

## 科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 30 年 6 月 13 日現在

機関番号：17102

研究種目：基盤研究(C) (一般)

研究期間：2015～2017

課題番号：15K03212

研究課題名(和文) 法的親子関係の成否に係る原理・利益の再調整の可能性

研究課題名(英文) study on realignment of interests about legal parentage

研究代表者

小池 泰 (KOIKE, Yasushi)

九州大学・法学研究院・教授

研究者番号：00309486

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 2,600,000円

研究成果の概要(和文)：本研究の目的は、実親子関係の成立・否定ルールに係る利益の再調整を検討する点にある。現在、嫡出推定・嫡出否認制度については、判例法の形成により形骸化しているとの指摘がなされている。この状況に対応するため立法提案がある。しかし、嫡出推定・否認制度の基礎にある諸利益について再調整が必要であること、新たな利益への配慮が必要になることが、十分に考慮されていない。本研究では、子の否認権を認める場合に生じる利益調整の問題について焦点をあて、出自を知る権利による基礎づけの可能性、扶養求償という新たな問題への対応を検討した。

研究成果の概要(英文)：The purpose of this research is to consider the realignment of interests concerning legal parentage. It is pointed out that there is discrepancy in parent-child relationship between provisions of Civil Code and by the case law. There are many reform proposal of legal parentage, but it is not considered sufficiently that the readjustment of various interests underlying the system of parenthood is necessary. In this research, we focused on the children's right to know the biological origin and regulation of maintenance obligations.

研究分野：民法

キーワード：実親子法 嫡出推定 嫡出否認

### 1. 研究開始当初の背景

2000年代に入り、民法の改正が次々に実現している。債権法改正は施行を待つ段階にあり、相続法改正は国会に法案が提出された。これに対して、家族法では、2011年の親権法改正が実現しているが、これは児童虐待対応に限定された小規模のものだった。しかし、すでに1996年に婚姻法に係る改正要綱案が法務省民事局より示され、2003年には生殖補助医療によって誕生した子の親子関係に係る中間試案が示されている。これらは現在いわば休眠状態にあるものの、学会では、家族法の全面的な見直しがむしろ盛んになっている。そこでは、実親子関係法も、検討の俎上にあげられ、嫡出推定制度(772条)・嫡出否認制度(774~778条)を根本的に組み替える改正案が提案されている。もっとも、改正の方向性自体は明確だが、それが現行法的前提にある諸利益・諸原理の調整をいかに組み替えるものであり、その組み替えにともなうどのような問題が生じ、それにどう対応する必要があるか、という点の検討は十分とは言えない状況にある。

### 2. 研究の目的

本研究の目的は、現行法の基礎にある原理・利益の調整を確認し、その再調整にあたって考慮すべき問題を検討することにある。これにより、改正の試みに対して基礎的視座を提供することができるものと考えられる。

### 3. 研究の方法

本研究の方法は、嫡出推定制度・嫡出否認制度の規定に係る立法史の調査、判例・学説によるこれらの制度の実情の分析、ドイツ法との比較、からなる。いずれも、現行制度の分析にあたって必要な理論的視座を得るための作業であり、立法の沿革、制度の現状、ドイツ法を明らかにすること自体が目的ではない。

### 4. 研究成果

現行の嫡出否認制度は、772条によって妻の産んだ子の父を妻の夫とする推定を覆し、父子関係を否定する方法に関して、提訴権者と提訴期間を厳しく制限している。すなわち、当該夫のみが嫡出否認の訴えを提起でき(人訴42条1項の場合を除く)しかもその提訴は子が出生した事実を知ってから1年以内にすべきものとしている。しかし、夫は父子関係の当事者の一方に過ぎず、他方当事者たる子が父子関係の否定に一切関与できないのは、不合理にも見える。もっとも、判例は、嫡出否認の前提たる772条に制限解釈を施すことで、否認制度の厳格な制約を回避する可能性を開いている。この解釈論は、772条の文言からはその適用を受けるはずの子について、772条を適用せず、よってそこでの推定も受けない結果をもたらす(この点で、「推定の及ばない子」と呼ばれている。)そして、

「推定の及ばない子」をどの範囲で認めるか、すなわち、772条の適用場面の制限に係る基準が、実親子関係法上の論点となった。各立場の示す結論の振幅は大きかったが、現在の実務ではいわゆる外観説の立場が堅持されている。とはいえ、現行の嫡出推定・嫡出否認の制度は、判例によって流動化している状況にあることは確かである。嫡出否認制度の改正案は、この状況を肯定的に評価し、明文化する試みと評価することができる。

