

令和3年4月26日

## 意見書

日本女性法律家協会  
会長 佐貫 葉子  
同親子法制研究会  
代表 犬伏 由子  
副代表 岩元 恵

当協会は、1950年に設立された、女性の裁判官、検察官、弁護士及び法学者からなる団体であり、長年にわたり、家族の問題に深く関心を寄せて研究会を持ち、研究を重ねているところ、現在、法制審議会民法（親子法制）部会で検討されている民法（親子法制）等の改正に関する中間試案に対する、当協会の親子法制研究会の意見は、次のとおりである。

### 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。

【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（注1）。ただし、体罰を加えることはできない（注2）（注3）。

【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。

（注1）「指示及び指導」に代えて、「指示及び助言」とすることについて、引き続き検討する。

（注2）（注1）において「指示及び助言」を採用した場合には、ただし書の規律を設けないことも考えられる。

（注3）【乙案】及び【丙案】における「体罰」は、㊦子に肉体的な苦痛を与

えること、④その肉体的苦痛が子の問題行動に対する制裁として行われることを要素とするものであり、殴る、蹴るといった暴力のみならず、例えば、長時間正座させること、食事を与えないことなども含み得ることを前提としている。

### 【意見】

懲戒権に関する規定の見直しについて、丙案に賛成するものである。

「体罰を加えてはならない」とするのではなく、「子の身体と精神に関わる有害な影響を及ぼす行為をしてはならない」もしくは「身体的暴力及び精神的暴力を加えてはならない」とすべきである。

### 【理由】

#### 1 懲戒権の削除

児童相談所への虐待相談対応件数は増加の一途をたどっており、虐待による児童の死亡事例も発生する等している。このようななか、児童虐待防止対策に関する取組みが進められてきているが、依然として、児童虐待問題は、喫緊の課題である。

民法第822条の懲戒権の規定については、児童虐待を正当化する口実に利用されるとの指摘があることから改正等がなされてきたところであるが、児童虐待防止の観点からは、削除すべきである。

#### 2 体罰禁止の明記

民法（親子法制）等の改正に関する中間試案（以下「中間試案」という。）の甲案ないし丙案は、いずれも懲戒権を廃止するものであるが、民法においても体罰禁止を明確化すべきであると考えられることから、丙案が最も望ましいと考えられる。

ただし、「体罰」という文言に限定されることにより、不適切な行為が限定的に解かれてしまう可能性があることに懸念がある。中間試案においても、「体罰」の定義が注記されているが、肉体的苦痛に限定されている。

しかしながら、刑法で禁止されている性的暴力が許されないのはもちろんのこと、子どもに対して否定的な言葉を繰り返す場合や金銭支出を制限する場合（金銭的余裕がある場合の進学への反対等）等がありうるところであり、これらの行為が許容されうると捉えかねられない条文は避けるべきである。身体的虐待、性的虐待、ネグレクトにとどまらず心理的虐待も虐待と定義されているように（児童虐待の防止等に関する法律第2条）、子どもに精神的苦痛を与える行為の禁止についても規定すべきである。

そこで、「体罰を加えてはならない」とするのではなく、「子の身体と精神に関わる有害な影響を及ぼす行為をしてはならない」もしくは「身体的暴力及び精神的暴力を加えてはならない」とすべきである。

## 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2）。
- (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。
- （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。
- （注2）児童虐待の防止等に関する法律第2条の「児童虐待」に当たるものももとより、「児童虐待」に至らないものの、罵詈雑言等の子の人格を傷付けるような行為についても、民法第820条の「監護及び教育」の範囲には含まれず、親権の行使として許容されないことを前提としているところ、②の規律を設けることにより、この点がより明確になるものと考えられる。

### 【意見】

- (1) に賛成する。
- (1) ①について「義務を負い、権利を有する」とすべきである。また、【理由】に記載の事項について、引き続き検討すべきである。
- (2) について、居所指定権、職業許可権について、見直しを前提として引き続き検討するべきである。

### 【理由】

#### 1 民法第820条の規定について

親権は、子どもの利益・福祉を目的とする監護権であり、かつ社会的職務であるということが強調されるように子どもに対する権利ではない。しかし「親権」「権利」という文言から、子どもが親の所有物であるかのように振舞う根拠として利用される等、「親権」等の文言は、誤解を生じさせる原因となっている。そ

