

京司発第8925号
令和3年4月26日

法務省民事局参事官室 御中

京都司法書士会
会長 山口 基樹

民法（親子法制）等の改正に関する中間試案に関する意見書

標記改正案につき、当会は、次のとおり意見を申し述べる。

第2 嫡出の推定の見直し等

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「妻が婚姻中に出生した子は、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。

【意見の趣旨】

民法第772条の規律については、次のように改めるべきである。

- ① 妻が婚姻中に出生した子は、夫の子と推定する。

- ② 死別による婚姻解消の場合には、婚姻解消の日から300日以内に生まれた子は、婚姻解消前の夫の子と推定する。

【意見の理由】

甲案、乙案ともに、「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する」という考え方（以下「懐胎主義」という。）を採っているが、これは離婚後に生まれた子の実情には合っていないと思われる。よって、この規定は、死別の場合を除き、改めるべきであると考ええる。

当会は、民法第772条の規律を、「懐胎主義」を採らず、子の出生時を基準に父を推定するという考え方（以下「出生主義」という。）を採用することにより、父子関係を明確化するとともに、離婚後に生まれた子の実情に合った規律にすべきであると考ええる。

例えば、調停離婚の実情を見れば明らかであるが、調停申立てをする当事者のほとんどは、調停申立てをする時点で、既に夫婦関係が破綻して相当の日数が経過しており、調停離婚が成立してから300日以内に出生した子（離婚前に懐胎した子）を前夫の子と推定する規定を置くのは、無戸籍者問題の大きな原因にもなっている。また、調停離婚ではなく協議離婚の場合であっても、離婚原因が生じてから離婚届を提出するまでには、相当の日数が経過しているのが実情であると思われる。

したがって、離婚原因が生じた日を起算日として、その日から300日以内に生まれた子（離婚原因が生じる前に懐胎した子）を前夫の子と推定するのであればともかく、離婚成立の日を起算日として、その日から300日以内に生まれた子（離婚前に懐胎した子）を前夫の子と推定するのは、全く実情に合っていないし、「懐胎主義」を採ることによって、血縁上の父を法律上の父とする機会を奪うことになり、さらには無戸籍者問題の要因にもなる。

出生主義を採用した場合は、母が再婚していれば、血縁上の父であり子の養育を担っている再婚後の夫が法律上も父となり、子の利益につながるものと考ええる。

中間試案の補足説明（以下「補足説明」という。）20頁には、「協議離婚を認める我が国の法制の下では、必ずしも、離婚の直前の時期に夫婦の性関係が失われているということとはできず、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」とされるが、補足説明26頁の（注16）のデータを見る限り、母の婚姻解消後300日以内かつ婚姻後200日以内に出生した子のうち、96.6%が再婚後の夫が父であり、前夫が父である可能性は極めて低いと思われる。

【補足説明26頁（注16）のデータ】

- ① 母の婚姻解消後300日以内かつ婚姻後200日以内に出生した子の数 1717 件
- ② 母の再婚後の夫を父とする子 1659 件（①の 96.6%）
- ③ 母の前夫（婚姻解消後300日以内）を父とする子 58（※）件（①の 3.4%）

※ 母の前夫（婚姻解消後300日以内）を父とする子について、令和元年6月時点のデータを調査したところ、嫡出否認の裁判等を理由に52件（①の3.0%）に減少

したがって、死亡による婚姻解消を除き、子の出生時を基準に父を推定する「出生主義」に改めるべきであると考ええる。

なお、補足説明20頁には、「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」とあるが、前夫の嫡出推定が及ばなければ、母が出生届と同時に血縁上の父が認知届をすることで容易に法律上の父を確保することができる。

