

国立国会図書館

民法上の親子関係を考える

—嫡出推定・無戸籍問題・DNA 検査・代理出産—
調査と情報—ISSUE BRIEF— NUMBER 858 (2015. 3. 24.)

はじめに

I 日本の「親子」法制

- 1 民法上の親子関係と血縁
- 2 母子関係の成立
- 3 父子関係の成立

II 嫡出推定から生じる諸問題

- 1 無戸籍問題
- 2 DNA 検査と父子関係
- 3 代理出産により生まれた子の親子関係

III 嫡出推定をめぐる議論

- 1 嫡出推定の緩和
- 2 嫡出否認の容易化
- 3 嫡出推定の見直し論に対する懸念
- 4 民法改正に向けた動き

おわりに

- 我が国の民法は、妻が婚姻中に懐胎した子が出生すると、血縁関係の証明を待たず夫との父子関係が原則として成立するという嫡出推定制度を定める。これは、子の法的身分の速やかかつ安定的な確保、養育責任者の確定等、子の福祉にとって重要な意義を有する。
- 一方、嫡出推定制度が、近時大きな問題となっている無戸籍児発生の一因となっているとの指摘や、DNA 検査の結果によって血縁関係との不一致が明らかとなった場合の取扱い等をめぐり、嫡出推定の見直しを含めた議論がある。
- 民法の実親子関係規定を概観するとともに、嫡出推定制度に関し指摘される問題について、近時の判例等を題材に検討する。

国立国会図書館

調査及び立法考査局行政法務課

まえさわ たかこ
(前澤 貴子)

第 8 5 8 号

はじめに

「親子」とは、なんだろうか。我が国においては、血縁又は養子縁組による親子関係がそのまま法律（「民法」（明治29年法律第89号））上の親子関係となり、戸籍に反映されている、そう考えられていることも多いのではないだろうか。しかし、我が国では現在、民法上の親子関係と血縁関係が一致することは必ずしも求められていない。平成26年の最高裁判決が示した、科学的な血縁関係の立証によっても覆されない父子関係が一例である。

強固な親子関係の構築は、子の法的身分の安定に資する。しかし、一方で、無戸籍児発生との関係や、今日の国民の親子観との乖離が指摘されることもある。また、現在、高度生殖医療に関する法整備が検討されているが、夫婦以外の第三者が関与する体外受精や代理出産の国内実施に当たっては、親族法の整理が必要となる可能性がある。

本稿では、実親子関係（以下単に「親子関係」という。）の成立に係る民法上の規定を整理するとともに、現在生じている諸問題について概観する。なお、以下単に条番号だけを記す場合には、民法の規定である。

I 日本の「親子」法制

1 民法上の親子関係と血縁

我が国の民法は、婚姻関係にある父母から生まれた子（嫡出子）と婚姻関係にない父母から生まれた子（非嫡出子）のそれぞれに関する親子関係を規定する（もともと、民法に嫡出子の定義規定はない。）。

まず、妻が婚姻中に懐胎した子には、夫が嫡出否認の訴えを起こさない限り、血縁関係の証明を待たず、嫡出子として妻と母子関係が、夫と父子関係が成立するというのが民法の原則である。DNA検査技術等が発達した今日にあっても、血縁関係の証明を待たず速やかに親子関係を確定させる嫡出推定制度は、子の法的身分の速やかかつ安定的な確保、養育責任者の確定等、子の福祉にとって重要な意義を有する。

非嫡出子についても、父の意思表示である認知により父子関係は成立し（第779条）、ここでも父と子の血縁関係の証明は要件とはされていない。

2 母子関係の成立

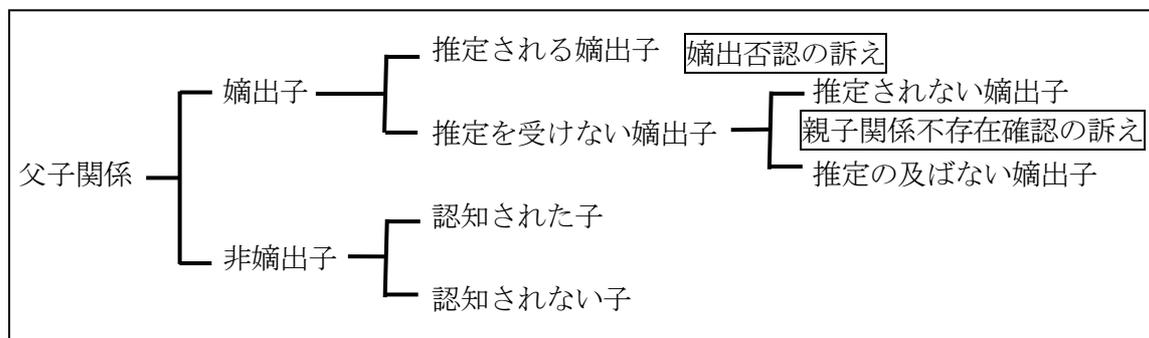
民法上、嫡出子の母子関係の成立に関する規定は存在しない。妻は、婚姻関係にあることにより嫡出子の母たる地位を獲得する。非嫡出子については、第779条が母の認知権も定めるが、判例¹により母子関係は「原則として、母の認知を俟たず、分娩の事実により当然発生する」とされており、同条は母については実質的に効力を喪失している。

