

法制審議会
民法（親子法制）部会
第19回会議 議事録

第1 日 時 令和3年9月7日（火）自 午後1時29分
至 午後5時34分

第2 場 所 法務省地下1階 大会議室

第3 議 題 個別論点の検討（3）

第4 議 事 （次のとおり）

議 事

○大村部会長 それでは、予定した時刻になりましたので、法制審議会民法（親子法制）部会の第19回会議を開会いたします。

本日は御多忙の中、御出席を頂きまして誠にありがとうございます。

まず最初に、委員等の異動につきまして御紹介をさせていただきたいと思ひます。

7月に小出前法務省民事局長に替わりまして、新たに金子民事局長が本部会の委員に就任されましたので、自己紹介をお願いしたいと思ひます。

それから、8月から事務当局にも新たに古谷関係官が加わっておりますので、続けて自己紹介をお願いしたいと思ひます。

（委員等の自己紹介につき省略）

○大村部会長 ありがとうございます。どうぞよろしくお願ひいたします。

それでは、続きまして、佐藤幹事から、本日を含めたこの部会の開催方法等についての御説明を頂きます。

○佐藤幹事 今回も、前回までと同様にウェブ参加併用で開催しておりますので、御注意いただきたい点を2点申し上げます。

まず、御発言中に音声に大きな乱れが生じたような場合につきましては、こちらの方で指摘をさせていただきますので、適宜それに対応していただければと存じます。また、発言をされる委員、幹事の皆様におかれましては、発言の冒頭に必ずお名前を名乗っていただいてから御発言いただきますよう、よろしくお願ひいたします。

本日の休憩時間の入れ方につきましては、1時間半程度をめどに、10分程度、合計2回程度の休憩を入れさせていただきたいと考えております。

○大村部会長 ありがとうございます。

それから、本日は委員の御欠席はないと伺っております。

次に、本日の審議に入ります前に、配布資料の確認をさせていただきたいと思ひます。

これも、事務当局の方からお願ひをいたします。

○小川関係官 本日の配布資料といたしましては、議事次第と配布資料目録、それから部会資料の19の3点となります。

○大村部会長 ありがとうございます。

それでは、本日の審議に入りたいと思ひますが、本日の審議の予定を申し上げたいと思ひます。

本日は、前回に引き続きまして個別論点の検討といたしまして、更に詰めた検討が必要な論点につきまして、御議論を頂きたいと考えております。

具体的には、嫡出の推定の見直し、資料の第1、これは1ページですが、それから嫡出否認制度の見直し、これが第2で、10ページ以下ということになります。これらの部分について順次御議論を頂きまして、その後、別居等の後に懐胎された子に関する規律、これが第3ということになりまして、資料では20ページ以下ということになります。この部分と、前回少なくとも制度の実現可能性について検討する必要があるという御意見を頂いたところの、届出により嫡出推定の例外を認める制度、これは資料の第4で27ページ以下になりますが、この二つの項目について、事務当局の方で論点を整理していただいて

おりますので、制度の実現可能性等につきまして、更に御議論を頂きたいと考えております。

ここまでは資料の順番どおりですが、その後少し順番を入れ替えさせていただきまして、第7、41ページ以下を先にやらせていただきたいと思っております。事実と反する認知の効力に関する見直しという部分。その後、第5、33ページ以下の成年に達した子の否認権について、そして、第6、38ページ以下の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という順番で進めさせていただければと思っております。

繰り返しになりますが、第4までやった後に、第7を繰り上げてやらせていただいて、その後、第5、第6と進めさせていただきたいと思っております。

今回もやや論点の数が多くなりますので、順次御議論いただいて、時間が足りないという場合には、次回以降に積み残すということも想定しております。

ということで、早速でございますけれども、最初の問題、嫡出の推定の見直し、資料で申しますと1ページの第1について、御議論を頂きたいと思っておりますが、まず、この部分につきまして、事務当局の方から説明をお願いいたします。

○濱岡関係官 部会資料19の第1について御説明いたします。

お手元の部会資料19の1ページ目を御覧ください。

第1は嫡出の推定の見直しについてです。

1は、民法第772条の規律の見直しについて検討しております。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、前回の部会資料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、本部会資料では前回会議での指摘を踏まえた修正をした上で、新たな提案を行っております。

部会資料18-2から変わった主な点としましては、本文②において、懐胎時期の推定の始期について、現行法の婚姻の成立の日から200日とする規律を維持することとしているという点があります。

次に、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される旨の規律を置くこととしております。また、本文⑥として、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の規律により子の父を推定することとしていることを記載しております。

次に、5ページの2です。死別による婚姻解消の場合に、再婚後の夫の子とするかどうかについて記載しております。従前の本文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こととしており、そ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再婚後の夫の子と推定する甲案と、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乙案の、二つの案を提案しておりました。本部会資料では、本部会やパブリック・コメントで甲案を支持する意見が多かったことや、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などを踏まえ、死別による婚姻解

消の場合においても、再婚後の夫とする甲案を採用することとしております。

また、前回会議では、甲案を採用した場合には、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ることなどから、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りましたので、その点について検討を加えております。

次は7ページ、本文2の胎児認知の効力のところの部分です。

前回会議におきましては、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ことや、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、認知でない子に対してされるものであるという現行法的前提までは見直すことを検討していないことを踏まえまして、本部会資料では、婚姻前に胎児認知がされている場合においても、母が出生前に婚姻したときは、嫡出推定を及ぼすことが相当であるとも考えられるとしております。

そのほか、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ございます。胎児認知は、戸籍法の定めるところにより届出によってすることであるところ、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違いがあることなどから、本部会資料では、胎児認知をした者には否認権を認めないということが考えられるとしております。第1の説明は以上になります。

○大村部会長 ありがとうございます。第1は、1ページの772条の規律を改めるというものと、それから、7ページの胎児認知の効力というもの、この二つに分かれますけれども、前者、772条の規律を改めるという部分については、前回の資料を前提に規定を整理していただいている。それから、5ページでございますが、死別の場合の取扱いについては、甲案、乙案ありましたが、甲案の方でいきたいということだったかと思えます。胎児認知につきましては、やはり規定を整理していただいておりますけれども、8ページに出てまいります、胎児認知をした者の否認権については、これを認めない方向で整理されていると理解をいたしました。

皆様の方から質問、御意見があれば頂きたいと思えます。いかがでしょうか。

○窪田委員 多分、第1の①から⑥まで示していただいたルールを変更するということに関しての意見ではないのですが、ちょっと気になった点として一つ申し上げさせていただければと思えます。

5ページに書かれている死別による婚姻解消の場合にどうするのかということで、ここでも、タイトルとしては、「死別による婚姻解消の場合に再婚後の夫の子とするか」というタイトルになっております。以前の甲案、乙案というのも、再婚後の夫と一律にするのか、そうではないのかという扱いだったと思うのですが、今回の第1の1の④だと、子の出生の直近の婚姻における夫の子と推定するというので、既に婚姻が解消されている場合でも、直近の者の子と推定するという趣旨なんではないかと思えます。幾つも重なった場合に解決するという実践的な理由から出てきたということで、十分理解はできるのですが、そのことを踏まえた場合に、5ページの説明として書かれていることが、本当にこれ

でいいのかというのが、私自身は気になっております。

ちょっと細かいことになるのですが、5ページの16行目、パブリック・コメントの結果として、パブリック・コメントの中で、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方が高いというのが理由に挙げられています。パブリック・コメントの中でそういうものがあつたということは別に構わないんですが、これを一般論として言えるかということ、私自身は大変に違和感を持っております。離婚した後、再婚して子を出産したという場合と、死亡して、しかし、比較的早いときに再婚した、もう短時間で再婚したのだったら、元の婚姻は破綻していたよねって、それほど簡単に言えるのかなという、どういう物語を描くかにもよりますけれども、ちょっとこれは、説明としてこれを挙げられると乱暴な感じがいたします。

その上で、再婚後の夫の子とするという説明の中には、いろいろな説明があり得ると思うのですが、むしろ、再婚して新しい家庭環境の中で子どもが育っていくということを重視するのであれば、その方が子の福祉に合致するのではないかというような説明はあり得るのだらうと思います。ただ、その場合には、再婚後の夫の子と推定するのはいいのですが、子の出生の直近の婚姻でもう破綻しちゃっている夫の子と推定するというのは、一体どういう理由によるのかなということが、ちょっと分からないということがありました。

更に言うと、最初の婚姻中に懐胎して、しかし、夫が死亡してしまって、すぐ再婚して、しかし、その後やはり離婚しちゃったというケースだったら、妊娠しているのは知らなかったよということで離婚してしまったというようなケースを考えるのであれば、正しく蓋然性とかというのがないパターンになりますので、いずれにしても、蓋然性で説明するのは、もちろんこれは最終的には答申の内容というのはゴシック部分に限定はされるのですが、一体どういう理由付けでやったのかというのは、やはりかなり大事な部分だと思いますので、もう少し何か検討する必要があるのかなと思いました。

長くなって申し訳ありません。

○大村部会長 ありがとうございます。提案されているルールそのものについてというよりも、説明の仕方について、5ページの記載では不十分ではないか、あるいは、誤解を招くのではないかという御指摘を頂いたと受け止めました。

親子関係どうやって説明するのかということについて、生物学上の子である蓋然性の点と、それから子として育てるという意味を持っているかといった点、あるいは、社会的に親子と見られているかといった点、様々な観点があるかと思いますが、他の観点も含めた形で、より説得的な説明をする必要があるのではないかという御意見として承りました。ありがとうございます。

事務局の方で何かありますか。

○濱岡関係官 御指摘ありがとうございます。

おっしゃるとおり、この部分につきましては、生物学上の蓋然性自体について、死別による婚姻解消の場合や、離婚による婚姻解消の場合など、いろいろなケースが考えられると思っております。また、子の養育環境や、再婚後の夫とした方が子の福祉にかなうという点についても、婚姻を解消した場合にあてはまるかという点について、様々なケースがあつて、なかなか全てのケースについてうまく説明するのは難しい面もあると思います。

もっとも、こういったコンセプトで検討をしているかという点については整理する必要があると考えておりました、御指摘も踏まえまして、今後検討してまいりたいと思います。

○大村部会長 窪田委員、よろしいでしょうか。

○窪田委員 はい。

○大村部会長 ありがとうございます。

そのほかいかがでしょうか。

○中田委員 ありがとうございます。ただいまの窪田委員の御指摘の続きになろうかと思えますけれども、同じ5ページの特別代理人の選任について、一言申し上げたいと思います。

前回、私が申し上げたことについて、非常に詳しく検討していただきまして、まず、お礼を申し上げます。その上で、先ほど窪田委員からの御指摘があったところですが、夫が死亡した後で、女性がすぐに再婚して出産した場合には、後の夫の子である可能性が高いというのは、いつもそう言えるかという、そうでもないだろうと、そうだと思います。さらに、前夫の子である可能性は、少なくとも離婚の場合に比べると、相対的には死別の場合の方が高いのではないかと思います。そうしますと、生物学上は亡くなった夫の子である場合に、その子の利益をどのようにして保護するのかというのが、前回の問題意識だったわけです。

母の否認権は、母が再婚後の夫との関係を考慮して行使しないということが考えられます。それから、成年に達した子自身の否認権を認めるという制度を採るにしても、前夫の相続については、長い年月たった後ですので、十分な保護にはならないと思います。そこで、ここでの問題は、これも窪田委員から御指摘のあったところですが、母の否認権を行使しないということで、再婚家庭の平穏をもたらして子の利益になるんだという面を重視するのか、それとも、母の否認権の不行使が子の利益と相反するという面を考慮するのかと、こういう形で現れてくるんだと思います。

利益相反については、一般的な規律と違う規律とすることの当否の問題でありまして、資料の6ページを拝見しますと、夫の死亡後に生まれた子どもについて、母が否認権を行使する場合には、特別代理人の選任が議論されていないという指摘があります。ただ、母が否認権を行使する場合には、恐らく検察官が被告になるという制度の御提案あったと思うんですけれども、そうすると、検察官が公益の代表者として訴訟追行に当たると考えられます。それに対して、本件のように、母が再婚後の夫に対して否認権を行使しない場合には、そもそも裁判がされないということになりますので、大分状況が違っているのではないかと思います。

再婚家庭の平穏というのが、むしろ実質的に重要ではないかというのが、窪田委員の御指摘で、私もそうだと思いますが、これは、いろいろな場合があるわけです。前夫の子であることを母が知っているかどうかとか、あるいは、再婚後の夫が知っているかどうかとかいうことがあります。それから、離婚の場合には、一定の要件の下で前夫の否認権を認めるのだとすると、死別の場合も一定の要件の下で母の否認権の行使を補完する制度を設けるということも、あり得るのではないかと思います。そうすると、利益相反についての一般的な規律を残しておいて、個別的に保護し得る可能性を残しておいた方がいいのではないかと思います。特別代理人の選任の申立権を、一定の限られた範囲でしようけれども、認めるということは、意味があるのではないかと思います。ありがとうございました。

○大村部会長 ありがとうございます。離婚の場合と死別の場合との対比で、離婚の場合の方が、相対的には前夫の子である可能性というのは高いのではないか。そのときに、前夫の子であるということを母が争わないということもあり得るので、特別代理人による否認権の行使という道を開く必要があるのではないか、こういう御指摘だったかと思います。

今の点につきまして、何か他の委員、幹事から御意見ありましたら伺いたいと思いますが、いかがでしょうか。

中田委員は先ほど、限られた範囲でといった御発言もあったかと思いますが、仮に特別代理人の選任を考えるという場合の具体的なイメージみたいなものも、もしお持ちでしたら御披露いただけると、皆さん議論しやすいかと思いますが、何かございますか。

○中田委員 ありがとうございます。

申立権者について限定しているのが、7ページの（注3）にございますけれども、私もこの御提案のとおり、母の親族の方には申立権を認める必要がなくて、前夫の親族の方に申立権を認めるという、そういう狭い範囲でいいのではないかと思います。

それから、他の制度との整合性との問題になりますが、期間制限もそんな長くなくていいのではないかと考えております。それも、子の地位の安定ということ考えた上でのごとでございます。

それから、（注4）で更に適用除外の細かいことを挙げていらっしゃいますけれども、あんまりここまで細かく書かなくてもいいかなと思います。

○大村部会長 ありがとうございます。申立権者、それから期間についてはかなり限定的に考えて、例外的な救済の道を開いておくという立て付けの制度を作ってはどうかという方向の御意見として承りました。

これにつきまして何かありましたら、更に伺いたいと思いますし、ほかの点について御意見があれば、それも伺いたいと思います。ほかの委員、幹事、いかがでございましょうか。

今の中田委員の御指摘以外でも結構ですので、御意見を頂ければと思いますが、よろしいでしょうか。

あるいは、胎児認知の方につきまして何かありましたら、それも伺いたいと思いますが。

○水野委員 ありがとうございます。

まだ私が、よくのみ込めていないだけなのだろうと思いますが、ご教示ください。前婚が、何となく1人の夫だけが対象となっていて、そして、それから婚姻中の懐胎によって、子どもの父親となりうる夫も、やはり1人だけという前提で議論されているように思いますが、日本の協議離婚制度のもとでは、たくさんの夫が出てき得る、懐胎可能期間の間に何人もの夫が出てき得ることになります。西欧諸外国の場合には、別居期間や判決を必要とする離婚制度の関係でそういうことがないわけですが、日本の場合には、届けるだけで、しかも待婚期間がなくなりますと、それこそ、毎月何人かと結婚することも論理的にはあり得るわけです。

そうしますと、出産時の夫の子ではないのだけれども、自分の子でもないかもしれない男たちが何人か現れてくるわけで、そういう場合に、自分の子だと言って名乗り出てくる父親が複数存在する可能性があり、そのうちには、自分の子だと信じている場合と、自分の子ではないかもしれないと思いながら、少なくとも今父親とされている夫の子ではない

はずだという場合もあり、さらに実際にはどの夫の子でもなかった場合もあり、そういう多様な可能性というのは、この整理だとどういうことになるのでしょうか。

申し訳ありません、そういう複雑な場合について、なかなか頭がついてきていないのですが、訴権者の関係でどのようになりますでしょうか。御教示いただければと思います。

○大村部会長 ありがとうございます。では、事務当局の方で。

○濱岡関係官 この後の議論とも関係してくることだとは思いますが、まず、嫡出推定としては、複数婚姻があった場合は、一番最後の婚姻の夫と推定するという事としております。そして、子の父と推定される夫、子ども、母親、母親はちょっと議論がありますけれども、これらの人が争うことができます。夫とは推定されなかった父親候補は、前夫の否認権の要件次第ですけれども、現在の整理ですと、自らが生物学上の親子関係にある場合に否認することができると考えられます。その意味で、自分が子の生物学上の父でない人は、その要件を満たさないため、嫡出否認をすることはできないという整理になっております。

さらに、前夫が否認する場合は、自分が子の父となるまで、もし候補が複数いれば、それらの人に対して、同時に否認の訴えを提起していく必要があるのではないかという整理になると理解しております。

○水野委員 ありがとうございます。

そうすると、血縁上の父だということを前提にした元夫しか主張できないということになるわけですが、その前提を立証させることにも問題はありそうです。また、その夫が亡くなっていた場合に、その夫の相続人などが提起する可能性は認められるということでしたでしょうか。

○濱岡関係官 御指摘の点は、前夫の相続人やその親族に否認権の承継を認めるかどうかという議論だと思いますが、前回の部会資料では、そこは基本的に認めなくていいのではないかという形で部会資料では書かせていただいておりますので、その前夫自体が亡くなった場合には、その親族は否認権を行使できないというのが、現在の整理だと理解しております。

○水野委員 ありがとうございます。

○大村部会長 よろしいでしょうか。

第1のところでは、水野委員が御指摘のように、最初の婚姻の解消の後に、複数の婚姻が続けて起こるということがあり得るので、子どもの生まれたところから見て直近の夫の子とするという規定を置く。あとは、嫡出否認の方で順次否認をしていくということを考えている、そうした説明であったかと思います。

