

## 第5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2月6日（水）10:00～13:00

場所：公益社団法人商事法務研究会 1階会議室

### 議事要旨

（座長） それでは今日の会議に入りたいと思います。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の第5回です。

最初に資料の確認をお願いします。

（法務省） 本日の資料は、研究会資料5「否認権者の拡大及び嫡出否認権行使の期間制限の見直しについて」の1点です。

（座長） 本日は、この資料に基づき、主として否認権者の拡大についてご議論いただきたいと思っています。

最初に法務省から、この資料について説明を頂きます。

（法務省） 研究会資料5についてご説明します。まず「第1 現行法における規律について」は、否認権者について、現行法の規律の内容および趣旨と指摘されている問題点を簡単にまとめたものです。特に、父子関係を巡る問題が多様であるにもかかわらず、否認権を父のみに限っている点については、従来から立法論的な批判があります。無戸籍者問題との関係でも、推定の及ばない子の概念によって救済されない子について、否認権者を拡大し、子の側からも否認権を行使できることの意義は大きいものと考えられます。

「第2 否認権者の見直しの方向性について」です。第1回の議論でも、現行法が否認権者を母の夫に限定していることについては、これを見直すべきという意見が多かったと思います。仮に否認権者を拡大とした場合、その対象は子と子の母、その他の利害関係人が考えられます。さらに、子とその母については、どのような組み合わせで否認権を拡大するかということも問題になってくると思います。そこでこのレジュメでは、1の(1)で子への拡大に関する論点、(2)で母への拡大に関する論点、2で子と母に否認権を拡大する場合の組み合わせに応じて生ずる論点を記載しました。

第2の1(1)が子の否認権に関する論点です。まず、子に否認権を認める根拠として、一つには父子関係の一方の当事者であること、もう一つには人格的利益の観点からも血縁上の父と父子関係を構築することを可能とすることが望ましいということが考えられます。他方で、子に否認権を拡大した場合、出生直後に子が自ら判断して否認権を行使することはできないため、子が判断して否認権を行使する機会を実質的に保障すべきかどうか、行使期間及びその起算点の関係で問題になります。ここでは、父子関係を早期に確定するという利益が問題になってくると考えられます。制度趣旨との関係では、子自身の利益が行使期間を拡大することによって害されるのではないかという問題や、夫の側から見ても、今までその子の父であったのが、子から否認権を行使され、意に反してその地位を失うことになるという問題もあり得ます。子に否認権を拡大することの是非と、実質的な否認権

行使の機会を与えるべきかどうかについて、ご議論いただきたいと思います。

次に、(2)の母の否認権に関する論点です。まず、母に否認権を求める根拠とも関連しますが、母の否認権には異なる二つの考え方があり得ると考えられます。一つ目は、母に子の利益を代表する者として否認権を認めるという考え方です。これは母が、子の利益の観点から、子の血縁上の父が誰であるかをよく知ることができ、また、血縁関係のない夫が子の父として適切であるかどうかの判断を期待し得る立場にあることを根拠とします。二つ目は、母自身が子の父が誰であるかについて重大な利害関係を有していることに着目して母自身の否認権を認めるという考え方です。例えば、父と共に子を養育する点で重大な利害関係を有するということができるかと思います。これらの考え方の違いは、例えば母の否認権行使に要件を課す場合に、それが母の否認権の内在的な制約となるのか、外部的な事情による制約になるのかという議論に影響があるところではないかと思います。ここでは、母の否認権の性質や行使要件等について、ご議論いただければと思います。

2は、母と子の否認権について、考えられる組み合わせを記載しました。まず甲案は、子と母の双方に否認権を認めるものです。この場合、子の否認権について、代理行使を前提として否認期間を短くするか、子自身が判断して行使するために長く設定するかで考え方が分かれるのではないかと思います。乙案は、子に否認権を認め、母には独自の否認権は認めず、子の否認権の代理行使を認めるという方策です。この場合、第2の1(2)で母の否認権に行使要件を課すかどうかという問題がありましたが、子の否認権の代理行使の場面でも代理行使の要件を課すべきかどうかの問題になるのではないかと思います。丙案は、母のみに否認権を認めるという方策です。父子関係の当事者である子に否認権を認めないこととなりますが、母が子の利益を代表するという考え方を徹底した場合に、全く議論に値しない制度とはいえないと思います、記載しました。以上の案について、実際の否認権行使の在り方をイメージした場合に、望ましい形が何かという観点からも、ご議論いただければと思います。

「第3 夫の否認権の行使期間等について」です。母にも否認権を認めた場合には、その行使期間等をどのように定めるかも問題になるため、併せてご議論いただければと思います。ここでは行使期間と起算点について、問題意識を簡単に記載しました。これらの論点について、ご意見、ご提案を頂ければと思います。

最後に、5ページの(注2)(注3)で、●●委員からご提出いただいた資料に基づく改正提案を記載しています。(注2)の○の二つ目に、提出資料2の規律(二宮周平教授提案)について記載していますが、用語の使い方について補足させていただきます。二宮教授は、婚内子と婚外子の父子関係の成立ルールを統一的に規定するというお考えの下で、現行法の否認制度については、父子関係の否定という形で記載されています。例えば、4項に「承認」という単語がありますが、これは現行法の「認知」に代わるものとして「承認」というワードを使っておられます。二宮教授のご提案でも、婚姻によって成立した父子関係について、これはその子を承認することはできないようですので、婚姻による父子関係を否定することができる者は、1項のうち、母と、母の夫、子になるのではないかと思います。「子を承認した者」は婚姻による父子関係に関しては問題にならないと思います。

なお、二宮教授の提案では、婚姻による父子関係の成立と、承認による父子関係の否定について、起算点はその性質に合わせる形で書かれていますが、期間制限については統一

した形で2年という期間制限が設けられています。

研究会資料5の説明は以上です。

(座長) 資料の中身は「第2 否認権者の見直しの方向性について」と、「第3 夫の否認権の行使期間等について」の二つに分かれています。本日は、主として前者の論点である否認権者の拡大についてご議論いただき、時間に余裕があれば後者の問題に立ち入る、あるいは前者を議論している中で後者の問題が出てくれば、それに触れることもあるということで、ご議論をお願いできればと思っています。否認権の拡大については、かねてから議論があるところですので、皆さまから率直なご意見を頂ければと思います。それでは、よろしく申し上げます。

(●●) 2ページの第2の1「(1) 子に否認権を認めるべきか否か」のところで、子の否認権を実質的に行使する主体を「代理行使を前提に母又は法定代理人とするか」という記述がありますが、現行法においても、嫡出否認などが問題になる場合には、子どもの法定代理人として登場してくるのは母ですよ。

(法務省) 基本的には、親権者である母が行使するという形ではあります。ここでは母が入ってくるということを前提として出したかったので、このような形にしていますが、例えば親権を持たない母については、否認権者にならないということです。

(●●) では、広義の意味の法定代理人という者の中に、親権者である母と、それ以外の者がいるという趣旨の記述であるということですか。

(座長) 今、二つのことが問題になっていると思います。「母のうち、法定代理人ではない人」というのがあるから、母というのを書かなければいけないという話と、母がいなくなって後見人が立っているなどということを含めて考えているかという、二つです。

(法務省) 前者については、法定代理人でない母を除くという趣旨で考えています。後者については、母がいない状況であれば、代理行使をする主体として未成年後見人が入ってくるということで考えています。

(●●) 分かりました。母が子どもの代理人となること自体は、一般的に利益相反の関係にあるなどという形で省くという発想ではないということですか。

(法務省) そうです。

(座長) 今の点については、利益相反があるという考え方もあり得ますよね。

(●●) ドイツ法では、否認訴訟における子と母との関係において、一般的に利益相反が問題になり得て、母を子の法定代理人としては認めない考え方も主張されていたので、

単純に母が親権者であり、否認権者として法定代理人になることまで認めるかどうか自体の議論になり得るのではないか、その場合には母固有の権利を認めないと、母の否認権者としての地位は確保できないという発想につながりやすいのではないかと思ったので、確認させていただきました。

(座長) それは、母と子どもの両方に否認権を認めるときに、その間の利害が対立するという問題をどう調整するかということにも影響しますね。

(●●) 委員がおっしゃったことと逆の方向になるかもしれませんが、先ほど紹介していただいた中で、私自身、母が自らの権利として行使するのか、あるいは子に代わって権利を行使するのかという議論があり得ることを前提に考えていましたが、子のために権利を行使してあげるというのは、狭い意味での法定代理の枠に入れるかどうかとは直接連携させなくてもいいのではないかという気もします。法定代理の一般的な問題として利益相反の適用があるかどうかという話ではなく、このケースは、父親が親権者であったとしても、親権者同士の争いというよりは、父との関係で子どもの利益を代弁してあげる母親というのを考えることはできると思います。

また、先ほど親権がない母親に関しては否認権を認められないという話がありました。法定代理という発想からいけばそのとおりだと思いますが、例えば離婚した夫婦で、子どもは母親に引き取られ、母親は監護権だけを持っており、親権者はあくまで父親であるという場合、本当にその子の利益の代弁を許さないのかということ、許すという考え方もあり得る気がします。ですから、子の利益を代弁するという構成を法定代理や親権につなげる考え方もあり得ると思います。必ずしもそれしか答えがないわけではないのではないかと思います。

(座長) 母が子の利益を常に代表できるかどうかは分からないのではないかという方向のご意見と、法定代理権の所在とは別に、母が利益を代表できるのではないかというご意見が出されました。子どもの利益の観点から考えたときに母をどう位置付けるのかという問題ですね。

(●●) 母親に利益相反があるから代理人としては不相当であるという場合に、母親に固有の代理権を認めるという方向と、特別代理人を選ぶという方向があり得るのではないかと、そういう点も検討する必要があるのではないかと思います。

(座長) 仮に利益相反があり得るとして、その後、母は母で利益があるから固有の否認権を認めるという選択肢と、子どもについては特別代理人を認めるという選択肢があるだろうということ。それから、利益相反があるから外すのだというように定型的に考えるのかどうかということですね。具体的に利益相反を考えるというのは、かなり難しいかもしれませんね。

(●●) そのときの利益相反とは何を意味しているのか。

(●●) 利益相反の問題も含めて、母がこの問題にどのような利害関係を持っているのかを考えるに当たり、現在の民法の中で似ているものを探してみると、例えば父を定める訴えや認知の訴えというのがあります。父を定める訴えについては母に提訴権があり、認知の訴えについては法定代理人に提訴権があることになっていますが、それと嫡出否認の場合とで、どこが共通していて、どこが違っているのか。その二つの訴えにおける母の地位において考えられている母の利害関係と、嫡出否認の場合とで、どういう共通点と相違点があるかという観点もあり得るのではないかと思います。今日の資料ではそこがあまり触れられていないので、そのあたりについて、どう考えたらいいのか、素人としては疑問に思いました。

(座長) 今、挙げられた二つは、なぜそういうことになっているのでしょうか。

(●●) それもよく分かりません。嫡出否認の場合、嫡出性の否定という側面と、父子関係の否定という側面があると思いますが、そのどちらに着目するかで変わってくるところがあるのかどうかも、問題になるのではないかと思います。もし先生方からご教示いただける点があればありがたいです。

