

第4回 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

日時：平成31年1月18日（金）10:00～13:00

場所：公益社団法人商事法務研究会 2階A会議室

議事要旨

（座長） 第4回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始めます。本日もどうぞよろしくお願ひします。

それでは、今日はまず生殖補助医療の自主規制ルールの整理について、法務省、厚生労働省で整理していただいているので、ご報告いただきます。その後、嫡出推定の見直しおよび第三者提供精子により生まれた子の父子関係の整備について、持ち越しになっていた点をご議論いただきたいと思います。

早速、生殖補助医療の自主規制ルールについて、お願ひします。

（法務省） 参考資料4-1をご覧ください。まず表の見方ですが、左端の欄に生殖補助医療の実施類型を列挙しています。ここの実施類型の定義は、法制審親子法制部会の中間試案の補足説明に書かれていた用語の定義に合わせています。その右隣の欄に配偶子の帰属等とありますが、当該実施類型において、精子・卵子が誰に由来するものか、分娩者は誰であるかをまとめています。

右端の欄は、日本産科婦人科学会の会告等において当該実施類型の実施が許されているか否か、許されたものについては実施要件の一部を抜粋して記載しています。記載内容については、厚生労働省と学会にも確認をいただいています。

それでは、実施類型ごとに簡単に説明します。「1 配偶者間人工授精（AIH）」は、夫の精子を、注入器を用いて人工的に妻の体内に注入する方法で、精子・卵子は夫婦に由来し、分娩者は妻になります。特段、会告等はありませんが、こちらは許容されています。

「2 第三者の精子提供による非配偶者間人工授精（AID）」は、第三者の精子を人工的に妻の体内に注入する方法で、卵子は妻由来、分娩者は妻になります。これは平成9年5月の会告によって許容されています。実施の条件として、被実施者は夫婦であること、夫婦の事前同意を得ること、精子提供者は匿名とすることなどの条件が会告に付されています。

「3 配偶者間体外受精・胚移植」は、夫婦の精子と卵子を体外で受精させ、その受精卵、胚を配偶者に移植する方法です。昭和58年10月の会告によって許容されています。

「4 第三者の提供精子による非配偶者間体外受精・胚移植」は、夫以外の男性の精子と妻の卵子を体外で受精させ、受精卵・胚を妻に移植する方法です。これについて学会の会告はありませんが、厚生労働省の通知が平成13年1月17日付で出されています。これは厚生労働省の母子保健課長から日本産科婦人科学会に宛てて出されたものです。内容としては、学会に対し、厚生科学審議会の生殖補助医療技術に関する専門委員会の報告書を引用して、「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療のうち、AID 以外は同報告書における結論を実施するために必要な制度の整備がなされるまで実施されるべきではない」旨を会員に周知するよう通知したものです。学会は、実際にこれを会員に周知していると聞

いております。

「5 第三者の提供卵子による非配偶者間体外受精・胚移植」は、妻以外の女性の卵子と夫の精子を体外で受精させ、その受精卵、胚を妻に移植する方法です。自主規制の状況については、4と同じく、通知がされているとのこと。

「6 提供胚の移植」は、夫以外の精子と妻以外の卵子を受精させて得た胚を妻に移植する方法です。会告では禁止となっており、その理由としては、生まれてくる子の福祉を最優先すべきであること、親子関係の不明確化が挙げられています。

「7 サロゲートマザー（代理母）」「8 ホストマザー（借り腹）」は代理懐胎で、いずれも会告により禁止されています。

欄外の「その他参考となる会告」に、「精子の凍結保存に関する見解」という会告を記載しています。提供された凍結精子は、本人から廃棄の意思が表明されるか、または死亡した場合、廃棄されます。

この表では事実婚カップルについて記載していませんが、学会では「1 配偶者間人工授精」について、平成26年6月に、体外受精・胚移植の対象者をそれまでは「公的に婚姻している夫婦」としていたものを、単に「夫婦」とするという形で会告を改定しているため、配偶者間の人工授精については、法律婚に限らないということになります。

参照した会告は、日本産科婦人科学会のホームページに公開されています。説明は以上です。

（座長） 今の説明に対し、何かご質問等がありますか。よろしいでしょうか。

それでは、これを踏まえて、本題の議論に入ります。「嫡出推定規定の見直し及び第三者提供精子により生まれた子の父子関係の整備について」ということで、前回の研究会資料3に基づいてご意見を頂くこととなります。嫡出推定規定の見直しの話と、今の生殖補助医療・第三者提供精子の話は密接に関わっていますが、差し当たり原則の嫡出推定規定について、まず前半でご意見を頂き、後で提供精子の話に移っていきたいと思います。

まず嫡出推定規定の見直しについて、ご意見を頂ければと思いますが、いかがでしょうか。研究会資料3の4ページから5ページにかけて、「嫡出推定規定の見直しの方向性」ということで甲案、乙案、丙案が出ているので、それを手掛かりにご意見を頂いてもいいと思います。

（●●） 特に実務家の方にお伺いしたいのですが、丙案は、「母が婚姻中に分娩した子は夫の子と推定する。これによって父が定まらない場合は、婚姻の解消の日から300日以内に生まれた子を前夫の子と推定する」とあって、そこでいう婚姻の解消は死別に限るとされています。要するに、離婚による婚姻の解消の場合は前夫の嫡出推定が及ばないという形で、可能な限り無戸籍の問題を解決しようとする提案になっています。それはそれで一つの方向性だと思います。一方で、丙案でいくと、離婚後に生まれた子で逆に救われなくなってしまう子がいるのではないのでしょうか。今、議論の念頭に置いているのは、離婚するのに苦労したような状況で生まれてきた、無戸籍のような子ですが、例えば母親が望まない形で離婚させられてしまった場合、丙案のように婚姻後分娩した子に嫡出推定が及ぶのが「婚姻の解消（死亡に限る）から300日以内」という形にしていると、離婚後に生ま

れてきた子には、嫡出推定が及ばなくなってしまうという問題があるのではないのでしょうか。

恐らく最終的には、どちらのような方が一般的に多いのかということと、どちらの方たちを救う方向で考えていかなければいけないかということになるのだと思いますが、私は全く実務が分からないので、どのような状況か、私が教室設例のように考えている、望まない形で離婚させられてしまい、その後子どもが生まれてくるという事案が実際にあるのか、先生方のご経験などがあれば教えていただければと思います。

(最高裁) 今の段階では、嫡出推定が及んでいて、そういう形で生まれた子が事案として裁判所には来ない状況なので、裁判所側ではなかなか把握が難しいと思います。何か別の方法で把握していく必要があるかどうかということになると思います。

(座長) 数量的なデータを把握するのは難しいと思いますが、離婚の場合をどのように扱うかという点は、前からこの研究会の中で指摘されていた点でもあります。考えられるケースは、今、委員がおっしゃったようなケースもありますし、その他のケースもあるのだと思いますが、そのあたりについて、どういう記述がいいのか、皆さまのご意見、ご感觸を伺えればと思います。

(●●) 平成8年の婚姻法改正要綱をつくる法制審身分法小委員会の議論で、再婚禁止期間を修正しなかったのですが、親子法に手をつけずに婚姻法だけで改正するのでは限界があり、結局100日に縮める案にしました。当然そのときもこの一連の議論をして、法務省からいろいろな資料を頂いた記憶があります。協議離婚届には別居開始時期を記入する欄があり、別居してから割とすぐに離婚届が出ているケースがパーセンテージとして随分あることが分かり、同居している間に懐胎の可能性がゼロではないとなると、やはり別居と同時に推定が外れることにはできないという議論をしました。協議離婚という非常に簡単な離婚類型が9割で、協議離婚についてはブラックボックスの中に入っていますが、そのブラックボックスのわずかな手掛かりとして別居開始時期がある程度分かり、それによると、別居から届け出までの期間が案外短いケースが多かったのです。もう30年前の記憶なので、おぼろげですが、それを前提に議論をした記憶があります。

(●●) 例えば丙案だと、婚姻中に分娩した子のみが夫の子と推定されて、婚姻後に出生した場合は夫の子と推定されないことになっています。お二人の委員の問題関心を合わせると、恐らく、推定が外れる根拠のレベルの問題と、推定を外す必要性がどこまであるのかという問題があると思います。別居期間が短く、すぐに離婚している場合は、推定を外す根拠自体の妥当性がないという議論につながると思います。他方、離婚後に生まれたとしても、とりわけ母親のニーズとして、当然に夫の子としてもらいたくないと思う母親がいる一方で、父親としての養育者を確保したいと思っている母親もいるのであれば当然に外すべきではない。事実がどうであるかは別にして、法律上の父親を確保するという要請にもとづき、離婚後に生まれた子どもについて前夫を父とする必要性が一定程度あるのであれば、丙案のように当然に外すというのは微妙だと思っています。無戸籍児の場合は、

完全に夫の子どもにしたいくないという人のニーズだけを前提に論じていますが、果たして全ての母親がそう思っているのかどうか、もう少し、どのようなニーズがあるかをくみ取った方がいいのではないかと考えています。

(座長) 事実関係にかかわらず、子どもをどうしたいのかという母親の希望の問題と、嫡出推定を外す基礎があるかどうかという、二つの問題があるということですね。

(●●) そうです。

(座長) その上で、後者の問題については、別居と離婚、子どもの懐胎・出生時期の問題との関わりで議論することになるけれども、前者の問題は必ずしもそれと連動するわけではないので、少しずつれてくることがあるというご指摘ですね。

(●●) はい。

(座長) しかし、前者については、なかなか把握が難しい。

(最高裁) 離婚届をもう一度見てみたり、別居開始時期と出生時期を見てみるということはあるのですが、それが技術的に可能かどうか、よく分かりません。

(●●) 今、離婚届を手元で見ていると、確かに同居開始時期と別居開始時期の項目があるのですが、これはそもそも必須記載事項なのでしょうか。これを記載していないと受理されないのか、一体どれだけの拘束力を持っているものなのか。多くの場合、それほど真剣に考えずに書くのではないかという気がしたのですが。

(最高裁) 私の理解では、法律上の記載事項ではなく、任意の記載事項にすぎません。

(●●) もう一つは、別居と同居という概念がそれほど明確なものなのかということです。単身赴任で1年に数回しか帰ってこないのは別居なのかというと、よく分からない気がします。

(座長) 婚姻届にも「同居を始めたとき」という記載事項がありますが、そこに事実が書かれるわけではないので、指標としては意味があるかもしれないけれども、どれぐらい信用できるかは分かりません。

(●●) 先ほどは、いわば妻の方のニーズという問題が指摘されました。恐らく面会交流の話は、夫婦間のつながりがあるかどうかとは別にあり、当然、その前提の問題となるのは、実際に父子関係があるかどうかという話なのですが、例えば父側としてもそういうニーズがあるとすると、前提の事実関係が妻側のニーズで決まるという論理が正しいのかどうかよく分かりません。そうすると、やはり事実関係なり客観的な指標で決めざる

を得ないのではないかと思います。ただ、それを決めることができるのかという点と難しいです。研究会資料3の中でも、乙案に関して「前夫の子である蓋然性が高いとはいえないと考えたときは」という文言が最後にありますが、そのような蓋然性を、何をもって判断するのがよく分かりません。これは裁判官の立場ならどう判断するのでしょうか。

(座長) 乙案の説明自体は定型的ですよね。

(●●) 定型的な説明ですが、婚姻中懐胎であるという事実関係において、夫の子であるかどうかという問題と、その後の親子関係の成立について妻または夫がどう考えるのかというニーズの問題があると思います。前者の問題に関していうと、事実関係として婚姻中に分娩したというのは非常に分かりやすいので、簡単に判断できると思います。その後の親子関係に関していうと、乙案をとるのか、丙案をとるのかで変わってくるのかもしれませんが、何らかの形でその事実関係について蓋然性を判断しなければならないとすれば、それは一体どういうプロセスでできるのかということを知りたいと思ったのです。離婚届の同居開始期間などが指標になるのだとすれば話は簡単ですが、それは実際には難しい気がします。

