

嫡出推定制度の見直しについての検討（１）

第１ 問題の所在等

１ 無戸籍者問題を解消する観点からの見直しの必要性

- (1) 嫡出推定制度については、(前)夫以外の者との間の子を出産した女性が、この制度によって、その子が(前)夫の子と扱われることを避けるために出生届を提出しないことがあり、無戸籍者を生ずる一因となっているとの指摘がある。

このような指摘を分析すると、次のように説明できると考えられる。すなわち、一般に、子が生まれた場合には、母等が市町村長に対して出生届を提出し、市町村長がこれを受理することによって、子が戸籍に記載される。民法第772条により、母の婚姻の成立の日から200日が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(前)夫の子と推定される。このようにして推定される父がいる場合は、その者を父とする出生届を提出しなければならず、(前)夫と子との間に生物学上の父子関係が存在しないときであっても、市町村の戸籍窓口では実質的な審査ができないため、生物学上の父を父とする出生届は受理されない。そのため、(前)夫以外の者との間の子を出産した女性が、戸籍上その子が(前)夫の子と記載されることを避けるために出生届を提出せず、無戸籍者が生ずることがある(注1)。

- (2) 現行法上、母の婚姻の成立の日から200日が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について、(前)夫との間に生物学上の父子関係が存在しない場合に、民法第772条の推定を否定した上で出生届を提出する方法として、以下の3つの方法が考えられる(第1回会議の参考資料8参照)。もっとも、①(前)夫の協力が得られない、②調停・訴訟手続によることは労力、時間及び費用がかかり、母にとって負担となる、③婚姻中にDV被害を受けたなどの事情により(前)夫に住所を知られたくない、④同様の事情により、(前)夫に出産の事実を知られたくないといった理由から、いずれの方法についても、一定の場合には有効な手段とはならない場合があり、現行の嫡出推定制度が無戸籍者を生ずる一因となっているものと考えられる。

ア (前)夫による嫡出否認の手続

(前)夫が、子又は親権を行う母を相手方として、家庭裁判所に対して、嫡出否認の手続の申立てをし、裁判上、(前)夫と子との間の法律上の父子

関係を否認した上で、その裁判書の謄本とともに出生届を提出する方法である。民法上は、父子関係を否認するための手続は、嫡出否認訴訟によることとされているが(民法第775条)、人事訴訟である嫡出否認訴訟については、調停前置主義がとられており(家事事件手続法第257条第1項、第244条、人事訴訟法第2条第2号)、まず、(前)夫が、子又は親権を行う母を相手方として、嫡出否認の調停の申立てをすることになる。父子関係を否認することについて当事者間で合意が成立していること等の要件に該当する場合において、家庭裁判所が必要な事実を調査した上、正当と認めるときは、合意に相当する審判により、嫡出否認の裁判がされる(家事事件手続法第277条第1項)。

もっとも、嫡出否認の訴えの否認権者は夫に限られ、かつ、出訴期間は夫が子の出生を知った時から1年以内とされており(民法第774条、第777条)、(前)夫が任意に協力しない場合や母が(前)夫に子の出生の事実を知らせたくないと考えている場合、(前)夫の協力は得られるものの出訴期間を経過してしまっている場合等には、この方法によることはできないとの指摘がある。なお、嫡出否認の調停は、(前)夫が任意に応じる限り、子等から申立てをすることも許容されると解釈されているが、この場合も、(前)夫の協力が不可欠であると考えられる。

イ 親子関係不存在確認又は強制認知の手続

親子関係不存在確認又は強制認知の手続により、裁判上、(前)夫と子との間に父子関係がないことを確認し、その裁判書の謄本とともに出生届(強制認知の場合は、原則として出生届及び裁判認知届)を提出する方法である。

民法第772条の期間中に出生した子であっても、妻が子を懐胎すべき時期に、既に夫婦が事実上の離婚をして夫婦の実態が失われ、又は遠隔地に居住して、夫婦間に性的関係を持つ機会がなかったことが明らかであるなどの事情が存在するときには、民法第772条の推定が及ばないとする見解(いわゆる外観説。判例も外観説に立つものといわれている(注2)。このような子を「推定の及ばない子」という。)に基づき、推定の及ばない子については、嫡出否認の手続によらずに、父子関係がないことを裁判上確認することが認められている。この場合には、子は、(前)夫を相手方として親子関係不存在確認の調停の申立てをすることができ、また、子又は母は、生物学上の父を相手方として強制認知の調停の申立てをすることができる。

もっとも、これらの手続をとるためには、子が推定の及ばない子に該当することが必要であり、この要件を充たさないときには、この方法によることはできない。

ウ 離婚後に懐胎したことの医師の証明書を戸籍窓口提出し、推定の及ばない子として出生届を提出する方法

民法第772条第2項の推定は、子の出生時期から懐胎時期を事実上推定するものであるから、医師の証明書により、離婚後に懐胎したことを戸籍窓口において確認することができる場合には、嫡出否認の手續によることなく、父欄に前夫を記載しない出生届の提出を認めるものである(注3)。

