

第 37 回法政研究会「民法（親子法制）等の改正に関する中間試案に関するパブリックコメント」

渡 邊 泰 彦

令和 3 年 2 月 9 日に法制審議会民法（親子法制）部会が取りまとめた「民法（親子法制）等の改正に関する中間試案」について、令和 3 年 4 月 14 日に開催した京都産業大学法学部法政研究会で渡邊泰彦が報告し、出席者で検討した⁽¹⁾。研究会で出された意見を取り入れてまとめ、後日、京都産業大学法学部からのパブリックコメントとして法務省に提出したものが本稿である。

パブリックコメントの内容だけでは理解しにくいため、コメントの対象とする試案の提案を掲載した。試案の注については、コメントする限りで引用している。コメントにおいて補足説明のページ数を指示する部分についてはその内容を注に記した。

第 1 懲戒権に関する規定等の見直し

1 懲戒権に関する規定の見直し

懲戒権に関する規定の見直しについては、次のいずれかの案によるものとする。

【甲案】 民法第 822 条を削除する。

(1) 研究会は、上野達也准教授、草鹿晋一教授、須賀博志教授、中井歩教授、坂東俊矢教授、古谷貴之准教授、渡邊泰彦が出席し、対面とオンラインを併用して行った。

【乙案】 民法第 822 条を次のように改める。

親権を行う者は、その子に対し、第 820 条の規定による監護及び教育のために必要な指示及び指導をすることができる。ただし、体罰を加えることはできない。

【丙案】 民法第 822 条を次のように改める。

親権を行う者は、第 820 条の規定による監護及び教育を行うに際し、体罰を加えてはならない。

【コメント】

丙案に賛成。

単に 822 条を削除するだけではなく、体罰の禁止を民法に明文で示すべきである。また、教育を行うことを示せば十分であり、指示及び指導まで定める必要はない。

2 監護及び教育に関する一般的な規律の見直し

(1) 懲戒権に関する規定の見直しに伴い、親権者の一般的な権利義務を定めた民法第 820 条を次のように改める。

- 1 親権を行う者は、子の利益のために子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う（注 1）。
- 2 親権を行う者は、1 の監護及び教育に際して、子の人格を尊重しなければならない。

（注 1）「権利を有し、義務を負う」に代えて、「義務を負い、権利を有する」とすることについて、引き続き検討する。

【コメント】

820 条について、（注 1）のように、義務と権利の入れ替えることに賛成。「子の人格を尊重」という文言についても賛成する。

親権という名称においてすでに過剰なまでに権利性が示されている。親権は、子に対する親の責任が中心であり、権利であることは子に対してではなく、第三者に対して機能する。補足説明 10 ページに示されているように、重要性の順からすると、義務、権利となる。この場合に、未成年後

（2）「本部会において、親権の最も中心的な権利義務関係は親と子の関係にあり、親は子と

見に関する 857 条の文言も同様に変更する必要がある。

他の規定において「権利を有し、義務を負う」という文言であることから違和感を与えるのではないかという意見もあったが、あえて義務を先に規定することを重視するとともに、違和感は次第に解消するであろうと考えた。

さらに、子どもの教育を親の「権利」として捉えるのではなく、子自らの教育への権利を親が代行するとして、「権利」に代えて、「権限」という用語とすることも考えられる。憲法 26 条 2 項の「普通教育を受けさせる義務を負う」にも対応する。他方で、権限という用語を用いることにより生じる他の影響を考慮する必要がある。

(2) 居所指定権を定める民法第 821 条及び職業許可権を定める民法第 823 条を見直すことについては、慎重に検討する。

【コメント】

居所指定権（821 条）については、現行法のままでよい。

職業許可権（822 条）については、規定が適用される場面がほとんどないため、削除してよい。

第 2 嫡出の推定の見直し等

【コメント】

個々の提案に意見を述べる前に、本パブリックコメントにおける父子関係の設定の規定への基本的な考え方を示す。

嫡出子では父母が婚姻していることから母の夫を父と推定し、嫡出でない子は認知を必要とする父子関係の設定方法以外で、嫡出子と嫡出でない子の間の違いは基本的に存在しない。それを超えて、親子関係の法的安定

ㄨ の関係で基本的には義務を負っていることからすれば、義務を先に規定すべきではないかとの指摘や、親権の義務性を明らかにする規定を設けることはメッセージ性という意味で意義があるとの指摘もあった」（補足説明 10 頁）

性を理由に嫡出子か嫡出でない子の間で区別をもうけることは正当化されない不平等であると考えられる。

父子関係の解消の場面では、父子関係の設定の違いから正当化される区別のみが認められるべきである。現行法における嫡出否認と認知無効の違いが正当化されるかは疑問であり、本試案の提案により両者の違いは多少なりとも解消される。

1 嫡出の推定の見直し

民法第 772 条の規律を次のように改める。

- ① 妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する。妻が婚姻前に懐胎した子であっても、妻が婚姻の成立した後に出産した子であるときは、同様とする。
- ② 婚姻の解消又は取消しの日から 300 日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する（注）。
- ③ 婚姻の解消又は取消しの日から 300 日以内に生まれた子であって、妻が前夫以外の男性と再婚した後に出生したものは、1 及び 2 の規律にかかわらず、再婚後の夫の子と推定することとし、その適用範囲については、次の 2 案を引き続き検討する（注）。

