

2021年（令和3年）3月29日

法務省民事局参事官室 御中

大阪弁護士会

会長 川 下 清

「民法（親子法制）等の改正に関する中間試案」に関する意見募集（パブリックコメント）に対する意見書の提出について

去る2月25日に公示された、「民法（親子法制）等の改正に関する中間試案」に関する意見募集（パブリックコメント）に対し、別紙のとおり当会の意見書を提出いたしますので、よろしくお取り計らいください。

以 上

「民法（親子法制）等の改正に関する中間試案」に関する意見募集
（パブリックコメント）に対する意見書

第1 懲戒権に関する規定等の見直し

1 懲戒権に関する規定の見直し

懲戒権に関する規定の見直しについては、次のいずれかの案によるものとする。

【甲案】民法第822条を削除する。

【乙案】民法第822条を次のように改める。

親権を行う者は、その子に対し、第820条の規定による監護及び教育のために必要な指示及び指導をすることができる（注1）。ただし、体罰を加えることはできない（注2）（注3）。

【丙案】民法第822条を次のように改める。

親権を行う者は、第820条の規定による監護及び教育を行うに際し、体罰を加えてはならない。

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

（注2）（注1）において「指示及び助言」を採用した場合には、ただし書の規律を設けないことも考えられる。

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

【意見】

甲案に賛成する。

丙案については、利点もあり、積極的に反対するものではないが、影響が大きい案であるため慎重に検討されるべきである。

【理由】

- 1 懲戒権規定の改正目的は、その誤った理解から子どもの虐待に対する親の弁解に利用されているという問題を解消することにあつた。そうであれば、丙案が体罰禁止を明確なメッセージとして定めているという利点は評価できるところではある。
- 2 しかしながら、以下の点から、総合的な検討をすると、丙案ではなく甲案

が優れると考える。

(1) まずは法律の条文構造上の問題が挙げられる。

すなわち、①「児童虐待に対する親の弁解に利用されることを解消する」という改正目的との関係では822条の削除で足りている。②また、820条において親権が「子の利益のために」行使されるべきとされているところ、「体罰等の禁止」はその解釈として当然導かれる内容のはずである。しかし、丙案は、その解釈をさらに別の条文にて定めなおすものであって、条文体系上の違和感が拭えないし、特に民法のような基本法においてこのような条文構造を採用することの是非が問題になりうる。（ただし、丙案はあえて別途明記することに意義を見出すものであるから、考え方の違いを超えず、この点で優劣はつけられないとも考えられる。）

(2) また、体罰をなくすという改正目的においても、必ずしも丙案のほうが優れるとは言い切れないとの指摘がある。

そもそも児童虐待防止法14条において、体罰禁止規定が先行して施行されているところ、これに対する現状の評価がなされないままに、同様の規定を民法に定めることの是非は判断できない。

体罰等を解消するにあたっては、①体罰が子の養育にとって不要であり、かつ、不適切な手法であることの意識醸成と、②保護者に対する具体的な養育のサポートや支援の充実とが車の両輪となる。そのため、先の児童虐待防止法の改正によって①の目的がどれほど達成されているのか、さらに民法改正で同様に規定を導入する必要があるかどうかの検証が本来先になされるべきである。

そして、②支援の充実がなされないままに、①法律上のメッセージ性のみを強めていくことは、ともすれば孤独な養育者を追い詰め、むしろ、支援の目の行き届かない場面での体罰や、体罰以外の心理的虐待の増加等につながるリスクにつながることも考えられる。

(3) さらに、別の観点からの指摘として、今回「体罰」のみが禁止の対象となっており、暴言や人格の否定、支配的な関わり等の不適切な懲戒方法（心理的虐待にあたる事象等）が文言上の対象とされていないことが挙げられる。

本来、子どもの育ちに与える様々な影響を考えれば、身体的虐待と心理的虐待等とで一概に軽重をつけるべきではないが、丙案による改正では、体罰のみが挙げられているため、「体罰以外であれば不適切な懲戒行為も『子の利益』のために許容される」という誤った理解を誘発する可能性もある。丙案が修正され、心理的虐待等をも含む文言とされるのであればともかく、現状の丙案には問題が残る。

大阪弁護士会

民法（親子法制）等の改正に関する中間試案に対する意見

- 3 以上のとおり、丙案の利点は認めつつも、条文体系上の問題や、児童虐待防止法の評価未了、改正によって生じる負のリスクを考慮して、甲案が優れると考える。

2 監護及び教育に関する一般的な規律の見直し

- (1) 懲戒権に関する規定の見直しに伴い、親権者の一般的な権利義務を定めた民法第820条を次のように改める。
- ① 親権を行う者は、子の利益のために監護及び教育をする権利を有し、義務を負う（注1）。
 - ② 親権を行う者は、①の監護及び教育に際して、子の人格を尊重しなければならない。（注2）
- (2) 居所指定権を定める民法第821条及び職業許可権を定める民法第823条を見直すことについては、慎重に検討する。
- （注1）「権利を有し、義務を負う」に代えて、「義務を負い、権利を有する」とすることについて、引き続き検討する。
- （注2）児童虐待の防止等に関する法律第2条の「児童虐待」に当たるものはもとより、「児童虐待」に至らないものの、罵詈雑言等の子の人格を傷付けるような行為についても、民法第820条の「監護及び教育」の範囲には含まれず、親権の行使として許容されないことを前提としているところ、②の規律を設けることにより、この点がより明確になるものと考えられる。

【意見】

1 (1)について

- 1) 方向性は賛成する。ただし、現状の①②の書き分けは迂遠であること、子の人格を尊重することは子の最善の利益の保障の前提であることを踏まえ、一つの条文にするなど、条文構造の検討が必要である。

2) (注1)について

第一次的には「責任を負う」等、親権は「子に対する権利」ではなく、第一義的な養育の責任であること（子どもの権利条約18条1項及び児童福祉法第2条2項を参照）を明確にすべきである。そのような修正を加えない場合は、（注1）のとおり「義務を負い、権利を有する」とすべきである。

2 (2)について

慎重に検討することに、賛成する。

【理由】

1 (1)について

「子どもの人格の尊重」については、児童虐待の防止のみならず、日常の監護・養育において守られるべきものであり、子どもの権利条約の精神にも

合致する普遍的な内容と言えるから、明記することが望ましい。「子の利益」（820条）との規定は存するが、この文言をもってしても、親権者が独自の視点で考える「子の利益」が独り歩きしたり、過度なパターンリズムに陥ることも考えられることから、「子の人格を尊重」という文言が加わる肯定的な意味は大きい。

ただし、現案のように①・②と書き分けることは迂遠な表記のようにも思える。また、子を一人の人格の主体として尊重することは当然、子の利益保障の前提となるが、現状の①・②の条文構造では、あくまでの子の人格尊重は親権行使の限界を画するような趣旨のみに読めるという問題もある。そこで例えば、「親権を行う者は、子の人格を尊重し、子の利益のために監護及び教育を行う責任を負う」といった表記を検討すべきではないか。

2 (2)について

現状、821条及び823条についての議論は十分ではないが、親権の内容や820条の条文文言の在り方の方向性が定まれば、それに沿う形で検討をすべきと考える。

大きな方向性としては、①現状の文言のまま残す、②820条の子の「監護」の一態様であり、そこに含まれるものとして削除する、③職業許可及び居所指定についても、子に対する権限ではなく、親権者の「責任」として構成する文言に書き換える、といった選択肢が考えられる。

第2 嫡出の推定の見直し等

1 嫡出の推定の見直し

民法第772条の規律を次のように改める。

- ① 妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する。妻が婚姻前に懐胎した子であっても、妻が婚姻の成立した後に出産した子であるときは、同様とする。
- ② 婚姻の解消又は取消しの日から300日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する（注1）。
- 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つて、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（前夫の子と推定する。）。

（注1）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、前夫の子と推定しないこと（例えば、①について「妻が婚姻中に出産した子は、夫の子と推定する。」とし、②、③の規律を設けないなど）については、その子と前夫との間に生物学上の父子関係がある蓋然性の有無や、離婚後に生まれた子に当然には法律上の父が確保されないことになること等に留意しつつ、引き続き検討する。

【意見】

1 ①について

婚姻後200日以内に出産した子の父を、夫の子とする点には、賛成する。

ただし、条文化においては「妻が婚姻中に出産した子は、夫を父とする」（ないし夫を父と推定する）と規定すれば足りる。

2 ②について

反対する。注1）について賛成する。

3 ③について

かかる規定を設けることに反対する。注1)に賛成する。

仮に上記②を採用した場合には、甲案に賛成する。

4 仮に②及び③を採用する場合でも、無戸籍解消のために、前夫を相手方とせず、母ないし子による、DNA鑑定をともなう血縁上の父に対する裁判上の認知の手続きにより、前夫との父子関係が否定され、血縁上の父との間の父子関係が生じることを内容とする手続きを設けるべきである。

5 仮に②を採用する場合でも、嫡出を推定する期間を、300日より短縮すべきである。

【理由】

1 ①について

1) 現行民法第772条2項前段では、婚姻後200日以内に出産した子は、婚姻中に懐胎したものとは推定されない。

しかしながら、かかる200日中に出産した子については、戸籍においては、嫡出子として出生届け出は受理される。かかる期間の99.5%以上は嫡出子として受理されているところである。

かかる期間について戸籍上の出生届け出が受理されるのは、古くにおいても婚姻前の内縁を経て妊娠がわかってから婚姻する場合も相当程度あったことを踏まえてのものであるようである。

かかる子は、推定されない嫡出子とはされるものの、現実には嫡出子として戸籍上受理されており、かかる実務も当然定着しているから、嫡出子としての効果において、出生が婚姻後200日の前か後かにおいて、特段区別する必要性は乏しい。

現行法においては、父子関係を争う方法が200日の前であるか後であるかによって、親子関係不存在確認訴訟か、否認訴訟かによる違いがあるが、本改正では否認権について否認権者を拡大し出訴期間を延長する方向であることから、争う方法を200日の前後を問わず、嫡出否認の訴えに統一し、同じ期間制限に付することが合理的である。

従前よくみられた内縁を先行する婚姻とは異なるものの、近時においては妊娠がわかったことをきっかけとして婚姻に至るカップルも相当程度存し、社会的にも十分許容されていることに鑑みると、婚姻前に懐胎したことをもって、父子関係に確定において区別する必要性も実益もない状況に至っているといえる。

それゆえ、本提案が、現行第772条2項前段と異なり、婚姻後200日までも含めて、子の出産当時の母の夫を父とする点には、賛成する。

2) ただし、本試案は、「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、妻が婚姻中に出産した子であるときは、同様とする。」とする。その内容自体は理解しないわけではないが、条文化を見据えたとき、かかる表現では条文としてはなじまないから、条文化においては、「妻が婚姻中に出産した子は、夫の子とする」旨を規定すれば足りる。

