

個別論点の検討（２）

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１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）。

【乙２案】 民法第８２２条を次のように改める。

① 親権を行う者は、子に対し、指示及び指導を行うに当たっては、子の年齢及び発達の程度並びにその心身に及ぼす影響に配慮しなければならない。

② 親権を行う者は、①の指示及び指導を行うに際し、体罰を加えてはならない。

【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。

（※）下線部が実質的な変更点である。

（補足説明）

１ 乙１案について

（１）従前の乙案に対する懸念等

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) 「指示及び指導」の責務性

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。

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（注2）。

これらを踏まえ、本部会資料の乙1案では、「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。

(3) 子の個別的事情への配慮

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1案について、児童福祉法第2条（注3）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。

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4）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。

(4) 民法第822条の位置付け

「指示及び指導」の文言は、監護教育全般に妥当する表現であるとも考えられるため、乙1案が規定する「指示及び指導」の責務や行為指針は、居所指定権を定める民法第821条及び職業許可権を定める同法第823条においても妥当するとも考えられるところである。そのように考えた場合、乙1案の規律は、監護教育権における総則的な規定として、同法第820条と一体となるものとして規定すべきとも考えられる。

しかし、同法820条が規定する「監護及び教育」は、特定の行為態様を前提とするものではないという意味において、包括的ないし抽象的な概念といえるのに対し、乙1案における「指示及び指導」は、子に対して行われる具体的な行為態様そのものの表現であるから、乙1案の規律は、現行の同法第822条と同様に、監護教育権の具体的な行使方法を定める規定として位置付けることができるものと考えられる。

また、そもそも乙案は、同法第822条から「懲戒」の表現を削除することにより、正当なしつけも一切許容されなくなるのではないかといった誤解が生じることを防止することをその趣旨とするものであることからすれば、同法第822条において、子に対して「指示及び指導」ができることを明らかにして、監護教育権の具体的な行使方法を定める規定を存置することには、上記趣旨との関係で意義があるものと考えられる。

そこで、乙1案では、子に対して「指示及び指導」の責務に関する規律を、同法第822条として規定することを提案しているが、どのように考えるか。

(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。

「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ち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) 児童の権利に関する委員会一般的意見8号のパラグラフ13は、「いかなる意味でも、しつけおよび規律の維持という積極的概念まで拒絶しようとしているわけではない。子

子どもの健康的な発達には、親その他のおとなが、社会で責任ある生活を送ることに向けた子どもの成長を援助するために、子どもの発達しつつある能力に一致する形で必要な指導および指示を行うことに依存している。」とし、親その他のおとなによる指示及び指導が、子どもの成長にとって不可欠のものであることを明らかにしている。

(注3) 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。

(注4) 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。

(1) 親権者の配慮義務等

乙案に対しては、前記 1 (1) のとおり、「懲戒」の表現を「指示及び指導」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指摘されているところである。

乙2案では、民法第822条から「懲戒」の表現を削除することにより、正当なしつけも一切許容されなくなるのではないかといった誤解が生じることを防止するという乙案の趣旨を維持しつつ、上記懸念を解消するための方策として、親権者が子に対し、親権の行使として「指示及び指導」をすることができることを前提とした上で、「指示及び指導」をする際に親権者が配慮すべき具体的事項を定めることにより、民法第822条に親権の濫用を積極的に防止する規律としての機能を付与することを提案している。具体的には、子の年齢や発達の程度により、必要なしつけの方法や程度が異なるものと考えられることから、「指示及び指導」が子の年齢や発達の程度に応じたものでなければならないことを明らかにするとともに、「指示及び指導」として体罰や不当な精神的苦痛を与える行為が行われることを防止するため、当該「指示及び指導」が子の心身に与える影響に配慮すべきことを親権者に義務付けるものである。

このように、乙2案では、①の規律で親権者の配慮義務を定めることにより、体罰や不当な精神的苦痛を与える行為を防止しようとするものであるが、体罰はしつけの手段としてであっても正当化されるものではないことを明確にする観点から、体罰の禁止を更に②の規律で注意的、確認的に規定することを提

案しているが、どのように考えるか。

(2) 民法第822条の位置付け

乙2案が規定する「指示及び指導」における配慮義務についても、監護教育権における総則的な規定として、同法第820条と一体となるものとして規定すべきとも考えられる。

しかし、上記1(4)で乙1案についても記載したとおり、同法820条が規定する「監護及び教育」は、特定の行為態様を前提とするものではないという意味において、包括的ないし抽象的な概念といえるのに対し、乙2案における「指示及び指導」は、子に対して行われる具体的な行為態様そのものの表現であるから、乙2案の規律も、現行の同法第822条と同様に、監護教育権の具体的な行使方法を定める規定として位置付けることができるものと考えられる。

また、同法第822条において、子に対して「指示及び指導」ができることを明らかにして、監護教育権の具体的な行使方法を定める規定を存置することの意義についても、上記1(4)で乙1案について記載したところが、乙2案にも妥当する。

そこで、乙2案についても、「指示及び指導」における配慮義務の規律を、同法第822条に規定することを提案しているが、どのように考えるか。

3 子に精神的な苦痛を与える行為について

(1) 第16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、第16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）

第16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。第16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、現在の社会通念に照らして、教育やしつけの場面において、子どもに対する制裁と評価され得る行為がおよそ許容されていないとまでは解されず、例えば、子が規範に意図的に違反したような場合に、これに対する罰として、子が欲するものであってその健全な育成の観点から必要不可欠とまではいえないようなもの（食事により必要十分な栄養を摂取できている場合における食事とは別に与えられるおやつとしての菓子や、ビデオゲームでの遊びに費やす時間などを想定することができる。）を制限するといったことは、その制限の程度が常識的な範囲内に収まる限りにおいて、社会的に許容された制裁に当たるものということができると考えられる。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ことは否定し難い（むしろ、一定の苦痛は制裁の本質ともいえる。）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。

- 5 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。

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

- 10 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。

- 15 しかし、第16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。

- 20 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、将来にわたって子どもの精神に対して大きな否定的影響を与え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否定的影響を防止する
25 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
30 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
35 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。

 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 本文③の【甲案】及び【乙案】について

(1) 概要

本文③は、同「①」及び同「②」の規律の例外として、婚姻の解消等の日から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産したもののについては、再婚後の夫の子との推定によることを明らかにする規律を設けるものである。

この規律の適用範囲について、妻の再婚後に生まれた子は一律に再婚後の夫の子と推定する案【甲案】と、妻の再婚後に生まれた子について、前婚の解消原因

が前夫の死亡の場合を除き、再婚後の夫の子と推定する案【乙案】の2つの案を提案しており、以下のとおり、両案の考え方を整理する。

(2) 【甲案】及び【乙案】に共通の考え方

まず、【甲案】及び【乙案】は、いずれも、前夫との婚姻解消の原因が離婚である場合には、再婚後の夫の子と推定することを基本的な規律とするものであるところ、この点に関する両案に共通の考え方は、以下のとおりである。

離婚による婚姻解消後に生まれた子は、一般的に前夫の生物学上の子である蓋然性が低いとはいえないものの、少なくとも、母が前夫以外の男性と再婚した後に子を出産したときは、前夫の生物学上の子である蓋然性よりは、むしろ再婚後の夫の生物学上の子である蓋然性の方が高いと考えられる(注1)。また、母が再婚をしたときは、再婚後の夫婦が自らの子として子を養育する意思があり、再婚後の夫の子と推定することが、子の利益になると考えられる。

(3) 【甲案】の考え方について

ア 【甲案】を支持する見解の根拠

(ア) 前婚の解消原因が離婚の場合はもちろん、死別の場合でも、母が子の出生時に前夫以外の男性(夫)と再婚していた場合には、前夫の死亡前から婚姻関係が破綻しており、再婚後に出生した子は、前夫の生物学上の子である蓋然性よりも再婚後の夫の生物学上の子である蓋然性のほうが高いと考えられる。この点、ドイツ法においては、夫の死別により婚姻が解消した場合には、死別の日から300日以内は亡父の父性推定が及ぶものの、子の出生時に母が再婚していたときには、再婚後の夫が父となるとされており(ドイツ民法第1593条第1文、第3文)、これは、母が前夫の死亡後すぐに再婚した場合には死亡した夫との婚姻関係は通常破綻していたと考えられることを根拠とするとされている。

(イ) また、前記(2)のとおり、母が再婚をしたときは、再婚後の夫婦が自らの子として子を養育する意思があり、再婚後の夫の子と推定することが、子の利益になると考えられるところ、これは、婚姻の解消原因が死別であっても変わるものではない。

(ウ) 【乙案】を採用した場合には、父性推定が重複することとなり、父を定めることを目的とする訴え(民法第773条)により、父を定めることとなるが、上記訴えが確定するまで、子の父が確定しない状態になるため、その点で子の地位が不安定となる面は否定できない。

(エ) 規律の明確性という観点からは、婚姻の解消事由により異なる規律を設けるのは相当ではない。

また、婚姻解消等の日から300日以内に、複数回再婚がされることもあり得るところ、死別による婚姻解消と離婚による婚姻解消が混在する場合には、その規律が複雑になることが想定される。

その上、死別による婚姻解消の場合にのみ、父を定めることを目的とする訴えによらなければならないこととするのは、当事者に一定の負担を課すも

のであるが、そのような負担を必要とする合理性は認められない。

(オ) これらの点からも、パブリック・コメントでは、【甲案】を支持する意見が多かった。

イ 【甲案】に対する指摘について

5 (ア) 子が前夫の相続人たる地位を失うこと

【甲案】を採用した場合には、再婚後の夫の子と推定されることにより、子は前夫の相続人たる地位を失うおそれがある。

10 この点に関して、婚姻解消の原因が死別である場合には、前夫が死亡し相続が発生しているため、前夫の相続人たる地位の問題が顕在化しているが、婚姻の解消原因が離婚の場合であっても、子が誰の相続人となるかは問題となり得るものであり、必ずしも婚姻解消の原因によって異なる結論を取る根拠とはならないとも考えられる。また、相続人たる地位は、父子関係という法的親子関係を前提に生じるものであり、嫡出推定の規律を検討する際に、子の相続人たる地位の問題を殊更重視する必要がないとも考えられる。

15 (イ) 死別の場合には母が否認権の行使者として適切ではないこと

20 死別による婚姻解消の場合にも再婚後の夫の子と推定すると、前夫の相続人である母の否認権を行使しないという行動によって、子が前夫の相続人たる地位を失うことになるという点において、母と子の利益が相反する状況下で母が自らの利益を優先させることが可能となるとの指摘は、直ちには否定し難いとも考えられる。

もっとも、否認権は、母のみならず、再婚後の夫にも認められるのであり、母の行動のみによって子が前夫の相続人たる地位を確定的に失うことになるわけではない。

25 また、母は、前夫の死別による婚姻解消の場合には、前夫の相続人であるが、再婚後の夫の推定相続人でもあり、否認権の行使は、前夫のみならず再婚後の夫の相続分にも影響を及ぼし得るものであり、否認権を行使しないことが必ずしも母の利益につながるわけではない。その上、子が前夫の子ではなくなることで、前夫に関する母の相続分が増加する場合には、前夫の尊属もしくは兄弟姉妹の相続分が増加することになることが想定される（注2）。
30 そうすると、わざわざ自らの子の相続分を無くし、前夫の尊属等の相続分を増やしてまで、自らの相続分を増やすために行使すべき否認権を行使しないとは考え難いとも思われる。

(ウ) 前夫が否認権を行使できないこと

35 婚姻解消の原因が死別の場合には、前夫は死亡しており、前夫側からの適切な否認権の行使が期待できず、再婚後の夫や母等が否認権を行使しないと、子は再婚後の夫の子と確定することになる。

この問題は、前夫の親族に前夫の否認権の承継を認めるかどうかと密接に関連する問題であるところ、前夫の否認権の承継の可否は、嫡出推定の規律とは直接の関係はなく、それ自体として論じられるべき事柄であって、ここ

で殊更に重視すべき要素ではないと考えられる。すなわち、仮に、前夫の親族に前夫の否認権の承継を認めるのであれば、前夫側の親族が状況に応じて否認権を行使することとなり、前夫の親族に前夫の否認権の承継を認めないのであれば、前夫の親族には、子の身分関係を争う権利を与える必要がないと考えられたこととなるのであるから、いずれにせよ、嫡出推定の規律を検討する際に、前夫側からの否認権の行使を期待できるか否かを殊更に考慮する必要はないとも考えられる。

(エ) 死別と離婚での異なる規律を取る民法の規定との整合性

確かに、婚姻の解消の効果について、離婚の場合と死別の場合とでは、生存配偶者の氏及び姻族関係について、後者の方が前者に比べて、婚姻の効果を維持・継続する方向に規律されている(注3)。もっとも、そうであるからといって、死別と離婚で異なる規律を設けなければならないというわけではない。

また、死別の場合には、母は前夫の親族と姻族関係が残ることとなるが、それゆえに、子と前夫の親族との間に親族関係を認めなければならないわけではない。子と前夫の親族との間に親族関係を認めるかは、結局は、前夫との間に父子関係が認められるかどうかの問題であり、死別の場合に、母と前夫の親族との間で姻族関係が残るということは、嫡出推定の規律を検討する際に、特段重視すべきものではないとも考えられる。

(4) 【乙案】の考え方について

ア 【乙案】を支持する見解の根拠

(ア) 婚姻の解消の原因が死別である場合は、離婚の場合に比して、直前まで夫婦の同居及び性関係が継続している可能性が高く、生まれた子が前夫の子である蓋然性が低いということはできず、母が子の出生前に別の男性と再婚している事実があるとしても、それは前夫の死亡後の事情であり、その事情によって、前夫の生物学上の子である蓋然性より再婚後の夫の生物学上の子である蓋然性の方が高いとはいえない。

そうであれば、死別による婚姻解消の場合には、前夫と再婚後の夫の間で優劣をつけることはできず、父を定めることを目的とする訴えにより、父を定めることとすることが相当である。