【甲案】一律に再婚後の夫の子と推定する案

離婚及び死別による婚姻の解消並びに婚姻の取消しの場合に適用する。

【乙案】前夫の死亡の場合を除き、再婚後の夫の子と推定する案

離婚による婚姻の解消及び婚姻の取消しの場合に適用し、死別の場合には適用しない（前夫の子と推定する。）。

（注）子の出生時に妻が前夫以外の男性と再婚していないときにも、前夫の子と推定しないこと（例えば、①について「妻が婚姻中に出産した子は、夫の子と推定する。」とし、②、③の規律を設けないなど）については、その子と前夫との間に生物学上の父子関係がある蓋然性の有無や、離婚後に生まれた子に当然には法律上の父が確保されないことになること等に留意しつつ、引き続き検討する。

【コメント】

(a) 「懐胎した子」ではなく、「出産した子」

①において、「懐胎した子」ではなく、「出産した子」とすることに賛成する。

①の文言は、婚姻中に出産した子を、「懐胎」という用語で説明しているにすぎない。理解しにくい文言と思われる。前段を「出産した子」とすれば、後段の説明は不必要となる。

婚姻前懐胎子について嫡出でない子としての出生届を認めるために「懐胎した子」の文言を維持することに意義があるのかは疑問である。

「出産した子」とすると婚姻解消後に出生した子は夫の子と推定されないことになるが、②で夫の子と推定するため、実質上の違いはない。

②においても「婚姻中に懐胎したもの」ではなく、「夫の子」と推定することで規定が整理され则认为。「嫡出子」概念を、婚姻中に懐胎した子から、婚姻中に出産した子に変えることなど、「現行法の基本的な制度枠組みを大きく変えることになるなどの問題がある」（補足説明19頁）となるが、今回の改正はまさにそれを目指したものであると考える。

(b) 嫡出否認の対象との関係

嫡出否認において、「婚姻中の懐胎」の存否を争うのではなく、推定される父との「血縁上の父子関係」（提供精子を用いた生殖補助医療では「同意の有無」）の存否という法的父子関係を基礎づける事実が争われる。「婚姻中に出産した子」という文言にしても、出産の有無を争うのではない。

婚姻の解消または取消しの後に懐胎した子について、試案の規定では、婚姻中の懐胎ではないことを証明して推定を覆すことができる。これに対して、「夫の子と推定する」とした場合には、同様の証明で推定を覆すことはできない。だが、夫の子であるという推定を覆すのは血縁関係が無いことの証明のみであるという点で、婚姻中に出産した子と同じになる。

(c) 「推定の及ばない子」との関係

補足説明20頁（注12）のあげる「推定の及ばない子」の問題は、否認⁽³⁾

(3) 「現行法との連続性を重視し、婚姻中に懐胎した子を夫の子と推定するという考え方を」

権者を拡大し、提訴期間を延長する試案の規定においてはその位置づけが変わると考える。推定の及ばない子として親子関係不存在確認の訴えによって父子関係を否定できるようにする必要性は、試案の提案では低下している。むしろ、「推定の及ばない子」の概念により法律上の利益を有する者であれば誰でも、いつでも提起できる親子関係不存在確認の訴えをここで認めるべきかが問題となる。提訴権者および提訴期間の拡大とともに、その限界をも示す試案とは、矛盾する。

無戸籍児の問題を考えると、母の夫を介在させず強制認知により手続きを行うことができるという利点を維持する必要があるとも思われる。その際に「推定の及ばない子」の概念を必要とするかもしれない。だが、子の法定代理人として、または自ら否認権者として母が否認の訴えを提起し、その手続においてDV加害者である夫との接点を持たないようにするのが本来の方法と考える。

(d) 何から 300 日以内なのか (②について)

なお②については、補足説明 20 頁にあげられた指摘⁽⁴⁾のように、婚姻の解消または取消ではなく、死亡解消にのみ限定すべきであると考え。

もっとも、離婚または婚姻取消の場合に父子関係の設定に認知を必要とすることは、当事者にとってハードルの高い制度ともいえる。父を前夫と推定して否認の手続をとる可能性、または父を推定せず前夫と血縁関係にある場合に認知の手続をとる可能性のいずれが多いかを調べて、手続

ゝ 基本的に維持することとしていることから」、推定の及ばない子に関する「判例（最判昭和 44 年 5 月 29 日民集 23 巻 6 号 1064 頁ほか）は、基本的に維持されることになると考えられる。」（補足説明 20 頁）

(4) 「婚姻の解消が離婚による場合には、離婚の直前の時期に夫婦関係が破綻しており、別の場合と異なるのではないかの指摘もあった」。

この指摘に対して、試案の補足説明では、「離婚後に生まれた子が、一般的に前夫の生物学上の子である蓋然性が低いとはいえないことや、前夫の子と推定しないこととすると、生まれた子は認知によらなければ法律上の父が確保されないことになるため、総体として、子の利益が害される事態が増加するとの指摘も多く見られた」と述べている（補足説明 20 頁）。

第 37 回法政研究会「民法（親子法制）等の改正に関する中間試案に関するパブリックコメント」

が必要となる事案が少なくなる制度を設計するべきである。誰が父であるかを母が知っている場合が多いことから、まずは母が父を定めるということも考えられる。

(e) ③について

【コメント】

【甲案】に賛成。

再婚の場合には、再婚の夫が子の血縁上の父であること、子の養育を引き受ける用意があることを示していると考えられる。前夫の死亡により婚姻が解消した場合であっても、子の出生前に再婚するということは、嫡出推定により父子関係が生じることを求めていると推論できる。そのため、乙案のように区別して扱う必要はない。