3) 本試案は、懐胎に重きを置くことを意識したものであるとは考えられるが、そのために、上記の表に表現しなければならないとするのは、硬直的すぎる。

もとより、父子関係の確定において、父子に血縁が存することは重要な要素であるが、一方、現行民法においても、嫡出推定や嫡出否認の出訴期間の制度を踏まえ、血縁関係がなくても民法の定めたルールに則って父子関係が生じるというのが当然の前提である。こうした観点からは、「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、妻が婚姻中に出産した子であるときは、同様とする。」とのくどい表現にこだわらなくとも、「妻が婚姻中に出産した子は、夫の子とする」としたうえで、否認権行使の制度の範囲内で、血縁関係のない場合に否認することが可能である制度を設けることで、制度全体において、血縁関係と父子関係の早期確定、及びそれによる血縁関係のない場合でも父子関係が生じうる可能性を制度として内包していることも含めたバランスの取れた制度を構築することができるのであって、それで足りる。

「妻が婚姻中に出産した子は、夫の子とする」としつつも、第一義的には懐胎や血縁関係に重きを置いた制度であることは、制度全体から十分理解できることはもとより、立法過程を担当官執筆によるいわゆる一問一答等の書物において、明確に記載することで十分明らかにすることができる場所である。

4) 上記のとおり規定する場合には、懐胎を推定し、さらに父子関係を推定するとの2段の推定を用いる必要はない。かかる「推定」の言葉を使わずとも、立法技術的には十分条文化しうる。即ち、端的に「妻が婚姻中に出産した子は、夫の子とする」とすれば足りる。

仮に、「夫を父と推定する」として推定の用語を用いるとしても、推定の対象を明確にするとともに何によってその推定が覆るかを明確にする必要がある。上記の内容を規定するとすれば、懐胎の推定を条文に盛り込む必然性はなく、推定といっても、父子関係を推定するものであり、かかる

推定は否認手続きによって覆るものという程度のもので足りる。

- 5) それゆえ本試案①については、婚姻後200日以内に出産した子の父を、夫の子とする点には、賛成するものの、ただし、条文化においては「妻が婚姻中に出産した子は、夫を父とする」（ないし夫を父と推定する）と規定すれば足りる。

2 ②について

- 1) 本中間試案②においては、「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」とし、かかる子について、前夫と父と推定するものである。

本意見書では、これについては、反対する。

- 2) 本中間試案では、②のほか、①及び③と合わせて、離婚後300日以内に出生した子であっても、再婚後に出生した子は、前夫の子とはされない。また後記のとおり否認権者を母や子にも拡大する。こうしたことから、その限りにおいては、無戸籍解消について一定の効果は期待できる。

しかしながら、本中間試案では、子の血縁上の父の協力が得られず母が再婚しない場合には、前夫に対して母が（本改正に従い）否認しない限り救済されないこととなり、前夫に対して法的対応を取ることを強いることとなる。

それゆえ、かかる場合に、従前のDV等を理由に、そもそも前夫に対する法的対応を選択することが事実上困難である事案は本改正における救済の対象外となる。

本改正ではこうした場面を置き去りにする可能性があり、無戸籍防止という本法制審における立法目的、すなわち、母が、子の出生届け出による戸籍登録を躊躇するきっかけをできるだけなくすべきとの観点からは、賛成できない。

また、本中間試案では、中間試案の内容を前提としつつも、こうした場面をさらに積極的に救済する具体的かつ効果的な方策が何ら提示されていないという重大な問題点があると言わざるを得ず、賛成できない。

- 3) ②がなくとも、前夫は、救済されうる。

前夫の権利利益の保護の観点からは、前夫のうち、現実に父子関係を有する者に限定して救済の余地を与えれば足りる。かかる者に対する権利救済の方法を残すとすれば、かかる者が積極的にとる法的対応としては、無戸籍防止という本法制審における立法目的、すなわち、母が、子の出生届け出による戸籍登録を躊躇するきっかけをできるだけなくすべきとの観点からは、

前夫において、本中間試案の認知制度の見直しにかかる中間試案に従い、自ら、当該子との血縁関係を立証して、認知をすれば足りる。それゆえ、あえて、婚姻後300日以内に出生した子について、前夫と子の父子関係を推定する必要はない。

4) 子に父が存在しない状況についての再反論

離婚後300日以内に出生した子について、前夫を父と推定しないとすると、「子に父が存在しない状況が生じ、子にとって安定した父子関係が早期に生じないこととなる」し、「本来、血縁関係があり父となるべきものについて、父としての地位や責任を回避する余地を与える懸念がある」との指摘がありうる。

しかしながら、これについては、妊娠がわかって、前夫が父となるべき場合には、胎児認知を行ったり、離婚の時期を出生後に遅らせるなどの対応も十分可能である。

これについては、なにより、国民が親子に関する法制度を十分理解できることが不可欠であるが、法改正が成立した後は、法教育の充実などによりこれを実現することは十分可能である（そもそも、現在の無戸籍問題については、国が国民に対して、法制度を十分理解できるように対応していないために、国民が自己の権利を自ら十分に守ることができていないことも要因の一つである）。

3 ③について

1) 上記②について、本中間試案に反対し、注1)に賛成する本意見書の立場からは、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せず、前夫の子と推定しない以上、③については、かかる規定を設ける必要がなく、反対する。

2) ただし、仮に上記②を採用した場合には、甲案に賛成する。

すなわち、③における本試案においては、婚姻の解消又は取消しの日から300日以内に生まれた子を、前夫の子と推定するとしても、母がその300日以内に再婚し子を出産した場合に、上記①を適用しそれを優先するものである。即ち、婚姻の解消又は取消しの日から300日以内に生まれた子であっても母の再婚後に出生したのであれば、再婚後の夫の子と推定される。

かかる取り扱いは、母が子の出生時に前夫以外の男性と再婚していたときは、前夫の生物学上の子である蓋然性よりは、むしろ再婚後の夫の生物学上の子である蓋然性の方が高い考えられることや、母が再婚をしたとき

は、再婚後の夫婦が自らの子として子を養育する意思があり、再婚後の夫婦の子と推定することが相当であるとも考えられること等を根拠とするものである。かかる根拠も評価しうる。

かかる中間試案においては、離婚前には長期間別居しており前夫による懐胎の可能性がないものの、別の男性との間で懐胎した場合であっても、離婚後再婚すれば、出生した子について前夫の子とは推定されないこととなる。その限りにおいては、無戸籍が生じることを解消する方向に働くものといえ、本試案も評価しうる。

3) 死別の場合の取り扱い

上記②と本試案③を採用する場合において、前夫と死別した場合を区別しない甲案に賛成する。

夫が死別した場合には、死別直前まで夫婦間の性交渉の可能性があり、なお、死別後300日以内に出生した子については、死別した前夫との間で懐胎したとの可能性が、死別以外の場合に比して高いとの考え方もありうる。

しかしながら、婚姻の解消等の原因が死別である場合でも、母が子の出生時に前夫以外の男性と再婚していたきは、前夫の死亡前から夫婦関係が破綻しているとともに、母は前夫の死亡前から再婚をした男性と親密な関係にあり、再婚後に出生した子は、亡夫よりも、再婚後の夫の生物学上の子である蓋然性の方が高いとも考えてよい。また子の出生時に母が再婚していた場合は、母と再婚後の夫は、再婚後の夫婦の下で、その子を養育する意思を有していると考えられ、再婚家庭において再婚後の夫の法律上の子として養育することが子の利益にも合致するといっていよい。

また、乙案を採用すると、死別の場合には、婚姻後にかかる上記①が優先しないことから、父子関係の推定が重複する結果となり、その際にどのように取り扱うかの規定を設ける必要が生じる。すなわち、その間については再婚禁止期間を維持するか、あるいは再婚禁止期間を維持しないとしても、父子関係の推定の重複に対して父を定める訴えによる対応を取る必要があるなど、制度としてなお複雑なものとならざるを得ない。上記の死別の場合の考慮は、こうした手当をしなければならないほど、高いものとは言えず、むしろ他の婚姻の解消事由と同様の取り扱いとした方が、より簡明な制度となり妥当である。

4 前夫の関与しない裁判上の認知の制度を設けるべきこと

上記②などに基づく本中間試案では、子の血縁上の父の協力が得られず母が

再婚しない場合には、前夫に対して母が（本改正に従い）否認しない限り救済されないこととなり、前夫に対して法的対応を取ることを強いることとなる。かかる場合に、従前のDV等を理由に、そもそも前夫に対する法的対応を選択することが事実上困難である事案は本改正における救済の対象外となつて、こうした場面は置き去りにされる可能性がある。そのため、無戸籍問題の解消が限定的になる可能性がある。

即ち本中間試案では、中間試案の内容を前提としつつも、こうした場面をさらに積極的に救済する具体的かつ効果的な方策が何ら提示されていないという重大な問題点があると言わざるを得ない。

無戸籍防止という本法制審における立法目的、すなわち、母が、子の出生届け出による戸籍登録を躊躇するきっかけをできるだけなくすべきとの観点からは、前夫との関わりを避けたい当事者に配慮した整備が不可欠である。

この点、現行法下では外観説の要件を満たした場合にのみではあるが、血縁上の父に対する強制認知の手續が認められている。かかる手續きでは、裁判手續きにおいて、DNA鑑定によって血縁関係があることを明らかにしたうえで、血縁関係のある相手方を父とする一方、DNA鑑定によって、前の夫には血縁関係のないことも確定されることから、手續きの相手方としなければならないとする法的利益はないと評価されている。

こうした手續きを参考に、血縁関係のある者を相手方とした裁判手續きにおいて、DNA鑑定で血縁関係を明らかにできるのであれば、前夫に手續きに関与させなくとも、前夫に保護される法的利益はないことは確定するのであるから、血縁上の父に対する裁判上の認知手續きにおいて、前夫の関与なしにそれとの父子関係も併せて否定することは、十分考えられる。そして、このような認知手續きについては、現行法下におけるように外観説の要件を満たす場合に限ることなく、より広い場面での利用を認めることが積極的に検討されるべきである。

このように考えても、そもそも、嫡出否認の訴えによる場合であっても、DNA鑑定の結果父子関係がない場合に父子関係が否定されるのであるから、前夫の関与しない裁判上の認知の制度においてDNA鑑定によって、夫との間で懐胎したものではないとして、父子関係が否定されるとしても、嫡出否認の訴えによる場合と同じであり、これに比して過度に血縁を重視するものではない。また、かかる方法によって、この父を血縁上の父とできることは、子の父子関係を安定・確定を図るものでありこそすれば、それを害するものではない。