その際、多くの改正案に共通するのは、子の否認権の新設の提案である。これは、「推定の及ばない子」を初めて認めた判例の事案に対応するものでもある。そこでは、772条が本来適用されるはずの子が、嫡出否認がないにもかかわらず、血縁上の父に認知の訴えを起こしたのが認められた。つまり、子の否認権の承認は、嫡出推定・嫡出否認制度の流動化の起点にあった実務の評価を取り込むものといえる。

もっとも、子の否認権については、その基礎づけ及び認められた場合の射程の問題がある。いずれも、現行制度の基礎にある原理・利益の衡量を大きく変更することになるため、この点の検討を欠かすことはできない。

子の否認権は、子に対して、血縁関係と一致しない法的父子関係を否定する権限を付与するものである。現行法は、嫡出推定に基づく父子関係については、当事者の一方である「母の夫」のみに否定権限を与え、他方当事者たる子にその権限を認めていない。これはいっけん妥当性を欠く規律に見える。しかし、民法制定当時は血液型鑑定すら利用不可能な時代であった。そこでは、血縁関係は究極的にはわからないものであり、また、その点を争うとしても科学的事実によって決着はつかず、母の異性関係及び母の婚姻の内実(性的関係の有無)といった非常にセンシティブな事実をもとに血縁の有無を判断せざるを得ない状況であった。この状況では、嫡出推定制度によって父とされた者の判断に委ねるといった規律にも一定の合理性があったといえる。

しかし、近時は、子の利益を援用して子に否認権を認める考えが登場している。ここでいう子の利益とは、「自己の出自を知る権利」である。出自を知る権利は、最近になって確立された概念である。生殖補助医療(第三者の精子提供による場合)に関して、近時、精子提供者に関する情報を子に開示すべきことが強調されている。その際、「子が自らのアイデンティティを確立するためには、自己の生命の来歴すなわち精子提供者に係る情報を認識する必要がある」という知見が援用されることが多い。もっとも、子の出自を知る権利は、AIDだけで問題となるものではない。子が現に養育する者からの出自を有しない場合には、常に問題となりうるのである。そして、自然生殖の場合でも、遺伝的親子に合致しない法的親子関係が出現しうる。この

点、少なくとも実親子関係において、このような場合に出自を知る権利で対応することは、子の利益を保護するための一般的手法ではなかった。しかし、AIDで出自を知る権利を認められるようになると、たとえば不倫の子についても当該権利が認められるべきという主張がなされる余地が生じる。子に対して嫡出否認権を認めるべき、という考えは、まさにこのような考えにも基礎づけられているのである。

もっとも、現行の実親子法において、血縁をそのまま法的関係に反映させているかという点、事態はそこまで単純ではない。実親子関係では、法的親子関係の成立したい、血縁の存在またはその蓋然性に基づいている。すなわち、嫡出推定制度(772条)と任意認知制度(779条)は、血縁との合致を志向しており、これらに基づく法的父子関係が血縁と一致しない場合には、当該法的親子関係を覆滅できるようになっている(嫡出否認(774条以下)・認知無効(786条)。その上で、認知制度によって新たな父子関係を成立させることになる。また、認知の訴え(787条)は、血縁に基づき法的父子関係を成立させるものである。法的母子関係も、いわゆる代理母の場合を除けば、分娩即ち血縁の事実で基礎づけられるとみてよい。そして、血縁と一致しない母子関係は、当然に無効となる。

そして、現行法上、血縁と一致しない法的親子関係が固定される場面がいくつかある。とりわけ、嫡出否認制度には様々な利益への配慮に基づく制約があるため、夫が自己に出自をもたない子の法的親であり続ける事態が生じうる。しかし、その場合に出自を知る権利で対応することは、選択肢としては想定可能であるものの、一般的には考えられていない。すなわち、母がその子に対して、夫以外の男性が父であることを明らかにする必要はない。この状況は、任意認知された子の血縁上の父が認知者以外の男性である場合、さらに、まだ認知を受けず法的父をもたない子の場合についても同様である。

以上のように、現行の実親子法は、出自を知る権利という対応を想定していない。出自認識の要請が生じる場面は、むしろ、法的親子関係の成否の問題として把握されている。その結果、法的親子と血縁上の親子の乖離という事態は、出自の認識にとどまらず、親子という身分の帰属と一体的に処理されることになる。これは、実親子法の枠組みでは、出自と法的身分の一致要請が働くため、その不一致は身分帰属の問題と分離しては法的に対応すべき課題とならないことによるものと考えられる。

