意をしていた場合には、それによって生まれた子が自らの血縁上の子ではない旨の確認を求めることができない（オーストリア民法第 152 条）。同条は、主体を限定しない定め方となっており、法律上の父だけでなく、子にも妥当する規律となっているが、これは、精子提供者が通常子の父とならないことから、子が父を失うことはこの福祉に反するという後見的配慮があるとされる。

15 カップルが婚姻関係にない場合は、母のパートナーが子を認知したのでない限り、父子関係の成立は、父子関係確認の訴えによることとなり、その場合には、子の出生前 300 日から 180 日までの間に、医学的手法により行われる、第三者の提供する精子を用いた人工授精が母に対して行われたときは、これについて公正証書により同意していた男性が父とされる（第 148 条第 3 項本文）。（以上、99、100 ページ。行為規制
20 の詳細は、93 ページ以下を参照。）

(8) スイス

ア 自然懐胎を含む一般的規律

25 婚姻中に生まれた子については、母の夫が父となる（スイス民法第 255 条第 1 項）。この父子関係は推定であるとされ、母の夫と、未成年の間に夫のとの共同生活
30 が終了した場合における子に否認の訴えの否認権が認められ、夫は、子の出生及び自身が血縁上の父でないことを知った時から 1 年以内に（ただし、出生から 5 年を超えることはできない。）、子は、成年に達してから 1 年以内に否認の訴えを提起しなければならない（第 256c 条）。否認の実体要件は、血縁上の父子関係の不存在である。また、認知又は裁判によっても父子関係が発生する。

イ 生殖補助医療に関する規律

35 スイスでは、連邦憲法において生殖補助医療に関する規律を置いており、より詳細な定めが生殖医療法に置かれている。

 そこでは、第三者の提供精子を用いた生殖補助医療を利用できるのは法律上の夫婦に限られており、これにより生まれた子については、上記のとおり、夫の子と推定されるが、夫は、第三者による懐胎に同意していた場合には、否認権を有しないものとされている（スイス民法第 256 条第 3 項）。また、生殖医療法に基づく生殖補助医療が行われた場合には、それにより出生した子は否認権を有しないものとされている

 （生殖医療法第 23 条 1 項）。これは、養子縁組がされた場合に子が養親子関係を消滅させることができないのと同様の扱いが目指されたことによる。当事者であるカップ

ルが婚姻関係にない場合の親子関係について、定めは置かれていない。(以上, 107, 108, 115, 116 ページ。行為規制の詳細は, 111 ページ以下を参照。)

2 否認権者の否認権を制限する根拠

5 (1) 現行法の理解

生殖補助医療法第10条は、現行の嫡出推定制度を前提に、夫の否認権を制限するものとしているが、これは生まれた子の父子関係の安定を図ることを目的とするものである。

10 その根拠についてさらに検討すると、夫は、自ら生殖補助医療に同意し、父としての責任を負う意思を有していたのであるから、生まれた子の法律上の父としての責任を負わせることが相当であるとの理解（根拠その1）と、一定の要件の下、第三者の提供精子を用いた生殖補助医療を実施した以上は、子の身分関係の安定を図り、子の利益を保護する観点から、生まれた子について、同意した夫を
15 子の父とすることが相当であり、その要件については、現行の生殖補助医療法第10条のとおり、生物学上のつながりのない父子関係を形成することとなる夫の同意があれば足りるとの理解（根拠その2）とがあり得るように思われる。

(2) 根拠その1

根拠その1は、基本的に、母の否認権の制限に関しても妥当すると考えられる。すなわち、妻が夫の同意を得て夫以外の男性の精子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、妻は生まれた子を夫の子として育てる意思を
20 有していたのであるから、生まれた子について、生物学上の父子関係がないことを理由とする嫡出否認をすることができないものとするのが相当であると考えられる。

これに対して、子は生殖補助医療について何らの意思決定をしていないことから、根拠その1により、未成年の子や成年に達した子の否認権を制限することは
25 困難であると考えられる。

(3) 根拠その2

根拠その2は、母のみならず、子の否認権の制限に関しても妥当すると考えられる。すなわち、生殖補助医療法第10条は、法律上の夫婦を前提に、自らのもの
30 ではない精子を用いることとなる夫の同意を得て、妻が第三者の提供精子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、同意した夫を子の法律上の父として確定させることが、生まれた子の身分関係を安定させ、子の利益に合致するとしたものであると考えられる。このような場合に、生物学上の父子関係がないことを理由に母や子が父子関係を否定することができるものとする
35 は、子の利益に反することから、許容されるべきではないといえることができる。

