

個別論点の検討（３）

第１ 嫡出の推定の見直し

１ 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。
- ② 婚姻の成立の日から２００日を経過した後又は婚姻の解消若しくは取消しの日から３００日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する。
- ③ 女が婚姻前に懐胎した子であって、婚姻が成立した後に生まれたものは、本文①及び②の規律にかかわらず、夫の子と推定する（注）。
- ④ ③の場合において、女が子を懐胎した時から子の出生の時までの間に二以上の婚姻をしたときは、子の出生の直近の婚姻における夫の子と推定する。
- ⑤ 婚姻の成立の日から２００日以内に生まれた子は、婚姻前に懐胎したものと推定する。
- ⑥ 嫡出否認の訴えにより子の父であることが否認された場合においては、その否認された夫との間の婚姻を除いた上で、①から⑤により子の父を推定する。
 （注）妻が再婚していないときにも、一定の要件の下、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。
 （※）下線部が実質的な変更点である。

（参考）

○部会資料１８－１ 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生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。

○ 部会資料 16-2 第2, 2 「再婚後の夫の子であるという推定に対する嫡出否認の効果」

① 第2・1③の場合において、否認権者(注)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、再婚後の夫と子との間の父子関係は出生の時に遡って消滅し、子は出生の時から前夫の子と推定するものとする。

② (略)

(注) 再婚後の夫、前夫、子、第4・2の【乙案】の母を想定している。

(補足説明)

1 民法第772条の規律の見直しについて

(1) 概要

5 民法第772条の見直しに関するこれまでの提案に対しては、婚姻を解消してから子の出生までに婚姻・離婚を複数回繰り返すことも想定した明確な規律を設けるべきといった指摘等が考えられたことから、部会資料18-2では、そうした指摘を踏まえた修正案を提案したところ、特段異論がなかったため、前回会議での指摘を踏まえた修正をした上で、新たに提案をするものである。

10 (2) 本文①、②(婚姻中懐胎の規律)について

ア 本文①、②は、現行法の民法第772条第1項及び第2項を維持することとしている。

15 なお、これまでの提案では、本文②の懐胎時期の推定の始期に関する部分である「婚姻の成立の日から200日を経過した後」は、本見直しともに削除することを検討していたが、前回会議では、本文①の規律の適用範囲を明確にする観点から残すべきではないかといった指摘があったことや、現行法の民法第772条第1項で規定する婚姻中に懐胎した子を夫の子と推定する規律については修正を加えることなく維持することとしていることを踏まえ、懐胎時期の推定に関する現行法の民法第772条第2項の規律についても維持することとした。

20 イ 懐胎時期の推定の始期については、参考資料17-1でも記載したとおり、医療水準の向上により早産児の予後の改善がめざましく、流産の定義(中絶可能域)が妊娠齢24週(168日)未満から22週(154日)未満に変更されていること等を踏まえると、現行法の200日より短い期間とすることも考
25 えられる。

もっとも、出産時の妊娠別出生児数の統計を見ると、妊娠齢29週(203日)未満の件数は、2019年及び2018年のいずれにおいても約0.3%

であることからすると（注）、子が胎内にいる期間、いわゆる一般的な懐胎期間が200日から300日であることに変わりはなく、結論において、懐胎時期の推定の始期については、現行法の200日を維持することが相当であると考えられる。

5 (3) 本文③、④、⑤（婚姻前懐胎の規律）について

ア 従前の本文①の後段では、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としており、同③では、婚姻の解消等の日から300日以内に生まれた子であって、妻が再婚した後に出産したものについては、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としていた。

これらの規律は、現行法における婚姻中懐胎の規律（本文①）に新たな規律を加えるものといえるから、本文③、④として整理するとともに、婚姻の解消から子の出生までに婚姻・離婚が複数回繰り返されることも想定し、そのような場合においても、推定される父が明確となるようにしている。

15 なお、後記2のとおり、従前の本文③においては、その規律の適用範囲については、これまで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（後記本文第2(4)①に規定する前夫をいう。以下同じ。）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つの案を提案していたが、本提案では、
20 【甲案】を採用することとしている。

イ 本文③の規律の適用場面は、女が婚姻前に懐胎した子であって、婚姻が成立した後に生まれたものであるが、懐胎時期は外形上明らかではないことから、いかなる場合に婚姻前に懐胎したものと認定することができるかについては、法的な規律を設けることが必要となる。

25 そこで検討するに、いわゆる懐胎期間は一般に200日から300日と考えられることに照らすと、婚姻の成立の日から200日以内に生まれた子は婚姻前に懐胎した子である蓋然性が極めて高いため、本文⑤として、婚姻の成立の日から200日以内に生まれた子は、婚姻前に懐胎したものと推定すると一般的な規律を設けることが考えられる。

30 なお、部会資料18-2では、子の出生時期について、婚姻を解消してから300日以内に生まれた子を対象とするとの制限を付していたが、婚姻前に懐胎した場合であっても、婚姻の解消の日（これを婚姻の成立した日とする考え方についても同様）から300日を経過した後に子が生まれる可能性もあること、このような制限を課すことの必要性が必ずしも高くはないと考えられることなどから、子の出生時期には制限を設けないこととした。

35 ウ 本文①と本文③の適用場面を整理すると、婚姻成立の日から200日以内に生まれた子は、特段の事情がなければ、本文⑤により、婚姻前に懐胎したものと推定され、本文③により夫の子と推定される。もっとも、婚姻中に懐胎したことが明らかとなった場合には、本文①で夫の子と推定されることとなる。

次に、婚姻の成立の日から200日を経過した後に生まれた子は、特段の事情がなければ、本文②により、婚姻中に懐胎したものと推定され、本文①により夫の子と推定される。もっとも、婚姻前に懐胎したことが明らかとなった場合には、本文③により、夫の子と推定されることとなる。

- エ 本文①の規律と本文③の規律の適用関係について整理しておくに、本文②の規律（婚姻中懐胎の推定）によって本文①の規律（婚姻中懐胎の規律）の適用が導かれ得る場合であっても、本文③の規律（婚姻前懐胎・婚姻後出生の規律）の要件が充足されれば、本文③の規律は本文①の規律に優先して適用されるものであって、本文③において、「本文①及び②の規律にかかわらず、夫の子と推定する」としているのは、その趣旨を明確にするものである。
- (4) 本文⑥（子の父であることが否認された場合の規律）

これまでの提案では、民法第772条とは別の規定を設けて、再婚後の夫の子であるという推定（従前の本文③）が否認されたときは、その効果として、再婚後の夫と子との間の推定される父子関係は出生の時に遡って消滅し、子は出生の時から前夫の子と推定するものとしており、特定の婚姻における夫について子の父であることが否認された場合には、子の父と推定される地位が当該婚姻の直近の婚姻における夫に繰り上がることを想定していた。

このような規律は、結局、子の父と推定される者は誰かを定めるものであるから、父子関係を規律する民法第772条とは別の規定ではなく同条の一部として位置付ける方が、父子関係の規律の構造が明確となると考えられるため、本文⑥として加えることとした。

本規律を具体的な事例に則して説明すると、母が前夫Aとの婚姻中に子を懐胎したものの離婚し、その後別の男性Bと再婚したものの離婚し、更にその後別の男性Cと再婚した後子を出産したという事案においては、まずCが子の父と推定されるが、Cが子の父であることが否認されれば、Bが子の父と推定され、更にBが子の父であることが否認されれば、Aが子の父と推定されることになる。

なお、部会資料18-2では、本文③及び④においては、推定される夫の後に、括弧書きで「嫡出否認の訴えにより子の父であることを否認されたものを除く。」こととしていたが、前回会議において、夫は否認されたとしても、その夫との婚姻はなかったことにならないため、夫だけではなく、婚姻そのものを除外する規律とする必要がある旨指摘があったため、本部会資料では、本文③及び④の規律において、否認された夫との間の婚姻を除くこととしている。また、規律としての分かりやすさの観点から、本文⑥は、本文③や同④とは別個の規律とすることとしている。

(注) 妊娠齢29週未満での出生数

厚生労働省人口動態調査によれば（参考資料17-1にグラフを掲載）、2019年の出産時妊娠齢別出生児数は、妊娠齢29週未満（妊娠齢満20週から28週）の件数は2900名であり、総数865,239名の約0.33%であり、2018年の出産時妊娠齢別出生児数は、

妊娠齡 29 週未満（妊娠齡満 20 週から 28 週）の件数は 3104 名であり、総数 918、400 名の約 0.33% である。

2 死別による婚姻解消の場合に再婚後の夫の子とするか（本文③）について

5 (1) 死別による婚姻解消の場合においても再婚後の夫の子とすること

ア これまでの経緯と部会での議論

従前の本文③は、婚姻の解消等の日から 300 日以内に生まれた子であつて、妻が前夫以外の男性と再婚した後に出産したものについては、再婚後の夫の子と推定するというものであつた。

10 そして、この規律の適用範囲について、これまで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 つの案を提案していたが、部会資料 18-1 において、【甲案】・【乙案】の考え方等を整理したところ、前回会議では、【甲案】を支持する意見
15 があつた。

イ パブリック・コメントの結果

パブリック・コメントでは、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こと、民法 733 条（再婚禁止期間）の削除が提案されていることとの関係で、子に二重の嫡出推定が及び、父を定めることを目的とする訴え（民法 773 条）により、父を定めざるを得ない事態が生じ得、手続が煩雑になり、子の地位も不安定になることなどを理由に、【甲案】（前夫の死亡の場合にも再婚後の夫の子と推定する）に賛成する意見が多く、【乙案】（前夫の死亡の場合には再婚後の夫の子と推定しない）に賛成する意見は少なかった（注 1）
25

ウ 結論

以上のように、本部会やパブリック・コメントで【甲案】を支持する見解が多かったことや、親子関係の基本的な規律である民法第 772 条の規律はできるだけ分かりやすいものにすることが望ましいと考えられること等を踏まえると、死別による婚姻解消の場合においても再婚後の夫の子とすること（【甲案】を採用すること）が相当であると考えられるが、どのように考えるか。
30

(2) 死別による婚姻解消の場合における特別代理人選任の申立て

ア 【甲案】を採用した場合には、前回会議では、前夫の相続分の増減という観点からは、母の利益と子の利益が相反し得るために、母による否認権が適切に行使されない可能性があり、それがゆえに子が前夫の相続人たる地位を失うおそれがあること等から、子の否認権について特別代理人を選任することを認めてはどうかといった指摘があつたところである。
35

そこで検討すると、部会資料 18-1（12 頁）でも記載したとおり、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、母は、配偶者として、前夫の相続人たる地位を有する（民法第890条参照）。死別解消の場合にも、再婚後の夫の子と推定することとすると、子は、再婚後の夫の子との推定が否認されなければ、前夫の子（及び相続人）にならないことになるが、否認権が行使され、子が前夫の子と推定される結果、前夫の相続について、母の相続分が減少することがあるため、その点で、母の否認権の行使は、母の利益と子の利益とが相反する場合に該当するとも考えられるところである（注2）。

そこで、死別による婚姻解消の場合には、裁判所は、前夫の親族など一定の者の申立てにより、子の否認権について、特別代理人を選任することができることとすることが考えられる（注3）（注4）。

イ 他方で、父子関係の当事者ではない第三者に特別代理人選任の申立てを認めると、死別後に出生した子が、再婚後家庭で円満に育てられているにもかかわらず、特別代理人による否認権行使により再婚後の夫の子であることが否認され得ることになり、子の利益に反する場面も想定される。

そもそも本見直しにおいては、母は、子の立場を代弁する立場にあることや、子の親として子を養育する立場にあること等から、母に独自の否認権を認めることも検討しているところであるが、一般的に、前夫の相続において母の相続分の増減があるからといって、母が適切に否認権を行使できないとすることは、そうした整理と整合するものであるか疑問がないわけではない。この点については、例えば、母が夫Aとの婚姻中に子を懐胎したが、Aが死亡し、その後に子を出産した場合において、母がAと子の父子関係について否認権を行使するといった事案では、子がAの相続人ではなくなる結果、母の相続分が増加するにもかかわらず、特別代理人の選任を認める必要性があるといった指摘がされることは直ちには想定されないこととの整合性も考慮すべきように思われる。

また、否認権の行使は、あくまでも父子関係という身分関係の有無に関するものであり、それに付随して、相続分や扶養義務等の点で、母が形式的又は実質的な利害を持つことがあったとしても、それは付随的なものにすぎず、そうした事情があるからといって、母に適切な否認権行使が期待できないとはいえず、一定の者に特別代理人を認める必要があるとは限らないとも考えられる。

以上を踏まえ、死別による婚姻解消の場合において、特別代理人の選任を認めることについて、どのように考えるか。

（注1）パブリック・コメントの結果

【甲案（再婚後の夫の子と推定する）に賛成する意見】

団体9（東京弁、大阪弁、日司連、第一東京弁、東京書士、大阪書士、京産大、千葉書士、神奈川書士）、個人8

【乙案（再婚後の夫の子と推定しない）に賛成する意見】

個人2

（注2）民法第826条は、第1項で、親権を行う父又は母とその子との利益が相反する行為に

ついて、第2項で、親権を行う者が数人の子に対して親権を行う場合において、その一人と他の子との利益が相反する行為について、親権を行う者は、特別代理人を選任しなければならない旨定めている。

そこでは、親権者と子が共同相続人の場合の遺産分割協議（東京高判昭55・10・29判時987号49頁）、相続権を有しない親権者が共同相続人である数人の子を代理して行った遺産分割の協議（最判昭48・4・24家月25巻9号80頁、最判昭49・7・22家月27巻2号69頁）は利益相反に該当するとされている。

他方で、親権者と子が共同相続人の場合で、親権者が自ら相続放棄をした後又はその相続放棄と同時に、子を代理して相続放棄すること（最判昭53・2・24民集32巻1号98頁）は利益相反に該当しないとされている。