(イ) 死別による婚姻解消の場合には、前夫の相続が開始しており、子が前夫の相続人となることができるかは、子にとって重大な問題となるところ、この場合には、子の利益を確保する観点からしても、安易に再婚後の夫の子と推定するのではなく、父を定めることを目的とする訴えという裁判によって、父を定めることとする必要がある。

(ウ) また、死別による婚姻解消の場合にも再婚後の夫の子と推定すると、前夫の相続人である母の否認権を行使しないという行動によって、子が前夫の相続人たる地位を失うことになる。すなわち、母は、子の利益のために否認権を行使することが期待されているが、母は前夫の相続人たる地位を有し

ており、前夫の死別による婚姻解消の場合には、子の利益と自らの利益が相反することとなり、母が適切に否認権を行使することは期待できない。したがって、再婚後の夫の子と推定して、嫡出否認により、その推定を否定するという規律ではなく、父を定めることを目的とする訴えにより、父を定めることが相当である。

(エ) 前夫の死別による婚姻解消の場合には、前夫は死亡しており、前夫側からの適切な否認権の行使が期待できない。そのような中で、再婚後の夫の子と推定すると、適切に否認権が行使されなかったがゆえに、再婚後の夫の子と確定することが生じ得るが、それは相当ではない。

(オ) 婚姻の解消の効果について、離婚の場合と死別の場合とでは、生存配偶者の氏及び姻族関係について、後者の方が前者に比べて、婚姻の効果を維持・継続する方向に規律されていること（注3）とのバランスを考慮すべきである。

また、死別による婚姻解消の場合には、母は、前夫の親族と姻族関係は継続するにもかかわらず、再婚後の夫の子と推定した場合には、子は、前夫の親族と親族関係すら認められなくなるが、それは相当ではない。

イ 【乙案】に対する指摘について

(ア) 再婚後の夫の子と推定することが子の利益になること

母が再婚をしたときは、再婚後の夫婦が自らの子として子を養育する意思があり、再婚後の夫の子と推定することが、子の利益になると考えられる点については、婚姻の解消原因が死別であっても特段変わるものではない。

もっとも、そもそも嫡出推定の規律を検討するに当たっては、生物学上の父子関係の蓋然性が最も重要かつ基礎的な考慮要素とされるべきである。死別の場合には、再婚後の夫の子である蓋然性が高いとまで言えないのであれば、父を定めることを目的とする訴えによって、父を定めることとすることが相当である。

(イ) 子の地位を不安定にすること

仮に父を定めることを目的とする訴えにより父を定めることとしても、母若しくは再婚後の夫としても、早期に父子関係を確定したいと考えるのが通常であろうから、母若しくは再婚後の夫が速やかにその訴えを提起することが期待でき、子の地位が不安定となるとまではいえない。

(ウ) 規律としての明確性等

死別による婚姻解消の場合には、父を定めることを目的とする訴えによって父を定めるという規律は、明確であり、特段複雑なものではない。

また、婚姻の解消又は取消しの日から300日以内に複数回再婚することがあり得るとしても、そのうち一つでも死別による婚姻解消を含むのであれば、父を定めることを目的とする訴えによって、父を定めることとすれば足り、それほど複雑な規律となるわけではない。

その上、死別による婚姻解消という限定された場面でのみ、父を定めるこ

とを目的とする訴えによることとするものであり、このような合理的で限定的な場面でのみ、当事者に負担を課すことは、特段問題はないとも思われる。
以上を踏まえ、【甲案】、【乙案】について、どのように考えるか。

- 5 (注1) 母の婚姻解消後300日以内かつ婚姻後200日以内に出生した子について
法務省において、平成29年6月時点における、全国で平成26年から平成28年に出生した子(302万9074件)のデータを調査したところ、以下の結果が判明した。なお、婚姻解消原因は明らかにすることができなかった。
- 10 ① 母の婚姻解消後300日以内かつ婚姻後200日以内に出生した子の数 1717件
- ② 母の再婚後の夫を父とする子 1659件(①の96.6%)
- ③ 母の前夫(婚姻解消後300日以内)を父とする子 58(※)件(①の3.4%)
- ※ 母の前夫(婚姻解消後300日以内)を父とする子について、令和元年6月時点のデータを調査したところ、嫡出否認の裁判等を理由に52件(①の3.0%)に減少していた。
- 15 (注2) 前夫の相続分について、以下のよう、整理できる。
- (1) 前夫が死別した場合に、配偶者、子1人、胎児がいる場合に、胎児が前夫の子となった場合には、配偶者の相続分は2分の1、子及び胎児は4分の1ずつとなる。仮に、胎児が再婚後の夫の子となった場合には、配偶者の相続分は2分の1、子の相続分は2分の1となり(母の相続分は増えない。)、胎児は、再婚後の夫の推定相続人となる。
- 20 (2) 前夫が死別した場合に、配偶者、胎児、前夫の父がいる場合に、胎児が前夫の子となった場合には、配偶者と子の相続分は、2分の1ずつとなる。仮に、胎児が再婚後の夫の子となった場合には、配偶者の相続分は3分の2、前夫の父の相続分は3分の1となり(母の相続分は増える)、胎児は再婚後の夫の推定相続人となる。
- 25 (3) 前夫が死別した場合に、配偶者、胎児、前夫の弟がいる場合に、胎児が前夫の子となった場合には、配偶者と子の相続分は、2分の1ずつとなる。仮に、胎児が再婚後の夫の子となった場合には、配偶者の相続分は4分の3、前夫の弟の相続分は4分の1となり(母の相続分は増える)、胎児は再婚後の夫の推定相続人となる。
- 30 (4) 前夫が死別した場合に、配偶者、胎児がいる場合に、胎児が前夫の子となった場合には、配偶者と子の相続分は、それぞれ2分の1ずつとなる。仮に、胎児が再婚後の夫の子となった場合には、配偶者のみが前夫の相続人となり(母の相続分は増える)、胎児は再婚後の夫の推定相続人となる。
- 35 (注3) 民法は、婚姻によって氏を改めた夫又は妻の氏について、離婚の場合は当然に婚姻する前の氏に復することを原則とするのに対し(民法第767条第1項、第771条)、死別の場合は当然には復氏せず、届出によって婚姻する前の氏に復することができるとしており(民法第751条第1項、戸籍法第95条)、また、姻族関係について、離婚によって終了するとしているのに対し(民法第728条第1項)、死別の場合は、当然には終了せず、生存配偶者が、届出によって姻族関係を終了させる意思を表示したときに終了するとしている(同条第2項、戸籍法第96条)。

2 嫡出推定制度の見直しと胎児認知との関係の整理

(1) 検討の必要性

現行法における、妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する（民法第772条第1項）という規律と、婚姻前に胎児認知される子は、婚姻前に懐胎されており、妻と認知者との婚姻中に懐胎されたものではないこととを照らし合わせると、婚姻前の胎児認知と嫡出推定の関係を論じる必要は基本的に存在しなかったものといえる（注1）。

もっとも、嫡出推定制度の見直しにおいては、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夫の子と推定することを提案（本文①の後段）しているところ、このような見直しを行った場合には、婚姻前の胎児認知と嫡出推定の関係が問題となる。具体的には、婚姻前に、夫とは別の男性から胎児認知がされていたときに、そもそも嫡出推定を及ぼすことが相当であるかや、嫡出推定を及ぼすこととした場合には胎児認知の効力に関して規律を設けるかなどについて検討する必要があると考えられる。

(2) 婚姻前に胎児認知がされている場合に嫡出推定を及ぼすか

ア 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ことや、夫婦は自らの子として養育する意思を有しており、夫の子と推定することが子の利益にもなると考えられること等にある

胎児認知がされていたとしても、その後、母が認知をした者とは別の男性（夫）と婚姻したのであれば、その子は、夫の子である蓋然性がないとまではいえず、夫婦の子として養育することが期待でき、夫の子と推定することが子の利益にもなることに変わりはないとも考えられる。

イ 他方で、胎児認知には、母の承諾が必要であるところ（民法第783条第1項）、胎児認知がされていた場合には、認知者及び母が共に子の父は認知者であることを承認していたこととなることからすると、その後、母が別の男性と婚姻したとしても、当該婚姻によって子が夫の子である蓋然性が当然に高まるものではなく、夫の子と推定する前提を欠くとも考えられる。

この点に関し、母が胎児認知について承諾をしていたにもかかわらず、認知者とは別の男性と婚姻した後に子を出生するというケースについては、様々な経緯があることも想定されるが、子の出生が予定されている状況において、敢えて子の出生前に婚姻していることに着目すれば、まずは、夫の子と推定し、夫婦の子として養育を受ける環境を確保することが相当であるとも考えられる。

仮に、夫婦が、子は夫の子ではないものとして、認知者を子の父とすることを希望するのであれば、嫡出否認によることとなるが、夫婦が望んでいるのであれば、その手続の負担はさほど重いものとはならないとも考えられる。

ウ この問題を検討するに当たっては、母が離婚し、胎児認知がされた後に再婚したような場合の取扱いについても検討する必要がある。

嫡出推定が及ぶ場合には、認知をすることができないため（民法第779条参照）、上記胎児認知は、前夫の嫡出推定が及ぶ場合にはその効力を失い（注2）、本文③の規律により、再婚後の夫の子となると考えられる。

他方で、胎児認知があった場合には本文①後段の嫡出推定がされないとした場合には、本文③の規律の前提となる再婚後の夫の子との推定がそもそも生じないとも考えられる。そうであるにもかかわらず、再婚後の夫の子との推定に劣後するものにすぎない、前夫の子との推定があることを理由として、胎児認知がその効力を失い、その結果として再婚後の夫の子との推定が優先することとなるとすれば、推定の優劣関係に混乱が生じ、全体的に整合的な説明が可能であるか疑問がある。

エ 以上を踏まえると、母が、胎児認知後に別の男性と婚姻し、その後に出生した子については、本文①後段の規律により、夫の子と推定するのが相当であると考えるが、どのように考えるか。

(3) 胎児認知の効力に関する規定

嫡出推定が及ぶ場合には、認知をすることができないため、前記(2)のとおり、母が、胎児認知後に別の男性と婚姻し、その後に出生した子は夫の子と推定することとする場合には、胎児認知は効力を失うと考えられる。

そこで、胎児認知の後に、母が別の男性と婚姻をしたときには、胎児認知の効力を失う旨明文で明らかにすることが考えられる。

もっとも、子が出生した後に、夫の嫡出推定を排除する嫡出否認の裁判が確定した場合には、胎児認知は有効となることから（注3）、その旨も明記することも考えられる。

これらの点について、どのように考えるか。

（注1）もっとも、婚姻前の胎児認知後に、母が認知をした者とは別の男性と婚姻し、婚姻後201日以後に子を出生した場合には、民法第772条第2項により、婚姻中に懐胎したものと推定されるため、まったく問題とならないわけではない。

（注2）現行法においては、婚姻解消後に出生する子との関係では、胎児認知と嫡出推定との関係が問題となることはあった。すなわち、現行法では、嫡出推定が及ぶ場合には、認知をすることができないところ（民法第779条）、胎児認知の場合には、認知をした段階では、嫡出推定が及ぶかは明確ではないため、子が出生した段階で認知の要件を欠くことが判明する場合がある。そのため、戸籍実務では、離婚した女性の胎児については、認知をいったん受理するものの、子が離婚後300日以内に出生した場合には、その受理処分を撤回し、不受理処分をすることとされている。

（注3）「被認知胎児が婚姻中の外国人母の夫の嫡出推定を受けることを理由に届出を不受理とした場合には、届書等を返戻する際に、届出人に対し、子の出生後に外国人母の夫の嫡出推定を排除する裁判等が確定した旨の書面を添付して、返戻された届書によって届出

をすれば、不受理処分を撤回し、当初の届書等の受付の日の届出の効力が生ずる旨を説明する。」（平成11年11月11日法務省民2・5第2420号法務局民事行政部長，地方法務局長あて法務省民事局第二課長，第五課長通知参照）

第3 別居後に懐胎された子に関する認知の訴え及び親子関係不存在確認の訴えの明文化

民法第772条の期間内に出生した子に関し，民法に①及び③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，夫婦が別居（その原因である事由が一時的なものであることが明らかなものを除く。）をした後に懐胎されたものであるときは，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。

③ 民法第772条の期間内に出生した子であって，夫婦が別居（その原因である事由が一時的なものであることが明らかなものを除く。）をした後に懐胎されたものについては，①に規定する訴えによるほか，子その他の利害関係人は，子が成年に達するまでの間に提起する親子関係不存在確認の訴えによってのみ，その子が夫の子でないことを主張することができる。

（補足説明）

1 概要

部会資料17では，別居後に懐胎された子による認知の訴えの明文化について提案をしたところ，第17回会議では，特に無戸籍者問題を解消するという観点から，嫡出推定の例外場面をより広く認める方策として，これに賛成する意見が多かった。その上で，具体的な提案内容については，まず，①の規律に対して，「別居」の意義をどのように考えるのかという点に関わる意見，判例が推定の及ばない子に該当する例として挙げている他の類型の取扱いに関わる意見，親子関係不存在確認の訴えの可否をどのように考えるのかという点に関わる意見，次に，②の規律に対して，前夫の関与しない強制認知の手続で嫡出推定の例外を認めることの当否に関わる意見が出された。

そこで，本部会資料では，各意見を踏まえ，部会資料17の提案を引き続き検討することとしている。

2 民法における規律（①及び③の規律）について

(1) 「別居」の意義

ア 別居の意義に関して，第17回会議では，「夫婦の一方が婚姻を解消する意思をもって」として当事者の主観的意思を要件とするかのように規定すると別居

の有無の認定が困難になり、嫡出推定の例外を認める基準として機能しないのではないかと指摘や、内縁や離婚の際の婚姻の破綻に関する議論が参考になるのではないかと、何らかの形で別居を公証する制度を設けることが考えられるのではないかと提案があった。