本中間試案における無戸籍となる可能性のある場合の一部を置き去りにするという重大な問題を解消するため、かかる前夫の関与しない裁判手續きによる認知手續きを積極的に検討すべきである。

なお、今回の改正により嫡出否認の対象が広がったとしても取り残されてしまう者は必ず発生してしまうのであり、これらの者に対して現在認められている運用を否定すれば、逆に無戸籍解消の趣旨に逆行する結果が生じてしまうことになる。したがって、嫡出否認の対象が広がった後も、（特に、仮に中間試案の上記②及び③が採用された場合において）、このような認知手続が創設されるまでの間は、無戸籍解消の要請や前夫との関わりを避けたい当事者の要請が後退することがないように、いわゆる外観説の要件を満たす場合など推定の及ばない子について、血縁上の父に対する強制認知の手続を認めたり親子関係不存の手続を認める現在の運用を否定すべきでないことは当然である。

この点、補足説明の(注12)(20頁)は、中間試案においては、「推定の及ばない子」に関する外観説の取り扱いについて、「懐胎時期に、既に夫婦が事実上の離婚をして夫婦の実態が失われ、又は遠隔地に居住して、夫婦間に性的関係を持つ機会がなかったことが明らかであるなどの事情が存在するときは、その子について民法第772条の推定が及ばず、嫡出否認の訴えによることなく、親子関係不存確認の訴えや認知の訴えにより父子関係を否定することができるという判例（最判昭和44年5月29日民集23巻6号1064頁ほか）は、基本的に維持されることになると考えられる。」としている。新法において（特に、仮に中間試案の上記②及び③が採用された場合において）も、かかる解釈は維持されるべきであるし、あるいは、かかる解釈の範囲で明文化することも、検討に値する。

5 300日の期間は短縮すべき

1) 仮に、懐胎時を重視して、③を採用し、離婚後一定期間内に出生した子は、前の夫の子とするとしても、その期間として、300日が妥当かは、なお検証する必要がある。

即ち、早産ではないいわゆる正期産は37週（259－265日）以後であるが、その起算日は起算日が最後の生理開始日とされていることからすると、現実の懐胎時期から出産日までの妊娠の期間は、上記よりさらに2週間程度は短くなる。

こうした点からすると、離婚直後に懐胎した子は、現実には300日以内に出生する可能性が相当高い。かかる場合に、前の夫の子と推定されてしまうと、嫡出否認の訴えの提起を余儀なくされ、離婚後懐胎の証明などを要することになり、それゆえに無戸籍を誘発する可能性もあって、妥当とは言えない。

それゆえ、300日は妥当な期間ではなく、200日程度とする方が妥当である。

少なくとも、仮に上記③が採用されるとしても、無戸籍防止の観点からは、離婚直後の懐胎の場合に、前夫の子と推定されることは避けるべきであって、300日が果たして妥当であるか、かかる期間を300日より短縮することを検討すべきである。

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

否認権者（注1）の否認権の行使により再婚後の夫の子との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こととする。

（注1）再婚後の夫、前夫、子、第4の2の【乙案】の母を想定している。

（注2）民法第910条（相続の開始後に認知された者の価額の支払請求権）を参考として、前夫についての相続の開始後、再婚後の夫の子であるという推定が否認されたことによって前夫の相続人となった子が遺産の分割を請求しようとする場合において、他の共同相続人が既にその分割その他の処分をしたときは、価額のみによる支払の請求権を有することについては、引き続き検討する。

【意見】

1 反対する。

2 注2) について

仮に第2の1の③の甲案を採用するとともに、本試案2において再婚夫と子の父子関係が否認され、前夫と子の父子関係が推定されることとなった場合において、婚姻の解消の理由が前夫の死別による場合に、価額のみによる支払の請求権とすることに、賛成する。

【理由】

1 本意見の趣旨

本中間試案については、まず、仮に、第2の1の②において婚姻解消後300日以内に出生した子について前夫を父と推定することを維持したとしても、再婚後の夫との父子関係が否認された場合に、遡及的に前夫の子と推定すべきではない。

また、第2の1の②において婚姻解消後300日以内に出生した子について前夫を父と推定すべきではないとする本意見書の立場からは、かかる推定がなされない場合においても、再婚後の夫との父子関係が否認された場合には、遡及的に前夫の子と推定されないことは、当然である。

それゆえ、本中間試案については、上記のとおり、反対するものである。

2 本中間試案の議論の対象

中間試案は、第2の1の②において「婚姻の解消又は取消しの日から300

日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する」とし、前夫と父と推定しつつ、同①の「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子とする。妻が婚姻中に懐胎した子でなくても、妻が婚姻中に出産した子であるときは、同様とする。」を優先して適用し、離婚後の再婚を経て離婚後300日以内に出生した子について、再婚後の夫を子の父と推定する。

かかる試案を前提に、第2の2は、子の再婚後の夫との父子関係が否認された場合に、それがどのような効果を有するとすべきかが、本中間試案の議論の対象である。

3 前提として、婚姻解消等後300日以内の父子関係推定に反対

これについては、まず、そもそも、第2の1の②において「婚姻の解消又は取消しの日から300日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する」ことを前提とする点において、反対する。

4 前夫の父子関係の推定の復活は妥当ではない。

仮に、第2の1の②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は、婚姻中に懐胎したものと推定する」とし、前夫を子の父と推定するとしても、同①により、再婚後の夫の子としたのに対して、かかる父子関係が否認された場合の効果として、前夫を子の父とする推定を復活させることは、論理必然ではない。母の再婚により本則である第2の1の①（出生時の母の夫を父とする）を適用することによって、前夫との父子関係は、一旦法的に排除され、遮断されているとすることも十分可能である。それゆえ、これに基づき、再婚後の夫との父子関係が否認された場合には、前夫を父と推定する効果を復活させないことは、立法論としても十分採用しうる。一旦、再婚後の夫を子の父と推定しながら、その否認によって、前夫との父子関係が復活する可能性があることは、母に前夫に対して法的対応を取ることを強いることとなつて、そもそも前夫に対する法的対応を選択することが事実上困難である事案では、否認権は行使されず、現実には救済されないこととなる。

また、このことは、再婚を躊躇させる根拠になる可能性もあり、無戸籍解消防止という本法制審における立法目的、すなわち、母が、子の出生届け出による戸籍登録を躊躇するきっかけをできるだけなくそうとする観点に対してマイナスに働くとの評価も可能である。

5 前夫は、父子関係の推定の復活はなくとも、救済されうる。

前夫の権利利益の保護の観点からは、前夫のうち、現実に父子関係を有する者に限定して救済の余地を与えれば足りる。かかる者に対する権利救済の方

法を残すとすれば、かかる者が積極的にとる法的対応としては、無戸籍防止という本法制審における立法目的、すなわち、母が、子の出生届け出による戸籍登録を躊躇するきっかけをできるだけなくそうとする観点からは、前夫において、第6の3の認知制度の見直しにかかる中間試案に従い、自ら、当該子との血縁関係を立証して、認知をすれば足りるのであって、あえて、前夫と子の父子関係を復活させる必要はない。

このことは、第2の1の②において婚姻解消後300日以内に出生した子について前夫を父と推定すべきではないとする本意見書の立場からは積極的に評価しうることはもとより、第2の1の②において婚姻解消後300日以内に出生した子について前夫を父と推定することを維持する立場においても、その後の母の再婚に起因して本則である第2の1の①（出生時の母の夫を父とする）を適用することによって、前夫との父子関係の推定は、一旦法的に排除され、遮断されるから、再婚後の夫との父子関係の否認後は、前夫においても認知により父子関係を構築するとする制度を設けることは、十分に許容される。

6 子に父が存在しない状況についての再反論

本提案において、再婚後の夫との父子関係が否認された場合に、前夫との父子関係の推定が復活しないとすれば、「子に父が存在しない状況が生じ、子にとって安定した父子関係が早期に生じないこととなる」し、「本来、血縁関係があり父となるべきものについて、父としての地位や責任を回避する余地を与える懸念がある」との指摘がありうる。

しかしながら、これについては、妊娠がわかって、前夫が父となるべき場合には、胎児認知を行ったり、離婚の時期を出生後に遅らせるなどの対応も十分可能である。

これについては、なにより、国民が親子に関する法制度を十分理解できることが不可欠であるが、法改正が成立した後には、法教育の充実などによりこれを実現することは十分可能である（そもそも、現在の無戸籍問題については、国が国民に対して、法制度を十分理解できるよう対応していないために、国民が自己の権利を自ら十分に守ることができていないことも要因の一つである）。

7 注2) について

仮に第2の1の③の甲案を採用するとともに、本試案2において再婚夫と子の父子関係が否認され、前夫と子の父子関係が推定されることとなった場合において、婚姻の解消の理由が前夫の死別による場合には、再婚夫と子の否認の時点で前夫の死亡に基づく遺産分割が既になされている場合がありうる。

かかる場合に、遺産分割全体を無効として遺産分割をやり直しさせることは、関係者にとって負担が大きく妥当な処理とは言えない。

それゆえ、かかる場合には価額のみによる支払の請求権とすることも考えられるところであって、その限りではかかる取り扱いに賛成するものであり、かかる論点について、中間試案を経て引き続き検討すべきである。

第3 女性の再婚禁止期間の見直し

女性の再婚禁止期間に関する民法第733条の見直しに関して、次の2案のいずれかによるものとする。

【甲案】 第2・1③の【甲案】を前提にするもの

民法第733条を削除する。

【乙案】 第2・1③の【乙案】を前提にするもの

① 民法第733条を削除する。

② 前夫の子であるという推定と再婚後の夫の子であるという推定とが重複する場合には、父を定めることを目的とする訴えにより父を定めることとする。

【意見】

民法第733条は削除すべきである。

仮に、第2の1②を前提とした場合、甲案に、賛成する。

【理由】

1 そもそも、民法第733条は、女性についてのみ婚姻の自由を侵害し、合理的根拠を欠くものである。また、憲法24条1項、14条1項、女性差別撤廃条約等に違反している。さらには、女性差別撤廃委員会から数回にわたって、削除を求める勧告がなされているところである。

加えて、100日を超える再婚禁止期間を違憲とした最高裁平成27年12月16日大法廷判決（民集69巻8号2427頁）においても、父性推定の重複回避のためではあっても、一律に再婚禁止期間を定めることの合理的根拠に関して、1人の反対意見、7人の補足意見による問題の指摘があるところである。

