

第7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3月5日（火）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） 定刻になりましたので、第7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開会します。

本日は、研究会資料7に基づき、母子関係ルールの整備について、生殖補助医療に対する精子提供者の法的地位の整備について、その他検討すべき論点についての3点について議論します。

まず、母子関係ルールと生殖補助医療の部分について法務省から説明を頂きます。

（法務省） 研究会資料7についてご説明します。第1は「母子関係ルールの整備について」です。現行法では、明文の規定はありませんが、嫡出子と嫡出でない子とを問わず、判例・通説では、分娩の事実によって母子関係が成立することとされています。代理懐胎や卵子・胚提供等の生殖補助医療が実施された場合には、分娩者と血縁上の母とが一致せず、分娩の事実が必ずしも血縁上のつながりを意味しない事態が生じることから、母子関係について、何らかの規律を設けるべきかどうかを検討する必要があると考えています。これに加えて、これまでの議論の中でも委員からご指摘があったように、嫡出推定制度一般との関係でも母子関係ルールを明文として定めるべきであるという考え方もあり得るかと思えます。

そこで、この資料では、母子関係形成の規律を設けるか否かについて、甲案として一般的な母子関係ルールを定める案、乙案として生殖補助医療により生まれた子についてのみルールを定める案、丙案としてルールを設けない案の三つを記載しています。また、母子関係ルールを定めることとする甲案、乙案については、さらに、懐胎・出産を基準とするA案、卵子、すなわち血縁のつながりを基準とするB案、親となる意思を基準とするC案の三つを記載しています。

法制審議会親子法制部会の中間試案で提示された案は、乙A案、つまり、生殖補助医療により生まれた子についてのみを規律するルールとして、分娩者＝母ルールを設けるという案であったと考えられます。今回の検討では、行為規制が設けられる目的が立たない現状で、これらの案を採ることができるかについてご議論を頂ければと思います。

第2は「生殖補助医療に対する精子提供者の法的地位の整備について」です。親子法制部会の中間試案では、「制度枠組みの中で行われる生殖補助医療のために精子を提供した者は、その精子を用いた生殖補助医療により女性が懐胎した子を認知することができないものとする」とされ、また、民法第787条の認知の訴えは、(1)に規定する提供者に対しては、提起することができないものとする」とされています。この研究会では、制度枠組みについて規律する行為規制がないことについてどのような対応をすべきかが問題になると思われます。また、民法772条との適用の関係についてもご議論いただければと思っています。

さらに、この論点に関しては、「提供精子が自己の意思に反して使用された場合にも認知請求されない」という規律を設けるべきか否かも議論する必要があると考えています。

(座長) 二つの問題について整理していただきました。生殖補助医療に関わる問題は幾つかあります。嫡出推定との関係で問題になる父子関係については既に扱われていますが、それ以外で今回の議論の中に取り込めそうなものをご説明いただきました。

以前の法制審の際には、行為規制ルールができることを念頭に置いて議論しておりましたが、今回はその前提が確保されませんので、そのことも勘案して考える必要があります。まず、母子関係ルールについてのご意見を伺います。

(●●) 母子関係ルールは、嫡出子・非嫡出子の区別なく一律に設けるということでしょうか。つまり、民法 779 条の嫡出でない子の母子関係は母が認知することで成立するという部分を変更するのか、残すのか、あるいはそれも含めて議論するのかということです。

(法務省) 基本的には嫡出子に関する議論をしていただきたいと考えておりますが、一般的な規律を設けることも含めてご議論いただければと思います。

(●●) 一番問題になるのが代理出産だと思われます。海外で代理出産した場合の親子関係は、現在、どのように扱われているのでしょうか。恐らく分娩者が母となっていると思うのですが、例えばアメリカで代理出産した場合、分娩者であるアメリカ人が母であって、それを利用した夫婦は、夫は認知して、母は養子縁組でという感じになるのでしょうか。法的にどういう扱いをされているのか教えていただきたいのです。アメリカでは確か卵子提供者が母ですが、日本では分娩者が母になっているので、日本でどう扱われているのかという意味です。日本人がアメリカで代理出産を利用しているケースを報道などでも見ます。その親子関係がどのように扱われているかです。その子を日本に連れてくるときに、分娩者はアメリカ人で、アメリカでは分娩した人ではなくて卵子提供者が母になるのですが、日本では分娩者が母になるわけで、日本の届けはどうなるのか。そのアメリカ人の母親の戸籍にいったん入れなければいけないけれどアメリカにはない。では、日本ではどのようにになっているのか。そういう実際の子の扱いが分からないのです。

(法務省) 最高裁平成 19 年 3 月 23 日決定の事案では、依頼女性との間には母子関係が成立しないという前提で、その後、特別養子縁組が認められたと承知しています。

(●●) 特別養子縁組で全てやるということになるのですか。

(法務省) そのケースはそうされたということです。

(●●) 多分彼女のケース以外にも幾つかあると思います。東南アジアでも恐らく幾つかあると思います。アメリカでは卵子提供者が母ですが、東南アジアではどういった法規制がなされているのか。卵子提供者という国も分娩者という国もあるのかなと思います。

その辺の知識がありません。そういう場合、この子たちの戸籍上の扱いはどうなっているのか。特別養子で全てされているのか。恐らく出生証明書には、母親の名前にいくら何でも卵子提供者の名前は書いていないと思うので、分娩者が書いてあるのでしょうか、日本で届け出るときに、「あなたの戸籍ではありませんね」となれば、どういうことになっているのか。特別養子縁組をしているのか。実態が全く分からないので教えていただけませんか。

(●●) アメリカで作成された出生証明書を日本の戸籍窓口を持っていくことになりませんが、その出生証明書に母がどう記載してあるかが問題になります。例えばアメリカの特定の州では、母は依頼女性である卵子提供者になっていますので、そのまま戸籍窓口を持っていけば、特にチェックすることはありませんから、卵子提供者である方がそのまま母になります。ただ、最高裁で問題になったケースは、事前に報道がされていて、彼女が分娩者ではないことが明らかだったので戸籍窓口で受け付けてもらえませんでした。従って、分娩者＝母ルールが必ずしも徹底されている状況ではない、外国で作成された出生証明書で母とされている者が本当に分娩者であるかという点については、窓口では実質的なチェックができないのだと理解しています。

(●●) アメリカでは、出生証明書の母の欄に卵子提供者が記載されているということですか。

(●●) 州によって対応が違うようですが、そのような記載が認められている州もあります。戸籍上は自分の子どもとして扱いたいという方は、そのような州に行って施術を受けることを選択する傾向があるとも言われています。

(●●) 日本では分娩者が母のはずなので、日本の法律からすると本来母でない人が戸籍上は母の欄に載っているという事態が生じているわけですね。実際に紛争が起きることはまずないでしょうが、そういったことが実態としては多いということなのですね。代理出産がどの程度あるかということ自体が分かっていないのですが。

(●●) 多いかどうかは分かりませんが、多分実際の数も本当は分からないという状態ではないでしょうか。最高裁決定のケースは、事前に代理出産を使うことがすごく大きく報道されていたので、依頼女性が分娩者ではないことが明確になっていて、戸籍窓口で母子関係を依頼女性とする形での出生届を拒んだという形だったのかなと思います。

(●●) 出生届には依頼女性の名前が書いてあったのか、卵子提供者の名前が書いてあったのか。

(●●) 依頼女性の名前が書いてありました。

(●●) 書いてあったけれども拒否されたということですね。

(●●) はい。これは代理懐胎であることが分かっていたというケースです。ただ、あのケースでは、厳密に言うと、最高裁の判決は、分娩者＝母ルールを前提とすれば、依頼女性と子の間に母子関係は認められないということを前提として判断しただけで、分娩者との間に母子関係を認めるという判断を直接したわけではありません。もう一つは、最後は特別養子で処理されてはいますが、どういう形の特別養子だったのか、特別養子の要件から見てどれに該当したのか。ひょっとすると棄児などに準じて扱ったのでしょうか。本来は、アメリカ法では分娩者との間には母子関係はありませんから、そこに母子関係があることを前提にして、特別養子をすることはできないので、どうやってやったのか。

(●●) 日本では子どもだけの戸籍をつくって、母親はそのアメリカ人を載せて、それで父親は認知、母は養子縁組というのが日本では本来の姿ですか。もし特別養子縁組がないとすれば。

(●●) どうなるのですかね。

(●●) その辺が分からない段階で、こうだと決めてしまうには判断しようがありません。

(最高裁) 仮に日本で代理出産がされたとして、出生証明書に分娩者が書かれていたとすれば、恐らく戸籍の窓口では、その分娩した方を母とした非嫡出子として受理し、男性の方が認知するという形を取ることになるのでしょうか、実際はどうか。過去に代理出産がされた例でもどのようにされたか分かりません。

(●●) もしも法律で分娩者を母と決めたら、それと実態が齟齬しているけれど黙認するという状態が続くことになるのでしょうか。

(最高裁) 黙認というのは何を。

(●●) 今は、卵子提供者で戸籍が届けられているケースが多いとすれば、それを黙認しているわけです。分娩者との紛争が起きないから。そういう状態が続いていいのかということもあるし、仮に日本で代理出産を引き受けた場合、分娩者の名前が戸籍に書かれた後、どうなるのか。

(座長) お話は分かるのですが、分娩者を母とするというルールをつくったとして、その前と後で状況がどのように変わるという認識なのでしょうか。

(●●) 今も法律はないけれども、分娩者が母と解釈されているので同じかなとは思いますが、分娩者を母と規律する意味がどこにあるのかはお聞きしたいところです。そのように規律した方がいいという意見が多いようにはお聞きしていますが、規律する場合とし

ない場合でどう違うのかというところです。

(座長) 規律する意味がどこにあるのかというのは、代理懐胎の場合についてのことで
すか。

(●●) そうですね。自然分娩であれば、あってもなくても変わりません。代理出産の
場合に問題になってきます。それと、代理出産だけなのかどうか、今後の生殖補助医療の
発展で、他にも問題があるのかどうかということも全く分からないので、そこも教えてい
ただければと思います。

(●●) 個人的な見解としては、まず非嫡出子の母に関しては、条文と実態がずれてい
るので、この機会に対応できるなら対応した方がいいと考えています。

(●●) 非嫡出子の母が実態とずれているというのはどういうことですか。

(●●) 条文では認知により母子関係が成立することになっていますが、判例によって
認知は待たずに母子関係は成立していますので、条文と実態がずれています。もしこの機
会に対応ができるなら対応した方がいいと思います。そして、非嫡出子の母子関係の成立
について規定するならば、嫡出子についても何らかの対応をしていくのがいいと思います。
同じ規律にするかどうかは判断が分かれると思いますが。

生殖補助医療との関係については、AID等を念頭に置いた規定を入れるという議論があ
るので、代理懐胎についても検討が必要ではないかと思っています。また、以前の研究会
でも出ていた、ミトコンドリア症候群の方では、分娩者と卵子提供者とミトコンドリアと
いうのですか、その三つの母がいるような形になるのではないかと思います。今後も技術
の進歩があるので、いろいろな形を念頭に置いて、規定を入れるか入れないかも含めて、
この場で議論はすべきだと思います。

(●●) 代理懐胎とは別に、卵子提供というものがあります。それは血縁が直接問題に
なる場合です。今のミトコンドリアの話ですが、ミトコンドリアに何か病気が発生するよ
うな障害がある方がいて、第三者の女性から卵子を提供してもらい、その第三者の女性の
卵子から核の部分抜いて、代わりに妊娠・出産したい方の卵子の核を入れる。そうする
と遺伝上の形質としては、核の部分が反映してきますので、そういう子どもをつくりたい
ということです。ミトコンドリアは体細胞に入っていますが、ミトコンドリアが健康な方
の卵子を使うのでミトコンドリア病は出ません。これをイギリスではやっぺいこうとい
うことになりつつあるという話です。これは卵子提供の一種なのかもしれませんが、使うの
は体細胞だけで、核は違うという問題が出てきます。