* 本稿におけるインターネット情報の最終アクセス日は、平成27（2015）年3月16日である。

¹ 最判昭和37年4月27日民集16巻7号1247頁

3 父子関係の成立

図1 民法上の父子関係



(出典) 法令に基づき筆者作成。

(1) 嫡出推定

母子関係における分娩の事実のような、血縁関係が明瞭であることを示す契機を持たない父子関係は、まず婚姻を基盤として判定される(図1)。婚姻成立の日から200日を経過した後又は婚姻の解消若しくは取消しの日から300日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎されたものと推定され(第772条第2項)、婚姻中に懐胎されたものと推定を受ける子は夫の子と推定される(同条第1項)という、二重の推定により、嫡出推定がなされる。父子関係の成立にこのような推定制度を設けた理由は、婚姻成立の後に生まれることは客観的な事実として証明が容易であるのに対し、夫との性的交渉によって懐胎したことの証明は不可能に近いと説明されている²。

第772条の推定を受けた嫡出子については、嫡出否認の訴え(第775条)により、原則として夫のみが親子関係の不存在を争うことができる。子の法的身分を安定させる趣旨から、嫡出否認権の行使は厳しく制限されており、子の出生を知った時から1年以内になされなければならない(第777条)。この期間内であっても、生まれた子の嫡出を承認した夫は、否認権を失う(第776条)。

妻が離婚後に再婚し、再婚後200日を経過してから離婚後300日の間に出産した場合、前婚の元夫と後婚の夫の両方に嫡出推定が生じる。このような事態を避けるため、民法は女性に6か月の再婚禁止規定を設けるとともに(第733条)、現にこうした子が出生した場合に備えて父を定める訴えの процедуру規定している(第773条)。

(2) 推定を受けない嫡出子

第772条の推定を受けない嫡出子として、①婚姻成立後200日までに出生した子(いわゆる「推定されない嫡出子」と、②法文上は嫡出推定の対象となるが、夫の子である可能性がない子(いわゆる「推定の及ばない嫡出子」)がある。推定されない嫡出子については、判例法理に基づき、戸籍実務上、婚姻成立後200日までに出生した子であっても、嫡出子として出生届がなされた場合には、父の認知を待たず生来の嫡出子として受理されている³。

推定されない嫡出子、推定の及ばない嫡出子のいずれについても、推定が働かないこと

² 我妻榮『親族法』有斐閣, 1961, pp.216, 220.

³ 昭和15年8月24日民事甲1087号民事局長回答

から、嫡出否認の訴えではなく、親子関係不存在確認の訴え（第 786 条）により親子関係の存否を争うことができる。出訴期限、出訴権者が厳しく制限されている嫡出否認の訴えと異なり、親子関係不存在確認の訴えには出訴の期間の制限がなく、また、父以外の者（母、子、父の相続人等）も訴えを提起することができる。

問題となるのは、②推定の及ばない嫡出子について、どのような場合に推定が働かないと判断されるかである。嫡出否認権者が夫のみであることの不都合を解消すべく、判例・学説は、解釈によって親子関係不存在確認の訴えにより推定を争うことができる場合を拡大してきた。学説は割れており、外観説（夫婦が事実上の離婚状態にあり夫婦の実態が失われている、懐胎時に夫が収監されていた等、外観上、夫による懐胎が不可能であることが明らかな場合に限る説）、血縁説（血液型の不一致等の生物学的な父子関係の不存在が明らかである場合に認める説）、家庭破綻説（父母の離婚等により家庭が既に崩壊している場合に認める説）等がある。判例は、子の法的身分の安定、養育者の確保等の観点から、外観説を採っている⁴。

（3）非嫡出子

婚姻関係にない父母から生まれた子（非嫡出子）の父子関係は、認知により成立する。認知には、任意認知（第 779 条）と認知の訴え（第 787 条）によるものがある。認知の後に父母の婚姻が成立した場合には、子は嫡出子たる身分を取得する（準正。第 789 条）。