水野委員がおっしゃるように、複数の人が出てくる場合には難しい問題になってまいりますけれども、このような整理がされているということかかと思えます。

○水野委員 ありがとうございます。

○大村部会長 ほかにいかがでしょうか。

ありがとうございます。それでは、水野委員が触れられた問題のうち、嫡出否認の問題ですとか、あるいは嫡出否認の訴えを起こす夫が死亡した場合にはどうなるかといった問題は、また後で論点として出てまいりますので、そちらでも御意見を頂くということにさせていただきますと思います。

第1につきましては、死別の場合の特別代理人につきまして、これを一定の要件の下で置いた方がよいのではないかと御意見を頂いたということで、先に進ませていただきたいと思います。

それでは、次は第2ということになります。嫡出否認制度に関する規律の見直しということで、部会資料19の第2でございますので、10ページ以下ということになりますが、この部分につきましては、まず事務当局から御説明を頂きたいと思います。

○小川関係官 御説明いたします。部会資料19の10ページ以下を御覧ください。

嫡出否認制度に関する規律の見直しについてです。全体的に具体的な表現ぶりを改めているほかは、これまで御議論いただいた規律を大きく変更しているものではございません。ただ、更に御議論いただきたい論点が幾つかございましたので、その部分については補足説明で取り上げております。

まず、補足説明の2の12ページ以下ですけれども、前夫の否認権の要件についてですが、引き続き、子が前夫によって懐胎されたものであることというのを、否認権行使の要件とすることとしております。ただ、従前、本文に規律しておりました要件を、ただし書に移すという形の修正をしております。基本的には、前夫の地位自体に基づいて否認権が認められ、ただ、子が前夫によって懐胎されたものでないというときは、否認権が認められないという整理が望ましいとも考えられたことから、このように記載しているところです。

次に、3、13ページについてですけれども、母の否認権については、引き続き、採否も含めて検討するという形にさせていただいております。その上で、本部会資料では、母の否認権を認める必要性にはどういったものがあるのかという点について整理をしております。特に、親権を行わない母に否認を認める必要性について、②の部分で、母が親権喪失をした場合、離婚後に親権者として父が指定された場合などを念頭に、どういった必要性があるのかということ整理をしております。

この点について、仮に親権喪失をしていたとしても、嫡出否認をすることで、子に新たに父として適切な者が認知をする機会を開くということが、子どもにとっての利益にかなうか否かという判断を母に求めることは可能であるとも考えられるということ、また、離婚後の親権の所在と法律上の父子関係の存否は異なる問題であるということからしますと、夫が親権者として定められたからといって母が嫡出否認をすることが、親権争いの蒸し返しになるということとはできないとも考えられるのではないかといた辺りを、若干整理させていただいているところです。

次に、4ですけれども、以前より御指摘を頂いておりました、また先ほど水野委員から御指摘いただいた部分に関連しますけれども、母が子の出生までに複数回離婚と婚姻を繰り返していた場合の規律について、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に、その前の父子関係はどうなるのかと、言わば推定の復活の範囲も含めて整理をさせていただいているところです。

次に、5について御説明いたしますが、若干場面が変わりますが、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場合における子や母の否認権の行使期間について、書かせていただいております。

この点については、従前、夫の否認権が当該嫡出否認の裁判の確定を知った時から1年

とされていることから、子又は母の否認権の行使期間も、当該裁判の確定を知った時から1年という期間は確保しつつ、当初から存在する子の出生の時から3年という期間、この期間を経過していないときは、なお否認権を行使することができるということで書かせていただいておりますが、子の出生の直近の婚姻の夫の子との推定に対する否認権と、その否認後に復活したその前の夫の子との推定に対する否認権というのは別物であり、子や母について復活した前の夫の否認権の行使期間よりも長い行使期間を保障する必要性というのは必ずしもなく、むしろ両者の行使期間はできる限り同じとすることが望ましいとも考えられたことから、その期間を、裁判の確定を知った時から1年とのみ規定することを、今回提案させていただいているところです。

次に、16ページの6ですが、これまで御議論いただいていた部分ですけれども、否認権者である夫が、成年被後見人である場合の否認権の行使期間の督促を定める民法の第778条について整理させていただいております。

ここに関する論点としては二つございまして、一つは、新たに否認権者となる子、母、前夫が成年被後見人である場合にも、同様の規定を置くのかという点が問題になります。また、もう1点として、そもそもこの否認権者を拡大し、夫自身の否認権の行使期間も長くするというふうな見直しをした後で、この第778条の規律を維持する必要性がどの程度あるのかという部分についても、皆さんの御意見を頂きたいと思っております。

最後に7ですけれども、18ページです。前回会議で委員より御指摘を頂きました、子の出生の直近の夫の子との推定が否認された場合に、新たに子の父と推定される者に対する通知、従前の提案ですと、裁判記録上、その者の氏名及び住所が知れている場合に限り行うとしておりますが、それでは、通知の有無というのが、訴訟における偶然の事情に左右されることとなってしまって、妥当でないのではないかと御指摘がございました。この点について検討させていただいており、規律の内容としては、やはり知れている範囲でのみ通知をするという規律を維持せざるを得ないのではないかと考えている一方で、その氏名及び住所が明らかになるように、資料の提出を求める規律というのを規則等に設けることによって、偶然の事情によって左右されるということをできる限り防止できるのではないかとさせていただいております。

第2の部分の資料の説明は以上となります。複数論点ございますが、それぞれについて御意見を頂きたく存じます。

○大村部会長 ありがとうございます。12ページの2から始まりまして、18ページの7まで6項目ございますけれども、最初の前夫の否認権の要件につきましては、基本的には、夫によって懐胎されたものという要件は維持するけれども、これをただし書に移してはどうかということだったかと思えます。

それから、母の否認権については、その必要性、その採否について、改めて考え方を整理したので、これについて御意見を頂きたいということだったかと思えます。

ほかには、先ほど話題になりました、再婚を複数繰り返した場合に関連しますが、その場合の規律が14ページの4、そして、その場合の子及び母の否認権の行使期間が15ページの5ですね。さらに、16ページの6は、778条につき、今回初めてということですが、夫が成年被後見人である場合の否認権の行使期間に関わる問題提起が二つあったかと思えます。子又は母が否認権を行使する場合にどうするのかということ、あるいは77

8条自体も不要なのではないかといったことについて、どう考えるかという問題提起がされていたかと思えます。

最後は、18ページ、7の手続法上の問題、通知についての取扱いについて、御説明があったと理解をいたしました。

たくさんありますが、どの点でも結構ですので、お気づきになった点につきまして御意見を頂ければと思います。

○**垣内幹事** 私、前回の部会の会議を欠席させていただいておりましたので、あるいは、前回関連する議論があって、それを承知していないということかもしれないんですけども、本日の資料ですと、11ページのゴシックですと(4)のところ、前夫の否認権の要件に関して、若干の御質問をさせていただければと思います。

本日の資料では、前夫が子の生物学上の父であるのかどうかという、従来その点を要件とすべきかどうかということが検討されてきた点につきまして、ただし書の中で、子が前夫よって懐胎されたものでないとき、従来の生物学上の父子関係という言い方で申しますと、前夫が子の生物学上の父ではないときということになるかと思えますけれども、これは、消極要件として規定するという形の規律が提案されていると伺いました。この変更の趣旨については、先ほども御説明いただいたところなんですけれども、そのことがもたらす帰結について、少し確認をさせていただきたいと考えております。

具体的には、ちょっと私、実際に嫡出否認の認定あるいは心証形成の在り方として、こういうことが現実的なのかどうかというのはよく分からないところがあるんですけども、教室事例ということになってしまうかもしれませんが、例えば、現在嫡出推定を受けている直近の婚姻の夫については、その夫の子ではないと、生物学上父子関係がないという認定ができそうであると。しかしながら、では、原告である前夫の子なのか、それとも前夫以外の、仮に第三者Aとしたときに、Aの子であるのかということについては、いずれとも言い難いということが仮にあったといたします。この場合、子が前夫によって懐胎されたのかどうかということについては、一種の真偽不明と申しますか、懐胎されたとも言えないし、懐胎されたものではないとも言切れないと、どちらかどうもよく分からないというような場合があったといたしますと、この場合、従来のように、積極要件として、前夫が子の生物学上の父であると、生物学上の父子関係があるということが要件とされていた場合には、それが認められないということになりますので、訴え却下なのか、それとも請求棄却なのかという議論もありましたけれども、いずれにしても請求が認容されないという帰結を従来は想定されていたんだろうと思います。

今回の規律ですと、前夫によって懐胎されたものでないときということが消極要件という形になっておりますので、懐胎されたものでないということが積極的に認定されないと棄却にはならないとすると、先ほど申しましたように、現在推定を受けている夫の子ではないという認定ができる以上は棄却理由も認められないので、子の利益を害する目的等は一旦置くとして、この場合、請求認容の判決がされるということが、この規律によって想定されていて、かつ、そのような規律が適切であるという理由で、この規律が提案されているという理解でよろしいのでしょうかという点になります。よろしくお願ひします。

○**小川関係官** ただし書に移したことによって、立証責任により、真偽不明の場合に結論と

して請求が認容されるという結論が生じ得るというところは、恐らく御指摘のとおりだろうと考えております。この点について、御議論を頂きたい部分ではあるところではありますけれども、前夫という地位自体に認めるということからすると、そういった形で被告となった側の方から、その部分の証明が十分できないというふうな場合については、認容されるという形になるということによいのではないかとというところで、一つ考えているところではございます。

ただ、実際問題として、どういった立証になるかという部分は、DNA型鑑定を使う場合等もあると思いますので、その辺り、ちょっといろいろ分からない部分もあるかなというところでは思っているところです。

○大村部会長 ありがとうございます。今のようなお答えですけれども、何かこれに関連しまして御発言があればいただきたいと思いますが、いかがでしょうか。

○大森幹事 今の垣内幹事の疑問点は、私も全く同じことを感じました。家裁での手続で、DNA鑑定を強制することはできないため、前夫が鑑定を拒否してしまうと真偽不明のままになってしまうおそれが現実的にあるのではないかと思います。つまり、現在の夫の子ではないという結果は出つつ、前夫の子であることが分からないままという状況が現実的に出てくるおそれはないだろうかと思うわけです。そういう観点で、ただし書にして大丈夫かという不安、懸念を感じています。

○大村部会長 ありがとうございます。先ほど事務当局の方からお答えありましたけれども、その中には、考え方として、どういう地位に基づいて嫡出否認を認めるのかということと、それから、実際上の問題として垣内幹事が挙げられたようなことが起きるわけですけれども、それがどれくらいの重要性を持つのかという、2点があったと思いますが、大森幹事の御発言は、この後の方に関わる問題ということかと思えますけれども、何かほかにこの点につきまして御発言ございますでしょうか。

○垣内幹事 度々失礼いたします。

先ほどの質問に対して御説明いただきましてありがとうございました。大変難しい問題だなと感じておまして、一方では、部会資料の説明でも前提とされているところかと思われまますけれども、私の理解で言い直しますと、結局、子が前夫によって懐胎されたものでないということが立証されないということは、前夫としては、もし現在の夫の嫡出推定が否認された場合には、嫡出の推定を受けるという地位にあるので、それが否認されるような場合には当たらないということですから、その点に着目して、原告適格というか、訴訟要件ではないとすると、請求認容、あるいは棄却要件としてこれを位置付けるという形になるのだらうと思います。

それはそれで、理屈と申しますか、理論的にはあり得る説明なのかなと思う反面で、これは直前の大森幹事の御発言もそういった共通する問題意識かもしれませんけれども、結局、現在の夫との関係で、子あるいは母といった他の否認権者が特段問題としていないというときに、自分は嫡出推定を受けるかもしれないということで、前夫が否認の訴えを提起するというところで、現在の親子関係に介入をしていくということになるわけですけれども、その際に、自分が生物学上の父であるということであれば、それは許容されるべきものかもしれないけれども、そこが不明であるというときに、なおそうした介入を認めるということが、果たして現状の親子関係を覆すということの重大さから見て、相当なのかど

うかというところについて、ここはいろいろ議論があり得るところなのかなと思われま

す。私自身は手続法の専攻ですので、その点についてなかなか確たる見通しを述べることは難しいのですけれども、委員の先生方の御意見も承って考えたいと感じるところです。

○大村部会長 ありがとうございます。問題、何がどこにあるのかということにつきまして、再度整理をしていただいたと理解をいたしました。

中田委員、先ほど挙手されておられましたでしょうか。

○中田委員 ありがとうございます。

前回は、生物学上の父子関係を要件としていたのを、今回、ただし書にしたと。そして、ただし書にただけではなくて、その趣旨を、子の利益の保護という観点から説明されている、ここが重要だなと思って拝読しました。

12ページの辺りにありますように、子の法律上の父が失われる結果が生じかねないから、それを防ぐんだということです。そうしますと、今回の御提案のただし書は、二つ並んでいるわけですが、どちらも子の利益の保護という観点から説明できる。他方で、否認権というのは、生物学上の地位に基づくのではなくて、前夫という法律上の地位に基づくものだというので、いろいろなことが整合的に説明できるなど拝読して思いました。これによって、生物学上の父子関係というのを要件とすることに伴う、他に及ぼす影響ということの懸念はかなり薄まったなと感じました。

他方で、ただいまの垣内幹事、大森幹事から御指摘のあったというのは、実際上の問題としてどうなのかということだろうと思います。審理の仕方の実際は、私にはよく分かりませんので申し上げることはできませんすけれども、全体のバランスを考えたときに、つまり、生物学上の父子関係というのを要件とすることに伴う問題点ということを考え、他方で、御懸念のようなことが、DNA鑑定の利用によって、実際上は余り生じないのだとすると、そのバランスを考えますと、今回の御提案の方が、元に戻すよりもいいのではないかなと感じております。

私自身は、生物学上のという部分を、本文にしろただし書にせよ入れることについては、なお違和感はありますけれども、ただ、今回のような御提案であれば、説明はつくのかなと思いました。

○大村部会長 ありがとうございます。最初から出ておりますが、一方で、考え方としてどのような考え方がいいのかという観点と、それから、実際上、それで不都合は生じないのかという観点と二つございますが、今の中田委員の御発言は、その前者の観点から見たときに、この規律の方がよいのではないかと、また、実際上の不都合については、運用によって相当程度解消されるのではないかとといった期待ないし見通しが披露されたものと理解をいたしました。

ほかにかがでございましょうか。この点についてでも結構ですし、他の点についてでも結構ですので、御意見を頂ければと思います。

○井上委員 ありがとうございます。

別な観点からということで、3と7について発言をさせていただきます。

まず、3ですが、14ページになるのですけれども、23行目から、「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。」という記載があります。実際に、私は、家族

法制部会の委員としても出席をしているのですけれども、このようなケースは現実にはあり得るわけで、親権を行うかどうかで否認権を認めるかどうかは、慎重に検討する必要があると思っています。

それから、7の部分なのですけれども、18ページの38行目から、「子が前夫の子でもない場合には」とあって、次の行に、「早期安定にもつながることによるものである。」とあります。この「早期安定」のところですが、表現の問題かとは思いますが、この場合、再婚後の夫の子でも前夫の子でもないことが確定をするわけで、「早期安定」というのはちょっと適切ではないのではないかという、感想めいた意見です。

それから、19ページに関して、質問というか確認なのですが、19ページの10行目のところ。「再婚後の夫の子と推定される子に対する」のところから、原告が前夫の住所又は居所を明らかにするために、戸籍謄本とか書類を「添付しなければならないもの」とすることが考えられる」と記載があります。これについて、現実的に本当にそういうことが起こった場合どうなのだろうと想定すると、こういう手続をさせる意図と、それから再婚後の夫が書類を用意することが、物理的に可能なかどうかというのが分からなかったので、確認させていただければと思います。

○大村部会長 ありがとうございます。3点あったかと思いますが、一つ目は母の否認権について、積極的な方向を支持されるということだったかと思いますが。

それから、二つ目、三つ目は18ページ、19ページに関わりますけれども、二つ目は18ページの一番下の部分の表現について、検討を要するのではないかと、そして、三つ目が19ページの10行目以下に出てくる手続について、疑義を示させると共に、事務当局の考え方に質問を出された。こういうことだったかと思いますが、最後の点、御質問ですのでよろしくお願いします。

○小川関係官 最後の点につきまして、こういった規律を置く、規則を置く意図というところなのですけれども、直近の夫の子であるという推定が否認された場合に、前夫が父と推定されるというところは、これまで御議論いただいているとおりです。そうである以上、この人が父親になるということを知らせる必要があるだろうというところで、本文で書かせていただいております。

その際に、結局、裁判記録上、前夫の氏名であったり、あるいは住所、居所だったというものが明らかでない場合に通知ができないということになりますと、結局通知が実現されないという形になりますと、具合が良くないことから、そういった形でできる限り前夫への通知というのを、判決された後ということにはなりますけれども、確保するために、訴えの提起時点での添付資料として、前夫の戸籍を出してもらうことが必要になるんだろうということで、こういった規則を置いた方が適切ではないかと考えているところではございます。

もう1点の、現実問題として戸籍等を取れるのかというお尋ねですけれども、もちろん、人事訴訟規則、最高裁判所規則ですので、この部会で決めるというところではないのですけれども、人事訴訟規則等によって、訴訟上、前夫を特定するために、前夫の戸籍謄本を訴状の添付資料として出さなければならないというような規律が置かれた場合には、戸籍法の第10条の2というところで、第三者の戸籍の謄本の請求の規律がございまして、第10条の2の第1項等の規定によって、戸籍謄本の交付の請求をすることができるのでは

ないかと考えているところではございます。

○井上委員 ありがとうございます。

○大村部会長 ありがとうございます。

そのほか、いかがでございましょうか。

○棚村委員 少し戻るのですけれども、11ページのところの(4)の①ですか、再婚の子と推定されたときの前夫の否認権のところですか。これについては、垣内幹事、それから大森幹事から、生物学上の関係がないこと、要するに、前夫によって懐胎されものでないときというのを、ただし書の要件に落とすという提案について、問題も指摘されたところなのですけれども、私は中田委員とほぼ同じで、ただし書にされた今回の提案の方がいいのかなと思います。元々前夫が否認権を持つ根拠として、もちろん生物学上の関係があるかないかということは非常に重要な問題になってくると思います。

