

家族法制大改正を迎えて

高校生の時、女性家庭科専任教師が厳しく男女差別を糾弾していた。当職姉が在校時にも在籍していたという有名教師だった。爾来〇〇年経過したが事態は変わったか。

ところで、日本女性の社会的地位は「153か国中121位」だそうだ（2019年）。しかし、社会の空気は確実に動いている。家族法制もゆるゆると変化をしている。そこで、相続法と親族法（親子法制）の改正について、主なものを業界泰斗の会員等に解説してもらった。

また、激しい議論を巻き起こしている離婚後の共同親権についての意見も若手から戴いた。
今後の実務の参考にいただければ幸いである。

LIBRA編集会議 味岡 康子

CONTENTS

1 相続法の改正についての解説	2頁
2 民法（親子法制）改正の概要	7頁
3 離婚後共同親権の議論状況	12頁

1 相続法の改正についての解説

元早稲田大学法科大学院教授、元東京家庭裁判所部総括判事、会員 松原 正明 (31 期)

1 はじめに

平成30年法律72号による相続法及び家事事件手続法の改正点については、これまで、立法担当者をはじめ種々の解説がなされている。本稿では、そのいくつかについて、改正の背景事情、改正後の遺産分割事件のあり方等の実務的な問題点を検討する。紙数の関係から、配偶者居住権、配偶者に関する持戻免除の意思表示の推定及び遺産分割前に遺産が処分された場合の遺産の範囲の問題を取り上げる。

2 配偶者居住権 (民法1028条ないし1036条)

(1) 配偶者居住権の趣旨

配偶者の生活を保障するには、配偶者が住み慣れた居住環境での生活を継続したいと希望する場合に、その意向に沿った遺産の分配を実現することが必要である。そのためには、配偶者に遺産分割によって居住建物の所有権を取得させることが考えられる。しかし、遺産として、不動産の他に預貯金等の金融資産が少ない場合には、当該不動産を取得すると、預貯金等

の取得が困難となって、その後の生活に支障をきたすことがある。そこで、配偶者に居住建物における居住を確保するとともに、預貯金等の遺産取得をも可能とすることが必要となる。そのため、被相続人の配偶者は、遺産である建物に相続開始の時に居住していた場合には、遺産分割によって居住建物について無償で使用及び収益をする権利である配偶者居住権（所有権より低額であることが予定される）を取得することができる制度が創設された（民法1028条）。

（2）配偶者居住権の評価

配偶者居住権は、所有権より取得額が低くなければ、その趣旨に反する。適正な評価が要請されるが、配偶者居住権は存続期間が終身であるなど評価が難しい財産権であり、最終的には不動産鑑定士等の専門家の知見による評価が相当であろう。しかし、家裁実務においては、遺産の評価額や評価方法について相続人間に合意があれば、それに従うという処理がなされている。また、共同相続人全員の同意があって配偶者居住権が成立する場合（民法1029条1号）には、評価額も合意によって決まることが少なくないと思われる。

そこで、平成29年3月28日第19回法制審議会民法（相続関係）部会において、「長期居住権の簡易な評価方法について」（部会資料19-2）として、相続人全員の合意がある場合に用いるべき配偶者居住権の簡易な評価方法が示されている（公益社団法人日本不動産鑑定士協会連合会からも一定の合理性があるとの評価を受けているとされる）。この方法は、遺産分割の実務において、建物の評価方法として固定資産税評価額が広く利用されていることから、その固定資産税評価額をベースとする方法である。

相続人間に合意ができない場合には、鑑定による他はないが、存続期間の推定は相当に困難であろう。この点については、公益社団法人日本不動産鑑定士協会連合会は、配偶者居住権の評価方法の1つのあり方として、配偶者居住権の価額は、「居住建物の賃料相当額」から「配偶者が負担する通常の必要費」

を控除した価額に存続期間に対応する年金現価率を乗じた価額であるとする考え方を示している。

（3）配偶者居住権のメリットとデメリット

ア メリット

- ① 配偶者居住権の評価額は所有権のそれと比較して低額である。
- ② 配偶者居住権の居住期間は、原則として終身であり、その間配偶者の居住権は保障される。

イ デメリット

- ① 配偶者居住権は譲渡が禁止されているため換価が困難である。

配偶者居住権を換価する必要がある場合、譲渡が禁止されているため、第三者への売却はできない。そこで、配偶者居住権を居住建物の所有者に買い取ってもらうか、居住建物の所有者の承諾を得たうえで第三者に居住建物を賃貸することが考えられるとされる（前掲部会資料26-2）。しかし、いずれも、建物所有者との関係が良好であることが前提であり、前者については、市場での売却ではないことや所有者の支払い能力によっては、配偶者の希望する価額での買い取りが可能である保障はなく、後者については、賃料額の問題があるほか、まとまった額を取得することは困難であるという難点がある。

- ② 評価が困難である。

権利の存続期間が配偶者の終身という不定期であることが理由である。

（4）他の分割方法との関係

ア 所有権の取得との比較

配偶者居住権の存続期間は原則として終身であり、その間の居住が保障されることは、所有権を取得した場合と同様であり、しかも、配偶者居住権の価額は前述の試算のとおり所有権より低額であって、他の遺産を取得することができる。しかし、配偶者居住権

は譲渡が禁止されることから、換価方法が限定されており、換価が十分に保障されない。

イ 共有取得との比較

配偶者居住権の創設前には、同じ趣旨を図るために、共有取得による分割方法がしばしば採用されていた。共有取得による分割方法には以下のようなメリットとデメリットがある。

(ア) メリット

① 持分額は所有権のそれと比較して低額である。

共有持分はその割合のいかんを問わず、共有物全部を使用収益することができるので、取得する持分割合を少なくすることによって、所有権を取得する場合に比べて、遺産の取得額は低額になる。

② 共有持分の評価額は所有権の評価額を持分割合で除すれば算定することができ、簡便である。

③ 配偶者は、持分権を譲渡し、換価することができる。

持分権の自由譲渡性から、配偶者はいつでも持分権を譲渡して、譲渡代金を得ることができる。

(イ) デメリット

① 共有取得が相当であるためには、当該不動産を取得する共有者全員の同意が必要である。すなわち、配偶者と共有者になることを承諾する相続人が必要である。共有者はいつでも分割請求をすることができる。したがって、遺産分割審判において、共有による分割方法が相当とされるためには、当該不動産を取得する共有者全員が共有取得を受け入れるという趣旨（分割請求をしない）の意思を有することが必要である。

