

令和3年3月23日

法務省民事局参事官室御中

〒100-0013

東京都千代田区霞が関一丁目1番3号

東京弁護士会会長 富田 秀実

意見書

目次

はじめに	2
第1 懲戒権に関する規定等の見直し	3
1 懲戒権に関する規定の見直し	3
2 監護及び教育に関する一般的な規律の見直し	9
第2 嫡出の推定（民法第772条関係）の見直し等	12
1 嫡出の推定（民法第772条関係）の見直し	12
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	24
第3 女性の再婚禁止期間の見直し（民法第733条関係）	27
第4 嫡出否認制度の見直し	28
1 夫の否認権の見直し	28
2 子及び母の否認権の新設	29
3 再婚後の夫の子と推定される子についての前夫の否認権の新設	36
第5 成年等に達した子の否認権の新設	43
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	48
1 否認権者が死亡した場合の規律	48
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	48
第7 嫡出推定制度の見直しに伴うその他の検討事項	59
1 嫡出の承認の制度の見直しに関する検討	59
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	61
3 認知制度の見直しに関する検討	63

はじめに

民法（親子法制）の改正については、その影響する範囲が広く、かつ、当事者の合意によっては変更できない内容（強行規定）を中心とすることに留意することが必要である。そして、「家族」の意義等に関する意見が多様化していることから、ひとつの視点だけを強調するのではなく、多様な場面における当事者間の利益考量を丁寧に行うことが望ましい。

本意見書では、このような視点から、中間試案に示された各論点について当会の意見と理由を記載した。これは、条文や法制度の趣旨、最高裁判例や家庭裁判所の実務運用に加え、学説の動向、諸外国の法制等についても検討した成果である。

例えば、無戸籍者問題を解決することを最優先する立場からは、現行民法772条2項による「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」に関する嫡出推定を改正によって否定することも考えられる。しかし、本意見書は、上記推定を維持することに賛成している。その理由は、①「嫡出（父性）推定の基礎は、貞操義務の存在、子に嫡出子（子）としての身分を与える（個別の、または定型的な）意思によって支えられてきた」（大村敦志『広がる民法5』有斐閣106ページ）ところ、この推定によって子の地位が早期に安定するという側面もある（推定要件を限定することは、父が誰であるのか子の出生時に決まらない事案を増加させることを意味するから、現行法よりも子の地位は不安定になる）こと、②判例（最判昭44年5月29日・民集23巻6号1064頁）は、夫婦が事実上の離婚をして夫婦の実態が失われている場合には嫡出推定が及ばないことがある（外形的に見て婚姻が存続する場合には嫡出推定は外れない）としており、この基準（いわゆる外観説）にも一定の合理性があると評価できること、③無戸籍者問題については、父性推定の重複を認めただうえで、再婚後の夫についての推定の優先（再婚後の夫を「父」とする出生届の容認）によって対応できることなどにある。

本意見書が、紛争解決を専門とする弁護士らの検討の成果として、法制審議会民法（親子法制）部会等における審議の参考となることを期待する。

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】

- 1 甲案に賛成する。その上で、丙案の方向性に賛成する趣旨で民法第820条に体罰の禁止を明記することも検討すべきである。また、精神的な苦痛を与える行為の禁止を明記することに関しても、そのような行為を具体的にどのような文言で規定するかも含めて引き続き検討すべきである。
- 2 乙案に反対する。
- 3 乙案（注1）及び（注2）に反対する。
- 4 （注3）に賛成する。

【理由】

1 改正の経緯について

民法第822条は、平成23年の民法等の一部を改正する法律（平成23年法律第61号。以下「平成23年改正法」という。）の成立・施行前は、「親権を行う者は、必要な範囲内で自らその子を懲戒し、又は家庭裁判所の許可を得て、

これを懲戒場に入れることができる。」と規定されていた。

その後、平成23年改正法が成立・施行されたが、その際には、「親権を行う者は第820条の規定による監護及び教育に必要な範囲でその子を懲戒することができる」と規定され、懲戒という文言はそのまま残った。

これは、削除によってしつけが難しくなるのではないかという懸念が存在したこと及び懲戒権の規定を削除することによる親権制度全体に与える影響についてなお慎重に検討すべきであるという意見が多かったためである（民法（親子法制）等の改正に関する中間試案の補足説明（以下「補足説明」という。）4ページ、大村敦志『民法読解親族編』（有斐閣、2015年）257ページ）。

今回の改正は、当該条文の懲戒という文言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あったことに加え、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。以下「児童福祉法等改正法」という。）により改正された児童虐待の防止等に関する法律（平成12年法律第82号、以下「児童虐待防止法」という。）第14条第1項により親権者による体罰が禁止され、児童福祉法等改正法附則第7条第5項においても、「政府は、この法律の施行後2年を目途として、民法第822条の規定の在り方について検討を加え、必要があると認めるときは、その結果に基づいて必要な措置を講ずるものとする」と規定されたという経緯を踏まえ、民法第822条の内容を変更することを検討するものである（補足説明3ページ）。

2 当該条文の解釈について

懲戒とは、親権者による子の監護教育上から見ての子の非行、過誤を矯正善導するために、その身体または精神に苦痛を加える制裁であり、一種の私的な懲罰手段である（於保不二雄・中川淳編『新版注釈民法（25）（改訂版）』（有斐閣、2004年）108ページ〔明山和夫・國府剛〕）。平成23年改正前民法の解釈では、もともと、「懲戒権は、監護教育のために認められる権能であるけれども、単に監護教育自体に内含せられたり、その適用としてそこから派出するものではなく、監護教育権と相並ぶ身上親権の一内容であると理解すべきであろう」「監護教育の権能自体の中にもおのずから不可分に、ある程度内の叱責・殴打のごとき懲戒作用が含まれることは事柄の性質上当然であるが、こうした監護教育に内含される懲戒と本条（筆者注：民法第822条）による懲戒とは理論上は区別しなければならない」とされ（同書同ページ）、懲戒権は、監護・教育の手段の一環ではあるものの支配権的な性格を有し、その許容される範囲も

かなりハードなものであると考えられていたようである¹²（小口恵巳子『親の懲戒権はいかに形成されたか』（日本経済評論社、2009年）328ページ、大村敦志『民法読解親族編』（有斐閣、2015年）254ページ）。

その後、児童虐待が社会問題化し、懲戒権の行使は子の利益のためにする監護教育に必要な範囲内でのみ認められるとの解釈が民法学では支配的になっていったが、法文上は「必要な範囲内」との限定しかなく、何に必要な範囲内なのかは条文上必ずしも明確でなく、児童福祉の現場等からは、子を虐待する親権者が懲戒権を口実に自己の行為を正当化しようとし、そのことが親権者の養育態度を改善させるための指導の支障になることがあるとの指摘がされていたため、平成23年改正法により、懲戒場の規定が削除されるとともに、「第820条の規定による監護及び教育に必要な範囲で」という規定が追加されたこと、あわせて民法第820条にも「子の利益のために」との文言が追加されたことにより、懲戒権の有する支配権的性質が否定され、懲戒権の行使は子の利益のためにする監護教育に必要な範囲内でのみ認められるということが、法文上はより明確になった。現在では、懲戒権の行使として許容される行為の範囲は時代の健全な社会常識により判断されるというのが法務省見解であり、児童虐待防止法第2条に児童虐待の禁止が規定されていること及び児童福祉法等改正法により改正された児童虐待防止法第14条第1項により親権者による体罰が禁止されたことを踏まえると、現在の懲戒権の範囲内には、児童虐待、体罰は含まれないと考えられる。

3 懲戒という文言を削除すべきことについて

懲戒という文言は、先述のとおり、平成23年改正前民法においては、単なる子の監護・教育にとどまらず、親の子に対する支配権という意味合いを包含していた。上記のような懲戒という文言が有してきた歴史的意味を踏まえると、民法第822条において、「監護及び教育に必要な範囲内」という限定が付されているにせよ、懲戒という文言が記載されていることは、親に対し何か特別な制裁権のようなものを認めているという印象を与えかねない。また、「必要な範囲内」とは、本来、目的を達するについて必要かつ相当な範囲を超えてはなら

¹ 例えば梅謙二郎『民法要義』355ページには、「懲戒権の作用は敢て一定せず或は之を叱責することあり或は之を一室内に監禁することあり、此等は皆親権者か自己の一存にて施すこと得る所なり」と記載されている。

² 於保不二雄・中川淳編『新版注釈民法（25）（改訂版）』（有斐閣、2004年）109ページ〔明山和夫・國府剛〕には、親権者等が必要な範囲で自らなす懲戒について、「懲戒のためには、しかる・なぐる・ひねる・しばる・押入に入れる・蔵に入れる・禁食せしめるなど適宜の手段を用いてよい」と記載されている。

ないということであるはずだが、そのような限定のメッセージは一般国民に十分に浸透しているとは言いがたく、この文言が歯止めとして十分機能しているとはいえない。さらに、現行法の下でも、民法820条の「監護及び教育」として、子に対して正当なしつけを行うことができ、同条の規定を超えて同法第822条が独自の意義をもつものではないと考えられているのであるから（補足説明4ページ）、懲戒という文言を維持する必要はない。

従って、懲戒という文言は削除すべきである。本提案は、甲案ないし丙案のいずれにおいても共通して懲戒という文言を削除することを前提としており、その点に関しては強く賛同する。

4 体罰の禁止及び精神的な苦痛を与える行為の禁止を明記することについて

(1) 体罰の禁止を明記すべきであること

体罰とは、「㊦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」と定義されている（（注3）参照）。

上記のような行為が、親子の信頼関係及び子の自尊心を傷つけ、場合によっては脳の発達に影響を及ぼす可能性があるため、子育てにとって逆効果になるという点には、一定の科学的根拠が存するという指摘があるところであり（第6回部会立花参考人提供資料）、体罰を名目として児童虐待が行われているという指摘が多数存在することも考慮すると、体罰を禁止する必要性は大きい（第6回部会立花参考人提供資料）。

また、現行法上、体罰の定義規定は存在しないが、体罰を禁止する旨の規定として、児童虐待防止法第14条第1項、学校教育法第11条ただし書、児童福祉法第33条の2第2項ただし書、同法第47条第3項ただし書があり、体罰という概念はある程度明確化されており、体罰が許されないという点についても社会的コンセンサスは一定程度形成されていると考えられる。

なお、体罰の禁止を明記することに関しては、児童虐待防止法に既に体罰を禁止する規定が存在し、解釈上も、民法第820条の「監護及び教育」の範囲に体罰が含まれないことは明らかである以上、あえて、民法に体罰禁止を明記する必要はないのではないかという指摘も存するところである。しかし、子が正当に育つためには一定の「体罰」は必要でありそれは当然に許容されるという感覚がいまだに日本社会の一部に残存していることは否定できない。そのため、民法に体罰の禁止を明記することは、体罰が児童虐待に該当するような場合に禁止されることは当然として、通常の子育ての場面であってもおよそ体罰に該

当するような子育ては許容されないというメッセージを国民に対して発することになるのであり、体罰禁止を民法に明記することには大きな意義があるといえる。

(2) 精神的な苦痛を与える行為を禁じる規定を明記することに関しても、具体的にどの様な表現で規律するかということも含めて、引き続き検討すべきであること

児童虐待防止法第2条に記載された児童虐待及び罵詈雑言等の子の人格を傷付けるような行為については、当然に民法第822条には含まれず、そのような解釈は、民法第820条に「子の人格を尊重」という文言を加えることにより明確になるため、民法に精神的な苦痛を与える行為の禁止を明記することは不要であるという指摘も存する。

しかし、子の虐待の多くが心理的虐待の形でなされており、増加傾向にあるという指摘も存在し、児童虐待の場面以外の一般の子育てにおいても、有形力を用いなければ子の意思を無視した行為を行ってもよいという考えが一定程度存在することが考えられるため、そのような行為から子を保護する必要性は大きい。そして、心理的虐待を含めて精神的な苦痛を与える行為の禁止を、虐待の場面に限られない、子育て一般の場面を定める民法上に明記することは、国民に対して、児童虐待にあらず、また有形力を用いないとしても、子の人格を無視した行為は許容されないという強いメッセージを発し、有形力を行使しなければ何をしてもしよいという誤解が生じることを防ぐものであり、その意義は軽視すべきでない（子の人格の尊重を明記することにも一定のメッセージ性は存するが、精神的な苦痛を与える行為を禁止することを明記した場合の方がさらに効果が期待できる。）。

また、この点に関しては、肉体的な苦痛を伴わない親権者の行為は体罰とはその性質が異なり、許容されない行為の範囲を判断することが容易ではないと考えられるため慎重に検討する必要があるのではないかという指摘も存在する（補足説明7ページ）。

確かに、精神的な苦痛を与える行為に関しては、有形力の行使の場面と比べて適切な子育てとの間の線引きが難しく、規定が困難であることは否めないが、比較法上は、フランスやドイツが「精神的暴力」や「精神的侵害」及び「その他の屈辱的な処置」を禁止する規定を設けており（補足説明7ページ）、精神的な苦痛を与える行為を禁止する規定を定めることが不可能であるとは言えない。また、実際に、「体罰などによらない子育てのために～みんなで育児を支える社会に～」という厚生労働省のガイドライン（参考資料10-1(3)）においても、

「体罰等」という形で、精神的な苦痛を与える行為もしてはならないとの考え方が示されている。そして、東京都子供への虐待の防止等に関する条例（以下「都条例」という。）第6条第2項は、「体罰その他の子供の品位を傷つける罰」を禁止する規定であるが、この文言により、暴言等の精神的な苦痛を与える行為も禁止されている。

以上を踏まえると、精神的な苦痛を与える行為に関して禁止規定を設けることに技術上の困難が存することは否定できないが、精神的な苦痛を与える行為の禁止を明記する意義は大きく、比較法的に見ても、また我が国の他の法律等において禁止規定を定めた例が存在するのであるから、具体的にどのような内容で禁止規定を設けるかも含めて引き続き検討すべきである。

5 甲案について

甲案に賛成する。甲案は、先述した懲戒という文言を削除する趣旨を最も直接的な形で実現するものであり、懲戒という表現を一定の表現に変更する乙案、丙案と比べて条文全体を削除するため、国民に与える印象も明快でありその意義は大きいといえる。また、民法第822条に基づき認められる行為の範囲は、民法第820条の「監護及び教育」の範囲と一致するという解釈を前提とする限り、民法第822条を削除することによる弊害は存しない。

但し、4で述べたとおり、体罰の禁止及び精神的な苦痛を与える行為の禁止を明記すべきである。この禁止は親権の行使の全般に亘るべきものであること、平成23年改正前民法における懲戒権と異なり、体罰や精神的な苦痛を与える行為の禁止は、民法第820条の監護教育権に集約されるべきものと位置づけられることからすると、体罰や精神的な苦痛を与える行為を禁止する規定は、民法第820条に項を追加する形で設けるのが適切である。

なお、甲案について民法第822条を削除することによって、正当なしつけもできなくなるのではないかという懸念を国民に与える危険性があるという批判がされているが、その点は、民法第822条を削除したとしても民法第820条に基づいて正当なしつけを行うことは可能であり、むしろ、民法第820条が親権者の義務についても定めていることからすれば正当なしつけを行うことは親の社会的責務と解されることを丁寧な広報活動などにより周知徹底することで解決できる問題である。

6 乙案について

（注1）、（注2）を含め乙案に反対する。民法第822条の懲戒権の行使が民法第820条の定める「監護及び教育」のために必要な範囲で、「監護及び教育」の一環として行われるという現行法上の解釈を前提とすると、民法第822条におい

て、「監護及び教育」とは別に「懲戒」という文言を規定する必要性は失われているといえる。そのような状況下で、わざわざ懲戒という文言を「指示及び指導」等の他の文言を用いて表現する必要性は乏しく、これらの文言と民法第820条の「監護及び教育」との関係性にも疑義を生じかねず、かえって児童虐待の正当化に利用される危険性（これは「指導」という文言を用いた際に特に懸念されるが、「第820条の規定による監護及び教育のために必要な」という文言が歯止めとして十分機能し得ないことについては3を参照。）や、国民に正当なしつけもできないのではないかという不安（言い換えれば、「指示」や「指導」ないし「助言」以外の行為はできるのかという疑問。）を与える危険性も存する。

7 丙案について

民法第822条の改正規定としている点で丙案には反対するが、丙案が示している中身、すなわち体罰禁止の規定を設けるという方向性には賛成する（但し、4で述べたとおり、精神的な苦痛を与える行為の禁止を明記することも検討すべきである。）。

8 (注3) について

体罰の定義に関しては、本意見書も同様の考え方に立脚しているため賛成する。

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、子の利益のために子の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)①及び(注1)に賛成する。なお、「監護及び教育」のうち、「監護」という文言を存置することについては慎重な検討を行うことを希望する。
- 2 (1)②、(注2)に賛成するが、民法第820条において体罰の禁止と精神的な苦痛を与える行為の禁止を明記することを検討すべきである。
- 3 (2)に賛成する。

