

第 11 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 6 月 4 日（火）16:00～19:00

場所：公益社団法人商事法務研究会 1 階 A 会議室

議事要旨

（座長） 定刻まで少し時間がありますが、出席予定の皆さまがおそろいですので、第 11 回嫡出推定制度を中心とした親子法制の在り方に関する研究会を始めます。

本日は配布資料の確認に先立ち、本日の出席者を紹介します。後ほど「嫡出でない子としての届出について」という論点が出てきますが、この論点は戸籍制度にも関連するということで、法務省の戸籍制度の担当官 2 名に出席していただいています。よろしくお願ひします。

それでは、配布資料の確認に移ります。

（法務省） 本日は、研究会資料 11 と、●●委員の提出資料として資料番号 1「平成 31 年 4 月 25 日付 日本弁護士連合会会長『生殖医療技術利用に関する法整備を求める会長声明』、本日ご欠席の●●委員より事前に頂いた「親子法制研究会第 11 回資料に関するコメント」を配布しています。

（座長） それでは、まず●●委員から、提出資料について簡単にご説明をお願いします。

（●●） この 4 月に日弁連の会長声明が出ました。この親子法制研究会が法務省で発足したことを踏まえ、行為規制についても国の方で早く取り組んでほしいという趣旨です。

（座長） それでは本日の議事に入ります。まず、研究会資料 11 のその他の方策およびその他の論点についてご議論いただきます。第 1 から第 5 まであり、第 1 と第 2 がその他の方策、第 3 以降がその他の論点ということになるかと思ひます。まず、その他の方策についてということで、第 1 と第 2 についてご説明を頂きたいと思ひます。

（法務省） 第 1 は「当事者の合意により父子関係を否定する方策について」です。法律上の父〔及びその妻〕の合意により、父子関係を否定することができるという方策については、以前ご議論いただいたところですが、否認権者の拡大や否認権の行使期間の緩和をした上でもなおその必要性があるかどうかは慎重に検討すべきではないかというご指摘を頂きましたので、慎重に判断しつつ引き続き検討することとしてはどうかというご提案をしています。

この否認権の行使期間の緩和については、2 ページ目の「2 否認権者の拡大及び否認権の行使期間の緩和の方向性」に記載してあるとおひり、従前ご議論を頂き、なお意見が分かれています。大まかな方向として、主観的な起算点と客観的な起算点を組み合わせた行使期間の制限と、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二つの選択肢を呈示した上で引き続き検討することについて、支持が多かったものと承知しています。

次に、3ページの「3 外観説に関する解釈論への影響について」についてですが、従前のご議論では、「推定の及ばない子」に関する外観説の規律については明文化が非常に難しく、明文化することでかえって弊害も考えられるという意見が多かったと承知しています。その他、頂いたご意見については4ページ目にかけて記載しています。

続いて、4ページ目の「第2 嫡出でない子としての届出について」についてですが、こちらは以前、この研究会の場において委員からご指摘があった点であり、今回テーマとして挙げています。民法第772条の適用がある子について、母が嫡出でない子としての出生の届出をした場合に、市区町村の窓口において、その届出に対して何らかの対応をすることの当否について、その届出の民法上の法的意味と戸籍との関係を十分に整理の上、ご議論いただければと考えています。

これについては、補足説明で示しているとおおり、戸籍は民法上定まる親族的身分関係を登録・公証するものであるため、民法772条の適用があり、そのことが戸籍上から容易に認識することができるにもかかわらず、実体法と結果が異なる内容の届出を受理するような取り扱いをすることが相当なのかということなどが問題になるかと思えます。

なお、従前の議論では、実体法的な解決はなかなか難しいのではないかとのご指摘も多かったと考えておりますので、今回は戸籍手続における対応を中心にご議論いただければと考えています。

最後に、5ページ目の2の「家事事件手続法別表第一の審判としての嫡出推定を排除する審判」については、これを支持する意見はあまりなかったことから、今回の議論の対象外としています。

(座長) 第1の「当事者の合意により父子関係を否定する方策について」と、第2の「嫡出でない子としての届出について」、いずれも引き続き検討することとしてはどうかという形でまとめていただいています。第2については、以前議論したことがあります。もう少し議論してはどうかということで、戸籍の関係の方にも出席していただいています。

まず第1からです。こちらは最初の部分に太字の(注1)(注2)があり、(注2)は先ほどご説明いただきましたが、(注1)は合意があるときにこういう道が開けるということですか。

(法務省) そうです。

(座長) 分かりました。第1について、何かご意見があれば頂ければと思います。

(●●) 意味がよく分からなかったのですが、これは親子関係不存在確認の中で、現在行われている合意の審判とは違う意味で、このような合意による推定の父子関係の否定の方策を新たに創設するという意味でしょうか。

(法務省) (注1)に記載していますが、例えば、嫡出推定が及ぶ場合に否認権の行使期間を徒過したときであっても、これによって覆すことができることなどを考えています。

(●●) 親子関係不存在確認とは別にということですか。

(法務省) 手続的な話でしょうか。この否認権行使をした後に、三者で合意してどうい
うことをするかというところではありますが、例えば家裁で審判を受けるような形も考えら
れますし、その手段というのは多少ご議論があるところかと思えます。

(座長) もう少し具体的なイメージが分かるように書いた方がいいということですね。

(●●) はい。現在の外観説に基づく親子関係不存在確認は必要であると考えており、
仮に嫡出推定の否認権者や期間が拡大しても、現在使われている親子関係不存在確認の制
度はそのまま残してほしいと考えています。ですから、それとは別に、さらにこういった
ことを考えるというのはイメージが湧きませんでした。

(法務省) 外観説が残るかどうかは、まだご議論があったと認識しています。外観説が
残るということであれば、それと並んでできることもあるでしょうし、外観説がなくなれ
ば、これによらざるを得なくなるかと思えます。

(●●) これは、外観説があろうとなかろうと、合意によればできる制度を設けるとい
う趣旨ですか。

(法務省) 基本的にはそのような制度の是非を考えています。

(座長) それがいいかどうかではなく、そういうことを選択肢として検討しておく必要
があるのではないかということだと思います。期間はある程度延ばすことを検討している
わけで、どれくらい延びることになるか分かりませんが、それを過ぎたとしても、さらに
否認できる場合を合意によってつくり出すことが考えられるのか、あるいは嫡出否認の訴
えによらないことが考えられるのかということです。最後にどのような制度の仕立てにな
るかは、具体的な詰めが必要だと思いますが、その必要性がないのであれば、そこについ
てあまり詰めて考える必要はないということで、「なお検討する」という形で取りあえず残
してはどうかということかと思えます。

その他、いかがでしょうか。

(●●) 正面から合意で身分関係を証明できることに対する抵抗が若干あります。とて
も便利な制度だろうと思えますし、裁判官が書いた論文を見ると、全部合意で、基本的
に正面から認めればいいので、合意が成立しないときだけ要件をかけて勝ち負けを決めざる
を得ないという趣旨のものが多いです。しかし、このような身分関係の話で、合意さえで
ければ何でも OK という日本の伝統的な紛争解決方式がいいのかどうかという問題があり
ますし、合意となると、力がない側に圧力をかけて合意を取るという弊害が起きるの
ではないかという危惧もあります。しかし、そうすると外観説の維持の方に相当傾かなければ
立法の合意は得られないのではないかと思いますし、その辺は非常に悩ましいところです。

私自身、まだ腹が据わっていません。合意による解決は、大変便利な制度だろうとは思いますが、それがもたらす弊害に対応できるのかという点と、原理論的な疑問がどうしても残ります。