もう一つ、卵子の若返りという手法があります。高齢出産などで、年齢的に妊娠がなか
なか成功しないような卵子の場合に、夫の精子をスポイトに入れて、第三者の女性の卵
子の体細胞部分を同じスポイトに吸い取って、老化した卵子と一緒に注ぎ込むと卵子が若返
るというものです。他の人の卵子の成分だけを使うということです。そのとき第三者の女

性のミトコンドリアが少し入ってしまいます。そういう技術もあります。実際紛争になるかどうかは分かりませんが。

DNA 鑑定の話が次回は出ると思います。ミトコンドリアの DNA がずれてしまうという話も少し頭の中にはありますが、それは今日は触れません。なお、精子は核の部分だけで体細胞がないので、精子は全く体細胞には関係しません。

(●●) 最先端の生殖補助医療の話をお伺いしましたが、二つの問題を考えなければいけないのだと思います。最先端の生殖補助医療を想定して、母子関係をどのように書いておくかという問題と、古典的な匿名出産の問題です。望まない子を持った母親が、それを届け出たくなって藁の上からの養子という形で出生届を出してしまったが、後になってそれを争わせることをどうするかという問題です。

最先端の生殖補助医療のルールとしては、分娩者＝母ルールでいいのだらうと思っています。血縁者＝母ということになると、代理懐胎という生殖補助医療の利用促進にもなりかねませんし、後で争うことになったときに、生殖補助医療を受けたことの立証と DNA 鑑定で違うということの立証の難易度は桁違いですから、子どもが身分を守れないだらうと危惧します。生殖補助医療を利用して産んだ人は、母としての責任を取れということでもいいのだらうと思います。

問題は古典的な匿名出産です。現在の民法は、ご存じのように死文化はしていますが、起草者自身は匿名出産を認めるつもりで、母の認知を条文にしたわけです。しかし日本の戸籍という身分登録簿の性質上、匿名出産は認められないということで、実際には藁の上からの養子という形で届け出られて、それが相続段階で争われる。平成 18 年に最高裁はようやく初めて、権利濫用の事由で、子どもの身分を守る判例を出しました。今日の研究会資料の注 5 に二宮周平教授提案がありますが、これは古典的な匿名出産にある程度対応する一律の条文を置こうとするものです。子どもの身分を守る条文を最高裁の判例のように権利濫用で封じるのではなく、一定の期間、その母の子であるという身分を守った子の身分を条文で守らうという配慮です。これを入れるのかどうかも一つの論点になるだらうと思います。

前回、嫡出推定について、嫡出否認の提訴要件をかけることによって子の身分を守るという議論をしましたが、母子関係についても虚偽出生届によって、藁の上からの養子で、事実上の養母との間に母子関係をもって生活していた子の身分を守る、提訴要件という形で守るという論点はもちろんあると思います。定義を分娩によって出生するというだけではなくて、提訴権の制限までここで考えるのかどうか、結論は開かれていると思います。

(座長) 幾つかのお話が出ました。問題は、何もしなければいまのままの状況が維持されるということで、嫡出子については分娩者が母で、非嫡出子については民法の条文にかかわらず分娩者が母であるということで、藁の上からの養子というようなことがされると、先ほど指摘されたような問題が生ずる。生殖補助医療については、最高裁の判例があるので、それに基づいた何らかの対応がされるだらう。そのような状態が続くということなのかと思って伺いました。

その上で、仮にここで出ているような形で、分娩者が母であるというルールを置くこと

になると、現在行われていることを大筋で肯定したルールが置かれることになる。そこから先に出てくる問題は二つあって、一つは、将来先端的な生殖補助医療技術が現れたときに、現在の段階で決めたルールで対応できるのかどうかという問題です。遠い先のことは想像もつきませんが、しばらく先に考えられることがあるのだとすれば、それを織り込むことが必要だろうということです。

他方、現在の分娩者が母というルールが、本当にそのまま原則どおりでいいのか。非嫡出子については、匿名出産、つまり母が母子関係を承認しない形での出産が民法の条文上は認められているので、そういうものを改めて認める必要があるのではないか。仮に、分娩者が母なのだということにしたときには、それを覆す訴えについて、出訴期間の制限などを考える必要があるのではないか。大体こういうことでしょうか。

(●●) そうだと思います。1点だけ追加しますと、望まない妊娠をした女性に対する支援が日本は非常に貧弱だということが前提になっています。フランスなどでは妊娠し、かつそれを望まないという女性に対して支援し、出産をした後も、あなたはこうやって育てることができるかと提案し、出産後の気持ちの変化の有無を確認し、それでもやはり自分は匿名出産を望むということであれば匿名出産を認め、その子は養子の対象になります。しかし、日本では、望まない妊娠をした少女に、養子のブローカーみたいな人がアクセスして、合意を取って、産んだ途端に取り上げて海外へ送るといったようなことも行われています。

そういう支援をした挙句、戸籍に載せないというニーズは、今でも日本でもあるとは思いますが。ただ、今ここで社会福祉を組み込みながら、上手にそういう制度設計ができるかということ、なかなか難しいだろうとは思いますが。

匿名出産のニーズは、どこの国でもずっとあります。ドイツは最近、匿名出産の立法をしました。ドイツでは、フランスのように匿名出産を正面から認めていなかったのですが、実際には、捨て子として扱われて養子の対象になるという実務がありました。そこで秘密出産法をつくりましたが、あまり利用されず、当事者たちは従来型の方を利用しているということです。というのは、秘密出産法は新しくできた法ですので、出自を知る権利が大前提になっており、この権利を保障するために、子どもが大きくなったときに母へのアクセスを許すという条文があるものですから、匿名出産を望む母親たちはあまり利用しないようです。ドイツ法は自分で勉強したわけではなく、また聞きで伺った話ですが、それぐらい難しい問題があるということです。

お隣の韓国は、かつては母親が匿名出産を望んだ場合、外国に養子に出すと戸籍に載せなくて済んだので、韓国人の非嫡出子が多く国際的な養子になっていましたが、これだけ国が豊かになってきたのに、海外で自国民の養子がそういう形で多くいるのはいかがなものかということになり、何年か前に戸籍に載せることにしたところ、途端にベビー・クラッペン、赤ちゃんポストのニーズがものすごく高くなったということです。

社会の中には一定の割合で、母になることを望まない女性たちの出産があることを制度的にどう組むのかという問題も背景に考えながら、この議論をしなければいけないのだろうと思います。

(座長) その制度的ということの意味は幾つかあると思います。お話にあった妊娠・出産・育児に対するサポートが一番外枠にあって、それから戸籍との関係をどうするかという問題があります。実体法について言うと、匿名出産と言われていますが、委員のおっしゃろうとすることと、現行の民法の規定が元々持っているもの間には違いがあると思います。現行法は、嫡出子と非嫡出子を明確に区別して、嫡出子は当然生まれてくるもので、産んだ人が母になると決まっているという前提で、その外で生まれた者については、母親を救うために認知をしないという選択肢が認められているということなのだろうと思うのですが、21世紀の日本で立法するとき、そういう線引きはなかなか難しいでしょう。

(●●) 特に、非嫡出子に限るという形の線引きは難しいだろうと思います。

(座長) そうすると、線引きなしでいくということになるのですか。

(●●) 嫡出子に限らず、望まない出産をした母親をどうするか、その子の地位をどうするかということなのでしょう。ただ、嫡出の場合には父親が自動的に決まりますので、母親の一存で匿名出産、親との関係がない子にはできないという問題はあります。

(●●) おっしゃる問題はよく分かるのですが、その問題を法的に対応するとしても、民法の親子法の中に規定するのか、あるいは、非常に限定的な要件のもとで、いわば福祉や厚生ルールとして対応するのかでは、かなりニュアンスが違うという気がします。分娩者＝母ルールを設定しつつ、望まない妊娠であればそれを否定することができるというのは、意思でそのルールを覆すことができるということになります。そうした上で期間制限を設けるとしても、それでも取りあえずは意思で覆せるというルールを導入することになります。それはある意味で、実親子関係に関して何かものすごく基本的なところで対応することになって、本当にそれでいいのかなと思います。

赤ちゃんポストの話も含めて、一定のニーズがあるということはよく分かるのですが、そうした一定のニーズが、このケースなら仕方がないという限定的な要件の下で、いわば例外的に対応するというのと、親子法の中にルールとして入れるというのでは、かなり性格が違うのではないかなという気がします。

(●●) 私も恐らく日本でそれを立法するとすれば、社会福祉の方で、一定の要件の下で棄児を認める、公的な関与の下で支援をした上で捨て子を認めるということにならざるを得ないのかなと思います。それを民法の親子法の中に全部書き込むとなると、今ここでは非常に難しいことになるだろうと思いますから、ここでの議論にはしないでいいと思います。

ただ、闇の匿名出産という形で、既に法律上の母親がいる形で出生届をされた子が、後からその身分を奪われるという問題については、最高裁の権利濫用の法理だけで足りるのかどうかは、議論しておく必要があるのではないかと思います。

(●●) それは社会福祉的なルールをつくった上で、それをさらに制限するというもの

ですから、やはりそちらの方で議論するべきで、例外の例外に当たる部分だけを民法の中に規定するというのではないと思いますが。

(座長) そうではなくて、現在のルールを残さないとして、出産した人ではない別の女性の子どもとして最初から届け出られた場合に、現在の扱いではその母子関係が覆ることがあるので、それについて提訴制限を設けるべきだということで、認知無効の訴えに提訴制限を設けるのとパラレルに考えようというご趣旨だと思います。認知無効について制限を設けるのならば、それはあり得るかもしれないです。

(●●) そうですね。

(●●) 二宮先生の案に賛成というご趣旨ですか。

(●●) 少なくとも議論はしなければいけないでしょう。これがこのままでいいかどうかはともかくとして。

(●●) 先ほどの二宮先生の論文の解説のところに、「母とされた者が子を分娩していない場合は、母子関係を否定することができる」とあり、例として、「虚偽の嫡出子出生届の場合と海外での代理懐胎の事案なども含む」とありますが、海外での代理懐胎を、この条文に関してはどういうふうを考えることになるのでしょうか。

(座長) 二宮論文の趣旨については著者に聞かないと分かりませんが、ここでわれわれが今のようルールを置くと合意した場合には、海外での代理出産でどういう問題が生じて、それについてどのような法適用がされることになるのかは考える必要があると思います。

海外で生まれても、日本で争われる限り、分娩者が母であるというルールは及ぶという前提に立つと、分娩者が母であるけれども、先方の出生証明書では分娩者でない人が母として表示されている。これに基づいて、日本国内で表示された人の子として届けられた場合には、それを争うことはできるけれども、期間制限はかかる。一つはこういうことになるのでしょうか。他にもパターンはあるかもしれません。

(●●) 海外で代理懐胎して、海外の出生証明書で母が依頼した女性の方で、それが日本の戸籍にそのまま載せられたという場合、二宮先生の案では、海外で代理母になった人が「本当は私が母だ」と争えるのが2年間だということになるのでしょうか。

(●●) 提訴権は、母とされた者と、母の夫または子となっています。子に関しては成年に達した後2年間。

(●●) 分娩した母は、提訴権者に入っていないのですか。

(●●) この案では入っていないと思います。厳密に言うと、虚偽の外観だけを削れば、分娩した人が母であるというのは、実体法上は既に何らかの手続きを必要とせずにあるはずなのでということになるのではないのでしょうか。

(●●) 当然できるという意味ですか。

(●●) 嫡出子の母子関係のときに認知が要らないのと同じです。そうは言いつつ、分娩者が入っていてもおかしくないという気がします。

(●●) 分娩者を入れるとすれば、藁の上の養子に出したものの、やはり自分で育てなくなった母という意味になりますね。

(●●) 分娩者を入れるとそうなりますね。

(●●) 先生がおっしゃった例は、分娩者、母が主張したいケースが出てくるということですか。

(●●) それには限りません。分娩者が取り戻したい気分になるというケースもあるでしょうし、これは最高裁が権利の濫用で封じましたが、その子が実子ではないことを親戚はみんな知っていますから、相続段階になってその関係を否定すれば相続人になれるという者が提訴する可能性はいつでもあります。あるいは、これも権利濫用で封じることができるのかもしれませんが、事実上の養親自身が、いったん子にしてみたものの、とても育てきれないというので否定をするケースもあるでしょう。