血縁や養育の関係なく法律上の父を確保するよりも、血縁上の父を法律上の父とする権利を子に保障することが、より子の利益につながると考える。

現行の認知制度は、母の承諾なく認知することができるので、母の知らない間に認知がされることも生じ得る。認知をするには母の承諾を要件とする見直しも検討すべきである。

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。

【意見の趣旨】

本案は不要である。

【意見の理由】

前述のとおり出生主義を採用するのであれば、前夫との父子関係を考慮した嫡出否認の効果を整理する必要はない。

この場合、法律上の父がいない子となるが、血縁上の父による認知により父を定めることができる。

ただし、現行の認知制度は、母の承諾なく認知することができるので、母の知らない間に認知がされることも生じ得るので、認知をするには母の承諾を要件とする見直しも検討すべきであることは、第2-1で述べたとおりである。

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。

【意見の趣旨】
乙案に賛成する。

【意見の理由】

当会の立場では、死別による婚姻の解消の場合に限り、前夫の子であるという推定が働くので、その場合に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なる。

補足説明30頁の説明にも記載があるとおおり、死別による婚姻の解消の日から300日以内に生まれた子であって母が前夫以外の男性と再婚した後に出産したものについては、なお嫡出推定の重複が生ずることとなるが、そのような事案はそれほど多くないと想定されることも踏まえると、再婚禁止期間の定めを設ける必要性が低くなるものと考えられるので、再婚禁止期間に関する規定を削除するとともに、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にすべきである。

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おいては、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って、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。

【意見の趣旨】

再婚後の夫の子と推定される子について、前夫に否認権を認める必要はない。

【意見の理由】

当会の意見では、出生主義を採用し、死別の場合に限り、婚姻の解消から30日以内に出生した子を、前夫の子と推定することとしている。

したがって、前夫の否認権を認める必要はない。

前夫と子との間に生物学上の父子関係がある場合も想定されるが、再婚後の夫による子の養育関係を重視し、前夫に否認権を認める必要はないと考える。

前夫が否認権を行使して再婚後の父子関係を覆すのは子の養育に悪影響を及ぼすことになり、子の利益に反するものと考えられるからである。

第4 嫡出否認制度の見直し

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。

【意見の趣旨】

夫の嫡出否認の訴えは、夫が子の出生を知った時から【3年】以内に提起しなければならないものとするべきである。

【意見の理由】

- (1) 後述(第4-2)するように、当会は子の否認権の新設につき、これを必要とする立場をとっている。したがって、本条項については、子が否認権を行使していない状況で、夫が否認権を行使するというケースを前提として、検討を行った。
- (2) まず、起算点については、夫が子の出生の事実を知らなかった場合があることを想定して、子の出生を知った時とする現行法のまま、変更する必要はないと考える。
- (3) 次に期間については、子の出生を初めて知った父の立場を考えると、自分に法律上の嫡出推定を受ける子が存在することを知った後、子の出生についての経過及び子の現状等の実態関係を可能な範囲で調べ、自分の気持ちの整理を行い、今後とるべき法律上の手続を知るための期間が必要であり、現行法が定める1年では短いと考える。
- (4) 一方で、自らは否認権を行使していない子の立場を考えると、法律上の父から嫡出否認の訴えを提起されることで、幼い子が思いがけない大人の争いに巻き込まれることとなり、精神面での成長に影響を受けることが想定される。さらに、嫡出否認訴訟の結果、法律上の父が変更することになった場合に、子が受ける手続上の不利益(例えば幼稚園や小学校への届出等)をなるべく少なくする配慮が必要である。以上の理由から、当会は、補足意見(50頁5行目)にある、いわゆる物心が付く年齢までには、身分関係が安定していることが望ましいと考え、【3年】とすべきであると考え。

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。

【意見の趣旨】

子及び母の両者に否認権を認める【乙案】に賛成する。また、その嫡出否認の訴えは、子及び母両者につき、子の出生の時から、【3年】以内に提起しなければならないものとするべきである。

【意見の理由】

- (1) 子にとって、法律上の父と生物学上の父が異なることは重大な事実である。また、自分が誰の子として生まれてきたのかを知ること、もし育ての親以外に生みの親が存在する場合は、その事実を成長の過程で丁寧に教えられること、

