

## 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1回議事要旨

(事務局) 本日は大変お忙しいところをお集まりいただき、誠にありがとうございます。研究会の座長は東京大学の●●先生にお願いしていますが、本日はご都合によりご欠席ということです。研究会の立ち上げに当たり座長からご挨拶を頂いていますので、代読します。

研究会の開催にあたり、一言ご挨拶を申し上げます。

9月上旬から私は台北に滞在しており、国立台湾大学の客員教授として集中講義等を行っています。座長をお引き受けしながら、初回の会合に出席できず、申し訳ありません。まずはこの点につき、委員の皆さまにお詫びを申し上げるとともに、座長代理をお引き受けいただいた●●先生にお礼を申しあげます。なお、11月中旬には用務を終えて帰国しますので、2回目からは欠かさず出席できるかと思えます。

さて、ご承知のように、2014年には相続法改正のためのプロジェクト・チームが作られて改正に向けての準備作業がスタートし、今年(2018年)7月には改正法が成立しました。続いて、現在、法制審議会では養子法改正のための検討がなされていますが、これに先立ち昨年(2017年)7月には準備のための研究会が発足しております。このたび、実親子法の改正作業を念頭において本研究会が設置されたわけですが、以上の経緯からもわかりますように、ここ数年、家族法領域における法改正は急ピッチで進められています。

特に、養子法と同じく実親子法につきましても、検討のためのスケジュールはかなりタイトなものになると思われます。しかしながら、嫡出推定という親子法(さらには婚姻法)の根幹をなす制度につき改正を加えるにあたっては、十分な検討がなされる必要があります。また、最終的には、具体的な改正項目を絞り込むことになるとしても、実親子法につき、現在、改正が必要な問題として何があり、どのような方向で検討する必要があるのかという点につきましても、可能な範囲において広く目配りをし、全体としての整合性に配慮する必要もあるように思います。

そのためには限られた時間の中で、密度の高い議論をしていかなければなりません。委員の皆さまにはご負担をおかけすることになるかと存じますが、どうぞよろしく願い申し上げます。

(事務局) 座長からの挨拶文は以上のとおりです。第1回研究会の座長代理として、座長から●●先生にご指名を頂いていますので、以後の議事進行は座長代理にお願いいたします。

(座長代理) 嫡出推定を巡っては幅広い問題があり、一つの問題だけに対応するのではなく、さまざまな問題についてきちんと配慮しながら仕組みを考えることが求められています。その意味でも、皆さんと一緒に頑張って作業していければと思っています。

(座長代理) それでは、まず、会議の名称についてお諮りしますが、「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」を正式名称にするということで、よろしいでしょうか。ただ、長い名称なので、座長からは親子法制研究会でどうかと伺っています。普段の使い方として、案内などもそれで送るということでよろしいかと思います。

(一同) 異議なし

(座長代理) 次に、委員の名簿および議事録の公表についてお諮りします。この件に関しては、社会的な関心が非常に高いと思います。委員の名簿については公表し、また、自由闊達な議論と率直な意見交換をお願いするという観点からは、この研究会に関しては名前を出さない形での詳細な議事録を作成し、商事法務研究会のホームページで公表するというので、なるべく社会的に透明性を持った形での審議を進めていきたいと考えていますが、これについてはいかがでしょうか。

(一同) 異議なし

(座長代理) それでは、本日の中心的な議題に入りたいと思います。まず、法務省から配布資料のご説明をお願いします。

(法務省) 研究会資料1について説明します。最初に、本資料は第1回の議論の参考としてお配りしたものであり、もとより議論を限定する意図はありません。「第5 考えられる嫡出推定制度の見直しの方策(案)について」で提案している見直し方策案についても、あくまで一案として提示したものにすぎないことをお断りしておきます。

「第1 嫡出推定制度を巡る問題」です。現行の嫡出推定制度は、血縁関係を前提としつつ、嫡出否認を制限することにより、一定の場合には法律上の父子関係と血縁上の父子関係が齟齬する事態が生じることを予定しています。しかし、科学技術の発展により、血縁上の父子関係が容易に明らかになるようになったため、このような齟齬を承認することの妥当性、特に提訴権を厳格に制限し、これらを一致させる手段を制限していることに対する批判が強くなっています。また、生殖補助医療という現行制度の制定時には想定されていなかったであろう技術が利用されることにより、これにより出生した子の親子関係を定めるという新たな問題が生じています。こういった嫡出推定制度を巡る問題をごく簡単に記載しました。

「第2 嫡出推定制度の見直しに関する提言等」です。以上のような嫡出推定制度を巡る問題の中でも、いわゆる無戸籍者問題の原因として指摘されている部分を特出しして記載しています。参考資料の見直しを求める提言が出されているなど、先ほどご説明した研究会の立ち上げの趣旨につながる部分です。無戸籍者問題は、一般的には、出生の届出をすべき者が何らかの理由でその届出をしないことにより、子の戸籍が作成されないという問題であるといわれていますが、出生の届出がされない理由にはさまざまなものがあります。本資料では、3ページ(注2)にあるように、嫡出推定制度に起因して無戸籍者が生ずる場合、典型的には母が夫なし前夫との子と推定されることを嫌って届出しないことにより無戸籍者が生ずる場合を検討対象として記載しました。

「第 3 無戸籍者問題と嫡出推定制度との関係」です。嫡出推定制度に関しては、血縁上の父子関係と法律上の父子関係の不一致による不都合を回避するために判例・実務の運用が形成されておりますが、これらを前提とした場合、無戸籍者問題の中に、法制度上の救済手段が存在するものとそうでないものがあるだろうという分析を記載しています。この分析は、「第 5 考えられる嫡出推定制度の見直しの方策（案）について」の「1 提訴権者の拡大」で嫡出推定制度の見直しの方策案として挙げたもののうち、提訴権者の拡大による解決につながるものと考えています。