もともと、婚姻中に懐胎した場合や離婚後に懐胎したことを証明できない場合には、この方法によることはできない。

(3) これらを踏まえると、次のとおり、現行の嫡出推定制度の見直しが必要であると考えられる。

ア 生まれた子について、無戸籍者が生ずることを防止する観点からは、生物学上の父子関係に合致しない嫡出推定を否定した上で出生届を提出する機会を確保することが重要であり、母のイニシアティブで(前)夫との父子関係を否定する方法を認めるために、民法第774条を見直し、母等による代理行使を前提に子に否認権を拡大し、又は、これに加えて母にも否認権を拡大することによって、嫡出否認の訴えの提起を可能にすることが有益であると考えられる。さらに、否認権者に十分な否認権を行使する機会を与えるため、民法第777条を見直し、その行使期間を伸長することが考えられる。

イ また、裁判上、父子関係を否定することが可能である場合であっても、裁判手続をとることが母等の負担となり、また、母等がそのような手続があることを知らないことによって、これらの手続がとられないことも多いとの指摘もある。このことは、これまで法務省で把握した無戸籍者のうち、約60%もの者が上記(2)イの方法により無戸籍状態を解消していることからもうかがわれる(注4)。このような観点からは、民法第772条の嫡出推定規定を一定の範囲で見直すことも有益であるとも考えられる。

ウ 以上を踏まえ、上記ア、イの見直しを検討することについて、どのように考えるか。そのほか、無戸籍者問題を解消する観点から、どのような見直しをすることが考えられるか。

(注1) 全国の法務局から法務省に連絡のあった無戸籍者の数は令和元年9月10日までに累計2548名であり、このうち1727名は、親子関係不存在確認の裁判等を経ることによって戸籍に記載され、同日現在の無戸籍者の数は821名である。無戸籍者の母等が出生届を提出しない理由についての調査結果によれば、必ずしも嫡出推定制度が原因とはいえないものもあるが、上記821名のうち639名(約78%)が「(前)夫の嫡出推定を避けるため」と回答している。

(注2) 最判昭和44年5月29日民集23巻6号1064頁、最判平成10年8月31日裁判集民事189号437頁、最判平成10年8月31日裁判集民事189号497頁、最判平成12年3月14日裁判集民事197号375頁、最判平成26年7月17日民集68巻6号547頁、最判平成26年7月17日裁判集民事247号79頁等

(注3) 平成19年5月7日付け法務省民一第1007号民事局長通達は、婚姻の解消又は取消し後300日以内に生まれた子のうち、医師の作成した「懐胎時期に関する証明書」によって、「婚姻の解消又は取消し後に懐胎したと認める場合には、民法第772条の推定が及ばないものとして、婚姻の解消又は取消し時の夫を父としない出生の届出(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の届出)」を認めることとしている。

(注4) 上記注1の調査では、令和元年9月10日までに戸籍に記載された1727名のうち、出生届に親子関係不存在確認の裁判書謄本を添付して戸籍記載に至った者の数は504名(約29%)、出生届(及び認知届)に強制認知の裁判書謄本を添付して戸籍記載に至った者の数は565名(約33%)であった。法務局において無戸籍者を把握した場合には、無戸籍者の状況を把握し、とり得る手続を案内し、場合によっては弁護士等の専門家を紹介するなどしており、母等の負担を解消する措置や適切な手続案内によって、無戸籍者として把握された者の6割が無戸籍状態を解消することができたと考えられる。

2 検討の進め方

本部会資料では、無戸籍者問題を解消する観点からの現行の嫡出推定制度の見直しに関し、第2において嫡出推定規定を見直す方策を、第3において嫡出否認制度を見直す方策のうち否認権者を拡大する方策を検討することとしている。今後は、次回配布予定の部会資料において、嫡出否認制度を見直す方策のうち否認期間の見直し等について検討することを予定している。

もっとも、嫡出推定制度は、昭和22年の法改正の際も、明治以来の規定(注)を基本的に引き継ぐ形で定められたものであるが、第1回会議において委員から、より広い観点から民法第772条の役割や嫡出否認制度の見直しを行う必要があるとの指摘があったとおり、近年、離婚・再婚の増加、懐胎を契機に婚姻する夫婦の増加などの社会の変化が生じていることやDNA検査技術を始めとする科学技術が発達していること等を踏まえると、無戸籍者問題の解消以外の観点からも見直しをする必要があるとも考えられる。そこで、適宜、そのような見直しの必要性をも考慮しつつ、検討を加えることとしている。

(注) 民法第四編第五編(明治三十一年法律第九号)

第八百二十条 妻カ婚姻中ニ懐胎シタル子ハ夫ノ子ト推定ス

婚姻成立ノ日ヨリ二百日後又ハ婚姻ノ解消若クハ取消ノ日ヨリ三百日内ニ生レタル子ハ婚姻中ニ懐胎シタルモノト推定ス

第2 民法第772条の嫡出推定規定の見直し

1 考えられる見直しの在り方

嫡出推定制度は、婚姻関係を基礎として、子の懐胎・出生時期を基準に、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ものであり、子の利益のために重要な制度であるといえる。そのため、上記第1記載の見直しの必要性を踏まえても、嫡出推定制度によって父子関係が早期に確定すること等による子の利益を保護する利益は総体として大きく、その基本的な枠組みを見直す必要はないものと考えられる。

