

嫡出推定制度の見直し 1（二読）

第 1 嫡出の推定（民法第 772 条関係）の見直し

民法第 772 条の規律を、次のように改めることについて、どのように考えるか。

- ① 妻が婚姻中に懐胎し又は出産した子は、夫の子と推定する。
- 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、婚姻中に懐胎したものと推定する。
- ③ 離婚〔若しくは夫の死別〕による婚姻の解消〔又は婚姻の取消し〕の日から 300 日以内に生まれた子であって、母が前夫以外の男性と再婚をした後に出産したものは、①及び②の規律にかかわらず、再婚後の夫の子と推定する（注）。
（注）子の出生時に母が前夫以外の男性と再婚していないときにも、前夫の子と推定しないことについては、その子と前夫との間に生物学上の父子関係がある蓋然性の有無や、離婚後に生まれた子に当然には法律上の父が確保されないことになること等に留意しつつ、引き続き検討する。

（補足説明）

1 はじめに

民法第 772 条の嫡出推定規定の見直しに関して、部会資料 3 では、規律の実質的な見直し部分を明らかにする趣旨で、㊦婚姻の成立の日から 200 日以内に生まれた子に関する規律と㊧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関する規律について、それぞれ考えられる見直し案を提示していたところ、第 3 回会議において、委員等から、㊦の規律に関して、婚姻の成立の日の前に懐胎し婚姻の成立の日の後に出生した子を夫の子と推定するとの見直しをする場合には、民法第 772 条第 1 項の規律についても見直しが必要となることから、同条全体の在り方も意識して検討する必要があるとの指摘があったところである。

そこで、本部会資料では、部会資料 3 で提示していた㊦・㊧に関する規律の実質を維持しつつ、本文①は、民法第 772 条第 1 項に対応する規律として、母が婚姻中に懐胎し又は出産した子に関する規律を、本文②は、同条第 2 項に対応する規律として、子の出生時期から懐胎時期を推定する規律を、本文③は、本文①、②の規律の例外として、婚姻の解消後 300 日以内に生まれた子であって母が前夫以外の男性と再婚した後に出産したのものに関する規律を設ける形で、提案をしている。なお、上記㊦の規律については後記 2(3)において、上記㊧の規律については後記 4 において、それぞれ更なる検討を加えることとしている。

2 妻が婚姻中に懐胎し又は出産した子に関する規律（本文①）

(1) 妻が婚姻中に「懐胎」した子を夫の子と推定することについて

民法第772条第1項は「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する」と規定している。同項の推定の根拠に関しては様々な理解があるが、基本的には、婚姻中の夫婦は同居義務及び貞操義務を負っていることから、妻が婚姻中に懐胎した子は夫の生物学上の子である蓋然性が高く、また、事後的に否認されない限り、夫婦の子として養育することが相当であることを根拠とするものと考えられ、現代においても合理性を持つものと考えられる。嫡出推定規定の見直しについて議論がされた第3回会議でも、一定の場合に推定の例外を設けることの要否について議論されたほかは（後記4等参照）、この規律の見直しの必要性を指摘する意見はなかった。

そこで、本文①では、この規律を維持することとしている。

(2) 妻が婚姻中に「出産」した子を夫の子と推定することについて

ア 民法第772条第2項は、子を出産した時期を基準に、「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、婚姻中に懐胎したものと推定する」としているが、本文①は、このうち、婚姻の成立の日から200日以内に生まれた子に関する規律を見直し、婚姻の成立後に生まれた子は、一律に、夫の子と推定することを提案している（⇒(3)）。

また、現行の民法第772条は、妻が婚姻中に子を出産した事実について、子の懐胎時期を推定する前提事実として位置付けているが、本文①は、妻が婚姻中に子を出産した事実から直接、夫と子との間の父子関係を推定することを提案することとしている（⇒イ）。

イ 妻が婚姻中に出産した子を夫の子と推定するとの見直しを行うことについては、①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、妻が婚姻前に懐胎し、かつ、婚姻中に出産した子は、夫の生物学上の子である蓋然性が高いと考えられること、また、②婚姻した夫婦は、通常、その子を養育する意思を有しており、夫の子と推定することで、子に安定的な養育環境を与えることができることから、合理性を有すると考えられる。

