

令和 6 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：2021～2023

課題番号：21K01251

研究課題名（和文）戸籍法と嫡出推定制度——身分登録の実体法上の基礎としての実親子法の観点から——

研究課題名（英文）A study of Parent-Child Relationship

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） 2,000,000円

研究成果の概要（和文）：本研究の目的は、嫡出推定制度の再検討にある。本研究では、従来の戸籍実務及び判例の展開と学説、そして令和4年民法改正に至る立法論議を分析の対象とし、戸籍制度と民法の実親子制度の関連性を検討して、無戸籍者問題への対応の方向性を明らかにした。とりわけ、推定の及ばない子に係る判例とこれに先行する戸籍実務の分析から、否認潜脱及び772条不適用の可能性の理論的課題を析出した。

研究成果の学術的意義や社会的意義

本研究の学術的意義は、戸籍先例・判例実務に基礎を持つ推定の及ばない子法理及び民法実親子規定を戸籍制度の実体的基礎の観点から包括し、嫡出推定制度の理論的課題を明らかにしたこと、及び、無戸籍者問題への対応策として、推定の及ばない子法理の射程を再検討し、あわせて、令和4年改正過程でも検討された出生届の段階で嫡出推定規定の適用外を認める方策について理論的・政策的考察を加え、将来の立法可能性を検討したことにある。

研究成果の概要（英文）：The purpose of this study is reconsideration of establishing Parent-Child Relationship and the family register system.

研究分野：民法

キーワード：家族法 親子法

1. 研究開始当初の背景

嫡出推定制度(嫡出の推定とその否認)は、婚姻夫婦の間に生じた子の法的親子関係に関する成立・否定ルールである。そして、出生の届出は、嫡出推定によって成立する親子関係を含めて、子を公簿に登録する機能を果たす。このように、民法の実親子法の規定は、戸籍法の実体法上の基盤として、戸籍法実務を支える重要な役割を果たしている。もっとも、このような民法と戸籍法との密接な関係性は、民法学・家族法学では理論的分析の焦点をあてられてこなかった。近時、離婚後 300 日問題や無戸籍者問題等、嫡出推定制度の存在が出生の届出を回避する行動を原因となっていることが社会問題となったが、これは嫡出推定に係る民法規定が戸籍法上の出生の届出の場面で機能することに起因する問題といえる。令和元年には法制審議会・民法(親子法制)部会が立ち上げられ、「いわゆる無戸籍者の問題を解消する観点から民法の嫡出推定制度に関する規定等を見直す必要がある」との諮問へ立法的解決が求められ、令和 4 年 12 月に改正法が成立、令和 6 年 4 月より施行されるに至った。この改正によって無戸籍者問題には一定の対応がなされたものの、決定打となる案はその現実的実施の困難を理由に採用されなかった。

無戸籍者問題対応の点はさておき、今回の改正を含め、戸籍制度の実体法的基礎となる嫡出推定制度をどのように再構築すべきか、という議論は、今後も継続していく必要がある。本研究は、以上の状況を背景とするものである。

2. 研究の目的

本研究は、1. で述べた事情を背景として、嫡出推定制度に関して理論的に指摘されてきた問題、とりわけ「推定の及ばない子」の理論的扱いと、嫡出推定制度が戸籍実務において機能する仕方とをとりあげ、その両者に共通する課題を抽出して理論的に検討するものである。

3. 研究の方法

嫡出推定制度は、身分の登録及びその公証を担う戸籍に対して、実体法的な基礎を提供するものである。この点で、民法と戸籍法は密接な関係を有する。もっとも、従来、そして現在も、戸籍実務の分析は実務家によるものが中心であり、研究者の手になるものは極めて少ない。しかし、これまでに集積された戸籍先例を踏まえて民法規定を分析することなしに、民法と戸籍法の関係の現状を正確に認識することはできない。そもそも、離婚後 300 日問題・無戸籍者問題については、戸籍実務でも一定の対応がすでになされてきた。この点で、戸籍実務における嫡出推定制度に関する先例との整合性を検証する作業が必要である。

また、令和 4 年の民法改正作業において、戸籍実務及び判例(推定の及ばない子の法理)の展開の延長線上にある無戸籍者問題対応策が検討されつつも、最終的には取り上げられなかった。しかし、この点は、戸籍制度の実体法的基礎としての嫡出推定制度という本研究の分析視点からすれば、むしろ今後も継続して検討すべき課題であるといえる。そのため、立法作業において戸籍実務及び判例における対応がいかに評価され、なぜ明文化に至らなかったのか、という点を理論的に検討する作業が必要となる。