それゆえ、民法第733条は、本中間試案の第2の1の試案を踏まえなくても、いずれにしても、そもそも、削除されるべきものである。

2 仮に、第2の1の②において、「婚姻の解消又は取消の日から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」とし、前夫と父と推定する場合については、本意見書では、第2の1③において、死別を区別せず【甲案】に賛成する立場であるから、父子関係推定の重複により父が定まらない事態は生じないから、再婚禁止期間を定める民法第733条は削除されるべきである。その限りでは、本試案においては、甲案に賛成する。

乙案では、死別の場合に、父子関係推定の重複の余地はあり、その限りで父を定める訴えを経なければならない負担が生じることから妥当ではない。

3 仮に、第2の1③における【乙案】を前提にするとしても、死別の場合には父子関係推定が重複する問題が生じるものの、それを女性の再婚禁止期間によって解決するべきではない。

医療・科学技術が発達した今日において、再婚禁止という方法によらずとも、子の父子関係を確定することは容易になっている。

それゆえ、第2の1③における【乙案】を前提としても、女性の婚姻の自由を侵害する再婚禁止期間は廃止し、民法第733条は削除すべきである。

この場合、父を定めることを目的とする訴えをしなければならなくなることは、手続きの負担を課すことにはなるが、そのために、再婚禁止期間を設けることは妥当ではない。

第4 嫡出否認制度の見直し

1 夫の否認権の見直し

夫の否認権については、その行使期間に関する、民法第777条を見直し、夫が提起する嫡出否認の訴えは、夫が子の出生を知った時から【3年】【5年】以内に提起しなければならないものとするほかは、現行法のとおりとする。

【意見】

- 1 出訴期限については、5年とすることに、賛成する。
- 2 その余についても、賛成する。

【理由】

- 1 現行民法第777条における1年の夫の否認権の行使期間は、夫が否認権を行使するための期間としては短過ぎる。

例えば、夫が、子の出生後の間もない時期に子の出生を知ったが、自己の子であることについて、特段疑念をもたなかったが、子が成長するにつれて、その容貌等から、自己と子の間の生物学上の父子関係の存在を疑うに至る場合もありうる場所である。

即ち、自己と子の間の生物学上の父子関係の存在を疑うようになり、否認権行使を決断するとの決断に至るには、子の出生を知った時から1年間では十分な期間とはいえない。

そのため、夫の否認権の行使期間を現行法の1年から延長すべきである。

- 2 その際の期間としては、子の身分関係を早期に安定させ子の利益の保護を図ることや、第三者への家庭への介入を否定し、家庭の平穏を守ること等の観点はあるとしても、なお、上記の否認権を行使するか否かを判断するに要する期間としては、3年では短期に過ぎるから、5年が妥当である。

2 子及び母の否認権の新設

夫にのみ否認権を認める民法第774条を見直し、子又は母にも否認権を認めるものとし、その具体的な規律については、子が未成年の間にこれらの否認権が行使されることを前提に、次の2案のいずれかによるものとする（後注）。

【甲案】未成年の子の否認権を認める案（母の否認権は認めない。）

- ① 民法第772条の場合（注1）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の否認権は、夫に対する嫡出否認の訴えによって行う。
- ③ 子の母又は子の未成年後見人は、その子のために、②の訴えを提起することができる（注2）。
- ④ ②の訴えは、子の出生の時から【3年】【5年】以内に提起しなければならない。

【乙案】未成年の子の否認権及び母の否認権を認める案

(1) 未成年の子の否認権（注3）

- ① 民法第772条の場合において、子は、自らが嫡出であることを否認することができる（【甲案】①と同じ）。
- ② ①の否認権は、夫に対する嫡出否認の訴えによって行う（【甲案】②と同じ）。
- ③ 子の親権を行う母又は子の未成年後見人は、その子のために、②の訴えを提起することができる。
- ④ ②の訴えは、子の出生の時から【3年】【5年】以内に提起しなければならない（【甲案】④と同じ）。

(2) 母の否認権

- ① 民法第772条の場合において、母は、子が嫡出であることを否認することができる。
- ② 母の否認権は、夫に対する嫡出否認の訴えによって行う。
- ③ ②の訴えは、子の出生の時から【3年】【5年】以内に提起しなければならない。

（注1）第2・1による見直し後の民法第772条を想定している。以下同じ。

（注2）子の親権を行わない母が②の訴えを提起することの相当性について引き続き検討する。

（注3）母に否認権を認めることとした場合に未成年の子の否認権を認めるか否かについては、引き続き検討する。

（後注）成年等に達した子の否認権の行使期間については、子が自らの判断で否認権を行使することを認めるべきかという観点から、第5の1において更

に検討する。

【意見】

- 1 乙案に，賛成する。
- 2 乙案（１）④及び同（２）③について
５年に，賛成する。

なお，出訴期間満了直前に，未成年後見人が選任されておらず（甲案では特別代理人の選任されていない場合も含む），親権者がいない場合には，就任後６か月を経過するまでは，期間は満了しないとする制度を設けるべきである。

- 3 （注３）について

乙案においても，母の固有の否認権とは別に（１）の子の否認権を認めるべきである。

【理由】

- 1 否認権者について

現行民法第７７７条において，父子関係の否認権を夫のみが有するとすることは，硬直に過ぎる。実務的にも，母や子側から夫に依頼して，嫡出否認の訴えを提起してもらうなどの対応は，迂遠に過ぎる。

また，本法制審の中心的な無戸籍防止の観点からも，子や母に否認権を拡大すべきである。

そのため，①について，否認権を，子や母に拡大することに賛成する。

（なお，母の固有の否認権については，後記５にて，詳述する。）

- 2 権利行使方法

その際，②について，権利行使方法を，現行法と同じく，否認の訴えによることも賛成する。

- 3 出訴期間

- 1) また，乙案④（甲案⑤）の出訴期間については，上記の夫の否認権における出訴期間と同様，子や母についても，５年とすることに賛成する。

- 2) 出訴期間の終期について

なお，出訴期間満了直前に，未成年後見人が選任されておらず，親権者がいない場合に，未成年後見申立をしたものの，選任が出訴期間満了に間に合わない場合が想定される（補足説明の，（注９）（４９頁）にも記述がある論点である。

係る場合については，未成年後見人が選任され就任した後に嫡出否認の訴

えを提起できるように立法的に手当てしておく必要がある。

これについては、民法158条を参考に、就任後6か月を経過するまでは、期間は満了しないとする制度を設けるべきである。

4 子の否認権の行使方法

1) 子の否認権については、出訴期間内は、子は未成年であるから、親権者である母ないし未成年後見人が法定代理人として権利行使することとなる。

後記のとおり母の固有の否認権を認めるとしても、子の否認権（これを法定代理人が代理行使すること）も、併せて認めるべきである。

2) この時、嫡出否認の訴えの被告となる夫も親権者である場合も想定されるが、それに際して、嫡出否認の訴えについて、夫の同意を得たり、夫が親権者であるがゆえに特別代理人の選任を強制することは、子の否認権行使を困難にする可能性がある。

それゆえ、その際には、夫の同意や、特別代理人の選任は不要とすべきである。

5 母の固有の否認権を認めるべきこと（乙案）について

1) 子の父が誰であるかについては、母が最も知悉しているといえるところでもあり、母にも多大な利害関係があるといえる。

また、離婚後に、出生時の夫が単独親権者となっているが、血縁関係もなく、結果として子を養育しないような状況に至っている場合には、親権者でない母にも否認権行使の余地を設ける必要がある。

2) この点、甲案では、親権を行わない母においても子に代わって否認権を行使できるとの提案となっている。母に固有の否認権を認めないとした場合においては、そのような提案も評価すべきであるが、そのような甲案を採用するならば、制度としては、端的に母に固有の否認権を認めるべきである。

3) また、甲案においては、親権を行わない母においても子に代わって否認権を行使することを認めないとされた場合について、親権を行わない母においては、親権変更や、未成年後見人選任も考えられるものの、親権を行わない母が特別代理人選任申立をすれば、必ず選任されることを前提とした特別代理人による権利行使も想定されている。

しかしながら、特に出訴期間の満了が近づいている場合に、裁判所に特別代理人の選任の決定を強いたり、選任された特別代理人に急遽の嫡出否認の訴えを強いることは、現実的ではない。

また、特別代理人選任申立をしたら、何らの判断もなく、裁判所が必ず特別代理人を選任しなければならないとする制度も、選任決定を得る旨の申

大阪弁護士会

民法（親子法制）等の改正に関する中間試案に対する意見

立としては、いびつな制度というほかはない。

このような特別代理人選任制度を設けるなら、親権を行わない母において子に代わって否認権を行使できるとする甲案もあるものの、端的に母に固有の否認権を認めれば足りる。

3 再婚後の夫の子であると推定される子についての前夫の否認権の新設

第2・1③の規律により再婚後の夫の子であると推定する子について（注1）、次のような規律の下、前夫に否認権を認めるものとする。

(1) 再婚後の夫の子であるという推定に関する否認権

- ① 第2・1③の規律により、生まれた子が再婚後の夫の子であると推定される場合において、前夫は、子が再婚後の夫の嫡出であることを否認することができる。
- ② ①の否認権は、再婚後の夫及び子又は親権を行う母に対する嫡出否認の訴えによって行う。
- ③ ②の訴えは、前夫が子の出生を知った時から【3年】【5年】以内に提起しなければならない。
- ④ 前夫による嫡出否認については、再婚後の夫と子との間に生物学上の父子関係がないことに加え、次の2案のいずれかを充たす必要がある。

【甲案】前夫と子との間の生物学上の父子関係があることを必要とする案

訴訟要件として、前夫と子との間に生物学上の父子関係があることを要する。

【乙案】子の利益に関する要件を課す案

再婚後の夫の子であるという推定を否認することが子の利益に反することが明らかである場合には否認することができない。

- ⑤ 前夫は、自らの否認権の行使により再婚後の夫の子であるという推定が否認されたときは、自らの子であるという推定を否認することができない（注2）。

(2) 再婚後の夫の子であるという推定が否定された場合における前夫の子であるという推定に対する否認権

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

（注1）第2・1③によれば、婚姻の解消又は取消し（第2・1③【甲案】による場合。第2・1③【乙案】による場合は、離婚による婚姻の解消又は婚姻の取消し）の日から300日以内に生まれた子であつて、母が前夫以外の男性と再婚をした後に出産したものは、再婚後の

夫の子と推定されることになる。

なお、再婚後の夫は、第4・1の規律（夫の否認権）により、この推定に対する否認権を有することを想定している。

（注2）第2・2の規律（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）は、前夫が否認権を行使したことにより、再婚後の夫の子との推定が否認された場合にも適用されることを前提としている。

（注3）前夫以外の者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場合には、前夫は自らの子であるという推定について否認権を行使できることを前提としている。