(座長) 仮に合意によって何か緩めるとして、どこまで緩めるのか、どういう性質の合意かという問題はあるので、そこについては一定の限度が必要だろうというご指摘だと思います。もう一つおっしゃっていたのは、身分関係の実体そのものを処分する話なのか、それとも、身分関係の実体については実体のルールがあるけれども、それに係っている手続的な制約を合意によって何とかすることができるとい話なのかということです。これは説明の仕方による部分もあるかと思いますが、2点について、慎重なご意見を承りましたが、そのことがもたらす弊害についても考慮に入れて、引き続き検討するというのでしょうか。

(●●) そうですね。私自身が「合意でいいのではないか」と書いたこともあるので、反対という趣旨ではないのですが、危惧があります。

(座長) その他、いかがでしょうか。

(●●) そもそも、この問題は、合意で身分関係を全体的に処分できるという話として捉えるのでしょうか。本資料では、血縁上の父子関係は存在しないことを前提として、簡易な手続で父子関係を消すことを考えるということかと理解しました。少なくとも血縁上の関係があるものをなくしたり、ないものをあることにしたりする話ではないと思っています。そうすると、実体としてどういうものを要件として想定するかということで、そこはオール・オア・ナッシングというよりは、いろいろな段階をもって考えることができる話ではないかと感じました。

(座長) 議論の仕方として、必ずしも総論的に考えずに、個別の問題ごとに、どれくらいの調整が必要かを考えることもできるということですね。

(●●) 今のご発言は、私の理解と少し違うように思います。もちろん血縁があるものをないとしたり、ないものをあるとすることについて合意で決めようということではないと思います。ただ血縁が存在しないことを前提として手続きの簡略をどうするか、という議論ですと、基本は血縁によって親子関係が定まるという前提をとっていることとなります。しかし血縁の有無が法律上の親子関係を定めるものではありません。基礎はもちろん血縁上の親子関係ですが、民法上は、嫡出推定や認知などの実体法上の手続き要件の枠組みと、それが争われるときの提訴要件が、全て相まって法律上の実親子関係を決めています。法律上の実親子関係を定めるルールの中に合意を入れ込んでよいかというのがここでの是非であって、血縁によって決まる親子関係を合意によって左右させるという趣旨ではないのだと思います。

(●●) もちろんそういう趣旨ではないだろうと思っています。現在、合意で実体的要件そのものが動くことは想定されていないということなのかもしれませんが、例えば嫡出否認の訴えを起こす、起こさないというところで、必ず関係者の意思的な要素が既に介在している部分があるので、それをもう少し実体的要件の中に組み込んでいけるのかどうかという問題として捉えることはできると思います。そうすると、身分関係は意思で処分できないのに、意思での処分を認めるのかという形で問題を設定してしまうと、なかなか議論しにくいのではないかという感想を抱いたという趣旨で、先ほどの発言をしました。

(座長) 実体要件の中身が何なのかについては問題ごとにいろいろな考え方があるのではないかと思います。いずれにしても、どちらの委員も、何らかの考慮によっていったん決まった身分関係を、当事者の合意で書き換えるようなことを正面から議論する必要はないということですか。

(●●) そういう議論をしてもいいのかもしれませんが、そこに行く手前に段階があるのではないかと思います。

(座長) ●●委員がおっしゃったのは、それぞれの要件の中で、両当事者の意思的な要素が反映する部分をどれくらい認めるかという形で議論できるのではないかということだと思います。

●●委員は、実体的な親子関係が血縁で決まっているということでないのであれば、今の●●委員の考え方に異論はないということですね。

(●●) それなら、はい。提訴要件のところを合意で外すことになるので。

(●●) 例えばDVなどが続いて否認の行動を起こすことができず、子がある程度大きくなり、父親に抵抗できるようになって初めて行動できるという場合もあると思うので、何らかの方策を考えることについては議論すべきだと思います。ただ、一つ引っ掛かるのは、生殖医療の場合です。AIDで同意しているのに合意でひっくり返すというのは、やはりおかしいのではないかと思うので、そのあたりもうまくかみ合うような議論が必要ではないかと思います。

(座長) このようなことを考えるときに、典型的な例として念頭に置かれるものの中には必ずしもAIDケースが含まれていないこともあると思いますが、AIDの場合にも当てはめて大丈夫なのかについては、常に検証が必要だというご指摘かと思います。

他にはいかがでしょうか。

(●●) 期間制限が合意によって否定できる必要性は一定程度あるだろうというご発言があった後で申し訳ないのですが、子の身分の法的安定性を考えると、一定の期間制限はあった方がよいのではないかと思います。一応、子と法律上の父の合意があればとなって

いますが、子が幼いうちは事実上その判断を母がすることになるのではないかと思います。父母の合意によっていつでも子の法的地位が変動するというのは好ましくないのではないかと考えます。仮に●●委員がおっしゃったようなDVのケースを救うのだとしたら、何か限定を付けた形の方がいいのではないかと思います。

(座長) 前回も、期間を一定の場合に例外的に延ばすとして、しかし、それは子の身分の安定という観点から見たときには必ずしも望ましくないのではないかとのご意見がありました。この問題についても、全体として親子関係を否定できる場合を広げていくことと子の身分の安定ということのバランスを、どこで取るかは考えていかなければいけないということかと思えます。

他にいかがでしょうか。

(●●) 子の否認権の期間の問題についてですが、この週末に仙台で行われた比較法学会で、ドイツの親子法に関する報告がありました。現在の子の否認権を幅広く認めたドイツ法について、相当な揺れ戻しが来そうだということです。国内で批判が高まり、今、それを制限するという立法案が具体的に明らかになりつつあるという最新のご報告を伺いました。われわれは今までドイツ法という非常に広いものを前提として議論してきましたが、ドイツ自体、いろいろと反対の動きがあるようでした。

(●●) 2015年にワーキンググループが組織され、●●委員からご紹介があった案が出ているものの、まだそれが棚ざらしになっている状態のようです。ドイツ法自身も揺れているというのが比較法学会での山下祐貴子先生のご報告だったと思います。

(座長) ドイツ法についてはこれまでもご紹介いただいていた、血縁を重視して既存の親子関係が覆る場合は増えているのだろうけれども、それに対する従来からの抵抗や、あるいは別の方向からの議論もあるということでしたが、今のは直近の情報ですね。

(●●) 直近の情報です。私はそれを知らなかったもので、そういうことが動いているのだと思い、発言させていただきました。

(座長) そのような事情も、●●委員や●●委員が御出席のときに伺いながら、どこに着地するかを考える必要があると思います。

(●●) 子の否認権を、子が成年に達してから認めるというところまで広げるのであれば、このような制度を認めるメリットはないと思いますが、もしドイツなどの動きに従い、子は小さいうちしか否認権を行使できないということであれば、DVなどで避難している方たちの立場を考えると、このような制度もある程度考える余地やメリットがあるのではないかと思いますので、検討としては残していただきたいと思えます。

(座長) 他のところでどういうことになるかによって、補充的なものの必要性について

意見が分かれるということだと思いますが、いずれにしても、現段階でこの問題はもう検討しないというご意見はないと理解しています。書きぶりを多少改める必要はあるかもしれませんが、これについては引き続き検討するということでまとめていきたいと思います。他はよろしいでしょうか。それでは、何かあればまた後でご意見を伺うことにします。

次に、第2「嫡出でない子としての届出について」です。これまでに何回か話題になりましたが、先ほどの法務省の説明では、母親に父子関係についての第一次的な選択権があるというような実体ルールを考えることはさておき、取りあえず戸籍法上の対応の方策について考えるということでした。これについてはいかがでしょうか。

(法務省) 第2は、民法が適用された結果と異なる内容の戸籍届出を受理するという議論ですが、戸籍行政の現場担当者としては、現段階でこのような論点を表立って議論されることについては消極の意見を申し述べます。理由としては、まず、戸籍法は民法の手続法であり、附属法とされているところを、戸籍による公証制度の信頼性が実体法である民法の裏付けがあることで担保されているものであり、この裏付けがないと、公証制度としての信頼性が損なわれるということがあります。