ここで、親権の性質について誤解が生ずることのないよう、義務性が強いことを強調するべく、「義務を負い、権利を有する」と規定すべきである。

この点については、本意見書に記載した親権に関する問題点とともに、引き続き、法制審議会家族法制部会で検討されることを期待する。

また、子の人格の尊重は、児童虐待防止の場面に限られず、監護教育権の行使全般において重要なものである。子どもも、大人と同じように、独立した個人として取り扱われるべきことを明らかにするために、②の規定を設けることに賛成する。

## 2 民法第821条及び第823条について

後述のとおり、監護者指定（民法第766条）がなされた場合、親権者と監護者との関係がどのようなものとなるか未整理である。親権のうち監護及びそれに関連する諸権利（教育、居所指定）は監護者が行い、親権者（非監護権者）は、監護以外の権利義務を行うという整理がなされることもあるが、この点も明確ではないため、これらの規定についての見直しも必須である。

居所指定権をめぐる問題としては、ハーグ条約に関する事案があるが、子の奪い合いのケース等は、国内事案でも存在するところ、そもそも居所指定権の内容自体明確ではなく、前述のとおり監護権との関係もまた明確ではなく、整理が必要な状況にある。こういった問題の背景には、後述の3（2）のように、現実には、夫婦間の意見が一致せず調整が必要な状況があり、その際の調整規定が必要であるにもかかわらず規定がおかれていないこと等がある。また、職業許可権についても、子のアルバイトを不適切に制限する場合等がみられるところである。

そこで、今後、改正の必要があることを前提に、慎重な検討が行われることを期待する。

## 3 その他の条文との関係について

### （1）監護者

民法第820条では「子の監護及び教育をする権利」と規定する一方で、民法第766条では「子の監護をすべき者」を定めることができる旨を規定する。

民法第766条は「父母が協議上の離婚をするときは」と規定するが、離婚前の破綻的別居後であればいつでもよいと解されており、共同親権下でも監護者指定がなされる場合があることを前提とする必要がある。

親権者と監護者は、身上監護の領域でかさなるところ、親権と監護者との関係、権限配分については、条文上明確に規定するものがなく、未整理である。

したがって、現状では、どのような事項について、監護者が、監護者と指定されなかった親権者の意向を反映することなく単独で判断することができるのか、そもそも共同親権下では単独で判断することができる状況は存在しないのか、

という点から不明確であると言わざるを得ない（離婚後共同親権制度が導入された場合には、離婚後も、共同親権下での権限配分等が問題となる）。

また、父母の監護が不適切である場合等に、祖父母等、父母以外の親族が事実上監護にあたっている場合や交流をしている場合等がある。これまで、そのような問題に関して、民法第766条に基づいて手続きができるとする判断もあったが、最高裁判所令和3年3月29日決定（LEX/DB 文献番号 25571436）では「父母以外の第三者は、事実上子を監護してきた者であっても、家庭裁判所に対し、子の監護に関する処分として子の監護をすべき者を定める審判を申し立てることはできないと解するのが相当である。」と判断され、このような問題について、裁判所を通じて法的に解決することはできないこととなった。そもそも、条文の文言から離れた対応がなされてきたこと自体が、現行法では限界があることを示しているわけであるが、子どもの福祉の観点からすれば早急な対応が必要である。

以上のとおり、現行の民法第766条等では未整理な事項も多く、対応困難な状況が存することも明らかであり、民法第766条等を現状で維持することには限界がある。これらの事柄は、本来立法により解決されるべきであるから、今後、改正の必要があることを前提に、法制審議会家族法制部会においても検討されることを期待する。

## （2）規定の不存在

前述のとおり、現行法においても、婚姻中に監護者指定がなされることがあるところ、共同親権下での父母の意見の調整規定が必要である。共同親権下での父母の意見の調整規定の必要性については、監護者指定がなされていない場合であっても、子に関するあらゆる事項について、父母の意見がすべて一致することは考え難いことから、その必要性には変わりのないところであるが、現行法ではそのような規定がおかれていない。意見の不一致の例としては、具体的には、教育や医療同意（ワクチンの接種等）等が容易に想定される場所である。

