

第9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4月23日（火）16:00～19:00

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） 時間になりましたので、第9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。

最初に、配布資料の説明からお願いします。

（法務省） 本日お配りしている資料は、事前に配布させていただいた議事次第と研究会の委員等名簿、研究会資料9の配布資料目録、それから当日席上配布として、●●委員より「フランス法における親子関係否認の帰結」という資料が配布されています。

（座長） それでは、最初に●●委員から「フランス法における親子関係否認の帰結」という資料についてご説明を頂きたいと思います。

（●●） 研究会資料を拝見しますと、子が成年に達した後に否認権が認められる場合があり得るということで、親子関係が長期にわたって継続した後に親子関係が否定されるような場合に、どのような帰結になるのかについて、外国法を参照すると有益な部分があるのではないかと思います。フランス法の状況について簡単にご紹介させていただきます。

このような問題関心に基づいて調べてみたところ、フランスの教科書類では、父性推定が及ぶ場合にその父子関係を否認する場合というよりも、親子関係否認の効果一般の問題として論じられていました。これは、嫡出子であるか非嫡出子であるかという区別がそもそもフランス法では用いられていないためです。

「1 はじめに」の二つ目のポツです。親子関係否認の訴えが認容された場合には、親子関係は遡及的に否定されます。その場合に、とりわけ問題になる事柄としては、氏と親権、いわば面会交流の問題と、養育費の返還の問題があり得ると思われれます。

子の氏については、親子関係が否定された子は、婚姻している場合に用いられるルール、つまり嫡出推定に基づき、付与された氏を失うことが原則となりますが、61-3条第2項で、成年に達した子の場合には子の同意がなければ氏の修正は生じないというルールがあります。つまり、子の同意がなければ氏はそのまま、子が氏を変えることに同意した場合には氏の変更されるというルールになっています。そのような意味で原則に対する修正が働いています。また、未成年の子の氏についても破毀院の判例があり、子の権利条約を直接適用し、事実審裁判官が子の最善の利益を考慮して子の氏について判断しなければいけないことになっています。氏を失うのが原則だけれども、子の最善の利益を考慮し、氏を維持すると裁判官が判断する場合もあり得るということです。

次に親権についてです。原則として、親子関係が否認されると、否認された者は子に対する親権を失います。しかし、子の利益を考慮して、親子関係否認の帰結を緩和するため、裁判官はそれまで親子関係を認められていた元親に、その子に対する訪問権および宿泊権

を認めることができます。

次に養育費の返還についてです。親子法の2005年改正以前より、夫の親子関係が否定された場合、子の養育費の返還を求めることができるとされており、現在も同様です。その場合、返還義務を負うのは妻あるいは認知をした新たな父となります。ここでは額が問題になります。額が大きくなると、親子関係否認の訴えの制約要素となるため、お金の問題を大人が争うことによって、子にとって望ましくない帰結が生じてしまうのではないかと、ということが学説上危惧されています。この場合に、5年の消滅時効を認める2224条の規定がどのように適用されるかが問題になります。フランス法の消滅時効の起算点は主観・客観で分かれておらず、権利の行使を可能とする事実を知り、または知るべきであったときが起算点となります。

2224条の消滅時効の問題について、破毀院の2016年の判決が出ています。これは親子関係の否認ではなく、母が子を産み、長年父に対して認知請求していなかったが、20年以上たった後に認知請求するとともに、過去の養育費を求めたという事案です。1989年に子が生まれ、その子は2007年に成年年齢である18歳になっています。2012年2月13日、母親Xは父親Yに対して認知を請求するとともに、これまで母親が支払ってきた養育費の返還請求権を行使することを明らかにしました。破毀院は、権利行使の意思を表明したのが2012年で、子が成年になった2007年1月11日から既に5年以上経過しているため、養育費の返還請求権は時効により消滅しているという判決を下しました。

この2016年判決の事案は、養育費の返還請求と認知請求のどちらも母親が原告になったというものです。子が生まれた時点から、もっと早く認知して養育費を分担することができたにもかかわらず20年間そうしませんでした。父性推定があらかじめ及んでおり、それを否認するという事案に、この判決の影響がどのように及ぶのかについては、フランスの文献を見ても現時点ではその射程を記している文献は見当たりませんでした。父性推定を否定される者が養育費の返還請求権者であるという、2016年判決の事案とは事案類型が若干異なるケース、つまり父性推定を否定されるまで自分の子ではないことを知らないケースもあり得るわけですが、それが時効の起算点にどのような影響を与えるのかが、射程を考える際には問題になるのであらうと思います。

もう一つ重要な判例があります。これも嫡出推定、父性推定の事案ではありませんが、自分の子ではないと知りつつ認知した事案では養育費の返還請求ができないという判例です。誤って養育費を負担したのではなく自発的に負担したからというのがその理由です。この判例を、自分は父ではないと知りながら父性推定を覆さなかった夫が、後に父性推定を否定した場合にも及ぼすことができるのかが議論されており、テレ教授らの教科書では、及ぼすことができるという立場で論述がなされています。

簡単ですが、フランス法の状況についてご紹介しました。

(座長) 氏、親権、養育費の問題があり、これに対して原則的な考え方を示しつつ、しかし一定の緩和のための処置が取られているというのがお話の大枠だったかと思います。われわれも否認権行使の期間制限を緩和し、かつ遡及効を認めることになると、特に養育費は金額が増えていくことになりますので、このような問題について考えなければならないということで、フランス法について情報提供していただきました。ありがとうございます。

した。

ご質問、ご意見については、研究会資料9で期間制限の問題を取り上げますので、その際に頂ければと思います。

本日の話に入ります。研究会資料9の前に前回の積み残し分があります。前回研究会資料8-2のうち、第1の1から3までが終わっていますが、6ページの4が残っています。第三者の提供精子によって生まれた子の場合に、嫡出推定の規定を適用すべきか。適用する方向で考えた場合に、同意の立証責任の問題をどのように考えるかについて問題提起がされています。説明は前回していただいたので、それを踏まえてご意見を頂ければと思います。

(●●) 二つあります。1点目は、第1案も第2案も、子が第三者の提供精子を用いた生殖補助医療により生まれたことが立証すべき事実であるとなっていますが、これは具体的にどのように立証することになるのかということです。第三者提供精子による生殖補助医療を施術していたことは分かって、その施術によって生まれた子なのか、あるいは女性が夫以外の男性と関係を持って生まれた子なのかという二つの可能性が残ります。その子が夫との子でないことが分かったときに、論理的には、AIDにより生まれた子である可能性と、施術をしつつ他の男性と関係を持ち、そこで生まれた子である可能性があるわけです。子がAIDによって生まれたことの立証は、どの精子を利用したかという記録を医療機関が保管していない限り、相当難しいのではないかと思います。

2点目は、妻が第三者提供精子による生殖補助医療を実施しつつ他の男性と関係を持ち子を持った場合に、自分たち夫婦は確かにその子を懐胎したときに生殖補助医療を利用していたが、この子はAIDによって生まれてきたのではないということが主張・立証できたときに、夫は施術に同意していても嫡出否認できる場合を認めるのか、認めないのかということも問題になるのではないかと思います。フランス法では、基本的にはAIDを行うことに同意したら否認はできませんが、例外として、同意の要件を満たしていなかった場合や、その子がAID以外の方法で生まれてきたことが主張・立証できた場合には嫡出否認ができるとされています。そうは言っても、やはりその子がAIDによらずに生まれてきたことを主張・立証することは難しいので、実際には利用しにくいと言われているようです。しかしケースとしては考えられると思うので、検討をした方がよいのではないかと思います。

(座長) それは起こり得ることで、フランスでは特に起こり得ることで、そこまでは織り込んでいないですね。

(法務省) 生殖補助医療により生まれたという事実は、母が施術を受けたという事実と、当時第三者との性関係がなかったという事実等から、間接事実の積み重ねで立証することは考えられるかと思いますが、御指摘のようにそういった問題は生じうるかと思います。

(●●) ●●さんの問題提起は、二つの問題があるわけですね。最初の問題は、生殖補助医療によって生まれた子であることまで立証しなくても、懐胎時期に生殖補助医療を

実施したことについて同意があれば足りるという形で比較的簡単に対応できると思います。しかし、生殖補助医療で生まれたことの立証は難しいかもしれないけれども、特定の誰かがいて、その人と DNA 鑑定で 99% 父子関係が成立し、その人が精子提供者ではなかったことが立証できれば、その子は AID によって生まれたのではないことが明らかになります。その場合にまで、懐胎時期に AID について同意していれば父子関係は推定されるということが及ぶのかという問題は残りますよね。

(座長) DNA 鑑定が行われれば、ですね。

(●●) はい。この問題の立て方は、懐胎時期に AID を実施することについて同意していたとすれば、いずれの場合についても差し当たりは父子関係を推定することで問題がクリアできるので、ごく例外的なことについてサブルールで対応するかどうかという問題にした方が適当だろうと思います。

(座長) 嫡出推定に乗せるためのルールを作り、その後、他の人の子であるケースもあるだろうが、これには例外的に対処するということですね。

(●●) 772 条が適用される場合でも嫡出否認の問題があるのと同じことでしょうか。

(座長) 他人の子であることの立証が難しいとしても、先ほどおっしゃったようなことが言えれば、それは別扱いを考えるとということですよね。そこはいかがでしょうか。書きぶりはまた考えてもらうことにして、具体的な考え方としては、基本的には今のような考え方でよいのか、それとも別の考えの余地があるのか。

では、取りあえず今の話はそういうことで暫定的に置いておいて、他にいかがでしょうか。

(●●) 第 1 案、第 2 案とも、「妻が婚姻中に子を懐胎したときは」となっています。今まで自然分娩のときには、どちらかといえば出生を基準にしていたかと思いますが、ここは、自然分娩と生殖補助医療で全く違う規律になるという意味でしょうか。分娩時を基準にするような話が出ていたかと思うのですが、ここはそういうことは全く書かれておらず、懐胎した場合となっています。それは生殖補助医療を利用した場合にはということでしょうか。

(法務省) 前回議論いただいた、自然分娩の議論は、婚姻の解消後に出生した場合について、出生時期による例外を設けるという議論かと思いますが、基本的なルールとして、婚姻中に懐胎した子は夫の子と推定するという議論だったかと思いますが。

(●●) 推定されない嫡出子の部分については分娩主義を採るという考え方があるのではないかということが出ていたと思うので、それとの関係で整合性があるのかということ

ではないでしょうか。

(●●) これは離婚後の分娩かどうかは全く関係なく、どちらであっても推定するということでしょうか。

(座長) 今のお二人の委員の発言を合わせると、婚姻の成立後 200 日までに生まれたという場合に、婚姻中に懐胎していなくても婚姻継続中に産出すれば嫡出推定が及ぶという考え方を採ったときにどうなるかということだと思います。行為規制されていると、婚姻成立後でないといわれないことになるはずですが、そうならないかもしれないということですか。

(●●) そうではなくて、行為規制ルールがあればそうですし、この問題に関して言うと、同意権が一体誰にあるのかというときに、婚姻前は夫婦でも何でも無い誰かが同意して特定の効果を持つというのは変ですから、その意味では、生殖補助医療の AID の場合にはそもそも夫の同意が前提になるので、婚姻していることが前提になるという説明は可能なのだろうと思います。

(●●) そうすると、婚姻後に分娩した場合と婚姻中に分娩した場合も区別がないですが、それはいいのですか。自然分娩の場合はそれで案が幾つかあったと思いますが、それとは切り離して、生殖補助医療の場合には、離婚後分娩の場合はどうなるかという議論は特に必要ないということですか。

(●●) 離婚後の分娩であっても、懐胎時に同意があれば、あのときの議論も分娩主義を採るからといって婚姻解消後は全て消えるのではなく、むしろそこでは懐胎主義が残るという見解が多かったと思うので、それは同じではないですか。

(座長) ただ、例えば、離婚後に生まれた子について嫡出推定が及んでいるけれども、離婚して再婚して、後の夫の嫡出推定が及ぶことになったときに、優劣関係の問題がありますよね。優劣がつかず、父を定める訴えによるという考え方と、後が優先するという考え方とで、自然分娩の場合については議論してきましたが、この場合にどうなるかという問題はありそうな感じがします。

(●●) それと、離婚後 300 日以内に結婚していない場合は推定が働くというのが多数意見だったとおっしゃいましたが、その議論が全く議論なしに、ここでは懐胎のことしか書かれていないので。