(座長) 誰の子どもであるかという蓋然性を実際に考えるという場面に裁判官が直面したときに、どのようなことを考えているかという質問でしょうか。

(●●) そうです。再婚禁止期間に反するケースが生じた場合に、父を定める訴えというのがありますが、そのようなときに一体どうされているかという質問でもいいです。

(●●) 私自身に何か経験があるわけではありませんが、基本的には、客観的な指標が欲しいというのが裁判官の一番の思いだと思います。蓋然性が高いかどうかは非常に判断が難しいところがあります。婚姻中に妻が夫以外の男性と関係を持った場合でも、現状では嫡出推定が及ぶので、基本的には夫の子ということで進めるのだと思いますが、それが離婚後ということになると、そういう関係を持てる状態があるかないかを客観的な指標に基づいて判断できるかどうか。例えば遠方に居住しているなどの事情があるかないかというようなところから判断せざるを得ないと思います。蓋然性が高いか低いかという判断は、同じ材料が与えられても個々の裁判官でそのハードルの高さが違ってくると思うので、できるだけ客観的な指標が望ましいものの、非常に難しいのが現状であるというのが、裁判官として悩ましいところだと思います。

(●●) 仮に、DNA鑑定などの資料を当事者の一方が出してきたときには、どのように対応するのですか。

(●●) そのDNA鑑定が、どのような形でなされたかという過程も見るとは思います。それが程度客観的なものだということになれば、どちらの子かがはっきりすると思います。ただ、当事者がDNA鑑定になかなか応じないケースもあるので、その辺は判断が

難しいところです。特に、父親だと言われている人が、自分は父ではないと思っている場合、われわれからすると、違うなら DNA 鑑定に応じて身の潔白を証明しましょうという話になりますが、仮にそうだとでも応じたくないというケースは結構あるので、そうすると判断が難しくなってくると思います。また、DNA 鑑定の結果があるとなったときに、結果だけですぐに判断できるわけではなく、どういう経過でその資料が取得されたかなども見なければいけないと思います。

(●●) 最高裁は平成 10 年 8 月 31 日判決で外観説を再び取り上げました。しかも、このケースは昭和 44 年のリーディングケースと違い、外観説で夫側からの親子関係不存在確認請求を棄却したもので、実務では、当時だいぶ激震が走ったと伺いました。このケースで夫側に立った弁護士の話を書く機会があったのですが、彼は大変不服を唱えていました。この事件は、夫婦がうまくいかなくなって別居している最中に、妻が夫をホテルへ誘い、それに夫がこのこと付いていってしまい、それからしばらくして妻が子どもを産んで、妻がその子を夫の子だと称しているケースでした。夫側の言い分だと、早産になるはずなのに、三千数百グラムの大きな赤ちゃんが生まれて、自分の子ではないという主張なのですが、妻は夫の子だと言っていて、かつ赤ちゃんを抱えているのは妻で、彼女は親子鑑定に一切応じようとしませんでした。そして、最高裁は外観説を堅持し、ホテルへ付いていっているのだから夫婦関係は破綻していないということで、夫側の父子関係不存在確認請求を蹴ったのです。

夫側に付いた弁護士が嘆いていたのは、実務では、生後 1 年までは嫡出否認の訴え、1 年を過ぎると不存在確認の訴えというふうに、請求の名前が変わるだけだと自分たちは考えていたと。ですから敗訴には彼の責任もあるのではないかと想像します。夫がその弁護士に相談をしてきた段階で、弁護士はそういう認識だった。だからのんびりしていて、1 年を過ぎてしまってから提起したのですが、結局、最高裁まで争って、最高裁が外観説を堅持して夫の子ということにしてしまったと嘆いていました。

その子は、夫以外に父親は見つけれられないような子だったのではないのでしょうか。おそらく夫の子ではないだろうと思えますが、妻が妊娠し、夫を父親としたいと彼女が考え、それ以外の父親を与えようがないというシチュエーションだったとすると、ホテルに付いていってしまった夫を父親とするという判断は、私は十分にありだと思います。

最高裁が何を考えたかは、想像するしかありませんけれども、このケースも判断はすごく微妙で、ホテルに行ってしまったということから外観説で切っているのですが、実質的には、恐らく夫以外に父は与えられないという判断もあったのかもしれないと思いながら今回の資料を読みました。

(座長) ありがとうございます。最高裁の判決が何を重視しているのかを把握するのは難しいと思いますが、最初に●●委員がおっしゃったのは、母の希望ないし利益を考えるべきだという話で、その後、●●委員から、父親の観点もあるという話が出ましたが、子どもの利益が最優先だというのが、また●●委員から出た話です。子どもの利益が最優先だと考えて、どんな父でも父がいるということが望ましいのだという観点に立つと、現行法に比べて嫡出推定がより簡単に覆ってもよいのは、新しい父が見つかる場合だと考える

べきではないかというご指摘だと思います。

甲案は現行法のとおりと書いてあるわけですが、案の組立てを動かすときに、何を動かすことが今一番必要とされているのかという観点から考えたときに、こういう方向で考えるべきではないかというご意見があれば、お願いします。

(●●) どういう順番で何を議論するかということ自体が難しいと思うのですが、甲、乙、丙というふうに示されていて、結構議論しにくい感じがします。というのは、嫡出推定が及ばない子の概念が、元の規定の組立てを変えることによってどのような影響を受けるのかとか、蓋然性や事実関係に基づいて判断することを強調していった場合に、例えば比較的慎重に対応されてきた DNA 鑑定などの扱いにも影響を与えるのかという問題が、セットになって動いているのではないかと思います。

甲案は現行法のとおりということですが、嫡出推定の及ばない子の扱いなどについてどうするのかという問題もセットになるのだとすると、そこも含めて現行法のとおりでいいのかどうかという問題も組み合わさってくるので、甲、乙、丙のどれがいいというような議論がしにくいと感じます。

(座長) 今日は、嫡出推定が外れる場合の議論から入ったので、そのような話になっているのだらうと思います。そこを切り離して考えることはできないと思いますが、それと絡む形で、基本ルールとしてどのように設定するのかについてもご意見を頂ければと思います。委員がおっしゃっているのは、それが一緒になってしまうとなかなか難しいということだと思います。

(●●) 現行法もそうですが、推定するという規定を使った場合に、その推定の意味がどれくらい強いのか、あるいは、あくまで本当の意味での推定なのかというのが、甲案、乙案、丙案で違うのではないかと思います。現行法だと、推定するといっても、結局、嫡出否認でしか民法上の規定としては覆せません。ですから、あれを推定と呼ぶかどうかということ自体にも議論の余地があると思います。ただ、後ろの方を見ていくと、この推定はもしかすると、もっと一般的な意味での推定の話をしているのではないかと思います。印象も受けたのですが、これは現行法と同じで、嫡出否認などの限定された仕組みでないと覆せない推定という意味でよろしいですか。

(法務省) そのような趣旨です。

(●●) 乙案の書きぶりは、3行目に「772条第2項による推定がされないこととする」となっていますが、その結果、前婚の解消後300日以内に生まれた子であって、かつ別の男性と再婚していたときには、取りあえず前夫の子もとしては親子関係は成立しないという結論になるという理解でよいでしょうか。772条第2項による推定がされないということは、親子関係は前夫の子もとしては成立しないという結論を導くことを意味するということですね。

(法務省) はい。

(●●) 乙案だと、確かにこのような場合については、前夫の子である蓋然性が必ずしも高くないということが比較的言いやすいのではないかと思います。恐らく、再婚した男性が本当の父親なので前夫の子である蓋然性は低いということと、次の男性が父である可能性が高いということを併せ持った事実が想定されているのではないかと思います。そうであれば、丙案よりは、親子関係の基礎付けをするような事実レベルの根拠としては乙案の方が妥当ではないかと思います。ただ、乙案だと、今までの無戸籍児でカバーできている問題のごく一部しかフォローできません。誰か別の男性と再婚している場合しか推定規定が変わらないことになってしまうと、乙案だけでどこまで問題状況を打開できるのかが疑問です。

他方で、丙案の場合、別居期間がほとんどないにもかかわらず、すぐ離婚してしまう場合についてまで親子関係の推定を外してしまうことは、事実上の基礎付けとして十分ではないと考えられます。日本の離婚制度、とくに協議離婚の在り方として、丙案を支持する前提にかなり欠けているように思われます。前回説明したドイツ法では、離婚制度上、基本的に離婚の時点で別居の事実があると点が前提として担保されているので推定を外すことができますが、日本ではそれがないので、やはり丙案まではいかないのではないかと思います。恐らくフランスもそうだと思います。

そうすると、例えば夫と母親(妻)が、この子どもは夫の子ではないと当事者間で合意しているなど、別の形で事実上の基礎付けをして親子関係の根拠を外すことも、可能性としてあり得るのではないかと思います。ドイツ法では、それをベースにしている規定が定められていました。離婚制度では親子関係を基礎付けの事実レベルで外す根拠がないのであれば、当事者間の合意に委ねて、当事者がそれでいいのであれば親子関係を外すなど、もっと違う形で父親と母親の言い分をくみ取るという選択肢もあるのではないかと思います。

(●●) それは離婚の場合だけですか。

(●●) 離婚の場合だけです。ただ、それはなぜかと言われたら説明はつきません。

(●●) 一方で、子どものニーズの話があったので。

(●●) そこが難しく、現状に比べると嫡出推定の範囲が狭まるので、養育上の父親を確保できない子どもの範囲が広がります。それはかわいそうだとする見方もあるでしょう。

(●●) かわいそうだけでなく、例えば離婚して、なおかつ自分の子だとしても養育義務を負いたくないという父親のニーズも可能としてしまいます。早く協議離婚を成立させたいからそれも納得するということも、あり得ないわけではないと思います。

(座長) 当事者の合意に委ねるという考え方がどうかということ自体は、検討を要するところだと思いますけれども、その前提として、乙案だと無戸籍問題に対する解決が全面的に与えられないという話でしたが、それは嫡出推定の規定だけで対応すべき問題なのかという問題もあります。手続の方で対応すべきではないかという考え方もあって、その手続をどのような仕組みという話もありますよね。ですから、実体規定に今のようなものを組み込むのか、実体規定にはそういうものは書かずに、手続の方に「当事者の合意によって裁判に代える」ということを置くのかという選択肢もありそうな気がします。

(●●) 実務は、今、そうなっているのではないのでしょうか。家裁の審判だと、夫婦2人で「このときから家庭内別居でした」と証言すれば、外観説を適用して嫡出推定を外す事ができます。つまり、夫と妻が同意しないケースだけが訴訟になるというのが今の実務なので、実際には、当事者の合意という形で回っているのだと思います。それがいいかどうかは、また別問題ですけれども。

(座長) 現に実務で行われていることを、もう少し手続き的に見えやすく、あるいは整った形で示すというやり方もあるのかもしれませんが、夫と妻が争わなければ、あとは、いかに簡便にできるかという手続の話になるという考え方もあるように思います。

(●●) 資料の読み方について教えてください。先ほど、「乙案を前提としたときに、その後再婚があった場合には、前婚の夫との親子関係が成立する余地はないですね」「そうです」というやりとりがあったと思いますが、乙案の3段落目に、「この場合、前婚の夫の推定されない嫡出子としての出生の届け出を認める余地もあると思われる」とあります。この場合ももちろん推定はないという前提ですが、しかし、嫡出子として出生の届け出をすることによって、結果として前婚の夫が父になることはあり得るのだと思って私は読んでいたのですが、そこはどうなのでしょう。

(法務省) 資料の読み方については、御指摘のとおりで、乙案では、前婚の夫の子としての出生の届け出をすることで、前婚の夫が子の父となることができるというふうに記載しております。前婚の夫の推定されない嫡出子として出生届を出すこともできますし、後の夫の子として届け出することもできるという形で、推定されない嫡出子の地位が、前夫の関係と後の夫の関係の両方あると考えています。

(●●) そういう選択肢もあるし、あるいは一方のみ考えることも選択肢としてはあり得るのでしょうか。資料の前提としてはおっしゃるようなことだとしても、推定されない嫡出子について、どう考えるかということとの関係では、いろいろな選択肢があり得るということですか。

(法務省) 前婚の夫との間の父子関係成立の余地は残さないという形もあり得ると思います。

(●●) 分かりました。

(●●) この規定は、日にちの日数によって推定を外したり、かけたりするわけですが、妻が、夫の子ではないという非嫡出子の出生届をすることによって推定を外すという組み方は無理なのでしょうか。無戸籍児対応だけを考えるのであれば、妻の非嫡出子出生届を認めるのが一番簡単です。夫の子としたくないので届け出られないということであれば、夫の子ではないという出生届を受け付ける。それで推定は外れるのですが、夫側で自分の子だになりたいということであれば、夫側から事後的に争う道を開く。無戸籍問題だけを考えると、いったん妻による非嫡出子出生届を認めることにより、その子の地位を取りあえず戸籍上は確保し、そこから先は争って決めるという選択肢が一番簡単だろうし、ニーズに応えられると思いますが、その道は考えられないでしょうか。