その上で、民法第772条の嫡出推定規定について、次のように見直すことについて、どのように考えるか（注）。

- ① 婚姻中に生まれた子について、婚姻の成立の日から200日以内に生まれた子は夫の子と推定しないとの規律を見直し、婚姻の成立の日から200日以内に生まれた子も夫の子と推定することとする。
- ② 婚姻の解消又は取消しの日から300日以内に生まれた子は前夫の子と推定するとの規律を一部見直し、離婚による婚姻の解消の日（注1）から300日以内に生まれた子は、その出生時に母が前夫以外の男性と婚姻していたときは、例外的に、母の前夫の子と推定せず、①の規律により、再婚した夫の子と推定することとする（注2）。

（注1）死別による婚姻の解消の場合及び婚姻の取消しの場合に、本文のような例外を設けるかどうかについては、引き続き検討することを想定している。

（注2）子の出生時に母が前夫以外の男性と婚姻していないときにも、同様とするかについては、引き続き検討することを想定している。

（注）法制審議会における、これまでの嫡出推定制度に関する検討の経緯

昭和30年7月、法制審議会民法部会小委員会における「仮決定及び留保事項」その二では、嫡出の推定を受ける子の範囲について、①現行法どおりとする案、②婚姻中に生まれた子及び婚姻の解消又は取消しの日から300日以内に生まれた子は母の夫の子と推定するものとする案の2案が提示され（第19条）、嫡出推定の効力について、①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とする案、②更に、夫の子の懐胎を不可能とする顕著な事情があるときは、右の訴によることを要しないものとする案（注：嫡出の推定を婚姻中の出生子全部に及ぼす案をとる場合には婚姻後200日以内の出生子について、右の訴えによることを要しないものとする。）、③事実上の父子関係の存否によって決定することとする案の3案が提示され（第20条）、父を定める訴えについて、①現行法どおりとする案、②後夫の子と推定し親子関係不存在の訴えによって覆すことができるものとする案、③別に規定を設けず、事実上の父子関係によって決定するものとする案の3案が提示された（第21条）。

また、平成8年2月答申の「民法の一部を改正する法律案要綱」の検討過程では、再婚禁止期間の見直しに関する議論の中で、再婚禁止制度の見直しを図るという意見が出されたため、嫡出推定制度についても議論がされた。その中では、後婚の成立後

に出生した子は後婚の夫の子と推定するという考え方について、①後婚の夫の子と推定する根拠付ける経験則が存在するといえるか疑問である、②婚姻の成立後200日後に生まれた子が嫡出推定を受けるという現行法の基本的な枠組みに影響を及ぼすことになるなどの反対意見があり、要綱試案において採用はされなかった。

2 母の婚姻中に生まれた子に関する規律（上記1①）

(1) 現行法の規律

現行法では、民法第772条が、第1項で、母が婚姻中に懐胎した子を母の夫の子と推定し、さらに第2項で、婚姻の成立の日から200日を経過した後生まれた子は婚姻中に懐胎したものと推定していることから、母の婚姻中に生まれた子であっても、婚姻の成立の日から200日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定されず、母の夫の子と推定されない。また、民法は、母が、婚姻前に夫との間で子を懐胎し、婚姻の成立後200日以内に生まれた子については、夫の認知により嫡出子の身分を取得することができることとしている（民法第789条第2項）。

他方で、判例上、婚姻の成立の日から200日以内に生まれた子について、婚姻の成立の前に内縁関係が継続し、母が内縁の夫との間で当該子を懐胎した場合には、父による認知の手続を経ることなく、出生と同時に当然に父母の嫡出子たる身分を有するとされている（注1）。この判例を受けて、戸籍実務では、婚姻の成立の日から200日以内に生まれた子について、嫡出子の出生届を提出することが認められている（「推定されない嫡出子」と呼ばれる。）（注2）。なお、戸籍実務では、母は、生まれた子について、嫡出でない子としての出生届を提出することも認められる（注3）。

(2) 見直しの必要性

このような現行法の取扱いに対しては、婚姻の成立の日から200日以内に生まれた子は民法第772条の嫡出推定が及ばず、親子関係不存在確認等により、いつまでも父子関係を否定される可能性があることから、子の地位が不安定になっているとの指摘がある。例えば、嫡出子として出生届が提出され、長年その夫婦の子として育てられ、子自身も母とその夫の子と信じて生活をしてきたにもかかわらず、何らかの事情で生物学上の父子関係が存在しないことが判明した場合に、相続等の場面で他の親族から父子関係を争われ、相続人の地位を失うといった事態が生ずることが考えられる。

(3) 上記1①の見直しの基本的な考え方

そこで、上記1①は、このような見直しの必要性に対応するため、婚姻の成立の日から200日以内に生まれた子について、懐胎時期にかかわらず、婚姻の成立の日以降に生まれた子は、夫の子と推定するものである（注4）。

これによって、婚姻の成立の日から200日以内に生まれた子について、嫡出推定が及ぶことになり、その地位を争うためには嫡出否認の訴えによるべきこととなる。否認権の行使期間経過後は何人も父子関係を争うことがで