さらに、③部会資料3の6ページ以下に記載したとおり、現行法の下でも、判例では、婚姻の成立の日から200日以内に生まれた子について、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る。戸籍実務でも、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。しかしながら、このような取扱いに対しては、婚姻の成立の日から200日以内に生まれた子は、嫡出子として推定されないため、いつまでも父子関係不存在確認の訴えにより父子関係が争われ得ることから、子の身分関係が不安定になっている

との指摘がある。そこで、子の身分関係を安定させるため、これらの子についても、夫の子との推定が及ぶこととすることが相当であると考えられ、第3回会議においても、これに賛同する指摘があった。

他方、第3回会議では、子を夫婦の子として引き受ける意思が、全ての夫婦にあるわけではなく、生物学上の父子関係がないことを知りながら、母と婚姻することもあるとの指摘があった。しかしながら、嫡出推定制度は、婚姻と出生時期という明確な基準によって父子関係を早期に確定することを目的とし、その推定が生物学上の父子関係と一致しない場合には、嫡出否認の訴え等によって推定される父子関係を否認することを予定している。そのため、婚姻の成立の日の後に生まれた子を夫の子と推定することによって得られる利益が、推定しないことによって得られる利益よりも、総体として大きいときは、規律の見直しが正当化されるとも考えられる。

このほか、第3回会議では、懐胎を基準に法律上の父子関係を推定する規律（懐胎主義）を維持しつつ、出産を基準に法律上の父子関係を推定する規律（出生主義）を併存させることによって、生じる問題があるのではないかと指摘もあったところであるが、どのように考えるか。

(3) 妻が婚姻成立前に懐胎し、婚姻成立後に出産した子の地位について

ア 本文①は、現行法の下では、妻が婚姻前に懐胎し、婚姻成立の日から200日以内に出産した子は夫の子と推定されないこととされている点を見直し、妻が婚姻前に懐胎した子であっても、夫の子と推定することを提案するものである。この関係で、民法第772条第2項のうち、婚姻成立の日から200日経過後に生まれた子は婚姻中に懐胎したものと推定するとの規律は、必要性がなくなることから、削除することとしている（本文②参照）。

イ これに対して、第3回会議では、現在、戸籍実務では、妻が婚姻成立の日の後200日以内に生まれた子について、民法、戸籍法の原則どおり、母は嫡出でない子としての出生届の提出をすることができるとされている一方で、母又は夫は、夫の子とする嫡出子としての出生届の提出をすることもできるとされていることを前提に、上記のような見直しをした場合であっても、嫡出でない子としての出生届の提出も認めるべきとの指摘があった。また、母等が、夫の子である場合には嫡出子としての出生届を提出し、また、夫の子でない場合には嫡出でない子としての出生届を提出することを可能としつつ、嫡出子としての出生届の提出がされたときは、嫡出推定が及ぶこととし、子は嫡出否認の訴えによらなければ、父子関係を否定されないとするとも考えられるとの指摘もあった。

しかしながら、嫡出推定規定を見直し、婚姻成立の日の後に生まれた子を夫の子と推定することとしたにもかかわらず、嫡出でない子の出生届の提出を認めるとすると、出生届の記載によって嫡出推定を排除することのできるようになるが、この考え方は婚姻成立の日から200日以内に生まれた子のみならず、

嫡出推定が及ぶ期間に生まれた子一般に影響を与える可能性があるため、慎重に検討する必要があるとも考えられる。また、戸籍法上、嫡出でない子の出生届は母が提出することができることとされているが（戸籍法第52条第2項）、母のみに嫡出推定を排除するか否かの選択権を与えることについても、夫の地位との関係で慎重な検討が必要であるとも考えられる。

また、このような選択肢を認める必要性に関して、第3回会議では、子に嫡出推定が及ぶことを避けたいと考えるカップルは、子の出生後に婚姻をすればよく、あえて婚姻後に生まれた子について嫡出でない子の出生届の提出を認める必要はないのではないかと指摘もあったところである。このような指摘に対しては、必ずしも子の父となることを意図して婚姻をするとは限らないとの指摘もあったところであるが、意図せず婚姻をしたことによって、生まれた子が夫の生物学上の子でない場合には、嫡出否認の訴えにより法律上の父子関係を否認することができるとも考えられる。