## （3）小括

以上のとおり、現行民法の親権をめぐる規定については、様々な不備があることから、これらの点についてもあわせて検討されることを求めるものである。

## 第2 親子関係の一元化に向けた見直し

中間試案では、現行法を前提として、第2において「嫡出の推定の見直し等」について記載する。

しかし、本研究会では、法的親子関係の成立について、中間試案とは異なる意

見を有する。すなわち、現行法は嫡出子・非嫡出子の区別に基づく二元的規定をおくが、嫡出子・非嫡出子を区別する合理的理由はなく、法的親子関係を決する制度としては、実親子関係全体について一元的規定を置くべきである。したがって、「嫡出の推定」の規定は、「父子関係の成立」の規定とすべきである。

## 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。

## 【意見】

- 1 ①乃至③に反対する。
- 2 法的親子関係の成立について、以下のように規定すべきである。
  - ア 母子関係の成立  
子を分娩した者を母とする。
  - イ 父子関係の成立（民法第772条）
    - ①妻が婚姻中に分娩した子は、夫を父と推定する。
    - ②母が婚姻の死亡解消または取消しの日から300日以内に出生した子は、その婚姻の夫を父と推定する。

③前2項の規定が抵触する場合には、第1項による。

ウ 認知

第772条第1項乃至第3項の規定による父がないときは、子を認知したものを父とする。

エ 裁判による認知

第772条第1項乃至第3項及び認知の規定により父とされる者がいないときは、子、その直系卑属又はこれらの者の法定代理人の訴えにより、家庭裁判所が父を定める。

【理由】

1 はじめに

嫡出の推定の見直しにかかる諮問は、いわゆる無戸籍者の問題を解消するとの観点からのものである。しかしながら、嫡出推定の規定は、法的親子関係を決する制度であることから、無戸籍者の問題を解消することはもちろんのこと、広く親子関係の決定に関して指摘される問題点等も考慮して検討されるべきである。

現行法では、懐胎主義に基づく嫡出推定の規定がおかれ、あわせて嫡出否認の制度が規定されているが、懐胎主義に基づくことにより推定されない嫡出子が発生し、また嫡出否認の制度が極めて厳格なものであること等から不都合が生じており、判例・学説によって、推定されない嫡出子、推定の及ばない（嫡出）子が論じられ、嫡出子概念の拡張と縮減がなされている。このような形で、現在は、懐胎主義と出生主義に基づく運用がなされているところであるが、判例・学説による対応がなされていることからもわかるとおり、現行の制度には限界があると指摘される（小池泰「実親子関係成立の在り方に関する問題点」大村敦志他編『比較家族法研究－離婚・親子・親権を中心に』（商事法務、2012年）139頁以下参照）。

そして、現行法は嫡出子・非嫡出子の区別に基づく二元的規定をおくが、嫡出子・非嫡出子を区別する合理的理由はなく、法的親子関係を決する制度としては、実親子関係全体について一元的規定を置くべきである。したがって、「嫡出の推定」の規定は、「父子関係の成立」の規定とすべきである（一元的規定を置く点では、二宮周平「親子法（1）出生による親子」家族＜社会と法＞33号23頁（2017年）と同趣旨である）。

2 中間試案について

（1）中間試案では、第772条①で、婚姻中懐胎、婚姻前懐胎を区別して、父性推定を定めているが、婚姻前懐胎の明示的推定規定（婚姻成立後200日

内)が削除されているため、婚姻前懐胎か婚姻後(中)懐胎かは事実問題となり、婚姻中出生子について、懐胎が婚姻前か婚姻後かを区別して規定する合理性はない。

第772条①では、前段で懐胎主義、後段では出生主義を中心とした規定となっており懐胎主義と出生主義が混在しているが、婚姻後懐胎の推定規定を設けないのであれば、懐胎主義を維持する意味が薄れ、【意見】のとおり出生主義に統一すべきである。

(2) 第772条②では、婚姻の解消又は取消しの日から300日以内に生まれた子を前夫の子と推定する旨の規定をおくが、この背景には、出生時に法律上の父が存在していることが子の利益にとって望ましいとの考え方があると考えられる。しかしながら、当該推定規定が適用される場面を具体的に考えると、多くの場合、離婚の相当前から婚姻関係が破綻していることから、離婚後300日以内に出生した子が前夫の子である蓋然性は低い。そこで、【意見】のような規定とすべきである。

(3) 第772条③については、上述のとおり、「婚姻の解消又は取消しの日から300日以内に生まれた子」という点には反対するものであるが、「妻が前夫以外の男性と再婚した後に出生した」場合に、「後夫の子」と推定すること自体には、賛成である。