以上、戸籍先例、判例法理、そして令和 4 年民法改正の立法過程を一連のものと把握して分析する手法により、嫡出推定制度の課題及び対応の方向性が明確になる。

4. 研究成果

(1) 令和 4 年改正と無戸籍者問題

令和 4 年民法改正では、実親子法の規定が改められた。改正の契機の一つは、いわゆる無戸籍者問題への対応である。「いわゆる無戸籍者の問題」とは、とりわけ民法 772 条に従った出生の届出がなされないことで、戸籍に登録されない子が生じる事態を指す。

子の出生届に父の名を記載するのは、戸籍は一定の範囲の身分関係を登録するものであり、親子関係は民法の規定に従って定まるところ、民法 772 条は母の夫を父と推定しているからである(嫡出推定制度)。よって、無戸籍者問題の主要因は本条にあるといえる。

改正法は、嫡出否認制度を改め、子の母に固有の嫡出否認権を認め、母の主導で父子関係を否定する対応を用意した。他方、一定の場合に 772 条の不適用を認める方法については、改正に先行する法制審議会でも詳細に検討された結果、採用されなかった。

しかし、改正前の推定の及ばない子に係る判例法理からすれば、772 条の適用を認めた上でその否定すなわち否認の範囲を広げることに加えて、そもそも 772 条を適用しないとする対応も有望であった。この判例法理は、嫡出否認制度を緩和する機能を持つものの、論理構成自体は 772 条を不適用とするものだからである。

「推定の及ばない子」とは、改正前 772 条 2 項に定める期間に出生したにもかかわらず、一定の場合に、772 条の推定を受けないものとされる子をいう。本法理により、文言上は 772 条が適用されて夫の子と推定されるにもかかわらず、夫と子との間に父子関係が存在しないことの確認を求めること、及び、夫以外の男性との間に認知の訴えによる父子関係を成立させることが可能になっている。

令和4年改正は、本法理の明文化をも課題としたが、実現されなかった。しかし、そもそも本法理は、出生届の段階で772条の不適用を認める古い戸籍実務に出自を有していたのであり、無戸籍者問題への対応として本法理を検討することは必然であったといえる。

(2) 改正過程における判例法理の明文化の試み

改正に先行する法制審議会の民法（親子法制）部会では、772条に規定する子について、次の要件①または要件②の場合に、対応①（772条に基づく父子関係の不存在の確認、子から血縁上の父に対する認知の訴え）と対応②（母による嫡出でない子としての出生届）を認める案が検討された

対象	772条に規定する子（母の婚姻中懐胎子、または、母が婚姻前に懐胎し婚姻成立後に生まれた子）	
要件	要件①	要件②
	子が、夫婦の婚姻の本旨に反する別居中に懐胎され、かつ、当該別居中又は当該別居に引き続く夫婦の婚姻の解消若しくは取消しの日の後に出生した場合	子の懐胎時に夫婦の一方が〔刑事施設〕〔法令により外部との接触が厳格に制限されている施設〕に収容されていることその他の妻が夫の子を懐胎することを妨げる客観的な事情がある場合
対応①	夫・子・母、正当利益ある者 父子関係不存在確認の訴え 子 認知の訴え（認知調停では夫の陳述機会付与不要）	
対応②	母は嫡出でない子の出生届が可能（下記書面全ての添付必要） … この届出に対し、夫は親子関係存在確認の訴え可能	
	㊦懐胎時期に関する医師の証明書	
	㊦夫婦が子の懐胎時及び出生時に異なる住所に居住していたことが明らかとなる住民票、または、戸籍の附票の謄抄本 … 1通（子の出生時に婚姻を取消または解消していたときは、出生時の住民票または戸籍の附票に代え、出生時の戸籍謄抄本） ㊦懐胎時期における事情を示す書面としての、DV保護命令決定書等 … 1通	㊦懐胎時期に夫婦の一方が刑事施設等に在所していたことの証明書、夫婦がそれぞれ異なる国に居住していたことを明らかにする渡航時期に関する証明書 … いずれか1通

この案の実現は断念されたが、そこでの議論が十分であったかは疑問が残る。以下、嫡出否認制度の潜脱になるか、及び、772条不適用を嫡出推定制度の趣旨から導くことができるか、の2点を改めて検討する。

(3) 嫡出否認制度の潜脱

提案は要件①と要件②の二つを不適用事由とする。要件②は、「妻が夫の子を懐胎することを妨げる客観的な事情」すなわち夫による懐胎可能性を否定する事実に着目している。この事実が否定されれば、夫と子の血縁上の父子関係の否定も帰結される点で、否認事由と重なる。