5 イ そこで検討すると、部会資料17に記載したとおり、嫡出推定の例外を認める要件として、「別居」後に懐胎したことを必要とするものとした趣旨は、別居があるときは嫡出推定の基礎ないし根拠が欠けているということができることによるものであることからすると、別居は婚姻関係の実態が失われていることの徴表であって、必ずしも主観的な要件として、婚姻を解消する意思を有していたことを要するものとするべき必然性はないとも考えられる。

10 嫡出推定の例外を定めるという観点からは、懐胎時に婚姻関係の実態が失われていることがうかがわれる事情があれば足りるところ、一時的な原因による別居は夫婦の共同生活の維持向上との関係で、常に否定的影響のみを生ずるとは限らず、また、夫婦の同居義務（第752条）に関して、単身赴任、入院治療など夫婦の一方又は双方の職業上の必要、精神的、身体的な必要からの一時的な別居は別居義務の違反にならないとされていることからすると、夫婦の別居のうち、一時的な原因による別居があるにすぎない場合は婚姻関係の実態を欠くとは言えないとも考えられる。（注1）

15 ウ 以上を踏まえ、法文上は、単に「別居」とした上で、そこから、その原因である事由が一時的なものであることが明らかなものを除くものとすることを提案している。このような規律を設けた場合には、たとえば一般的な単身赴任のための別居は、その原因において一時的なものであることが明らかであるといえるから、ここにいう「別居」からは除外されることとなる。他方で、たとえば夫婦げんかを契機とする別居については、夫婦間の不和の内容や程度は様々であって、その不和が解消されて同居が再開されるに至るか否かは不明確であるといわざるを得ないことからして、別居の原因が一時的なものであることが明らかであるとはいえず、ここにいう「別居」に当たることとなり、その後懐胎した子について嫡出推定の例外が認められることとなる。

(2) 別居以外の理由による嫡出推定の例外の可能性

30 ア 夫婦の一方が刑事施設に収容中であるとか、外国に居住しているなど必ずしも婚姻を解消する意思が伴わないものの、客観的に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な場合の取扱いに関して、第17回会議では、これらについても、引き続き強制認知の訴えによることができるものとするべきであるとの指摘や、判例の外観説との連続性を意識する必要があるとの指摘があったほか、仮に明文で規律することとしないのであれば、別居のみ特に規律を置くことの理由についての説明が必要であるとの指摘があった。

35 イ そこで検討すると、部会資料17及び本部会資料での提案は、嫡出推定制度が婚姻を基礎として父子関係を推定する制度であることから、離婚が成立していない場合であっても、婚姻の実態が失われている場合には嫡出推定の例外を

認めることが相当であるという考え方を基礎に、嫡出推定制度が夫婦間のプライバシーの保護をも目的としていることを踏まえ、「別居」という婚姻の実態が失われていることが外部的にも明らかな事情があるときに、例外を認めるものである。このような考え方を徹底した場合には、単に夫婦の一方が刑事施設に収容中であるというだけでは、婚姻の実態が失われているということとはできないため、嫡出推定の例外を認めることは相当でないことになる。このように解したとしても、夫が刑事施設に収容されている間に妻が懐胎した事案や夫婦の一方が海外に居住している間に妻が懐胎した事案は、それ自体では母が夫を相手方とする嫡出否認の訴えを提起することができない事情があるとはいえないから、夫、子又は母は嫡出否認の訴えにより父子関係を否定することができ以上、嫡出否認の訴えによることが相当であるとも考えられる（もっとも、妻が長年離婚を求めていたにもかかわらず、夫が離婚に応じなかったという事情や、夫による家庭内暴力があったという事情がある事案で、刑事施設に収容されたこと等をきっかけに同居を再開することが見込まれない形で「別居」が始まったと認定することができる場合には、別居の事由が一時的なものであることが明らかであるとはいえないものとして、嫡出推定の例外が認められるとも考えられる。）。)

そこで、本部会資料では、引き続き、解釈により強制認知の訴え等が認められる可能性を否定する趣旨ではないものの、「別居」のみを嫡出推定の例外とする案を提案することとしているが、どうか。（なお、仮に解釈により強制認知の訴えが認められた場合には、②の規律が直ちに適用されることにはならないが、②の規律の趣旨を踏まえて、前夫への通知の要否が判断されることになると考えられる。また、親子関係不存在確認の訴えが提起された場合も、③の規律が直ちに適用されることにはならないと考えられる。)

ウ 本部会資料における提案は、以上のような考え方に基づくものであるが、第17回会議では、これらの場合も強制認知の訴えに関する規律を設けるべきであるとの指摘が複数あった。そこで検討すると、現に、判例には夫が出征中であることのみを認定し、推定の及ばない子に該当すると判断したものがあることからすると（部会資料17の19ページ㊤）、一定限度で、嫡出推定の例外を認めることも考えられる。具体的には、嫡出推定制度が基本的には生物学上の父子関係の存在を基礎とするものであることを踏まえ、懐胎可能性がないことが夫婦のプライバシーを害さない限度で明らかである場合に該当するものとして、夫婦の一方が刑事施設に収容され、外国に居住していることその他夫婦が同居していないことが明らかな場合に、嫡出推定の例外を認めることも考えられる。このように考えた場合には、嫡出推定の例外を認める根拠に関する上記イの説明を若干修正する必要があると思われるところ、たとえば、「一時的な原因であることが明らかでない別居」や「夫婦の一方が刑事施設に収容され、外国に居住していることその他夫婦が同居していないことが明らかな場合」は、いずれも、民法が通常の婚姻生活として想定している「同居」を欠き、懐胎可

能性がないことが外観上明らかな場合であることから、婚姻に基づく嫡出推定の基礎を欠くという説明をすることができるとも考えられるが、この点について、どのように考えるか。

(3) 親子関係不存在確認の訴えの可否（規律③）

5 ア 強制認知に関する明文の規定を置くこととした場合に、親子関係不存在確認の訴えに関する規律を設けることに関しては、第17回会議において、強制認知に関する明文の規定を置く場合には、親子関係不存在確認に関する規律を置かざるを得ないとの指摘や、無戸籍者問題を解消するための方策として強制認知のみを許容するのでは不十分である可能性があることから、親子関係不存在確認の10 ア 強制認知に関する明文の規定を置くこととした場合に、親子関係不存在確認の手続を取る余地を残しておくべきであり、場合によっては、これを認めた上で、いつまでも父子関係が争われるという問題点を踏まえた規律を設けることも考えられるのではないかと指摘があった。

イ そこで検討すると、無戸籍者問題の解消という観点からは、強制認知の訴えは子の生物学上の父を相手方とする必要があるところ、これが明らかでない場合15 イ そこで検討すると、無戸籍者問題の解消という観点からは、強制認知の訴えは子の生物学上の父を相手方とする必要があるところ、これが明らかでない場合など強制認知の訴えによることができないことも想定されることからすると、少なくとも今回の見直し後に親子関係不存在確認の訴えによることができないものとするとは相当でないと考えられる。そして、法律により明示的に親子関係不存在確認の訴えによることを禁止しない限り、引き続き解釈により同訴えが認められる余地があると考えられる。

20 その上で、親子関係不存在確認の訴えを無制限に認めることとした場合には、例えば、第772条の期間内に生まれた子について、子が夫との間で長年親子として生活をしてきたときや、共同して生活していないものの夫の子として出生届が提出され、それが否定されずにいたときであっても、父子関係の当事者のみならず、訴えの利益を有する第三者から、事後的に父子関係を争われる可能性を残すこととなる。この点について、妻の懐胎時に夫婦が別居をしていた場合には、多くの事案で夫の子でないことが夫婦以外の第三者にも明らかとなっていることから、夫が子を事実上養育していたとしても、夫の親族や子の生物学上の父が嫡出否認手続によらず父子関係を争い得るものとすることが相当であり、期間の経過のみによって父子関係を争うことができなくなるものとする25 その上で、親子関係不存在確認の訴えを無制限に認めることとした場合には、例えば、第772条の期間内に生まれた子について、子が夫との間で長年親子として生活をしてきたときや、共同して生活していないものの夫の子として出生届が提出され、それが否定されずにいたときであっても、父子関係の当事者のみならず、訴えの利益を有する第三者から、事後的に父子関係を争われる可能性を残すこととなる。この点について、妻の懐胎時に夫婦が別居をしていた場合には、多くの事案で夫の子でないことが夫婦以外の第三者にも明らかとなっていることから、夫が子を事実上養育していたとしても、夫の親族や子の生物学上の父が嫡出否認手続によらず父子関係を争い得るものとすることが相当であり、期間の経過のみによって父子関係を争うことができなくなるものとすることは相当でないと考えられる（注2）。他方で、第772条の期間内に生まれた子である以上、嫡出否認の訴え、強制認知の訴え又は親子関係不存在確認の訴えによって父子関係が争われない限り、子は夫の子と扱われるのであるから、利害関係を有する者であっても一定期間が経過した後は、親子関係不存在確認の訴えを提起することができないものとするのが、子の身分の安定という観点から相当であるとも考えられる。なお、親子関係不存在確認の訴えを提起することができる者を単に訴えの利益を有する者ではなく、父、母、子などの一定の範囲の者に限定することが相当であるとの指摘があったが、嫡出推定が及ばない以上当然に夫の子と推定することが子の利益に直結するとは言えず、認知と比較しても、夫の子でないことが明らかな事案であることから35 その上で、親子関係不存在確認の訴えを無制限に認めることとした場合には、例えば、第772条の期間内に生まれた子について、子が夫との間で長年親子として生活をしてきたときや、共同して生活していないものの夫の子として出生届が提出され、それが否定されずにいたときであっても、父子関係の当事者のみならず、訴えの利益を有する第三者から、事後的に父子関係を争われる可能性を残すこととなる。この点について、妻の懐胎時に夫婦が別居をしていた場合には、多くの事案で夫の子でないことが夫婦以外の第三者にも明らかとなっていることから、夫が子を事実上養育していたとしても、夫の親族や子の生物学上の父が嫡出否認手続によらず父子関係を争い得るものとすることが相当であり、期間の経過のみによって父子関係を争うことができなくなるものとする

すると、子の生物学上の父が父子関係を争うことを認めることや、相続や扶養等の利害関係を有することになる夫の親族に父子関係を争うことを認めることが相当であるとも考えられる。

ウ 以上を踏まえ、本部会資料では、③において、認知に関する提案との平仄も踏まえる形で、別居後に懐胎した子に関して提起される親子関係不存在の訴えに一定の提訴期間の制限を設けることとし、その期間は、子が成年に達するまでの間とすることを提案しているが、どうか。

エ また、親子関係不存在確認の訴えに一定の提訴期間の制限を設けることとした場合には、子が提起する認知の訴え（①の規律）についても、その提訴期間の制限を設ける必要があるとも考えられる（なお、嫡出でない子が提起する認知の訴えについて、一般的に期間制限を設けることを提案するものではない。）が、どうか。

（注１）平成８年民法の一部を改正する法律案要綱は、裁判上の離婚の要件について、次のように定めている。

「第七 裁判上の離婚

一 夫婦の一方は、次に掲げる場合に限り、離婚の訴えを提起することができるものとする。ただし、（ア）又は（イ）に掲げる場合については、婚姻関係が回復の見込みのない破綻に至っていないときは、この限りでないものとする。

（ア） 配偶者に不貞な行為があったとき。

（イ） 配偶者から悪意で遺棄されたとき。

（ウ） 配偶者の生死が三年以上明らかでないとき。

（エ） 夫婦が五年以上継続して婚姻の本旨に反する別居をしているとき。

（オ） （ウ）、（エ）のほか、婚姻関係が破綻して回復の見込みがないとき。

二、三 （略）

なお、その前段階として公表された「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」では、上記（エ）に対応する規律として、「夫婦が五年以上継続して共同生活をしていないとき。」とする提案がされていた。その趣旨については、「婚姻関係の破綻の客観的かつ典型的な徴表である一定期間の婚姻共同生活の不存在を離婚原因とするにある」と説明され、「この趣旨から明らかなように、「共同生活をしていない」に当たるか否かは、夫婦の別居という事実がその同居義務（七五二条）の理念に反しているか否かの実質的判断による。例えば、夫婦がそれぞれの勤務の必要上別々に生活しているような場合は、これに当たらないが、夫婦の不和が原因である場合は、その原因がいずれにあるかを問わず（専ら夫婦の一方の責めに帰すべき事由によるものであっても）、これに当たる。」とされている（法務省民事局参事官室『婚姻制度等に関する民法改正要綱試案』の説明）。

（注２）藁の上の養子（出生の届出がされていない子を引き取った夫婦が、その子を自分たちの実子として出生の届出をする場合）については、届出をした夫婦との間の実親子関係は認められていないところ（最判昭和５０年４月８日民集２９巻４号４０１号など）、本提案は民法第７７２条の期間内に妻が出産した子を対象としている。藁の上の養子に

については、届出をした夫婦の妻との間に母子関係がないため、民法第772条が適用される場合には当たらないと考えられる。

なお、本部会でも言及された最判平成18年7月7日民集60巻6号2307頁は、
藁の上の養子に関する事案であり、出生の届出から約55年間実の親子と同様の生活の
実態があり、既に夫婦が死亡して養子縁組をすることができないなどの事情があった事
案で、「戸籍上の両親以外の第三者である丁が甲乙夫婦とその戸籍上の子である丙との間
の実親子関係が存在しないことの確認を求めている場合においては、甲乙夫婦と丙との
間に実の親子と同様の生活の実態があった期間の長さ、判決をもって実親子関係の不存
在を確定することにより丙及びその関係者の被る精神的苦痛、経済的不利益、改めて養
子縁組の届出をすることにより丙が甲乙夫婦の嫡出子としての身分を取得する可能性の
有無、丁が実親子関係の不存在確認請求をするに至った経緯及び請求をする動機、目的、
実親子関係が存在しないことが確定されないとした場合に丁以外に著しい不利益を受け
る者の有無等の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
いものというべきである。」と判示している。