そこで、母が婚姻成立前に懐胎し、婚姻成立の日の後に生まれた子について、特段の例外を設けないこととし、夫の子と推定することとしているが、どのように考えるか。

(4) 「推定」の意義について

民法第772条第1項の「推定」については、現行法上、妻が婚姻中に子を懐胎した事実から父子関係を推定するものであるが、その推定は、否認権者が嫡出否認の訴えを提起することによって覆す必要があるとされており、かつ、その提訴権者及び期間が厳格に定められていることから、単なる法律上の推定にとどまらず、夫を法律上の父とする規律として機能しているとの指摘がある。第3回会議では、そのような認識を踏まえて、法律上の父とする規律であることを明示すべきであるとの指摘があった。

しかしながら、現行法は、妻が婚姻中に子を懐胎した事実から父子関係を推定し、その推定を覆すための手段を否認訴訟によらなければならないとの制限を加えたものにすぎず、上記指摘のような一定の見方を前提として法制上の用語を見直す必要性はないとも考えられる。また、提訴権者及び否認期間についてこれを緩和する方向で見直すこととした場合には、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ときに、一定程度嫡出否認の訴えが提起されることも増加することが考えられ、指摘のような制度の理解が今後も妥当するか否か明らかでない。さらに、このような見直しをした場合には、判例で認められている「推定の及ばない子」の法理にも影響を与えることになると考えられる。父子関係不存在確認の手續や強制認知の手續が、無戸籍者問題を解消する観点から有効な手段となっているとの指摘が多かったことからすると、これを見直すことについては、慎重な検討が必要であるとも考えられる。

そこで、民法第772条第1項の「推定」については、現行法の規律を維持することとしているが、どのように考えるか。

3 母の婚姻の解消又は取消しの日の後に出生した子の懐胎時期の推定に関する規律（本文②）

- (1) 現行法は、婚姻中に懐胎した子は夫の子と推定するとの規律を前提に、婚姻の解消又は取消しの日の後に生まれた子について、その日から300日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定することとしているが、本文①及び②は、原則として、これを維持することを提案している。
- (2) これに対し、第3回会議において、一般的に、離婚後に生まれた子は前夫の生物学上の子である蓋然性が低いことから、母の再婚の有無にかかわらず、離婚による婚姻解消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べきとの指摘があった。

確かに、離婚に至る夫婦は、離婚直前の時期には夫婦関係が破綻し、別居をするなどして夫婦の性関係も存在していないことが多いとも考えられる。しかしながら、第3回会議では、一定期間別居したことが夫婦の離婚の要件とされているドイツなどと異なり、協議離婚を認める我が国の法制の下では、必ずしも、離婚の直前の時期に夫婦の性関係が失われているということとはできず、離婚後に生まれた子が、一般的に前夫の生物学上の子である可能性が低いとはいえないとの指摘があった。また、一般的に、前夫の子と推定しないこととすると、生まれた子は、認知によらなければ法律上の父が確保されないことになるため、総体として、子の利益が害される事態が増加するとも考えられる。

そこで、本文②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は、原則として、婚姻中に懐胎したものと推定することとしている（その上で、下記4のとおり、妻が前夫以外の男性と再婚した後に生まれた子について例外を設けることとしている。）。もっとも、上記のような指摘があることや、無戸籍者問題を解消する観点等からは、子の出生時に母が再婚しているか否かにかかわらず、前夫の子と推定しないこととする必要があるとの指摘があり得ること等を踏まえ、本文（注）において、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前夫の子と推定しないこととすることについて、引き続き検討することを付記している。

以上を踏まえ、この点について、どのように考えるか。

4 婚姻の解消又は取消しの日の後、母が前夫以外の男性と再婚し、子を出産した場合の規律（本文③）

- (1) 本文③は、本文①、②の規律の例外として、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、母が前夫以外の男性と再婚をした後に生まれた子は、再婚後の夫の子と推定するとして、本文①、②の原則の例外を定めることを提案している。