(4) もっとも、以上のような整理は互いに両立しないものではなく、両者が相まって、否認権の制限を根拠付けることになると考えられる。以下では、このような理解を前提に、母及び子の否認権の制限について、検討する。

3 母の否認権（①の規律）

(1) ①は、部会資料16-3に引き続き、母に否認権を認めることとした場合を前提に、第三者の提供精子を用いた生殖補助医療により生まれた子について、母の否認権を制限することを提案するものである。

(2) 母の否認権を制限する根拠

ア 生殖補助医療法第10条は、第三者の提供精子により生まれた子の父子関係の安定を図ることを目的とするものと解されるところ、母は、夫同様、第三者の提供精子により子を懐胎し、夫の子として育てる意思で、夫の同意の下で、生殖補助医療を受けたのであるから、母の否認権を制限して、生まれた子の父子関係を安定させる必要性が高く、かつ、そのような制限することについての許容性もあるといえることができる。

すなわち、母が、夫の同意を得て、夫以外の男性の精子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、夫と子との間には生物学上の父子関係はないものの、婚姻している夫婦は生まれた子を夫の子として育てる意思を有していたのであるから、嫡出推定の及ぶ子について、生物学上の父子関係がないことを理由とする嫡出否認を制限することが相当であると考えられる。

イ また、第三者の提供精子を用いた生殖補助医療を行うこととした以上、生物学上の父子関係がないことを理由に、出生後、法律上の父子関係を否定することができることとすると、第三者の提供精子を用いた生殖補助医療を行った意義を失わせることとなり、子の身分関係の安定を害することとなる。

また、民法上、通常は生物学上の父子関係がない者との間で認められる特別養子縁組についても、その離縁は、養親による虐待等養子の利益を著しく害する事由があること及び実親による相当の監護ができることという極めて限定的な要件でのみ認められることとされ、また、成年後の離縁は予定されていないなど、法的親子関係の安定を図られていることからすると、第三者の提供精子を用いた生殖補助医療により生まれた子についても、父母の同意がない場合はともかく、生物学上の父子関係がないことを理由とする嫡出否認を制限することが相当である。

(3) 母の否認権の制限の要件

ア ①では、「妻が、夫の同意を得て、夫以外の男性の精子を用いた生殖補助医療により懐胎した子については、妻は、民法第774条の規定にかかわらず、その子が嫡出であることを否認することができない」ものとして、夫の同意を要件とすることを提案している。

イ 上記2の根拠その1の理解により、妻が、生まれた子を夫の子として育てる意思を有していたことを理由に否認権を制限するものとする場合には、夫のみならず、妻も同様に、第三者の提供精子を用いた生殖補助医療により子を懐胎することについて、同意していることが必要であるとも考えられる。

もっとも、妻の主観的要件については、現行の生殖補助医療法第10条においても、明文で規定されていないところであるが、「妻が、夫の同意を得

て、夫以外の男性の精子を用いた生殖補助医療により懐胎した」との文言からすると、妻自身が、第三者の提供精子による生殖補助医療により子を懐胎することについて同意をしていることも、必要とされているとも考えられる。そこで、母の否認権の制限についても、生殖補助医療法第10条と同様に、「妻が、夫の同意を得て、夫以外の男性の精子を用いた生殖補助医療により懐胎した」ことを要件とすることで足りるとも考えられる。

具体的に妻の主観が問題となる場面としては、例えば、①妻は、夫とともに、AIHなど夫の精子を用いた生殖補助医療により子を懐胎するつもりであったが（したがって、夫の同意もない。）、医療機関等の不手際等により、第三者の提供精子により子を懐胎した場合、②妻は、夫の精子を用いた生殖補助医療により子を懐胎するつもりであったが、第三者の提供精子を用いた生殖補助医療が行われ、夫はそのことをはじめから認識していた（したがって、夫の同意は存在するとも考えられる。）場合、③妻が、夫に無断で、第三者の提供精子を用いた生殖補助医療により、子を懐胎した場合などが考えられる。

このうち、①については、妻の同意はなく、夫の同意もないから、母は生まれた子について、否認権を行使することができ、②については、現行法上、夫が否認権を行使できるかどうか、解釈の余地があるが、妻は同意をしていなかったのであるから、母は生まれた子について否認権を行使することができることになる。