【理由】

1 (1)①及び(注1)について

1 (1)①及び(注1)に賛成する。「義務を負い、権利を有する」という形の規定は、監護及び教育は親の義務であり、権利はその責任を果たすために必要な範囲で認められるに過ぎないという考えに基づくものであり、そのような考え方は、親による子の私物化を否定し児童虐待を防止するという観点からも有益であると考えられる。

また、民法上、義務を権利より先に記載するという形式の条文が存在しないという指摘はあるものの、そもそも、親権の発想は、財産権とは異質な原理に基づくものであるという指摘も存するため(内田貴『民法IV(補訂版)』(東京大学出版会、2004年)210ページ)、財産権に関する規律と同様の形で規定する必要はない。また、他の条項と異なる規定ぶりにすることは、国民に与える印象を強くする効果も存する。

以上より、「義務を負い、権利を有する」という記載を行うことに関しては引き続き積極的に検討すべきである。

なお、親権の内容として記載されている「監護及び教育」という文言における「監護」という表現は、日常的な日本語として使われる場面はさほど多くはなく、統制や管理といった色彩を少なからず帯びることを否定できない。ともすれば親による子の私物化や子の意思を無視した子育てにもつながりかねない響きがあると感じられなくもないので、懲戒権を否定するという今回の改正の趣旨を徹底するという意味でも、「監護」という文言を存置することについては慎重に検討されることを希望する。

2 (1)②について

- (1) 体罰の禁止を明記することも検討すべきであり、また、精神的な苦痛を与える行為の禁止を明記することに関しても、そのような行為を具体的にどのような文言で規定するかも含めて引き続き検討すべきであること

第1・1について述べたとおり、体罰及び精神的な苦痛を与える行為の禁止

規定を明記する意義は大きく、精神的な苦痛を与える行為に関しては、その規定の仕方も含めて検討すべきである。そして、第1・1の甲案に従って民法第822条を削除した上で、民法第820条に項を追加する形で体罰及び精神的な苦痛を与える行為を禁止する規定を置くべきである。

(2) 「子の人格の尊重」という文言を加えるべきであること

民法第820条に体罰の禁止及び精神的な苦痛を与える行為の禁止を明記すべきことは前記のとおりであるが、体罰等の不適切な行為が発生する背景には、子を私物化し、子の意思を自らの意思と異なることを許容しない親の姿勢があることが指摘されている。そのような問題を防止するための基本姿勢こそが、子の人格を尊重することであり、子の人格の尊重を明文で規定することは、体罰の禁止、精神的な苦痛を与える行為の禁止の明記と表裏をなすものとして非常に意義がある。

なお、「人格」という表現は民法上他に存在しない表現であるが、「独立した個人、自律的意思を有し自己決定的であるところの個人」という意味であることは日本語として明らかであり、前述のとおり、「子の人格の尊重」という文言を記載する趣旨が子育てに際する基本姿勢を示すことであることを考慮すると、その目的との関係で不明確なところはないといえる。

(3) (注2) について

(注2)に賛成する。前述のとおり、精神的な苦痛を与える行為は、子の人格を無視した行為であり、子の人格を尊重するという考え方とは相容れないことは明らかである。もっとも、「精神的な苦痛を与える行為」に関して禁止規定を明記する必要性がなくなるわけではないことは念のため付言しておく。

3 (2)について

賛成する。居所指定権や職業許可権については、残す必要性が感じられないとの指摘もある一方、居所指定権については、親権者が子の身体を拘束する者に対してその引渡しを求める根拠となるという見解があり、職業許可権についても、財産管理にも関わるものであるとの指摘があり、これらの規定がその存在意義を失っているか明らかではない以上、これらの規定の見直しについては慎重に検討すべきである。

第2 嫡出の推定（民法第772条関係）の見直し等

1 嫡出の推定（民法第772条関係）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）。
- ③ 婚姻の解消又は取消しの日から300日以内に生まれた子であって、妻が前夫以外の男性と再婚した後に出生したものは、①及び②の規律にかかわらず、再婚後の夫の子と推定することとし、その適用範囲については、次の2案を引き続き検討する（注）。

【甲案】一律に再婚後の夫の子と推定する案

離婚及び死別による婚姻の解消並びに婚姻の取消しの場合に適用する。

【乙案】前夫の死亡の場合を除き、再婚後の夫の子と推定する案

離婚による婚姻の解消及び婚姻の取消しの場合に適用し、死別の場合には適用しない（前夫の子と推定する。）。

（注）子の出生時に妻が前夫以外の男性と再婚していないときにも、前夫の子と推定しないこと（例えば、①について「妻が婚姻中に出生した子は、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 本文①および②に賛成する。
- 2 本文③については、甲案に賛成し、乙案に反対する。
- 3 （注）については、引き続き検討することに賛成する。

【理由】

1 問題の所在—300日問題による無戸籍者問題解消の必要性

民法第772条の推定期間中に出生した子については、原則として夫の嫡出子としての出生届しか受理されないから、母の離婚後300日以内に出生した子については、再婚の夫の子としての出生届も、母の非嫡出子としての出生届も受理されず、前夫の子でないことを明らかにしようとするれば、前夫の子として出生届を出したう

えで、嫡出否認の訴え等の裁判を経て戸籍の訂正をしなければならない。しかし、前夫との離婚の原因がDV等である場合には、裁判での前夫との人的接触の可能性が心理的障害となり、子の出生届がなされず、無戸籍者が発生してしまう。こうして生まれた無戸籍者が法的・社会的に様々な不利益を受けることなどから、いわゆる「300日問題」が問題視されるようになった（補足説明1ページ）。

もっとも、現行法のもとでも、婚姻の解消または婚姻の取消しの日から300日以内に生まれた子について、婚姻中に懐胎したものでないことを医師の作成した証明書で確認できる場合には、前夫の嫡出子でない子としての出生届を受理する戸籍実務が定着している（補足説明14ページ（注2））。また、婚姻の解消または婚姻の取消しの日から300日以内に生まれた子であっても、前婚の夫婦の「同棲の欠如という外観上明瞭な事実」（我妻榮『親族法』（有斐閣、1961年）221ページ）が認められる場合には、前婚の夫の嫡出推定を及ぼさないという、外観説による判例実務（最判昭和44年5月29日民集23巻6号1064頁など）も確立している。そうだとすれば、民法772条の存在が無戸籍者問題の一因だとしても、その影響はかなり限定的なものかもしれない。

しかし、他方で、無戸籍者の母等が出生届を提出しない理由の調査結果を見ると、その約73%が「（前）夫の嫡出推定を避けるため」と回答している（補足説明14ページ（注1））。これは、少なくとも法解釈に精通していない一般国民にとっては、民法第772条の存在が無戸籍者問題の主要な原因となっていることを示している。

以上のような問題意識のもと、「いわゆる無戸籍者の問題を解消する観点から民法の嫡出推定制度に関する規定等を見直す必要があると考えられるので、その要綱を示されたい。」という諮問第108号を受けて出されたのが本提案であり、無戸籍者問題を解消するため、民法第772条の規律を見直す必要性は高いといえる。

2 本文①の規律について

(1) 現行法の問題点

民法第772条第1項は、「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する。」と規定するとともに、第2項で「婚姻の成立の日から200日を経過した後（中略）に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する。」と規定しており、いわゆる懐胎主義を採用している。懐胎主義の根拠は、一夫一婦制のもと、夫・妻には同居義務および貞操義務があり、婚姻中は夫婦間には排他的な男女関係が存在すると考えられるから、婚姻中に懐胎した子は夫の生物学上の子である蓋然性が極めて高い点にある（部会資料8・2ページ、補足説明18ページ）。

しかし、この規律では、婚姻成立の日から200日以内に生まれた子について

は嫡出推定が及ばないことになる。婚姻成立前に内縁関係が継続している場合には、婚姻後に生まれた子は父による認知を経ることなく父母の嫡出子となるという判例法理は確立しており、戸籍実務でも嫡出子としての出生届の提出を認めているが（いわゆる「推定されない嫡出子」）、このような子は嫡出子と推定されないため、いつまでも父子関係不存在の訴えにより父子関係が争われるから、子の地位が不安定になる（補足説明16ページ～17ページ）。

(2) 規律の概要—懐胎主義と出生主義の併用

これに対し、本文①は、第1文で民法第772条第1項の規律を維持するとともに、第2文で妻が婚姻の成立の日の後に出産した子を夫の子と推定する出生主義（分娩主義ともいう。）を採用し、懐胎主義と出生主義を併用³することとした。懐胎主義の規律を第1文に、出生主義の規律を第2文に置いたのは、婚姻中に懐胎した子について夫の子とするという考え方を基本にしていることを明確にするためである（部会資料12-2・2ページ）。

このような規律を採用することにより、従来「推定されない嫡出子」として扱われてきた、婚姻成立後200日以内に生まれた子について嫡出推定を及ぼすことが可能となり、嫡出否認の訴えによらなければ嫡出子の地位を奪われなくなるため、子の地位の安定に資することになる。

(3) 懐胎主義と出生主義を併用する規律の合理性

本文①の規律の根拠としては、社会の変化により妊娠を契機に婚姻に至るカップルが増加している現状（いわゆる「できちゃった婚」の増加）にかんがみれば、妻が婚姻前に懐胎し婚姻中に産んだ子は、夫の生物学上の子である蓋然性が高いこと、婚姻した夫婦は、通常、その子を養育する意思を有しており、夫の子と推定することで子に安定的な養育環境を与えられること等が挙げられている⁴（補足説明18ページ）。さらに、「妻が分娩した子を（夫が（引用者注））自己の子として養育することに婚姻の1つの意義があると捉えれば、妻の婚姻中懐胎によって自己の子であることの蓋然性を高める必要はない。」と説く見解もある

³ 懐胎主義と出生主義を併用する立法例として、「婚姻中に懐胎され、又は出生した子は夫を父とする。」と定めるフランス民法第312条第1項がある（補足説明14ページ（注4））。

⁴ 法律上の親子関係はさまざまな要素の結合の上に構成されているという指摘があり、その要素としては、生物学的な親子関係を示す血縁や養育などの社会的事実を含む「事実」と、妻から生まれる子を自分の子とするという意味が婚姻の意思に含まれるとして「意思」が挙げられることがある（大村敦志『家族法〔第3版〕』（有斐閣・2010年）91ページ）。本文の説明は、「事実」と「意思」の双方の観点からの説明といえよう。

(二宮周平「夫のみの嫡出否認権と嫡出推定制度(2)」戸籍時報744号10頁)。実際、平成26～28年に生まれた子302万9,074件に関する統計によると、婚姻成立後200日以内に生まれた子27万9,581件の99.5%が「推定されない嫡出子」である事実が読みとれる(補足説明19ページ(注10))。

他方で、現行法のもとでは、婚姻成立後200日以内に出生した子については、嫡出でない子としての出生届を提出することが可能であるから、新しい規律のもとでも同様の取り扱いを認めるべきとの指摘もあるが、これについては、戸籍法上母のみが嫡出でない子の出生届を提出できるところ(戸籍法第52条第2項)、母のみに嫡出推定を排除するか否かの選択権を与えるのは妥当でない(部会資料8・3ページ)。

以上より、懐胎主義と出生主義を併用的に用いる本文①の規律には、一定の合理性があり、賛成する。

(4) 「推定」の意味について

本規律の「推定」について用語を見直す必要があるのではないかと、との問題提起がなされているが(部会資料8・4ページ)、現行法が、妻が婚姻中に子を懐胎した事実から父子関係を推定し、その推定を覆す手段を嫡出否認訴訟に限定しているのは、たしかに通常法律上の推定とは異なる規律であるものの、それは用語の問題にすぎず、このような規律が定着している一方で、現行法の問題点は嫡出否認制度を見直すことで解消できると思われる。したがって、民法第772条1項の「推定」について規律を見直す必要はない。

3 本文②の規律について

(1) 規律の概要

本文②の規律は、本文①の規律が、婚姻中に出産した子は夫の子と推定することから、民法第772条第2項のうち、婚姻成立の日から200日経過後に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定するという規律の必要性がなくなったため、当該部分を削除し、それ以外は従前の懐胎主義を維持している。

(2) 嫡出推定の終期において現行法の規律を維持することの合理性

婚姻解消後については、民法第772条第2項の規律を維持しているが、この点については、一般に離婚後に生まれた子は前夫の生物学上の子である蓋然性が低いことから、母の再婚の有無にかかわらず、離婚による婚姻解消の日の後に生まれた子は、前夫の子と推定すべきでないとの指摘もある(部会資料8・5ページ)。この立場は、民法第772条第2項による「婚姻の解消若しくは取消の日から300日以内に生まれた子」に関する嫡出推定を改正によって否定することによって、同条に由来する300日問題による無戸籍者問題を一気に解決しよ

うとする立場であり、諮問に正面から答えようとしている点で一定の合理性はある。

しかし、協議離婚が認められる我が国の法制では、必ずしも離婚直前の時期に夫婦関係が失われているということができず、離婚直後に生まれた子が前夫の生物学上の子である蓋然性が低いとはいえない。また、仮に本文①の意味での出生主義を採用し、婚姻解消後の嫡出推定を認めない規律に変更すると、例えば夫が突然死亡したような場合、「死亡解消後300日以内出生子は嫡出子とはならず、現在より不利な地位に置かれる」ことになってしまう（小池泰「実親子関係成立の在り方に関する問題点」大村敦志ほか編『比較家族法研究』（商事法務、2012年）146ページ）。さらに、上記のように推定が及ぶ範囲を現行法より狭めることは、父が誰であるかが子の出生時に決まらない事案を増加させることを意味するから、離婚の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り、子の地位は現行法よりもかえって不安定になる。

したがって、「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」に関する嫡出推定は維持するべきである。

4 本文③の規律について

(1) 規律の概要

本文③の規律は、本文①および②の規律の例外として、婚姻の解消または取消しの日から300日以内に生まれた子であっても、母が前夫以外の男性と再婚をした後に生まれた子は、再婚後の夫の子であると推定するものである。このうち、甲案は、妻の再婚後に生まれた子は一律に再婚後の夫の子と推定する提案であり、乙案は、妻の再婚後に生まれた子について、前婚の解消原因が離婚の場合または婚姻の取消しの場合には再婚後の夫の子と推定し、婚姻解消の原因が死別の場合には前夫の子と推定する提案である。

(2) 再婚後の夫と推定させることの意義

本文①および本文②の規律を採用した場合、再婚後かつ前婚の解消後300日以内に生まれた子については、前婚と後婚の嫡出推定が重複することになる。子が再婚後200日までに生まれたとしても、前婚の解消後300日を過ぎていれば現行法のもとでも嫡出推定の重複は生じないが、現行法の再婚禁止期間は100日なので、仮に本文①および本文②の規律を採用し、他に手当てをしなければ、現行法の再婚禁止期間経過後ただちに再婚した場合には、最大で200日間、前婚と後婚の嫡出推定が重複することになる。もし、この嫡出推定の重複を避けようとするならば、「再婚禁止期間を300日に延長すればよい」ことになるが、「これは再婚の自由を制約することになるので、社会的な承認は得られない」と

の指摘がある（大村敦志「婚姻とは何か—『300日問題』を素材に」同『新しい日本の民法学へ』（東京大学出版会、2009年）229ページ）。これに対し、妻が再婚後に出生した子については、中間試案のように「再婚後の夫の子と推定する」（この具体的意味については、第2の2で後述する。）という規律を創設すれば、嫡出推定が同順位で重複（併存）することにより推定される父が定まらないという事態は生じないことになり、本文③の規律の狙いはここにあるといえる。

他方で、前述のとおり、民法第772条第1項、第2項が婚姻解消後300日以内に生まれた子を前婚の夫の子と推定することが、いわゆる300日問題の主な原因となっているのだから、『推定されない嫡出子』の完全嫡出子化（これは本文①および②の規律に当たる（引用者注））と推定の重複の場合の後夫優先の原則（これは本文③の規律に当たる（引用者注））を「導入すれば、DNA鑑定によらずに『300日問題』を解消することが可能になる。」という指摘がある（大村敦志『広がる民法5』（有斐閣、2020年）106ページ）。

このように、本文①および②の規律を採用しつつ、本文③の規律（そのうち特に甲案）を採用して再婚後に生まれた子を再婚夫の子と推定すれば、いわゆる300日問題の一部を解消することができることになる。

(3) 甲案の妥当性

ア はじめに

本文①および本文②の規律を採用したうえで、前婚解消後間もないうちに再婚した場合に、前婚と後婚の嫡出推定が重複するのは、前婚解消後300日以内かつ再婚後に子が生まれた場合である。甲案は、この場合に、前婚の解消原因が離婚に限らず死別の場合も含め、妻が前婚の夫以外の男性と再婚した後に生まれた子は、再婚後の夫の子であると推定している。その理由は、前婚の解消原因が離婚の場合はもちろん、死別の場合でも、母が子の出生時に前夫以外の夫と再婚していた場合には、前夫の死亡前から婚姻関係が破綻しており、再婚後に出生した子は、前夫の生物学上の子である蓋然性よりも再婚後の夫の生物学上の子である蓋然性のほうが高いこと（以下「理由1」という。）、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ること（以下「理由2」という。）が挙げられている（補足説明23ページ）。