(座長) 今の話は、妻が嫡出でないという届出をすることについて要件はなく、どのような場合でも可能という前提ですか。

(●●) もし要件を設けるなら、別居という要件を設けてもいいと思います。

(●●) 届け出の段階で、それを受理するかどうかは判断できません。恐らく夫側の否認権と同じような形で妻に否認権を認めることと潜在的には同じなのだと思いますが、否認なら否認の要件があります。これは、それをとらずに届け出だけでできるようにするということですか。

(●●) 届け出によって決定されるというものではありません。取りあえず現状を宙ぶらりんにするだけの力しかないと考えています。

(座長) 実は現行法もそうなのです。嫡出の届出を出しても、それで決定されるものではありませんね。

(●●) 届け出を出すことと訴訟のハードルは比較になりません。訴訟のハードルが非常に高いのです。裁判所に行くことは、産褥の母には大変です。裁判所で強制認知などをしてもらって、それから届け出ることが難しいので、無戸籍になっているというのが現状です。その子がこの世に生まれたということを社会が把握することが何より大事だと考えると、そこのハードルを取り払い、その子が夫の子ではないという出生届を受け付けてあげることにして、その後、その子に嫡出推定がかかって夫が自分の子だということであれば、そこから先はゆっくり争うということにすれば、いいのではないのでしょうか。取りあえずその子は戸籍に記載され、その子がこの世に存在することを、われわれ社会が把握できることになります。

(●●) その場合、それができるのだからむしろいいという考え方もあると思いますが、取りあえず出生届が出された段階で、この子は嫡出子ではありません。ということは、他

の男性が認知することもできる。つまり認知の効果が生じます。そうすると今度は、本当は嫡出推定の及ぶ子だったということを争い、それが認められると、非嫡出子ではなかったということで認知無効になるのでしょうか。その後の手間が結構大変な感じがします。

(●●) それと無戸籍子をなくすこととのバランスングです。父を定める訴えという全然使われていないものもありますが、本来、そういう争いは内在的にはあるはずです。

(●●) ニーズは分かりますが、無戸籍の問題に対応するには、随分大がかりな制度設計だという印象です。当然、婚姻中でも、妻の一方的な意思表示によって届け出はできませんよね。あとはもう、そうではないという側で争いなさいということになるので、考え方としてはあるのかもしれませんが、無戸籍問題に対応するのに、そこまで必要なのかという気もします。

(座長) 無戸籍問題の一部は解消するのかもしれませんが、父がいない子をつくり出すことになります。

(●●) そうですね。しかし、母ははっきりしています。

(座長) しかし、父がいない子をつくり出すことは確かです。一方で、現在は、出生届を出さなくても理屈の上では母も父も法的に決まっているわけですよね。

(●●) そうですが、その子の存在を社会は認知できません。ですから小学校入学の通知も行かないということになるわけです。その子の戸籍上の存在を社会が把握できていることが、その子にとっての大切な法益だと考えると、それぐらいの自由は出生届に認めていいのではないかと思います。

(座長) 父が失われてもですか。

(●●) とりあえず出生届の段階で父が失われても、その子の存在を社会が認識する方が重要であると考えます。それから、あらたな認知や、あるいは嫡出推定の回復で、父の存在は回復されるでしょう。

(●●) ごく例外的なケースでは、あり得る説明かもしれませんが、婚姻している女性が懐胎・分娩した場合、その子について血縁関係にかかわらず取りあえず安定的な父親関係を確保するという現行の嫡出推定の制度設計とは、基本的な発想が随分違いますか。

(●●) 妻が出産したほとんどの場合は、夫が喜んで名前を付けて出生届を出すというのが圧倒的で、その場合は安定的な父子関係が確保されます。ここでは、夫の子ではない子を妊娠し、かつ夫の子にたくないという女性が、夫の子になってしまうが故に出生届を出せないという例外的なケースで、それが、この問題が起きた背景です。

(●●) それは問題の背景としての限定的な状況ですが、出生届を夫の欄を空欄にして出すというのは、限定はなく実現できますよね。

(●●) 現状の受付かたでは、それはそうですね。

(座長) そうすると、出生届を出すのは母だけになるのですか。

(●●) 夫と一緒に暮らしているなら、通常、出生届はむしろ夫が出しに行きますが、この話は、夫の元から逃げていて、夫が分娩の事実も知らない段階でということです。知っていたら夫が出せるわけですから。

(座長) 今の前提は、夫の届出自体はふさがないということですよ。

(●●) はい。

(座長) そうすると、夫にも嫡出推定の外れた子として届けることも認めるのですか。

(●●) 夫側で、届け出だけで嫡出否認の訴えに代える形にできてしまうということですか。

(座長) 妻の側からはそれができるとするということのご主張ですよ。それなら、夫側からもできないとおかしいという議論を誘発しそうな気がします。

(●●) フランス法が、今、そういう制度をとっています。参考資料 3-6 の 1 ページ目の最後に、フランス民法典 312 条「婚姻中に懐胎され、または出生した子は夫を父とする」という条文があり、2 ページ目の「2) 父性推定の排除」の 313 条 1 項が今言っている場合に当てはまります。「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」と規定されているので、条文の書きぶりとしては、夫が自分の名前を表示しないで出生届を出すことも別に排除されていません。ただ、実際にどういう扱いがされているかは確認する必要があると思います。

その上で、推定が排除された夫の側から何ができるかというのが、3 ページの「②判決による回復」です。4 ページの三つ目のポツに「既に第三者が父となっている場合は、まず既に成立した父子関係を争う訴えを提起しなくてはならない」とあります。このような形で、いったん排除し、認知があった場合は、その認知に関する争いを提起するというのが、法制度としての仕組みになってくるのではないかと思います。

(座長) 今の最後の部分は、父親の側から父子関係を回復するための手続をするということですが、父が外したときに、子どもないし母の側から回復する手続きもあるのですか。

(●●) 申立権者は妻も含まれると思います。

(●●) 確認はしていませんが、フランスの教科書類では、父としての資格で出生届が出されなかったというのは、主に母の意思で外す場合を念頭に置いて説明されていて、実際にどれぐらい父親側からそのような場合があるかは分かりません。あるいは、例えば父親が、この子は自分の嫡出子ではない、推定は外すのだという形の出生届をした場合に、戸籍の窓口の人が受理しないのではないかと推測されます。

(座長) 別居要件はかかっていないのですか。

(●●) かかっていません。従って、母が自分の意思で嫡出推定を否定できるということで、母にかなり強い力を与えてしまったと説明がされています。その結果、父が子どもとの関係をつくる可能性が害されるので、そのような形で推定を外された場合は父が自分の子どもを認知することができるという形で、両者の権利行使のバランスを取っているというのが現行のフランス法の教科書レベルでの説明です。

(●●) フランスで、妻の一方的な意思で父親の資格を外すことができるというルールがつくられた背景や理由は何なのでしょう。考えてみると結構すごいことではないかと思うのです。普通なら嫡出否認などで親子関係を否定するという一定の手続きのハードルがあるのに、一方で、出生届を空欄にすれば父親の資格を外すことができるというのは、ある意味すごく大きな制度だと思うのですが、それがつくられた背景は何なのでしょう。

(●●) まず、現行の制度になる前に、かつては母の意思と、身分占有がないという場合に、母の意思で嫡出推定を排除することができていました。直近の改正で、身分占有という、事実状態を確認しない形に変更になったということで、当初からここまでドラステックだったわけではありません。だんだん、親子関係の成立についても意思を尊重する形になっていったということです。

(●●) まず、前提として戸籍と身分証書が全然違います。身分証書は事実の証拠書類にすぎませんから、それこそ父の名前も母の名前も書かず、その子が生まれたということだけの証拠書類としての出生証書もできるという前提ですから、そこが構造的に戸籍とは違うのだと思います。

(座長) どういうことですか。

(●●) 日本の戸籍とパラレルには論じられなくて、身分証書の記載というのは、元々、相当自由にできるという意味です。

(座長) それは、委員が先ほど説明された、親子関係に関する規律が変遷してきていて

いることとは無関係に、元々そうだったということですか。

(●●) 元々、最初の物理的な基礎が違うところで出来上がって、現行法に到達しているので、日本の戸籍の変遷とは基盤が相当違うということを考えないといけません。その記載が出生のという事実の証拠としての意味を持つ身分証書と、その子を親の身分登録簿に登録する日本の戸籍の制度設計の基礎が相当違うということを考慮して議論しないといけません。

(●●) もちろん出生届と日本の戸籍の関係などという手続き的な問題もありますが、ある意味、母の一方的な意思によって父のいない子どもをつくり出すという制度設計は、原則として父を確保しようとする制度設計とはかなり違う気がするのです。先ほどの話でも、元々は身分占有も要件として挙がっていたということで、何らかの背景があったのだとは思いますが、私が聞いたかったのは、最後に出来上がってきたものが、妻の意思だけで父子関係がない子どもをつくり出すことが可能になる制度だったので、それは一体どういうニーズがあってつくられたのかということです。

(●●) ニーズとしては、どうやらもう1人別に本当のお父さんがいるから、その方にスムーズに認知してもらえるような、新たな父子関係を早期に成立させることができるような形を用意した方がいいだろうということが、念頭に置かれているのではないかと思います。

(●●) 実際、濫用的な使われ方が少ないというのが前提にあるのではないかと思います。

(座長) 段階的にそのようになってきたということで、今、濫用があまりなかったのではないかという話がありましたが、父を空欄にした出生届自体は昔からありますよね。それにも一定の制限は加わっていたのかもしれませんが、それを行ってきたことの延長線上で、制限があったものが外れてきているのではないかというのが私の推測です。しかし、先ほどの委員の説明だと、そうではなくて、昔から父も母も書かなくてよかったのだという話になりますね。

(●●) 父も母も書かない形の出生届ができます。そして、非嫡の子であるという形で妻である母が出生証書をつくっておくこともあり得ます。そういう形で父親がいない子として育てていたけれども、実は母に夫がいて、嫡出推定をどうやって回復するかという古い判例もあったと思います。そのときに裁判所が便利に使っていたのが身分占有という概念です。身分占有があるから回復させる、あるいは身分占有がないので回復させず、他の父親がいればそちらで認知という形で処理してきました。嫡出推定の条文自体は、最初はかなり厳しいものでしたが、それ以前に、実務レベルではそうやって身分占有で相当柔軟に条文も運用されてきました。その前提として、何しろ出生証書のレベルで相当自由に書きうるので、それが実は大きな意味を持っているように思います。その子の親子関係を、

出生証書をつくる時にある程度つくることができて、そこから先、養子に出されてしまうと、また新たに出生証書を書き換えることになります。そういう全体構造を考えていくと、日本の戸籍とパラレルに議論しにくいというのが私の印象です。

(座長) 嫡出推定については、フランスは元々すごく厳格な制度を持っていて、例外は限られていたけれども、それがだんだん緩くなってきているということなのだと思いますが、それは、出生証書が出されたところからスタートしているということですか。

(●●) そうです。夫婦の子という形の出生証書が出てきた後、それを覆すのはすごく厳しくて、それを覆す手段として、身分占有という概念を使って判例を和らげてきたわけですが、それ以前に、夫婦の子どもではないという形で出生証書をつくることができるわけです。そのことによって、そもそも嫡出子であるという身分から外れていくことにより、もっと自由な世界が開けていくという身分証書の世界があるので、そこまで視野に入れると、今われわれが問題にしている無戸籍児の問題は、初期から相当緩やかにできていたのではないかと思います。

(座長) 今の説明だと、歴史的な法格言「父は婚姻が名指す」は機能していなかったということになりますね。出生証書が父を作る。

(●●) 嫡出子の出生証書ができてからはその法格言は強く機能したでしょう。でも事前の安全弁はあったのではないかと思います。

(座長) しかし、今の教科書にも書いてありますよね。

(●●) 書いてあります。

(座長) しかし、その実質はないということですね。今、父の名前が入った証書が出されて初めて嫡出推定が働くというお話があったわけですが、実体法もそう考えているということですね。