② 配偶者が居住権を失う可能性がある。

遺産分割の審判時には、共有取得を受け入れるという共有者全員の合意があるが、他の共有者が持分を譲渡することなどによって、譲受人から分割請求がなされ、その結果配偶者が持分権を失って建物の居住ができなくなる可能性がある。

③ 賃料相当額の支払いが必要である。

配偶者が全面的独占的に建物を居住している場合には、他の共有者に対して、賃料相当額の不当利得金を支払う必要がある。もっとも、他の共有者と信頼関係がある場合には、実際請求されることは少ないであろう。

以上をまとめると、共有持分も所有権の取得より低額であるが、配偶者の居住権が保障されない場合がある。配偶者居住権と比較すれば、持分権の譲渡ないし分割請求などができ、換価は容易である。

(5) まとめ

配偶者居住権は、配偶者の終身の居住権が保障されるが、換価に困難が伴う。したがって、長期間居住することが予想される場合には適切な分割方法である。しかし、配偶者居住権を取得した配偶者に、転居せざるを得ない事情例えば介護施設に入居をせざるを得ないような状況が発生した場合に、転居に必要な資金が得られないおそれがある。このような事情が近い将来に予想されるのであれば、他の分割方法を考慮すべきである。所有権の取得はその一つであるが、信頼関係がある他の共同相続人がいる場合には共有取得も考えられ、同人と同居するのであれば適切な方法であろう。

3 配偶者に関する持戻免除の意思表示の推定（民法903条4項）

配偶者については、その居住権を保護しつつ、将来の生活のために一定の財産を確保させる必要性が高まっている。残された配偶者が相続開始後にも引き続きこれまでの居住建物に居住するために、被相続人が生前に居住建物を譲渡し、あるいは遺贈することがある。その際、特別受益制度が適用されることにより、居住建物等の価額が遺産に持ち戻されて配偶者の相続分が算定され、その結果、居住建物以外の預貯金

等の遺産の取得が困難になるか、あるいは少なくなる場合が予想される。そこで、民法903条4項は、婚姻期間が20年以上の夫婦の一方である被相続人が、他の一方に対し、その居住の用に供する建物又はその敷地（居住不動産）について遺贈又は贈与をしたときは、民法903条3項の持戻し免除の意思表示があったものと推定し、遺産分割においては、原則として当該居住用不動産の持戻し計算を不要として、結果として贈与等を受けた配偶者は、最終的に多くの財産を取得することができることとした*1。

民法903条4項によれば、遺贈等の対象となる不動産は、「居住の用に供する建物又はその敷地」に限定される。居住用不動産は老後の生活保障に必要とされ、その遺贈等は典型的に被相続人が残存配偶者の老後の生活保障を目的として行われることが多いことに基づいている。金銭や収益不動産を遺贈した場合には、同項の適用を受けることはできないが、同項の反対解釈により、持戻し免除を否定するべきではない。

特別受益制度は共同相続人間の公平を図る制度であるが、被相続人が共同相続人を等しく扱うであろうとの意思の推測に基づく。共同相続は、子間、直系尊属間、兄弟姉妹間のほか、配偶者がこれらの者と共同相続人となる場合に発生する。しかし、この被相続人の意思の推測は、子、直系尊属及び兄弟姉妹など同一系列の相続人の間では妥当するとしても、配偶者とこれら血族相続人との間では、一般的に、被相続人が配偶者と血族相続人とを等しく扱う意思を有しているとは言い難いのではなかろうか。そもそも、民法903条は明治民法からの規定であるが、当時、配偶者は遺産相続人ではあったものの、単独相続人であった。したがって、配偶者に対する特別受益の問題については何ら検討されていない*2。

以上を総合すると、配偶者に対する利益の供与を特別受益と認めることは慎重であるべきであると考え

る。解釈論としては、「生計の資本」とは独立資金の意味であって配偶者に供与された利益はこれに該当しないとする解釈や、ひろく黙示・明示の持戻し免除の意思表示を認めてよいのではなかろうか。

4 遺産の分割前に遺産に属する財産が処分された場合の遺産の範囲（民法906条の2）

(1) 制定の経緯

民法906条の2は、やや特異な規定なので、制定された経緯を述べる。

相続が開始し、現実に遺産分割がなされるまでに、かなりの期間を要することがあり、その間に、相続人が遺産の一部又は全部を処分することがある。

この場合には、まず、遺産分割の対象となる財産をいつの時点で把握するかが問題となる。遺産分割時説と相続開始時説があるが、遺産分割時説が通説であると思われる。遺産分割は共同相続人の共有に属する相続財産をその相続分に従って衡平かつ合理的に分配する制度であり、将来に向かって新たな権利又は法律関係を形成することを本質的目的とするものであって、相続開始時にさかのぼって過去の権利又は法律関係を確認することを直接の目的とするものではないと解すべきことを理由とする。他方、相続開始時説は、共同相続人の一人がほしいままに相続財産を処分した場合に、その財産を処分者に取得させることによって相続人間の具体的衡平を図ることができるというメリットがあるとされる。遺産分割時説からすれば、このような擬制を行わなくとも、遺産を処分した相続人において、一部分割がなされたと同様に、当該遺産を取得したこととして、その具体的相続分を算定するか、あるいは、代償財産が存在する場合には、それを分割の対象にすれば足りるとの指摘がある。

*1：租税法では、贈与税の特例として、婚姻期間が20年以上の夫婦間で、居住用不動産の贈与が行われた場合等に、基礎控除に加え最高2000万円の控除を認める税法上の特例を認める制度（相続税法21条の6）があり、この制度は、配偶者の死亡により残された他方配偶者の生活に配慮するものである。今回の民法の一部改正も、この贈与税の特例とあいまって配偶者の生活保障をより厚くするものとされる。