(座長) いずれにしても、前と後ろについて、自然分娩についてルールが決まったら、それに合わせてこちらをどうするかという問題があるのだと思います。差し当たりは、ここで想定しているような前も後ろも問題にならないようなケースについて、その父子関係が争われる場合に、第三者提供精子による生殖補助医療の場合についても嫡出推定の枠内

で処理してよいのかということと、その場合に同意の立証責任をどうするのかということ
を議論して、それが決まって自然分娩の方が固まってきたら、それと調整するという
ことではないでしょうか。あちらが決まらなと、こちらも決まらなと。

(●●) 分かりました。

(座長) 自然分娩がどう決まるかによって、それに合わせてこちらを処理すればいいと
いうことになるかもしれませんが、あるいは、生殖補助医療の場合は同意があることをも
っと重く見るべきだという議論も出てくるかもしれないので、取りあえず自然分娩につ
いてルールを変えることを検討していますが、そのことを括弧に入れて考えたときにど
うかということについてご意見を頂ければと思います。そういう整理でよろしいです
か。

(●●) 結構です。

(●●) ●●委員の疑問に対する先生方の整理を十分に理解できませんでしたので確認
させてください。AIDによる懐胎と、それ以外の第三者の男性の可能性があると
いうご指摘はもつともであると思いますが、その上で、後者の場合について、同意
していたら否認できないというのは、違和感があります。それに対応するために整理
された一つの案が、同意があれば取りあえず嫡出推定が妥当するということだ
ったと思いますが、そのうえで、どうなるのですか。

(●●) 同意があつて懐胎した場合には772条は適用されることにするけれども、
嫡出否認の可能性はあると。普通は、DNA鑑定の結果、自分とつながっていなかつた
としても、AIDに同意していたら嫡出推定を覆すことはできないけれども、完全
にAIDによらない子だとなれば、772条を前提として否認権を行使することが
できるという枠組みになるのではないかと想像しています。

(●●) それは、今、提案されているような、同意によって否認権を排除する
という仕組みではないということですか。

(●●) 同意があれば772条は適用されますが、当該AIDによって生まれた子
ではないことが分かれば否認できるということですか。

(●●) 理屈としては分かったのですが。

(●●) 条文の形で書けるかどうかですよね。

(●●) その問題に加えて、そもそもの仕組みとして、AIDの精子提供者と
親子関係があるのか、それ以外の第三者と親子関係があるのか、この鑑定
自体は可能であるという前提なのか。

(座長) 可能かどうかは分かりませんね。

(●●) AID で生まれたと子であるという立証は、誰がドナーかが分からない限り難しいのではないかと思います。しかし、AID によって生まれた子ではないという立証は、場合によってはできるのではないかと思います。特定の男性が父親であり、なおかつ、この人はドナーになる可能性が全くない人だったという場合です。それも立証はそう簡単ではないかもしれませんが、AID によって生まれた子の立証よりは簡単ではないかと思います。

(●●) 第1案も、第2案も、推定父が嫡出否認する場合が想定されているのですか。今の話だと、例えば母親が主張する場合は誰の子だと言えるけれども、夫が主張しようと思っても誰の子か分からないわけですから立証しようがないということで、第1案、第2案は父親が否認する場合を想定しての案なのですか。それとも、子も妻も立証責任の分配については同じということですか。

(法務省) ここは夫が否認する場合を前提に書いていますが、否認権者が広がった場合には、血縁関係を否定する効果を希望する側がどちらかという観点から、どのように修正するか検討することになるかと思います。

(座長) 母の側から否認の訴えを起こした場合はどうなるのでしょうか。

(●●) 形式的には嫡出推定が及んでいるかもしれないけれども、この子は実は AID によって生まれた子ではなく、この人の子なのだということが立証できれば、否認できることになりますよね。

(座長) 単純に母の側から、血がつながっていないことを証明できている状況で否認しようとする、訴訟はどうなりますか。

(●●) AID ですから、元々、父親と推定される者との血縁関係があるかないかは関係ありません。普通であれば、妻の側からの嫡出否認は、夫と子の血がつながっていないことを立証しようとするのだと思いますが、そこの部分は問題になりません。

(座長) 最初のところで否認して、夫の側で「いや、これは AID だから」と言うのではないですか。血はつながっていないかもしれないけれども、自分が同意して行われた AID なのだからと。

(●●) そう言って、今度は妻の側から、AID によって生まれた子ではないことを立証することになるのではないですか。先ほどご指摘があったとおり、妻の側は誰が父親かということが分かるので、AID によって生まれた子ではないことの立証は比較的簡単にできるのかもしれない。

(●●) 以前、行為規制のところでは管理機関について検討されていましたが、当然、その管理機関はドナーの男性が誰かというのを管理するわけですよね。であれば、ドナーと子の DNA 鑑定をすれば、その人の精子を用いた生殖補助医療を行ったことははっきりするということです。ただ、管理機関で誰がドナーか分からない限りは、第三者との自然分娩なのか生殖補助医療なのか分からないので、どちらにしても管理機関がすごく重要な気がします。

(●●) 技術的には可能だと思いますが、管理機関がそれに対応することが適切なのかという別の問題があるのだらうと思います。それが結構深刻なのではないでしょうか。聞かれたらドナー情報を出すということはできないので慶應義塾大学はやめたわけですよね。

(座長) 2003年まで行っていた法制審では、今のような情報を出すことは必ずしも前提にしていなかったよね。

(●●) むしろできないということでした。

(座長) ですから、分からないという前提で、先ほど●●委員が整理されたようなことになる。そうすると、自然分娩の場合と生殖補助医療の場合とでパラレルに考えたとしても、夫が生殖補助医療に同意することにはリスクがあるのですね。生殖補助医療を実施しても本当に子が生まれるかどうかは分からないけれども、生殖補助医療に同意すると、そうでないものによって生まれた子についてまで自分の子だということになるリスクを負うわけですね。

(●●) そうですね。

(●●) それを覆すのは難しいということです。

(座長) 実際上はそういうリスクを負って同意するというので、それを除外するのは結構難しいですね。

その他はいかがでしょうか。

(●●) 以前、AID でさっさと嫡出否認を認めたケースがあるとおっしゃっていました。父親が、生まれた子が全く自分に似ておらず、生まれた途端に嫌になってしまい、母親との仲もぎくしゃくして、母親も「それならいい」ということになると、彼が嫡出否認を提起し、母親もそれを認めて父子関係が切れると、その子はずっと父親のいない子になるという枠組みです。推定の及ばない子の新家庭破綻説は、とにかく父親を確保しようということで議論をしてきたわけですが、1年以内の嫡出否認だと父親の確保は条件になりません。AID だった場合には、その子の父親は永久にわかりませんが、父親と母親がお互いに AID であることに口をつぐんでしまえば、ドナーでの精子であることさえわからないこと

になります。

(座長) それは、父親と母親が、その子との親子関係について、自分たちがそうしたいと考えて、実際の関係と違うものをつくり出すことができるという話の一環ですね。それはできてしまうところがあるので、そのような思惑とは別に子の身分を守る必要があるのではないかという問題はあります。

(●●) フランスのように AID の管理が整っていれば、そこから何らかの形で検察官が動いたりできるのかと思いますが、日本の場合にはそれはないので、両親が生殖補助医療を利用して子をつくっておきながら、事後的に同意すれば子の身分を奪ってしまうというのは、日本の場合は仕方がないことなのですね。

(座長) フランスだと、なぜ救えるのですか。

(●●) フランスは、AID を利用することに同意した場合には、生殖補助医療ではない形で生まれてきたことが立証できない限り、子も母も父も誰も親子関係を否定することができません。

(座長) しかし、それが出発点で、今、●●委員がおっしゃっているのは、AID を利用していないことにしてしまうという場合ですね。

(●●) 同意を裁判官か公証人の前でしなくてはならず、その同意が残るのだと思います。

(●●) 夫と妻が 2 人で相談することでは解決できないということですね。

(●●) 同意の証拠が残っているので、できません。

(●●) 今の場合はもちろんですが、第 1 案と第 2 案を前提としたとしても、立証責任をどちらが負うかはともかく、嫡出推定が否定される場合はあるわけです。その場合に、ドナーに対する認知やドナーの認知の問題についての規定は必要ではないかという気がします。生殖補助医療の法制審でも扱っていたと思いますが、それはどうなのでしょう。

つまり、実際に見つけることができるかどうかはともかく、嫡出推定が否定された以上は、血縁関係のある父を巡る問題は表に出てくるわけです。AID を維持するためには、ドナーに対する認知は認めないというのは政策的にはあると思いますが、その部分はいずれにしても論点になるのではないかという気がします。

(座長) そうですね。ただ、制度的な枠組みなしにドナーをドナーと認定することは難しい。精子提供者はすべてドナーなのだというにはなりません。そうでないと、精子提供は自然生殖でもいいという話になってきて、その場合にも認知の訴えを阻むのかとい

う話になってきます。2003年までの議論でも、枠組みを前提にして、枠組みに乗って精子提供している人についてどうするか、という話でしたね。

(●●) そうです。

(座長) 今回やるとして、今の話を乗せていくということになると、どうすればいいのでしょうか。

(●●) やはり、行為規制ルールを切り離して議論することの難しさが多分に出ているのではないかという気がします。AIDをどういうものとして制度設計するかという話を抜きにして親子関係だけ議論することは難しいかもしれません。

(座長) 第1案にせよ、第2案にせよ、嫡出否認が認められたとして、認知について何も規定を置かないと、どうなのでしょう。

(●●) 認知について何も規定を置かないと、血縁主義的な親子観からいうと、認知は認められるのではないのでしょうか。というのは、ドナーに対する認知を認めないとか、ドナーによる認知を認めないというのは、認められる可能性があるからそういうルールが作られたのではないかなという気がするのです。

(●●) そもそも同意が争いになる事案というのは、合意したのに後になって嫌になったケースと、妻が勝手に同意なしでやったケースの二つを想定しているのでしょうか。

(座長) パターンとしてはそうだと思いますが、実際の紛争としては、どのような同意があったのかはよく分からないということが出てくるかもしれません。同意の仕方などについて、きちんとした枠組みがなければ、片一方は同意したと言い、片一方は同意していないと言うと、事実関係については別に争いはないけれども評価が違うというパターンもあるかもしれません。

(●●) 話を戻すと、前回、嫡出推定をどうするかということで、300日の問題と200日の問題を議論しました。生殖補助医療の場合を考えると、前の夫との間で同意があるAIDをしており、しかし離婚して、再婚後200日以上でも以内でもいいですが新しい男性と婚姻中に子が生まれたけれども、この子は前の夫とのAIDを受けたときに懐胎した子だとした場合に、後の男性は嫡出否認を起こせば否認できることとなりますよね。

(座長) それを先ほど、200日についてルールを変えることになったときには、そこについて考える必要が出てくるでしょうという話をしました。

(●●) そうすると、前の夫との関係でAIDに同意していたとしても、だからといって前の夫が父親となるわけではないという前提で今は議論しているのですか。

(座長) そういうルールも作れるということだと思います。200日で、後ろの推定が優先し、後の夫が父親になるのだと考えると、前の婚姻中に行われたAIDで子が生まれたとしても、それは後の婚姻によって上書きされるのだと考えることもできますし、同意をして生殖補助医療で子をもうけた以上は、そこから生まれた子ならば、その父子関係は動かないだろうという考え方もあるかもしれません。しかし、今のような後で生まれてきた場合だと、前の生殖補助医療で生まれた子であることがトレースできる制度がない限りは、施術によって生まれた子か、それとは別に後の夫との間の自然生殖によって懐胎した子かは分からないということになるのだと思います。それについて、委員はどのような感触ですか。

(●●) どちらか判断するのはすごく難しいと思いますが、仮に前の夫との間でAIDにより生まれたとして、その後離婚してしまうと、そのときのAIDの同意は、嫡出否認が後でできないという効力しかないのかというのが従前の議論だったと思います。ただ、従前の議論は現在の嫡出推定制度を前提としていますし、公的管理機関によって父親のいない子をつくることはできない。つまり、同意した人が父親になるから、ドナーを父親としないでいいのだということで、父親のいない子をつくらずに済む前提で話が進んでいたと思います。そこでの同意の位置付けを前回の中間試案のときは議論したと思いますが、もし嫡出推定の部分が消えてしまい、子に父親がいない可能性が出てきてしまう場合に、やはりAIDの同意は、例えば後で子の認知を請求するときに、父親になる意思があったという材料に使えないのでしょうか。使えないのであれば、前の夫を父親とする前提でドナーが父親にならないという条件にしていたとすると、生殖補助医療の同意をした前の夫が父親にならないなら、やはりドナーが認知しなければいけないという議論が蒸し返されるのではないのでしょうか。