イ 理由1の妥当性

再婚後に出生した子は、前夫の生物学上の子である蓋然性よりも再婚後の夫の生物学上の子である蓋然性のほうが高いかどうかの検討は、前婚の解消原因が離婚と死別で一律には論じられない（本文③の乙案は、前婚の解消原因が死

別の場合は、再婚後に出生した子は、前夫の生物学上の子である蓋然性よりも再婚後の夫の生物学上の子である蓋然性のほうが高いとは必ずしも言えないことを根拠としている。)。そこで、以下では、甲案の理由1の妥当性について、前婚の解消原因が離婚の場合と死別の場合とで分節して検討する。

(ア) 前婚の解消原因が離婚の場合

前婚の解消原因が離婚の場合に本文③の規律を及ぼす根拠は、離婚後に女性が前夫以外の男性と再婚し、その後、子が出生した場合には、その子は前夫の生物学上の子である蓋然性よりも、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点に求められる(補足説明23ページ)。離婚の場合、前婚の夫婦関係がすでに破綻に至っていた蓋然性が高いことから、このように言える可能性は、前婚の解消原因が死別の場合に比べて一般に高いだろう。

もともと、わが国では欧米諸国⁵と異なり、離婚の要件として一定の別居期間を要求していない(第8回会議議事録(PDF版)・21ページ[棚村政行委員]、補足説明21ページ(注14))。そうすると、本文③の規律をそのまま採用すれば、前婚が現実には破綻しておらず、離婚前に懐胎し、母の再婚後に生まれた前婚の夫を生物学上の父とする子が後婚の夫の子と推定されることになる。そこで、離婚制度において法定の別居期間を要求しているドイツ民法(木村敦子「再婚禁止期間と嫡出推定に関する解釈論・立法論的検討」論叢180巻5=6号(2017年)586ページ)に倣って、前婚解消前に一定の別居期間を要求する等の要件を付加した場合に限って、本

⁵ 例えばドイツ民法(BGB)は、以下のように規定している。

第1565条

(1) 婚姻は、それが破綻したとき離婚することができる。婚姻は、夫婦の生活共同体がもはや存在せず、また夫婦が生活共同体を修復することを期待できないときに、婚姻は破綻している。

(2) 夫婦がなお1年に満たない別居生活をしているとき、婚姻の継続が、他方配偶者の人柄に存する理由から、申立人にとって要求できないほど過酷であるときのみ、離婚できる。

第1566条

(1) 夫婦が1年間別居しており、かつ、夫婦双方が離婚の申立てをするか、もしくは、申立ての相手方が離婚に同意するときには、婚姻が破綻していることが争う余地なく推測される。

(2) 夫婦が3年間別居しているときには、婚姻が破綻していることが争う余地なく推測される。

また、フランス民法第238条第1項は、離婚の要件ではあるが、「夫婦が離婚の召喚の時に2年前から別居して生活しているときには、夫婦関係の決定的変質が夫婦の間における生活の共同の消滅から生じる。」と定めている。

文③の規律を導入することも考えられないではない。

確かに婚姻における共同生活の実態を重視し、夫婦の「同棲の欠如という外観上明瞭な事実」が認められる場合に限って夫の嫡出推定を排除するという外観説に立つ現行の判例との整合性を求めるならば、離婚前に一定期間の別居を要求したうえで、再婚後の夫の嫡出推定を優先させるという規律にするのが筋であろう。しかし、このように別居を要求したとしても、出生届を受け付ける戸籍窓口で「別居」の認定を行うことは不可能である。なぜなら、「さしあたりそのような証明手段は見当たらない」し、「新たに別居証明の制度を創ることは考えられないではないが、その場合にも、いつから別居しているか・現在も別居しているかをどのように公証するかはなかなか難しい」（大村敦志「婚姻とは何か—300日問題を素材に」同『新しい日本の民法学へ』（東京大学出版会、2009年）233ページ）からである。そうだとすれば、仮に別居を要求することで要件を絞ったとしても、再婚後に出生した子については、すべて再婚後の夫の子として届け出られ、実際に別居があったか否かは、再婚後の夫の嫡出性を否認する訴訟で争われることになるにすぎない。そこで、このような技術的な見地から、再婚の届出という一事をもって後婚の夫の嫡出推定を優先させる方策を採用することは合理性があるといえる。

なお、今回の規律を、現行の民法第772条の推定の根拠と連続性をもって説明するならば、離婚等、婚姻を解消した直後に再婚届を提出する母は、最大で婚姻解消300日前から前婚の夫との性交渉はなく、再婚予定の男性と排他的男女関係を持っていた蓋然性が高いと考えることになるろう。

以上より、再婚後に出生した子は、前夫の生物学上の子である蓋然性よりも再婚後の夫の生物学上の子である蓋然性のほうが高いという甲案の理由1は、離婚の場合に妥当する。

(イ) 前婚の解消原因が死別の場合

前婚の解消原因が死別の場合にも本文③の規律を及ぼす理由として、前述のとおり、前婚の解消原因が離婚の場合はもちろん、死別の場合でも、母が子の出生時に前夫以外の夫と再婚していた場合には、前夫の死亡前から婚姻関係が破綻しており、再婚後に出生した子は、前夫の生物学上の子である蓋然性よりも再婚後の夫の生物学上の子である蓋然性のほうが高いことが挙げられている。

たしかに、一般に前婚の解消原因が死別の場合には、離婚の場合に比べ、直前まで夫婦の同居および性関係が継続している可能性が高く、生まれた子

が亡父の子である蓋然性が低いとまではいえないだろう（補足説明24ページ）。しかし、甲案において本文③の規律が妥当するのは、妻が前婚の夫と死別した後300日以内に再婚し、かつ、死別後300日以内に子を出産した場合という極めて限られた場合である。このように、前婚の夫の死後、短期間のうちに再婚し、間もなく母が子を出産した場合には、むしろ前婚の夫婦関係は破綻していたといえる蓋然性が高いだろう。

（ウ） 統計の評価

今回の規律が適用されるのは、母が前婚の離婚後間もなく再婚し、前婚の解消後300日以内に子を出産した場合である（補足説明22ページの図参照）。ここで、平成26～28年に生まれた子302万9,074件に関して、母の婚姻解消300日以内かつ婚姻後200日以内に生まれた子の数1,717件のうち、その96.6%⁶に当たる1,659件が再婚後の夫を父とする子である、というデータがある（補足説明26ページ（注16））。このデータは、前婚の解消原因を明記していないが、一般には、そのほとんどが離婚または死別であると考えられ、甲案を支持する理由の一つとなる。

（エ） 小括

以上より、再婚後に出生した子は、前夫の生物学上の子である蓋然性よりも再婚後の夫の生物学上の子である蓋然性のほうが高いという甲案の理由1は、前婚の解消原因が離婚のみならず死別の場合にも妥当する。

ウ 理由2の妥当性

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る、という理由2については、甲案、乙案に共通して妥当する理由であるが、婚姻は「妻がこれから産む子を自己の子として引き受けるという合意（包括的な事前の認知）を含む」という指摘もある（大村敦志『民法読解 親族編』（有斐閣、2015年）138ページ）。そうだとすれば、理由2には一定の合理性が認められる。

エ 親子観との関係

⁶ 補足説明26ページ（注17）によれば、母の再婚後の夫を父とする子の数1,659件には、母が前夫と同一人物と婚姻している428件が含まれている。本文③の規律は、妻が前夫以外の男性と再婚したことを前提としている以上、本文③の甲案を支持する理由として（注16）の統計をそのまま利用するのは正当とはいえない。そこで、正確性を期するならば、母の婚姻解消後300日以内かつ前婚の夫以外の男性との再婚後200日以内に出生した子の数1,717件—428件＝1,289件に対する母の再婚後の夫を父とする子の数1,659件—428件＝1,231件の割合である95.5%を用いるべきである。

一般に親子とは何かという問題は、難しい問題ではあるが、親子関係は婚姻とは独立に、血縁によって成立するという考え方（松倉耕作『血統訴訟論』（一粒社、1995年）が典型）がある。理由1は、母の再婚後に生まれた子の前夫の子である蓋然性と再婚夫の子である蓋然性を問題とする点で、血縁を重視する親子観に立っているとも評価できる。このような親子観を徹底すれば、上記イ(ア)で示した統計が、母の婚姻の解消後300日以内かつ再婚後200日以内に出生した子の父は、そのほとんどである96.6%が母の再婚後の夫の子であることを示していたとしても、3.4%の例外がある以上、本文③の規律のような推定は容認しがたいといえるかもしれない。

しかし、生物学的な親子関係は、そのまま法律上の親子関係になるわけではない。現行民法は、「生物学的な親子（父子）関係がある蓋然性が高いことを根底に置きつつ、婚姻によって父を定めるという枠組み」（大村敦志『生活民法入門』（東京大学出版会、2003年）195ページ）を採用している点で、いわば婚姻という制度を媒介として親子関係を確定しているといえる。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いう理由2はもちろん、そもそも再婚後に生まれた子を再婚夫の子と推定するという本文③の規律自体、このような親子観に立つものといえよう。

このように、婚姻という制度に重きを置く考え方からは、理由2を前面に押し出すことによって、先の統計の3.4%の例外があるにもかかわらず、再婚後に生まれた子を再婚後の夫と推定する、という本文③の甲案の規律を正当化できる。そして、本文③の甲案の規律を採用することによって、嫡出否認されない限り、早期に子の父を決定することができ、父のいる家庭で養育されるという意味で子の利益を確保することができる。

オ 総括

本文③の甲案の規律に対し違和感が残るのは、協議離婚が認められるわが国において、離婚や死別の場合に前婚の夫と母との間に性的関係がなかったことが十分基礎づけられない場合があるにもかかわらず、母の「再婚」という要件だけで、優先的に後婚の夫の子と推定するところであろう。しかし、この点は、離婚の場合には前婚の夫や子に、死別の場合には子に再婚後の夫の嫡出推定を争う嫡出否認権を拡大することでバランスをとればよいのではないか。そのうえで、本文③の規律を前婚の解消原因が離婚に限らず死別の場合にも及ぼすのが、子の利益を確保する見地から妥当であるし、何よりも、離婚と死別によって規律を区別する乙案に比べ、単純で国民にとってわかりやすい規律になるといえる。

以上より、本文③の規律については、婚姻の解消または取消しの日から300日以内に生まれた子であっても、母が前夫以外の男性と再婚をした後に生まれた子は、前婚の解消原因を問わず一律に再婚後の夫の子であると推定する甲案を採用すべきである。

(4) 婚姻の取消しの場合

婚姻の取消しの場合、その経緯についても、様々なものが想定され、離婚の場合に比して、直前まで夫婦の同居・性関係が継続している場合が多いとまではいえないことから（補足説明23ページ）、離婚による婚姻解消と同じ取り扱いをすることに賛成する。

5 (注) について

(注)は、子の出生時に母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の可否、その要件等について引き続き検討することを提案している。確かに、このような規律を設ければ、300日問題に由来する無戸籍者問題を一定程度解消することができる。他方で、婚姻の解消等の後に生まれた子に法律上の父を確保されない事態が生じてしまうし（補足説明20ページ）、そもそも本文②の規律と整合しない。さらには、母の再婚によって、再婚後に出生した子を再婚後の夫の子と推定する本文③の規律に賛成した以上、(注)の規律は、婚姻という制度を媒介として父子関係を認める親子観と整合するのか、疑問がある。

もっとも、そもそも本文①から③の規律の全体像が決まらなると、この点を条文化することの可否等も定まらないので、現状では以上を踏まえ、様々な観点から引き続き、検討することに賛成する。

6 任意認知または強制認知がされた場合に前夫の子と推定しないとする規律等

婚姻の解消等の後に生まれた子については、前夫の生物学上の父である蓋然性が低いことから、妻の再婚の有無にかかわらず、任意認知または強制認知がされた場合には前夫の子と推定しないという規律の可否が検討されているが（補足説明25ページ）、離婚による婚姻解消後300日以内に生まれた子に対する任意認知または強制認知は、推定の及ばない子に限って認められるという現行法の運用を大きく変更するものであり、妥当でない。

7 母が複数回再婚および離婚をした後に子を出産した場合の規律について

母が複数回再婚および離婚をした後に子を出産した場合、例えば、母が前夫Aと離婚または死別し、前夫以外の男性Bと再婚したものの離婚または死別し、さらに別の男性Cと再婚した後に子を出産した場合には、本文③の甲案に立つ限り、一番最後の再婚後の夫Cの子と推定したうえで、Aが生物学上の父であった場合には、新しい規律のもとでは、未成年の子が、Cを被告として、Cの子であるという推定

を否認する嫡出否認の訴えを提起すると同時に、Bを被告として、Bの子であるという推定を否認する嫡出否認の訴えを提起することができ、これらが家庭裁判所で併合して審理される可能性もあるとの指摘がある(補足説明26ページ(注18))。このように考えられるので、本文③の甲案に立つことに問題はない。

8 東京弁護士会の過去の意見書との関係

なお、当会は、2007(平成19)年9月10日に「民法第772条の改正を求める意見書」を提出している。同意見書によれば、民法第772条第1項を「妻が婚姻中に懐胎した子または妻が婚姻中に出産した子は、夫の子と推定する。ただし、婚姻の成立の日から200日以内に生まれた子について、父欄を空白とする出生届出がなされたときは、夫の子と推定しない。」に、民法第772条第2項を「婚姻の解消若くは取消しの日から300日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する。ただし、父欄を空白とする出生届出がなされたときは婚姻中に懐胎したものと推定しない。」に改めるとともに、第3項として「子が、前婚の離婚後300日以内でかつ再婚後に出生し第1項及び第2項による推定が重複する場合、出生届の父欄に記載された者を父と推定する。」という定めを新設する、というものである。

その趣旨は、無戸籍者問題を解消するために、第1項については懐胎主義と出生主義の併用を認め、第2項では現行法の規律を維持し、第3項では前婚夫と後婚姻夫の嫡出推定の重複を認めつつ、いずれの場合も出生届出を操作することにより、妥当な結論を導こうというものといえる。たしかに、母親による嫡出でない子としての出生届の提出を認めることは、無戸籍者の救済に資するという意見もある。実際、フランスでは、出生届の父親欄の記載によって嫡出推定が及ぶ、及ばないということがコントロールできる制度が採用されている⁷。

しかし、法制審議会の部会では、このように出生届に実体的効果を与えることは、現行法の理解とは異なるという指摘もあった(第8回会議議事録(PDF版)・11ページ[平田晃史幹事]、補足説明28ページ(注22))。

本文①、②および③の甲案の規律は、過去の意見書による提案とは形こそ変わっているが、その目指す方向性は同一である。したがって、当会としては、本文①、②および③の甲案に賛成する。

9 嫡出の用語の見直しに関する検討

なお、補足説明89ページでは、「補記」として、嫡出の用語の見直しについて

⁷ フランス民法第313条第1文は、父性推定は、子の出生証書が父の資格で夫を表示しないときには排除されるとしている(部会資料3-1・114ページ、補足説明28ページ(注22))。

「引き続きの検討が必要であることから、本試案では提案しないこととされた。」としている。たしかに、「嫡出」という用語に否定的・差別的な意味が含まれるうえ、その用語を使用しなくても同様の効果をもたらす規定のし方が可能なのであれば、「嫡出」という用語を見直すことは可能であるが、他方で、民法制定以来用いられてきた用語を見直すことは、家族法制の諸制度にまたがる規定の見直しを伴うことにもなり（部会資料11・22ページ）、その影響が大きいといえる。

そこで、この点については、上記のような方向性に特に反対はしない。

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であるという推定が否認されたときは、再婚後の夫と子との間の父子関係は出生の時に遡って消滅し、子は出生の時から前夫の子と推定することとする（注2）。

（注1）再婚後の夫，前夫，子，第4・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】

本文に賛成する。

（注2）については、引き続き検討することに賛成する。

【理由】

1 前提

まず、「嫡出推定の例外規定により再婚後の夫の子と推定される子」の存在を認めるかどうかという問題が先行的に存在し、これを認める場合には、当該推定に対する嫡出否認の効果についての具体的な規定を設けることが必要となる。

以下では、第2・1において、妻の再婚後に生まれた子は一律に再婚後の夫の子と推定するとの規律を導入することに対し賛成していることを前提に、意見の理由を述べる。

2 本文について

前夫の嫡出推定と再婚後の夫の嫡出推定の関係については、以下の2つの考え方がありうる。

第1は、前夫の嫡出推定と再婚後の夫の嫡出推定が重複しており、本来は、父を定める訴え（民法第773条）に該当するような制度を用いて父を決定する必要があるが、経験則上、再婚後の夫の子である可能性が高いことから、出生直後に簡易に父を決定することができるように、優先的に後婚の夫の子と推定するというものである。推定は重複することから、再婚後の夫との父子関係が否定された場合には、前夫について推定が及ぶことになろう。