(●●) 嫡出否認と父子関係の否定をあまり厳密に分けないとしても、認知の訴えの場合は、どちらかという親子関係をつくっていく方向性の話で、否認の場合は既存の法的親子関係をなくしてしまう方向性の話です。親子関係をつくるのが子どもにとって必ずしも利益になるとは限りませんが、端的に分けるとそのような区別が一つあり得るのではないかと思います。

(座長) 委員が先ほどおっしゃった、利益相反とはどういう場合を指すのかということについては、いかがですか。

(●●) 抽象的にいえば、まだ婚姻関係が続いているのであれば、子どもの父子関係が切れることによって相続人の範囲が変わってくるとか、子どもが相続人になるかならないかという問題に関係があるのかもしれませんが、その話をするのも変な気がします。あるいは法定代理の話を押していくと、利益相反の問題をどうするのだという話は出てくるのですが、そこでいう利益相反が一体何なのかは少し詰めておかないと、議論がしにくいのかもしいないと思いました。

(座長) 財産面での話に行く前に、母親は夫の子どもとはしたくないけれども、母親以外の観点から見ると、夫の子どもである方がいいという場面があるのかということですね。

(●●) はい。ある意味、母親は父子関係の当事者ではないので、それについて身分関係上の利益相反というのは考えにくい気がします。

(座長) それで財産権のことをおっしゃったのですね。

(●●) はい。利益相反にならない場合でも、子どもの気持ちは反対だ、親の方はこうした方がいいというのは、いくらでも普通の法定代理でもあり得る話です。客観的に見て法律上の地位として利益相反の関係が生じるということを身分関係に当てはめた場合に、利益相反とはどういう場合なのかが、まだよく分かりません。

(座長) ドイツ法で利益相反といっているのは、恐らく金銭の話ではないですよ。

(●●) そうですね。利益が対立しがちであるというだけの話かもしれません。母親は親子関係を切りたいけれども、必ずしも子どもはそれを望んでいない場合があるという、アバウトなイメージで語られているようにも思います。

(●●) 実際に問題になるのは子どもが2~3歳までの段階ですよ。子どもが大きくなっても母親の否認権はあるのですか。

(●●) ドイツ法が定める否認期間によると、一般的には子が大きくなった場合に母の否認権は行使されえないと考えられます。

(座長) 身分関係は父と子の間にあるのだという観点を押していくと、母の固有の否認権の説明が難しくなりませんか。

(●●) そうなのです。

(座長) ですから、やはり父と子と母で親子関係が成り立っていると考えた方が、母の否認権は導きやすい。そこをどのように考えるのかという点は議論があるのかもかもしれません。他にご意見はいかがでしょうか。

(法務省) 利益相反についてですが、子どもから父親を失わせるという母の判断が子の利益と対立するという単純なことだけではなく、財産上の利益などの問題もあるという場合には・・・。

(●●) 私に「そうしろ」という趣旨は全くありません。ちょっと思いつかないということだけで挙げただけです。

(法務省) 例えば母の否認権に行使要件を課すという形で、つまり、母の否認権の行使が条件に照らして不当な場合は母による否認権の行使は認めないという形で利益相反を考慮することは、できないでしょうか。

(●●) 具体的にどのような条件を考えているのですか。

(法務省) 例えば、新たな父親が確保される見込みがない場合には、母による否認は認めないということもあり得るのではないかと思います。

(●●) それは、母の権利行使の制限の話ではなく、一般的にこの制度をどのように組み立てるかという議論の中で話されるべき事柄ではないかと思います。新たな父親が見つからなくても、今いる父親と血縁関係を切りたい場合、どうしようもない父親だったら別に切ってもいいわけですよ。それこそ今ニュースになっているようなケースではありませんが。ですから、交渉権のようなアプローチもなくてはならないと思いますが、どのように組み立てるのかというのは、まだよく分かりません。

それから、子どもには父親がいた方がいいのだという一般論が利益相反の関係に立つのだという話は、どこまで支持できるのかということも気になります。

(座長) 利益相反という表現がいいかどうかは分からないけれども、子の利益を母が常に代表し得るのかということでしょうね。

(●●) そうです。かなり自主的な問題なのだろうと思います。

(座長) 子どもの否認権を認めて、その上で母がそれを代わりに行使するときに問題はないかというのが今の話ですが、母固有の否認権についてはいかがですか。委員は、母固有の否認権は認めるのでしたか。

(●●) 自分で何を言ったかもあまり覚えていないのですが、あまりはっきりしない形で・・・。「強いて行っ派」と書いている。すみませんでした。ただ、これは私個人の意見というよりは、家族法の改正検討委員会で議論していて、まとまらなかったもので、例えば「その他の利害関係人」など、括弧で入っているものがたくさんあるということだったと思います。ただ、やはり母の固有の否認権の説明は非常に難しい気がします。

本来、母親に否認権を与えるのがいいのだと、二宮先生がどこかに書かれていた気がします。二つ理由を挙げておられて、一つ目は、誰が父親かは母親が一番よく知っているから。二つ目は、誰が父親として望ましいのかを子に代わって最も適切に判断できるのは母だからということです。ただ、一つ目に関していうと、母親であっても分からないケースがあると思います。また二つ目のケースに関しては、実の親子関係があるかどうかにかかわらず、Aさん、Bさん、Cさんという3人がいて、Cさんが父親だと思っけていても、Aさんは渉外弁護士で、Bさんは裁判官で、Cさんは何度か違う側へ座ったことがあるというケースだと、やはりAさんかBさんにするだろうという、望ましいという基準で選ぶこともあると思います。ですから、それで説明するのは、やはり難しい気がします。

(●●) ドイツ法では、母親の否認に対する独自の利益として、父親との親子関係を切ることによって父親を全く親権者として関わらせない、面会交流にも関わらせたくないために、母親自身も自分が親権者として子どもに関わっている以上、不適當だと思われる親権者を

排除したいということが議論になっていました。ごく少数の反対説としては、それであれば親権レベルの話として処理するのが妥当であり、なぜ親子関係そのものを切断することが正当化できるかの話にはならないという主張があったのですが、最終的には、親権に関わる利益があるという形で、母親の固有の否認権が認められています。

(座長) フランス法はどうですか。

(●●) なぜ母親に否認権があるのかということについては、あまり書かれていません。

(座長) 親子関係を父子関係と母子関係に完全に分けてしまうと、母親の、父子関係について争う利益というのは考えにくくなると思いますが、今、伺っていると、ドイツは、ある程度分けて考えているのではないかと思います。監護のレベルでは共同親権になるからということを経由して、先ほどのような説明が出てくるのではないかと思います。一方で、フランスがそういうことをあまり気にしないのは、父と母がいて子がいるのだから、母は当然争えるでしょうと考えているのではないかと思います。いかがでしょうか。これは推測で、十分な根拠はありません。

(●●) フランスで、母の請求権を入れる段階で、そのような詳しい議論をしたという資料は読んだ記憶がありません。私のおぼろげな記憶で、客観的な正確さは自信がありませんが、ただ、それ以前は、妻の貞操義務が嫡出推定の一つの根拠であるという言われ方をしていたのに、母による否認権を認めたことによって、貞操義務の存在の論拠が崩れていくことになり、そうすると嫡出推定の存在はどこにあるのかという議論になっていったようです。逆にいえば、貞操義務を根拠とするという議論が、妻の否認権を認めることへの抵抗として働いていたのだらうと思います。

今は、嫡出制度の存在意義について、貞操義務を根拠とするという議論のされ方ではなく、もっと子の福祉に力を置いた制度として、その子どもを育てること自体に必要な制度、つまり、生物学的な DNA ということで親子関係を決めるのではなく、その子の人格権、アイデンティティの保障という観点からの正当化の議論の方が多くなっていると思います。以前は、妻の貞操義務も一つの大きな根拠だったので、母の提訴権を認めるかどうかというところで議論になっていたように思います。

(座長) しかし、それは、母の貞操義務を言わなければ、母には当然、提訴権があるということですね。

(●●) そういうことになりますね。

(座長) そうすると、なぜ母に当然、提訴権があると考えているのだらうかという話になります。

(●●) それは、先ほど座長がおっしゃったように、父と母がいて子どもの存在がある

というのが当然であるという、同性婚の議論のときにクローズアップされる考え方ですが、伝統的にはそのような考え方が前提としてあったのだらうと思います。

(座長) 親子関係をどのように捉えるかということは、今、同性婚の話をされましたが、この先の議論にいろいろ影響する可能性もありますよね。

(●●) そうですね。

(●●) 私の場合は、皆さんのような学者的な考えとは少し違うのですが、この研究会に入るに当たり、母の否認権は当然認められるというのが、皆さんの共通認識ではないかというぐらいの印象でした。

(座長) 今おっしゃっているのは固有の否認権ですか。

(●●) はい。ですから、そこが議論になっていることに驚いたぐらいなのです。家庭内のことを決めるに当たり、夫と妻が平等に決めることができるという発想と、子の福祉という二つの観点から、やはり母には固有の否認権を認めた方がいいのではないかと思いついていました。母も父親が誰か分からないことがあるのではないかとか、子にとって財産的な面で誰が一番いいかで父親を選ぶのではないかということもあるかもしれませんが、基本的には、やはり母が一番よく分かっているということがいえるのではないかと。私も、母が父親が誰か分からないというケースを何件か扱いましたが、それは同じ期間に2人の男性と関係を持ったという、かなり例外的な場合ですし、財産的なことも、財産的というよりは同居して養育するという部分が大きいのではないかと思います。

特に今回の無戸籍者を減らすという観点からすると、資料6ページに、78%が夫の嫡出推定を避けるために無戸籍になっていると書いてあります。ということは、母が子が無戸籍にしているわけで、母に否認権を認めなければ無戸籍者は減らないのではないかと思います。そういうことをいろいろ考えると、当然認めていいのではないかと思いついていました。

(座長) 最初におっしゃった2点のうち2点目は、子の利益の観点なので、母は子の利益の代表をするのだということがいえればそれでいいということになるけれども、そうではないということになると、別途考える必要があるという話なのだと思います。1点目の方は、やはり父と母がいて、共同で養育しているからだというお考えですよ。

(●●) それも当然そうなのですが、もっと憲法的な考えというか、24条のような、夫と妻が家庭内のことについて平等に決定権を持つという発想です。

(座長) 父子関係は父子関係だと考えてしまうと母親は関係ないということになってしまうので、平等という発想が出てくる余地はなくなってしまいます。

(●●) はい。そうすると、座長がおっしゃったようなところから平等にということになってくるのだと思います。

(座長) それを言うためには、やはり、母が父子関係と何らかの意味でつながりを持っていると考えないと、母固有の否認権を導くのは結構難しいと思います。

(●●) 現象として、母のイニシアチブで子の訴えが提起され得ることについては大方異論がない状況で、そうすると、結論として、座長が危惧される状況は回避できるのではないかという前提だと思います。ただし、イニシアチブをとって母が否認権を行使するというときに、それは固有の利益に基づいてやるのか、それとも子の利益の代弁者としてやるのかについては議論があり得て、固有の利益を認めることはできるのだろうかということを、今、議論されていたのだと理解しています。ただ、固有の利益があるということであれば、訴訟手続上の取扱いとしては母自身が当事者であるという構成に親和的だろうということになりますが、他方で、母が当事者であるからといって、子の利益の代弁でなくていいのかというのは別途問題にし得る話です。母が当事者であることを基礎付けるために固有の利益はあるのですが、母が当事者となったら必ず固有の利益だけなのかというと、そこはまた別の問題なのだろうと思います。