II 嫡出推定から生じる諸問題

1 無戸籍問題

（1）無戸籍問題が生じる背景

我が国における戸籍制度は、個人の家族関係や属性に関わる事実を登録し公証する趣旨で設けられた、1 組の夫婦又は個人及びこれと氏を同じくする子ごとに編纂される登録制度である。子は、出生届がなされることにより、原則として親の戸籍に登録される。我が国において、出生届がなされず無戸籍となる子が発生する理由としては様々なものがあるが、ここでは嫡出推定制度に係る、いわゆる離婚後 300 日問題に焦点を当てて考察する。

母と母の前夫との離婚成立前又は離婚から 300 日以内に生まれた子は、実父が前夫と異なる場合であっても、第 772 条の嫡出推定により前夫の子としてその戸籍に入る。母が生まれた子を前夫の戸籍に入れることを望まないとしても、嫡出否認権は前夫にしか認められないため、前夫に対する親子関係不存在の訴えを提起するか、又は実父に対し認知請求訴訟を提起するしかない。しかし、親子関係不存在確認の訴えについては、前夫と連絡が取れない、前夫が DV 加害者であることから接触を控えたい等の事情がある場合には、訴えを提起することができないまま出生届の提出が見送られてしまうことがある。再婚前に母単身の戸籍に子を入れるという選択肢もあるが、前夫に子の存在や現住所を知られることをおそれて、やはり子の出生届が見送られるケースもある。

⁴ 最決平成 12 年 3 月 14 日家月 52 卷 9 号 85 頁等

（２）無戸籍の実態

無戸籍者は、選挙権・被選挙権の行使、パスポートの発給申請、金融機関における口座開設等ができないだけでなく、進学や就職といった場面でも不利益を受ける。平成 26（2014）年 7 月から法務省が開始した無戸籍者に係る調査においては、平成 27（2015）年 1 月 10 日現在で全市区町村の 16%に当たる自治体が無戸籍者の情報を保有していると回答し、533 人の無戸籍者の存在が確認された⁵（無戸籍となった理由の大半が嫡出推定に起因するものとの報道があるが⁶、理由の詳細な割合は明らかでない）。なお、「戸籍法」（昭和 22 年法律第 224 号）第 110 条及び第 111 条に基づき、本籍を有しない者が家庭裁判所の許可又は判決を得て就籍した件数は、平成 25 年度には 160 件となっている（ただし、この件数には、離婚後 300 日問題により無戸籍となった者以外の者（自然災害等により戸籍を失った者、単に出生届が怠られた者等）の就籍を含む。）⁷。

（３）無戸籍問題への取組状況

（い）国の取組

離婚後 300 日問題による無戸籍者の存在を受けて、国は、離婚後 300 日以内に生まれた子であっても、医師の作成した証明書により婚姻中に懐胎した子でないことが直接証明できれば、嫡出否認の手続を経ることなく、戸籍上元夫の子としない取扱いを認め、この証明書が提出された場合には、嫡出推定が及ばないものとして出生届を受理するよう自治体に通知した⁸。この制度により、婚姻の解消又は取消し後 300 日以内に生まれた子について、「懐胎時期に関する証明書」が添付され、当該証明書の記載から、推定される懐胎の時期の最も早い日が婚姻の解消又は取消しの日より後の日である場合に限り、婚姻の解消又は取消し後に懐胎したと認められ、民法第 772 条の推定が及ばないものとして、母の嫡出でない子又は後婚の夫を父とする嫡出子としての出生届が可能となる。法務省は、同省ウェブサイト上に「民法 772 条（嫡出推定制度）及び無戸籍児を戸籍に記載するための手続等について」とするページを公開し、この制度を含めた無戸籍の子に関する手続の案内を行っている⁹。

しかし、この通達では、離婚成立前に懐胎又は出産された子は救済の対象外となる。こうした事情により無戸籍になってしまう者への対応として、法務省は、同省ウェブサイト上に「無戸籍の方が自らを戸籍に記載するための手続等について」とするページを公開し、就籍手続の案内を行っている¹⁰。また、全国の法務局・地方法務局及びその支局に、無戸籍に関する相談窓口を置いており、平成 26（2014）年 7 月には、無戸籍者の救済制度を周知するよう全国の法務局に通知した¹¹。

⁵ 法務省「法務大臣閣議後記者会見の概要」2015.2.20. 法務省ウェブサイト <http://www.moj.go.jp/hisho/kouhou/hisho08_00624.html>

⁶ 「「無戸籍」全国 279 人 嫡出推定規定など原因」『日本経済新聞』2014.10.25.