なお、部会資料3では、前婚の解消原因が離婚の場合に限り、このような例外

を設けるとの案を提示し、前婚の解消原因が夫の死別による場合や婚姻の取消しの場合については、引き続き検討することとしていたが、本部会資料では、第3回会議の議論を踏まえ、これらの場合についても、離婚の場合と同様の規律を置くこと等を提案している。

(2) 前婚の解消原因が離婚である場合の規律

ア 第3回会議では、夫婦の離婚後に生まれた子が、一般的に前夫の生物学上の子である蓋然性が低いとはいえないものの、少なくとも、母が子の出生時に前夫以外の男性と再婚していたときは、前夫の生物学上の子である蓋然性よりは、むしろ再婚後の夫の生物学上の子である蓋然性の方が高いとの指摘があったほか、母が再婚をしたときは、再婚後の夫婦が自らの子として子を養育する意思があり、再婚後の夫婦の子と推定することが相当であるとの指摘や、生物学上の父子関係の蓋然性の高低にかかわらず、婚姻による子の引受けの意思を考慮してよいとの指摘もあった。

そこで、本文③では、部会資料3に引き続き、前婚の解消原因が離婚の場合には、本文①、②の規律にかかわらず、前夫の子ではなく、再婚後の夫の子と推定することを提案している（注1）。

イ なお、第3回会議では、本文③の規律に関して、母が再婚後の夫と離婚していたケースにおいても再婚後の夫の子と推定するのか、それとも前夫の子及び再婚後の夫の子と推定され、父を定めることを目的とする訴え（注2）によることになるのかについて検討すべきではないかとの指摘があった（注3）。

この点については、(1) 本文③の規律の根拠である「母が子の出生時に前夫以外の男性と再婚していたときは、前夫の生物学上の子である蓋然性よりは、むしろ再婚後の夫の生物学上の子である蓋然性の方が高い」という点は、再婚の離婚という再婚後の事情によってその評価が変わるわけではないほか、子の父を確保する観点や規律としての簡明さの観点を考慮して、再婚後の夫の子と推定することが相当であるという意見や、(2) 本文③の規律の根拠について、母が再婚をしたときは、再婚後の夫婦が自らの子として子を養育する意思があるという点を重視した上で、再婚の離婚があった場合には、再婚後の夫婦が自らの子として子を養育する意思があるとはいいい難いほか、上記のようなケースにおいては、前夫の子である蓋然性と再婚後の夫の子である蓋然性に差はないとして、前夫の子及び再婚後の夫の子であるとの推定が及び、父を定めることを目的とする訴えによることが相当であるという意見などが考えられる。

このようなケースが生じる確率は必ずしも高くはないと想定されるが（注4）、以上のような意見を踏まえ、どのように考えるか。

ウ また、現行法は、胎児が（前）夫の子であることを前提に、（前）夫の相続に関して、胎児が既に生まれたものとみなすとの規定を置くほか（民法第886条第1項）、不法行為による損害賠償請求権に関して、胎児が既に生まれたものとみなすとの規定（民法第721条）を置いており、（前）夫が被害者となり、

胎児にも固有の慰謝料請求権（民法第711条）が認められる。（前）夫がいるが、上記アの規律を設けることとした場合には、子の懐胎後出産までの間に母が再婚しているか否かによって、子が前夫の子と推定されるか否かが変化することになるため、離婚の後、前夫が死亡し、その後、出産までの間に母が再婚したようなケースをどのように考えるべきかが問題となるとも考えられる。

この点については、民法第886条第2項が、胎児が死体で生まれたときは、胎児は相続人とならないとしていることを参考に、出産までの間に母が再婚したときは、子は相続人とならないとすることが考えられるが、どのように考えるか。