(●●) 実体法の嫡出推定の規定にはそこまで書いてありません。つまり、身分証書を証拠がつくれますよね。明治民法をつくる时候にも、母子関係の問題は証拠則なのだから、後で証拠法で書こうという議論をしていて、結局証拠法で書くのを忘れてしまったという経緯があるのですが、母法にしているフランスの親子法の親子関係のところは、証拠則と、婚姻は父をつくるという実体規定がごちゃごちゃになって混ざっている条文構造ですよ。

(座長) 婚姻に限らず、フランス法の構造がそうなのですよ。

(●●) そうですね。婚姻が父をつくるという部分はもちろん非常に強かったのですが、証拠則の部分も含めて全体像として考えたときに、婚姻が父をつくるという強力な部分が、

生まれたときから夫の子ではないことがわかっていたときには、証拠則のところはかなり緩やかに調整がついていたのではないかと思います。しかし、日本の場合は、出生の段階で母の身分証明書に当たる戸籍に必ず入らなければならないし、そういう形でないと出生届が出せません。それはフランス法が前提としている証拠としての身分証書のつくり方は全く違う構造です。その結果、母が自分の戸籍にその子を付け加えると夫の子になってしまうので、出生届を出すのをためらうというシチュエーションになっているのだとすると、証拠のレベルで調整していたフランス法の考え方を入れて、母が出生届を出すときに、夫の子ではないという形でその子の存在を届け出られるようにするのが、無戸籍児の問題に対しては一番いいと思います。

それから、親子関係をその子に保障するという観点からも、取りあえず母が届け出によって夫の父としての地位を戸籍上、暫定的に奪うことができることが、私はそれほどマイナスではないのではないかと思います。

(●●) 今の委員の話を伺っていると、フランスは制度改正前から、出生届に夫の名前を書かなければ、対象がないのだから嫡出推定は及ばないという説明だったと思いますが、参考資料 3-6 の 2 ページの下によると、婚姻している夫婦でも、出生届に父の名前を書かなければそれで嫡出推定が及ばないというわけではなく、それに加えて夫が子に関して身分占有がない場合に限定されていました。身分占有がない場合というのは、日本法に置き換えてみると、嫡出推定が及ばない子のような、そもそも前提となる事実関係がない場合というのが要件に入っていたということです。だとすると、少なくとも 2009 年の改正前については、今の説明は成り立たないのではないかと思います。つまり、実質的な要件がないと、書かなければそれが証拠資料になるので、空欄の身分証明書が嫡出推定の前提になるのだという構造は、フランス法では捉えていなかったのではないかと思います。

(●●) 320 条の身分占有を緩やかにして、嫡出推定の問題を崩してきたというのはおっしゃるとおりだと思います。ただ、私が申し上げているのは、そのさらに前の、より構造的な問題です。非嫡出子であるという出生証書をつくって、取りあえずその子を非嫡出子にしておいて、そのままその子は非嫡出子として生きてきて、ずっと後になって、実はそのとき母親は結婚していたという形で争いになった判例が昔ありました。ですから、嫡出否認のレベルで争っているというのは、前提として身分証明書は得ていて、それに身分占有がないということを理由に、嫡出推定を外すというレベルの議論だったのではないかと思います。

(●●) その古い判例というのは、婚姻していたのに婚姻していないという形で出生届が出されて、夫はいないとされ、恐らくフランスの古い仕組みではそれが可能だったのではないかと思います。さかのぼって調べてみると当時婚姻していたということで、ひっくり返った事案ではないかという推測もできます。そうだとすると、少なくとも当時は、婚姻していることが分かっているのに妻が父の欄を空欄にして出した場合、当然それが前提になるという話ではなかったのではないかという気がします。外国法の話にそこまでこだわる必要はありませんが、一番気になるのは、原則と例外をひっくり返すというこの意

味は結構大きいということです。つまり、772 条はあってもなくてもよくて、出生届の欄によって父親が推定されるという規定に直すのと、実は同じなのではないかという気がします。

(●●) おっしゃることはよく分かりますが、何しろ、われわれの社会は、外国法が類推適用しにくい戸籍という非常に強力な制度を持っているわけです。その戸籍制度の下で、どうやってその子の人権を守っていくかという観点から考えなければいけないとすると、その子の出生を社会がとにかく把握することが大前提になると思います。そう考えると、暫定的にせよ、その子の出生届を阻んでいるものがあるのなら、母親による非嫡出子出生届の制度を認めることは、嫡出推定制度を根底的に揺るがしてしまうようなものではないと思います。

(●●) もう一つだけ質問してもいいですか。母の名を空欄にして出生届を出すことは、委員の感覚としては許されるのですか、許されないのですか。

(●●) 匿名出産ですね。

(●●) むしろ日本法で、父親の欄を空欄にするなら母親の欄を空欄にしてもいいのではないかという気もするのです。それで子どもの戸籍をつくることのできるのであれば。

(●●) 私はそれもあっていいと思っています。ただし、その前提に必要なのは、母親に対する支援です。望まない妊娠をしてしまった母親に対し、あなたはこうやって育てていけるのだという支援を十分に与えて、かつ、その匿名出産の意思を確認するのは、子どもを産み、おっぱいをあげて、母性が発現するところまで待って、それでも母親になりたくないという意思を確認した上で、特別養子縁組の対象になる、親のいない子の戸籍を作ってよいと思います。養子業者が未婚の女性の妊娠中に養子縁組の約束をさせることが実際には行われているようですが、それはむしろ禁止して、社会的な関与があって初めて出産後に可能になる仕組みをとるべきだと思います。

(●●) 匿名出産はそうですが、理由があってもなくても、父親の欄は空欄にできますよね。

(●●) はい。

(●●) だとすると、母親の欄も空欄にしても構わないのではないかということにはならないのですか。それを支えているのが何なのか、よく分からないのですが。

(●●) 子どもを保護するために何が必要かということなのかもしれません。取りあえず母を保護することによって子どもを保護するという発想に私は立っているのかもしれませんが。

(●●) 匿名出産ならそうなのだろうと思いますが、父親に関しては空欄にして後で争えばいいというのなら、母の欄も空欄にしておいて、後で子どもから認知を求められたら考えればいいという考え方もあるのではないかと思います。どうも前提として違うようですが、その違うということを支えている根拠が何なのかということです。

(座長) 今、非常に大きな問題を議論されていると思います。特別な要件をかけずに母が父を空欄にして出生届を出せてもいいのではないかとこのところから派生して、では父自身が父を空欄にしてもいいはずだ、父が母を空欄にしてもいいはずだという話になってきていますが、それは結局のところ、親子関係を、差し当たりは親の意思に基づいて決めてよいのだという方向に舵を切ることなのだと思います。それは一つの考え方ではあるけれども、そうすべきか否かについてはかなり議論を要するところだと思います。このことと、現行法を一定の目的に従って修正するために、必要な限度で嫡出推定が外れるような仕組みを考えるということとは、かなり距離があると思います。委員は、原則論に立ちつつ、しかし今回の立法で実現できるものとして、こういうことであれば可能ではないかということをお考えなのだろうと思いますが、原理原則で全て外すという話は、にわかにはコンセンサスが得られないのではないかと思います。そのあたりはいかがですか。

(●●) 確かに、匿名出産の制度設計まで提案するということになるのと、難しいでしょう。今、法制審で議論している特別養子もそれを前提に全て書き換えることも可能だったはずですが、最初から想定されていませんでした。ここでも、そこまで議論の射程を広げようとは思いませんが、この改正のテーマがそもそも無戸籍児をなくすためにというミッションだったとすると、無戸籍児をなくすためには、それが一番簡便ですし、かつ弊害もそれほど思いつきません。

(●●) フランスの学説では、全て要件を取ってしまったから、やり過ぎてしまったのではないかという議論があったのですよね。

(●●) 母にかなり強い力を与えてしまったということは認識されています。

(●●) ですから、そう簡単にはいかないのではないかという気がします。

無戸籍児をなくすというのは、ミッションとして大事だと思いますが、772条の問題はそれだけなのかという気はします。確かに冒頭で資料として、無戸籍児に関する意見書のようなものが出ましたが、数年前の札幌ケースや大阪ケースのような、本当にこんな形でも父子関係を否定できないのか、誰も幸せにならないのかというようなケースもあるので、そこまで視野に入れて議論した方がいいのではないかと思います。

(座長) 無戸籍児の問題はあるけれども、ここだけで解かなくてもいいのですよね。

(●●) そうです。多分、手続法も含めて考えなければいけない問題なのだろうと思

ます。

(座長) 弊害がどのくらいあるかというのは、その後の、父子関係を回復するための仕組みをつくる負担や、親子関係についての考え方を根本的に改めることになるので、その波及効果なども含めて考える必要がありませんか。

(●●) 親子関係を根本的に改めることになりますか。そこまで大きくないと思っているのですが。

(座長) 委員のように、そこまで大きなことではないとすべての人が考えるわけではないために、先ほどから議論が出ているのだと思いますので、その点について大きな変更ではないということを理解してもらうのは、かなり難しいのではないのでしょうか。一定の場合に父の名前を空欄にして届け出ることができるというのは合意形成ができるかもしれませんが、およそ母は父の名前を空欄にして届け出ることができる、父もそうすることができるというのは、どうなのでしょう。

(●●) では、条件を付けてですか。

(座長) もし、今のような考え方を取り入れるのであれば、やはり一定の要件が要るのではないかと、そして、その要件はどうやって組み立てられるのか。

(●●) 特に、届け出の段階で要件を立てた場合には、その要件が充足されているかどうかを、どう判断するのかという問題があります。当然、窓口ではできません。

(●●) それとも、母に否認権を認めた方が手っ取り早いということになるのでしょうか。

(●●) 形の上では、そちらの方が簡単なのだらうと思います。

(座長) フランス法は、母の否認権はあるのですか。

(●●) あります。

(●●) あるけれども、さらにそれもできたということですね。

(●●) 母が父子関係を否定することはできますが、より簡易迅速に、訴訟手続きを経ることもなく窓口で書類レベルで否定できるという形で、この制度が運用されています。

(●●) 結構すごい制度ですね。引き続きこれを議論しますか。別の話に入ってよろしいですか。

(座長) 戸籍を前提にするのか、個別の身分証書を前提にするのかというところに差があるので、現在フランス法が到達している考え方をそのまま持ち込めるかどうかは分かりませんが、考え方としてはあり得る考え方だと思います。

(●●) 考え方としてあり得ますし、戸籍制度の下では、なお一層ニーズが高い気もします。

(法務省) 先ほど、ここでの議論をどうするかというお話がありました。無戸籍者をなくすことは非常に大事なことでと考えていますが、ただ、嫡出推定を中心とした親子法制を改正することによる波及効果にも目配りしながら、どういうことができるかをご議論いただければと思っています。必ずしも無戸籍者問題だけを考えてご議論いただきたいということではなく、いろいろなところをお考えいただいて、ご議論いただければありがたいと考えています。

(座長) 親子法制の根本的な考え方は何かというのは、突き詰めて考えるとそれぞれ考えていることは違うので、それ自体は難しいと思いますが、そこを全く動かせないということはないと思います。今回の改正をした結果として、親子に対する考え方は従来とは少し違ってくるとは思いますが、その違いについてはいろいろな説明の仕方はあるのだろうと思います。このように説明をするということも含めて改正しなければいけないので、そちらもお考えいただくということかと思えます。今の委員からのご提案については、提案の内容を確認したということと、それに伴う議論が出たということで、取りあえず一段落ということにさせていただきます。では、●●委員から別の論点をお願いします。

(●●) 甲案、乙案、丙案という形で並んでいるのですが、多分、論点が複数あって、組み合わせをどうするのかという問題があると思います。丙案は分娩時が基準として出てきますが、別に甲案や乙案でも、分娩時を基準とした上で、しっぽをどうするかという問題として構成することもできると思うのです。

分娩を基準とした場合には、最初の方の期間に関していうと、推定されない嫡出子に関して、嫡出子として扱うことを原則とするのか、依然として非嫡出子としての出生届も出せることを許容するのかという問題はあるのだろうと思います。甲案、乙案、丙案で書かれていることは、むしろその最初の方ではなく、しっぽの方の話なのだろうと思いますが、それをうまく論点として示していただけるといいと思います。別に丙案をとらなくても、現行法を前提とするような形でしっぽを考えつつ、分娩を基準とするという考え方はあり得るのだろうと思っています。