*2：当時の共同遺産相続人は子と直系尊属のみであり、その間の特別受益についてのみ議論がなされていた。

(2) 民法 906 条の 2 の趣旨

民法 906 条の 2 第 1 項は、遺産分割前に遺産に属する特定の財産が処分された場合であっても、共同相続人は、その全員の同意により（同条 2 項により、処分をした者が共同相続人である場合には、同人の同意は不要である）、当該処分された財産が遺産の分割時に遺産として存在するものとみなすことができるとする。存在するとみなされた財産が遺産分割の対象とされるのであるから、同条は、共同相続人の合意を前提に、相続開始時説を採用したものといえよう。

民法 906 条の 2 の立法趣旨は次の点にあるとされる*3。伝統的な考え方である遺産分割時説によれば、共同相続人の一人が遺産分割前に遺産の一部を処分した場合には、その時点で実際に存在する財産を基準に遺産分割を行い、当該処分によって当該共同相続人が得た利益も遺産分割においては特段考慮しないという扱いがなされてきた。そうすると、当該処分をした者の最終取得額が、当該処分を行わなかった場合と比べると大きくなり、その反面、他の共同相続人の遺産分割における取得額が小さくなるという計算上の不公平が生じ得ることとなっていた。そこで、民法 906 条の 2 では、共同相続人の一人が遺産分割前に遺産の一部を処分した場合に、処分をしなかった場合と比べて利得をすることがないようにするため、遺産分割においてこれを調整することを容易にする規律が設けられたとされる。

(3) 同意ができない場合

同意ができないと、遺産分割において、相続人によって処分された財産が遺産分割時に遺産として存在するとして扱うことはできない。したがって、財産を処分した相続人以外の相続人は、当該処分をした相続人を相手方として、訴訟手続において、自

身の法定相続分に相当する損害賠償を請求することになる。しかし、これでは、遺産を処分された相続人に具体的相続分に相当する財産取得は保障されず、民法 906 条の 2 の趣旨は貫徹されないことになりそう。これについては、次のように考えるべきであろう。財産を処分した相続人は、当該財産に相当する利益を享受したのであるから、当該財産を取得したものとして、当該財産額を控除して具体的相続分を算定すべきである。なお、遺産を処分された相続人が損害賠償請求権を行使することは可能であり、行使した場合には、遺産分割手続において、自身の法定相続分に相当する額（実際の損害賠償額ではない）を控除されて具体的相続分が算定されることになる。

(4) 第三者による処分

民法 906 条の 2 は、「遺産の分割前に遺産に属する財産が処分された場合であっても」と規定するので、第三者による処分の場合にも適用される。第三者が遺産を処分した場合であっても、全共同相続人の同意により、処分されて存在しなくなった財産を遺産分割の対象とすることができるの趣旨である*4。相続人による財産の処分がなされた場合に、存在しなくなった財産を存在するものとみなして遺産分割の対象とし、当該相続人に取得させるという処理は、相続人間の不公平を避けるという点で意義を有する。しかし、第三者の処分の場合にはそのような要請はなく、端的に遺産分割時に存在する第三者に対する損害賠償請求権を遺産分割の対象にすべきであろう。家庭裁判所は、「物又は権利の種類及び性質」（民法 906 条）を考慮して遺産の取得者を決めることになるが、遺産分割時に存在しなくなった財産の取得者を決めざるを得ないとすると、極めて困難な問題に逢着するのではなかろうか*5。

*3：概説改正相続法〔第2版〕（金融財政事情研究会，2021年）73頁以下

*4：前掲書 78 頁

*5：もっとも、審判主文には処分された財産を掲げるものの、処分によって生じた財産を遺産として処理するのであれば、相続開始時説ではないと思われる。

2 民法（親子法制）改正の概要

元大東文化大学法科大学院客員教授，元東京家庭裁判所所長代行者，第一東京弁護士会会員 近藤 ルミ子（32 期）

1 はじめに

民法の親子法制に関し「近時，喫緊の対応が必要な2つの検討課題」とされた，児童虐待防止の観点からの「親権者の懲戒権に関する規定等の見直し」及びいわゆる無戸籍者問題解消の観点からの「嫡出推定制度に関する規定等の見直し」について，法務大臣の諮問を受け設置された法制審議会民法（親子法制）部会での審議，答申を経て，民法等の一部を改正する法律案が国会に提出され，令和4年12月10日，「民法等の一部を改正する法律（令和4年法律第102号）」が成立し，同月16日に公布された。同改正法（令和4年12月16日に施行された懲戒権に関する規定等の見直しに関する規定を除く）は，令和6年4月1日に施行される。

民法（親子法制）の改正は，①懲戒権に関する規定の見直し，②嫡出の推定の見直し及び女性に係る再婚禁止期間の廃止，③嫡出否認制度に関する規律の見直し，④第三者の提供精子を用いた生殖補助医療により生まれた子の親子関係に関する民法の特例に関する規律の見直し，⑤認知制度の見直し等を内容とする。

以下は，嫡出推定制度の見直しを中心として，民法（親子法制）改正の内容を概観するものである。

2 民法改正の概要

(1) 懲戒権に関する規定の見直し

児童虐待の問題が深刻化している社会状況を背景として，平成23年の民法改正（民法等の一部を改正する法律（平成23年法律第61号））によって，親権者の懲戒権は，子の利益のための監護・教育に必要な範囲でのみ許されるとされた（民法822条）。しかし，その後も同条が児童虐待を正当化する口実に

利用されているとの指摘がされ，「児童虐待防止対策の強化を図るための児童福祉法等の一部を改正する法律（令和元年法律第46号）」によって，「児童虐待の防止等に関する法律（平成12年法律第82号）」（児童虐待防止法）14条に親権者によるしつけの際の体罰禁止が明示された（令和2年4月1日施行）。さらに，前記児童福祉法等改正法の附則には，民法822条の在り方について同改正法施行後2年を目途として検討を加える旨の条項が設けられた。このような社会状況，法改正の経過等を踏まえ，本改正では，児童虐待防止を図ることを目的として，民法822条を削除するとともに，民法821条（居所の指定）を民法822条としたうえで，改正後の民法821条（以下現行民法は「民法」とし，改正民法は「改正法」とする）として，親権者の監護教育権の行使における行為規範が設けられた。