さらに、③については、夫の同意がない以上、母は、生まれた子について否認権を行使することができるとも考えられる。しかしながら、母は、夫の子とする意思で出産したのであれば、母の否認権は制限すべきであるとも考えられる一方で、夫の同意を得ることなく、したがって夫による否認権行使の可能性を敢えて排除しないまま、そのような出産をした母が、真に夫の子とする意思を有していることが通常であるかについては疑問の余地があるといえること、また、子の身分関係を安定させる観点からも、同意していない夫による否認権を制限することなく、相対的に行使の可能性が低いと考えられる母の否認権のみを制限することに、それほど大きな意味はないとも考えられることからすると、母は生まれた子について、否認権を行使することができるものとするのが相当であると考えられる。

ウ これに対して、上記2の根拠その2の考え方によれば、基本的に、妻は、第三者の提供精子を用いた生殖補助医療により子を懐胎することを認識し、その上で医療行為を受けているのであるから、ことさら妻の同意を要件とする必要はなく、自己の配偶子を用いないにもかかわらず、法律上の父となる夫の同意のみを必要とすれば足りるとも考えられ、生殖補助医療法第10条もそのような考え方によったものと理解することができる。

エ 以上のとおり、根拠その 1 及びその 2 のいずれの考え方によった場合であっても、妻の否認権を制限する要件は、妻が、夫の同意を得て、夫以外の男性の精子を用いた生殖補助医療により懐胎したこととすれば足りる。

(4) 以上について、どのように考えるか。

5

4 未成年の子の否認権（②の規律）及び成年に達した子の否認権（注 2）

(1) ②は、部会資料 1 6 - 3 に引き続き、未成年の子の否認権を認めることに伴い、第三者の提供精子により生まれた子について、子が否認権を行使することができないものとするを提案するものである。

10 (2) 未成年の子の否認権を制限する根拠

生殖補助医療法第 10 条は、第三者の提供精子により生まれた子の父子関係の安定を図ることを目的とするものと解されるところ、子については、妻と異なり、自らの意思で、第三者の提供精子により子を懐胎し、夫の子として育てる意思を観念することはできない。しかしながら、未成年の子の否認権は、母によつて行使されることが多いと予想されるところ、子の否認権を制限しない場合には、母により嫡出否認がされるとすると、①の規律を設けることの意義が没却されることになる。そこで、未成年の子の否認権についても、夫や妻と同様、否認権を制限して、生まれた子の父子関係を安定させる必要性が高いといえることができる。

20 また、第三者の提供精子を用いた生殖補助医療行為を行うこととした以上、子が生物学上の父子関係がないことを理由に、出生後、法律上の父子関係を否定することができることとすると、第三者の提供精子を用いた生殖補助医療を行う意義を失わせることとなる。また、子の身分関係の安定を害し、さらに、子の否認権によって父子関係が否定されるおそれがあるとすると、父母においてその利用を躊躇したり、生まれた子に対して適切な養育を行わないこととなって、子の利益を害するおそれがある。

25 さらに、上記のとおり、特別養子縁組において、離縁の要件を制限することで、法的親子関係の安定が図られていることからすると、第三者の提供精子を用いた生殖補助医療により生まれた子についても、父母の同意がない場合はともかく、生物学上の父子関係がないことを理由とする嫡出否認を制限することが相当である。

30 そこで、②は、妻が、夫の同意を得て、夫以外の男性の精子を用いた生殖補助医療により懐胎した子については、未成年の子は、民法第 774 条の規定にかかわらず、その子が嫡出であることを否認することができないものとしているが、
35 どうか。

(4) 成年に達した子の否認権

成年に達した子の否認権を認める場合には、当該否認権についても、生殖補助医療法第 10 条に対応した規律を設けることなどを検討する必要がある。

どのような規律を設けるかは、成年に達した子の否認権に関する具体的な規律

を踏まえた検討が必要となることから、その検討状況を踏まえ、引き続き検討することとしているが、妻が、夫の同意を得て、夫以外の男性の精子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、夫と子との間には生物学上の父子関係はないものの、未成年の子の否認権と同様の理由から、生物学上の父子関係

がないことを理由とする嫡出否認を制限することが相当であると考えられる。
そこで、成年に達した子が、夫との間に生物学上の父子関係がないことを理由とする嫡出否認を認めないものとするとし、その旨を（注2）に付記している。