（注3）一定の者の範囲について

特別代理人の選任申立てを認める制度において、申立てをすることができる一定の者の範囲については、死別による婚姻解消の場合には、前夫が死亡しており否認権を行使することができず、そのため母や再婚後の夫が否認権を行使しない場合には、前夫の子であるにもかかわらず、相続人たる地位を失い得るということが生じ得ることや、人事訴訟法第41条において夫の三親等内の血族に承継が認められていることも参考にすると、前夫の三親等内の親族に特別代理人選任の申立権を認めることが考えられる。

その他、母の親族に特別代理人選任の申立権を認めることも考えられるが、母が否認権を行使することができる以上、母の親族等は母に否認権を行使するよう促せば足りるのであって、特別代理人選任の申立てを認める必要までではないとも考えられる。

（注4）適用除外とすることが考えられる場面

母が相続放棄をするなどして、前夫の相続人ではなくなった場合には、母の否認権行使によって、母自身の利益と子の利益とが相反することはなくなる。

もっとも、母が前夫の相続人ではなくなったとしても、死別後に出生した子以外に前夫との間で子がいる場合には、母は、その子の親権者としての地位を有しており（民法第818条参照）、その子の利益と死別後に出生した子の利益とが相反し得る状況がある。

以上を踏まえると、母は、前夫の相続人ではなく、前夫の相続人の親権者でもない場合には、母による否認権行使が、死別後に出生した子との関係で、利益相反が生じるような状況がないとして、特別代理人の選任を認めないとするとも考えられる。

2 胎児認知の効力

胎児認知は、母が婚姻した後に子が生まれたときは、無効となる。ただし、嫡出否認の訴えにより子が嫡出であることが否認されたときは、この限りではない。

（補足説明）

1 胎児認知の効力について

部会資料18-1で、婚姻前に胎児認知がされている場合において、子の出生前に別の男性と婚姻したときは、その男性の子との嫡出推定を及ぼすかどうか整理したところ、前回会議では、胎児認知後に別の男性と婚姻したケースにおいては、胎

児認知をした者の子として育てられるケースが多かったという実務経験を踏まえ、このような場合に婚姻した夫の子との嫡出推定を及ぼすことに違和感があるとの指摘があった。もっとも、この点に関しては、現在の戸籍実務において、胎児認知後に別の男性と婚姻した場合には、その男性の嫡出子として出生届を受理することができないものとして取り扱っていること、したがって、胎児認知をした者の子として育てられることが、当事者の積極的な選択の結果であるかは必ずしも判然としないとの指摘が可能であるとも考えられる。

しかし、前回会議においては、嫡出推定を及ぼした方が子の地位の安定につながるといった指摘のほか、婚姻前懐胎子でも婚姻した後に出生した子は嫡出子と推定するとの今回の見直しにおける提案に照らすと、見直し後においては、婚姻の意義ないし機能について、婚姻した男女で子を養育するという側面がより重視されるようになると考えられることに照らすと、婚姻前に胎児認知がされている場合においても、子の出生前に別の男性と婚姻したときは、その男性の子との嫡出推定を及ぼす方が合理的ではないかといった指摘等があり、総じて嫡出推定を及ぼすことに賛成する意見が多かった。

以上に加え、本見直しにおいて、認知無効の出訴期間等に制限を設けるなどの認知制度の見直しを検討しているものの、認知は嫡出でない子に対してされるものであるとの現行法の前提（民法第779条参照）を見直すことまでは検討していないこと等に照らすと、婚姻前に胎児認知がされている場合においても、母が子の出生前に別の男性と婚姻したときは、その男性の子との嫡出推定を及ぼすことが相当であるとも考えられる。

また、胎児認知をした後に、母が胎児認知をした者と婚姻した場合において準正ではなく（民法第789条）、嫡出推定により夫の子と推定した方が子の地位が安定すると考えられることからすると、この場合においても、嫡出推定を及ぼした方が子の利益となると考えられる。

2 胎児認知をした者に否認権を認めることについて

(1) 前回会議では、婚姻前に胎児認知がされている場合においても、母が子の出生前に別の男性と婚姻したときは、その男性の子との嫡出推定を及ぼすこととすることを前提に、胎児認知をした者に否認権を認めてはどうかといった指摘があったところであり、以下検討する。

(2) まず、婚姻前に胎児認知がされている場合においても、母が子の出生前に別の男性と婚姻したときは、その男性の子との嫡出推定を及ぼすこととすれば、胎児認知は無効となるため、そのような胎児認知をした者に否認権を認める根拠がないとも考えられる。

また、胎児認知は、戸籍法の定めるところにより届け出ることによってするのであるところ（民法第781条）、婚姻関係という一定の身分関係を前提として何らの行為も要することなく子の父が推定される嫡出推定制度とは、質的に径庭があるといえる。

この点に関連して、本見直しでは、前夫に否認権を認めることを検討しているが、前夫は、婚姻関係に基づき、子の父と推定され得る地位にあったものであり、母の再婚という事情があるために直ちには父とは推定されていないものの、婚姻関係に基づき子の父と推定され得る地位にあったことに変わりはなく、胎児認知をした者とはその法的地位は大きく異なっており、前夫に否認権を認めることをもって、直ちに胎児認知をした者にも否認権を認めるべきということにはならないものと考えられる。

- (3) 本部会では、これまで生物学上の父に否認権を認めるかどうかについても議論がされてきたものの、本見直しにおいては、生物学上の父に否認権を認めることを提案していない。

そして、胎児認知をした者についても、生物学上の父に否認権を認めることに對するものと同様の指摘が当てはまるものと思われる（中間試案補足説明 56 頁参照）。すなわち、胎児認知をした者が否認権を行使しなければ法律上の父となることができない事案としては、夫や子の母が否認権を行使する意思がない事案が多いと考えられるところであり、このような事案にまで胎児認知をした者による否認権の行使を認めると、夫婦の家庭の平穩を害し、子の利益に反するおそれ大きいと考えられる。

- (4) さらに、胎児認知を行うには母の承諾が必要であるところ（民法第 783 条）、これにより胎児認知をした者が生物学上の父であることについての蓋然性が一定程度高まり得るものとしても、そもそも生物学上の父に否認権を認めないこととしていることを踏まえると、母が胎児認知の承諾をしたからといって、直ちにそれが胎児認知をした者に否認権を認める根拠を基礎付けるものとなるかには疑問がある。

- (5) その他、本見直しでは、母に否認権を認めることを提案しているところであり、子の生物学上の父が誰であるかや、婚姻した夫による子の養育状況等は、母こそが最もよく把握していると考えられる。

以上を踏まえると、婚姻前に胎児認知がされている場合において、母が子の出生前に別の男性と婚姻したときにも、母による適切な否認権行使に期待するのが相当であり、胎児認知をした者に否認権を認める必要はないとも考えられる。

- 3 以上のとおり、婚姻前に胎児認知がされている場合においても、母が子の出生前に婚姻をしたときは、嫡出推定を及ぼすこととするものの、胎児認知をした者には否認権を認めないことが考えられるが、これらの点についてどのように考えるか。

第2 嫡出否認制度に関する規律の見直し

1 民法の規律

民法第774条、第775条、第777条及び第778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
5 必要性も含め、引き続き検討する。

(1) 夫の否認権に関する規律

① 第772条(注1)の規定により夫が子の父と推定される場合において、
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。この場合において、子に対し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、特別代理人を選任しなければならない。

③ ②の嫡出否認の訴えは、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 子の出生の直近の婚姻の夫の子との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、②の嫡出否認の訴えは、前夫(④の①に規定する前夫をいう。)が子の出生の直近の婚姻の夫の嫡出であることを否定する嫡出否認又は親子関係不存在確認の裁判が確定したことを知った時から1年を経過した日まで
20 に提起しなければならない。

〔⑤ 夫が否認権を行使する場合において、夫が成年被後見人であるときは、③の期間は、夫について後見開始の審判の取消しがあつた後夫が子の出生を知った時から起算する。(現行法のとおり)〕

(2) 未成年の子の否認権に関する規律

① 第772条の規定により夫が子の父と推定される場合において、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 ②の場合において、子に対し親権を行う母又は子の未成年後見人は、子に代わって、その否認権を行使することができる。

④ ②の場合において、親権を行う母又は子の未成年後見人がないときは、子の親族は、その子のために特別代理人を選任することを家庭裁判所に請求することができる。(注3)

⑤ ②の嫡出否認の訴えは、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 子の出生の直近の婚姻の夫の子との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、⑤の規律にかかわらず、②の嫡出否認の訴えは、子が子の出生の直近の婚姻の夫の嫡出である

ことを否定する嫡出否認又は親子関係不存在確認の裁判が確定したことを知った時から1年を経過した日までに提起しなければならない。

(3) 母の否認権に関する規律

① 第772条の規定により夫が子の父と推定される場合において、母は、子が嫡出であることを否認することができる。

② ①の規定による母の否認権は、夫に対する嫡出否認の訴えによって行う。

③ ②の嫡出否認の訴えは、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 子の出生の直近の婚姻の夫の子との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、②の嫡出否認の訴えは、母が再婚後の夫の嫡出であることを否定する嫡出否認又は親子関係不存在確認の裁判が確定したことを知った時から1年を経過した日までに提起しなければならない。

(4) 子の出生の直近の婚姻の夫の子と推定される子についての前夫の否認権に関する規律

① 嫡出推定の例外規定により子の出生の直近の婚姻の夫が子の父と推定される場合において、子の出生の日の300日前の日から出生の時までに母と婚姻していた者(子の父と推定される者は除く。)(以下「前夫」という。)
は、子が嫡出であることを否認することができる。ただし、子が前夫によって懐胎されたものでないとき(注4)又は前夫が嫡出であることを否認することが子の利益を害する目的によることが明らかなときは、この限りではない。

② ①の規定による前夫の否認権は、子の出生の直近の婚姻における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の嫡出否認の訴えは、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子の出生の直近の婚姻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。

2 家事事件手続法の規律

家事事件手続法に、次のような規律を設けるものとする。

裁判所は、嫡出推定の例外規定により子の出生の直近の婚姻の夫が子の父と推定される場合において、子の出生の直近の婚姻の夫の子であるという推定を否定する嫡出否認(上記1(4)の規律に基づき、前夫が申し立てたものを除く。)
又は親子関係不存在確認の審判が確定したときは、前夫に対し、当該審判の内容を通知するものとする。ただし、裁判記録上その住所又は居所が判明している場合に限る。

3 人事訴訟法の規律

人事訴訟法に、次のような規律を設けるものとする。

裁判所は、嫡出推定の例外規定により子の出生の直近の婚姻の夫が子の父と推定される場合において、子の出生の直近の婚姻の夫の子であるという推定を否定する嫡出否認（上記 1(4)の規律に基づき、前夫が提起したものを除く。）又は親子関係不存在確認の判決が確定したときは、前夫に対し、当該判決の内容を通知するものとする。ただし、訴訟記録上その住所又は居所が判明している場合に限る。

（注 1）見直し後の第 77 2 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）法文化する際の用語については、法制的観点も踏まえ、引き続き検討する。

（補足説明）

1 残された論点

本資料では、規律の具体的な表現ぶりについて改めて検討を行い、部会資料 18 からの変更箇所を下線を引いて明らかにしているが、実質的な変更点については、以下で補足的に説明を加えることとしている。また、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、特に前夫の否認権の要件、母の否認権を認めることの当否及び母が離婚及び再婚を複数繰り返した場合の否認に関する規律について更に検討することとしている。

2 前夫の否認権の要件（本文 1(4)①の規律）

(1) 第 18 回会議では、「(前夫が) 子との間に生物学上の父子関係があるとき」との要件を設けることに対して、法律上の父の資格と生物学上の父の資格とが一致することを前提とするものであり、民法にこのような要件を明示的に設けることに対する引き続きの懸念があるとの指摘があった。

そこで検討すると、前夫の否認権が認められる理由について、従前、真実の前夫が子の生物学上の父であるときに、前夫が子の法律上の父となることを可能とするためであると説明されていたところ（「民法（親子法制）等の改正に関する中間試案の補足説明」第 4 の 3 の【説明】2(1)等参照）、このような指摘を踏まえると、前夫が子の懐胎時等に母と婚姻していたことを重視し、前夫であること自体に基づいて、前夫の否認権を認めることが相当であるとも考えられる。

そして、前夫の否認権を無制限に認めた場合には、子の出生の直近の夫の子との推定が否認された後、前夫が自らの子であることをも否認したり、子や母が前夫の子であることを否認したりする結果、子の法律上の父が失われる結果となるおそれがあることから、このような事態を防止する観点から、前夫と子との間に生物学上の父子関係がない場合には、前夫の否認権の行使は許されないものとするのが相当であるとも考えられる。また、前夫と子との間に生物学上の父子関係があるか否かにかかわらず、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あるときも、否認権の行使を許さないものとするのが相当であるとも考えられる。

そこで、本部会資料では、前夫の否認権の要件について、「子が前夫によって懐胎されたこと」という要件をただし書に移すこととし、「前夫は、子が嫡出であることを否認することができる。ただし、子が前夫によって懐胎されたものでないとき又は前夫が嫡出であることを否認することが子の利益を害する目的によることが明らかなときは、この限りではない。」とすることを提案している。

(2) なお、第18回会議では、前夫が嫡出否認の訴えにより子の利益を害する目的であることが明らかとの要件に関し、前夫に子を養育する意思及び能力がない場合のほかにはどのような場合があるのか、例えば、再婚後の夫が非常に裕福で、その夫を父とすれば子は恵まれた環境で成長することができるという場合に、前夫がそれを知りつつ嫌がらせをするためだけに否認をすることが、子の利益を害する目的に該当するのか明らかなでないとの指摘があった。この点について、子の利益を害する目的があることが明らかなか否かは、個別の事案における具体的事情を踏まえ判断されることとなるため、一概に述べることは困難であるものの、前夫が子の養育のために能力及び養育の意思を有しているのであれば、再婚後の夫の下での養育環境と比べて、子の養育環境が低下することのみをもって、子の利益を害する目的であることが明らかということとはできないとも考えられる（なお、嫌がらせをするためでだけであるという事実も、個別の事案における評価が問題となり得るものであるが、子の利益を害する目的があることが明らかなか否かを判断する間接事実となり得るものと考えられる。）。