「第 4 嫡出推定制度の見直しを検討する際の視点」です。嫡出推定制度の見直しを検討するに当たり考慮すべきと考える視点を幾つか挙げています。1 点目は、法律上の父子関係を定めるに当たっては、血縁上の父子関係を反映させるという要請と、子の身分を早期に確定し安定的な養育環境を与えるという要請に応える必要があると考えられますが、現行の嫡出推定制度がこれらのバランスをどのように図っているかという点です。2 点目に、無戸籍者問題との関係では、母が裁判手続を取ること自体が負担となるという指摘もあり、出生届の提出のためにどのような手続きが必要になるかという点も、この問題の解消との関係では考慮する必要があると考えています。もっともこの点については、戸籍窓口で対応できるものとそうでないものがあり、裁判手続によることは必要だとしつつ、これまで法務省で行ってきたような支援を継続し、適切に裁判手続が利用されるように促すことによって、無戸籍者の解消につなげていくことも場合によっては必要かと考えています。3 点目は、現行の再婚禁止期間の定めは嫡出推定制度を前提としていることから、再婚禁止との関係を視点として挙げました。

「第 5 考えられる嫡出推定制度の見直しの方策（案）について」です。「1 提訴権者の拡大」の項目を「2 その他の考えられる方策」と区別して記載しているのは、現行の法制度を尊重しつつ、法律上の父子関係と血縁上の父子関係の不一致を解消する端的な解決策と考えられることから、「1 提訴権者の拡大」を第一案として提案させていただくという趣旨です。それ以外の方策についても提案していますが、親子法制、特に嫡出推定制度に関して、これまでも研究者の方から多くの改正の提案がされているところですので、それらを含めて、皆さまから幅広くご提案を頂ければと思います。

最後に、「3 その他嫡出推定制度を見直すに当たって検討すべき事項」があれば、この場でご提案いただければと思います。

（座長代理） 研究会資料 1 に基づき、ご説明いただきましたが、どのように議論していくのかという点も含めて、最初にできるだけ幅広くご意見を伺えればと思います。初回ですので、各委員から、嫡出推定制度の見直しについての現時点でのお考えをお話しいただければと思います。

研究会資料 1 では、無戸籍者問題の解消という観点から方策を挙げていただきましたが、こうしたアプローチに関する疑問でも結構ですし、派生する検討事項としてこういう問題もあるのではないかと、あるいは次回の対象事項である生殖補助医療の関係等についても、こういうことを考えるべきではないかということがあれば、自由にご発言いただければと思います。併せて、この研究会は比較的早いテンポで進んでいくと思いますが、その過程で調べるべきことがあれば、可能な限り調査していただければと思いますので、そのよう

なことについても積極的にご提案を頂ければと思います。

(●●) まず、手続レベルでの対応方法としては、研究会資料の第5の「1 提訴権者の拡大」は、現行法の在り方を尊重しつつということで、提訴権者を子のみにするのか、母まで含めるのかという問題は残りますが、この方法をまず考えてみることは有効なのではないかと考えています。また、無戸籍者の問題の解決等も念頭に置きながら、嫡出推定制度の意義も含めてその本質を議論することも議論していければと思います。

(法務省) 広く嫡出推定制度についてご議論いただければと考えています。ただ、結果的に無戸籍者問題の解決にならないということになると、そもそもということになるので、そこはやはり目標としてはあるのではないかと思います。

(座長代理) 恐らく無戸籍者問題の解決の方法はいろいろ考えられて、772 条関連で修正だけではなく、手続きレベルで手当てするという方法もあり得るわけですが、それよりはむしろ 772 条関連の実体法上の問題に焦点を当てて検討するという趣旨でいいのかということですね。

(●●) そうです。

(法務省) 基本的には 772 条、774 条等に焦点を当ててご検討いただければと考えています。

(●●) 無戸籍児に関する問題については、今、座長代理がまとめてくださったように、あるいは先ほど示された問題提起のように、手続き上の一定のカバーをすれば対処できる部分があるとしても、その背後には実体法上の問題があると考えています。無戸籍児の問題が生じていること自体が、現在の子どもが生まれるときの家族形態や、親子法制に対して当事者が有するニーズに対して、実体法上の現行規定がそれらに十分に対応できていないことを示す事象の一つにすぎないと思いますので、772 条の嫡出推定の規定や嫡出否認権者の拡大も視野に入れて、整備していくことが望ましいと考えております。

その上で、提訴権者の拡大について、いろいろご提案を頂いているところです。私が比較法研究の対象としているドイツ法では、現行法では母親にも否認権があるのですが、議論の段階で母親を否認権者に入れるかどうかについては学説上見解が分かれていました。母について、当事者として位置付けられるのか、否認に関する利益を認めるのか、あくまで子どもの代理人にすぎないのかという点が問題になりますので、日本法においても慎重かつ多角的な観点から議論していただきたいと思っています。

それから、嫡出推定そのものをどのように変えるかという点ですが、婚姻から 200 日以内に生まれた子どもの扱いは実務的に推定されない嫡出子として嫡出子としての届出を認めていますので、この点も含めて嫡出推定をどのように整備するか、検討していただくのがいいのではないかと思います。

最後に、772 条の嫡出推定自体が実体的な親子関係の成立を書いているのか、証明レベ

ルの話をしているのか分かりにくい規定になっており、これをいかに理解し、整理するかも一つの課題であると思います。今回の改正ではできないかもしれませんが、そういった点の抜本的な見直しも議論の焦点にさせていただければと思います。あえて踏み込んで発言するならば、嫡出承認もその内容が不明確であり、本当に必要とされているかどうかも併せて、今回の検討では、学説上の議論や実務の見解が大体固まっているところは、バツサリ変えていってもいいのではないかと思います。

(座長代理) ドイツ法は改正したときに嫡出推定の仕組みを、推定ではなく、父とするという規定の仕方に変えています。日本法も、嫡出否認しかできないのであれば推定ではないだろうというのはずっといわれてきたところですよ。

(●●) 裁判上の証明に必要な推定規定の内容については、また別の規定を設けているので、その方が見通しはいいのかなと思います。

(●●) 私は弁護士ですが、家事調停をやった経験があります。まさに無戸籍の方の調停で、父親が刑務所に入っていたので、最高裁の外観説で嫡出推定を外して、子どもと認知したい父親とで二当事者の審判をやりました。何かの縁で今回こういう役割をやることになったのですが、私は日弁連の人権委員会の中で生殖医療のプロジェクト・チームに入っており、出自を知る権利を中心に、精子提供で生まれてきた当事者から聞き取りをしたり、シンポジウムをやったりしてきています。