それと、もう一つは、否認権を認めることで、子どもの利益を害しないというようなこともずっと議論になってきて来ました。そこで、結局、今回の改正そのものが、どういうスタンスで立法をするかというときに、一つは婚姻制度を基礎にして、親子関係を決めていきたいと思いますという考え方でというのは一つ、要素としては重要な考え方だと思います。それから、もう一つは、現行制度との連続性みたいなものをどこまで離れることができるか、現行制度と連続性をできるだけ維持すべきかというファクターがあります。それから、三つ目は、家族関係、婚姻関係もそうですけれども、多様化しているということはどう捉えていくかという点も問題になります。四つ目として、最後に、実親子関係の成立をめぐる、子どもの利益、子どもの福祉をどう守って、子どもにとってお父さんなり親を早く与えるか、この四つの要素を総合的に検討していくと、今回、再婚後の前夫の否認権の問題でも、ただし書という形で、これらの重要と思われる考慮要素のバランスを取って規律することが求められていると思います。たとえば、前夫によって懐胎されたものでないという要件を具体的にどう証明するかということでは、DNA鑑定がどう使われるかという問題ももちろん出てきますし、それから、子どもの利益を害するというときには、そこでまた制限を掛けていく必要があるというのも割合と賛同していただけるのではないかと考えます。ただし、子の利益という概念は不明確な概念ですので、具体的にどういう事情があれば子の利益を害することになるかということは、結局は、今後の判例・事例の積み重ねに委ねるほかないのではということにはなると思っています。

私自身は、今回のただし書に持っていった事務局のご提案というのは、今言った四つの要素みたいなものを総合的に考慮してバランスを取ったもので妥当なものではないかとみています。つまり、嫡出推定という制度の趣旨とか、実親子関係の成立の場面で婚姻制度をかなり重く見つつ、具体的な個別の事情や要素、要するに、生物学上の関係も、血縁主義とかというものとも、完全に一致させるわけではないけれども、そのバランスを取った提案としてよろしいのではないかと感じを持ちました。中田委員とほぼ同じなのですけれども、理由付けは、様々な要素を考慮して、この問題を規律していくためには、この提案は妥当なところなのかなというふうな意見を持っています。

○大村部会長 ありがとうございます。11ページの(4)の①の点につきましては、先ほどから賛否両論御意見を頂いているところですが、棚村委員は、基本的にはここで示されている考え方でよいのではないかと御意見だったかと思っております。幾つか考慮

すべき要素を挙げていただきましたけれども、全体のバランス、中田委員の表現で言うと、体系的な波及の可能性といったこととあるかと思えますけれども、そういうことを考えると、これでよいのではないかという御意見だったと理解をいたしました。ありがとうございます。

○窪田委員 今の点に関して発言させていただきたいと思えます。

中田先生、棚村先生から出たので、そのバランスを取るためにということではないのですが、私自身は、先ほど垣内幹事から出た問題の指摘というのはかなり重要ではないかと感じております。というのは、少なくとも、従来この問題で、生物学上の親子関係があるということを、どういう位置付けで扱ってきたかという、基本的には嫡出否認の権利行使要件というところで捉えてきたのではないかと思います。つまり、前夫だったら誰でもかんでも今の親子関係を壊すことができるよというのではなくて、やはり生物学上の親子関係があるということを前提として、初めて壊すことができるのだという、壊すという言い方が適当ではないかもしれませんが、それを否認することができるんだよというようなアプローチだったのではないかと認識しております。

私自身も、ただ、そうは言いつつ、権利行使要件でありながら、この権利行使要件を明らかにすると、実は否認の話の最後までいっちゃっているという部分で、全体として作りがいいのかどうかという問題はあると思えますし、多分そこで申し上げた違和感というのは、中田先生がおっしゃった部分とも共通するのかもしれないのですが、ただ、そうは言いつつ、こういうふうにただし書に書いてしまうと、先ほどやはり前夫だったら介入できるんだという感じがどうしても強くなってしまって、それが一定の場合に限定されるんだということのニュアンスは、やはりあんまり明確には出ていないのかなという気がいたします。

先ほど垣内幹事から出たのは、立証をめぐる問題ということで、ノンリケットになった場合どうするのだという問題でもありましたし、正しくその問題があると思うんですが、それだけではなくて、この部分というのは、最終的に条文にどういうふうに扱うかはともかく、前夫であるという法的地位だけを前提として、現在の婚姻に対して介入することができるわけではないということ、そしてまた、できるだけ1回限りで紛争を解決して、確定的な関係を持っていくというようなイメージがあるのだとすると、何かただし書の方がバランスがよく、私自身も違和感がないというのはそういう意味ですが、もうちょっと検討してもいいのかなと思いましたので、発言させていただきました。

○大村部会長 ありがとうございます。引き続き、(4)の①について御意見を頂きましたけれども、前夫であることに加えて、一定の要件、一定の制限が加わるという要素が、これでは弱くなり過ぎるのではないかという指摘を、新たに頂いたと受け止めました。さらに、もう少し検討する必要があるのではないかという方向付けをしていただいたかと思えます。

○水野委員 ありがとうございます。

先ほどから、きちんとすでにご検討くださっていることを、私が、頭に入っていないように申し訳ありません。ただ、戸籍制度の問題と待婚期間が認められなくなったことの波及効果をいろいろと考えて不安になっております。特に婚姻、離婚の手續が、日本では第三者介入しないで届出だけでできてしまうものですから、西欧法にはない問題が生じます。

例えば、AがDV夫で、妻はともかく離婚したいと思って、恋人のBのもとに逃げ出して、妊娠に気づいた。そして、Aの子にしたいくないので、彼女は虚偽の離婚届を出してBとの婚姻届を出したけれども、B自身は彼女と結婚するつもりがなくて、AB間は離婚になってしまい、最終的にCが引き受けて、Cと結婚をしたとします。そこで、Aが離婚されていることに気が付いて離婚の無効を提起して認められ、Aとの婚姻が復活します。Bとの関係も何だったら問題になり得ます。そしてCとの婚姻はCが同意していたとすると、これでCの子だということはできるわけですが、前婚の離婚無効などが絡んできたときに、どうなるのでしょうか。待婚期間がなくなったことの結果、たくさんの婚姻関係が法的に成立し得ると、複雑怪奇な関係も考えられるような気がします。

そういう場合の全部について、今、頭の体操をしなくてもいいのかもしれませんが、例えば、Aが離婚無効で婚姻を復活させたときに、両方の嫡出推定がかかってしまうことになるのだとすると、例えば、その場合はどうなるのでしょうか。そういう問題についても、少しは考えておく必要があるかと思ひまして、お伺いいたしました。

○大村部会長 ありがとうございます。水野委員が先ほどから御指摘になっているように、離婚後に再婚、離婚が複数回繰り返されることはあるだろうし、今お話しになったような離婚無効といったこともあるだろうと思います。そうした事情は、再婚禁止期間がなくなることによって、より頻繁に見られるようになるので、そのことについての対応策を考える必要があるのではないかということでしたが、基本的なスタンスとしては、だから再婚禁止期間につき再考すべきだということでしょうか、それとも、再婚禁止期間はなくなるという前提の下で、今の点についてもう少し考える必要があるという御指摘なんでしょうか。

○水野委員 再婚禁止期間を戻すべきだという意見では全くございません。再婚禁止期間はなくす前提で、その上で、でも、日本の戸籍法上の非常に簡単な婚姻と離婚というものがもたらす問題の可能性についても、一応考えておかななくてはならないだろうという趣旨でございます。

○大村部会長 ありがとうございます。なかなか難しい問題、いろいろ出てくるかと思ひますけれども、今の段階で何か事務当局の方でお答えになられることがあればと思ひますが。

○小川関係官 もちろん、委員の御指摘のあった再婚禁止期間をなくすことで、特に協議離婚制度の下で諸外国にないような、短期間の間に複数回婚姻をして離婚をしてというふうなパターンが出てき得るところは、御指摘のとおりでして、今回の資料でいいますと、14ページの4で書かせていただいた部分というのは、その一環の部分なんだろうと思ひています。

また、一番最初の離婚が、離婚無効だったりというふうな状況になったときに、どのようになるのかという問題については、直感的には重婚みたいな関係になるのかなとも思ひております。重婚の関係で言いますと、従前の部会資料で書かせていただいている部分で言いますと、女性の再婚禁止期間を撤廃した関係で、父を定めることを目的とする訴えの規律は、重婚との関係では有用性があるのではないかというところで、そこを残すということでは考えているところではございます。

ただ、その場面で、このA、B、Cの場面でどういうふうな形になるのかという具体的な規律については、ちょっと今回の御指摘を受けましたので、改めて検討して整理させて

いただきたいと思っっているところです。

○大村部会長 ありがとうございます。水野委員、よろしいですか。

○水野委員 はい、ありがとうございます。重婚の問題も日本では離婚無効ゆえの重婚という独特な出方をしますし、また、離婚無効や婚姻無効の提訴期間制限がないことも、この問題を考えるに当たっては配慮しなければならないかと思ひます。相当複雑な連立方程式になるかと思ひますが、父を定める訴えの存続まで考えた上で、いろいろな可能性をお考えだと伺って、有り難く存じます。自分で回答を出す能力がなくて、お考えいただければ有り難いという失礼な質問の仕方で申し訳ございません。

この問題は、先ほどの垣内幹事の御疑問とも連携するかと思ひますので、どうぞよろしくお願いいたします。

○大村部会長 ありがとうございます。

そのほか、この第2につきましていかがでございましょうか。

○大石委員 13ページからの母の否認権の説明のところなんですけど、具体的には14ページですけども、その必要性というのを議論するというのが、この段落、4のところまでの段落で、まず、親権を失った母に否認権を認めることの実際の必要性ということで、四つの場面を考えておられて、それを受けて、このうち云々というので、それぞれの場合について、言わば積極論とそうでないものという書き分けが多分されていると思うんですが、上から四つ書いてあるんですが、仮にそれをA、B、C、Dとしますと、このうちというのは、C、Dを受けて述べている。

そこはこういう、適切でないと考えられる一方で、またこういうことも考えられると。言わば、積極、消極、両論を並べるんですが、そして、その次の、また、親権者の変更に当たっては云々とあります。これは、消極論がかえって蒸し返しになると考えられるとあるんですが、その後、法律上の父子関係の存否の問題とかとは違うからというような、それで、これが親権者と指定された場合でもとって、先ほどの最初の場面に戻るわけですよ。そのことと、その下の「また」と書いてあることとの関係がよく分からないんです。およそ法律上の父子関係の存否の問題と親権の所在の問題と区別すべきであるというのは、多分私の理解だと、この嫡出否認問題を考える場合の議論の大前提になっているはずなんで、ここでこれが出てきて、その後理由が、いかにもそれが理由になって、しかも、Aの場面、最初の場面に特定して、子の利益の観点から望ましい場合があるというのは、ちょっと理屈として成り立つのかなという印象を持っています。

むしろ、子の利益の観点が望ましい場合もあるというのは、多分、「また」のその後を受けて、先ほど井上委員も言及されましたけれども、ある場合には、やはり事案によっては十分でないままに父が親権者とされることもある。場合によっては、だから、認めることが子の利益になり得るんだという論旨ではないかと思うんですが、全体として、前の「この点に関しては」という段落の設定の、多分四つの場面が設定されているんですが、このうちと言ひながら、それぞれについて賛否を問う、あるいはその理由を述べるような対応関係になっていないのではないかという印象を持ちました。ちょっとそこを整理していただけると、説明していただくと有り難いと思ひます。

○大村部会長 ありがとうございます。母の親権を認める理由について整理をしていただいておりますけれども、このところに問題があるのではないかという御指摘だったかと思

います。

事務当局の方で精査していただく必要あるかと思えますけれども、今、御指摘について何かあれば。

○小川関係官 すみません、ちょっと記載ぶりが読みづらくなっているところではあるかとは思っています。

上に挙げておりますように、離婚時の親権者変更と、離婚後に更に親権者を変更する場合、あるいは親権の喪失、停止の審判の場合ということで、4通り挙げさせていただいておまして、そのうちの、後ろの親権喪失、親権停止については、14行目から18行目までの間で説明としては尽きていると。その後、親権者の変更ということで、最初に申し上げた二つの変更の場面というところ、まとめてちょっと書いてしまっているという部分ではあります。

必要性に関する議論の整理というところで書かせていただいておりますので、どちらの結論というところでも余りない部分ではあるので、ちょっと両論、メリットだったりデメリットだったり、併記させていただいている形にはなっているんですけども、親権者変更の部分の記載が分かりにくくなっております。

ただ、部会で御指摘があったところで、結局こういった形、離婚時で十分に協議できないまま親権者が父と定められた場合というのは、親権者でない母の方から否認を認めるということをしたとしても、親権争いの蒸し返しとは実質的にはそこが前段階で争われていないという、実質的に争われていませんので、蒸し返しとは評価できないだろうというふうな趣旨で書かせていただいたものになります。

すみません、ちょっと今後整理する場合には、もう少し分かりやすいように整理させていただきます。

○大村部会長 ありがとうございます。今の御質問とお答えを伺っていて感じるのは、賛否両論に色付けしない形で整理をするというスタンスに立ちつつ、母の否認権を認める必要性についてどう考えるかという問いがなされていて、必要性を認めるためにはそれを認める論拠を出さなければいけないので、そここのところに若干そごが生じており読みにくくなっているということだったのかと思えますので、そこを少し分けて整理をしていただくとよいかと思いました。ありがとうございます。

石綿さん、それから山根さんの順番でお願いいたします。

○石綿幹事 3点コメントをさせていただければと思います。

まず、3、母の否認権のところですが、私も、親権を有しない母に否認権を認めるという方向性はよいと思います。

1点気になるのは、親権喪失又は停止をしている母が否認権を行使した場合、その後の子の監護は、誰がどのように行っていくのかという問題が顕在化するのではないかと思いますので、ここの部会の直接の検討事項ではないかもしれませんが、父子関係が否定されて父に親権がなくなった結果、そのような状態の子は誰が監護するのか、未成年後見人が確実に選任されるのかといったようなことは、制度を運用していく際に検討が必要なことなのではないかと思います。

2点目ですが、6の778条の見直しについてですが、私自身、まだはっきりと意見が定まっているわけではないのですが、どちらかというところ、778条を削除してもよいので

はないか、別の言い方をすると、父にのみこのような手厚い権利行使を認める必要性というのではないのではないかと考えています。理由は、17ページで部会資料に書かれてあるものと一致しますが、様々な人に否認権行使が認められるようになった状況下で、父にのみこのような手厚い保護をする必要は、必ずしもないのではないかとというのが、今の段階の意見です。

3点目は、7の関係ですが、先ほど水野委員がおっしゃった、再婚禁止期間がなくなることによって、推定される父親となる可能性がある人というのは、従前より可能性として格段に増えるのではないかと思います。裁判所による通知だけでなく、仮に嫡出否認が行われて、新たに父になった者の戸籍に反映されたことが、確実に父に知らされるなど、戸籍実務上の手続上の対応というのも検討ができればよいのではないかなと思います。

○大村部会長 ありがとうございます。3点御指摘を頂きましたが、順番を変えてまとめさせていただきますと、778条の問題については、父のみに厚い手当てをする必要はないので、削除の方向で考えてはどうかということでした。それから、残る2点は、言わば問題点の後始末に関わる点だったかと思いますが、母の否認権を認めることについては、それは結構だということでしたけれども、親権を持つ父の父としての地位が否定された後、子どもはどうするのかという問題が残るだろうという御指摘と、それから、7の通知の問題については、戸籍上の取扱いについても考えておく必要があるのではないかと御指摘を頂いたかと思えます。ありがとうございます。

○山根委員 失礼いたしました。

母の否認権を認めるかのところですが、母自身は重大な利害関係者でありますし、母に権利を持たせてもよいと考えています。夫の協力が得られずに出生届を出せないということの解決にも役立つのではないかと思います。この説明の仕方への意見も出まして、書きぶりが、説明の部分が変わるかもしれませんが、ここにありますように、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いうことでありまして、パブリック・コメントでも賛成する意見が多いということでありまして、是非ここは前向きに認める方向で考えていただければと思っています。

○大村部会長 ありがとうございます。母の否認権については、積極的な方向で考えたいという御意見を頂戴いたしました。

そのほかいかがでしょうか。

垣内幹事、窪田委員の順番でお願いいたします。まず、垣内幹事。

○垣内幹事 ありがとうございます。

度々恐縮ですが、前夫の否認権につきまして、先ほどとは少し違うところについて御質問をさせていただければと考えております。

今回、先ほど議論の対象になったただし書の要件があるわけですが、こちらは、前回の部会資料での分析をしていただいていたところかと思いますが、基本的には、これは本案の要件ということで位置付けられていて、そのただし書に該当する場合には、請求棄却の判決になるという理解でよろしいかどうかということと、その場合、これも前回の部会資料で分析を頂いていたところかと思いますが、判決の効力、対世効との関係では、前夫の否認権に係る訴えの訴訟物というのが、一般の嫡出否認の場合とは少し実体

要件も異なるということで、訴訟物として異なるということで、結果としては、本来の夫であるとか、あるいはその子であるとか、あるいは母であるとかといった一般的な否認権の行使権者との関係では、作用することが考えられないような対世効ということ、既判力に関する限りはそういう理解でよろしいでしょうかということについて、まず、確認をさせていただければと思います。よろしくお願いします。