(3) 婚姻の解消原因が死別である場合の規律

ア 婚姻の解消原因が死別（夫の死亡）である場合に、離婚の場合と同様の規律を設けるか否かについて、第3回会議では、一方で、婚姻の解消原因によって、子の父子関係の確定の方法が異なるのは、子の利益の保護という観点から不適切ではないかとの指摘があったほか、死別の場合に限り、300日以内は亡夫の子と推定することとすると、再婚後の夫の子との推定との重複が、最大で300日間生ずることとなり、女性の再婚禁止期間の在り方にも影響を与えとの指摘があった。これに対して、死別の場合には、離婚の場合に比して、直前まで夫婦の同居及び性関係が継続している可能性が高く、生まれた子が亡夫の子である蓋然性は高いとの指摘があったほか、婚姻の解消の効果について、離婚の場合と死別の場合とでは、生存配偶者の氏及び姻族関係について、後者の方が前者に比べて、婚姻の効果を維持・継続する方向に規律されていることとのバランスを考慮すべきではないかとの指摘もあった。

イ そこで検討すると、婚姻の解消原因が死別である場合は、上記指摘のとおり、生まれた子が亡夫の生物学上の子である蓋然性が低いということとはできず、母が子の出生前に別の男性と再婚している事実があるとしても、その事情は変わらないとも考えられる。もっとも、子の出生時に母が再婚していた場合は、母と再婚後の夫は、再婚後の夫婦の下で、その子を養育する意思を有していると考えられ、再婚家庭で（再婚後の夫の法律上の子として）養育されることが子の利益にも合致するとも考えられる（注5）。

また、上記指摘のとおり、民法は、婚姻によって氏を改めた夫又は妻の氏について、離婚の場合は当然に婚姻前の氏に復することを原則とするのに対し（民法第767条第1項、第771条）、死別の場合は当然には復氏せず、届出によって婚姻前の氏に復することができるとしており（民法第751条第1項、戸籍法第95条）、また、姻族関係について、離婚によって終了するとしているのに対し（民法第728条第1項）、死別の解消の場合は、当然には終了せず、生存配偶者が、届出によって姻族関係を終了させる意思表示したときに終了するとしている（同条第2項、戸籍法第96条）（注6、7）。他方で、これらは、離婚又は夫の死亡の際の、妻の氏及び姻族関係に関する規律であるが、子

と亡父との間の父子関係については、これと異なる考慮をすることも十分に可能であるとも考えられる。

ウ 以上から、本部会資料では、婚姻の解消原因が死別の場合も、離婚の場合と同様に、本文①、②の原則の例外として、本文③の規律を設けることを提案しつつ、死別の場合には、③の規律を設けず、亡夫の子と推定するとの規律を維持することとする案もブラケットを付して併記し、引き続き検討することとしている。

なお、後者の案（婚姻の解消原因が死別であるときは、亡夫の子と推定する案）を採用することとした場合には、上記アの指摘のとおり、死別後、亡夫の子との推定と再婚後の夫の子との推定とが最大で300日間重複することになる。この点については、死別の場合に限るとしても、女性の再婚禁止期間を現在の100日から300日に伸長することは現実的ではないとも考えられ、推定が重複する子については、父未定の子として、父を定めることを目的とする訴え（民法第773条）により裁判上父を定めることとすることが考えられる（注8）。

以上を踏まえ、この点について、どのように考えるか。

(4) 婚姻の取消しの場合の規律

ア 婚姻の取消しの場合に、離婚の場合と同様の規律を設けるか否かについて検討すると、婚姻の取消しの原因は、民法第731条ないし第736条及び第747条に規定されているが（注9）、いずれも婚姻成立時から存在する事由であり、必ずしも、夫婦関係が悪化し破綻に至ったということとはできないとも考えられる。また、取消しの訴えは、婚姻の当事者のみならず、その親族や検察官も提起することができ（民法第744条。第732条及び第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。）、婚姻の当事者以外の者が訴えを提起した場合などは、婚姻が取り消されたからといって夫婦関係が破綻していたということもできないとも考えられる。これらによれば、婚姻の取消し後に生まれた子が前夫の子である蓋然性が低いということとはできないとも考えられる。