（注4）第4・3(1)の規律に基づく前夫による否認権の行使以外の理由により、再婚後の夫の子であるという推定を否定する嫡出否認又は親子関係不存在確認の審判又は判決が確定したときに、前夫がその事実を知る機会を保障するため、当該審判又は判決をした裁判所が、当該審判及び判決の内容を通知する制度を設けることの要否並びに当該制度を設けるものとした場合に、記録上通知先が判明していない場合の取扱いも含め、例外的に通知を要しない場合を認めることの当否や裁判所が通知すべき事項については、引き続き検討する。

I（1）について

【意見】

1 ①について

前夫に、再婚夫と子の父子関係に対する否認権を認めることに、反対する。

2 仮に、前夫に上記の否認権を認めた場合について

1) ②について

賛成する。

2) ③について

5年に賛成する。

3) ④について

甲案に賛成する。

4) ⑤について

賛成する。

【理由】

1 ①について

— 前夫に、再婚後の夫と子の父子関係の否認権を与えることに反対

1) 第2の1の②に対して反対する本意見書の立場からは、無戸籍解消防止という本法制審における立法目的、すなわち、母が、子の出生届け出による戸籍登録を躊躇するきっかけを極小化しようとする観点からは、前夫に、再婚後の夫の子との父子関係について否認権を与える必要はない。

2 仮に、前夫に、上記の否認権を認めるとした場合等について

1) ただし、第2の1の②に反対し、婚姻の解消又は取消の日から300日以内に生まれた子は、前夫の子と推定しないとしても、前夫に再婚後の夫と子の間の父子関係についての否認権を与えるべきとの考え方もありうる。

また、第2の1の②に従い「婚姻の解消又は取消の日から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」とし、前夫を父と推定するとされる場合にも備えて、上記【意見】の2記載の意見を述べるものである。その理由は、以下のとおりである。

2) ②について

再婚後の夫と子の父子関係について、前夫に否認権を与えるとする場合には、その否認権行使は、現行法の嫡出否認の訴えと同様、訴えによるものとすべきである。

3) ③（出訴期間）について

その場合の出訴期間は、上記の夫、子、母の否認権などと同様、5年とすべきである。

3) ④について

この場合に前夫に否認権を与えるとしても、そもそも離婚前に長期別居しているなど、子との血縁関係がなく、そのことを前夫も認識しているにもかかわらず、嫌がらせ的に前夫が否認訴訟を提起し、平穏に暮らしている再婚夫と子の間に血縁関係がないことを暴きうるようなことは避けられるべきであり、そうしたことのできないような制度とする必要がある。

そうした観点からは、乙案では、子の利益といっても文言が抽象的に過ぎ、基準もあいまいであり、上記の目的を達しうるとは見込まれないから、反対する。

これに対して、甲案では、前夫と子の間に血縁関係があることを訴訟要件とすれば、再婚後の父と子の血縁関係の有無に立ち入る前に、前夫と子の血縁関係をDNA鑑定で判断することになり、前夫と子の血縁関係がない場合には、再婚後の夫と子の血縁関係の判断に立ち入る必要がない。

通常の訴訟では、訴訟要件と本案にかかる要件の審理は並行して行われるものの、実際上の進行においては前後することもあるところであり、それは個々の訴訟における裁判官の裁量によって判断され、進行されるものであり、それで足りる。その観点では、上記のとおり、実際上の進行としては裁判官の裁量にもとづきながら、訴訟要件としての前夫と子の血縁関係をDNA鑑定で判断することを、先行して審理することは十分考えられ、それが妥当である。

それゆえ、甲案が妥当である。

甲案に対しては、訴訟要件といっても、前夫と子の血縁関係の有無を判断することによって、事実としては、実体的判断に踏み込むこととなるとの指摘もありうるが、甲案としては、DNA鑑定を経て前夫と子の血縁関係がないことが明らかとなった場合は、再婚後の夫と子の血縁関係の有無に立ち入る必要がないとの、手続きの流れになることに意味があり、甲案が妥当である。

5) ⑤について

前夫による否認権行使により、再婚後の夫と子の父子関係が否認された場合には、その後に前夫が自ら子との父子関係を否認することは認めるべきではないことは当然である。

もとより、上記③の甲案の立場からは、前夫の否認権行使により、再婚後の夫と子の父子関係が否認される場合には、訴訟要件として前夫と子の血縁関係があることがDNA鑑定により立証していることから、その後に前夫は、子との父子関係について否認権を行使しえないところである。

それゆえ、⑤についても、賛成する。

II (2) について

【意見】

- 1 賛成する。
- 2 注4) について
注4) にかかる通知の制度を設けることについては、反対する。
- 3 この場合の、子の前夫に対する否認権行使の出訴期間の始期と期間についても検討すべきである。

【理由】

- 1 本中間試案の議論の対象

中間試案は、第2の1の②において「婚姻の解消又は取消しの日から300日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する」とし、前夫と父と推定しつつ、同①の「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子とする。妻が婚姻中に懐胎した子でなくても、妻が婚姻中に出産した子であるときは、同様とする。」を優先して適用し、離婚後の再婚を経て離婚後300日以内に出生した子について、再婚後の夫を子の父と推定する。そして、かかる試案を前提に、第2の2は、子の再婚後の夫との父子関係が否認された場合に、遡って前夫の子と推定するとする。

これを前提に、本試案は、再婚後の夫と子の父子関係が、前夫による否認権行使以外の方法により否認された場合には、前夫と子の父子関係の推定が復活するものの、前夫においても自己が父ではないと理解する場合には、否認権行使の期間が与えられる必要があることから、再婚後の夫と子の父子関係が否定されたことを、前夫に通知すべきというのである。

2 本試案における出訴期間について

本意見書における立場とは異なるものの、仮に上記の中間試案の立場を前提とした場合には、前夫による否認権行使以外の方法で、再婚後の夫との子の父子関係が否定された場合には、それまで子の出生から相当程度の期間は経過しているから、父子関係の早期確定の観点からは、そこから前夫についてさらに3年ないし5年の出訴期間を許容すると、併せて10年間も否認訴訟提起の可能性があることとなり、妥当ではない。

そうした観点からは、再婚後の夫と子の父子関係が否認されたことを、前夫が知ってから、出訴期間は1年とすることは妥当である。

3 注4) について

そして、この場合に、前夫に否認権行使の機会を与えるために、通知制度を設けるという必要性はありうる。

ただし、無戸籍解消防止という本法制審における立法目的、すなわち、母が、子の出生届け出による戸籍登録を躊躇するきっかけを極小化しようとする観点からは、前夫への通知制度はマイナスに働く。例えば前夫が母に対してDVを行っていたような場合には、母は前夫とのかかわりを可能な限り避けたいとの理由で、本論点における通知の可能性も見越して、子の出生届け出をしないという判断をする可能性は十分にある。

したがって、少なくとも、注3)のような通知制度を設けることについては、反対する。

4 子の出訴期間

なお、前夫による否認権行使以外の方法で、再婚後の夫との子の父子関係が否定され、前夫と子の父子関係の推定が復活するとした場合、子においても前夫に対して否認権を行使する機会が必要となる。

この場合の子の否認権の行使期間をどうとらえるかの問題も生じる。前夫に対する否認権の行使は、再婚夫との父子関係が推定されている時点において行使することはできないから、かかる推定が否定され、前夫との父子関係の推定が復活してからとなるほかはない。もとより、再婚夫との父子関係の推定が否定される当該審判又は判決が確定するのが、子の出生より5年を経過した後となることも十分考えられる。

それゆえ、かかる場合の子の否認権行使の出訴期間は、再婚夫との父子関係の推定が否定される当該審判又は判決が確定したときないしそれを知った時から起算するとするほかはない。

さらに、その期間も問題となる。子の父子関係の早期安定の観点からは、5年より短くするべきかもしれないが、前夫と同様の1年でよいかは、問題である。子に否認権を行使するか否かの判断のためには、1年は短期に過ぎ3年程度の方が良いと思われる。

この場合の、子の否認権行使の出訴期間の始期と期間においても、検討する必要がある。

第5 成年等に達した子の否認権の新設

成年等に達した子の否認権について、次2案を検討する。

【甲案】現行法のとおり、成年等に達した子の否認権を認めないものとする案
成年等に達した子の否認権は認めない。

【乙案】成年等に達した子の否認権を認めるものとする案（後注）

次の規律下、成年等に達した子の否認権を認める。

- ① 子は、民法第772条の場合において、未成年の子の否認権の行使期間（注1）が経過しているときであっても、【成年（注2）】【25歳】に達した日から【3年】【5年】を経過するまでは、なお否認権を行使することができる（注3）。
- ② 子は、母の夫との間に生物学上の父子関係がない場合であっても、一定の要件（注4）を充足するときは、否認することができない。
- ③ 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（注5）。

（注1）第4・2【甲案】④及び【乙案】(1)の④の期間をいう。

（注2）現時点では20歳であるが、民法の一部を改正する法律（平成30年法律第59号。令和4年4月1日施行）による改正後は18歳である。以下同じ。

（注3）なお、夫又は未成年の子の否認権の行使により提起された嫡出否認の訴えに対する棄却判決が確定し、子が当該判決に拘束される場合には、成年等に達した子の否認権行使はできないものとすることを想定している。

（注4）「一定の要件」については引き続き検討するが、例えば、父と子との同居の有無及び期間、父による子の監護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こととすることが考えられる。

（注5）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、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。

（後注）成年等に達した子の否認権と嫡出否認の訴えの関係については、こ

の否認権に関する具体的な規律，夫若しくは母等により申し立てられた嫡出否認の調停における確定した合意に相当する審判又は夫若しくは母等により提起された嫡出否認の訴えに対する確定判決又は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に子が拘束されることの当否等に関する議論状況等を踏まえ，引き続き検討する。

【意見】

- 1 乙案に，賛成する。
- 2 乙案①について
出訴期間は，成年（18歳）に達してから，5年間とすべきである。
- 3 乙案②について
反対する。
権利濫用などの一般条項によって対応すれば足りる。
- 4 乙案③について
 - 1) 賛成する
 - 2) 注5) について
 - ア 遡及効に基づく，過去に行われた行為の効力について引き続き検討することには賛成する。
 - イ 子の扶養に関する費用について，子本人に返還義務を負わせるべきではない。
 - ウ 子による否認の前になされた遺産分割協議について，価額の支払い請求をすることができることに，賛成する。

【理由】

- 1 子については，本中間試案においても，出生当初に第4の2の【甲案】④及び【乙案】(1)④の行使期間に否認権が認められ，法定代理人によって権利行使がなしうるところであるが，これは，その当時は子本人は3歳ないし5歳までであって，否認権を行使するか否かを子自身において判断するものではない。
出生当初の第4の2の【甲案】④及び【乙案】(1)④の行使期間に子の否認権が行使されず，また，父との父子関係が否認されなかった場合でも，その後，父と子と血縁関係が否定される結果となり，かつ，父が子を養育しなかったり，虐待するような場合には，子の心身に重大な影響があることは容易に想定さ