(●●) 少なくとも分娩した母をここに入れた方がいいのですか。それとも、それは当然できるということでしょうか。

(●●) それは二宮先生に聞いてみないと。

(●●) 入れなかった理由は何なのか。当然それは可能だからということなのか。

(座長) 「分娩した者を、その母とする」として、「772a 条により母とされている者が子を分娩していない場合は」というのは論理的にはおかしい。

(●●) 「772a 条により」というのを消さないという意味が通じないのだろうと思います。

(座長) そうですね。そこはおかしい。

(●●) 矛盾しています。

(●●) 772a条というのは、実体法上のルールで、774a条というのは、外形に関する手続法上のルールという位置付けなのだろうと思います。

(座長) 774a条の1と2があることによって、争えるけれども制限がかかるということになる。2を導く必要がないのなら、1は書いてなくてもそうなのですよ。

(●●) 事実関係に反するわけですから、認知無効と同じでいけるともいえそうなのですが、1は提訴権者を制限するという意味があるのかもしれないです。先ほどの例のように、「こいつが子どもでなくなれば俺の相続分が増える」というような形での提訴を認めないという意味はあると思います。

(●●) 二宮先生の解説によると、母子関係否定の訴えは形成の訴えだという位置付けなので、これによって否定されない限りは、母とされている者が母だということで、772a条はその限りで排除されるという構造を想定されているのではないかと思います。

(座長) 772a条の分娩した者は、事実として分娩した者で、それが母だとした上でですか。

(●●) それが母なのが実体ルールなのですが、他の者が母とされているというときに、母子関係否定の訴えが形成の訴えということですので、訴えによって否定しない限り、母とされている者との母子関係が排除されない。

(座長) そうすると、実体ルールは母として届けられている者が母だということになりませんか。

(●●) 形成の訴えを起こして、そこで審理対象となる実体ルールは分娩した者は誰かなのですけれども、そうでない限りは、手続的に実体ルールがねじ曲げられている。分娩していないけれども、分娩したとされている者が母であるというルールを想定することになるのではないかと思います。この二宮提案だとです。

(●●) 母とされている者についての母子関係を基礎付ける実体法上のルールは。

(●●) それを想定できるのかが問題だとは思いますが、恐らく戸籍なのですかね。

(座長) それは具合が悪い。

(●●) 今の話を聞くと、最初の「772a条により」が意味があるのかもしれないですが、そうすると矛盾していることになりそうです。

(座長) 合理的に考えると●●委員が言ったようなことになるということですね。

(●●) 形成の訴えということはそういうことではないかと思えます。しかし、確認の訴えだと考えれば少し説明は変わってきます。

(●●) 今の例で、海外の出生証明書に依頼者、卵子提供者が母だと記載されて、それが日本でそのまま受け付けられて、分娩していないが母という戸籍がつくられる。その戸籍上の母となった者が2年間は否認する可能性を認められるという趣旨の規定なのですね。

(座長) 戸籍上の母となった者と、ここにあげられている者。どういうものをあげるかという問題はあると思いますが、

(●●) そうすると、例えば子どもが障害者だったときに、自分はやはり親子関係は嫌だという可能性もある。自分が分娩していないと証明すれば、それができることになってしまいます。それはやむを得ないということなのでしょうか。

(座長) 現在はそうなるでしょう。期間制限なしにそうなります。

(●●) 親子関係存否確認請求訴訟の現在の判例法との関係は、どのようにするという前提でこの議論をしていたのでしょうか。

つまり、民法典が認めている親子関係の提訴権の構造と、戸籍訂正のために認められてきた親子関係存否確認請求訴訟というのが判例法上活用されてきて、その間の関係はまだきれいに解かれていないのだと思います。

現実には、親子関係存否確認請求訴訟が跳梁跋扈することによって、誰でも訴えの利益さえあればいつまでも覆すことができる。唯一引っ掛かってきたのが嫡出推定で、嫡出父子関係は、提訴要件の厳しい嫡出否認の訴えによらなければならない。従って、そこで推定の及ばない子を除いて親子関係不存在確認請求訴訟が認められないということで、そこでだけかろうじて民法典の力が残っていたわけです。それ以外のところは母子関係も、親子関係存否確認請求訴訟がオーバーオールに、子どもの身分を奪えるという形になっています。まあ強制認知と認知無効は民法が適用されていますが、古い時代の母法を輸入して認知無効の提訴要件の制限がないので、事実上、親子関係存否確認請求訴訟と変わりないからです。

そして、最高裁が平成18年に権利濫用を認めたときのあの判旨は、やはり民法とこの訴訟との関係が解けていないのが見える書きぶりです。民法典は血縁上の親子関係と異なる親子関係を法的な親子関係とする場合を一定の割合で認めている、だから権利の濫用を認めてもいいという書きぶりで、親子関係存否確認請求訴訟と民法との関係を全然解けていない判旨だったと思います。

それは戸籍には真実の、つまり血縁上の親子関係が書かれなければならないというニーズが圧倒的に高かったからです。かつては親子関係存否確認請求訴訟が現在の関係でなければならないという確認訴訟の方のルールから、当事者の一方が死亡していたときには、親子関係存否確認請求訴訟は認められないという時代がありました。それは大法廷が判例

変更をしましたが、判例変更をする前の段階の最高裁の判例には、認められなかった側が、それでは戸籍に嘘が残ってしまうという上告をしたときに、最高裁が、生きている者同士の傍系の血族関係の確認請求訴訟で戸籍を訂正することができるのだから問題ないと言った判例があります。傍系の血族関係で本体の親子関係がひっくり返ってしまうという、この判例は、今はよもや生きてはいないと思うのですが、そういう最高裁の判例があるぐらい、戸籍には真実の親子関係が書かれなくてはならなくて、そのためには、親子関係存否確認請求訴訟で相当自由にやれるのだという法理が一定の段階まで判例法になっていたのだと思います。

現在は、権利濫用の法理もあるぐらいで、崩れてはきていますが、今度民法の親子をいじるのだとすると、民法典とは別のところで育ってきた親子関係存否確認請求訴訟を、われわれはどう扱うのか考えなければならないと思うのですが、親子関係存否確認請求訴訟の扱い方の議論は、この会議の前提としてやりましたか。

(座長) お話は大きな枠組みとしてはよく分かるのですが、今の母子関係を争うということとの関係では、問題はどのようにそこに落ちていくことになるのですか。

(●●) つまり、二宮提案は提訴権者を絞ろうとしていますが、親子関係存否確認請求訴訟がそのまま残るのだとすると、そちらは訴えの利益さえあれば、それこそ相続権がある甥・姪にまで広がってきます。提訴権者を絞るという立法をするのなら、親子関係存否確認請求訴訟を残すかどうか。残すのだとすると、絞った意味がなくなるのか、あるいは絞ったことの反射効果として、甥・姪の提訴権は親子関係存否確認請求訴訟についても失われるのか。そういうことを議論しておく必要はあるだろうと思います。

(座長) ここで一定の絞りをかけた以上、この問題を争えるのは、その人たちだけだということにしないと意味がありません。

(●●) それは意味がないと思います。

(座長) ですから、こういうものを導入するというのは、その限度で他の人を排除することを前提にしているのではないのでしょうか。先ほど嫡出推定・嫡出否認の訴えについては、民法上そういう制度があるので、その親子関係はその制度でしか覆らないと言われましたが、別の制度が母子について争える形を仮に定めたならば、それは他の争い方は認めないということを含意すると私自身は思います。仮にそうだとすると、そのことと親子関係存否確認の訴えを全て排除するという選択の間には、さらに段差があるような感じがしますが、どうでしょうか。

(●●) それは段差があると思いますが、傍系の血族関係の存否確認請求訴訟で戸籍本体の親子関係も訂正できるという最高裁の判例が、今では否定されているとは思いますが、判例変更はされておらず、まだ判例としては残っています。そのあたりについても、一定の了解はつくっていく必要があると思っています。つまり、傍系の提訴権によっ

て本体の親子関係が覆ることはないという前提で今は運用されているという理解をわれわれは確認するというような。

(座長) 傍系の血族関係の存否確認で本体の親子関係が争われるというのは、具体的にはどういう親子関係ですか。

(●●) あのケースは、藁の上からの養子の判例だったと思います。母子関係・父子関係ともに否定されることになるのだが、当事者の一方が死んでいるので訂正できないというのでは、虚偽が戸籍に残ってしまう。そのように生きている側の当事者が言ったときに、それを訂正するためには、傍系の叔母・姪関係か、叔父・甥関係かは忘れましたが、傍系のその関係の確認請求訴訟をすることによって、本体の親子関係も訂正できるのだから問題ないというのが、最高裁が訴えを棄却するに当たっての理由付けでした。

(座長) 取りあえず今の場合を規定すればいいのですか。

(●●) 親子関係存否確認請求訴訟は、元々戸籍訂正から発生しています。かつ日本の戸籍はヨーロッパ、母法の出生証書と全然違い、全親族関係を網の目のように規定している非常に変わった身分登録システムですから、その脇の関係を変えることによって、本体も自動的に変わることはないというのが必要な確認ではないかと思うのです。そうではなく、親子関係を規定していくことによって傍系の関係が決まってくるはずです。

(座長) そのことをどのように書くのでしょうか。

(●●) 最高裁が一言言ってくれば、それで足りる話ではありますが。

(●●) その最高裁判例の前提としては、親子関係を否定する訴えについて、確認の利益という訴訟法上の制約はあり得ても、実体的にそれを限定するルールはないという前提に立っています。たまたま当事者間では当事者の一方が死んでしまったので、できなくなっているけれども、本来それは確認の対象になり得て、戸籍にそれがないとなれば、それを変更することもあり得るものであり、確認の利益のある人が傍系血族関係について争えて、それを確定判決で確定できれば、それを戸籍に反映させることもできる。それを阻むものを民法は何も規定していないという前提で、たまたま確認の利益がないから、それが事実上阻害されているけれども、できる人が出てくればできるのだということです。仮に母子でも父子でも、親子関係について、民法で一定の提訴権者が一定の期間内にしか争えないという規定を設けたときには、その趣旨として、当然それ以外の者が他の方法でその関係について戸籍上反映できるような形で争うことはできないという規律を含意することにはなると思います。その後、そういう規定がある民法の下で、傍系血族間の確認訴訟等ができるか、あるいはできたとして、戸籍の訂正を基礎付けるかどうかというのは、別の解釈になっていくと考えることもできると思います。

(●●) そのとおりで、私もその最高裁の判例がおかしいと思っています。つまりこれから何もつくらなくても、民法は当時でも親子関係についての提訴を全部書いていたわけで、傍系の親子関係の存否確認請求訴訟で直系の親子関係を訂正することができるのだというのは、昭和30年代という古い判例ですが、当時としてもおかしい理屈だと思っています。

(●●) 私が申し上げたかったのは、仮に当時としてはおかしくなかったとしても、新規のルールをつくれれば、おかしいという議論はより説得力を増すというか、そういうことになると思うということです。当時おかしかったのであれば、当然今でもおかしいということになります。

(座長) 嫡出推定については民法のルールが及んでいますし、母子関係についても今回ルールをつくれれば、そこは民法のルールで禁止されて、他の訴訟形態はそこには及ばないことにはなりますが、他のものをどうするのかという問題があると思います。

例えば認知無効は、今は何もかかっていないから、特別なことを言わなくても認知無効が起こせます。そうなったときに、認知無効の方も制限する必要があるのではないかというのは委員がずっと指摘されていたところです。そういう具合に、問題があるところについて、争う当事者と期間の制限を加えていったら、その先に残る問題は何なのでしょうかがというのが先ほど私が申し上げたことで、ここは問題ごとに考えていく必要があるのではないかと思います。「親子関係存否確認の訴えはこれを認めず」と書くというような話ではないと思っています。