また、民法の規定を変えずに、戸籍法の中だけで特殊な取り扱いをしようとするということについては、そのこと自体が差別的であるなどの批判的意見が高まることが想像できます。その結果、行政の現場、特に行政の窓口で批判の矛先が向けられ、国民への説明責任を押し付けられるようなことを懸念致します。

そもそも、戸籍の届出や戸籍の記載は、実体法において定まる身分関係について行われてきたものであり、実体法において定まる身分関係とは異なる身分関係について届出をさせたり、それを取りあえず戸籍に記載してしまうことになると、戸籍制度を根本から変えてしまうことになりかねません。とりわけ、民法が適用された結果と異なる内容の戸籍届出を受理する議論ができることになると、夫婦別姓の議論や同性婚の議論なども、あたかも小手先の戸籍の記載だけで解決できる問題だという議論を招きかねません。

さらに、実体法の整備がされていない段階で、民法が適用された結果と異なる内容の戸籍届出を受理するという議論を表立ってすること自体、行政の現場に混乱をもたらす危険性があるため、現段階でこのような議論が主要な論点として引き続き検討されることについては全く消極です。

(座長) 今の中には幾つかのお話が含まれていると思います。戸籍事務の負担を現場に押し付けることになるとおっしゃいましたが、戸籍法でルールが定めれば、現場の裁量の問題ではなく、ルールに従ってやることになるので、現場で困ることはありませんよね。

(法務省) 私自身、ここで取り上げられている問題の解決の具体的なイメージが湧いていないのですが、結局、何らかの形で嫡出推定制度自体は残るのだろうということからすると、実体法上は推定が働いているわけですから、推定が働いていることを前提として、推定が覆されるまでは、実体法上の親族関係は生じているものとして扱われることにならうのだろうと思います。そうだとすると、それとは異なるルールを戸籍法の中で別途定めることが果たして適切なのかは、率直に申し上げてイメージが湧きません。

(座長) それは2番目の問題ですね。戸籍法上の問題として、民法と異なる、あるいは民法に抵触するようなルールを設けることが可能なのか、あるいは望ましいのかが次の問題だと思います。その上で、さらに民法と異ならない、あるいは抵触しない形のルールを設定することはできないのだろうかということで、幾つかのレベルの問題があると思います。

民法はこうなっているけれども、それと違うことが戸籍法でできるということはなかなか言いにくいのだと思います。ここの議論の仕方として、法務省は先ほど、実体ルールを切り離してほしいとおっしゃっていましたが、ここでの議論の場に出ていたのは、実体の方について何かルールを変えることはできないか、それを戸籍に反映することはできないかという話だったと思います。仮に実体のルールを変えるときに、現在の嫡出推定のルールを完全に否定するのではなく、暫定的な何らかの親子関係を実体法上承認することができれば、それを戸籍に反映することは不可能ではないですよ。

(法務省) 今も嫡出推定が及んでいるにとどまっている人、あるいは、嫡出否認の訴えの期間が経過していて、もう嫡出推定が覆されないものとして確定している人、場合によっては親子関係不存在などもあるかもしれませんが、そのように親子関係については、実体法上、推定の及び方にグラデーションがあるのかもしれません。それをうまく実体法上切り分けることができ、この子はこの限度までしか推定が及んでいないだとか、ここまでは推定が及んでいるだとかから、さらに、もはや推定ではなく完全に親子であるというような整理が仮に実体法上できるのであれば、それがいいかどうかは別として、法技術上は、座長がおっしゃられたことはあり得るだろうと思います。

(座長) どのレベルで議論しているのかを仕分けて皆さんにご意見を伺うのがいいと思います。先ほどおっしゃった、現場で何か判断してもらうということはおおよそ不可能なことだと思うので、考える余地はほぼないのではないかと思います。ここで検討するとき、それをやってくれとおっしゃる方もいないのではないかと思います。その上で、民法は動かすわけにはいかないけれども戸籍法で何とかしてくれというのもなかなか難しい話だと思うので、取りあえず民法の側から考えて、民法上まだ親子関係が確定しないものについて何らかのルートを開くことができるかどうかというあたりが、ギリギリのところではないかと思います。

そのような可能性が、もし実体法上あるのであれば、次は技術の問題として、それをうまく戸籍法上に反映できるのかということになると思います。実体法上はそうかもしれないけれども、技術的にそれは難しいということもあると思います。

今のようなことで、一応、擦り合わせはできたと考えてよろしいでしょうか。

(法務省) 技術的にできるかどうかという問題と、それが望ましいかどうかという問題が当然あると思います。戸籍という身分関係を公証する制度の中で、あなたは推定がAまでしか及んでいない人、あなたは推定がBまで及んでいる人ということが戸籍上分かるような制度が本当に望ましいのかという観点も、われわれとしては気になっています。

(座長) 今のご意見を踏まえて、皆さんからご意見、ご指摘を頂ければと思いますが、いかがでしょうか。

(●●) 実体法上、どのように説明するのかということです。思考実験ですので、うまくいくか分かりませんが、仮に母に母固有あるいは子の代理人としての否認権が認められるという前提で、それを嫡出否認の訴えの形ではなく、出生届を出す際に母が非嫡出子で出すのであれば、先に否認権行使の意思表示を明確にしたものとして扱うというのでしょうか。今回の研究会で検討をしている嫡出推定否認制度のさらに簡易版と申しますか、訴訟の場ではなく、例外的に届出の方法で否認権行使の意思表示ができるという構成がもしできればという話です。ただ、母がそういう形で届出をして否認の意思表示をしたことを父の側が知ることができなければ、訴えの提起とはパラレルにならないという問題はあのではないかと思います。

(●●) パラレルになりませんし、そもそも、訴えを提起すれば否認されるわけではなく、判決が確定してということですよ。実体法上の効果は判決の確定によって生じるのだとすると、それ以前に何が戸籍に反映され得ることとして想定できるのでしょうか。そういう手続が継続していることを戸籍上で表現すべきである、嫡出子として戸籍上は表現されていて、しかしそれを争う意思表示があることを付記するというイメージでしょうか。

(●●) そうなりますね。個人的には、もし、否認権者と否認期間を従来よりも広げるという方向で検討をするのであれば、この制度を入れる意義はどこにあるのだろうかとは思っております。ただ、●●委員や●●委員のご意見を伺っていると、訴訟を提起することに心理的な負担がある当事者が、まず、このような形の出生届を出すことに一定の意義があるのかもしれないとも考えております。その後、訴訟を行って実体関係を確定することなので、そういうことが戸籍法上何か意義があるかということと必ずしもないかもしれませんが、何とかこの制度を説明しようとするのであれば、そういうことがあり得るのではないかと思います。

(座長) 母が否認の意思を持って届け出たということで、親子関係はどういう状態になっているかということだと思います。そこでできている実体法上の状態と矛盾しない戸籍ならできるけれども、矛盾しては困るという話なのだろうと思います。

(法務省) 恐らく親子関係は、あるか、ないかでしか区別できず、ただ、もしかしたら事後的に変わり得るけれども、それまでは親子関係があるものとして扱わざるを得ないというぐらいなのだと思います。戸籍に記載されると、それを前提に住民票等も記載されます。住民票は世帯主との関係や各種の行政手続の基盤になるものなので、8割方親子、6割方親子などとなると、行政手続の面でもかなりの困難が生じると思います。後で変わり得るというだけでも相当な影響があります。これは戸籍以外の他の行政機関にも見解を聞くべき問題だと思いますが、やはり親子関係は、あるか、ないかでしか線引きはできないの

ではないかと思えます。

(座長) 親子関係があるとして届け出られているものが、後で争われてなくなることはありますよね。そして、推定が及んでいる場合と及んでいない場合で、なくなり方は違うので、反対に親子関係がないとして届け出られたとしても、その後の手続について差が設けられることは理屈の上ではあり得ますね。