ですから、生殖補助医療の同意の性質について、前回の中間試案とは少し違い、父親になる意思もそこに含まれているのだという検討をする必要が出てくるのではないかと思います。

(座長) 委員がおっしゃっている父親がいない子が生じる場合とは、具体例はどういう場合ですか。

(●●) AIDをした後に離婚して、その後、子が出生したときに、仮に嫡出推定の300日推定が及ばないとした場合です。

(座長) それは、後ろが切れてしまうという前提に立っているのですよね。切れてしまう場合に、AIDの方はそれでは困るという話はあると思いますが、切れなければ問題はないでしょう。

(●●) しかし、AIDの場合を念頭に置いて、そのために300日推定を残すのかという話になりませんか。

(座長) AID の場合を念頭に置かなくても谷間に落ちる子はいるので、後ろについては残る場合があった方がいいという考え方もありますね。ですから、AID だけを想定して後ろを決める必要はないと思います。

委員がおっしゃっているのは、自然懐胎についてルールが変わったことによって、AID で生まれた子の親がいないという事態が生じては困るということですね。

(●●) 単純に 300 日推定をなくしてしまうと、そういう事態が起こってくる気がするので、むしろ同意の位置付けを見直した方がいいのではないかとことです。それを理由に認知を求められる性質のものとして同意を捉え直すかどうか、検討する必要があるのではないかと思います。

(●●) 捉え直すと、どう変わってくるのですか。

(●●) 例えば、前の夫が同意した AID により生まれた子だとします。

(●●) 300 日推定が及ぶのだとすれば、当然、嫡出推定は及びますよね。

(●●) それはそうです。

(●●) 日弁連では、そこが切れるというのが全体的な意見になってしまっているために、そういう発想になっているのだと思います。300 日のところは、もし前婚の夫の子であれば認知が適当であるという意見になってしまっているために。

(座長) やはり、それは自然懐胎の方を決めないと決まらないのではないのでしょうか。

(●●) 自然懐胎の場合であっても、日弁連の提案によると、そもそも 300 日後に生まれた子については父親がいない状態になりますよね。AID の場合に限っては、AID に同意した人に対して必ず責任を負わせるような法的構成にしなければいけないというのは、そのような価値判断といたしますか、行為規制まではいきませんが一種の正当化があった上で話になるように思います。AID の場合を踏まえて同意そのものの性質決定をし直さなければいけないとは簡単にはならないのではないですか。

(最高裁) 自然分娩で 300 日後に生まれた子で、本当に前婚の夫との子であれば認知はできるので、違いはないのではないかと思います。AID の同意を、今まで議論しているような性質のものとして捉えるのであれば、自然分娩であっても AID であっても認知はできるという意味では、そこは同じように設定することができる気がします。

(●●) そこを、今のままだと認知ができないのではないか、だから認知ができるように同意の性質を変えるべきだとおっしゃっているのですよね。

(座長) ●●さんがおっしゃっている AID の場合の認知の相手方は誰ですか。

(最高裁) 夫です。

(座長) 自然分娩でそこに自然の父子関係があるのならば、婚姻が解消されて嫡出推定が及ばなくなるとしても、認知によって父子関係をその夫との間で作ることが出来る。AID に同意していれば、血縁上の親子関係がないとしても同じことができるように組み立てることができるとおっしゃったのですね。そうすると、AID に対する同意について、必ずしも嫡出推定の外で考えなければいけないということにはならないということですね。

(●●) 私は、父親がいない子ができてしまうことが良くないということで、同意というのが、ただ父親が嫡出否認できなくなるというだけの位置付けでしかない、認知をする根拠にならないのではないかとということが心配だったわけです。

(●●) AID について同意があれば 772 条の嫡出推定の適用があるということの意味が、単に嫡出否認できなくなる、権利濫用というレベルではなくて、適用があるのだとすれば普通の自然分娩の場合と同じように考えればいいのだろうと思いますし、あえて父になる意思などと言わなくても同じことなのではないかという感じがします。

ただ、今の話は、もしかすると第 1 案、第 2 案の書き方にも関係するのかもしれないと思いました。

(●●) 私も、仮に子が認知を求めるときに、同意があったということ認知の目標にする場合の立証責任というのが、いつも父親だけという形でどうなのかということも検討する必要があるのではないかと考えています。子の側から同意を立証するような場合については、別に考えることになるのでしょうか。

(●●) 前提として、AID の利用に同意した場合には、血縁ではなく同意を根拠に認知ができるという規定を置かなければできないのでしょうか。その上で主張・立証すべきことを何にするかという話で、●●委員のご感触だと、同意があったということの子に主張させるのは難しいということですか。

(●●) 原則としては主張・立証する側が立証責任を負うのだと思いますが、そのときに子は自分で立証手段を得られない可能性が高く、大変困った事態になってしまうので、それを立証責任で調整するのが本当にいいのかどうか。本筋としては立証手段が得やすいようにということで、前の中間試案のときに前提とされたような公的管理機関ができるというのが一番いいのだろうと思いますし、子が自分が AID で生まれたことを知ることができるような告知や出自を知る権利なども前提になれば、そういうことはできなくなりまし、その辺がすごく欠落してしまっているというのが気になります。

(座長) それは最初からの懸案で、とにかく以前の話は行為規制との二本立てでやるということだったので、行為規制を受けてどうするのかというのが出発点だった。しかし、もちろんそこから外れてくるものがあるので、それらも念頭には置いていましたが、本体の部分は、行為規制がきちんとしていけば親子関係は大丈夫なはずだと考えていたわけです。ところが、行為既成がないということになってルールを作るというのは、かなり難しいというのが皆さんのご感触なのだろうと思います。

やるとした場合に、今、第1案、第2案が出ていて、立証責任の問題はあるわけですが、嫡出推定の枠に乗せていくことについて基本的に賛成の方も少なからずいらっしゃると思います。●●委員は、それを見直すべきだというご感触ですか。

(●●) 実際には、父親が否認する場合は、まず血縁がないという話で始まるのだらうと思います。AID で生まれたことを主張する子の側、代理人として母親がいるのかもしれませんが、そちらが「AID で生まれたのだ。夫は同意していたのだ」と主張し、夫の側が「AID で生まれたのではない」と主張して、その立証責任を負うかどうかが議論になっていると思いますが、そのときの、実は第三者の男性との不貞があって生まれたのではないかということの位置付けの仕方が私はまだよく分かっていません。不貞の場合があるので、基本的に嫡出推定のルールについては想定は必要だと思いますが、AID の場合と不貞の場合でどういうルールにするのかは、私はよく分かっていません。

(座長) そうすると、もしやるのだとすると、この枠組みでよいということですか。先ほどの後ろをどうするかという問題は対応しなければいけなくて、子の父親がいなくなることについて、AID の場合に問題になりますし、それ以外の場合にも問題になるので考えなければいけません。父親がいなくても避けられる工夫がされれば、大枠はこのような考え方でも構わないということでしょうか。不貞の場合には覆らないと困るという話がありましたが、考え方としてはこの枠でよいということでしょうか。今日の議論を始めるときに、嫡出推定の規定を適用すると考えてよいのか、そう考えた上で同意についての立証責任をどのように考えるのかという整理をさせていただきましたし、本資料もそのような形で書かれていますが、議論の仕方自体はそれを前提にしてよいというお考えですか。

(●●) 子の不利益になるような部分を手当てしながら進んでいくというのは、仕方がないという言い方は良くないかもしれませんが、枠組みとして、ではこういう枠組みをとすることはなかなか言えません。

(座長) 分かりました。今日の議論で明らかになったのは、前と後ろについて、自然分娩のルールが定まったときに、それと対比してこちらのルールを考える必要があり、その際に、AID によって生まれた子が不利益を被ることがないような配慮が必要になるということによろしいですね。

(●●) 行為規制ルールを前提とすることはできないというのは仕方がないと思います。ただ、民法のルールとして、同意に関して、登録制度的なものができるかどうか分かりま

せんが、そこは嫡出親子関係を判断するための前提として、もう少し厳格に定めることを検討してもよいのではないかという気はします。あまり厳格に定めると、今度は同意がうまく使えず、漏れてしまう場合が出てくることもあると思いますが、その部分をきちんと定めれば、それが最終的には一定の行為を促すという意味もあると思うので、少し検討してもいいような気がします。

(法務省) 例えば保証のところであるように書面または電磁的記録でやるとか、公証人が関与して公正証書でやるというようなご趣旨ですか。

(●●) 二つあります。一つは、今おっしゃったような形式的な問題で、どういう書面を使うのか、どういう登録をするのかということです。もう一つは、同意といっても、AIDに関する同意はものすごく幅があるわけです。「AIDをやることにしたの」「うん」という話のレベルから、個々の施術についての同意もあります。懐胎した時期にAIDの施術を受けていたといっても、AIDでは凍結精子を使うわけですから、実際の施術のレベルにはものすごく幅があるわけです。ですから、個々の部分まで同意は要らないとしても、どこの部分についてはあればいいという話は、もう少しきちんと定める方向で考えてもいいのではないかという気がします。

(座長) 同意の中身が争われにくいような仕組みをつくるということですか。

(●●) はい。やはり、夫と妻の間で「あれは同意がなかったことにしよう」という形で対応できるというのは、それでいいのかという感じがします。

(座長) それを阻止するためには、公的にどこかに登録されていて、それが出てくる仕組みをつくっておかなければいけません、なかなか難しいです。

(●●) 難しいのと、それが結局、同意がない場合をたくさんつくってしまうという問題もあり得ると思います。

(座長) なぜフランスではそれで機能するのですか。

(●●) 恐らく身分証書の欄外に、裁判所や公証人の前で同意をしたと書くのだと思います。

(座長) つまり、出生時から、この子がAIDで生まれてきたことを明らかにするということですか。

(●●) そうではないと思うのですが。

(座長) 出生証書に記載されれば、最初からこの子はAIDで生まれた子だという話にな

るので、どこかに AID の記録があろうがなかろうが、夫と妻の間で AID をなかったことにするというにはなりませんよね。

(●●) 子に関して書かなくても、父本人の身分証書に「父は AID を利用することに同意した」と書けば、嫡出を争うときに分かりますよね。

(●●) しかし、それだと、日本においては戸籍に書くというイメージになりますよね。私が先ほど言ったことも、当事者が勝手に動かさないように公的機関が同意について保管するという考え方はあるとしても、それを身分関係のところでこの子は AID で生まれた子なのだとラベリングしてしまうことは避けた方がいい気がします。

(座長) 外国法の話なので調べてみないと分かりませんし、今おっしゃったように、日本法に置き換えたときに何ができるのかという問題もあると思いますが、夫の身分証書の欄外に、「AID の施術に同意した」と一言書くことはできても、どの施術の何について同意したのかということまでは書けないと思います。それはまたご検討いただくことにしたいと思います。

●●委員から、もちろん公的な仕組みがあることが望ましいけれども、そうでないときに、同意を巡って争われる事態をできるだけ避けることによって、子の身分関係が覆ることをできるだけ避けるという観点から、民法上、同意についての規律を今より厳格で詳細なものにし、かつ、管理についても一定の仕方ですることにはできないだろうかという話がありました。その際の課題として、少なくともこれは公的な機関なしでは難しいということは共通の認識としてあると思いますが、その上で民法で対応するとしたときには、このぐらいのことをやれば代替的な措置としてかなり実効的になるということや、それができるのかできないのかということは話題にしてもいいように思います。

これは同意の問題もありますし、自然生殖の議論とのバランスもあるので、先送りの課題とさせていただきます、特に今の段階でご発言がなければ、もう一つの問題に行きたいと思えます。

それでは、研究会資料 9「否認権者の拡大及び否認権行使の期間制限の見直しについて」に入ります。資料についてご説明いただき、その上でご意見を頂きたいと思えます。

(法務省) 研究会資料 9 についてご説明します。「否認権者の拡大及び否認権行使の期間制限の見直しについて」ということで、今回のテーマと次回にもご議論いただくテーマです。