その上で、固有の利益に基づいて母が当事者となるという考えをとったときに、それが何を意味するのか。親権者として母が代理人となって提訴する場合には、それは親権の行使として、子の利益のために提訴するかどうか、あるいは提訴してからの訴訟遂行についてもしなければならないというのが民法の規律からすれば当然だと思いますが、固有の利益に基づき、親権者としてではなく自ら提訴したという場合には、形式的にはその縛りは無いということになり得るのではないかと思います。その議論をそのまま進めていった場合、母は子の利益を害するような場合でも否認できるのかという問題に帰着するところがあると思いますが、そのレベルで、母が自分の固有の利益があるから、子の利益はともかくとして否認するのだということを認めるかどうかは、非常に大きな判断になるのではないかと思います。仮に当事者として、固有の利益という基礎付けがあったとしても、最終的な提訴の判断や訴訟遂行については子の利益を第一に尊重すべきという考え方があれば、その考え方をとったときには、せいぜい当事者になるのか、法定代理人の方が適切なのかぐらいの問題になり、実際にはあまり違いがなく、そうすると解釈に委ねるという話にもなり得るのではないかという印象を持っています。

ですからこういうことを論ずるときに、どこまでのことを想定して議論されているのかを知りたいと思いました。

(座長) 今の点について、いかがでしょうか。

(●●) 母に固有の利益があり、提訴権者として認めるべきということは申し上げましたが、母には二重の権利があるというか、提訴権者と法定代理人のどちらになるかは母が選び、子の法定代理人としても提訴権者として認められると思っていました。そうではなく、母に提訴権者を認めると、子の法定代理人としては認めないということでしょうか。

そこがよく分かりませんでした。

(●●) 今お尋ねしたかったのは、●●委員の立場を前提にして、固有の利益を主張する立場から提訴する場合には、結果として、それが子の利益を害することになったとしてもいいのだというお考えでいらっしゃるのかということです。

(●●) 今でも父親は子の利益を害そうが提訴は認められているわけですから、同じレベルというか、それよりはましという考えです。それと法定代理人として提訴する場合もあるのではないかと。例えば養育費などでも、最近の子の法定代理人とする場合が多いですが、そういう可能性はあるということです。

(●●) あくまで手続的にどちらを利用するかだけの違いで、法定代理人として提訴する場合と、母固有の資格で提訴する場合で、帰結は変わらないということですか。

(●●) 変わらないのです。ただ、例えば父親への印象とか、そういうところですか。

(●●) 印象というのは。

(●●) 例えば、子どもがやっているのではなくて母親がやっていると思うか。

(●●) 外形的には母がやっていますよね。

(●●) そうですが、法的なこととは関係なく、何となく事件を解決するに当たっての印象というか。

(●●) 多分、先ほどの話だと、具体的な帰結が違うのではないかという気がします。つまり、法定代理人としてやる場合は、子の利益に対する制約がかかるので自分勝手にやることはできませんが、当事者だったら子どもの利益なんて関係なしにできる、父親の場合も同じではないかという理屈だと、特に何の制限もなく、自らの権利行使として否認することはできますよね。

(●●) ただ、法定代理人としてやる場合も、利益相反がないということで認めてしまえば同じことではないかと思えます。

(●●) 個別具体的には、やはり子どもの利益のためにという制約は、親権の行使の問題としてかかると思います。当事者だったら、それをかける理由が当然には出てきません。当事者としてやるのなら、父親が子のためになるうがなるまいが自由に否認できるのと同じ理屈で母のときもいくというのが先ほどの説明だったと思いますが、いくら固有の利益だとしても、やはり子どもと父親の関係に関する事で否認をする以上は、何らかの形で子どもの利益を害さないという制約がかかってくるのではないか。かかってくるのだとす

ると、結論は変わらないから法律構成の問題だけということになるのだらうと思いますが、先ほどのご説明だと、むしろ違うことになるのではないのでしょうか。

(●●) 制約といっても、もう訴訟を提起してしまった場合は、子の利益のためにということではなく DNA 鑑定で決めます。父親が嫡出否認を出してしまったら、子の利益がどうかということは、その調停や裁判ではほとんど関係なくて、DNA 鑑定をして決めるだけなので、恐らく今回もそうなるのではないのでしょうか。

(座長) 今、3 説出ています。提訴権者が誰であれ、子の利益を考慮する必要があるという考え方と、提訴権者が誰であるかによって固有の利益・子の利益が分かれるという考え方と、とにかく提訴してしまえば争えるのだから、母が争えるなら子の利益は実質的には問題にならないという考え方ですね。

(●●) というか、手続の中で子の利益を判断する過程はないのではないかと。手続に乗ってしまえば、あとは DNA 鑑定しかないのではないかと思います。

(●●) DNA 鑑定は決定的なのかもしれませんが、手続法的には、もし母が当事者で固有の利益を専ら主張するという事になれば、手続の中で子の利益をどう考慮するかという問題は当然生じるので、子に何らかの形で訴訟参加させる。子が生まれたばかりで自分ではできないということであれば、その代理をどうするかを手続の中で考えなければいけないということになるのではないかと思います。理論的にはそういう側面がある問題だと思います。

(●●) 今でも父親の否認権行使の場合には、子どもの利益を害するからといって特別代理人などの制度はありませんよね。

(●●) 父が親権者として参加しているのではなく、固有の利益で参加しているから代理人の選任が要らないだけで、母がもし親権者として参加した場合は話が違ってくるのではないかと思います。今おっしゃっている父というのは、親権者としての父ですか。

(●●) そうではなくて、現行法では、父親が嫡出否認の固有の提訴権を持っています。そのときに、子どもの利益が害されるなどということは裁判の過程では全く考慮されず、DNA 鑑定で父親ではないとなれば判決は下されるので、それを考えれば同じことではないかということです。

(●●) 座長が最初におっしゃった問題に帰着するのではないかと思います。父子関係と母子関係を独立に考えて、その後、婚姻があるのならその場合という発想でいくのか、婚姻が先あって親子関係を考えるのかという出発点の違いもあるのだらうと思います。仮に前者の、そもそも父子関係と母子関係は別の関係だということ的前提を考えるとすると、父子関係の否認の場合に、父親が子どもの害にならうがどうなろうが自由にできるの

は当たり前といえば当たり前です。売買契約は無効だというときに、相手方の利益になるうがなるまいが、それは契約の当事者なのだから言えるのは当たり前というのと同じで、父子関係も当事者は父親と子ですから、その前提とされる法律関係はないということについては、相手方がどうなろうが主張することはできます。相手方のことを配慮しなければいけないのは、そもそも父子関係があるとされているからです。ですから、その部分に関しては当然できるのだらうと思いますが、やはり、父と子の関係のときに、なぜ母の固有の権利が与えられるのかという最初の問題に戻ってきてしまうのではないのでしょうか。

(●●) ただ、子の利益を代弁するのに、母親が誰が父親かも知っているし、養育も恐らくほとんどの場合は母がしているとなると、無戸籍者を減らすためには、やはり母に提訴権を認めるしかないのではないかと思います。

(●●) 今の説明は、むしろ法定代理人というかどうかはともかく、子の代弁者として母親は適当だという説明になるのではないのでしょうか。

(●●) そうということなので、場合によっては法定代理人として提訴が認められれば問題ないのではないかと思います。

(座長) 固有の提訴権を認めるのではなく、子に代わって何らかの資格で母が訴えることを認める方向と親和的だと、●●委員はおっしゃっているのですね。

(●●) はい。子どもと全く無関係に、何かよく分からないけれど子の母としての利益があるというよりは、法定代理人というかどうかはともかく、やはり子の利益の代弁者として最も適当なのは母だろうということです。

(●●) そうということですね、はい。

(●●) そうすると、今それほど議論の対立があるわけではない気がします。

(座長) 子の提訴権を認めることになると、いつまで争えるのかという話が出てきますよね。

(●●) 比較法的に見ても、家族に対する考え方がいろいろ変わってきていると思いますが、日本法が使っている嫡出子という概念は、恐らく立法当時の発想としては、父子関係と母子関係が別々にあり、婚姻でつながった場合にというよりは、婚姻関係のある夫婦から子どもが生まれてくるという、婚姻を先に想定した上での関係をいっているのだと思います。そうすると、父子関係と母子関係が二つあるのではなく、婚姻とセットになった親子関係があり、実は二当事者関係ではなく三当事者関係になるのかもしれない。そうすると、父子関係の問題であったとしても、母親は三当事者関係の一端として当事者となり得るという説明はあるのかもしれないと思います。座長が先ほどおっしゃったのも、そう

いう趣旨ではないかと思えます。ただ、先ほど●●委員から発言のあった、「だとすると自由にできるのか」という問題はやはり出てくるのだろうと思えます。

(●●) 母親にも固有の利益があり、母親を否認権者として認めるとすると、今度は、父が子を被告にして嫡出否認を訴えた場合も、母親に訴訟に参加する独自の資格があるのかという問題が出てくるのではないかと思えます。子の法定代理人ではなく、自ら当事者として、その訴訟に参加するという問題も出てくるのではないかと思いました。

(●●) 母親が固有の利益でもって当事者として行う場合と、子どもの利益の代弁者として法定代理人や何かしらの形で行う場合の二つがあり、前者の場合についても、子どもの利益についての考慮要件をプラスアルファすると、ほとんど変わらないのではないかという話だったと思えますが、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。実質的には代弁者としての地位があるかもしれないけれども、例えば母親が父親と婚姻している場合は、母親は法定代理人として参加できないとするのが有力な考え方でして、そうすると、その時点で代弁者としての行使が保障されなくなるので、代わりに固有の利益は何かという話になったのだと理解しています。仮に子どもの代弁者としての母親の地位を機械的に排除せずに、ケース・バイ・ケースで判断するのであれば、あえて母親の固有の利益まで議論として出さなくてもいいのではないかと思っています。

(●●) 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なので、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。

(●●) はい。それから、実際に固有の利益を認めたとして、子どもの利益について全く配慮しなくていいとはドイツ法でも考えられていません。子どもの利益のために行使することは要件として立てるのがふさわしいとされていますが、父親の場合はその要件が全くないにもかかわらず否認ができ、他方、母が行う場合になぜその要件を課すのかについては、やはり説明しづらいというのがあります。母に固有の権利がある以上、父母の平等の観点からいけば、母親の否認権行使にのみ要件を課すことはできないという点と、実際に文言として適切なかたちで表現することが難しかったということから、ドイツ法では母の否認権に特別の要件は設けられていません。確かに、抽象論で書かれていてもピンとこないと思います。ですから、もしかしたら、固有の利益を認めて、プラス、子どもの利益や福祉要件をかけること自体、日本法としてもニーズが少ないといえるかもしれないし、立法論としても難しいのではないかと思っています。

(座長) お話を伺っていると、固有の利益といっても、その中身は一様ではないのだと思えます。親子関係そのものについて固有の利益を持っているのかということと、子どもを親として育てるという場合に、父子関係について、母親も固有の利益を持っているのかという、2段ありそうな気がします。