(3) 以上を踏まえ、どのように考えるか。

3 母の否認権（本文1(3)の規律）

本部会資料では、母の否認権を認めるか否かについて、これを認める必要性も含め、引き続き検討することとしている。

母の否認権を認める必要性に関する議論を整理すると、概要、次のとおりである。

① 母固有の地位に関して、母は父子関係の当事者ではないものの、母は子の親として子を養育する立場にあり、子の父が誰であるかについて固有の利益を有するから、母に否認権を認めるべきであるとの考え方がある一方で、母は、あくまでも子の利益を代弁する立場に立つものに過ぎないとの考え方がある。

なお、母子関係については、嫡出否認の訴えのようなこれを争うための特別の手続は設けられておらず、親子関係不存在確認の訴え等によって争われ得るにとどまるものと解されるところ、そこでは、子の父や母の夫は特別の地位を認められていないが、訴えの利益がある限り、これを争うことができるものと解されている。

② 親権を行う母又は子の未成年後見人は子の否認権を代わって行使することができることから、これらの場合には、實際上、母の否認権を認める必要性は乏しい。他方で、親権を行わない母は、子の否認権を代わって行使することができず、

子の親族として家庭裁判所に特別代理人の選任を求めることができるにとどまることから、母の否認権を認める実際上の必要性に関わることとなる。

この点に関しては、親権を失った母に否認権を認めることの実際上の必要性があるか否かが問題となるところ、現行法上、母が親権を失う場面としては、父母の離婚時に、協議又は家庭裁判所の裁判により、子の親権者が父と指定された場合（民法第819条第1項、第2項、第5項）、子の親族の請求により、家庭裁判所の裁判が親権者を父に変更した場合（同条第6項）等のほか、父又は母による虐待又は悪意の遺棄があるときその他母による親権の行使が著しく困難又は不適当であることにより子の利益を害するとき等において家庭裁判所の審判により親権を喪失した場合（第834条）、父又は母による親権の行使が困難又は不適当であることにより子の利益を害するときにおいて家庭裁判所の審判により2年を超えない範囲で親権を停止された場合（第834条の2）が考えられる。

このうち、親権喪失、親権停止により親権を失った母に否認権を認めることは、子の利益の観点から適切でないこともあるとも考えられる一方で、嫡出否認をした上で適切な者が子を認知することが子の利益に適うこともあるとも考えられる。また、親権者の変更に当たっては、子の利益のために、父又は母のいずれが親権者として適切かという観点から、協議・裁判がされているところ、親権を有しない母が嫡出否認をすることは父から親権を失わせる結果ともなるため、紛争の蒸し返しになるとも考えられるが、法律上の父子関係の存否の問題と親権の所在の問題を区別すべきであって、父が親権者と指定された場合でもなお否認を認めることが子の利益の観点から望ましい場合もあるとも考えられる。また、部会では、家庭内暴力等ある事案では、離婚時には十分に親権に関する協議ができないまま父が親権者とされることもあるとの指摘もあった。

なお、パブリック・コメントでは、中間試案の規律について、母に否認権を認めることに賛成する意見が反対する意見を数としては上回るという状況であったが、中間試案では、子の否認権を代わって行使することができる者を母としていた点（現在は、親権を行う母に限定することとしている。）に留意が必要であるとの指摘があったところである。

以上を踏まえ、母の否認権を認める必要性について、どのように考えるか。

4 母が離婚及び再婚を複数繰り返した場合の否認に関する規律（本文1(4)②の規律）

- (1) 子が母の再婚後に生まれたことによって、子の出生の直近の婚姻の夫の子と推定されるとの規律に関して、部会資料17の第2の（補足説明）2(2)では、母が前夫Aとの婚姻中に懐胎したが離婚をし、別の男Bと再婚をしたが再び離婚をし、更に別の男Cと再婚をした後に子が生まれたという事案について、見直し後の嫡出推定規定により、子の出生の直近の婚姻の夫であるCの子と推定することとした上で、Cが否認されたとしても次はBが子の法律上の父と推定されることになることを前提に、前夫Aが否認をするためには、Cのみを被告として嫡出否

認の訴えを提起するだけでは足りず、Bを被告とする嫡出否認の訴えと共に（併合して）提起しなければならないものとするのが考えられる旨提案していたところ、第17回会議では、この点について特段の意見はなかった。

(2) この点については、以上のような考え方に対して、Cが否認されたとして

も、子の出生時に母と離婚等をしていた（子の懐胎時にも母の夫ではない）Bは子の法律上の父と推定されないものとして、前夫AはCのみを被告として嫡出否認の訴えを提起すれば足りるものとするとも考えられるところである（嫡出否認が認められたときは、Bの子ではなく、Aの子と推定されることとなる。）。もっとも、この場合には、Bは「前夫」に当たらず、嫡出否認の訴えを提起することもできないことになると考えられるが、Bが前夫に当たるか否かが子の懐胎時期を巡って争われ、紛争が複雑化するおそれがあるとも考えられる（具体的には、Aが提起した嫡出否認の訴えで前夫であることが争われることなく判決がされたが、その後、Bが、真実の懐胎時の夫であったことを前提に訴えを提起することが考えられる。この場合には、前訴において、Aは実際には嫡出否認の訴えの原告適格を有していなかったものとして、その判決の効力がBに及ばないことを前提に、審理されることになると考えられる。）。)

(3) そこで、本部会資料では、引き続き、上記第1の1の⑤の規律によりCが否認されたとしても次はBが子の法律上の父と推定されることになることを前提とし、Cのみを被告として嫡出否認の訴えを提起するだけでは足りず、Bを被告とする嫡出否認の訴えと併合して提起しなければならないものとするのが相当であると考えているが、前夫の否認権が自らが子の法律上の父となることを目的として提起されるべきものであることからすると、特段の規律を置かなくても、Cのみを被告として提起された訴えはその利益を欠き、不適法となると解釈することができるとも考えられる。また、その要件としても、「前夫が嫡出であることを否認することが子の利益を害する目的によることが明らか」でないことが必要とされていることからすると、Cのみを被告とする訴えはこの要件を充たさないと考えることもできるとも考えられる。

なお、Bは、Cのみを被告として嫡出否認の訴えを提起すれば足りることになると考えられる。

(4) 以上について、どのように考えるか。

5 子の出生の直近の婚姻の夫の子との推定が否認された場合の子及び母の否認権の行使期間の特則（本文1(2)⑥及び(3)④の規律）

(1) 従前の提案

部会資料16-3及び17では、未成年の子の否認権及び母の否認権について、「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、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】【5年】を経過した日又は子（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。」との規律を置くことを提案していた。

(2) 従前の提案についての再検討

このうち、「子（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年を経過した日までに提起しなければならない」との規律については、子の出生の直近の婚姻の夫の子であるという推定を否定する嫡出否認の裁判が確定した場合に、その前の婚姻の夫の子であるとの推定に対する否認権行使の機会を与えるために行使期間の特則を設けたものである。

他方で、「子の出生の時から3年を経過した日までのいずれか遅い日まで」との規律については、本来、子は、その出生の時から3年を経過する日までは否認権を行使することができるのであるから、これより早期に行使を制限する必要はないと考えられたことによるものであるが、改めて検討したところ、子の出生の直近の婚姻の夫の子であるという推定が否定された場合の前夫の子との推定に対する否認権は、当初の子の出生の直近の婚姻の夫の子であるという推定に対する否認権とは異なるものであることからすると、その行使期間を同一のものとするのが不可欠であるとまでは言えない。むしろ、子の出生の直近の婚姻の夫の子であるという推定が否定された場合の前夫の否認権の行使期間を「前夫が子の出生の直近の婚姻の夫の嫡出であることを否認する裁判が確定したことを知った時から1年を経過した日まで」としていることからすると

（本文(1)④参照）、未成年の子及び母の否認権の行使期間も、これと同一の期間とすることが、規律として明確であるとも考えられる。また、このような規律を置いたとしても、子や母は、子の出生の直近の婚姻の夫の子であるという推定が否認されたことを知った時点で、前夫の子との推定を争うべきか否かを検討することができることからすると、その検討のための期間として1年の期間制限を設ければ必要十分であって、これとは別途、子の出生の時から3年という期間制限を設ける必要性が高いとは言えないとも考えられる。

そこで、本部会資料では、従前の提案を改め、未成年の子及び母の否認権について子が子の出生の直近の婚姻の夫の嫡出であることを否認する裁判が確定したことを知った時から1年を経過した日までに提起しなければならないものとすることを提案することとしているが、どうか。

6 否認権者の拡大に伴う第778条の見直し（本文1(1)⑤の規律）

(1) 検討の必要性

第778条は、否認権者である夫が成年被後見人であった場合の嫡出否認の訴えの出訴期間の起算点について定めているが、今回の見直しに伴い、第778条の規律を維持すべきか、また、仮に維持することとした場合には、夫以外の者に否認権を認めることとすることに伴い、新たに否認権者となる子、母又は前夫が成年被後見人である場合にも同様の規律を設けるべきか否かについて検討する必要がある。

(2) 第778条の見直しの必要性

現行の第778条については、夫が成年被後見人である場合も、その意思能力が回復している限りは自ら嫡出否認の訴えを提起でき（人事訴訟法第13条）、また、夫の成年後見人等が夫に代わって嫡出否認の訴えを提起することができるものの（同法第14条）、第777条の期間内に夫が意思能力を回復し又は夫の成年後見人等が訴えを提起することが必ずしも確保されていないことから、出訴期間の起算点を後見開始の審判の取消しがあった後夫が子の出生を知った時からとすることとしたものと説明されている。

成年被後見人の行為能力と権利行使の期間制限に関する規律としては、民法第158条第1項が、消滅時効に関して、時効の期間の満了前6か月以内の間に成年被後見人に法定代理人がないときは、成年被後見人が行為能力者となった時又は法定代理人が就職した時から6か月を経過するまでの間は、その成年被後見人に対して、時効は、完成しないとしている。成年被後見人は行為能力を有しないことから、成年後見人が辞任するなどして、権利行使をすることができない期間に時効が完成することを猶予し、権利行使の機会を確保する趣旨である。また、親族法上の期間制限に関する規律（例えば、父の死亡後の認知の訴えに関する第787条等）には第778条に相当する規律は置かれていない。これらの規律と比較すると、第778条は夫による否認権の行使の機会を、より手厚く確保しようとしているものとも考えられる。

否認権の行使が法律上の父子関係の存否という身分関係に関するものであることから、その身分行為の当事者である夫にその機会を十分に保障する必要があるとも考えられる一方で、この規律を維持した場合には、夫が成年被後見人である場合には、その取消しの審判がされるまで夫の否認権の行使期間が満了しないため、子の身分関係が安定しないこととなる。また、現行法の下では否認権者は夫に限られることを踏まえると、否認権の行使の機会をできるだけ確保することは子の利益等の観点からも重要であるとも考えられるところ、否認権者を拡大した場合には、子又は母等による否認権の行使を期待することも可能であることから、否認権者に対して一般の債権と同等以上の権利行使の機会を与える必要性は乏しいとも考えられる。

なお、本文(2)④では、子の否認権の期間制限に関する規律について、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、なお嫡出否認の訴えを提起することができるとの規律を引き続き提案しているが、未成年の子は、夫と異なり、期間中に意思能力を回復することが考えられないことから、このような規律を設けることが必要であると考えられる。

以上のような観点からは、第778条を削除することも考えられるが、どうか。

(3) 否認権者の拡大に伴う見直しの必要性

これに対して、仮に夫の否認権について、第778条の規律を維持するものとした場合には、否認権者の拡大に伴って、新たに否認権を認められる者について同様の規律を設けるべきかが問題となるが、上記(2)記載の同条の趣旨は母及び前夫が成年被後見人である場合についても妥当するとも考えられる一方で、身分関係の早期安定を図るという観点や、母や前夫は、夫と異なり、法律上の父子関係の当事者ではないことからすると、第778条のような規律を置くことは相当でないとも考えられる。また、未成年の子の否認権は子の出生後3年以内に行使されるべきものであって、子が自らの判断で嫡出否認の訴えを提起することが予定されておらず、本文(2)④のただし書を置くこととしていることも踏まえると、このような規律を設けないこととするのが相当であるとも考えられる。他方で、成年に達した子の否認権を認めることとした場合には、成年に達した子が、成年被後見人である場合には、上記(2)の趣旨が妥当するから、第778条と同様の規律を設けることが相当であるとも考えられる。

(4) 以上を踏まえ、本部会資料では、本文1(1)⑤にブラケットを付すことで、現行の第778条の規律を削除する案と、これを維持する案（この場合でも、母、前夫及び未成年の子には、第778条に相当する規律を置くことは想定していない。）を併記することとしているが、どのように考えるか。

7 家事事件手続法及び人事訴訟法の規律の見直し（本文2及び3）

(1) 第16回会議では、裁判所が、審判又は判決を前夫に通知するに当たって、裁判記録又は訴訟記録上、前夫の住所又は居所が判明している場合に限るものとしている点について、前夫の住所又は居所が判明しているか否かは、偶然的な事情によって決まるとすると、不安定ではないかとの指摘があった。

まず、前提として、現行制度上、前夫の住所又は居所に関して、どのような資料が裁判所に提出されるかについて確認をする。人事訴訟手続においては、人事訴訟規則上、訴状には当事者の訴えに係る身分関係の当事者の戸籍の謄本等を添付しなければならないものとされており（第13条）、この規律に従えば、子及び再婚後の夫の戸籍謄本を添付することが必要となると考えられ、また、家事調停手続においては、家事事件手続規則上、調停の申立てに当たって、家庭裁判所は、申立人等に対して、申立てに係る身分関係についての資料その他家事調停の手続の円滑な思考を図るために必要な資料の提出を求めることができるものとされており（第127条、第37条第3項）、この規律に従って、必要な戸籍謄本等の提出を求めることになると考えられるものの、前夫の戸籍謄本等の提出は必ずしも必要とはされていない。

