

第 10 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：令和元年 5 月 24 日（金）14:00～17:00

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） 定刻前で、まだおみえになっていない方もいますが、少し遅刻すると伺っていますので、第 10 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。どうぞよろしくお祈いします。

今日は配付資料はありませんか。

（法務省） ありません。本日は以前配付した研究会資料 9 を使用します。

（座長） 本日は前回の研究会資料 9、否認権者の拡大および否認権の行使の期間期限の見直しについて、引き続きご意見を頂きたいと思ひます。前回はこの資料のうち第 1「子の否認権について」と、第 2「母の否認権について」をご議論いただきました。その後、第 3「第三者の否認権について」と、第 4「否認権行使の期間制限の見直しについて」があります。「否認権の期間制限の見直しについて」は幾つかのカテゴリーが出てきますが、その中には子自身による否認権行使の問題があり、これについては特別の考慮が必要だということです。今日の段取りとしては、残っている問題のうち、まず「第三者の否認権について」をご議論いただき、それから「否認権行使の期間制限の見直しについて」ということで一般的な問題についてご意見を頂き、最後に子自身による否認権行使について、特に配慮する必要があるかどうかご意見を頂きたいと思ひます。

まず、第三者の否認権についてです。具体的には血縁上の父をどうするかが特に問題になるかと思ひますが、これまでの議論の中では、血縁上の父に無条件に否認権を認めることについては消極的なご意見が多かったように思ひます。他方で、子を認知するために必要性があるというご指摘もあり、その場合には何らかの要件を課すなどして否認権を認めることにもなるかと思ひます。このあたりを中心に、まず第 3 の点についてご意見を頂ければと思ひます。

（●●） 血縁上の父を否認権者とするかという点は、研究会資料 4 ページの下から 5 行目の「もつとも」以下に記載してあることに尽きるのではないかと思ひます。先ほど、座長からも、認知するための前提としての否認権行使というご説明がありました。もしこの前提としての嫡出否認制度を、現在議論しているように変更し、子や母が否認権を行使できるようになるのであれば、嫡出否認ができないことで、望まない父子関係が継続しているという事案は従来よりもかなり減少するのではないかと思ひます。そうすると、血縁上の父が否認権行使をする場合というのは、当事者たち、法律上の父・母・子は法律上の父子関係を否定することを望んでいない場合ではないかとも考えられます。このような場合に、第三者が法律上の父子関係を否定するということは好ましくないのではないかと思ひます。ですから、血縁上の父を否認権者とするという点については慎重になるべきで、あ

えて導入する必要はないのではないかと考えています。

(座長) 先ほど、二つの方向のご意見があり、認めない方がご意見として多かったと申し上げて、そちらのご意見に賛成していただいたということかと思いますが、その他の方々はいかがでしょう。

(●●) 今のご意見は、例えば母親が自分で否認権を行使できれば母親ができるということだと思いますが、現実には、母親が精神的に非常に弱っていたり、場合によっては行方が分からないために、事実上養育しているような血縁上の父がいるなど、認める必要がある場合もあるのではないかと思います。

(座長) 事実上の養育というような、子と否認権を行使する者の関係を要件立てするということですか。

(●●) 要件として立てるかどうかまでは煮詰めていませんが、第一に思い浮かぶのは、そういう事案かと思っています。

(座長) あるいは最初におっしゃったように、子が行使することが困難な場合などをお考えでしょうか。前提としては、取りあえず子や母親が否認権を行使できれば、それはそれでよろしいということでしょうか。そうだとすると、仮に認めるとしても補充的な形で認めることになると思いますが、そうではなく、何か固有の利益があるということでしょうか。

(●●) 仮に固有の利益があるとする、母親が行使したがるけれども自分は血縁者だから行使したいということ認めるかどうかという話だと思いますが、どういう事案かはあまり考えてきませんでした。

(座長) 年齢によりますが、子が小さく、婚姻している夫婦の双方が父子関係を争わず、2人で育てていこうというときに、第三者である血縁上の父が出てきて、それを壊しているのかという問題ですね。それは望ましくないだろうというのが●●委員のご発言でしたが、今の点について他にご意見を頂ければと思います。いかがでしょうか。

(●●) 私もどちらがいいかは決めかねています。本資料の(注)に書いてあるドイツ法のような具体要件を加えることは、日本の場合は不可能と考えた方がいいのでしょうか。

(座長) 先ほどの血縁上の父と一緒に住んでいるというのをひっくり返した形で、法律上の父と一緒に住んでいないとするということですか。

(●●) 例えばDVで母が子を連れて出ていき、そのまま児童相談所に保護されて、母が行方不明になってしまっているケースでは、血縁上の父が引き取ることも必要になって

くると思いますが、今回のこの問題について、そういうレアケースまで手当てする必要があるかどうかは疑問です。認めないべきか、そういうレアケースも考えて何らかの要件の下に認めるべきかは、考えあぐねています。

(座長) いずれにしても、レアケースを想定して、もし認めるなら一定の要件をかけるという方向ですね。

(●●) 可能であればです。ドイツ法のこのような要件は、基本的には日本の場合あまりないことですね。

(●●) 二つの問題があるような気がします。一つは、例えば子も母も、あるいは法律上の父も父子関係を否定する意思がなく、維持したいと思っている場合に、血縁上の父が現れて、その父子関係を否定することを認めるかどうかという問題で、それは好ましくないのではないかとというのが先ほどのご意見だったと思います。

もう一つの問題は、この資料に「子の血縁上の父が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」とありますが、先ほど●●委員からご指摘があったのは、この場合に限られないのではないかとということです。つまり、意思がないわけではなく、他の理由によって否認権の行使が事実上妨げられている場合があり得るのではないかとということです。そうだとすると、その場合はどうするかという問題は検討する必要がある気がします。

多くの場合は資料に書かれているようなことだろうということで、そのことを前提に立法をするというのも一つの判断かと思います。ですから、例外的な場合がどの程度あり、それにふさわしい規律がもしあり得るとすればどういうものかという問題が付随してあるのではないかと思います。その関係で、もし意思がない、あるいは維持する意思があることが大事なのだとすると、実質的な規律としては、むしろ積極的にそういう意思をその子なり他の関係者が示している場合には否認権の行使ができないという規律も考えられます。積極的に否認権の行使を他の人がしていないということで十分だとするのか、維持したいという意思が表明されているところまで要求して初めて否認権を否定とするのか、理屈としてはいろいろ考え方はあり得る気がしました。

(座長) 第三者が介入すべきでない場合があるのは確かだけれども、第三者が介入すべきでない場合なのかどうかについて、どのように判断するかは幾つかの選択肢があるだろうというご指摘だったと思います。父子関係が維持されるべきだと考えているわけではなく、否定されるべきなのかもしれないけれども、誰も否認権を行使しないときに、血縁上の父に行使を認めるのとは別の選択肢も、問題を解消するときにはあるかもしれません。他にいかがでしょうか。

(●●) 母まで含めて考えると、父と子と母という3人の意思、子の意思は小さい場合には考慮できないと思いますが、法律上の父も母もこの家庭で育てていくのだという意思であれば、そこには第三者は介入すべきではないというのは比較的言いやすいのだろうと

思います。

そうは言っても、集団の意思というのではないので、個別に父の意思、母の意思と考えると、父には自分の子として血縁関係がなくても育てるのだという意思があったとしても、母に否認権が認められれば母の否認権が勝つ、子の否認権が勝つという仕組みなのだろうと思います。その上で、今度は第三者との関係で、例えば母親が行方不明になってしまい父親が育てているときに第三者が介入できるかという点、そこでもやはり法律上の父子関係はそこにあるわけで、そういう状況において第三者が血縁関係があるからというだけで介入できるというのは、やはり当然ではない感じがします。

ただ、再度問題になるのは、母親が行方不明で、父親もほったらかして、子自身はまだ否認権を行使できる状態ではないという場合にどうするかです。そのときに例外的に否認権を認めるという方法もあるのかと思いつつ、子に代わって誰かが否認権を行使する仕組みを認める形でも恐らく対応は可能なので、そちらの方がいい感じもします。前提として、血縁関係があるから介入できるというのは親子関係に関する血縁主義的な発想ですが、そうではなく、血縁関係の有無にかかわらず法律上の親子関係はあるというところから出発するのであれば、そういう発想なのかという感じがしました。

(●●) 現在の日本法は、そこで子の適切な代理人を選べるシステムが出来上がっているでしょうか。最高裁の平成7年7月14日判決が差し戻して、平成10年7月14日判決がまた差し戻した事件は、母親が特別養子に出したのですが、血縁上の父親がその特別養子縁組の成立を争ったケースでした。母親には別居中の夫がいて、嫡出子として届出されていたのですが、血縁上の父親が自分の子だと主張して親子関係不存在確認請求を提訴していたのに、特別養子縁組の成立が認められました。母親はその血縁の父親を拒絶して、また自分で育てる気もないので特別養子に出すことにしたようです。実際に育てているのは養親で、最高裁が破棄した最初の原審判断も、差し戻し後の高裁判断も、父親の請求を認めず、特別養子を維持しようという判断で、おそらく、子の福祉のためには養親の子にしておいた方がいいと思われる事案だったのではないのでしょうか。でも、最高裁は二度にわたってそれをひっくり返して、血縁の父を勝たせました。レアケースかも知れませんが、最高裁でもこのようなケースはあります。母親が拒絶するような父親だけれども、父親はずっと追いかけているというケースです。

(●●) 父子の血縁関係はあったのですか。

(●●) あったことは確認されています。しかし、母親はその人の子として育てたくないということで、特別養子に出して縁を切る選択をしています。そして高裁の裁判官は、養親の子にするのが一番いいと二度にわたって判断したのですが。

(●●) レアケースで関わりがないわけではないと思いますが、今、検討しているのは、父子の血縁関係がなく、しかし否認する人が誰もいないというケースだと思うので、一緒にするとかえって分かりにくい気がします。

(●●) 彼が認知できなかったのは、母親に夫がいて、戸籍上、夫の嫡出子になっていたからでした。

(座長) 今の話は、特別養子縁組の対象になった子については嫡出推定が働いていて、夫はどこかにいるけれども、それとは別に血縁上の父がいて、その血縁上の父が自分の同意がないと主張しようとしたということですか。

(●●) はい。ただし、夫婦関係は破綻していたから推定の及ばない子だということで、原告である父親は夫との父子関係の不存在確認訴訟を提起して自分との父子関係をつくろうとしたのに、同意がないうちに特別養子に出されてしまったという争いでした。ですから、子の利益を誰がどのように代理するのかということ考えていくと、そういうシチュエーションで少なくとも高裁の裁判官は、特別養親がその子の親になるのがよく、実親との関係は切れた方がいいと判断したわけです。

(座長) おっしゃっていることは分かりますが、その場合の子の利益は、この先の親子関係がどうなるのが子の利益に合致しているかという話ですね。先ほどから問題になっているのは、子の利益を代表して訴える人がいない場合なので、そのときには総合的に子の利益を考えているわけではなく、訴えを起こせる人がいないと困ると考えているわけですね。そして、それが血縁上の親である必要はないとおっしゃったのですよね。

(●●) そういう仕組みをつくることができれば、例外的に血縁上の父親の否認権行使を認めなくても対応できるかもしれませんが、そのときに誰が代理をするのかという問題はものすごく難しいのだらうと思います。父が否認権を行使するときは、多分、子の利益などは関係なしに、血縁関係の有無だけで行きます。母は、子の利益の代弁者的な部分はあるかもしれませんが、非常に抽象的にそういう代弁者として位置付けられて、子の真意がこれだから母が代行するというのではなく、母であるという立場で、いわば自分の自由な判断ができます。結局、その否認権を行使することが子の利益になるのか、行使しないことが子の利益になるのかが分からないわけです。その意味では、特別代理人を選任すれば問題解決できるというほど簡単ではないのだらうと思います。

(座長) 前提として、父は否認権を行使することができなくても、知った時から一定期間が経過すればそれでおしまいですね。今問題にしているのは、子の側についてはそういう制約がかかるべきではないという話でしょうか。いろいろな事情で、父の側が否認権を行使できない場合もあるでしょうし、子や母の側が行使できない場合もあると思いますが、現在は期間制限がかかっていて、その期間の中で行使しなければいけないことになっています。その期間が短か過ぎるのではないかということで、どこに線を引くかはともかく一定限度で既刊を延ばす、その間に行使することでおおむね問題が解決するなら、今よりも期間が長くなるので、もっとレアケースになります。そうすると、それはそれで、その期間の中で処理されているのだと考えることもできるかもしれません。