(●●) そのとおりだと思います。ただ、一つレアケースを申し上げますと、例えば離婚したときに親権を父親に定めてしまった場合、母親は法定代理権がなくなります。ところが、実はその子は夫の子ではなく、それを知った夫が子どもを虐待しているのを見て、別れた母が何とかその子を夫から引き離したくて嫡出否認を考えるという場合は、やはり固有の利益を認めるべきではないかという感じがします。可能性の少ない事案を考えると、そういうこともあると思います。

(●●) 今のケースも、法定代理権の有無で子の代理人であるかどうかが決まるというのであればどうしようもありませんが、子の利益の代弁者としての母親という概念を認めれば、別に固有の利益を認めなくても、子の利益の代弁者としての母親の否認権が認められる可能性はあるのではないかと思います。

(●●) 法文上は、固有の利益があるか、代弁者としてなのかということを書く必要はないのですか。

(●●) それをどうするのかはよく分かりませんが、子の利益の代弁者なのか固有の利益なのかという問題で、子の利益の代弁者といったときに、法定代理とくっつけて考えるのか、あるいは法定代理とは少し切り離して考えるのかというのは、両方とも可能性はあると思うので、先ほどの●●委員の発言に対する答えとしては、子の利益の代弁者として構成しつつということではできないのではないかと思います。

ただ、法文上それが出てくるかということ、法定代理人としての母親や親権者としての母親という書き方をするのであれば、子の利益の代弁者であることは明確になりますが、そうではなく、子の利益の代弁者ではあるけれど、法定代理人や親権者であるかによって決まるものではないという場合には、もしかしたら法文上には明確に表れないかもしれません。

(座長) 法文上「母」と書けば、それで済んでしまうところはあると思いますが、その「母」がどういう母であるかによって、他の規定の在り方が変わってくるのだと思います。●●委員がおっしゃっているのは、親権者ではない母ということで、そのときに、順序としては親権者に変更して親権者として申し立てればいいのだけでも、それをしないで済むように母に提訴権を認めるというのはあると思います。

ただ、それが母に固有の利益によって認められるのか、あるいは子どもの利益を代弁するといっても、常に子どもの利益にかなっているのかという問題はやはりある気がします。そうだとすると、母が否認権を行使した、あるいは行使しなかったという結果を、完全にその子どもに及ぼしていいのか。子どもは子どもで一定の年齢になったら争えるという道を開いておくのか、開いておかないのか。「母」と書いてあるけれども子どもは別途争えるということになると、この「母」は何のための母なのかという説明が必要になってくるのではないかと思います。

(●●) 何らかの形で母親が否認権を行使できるようになると、実務上、どういう使われ方が一番予想されるかという、離婚する前に先に否認しておいて、父親が親権者にならないようにして、それから離婚するという使われ方ではないかと思います。

それから、母親が親権者になって離婚して、それから否認するということもあるでしょうし、父親が親権者になって離婚して、後で母親が虐待などのケースで嫡出否認で父子関係を否定したり、自分が親権者になって父子関係を改めて否定したりという使われ方が考えられます。父子関係を否定する理由としては、自分が養育権を得たいとか、父親ともう関わりたくないなどということが考えられます。それと引き換えに子どもは父親から養育を得る利益を失ったり、相続権を失ったり、さまざまなパターンがあると思うので、どうい場合を思い浮かべて、どのように議論したらいいかというのが難しいです。

(●●) 養育費と相続ぐらいでしょうか。

(●●) 実務上は多分そうですが。

(●●) それから、無戸籍の場合は、何かするときは、母親が子どもを特定して提訴する以外ないですね。

(●●) 事実上はそうです。母が親権者という形で、認知などを求めるときにはそうしていると思います。

(●●) それも、固有でなくても、親権者でもいいということですか。

(座長) 無戸籍で、例えば 300 日の推定が及んでいるときには、無戸籍であっても母親ということが証明できれば親権はありますよね。そして、父親にも嫡出推定は及んでいるのですよね。

(●●) 一応は及ぶのでしょうけれど、届け出がないから出てこない。

(座長) しかし、婚姻状態にあるのだから、母が特定できれば父の親権は当然存在するのではないですか。そうならないと思って戸籍の届出をしないのだけれども、それは母親の側の幻想であって、実体法上は推定は及んでいますよね。話を戻すと、母親はおっしゃるように争うということでしょうか。そうだとすると、どのように議論するのがいいか。

(●●) 問題が錯綜していると思います。そもそも、子の利益の代弁者なのか、固有の利益があるのかという問題も、子の利益の代弁者イコール法定代理人という形で考えれば比較的きれいに切り分けができるのですが、法定代理とセットにしないと、外にはみ出した部分、子の利益の代弁者であるけれど法定代理にはよらない場面と、固有の利益による場面が外形的に本当に区別できるものなのかという問題が出てくると思います。

それから、この問題だけなら抽象的な議論で終わるのかもしれませんが、議論しにくい

と思うのは、やはり権利行使の期間制限の問題がセットになっていることです。母親の固有の利益だとすると、これは別物なのだから母親の期間制限の話が子どもに及ぶわけはないということは言いやすく、子について独自の権利行使の起算点と期間を考えやすくなります。他方で、子の利益の代弁者なのだという点をあまりにも強調すると、母親の権利行使の期間は子の権利行使の期間と重なるので、なぜそこを切り離して後でまた起算点と一定の期間が考えられるのかという問題に答えにくくなる気がします。どの部分も、一義的にきれいに論理構造が進んでいくわけではなく、曖昧な部分を残した形で全体が複雑に絡み合っているのではないかと思いました。

(座長) 今の点は、やはり、実質的に後で子が争えるようにするかどうかというところが大きいですね。それについてはいかがですか。

(●●) 子ども自身が独自で争えるかという話の一つ前のことを聞きたいのですが、子どもに否認権を認めるとしたときには、要件は何も課さないということですか。例えば「血縁上の父の認知を受けるために、子に否認権を認めることが考えられる」と書いてあったとして、子どもが否認権を行使するときに限っては、何かしら要件を求めるという発想ではないということですか。

なぜこれを聞くかということ、子ども自身であれ、母親が代弁者としてであれ、否認権が行使されると、父子関係が切れることによって子どもは養育者を失い、扶養や相続を受ける権利はなくなりますが、特に未成年子の場合、誰かからの扶養を受けることは非常に大きな意味があるからです。例えばドイツ法では、母親が別の男性と婚姻することを要件として課している時期もあったので、そのような要件を課するという発想になるのかどうかか気になりました。子どもの利益のために否認権を行使できるというときに、当事者だから漠然と否認権があると考えていいのか、内容や要件を詰めなくていいのかというのが気になります。

(座長) 今おっしゃっているのは、母ないしは母以外の特別代理人などが、子の利益を代弁する者として訴訟を提起する場合の話ですね。

(●●) はい。

(座長) 子ども自身が後で争うというとき、例えば成年に達してからとか、あるいは15歳以上になってから一定期間争えるという場合には、無制限でいいのですよね。

(●●) そうですね。

(座長) そうではなく、誰かが子どもに代わって争うときには、子どもが養育と相続を失うという効果が生じるので、一定の枠をかける必要があるのではないかと、それが例えば母の再婚ということですね。

(●●) そうです。必ずしもそれが必要なわけではないと思いますが。

(●●) 母の再婚や認知を要件とすることは、ちょっと考えにくいと思います。それは、母が経済的に貧困に決まっているとか、母1人では養育できないということになりますし、結婚や認知をするというのは全く別の話なので、そこを要件にするのは釈然としません。

(座長) というよりも、父がいなくなるのが問題だということをおっしゃっているのだと思います。代替りの父がいるのであれば父Aと父Bは比較しない、とにかく父がいて相続と養育の可能性があればいいと抽象的に考えることはできるけれども、代替りの父がいないと相続権と扶養請求権が失われることになる。それでいいのかということであって、母の経済力とは別の話ではないかと思います。

(●●) そうです。

(●●) しかし、それを要件にすることによって結果が変わるわけですね。

(座長) そこは難しく、前回の話とも関わってきます。300日についていうと、母が再婚して、そんなことによって再婚の夫との間に父子関係が生じるということになれば、そもそも問題自体が解消して、そこについては考えなくていいということになります。後を考えなければいけない場合はどのような場合かということになるわけです。

(最高裁) 今の話は、否認権行使をどのようなものとして考えるかという根本的なところと関係している気がします。今の父の否認権というのは、嫡出推定制度で父が定まるけれども、1年間に限り、血縁がないなどの事由で父でないことを主張して外れることを認めるという制度で、そこでは、おっしゃるとおり、父子関係を維持する必要があるかどうかはほぼ考えないことになると思います。それと同じような形で母に否認権を認めることになれば、父子関係を維持する必要があるかどうかは関係なくなってくると思うので、今の否認権制度と同じようなものとして否認権を認めるのか、全く別のもとして否認権を認めるのかという根本的な考え方を整理しないと、その辺は要件立てができないのではないかと思います。

(座長) おっしゃっていることはそうなのだろうと思いますが、ドイツ法は、父の側からの否認権と母の側からの否認権を同じに考えていないわけですね。母の側からの否認権については、子の利益について一定の配慮をする。

(●●) 配慮するという形をとろうとしていたのですが、現行法下では、立法上は明文化できなかったもので、規定上は全く同じになっています。母親が子どもの利益に配慮しているかどうかについては、主に否認期間と起算点において考慮されています。一方で、父親の否認権の起算点も、子どもの出生を知ったときからではなく、父親ではないという事情を知ったときを起算点にしているのです。さまざまな事情を踏まえて、子の父親のまま

いるかどうかという判断をした上で否認権を行使するかどうかが決まっています。

(座長) 父親の起算点は同じで、知ったときからなのですよ。

(●●) はい。同じです。ですから要件は全く一緒です。

(●●) 今、最高裁の関係官がおっしゃったことについてですが、現行の父子関係の嫡出否認というのは、嫡出という親子関係から子どもを排除するための一種のオプションで、そこでは子どもの利益は最初からないのだと思います。この制度と同じように母親が嫡出否認できるとすると、子の利益は関係なくていいということになってしまうのだからと、今、お聞きしていて思いました。

(最高裁) ですからそこは、子の利益は関係なくていいという形での否認権を母に認めるのか、今の否認権とは別の形で、しかし父子関係を否定するという否認権にするのか、その考え方を整理しないといけないのではないかとということです。

(座長) そこが、子自身が訴える場合と、子に代わって母が訴える場合で同じなのかどうかというのが先ほどから出ている問題だと思います。期間の問題は別にして、子どもが争うのであれば、それは父の側と子どもの側で平行なのだから、子どもとしてはどのような理由があろうと嫌なものは嫌だということでも争えるかもしれないけれども、母が訴えるときにはそうではないのではないかとということです。

●●委員がおっしゃったのは、子どもの利益のために母が訴えるという前提に立つと、子どもは自分の利益を自分で判断して自由に処分できるけれども、子どもを代弁する人は子どもの利益を考えなければいけない。それは現に子どもが思っていることとは違うかもしれないということです。

(●●) そうであるかもしれないので、それを要件として定型的に定めるのか、母親は子どものことを一番よく知っている人なので、取りあえず子どもの利益としてフリーハンドで代弁できるという形で定めるのか、どちらなのかということです。

(座長) ドイツもフランスも、子どもは自分で争えるのですか。

(●●) フランスでは争えます。

(座長) 期間制限はどうですか。

(●●) あります。フランスでも制度が幾つかありますが、期間制限は最大10年で、起算点は主観ではなく客観で、多くの場合、子どもが出生してから10年、その後、子は成年に達してから10年です。

