

2 種々の制限

- (1) 否認権者：母の夫（774条）、その死後は夫の三親等内の血族（人訴41条1項）
- (2) 行使期間：子の出生を知ったときから1年内（777条）。
判例 最判昭和55年3月27日判時970号151頁（期間制限は合憲）。
- (3) 承認による否認権喪失（776条、但し、承認の内容は不明で廃止論も有力）。
- (4) 訴え提起後の死亡では直系卑属またはその法定代理人が受継（人訴41条3項）。

3 証明や効果

- ・「多数当事者の抗弁」では足りず、親子関係不存在証明が必要。真の父が誰かは問題外。
- ・判決確定で親子関係の当初からの不存在が**対世効**を持つ（人訴24条1項）。

【任意認知】

1 任意認知制度の意義

- ・意義：推定が機能しない場合に、法律上父のない子について父を確定する制度
認知＝婚外親子関係の基礎となる自然血縁関係推定の唯一の方法で**観念の通知**。

2 任意認知の成立要件

- ①認知能力：意思能力で足りる。法定代理人の同意は不要（780条）。
- ②方式：届出又は遺言（781条：創設的届出、985条1項→戸64条：報告的届出）。
婚姻前出生子の婚姻後嫡出子出生届→認知（戸62条←民789条2項：**認知準正**）。
判例 家百36＝マ40－昭53（虚偽の嫡出子出生届も認知としての効力を有する）
大判昭4年7月4日民集8巻686頁（非嫡出子との養子縁組には認知の効力もなし）
- ③認知対象：嫡出子出生届がない子・推定が訴訟によって覆されている未認知の子。
届出があつたり認知済の子は強制認知によらざるを得ない。
- ④認知時期と3つの制限（関係者の承諾）
 - ・期間制限はないが、子の成人後は承諾を要する（782条）←身勝手な主張の遮断
 - ・子の死後の認知は原則不可だが、直系卑属が存在すれば可能（783条2項）。
 - ・胎児の認知も可能だが母の承諾を要する（783条1項）←母の名誉？

3 任意認知の効力

- ・出生時からの親子関係の発生（784条）。但し第三者の既得権を顧慮（同条但書）。

4 事実に反する認知（認知無効）、認知行為の無効、認知行為の取消

- ・認知無効（786条）：父子関係不存在証明による推定の打破
- ・認知無効は、当該親子関係の存否につき親族法上直接利害関係を有する者のみ主張可。
例 認知者の妻、認知を受けた子の母、認知者の子、認知者の兄弟等
- ・認知無効の時的限界なし。認知者の死後も**検察官を相手**に訴訟できる。
判例 家百29＝マ47－平元（認知から57年後・死後26年後の請求）
- ・認知行為の無効：認知者の意思に基づかない認知行為
判例 最判昭和54年3月30日家月31巻7号54頁（認知者の意識喪失の間の認知届も有効）
- ・認知行為の取消（785条）：判例は撤回不可能と理解。種々の見解が対立する。

【強制認知(787条以下)】

1 意義および性質

- ・意義：父子関係の存在を訴訟により直接に創設or確認する制度（確認説は一部学説）。
判例 家百26＝マ41－昭29（形成訴訟説＝創設説。いきなり親子関係存在確認は不可）。

2 強制認知請求権者と相手方

- ・請求権者：子、その直系卑属、これらの法定代理人（787条）。
判例 最判昭和43年8月27日民集22巻8号1733頁（法定代理人は常に請求権者）、マ42-昭37（認知請求権放棄は不可）。
- ・相手方：父（生存中）、その死後は検察官。
 ※認知者の子には認知の訴えや再審につき当事者適格はない（家百28-平元）。

3 認知の訴えの提訴期間

- ・調停前置主義。父の生存の間は期間制限なし。
判例 最判昭和46年3月19日判時623号75頁（内縁の夫婦の子で50歳を超えて死んだ子の娘（孫娘）からの請求）
- ・父の死後は3年以内（787条但書）←事実認定の困難、法的安定の保持＝濫訴防止。
判例 マ45-昭44（内縁関係継続中の懐胎子の場合にも期間制限がある）
- ・起算点：客観的な父の死亡日 **例外** マ46-昭57（死亡が3年1ヶ月後に確認された例）