今まで親子法はそれほど勉強してこなかったのですが、今回、この委員になっていろいろ考えました。無戸籍の子が生まれるのは嫡出推定が厳しいからということで、ではそこを緩めたらどうなるか。緩めるというのは、血縁を重視するという考え方が基礎にあると思うのですが、血縁を重視するようになると、例えば精子提供や卵子提供を受けて遺伝子が半分違う子どもたちの立場はどうなるのだろう、何かのときに引っくり返されないだろうかということが心配になってきました。しかもそれは今までふたをされていて、ずっと隠すのがいいことだ、子どもにも教えないのがいいことだということで事実上運用されてきました。法制度と関係なく事実が先行して生殖医療が行われてきました。

では、実際に遺伝子が半分違うときに、生殖医療があったことを証明する手段は何かあるかという、特に子どもからは何もないわけです。ましてや、ほとんどの子は告知を受けておらず、自分がそういう子だということを知る機会すらありません。告知があったとしても、もう30歳や40歳になっていたり、親の死に目で初めてそういうことが分かるということを考えると、子どもの立場というのは非常に弱いものです。この議論をするときに、そういうことも考えなければいけないのではないかと問題意識を持っています。

それから、産科婦人科学会のガイドラインで認められているような生殖医療ではない形、例えば海外での代理出産や、胚提供で精子も卵子も第三者という子が実際に生まれた場合どう考えるのかなど、いろいろな問題が出てくることも併せてどこかで議論しなければいけないのではないかと考えています。

(●●) 私どもは基本的に制度の是非について何かを申し上げる立場にはないと思って

いますが、制度ができて、それを適用する立場からすると、法律上の要件や効果、手続きなどができるだけ一義的に決まることを望んでいますし、生殖医療についても、どういう設定をするかで、だいぶ親子の関係が変わってくると思うので、制度の趣旨や、これまであったものとの整合性なども考えた上で、制度設計がなされるとよろしいかと考えています。

(●●) 例えば提訴権者の拡大について、少なくとも子に否認権を与えることについては私も賛成の考えを持っていますが、恐らくこの問題について何かの提案をする際には、そもそもの嫡出推定制度の趣旨や、それが現代においてどういう意味を持っているのかということから議論することが望ましいと思います。この問題に関心を持つ方は法律家には限らないと思われしますので、そのレベルから議論する必要があるのだろうと思っています。

DNA 鑑定により 100%に近い形で生物学的な親子関係を明らかにできる時代において、それに対する防波堤の役割を嫡出推定制度がどこまで果たし得るのか。あるいはそのような真実に対して別の観点、例えばフランスの身分占有の制度のように一定期間（フランスでは5年）親子同様の生活を送ってきた場合には、その親子関係を覆すことができないこととするなど、別の観点から親子関係を守る可能性についても、検討課題として考える必要がある時代なのではないかと思っています。

(座長代理) 身分占有については、またどこかで詳しくお話を頂いた方がいいのだろうと思います。言葉としてはいろいろなところで出てきますが、日本法との関係でも考える必要がある仕組みだと思っています。

(●●) 戸籍の無戸籍者問題で嫡出否認の提訴権者が夫のみであることが問題視されていますが、私はそれが原因だとは思っておりません。最高裁昭和44年5月29日判決が「推定の及ばない子」を認めて以来、最高裁平成10年8月31日判決が夫からの親子関係不存在確認請求を棄却して外観説が堅持されるまで、実務は事実上、家庭破綻説で動いてきました。家庭破綻説は、訴訟をする段階で夫婦仲が壊れていれば推定が及ばないという説なので、限りなく血縁説に近い説です。下級審は家庭破綻説で動いていて、妻の側にも、血縁上の父の側にも親子関係不存在確認請求の提訴権があったわけですが、それでも、無戸籍児の問題がその時点までなかったか、最高裁が平成10年に外観説を堅持して下級審が家庭破綻説を採らなくなったので無戸籍児が生まれるようになったのかということ、そんなことはないだろうと思います。事態は基本的にそれと関わりのないところで動いているのでしょう。恐らく提訴権者の問題ではない。つまり、きちんと提訴して実務を動かせる人というのは争う力のある人たちであり、提訴して争う力のない人たちをどうするか、本当の無戸籍児の救済のために本当に必要なのだと思います。

20年前から論文で書いているのですが、母による非嫡出子出生届を認めるべきだと思います。戸籍実務で、嫡出推定のかかる期間内であっても、母の非嫡出子出生届を受け付けて、既成事実となった戸籍記載を争う側を夫にするのです。そうすると、確かに嫡出推定はそれだけ弱くなってしまいうのですが、日本では訴訟が非常にハードルの高いことを考えると、その方がこの問題の解決への近い道筋だろうと思います。母による非嫡出子出生届

を認める形にして、嫡出推定を出生の段階で外す。それで夫の側が自分の子どもであると主張するのであれば、夫の側から提訴する形で紛争になるのであれば、バランスが取れているのではないのでしょうか。今回、提訴権者を拡大するだけだと、かつてそうだった時代があるにもかかわらず同じ状態だったわけですから、あまり解決にはならないでしょう。

無戸籍児の問題についていうと、井戸まさえ元議員が『無戸籍の日本人』という本を書いておられます。それを読むと、彼女がこの嫡出推定の問題を予測して無戸籍の人たちの相談に乗ることになると、この問題が原因ではない無戸籍児の人たちが彼女の下へ相談に来ることになりました。どういうことかということ、戦前はわらの上の養子も含めて好きなように出生届ができていたのですが、GHQの占領下でGHQが、出生届は子どもが生まれた証拠であるという出生証書的な考え方から、出生した場所で医師やお産婆さんに届け出させる、少なくとも出生届に出生証明書を付けさせるという厳しい改革をしました。占領が外れると出生証明書を付けるという改革だけが残ったのですが、そのために生まれた無戸籍児がいます。今はお医者さんたちは受診料を払わなくても出生調書を出さなければいけません、かつては、飛び込み出産をしたときなどにお金を払わないと出生証明書を出さないというお医者さんがいたのです。親がお金が払えなくて出生証明書を取れずに無戸籍になり、そのまま小学校にも行けず大人になってしまったという人たちがその時代にかなり生まれました。無戸籍の問題を考えるとすると、そういう人たちの問題も併せて考えなくてはいけないだろうと思います。