民法822条の削除は，社会通念に照らし許容される正当なしつけが民法820条に基づく監護教育権の行使であることを前提としている。また，改正法821条の趣旨は，親権者の監護教育権行使における，子の人格を尊重しその年齢及び発達の程度に配慮する義務や，体罰その他の子の心身の健全な発達に有害な影響を及ぼす言動の禁止を規定することにより，児童虐待の防止を図ろうとするところにあり，その実質は，現行法の監護教育権に関する解釈から導かれる内容を確認的に規定するものとされている（民法（親子法制）部会資料25-2（以下「部会資料」という）2頁）。

(2) 嫡出の推定の見直し及び女性に係る再婚禁止期間の廃止

ア 嫡出推定制度

民法は，婚姻関係にある夫婦間に出生した子の父子関係の成立に関して嫡出推定制度を採用しており，

婚姻成立の日から200日を経過した後又は婚姻の解消若しくは取消しの日から300日以内に生まれた子は、夫の子と推定される（民法772条）。そして、嫡出推定を受ける子との父子関係を争うためには、夫が子の出生を知った時から1年以内に嫡出否認の訴えを提起する必要がある（民法774条、775条、777条）、これと異なる訴えは不適法となる（最判昭和55年3月27日裁判集（民）129号353頁）。

嫡出推定制度を採用する趣旨としては、婚姻関係を基礎として父子関係を推定することにより、早期に法律上の父子関係を確定して子の地位の安定を図ること、夫婦間の秘事の公開を避けることにより、家庭の平和を守ることなどが挙げられている。

民法上の実親子関係は、生物学上の親子関係を基礎としているものの、嫡出子については、嫡出推定の効力として、生物学上の親子関係と法律上のそれとが必ずしも一致しないことがあり、法律上の親子関係を否定するかどうかは、家庭の平和を目的として専ら夫の判断に委ねられている（民法774条）。しかし、生物学上の親子関係がないことが明らかになれば、夫は必ず法律上の親子関係を否定することができるわけではない。子の身分関係、養育環境の安定性確保の見地から、現行の否認権行使には厳しい制限が設けられており、子の出生を知ってから1年以内に訴えの方法によらなければならない（民法775条、777条）。現行制度の下では、子が嫡出推定を受け、否認権行使が制限される結果、夫婦が既に別居又は離婚し、妻は子の生物学上の父と同居又は再婚している場合であっても、（前）夫が否認権を行使しない限り、子、母及び生物学上の父の意思や子の現在の養育環境等に反して法律上の父子関係が確定するという問題が生じ得る。このような中で、夫以外の者との間の子について、戸籍上（前）夫との嫡出子とされることを避けるために母が出生届を提出せず、子が社会的に様々な不利益を受ける無戸籍者となることが問題視され、この問題を解消する観点から嫡出推定制度の見直しを行うこととなった。

イ 嫡出推定に関する判例（推定の及ばない子と推定されない嫡出子）

嫡出推定の一義性を貫くことで生じる問題を解消するため、判例は、一定の場合に生物学上の親子関係を優先させ、生物学的な関係がない子について嫡出推定の適用を制限し（推定が及ばない子）、生物学的な関係がある子には嫡出子の身分を与える（推定されない嫡出子）ことを認めている。

（ア）推定が及ばない子

判例は、民法772条所定の期間内に出生した子であっても、母とその夫が離婚の届出に先立ち約2年半以前から事実上の離婚をしていた場合（最判昭和44年5月29日民集23巻6号1064頁）や、夫が出征していた間に懐胎したと推認される場合（最判平成10年8月31日裁判集（民）189号497頁）は、嫡出推定を受けないとし、妻がその子を懐胎すべき時期に既に夫婦が事実上の離婚をして夫婦の実態が失われ、又は遠隔地に居住して、夫婦間に性的関係を持つ機会がなかったことが明らかであるなどの事情が存在する場合には、その子は実質的には嫡出推定を受けない（最判平成12年3月14日裁判集（民）197号375頁）として、嫡出否認の訴えによらず、親子関係不存在確認の訴えにより父子関係を争うことができるとしている。これらの判例は、嫡出推定制度の趣旨に鑑みて、妻が夫の子を懐胎し得ないことが外観上明白な場合に限って嫡出推定が及ばないとする外観説（我妻榮著「親族法」有斐閣221頁）に立つものと理解されている。

また、最高裁判所平成26年7月17日判決（平成24年（受）第1402号民集68巻6号547頁、平成25年（受）第233号裁判集（民）247号79頁）は、生物学上の父子関係が認められないことがDNA型鑑定により明らかである場合であっても、民法772条による嫡出推定が及ばなくなるものとはいえず、親子関係不存在確認の訴えをもって父子関係を争うことはできない旨判示しており、民法の解釈としては、生物

学上の父子関係がないことが判明した場合に嫡出推定が及ばないとする血縁説を採用しないことを明確にしている（2名の裁判官の反対意見がある）。

ただし、実務上は、合意に相当する審判の手續において、母、子及び（前）夫との間に、子が（前）夫の子でないことについて争いがなく、合意に相当する審判を受けることの合意もある場合は、合意に沿った審判がされる例もあるとされており（矢尾和子・船所寛生著「調停に代わる審判の活用と合意に相当する審判の運用の実情」法曹時報66巻12号50頁）、DNA型鑑定の技術が発展し、生物学上の親子関係の確定が比較的容易になった現在の実務は、必ずしも前記判例の考え方に一致しているものではないようである。

（イ）推定されない嫡出子

推定されない嫡出子は、内縁先行の有無を問わず婚姻成立後200日以内に出生し、嫡出子の出生届がされた子である。婚姻後に出生した子については、嫡出子としての出生届がすべて受理される戸籍上の扱いであり（昭和15年4月8日民事甲432号民事局長通牒）これは、判例（大判昭和15年1月23日大審民集19巻1号54頁、最判昭和41年2月15日民集20巻2号202頁参照）の考え方を前提としている。なお、推定されない嫡出子は、民法772条の嫡出推定を受けないため、親子関係不存在確認の訴えによって父子関係を争うことができる。

ウ 嫡出推定制度の見直し

改正法は、DNA型鑑定の技術が発展した現代においても嫡出推定制度の趣旨の重要性は変わるものではないとして、制度自体を維持している（部会資料5頁）。

（ア）嫡出の推定（改正法772条1項）

妻が婚姻中に懐胎した子は夫の子と推定する旨の民法の規律は維持され（改正法772条1項前段）、女が婚姻前に懐胎した子であって、婚姻成立後に生まれたもの（2（2）イ（イ）参照）は、夫の子と推定する旨