そう考えずに、実質的に考えるとすると、誰がその子の利益を図るのか。結果的にこれ

でよかったと後で判断されるものも出てくるかもしれませんし、そうではないものも出てきそうで、そこを実質化するとなるとなかなか難しいですね。

(●●) 原審は、原告が認知する前に特別養子が確定していて、もうその子は実親との関係は切れているのだから、父子関係不存在確認の訴えの利益がないと言ったのですが、最高裁は差し戻しました。

(●●) 親子関係不存在確認の訴えを認めたとしても、特別養子自体は既に成立しているのですよね。

(座長) 再審事由になるかが問題になったのだと思います。

(●●) 血縁上の父親は、別に虐待したわけでもないということです。

(座長) 今のような場合で、何も逃げ道がないとすると、嫡出推定が及んでいないという話で処理するしかないのでしょうか。

(●●) 推定の及ばない子の論理をどうするかということと絡んでくるわけですね。

(座長) そうです。こういうケースは、●●委員や●●委員のご感触としては、結構ある感じですか。

(●●) 推定父は結構いい加減というか、自分の子ではないと分かっている、しかも養育するつもりがなくても、なぜか嫡出否認をしないという人が多いのです。そういう意味では多いかと思います。あるいは、母親も、精神障害だったり、行方不明でなかなか行使できなかったり。

(●●) 恐らく現在だと、父親が否認権を行使しなければ、推定の及ばない子とするしかないと思いますが、母親に否認権を認めた場合には、かなり減りますよね。

(●●) かなり減ると思います。

(●●) そうすると、その上で残るものがどれだけあるのかということです。母親が精神的な障害があったり、意思を表示することができなかったり、所在不明という場合も確かにあり得ると思いますが、それを前提にルールを立てることにするのか、あるいは、あまり筋のいい形ではないと思いますが、母親は行方不明になっていて、法律上の父親は全く子を育てる気がなく、施設に入っているということであれば、特別養子が見えるケースですよね。もちろん、特別養子はあくまで特別養子という仕組みなのだからということかもしれませんが、例外への対応としてはあり得るのではないかという気もします。それから、例外的な場合に介入を認めるというときに、その例外の立て方が非常に難しいのでは

ないかという気がします。

(●●) 血縁上の父を否認権者とするというのは、血縁上の父かどうか問題そのものというところがあり、そうすると、血縁上の父を否認権者として自ら提訴権者の絞りとしては機能せず、そこは手続的には非常に大きな問題をはらむのではないかと思います。後から資料でドイツ法の「宣誓に代わる保証」というのが出てきますが、保証でカバーすることが適当な利益なのか、家庭生活の平穏が害されてしまった後で金銭的に何かということでもいいのかという問題があると思いますし、宣誓がどこまで現在の日本社会において実効性があるのか、これに代わるもう少しいい手だてがあるのかという問題もあり、手続面で考えるべき課題が多い制度になるのではないかという印象を持ちます。

(座長) これについては、●●委員のご意見としては、いかがですか。

(●●) 典型的には、カップルが育てているときに、第三者であるDNA上の父親に「私の子だ」と言わせる必要はないというのが、嫡出推定制度の根幹にある制度趣旨だと思うので、原則は「ない」ということだと思います。ただ、子のために例外を認める必要がある場合があるのだろうかという点から考えています。自分で自分を守れない年齢の子について、その子の死活的な利益を守るために、社会がその子に代わって提訴してあげる仕組みがつくれるのであれば、父親の提訴権という形で設計しなくてもいいと思っていましたが、そういう仕組みができるかどうかという問題があります。虐待対応も貧弱ですし、子が母方の財産を受け継いでいて、それを戸籍上の父が遊興に使っているというような場合もありうるでしょう。もし社会的介入ができないのだとすると、極めて例外的な場合に子の利益を代理する形で血縁上の父親が出張っていくシチュエーションはゼロではないかもしれません。そこが悩ましいところです。ただ、嫡出推定制度は、血縁上の父親に口を出させないというのが根幹にあると思うので、例外的な場合に子の否認権を社会がきちんと行使できる仕組みにするのが筋ではないかと思っています。

(座長) 子の利益のために、血縁上の父以外の誰か、あるいは組織が否認権を行使するときに、要件はかからないのですか。何のためにそこで否認権を行使するのでしょうか。子が否認権を行使できないからでしょうが、子に代わって否認権を行使するのはなぜですか。嫡出推定が及んでいる法律上の父が法律上の父であることによって、子に不利益を及ぼしていることなどを想定しているのでしょうか。

(●●) そうです。夫が法律上の父であることが子にとって不利益であるシチュエーションが完全にはないわけではないと思います。

(座長) それはまた、かなり思い切った考え方ですね。

(●●) 座長がおっしゃったのは、否定するだけではなく、認知の前提としてやることなどがセットになるのかどうかという問題ですね。認知するのであれば、それによって

新しい父親ができて、なおかつその人は血縁上の関係もあるということで、否定というのは一定の説明がつくという考え方だと思いますが、そうではなくて、この人はやはり父親として良くないということで、否定するだけで終わるのだとすると。

(●●) 子のためになるシチュエーションの要素の中には、血縁上の父親が準備されていることも入れた設計は可能なのだろうと思います。仮に国が代理して手続代理人か誰かが子の福祉のために立つとして、そのときの要件としては、このどうしようもない法律上の父親ではなく、まともな血縁上の父親がいて、その人が認知したがっていて、母親は行方知れずであるというようなシチュエーションになるのだろうと思います。先ほどから●●委員たちが言っている、非常に例外的な事情においてです。父親のいない天涯孤独な子にすることがその子の福祉だということには、ならないのだろうと思います。

(●●) 問題が錯綜していると思いますが、例えば国であれ何であれ、子が虐待を受けていて、この父親の下に置いては駄目だというときには、まさしく特別養子の仕組みがあり、特別養子の効果として、反射的に実母関係や実父関係が切れるという扱いなら比較的分かりやすいのだろうと思います。それが望ましいと言っているわけではありませんが、例えば血縁上の父親が否認権を行使する場合には、自分は血縁上の父親という立場でありながら否認権は行使するけれど、新しい父子関係は認めないというのは、選択肢としてはおかしいのではないかと思います。

(●●) それはそうですね。

(●●) そう考えると、非常に抽象的に否認権の問題だけを扱うというのが適当な場面があるかどうかです。ただ、血縁上の父親がそれをできるとなると、まさしく、血縁はないけれど父、母、子が普通に暮らしているときに介入を認めるべきではないという別の問題が出てくるのだろうと思います。

(座長) 手続として、●●委員がおっしゃっていることを仮に認めるとして、どこかに血縁上の父がいるとして、第三者機関が嫡出否認の訴えを起こすときに、その嫡出否認の訴えの中で、どこかに血縁上の父がいて、その人が認知する意思があることを言わなければいけないということになる。

(●●) それは、実体としてそういうことが必要かどうかだと思いますが。

(座長) 仮にそうだとすると、血縁上の父親が出てこない訴訟でそういうことを認定すること自体はおかしくないですか。

(●●) そうですね。それが手続的なのか実体的なのか分かりませんが、要件であるということになれば、それは認定せよと言われれば可能な限度ですということだと思います。認知の意思があるだけでいいのかわかりませんが、まさに認知の訴えなど、その手続

内で確定的にその効果を発生できることは望ましいように思いますが、意思があっても後でなくなるとか、最終的に認知されるかどうかは別問題だとなると、それは問題が大きい感じがします。

(座長) 例外的に認知できた方がいい場合があるのかもしれませんが、仕組むのは難しそうな気がします。この点について、他にいかがでしょうか。何か例外が必要かもしれないけれども、難しそうだというのが皆さんのご感触でしょうか。ドイツ法は、説明に(注)が付いていて、一定の場合に例外的に認知できるわけですね。

(●●) そうですね。ドイツ法は血縁上の父による否認権が認められており、それなりの数の裁判例があります。ただ、単に子の利益のために血縁上の父親が登場してくるというよりは、元々の立法の趣旨としては、血縁上の父親が否認権を行使したいというニーズをかなえるために認められたものだという理解をしています。

(●●) そうだと思います。アメリカでも一時期、未婚の父の権利として、血縁上の父の権利が強く言われて、それが否定されていいのかという、怒れる未婚の父たちの運動があったようです。

(●●) もう1点、補足します(注)の5は、「否認権を行使する男性が、懐胎期間中に子の母と性交渉を有したことについて宣誓に代わる保証をすること」が要件になっています。まず、手続上の要件として、生物学上の父と思われる男性が、子の懐胎期間中に性交渉があった旨を宣誓することによって、否認の申立てが認められます。そのうえで、実質的要件、つまり父性否認が認められる要件の一つとして、否認者が生物学上の父であることが必要になります。これによって、生物学上の父が否認権行使をすると同時に、その者の父性が確認されます。

(座長) それはすごいですね。

(●●) 結構すごいですね。子の母親と性交渉をしたことを宣誓すれば、壊せるのですよね。

(●●) 性交渉をした旨の宣誓により、否認の申立てが認められ、その後、実体的要件として当該男性が生物学上の父であるかどうかの証明の問題となります。このとき、場合によってはDNA鑑定をしなくともその者の父子関係の存在が認められることもあるかと思えます。

(●●) しかし、DNA鑑定をしなくても否認権者になって、否認権を行使することができるわけですね。極端なことを言うと、仮にDNA鑑定をしたところ法律上の父と子の間に父子関係がなかったとすれば、否認権の行使は認められますよね。宣誓した人も、DNA鑑定を試みたら血縁上の父子関係はなかったかもしれないけれど、宣誓はしているから

とういことですよ。

(●●) まずある男性によって子の母との間に懐胎期間中に性交渉があったとの宣誓がなされます。裁判上の父性確認の要件として、懐胎期間中の性交渉の存在が、父性の存在を推定させるとの規定が設けられていますので、これをもって、前述の宣誓をした男性が生物学上の父である旨の推定がされると思います。そのうえで、生物学上の父であることの確定については、一般的な父性の証明の問題とするか、あるいは、生物学上の父による宣誓にもっぱら依拠するべきか、学説上見解が分かれているようです。

(●●) 宣誓は、する気になればする人はいくらでもいるだろうと思います。なおかつ、仮に後から DNA 鑑定をした結果、父子関係がなかったとしても、母親と性交渉があったことが否定されるわけではないので、その宣誓だけで行けるわけですよ。先ほど●●委員から出た、血縁上の父親といっても、どうやって提訴権者を絞るのかという問題の一つの方策としてはあるのだろうと思いますが。

(座長) 推定が働き、後で DNA 鑑定をするという話がありますが、相手方が争わないこともありますよね。今はそういう状態が主として念頭に置かれていると思いますが、そうすると、もうそれで決まってしまうという話になりませんか。

(●●) そうなる可能性もあり得ますね。

(座長) 自分が父親であると手を挙げた人は、法律上の父がそれについて何の関心も示さなければ、既存の嫡出推定が及んでいる父子関係を否定できるということになりますね。

(●●) それで相手が争わず、否認が認められたときには、当然に認知もなされたという扱いになるのですか。

(●●) その人が血縁上の父親と確定されます。

(●●) 自分がそのように言ったからですよ。

(●●) 言ったからではなく、宣誓内容をふまえて、血縁上の父親であると裁判所が確認したということになります。

(座長) 今の話は、血縁主義的な説明はそうですが、血縁主義ではない説明もできてしまうということですよ。

まだ検討する余地はありますが、皆さんの中では、ドイツでいわれているように血縁上の父の利益を積極的に保護しようという意見があるわけではないけれども、場合によっては当事者が適切に争えていないような事態があり得るかもしれない。その場合について何らかの対応が必要かもしれないと、それがうまく仕組めるのであればそれも考えられるけ