(座長) 結構長いですね。

(●●) どちらかというと、真実に一致させる、生物学上の親子関係の存否を明確にするという考え方があるのだと思います。期間は、身分占有がない場合は10年で、身分占有がある場合は5年です。

(●●) 子が成年に達した後も、身分占有がある場合はひっくり返すことはできないという仕組みですよ。

(●●) そうです。その場合は、争うことができるのが、検察官のみなどと、制限はかかります。

(座長) 明確に子どもが争わないという意思を表明していないとしても、親子関係の外観が続いていれば、身分占有によって訴権は否定されるということですね。

(●●) フランス法では、子どもの提訴権を認めないことをどのように説明していたかという、たとえば写真のネガとポジの関係だといういい方をしていました。夫に父親になる義務を課して、夫は父親として子どもを育てる。その反面として、子どもは彼を父として受け入れるべきだということで子どもの提訴権がないことを説明していたのです。その後、子どもの提訴権を認めるようになった背景には、児童の権利に関する条約の7条、出自を知る権利の関係が相当働いたのではないかと思います。当時から7条との関係で議論はされていました。ただ、ドイツは出自を知る権利をすごく強固に受け入れたという気がします。フランスはドイツほどではなく、そこは身分占有という形で、比較的上手に左右に逃げる余地を作っていた気がします。現在も身分占有を使うことで、ある程度柔軟にカバーできているのではないのでしょうか。

日本法は身分占有がないので、露骨に争わせるということになりますし、DNA鑑定もフランスのように裁判外では刑事罰をもって禁止しているわけではなく、簡単にできるので、調べてみて覆ってしまうリスクは非常に高いと思います。

(座長) 提訴権に制限をかけておかないと、そうなりますね。

(●●) 今日の後半の第3で、否認権の行使期間の話が出てきますが、仮に代弁者としての母の起算点が問題になったとして、現行法では、夫の否認権行使の起算点は子の出生を知ったときからか、父子関係に反するような事柄を知ったときからになっています。母親の場合は、ほとんどの場合は別の男性が父親であるということが分かっていたと仮定すれば、現行法を維持したとしても、改正提案のような形で別の案をつくったとしても、實際上、ほぼ起算点は子どもが生まれたときになるのでしょうか。そうすると、子どもの利益を代弁する母親が否認権を行使する場合に、子どもが生まれて1年や2年の間でしか否認権を行使できないとなると、やはり子ども自身がもう一度争う機会は保障した方がよさそうではないですか。

(●●) 今のご指摘の部分に関しては、出生を起算点にすればいいと思います。ただ、母親だったら関係はよく分かっているのだからということであるという主観的起算点で1年などという発想になると思いますが、その部分も、固有の利益を認めるのか認めないのかで、子どものためということになると、あくまで客観的起算点として、出生のときから3年間という立て方はあるのだろうと思います。

その上で、私が提出した資料の中でも、子どもに関しては独自の否認権を認めるということは書いたのですが、よくよく考えてみると、やはりちょっとよく分からないところがあります。子どもと父親は、両当事者という一つの法律関係の状態にあるので完全平等でいいと思うのですが、つまり相手方の利益などを考えずに「会いたい」と言えばいいと思うのですが、一方で、成年に達してから否認権の行使を認めるとなったときに、父親の方は、どの案をとったとしても、生まれてから1年なり3年という結構短いところで否認権の行使ができなくなり、その後、現に18歳まで子どもを育ててきたという事実が全く考慮されないというのは、恐らく現行法772条の、一定の安定した親子関係があれば、血縁上の関係はなかったとしても法的に親子と認めるという思想とは少し違う、より事実主義的な親子関係を選択することになるのだろうと思います。そういう意味では、具体的な違いというよりは、基本思想の問題が出てくるのではないかという気がしています。その部分は、自分の案を見ていても、二宮先生の案を見てても、まだ掘り下げが足りないのではないかと思います。

(座長) 未成年の間ずっと育ててもらって、それでも否認していいのかということですね。未成年の間ずっと育てていない父親が認知することについては相手方の承諾が要するのに、育ててくれた父親に対する否認は一方的にできるのかということをおっしゃっているのだと思います。

●●委員がおっしゃったように、これを条文で書くときには、何らかの書き方がされて、それについていろいろな説明が施されることになるのだろうと思いますが、その説明の仕方は、父子関係と母の関係をどのように考えるのかということと、父子関係自体について、血縁に従っていることを常に貫徹する必要があるということに関係しますね。嫡出推定制度は元々常に血縁を貫徹する必要はないという前提でできていると思います。

具体的な要件を考えていくときには、先ほど●●委員がおっしゃったように、どのような形でこれが使われていくのかということも念頭に置いて考えなければいけません、●●委員、要件として子どもの利益を書かれても、実際にこれを判断せよと言われても困りますよね。

(●●) そうですね。そこは非常に難しい判断を迫られるし、何を材料として判断するのかという問題もあります。例えば期間制限の問題でも、成人になってからというのと、出生から二十数年という経過がありますから、その中でどう定めるのか。資料の散逸なども考えなければいけません。非常に難しいところだと思います。

(最高裁) 裁判になった場合に、DNA鑑定が出てきて血縁関係がなかったというケース

で、子の利益というのが別の要件として定められていたときに、それを裁判官がどのように判断するのかという問題があります。DNA鑑定で血縁関係がないことは分かっているけれども、子の利益に反するから否認は認めないという判断を、今の時代にどれだけできるのかというところも実務的には難しくなってくる気がします。

(座長) そうではないということになると、やはり入口のところを定型的に絞るということになるわけですね。現在はその定型的な絞りがきつ過ぎるので、いろいろな形でレアケースが出たときに、この結果でいいのかということが問われるのだけれども、定型的にやる以上は、緩めてみても、やはりこの結果はおかしいと言われるケースをなくすことはできないだろうと思います。

(●●) 実際にどのように使われるかですが、私が事件を受けている嫡出否認のケースでは、母親から相談を受けるのです。しかし母親には否認権がないから、仕方がないから例えば法テラスに、相手にやらしてもらっただけけれど、一応母がやるから決定を出してくださいとお願いし、全部こちらで書類を書いて、「お願いだから裁判所に送ってください」と書いて送って、それから委任状を追完してと、すごく面倒くさいのです。それが、母親に否認権があれば簡単に済むという話です。家を出て他の男性の子を妊娠して出産したけれど離婚は成立していないという場合に、離婚は受けられるけれども嫡出否認は受けられない。同居中に妊娠したということになれば推定も及んでしまって、面倒くさいことをやらなければならないので、できればそれを外したいというぐらいの感覚です。

(座長) 他にいかがでしょうか。

(●●) 誰が否認できるかという範囲の話で、血縁上の父というのは議論しておかなくていいのですか。

(座長) 4 ページの 3 で「利害関係人に否認権を認めるべきか否か」というのが挙げられています。これについてはいかがですか。

(●●) 實際上、血縁上の父にこそ否認の必要性がある場合があるだろうことは分かるのですが、それをどう理論的に根拠づけていくのかは説明が難しいです。

(●●) 母もしたくない、推定される父もしたくないけれども、血縁上の父だけがしたいという場合ですね。

(●●) そういう場合を実務的にご覧になったことはありますか。

(●●) 私自身はありません。委員会などでは、そういう場合もあるのではないかとという意見がありますが、それもまだ考えが整理されていません。私も、最初は血縁を重視するという考えが強かったので、血縁上の父を認めてもいいのではないかと考えていました

が、血縁上の父に認めてしまうと、むしろ子の利益に反する場合が出てくる気がします。

(●●) 先ほどの母に固有の利益があるのかという話と関連して、血縁上の父も、その後自分がその子との父子関係を成立させることができないから、すでに成立している父子関係を否定する必要があるという意味では、あるのかもしれないです。

(●●) その場合、認知を前提にすることはあり得るのかもしれないですね。

(●●) 何かその要件を課さないと、全く関係ない人が父子関係を否定してくるということになる。一番怖いのは、壊すだけ壊されてしまって、責任は負わないということになることです。

(座長) 血縁上の父というのは、自分が主張立証するので、そこは法的な父子関係を認めるのでしょうか。そういうことを含めないと、既存の父子関係を切り離すだけになってしまう。

(●●) 利害関係人で、少なくとも夫の推定相続人など、この種の財産法上の、特に相続の期待権のようなものは、まず取り込まない方がいいと思います。血縁上の父というのは身分関係という点では強いので、ある意味で当事者性があるといってもいいのかもしれませんが。ただ、これに固有の権利を認めるというのは、父も母も否認権を行使するつもりはなく、離婚もせず円満な家庭があり、父子に血縁関係がないことを父も母も分かっているけれど、これでやっていこうと決めているときに口を出されたら結構大変なので、慎重に判断した方がいい気がします。もう母親が離婚して新しい家庭を築こうと思っているのなら、母からの否認権でもいけるわけですし。そうであるにもかかわらず両親も子どもも否認権を行使しないときに第三者が入ってくるというのは、それほど当たり前なことではないのだろうと思います。血縁主義を貫けば当たり前なのかもしれませんが。

(●●) フランスは認められているのですか。

(●●) はい。

(●●) ドイツも認められていますが、元々、血縁上の父が自分たちの親である権利を憲法上保障してほしいという議論から始まっているので、それにあわせてどこまで実務上のニーズがあったかは十分に把握していません。制度上の立て付けも、生物学上の父であることが明らかになっていないといけないことになっているので、嫡出否認をすると同時に父性の確認が行われて、かつ、その人がこれまでの法律上の父親として交代で登場してくる場面を想定しているので、壊すだけのクラッシュ的な形では登場することはできません。そもそも、嫡出家族がある中で第三者として血縁上の父が介入できること自体、かなり危惧されていたので、制度上は認められていても、実際どこまで使われているかは、まだ十分に私自身は把握できていません。要件としても、婚姻上の家庭が破綻していない

ことが要件になっています。つまり、社会的家族関係がある場合はそもそも否認権が行使できないということです。母親の否認権を認めれば一定程度ニーズはカバーできるので、あえて生物学上の父の権利だけでしかできないことは、それほどないと思います。

(座長) 日本的にいうと、そういう場合に推定が及ばないという感じですね。推定が及ばない場合に直接認知できる。つまり、そこには嫡出推定によって保護される家庭の利益はないということになる。

(●●) そうですね。外観説的な意味での「推定が及ばない」ではなく、争っている時点で社会的家族関係がないことが要件になっているので、家庭破綻説的なイメージだと思います。

(座長) フランス法では、血縁上の父というのは、どういう扱いですか。

(●●) 縛りはありません。父と母と子と生物学上の父という形で、仮に身分占有があっても、5年間は4者が同じような形で親子関係を否認することができます。5年たつと検察官のみになります。社会的関係がないときは10年に広がります。