要件①の「婚姻の本旨に反する別居中の懐胎」が否認事由と重なるか否かは、別居の意味付けの仕方による。要件②より間接的とはいえ、夫による懐胎可能性を否定するものとして着眼する限りでは、否認事由と重なる。もっとも、別居には別の意味付けもありえ、この点は後で扱う。

要件①・要件②は、772条を適用するために必要な事実と両立する事実によって、母の夫との父子関係（772条1項の推定事実）を否定している。この点で、提案された不適用対応には嫡出否認制度を潜脱するものであるとの嫌疑が残る。さらに、嫡出否認制度の外で否認と同じ結果を実現することの弊害は、次の二点にも現れる。まず、嫡出否認制度には、今回の改正の前後を問わず期間制限があり、これは嫡出推定制度に基づく父子関係に安定性をもたらすべきとの要請に基づく。提案でもこの要請には一定の配慮が示され、不適用対応は夫の子でない出生届がされた場合に限定されている。ただし、その場合において夫がする親子関係存在確認の訴えには期間制限がない。さらに、嫡出否認の場合は、父と推定される被告・相手方として手続に必ず関与する。他方、認知調停の明文化の提案では、夫の陳述機会付与を不要とする規定の新設が予定されている。その理由について、提案は、認知調停の要件が存在する事案では夫が関与する実益はなく、また、形式的には772条は不適用となる点で772条に基づく夫の利益を前提とする必要はない、と説明する。しかし、認知調停の実質は既存の夫から認知者へと父を変更する手続とみることもできる。そうだとすれば、772条に基づく父の関与を不要とすることには疑問が残る。

(4) 772条不適用の是非

懐胎時における婚姻の本旨に反する別居の事実（要件①）、夫による懐胎不能事情（要件②）の各々の存在が、772条不適用の要件であり、根拠となる。もっとも、772条を適用するには、一定期間の出生の事実、母子関係、母の婚姻があれば足り、これらと上記の事実・事情の存在は並存しうる。それにもかかわらず772条が適用されない点について、次の様に説明されている。すなわち、要件①の場合、「懐胎時期と別居時期との間に一定の関係があることを要件として嫡出推定の例外を認めるという制度構想の趣旨は、別居中は妻が夫の子を懐胎する蓋然性が低く、また、子の養育という観点からも夫婦による養育が期待できないことから、関係者の選択で嫡出推定の例外を認めることに合理性・相当性がある」（部会資料20・25頁）。他方、要件②の場合、「夫婦が子の懐胎時期に接触することができず、懐胎可能性がないことが明らか」だからである（部会資料19・25頁）。

別居要件をもって772条の適用の例外を認めることは、嫡出推定制度の趣旨から導き出されている。もっとも、趣旨の理解は部会の進行に応じて変化がみられる。当初は、一定の別居が不適用の根拠となることは離婚と関連づけられていた。しかし、その後、離婚意思の点は脱落した。その理由は、まず、別居を客観的に把握すれば足りると考えられたことにあるが、それ以上に、不適用の場面として要件①に要件②が追加されて、両者の共通の根拠が必要になったことも影響している。要件①を離婚と関連づける考えからは、たんに夫による懐胎可能性の不存在では婚姻実態の不存在とはならず、適用除外は認められない。とはいえ、「推定の及ばない子」法理の妥当範囲はそれよりも広い。そこで、「嫡出推定制度が基本的には生物学上の父子関係の存在を基礎とするものであることを踏まえ」、懐胎可能性のないことが夫婦のプライバシーを害さない限度で明らかの場合に該当するものとして、刑事施設収容・外国居住の場合の推定例外を認めるべきであるとして、要件②が追加された。これにより、嫡出推定の例外を認める根拠の説明は当初のものから修正する必要性が生じた。たとえば、「民法が通常の婚姻生活として想定している『同居』を欠き、懐胎可能性がないことが外観上明らかな場合であることから、婚姻に基づく嫡出推定の基礎を欠く」という説明が試みられた（部会資料18-1・19~20頁）。以上から、提案における別居には、血縁の蓋然性と婚姻の通常性の双方の観点から意義が与えられていることになった。

「婚姻関係を基礎として、父子関係を推定する」ことで、「生まれた子について逐一父との遺伝的つながりの有無を確認することなく、早期に父子関係を確定し、子の地位の安定」を図る嫡出推定制度の趣旨は、①血縁の蓋然性、②夫婦による養育への期待、③夫婦内部の事情に立ち入らないという意味での家庭の平穩、にあるとする理解には次の特徴がある。