まず、第 1 は子の否認権についてです。第 1 回会議と第 5 回会議の際に議論していただいた内容として、現行法が認めている夫に加えて、父子関係の当事者である子を否認権者とするについて支持する意見が多数であったため、子を否認権者とする方向でさらに検討していただくことを提案しています。

第 5 回会議の際には、子と親権を行う母の利益相反についても議論がされましたが、身分法的な観点からは具体的な利益相反は考え難いという指摘があったことや、現行法においても、夫による嫡出否認の訴えの相手方は親権を行う母とされており、親権を行う母は

少なくとも子の利益を代表する者として想定されていると考えられることから、親権を行う母による否認権の代理行使を許容することを前提に、そこから生じる問題点について議論していただきたいと考えています。

具体的には2です。子に否認権を認め、親権を行う母に代理行使を許すこととすると、父が希望していないにもかかわらず、法律上の父子関係が否定されることがあり得ることから、子の利益と母の利益が一致しない場合があるのではないかが問題になります。この点について第5回会議では、子を否認権者とし、親権を行う母などの法定代理人による否認権の代理行使を認める場合には、父を失うこととなる子の利益の観点から、例えば母の再婚を要件とするなど、その行使について一定の要件を課す必要があるのではないかという指摘があった一方で、父子関係と母の再婚との関係性は乏しいなどとして、これに否定的な指摘もありました。

この点については、嫡出否認が認められた場合には、血縁関係はありませんが、法律上の父が子から失われ、他方で、血縁関係のある父との間で認知により親子関係を形成する可能性が生まれる結果になります。このことを一般的に否定的に捉えるのか、それとも個別判断の問題であると捉えるのかが論点になると考えられます。

以上のことを踏まえて、この点についてどのように考えるのか、さらにご意見を頂きたいと考えています。

3は否認権行使の相手方についてです。ここでは夫のみを相手方とすることが考えられるとしておりますが、この点についてどう考えるかもご議論いただきたいと思います。

第2は母の否認権についてです。こちら第1回会議と第5回会議では、母を否認権者とするについて支持するご意見があった一方で、子を否認権者とする場合に、それとは別途、母に固有の否認権を認める必要があるのかが疑問であるというご指摘もありました。そこで、子を否認権者として親権を行う母にその代理行使を認めるのみでは解消できない具体的な問題が存在するかどうかについて留意しつつ、引き続き検討することとしてはどうかと考えています。

母の否認権を基礎付ける理由として、具体的には、母固有の利益と、子の利益の代弁者としての母についてという2点に分けて書いています。2ページの2が母固有の利益についてです。第5回会議では、嫡出否認に関して母が有する利益について、嫡出否認の訴えの対象があくまで父子関係の問題であると捉えれば、夫（父）と子が平等に否認権を有すべきであるとはいっても、それについて母が固有の利益を有するものではないのではないかというご指摘がありました。他方で、婚姻している夫婦によって子を養育するという伝統的な考え方からすれば、夫（父）と平等に、母にも固有の利益を認めることができるのではないかというご指摘もありました。

なお第5回会議では、民法第733条の父を定める訴えについては人事訴訟法で母に提訴権を認めており、民法第787条で認知の訴えについては子の法定代理人に提訴権があるとされており、このような差異が参考になるのではないかというご指摘がありました。こちらについて検討しましたが、ご提訴権者の差異の理由は必ずしも明らかにはなりません。嫡出否認に関して母が固有の利益を有するのか、子を否認権者として母は代理行使を認めるのみで解消できない問題が存在するのかどうかについてご議論いただければと考えています。

3 は子の利益の代弁者としての母についてです。親権者ではない母が、子の利益を図るために、否認権を行使することが相当な場面もあるのではないかというご指摘があったことから、この観点から母を否認権者とする必要性についてご議論いただければと思います。

第3は第三者の否認権についてです。第1回会議と第5回会議では、子の血縁上の父にこそ否認権を行使する必要性があるというご指摘があった一方で、血縁上の父を否認権者とする子との利益に反する場合が生ずるおそれがあるというご指摘もありました。そこで、血縁上の父を否認権者とする点については、その必要性の程度や、弊害を防止するためにどのような方策を講ずることができるかという点に留意しつつ、引き続き検討という形で整理しています。

具体的に否認権者とする必要性について2に書いています。血縁上の父は、その子に他の男性の嫡出推定が及んでいる場合には、嫡出否認がなされた上でなければ子を認知することができず、法律上の父になることはできないとされています。そのため、第5回会議では、このような血縁上の父の立場を考慮して、否認権者として認める必要性があるというご指摘がありました。もっとも、血縁上の父が独自に否認権を行使しなければ子の法律上の父となることができない場合とは、夫や親権を行う母が否認権を行使する意思がない場合であると考えられ、家庭外にいる血縁上の父による否認権の行使を認めると、既にある家庭の平穏を害し、子の利益に反するおそれも大きいと考えられることから、慎重に検討すべきであるというご指摘もありました。

その関係で3ですが、第5回会議では、既存の父子関係を否定するだけの訴えを許容すると、子の利益に反することとなるおそれがあることから、子の血縁上の父による認知などを要件とすることが考えられるとのご指摘がありました。

以上の点を踏まえて、子の血縁上の父を否認権者とする点についてどのように考えるか、ご議論いただければと思います。

第4は期間制限の見直しについてです。1と2は子以外の者による否認権の行使期間の制限について、2は子自身による否認権の行使の期間制限についてという形でまとめています。補足説明の1をご覧ください。まず、子以外の者による否認権行使の期間制限について、第5回会議でさまざまなご意見がありました。大まかな方向性として、客観的な起算点から長期の期間制限と、主観的な起算点から短期の期間制限を設け、この二つを組み合わせた行使期間の制限を認めるというのが甲案です。もう一つは、客観的な起算点から中期の期間制限に一本化した行使期間の制限を設けるという乙案です。この二つの選択肢を提示した上で、引き続き検討することについて、皆さんのご意見としても支持が多かったものと考えおり、このような形で提案しています。

甲案については、否認権者が否認原因を知らないうちに権利行使期間を徒過する事態を防ぎつつ、これを知っている場合には短期間で子の地位を安定的なものとするところができるというメリットが考えられます。他方で、「否認権を行使することができることを知った時」の解釈や当てはめが困難であり、この要件を巡って紛争が生ずるおそれがあるというデメリットが考えられます。

乙案については、否認権者の主観を巡る紛争を回避することができるというメリットが考えられる一方で、期間の定め方にもよりますが、否認権者が否認原因を知らないうちに権利行使期間を徒過する事態が生ずるおそれが高くなるというデメリットが考えられます。

以上のメリット、デメリットに加えて、事実的な親子関係がどの程度継続すれば、もはや嫡出否認によって父子関係を認めるべきではないといえるのかという観点も考慮しつつ、甲案または乙案のいずれの方向によるべきか、また具体的な期間の在り方をどのように考えるべきかについて、ご議論いただければと思います。

なお、子以外に否認権を認め得る者について、母の夫、母、血縁上の父が想定されますが、これらの者の地位に事実上差異があることは（注1）に記載したとおりですが、その差異を具体的な期間制限に反映させる必要があるかという点に関しては、前回のご議論を伺っていて、特段その必要性がないと考えられたことから、ここでは区別しないこととして整理しています。

8 ページの2は、子自身による否認権の行使についてです。第5回会議では、子自身による否認権の行使の機会を保障するという観点から、母や夫による否認権の行使期間とは別途、子自身による否認権行使を可能とするような期間を設けるべきとの指摘がありました。これに対し、例えば成年に達するまで子を養育した夫の立場を考慮すると、子の父子関係の早期安定を図るという嫡出否認の訴えの基本的な発想を転換することになるのではないかというご指摘もありました。また、実際には親権者の意向に左右されてしまうのではないかというご指摘もありました。これらを踏まえ、子自身の否認権の行使期間についてどのように考えるか、ご議論いただければと思います。

最後に、期間制限を見直す形になった場合の嫡出否認の遡及効についても、ご議論いただければと思っています。

（座長） 否認権者の拡大と否認権行使の期間制限の二つの問題が含まれています。期間制限については第4で説明していただきましたが、今日は議論する時間がないと思います。否認権者の拡大については、第1の子の否認権についてと第2の母の否認権については独立で立っていますが一定の関連性があり、第3は少し性質が違うものだろうと思います。第3も時間的に厳しいと思うので、差し当たり第1と第2についてご意見を伺いたいと思います。

この資料の作り方としては、全体として子の否認権を認める方向性のご意見があったので、それを前提に、代理行使あるいは相手方に関する問題をまず議論していただき、子の否認権を認めることで処理できない問題があるということになれば、さらに母の否認権の問題を議論するという事で第2に進むということだと思います。もしかすると区別がなくなってしまうかもしれませんが、取りあえず第1からご意見を頂ければと思います。

本資料は、現行法の嫡出否認の訴えで、子が被告側になるときは親権を行う母が子の利益を代表し得ると考えているので、それを前提に考えて、しかし、原告側に回ったときには、代理行使をしたときに子の利益と母の利益が一致しない場合が出てくるのではないかというつくりになっているかと思いますが、いかがでしょうか。

考え方としては、基本的には代理行使は認めるという考え方でよろしいのだと思います。そうでないとすると、子が一定の年齢に達してからでないと子の訴えは認められないという話になってくると思います。あるいは、子は一定の年齢に達しないと駄目だけれども、それ以前は母が母の利益に基づいてやるという整理もあるのかもしれない。

(●●) 母がいない場合は代理行使は誰がするのでしょうか。例えば子が幼いときに母がDVで逃げて、PTSDで自殺してしまい、残った子を祖父母が育てていて、父子関係を切りたいという場合です。

(法務省) 親権を行う者がするという前提なので、その場合には未成年後見人などが代理行使をするというイメージで本資料を作る上では考えていました。

(●●) 父が親権者ですが、母に代わる未成年後見人が選ばれるということですか。

(●●) 親権を行使する者がいるので、未成年後見が始まらない場合があるということですね。離婚していればいいですが。

(●●) 特別代理人のような形にせざるを得ないと思います。

(法務省) それも考えましたが、特別代理人も誰かがイニシアチブを取らないと始まらないと思うので、父が親権者になっていて、父しかいないという状態であれば、そこはさすがに父しかできないだろうと思います。

(●●) それは申立人の利害関係者に祖父母も入れればいいのかと思います。

(座長) 母がおらず、子が小さいときに嫡出否認の訴えを起こす場合に実質的なイニシアチブを取るの誰だということになりますか。こういう場合に、この人のイニシアチブで、子の名において嫡出否認の訴えを起こされることがあり得るとするのは、どういう状況を想定すればいいのでしょうか。血縁のある父親ですか。

(●●) 血縁のある父親が動くか、あるいは夫の子ではないことを知っていて夫からの干渉を切りたい祖父母等でしょうか。

(●●) 祖父母なり、今、子を実際に監護している人だと思います。

(●●) 例えば、虐待のひどい夫だったので、夫からの干渉を切りたいと思っていて、かつ夫の子ではないことを知っている子の監護者でしょうか。何となく母親がいる設計で議論が書かれていたので、そうではない場合もあり得ると思いました。

(座長) 祖父母ないしは実際に監護している人が父子関係を切るときには、父親は確保されませんか。

(●●) そうなりますね。では、それよりは、むしろ実の父親になりたい人が切ることになりますか。

(●●) その場面で実の父親を認めるのだとすると、後の話に全て関係してしまい、その副作用はものすごく大きいのだと思います。私が少し違和感があるのは、夫だけが親権者であるという状態を前提とした上で、祖父母が身近に見ているからということが言えるのかということです。まず夫の親権を停止あるいは喪失させて、親権を行使する者がいない状態をつくり出し、それから未成年後見を開始するというのが段取りではないでしょうか。そのときに未成年後見人がそれを言うことができるという方が違和感がありません。

(●●) 人事訴訟法第 41 条には、夫が死亡したときの嫡出否認の訴えの当事者の規定があります。●●委員の話は、母が死亡したパターンを想定していて、母が当事者でないから難しいということですよ。

(●●) どちらかという、それは相手方の話でしょう。

(●●) 夫が否認権を行使しない間に死亡したときは、相続権に関わる者その他三親等内の血族は嫡出否認の訴えを提起することができますが、母親固有の否認権がない場合だと、この規定も使えないように思うのですが。