2 再婚後の夫の子であるという推定に対する嫡出否認の効果

否認権者の否認権の行使により再婚後の夫の子であるという推定が否認されたときは、再婚後の夫と子との間の父子関係は出生の時に遡って消滅し、子は出生の時から前夫の子と推定することとする。

【コメント】

再婚後の夫と子との間の父子関係は出生の時に遡って消滅しても、子は出生の時から前夫の子と推定する必要はないと考える。前記 1(d) で述べていることがここでも該当する。

第 3 女性の再婚禁止期間の見直し

女性の再婚禁止期間に関する民法第 733 条の見直しに関して、次の 2 案のいずれかによるものとする。

【甲案】第 2・1 の 3 の【甲案】を前提にするもの

民法第 733 条を削除する。

【乙案】第2・1の3の【乙案】を前提にするもの

- ① 民法第733条を削除する。
- ② 前夫の子であるという推定と再婚後の夫の子であるという推定とが重複する場合には、父を定めることを目的とする訴えにより父を定めることとする。

【コメント】

民法第733条を削除する甲案に賛成。第2・1の③の【甲案】に賛成しているため。

第4 嫡出否認制度の見直し

【コメント】

(a) 現行法の評価

現行法の厳格な要件の下で嫡出否認では、子と血縁関係のない夫との法的父子関係の解消のみを考慮すればよかった。否認権を行使する夫は、社会的親子関係をも解消させる意図を有している。夫が社会的親子関係の維持を望み否認権を行使しない場合に、他の者が夫と子の法的親子関係を解消させ、それにともない社会的親子関係も解消させることはできない。その反面、夫と子の間の社会的親子関係が存在しない場合であっても、「子の身分関係の法的安定を保持する必要性」のもとで、血縁上の父との社会的父子関係が法的に保障されない（最判平成26年7月17日民集68巻6号547頁）。

それに対して、試案では、提訴権者と提訴期間の拡大が提案されている。この方向性に賛成する。

(b) 夫と子の間の社会的親子関係

血縁関係の有無に基づく嫡出否認は、一方において血縁上の父と法的親子関係を設定する可能性を開く。他方において、それまで親（父）であった者は、嫡出否認が認められると、親権者または監護者を基礎づける親の

第 37 回法政研究会「民法（親子法制）等の改正に関する中間試案に関するパブリックコメント」

地位を失う。血縁関係を有さない夫と子の間の法的親子関係のみならず、その社会的親子関係も否定する結果を生じさせる。

まず、提訴期間の延長により、その間に母の夫と子の間に社会的な親子関係が形成される事案が増加する。

提訴権者の拡大により、母が子の法定代理人として、または固有の否認権者として、父子関係を否定することができる。これにより、子と血縁関係のない夫（父）は、自らの意思に反して社会的親子関係を解消される危険にさらされる。

夫と子の間の社会的親子関係はどの程度考慮され、夫以外の者による否認権の行使が権利濫用となるかという、現行法では考慮する必要がなかった要素も一定の役割を果たす。

(c) 父子関係解消後の面会交流の可否

父子関係が解消された後に、夫は、面会交流の権利を有しないと考えられる（766 条は「父母」としている）。夫以外の者が否認の訴えを提起し、夫と子の父子関係が解消された場合には、その時点で社会的親子関係が存在し、夫がその継続を望む場合であっても、子との関係は断絶する。

父母の別居中または離婚後に母が子を監護しており、否認の時点で父子間の社会的親子関係が存在していない場合でも、面会交流の維持が問題となる場合には、過去の社会的親子関係を考慮することもある。

もっとも、これらの問題は、嫡出否認の可否の観点ではなく、面会交流の当事者の拡大という面から手当てすべきといえる。

1 夫の否認権の見直し

夫の否認権については、その行使期間に関する民法第 777 条を見直し、夫が提起する嫡出否認の訴えは、夫が子の出生を知った時から【3 年】【5 年】以内に提起しなければならないものとするほかは、現行法のとおりとす。

【コメント】

夫が子の出生を知った時から【3年】以内に提起することに賛成。その他の点について、現行法とおりとする試案の提案に賛成。

2 子及び母の否認権の新設

夫にのみ否認権を認める民法第774条を見直し、子又は母にも否認権を認めるものとし、その具体的な規律については、子が未成年の間にこれらの否認権が行使されることを前提に、次の2案のいずれかによるものとする。

【甲案】未成年の子の否認権を認める案（母の否認権は認めない。）

- ① 民法第772条の場合において、子は、自らが嫡出であることを否認することができる。
- ② ①の否認権は、夫に対する嫡出否認の訴えによって行う。
- ③ 子の母又は子の未成年後見人は、その子のために、②の訴えを提起することができる。
- ④ ②の訴えは、子の出生の時から【3年】【5年】以内に提起しなければならない。

【乙案】未成年の子の否認権及び母の否認権を認める案

(1) 未成年の子の否認権

- ① 民法第772条の場合において、子は、自らが嫡出であることを否認することができる（【甲案】の①と同じ）。
- ② ①の否認権は、夫に対する嫡出否認の訴えによって行う（【甲案】の②と同じ）。
- ③ 子の親権を行う母又は子の未成年後見人は、その子のために、②の訴えを提起することができる。
- ④ ②の訴えは、子の出生の時から【3年】【5年】以内に提起しなければならない（【甲案】の④と同じ）。

(2) 母の否認権

- ① 民法第772条の場合において、母は、子が嫡出であることを否認することができる。
- ② 母の否認権は、夫に対する嫡出否認の訴えによって行う。
- ③ ②の訴えは、子の出生の時から【3年】【5年】以内に提起しなければならない。