れ、子的人格権の尊重の観点からも、子自身の判断により父子関係を否認できることを、認めるべきである。

それゆえ、出生当初に子の否認権が行使されなかった場合を想定して、子が成長し、成人するなどした後に、子自身において否認権を行使できる制度とすべきである。

もとより、父子の間に結果として血縁関係がなかったとしても、民法は血縁関係のない場合も父子関係となることを当然に想定しているものであって、それは、出生当初に否認権が行使されなかったことを経て、父子の間で相互に前向きに対応して良好な父子関係が形成されることも十分ありうることを想定してのことであり、かかる場合には、成人するなどした場合には子において否認権は行使しないと考えられ、かかる場合が大半と考えられる。

こうした前提も踏まえると、血縁関係がないことが明らかになったことから、父が子を養育しなかったり、虐待するような場合には、子の心身に重大な影響があるから、子的人格権の尊重の観点からも、子が成人するなどした後に否認権を行使すべき場合に行使できる余地を残すべきであり、乙案に賛成する。

2 乙案①（出訴期間）について

1) 出訴期間の起算点の年齢について

乙案においては、子自身が否認権を行使するか否かの判断をできるようになる年齢をどのように考えるかが問題となる。

この点、25歳からとすることも提案されているが、時期としては、遅きに失するところである。この点、中間試案に至るまでの法制審の議論の中では、氏の変更（民法第791条）、普通養子となることの承諾（同第797条）、特別養子縁組の成立に関する同意（第817の5第3項）、ないし遺言（第961条）を単独でなしうる年齢である15歳に達した時とする案も検討されていたところである。

否認権行使の判断をするについては、15歳ではやや早いとするとしても、子が成人したら、自己の権利関係について自ら判断しうるところである。

こうした観点からは、出訴期間は、成年（18歳）に達してから起算するとすべきである。

2) 出訴期間について

父子関係の早期安定の観点からは成年（18歳）に達してから3年とすることも考えられるが、始期を25歳からとしてよいとする立場もありうること、成年（18歳）に達しているとしても、そうした年齢に至った後に父子関係を否認するか否かは非常に重大な決断となることから、慎重になされるべきところである。

そうした観点からは、出訴期間は5年とすべきである。

3 乙案②（消極的要件）について

- 1) 子が成人するなどしてからの否認権行使については、血縁関係がなかったとしても、出生直後の否認権行使がされずに父が父として責任を果たして対応してきた後に、子が成人するなどしてから否認権行使がされ、父子関係が否定されるに至り、父の人格的利益などが蔑ろにされることは、必ずしも妥当とは言えない場合がありうる。

この点、中間試案は、子に成人するなどしてからの否認権を認めただうえで、上記の趣旨から消極的要件を設けることを提案するものである。

- 2) しかしながら、中間試案においても「一定の要件」とするにとどまるどころであり、今後条文における表現を検討する趣旨ではある。

かかる「一定の要件」は、現時点では、具体的な文言は想定しえない状況にあり、具体的に適切な表現で条文化することは非常に困難な状況というほかはない。

仮に適切に、条文として表現できるのならよいが、これが難しいのであればそもそも条文化が期待できないのであり、その限りでは、本中間試案には反対である。

- 3) また、それは、条文化が困難であったとしても、条文はなくても、権利濫用の抗弁で対応は十分可能である。
- 4) 仮に、本消極的要件を設けるとする場合、かかる消極的要件は子の否認権行使に対する抗弁に位置づけ、その主張立証責任は父に負担させるべきである。

そうした具体的事情については、父側が保有しているところであり、また、子に主張立証させることは、子に否認権行使を躊躇させる根拠となりうるからである。

- 5) こうした観点から、本試案には反対である。

4 乙案③について

- 1) 否認の効力は子の出生に遡るのが当然である以上、子が成人するなどしてからの子の単独の否認権行使による否認を認容する確定判決及び確定審判の効力も遡及するとすべきである。
- 2) ただし、過去の行為の性質に応じて、遡及効を個別に制限することは考えられるところであり、これについて、引き続き検討すべきである。
- 3) かかる否認を認容する確定判決及び確定審判に遡及効があるとしても、子の扶養に関する費用について、子本人に、返還義務を負わせるのは相当では

ない。

また、不当利得となるとしても善意の受益者として、返還義務の範囲が現存利益に限られるとする考え方もありうるところであり、引き続き検討すべきである。

仮に一定の返還義務がありうるとしても、その主体は、本来は母や血縁上の父であるから、これらのものに返還義務を負わせることはあっても、子に返還義務を負わせるべきではない。

- 4) 子による否認の前になされた遺産分割協議のある場合には、かかる遺産分割協議をすべて無効とすることは関係者の負担も大きいことから、かかる場合の精算・調整の方法として、価額の支払請求をすることができることに賛成する。

第6 父子関係の当事者の一方が死亡した場合の規律の見直し

1 否認権者が死亡した場合の規律

夫又は子が死亡した場合に、これらの者が提起すべき 嫡出否認の訴えの提訴権者並びに訴訟手続の終了及び受継に関する規律について、次の2案受継に関する規律について、次の2案のいずれによるものとする。

【甲案】現行の規律を基礎としつつ、否認権者の見直しに伴う見直しを行う案

(1) 夫の否認権

現行法のとおり（注1）

(2) 子の否認権（注2）

- ① 子が、その否認権の行使期間内に、その期間が経過する前に、嫡出否認の訴えを提起しないで死亡したときは、子の直系卑属又はその法定代理人は、嫡出否認の訴えを提起することができる。

この場合において、子の直系卑属又はその法定代理人は、子の死亡の日から1年を経過した日又は子が【成年】【25歳】に達した日から【3年】【5年】を経過した日のいずれか遅い日までにその訴えを提起しなければならない。

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

【乙案】人事訴訟法第41条を削除する案

(1) 夫の否認権

人事訴訟法第41条は削除する。

(2) 子の否認権

【甲案】(2)と同じ。

2 否認権を行使する父子関係の他方当事者が死亡した場合の規律

夫及び子の否認権に関して、当該否認権により否認される父子関係の他方当事者が死亡した場合の規律として、次のような規律を設ける。

(1) 夫の否認権（子が死亡した場合）

現行法のとおり。

(2) 子の否認権（夫が死亡した場合）（注3）

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

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

（注1）子のために相続権を害される者その他夫の三親等内の血族が嫡出

否認の訴えを提起することができる期間を夫の死亡の日から1年以内としている人事訴訟法第41条第1項後段の規律を見直すことについては、第4・1見直し在り方等を踏まえ、引き続き検討する。

（注2）第5の【乙案】を採用して、成年等に達した子の否認権を認めることとした場合に限る。

（注3）成年等に達した子の否認権を認めることとした場合のみならず、未成年の子の否認権を認めることとした場合にも、これらの規律を設けることを想定している。

I 1について

【意見】

1 (1)夫の否認権について

1) 人事訴訟法第41条第1項について

反対する。同条項は削除すべきである。

2) 人事訴訟法第41条第2項について

賛成する。同条項は現行法通りとして、維持すべきである。

2 (2)子の否認権について

1) [甲案（及び乙案も同旨）]に賛成する。

2) ①の行使期間については、1年で賛成する。

3) ①の行使期間の子が成人などになった場合については、成人に達した日から5年以内とすべきである。

【理由】

1 夫が、子の出生前又は期間内に訴えを提起することなく死亡した場合

1) 本来、父子関係を否定する固有の利益を有するか、父子関係の存否について適切な判断をすることができるか等の観点から考えると、夫、子、母以外の生物学上の父やその他の第三者に否認権を認めると家庭の平穏や子の利益を害するおそれがあることから、否認権、嫡出否認の訴えを認めるべきではなく、これは、本中間試案のとり立場でもある。

2) こうした点からすると、夫が、嫡出否認の訴えを提起せずに死亡した場合には、夫は否認権を行使していないにもかかわらず、相続権や扶養義務その他の財産的な利益に基づく第三者の否認権を認めることは、家族の平穏を害し、子の利益に反するおそれがあると考えらるべきである。

3) 夫が、嫡出否認の訴えを提起せずに死亡した場合には、その親族などの否認権行使を認めるべきではないから、人事訴訟法第41条1項は削除すべ

きである。

2 夫が提起した嫡出否認の訴えの係属中に死亡した場合

- 1) 上記1とは異なり、夫が、嫡出否認を提起し、係る訴訟の係属中に死亡した場合には、嫡出否認の訴えの提起により夫の否認権を行使するとの意図が明確に表明されているから、かかる訴えを維持する夫の利益がある。
- 2) それゆえ、夫による嫡出否認の訴えの提起後について規定する人事訴訟法第41条2項は、現行法を維持することに賛成する。

3 子の否認権（出生当初の否認権について）

- 1) 確かに、出生当初の否認権について、子が嫡出否認の訴えを提起せずに死亡した場合には、改正法において出訴期間が3年ないし5年となることを想定しても、直系卑属が存する場合は多くはないとはいえる。
それゆえ、かかる場合には、夫の場合と同様、死亡後の子の否認権行使を考える必要はなく、現行法の通り、明文は設けないことに、賛成する。
- 2) 子側が提起した嫡出否認の訴えの係属中に死亡した場合は、訴訟提起はされているものの、訴訟提起をしたのは母など法定代理人であって、子の意思を尊重する必要がある場面とは言えない。かかる場合も、直系卑属が存する場合は多くはないと考えられるから、かかる訴訟を維持する必要性は低く、当該訴訟は当然終了すると考えてもよい。
それゆえ、かかる場合においても、当該訴訟は当然終了するものとする前提で、子の直系卑属などが訴訟を承継することはなく、明文の規定を設けないことに賛成する。

4 子の否認権（成人等に達してからの否認権について）

- 1) 本試案においては、本来、父子関係を否定する固有の利益を有するか、父子関係の存否について適切な判断をすることができるか等の観点も重要ではあるものの、本試案の場合には、子に直系卑属が存する場合も十分考えられるところであり、かかる直系卑属の存在の可能性を前提に検討する必要がある。
- 2) かかる直系卑属は、子を被相続人とする相続権の範囲や、子の父との代襲相続人としての権利や義務の承継について、利害関係を有しているといえる。
- 3) 子が嫡出否認の訴えを提起することなく死亡した場合
ア かかる場合には、子が否認する意思を表明することなく死亡したものはあるが、子の直系卑属は、子の父の代襲相続人として父の債務を負担する可能性もあることから、直系卑属に嫡出否認の訴えを認める必要性もあ