きなくなるため、父子関係が安定し、子の利益の保護につながると考えられる。

また、このような見直しが妥当である理由として、社会の変化により妊娠を契機として婚姻に至るカップルが増加している現状に鑑みれば(注5)、婚姻の成立の日から200日以内に生まれた子は夫の子である蓋然性が高いと考えられること、女性の妊娠が明らかになったことを契機に婚姻を決意するカップルは、通常、夫婦でその子を養育する意思を有していると考えられることから、母の夫を子の父と推定することにより子に安定した養育環境を与えることができる点でも有益であること等が挙げられる。

(4) 検討すべき課題

ア このような見直しをする場合に検討すべき課題として、現行法上、婚姻の成立の日から200日以内に生まれた子について、母とその夫は、嫡出子の出生届を提出するか、嫡出でない子の出生届を提出するかを選択することができ、例えば、男性は、自分以外の男性の子を懐胎している女性と婚姻することは望む一方で、その子を自らの実子とすることは希望しないという場合に、後者の出生届を提出するよう母に求めることも考えられる。しかしながら、この見直しをした場合には、常に嫡出子の出生届を提出しなければならないこととなる。この点については、婚姻の成立の日から200日以内に生まれた子について、推定が及ぶとすることで早期に父子関係の安定を図りつつ、推定される父子関係と生物学上の父子関係とが一致しない場合であって、夫がその父子関係を維持することを望まないときは、嫡出否認の訴え等により、父子関係を否定することによって解決することができることも考えられる。

イ また、現行法は、懐胎時期を基礎として法律上の父子関係を推定することとしているが、このような見直しをする場合には、婚姻中に出生した子は、婚姻中に懐胎したものでない場合であっても、夫の子と推定されることになるため、現行法が、妻が婚姻中に懐胎した子を夫の子と推定すると規律している点を見直すこととなる点にも留意する必要があると考えられる。

(5) 以上を踏まえ、上記1①の見直しの方向性について、どのように考えるか。

(注1) 大判昭和15年1月23日大審院民事判例集19巻1号54頁。なお、最判昭和41年2月15日民集20巻2号202頁は、上記大判昭和15年を引用しつつ、民法772条2項にいう「婚姻成立の日」とは、婚姻の届出の日を指称すると解するのが相当であるとした上で、婚姻届出の日から200日以内に生まれた子について、同条の嫡出子としての推定を受ける者ではなく、たとえ、子の出生の日が、父母の同棲開始の時から200日以後であっても、同条の類推適用はない旨判示している。

(注2) 昭和15年4月8日付け民事甲第432号民事局長通牒は、婚姻の成立の日から200日以内に生まれ、嫡出子として出生届が提出された子について、内縁関係が先

行しているか否かにかかわらず、前掲大判昭和15年1月23日の趣旨により取り扱うこととするとしている。

(注3) 昭和26年6月27日付け民事甲第1332号民事局長回答は、「婚姻成立後200日以内に出生した子につき母から嫡出でない子として出生届をすることは差しつかえない。」としている。

(注4) 外国法制をみると、韓国及び台湾は、我が国と同様、婚姻の成立の日から一定期間後に生まれた子は夫の子と推定するとの規定を置いている。他方、ドイツ、フランス、イギリス、アメリカ(2017年統一親子関係法による。以下同じ。)では、母が婚姻前に懐胎し婚姻中に出生した子を母の夫の子と推定しており、婚姻の成立の日から一定期間経過後の出生であるかどうかによって、子の地位に差異を設けていない。

(以上、第3回会議・参考資料1参照)

(注5) 平成13年度及び同22年度厚生労働省人口動態統計特殊報告「出生に関する統計」によれば、結婚期間が妊娠期間よりも短い出生の子(ただし、妊娠週数の考え方から発生する妊娠期間のずれと、婚姻の届出や同居の開始がハネムーン後になることもあることを考慮し、「結婚週数<妊娠週数-3週」で出生した子として集計。)が、嫡出第一子に占める割合は、1980年には12.6%であったのが、2000年には26.3%に増加し、2009年には25.3%となっている。

3 母の婚姻の解消又は取消しの日の後に出生した子に関する規律(上記1②)

(1) 現行法の規律

現行法は、母の婚姻の解消又は取消しの日から300日以内に生まれた子について、民法第772条第2項により、母の婚姻中に懐胎したものと推定され、同条第1項により、母の前夫の子と推定することとしている。

なお、戸籍実務では、婚姻の解消又は取消しの日から300日以内に生まれた子であっても、婚姻中に懐胎したものでないことを証明することによって前夫の子であるとの上記推定を覆すことができ、かかる証明は、必ずしも嫡出否認の訴えによってすることを要しないとされており、婚姻中に懐胎したものでないことを医師の作成した証明書により確認することができる場合には、嫡出でない子又は再婚した夫の嫡出子の出生届を受理することとされている(注1)。

(2) 見直しの必要性

母の婚姻の解消又は取消しの日から300日以内に生まれた子が、前夫の子と推定されることについては、既に見たとおり、無戸籍者問題の一因となっているとの指摘がある(注2)。このような指摘を踏まえると、婚姻の解消及び取消しの日の後に生まれた子について、前夫の子と推定するとの現行法の規律を見直すことが、無戸籍者問題を将来にわたって解消するために有益であるとも考えられる。