れども、そういう場合があまりなく、仕組むのが難しいのであれば、別途何らかの方策で解決するしかない。推定が外れるという形で処理することもあるかもしれないし、特別養子にのせて処理することもあるかもしれないということでしょうか。では、この問題については、おおむね以上のような意見であるとさせていただき、次の問題に進みたいと思います。

次は、否認権行使の期間制限の話です。法律上の父が否認権を行使するときに、否認権者を拡大しないとしても期間を延ばす余地はあるかと思います。それから、否認権者を拡大した場合の期間制限について、母や血縁上の父を念頭にご意見を頂ければと思います。甲案と乙案が出ていますが、いかがでしょうか。長短二つの期間を設けるという考え方と、中間の一つの期間で処理するという考え方だと思います。

(●●) 前回の議論の蒸し返しになるかもしれませんが、母親が子の代理人として否認権を行使するという構成を採った場合には、子が未成年のうち任何时候でもできるという理屈にはならないのかと思います。母親の行使を制限するというのは、母親の代理人としての行使を制限するという意味になってしまう気がします。

法定代理人であることを根拠に、母親が子の代理人として否認権を行使するという考え方に立った場合には、子が未成年のうち任何时候でもできるという論理的な帰結にならないのかと思います。

(座長) それが論理的な帰結になるという理由はどういうことですか。

(●●) 法定代理人だからということです。

(座長) そうすると、子はずっと行使できるという前提ですか。

(●●) 逆に、子自身の行使が例えば15歳以上として、母親が代理人となる場合は15歳未満でも行使できるということですよ。子自身の権利を母親が代理行使するのですから、代理人としての権利行使には独自の期間制限はないのではないですか。

(座長) そうすると、母が代理行使する子の権利がずっとあるのかということですか。

(●●) あってもいいと考えるのか、制限するのであれば、母の権利の行使は代理人資格の制限や代理人資格の話になるのではないのでしょうか。子自身に権利があり、母は法定代理人であるという構成を採るのならの話です。

(●●) 子の否認権の代理行使である場合に、その起算点は、誰を基準にして、どのように判断されるという前提でしょうか。

(●●) 母親が子の代理人として行使する根拠が法定代理権だとすると、未成年の間ということになるのではないのでしょうか。

(●●) 否認期間の起算点は誰を基準に判断されるのでしょうか。

(●●) 「知った時」の、知ったのが誰かという話ですね。

(●●) はい。子の場合の起算点は、否認期間があるので代理行使の場合もそれをベースに判断されると思いますが、そうすると、単純に未成年の間は無制限にできるということには理論的にはならないのではないかと思います。

(●●) 知った時からとなると、母の固有の権利のような感じがしますが、代理人なのですよね。

(座長) 委員は、子が未成年の間は常に権利が行使できると考えるべきだということを前提としているのですよね。もし実体権がそうだとすると、母の代理権はそれによって制約されることはないと考えられるべきではないかというご主張でしょうか。

(●●) 前回、母の否認権は代理行使なのか、それとも固有なのかという議論があり、代理行使なのだとして、むしろ子の利益のためには未成年の間はいつでもできるという方向に行くのではないか、そういうことを認める余地もあるのではないかということです。

(座長) 実体の方が、知った時から何年ではなく、未成年の間は行使できると考えるべきだということですね。

(●●) そうです。ただ、そう考えると、確かに●●委員がおっしゃったように、知った時から1年というのはどこに行くのだという話になってしまいます。

(●●) 資料の確認をさせてください。第4の1の「子以外の者による否認権の行使」というのは、母が子を代理してする否認権の行使を含むという趣旨ですか。それとも、それは別と考えているのですか。形式的には、母が子を代理するという事は、子が否認権を行使するという事だと思いますが、それについて、少なくとも1では期間制限が何も書かれていないという理解になると、実体としてそれがいいかどうかはともかく、未成年の間ずっとできるという話にもなりそうです。

(法務省) 資料の作成上、前半がどうなるか分からなかったもので、少し歯切れが悪い形になっていますが、今のご質問については、子の否認権を母が代理行使する場合についても、子以外の者による否認権の行使期間の制限がかかる前提で考えていました。子の権利行使ではあるけれども、子自身の判断で行うのではなく母が代理行使する場合には1がかかってくるという前提で考えていました。

(座長) 誰が行使するにしても1のようになるのが原則だけれども、子自身が行使する

場合には2のような例外を設けるということですね。それがうまく書けているかどうかは書き方の問題だと思います。

(●●) そういう前提だとして、母親が代理行使する場合には知った時から1年でその権利は切れてしまい、それ以降は行使できず、このまま仮に15歳になったら子自身が行使できるとすると、その間の十数年が空きます。その期間は全く行使できないというのは、本当に妥当なのかと思います。子の利益のために早期確定すべきということですが、子の利益のために母が代理行使することもなくはないのではないかという感じがします。

(座長) 早期確定を強調すると、2を残すかどうかという問題も出てくるかもしれません。しかし、2は、やはり子の利益を考慮する必要があるので、子についても原則は早期確定だけでも、子が自分が判断できる状態になったらその利益を覆すことができるということなのだろうと思います。そういうことを認めないというのも、あり得ない考え方はないと思います。

(●●) 2点あります。一つは、2があることで15歳以降でも権利行使できると。15歳以降でも権利行使できる以上は、15歳未満の間はずっと権利行使できたはずだと考えると、代理人もずっと権利行使できたのではないかという話になると思います。今日の趣旨は多分そうではなく、本来であれば早期確定したとしても、それはある意味で子の利益を一番に考えた仕組みになると思いますが、15歳なり18歳を過ぎてから子が自分の判断でそれを覆す時には認めてあげるのだとすると、15歳以上でできるから15歳未満からもずっとできたという話には直結しないのだろうと思います。

もう一つは、確かに母親の否認権を固有の権利として認めるのか、子の代弁者として認めるのかという議論はあったと思いますが、子の代弁者として認めるという議論は、直ちに法定代理人として権利行使するというものではなかったのではないかと思います。子の代弁者としてこの人が適当だろうという観点からのものだとすると、一般的な意味の、この問題に対して父親には法定代理権がなく、母親だけに法定代理権があるというような議論ではなかったような気がします。

(座長) 法律構成の問題もちろんありますが、実質の問題として、どこかで期間制限したときに、母親については子が15歳あるいは成年に達するまでその制限が及ばないというのが望ましいことなのかということですよ。

(●●) 産んだ子について、夫が本当の父親ではないことを知ってから既に3年が経過したけれども、途中から夫が競輪・競馬に溺れるようになり、それで否認できるかということ、それはこの制度の趣旨ではない気がします。

もう一つ、甲案についてです。子の出生を知った時から10年と、否認権を行使することができることを知った時から1年間というのは、認識の対象は違いますが、ある意味、二つとも主観的起算点を採用しています。しかし、本当にそうする必要があるのでしょうか。というのは、例えば子の出生から10年間というのもあり得るのではないかと思ったので

す。客観的起算点と主観的起算点を組み合わせるならそれでもいいと思います。子の出生から10年と、子の出生を知った時から10年で違いが生じる場合とはどういう場合かを考えつつ、知った時を基準にする必要があるのだろうかという気もしました。甲案、乙案以外のものを出してしまって話が混乱するかもしれません。

(法務省) 今のご意見に関しては7ページの(注3)に書いてあります。客観的な起算点として出生の時点を採用することも考えられますが、現行法が「出生を知った時」になっているので、そこをあえて変えることまではしていないということです。もちろん、主観と客観の2段階にした場合に、客観の方を出生の時点とすることはあり得ると思いますので、そこはご議論いただければと思います。

(●●) 現行法は「出生を知った時」ですが、それを「否認権を行使できることを知った時」に置き換えるのだとすると、そちらで1年という要件が生きていて、それとは別に立てる期間なので、それは客観的起算点もあり得るのではないかという気がしました。特に、期間が長くなれば長くなるほど、一律に客観的起算点にした方が話は簡単ではないかと思います。否認権者が2人いて、2人で10年の起算点が違うなどとする必要もない気がします。

(座長) 母は基本的にはどちらも同じことになるのだとすると、父は、結婚している以上は、自分の配偶者に自分の知らないところで子が生まれていることを10年のうちには知りなさいということでしょうか。

(●●) 10年間知らなかったということも、ケースによってはあり得るかもしれません。

(●●) しかし、現行法は出生を知った時から1年なので、15年経ってから知ったとしても、その時点から1年間は夫は否認権を行使できるわけですね。それができなくなるとすることを説明する必要はあるのかという感じはします。

(●●) 10年なり15年なり知らないケースは、推定の及ばない子になるパターンな気がします。

(座長) ●●委員の今のご発言との関係で言うと、「知った時から」というのが実際上どのように機能していたかですね。生まれたことを全く知らないことを想定して「知った時から」という要件が作られているわけでは必ずしもないかもしれません。

その点はともかくとして、実際上、期間制限を設けるときに、今出ている二つのパターンのどちらが良いかということと、長さはどれぐらいが妥当と考えるかということだと思います。

(●●) 私個人としては、主観的起算点を設けるとすれば、「子の出生を知ったときから」ではなく、「否認権を行使することができることを知ったときから」が望ましいと思っています。

ます。否認権を行使できるかどうかを判断できる状況において、行使する、しないということを決めることが望ましいと思うからです。しかし、これまでの議論では、必ずしもその意見が支持されていたわけではないと認識しております。ですので、甲案ではなく乙案の方を支持される立場の方に、主観的起算点、あるいは客観的起算点の中でも、「否認権行使をすることができることを知ったときから」がなぜ望ましくないのか、これまで何度も指摘されてきた基準として扱いにくいという点以外に、他に何か理由があればご教示を頂きたいと思えます。

フランス法は全くこういう発想ではありませんよね。そもそもフランス法は、主観的起算点自体を考えていないのでしょうか。

(●●) フランスの現行法は特に主観的起算点では考えておらず、客観的起算点一本で行っています。

(座長) フランス法は全体的に、主観的なものの認定が嫌なのではないでしょうか。

(●●) 5年なり10年経ったら、この子の身分関係は争われなくなるという方が分かりやすいし、そうしたいという考え方なのだと思います。

(座長) そうすると、●●委員は、期間の長さはともかくとして、甲案の(2)のようなものが入るのが望ましいというご意見ですか。

(●●) 望ましいと思っていますが、ドイツ法を調べ直したところ、主観的起算点についての認定がかなり難しいのではないかという印象をもっております。何をもちて父親でないことを知ったかとか、どの程度知っていればそれに当てはまるのかについては、手続上かなり難しい問題がたくさん含まれているようです。ですから、単純に子の出生を知ったときという基準に比べ複雑な判断をせざるをえない点を踏まえると、(2)のような主観的起算点を設けることは適当ではないのかもしれないかもしれません。

(●●) ドイツ法は、主観的起算点を採っていて、基本的には10年経とうが、20年経とうが、30年経とうが、いつでもその主観的起算点から2年が経過するまでは否認権を行使できるということでしょうか。

(●●) そうです。(1)のようなものや客観的起算点に近いものはありません。通常は、法律上の父が妻が他の男性と性交渉を持ったという事実を知ったのであれば、その事実をもって、子の否認権を行使できるという事実、父性に反する事情を基礎づける事実の認識があったという事実は認められるのが裁判実務のようです。しかし、そうだとすると、その認定は必ずしも容易ではないように思います。それであれば乙案のように、現行法の起算点を少し長めに取るという案の方が、実務運用的には合理性があると思います。

(座長) 甲案を採り、(1)がなければ、かなりドラスティックな解決になると思います

が、(1)があることを前提に考えると、乙案を採って中間的な期間を比較的長めに設定すれば、機能的には大体カバーされてしまう感じでしょうか。

(●●) 先ほど●●委員からご指摘があった点に関して言うと、出生を知った時からということになると、いつでも出生を知った時からということなので、ものすごく長い期間もあり得るわけですが、嫡出否認に関しての期間制限は、子の法的地位の早期安定を目的とするというのが一般的な説明なので、知った時がどれだけ遅くなっても1年間という期間は生き続けるのだというのは、理論的にはあり得たとしても、制度設計としてはそういうイメージではなかったのだらうと思います。