(法務省) 手続が変わり得るということであれば、あると思えます。

(座長) 母が父を否認し、それをそのまま記載してしまって否認された状態になったということであれば困るでしょうけれども、その届出がどういう実体法上の状態をつくり出しているかについて、●●委員や●●委員、●●委員にもう少しおっしゃっていただければ何か可能性があるのかもしれませんが、そこが説明できなければ、やはり戸籍にはなかなか載せれないのだろうと思えます。

(●●) 全ての基盤になるとおっしゃいましたが、まさにそのとおりだと思います。そうであるが故に、●●委員や私は非嫡出の出生届を受け付けるべきであると考えてきました。その子が生まれた事実を社会が確保することが何よりも大切でしょう。その子がこの世に生まれたことを戸籍に確保できない事態を何とかしたいと思っています。ですから、非嫡出子の出生届という形、あるいは半分棄児の出生届という形、そのあたりは詰めて考えればいかようにも説明はつくと思えますが、そういう形の出生届を可能にすることにより、その子がこの世に存在していることを基盤である戸籍が確保することができ、そこから先は、その子の親子関係をどう整理していくかということなのだろうと思えます。

(●●) 私は、離婚前に出生した子と離婚後に出生した子は、ある程度違うと考えています。そして、戸籍というよりは、何らかの登録制度があればいいと思っています。さまざまな社会的サービスや教育について、届出が全くなされずこの世にいないものとして扱われている子がいるように扱われる制度が何かないかということで、いわば住民票レベル、あるいはそれと似た制度について必要ではないかという趣旨で申し上げます。

それから、離婚前に生まれた子については、そういった戸籍での救済は難しいと考えています。ただ、離婚後であれば、例の300日推定のレベルを落とすなり、あるいは推定しないことで、今の婚姻から200日以内にどちらの届出もできるというような方法が民法上の制度としてないだろうかという意見を前から述べています。そこは、婚姻から200日の場合と離婚から300日の場合では元々の基礎が違うから難しいというご意見は頂いていますが、私としては、離婚してから生まれた子については、どちらの届けもできる形で何か民法を規定できないかと思っています。

(座長) 離婚後は嫡出推定が及ばないと考えれば、それは実体法上どおりということになってしまいます。

(●●) そうです。もし及ばないとすれば、その後生まれた子は、もし前に婚姻していた夫の子だとすれば認知が原則ということなので皆さん反対しているわけですが、そこがどちらの届けもできるような形はできないのかと思います。法務省からは、難しいということは何度も伺っていますが、実際、婚姻から 200 日の子はどちらの届けもできるわけですから、それと同じような制度は考えられないのかと思います。

(法務省) 実体法上は嫡出推定が及んでいるけれども、戸籍の場面では及んでいないものとして扱うというのは、戸籍を担当している者からすると、違和感がかなり大きいです。実体法上のルールとして、嫡出関係があるものとして扱いなさい、推定しなさいということが決まっているにもかかわらず、それに反することを戸籍という公的な台帳に記載し、それを公証していくことには抵抗がありますし、恐らく現場もそうだろうと思います。もしそれをするのであれば、推定される場面とされない場面を実体法上うまく切り分けて、その上で、こういう場合は推定が及ばないので、実体法上の何らかの法律関係を決めて、それを戸籍に反映させるという道筋であれば、実体法上の権利関係として戸籍に記載すべきであるという整理になるのではないかと思います。

(●●) そのときに、実体法の中に、戸籍への届出によって左右されるということを書き加えることは考えられますか。つまり、出生届を嫡出子として届け出るか、あるいは非嫡出子として届け出るかによって、嫡出推定がそれだけで外れるというのは合意はなかなか取れないと思いますが、例えば提訴権者を増やすとか、提訴期間を長くするなどの差があることが実体法に書き加えられれば、当然それは戸籍でもどちらでも届け出られることになりますか。

(法務省) 今のご説明は、どういった手続で推定が覆されるのかによって、実体法上の地位が異なってくるということになるのでしょうか。

(●●) フランス法などは、どのような形で出生の届出をしたかが、その子の身分の後の争い方を変えます。

(●●) フランスの場合は、母が夫の名前を書かずに出生届を出した段階で嫡出推定が外れるという民法の構造になっています。出生届を出した段階で、日本でいう非嫡出子として扱うという民法の規定があるからできていることです。

(座長) しかし、日本法に対応させて考えると、やはり母の側に嫡出推定を外させる権限を認めているということですよ。

(●●) そうです。

(座長) その意思が届出によって示されているということだと思うので、実体をそのようにすれば恐らく受けられることになると思います。ただ、実体についてのコンセンサス

はなかなか取れないと思います。

(●●) 歴史的に見れば、戸籍が民法によって全て決まっていることはありませんでした。戸籍の運営によって民法が空文化してきた例は、戸籍訂正の必要から生じた親子関係存否確認請求訴訟が民法の規定を空洞化した例をはじめ、少なくありません。たとえば、民法には嫡出子の姓は両親の姓であるという規定しかなく、その規定を適用することによって準正子の姓が両親の姓に自動的に変わることになっていた時期があり、その結果、年老いた両親がようやく結婚したことにより、成年に達していた子の姓がいきなり強制的に変更させられるということがありました。これは子にとってはダメージになるので、結局そこは、通達で入籍届を出せば両親の姓に合わせられるけれども、そうでなければ合わせないことにして、嫡出子は両親の姓を名乗るという部分については戸籍の通達で左右できることに変更されました。ただ歴史的にはそういう例は少なくありませんけれど、ここで、私は通達など、戸籍レベルで対応すべきだと申し上げているわけではありません。夫婦別姓の訴訟についても、私は国側の立場で、戸籍の姑息な手段を模索するのではなく、民法を改正してきちんと決めるべきだと思っています。

(座長) それはそうなのだろうと思いますが、先ほど●●委員がおっしゃった、離婚後300日について、婚姻後200日と同じような選択肢を認められないかという話は、200日については現に認めてしまっているのです。戸籍法的には説明が難しくても、あれはあのように行われてきているという既成事実があります。●●委員が今おっしゃったことも、必要に迫られて定着したので、それはそういうものだとして扱っていると思いますが、そのことと、だからこれから戸籍実務が何とか対応することを前提にして、それを組み込んだ形で立法することには、やはり少し開きがある気がします。

(法務省) 親子関係があるかないか、親子関係で嫡出推定が及んでいるか、及んでいないかということについて、実務レベルの運用で対処することが果たしていいのかどうかという問題はあろうかと思っています。嫡出推定を巡ってはさまざまな議論や価値判断がある中で、それを民法上の実体法のルールとして議論するのではなく、民法の手法たる戸籍法の枠の中で検討することについては、本当にそういう問題なのだろうかというのが率直な意見です。

(座長) ●●委員は、必ずしも戸籍法だけでやるというお考えではないように思いますが、その辺は委員の中ではどういう仕切りになりますか。

(●●) 座長がおっしゃったように、200日以内の出生届も、民法の方からどうやって説明するかという問題はあり、ニーズに従ってそういうものが固まってきたわけです。そして、ここでわれわれは、その非常に強力な出生届確保というニーズにいかに応えるかということが求められているのだろうと思うので、取りあえずそのニーズに応えることを前提に、民法レベルで、あとの始末をどうつけるかという形で考えたいと思っています。

(●●) 出生届がなされる前に、嫡出否認や親子関係不存在の訴訟なり審判で親子関係が否認された場合は、本来推定がある父親の戸籍に一度載らなければいけないところを、現状、載らずに離婚後の母親の戸籍にそのまま非嫡として届けることが事実上できていると思います。そういう意味でも、全て民法の規定どおりに戸籍実務が動いているとは言えないと思います。出生届を出さないうちに離婚と親子関係不存在の訴訟をして、それから離婚した妻の戸籍に入るように届出をしていると思います。そうですね。