そもそも、本文2及び3の規律の趣旨は、裁判所が通知することによって前夫に子の父となることを認識させることが、前夫にとって重要であることに加え、新たに父となった者からの養育を可能とする点で子の利益にも適合すること、さらに、子が前夫の子でもない場合には、前夫から嫡出否認の機会を与え、子の身分関係の早期安定にもつながることによるものである。このように、現に係属し

5 ている調停又は訴訟において前夫に参加の機会を与えるためではないことから、
裁判所が積極的に前夫の住所又は居所を探し出す責任を負わせた上で、通知をす
るものとするのは相当でないと考えられる（この点、人事訴訟法第28条は、
第15条により裁判所が利害関係人を訴訟参加させることができることを前提と
しているが、この場合においても、裁判所が通知をするのは利害関係人の住所又
は居所が明らかな場合に限定されている。）。

そこで、本部会資料では、引き続き、前夫の住所又は居所が判明している場合
に限り、裁判所は通知を行うものとしているが、どうか。

10 なお、前夫が子の父となることを認識させることの意義に照らせば、人事訴訟
規則第13条等と同趣旨の最高裁判所規則を定めることにより、再婚後の夫の子
と推定される子に対する嫡出否認の訴訟の提起に当たって、原告は、訴状の添付
資料として、前夫の住所又は居所を明らかにするために必要な戸籍の謄本その他
の書類を添付しなければならないものとするのが考えられる。また、調停の申
立てに当たっても、これを規則に定めること等によって、家庭裁判所が申立人等
15 に同様の書類の提出を求めることが考えられる。

(2) このほか、前夫が死亡している場合に、人事訴訟法第41条の規定を前提に、
裁判所が、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に判決ない
し審判の内容を通知すべきか否かが問題となり得る。

20 この問題を検討する前提として、前夫が死亡した場合に第41条の規定の適用
を認めるべきかが問題となり得るところ、夫について否認権の承継を認める以
上、前夫が、新たに子の父となった場合には同様に、前夫の一定範囲の血族にそ
の否認権の承継を認めることが相当であるとも考えられる。

そして、前夫が死亡した場合に、子のために相続権を害される者その他前夫の
三親等内の血族に判決ないし審判の内容を知る機会を与えるという観点からは、
25 通知をすることが必要であ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。

第3 別居等の後に懐胎された子に関する規律

別居等の後に懐胎された子に関して、次のような規律を設けるものとしては、どうか。

1 民法の規律

① 第772条の規定により夫の子と推定される子について、子が夫婦の別居（夫婦がそれぞれ異なる住居において生活する状態であって、同一の住居における共同生活が回復する見込みがあることが明らかでないものをいう。）中に懐胎された場合において、別居中又は夫婦の婚姻の解消若しくは取消しの後に出生したときは〔、第774条の規定によるほか〕、子、母、夫その他利害関係人は、子が25歳に達するまでの間に限り、訴えにより嫡出でないことを主張することができる。

第772条の規定により夫の子と推定される子について、その懐胎時に夫婦の一方が〔刑事施設〕〔法令により外部との接触が厳格に制限されている施設〕に収容されていることその他夫婦が同居することができない原因により、夫によって懐胎されたものでないことが明らかな事情があるときも、同様とする。

2 家事事件手続法の規律

② ①の場合において、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、民法第772条に規定する夫の陳述を聴くことを要しない。ただし、本文の規定は、家庭裁判所が、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することを妨げない。

（補足説明）

1 概要

部会資料18に引き続き、別居後に懐胎された子に関する規律を設けることについて提案するとともに、別居以外の一定の事情がある場合に、嫡出否認の訴えによることなく、推定を否定することを認めることを提案するものである。

本部会資料では、「別居」の意義について更に検討を加えるとともに、子の出生時に夫婦が別居をしていること等の要件を設けること、別居後に懐胎された子であることを主張することができる期間の制限を設けることについて検討を加えることとしている。

2 別居後に懐胎された子に関する規律（本文1①前段の規律）

(1) 「別居」の意義

ア 第18回会議では、「別居」を客観的に定義する必要性については理解できるとしつつ、例えば、同じマンションの別の部屋に居住している夫婦や、当初から互いに遠隔地に居住することを前提とする夫婦の例を挙げて、「別居」を一時的な原因か否かによって区別することは困難ではないかとの指摘があった。

そこで検討すると、例として挙げられたような夫婦であっても、現実の往来

及び接触を通じて夫婦としての性交渉の機会を持つことが想定されるという点で同居の夫婦と本質的に異なるものではないのであれば、嫡出推定の例外を認めることは相当ではないと考えられる。そして、前者（同一のマンションにおける別々の部屋に居住する場合）のような夫婦は、そもそも生活の本拠が別
5 とは言えないと評価できる場合もあると考えられる（なお、マンションの各部屋は独立の住居であり、住民登録において夫婦がそれぞれ別々の部屋に居住するものとして届け出た場合には、住民票上の住所は別異のものとなることになる。）。また、後者（当初から遠隔地に居住する前提で婚姻する場合）のような夫婦の別居は、あくまでも夫婦双方の合意によって成り立っているものであつて、夫婦の一方が同居を希望した場合には直ちに別居は解消されることが想定
10 されるものであることからすると（なお、仮に他方が同居に応じないような場合には、その時点で、当該別居は同一の住居における共同生活が回復する見込みがあることが明らかでないものとなったと考えることができる。）、同一の住居における共同生活が回復する見込みがあることが明らかであるということが
15 できるとも考えられる。

そこで、本部会資料では、従前の「その原因が一時的なものであること」との基準を一部修正し、より規範的要素を考慮すべきものであることが明確となるように、嫡出推定の例外を画する要件としての別居については、より端的に、
「同一の住居における共同生活が回復する見込みがあることが明らかでない
20 こと」を基準とすることを提案している。このような基準を置くことにより、後者のような夫婦についても、同一の住居における共同生活が回復する見込みがあることが明らかであるという評価が可能となると考えられる。

なお、同一の住居における共同生活が回復する「見込み」の有無については、いつの時点で存在することが必要となるかが問題となるとも考えられる。この
25 点については、懐胎時における別居については懐胎時に、出生時における別居については出生時に、それぞれ同一の住居における共同生活が回復する見込みがあるか否かを判断すべきものである。その判断は、従前、別居の原因に着目して、別居が一時的なものであるか否かを判断すべきものとしていた点と異なるものではなく、当該時点で別居をしている原因に照らして、共同生活の回復
30 の見込みがあるか否かを判断すべきものと考えられる。

イ また、改めて検討をしたところ、現行の他の法律における用例上、別居の語は客観的に住居を異にする場合を広く意味するものとして用いられていることがうかがわれるところ、そのような意味を持つ別居から、同一の住居における共同生活が回復する見込みがあることが明らかでない場合を除外するという方法では、嫡出推定の例外を認めるべき「別居」を適切に定義することができないとも考えられたことから、本部会資料では、「別居」について積極的な定義、具体的には、夫婦がそれぞれ異なる住居において生活する状態をいうとの定義を置くことを提案している。

ウ 以上のように、本部会資料では、「別居」を「夫婦がそれぞれ異なる住居にお

いて生活する状態であって、同一の住居における共同生活が回復する見込みがあることが明らかでないものをいう」と定義することを提案している。

(2) 出生時における要件

ア 第18回会議では、嫡出推定の例外を認める場合には、子の懐胎時のみならず、子の出生時にも別居（離婚）していることを要件とすることも考えられるとの指摘があった。

イ そこで検討すると、嫡出推定規定を見直し、子の懐胎時又は出生時のいずれかの時点で妻が婚姻していることを嫡出推定の基礎とする場合には、嫡出推定の例外を認めるに当たって、懐胎時のみならず、出生時にも婚姻それ自体又はその実態が失われていることを要件とすることが相当であるとも考えられる。このように考えた場合には、子の出生時において、夫婦が別居していた場合のみならず、夫婦が既に離婚するなどして婚姻関係を解消していた場合にも、推定の例外を認めることが相当であるとも考えられる。

そこで、本部会資料では、子が、夫婦の別居中に懐胎されたことに加え、別居中又は夫婦の婚姻の解消若しくは取消しの後に出生したことを要件とすることを提案している。

なお、子の懐胎時から出生時までに別居が継続していることを要するか否かも問題となり得るところ、懐胎時から出生時までの間に一時的に同居が回復したとしても、そのことによって、子が夫の生物学上の父である蓋然性や、子の養育への期待が直ちに高まるとまではいえず、そのような要件を設けることは紛争を無用に長期化させるおそれもあることから、別居が継続していることは要件としないものとするのが相当であるとも考えられる。

(3) 別居以外の一定の事情がある場合に、嫡出否認の訴えによることなく、推定を否定することを認めることとの関係

なお、本文①後段のとおり、別居以外の一定の事情があるとき、具体的には、子の懐胎時に夫婦の一方が刑事施設に収容されていることその他夫婦が同居することができない原因により、夫によって懐胎されたものでないことが明らかな事情があるときにも、嫡出否認の訴えによることなく、推定を否定することを認めることとした場合には、そのことと別居による嫡出推定の例外を認める根拠との関係を整理する必要があるところ、別居以外の一定の事情がある場合に嫡出否認の訴えによることなく推定を否定することを認める根拠は、夫婦が懐胎時期に同居できない原因があることによって夫による懐胎可能性がないことが明らかであることにあるのに対し、別居の場合は、夫による懐胎可能性が皆無とは言えないものの、嫡出推定の基礎となる婚姻の実態が失われることから、事実上の蓋然性の観点及び養育の可能性といった子の利益の観点から、嫡出推定の例外を認めることが相当であると考えられることによるものであるということが出来る。

(4) 本規律の位置付け

なお、嫡出推定の例外の位置付けについて、理論的には、妻が婚姻中に懐胎した子は夫の子と推定し、また、婚姻前に懐胎した子であっても婚姻の成立後に出

生した子は夫の子と推定するという第772条の嫡出推定規定の適用の基礎を欠き、同条が適用されない（夫の子と推定されない）とする理解と、夫の子と推定される子ではあるものの、別居の後に懐胎されたこと等の要件を満たすことによって、夫の子である蓋然性が低く、また、子の養育の可能性という観点から、嫡出否認の訴えよりも広く推定に対する否認を認めることが相当であると考えられることから、嫡出推定の及ぶ子の嫡出性を否定するためには嫡出否認の訴えによらなければならないという第774条の例外とする理解とが考えられる。

後者の理解を敷衍すると、現行の嫡出推定制度は、第772条により、妻が婚姻中に懐胎した子は夫の子であると推定した上で、第774条により、当該推定は、嫡出否認の訴えによってのみ否認することができるものとしているが、今回の見直しにより、嫡出推定の例外を明文でもうけることとした場合には、嫡出推定の例外に該当する場合に、第772条による夫の子であるとの推定は及んでいるものの、その推定を争う方法について、第774条の例外として、嫡出否認の訴えによらなくても、その他の訴えにより、これを争うことができることとするものである。これにより、第772条の推定を争う者は、当該推定に対する反証を前提に父子関係がないことの確認を求めることができ（親子関係不存在確認の訴え）、また、子は生物学上の父に対する強制認知を求めることができる（強制認知の訴え）こととなる。

本規定の位置付けについてはいずれの理解も成り立ち得ると考えられるところ、本部会資料では、本文①において、ブラケットを付した上で、「第774条の規定にかかわらず」とすることで、後者の理解を中心に考える旨を明らかにしている。

もっとも、この点については、引き続きの検討が必要であるとも考えられる。

(5) 嫡出推定の例外を主張することができる期間の制限

第18回会議では、嫡出推定の例外が認められる場合の親子関係不存在確認の訴えに期間制限を設けることについて賛成する意見があった。そこで、本部会資料では、引き続き期間制限を設けることを提案している。

その具体的な期間を検討するに当たっては、子が夫婦の別居等の後に懐胎され、その出生時にも夫婦が別居をし又は婚姻の解消等をしていたにもかかわらず、なお夫婦が子を夫の子として養育していたといった事案において、いつまで当該父子関係を争い得るものとするのが相当かといった、一律の基準を設定することが性質上容易ではない問題に向き合う必要がある。その上で、基本的な考え方としては、別居の後に懐胎され出生時にも別居又は婚姻の解消等をしていたときは、夫婦にとって子が夫の生物学上の子である蓋然性が高いとは言えず、また、婚姻した夫婦による子の養育を期待できるとも言い難いことからすると、早期に父子関係を確定すべきとの要請が過度に強調されることは相当ではないとも考えられ、むしろ法律上の父子関係を確定するためには、その子が夫の子であるという事実状態が一定期間継続することが必要であるとも考えられる。そのような観点から、父子関係を争い得る期間は比較的長く設定することが相当である一方で、子が成熟するまで当該父子関係が否定されることなく継続していたときは、何人も当該

父子関係を争い得ないものとするのが、親子関係に関する一般的な国民感情にも合致し、相当であるとも考えられる。また、子が自らの判断で父子関係を争うことができる機会を十分に与える観点からは、子が成年に達してから相当の期間を経過するまで、これを争う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。

そこで、本部会資料では、嫡出推定の例外を主張することができる期間を、子が25歳に達するまでとすることを提案している。(注)

(6) 以上について、どのように考えるか。

(注) なお、最高裁平成18年7月7日民集60巻6号2307頁は、いわゆる藁の上の養子として、約55年間にわたり、戸籍上の父母との間で実の親子と同様の生活の実体があった子について、当該父母の実子も相続が問題となるまで当該親子関係を否定したことがなかったなどの事情がある事案において、親子関係不存在確認の請求が権利の濫用に当たらないとした原審の判断に誤りがあると判断した。