(●●) それを書く必要はないのかもしれませんが。ここでの議論で当然共有されているような理屈が、いわば判例・通説の解釈だということになれば、不要なのかもしれませんが、実務が果たしてそういう形で動いているかは、私はやや疑問があります。実務家の書いたものを読むと、戸籍訂正の許可審判をかなり柔軟に認めているものもあります。それは日本人の古典的な民事訴訟の発想だと思うのですが、関係者が全部合意していればそれでいいのではないかというので、民法の訴訟法上の親子関係のつくられ方からはおかしいのだが、当事者全部がこれはこういうことだったのだし、違っているのだから直そうということで合意していて、争われないなら、家裁は柔軟に許可審判を出していいというような、実務家の書いた論文があります。それは前回の旧23条審判をどう扱うのかということとも重なってくるわけですが。そういう実態があるのだとすると、それが確定した解釈ですよということを確認しつつ、議論を進める必要はあるように思います。

(座長) ここでの問題として、二宮提案の細部がこれでいいかどうかは別にして、こういうタイプのものを置いて、提訴権者と提訴期間を制限するとしたときに、考え方としては、これで争うことになるのだという説明はした方がいいと思います。それは嫡出の父子関係を争う場合とパラレルに考えることができるのだというようなことは言った方がいいと思います。

(●●) 議論の仕方として、親子関係不存在から入ると先に進めないのではないかと思います。どうしてかという、嫡出推定も母子関係ルールもそうなのですが、そこに実体法上ルールをつくったときに、同じように親子関係不存在関係訴訟が残るのか、残るのだとして、そのままの形で残るのかというのは、例えば 772 条の嫡出否認を緩めた場合に、その場合でも残るという可能性はあるかもしれないけれど、多分より限定的になどということになるのだらうと思いますから、今ある親子関係不存在確認を前提として議論するよりは、むしろコアになる部分のルールをつくった上で、次に補充的な問題、補足的な問題として、親子関係不存在を議論した方がいいのではないかと思います。

ついでに、もう少しよろしいですか。二宮提案の提訴権者を絞った上で期間制限をするというのは、それなりに理解できる部分もありますし、恐らく子を出産した者を母とするとしつつ、「その事実を反することをもって母子関係を否定する訴えについては」というような形で書けばいいだらうと思います。一方で、先ほどの代理出産の話で、依頼者である卵子提供者が自分の子どもだと届け出たときに、2 年間は「やっぱりやめた」と言えるという部分は、どうなのかなという感じがします。

そうだとすると、この二つの問題は実は違うのではないかと思います。2 年間に絞るとしても、その範囲であれば自由にできるというタイプのもので、これは恐らく嫡出推定に関して一定の期間内は否認権を認めるというものとパラレルに考えることができると思うのですが、しかし自らクライアントが出生届のところでもそのようにして、母の地位や父の地位を得ておきながら、それをひっくり返すことができるというのはどうなのか。

(●●) 二宮先生の提案には3項があるので、それはできないと思います。

(●●) なるほど。

(●●) ただ、例えば夫婦間に子どもができず、どこかの子どもを藁の上の養子にした場合、二宮先生の提案には提訴権者に入っていないませんが、実の母親を提訴権者にした場合、それは同意した者になるのかならないのか。「出生届をした者」は分かりますが、「出生届に同意した者」というのが何か、また同意がどういう同意なのかということが問題になってきます。

夫が外につくった子を妻の子として届けることはかなりあると思いますが、心ならずも子を取られた人は同意したことになるのかならないのかという問題も出てきます。すごく難しい問題だとは思いますが、それにしても3項があります。

(●●) 3項で前提としているのは夫の方ですかね。出生届に同意した者は。

(●●) 恐らくそうですね。

(●●) 分娩した人は提訴権者に含まれていませんから。

(●●) 二宮先生は恐らくそうだと思います。あるいは、親族間でそうしようと決めた

ら、親族全員ということになるかもしれませんが、その同意をどう証明するかということもあります。

(座長) 母子関係について、分娩者が母ということにした場合に、そうでない届出がされることは今もあり得ることで、それについてこのような形で提訴を制限するということを書くことには一定の意義があると思いますが、考えなければいけない問題があるということで、幾つかの問題が出てきています。お話を伺って思ったのですが、これが嫡出否認の方に影響を及ぼすということはありませんか。

(●●) 母子関係が否定されたとすると、772条では、母と母の夫という形での父子関係になりますから、当然772条に戻ってきます。

(座長) その問題がどういうことなのかを整理する必要があると思います。実は現在も問題はあるのですが、現在は規定を置いていないので、問題が出てしまったら、あとは解釈論で対応するという話になりますが、規定を置くのだとすると、どういう危険性があるかを考えた上で規定を置かないといけないと思いました。

これはあまり議論したことがない問題なので、議論をすると相当いろいろな問題が出てくるとは思います、いかがでしょうか。

(●●) 一つは、以前の法制審の中間試案ですが、あれが本当に乙案だったのかはあまりはっきりしません。つまり、まさしく生殖補助医療を対象として議論していたので、この場合についてこうだというルールはつくりましたが、あのときには、むしろ一般的なルールとして分娩者＝母ルールというのを規定して、その中で対応しようという考え方も結構あったのではないかと思いますので、必ずしもあのときのものが「生殖補助医療により生まれた子についてのみ母子関係形成の規律を設ける」という限定という意味での乙案ではなかったのではないかと思います。

もう1点は、行為規制ルールを前提とせずに議論するということなのですが、前回も出たと思いますが、恐らく親子法制ルールが行為規制ルールに影響するという関係も十分に考えられるのだらうと思います。分娩者＝母ルールというのは、実は代理出産に関していうと、いわばそれにネガティブに働くような作用を持っています。そういう意味では、単に親子法制ルールということではなくて、一定の法状況を実現するというか、行為に関するルールを実現しようという側面を持っているのではないかと思います。

(●●) 先ほど障害児のことを発言しました。二宮先生の3項があればそういうことはできなくなりますが、二宮先生のこの趣旨は、子どもの利益を守ることだと思えます。現行法と比べたら、子どもの利益を守る方向だとは思いますが、ただ分娩者＝母ルールとしつつも、そうではない届け出を守るという側面があるので、これは代理出産を容認するというような、行為規制の方に影響も出るのではないかと思います。

(座長) そうですね。今のお二人の指摘はいずれもごもっともだと思います。まずこれ

を議論するとき、基本は分娩者が母だと考えているのですが、それを出発点とするということでもいいのが根本の問題としてあるのだろうと思います。その上で、二宮提案のようなルールをつくと、代理出産は一定程度は容認されることになる。特に海外で行われて出生証明がなされているようなもの、最高裁で争われたケースがそれだとすると、あのタイプものについては、判例と異なる帰結をもたらすことになるということなのかなと思います。

例外のルールを置くときに、海外のケースを想定した場合と、国内で虚偽の出生証明書が出されたときに、それに対応してこうなるという場合と、どちらで考えるかでかなり印象も違うだろうと思います。ただ、国内での虚偽の出生証明書を想定しながら、議論するというのも結構つらいところがあります。議論の仕方としては、海外の場合にそういうことが起こり得るので、それに対応するのだという形での議論を含めざるを得ないのだろうと思います。そして、その結果として出てくる方がいいのかどうかは、慎重に考える必要があるだろうと思って伺いました。

それでは、もう一つの問題、生殖補助医療に対する精子提供者の法的地位の整備についてご意見を伺います。

(●●) 前回の中間試案は、制度的枠組みの中で行われる生殖補助医療のために精子を提供したものを想定したルールですので、どちらかという大きな病院で精子バンクといったものをイメージしたものだと思います。感染症の検査をきちんと受けるとか、提供できる回数や年齢などのルールを守った場合の設定だと思います。しかし、今回はこのところが書けないのだと思うのです。そうすると、知り合いから精子をもらって小さいクリニックでやるとか、あるいは近親者から精子をもらう、弟からもらうとか、父親からもらうとか、そういうものも一括して認知について考えるということでもいいかどうかということも思います。

(●●) 私も同じような感じを持っています。法制審で以前議論したときには、典型例として考えていたのは、慶應大学附属病院でのAIDでした。最も歴史もあって件数も多くてという形で、そこでは完全にボランティアに精子が提供されることを前提として、そういう仕組みをいわば支えるという側面もあったのだろうと思います。その後の状況として、一つはAIDに関して、ボランティアなもので匿名が当然なのだということが崩れてきた可能性があって、まさしく出自を知る権利という形との関係も議論されています。あるいは慶應のようなケースは、むしろごく一部の例外的にしっかりしているケースで、それ以外ではもっと気楽にやっているものもあるかもしれない。AIDの技術自体はそんなに難しいものではないので簡単にできるということになってきたときに、このルールが私自身の提案もそうですし、当時の法制審の中間試案もそうだったのだろうと思うのですが、前提としていたものが現在でも同じように維持できるのかは、かなり難しいという感じがします。慶應は確か今はもうAIDを止めているのですよね。

(座長) しかし、ボランティアの学生も現れないとも聞きます。

(●●) 出自を知る権利と言われて、親子関係は発生しないけれど、何か将来子どもがぞろぞろいるとなるとやはり。親子関係が成立しないというのも、いつまで安定的なルールであるのか本当は分からないということも考えると、不安になるのが当たり前だろうと思います。

(座長) 今のお二人の指摘はいずれももっともだと思います。資料の注7に書かれています。中間試案が考えていた精子提供というのは、提供手続に不備があった場合であっても、それは当たるのだと考えていたと思うのですが、それにしても前提はやはり提供手続ですか。

(●●) 私の偏見なのかもしれませんが、あのとき想定されていたのは、やはり基本的にはしっかりした仕組みがほとんどで、一部クリニックなどで、積極的に近親者でもやっているところはありませんでしたが、例外的な状況だったのだらうと思います。そのときと決定的に違うのは、その二つの医療機関でもないところまで含めて、もっとルーズにやっているところはあるかもしれないということと、もう一つは、出自を知る権利の捉え方が当時と現在で変わってきている可能性があることです。それが大きな違いではないでしょうか。

(座長) 前回、中間試案のときには、この手続的な不備の話とは別に、厚労省がつくっている基本的な枠組みに乗った医療機関でやっている場合と、そうでない場合がありますが、全くプライベートに行われたときには、中間試案の規律は及ばないと考えたのでしたか。どうでしたか。

(●●) 及ばないとはしていなかったような気がします。

(座長) でも、そういうことはあまりないだらうと考えていた。

(●●) ただ、行為規制ルールがしっかりつくられることを前提として、その行為規制ルールのイメージを前提として議論をした。

(座長) 今回は行為規制がどうなるか分からないという前提に立つと、かなりいろいろな形で行われる。それから、匿名性が確保されないような場合に、認知を認めないということでもいいのか。そもそも認知を認めないということの根拠が何なのかということにも関わるのだらうと思います。

(●●) 認知を認めないとか認めるとかがはっきりしていないのは、恐らくこの問題が親子関係を巡る実体法上のルールとして適切かどうかという話よりも、認知を認めることになる、AID という診療行為が実現できなくなる、事実上諦めるしかないのだが、AID が社会的にも一定の意味を持っているものだとすると、それをサポートするという意味での認知を認めないというものだったのではないかと思うのです。ただ、そのときは認知は認めないというだけではなくて、匿名性を前提とした仕組みでした。

ドイツでは、出自を知る権利を認めて、AID が劇的に減ったのではなかったか。極端なことを言うと、出自を知る権利を積極的に認めていくと、従来日本でやっていたような匿名を前提とするボランティアな AID という仕組みは維持できなくなる一方、出自を知る権利でどうせ分かるのなら、むしろ商品価値として、アメリカであるような形で、白人・ハーバード大学卒とか、アジア系何人とか、人種や学歴などを全部書いて商品にするというイメージに近くなってしまふのかなという気がします。

そういう意味では、行為規制ルールと切り離して議論しにくいテーマだという気はします。

(●●) 子どもの福祉から考えると、出自を知る権利の中に、遺伝学的な疾患の問題とか、臓器提供のマッチングの問題なども出てくるのかなと思います。父親であればそういったことが可能であるということであれば、匿名だったとしたら、その子には遺伝学上の父親にそういうことを請求する可能性はないという状態になるので、子の福祉の観点からすると少し欠けるものがあるかなと思います。