4 立証責任（DNA鑑定のは是非も含めて）

- ・一般の証明責任に従い裁判官の自由心証に任されているが、内縁関係には772条が類推適用され、父性の事実上の推定が働く。
判例 マ43-昭31ほか（①受胎可能期間中の性関係、②被告以外の男性との性関係の不存在、③血液型等に矛盾がないこと。親子としての愛情を示したことなどを加える判例もあるし、①～③は絶対的な要件ではない）。

【親子法上の現代的な問題点】 例示のみで詳細は省略

- 1 根本的な対立（大村210～223頁参照）
 - ・「子をもたない自由」（避妊・中絶の自由）・「子をもつ自由」 vs. 優性主義
- 2 問題の例示
 - ①着床前診断による選別産み分けの可能性など
 - ②人工生殖 (a) A I H：夫の死後の冷凍精子による懐胎、(b) A I D：夫の同意がない場合、推定の及ばない嫡出子とすると子の身分が不安定。精子のドナーとの法的な父子関係を否定するのは困難（後掲・石川43-44頁など）。
 - ③代理母と公序良俗（国内では禁止。アメリカや韓国では許容例あり）
 - ・(a)人身売買とならないか、(b)生殖機能・母性を取引対象として良いか、(c)子供の人權—とりわけ引取を拒絶された障害児・依頼者夫婦の出生前死亡などで問題。
 - ④胚（＝受精卵）提供の場合、胚提供者と出産者はいずれが法律上の母か。

【養子縁組制度の概説】

- ・家や祭祀承継による家族制度の補強→老親扶養目的→親のない子の養育監護目的へ。
- ・日本の養子法の歴史：旧法における家のための養子の存続（戸主の縁組みでは推定相続人の男子がある場合の戸主の養子縁組を禁止。他に婿養子、遺言養子などがある）
 →昭和22年新法（婿養子・遺言養子の廃止、未成年養子の場合の家裁の許可要件）
 →昭和62年特別養子制度導入・夫婦共同縁組の限定

【普通養子縁組】

Case51 A（44歳）には、三人の子供がいる。23歳の娘B（母は最初の婚姻時の妻C）、16歳の息子D（母は二度目の婚姻時の妻E）、2歳の娘F（Eとの嫡出子として

届出がなされているが、母は22歳のG)である。さて、AがEと離婚してGまたは19歳のHと三度目の婚姻をしたとして、GあるいはHはBDFを養子にすることができるか。できるとすれば届出のほかにもどのような要件を備える必要があるか。

1 養子縁組の要件

- (1) 縁組意思の合致 (802条1号) 仮装縁組は無効 [例] 借養子 (マ50-昭23)
- (2) 未成年養親の禁止 (792条) 成年擬制 (753条) の適用の有無には争い有
- (3) 尊属養子・年長者養子の禁止 (793条)
 - ・年齢差や養子の年齢制限はないが、立法論としては一考を要する。
 - ・非嫡出子を養子とするのは嫡出子とする点で意味がある。孫養子、兄弟養子も可能。
- (4) 後見人・被後見人間の養子の場合の家庭裁判所の許可 (794条)
 - ・本条の許可は未成年養子の許可とは別に必要。
- (5) 縁組当事者に配偶者のある場合の特則 (795・796条)
 - (ア) 原則として配偶者の同意を要する (796条) - 昭和62年改正: 共同縁組原則を緩和
 - ・縁組当事者だけに養親子関係が生じる。
 - (イ) 配偶者のある者が未成年者を養子とする場合 (795条)
 - ・原則 夫婦共同縁組 [例外] 配偶者の子を養子とすると、配偶者の意思表示不能
- (6) 15歳未満の養子の場合の代諾 (797条): 法定代理人による縁組 (代諾養子縁組)。
 - ・被後見人も単独で養子縁組 (養親・養子とも可) ができる (799条→738条)
 - ・代諾権者: 法定代理人
 - (ア) 父母が婚姻中の場合 [原則] 共同代諾、[例外] 単独代諾可能
 - (イ) 婚姻中でない場合 単独親権者が代諾。監護権者の同意も必要 (797条2項)。
 - (ウ) 父母がいない場合 後見人 (867条1項) や児童福祉施設長 (児福47条1項)。
- (7) 未成年養子の場合の家庭裁判所の許可 (798条)
 - [原則] 許可が必要 ← 子の福祉に反する制度利用 (家百46) を防ぐための後見的監督
 - [例外] 自己又は配偶者の直系卑属 (連れ子など) を養子とする場合、許可不要
- (8) 届出 (799条→739条・800条・801条、戸29条・33条・37条2項) - 成立要件