そして、無戸籍の問題を根本的に考えるのだとすると、匿名出産の可能性も考えるべきだろうと思います。非嫡出子も戦前は好きなように虚偽出生届で届け出ていたわけですが、出生証明書が要求されるようになったために、望まない妊娠をした女性が子どもの出生を届けにくくなってしまったという問題があります。今も赤ちゃんポストなどがありますが、親が自分の子として望まない子どもでも、その子どもの存在を国が把握しなければならぬと考えると、匿名出産の制度化も、無戸籍の問題を考えるとときに不可欠だろうと思います。

民法の条文をいじることで解決できることはごくわずかであり、日本の社会で実際に機能している行政制度がどのように弱者保護をしているかが決定的です。国民登録兼親族登録兼住民登録である戸籍が日本社会で何を意味していて、どのような届出の仕方を許すかというところが実際には非常に大きな力を持つでしょう。また日本社会はDVや児童虐待という家庭内の暴力から被害者を守る公的介入も非常に弱いという問題を抱えています。ここで民法の嫡出否認の提訴権者をちょっと増やすというぐらいでは、本当のところは解決しないだろうと思います。

(座長代理) 無戸籍の問題に焦点を当てた場合に、そういう検討課題があるという意味でお話を頂いたと思います。

(●●) 今、非嫡出子の届出の話聞いて、今まで私はそういう考えがあることを知らなかったのが、大変衝撃を受けました。というのも、私はDVが絡む離婚の事件を多数扱っており、その中で届けができない方の親子関係不存在的調停などをやってきたのですが、外観説といっても、裁判所は結構緩く扱ってくださり、家庭内別居など、特に妊娠の機会

がないことを強く証明しなくても、ほとんどの場合は親子関係の不存在を認めていただいているという事情があります。そうすると、弁護士のところに来ればかなり多くの事案が解決できるのですが、弁護士のところへアクセスできなかった方たちがこのような無戸籍の問題になっているのではないかと思いますので、法律で提訴権者がどうというようなことを決めても、司法アクセスが広がらない限りは、無戸籍者は減らないのではないかと考えています。

提訴権者の拡大の方向については、私としてはどちらかといえば賛成です。今は推定される父だけが提訴権者になっていますが、これは家庭内の男女の平等の観点からも非常に問題がある制度だと考えており、可能であれば母にも提訴権を認める、あるいは子の代理人として認めるという方向は賛成です。血縁上の父の提訴権の問題もあり、場合によってはそれを認めた方がいいのではないかとと思われる事案もあります。ただ、問題は、画一的に結論が出ないことです。子どもが置かれている状況というのは千差万別で、血縁上の父を父と認めた方が子の福祉にかなう場合もあれば、逆に血縁上の関係がない父を父と認めた方が子の福祉にかなう場合もあります。ずっと血縁上の父でないところで養育されて幸せに育っているのに、脇から血縁上の父が現れるというのも問題なので、一概に決められません。では法律でどうしたらいいのかというのは、行きつ戻りつで、自分としての結論がまだ見いだせない状態なので、その落としどころというのは、皆さんの議論を聞きながら、これから考えていく状況にあります。

(最高裁) われわれとしては、先ほど委員からもご発言があったように、制度の是非自体について発言する立場にはなく、その点については先生方の議論を聞かせていただき、勉強させていただきたいと思っています。その上で、最終的にその制度を運用する立場から、実際にこれが制度として運用されたら裁判上どういう問題が出るかという観点で、必要に応じて発言させていただき、皆さまの議論に貢献することができればと思っています。

(最高裁) 裁判所の立場については、今、話があったとおりですが、今回の問題を考えるに当たっては、根本的な制度の趣旨がどういうところあり、それをどう考えるべきなのかをきちんと踏まえた上で、具体的な制度設計をしていただく必要があるのではないかと考えています。もちろんこれは実体法上の価値判断なので、裁判所として特定の立場に立っているものではありませんが、将来、裁判所が何か判断をするに当たっては、そのような制度趣旨に立ち返って判断しなければならない場面はいくらでも出てくる可能性があるため、その辺についてもきちんとご議論いただくことを期待しています。

(●●) 本日は学内の会議が予想外に長引きまして、大変遅れてしまい失礼しました。私は民事訴訟法を専攻しており、親子法制そのものについて何かこれまで研究してきたり、意見を持っているということではありません。ただ、先ほどから委員の先生方の話にもあるように、この問題は全体的に実体の問題として、いかなる場合にどのような法的な親子関係を認めるべきかという問題と、それをどのような手続きを踏んで実現するのかという問題が複雑に絡み合っているところがあると思うので、手続きの面で何かお手伝いできることがあればと考えています。



(座長代理) それでは、私も少し自分の考えを述べさせていただきたいと思います。この問題は無戸籍者を巡る問題が出発点になっていると思いますし、無戸籍の問題として対応するときには、ご意見を頂いたような形で、772 条とは関係のない無戸籍問題も含めて対象とすべきというやり方はあるのだろうと思います。

ただ、もっぱら無戸籍問題に絞れるのであればそのやり方もあると思うのですが、私自身は、772 条を巡る制度自体をきちんと見直すべき契機ではあるのではないかと感じております。772 条についても、単に無戸籍問題に対応するというだけでなく、制度的に検討してもいいのではないかという気がしています。

そのときに出てくる問題としては、772 条は嫡出推定だというのですが、嫡出推定とは一体何なのか。これは二つの側面があって、基本的には父子関係の推定です。それは単なる推定なのか、父子関係を認定するものなのかというのは、ご指摘いただいたことだろうと思います。また、それだけではなく、分娩した者の夫という形で規定されているわけですが、分娩者＝母ルールを仮に実体法上求めるとすると、772 条の 1 項になるのだろうと思います。そうすると、実は母子関係に関するルールもそこで規定されているということになります。そうすると母子関係に関するルールは、分娩者＝母ルールを採用するかどうかはともかく、これを明文化することは生殖補助医療との関係では大きな意味を持つてくるので、それはやはり検討すべき課題なのだろうと思います。父子関係の認定に関しても、これが単なる推定なのか、そうではないのかという点も含めて、きちんと議論する必要はあるだろうと思っています。