### 3 意見における具体的な条文について

(1) 法的親子関係を決する制度としては、実親子関係全体について一元的規定を置くべきであり、具体的な条文としては、【意見】記載のとおりとすべきである。

父子関係の成立について、中間試案の問題点については前述のとおりであり、民法第772条の見直しに関する中間試案に対する本意見書の見解については、後述の(2)以下のとおりである。さらに、親子関係の成立に関連して、以下のような条文を設けるべきである。

#### ア 母子関係の成立

「子を分娩した者を母とする。」

後述のとおり、生殖補助医療の場合には母子関係の成立について規定をおくが、民法では母子関係の成立に関する規定がおかれていない。親子関係の成立という点では、生殖補助医療法と民法との整合性をもたせるべきである。

#### イ 認知

「第772条第1項乃至第3項の規定による父がないときは、子を認知したものを父とする。」

現行制度の嫡出推定、認知による父子関係の二元的規定について、第77

2条第1項乃至第3項の父性推定の規定とともに、認知を規定し、一元的規定に改めるべきである。

認知の際の承諾等、認知に関する制度は後述のとおりである。

なお、「認知」の用語を他の語句、例えば、「承認」などに変更すべきか、検討の余地がある。

#### ウ 裁判による認知

「第772条第1項乃至第3項及び認知の規定により父とされる者がいないときは、子、その直系卑属又はこれらの者の法定代理人の訴えにより、家庭裁判所が父を定める。」

補充的な手段として、現行民法第787条の「認知の訴え」にあたる裁判で父を定めることができる旨の規定を設けるものである。

なお、名称については検討の余地がある。

(2) 上記のとおり、実親子関係全体について一元的規定を置くべきであると考えるが、第772条①については、上述のとおり、出生主義に統一すべきである。

(3) 出生主義をとった場合にも、婚姻中夫により懐胎したにもかかわらず婚姻解消又は婚姻取消後に出生したため、父性推定を受けないという不都合は生ずることになる。

そこで、第772条②では、この点を考慮した規定をおくことになる。日本では、多くの場合、離婚の相当前から婚姻関係が破綻しているのであるから、離婚後300日以内に出生した子が前夫の子である蓋然性は低く、離婚による婚姻解消の場合に、父性推定の規定を設ける必要は小さい。そこで、【意見】のとおり、死別の場合又は婚姻取消後300日以内に生まれた子を夫の子と推定する旨の規定をおくべきである。

(4) 【意見】における第772条①、同②を前提とした場合にも、父の推定の重複が存在する。具体的には、死別の場合又は婚姻取消後、母が再婚した場合に、子の父の推定の重複の問題が生ずるが、【意見】においては、出生主義で統一を図るという見地から、第772条③の規定をおいた。これは、父性の推定が重複する場合には、「後夫の子」と推定する旨の規定であり、出生した子が後夫の子の蓋然性が高いといえるからである。

(5) 【意見】では、現行民法を前提として「婚姻」と規定したが、いわゆる無戸籍者の問題も婚姻中の夫の子と推定することを避けるために、出生届を出すことを控えるとの判断から生ずるとされる。

日本では、離婚の時期と、婚姻関係の破綻時期や別居時期との間に相当の期間が存する場合も多くあり、その場合には、子どもが婚姻中の夫の子ではない場合もある。このような場合には、「別居」等を法定化することにより、民法上も整理することが可能であるから、この点についてもあわせて検討さ

れることを期待する。

## 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（注1）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（注2）。

（注1）再婚後の夫，前夫，子，第4・2の【乙案】の母を想定している。

（注2）民法第910条（相続の開始後に認知された者の価額の支払請求権）を参考として、前夫についての相続の開始後、再婚後の夫の子であるという推定が否認されたことによって前夫の相続人となった子が遺産の分割を請求しようとする場合において、他の共同相続人が既にその分割その他の処分をしたときは、価額のみによる支払の請求権を有することについては、引き続き検討する。

### 【意見】

反対する。

### 【理由】

本意見書の第2の1の【意見】によっても、死別の場合又は婚姻取消後、母が再婚した場合に、父性の推定が重複するときには、後夫の子である蓋然性が高いと考えられる事から、第772条③として、「後夫の子」と推定する旨の規定をおくべきだとした。その場合に、再婚後の夫との父子関係が否定されたとしても、前夫の子である蓋然性が高まるわけではないから、遡及的に前夫の子と推定すべきではない。なお、子の利益の点でも、死亡した、あるいは、婚姻が取り消された前夫を父として確保する必要性はないと考える。