子の地位の早期安定というときに、一つは、主観的起算点を「否認権を行使することができることを知った時」を基準として、そこから1年間としつつ、もう一つは、一定の期間が経過した以上はその法的親子関係についてはいたずらにいじらないという発想なのだとすると、まさしくそれは客観的な起算点として子の出生を基準にして、例えば10年であるという立て方で甲案を説明することはできるのではないかという気もします。

(●●) 現行法は「出生を知った時」という基準で、そこから比較的短い期間になっていますが、確かに、生まれてから15年も知らないという事態を現実的なものとして想定していたとは思えません。ただ、仮に甲案のような形でしたとしても、そういう事案は普通はないだろうと考えると、結局どちらでもそれほど変わりはないということになるのかと思います。そういう意味で、「出生を知った時」という基準を維持して大きな弊害があるかということ、現行法で大きな問題がなかったのであれば、20年経ってからというようなことはないのではないかという感じもします。

他方で、●●委員がご指摘した「否認権を行使することができることを知った時から」については、ドイツ法は、先ほどの血縁上の父の話でも、否認権の行使は憲法上の権利であり、これを認めないことは違憲であるという判決が出て、それで立法されたという経緯があるようです。否認の行使権者の権利を非常に重視する傾向が随所にあり、この点でもそれが表れている感じがしますが、それが唯一の政策的立場ではないと思います。それに対峙するものとして、子の安定した事実状態の継続をどこまで重視するかをより重く見るとなれば、フランス法のような考え方も十分あり得ると思います。

他方で、現行法の「出生を知った時から1年」について、一つの説明としては、出生を知ったのであれば、その出生がどういう経緯であったのかについては、気になるなら否認権を行使できる人の側で急いで調査すべきである。なぜ急いで対応すべきかということ、子の安定した状態を後になって覆すのは望ましくないからだという判断は十分にあり得ます。子の出生を知った時という主観的な起算点を設けることは、否認権者がもう行使できなくなるということについて、一定程度、主観的な正当化条件をも設定していることになります。全く客観的な要件しかないということになると、●●委員の問題意識は非常にぶつかるころが大きくなると思いますが、主観的な起算点が維持されていれば、その主観の範囲がかなり抽象的なものであっても、そこで一種の調査責任の転換のようなことが起きていて、それで否認権者の権利との調和も図られるという見方もあり得るのではないかと思います。

(座長) おっしゃるように、ドイツ法は血縁上の父の権利が重要視されています。ドイツ法を基に立法した韓国法もそうで、そちらの要請に強く応えています。早期安定の要請というのは、何らかの制約を導かないのでしょうか。例えばドイツの場合、ずっと知らなかったから権利を行使できなかったというときに、子の地位の安定という観点から、父親の否認権に何か制限をかけるという仕組みはないのでしょうか。

(●●) 現行法上は、はありません。

(座長) ドイツ法では、それは別に問題ないと考えているのですか。

(●●) 一時期は、主観的起算点と子の出生時を起算点とする客観的起算点を併せた規定も設けられていました。しかし、その後の改正により客観的起算点そのものは削除されていますので、子の身分の安定性に対する要請は、従前ほど強く意識されていないのかもしれないですね。

(●●) 血縁上の父から来る場合は、法律上の父との社会的な関係があるという制約はあるのですよね。

(●●) そうです。

(●●) しかし、一般的にはそういう制約があるわけではないということですね。

(●●) そうです。父親が十数歳の子に対して突然否認権を行使すると言ったとしても、それは基本的に問題ありません。

(座長) そうすると、血縁上の子の子とする権利は制限されているけれども、血縁のない子の子としない権利は無制限だということですか。

(●●) そうだと思います。恐らくドイツ法は、かつてほど、子の身分の早期安定イコール子の利益だとは考えていません。当事者がそれぞれ権利を持っていて、そのバランスをいかに調整するかという形で現行法が成り立っているのです。子がずっと誰かの子であるということ自体が具体的あるいは自主的に考えて常に子の利益にかなうということではないのだと思います。

(座長) そうですね。今、嫡出推定を緩めようという議論をしているわけですが、婚姻関係のある親の下で育てている子の方が、婚姻関係のない親の下で育てている子よりも定型的に見ていいという前提があるから着州推定の制度が維持されてきたけれども、今日では必ずしもそうではないという話になっているわけですね。次に、●●委員がおっしゃったように、血縁上の親が常にいいわけではないという話になってきて、さらに言うと、

親がいることがいいわけでもないという話にもなるかもしれません。そうすると、何か定型的なものによって守るべき親子関係の利益が、徐々に崩れていっているということなのだと思います。ドイツ法もやはりかなり崩れています。そのときに、それをバックアップする仕組みがあれば崩れていってもいいかもしれないけれども、日本の場合どうなのかが気になります。

先ほど●●委員は、子の側の利益を代表するなら無制限でもいいのではないかとおっしゃいましたが、それはまだ、やはり子の側の利益は考慮されているのですよね。

(●●) そうです。

(座長) ですから、われわれが考えるときには、子の利益を全くなしに考えるところまでは行きにくい感じがしますが、その上でどこに線を引くことが、今の時点で、あるいは近い将来を見据えたときに妥当なのかということだだと思います。これはやはり崩れていく力があるのだとすると、そういうものをつくって制限をかけたとしても、制限を外すような形の解釈が展開されることになるのだらうと思いますが、どこかで線を引くことが今の時点では望まれるような気がします。

(●●) 全く違う観点から発言します。甲案の(2)が1年になっています。これは、今まではどちらかというと父親を想定した議論だったと思いますが、母親が否認権を行使できるとすると、出産直後から起算する可能性があります。そうすると、出産直後は子育てが大変ですから、それから弁護士を探したり法律相談でどこに行こうかとなると、1年というのはあまりに短いと思います。

(座長) これは現行法が1年だから1年になっているのですよね。

(法務省) そうです。

(座長) ご意見としては、母親の場合だけ期間を長くするという方向ですか。それとも一括して長くするという方向ですか。

(●●) 父親の場合は今言った事情とは違うので、母親だけ2年にするとかでしょうか。そこまでは考えてきませんでした。

(●●) 母親は生まれてこないと分からないのでしょうか。生まれてから1年は短いかもしれませんが、懐胎した時から分かっていたら準備ができないわけでもない気がします。そこはどのようなのでしょうか。

(●●) それだけ賢明な判断ができればいいですが、実情は、なかなかできない方が多いのではないかと思います。

(座長) 夫の子ではないから嫡出否認で父子関係を覆すのだという強い信念を持っている人は早い段階からできると思いますが、産むまでは、あるいは産んだ後しばらくはこのまま夫の子として育てていこうと思っていたけれども、どこかで嫌になって嫡出否認の訴えを起こそうとすることもあり得るので、ケース・バイ・ケースのような気がします。

(●●) もう一つ考えなければいけないのは、無戸籍の子はどうかということ。例えば 15 歳まで無戸籍の子どもはたくさんいるわけです。この規定では、その子が 15 歳の時によく就籍した場合は、どのケースでも誰も嫡出否認ができないことになってしまうと思いますが、どうなのでしょう。つまり、無戸籍の子というのは、本来の推定父は恐らく出生したことすら知らない状態です。その子が 15 歳になってやっと周りの援助で戸籍ができたという場合は、甲案でも乙案でも、誰も嫡出否認はできないということになると思いますが、それでいいのかということは考えなくていいのでしょうか。

(●●) 子自身はできますよね。

(●●) 子自身ができればいいということになるのですか。推定父はできないのですか。

(座長) 父親は出生を知らないから事実上できないだけです。

(●●) 乙案なら出生を知った時からなので、できる可能性はあるけれども、甲案で(1)があると、できないということではないですか。

(座長) いや、今のままだと知らないのでできる。

(●●) 出生した時からだから、できると思います。

(●●) 子の存在自体を知らないのです。

(座長) 法律上はできるということですね。

(●●) 乙案の場合には出生を知った時から 1 年だからできるけれども、甲案だと、どちらか短い方なので・・・。

(座長) しかし、今の例ではどちらも期間は走らない。

(●●) 先ほどの出生から 10 年になると駄目ということですね。

(●●) そうです。客観的起算点を採用すると 10 年というのでアウトです。

(●●) 客観的起算点を採用すると、そういう場合はできないというのは、ちょっと考えな

ければいけないと思います。

(●●) 子からできればいいような気がします。

(●●) そうですね。無戸籍の子で、周りの援助で戸籍ができるというのは、ある日突然、推定父の戸籍に子が載るという意味ですよ。違いますか。

(最高裁) どういう場面を想定しているかによります。

(●●) 成年に達するぐらいまで無戸籍でいて、周りの援助で戸籍ができる場合です。

(法務省) 推定の及ばない子だということで親子関係不存在を提起したり、強制認知をしたりという形で載ることはあると思います。

(●●) 仮にその時点で出生届を出すと、推定父の戸籍にいきなり載るといいますか。

(●●) 似たようなケースで、戦前は自由に藁の上からの養子ができていたので、他の人の子だということになっていたけれども、親子関係不存在確認請求で実はこの夫婦の子だとなったときに嫡出否認ができるのかという論点で、昔は学説上、抗弁権の永久性などの議論をしていました。妻が夫の子ではない子を産んでしまって、藁の上からの養子に出してしまうというような場合です。今おっしゃったのは無戸籍の場合ですが、昔は無戸籍というよりも、出生届は自由に出したい放題だったので、他の戸籍にいることになり、そのような子が自分の戸籍に戻ってきたときに拒絶できるか、抗弁権の永久性が効くかという議論があったと思います。

(座長) それはなぜ抗弁権になるのですか。

(●●) 自分の戸籍に入っているなら嫡出否認を行使するところですが、藁の上からの養子でよその戸籍に入っていたので、否認権を行使しようがない状況がずっとあったわけです。しかし突然戻ってきてしまい、否認権を行使しなければいけない状況になったときに、状況によってはその否認権は抗弁権であって消滅していないのだ、否認権を行使しなければいけなくなった時から起算するのだという議論があったと思います。昔からそういう議論はあります。

(●●) 先ほどの●●委員のご指摘ですが、仮に今の制度でも、1年というのは本当に短い期間だと思います。1年以内に何かしらの法的手続を取れるという考え方自体が法律家の横暴ではないかだと思います。いくら子の利益を優先するといっても、一般の人が1年以内に法的手続までたどり着けると考えること自体、あるべき姿ではなかったのではないかと思います。甲案だとしても、幼い子を育てる母親はもちろんのこと、それ以外の場合

でも、父親にとっても、やはり1年というのは短過ぎると思います。

(●●) 日本人にとっての裁判所の遠さを考えると、私もそう思います。昔はもっと短かった母法でも、今は、フランスは5年で、ドイツは2年です。

(座長) フランスは昔は6カ月でした。それは、基本的には嫡出否認を認めず、先ほどおっしゃったように、やるなら出産を待ち構えておいて、さっさとやれという発想です。父親が確固たる意思を持ち、一定の要件を満たして覆すという場合だけ、例外的に嫡出否認の訴えを認めるというのが出発点なので、短い期間でいいということだったのですが、今はそうではなくなってきたので、短い期間では難しいかもしれないという考え方がコンセンサスを得やすくなり、どこでも期間は長くなってきているということだと思いません。

具体的な数字を入れるのは難しいですが、1年は短いかもしれないという感じですね。

(●●) 1年は短いと思います。例えば乙案で2年、3年、5年と書いてありますが、この数字の根拠は何ですか。

(●●) 現行法の期間制限が2年、3年、5年、10年だからではないでしょうか。

(●●) 5年以上はあり得ないのですよね。

(法務省) 5年以上があり得ないとまでいう趣旨で乙案をこのように書いたのではありません。これまでのご議論として、主観と客観を組み合わせるならすごく長いものと短いもので、中間的な期間を考えるなら一本化するということがあったので、乙案として、1年と10年の間で、現行法であり得るところの2年、3年、5年という形で提案したということです。

(●●) 1年が短過ぎるというのは、そうなのかもしれないと思いつつも、現行法は出生を知った時を起算点にして1年間で、甲案だと、否認権を行使することができることを知った時からなので起算点は違っています。ただ、母親の場合には最初から分かっていることもあるのではないかというのが問題になるのかもしれませんが、そうだとすると、1年というのは短いとも思いつつ、一方で起算点を修正しているということも踏まえて考える必要があるのではないかという気はします。