10 5 再婚後の夫の子と推定される子について（注1）

(1) （注1）は、嫡出推定の例外規定を新設することに伴い、妻が前夫の同意の下、第三者の提供精子による生殖補助医療により子を懐胎したが、夫婦が離婚し、妻が前夫以外の男性と再婚した後に生まれた子に関する規律について、部会資料16-3で提案していた規律を引き続き、提案するものである。

(2) この点、仮に子は前夫の同意に基づく生殖補助医療により生まれたものであって、再婚後の夫の子である蓋然性はないから、再婚後の夫の子であるという推定の例外とすることとした場合には、子は出生時点で、前夫の子と推定され、前夫の子として出生届が提出されることになるが、そのような届出を可能とするためには、出生届の提出の際に生殖補助医療により生まれた子であることを明らかにさせることが必要となり、また、母の再婚後に出生した子であるにもかかわらず前夫の子として戸籍に記載されていること自体によって、子が前夫の同意に基づく生殖補助医療により生まれたものであることが示されていることとなる。しかしながら、自然懐胎によって生まれたのか、生殖補助医療によって生まれたのかによって、子の取扱いに差異を設けることはできる限り避けるべきであるとも考えられる。嫡出推定制度が、夫婦の秘事を明らかにすることなく、父子関係を定める機能を有していることからすると、第772条の適用に当たっては、子が第三者の提供精子により生まれた子であるといった事情を明らかにすべきでないとも考えられる。

そうすると、再婚後に生まれた子については、妻が再婚した後に出生した子を再婚後の夫の子と推定する趣旨が等しく妥当することとなるから、この場合にも、特段の規律を設けることなく、再婚後の夫の子と推定することが相当である。このように考えたとしても、前夫は、再婚後の夫と子との間に生物学上の父子関係がないことを理由として、嫡出否認の訴えを提起することができる（注）。

(3) そこで、前夫については、特段の規律を設けないものとするについて、どのように考えるか。

（注）なお、前夫の否認権について、子が前夫の子であるとの要件を課すこととした場合には、それに対応する規律を設ける必要があると考えられるが、当該子が、前夫の同意の下、

実施された生殖補助医療により生まれた子であることを要件とすることを明文で規律するか否かについて検討する必要がある。

第6 事実に反する認知に関する見直し

5 民法第786条を次のように見直すものとしてはどうか。(注1)

子その他の利害関係人(注2)は、子が成年に達するまでの間、認知に対して反対の事実を主張することができる。認知の時から3年を経過していないときは、子が成年に達した後であっても、同様とする。

10 (注1) 部会資料16-3の第7の3に代わる提案である。同第7の4については、その必要性も含め、引き続き検討する。

(注2) 認知が事実に反することを理由として認知の無効を主張することができる者を、子、認知をした者、その配偶者、認知をした者の三親等内の血族、子の母などと具体的に規定することについては、引き続き検討する。

15 (補足説明)

1 これまでの議論等

中間試案では、事実に反する認知の効力の見直しに関し、現行法上、事実に反する認知は無効とされている点を見直し、事実に反する認知も取り消されるまでは有効であることとした上で、一定の者が一定期間に限り、取り消し得るものとするこ
20 とを提案していた。その上で、中間試案では、事実に反する認知を一律に有効とした場合には、日本人男性が日本国籍を有しない女性の子との間に生物学上の父子関係がないにもかかわらずその子を認知した場合に、国籍法第3条の適用との関係でも認知が有効となるとすると、虚偽の認知により日本国籍を不正取得する事例が増加するおそれがあることを考慮し、父が、反対の事実を知りつつ日本の国籍を取得
25 させる目的その他不正の目的で認知したときは、当該認知は無効とするとの規律を置くことを提案していた。

パブリック・コメントでは、不正の目的があったときは認知を無効とすることに対しては、反対する意見が賛成する意見よりも、数としては多く、意見が分かれた。全体として、国籍の不正取得を防止するという目的自体には賛成する意見が多かつ
30 たものの、反対する意見の中には、不正の目的という当事者の主観的な要件の有無で子の国籍取得の可否が左右されることとなると、恣意的な認定や誤った認定がされるおそれがあり妥当でないなどの指摘があり、第16回会議でも、本部会では国籍取得の実務に与える影響を踏まえた検討ができないとして、民法に、国籍の不正取得目的の認知のみを特に無効とする規律を設けることは難しいのではないかと
35 の指摘があった。中間試案における提案は、現行の、事実に反する認知は無効であるという規律を、国籍法第3条の関係でのみ維持し、無効とするものであるため、国籍法に与える影響はないとも考えられるが、このような検証ができないとの指摘がある以上、認知の効力に関する規律の抜本的な見直しは、国籍法の観点をも踏まえたい幅広い観点からの検討が必要であり、本部会において、従前の提案を維持す