もう一つ、推定されない嫡出子に関して、よく分からなかったことがあります。資料 5 ページの乙案の、「乙案によれば」という段落の下から 4 行目にある「前婚の夫の推定されない嫡出子」というのは、300 日以内に生まれて、772 条 2 項による推定はされないけれども、依然として嫡出子推定届は出せるというタイプのものですか。少なくとも今まで扱われていた推定されない嫡出子とは違うタイプのものだろうと思ったので、意味の確認だけ

させていただきます。

(法務省) 772 条 1 項の規定は維持するという案ですので、婚姻中に懐胎した子が嫡出子となるという形は維持されています。ただ、離婚後 300 日以内に生まれた子について、現行法では婚姻中に懐胎したものと推定されるという形にしているのを、後に再婚がある場合には、そう推定はしないという形にするということです。

(●●) 772 条 2 項は排除されたのですが、推定されない嫡出子として出すこともできるということですか。

(法務省) 婚姻中に懐胎したものとして母が届け出るということであれば、嫡出子としての地位を与えるということです。

(●●) 772 条 1 項の推定と 2 項の推定の意味をどこまで現行法から整理し直すかによっても随分変わると思います。2 項がいう「推定」の意味付けをどのように理解するかによって、乙案のような考え方が出るのか出ないのか、随分変わると思います。

(座長) 法務省の最初のお答えは、乙案で、再婚しているときに 772 条第 2 項の推定が外れるけれども、嫡出子としての届出は出せるということですね。

(法務省) はい。まずは婚姻中に懐胎したということで出生の届出されて、事後的に争われた段階で、婚姻中に懐胎したものではないのであれば、親子関係不存在等で争うこともできるということです。

(●●) それは推定されない嫡出子ではなくて、推定される嫡出子ではないですか。772 条 1 項は適用されているので。現行法での推定されない嫡出子は、772 条を形式的に適用できないのです。その最初の間ですから、少なくとも言葉としては推定される嫡出子ではないかと思います。

(法務省) 御指摘は理解しました。改めて検討します。

(座長) 2 項についての推定は及ばないけれど、推定の代わりに 2 項を証明すれば、1 項の推定は、なお及んでいるという話だと思います。

(●●) その場合は、親子関係不存在確認になるのですか。

(法務省) 推定されない嫡出子と、200 日以内に出生した子と同じように考えていましたので、そういう意味で、争い方としては親子関係不存在確認が可能という形で考えています。

(●●) しかし、1項は適用があるので、否認ですよ。

(●●) 否認になると考えましたが。

(●●) 772条でいうと、恐らく1項と2項は随分違うのです。2項はただの推定で、ですから結構、お医者さんの証明書があればひっくり返すというのに対して、1項は、事実上のみなし規定など、要するに父であると言い切っているのと同じ規定なのです。

(座長) 772条第2項が本当に推定規定だったかは分かりませんが、あの取扱いを認めたことによって、そうなってしまったのです。

(●●) そうなのだろうと思います。無戸籍問題のときの、法務省の対応などで。

(座長) 元々は、全体として推定規定ではなかった可能性があると思います。それを切り分けて、父を決める部分を狭めたということだと思います。

(●●) 1項の推定は、元々、医療技術がなかったときはよく分からなかったのです。ですから2項が非常に強く機能していたのだろうと思います。

(座長) そのことを踏まえて、委員がおっしゃったのは、どういうことになりますか。

(●●) 今の772条2項が事実上の推定として医師の証明書によって覆るといって、現行上の扱いとは別の見方として、772条2項自体が成立基準であるという見方に変えることもできます。そうすると、ここに書かれていることはまた違った説明の仕方になって、772条2項が推定されないこと自体で親子関係が成立しないという形にもなりそうなので、1項と2項の意味合いをもう少し明確にした方がいいのではないかと考えております。この点、丙案のように考えたときは、772条1項と2項はどうなっているのでしょうか。すみません。ちょっと私も頭の中が整理できていないのですが。

(●●) 婚姻中出産を親子関係の成立要件にする場合には、出産が要件になります。一方で、婚姻解消後300日以内というのは、発想としては懐胎基準です。それを両方とも一つのものにまとめて書くことができるのか。一方で、婚姻解消後300日というのを証明の問題として扱うのだとすると、実質的には本当は懐胎時期を基準にしているのではないかと、その部分があまりはっきりしないのではないかと。はっきりしなくてもいい気もしますが、そういう趣旨の悩みだったのではないかと勝手に忖度しました。

(座長) フランス法は区別しないのですよね。

(●●) はい。312条で、「婚姻中に懐胎され、または出生した子は夫を父とする。」と規定しています。

(座長) つまり、婚姻時からスタートして、婚姻解消時から 300 日以内の間に生まれれば、区別しなくてもいいという考え方だと思います。

(●●) 婚姻成立から婚姻終了までの間に懐胎して生まれた子が対象だとすると、別に出生と懐胎の両方とも入れて構わないと思いますが、最後の 300 日の部分は、300 日以内に生まれれば父子関係は成立すると見るのか、懐胎基準を前提とした上での事実上の推定規定と見るのかという問題は残ると思います。

(座長) 説明の問題としてですね。

(●●) はい。甲案、乙案、丙案に関しても、出生と懐胎を両方とも組み合わせるといふのは当然あり得ます。

(座長) 歴史的に考えて、嫡出推定というのは、婚姻中に懐胎したというのがどこの国でも基本だったのだと思います。そうすると、具体的なつくりがどうであるかはともかくとして現在の 772 条みたいな考え方になる。しかし、婚姻成立前に懐胎していて、結婚すれば準正されるというルールをどこでも設けているので、それによって嫡出子が前倒しになるということだと思います。

(●●) フランスでは、現在は、懐胎が婚姻前でも、婚姻中に出生すれば嫡出推定が及びます。

(●●) ドイツも、元々の条文は婚姻中の懐胎をベースに書いていたのですが、婚姻前懐胎、婚姻後出生子についても嫡出子にするという規定も定められており、かつ、いつ懐胎したかは分からないので、届け出る時点では出産時を基準にするしかないとも考えられておりました。結局のところ出産を基準とするルールが確立したと理解しています。つまり、BGB が制定された当初は日本のような、一見すると懐胎を基準とするようにも理解できる条文だったのですが、懐胎については嫡出否認の争いときだけの話で、親子関係成立の基準としては出産の時点を中心に考えられるようになったと理解しています。ですので、ドイツ法では、懐胎の基準としての意味と懐胎の推定の意味が当初の条文から変わったとみることができますので、これと同じように日本法をどこまで整理し直すのかというところだと思います。

(法務省) この資料は元々、現行法の 772 条ベースで懐胎を基準とする発想があって、ただ、その発想からも大きく異なるものとして出産を基準にするというところから案を立てました。ただ、懐胎と出産を組み合わせるといふのは、場合によっては説明の仕方の問題もあるかもしれないので、一度、婚姻後 200 日以内の推定されない嫡出子の部分と、離婚後 300 日の部分というふうに、幾つかの場合に分けて、どのように説明するかも含めて議論していただいた方がいいのではないかと考えています。

(座長) 先ほどから、甲案、乙案、丙案は議論しにくいと委員がおっしゃっていますが、今の場合分けというのは、どういうことになりますか。

(法務省) 婚姻前懐胎で婚姻後出産した場合はどのように考えるかということと、離婚後 300 日以内に生まれた場合はどうするかということを考えていただければと思います。

(座長) 条文上のルールから出発したときに、前の方の 200 日は推定されない嫡出子という扱いになっているけれども、これを嫡出子にしてしまった方がいいのではないかということが一つあります。それは丙案という形でもできるのですが、違う書き方でもできるという話が今出てきている。それから後の方はどうするか。離婚ないし死別の場合、妻が再婚している場合と再婚していない場合とがありますが、それらの場合の親子関係について、基本的なルールとしてどのような結果になるのが望ましいのかということについてご議論いただく。そういうルールを考えたとして、しかし、外観説に基づき、772 条に代わるルールが及ばないという場合が出てくるのだとすると、そこをどのように仕組むかという問題があるのではないかと思います。及ばないというときには、●●委員がおっしゃったような形で、こういうふうにしていれば外れることになるという仕組み方もあるのだと思いますが、そういうことを実質的に考えていただいた方がいいということでしょうか。

(●●) それで構わないのですが、772 条との関連で、母子関係についてのルールを置くか置かないかという論点は、やはり議論した方がいいのではないかと思います。というのは、今は暗黙の了解として 772 条 1 項で懐胎した者が母になるというルールがあるのだと思いますが、それを明確にする方が父子関係ルールの前提としていいというだけではなくて、恐らく生殖補助医療との関係でも意味を持つてくると思うのです。それは論点として挙がっているのですか。

(法務省) 第 7 回で、母子関係ルールについてという論点を生殖補助医療と絡めて入れていきます。

(●●) 推定されない嫡出子のカテゴリーに該当する子は、ドイツ法などでは嫡出子になっているので、日本法においても同様に規定してもよいかなと思いつつ、推定されない嫡出子について、日本法において理論上は、嫡出子として出生届を出しても構わないし、嫡出子でないという形で出生届を出しても構わないということになっています。ドイツ法で婚姻前懐胎・婚姻後出生子を、準正の形ではなく、ダイレクトに嫡出子として扱う規定ができたのは、当時、非嫡出子と嫡出子についてあまりにも身分の法的効果の違いがあったので、直接、嫡出子として扱った方がいいという発想からなのですが、日本の現行法では当事者が選択してできる制度になっています。それを前提に、例えば乙案の 3 段落目でも、当事者がいろいろ選択できる形が設けられているので、そのような選択肢を残すという意味でも、嫡出推定がされない子というのがどこまで意味を持つのかについて、少し検討した方がいいのではないかと思います。

(●●) 推定されない嫡出子について、最初の期間に生まれた子に関していうと、嫡出子で出生届が出されているケースと、そうではないケースは統計的に分かるのですか。非嫡出子として出生しているケースは結構たくさんあるのでしょうか。

(法務省) 調べてみて、分かるようであれば報告します。

(●●) たくさんあるのであれば、もしかしたら気付いていないニーズがあるのではないかとこの気もします。

(●●) 日本は、元々、フランスのように結婚式を挙げて、それから同居という形ではなく、農家のおかみさんなどは、男の子が生めることが分かってから、無事に跡取りを生むことができたら結婚して籍を入れるという世界でした。そのように事実上結婚させておいて、若い父親が戦争に行つて死んでしまい、でも跡取りは残してくれたと思ったら、実は嫡出推定がかからない子なので跡取りになれない、父子関係がつくれなくてというので、慌てて戦争中の昭和17年に死後認知の規定をつくったのです。それぐらい、民法典が前提としている母法の社会と日本の戸籍が前提としている社会の間には相当の乖離があって、それを実務が徐々に近づけていった。つまり生まれた日の1日でも前に婚姻届が出ていれば、それは嫡出子であるというところまで戸籍の実務が寄り添っていったという流れがあります。出産主義をとるのか懐胎主義をとるのかという発想を持っていたのは民法典の起草者ぐらいで、日本の実務の感覚は全くそうではなかったのだと思います。

(座長) 今の話は、直前の話との関係でいうと、推定されない嫡出子について、その他の形で届出が出るということはあまり考えられないということに結び付きますか。

(●●) その他というのは、非嫡出子としてということですか。

(●●) 推定されない嫡出子について、嫡出ではない子として母が届け出る可能性は、歴史的にも現状としてもないということですか。●●委員の質問は、推定されない嫡出子を全て嫡出子としてしまうと何か不利益がないか、現状を変更することで何か問題はないかということだと思っております。

(●●) 嫡出ではない子として届け出るケースは、少ないのではないかと想定しています。

(●●) 委員の説だと、推定されない嫡出子も、その後の嫡出子も、みんな基本的には母が選べばいいという考え方だと、どちらも少ないけれどニーズはあるということになると思います。現行法だと推定される嫡出子に関してはどうしようもありませんが、その前に関して、全て機械的に嫡出子として扱っていいのか、全て嫡出子として扱ってしまうことによって気付いてない弊害が生じる可能性はないかというのが●●委員からの質問だと

思います。それは検討した方がいいと思います。

(●●) 気付いていない弊害があるのかということと、当事者の意思で法律上の夫との親子関係を成立できる場合と、成立させなくてよい場合という選択肢を現状では許容しているけれども、これから見直すに当たり、意思によって親子関係を結ぶか結ばないかを決めることを許容する範囲をどこまで維持するのか、もっと厳密に突き詰めていくのか。