りうる。

それゆえ、かかる場合に直系卑属ないしその法定代理人に嫡出否認の訴えを認める中間試案に、賛成する。

イ そして、出訴期間については、上記1（成年に達した子の否認権）の乙案①において、成年（18歳）に達した時から5年間に賛成するので、かかる期限か、子の死亡から1年間のいずれか遅い方までとする中間試案に賛成する。

ウ なお、子が成年ないし25歳までに死亡した場合には、子は否認権は行使しえなかったのであるから、直系卑属は否認権を行使できないとすることにも賛成する。

4) 子が提起した嫡出否認の訴えの係属中に死亡した場合

かかる場合には、子が嫡出否認を提起したことにより、否認権を行使するとの意図が明確に表明されていることはもとより、子の直系卑属は、子の相続権の範囲の確定とともに父の代襲相続人としての利害関係を有するといえる。また、これらのものに訴訟を受刑させることが、訴訟経済やこれらのものの便宜の観点から有益であるとも考えられる。

そのため、かかる場合には、夫の否認権の場合と同様に、子の死亡の日から6か月以内に、その直系卑属又はその法定代理人が受け継ぐことができるとすべきであり、かかる内容の本中間試案に、賛成する。

II 2 について

【意見】

- 1 (1)[夫の否認権（子が死亡した場合）]について賛成する。
- 2 (2)[子の否認権（夫が死亡した場合）]について賛成する。

【理由】

- 1 夫の否認権（子が死亡した場合）
 - 1) 現行人事訴訟法第27条第2項は、嫡出否認の訴えの係属中に子が死亡した場合には訴訟は当然に終了するとしている。

また、夫が嫡出否認の訴えを提起する前に子が死亡した場合については、明文の規定はなく解釈にゆだねられているが、現行法における嫡出否認の訴えの出訴期間が1年であることから、夫の出訴期間前に子が死亡した場合に

子に直系卑属が存することは稀であると考えられることによる。

2) 嫡出否認の訴えの係属中に子が死亡した場合には訴訟は当然に終了することは妥当であり、この点について、現行法の通りとすることに賛成する。

3) また、夫が嫡出否認の訴えを提起する前に子が死亡した場合についても、夫の出訴期間は、3年、5年と延長することを検討しているものの、かかる出訴期間を想定しても、夫の出訴期間前に子が死亡した場合に子に直系卑属が存することは多くはないとはいえる。ただし、事案に応じて、救済の必要性もあるかもしれない。

それゆえ、この点についても、現行法と同じく、明文化せずに、解釈にゆだねることについて、賛成する。

2 子の否認権（夫が死亡した場合）について

1) かかる場合については、もとより現行法には規定はないところであるが、子が嫡出否認の訴えを提起する前に夫が死亡した場合においても、子に嫡出否認の訴えを提起する余地を残すべきであり、その場合の被告は検察官とすべきである。

2) また、子が嫡出否認の訴えを提起した後に夫が死亡した場合も、子は嫡出否認の訴えを継続して、否認の可否についての判断を得られるようにすべきであって、その場合の被告は検察官とすべきである。

3) それゆえ、本中間試案イの①及び②には、賛成する。

第7 嫡出推定制度の見直しに伴うその他の検討事項

1 嫡出の承認の制度の見直しに関する検討

第4（嫡出否認制度の見直し）により、否認権者の範囲を拡大し、否認権の行使期間を伸張することに伴い、子の身分関係の安定を図る観点から嫡出の承認に関する民法第776条を実効化するための方策（注）を設けることについて、引き続き検討する。

（注）民法第776条を実効化するための方策としては、同条の要件を明確化することや、一定の期間経過等により、社会的な親子関係が形成されているといえる場合には、嫡出の承認があったものとみなすことなどが考えられる。

【意見】

検討することには、反対はしない。

ただし、第776条を実効化することは、期待しにくい。

【理由】

- 1 民法第776条は、現行実務では利用されていないところである。
- 2 それゆえ、同条を実効化するために、なお現行実務の実態把握に努めたうえで、検討することには反対しない。
- 3 ただし、同条の活用場面が少なく、今後活用場を増やすことが容易ではないことも併せて考えると、実効化することは期待しにくい
- 4 注) について

否認権者については、否認権行使の期間制限もあるところからすると、(注)のごとく、一定の場合に同条の承認があったとみなすことについては、どのような場合に承認が当たったとみなすか、またそれが有益と考えられる場合はどのような場合かによるところであり、これらが想定しにくいことから、同条の実効化は期待しにくい。

2 第三者の提供精子により生まれた子の父子関係に関する検討

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、第4（嫡出否認制度の見直し）により否認権者の範囲を拡大することとした場合には、これにより否認権を認められることとなる者について、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条の規律に対応した否認権の制限に関する規律を設けることなどの必要性について、引き続き検討する。

【意見】

- 1 引き続き検討することには、賛成する。
- 2 母の父子関係についての否認権を制限する規定を設けるべきである。
- 3 未成年の子の出生直後の父子関係についての否認権を制限する規定を設けるべきである。
- 4 成人に達した子の否認権の規定を設けるべきである。
- 5 離婚後300日以内に出生しかつ妻の再婚後に出生した子が、第三者提供精子により再婚後の夫の子として出生した場合には、前夫に再婚後の夫と子の父子関係の否認権は認める必要はない。
- 6 夫の同意の取り扱いについても、本法制審で議論すべきである。
- 7 生殖医療に関する行為規制について立法を積極的に行うべきである。その際、代理懐胎についても、検討すべきである。

【理由】

1 1について

生殖医療法の国会における可決・成立を踏まえ、同法10条が現行法の否認制度を前提していることから、同条に関連して、本法制審の議論において拡大を検討している母や子の否認権の扱いについて、引き続き検討することには賛成する。

ただし、その場合には、母や子について、否認権が認められる理由も同法10条に関わって否認権を制限するか否かにかかる理由も異なっていることから、第三者提供精子による生殖補助医療によることについて夫が同意した場合においても、否認権者ごとに個別に否認権を制限するか否かを検討すべきである。

2 母の否認権について

その際、母は、自ら第三者提供精子による生殖補助医療を利用することに同意しているのであるから、同じく夫の同意があるにもかかわらず、子との間に血縁関係がないことのみを理由に、母に当該同意した夫と子の父子関係

を否認する権限を与えるのは相当ではない。

それゆえ、かかる場合の母の否認権は制限すべきである。

3 未成年の子の出生直後の否認権について

また、子については、確かに、子自身は生殖補助医療を利用することに同意することはないものの、生殖補助医療法10条が成立したことに鑑みると、第三者提供精子による生殖補助医療を利用することに同意した夫たる父との間で血縁関係がないことのみをもって、子に、出生の直後に、同意した夫たる父との父子関係を否認する権限を与えるのは相当ではない。また、かかる権限を子に与えると、それを母や未成年後見人などの法定代理人が代理に寄って否認権を行使できることになるから妥当ではない。

それゆえ、かかる場合の子の否認権は制限すべきである。

4 成人に達した子の否認権について

もとより、父子の間に結果として血縁関係がなかったとしても、民法は血縁関係のない場合も父子関係となることを当然に想定しており、かかる場合には、出生当初に否認権が行使されなかったことを経て、父子の間に相互に前向きに対応して良好な父子関係が形成されることも十分ありうる場所である。このことは、第三者提供精子による生殖補助医療を利用した場合でも同じであり、かかる場合には、成人するなどした後には子において否認権は行使しないと想定される。

しかしながら、第三者提供精子による生殖補助医療を利用した場合であっても、（かかる生殖補助医療を利用したことそれ自体を理由としないとしても）結果として、父と子と血縁関係がないことをふまえて、父が子を養育しなかったり、虐待するような場合には、子の心身に重大な影響があることは容易に想定される。かかる場合には子の人格権の尊重の観点からも、第三者提供精子による生殖補助医療を利用した場合であっても、子自身の判断により父子関係を否認できることを、認めるべきである。

したがって、第三者提供精子による生殖補助医療を利用した場合であっても、第5の1の乙案に賛成の本意見書の立場からは、これと同様に成人の子の否認権を、認めるべきである。

5 再婚後の夫との父子関係に対する前夫の否認権について

仮に第2の1において②及び③を採用する場合においては、離婚後300日以内に出生しかつ妻の再婚後に出生した子について、上記第4の3のごとく、再婚後の夫と子の父子関係に対する前夫の否認権について議論する必要が生じる。

それゆえ、離婚後300日以内に出生しかつ妻の再婚後に出生した子が、第三者提供精子により再婚後の夫の子として出生した場合に、前夫に否認権

が生じるのか、との論点も議論せざるを得なくなる。

少なくとも、仮に上記第4の3において前夫に否認権を認めるとしても、上記のとおり前夫に否認権を認めるのは、離婚直前に性交渉の可能性があるため、血縁関係がありうることを前提としてのものである。

これに対して、再婚後の夫の同意のもとでの第三者提供精子による生殖補助医療を利用して子が出生した場合には、そもそも、前夫との間での性交渉がなかったことは事実として明らかであるから、上記の第4の3とは前提が全く異なる。

それゆえ、離婚後300日以内に出生しかつ妻の再婚後に出生した子が、第三者提供精子により再婚後の夫の子として出生した場合には、前夫に再婚後の夫と子の父子関係の否認権は認める必要はない。

6 夫の同意について

第三者提供精子による生殖補助医療を利用する場合の夫の同意については、本法制審の第7回会議においても、親子法制における夫の同意の位置づけ、同意の立証責任の所在、同意の内容、同意の撤回等は、最低限検討すべきものと指摘され、これらの検討を伴わなければ、同意した夫を父とするとのみでは機能しないとする指摘さえ見られた。

また、大阪地裁令和2年3月12日判決（判時2459号3頁）においては、生殖補助医療による凍結胚を夫の同意なく妻の体内に戻して出生した事案において、当該妻との間で子をもうけるかどうかという夫の自己決定権侵害として不法行為が成立するとしている。かかる裁判例に鑑みると、夫の同意の方式（書面によるべきである）や同意の時期（本来は、体外受精の場合は、採精し生殖胚を作成する時点と、胚を妻の体内に戻す時点の両方に夫の書面による同意が必要と考えられる）も、議論すべき点である。

このように、第三者提供精子による生殖補助医療を利用する場合の夫の同意については多くの論点があり、第三者提供精子による生殖補助医療を適切に提供できるものとし、これによって出生した子の親子関係の安定を図るためには、かかる論点を本法制審において検討すべきである。