(座長) ドイツ法では、いわば父親が入れ替わる形になるわけですが、フランス法ではそこはどうですか。

(●●) 真実の親と主張する者が否認権を行使できます。

(●●) 真実の親と主張する者が否認権を行使し、それが認められて父子関係が否認されると、その後はどうなるのですか。

(●●) 多くの場合は、その後、認知をするための前段階としての否認権行使です。

(●●) 認知が別途必要なのですか。

(●●) 手続としては必要になります。

(●●) 認知しないと、壊しただけになりますね。

(●●) 実務がどうなっているかは分かりませんが、条文上は要求されていません。要件にも、子の利益などということは書かれていません。

(●●) 主張の裏付けも特に必要ないのですか。

(●●) 証拠として、主には血液鑑定やDNA鑑定が行われます。

(●●) しかし、父であると主張する者が否認の訴訟をして、DNA 鑑定をするのは今の父親と子どもの血縁関係だけで、原告である者の DNA 鑑定を行わなくても父子関係は否認できますよね。ということは、自分が父親なのだと言えばいいだけで、最初のところで原告が誰かについては制約がかかっていないのと同じことになりませんか。

(●●) おっしゃるとおりですが、真実の親と主張するときに何か証拠を求めるという説明はなかった気がします。

(●●) そのときに DNA で父子関係があることをいわなければならないのなら、もう相手の否認すべきものは否認されているということになります。

(座長) それだと極端な話、夫の推定相続人でも、自分が父であるという主張ができてしまいます。

(●●) 何でもできますね。

(座長) ドイツ法の考え方は、考え方としては分かるけれど、フランス法はすごいですね。

(●●) 以前はもっと狭かったのです。

(●●) 前が狭かったといっても、今は広過ぎるでしょう。

(座長) 私たちが勉強した、かつてのフランス親子法と全然違いますね。こんなことでいいのかという気もしますが。

(●●) 訴権の濫用のような、不当な目的があると却下するというものもないのですか。

(●●) そういうことも民法の条文にはありません。

(●●) 自分もある種の当事者なのだから権利行使できるとなったら、権利濫用を切るのは難しいです。

(●●) 実際には血縁上の父ではないにもかかわらず、単に相続したいという理由だけでそういう主張をするという例は、実際にはあまりないのでしょうか。

(座長) しかし、もし仮にそういうことが認められるのであれば、それは権利濫用だと言わざるを得ません。

(●●) そこまで全て明らかになれば権利濫用だと言えますが、明らかになる仕組みが否認訴訟の中にあるのかどうかの問題ですよ。

(座長) ●●委員がおっしゃったのは、それを検討する必要があるかということでした。

(●●) もう一つ気になるのは、例えば母親が死亡してしまい、母親に代わり、何らかの理由で血縁上の父が否認権を行使できないかとなったときに、母親が再婚していればその夫と親族関係があるので、どうなるのだろうかということです。それから、人事訴訟法41条1項と現在の嫡出否認の関係で、父親が死亡したときの三親等なり親族とありますから、これと平行に母親が死亡した場合どうするのかという議論があって、そこでまた血縁上の父はどうなるのかという問題があるのではないかと思います。この場合は、血縁上の父は三親等内の血族には入りませんが。

(●●) そうすると、認知の問題まで手を広げて考えておかないといけません。認知を要件にかけても、自分で認知しておきながら無効主張できるというのが現在の判例法理です。だから、認知して父子関係を主張することを要件にかけて、血縁上の父親だということでも請求権を認めたとしても、夫との父子関係をクラッシュだけして後で自分の父子関係も否定するというのも論理的にはあり得ますよね。

(座長) つまり、認知無効の訴えをふさがないといけないという話ですか。

(●●) はい。確か前々回では、嫡出推定も認知も、それにより父とするという形で統一的にするかという議論があり、今はその話は取りあえず置いて嫡出否認のことだけ議論していますが、血縁上の父の提訴権を認めることになると、血縁上の父のつくり方についても当然絡んでくるように思います。

(座長) 絡んでくると思いますし、今日の資料にある二宮先生の提案も、認知無効まで含めてということなのだと思います。ただ、今の話は、任意認知だと後で無効を主張されると困るので何らかの対応が必要だということですが、先ほど●●委員がおっしゃったような、裁判で争われる形で新たな父子関係が決まるということになれば、差し当たり、そこで切ってしまうことは可能ではないかと思います。

(●●) 裁判認知となれば、既判力の力がありますから、それは可能です。

(座長) いずれにしても、広く認めることになったときには何らかの線引きが必要で、それは身分占有というわけにはいかないの、やはり期間制限を設けることにならざるを得ないのだと思います。期間制限を設けたときに、●●委員がおっしゃったのは、子どもだけ、成年に達した後なお争える形でいいのかということです。ドイツも、成年に達した後、争えるのですよね。

(●●) 争えます。子ども自身が父性に反する事情を知ってから2年と、さらに、今ある父子関係の効果が自分にとって苛酷なものであると認識したときから2年です。

(●●) 苛酷なものであるというのは、期間制限だけではなく実体法上の要件も加わっているということですか。

(●●) そうです。例えば、父親がとても暴力的な人であるとか、犯罪者であることが明らかになったときなどが想定されています。

(●●) 成年に達してなのか、15歳になってからなのか分かりませんが、もう一度、子ども側からの否認権を認めるとして、期間を短くしても自由にできるのだとすると今の問題は残ってしまうので、さらに付加的な要件を加えるのかどうか。認めるとした上で付加的な要件を加えるのか、あるいは一定の要件がある場合にだけ15歳あるいは18歳以上の提訴権を認めるのか、そこを議論しないと駄目ではないでしょうか。

(座長) しかし、子どもの利益の観点からその立法をすると、養子についても、代諾縁組をひっくり返さなければいけません。あれも昔からおかしいと言われていました。

他にいかがでしょうか。実質的には、一定の要件をかけても、15歳あるいは18歳になってからひっくり返せる方がいいのでしょうか。

(●●) これは10年ほど前のものなので、自分が当時、何を考えていたのかも分かりませんが、今でも認めた方がいいという感じはあります。ただ、その「認める」というのが、父親や母親からの否認権と実質的には少し性格の違うものになっているのではないのかという気がしていて、特別養子の議論を蒸し返すようですが、ある種、子どもの方から親と縁を切る仕組みを用意するという側面があるのではないかと思っています。そうだとすると、何の要件もなく当然に当事者の一方だから簡単に切れるとっていいのかどうかというのは、やはり少し迷います。認めなくてもいいというよりは、認めつつ、何らかの制限をかけていくということが考えられるのではないかと思います。あまり確信はありません。法制審の場で議論が終わったというだけで、法制審の総会は通っていないし、まだ法案も提出されていない中で、そことリンクさせるのがいいのか分かりませんが、似たような問題が背後にあるのではないかという気はしています。

(座長) 実務的にはどうなのでしょう。無戸籍の話とは別に、成年に達した後に子どもも争えるということにしておくと、血縁上の父子関係を尊重するという理念上の要請は満たされるけれども、それは全体としてプラスの話なのか、マイナスが大きいのかということについて、皆様のご感触はいかがですか。

(●●) 法的安定性からすると、疑問の方が大きいかもしれません。

(●●) 子どもには出自を知る権利がありますし、血縁上の父を慕う気持ちもあるかも

しれないので、全く認めないのもどうなのかという気はします。どこまで血縁を重視するかという問題ともつながってくると思います。

やはり、父親も母親も、なあなあで来ることはあると思うのです。期間制限があるので、1歳から3歳ぐらいまでしかできない話ですし、その後、やはりうまくいかないというときに、子どもにまだ争う権利があるというのは重要なことだと思います。ですから、子どもが一定の年齢に達した後に争うということは当然認められるのだろう、拡大する方向なのだろうと思っていたのですが、まだ考えはまとまっていません。

(最高裁) 成人に達した後に、子どもが否認することになった場合の心情的なところは別として、法律上の影響として考えられるのは、恐らく扶養義務と相続の関係だと思うので、その点をどう考えるかということではないかと思います。

(●●) それは、親に対する扶養義務ということですか。

(最高裁) そうです。両方ありますが。

(●●) それについては、先ほど●●委員がおっしゃったように、ある程度育ててもらったにもかかわらず、大人になってから扶養義務を負いたくないので親子関係を切るというのは、私としては違和感でしかありません。ただ、父親の場合は、子どもが生まれても自分が扶養したくないと思えば終わらせることができるのに、子どもには育ててもらった恩を感じるというのも何か変ですし、あくまで当事者であるのであれば、自分の親子関係を否定する利益を、その理由から全く排除してしまっているとは考えづらいです。

(●●) 育ててもらった恩という話をし始めると、あれは恩ではなくて当然決まったことなのだからという説明もあると思います。育ててもらった恩があるから否認できないというよりは、一定の期間、否認権が行使できない状態でずっと継続してきたと。それは単に否認権が行使できないという消極的なニュアンスだけではなく、772条が持っている仕組みというのは、身分占有まではいかないかもしれないけれども、一定の期間を経て親子関係はつくられるという発想なのだとすると、取りあえず18歳になったからといって、血縁関係がないので切ると言えるかどうか。そのときに、切ることによって生まれる効果として最高裁の関係官がおっしゃったのは、扶養関係がなくなることだと。しかし、これは未成熟子の扶養関係ではなく、成年親子の扶養関係なので、恐らくそれほど深刻な話でないとなると、あとは相続の話だけですよね。そうすると、それは死んだときの話なので、それだけのものを認める必要があるかどうか。

(座長) 効果はいつから生じるのでしょうか。

(●●) 既に発生していた相続はどうするのかという話もあります。

(●●) そうですね、否認だから、さかのぼってですね。

(座長) 理屈の上ではそうですね。しかし、さかのぼって発生してしまうと困ることがありますよね。

(●●) 相続もそうですし、消滅時効はあるとは思いますが、さかのぼって育ててもらったときの不当利得とか。

(座長) しかし、相続は覆りますよね。

(●●) 私が家裁で関係した調停で台湾の人の案件があって、台湾では、離縁するとき、親に対して、それまで育ててもらった間の金銭的なものを弁償しなければいけないのです。それに近い発想なのだろうと思います。もう一つ気になるのは、国籍がひっくり返ってしまうという問題も出てくるのではないかということです。本人がひっくり返していいということなのか、その辺はよく分かりませんが。

(●●) 具体的にどのように考えるかというところまでは詰められていませんが、場合によっては、やはり遡及効を制限することは考えざるを得ないのではないのでしょうか。

(座長) 台湾法では、養子縁組を解消すると不当利得の返還請求権があると思います。それはそれで一つの考え方だと思います。育ててもらったという従前の関係はそのままでも利益は得ておいて、将来に向けて解消しますという話だと、余計に抵抗感がある気もします。

(●●) 先ほどのポジとネガの関係ですよね。フランスでも、このところ一気に血縁主義的な方に広がっていったことについて、批判は強く、たとえばアラン・シュピオがこうやって強く批判しています。彼は、産業化時代・機械化のときに労働者階級の身体状態に襲いかかった猛威に対し、労働法という形で労働者を保護しなければいけなかったことと対比して、その類似性を言うのです。DNA鑑定で生物学的真理が分かってしまう方向へ行っているけれども、これはやはり法によって人間を保護しなければいけない。それはかつての労働者保護の問題と構造的に似ているけれども、実は深刻さはそれを超えている。諸個人の精神的なバランスの問題、人々のアイデンティティを今われわれは科学的な観点で危うくしてしまっている。人間のアイデンティティこそもっと法で保護しなければいけないのに、フランス法はおかしくなっていると批判しています。ですから、フランスの中でも、血縁主義へ揺れたことに対する意見は相当あるのだと思います。