それから、否認権者の問題ですが、772 条の見直しがこの研究会の課題としてあるのだと最初に聞いたとき、私はてっきり無戸籍問題ではなくて、おととしの 7 月 17 日の事件の札幌ケース、大阪ケースとして知られる最高裁判決が契機なのだろうと思っていました。つまり、子どもが生まれて母親が「あなたの子じゃないの」と言ったけれど、夫が否認権を行使しなかった。しかし、外観説を前提として、結局、親子関係不存在確認が認められなかったケースです。本来、否認権者は夫に限るということの意味は、夫に限った上で、なおかつ期間制限を設けることで、子の地位をできるだけ早く安定させようということだったのだと思いますが、このケースでは、夫が否認権を行使しなければ、自分の意思のみで父になるということができるということになります。その意味で、父の意思はそこまで強いのだろうかということも含めて検討する必要があると思います。その場合、否認権者を拡大するとして、母の否認権が当事者としてなのか、代理人としてなのかという問題も考えられます。また、子の否認権も可能性としてはあるのだろうと思います。ただ、否認権者を拡大するということになると、特に子まで広げた場合、否認権行使の期間制限のときの起算点もさらに問題になると思います。子どもが大きくなってからも、否認権の行使が可能なのではないかということです。

もう一つは、今の形の期間が厳し過ぎるのではないかという問題もあると思います。もう少し緩やかな期間制限が考えられるかもしれませんし、子どもの出生を知った時と、子どもが自分の子でないことを知った時など、別の起算点で別の期間を考えることもできるのではないかといったことを、ぼんやりと考えています。

さらに、否認権に関してもう少し緩やかな規律を置いた場合に、嫡出推定の及ばない子

という概念が残るのかどうか。現状は嫡出推定制度が非常に厳格ですが、それを緩めたときに、なお推定の及ばない子というのが残るのかどうかという点は、論点としてあるのではないかと思っています。

さらにいうと、最後にご指摘がありました。これは手続きの問題が微妙に絡まっています。特に合意に相当する審判でどこまでできるのかというのは、裁判官に聞くたびに微妙に違う答えが返ってくるような感じを私は持っています。また最高裁が認知調停でもできるのだというのですが、そのときに事実を調べるといった、その事実が一体何なのかということも、人によっては外観説に相当する事実まで必要だという人もいれば、必ずしもそこまで必要ではないのではないのかという人もいるように思います。手続法上の問題をどこまで扱うかという問題はありますが、もしクリアにできるのであれば、今のよう薄暗がりの中で、あるときはうまくいった、あるときはうまくいかないではなく、もう少し工夫できないかと思っています。非常にたくさんのご意見を申し上げましたが、差し当たりそのようなことが検討課題ではないかと思っています。

私法学会で家族法改正のシンポジウムを開いたときの実親子法の改正提案や家族法〈社会と法〉学会のシンポジウムでの改正提案があるので、そうしたものを議論の手掛かりにすることも考えられると思っています。これについては、次回、資料として提出させていただくということもあるかと思っています。

一通り皆さんに意見を伺いましたが、どういう形で議論を進めていけばいいかということについて、もう少し自由にご発言いただければと思います。既に出たように、無戸籍問題に焦点を絞っていくのだというのと、772条の問題というよりは、違う問題になるのではないかという感じがします。

(●●) それはそう思います。

(座長代理) 十分に余裕があれば、無戸籍問題固有の問題も、772条固有の問題も、全部広げてやるという手があると思いますが、結構厳しいだろうと思います。

(●●) 時間的な問題ですか。嫡出推定だけしか扱う余裕はないということですか。

(座長代理) ただ、嫡出推定だけをいじるといっても山ほど出てきます。それから私自身は、戦後の改革のときに出生証明書が取れなかった人の問題は、大事な問題だとは思いますが、今回は取り扱うのは無理ではないかと思っています。

(●●) それこそ就籍は日本国籍を与えることになるので、外国人の問題まで広がっていきますから、そこまではいかななくていいと思います。ただ、これから生まれてくる子の存在をわれわれがきちんと把握したいという問題になると、少なくとも母の非嫡出子出生届の問題と、匿名出産をどのように可能にするかという問題ぐらいは考えた方がいいと思います。

(座長代理) 私も、母が非嫡出子出生届を出せるというのは、否認権者の拡大とは別の

アプローチでやる仕組みだと思うので、検討対象にしてよろしいのではないかと思います。かなり大胆な提案だとは思いますが。

(●●) 嫡出否認の提訴権を母に認めるより、はるかに実質的に問題が解決できるだろうと思います。

(座長代理) 無戸籍問題に関してはそうなのだろうと思います。私の頭にあったのは、むしろ札幌ケースのようなケースです。あれは別に無戸籍の問題ではなく、外観説を前提としたときに、それに当たらないと否認権しか残らないという問題だったのではないかと思います。どの部分を見るかで論点が違ってくるのかもしれませんが。

(●●) 最高裁平成26年7月17日判決についていうと、私は山浦補足意見に非常に説得力を感じています。この父子関係の否定をOKしてしまうと、夫がいつでも子の血縁を調べて親子関係を否定できる道を開いてしまい、子どもの身分の安定性が欠ける。あの事件そのものよりも、その波及効果、つまり嫡出推定によって事実上守られている子どもたちの地位を守りたいという補足意見は、とても説得力のあるものだったと思います。

(座長代理) 私もあの判決に賛成か反対かという点、あの判決が単純に血縁説を採らなかったという点ではよかったのだらうと思います。ただ、あれは親子関係不存確認の訴えでやったものなのでそうになりましたが、本来の否認権でいうと、まさしくあれは現行法では夫しか否認権を持っていないケースで、否認権を単独で持っている夫が行使しないと決めると、それは排他的・専断的な決定になる。その点に現行法の構造上の問題があったのではないかという気がします。