3 夫婦が同居することができない原因により、夫によって懐胎されたものでないことが明らかな事情がある場合の規律について（本文①後段の規律）

(1) 前回資料からの変更点

第18回会議では、夫による懐胎可能性がないことが明らかである場合については、外観説の下で従前から嫡出推定の例外として認められてきたものであるから、引き続き、嫡出推定の例外を認めるべきであるとの指摘があった。

このような指摘に対しては、仮に、夫による懐胎可能性がないことが明らかな場合を明文で規定しなかったとしても、引き続き解釈により嫡出推定の例外が認められる可能性は残ると考えられる。もっとも、別居について嫡出推定の例外を認めるのであれば、現行の制度との連続性や制度としての国民への分かりやすさという観点から、この場合についても嫡出推定の例外を明文で認めることが有益であるとも考えられる。

そこで、本部会資料では、夫婦が同居することができない原因により夫によって懐胎されたものでないことが明らかな事情がある場合に、嫡出推定の例外を認めることを提案している。なお、夫婦の一方が刑事施設等に収容されている場合を例示することとしているが、夫婦がそれぞれ異なる国に居住していることにより、同居できない原因がある場合も、「その他夫婦が同居することができない原因により夫によって懐胎されたものでないことが明らかな事情がある場合」に含まれることを想定している。

(2) 夫婦が同居することができない原因により夫によって懐胎されたものでないことが明らかな事情がある場合に、嫡出推定の例外を認める根拠

夫婦が同居することができない原因により夫によって懐胎されたものでないことが明らかな事情がある場合に、嫡出推定の例外を認める範囲を検討するに当たっては、推定の及ばない子に関する判例が定立している基準や、その基礎とす

る外観説を参考にすることが考えられる一方で、例外を広く認めることは嫡出推定制度そのものの意義、特に生物学上の父子関係の有無を明らかにすることなく、法律上の父子関係を確定する意義を失わせるおそれがあることから、その範囲を適切に限定するため、嫡出推定の例外を認める根拠について検討することが必要である。

そこで検討すると、単に懐胎可能性がないことを理由に嫡出推定の例外を認めることは、嫡出推定制度が婚姻を基礎に生物学上の父子関係の蓋然性のみならず、子の養育の期待可能性があることを理由として法律上の父子関係を推定することとしていることと整合せず、妥当でないとも考えられる。このような観点からは、一つには、上記2のとおり、婚姻の実態が失われているときに例外を認めることが相当であると考えられる一方で、婚姻の実態が失われているとは言えない場合であっても、婚姻に基づく同居義務を履行することができない原因があることにより（注）、夫婦が子の懐胎時期に接触することができず、懐胎可能性がないことが明らかな場合には、婚姻を基礎とする生物学上の父子関係の蓋然性の根拠となる同居義務が欠けているということができ、また、夫婦やその他の利害関係人が同居義務を履行することができない原因を知ることにより、子が夫によって懐胎されたものでないことが明らかとなる以上、夫の子であるとの推定を覆すことを認めることが相当であるとも考えられる。

別居以外の理由によって嫡出推定の例外を認める根拠をこのように考えた場合には、夫婦の一方が刑事施設等に収容されている場合には、懐胎時期に夫婦の同居をすることができない原因があり、夫により懐胎されたものでないことが明らかと言えるので嫡出推定の例外が認められるというべきである。他方で、夫に、男性不妊の原因があり、客観的には夫により懐胎する可能性がない場合であっても、懐胎時期に夫婦が同居することができない原因があるとは言えないから、嫡出推定の例外は認められないというべきである。

(3) 出生時の要件

なお、夫婦が同居することができない原因により夫によって懐胎されたものでないことが明らかな事情があることを理由とする嫡出推定の例外を認めるために、出生時にもそのような事情等が継続していることを要するかが問題になる。例えば、子の懐胎時に夫が刑事施設に収容されており、その後、出所し夫婦が同居をした後に子が出生したというような事案で、嫡出推定の例外を認めるべきかという問題である。

もっとも、夫婦が同居することができない原因により夫によって懐胎されたものでないことが明らかな事情があることを理由とする嫡出推定の例外は夫婦関係の破綻を必要とするものではないことからすると、子の懐胎時において上記の事情が認められれば、嫡出推定の例外を認めるべきであって、子の出生時にそのような事情が継続していることは要しないというべきであるとも考えられる。

(4) 以上について、どのように考えるか。

(注) なお、嫡出推定の基礎となる婚姻上の義務としては、夫婦の協力扶助義務や貞操義務も観念し得るところであるが、これらの義務が履行できないことが、直ちに子が夫による懐胎可能性がないことを意味するものではないことから、同居義務のみを基準とすることが相当であるとも考えられる。

5

4 家事事件手続法における規律（本文②の規律）

部会資料18に引き続き、提案するものである。なお、従前は別居後に懐胎した場合の嫡出推定の例外（本文①前段に対応）に関し、本文②の規律を設けることを提案していたが、本文①後段の規律を加えることに伴い、同規律により申し立てられる強制認知の調停についても、本文②の規律が適用されることを想定している。

10 以上を踏まえ、どのように考えるか。

第4 届出により嫡出推定の例外を認める制度の検討

第3の1①の規律を置くことを前提に、以下のような規律を設けることにより、届出により嫡出推定の例外を認める制度を設けることについて、引き続き検討することとしてはどうか。

① 第772条の規定により夫の子と推定される子について、その母は〔第774条の規定にかかわらず〕、法務省令で定めるところにより、第3の1①に規定する事情（注1）が明らかにあることを証する書面（注2）を添付して、夫の子でない出生届（嫡出でない子の出生届又は再婚後の夫の嫡出子としての出生届）を提出することができる。

② ①の届出がされた場合において、夫は、子が自らによって懐胎された子であるときは、訴えにより嫡出推定の回復を求めることができる。

（注1）(1)「子が夫婦の別居中に懐胎された場合において、別居中又は夫婦の婚姻の解消若しくは取消しの後に出生したこと」又は(2)「その懐胎時に夫婦の一方が〔刑事施設〕〔法令により外部との接触が厳格に制限されている施設〕に収容されていることその他夫婦が同居することができない原因により、夫によって懐胎されたものでないことが明らかな事情があること」をいう。

（注2）法務省令で定める書面として、次の各書面を添付するものとすることが考えられる。

(1) 子が夫婦の別居中に懐胎された場合において、別居中又は夫婦の婚姻の解消若しくは取消しの後に出生したことを理由とするとき

ア 懐胎時期に関する医師の証明書

イ 夫婦が、子の懐胎時及び出生時において異なる住所に居住していたことが明らかとなる住民票又は戸籍の附票の謄抄本のいずれか1通（夫婦が子の出生時に婚姻を取消し又は解消していたときは、出生時における住民票又は戸籍の附票に代えて、出生時の戸籍謄抄本を添付する。）

ウ 懐胎時期における事情を示す書面としての、DV保護命令決定書〔、DV支援措置を受けていることを証する書面、離婚調停の係属証明書、配偶者暴力支援センター又は警察における相談又は援助若しくは保護の状況についての書面又は公証人作成の宣誓供述書のいずれか〕1通

(2) 子の懐胎時に夫婦の一方が〔刑事施設〕〔法令により外部との接触が厳格に制限されている施設〕に収容されていることその他夫婦が同居できない原因により、夫によって懐胎されたものでないことが明らかな事情があることを理由とする場合

ア 懐胎時期に関する医師の証明書

イ その事由に応じて、懐胎時期における夫婦の一方が刑事施設等に在所していたことの証明書、夫婦がそれぞれ異なる国に居住していたことを明らかにする渡航時期に関する証明書のいずれか1通

（補足説明）

1 提案の概要

届出により嫡出推定の例外を認める制度については、中間試案に対するパブリッ

ク・コメントの意見等を踏まえ、検討を行ってきたが、部会資料18において、別居後に懐胎された子に関する嫡出推定の例外を認める規定を置くことを前提に、そのような場合に届出により例外を認める方策を検討することの当否について、意見を求めたところ、前回会議では、そのような検討をすることについて、賛成する意見が多かった。

そこで、本部会資料では、前回会議等における指摘等を踏まえ、考えられる問題点を整理した上で、引き続き、訴えによることなく、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の実現可能性について、意見を伺うものである。

2 夫婦の一方の申出により夫婦の別居の事実を登録・公証する制度等の検討

(1) 前回会議では、届出に際して、夫婦が別居した時期を明らかにする観点から、戸籍法に定める届出の不受理申出制度（戸籍法第27条の2。注）を参考に、夫婦の別居時にその一方が戸籍窓口等に申し出ることができる制度を新設してはどうかとの指摘があった。このような制度の有無は、届出による嫡出推定制度の例外を認める制度において届出の添付資料としていかなるものを必要とすべきかの検討に影響することから、まず、このような制度の実現可能性について検討する。

上記指摘によれば、例えば、夫婦の一方があらかじめ本籍地の市町村長に別居申出をしたときは、当該申出の日以降に懐胎された子について嫡出子としての出生の届出がされた場合でも、申出人本人の意思を確認することができない限り、嫡出子としての出生届を受理しないよう申し出ることができるものとするのが考えられる。

しかしながら、現行の不受理申出制度は、届出によって効力を生ずべき認知、縁組、離縁、婚姻又は離婚の届出について、届出事件の本人の意思に反する届出が戸籍窓口において受理されることを防止するための制度である。これに対して、出生の届出は、子の出生の事実を一定の届出義務者が戸籍窓口に報告するものであって、届出人の意思が問題となるものではない。また、嫡出子の父及び母は出生の届出義務を負う者であるところ（戸籍法第52条第1項）、届出義務者がする届出を受理しないことを他者が求めることができるといった制度を設けることについては、相当慎重な考慮が必要であるとも考えられる。さらに、このような制度は、夫又は妻からの申出がされた場合には、出生の届出がされたときであっても戸籍窓口で申出人の意思確認ができない限り、当該届出を受理しないこととするものであって、子が戸籍に記載されない事態を生じ得るものであり、無戸籍者が生じることを可及的に防止するための民法の見直しという観点に照らしても、妥当でないとも考えられる。

以上を踏まえると、夫婦の別居時にその一方が戸籍窓口等に申し出ることができる制度を設けることについては、慎重な検討が必要であると考えられる。

(2) より直接的に、夫婦の一方からの届出により、戸籍等に別居の事実を登録・公証するといった制度を創設する可能性については、現行法上は別居によって何ら身分関係上の地位の変動が生ずるものではないところ、別居に身分関係上の法的

効果を与える新たな制度を創設する余地があるとしても、別居は広く離婚等の場面でも問題となり得るものであって、嫡出推定制度はその一部に過ぎないことを踏まえると、より広範な制度との関連を踏まえ検討されるべきであり、嫡出推定制度を中心とした民法の見直しを使命とする本部会においてそのような新たな制度の在り方を検討することは困難であると考えられる。

以上について、どのように考えるか。

(注) 不受理申出制度は、平成19年の戸籍法改正により法制化されたものであり、認知、縁組、離縁、婚姻又は離婚の届出について、本人の意思に基づかない届出がされることを防止し、戸籍の記載の真実性を担保するための制度である。その概要は以下のとおりである。

何人も、その本籍地の市町村長に対して、あらかじめ、市町村の窓口に出頭して、自己を特定するために必要な事項を明らかにする方法により、自己を届出事件（上記認知、縁組、離縁、婚姻又は離婚の届出をいう。）の本人とする届出がされた場合であっても、自ら窓口に出頭して届け出たことを確認することができない限り、届出を受理しないよう申出をすることができる（戸籍法第27条の2第3項）。また、市町村長は、当該申出がされた認知等の届出があった場合には、窓口に出頭した者に対して、その者を特定するために必要な事項を確認するために資料の提供又は説明を求める方法により、当該申出をした者が窓口に出頭して届け出たことを確認し、その確認をすることができなかつたときは、当該届出を受理することができない（同条第4項）。この場合、市町村長は、遅滞なく、当該不受理申出をした者に対して、その戸籍の附票又は住民票上の現住所に、転送不要の郵便物又は信書郵便として送付する方法により、当該届出があったことを通知しなければならない（同条第5項）。

なお、本籍地でない市町村に届出があったときは、当該市町村の市町村長は、本籍地の市町村長に対して、当該申出について不受理申出の有無を確認することとなる。また、利害関係人は、特別の事由がある場合に限り、申出書類の閲覧や記載事項についての証明書を請求することができる（戸籍法第48条第2項）。

3 嫡出推定の例外を認めるべき事情が明らかにあると認められるものとして、法務省令で定める場合に関する更なる検討（本文注2）

(1) 検討の方向性

上記2の検討を踏まえると、一定の場合に嫡出でない子としての届出を認める制度を検討するに当たっては、現行の諸制度の根幹を踏まえつつ、戸籍窓口における形式的審査との整合性をも考慮した上、嫡出推定の例外事由に該当することを証する添付書面としてどのような書面を想定することができるかという観点から検討することが相当であると考えられる。

そして、子について、本来、夫の子であるとの推定が及んでいるにもかかわらず、裁判手続によることなく、届出によって推定の例外を認めるものであることからすると、届出の添付資料は、形式的審査を前提としつつも、嫡出推定の例外

事由に該当することが相当程度の蓋然性をもって認定できるものであることを要するといふべきであるとも考えられる。

そこで、以下では、嫡出推定の例外事由に該当することを証する書面として考えられるものを具体的に検討する。

5 (2) 嫡出推定の例外事由に該当することを証する書面

ア まず、客観的に夫婦がそれぞれ異なる住居において生活する事実及びその期間に関する資料としては、住民票や戸籍の附票によることが考えられる。

これに対して、前回会議では、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によって認定することも許容すべきであるとの指摘があった。しかし、これらの資料によって居住実態を認定することは、事実の存否を実質的に審査することにほかならず、適正・円滑な戸籍事務のために形式的審査を旨とする戸籍窓口において、これらを審査資料とすることは相当でないとも考えられる。