(●●) 今、ここで問題視されている事柄は、例えば認知無効の場合については既に一定の議論があるということなのではないでしょうか。あるいは、期間制限や、育ててもらった場合にはその恩をどう考えるかということは、認知無効の場合でも問題となり得るのでしょうか。

(座長) もちろん問題となり得て、認知無効の期間制限をすべきだというのが●●委員の一貫した意見です。現在は権利濫用などの形でアドホックにはできるけれども、定型的にできていないので、定型的にやるべきだというご主張だと思いますし、そのようにしているところもあるのだらうと思います。他方で、現在は少なくとも認知無効は制限がかかっていないので、覆ることがあって、現行法の下ではその後どうなるのかという問題がありますが、何かそういうことに実務的に遭遇したことはありますか。

(●●) ありません。

(最高裁) 認知をした父が死亡した後、相続人の一部により、ある子が認知されているということが争われて、認知無効を確定することにより相続人の範囲を確定したいという形で認知無効の訴えが提起されることは時々あると思いますが、遺産分割と離れて認知無効が問題となったときに、その後の処理をどうしているかというところは、実務上の経験はありません。

(●●) 過去にさかのぼった相続が普通になされていたときにどうなるか。相続人の資格はないですね。

(●●) ないので、やはり不当利得か何かになって、地裁の事件としてやることになるのではないのでしょうか。無効が確定すれば、あとは純粋に財産の問題として、地裁で不当利得返還請求をするということになるのではないかと思います。

(座長) そうでしょうね。

(●●) 実際に訴訟はあるのですか。

(●●) 私は経験がありません。

(座長) 父が代理人として行った法律行為の効果は覆るのでしょうか。

(●●) 基本的には、やはり、さかのぼって無権代理行為になりますよね。無権代理行為であることを前提とした上で、本人が追認するか、何らかの手当てを考えるという形が民法訴訟の説明になるのではないのでしょうか。

(座長) 原則はそうならざるを得ませんよね。

(●●) しかし、あまりそういう話は聞きません。

(座長) 成年時までの親子関係は仕方がない。父親が嫡出否認で争っていなければ、それが蒸し返されることは原則としてないけれども、成年になったら、自分で自分の出自を

調べて、一定の期間は親子関係を覆すオプションを持っているということになるので、何か手当てをしておかないと一定の法律関係が覆ることになるわけですね。それで遡及効を制限するというのは、ある意味では覆ることを前提にしているのですよね。

(●●) 過去にさかのぼってまでは覆させないということで、婚姻の場合の取り消しに関しては、その身分関係は基本的には将来効しか持たないという形になるので、親子関係に関しても、少なくとも子からの18歳に達してからの否認に関しては、このように将来効しか持たないのだという仕組みはあり得るのではないかと思います。ただ、その場合は先ほどの、扶養と相続しかないのに、そこまで頑張っただけで否認権を認める必要があるのかという議論になるのではないかと思います。

(●●) 相続でいえば、例えば血縁上の父が実は大金持ちで相続したいということで、こちらは切って、こちらに認知の請求をするという可能性が高いのではないかと思います。

(●●) そこまでストレートに言われると、どうなのでしょう。「18歳まで育ててもらったけれど、あなたはお金を持っていないから、こちらの方がいい」ということですね。

(●●) 子どもの考えではなく、両親の考えとしてあるかもしれません。自分たちには提訴権がないけれども、子どもにやらせるという可能性が高いです。

(座長) それは、母親がもっと早くやれと思いますね。いい父親だからこちらに育ててもらって、相続の局面では、嫌な男だけれども、お金を持っている方に行くという。

(●●) 具体的なケースを思い描けば思い描くほど、慎重に判断した方がいい気がします。

(●●) それこそ、子どもが本当に自分自身の利益で、成年に達してから行使できるのか。相続という面では自分自身の利益かもしれないけれども、その背後に親の意思が反映しているのではないかというときに、最終決断が自分でできるのかというのがあるかもしれません。

(座長) 未成年子の養育の問題はなくなるので、あとは血縁上の父子関係を否定し、別途、新たに父親を定める可能性を確保することが必要かどうかということでしょうか。弊害はありそうですが、遡及効は何とかふさぐ。嫡出推定が及んでいる父親は、養育費も返ってこないことになって、かわいそうな気がします。

(●●) 遡及効がないですからね。

(座長) 嫡出否認保険に入る(笑)。

(●●) 保険商品として成り立つかどうかですよね。保険事項があまりにも多過ぎると。

(座長) 保険事故はそんなにないのではないですか。私たちが若いころ、フランスでは、嫡出推定が及んでいる父の7人に1人は本当の父ではないといっていましたから。

(●●) しかし、テレビで夜の7時ぐらいに「結婚して子どもが生まれたら嫡出否認保険。いざというときのリスクのために」などと宣伝していたら嫌です。

(●●) 私が読んだコロックの議論では、嫡出子のうち6%は違うのだという前提でフランス人たちが議論をしていました。ですからフランス人はすごいと思っていたのですが、大学病院の産科の先生たちと生殖補助医療の議論をしているときに、「フランスではこういう前提で」と言うと、お医者さんたちが首をかしげて「6%というのは少なくないですか、1割くらいいませんか」と言い出したので、日本人も結構、実は夫の子ではないのかも知れません。

(座長) フランス人は、データがあってもなくても、7人に1人ぐらいはいるだろうと思っているのですよね。

(●●) そう思っているのですよね。

(座長) かつては嫡出推定はそういう制度だと思っていたのですよね。

そうすると、認めるか認めないかは難しいけれども、要件をかけることはできるのですか。

(●●) 難しいですよ。成年に達した後で、子にとって過酷な事情がある場合というのも、その過酷な事情というのが特別養子の成立要件のような感じの部分だとすると、18歳に達しているのだから、もう本来の親権に服しているわけでもないという形になってくるのだらうと思います。成年親子で、扶養と相続しか関係がないときに、何をもって要件とするかというのは難しいです。

(●●) それは、母親が法定代理人としてやるという議論とはどうつながるのですか。子どもが18歳になるまで、ずっと母親はできるという。

(●●) いや、母親はもう当然できません。

(●●) 法定代理人としてもできないのですか。

(●●) できません。もう成年に達していて、親権がないので。

(●●) それはそうですが、18歳になるまでの間はどうかのですか。

(●●) 幾つかの案は、父の否認権に関しては、生まれたとき、あるいは子どもが自分の子ではないことを知ったときから2年とか3年、母に関しては子どもが生まれてから2年とか3年で、その間は誰も権利行使できません。

(●●) 子どもも18歳までは自分でできないし、法定代理でもできないということですか。

(●●) そこは少なくとも子どもはできるとしてもいいのかもしれませんが、母が子どもの代弁をできる権利はもう制限されているので、その後、18歳あるいは15歳に達したときに、そこを起算点として今度は子ども本人による権利行使を考えるということだと思います。ただ、本当にそんなに簡単に認めていいのかどうかということが、今、議論になっているのだと思います。

(●●) そういう場合も、実際の運用としては、例えば母が自分の権利はなくなってしまったけれども子どもが15歳になるまで待っていて、15歳になったらすぐに権利行使させるという感じですよ。実際に子どもが15歳になったから自分でやるということは、あまり考えられないので。

(●●) 15歳にするか18歳にするかは、まだ決まっていないと思います。

(座長) ●●委員がおっしゃっているのは、母親は3年たってしまっても、敗者復活戦で子どもが18歳になったときに蒸し返せることになるのではないかとということですよ。

(●●) 使い方としてはそうなるのではないかと思います。たとえ18歳が成年年齢だとしても、子どもがいずれ自分で判断できる年齢になるということと、18歳で本当に裁判をしたり司法アクセスするかというのは別の話です。条文上は認めたとしても、ほとんど使われない可能性もあるので、もしやるとすれば実際には母親の意思ではないかと思えます。

(座長) あるいは、起算点を父子関係がないということを知ったときとすると、50歳になってからという話がありますよね。その問題も非常に大きな問題としてあると思います。

(●●) その「知ったとき」というのも、薄々知ったというときから確実に知ったというときまであるので、その辺の立証の問題も出てくると思います。相続放棄でも、知った日を適当に書けば通ってしまうようなところがあると思います。

(●●) 新聞報道で読んだのは、AIDのケースで、自分の父親として母の夫がいて、ずっと育ててきてもらったと。不貞行為があったわけではないけれども、それほど父親らしく愛情を注がれた感じでもなく、何かずっと違和感があって、30代になって初めて母親に自分はAIDで生まれていたということを知り、その人の中で全てが繋がった。それで、

その後、自分のアイデンティティを明らかにするために親子関係を切りたいと思ったというケースです。

また、私が実際に相談で聞いたケースもふまえますと、これらのケースを考えたときに、二つに問題を分けなくてはいけないと思っています。一つは、子どもの否認権を成年になってから認めるかどうかというノーマルな問題、もう一つは、仮に認めたとしても、AIDの場合にも否認権を行使できるとするのかという問題です。

(座長) 今のAIDの問題は結構重要です。父の側の否認権は何らかの形で封じるわけですが、子どもの側はどうするか。仮に成年に達した後も争えるような制度をつくっておいて、AIDは否認権を認めないのかとなると、どう説明するのでしょうか。

(●●) AIDのケースは、生まれた子どもがそれを知ると、やはりすごく苦しむのです。出自が分からないというのは、父親が誰かわからないのではなく、自分が誰かわからないのです、とその苦悩を語られます。西欧諸国ではもっと昔から、養子縁組で出生証書を書き換えてもとの出生証書を封印するようなことをしていましたから、生殖補助医療問題以前から、もともとわからないことへの不満がありました。その不満と出自を知る権利という概念が結び付いて、DNAで分かるということで、すごいムーブメントになって広がっていったのでしょけれども、それに対して、これは行き過ぎだという、改正されたフランス法に対する反発もすごくある。出自がわからないという苦悩は理解できますけれども、そもそも、嫡出推定は6%は違うのだという前提で世の中は回っているとされた方が、社会全体としてはハッピーなのではないでしょうか。

AIDの問題はAIDの問題で封じておかなければいけない、自然懐胎よりさらに封じなければいけない度合いは高いのではないかとは思いますが、AID児の語る苦悩は、それだけ、DNAで分かってしまうということが人間の生存についてもものすごく深刻なものであるということを示すものです。

(●●) 生殖の場合だけでなく、相続などで自分の父親が誰か調べるに当たっても、父親が分かっていると、本当の父親に対して認知請求をする以外ないという場合も考えられるのではないかと思うと、子どもが涙ながらに嫡出否認をして、こちらの父親を違うとした上で、出自を知る権利の発露として認知請求を認めることも必要なのではないかと思いました。

(●●) 出自を知る権利と認知の話は、普段は重ねて議論するのだと思いますが、ドイツでは、出自を知る権利はあるけれども、認知はAIDの場合どうなるのですか。

(●●) 封じられることになりましたが、出自を知る権利は、自分の父親が誰かということ自体が問題になっています。言い換えると、自分の本当の父親は誰かを知る権利が保障されることと、法律上の親子関係を切ることと、血縁上の父親との間で法律上の親子関係をつくることは、必ずしも同じレベルの事柄ではないということです。確かに一部では、自己の出自を知る権利のために子どもにも否認権を認めるべきという議論もありますが、