(●●) おっしゃることはよく分かります。とにかく、戸籍というのはかなり特殊なものです。民法ができてから100年余りですが、戦前はものすごく自由に届け出ていて、藁の上からの養子もたくさんあるし、うちの子どもにしようというところで届け出るという発想で実務は動いていたので、民法の世界とは相当違う世界で戸籍は動いていました。それが、だんだん世の中が落ち着いてきて、戦後は出生証明書も必要になり、藁の上からの養子ができなくなっていき、あちこちでいろいろな問題が生じているということです。そういう大きな流れの中で、おっしゃるように、今後どうやって制度設計を組んでいくのかということは今の段階で考えなければいけないと思います。ただ、戸籍は相当特殊なもので、歴史的にもそれを反映してぐちゃぐちゃしているので、そういう視点まで考えないといけないのではないかと思います。

(座長) ドイツ法もフランス法も、確かに、われわれがいうところの推定されない嫡出子を単純な嫡出子にしている、それはそれでいいのだという価値判断があるのだろうけれども、それで困る場合があるのであれば、考える必要があるのではないかという話だったと思います。手続上、そう解さざるを得ないからそうなっているだけであって、実際にそういう例外を残す必要はないのだということであれば、それは割り切ってしまった方がいいということになるのだと思いますが、委員の先ほどからのお話は、割り切ってしまった方がいいという方向ですか。

(●●) そのところは腹が据わっていません。先ほどの話に戻りますが、もう少し緩やかにしてあげて、届け出の段階でいろいろな自由を認めてあげた方がいいのではないかという方向に、まだ片足を突っ込んでいます。

(座長) 今、委員がおっしゃったのは、200日を境にして、その前と後、どちらについても選択肢があった方がいいということですよ。恐らく、前の方が選択肢の必要性がより強いのかということが、●●委員がおっしゃったことで、それがなければ、ルールがどうなるかはともかくとして、200日を境目にして、前と後に差はないということになりませんか。それとも、200日後について現状が変わらないのなら、200日前についてはせめて残したいということですか。

(●●) 届け出を出す可能性は残しておいてもいいかもしれませんが、可能性としては低いかもしれませんが、夫の子ではない子を妊娠しているけれども、結局、彼とはうまくいかず、傷心のときにプロポーズしてくれた人がいてという可能性は、ないとは言いきれま

せん。

(●●) 子どもに関しては、生物学上の父との父子関係が成立する可能性を残しておくということですね。

(●●) はい。違う男性と結婚するけれども、出生届の段階で、その夫の子ではないという選択肢を残しておく。そのことは悪いことでしょうか。

(座長) その子の父親は誰になるのですか。

(●●) 強制認知だってできるでしょうし。

(座長) そうすると、嫡出でない親子関係になる。

(●●) 嫡出でない親子関係として、その子の存在を戸籍上は確定するけれども、自分は電撃婚をしてしまったという可能性は、奪う必要はありますか。

(●●) 奪う必要はないのかもしれませんが、嫡出否認のところをどう制度設計するかも変わってくるのではないかと思います。手間がかかるかもしれませんが、母の側からの嫡出否認を認めれば、そこで一度、772条で認められた父子関係を切った上で非嫡出子にできるので、認知の問題に持っていくことは可能です。現行法だと、夫が「うん」と言ってくれなければ身動きが取れないという問題になりますが。

(●●) 訴訟に対するハードルが、どのくらい高いかということも考えなければいけないように思います。

(●●) 訴訟に対するハードルが高いので、できるだけ簡単にしてあげようというのは、最初の入り口は簡単になりますが、今度は反対側からの対応がものすごく大変になります。ですから、その大変さをどちらに負わせるのかという問題ではないかという気がします。

(●●) それはおっしゃるとおりだと思います。

(●●) 委員のお考えのような規律にする場合、婚姻した相手である夫の意思については、どのように取り扱うのがよろしいとお考えでしょうか。つまり、むしろ夫の側で嫡出子として出生届を出したいとか、逆に、嫡出子として出されることをどうやって阻止できるのかという問題がその反対側で生じると思うのですが、委員のお考えは、基本的にそれは母親の意思に委ねるのがよいということなのではないでしょうか、それとも、夫の意思もそこで考慮すべきであるということなのではないでしょうか。

(●●) 出生届の届出権者は、今は両方に認められているので、実際に誰が届け出るか

によって事実が決まってくることになります。産褥にある妻に代わり、夫が嬉々として命名して届け出をするというのがポピュラーな状態だと思いますが、そうではなくて妻が届け出るような事態には、背景にいろいろな問題があるのではないのでしょうか。そのような場合には、妻が先に届けたことによって物事が暫定的にしる決まるというのも、制度設計としては悪くないと思います。

また、届け出に何を要求するかが実態をものすごく左右してしまうという問題があります。戦後 GHQ が日本の戸籍の実務を見て、その虚偽出生届し放題のいい加減さに仰天して、彼らが「出生証書は子どもが生まれたことの証拠書類だから、医師や産婆に届け出させろ」という改革をし、日本人が「医者は忙しい」と反論して、「ではその場合は、せめて出生証明書を付けろ」となった、その「証明書を付けろ」という部分の改革だけが残ってしまったために、出産費用を払えなくて出生証明書をとれない親から無戸籍児がたくさん生まれてしまったという経緯もあります。このように、届け出のときにどのようにするかが、実態にもものすごく影響を及ぼすので、本当はそこまで併せて考えなければいけないのですが、現状を前提としたときに、妻が届け出するというシチュエーション自体に一定の背景が想定されるように思います。ですから、妻の届け出にそれなりの暫定的な力を持たせていいのではないかと思います。

(座長) 今のような、ある種の蓋然性に立脚して、これがデフォルトになっているのが妥当ではないかというような形が、立法するとすれば恐らく受け入れやすい話で、そうでない話はなかなか難しいのではないかと思います。委員がおっしゃっているようなことも、もしそれでいくのだとすると、どうやって制度化していくのかということではないかと思っただけです。

議論としては、父子関係は父がコントロールするものだったというのが出発点で、それはおかしいのではないかということで母にも権限を与えようという話になり、母の側に振れているというのが現在のドイツやフランスですが、そうすると、では父の立場はどうなるのだという話が出てくるので、どういうバランスで母の側に振るのかを決める。差し当たり、母の側に針を振るということについて、コンセンサスが得られるところにまず着地するということなのだと思います。

嫡出推定の見直しについて、さらにご発言があれば伺いますが、いかがでしょうか。

(●●) 乙案と丙案には、いろいろな問題点が存在しているので、どう整理していいかわからないのですが、仮に婚姻解消後 300 日以内に生まれた子どもについてどう扱うかという話として単純に見たときに、乙案には、離婚後に別の男性と再婚していたときという条件がプラスされていて、丙案にはそれがありません。これは、父性推定や嫡出推定を基礎付ける根拠レベルとして、乙案と丙案では決定的な違いがあるという理解でいいですか。私は先ほど、乙案のときは再婚した男性が本当の父なのだろうと漠然と思って、その前提でずっと話していたのですが、前婚の夫の蓋然性が低いという事実を基礎付けるに当たって、乙案の事柄と丙案の事柄は根拠付けに差がありますか。

(●●) 乙案は、A と婚姻していたけれど離婚後 B と婚姻した。この子どもは恐らく B

の子どもだから A の子どもではないという理屈をとると、乙と丙は全く違うけれども、B と婚姻しているということは、実際の父親が C であるか D であるか分からないけれど、そういう人なら A の子どもではないだろうという説明だとすると、乙案と丙案は実質的に変わらないのではないかとということですか。

(●●) そのときも少し変わるとは思います。誰とも再婚しておらず、離婚があったという事実があり、その前の段階には恐らく別居があったのだろうという話だけであれば、乙案と丙案は全く一緒に、誰か他の男性と婚姻しているのであれば、乙案の方がより前婚の夫の蓋然性は低いということになりそうですが、どこまで事実の要件を付け加えることで、前婚の夫の蓋然性が低いという話をしているのかをお伺いしたいのです。

(●●) 説明はいろいろあるのだろうと思います。ただ、そうはいつでも乙案は、A と結婚していたけれど、離婚後 B と結婚した場合には、やはり B なのではないかという想定が暗黙の了解としてベースにあるのではないのでしょうか。ただ、B の父子関係によって上書きされる場合には、本来は 772 条が及ぶ場合だったとしても、A の 772 条の父子関係は上書きされてしまうのだということを出すと、乙案と丙案の違いはもっとはっきりするのだろうと思います。

(●●) 私が資料を読んだところでは、乙案は、少なくとも母が離婚後、早い時期に別の男性と再婚した場合には、前夫の子である蓋然性が高いとはいえないという経験則を前提にしている、丙案は、すぐに再婚した場合ではなくても前夫の子である蓋然性が高いとはいえないという経験則を前提にしているということで、そこに一つ違いがあると思います。その上で、丙案は、分娩基準を前面に立てている関係で、婚姻初期の取扱いが乙案とは違います。分娩を基準とするということは、懐胎がどうだったかということと切った切り離して考える規律を出すということなので、そのことと組み合わせた関係で、乙案よりも強い形で後婚の夫の父子関係がダイレクトに出てくる。その二つの組み合わせで乙案と丙案ができていないかと思っています。従って、その二つの組み合わせを別の形で整理し直すと、また別の形での法整備ということになるのではないかと思います。

(●●) 恐らく、懐胎ベースのルールで純化した場合に、婚姻した最初の 200 日以内をどうするかということと、婚姻解消後 300 日以内をどうするかという問題で考える必要があるのと、出産を基準にする丙案のようなものをベースに考えたときに、婚姻した最初の 200 日以内と婚姻解消後 300 日以内に生まれた場合どうするのかという、まず純化した二つのモデルを考えてみて、それぞれについて、ここは修正する必要があるか。やはり、懐胎を原則とした場合も出産のことを考慮せざるを得ない、あるいは出産をベースにした場合も懐胎のことを考慮せざるを得ないということであれば、そこでまた修正する必要があるかもしれませんが、もしここでどちらかを出発点にするべきだというコンセンサスが得られるのであれば、どちらかを出発点にして、他方の原理をどこまで修正原理として導き出せるのかという形で議論すると、もう少し整理された形で議論できるのではないかと思います。

(法務省) この資料は、おっしゃるとおり、乙案については懐胎を原則としつつ、それを修正するという発想で、丙案については分娩を基準としつつという発想で議論をスタートしていただくのがいいのではないかという考えで作成しました。ただ、議論しにくいというご指摘もあったので、今後は、例えば前の部分と後の部分を、まず妥当な結論がどちらかを議論した上で議論するというのがいいのではないかと思ったのですが、いかがでしょうか。

(●●) 恐らく、分娩基準と懐胎基準で、どちらか一方でなければいけないというのは、さほど強くないのだらうと思います。原則として発想が違うし、分かれるというのはそうなのだらうと思いますが、比較法的なものも、具体的に成されている国内での立法提案も、どちらを原則とするかというのは少しニュアンスの違いはあるのかもしれませんが、むしろ、婚姻成立後 200 日の問題や婚姻解消後 300 日の問題として具体的に求められる適切なルールを考えて、そのとき、どちらがより説明しやすいかという形で議論していくということでもいいのではないのでしょうか。

(●●) 別にどうしてもというわけではありません。

(座長) 委員がそうおっしゃるのは、法務省が資料をそういう発想で作ったという、その発想の方がメリットがあるという前提に立ってのご発言ですよね。

(●●) 私はどうしてもそこを出発点とする考えが頭の中にあって、婚姻から 200 日以内の場合も、離婚後 300 日以内の場合も、先に分娩基準なのか、懐胎基準なのかというところから考えてしまっていたために、難しいと感じた部分もありました。

(●●) 乙案と丙案は、丙案は分娩基準が前段で出ているけれども懐胎に着目した規律も設けているということで、常に双方が組み合わさった状態で乙案と丙案という形で出ているのですが、委員がおっしゃったのは、分娩を基準とするのか、懐胎を基準とするのかという理論的な問題と、さらにその上に積み重なっていくさまざまな問題を整理していくという方法も考えられるのではないかということで、現在の乙案と丙案という表現の仕方がいいというご趣旨でもないのかと思いました。