2 養子縁組の無効と取消

- (1) 養子縁組の無効
 - ・意思を欠く場合 (802条1号)。届出がない場合は不成立。
 - ・判例は別訴や前提問題での主張が可能とする (確認訴訟説←→形成訴訟説)。
 - ・当事者が死亡している場合には検察官が相手方。
 - ・15歳未満の養子: 法定代理人予定者が代わって訴提起 (815条類推)。
 - ・夫婦共同縁組の場合、795条ケースでは必要的共同訴訟、それ以外は単独訴訟が可。
- (2) 養子縁組の取消
 - ・実質的要件を欠く場合と詐欺・強迫に基づく場合に限り取り消せる (803条~808条)
 - ・常に形成訴訟で、取消の効果は不遡及 (808条→748条)。
 - ・尊属養子・年長者養子の禁止違反以外は、追認による有効化や6か月の期間制限有。
 - ・取消権者に検察官は含まれない (公益性の乏しさ)。
 - ・夫婦養子の一方に取消原因がある場合には違反縁組のみを取り消せば足りる。
 - [判例] 最判昭和53年7月17日民集32巻5号980頁 (養子の一方が養母より年長)

3 養子縁組の効果

- ・縁組の日からの嫡出子身分の取得 (809条)。
- ・養親の血族との親族関係発生 (727条)。

- ・養親（およびその親族）と養子の親族との間では何の関係も生じない。
- 【例】 縁組前に生まれた養子の子（←→縁組後に生まれた養子の子は孫）や、縁組前に婚姻した養子の配偶者（共同縁組をしない場合）
- ・養子と養子の実方親族との関係は無影響 →養子には**二重の相続権**が発生する。
- ・養子は養親の氏を称するのが原則（810条。但書の例外にも注意）。

【養子縁組の解消】

1 養親子関係の終了原因

- (1) 当事者一方の死亡
 - ・相続が発生するが養親子関係は当事者が死亡すれば消滅（婚姻の死亡解消と同じ）。
 - ・いわゆる**死後離縁**（811条6項）：養子と血族との親族関係を、家庭裁判所の許可を得て一方的に終了させる意思表示。生存配偶者の姻族関係終了の意思表示（728条2項）に対応。これを根拠に当事者が死亡しても養親子関係が終了しないというのは誤解。
- (2) 普通養子が特別養子となった場合（817条の9）
- (3) 離縁 協議離縁と裁判離縁（次述）

2 協議離縁（811条1項）

- ・協議離婚とほぼ同じ（812条を764条と比較）。
- ・養子が15歳未満の場合、離縁後に法定代理人となる者と協議（811条2項～5項）。
- ・夫婦が共に養親で未成年者の養子と離縁する場合（協議の夫婦共同縁組のほか異時縁組も含む）は双方とも離縁が原則（811条の2。例外は意思を表示できないとき）。→養子成人後は単独の離縁が可能。他方の同意も不要。
- ・要件に違反した離縁届けは受理されないが、受理されれば有効（813条）。

3 裁判離縁（814条・815条）

- ・離縁原因：悪意の遺棄、3年以上の生死不明、その他縁組を継続しがたい重大な事由
- ・裁量棄却もある（814条2項→770条2項）。
- 【判例】 マ52-昭39（有責当事者の離縁請求を原則否定）、最判昭和60年12月20日家月38巻5号53頁（相互有責に近い事例）
- ・学説 積極的破綻説、消極的破綻説、目的破綻説（成年養子と未成年養子を区分）
- ・養子が15歳未満の場合、離縁後に法定代理人となる者（通常実親）が当事者（815条）。