第2は、再婚により前夫の嫡出推定は排除されているという考え方である。再婚がある場合には、前夫の子である蓋然性が低いということが根拠になろう。この場合、再婚後の夫との父子関係が否定されても、前夫の推定は及ばない。前夫など生物学上の父に認知を求め、父を確保することになる（以上につき石綿はる美「嫡出推定・否認制度の再検討」論究ジュリスト32号34ページ参照。）。

いずれの考え方がより妥当であるかは難問である。理論的にはいずれも成り立ちうるし、母（及び再婚後の夫）が、再婚をすることで、前婚の嫡出推定について否認権を行使することと類似の効果をj得て、優先的に、意思により再婚後の夫との間に父子関係を確立させることができることが正当化できるのか、嫡出推定は婚姻の効果であり貞操義務とも密接な関連があるところ、前婚の効果として生じているはずの前夫の嫡出推定が再婚という前夫の関与しない事情によってそう易々と破られてしまうということによいのか、という理論的難点も両者に共通する。

再婚がなされている場合には前夫の子である蓋然性が低いということjを、再婚後の夫の子と推定することの根拠とするのであれば、第2の考え方に傾くようにも思われるが、再婚後の夫の推定が否認された状況であることを前提として考えると、そのような状況においては、やはり生物学上の父である蓋然性が最も高いのは前夫であるように思われ、そうすると第1の考え方に傾くことになる。

また、前婚の効果として生じているはずの前夫の嫡出推定が再婚という前夫の関与しない事情によってそう易々と破られてしまうということによいのかという問題意識からすれば、前夫の嫡出推定が再婚によって完全に消滅してしまう第2の考え方よりも、再婚後の夫の嫡出推定に劣後するとはいえ前夫の嫡出推定も併存的に存在し、再婚後の夫の嫡出推定が否認されたときには前夫の嫡出推定が顕在化するという第1の考え方の方が受け入れやすい。

加えて、子の利益の観点からは、一般論としては、法律上の父がいない状況よりは法律上の父がいる状況の方が好ましいと言え（嫡出推定制度は誰に父としての扶養義務を発生させるかという面を含んでいることに注意が必要である。）、そのような見地からは、再婚後の夫の推定が否認されると認知によらない限り法律

上の父がいなくなってしまう第2の考え方よりも、法律上の父が確保されることとなる第1の考え方の方がより受け入れやすい。もちろん、個別の事案においては、前夫がDVを行っている場合などで前夫が法律上の父となることが好ましいとは言いきれない場合もあろうが、第4・3において、再婚後の夫の子と推定される子についての前夫の否認権が濫用されることを防ぐため、この否認権の行使に一定の制約を加える内容の提案がなされているところであり、また、個々のDV事件の被害者の救済という観点からは、DVに対する行政の救済手段の拡充等によって解決が図られるべきであって、このようなケースが存在することを理由に法律上の父を確保することの必要性や重要性を一般的に否定しきすることは難しいであろう。

このように考えると、第1の考え方に立ち、再婚後の夫との父子関係が否定された場合には前夫について推定が及ぶとするのが、より妥当であると考えられる。そして、その場合の効果は、出生の時に遡って発生することとするのが、身分関係を無用に複雑化させないという点で適切であろう。

以上より、提案本文に賛成する。

3 (注2) について

(注2)は、再婚後の夫の子であるとの推定が否認されたときは前夫の子と推定するとの規律を設けたとき、前夫が死亡して相続が開始し、遺産分割が終了した後に、再婚後の夫の子との推定が否認された場合について一定の手当てをするための提案である(補足説明29ページ)。すなわち、否認権の行使期間が当会の主張のように3年に延長され、嫡出否認調停・訴訟に相当期間を要することを考えれば、前夫の遺産分割終了後に再婚後の夫の子との推定が否認されることも十分起こり得る。そして、その場合には、既に遺産分割をした他の相続人の利益を考慮し、金銭の支払いによって前夫の子と推定された者の利益を図ればよいといえる。

したがって、民法第910条と同様の規律を設けることについて、引き続き検討することに賛成する。

ただし、成年等に達した子の否認権を新設する場合にまで、民法第910条と同様の価額支払請求権を認めるべきかについては、これを認めた場合は前夫の遺産分割終了から相当長い期間が経過した後に価額支払請求権が行使されることとなることを踏まえて、第5(注5)について述べているように、当該否認権に係る嫡出否認の確定判決等の遡及効の問題として引き続き検討がなされるべきである。

第3 女性の再婚禁止期間の見直し（民法第733条関係）

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・1の③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・1の③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】

甲案に賛成する。

【理由】

再婚禁止期間の定めは、女性の再婚後に生まれた子について、前夫の嫡出推定と再婚後の夫の嫡出推定との重複を回避することを目的とするものであると考えられるところ（最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁）、第2の1で本文①、②及び③の甲案を採用した場合には、前婚の解消または取消しの日から300日以内に生まれた子であっても、母の再婚後に生まれた子は再婚後の夫の子と推定されるから、嫡出推定の重複により父が定まらないという問題は生じないことになる（補足説明30ページ）。したがって、民法第733条は削除してよいと考える。

なお、嫡出推定の重複は、重婚の禁止（民法第732条）に違反して婚姻がされた場合にも生じうるので（補足説明33ページ）、民法第773条を削除する必要はないと考える。

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】

賛成する。期間については3年とすべきである。

【理由】

1 民法第777条の改正の要否

民法第777条は、嫡出否認の訴えの出訴期間について、「嫡出否認の訴えは、夫が子の出生を知った時から1年以内に提起しなければならない」と定める。

かかる規定の趣旨は、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、第三者への家庭への介入を否定し、家庭の平穩を守ること等であると指摘されている。このほか、期間の経過により夫が子の父子関係を黙示に承認したと考えられること、時間の経過によって証拠が散逸するおそれがあること等が指摘されることもあり、これらの種々の要素から、否認権の行使期間が根拠付けられているものと考えられている（補足説明35ページ）。

もっとも、出生から1年を経過すれば社会的な関係が形成されるわけではないから、現行法の1年という期間に積極的な意味付けがされているわけではない（第4回議事録15ページ小川関係官）。

また、法制審議会民法（親子法制）部会において、現行法の出生を知った時から1年という期間は、否認権を行使するための期間としては短すぎるとして、これを伸長すべきという意見が多数であり（部会資料9・19ページ及び21ページ）、否認権の行使期間を伸長する必要性を踏まえて、合理的な行使期間を定めることが相当であると取りまとめられている（補足説明36ページ）。

このように、1年という数値に重要な意味があるわけではなく、現実問題として1年は短期間にすぎるということから、現行民法第777条を改正し、その期間を伸長することは妥当である。

2 行使期間の起算点及び長さ

上記提案は、夫の否認権の行使期間の起算点を現行法と同様に「夫が子の出生を知った時から」起算することとしているが、夫の否認権行使の機会を保障するためには夫がその子の出生の事実を認識していることが必要であるから、妥当である。

また、上記提案は、夫の否認権の行使期間を【3年】又は【5年】に伸長することを提案している。

民法第777条の趣旨が、子の身分関係を早期に安定させて、子の利益の保護を図ることにあること等にあることからすれば、長期間にわたり否認権の行使を可能とすることは避けるべきである。

他方で、夫は、単なる生物学上の父子関係の有無によって否認権を行使するか否かを判断するのではなく、生物学上の父子関係の不存在についての確信の程度、従前の夫婦関係、夫婦の婚姻関係を継続する意思の有無、生まれた子を養育する意思の有無など様々な事情を考慮して否認権を行使するか否かを決断すること、及び、家事調停の申立てや人事訴訟の提起に一般的に要する期間や、離婚等の関連する紛争の解決に要する期間等を考慮する必要がある（補足説明39ページ）。

子の身分関係の早期安定と、夫による否認権行使の機会の保障という対立利益の調整点をどこに置くかを検討すると、行使期間を子の出生を知った時から5年とすることは、義務教育の始まる直前にまで至り得るものである。そのため、5年とすると家族関係に関する法的安定性や子の福祉に重大な不利益が生ずることとなるおそれがあるから、夫による否認権行使の機会の保障として過大であると考えられる。

したがって、調整点としては、夫は、子の出生を知った時から3年間、否認権を行使することができるということが相当である。

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】の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】の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】の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において更に検討する。

【意見】

甲案に賛成する。

ただし甲案の

- ①につき賛成
- ②につき賛成
- ③につき賛成
- ④につき出生の時から3年以内とすべきである。

ただし、再婚後の夫との関係での嫡出否認が認められた結果として生ずる前夫との間の嫡出推定に対する子の嫡出否認権の行使期間については別途の検討が必要である。

また、

(注1)につき特に意見はない。

(注2)につき引き続き検討することについては賛成する。

(注3)につき甲案に賛成するので検討は不要

(後注)につき第5のとおり

【理由】

1 甲案①について

嫡出推定制度は夫と生まれた子との間に生物学上の父子関係が存在する蓋然性があり、また、事後的に否認されない限り、生まれた子について夫婦による養育が相当であることを基礎として法律上の父子関係を推定するものとされているところ、推定される父子関係と生物学上の父子関係が一致せず、かつ、母と夫との間の婚姻関係が破綻しているなどの理由で母と夫による養育が期待できないような場合や、生まれた子の養育のための環境を考えた場合、推定される父子関係を否認するかどうかの権限を夫である父のみに限定するのではなく、法律上の父子関係の一方当事者である子にも、嫡出推定規定による推定を覆すための否認権を認めるのが相当である。

2 甲案②について

嫡出否認権の行使については、法律上の父子関係の存否に関わり、また、子の身分関係に変動を与える行為であることから、現行法上の夫による嫡出否認権行使の場合と同様に判決によってのみ行うことができるとするのが相当である。

3 甲案③について

(1) 母の嫡出否認権を認めるかどうかについて

甲案と乙案の相違点は母自身の嫡出否認権(以下「固有の嫡出否認権」という)(乙案(2))を認めるかどうかにある。

この点について、子の立場を重視し、また、父子関係に対する母の地位や利害関係を尊重するとともに無戸籍者問題解消の要請、子の福祉を考えたときに子の身分関係の早期安定を過度に考慮する必要性に疑問があるとして、実の母親に固有の嫡出否認権を認める乙案をとるべきであるとする意見も相当数ある。フランス法やドイツ法など外国法制で母を否認権者に加えている例も多い。

確かに、実の母は、子を産んだ者として子の生物学上の父が誰であるかを最も知りうる立場にあり、子の養育主体として父子関係に強い利害関係を有し、子の利害に関する代弁者として最もふさわしい地位を有しているということも可能である。

また、親権喪失、親権停止や親権を辞した場合のほか、離婚に際し母が親権者と定められなかった場合のように母が子の親権を行わない、または行えない場合にも様々なものがあり、特に、離婚に際し母が親権者と定められなかった場合に関しては、夫からのいわゆるDV事案のように、母の判断能力が減退し、あるいは自身の生命身体に対する危害を恐れて、適切な権利行使や親権を争うことを避けることがありうるし、DVがない事案であっても母が離婚時の親権者指定に関する法的意味を十分理解できないまま夫を親権者として協議離婚を行う例もあるところであって、親権を有するかどうかにかかわらず、母であることをもって子の嫡出を否認する固有の権利を認める考え方も十分尊重に値するものといえる。

しかし、母自身に固有の嫡出否認権を認める場合、部会資料12-3・11ページの2・(2)記載のとおり子の利益を離れた母による否認権行使を認める余地を生ずることになる。この点について、親権を行う母の場合は子の利益のために子を監護養育する義務を負い、子と利害が対立する場合には特別代理人を選任する必要があるが(民法第820条、第826条)、親権を行わない母の場合はそのような制約があるわけではない。そのため、このような場合母が相続や扶養などの点で自身を有利にするため、子の利益を離れて夫との嫡出関係否認を主張することを許容することにもなりかねない。この点について権利濫用等の一般条項による制約で対応すると割り切ることには慎重であるべきである。また、「子の利益を害しない限度で」といった制約を設けることも考えられるが、母固有の権利と考える場合にそのような制約を設定することは、父に認められる嫡出否認権の場合には自身の父子関係を争うものであってその相手方である子の「利益を害しない限度」という制約を想定しがたいことを考えると、同じ固有の権利というのに制約の有無が異なるということになりバランスを欠くように思われる。

また、母であることをもって固有の嫡出否認権を認めた場合、否認権行使により実質的には子の利益の名を借りた親権帰属についての争いの蒸し返しとなる恐れもある。この点につき、親権者変更の手续をとる余地があり、親権紛争の蒸し返しの問題があることは母の固有の嫡出否認権を否定する理由とはならない旨の指摘があるが、民法第819条第6項は親権者変更にあたり「子の利益のため必要があると認めるとき」を要件としており、かかる手続が存在することをもって直ちに嫡出否認の形をとった親権紛争蒸し返しの弊害を度外視してよいというにはならないものと思われる。

この点、諸外国には母であることで固有の嫡出否認権を認める例が多いとされるものの、改正により母固有の嫡出否認権を認めたドイツ法では、母が法律上の

父と婚姻している場合には一般的に利益相反の関係に立ち母の法定代理権を認めないという考え方についての指摘がある（参考資料1-2「嫡出推定制度を中心とした親子法制の在り方に関する研究会報告書」19ページ脚注36参照）。この点について、「ドイツで固有の利益が問題になったのは、そもそも親権者である母親が法定代理人として参加できない、機械的に排除されるというのがスタート地点になっていました」との指摘及びこれに対して「ドイツで立法的に母の固有の利益が議論されるようになったのは、手続に参加できるようにするため、手続保障があるなら議論は要らないかもしれないということですね」との指摘があるように（いずれも嫡出推定制度を中心とした親子法制の在り方に関する研究会第5回議事要旨14ページ）、母固有の嫡出否認権の行使を子の利益を離れて認めることを許容する方向での立法とまではいいがたい。フランス法については、母にも固有の権利を認め父性推定を排除することを許容する一方で、「身分占有」による父性推定の回復の余地があり、また、父は妻の子と第三者の間に父子関係が確立していないのであれば子を認知することが認められるとされ（参考資料3-1・115ページ）、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者に認知無効の訴えを提起することを認める最判平成26年1月14日民集68巻1号1頁など日本の民法の場合と状況が異なるのではないか。

母は子の養育主体の一人として父子関係に利害関係を有するとはいえるが、父との関係で自身の直接の身分関係が問題となっているわけではなく、その利害関係は子との関係にともなういわば間接的なものというべきである。また、嫡出推定制度が家庭の平穩を維持することも目的としていることも併せ考えると、母がみずから子の嫡出を求める固有の地位までも認める必要はなく、乙案ではなく甲案によるのが相当である。

（2）母による子の否認権に基づく嫡出否認請求について

子自身の嫡出否認権を認める場合であっても、甲案④のとおり身分関係の安定を図る必要上否認権行使には比較的短期の期間制限が想定されるところ、子の嫡出否認が問題となるのは子に意思能力が備わる以前であるのが通常であって、子の立場からする嫡出否認権の行使は、実際には母によって代わってなされることになると考えられる。

この場合に、子に代わって子の嫡出否認権を行使するにあたり、親権を行う母である必要があるかどうかの問題となる。

この点について、母が子の嫡出否認権を行使する根拠として、親権を有することにに基づく法定代理とみることが考えられる（部会資料11以前の甲案）。

しかし、親権を有する母が法定代理人として子の嫡出否認権を行使するものとした場合、親権を有しない母にはこれが認められないということになる。この点について特別代理人の選任申立権限を認めることで対応する方法もありうるものの、乙案(2)のように母固有の否認権を認める考え方にも一定程度尊重すべき面があることなどを考えると、親権を行わない母の場合であっても、特別代理人の選任申立てという間接的な方法によるのではなく、直接的な関与の余地を残すのがよいと考えられる。

そこで、甲案③のとおり母が子の嫡出否認権を行使する考え方、すなわち親権の有無にかかわらず、子の母であることをもって、子に代わって子の嫡出否認権を行使することを認める考え方によるのが妥当である。

なお、このように考える場合、母が親権を剥奪された場合や親権を停止されている場合にも子の嫡出否認権を行使する余地があることになるが、甲案は、乙案のように子の利益を離れた母の嫡出否認権行使を認めるものではなく、そのような母の場合であっても子の嫡出否認権限行使を認めて大きな弊害は生じないのではないか。ただし、父子関係を確定することによる子の利益を損なわないよう、母による訴訟追行に問題がある場合には弁護士を代理人として付するなど司法による後見的関与の可能性を含めた方策を検討する必要がある。