他方で、必ずしも自己の出自を知る権利を保障するために否認権を拡大する必要はない、事実レベルとして父親を探索するシステムがあればいいという話もあり、成年になった人がなぜ親子関係を切断したいかということに対して、それがアイデンティティの問題だと思う人もいれば、必ずしもそうではないという人もいるということだと思えます。

(●●) 本当にケース・バイ・ケースですよ。それこそ、いまわの際に「実はおまえのお父さんは誰々なのだ」と聞くと、本当にそうだろうかとすごく悩みますし、本当の父親がまだ生きているとすると、その人との関係を本当は切りたくなくても、調べる方法は認知請求以外に今はないので、出自を知る権利と嫡出否認がどうしても結び付いてくるのではないかと思います。

(●●) 厚労省と法務省で中間試案を作っていた時期は、まだ AID で生まれた子が声を上げていないような時期で、告知がこれほどなされていないという実情もあまり知られておらず、告知がされているように人々が思っていて、告知されているのなら自分が AID で生まれたことは知っているだろうと。そうであれば、公的な登録機関で同意書を残しておけば、それをたどって嫡出否認の訴えに対して立証手段もそろえられるし、それをきっかけに出自を知る権利も考えられるだろうということに進んでいったのだと思いますが、実際にはその告知のところが非常になされていなくて、大きな壁になっているのだと思います。これから、この親子法制研究会で AID の子に関する否認の問題が出てきた場合に、やはり立証手段の問題が必ず出てくると思いますし、そもそも告知がなされていないという問題が非常に大きな問題として出てくると思います。

そこで一つは、AID で生まれた子がどのように考えているか、育ててくれた親をどのように思っているかということについて、ヒアリングする機会は持てないだろうかと思っています。やはり、生殖医療で現に生まれた子どもがどのように考えているかを知るのは一つの考えではないかと思えます。

もう一つは、出自を知る権利は厚労省の案の中に入っていて、民法には入っていなかったのですが、養子の関係や出自を知る権利というのは、民法には基本原則が書いていないけれども、やはりどこかに何かあるような気がするのです。法律上、出自を知る権利というのがどこかにないと、これからいろいろな書類を使ってある個人情報にたどり着こうという人にとって非常に大きな壁になってくると思います。やはり法律に定めがあると、個人情報を非常に入手しやすくなるので、この研究会のどこかで、そういうことを議論できる場を持っていただけたらと思います。

(座長) 告知がされて、証拠類が保全されていれば、親子関係を覆さなくても出自をたどることはできますよね。そのことを前提とした上で、AID で生まれた人に来てもらい、ヒアリングをするというときに、われわれがヒアリングによって明らかにしたいことの中身は何ですか。

(●●) 父親に対してどう思っているかということです。感謝しているのか、それとも、どこか違和感があって否認したいと思っているのか。人によって意見が違って多数決にな

るといけないのですが、本人から聞かないまま決めていいのだろうかとは思いますが。

(座長) 聞く人を探すこと自体はできるかもしれませんが、おっしゃったように、人によって意見が分かれますよね。ある程度の母数を取って調査すれば傾向は出てくるかもしれませんが、誰を呼んだかで意見が分かるとなると、なかなか難しい気がします。何か良い手があればいいのですが。

(●●) オフスプリングの会という、AID で生まれた人たちの団体の何人かと話したことがあります。皆さん、AID で生まれたことを知るとものすごい苦悩を抱えるという点では共通していたのですが、対応は分かれました。出自を知りたいと、いてもたってもいられなくなって、該当する時期の慶應義塾大学医学部の卒業アルバムを全て取り寄せて自分に似ている人を探したという人もいれば、そういうことは知りたくもないという人もいました。ただ、皆さん、口をそろえて、「大変な苦悩を抱えるので、こんな施術はやめてもらいたい」と言っていました。ですから、逆に出自を知らされない権利というのも大事だと思いました。AID で生まれた人の中には、何かの拍子で知ってしまい、それまで幸せに生きていたのに、知った途端にもものすごい苦悩を抱えることになったという人が大勢います。一方、言われて初めてふに落ちたという人もあるようです。人によってさまざまなのでしょうけれども、出自を知る権利のみならず、出自を知らされない権利も大事だと私は思っています。

フランスの親子法の議論の中では、「血縁、DNA は燃えている石炭のようなものだ」という言い方がされます。安易に触ることは非常に危険で、それをどう扱うかは親子法の設計のときに慎重に考えなければいけないということです。

(●●) フランス法では、AID で生まれた子は親子関係を争うことができません。それは、両親が第三者提供精子を利用して子どもをつくることに対して行う同意は、裁判官あるいは公証人の前で行われる非常に固いものなので、その結果、子どもが生まれてきた場合は、いかなる者も親子関係を争うことができないということです。争うことができるとすれば、父母がした同意が真実でない場合、あるいは、子どもが第三者提供精子を利用した生殖補助医療によって生まれたのでないことが立証できた場合のどちらかだけです。フランス法は、他の場面では真実主義をとっていることに比べると、ここは少し違う立場をとっています。

それから、AID で生まれてきた子は、法律上の父と生物学上の父子関係がありませんが、そこでいう生物学上の父子関係がないということは、自然生殖により生まれてきた子について嫡出否認が問題になる場面と同じことを意味するのでしょうか。つまり、両親がその施術をすることに同意して生まれてきているということは、そういう形で子を持つことに両親が同意しているわけで、自然生殖で子が生まれて嫡出否認が問題になる場面と全く同じなのかどうかというのが、問題としてあるのではないかと思っています。ドイツ法では、AID で生まれてきた子による嫡出否認は封じているのでしょうか。

(●●) 封じていません。ただ、未成年の場合は法定代理人が否認権を行使しますが、

そのときに子どもの福祉の要件を満たさなければ行使できませんが、成年になれば一定の要件下で否認権を行使できるということになっています。規定はないので、解釈問題です。

(座長) なるほど。●●委員がおっしゃったような考え方もあり得ると思うけれども、しかし、それは自然生殖の場合と、それ以外のものは違うということになる。今の話だと、生殖補助医療はどちらかという養子縁組寄り、国家が関与してつくったものについては覆させないということなのでしょうね。

(●●) 同意の取り方も日本と違っており、同意の確認がしやすいのだと思うので、直ちに参考になるかは分かりません。

(座長) そこは少し考える必要がありそうです。それから、先ほど発言があった、出自を知る権利をどこに書くのかという問題がなかなか難しいです。民法に書くのだとすると、そもそも戸籍に登録される権利が児童の権利条約にあって、これを踏まえつつ人のアイデンティフィケーションについての原則を置いて、それとの関係で出自を知る権利を置くのが筋のような気がしますが、それは親族編ではないという感じがします。親族編ではないものをここで議論できないわけではありませんが、幾つかのものをセットにして準備する必要があるのではないかという感じもして、検討を要するところだと思います。

●●委員、お待たせして申し訳ありません。

(●●) 私が申し上げたかったことは二つです。一つは、認知の訴えによらなくても出自を知ることができる体制が整備されたとすれば、それは認知の訴えを認めるかどうか、あるいは嫡出否認を認めるかどうかということと、出自を知る権利を認めるかどうかということは切り離して議論できるのだろうということです。

もう一つは、●●委員がおっしゃるように、出自を知ることと法律上の親子関係をどうするかは別の問題だということはあるのですが、しかしながら、例えば成年になっても、自分は父の子どもではなかったということが分かったので一定期間は嫡出否認できるという制度は、法律上の親子関係の非常に重要な基盤として血縁上の親子関係を見ているということであり、そのことはAIDの場合にも妥当するところが相当あると思うので、そのような制度を仮に認めたときに、AIDの場合には封じるのだ、それは両親が同意したからだという説明で本当に通るのだろうかというのは、私自身はかなり疑問を抱いています。

確かに養子縁組の場合は別なのでしょうけれども、それであれば、AIDの場合は特別養子に準ずるようなものだという形に制度を持っていかないと、子どもの視点から見たときに、なぜAIDで同意していたら自分は血縁上の親子関係を法律上の親子関係に反映させたいのにそれが封じられてしまうのかという問題があり、非常に難しい問題だと思いました。

(座長) 今、委員がおっしゃった2番目の問題はかなり難しい問題で、少なくとも一定の説明を付けないと規律ができないと思います。

その他、いかがですか。当事者を呼んでヒアリングしてみるという話がありました。

(●●) オフスプリングの会などで活動している方々は、意見を伺いたいと言えば答えてくれると思いますが、そのような方々が言うことがみんなの代表意見というわけではありません。そのような方々の間でも意見は対立しています。

(法務省) 内容は正確に覚えていませんが、法制審の生殖補助医療部会の時に、有識者に対して、心理学的観点から見た親子関係と不妊治療を受ける夫婦側から見た生殖補助医療についてヒアリングをしていて、その中で、AID で生まれた子どもがどのような形で成長していくのかということについての話をしていたことがあったかと思います。

(座長) 今の話は、当事者を呼ぶのは代表性の点で難しいので、少し当事者から離れた人は呼べないだろうかということですね。そういう人がいれば、ぜひ来ていただいて、間接的な形ではあるけれどもこのように考えているとか、あるいは外国の例でも構わないので、何か調査結果があればご披露いただくということはあるかもしれません。そういう人はいますか。

(●●) ちょっと考えてみます。

(座長) では、それは持ち越しということで、その他にいかがでしょうか。提訴権者は父親だけでは困るので広げるという方向については皆さん了解していると思いますが、やり始めてみると、かなり難しいですね。ドイツやフランスも決めてしまったけれど、本当にそれでいいのかということについては、振り返ってみると問題がないわけではない。かなり問題があると感じている人もいるということのようです。われわれも、制度として然るべきところに線を引くということになると、双方から不満が出ることにはなりますが、立法というのはそういう面があるので、対立する要請がどういうものかについて、さらにご議論いただいた上で、より良い考え方に向けて整理するということではないかと思います。次回も期間の問題を取り上げるので、それとの関係で否認権者の話に戻ることはあっていいと思います。

(●●) 1点だけ。子が成年に達した後に親子関係を否定した場合の効果について、恐らくドイツやフランスでは一定の蓄積があるのではないかと思うので、そこは調べた方がいいと思います。

(●●) 今の効果というのは、遡及効の話ですか。成年に限らないですよ。

(座長) フランスのように5年や10年というのなら、成年でなくても遡及効があるといういろいろ困ることが生じそうですね。

他にいかがでしょうか。

(●●) 訴えということを中心に考えていると思いますが、例えば協議して否認するという制度があり得るのかどうか、協議否認という言葉は変ですが、そこもどこかで議論し

ていただければと思います。

(法務省) 否認権の行使を訴訟に限っているところを見直すかどうかは、次回、案として挙げさせていただこうと考えています。

(座長) その点も改めて次回、議論していただきたいと思います。

それでは、次回は否認権行使の期間の見直しという形で今日の議論を続けさせていただくとともに、その他、父子関係を否認する、あるいは新たな父子関係をつくり出すための方策ということで、訴訟外の方策も含めて議論していただきたいと思っています。

(●●) 最高裁の推定の及ばない子の判例法との関係は、どこで議論されるのでしょうか。

(法務省) それも次回ご議論いただく形でいかがでしょうか。

(座長) 順番や時間配分を考えて、今日扱っていない問題についても一定程度は議論していただけるようにしましょう。

それでは、今日はこれで閉会させていただきます。どうもありがとうございました。