7 なお、上記の論点について条文化する場合には、生殖補助医療法に条文を追加するか、民法に規定するか（生殖補助医療法9条及び10条を民法に取り込むかも含む）という、規定の位置も問題となる。

この点は、同法に関して今後の行政規制の立法状況にもよるが、可能な限り民法に規定するのが望ましい。

8 生殖医療にかかるその他の立法や論点について

1) 生殖補助医療法の成立の後には、生殖補助医療な適切な提供などを確保する必要があることや、生殖補助医療により出生した子の親子関係の安定

を図る必要があること（これは特に第三者の関わる生殖補助医療の場合に特に要請される）は当然である。

それゆえ、同法成立後は、同法附則第3条1項にしより、法制上の措置その他の必要な措置が講じられるべきであり、行為規制にかかる立法による措置が積極的になされるべきであるとともに、同法第3章の規定を踏まえて検討が加えられ、親子法制も含め必要な法制に関する措置を講じることが必要である。

こうした検討を関係省庁においてなされるべきところであり、本中間試案に先行する部会資料14-5の2に記載された通り、本試案以外の論点については、そうした動向も見守りつつ検討する必要があるといえる。

- 2) もとより、生殖補助医療法の成立以前から、生殖補助医療についての厚生労働省をはじめとした関係省庁において検討され、行為規制がなされるべきところは当然であり、大阪弁護士会では、これについて、既に、2014年（平成26年）11月6日付「第三者の関わる生殖医療技術の利用に関する法制化についての意見書」を公表し、生殖補助医療にかかわる法制化における論点を検討し、意見を述べている。こうした当会の意見は、当然ながら現時点においても妥当する。

生殖補助医療法が成立し、生殖補助医療に同法という法的根拠が確立した以上、上記附則3条に鑑み、大阪弁護士会において指摘した論点にかかる意見も踏まえつつ、今後2年以内に行為規制にかかる立法が積極的になされるべきである。

- 3) 代理懐胎について

生殖医療法第9条は、第三者卵子による生殖補助医療を利用して子を出産した場合には、出産した女性を子の母とする旨規定している。これは、代理懐胎による場合も含む趣旨である。

ただし、かかる規定の内容は、法制審生殖医療関連親子法制部会における平成15年7月に公表された「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療により出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する要綱中間試案」と異なるものであり、また、現行法を想定したものに過ぎない。

平成15年当時からは、社会の生殖補助医療に対する理解も変化しており、だからこそ生殖医療法が成立したともいえる。

こうした状況からは、代理懐胎についても、なお導入の可否については、議論を尽くして検討すべきである。

特に、こうした生殖補助医療を将来利用するのは、今後日本の社会を担

大阪弁護士会

民法（親子法制）等の改正に関する中間試案に対する意見

う若年層であるから，こうした将来の利用者になる若年層の意見も十分に聞いたうえで，検討すべきである。

3 認知制度の見直しに関する検討

(1) 未成年の子認知に関する規律の見直し

第7・3(2)の見直しに伴って、嫡出でない未成年の子の認知に関し、次のような規律を設けることについて、引き続き検討する。

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

(2) 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 認知が事実と反する場合であっても、②の規律により取消されない限り、認知は有効とする。

② 認知が事実と反するときは、一定の取消権者は、一定の期間内に限り、その認知を取り消すことができる（注2）（注3）。

③ ②の取消しは、認知取消しの訴えによる。

④ 父が、反対の事実を知りつつ子に日本の国籍を取得させる目的その他の不正の目的で認知したときは、①の規律にかかわらず、その認知は無効とする。

⑤ 子が、反対の事実を知りつつ日本の国籍を取得する目的その他の不正の目的で認知の承諾をしたとき、又は、子の法定代理人が、反対の事実を知りつつ子に日本の国籍を取得させる目的その他の不正の目的で認知の承諾をしたときも、④と同様とする。

（注1）【成年】【15歳】に達しない子の承諾については、その法定代理人によってされることを想定している。

（注2）取消権者及び取消期間については、嫡出推定制度における否認権者及び否認権の行使期間に関する規律との均衡等を考慮し、引き続き検討する。

（注3）認知の取消事由については、①の案のほか、生物学上の父子関係がなく、かつ、認知者に生物学上の父子関係有無やそのほかの事情について錯誤があったときや、第三者による詐欺や強迫によって認知がされたときに限り、認知の取消しを認めることとする案も考えられる。

（注4）認知の無効事由については、④及び⑤の場合のみならず、認知者に認知意思や意思能力がない場合等にも、認知を無効とすることが考えられる。

【意見】

1 (1)について

(1)の規律について、賛成する。

2 (2)について

1) ①ないし③について

賛成する。

2) ④及び⑤について

賛成する。

3 注3)について

認知取消の要件に、認知が錯誤、詐欺、または強迫によってなされたことを付加することに、反対する。

4) 注4)について

無効事由に、認知意思の欠缺、意思無能力を追加することに、賛成する。

【理由】

1 (1)について

現行法における認知は、認知者が認知届出を提出すれば成立するものであり、万一認知者との間に血縁関係がなくても、また子供やその家族の意に反しても認知することが可能である。

かかる現状は、必ずしも好ましいものとは言えない。

それゆえ、認知をする子の意思を尊重する趣旨及び血縁関係のある場合とのバランスの観点から、中間試案のとおり法改正することには賛成する。

認知をするものが、血縁関係を立証して認知する方法としては、訴訟によることにも賛成する。

2 (2)について

1) ①及び②について

現行法の認知無効の制度は、利害関係人であれば、時的限界がなくいつでも認知無効の訴えを提起できることとなり、嫡出否認の制度との比較において、妥当とは言えない。

認知においても、子の身分関係の安定を図る必要があることは、嫡出否認の場合と変わらないから、(後者の国籍の不正取得の場合ともあいまっ

て)、認知については、血縁関係がなく事実と反する場合に、取消しできるとすることには賛成する。

2) ③について

また、それゆえ、認知の取消の訴えにおいても、嫡出否認の制度と比較して、同程度の出訴期間を設けることに賛成する。

3) ④及び⑤について

民法の認知に関する規定に、国籍の不正取得に対する対応のための規定を設けることは、違和感はぬぐえず、必ずしも妥当とは言えない。

しかしながら、認知を用いた国籍の不正取得に対する対応をする必要があり、そのためにはかかる場合に、取り消しではなく、直ちに無効とできる制度である必要があることは理解できる。

それゆえ、④⑤にかかる不正取得の場合に、認知を無効とすることには賛成する。

4) 注3) について

上記のとおり認知の取消の制度を設けた場合においては、錯誤、第三者の詐欺、強迫による取消との関係が問題となりうる。かかる場合に認知の取消事由となるかや、認知の取消事由との関係を明らかにした方が、わかりやすいところである。

ただし、認知の取消しをする際に、血縁関係がなく事実と反することに加えて、錯誤、第三者の詐欺、強迫によることを要件とすると、認知取消の範囲が狭まる。認知者が事実と反することを知りながら認知がなされた場合に、子側からの認知取消しは否定されるべきではないし、また、認知者側からの認知取消も事案に応じて認めてよい場合も考えられる。この点、最高裁平成26年1月14日判決（民集68巻1号1頁）は、子との間に生物学上の父子関係がないことを知りながら認知をした場合であっても認知無効の訴えを提起することができる旨を判示するとともに、「認知を受けた子の保護の観点からみても、あえて認知者自身の無効の主張を一律に制限すべき理由に乏しく、具体的な事案に応じてその必要がある場合には、権利濫用の法理などにより子の主張を制限することも可能である」としている。かかる最高裁判例の趣旨に沿って立法すべきである。

認知の取消の制度を設けた場合に、錯誤、第三者の詐欺、強迫による取消との関係を明らかにするため、引き続き検討することには賛成するが、認知の取消しをする際に、血縁関係がなく事実と反することに加えて、錯誤、第三者の詐欺、強迫によることを要件とすることには、反対する。

5) 注4) について

上記のとおり国籍の不正取得の場合の認知の無効の制度を設けた場合には、認知意思の欠缺や意思無能力がある場合に、認知の無効事由となるかの問題は生じる。そのため、認知意思の欠缺や意思無能力がある場合に、認知の無効事由となりうることを明らかにした方が、わかりやすいところであり、注4) に賛成する。

第8 その他の検討 ～嫡出の用語の見直しに関する検討～

【意見】

「嫡出」の用語を見直し、廃止すべきである。

【理由】

- 1 確かに、民法上は、嫡出推定に関わる第772条はもとより、第774条から第777条の本文ないし見出しに使用されている。また、それを受けて、戸籍法やその他の関連規定、皇室典範等にも、使用されているところである。

また、出生届に「嫡出子と嫡出でない子の別」を記載すべきものとする戸籍法の規定の合憲性等が争点とされた最高裁判決（最判平成25年9月26日民集67巻6号1384頁）においては、「民法及び戸籍法において「嫡出でない子」という用語は法律上の婚姻関係にない男女の間に出生した子を意味するものとして用いられているもの」として、差別的意味合いのものであるとはしなかった。

- 2 嫡出という用語を廃止すべき理由

- 1) しかしながら、当然のことながら、非嫡出は「嫡出でないもの」という否定的な意味を持つと捉えられている。

- 2) また、最高裁判所大法廷平成25年9月4日決定（民集第67巻6号1320頁）は「法定相続分を定めた規定のうち嫡出でない子の相続分を嫡出子の相続分の2分の1と定めた民法900条4号ただし書前段の規定は、遅くとも平成13年7月当時において、憲法14条1項に違反していた」旨を判示し、これを受けて、同年12月5日、法定相続分を定めた民法の規定のうち嫡出でない子の相続分を嫡出子の相続分の2分の1と定めた部分（900条4号ただし書前半部分）は削除され、嫡出子と嫡出でない子の相続分は同等とされるに至った。

このとおり、唯一嫡出子・非嫡出子の区別していた相続分の差別も撤廃されていることから、民法上両者の間に差別・区別はなく、かかる用語を用いる必要性がない。

- 3) そもそも、民法上、嫡出という用語を用いること自体が、非嫡出という差別的意味合いを想起させることから、使用を停止すべきである。
- 4) また、国際連合の自由権規約委員会、児童の権利委員会、女子差別撤廃委員会から、嫡出でない子に関する全ての差別的規定を撤廃する旨の勧告や懸念が示されているところである（部会資料11）。

- 5) それゆえ、当然のことながら、嫡出の用語は廃止すべきである。
- 6) なお、本来、全ての法律から、嫡出の用語を廃止するのが望ましい。ただし、他の法律上の嫡出の用語があるとしても、それは別の法体系であり、個々の法体系ごとに検討することも可能である。
少なくとも民法においては、嫡出の用語を存置する意味は失われており、廃止すべきである。