それから、●●委員がおっしゃるように「そんなに強い母親ばかりではない。迷いに迷う人もいる」というのはよく分かりますが、一方で、迷っているうちに3年なり5年なり経ってしまったという場合をどこまで制度設計上で考慮するかは、この種の立法のときの基本的なスタンスの問題としてある気はします。そういう発想自体が法律家の横暴だという見方はあると思いますが、それを全て考慮することもできない気がします。

(●●) 先ほど●●委員がおっしゃったのは、迷いに迷ってというよりは、生まれた子

を育てていて忙しいからということだと思います。

(●●) いろいろやっているうちにあっという間に1年経ってしまうというのは、本当によく分かります。

(●●) 0歳児を抱えて、どこに法律相談をして弁護士を依頼するのかという話だと思います。

(●●) 母親の場合は、夫と一緒に暮らしていると、やはり出生の時が起算点になるのでしょうか。

(●●) それは分かりません。私が受けている件でも分からないケースは幾つもあります。

(●●) そうすると、母親についても、出生時ではなく、もう少し後が起算点になることもあり得る気がするのですが。

(●●) ただ、それがどこかということですよ。先ほどのドイツのように、夫以外の男性とも性交渉を持っていた場合はこれに当たると考えられるのか、それとも、本に行使できることを知った時とすればDNA鑑定をしない限りは分からないわけですから、どんどん遅れるのか。

(座長) 先ほどのドイツの考え方で、夫の場合は、妻が懐胎可能期間中に第三者と性関係を持ったことを知っていれば、そこから起算点となるなら、母の場合はどうなるのですか。

(●●) 必ずしも裁判例を詳細に見たわけではないのですが、夫の場合、性交渉があったという事実だけで基本的に足りるとされていて、その性交渉をもって当該子が懐胎されたということまでの事実の認識は必ずしも要らないとの記述があります。とすると、母親の場合も、懐胎可能期間中に夫を含めた複数の男性と性交渉を持ったことを認識していれば、それで足りるように思います

(座長) やはり、夫の子ではないと考えるきっかけがあったなら、訴えを起こせということですね。

(●●) そうですね。具体的な事実に基づかない単なる疑いでは不十分であるとはされています。

(●●) ただ、それは懐胎可能性の話ですよ。仮に甲案の「否認権を行使することができることを知った時」を非常に厳格に見ると、やはり、父子関係がないことを知った時

ではないかと思います。主観的起算点といっても、夫の子ではないかもしれないと思った時と、夫の子ではないことを知った時では、すごい違いがありますよね。

(●●) たとえば、懐胎可能期間中に夫以外の男性としか性交渉を持っておらず懐胎したのであれば、子が夫の子ではないということについて客観的な事実に基づく疑いがあったと言えます。ドイツ法では、もっぱら主観的に夫の子ではないかもしれないという疑いをもっては足りませんが、一定の事実に基づいて夫の出自を疑う可能性が基礎づけられれば、それをもって足りるとなります。

(●●) では、懐胎した時に夫と普通に性生活があり、別の男性ともあったというケースだと、母については出生の時が起算点になるわけではないということですね。

(●●) そのように判断できる事案もありそうですね（後日本人追記：ドイツ法のコンメンタールによれば、子の母が懐胎期間中に夫とその他の男性とも性交渉を持っていた場合について、後者の男性との間では避妊をしていたため、夫が子の父だと信じていた場合については、母が夫の子でないことを認識した時点得起算点と解されるとする）。

(●●) DNA 鑑定まで行かなくても、血液検査で血液型が合わないとか、どう考えても夫に似ていないということもあると思います。いまだに分からないと言いながら育てている人も、離婚などの事件では何人もいます。

(●●) 母は全然似ていないと思っても、父は自分によく似ていると思っているかもしれません。

(●●) 自分に似ているからどちらの子か分からないという人は結構います。

(●●) 今の議論を聞いていて、主観的起算点を採用した場合は、認定がかなり難しいのではないかと改めて思いました。やはり、乙案の方がいいのではないかと考えています。子の身分関係の早期安定のための起算点であると考えれば、分かりやすい子の出生時一本で行った方がいいのではないかと、ここに来る前も考えていましたし、今日のいろいろな議論を聞いても改めて思いました。

期間について、先ほど●●委員が、2年、3年、5年、10年のどこかという話をしていました。子が社会的に活動し始める時までには、ある程度、身分関係は決まっていた方がいいのではないかと考えておられて、小学校に入学する時がその一つの基準になるのではないかと考えます。そうすると、5年というのが一つの目安になるのではないかと、また、なぜ5年なのかを説明するときにもそのような視点から説明することができるのではないかと、あるいは、あるとき自分の名字が変わっても、それがどういうことかというのは、それぐらいの年齢になると少しは理解できると思うので、5年というのが一つの基準で、10年は少し長いのではないかと思いました。

(座長) 訴訟を起こしてから最高裁で争うまでには時間がかかりますから、6歳で特別養子の審判が出ていれば、学校に行く時には氏は変わっているという話ですよ。ですから、もし学校に行くまでにということを考えるとすると、少しは時間的な余裕があった方がいいですね。

(●●) 起算点が争われるようなときには、恐らく、その夫婦の関係性のようなことがいろいろ出てくるはずですよ。それは長期間になると10年前、20年前というのもあって、その事実関係というのは審理をしてもなかなか分かりません。ただでさえ客観的な証拠が少ない夫婦の事件というのはそういうことがあるので、そうすると5年前でもよく分からないことが出てくると思います。審理する側からすると、期間が長くなり、なおかつ知った時とか、知り得た時という判断になると、どうしても周辺事情が出てきて、その関係の証拠が散逸するなど、正直、もうよく分かりません。そうすると、ほぼDNA鑑定に乗っかるしかありませんし、そのDNA鑑定に応じないケースも出てきて、そうすると訴訟対応なども一つの材料にして判断せざるを得ません。あまり長くなると、ほぼDNA鑑定で決めるということになりかねません。その辺は審理上の問題点としてあるのだらうと思います。

(座長) フランス法では、例えば5年で、証拠が散逸しているとなったら、どうするのですか。

(●●) 裁判官が命じればDNA鑑定ができるので、それで足りるのではないかと思います。

(座長) 拒絶した場合はどうなりますか。

(●●) すみません。ちょっとわかりません。

(●●) 昔、私が読んだころは非常に慎重で、当時はDNAというより血液鑑定でしたが、たとえ嫡出否認を認めるにしても調べない。調べるのは法律家として非常に躊躇するということをみんな書いていました。

(●●) 今は命じることも可能なので、拒絶した場合どうするかという問題は残りますが、当事者が出てきたものは見るには見えています。

(座長) 今のところ甲案と乙案の両論があるということで、●●委員の中にも甲案と乙案の両論があるわけですね。

(●●) 両論ありますが、甲案は難しいかもしれないので、やはり乙案で、●●委員がおっしゃったように5年ぐらいかなと。

(座長) 長くして、最後は DNA 鑑定で決着するしかない。拒絶されてしまったら、それは拒絶されたという前提で考えるしかないということでしょうか。実際のところ、どのような紛争が多いのでしょうか。最初から自分の子ではないことが分かっているけれども、いろいろなことがあって訴訟を起こすまでに 5 年かかってしまうという話なのか、5 年に近づいたところで何か事情があって分かってしまうという話なのか。可能性としてはどちらもあり得ますが。

(●●) 本当に両方あると思います。何となく 5 年は長いような気もしますが、悩ましいですね。

(座長) 乙案で期間が一本だとしても、5 年は長いという感じですか。

(●●) 早期安定ということであれば 5 年は長いような気もしますが、いろいろな事情があるので、あまり早く誰も争えなくなるのはどうかと思います。同居している間ということであれば離婚とセットになる可能性が高いと思うので、そうするとやはり 5 年なのかも思います。子にとってみれば 5 歳、何となく 3 歳という気もしますし、3 年か 5 年かは悩ましいところです。

(座長) 裁判所としては、短い方がやりやすいですか。

(●●) 証拠の散逸を考えれば短い方が望ましいですが、現実の事件でも、子どもが似ている、似ていないというような判断は、ある程度成長してからでなければ分かりません。そういうことを考えると、あまり短くしてしまうと結局分からないまま過ぎてしまうことはあり得るだろうと思います。

(座長) ●●委員は、甲案か乙案か、乙案であれば何年ぐらいというのはありますか。

(●●) いろいろなケースがあると思うので、適当なものが思い浮かびません。

(座長) これは、なかなか決め手がないので両論併記でしょうか。他に、期間の問題について、こういう点も考慮した方がいいというご意見はありますか。

(●●) 甲案の (2) の主観的起算点に関して、先ほど議論の中で出た話から考えると、もちろん、行使できることを確定的に知った時というのは最も厳格な主観的事情としてあると思いますが、その一つ前の段階として、例えば妻が夫以外の男性と性的関係を持っていたことを知ったとすると、本当はどちらか分からないような事情があるにしても疑いは生ずるわけです。その時から 1 年より少し長い期間で 2 年など、そういった中間的な主観的事情はあり得るので、もし甲案が生き残っていくとすれば、そういうことも考慮に入れる余地はあるのではないかと思います。中間的で、かつ、より客観性の高い事情についての認識に目をつけるという考え方も、理屈としてはあるのではないかという感想を持ち

ました。

(座長) 書き方としては、今おっしゃった「疑いを持った時」でしょうか。

(●●) 「疑いを生じさせる事情を知った時」ですかね。

(●●) 「疑いを持った時」としたときに、期間制限をあまり厳しくすると問題がありそうですね。

(●●) ですから、これは1年より長くするなどの調整が必要なのだと思います。

(●●) それは、婚姻関係を崩すつもりで一か八かやってみるということですよ。そういうことを主観的な要件にすることは、実際の夫婦関係を考えると違和感があるというか、父子関係がないことが分かってからやるべきことではないかという気はします。

(●●) そうかもしれませんが、「ないことを知った時」というのは本当に評価が難しく、かつ、それを起算点にするのであれば、かなり短い期間にせざるを得ないと思うので、もう少しふわっとした要件にして、熟慮する期間がもう少しあってもいいのではないかと個人的には思いました。別にその考えを強く推すつもりはないので、●●委員のようなお考えが多数派であれば、これは考慮に値しない選択肢ということになるのだと思います。

(座長) ●●委員は乙案ですか。

(●●) よく分かりません。というのは、私は甲案もそれなりにあり得るのではないかと考えていたのです。フランス法的な、一定の身分関係の継続と、権利行使をすることができる時が起算点になるということが、ある意味、法制度の原則なのだとすると、子の出生を知ったというのは、否認権を行使できるかどうかとは全く別の事情なので、その意味では甲案もあるのではないかと考えていました。ただ、(2)の「子の出生を知った時」をどのように構成し、なおかつ実際の紛争の中でどのように判断するかというのは、難しいだろうということはよく分かります。

それから、私は甲案オリジナルというよりは、2本立てにするのなら、むしろ(1)は子の出生を起算点とする方が制度的には筋が通るのではないかと思いました。ただ、やはり10年で完全に切ってしまうことが適当なのかという懸念に対して、十分に反論できるだけの材料は持っていません。その意味で、甲案は難しいのかという感じはしています。

ただ、では乙案がいいのかと言われると、やはり乙案はすごく中途半端な制度で、なぜこれが起算点になるのかをきちんと説明することは不可能だと思います。さらに、子の地位を早期に安定させると言いながらも、出生を知った時が遅ければ、いつまでたってもそれが進行しないこととなります。期間が3年だとしても、起算点が子が生まれてから7年後であれば10年かかります。その意味で、乙案は結構中途半端なのだろうと思います。ただ、現行法との関係では説明しやすいという消極的な位置付けはできるのではないかと思

います。

(座長) やはり、甲案と乙案のどちらかという形でまとめることは難しそうです。甲案は、理屈は立つけれども運用は非常に難しい。乙案は、理屈は不鮮明だけれども据わりはいいかもしれないということですね。

ざっくりとしたシンプルな解決を目指すのであれば乙案で行って、それほど大きな弊害がどちら側にも生じないところに線を引くのが、今のところ良さそうかもしれません。絞り切るのは難しいと思います。これは保留ということにします。