3 家事事件手続法における規律（②の規律）について

- (1) 第17回会議では、②の規律を設けることについて肯定的な意見が多かった一方で、別居に関して、夫婦の一方の婚姻を解消する意思を要件とする場合には、裁判所は当該意思を認定するために（前）夫を関与させなければならないケースが増加し、②の規律で実現しようとする範囲が結果的に限定されるのではないかと指摘や、そもそも、嫡出推定が及ばないことを（前）夫が関与しない手続で判断することが妥当であるのかという指摘があった。
- (2) このような指摘のうち、夫婦の一方の婚姻を解消する意思を要件とすることにより、（前）夫が関与しなければならないケースが増加するというものについては、本文①のとおり、別居の原因が一時的なものであることが明らかか否かを基準とした場合には、大きな問題にはならないとも考えられる。また、部会資料17でも記載したとおり、②の規律は、裁判手続において、（前）夫が関与するかどうかについての当事者の予測可能性を高めることを目的とするものであって、「別居」の認定が困難な事案において別居前後の事情を明らかにするため裁判所が事実の調査ないし証拠の取調べをすることは当然に予定されているのであるから、このような規律を設ける意義が損なわれるものではない。
- (3) また、（前）夫が関与しない手続で判断することの妥当性に関する指摘については、判例において推定の及ばない子について強制認知の訴えの提起が認められていることからすると、現行法上も許容されている解釈であるといえる。法律により、これを正面から肯定することに対しては慎重な検討が必要であるとも考えられるが、部会資料17で記載したとおり、無戸籍者問題を解消する観点から、当事者の予測可能性を高めることが重要であって、また、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、そ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ことから、②の規律を置くことは正当化されるとも考えられるが、どうか。

5

第4 別居後に懐胎された子に関する届出に関する検討

第3の①の規律を前提に、以下のような規律を設けることにより、別居後に懐胎したことが明らかなときは、届出により夫の子でない出生届を提出することができるようにすることについて、どのように考えるか。

10 ① 民法第772条の期間内に出生した子であって、別居（その原因である事由が一時的なものであることが明らかなものを除く。）をした後に懐胎したもの（注1）について、戸籍法の定めるところにより、その母が、夫の子でない旨の出生届を提出したときは、民法第772条は適用しない。

15 ② 夫は、①の届出がされた場合において、訴えにより、子が自らの子であることを理由として、嫡出推定の回復を求めることができる。（注2）

③ ①の場合の出生の届出は、妻が別居の日の後に懐胎したことを証する書面（注3）を添付してしなければならない。

20 （注1）「別居をした後に懐胎したもの」に代えて「住所を異にした後に懐胎したもの」とするなど、戸籍窓口において提出すべき資料が明らかとなるような要件とすることについて、引き続き検討する。

（注2）①の規定により、子について夫の子でない旨の出生届が提出された場合に、妻が別居の日の後に懐胎したものでないときは、夫は、②の訴えによることを想定している。

25 （注3）妻が別居の日の後に懐胎したことを証する書面としては、㊦懐胎時期に関する医師の証明書及び㊧別居の日を証する書面とすることが考えられるが、㊧に関し、夫婦が同居を解消した日が記載されている住民票の謄抄本又は戸籍の附票の謄抄本で足りるものとするか否かについては、引き続き検討が必要である。

（補足説明）

1 概要

30 無戸籍者問題を解消するための更なる方策として、第3の①の規律を前提に、戸籍窓口において、出生の届出に際し、別居の日の後に懐胎したことを証する書面を提出した場合には、夫の子でない出生届を提出することができるようにする方策について、意見を伺うものである。

35 現行法では、平成19年の民事局長通達により、妻が婚姻の解消等の日から300日以内に出産した子であっても、出生届に、婚姻の解消等の日の後に懐胎した子であることを証する医師の証明書を添付することによって、夫の子でない出生届を提出することが認められている（母は、子を嫡出でない子として届け出ることができるほか、再婚している場合には、再婚後の夫の嫡出子として届け出ることできる。）。これを参考に、第3の①の規律を前提として、上記懐胎時期に関する証明書

とともに、別居時期が分かる資料等を提出することによって、別居後に懐胎したことを戸籍窓口において確認することができる場合には、夫の子でない出生届の提出を認めることが考えられる。

5 2 「別居」を認定するための添付資料

(1) 意義

本提案の本文では、「別居」の意義を上記第3と同じものとして、一時的なものではない事由を理由とする共同生活の解消とすることを前提としている。そして、戸籍窓口における審査は、一定の書類の有無等の形式的審査にとどまるところ、
10 本提案は、本来、嫡出推定が及ぶ子について、政策的に、戸籍窓口における届出により、その例外を認めるものであることからすると、実体的には「別居」後に懐胎したと認められ得る場合であっても、戸籍法で定めるところによる届出がされない場合には、訴えによらなければ、嫡出推定の例外を認めることはできないと考えられる。なお、いかなる資料の添付を必要とするかについては、戸籍窓口
15 における事務に関わる技術的・専門的事情をも踏まえて検討されるべきものであり、社会実態の変化等に応じて機動的に見直すことが相当であるから、省令で定めることも考えられる。また、既存の関連制度を前提とした場合に、戸籍窓口における審査に際して、いかなる資料を利用することが想定されるかについて、以下で検討する。

(2) 戸籍窓口における審査に際して提出すべき書面

戸籍窓口において「別居」を開始したことを認定する際の資料について検討するに、まず、客観的な同居の解消の事実及びその開始時期については、住民票や戸籍の附票によって認定することが考えられる。公簿以外の資料として、転居した者の名前の入った新しい住居の水道光熱費、通信費などの請求先が分かる資料等
25 も考えられるものの、戸籍窓口でこれらの資料を用いて居住実態を審査（実質的審査）することは困難であるとも考えられる。次に、別居の開始が婚姻を解消する意思によるものである場合など、別居の原因が一時的なものであることが明らかでないことについては、DV保護命令決定書、DV支援措置を受けていること（支援措置情報の提供）、離婚調停の申立書の係属証明（解消方向の夫婦関係調整調停）
30 等の資料の提出を求めることが考えられる。これらはいずれか一通があれば、別居の原因が一時的なものであることが明らかでないことを認定することができるとも考えられる。もっとも、これらの書類がなければ一切届出を認めないこととすると、例外が認められる範囲が限定的になるとも考えられるところ、例えば、別居後に子を懐胎し、かつ、子の出生時まで離婚が成立していた場合には、別居の
35 開始が婚姻を解消する意思によるものである（別居の原因が一時的なものであることが明らかでない）と認定することが合理的であるといえることを踏まえ、そのような事実、すなわち夫婦の別居の事実及びその開始時期並びに子が夫婦の離婚後に出生したことが、住民票や戸籍附票等を含む資料から認定できる場合には、嫡出推定の例外を認めることについて、どのように考えるか。

(3) 「別居」の意義の検討

以上に対し、別居後に懐胎したことが明らかであることを戸籍窓口における形式的審査で認定することが困難であると考えられる場合には、(注1)において付記しているとおり、届出により夫の子でない出生届を提出することができる場合
5 の実体要件をより具体化することが必要であるとも考えられる。そのような要件として、たとえば「別居をした後に懐胎したもの」に代えて「住所を異にした後に懐胎したもの」とすることが考えられるが、どのように考えるか。

3 別居後に懐胎したものでないとの主張

(1) 平成19年通達に基づく現行の取扱いについて

平成19年通達に基づく離婚後懐胎証明が添付されて届出がされた場合に、前夫が懐胎時期を争う際の取扱いについて、適切な戸籍先例は見当たらないようである。

(2) 夫が提起する訴えの実体要件

訴訟による主張について懐胎時期の証明書及び別居の時期に関する書類に基づき別居後に懐胎したものであることを前提に出生届がされた場合において、夫が、これを不服として記載の訂正を求める場合の取扱いとしては、夫が、子が別居後に懐胎されたものでないことを証明することを要件として、嫡出推定の回復・復活を認める（回復・復活した推定に対して嫡出否認をすることは可能とする。）
15 考え方と、夫が、子との間の父子関係自体を証明することを要件として、嫡出推定の回復・復活を認める考え方があり得るが、いったん回復・復活した嫡出推定を、さらに嫡出否認の訴えにより、否認することができるものとするとは迂遠であり（紛争の一回的解決の観点から妥当でない。）、制度としての分かりやすさという観点からも適切でないと考えられる。
20

そこで、本部会資料では、②の規律を設けることにより、夫は、①の届出がされた場合において、訴えにより、子が自らの子であることを理由として、嫡出推定の回復を求めることができるものとしている。「推定の回復」としている点は、現行法上、法律上の父子関係の成立原因として、嫡出推定と認知とがあり得るところ、裁判による父子関係の成立という新たな父子関係の成立原因を創設することには慎重な検討が必要であると考えられることから、既に存在し、一度は排除された推定が回復するものと整理している。もっとも、回復の前提として、「子が自らの子であること」が裁判上認定されていることからすると、何人もこれにより回復した推定を争うことはできないものとするのが相当である。
25
30

(3) 届出がされたにもかかわらず、別居後に懐胎したものでない場合の取扱い

届出がされたにもかかわらず、別居後に懐胎したものでない場合については、戸籍法の定めるところによる届出がされている以上、①の規律により民法第772条は適用されないの
35 ので、②の規律により、訴えにより、嫡出推定の回復を求めることが考えられる。

なお、夫が先んじて嫡出子出生届を提出した場合には、嫡出推定が及ぶことに

なるので、子又は母は嫡出否認の訴えによることが考えられる。

(4) なお、(2)、(3)のいずれの場合も、夫の子との推定が回復した場合に、子が母の嫡出でない子である場合だけでなく、子の出生後に父が子を認知している場合が生じ得る。しかしながら、(3)の場合はもちろん、(2)についても、子は出生時から夫の子と推定されることになるから、当該認知は、嫡出子に対する認知として無効になるものと考えられる。

4 離婚後に懐胎した子の取扱いについて

以上のような見直しをした場合には、離婚後に懐胎したことの証明がされた場合に関する平成19年通達についても、明文でこれを規律することが考えられるが、どうか。

第5 嫡出否認制度に関する民法の規律の見直し

民法第774条、第775条及び第777条の規律を、次のように見直すものとする。ただし、(3)の母の否認権の新設については、これを認める必要性も含め、引き続き検討する。

(1) 夫の否認権の見直し

① 第772条（注1）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。

② ①の規定による夫の否認権は、子又は親権を行う母に対する嫡出否認の訴えによって行う。親権を行う母がないときは、家庭裁判所は、特別代理人を選任しなければならない。

③ ②の訴えは、夫が子の出生を知った時から3年以内に提起しなければならない（注2）。

④ 前夫による否認権の行使以外の理由により、再婚後の夫の子であるという推定を否定する嫡出否認又は親子関係不存在確認の審判又は判決が確定した場合においては、③の規律にかかわらず、前夫が提起する嫡出否認の訴えは、前夫が当該審判又は判決が確定したことを知った時から1年以内に提起しなければならない。

(2) 未成年の子の否認権の新設

① 第772条の場合において、子は、自らが嫡出であることを否認することができる。

② ①の規定による子の否認権は、夫に対する嫡出否認の訴えによって行う。

③ 子の親権を行う母又は子の未成年後見人は、その子のために、②の訴えを提起することができる。この場合において、親権を行う母は、第818条第3項本文の規定にかかわらず、単独でその子のために②の訴えを提起することができる。

④ ②の訴えについて、親権を行う母又は子の未成年後見人がないときは、家庭裁判所は、子又はその親族の請求によって、特別代理人を選任する。（注

3)

⑤ ②の訴えは、子の出生の時から3年以内に提起しなければならない(注2)。
ただし、本文の期間の満了前6か月以内の間に親権を行う母及び子の未成年
後見人がないときは、未成年後見人が就職した時から6か月を経過するまで
の間は、なお②の訴えを提起することができる。

⑥ 再婚後の夫の子であるという推定を否定する嫡出否認又は親子関係不存
在確認の審判又は判決が確定した場合には、⑤の規律にかかわらず、
子が前夫に対して提起する嫡出否認の訴えは、子の出生の時から3年を経過
した日又は子が当該審判又は判決が確定したことを知った日から1年を経
過した日のいずれか遅い日までに提起しなければならない。

(3) 母の否認権の新設

① 第772条の場合において、母は、子が嫡出であることを否認することが
できる。

② 母の否認権は、夫に対する嫡出否認の訴えによって行う。

③ ②の訴えは、子の出生の時から3年以内に提起しなければならない。(注
2)

④ 再婚後の夫の子であるという推定を否定する嫡出否認又は親子関係不存
在確認の審判又は判決が確定した場合には、③の規律にかかわらず、
母が前夫に対して提起する嫡出否認の訴えは、子の出生の時から3年を経過
した日又は母が当該審判又は判決が確定したことを知った日から1年を経
過した日のいずれか遅い日までに提起しなければならない。

(4) 再婚後の夫の子と推定される子についての前夫の否認権の新設

① 嫡出推定の例外規定により再婚後の夫の子と推定される場合において、母
の前夫は、子との間に生物学上の父子関係があるときは(注4)、子が母の
夫の嫡出であることを否認することができる。ただし、前夫が嫡出否認によ
って子の利益を害する目的であることが明らかなきときは、この限りではない。

② ①の否認権は、母の夫及び子又は親権を行う母に対する嫡出否認の訴えに
よって行う。

③ ②の訴えは、母の前夫が子の出生を知った時から3年以内に提起しなけれ
ばならない。(注2)

④ 前夫は、自らの否認権の行使により再婚後の夫の子であるという推定が否
認されたときは、自らの子であるという推定を否認することができない。

(注1) 見直し後の第772条をいう。以下同じ。

(注2) 部会の議論状況を踏まえ、5年とする案を検討することは否定しないものの、本
文記載のとおり、今後は3年とする案を中心に検討することを想定している。

(注3) 子の特別代理人の選任手続は、家事事件手続法第159条によることを想定し
ている。

(注4) 法文化する際に「(前夫と、)子との生物学上の父子関係がある」との表現を用い
ることとするかどうかについては、法制的観点も踏まえ、引き続き検討する。

(※) 下線部が実質的な変更点である。

(補足説明)

1 残された論点について

5 本部会資料では、嫡出否認制度に関する規律の見直しに関して残された論点のうち、否認権の行使期間の長さ及び前夫の否認権の要件について、更に検討することとしている。

