

家族法改正の課題（1）

——親子法を中心に——

家永 登

債権法全面改正論議の陰にかすんでしまった感があるが、親族法の改正論議は、昭和34年の「民法親族編の改正について」（法務省民事局。「仮決定及び留保事項（その1）」、「仮決定及び留保事項（その2）」が添付してある）に始まり、これを受けた昭和50年の「法制審議会民法部会身分法小委員会中間報告について」（法務省民事局参事官室）、平成8年のいわゆる「婚姻法改正要綱」（法制審議会）、さらには平成15年の「生殖補助医療による出生子の親子関係に関する民法の特例法要綱中間試案」（法制審議会生殖補助医療関連親子法部会）へと続いてきた。にもかかわらず、さまざまな事情からこれらの立法提案は成案に至ることなく、すべて立ち枯れの様相を呈している。

ところが最近になって、債権法改正と平仄を合わせるように、家族法（親族法）改正の提案がなされている¹⁾。この提案を中心にして、2009年の日本私法学会において「家族法改正」のシンポジウムも開催された。この新たな家族法改正の動きは、現在のところは各メンバーの個人的な改正提案にとどまっており、具体的な改正案の提案には至っていない。

民法の家族法分野については、敗戦後の日本国憲法制定にともなう価値観の転換に伴って大改正が行われた。しかし、新しい家族法が基本的な家族形態として想定した夫婦と未成年子を中心とする小家族は、実際は新民法のできる以前の昭和戦前期以来都市部を中心にすでに形成されつつあったのであり、国民の多数が支持し実践する家族形態であった。それから60年以上が経過し、近年のわが国では、晩婚・非婚化、離婚・単親家庭の増加、少子化、児童・老人虐待の顕在化、家庭に対する地域的支援の劣化、高齢者単独世帯の増加、さらにはペットの「家族」化や、逆に「家族」自体の否定（「親密な関係にある者」の共同体）など、家族に対する意識や環境は昭和戦後期と比べても大きく変貌し、揺らいでいる²⁾。しかし、現在のところ、例えば、婚姻の相対化・中立化、婚姻ないし男女関係の契約化、家族の個人化、扶養・介護の社会化など、家族の在り方に関する基本的な態度決定について社会の合意があるとは思えない。また、民法とくに親族編の意義、換言すれば「家族法」（「家庭法」と言うべきか）における民法の役割（守備範囲）についても同様

である。

このような状況の下では、家族法の全面的な改正はおそらく困難であり、むしろ家族生活の変容によって生じた喫緊の課題に対する対処、およびこれまでの実務や学説の合意点に立脚した微調整にとどめるのが妥当であろう。平成8年の「婚姻法改正要綱」の提案は、選択的夫婦別氏制や別居5年での破綻離婚などを除けば、現時点における家庭裁判所の審判等の到達点を条文化するものであり、まさに後者のような趣旨の改正提案であった。もし現時点で家族法の改正を行うのであれば、これまでに先人たちが行ってきた改正論議と提案を無駄にすることなく、それらを再検討することから出発することが望ましい³⁾。

以下では、親子法・親権法の分野からいくつかの論点を拾いあげて、これまでどのような改正の議論がなされ、どのような方向であれば合意点を見出すことができるかについて個人的な感想を記したい。

(1) 嫡出推定規定

a. 200日問題

現行の民法772条1項によれば、婚姻中に妻が懐胎した子は夫の子と推定される（父性の推定）。婚姻中に懐胎したことの証明は困難なため、同条2項は婚姻成立の日から200日以降、婚姻解消の日から300日以内に妻が生んだ子は婚姻中に懐胎したものと推定する旨を規定する（懐胎時期の推定）。そして772条の推定は、774条以下の嫡出否認の訴えによってのみ覆することができることになっている。

ところが、わが国では婚姻の成立（婚姻の届出）以前に内縁関係が先行している場合が多かったことから、判例は、婚姻成立から200日以内に生まれた子でも、夫が嫡出子として出生届をした場合には嫡出子として扱うものとしている（「推定を受けない嫡出子」といわれる）。ただし、本来は非嫡出子なので、戸籍実務では母が非嫡出子として届け出ることも認めている。今日でも「できちゃった婚」などという言葉があるくらいだから、この期間中に生まれた子の法的地位は切実な問題である。