(座長) しかし、法的に父親でないということと、子どもとの関係で一切の義務を負わないということは完全にはイコールではありませんから、仮に AID を一定程度治療方法として保持する必要があるとして、その場合に、親子関係は認めないとしても、その他の関係で精子提供者は一定の義務を負うことはあり得るように思います。あり得るからこそ出自を知る権利が認められると提供者が激減することが起こり得るという話になるわけです。

(●●) 認知は規定するとしても、それ以外の何らかの子ども権利は、民法では難しいと。

(座長) 仮に認知は認めないと書くとして、そのことが一切の関係を否定することを含意しないということは、少なくとも説明には書けると思います。ただ、出自を知る権利があるということを親子法のどこかに書けるのかというのは別の問題かとは思いますが。

(●●) AID の問題が非常に議論しにくいと感じるのは、先ほど AID という治療の仕組みを維持すると申し上げましたが、そこで言っているのは、子どもができない夫婦の治療方法ということで、夫婦についての福祉や利益の話なのですが、一方で、子の出自を知る権利の話は、生まれてきた子の利益の話ですから、そもそも衡量することができない、タイプの違うものを議論しているという意味で、やりにくいなという感じがします。

(●●) しょせん民法の世界は、両立し得ない正義の間で、どこで線を引くかという話ですから、対立するものはあるのだと思います。子どもの出自を知る権利と、例えばフランスなどでは、匿名出産を選んだ母親のプライバシー権というのは正面から衝突するので、生殖補助医療以前の段階からその争いはあります。その線の引き方は、現在は、大人になった子どもが望んだときに母親にアクセスをして、母親がいいと言ったらオープンにするが、母親が嫌だと言えばオープンにしないという形で線が引かれていたと思います。そう

いうふうに両立しない二つの正義の間のどこかで線を引く。ただ、今のところ、その線の引き方が出自を知る権利にとどまらずにもっと行くかもしれないという不安定さがあります。当初は完全に匿名だということで安心していただけ提供者が、これは危ないというので減ってしまったということなのだと思います。生まれた子どもの福祉と言ってしまうと、最強のように思えてしまいますが、それは育ての両親、あるいは提供者、それらの権利との間で、どこで線を引くかという話なのだろうと思います。夫が AID に同意しておきながら嫡出否認を認めてしまったなどというのは、子どもの権利をいかにお考えかという感じがしますので、それはまずいと思いますが、この件は、そういうまずいぞというルールを置かずには争われたときの権利濫用に委ねておくのか、それとも今ここであえて明示して一つの線を引くのかということになるのだと思います。行為規制法がきちんとしていないようだと、なかなか書きにくいというのは確かに思いますけれど。

(●●) 議論の前提として、現在の AID がどうなっているのか、少し把握してもらった方がいいと思います。厚生労働省などでも全部把握できているのか分かりませんが、確か法制審で議論している最中には、厚生労働省の行為規制ルールもできたという関係で、AID 等に関する斡旋のホームページが急速に消えて、ところがその後また雨後の筍のように増えてきたという状況もあるので、現在はどうなっているのか。私自身、先ほどはかなりルールになっているのではないかと申し上げましたが、それが正しいかどうか分かりません。もし分かるようであれば少し教えていただきたい。

(法務省) 厚生労働省に確認して、分かる範囲で検討したいと思います。

(座長) 教えていただきたい中身は、最初の方で厚労省から数量データは出してもらったけれども、もう少し実態に立ち入った話ということですね。

(●●) 実施している医療関係者のヒアリングといっても、慶應大学病院などのきちんとしたところはしっかりやっているのですが、それ以外のところで一体どのような説明がなされて、どういう形で実施しているのか、あるいは基本的には近親者を避けるというルールがありますが、それがどのくらい尊重されているのか等々のことが、実際に調べるのは難しいのではないかなという気もしますが。

(法務省) 事例として、例えば慶應大学病院ならどうしているということでしょうか。多分個別でそれぞれ違うような気もするのですが。

(●●) 慶應大学はあまり調べても意味がなくて、あそこはある意味ですごく理想的な形でなされているところですから、そうではないところでどうなっているのかということです。

(座長) トラブルにならないと、なかなか把握しにくいということがありますよね。

(●●) そんなことを聞かれても困るという気持ちは分かりますが、あるべき行為規制ルールは、ここで議論しないにしても、現在ある前提が一体何なのかが分からないと議論しようがないという気がします。

(座長) 実態についての知見を提供してほしいということですね。

(●●) コアの部分ではなくて、むしろ周辺のもやもやしたところがどうなっているのかを知りたいのです。

(●●) その報告はしているのでしょうか。

(●●) 統計に上がってこないケースが山ほどあるのではないのでしょうか。

(●●) そうだと思います。日弁連でそういったことを調べている人たちによれば、大学病院などはほとんど下火で、小さなクリニックでは少なくとも昨年度も何人か生まれているようです。それがどこから得た知識なのか、自分が関わって何かした知識なのかというところは分かりません。

(座長) むしろ今の話で、例えば大学病院や公立の大きな病院で施術がどうなっているのかということだけでも分かればいいですよ。

(●●) そうですね。

(●●) 今のお話だと、実施された小さなクリニックで、精子を一体どこから調達しているのかだけでも分かれば。

(●●) 調べてみたら院長先生のだったという話を読んだことがあります。

(●●) 実態もそうですが、ここでどう決めるかによって AID が全く行われなくなる場合もあれば、すごく増える場合もあります。ということは、AID が医療行為として必要と考えるか、必要でないと考えるか、子どもができない夫婦に AID という道を開くべきかどうかというところの価値観が、この法規制をどうするかに関わってきます。でも価値観は人それぞれ違うのですが、そこの議論は全くしないで法律の規定だけをどうすべきかというように決められるものなのではないでしょうか。

(座長) ですから、医療機関の対応を見ることで、社会がこれをどのように捉えているのかを間接的に把握しようということでもあるわけです。大手の病院がやらなくなったのが、単にドナーがないからという話ではなくて、いろいろ問題がありそうだという認識なのだとすると、かつてほど、これが正当な不妊治療だとは思われなくなっているのかもしれない。本当のところはどうなのかをここで断定することはできませんが、その受

け止め方についての変化があるのかないのかは、一定程度は知りたいということなのだろうと思います。

おっしゃるように、認知を認めないという規定を置けば、それはドナーを一定程度保護することになるのですが、何も置かないということがどういう意味を持つのかということもあります。今回検討したけれども、いろいろ問題があるから置かないのだということにすれば、AIDについては消極的な立場をとったということになります。どういう規律の内容を置くのかと、それがどういうメッセージになるのかを考えながら、案を考えていく必要があるのだろうと思います。

(●●) 少し話を戻しますが、先ほどの実態を聞きたいというところで、親に対するカウンセリングとして、どういうことをしているのかを知りたいと思います。出自を知る権利には段階があります。子どもには、誰が親か知りたいという素朴な欲求があって、そういう子どもに対してどのようにカウンセリングしているのか、病院がどのような指導をしているのか。自分が育ててもらっている両親が本当の親ではないようだ、小さいころからぼんやり知る段階から、やがてAIDという、第三者の精子提供で自分は生まれたのだということを知る段階があって、さらに進んで、将来医学的な理由で移植や遺伝的形質のことでドナーのことを知りたいという話が出てくる。さらにその上で、会いたいという話になる。自分は人造人間ではなく、生身の人間から生まれたのだということを確認したいというような、そういうレベルで会いたいというのがあります。そのところで名前などの話も出てきて、そこからずっと先に認知という問題があって、段階があると思うのです。それをカウンセリングとして、病院はどういうことをやっているのかというところをまず一つ聞きたいと思います。

それから、少し外れますが、同意の問題も併せて聞きたいと思います。説明文書をどのようにしているのか、同意文書がどういう形なのか、その中で親子関係についてどう触れているのか、そのあたりも併せて知りたいと思います。

(法務省) 今、どこまで把握できるか全く分からないので、把握できるようでしたら、報告させていただきます。

(座長) 段階があるということは結構重要なことだろうと思います。出自を知る権利があるのかないのかという二者択一で決まるわけではなくて、出自を知る権利が原則として存在するとして、それが具体的にどのように認められるのかということ、子どもの側がどういう段階で何を望んでいるのかということにも関わるでしょうし、委員から先ほど例示のあった親の側の事情もあるので、そのようなことの衡量で具体的なことは決まっていくということなのだろうと思います。そういう考え方に立つのだということを使う必要があるのならば、条文にはなかなか書けないとしても、ここで前提にしている考え方はそういうことなのだとすることは、説明の中には書けるのではないかと思います。

(●●) 聞いた話で実態は分かりませんが、小さいクリニックの話で、夫に黙って知人の男性から精子をもらってAIDで子どもができたというものです。その母親の夫が、同意

していないからということで父子関係を否認した場合、子どもには父親がいなくなります。こういうケースでも認知を認めないというのが本当にいいのか、責任の問題が何かそこにあるような気がするのです。

(座長) 責任の問題とおっしゃいましたが、親子関係が認められるというのが何によって基礎付けられているのかということなのだろうと思います。匿名性は、ある意味で精子提供者と生まれてくる子どもとの関係が遠いということを保証しているのだろうと思うのですが、今の例ではかなり近いわけです。われわれは生殖補助医療の話をしているのですが、自然生殖で子どもが生まれるのを手伝ってあげるという場合が別にあって、その場合には認知は認めるということだとすると、それに類するものは認知を認めなければいけないが、どこからそうではないという話になるのかという線引きなのだろうと思います。

(●●) 全然考えがまとまっていないのですが、この場合には認知を認めるということを書くのは難しいだろうと思います。うまく書ききれぬかどうかは分かりませんが、匿名を前提として、特定の者に提供する趣旨ではなく提供された精子の提供者に関しては、認知を認めないとか、その者に対する認知請求は認めないとか、認知が認められない限定した場合を規定する方がルールとしてはあるのかなと。ただ、それを上手に書けるかという点で難しい気はします。

(座長) それは行為規制があったから書けたというところはあると思います。それを外して書けるかという問題はありますね。

(●●) 匿名を前提とするというだけでは多分足りない。知り合いの人でも自分の名前を出してほしくないと言えば匿名になるのかというと、やはりそうではないでしょう。誰に提供するかを特定していない、誰から提供を受けるかが特定されていないということが重要なのかなと思います。そういう場面に限ってというのはあり得ると思いますが、その上でさらに今度は出自を知る権利について何か規定するのかどうかという問題が次に出てくるのだろうと思います。

(座長) 匿名性と、無償性でしょうか。

(●●) そうですね。以前の法制審のときは、代理出産の方がずっと難しく、AIDはそんなに難しくないとイメージだったのですが、急速に難しくなっていました。

(座長) それはやはり枠組みが崩れているからですね。

(●●) 前は、AIDについて、行為規制として匿名は問題ないということで、反対する意見はなかったのですか。

(●●) 当時の議論というのは、まさしく慶應大学で始まったものが前提とされていて、

割合カチツとした形で、完全にボランティアに無償で提供される精子を使うというものだったので、そういう仕組みを守ってあげようというのがほぼ共有されていたのだと思います。

(●●) 慶應の学生の子どもがいっぱいできてしまうとか、そういうことを認容したということですか。

(座長) 提供精子は今の説明のようなことで、それは認めざるを得ない、それで提供卵子をどうするかということも議論していたのです。提供卵子について、行為規制の方は一定の枠をはめるのならば、分娩者＝母でやりましょうと。分娩者＝母ということであるならば、その裏返しとして、代理懐胎についてもそのルールを貫徹するというので、代理懐胎は基本的には認めないということだったのです。ですから AID の方について、状況が変わってきているのだとすると、そこは前提に組み込んで議論する必要があるかと思えますけれども。

今回の親子法制の改正が生殖補助医療も念頭に置いているということだとすると、父子についても母子についても、これは一定の意味を持つので、どういう意味を持つのかをかなり検討して、慎重に考える必要があるのだと思います。