⁷ 「戸籍統計（2013 年度）」 e-stat（政府統計ポータルサイト） <<http://www.e-stat.go.jp/SG1/estat/List.do?lid=000001127037>>

⁸ 法務省民事局長「婚姻の解消又は取消し後 300 日以内に生まれた子の出生の届出の取扱いについて（通達）」（平成 19 年 5 月 7 日法務省民一第 1007 号）

⁹ 「民法 772 条（嫡出推定制度）及び無戸籍児を戸籍に記載するための手続等について」法務省ウェブサイト <<http://www.moj.go.jp/MINJI/minji175.html>>

¹⁰ 「無戸籍の方が自らを戸籍に記載するための手続等について」法務省ウェブサイト <http://www.moj.go.jp/MINJI/minji04_00034.html>

¹¹ 「戸籍に記載がない者を戸籍に記載するための手続等について（通知）」（平成 26 年 7 月 31 日法務省民一第

(ii) 自治体の取組

自治体では、兵庫県明石市が、無戸籍となった人たちの救済のため、平成26(2014)年10月から相談窓口を設置している。自治体としては初めての試みであり、注目を集めた¹²⁾。

(iii) 司法における取扱い

就籍のための判決を得る審判において、母の証言のみで元夫との父子関係不存在を確認した事例¹³⁾や、無戸籍の解消のため死後認知が認められた事例¹⁴⁾がある。

司法による解決については、無戸籍者にとって訴訟費用が大きな負担になっているとの声があり、無戸籍者の訴訟支援を行う「無戸籍児支援ファンド」の設立を国に求める署名活動がインターネットで行われている¹⁵⁾。

2 DNA 検査と父子関係

前述 I の 3 (2) (pp.2-3) のとおり、判例は、第 772 条第 1 項の例外として嫡出推定が及ばないとされる基準について、血縁説ではなく、外観説を採っている。しかし、今日、DNA 検査技術の飛躍的な向上により、血縁関係の証明は容易となった。血縁関係の不存在が科学的に証明されてもなお、嫡出推定を及ぼすことが妥当なのか。この点が裁判で争われた事例を次に概観する。

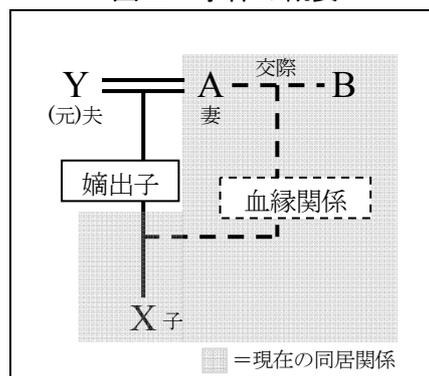
(1) 最高裁平成 26 年 7 月 17 日第一小法廷判決

最高裁第一小法廷は、平成 26 (2014) 年 7 月 17 日に 3 件の親子関係不存在確認請求事件について判決を下した¹⁶⁾。3 件の事件は、事案の性質上、2 つに分けることができる。①父が原告となり子を相手取った事件と、②子が母を法定代理人として原告となり法律上の父を相手取った、札幌高裁が原審の事件 (平成 24 年 (受) 第 1402 号。以下「札幌事件」という。) 及び大阪高裁が原審の事件 (平成 25 年 (受) 第 233 号。以下「大阪事件」という。) である。このうち、①は、第 772 条が憲法第 13 条及び第 14 条に反するかが争われた事例であり、具体的な嫡出推定が争われた事件は②の 2 事件であったことから、以下では②についてのみ扱う。

結論としては、最高裁は札幌事件、大阪事件のいずれについても外観説を維持し、従前の父子関係の推定は覆されないと判示した。

2 つの事件はいずれも、夫婦の婚姻中に懐胎・出産された子が夫婦の嫡出子となってい

図 2 事件の概要



(出典) 判例を基に筆者作成。

818 号)

¹²⁾ 「「無戸籍」救済 明石市が窓口」『読売新聞』(大阪版) 2014.9.18.

¹³⁾ 「32 年間無戸籍 解消認める」『日本経済新聞』2014.9.19.

¹⁴⁾ 「死亡実父と「親子」認定 女性の無戸籍解消へ」『毎日新聞』2014.10.11.