○大村部会長 ありがとうございます。判決がどうなるのかということについて、二つ御質問いただきましたけれども、いかがですか。

○小川関係官 まず、御指摘のとおり本案要件となり、これを書く場合には棄却されるという形になろうかと考えているところです。

対世効の関係につきまして、整理の方向性としては、前夫の否認権というものは、そのほかの一般の否認権とは位置付けが若干異なるものになりますので、少なくとも棄却判決については、それが存在しないというふうなことが既判力をもって確定されたとしましても、ほかの否認権の行使には影響は及ばないという形になってこようかと思えます。逆に、認められた場合の、認容された場合の判決の効力については、父子関係が消滅するという効果の部分については、対世的に働くという形になると考えているところです。

○大村部会長 垣内幹事、続きがありますか。

○垣内幹事 はい、よろしいですか。

どうもありがとうございます。その点は、今、認容判決については形成力ですので、これは対世的に及ぶということによろしいかと思っております、今御説明いただいたような考え方というのは、理論的には十分成り立ち得るところだろうと。同じ否認権、嫡出否認権と言っているながら、違う二つのタイプのものがあるというところは、若干違和感を感じるというところは、もしかするとあるのかもしれませんが、理論的にはそういう整理もあり得る整理ではないかと考えております。

それで、あわせて、そうしたときに、例えば、今日の11ページの(4)の①で申しますと、本文の部分で書かれている要件と申しましょうか、まず、直近の婚姻の夫が子の父と推定される場合であること、それから、原告が子の出生の日の300日前の日から出産のときまでに婚姻していた者であることといったようなことがあるわけですが、こちらは、恐らく実体要件ということではなくて、手続的な要件という、これがない場合には訴え却下ということになるのかなというようにも思われますが、その辺りについても、同じところで様々なものが混じっているということだと、少し混乱を招くかもしれませんので、内容については、先ほどの議論を別として、特に反対ではないんですけれども、整理が少し必要などころではあるかなという感じがしております。

それから、私自身は、これまでこの生物学上の父であるうんぬんのところについては、実体要件というよりは、当事者適格というか訴訟要件的なものとして考えた方が、しっくりくるのかなという発想を持っていたところで、そうした考え方は今でもないわけではないんですけれども、本日の資料で、これは、説明が14ページから15ページにわたっているところに関しまして、離婚、再婚を繰り返している場合、この場合の規律などを考えますと、事務局から御提示いただいているような実体要件として考えた上で、訴訟物が特殊なものであると捉えるという考え方にも、実際上のメリットが生ずる場面があるのかなという感じがしております。

もつとも、これは、訴訟物の捉え方が更に問題となるところがありますので、一義的にそうだということは断言できないところがあるかと思えますけれども、どういうことかと申しますと、この14ページから15ページで論じられている設例で、元々の夫Aが、BとCを被告として否認の訴えを提起するという場合に、しかし、Cが実際に父親であると、それを覆すことができなかったということで、請求が棄却になるという場合を考えたといえますと、このときに、AのCに対する訴えについては請求棄却判決がされるということなんだろうと思われまして、Bに対する訴えがどうなるのかというのは、あるいはBは、この場合には既に①の前半の要件の推定される場合という人に当たらないということで、却下になるといったことがあり得るのかと思えますけれども、いずれにしましても、Cに対しては請求は棄却されて確定をしたというときに、今度はBが、同じく前夫としての立場でCを被告として嫡出否認の訴えを提起するというような場合を仮に想定したといえますと、訴訟要件構成ですと、Aの訴えはCとの関係でもBとの関係でも却下ということになり、訴訟物についての対世効は生じないということになるかと思えますけれども、棄却判決が出されているということになりますと、「前夫」の否認権の不存在というものが既判力によって確定されて、その既判力は、考え方によっては、Bに対して有効に及び得るのではないかというようにも考えられます。

そう申しますと、Bがもう一回訴えを提起してきたときに、それが既判力、対世効によって妨げられるということが考え得るように思われまして、ただ、前夫の否認権であれば、前夫A、前夫Bにとって共通と考えるのか、それとも、一人一人の前夫について、それぞれ全て別個なのかと、後者のような考え方に立ちますと、いずれにしても他の人に及びようがないということになるのですけれども、そういった議論につながっていく論点という面もあろうかと思えますので、その辺りも含めて少し、整理を整理をとばかりお願いして大変恐縮なんですけれども、念のため御検討、御確認を頂けるとよろしいのかなという感想を持ちました。

○大村部会長 ありがとうございます。実体要件とするか、そうでないかということによって、帰結が違ってくる可能性があるので、場合を分けて整理をする必要があるのではないかと御指摘を頂いたものと理解をいたしました。

何かありますか、小川関係官、よろしいですか。

○小川関係官 複雑な部分で、我々もまだちょっと自信のないところではありましたが、整理の方向性の御示唆を頂いた部分かと思えますので、もう少し検討させていただきたいと思えます。ありがとうございます。

○大村部会長 ありがとうございます。

○窪田委員 母の否認権について2件、一つはものすごく小さなことです。

11ページの(3)①の部分ですが、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ということで、文脈から理解できないわけではないんですが、今日のお話を前提とすると、これは、夫がという形でいいのかわかりませんが、言葉を整理していただいた方がいいんじゃないかなと思えました。

2点目なんですけど、母の否認権に関して、基本的には、やはり固有の利益という観点から認めるべきである、あるいは、親権の有無ということにもリンクさせないでということ御意見が出ておりましたし、その部分についてはある程度理解できるところではあるの

ですが、ただ、その上でちょっと気になりますのが、そうだとすると、これ、(3)の母の否認権は、母自身の利益に基づいて権利行使するものだということになるんですが、その場合に、例えば、前夫の否認権の場合だったら、子の福祉のような話とか子の利益を害さないとか、そういった考慮が出てくるわけですが、(3)の母の固有の否認権に関していうと、そういうことは考えなくてよいのかというのが少し気になっております。もちろん、(2)の未成年の子の否認権に関して、親権者として、あるいは後見人として権利行使するというのであれば、そのときには、子の利益を代表するものだということは明確になるのですが、(3)のように固有の否認権だと言った場合に、それは歯止めがなくていいのかという点については、少し気になっております。

その点は、先ほど大石先生から出た部分なのではないかなと思うんですが、14ページの中ほどの部分も、ここの部分を見て、親権の所在の問題と父子関係の問題というのは、一応切り分けが可能なんだからという説明はあるのですが、しかし、別の紛争の解決の手段として、これが行使された場合に一体どうなるのか、そのときに、本当に子どもの利益というのが十分に配慮されているのかといったこと、それから、先ほども出ていたと思いますが、否認権を行使した後、一体どうなるのかと、後始末の問題というのを考慮したときに、取りあえず否認権、固有の利益であるから認めればよいよねでは、ひょっとしたら済まないのかなという気もします。そのような方向を認める場合に、子の利益との関係で制約がないのかどうかについては、垣内さんの言葉ではないですけども、もう少し検討していただいた方が有り難いのかなという感じがしております。

○大村部会長 ありがとうございます。母の否認権につきまして、書きぶりの問題のほかにも、母固有の利益のための否認権ということになると、子の利益についての配慮が、どこかに必要ではないかという御指摘をいただきました。そのことも含めて、否認権についてももう少し検討する必要があるのではないかという御意見を頂戴しました。

そのほか、いかがでございましょうか。

○佐藤幹事 今回、前夫の否認権に関しまして、ただし書の規律を設けたところにつきまして、いろいろ御意見いただきました。改めて事務局の方で検討させていただきたいと思っておりますけれども、頂いた御意見としまして、全体的なバランスとしては、こういう形もいいのではないかという趣旨の御指摘を、中田委員、棚村委員から頂いたところと思っております。

また、窪田委員からは、そういった面もありつつ、そもそもいかなる根拠によって前夫の嫡出推定を認めるのかというような、そういう根本的なところから、もう一度考えてみるべきではないかというような御意見も頂いたと思っております。

そして、垣内幹事、大森幹事からは、子が前夫によって懐胎されたものでないことについて、真偽不明になったらどうなるんだという御指摘を頂きました。この真偽不明という点に関しましては、余り正面から言えるような話ではないのかもしれませんが、DNA鑑定が強制されているわけではないというのは、大森幹事御指摘のとおりでございますが、ただ、仮にこういう規律を設けた場合において、裁判所がDNA鑑定を、訴訟指揮といいますか、そういう中でやっていく中で、前夫側がそれに合理的な理由がなくて応じないというような場合に、もちろん事実認定ですので、個別の事案に応じた裁判所の自由心証ということにはなっておりますけれども、そういった合理的な理由がないにもかか

わらず応じないというようなことがもし現れてきたときには、その事案の解決としては、妥当な解決が導かれる場合も少なくないのではないかなとも思われました。これを、正面から、この規律の理由とすることができるといえるのかというのは、また別問題ではあるのですけれども、トータルの仕組みとして、バランス的にそうおかしな結論にはならないのではないかなと、そのようにも思われたものですから、ちょっと補足的なところで発言させていただきました。

○大村部会長 ありがとうございます。

窪田委員，手挙げておられますか。

○窪田委員 ちょっと、今の御説明は、やはり慎重にさせていただく方がいいのかなという感じがいたしました。単に実務においてということではなくて、多分、日本法の中で、フランス法は規定があったと思いますけれども、ものすごく位置付けがはっきりしていないのが、DNA鑑定をどこまで使っているのか、使ってはいけないのかという、言わば行為規範に当たる部分だろうと思います。

今のお話だと、DNA鑑定を合理的な理由もないのに拒んだのだとしたら、それによって認定してしまうという部分を含んでいましたので、やはりある種、DNA鑑定を強制することになるように思います。この問題に関してはあり得るのかもしれませんが、一般的にそれが使われる可能性があると思いますので、ちょっと今の説明は、なるほどなと思う部分もあるのですが、少し慎重にさせていただいた方がいいのかなという印象を持ちました。

○大村部会長 ありがとうございます。4の1につきましては、今の佐藤幹事の整理、それから、それに対する窪田委員のコメントを含めて、賛否両論様々な御意見を頂きましたので、仮にこの4の1の方向でいくとして、なお、もう少し検討をしていただく必要があるのかと思って伺ったところです。

それから、母の否認権につきましては、複数の委員、幹事から賛成の御意見を頂きましたけれども、これにつきましても、なお考えるべき問題があるのではないかと御指摘を頂いております。

今の二つの問題に関してもそうですけれども、その他の問題も含めまして、ある規律の後始末に関わる問題がかなりあるのではないかと御指摘を、複数の委員、幹事から頂いたところでございます。新しい規律を導入すると、そこから様々な問題が出てくるといって、水野委員御指摘のように、全ての問題について、あらかじめ予想をして解決を考えていくというのは難しいことですが、ありそうな主要な問題については、一定程度の方向性を出しておくということも必要なのかと思って、皆さんの御意見を伺いました。

今日はこうした御意見を頂いたのではないかと思いますけれども、この第2につきまして、更に追加の御発言があれば伺いたいと思いますが、いかがでしょうか。よろしいでしょうか。

それでは、

休憩いたします。

(休 憩)

○大村部会長 それでは、時間になりましたので、再開したいと思います。

部会資料第1と第2につきまして御意見を頂きましたが、続きまして、第3と第4の関係、別居等の後に懐胎された子に関する規律と、届出により嫡出推定の例外を認める制度の検討ということにつきまして、御議論を頂きたいと思いますが、まず、事務当局から、この部会資料19のうちの第3、第4の部分につきまして、説明をお願いいたします。

○小川関係官 御説明いたします。

部会資料19の20ページ以下を御覧ください。

まず、第3についてですが、別居等の後に懐胎された子に関する規律についてです。

前回の御指摘を踏まえまして、3点修正をしております。

1点目が、別居の定義ですけれども、従前、別居の原因が一時的なものでないことが明らかでないものという定義をしておりましたが、より規範的な評価を可能とする要件でなければ、適切な規律ができないのではないかと御指摘がございまして、今回、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いう定義を、新たに提案させていただいておりますので、この定義について御意見いただければと思います。

なお、資料にはちょっと記載しておりませんが、単に共同生活とするだけでは、単に同居しているということとの差異が明らかでないとの御指摘もあり得るところかなとも思いますので、規範的な要件として設定するというのであれば、例えば、婚姻共同生活というふうな表現にしてみたり、以前この部会でも御指摘のありました婚姻の本旨に反する別居といった定義とすることも考えられるかと思えます。もし可能でしたら、そういった他の表現も含めて御意見を頂けると、大変有り難く存じます。

2点目が、別居後に懐胎されたことを理由とする嫡出推定の例外を認めるための要件として、懐胎時のみならず、出生時にも夫婦が別居ないし離婚等をしていることを要件とすることを提案しております。これは、前回も御指摘いただいていたところですが、仮にこの懐胎時に別居をし、夫婦関係が破綻をしているとしても、そもそも懐胎可能性がゼロではないということも踏まえまして、子の出生時に婚姻関係が復活しているということであれば、子の養育への期待という観点からも嫡出推定の例外を認める必要はないのではないかと考えられたところですので、新たに要件とすることを御提案させていただいております。

他方で、子の出生時を基準として、子の養育への期待という要素を考慮し、嫡出推定の例外を認める範囲を限定するという点については、その必要性、相当性についてもいろいろ御意見あり得るところかとも考えられますので、このような要件を設ける点について、御意見を頂戴できればと思います。

3点目が、嫡出推定の例外を主張することができる期間の長さについてです。この点、具体的な数字を決めることについてはなかなか難しい側面もありますが、嫡出否認におけるような早期の確定までは必ずしも必要ないと考えられる一方で、子が経済的に自立する年齢まで父子関係が否定されなかった場合には、その事実状態を尊重するという観点から、父子関係を確定させることが相当であるとも考えられます。そこで、子自身が争う機会というのを一定程度保障する必要性も踏まえまして、子が25歳に達するまでという制限を設けることを御提案しております。

最後に、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ついて、現

行法下の判例でも、推定の及ばない子として認められているものについて、嫡出推定の例外とすることを提案しております。

次に、第4です。27ページを御覧ください。

今の第3の規律を前提に、届出により嫡出推定の例外を認める制度の導入の可否について検討をしております。前回の会議では、少なくとも検討をするということについて賛成する御意見が多かったところですので、事務当局において考えられる制度の在り方と検討すべき問題点を整理いたしました。本日は、これらを踏まえまして、この制度の実現可能性について御意見を頂戴したいと考えております。

まず、補足説明の2、28ページですけれども、出生時における届出の添付資料を検討する、その前提といたしまして、別居時点で夫婦が別居したことを登録、公証する制度の導入の可否について検討をしております。前回会議でも御指摘のありました、現行の戸籍法の不受理申出制度を応用しまして、別居時に嫡出子としての出生届の不受理を申し出ることができる制度というものを構想いたしました。結論として、やはり出生届の届出義務者となっている父、母が、その届出の不受理を求める内容の申出をするということ自体が、現行制度ともそぐわないなどの問題があり、難しいのではないかと整理させていただいているところです。ただ、この点について、この部会の中でもちょっと御意見を頂く必要があると考えておりますので、今回記載させていただいているところです。

次に、補足説明の3で、具体的な添付資料について検討をしています。具体的にどのような資料を届出の添付資料とするかというのは、別居等の事情を届出によってどの程度の蓋然性をもって基礎付ける必要があるかという観点から検討すべきものと考えられますが、やはり届出で嫡出推定を外すものとする以上は、相当程度の蓋然性をもって、これが認められることが必要ではないかと考えております。そのような観点から見た場合には、添付資料として適切なものとしては、裁判所がDVの事実の認定しているDV保護命令書が考えられる一方で、その他記載させていただいた資料というのは、その記載自体の信用性の点だったり、あるいは、形式的な審査を前提に、典型的に別居に該当する事情を認定できないという点で問題が残るのではないかと考えられます。

そのほか、32ページの5では、整理に当たって検討すべき論点を挙げさせていただいております。

以上について、御意見を賜ればと思います。

○大村部会長 ありがとうございます。第3と第4について、併せて御説明を頂きました。

第3については、要件についての整理をしていただいたということかと思いますが、具体的には別居について、その定義、それからいつの時点でそれが必要なかということ、更に、期間制限の問題、それから別居以外の場合を取り込むといったことが挙げられているかと思いますが、これでよいかどうかということについて、御意見を頂ければと思います。

第4につきましては、事務当局の方で、様々な観点から前回以降御検討いただいたようですけれども、今日お話があったのは、添付資料をどうするのかということ、それを考える前提として、前回の部会でも御指摘があった別居届のような制度を構想することはできないかという点は、なかなか難しいのではないかとということでした。では、具体的な添付資料としてどんなものが考えられるのかということにつきましても、裁判所が関与したものでないと難しいのではないかと御感触が示されたかと思います。そして、さらに

検討すべき論点として、32ページに幾つかの項目が挙げられているということだったかと思えます。

第3と第4と、関連するところでもある論点ですので、どの点でも結構ですので、御意見を頂ければと思います。どなたからでも結構ですので、お願いをいたします。

○磯谷委員 第3の、20ページのところの先ほどの御説明で、今回、第3の1の①の方法で父子関係を否定する場合に、期間制限を設けることでどうかという御提案がありました。子どもが25歳に達するまでということですので、逆に言えば、25歳に達してしまうと、その後は親子関係不存確認や強制認知を求めることは難しいということになるのかなと思いました。

無戸籍者救済の現状において、25歳を超えて親子関係不存等で救済する事例というのがあるのでしょうか。もしあるとすると、このご提案ですと、かえって無戸籍者の救済に支障が生じるおそれはないかと懸念しておりますので、確認をさせていただきたいと思いました。

○大村部会長 ありがとうございます。25歳という制限をすることによって、弊害が生じないかという御質問かと思えますけれども。

○小川関係官 今の現行の制度の下で、25歳以上の方で、親子関係不存確認等の手続によって戸籍に記載されている方がいるかどうかという部分、ちょっとすみません、参考資料の16-3でお配りした内容が、8年以上という形でちょっとざっくりとしか書いておりませんので、細かい数字を確認して、お示しできるようであればお示しさせていただければと思っております。ちょっと親子関係の否定という部分では、そういう意味では25年を経過したものについては、そこを否定するというとは、25歳経過後はできないという形になってくる部分はあり得ると思えますので、ちょっとその辺りは検討させていただければと思えます。