従来は、嫡出の定義に即して嫡出推定制度を位置づけるのが一般的であった。この場合、772条の二つの推定は嫡出要件の二つ（婚姻中懐胎、母の夫との父子関係）を充足させるもので、嫡出子については出生と同時に父母との親子関係が成立する結果をもたらす。これは嫡出子と嫡出でない子との重要な相違点である。さらに、母子と同様、血縁に着眼しつつも、母子の場合と同程度に客観的な事実に基づいて出生と同時に親子関係を成立させる意義もある。このように、母子関係・非嫡出父子関係と対照の上で嫡出父子関係の成立ルールとして772条を位置づける見方は、提案にはないものである。これが特徴の一つである。

そして、最大の特徴は、婚姻夫婦による養育への期待の観点である。婚姻は、血縁の蓋然性の媒介項としての役割だけでなく、子に対する養育責任の引き受けが期待できることを根拠に、父子関係の基礎付けの意味を与えられる。これは近時の傾向にも対応する。確かに、親子関係が子の養育に資するべきものであることは、従前からの共通理解ではあった。もっとも、これは実親子関係に限らず法的親子関係一般の主たる機能として位置づけられていた。そして、「近代法における親子結合体の本質は、未成熟の子の哺育・監護・教育することを機能とする親と子の間の結合である」という法的親子関係の存在意義・機能はその成立の根拠とは区別されており、養育機能がそのまま実親子関係の成立根拠に援用されていなかった点に注意が必要であろう。養育者としての適格性は、養子法でこそその成否の判断において問われるべきものであるが、血縁上の親子であっても当該適格性を欠くから法的親子関係を成立させない、という形で機能させるのは妥当といえまい。

さらに、家庭の平穩を制度趣旨に位置づける点も、特徴的である。家庭の平穩は、嫡出否認制度において否認権者を夫のみに限定する趣旨として指摘されたものである。しかし、772条の要件として客観的な事実が選択されているのは、むしろ母子関係が出産という明確な事実で成立することとの対比で、できる限りこれと同程度の外的な事実により、母子・父子の揃った嫡出親子関係を出生の時点で成立させることに主眼があった。

とはいえ、提案における別居への着眼には今後の展望もある。提案には、「推定の及ばない子」法理を明文化する面があるところ、本法理は、比喩的に「形骸化した婚姻」・「死んだ婚姻」には772条を適用しないルール、という説明がされることもある。部会資料も、当初はこの比喩的表現をそのまま要件に持ち込み、「婚姻を解消する意思をもって別居」した場合としていたように、離婚との関連づけはむしろ自然であり、今後の展開可能性もこの点にあると思われる。すなわち、別居については、772条の趣旨（婚姻夫婦による養育への期待）ではなく、別居状態の婚姻については、婚姻の効果である772条の享受を認めない、という意味付けも可能である。これは、772条を婚姻の効果の一つとしても位置付け、婚姻の内実には照らして効果を相対化するものである。このような相対化は、すでに婚姻費用の分担や不貞行為損害賠償においてみられるところである。もっとも、婚姻当事者が一方的に作出した別居状態にそのまま法的効果を付与することは、

協議離婚と裁判離婚の両制度を用意する離婚法制の趣旨（一方の意思のみで離婚を認めることはしない）との関係で議論が必要である。

とはいえ、今後、婚姻法・離婚法の改正で、別居が離婚原因に明記され、別居状態を婚姻・離婚の中間段階として独自の規律対象として切り出されることになれば、別居による 772 条の不適用の構想はより現実味を帯びるものと思われる。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計3件（うち査読付論文 0件 / うち国際共著 0件 / うちオープンアクセス 0件）

1. 著者名 小池泰	4. 巻 210
2. 論文標題 認知無効の制限、及び子自身の嫡出否認・認知無効の主張期間に関する特則	5. 発行年 2023年
3. 雑誌名 法の支配	6. 最初と最後の頁 59, 69
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 小池泰	4. 巻 258
2. 論文標題 凍結受精卵の無断使用	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 医事法判例百選第3版（別冊ジュリスト）	6. 最初と最後の頁 178, 179
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 小池泰	4. 巻 468
2. 論文標題 翻訳『ドイツ民法典第4編』中の「未成年者の保護」「法的世話」「その他の保護」	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 法務資料	6. 最初と最後の頁 149, 185
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

〔学会発表〕 計0件

〔図書〕 計0件

〔産業財産権〕

〔その他〕

-

6. 研究組織

氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号)	所属研究機関・部局・職 (機関番号)	備考
---------------------------	-----------------------	----

7. 科研費を使用して開催した国際研究集会

〔国際研究集会〕 計0件

8 . 本研究に関連して実施した国際共同研究の実施状況

共同研究相手国	相手方研究機関
---------	---------