あの事件は、その後、親子関係不存確認の訴えが認められなかった元夫から、面会交流の請求がなされています。大阪では確か退けられていたと思いますが、やはり、かなり実質的にいろいろな問題を生み出している気がするので、無戸籍問題はもちろん重要だと思いますが、それ以外にも重要な問題はあるのではないかという気がしています。

(●●) 出自を知る権利と言われましたが、同時に親のプライバシー権もありますし、出自を知らされない権利も一定の場合には守られなければいけません。それらは全て矛盾・対立するけれども、それぞれに正しい正義であり、両立しない正義のどこで線を引くかという話なので、相当難しい制度設計であることは間違いありません。日本法は、固い嫡出推定制度を輸入したけれども、合意できれば全部OK、かつ、外観説の限りで合意できなくてもOKという形で、それを相当柔軟に動かしてきました。今度、嫡出推定制度そのものをいじり、さながら取得時効制度や消滅時効制度のように、両立しない正義のどこかできちんと線を引いて規律を全て条文化するとすると、それはそれで相当難しいシステムづくりになるだろうと思います。

座長代理が言われたように、嫡出否認制度に手を入れて、提訴権者や提訴期間をもう少し広げて、ふさわしいものにすることになると、解釈で条文を柔軟化してきた推定の及ばない子の概念は廃棄されていくことになるのでしょうが、そのときに、そういう難しい線

引きの提訴要件を、われわれがここできちんとつくり上げることができるのかということ、嫡出推定だけに絞ったとしても結構大変な作業になるだろうと思います。

(座長代理) 否認権者を拡大しても、推定の及ばない子を残すか残さないかは、論理的な可能性としては両方ともあるのだろうと思います。否認権を広げて嫡出推定制度をもう少し緩やかにすれば、それによって吸収されていき、推定の及ばない子という民法にはない概念は要らないとなるのか、どう見ても刑務所に入っていて絶対に父親の可能性はないというときに、そういったものが残るのかというのは、議論の検討課題としては残るのではないかと思っています。

それから、合意に相当する審判なら何でもできるのかどうなのか。本当は実務家の先生方にお聞きしたいと思うのですが、合意に相当する審判だったとしても、基本的な要件については変わらないという説明をすると、何でもできるわけではありません。しかし一方で、合意に相当する審判というのは、合意さえあればその内容を裁判所は判断できるという感じで捉えると、何でもできるということになります。

(●●) 裁判官の方にきちんとお答えいただいた方がいいと思いますが、私が裁判官から伺っている話では、大阪家裁と東京家裁とで合意審判の運用が若干違っているそうです。それから、で合意という理由ではきないとしても、当事者たちが合意していれば、「私たちは家庭内別居でした」と言ってくれば、外観説にのっとって結論が出せるということです。

(座長代理) 最初の外観説が登場したときのものとは全然違いますよね。

(●●) 全然違います。

(座長代理) それはどうなのでしょう。

(最高裁) 実務がどうなっているかを全部申し上げることはできないのですが、要件として最高裁の判例が指摘する事実の有無をきちんと見るというスタンスは変わっていないと思います。合意があっても、そこを基礎付ける要件となるところは、きちんと認定できるかどうか、その証拠をどれぐらい厳しく求めるかは別ですが、そういう考え方で裁判官は臨んでいるというのは変わっていないといえると思います。ただ、今おっしゃったように「家庭内別居でした」といったときに、それを証明するような他のものを求めるかどうかは、その事件、事件での裁判官の判断になっているのではないかと推測しています。

(●●) 私自身、調停をやっているわけではないので、よく分からないところですが、要件が決まっている以上は、その要件を満たすような事実関係が出てきているかをまず見るとと思います。それがどういう形で出てくるかは、澤村さんが言ったように、本人たちから例えば陳述書などが出ているのもういいのではないかということもあると思いますし、もう少し客観的な資料があった方がいいという裁判官もいると思います。基本的には、あ

る程度客観的なものを欲しがるのが裁判官だと思うので、本当に合意だけしかないというときに、若干、二の足を踏むような気はします。

(座長代理) 身分関係は本来は処分できませんから、要件がなくて、要件を当事者が「あることにしよう」と言えばクリアできるというのは本当は変なのだろうと思います。ただ、裁判官の方とお話しさせて頂いても、みなさん微妙に違うことをおっしゃっているという印象があります。それを完全に統一できるかどうかはともかくとして、今は非常に薄暗がりの中でやっているような感じがします。

(最高裁) ただ、基本は要件が必要だということは変わりありません。あとは、認定の仕方としてどのようにやるかという違いは、事件、事件で出てくることはあるということだと思います。

(●●) 問題にされている最高裁の判断は、否認権者の拡大に関わる話だと思いますが、推定の及ばない子というのは、学者や判例の見解の中で、恐らく嫡出推定のレベルで推定の及ばないという議論をしている場面と、否認権者の実際の否認の場面において、どういった場合に嫡出推定を外して、否認権を手続きとして踏まなくていいかという議論をしている場面の二つのパターンがあると思います。結局のところ、否認権者だけの拡大をしたとしても、前者の問題の、そもそも子どもが出生したときに推定が及ばないといえる事情が実はあるのではないかという問題自体は残ると思います。ですから、嫡出推定自体をどう変えるのかという話と、否認権者をどう拡大するのかという話は、結論としては解決される問題が重複することはないと思いますが、理論的には別の問題であるにもかかわらず、推定の及ばない子という形で、両方の話を混在させて議論している点にわかりにくさがあると思います。

1 点伺いたいのですが、母親が非嫡出子の出生届出を子どもの出生時に出せるというのは、離婚後 300 日以内に生まれた場合に、そのまま前の夫の嫡出子としても出せるけれども、そうではない形で非嫡出子としても出せるという形で、母親に選択権を委ねることになるのですよね。

(●●) そうです。

(●●) ということは、自動的に嫡出推定が外れるというわけではなく、あくまで母親の意思に基づいて選択ができるということですか。

(●●) そういうことになります。

(座長代理) 婚姻中もそうですよね。

(●●) 婚姻中もそうです。婚姻開始から 200 日までは母の自由ですよね。それを常にできることにするということです。それは相当ドラスティックではありますが、他国では