【コメント】

(a) 未成年の子の否認権

未成年の子の否認権については、【甲案】【乙案】共通する部分について賛成であり、出訴期間も 3 年に賛成する。

(b) 母の否認権

【甲案】に賛成。否認権の行使期間を限定する試案において、母固有の否認権を認める実際上の必要性は低いと考える。

母固有の否認権を認める根拠は、補足説明「ア 母に否認権を認める根拠」⁽⁵⁾であげる 2 つの理由のうち、第二の「母は子の親として子を養育する立場にあり、子の父が誰であるかについて固有の利益を有する」（補足説明 52 頁）にある。その他は、母が未成年の子を代理することによっても達成できる。

試案では、出訴期間を子の出生時から 3 年または 5 年とする点で、子自らの意思で否認の訴えを提起することは実質上想定されていない。否認の訴えを提起するか否かの決定は、母が行うため、甲案と乙案の実質上の違いはない。つまり、両案の優劣は、体系的・理論的に説明できるかという点から検討することとなる。

甲案では、子の否認権の行使について親権を有さない母が有する代理権をどのように基礎づけるかが問題となる。乙案では、父子関係の当事者ではない母に固有の否認権を認めるにあたり、母固有の利益が何であるのか問題となる。

(5) 「第一に、一般的に、母は、子が夫との間に生物学上の父子関係を有するか否かについて夫よりも正確に判断することができ、また、母に共に子を養育する主体として望ましいと考える者を選択する機会を与えることが子の利益につながることから、母が子の利益を適切に代弁することができる立場にあることを根拠に、母固有の否認権を認めることが考えられる。

第二に、母は父子関係の当事者ではないものの、母は子の親として子を養育する立場にあり、子の父が誰であるかについて固有の利益を有するから、母に否認権を認めるべきであるとの意見も示された。」（補足説明 52 頁）。

甲案の親権を有しない母の代理権については、補足説明 47 頁（注⁽⁶⁾）が、代諾離縁との共通性が示している。否認前には親権を有しない母が、潜在的な親権者として代理するという理由は成り立ちうる。

（c）母による否認権行使の濫用

母による否認権行使の濫用について、甲案では代理権の濫用として認めやすいが、乙案における固有の権利の行使を濫用とする事案はより限定されられると考えられる。もっとも、個別事案においては、両者とも「子の利益」を基準として濫用の有無を判断することで違いをなくすることができるかもしれない（補足説明 54 頁（注⁽⁷⁾ 10））。それでも、乙案においては、自己の権利の行使を濫用とすることから、より詳細な理由付けが求められるだろう。

3 再婚後の夫の子と推定される子についての前夫の否認権の新設

（1）再婚後の夫の子であるという推定に関する否認権

- ① 第 2・1 の③の規律により、生まれた子が再婚後の夫の子であると推定される場合において、前夫は、子が再婚後の夫の嫡出であることを否認することができる。
- ② ①の否認権は、再婚後の夫及び子又は親権を行う母に対する嫡出否認の訴

（6）「民法は、第 811 条により、養子の将来の利益について最もよく配慮する者であるという理由から、養子の現在の法定代理人ではなく、離縁後に養子の法定代理人となるべき者に離縁の代諾権を認め、民法第 815 条により、離縁の訴えを提起することができることとしている。これにより、例えば、実父母双方が離婚しないで生存している場合には、実父母が離縁によって親権を回復することになるので、訴えの時点では親権を有しないにもかかわらず、15 歳未満の子に代わって離縁の訴えを提起することができる。」（補足説明 47 頁）

（7）「（注 10）このほか、母の否認権に関する検討課題として、子の否認権と同様、否認権の行使により子の利益が害されることを防止する観点から、嫡出否認の実体要件に関し、生物学上の父子関係がない場合であっても、推定される父子関係を否認することが子の利益に反するときは否認することができないといった要件を課すことの要否が問題になり得るが、子の否認権に関する議論と同様に（上記 3（5））、実体要件として明文化することの困難さや、家庭裁判所の判断の困難さなどの問題があるものと考えられる。」（補足説明 54 頁）

えによって行う。

- ③ ②の訴えは、前夫が子の出生を知った時から【3 年】【5 年】以内に提起しなければならない。

【コメント】

①～③について賛成、③の訴えの期間については 3 年に賛成する。

離婚または婚姻取消しの後には夫の子と推定しないという立場でも、前夫との父子関係を全く排除するのではない。

死亡解消の場合にのみ解消から 300 日以内に生まれた子に嫡出推定が及ぶという立場からすると、前夫の嫡出子とは推定されないため、前夫の否認権の行使には、認知の訴えを強制併合し、否認の訴えが認められた場合に前夫が父となるようにする手当が必要となる。

なお、本パブリックコメントの立場では、認知者が事実反する認知を取り消すことはできないため、否認権を行使した前夫が後に父子関係を否定することはできず、前夫との父子関係は不安定にはならない。

- ④ 前夫による嫡出否認については、再婚後の夫と子との間に生物学上の父子関係がないことに加え、次の 2 案のいずれかを充たす必要がある。

【甲案】前夫と子との間の生物学上の父子関係があることを必要とする案
訴訟要件として、前夫と子との間に生物学上の父子関係があることを要する。

【乙案】子の利益に関する要件を課す案

再婚後の夫の子であるという推定を否認することが子の利益に反することが明らかである場合には否認することができない。

- ⑤ 前夫は、自らの否認権の行使により再婚後の夫の子であるという推定が否認されたときは、自らの子であるという推定を否認することができない。

【コメント】

④については【乙案】に賛成、⑤について賛成。

④【乙案】では、子の利益に反するかを検討することにより、後夫が血縁上の父でないとしても、後夫と子の法的および社会的親子関係を害さないことができる。ここでの子の利益の考慮とは、前夫と後夫のどちらを父