10 イ 次に、同一の住居における共同生活が回復する見込みがあることが明らかでないことに関する資料については、上記のとおり、そのような事情があることが相当程度の蓋然性をもって認定できるものであることを要することからすると、DV保護命令決定書については、裁判所の判断により、夫婦の一方の家庭内暴力により同一の住居における共同生活が困難となっていることが定型的に示されているといふことができるから、これが提出された場合には、嫡出推定の例外を認めるものとすることが考えられる。

20 これに対して、DV支援措置情報の提供では、家庭内暴力の存在について十分な証拠をもって認定がされているものではなく、また、離婚調停の申立ての係属証明も、この資料のみをもって嫡出推定の例外事情があることを相当程度の蓋然性をもって認定することができるとまでは言えないとも考えられる。

25 また、第18回会議では、上記各資料のほかに、家庭内暴力の被害者に関する、配偶者暴力相談支援センターや警察における相談又は援助若しくは保護の状況についての書面（通常、裁判所の請求に対して、センターや警察が回答する形で提出されるものである。）や、公証人の作成する宣誓認証を受けた書面（宣誓供述書（公証人法第58条ノ2））において別居の日付及び同一の住居
30 における共同生活が回復する見込みがあることが明らかでない旨を記載したものを利用する可能性についての言及があった。この点は、いかなる範囲で届出による例外を認めるべきか、換言すれば、「別居」の証明についてどの程度確実なものを要求するかによるものと考えられるが、宣誓供述書については、確かに、その作成に当たって、その記載が虚偽であることを知って宣誓をした者
35 に対する過料の制裁が設けられている（公証人法第60条ノ5）ことから、その内容の真実性について一定の担保がされているとも考えられるものの、宣誓供述書の記載は、嘱託人が公証人の面前で供述した事実が記載されるにとどまり、当該供述により現れた事実について「同一の住居における共同生活が回復する見込みがあることが明らか」であると評価することができるかなどといっ

た法的な評価を伴うものではない。そして、戸籍窓口においても、そのような事実の記載から法的な評価を加えることは困難であることからすると、宣誓供述書を添付資料とすることについても、なお慎重な検討が必要であるとも考えられる。

5 なお、上記第3の1①では、別居後に懐胎した子について嫡出推定の例外を認めるためには、出生時にも夫婦が別居又は婚姻の解消をしていることを要件としているが、出生時点における住民票又は戸籍の附票において、異なる住居に居住している場合には、特段の事情のない限り、懐胎時における別居事情が出生時にも継続していたものと認めることが相当であるとも考えられる。また、
10 夫婦が出生時に婚姻を解消し又は取り消している場合については、戸籍の提出を求めることとすれば足りるものと考えられる。

ウ また、子の懐胎時に夫婦の一方が〔刑事施設〕〔法令により外部との接触が厳格に制限されている施設〕に収容されていることその他夫婦が同居することができない原因により、子が夫によって懐胎されたものでないことが明らかな事情
15 情としては、例示的に列举されている場合のほか、懐胎時に夫婦が異なる国に居住していた場合が想定されるところ、懐胎時に、夫婦の一方が刑事施設に収容されていたことを証する書面としては、届出者が入手することができる場合には留置施設、刑事施設等の発行する在所証明書によることが、また、懐胎時に夫婦が異なる国に居住していたことは、懐胎した時期に係る父母の渡航履歴
20 を証する書面によることが考えられる。

4 嫡出推定の回復の訴えに関する規律（本文②の規律）

(1) 概要

25 届出により嫡出推定の例外が認められた場合であっても、実際は別居等の実体法上の要件を充足していないときや、子が夫の生物学上の子であるときは、夫からこれらの事実を主張して、訴えにより父子関係を復活させる手段を認めることが相当であることから、①の規律を設ける場合には、引き続きそのような訴えに関する規律を設けることを提案している。

(2) 訴えの実体要件

30 本文①の規律に基づき、別居後に懐胎した子であって夫の子ではないものとして子の出生届がされた場合において、夫が、これを不服として父子関係の復活を求める場合には、夫が、子が別居後に懐胎されたものでないこと等を証明して、嫡出推定の回復を認める方法（この場合には、回復した推定に対して嫡出否認をする余地は否定されない。）と、夫が、子との間の父子関係自体を証明して、嫡出
35 推定の回復を認める方法とがあり得るが、それぞれについて異なる訴えの類型を設けることは制度を過度に複雑にするものであって妥当でなく、後者の理由（夫と子との間に生物学上の父子関係があること）を要件とする訴えを新設した場合には、前者の理由（子が別居後に懐胎されたものでないこと）により不服を申し立てたいと考える者も、当該訴えでその目的を達することができるから、本部会

資料では、夫は、①の届出がされた場合において、訴えにより、子が自らによって懐胎されたもの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（注）。

- 5 （注）なお、「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ことを踏まえ、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。

10 5 検討すべき論点

(1) 届出の位置付け

15 上記第3では、ブラケットを付した上で、「第774条の規定にかかわらず」と規定することで、別居中に懐胎されたこと等の事情がある場合には、嫡出否認の訴えによらなければならない旨を規定する第774条の例外として、嫡出否認の訴えに限られない訴えにより、嫡出推定を否定することができるとの理解を前提とすることを明らかにしている。もっとも、届出により嫡出推定の例外を認める制度に関して、この考え方を前提とした場合には、第772条により嫡出推定が及ぶ子について、訴えによることなく届出で嫡出推定の反証を認めることとなり得るが、出生の届出にこのような効力を認めることについては、現行の戸籍制度における出生の届出の理解と整合しないとも考えられるほか、裁判手続によることなく戸籍の届出によって嫡出性についての反証を認める点において、民法第774条との均衡に欠けるとも考えられる。

20 翻って、上記第3に関し、別居後に懐胎された子にはそもそも民法第772条が適用されないとの整理によった場合には、その子には当初から嫡出推定が及ばないものとして、届出は、別居後等に懐胎されたこと等を報告するものに過ぎないものと説明することができ、現行制度との均衡ないし整合性も確保することができるとも考えられる。

25 以上について、どのように考えるか。

(2) 夫に対する通知の要否

30 届出がされた場合に、夫に対し、子の出生及び当該子について自らの子でない子として出生届が提出されたとの事実を知る機会を与える観点からは、届出がされた時点で、市町村長が夫に対して届出の事実を通知することが必要であるとも考えられる。このような観点からは、例えば、戸籍の附票に記載されている夫の住所等に宛てて、通知をすることが必要であるとも考えられる。

35 もっとも、これに対しては、届出の添付資料によって嫡出推定の例外事情に該当することが一定の蓋然性をもって認定することができることを前提とすれば、夫に対して出生届が提出された事実を知る機会を与えるべきかは一概に断じることとはできず、必ずしもこのような通知をすることを要しないものと整理することも考えられる。

以上について，どのように考えるか。

第5 成年に達した子の否認権について

成年に達した子の否認権を認めることについて、どのように考えるか。

【甲案】現行法のとおり、成年に達した子の否認権を認めない案

成年に達した子の否認権は認めない。

5 【乙案】成年に達した子の否認権を認める案

民法に、次のような規律を設けるものとする。

① 子は、次の㊦又は㊧のいずれかの事由がある場合に限り、第2の1(2)⑤の規律にかかわらず、21歳に達する日まで、自らが嫡出であることを否認することができる（注1）（注2）。

10 ㊦ 子が父から悪意で5年以上遺棄されているとき

㊧ 父の生死が5年以上明らかでないとき

② ①の否認権は、子の親権を行う母及び子の未成年後見人が代わって行使することができない。

15 （注1）子によって提起された嫡出否認の訴えを認容する確定判決及び子によって申し立てられた嫡出否認の調停についての確定した合意に相当する審判の効力は、子の出生の時に遡って効力を生ずるものとするを想定している。子の扶養に要する費用の負担、相続、親権者としての行為等、民法第772条によって推定される父子関係を前提に行われた各行為の効力に関して、嫡出否認の確定判決及び確定した審判の遡及効を制限することについては、遡及効を認めることにより父又は子が被る不利益の有無及び程度、第三者の利益を保護する必要性等を踏まえ、引き続き検討する。

20 （注2）㊦又は㊧の事情がある場合のほかに、成年に達した子の否認権の行使を認める事由を設けることについては、その必要性や具体的な要件の在り方を踏まえ、引き続き検討する。

25 （補足説明）

1 概要

30 第16回会議では、何らかの理由で当初の否認権行使により嫡出否認がされず、その後も全く父子関係の実態がない場合に、成年に達した子が形骸化した父子関係から脱却できるようにするというのが重要であり、要件をどう設けるかについて議論を尽くす必要があるとの指摘があった。他方で、これまで複数回にわたって検討をしてきたものの、成年に達した子の否認権行使を認める適切な要件設定ができていない状況にある。

35 そこで、本部会資料では、【乙案】について、前夫の否認権の要件について更なる検討を加えることとするとともに、【甲案】について、現時点で、成年に達した子の否認権の創設に当たって、慎重な検討を要すると考えられる事情を整理することとしている。

2 甲案——成年に達した子の否認権を認めるに当たって更に検討を要する課題

これまでの議論の経緯を踏まえると、現時点において、成年に達した子の否認権

を認めることについては、以下のような課題があるため、引き続き慎重な検討が必要であるとも考えられる。

(1) 嫡出推定制度との整合性

DNA型鑑定等の技術が発達した現代社会において、嫡出推定制度は単に生物学上の父子関係が明らかでない場合にこれを推定するだけではなく、子の養育にとって望ましい者を子の父と推定することで子の利益を図ることや、子の身分関係を早期に安定させることで子が安定的に養育されることを確保し、子の利益を確保することが目的とされていると考えられる。

成年に達した子に否認権を認めることとした場合には、子が年少の時に成立した法律上の父子関係について、生物学上の父子関係がないことを理由として否定することが認められることとなるが、このことが父子関係を早期に確定する嫡出推定制度と整合するものであるかについて、更に慎重な検討が必要であるとも考えられる。

(2) 夫等の利益との衡量及び成年に達した子の否認権による波及的影響

成年に達した子の否認権を認める場合には、推定される父と子との間に生物学上の父子関係がないときは、長期間にわたって父が子を我が子として養育し、また、親族その他の関係者も当該父子関係を前提に社会生活を送ってきたという事情があったとしても、子が成年に達した後に嫡出否認により父子関係が否定され得ることとなる。

しかしながら、推定される父にとっては、長年の間、我が子として養育してきたにもかかわらず、子の一方的な意思によって、法律上の父子関係が否定されることとなり、子からの扶養や相続などの財産的な利益の観点からはもちろん、精神的にも大きな苦痛を被るおそれがある。また、成年に達した子の否認権を認める制度は、子との間に生物学上の父子関係がないときは、将来、子の一方的な意思によって嫡出否認がされるおそれがあるため、推定される父が将来にわたり子の養育をする意思を失うという形で作用し、適切な養育を受けられない子が増加するおそれがある。また、制度の存在が、父が生まれた子について逐一生物学上の父子関係の有無を確認し、子が幼少のうちに嫡出否認をする事態を増加させるおそれもある。このようなおそれは、成年に達した子の否認権行使の範囲を限定することで、一定程度軽減することができるが、その要件が不明確である場合には、結局、当事者にとって萎縮的に作用することとなり、総体としての子の利益の保護が図られないおそれがある。

そのため、成年に達した子の否認権を認める場合には、夫等の利益との関係で、子にとって望まない父子関係に拘束されることによる不利益がどの程度であるか、推定相続人の廃除や扶養義務の裁判等によって一定程度緩和されるものではないか、また、生物学上の父と法律上の父子関係を形成できない不利益がどの程度であるか、養子縁組などの制度によって一定程度緩和されるものではないか等について、慎重に検討する必要があるとも考えられる。

(3) 成年に達した子の否認権の適切な要件設定

本部会では、以上のような観点から、無制限に成年に達した子の否認権を認めることは相当ではなく、一定の要件を充たす場合に限り、否認権を認めることが相当であることから、一定の要件を具体化する方向で検討を重ねてきたが、我が国では、これまで法律上の父子関係と生物学上の父子関係との区別が十分に意識されておらず、諸外国におけるような、時間の経過に伴う社会的な親子関係を基礎に法律上の父子関係の形成を認めることに関する議論が十分に発達していない現状では、適切な要件化は困難であるとも考えられる。そうすると、今般の見直しにより嫡出否認の訴えの提訴権者及び提訴期間が拡大されたことを受けた、将来の法律上の親子関係に関する意識の変化を踏まえ、成年に達した子の否認権の当否について検討することが相当であるとも考えられる。

(4) 未成年の子に否認権を認めることとの関係

このほか、部会では未成年の子の否認権を認めることとの関係について指摘がされたが、成年に達した子の否認権は未成年の子の当初の否認権とは性質が異なるものであって、未成年の子の否認権を認めるからといって、成年に達した子の否認権を認めるべきことにはならないとも考えられる。また、権利者本人が行使することを予定しない権利を認めることに関しては、現行法上も、意思能力を有しない未成年の子が訴え等の当事者となる規定は存在し（認知の訴えに関する第787条、裁判上の離縁に関する第814条、特別養子縁組の離縁の審判に関する第817条の10、親権喪失の審判に関する第834条、未成年後見人の選任の審判に関する第840条など）、意思能力を有するに至ったときに行使することが予定されているとしても、明らかに意思能力を有していない期間が存在する以上、権利者本人が行使することを予定しない権利が存在することは現行法上も許容されているということができるとも考えられる（なお、認知の訴えは、父又は母の死亡の日から3年以内に子が自らの判断で、認知の訴えを提起することを保障しているものではない。）。これらの規定において、子が当事者となるのは、子が当該身分関係の当事者であることに加え、その権利を代理行使する者は子の利益のために訴えを提起すべきものとする意義を有するのであって、未成年の子の否認権についても、同様の趣旨で、子を否認権の主体としているものである。