(法務省) 実体的な親子関係が最終的に確定していて、それを前提として実体に合わせる戸籍の記載をするという意味では今の話は違和感はありません。しかし、今後、推定がどう揺れ動くか分からない状態の方をそういうものとして戸籍に記載することが本当にいいのかという話とは、やはりステージが少し違うと思います。

(●●) 確かにそのとおりですね。

(座長) 本来は民法の定めるとおりに記載するのが筋ですが、必ずしもそうしていないということで、最終的な結果が一定の範囲内に出るとしたら、その最終的な結果を記載することができないだろうかということが、●●委員のおっしゃっていることかと思えます。●●委員は、それまでの間が何とかならないかとおっしゃっているのですね。

(●●) 戸籍以外で住民票の登録をすることは可能ですか。

(法務省) 住民票を担当している部局ではないので何とも言い難いですが、一般論として言えば、戸籍と住民票はかなり密接なつながりがあるものとして取り扱われているので、戸籍には書いていないけれど住民票だけには書くということについては、それなりのハードルがあるのではないかと思います。

今、戸籍にまだ記載が反映されていない状態で住民票に記載がされるという運用がなされていますが、それは裁判手続などで申立てがされて、ある程度の見通しが立った段階でそのような取り扱いをしています。いずれは戸籍と一致するのだろうというよすががあつて、それを若干前倒ししてやっているというのが今の住民票の取扱いなので、それを改めて、戸籍の記載がどうなるかは分からないけれども取りあえず住民票だけ記載するということになるかどうかは、住民票を担当している部局に聞いてみないと分かりません。

(座長) ●●委員の、取りあえずどこかに登録されることが必要だという話は、登録されてもされなくても実体法上の親子関係は変わらないという前提ですよね。

(●●) フランス法のように母の主導権によって嫡出推定を外せる形にしてしまえば、それはそれではっきりするのですが、そこまで日本法で立法できるかというところには反対意見は強いだろうと思います。取りあえず推定がかかる身分であるという前提でも、しかし、その子を抱えている母親が届け出ないということになると、それはその子の存在を社会が認識できないという、その子の人権に関わってくる話だと思います。昔は出生証明

書が不要で自由に行われていた藁の上からの養子でも、あとで親子関係存否確認請求訴訟が可能だとしても、とりあえず届出はされました。非嫡出子としての出生届ができる道を開けば、その子の出生届が確保されるということであれば、そこまで踏み切るべきだろうと思います。

(座長) 非嫡出子なのですね。

(●●) 戸籍上は、そうです。

(座長) そうすると、実体法のルールを変えるということを含んでいますか。

(●●) 非嫡出子であっても、離婚後は母の戸籍に父親欄が空欄で入るだけですが、離婚前であれば、母は前の夫の戸籍にいるわけで、子どもそこに父親欄が空欄で記載されてしまうので、前の夫には気付かれますよね。それは構わないのですか。

(●●) 私はもう少し夫寄りの意見です。全く知らないうちに妻が自分の嫡出推定がかかる子を産み、その子を他の身分の子として育てることを争えないのは、婚姻の効果をあまりにも一方的に奪い過ぎだと思うので、夫が争える余地は残したいと思います。

(●●) 例えば、夫が筆頭者でも、あるいは妻が筆頭者でも、その夫婦の戸籍に父親欄が空欄の子の出生届が出せることを希望されているということですか。

(座長) 仮に父親欄を空欄とする記載を認めたとして、それだけならば、単に父親欄を書かないでよいと言っているだけで、何もしなければ嫡出推定が及んでいますよね、それで抵抗感はなくなるのでしょうか。父の欄を空欄にして出しても嫡出推定が外れないなら、現行法の下で届出をしたくない人は、自分の中で一貫した行動を取るのであれば、父親空欄で出してはいけないはずですよ。

(●●) そうすると、実体法で、出生届の提出によって推定を外すところまで踏み切るべきというお考えですか。

(座長) 踏み切るべきであるというよりも、戸籍の最初のところを何とかしようと思うと、実体法について少なくとも何らかの手当てをしないと難しいのではないかということです。空欄にするの意味を考えたときに、空欄になっているだけなら実体法は変わりませんし、空欄にすることによって嫡出推定が働かないのであれば、実体法は変わっているということだと思うのです。

(●●) その実体法の中身についてですが、民法典の条文は親子関係存否確認訴訟などの解釈によって大幅に変わっていて、その大幅に変わっている中身の限界は、相当曖昧です。コンセンサスが取れていないところもたくさんあります。そのような、解釈や判例に

相当変形を受けてきた実体法として民法を考えるのであれば、母親が提出したことによって実体法上の推定の及ばない子の端っこにかかってくるという解釈はできるのではないのでしょうか。

(座長) そうした立法をすると、推定の及ばない子をつくり出すことを実体法上認めるということになるのではないのでしょうか。よく分からないけれども父親は空欄だということが何らかの経緯で仮に先に生じてしまったときに、あとからどうやって説明するのだということになると、解釈論上どのように説明するかという話が出てくるのだと思いますが、今は立法しようとしているので、その空欄がどういう意味を持つのかについて、解釈論上いろいろな説明の余地があるというのでは、なかなか立法できない気がするのですが、そのあたりはいかがでしょうか。そこをはっきりさせようと思うと、いろいろな意見が出てくるので、はっきりさせないで落ち着けるなら落ち着きたいということですよ。

(●●) それによって非嫡出子に確定させてしまうというのであればコンセンサスは難しいかと思いますが、推定の及ばない子にするぐらいならなんとかなるのではないのでしょうか。

(座長) 嫡出子だけでも推定が及ばないということですね。そうすると、妻は推定が及ばない状態をつくり出すことができるようにするということですね。

(●●) そういうことになります。

(座長) それは無制限ですか。

(●●) 今の外観説は、懐胎時に夫婦関係が破綻していることによって推定の及ばない子となるわけですが、恐らく普通の幸せな夫婦関係だと、彼女は産褥状態であり、父親になった夫がうれしそうに名前を付けて出生届を出しに行くわけですから、そうではなく妻自身が出生の届出をするというのは、相当高い確度で、今までの解釈論がつくってきた推定の及ばない子と重なる場面だろうと思います。

(法務省) 今のお話を伺っていると、婚姻中の妻が懐胎した子の出生届については、母の意思が何かしら出生届に反映されていなければならないことになるとと思いますが、そうすると、出生届を出す資格があるのは母のみであるというルールにするということでしょうか。そして、その母が、この子は今の民法 772 条でいう嫡出推定が及ぶ子であるという意思表示をするか、あるいは、嫡出子ではあるけれども推定が及ばない子として、その旨を戸籍に記載してくださいという届出をするというイメージでしょうか。

(●●) もちろん、母のみに出生届の権限があるわけではないですよ。

(法務省) ただ、どちらにしろ、母親の意思が何かしら反映されている届出にしなければ

ばならないということですか。

(座長) その話は前にも出たことがあって、それなら父親は自分の名前を空欄にして届け出ることできないのかということ議論したことがあります。父親が自分で父親の欄を空欄にして届け出られるのかという問題はあります。理屈の上で、母の側は届出によって嫡出推定を外せる権限があるとすると、父の側はどうなのだと議論したことがあるのですが、それにつながる話ですね。

(法務省) そうですね。ルールとしての嫡出推定というものをどのように扱うのか、そして、仮に当事者の意思によって何らかの選択肢を与えるということなのであれば、その選択権は一体誰に与えられるべきなのかが議論になってくるのではないかと思います。

