中間試案の取りまとめに向けた議論のためのたたき台(2)

(注) 本部会資料においては、中間試案のたたき台を太字で示し、各事項につき補足説明を記載して
5 いる。

第2 嫡出の推定(民法第772条関係)の見直し

1 民法第772条の規律を次のように改める。

10 ① 妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する。妻が婚姻中に懐胎した子でなくても、妻が婚姻中に出産した子であるときは、同様とする。

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、婚姻中に懐胎したものと推定する(注)。

③【甲案】(妻の再婚後に生まれた子は一律に再婚後の夫の子と推定する案)

15 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第1文及び②の規律にかかわらず、再婚後の夫の子と推定する(注)。

【乙案】(妻の再婚後に生まれた子について、前婚の解消原因が離婚の場合は再婚後の夫の子と推定し、死別の場合は前夫の子と推定する案)

20 離婚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第1文及び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(例えば、①について「妻が婚姻期間中に出産した子は、夫の子とする。」とし、②、③の規律を設けないなど)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。

30 (補足説明)

1 はじめに

本文①については、第10回会議の議論状況を踏まえて、婚姻中に懐胎した子について夫の子と推定するという現行法の考え方を基本としていることを明確にするための変更をしたものである。

35 本文②については、部会資料8の第1からの変更点はない。

本文③については、第8回会議での意見を踏まえて、部会資料8の第1の本文③

で記載した案とブラケットを付して併記していた死別による婚姻解消を含まない案を、【甲案】と【乙案】として整理するものである。

2 妻が婚姻中に懐胎した子及び妻が婚姻中に懐胎していなくとも婚姻中に出産した子に関する規律（本文①）

(1) 部会資料8からの変更点

部会資料8において、民法第772条第1項の見直しに関し、「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」との規律を提案していたが、第10回会議において、同項の見直しは、婚姻中に懐胎した子について夫の子と推定するという現行法の考え方を基本とすることについて特段異論が示されなかったため、その考え方を前提としていることを明確にする趣旨で、本文①を「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する。妻が婚姻中に懐胎した子でなくても、妻が婚姻中に出産した子であるときは、同様とする。」と変更するものである。

(2) 本文①の見直し

ア 本文①の見直しの基本的な考え方

現行法は、夫婦は貞操義務・同居義務（民法第752条）などから婚姻中に懐胎した子は夫の子である蓋然性が高いこと、婚姻中に懐胎した子については夫婦の子として養育する意思があると考えられることなどを根拠として、婚姻中に懐胎した子について夫の子と推定するという考え方を基本としていると考えられる。そして、今回の見直しについても、現行法との連続性を重視し、上記考え方を基本としつつ、妻が婚姻前に懐胎し、かつ、婚姻後200日以内に出産した子は、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、このような子については夫婦の子として養育する意思があると考えられることを根拠に、婚姻後200日以内に出産した子についても推定の範囲を拡げると

いう考え方を前提とすることが考えられるところ、第10回会議においても、この考え方に特段異論は示されなかったところである。

そこで、婚姻中に懐胎した子について夫の子と推定するという考え方を基本としていることを明確にするために、本文①では、「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する。」とした上で、「妻が婚姻中に懐胎した子でなくても、妻が婚姻中に出産した子であるときは、同様とする。」としている。

なお、上記考え方を前提とすると、後記3のとおり、現行法と同様に、婚姻の解消又は取消の日から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になるもの（本文②）と考えられる。

イ その他の考え方

民法第772条第1項の見直しに関する考え方としては、㊶現行法を大きく変え、妻が婚姻中に出産した子については、夫婦の子として養育する意思があることを根拠として、妻が婚姻中に出産した子を夫の子と推定するという考え方を基本とする考え方や、㊷妻が婚姻中に懐胎した子について夫の子とするという考え方と妻が婚姻中に出産した子について夫の子として推定するという

考え方が併存するとした上で、婚姻の解消後300日以内に出生した子については前者の考え方のみが妥当し、婚姻後短期間（同条第2項の婚姻後200日以内に相当する部分）に出生した子については後者の考え方のみが妥当とする考え方も考えられる。しかしながら、これらの考え方を採った場合には、
5 現行法の基本的な制度枠組みを大きく変えることになるほか、推定の及ばない子に関する外観説をそのまま維持することは困難であるとも考えられるなどを踏まえると、これらの考え方を前提とすることについては慎重な検討を要するものと考えられる。