2の、子は18歳ないし15歳に達した後に一定期間は覆せるということに関しては、いかがでしょうか。

(●●) 母親が法定代理で否認権を行使できる期間についても、それは法律上は子の否認権ですから、子の否認権が最初の何年かあり、それからなくなって、またあるというのは、何となく違和感があります。

(●●) 非常に厳密に、子の否認権の代理権行使だというのであればそうなりますが、子の利益を代弁しているものだとするか、固有のものだとするかはともかく、母親の否認権であると説明すれば、2の話は切り離せるのではないのでしょうか。

(●●) 子の否認権はあくまで15歳ないし成年に達してから数年だけれども、母親としてできる期間は他の父親などと同じであるとすれば、その期間は子の否認権という言葉を使わなければいいですが、子の否認権の代理行使という言い方だと、子の否認権が2カ所に分かれるような形になるので、違和感があると思いました。

(座長) 表現の問題はありますが、実質は5年なら5年で切ってしまった方がいいのか、やはり子は一定の年齢になったらというようにした方がいいのかについてはいかがですか。

(●●) ある程度の年齢になった時に子が自分でできるという制度はあった方がいいと思います。とにかく15年間は母が行い、15歳から数年間は子が自分で行うという前提なのかと、2を読んだときに思いました。というのは、子が成年あるいは15歳に達した後もなお可能とするということは、その前も可能という意味だと思ったのです。

(座長) 子の否認権が2回出てくるというのは、おかしいという考え方もあり得ると思いますが、おかしくないという考え方もあって、法定代理人が行使している権利と子本人の権利は違うのだという発想はあり得るのだと思います。明治民法を立案するときに、起草者は代諾縁組に反対で、子が成年に達したら、子にその解約権を認めるべきだと強く主張しました。親が子の代わりに承諾し、子の意思が全く介在していないというのはおかしいではないかと言ったのですが、それが通らなかつたのは、養子として育ててきたのに、成年に達してそれが覆るというのではかなわないという話になったからです。理屈としては、成年になったら子の意思によって覆せるということでないで困るというのは昔からあ

る考え方です。ですから、そこは説明をつけようと思えばつきます。しかし、早期安定の要請もあります。

(●●) フランスでも昔からその議論はあるのです。夫に婚姻の義務として妻の産んだ子を育てる義務を課し、その義務に従って子として育てたなら、子が覆す権利は封じられるのだというのです。いわば、写真のネガとポジのようなものだ。それが近年では子の権利の強さが強くなってきて、ここにも表れているように思います。

(座長) ですから、先ほどの代諾縁組は、子の意思よりも家の都合が優先して覆らないのですが、今日では、家の都合とは別の事情によって覆らない可能性はあるのだろうかということですよ。

(●●) 代理権で構成するかどうかということもありますが、1項と2項の関係をどのように理解するかという、制度趣旨の理解の問題である気もします。1項に関して言うと、甲案を採るか乙案を採るかはともかく、また、母の固有の権利として考えるのか、代理権的なものとして考えるのかはともかく、やはりそこでも子の身分の安定を目的としているから期間制限がかかる。しかし、子の利益を目的とする以上、子が自分で判断できる年齢になってからは、父子関係の当事者として子が自ら覆すことを一定期間は認めるというふうに制度趣旨を理解すると、1項と2項の関係は成り立つのではないかと思います。

さらに言うと、そうやってひっくり返されたときに、今まで父親として育ててきたことはどうなるのだという話は、先ほどの代諾養子の家の話と同じで、そちらの話を特に2項を認めた場合に考慮する必要があるのか、ないのかという問題が次に出てくるのだろうと思います。

(座長) その問題は、前に遡及効の話で出てきましたね。

(●●) 遡及効との関係も問題になります。遡及効があり、養育にかかった金銭の賠償ということになったら、子はこの権利を使えません。

(●●) 今までの扶養料を全部返せとか。

(●●) これは恐ろしくて誰も使えないです。

(●●) 扶養料を返せということになるのですか。

(●●) 私は、扶養料の返還の問題にはならないと思っていました。現存利益はもう消滅している、もう扶養料として使ってしまったのであれば、子自身に対してはないと解釈論上も言えるのではないかと思うので、子自身の否認権に対して、それが何かしらの障壁になるということには、端的にはならないのだと思います。

(●●) ただ、母親にはあるとか、その後認知した父にはあるとなると、子は躊躇するのではないのでしょうか。

(●●) ケース・バイ・ケースだと思います。

(●●) その部分は、認めるにしても認めないにしても、明文の規定は置かなくても大丈夫でしょうか。遡及効が生じ、出生の時に遡って父子関係はなかったものとする形になれば、法律上の関係がない状態でその子を育てたことについて、不当利得が成立し、現存利益はないという説明はできるのだらうと思いますが。

(●●) 必ずしも現存利益が消滅しているとは言えないケースもあるかもしれないので、もし手厚く対応するのであれば、一切請求できない形にするということだと思います。

(●●) 特定の人に対して請求できる、できないというのも含めて、規定を置かなかつたら、少なくともそういう可能性があるというだけで否認権の行使が制約されてしまう可能性はありますよね。例えば、すごく高い授業料の学校に行かせてもらい、医者になったとなると、現存利益はないのでしょうか。

(●●) 使ってしまったら、現存利益はないと思います。

(座長) 認知無効も同じですよ。

(●●) 認知無効では、今までのものを返せという紛争はないのでしょうか。

(座長) ドイツかフランスを調べてもらったときに、遡及効が発生して後始末の問題が発生したという話があったと思います。

(●●) ドイツは規定がありますが、フランスはないですよ。

(●●) フランスには条文の規定はなくて、判例で対応しているということ、前回、●●委員が説明していたと思います。

(●●) オーストラリアやスイスは規定がありません。

(座長) フランス法は何と説明していましたか。

(●●) 前回の資料によると、フランスでは「養育費の返還を求めることができ、現も同様である」と書いてあります。返還義務を負うのは妻あるいは新たな父であるという説明がありますが、時効との関係が問題になるということです。

(●●) 時効はいつを起算点にしているのですか。

(●●) 問題になっている事案が認知の問題なので、ただちにはわかりません。

(座長) いずれにしても、高い年齢で覆すことになると、後始末はどうかという話になるので、一定の方向は示さないと混乱が生じます。条文に書けるかどうかはともかく、解釈論は示さなければいけません。

(●●) 少なくとも子自身は、それによって何らかの債務を負担しないことは明確にしておいた方がいい気がします。

(●●) 母が負担するのですか。母が負うとなると、そのことを考慮して、否認権を行使しなくなる子もいるのではないですか。

(●●) あるいは、生物学上の父が認知できない。

(座長) しかし、それは当然のような気がします。

(最高裁) 親子関係不存在でも同じことは生じているはずです。

(●●) 現在の実務では、養育費の不当利得返還請求は全く問題になっていませんか。

(●●) 地裁の事件になるのだと思いますが、私は経験したことがありません。家裁でその話が出ることはあり得ますが、具体的に何か問題にして争点になってというケースは扱ったことがないです。話が出ることはあったかもしれませんが、それは不当利得の話になるというところまでで、私が地裁にいる時にそういうケースは扱ったことがないので、それほど多くはないのではないかと思います。

(●●) 親子関係不存在の場合は、養育していないケースが多いのではないかと思います。高い年齢になってから親子関係不存在を争うケースがどれくらいあるかも分かりませんが、私自身は、外観がない状態で、まだ幼い子というケースしか受けたことがありません。

(●●) ドイツ法だと、子も一定の年齢になってから否認できますよね。子が否認したときも、母親や血縁上の父親がいたら、そこに対しては不当利得返還請求はできるのですか。例えば、血縁上の父親が否認権行使に当たるようなことをして親子関係をひっくり返したとすると、その血縁上の父親が同時に認知の効力も伴って債務を負担するというのも何となく分かる気がしますが、否認権を行使したのが子で、母親や血縁上の父親が自ら積極的に動かなかったときでも、債務は負担するというのが当然なのでしょうか。

(●●) 区別されていないと思います。

(座長) 単純に認知の訴えが起こされて、認知されて、遡及効が生じてということはありませんよね。そういう場合に、実際に取れるかどうかは別として、どうなのでしょう。

(●●) 今の●●委員のご質問は、子がイニシアチブを取ったときはどうかというご趣旨ですか。

(●●) 子に対して請求できないとした上で、他に対して請求できるとすると、他の人は自らイニシアチブを取った形ではない否認の事件の中でも債務が発生するというのは、そういう法的地位にある以上は仕方がないという説明はできますが、それが当然なのかどうかがよく分からないのです。

(座長) 今のケースは、実父は任意認知する前提ですか。

(●●) 任意認知をした場合です。ただ、これはこの問題に固有の問題ではなく、かなり一般的な問題である気もするので、ここで規定するのか、別の形で考えるのかというのも議論の余地があると思います。

(●●) ドイツにおいて成年に達した子の否認権行使が認められたのは、父母の間では婚姻状態が継続していて円満だったけれども、子が嫡出否認権を行使したいという裁判例だったと記憶しています。これをふまえますと、子だけが法律上の親子関係を切断し、法律上の父親は母親とは円満な関係なので、あえて養育費を返還請求しないこともあり得るのではないかと思います。これは憶測にすぎません。

(●●) しかし、そのときに、その子を認知した人がいればそちらに行くとなると、つもたせのような構造ですね。

(座長) 単純化した話をすると、貧しい夫婦が育ててきたけれども、子が成年に達した後に実の親が出てきて、そちらがいい、そちらはお金があるというときに、育てた親はお金だけは取り戻したいと思う気もします。取れる場合が実際にどういうケースなのかということだと思います。

(●●) やはり、この問題に限らず、認知の場合も親子関係不存在の場合も含めて一般的にある問題で、それに対し、ある場合にはこうで、ある場合にはこうという形にはできないだろうと思います。

(●●) 子を育てたことを不当利得として返還請求するという発想は、いろいろなところに波及効果があります。昔、中国の残留孤児たちが日本に戻ってきたときに、中国の親が、老後世話になろうと思っていたのに日本へ帰ってしまったということで、不当利得と

して要求したことがありました。これについて、日本の養子法の学説では、育てられて離縁したからといって、そこで損害賠償として養育費を請求することはないというのが通説的な見解で、それ盾にして子の側は拒絶しましたが、一般的に子を育てた費用を不当利得として請求するという枠組み自体が持つ危険性はあるように思います。

(座長) 子に対する請求はそれで封じられると思いますが。

(●●) 扶養義務者が別にいる上で監護した場合に、扶養料相当額を請求するというのはあると思いますし、子を育てたことを不当利得として請求するというのは違和感を覚えますが、子を育てるために使った費用だと言われれば少し違ってきます。●●委員がおっしゃることはよく分かります。子が生まれたことが損害だったということには抵抗があるという、ロングフルバースの問題と同じですが、あれはドイツでも最高裁と憲法裁判所で判断が分かれました。この問題に関しては、不当利得返還請求が成り立つ可能性があることを踏まえた上で検討する必要がある気がします。

(座長) 現行法でもあり得ると言うことは言うておく必要があると思います。そして、観念上はそういう場合があるということになるけれども、実際にどれぐらいのものが請求されて、どれぐらいの場合に認められるかという問題と、どれぐらい子が、今まで親の下で円満に育ってきたときに、実の親がいることが分かったからといって、成年に達した後には嫡出否認の訴えを起こすかという、それほど多いわけではないということもあります。ドイツはあるのかもしれませんが。

(●●) ドイツはありますが、実際の数は把握していません。

(座長) 子は自分と関係ないところで親子関係が決まっているのはおかしいと考えるのであれば、それは成年に達して覆せるようにしておかないといけないのではないかという話ですね。しかし、親子関係は自分と関係ないところで決まるものだと考えてしまえば、今まで育ってきたのだからそれでいいのではないかという考え方もあるのかもしれませんが。●●委員はどう思いますか。

(●●) 子自身に一定の期間で否認権行使を認めることには賛成です。身分関係の安定を子自身が放棄し、子が自分の身分関係を決めるということ、子に判断能力がある年齢になれば、認めてもよいのではないかと思います。