「仮決定・留保事項（その2）」では、この期間中に生まれた子も含めて、「婚姻中に生れた子及び婚姻の解消又は取消の日から300日以内に生れた子は母の夫の子と推定する」という案を提案していた（第19乙案）。婚姻成立後200日以内に出生した夫婦間の子の地位に配慮したものと思われるが、同提案は、婚姻成立後200日以内に生まれた子について

は嫡出否認の訴えによらないで父子関係を否定できるとしており（第20（一）註）、結局この期間中に生まれた子は、現行法のもとでの判例・戸籍実務と同じ扱いとなる。それならば、あえて分娩主義的に改める必要もないのではないだろうか。

私は、現在の判例・戸籍実務の扱いのほうが柔軟性もあり、「推定を受けない嫡出子」という扱いで格別の問題も生じていないのだから、あえて婚姻成立から200日以内の出生子に嫡出推定を及ぼす必要はないと思う。ただし、次に検討する婚姻解消後300日以内に出生した子の扱いに関して、分娩主義を採用したほうが望ましいというのであれば、「婚姻成立の日から200日以上経過した後又は婚姻の解消若しくは取消しの日までに妻が分娩した子は夫の子と推定する」と規定したほうが素直であろうか。なお、「200日」という日数が妥当かどうかは後に検討する。

b. 300日問題

現行の民法772条によれば、婚姻の解消・取消しの日から300日以内に妻が生んだ子は婚姻中に懐胎したものと推定され（同条2項）、夫の子と推定される（同条1項）。したがって、婚姻の解消（とくに離婚の届出）から300日以内に元妻の生んだ子は離婚した元夫の子と推定されることになる。しかし現実には、離婚する夫婦の多くは、離婚届出の以前から別居しており、夫婦関係は存在しないのが一般的だから、このような時期に元妻が生んだ子の生物的な父親が元夫であることはあまり考えられない。それにもかかわらず元夫の嫡出子と推定されてしまうのである。離婚の原因が夫の暴力だった場合など、元妻は生まれた子の嫡出性の否認をめぐって元夫と協議することもできない。そのため、元夫の嫡出子として戸籍に記載されることを回避するために、かかる子の出生届を提出することができないという事態が社会問題化した。いわゆる「300日問題」である。

法務省は、婚姻解消後に懐胎したことを証明する医師の文書を添えた出生届が提出された場合には、婚姻解消から300日以内の出生子でも元夫の嫡出子とせず、後婚がある場合には後夫の嫡出子とする出生届を受理することができる旨の通達を發した（法務省民一1007号、平成19年5月7日民事局長通達）。これによって、婚姻の解消後に懐胎した子については問題が解決することになったが、婚姻解消より以前（の別居期間中）に懐胎した子の問題は未解決のままである。

判例が認める「推定が及ばない嫡出子」による解決も考えられるが、このような時期に懐胎した子は元夫の子ではない蓋然性が高いのであるから、婚姻成立から200日以内に出

生した子と同じく、かかる子については、母が非嫡出子として届け出ること、あるいは、後夫の嫡出子として届け出ること認めるべきであろう。前述の「仮決定及び留保事項（その2）」（第19）は300日問題を直接的には意識していないが、私のように「婚姻成立の日から200日以上経過した後又は婚姻の解消若しくは取消しの日までに妻が分娩した子は夫の子と推定する」とした場合には、前婚の解消後、かつ後婚の成立から200日以内に生まれた子については、前夫の嫡出推定も後夫の嫡出推定も及ばないが、後夫が嫡出子として出生届をすることができ、その場合には後夫の嫡出子として扱われることになる。要するに、通常の200日以内出生子と同じ扱いになる。

c. 懐胎時期の推定

もし懐胎主義を維持するのであれば、現行民法772条2項の懐胎時期の推定についても検討が必要である。第1に、同条項の200日（民法制定当時の早産の記録に基づく日数である）、300日（同じく遅産の日数）という日数は、医学の現状に合わせて前者は150日程度、後者は280日程度に改める必要がある。

第2に、現行法の774条および775条を読むと、772条2項の懐胎時期の推定を覆す場合にも774条以下の嫡出否認の訴えによらなければならないようにも読める。しかし、現行法が嫡出否認の訴えによらなければ覆すことができずとしているのは、772条1項の父性の推定のみであり、懐胎時期の推定は通常反証によって覆すことができると解すべきであろう。今日の医学ではかかる証明はさほど困難なことではなく、医師の証明書が添付してあれば、懐胎時期を確定することは形式的審査によっても十分に可能である。300日問題をめぐる前述の通達によって、法務省は一定の範囲でこのことを認めたのであるから、この通達の扱いを懐胎時期の推定一般に及ぼすべきである。