(座長) ●●委員がおっしゃっていることの理屈は分かります。母がいないときに子の権利を行使するとした場合に、適切に権利を行使できる人は誰かという話ですよ。

(●●) もし母親に固有の権利を認めれば、父が死亡したときと同じ規定を設ければいいということですか。

(●●) 一般的には、否認権者が亡くなったときの場合に備えて、そのように考える可能性もあると思います。

(●●) 虐待があったときなどの親権喪失の申立権者は誰で、どういう手続きでしたっけ。

(●●) 申立権者は広くて、プラス検察官と児童相談所が入ります。

(●●) 祖父母は入っていないのですよね。

(●●) 祖父母も入っていると思います。

(●●) 結局のところ、母親が親権者として代理行使をする典型的な場合を想定したときに、子の利益と母の利益が一致しない場合があります。それをふまえて、典型的あるいは定型的に一定の要件を民法上に定めていくのか、ケース・バイ・ケースで、親権者が子の利益に合致しない形で否認権の訴えを提起したときには、特別代理人を選任するよう

に裁判所が言う仕組みを使うかの、どちらかの選択を取るという話でまとめていいのですよね。

(座長) あるいは、全く利益に反することはないのだというフィクションか。それでも例外的に請求が退けられる場合は残るかもしれませんが、おっしゃっていることとの関係では、やはり定型的なものを作るかどうかではないでしょうか。

(●●) あくまで子の利益の代表者として行使するというのが親権者のあるべき姿である以上、いくつかの場合を定型的に否認権行使を排除できるという場合が想定しにくいようにも思われ、ケース・バイ・ケースの判断になるのではないかと思います。

ドイツ法は、97年の改正前は、母の否認権は否定され、かつ子の否認権の行使についても定型的にいろいろな要件を定めて限定的にのみ許容していました。前者、そしておそらく子の否認権についても、子の利益と母親の利益が一致しない場合があり得るという理解があったのかもしれませんが。また、とくに子の否認権との関係では、なるべく婚姻制度の中で子を育てる方が望ましいという価値判断が前提とされていたと言えます。今回の提案だと、必ずしもそのような婚姻制度の中で子を保護するという理解から、否認権の要件が導かれているわけではありません。たとえば、父親がいない状態をつくらないために再婚しなければいけないという要件までは必要とされていないということです。

(座長) そこは分からないのではないですか。

(●●) 未成年子については、婚姻の家庭で育ち、父親がいる方が望ましい、と言う理解をとるのか、とるとして具体的に要件として定めるかどうか。

(座長) 婚姻家族の中で育つのが望ましいかどうかは分からないけれども、父親がいる方が望ましいと思っている人は少なからずいるように思います。

(●●) しかし、父親が否認するときは、そう思っていないという建前になっていますよね。それはアンバランスではないですか。

(座長) 子は、否認権について、提訴権者の制限や期間制限などの制約によって保護されているので、その限度で父親が権利を行使するということです。

子の側については、相手方になっているわけではないので、今のような形で制限をかけることによって子の利益を確保するのではなく、何か別の仕組みを考えなければいけません。子に十分な判断力があるという前提であれば、自分の利益は自分で守ってくださいということになるけれども、そうではないので母親が代わりにやるということになったときに、母は子の利益をすべからず判断しているのだと考えられるのか、そうではないのかということではないでしょうか。

ドイツにおいて、定型的な制限を外した理屈は何ですか。

(●●) 子の否認権については、連邦憲法裁判所の判断を契機として、子が自己の出自を知る権利が大事だという議論の中で、なるべく要件を緩和しようという改正になりました。あわせて母の否認権については、子の福祉に反しない限りという要件が入れられる可能性が出てきたのですが、立法時の議論で、その要件は不要であるとの結論に至っています。

(座長) 嫡出否認の訴えに制限があると、子の出自を知る権利に制限がかかっていることになるという前提ですね。

(●●) はい。

(座長) なぜ、その前提になってしまうのでしょうか。

(●●) 連邦憲法裁判所では、子の否認権について、自分の母親が離婚している、あるいは血縁上の父と思われる男性と再婚している必要があるという要件に関して、子の母が離婚、あるいは再婚していない限り子は否認権さえ行使できないことになってしまい、それは子の出自を知る権利を害するという判断がされました。

(座長) 母が再婚していないときに、子に嫡出否認の訴えを認めてはいけないのか、認めるべき場合があるのではないかという議論は分かる気がしますが、それを出自を知る権利と直結させる議論がよく分かりません。

(●●) 出自を知る権利自体、別の形で解決できる法制度もあると思うので、法律上の親子関係の存否の話と出自を知る権利の話は別だというふうにするならば、何を言っているのだろうという話になると思います。

(●●) 実際の判例の中でも、それは指摘されていますが、別の解決方法として否認要件を緩やかにするという事になったのです。

(●●) ドイツでは出自を知る権利が猛威を振るっています。

(座長) ドイツだけでなく、ヨーロッパで猛威を振るっています。

(●●) 今はフランスもそうではないですか。

(●●) そうです。私が昔勉強したころとは随分変わってきました。子の提訴権については、夫が育てる義務を強く課されていて、育てられた子の側からはそれを否定できない。いわば写真のポジとネガのような関係だという解説がされていて、それに私は一定の共感を持っていましたが、今はフランスもかなり変わってきています。

(座長) 出自を知る権利は猛威を振るってヨーロッパを席卷していると思います。血縁関係を主張する人たちは人権条約 8 条の家族を形成する権利に依拠し、血縁に依拠しない家族をつくる権利が自分たちにあると主張する人たちも 8 条を引用するので、両方の力が働いているのだけれども、それにしても出自を知る権利は強い力を持っています。ドイツもフランスも多分そういうことがあるかと思いますが。出自を知る権利についてはこれ自体は踏まえつつ、しかし、それを親子法に直結させるかどうかという問題はあると思います。

子の名においてなされる嫡出否認の訴えで、母の利益が子の利益に反しているという話がありましたが、先ほどのドイツの話で典型的に反している場合とは、典型的には父がいなくなる場合ですか。

(●●) 必ずしもそうではありませんが、それも想定されていたとは思いますが。父がいなくなったとしても、血縁上の父が認知する可能性があるので、その可能性も含めて、再婚していないときにも否認権が認められていました。しかし、やはり、基本的には父親が確保できることが子の利益にかなうという発想が強かったと理解しています。

(●●) 再婚している場合であれば、そちらの方がいいというのは分かりますが、仮に相手の男性が結婚していたとしても認知は求めることができるという部分もあるわけです。子の利益を母が代理することについて、具体的にそれを説明しなければいけないのかというと、父親の否認権との関係でいえば、父親の否認権というのは今は父親だけが行使できて、その否認権を行使することによって子の利益を凶っているわけですが、札幌ケースや大阪ケースのように否認権者が夫のみであると、血がつながっていなくても「私が父親になる」と宣言すれば誰も止められません。あたかも嫡出推定の否認権が夫だけにあることによって夫の専断的判断が確保されて、そこでは子の利益は考慮されていないわけです。それによって認知もできなくなるし、次の過程に入っていくことも阻止されてしまいます。

それとのバランスでいうと、母の否認に関しても、それほどうるさいことを言わなくてもいいのではないかと思います。例外的に、明らかに子の利益や福祉に反する場合という文言を、それがどういう場合かはともかく、おまじないのように入れる程度でもいいのではないかと思います。

(●●) 今の話は、母の固有の利益ということでしょうか。それとも子の利益でしょうか。

(●●) 母の固有のというのは説明しにくいので、子の利益を代行しているとしつつ、その利益の代行に関して、こういう場合には代行が認められるというような具体的な要件を課すのではない形でいけないかと思いますが、あまり自信がありません。

(座長) ドイツでは、それは母の固有の否認権になるのですか。

(●●) 改正前の、子について定型的な要件が課されていたときには、母親の否認権はありませんでしたが、現在は母親の固有の否認権もあります。

(●●) 代行もできるのですか。

(●●) 代行もできます。

(●●) それは選択できるということですよ。

(●●) そういう仕組みだと思います。

(座長) しかし代行すると、子の権利を行使しているのだから、子の利益というのが出てきてしまうのですよね。固有の権利であれば、夫は勝手に自分の権利を行使するのだから、母も勝手に行使していいのではないかという話はしやすいです。他方、子の名において嫡出否認の訴えがなされる時には、母は子の利益を図ることになっていると定型的に考えて、例外だけを何らかの形で排除することによっていいと割り切ることもできますが、いかがでしょうか。

(●●) 実際には、母親が否認権を行使したり、子の代理として行使したい場合は、離婚とセットではないかと思います。婚姻関係が平穏に続いていながら嫡出否認だけをするという考えは、あまり母親には出てこないと思います。母親の固有の利益として考えられるのは、血縁より養育・監護を重視するとすれば、母親は分娩という事実で親権者となるわけで、必ず監護・養育していかなければならない責任を負うということになると、誰とともにその責任を負うのか、あるいは誰と監護の費用を分担しながら育てるのかを選ぶという、その責任から来る当然の利害関係というか利益になってくるのではないかと考えます。

(座長) どちらかというと母固有の否認権ということですね。

(●●) はい。ドイツのように、子の代理と母固有の否認権を両方持っていて、どちらも選択的に利用できる。子と母親は同等というか、代理権で足りない部分だけ母の固有の権利でというよりは、母固有の権利もあり、子も否認権を持ち、両方あってどちらも使えるという考え方です。

(座長) 既に第2の議論に入っているのだから、区別しないで議論していただいて結構かと思えます。

母の固有の否認権を認めると、子の利益との関係は相対的に説明しやすくなると思います。他方で、父子関係について、母親が子とは独立にどうして介入できるのかという議論も出てきますが、●●委員がおっしゃったのは、それについての一つの説明ですよ。

(●●) そうです。母固有の利益があると考えべきということ。その中には、誰と分担するかということもあるけれども、頑張って自分1人で育てるということもあると

思います。

(座長) 母の観点から見てですね。

(●●) そうです。

(座長) しかし、客観的に見たときに、嫡出否認されずに、あの夫の下で育てた方がいいとみんなが思う場面もありますよね。

(●●) そういう場面は本当にあるのでしょうか。

(座長) あるのではないですか。

(●●) それで母が否認権を行使するケースはありますか。

(座長) 母はとにかくその子を自分で育てたい、別れる夫との関係は切りたいと思っ
ているけれども、外部からは、夫と子の関係を維持した方がその子にとって幸せではないか
と見える場合はありますよね。

(●●) それは、血縁関係がない夫が親権者となり、母は離婚して別に暮らすケースが
あるという意味ですか。

(座長) あり得るのではないかと思います。

(●●) そういう場合は、母の争う資格を認めるべきではないということですか。

(座長) その場合の母の利益と子の利益は対立しているということです。

(●●) このタイミングだとすると嫡出否認できないけれども、「子どもなど、どうなっ
てもいい。私の利益なのだ」と言えば否認できますよね。

(●●) 期間制限のこともあるかもしれませんが、確かに、そちらの家庭でずっと育っ
てきて、母が離婚するときに僕はこちらに戻るとか、私はこちらに戻るといのはあるか
もしれません。そうなると利害は反すると思います。

(座長) 今おっしゃった期間制限の問題もあるのです。期間制限がかかっていて、ある
ところからは覆らないというやり方で、子の利益が確保されることはあるのかもしれませ
ん。それは先ほどの、父の訴えに対して期間制限がかかっていることにより子の利益が間
接的に確保されることがあることと対比し得るのだと思います。

多くの場合は子の利益と母の利益は重なっているのだらうと思いますが、母固有の利益

を前面に押し出すと、今のような話を誘発して、それはやはり子の利益と合致しない場合がないかという話になってきそうな気がします。それで先ほどご発言があったように、子の権利けれども母が行使し、それは一般的には子の利益のためにやっているはずだというのが、理屈はおかしいけれども収まりがいいということが出てくるのかもしれませんが。

(●●) ただ、先ほどのようなケースでは、もし母が否認権を行使して嫡出否認されてしまっても、いくらでも養子縁組はできます。

(●●) 養子縁組ができるというと、どのような場合でも全部そこに持ってこられるので、説明にならないのではないかと思います。

(●●) 母固有の権利と利害が対立する場合があることを前面に出してしまうと、そういうケースではそういう解決もあるということになってしまうわけです。

(座長) それが養子縁組で解決できるというのはどういう意味ですか。

(●●) もし、その子が、そちらの家庭でどうしても育ちたいということであれば。

(●●) 子がどうしてもというよりは、母親のところで育っている環境が劣悪であるなど、特別養子縁組の要件を満たすという話になってということではないですか。普通養子縁組の話ですか。