すなわち、否認権の行使期間の長さについては、これまで3年とする案と5年とする案を併記することとしていたところ、パブリック・コメントの結果等を踏まえ、
10 3年とする案を中心に検討することを提案している。また、前夫の否認権の要件については、部会資料16-3において前夫が自らの子であること及び子の利益に反しないことという要件を課すことを提案していたところ、第16回会議での指摘等を踏まえ、前夫が自らの子であること及び前夫が嫡出否認によって子の利益を害する目的であることが明らかでないことを要件とすることを提案している。

15 このほか、本文の提案には現れていないものの、再婚後の夫の子との推定に対する嫡出否認と前夫の子との推定に対する嫡出否認の関係について、補足説明において、検討を加えることとしている。

なお、嫡出否認制度に関する規律の見直しに関しては、以上のほかに母の否認権を認めることの当否や、第16回会議において指摘された母が離婚及び再婚を複数
20 回繰り返した場合の否認に関する規律について検討する必要があるが、この点については引き続きの検討課題とすることとし、本部会資料では、この点については検討を行っていない。

2 否認権の行使期間の長さ

25 (1) パブリック・コメント等を踏まえた検討

否認権の行使期間に関し、中間試案においては、夫の否認権について、夫が子の出生を知った時から1年とする現行法の規律を見直し、夫が子の出生を知った時から3年とする案と5年とする案を併記し、新設する未成年の子及び母の否認権についても同様に、子の出生の時から3年とする案と5年とする案を併記し、
30 さらに、新設する前夫の否認権についても、前夫が子の出生を知った時から3年とする案と5年とする案を提案していた。

これに対して、パブリック・コメントでは、いずれの否認権の行使期間についても、3年とする案が5年とする案を数としては上回っていた。具体的には、3年とする案を推す意見からは、子の身分関係の早期安定を重視すべきとの指摘、
35 5歳程度の出来事は子の記憶に残りやすく、法律上の父が変わることが子の人格形成や心理面に与える影響が大きくなるとの指摘、否認権行使の機会を確保するための期間としては3年で十分であるとの指摘、現行法上、財産関係に関わらない身分関係に関する行為として、父又は母が死亡した後の認知の訴えの期間制限が3年とされていることとの平仄を合わせるべきであるとの指摘等があった。他

方で、5年とする案を推す意見からは、関連して生じ得る離婚の手續に要する期間等をも踏まえると、否認権を行使することを決断し、嫡出否認手続を採るための期間として5年程度が必要であるとの指摘、特に、未成年の子又は母の否認権については、子の出生直後には母の生活状況が大きく変化することを考慮すべき

5 であるとの指摘、子の身分関係の早期安定を踏まえても、5年とすることが相当であるとの指摘等があった。また、以上のような意見に対して、夫や前夫の否認権については、その者が子の出生を知った時が起算点となることから、常に一定の年齢で否認権の行使期間が経過することにはならないとの指摘があったことにも留意する必要がある。

10 このような指摘等を踏まえ、本部会資料では、下記のとおり、根拠等を整理した上で、夫、子、母及び前夫の否認権行使のいずれについても、それらの行使期間の長さを3年とすることを提案しているが、どうか。

(2) 否認権の行使期間の長さを3年とする根拠等

ア 現行法上、夫の否認権に関する民法第777条は、主として、子の身分関係を

15 を早期に安定させることや夫婦の家庭の平穩を維持すること等の複合的な要素により否認権の行使期間を基礎付けているものと考えられるが、夫に否認権行使の機会を十分に与える等の観点から、行使期間を伸長することが必要であるとしても、子の身分関係の早期安定や夫婦の家庭の平穩を維持するという現行制度の趣旨を変える必要はない。また、否認権の行使期間を伸長する場合には、否認権の行使期間は、その経過によって、夫と子との間に推定される父子

20 関係を前提とした社会的事実が形成されることから、推定される父子関係を法律上の父子関係として確定することが相当であることによって基礎付けられる。

そして、否認権の行使期間を定めるに当たっては、子の身分関係の早期安定

25 と否認権者による否認権行使の機会のバランスを踏まえる必要がある。

以上の説明は、新設される子、母及び前夫の否認権について、その行使期間の長さを定めるに当たっても同様に妥当する。(以上は、中間試案の補足説明のとおり。)

イ 以上を前提に検討すると、行使期間の起算点は、夫及び前夫についてはその

30 者が子の出生を知った時からとし、子及び母については子の出生の時からとするものとされているところ、否認権者が子の出生を知った時から否認権を行使することなく、3年が経過したときは、子の身分関係の早期安定等を重視する観点から、否認権を失うものとするのが相当であると考えられる(母は、当然に、子の出生の時に子の出生の事実を知ることができる。)

行使期間を3年とすることの妥当性については、子の発達の観点から見たときには、一般に、子の認知・記憶は4歳前後に大きく発達し、5歳頃には出来事の記憶が長期にわたって残るようになるとされていることからすると、3歳頃までには父子関係が確定していることが望ましいと考えられる。また、親族・相続法上、身分関係に関して期間制限を設けている例は多くないものの、親子

関係の形成に関するものであるが、父又は母の死亡後の認知の訴えが3年以内とされていることとの平仄を図ることができる。なお、子又は母の否認権の行使期間の起算点については、子の年齢を基礎とする考え方が妥当するところ、夫又は前夫の否認権の行使期間の起算点については、否認権者が子の出生を知った時とされており、必ずしも子の年齢を基礎とする考え方が妥当するものではないが、夫や前夫においても、多くの場合には子の出生から近い時期にその事実を知り又は知り得るものと考えられることからすれば、行使期間の具体的な年数を検討する際に、子の年齢に応じてどのような影響を生じるかという点を考慮することには合理性があり、少なくとも不合理とまでは言えないものと考えられる。

否認権者が裁判手続を採るまでに要する期間については、個別の事案によるものであって一概に述べることはできないが、3年という権利の行使期間は、嫡出否認以外の権利の行使期間と比べて格段に短いものではない。また、嫡出否認の調停の申立てをする際に、DNA型鑑定などの証拠を併せて提出することまでは必要とされていないことからすると、証拠収集のための期間を確保する必要があるともいえない。

さらに、前記第3では、第17回会議の議論を踏まえ、別居後に懐胎した子についてはなお、否認権の行使期間が経過した後であっても強制認知の訴えや親子関係不存在の手続を取ることができるものとすることを提案しているから（仮にこのような提案の採用に至らない場合であっても、少なくとも、解釈上、推定の及ばない子に関する親子関係不存在確認の手続を取る余地は残るものと想定される。）、否認権の行使期間を3年に限定したとしても、無戸籍者を生ずる原因としての事実と反する推定の範囲はこれまでより縮小し、少なくとも拡大することはないとも考えられる。

以上を踏まえ、今後は、否認権の行使期間の長さを3年とすることが相当であると考えられるが、どうか。

(3) 子の否認権の行使期間の満了時に親権を行う母又は未成年後見人がいない場合

未成年の子の否認権については、親権を行う母に加え、未成年後見人が行うことができるものとしているが、未成年後見人が行使する場合も、子の否認権の行使期間は子の出生の時から3年とすることとしている。もっとも、子に親権者がいないために未成年後見が開始した場合であっても、未成年後見人が直ちに選任されるとは限らないため、子の否認権の行使期間の満了前に親権を行う母も未成年後見人もいない場合が生じ得る。そこで、否認権の行使期間の満了前6か月以内の間に未成年の子に親権を行う母及び未成年後見人がないときは、未成年後見人が選任された時から6か月を経過するまでの間は、未成年の子の否認権は消滅しないものとするのが相当であるとも考えられるが、どうか。

この点、親権を行う母及び未成年後見人がない場合には、子の親族が特別代理人の請求をすることができるものとするとしているが、子のために特別代

理人の選任を請求することを子の親族に常に期待することができるとはいえないことからすると、なお未成年後見人について、否認権の行使の機会を与えることが相当であると考えられる。

5 3 前夫の否認権の要件

(1) これまでの議論の状況

部会資料16-3では、前夫の否認権の要件について、「母の前夫は、子との間に生物学上の父子関係があるときは、子が母の夫の嫡出であることを否認することができる。ただし、嫡出否認をすることが子の利益に反することが明らかであるときは、この限りではない。」としていたところ、第16回会議では、生物学上の父子関係を要件に入れることによる他の場面への影響の有無を慎重に検討する必要があるとの指摘があったほか、生物学上の父子関係の有無は子の利益に一致する場合が多いと考えられる一方で、常に一致するかどうかについては検討する必要があるとの指摘があった。他方で、子の利益を要件とすることに対しては、より具体的な要件を定めなければ裁判所の審理判断が困難になり、法的安定性を害することになるとの指摘や、現行法上の他の制度において子の利益が考慮される場面を踏まえると、子の利益の判断に当たっては、親の経済的な監護能力を考慮することとなり得るが、そのような事情は、嫡出否認の手續において行うことは相当ではなく、前夫による嫡出否認が認められることを前提に、親権者変更の手續において、母と前夫のいずれを親権者とするのが子の利益に適うかという観点から考慮され得るものとするのが望ましいのではないかとといった指摘があった。

そこで本部会資料では、前夫の否認権の要件について、子との間に生物学上の父子関係があることに加え、前夫が嫡出否認によって子の利益を害する目的であることが明らかでないことを必要とするとの案を提案している。

(2) 前夫と子との間に生物学上の父子関係があること

これまでの議論では、前夫の否認権の効果について、再婚後の夫の子であるとの推定が子の出生の時に遡って否定されることに加え、前夫が子の出生の時に遡って子の父であったものとみなされること及び前夫は自らの子であることを否認することはできないものとするを前提としてきた。そのため、前夫が再婚後の夫の子との推定を否認する場合は、自らが子の法律上の父として確定することを前提として訴えが提起されることとなるから、前夫が子の生物学上の父であることが必要となると考えられる。

また、より実質的には、前夫は子の出生時には子の母との間に婚姻関係がないことからすると、再婚後に出生した子の父子関係の確定に前夫が主体的に介入することが正当化されるためには、その基礎として前夫と子との間に生物学上の父子関係が存在することが必要であるとも考えられる。なお、生物学上の父子関係のある父が法律上の父として子の養育に関与し得る地位にあることは、短期的又は長期的な子の利益という観点からも望ましいことが少なくないとも考えられ、

このような考え方を採用することが、直ちに、生物学上の父子関係の存在を親子関係の唯一の基準とする考え方（いわゆる血縁主義的な考え方）の採用を意味するものではないと考えられる。

そこで、引き続き、前夫の否認権の要件として、前夫が子の生物学上の父であることを要件とすることとしている。なお、本部会資料等では「生物学上の父子関係」という語を用いているが、法文化した場合には、「前夫が子の父であること」などの語を用いることが考えられ（少なくとも、現行法上、「子の生物学上の父である」といった用例はない。）、この点については、法制的観点も踏まえ引き続き検討することを予定している。

- (3) 前夫が嫡出否認によって子の利益を害する目的であることが明らかな場合でないこと

ア 中間試案では、乙案として、「再婚後の夫の子であるという推定を否認することが子の利益に反することが明らかである場合には否認することができない」との案が提示され、また、部会資料16-3では、上記のとおり、前夫と子との間に生物学上の父子関係があることを必要とした上で、「ただし、嫡出否認をすることが子の利益に反することが明らかであるときは、この限りではない。」として、いずれも子の利益に反しないことを明文の要件とすることが提案されていた。これは、再婚後の夫の子との推定は、再婚後の夫の子である蓋然性の高さや再婚後の家庭での養育を期待することができること等を根拠とするものであるところ、嫡出否認の場面でも、単に生物学上の父子関係の存否のみによって否認の可否を判断すべきではなく、子の養育がどのように行われるのかという観点から、前夫の否認権の行使の場面に制限を設けることが相当であるとの考えに基づくものである。

イ しかし、前夫による否認権行使の可否を判断する際に、再婚後の夫の子との推定を否認することが子の利益に反しないことを要件とした場合には、裁判所は、個別の事案で再婚後の夫による養育を期待することができるか否か、また、再婚後の夫の子と前夫といずれによる養育が子にとって望ましいかを検討することを求められることとなる。しかも、再婚後の夫による養育の可否は、裁判手続において前夫の子であることが明らかになったことを踏まえて、再婚後の夫が今後も引き続き子の養育をする意思を有するかどうかを判断しなければならないこととなるが、嫡出否認の訴えに対する判断時点で、そのような判断をすることは困難であり、仮に判断しようとするとも嫡出否認の審理の長期化を招くこととなり相当ではないとも考えられる。現行法では、特別養子縁組の成立の審判において、試験養育（第817条の8）の手続により監護状況を踏まえ判断することとしている例があるが、嫡出否認の手続においてそのような手続を設けることも現実的ではない。また、いかなる場合に前夫による嫡出否認を認めるかという問題は、前夫は、妻の再婚がなければ嫡出推定が及んでいた地位にあることを前提に、再婚後の家庭に介入していくことが許されるかという問題であるところ、再婚後の夫による養育に関する事情は、これとは直接関

わりがないとも考えられる。以上を踏まえると、前夫による嫡出否認において、再婚後の夫による養育に関する事情を考慮することは相当でないと考えられる（このような事情は、嫡出否認が認められた後の前夫と母との親権の所在を決める際に考慮されることとなる。）。

5 そして、再婚後の夫の子との推定が否認されたときは前夫が子の法律上の父となることからすると、前夫の否認権の要件は、前夫が子の法律上の父として不適切な場合を排除するという観点をも考慮して決せられる必要がある。そのような観点からすると、前夫が子の生物学上の父であるときであっても、例えば、前夫に子を養育する意思及び能力がないにもかかわらずあえて否認権を行使するなど、否認により子の利益を害する意図があることが明らかである場合には、前夫が再婚後の夫の子との推定を否認することは認めるべきではないと考えられる。