しかしながら、婚姻の取消後、母が前夫とは別の男性と再婚した場合には、母及び再婚後の夫は再婚家庭で子を養育する意思を有していると考えられることからすると、離婚後の再婚に関して再婚後の夫の子と推定するとの規律を妥当させる趣旨は、同様に妥当するものと考えられる。また、婚姻の取消しは、家庭裁判所に対する訴えによるとされており（民法第743条、747条）、取消しまでの間に一定の審理期間を要することなどからすると、取消しの日から300日以内に生まれた子が前夫の子である蓋然性は低いということができるとも考えられる。

ウ 以上から、本部会資料では、婚姻の取消しの解消の場合についても、離婚の場合と同様に、本文①、②の原則の例外として、本文③の規律を設けることを

提案しつつ、婚姻の取消しの場合には、③の規律を設けず、前夫の子と推定するとの規律を維持することとする案も、ブラケットを付して併記し、引き続き検討することとしているが、どのように考えるか。

- (注1) なお、再婚後の夫の子との推定が否認された場合に、前夫の子と推定されることとするかどうかについては、嫡出否認の効果に関わるものであるため、【部会資料9】で検討することを予定している。
- (注2) 現行の父を定めることを目的とする訴えは、再婚禁止期間の定め反して婚姻がされた場合に限定されているので、父を定めることを目的とする訴えを用いる場合には、その適用場面を拡大することを前提としている。
- (注3) 本文の規律に即していうと、このようなケースは、本文①でいう「婚姻中に出生した子」には該当しないことから、「婚姻中に懐胎し…た子」の問題であり、前婚及び再婚のいずれについても、本文②の推定が及び得ることになり、本文③の「再婚をした後に出生したもの」について、子が出生した際に、再婚が継続していることが必要か否かという問題であると整理される。
- (注4) 再婚後離婚した後、かつ、前婚の婚姻時から300日以内に子が出生した夫婦に関する統計は見当たらないが、参考までに、平成30年人口動態統計によれば、前婚解消後1年以内に再婚した妻の割合は13.1%（夫は15.1%）、離婚した夫婦のうち、同居期間が1年未満のものは6.3%となっている。
- (注5) ドイツでは、夫の死別により婚姻が解消した場合には、死別の日から300日以内は亡父の父性推定が及ぶが（ドイツ民法第1593条第1文）、子の出生時に母が再婚した場合は、再婚後の夫の父性推定が優先するとの規律を置いている（同条第3文）。なお、ドイツでは、夫婦の離婚後に生まれた子は、再婚の有無にかかわらず前夫の父性推定はされず、子の承認、再婚後の夫の父性推定等によらなければ法律上の父がないこととなるとされている。
- フランスでは、夫の死亡により婚姻が解消した場合について、特に明文で規律していないが、死別の日から180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、亡夫の子と推定される（フランス民法第311条、第312条参照）。また、死別から181日から300日以内に生まれた子は、原則として夫の子と推定されるが（同法第311条1項、第312条）、前夫との死別後の日を懐胎日とし、前夫の推定が及ばないようにすることもできる（同法第311条2項）。なお、子の出生時に母が再婚している場合は、父性推定の重複が生ずる可能性があるが、父性推定は、子の出生証書が父の資格で夫を表示しないときには排除されるので（同法第313条第1文）、出生証書に父として記載された者が子の法律上の父となるとされている。
- (注6) なお、離婚の場合は配偶者の相続権は失われるが、死別の場合は、配偶者は相続人となる（民法第890条）。もっとも、離婚の場合には、配偶者は、相手方に対して財産分与の請求をすることができる（民法第768条）。
- (注7) なお、子の氏及び姻族に関する規律は次のとおりである。

まず、婚姻により氏を改めた母が離婚したときは、母は当然に婚姻前の氏に復するため、子は、母の氏と異なることになり、民法第791条第1項に基づき、家裁の許可により氏を変更することができる。子の出生前に離婚したときも、子は離婚時の父母の氏を称することになるため（民法第790条）、母の氏と同じにするには、同様に氏の変更が必要となる。

他方、婚姻により氏を改めた母が夫と死別したときは、母は当然には復氏しないため、子は母の氏と同じである。母が復氏したときは、母と子の氏は異なることから、民法第791条第1項に基づき、家裁の許可により氏を変更することができる。子の出生前に死別した場合は、母が復氏した後に子が出生したときであっても、民法第790条第1項ただし書に準じて、父死亡の際における父母の氏を称すると解されている（民事局長回答）。