これは出自を知る権利と呼ばれ、子供がアイデンティティを形成し、自分の命を大切にす大人に成長するために必要なことである。したがって、嫡出否認権は、父のみが行使できるものではなく、子の権利として、子の立場からも行使することができるようにすべきである。同時に、今回の改正の大きな動機付けとなっている無戸籍者問題の解消の観点から、嫡出否認のイニシアティブを母に与えることは有効的な方法である。以上の理由から、当会は、未成年の子に否認権を認め、その否認権行使の方法は、母から夫に対して嫡出否認の訴えを提起するものとする案に賛成する。

- (2) さらに、母の否認権については、以下の理由により、母固有の否認権を認めるべきであると考え、【乙案】に賛成する。
- (3) 確かに、母は父子関係の当事者ではない。しかし、誰をパートナーとして子育てをするかは、母独自の幸福追求に関わる問題である。我が国が、多様なライフスタイルに寛容な社会を目指すためには、嫡出否認の手續において、子の利益とは切り離れた、母独自の幸福追求の権利を認めるべきである。また子の養育者としての父母の男女格差を無くすためにも、男性である父だけに否認権を認めるのではなく、女性である母にも、否認権を認めるべきである。
- (4) なお、母固有の否認権が認められれば、親権を持たない母による子の否認権の行使の必要はないと考える。また、特別代理人については、子に母や未成年後見人がいない場合、若しくは母や未成年後見人が子の利益に反して、父に対する嫡出否認権を行使しない場合に選任されるべきものとする。
- (5) 否認権の行使期間については、まず起算点につき、子の出生を知らない母の存在はないことから、子の出生の時とし、期間については、夫の否認権の行使期間で述べた理由と同じく、いわゆる物心が付く年齢までには身分関係が安定していることが望ましいと考え、【3年】とすべきであるとする。

第5 成年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
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。

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。

【意見の趣旨】

成年に達した子の否認権を認める【乙案】に賛成する。

【意見の理由】

(1) 一般的には、生物学上の父と、法律上の父と、社会的養育を担ってくれる父は、一致することが多い。しかし、今後、我が国が多様性を受け容れる社会へと発展を遂げて行く中で、三者が一致する家族の他に、うち二者が一致する家族、三者が別々の家族等、様々な家族形態が普通に存在する時代が到来すると思われる。そのような社会が、個人の幸福と家族の幸福を両立させながら持続可能に発展していくためには、子が成年に達した際に、自ら出自をたどり、生物学上の父を知ることができる手続を保障すべきである。なお、当会は、嫡出否認の権利を子の立場にも認める案に賛成している(前述第4-2)が、これは、子が未成年の間に母(又は未成年後見人)が子に代わって手続を行うものであり、嫡出否認のイニシアティブが母にある。これとは別の制度として、子自らの意思で、生物学上の父に会いたい、又は生物学上の父を法律上の父としたいという欲求を実現する手続が必要である。

(2) 以上の理由から、当会は、成年に達した子の否認権を認める【乙案】に賛成する。ただし、子の出生から子による否認権の行使までの期間が長いことを考慮すると、制度上の制限が必要であり、具体的内容として、以下の二点を要望する。第一に、行使期間としては、子が成熟する年齢に個人差があるとはいえ、やはり単独で否認権を行使することができる年齢である成年に達した日を起算点とし、そこから自らの意思で生物学上の父を知り、嫡出否認の手続を検討して準備する期間が必要であり、期間は【3年】とすべきである。第二に、法律上の父が社会的養育を担ってくれた場合には、否認権を制限すべきであり、

試案第5②にいう一定の要件は必須であると考え。同注4に列挙されている父と子の同居の有無や、父による子の監護の状況等の具体的内容が、条文に丁寧に落とし込まれることを要望する。

(3) なお、無戸籍者問題の解消の観点から、現在成年に達している無戸籍者への対応が必要なケースがあり、仮に、成年に達した子の否認権が認められなかった場合でも、無戸籍者に限り、子の否認権の行使期間を、法律の施行から3年（子が未成年であるか、成年であるかを問わない。）と緩和する等、時限立法的な措置をとるべきである。

以上