ウ そこで、本部会資料では、前夫の嫡出否認の要件について、前夫と子との間に生物学上の父子関係があるときは、前夫が嫡出否認によって子の利益を害する目的があることが明らかな場合でない限り、否認を認めるものとするとしてしているが、どうか。

(4) 前夫が提起した嫡出否認の訴えに対する判決の効力の整理等

ア 問題の所在

20 既に本部会においても指摘されているが、前夫の否認権の要件として、再婚後の夫や、子又は母の否認権と異なる要件（前夫と子との間に生物学上の父子関係があること、また、前夫が嫡出否認によって子の利益を害する目的であることが明らかなでないこと）を設けることとした場合には、これを実体要件として理解するか、訴訟要件として理解するかが問題となる。本部会資料の提案は、前回に引き続き、これらの要件を実体要件と位置付けることを念頭に置いているが、部会においても訴訟要件と理解すべきであるとの指摘も存在している。

25 そこで、今後の議論のために、仮にこれらの要件を実体要件と位置付けることとした場合に、人事訴訟の判決が対世効を有し、訴訟の当事者ではない第三者にもその効力が及ぶこととされていること（人事訴訟法第24条第1項）との関係で、いかなる範囲の者にどのような効力が及ぶかについて、整理して検討しておくことは有益であると考えられる。

30 なお、現行法上、夫が提起した嫡出否認の訴えを認容する判決が確定したときは、第三者との関係でも推定される父子関係が否認され、学説上争いがあるものの、嫡出否認権の存在についての既判力が第三者に対しても拡張されるものと解されている。また、訴えを棄却する判決が確定したときは、嫡出否認権の不存在について既判力が生じ、これが第三者にも拡張されることとなる。

イ 認容判決の場合

35 前提として、前夫は、再婚後の夫に加え、子又は親権を行う母を被告として嫡出否認の訴えを提起することとしているから、実質的には、再婚後の夫、子、母が訴訟手続に関与していることとなる。

そして、前夫が提起した嫡出否認の訴えを認容する判決が確定したときは、対世効により、第三者との関係でも再婚後の夫の子との推定が否認されることとなり、その前提となった前夫の否認権の存在についても、争うことができなくなる（訴訟の当事者となっている者との関係では、対世効によらなくても、既判力が及ぶ。）。

ウ 棄却判決の場合

これに対して、訴えが棄却されたときは、前夫の否認権の不存在が確定されることとなるが、上記のとおり、前夫の否認権は、再婚後の夫、子及び母の否認権とは実体要件を異にするものであることからすると、再婚後の夫、子又は母の否認権とは異なる形成権であり、訴訟物を異にするとも考えられる。そのため、前夫の否認権の不存在が確定され、対世効により、それが再婚後の夫、子及び母に及ぶとしても、これらの者が否認権を行使することは制限されないとも考えられる。

この点、前夫の提起した嫡出否認の訴えが、再婚後の夫と子との間の生物学上の父子関係がないとは言えないことを理由に棄却された場合には、たとえ再婚後の夫、子又は母が嫡出否認の訴えを提起したとしても、その請求が認容されることは想定し難く、そのような訴えを提起することは実質的に紛争の蒸し返しとなり、妥当でないとも考えられる。しかし、この場合でも、主張立証の在り方次第では、再婚後の夫、子又は母が提起した嫡出否認の訴えの受訴裁判所が、前夫の提起した嫡出否認の訴えの結論とは異なる心証を形成することもあり得ないとまではいえないし、再婚後の夫、子又は母に、嫡出否認の訴えを提起するか否かを自ら判断する機会を与える（前夫が提起した嫡出否認の訴えにおいて再婚後の夫の子との推定が否認され、その結果として前夫が子の法律上の父となることを避けたいとの意向を尊重する）という観点からは、一律に再婚後の夫、子又は母が改めて訴えを提起することを禁止することが相当とは言えないとも考えられる。これらに加え、仮に、再婚後の夫、子又は母が改めて訴えを提起することが具体的な訴訟の経過に照らして信義則に反する場合には、そのことを理由として、訴えを許さないことも考えられる。

エ 再婚後の夫と子又は母との間の判決の効力

このほか、再婚後の夫が子を被告として嫡出否認の訴えを提起したが、棄却された場合に、その判決の効力が前夫に対して及ぶかが問題となる。上記のとおり、再婚後の夫、子又は母の否認権と、前夫の否認権とは別の形成権であるから、形成権が異なるときは、訴訟物をも異にするとの考え方を採用した場合には、前夫が改めて嫡出否認の訴えを提起することも、対世効によって制限されるものではないとも考えられる。

この場合に、改めて訴訟を提起されることとなる者にとって負担となり、訴訟不経済が生ずることとは否定できないが、両者の訴訟物が異なるものであると理解する以上、手続に関与していない前夫との関係で、このような帰結となることはやむを得ないとも考えられる（同じく形成訴訟である会社組織に関す

る訴え及び売渡株式等の取得の無効の訴えでは、法律関係を画一的に確定するという観点から、請求を認容する判決には対世効を生ずるものとしつつ、棄却判決には対世効が認められていない（会社法第838条、第846条の7）。また、詐害行為取消しの訴えを認容する確定判決は、債務者及びその全ての債権者に対してもその効力を有するとしつつ、棄却判決にはこのような効力が認められていない（民法第425条）。他方で、前夫は、子の出生を知らない限り、いつまでも否認権を行使し得ることとなるため、再婚後の夫と子との間の嫡出否認の訴えが棄却された後、長期間が経過した後に前夫が嫡出否認の訴えを提起するおそれがある。

この点について、どのように考えるか。

オ なお、この問題に関連して、前夫の否認権を、再婚後の夫や子又は母の否認権と異なる性質のものとする理解を徹底した場合には、前夫の否認権を、否認権と位置付けるのではなく、前夫が自らが子の父であることを主張していく権利と位置付けることも考えられるが、どうか。

4 再婚後の夫の子との推定に対する嫡出否認と前夫の子との推定に対する嫡出否認に関する残された論点

(1) 問題の所在

上記第2の規律に照らせば、母が、前夫Aとの離婚後300日以内に出生した子であって、母がA以外の男性Bと再婚した後に生まれたものは、Bの子と推定されることになるが、Bの子であることが否認された場合には、子は出生の時に遡ってAの子と推定されることとなり、さらに、Aの子であることを否認することもできる（なお、Bの子であるとの推定を否認する前には、Aの子であると推定されていないことから、Aの子であるとの推定を否認することはできないと考えられる。）。この場合、子（母も含む。）がBの子であることを否認し、また、Aの子であることを否認するためには、順次、それぞれに対する嫡出否認の手続を取らなければならないが、第5回会議では、子の手続的な負担を軽減し、また、子の身分関係を早期に確定させる観点から、同一の調停手続又は訴訟手続で行うことができるものとするのが望ましいとの指摘があった。

以上のような指摘に対しては、次のとおり、現行法の枠内で実現することができるとも考えられるため、本部会資料では特段の規律を設けないこととしているが、何らかの規律を置くことの要否について、どのように考えるか。（注1）

(2) 嫡出否認の効力との関係について

この点、Bの子であることが否認されるまでは、Aの子であるとの推定は顕在化しておらず、かつ、嫡出否認の効果は判決が確定しなければ生じないとされている（嫡出否認の合意に相当する審判の場合も同様である。）。このことからすると、Bの子であることを否認する調停又は訴訟と同一の手続でAの子であることを否認するためには、Bの子であることを否認する合意に相当する審判又は判決を先に行い、これが確定するのを待ってから、Aの子であることを否認する審判

又は判決を行う方法が考えられるほか、同一の審判又は訴訟でこれを行う場合(注2)には、審判又は判決の主文において、

「1 子がBの子であることを否認する。

2 1の審判(判決)が確定したときは、子がAの子であることを否認する。」とするなどして(注3)、Aの子であることを否認する審判又は判決が、Bの子であることを否認する審判又は判決が確定することを停止条件として効力を生ずるものとする方法が考えられる。

訴訟法的な観点からは、同一の訴訟で複数の請求が併合審理されている場合に、一方の請求に対する判決が確定することを停止条件として他方の請求に対する判決をすることも、訴えの利益が認められる限度で許容される例があることなどに鑑みると、上記のような条件を付した訴え及び判決を許容するために新たに(実体法上又は手続法上の)明文の規定を設ける必要はないとも考えられる。

(3) 同一の手続で行うことの保障について

申立人が同一の調停を申し立て又は訴訟を提起した場合に、現行法の規律を前提とすると、嫡出否認の調停、嫡出否認訴訟の第一審、当該訴訟において上訴がされた場合の取扱いはいずれ次のようになる。

① 嫡出否認の調停

Bの子であることを否認する調停とAの子であることを否認する調停が単純に併合して申し立てられた場合であっても、調停委員会は、これを併合して手続を進める義務を負わない。もっとも、合意に相当する審判を成立させるためには、全ての当事者が合意に相当する審判によることに合意することが必要とされているから、当事者全員が希望している場合には、調停委員会の手続指揮としても、同一の手続で調停を進行させ、同時に合意に相当する審判をすることが合理的であるから、特段の規律を置かなくても、裁判所による手続指揮に委ねることで足りるとも考えられる。他方で、例えば、Aが、Bの子であることを否認する審判を先行させることを希望し、それまではAの子であることを否認する審判を行うことに反対する場合には、同一の調停手続によることはできないこととなる。

② 嫡出否認訴訟の第一審手続

Bの子であることを否認する訴え(B訴訟)とAの子であることを否認する訴え(A訴訟)とを単純に併合して提起された場合であっても、家庭裁判所は、これを併合して審判する義務を負わない。また、これらの訴えが、それぞれ独立しており、いずれの訴えも認容される可能性がある以上(子がBの子でもAの子でもない場合)、法律上両立しない関係に立つとはいえないから、原告は、民事訴訟法第41条の同時審判申出の規律を直接適用して、同時審判の申出をすることもできない。したがって、裁判所は、B訴訟を先行させ、B訴訟の認容判決が確定するまではA訴訟の審理を行う必要がないとして、両者を分離することも可能となる。

他方で、裁判所が併合審理の義務を負わない場合であっても、少なくとも、

当該手続が第一審の訴訟手続に関するものである限りは、同時に審理・判決をすることを希望する当事者の意向等を考慮して、事実上、併合して手続を行うことを期待することができるとも考えられる（注4）。

③ 嫡出否認訴訟において上訴がされた場合

嫡出否認訴訟の第一審手続において、B訴訟とA訴訟が同時に審理されて判決がされた場合であっても、一方の判決に対する控訴の効力が他方の判決に及ばない以上、上訴審において両者が同時に審理されることが保障されるわけではない。もっとも、第一審において、B訴訟を認容し、A訴訟も、B訴訟の認容判決が確定することを条件に、認容する判決がされた場合に、B訴訟についてのみ控訴され、控訴審で判断が覆ったときは、A訴訟の認容判決は停止条件が成就しないこととなって、実質的にその効力を失うことになる。B訴訟を認容し、A訴訟を棄却する判決がされた場合に、B訴訟についてのみ控訴され、控訴審で判断が覆ったときは、A訴訟を棄却する判決が存在することとなるが、B訴訟が棄却されている以上、子はBの子であることが対世効をもって確定されることになる。さらに、B訴訟を棄却し、A訴訟を却下する判決がされた場合に、B訴訟についてのみ控訴され、控訴審で判断が覆ったときは、A訴訟については却下で確定することになる。この場合には、同時に審理を受けることはできないこととなる一方で、改めて嫡出否認の訴えを提起することができる以上、特段の規律を設けることを要しないとも考えられる。

④ 小活

以上を踏まえると、同一の手続で行うことを保障するために、特段の規律を設けることまでは要しないとも考えられる。

（注1）嫡出否認調停及び嫡出否認訴訟の管轄に関する規律

現行法の規律を前提とすると次のとおりである。

嫡出否認調停の管轄は、相手方の住所地を管轄する家庭裁判所または当事者が合意で定める家庭裁判所とされていることから（家事事件手続法第245条第1項）、例えば、子がA及びBを相手方として調停を申し立てる場合には、A及びBが同一の家庭裁判所の管轄内に住所を有していない限り、原則として、同一裁判所に調停を申し立てることはできない。申立人が、相手方の一方の管轄のない家庭裁判所に調停を申し立てたとしても、裁判所は、申立て又は職権で、本来の管轄裁判所に移送することができる（同法第9条第1項本文）。この場合でも、家庭裁判所は、事件を処理するために特に必要があると認めるときは、職権で、当該事件を自ら処理することができる（同項ただし書。ただし、当事者に申立権はない。）。

嫡出否認訴訟の管轄は、父子関係の当事者、すなわち、父又は子が普通裁判籍を有する地を管轄する家庭裁判所とされていることから（人事訴訟法第4条第1項）、例えば、子がA及びBを被告として訴えを提起する場合には、子の住所地を管轄する家庭裁判所に対して訴えを提起することが可能である。なお、嫡出否認の調停が先行している場合には、調停の経過、当事者の意見その他の事情を考慮して特に必要があると認めるとき

は、申立て又は職権で、当該調停が係属していた家庭裁判所が自ら審理及び裁判をすることができる（同法第6条）。

（注2）人事訴訟において、A及びBを共同被告として訴えを提起する場合には、通常共同訴訟として、民事訴訟法第38条の要件を充たす必要がある。もっとも、A及びBに対する訴えはいずれも嫡出否認の訴えであり、また、推定される父が、子の生物学上の父でないことを理由とするものであることからすると、少なくとも「訴訟の目的である権利又は義務が同種であって事実上及び法律上同種の原因に基づくとき」に該当する場合が多いと考えられる。

（注3）嫡出否認の主文例は、松原正明編著「人事訴訟の実務」165ページを参考にした。

なお、実際には、子が申立人（原告）、A及びBが相手方（被告）である場合には、「1申立人（原告）が相手方（被告）Bの子であることを否認する。2 1の審判（判決）が確定したときは、申立人（原告）が相手方（被告）Aの子であることを否認する。」等の記載になるものと考えられる。