この対応の仕方は、子の利益を等閑視するものではない。実親子法は、子を法的親に帰属させ、養育の担い手を確保する、という形で子の福祉を図っている。さらに、出自と親子身分の不一致の場合に出自を知る権利で対応していない点には、次のような考えがあ

ると思われる。すなわち、実子の場合、血縁上の親子(父)は一つであることを反映して、親子という身分によって子が帰属すべき家族も一つであるのが前提となる。血縁と合致しない法的親子が制度的に固定される場合でも、一つの家族への帰属という発想は妥当する。たとえば、否認権制限のために遺伝的事実に一致しない父子関係が固定される場合、血縁上の父は、婚姻家族への子の包摂を阻害する要因として、その認識の手当すらしめないという意味で完全に排除されるのである。と。このように、実親子関係という法制度は、子の法的親への帰属を確立することにより子の福祉を実現し、かつ、この目的を最優先させている、と評価できる。この評価を持つ身分帰属の枠組の下では、出自を知る利益の価値は、家族への包摂という子の利益に劣後することになる。

出自を知る権利が要請される場面、すなわち、法的親子関係と出自とが乖離する場面において、現行法(実子法・養子法)は、その制度目的に従い、一定の手当てを施している。その背景には、子を親子という法的身分を介して家族に包摂することで、子の福祉を図る、という発想がある。以上のことは、出自を知る権利を子の利益として承認するとしても、その権利化については、身分帰属に係る制度の枠組をも考慮して検討する必要があることを示す。出自を知ることは、子の人格的利益の保護の問題であって、身分帰属の問題とは一応は別の問題といえるものの、両者は全く無関係の問題というわけではないのである。

以上から、出自を知る権利を援用して子の否認権を認める場合には、現行法の利益調整を根本的に改める結果になることが判明する。さらに、現行法では、母の夫のみに否認権を認めてそこに期間制限を設けており、これによって早期に父子関係を確定できるようにしている。しかし、子に否認権を認めれば、その判断能力が一定程度に達した段階で否認権行使を認める必要が生じる。これは、親子関係の早期確定という要請を根本的に覆す結果をもたらす。

このほか、従来、あまり議論されていないが、母の夫にとって不本意な形で父子関係を否定する場合、それまで子を扶養していたことに対する補償をする必要が生じる。すなわち扶養求償の問題である。

子の否認権を認める場合には、他方の当事者である父の利益に対する配慮が必要となる。とりわけ、母の夫が父子関係の継続を望む場合でも、父子関係は子の意思で一方的に否定される場合には、この点の考察は不可欠である。これは、現行法が772条に基づいて父と推定される者の否認権に短期の制限を設けて、子の利益を図っている状況のちょうど裏返しにしたものといえる。つまり、父子関係の否定を双方向化するとき、現行法とは異なる利益の調整が必要になる。従前の改

正提案は、規律内容を明確に示す一方、こうした利益調整の分析は必ずしも十分でなかった。そのため、子の否認権を認めた場合の利益調整問題については、ほとんど触れられてこなかった。しかし、立法作業である以上、利益調整をおろそかにすることはできない。

本研究では、立替扶養の求償に係る議論及び不貞賠償における利益調整をめぐる議論を参照して、嫡出否認後における扶養負担の調整の要否を検討し、ここでの扶養求償の必要性を確認した。その上で、その具体的な法律構成等、嫡出否認後の立替扶養求償の可能性（法律構成）についても検討した。

なお、嫡出否認によって父を失った子は、この時点では、生まれた時から母のみが扶養義務者であったことになる。その後、子について認知があれば、出生時点に遡って父母が扶養義務者となる。すなわち、子の父を求償の相手とするには、認知による父子関係の成立が不可欠となる。しかし、嫡出否認をした者はその権限をもたず、新たな父を求償の相手とすることができるかは、子・母または認知者の意向次第となる。この事態を不都合と評価する場合には、たとえば、認知の訴えを提起する権限を嫡出否認した父に与える、という立法論が考えられる。解釈論としては、血縁の存在を親子の身分とは切り離して法的意義を与え、血縁上の父であれば本来の扶養義務者としうる、とする可能性がある。離婚の際に妻の産んだ子との父子関係を否定することができなかつたにもかかわらず、子との血縁の不存在を理由に将来の養育費の負担を認めなかつた判例を参考に、血縁の不存在と扶養義務とを過去に向けて関連づけるならば、このような解釈論もありうる。しかし、血縁の存在だけで直接に（すなわち、親子の身分を介さずに）親子関係の義務の基礎とすることは、親子関係の基礎づけ自体にも影響し、その射程は広い。この点で、立替扶養求償の場面で便宜的に親子の身分と切り離して血縁のみに着眼するのは、妥当な方法とはいえない。