4 離縁の効果

- ・養親子関係・親族関係の終了（729条）。婚姻障害は残る（736条）。
- ・養子は原則として復氏（816条1項。養親夫婦の一方のみと離縁した場合は例外）。
- ・縁組期間7年以上を要件に、婚氏統称と同様、縁組時の氏を統称可（816条2項）。
- ・養子が承継した祭祀財産の承継者の決定を要する（817条→769条）。

Q52 特別養子制度は、普通養子制度とどの点が異なるか。

【特別養子縁組】

1 意義

- ・実親子関係を消滅させて子の福祉をはかる。幼子の養育目的に特化した制度。

2 特別養子縁組の成立

- ・家庭裁判所の審判による（817条の2第1項、家審9条1項甲類8号の2）。

- (1) **夫婦共同養親** (817条の3) ←できるだけ実親子と近い環境で子供の発育を図る。
 - ・縁組審判後の離婚や死別は特別養親子関係に影響しない。
 - ・配偶者の連れ子(特別養子を含む)を特別養子にする場合には、**単独特別養子縁組**となるが、この場合も養親は夫婦双方。
- (2) **養親は25歳以上が原則** (817条の4)
 - ・**例外** 夫婦の一方が25歳以上なら他方は20歳以上でも可
 - ・単独特別養子縁組の場合には原則通り25歳以上であることが必要だろう。
- (3) **養子は原則6歳未満** (817条の5) ←早期の親子関係の安定
 - ・**例外** 6歳になる前から引き続いて養親に監護されている場合は8歳未満でも可。
- (4) **父母の同意** (817条の6) ←父母との法律上の親子関係が断絶することへの了解
 - ・**例外** 意思表示不能や虐待・悪意の遺棄等により養子の利益を著しく害する場合不要
 - ・単独特別養子縁組の場合にも連れ子の親の同意は不要 (817条の9但書)
- (5) **要保護性** (817条の6)
 - ・①父母による養子となる者の監護が著しく困難又は不相当であることその他特別の事情があること、②子の利益のため特に必要があること
- (6) 6か月以上の監護実績 (**試験養育期間** 817条の8)

3 特別養子縁組の効果

①実父母との親子関係・実方の血族との親族関係の終了 (817条の9)

- ・**例外** 単独特別養子縁組の場合には、養親の配偶者(実の親の一方であることが普通)およびその血族との親族関係は終了しない ←引き続き監護する親であるから
- ・**判例** **家百35＝マ53－平7** (特別養子縁組を認める審判が準再審で取り消されない限り、血縁上の父には、子と子の戸籍上の父との親子関係不存確認を求める訴えの利益がない)

②普通養子と同様の効果：嫡出子身分 (809条)、親族関係 (727条)、氏 (810条)。

4 特別養子縁組の離縁

- ・**原則** 離縁できない (817条の10第2項)。
- ・**例外** 養子・実父母・検察官は、①養親による虐待、悪意の遺棄その他養子の利益を著しく害する事由があり、②実父母が相当の監護ができる場合には、離縁を請求できる (817条の10第1項)。→養親からの離縁請求はできない。
- ・離縁の審判の効果(実方との親族関係の復活)は不遡及 (817条の11)
 - 離縁前に実父母が死亡していても特別養子であった者には相続権なし

【参考文献】

- 石川稔「親子法の課題」『講座・現代家族法3 親子』3頁以下(とくに41頁以下)
- 水野紀子「比較婚外子法」『講座・現代家族法3 親子』127頁以下(嫡出推定と嫡出否認制度による婚姻家族の安定が空洞化している点を問題視する)
- 大村敦志「実親子関係の成立」道垣内＝大村『民法解釈ゼミナール⑤親族・相続』所収
- 手嶋豊『医事法入門』(有斐閣アルマ、2005年)77～91頁(第6章1 生殖補助医療)