¹⁵⁾ 「無戸籍者支援広がる 訴訟ファンド設立 1.2 万人署名」『産経新聞』(大阪版) 2014.8.22, 夕刊; 「「無戸籍児支援ファンド」の成立を、今国会中に求めます」 [change.org <https://www.change.org/p/41年間-戸籍がないまま暮らしてきました-無戸籍児支援ファンド-の成立を-今国会中に求めます>](https://www.change.org/p/41年間-戸籍がないまま暮らしてきました-無戸籍児支援ファンド-の成立を-今国会中に求めます)

¹⁶⁾ 最判平成 26 年 7 月 17 日民集 68 卷 6 号 547 頁 (札幌事件)、集民 247 号 79 頁 (大阪事件); 裁時 1608 号 1 頁 (札幌事件)、同 6 頁 (大阪事件); 判例時報 2236 号 14 頁 (札幌・大阪両事件)

るが、DNA 検査の結果、(元) 夫と血縁上の父が異なることが明らかとなり、子が母を法定代理人として、(元) 夫に対して親子関係不存在確認の訴えを提起したという事案である(図2)。子は血縁上の父母と既に同居しており、血縁上の新家庭が既に形成されているものの、法律上の父が父子関係の維持を望んで争った点でも共通している¹⁷。

2つの事件の争点は、当該訴えの適法性、すなわち第772条による嫡出推定が及ばないものとして、嫡出否認の訴えではなく親子関係不存在確認の訴えを提起することができるかであった。いずれの原審も、子(母)側の請求を認容し、嫡出推定は及ばないとの判断を示した。その理由は、DNA検査の結果によれば生物学上の父が異なることは明らかであり、かつ、子が既に生物学上の父母に育てられ順調に成長していることから、嫡出推定が及ばない特段の事情が認められるというものであった。

これらの事件は、DNA検査の結果に加え、現在の子の状況に鑑みると、血縁上の父との父子関係を認めて新たな家庭での生活を保証することが、子の福祉という観点からは望ましいのではないかとも思われる事案であった。しかし、最高裁第一小法廷は、それらの事情があっても、「子の身分関係の法的安定を保持する必要が当然になくなるものではない」として、3対2の僅差で外観説を維持し、原審を破棄してあくまでも嫡出推定が及ぶとした。金築誠志裁判官と白木勇裁判官は、夫婦関係が破綻して子の出生の秘密が露わになっており、かつ、生物学上の父との間で法律上の親子関係を確保できる状況にあることを要件に、新家庭形成説(家庭破綻説の要件に加え、母と子が血縁上の父と新たな家庭を築いている場合に限り嫡出推定の適用排除を認める説)を基にした解釈を示し、親子関係不存在確認請求を認容する反対意見を表明している。また、金築反対意見は、法律上の父が存在する場合には子から血縁上の父に対する認知請求の訴えの提起が認められないことから、「子から、そうした父を求める権利を奪っているという面があることを軽視すべきでない」とも指摘する。

なお、多数意見に賛成した櫻井龍子裁判官も、「旧来の規定が社会の実情に沿わないものとなっているというのであれば、その解決は、裁判所において個別の具体的事案の解決として行うのではなく、国民の意識、子の福祉(中略)、生殖補助医療の進展、DNA検査等の証拠としての取扱い方法(中略)等との調整など諸般の事情を踏まえ、立法政策の問題として検討されるべき」とする補足意見を述べている。

(2) 判決に対する評価

最高裁判決においては、多数意見、反対意見とも、嫡出推定に一定の意義を認め、かつ、血縁説は採らないとした点では共通している。その上で、従来判例どおり外観説を維持するのか、それとも外観説の例外となる事情を認めて異なった判断をするのかで意見が分かれた。

家庭破綻説や、今回反対意見においてその趣旨が採用された新家庭形成説といった学説は、子との血縁関係がないことを知った夫が、復讐心から嫡出否認権を行使しなかったり、家庭裁判所手続における嫡出否認調停¹⁸に合意しなかったりするケースからの救済を提案

¹⁷ 札幌事件の夫側弁護士が本件の経緯を解説した資料として、小林史人「DNA鑑定と親子関係不存在確認請求事件」『法学セミナー』No.721, 2015.2, pp.15-18がある。

¹⁸ 家庭裁判所の実務においては、当事者間に嫡出否認の合意が形成されている場合には、「家事事件手続法」(平成23年法律第52号)第277条に定める合意に相当する審判により、嫡出推定を否認する方向での紛争解決が広く行われているといわれている。内田貴『民法Ⅳ 補訂版 親族・相続』東京大学出版, 2004, pp.171-172.