(座長) 今日はお二人に来ていただいておりますが、とにかく現場に大きな負担を掛けることはあり得ないというのは委員の皆さんも共通の認識だと思います。それから、民法のルールを覆すような戸籍法のルールを置くことも不可能だろう、少なくとも望ましくないだろうということだろうと思います。あとは、民法のルールをどれぐらい動かせばそれを戸籍法に反映させられるかという議論ですが、民法のルールを大きく動かすことについては、なかなかコンセンサスが得られないでしょうから、引き続き検討することとしてはどうかということですか。何か調整が可能ならできるかもしれないというぐらいの選択肢は残っているというイメージです。これは「届出の民法上の法的意味と戸籍との関係等を十分に整理の上」のところの話ですが、戸籍との関係として望ましくないことがどのあたりまでなのかということについて、ある程度イメージは共有できたということではよろしいでしょうか。

(●●) 1点だけ確認させてください。●●委員は、嫡出でない子の出生届を出すことによって推定の及ばない嫡出子が発生するとおっしゃっていて、しかし嫡出でない子としての出生届が出されるのですが、そこは法務省としては可能なのですか。

(法務省) 可能かどうかは実体法上のルールがどうなるかによりますが、今の戸籍法なり民法なりのルールを前提とすると、確かに、かなり違和感があります。

そもそも嫡出子でなくなってしまうのですか。推定の及ばない嫡出子と言いながら、嫡出子でない戸籍にするのですかね。

(●●) 新戸籍が編成されることになります。

(法務省) 今の実務的な取り扱いからすると、少なくとも市区町村の役場での判断は難しいので法務局に聞くという話になると思いますが、その場合、人事訴訟で行っているような裁判体の判断を法務局ができるのかということになってくると思います。現場で通常の届出とは別の取り扱いをするときに、法務局が裁判体と同じような判断能力を持つということであれば、あり得るということになるかもしれません。

(●●) 法務局が個別に判断する必要はないのではないですか。

(法務省) それはルールをどう決めるかによると思います。ただ、今の民法と戸籍の世界では、嫡出子か嫡出子でないかという切り分け方しかされておらず、推定の及ばない嫡出子も、戸籍上はすべからず嫡出子として記載されています。そうであれば、それとは違う類型のものを新たにつくるということになれば、それは実体法上のルールは当然のことながら、それに沿った形での戸籍のルールもきちんと決めていかなければならないだろうと思いました。

(法務省) それは戸籍法で何とかすることでは決してなく、やはり実体法のルールをしっかり決めていただきたいというところに話が落ち着くのかと思います。

(座長) 推定されない嫡出子について、今回、やめようかという検討しているわけです。それにもかかわらず推定されない嫡出子を別のところで導入するというのは、全体としてあまり据わりのいいことではない感じもします。

(●●) 最高裁の判例で、夫の子ではなかったのに、推定が及ぶ嫡出子を藁の上からの養子の形でよそに届け出て、しかし後から身分回復で夫の子にしたというケースがあります。嫡出否認を抗弁権の永久性理論で認められないかと学説が論じたケースです。その子の場合は、民法上は常に推定の及ぶ嫡出子としてあったのが、戸籍にいわば虚偽記載がされていたということになります。その子の地位については、民法上と戸籍法上でいうと、どういう位置付けになるのでしょうか。虚偽の出生届によって、やむを得ず虚偽の身分が与えられていたということになるのでしょうか。

(法務省) 実体にそぐわない届出がされたのですから、虚偽の届出ということになります。

(●●) ただ、民法の実体ルールでいえば、推定の及ぶ嫡出子だったということになるわけですね。

今度の話は、届け出る母としては虚偽の届出を強制されたくないというニーズです。

(法務省) それは、民法や戸籍法などのルールを脇に置いて、生の個人の感情としては、もしかしたらそうなのかもしれません。それが無戸籍児を生む一因になっていることも想像に難くありません。ただ、それは当事者の意識と実体法上のルールに齟齬があるからこそ、そうなのではないかと思います。だとすると、実体法上のルールを変えない限りは、その問題は解消されず残されたままになってしまうので、まさにそこを議論する必要があるのではないかと思います。

(●●) 婚姻から 200 日以内の出生子は実体法上のルールでいえば非嫡出子なわけですから

が、嫡出子として受け付けていますよね。当事者たちの嫡出子として真実に合わせた出生届がしたいと願うニーズに沿う形で、戸籍は当初より運用されてきました。民法の実体法上のルールでいえば、その子はいったん非嫡出子として受け付けた後で準正されることになるわけですが、そういう扱いを戸籍はしてこなかったわけです。同じことが何とかできないかと思うのですが。

(最高裁) 御指摘の点は、大審院判例が出て、婚姻の前に内縁関係の実体があったときには、実体法上そこは嫡出子として扱えるとされたので、それを戸籍でできる範囲でやっているということなので、実体判断との組み合わせということで理解するしかないのではないかと思います。

(●●) しかし、内縁が先行した場合はという最高裁の判決に対して、全部いいとなっているわけですから。

(最高裁) そこは戸籍の実務の限界があるからではないでしょうか。

(●●) ですから、窓口で判断しないようにという扱いですよ。

(座長) 最高裁の判決よりも先に戸籍実務はあるでしょう。戦前からあるわけですから。

(●●) そうです。戸籍実務は最初からそうです。

(座長) ですから、あれはやはり既成事実があるからそうなっているので、今からは正当化できないと思います。それがあるからといって、もう1個やってくださいというのは、戸籍当局としては応じにくいのだらうと思います。やってしまえば二つ目ですわねという話になるのですが、やってくれという話は、なかなか難しい。

(法務省) デフォルトルールとして、あまり違和感のないものになるかどうかだと思います。今の200日以内の話は、これから結婚する夫婦に関する問題でして、結婚に先立つ歴史が通常はあるわけですから、もちろん最高裁の判例も踏まえてですが、そのようにすることによって、恐らく実体との齟齬はそれほど生じないだろうという価値判断が背景にはあるのだと思います。しかし、今おっしゃっている嫡出推定の問題は、恐らく当事者にとっては分かっている話なのですが、それを一般化して、あらゆる子についてそういう選択肢が母親に与えられるルールにするとやはり違和感があるので、その点について実体法上どう切り分けられるのかという議論をせざるを得ない問題なのだろうと思います。

(●●) そうすると、離婚を境に変えた方がいいような気がします。蓋然性からすると、離婚後に生まれた子については夫の子でない可能性が高いと私は考えています。ただ、そこは統計がないので分かりません。●●委員などは、夫の子である可能性の方が高いとおっしゃいます。

(座長) そこは分かりませんね。やはり、先ほどおっしゃったような200日については、他の可能性はあるのだけれども、しかし他の可能性をそれほど考慮しなくてもいいということに比べると、こちらはどちらになるか分からないので、一方に決めてしまうと、他方の場合について問題が生じないか。そこで皆さん選択ということをおっしゃるわけですが、その選択を制度に反映させるのがなかなか難しいということなのかと思います。

それでは、「引き続き検討」の検討の幅がどれぐらいなのかについて、ある程度の擦り合わせができたと思うので、第2についてはこれでご意見を伺ったということにしたいと思います。

次に、第3、第4、第5について、一括してご説明を頂ければと思います。

(法務省) 第3は嫡出の承認についてです。民法776条の承認による否認権の喪失の規律については、否認権の行使期間の制限の見直しの在り方を踏まえつつ、次のいずれかの案によることを中心として、引き続き検討してはどうかということで、甲案と乙案を提案しています。

6ページの2についてですが、甲案は、父子関係を早期に確定させるための規律として、否認権者が一定の要件の下で父子関係を承認した場合には、その者は否認権を失うこととするものです。具体的な要件としては、書面または電磁的記録を求めことや、宣明公正証書のように公証人の関与を求めること、さらに、家庭裁判所の関与を求めることが考えられます。

他方で、乙案は、否認権の行使期間の制限の内容によっては、これとは別途、父子関係を早期に確定させる規律を設ける必要性が乏しくなると考えられることから、その規定を削除することとするものです。