このところは、精子提供者の認知は認めないというルールは、少なくともこのままでは維持しにくいという感じですね。

(●●) 嫡出否認の設計で、AID を利用した方に責任を取らせるということにしておけば、つまり夫が父だということが確定していれば、嫡出否認が覆らなければこの問題は起きません。そちらの方だけ手当てをしておくということはありませんか。

(●●) 前回の議論の中で、子ども側からの否認は、生殖補助医療で AID を利用した場合でも認めてもいいのではないかという話がありました。そうすると父が空白になることがあります。生殖補助医療を利用した人は父・母・子の三者が利用できないとするのであればできると思います。

(座長) そうですね。

(●●) 子の提訴権を認めるとそうなる。

(座長) 子に提訴権を認めるのは、ある意味でパンドラの箱です。子どもにとって親子関係は自分の知らないところでつくられているので仕方がないということが前提でしたが、それが覆るという話になると、母・父の側の合意や思惑と、子が成長した後の意図との間にずれができてしまうので、それはなかなか難しいです。

(●●) 全然違う話ですが、そういう形で広げていくときに、国籍と戸籍が連動してきますので、これだけ移民が増え、また今後も増えていくと、国籍の争いの問題が流れ込ん

でくる可能性があります。ドイツでは、国が認知無効を提訴できることにしていましたが、主に虚偽認知によって国籍を得た者の国籍をはく奪するという形で駆使されました。しかし、国籍をはく奪することが、その者にとってはものすごく大きな意味を持つので、結局連邦憲法裁判所がそれを封じたという流れを紹介する論文がありました。

日本の場合、例の国籍法の違憲決定を受ける形で、国籍法に虚偽認知をした場合の刑事罰を導入しました。私はあの違憲決定には批判的で、民法学者としては好意認知はありだろうと思っていますので、ものすごく居心地が悪いのですが、虚偽認知が刑事罰の対象になる違法行為だという規定をしました。しかし、先日入管の実務家と話をしたところ、入管レベルの規定と民法の実体レベルが全然連動していなくて、刑事罰という形で一般的には封じているけれども、それが見つかったときに民法で訂正するかということ、そこはまだ実務が連動していないということでした。

これから移民を積極的に受け入れることになって、これが連動し始めたら、今でも日本人男性にお金を払って虚偽の結婚をしたり、虚偽の認知をしてもらうことはありますが、そういうことが起きたときに提訴権者は誰になるのか。刑事罰で封じておけば、そういうケースでは自動的に誰かがどこかで動くことになるのか。現在この問題については検事の提訴権はありませんが、そういうものが動き始めるのか。今、大量の移民を受け入れようとする前の段階で親子法を考えると、その問題も連動するという認識を持ちながら議論をする必要があるように思いました。

(●●) ただ、今の例だと、虚偽の認知は許されないという行為規制ルールを前提として議論できます。それを罰則で禁止するかどうかはともかくとして、AIDにおける精子提供者の認知が許されるかどうかは、それよりも価値判断が分かります。行為規制ルールが先にできてしまえば簡単なのですが、それを前提とすることができないときには議論ができないという気もします。

(●●) 父のいない子をもったシングルマザーに恋をした男性による好意認知があってもいいという頭があるものですから。

(座長) それは、虚偽の認知と好意認知の間に線を引くということですか。

(●●) はい。

(座長) 認知に関わる問題として今のような問題があり、国籍の問題は前から●●委員からも指摘があります。この先、国籍がいろいろな点で深刻な問題になり得るのですが、先ほどの虚偽の認知の話は差し当たり脇に置いたとして、今議論している問題で、親子関係が後で覆ることによって、国籍の問題に影響が及ぶこともあります。親子関係は覆るけれども国籍はというわけにはいかず、一定の継続性があるものを保護する必要があります。それは国籍の面でも、国籍が認められているという形でこの社会に定着している人たちの法律関係をひっくり返すということの持つ意味を、議論の中に取り込んで考えなければいけないという形になるのでしょうか。

(●●) 難しいという話ばかりしても生産的ではないのですが、よく分からなくなってきたのが、AID という概念をうまく厳密に規定できているのかということです。法制審のときには、子どものできない夫婦における治療方法というのが一応出発点になっていましたが、恐らくあの時点でも、法律上の婚姻関係に限らず、パートナー関係でもいいのではないかということもありました。要するに AIH 以外のものだとなると、あらゆる場面が入ってきます。以前、日本の IT 企業の社長か何かが、東南アジアで片っ端から精子を提供して、大量に子どもを産んでもらったという報道がありました。あれはそもそも AID なのか分かりませんが、婚姻関係がある夫婦間以外で、精子を提供して生んでもらうという実態はあるわけです。条文に書くとしても、AID をうまく規定できるのかがちょっと気になっています。医学の世界での治療方法としては、多分、比較的明確に規定されていると思うのですが、それを法的な概念としてうまく規定できるのかどうか。

(座長) 書きにくいですね。そもそも医療行為をそのまま民法に条文化するというわけにはいかないと思います。先ほどの母子関係についても、最終的に条文にするとしたらどうなのかという話があります。ある程度状況を想定して抽象化した形でないと民法には書きにくい感じがします。もちろん最初に行為規制があれば、それを受けた形で書くことは比較的書きやすいのだけれども、何もない状況で書くということになると、一般的な形で書かなければならず、ではそのときに念頭に置いているものは何かというと、必ずしも AID の概念がはっきりしないので、そこは難しさが残ると思います。

(●●) AID の現状自体が相当動いてきているのだと思います。東北大学の現在の産婦人科の先生たちは、慶應大学が危ないことをやっているだけで、自分たちはそんなことはしないと言いますが、私より年配の東北大学 OB のお医者様は、東北大学でもやっていたと言われました。ザーメンバイトと呼んでいたそうですが、提供学生は 3 通りいたとのこと。最初から絶対に嫌だという学生、1 回だけやって、自分は何をしたのだろうと思って二度とやらない学生、当時は結構なお金になったので、良いアルバイトだと言ってじゃんじゃんやった学生の 3 通りです。最後の人たちは、その人のお子さんがたくさん生まれているわけです。慶應大学病院も当初はそうでなかったのかもしれませんが、ある程度いってから、1 人のドナーから生まれる子どもの数を制限するようになりました。流動的に事態は変わっていったのだらうと思います。

そして、その背景にあるのはニーズです。そのお医者様の話では、女性は自分が子どもが産めなかったらという危惧をどこかでずっと抱え込みながら大人になるので、不妊症という判断がつくと、そうでしたかと、ある種の覚悟があるのだそうです。ところが男性は、自分が不妊症である可能性を全く考えないまま大人になり、妊娠しないのは妻のせいだと思いついていたら、実は自分だったということが分かったときに、精神的に大変な打撃を受けて、かつそれは一切周囲に知られたくない、自分の両親にも知られたくないということで、非常に強く AID を望まれる患者さんがいる。そういうニーズに応える形で、AID は闇の世界で相当活発に行われてきたのだということです。

その事情自体はそう簡単には変わらないでしょうから、慶應大学病院のような、質の良

い精子がもらえて、安心して行けるところがやめてしまっても、そういうニーズは恐らくあり続けるはずだとすると、小さなクリニックで割合適当に行われることもあり続けるだろうと思います。そういう現実を前提にして、どういう制度設計をするかです。

(●●) 今、推測していたものと全然違う実態に驚きました。私はどちらかといえば、夫の方は自分の遺伝子がない子どもを産むのは嫌だけれども、妻が望んで、夫も渋々なのかなと思っていました。知り合いの精子をもらう方が主流というか、考え方としては、自分の遺伝子ではないけれども弟や兄といった近い方のものを利用するという発想の方が普通なのかなと思っていました。

(座長) 大変興味深い話だと思いますが、提供する側が減っても、需要の方は一定程度は残っているのでしょうか。その需要がどのようなものに支えられているのかは、お二人が言われたいろいろな夫がいるでしょうから、その辺は分かりませんが、いずれにしても大学病院がやらなくなったからこの先なくなるという話ではないということを前提にする必要はあると思います。ただ、状況が変わっていることは皆さんのお話から推測されますので、差し当たりどう変わっているのかをある程度把握し、さらに先の段階でもう少し調査が必要であれば調査をするということかと思って伺いました。

(●●) 以前に議論したような気もしますが、AID に関しては精子提供者に対する認知のこともあります。AID の施術に同意した場合に否認権を認めないという問題も 772 条との関係でありました。それを明文で書けるかどうか自体が問題にはなりますが、何らかの形でそうした工夫はしておかないと困るだろうと思いますので、むしろそちらの方が重要なのかなという気もしました。念のために申し上げました。

(座長) この問題は、中間試案のときにはそれほど深くは考えていませんでした。今考えてみると結構厄介な問題になっていることが今日分かりましたので、さらに検討したいと思います。

それでは、その他検討すべき論点について、ご説明を頂きます。

(法務省) 第3の「その他検討すべき論点について」です。前回概要を記載したのものも含めて三つの論点を挙げています。これ以外に、前回、裁判所における DNA 鑑定の強制の論点も議論すべきだというお話がありましたが、これは次回議論していただければと考えています。

1 は、民法 776 条に関する論点で、前回もご説明しましたが、承認によって父子関係を規定する制度を設けるべきかどうかという論点です。前回ご指摘がありました承認の効力の及ぶ範囲について、ここでは否認権者である父・母ごとに生ずるものとしてご提案しています。

この点に関して●●委員から、第三者の提供精子による生殖補助医療を行うことについて夫が与えた同意を承認として構成し、父子関係を確定させる可能性についてもご意見がありました。ここで議論する承認の中身とは、子どもが生まれる前あるいは懐胎する前

に承認することができるのかどうかという点もあり、少し性質が異なってきます。ですので、生殖補助医療により生まれた子の父子関係の整理について議論する中でご検討いただければと考えています。

2 は、こちらも前回ご説明したとおりですが、●●委員からご指摘のありました認知取消しについて、認知無効との関係、取消原因についても整理すべきというご意見を踏まえて、論点として挙げさせていただきました。

最後に3は、●●委員からご指摘がありました人事訴訟法41条1項の見直しについてです。併せてご議論いただければと思います。

(座長) 一つ目が776条の承認に関する問題、二つ目が認知無効の訴えについて、三つ目に人訴法41条1項についてですが、順番は特に指定せず、ご意見を頂きます。

最初の問題で、●●委員がおっしゃったAIDについての同意の問題は、もちろん承認の問題と関連しますが、この問題を承認の中に取り込むという方向ですか。それとも、あるところは承認によっても解決可能だということですか。

(●●) 承認によっても解決可能だということです。

(座長) 分かりました。承認の概念を拡張して、同意をそこに包接するという話ではないのですね。

(●●) はい。

(座長) ●●委員のご指摘は、どういう受け方になっていますか。

(法務省) 8ページの一つ目の段落の「また」以下です。人事訴訟法における認知取消しの訴えについては、通説の解釈によれば、15歳以上の子どもに対する認知など、承諾が必要な認知について、承諾なく認知の届出が提出・受理された場合の、15歳以上の認知を受けた子からの取消しについて定めたものであると解釈されると思いますが、このような取消しを認めないという見解もありますので、認知取消しと認知無効の関係や取消原因等について整理することも考えられるという形で拡大させていただきました。

(座長) ここに書かれているような問題もあると思いますが、●●委員が想定された問題は、必ずしもこれではありませんよね。

(●●) 自分の発言を正確には覚えていないのですが、背景にあるのは、嫡出子と非嫡出子で子の身分の安定に関する規律がものすごく大きく違うということです。そこが実質的に正当性があるかどうか問題になりますので、認知無効と認知取消しの関係を整理して、このようになったから説明できたというだけではなくて、認知無効に関しても一定の制限をかけることなどが実質的にも検討されるべきではないかなと思います。