他方で、嫡出推定制度は無戸籍者問題との関係でのみ問題となるものではなく、現行法では、母の婚姻の解消又は取消しの日から300日以内に生ま

れた子は、嫡出推定制度により前夫の子と推定されることによって、早期に父子関係を確定し、安定した地位を得ることができるにもかかわらず、見直しによって、一律に前夫の子と推定されないこととすると、推定される父が存在しない事態が生じ得ることとなる。そのような子の不利益を考慮すると、子に推定される父が確保される場合に限り、例外的に前夫の子と推定しないことが子の利益を図る観点から有益であるとも考えられる。

(3) 上記1②の基本的な考え方

上記1②は、このような観点から、婚姻の解消又は取消しの日から300日以内に生まれた子について、母の前夫の子と推定するとの現行法の規律を原則としつつ、例外的に、婚姻の解消の日から300日以内に生まれた子で、子の出生時に母が前夫以外の男性と再婚していた場合には、前夫の子であると推定しないとの見直しをするものである(注3)。これにより、無戸籍者が生ずるとされている場面のうち、子の出生時に母が前夫と離婚し、前夫以外の男性と再婚していた場合について、母は、前夫の嫡出子とする出生届を提出する必要がなくなるため、嫡出推定制度が原因となって無戸籍者を生ずることはなくなるものと考えられる。また、上記1①の見直しも併せて行う場合には、子は再婚した男性の子と推定されることになる。

(4) 検討すべき課題

ア このような見直しが合理的なものであるというためには、婚姻の解消及び取消しの日より後に生まれた子について、300日以内に生まれた子は前夫の子と推定するとしている現行法の規律に関し、まず、生まれた子と推定される父(前夫)との間に血縁上の父子関係がある蓋然性が高くないといえるかどうか、また、母と前夫との婚姻関係が解消したにもかかわらず、なお前夫を子の父と推定し、母と共に養育の主体とすることが不相当か否かという観点から(注4)検討する必要があると考えられる。

イ また、このような見直しをする場合には、離婚の場合だけでなく、夫の死亡による婚姻の解消の場合や、婚姻の取消しの場合も同様とすべきかどうかについて更に検討する必要があると思われる。すなわち、離婚の場合には、離婚前の一定期間は夫婦関係の実態がなく、子が前夫の子である蓋然性がないと考えた場合であっても、夫の死亡の場合には必ずしも夫婦関係の実態が失われているとは言えないのではないかと、婚姻の取消しの場合も、婚姻の取消しは様々な原因によって行われること等からすると(注5)、一律に夫婦関係の実態が失われているとは言えないのではないかと問題となると考えられる。そこで、その旨を本文の注1で注記している。

ウ さらに、子の出生時に母が再婚している場合にのみ例外を設けるのでは、無戸籍者が生ずるとされている場面の一部しか救済されないとの指摘も予想される。そのような観点からは、子の出生時に母が再婚しているか否かにかかわらず、婚姻の解消又は取消しの日の後に生まれた子は前夫の子と推定しないこととするとも考えられ、その旨を本文の注2で注記してい

る。他方で、現行法では、婚姻の解消又は取消しの日の後に生まれた子は、嫡出推定制度により前夫の子と推定されることによって、早期に父子関係を確定し、安定した地位を得ることができたにもかかわらず、見直しによって、一律に前夫の推定されないこととすると、法律上の父が定まっていたにもかかわらず、推定される父が存在しないことになり、子の利益を害することになるとも考えられる。

(5) 以上を踏まえ、上記1②の見直しの方向性について、どのように考えるか。

(注1) 前出平成19年5月7日付け法務省民一第1007号民事局長通達。法務省における調査によると、平成30年度までに、この方法により嫡出でない子の出生届又は再婚後の夫の嫡出子出生届が受理された子は、3499名になる。なお、上記第1の1注1の調査では、令和元年9月10日までに戸籍に記載された1727名のうち、この方法で戸籍記載に至った者は、9名(約1%)である。

(注2) 上記第1の1注1の調査では、令和元年9月10日現在の無戸籍者821名のうち、母の離婚後300日以内に生まれたものは464名(約57%)である。なお、婚姻中に生まれた子は207名(約25%)である。

(注3) 外国法制をみると、フランス、アメリカ、イギリス、韓国及び台湾では、我が国同様、婚姻の解消等の後一定期間内に出生した子は前夫の子と推定するとの規定を置いている。ドイツは、離婚による婚姻の解消の場合は前夫の子と推定されず、夫の死亡による婚姻の解消の場合に限り、解消後300日以内に出生した子を夫の子と推定するとの規定を置いている。(以上、第3回会議・参考資料1参照)

(注4) 法律上の父であることの主要な効果として、①一定の場合に子の親権者となること(民法第818条第1項、第3項、第819条)、②養育費の支払義務を負うこと(その根拠については、見解が分かれている。)、③互いの相続人となり得ること(民法第887条第1項、第889条第1項1号)等が挙げられる。なお、婚姻の解消後に生まれた子は、母が親権者となるが、子の出生後に父母の協議で、父を親権者と定めること等もできる(民法第819条第3項、第5項)。