また、母の姻族は、子の血族なので、離婚であれ、死別であれ、親族関係が失われることはない。

（注8）韓国は、平成17年に再婚禁止期間を廃止しており、女性が、配偶者の死亡又は離婚により婚姻が解消された後、すぐに再婚をして子を出産した場合等には、子の出生日が再婚後200日以内であると同時に、前婚の終了日から300日以内となつて、親生推定が重複する事態が生じ得る。この場合には、父を定める訴えによって父子関係を定めることとされている。

また、台湾は、平成10年に再婚禁止期間を廃止しており、女性が、夫の死亡後、すぐに再婚をして子を出産した場合等には、子の出生日が前婚の終了日から300日以内となつて嫡出推定が重複する事態が生じ得る。もっとも、戸籍実務では母が再婚後の夫の子を父とする出生届を提出した場合は、民法に合致し受理すべきであるとしているほか、父の確認の訴えによって父子関係を定めることができるとされている。

（注9）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（養親子等の間の婚姻の禁止）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。

第2 女性の再婚禁止期間の在り方（民法第733条関係）

女性の再婚禁止期間に関する民法第733条については、嫡出推定規定の見直しにより、前夫の子との推定と再婚後の夫の子との推定とが重複し、父が定まらない事態を回避することができる場合には、これを削除することについて、どのように考えるか（注）。

（注）上記第1本文③において、前婚の終了原因が死別するとき又は婚姻の取消し的时候は再婚後の夫の子と推定しないこととした場合には、再婚禁止期間がなければ前婚と再婚の父性推定が重複し父が定まらない事態が生じ得るが、再婚禁止期間の定めを削除した上で、父性推定が重複するときには父を定めることを

目的とする訴え等により父を定めることについては、当事者に手続の負担を負わせることの当否も含め、引き続き検討する。

(補足説明)

- 1 民法第733条第1項は、「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」として、女性の再婚禁止期間を定めている。

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、前夫と再婚後の夫の父性推定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(最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁参照)、現行法の嫡出推定規定が、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規律していることを前提とすると、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と考えられる。

- 2 上記第1本文①ないし③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、父性推定の重複により父が定まらない事態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と考えられる。そこで、この場合には、女性の再婚禁止期間に関する民法第733条は必要がなくなることから、これを削除することが考えられる。また、上記第1本文③のブラケットを外し、婚姻の解消原因が死別であるときや婚姻の取消しのときについても、離婚のときと同様の規律を設けることとした場合には、父性推定の重複が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と考えられる。

そこで、本文において、嫡出推定規定の見直しにより、前夫の子との推定と再婚後の夫の子との推定とが重複し、父が定まらない事態を回避することができる場合には、これを削除することとするとの提案をしている。

他方、上記第1本文③のブラケット部分を削除し、死別のときや婚姻の取消しのときは、嫡出推定の例外を設けないこととした場合には、なお父性推定の重複が生ずることとなる。この場合には、上記第1の4(3)ウに記載のとおり、女性の再婚禁止期間を現在の100日から300日に伸長することは現実的ではないとも考えられることからすると、死別又は婚姻の取消し後300日以内であり、かつ、母の再婚後に生まれた子は、父未定の子となり、父を定めることを目的とする訴え(民法第773条)により、裁判上父を定めることとするとも考えられる。もっとも、子の父子関係を確定するためには、当事者がこの手続をとらなければならない、当事者にこれらの手続の負担を課すことになるとも考えられることから、本文の注において付記して、引き続き検討することとしている(注)。

以上を踏まえ、この点について、どのように考えるか。

(注) 民法第773条は、「第733条第1項の規定に違反して再婚した女が出産した場合において」、嫡出推定規定により子の父を定めることができないときは、父を定めることを目的とする訴えを提起することができるとしているが、本文のような見直しをした場合には、再婚禁止期間の定めには違反していないときでも、嫡出推定が重複する子が生まれることになるから、民法第773条もその限度で見直す必要があると考えられる。

以上