の規律が追加された（改正法772条1項後段）。

婚姻中懐胎した子は夫の子と推定するとの規律が維持された結果として、前記2（2）イ（ア）記載の推定の及ばない子の判例法理が維持されると解されている（部会資料6頁）ため、婚姻前に懐胎し婚姻成立後に出生した子についても、外観説に沿う事情がある場合には嫡出否認の訴えによらずに父子関係を争うことができるかが問題となる。判例法理の考え方及び改正法772条1項後段の趣旨を前提として、事案の具体的事情を検討することによって結論を導くべき問題であり、婚姻前の懐胎であることのみをもって一律に判例法理の適用を否定することは相当ではないと考える。

（イ）懐胎時期の推定（改正法772条2項）

民法772条2項の規定は維持され、改正法772条1項の前段又は後段の各規律の適用の有無について、外形上明らかな事実である出生時期を基準として判断できるようにするため、婚姻成立の日から200日以内に生まれた子について、婚姻前に懐胎したものと推定する旨の規律が加えられた。

（ウ）婚姻が複数回の場合の規律（改正法772条3項）

女が子を懐胎した時から子の出生までの間に複数の婚姻をしていた場合は、そのうち父子関係の存在につき相対的に蓋然性が高い子の出生直近の婚姻を基準として嫡出推定をする旨の規律である。

子の出生直近の婚姻による夫婦に当該子の養育が期待できることなどもこの規律の根拠とされており、改正法772条1項前段の例外となる本規律が設けられたことは、将来にわたって無戸籍者問題を解消することにつながるものと考えられている（部会資料7頁）。しかし、母が再婚しない場合は、本改正によっても従前の問題を回避し得ない。

（エ）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の規律（改正法772条4項）

前記のとおり、女が子を懐胎した時から子の出生

時までの間に複数の婚姻をしていたときは、改正法772条3項により子の出生直近の婚姻における夫の子と推定されるが、嫡出否認の訴えによって当該夫の子であるとの推定が否認された場合は、その婚姻を除き、子の出生の直近の婚姻における夫の子と推定される。

(オ) 女性に係る再婚禁止期間の廃止（民法733条の削除）

嫡出推定制度の見直しにより、母の再婚後に生まれた子は再婚後の夫の子と推定され、父性推定の重複の問題は生じないため、民法733条は削除された。

なお、再婚禁止期間違反の場合に適用がある父を定めることを目的とする訴え（民法773条）は、重婚の禁止に違反して婚姻した女性が出産した場合に適用があるものとして維持された。

(3) 嫡出否認制度に関する規律の見直し

ア 否認権者の拡大（改正法774条）

民法が否認権者を夫に限定しているため、（前）夫の協力が得られないことや、夫から暴力を受けていることなどの事情から、母が戸籍上（前）夫の子と記載されることを避けるために子の出生届を提出しないことによる無戸籍者問題の解消が、本改正の目的の一つであることは前記のとおりである。生物学上の父と法律上の父が一致しないことにより生ずる多様な問題は、子及び母に重大かつ切実な利害を及ぼすにもかかわらず、嫡出否認の訴え提起が専ら夫の意思によっているため、事案に応じた適切な解決を図ることができない場合があるとの指摘を踏まえ、本改正によって否認権者が拡大された（部会資料12頁）。

(ア) 改正法772条によって父が定められる場合において、父、子及び母は、子が嫡出であることを否認することができる（改正法774条1項、3項）。母については、子の利益を害することが明らかなときは否認権を行使できない（改正法774条3項ただし書）。

(イ) 母の離婚後300日以内に生まれた子であって、母が前夫以外の男性と再婚した後に生まれたものについて、当該再婚後の夫の子と推定される場合（改正法772条3項）の前夫も否認権者とされる（改正法774条4項）。前夫の否認権行使は、前夫が母の再婚後の家庭に介入することを認めるものであるため、子の利益を害することが明らかなときは否認権を行使できない（改正法774条4項ただし書）。

(ウ) 改正法775条は、(ア)及び(イ)の否認権者が行う嫡出否認の訴えの被告を明確にしている。

(エ) 子及び母に否認権が認められたことに伴い、否認権行使を夫のみとする民法774条を前提とした「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」10条が改正され、子及び母の否認権をも制限する規定となった。

イ 出訴期間の伸長（改正法777条）

現行の嫡出否認の訴えの出訴期間（民法777条）については、夫の否認権行使期間としても十分ではないとの批判がある。また、改正法が新たに子や母に否認権を認めた趣旨を踏まえると、否認権行使の機会を十分に確保するため、より長い出訴期間を認める必要がある一方、不必要に長い期間とすることは、子の身分関係の不安定につながるため相当ではない。これらの考慮に加え、子の認知・記憶は4歳前後に大きく発達し、5歳頃には出来事の記憶が長期にわたって残るとの子の発達に関する一般的知見をも踏まえて、出訴期間が定められた（部会資料14頁）。

夫の否認権行使については子の出生を知った時から3年以内、子及び母の否認権行使については子の出生の時から3年以内とされ（改正法777条1号～3号）、前夫の否認権行使については、前夫が子の出生を知った時から3年以内とされた（改正法777条4号）。

ウ その他

(ア) 改正法776条は、嫡出承認に関して父の他に母を新たに規律の対象としている。なお、子による嫡出の承認については、後の裁判例、解釈を踏まえて子の身分関係を安定させる方向での見直しの検討を行うことが相当であるとされている（部会資料16頁）。

(イ) 嫡出否認の訴えに関連して、改正法778条の2～778条の4が新設された。子が自らの判断で否認権行使をするために、一定要件の下で21歳に達するまでの間嫡出否認の訴え提起を認める規定（改正法778条の2第2項）のほか、前夫による出訴を子の成年到達後は不可とする規定（改正法778条の2第4項）、子の監護に要した費用の償還の制限に関する規定（改正法778条の3）、相続開始後に新たに子と推定された者の価額支払請求権に関する規定（改正法778条の4）等である。

(ウ) 嫡出否認に係る改正法は、施行日以後の出生子に適用される（附則4条1項）が、子及び母による否認権の行使については、施行日から1年間に限り、施行日（前）の出生子にも適用される（附則4条2項）。