○大村部会長 よろしいですか。ありがとうございます。

そのほかはいかがでしょうか。

御発言ございませんでしょうか。

○水野委員 ありがとうございます。

前日も同じことを発言した記憶がございますけれども、無戸籍児をなくすという観点からは、できるだけ出生届をしやすくする必要があります。例えば、DVなどで逃げている女性が夫以外の子どもを産んだときに、その子どもが生まれたという事実を届け出やすいようにしてあげることが必要です。そういう子どもが存在することを社会が知ること、新たな国民の存在を国家が知る必要があります。つまり妻による非嫡出子の出生届を可能にすることを一貫してお願いしてきたのですが、これに対しては、嫡出推定を妻の一存で簡単に外してしまうことがいかなるものと反対を受けてまいりました。でも、こういう形で届出によって例外を認める制度を御検討いただいたこと、大変有り難く存じます。

ただ、やはりこれですと、まだ相当に難しい条件だと思います。あらかじめ裁判所のこういう手続が採れるような強い女性であれば、現行法下でも強制認知の調停を起こして自衛することができるのではないのでしょうか。できるだけ敷居を下げて、届出の段階でちゅうちょせずに子どもの出生届が出せるようにしてあげたいと、私は考えております。そういう意味では、あらかじめ別居を届けておけば大丈夫ということにすると、相当やりやす

と思うのですが、その別居の届出について、不受理届と対比する形で御検討いただいたわけですが。不受理届と対比する形で言いますと、子どもが出生したという事実自体の届出義務は、これは夫にも妻にもあるわけですが、この子に嫡出推定がかかるという、そういう法的な評価の部分については、そこだけを不受理届に類似したような形の届出をあらかじめ出しておくことによって、夫の嫡出推定ではない、夫の名が書かれないという形の出生届が可能になるような、もう少し敷居を下げるような届出方法というのをお考えいただけないでしょうか。

せっかくお考えいただいて、とても感謝はしているのですが、まだまだハードルが高い気がしております。ありがとうございます。

○大村部会長 ありがとうございます。今日の御説明自体は2段階でできていると思いますが、今お話のあった別居届のようなものが考えられれば、かなり広い範囲で使うことができるのではないかと、まずこの点を検討し、それが難しいということで、水野委員がおっしゃったような、狭い範囲で別の書面を出すということが提案されているのかと思いますが、その前段について、更に工夫の余地はないだろうかという御指摘を頂いたと受け止めております。

何か事務当局の方でありますか。別居届について、不受理申立制度そのままというわけにはいかないけれども、何か更に考えることはできないだろうかという御趣旨だったかと思いますが。

○小川関係官 御指摘いただいた部分は、要は、出生の届出には、出生の事実を届け出るといふ部分と、嫡出子として出すか、嫡出でない子として出すかという部分とを分けて整理をした上で、不受理申出の制度自体と矛盾しないといえますか、それとは別のものとして構想できないかという御指摘かと思いますが、ちょっと改めて検討させていただければと思います。

○大村部会長 水野委員、よろしいでしょうか。

○水野委員 ありがとうございます。

○大村部会長 そのほかはいかがでしょうか。

○磯谷委員 第4の方に関して申し上げたいと思います。

一つは、今、水野委員もおっしゃった部分で、要は、夫婦が別に住んでいることの公証に関してです。前回、別居届という話も出ていました。

一つのアイデアとしては、例えば、転居すると転居届、若しくは転出届を提出することになっていて、転居届の場合は、市内のまた別の住所を記載しますし、転出届の場合は、一定期間内に転入届を出すというルールになっていて、要するに、切れ目なく住所がつながるような仕組みになっている、これが理想的であることは疑う余地はないと思っています。

ただ、現実問題としては、もしそこのところで、転居先あるいは転出先を記入しなくても何とか済むような形であれば、例えば、夫婦の一方が役所の方に転出届を出す。ところが、どこに転居したかまでは届けないという形が可能であれば、どこに転居したかを表示せずに、もうそこに住んでいないということを公証できるのではないかなと思うんですね。

例えば、住民基本台帳法では、現実に当該住所に住んでいない場合には、役所の方で調査をされて、職権消除する仕組みがありますね。つまり、届出如何にかかわらず、現実に

当該住所に住んでいないということになると、最終的には職権で修正し、実態と記載を合致させるという仕組みになっているんだと思うんですね。

そういうことが予定されているということからしますと、現実にはその夫婦の一方がもうそこから出ていってしまっているということであれば、その先が分からなくても、少なくとも当該住所に住んでいないことを公証することは十分あり得るのではないかなと思うんですね。転出届や転居届を提出するのだけれど、その次の居住場所を必ずしも記載しなくてもいい余地を設けておくと、新しい住所を開示せずに、元の住所に居住していないこと、すなわち別居していることを公証する一つの方法になるのかなと思います。もちろん、更に検討しなければいけない部分があるんだろうと思いますけれども、一つの在り方としては考えられるのかなと思っています。

それから、二つ目は、夫婦の関係が修復できないことの証明、ウとして整理されている方法ですけれども、こちらの方も、私ども日弁連バックアップ会議の中でもいろいろと意見が出ましたが、事務当局で挙げていただいているアイデアの中では、公証人作成の宣誓供述書に期待する意見は比較的多かったかなと思っています。先ほど水野先生もお話しになりましたように、保護命令などは必ずしも容易でないことからすると、こういった公証人の宣誓供述書というものは、保護命令などと比べると実現可能性が高いのではないかなと思って、支持する意見が多かったように思います。

一つは質問なんですけれども、この宣誓供述書というのは、必ずしも懐胎時期になくても、懐胎の後、事後的に作成することを想定していただいているという理解でよろしいかどうか、そこはちょっと一つ確認をさせていただきたいと思います。というのは、懐胎時期より前に宣誓供述書を作成するというのはなかなか困難であろうと思われまして、恐らくここにも、30ページのところにも書いていただいているように、この宣誓供述書というのは、虚偽だとして宣誓して記載をすると、過料に制裁があるというところから、真実性が担保されているとすると、それは事後的に作成しても構わないのかなと、我々は思うんですけれども、そのところは確認させていただきたいと思います。

最後に、宣誓供述書ですけれども、ただ、難点としては、現実にはそれが出てきたとして、戸籍の窓口で適切に評価できるかという問題が指摘されているわけですけれども、このところは、工夫としては、文言を定型にしようという解決も、一つあり得るのかなと思っています。定型的な文言にしまえば、戸籍の窓口で解釈に悩むということもないと思いますので、そういうふうな工夫でクリアできるのではないかなと思っています。最後の点は意見でございます。

○大村部会長 ありがとうございます。いわゆる別居届につきましては、先ほどの水野委員の御発言は、事務当局の方で御検討いただいた戸籍ベースのものでしたけれども、磯谷委員は住民票の方で考えるべきではないかというような御指摘を頂いたと受け止めました。

それから、2点目、3点目はいずれも宣誓供述書に関するものでしたけれども、一方で、書式を定型化することによって、窓口での判断の負担を減らす。他方、これはいつの時点で作ることが必要と考えているのかという御質問ありましたので、御質問を含めて、宣誓供述書について何かあれば。

○小川関係官 御質問の点については、少なくとも懐胎時に別居しているという事実は当然必要なんだろうと思いますけれども、必ずしも作成時期を懐胎より前にというところまで

は、必然的には求められないのかなど。恐らくそこは、信用性に関わるというふうなことになろうかと思うんですけども、必ずしもそこが必要だろうというところまでは考えていないところではあります。

宣誓供述書の部分について、定型文言でというところの御指摘があったところですけども、その定型文言に、実際に別居に至った夫婦というのが合致するのかなどという部分が、どこで判断してそこで記載をするのかという部分が問題になってこようかなと思います。定型文言の内容次第なのかもしれないですけども、公証人が作成する場合は、御本人が供述した内容を記録するという形にとどまってくるので、それは、定型文言のこの表現に当たるよねという部分の評価というのは、やはり評価的な要素が入ってくる部分というのが、一つ難しい部分があるのではないかなと思ってはいるところです。

いずれにしろ、その表現ぶり等もあると思いますので、検討させていただきたいと思います。

○大村部会長 ありがとうございます。

○窪田委員 今、第4に関して、やはりできるだけ要件を緩和してということで、特に無戸籍者問題に対しては、やはりそういうことが必要だろうという御意見もありましたし、それ自体は理解できるところだと思っております。

ただ、私自身はやはり、まだすんなりとそこにたどり着けないというところがあります。つまり、無戸籍者問題に対する関係では、否認権者を拡張するとか、いろいろな形でのアプローチも出されているわけですね。それ以外に、さらに届出によりという仕組みを設ける。届出による仕組みで今回出ているもの、私自身はよく検討した上で用意してもらったものなのだろうなと思いますけれども、これでもハードルが高いと、強い人しかできないということで、そのこと自体は理解できるんですが、そうしますと、この届出がなされると、届出が本当だったらという前提であれば、こんなこと問題にならないのかもしれませんが、争う余地がある形での届出がなされた場合、夫の側は訴えによって嫡出推定の回復を求めるとい形になっていますので、訴えによらなければいけないわけですね。無戸籍者問題に関してはこの解決ができるとしても、ここでは、一般的な話として制度設計を考えていますので、当然のようにハードルを下げればよいという問題ではないのではないかと、私自身は感じています。

それと、もう一つは、今の宣誓供述書に関してもそうなのですが、いろいろな部分で要件を緩和するということはあり得るだろうと思いますが、その場合には、同時に嫡出推定の回復の方の手續も容易に入れるようにしないと、それはやはりバランスを欠くことになるのだろうと思います。厳密に事実関係をかちとつというのはもう無理だとしても、そうしたものの届出ということ前提とするのであれば、同時に嫡出推定の回復というのできるような前提条件もそろえる必要がありますし、また、その仕組みについても、バランスを取ってということが必要になるのではないかなと思います。

ちょっとこの第4の部分だけを議論すると、どうもできるだけハードルを下げましょうとか、こんなに難しいことを言わないでという方向にいきがちなのだろうと思いますが、ちょっと気になりましたので発言させていただきました。

○大村部会長 ありがとうございます。第4の問題を考えるに当たっては、無戸籍の場合だけでない一般的な場合を想定して、全体としてのバランスを考慮した制度設計をする必

要があるのではないかという御指摘を頂きました。

棚村委員、それから石綿幹事という順番でお願いします。

○棚村委員 今の第4について、届出でできるだけ推定の排除ができる可能性を検討することについては、基本的に賛成です。ただ、今、窪田委員もおっしゃったように、裁判手続で、司法の関与の下でどこまで嫡出推定の排除をできるかというのが、第3で検討しているところだと思います。それから、第4のところでは、更に一步進んで、そういうような裁判手続を経なくても、一定の届出という、割合と簡便な方法で、推定を排除できるという仕組みがどこまで可能であるかです。この点についても、これまでも議論がありましたけれども、一体ここではどういう事実を証明させようとしているのかという問題と、それから、そのために証明の手段としてどんな書類を用意すればいいかという問題があり、ざっくりと言うと二つの問題が問われていると考えています。

2007年当時、無戸籍問題がいろいろ社会的にも注目されたときに、自民党とか公明党の合同法務委員会で、民法の特例法を作ろうと、300日の。そのときも、ストレートに言うと、DNA鑑定の結果みたいなものを出せば、推定排除できるようなこともどうだろうかという提案もあったのですが、それについてはかなり強い異論が出されて、法的親子関係というのは、生物学上の関係を科学的に証明すれば、それで決まるものではないのかという御意見が大勢を占めました。それではこのときも具体的にどのような公的書類をだせばよいかという議論になり、離婚調停調書とか、あるいはDVの保護命令の決定書とか、いろいろなものが出てきました。もちろん住民票とか、戸籍の附票で別居は証明できるなどの議論もありました。ただ、この当時も、結局、今回の整理でもわかるように、27ページの中でも、懐胎時期に関する医師の証明書とか、一体どの時点の何を証明しようとしているのかということが問われており、別居に焦点を当てたのは、正に懐胎の可能性とか夫婦の関係の実態がどの程度失われているかという話でなかったかと思えます。

そうすると、結局、懐胎の時期とか可能性という問題と、それから別居ということによって夫婦の関係や実態、夫婦としての交渉だとか関係がなくなっているということになりますが、お父さんは誰なのかという問題の確定にとってかなり重要な要素だということになります。もっとも、子の懐胎時、出生時、出生後の事情も一定程度考慮するとすると、先ほどの公正証書、宣誓供述書でもそうですけれども、どの時点での何を証明すればいいのだろうか、どこまで何が書かれていけばいいのかという辺りで、かなり幅広くいろいろな事情を考慮して、一定の公的に作成された書面や書類で判断をしようということになります。この場合に、一番問題になってくるのは、戸籍担当者の形式的な審査というレベルで、判断や審査をせざるをえないことが大きな問題となってきます。つまり、裁判手続を経て司法による実質審理みたいなものが行われ、どこかで、双方から話を聞くみたいな手続が用意されていれば、総合的にいろいろな事情を考慮してやればいいということになりますが、届出だけでは限界もあります。

私が実際に関わった事件でも、住民票の移動も怖くてできなかったというケースもありました。合意に相当する審判で認知調停を申し立てたケースですけれども、当時も、裁判官によっては、外観説をかなり重視するというので、住民票を移していなければ別居の事実を証明したことにならないという裁判官もいらっしゃいました。他方で、別の事件で

は、賃貸借契約書みたいなものを結んでいて、それを出してもらえば、それで別居という事実を、外観説を基礎付けるような事実を認定しましょうという裁判官もいらっしやったんです。そのような感じでいうと、裁判官によって、外観説の具体的な運用、個別事件の解決に必要な書類、資料などでは、大分幅があつて、一番緩やかな扱いでは、もちろんDNA鑑定みたいのを出したり、それから、弁護士さんの上申書で、家庭内別居にかなり近いケースで、事情があつて、マンションの部屋は別にしていて、夫婦としての交渉も全くしていなかったこと、弁護士さんが相談を受けて、夫婦関係はなくて、もう離婚調停の準備をして相談に乗っていましたというような書類も提出して、調停委員のみなさんも、裁判官もこれら提出された書類と本人の話を丁寧に聞いて、総合的に判断して認知の合意に相当する審判を出しておられました。

裁判所が関わる手続と対照的に、この提案での一番難しいところが、戸籍のレベルで、法務省令でどんな書類をそろえたら嫡出推定の排除を認めるかであると思います。この点では窪田委員もおっしゃっていたように、仮に前夫による推定の回復みたいな訴えみたいなものを入れるということでクリアしようとしているのだと思うのですが、このときも、もう一回、やはり27ページのところの医師の証明書とか、それから住民票、戸籍の附票とか、それからDVの保護命令決定書とか、今の宣誓供述書というものもそうなので、どの時点の一体何を具体的に明らかにさせようとしているのかという議論をしていただかないといけないように思います。それで、そのためにはどういう書類を用意すれば、具体的にどのような事実が裏付けられていくと考えるのか。その辺りをもう少し整理していただくと、議論がしやすくなるのかなと考えます。たとえば、医師の証明書という懐胎の時期とか可能性とかというところに焦点を当てた添付書類と、それから別居ということで、夫婦の交渉がなかったこと、特に刑務所だとか海外に渡航していたということであれば、物理的に隔絶をした場所において、懐胎の可能性とか夫婦の相互の関係がなかったことなどの客観的な書類になってくると思います。その辺りをもう一度整理していただいて提案をしていただくと、どこまでが客観的なものとして、戸籍の窓口でできるかという議論が進むのではないかと考えています。

そこで、私の思つきにすぎませんが、裁判所だと、裁判官が幾つかの事情を、複数の書類とか事実関係の中で認定をするという作業をしてもらえることになります。ところが、戸籍の窓口の形式的な書類だけでやる場合に、どれか一つを提出すればいいという形でいくのか、複数の書類みたいなものを積み重ねていただいて、戸籍の窓口でも、磯谷委員がおっしゃったように、文言を定型化するとか、こういう書類を出していただければ、こういうものについて幾つか出してくれれば、それで受け付けていいというような可能性もないわけではないかとも思ったりしています。

ちょっと長くなってしまいましたが、私自身は第4の届出による推定の例外を認める方向や仕組みというのは、無戸籍者問題の解消のためには非常に大切だと思っているのですが、一方で、一体何を証明させようとしているのか、そのために、添付書類としてどんなものを用意させればいいのかということ、もう少し整理していただいて提案をしていただけると、いいかなと考えた次第です。

○大村部会長 ありがとうございます。訴訟で扱われる場合と窓口で扱われる場合とで差がありますので、窓口で何が必要なのかという観点で考えるということだろうと思

ますけれども、その際に、書類は1本なのか、あるいは複数でも構わないということなのかという御指摘と、それから、ここで挙がっているその書類というのが、何を示すものと位置付けられているのか、いずれの点についても、事務当局の方で一定の考え方というのをお持ちなのではないかと思っておりますけれども、もしそれについて何かあれば、今の段階でお答えをいただき、更に整理が必要だということであれば、整理をしていただきたいと思っておりますが、小川関係官、いかがですか。

○小川関係官 27ページの第4の(注2)の部分に関して御説明いたしますと、まず、いずれも生物学上の父子関係というものを、直接証明していただく趣旨として求めているものではないというところは、確かだろうと思えます。その上で、例えば、(1)のイで申し上げますと、このイは、別居の住居を異にするという部分を証明していただくものとして出すと。ウの部分が、別居について、若干規範的な要件としておりますけれども、共同生活を回復する見込みがないというところの明らかにするものとして、保護命令の決定書があればよいのではないかというふうな形でさせていただいている部分です。その意味でいう別居が、懐胎時期より前に存在する必要があるということで、医師の証明書で懐胎時期の部分を明らかにしていただくというふうな形で考えているところです。

(2)も同様でして、懐胎時期をまず客観的にいつなのかという部分でアを出していただき、その期間中に懐胎可能性がないような事情という部分で、刑事施設に在所していたというふうなところの書類をイで出していただくというふうな対応関係になっていようかなと思っております。