## 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。

**【意見】**

民法第733条を削除するべきである。

**【理由】**

民法第733条による100日間の再婚禁止期間は、現行民法第772条2項の懐胎期間の推定規定に基づき、女性の再婚後に生まれた子について前夫と後夫による父性推定の重複を避けるために設けられた規定とされるが、本意見書に記載する第2の1に関する条文案によれば、父性推定の重複により父が定まらない事態は生じないことから、再婚禁止期間を設ける必要性はない。なお、父子関係推定の問題を、すべての女性に対して婚姻の自由を制限する再婚禁止期間によるべきではない。

第4 嫡出否認制度の見直しと父子関係の否定に関わる制度について

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る。

**【意見】**

子の出生を知った時から5年以内とすべきである。

**【理由】**

現行民法第777条では、嫡出否認の訴えについて規定するが、第2における意見でも述べた通り、嫡出子・非嫡出子の区別を廃止すべきと考え、「嫡出否認」ではなく、「認知取り消し」も包摂して、「父子関係の否定」とすべきである。一元化した場合、「否認権」ではなく、「父性推定の否定に関わる権利」等とすべきである。ここでは、父性推定を受ける子についての否定のみを扱う。

夫が父子関係の否定の訴えを提起するにあたっては、生物学上の父子関係の不存在を知った又は疑った時期、夫婦の婚姻関係を継続する意思や生まれた子

を養育する意思の有無等、様々な事情を考慮することから一般的に申立てを決意するには一定程度期間を要すると考えられる。あわせて、申立てを決意した後、実際に申立てを行うまでにも、代理人を探し申立て準備を行うことが必要となることを考慮すると、現行法で規定する1年は短く、相当程度の期間が必要である。

一方、否認権の行使期間は、子の身分関係にも影響するものであり、子の身分関係を早期に安定させるという点もあわせて考慮する必要がある。

これらの事情を考慮し、5年程度が適当であると考えられる。

研究会では、子の身分関係の早期安定の観点から3年とすべきとの意見や、5年と長期にするのであれば、「子の出生を知った時」との起算点を維持する必要性は小さく、他の否認権者による否認権行使の場合とあわせて、「子の出生の時」とすべきであるとの意見も出された。

## 2 子及び母による父子関係の否定に関わる制度の新設

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（後注）。

**【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（注1）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（注2）。
- 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（注3）

- 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。

(注1) 第2・1による見直し後の民法第772条を想定している。以下同じ。

(注2) 子の親権を行わない母が②の訴えを提起することの相当性について引き続き検討する。

(注3) 母に否認権を認めることとした場合に未成年の子の否認権を認めるか否かについては、引き続き検討する。

(後注) 成年等に達した子の否認権の行使期間については、子が自らの判断で否認権を行使することを認めるべきかという観点から、第5において更に検討する。

## 【意見】

- 1 乙案に賛成する。
- 2 行使期間は5年とすべきである。

## 【理由】

現行民法では、第三者の介入を避けるという目的で否認権を限定する規定がおかれているが、子は、法律上の父子関係の一方当事者であることから第三者ではなく、民法第772条により推定される父子関係が生物学上の父子関係と一致しない場合に、推定を否認することができる地位を認めるべきである。

行使にあたっては、類型的に、子の利益を図る観点から適切な判断を期待することができる者に委ねることが相当であると考えられるところ、一般的に、母は、子と夫との間の生物学上の父子関係の有無について正確に判断することができ、夫と子との間に生物学上の父子関係がない場合に、子に適切な養育環境を与えるという観点からも、推定を否定すべきかどうか子の利益のために判断できると考えられることから、母に、子に代わって否認権を行使することを認めるべきである。また、未成年後見人が選任されている場合には、未成年後見人が子の利益を図る観点から、適切に子の否認権を行使することが期待できるため、未成年後見人に、子に代わって否認権を行使することを認めるべきである。

後述のとおり、子どもには出自を知る権利があり、子どもの否認権を認めるにあたっては、これを実質化することに留意する必要がある。

また、母は、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ことから、母独自の否認権を認めるべきである。加えて、母の利益を観念することによって、子の利益と母の利益が独立したものであることが顕在化し、具体的に子の利益を図ることにもつながり、子どもの利益にもつながる。