(●●) どちらも出発点がありつつ修正しているので、出発点がありつつ修正されたものと、他方の出発点がありつつ修正されたもので比較しろと言われたときに、難しい。

(座長) それは皆さんの間で共有されたのだと思います。

(●●) 恐らく、場面ごとに検討していくに当たっても、当然そこで分娩に着目するか、懐胎に着目するかというのは、その場面、場面で出てくる話だと思います。そこでの整理の仕方として、委員がおっしゃったことを意識することはあり得るのではないかという気

もしました。

(●●) おっしゃるとおりです。もう一つは、分娩主義なのか懐胎主義なのかと抽象的に議論したときに、恐らく、委員の発想は、原則どちらなのかを決めるということなのだと思いますが、あまりはっきりと議論することはできないのではないかと思います。現行法の懐胎主義も、実は説明の仕方がいろいろあって、婚姻中の妻が産んだ子の父は夫であるべきだという基本的な判断で考えるのか、蓋然性が高いと考えるのかというのがありますし、分娩主義の場合でも、それがどういう理屈でというのは、抽象的には議論しにくいのではないかと、そこで一致は得られないのではないかと気がします。

(座長) 仮に具体的な規律について、こういう規律がよいだろうという方向が最後に出てきたとして、それを包摂するのにどういう考え方をとらなければいけないか。それはそれぞれの場面で懐胎から説明するのか分娩から説明するのかが問題になるということと関わるかもしれませんが、原則との関係でどのように包摂して説明することになるのかということは議論を要すると思います。どちら側からも説明できるときに、では条文はどう書くのかという問題も出てくるので、それら全てを視野に入れないと、なかなか議論できないと感じました。懐胎か出産かが無用の議論であるということではなく、それは技術的にも何とかしなければいけない議論なので、無視することはできないと思いますが。

第1の話の話を続けていただいても結構ですが、第2についても何かあればぜひお願いします。同意をどうするかという問題は重要な問題だと思いますが、議論の土俵は割と限定されたものになるのではないかと思います。それに対し、第三者提供精子により生まれた子の父子関係を、現在は嫡出推定の中に取り込んだ形で規律するというところで議論し始めているのですが、その際にどのようなことが問題になり得るのか。同意の問題だけ処理すればそれで足りるのかというあたりはいかがですか。

(●●) AIDの問題に関しては、実質的な判断がそれほど分かれているわけではないと思います。AIDに夫が同意した場合には父子関係を認めるという基本的な発想は、以前の法制審でもそうでしたし、それ以外の文献でも分かれていないのではないかと思います。そういう意味では、もしかすると前半の議論よりは単純なのかもしれません。ただ、議論の仕方としては、婚姻中の夫なのだから772条が原則適用されるのだということにして、例外の部分で、同意していなかった場合にだけ否認を認めるようにするのか、AIDで夫が同意した場合には772条が適用されるというような、原則と例外を逆にする発想にするのか、あるいは、法制審で出ていた議論でいうと、772条とは別の父子関係のルールを設けるということが形式的には考えられるのではないかと思います。ただ、そこでどれだけ頑張って特殊なルールをつくるのかというのは、AID以外の生殖補助医療について、どの程度ルールをつくるのかということにも関係すると思います。ルールの中身は、どの方式をとってもあまり変わらない気がしますが、いかがでしょうか。

(座長) 今おっしゃった三つ目をもう少し説明していただけますか。

(●●) 生殖補助医療があった場合は、誰々が父である、誰々が母であるというのを 772 条とは無関係につくるというのは、理論的にはあり得るのではないかと思うのです。

(座長) 親子関係を争わせないということですか。

(●●) 争わせないというより、例外で争うことができるルールをつくることもあるのかもしれませんが、772 条から切り離して考えてしまう。1 番目は 772 条が原則適用されて例外を崩すだけ。2 番目は 772 条が適用されることを明確にするというか、一定の要件がある場合には 772 条が適用されるというルールにする。それは自分で言っても変な気がしますが。

(●●) 基本的には、生殖補助医療であることを立証しないと身分が守れないということではないようにすべきだと思っています。自然懐胎子と同じような手順の中で身分が守られるようにしないと、身分を争われた子どもは、自分が生殖補助医療で生まれたのだということを立証しないと勝てないことになってしまうので、極力そこまで視野に入れて、自然分娩子の地位を守れるようにしておくのがいいのだろうと思っています。ただ、それで収め切れないような、例えば自分が同意して生殖補助医療をしておきながら、生まれた子どもの顔を見て「自分に全然似てないし、やはり嫌だ」などと言い出す夫の嫡出否認を封じるためには、その穴を埋めるための条文が必要なのだろうと思いますが、それ以外は、現行法も、嫡出推定でも AID 子の地位は守れていますよね。

(●●) それから、もし立法的な対応をするのだとすると、嫡出推定が及ばない子にも該当しないということを明確にする必要があるのではないかと思います。一部の嫡出推定の及ばない子の判断基準で血縁説を前提とするのであれば、AID もその対象になってしまいます。実質的な価値判断としては全く分かれていないと思いますが、どこまで封じなければいけないかということはどうやって書くのかということと、厄介なのは、嫡出推定の及ばない子については規定がないので、嫡出推定が及ばない子とはされないということを書くときに大変困るということです。否認権のところを制限すれば、それによって当然に嫡出推定の及ばない子にはならないということは書けるのかもしれませんが、具体的に条文化してみないと分からないのではないですか。

(座長) 同意していて、親子関係が争われたときに、生物学的な親子関係が問題にならないということを保障しておく必要があるということですよ。

(●●) はい。否認権の制限は、同意がある場合には否認権を行使することはできないという形で処理できると思いますが、それとは全く別に、親子関係不存在確認訴訟の訴えを提起されたときも、やはりそれは認められないということが、直接書くのは難しいのかもしれませんが、明らかになるようなルールにする必要があるのではないのでしょうか。

(座長) しかし、それは、嫡出推定が外れる場合について、何か規定を置くかどうかと

いうことと関わっているというご指摘ですね。

(●●) 私も、自然懐胎子と同じような形で、同意などを立証せずに、当然に親子関係が成立するという形で772条が適用される前提でスタートするのが望ましいと思います。1点だけ確認したいのですが、法務省の方にご説明していただいた参考資料4-1は、配偶者間人工授精についてのみ、法律婚だけではなく事実婚もできるようになったという話でしたよね。AIDについては当面のところ、事実婚カップルが使う可能性はほぼ許容されていないので、その点については当面は考えずに議論するということが良いですか。

(法務省) 会告上は認められていないという形になります。

(座長) 「視野に入れて」とおっしゃっているのは、認知の方のことですね。

(●●) そうです。ドイツでは、婚姻していれば、772条に相当する規定により、AIDを使ったときに当然に母の夫が法律上の父親となります。しかし、婚姻していないカップルの場合は、AIDについて同意したとしても、プラス認知しなければ父親ができない状態になるので、嫡出父子関係の場合とのバランスがとれていないのではないかという議論があります。そうであれば、AIDに同意したということ自体が法律上の父子関係の基礎付けだという理由づけにすべきではないか、ということが、一部で有力に主張されています。日本において、婚姻していないカップルによるAIDの実施可能性について、当面そのような話がないのであれば、かりに同意をベースにすると大幅に内容が変わってきてしまうので、取りあえずは配偶者間だけのAIDを念頭に議論するという形で想定して、772条をそのまま適用するというのでいいと思いますし、それが望ましいと思います。

(座長) 今、意見をおっしゃった方は皆さん、自然懐胎子とできるだけ変わらない処遇が望ましいとおっしゃっていて、そうすると括弧付きで嫡出推定が及ぶ。否認の訴えが起こされて、血縁がないということが主張されたとして、それに対し、これは生殖補助医療によるものであって同意があるのだということころで、初めて同意が出てくるということを考えていて、同意はそこまでいかないと出てこないことになるけれども、認知を含めて考えると、同意の位置付けがそれとは違ってき得るというご指摘ですね。

(●●) そうです。

(●●) 今度は認知の方まで手を伸ばしますか。日本民法は、嫡出子を守るけれども、非嫡出子については非常に冷たいという時代の母法を輸入したままになっているので、認知無効は誰でもいつでもどうぞという規定になっています。ドイツ法もフランス法も、今は認知と嫡出推定のどちらも同じぐらいの要件で守っていて、一定の親子関係があれば子どもの地位は守られるように平等化されています。日本法はそこがすごく不平等なままで、この際、非嫡出子の身分関係を、認知された子の身分を守るということも視野に入れて考えますか。そうだとすると、その中で、今、委員がおっしゃったことも、自然子と

同じような形で認知無効を制限することによって守られることとなりますが。

(座長) 委員がおっしゃったのは、その前の問題として、同意の他に認知が要するというのはおかしいのではないかというところから出発しているという話ですよ。

(●●) そうです。

(座長) ですから、今おっしゃったようなことを考えても、委員がおっしゃった問題点はなくなりません。

(●●) 同意しておきながら認知しない人が出てくるということですね。

(●●) 要するに、婚姻関係がない事実婚を対象とすると、その問題が出てきてしまうということですよ。

(●●) はい。対象としないのであれば、あるいは対象とする必要性がないのであれば、この話は抜きにして、婚姻しているカップルだけの話をすれば足ります。

(●●) 多分、それはここで決められる問題ではないと思います。AIH といいつながら、法律婚に限定されずに広がっていった背景があるところを見ると、AID に関して、事実婚まで広げるという議論は、行為規範の問題として出てこないわけではないのだろうと思いますが、そうなったときにどうなるのか。現在の行為規範ルールを前提とした上で、それが対象とされていないので扱わないという選択肢もありますが。ドイツはどうか。

(●●) ドイツは、学説上の議論として取り上げられており、AID が法律婚のカップルに限られるという法規定はなく、実際に婚姻していないカップルが AID を利用する可能性があることを前提として、結局、このような場合には認知してもらわないといけなと考えられています。

ただ、認知してもらえればいいですが、認知してもらえなかったときに、強制認知の形で裁判上、父子関係を争えるかという、それは同意したことをもって親子関係の成立を争うこととなります。そのため、強制認知という形で同意自体の意味付けが別の側面から必要になってくるという点において、いずれにせよ同意で親子関係をつくるという、同じ議論になると思います。

そうすると、単純に嫡出否認を制限することの理由付けも、権利濫用のような形で漠然と話すよりは、同意の内容がどういうものかという議論をある程度ここで突き詰めて、今後新たな問題が出たときも、それを応用する形で使えた方がいいのではないかと思います。

(座長) フランスは婚姻カップルではなくても AID は使えますよね。認知は必要ですか。

(●●) はい。自然生殖と同じ取扱いで、認知は必要です。

(座長) 同意しているけれども認知しないというときはどうなるのですか。通常の認知のルートに乗るしかありませんか。

(●●) 通常のルートということになると思います。

(座長) そうすると、施術に同意したということと、親子関係を認めるということは、認知の場合には一致していないという前提に立っていることになるのですよね。

(●●) 認知を求める要件というのは何なのですか。結局、同意があるということを行うのではないのですか。

(●●) フランス法は、311条の20で、同意したのに認知しなかった場合には、母および子に対して責任を負うということが書いてあり、親子関係が仮に成立しなかったとしても、一定の責任を負うという条文が入っています。

(座長) 委員がおっしゃっているのは、結局、認知の訴えを起こしても、やることは同じだということですね。

(●●) 血縁関係があれば、認知を訴えて事実的な血縁関係を調べることになりますが、AIDの場合は、事実婚パートナーとは血縁関係はないわけですから、それは立証しようがないので、結局、同意があったということを立証せざるを得ないのではないかと思います。そうすると、同意があったけれども認知しないというのは、無理矢理認知させようとしたら、同意があったということを言うことになるのと同じことになるのではないかという気もしました。ただ、今の話を聞いていると、そもそも、同意したけれども認知しないという状況を前提とした規律があるのですよね。

(●●) そうです。もう一つ言えば、認知しなかった場合に、父子関係を裁判上宣言するという規定が用意されていて、その場合は、同意した父によって生まれたことを立証するのではなく、その子どもが生殖補助医療によって生まれたということを立証すればいいという説明になっています。

(●●) それは認知に関して、すごく意思主義的な制度を前提として考えているのではないですか。確かフランス法は元々そうですよね。ですから、同意したけれど認知はしない、なぜなら認知は自分の主観的な意思表示の問題だからということではできるけれども、そのときには無理矢理、法律関係を訂正させるということですから、強制認知の発想と同じです。