ることは困難であると考えられる。

そこで、本部会資料では、中間試案における提案を改め、現行法の規律，すなわち、事実と反する認知を無効とするとの規律を維持することとした上で、認知された子の身分関係の安定を図る観点から、事実と反する認知に対する認知無効の訴えに提訴期間を制限すること等を提案している。

2 提案の概要

(1) 見直しの必要性

現行法の規律を見直す必要性については、次のとおりである。すなわち、現行法上、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こととされ（民法第786条）、認知が事実と反するとき、すなわち、認知者が子の父でないときは、当該認知は無効であって、認知無効の訴えにより、その効力を争うことができるものとされているが、その提訴権者の範囲が広く（「子その他の利害関係人」（同条））、その提訴期間についても明文上の制限がない。そのため、子の父子関係がいつまでたっても安定せず、認知者により円満に養育されてきた等の事実があるにもかかわらず、子や認知者等の意思に反して、認知無効の訴えにより法律上の父子関係が否定されるおそれがある。そのようなおそれは、認知者が死亡した場合の相続等の場面で、認知者の親族が、認知者と子との間に生物学上の父子関係がないことを知ったときに、特に問題となる。そこで、認知の無効の訴えについて、認知から一定期間が経過した後は、その間無効を主張することができた者等が、無効を主張することなく、認知された父子関係を前提に、法律関係を形成してきたことを踏まえ、認知無効の訴えを提起することができないものとするすることで、認知された子の身分関係の安定を図る必要がある。また、認知無効の提訴権者についても、子の身分関係の安定を図る観点から、その範囲を見直す必要がないか検討する必要がある。

また、婚姻により父子関係が推定される嫡出子と、認知により父子関係が形成される嫡出でない子は、その父子関係の成立原因が異なることから、その父子関係を争う手段や、争うことができる者及び期間を異なるものとすることが考えられる一方で、子の身分関係の安定を図る要請は同様に妥当する。

(2) 規律の概要

ア 無効の主張期間の制限について

本部会資料では、事実と反する認知の無効の主張期間について、子が成年に達するまでという制限を設けることを提案している。また、子が成年に達した後であっても、認知の時から3年を経過していないときは、認知無効の主張ができるものとすることを提案している。

(1)のとおり、認知による父子関係の成立要件を踏まえると、広く、認知無効の主張を認めることが相当であると考えられる一方で、利害関係人を含めた無効の主張権者が無効を主張することなく、認知による父子関係が継続した場合には、身分関係の安定という観点から、子その他の利害関係人であっても、も

はや認知無効の主張を認めないことが相当である。

その期間については、認知により形成される親子関係は、事実婚のカップルにより養育される場合や、父とされる男性が認知のみを行い現実の監護には関与しない場合など様々であって、婚姻中の夫婦の間に生まれた子については、否認権者による否認権行使を期待し、それがされない場合には早期に父子関係を確定させることが、子の利益になると考えられることと異なり、（国籍取得等の不正の目的で虚偽認知がされた場合など、）子にとって適切な者が父となっていないにもかかわらず、認知者や母等からの認知無効の主張を期待することができない場合があることも想定され、認知者の子であることを早期に確定することが常に子の利益に適合するとはいえないとも考えられる。そうすると、子に対する親権が問題となり、また、特に子が扶養を受ける必要性の高い未成年の間は、事実と反する認知の無効の主張を可能とすることとして、生物学上の父からの認知を可能とし、また、生物学上の父に対する認知の訴えを可能とすることが、個々の事案に応じて、最も子の利益に適合する解決をすることができる点で妥当であるとも考えられる。また、生物学上の父子関係がない場合に、法律上の親子関係を認め、それが何人も争えないものとするところについては、未成年養子について、自己または配偶者の直系卑属を養子とする場合を除き、家庭裁判所の許可を要することとして（民法第798条）、子の利益の保護が図られていることとの関係をも考慮する必要があると考えられる。