7ページの3は、生殖補助医療の同意に求められる民法上の要件についてです。前々回あたりに生殖補助医療の実施の同意について民法に書き込むという話が出ましたが、その要件としては、書面または電磁的記録、公証人や家庭裁判所の関与を求めるといったことが考えられるため、その旨を(注2)に記載しています。

第4は、認知及び認知無効に関する制限についてですが、次のような規律を設けるものとする方向で検討することについて、どのように考えるかということで、「1 嫡出でない子は、その承諾がなければこれを認知することはできない。[ただし、認知をしようとする者が子の父であることを証明した場合には、この限りではない。]」「2 認知無効の訴えについても、基本的に、嫡出否認の訴えと同様の制限を設けることとする」という提案をしています。

認知の制限については、第7回会議で、全く関係のない者からの濫用的な認知を防止するために、子や母の承諾を認知の要件とすることを検討してはどうかという指摘を頂きました。また、父子関係について、母の固有の利害関係を認めるかどうかについては意見が分かれている状況を踏まえ、差し当たり、子自身の承諾として構成することとしています。

また、血縁関係のある父が認知しようとする場合に、母がそれを拒絶できることには疑問があるということで、血縁関係が証明された場合には、父による認知が優先するという仕組みを設けるべきであるというご指摘も頂きました。他方で、現行法においても、認知

の際に承諾が要件となる記述はありますが、必ずしも血縁関係のみでその要件が設けられているものではないことから、この点はブラケットを付すこととしています。

3 の認知無効に関する制限については、子から父が失われる結果となる認知無効の主張についても、主張期間や主張権者に関して、嫡出否認と同様の制限を設けることとしてはどうかというご指摘があり、これを支持する意見が多かったと考えられることから、大きな方向性として、嫡出否認の訴えと同様の制限を設けることとすることを提案しています。

第5は、否認権者が死亡した場合の否認権者の在り方の見直しについてです。否認権者が死亡した場合の否認権者の在り方については、現在見直し中の否認権者の範囲に関する内容を踏まえつつ、既に嫡出否認の訴えが提起されている場合の受継の在り方を含め、引き続き検討することとしてはどうかという提案をしています。

先ほど申し上げたとおり、今回は子や母、血縁上の父などの否認権者が対象となる可能性があるため、そこを踏まえた上で、人訴法41条についても検討する必要があるということで、このような記載をしています。

(座長) 第3、第4、第5と、性質の異なる問題がその他の論点として挙がっています。順序立てずに、どの点からでも適宜ご意見を伺いたいと思いますが、いかがでしょうか。

第3の承認の問題と第5の否認権者死亡の場合については、引き続き検討するという案で、第4については、次のような規律を設けるものとする方向で検討するということで、より積極的な整理になっていますが、そのあたりについて、いかがでしょうか。

(●●) 嫡出の承認については、今は全く使われていない制度を、生殖補助医療の同意との関連で残すべきかどうかということだと思います。ですから、生殖補助医療についての議論が深まらないと、これを残しておくかどうかは定まらないと思います。生殖補助医療の同意は医療を行う前にしますが、この同意は生まれた後にするわけですから、その関係を整理して、生殖補助医療の場合には、民法上の要件として、やった方は必ずこれをやるということであれば意義がある制度になり得るかと思います。

これをやった場合は、戸籍には、何らかの承認をしたということが載るのでしょうか。その辺の実務的なことが全く分からないのですが。

(法務省) その前に、座長が積極的とおっしゃった第4ですが、先ほど飛ばした1の補足説明の2段落目に、「全般的に、嫡出子と嫡出でない子とを全く同じに考えることについては社会からの異論も考えられる中で、親子関係の成否についてのみ嫡出子と嫡出でない子との規律を同一にすることの正当化が可能かという指摘も踏まえつつ、どのように考えるか」と記載しており、必ずしも積極的という趣旨ではありません。

(座長) 「引き続き検討することとしてはどうか」との違いは何ですか。

(法務省) これをどのように取り扱うかについてご意見を伺いたいということです。

(座長) それでは順番に行きます。先ほどの●●委員のご指摘は、生殖補助医療につい

て何かやるのであれば同意の問題は避けて通ることはできず、その同意の方式の問題を考えなければならぬだろう、その上で承認関係の整理をすることになるというご指摘で、そうでないとすると、あまり意味がないかもしれないということだろうと思いました。それについては●●委員も、ここで扱うなら同意の問題をとというご意見だと思います。同意の方式などの問題については、ここで扱うのがいいかどうかは分かりませんが、取りあえず問題としてどこかに書かなければいけないということで、書いていただいたということだと思います。

あとは、実際に承認することになったら、承認されたことがどのような形で記録に残るかという話ですね。同意についても、後で争われたときに、その同意がどのような形でどこに残されているかという問題があるので、そこを対応しなければいけません。同意と承認を対比させつつ、それらをどのような形で記録にとどめるかという問題を考える必要があるだろうというご指摘だと思います。

認知については、どのように考えるかをご意見いただきたいということですね。

(法務省) はい。特に第4の3の認知無効に関する制限については、かなり多数意見としてご意見がまとまっていると認識しており、そういう提案をさせていただいているので、他のものとは表現が違ってきます。

(座長) 認知あるいは認知無効の問題について、ご指摘があれば伺いますが、いかがでしょうか。

(●●) その前に、嫡出の承認は、実際に行った場合には、今はどのような手続になるのでしょうか。

(法務省) 少なくとも戸籍の届出でそういう届出はありません。

(座長) そうすると、承認があったとすると、訴訟になったときには、承認があったことを何らかの形で証明しなければいけないということですね。

(●●) よく分からないのですが、条文はあるけれども手続は全く整備されていないということでしょうか。審判や、何らかの類型もないのでしょうか。

(●●) 承認のための手続というのは予定されていないと思います。

(●●) ●●委員がいろいろ書いておられます。

(座長) ●●委員は、承認の意義をどう考えるかという話をお書きになっているのだろうと思います。提訴権者が広がり、それで期間が長くなることになるので、早く承認してもらって確定しようという力が働くことになるけれども、そのようなことを認めることが果たしてよいのだろうか。いろいろな圧力によって早く承認させられることになるので、期間

を延ばした甲斐がないのではないかという方向性でお書きになっていると思います。

(●●) ドイツ法は、この制度を廃止したからですかね。

(座長) そうかもしれませんね。しかし、ドイツ法がなぜ廃止したのかをまた聞かなければいけません。●●委員に言わせると、また戻せという意見もあるかもしれないという話も出てくるかもしれません。いずれにしても、承認したらどうなるかということがここに書かれているわけではなく、ドイツ法で従来どのように扱っていたかということも必ずしもよく分かりません。フランス法は承認はないのですか。

(●●) かつてはあったかもしれませんが、今は残っていません。

(座長) 分かりました。●●委員が立てられた問題については、取りあえずよろしいですか。

(●●) はい。

(●●) もし嫡出否認権者が広がる場合、子が承認する、あるいは子の代理権者として母が承認することはないのでしょうか。要するに、否認権者が複数になるのに、なぜ父だけ承認をしたことで否認権で失うのか、父以外の者には承認しないのかという問題が残るのではないかと思うのですが。

(法務省) それはご指摘のとおりだと思いますし、広がれば広がるということは十分あり得ると思います。

(座長) 子が固有の権利を事後に行使できるのかという前回議論した問題は残るのかもしれませんが、母が承認したら、母自身が争うことはできなくなりそうな感じがします。

(●●) もし776条を残すのであれば、当然に承認権者も拡大させる形になるのですか。

(法務省) その可能性は十分あるということです。

(●●) では、そこも含めて議論するということですか。

(法務省) そのようにしていただければと思います。

(座長) 今の話は、父だけに承認を認める特別な事情があるのかという話ですね。特にないのであれば、書き方をどうするかはともかくとして、母の場合にも及ぶことになりませんが、父だけ特殊な事情があるということであれば、父だけ残ることが分かるように書かなければいけません。特にないのだと思いますが、どうなのでしょう。