(注5) 婚姻の取消しの原因については、民法第731条(婚姻適齢)、第732条(重婚の禁止)、第733条(再婚禁止期間)、第734条(近親者間の婚姻の禁止)、第735条(直系姻族間の婚姻の禁止)又は第736条(養親子等の際の婚姻の禁止)の各規定に違反したこと(民法第744条)及び詐欺又は強迫によって婚姻をしたこと(民法第747条)が挙げられる。また、取消しの訴えは、婚姻の当事者のみならず、その親族や検察官、(民法第732条又は第733条の規定に違反した場合には、)当事者の配偶者又は前配偶者も提起することができる(民法第744条)。

4 派生・関連する論点

(1) 女性の再婚禁止期間の定め(民法第733条)について

ア 民法の女性の再婚禁止期間は、従前、「女は、前婚の解消又は取消しの日から6か月を経過した後でなければ、再婚をすることはできない。」と

規定されていたが、最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁において、同規定が100日を超えて再婚禁止期間を設ける部分が憲法に違反すると判断された（注1）ことを受けて、平成28年の民法の一部改正法により、現行の「女は、前婚の解消又は取消しの日から起算して100日を経過した後でなければ、再婚をすることができない。」との規定に改正されたものである。

再婚禁止期間の定めは、嫡出推定制度と密接な関係を有し、女性の再婚後に生まれた子について、前夫の嫡出推定と再婚後の夫の嫡出推定との重複を回避することを目的とするものであると考えられ、現行法の、婚姻の解消又は取消しの日から300日以内に生まれた子は前夫の子と推定し、再婚の日から200日経過後に生まれた子は再婚後の夫の子と推定するとの規律を前提とすると、その推定の重複を避けるために100日の再婚禁止期間が必要になる（注2）。

イ 上記1①、②の見直しをした場合には、離婚後に生まれた子について、母の再婚前に生まれた子は前夫の子と推定され、母の再婚後に生まれた子は再婚後の夫の子と推定されることになるため、嫡出推定の重複は生じないこととなるから、再婚禁止期間の定めを設ける必要性が失われるものと考えられる。他方で、夫の死亡による婚姻の解消の場合や婚姻の取消しの場合について、嫡出推定の例外を設けないこととした場合には、なお嫡出推定の重複が生ずることとなるため、再婚禁止期間の定めを設ける必要性はなお残ると考えられる。

以上の点を踏まえ、女性の再婚禁止期間の定めを削除等することについて、どのように考えるか。

(2) 例外的に再婚後の夫の子と推定される子の嫡出否認に係る規律について

上記1①、②の見直しをした場合に、離婚後300日以内に生まれた子で、出生時に母が前夫以外の男性と再婚していたものについては、再婚後の夫の子と推定されることとなるが、この推定が生物学上の父子関係と一致しないときに、どのような方法で父子関係を争うことができるかについて更に検討する必要があると考えられる。具体的には、嫡出否認の手続によることが考えられるが、誰を否認権者とすべきか、嫡出否認により再婚後の夫の子であるとの推定が否定された場合に、前夫の子との推定は復活しないこととするか否かなどが問題になると考えられる。これらについて、どのように考えるか。

(3) その他検討すべき事項について

以上のほかに、民法第772条の規律の見直しに関連して検討すべき論点として、どのようなものが考えられるか。

（注1）上記最大判は、平成28年の改正前の民法第733条第1項の規定が、再婚後に前夫の子が生まれる可能性をできるだけ少なくして家庭の不和を回避するという観点

や、再婚後に生まれる子の父子関係が争われる事態を減らすことによって血統に混乱が生ずることを避けるという観点から、嫡出推定の重複する100日に限定せず、一定の期間の幅を設けていたことについて、旧民法起草当時や現行民法が戦前の規定を引き継いで制定された当時の医療や科学技術の程度等の諸事情に照らせば、不合理であったとはいえないとしたが、医療・科学技術が発達した今日においては、上記各観点から、平成28年の改正前の民法第733条第1項の規定が、「厳密に父性の重複することを回避するための期間を超えて婚姻を禁止する期間を設けることを正当化することは困難」になったとして、同規定のうち「100日超過部分は合理性を欠いた過剰な制約を課すものとなっている」と判断した。

(注2) 上記最大判は、平成28年改正前の民法第733条第1項の規定について、「以上のような立法の経緯及び嫡出親子関係等に関する民法の規定中における本件規定(引用者注：民法第733条第1項の規定をいう。)の位置付けからすると、本件規定の立法目的は、女性の再婚後に生まれた子につき父性の推定の重複を回避し、もって父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことにあると解するのが相当であり(略)、父子関係が早期に明確となることの重要性に鑑みると、このような立法目的には合理性を認めることができる。」とし、「夫婦間の子が嫡出子となることは婚姻による重要な効果であるところ、嫡出子について出産の時期を起点とする明確で画一的な基準から父性を推定し、父子関係を早期に定めて子の身分関係の法的安定を図る仕組みが設けられた(引用者注：嫡出推定制度の)趣旨に鑑みれば、父性の推定の重複を避けるため(略)100日について一律に女性の再婚を制約することは、(略)上記立法目的との関連において合理性を有する」と判断した。