(4) 認知制度の見直し

ア 認知の無効制度の見直し（改正法786条）

改正法786条は、認知による身分関係の安定性確保の観点から、事実と反する認知の主張は訴えによるべきとしている（形成無効説）。また、民法786条について、認知無効の主張権者が広範に過ぎるうえ、無効主張の期間制限がないために子の身分関係が安定せず、厳格な制限が設けられている嫡出否認の訴えとの均衡を欠くなどの指摘があったことを踏まえ、主張権者の範囲を子又はその法定代理人、認知をした者及び子の母に限定し（改正法786条1項）、一定期間経過後は、反対事実を主張して認知無効

の訴え提起ができないこととした（改正法786条1項各号所定の時から7年以内に限り認知無効の訴えを提起できる）。したがって、認知無効の訴えが提起されることなく出訴期間が経過すると、生物学上の親子関係と異なる法律上の親子関係が確定し、戸籍上も認知によって形成された親子関係の記載が維持されることになる。子については、その判断を尊重する趣旨から、一定の要件の下、出訴期間である7年が経過した後であっても、21歳に至るまで認知無効の訴えを提起することができる（改正法786条2項本文。同項ただし書により制限される）。また、嫡出否認が確定した場合と同様（改正法778条の3参照）、認知無効が確定した場合の子の監護のための費用の償還に関する規定が新設されている（改正法786条4項）。

なお、事実と反することを知りながら認知をした者に認知無効の訴え提起を認めるか否かについては議論があるが、個別事案に応じた柔軟な解決を認めることが相当であるとの考えから、特段の限定を設けることなく認知した者を主張権者としている（部会資料25頁）。

イ 胎児認知の効力に関する規律の新設（改正法783条2項）

胎児認知をした子が出生した場合において、改正法772条の嫡出推定によって父が定められるときは、胎児認知の効力は生じない（改正法783条2項）。女が婚姻前に懐胎し婚姻成立後に生まれた子は、夫の子と推定されるため（改正法772条1項後段）、婚姻前に胎児認知がされていた場合は、その効力と嫡出推定の効力の関係が問題となる。嫡出推定を及ぼすことがより子の地位の安定確保につながることや、改正後も認知は嫡出でない子に対してされるものであること（民法779条）などから、胎児認知された子であっても、子の出生前に母が婚姻した場合は、嫡出推定を及ぼすことが相当であるとされた（部会資料29頁）。

3 離婚後共同親権の議論状況

会員 松田 亘平 (73 期)



1 はじめに

現行民法は、父母の婚姻中における共同親権の原則を定める一方で（同818条1項、3項）、父母の離婚後における単独親権を定める（同819条1項～3項、5項）。離婚後単独親権に関し、法制審議会家族法制部会が2022年11月15日に取りまとめた「家族法制の見直しに関する中間試案」（以下「中間試案」）は、現行民法819条を見直し、「父母双方を親権者と定めることができるような規律」（以下「離婚後共同親権」）を設けるものとする案（甲案）と、現行民法819条の規律を維持する案（乙案）を提示した。この離婚後共同親権の導入の是非をめぐり、世上激しい意見の対立が存在する。

離婚後共同親権という言葉には、離婚後の父母に対し、婚姻中と全く同様の親権行使を要求するイメージがつきまとう。中間試案は、このイメージどおりの離婚後共同親権の導入を提唱するものなのだろうか。以下では、中間試案における離婚後共同親権を概観し、その意義を検討する（2）。その後、中間試案の是非について、東京弁護士会が2023年1月11日に公表した『「家族法制の見直しに関する中間試案」に関する意見書』（以下「東弁意見書」）の内容を紹介する（3）。最後に、離婚後共同親権と「家族の在り方の多様性」の関係について検討し、今後の課題を述べる（4）。

2 中間試案における離婚後共同親権

(1) 前提となる親権理解

ア 親権の内容

中間試案は、監護者の権利義務の内容を明確化するか否かを検討するなかで、親権の内容を、身上監護に関する事項についての権利義務（以下「身上監護権」）と、それ以外の事項（財産管理に係る事項、財産上・身分上の行為についての法定代理に係る事項、未成年者の法律行為に規定する同意に係る事項）に関する権利義務（以下「財産管理権等」）に分ける。これは、親権の内容に関する通説的理解と概ね合致する。

イ 親権の帰属と行使

後述するとおり、中間試案は、父母双方が親権を有する場合であっても、監護者の定めの有無によって、行使できる親権の内容に差を設けている。すなわち、親権が離婚後の父母双方に帰属することになっても、そのことが直ちに婚姻中と同様の共同行使を帰結するわけではない*1。

以下では親権の帰属と行使の峻別を踏まえ、中間試案の議論を整理する。

(2) 離婚後共同親権の要件（親権の帰属の場面）

ア 原則／例外型

中間試案は、離婚後共同親権の要件に関し、共同親権を原則とする甲①案と、単独親権を原則とする甲②案を提示している。甲①案は、例外的に単独親権とするためには、「一定の要件」を満たし、父母間の協議又は家庭裁判所の裁判によることを要求する。甲②案も、例外的に共同親権とするために同様の要件を要求する。

これらはいずれも、単独親権か共同親権かについて一定の要件や基準を設けた方が基準として明快で

*1：日本弁護士連合会が2023年2月16日に公表した『「家族法制の見直しに関する中間試案」に対する意見書』は、「共同親権」という言葉は「多義的」であるとして、「離婚後双方親権」という表現を用いる（8頁）。これは、離婚後の父母双方に親権を帰属させたとしても、親権の行使については様々な規律がありうることを含意する点で、優れた表現である。

あるとの考え方に基づくものである*2。

イ 個別事情考慮型

上記の考え方に対しては、離婚後単独親権と離婚後共同親権のどちらが子の最善の利益に資するかは、様々な事情を考慮しなければ決することができないとの指摘がある*3。そこで、中間試案は、個別具体的な事案に即して、父母の双方を親権者とするか一方のみを親権者とするかを定めるべきであるとの考え方（甲③案）も提示する。