（注4）なお、同時審判申出共同訴訟に関して、二つの訴えが法律上依存し得ない関係にあるとは言えない場合であっても、事実上依存し得ない関係にあるとき（例えば、契約をした相手方がAかBかのいずれかであるとして、両名に対して請求するとき等）を念頭に、判断が区々になって原告が両方の被告に敗訴するという、いわゆる両負けになる事態をできる限り防ごうという民事訴訟法第41条の趣旨は、裁判所の訴訟指揮に対する事実上の影響をもたらし、裁判所において、判断が区々にならないような適切な運用を行なっていくという効果を生み出すことは考えられるとの指摘がある（秋山幹男ほか「コンメンタール民事訴訟法I（第3版）」554ページ）

第6 父子関係の当事者の一方が死亡した場合の規律の見直し

1 否認権者である夫又は子が死亡した場合の規律

夫又は子が死亡した場合に、これらの者が提起すべき嫡出否認の訴えの提訴権者並びに訴訟手続の終了及び受継に関する規律を、次のようにしてはどうか（注1）。

（1）夫の否認権

現行法（人事訴訟法第41条）のとおりとする（注2）（注3）。

（2）子の否認権（注4）

① 子が、その否認権の行使期間内に、嫡出否認の訴えを提起しないで死亡したときは、子の直系卑属又はその法定代理人は、嫡出否認の訴えを提起することができる。この場合において、子の直系卑属又はその法定代理人は、子の死亡の日から1年を経過した日又は子が【成年】【25歳】に達した日から【3年】【5年】を経過した日のいずれか遅い日までにその訴えを提起しなければならない。

② 子が嫡出否認の訴えを提起した後に死亡した場合には、子の直系卑属又はその法定代理人は、子の死亡の日から6か月以内に訴訟手続を受け継ぐことができる。

2 否認権行使の相手方である夫又は子が死亡した場合の規律

夫、子及び母の否認権に関して、否認権行使の相手方である夫又は子が死亡した場合の規律（注5）を、次のようにしてはどうか。

(1) 子が死亡した場合

特段の規律を設けないものとする。

(2) 夫が死亡した場合（注6）

① 子又は母が否認権を行使する場合において、夫が死亡しているときは、検察官を被告とする。

② 子又は母の否認権による嫡出否認の訴えが提起された場合において、被告である夫が死亡したときは、検察官を被告として訴訟を進行する。

（注1）父子関係の当事者ではない母又は前夫が死亡した場合には、その否認権の承継は認めないものとするを想定している。

（注2）部会の議論状況を踏まえ、中間試案における【乙案】を検討することは否定しないものの、本文記載のとおり、今後は【甲案】を中心に検討することを想定している。

（注3）子のために相続権を害される者その他夫の三親等内の血族が嫡出否認の訴えを提起することができる期間を夫の死亡の日から1年以内としている人事訴訟法第41条第1項後段の規律を見直すことについては、引き続き検討する。

（注4）成年等に達した子の否認権を認めることとした場合に限り、このような規律を設けるものとし、未成年の子の否認権の承継は認めないものとするを想定している。

（注5）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も、母の否認権と同様の規律を置くことを想定している。

（注6）成年等に達した子の否認権を認めることとした場合のみならず、未成年の子の否認権との関係でも、これらの規律を設けることを想定している。

（※）下線部が実質的な変更点である。

（補足説明）

1 否認権者である夫又は子が死亡した場合の規律

(1) 概要

ア 夫が死亡した場合における夫の否認権の承継

夫が死亡した場合における夫の否認権の承継について、中間試案では、人事訴訟法第41条の規律を維持する案（甲案）とこれを削除する案（乙案）を併記していたところ、パブリック・コメントでは、乙案を推す意見が甲案を推す意見よりも比較的多く寄せられた。また、同条第1項の規律を削除し、同条第2項の規律は維持すべきとの意見が複数の団体から出された（以下、「第1項削除案」という。）。)

パブリック・コメントに寄せられた意見を具体的にみると、【乙案】を推す意見から、夫の死亡後に否認権を行使することができる者を拡大することは、残された子及び母の家庭の平穏を害し、相続した財産による子の扶養が困難となり子の利益を害するとの指摘や、夫の一定範囲の血族が有する相続や親族扶養

に関する利益は、子の利益を上回るものではないとの指摘、核家族化の進展した現代社会では第41条の規定する親族の範囲は広すぎるとの指摘等があったのに対し、【甲案】を推す意見からは、経済的利益に過ぎないことを理由に夫の死亡後の否認権の承継を否定することは相当でないとの指摘、会社の相続が関係する事案など同条が機能する場面は存在しており、この規定があることによって現実に強い弊害があるとは言えない以上、削除すべきではないとの指摘、夫の三親等内の血族には社会的な家族関係があり適切な否認権の行使を期待することができるとの指摘等があった。さらに、第1項削除案の理由付けとしては、家庭の平穏や子の利益を保護する観点から、身分関係の当事者以外の者が否認権を行使する場面はできる限り限定すべきであるが、夫が嫡出否認の訴えを提起し、いったん否認権を行使する意思を明らかにした場合には、夫が死亡した後も三親等内の血族が有する相続や扶養義務に関する利益を保護すべきであるから、承継を認めるべきであるとの指摘があった。

以上のような指摘等を踏まえて改めて検討を加え、本部会資料では夫が死亡した場合の夫の否認権の承継については、中間試案の【甲案】を中心に検討することとしている。なお、この問題は、身分関係の当事者の一方が死亡した場合に、その親族等が当該身分関係を争うことを認めるべきかという点で、事実上反する認知の効力を争うことができる者の範囲に関する議論とも密接に関連する。

イ 子が死亡した場合における子の否認権の承継

他方で、子が死亡した場合における子の否認権の承継については、中間試案において、未成年の子の否認権の承継を認めないものとし、また、成年に達した子の否認権を認めることとした場合には、子の直系卑属又はその法定代理人に承継を認める案を提示していたところ、パブリック・コメントでは、中間試案のいずれの提案についても、賛成する意見が多数であった。

そこで、本部会資料では、引き続き、未成年の子の否認権については承継は認めないものとしている。他方で、成年に達した子の否認権の承継については、当該否認権を認めることの当否について更に検討する必要があることから、新たな検討は加えていない。

ウ その他の者の否認権の承継

これまで明示的に議論されてこなかったが、母の否認権や再婚後の夫の子と推定される場合の前夫の否認権については、(注1)に記載のとおり、母や前夫が死亡した場合であっても、その否認権の承継は認めないものとするを想定している。これは、これらの否認権の承継をも認めると、否認権を行使することができる者の範囲が広がりすぎ、子の身分関係の安定を害する結果となるおそれがあることから、これらの否認権の承継を認める必要性等を踏まえても、これを認めることが相当でないと考えられることを考慮したものである。

(2) 第1項削除案についての検討

ア 第1項削除案は、夫が死亡した場合における子の利益や家庭の平穏を保護す

べき要請と、夫の生前の意思を踏まえた夫の一定範囲の親族の利益との調和を図る方策として、本部会において指摘され、パブリック・コメントにおいても一定の支持があった。

イ 第1項削除案は、基本的には、夫の一定範囲の親族が有する利益は、子の利益や夫婦の家庭の平穩を保護する利益に優越するものではないが、夫がいったん嫡出否認の訴えを提起した場合には、家庭の平穩が夫婦双方の意に反して害されることになるとはいえないため、この場合に限り、夫の一定範囲の親族が有する利益を保護するために、当該親族が希望する場合には、嫡出否認訴訟の受継を認めるべきであるというものであると考えられる（単に、同条第2項を維持することとしており、夫の一定範囲の親族が訴訟を受継しなければならぬとか、受継した親族による訴えの取下げを禁止するといった規律を置くことを提案していない以上、あくまでも当該親族が希望した場合にこれを認める趣旨であると考えられる。）。

しかし、嫡出推定により保護される子の利益や夫婦の家庭の平穩は、嫡出否認の訴えが提起されたことのみによって失われるものではなく（ただし、主張・立証の程度によっては、事実上、法廷で、生物学上の父子関係の有無が明らかにされ、夫婦のプライバシーに関わる事情が明らかにされることは想定される。）、推定される父子関係が否認されることによって決定的に失われるものであることからすると、夫による訴えの提起の有無を基準に、子の利益や夫婦の家庭の平穩の保護の要請の程度が大きく減少するとまでは言い難いとも考えられる。また、現行法の規律を前提にすると、嫡出否認調停の係属中に夫が死亡した場合には調停は当然に終了することとなるため、夫の一定範囲の親族が、嫡出否認をするためには、自ら嫡出否認の訴えを提起することが必要となるが、第1項削除案の趣旨に照らせば、調停が申し立てられている場合の人事訴訟法第41条第1項の特則を定める家事事件手続法第283条の規律をも前提に、この場合に限り人事訴訟法第41条第1項を維持し、当該親族による嫡出否認の訴えの提起を認めることになるとも考えられる。しかし、上記同様、嫡出否認調停の申立てによって子の利益や夫婦の家庭の平穩の保護の程度が大きく減少するのかが問題となることに加え、調停を申し立てる夫の意思として、合意に相当する審判により父子関係を否定することは希望しつつも、訴えを提起する意思までは希望していない場合も考えられるところ、調停の申立てによって、一律に夫の否認権の承継を認めることは相当でないとも考えられる。

ウ そうすると、第1項削除案を採用することの合理性については、さらに慎重な検討が必要であると考えられる。

他方で、第1項削除案の検討を通じて、夫の否認権の承継が問題となる事案には、夫が生前に推定される父子関係を否認することを希望していたことが明らかな事案とそうでない事案（夫が否認原因のあることを知りつつ手続をしていなかった事案のみならず、夫が否認原因のあることを知らなかった事案等が含まれ得る。）が存在することが明らかとなった。そして、前者の事案では、夫

が生前否認することを希望していた以上、たまたま夫が訴訟提起前や訴訟係属中に死亡したからといって、それが実現できなくなることは相当ではなく、夫の一定範囲の親族が希望する場合には否認権の承継を認めることが相当であるとの価値判断があるようにも思われる。

5 (3) 【乙案】についての検討

5 ア 乙案については、現行の人事訴訟法第41条が夫の死亡後に、相続や親族扶養といった財産上の利益を有するにすぎない夫の一定範囲の親族が子と亡夫の父子関係を否認することができるものとしていることは相当でないことから、同条を削除するという案であり、本部会でも同様の問題意識から、乙案を
10 支持する意見が一定数出ている。

乙案からは、上記(2)ウで見たように、夫が生前に推定される父子関係を否認することを希望していたことが明らかな事案であっても、離婚訴訟の係属中に夫婦の一方が死亡した場合などと同様、人事訴訟の一般的規律（第27条第1項）に従い、身分関係の当事者が死亡したときは当該訴訟は終了し、その結果、
15 推定される父子関係は維持されることになる。しかし、夫が父子関係を否認することを望んでいたことが明らかであるにもかかわらず、訴訟の係属中に死亡した場合に、直ちに父子関係が維持されることとなることが、結論として妥当であるかについては、疑義を挟む余地があるとも考えられる（事案によっては、
20 控訴審の係属中に死亡するなど、訴訟の進行の程度によっては、証拠上、父子関係が否認されるべきことが明らかとなっていた場合も想定される。）。

なお、甲案によった場合、すなわち夫の生前の希望がどのようなものであるかにかかわらず、夫の一定範囲の親族に否認権の承継を認めるとの現行法の規律を維持する場合には、夫が生前に推定される父子関係を否認することを希望していた場合を含めて、当然に、親族が、自ら訴えを提起し、又は夫が提起した訴訟を受継することが可能となる。甲案によった場合には、夫が否認原因のあることを知りつつ手続をしていなかった事案や夫が否認原因のあることを知らなかった事案でも、夫の一定範囲の親族が嫡出否認の訴えを提起することができることとなるが、夫の一定範囲の親族が、亡夫の生前の言動によらずに、
25 亡夫と子との間に生物学上の父子関係がないことを知ることは通常は困難であることとも考えられる。また、夫の一定範囲の親族はあくまでも夫の否認権を承継するのであるから、夫が生前に嫡出の承認（民法第776条）をしていた場合には、夫の否認権は消滅し、夫の一定範囲の親族も嫡出否認の訴えを提起することはできないこととなると考えられる。そのため、甲案によった場合でも、個別の事案において、夫が自らの子として養育していたような事情等をも
30 考慮して、嫡出の承認の有無によって妥当な解決を図る余地があるとも考えられる。

このように、少なくとも嫡出の承認の制度によっても不都合が生じるか否かが明らかでない以上、現行法の規定を削除するだけの立法の必要性はないとも考えられる。

イ また、親族法上の他の規律において、相続や扶養等の利害関係を有する親族がどのように身分関係を争うことができるものとされているかを、特に普通養子縁組の規律を前提に確認すると次のとおりである。

普通養子縁組の無効の訴えは、原告である養親が死亡したときは、訴訟は当然に終了する。もっとも、縁組無効の訴えの提訴権者は明文で規定されておらず、判例上、自己の相続権を得、または扶養義務を免れる場合には訴えの利益が認められている（注1）。また、縁組取消しについても、原告である養親が死亡したときは、縁組取消し訴訟は当然に終了する。そして、いわゆる公益的取消しについては、縁組の当事者のみならず、親族が取り消しの訴えを提起することができることとされている一方で、私益的取消し、例えば、詐欺又は強迫によって養子縁組をした者による縁組の取消し（第808条、第747条）については、取消権者が死亡した場合も、取消権の承継を認めないこととなると考えられる（注2）。

このように、縁組取消しのうち、詐欺又は強迫によって養子縁組がされた場合には取消権の承継は認められていない一方で、縁組無効については、相続や扶養などの利害関係が提訴権者の範囲の検討に当たって考慮されており、結論として、一定範囲の親族が縁組無効の訴えを提起することもできるものとされている。なお、嫡出否認については、現行法上、夫の存命中はその一次的な判断を夫に委ねることとした上で、死亡後は一定の親族に否認権の承継を認めることでバランスを図っているものと言える。