(●●) そうすると、親権者の同意が得られませんね。

(座長) 代諾の問題がありますね。

(●●) それをやろうとしたら、特別養子縁組の要件を満たさなければいけませんし、結構手間もかかるので、それほど簡単ではないのではないかと思います。

(●●) そうすることで母の固有の権利を否定するかどうかですよ。

(●●) もう一つは、血縁関係がないとしても、嫡出推定が及んでいる以上、父親として育てようと思って育ててきたけれども、嫡出否認までされて、それでも特別養子縁組をするかということ、それほど当然ではないのではないかと思います。

(座長) いずれにしても、子の否認権については認めるということは動かないとしたときに、子が成年に達する前、あるいは15歳かもしれませんが一定の年齢に達する前に、子の名前で嫡出否認の訴えができる方がいいというところについてはどうでしょうか。●●委員もそれには肯定的ですよ。子の否認権は認めるけれども、子の否認権は子でなければ行使できないという立場ではないですよ。

(●●) はい。親権を行う母が代理できるという考えです。

(座長) そうすると、資料の第1で、子を否認権者とし、親権者による代理行使を認めるというのが皆さんの共通の前提だとして、あとはそれに制限を加えるか、加えないかという話だと思います。一般法理に基づく何らかの例外的な制限はあるかもしれませんが、定型的な制限を加えるか、加えないかということです。

ドイツは、かつては加えていたけれども、今は加えていないということですよ。

(●●) そうです。まさにこの場合だけという具体的な要件を定型的に書くのか、嫡出否認の場合に限り、一般法理ではなく、あえて「子の福祉に反しない限り」という要件を書くのか、それも書かずに、およそ一般的な親権者の利益に反しない行為に委ねるのかという、三つのレベルがあると思いますが、真ん中を選択した方がいいのかどうかかなり難しいところです。

(座長) ●●委員は、真ん中の考え方だと思います。

もし何の制限もかからなければ、母固有の否認権を認める必要はないのです。もちろん、親権を持たない母という場合はありますが、親権を持っている母については問題はないということになります。

(●●) そういうことです。

(●●) 母が子の利益に代わって嫡出否認をするというのは、親権に基づくのですか。

(座長) そこは分かりませんね。

(●●) 親権があるかどうかで、親権に基づいてするのか、自然の親子関係に関して母が子を代弁する立場にあるとするのか、両方ともある気がします。

(座長) つまり、親権者でない母親に否認権を認めるとしても、それを固有の否認権という必要はないということですね。

(●●) そういう考え方があり得るのではないかと思います。

(座長) そこまで認めるかどうかということと、先ほどから出ている何らかの制限をかけておく必要があるかどうかということと、二つ問題があると思います。何らかの制限をかけても、それを適用するのは結構難しいですが。

(●●) ものすごく漠然とした制限しか、かけられないと思います。

(●●) 父親の方に制限をかけるという議論はないのですよね。

(座長) 父親は一方当事者なので、その議論はありません。

(●●) 当事者ですが、子について制限を設けるのなら。

(座長) 子について制限を設けているのではなく、子の権利を代行する人について制限を設けるということかと思います。

(●●) 代行する母といっても、実際には子の権利が制限されますよね。

(●●) 子の利益と母親の考えがずれる場合があり得るわけですから、子が成年に達したり 15 歳になったりして否認権を行使するときは制限なしという考え方はできると思いますが、子の利益の代弁者である以上は、子の利益を害して自分の信念を通すというのは許されない場面があるのではないかと思います。

(座長) 少なくとも観念上は許されないでしょう。ですから、制限を設けないということにすると、何が子の利益かは分からないので、母が良いと思っていることが子の利益なのだと考えて、それがよほどおかしいときには一般法理で止めるという話にせざるを得ないと思います。よほどおかしいときが定型的にあるのであれば、それを書くということになるのかもしれませんが。

今の点についてはいかがですか。●●委員は制限しなくていいのではないかという立場で、●●さんもそうですね。

(●●) 必ずしもその立場ではないと思います。

(●●) 固有の利益に基づく否認権を認める立場ではないのですか。

(●●) 母親の固有の否認権については消極的です。

(●●) そうすると、子の代弁者ということになると一定の制約がかかるかもしれないけれども、ただ、ドイツ法の立場とは違うということですね。

(●●) ドイツ法の立場とは違います。

(座長) ●●委員は、抽象的な制約はかかるかもしれないけれども、実際には制約をかけるのは難しいという立場ですね。

(●●) 一番よく分からないのが、父子関係の当事者でない母がなぜ否認を固有の権利として主張することができるのかということです。その部分が、説明がうまくできれば全

く構いませんが、正面を切って言うのは難しいのではないかと思います。

(●●) 養育・監護の生来の責務を負っている者ということです。

(●●) 養育・監護というのは、子の利益に向けたものですから、「子どもがどうなろうと私は養育・監護の権利を持っている」という話にはならないと思います。

(●●) 権利ではなく責務です。母親として逃れられないことです。

(●●) その責務は子に対して負っているわけですから、子の利益と関係なしに否認できるという説明にはつながらないと思います。

(●●) 定型的にどういう場合があるかという、離婚して血縁がない父親のところに安定して居住しているけれども、やはり自分が引き取りたいという母親の気持ちがあった場合で、それは子の利益とは反するという考えですね。しかし、それは子に意思能力ができてからの話ですよ。

(●●) 意思能力ができていない小さいときの段階でもあり得ます。ものすごく小さい段階で、恵まれた環境で。

(●●) その恵まれた環境というのが何かということです。

(●●) 恵まれた環境と恵まれていない環境は、普通には考えることができますよね。全く収入もないし親権者にもなれなかったけれども、全部ひっくり返すことができるわけです。

(●●) 今はほとんどが協議離婚ですから、親権者になれなかった理由というのは、その権利を力関係で奪われてしまったわけです。裁判離婚なら、そうでないこともあり得るかもしれませんが。

(●●) いい場面もあるかもしれませんが、やはり駄目な場面があることは否定できないのではないですか。

(●●) そういう場面が定型的にあるのでしょうか。

(●●) 定型的にあるという話が、今、出ているのではないですか。

(●●) そうすると、「子の福祉に反しない限り」という一文を入れるということですか。

(●●) それを入れたら、もう固有のものではないのではないですか。

(●●) 今のは代理行使の話ですよ。

(●●) 代理行使に関してはそういう制約を入れられると思いますが、固有の利益だという以上は、それがどこから出てくるのだろうということです。ですから、固有の利益というのはいさし慎重でもいいのではないかと思います。

(座長) 父親が親権者である場合には、父の監護が不相当であると言わなければ、子の側から嫡出否認の訴えを起こすことはできませんよね。

(●●) それがあったので、先ほど、親権の所在と否認権を誰が行使するかという話を切り離れた方がいいのではないかと趣旨で、親権があるかないかにかかわらず、母が子の利益の代弁者として否認権を行使する場面があり得るのではないかと申し上げました。ただ、父と母は、親権者であるかどうかにかかわらず、当事者であるかどうかはともかくとして否認権は行使できるけれども、例えば母が死亡し、それについて代行するという場合には、先ほどの規定を使うのか、もしくは成年後見人になるのか、そのような権限を考えていかないと難しいのではないかと思います。

(●●) ●●委員のご意見は、子の利益の代弁者としての母には提訴権を認めるけれども、それは母の固有の利益とは違うということですが、条文になった場合は母としか書かれないので、結局同じではないでしょうか。

(●●) 母とは書かないのではないですか。

(●●) 母と書かずに何と書くのですか。子の利益の代弁者としての母ですか。法定代理人だけではなく、母も子の利益の代弁者として提訴権を認めるのですよね。

(●●) 書き方は法務省が考えてくれると思いますが、子の否認権を規定しておいてから、誰々は子に代わってそれを行使することができるかと書けば、少なくとも法律構成としては固有の権利ではないということが明確になりますよね。

(●●) ただ、どうやって書くのが分かりません。法定代理人というのであれば分かりますが、法定代理人以外の母、子の代理人としての母も含まれるということは書けるのですか。

(●●) 代理人としてと書かなくても、前項の子の権利については母がこれを行行使することができるかと書けばいいのではないのでしょうか。

(法務省) 条文の記述については、実質的にそうすべきということであれば書き方はあると思うので、ここは実質の方を決めていただく方が大事だと思います。

(●●) そう書いていただけるなら、固有の権利を認めることと同じことですが。

(座長) それは違います。

(●●) 親権者であろうとなかろうと、母が認められるのであれば、それは実質的には固有の権利でも代弁者でもどちらでもいいということになりませんか。

(座長) 親権を持っていない母にまで広がるという意味では同じですが、権利行使に理念的な制約がかかっているかどうかという点では違います。

(●●) それは分かります。理念的な制約なので実際には分からない。

(座長) そのように割り切るか、実際に何か書くか、ですね。

(●●) 先ほど●●委員がおっしゃったように、母親は子の親として子の利益の代弁者になり得るという形で認めるのか、座長が指摘されたように、親権者がうまく行使できない場合に別の手当てを設けるのかで、かなり違いますよね。母親が子の親だから、子の利益の代弁者としてという説明で本当にいいのか。

(最高裁) それが否認の場面だけで出てくるということを、どう説明するのは難しい気がします。

(●●) そう言われると、そういう気もします。

(座長) 例えば、親権を持っていない母の同意が必要な場合があります。それは、これから身分を変動させるときに、親権者が子のためだと言っているけれども、その人だけの判断に委ねては困るので、プラスアルファで母の同意が必要であるというのを一つ足して、同意がなければ動かないとしているわけです。動かない状態がデフォルトですから、動くのに厳格な制限がかかっているということだと思いますが、今は、親権のない母にそういう役割を果たさせるのではなく、積極的に動かす役割を担わせることが据わりがいいかどうかという話です。

(●●) 親権がない母に同意権がある場合とは、何がありますか。

(●●) 今まででは未成年の婚姻の case がありましたが、成年年齢の引き下げで廃止されます。あとは特別養子縁組のときの同意があります。

(座長) ●●委員と●●委員のご意見は分かりました。他の方々はいかがですか。

(●●) 私は、母固有の否認権も認めてよいのではないかと考えています。本資料の 3 ページですが、嫡出性が問題になるようなときに母の利害関係がなぜ肯定できるかという整理のところで、母が、自分の子がある人の嫡出子であるかどうかに関して一定の利害関係があると考えれば、嫡出推定を否定することによって、自分の子はある人の者駆出子でなくなるということになり、一定の利益があるということができないのではないのでしょうか。

(座長) それは嫡出子という言葉を使わなければいけないのですか。

(●●) 必ずしもそうではないと考えております。まず、母に固有の否認権を認めることを何とか説明するとしたら、嫡出性の問題として、その子が嫡出子の身分を持つことに母にとって一定の意味があるのではないかと、資料で整理していただいたことは、一定の説得力があるのではないかと考えます。これは、なぜ父子関係に母が関与できるかということを支える一つの理由付けとしてありうるものではないかと考えています。一方で、座長からのご指摘のように、子の嫡出性がそれほど重要なことなのかということはあるかと思えます。

また、母の固有の否認権を認めてもよいのではないかというもう一つの理由として、子の代理人として親権者である母が否認権を行使するときに、子の利益のために否認権を行使するのか、また、否認権の行使が子の利益に反するとされる場合もあるのではないかと考えます。そのような場合に、否認権の行使の利用を認めないということも考えられますが、無戸籍児の問題等を考えると、ストレートに母固有の権利を認めるというのも考えられる方法として一つあるのではないかと考えています。

(●●) 今の説明は、A、B という夫婦の間に C という子がいて、父子関係の否認だけだと A と C の親子関係の話だから B は当事者ではないけれども、嫡出子というのは A と B の子であるから、A と B の子であることを争うのであれば当事者か準当事者かという感じでしょうか。

(●●) 成り立ち得ない話ではないと、本資料を見ながら思っていました。

(●●) 私も似たような印象を持っています。嫡出否認権者を拡大したときに、否認権者に母の名前を入れないことには、婚姻していても父子関係はあくまでも父と子の関係であり、母は部外者であることを強く前面に出す象徴的な意味があり、それと婚姻制度が元々どういうものであったかということには抵触関係があるというか、私は母の名前を入れないことに少し抵抗を感じています。