「その他の利害関係人」という要件がそれでいいのかも、議論できるのではないかなと思

います。利害関係があれば、当事者間で争っていない親子関係について、文句が言えるのか。

(●●) 非嫡出子に対する非常に冷たい法制度をそのまま輸入してしまったのです。

(座長) そうなのですが、120年前の話ですから、当時と現在とで嫡出でない子の置かれている状況は、大きく変わっているのだらうと思います。

(●●) 外国法を見ても、現在は嫡出子と非嫡出子で、できるだけ親子関係の成立・否定の方法を統一しようとしています。例えばフランス法は、父子関係を否定できる期間が嫡出子と非嫡出子で同じです。私は個人的には、認知無効の訴え等に期間制限を入れる方向で考えるのは、子の利益ということからあるべき方向だと思いますし、期間も嫡出否認の期間とそろえる方向を前提に検討するのがいいと思います。

また、「その他の利害関係人」についても制限をするのがいいと思います。自分が父であると主張したい者を入れるかどうかは悩ましいのですが、子を相続から排除したいからと親子関係を争う人などは制限をした方がいいと思います。

その上で、資料の8ページ目の一番上の段落の「それによって認知制度にどのような影響が生ずるかを検討する必要がある」というのは、法務省の方で、具体的な影響を何か想定しているのでしょうか。

(法務省) 今の時点で具体的なものはありません。

(●●) それも含めて考えるということですね。

(座長) 認知無効の訴えについて、それ自体が直接に及ぼす影響はないと思いますが、委員が最初に言及したことだと思います。つまり、親子関係をどのように捉えるのかというときに、私は最終的には委員の考える方向でいいと思いますが、嫡出子と嫡出でない子の関係を全く同じに考えていいかと問うと、日本社会からはそうではないという答えが返ってくるのだらうと思います。

そのように考えた場合に、親子関係の効果の部分だけは、いったん親子関係ができた以上、その規律はできるだけそろえて考えるという考え方が十分に正当化できるかということです。かつ、親子関係の効果はそろえて考えるという基本思想に立って考えると、今度は親権の問題が出ます。取りあえずここで親子関係の成否についての争い方をそろえようとすると、効果の方も考えていくという方向を含むということになります。そこまで考えた上でここをどうするかと考える必要があるということはあると思います。

(●●) 今、認知は全くフリーで任意認知がされているので、いろいろなケースがあります。全てのケースについて期間制限を設けてしまうと、不適切な場合がかなりあると思います。利害関係人を絞ることに賛成ですが、期間を制限するのであれば、入り口の認知についても何らかの制限を設けないと整合性に欠けると思います。

私が実際に認知無効を受任するケースは、例えば離婚が成立していない夫が新しい女性との間に子どもをつくり、認知すると妻にばれて、離婚のときに不利になるので、知り合いの男性に認知しておいてもらい、子どもが小学生か中学生になっていたころによく離婚が成立して、自分の子として取り戻すというようなケースです。生活実態は血縁上の父にあるのです。認知の場合は、必ずしも認知した父のところに生活実態はないので、そこは嫡出推定の場合とは違うと思います。認知した父の方に生活実態がある場合もあるでしょうし、そこはバランスをとって考えるべきかなと思います。

(●●) 今回のケースで、5年とか10年たっているけれど認知無効を認めていいという考え方はどこから出てくるのですか。ある意味で、実の親から頼まれて、引き受けてから5年も10年もほったらかしていたわけですよね。

(●●) 実の親が取り戻したいのです。

(●●) 実の親も、他の人に認知してもらった状態でほったらかして、5年も10年も経過したわけです。

(●●) 戸籍上はです。養育は自分がしているのです。

(●●) 養育は自分でしているかもしれないが、父子関係はそちらだと押し付けておいて。

(座長) 委員のご意見は、今のような認知はやめろという話ですね。

(●●) そういうことをした上で、このタイプなら5年間でも10年間でもできるとしてやる必要はないと思います。

(●●) そこを考えると、認知のところをフリーにしていること自体に議論が必要だと思います。

(●●) それは議論としてはあると思います。

(●●) 認知をきちんとした形にする。例えば妻の同意とかが必要とすればいいのかなと思います。そのケースは、本当にプータローみたいな妻のない人に戸籍を借りたというケースでした。

(座長) 具体的なケースをご経験に基づいて挙げていただいて考えるのは一つのやり方だと思います。今のケースでは、もし新しいルールができれば、実の親はその期間内にやらなければ、訴えが認められなくなるという話になると思います。

(●●) 子はいつでもできるということになりますか。

(●●) 子どもが成人してからの認知無効の主張の話は、別途議論したらいいと思いますが、少なくとも他人に頼んだやつが、元々頼んだのだから5年でも10年でもできると認めてやる必要はないと思います。

(座長) 頼まれた方が、一時の間だからと言われて引き受けて、しかし一定の年限がたってしまう場合も考えられます。ここに年限が掛かれば、頼まれてやったものを放置しておいてその年限を超えたら、その責任を負うという覚悟で認知する必要があるということになります。現在の認知がいわば野放しであるのに対して、一定の効果が生じます。一定の期間が過ぎるとそれは覆らないという重みのある行為だという形で、間接的には枠がかかることになると思います。それでもなお具合が悪い、期間制限を外して認知無効を認めてひっくり返してやるべきだという例を挙げていただけると、それを何とかしようという話になると思います。

(●●) 今の事案はそれに該当しなかったのですね。実際には認知した人は亡くなっていました。それもあって、自分の子にしたいということだったと思いますが、詳しいことは忘れまして。

(●●) ただ、認知の入り口の部分の議論は、認知の場合に誰の同意が要るかという点も含めて、今はきれいな仕組みになっていないと思いますので、検討するのがいいと思います。

(座長) 誰の同意というのは、母と子どもの話ですね。

(●●) はい。胎児のときと成年の子どもについてはありますが、未成年の子どもというのがすっぽり空いている。

(●●) 確かに国籍取得で虚偽の認知というのは、もしかしたらかなりあるのかもしれませんが。

(座長) 仮に認知無効の訴えについての期間制限を設けるとしたら、日本国籍を付与するために取りあえず認知して、何年もたってからそれを覆すことは認めない、そういう覚悟がある人だけが認知してくださいという話になるということです。それはそれでという気もします。

特別養子であれば国籍取得はできます。認知という形で血縁がないのだけれども、しかしそれを子どもとして引き受けるというのならばいいのではないかというのが●●委員がおっしゃっていることですね。

(●●) 具体的なイメージとしては、父親のいない子どもを持っているシングルマザー

に恋をした男が、自分たち子どもとして育てようとして認知し、準正するというケースです。そのことを民法は否定していないと思っています。血縁の子ではない子を認知するという行為が刑事罰を受ける違法行為であるという国籍法の改正について、直感的に違和感を持ったということです。

(●●) 先ほどのレアケースですが、それも実は国籍取得が目的だったことを今思い出しました。男性は韓国人で在留資格があったのですが、相手の女性はオーバーステイでした。子どもが女性の子もだとすると退去強制になってしまうので、知り合いの日本人の戸籍に認知しておいてもらったということです。国籍取得の手段だったということで、かなり違法行為が関係していたかもしれません。

(座長) 今までのご意見を伺っていると、認知無効についても一定の制限を設けた方がよいというご意見が多いように思いますが、いかがでしょうか。それに同意するというご意見でも結構ですし、考え方としてはそれでいいけれども、派生する問題があるのではないかとご指摘もあれば、ぜひ伺いたいと思います。

(●●) 認知の方も考えるという前提ならいいと思います。認知無効だけで期間制限を設けてしまうのは、あまり同意できません。

(法務省) それはどういった理由でしょうか。

(●●) 認知というのは本当にフリーハンドなので、あらゆる認知があります。例えば全然関係ない人、それこそストーカーが認知してしまっても分かりません。認知されたと知らずに過ぎていて、ある日気が付いたらこの人に認知されていたということが起こるのではないかと思います。それで、入り口で規制しないと不都合が起こるような気がするのですが、具体的にと言われると、すぐには思いつきません。

(●●) 私が申し上げたのも、実はそのケースを念頭に置いています。アプローチの仕方としては二つあると思います。

一つは、血縁上の親子関係があることを証明した上でというのを実体法上で入れるという方法ですが、これはものすごく大変なことになって、簡単な認知はできなくなります。

もう一つ、認知そのものは簡単な形でできるけれど、母や子の合意を必ず要求するということにすれば、知らない間にうんぬんというのは取りあえず避けられます。

(●●) 母親の同意は必要だと思います。

(座長) 授業で、有名タレントが未婚の母になったときに、「君たちは認知することができます」が、「やらないでください」。「認知無効の訴えで向こうが争わなければいけなくなりますので」と言ったりします。極端な話では、例えばそのようなこともあり得ますが、母の同意を媒介とさせておけば、少なくともそれは避けられます。

(●●) 理論的に言うと、本当に血縁上の関係がある父親が認知をしようとしたときに、その母親が拒絶できるのはなぜかという問題は、実体法上の問題としては出てくると思いますが。

(●●) 「確かにあなたの子だけれど、私はあなたを父親とは認めない。あれは私の一時の間違いだった。この子は私一人で育てるから」という場合はどうなりますか。

(●●) そこからは幾つか仕組みが考えられると思います。認知に関しては母の同意が必要で、この母の同意に関しては例外はなしとするときには、「私が育てるのだ」というのは血縁をさらに凌駕するような形での優越的地位が与えられる。ひょっとしたらその後、複雑になるかもしれませんが、同意が拒絶された場合は、血縁関係を証明した上で父親が認知をすれば、そちらを優先するという仕組みは、理屈としてはあり得るのかなと思います。

(●●) 理屈としてはあり得ますね。父親からの強制認知。

(●●) そんな面倒くさい仕組みをつくるのかと言われたら困りますが。

(座長) 理屈の上では、それがないと具合が悪いかもしれません。

(●●) 一応、説明はつきそうです。

(●●) 全体的な方向については、基本的に認知無効についても一定の期間制限をかけるというのは大いにあり得ることかなと感じているのですが、嫡出否認のときにも問題になった点ですが、起算点をどうするかは、期間をどう考えるのかとの関係で、場合によっては検討すべき点があると思います。主観的な事情をどれだけ考慮するかが、かなり短期の期間になると重要な問題になってくると思いますので、そのあたりも含めて検討する必要があるかなと感じています。

(座長) 期間の問題が出ていますが、そのときに嫡出否認の訴えと共通の問題ということはもちろんありますが、他方で、今ここでの前提は、期間制限をずとしたときの期間の長さは同じなのでしょう。

(●●) 私は、先ほどの●●委員のように、原則同じというところを出発点にして議論した方がいいと思います。ただその上で、やはり認知の場合も、いろいろな事情を詰めていって、延ばすという議論はした方がいいという気がします。

(座長) 私も並びで考えるのだとすると、基本は同じだろうと思いますが、●●委員が気にされているように、認知の場合にはいろいろな事情があるようなので、本当に並びで

考えてしまって問題はないのかというところは、若干気になります。

(●●) 772条の関係は、いろいろなタイプがあるとは思いますが、多くの場合には父母と子がいて、そこで一定の年数共同生活を送ってというイメージですが、認知の場合にはその保証がありません。単に認知ということによって法的に親子関係が形成されたというだけで、ひょっとしたら違うのかもしれませんが。

(●●) 嫡出の場合には生活実態がある程度前提とされるので、国籍法の違憲決定も、その生活実態という形で書き直せば平等にできたと思うのですが、それをただの一回の認知で父子関係は成立する、嫡出推定と同じだ、平等則違反だというので切ってしまったので、大変なことになってしまったという気がします。

(座長) 国籍法の判決は、ここで論評しても仕方ありませんが、あれは代理人が通りやすいうまいケースを出しているのです。藤田宙靖裁判官が言っているように、これは仕方がないという感じのケースです。それに見合った理屈を立てればよかったです。そういう話ですね。

(●●) そうなのです。

(座長) 私もそう書いたような気がします。

ただ、生活実態についてですが、生活実態があるケースもちろんあります。そうするとそれは嫡出子との絡みで考えないといけないし、生活実態がないならそのことを考慮しなければいけないのだけれども、それを書き分けるのは難しい。

(●●) 身分占有みたいな便利な概念を使えないので。

(座長) 起算点を何かそういうものと関係させることができるのかどうか。なかなか難しいですね。普通一緒に住んでいればこうなるからここが起算点で、住んでいないところだから起算点は遅れるというような話だと便利なのですが。