（2） 嫡出否認の訴えの提訴権者など

現行民法では、嫡出否認の訴えは夫だけが（774条）、子の出生を知った時から1年以内に限って（777条）提起することができる。このように嫡出否認の訴えの要件が厳格すぎるために、生物学的親子関係のない者の間に法的親子関係が確定して、誰も覆すことができなくなってしまうことがある。そこで審判例では、夫が同意している場合には妻や子からの嫡出否認調停の申立てを適法としたり、「否認すべき子の出生を知った時」と解す

ることで出訴期間の起算点を繰り下げたりするなどして、要件の緩和を図っている。さらに、最高裁判例も、772条2項の期間内の出生子でも夫の子であり得ないことが外観上明白な場合には「推定の及ばない嫡出子」として、嫡出否認の訴えによらずに親子関係を否定することを認めている。

これらはすべて、現行法の嫡出否認の訴えの要件が厳格すぎることに起因するものであり、本来は立法によって解決すべき事柄である。「仮決定・留保事項（その2）」は、「現行の嫡出否認の訴の提起権者の範囲を拡張し、提起期間に関する制限を緩和又は撤廃すること」を提案している（第20（一）甲案）。多くの学説も主張するように、少なくとも子および母の提訴権を認め、さらに、いくつかの審判例に倣って出訴期間についても「否認すべき事実を知った時」から1年間と改めるべきである。ちなみに、「仮決定及び留保事項（その2）」は、「推定の及ばない嫡出子」について明文規定を設けることも提案しているが（第20（一）乙案）、嫡出否認の提訴権者、出訴期間の要件が緩和されるならば、「推定の及ばない嫡出子」は判例に委ねれば足り、あえて明文規定を設ける必要はないだろう。

（3） 生殖補助医療による出生子

今日、生殖補助医療によって生まれる子は全出生数の1.7%に及ぶという。戦後間もなく臨床で開始されたAID（非配偶者間人工授精）をはじめ、体外受精、代理出産などを規制する法律はなく、すべては医療者の自主規制にゆだねられてきたが、最近になって厚生省・厚生科学審議会の「生殖補助医療技術に関する専門委員会報告書」（2000年）、厚生労働省・厚生科学審議会生殖補助医療部会の「精子、卵子、胚の提供等による生殖補助医療制度の整備に関する報告書」（2003年。以下「部会報告書」と略称）、日本学術会議・生殖補助医療の在り方検討委員会報告書「代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題」（2008年。以下「学術会議報告書」と略称）などが公表され、生殖補助医療の実施要件の立法化の作業が始められた。さらに、生殖補助医療によって生まれた子の法的地位について、法務省・法制審議会生殖補助医療関連親子法制部会から「精子、卵子、胚の提供等による生殖補助医療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要綱中間試案」が発表されたが（2003年。以下「要綱中間試案」と略称）、いずれも現在までのところ成案には至っていない⁴⁾。

法制審議会部会の「要綱中間試案」は、①分娩（出産）した者を母とする（第1）、②提供精子等の使用に夫が同意した場合は夫を子の父とする（第2）、③「部会報告書」の制度枠組み内で精子を提供した者は出生した子と親子関係をもたない（認知できない）（第3）、という3点を立法化することを提案しているが、これらの点は大方の合意が得られるものと思われる。①については、依頼者（とくに卵子の由来者である依頼者）を母とすべきであるとする意見もあるが、最高裁平成19.2.23判決も言うように、出産という客観的かつ外形上明らかな事実によって、母子関係を早期かつ一義的に確定させることができる≪分娩者＝母≫ルールの妥当性は明らかである。依頼者は特別養子によって子を嫡出子とすることができるのであり（民法809条）、依頼者の保護はそれで十分と考える。また③によって精子の提供者は法的な父としての責任を負わない旨を明記することは、子の出自を知る権利の保障にも資するであろう。