理由の一つとしている。これに対しては、「夫の合意不承諾が復讐心からなのか、真に父親でありたいと願ってのことなのか、その評価は難しい」との疑問を呈し、外観説を採った最高裁判決を肯定的に評価する意見がある¹⁹。家庭破綻説については、夫婦関係の破綻から家庭の破綻を結論し、そのような評価を親子関係に投影する可能性が強く、安定した養育関係が夫又は妻の一方的な意思で覆る危険性があるとの批判も見られる²⁰。また、外観説を堅持した本判決は、性別変更した父との間に嫡出推定が及ぶとされた判例²¹との整合性も高い。

他方、「3年近い親子としての交流ないし共同生活の事実は重い」ことは認めながらも、「血縁上の親子関係と一致しない法律上の親子関係を強制されることへの違和感は強い」と指摘し、既に血縁上の父と母と子の共同生活が開始している点を踏まえて、「子の福祉のためには、血縁関係と法律上の親子関係の一致とともに、新たな養育環境の安定が欠かせない」として、外観説の例外としての特段の事情を認めた原審（大阪事件控訴審判決）が妥当であるとする識者もいる²²。「子が血縁上の父との間で法律上の実親子関係を成立させることが永久にできないことにあること等の事情」を考慮して、金築反対意見に賛成する見解もある²³。

また、本件の個別の事例としての妥当性に対する評価とは別に、「多数意見は、個別具体的事案の解決が不可能又は不適切であるとし、むしろ嫡出推定・否認制度に関する立法レベルでの見直しを要請したもの」との指摘がなされている²⁴。

（3）親子関係不存在確認訴訟における DNA 検査の結果の取扱い

なお、本件では、親子関係訴訟において DNA 検査の結果をどう取り扱うべきかという点についても注目された。山浦善樹裁判官は、「DNA は人間の尊厳に係る重要な情報であるから決して濫用してはならない。たまたま DNA 検査をしてみた結果、ある日突然、それまで存在するものと信頼してきた法律上の父子関係が存在しないことにつながる法解釈を示すことは、夫婦・親子関係の安定を破壊するものとなり、子が生まれたり直ちに DNA 検査をしないと生涯にわたって不安定な状態は解消できないことにもなりかねない」として、安易な DNA 検査の利用の危険性に警鐘を鳴らす補足意見を述べた。これに対し、金築裁判官は、DNA 検査が現在既に訴訟以外の場面でも広く利用されていることを指摘し、「濫用防止等のために、立法ないし法解釈上一定の規制が必要であるとすれば、それはそれとして検討すべきことであろう」と述べている。現在でも、家裁実務においては、嫡出推定排除に係る具体的事実を認定する際に、DNA 検査の結果が証拠として採用されることがある。

この点については、親子関係は DNA 検査の弊害が最も大きく出ること、日本ほど簡単

¹⁹ 水野紀子「判例クローズアップ DNA 鑑定による血縁関係否定と嫡出推定 [最高裁第一小法廷平成 26.7.17 判決]『法学教室』No.411, 2014.12, pp.42-48.

²⁰ 伊藤昌司「実親子法解釈学への疑問」『法政研究』61 巻 3-4 合併号（下巻）, 1995.3, pp.1041-1065.

²¹ 最決平 25 年 12 月 10 日民集 67 巻 9 号 1847 頁

²² 二宮周平「子の福祉と嫡出推定 外観説の射程」『戸籍時報』No.692, 2013.1, pp.4-17.

²³ 安達敏男・吉川樹士「身近な家族法知識（第 17 回）DNA 鑑定で父子の血縁関係がないことが判明しても親子関係不存在確認の訴えを提起できないとした最高裁平成 26 年 7 月 17 日第一小法廷判決について」『戸籍時報』No.715, 2014.8, pp.38-42.

²⁴ 木村敦子「法律上の父子関係と DNA 鑑定に関する一考察—子の福祉の観点から DNA 鑑定で血縁関係がないと判明した場合、法律上の父子関係を無効にできるかどうか争われた事案」[最高裁第一小法廷平成 26.7.17 判決]『法律のひろば』67 巻 12 号, 2014.12, pp.62-68.

に親子鑑定ができる国はもはや例外的であることを指摘して、金築意見に反対する識者がある²⁵。一例として、フランスではDNA検査が原則として禁止されており、民事裁判における親子関係の確認のためのDNA検査は、裁判官が命じた証拠調べの実施としてのみ行うことができる²⁶。また、ドイツでは、子又は子の法定代理人である母に無断で父が行ったDNA検査の結果を嫡出否認手続において証拠として用いることはできないとした判例を受けて民法典が改正され、父子関係確認の手続に関する規定が整備された²⁷。法律上の父、子又は母は、それぞれ他の二者に対する遺伝子上の検体採取受忍請求権を有するが、年少の子の福祉に著しい害をもたらす場合には、当該請求は認められない²⁸。

本判決においても、多数意見、反対意見いずれも血縁説を採らなかった点では一致していたことを併せて考えると、嫡出推定を排除するための他の要件（家庭の破綻等）に係る事実がなく親子関係不存確認請求が認められなかった場合にも、DNA検査の結果に含まれる重大なプライバシー情報が訴訟の場に提出されることとなってしまう、家庭の平和が害される可能性があるという山浦裁判官の補足意見は、重く受け止められるべきであろう。