(5) 以上を踏まえ、成年に達した子の否認権を認めることについては、現時点ではこれを認めることができず、法律上の親子関係に関する国民の意識や議論状況を踏まえ、引き続き慎重に検討することが相当であるとも考えられるが、このような整理について、どのように考えるか。

3 乙案——成年に達した子の否認権の要件に関する更なる検討

(1) ①の規律

ア 【乙案】による場合には、その要件を適切に設定することが不可欠であるが、部会資料16で提案していた「父と子との同居の有無及び期間、父による子の監護の事実の有無及び程度その他一切の事情を考慮して一定期間父子関係の実体があったとはいえない場合」に、成年に達した子の否認権を認めるという

要件については、「継続的に養育」の具体的内容や「一定期間」がどの程度であるかについて意見の一致が見られず、判断基準としても不明確であるとの問題が指摘された。

そこで、本部会資料では、推定される父及び子との間に生物学上の父子関係がないことを前提に、本文①の㉗及び㉘のとおり、推定される父の利益を保護する必要性と、子が、嫡出推定による法律上の父との推定を否認する機会を与え、場合によっては認知による新たな父子関係を形成する機会を与える必要性との均衡を図る観点から、成年に達した子の否認権を認められる類型を限定的に列挙することを提案している。

イ 具体的には、㉗については、継続的に養育を受けたことが要件として不明確であると考えられる一方で、父子関係が形骸化している場合に否認を認めることが相当であるとも考えられることからすると、否認権の行使時点で、子が父から悪意で遺棄され、5年以上その状態が継続しているときは、嫡出否認を認めることを提案している。悪意の遺棄については、単に遺棄の事実の認識にとどまらず、積極的にこれを容認する意思でされることが必要と考えられる。また、父及び子については、夫婦と異なり、同居義務を負うものではなく、単に同居していないことをもって、悪意の遺棄があったということはできないと考えられるが、この点については、離縁の訴えに関する悪意の遺棄の要件の解釈（注1）が参考になるものと考えられる。なお、このような理解によっても、子が成年に達するなどして経済的に自立した場合には父は扶養義務を負わない場合も想定されることからすると、扶養を行っていないことが直ちに遺棄を基礎付けるものではないと考えられる。

次に、㉘についても、㉗と同様、父子関係が形骸化している場合に否認を認めることが相当であるとも考えられることからすると、父の生死が5年以上明らかでないときは否認を認めるものとするのが考えられる。

さらに、いかなる場合に成年に達した子の否認権行使を認めるか否かは、専ら夫の利益等に配慮するものであることからすると、上記㉗又は㉘に規定する場合のほかにも否認を認めることが相当である場合があり得るとも考えられる。例えば、夫が子の出生の事実を知らないまま長期間が経過したときは、夫が子の存在を知らない以上、悪意で遺棄したとは言えず、㉗に該当しないものの、父子関係が形骸化しているとも考えられ、夫の利益等を考慮したとしても嫡出否認を認めることが相当であるとも考えられる。また、離縁に関する第814条第1項は、第3号で「その他縁組を継続し難い重大な事由があるとき」を離縁事由としているところ、嫡出否認を認めるべきか否かに関して、父子関係を継続することが相当であるかといった規範的な要件を設けた上で、夫による子の養育の程度や、夫や子の意思を考慮することも考えられる。

ウ また、成年に達した子の否認権の行使期間については、これを、子の否認権の行使期間の特則とすることとし、上記㉗又は㉘の要件があるときは、子が21歳に達するまで行使することができるものとしている（注2）。

これは、㊦又は㊧の事情がある場合に、子にとって新たに認知により父子関係を形成し養育を受けることが有益である事案などを想定すると、子が一定の年齢に達するまで否認権を行使することができないものとするのは、相当でないとも考えられるためである。なお、従前、子が未成年の間は母等による不
5 当な影響の下、否認権を行使するおそれがあるとして、成年に達した時から行使できるとの規律を置くこととしていたが、㊦又は㊧の場合には、母等の影響により、子の利益に反する嫡出否認の訴えが提起されるおそれは低いと考えられることからすると、そのような懸念は当てはまらないとも考えられる。

なお、否認権の行使期間の終期については、上記のとおり、子が自ら判断ができる年齢から十分な期間を与えるとともに、身分関係の早期の安定を図る観点から、成年に達した日から3年後に相当する、子が21歳に達するまでと
10 することとしている。

(2) ㊡の規律

なお、成年に達した子の否認権については、子自身によって行使されることを
15 予定しているから、子が未成年である場合であっても、親権を行う母及び子の未成年後見人がこれを行行使することは相当でない。そこで、㊡の規律を置くことによって、未成年の子の当初の否認権の行使期間の経過後、㊦又は㊧の要件があることによって認められる子の否認権については、親権を行う母及び子の未成年後見人が子に代わって否認権を行使することはできないことを明らかにすること
20 としている。

(3) 以上について、どのように考えるか。

(注1) 離縁事由における遺棄の意義について、かつては、離婚原因における遺棄と同旨に解する見解もあったが、その後、離婚の場合の遺棄は夫婦間の同居義務の違反であるが、養親子は同居義務を負わないので、扶養義務の不履行であるとする見解や、扶養義務の違反に限られ
25 ず、親子の共同生活関係を破棄して顧みないことであるとする見解が主張されている(新版注釈民法(24)503ページ以下〔深谷松男〕)。

(注2) このように整理した場合には、子が未成年の場合でも行使し得ることとなるため、「成年に達した子の否認権」との呼称を用いることは必ずしも適切ではないこととなる。もっとも、
30 これまでの議論の経緯を踏まえ、本部会資料では、引き続き「成年に達した子の否認権」との呼称を用いることとしている。

第6 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関する民法の特例の見直し

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、生殖補助医療の提供等及びこれにより出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する法律第10条の規律に、次のような規律を設けるものとしては、どうか。

1 母の否認権の特則

① 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1）

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。

3 子の出生の直近の婚姻の夫の子と推定される子に関する特則（注2）

③ （嫡出推定の例外規定により子の出生の直近の婚姻の夫が子の父と推定される場合において、前夫は子が嫡出であることを否認することができるとの規律（上記第2の1(4)）を前提に、）子が前夫によって懐胎されたものでない場合であっても、子が第三者の提供精子を用いた生殖補助医療であって前夫が当該生殖補助医療に同意を与えたものにより懐胎されたものであるときは、前夫は子が嫡出であることを否認することができる。

（注1）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、成年に達した子の否認権について、②に相当する規律（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との規律）を設けるものとする。

（注2）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。

（補足説明）

1 概要

部会資料17からの変更箇所を下線を引いて明らかにした上で、引き続き、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関する民法の特例の見直しについて提案するものである。

本部会資料では、第2の1(4)において、前夫の否認権に関し、「子が前夫によって懐胎されたものでないとき（は、嫡出であることを否認することができない。）」と

の規律を置くことを提案していることに伴い、本文③において、同旨の規律を設けることを提案している。また、前回に引き続き、(注1)において、成年に達した子の否認権を認めることとした場合には、成年に達した子の否認権についても、未成年の子に関する本文②の規律に相当する規律を設ける旨を付記している。

5 なお、これらの規律をどの法律に置くかについては法制的観点から引き続き検討することが必要であるが、現行法上、生殖補助医療法第10条が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規律(特に嫡出否認に関する規律)を置いているところ、本文①ないし③の規律も同法において規律することが相当であると考えられることから、その旨を本文の柱書部分に記載すること
10 としている。

2 子の出生の直近の婚姻の夫の子と推定される子に関する特則(本文3③の規律)

部会資料17では、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子について、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を注記して
15 いたところ、この点について、特段の異論はなかったことから、引き続き、再婚後に生まれた子については、特段の規律を設けることなく、子の出生の直近の婚姻の夫と推定することとしている(その旨注2に付記している。)

そして、前夫の否認権については、上記第2の1(4)において、民法上、前夫は子の出生の直近の婚姻の夫の子との推定を否認することができるものとしつつ、「子が前夫によって懐胎されたものでないとき又は前夫が嫡出であることを否認することが子の利益を害する目的によることが明らかなき」は、嫡出であることを否認することができないとの規律を置くことを提案している。このような規律を前提とした場合には、前夫が同意をして行われた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は前夫によって懐胎されたものでないため、前夫は嫡出否認を
20 することができないこととなり得るが、前夫が婚姻当事者としての立場で同意を与えた生殖補助医療によって生まれた子については、前夫が子の父として扱われるべく前夫による嫡出否認を可能とすることが相当であるとも考えられる。そこで、生まれた子が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ものであるときは、それが前夫の同意によってされたものであれば嫡出否認ができるものとする
25 ことが相当であるとも考えられる。そこで、子が第三者の提供精子を用いた生殖補助医療によって懐胎されたものであるときは、第2の1(4)①の規律にかかわらず、前夫が当該生殖補助医療に同意を与えたものであるときは、前夫は子が嫡出であることを否認できるものとしている。

30 なお、この場合でも、上記第2の1(4)の規律を前提とすることから、「前夫が嫡出であることを否認することが子の利益を害する目的によることが明らかなき」は、嫡出否認ができないこととなることを想定している。

35 以上を踏まえ、どのように考えるか。

3 成年に達した子の否認権（注1）

成年に達した子の否認権を認めることとした場合に、成年に達した子が第三者の提供精子を用いた生殖補助医療によって生まれたものであるときに、どのような要件の下で嫡出否認の訴えを認めるべきかについて、第17回会議では、子の自主的
5 判断を尊重する観点から、夫の同意がある場合も含めて否認を認めるべきではないかとの指摘があった。

そこで検討すると、成年に達した子が、父との間に生物学上の父子関係がないことを理由に嫡出否認の訴えを提起することができるとすると、夫婦が第三者の提供精子による生殖補助医療を利用する意義を減退させることになると考えられる。また、父が子が成年に達するまで自らの子として養育してきたにもかかわらず、父の
10 意向にかかわらず、成年に達した子の否認権を認める場合には、父にとって過酷な結果となるおそれがあるとも考えられる。

そのため、本部会資料では、（注1）において、引き続き、成年に達した子の否認権を認めることとした場合には、成年に達した子の否認権について、本文②と同様の規律、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との規律を設けることを付記することとしている。
15

なお、成年に達した子の否認権については、これ以外に特段の規律を設けないことを想定しており、成年に達した子は、上記第5の【乙案】の①の要件を充たす場合には、夫の同意がないこと等を理由に、嫡出否認の訴えをすることができることになることを想定している。
20

以上を踏まえ、どのように考えるか。

第7 事実と反する認知の効力に関する見直し

事実と反する認知の効力に関する規律を次のように見直すことについて、引き続き検討する。

① 子、認知をした者（注1）【、その配偶者、認知をした者の三親等内の血族】、子の母又は子の未成年後見人は、認知の時から【5年】【7年】【10年】を経過していないときは（注2）、認知に対して反対の事実を主張することができる。（注3）（注4）

② 国籍法第3条の適用に当たっては、民法の①の規律は適用しない。（注5）（注1）認知が事実と反することを知ら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2）もっぱら特定の推定相続人を害する目的で事実と反する認知がされた場合に、当該推定相続人は、①の規律にかかわらず、なお認知の無効を主張することができるものとする。ことについては、引き続き検討する。

（注3）①による認知の無効の主張について、訴え又は申立てをもってのみ主張することができるかについては、引き続き検討する。

（注4）①以外の認知の無効事由、例えば、認知意思や認知能力がない場合等について、①の規律を及ぼすかについては、引き続き検討する。

（注5）②の規律を維持することができるか、また、国籍法の適用に限られるかについては、引き続き検討する。

（補足説明）

1 議論の経過等

第17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はないのではないかとの指摘があった。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った。

認知が事実と反する場合について、取消事由として取消権者及び取消期間の制限を設けるとともに国籍の不正取得目的の場合は無効とする方向性（中間試案、部会資料16-3の第7の3）、無効事由として無効主張者及び主張期間の制限を設ける方向性（部会資料17の第6、部会資料18の第7）、さらに、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（部会資料18の第7の3(2)）が検討されている。

これらの検討経過を踏まえ、本部会資料では、現行法の規律を基本的に維持することとしつつ、事実と反する認知は無効であるとの規律を前提に、認知無効の主張権者及び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。

現行法の規律を前提とした場合であっても、認知無効につき、いわゆる形成的無効として取り扱うか（注3）、事実反する場合以外の無効原因の規律をいかなるものとするか（注4）について検討した上、国又は地方公共団体の行政手続において、民法上の規律と異なる規律を設けることの要否ないし可否（注5）をも考慮して、我が国の法体系の全体的な整合性を損なわないような制度設計を実現しなければならないところ、そのためには様々な観点からの十分な検討が必要となる。

2 本文①の規律について

(1) 部会資料17からの変更点

第17回会議における指摘等を踏まえ、認知無効の主張権者について、現行法では子その他の利害関係人としている点を見直し、子、認知をした者又は子の母などと具体的に列挙することとしている。この点については、認知をした者の配偶者、認知をした者の三親等内の血族、子の真実の父であると主張する者にも無効主張を認めるべきか、認知をした者が認知が事実反することを知りながら認知した場合になお認知無効の主張をすることができるかについて、引き続き検討する必要があることを注1に付記している。

また、認知者が、推定相続人の相続権や相続分を害することを目的として認知をした場合に、無効主張の期間制限にかかわらず、当該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点についても、引き続き検討する必要があることから、その旨を注2に付記することとしている。