あります。

(●●) フランスもその仕組みで、父親の名前を書かないという選択肢があります。

(●●) ドイツは基本的にそのような仕組みはありません。母親の意思は介在させないというスタンスだと理解しています。この点は比較法的にも、母親の意思をどこまで父子関係に反映させるかは変わってくるころだと思っています。

(●●) ただ、ドイツでは、法で書かれていることと、実際に行われていることに若干のギャップがあるようです。最近、ドイツで秘密出産という法律ができました。フランスは当初から民法の中に匿名出産権を書き込んでいますが、ドイツはそうではなく、母ははっきりさせるという前提で書いてあります。ただ、実はそうではない形の出生届もたくさんありますし、あるいは棄児という形もあり、そういう運営がされています。それは子どもの命を守るために、いわば慣例化しているのですが、秘密出産法をドイツが最近つくったのは、やはり法のレベルでつくらなければいけないということになったからです。でも今はもう出自を知る権利を否定するわけにはいかないので、出自を知る権利を守る形で秘密出産法ができて、子どもがある程度大きくなったらお母さんの名前を知ることができるようになりました。ただ、そうすると、当事者に「秘密出産で産みますか」と聞くと、「いやいや、従来の方がいいです」と言うので、案外利用されていないと聞きました。つまり、ドイツは建前はともあれ、実際のところは、あまりフランスと変わらないのではないかと思います。

(●●) 母子関係も踏まえて議論すると秘密出産などの話になると思うのですが、父子関係だけに焦点を絞ると、母親がどこまで父子関係の現状に影響を与えられるかが一つの論点になり得るのではないかと、●●先生のお話を聞いていて思いました。

それから、今回は嫡出推定についての例外規定の創設という提案がある中で、研究会資料1の9ページの下線部分で、「婚姻解消後300日以内に生まれ、かつ、その子が後婚の成立後に生まれた場合には、前婚の夫の子との推定は及ばないという例外規定を設ける」という提案がなされています。諸外国の中には、離婚後に生まれたときは、そもそも嫡出推定は及ばないとシンプルに定めているところもあるので、そうした解決策も一つあり得るのではないかと思います。

(座長代理) 200日、300日をそもそも外してしまって、婚姻中に生まれたかどうかだけを基準にするというやり方ですね。

(●●) そうです。

(●●) それを立法できれば、待婚期間の100日もなしにできます。

(座長代理) そのときの嫡出推定が何を意味するのかという実体法上の問題はあります

が、現行法は婚姻中に懐胎したということを根拠にしているのですが、懐胎時期の推定ルールは必要になりますが、そうではなくて、母子関係、父子関係のルールだけなのだとして、婚姻中に生まれたかどうかだけを基準にすればいいという考え方は、比較法的には普通の考え方なのだろうと思います。

(●●) 推定の外し方のバリエーションはたくさんあるので、さまざまな検討の仕方があるのではないかと思います。

(座長代理) 今の点も、772 条関連で見直すとなると、当然、検討課題になる問題だと思います。他にいかがでしょうか。

(●●) 平成 8 年の民法の婚姻法改正要綱を立案する法制審で、待婚期間の議論をしたときに、本当は出生時点の夫の子にするのがいいという議論はしたのですが、そうすると嫡出推定規定に手を入れなければいけない、つまり婚姻法改正を超えて親子法のところまで手を出さなければいけない、それは時間的に無理ということで、ぎりぎり 100 日という改正案にしたのでした。それを最高裁が採用したのです。単に嫡出推定に手が入れないので 100 日にしたという経緯でしたから、この際、嫡出推定に手を入れるのであれば、待婚期間をきれいになくす改正ができれば、気持ちのいいことだと思います。

(座長代理) 現行法の 772 条について、1 項の「婚姻中に懐胎した子は夫の子と推定する」というのは、単なる事実上の推定ではなく、法的なみなしのようなところがあると思いますが、2 項の規定は懐胎時期の推定です。あれは元々、パスポートの問題が出たときに、法務省が懐胎時期について医師の証明書があれば覆すことができるとした、ある意味で普通の推定なのではないかと思います。その意味でも、時期の問題というのは、もう少し検討する可能性がある問題なのではないかという気がします。

もう一つは、推定されない嫡出子が 200 日以内でもごく普通になっているときに、推定されない嫡出子と推定される嫡出子を残すのかどうかという問題ではないかと思えます。

(●●) 今、婚姻解消後の取り扱いについて議論があったと思います。比較法的にどうかということも視野に入ってくると思いますが、その際、婚姻の解消、典型的には離婚が、どういう要件と手続きの下で認められていて、実情としてもどうであるかということにも留意しておく必要があるのではないかという感想を持ちました。

(座長代理) あとは、離婚ではなく死別の場合、死別の後に生まれたら推定が働かないのかというのは結構深刻な問題だろうと思います。むしろそれは当たり前のようにみんな、一定期間内なら嫡出推定が働くという前提で考えていると思います。

(●●) 今おっしゃったことは、平成 8 年改正要綱のときにも議論になりました。当時、別居開始時期から離婚届を出すまでのくらいかかるのかという調査を法務省がしてくだ

さったのですが、案外早く出していて、1 カ月以内で出してしまっているというケースもあり、推定が相当後まで及ぶ必要があるのではないかという議論がありました。

(座長代理) 他に、いかがでしょうか。

(●●) 嫡出推定の趣旨として、ある種の共通理解の下で制度ができたときに、性同一性障害のカップルの話に影響があるかどうかということも気にしながら議論した方がいいのではないかと思います。たとえば、あくまでも血縁がベースにあるということを強調すると、最決平成 25 年 12 月 10 日との整合性も問題になるのではないかと思います。

(座長代理) 血縁との関係もありますし、外観説が何をどこまで意味しているのかという点でも、あの判決は必ずしも明確ではないだろうと思います。

それから、血縁上の親子を意識するのだとすると、生殖補助医療の話もセットになってくる気がします。生殖補助医療の話が入ってくると、ドナーとは生物学的な関係があるけれども、それが一体どういう位置付けなのかということは議論せざるを得ないと思います。

(●●) 生殖補助医療によって生まれた子であるからということを入れた要件に入れて制度設計をするのは、その子にとって非常に酷です。自分が生殖補助医療で生まれたということ立証して主張しないと自分の身分が守れないという制度設計の在り方はおかしいので、自然懐胎子と同じようなルールの中でその子の身分が守られる制度設計にすべきだろうと思います。