3 代理出産により生まれた子の親子関係

現在、我が国では、代理出産を含む生殖補助医療について法整備はなされておらず、日本産科婦人科学会の会告が事実上の国内ルールとして機能している。同会告は、第三者からの胚の提供による生殖補助医療、代理出産のいずれの実施も認めていない。しかし、親族間における両者の実施例が、国内でも報告されている²⁹。

代理出産により出生した子の親子関係については、最高裁は、平成19(2007)年に、アメリカで代理出産により出生した子が配偶子提供者夫妻の嫡出子として出生届が提出された事件で、母は分娩者であると判示した³⁰。現行民法の規定では、分娩者に夫がある場合には、子は分娩者夫妻の嫡出子と推定されることとなる。

代理出産をめぐるのは、自民党生殖補助医療に関するプロジェクトチームが、妻に生まれつき子宮がなかったり、治療で摘出したりした夫婦に限って国内での実施を認めるとする法案を取りまとめたとの報道がなされている³¹。同法案では、代理出産で出生した子と依頼夫婦に親子関係を成立させる制度は検討事項とされており、代理出産の国内実施を認める法整備がなされた場合には、特別法の制定又は民法改正により、代理出産で出生した子の親子関係に関する規定が整備される可能性もある。代理出産の国内実施を認めている

²⁵ 水野 前掲注(19) 民間機関によるDNA検査をめぐる問題の一例として、近時、在留資格をめぐる、第三者の検体を使用した民間機関DNA鑑定書により、虚偽の認知届が提出された事件が発生している（「在留資格巡り別人の検体 民間DNA鑑定抜け穴 ルールの未整備突く」『日本経済新聞』2014.12.25, 夕刊）。

²⁶ Code Civil §16-11(3)。

²⁷ 山口和人「【ドイツ】父子関係確認の新たな手続—民法改正」『外国の立法』no.235-2, 2008.5, pp.10-11. <http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_1000257_po_02350205.pdf?contentNo=1&alternativeNo=>

²⁸ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) §1598a。

²⁹ 「新たに代理出産でお子さんが産まれた二組のご家族のご報告」2010.6.18. 諏訪マタニティークリニックウェブサイト <<http://news.e-smc.jp/topics/201006181600.php>> 代理出産については、2008年4月4日時点までに15組の代理懐胎を試み、うち8組で生児を得たとのことである。同クリニックからは、生まれた子と依頼者夫婦との特別養子縁組の成立が報告されている。1996年から2010年8月時点までに、卵子提供による体外受精を約150症例実施し、66人が誕生しているとのことである（<<http://news.e-smc.jp/topics/201008262105.php>>）。

³⁰ 最決平成19年3月23日民集61巻2号619頁

³¹ 「代理出産容認へ最終案 自民PT 子宮摘出の女性らに限定」『朝日新聞』2014.11.1.

国の立法例を見ると、イギリス³²やドイツ³³のように分娩者が母であるとする国がある一方、アメリカのイリノイ州³⁴のように、子の出生前に法定の書類を作成・提出することで、子の出生時に代理出産依頼者が親となることができるとする例もある。我が国において法整備が検討されるに当たっては、子の福祉の観点に立った議論が求められよう。

Ⅲ 嫡出推定をめぐる議論

子の法的身分の安定、養育者の確保等の観点から、嫡出推定制度は今日もなお重要な意義を有する。しかし、推定範囲が社会の実情に合っていないとの批判や、嫡出否認権者が夫に限られることから生じる問題等の指摘が以前からなされてきた。例えば、離婚後 300 日問題は、「法律婚における父子関係の強すぎる推定が、妻が産んだ子を夫の嫡出子に“取り込む”ことで引き起こす問題」³⁵であると言われることがある。こうした問題への対処としては、嫡出推定の緩和と嫡出否認の容易化を議論する動きがある。

1 嫡出推定の緩和

まず、婚姻に基づく父子関係の推定の緩和方法としては、婚姻中に懐胎した子に推定を及ぼす懐胎主義から婚姻中に出生した子に推定を及ぼす出生主義への転換が、法学者や弁護士会により提案されている³⁶。父子関係の推定が出生主義に転換されれば、前夫と後夫の父子関係の推定期間の重なりが無くなることから、女性の再婚禁止期間も規定根拠を失う。平成 22 (2010) 年の離婚数は 25 万件に上り、死・離別者の再婚率は 27%であった。離婚や再婚が家族再編の一過程として珍しいものではなくなった今日、離婚後間もなく出生した子が元夫以外の男性の子であることも、珍しい事象とは言えない。こうした社会の変化に対応した法制度を考えるのであれば、再婚後に出生した子には前夫との父子関係の推定を及ぼさないことが、当事者の意思や実態に沿い、子の福祉にも資するとの主張である。比較法的には、ドイツ等明文で出生主義を採っている国もある(前述Ⅱの3、pp.8-9)。