(●●) 同意の取り方も、日本のように医者が適当に「はいはい」と言ってしまふのは違いますよね。

(●●) 同意は公証人の前か裁判所で行わなければなりません。

(●●) そういう同意の重い手続きがあって、その結果、重い効果があるということですね。

(座長) ●●委員のご発言は、●●委員の問題提起を受けたとして、しかし、夫婦間で行われた AID について、嫡出推定との関係でどういう扱いをするかということ、先ほどから出ている通常の親子関係を争う場合と同じルートに乗せるとして、あまり大きな問題は生じないというのが先ほどのご発言でしょうか。

(●●) かもしれないというだけで、そういう見通しがあって言っているわけではありません。

(座長) そうすると、ここでの議論が認知の話までいくかどうかは別にして、取りあえず、今、嫡出の親子関係について考えるときに、生殖補助医療の問題について、ここで、この限度で議論しておいても、後でそれほど大きく縛られることにならないのではないかという見通しでしょうか。

(●●) 気楽に発言しているものですから、座長が言われるほど深く配慮した上で話しているわけではないのですが。生殖補助医療の問題は置くとして、今回の改正の射程距離には認知無効の問題まで含まれますか。

(法務省) この研究会のテーマは、嫡出推定制度を中心とした親子法制の在り方についてなので、基本的には嫡出推定制度を中心にご議論いただければと考えています。ただ、今後のスケジュールの、その他の論点等のところで排除するというものではないので、そういう意味では、適切な場面でご発言いただければと考えています。

(座長) 範囲を広げることを考えたときに、非嫡出の親子関係についてまでやらざるを得ないということになるとすれば、それは何か考えなければいけないということになると思います。仮に法律婚でないカップルについてもいずれ考えなければいけないということになるのだとしたら、そして、それをどう考えるかによって嫡出推定の関係も影響を受けてしまうのだとしたら、少なくとも考えるときにはそれを対象にしなければいけないと思いますが、切り離せるのであれば、取りあえずこれはこれで議論することもできるのではないかと思っています。先ほどの一連のやりとりでは、それほど大きな影響は出ないかもしれないということでしたが、そのように考えると、今回、嫡出推定と併せて処理しなければいけないという要請が別のところであるのであれば、それは認知の問題をさらに出してくださいということをおっしゃっているのだと思います。

(●●) 参考資料 4-1 の一番上の AIH に関しては、最近では事実婚カップルの間でもで

きることになっているということですが、この場合には、AIDの場合と違って同意は問題にならないということですか。つまり、事実婚カップルだと認知の問題になると思いますが、それは血縁関係があればいい、要するにその人の精子であればいいのであって、同意していないということは、この局面では問題になる余地はないという前提で考えていいのでしょうか。

(法務省) 必要であれば調査しようと思います。基本的には同意は必要なのだと思いますが、AIDと同じような基準で必要かというのは詰め切れていませんでした。

(座長) 実際上の問題としてはどうなのですか。例えば夫婦間でやるときには、夫婦間で既に同意は取っているということになりますか。

(最高裁) 施術すること自体が、同意とみなされるということではないですか。

(座長) 施術すること自体がというのは、どういうことですか。

(●●) 精液を提供するわけですから。

(座長) しかし、凍結の場合があるではないですか。

(●●) 裁判例でも、夫の精子を凍結したものの、その後夫婦仲が悪くなった後に当該凍結精子を用いた施術により子が出生した事案が近年、奈良地裁で扱われており、あのケースは、恐らく同意はなかったという点が一つ争いになったと思います。新聞報道の一部でしか見られなかったのですが。

(●●) 精子を採取することについて同意はあったけれども、それを具体的に人工授精で用いることについての同意はなかったというケースですよね。

(●●) しかし、その親子関係を認めたと思います。

(●●) 第一審は。

(●●) はい。ですので、その場合は、恐らく同意の意味付けがかなり違うと思います。

(●●) しかし、第一審は、生殖補助医療であることをあまり前提とせずに、血縁上の父であり、母でありというような、すごくざっくりとした説明でしたよね。

(座長) 死後懐胎のケースも、死後の施術自体について個別の同意はないけれども、親子関係の有無がどうなのかという議論は、最初のところで少なくとも施術を行うことについて包括的な同意はあって、あとはそれでOKというふうに漠然とは考えているような気

がします。しかし、問題は生じそうな気がします。

(●●) 多くの事案では、施術に同意していれば、普通はその後の実施についても間が空いていなければ同意しているだろうと思うのですが、間が空いてしまったときに、本当に最初の施術の包括的同意でいいのか、その後の個別の部分については同意が要らないのか、あるいは積極的に同意は要らないとしても、少なくとも同意の撤回を認めるのかという議論はあり得るのだろうと思います。ただ、そこまで要求したとしても、やはり AID における同意とは中身が違うのだろうという気はします。

(●●) 例の奈良の事件について、民法学者の友人と議論したのですが、それが生殖補助医療だということを重視する彼は、成立に同意がなかったことについて非常に重く考えて、父子関係を否定すべきだという立場でした。私は、実際に夫の精子を使ったけれども、それで子どもができるとは思っていなかったという事案だとすると、夫の子として良いと思います。これは、フランスのコロックの記録で読んだ事例なのですが、女性が自分は避妊しているからとだまして性交渉をした場合、男性は、彼女がピルを飲んでいていると思っていたのに、実は彼女は彼の子どもが欲しかったので避妊しておらず、いわば詐欺によって彼の精液を得たというケースで、強制認知を請求したときに、男性が自分はだまされたのだと言っても、裁判所はそれを認めず、性交渉をしたことに潜在的にそういう意思と責任があるのだとしました。奈良のケースは、むしろそれに近いのではないかというのが私の立場です。妻に頼まれていったん協力して精液を提供し、そこから先の施術にはいちいち同意していないけれども、それを彼女が使ってしまったということと、フランスの避妊という嘘をつかれたケースがいくらか似ているように思います。従って、奈良のケースは認めるという結論が私の考え方だったのですが、生殖補助医療だということを重く考える友人は、認めるべきではなかったと立場で、議論をしてもやはり意見は分かれました。

(座長) 自然生殖のケースはフランスの判例がいうとおりだと思いますが、それと同視するかどうかは意見が分かれると思います。配偶者間で人工授精をして、最初の施術に同意しても、離婚することがあるわけです。施術ごとに婚姻しているかどうかは確かめていないと思うので、既婚のカップルでも凍結精子というのは、男性側にとってはかなりリスクな話です。フランスの判例は、そんなリスクなことを引き受けたのだからということですね。

(●●) リスクなことを引き受けたのだから、夫婦仲がうまくいかなかった段階で直ちに彼が能動的に病院へ行き、あれを廃棄してくれという行動を起こすべきだったのではないのでしょうか。

(座長) それは一つの考え方だと思いますが、他方で、委員が強調されている、同意はしっかりと取るべきだということと矛盾しそうな感じがします。それはともかく、同意してしまったら、あとは自分のイニシアチブで、嫌だったら解消しろということですね。

(●●) それに、親子関係には血縁主義の側面もありますので。彼が DNA 上の本当の父親なわけです。そもそも、強制認知は、嫌だと言っている強引に親子関係をつくってしまうわけですから。

(座長) ですから、意外に難しいかもしれません。

(●●) 嫡出推定のルールが変わったことの影響についてですが、研究会資料 5 ページの乙案や丙案のルールを採用したときに、AID で同意を取った後、離婚した場合、丙案だと離婚後は推定が及ばないということになってしまいます。あるいは乙案の場合も、離婚後さらに再婚した場合には、同意を取っていたとしても嫡出推定が及ばないということになりますが、この点も含めて原則どおりでいいのかということには気になりました。

(●●) 医療機関でどのように同意を取っているのか。確かにイメージとしては包括的に同意を取っていると思ってしまうようですが、同意に法的意味を持たせた上で法整備をしていくのであれば、整備するかどうかは別として、少なくとも会告レベルで、どこまでこの整備が施術ごとに行われているか、婚姻要件を満たしているかなどを確認しているかということについては、ある程度、施術者と連携を取っておかないと、いろいろな問題が出てくるのではないかと思います。

(座長) ●●委員がおっしゃったのは、AID の場合にも、乙案、丙案のルールに服すると問題は生じないかということですか。

(●●) AID の場合もそうですし、AIH もそうですよね。むしろ AIH の場合に、精子を取っておいて、離婚後それを使って懐胎・出産した場合には、嫡出推定規定は適用されないということになり、それでいいという考え方もあり得ますが、●●委員のお考えはどうなりますか。血縁関係はそろっているけれども、タイミングだけずれている場合です。同意など意味がないのだということである、これもそうなるのではないかと思います。

(●●) 強制認知に近くなってきます。

(●●) 一度、精子を提供したのであれば、それでいいのではないかという気もしますが。

(座長) 離婚したら、それはもう AIH ではないだろうという話ですね。

(●●) そうです。AIH の発想を支えているのが婚姻中の関係であるとする、やはり単なる血縁主義ではないのではないかと思います。

(●●) どこまで事実婚の状態を視野に入れて設計するかということも、恐らく国会では大きな論点になる気がします。今度の相続法改正で、最も国会で議論されたのが特別寄

与料の議論でした。法制審でもその議論が出なかったわけではありませんが、ほとんど法制審で議論されていないところが一番大きな論点になりました。特別寄与料に親族の要件がかかっているということは、同性婚カップルや事実婚カップルを排除することになっているという議論で、そういう家族の多様化について「今後は配慮する」という附帯決議が付いて相続法改正が通ったわけですが、そういう議論をこれから覚悟しなければいけないとなると、嫡出推定のところだけいじっておしまいという形でいいのかということにはなりそうな気がします。そうすると、嫡出推定、嫡出否認の問題とパラレルに認知無効の問題もここで議論しておかないといけないのかもしれない。

(●●) 認知無効まで入れるのは結構広いと思うのですが、ただ、AIHに関しては、前提の行為規範が事実婚まで含めているわけで、そうすると、事実婚まで含めた上でのルール立てを親子関係で考えることはせざるを得ないですね。

(座長) 生殖補助医療について立法案を出すときに、その対象をどうやって画するかという問題ですね。現に行われていることについては全て対応するのだと考えれば委員がおっしゃるようなことになるし、もっと広くあり得ることについて対応するのだという考え方もあると思いますが、反対に、一番狭い考え方は、今回の親子関係について、実体法を動かす部分について、関連する問題に対応しておくということだと思います。その間で、せっかく生殖補助医療をやるのだから、併せてやった方が整合性を取れるというものはやってしまう。それは、先ほどの、どこまではみ出すかという問題と同じだと思いますが、AIHを考えているときにAIDに問題が生じるとして、それをやらなくていいのかというのはあると思います。

(●●) AIDの方は、基本的には法律婚に限るという議論がしやすいのだろうと思いますが、AIHは、ぜひとも事実婚まで含めて検討してほしいということでは全くないのですが、先ほど言ったように、最初に同意を与えていても婚姻が終了したら法律関係は変わるのだとすると、事実婚の場合、どのように説明するのかという問題が非常に深刻になると思いました。

(法務省) 1点、先ほどの説明を訂正させていただくと、参考資料4-1で、事実婚について許容しているものとして1のみを挙げましたが、3についても許容しています。

(座長) 1や3は当事者間でやっていて、血縁に影響がないからということだと思いますが、それでも問題があり得るというのが、今のAIHに関する議論だと思います。そうすると、今日の最初の話は、それほど難しくないと思ったのだけでも、意外と難しいということだと思います。選択肢は前に法制審でやったものものとしても、付随して考えるべき問題がないわけではない。単に同意の問題をどう整えればいいのかということに尽きない問題があるということかと思いますが、考え方としては、AIDの親子関係については、少なくとも今回、嫡出推定を直すのなら一緒に直すという方向で考える。その外はどこまでいくかということについては、よく考えてみないと分からないという感触でしょうか。

そのようなところで、今日はよろしいでしょうか。

それでは、積み残して先に行くのはすっきりしませんが、次回の否認権者の拡大の問題は、無戸籍の問題をどう解決するかということの手続的な側面に関わるので、そちらを議論することにより、嫡出推定の実態もある程度考えざるを得ないということになると思います。従って、併せて考えるということで、今回は、否認権者の拡大およびそれに伴う問題を議論していただきたいと思います。それでは、長くなりましたが、これで閉会します。どうもありがとうございました。