○棚村委員 ありがとうございます。

それで、29ページの上のところにもあるんですけれども、法定別居制度を設けるかどうかというのは、実は大きなテーマだと思っております。親子関係とか嫡出推定の問題以外でも、日本の場合には別居をした場合に婚姻が形式的には続いている間の夫婦や親子の法律関係や、そのトラブルについての規定というのがありません。おっしゃるように、家族法制部会でも、同じように離婚後の子どもの養育だけではなくて、別居中の紛争もかなりありますので、そういう意味で、別居制度そのものも、あるいは別居した後の法律関係についても、きちっと制度化すべきではないかというようなことが俎上に上ってくるのだと思います。

ただ、この部会だと、なかなか別居制度そのものを対象に取り上げるとか、離婚との関係も含めて決めるというのはちょっと難しそうだと思うので、おっしゃるように、家族法制部会との今後の調整ということはどうのように考えておられるのか。とくに家族法制部会も、今後、どういうふうに進むか分かりませんが、もしその部会で別居制度や別居をめぐる手続や規律の見直しがされるとなると、ここで問題にしている別居の効果や別居についての開始時期とか認定判断の問題はクリアできるのかなと思います。現状の中での御質問になるのですけれども、その両者の連携というのがどう進められるのか、どういう審議の進み方かもまだ家族法制部会については難しく読めないで、親子法制部会では、一応別居制度について、本格的に何か議論したり設けるというのではなくて、嫡出推定とか否認とかという制度の中で、ある程度無戸籍児をなくするために、独立した形で別居の効果として推定の排除について議論するというところでよろしいのでしょうか。質問のような形になり、恐縮です。

○大村部会長 ありがとうございます。御指摘のように、他の部会で検討している問題とも関わるところで、本部会でそちらの検討との関係をどう考えるべきなのかという御質問があったかと思えますけれども、何かその点についてお答えできることがあれば。

○小川関係官 家族法制部会の進行については、恐らくそちらの部会の調査、審議の事情等もございまして、恐らくそちらの部会の議論に委ねるという形になるかと思えます。そういう意味で言いますと、この部会の検討範囲の関係で、従前も申し上げたところになりますけれども、同じようなスピード感で検討できる範囲で検討していくということにならざるを得ないのかなと思っております。

資料上書かせていただいた部分というのは、もう書いてあるとおりですけれども、別居という問題の関係で見たときに、嫡出推定制度というのはかなり一場面であろうということと理解しておりますので、そういう意味でも、この部会の検討範囲という部分でいいますと、なかなか別居を全体として規律するということが難しいのではないかと考えているところで、書かせていただいているところです。

○大村部会長 よろしいでしょうか。ありがとうございます。

たくさん手を挙げていただいておりますが、石綿幹事、それから裁判所、山根委員という順番でお願いいたします。

○石綿幹事 一つ前の窪田委員の発言に重ねてということになるかと思えます。第4の制度を検討すること自体は賛成でございます。一定の場合に、出生届を提出してもらうということを目指すというためには、検討することが必要な制度ではあるとは思いますが、嫡出推定制度全体で見たときには、裁判所の関与なく嫡出推定の否定ができるという、極めて異質な制度であるということとは否定できないかと思っておりますので、窪田委員が御指摘になったように、そのような届出を認めるための書面を厳格に考える。それと同時に、確実に第4の②の夫からの嫡出推定の回復の機会というのを担保するということが、必要なのではないかと考えております。

したがって、5（2）の夫に対する通知の要否というのは、DV被害等様々な事情がある方々から見ると、夫に対して通知があるということ自体が、場合によっては届出を妨げるということがあるという御意見もあるかもしれませんが、住所等を伝えないようにするなどの何らかの対応を採る形で、通知は必ずして、夫が子の出生届が出されたということを知ることの手續を担保して、嫡出推定の回復の訴えを提起するための機会を与えられるということは、制度全体のバランスということを考えるときには、必要なのではないかと考えています。

また、様々意見が出ていた書類を、事務局案よりより幅広に広げていくということになっていけばいくほど、通知の必要性、嫡出推定の回復の訴えの機会の確保ということの必要性が高まっていくのではないかと考えております。

○大村部会長 ありがとうございます。第4を検討すること自体については賛成であるけれども、これは例外的なものであり、従来の制度との関係で考えると異質なものであるということとを考慮すると、先ほどの窪田委員の御指摘のように、夫の側の利益に対する配慮が必須なのではないかという御指摘を頂いたと受け止めました。ありがとうございます。

それでは、裁判所の方、どなたでしょうか。お願いいたします。

○木村幹事 ありがとうございます。

別居の定義のところでございます。事務局におかれましては、検討していただいております。他方で、裁判所の立場からいたしますと、この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はないということの審理、判断という場面を考えてみますと、難しいといえますか、まだよく分からないところがございまして、もう少しこの点議論をしていただければと考えるところでございます。

例えば、夫婦のどちらか一方が、当時別居を解消するつもりなど全くなかったと言え、見込みがあることが明らかではないということになるのか、それとも、やはり懐胎時の事情として、例えば、DV保護命令決定が出ていたことなど、外観といえますか、客観的な事情を考慮する必要があるのかなど、必ずしも明らかではないというところでございます。

この点、2で提案されております家事事件手続法の規律を前提としますと、認知の調停において、前夫の陳述を聞くことを要しないということとなりますが、そうしますと、申立人の法定代理人である母が、当時別居を解消するつもりなど全くなかったなどと言え、反対の主張が相手方から出されるということは余り想定されず、結果的に母の陳述のみで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ということが認定されることとなると思われましても、制度の在り方として、そういった帰結でよいのかというところは、やや疑問というところも出てくるのではないかと思います。

他方、仮に、やはり客観的な事情を考慮する必要があるとしますと、DVの保護命令決定があるというような場合には、やりやすいところがあるのかもしれませんが、そういったものがなければ、当時の夫婦関係など、やはり詳細に明らかにする必要があると生じて、場合によっては、前夫の聴取が必要ではないかと考える裁判体も少なからず出てくるのではないかとことが考えられまして、前夫の関与を避けようとするこの規律の趣旨が貫徹されなくなるおそれもあるように思われます。

この規律の趣旨との関係や裁判所の判断を安定的に行うといったような観点から、もう少しこの別居の定義のところにつきまして、御議論いただければと思います。ありがとうございます。

○大村部会長 ありがとうございます。第3の要件として出てきている、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いった部分について、どのように認定するのかということで、それとの関係で夫の陳述を聞くということがどう位置付けられるのか、こうした点について、御意見ないし御質問を頂いたと受け止めました。何かありますか。

○小川関係官 基本的には、御指摘を踏まえて検討させていただければと思っているところです。

御指摘の中に、要件としての明確性という問題と、手続的にどういう証拠で認定するのかという問題と、2点あるというところかと思われました。要件の明確性の観点は、当然この場合に嫡出推定が外れる趣旨が明確になるような定義というところを置く必要があろうと考えておりますので、ちょっと御指摘を踏まえて検討したいと思っております。

あと、手続的な問題につきましては、2で家事事件手続法の規律として、陳述を聞くことを要しないとしている趣旨は、既にもう御理解いただいているところかとは思いますが、恐らく要件を複雑なものとすると、証拠調べ、事実認定の関係でただし書の場合に該当して、調査をする必要が出てくるのではないかと御指摘かと思っております。そのこと自体はある程度やむを得ない面もあるんだろうなと思っはいるところでして、②の規律とし

ては、手続保障という観点から、陳述を聞くことを要しないという部分を、訓示的に明示させていただければよいのかなと持っているところではありますけれども、いずれにせよ、別居の定義については検討させていただきたいと思います。

○大村部会長 ありがとうございます。

○山根委員 よろしくをお願いします。

第3と第4、まだまだ整理が必要なようですけれども、でも、別居に関する規律を置くことで、裁判によらなくても、子の利益が向上するということの一步に、是非なればなどと思っています。

それで、今もお話がありました民法の規律の文言ですね、別居に括弧で定義のような説明書きがあるわけで、そこに回復する見込みうんぬんという言葉も入っていて、ちょっとここにこういった文言を置くのは余り適切ではないのかなというか、説明を入れるのは難しいと思います。それで、一案としましては、この別居という言葉の前に、例えば、夫婦関係の破綻による別居とか、そういう飾り言葉を入れるのはどうなのだろうかとも思ったりしまして、いろいろ検討いただければと思います。

○大村部会長 ありがとうございます。問題になっています別居についての規定の仕方について、ここに書かれているのとは違う形で書いてはいかがかという御提案を頂いたかと思っています。

○小川関係官 その点の御指摘も踏まえて、別居の書き方について検討させていただければと思います。

今、別居の中に、そういった実質的な内容も含めて書くという形で御提案させていただいておりますけれども、おっしゃるように、外側、別居を修飾するものとして、今御指摘いただいたような限定を付すというふうな規律ぶりというのもあり得るかと思しますので、そこも含めて検討させていただければと思います。

○大村部会長 ありがとうございます。

○幡野幹事 ありがとうございます。

先ほど木村幹事から御指摘があった、第3の別居の要件に関する具体的な意味の中で、一方当事者のみが同居するつもりはないという主張をした場合に、この要件が満たされるのかどうかという点について、コメントを差し上げたいと思います。

同居義務というのは、当事者双方の同意の下でしか実現できない以上、その問いに対する答えとしては、少なくとも別居当時において一方当事者が望まないという意思を持っていた場合には、やはり、ここでいう別居の要件は満たされることになるというのが答えになるのではないかと思います。

もう一つ、石綿幹事の御意見に対して思ったことなんですけれども、第4の届出により届出推定の例外を認める制度に関して、要件が緩やかになればやるほど、夫に対する通知の必要性が高まるということは、おっしゃるとおりだと思いますが、今日の資料を読ませていただいたときに、ここまで、今日の27ページ、(注2)のレベルでのハードルの高さであれば、通知を要しないという選択肢もあり得るのではないかということをおもいました。やはり通知の要否というのが、この仕組みを実現したときに、実際の当事者が使うか使わないかというところに、非常に大きな影響を及ぼすと思うんですけれども、そうであれば、ハードルを高くして、しかし、通知は要しないという、そのような選択肢は一つの

制度設計の仕方としてはあり得ると思いました。また、第3の2のところ、夫の陳述を聞くことを要しないという家事事件手続法の規律を設けるということとの整合性というのも、ある程度認められていいのではないかと、そのように思った次第です。

私からは以上です。

○大村部会長 ありがとうございます。第3について、別居の認定につき、一方当事者が望まないという場合には、それは別居ということになるだろうという御意見と、それから、第4については、この資料で提案されているような範囲であるのならば、通知不要だと考えることもできるのではないかと、翻って、むしろ狭い範囲で要件を絞り込んでも、通知不要の制度を作った方が使いやすいのではないかと、実効性があるのではないかと御指摘も頂いたと思えます。ありがとうございました。

そのほか、磯谷委員、それから井上委員という順番でお願いします。

○磯谷委員 今、幡野委員がおっしゃったところに賛成です。それで、先ほど公証人の宣誓供述書の話も出ましたけれども、正に幡野委員がおっしゃったように、一方がもう一緒に住めないと、一緒に共同生活を営んでいくことは無理だということを出ていけば、それはもう、ここでいう別居にはなるんだろうということからすると、以前もちょっとお話ししたんですが、実務上、我々弁護士がこういった事件を受けるときには、弁護士から夫の方に通知をするというのがよくあるわけですね。要するに、もう代理人が入ったので連絡は取るなど、そして妻の住所を探索するなど、今後離婚の調停を起こすのでなどと書いた書面を送ったりするわけですね。そういった書面は、妻側の別居の意図が明確に示されているものだと思います。

そういう観点からすると、例えば、一つのオプションとして、懐胎時期以前に、夫の方に対して別居の通知をしていると、例えば、内容証明郵便などにより別居の通知をしているということであれば、これは、このウの要件を満たすのではないかと思いますし、実務上、いつもやっていることですので、それほどハードルが高くないのだろうと思います。一つのオプションとしてはお考えいただけると有り難いなと思います。

○大村部会長 ありがとうございます。第4について、出すべき書面として、別居の意思を持っていたということを知るといって、これを考えてはどうかという御提案を頂きました。

○窪田委員 今、幾つか御意見が出たところなものですから、ちょっと先ほど申し上げたことと重なりますけれども、もう一度確認をさせていただきたいと思えます。

なるほど27ページに挙がっている要件というのは、それなりに厳格な要件ということになるのかもしれませんが、アの懐胎時期に関する医師の証明書というのは、これは医師によって出されるものですから、中立的なものだと言えますけれども、イの住民票に関して言うと、基本的には単独で出せば済む話ですし、ウに関しても、公証人作成の宣誓供述書という形ですと一方的にできてしまう。だから駄目だというわけではないのですが、裁判所が関与しない形で、こうした一方的にできることによって、でも、それなりにハードルが高いから、もう通知は要らないよねというのは、私はなぜそう言えるのか、やはり十分には分かりません。

というのは、法的父子関係に関して言えば、確かにここで、例えば、DV夫を前提として、そのケースだけを念頭に置きながら議論して、この夫は、対象は、特に法的には考え

なくてもいいよという議論の仕方はやはりすべきではなくて、ここ、772条の例外の仕組みを作ろうとしているわけですから、一方的な意思表示によって通知も不要でできるんだと、嫡出推定の回復なんて要らないんだと、私はやはりそういう判断は慎重であるべきだと思っております。

以上です、同じことで申し訳ないですが。

○大村部会長 ありがとうございます。裁判所の関与なしに嫡出推定が外れるということ、一般論のレベルで受け止めて考える必要があるのではないかと、御指摘いただきました。

○磯谷委員 一言だけ、今の窪田先生の御発言に対して、ただ、確かに事後的に公証人の宣誓供述書という、それは一体どうなんだというお話はあり得るのかなと思いますけれども、今のそれ以外の前提としては、もう懐胎時期より前に、結局別居の、要するに住民登録もしているし、それから、例えば、保護命令なり、あるいは今の代理人からの通知もしているという前提で、その後で懐胎するわけですから、具体的な濫用のおそれがあるのかなというところは、ちょっと疑問に思っています。それほど懸念が必要であるような感じでもないのかなと思います。

○大村部会長 ありがとうございます。どういう書類でよいとするのかという問題と、それから通知をどうするのかという問題は、密接に関係しますけれども、必ずしも連動するわけではなくて、窪田委員おっしゃったのは、一定の書類を出していれば、もうそれで通知なしだとするのはいかなものかという御指摘だったかと思いますが、磯谷委員のおっしゃっているのも、今の話と両立しないわけではないのかと思って伺いましたけれども、そこはどうでしょうか、磯谷委員。

○磯谷委員 要するに、御懸念のところ、十分まだ応えられていないのではないかと、ということ。

○大村部会長 磯谷委員がおっしゃったような書面を添付すればよろしいとしたとしても、夫に対する通知をなしで済ませるという帰結が、直接導かれるわけではないのではないかと、そこについては、更に考える余地があるのではないかと思ったのですけれども、それは、そういう理解でよろしいでしょうか。

○磯谷委員 ありがとうございます。

制度設計として、やはり何らか異議を述べる機会であるとか、そういったものがあることが望ましいということは理解できるんですけども、一方で、やはりそこをなるべく回避した形で届出ができることにも、また大きな意義があるんだと思っています。結局、そこはバランスの問題なんだろうとは思いますが、先ほど幡野幹事もおっしゃったと思うんですけども、やはりかなり絞って、今申し上げたように、お子さんを懐胎するよりも前に、もう既にそういうふうな客観的な資料が整っているといいますか、存在しているという状況であれば、濫用的な形でこの制度が使われる可能性はかなり少ないのではないかと、思っています、そうすると、必ずしも通知がなくても許容できるのではないかなと、そういう余地はあるのではないかなと、今のところは思っております。

○大村部会長 ありがとうございます。

窪田委員、もう一度手が挙がっているかと思えます。どうぞ。

○窪田委員 基本的には、先ほど部会長からおっしゃっていただいた点ということになりま

すが、ここの部分の要件を厳格にしたからということで、通知が要らなくなるというのは、多分簡単に直結する問題ではないと、私自身は思っております。

それから、やはり私、まだ十分に理解できていないのですが、いろいろな仕組みをきちんと仕組んだら、もう蓋然性なんかなくなる、夫による懐胎の可能性なんかなくなるという部分を含んでいたと思うんですが、それだけ厳格なものを判断するというのを、戸籍窓口でそもそもできるのかと思います。一方で、先ほど定型的な文言での宣誓供述書というような話も出ておりましたので、その部分が、私自身は、磯谷先生は心配する必要はないというのですが、やはり心配になるなというのが一つです。

それと、この問題は、無戸籍者問題だけを対象にして考えるのであれば、懸念する必要はないよということなのかもしれませんが、そうではなくて、これ、やはりいろいろな場面で使われる可能性はあり得るのだらうと思います。この人を子どもの父親にしたくないと思えば、やろうと思ったら使える仕組みというのを作って、しかし、それに対して嫡出推定の回復という制度があるでしょうと言っても、嫡出推定の回復の制度は、通知をしなければ多分使えないですよ。何かそれはやはり、先ほどバランスということが出ていましたけれども、制度設計のバランスとして、もちろん立法事実として無戸籍者問題が大事だというのは十分に理解しているのですが、今やはりここでの話というのは、嫡出推定制度であるとか、父子関係に関する基本的な制度の話をしているんだという点で考えると、私、もう少しバランスの考え方があっていいかなと思っております。

○大村部会長 ありがとうございます。磯谷委員の考え方と、それから窪田委員の考え方と、両方示していただいたと思いますので、さらに、引き取っていただいて検討していただきたいと思いますが、水野委員から手が上がっていますので、お願いします。