現行の嫡出否認制度は、提訴権者を夫に限定し、その提訴期間も短期に制限されている結果、子の扶養に係る求償の問題が深刻化しにくい構造となっている。しかし、子の否認権の導入は、この問題の重要性を否応なく高めるものとなる。それは、同時に、現在の嫡出推定・嫡出否認制度の基礎にある利益調整の現状を変更することでもある。その意味で、改正論議には、利益状況の分析を欠かすことができない。本稿では、嫡出否認後の扶養負担の調整の問題をとりあげて、その検討が必要であることを指摘した。本研究での検討の射程は、嫡出否認の場合にとどまらず、法定の扶養関係に基づいて扶養がなされたが、その後、前提となる身分関係が遡及的に消失した場合一般に及びうる。夫婦間扶養の前提たる婚姻関係の無効、親族扶養の前提たる親族関係が消滅する場合が考えられるほか、未成

年子扶養に限っても、認知無効・取消、養子縁組の無効、そして親子関係不存在の確認の場合がある。本稿では扱わなかったが、不実認知の場合を除いて、立替扶養求償論が妥当すると考えられる。さらに、扶養負担の調整は、前提となる身分関係の遡及的消失の場合以外でも問題となる。たとえば、配偶者の連れ子の扶養について、子の親との関係で負担調整を図る場合がある。また、不倫で別居した妻を扶養した不倫相手が、不倫破綻後、夫に扶養について求償する場面も想定できる。これは極端な例にみえるが、別居に有責性のある配偶者から他方配偶者に婚姻費用の分担を求める場合の一変形にすぎない。いずれにせよ、立替扶養の求償は、多様な事例で問題となるといえる。この点で、嫡出否認制度の改変は、家族法の他の分野にも影響を与えるものであり、改正作業はこれらの点も網羅的に検討するものでなければならない。

## 5. 主な発表論文等

（研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線）

〔雑誌論文〕(計 8 件)

小池泰（単著）「男性死亡後に保存精子を用いた人工生殖によって生まれた子の親子関係 最判平成 18 年 9 月 4 日民集 60 巻 7 号 2563 頁」『民法判例百選』（有斐閣）査読無、70～71 頁、2018 年

小池泰（単著）「離婚時の親権者指定に際して、父母の面会交流に関する意向をどのように考慮すべきか」ジュリスト 1518 号（有斐閣）査読無、81～82 頁、2018 年

小池泰（単著）「乳児への輸血を拒否する親権者に対する審判前の保全処分」道垣内弘人・松原正明編『家事法の理論・実務・判例』（勁草書房）査読無、172～186 頁、2017 年

小池泰（単著）「親権」法学教室、査読無、429 号 28～32 頁（2016 年）

小池泰（単著）「嫡出否認と扶養負担の調整」査読無、法曹時報 68 巻 7 号 1～26 頁（2016 年）

小池泰(単著)「AIDにおける子の出自を知る権利」法律時報、査読無、87巻11号(2015年)40~46頁

小池泰(単著)「認知」『Law Practice 民法』(商事法務・2015年)査読無、129~134頁

小池泰(単著)「第3節親権の喪失」、「児童虐待」松川正毅・窪田充見『新基本法コンメンタール親族』(日本評論社・2015年)査読無、240~252頁、253~256頁

〔学会発表〕(計 1 件)

小池泰「基調報告・嫡出推定・否認制度の現状と課題」日本弁護士連合会家事法制シンポジウム「法の実親子関係の成立ルールを考える」(2016年11月26日、弁護士会館2F・講堂クレオ)

〔図書〕(計 件)

〔産業財産権〕

出願状況(計 件)

名称：  
発明者：  
権利者：  
種類：  
番号：  
出願年月日：  
国内外の別：

取得状況(計 件)

名称：  
発明者：  
権利者：  
種類：  
番号：  
取得年月日：  
国内外の別：

〔その他〕  
ホームページ等

6. 研究組織  
(1) 研究代表者

小池 泰 (KOIKE, Yasushi)  
九州大学・法学研究院・教授  
研究者番号：00309486

(2) 研究分担者

( )

研究者番号：

(3) 連携研究者

( )

研究者番号：

(4) 研究協力者

( )