(●●) 子の自己決定権が子の保護よりも強く主張され過ぎているような気がしていて、昔のようなポジとネガの理論というのもありだろうと思っています。ただ、時世には勝てないのかもしれませんが。取得時効も消滅時効もなぜ5年なのだとすれば理屈はないわけですが、しかし、そういうことになっていることによってうまく回ることがたくさんあって、これも、そういうことにすることによってうまく回る仕組みをつくることをめざすのでしよう。もし制限を設けないと、DNAの嵐が吹き、人間のアイデンティティや家族関係が非

常に危うくなるので、あるところで思い切って請求権を切って安定をはからざるを得ないでしょう。そして、親の義務と子の身分の甘受は、ポジとネガのものなのだから仕方がないと考えて動かすのも、動かし方として成り立たないわけではないと思います。

(座長) そうすると、2の子の請求権については、置かないというお考えですか。

(●●) ただ、このご時世なので、難しいのではないかと考えています。

(●●) ●●委員は先ほど、2自体が子の権利や児童の権利条約の発想だとおっしゃっていました。ということは、15歳が規準点になるという発想でいいのでしょうか。というのは、子の権利として、子が何を意思主体として判断しているかという点だけを捉えて2を判断するのか、家族関係の構成として、子が成年に達した以上、その夫婦の扶養も含めて親権の行使の対象から外れ、否認権を行使しても構わないと考えるかは、必ずしも同じ発想ではないと思うのです。

(●●) 家族関係の中での子という位置付けではなく、子を主体に考えようというのが児童の権利条約などの発想です。何歳から自己決定権があるかというような厳密な話ではなく、その子自身を主体にして考えようということになっていて、出自を知る権利が年齢を問わずその子にとって自分の存在についての基幹となる権利だという発想があり、子の嫡出否認権が出てくるのだと思います。従ってフランスでは、条約に対する批判として、子の保護を考えてきた法を無視しているといわれることがあるわけですが。

(●●) 例えば、父母は婚姻関係の継続を望んでおり、ただ、15歳なり16歳なりの子が否認権を行使して、父子関係は切れるけれども父母は婚姻関係を続けているというのは、かなり不思議な状態だと思います。そういう場合に、共同生活を営んでいるかどうかは分かりませんが、当然に父親は親権者ではなく、扶養義務も負わないというのは、変ではありませんか。

(●●) つまり、なぜその歳から行使できるようになるのかという説明が難しいということですね。

(●●) そうです。

(●●) 親権行使者がいなくても成年に達すれば独り立ちできるのだから自分で放棄していいという方が説明しやすく、逆に児童の権利というと、今日の最初に問題になったこととも関係しますが、子は、本来常に否認権行使をできるはずなのだから、なぜ突然15歳からなのかという説明が難しいということですね。

(●●) 15歳というのは児童の権利条約での説明もできるだろうと思いますが、現行法の養子縁組についての縁組年齢や遺言年齢は、基本的に自らの身分関係に関する事等

ついて、15歳になれば自ら判断できるということを踏まえての15歳という趣旨なのではないでしょうか。

ただ、おっしゃることはよく分かります。母子関係は残ったまま父子関係を切るとは一体どういう状況だと思えるのはそのとおりですが、15歳からできるというのは、そういう説明をすればできるのではないかと思います。

(●●) ただ、遺言の場合は、必ずしも同じような場面ではありませんし、普通養子縁組の場合は必ずしも親子関係を切るという場面ではありません。

(●●) 今、特別養子縁組の改正案が出ていますが、改正案における同意要件は15歳ですよね。あれは比較的近いのではないかと思います。

(●●) そうですね。それに近いものと思われそうです。

ただ、嫡出否認の場合には子自身によって父母の婚姻関係を乱す可能性がありえるので、特別養子縁組として想定されている話とはまた違った状況が生じるのではないかと、何となく思いました。

(●●) 仮に子が成年に達した時に自分で嫡出否認権を行使できるという考えを採ったときに、なぜそれが認められるのかというと、子としては血縁上の父と法律上の父子関係を設定したい、あるいは血縁上の父ではない人とは父子関係を持ちたくないということが、保護に値する利益だからでしょうか。

(●●) 成年子自身は既に1人で生活できる人になっており、そのうえで、純粋に自己の出自を知る権利、アイデンティティのために形成したいという話だと思います。

(●●) それは血縁上の父が誰かを知ればいい話ですよね。そこで嫡出否認まで認める必然性はあるのでしょうか。

(●●) ドイツ法については、少なくとも嫡出否認が認められるべきだと考えられた、ということだと思います。これとは異なり、15歳からだとしたら、子自身が血縁上の父を親にして、親権や扶養義務を担ってほしいので、子自身がそうした法的効果を目的に否認権を行使する可能性も考えられるのではないかと思います。

(●●) そういう側面が少し出てくるかと思えます。成年からということになると、本来血縁上の父と法律上の父子関係を一致させたい、あるいは少なくとも間違っているものを修正したいということで、その発想をさらに進めて、血縁上の父が血縁上の子と父子関係を結びたいという利益も、逆の方から行けば保護に値するのではないかと思います。まさにドイツ法はそうだと思います。

(座長) 血縁上の関係を確認したいので法的な親子関係を認めるという考え方は、現行

法は採っていないのですよね。

(●●) 採っていません。

(座長) 死後生殖を認めないのはそういうことですよ。今の●●委員の議論でいくと、それもメリットはあるという話になってくるのでしょうか。

(●●) ドイツの判例法が動いているときに、海老原先生が長い紹介論文を書かれました。出自を知りたいと切望する子が、当時のドイツ法の非常に限定的な嫡出否認法に対して、それはおかしいという訴訟がありました。そのころは、学説も裁判所も、立法の方で親子関係はそのままにして、出自を知るような特殊な制度をつくってあげられないかという意見が強かったのです。けれども、立法の判断は、出自を知る権利という設計と親子関係を崩す設計は、別々にはできないというものでした。情報は得るけれど親子関係は触れないという仕組みは採れない、そこは一致させざるを得ないというのが、当時のドイツ立法府の判断だったと理解しています。そこに、出自を知る権利に引きずられて実親子関係が動いたという契機はあると思います。

(座長) 事実としてはおっしゃったとおりだと思いますが、そうならなくてもいいわけで、立法政策の上でそれに歯止めを掛けてもいいのですよね。

(●●) もちろん、そうです。

(●●) 15歳から成年に至る間の子について、父母がどのように子を育てるかということとは別に、自己の出自を知る権利と、実際に誰を親にするかということまでを積極的に決めること、特に父母が婚姻関係を継続しているときにそれが可能になることに対しては違和感があります。ただ、実際は父母が離婚しているケースが大半かもしれません。

(●●) 成年または15歳で、先ほどのような説明をしたら15歳起算点というのは考えられると思いますが、15歳を起算点としたときの一定期間をどれぐらいにするかがかなり深刻な問題です。これを3年にしてしまうと、成年に達した瞬間にできなくなるわけです。15歳から成年に達するまでの間というのは、自己の意思でいろいろなことを決定できるようにはなっているかもしれませんが、一方で、まだ親権に服している未成年者であり、立場としてはとても脆弱です。そうすると、仮に15歳を起算点にするとして、1項が仮に3年になったとして、2項で同じように3年としてしまった場合に、成年に達したらもうできないというのがいい仕組みなのかどうかは、よく分かりません。

それから、その意味では18歳を起算点にした方が分かりやすいのかと思いつつ、●●委員がおっしゃったような、18歳になれば独り立ちしているのだから切ってもいいというのは、今までやった分は払えという言い分も成り立ちそうなので、そこは難しいところです。

(座長) 今おっしゃった前段の部分は、親権に服していると、子の側に選択権があつて

も親に対して行使できるかどうかという問題があり、やはり成年に達してからでないという考え方はあるかもしれませんが。●●委員がおっしゃったことは実質的な事柄で、実質的な事柄はいろいろな場合があるので説得が難しいけれども、今の論法の方が説明はすっきりするかもしれません。つまり、制約なしに権利行使できるということが起算点にならないといけないのだという説明です。

(●●) 親権から解放されて提訴もできるという理解ですね。

(座長) あとは、15歳から18歳までの間に、親が反対していても押し切って訴えを起こすというような利益を認めるかどうかです。嫌だったら3年待てと言うかとか、そういう問題かと思いますが。

(●●) その間に関して言うと、単に父子関係を否定するだけではなく、血縁上の父がいて、そこに認知を求めるなどの形での利益はむしろ18歳までの方が大きいという、また別の説明ができます。

(座長) 難しいですね。2はなくてもいいという、●●委員のご時世を捨象した考え方で、15歳と18歳の両方あり得るところでしょうか。

(●●) 大して確信があるわけではありませんが、仮に15歳だとすると、期間は既に5年ということになるでしょうし、その場合には、1項で3年か5年かというときに、5年というのは一つあり得る説明なのかという気はしました。1項は3年で、2項は5年という設計でもいいと思いますが、より説明をしなければいけないと思うので。

(●●) 仮に、血縁上の父親を確保することを踏まえて15歳以上の子に否認権を認めるときに、法定代理人、あるいは子の代弁者に当たる人の否認期間は、あくまで1の原理に服することになるのでしょうか。取りあえず5年過ぎたけれども、血縁上の父親が裕福なことが判明したので行使したいという場合、子自身は15歳から行使できますが、同じ利益状況は15歳未満でもあり得ますよね。

(●●) 客観的に子の権利があるので、15歳になったら自分で権利行使できるけれども、抽象的にはあったのだとすると、法定代理人はずっと権利行使ができるはずだという理屈になると思います。ただ、15歳以上あるいは18歳以上でできるというのは、あちらに裕福な父親がいてそちらを選ぶことが経済的には合理的な選択だからということではなく、完全に子の自由な判断を認めるだけであって、それが有利になるか不利になるかは関係なしに判断を認めているのだと思います。だとすると、それは他の人が代理行使できるような性格のものではなく、母親が子の代弁者として行使するというのも非常に抽象的な説明なので、一定の期間、代弁者として権利行使ができるけれども、ただ、それに対しても子の法的地位の安定性が別の権利として出てくるという説明では駄目でしょうか。

(最高裁) 15歳以上の子に否認権行使を認めるときは、手続行為能力を訴訟法的に認めて、完全に1人で行使することを認めるという形ですよ。

(座長) そうせざるを得ないのでしょうか。

(●●) その点はあまり考えていませんでした。どう考えたらいいのでしょうか。

(●●) 多分、訴訟能力で考えると成年と考えていますよね。ですから、15歳というのは、同意権などの意味では15歳でもいいという判断はできると思いますが、実際に自分から動き出すときに、15歳で訴訟能力まで認めてしまっているのかというのは若干疑問が残ります。それから、本人には不当利得などの話はなくなるのかもしれませんが、そういう金銭的な部分を避けて通れないとすると、そこは今までの身分法の同意権とは全く違う経済的部分が出てきて、だとすると少なくとも成年というのが年齢の区切りとして出てこざるを得ないのかと思います。

(座長) やはり、5年は結構長いですよ。

(●●) そう思います。18歳にして、2年や3年にする方がいいのかもしれませんが。

(座長) 5年あって、その前にも5年あると、間の消えるところが結構短いので、●●委員の先ほどのようお話がでてる。

(●●) それは一体何なのだという。

(座長) そうです。かなり早く決まっていて、例外的に子のイニシアチブで短い期間に限り覆るとのことだと説明しやすいですが、覆る期間が長くあり、短い間だけが覆らないというのは、説明はつくけれども据わりが悪い気がします。

(●●) そんな気がしてきました。

(法務省) 特に18歳から2年間という形で、すごく短い場合に顕著だと思いますが、法律上は成年ということで1人で権利行使しますが、事実上、自分の監護者からの影響を受けることがかなりあるような気がします。これまでの研究会でも、2を認めることの弊害が言われていたと思います。結局、その当時、例えば父母の仲が悪くなっていれば、ある意味リベンジマッチを後になってから認めるような形になり、それは短ければ短いほどそうだろうと思います。15歳から3年間もそうだろうと思いますが、そこで認めることによって子が利益を害される場合もあるとすると、何か要件が必要な気がしてきます。2を認めるという意見の方が大勢な気がするので、そうだとすると、認めた場合に出てくる弊害について、何か要件上の縛りをかけておくとか、何か限定が必要ではないかということもご議論いただければありがたいです。