(3) 離婚後共同親権の内容（親権の行使の場面）

中間試案は、親権の共同行使の在り方につき、監護者の定めの有無によって異なった規律を提示する。

ア 監護者の定めがある場合

この場合、中間試案は、共同行使の対象となる親権を、身上監護権以外の権利義務（財産管理権等）に限定する。つまり、身上監護権は監護者の単独行使となる。ただし、身上監護権のうち、子の居所指定又は変更（転居）に関する権利義務（以下「居所指定権」）の行使については、原則どおり監護者の単独行使とする案（X案）と、身上監護権以外の権利義務（財産管理権等）に関する α 案・ β 案・ γ 案（後述）のいずれかによる規律を及ぼす案（Y案）を提示する。

そして、財産管理権等の行使の在り方について、以下の3つの案を提示する。すなわち、監護者が単独行使し、事後通知で足りるとする案（ α 案）、事前協議を必要とし、協議が調わないとき等は監護者が単独行使する案（ β 案）、父母の共同行使を要求し、重要事項について協議が調わないとき等は、家庭裁判所が当該事項についての親権行使者を定めるものとする案（ γ 案）である。

イ 監護者の定めがない場合

この場合、中間試案は、共同行使の対象となる親権を、身上監護権、財産管理権等を含むすべての権利義務とする。

そして、親権の行使の在り方について、婚姻中と同様の共同行使を要求し、重要事項について協議が調わないとき等は、家庭裁判所が当該事項についての親権行使者を定めるものとする案を提示する。

ウ 監護者の定めの有無

このように、監護者の定めの有無は、離婚後の親権の共同行使の在り方を左右する分水嶺となる。この点に関し、中間試案は、離婚後に父母双方を親権者と定めるに当たり、監護者の定めを必須とする案（A案）と任意とする案（B案）とを提示する。A案を採用した場合、上記イの論点（監護者の定めがない場合）は発生せず、すべて上記アの論点（監護者の定めがある場合）の規律によって決せられることになる。

エ まとめ

以上の親権の共同行使に関する規律をまとめると、次頁掲載の表ようになる。

(4) 小括

中間試案が提示する複数の案のうち、離婚後の父母が婚姻中と同様に親権を共同行使することになるのは、離婚時に監護者の定めを任意とするB案を採用し、かつ、実際に父母が離婚の際に監護者を定めなかった場合である。

また、離婚時に監護者の定めを必須とするA案を、かつ居所指定権の行使についてX案を、かつ財産管理権等の行使について α 案を採用した場合には、監護者は居所指定権を含む身上監護権を単独行使し、

*2：家族法制の見直しに関する中間試案の補足説明17頁～18頁参照。

*3：家族法制の見直しに関する中間試案の補足説明17頁～18頁参照。

	監護者の定め	身上監護権の行使の規律	財産管理権等の行使の規律
A案	あり(必須)	監護者が単独行使する ただし、居所指定権の行使につき以下の2案がある ・X案：監護者が単独行使する ・Y案：財産管理権等に関するα案・β案・γ案のいずれかによる規律を及ぼす	以下の3案がある ・α案：監護者が単独行使し、事後通知を必要とする ・β案：事前協議を必要とし、協議が調わないとき等は監護者が単独行使する ・γ案：父母の共同行使を要求し、重要事項について協議が調わないとき等は、家庭裁判所が親権行使者を定める
B案	あり(任意)	A案と同様	A案と同様
	なし(任意)	・身上監護権、財産管理権等を含むすべての権利義務が共同行使の対象になる ・重要事項について協議が調わないとき等は、家庭裁判所が親権行使者を定める	

財産管理権等についても事後通知という負担付きだが単独行使できる。この組合せによる場合、現状の離婚後単独親権と実質的にほとんど差異はない。

このように、離婚後共同親権の行使の在り方には様々なバリエーションが設けられている。

3 東弁意見書の概要

(1) 離婚後共同親権の導入の是非

東弁意見書は、甲案に賛成する意見と乙案に賛成する意見の両論併記とする。

ア 甲案に賛成する意見

当該意見は、「夫婦としてはうまく行かなかったが、離婚後も父母として自覚と責任を持って子に関わろうとするケース」が見られる等、現在では「家族の在り方が多様化した」こと、「父母の離婚等の場合に父母双方が親権者となることを選択する余地を認めること」は、「家族の在り方の多様性について比較的寛容な立場」を示す東京弁護士会のスタンス*4と「決して矛盾するものではない」こと等を挙げ、甲案に賛成する。

イ 乙案に賛成する意見

当該意見は、「離婚後も子の養育に関して協力できる父母の場合は『共同親権』を論じる必要はない」こと、「DV等を理由に離婚する夫婦には支配従属の関係がある」ため、「離婚後に子の養育について対等な立場で共同決定をすることは不可能」であること、東京弁護士会の「家族の在り方の多様性に比較的寛容な立場は個人の尊厳の尊重という文脈で一貫しており、他者を支配するDV事案を誤りなく除外し得ないことが危惧される場面において選択的共同親権を新設する根拠とはなりえないこと」等を挙げ、乙案に賛成する。

ウ 小括

このように、東京弁護士会内においても鋭い意見の対立が存在する。以下では、離婚後共同親権の要件と内容に関する東弁意見書の意見を紹介するが、これは仮に甲案に賛成した場合における検討結果である。

(2) 離婚後共同親権の要件(親権の帰属の場面)

東弁意見書は、甲③案に賛成する。「具体的な基準を定めないことで、かえって個別の事案に対応した

*4：甲案に賛成する意見は、東京弁護士会が「家族の在り方の多様性について比較的寛容な立場」を示す根拠として、「同性カップルが婚姻できるための民法改正を求める意見書」(2021年3月8日付)、「LGBT理解増進法案に関する会長声明」(2021年6月10日付)、「選択的夫婦別姓制度の導入を求める会長声明」(2021年6月17日付)を挙げる。

柔軟な解決を指向することができ」、また、法規範としての明確性は甲①案や甲②案に劣るものの、明確な要件や基準がなければ「適切に判断することが困難であるとまではいえない」とする。

(3) 離婚後共同親権の内容(親権の行使の場面)

ア 監護者の定め方の要否

東弁意見書は、B案(監護者の定めを任意とする)に賛成する。「わが国でも離婚後共同親権を選択した父母が、真摯な合意に基づき子の監護の分担を希望したとき、それを可能とする法制度を用意しておく必要はある」とする。