(3) 母が子の権利を代わって行使する場合の母の地位

甲案③で母が子の権利を代わって行使できると考える場合、親権を行わない母も子の嫡出否認権を行使できる場合があることになる。この点、親権を有する母の場合には、そのことによって法定代理人として子の権利を代理行使するものと見ることができるが、親権を行わない母をも含める場合には、現行法上、直ちに子の代理権の根拠となる規定があるとはいいがたく、母としての地位に基づいて子の権利を代わって行使することについて、実体法上その旨の立法を行うことが必要と考えられる。そして、そのような場合の母が子の嫡出否認権を代わって行使する場合の訴訟法上の地位の理解については法定代理説と訴訟代位(訴訟担当)説とが示されている。この点、意思能力のある子の法定代理人による認知の訴えについて最判昭和43年8月27日民集22巻8号1733頁は法定代理説による旨判示したとされているが、訴訟代位説に立って法定代理人が自己の名において訴えを提起することを禁じたものとまでは解されず、訴訟代位説を排除する趣旨ともいえないとされていること(最判解民昭和43年度(上)660頁参照。)、現行民法第775条によれば、嫡出否認の訴えの被告として「子及び親権を行う母」が挙げられており、この場合の親権を有する母の地位については法定代理説と訴訟代位説いずれの立場も排除しないと解される余

地があるとされ（『注釈民法（21）』143ページ）、また、いずれと考えたとしても現実面での違いはあまりないといえること（『新版注釈民法（21）』224ページ）からすると、嫡出否認の訴えにおいては母の地位にあることをもって訴訟担当者として訴訟追行できるものと考えてよいのではない。ただし、上記のとおりそのような権限を有することについて実体法上の根拠となる条文を設ける必要があると考えられるから、その点について、条文の内容を含めた検討をするべきである。この点、上記のような現行法の定め（民法第775条）は被告適格の規定であって本件のような原告となる場合に直ちに妥当するかという問題があること、補足説明47ページにおいて類似の制度として挙げられている民法第815条の規定は、親権の存在又はその復活可能性がある場合を想定しているものであって本件提案のような場合に直ちに妥当するか疑義があることを考慮する必要がある。これらの問題点を解消できない場合には、甲案③につき親権を行う母が子の嫡出否認権を親権に基づき代理行使できるものとし、併せて、親権を行わない母の場合には特別代理人の選任を求める方法によることもやむをえないと思われる。

なお、親権を行う母が子に代わって子の嫡出否認権を行使する場合に親権を行う夫との関係が問題となるが、夫が自らは嫡出否認に反対する場合には子に代わって母が提起する嫡出否認訴訟において自ら反論することができるから、母が子に代わって行う嫡出否認について親権を行う夫の同意を要件とする必要はなく、また、夫は自ら否認権を有していることを考えると、親権を行う夫につき特別代理人を選任する必要はない。

（4）未成年後見人による嫡出否認権行使について

未成年後見人が選任されるのは母及び夫が親権を有していないときなどであるところ、親権を行う者と同一の権利義務を有しており（民法第857条）、子の利益を図る観点から否認権を行使することが期待できる立場にあり、子の嫡出否認権を代わって行使することができることに問題はないと考えられる。

4 甲案④について

（1）甲案④の提案について

嫡出否認権の行使期間については、子に代わって嫡出否認権を行使する母等は様々な事情を考慮して否認権行使の当否を検討することになると考えられ、子の身分関係の早期安定の要請はあるものの、熟慮検討のため一定程度の期間が必要であり、また、無戸籍者問題や家庭内暴力などによって短期には判断を行うことが困難と考えられる場合もあることなどを考慮し、その期間は3年間と考えるの

が相当である。また、母が代わって子の嫡出否認権を行使するにあたり、母は子の分娩と同時に子の出生を知ることとなるから、その起算点は子の出生の時とするのが相当である。

(2) 再婚後の夫との間の嫡出否認と子の嫡出否認権の行使期間について

第4の3記載のように再婚後の夫との関係での嫡出否認権の行使を認め、これにより再婚後の夫との嫡出が否定された場合には、前夫の嫡出推定がさらに問題となる。そして、この場合につき、前夫の嫡出推定について子の立場からする嫡出否認権の機会を確保する必要性が生ずる。この場合には子の出生を起算点とするのではなく、再婚後の夫との嫡出が否認されたことを知った時点から起算することを検討する必要がある。

3 再婚後の夫の子と推定される子についての前夫の否認権の新設

第2・1の③の規律により再婚後の夫の子と推定される子について（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・1の③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・1の③によれば、婚姻の解消又は取消し(第2・1の③の【甲案】による場合。第2・1の③の【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って、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、再婚後の夫の子であるという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。

【意見】

(1)については、①及び②は賛成、③は行使期間を3年とした上で賛成、④は乙案に賛成(甲案に反対)、⑤は賛成する。

(2)については、提案に反対する(前夫の否認権の行使期間を1年ではなく3年とすべきである)。

注については、(注1)ないし(注3)は賛成、(注4)は引き続き検討すること

に賛成する。

【理由】

1 前提

まず、「嫡出推定の例外規定により再婚後の夫の子と推定される子」の存在を認めるかどうかという問題が先行的に存在し、これを認める場合には、再婚後の夫の子と推定される子についての前夫の否認権についての具体的な規定を設けることが必要となる。

以下では、第2・1・③において甲案（妻の再婚後に生まれた子は一律に再婚後の夫の子と推定する案）に賛成していることを前提に、意見の理由を述べる。

2 (1)①について

第2・2で述べたとおり、前夫の嫡出推定と再婚後の夫の嫡出推定は重複し、後者の推定が優先するという関係にある以上、前夫にも再婚後の夫の嫡出推定を争うことを認めるべきである。

従って、再婚後の夫の子と推定される子について前夫の否認権を認めるべきことに異論はないと思われる。

3 (1)②について

前夫が提起する嫡出否認の訴えの被告が再婚後の夫及び子または親権を行う母となることについては、異論はないと思われる。

4 (1)③について

前夫が提起する嫡出否認の訴えの出訴期間は、子の身分関係の早期安定の観点からはなるべく短期間とすることが望ましいが、第4・1で夫の否認権の行使期間を3年としていることとの平仄の観点から、ここでも3年とするのが適切と考える。

5 (1)④について

嫡出否認の実体要件としては、現行法下においても、嫡出推定が及んでいる父子関係について生物学上の父子関係がないこととされており、これを中心において考えざるを得ない。従って、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が、実体要件（の中心）となる。その上で、前夫がいわば嫌がらせなどの目的で、つまり自らの子として養育しようという意思もなく、再婚後の夫の子と当該子との関係を攪乱することを主たる目的として、再婚後の夫の子との推定を否認しようとするようなことは好ましくないので、そうした方向の手当として甲案と乙案のいずれが適切かを検討することになる。

甲案のような考え方に対しては、前夫を否認権者と認める根拠は、婚姻の解消後300日以内に出生した子については、母が再婚するまでは前夫の子との嫡出推定

が及んでいるという前夫の地位にあり（厳密には、母の再婚後は、前夫の嫡出推定は再婚後の夫の嫡出推定に劣後するものとして存続するが）、生物学上の父子関係は要件とされていなかったにも拘わらず、原告適格として、前夫に生物学上の父子関係を必要とすることは、理論上難しいのではないかという指摘（部会資料10-1・8ページ）、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必要とすることは、子の生物学上の父であることを根拠に前夫に否認権を認めることと等しく、一般的に生物学上の父に否認権を認めないことと整合しないとの指摘（補足説明58ページ）がなされている。また、原告適格（訴訟要件）として前夫に生物学上の父子関係の立証を求めるとすると、子が母に養育されていてDNA鑑定等の協力を得られない場合にどうするのか、それだけで却下にしていいのかという疑問がある。加えて、前夫との生物学上の父子関係は、本来、実体要件の問題なのではないか（正確には、実体要件は「再婚後の夫との生物学上の父子関係がないこと」であるが、前夫との生物学上の父子関係はこれと表裏一体の関係にあると考えるべきであり、前夫との生物学上の父子関係のみを取り出して訴訟要件とすることに合理性が認められるのか）との疑問もある。このような指摘や疑問があることからすると、甲案は、（乙案と比較して）一義的な結論を得やすいという利点があることを考慮しても、支持しがたい。

乙案は、上記の甲案の難点を回避するものであり、再婚後の夫の子が実質的な家族として安定的な生活を送っているようなときに、生物学上の父子関係がない前夫によって再婚後の夫との父子関係が否定されるような事態を防ぐための規律になっている。乙案に対しては、子の利益に反しないという要件が一義的に明らかではないとの指摘もあるが、子の監護に関する事項について父母の間で協議が調わないときまたは協議をすることができないときは、家庭裁判所が子の利益を最優先考慮事項として当該事項を定めるとされているのであり（民法第766条第1項・第2項）、この定めが実務上も機能していることからすれば、「子の利益に反することが明らかな場合」にあたるか否かの判断がさほど困難であるとは考えがたく、上記の点は乙案を否定する理由としては弱いといわざるを得ない。乙案をとった場合には、子と再婚後の夫との間に血縁関係がないことが明らかになったとしても、子を再婚後の夫から法的・社会的に引き離すことが子の利益に反することが明らかな場合（すなわち、血縁関係の有無に拘わらず、子が再婚後の夫の子（実質的な家族）として安定的な生活を送っているような場合）には、前夫の否認請求は棄却されることになり、結論として極めて妥当であるし、子の身分関係の早期安定の要請はあくまで子の利益のためのものであることをも考え合わせれば、ここで子の利益を考慮要素とすることは正当である（身分関係の早期安定の要請は、前夫からの否認権行

使期間の問題として考慮すれば足りる)。

従って、(1)④については、乙案に賛成し、甲案に反対する。

6 (1)⑤について

(1)⑤の規律の趣旨は、前夫が自ら父となる意思がないにも拘わらず、再婚後の夫と子との間の父子関係を否定するためだけに否認権を行使すること(濫用的な否認権行使)を防止することにより、これは正当なものである。

本来、嫡出推定は婚姻の効果であり、嫡出推定と否認の制度は、妻が出産した子は原則として夫の子として引き受けられ、出訴期間内に嫡出否認の訴えが提起されない場合には、夫は確定的に自分の子として承認したことになるとすることで、子どもの法的地位を安定させるものである。

このような嫡出推定と否認の制度の意義を踏まえれば、前夫が自ら父となる意思がないにも拘わらず、再婚後の夫と子との間の父子関係を否定するためだけに否認権を行使すること(濫用的な否認権行使)は、子の法的地位の安定の観点から防止すべきであり、このような目的のため、前夫が再婚後の夫の嫡出推定に対し否認権を行使した場合に自らの子との推定を否認することができないこととするのは、前夫の否認権を過度に制約するものとはいえず、正当である。

7 (2)について

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との推定が否定された場合に、前夫は自らの嫡出推定につき否認権を行使することができることとなるが、その期間制限をどのようにするかが問題となる。

中間試案では、早期に親子関係を確定させるという観点から、この場合の否認権の行使期間を、再婚後の夫の子との推定が確定的に否定されたことを知った時から1年とすることが提案されている。確かに、前夫が否認権を行使する場面は再婚後の夫の子との推定が確定的に否定された後であり、その時点で当該子が出生した時から既に相当程度の期間が経過しており、早期に親子関係を確定させる必要は大きいし、前夫の嫡出推定は再婚後の夫の嫡出推定に劣後するものとして位置づけられていることからすれば、それぞれに対する否認権の行使期間に差異を設けることも不合理とはいえない。しかし、前夫の立場からすると、再婚後の夫と子との間の父子関係を否定する判決等が確定するまで、離婚後に子が生まれた事実を知らされないこともありうるため、そのような場合には、何ら心の準備ができていない状態で法律上の父子関係が発生することになる。今回、夫の否認権について、現行法(民法第777条)の出生から1年という期間は否認権を行使するための期間としては短すぎるとして、これを延長する提案がなされていることにも鑑みると、前夫の否認権についても、行使期間が1年というのは短すぎ、他の否認権者の否認

権の行使期間と平仄を合わせて3年とするのが妥当であろう。

行使期間を3年とすると、子の義務教育が始まるまでに子の法律上の父が定まらない場合もありうるが、再婚後の夫と前夫がともに行使期間が終了するギリギリのタイミングで嫡出否認の訴え等を起こすというケースばかりではないであろうし（事情を最もよく知っているはずの母が、訴えを起こすことができるようになった時点で速やかに第4・2の否認権を行使することもあるであろう（前提として、第4・2の否認権は、再婚後の夫の子との推定が否定されることで顕在化した前夫の嫡出推定に対しても行使できなければならない）、現在ではDNA鑑定によって生物学上の父子関係の有無が明らかとなるため、嫡出否認の訴えの審理期間がさほど長期に亘ることは考えにくいので、再婚後の夫の子との推定が否定された後に前夫がさらに自らの嫡出推定について否認権を行使することを認めても、比較的多くのケースにおいては、子の義務教育が始まる頃には子の身分が確定すると思われる。

8 （注1）について

第2・1を参照。

9 （注2）及び（注3）について

第2・2で述べたとおり、前夫の嫡出推定と再婚後の夫の嫡出推定が重複しており、経験則上、再婚後の夫の子である可能性の方が高いことから、再婚後の夫の嫡出推定が優先されることになるので、再婚後の夫との父子関係が否認された場合には、前夫について嫡出推定が及ぶことになり、それについて前夫が否認権を行使することは（自らが再婚後の夫との父子関係を否認した場合を除いては）妨げられないと考えられる。

10 （注4）について

前夫による否認権の行使以外の理由により、再婚後の夫と子との間の父子関係を否定する嫡出否認、父子関係不存在確認の審判または判決が確定したときは、子は出生の時から前夫の子と推定されることになるのであるから、審判または判決の確定の事実を前夫に通知する必要性は大きい。（注4）の通知は、再婚後の夫の子の嫡出推定が否認され、前夫の嫡出推定が顕在化した段階でなされるものであるから、前夫がDVをしていたとしても、法律上の父と推定される前夫に対し、法律上の父子関係が発生したことを通知せざるを得ないと思われる。当然ながら、行政等による救済手段の拡充が図られるべきであるが、法制度としても、DV被害者である母の住所等を秘匿した上での通知が可能か、前夫が子との面会交流を求めた場合どのような手立てを用意すべきか等を検討する必要があるだろう。

11 戸籍の処理について

否認権者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際の戸籍

の処理としては、民法第790条第1項ただし書、戸籍法第18条第1項を前提とすれば、①再婚後の父母の戸籍に関し、子の父欄を前夫、父母との続柄欄を前夫と母との続柄に訂正した上で、再婚後の父母の戸籍から除籍し、②子は、前夫と母が婚姻していた際の戸籍に入籍することとなると考えられるが（補足説明63ページ）、当該子の親権者となる母（民法第819条第3項）としては、子の氏の変更の手續（民法第791条第1項）をとることで、再度、当該子を再婚後の父母の戸籍に入籍させることができると思われる。そうだとすると、子の父欄及び父母との続柄欄の訂正のみを行い、再婚後の父母の戸籍からの除籍及び前夫と母が婚姻していた際の戸籍への入籍の手續は省略するということも考えられるが、再婚後の夫の嫡出推定が否認された後も再婚後の夫と母との婚姻関係が円満に継続するという保証はなく、民法上の氏と呼称上の氏についての一般的な理解とも整合しないと思われるので、省略した手續を一般化することには問題がありそうである。

上記のような場合の戸籍の処理のあり方について、さらに検討する必要があると考える。

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、次の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）

次の規律の下、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、否認を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の【甲案】の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の行使はできないものとするを想定している。

（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、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】

乙案に賛成する。

ただし

①につき成年時から3年間とすべきである。

ただし、再婚後の夫との関係での嫡出否認が認められた場合に、前夫との間の嫡出を否認する場合の権利行使期間について検討する必要がある。

②につき賛成する。

③につき賛成する。

また、乙案を採ることにより生じうる問題点の解消を検討する必要がある。

(注1) について、第4の2のとおり

(注2) については特に意見なし

(注3) について賛成する。

(注4) について賛成する。

(注5) について、②の点及び③を肯定する場合に想定される弊害の有無を含めて遡及効制限の当否を引き続き検討すべきである。

(後注) についても、引き続き検討すべきである。

【理由】

1 嫡出推定制度は、夫と生まれた子との間に生物学上の父子関係が存在する蓋然性があり、また、事後的に否認されない限り生まれた子について夫婦による養育が相当であることを基礎として法律上の父子関係を推定するものであるところ、その推定を覆滅させると、子にとって、養育の義務を負担する法律上の父が誰であるかが定まらない状態を来し、または、子の養育関係が揺れ動く状況が生ずることとなる。そのため、嫡出推定を覆すこととなる嫡出否認権の行使期間を制限し、子の身分関係を早期に安定させることが子の利益保護の観点から必要となる。

そのような観点からするならば、子の嫡出否認権を認めるとしても、これを代わって行使する母(第4の2)がこれを行わず、また、父自身も嫡出否認権を行使しないままこれらの権利行使期間を経過した以上は法律上の父子関係は確定し、当該子を養育すべき父が定まってその父が当該子を養育することを通じて社会的実体が形成されてゆくことが通常想定される。そうであるのに、後日、子自身が自身の判断で嫡出否認を主張することを許すことは、法律上の父子関係が一旦確定し、その後の共同生活によ