このように、養子縁組に関しては、一定の場合に相続や扶養などの利害関係を有するにすぎない親族にも縁組無効の訴えを認めることで、これらの利害関係を有するにすぎない親族にも配慮をしているところ、嫡出子についてのみ、常に子の身分関係の安定を親族のこれらの利益よりも優先させることが相当と言えるかどうかは疑問が残るとも考えられる。嫡出否認の訴えに関して、夫の一定範囲の親族の地位を、普通養子縁組の私益的取消しにおける親族の地位と類似するものと考えた場合には、否認権の承継を否定すべきであると考えることになるとも思われる一方で、縁組意思を欠くことにより縁組が無効となる場合には、相続や扶養による利害関係を有する親族には無効の訴えの提訴権が認められていることからすると、嫡出否認について夫の否認権の承継を一切認めないことは、上記価値判断の点で、現行法の規律とは異なる、一步踏み込んだ立法判断を行うものであるところ、嫡出推定が生物学上の父子関係の存否のみで法律上の父子関係を規律するものではないことや、子の身分関係の安定を保護する必要性があることを踏まえても、そこまでの立法判断を基礎付けるだけの事情があるとは言えないとも考えられる。

ウ 以上に加え、夫の死亡後は、子と亡夫との間の法律上の父子関係は、専ら相続や、夫の親族と子との間の親族関係において重要な意義を有するものであることを踏まえると、夫が死亡した場合にも、一定期間に限り、夫の一定範囲の親族が嫡出否認の訴えを提起し、また、夫が提起した嫡出否認の訴えを受け継

ぐことを認める現行法の規律を見直すだけの合理性があるとは言えないとも思われる。

そこで、本部会資料では、今後、中間試案における甲案を中心に検討することとしているが、どうか。

5

(注1) 判例には、当該縁組が無効であれば、特別縁故者として家庭裁判所の審判を経て財産の分与を受けることができる地位にある親族について、「当該養子縁組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ことのない者」であるとして、縁組無効の訴えにつき、法律上の利益を有しないと判断したもの(最判昭和63年3月1日民集42巻3号157頁)がある一方で、養親の実子について、訴えの利益があるとしたもの(最判昭和43年12月20日判時546号69頁)があり、養子縁組の無効によって、少なくとも、自己の相続権を得、または扶養義務を免れる場合には訴えの利益が認められている。さらに、可能的なものも含め身分に関する実定法規に定める地位(相続、扶養、婚姻制限)又はこれに関する権利の行使若しくは義務の履行に影響を受けることをもって足りると解する余地があると述べる見解もある(前掲最判昭和63年調査官解説〔富越和厚〕)。なお、判例は、縁組無効の訴えを確認の訴えであるとしていることから、他の紛争の先決問題として縁組無効の主張をすることもできる。

10

15

20

25

(注2) 縁組取消しについて、この点を明示的に述べる見解は見当たらないが、第747条の婚姻取消しについては、否定する見解がある。なお、最判昭和51年7月27日民集30巻7号724頁は、「年長養子の禁止に違反する養子縁組の取消請求権は、各取消請求権者の一身に専属する権利であつて、相続の対象となりうるものではないと解すべく、かつ、養親が養子を相手方として年長養子の禁止に違反した縁組の取消請求訴訟を提起した後原告である養親が死亡した場合には、相手方が死亡した場合におけるように検察官にその訴訟を承継させるものと解される趣旨の規定(人事訴訟手続法26条によつて準用される同法2条3項参照)がないこと等の法意にかんがみると、当該訴訟は原告の死亡と同時に終了するものと解するのを相当とする」と判断している。

2 否認権行使の相手方が死亡した場合の規律

30

35

- (1) パブリック・コメントでは、子が死亡した場合の夫の否認権及び夫が死亡した場合の子の否認権については、いずれも試案の提案に賛成する意見が多数であり、明示的にこれに反対する意見は見当たらなかった。
- (2) そこで、本部会資料では、引き続き、基本的に、子が死亡した場合には夫は嫡出否認の訴えを提起することができないものとし、夫が嫡出否認の訴えを提起した後に子が死亡した場合は訴訟は当然に終了するものとする案を維持することとし、具体的には、子が死亡した場合の夫の否認権については特段の規律を設けないこととしている。
- (3) また、夫が死亡した場合の子の否認権については、子が否認権を行使する場合において、父が死亡しているときは、検察官を被告として、嫡出否認の訴えを提起するものとし(人事訴訟法第12条第3項)、また、子の否認権に係る嫡出否

認の訴えが提起された場合において、被告である夫が死亡したときは、検察官を被告として訴訟を迫行することを想定している（第26条第2項）。なお、第27条第2項は、嫡出否認を目的とする人事訴訟の係属中に被告が死亡した場合には、当該訴訟は当然に終了する旨規定しているが、夫が被告となる場合には、訴訟が当然には終了しないものとする必要があるから、第27条第2項の「嫡出否認を目的とする人事訴訟」から、夫が被告となる場合の嫡出否認を目的とする人事訴訟を除くことが必要となる。

- (4) なお、母の否認権及び前夫の否認権については夫及び子を被告とすることが必要とされているが、このうち、子が死亡した場合には、(2)と同様、母及び前夫のいずれも嫡出否認の訴えを提起することができず、母及び前夫のいずれかが提起した嫡出否認の訴えの係属中に子が死亡した場合は、訴訟は当然に終了するものとするのが相当であると考えられる。また、夫が死亡した場合には、(3)と同様に、検察官を被告として訴えを提起し、又は、母が否認権を行使する場合において、被告である父が死亡しているときは、検察官が訴訟を受け継ぐこととすることが相当であると考えられ、その旨を母については本文中に記載し、前夫については（注5）に付記することとしているが、どうか。

第7 事実に反する認知に関する見直し

民法第786条を次のように見直すものとしては、どうか。

子その他の利害関係人（注1）（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。（注3）

（注1）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、認知をした者又は子の母に加え、認知をした者の配偶者、三親等内の血族、子の生物学上の父であると主張する者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。

（注2） 認知が事実に反することを知りながら認知をした者が、なお認知無効の主張をすることができるかについては、引き続き検討する。

（注3） 専ら特定の推定相続人を害する目的で事実に反する認知がされた場合の規律については、引き続き検討する。

（※）下線部が実質的な変更点である。

（補足説明）

1 前回会議における議論等

前回会議では、部会資料17における提案に対して、子の身分関係の安定は未成年のうちこそ保護されるべきではないかとの指摘や、嫡出子に関する規律との均衡を欠くのではないかとの指摘があった一方で、認知者の相続人の立場からすると、相続開始後に認知がされたことを知ることも多く、そのような場合に期間が経過していることをもって、認知無効の主張ができなくなることは相当でないとの指摘があった。また、中間試案から規律を改めた点については、なお国籍の不正取得など

の脱法的な認知を防止するという要請と民法上の認知の効力の安定を図るという要請とを調和させる方策を模索すべきであるとの指摘があり、そのような方策の具体的方向性として、民法における認知の効力に関する規律と国籍法における認知の取扱いを区別するという方向性と、我が国の国籍を取得することを目的とする虚偽の認知がされた場合とそうでない場合とで認知の効力を分けるという方向性がある旨の指摘があった。

これらの指摘を踏まえ、本部会資料では、部会資料17における提案を基本的に維持することとしつつ、補足説明において、事実と反する認知は無効であるとの規律を前提に、認知無効の主張期間に制限を設けることによって、子の身分関係を早期に安定させるという要請と国籍の不正取得を防止するという要請とを両立させる規律を置くことの可否について、更に検討を加えることとしている。

2 本文提案の規律

本文提案の規律については、前回会議における指摘等を踏まえ、引き続き、認知無効の主張権者を具体的に列挙することの当否について検討する必要があることからその旨を（注1）に付記することとしている。また、認知者の相続人の利益の保護という観点からは、専ら推定相続人を害する目的で認知がされた場合に、当該推定相続人は無効主張の期間制限にかかわらず、なお認知の無効を主張することができるものとするのが相当であるとも考えられる一方で、認知後の時間の経過に伴い、当該認知に即して形成された親子関係を前提とする事実の積み重ねもより重厚なものとなっていくこと等を踏まえると、そのような親子関係の保護の要請よりも、認知者の相続人の利益の保護の要請が常に優先するとまではいえないのではないかと考えられる。そこで、専ら推定相続人を害する目的で認知がされた場合の効力について引き続き検討する旨を（注3）に付記している。

もっとも、これらの論点は、認知無効の主張期間の制限をどのように考えるかによって変わり得ることから、本部会資料では、まず、認知無効の主張期間の制限について検討を加えることとして、取り扱わないこととしている。

3 更なる検討

(1) 検討の方向性

前回会議を踏まえると、事実と反する認知は無効であるという規律を前提に、認知無効の主張期間に制限を設けることにより、子の身分関係の安定を図るという目的と、認知による国籍取得に関して国籍の不正取得を防止するという目的とを両立させる規律として、認知における国籍の不正取得という目的の有無により、その効力を分ける方向性と、事実と反する認知の民法上の効力と国籍取得における効力とを分ける方向性とがあり得ることが指摘された。

このうち、前者の方向性については、中間試案において、事実と反する認知は有効としつつ、それが国籍の不正取得目的でされたときは認知が無効となるとする規律を提案していたところであるが、これに対しては、認知者の目的という主

観的要件を基準とすることは、子の地位の不安定化につながるとの問題点が指摘されていた。

そこで、本部会資料では、後者の方向性にしたがって、考えられる規律に検討を加えることとしている。

5 (2) 事実に反する認知の民法上の効力と国籍取得における効力とを分ける方向性からの検討

ア 例えば、以下のように民法に①の規律を、民法又は国籍法に②のような規律を設けることが考えられる。

10 ① 子その他の利害関係人は、認知の時から一定の期間内に限り、認知に対して反対の事実を主張することができる。

② 国籍法第3条の適用に当たっては、民法の①において規定する主張期間の制限に関する規律は適用しない。

15 イ 補足して説明すると、①の規律により、民法上、事実に反する認知は無効であり、子その他の利害関係人は無効の主張をすることができるが、認知の時から一定の期間を経過したときは、これらの者も無効を主張することができなくなる。他方で、国籍法第3条との関係では、まず、民法上の規律と同様、事実に反する認知は無効である。その上で、民法上は、認知の時から一定の期間を経過したときは無効主張が許されないこととなるが、②の規律により、国籍取得との関係では、なお認知が無効であることを前提にすることとなり、事実に
20 反する認知がされたときは、国籍取得の要件を充たさないこととなる。

以下では、認知無効の主張に係る期間的制限と、国籍法第3条の適用の可否との関係について、更に具体的に検討するが、その検討に当たっては、その前提として、認知無効を主張することができる一定の期間の終期は、上記2で検討したところにかかわらず、国籍法第3条の適用対象である未成年の間に到来する例を想定して、検討する（例えば、認知無効の主張期間について、嫡出推定制度における否認権の行使期間に関する規律との均衡等を考慮して、認知から3年又は5年と設定した場合には、子が幼少の時に認知がされた事案等では、認知無効の主張期間を経過した時点で子が未成年者であって、国籍法第3条に基づく国籍取得届出が可能な年齢であるケースを想定することが可能となる。）。
30

まず、(i) 事実に反する認知がされ、その後認知無効の主張をすることができる一定期間が経過する前に国籍取得の届出がされたが、国籍取得の際の審査により、認知が事実に反することが明らかとなった場合には、認知が無効であることから国籍取得届は不受理となる。また、私法上も認知は無効であるから、
35 法務局長の許可を受けた市町村長は、戸籍法第24条第2項に基づき、認知者の戸籍の身分事項欄の認知の記載を訂正（消除）することとなる。また、(ii) 事実に反する認知がされ、その後認知無効の主張をすることができる一定期間が経過した後に国籍取得の届出がされたが、国籍取得の際の審査により、認知が事実に反することが明らかとなった場合には、②の規律により、国籍取得と

の関係ではなお認知が無効であることを前提とする処理をすることとなるので、国籍取得届は不受理となる。さらに、(iii) 事実と反する認知がされ、一定期間が経過した後に国籍取得の届出がされてこれが受理され、子は日本国民として戸籍に記載されたが、その後、刑事事件等をきっかけに認知が事実と反することが明らかとなった場合には、②の規律により、国籍取得との関係ではなお認知が無効であることを前提にすることとなるので、国籍取得は当初から無効であったこととなり、法務局長の許可を得て市町村長はその子の戸籍を消除することとなる。

なお、法の適用に関する通則法第32条等における子の本国法の決定が問題となる場面など、子の国籍が私法上問題となる場面においても、②の規律により、民法上の認知の無効主張の制限が適用されないことになることから、国籍法第3条に基づく国籍取得が無効であることを主張することができることとなると考えられる。

また、これらの場合の刑事処罰による犯罪の抑止効果については、最終的には個別の事案における証拠の内容等によることとなるため一概に言うことはできないが、一般論として、当該認知の届出が公務員に対する「虚偽の申立て」であると認められ、それによって「権利若しくは義務に関する公正証書の原本として用いられる電磁的記録に不実の記載をさせた」と認められる場合には、電磁的公正証書原本不実記録罪を構成し得るものであり、現行法と同様の取扱いがされることになると考えられる。

ウ これに対しては、子の身分関係を不安定にするものではないかが問題となる。ところ、私法上の認知の効力は①によって規律され、認知の時から一定の期間が経過したときは、認知の無効を主張することができなくなることから、②の規律を設けることによって、子の身分関係が不安定になるとは言えないとも考えられる。また、国籍取得との関係では、(iii) の場合には、事後的に事実と反する認知であることが明らかとなることによって、子の国籍取得届は当初から無効なものとして取り扱われることとなるが、本来、このような国籍取得は国籍法第3条の趣旨に照らして認められないものであった以上、これをもって子の身分関係が不当に不安定になると言うことはできないとも考えられる。なお、中間試案と異なり、要件の性質が認知者の主観を基準とするものではない点は、国籍取得届の審査における基準の明確性という観点に照らして、望ましいものと考えられる。

エ 以上を踏まえ、上記アのような規律を設けることについて、どのように考えるか。