また、「仮に父性の推定が重複しても、父を定めることを目的とする訴え(民法773条)の適用範囲を広げることにより、子の父を確定することは容易にできるから、必ずしも女性に対する再婚の禁止によって父性の推定の重複を回避する必要性はないという指摘」に対しては、「父性の推定が重複する期間内に生まれた子は、一定の裁判手続等を経るまで法律上の父が未定の子として取り扱わざるを得ず、その手続を経なければ法律上の父を確定できない状態に置かれることになる。生まれてくる子にとって、法律上の父を確定できない状態が一定期間継続することにより種々の影響が生じ得ることを考慮すれば、子の利益の観点から、上記のような法律上の父を確定するための裁判手続等を経るまでもなく、そもそも父性の推定が重複することを回避するための制度を維持することに合理性が認められるというべきである」とした。

第3 嫡出否認制度の見直し(1) —否認権者に関する規律の見直し—

1 考えられる見直しの在り方

民法第774条を次のように見直すことについて、どのように考えるか。

- (1) 子を否認権者とし、親権者である母又は未成年後見人による代理行使を許容する(注1)。
- (2) 母を否認権者とするについては、父子関係の当事者ではない母を否認権者とするをどのように正当化するかにも留意しつつ、引き続き検討す

る（注2）。

（注1）子の否認権が行使される場合には、母の夫（法律上の父）のみを相手方とするほか、代理行使の在り方については引き続き検討することを想定している。

（注2）このほか、生物学上の父を否認権者とするという考え方もある。

2 子に否認権を拡大する方策（上記1(1)）

(1) 現行法の規律

現行法は、民法第774条で、民法第772条の嫡出推定が及ぶ子については、母の夫のみがその父子関係を否認することができることとしている。民法が、否認権者を母の夫に限定し、その出訴期間についても、民法第777条により、否認権者が子の出生を知った時から1年以内と厳格な制限を置いている理由は、民法第772条で推定される父子関係を早期に確定し、子の地位を安定させ、家庭の平穏を守るためであると考えられる。また、夫が否認権者とされていることについては、夫は、通常、妻が懐胎した子との生物学上の父子関係について判断すべき立場にあること、また、その夫が嫡出否認の訴えを提起することなく提訴期間を経過した場合には、夫による子の養育を期待することができると考えられたことによるものと考えられる。

(2) 見直しの必要性

ア（前）夫の協力を得られない母や夫から家庭内暴力を受けている母などが、その子が戸籍上（前）夫の子と記載されることを避けるために出生届を提出しないことがあり、このことが無戸籍者問題の原因となっているとの指摘がされていることからすると、生まれた子について、出生届の提出がされることを確保し、無戸籍者が発生することを防止する観点からは、母による出生届の提出を確保することが重要であり、そのためには、（前）夫以外の者の子を出産した女性が、自らのイニシアティブで父子関係を否定する方法を認めることが有益であると考えられる。そして、戸籍がないことによる不利益を防止する観点からは、子の出生直後、少なくとも子が社会生活を開始し、具体的不利益を被ることとなる前までに、民法第772条により嫡出推定が及ぶ父子関係を否定することが重要である（注1）。これを実現するための方策として、子に否認権を認めた上で、子は自ら否認権を行使することができないため、親権者（通常は、子の母になると思われる。）によって子の否認権を代理行使することを認めることが考えられる。

イ また、嫡出否認の訴えの出訴権者が父に限られていることに対しては、推定される父と生物学上の父が一致しない場合に生じ得る問題は多様であるにもかかわらず、父の意思のみによって否認することができるとするだけでは、適切な解決を図ることができない場合があるとの指摘がある（注2）。このような観点からも、子の否認権を認めることが有益であると考え

られる（注3）。

(3) 見直しの基本的な考え方

上記1(1)は、民法第772条の嫡出推定が及ぶ子について、子にも否認権を認めた上で、子の否認権は親権者によって代理行使することができるとするものである（注4）。

子に否認権を認める根拠については、子が法律上の父子関係の一方当事者であり、それを否定することができる地位を認めるべきであることを挙げるることができる。

また、子の親権者は、多くの場合、母及びその夫となると考えられるが（民法第818条第3項。ただし、子の出生前に父母が離婚した場合には、第819条第3項本文により原則として母が親権者となる。）、夫は訴えの相手方となるため、否認権を代理行使することはできず、主として、母が子の否認権を代理行使することを想定している。この方策によった場合には、母のイニシアティブで否認権を行使することが可能となり、無戸籍者が生ずることを防止するため、有益であると考えられる。

なお、否認権の行使は、現行法のとおり、訴えの方法によることとし、被告は父子関係の相手方当事者である父（母の夫）とすることが考えられる。

(4) 検討すべき課題

このように、親権者である母に否認権の代理行使を認めることについては、母の意思で父子関係を否認することが、母と子との間の利益相反行為に当たり許容されないのではないかが問題となり得る。この点については、母は、事実上子の父が誰であるかについて利害関係を有するとしても、父子関係の当事者ではないため、子と夫の父子関係を否定することについて、身分関係上利益相反が生ずることはないとも考えることができる。