って形成された社会的実体や家庭の平穩を覆滅することにつながり、ひいては、生物学上の父子関係の存在に疑義をもった父にとっては、疑義をもちつつ当該子を養育しても、将来、その子によって嫡出否認が主張される可能性があることを考えて、当該子の養育を回避するため嫡出否認権の行使を選択する方向につながりかねず、かえって子の利益を損なう事態を招来するおそれがある。それゆえ、一旦、父や、子に代わる母による嫡出否認権の行使期間を経過したにもかかわらず、その後子自身が自身の判断で嫡出否認権を行使できるとするのは、嫡出否認権の行使を子の出生期間から比較的短期の期間に制約した趣旨を損なうものであって本来認めがたいから、甲案によるのが嫡出推定制度の趣旨に合致するはずである。

しかし、子に嫡出否認権を認めるのであれば、本来であれば当該嫡出否認権の行使権者本人である子が行うべきはずのところ、当該子は、かかる期間内に自ら権利行使すべきか否か判断することが事実上困難であることを考えると、当該子が自ら判断可能な状況となったのちに自らの意思に基づいて嫡出推定を争う余地を残しておく必要もあると考えられる。

すなわち、子の出生後一定期間内に父や、母(又は未成年後見人)が子に代わってする嫡出否認権が行使されず、法律上の父子関係が一旦確定したとしても、当該法律上の父となる者がその後当該子に対する養育の義務を履行せず、本来であれば形成されるはずの父子関係の実体が形成されずに経過したような場合にまで、当該子が、その父に対する扶養義務を負担しなければならない立場を争うことができず甘受しなければならないとすることもまた相当ではないと考えられる。このような場合には、子が判断能力をもつようになったときに自らの判断で嫡出関係を争う余地を認めたとしても、法律上の父子関係を早期に確定し、これに基づく社会的実体や共同生活、家庭の形成をもって、子の利益を保護するという嫡出推定制度の趣旨を害することにはならないのではないか。

このような場合に、特別に、当該子自身の意思による嫡出否認を認める余地を残しておくため、乙案に賛成する。

ただし、子が成年に達するまでに死亡した場合、子が成年に達した後に死亡した場合の取扱いなどを整合的に説明可能であるかなどの問題も存在しており、それらの問題が解決できない場合には、乙案によることについて再考せざるをえないのではないか。

また、子の出生後に父又は母が子に代わって嫡出否認の訴えが提起されたが棄却されてその判決が確定し、子がその判決に拘束される場合には、当該判決によって確定された父子関係を尊重すべきであって、このような場合には子が成年に達してからさらに嫡出否認権を行使することまでは認められないと考えるのが相当である(注3)。

なお、再婚後の夫との関係で推定される嫡出が嫡出否認の訴えにより否認された場合に前夫との関係での嫡出否認権の行使の余地を認めるのであれば、子が成年等に達してからする否認の余地を認める場合には、再婚後の夫(父)との関係での嫡出否認が認められたときに、さらに前夫との嫡出推定についても否認権を行使する必要が生ずる場合がありうる。その場合の前夫との関係での嫡出否認権の権利行使期間については、再婚後の夫(父)との関係での嫡出否認権の場合と同程度の期間を確保する必要があるとも考えられる。この点も含めて今後引き続き検討する必要がある。

2 ①について

成年に達したあとは、当該子について単独で法律行為を有効にすることができるのであるから、この時点をもって起算点とするのが相当であり、また、その期間は、父子関係の法律関係安定の要請も無視することができないから、成年の時から3年とするのが相当である。

3 ②について((注4)を含む)

子が成年に達してからする嫡出否認権の行使は、法律上の父子関係が一応存在し、これに伴って社会的な家族関係が形成されて少なくとも成年に達するまでの期間が経過したあととなるものであるから、このような社会的事実を否定する趣旨を有する嫡出否認権の行使を無限定に認めるべきではないと考えられる。このような限定を成年に達した子による嫡出否認権行使の限界として要件立てることは難問であるところ、(注4)のような例示を示しつつ最終的には裁判所の総合的な判断によることとせざるをえないのではないか。

また、上記のとおり、子が成年に達してから行使される嫡出否認権は、一旦嫡出父子関係が法律上確定し社会的実体が形成されるだけの期間が経過してからの行使されることを考えた場合、生物学上の父子関係が存在していないものとして嫡出否認の主張を認める余地を残すとしても、それまでの間に父子関係について社会的実体が形成されていると認められるような場合には嫡出否認の主張をすることはできないとするのが相当である。

なお、父子関係が長年にわたり築かれたとの事実によって、一般に、夫の人格的利益が子の人格的利益に優先すると考えることはできず、否認権の行使の結果が夫の利益に反するというにすぎない程度のものであれば子の否認権を権利として把握、承認する以上否認権行使を制限する理由としては不十分であり、成年に達してからする子の否認権行使について直接の制約は設けず、適切ではない権利行使は一般条項の適用により解決すれば足りる旨の指摘もある。しかし、出生からの時間経過が長期にわたっており、その間に社会的な家族関係が形成されているケースも多くあると考えると、一般条項の適用で対処すると割り切るのは、成年に達した子による濫用的嫡出否

認権行使の制約根拠としては十分とはいえないように思われる。このような場合の嫡出否認権行使には可能な限り、一定程度の適切な限界要件を法文化するのが相当である。ただし、この問題が訴訟によって争われた場合に、裁判所の判断規範として耐える内容とすることが必要である。

4 ③について((注5)を含む)

子が成年に達してからする嫡出否認権の行使により、父子関係が否定される結果となったのであれば、それは養子縁組の解消とは異なり生物学上の父子関係が当初から存在していないことを意味するのであるから、出生の時に遡って父子関係が否認されることとなるのが素直である。この点、上記のとおり子の出生から少なくとも18年間を経過してから嫡出否認権が行使される余地を認めることになる関係上、それまでに形成された法律関係等への影響について考慮すべきとも考えられるが、遡及効を制限すると長期間にわたり扶養義務を果たした後に嫡出否認が認められるときの返還請求の途を閉ざすことにつながる。このことを認めると、場合によっては早期の段階で父による嫡出否認の請求を誘発することにもつながりかねず、家庭の平穩の確保の観点からは相当ではない。また、上記のとおり、父子関係について社会的実体が形成されていると認められる場合に嫡出否認ができないと考えるならば、通常、遡及効を認めたととしてもその間の法律関係への影響は相対的にみると限局的なものにとどまるように思われる。

したがって、子が成年に達してから提起した嫡出否認の訴えを認容する判決の効力は子の出生に遡って効力を生ずるとするのが相当と考えられる。もっとも、上記3との関係でこのような場合の嫡出否認権の行使について制限を設けるときは、判決の遡及効を制約すべきような弊害が生ずるケースが考えられるかどうか、引き続き検討するのが相当である。

5 (後注)について

子が成年に達するまでに嫡出否認の訴えが提起され判決等により結論が出ている場合は、人事訴訟判決の対世効の関係で子があらためて嫡出推定を争うことが可能であるかが問題となる。この点については、再審の訴えにより争う余地はありうるとされるが(最判昭和28年6月26日民集7巻6号787頁)、子が成年に達する以前に嫡出否認に関して確定判決等があり、これに子が拘束されることの当否については、上記のとおり子について成年後に嫡出否認の主張を認める余地を残す趣旨との関係で、嫡出推定及びそれに対する否認という構造とは別の観点からの検討を含め、引き続き検討することには賛成する。

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案のいずれかによるものとする。

【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、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の見直しの在り方等を踏まえ、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。

【意見】

1について、甲案に賛成し、(2)①の期間は成年から3年とすべきである。

2について、賛成する。

【理由】

1 第6の1について

(1) 甲案・乙案について

第6の1においては、甲案と乙案とは提案の(1)に差異があり、夫が否認権を行使する前に死亡した場合に関する現行人事訴訟法第41条の規定を基本的に維持しつつ微修正を検討するか(甲案及び注1)、それとも削除するか(乙案)という点に差異がある。

人事訴訟法第41条第1項は、夫が子の出生前に死亡したとき又は民法第777条に定める期間内に嫡出否認の訴えを提起しないで死亡したときは、「その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を認め、この場合においては、夫の死亡の日から1年以内にその訴えを提起しなければならないと定める。また、人事訴訟法第41条第2項は、夫が嫡出否認の訴えを提起した後に死亡した場合には、「前項の規定により嫡出否認の訴えを提起することができる者」、すなわち「その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、夫の死亡の日から6か月以内に訴訟手続を受け継ぐことができることを定める。

かかる規定の趣旨は、「夫の死亡により、本来、夫の一身専属権である否認権も消滅するのであるが、相続権を害される者及び夫の三親等内の血族は、死亡した夫の実子の有無や相続に関する重大な利害関係を有することを考慮し、原告適格を認めた」ものであり(補足説明73ページ)、それらの者に対して「死亡した夫の意思とは無関係に否認権を与え、否認の訴えの原告適格を認め

た」ものと説明されている（部会資料5・11ページ）。

このような人事訴訟法第41条第1項及び第2項については、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（人事訴訟法第41条に規定する者）の否認権を認めることは、家族の平穩を害し、特に養育を必要とする未成年の子の利益に反するおそれもあるとも考えられるとの指摘がある。また、婚姻障害、氏、戸籍に関する利害関係も、夫以外の親族に父子関係を否定するほど強い利害関係とは言えないとの指摘がある（補足説明76ページ）。これらの指摘を受けて、上記提案の乙案は、人事訴訟法第41条第1項及び第2項を削除することを提案している。

しかしながら、日本の戸籍の運用はかなり特殊で、重要な身分行為が行われているのに、裁判所や官公庁に本人が出頭することなく、届出によって戸籍に変動が生じるため、戸籍に実体と異なる記録がされる場合がある（第5回議事録33ページから34ページ水野委員参照）。かかる戸籍の運用をしていることは、否認権においても考慮せざるを得ず、実体と異なる記録がされた場合に夫が否認権を行使しなかったとしても、子のために相続権を害される者は自らの相続権・相続分に関する利益について利害関係を有するといえ（補足説明73ページ参照）、否認権の行使により相続における帰結の是正を図ることを認めてよいと考えられる。

また、現行人事訴訟法第41条第1項及び第2項の規定は、旧人事訴訟手続法第29条第1項及び第2項の規定を引き継ぐものであり、現行人事訴訟法（平成15年法律第109号）を制定した際の「改正作業においては、相続権を害されない法定の近親者にも原告適格を認めるのが相当か、また子供がいる場合は亡夫の妻の相続権は害されないが（民890・900参照）、この場合は妻に原告適格を認めなくてよいかという問題提起がなされたけれども、旧法通り規定された」という経緯がある（松川正毅＝本間靖規＝西岡清一郎編『新基本法コンメンタール 人事訴訟法・家事事件手続法（別冊法学セミナーNo. 225）』（日本評論社、2013年）107ページ [安西明子]）。すなわち、現行人事訴訟法の制定時の改正作業においては、今回の論点とは別の検討がなされたようであるが、少なくとも旧人事訴訟手続法の規定は改正されなかったという経緯がある。

そして、この規定に現在強い弊害があるとの指摘も聞かない。

このように、現在の戸籍の運用を前提として考えると、嫡出推定制度と戸籍の届出制のセットのうち、戸籍の届出制に問題があった場合に備える必要がある。

その上で、夫が死亡した以上は誰かに否認権を行使させることとなるが、その際は最も利害関係のある者が適切に否認権を行使すると考えられる。かかる最も利害関係のある者としての「相続権を害される者」は、経済的利害を想起させるので違和感もあろうが、利害が関係するがゆえに適切に否認権を行使するともいえるし、「夫の三親等内の血族」は社会的な家族関係等から適切に否認権を行使することが期待できるといえる。

そうすると、利害関係のある者に夫の死亡後に否認権行使を認めた現行人事訴訟法第41条第1項は、削除すべきではない。

次に、同法第41条第2項は、「夫が否認訴訟の係続中に死亡した場合、他に原告となりうる者があるときは別訴提起できるところ、出訴期間が制限されているため、法定の近親者による受継が認められている」もので、「いったん訴訟が係属した以上は訴え提起と違い、訴訟状態の不安定なまま受継があれば応訴を余儀なくされる被告の負担に考慮して、訴訟手続を早期に確定するのが相当とされ、本条は受継期間を夫の死亡の日から6ヶ月に限定している」ものである（前掲新基本法コンメンタール人事訴訟法・家事事件手続法108ページ）。同法第41条第1項の規定を維持するのであれば、同条第2項も維持すべきである。

以上より、甲案が妥当である。

なお、比較法的には否認権を一身専属的な権利と理解して否認権の相続を否定する立法例もあるが（ドイツ、参考資料3-1『各国の親子法制（養子・嫡出推定）に関する調査研究業務報告書』54ページ）、相続に関する帰結の是正を重視して否認権の相続を肯定する立法例もある（オーストリア、参考資料3-1・82ページ）。日本法と同様に相続権を害される者が否認の訴えを提起できるとする立法例もある（台湾、参考資料3-1・238ページ）。

(2) 甲案及び乙案(2)①について

ア 未成年の子の否認権を行使する前に子が死亡した場合について

前提として、未成年の子の否認権については、現行法上、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の明文の規律はないが、かかる場合には夫は嫡出否認の訴えを提起することができず、嫡出否認の訴えの継続中に子が死亡した場合には訴訟が当然終了することからして（人事訴訟法第27条第2項）、子の死亡後には子以外の者に嫡出否認の訴えを提起する実益はないと考えられている。

また、子の年齢が小さいため、直系卑属がいることは稀である。

そのため、未成年の子の否認権については、子が行使せずに死亡した場合

には何人も行使できないものとすることは妥当である(補足説明74ページ参照。なお、部会資料11では子の否認権が「承継」されないという用語で説明されていた。)

イ 成年等に達した子の否認権を行使する前に子が死亡した場合について

(ア) 甲案及び乙案(2)①の要件について

(2)①の「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」という要件は、文言どおりに読めば、【成年】【25歳】に達した日から【3年】【5年】の間に子が死亡した場合に限定して、その子の直系卑属又はその法定代理人に特別に否認権の行使(あるいは承継)を認めていることになる。

仮に、上記の文言どおりであれば、例えば、第5において子に【成年】に達した日から【3年間】の否認権行使を認めた場合、子が17歳11か月で死亡したときには、その子の直系卑属又は法定代理人が否認権を行使することは認められないが、子が18歳に達した日以後に死亡したときには、その子の直系卑属又は法定代理人が否認権を行使することが認められるという帰結になる。

しかし、子が成年等に達した場合の否認権の行使が認められるような場合には子の直系卑属が法律上の父子関係の存否について判断した上で否認権を行使することを認める必要があるという制度趣旨からすれば、子が成年等に達した日より前に死亡した場合でも成年等に達した日以後に死亡した場合でも差異はないはずであるから、かかる帰結は制度趣旨と整合しないのではないかという疑問がある。

かかる問題については、補足説明75ページ(注3)において、「なお、成年等に達した子の否認権を認めることとした場合に、子が【成年】【25歳】に達する前に死亡したときに、子の直系卑属が嫡出否認の訴えを提起し、または、子が提起した嫡出否認訴訟を受継することができるかについては、引き続き検討することが予定されている。」と説明されているが、重要な問題であるため、(2)①の要件は、子が【成年】【25歳】に達した日以後に死亡した場合に限定されるのか否かについて、引き続き検討した上で、明確にすべきである。

(イ) 成年等に達した子の直系卑属又は法定代理人が否認権を行使する必要性

未成年の子の否認権では直系卑属がいることは稀であるが、第5において成年等に達した子の否認権を認める場合には、その子に直系卑属が存在

し得る。

かかる子が死亡した場合に、子の直系卑属又はその法定代理人に否認権の行使（あるいは承継）を認めるか否かが問題となるが、この問題には次のような指摘がされている。すなわち、かかる子が死亡した場合には、子の直系卑属は、子の父の存否にかかわらず、子の第一順位の相続人となることから、相続権が害されることは想定し難いが、子の父が死亡した場合に、子の直系卑属は子の代襲相続人となること、扶養義務や婚姻障害等の可能性も否定できないので、民法第787条が子の直系卑属又はその法定代理人に認知請求を認めていることとの均衡を踏まえて、子が、成年等に達した子の否認権の行使期間が経過する前に当該否認権を行使することなく死亡した場合には、子の直系卑属又はその法定代理人に、嫡出否認の訴えの提起を認めることが相当であると考えられる旨指摘されている（補足説明74ページ）。