とすることが子の利益となるかという比較衡量ではない。後夫との法的父子関係を解消することが子の利益となるのかという観点から判断される。この点について、明らかにしておくべきである。

(2) 再婚後の夫の子であるという推定が否定された場合における前夫の子であるという推定に対する否認権

第4・3(1)の規律に基づく前夫による否認権の行使以外の理由により、再婚後の夫の子であるという推定を否定する嫡出否認又は親子関係不存在確認の審判又は判決が確定した場合には、第4・1の規律にかかわらず、前夫が提起する嫡出否認の訴えは、前夫が当該審判又は判決が確定したことを知った時から1年以内に提起しなければならないものとする（注4）。

【コメント】

試案の提案に賛成。⁽⁸⁾（注4）にあるように、通知制度を設けることで、父子関係を早期に確定することができる。例外措置についても検討するべきである。

第5 成年等に達した子の否認権の新設

成年等に達した子の否認権について、次の2案を検討する。

【甲案】現行法のとおり、成年等に達した子の否認権を認めないものとする案
成年等に達した子の否認権は認めない。

【乙案】成年等に達した子の否認権を認めるものとする案（後注）

次の規律の下、成年等に達した子の否認権を認める。

- ① 子は、民法第772条の場合において、未成年の子の否認権の行使期間が経過しているときであっても、【成年】【25歳】に達した日から【3年】【5年】を経過するまでは、なお否認権を行使することができる（注3）。

(8) 「第4・3(1)の規律に基づく前夫による否認権の行使以外の理由により、再婚後の夫の子であるという推定を否定する嫡出否認又は親子関係不存在確認の審判又は判決が確定したときに、前夫がその事実を知る機会を保障するため、当該審判又は判決をした裁判所が、当該審判及び判決の内容を通知する制度を設けることの要否並びに当該制度を設けるものとした場合に、記録上通知先が判明していない場合の取扱いも含め、例外的に通知を要しない場合を認めることの当否や裁判所が通知すべき事項については、引き続き検討する。」

- ② 子は、母の夫との間に生物学上の父子関係がない場合であっても、一定の要件（注 4）を充足するときは、否認をすることができない。
- ③ 子によって提起された嫡出否認の訴えを認容する確定判決及び子によって申し立てられた嫡出否認の調停についての確定した合意に相当する審判の効力は、子の出生の時に遡って効力を生ずる。

【コメント】

【乙案】に賛成。

未成年の子は実際には自らではその否認権を行使できないことから、理念的には、子自らが否認権を行使する機会を設けることが求められる。

（a）成年に達した子による否認権行使の限界

だが、夫または子が否認権を行使できる期間を 10 年以上経過した後に、血縁関係の不存在を理由に法的親子関係を子から一方的に否定できるとすると、父からすればそれまでの親子関係をその意思に反して否定されることをも意味する。そのため、②と（注 4）および補足説明 68 頁に記載されているように限定して認めることとなる。社会的親子関係が存在しない事案においては前記の父の利益が存在しないため、成年の子による否認を認めてよい。

それに対して、児童虐待の事案においては、子が成年に達した後の虐待親に対する事後的な制裁としての否認を認める必要はないと考える。子が未成年の時点での親権の制限、喪失、特別養子縁組によって対処すべきである。

（9）「『一定の要件』については引き続き検討するが、例えば、父と子との同居の有無及び期間、父による子の監護の有無及び程度その他一切の事情を考慮して、一定期間父子関係の実体があったこととすることが考えられる。」

（10）「本部会では、推定される父と子の間に、社会的にも父子と認められる事実関係が存在しない場合には、子自身による否認権の行使を認めたとしても、父の利益を害するおそれはなく、また、社会的にもその父子関係を否定することが許容されるのではないかと指摘があった。」（補足説明 68 頁）

(b) 否認判決の効力と効果

否認判決の効力と効果については、補足説明 69 頁以下にあるように、⁽¹¹⁾判決は遡及的効力を有し、扶養、相続についても説明通りに対処すべきである。単独親権者である父との父子関係を否認した場合には、補足説明 70 頁が指摘するように、⁽¹²⁾第三者保護の規定が必要である。だが、現行法でも親権者との親子関係が否定される事案は存在し、その場合にどのように対処していたのか、特別規定なしに対処できるのかを検討すればよい。

母などが未成年の子の否認権を行使した、または夫が否認権を行使した場合において、訴えを却下する判決が確定した場合には、⁽¹³⁾(注 3)にあるように、成年の子の否認権の行使は認められないかもしれない。

しかし、成年の子の否認権が自己の出自を知る権利として機能することから、成年の子が「自ら」否認権を行使するのを認めることも考えられる。既判力、対世効という訴訟法上の問題を解決しなければならないが、成年の子の人格権の保護という観点からは検討に値すると考える。

(c) 甲案に賛成する意見

検討の際に、成年後に否認権を新たに認める意味はないとして、甲案に賛成する意見もあった。

(11) 「推定される父子関係を前提に、父とされる者が子の扶養に関する費用を負担していた場合には」、不当利得の法理により、「子が生物学上の父子関係がないことについて善意の場合は、その限度での返還が問題になるにとどまるとも考えられる。」(補足説明 69 頁)