このような事情を踏まえると、無効の主張期間については、子が成年に達するまでという期間を設けることが相当であると考えられる。

そして、子が成年に達した後は、身分関係の安定を図る観点から、認知の無効を主張することができないものとするのが相当である。そして、成年に達した後の認知は、子の承諾がなければ認知をすることができないものとされていることから、認知が生物学上の父子関係に合致する蓋然性は高く、また、身分関係の当事者がこれを承認している以上、広く認知無効を認めることは相当ではないとも考えられる一方で、認知者と子との父子関係の有無は認知者又は子の親族等の利害関係人の身分関係に影響を与えることから、認知の時から一定の期間内に限り、認知の無効主張を認めることが相当であるとも考えられる。そこで、嫡出否認の訴えの提訴期間を参考に、子が成年に達した後であっても、認知の時から3年を経過していないときは、認知無効の主張ができるものとするとしている。

イ 無効の主張権者について

本部会資料では、認知が事実と反する場合に、認知無効の訴えを提起することができる者については、民法第786条の規律のとおり、子その他の利害関係人であることを提案している。

現行法上、「その他の利害関係人」は、個別の事案において訴えの利益を有する者をいうとされ、裁判例では、「当該認知が無効であることにより自己の身分関係に関する地位に直接影響を受ける者」を指すとするものもある。第78

6条に関する裁判例等では、争点化されていないものも含め、認知者、認知者の妻、認知者の子、認知者の父母、認知者の妹、子の母、子の真実の父と称する者に、認知無効の原告適格を認めたものがある。これらの者に利害関係が認められた理由としては、判決文から明らかになる範囲では、親族間の扶養義務や相続を理由に認めたものがあるほか、認知者が子連れ去ったことを理由に子の母からの認知無効を主張する事例や、自らが子を認知するために第三者の認知無効を主張する事例もある。（具体的な裁判例については、部会資料16－3の16ページ以下を参照）

現行法上、未成年の子は父が子や母の承諾を得ることなく認知することができるものとされているところ、認知者と子との間に生物学上の父子関係がないときは、子その他の利害関係人が、広く、認知が無効であることを主張することができるものとするので、認知により子の父を確保することを容易にするとともに、それが事実と反するときは、認知無効の主張を広く認めることで、バランスが図られている。

そのため、本部会資料では、認知無効の訴えの提訴権者は、引き続き子その他の利害関係人として認めているが、いかなる者が認知無効の訴えを提起することができるかという問題は、嫡出否認の訴えに関する人事訴訟法第41条の見直しに係る議論とも関連し得るところ、上記裁判例等を踏まえ、認知無効の訴えの提訴権者を、具体的に規律することも考えられることから、その旨を注2に付記することとしている。

このほか、最判平成26年1月14日民集68巻1号1頁は、認知者が、認知をした当時から、子との間に血縁上の父子関係がないことを知っていた事案（ただし、原審の認定によると、子にはフィリピン人の父がいた事案である。）で、認知者は、民法第786条の利害関係人に当たり、自らのした認知の無効を主張することができるとしているが、子の身分関係の安定を図る観点から認知無効の主張期間を見直すことに伴い、認知者が錯誤により認知をした場合等を除き、認知者は、認知の無効を主張することができないものとするとも考えられる。

ウ なお、このような見直しをした場合には、国籍法第3条第1項は、父又は母が認知した子で20歳未満のもの（令和4年4月1日以降は、18歳未満のもの）を対象としているため、国籍法第3条に与える影響はない。

3 認知に関する規律の見直し

部会資料16－3では、認知に関する規律の見直しについて提案していたが、この提案に対しては、これまで認知無効が訴訟で争われた事案が少ないことからすると、見直しの必要性が高いとは言えないのではないかと指摘や、子の承諾を必要とすることとして、子が承諾しない場合に、父が、子の父であること理由として、訴えにより認知をすること又は、子の承諾を求めることができるものとすべきか否かについて、議論があったところである。

また、この見直しは、事実の認知の効力を見直す際に、その前提として、認知が
事実に合致することを担保するために、認知を父子関係の一方当事者である父のみ
の意思表示にかからしめるのではなく、子やその法定代理人である母の承諾を必要
とすることとする意義を有するものであるところ、上記のとおり、事実に反する認
5 知の効力を引き続き無効とする場合には、そのような必要性もないといえることので
きる。

そこで、本部会資料では、認知に関する規律の見直しについては、あらためてそ
の必要性を含めた検討が必要であるとも考えられるが、どうか。