しかし、相続権が害されないのであれば、それを子の直系卑属又はその法定代理人が否認権を行使できる理由とすることはできない。

扶養義務が生じることで財産的な負担をしたくないという理由に基づく否認権の行使を認めることが妥当であるか否かについても議論があるところである。

また、民法第787条が子の直系卑属又はその法定代理人に認知請求を認めていても、新たな親子関係をこれから構築することになる認知請求と、これまで構築された親子関係を失わせる成年等に達した子の否認権の行使とは状況が異なり、成年等に達した子の否認権行使の場合には少なくとも十数年かけて築かれた法的な父子関係を覆すことになり、構築された法律関係及び社会的関係に対する影響が大きい。

他方で、婚姻障害等については、子に直系卑属が生じる年齢から考えると、直系卑属は比較的年齢が小さく、否認権が行使できないことが確定してから婚姻障害の問題が生じるといえるので（例えば、夫と生物学上の血縁関係にない子に18歳で直系卑属ができた場合、その直系卑属が夫の直系卑属と結婚したいと考えるようになる時には子の否認権の行使期間は経過している。）、婚姻障害が実際に問題となるような事態が生じる可能性は低いと思われるが、子がかなり若くして出産した場合には直系卑属に否認を認めるべき場合が全くないとまではいえず、難しい問題が生じる。

また、成年等に達した子の否認権は、未成年の子の否認権を母等が行使すべきであったにもかかわらず、これが行使されない場合があり得ること

から、子が成年等に達したことを前提に、自らの判断で否認権を行使する機会を保障する必要があるという点を主たる根拠とする方向で整理されている（補足説明66ページから67ページ）。成年等に達した子が「自ら」判断すべき点を重視して考えれば、直系卑属に当該否認権の行使は認められないことになろう。しかも、この否認権は現実には直系卑属が若年であることが想定されるため直系卑属の法定代理人が行使することになる。そのため、成年等に達した子が「自ら」判断するという点を重視すれば、直系卑属又はその法定代理人が当該否認権の行使をすることは認められない方向になろうが、他方で、判断や行使する「機会」の確保を保護すべきと考えれば、否認権が行使されなかったことをもって、死亡した子に否認権を行使する意思がなかったと考えることはできないという方向になろう。例えば、子が成年等に達する前は当該否認権を行使できる余地がないため、子が成年等に達したら否認権を行使しようとする意思を持ちながら死亡してしまう場合もあり得るし、成年等に達した子であっても行使期間中にその子が否認権を行使する意思を持ちながら死亡する場合もあり得る。そして、第5の要件の議論次第ではあるものの、現状の提案では、成年等に達した子の否認権行使が認められない場合とは、「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」と提案されており、父子関係の実体が存在しないといえるような場合でない、成年等に達した子の否認権の行使が認められないのであるから、そのようなまるで実体のない父子関係を否認するという判断機会を確保する観点によれば、子の直系卑属に法律上の父子関係の判断をさせて否認権を行使させることを許容するという考え方は成立し得るものと考えられる（嫡出推定の制度により法的な安定性を図るという要請は、それにより実体的な父子関係を確保するためにあると考えられるから、実体上の父子関係がないような場合には当たらない。）。

したがって、成年等に達した子による否認権の行使を認めるのであれば、それが子によって行使されずに子が死亡した場合、子の直系卑属が行使する必要性はあり得るとも考えられる。

（ウ）夫に対する影響

もっとも、成年等に達した子の否認権が無条件に行使できるとすると、子の一方的な意思で、少なくとも十数年かけて築かれた法的な父子関係や社会的な父子関係を覆すことは夫の人格的利益を害するおそれがあるこ

と（部会資料10-1・11ページ）、及び父母の婚姻にも悪影響を及ぼすおそれがあることが指摘されてきた（部会資料9・29ページ）。これらの指摘を踏まえ、それまで自らの子として養育してきた父の利益を保護する必要があると考えられること、及び父の利益の保護を考慮する際には、これから子を養育しようとする父が、子との間に生物学上の父子関係がないことを知ったときに、将来、父子関係が否定されることによる不利益をおそれて養育をためらうこととならないようにする必要があることから、成年等に達した子の否認権の行使には、一定の限定をすべきという方向性が示されている（第5の乙案②及び注4参照、補足説明68ページ）。

上記提案によれば、仮に子が死亡した後でも、「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」は、直系卑属が否認権を行使することができるわけであるから、夫としては子が生きていれば嫡出否認の訴えを提起できる期間と概ね同程度の期間は、子の直系卑属から否認権を行使されるおそれがあることになる。すなわち、期間だけみれば、子が生きていて成年等に達した子の否認権を行使する場合でも、子が死亡して子の直系卑属が否認権を行使する場合でも大差ないということになろう。

しかし、夫としては、子が死亡しているにもかかわらず、子とは異なる人生観や社会的立場を有する直系卑属（しかも直系卑属が成年等に達する前であることが多いであろうから、現実には直系卑属の法定代理人）から、子が生きていれば否認権が行使できたはずの期間は否認権を行使されるか否かが分からない立場に置かれるものであり、このことは夫の地位を不安定にするといえる。さらに、成年等に達した子の否認権行使を否定する一定の要件（第5の乙案②及び注4）の定め方次第であるが、直系卑属によって否認権が行使されれば、夫の人格的利益を害する結果となりかねない（ただし、これは成年等に達した子の否認権を認めたことに内包される問題といえる。）。

（エ）検討

いかに考えるべきか難しい問題であるが、成年等に達した子の否認権を認める以上は、直系卑属を含めて、その父子関係に係る判断の機会を保護するという方が一貫するといえること、婚姻障害等を争えなくなることにについては重大な懸念もないではないこと、及び成年等に達した子の否認権行使に一定の限定がされていて、それが実体上の父子関係が存在しないような場合であることを踏まえれば、(2)①の提案を認めることにならざる

を得ないのではないかと考えられる。

その上で、期間については第5と同様に、成年から3年とすべきである。第5との均衡も根拠であるが、成年とすれば直系卑属が生じる場面が相対的に低くなると考えられるからであり、仮に25歳から5年とした場合は、直系卑属が生じる可能性も高くなる。

結局は第5の乙案②の「一定の要件」の設定次第であり、その要件が適切に定められているのであればよいが、適切に定められない場合には消極的に考えることになる。

(3) 甲案及び乙案(2)②について

上記を前提にするのであれば、子が提起した嫡出否認の訴えの係属中に子が死亡した場合について、人事訴訟法第41条第2項と同趣旨の規定を設けることは妥当である。

2 第6の2について

(1) 夫の否認権（子が死亡した場合）について

ア 夫が嫡出否認の訴えを提起する前に子が死亡した場合

現行法では、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関する明文はなく、解釈に委ねられている。そして、現行法の解釈では、「被告となるべき子が訴訟前にすでに死亡しているときは、もはや嫡出子の否認の訴えは提起できない」と解釈されている（松本博之『人事訴訟法〔第3版〕』（弘文堂、2012年）363ページ）。

これは、子が死亡することによって父子関係が終了すること、また、子の死亡後は主として相続が問題となるが、夫の否認権が子の出生を知った時から1年以内とされ、子に直系卑属がいることは稀であることを考慮したものと説明されている（補足説明77ページ）。

従来の議論の状況としては、「死亡した子に直系卑属があれば、死亡した子の認知に関する民法783条2項を類推し、その者を相手方として訴えを提起し得るものと解すべきである」とする考え方があるので、死亡した子に直系卑属がある場合に対処法が全くないわけではないが、「立法上考慮すべき問題であることは通説も認める」とされている状況であった（山木戸克己「人事訴訟手続法」山木戸克己＝小山昇『法律学全集38 人事訴訟手続法 家事審判法 調停法・仲裁法』（有斐閣、昭和33年）61ページ）。

この点は、人事訴訟法（平成15年法律第109号）の立法段階でも議論されたが、「立法段階では、子の死後にその直系卑属にも被告適格を認める

べきとの意見もあったが、そのような事案は稀であるとして規定されなかった」とされている（前掲新基本法コンメンタル人事訴訟法・家事事件手続法107ページ）。

これらの事情からすると、子に直系卑属が出現することは稀であるとはいえ、全くないと断言できないために立法上考慮すべきことであると従来指摘されてきたが、やはり抽象的な問題であって現実にはそのような例がなかったため、現行人事訴訟法の立法段階でも規定が設けられなかったものと思われる。

今般の改正提案では、夫の否認権の行使期間を夫が子の出生を知った時から3年ないし5年に長期化することが提案されているが、それでもなお子に直系卑属が生じることは稀である。

これらの事情から、現行法のとおりとすることは妥当である。

イ 夫が子に対する嫡出否認の訴えを提起後、その係属中に子が死亡した場合

現行法では、夫の子に対する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（人事訴訟法第27条第2項）。すなわち「検察官を被告とする訴訟の続行は行われぬ」とされる（前掲松本364ページ）。

このことは、「嫡出否認の訴えの被告適格は、子又は親権を行う母若しくは特別代理人にあるが（民法755条）、通説は、子が死亡したときには父子関係が消滅することから、当然に訴訟は終了すると解している。新法（作成者注・現行人事訴訟法）は、これに従い、被告の死亡を当然の訴訟終了原因とする。」と説明されている（前掲新基本法コンメンタル人事訴訟法・家事事件手続法67ページ）。

子の死亡時に父子関係が終了する実体上の理解を訴訟手続に反映するものであり、現行法のとおりとすることは妥当である。

(2) 子の否認権（夫が死亡した場合）

ア 子が嫡出否認の訴えを提起する前に夫が死亡した場合

現行法は、子の否認権（母等が代わって行使する場合及び子自身によって行使される場合の両方を含む）を認めていないので、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ついての明文はない。

そこで、子が嫡出否認の訴えを提起する前に夫が死亡した場合を規律する明文規定を設ける必要があり、かかる場合には、人事訴訟法第42条を参考に、公益の代表たる検察官を被告として子は否認権を行使すべきとする規定

を設けることは妥当である。

この点、総則的規定である人事訴訟法第12条第3項は「前二項の規定により当該訴えの被告とすべき者が死亡し、被告とすべき者がいないときは、検察官を被告とする。」と規定しているが、人事訴訟法には「第3章 実親子関係訴訟の特例」として独立の章が設けられているので、この部分に明文の規定を設けることは明確化に資する。

イ 子が夫に対する嫡出否認の訴えを提起後、その係属中に夫が死亡した場合

現行法では、人事訴訟法第27条第2項が「離婚、嫡出否認又は離縁を目的とする人事訴訟の係属中に被告が死亡した場合には、当該人事訴訟は、前条第二項の規定にかかわらず、当然に終了する。」と規定しているので、子に否認権を認めたのにもかかわらずこの規定をそのまま維持すると、子が夫に対して嫡出否認の訴えを提起後、その係属中に夫が死亡した場合には、訴訟が当然終了となってしまうため、修正する必要がある（補足説明77ページから78ページ）。

そこで、認知の訴えの係属中に被告である父が死亡した場合には検察官が訴訟追行をすとの規定（人事訴訟法第42条第2項による同法第26条第2項の準用）を参考にして、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追行するという内容で同法第27条第2項を修正することは妥当である。

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】

本文、及び（注）関し、いずれも引き続き検討することに賛成する。

なお、（注）後段の検討に際し、適用される場面、要件等については慎重に精査すべきである。

【理由】

1 本文について

民法第776条は「夫は、子の出生後において、その嫡出であることを承認したときは、その否認権を失う。」と規定し、民法第772条の推定を受ける子について、その出生後に、夫が、推定を受ける子が真に自己の嫡出子であることを積極的に肯定し、あるいは消極的に否認権を行使しないことを表明したときは、否認権を失うとしている。しかしながら、この承認の方法は規定されていない。

本改正にて検討しているとおり、否認権を行使しうる者が拡大された場合、ないし否認権の行使期間を伸長することとした場合には、現行法と比較して、子の身分関係が不安定になることになる。そこで、否認権者が早期に身分関係を確定させたいと考えた場合に、それを実現する手段を認める必要がある。この点、現行法上、嫡出の承認の制度があるものの、その要件も不明確であり、実務上利用されていないとの指摘があることから、嫡出の承認の制度の見直しを行うことが考えられる。

なお、承認権者・承認期間の拡大に関し、成年等に達した子の承認権を認めるとするならば、成年等に達した子の否認権（第5）の検討場面と同様、子が成年等に達する前になされた夫もしくは母等による承認に子が拘束されることとなるか等、この制度の具体的な規律を検討の上、制度設計を行う必要がある。

2 （注）前段について

この点、現行法上、嫡出の承認の制度があるものの、その要件も不明確であり、実務上利用されていないとの指摘がある。すなわち、現行法においては、承認は相手方のない単独行為と考えられているが、その方法については法定されていない。そのため、承認の要件が不明確として実務上利用されていないとの批判があることからすれば、承認の方法を定めることが好ましいといえる。

なお、嫡出の承認をすると否認権の行使が制限されるという重大な効果が生じることに照らすと、否認権者において慎重に判断し、かつ、その意思が外部的にも明らかになっていることが求められる。また、嫡出の承認の効果が重大であることに鑑みれば、否認権者が嫡出の承認の法的効果やリスクを正しく理解した上で行うことが望ましい。

そこで、従前の議論において提案されていたとおり、保証意思宣明公正証書(民法第465条の6第1項)のように、公証人の関与を求めることも考えられる。

また、嫡出の承認をする者について、現行法の父に加えて、子や母もその対象となることが想定されていることに鑑みるに、親と子、または、親と親との関係性の中で行われる嫡出の承認についても、いずれかの当事者が否認権者の自由意思を抑圧し、否認権を放棄させる危険性は否定できない。そこで、家庭裁判所が後見的な立場から関与することを求めることも考えられる。なお、当該承認手続きについては、子の氏の変更許可、相続放棄、名の変更の許可、後見人の選任、養子縁組の許可等と同様に、家事事件手続法別表第1に分類されると考えられる。家事事件手続法別表第1に分類される事件の手続は弁護士が関与せず当事者が問題なく行っているケースも多いと思われ、家庭裁判所の許可を必要としても、当事者に過度な手続的負担が生じることはないと考えられる。

いずれにせよ、民法第776条を実効化するための方策を検討していく中で、その要件を明確にしていくこと、承認権者が正しく法的効果を理解し、かつ自由意思で承認手続きを行う状況を確保すること、過大な手続的負担が発生しないよう配慮を行っていく必要があると考える。

3 (注) 後段について

この点、法律上の父子関係が一応存在し、これに伴って社会的な家族関係が形成されて少なくとも成年に達するまでの期間が経過したなど、「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、民法第776条に定める承認があったとみなすことで、このような社会的事実を尊重するという方向性での検討そのものについては、一定の評価が可能といえる。とはいえ、本提案は、承認があったものと「みなす」との重大な法的効果を生じるものである。その一方で、一定程度の期間経過等の後に検討される嫡出否認は、夫や親権

を有する母による代理行使が通常となる子の嫡出否認とは考慮すべき要素やその要件、否認が認められた場合の効果などを含め相当程度異なるものと解される。例えば、再婚後の夫が、当初は母が懐胎している子が本当は前夫であるDV夫の子であることを知りつつ自ら養育するつもりで母と婚姻したものの、その後、母との関係が悪化し否認権を行使しようとするケースにおいて、みなし承認により再婚後の夫による否認権の行使を封じることの是非、また、このようなケースにおいて同条の承認があったとみなす規定を設けた場合、客観的な養育関係は先のケースと同様であったが再婚後の夫が当該子どもが前夫の子であるとは知らなかったケースでは「みなす」との効果を生じさせることが適当ではないと解する場合には、両事例をどのように区別して「みなす」場面とそうでない場面を切り分けるかことが可能かなど、モデルケースを一つ想定しただけでも、適切な要件策定を行う上でのハードルがいくつもイメージできる。

そのため、様々な考慮要素を加味した上で、承認があったものとみなす規定を策定することが可能かについては、更なる検討の推移を慎重に精査する必要があると思われる。

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】

引き続き検討することに賛成する。

【理由】

生殖補助医療法第10条が第三者の提供精子による生殖補助医療によって妻が子を懐胎することに同意した夫について否認権の行使を認めない趣旨は、誰も父子関係を争うことができないと規律することで、子の地位を安定させることにあると理解する必要がある。なぜなら、生殖補助医療においては、自然生殖の場合とは異なり、精子提供者の保護を図ることも要するからである。この点については、法制審議会生殖補助医療関連親子法制部会の審議を受けて平成15年7月22日から同年8月29

日まで意見募集された「精子・卵子・胚の提供等により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」の補足説明14ページにおいて「精子を提供した者について、任意認知及び認知の訴えがいずれもできない」こととすべき理由として、「①新たな制度枠組みは、匿名の第三者が精子等を提供することにより、不妊症の夫婦が子を設けることができるようにするものであるから、提供者である第三者が父となることは、制度の趣旨に反することになる。②他の夫婦のために精子を提供した者は、出生した子の父となる意思は有しておらず、将来的に認知の訴えにより父子関係が形成され得るとすることは、提供者の意思に反し、その法的地位を不安定なものとし、ひいては精子の提供そのものを躊躇させる結果となり得る。③匿名の第三者であることが予定される精子提供者からの認知を認める場合、母子間の家庭の平和を害し、子の福祉に反するおそれが生じ得る。」と指摘されていたことが参考になる。この点、「同意」（自らの子として引き受ける意思）を強調することには、父子関係を不安定にするだけでなく、精子提供者の不利益となる点でも疑問がある。