(●●) 具体的にはどういう弊害を考えておられますか。

(法務省) 例えば、父母が対立していて、子の観点からすれば父子関係は残っていた方がいいけれども、母に監護されている状態で、母の意思をくんで、子が自ら否認権を行使して父子関係を切ってしまう、結果として子の利益が害されるような場面があり得るのではないかとことです。年齢が高くなればなるほど子の自律的な判断が期待できると思いますが、15歳から数年とか、18歳から2年とかだと、弊害の方が前に出てくる部分があるのではないかとすることがこれまでも言われていたと思います。ですから、法律上はもちろん1人で行使できますが、事実上、監護者の影響を受けることから来る弊害への対処が必要ないかどうか、ご議論いただけるとありがたいです。

(●●) 問題点はよく分かります。特に18歳から2年や3年だと、成年に達していても未成熟子という状態ではあると思いますが、それを解決するために何かうまく要件を立てるとなると、どのような要件が考えられるのでしょうか。

(法務省) 以前の研究会では、父子関係を継続することがその子にとって酷な場合という要件が議論されていて、しかし、それは認定が難しいだろうということが指摘されていたと思います。それで今回、父の方の意見も聞いてみようという形で、成年者を認知する場合の当該成年者の承諾とは逆ですが、父の方の承諾を考えることはできないかということで資料を書きました。そのあたりで何か歯止めを掛ける必要はないかどうか、何も限定がない形で2を入れてしまっているかどうかをご議論いただきたいと思います。

(●●) 夫の拒絶権はどのようなでしょう。

(法務省) 先ほどの養育料が請求できなくなるかどうかというところにルールを置くかどうかとも関わってきます。これまで育ててきた父との関係を、血縁がないという客観的事実をもって、子の側の判断だけで切られてしまうのであれば、父の側にも何か要件をかける。仮に要件をかけられるのであれば扶養料は取れないというルールを組むことも正当化しやすくなると思うので、そのあたりも関係はあるのだろうと思います。

(座長) 協議離婚ですよ。

(●●) 逆に、そういう同意要件を置くと、同意する代わりに今まで育てた分の話と言うのが出てきやすくなる気がします。財産分与は要らないから離婚してというのと同じです。

(座長) 先ほど15歳以上で本人が手続できるかという話が出ましたが、それは他の問題についてもあるかもしれません。成年者も含め年齢が必ずしも高くない、15歳以上20何歳までか分かりませんが、そういう人たちをサポートする仕組みが要るのではないかと

う一般論で対処すべき問題と、今おっしゃったような、この問題に特有の利益状況を考えなければいけない問題の両方があります。前者は、できればそういうことはあってもいいかもしれませんが、全体に跳ねる問題なので難しいかもしれません。本件について言うと、先ほどおっしゃったような形で、いろいろな駆け引きに使われるかもしれないけれども、同意を要することになると、それも駆け引きの材料になるかもしれないけれど、リベンジとおっしゃいましたが、確かに第2ラウンドがここで開かれることにはなるかもしれません。

(●●) 本当の父との関係をつくるということを要件に入れるのは考えられませんか。というのは、元々、子の否認権は、出自を知る権利と強く絡まっている気がします。本当の父との関係をつくることを要件にするというのは、どうすればいいのか、まだよく分かりませんが、少なくとも新家庭破綻説の発想はそうですね。

(●●) ただ、嫡出推定が及ばない子と違い、成年に達したという前提で18歳を起算点とすると、18歳になってからあちらに本当の父がいるから父子関係を切りたいという場面に合理的な理由があることは分かりますが、それ以外の場合は認めないというのは強過ぎる気がします。本当の父がどこにいるか分からないけれども、血縁関係のない父との関係は切りたいという場面はあるような気がします。

(座長) 話が飛躍しますが、成年に達した後に、自分が望まない親子関係が設けられてそれを切りたいという話は、生殖補助医療には跳ねないのでしょうか。

(●●) 私も少し心配しています。AIDの場合には無理という形で何か歯止めを掛けなければいけません。

(座長) その側から出発すると、その理屈だけで行ってしまうと、阻めるものはなくなってしまうですね。

(●●) AIDに同意している以上は、否認権の行使は、現在の判例だと権利濫用などになります。それを踏まえたものでやっていくというと、父親からの権利制限は説明できませんが、子の側からの権利制限は当然には出てきません。

(座長) ですから、ここで子の選択権を認めると、そちらも認めろという話に跳ねてしまいます。

(●●) AIDの場合には認めない方が望ましいのですか。母親の夫であった人と親子関係を切ることが望ましくないのかという話と、それから波及してドナーに対して何かしらの話をするのかという2段階があると思いますが、単純に法的父子関係を切るだけであれば、自然生殖の場合もAIDの場合も、同じように出自を知る権利の法的権利行使の一つのパターンとして保証されるという理論立てはできますか。

(●●) 両方とも保証されるという理論立てはできるかもしれませんが、AID のときも本当にそれでいいのかという疑問はあると思います。ただ、その部分は、現在の同意を与えた場合には権利濫用になるという理屈を使わずに、AID の場合の母子関係と父子関係について明文の規定を作れば、否認はできません。

(座長) AID のときにそれを認めない方がいいのなら、自然生殖のときも認めない方がいいという議論だと思います。

(●●) だんだん、子の否認権は否定した方がいい気もしてきました。

(●●) 親子として形成されてきた関係、親に育てられているという状態を尊重するのは同じ話になるので。

(●●) AID は父母が、子と父に血縁関係はないけれども、法律上の父子関係を形成して育てたいと考えているということになると思います。そして、今回問題になっているような形で子の否認権が行使される場面も、父母は、子と法律上の父の父子関係は、事実とは異なるけれどもそれでいいと思っているという事案なのではないかと思います。そうすると、両者は状況が類似していると整理することができるかもしれません。

(座長) さらに言うと、特別養子も、裁判所が審判で認めたとしても、子は関係ないのだからという話になって覆ってしまいかねません。

(●●) そうですね。特別養子に関する法制審議会の議論でも、この点は解釈論に委ねられるということで、結論は出なかったと思います。成年になってから離縁ができないという話も。

(●●) 離縁の規定を前提とすると、未成年の間しか離縁できないけれども、17歳6カ月で特別養子が成立したらどうなるのだという話ですよ。

(座長) 波及するところは結構大きいですね。

(●●) ドイツ法は今の話はどうなっているのですか。

(●●) ドイツ法は完全に解釈論に委ねられていて、基本的には夫と母による否認権行使は認められていません。

(●●) 自然生殖の場合、子の側から否認ができるのですよね。AID の場合はどうですか。

(●●) 解釈論では、子による否認権行使はできることになっています。ただ、ドナー

に対しての責任追及は一切封じられるという法制度に変わっています。

(●●) それは確か明文の規定がありました。

(●●) 新しくできたのです。自己の出自を知る権利自体は保証されています。

(●●) 先ほど訴訟能力の話が出ていたと思いますが、人事訴訟の場合は未成年でも訴訟能力そのものはあるということですし、場合によっては弁護士の選任を裁判所が命ずるような手当ては一般的にはあるということかと思います。

(座長) 弁護士の選任は、実際のところはどうなのでしょう。

(●●) それは裁判所に聞かないと分かりません。

(●●) それほど出てきません。事案として来ていません。

(座長) 子の権利を認めるべきという観点から考えて一定の期間を設けるとして、他のものに跳ね返らない方がいいのだとすると、そのための理屈は何か必要ということですよ。

(●●) 今は父母が円満なケースばかりが念頭に置かれていますが、恐らく実際に使われるのは、離婚後に父子関係が残ってしまっていて、全く縁がない。むしろ血縁上の父といい関係にあるが、養子縁組はできないようなケースが主ではないかと思います。もしこれを認めないとすると、そういうこともできなくなってしまう。そういう意味では、多くのケースでは認めた方がいいけれども、父母が円満で子だけがちょっとというときを念頭に置いて認めないのかというのは、ちょっと悩ましいところです。

(座長) 他と区別するのは、ここでは子に否認権を認めるという前提に立っているからです。年少の時に母が代わりに行使するとしても、子の側から争うことを認める制度を選択している。これに対して、AID と特別養子については、そういう制度選択をしていないからだという説明をするしかないと思います。そこに差をつけていいのかという問題はあるかもしれませんが、そうしているからこそ、子の側の否認権を実質的に確保するために、一定年齢に達した時に一定の限度で認めるのだと説明するしかない気がします。

(●●) 子の否認権を認めなければ話は簡単なのかもしれませんが、認めた場合には、基本的には子に不当利得返還請求権などの債務が生じないようにするのが望ましいと思います。ただ、問題は、それをどのように明文化するかです。他の問題はともかく、子には責任は生じないということを書いた場合に、その部分は明確になりますが、反対解釈として、それ以外のものについては請求を認めない可能性があるという方向に動いてしまう可能性もあると思います。全く書かないのか、全てについて書き切るのかということはあるけれども、

子についてだけ責任がないことを書くのは、一番簡単そうだけれども波及効果は大きい気がするので、どう扱うかが難しいところです。

(●●) AIDの問題を、AIDであることが明らかな前提で議論しがちですが、当事者はそのつもりになればいくらでもAIDである事実を黙っていることができます。当事者の関係が悪くなっていれば、AIDで生まれていても自然懐胎であったという構成で、DNAが違うから夫の子ではないとして、子の身分を奪ったり、子が大人になってから提起することも可能です。そうすると、その波及効果は、仮にAIDを封じたとしても、実質的にはそこまですっと跳ねていくのではないのでしょうか。

(座長) そうすると、今の問題について差を設けるためには、AIDだということが、当事者がそれを言わなくても出てくるような仕掛けを設けなければならないということでしょうか。

(●●) そういう仕組みになっていませんので。

(●●) そもそも、AIDの場合に子から否認をすることがなぜ駄目なのでしょう。父母が否認できないというのは、自分たちで、そのような形で子を作っておいて、事後的に親子関係はないと言うのを封じなければいけないという要請は強いと思います。しかし、なぜ子からの否認を封じなくてはいけないのでしょうか。それは、AIDにおいて、子から否認するときも、やはりその背景には父母の対立などがあるからですか。AIDの子の身分を守らなければいけないと言ってずっと議論してきたことと、子からの否認の話というのは、異なるレベルの話ではないかと思うのです。まさに守られるべきであった子が自ら権利行使をしてくる場面ではあると思うのです。その権利行使を認めるか認めないのかという点は、しっかり議論をすべきではないかと思います。

(●●) 子が自分がAIDにより生まれたことを知らない場合は現状では結構多いと思いますが、DNAが父親と違い、仮に子による嫡出否認ができるとして自分が否認訴訟を起こして、そこで父親に「あなたはAIDで生まれた子だ」と言われて初めて知ったという場合はあり得ると思います。その場合、AIDだと知らされたからこの否認訴訟は成り立たなくなってしまうのだという帰結になりますよね。

(●●) 恐らく●●さんから出ていた疑問は、そうだとでも否認訴訟の要件を満たしているのではないかということですよ。AIDの場合には否認訴訟は成り立たないという理屈を立てればいいのですが、ただ、今までは、AIDの場合は否認ができないというのはむしろ親の側から見た話をずっとしていたので、子の側からできないことについてはきちんと議論されてこなかったはずだと。親の側から見れば否認権行使できないのは子の身分を守るためだというけれど、守られるはずの子が自ら否認権を行使するのは構わないだろうと。

(●●) AIDにおいて、子からの否認権行使を認めないのであれば、その理由をしっかりと検討した方がいいのではないかと思います。

(●●) 今の話は、夫婦間が壊れていたときにAIDだと知らされて、そのときだけ駄目なのはなぜかということにもなるかもしれませんし、それをうまく説明できるかは疑問に思いました。

(●●) やはりAIDに跳ねますね。

(座長) 要検討ですね。

それでは、疑問は残りましたが、本日は取りあえずこのぐらいにさせていただきたいと思えます。

(座長) 次回は6月4日の火曜日、午後4時から7時までです。その他の方策やその他の論点の議論をします。残っている課題は多い気もしますが、可能な範囲で意見を集約し、なお検討を要する点を明らかにして、取りまとめをしていただければと思います。どうぞよろしくお願いします。

それでは今日はこれで閉会します。ありがとうございました。