行使期間については、提訴には相当期間要すると考えられることや子の身分関係を早期に安定させるという点をあわせて考慮すると、5年程度が適当であると考えられる。

なお、研究会では、乙案の支持が多かったが、甲案に賛成する意見も出され、甲案、乙案ともに問題点が指摘された。具体的には、甲案については、子の親権を行わない母に、否認権行使を認めることが適当である場面も想定しうることから、母に親権を要しないとする規定としたと考えられる。しかしながら、子の親権を行わない母は、親権者として法定代理人にはならないことから、法的にどのような理論に基づき子の否認権の行使を認めるのか不明であり、民法の他の規定との整合性がとれないのではないかと指摘がなされた。乙案については、母に独自の否認権を認めることから、子の意思や子の利益に反した母による否認権の行使が想定されうるところ、子の利益に優先して母の否認権行使を認める理由がないのではないかと指摘がなされた。そこで、乙案をとる場合にも、母の否認権行使は、「子の利益のために」なされる旨規定してはどうかとの提案もなされた。

また行使期間が5年となると、否認権行使の段階で、事実上の関係が形成され、これに配慮する必要が生ずる場面もあるのではないかと意見も出され、ハーグ条約において子の返還を命ずる義務を負わない場合として規定される第13条bを参照し、「子が心身に害悪を受け、又は他の耐え難い状態に置かれることとなる重大な危険がある」場合の例外を設ける等してはどうかとの提案もなされた。

### 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

第2・1の③の規律により再婚後の夫の子と推定される子について（注1）、次のような規律の下、前夫に否認権を認めるものとする。

#### (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。

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（注2）。

(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3）（注4）。

(注1) 第2・1の③によれば、婚姻の解消又は取消し（第2・1の③の【甲案】による場合。第2・1の③の【乙案】による場合は、離婚による婚姻の解消又は婚姻の取消し）の日から300日以内に生まれた子であつて、母が前夫以外の男性と再婚をした後に出産したものは、再婚後の夫の子と推定されることになる。

なお、再婚後の夫は、第4・1の規律（夫の否認権）により、この推定に対する否認権を有することを想定している。

(注2) 第2・2の規律（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）は、前夫が否認権を行使したことにより、再婚後の夫の子であるという推定が否認された場合にも適用されることを前提としている。

(注3) 前夫以外の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場合には、前夫は自らの子であるという推定について否認権を行使できることを前提としている。

(注4) 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。

**【意見】**

前夫に否認権を認めることに反対する。

**【理由】**

そもそも、婚姻解消等後300日以内に生まれた子について前夫の子と推定すべきではない。

本意見書の第2の1の【意見】における第772条①、同②を前提とした場合にも、父の推定の重複が存在し、第772条③として、「後夫の子」と推定する旨の規定をおくべきであるとしたが、これは法的には、再婚によって前夫の子の推定が消滅すると考えるべきである。また、死亡あるいは婚姻を取り消された前夫を、子の父として確保しておく必要はないと考えられることから、前夫に否認権を認めることに反対する。

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（注1）が経過しているときであっても、【成年（注2）】【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）。
- 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（注5）。

（注1）第4・2の【甲案】の④及び【乙案】(1)の④の期間をいう。

（注2）現時点では20歳であるが、民法の一部を改正する法律（平成30年法律第59号。令和4年4月1日施行）による改正後は18歳である。以下同じ。

（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。

（注4）「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。

（注5）子の扶養に要する費用の負担、相続、親権者としての行為等、民法第772条によって推定される父子関係を前提に行われた各行為の効力に関して、嫡出否認の確定判決及び確定した審判の遡及効を制限することについては、遡及効を認めることにより父又は子が被る不利益の有無及び程度、第三者の利益を保護する必要性等を踏まえ、引き続き検討する。

（後注）成年等に達した子の否認権と嫡出否認の訴えの関係については、この否認権に関する具体的な規律、夫若しくは母等により申し立てられた嫡出否認の調停における確定した合意に相当する審判又は夫若しくは母等により提起された嫡出否認の訴えに対する確定判決に子が拘束されることの当否等に関する議論状況等を踏まえ、引き続き検討する。

#### 【意見】

- 1 乙案に賛成する。
- 2 ①について、成年に達した日から5年とすべきである。
- 3 ②について反対する。否認をすることができない要件を設けるべきではない。
- 4 ③について、遡及効を有すること及び遡及効を制限する場合について引き続き検討することに賛成する。