(座長) ●●委員はそういう説明もあるかもしれないということでしたが、●●委員は、もう一歩進んで、それにコミットされる意見ですね。

(●●) ●●委員がおっしゃることも分かりますが、そういう方向で考えると、最終的に嫡出否認や嫡出推定などの概念が全部残ることになります。いろいろな選択肢があり得

るわけですが、父子関係否認などを入れない制度として、やはり嫡出という概念が残るのではないかと思います。

(●●) フランスでは、嫡出子、非嫡出子という概念はやめていますが、母は提訴権者ですし、父性推定に対する否定もあります。

(●●) 嫡出という概念を使わずに提訴権者になることが説明できればいいですが、嫡出子という概念を使いながら提訴権者になるという説明をすると、嫡出という概念を今後もずっと使わざるを得ないのではないかと思います。

(座長) 嫡出という言葉は排除できると思います。フランス法も排除したのですが、母が提訴権者であることは、婚姻の中で生まれる子について父子関係はいっぺんに決まるのだという考え方を前提にしているのだと思います。提訴権の面で母が残っているのは、嫡出という言葉は捨てたけれども、婚姻によって生まれた子と、そうでない子は、親子関係の成立の時限で違うやり方なのだという考え方が残っているということなのだと思います。しかし、それを残しても、嫡出という言葉は消せるのではないかと思います。

(●●) 認知の場合、フランス法では、母親は認知の取消しや無効の訴えなど是可以ののですか。

(●●) 認知の場合も、否定する方法は嫡出推定が及んでいる子の場合と同じなので、母も父子関係を否定ができます。

(●●) ドイツ法は、父子関係、母子関係という考え方が強いと思われまので、婚姻の場合でも婚姻していない場合でも同じように考えて、提訴権者を認めるかどうかという発想が今は強いと思います。これに対してフランス法は、嫡出否認の場合の母親の否認権については婚姻制度の中で捉えて、認知の場合は別の位置付けとして母親が何か行動できる理由を付けているということでしょうか。

(●●) 現在はそうではありません。フランスの場合も、成立した父子関係を否定する方法は統一されていて、父と母と子と生物学上の父の4者が提訴権者です。

(●●) 嫡出は関係なく、母に否認権が認められているということですよ。

(●●) はい。フランスはドイツと逆で、まず、母に固有の否認権を認め、その後、子の代理人として母という形が入るとい、やや奇妙な状況になっています。

(●●) フランス法はそういうものだとして、先ほどの嫡出という概念を使えば説明できるかもしれないというのは、それに関してはうまくいかないということですか。

(座長) 今の話を伺っていると、フランス法は、嫡出否認からスタートしたときには父、母、子の三角形を想定していたけれども、嫡出子と非嫡出子の区別を廃止するときに、その三角形を婚外子にも拡大する方向に動いたということですね。

(●●) そうです。

(座長) 婚内子が三角形だったけれども、婚外子もやはり三角形なのだというわけですね。ドイツはどちらも三角ではなく、それぞれの関係だということだと思います。

(●●) 全体として見れば三角だけれども、三つの辺があるだけでバラバラということですね。

(●●) はい。

(座長) そうすると、母に提訴権を認めても、嫡出子の概念の廃止は可能であるということになりますね。それは●●委員がおっしゃっていることと少し違うかもしれませんが。

(●●) 結論的には一緒です。

(座長) 何らかの形で、父子関係に母親は密接な利害関係を持っているという考え方が、少なくともフランス法では採られているということですね。

(●●) ドイツも結局認めているのですよね。

(●●) 認めています。

(●●) ドイツは、当事者ではないにもかかわらず認めているわけです。

(●●) はい。固有の利益は何かということも議論した上で、固有の利益があるとしています。

(●●) 固有の利益とは具体的に何ですか。

(●●) 親権者である以上、親権者、あるいは面会交流の権限を持つ者として不適当な夫を排除できるという議論が比較的強かったのです。●●委員の発想に若干似ています。しかし、一方では、親権者の話なので親権レベルでの解決が望ましいという学説上の批判もあり、それは●●委員のご指摘のとおりだと思います。

(座長) そうすると、母固有の利益は、三角形の三辺がバラバラではなく、共同親権という形でつながっているという理屈をかませているのですね。ドイツも、親子関係の成立

は当初はそうではなかったかもしれないけれども、効果としての共同親権からそれが前倒しになって成立の方に及んでいるという説明なのでしょう。やはりバラバラには考えられないと思わなければ、母固有の否認権は出てきにくいですね。

現状は、ドイツ法もフランス法も、母の否認権と子の否認権を両方認めているのですね。

(●●) その状況で、あえて日本法だけ母の否認権を認めないことを宣言するには、それなりの説明が必要だと思います。

(●●) そのこの部分は水掛け論な気がします。あまりこだわるつもりはありませんが、そうは言いつつ、結局、固有の利益とは何なのかというのがあります。最終的には子の代弁者だと規定しても、実質はほとんど変わらないのだらうとは思いますが。

(座長) 母親は親権者なのだというときに、ドイツは、やはりそこに親権の論理が入っているのですよね。そうすると、母固有の権利に親権者であるという説明を挟むのだとすると、子の利益でも制約を受けますね。

(●●) そうです。ですから、母親の否認権についても「子の福祉に反しない限り」という文言を付けるべきだという意見も強いです。

(座長) なるほど。悩ましいですね。実際上は母に否認権が認められることになる。親権を持っていない母にも何らかの形で否認権が認められるとすると、どういう説明にするかですね。●●先生は、その結論が得られれば、説明の部分にはこだわらないという感じですか。

(●●) はい。理論的な面は苦手なので。

(座長) ●●委員は、実質的には親権を持っていない母に何らかの形で否認権を行使させた方がいいという立場ですね。

(●●) 親権の所在の問題ではないのではないかとするのは、ずっと頭の片隅にあるのですが、自信はなくなってきました。

(座長) 親権の所在の問題ではないけれども、親は子の利益を代弁しているという立場でしょう。

(●●) あえて言えば、当事者になるかどうかはともかく、父子関係と母子関係があり、三角形を作っているという事実的な関係を基礎とした否認権なのだとして、親権の所在の問題とは切り離して考えることができるのではないかとありますが、言っていて、だんだん自信がなくなってきました。

(●●) 今の説明だと、固有の利益のようなものを想定されているようにも聞こえます。

(●●) 自分でも思いました。

(●●) 子が提訴権者になることについては、あまり争いがない。要するに固有の利益があるということだと思いますが、そのときに、母に何か固有の利益を認めると、それが子の固有の利益と整合するののかというのが気になります。「福祉に反しない限り」というので歯止めがかけられるかもしれませんが。母親が代理行使するとしても、子が行使できるようにしておきながら、つまり子がコントロールできるようにしておきながら、母親が子とは別に行使することになったときに子のコントロール権が害される可能性が出てきて、母の固有の権利で歪められたり、行使できなくなると、本末転倒のような気もします。

(●●) 期間制限の話が後で出てくるとと思いますが、母に関して言うと、固有の否認権を行使したとしても、恐らく一番短い期間で制限されることになりますよね。

(●●) 母はすぐに分かるので、長い時間を置く必要はないということですね。

(座長) フランスもドイツも母に固有の否認権を認めているところから出発すると、日本はなぜ認めないのだということになりますが、日本法は今は父しか認めておらず、次に認めるべきものとして子が挙げられています。子を挙げたときには、子の利益が出てきて、子自身は自分の利益を図れるはずだけれども、誰かがそれを代わりに図ることになったときに、母の利益が子の利益と抵触することはないのかという問題が出てきます。そちらから行くと、何らかの理屈でそれをクリアしなければ、母に無制限の権利を認めるのは難しいです。少なくとも形の上でクリアしなければいけないと思います。条文上は何も書かないとしても、何か説明は要る気がします。

(●●) 実質的には、座長がおっしゃったように、子の利益に反する場合はあると思うのです。児童虐待の調査をしていると、やはり虐待する母親もいて、自分自身が性的虐待を受けた経験のある母親が、次から次へと男を替えてしまい、その中で比べれば結婚している夫が子には一番ふさわしい男性であるというケースもあり得ます。しかし、彼女はそのときそのときで刹那的に生きていて、そういう固有の母の提訴権が、今の彼氏のために否認するというような形になったときに、子の利益と反するというのは、想定される可能性としてはもちろんあるのだと思います。そういうことを、子の利益に反しない限りという形で規定しておく必要があるのか。もう一つ、日本の場合は、子の提訴権だけで設計すると、母が離婚後に親権を持っていないケースがあり得ます。例えば DV 夫から逃れたいために経済的な利益を全て放棄し、子の親権すら、夫が手放さないとすれば、自分が育てられるなら形式的には夫に残すということで協議離婚を成立させてしまうケースもあります。そうすると、離婚後の母は子の代理権という形で提訴することができないので、親権の変更という手間をかまさなければいけません。その親権の変更にはそれなりの手間と時

間がかかりますし、そういう状態の女性は非常に弱者なので公的支援も必要です。

そういうことと、日本の離婚法が協議離婚で全てブラックボックスの中に入れられていることを考えると、結論的には●●委員と同じような感じになるのかもしれませんが、取りあえず日本の場合は母にも提訴権を認めておく方が、マジョリティの場合には安心ということになるかもしれません。

(●●) 議論が錯綜してきていますが、子の代弁者か本人の固有の利益かという問題と、子の代弁者であっても母として権利を代理行使できるのか、法定代理人であって親権が必要なのかという話と、固有の利益だとしても、あくまで親権者としての母を観念するのか、母であればいいとするのか、幾つかのことがメタレベルで生じているのではないかと思います。

先ほどのドイツ法は、母の固有は認めるけれども親権はかましているのですたっけ。

(●●) かましていません。

(●●) 母の固有の利益を認めて否認権を認めるという立場に立つ委員にお伺いしたいのですが、その場合は、子の利益や福祉に反しない限りという要件は入れないのですか。

(座長) 入れない、ということでしょうね。

(●●) そこで最も想定されるのは、あくまで親権者でない母親がそれを使う場合ですが、そういう場合であったとしても、子の利益についての要件は一切かませず、固有のものとして行使できるということになるのですか。

(●●) 裁判官は、子の利益に反しない限りという要件が入っていた方がやりやすいですか。

(最高裁) 親権者であれば、当然、親権の行使として、子の権利に反しないということは条文に書いていなくても当たり前ということで、そこはかえって書いていない方が使いやすいと思いますが、親権者でない場合は、それが書いていないと、権利濫用のような一般法理を使うしかなくなりますよね。

(●●) それは一般法理になるのでしょうかけれども、本来は子のためにということからすると書いてあった方がいいと思います。何もないと、歯止めになるものがない気がします。

(座長) 母の固有の権利を認めるとしても、子の利益のためにという制限をかけるということですか。

(●●) 仮に固有の権利を認めるとしてもということだと思います。

(●●) 固有の権利を認めるとしても、子の利益に反する場合はこの限りでないなど、例外的な規定を置くということですね。

(●●) その文言は、父からの否認のときには入れないのですよね。それは父が当事者で、母は当事者ではないからなのでしょうか。何かその違いが気になるのですが

(●●) 気持ちが悪いのですよね。父が否認権を行使するときは、あとはどうなろうかという感じなのに。

(●●) しかも従来の説明だと、父による否認権行使に対して、子は期間制限などにより守られているということですよ。ですから、母が行使しても期間制限等で、当事者の身分関係を一定程度は保護するということが可能ではないかと思うのです。

(●●) 守られているのだからそれでいいではないかとか。そのように言って貫くか、あくまで子の利益の代弁者に戻すか、どちらかですよ。

(座長) ●●委員がそれを問い掛けた理由は何ですか。

(●●) 仮に固有という単語を抜きにして、母に否認権を認める規定を書いた場合に、そこには、母親が親権者であるけれども自分の否認権を行使する場合と、親権者ではなく子の代わりにできないので否認権を行使する場合の二つの可能性があります。かりに子の利益に反しない限りという要件が書かれてあるのであれば、いずれの場合かを理論的につめなくとも、母の否認権を認めることもあり得るのではないかと考えてみました。具体的にどういう場合に母の否認権が認められると規定するかが、やはり錯綜していると感じます。

(座長) 整理すると、固有の否認権を認めるときにどうなるかという話なのですが、●●委員は固有の否認権は認めない方向ですよ。

(●●) はい。

(座長) そうすると、どこまでの人に代理権を認めるか。親権者であれば親権に基づいて法定代理権があるけれども、そうでない場合についても、もしかすると代理権は広がるかもしれない。そして、それについては、抽象的には子の利益に制約がかかっているということでしょうか。