○水野委員 ありがとうございます。

窪田委員の御意見は、以前の研究会の段階から伺っておましてよく分かるのですが、私も、私は、反対の立場です。嫡出推定制度が大事な制度であることは、私自身もよく理解しているつもりではあるのですが、フランス法では、母親が非嫡出子出生届を出すことによって、それで嫡出推定が外れることにできております。もともと厳しい嫡出推定の制度を本来の形としてもっていた国で、そういう制度設計もあり得ることを考えますと、ここで非嫡出子の出生届に対するハードルをとて高くすることが、制度本来的に必然なのか、疑問を呈しておきたいと思っております。

ただ、通知の方は、私はこだわっておりません。もちろん、DV被害を受けた結果の別居というような場合ですと、被害者がどこに住んでいるかという情報を与えないよう、加害者から守るための配慮は十二分に尽くさなくてはならないと思っております。けれども、あなたの奥さんがあなたの子供ではない子供を産んだ届けをしたということは、夫に伝わってよいと思っております。でも、それより、子供の出生届を出す段階で、できるだけハードルを低くして、無戸籍児をなくしておくことが、子供の福祉のためには一番大切だと思っております。

それぞれのお考えを、理解しているつもりなのですが、一応そういう考え方の者もいるということを発言させていただきました。ありがとうございます。

○大村部会長 ありがとうございます。

○窪田委員 すみません、何度も発言して。

水野先生おっしゃることは、非常によく分かります。フランス法の仕組みだと、基本的には、夫の欄を空欄にした形の出生届を出して。ただ、水野先生からも御指摘ありましたように、フランス法だったらその部分で父子関係の回復の訴えに関しても、機会を含めて設けられていますので、全体的な制度設計として、バランスがいかどうかというのはちょっとよく分からないところはあるのですけれども、しかし、トータルとして見ると、そういう制度設計はあるということなんでしょうと思います。

それに対して、やはりある程度書類たっぷり付けたから、でも、そうは言いつつ、裁判所の判断も経ていないし、戸籍管掌者は実質的には判断できないわけですから、実質的な審査をするのではなくて、形式的に書類が整っているかどうかだけを判断するという仕組みで、嫡出推定の回復の機会を与えなくてもいいとまで言い切っているわけではないんでしょうけれども、その部分に関して、やはりあんまり軽く考えていけないんじゃないかなと思っています。

ひょっとしたら、反対側を回って、時計の12時のところで水野先生の御意見と一緒になるのかもしれませんが、取りあえずそのことだけ申し上げておきたいと思います。

○大村部会長 ありがとうございます。

○大森幹事 ありがとうございます。

第3と第4の制度について、要件自体は変わるところではありません。しかし、部会資料29ページの38行目に記載されているように、一点目に裁判手続によらないこと、二点目に戸籍窓口による形式的な審査であること、この二つの違いから、第4の制度では何によって要件の充足を証明するのかということに関してかなり厳格になってきますし、嫡出の回復という夫への手続保障の必要性が出てくることとの関係でも、第4の手続をどこまで厳格にするのか、あるいはハードルを下げる必要があるのかということに関して皆さんの御意見が出ていると理解しております。

個人的には、非常に難しいバランスの問題だと思っていますし、他方で、せっかくこの第4の制度を作っても、使われなければ意味がないということもあり、非常に頭を悩ませています。その中で、まず一つ指摘させていただきたいのは、刑事施設に収容された場合の在監証明は個人では取れないのではないかとということです。すなわち、刑事施設は個人情報保護の観点から在監された本人でなければ在監証明書を出してくれず、かつて家族だったなどの理由を示しても応じてくれないため、戸籍の窓口へ提出しようがないという限界も現実的にございます。

また、そういった資料の入手や、今日の議論を踏まえて、少し考えさせていただいたのは、裁判手続によらない、形式的審査になってしまうという点が大きなネックとしてあるのであれば、裁判手続によって別居後の懐胎であるということが認定されれば、それを戸籍の窓口へ持っていくことができるという仕組みを作ることはできないだろうかという提案です。

こう申しますと、その場合は第3の手続によればいいのではないかとと思われると思いますが、第3の手続は、部会資料20ページの10行目に「訴えにより」と書かれており、恐らくこの訴えというのは、親子関係不存在確認、若しくは血縁上の父に対する強制認知、この二つの手続しか想定されていないと思われます。要は、第3の手続は、前夫を相手方にする場合、若しくは血縁上の父が実際にいて、協力などもしてくれるという場合に実際

上は限られてしまうわけです。そこで取りこぼれてしまう場合もあるということも考えますと、二つの類型だけではなく、第3の類型として、例えば、別表第1事件の新たな類型として、この届出を出すための別居後の懐胎によるものであることを判断する手続というものを作って、そこで様々な資料を提出するなど立証をして、裁判所で認定してもらい、それを戸籍の窓口に出して届出をするということができればよいのではないかと思った次第です。

その場合の事実認定については、恐らく第3の手続の事実認定と同じことになるでしょうし、この場合には、部会資料20ページの2に記載されているとおり、夫の陳述を聞くことを要しないということで手続保障も必要ないことにもなりますので、別表第2によらず、別表第1の類型として作っても、手続保障上の問題という点ではクリアできると考えることができないだろうかと思いました。就籍許可などに並ぶ別表第1の類型として、何か作れないだろうかと思いましたので、発言させていただきます。

○大村部会長 ありがとうございます。最初に、今日のここまでの議論について整理をしていただきましたが、そのことを踏まえた上で、今回、第3と第4とが出ておりますけれども、第4の中に、言わば第3寄りのものを組み込むということで、困難を突破することはできないかという方向の御意見……

○大森幹事 すみません。一つ申し上げ忘れてましたが、先ほどの在監証明は、実務では第3の手続の中で、裁判所からの調査嘱託という形で入手しています。そういう意味でも、実際に刑事施設に収容されているような事案でも、今おっしゃっていただいた第3寄りの似たような制度を作ることによって、調査嘱託を行って入手することが可能になるのではないかと思います。

○大村部会長 ありがとうございます。今のような御提案を頂いております。これも、ここまで議論してきたところに出ておりましたけれども、やはり窓口でやるということに伴う制約というのがある。それに対応するためには、裁判所の関与がある書面を要求すべきではないかという意見が出ていたところでもありますので、それを受けた形で裁判所が関与する書面を拡張する方向で考えられないだろうかという御提案かと思えます。

これについては、またいろいろな御意見があらうかと思いますが、今日、御提案いただいたところですので、それも踏まえて、事務当局の方で、更にこの第3、第4について御検討を頂くということにさせていただければと思います。

第3につきましては、共同生活が回復する見込みという要件が、なお難しいところを残しているのではないかと、それから、夫の陳述との関係、これは第4についてもありましたけれども、この点にも問題が残るのではないかと御指摘を頂いたところです。第4については、別居届のようなものは困難であるという事務当局の御指摘を踏まえた上で、更に考える余地はないのだろうかという御意見と、それから、個別に認める書面として、どのようなものが考えられるのかということ、どのぐらいの範囲でこの制度を認めるのかということ、夫への通知との関係をどのように考えるのかといったようなことが、論点として出されたかと思えます。どれも困難な問題ですけれども、今のような御意見を頂いたということで、更に御検討を頂きたいと思いますが、事務当局の方で何かありますか。

○小川関係官 いずれの御指摘についても、検討させていただければと思います。

○大村部会長 では、この点につきましては、今のような形で更に御検討いただくというこ

とにさせていただきたいと思います。

大分長くなりましたので、ここで休憩を入れさせていただいて、残り時間を考えると、資料の全部は無理だと思いますので、繰上げさせていただきます第7を、休憩後に御議論いただくところまで進みたいと思います。

それでは、休憩いたします。

(休 憩)

○大村部会長 それでは、再開したいと思います。

先ほど申し上げましたように、また冒頭にも申し上げましたように、順序を変えまして、第7について御議論を頂きたいと思います。事実と反する認知の効力に関する見直しということになります。

まず最初に、事務当局の方から御説明を頂きたいと思います。

○古谷関係官 事務当局の古谷でございます。御説明いたします。

お手元の部会資料19の41ページの方を御覧ください。

第7として、事実と反する認知の効力に関する規律に関するもの、嫡出でない子の規律に関する項目になります。

本文についてですが、前回までに御審議いただいたことを踏まえて、本論点について更に広く御意見を頂きたいという趣旨で、現行法の規定ぶり等を踏まえて、具体的な規律を提示しております。

まず、認知に関する反対事実の主張権者について、現行法ではその他の利害関係人と規定されているにとどまりますが、その利害関係人の部分を開いて、具体的に列挙しております。また、主張の期間制限について、これまでの審議において、成年まで反対事実の主張が許されることとするのは長過ぎるのではないかという御意見があったことなども踏まえて、認知のときから5年、7年、10年という具体的な年数を列挙して御提示させていただいております。

これらの主張権者、法律上の期間制限に関する記述を検討するに当たっては、そもそも事実と反する認知の効力の在り方をどう考えるか、別の観点からいえば、認知が無効となるのは、認知無効等の訴えを提起して認容の判決を得た場合に限られるといった制度とするかどうかといった問題とともに整理する必要があります。この点について、中間試案では、認知が事実と反する事実を取消事由として扱う方向で提示していたところですが、その後の部会資料の中では、無効事由として扱いつつ、無効の主張権者は主張期間に制限を設ける方向で提示させていただいくとともに、無効事由として扱うことを前提とした上で、民法上の認知の取扱いに関する規律と国籍法上の認知の取扱いに関する規律とを分ける方向についても検討してまいりました。

今回の部会資料では、基本的に事実と反する認知は形成無効、すなわち法定の主張権者が法定の期間内に認知無効等の訴えを提起して認容の判決を得た場合に、初めて認知が無効となるものとしつつ、国籍の不正取得などの目的があるときは、認知を無効とすべきとする要請に対応するため、国籍法上の認知の取扱いについて切り離すという提案をするものとなっております。

具体的な内容については、補足説明に書かせていただいておりますが、42ページ以下になります。認知無効の主張権者として列挙するものの候補としては、裁判例等を踏まえ、認知者、子の母、子の未成年後見人、子の真実の父と称する者のほか、認知した者の配偶者、認知した者の血族などを挙げております。現在の条文の立て付けとしましては、子以外は利害関係人として規定されているにとどまりますが、その範囲を具体的に明確にして、子の身分関係の安定を図るとの観点から、主体を列挙することとした場合に、過去の裁判例等で認められている主体を全て網羅的に明記するか、仮に一部明記しないこととする場合に、どのような基準で線引きするかといった点について、御審議いただければと存じます。

続いて、部会資料の44ページ以降になりますが、無効の主張期間については、民法の他の規律も考慮して、成人になる以前の期間制限ということで、認知のときから5年、7年、10年という期間制限を例示させていただいております。この期間制限の長さは、認知された子の身分の安定という観点からいたしますと、主張権者の広さ、狭さといったことに関連するといったことについては、既に御指摘いただいているところです。

また、部会資料45ページ以降ですが、引き続きの検討事項として、専ら特定の推定相続人を害する目的で認知がされた場合の取扱いを、①の例外とすべきかについて、更に検討を加えております。事実と反する認知を形成無効と捉えることにした場合に、認知意思や認知能力など、他の無効事由とされるものについても同様の規律を適用とすべきか否かについて、これまでの審議では、必ずしも深められていた点ではございませんので、是非この点も御審議いただけたらと存じます。

以上が民法における認知の規律になります。この問題について、国籍の不正取得等を目的とした脱法的な認知を防止すべきという要請がありますところ、民法の主張期間を超えた場合に、民法上は認知が有効であることが確定される一方で、国籍取得事務において、血縁関係がないことが明らかとなった場合に、認知を無効なものとして国籍届不受理とするといったことが、現在の日本の法体系の全体的な整合性を保ったままで可能であるかについて、更に御審議いただければと存じます。

この点、事務当局におきましては、更なる調査の中で、民法以外の部分について、国籍取得事務、在留資格審査、そのほか社会保障に関する給付などの不正取得までも考慮した場合に、どういった形で線引きできるのかといった点についても、検討が更に必要なものと考えております。言うまでもなく、本部会においては、民法の規律をどのように見直すべきかを御議論いただいているところではございますが、仮に御議論の結果として、部会で支持された見直し案が他の既存の法律との関係で整合的に説明できないということになりますと、要綱試案として答申いただいた後の立法プロセスの中で見直し案が否定される可能性もないとは言えないと感じているところです。

事務当局としましては、前回から提示させていただいておりますとおり、民法と国籍法との間での認知の効力に関する取扱いを別異のものとする規律につきまして、法体系全体の整合性という点については、法制的な観点を含めて、更に十分な検討が必要だと考えております。それでも、なお従前の本部会での議論を踏まえまして、今回も引き続いて同様の規律を提案させていただいております。

最後ですが、民法と国籍との間で、認知の効力に関する取扱いを別異のものとする規律

については、認知された子の身分の關係の安定の要請という観点を踏まえつつ、認知された子の母が日本人である場合と外国人である場合に、不合理な区別を生じさせるものではないか、さらに、国籍法上、認知の準拠法が外国法となる場合の規律なども踏まえた上で、御議論いただけたらと存じます。

○大村部会長 ありがとうございます。第7につきましては、41ページ、①と②がございませうけれども、①は、請求権者と期間について、具体的な文言を書き込んだ形で御提案を頂いています。このような認知無効を認めていこうというときに、これが法体系全体に、あるいは他の問題にどのような影響を及ぼすのかということについても、御意見を頂きたいということだったかと思ひます。

それから、②の方につきましては、国籍法の問題と民法の問題の關係という点は、従前からこの部会で議論されてきているところですが、一時は、なかなかこれを切り離すのは難しいのではないかと方向で議論をしておりましたが、資料の方には、国籍法第3条の適用に当たっては、民法の規律は適用しないという考え方を示していただいております。前回審議したときから、このような形で出ておりますけれども、精査すると、なお検討しなければいけない問題があるのではないかと御指摘が、先ほどあったのではないかと理解をしております。

この①、②、双方につきまして、御意見を頂ければと思ひます。いかがでしょうか。

○石綿幹事 小さなところで恐縮なんですけど、①の主張権者についてです。オで、子の眞実の父と称する者が挙げられていますが、私は、これは積極的に認める必要はないのではないかと、仮に認めるのであるとすれば、嫡出推定で生物学上の父に否認権を認めていないことと違ふ扱いをする理由を、より明確にした方がよいのではないかと考えております。

子の眞実の父と称する者について、認める必要はないと考えるのは、認知した者、あるいは子、母、子の養育に関わる人たちが否定をしていないのに、なぜ生物学上の父が親子關係を否定できるのかということ、そこまで積極的な地位を生物学上の父に認める必要があるのか、疑問だからです。認知と嫡出推定は根本的に父子關係の成立プロセスが違ふんだということ、かつ、事実と反しているんだということも重視して認めるということも考えられるかもしれませんが、全体的に、できれば認知によって成立した父子關係についても、嫡出推定の場合と同じように保護していけないかということが、この部会の方向性であると、私自身は理解をしております、そうであるならば、子の眞実の父と称する者に否認権を認めるというのは、従前の判例がどうであったかということは別に、もう少し慎重に考えてもいいのではないかと思ひます。

仮に認めるのであれば、繰り返しになりますが、嫡出推定との違ひというのを明確に説明する必要があるのではないかと思ひます。

○大村部会長 ありがとうございます。第7の1の主張権者について、補足説明のオ、子の眞実の父と称する者については認める必要はないのではないかとということで、嫡出推定の場合との対比の観点から御意見を頂きました。ありがとうございます。

ほかにはいかがでしょうか。

○幡野幹事 ありがとうございます。

石綿幹事に続いて、主張権者に関する話なんですけれども、42ページで子とありますけれども、今日の資料でいうと、第5の話に関わってくると思うのですが、成年に達した

子についてどうするかという問題が、第5、嫡出推定の及ぶケースで、仮に乙案が採用された場合には、こちらでも検討する必要があると思いましたが、問題点を指摘させていただきたいと思います。

○大村部会長 ありがとうございます。成年に達した子について、嫡出否認を認めるのならば、認知の方についても同様のことを検討する必要があるだろうという御指摘を頂きました。

そのほかはいかがでしょうか。

○窪田委員 ほかに意見が出ないようですので、一つだけ発言させていただきます。

墨括弧の中に入っていることなのですが、①の部分で、「その配偶者、認知をした者の三親等内の血族」という形で挙がっています。墨括弧ですから、積極的にということではないと思いますが、今回のコンセプトとして、従来は現行法で子、その他の利害関係人となっていたものを、やはり明示的に限定しようという意図で作られているということで、それはよく分かるのですが、一方で、認知をした者の三親等内の血族って、ものすごく広いのではないかという感じがいたします。これは多分、今の相続人の範囲より、一般的に言うところと広がるだろうと思いますので、基本的に、私はやはり墨括弧の中のような形で、余り広げるといような方向にはならないような形にさせていただきたいと思っています。

そうしますと、これまでのところで、無効の主張権者とされていた者が外れる可能性もあるとは思いますが、ここで見ていると、外れても仕方がないのかなという気がしますので、そういう意味での意見ということで申し上げさせていただきました。

○大村部会長 ありがとうございます。主張権者について、先ほど石綿幹事から御発言ありましたけれども、窪田委員からは、現在の括弧に入っている人たち、特に三親等内の血族は広過ぎるのではないかという御意見を頂きました。

そのほかはいかがでしょうか。

○大森幹事 今の石綿幹事や窪田委員の御発言と重なるのですが、主張権者のところで、嫡出子との違いの有無をまずは明らかにしておく必要があるのではないかと思います。例えば、部会資料4 4ページの認知者の配偶者に認めるかという点についての記載の中で、相続権や相続分への影響、あるいは認知者の親族のところでも、相続や扶養義務といった利害関係という言葉が出てくるわけですが、嫡出子の場合には否認権者についてそういう考慮はしていないわけで、そこを同じように考えるのか、同じようにしないとすればなぜなのか、そういった根本的なところをまずは考えた上で、各論としてどこまで広げるのか、広げないのかということ論じていくのがよいのではないかと思います。