「嫡出否認の審判又は判決が確定するまでにされた相続の効力については」、価額の支払請求のみを認める「民法第 910 条を参考に、遺産分割は有効とした上で、他の共同相続人や新たに相続人となる者は子に対して価額の支払請求をすることができることとすべきかについても検討する必要がある。」(補足説明 69 頁以下)

(12) 「父が単独親権を有する場合にした行為は遡って無権代理となると考えられるが、表見代理の規定により第三者の保護を図ることの可否を踏まえ、特別の規定を設けることが必要か否かを検討する必要がある。」(補足説明 70 頁)

(13) 「(注 3) なお、夫又は未成年の子の否認権の行使により提起された嫡出否認の訴えに対する棄却判決が確定し、子が当該判決に拘束される場合には、成年等に達した子の否認権の行使はできないものとするを想定している。」

(d) 否認権に代わる親子関係不存在確認

上記の見解とは別に、否認権を与えるのではなく、より狭い範囲で親子関係不存在確認のみを認めることも考えられるという意見も出された。例えば、親が子に扶養介護を求めるのみである場合に親子関係の解消が必要となる事案、または児童虐待の事案である。後者については、例えば、生物学的に父子関係はないが、法的に父子関係があり、親が性的虐待を行っていた場合には、子は成人になってから性的虐待を訴え出ることが考えられる。

虐待の事案で親権喪失では対応できず、親子関係を解消する方法が必要となるのであれば、新たな制度で親子関係を解消することになろう。未成年子について特別養子縁組により実親子関係の解消が可能となるのに対応して、成年の子の実親子関係のみを解消する制度の創設も考えられる。その場合には、血縁関係の有無とは違う基準が用いられ、特別養子縁組の離縁が認められるような事案に限られる。

第 6 父子関係の当事者の一方が死亡した場合の規律の見直し

1 否認権者が死亡した場合の規律

夫又は子が死亡した場合に、これらの者が提起すべき嫡出否認の訴えの提訴権者並びに訴訟手続の終了及び受継に関する規律について、次の 2 案のいずれかによるものとする。

【甲案】現行の規律を基礎としつつ、否認権者の見直しに伴う見直しを行う案

(1) 夫の否認権

現行法のとおり。

(2) 子の否認権

- ① 子が、その否認権の行使期間内に、嫡出否認の訴えを提起しないで死亡したときは、子の直系卑属又はその法定代理人は、嫡出否認の訴えを提起することができる。この場合において、子の直系卑属又はその法定代理人は、子の死亡の日から 1 年を経過した日又は子が【成年】**【25 歳】**に達した日から【3 年】**【5 年】**を経過した日のいずれか遅い日までにその訴えを提起しなければならない。

- ② 子が嫡出否認の訴えを提起した後に死亡した場合には、子の直系卑属又はその法定代理人は、子の死亡の日から6か月以内に訴訟手続きを受け継ぐことができる。

【乙案】人事訴訟法第41条を削除する案

- (1) 夫の否認権
人事訴訟法第41条は削除する。
- (2) 子の否認権
【甲案】(2)と同じ。

【コメント】

【乙案】に賛成。

(a) 夫の死亡の場合

夫が死亡した場合について、人訴法41条を維持する必要はないと考え
る。その理由として、本試案において、夫の否認権の行使期間を現行法1
年から3年又は5年に延長したことがあげられる。夫が自らで否認の訴え
を提起せずに死亡したとしても、現行法のように子の出生を知ってから1
年以内の死亡だけではなく、3年又は5年の期間が経過する前に死亡した
事案が多く含まれる。後者の場合において、法律上の父子間で社会的親子
関係が形成されている可能性、夫が嫡出性を事実上承認していることから
否認の訴えを提起していない可能性がある。それにもかかわらず夫の血族
による否認の訴えを認めると、補足説明76ページにあるように、子の家
族、家庭の平穩を害することになる。⁽¹⁴⁾

(b) 未成年の子の死亡

未成年の子が死亡した場合について、否認権の承継を定めないことに
ついて賛成する。

(14) 「相続権や扶養義務その他の財産的な利益に基づく第三者（人事訴訟法第41条に規定する者）の否認権の行使を認めることは、家族の平穩を害し、特に養育を必要とする未成年の子の利益に反するおそれがあるとも考えられる。」（補足説明76頁）

(c) 成年の子の死亡

成年の子が死亡した場合に、子の直系卑属またはその法定代理人による嫡出否認の訴えの提起を認めることに賛成する。成年の子による否認権がそもそも家族、家庭の平穩を害しないように厳しい要件の下で提案されており（第 5 成年等に達した子の否認権の新設）、直系卑属などによる行使も同様に制限され、問題は生じない考える。

2 否認権を行使する父子関係の他方当事者が死亡した場合の規律

夫及び子の否認権に関して、当該否認権により否認される父子関係の他方当事者が死亡した場合の規律として、次のような規律を設ける。

(1) 夫の否認権（子が死亡した場合）

現行法のとおり。

(2) 子の否認権（夫が死亡した場合）

- ① 子の否認権を行使する場合において、夫が死亡しているときは、検察官を被告とする。
- ② 子の否認権による嫡出否認の訴えが提起された場合において、被告である夫が死亡したときは、検察官を被告として訴訟を進行する。

【コメント】

試案の内容に賛成。

第 7 嫡出推定制度の見直しに伴うその他の検討事項

1 嫡出の承認の制度の見直しに関する検討

第 4（嫡出否認制度の見直し）により、否認権者の範囲を拡大し、否認権の行使期間を伸張することに伴い、子の身分関係の安定を図る観点から、嫡出の承認に関する民法第 776 条を実効化するための方策を設けることについて、引き続き検討する。