(注1) なお、このような観点は、否認権の行使期間の検討にも関わり得るものであるが、否認権の行使期間については、次回配布予定の部会資料において検討することを予定している。

(注2) この点に関し、前掲最判平成26年7月17日民集68巻6号547頁は、母の婚姻中に懐胎し、生まれた子について、親権者である母を法定代理人として子から夫に対して親子関係不存在確認の訴えが提起されたものである。一審及び原審は、DNA検査により夫と子との間に生物学上の父子関係が認められないことが明らかであることや、既に夫婦が離婚し、母は子とともに生物学上の父と同居していることなどの事情を考慮すれば嫡出推定が排除されると解するのが相当であるとして、親子関係不存在確認の訴えの適法性を肯定した。これに対し、法廷意見は、原審が指摘する事情があるとしても子の身分関係の安定を図る必要性は失われなかった上で、いわゆる外観説を採用する従来立場を維持して、懐胎時に夫婦関係の実態が失われておらず推定の及ばない子に該当する事情も認められないから、親子関係不存在確認によることは不適法であると判断した。法廷意見は、嫡出推定制度によってもたらされる子

の身分関係の法的安定を重視したものであるが、裁判官5名のうち2名が、血縁関係を法律上の父子関係に反映させたいという子の利益や、生物学上の父との新しい家庭が形成されていることを重視すべきといったの観点から反対意見を述べるなど、この問題の解決の難しさを示しているとの指摘がある。

(注3) なお、子自身が自らの判断で行使を可能とするため、その行使期間を定めることも考えられるが、この点については、子に認められた否認権について、その行使期間をどのように考えるかという問題と関わるため、次回配布予定の部会資料において検討することを予定している。

(注4) 外国法制をみると、法律上の父、母については、ドイツ、フランス、アメリカ、台湾、韓国の各国で認められている。③子については、ドイツ、フランス、アメリカ、台湾で認められているが、韓国は子に否認権を認めていない。さらに、④生物学上の父については、ドイツ、フランス、アメリカで認められている。(以上、第3回会議・参考資料1参照)

3 母に否認権を拡大することについて

(1) 基本的な考え方

上記1(2)は、母に否認権を認めることについては、同(1)により親権者である母に子の否認権の代理行使を許容することとした場合には、母に否認権を認める意義に乏しく、父子関係の当事者でない母に否認権を認める根拠も含めて引き続き検討することとするものである。

(2) 検討すべき課題

ア 母に否認権を認める根拠については、一般的に、母は、子が夫との間に生物学上の父子関係を有するか否かについて夫よりも正確に判断することができるのではないかと、また、母に共に子を養育する主体として望ましいと考える者を選択する機会を与えることが、子の利益につながるのではないかとという指摘が考えられる。他方で、子に否認権を認め、その代理行使を親権者たる母に認めることとした場合に、なお母に独自の否認権を認める必要性があるかどうかの問題となると考えられる。

イ この点については、母が子の父子関係について固有の利益を有するという観点からの基礎付けと、親権の有無にかかわらず、母が子の利益を代弁する者として最も適切であるという観点からの基礎付けが考えられる。

前者については、父子関係と母子関係がそれぞれ成立していると考えerのではなく、婚姻している夫婦によって子を養育するという考え方によれば、夫だけでなく妻にも、父子関係の否認について固有の利益を認めることができるとの指摘もある。このような指摘に対しては、母は、子の利益に反するときであっても、否認権の行使を妨げられないことになるが、そのような帰結は相当でないとの意見が考えられる。

後者については、母は、親権の有無にかかわらず、父子関係について子の利益を代弁するものとして、最も適切であるから、否認権を認めるべき

であるとの指摘もある。このような指摘に対しては、父子関係の当事者ではない母に、なぜ父子関係を否定する固有の権利があるといえるのか疑問であるとの意見や、親権者でない母について、父子関係について子の利益を考慮した否認権の行使を期待することができるかどうか疑問であるとの意見が考えられる。

(3) 以上を踏まえ、母に否認権を拡大することについて、どのように考えるか。

4 生物学上の父に否認権を拡大することについて

生物学上の父に否認権を拡大することについては、現行法上、生物学上の父は、その子に他の男性の嫡出推定が及んでいるときは、嫡出否認がされなければ子を認知することができず、その法律上の父となることができないため、否認権者として認める必要があるとの指摘がある。

他方で、生物学上の父が否認権を行使しなければ法律上の父となることができない場合とは、夫や子の母が否認権を行使する意思がない場合が多いと考えられるが、生物学上の父による否認権の行使を認めると、当該夫婦の家庭の平穏を害し、子の利益に反するおそれ大きいとの指摘がある。また、生物学上の父であることは、否認訴訟の本案において判断されるべき事項であり、否認権者を限定する意味を持たないため、濫用的に訴えが提起されるおそれがあるとの指摘もある。

以上を踏まえ、生物学上の父に否認権を拡大することについて、どのように考えるか。