○大村部会長 ありがとうございます。今までの委員、幹事の御発言の中にも含まれていたかと思いますが、このような案を採用するとしたときに、嫡出推定、嫡出否認との関係をどう捉えるのか、それと並びの方向で考えるのか、それと違うものであるという方向で考えるのかということを検討する必要があるだろうという御指摘を頂いたかと思います。

最終的に出来上がった制度は、どちらかに完全に寄せた形になるかどうかというのは、また別の問題かもしれませんが、どのようなところに帰着するとしても、考え方については注意しておく必要があるのではないかという御指摘として承りました。

ほかにはいかがでしょうか。今、第7の1の誰が請求できるかと、主張できるかという

点に意見が集まっておりますけれども、その点以外の点につきましても、何かありましたら御意見を頂ければと思います。

事務当局の方からは、このような形で無効というものを認めるということに伴って、民法内で他に影響はないか、それから、国籍法3条との関係では、切り分けるという方向で考えているわけですが、本当にそれで大丈夫かといったようなことについても、御意見を頂きたいという御発言があったと思いますが、そのような点につきましても、もし何かあれば、是非御発言を頂ければと思います。

いかがでしょうか。

○水野委員 前回から申し上げておりますように、こういう詐欺的な国籍取得のための認知無効は、もう別建てで扱うということで、本来の認知無効については、被認知者の身分関係の保護を民法で認めるべきだと思います。御提案の趣旨は、基本的に、そちらの方向に沿った書きぶりにしていただいている、これでいいと思うのですが、この点について、民法に、詐欺的な認知について書き込む必要があるかどうかというのが、事務局からのお尋ねでしょうか、それとも、それは、国籍法に任せるという形でお考えという趣旨で、かつ、それでいいのだろうかというお尋ねでしょうか。先ほど事務局が、御意見がありましたらということなのですが、かつ、これで法制局を通るかどうかというお尋ねだったかと思うのですが。

○大村部会長 ありがとうございます。そのところは、何か補足の説明があれば。

○古谷関係官 基本的には、水野委員御指摘のとおりで、民法の方の規律としては、基本的には明確な形で主体期間の制限の規律、この点に関して、中間試案等でも出ていたとおり、ある程度主観的要件も含めた形で民法に書き込むことについての問題点というのを指摘されたことを踏まえての提案となっておりますので、民法の中ではある程度明確な形にした上で、あとと国籍法の方に任せて、それを適用しないという形での規律ができるのかどうかを御質問させていただいております。こちらからの質問になってはしまうかもしれませんが、フランスのような身分占有による調整のない状況において、民法上の主張期間について形式的な制限を厳格に適用した場合に、他の制度への波及効果、その点について、何か問題点等が委員として感じられるところがあれば、率直に御意見等頂けたらと存じます。

○水野委員 私は、もちろん民法に書き込んでもいいと思いますけれども、犯罪行為になるような場合、例えば、ストーカーが被害者との婚姻届を勝手に出してしまったような場合、これは職権で完全に消去されてしまいますし、そういう犯罪関係と婚姻無効を争う国民の関係とは、もう全然違うものだということは、民法の世界で前提とされていると思います。一方、国籍取得のための詐欺的な虚偽認知の場合には、民法にそれを書き込むという判断もあり得ると思いますけれども、書き込まなくても虚偽の婚姻届と同じような形で、わざわざそれについて特別の規定を書き込む必要はないという方法で、法制局にも納得してもらえないのではないかと思います。どちらの書き方もあり得るだろうと思います。

ただ、フランス民法の場合には、公的な権力が私人間にかなり介入することを前提として、検事が提訴権者に入っている条文が相当にあり、実際に検事が積極的に活動しています。日本民法もフランス民法をもらっているところでは、例えば、親権喪失とか、婚姻取消とか、いくつか検事を提訴権者にする国家介入を民法の中に書き込んでいます。けれども、実際には、日本では検事が民事では能動的には動きませんので、そういう部分はほ

とんど死文化しています。そういう実際には機能していない、何だか盲腸のような条文が民法の中にあります。日本民法の世界では、検事が国家の秩序を代表して実際に能動的に家族関係に関与することは、現実にはあまり予定されていないのだろうと思います。日本民法の世界では、原則として民民の関係だけだと考えましたら、国籍法の方は、もっとはるかに刑事的な領域で起こる問題を処理してきました。ですから、国籍法の方に委ねておいても、従来の民法の体系との違和感はないし、説明もつくという言い方が、法制局に対してはできるように思います。もちろん、国家介入の、例えば、検事などの介入を民法の中に書き込むというフランス法流の本来的判断を採る方針もありうるのですけれども、従来の日本法の全体の体系の中から言うと、むしろ異質なものになるかもしれません。そこで切り分けの説明はできるのではないかと思うのですが。

○大村部会長 ありがとうございます。民法の中に濫用的な認知についての特別な規定を置かなくても、現在の提案で、少なくとも民法の側で問題が生ずることはないという御意見として承りました。

ほかに、今の点に関連して何かございましたら伺いたいと思いますが、いかがでしょうか。

先ほど国籍法との関係ということを申し上げましたけれども、1のような形で無効だということにしつつ、主張権者、提訴権者を制限し、期間を制限するという規律を新たに設けるとすると、これは、認知についてだけこうしたものを置くということで、大きな問題はないだろうかといった点についても、何かあれば伺いたいと思いますが。

事務局からどうぞ。

○小川関係官 1点、国籍法については、国籍法の方で対応することで整理できるのではないかという御指摘もあったところかと思うのですが、事務局としてお伺いしたいのは、国籍以外にも、認知を基礎として、例えば、子どもであるということで社会保障給付を受けられる制度があり、このような制度との関係で、認知が血縁に反する場合でも親子関係があるということになりますと、給付を受けられることとなる可能性があるかと思うのですが、それでよいのかどうか。先ほど水野委員がおっしゃっている詐欺的な認知というのを民法の中に入れるべきかどうかというような部分は、詐欺的なものの中に国籍だけではなくて、それ以外の認知を基礎とする親子関係に基づいて構築されている制度との関係で、民法の民事基本法としての立場から、不法なものというのを排除するような規律を、何か手当てをしておく必要があるのではないかという点はいかがでしょうか。これは、民法の中に書くのか、あるいは個別法の中で手当てをすればよいのかという問題かとは思いますが。この問題は、5年、7年、10年というような期間を経過した後の問題もあり得ると思いますけれども、前回意見が出ておりましたように、認知無効が形成無効のような形になるのであれば、国ないし地方公共団体が争えないということになると、認知が有効であることを前提としなければならないのかという形で、若干シビアな問題になってくるかとも思うのですが、いかがでしょうか。

○大村部会長 ありがとうございます。国籍以外の問題もあるのではないかというお話かと思いますが、それについて何か御意見があれば頂きたいと思いますが、いかがでしょうか。

○窪田委員 今、この中でも挙がっているものとして、例えば、専ら相続人を害する目的で

認知がされた場合というのもありますし、あるいは、専ら相続を目的とする認知というもの、裕福な病弱の子どもであればあるのかもしれませんが。いろいろなパターンがあり得るのだらうと思いますが、基本的には、そういうものに対して嫡出推定の方の仕組みからいうと、一定期間の経過があると、それに対してもはや争うことができないという仕組みが用意されていますが、ただ、それは恐らく親子関係の実態とか家族という実態があるということをも前提とした枠組みなんだろうと思います。

認知の場合も同じではないかとも考えられるのですが、一方で、知らない間にされてしまうような認知というのを考えると、実際に親子関係なんて全然形成されていない知らない間とか、認知されただけでというようなことを考えると、何かそれについて、例外を設けなければいけないのかなという、事務当局の何となく発想というのは、私自身は理解できるような感じもいたします。ただ、それをどういうふうに組み込んだらいいのかなということと、その書きぶりによっては、772条の側との関係で平仄が合うのかという問題が出てきます。ただ、本当に勝手になされる認知という仕組みが、認知のところで同意要件をもう少しきちっと見直すということであれば、それによってある程度は対応可能なだろうと思いますし、ちょっとその点も含めて整理し直す必要があるのかなと思いました。事前には考えておりませんが、今言われて、そういうふうに思いました。

○大村部会長 ありがとうございます。先ほど大森幹事がおっしゃっていた嫡出推定並びで発想するのか、いや、認知はそれとは別のものだということから出発するのかということとも関わる問題かと思えます。

ほかにはいかがでしょうか。

○中田委員 ありがとうございます。

今の窪田委員の御発言とも関係するのですけれども、①の期間制限について、5年、7年、10年という案が出ているわけですが、専ら相続人を害する目的、あるいは専ら相続を目的とするのでない認知のこれまでの扱いですね、あるいはこれまでの例として、5年、7年、10年よりも超過するようなケースというのがどの程度あったのか、それが期間制限によってなくなることで、認められなくなる場合に、別の要件で絞っていかうというのが今回の発想だと思うんですけれども、そもそもどの程度の期間のものが今まであったのかというのを、なかなか調べることは難しいと思うんですけれども、判例などで分かる範囲で教えていただければと思います。単なるお願いだけです。

○大村部会長 ありがとうございます。この期間を設けることによって、これにかかってしまうものが、現在どのくらいあるのだらうかという御質問かと思えますけれども、それについて何かありますか。

○古谷関係官 現時点で具体的な件数等は把握しておりませんので、調べた上で御報告させていただきたいと存じます。

○大村部会長 ありがとうございます。そのようにお願いをしたいと思います。

そのほかはいかがでしょう。

○大森幹事 43ページの認知をした者の中で、生物学上の父子関係がないことを知っていた場合の扱いについてですが、御指摘のとおり、平成26年の最判は認知無効できると判断していますが、その根拠として、ほかの利害関係人も無効主張できるから制限しても余り意味がないのではないかとといったことなども指摘しています。ただ、今日議論させてい

ただいた中で、どこまで主張権者を絞るのかということによって、ここが変わってくる可能性があると思うのが一点目です。あともう一点として、自分と血が繋がっていないことを知っていながら、法的な父となる意思を示したという意味では、生殖補助医療によって生まれた子に対して、法的な父として引き受けた者に対して、禁反言といえますか、争えないという規律との整合性といった点も考えながら、扱いを検討する必要があるのではないかと思います。

○大村部会長 ありがとうございます。認知者が認知した時点で、生物学的な親子関係がないということを知っていた場合はどうするのかということについて、平成26年の最判が言っていたような理屈が、今後も当てはまるのかどうか、それから、子どもを引き受けたという観点で見ると、生殖補助医療の場合との対比というのが必要なのではないかと思います。御指摘を頂きました。ありがとうございます。

そのほかはいかがでしょうか。

事務当局の方で、この問題をというの何かあれば。

○古谷関係官 ありがとうございます。今まで頂いた御意見を踏まえて、主体についてある程度限定する方向での御支持があるという前提で考えておまして、その上で、どのような形で線引きできるかというのは、更に検討させていただきたいと思います。

これまでの議論にもありますが、ただ、その利害関係人ないし民法上の主張権者の中に、国又は地方公共団体を含めるという解釈は採られておらず、水野委員から御指摘のような検察官によるところまで踏み込める方向性は現時点で想定し難い中で、現状、当然無効で動いている国籍実務ですとか、在留資格等の事務とどう整合させるのかどうかという点も含めて、検討させていただきたいと思います。

もし最後に、虚偽認知以外の無効事由、認知能力ですとか認知意思についての期間制限の適否についても、御意見いただけたらと存じます。

○大村部会長 ありがとうございます。今の点、いかがでしょうか。虚偽認知以外の場合について、どう考えるかということについてですけれども、何か御発見があれば、伺いたいと思います。

水野委員、お願いします。

○水野委員 非常に難しい問題で、フランス法ですと、身分占有というとても便利な概念があるのですが、そういう概念がありませんので、紛争時に社会的事実としての親子関係を配慮しにくくなっています。もともと認知という、親子関係を創設する重い行為が、戸籍上だけの行為です。婚姻の場合、嫡出推定の場合には、婚姻生活という外見から担保されるような身分生活があるわけですけれども、認知の場合には、それが親子らしい生活実態を伴っておらず、戸籍上だけ周囲も知らないうちにふっと書かれているということがございます。

フランスの場合には、認知のときに本人にいろいろ言って聞かせるとかチェックするとか、あるいは身分占有という概念を使うとかで、嫡出推定と平行にできるような準備がある程度あるのですけれども、日本の場合、戸籍上の認知が、実質的なチェックのない形式的な届出だけで、余りにも生活実態とかけ離れているという問題があります。そこで、原案を考えられるときに、ただ嫡出推定と平行に考えていいのかという危惧をもたれるのは、とてもよく分かります。分かりますけれども、その危うさを血縁主義で規律する

ことにすると、非嫡出子身分が脆くなります。血縁ではない、適当な規制を設けるとしますと、何か身分占有に似たような概念を、認知の場合に入れるというのも一つの案かと思えます。親子としての生活実態を伴っているときというような要件をかけることによって、国籍法などとの機械的な切り分けも、できやすくなるかもしれません。

すみません、今の段階では単なる思い付きですけれども、そういうことも考えられるかと思いました。

○大村部会長 ありがとうございます。生活実態を伴わない認知というのがあるので、一定の要件を更に掛けるということも考えられるという御指摘を頂きました。

ほかに、この第7につきまして御意見ございませんでしょうか。

○棚村委員 1点、先ほど事務当局からも聞かれた、国籍取得もそうですし、社会保障上の給付とか、そういうものが、これからも手厚くいろいろ出てくる可能性があると思います。そうすると、諸外国でも、グローバル化に伴い滞在資格・在留資格、国籍取得とかについては、深刻な問題であり、移民政策とも関わっているときに、民法というか、基本的な生活や身分関係に関わるようなところでも、きちっとルールを決めなければいけないとなってくる可能性はあると思います。

ただ、日本の場合に、現状で各種の社会保障給付とか公的な在留資格とか、国籍などの不正取得とかというものも含めて、民法という基本法でも放置できないほどの深刻で重大な問題が起こっていると考えるべきかでは、少し疑問があります。また、かりに問題が起こっているにしろ、それを民法の中に取り込んでいくような規律が一般的にできるのかという点でも、少々疑問があります。それから、不正目的での認知の規律を設けるだけの実際のニーズがあるのかという点で、多分多くの幹事とか委員はそこまで深刻な事態にいたっていないのではないかという印象をもたれて、今のところは、この問題と別建てにしてはどうかということだと思います。ですから、現状ですと、そういうような問題があるし、何らかの対応を採らなければいけないだけけれども、民法にそういうものを考慮した規定を置いておくニーズがあるかという点で言うと、今の段階ではこの問題に対応する認知の規律の見直しをするところまでいっていないのではないかと考えている次第です。端的にいうと、ほかの国が深刻に抱えている問題状況までには、日本では顕在化していないのではないかという印象です。

そうすると、やはり事務当局からの御提案のように、国籍取得も含めてですけれども、民法の規律とそういうものへの不正取得に対する対応とか、濫用的なものについては、少し慎重に検討した方がいいのかなと思いました。現時点では、そう思っています。

○大村部会長 ありがとうございます。濫用的な利用についての現状についての認識と規定の書きぶりについて、御意見を頂きました。

○佐藤幹事 いろいろ御意見いただきましてありがとうございます。

認知に関しましては、国籍取得という場面で考えますと、国籍を元々有していない子の認知という、そういう意味で渉外的な認知の話になりまして、それは認知の中でどれくらいの割合を占めるのかというような話にもなるかもしれません。ただ、先ほど関係官の方からも申しました、例えば、国内での給付行政の要件として、認知によるものを含む親子関係が前提となっているような場合も考えると、非常に広がりのある問題となります。これまで民法以外のそういった法律や制度等で認知というときには、当然民法における認知

とずれることは全く想定されていなかったところですが。しかし、他の法律において、例えば、民法の認知であって、かつ、血縁が実はない者、というような、そういう要件を仮に課した場合には、それはそういう要件が課されたことによって、実態としては、恐らく民法の認知とは実質的なずれが生じてくるのではないかと。それを、果たして同じ認知という言葉で表現できるのかどうかというような、ある意味では法制的な観点からの問題なのかもしれないんですけども、そのような指摘がされ得るのではないかと。ところが、事務当局としては、ある意味懸念をしているところではございます。

もちろん、今日の御指摘も踏まえまして、またいろいろ検討してまいりたいと思っておりますので、いろいろ御示唆を頂ければと思っております。

○大村部会長 ありがとうございます。皆さん、この第7の②で、国籍法3条の適用に当たっては、民法の①の規律は適用しないという形、従前の議論をまとめた形でこのように書かれているので、これでよいのではないかと。御感触の方が多かったかと思っておりますけれども、今のような問題意識から、更に意見を伺いたいということだったということですが。

○窪田委員 すみません、もう時間を過ぎておりますが、今の点で一言だけ。

恐らく、形成無効というふうな形で構成すると、よりやはり国籍法との関係が難しいことになるのかなと思います。ひょっとしたら、確認無効という形に組み直した場合に、何か工夫がないのかというのを、少し御検討いただいてもいいのかなという、今日はもう形成無効の方向で検討しているということだったのですが、その点も含めてちょっと考えていただく余地があるのかなと思いました。

○大村部会長 ありがとうございます。御指摘の点も含めて、更に検討をして、次の段階でお諮りをさせていただくということになろうかと思っております。

予定の時間も過ぎておりますので、第7についてはこのぐらいにさせていただきたいと思っております。

それで、残ってしまったところがありますけれども、その点も含めて、今後のスケジュール等につきまして、事務局の方から御説明を頂きたいと思っております。

○佐藤幹事 次回の日程は、10月5日火曜日の午後1時30分から午後5時30分まで、場所は法務省20階の第一会議室でございます。

今回は、今回の積み残しの部分も含めて、引き続き更なる検討が必要な論点について御審議を頂く予定でございます。

○大村部会長 ありがとうございます。

それでは、法制審議会民法（親子法制）部会の第19回会議を、これで閉会させていただきます。

本日も熱心な御審議を賜りまして、ありがとうございました。閉会いたします。

—了—