(2) 認知無効の主張権者に関する規律

ア 主張権者を具体的に列挙する必要性等

民法第786条は、事実反する認知について、子その他の利害関係人に認知無効の主張を認めているところ、「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。しかし、認知された子の身分関係の安定を図るという観点からは、少なくとも、無効の主張権者を具体的に列挙して定めることが望ましく、学説等の議論状況や、部会資料16-3の16ページ以下で紹介した裁判例等を踏まえると、定型的にその身分関係を主張することが許される利害関係を有する者を列挙することも十分可能であると思われる。この点については、列挙する主体について、認知された子の身分関係の安定を図るという上記の観点に照らし、裁判例等で認められた主体をすべて列挙することが相当かという点も考慮して、検討をする必要がある。

イ 子

子は認知により成立した法律上の父子関係の当事者であるところ、現行法上も認知に対して反対の事実を主張することができる者として明示的に規定さ

れていることから、引き続き、子に無効主張を認めることが相当である。なお、子の親権を行う母又は未成年後見人は、子に代わって認知無効の訴えを提起することができるものとするのが考えられる。

ウ 認知をした者

5 認知をした者は法律上の父子関係の当事者であるところ、一般的に認知者が認知に対して反対の事実を主張することができないとすることは、認知者自身に大きな不利益を生じさせ得るほか、生物学上の父子関係の有無を確認しない限り認知することが躊躇されるといった事態を招き得るという点で、認知制度の円滑な利用を阻害することにもつながりかねず、さらに、認知された子の利益の観点に照らしても、自らの子でないことを認識するに至り養育の意思等を失った認知者を子の法律上の父とし続けることは、相当でないとも考えられる。そこで、基本的には、認知をした者も、無効の主張権者とするのが相当であると

15 考えられる。その上で、認知者が、認知をした当時から、子との間に生物学上の父子関係がないことを知っていたという場合において、なお認知無効の主張をすることを認めるべきか否かは、更に検討を要する問題である。

この点について、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で、認知者が無効主張をすることができないとしても他の利害関係人が無効主張をすることができる以上、子の身分関係の安定に資することはないこと等をあげて、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。しかしながら、本判決に対し、子の身分関係の安定を害するとして批判する見解もあるところ、今般の認知に関する規律の見直しにおいては、子の身分関係の安定を図るという観点から、25 認知者について認知無効の主張を制限すること、なお、検討の必要があるといえる。

以上を踏まえ、本部会資料では、本文において、認知者は、その主観を問わず、認知無効の主張をすることができるものとしているが、認知が事実と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も、今後の議論の状況を踏まえ、引き続き検討するものとしており、その旨を注1において付記することとしている。

エ 子の母

35 子の母は、認知をした者とともに子を養育する主体となり得るが、胎児認知の場合を除き、認知者が認知をするに際して母の承諾は必要とされておらず、母が認識している事実と反して認知がされることも制度上想定せざるを得ないことなどを踏まえると、事実と反する認知がされたときは、子の母が認知無効の主張をすることを認めることが相当であると考えられる。

オ 子の真実の父と称する者

子の真実の父と称する者については、これを認めた裁判例（東京控訴院判決

昭和5年6月27日新聞3144号11頁，宮城控訴院判決昭和9年11月15日新聞3770号5頁）がある。子の真実の父と称する者は，自らが子を認知し子の法律上の父となるためには，認知無効の訴えを提起しなければならないことからすると，このような者による認知無効の主張を認める必要があるとも考えられる。

カ 認知者の配偶者

認知者の配偶者については，これを認めた裁判例（大判大11年3月27日民集1巻137頁，最判昭53年4月1日家月30巻10号26頁（ただし，認知者の妻は子の母でもあった事案である。））があり，実質的にも，後記キと異なり，自らの相続権や相続分に影響を受けることはないものの，親族関係はある（親族扶養の対象となる）。このような者による認知無効の主張を認める必要があるとも考えられるところ，今般の認知に関する規律の見直しにおいては，子の身分関係の安定を図るという観点から，法律上に主体として明記するかも含めて検討をする必要がある。

キ 認知者の親族

認知者の親族について，認知者の妹に関し認めた裁判例（大判大15年12月20日民集5巻869頁）がある。上記第4において検討したとおり，現行法上は，相続や扶養義務などの利害関係を有する者にも，身分関係の効力を争うことを認めていることからすると，これらの者についても，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。

(3) 認知無効の主張の期間制限に関する規律

ア 子の身分関係の安定を図る観点からは，認知後，社会的に親子と認められる関係が相当期間継続した場合には，仮に認知が事実と反する場合であっても，当該関係を尊重し，無効主張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。

このような要請に応えるため，具体的にいかなる期間を経過した場合に無効主張を制限すべきかは，①上記(2)の主張権者の制限の規律をいかなるものとするか，②上記第2で検討している嫡出推定に対する否認権の行使期間の制限との整合性をどの程度図ることが可能か，更に，③令和4年4月1日より，成年年齢が20歳から18歳に引き下げられるところ（平成30年法律第59号），認知無効を主張し得る期間の終期が成人となった後となるような場合につき，異なる規律を設ける必要があるか等も考慮して，慎重に検討する必要がある。

イ 仮に，認知無効の主張の期間制限を設けることとした場合，参照すべき民法における期間制限として，次のようなものがある。

【5年】 第126条第1項[取消権の期間の制限]，第166条第1項第1号[債権等の消滅時効]，第832条第1項[財産の管理について生じた親子間の債権の消滅時効]等

【7年】 第30条第1項[失踪の宣告]，第816条第2項[離縁による復氏等]

【10年】 第162条第2項〔所有権の取得時効〕, 第166条第1項第2号
〔債権等の消滅時効〕, 第919条第3項〔相続の承認及び放棄の撤回
及び取消し〕等)等

ウ 以上の点を考慮して, 認知無効の主張を制限する期間についてどのように考
えるか。

(4) 専ら相続人を害する目的で認知がされた場合等

第17回会議において, 認知無効の主張に期間制限を設けることに関して, 相
続等の利害関係を有する者については, 正に相続の開始を契機として認知の事実
を知ることが多いのが実態である旨の指摘があり, 相続の開始までに無効主張の
期間を徒過したとして事実と反する認知の効力を争うことができないとすること
に対しては, 違和感を持つ者も少なくないのではないかとの指摘があった。

そこで検討すると, 子の身分関係の安定を図る観点からは, 上記(3)のとおり,
仮に認知が事実と反する場合であっても, 当該関係を尊重し, 無効主張をすること
ができないものとする要請がある一方で, 認知者が推定相続人に相続させたく
ないといった理由から, 事実と反する認知をするような場合には(特定の推定相
続人の相続権を失わせ, 又はその相続分を減少させるためには, その旨の遺言を
することも考えられるが, 推定相続人の遺留分まで失わせようとする場合などに
は, 遺言ではなく虚偽認知によってその目的を達しようとすることもあり得るも
のと思われる。), 認知から経過した期間の長短にかかわらず, 濫用的認知として,
その効力を否定する必要性は高いと考えられる。

以上のような, 異なる要請の調和を図る観点から, 特定の推定相続人を害する
目的で認知がされたような場合には, 当該認知の無効は, 期間的制限に服すること
なく主張することができるものとするとも考えられる。他方で, 認知無効の
主張期間との関係では, この期間を長期に定めた場合には, 認知後長期間が経過
しなければ, その認知の効力を争うことができなくなるので, このような脱法的
な認知は事実上抑制されるとも考えられる。そこで, この点については, 認知無
効の期間制限に関する検討を踏まえ, 引き続き検討するものとし, その旨を注2
に付記することとしている。

3 更なる検討

(1) 事実と反する認知の主張以外の無効原因の規律

ア 現行法上の無効原因の類型について

現行法上は, 認知が事実と反する場合のほか, いかなる場合に認知が無効と
されるかについては諸説あるが, ㊶認知者が認知能力を欠く場合, ㊷認知者が
認知意思なく認知をした場合(最判昭和52年2月14日家月29巻9号78
頁は, 届出意思のない認知は, 血縁があっても無効とする。), ㊸届出がないに
もかかわらず, 過誤により戸籍上認知の記載がされた場合(青木義人=大森政
輔「全訂戸籍法」294頁), ㊹死亡した子に直系卑属がいないにもかかわら
ず, 認知の届出が受理された場合(昭和30年5月11日付民事甲第908号

民事局長回答), ㊸他人の子(嫡出推定が及ぶ子や既に認知されている子)の認知の届出が誤って受理された場合(昭和29年9月25日付民事甲第1935号民事局長回答, 昭和33年10月29日付民事二発第509号民事局第二課長回答。取消し説もある。), ㊹遺言認知において遺言が方式違反となった場合(昭和56年4月6日付民事二発第2347号民事局第二課長回答)等も無効となるとされている。

イ 認知が事実反する場合以外の規律の存り方について

現行法上の規律を前提に, 認知が事実反する場合の無効主張者及び主張期間を限定する場合には, 他の無効事由についても同様の規律を及ぼすべきかが問題となる。

事実反する認知以外の無効について, 人事訴訟法上の認知無効の訴え, 親子関係不存在の訴え等によって主張することができるものの, いわゆる当然無効であると理解されている。認知について, 事実主義と意思主義の対立を背景に, 生物学上の父子関係があるという事実の承認ないし観念の通知であるとの理解と父たるべき者がその自由意思で子を自らの子として承認する意思表示であるとの理解とがあるが, 身分行為として, 認知意思や認知能力, 方式違反等の取り扱いについて, 婚姻無効, 縁組無効等の他の身分行為の無効の効力と異なる規律を設けるべき理由は見受けられないと考えられる。他方で, 認知された子の身分関係の安定という要請は, 無効原因を問わずに妥当するものともいえ, 認知無効全体について, いかなる規律を及ぼすべきかについて, 引き続き検討するものとし, その旨を注4に付記することとしている。

(2) 国籍取得等における認知無効の効力の規律について

ア 本文①の規律の帰結

本文①により, 民法上, 事実反する認知は無効であることを主張することができなくなり, 民法上は, 認知の効力が確定することとなる。

現行の民法786条の解釈については, 上記のとおりであるが, 国又は地方公共団体が, 「利害関係人」に当たるとの解釈はとられていない。この点は, 同条について, いわゆる形成無効説に立つ見解でも同様である。その上で, 現在の国籍事務については, 第17回会議の審議のとおりであり, 国籍事務の関係では, 裁判等による認知無効の確定を経ることなく, 国籍取得審査の中で事実反する認知であることが明らかになれば, 認知無効を前提とした手続が行われ, 戸籍上の認知事項は, 法務局長の許可を得て市町村長が消除する取扱いとなっている。なお, 戸籍事務においては, 認知が無効であるときは, 戸籍法116条により, 原則として, 戸籍訂正にあたって認知無効の確定判決等が要請されているところ, 事実反する認知について, 例えば, 電磁的公正証書原本不実記録罪等による有罪判決が確定した場合, 検察庁から市町村長に虚偽認知に係る戸籍の記載について通知がされ, その場合は, 認知無効の確定判決によることなく戸籍訂正をする取扱いとなっている。

本文①の規律においても, 現行の民法786条の解釈と同様, 国又は地方公

共同体が【列挙された主張権者】、【利害関係人】には当たらないと解されるものの、そのことを理由としては、国又は地方公共団体の事務に何らかの制約が課されることにはならないものと考えられる。

そして、国籍法第3条との関係について、②の規律により、上記主張期間内
5 だけではなく、上記期間を経過したときにおいても、国籍事務上は、国籍取得
届出の過程で認知が事実と反することが明らかとなった場合には、国籍取得と
の関係では認知は無効とされ国籍取得の要件を充たさないこととなる。

イ 本文①、②の規律の具体的な手続経過

具体的な手続経過としては、(i) 事実と反する認知がされ、その後認知無効
10 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、認知が事実と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、法務局長の許可を受けた市町村長は、戸籍法第24
15 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) 事実と反する認知がされ、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、認知が事実と反することが明らかとなった場合には、②
20 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。他方で、私法上は認
知の無効主張が制限されていることから、市町村長は認知が無効であることを
前提とする取扱いができず、認知者の戸籍の身分事項欄の認知の記載を訂正す
ることはできない。さらに、(iii) 事実と反する認知がされ、一定期間が経過し
25 した後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、国籍取得は遡って無効であったこと
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
（もっとも、私法上は認知無効を主張することはできないことから、認知者の
戸籍の身分事項欄の認知の記載は消除されない。）。

30 なお、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、認知の届出の時点で、当該認知が事実と反し無効
である以上、それに基づき戸籍に認知の記載をさせることは電磁的公正証書原
35 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 本文規律における子の身分関係への影響

本文規律の方向性に対しては、第18回会議において、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おそれを指摘されているところ、前記の
とおり、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について、②の規律を設けることによって、認知された子の身分関係の不安定のおそれと国籍法第3条の趣旨に照らして認められない国籍の取得を防止するという要請をいかに調和するかが問題となる。

5 子の身分関係について、国籍取得との関係では、上記（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、日本人の子が国籍離脱した場合等と類似した状況として、私法上の認知に関わる権利義務関係は効力が維持された上で、国籍は当初から取得していなかったものと扱われることとなる。かかる取扱い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、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 本文②の場合に考慮を要する事項

15 本文②の方向性の場合、外国籍の母から生まれた非嫡出子と日本人の母から生まれた非嫡出子について、認知無効の取り扱いについて不合理な区別を生じさせるものではないか、国籍法第3条の「認知」の準拠法が日本の民法以外の法となり、外国の方式により認知が行われた場合（法の適用に関する通則法第29条2項、第34条等参照）等の規律をいかなるものとするかなども考慮を要するものである。

オ 国籍事務以外の手続での規律

25 上記アのとおり、現行法及び本文①において、国及び地方公共団体は、民法上の【利害関係人】には該当せず、国籍取得届（国籍法第3条）や認知届（民法781条）の受理にあたって、有効な届出がない結果として、認知の無効を前提とした事務を行うものと解されるところ、国籍事務以外の行政事務（例えば、在留資格審査など）において、国籍事務と同様の規律とする場合に、いかなる考慮が必要かさらに検討する必要があるため、その旨を注5に付記することとしている。

30 カ 以上を踏まえ、本文①、②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。