今の問題は、ここでの議論は、認知そのものに一定の枠をかけることを考えつつ、認知無効には制限をかけるという方向を考えてはどうかというような方向になっているかと思えます。

(●●) 母の同意について、少なくとも今の胎児認知の訳の分からない母の同意の問題は整理する必要があると思います。胎児のうちには母の拒否権があるけれども、生まれた途端に拒否権がなくなる。あれは母の匿名出産権を守るための母法の条文をただ入れただけなので、日本では理屈がつかない条文です。

(●●) 胎児ならびに未成年の間は母の同意が要するというでいいと思います。そうすれば一応つながります。成年に達してからは本人の同意でやる。

(●●) 不当な同意拒絶への救済がやはり必要になってきます。

(●●) 結局、母の同意権をどのくらい強いものとして構成するかという、本質的な問題なのだろうと思います。

(座長) その同意によって、同意した人の提訴権は制限されるのですか。

(●●) 同意したというのは、認知をすることについての同意ですが、その前提となっていたのが、例えば血縁関係は当然あるだろうということですが、そうではなくですか。

(座長) 母親が、あちらの子どもだと思って同意したけれど、それは間違っていたという場合ならどうなのか。

(●●) 母の同意が実体法上どういうものなのかというところに尽きます。

(座長) そこはやはり検討を要する。

(●●) 父子関係が成立することについての実体法的なものなのだとすると、もう争えないというのは十分にあり得ると思います。

(座長) そういう細かいところは考える必要があるかもしれませんが、大筋についてこの場では賛成が多いのですが、こういう議論は、小さな会議体ではみんな賛成なのだけれども、外に持ち出すと大いなる反対が待っているということがあるので、反対論があるとしたらこんなことだということもご指摘いただけますか。

(●●) 反対論としては、認知してもらえるのに、どうして母は拒絶するのだというあれですかね。

(●●) それはさらにもう一段階、それに対して血縁関係を証明して、それを覆すこともできるというのを付ければ説明はつくと思います。

ここではあまり出ていませんが、嫡出と非嫡出で実は全然身分関係が違うのではないかというのは、潜在的にはいろいろなパブコメとかでも出てくる可能性がある発想かもしれません。

(座長) それは、承認のところで話題になった、嫡出という言葉がなくすということとも関わります。言葉はなくした方がいいと思いますが、しかし親子関係の成立については婚姻が意味を持っていて、そこは変わらないということは明確にした方がいいと思います。そこを理解してもらおうかどうかで、かなりリアクションが違うのではないかと思います。

(●●) 婚姻関係がある場合の親子関係の認定のプロセスと、そうでない場合のプロセスが、嫡出・非嫡出という言葉を使わなくても、実質的にあることは確かですから。

嫡出という言葉を使うかどうかに関連して、既に触れられていましたが、嫡出の承認の話です。嫡出の承認という言葉自体がやはりよく分からない概念になっています。多分父子関係の承認なのだろうとは思いますが、現在は規定はあるけれども、776条は全く使われたことがない規定だということがどこかに書かれていたような気がします。判例はあるのですか。

(●●) 授業とかでは、あまり使われていない、判例もないと説明しています。

(●●) 私も使われていないと。

(法務省) 承知していません。

(●●) そうだとしたときに、今、全然使われていないものがあって、これを蘇らせるために頑張るといふふうに考えるのか、父子関係について積極的な意思があった場合には、それを覆せない仕組みとして全く新たに考えていくのか。776条を現状のまま維持するかどうかという形より、もう現状は訳の分からない形になっているので。

(座長) 訴権の放棄でもいいのではありませんか。

(●●) はい。というか、何かもう少し筋のいい形で規定できて、その中で実質的な議論をしたらいいのかなと思います。

(座長) 承認するというのは、どうすれば承認したことになるのですか。

(●●) 説明としては無方式なのです。よく分かりません。

(座長) 776条の中身をどうするのかという以前に、早期に父子関係が確定するというものはあってもいいけれども、この形である必要はないというご指摘ですね。

(●●) 嫡出であることを承認したときというのは、もうやめた方がいいのではないかなと思います。

(座長) 嫡出子という用語が他にどこで必要なのかをリストアップする必要がある。これがないと困るところが残るのかどうかは、分かりますか。

(●●) 姓のところは確かあったと思いますが、そこは頑張って書き換えようと思えば書き換えられるのではないかなという気はします。もう一つは、嫡出という概念が残っているのは準正の部分で、「嫡出子の身分を取得する」となっていますが、でもそこでいう嫡

出子の身分とは一体何かというと、もう相続分の違いもなくなりましたので、あとは姓ぐらいしか残っていません。

(座長) あとは共同親権でしょうか。

(●●) ただ、あれも嫡出という言葉を使わなくてもいけますよね。

(座長) それは書けると思います。

(●●) あと、非嫡出子という言葉が出てくるのは、認知のところで「非嫡出子について認知することができる」となっていますが、あれも本当は変で、非嫡出子もいっぺん誰かが認知すると次の人は認知できません。だから本当は、父親のいる子は認知できないというだけのことだと思います。民法を大きく変えないとそれを実現できないというほどではないという気はします。

(座長) どこの国でもやめているのだから、やめようと思えばやめられると思いますが、どのくらいの修正が必要なのか。大きな修正が必要だとすると、そんなことまでするのかという話になるかもしれません。

(●●) ひょっとしたら戸籍法は関係してくるかもしれません。

(座長) むしろそちらでしょう。戸籍法上、先ほどの姓の問題もそちらに関わる場所があります。それが日本法固有の問題ですね。それさえなければ、この際やめたいですね。これもしかし、いろいろなご意見があるところなので、子どもの処遇という点でこれを区別する必要がないということと、婚姻家族とそうでない家族とで親子関係の成立の仕方は違うのだということと、両方を言わなければいけないと思います。

(●●) より明確なルールとして、婚姻関係がある場合と婚姻関係がない場合のそれぞれについて、母子関係・父子関係のルールを明確にしたという形で説明しないと、嫡出子・非嫡出子という概念を廃止するということを積極的に言うと、中身はよく分からないけれど、ものすごく反発する人たちは多分出てくると思います。

(座長) 例えば先ほどの認知無効の訴えについて、嫡出子との並びで規律するのだということでは合意ができれば、そうなればそこは同じになるので、用語について区別する必要はもはやないという説明も説得力を持つような気もします。細かな点は、また後の段階で検討したいと思います。

3の人訴41条については、何かありますか。

(●●) 認知無効の提訴権者から利害関係人を排除することになると反対は多そうですが、人訴41条と併せて議論して、嫡出子とそろえるなどとしたらどうでしょうか。

それと、相続が関係するからというだけで親子関係を否定されるというのは違和感を持つので、この点については検討していただければと思います。

(●●) 夫が嫡出否認をするつもりになっていたところで亡くなったとかいうこともあるし、そういうときにできなくなるのはどうかというご意見もあるでしょうし、そこがちょっと気になります。ただ完全にフリーでいいのかという問題もあります。

今の規定からすると、何となく相続関係で認めるという感じになってしまうのですが、私もこの規定があることを知りませんでした。民法では提訴権者は夫となっているのに、いきなり人訴で夫が亡くなったときにこんなに提訴権者がいるということに驚きました。本来であれば提訴権者については民法で規定すべきだと思います。

(●●) 相続権は、身分関係を前提として、重要な効果ではあるけれど、あくまで副次的な効果として出てくるものにすぎないのに、それを理由として身分関係を争えるのは気持ち悪いです。うまく説明できませんが、これは見直していくべきだと思います。

(座長) 皆さんがおっしゃったことの理屈は分かりますが、これが少なくともある時期までは日本社会の感覚に合っていたのでしょうか。だからこういう規定があるのでしょうか、現在はどうか考えるのかということだと思います。

●●委員、手続法的にはどうですか。

(●●) 実体法的な問題だとは思いますが、資料で書かれていることはもっともだと思いますし、先生方のご意見も、この見直しというのもあり得ると思いますが、他方で、同じ父子関係といっても、父が生存している間の父子関係と、父が死亡した後に観念される父子関係の意義や効果を考えたときには、生存中と死亡後は違って、死亡後は相続のようなものが前面に出てくることはあると思いますので、分けて考えるという考え方がおおよそあり得ないとはいえません。そう考えると、そういった根拠から、現状維持でいいのではないかという意見もあり得るかもしれません。

(●●) 人訴法 41 条からの連想ですが、死後認知は死亡から 3 年という期間制限しかないために、80 代のお父さんが死んだときに 60 代の息子が提訴するというパターンが増えています。そういうものの制限は考えるということになるのでしょうか。つまり、今の強制認知判決は多くが死後認知で、もっと若い生きている父親への強制認知判決はあまりありません。今は DNA で分かるので、裁判官から、DNA ではっきりしているから強制認知の判決を書きけれど、それは戸籍に記載されるので、子どもから一生涯まれるだろうから、任意認知をした方がいいと言われて、認知するというのです。

結局、判決になる強制認知は死後認知で、「昔、母が若いころにお父さまにお情けをうけまして」と言って、被相続人が死んだ後、現れるというパターンが典型だそうです。そういう形の死後認知は、検事が被告になりますが、相続人たちが十分に争える保証がないのが問題、たとえば高齢の未亡人に検察官から連絡があっても、未亡人は何のことか分からず、対応し切れずに強制認知の判決が下りて、そして相続権を主張するというパターンが

あるのだという話を聞きました。

死後認知のようなケースについて、今の41条の裏側ですが、制限をする必要はないでしょうか。死後認知は今は死んでから3年間ですが、年齢制限とか、原告が成人してから何年間というような形で制限をすとかです。

(座長) 死後認知に限らないで、強制認知について制限をかけるということになりますか。

(●●) そうなります。

(●●) 任意認知もそろえるのですか。

(座長) 父子関係を早く確定せよという話ですよ。子どもが成年に達してから何年という線を引いたとして、任意認知もそうするのか。任意認知は子どもの側の同意が要るわけですが、同意は要るとしても、親子関係の確定が遅くなる。生きているうちプラス死後3年はできることになっているけれども、そうではなくするということですが、どうでしょうね。年齢に線を引くとすると、子どもが成年に達したところで線を引くしかないですよ。

(●●) そうですね。

(座長) 他の線はちょっと引けないと思います。強制認知は子どもが成年に達してから何年かたったら、あとはできないというご提案です。

(●●) 気持ちは分かりますが。

起算点は成年に達したときですか。事実関係を知ったときからというものもありますが、ただそうすると、いつ事実関係を知ったのかはよく分からないし、遅くなって知ったと言えればいつでもできることになりますので、あまり解決にはならないですね。

(●●) ずっと本当の親子だと思っていたという親子関係もあります。お父さんが亡くなって、自分が実の子だと思っていたのに認知されていなかったというケースが、この前もありました。一緒に暮らしてもいましたが、当然成人になってから何十年もたっています。そういうケースは救済されないということにもなりかねません。一律に線を引くのがいいのかどうなのか。認める方のニーズもあるかもしれません。

(座長) ご指摘は分かりました。あまり短いところで切るのはどうかという御感触ですね。他方で、死後になって争うのが適切かどうかについては、ケース・バイ・ケースでしょうか。

(●●) 逆に言うと、死後認知の場合は試料がないという問題もあります。例えばお母

さんも亡くなっていたりすれば、状況が必ずしもよく分からない。先ほどのケースは、たまたまお父さんが生前に病院にかかっている、試料が残っていたので DNA 鑑定をして、間違いないと確認できましたが。

(座長) 今は死後認知は多いのですか。

(●●) そこそこはあると思います。

(●●) お金持ちの人は、お父さんの生体試料を取っておくということですが。

(●●) 相続だけですよね。

(座長) この点は 41 条絡みの問題として、別途、後で議論ができれば少し深めてみたいと思います。今日のところはこれでよろしいでしょうか。本日はこれで終了させていただきます。積み残しの議論の後、嫡出推定規定の見直しから 2 読に入りたいと思います。どうもありがとうございました。今日はこれで閉会します。