(●●) はい。常にスタート地点としては子に否認権があり、その子の利益を誰が代わりに考慮して行使できるかという話になるので、子の利益に反しないという制限は常にデフォルトルールとしてかかっていると考えています。しかし、母親の固有の否認権を認め

る立場からすると、固有の利益なので、子の利益に反してもいいのかというのが分からなかったので伺いました。

(座長) 父は固有の利益だから反していいのですよね。

(●●) そうです。ですから、やはりおかしいと思うのです。

(●●) 離婚における苛酷条項を巡る問題のようですね。しかし、その部分は血縁関係がない以上は否認できるというだけの話で、特に問題視されてこなかったわけですね。

(座長) 子自身が一定の年齢以上になって否認権を行使する場合は、どういう結果になってもいいのですよね。

(●●) それはいいのだと思います。

(座長) 今、浮上しているのは、子の権利を誰かが代行し、代行する人の範囲は親権者たる母よりも広げる余地もあるかもしれない。そのときには、子の利益というのは抽象的な制約としてかかっているという方向と、もう一つは、母固有の否認権を認めるけれども、そこに何の制約もかけないわけにはいかないという方向でしょうか。

●●委員や●●委員は、母固有の否認権を認めて、そこに「一般的に子の利益に反しない限り」のような文言がかぶることについてはどうお考えですか。それは母親が誰と一緒に養育したいかを考えるということもあると思いますが、それもやはり、抽象的には、子の利益のためであると言わなければいけないのでしょうか。

(●●) 「子の利益に反しない限り」ということを明文化してしまうと、また立証すべきことが増えて争いが錯綜してしまう気がします。裁判官としては、子の利益に反しない場合を認定するとなると、子が父親のところにも今までどおりいるのがいいのか、母親のところにいるのがいいのか、あるいは母親のところにいるけれども親権だけ父親にある状態がいいのかを実質的に判断しなければならなくなりますが、それでいいのでしょうか。

(●●) それがなくとも実質的に判断することになると思います。

(●●) 固有の利益としてもあると。要は一般条項の権利濫用などのあたりですよ。

(●●) 固有の利益があるということであれば、その中でどのように認めるかという話だと思います。

(●●) 血縁がないことが明らかで、かつ期間中にその提訴権が行使されると、あまりそういう周囲の事情はお考えにならないのではないのでしょうか。

(●●) 現状の嫡出否認ですと、そこは割と勝負ありという感じになってしまうかもしれません。今は特に期間が短く、出来上がったものがまだ不安定な状態で認めている部分もあるので、そうすると、どうも違うということがはっきり出てしまうと、それを維持するというのは、本当に特別な事情がない限りしていない気がします。

(座長) それが父の側からではなく、母あるいは子の代理人、子の利益を代表する母から出されたときは、判断が変わってくるのでしょうか。誰が訴えるかによるのか、あるいは期間が長くなることによるのか、あるいは両方あるのか。そのあたりはいかがでしょうか。

(●●) どうでしょうか。あまり差異はないのかもしれませんが。

(座長) 差異はないのかもしれないというのが一つの考え方でしょうが、しかし、やはり父子関係に母が関与する以上は、父子関係で父が否定するのとは何か違う要素があるのだと考えるというのがもう一つということでしょうか。

●●委員は、母固有の否認権を認めておいて、特に制限がなくても問題ないだろうという感じですか。

(●●) 私はある事件で意見書を書いてほしいと頼まれたことがあります。どうも夫の子ではないことははっきりしているのですが、夫はかわいがって育てていたようです。そして、実は母親の両親から切々たる依頼の手紙を頂いたのです。それは、夫の方がはるかに良い男で、娘は一時の気の迷いで非常にたちの悪い男に捕まり、そちらの子を産んでしまい、娘は自分が責任を取らなくてはと思っている。そして、そちらの男がひもなのですが、その面倒も見続けなければいけないと思っている。けれども、客観的に見ると、孫にとっても娘にとっても、夫の方がはるかに良い父親であり夫なのだという内容でした。その事件の意見書はお引き受けしませんでした。そういうケースもあり得ます。

(●●) あり得て、何も規定しないと、今の嫡出否認と同じで制限がかからないのではないのでしょうか。今の嫡出否認は父親からのものだけですから、父親が当事者として「自分は血がつながってない」と言えば、血がつながっているかどうかだけが問題になるわけです。三角形がどうだと言いましたが、あくまで父子関係の当事者は父と子ですから、ある意味、そこに横から人が口を挟んでくるときに、当事者が子の利益に反してもいいのかというのは、問題にせざるを得ないのではないかと思います。固有の利益だとしても、その制限をかけないと、実質的に変な結果を招くのではないかという気がします。

(●●) 特に父が否認しようとしていないときですかね。父はそのまま、自分と血縁関係がなくても育てていくというときに、母がある意味、横やりを入れる形になるので、そのときに子の福祉を考慮する材料にしてもいい気はします。

(●●) 恐らく一般的に議論されるのは、夫と別れて母が子を連れて出ていくケースで

すから、それを前提に議論するのはいいと思いますが、実際には子が父親の方にいるケースもあり、血縁関係はなくても法律上の父子関係はあるわけです。その場合の問題について対応できる仕組みは作っておかなければいけない気がします。

(座長) 父が、否認の訴えを起こさず、積極的に子を育てる意思があり、そちらで育ててもらった方がずっといいというケースが確かにあって、それは無視することができないので、その場合どうするかということは考えなければいけないと思いますが、父が単に否認権を行使しないだけのケースもあるわけです。●●委員のところはそういう、育てる気があるわけではないけれども嫡出否認には応じてくれないというケースが多いのですよね。

(●●) 面倒くさいからやらないというケースは、私のところではありました。

(座長) そういう場合もあるから子の側に否認権がないと困るという話になっているところがあるので、いろいろな例を考えなければいけません。そこが悩ましいのですが、全体として、子の利益なしでいくとしても、一般的に子の利益のために子の側の否認権は行使されているのだということを、書くかどうかは別にして、どこかで言わなければいけない感じがします。

ただ、それがあまり使いにくいものになっては困ります。理念としてはそうですし、非常に具合が悪いケースについては否認権の行使を止める必要があるかもしれませんが、通常のケースであれば、母が子を代理にするにせよ、固有の権利として主張するにせよ、一定の期間内であれば否認権が認められ、それで多くの場合はいい解決になっているところでしょうか。

これがすごく難しいのは、ケース・バイ・ケースで考えればいいのかもしれないけれども、ケース・バイ・ケースで考えるための制度が非常に負荷の大きいものになることです。裁判所としてそれを動かすのが非常に大変で、当事者もこういうことを言わなければ認められないという話になると、それはそれで敷居が高くなる。ある程度、作った制度の周辺で無理が生ずることがあることはらんで、そこにも理念の網は掛かっているので、最後のところは何とかその理念に基づいてやっていくけれども、使いやすい制度を作っておくということも考えるということかと、皆さんの話を伺っていて感じました。

本資料は子の否認権から出発して、子の否認権をどこまで認め、それで十分にカバーできないところを母の否認権で補うという整理になっていますが、今日の話をついてみると、そういう形では議論しにくい問題なので、全体を見ながら、使いやすい制度で、かつ理念的にも持つものをどのように設計するかを考えていけばよいのかと思います。

それから、法改正なので現行法からは離れることになるのですが、現行法が採っている仕組みから離れるときには一定の説明がなければいけません。比較法的な趨勢だけでは説明しにくいところもあるので、日本法として、法技術の体系の中でそれが収まりがいいかどうかとも考えなければいけないのではないかと思います。この先、考えるに当たり、こういうことにも注意した方がいいとか、あるいは事務局の方でここはどうかということがあれば伺いたいと思いますが、いかがですか。

(●●) もしかしたら、母親だけではなく、この条文全体について、子の福祉に反する場合は父子推定を排除できない場合があるというような規定の仕方であれば、納得できるかもしれません。母についてだけその文言を入れてしまうと、確かに理論的にはそうなのかもしれませんが、一般人が見たときに、なぜ母についてだけ入っているのかと思ってしまいます。私でもそう思うので、父にも母にも子にも、全てに網が掛かるように、子の福祉という条文を入れたらどうかと思います。

(●●) それは、現在の、父とされる者からの嫡出否認にも、その制限がかかるということですよ。

(●●) そうです。

(●●) 父とされる者は、単に嫡出推定によって父とされているだけで、本当は血がつながっておらず、親として何の根拠もなかったのに形の上でそういう推定が一度働くと、責任を負わされるという説明になりますよね。

(●●) そうです。ただ、実際に子の監護・養育を誰がするかが重要であり、子の利益を中心にするのであれば、そういうこともあり得ると思います。

(●●) おっしゃることは分かりますが、そうすると、嫡出否認はほとんどの場合は認められなくなる気がします。

(●●) ほとんどが離婚とセットなので、ほとんどの場合に認められないということはないと思います。平穏な家庭でそれが行われることはまずないので、離婚とセットであることを考えていただければいいと思います。

(●●) そんなに断定できるのですか。

(●●) ほとんど離婚が絡んでいると思います。離婚なしに、ただ平穏な家庭の中で嫡出否認だけが起こるということはないと思います。

(●●) 嫡出否認の話が出るのだから平穏ではないと思いますが。

(●●) 離婚と関係のない嫡出否認が、今、どの程度行われているかは分かりませんが。

(●●) 離婚したとしても、嫡出否認すると父子関係は否定されるので、養育の義務などはなくなります。離婚した場合でも、嫡出否認されると恐らく子の利益に反するのです。ということは、その文言を入れてしまうと嫡出否認は認められなくなります。ただ、アンバランスの問題があることはよく分かります。

(座長) ●●委員がおっしゃったアンバランスは、少なくとも見た目の上では気になるかもしれませんが。代理行使構成ならそれは顕在化しません。今まであるものがそこに及ぶだけという話で、實際上、母が否認権を行使できて、原則としてそれで認められるということであれば、実益は取れるような感じもします。

(法務省) 母固有の権利のところ、子の福祉の制限をかけることになった場合に、母固有の権利を認めなければならないような具体的な場合は想定されているのでしょうか。こういう場合があるから絶対に認める必要があるということは何かありますか。

(●●) 親権者でない母です。

(●●) ただ、親権者でない母に関しても、代弁者として認めるかどうかという議論は成り立ち得ます。

(●●) そういうことであれば、別の話になってきます。

(法務省) 比較法の観点ですと、父と母の均衡の部分がメインで出てきているという理解でよろしいでしょうか。

(座長) おっしゃっているのは、母固有の話ですか。

(法務省) 母固有の権利を認めることの主な根拠として。

(●●) 具体的に、子の利益の代弁者では駄目で、母の固有の利益を認めないと解決できない問題があるかどうかということですね。

(法務省) そうです。

(●●) 私は、親権者でない母親が子の利益の代弁者として当然には出てこないと思うので、やはり、親権者でない母に対してどのように固有の利益があるかという観点から検討するという立場です。この点が●●委員と違うと思います。

(●●) 離婚後、父が単独親権者になった場合も、親権者でない母は認められないということですか。

(●●) 固有の利益でいけば認められるのですか。

(●●) そうだと思います。

(●●) ただ、私も最初に申し上げたように、母固有の利益と子の利益は対等というか、

どちらも選択できるという考えであって、これが解決できない部分だけとか、親権を持たない母にだけ母固有の権利をという考えではありません。

(座長) この問題を解くためということではなく、出発点として、やはり母にも認めるべきだということですね。

(●●) そうです。

(座長) 比較法的には、よく分からないところですね。

(●●) 理論的なことには、私は弱いのです。

(座長) 難しいですね。補充的に母固有のものが必要な場合があるという形で立案するのと、原理的に母固有のものから出発しなければいけないという形で立案するのでは、かなり違いがあります。実質をどこにするのかという問題と、説明を一つに絞るかどうかという問題もあるかもしれません。説明を一つに絞ってしまうと異なる立場からの反対があるかもしれないので、複数の説明が可能なものを立てるとというのがプラグマティックなのかもしれません。●●さんがおっしゃるようなことは問題としてあると思います。

次回は、今日の資料の残っているところを、否認権の期間制限まで含めて議論したいと思います。

それでは、今日は、子の側からは認めるということまではいいけれども、その先はかなり難しいということで、次回はさらに検討したいと思います。どうもありがとうございました。