2 嫡出否認の容易化

現行の懐胎主義はもちろん、父子関係の推定に出生主義を採用したとしても、なお、父子関係の推定を及ぼすことが子の福祉に反する場合も考えられる。既に夫婦関係が破綻しており、母が新たなパートナーとの生活を築く中で子をもうけた場合等、母が子を前夫の子とすることを望まず、また、子を新たな家庭の子とすることがその福祉に資するようなケースである。こうした場合であっても、現在の嫡出否認の枠組では、嫡出否認権は前夫にしかない。判例・学説は、嫡出推定の及ばない子という概念を生み出し、親子関係不存

³² Human Fertilisation and Embryology Act 1990 c.37 §28.

³³ BGB §1591.

³⁴ Gestational Surrogacy Act (750 ILCS 47/§25).

³⁵ 長谷川京子「子どもの出生をめぐる日本の家族法—「非嫡出子」差別と戸籍のない子どもたち—」『こころの科学』No.166, 2012.11, p.74.

³⁶ 二宮周平「家族法改正研究会第7回シンポジウム「実親子関係について～基本的な考え方といくつかの提案」母子関係と婚内子の父子関係」『戸籍時報』No.719, 2014.11, pp.10-16; 東京弁護士会「民法第772条の改正を求める意見書」2007.9.10. <<http://www.toben.or.jp/message/ikensyo/772.html>>

在確認の訴えにより母や子が親子関係の存否を争うことができる場合を認めてきた。しかし、現実には可能となるのは、外観説の要件が満たされるケース等の例外的な場合に限られる。その不都合を解消するため、法改正による嫡出否認の容易化を求める議論がある。具体的には、嫡出否認権を母又は子にも認めることが提唱されている³⁷。母や子が提起する嫡出否認の訴えにあつては、前夫の関与が必ずしも必要とされないことも考えられ、そうすれば前夫がDV加害者であるようなケースであっても嫡出否認権の行使が保障され得る。

3 嫡出推定の見直し論に対する懸念

嫡出推定制度は、子の法的身分を出生直後に早期確定し、かつ、それを容易に覆させないことで、子の法的身分の安定を図ることを趣旨とする。この趣旨に鑑み、現在の「推定が及ばない子」の基準に関する議論においても、嫡出推定が及ばなくなることにより、親子関係不存在確認の訴えでいつでも誰からでも父子関係が覆されてしまうことの危険性が指摘されている³⁸。なお、嫡出推定の見直しを論じる立場にあつても、嫡出推定制度が設けられた趣旨に鑑み、嫡出推定制度そのものの廃止を求める見解は見当たらない。

4 民法改正に向けた動き

無戸籍児問題を受けて、民法改正が検討されたことがある。無戸籍児問題が新聞で大きく取り上げられたことをきっかけに、平成19(2007)年2月、安倍晋三首相(当時)は、第772条について検討する方針を表明した。超党派の国会議員が勉強会を発足させ、自民党と公明党に第772条の改正を検討するプロジェクトチームが作られた。①離婚後の懐胎が医師の証明で確認できる場合には、母の非嫡出子又は後夫の子として届け出ることができる、②DNA鑑定等により、後夫の子として届け出ることができる、③再婚禁止期間の短縮といった点を盛り込んだ議員立法が目指されたが、②及び③に対する保守派の慎重論があり、結局法案提出は見送られた。法改正の頓挫を受けて、政府は、法務省民事局長通達による①の実施等の対策を講じた(前述Ⅱの1(3)(i)、p.4)。

おわりに

本稿の冒頭において、筆者は、「親子」とはなんだろうか」との問いを置いた。法的な親子関係を考えると、それは結局「家族」とはなんだろうか」との問いに帰結する。

社会の変容や生殖補助医療技術の発展が著しい今日、家族関係や子どもの福祉はどうあるべきなのか。民法上の親子関係の整合的な整備は、どう進められるべきか。法学研究者や裁判所、立法府はもとより、広く国民が問いかけてられている問いでもある。

³⁷ 長谷川 前掲注(35); 二宮 前掲注(36)

³⁸ 窪田充見「法における親子の意味—最高裁平成26年7月17日判決を契機に—」『ジュリスト』No.1471, 2014.9, pp.66-72.