【コメント】

(a) 嫡出の承認の効果について

現行法では、否認権者が夫のみであったため、夫による嫡出の承認により、否認の訴えは不可能とすることができた。しかし、補足説明 79 ページ以下にあるように、否認権者ごとに承諾の成否を判断すべきかが決まらなければならない⁽¹⁵⁾。

夫または母（法定代理人として、または母独自の否認権を認めるときは否認権者として）のいずれかが承認することにより、他方の否認権の行使も認められないとすると、一方が先に嫡出の承認をすることにより他方の否認権の行使を封じることができるようになる。このような結果については疑問がある。しかし、嫡出の承認の後も承認した者以外の者が否認権を行使できるのであれば、嫡出の承認というよりも、否認権の放棄の方がわかりやすいのではなかろうか（認知請求権との関連から、身分に関する権利を「放棄」できるという考えに拒否感があるかもしれない）。

(b) 嫡出の承認の性質

嫡出の承認は、夫が推定の及ぶ子を認知し、父子関係を確定するのと同じであろう。方式について認知と同様でよく、公正証書の方式または家庭裁判所の手続を求める必要はない。

嫡出の承認が問題となる事案として、本来血縁関係がないことを当事者が知っている場合を想定すれば、それは反対の事実を知りながら認知している場合と同様の状況にある。そうであれば、嫡出の承認の場面ではなく、反対の事実を知りながら認知した者からの認知無効の訴えを認める判例の

(15) 「民法第 776 条の承認が認められると、否認権者であっても嫡出否認をすることができなくなることから、どのような場合に、同条の承認を認めるべきかは、慎重な検討が必要となる。具体的には、否認権者の拡大により夫以外の者にも否認権を認める場合に、否認権者ごとに承認の成否を判断するべきかを検討する必要があるほか、否認権の行使期間の長さをどのように定めるか、特に成年等に達した子の否認権を認めるか否かによって、民法第 776 条の承認制度の意義が異なってくることから、これらの規律の見直しの方向性が定まった段階で改めて検討することが必要となると考えられる。」（補足説明 79 頁以下）

立場を変更しなければ、嫡出子と嫡出でない子の公平が保てなくなる。

(c) 夫以外の者による嫡出の承認の可能性

嫡出の承認を否認権の放棄と捉えると夫に限られることなく、776 条の規定からは離れるが、母が子を代理して嫡出を承認して否認権を放棄することも規定できる。ただし、成年の子による否認を認める場合には、法定代理人である母が嫡出の承認をしていたときであっても、子の否認権の行使を認めるようにする必要がある。

(d) 社会的親子関係の扱い

社会的な親子関係の存在は、(1) 嫡出の承認を意味する、(2) 否認の訴えが濫用的であると判断される理由という 2 つの位置づけが考えられる。後者であれば、社会的な親子関係が存在する場合であっても例外的に否認権の行使が許される。具体的な違いが存在するかについては、検討を要する。

2 第三者の提供精子により生まれた子の父子関係に関する検討

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子の父子関係に関し、第 4（嫡出否認制度の見直し）により否認権者の範囲を拡大することとした場合には、これにより否認権を認められることとなる者について、生殖補助医療の提供等及びこれにより出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する法律第 10 条の規律に対応した否認権の制限に関する規律を設けることなどの必要性について、引き続き検討する。

【コメント】

補足説明 81 ページが指摘する⁽¹⁶⁾ように、第三者の提供精子による生殖補

(16) 「生殖補助医療法第 10 条の趣旨については、妻が第三者の提供精子による生殖補助医療により子を懐胎することについて同意をした夫は、出生した子を自らの子として引き受ける意思を有していると考えられることから、父としての責任を負わせることが相当であり、現行の嫡出否認制度を前提に、夫が嫡出否認をすることができないとすることで、誰も父子関係を争うことができなくなるものとし、子の地位の安定を図ることにあるとされている。」（補足説明 81 頁以下）

助医療により生まれた子の父子関係の規律については、同意が重要なメルクマールとなる。また、ここでいう同意は、776 条の嫡出の承認とは別物である。

同意については、夫（懐胎しない者）だけではなく、母も父子関係を否定できないとするべきである。生まれた子も、父母が生殖補助医療について同意している場合には、実子法において血縁関係が存在するのと同様の扱いがされ、否認権を行使することはできない。

否認の訴えにおいては、血縁関係の有無ではなく、適式な同意の有無について争うことになる。それに対応した、当事者の同意意思の確認・確定の制度を設けることが求められる。

もし第三者の提供精子による生殖補助医療を夫婦以外の者にも認めた場合でも、血縁関係の不存在を理由に認知を取り消すことはできないとするべきである。第三者の提供精子による生殖補助医療への同意がある限り、同意者が認知を取り消すことはできない。

3 認知制度の見直しに関する検討

(1) 未成年の子の認知に関する規律の見直し

第 7・3(2) の見直しに伴って、嫡出でない未成年の子の認知に関し、次のような規律を設けることについて、引き続き検討する。

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ができない。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ときは、この限りでない（注 1）。

（注 1）【成年】【15 歳】に達しない子の承諾については、その法定代理人によってされることを想定している。

【コメント】

認知に承諾を必要とする提案に賛成する。

補足説明 82 ページが述べるような現行法との関連において、未成年の⁽¹⁷⁾

(17) 「現行の認知制度は、父が、胎児を認知する場合には母の承諾が必要であるとし（民法第 783 条第 1 項）、また、成年の子を認知する場合や死亡した子を認知するときにその直