本意見書では、母の否認権は認めないものの、「未成年の子」の否認権と「成年の子」の否認権を認めることには賛成している。そして、生殖補助医療法第10条の趣旨を夫の「同意」を基礎とする信義則違反や権利の濫用として理解するときは、子自身は第三者の提供精子を用いた生殖補助医療の実施について同意していないことから否認権行使を制限されないという帰結もあり得ることになる。しかし、上述のとおり生殖補助医療においては精子提供者の保護を図ることも要するから、子の地位を安定させることを自然生殖の場合よりも重視することが適切であり、「未成年の子」や「成年の子」を含めて、誰も父子関係を争うことができないと規律することを基本として検討することに合理性がある。

また、嫡出推定の例外規定により再婚後の夫の子と推定される子に関する前夫の否認権については、前夫が同意していた以上、生殖補助医療により生まれた子であるということを理由とする否認はできないとすべきであり、前夫と子との間に生物学上の父子関係がないことに留意して検討する必要がある。

なお、生殖補助医療法附則第3条は、「おおむね2年を目途として」いわゆる行為規制について検討し、その結果を踏まえて親子法制についても検討することを予定している。生殖補助医療に関する親子法制については、法律的にも倫理的にも検討すべき事項が多いうえ、それらに関する選択肢は多様であるから、上記検討の動向を見守ることが相当である。

3 認知制度の見直しに関する検討

(1) 未成年の子の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ときであっても、②の規律により取り消されない限り、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4)。

(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、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の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) 未成年の子の認知に関し、子の承諾を要件とする規律の導入について、引き続き検討を行うことに賛成する。
- (2) 事実と反する認知の効力に関する規律の見直しに関し、引き続き検討を行うことに賛成するが、国籍の不正取得に関する規律を民法に置くことの要否については、慎重に検討すべきとの意見もあった。

【理由】

1 「(1) 未成年の子の認知に関する規律の見直し」について

(1) 見直しの必要性について

現行法上、未成年の子の認知に関して、母や子の承諾は要件とされず、認知に際し認知しようとする者と子との間の生物学上の父子関係の立証も不要とされるため、全く無関係な第三者から、真実に反する濫用的な認知がなされるおそれがあると指摘される。

しかしながら、現行実務上、濫用的な認知がほとんどなされていないと考えられること（認知無効の事案が少ない。補足説明83ページ～84ページ等）に鑑みれば、あえて濫用的認知を防ぐための方策を取り入れる必要性があるといえるのか、疑問がないではない。

もっとも、本提案(2)のように、事実と反する認知を無効ではなく取り消し得るものと整理した上で提訴期間等に制限を設ける見直しを行う場合には、後から濫用的な認知を争う手段が制限されるのであるから、予め濫用的な認知がなされる事態を防止しておく必要性が出てくる。たとえば、母や子の知らない間に第三者が子を認知していて、気づいたときには既に提訴期間が過ぎていて認知の効力を争えなくなるという不当な事態も考えられないではなく、このような事態を防止するためには、認知の成立に子や母の意思を介在させる規律が有効である。

このように、事実と反する認知の効力の規律の仕方によっては、現行法の規律を見直す必要性を否定できない。

(2) 見直しの在り方について

本提案は、任意認知について、子（子が一定の年齢に達しない場合にはその法定代理人。多くの場合には親権者である母。）の承諾を要件としつつ、仮に子の承諾が得られない場合でも、認知しようとする者が子との血縁関係を証明すれば認知できるとするものである。

この提案では、子が小さい間は、事実上母の承諾を要件とすることになると思われる（(注1) 参照）。母は、多くの場合において、子の福祉にかなった適切な判断をするものと期待でき、子にとって不適切な者が認知によって父となることが防止される。また、子が一定の年齢に達していれば、子自身の承諾が要件となるが、子は父が誰であるかについて最も切実な利害関係を有する者であるから、その承諾を要件とすることは首肯できる（なお、一定の年齢としては、子の意思を尊重する観点から、成年とするよりも、15歳とすることが望ましい。）。認知という制度には意思的要素と事実的要素の両面があるところ、意思的要素において、認知者のみならず被認知者の意思をも考慮するという発想は、一定の説得力を持つ。

他方で、認知は、事実として存在する生物学上の父子関係を法的にも承認する行為であり、生物学上の父である者が認知をしようとする場合にまで、法定代理人である母が認知を拒絶することができることは相当でない。もっとも、子が一定の年齢（15歳）に達した後も血縁関係の証明により認知できるとすることは、成年の子の認知に関し、血縁関係があっても子の承諾がない限り認知できないとされている（民法第782条）ことと均衡を欠くきらいがあり、一定の年齢に達した子の意思を尊重する観点から当該子の承諾を要件とするという考え方と整合するのか、慎重に検討すべきである。

以上から、仮に現行法の規律を見直すとした場合、任意認知について、子の承諾を要件とした上で、生物学上の父子関係がある者が子を認知しようとする場合には、その法定代理人が承諾をしないときであっても、生物学上の父子関係があることを証明することによって認知をすることができることに賛成するが、子が一定の年齢（15歳）に達した後も生物学上の父子関係の証明のみによって認知が可能とすべきか否かについては、慎重に検討すべきである。

(3) 検討課題について

子（法定代理人）の承諾が得られない場合に父子関係の証明を行う手続としては、裁判（民法第787条の認知の訴えの見直し等で対応）によらざるを得ない。

この点に関しては、認知を希望する父の手続負担が重くなり、なされるべき認知がなされなくなりかえって子の不利益になるのではないかという懸念もあるが（補足説明83ページ参照）、上記のように、法定代理人である母は通常は子の福祉にかなった判断を行うと期待できることから、母が何の合理的理由もなく認知に承諾を与えず、そのために子の利益が害されるという事態はほ

とんど生じないのではないかと考える。

(4) まとめ

以上、事実に反する認知の効力に関する見直し（後記2参照）を行うことを前提として、未成年の子の認知に関する規律の見直しを検討することに賛成する。

2 「(2) 事実に反する認知の効力に関する見直し」について

(1) 見直しの必要性について

現行法では、事実に反する認知（＝血縁関係がない場合）について、認知無効の訴えにより、利害関係人がいつでも争えることになっており、認知された子の地位は不安定である。これは、嫡出子について、父子関係を争う機会が嫡出推定制度によって極めて限定され、その地位が強く保護されていることと著しく均衡を失する。子の身分関係の安定を図る必要性は非嫡出子の場合でも否定できないことから、事実に反する認知の効力に関する規律を見直すことについて、賛成する。

(2) 見直しの在り方について

ア 認知取消しに関する規律について

(ア) 総論

提案(2)①②③は、事実に反する認知（＝血縁関係がない場合）について、従来のように無効とするのではなく、取り消しうるものとして扱い、その効力を争う手続として認知取消しの訴えを利用し、その提訴期間と提訴権者に一定の制限を設けようというものである。この点、嫡出否認の場合との均衡（(注2)参照）や子の利益状況等に配慮したきめ細やかな規律を行うためには、事実に反する認知の効力については、「誰でも」「いつでも」主張できることを原則とする無効よりも、取り消しうるものとして位置づけた方が無理がなく、優れていると思われる。したがって、提訴期間や提訴権者を具体的にどのように定めるかという大きな問題はあるとしても（後記（イ）参照）、事実に反する認知の効力を取り消し得るものとして位置づける規律の導入を検討すること自体には賛成する。

(イ) 各論

認知の効力を争う手続について、具体的に提訴権者・提訴期間をどのように定めるべきかは難しい問題をはらんでいる。特に、嫡出子の場合との均衡（(注2)参照）や非嫡出子の身分関係の安定を強調して嫡出否認の訴えと全く同じ要件にすると（独仏は提訴期間・提訴権者に差を設けていないようである。参考資料3-1参照）、嫡出否認制度との差はなくなる

から、必然的に、嫡出否認と認知取消しの手続の統一という非常に大きな問題につながっていく（二宮周平『家族法（第5版）』（新世社、2019年）180ページは、さらに、親子関係不存在確認の訴えまで含めた手続の統一に言及している。）。

この点、提訴期間については、嫡出否認の訴えの場合と全く同じではなく、ある程度長く設定することも可能ではないかとも思われる。非嫡出子の場合、内縁等が成立しているケースを除き、父親と母親に婚姻夫婦のような同居・協力・扶助義務（民法第752条）があるわけではなく、また父親が当然に認知した子の親権を有するわけでもない（民法第819条第4項参照）等の事情のため、父子が実際に親子の共同生活を営むケースの割合は、嫡出子の場合と比較して相対的に小さいと考えられるからである。しかしながら、実際に内縁関係の男女が認知した子を養育している場合、その父子関係が後から覆されることによる影響はやはり非常に大きいといえ、このような場合を念頭に置くと、提訴期間を長くすることのデメリットは無視できない。

また、嫡出子の場合、婚姻関係の存在により母の夫が子の生物学上の父であるという強い蓋然性があるのに対し、認知にはそのような事情がないので、この点を捉えて、事実と反する認知については嫡出否認よりも争える余地を大きくすべきとの立場もあり得る。しかしながら、本提案(1)のように、認知を父の単独の意思のみならず、子(多くの場合には法定代理人である母。(注1)参照)の承諾にもかからせたときは、父子関係について最も切実な利害関係を有する両当事者が父子関係の存在を認めているのだから、認知では生物学上の父子関係が存在する蓋然性が低いとは必ずしも言い切れなくなる。

結局、認知取消しの訴えの提訴権者や提訴期間を検討するにあたっては、嫡出否認制度とどこまで平仄を合わせるかという大きな問題が常に背後に控えており、この点を意識して慎重な検討を行うべきである。

なお、取消事由について、(注3)のような規律を設けることについては、引き続き検討すべきである。(注3)のうち、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の有無やそのほかの事情について錯誤があったときについては、実子でないことを認識した上で自由な意思によって故意の虚偽認知がなされた後の認知者による認知取消しを認めるべきかとの問題意識からなされた提案であると思われ、現行法の解釈としても、錯誤の要件を満たす場合を除き認知者本人からの無効主張は認

められないと解する立場もあるところであり、最判平成26年1月14日民集68巻1号1頁がいうように具体的な事案に応じて権利濫用の法理などにより認知者の主張を制限することだけで足りるのか、検討すべきである。第三者による詐欺や強迫によって認知がされたときについても、この場合の認知の取消しを認める立場もあり、これを認めても、生物学上の父子関係が存在し、子の側が認知を望むのであれば強制認知の手続によることができることを踏まえ、検討すべきである。

イ 認知無効に関する規律について

提案(2)④⑤は、日本国籍取得目的等での濫用的な認知について無効と扱うというものである。

確かに、一般論として国籍実務に悪影響が生じることは望ましくないし(補足説明85～86ページ参照)、ドイツ民法2018年改正による濫用的認知の禁止(参考資料3-1・46ページ参照)のように、一般法である民法にこうした無効規定を盛り込むことも不可能ではない。このような観点からは、提案(2)④⑤について検討を続けること自体は否定すべきでないであろう。

しかし、提案(2)④⑤のような規定を民法に置くことが本当に必要なのかという点については疑問も残るとの意見もある。補足説明85ページないし86ページによれば、国籍実務においては、日本人男性が、日本国籍を取得させる目的で、生物学上の父子関係がないにもかかわらず、外国人女性から出生した子を認知した場合であっても、国籍取得の届出の受理の際に、法務局が調査を行い(国籍法施行規則第1条第5項参照)、子の懐胎期間に父母の接触可能性が認められない等、虚偽の認知であることが明らかとなった場合には、認知が無効であることを理由に、子の国籍取得届を不受理としているとのことである。しかし、このような場合において、国がその都度認知無効の訴えを起こしているのであろうか。民法第786条の利害関係人については、認知者(父)が含まれるかについては争いがあるが、それ以外については、子の母、子を認知しようとする者、認知者の配偶者や子、認知によって相続権を害される者などが想定されており(松川正毅・窪田充見編『新基本法コンメンタル親族(第2版)』152ページ[岩志和一郎])、国が認知無効の訴えの原告適格を有するか否かについては疑義がある(調査した限りでは、国が原告となって認知無効の訴えを提起した例は見当たらなかった)。そうすると、認知無効の訴えにより認知が形成無効になっていなくても(形成無効説をとった判例として大判大正11年3月27日民集1巻137頁

があり、その後の下級審もこれに従っている（仙台高判昭和55年1月25日家月33巻2号169頁等。）、国は、現状において、認知が無効であるという前提で国籍取得の届出を不受理にしていることになる。そうであるならば、現状においても、民法上の規律と国籍法の規律は必ずしも強く連動しているとはいえず、国籍の不正取得の問題については国籍法で必要な規律を行えば足り、民法にそれに関する規律を設ける必要性はないとも考えられる。

そもそも、国籍法上は、認知と国籍取得とが当然に連動するという建付ではなく、認知があった上での「届出」が必須である上、民法上は認知に遡及効が認められているのに対し（民法第784条本文）、国籍法上は遡及効はなく、届出の時に国籍を取得することとされているのであり（国籍法第3条第2項）、民法上の認知と国籍法上の国籍取得の効果とが常に符合する関係にあると考えるべきかについては議論がありうるところである。そして、国籍法第3条第1項の届出の方式については、国籍法施行規則第1条第5項において、添付書類として、①認知した父または母の出生時からの戸籍及び除かれた戸籍の謄本又は全部事項証明書、②国籍の取得をしようとする者の出生を証する書面、③認知に至った経緯等を記載した父母の申述書、④母が国籍の取得をしようとする者を懐胎した時期に係る父母の渡航履歴を証する書面、⑤その他実親子関係を認めるに足りる資料を提出するものとされており（認知の裁判が確定しているときは③ないし⑤は免除される。）、認知がされているという事実のみで国籍の取得が認められているわけではない⁸⁹。また、現行民法上の認知無効の制度を認知取消しの制度に改め、認知取消しの訴えの提訴期間に（一律に）制限を設けた場合、民法上は認知の効力が否定されないことが確定したにも拘わらず、国籍実務上は当該認知に基づいてなされた国籍取得の届出を正当なものでないと扱う場合が発生し、これは不都合であるようにも思われるが、現行法上も、認知無効の訴えの効果は形成無効であるとの判例があるにも拘わらず、判決により無効とされていない認知

⁸ 通達（平成20年12月18日民一第3300号民事局長通達）により、届出を受け付けた後に添付書類の成立又は内容に疑義が生じたとき等において、他の関係書類を総合して判断してもなお疑義が残るときは、事実関係を調査することとされているほか、事件本人の父母からの認知に至った経緯等の聴取、職権による必要書類の取寄せ等の調査が行われることとされている。

⁹ 戸籍法上の認知届出に基づいて国籍取得の届出を行った場合、様々な調査の結果、認知の信憑性に疑いがあるとして、DNA鑑定の実施を求められることもあるとのことである（奥田安弘『家族と国籍——国際化の安定のなかで』（明石書店、2017年）153ページ）。

について国が無効であることを前提に国籍取得を認めないという扱いがなされているのであるから、当該不都合を殊更に問題視する必要があるのか、疑問である。加えて、国籍法上は、上述のとおり、認知がされているという事実のみで国籍を付与する扱いにはなっておらず、国籍法施行規則第1条第5項第5号が「その他実親子関係を認めるに足りる資料」の提出を義務づけていることから読み取れるように、少なくともこの場面においては国籍法の原則である血統主義が貫かれているのであって、民法における認知制度が意思的要素と事実的要素を併せ持つのとは価値の置き方が異なっていることにも注意が必要である。さらに、民法上、認知された子の身分関係の安定という観点から、一定期間経過後は認知の効力を争えないとの規律を導入したからといって、それが当然に公法的領域に影響を及ぼすかということ自体、定かではない。現行法上、国籍法第20条が虚偽の届出について罰則を設け、認知に虚偽があった場合は処罰対象となるとされており（澤村智子「国籍法の一部を改正する法律の解説」民月64巻2号19ページ）、国籍法第3条第1項の規定による国籍取得届に先立ってされる虚偽の認知届（民法第781条第1項、戸籍法第60条）や、国籍法第3条第1項の規定による国籍取得届の後にされる戸籍法第102条の規定による国籍取得届により、戸籍に虚偽の記載をさせる行為については、国籍法第20条第1項の虚偽届出の罪とは別に刑法第157条第1項の公正証書原本不実記載罪等が成立し、両罪の関係は併合罪の関係となるものと解されているが（澤村智子「国籍法の一部を改正する法律の解説」民月64巻2号19ページ）、これらの公法上の規律は、民法を改正した後も存続すると解することも可能なのではないか。検討にあたっては、上記のような意見もあったことを踏まえられたい。