(座長代理) どうでしょうか。随分たくさん論点が出ていて、一定の期間で扱えるかどうか分かりませんが。

(法務省) 相当幅広くご議論いただいたので、どのように整理するか考えたいと思います。

(座長代理) 出発点として無戸籍者の問題に焦点を当てたこと自体は、あり得るアプローチなのだろうと思いますが、ただ、772 条の問題を扱うとすると、それだけでは済まないだろうということも考えておくべきだと思います。

(法務省) 提訴権者の拡大の話と、嫡出推定の話の二つがあると認識していますが、嫡出推定の関係で資料に書かせていただいたのは、懐胎主義といいますか、懐胎したときに夫だった者を子の父と推定することを前提としています。それを前提に、推定の及ばないケースを考えるという形で、見直しの方策案の二つ目に「再婚していた場合は」という形で挙げています。いろいろなバリエーションがあるというご指摘がありましたが、懐胎主義を前提とした場合、どのような例外を設けることができるかという問題や、そもそも懐胎主義を変えるのかという問題については、いかがでしょうか。



(座長代理) 今の議論では一つの方向が出ておらず、それについては両様あるので、やはり検討すべきということになるのではないのでしょうか。否認権者の話だけを見直せばいいという感じではなかったのではないかと思います。

(法務省) もちろんです。はい。

(座長代理) もう一つ気になったのは、提訴権者という言い方です。否認権を裁判で行使しなければいけないという前提でこうなったのですが、それ自体についても見直しの可能性はあるのではないのでしょうか。あくまで裁判上の行使に限定するといえば提訴権者の拡大ですが。

(座長代理) それでは、次回以降の進め方についてご相談させていただければと思います。次回も2時間の予定です。前半は生殖補助医療により出生した子の親子法制の整備について議論していただき、後半は、嫡出推定制度の見直しのうち、今日の議論の中では否認権者の拡大の話がポイントになるかと思っています。ただ、今日の研究会資料は、現行法をできるだけ前提とした上で、否認権者、提訴権者の拡大という形になっていますが、772条自体の問題がもう少しありそうな気がするので、どの論点から扱うかは少し整理した方がいいかと思っています。

(法務省) われわれは無戸籍者問題の解決を契機としてこの問題に着手してきましたので、この問題を解決するという意味で、やはり提訴権者の拡大に関しては検討の一つとさせていただけないかと思っておりますが、それ以外に、本日はさまざまなご議論を頂きましたので、どういう論点が出てきたのか一度こちらで検討した上で、次回の進め方に生かしたいと思っております。

(●●) 民法改正委員会で窪田委員がつくられた提案などもあるので、ぜひ、そういうものも共有した形で進められればと思います。

(座長代理) 私法学会で報告した私自身の改正提案と家族法学会における改正提案は、次回、委員提出資料という形で配布させていただければと思います。

(●●) フランス法とドイツ法のことを私は全く知らないのですが、できれば概要などが説明されている日本語のものをご提供いただくと大変ありがたいです。可能であれば、比較法的な観点も取り入れた方がいいかと思っています。

(座長代理) 日本語のもので、いいものもあれば出していただいで、なかったら作っていただいでよろしいかと思っています。

ドイツ法に関していうと、772条に相当する規定が1997年に改正されて、そのときの紹介は岩志先生などが書かれていますし、フランス法のそのあたりについても、概説的なものがあればそれを提出していただいで共有できればと思います。

今回は1時間で生殖補助医療の話をする前提ですか。

(法務省) ある程度は生殖補助医療に割いていただき、残りの時間で嫡出推定の話もさせていただきたいと考えています。

(座長代理) 生殖補助医療の話をどこまで扱うのか。これは、行為規制ルールを前提とせずに話し合うということですよ。

(法務省) 現時点では、その可否と、できるとしてどれぐらいまでかというところをご議論いただければと思っています。

(座長代理) 時間の余裕次第では、否認権などの問題について少し立ち入った議論ができるかもしれませんが、そのあたりも含めて、もう少し検討していただければと思います。他に何か次回に向けて確認しておくべき事柄はありますか。

(●●) 生殖補助医療はどの範囲まで対象になるのでしょうか。嫡出推定に絡んだ生殖補助医療となるとAIDということになるとと思いますが、AIDだけではなく代理懐胎、母子関係のところまで入ってくるのでしょうか。

(座長代理) どうなのでしょう。私が先ほど申し上げた、母子関係に関するルールをつくったら、明確に切り出したらというのは、生殖補助医療まで念頭に置いていたのですが、AIDに関していうと、どこまで入れるのか。多分、どちらに関してもどこまで入るのかという問題は出てくると思います。そもそも生殖補助医療の問題が実親子問題なのかどうかという点も、議論としては、少なくとも以前の法制審ではあったのだと記憶していますが、あくまで772条を適用するかどうかという問題で考えている人もいれば、養親子でも実親子でもない第3のカテゴリーとして捉えている人もいます。その意味で、両者をどの程度結合して、この研究会で扱うのかも問題になるのではないかと思います。

(法務省) 現時点では、法制審議会で中断しているものがあるので、それを再開するために必要な検討ということで考えています。

(●●) そうすると、かなり広いですね。

(法務省) 対象としては広がります。

(座長代理) 中間試案にある内容、全部ですよ。

(法務省) 中間試案の議論を踏まえつつ、15年の経過ということもありますし、規制法がないという前提で中間試案の対象となるものがどの程度妥当なのかというところについても、ご議論いただければと考えていたところです。

それから、座長代理がおっしゃった嫡出推定制度と生殖補助医療との関係についても、今回のことと関係しますので、ご議論いただきたいと考えています。

(法務省) 最後に、先ほど外国法の関係でご議論が出てきました。場合によってはドイツ法なりフランス法なりについて、各委員の先生方に個別にご相談させていただき、アイデアを伺うこともあるかと存じますが、どうぞよろしくお願いします。

(座長代理) それでは、次回への積み残し事項が多い状況ではありますが、一応以上ということで、閉会いたします。活発な議論をありがとうございました。