(●●) 先ほどの議論にさかのぼって考えていたのですが、虚偽の出生届であったとしても、最高裁は、一定の年限が立つと権利の濫用でそれを覆すことを封じます。そういう身分関係が戸籍上明らかになっていて、それを尊重する態度を当事者がずっと示してきたことによって、それを覆すことを封じるという枠組みだったのだらうと思うのですが、その逆に、要件の方でそちらを手当てすることになると、こちらの、態度で早く確立させてあげる必要はなくなるかとも思いました。権利の濫用によって最高裁が作り出した、戸籍に従った身分関係を血縁と違ったとしても守るという法理の一部をこれが示しているとも考えられます、。

(座長) 示しているというのは、考え方において共通するところがあるということですね。

(●●) そうです。

(座長) 今おっしゃっているのは、承認自体は禁反言なのだと思いますよね。

(●●) そうですね。

(座長) ある意思表示をしたら、それはもう覆せないし、承認していないとしても、放置していたら一定限度で覆せなくなるでしょうということですね。94条2項の類推適用のような話です。

●●委員は、今の藁の上からのような話について、何かご提案があるというわけではないのですよね。

(●●) はい。法務省から戸籍の担当者が来てくださっているのですが、その議論を先ほどからずっと考えていたのですが、推定が及ばない子という身分だけでも戸籍面上は非嫡出子として出生届がされているということになると、夫の側が後からそれを覆して元に戻す道は開いておくとしても、いったんそういう形で出生届が受け付けられて、それが一定の期間、戸籍面上に表れているとなると、真実の父が認知することもできるわけです。それで身分関係が確定していったときに、最高裁の判例によれば、それを今から覆すのは権利の濫用だと言えるような事態にもなるわけですね。

例えば、夫の子ではないという届けを母が出し、推定はかかるけれども、夫もそれを争わず、真実の父がその子を認知し、長年、真実の父の子として生活してきた子について、本当は夫の推定が及ぶ子ではないかということで真実の父側の親族が争うときに、「権利の濫用だ」と言って封じることが現行法でもあり得るわけです。

そういう権利の濫用などの論理、判例法理も、民法典の中に書き込めるのかということも考えていて、書き込めるとすると、この嫡出の承認は、その場面の一つなのかとも思いました。元々違うものなので、この際に削除した方がいいということも分かるのですが、内容的には、権利の濫用の法理とかなり重なる部分があるのではないかと思います。

(●●) 今の話の流れだと、残した方がいいという話になるのですか。

(●●) このまま残しても使われないので意味がないと思います。どちらかといえば削除の方が筋は通るのかもしれませんが。ただ、内容的には権利の濫用の法理と重なるものがあり、権利の濫用を民法に書き込まないのだとすると、そういうものの一つの根拠規定という書きぶりで残す可能性はあるかと思いました。権利の濫用の法理が、今度の改正で、訴訟要件で全て手当てされることになるのだとすると、ない方がいいのでしょうか。

(座長) 今おっしゃっているのは、実体法上の身分関係とは異なる戸籍記載があるときに、実体法上の関係を主張する当事者の権利主張を制限する法理が必要であれば、それは何らかの形で書く必要があり、濫用と書けないのであれば、承認という論理を使うことも考えられるということですか。

(●●) そういうことです。

(座長) ここで承認をどうするかということではなく、今のようものを何とかできないかということですかね。

(●●) 判例法がつくり上げてきた推定の及ばない子や権利の濫用の法理を、立法するときはどう考えるかというのは難しく、私自身、まだその辺の考えが固まっていません。

(座長) 趣旨は分かりましたが、権利濫用を具体化した形で何か書くというのも結構難しいですね。

(●●) 先ほどご発言があった、否認権者が父以外にいるのであれば、その承認の問題も出てくるのではないかということについて、この承認の条文は生殖補助医療の同意と何か関係してくるのではないかという議論が残るということですが、AIDに同意した父親が嫡出否認できないとすると、AIDを行った母親もやはり嫡出否認できないのではないかと思います。中間試案では父親のことしか書いていませんが、あれは現行の嫡出否認が父親しかできないからそれしか考えなかったのであって、同意した父親が嫡出否認できないのに、AIDをやると言った母親は嫡出否認できるというのはおかしいので、もし後でそういう議論が出てくるとすると、嫡出の承認のところでも、やはり母親の問題は出てくるのではないかと考えました。

(座長) 現在、父についてはAIDで同意が必要で、その同意の対象は何かという話がありますが、一方で、母は施術自体については同意しているでしょうけれども、その上でどこまで同意しているのか、あるいは、より明確に母の同意というものを取り出す必要があるという話になりますか。

(●●) そうですね。母は何をもって否認できないとするかが難しいのですが、それも含めて議論していただければと思います。

(座長) そうですね。これまでも生殖補助医療の問題はさまざまな形で出てきました。現行のルールを変えるときに、それは生殖補助医療だったらどうなるかということを考える必要がある場面が少なからず存在すると思いますが、ここについても、母が否認できなくなることを考えるのであれば、AIDについても併せて考える必要があるということですね。

その他にはいかがでしょうか。

(●●) 前に議論したときのことをよく覚えていないのですが、承認の話で、削除という乙案を採らない場合の有力な選択肢として甲案が想定されているのだと思いますが、甲案の内容に「否認原因があることを知りつつ」という文言が含まれています。現在の承認では必ずしもそういうことは要求されていないと思いますが、今回はこれが必要ではないかという議論が有力だったのでしょうか。私自身は、否認原因を知っているかどうかで後で問題となり、承認の効果があるかどうか分からないということになると、それはそれで非常に不安定な制度になるので、そういう意味で「否認要件があることを知りつつ」という言葉が要件に入っているのであれば、それはやや問題があるのではないかと感じます。前回のように、せいぜい括弧に入るぐらいの話ではないかという気がします。

(法務省) 「知りつつ」という言葉があると問題になり得ることについては両論あるということで、括弧を付けさせていただきました。

(●●) 今回は括弧を取っていますよね。検討を続けるにしても、括弧は付けておいていいのではないかと思います。

(座長) 補足説明の最初のところに前回の話が出ていて、そこでは括弧に入っていますが、これは結局、承認という制度をどのように位置付けるかという話ですよ。期間制限の起算点の問題とも関わりますが、否認原因があることを知っていることを、どれぐらい前面に出して問題を捉えるのか。これを正面から扱うことは結構大変なので、それは避けた方が制度的な安定性は高いのではないかという話をされているのだと思います。知っているも知らなくても、承認したらもう駄目なのだということになるので、知、不知にかかわらず、子の父子関係を争わない、受け入れるという意思表示として承認を捉えることになりますが、そういう選択肢もなおあるのではないかと、これまでの他の問題との関係でいうと、むしろそれも併せて議論した方がいいのではないかとのご指摘でしょうか。

(●●) そうではないかと思ったのですが、括弧を取った方がいい積極的な理由があるのであれば、そういう考え方もあるのかもしれませんが。今日拝見した範囲では、そこはまだ両論があり得るのではないかという印象を持ったということです。

(座長) どういうことなのか確認する必要があると思いますが、今のようなご意見について考える余地は十分にあるように思いますので、今のご意見が出たことを踏まえて、ブラケットを付すかどうか、ご検討いただければと思います。

今、承認の問題についてご意見が集まっていますが、認知の問題と否認権者死亡の場合について、何かご意見、ご指摘はありますか。それでは、取りあえず、その他の論点についても、これでご意見を頂いたということにしたいと思います。

(座長) ありがとうございます。

今日のところはこれぐらいでよろしいでしょうか。

(法務省) 次回は6月25日の火曜日、午後4時から7時までを予定しています。母子関係ルールの整備と、生殖補助医療に対する精子提供者の法的地位の整備についてご議論いただきます。

(座長) 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。