子の認知についても承諾を必要とすることで一貫する。

未成年の子については、（注 1）にもあるように代諾縁組の規定（797 条）との比較から、15 歳に達すると承諾権者となることが考えられる。

（a）母の承諾の有無

補足説明が、82 ページ以下が「母は、子の父が誰であるかを容易に知ることができる場合が多く、また、共に子を養育する者として望ましいかについて適切に判断することができる」と 2 つの理由を挙げているが、前者であると認知と血縁関係の存在が重視され、後者であると認知が実親子関係を設定する意思である面が重視されるだろう。さらに後者では、母が、養育者という立場から自ら承諾権者となることも考えられる。この場合に、母と子の承諾の関係については、双方を必要とするのか、一方のみでよいのか、子の承諾のみを必須とするのか、認知制度に対する考え方から違いが生じると考えられる。

また、共に養育するという観点をからは、嫡出でない子について、認知した父と母の共同親権の可能性につながると考える。

（b）承諾が必要ない場合について

試案では認知者が父子関係を証明したときは、承諾を必要としないとする。これは、任意認知ではなく、父の側からの裁判認知と位置づけることもできる。

血縁上の父子関係の有無は、事実反する認知の取消しでは決定要素とである。しかし、認知の段階では、血縁関係の有無を問うのは、現在の認知の規定においてでさえ異質の要素を取り込むものとなる。承諾の拒否が濫用ではないかという面から、家庭裁判所による承諾の代行という形をとるべきと考える。

、系卑属が成年者である場合には、それらの者の承諾が必要であるとしているが（民法第 782 条、第 783 条第 2 項）、未成年の子の認知に関して、母や子の承諾を要件とはしていない。」（補足説明 82 頁）

(2) 事実に反する認知の効力に関する見直し

(a) ①について

事実に反する認知の効力に関する規律を、次のように見直すことについて、引き続き検討する。

① 認知が事実に反するときであっても、②の規律により取り消されない限り、認知は有効とする。

【コメント】

認知は、血縁関係の存否を要件としないことから、①のように、事実に反する認知であっても有効であることに賛成する。

(b) ②について

② 認知が事実に反するときは、一定の取消権者は、一定の期間内に限り、その認知を取り消すことができる（注2）（注3）。

（注2）取消権者及び取消期間については、嫡出推定制度における否認権者及び否認権の行使期間に関する規律との均衡等を考慮し、引き続き検討する。

（注3）認知の取消事由については、生物学上の父子関係がなく、かつ、認知者に生物学上の父子関係の有無やそのほかの事情について錯誤があったときや、第三者による詐欺や強迫によって認知がされたときに限り、認知の取消しを認めることとする案も考えられる。

【コメント】

②について、基本的に嫡出否認と同様にすべきである。嫡出子と嫡出でない子の違いは、父子関係の発生の方法であって、嫡出子であるか否かによって親子関係の安定性の要請などに違いはない。取消権者、一定の期間は、（注2）に述べられているように、否認の訴えに合わせられるべきである。

ただし、反対の事実を知りつつ認知した者、認知を承諾した者は、血縁関係の不存在を理由に認知を取り消すことができないとすべきである。改正において母の承諾の導入のように認知で意思的な要素をより重視するの

であれば、最判平成 26・1・14 民集 68・1・1 の判例と異なる考え方も認められる。

意思的な要素を重視する立場からは、血縁関係が存在する場合であっても、（注 3）にあるように、錯誤、詐欺、強迫による取消しも認められるべきである。これは、認知行為の取り消しであり、血縁関係の有無による認知の取消しとは別の取消類型である。血縁関係が存在すると錯誤したことによる認知は、反対の事実を知りながらした認知ではないため、実際に血縁関係が存在する場合であっても取り消すことができる。

(c) ③について

③ ②の取消しは、認知取消しの訴えによる。

【コメント】

③については、賛成。

(d) ④、⑤について

④ 父が、反対の事実を知りつつ子に日本の国籍を取得させる目的その他の不正の目的で認知したときは、1 の規律にかかわらず、その認知は無効とする。

⑤ 子が、反対の事実を知りつつ日本の国籍を取得する目的その他の不正の目的で認知の承諾をしたとき、又は、子の法定代理人が、反対の事実を知りつつ子に日本の国籍を取得させる目的その他の不正の目的で認知の承諾をしたときも、④と同様とする（注 4）。

【コメント】

④⑤について、不正な目的による認知は、当事者による取消しは期待できないことから、無効とすることに賛成する。

もっとも、例えば認知から数十年後に不正の目的であることを理由に認知者が認知の無効を主張することはできるのか、無効となる場合に遡って

国籍を失うのかという点について疑問が出された。しかし、虚偽の届出をした者が国籍法 20 条により罰せられることから父が認知無効を主張することは考えられないこと、また国籍取得手続の段階で認知の実態が調べられており虚偽の認知が放置されることは少ないことから、實際上問題は生じにくいという意見も出された。

(e) (注 4) について

(注 4) 認知の無効事由については、4 及び 5 の場合のみならず、認知者に認知意思や意思能力がない場合等にも、認知を無効とすることが考えられる。
--

【コメント】

認知は、血縁関係の有無という事実ではなく、認知という意思と承諾という意思を基礎にしている。

(注 4) にあるように、認知者に認知意思や意思能力がない場合についても、認知が意思表示であると考える立場から、認知は無効であると考えられる。現行法においても、認知行為の無効の考えと同様である。