ところで、かねてから私は、生殖補助医療の実施の可否の問題と生殖補助医療によって生まれた子の法的地位の問題は峻別して論ずべきであると主張してきた⁵⁾。しかるに、「要綱中間試案」は、厚労省の「部会報告書」の提示した制度枠組みを前提として、これに従って実施された生殖補助医療によって生まれた子の親子法上の地位を規定しているが、上記のように、③を除けば判例・多数説と同じ結論を提案している。「部会報告書」および「学術会議報告書」の提案の立法化の目途が立たない現状では、ひとまず①、②について立法化するだけでも、これらの生殖補助医療によって生まれた子の法的地位は安定したものになるであろう。

私は、たとえ「部会報告書」の提示する制度枠組みが立法化されたとしても、かなりの数の不妊カップルは、今まで通りこの制度枠組みの埒外でアメリカなどにおいて生殖補助医療を受けるのではないかと推測する。そうなると、もし「部会報告書」の制度枠組みと連動した親子特別法を制定すると、今後生殖補助医療によって生まれた子をめぐって紛争が生じた場合、同じ生殖補助医療によって生まれた子でありながら、制度枠組み内で生まれた子と、枠組み外で生まれた子とが異なった法規制に服することになってしまう。そのようなことは望ましい対応ではない。その意味でも、ひとまず制度枠組みとは切り離して、中間試案①、②を立法化すべきことを提案したい。生殖補助医療の実施の可否については、立法化がなされなくても医の倫理に委ねることが可能だが、生殖補助医療による出生子の親子法上の地位は医療者の自主規制や医の倫理に委ねることはできないからである。

(4) 親権その他

親子法について述べただけで紙数を大幅に超過してしまったので、非嫡出子、養子、親権、後見制度の改正については簡単に触れるにとどめざるを得ない。

この分野では、とくに増加する児童虐待への早急な対処が求められている。児童相談所の権限強化、警察の関与などは、これまで児童福祉法、児童虐待防止法によって規律されてきた。現実に応じた対処は特別法の改廃によるほうが望ましいが、親権の制限は基本法である民法によるべきである。具体的には、児童相談所長による親権の一時制限（児童虐待防止法 12 条 1 項）や、緊急手術への同意などの事例で近時活用されている親権者の職務執行停止、親権代行者の選任などは（家事審判規則 74 条）、民法で規定すべきだろう（民法で規定せよということは手続きを慎重にし、遅延させよということではない。為念）。また児童相談所長らが児童福祉法によって親権喪失宣告を申し立てる場合のネックになるのが、親権剥奪後に未成年後見人になる者がいないことであるといわれる。現行法では未成年後見人は一人に限定されており（民法 842 条）、自然人に限られているが、成年後見人と同じく（同 843 条 3、4 項）複数後見人や法人後見（機関後見）も可能とすべきであろう。

成年後見についても、介護保険制度の導入に際して倉皇の間に立法化されたため、条文の総則編と親族編への配分といった形式面、要介護高齢者にとって不可避の問題である医療同意権の帰属など内容面ともに問題を抱えている。すでに成年後見人に医療同意権を認める判例が出るなど問題は顕在化しており、民法上に権限を明記すべきと思うが、いずれも別稿を期さなければならない⁶⁾。

[注]

- 1) 内田貴ほか「家族法改正に向けて——民法改正委員会の議論の現状（上・下）」ジュリスト 1324～1325 号（2006 年）、中田裕康ほか「家族法改正——婚姻・親子法を中心に」ジュリスト 1384 号（2009 年）を参照。
- 2) 例えば、小池誠「『家族』なるものの揺らぎ」比較家族史研究 23 号（2009 年）69 頁以下などを参照。
- 3) 野村豊弘「平成 8 年改正要綱を読み直す」ジュリスト 1336 号（2007 年）2 頁以下も同旨。

- 4) これらの経過については棚村政行「生殖補助医療と親子法（上・下）」法学教室 275-6号（2003年）などを参照。
- 5) 私見については家永登「人工生殖によって生まれた子と親子法」家永・上杉富之編『生殖革命と親・子』早稲田大学出版部（2008年）201頁以下、同「推定の及ばない嫡出子の範囲について——嫡出推定・否認をめぐる最近の判例と学説から」専修大学今村法律研究室報 40号（2003年）1頁以下を参照。
- 6) 脱稿後の平成 21 年 11 月 7 日に開催された日本家族<社会と法>学会第 26 回学術大会では、「家族法改正——子の利益を中心に」と題するシンポジウムが行われ、離婚後の共同親権の可能性、離婚後の面接交流や養育費確保の具体的な方策などをめぐって議論が交わされた。

（いえなが のぼる 専修大学法学部教授）