#### 【理由】

母等が子の否認権を子に代わって行使することを前提に、未成年の子の否認権を認める案に賛成しているが、母等が適切に否認権を行使しない場合もあり

得ること、未成年の子の否認権の行使は困難もあると考えられることから、子が成年等に達した後、自らの判断で否認権を行使する機会を保障する必要がある。これは、子の人格的利益の保障に資するものであり、行使に際して消極的な要件を設けるべきではない。

子が法律上の父との間に血縁関係がないことを知る時期は、真実告知の制度等が法制化されていない現在の日本においては、一定の年齢になった後であることも十分に考えられ、その時点から子どもが自ら考えられる期間の猶予を設けるべきであり、成年に達した日から5年とすべきである。

否認の効果について、本条に基づく否認権行使の場合、子の出生から否認判決の確定までに少なくとも十数年の期間が経過していることから、それまでに生じた相続、父による子の親権者としての行為の効力等について、第三者の利益を保護する観点から遡及効を制限することも考えられるため、引き続き検討することに賛成する。

研究会では、否認の期間について、より長期の期間とすべきであるとの意見や、現行の法制度のもとでは、法律上の父であることが否定されることにより、子との交流も断たれることになるが、十数年間にわたる事実上の関係を評価するような制度を設けること等もあわせて検討されるべきであるとの意見も出された。

## 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（注1）。

#### (2) 子の否認権（注2）

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

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。

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）（注3）

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。

（注1） 子のために相続権を害される者その他夫の三親等内の血族が嫡出否認の訴えを提起することができる期間を夫の死亡の日から1年以内としている人事訴訟法第41条第1項後段の規律を見直すことについては、第4・1の見直しの在り方等を踏まえ、引き続き検討する。

（注2） 第5の**【乙案】**を採用して、成年等に達した子の否認権を認めることとした場合に限る。

（注3） 成年等に達した子の否認権を認めることとした場合のみならず、未成年の子の否認権を認めることとした場合にも、これらの規律を設けることを想定している。

**【意見】**

- 1 否認権者が死亡した場合の規律について、夫の否認権について、人事訴訟法第41条1項は削除し、2項の規定は存続させる方向で検討するべきである。
- 2 その他について意見を留保する。

**【理由】**

夫の否認権は、当該夫の一身専属的な権利と解するのが相当であり、相続権等の財産上の利益を理由に父子関係の当事者以外の者に嫡出否認の訴えの提訴権等を認めることは相当ではない。したがって、人事訴訟法第41条1項

は削除すべきである。

## 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（注）を設けることについて、引き続き検討する。

（注）民法第776条を実効化するための方策としては、同条の要件を明確化することや、一定の期間経過等により、社会的な親子関係が形成されているといえる場合には、嫡出の承認があったものとみなすことなどが考えられる。

#### 【意見】

引き続き検討することに異論はない。

#### 【理由】

研究会では、前述のとおり、実親子関係全体について一元的規定を置くべきであり、「嫡出の推定」の規定は、「父子関係の成立」の規定とすべきであり、嫡出子・非嫡出子の区別を廃止し、「嫡出否認」ではなく、「認知取り消し」も包摂して、「父子関係の否定」とすべきであるとする。このように一元化をとる当会の立場からすれば、以下の点に加えて、一元化を踏まえた承認の在り方について検討の余地がある。

中間試案の第7の1では、「嫡出の承認の制度の見直しに関する検討」とすることから、この点意見を述べる。嫡出の承認については、承認の時期、方式、否認権者ごとに承認の成否を判断すべきか否か等は、中間試案で検討することとしている否認権者の範囲、否認権の行使期間の定め、成年等に達した子の否認権を認めるか否か等とも関係することから（未成年の子の母が嫡出の承認をした場合に、成年等に達した子の否認権に対する影響等の問題も含む）、引き続き検討することに異論はない。

そもそも否認権喪失規定を設けるか、否認権喪失原因として「承認」を維持するかという点も含めて検討すべきである。前述のとおり、共同生活・養育関係の存在等も別の原因として設けるべきか等の点も問題となることから、これらの点もあわせて引き続き広く検討されるべきである。

また、後述のとおり本制度と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（以下「生殖補助医療法」という。）第10条の規定との関係についても検討が必要である。