イ 監護者が指定されている場合の親権行使

東弁意見書は、β案(財産管理権等の事前協議・単独行使)に賛成する。

東弁意見書は、財産管理権等の共同行使を定めるγ案を理想としつつ、離婚後の父母は別居し、意見が合致しないことが多くなり、「子に関する決定がいつまでもされなくなるとすると、かえって子の利益が損なわれることになりかねない」として反対する。その上で、事後通知を定めるα案では足りず、事前協議を必要としつつ、「監護者でない親権者があたかも『拒否権』を有するような事態を回避する」必要があるとして、単独行使を認めるβ案に賛成する。

そして、身上監護権のうち居所指定権の行使については、子の居所は「親子交流等をスムーズに実現するための重要な情報」であるとして、Y案に賛成する。その場合、居所指定権の適時適切な行使を可能にする必要があるとして、α案と同様の規定を置くことに賛成する。

ウ 監護者の定めがない場合の親権行使

東弁意見書は中間試案の提案に賛成する。監護者の定めがない場合は「現行法と同じ状況」である以上、現行法の規律を維持するべきであるとする。ただし、父母間で協議が調わないとき等に家庭裁判

所が時機を失することなく対応するためには、家庭裁判所のリソース、インフラの大幅な拡充が不可欠であるとする。

4 検討(離婚後共同親権と「家族の在り方の多様性」)

(1) はじめに

東弁意見書をはじめ、甲案に賛成する意見は「家族の在り方の多様性」の尊重に言及することがある。離婚後共同親権となる選択肢を設けることは「家族の在り方の多様性」の尊重に資する、という趣旨の意見であると思われる。これに対し、乙案に賛成する意見は、「家族の在り方の多様性」は、「他者を支配するDV事案を誤りなく除外し得ないことが危惧される場面において選択的共同親権を新設する根拠とはなりえない」とする。

選択的夫婦別姓や同性間の婚姻においては、「家族の在り方の多様性」という観点がこれらを設ける根拠となることには争いがない。そこで、以下では、選択的夫婦別姓や同性間の婚姻と比較しつつ、「家族の在り方の多様性」が離婚後共同親権を設ける根拠となりうるのかを検討し、離婚後共同親権の課題を論じる。

(2) 選択的夫婦別姓・同性間の婚姻における「家族の在り方の多様性」

かつて、会社員である夫・専業主婦である妻・未成熟子から成る、異性愛の核家族がモデルとされてきた。そのような時代にあっては、夫婦別姓となる選択肢や同性間で婚姻する選択肢を設ける必要性は意識されなかった。

しかし、現在では、婚姻後・出産後に女性が就業を継続することが一般化した。これに伴い、事実上女性に氏の変更を強いる夫婦同氏は、女性の社会生活に深刻な不利益を及ぼすことが意識されるようになった。

また、異性愛のみを正常とし、同性愛を含むそれ以外の性愛を異常とする異性愛規範は、現在では正当性を完全に喪失した。これに伴い、同性カップルが異性カップルと同様の共同生活を送っているにもかかわらず婚姻できないことは不当であるとの認識が社会に広がった。

そして重要なのは、夫婦別姓にせよ同性間の婚姻にせよ、これらを可能とする選択肢を設けることは、夫婦別姓や同性との婚姻を望む人々の福利を向上させるのみで、夫婦同氏や異性との婚姻を望む人々の福利には悪影響を及ぼさないという点である。こうしたことも背景として、夫婦別姓や同性間の婚姻を認めるべきだとする世論は若い世代を中心に高まり続けている。

これらはいずれも、家族制度が「家族の在り方」の多様化に対応していない結果、従来の家族モデルに当てはまらない家族生活を送る人々が、社会生活上著しい不利益を被っているという問題である。そして、「家族の在り方の多様性」を尊重することは、社会全体の福利の向上に資するという関係にある。この意味で、「家族の在り方の多様性」は、選択的夫婦別姓や同性間の婚姻を設ける根拠となる。

(3) 離婚後共同親権における「家族の在り方の多様性」

従来の家族モデルに当てはまらない人々が家族制度の不備によって不利益を被っているという観点は、離婚後の親権制度にも妥当しうるように思われる。

すなわち、従来、父母が離婚すれば、専ら母が子を監護し、父は養育費支払や面会交流等の方法でのみ子育てに関与する（あるいはそれすらもしない）と考えられてきた。しかし、近年、「夫婦としてはうまく行かなかったが、離婚後も父母として自覚と責任を持って子に関わろうとするケース」は確かに増加している。子が離婚した父母の双方を行き来しながら成長することもあるようである。このような場合に、一方の親が子に対して何ら権利義務を有さない状況は、

子の最善の利益を目的とする親権制度として再検討の余地があると言いうる。

もっとも、離婚後共同親権に対しては、親権の共同行使について父母が協力しあえる関係にないケース（以下「不適合ケース」）にまで適用されるおそれがあるとの批判がある。不適合ケースに適用されると、適時適切な親権行使がなされず、子の利益が害されるおそれがある。DV事案に適用されてしまった場合には、子が被る不利益の程度は甚大なものとなりうる。不適合ケースのスクリーニングが機能せず、多数の不適合ケースに離婚後共同親権が適用されてしまったら、社会全体の福利を低下させかねない。

このように、家族制度は「家族の在り方の多様性」に応じて改正されるべきであるという観点は、離婚後共同親権にも妥当する面がありつつも、不適合ケースのスクリーニングという問題がある点において、選択的夫婦別姓や同性間の婚姻とは異なると言える。

(4) 今後の課題

このように、離婚後共同親権が社会全体の福利を向上させ、「家族の在り方の多様性」の尊重に資すると言いうるためには、不適合ケースが適切にスクリーニングされなければならない。スクリーニングの可否は、離婚後共同親権を導入するか否かに関わる重要な論点である。

この点に関し、家族法制部会では、協議離婚における合意の適正さを担保するべく、親権者の定め等に関し、事前又は事後における家庭裁判所等の第三者の関与の在り方が議論されている（部会資料27補足説明5頁以下）。これは不適合ケースのスクリーニングの観点から重要な議論である。今後の議論の深化を待ちたい。

参考文献

池田清貴「弁護士から見た中間試案」ジュリスト1582号20頁