## 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。

### 【意見】

- 1 引き続き検討することに異論はない。
- 2 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ては、生殖補助医療法第10条に関し、同条の目的、同意の内容、立証責任の所在、子どもの出自を知る権利の諸論点についても検討すべきである。

### 【理由】

- 1 生殖補助医療法第10条では、他人の精子を用いる生殖補助医療に同意した夫による嫡出否認の禁止を定めるが、本中間試案では否認権者の拡大が検討され、本意見書でも前述のとおり否認権者の拡大に賛成であるところ、他の否認権者にも及ぶのかという点も検討が必要である。  
そもそも、生殖補助医療の実施の際の「同意」について、同意の時期や同意の方法など、「同意」にかかわる規律が明確ではない。
- 2 生殖補助医療の提供等により出生した子の親子関係に関しては、中間試案に記載された否認権の制限に関する規律以外にも、十分な検討がなされていない事項が多数存在する。  
当協会の「第三者の関わる生殖医療技術の利用に関する意見書」（2017年6月10日）にも記載したとおり、子どもの出自を知る権利は幸福追求権（憲法第13条）の一内容として、憲法上保障された人権であると言えるはずであることから、これらの論点についても検討が必要である。なお、単に法的に子どもに権利を付与するのみではなく、それによる子どもへの影響等を考慮し、また権利行使が実効的なものとなるように、サポート体制をあわせて構築すること等についても検討が必要である。

3 また、生殖補助医療法附則などにも規定されている、生殖補助医療に関する行為規制や実施体制を整備することが急務である。

4 生殖補助医療法では第9条で母子関係について規定するが、現行民法では母子関係一般についての規定がおかれていない。

生殖補助医療法は特例法とされているが、民法との整合性を検討する必要があり、親子関係等は、生殖補助医療により生まれた子のみかかわる問題ではないことから、生殖補助医療により生まれた子等も含めて、広く民法で規定されるべく、今後、法制審議会家族法制部会においても検討されることを期待する。

### 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）。

#### (2) 事実と反する認知の効力に関する見直し

事実と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 認知が事実と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。

② 認知が事実と反するときは、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）。

③ ②の取消しは、認知取消しの訴えによる。

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）。

（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。

（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。

(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。

### 【意見】

- 1 未成年の子の認知について承諾を要件とすることに賛成し、但書には反対する。
- 2 認知取消しについて、錯誤や詐欺、強迫という主観的要件を課すことに反対する。
- 3 認知取消しについて、提訴権者や期間について、父性推定制度における否認権者や行使期間の規律との均衡等を考慮し、引き続き検討することに異論はない。
- 4 認知取消しに加えて、国籍の不正取得問題を認知制度に取り込むことに反対する。

### 【理由】

- 1 承諾を要する場合を拡大し、未成年の子（未成年または15歳未満の場合は法定代理人）の承諾も必要とする目的としては、虚偽の認知の防止や養育環境の確保（不適切な者が認知により父になることを防止する）がある。  
また認知は、父子関係の成立場面にかかるものであるが、前述のとおり、子の自らの判断を尊重することは、子の人格的利益の保障に資するものであることから、未成年の子の認知について承諾を要件とすることに賛成である。  
中間試案では、「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」とするが、性暴力により子が生まれた場合等、子の意思に反して血縁上の父との父子関係の成立を認めることは不相当と思われる場合もある。一方で、不相当な承諾拒否もありうることから、どのような救済規定を設けるか等については、引き続き検討されるべきである。
- 2 実親子関係と法律上の親子関係に齟齬が生じる事態に対応するべきであり、主観的要件を課すべきではない。
- 3 国籍の不正取得等の場合に、例外的に当然無効とする制度は、子の法的地

位の安定を犠牲にし、子の意思を尊重しない制度であり、認めるべきではない。

#### 4 嫡出の用語の見直し

##### 【意見】

嫡出の用語は改めるべきである。

##### 【理由】

嫡出子と非嫡出子を区別する合理的な理由はなく、嫡出の用語は改めるべきである。本意見書では、法的親子関係を決する制度としては、実親子関係全体について一元的規定を置くべきであるとしており、そもそも嫡出概念を用いる必要はない。

比較法的にも、また国際条約に照らしても嫡出子と非嫡出子の区別は廃止すべきである。

以上

日本女性法律家協会 <https://j-wba.org/>

〒105-0001

東京都港区虎ノ門3-18-12 ステューディオ虎ノ門811号

電話 03-3578-1981 FAX 03-3437-6188