ウ 本文①の見直しの相当性等

10 法務省において、平成26年から平成28年までの間に全国で出生した子に関するデータの調査（以下「本件調査」という。）をしたところ、婚姻後200日以内に出生した子（約28万人）のうち、99.5%は推定されない嫡出子で、婚姻後の夫が父となっていた（注）。このような調査結果からすると、本文①の規律により、婚姻後200日以内に出生した子を夫の子と推定することが
15 相当であるとも考えられる。

なお、第8回会議では、婚姻後200日以内に出生した子について夫婦の子として養育する意思があると考えられる点に関して、どの時点でのどのような意思を観念しているかを検討する必要がある旨指摘があったところである。そこで検討すると、妻が懐胎していることを把握した上で婚姻した場合には、
20 その子を夫婦で養育する意思があることは明らかであるが、婚姻時において妻が懐胎中であることを知らなかった場合などであっても、夫婦は、抽象的には、婚姻した時点において、婚姻中に出生する子を養育する意思を有しているものと考えられる。

(注) 母の婚姻後200日以内に出生した子について

25 平成29年6月時点における、平成26年から平成28年までの間に全国で出生した子(302万9074件)のデータを調査したところ、以下の結果が判明した。

① 婚姻後200日以内に出生した子の数	27万9581件(9.2%)
② ①のうち推定されない嫡出子の数	27万8299件(①の99.5%)
③ ①のうち母の前夫の嫡出子の数(離婚後300日)	58件(①の0.02%)
30 ④ ①のうち嫡出でない子の数	31件(①の0.01%)
⑤ ①のうち上記②~④以外	1193件(①の0.4%)

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)

35 (1) はじめに

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おり、部会資料8において、原則として、これを維持することを提案し、第8回会議では、これに賛成す

る意見があったことから、引き続き提案するものである。

5 なお、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、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としている（本文注）。

(2) 本文②の基本的な考え方

10 ア 前記2のとおり、民法第772条第1項の見直し（本文①）は、婚姻中に懐胎した子について夫の子と推定するという現行法の考え方を基本とするもの
と考えるのであれば、現行法と同様に、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ことになると考えら
れる。

15 イ この点に関し、第8回会議では、婚姻の解消原因が離婚の場合と死別の場合
とを区別して検討する必要があるのではないかと指摘があったことから検
討すると、死別の場合には、直前まで夫婦の同居及び性関係が継続している場
合が多く、一般的に生まれた子が亡夫の子である蓋然性が低いとはいえないと
考えられることから、夫の死別による婚姻の解消から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が相当であると考えられる。

20 また、離婚の場合には、離婚の直前の時期に夫婦関係が破綻しており、死別
の場合と異なるのではないかと指摘もあったが、部会資料8でも記載したと
おり、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ことや、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
25 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。

30 したがって、本文②は、婚姻解消原因が死別の場合や離婚の場合であっても、
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、本文③のように、
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。）。)

35 ウ また、第8回会議では、離婚による婚姻解消後に生まれた子については、婚
姻中に出生した子に比して、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、認知がされた場合には前夫の子と推定しないと
することが考えられる旨の指摘がされた。

そこで検討すると、現行法上、婚姻中に懐胎した子については嫡出推定が及
ぶことから任意認知ができないこととされているにもかかわらず、第三者が
（胎児）認知をした場合には推定しないこととは、現行の嫡出推定制度の
趣旨を大きく変更することになる上、生物学上の父子関係の蓋然性の有無のみ

によって、離婚後に生まれた子についてのみこのような例外を設けることが合理的かどうかについて疑問がある。また、現行法では、任意認知に関し、胎児認知について母の承諾が必要であるとしても、認知者が子の生物学上の父であることが必要とされていないことから、事後的に認知者と子との間に生物学上の父子関係がないことが明らかになった場合には、利害関係人が提起する認知無効の訴えにより認知が無効となる可能性があり、認知無効の訴えの提訴期間に制限がないことも踏まえると、子の身分関係が不安定となる。そのため、認知のみにより例外を設ける案については、検討しないこととしている。

10 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) 部会資料8からの変更点

部会資料8において、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案を提案した上で、前婚の解消原因が夫の死別による場合については、本文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案もブラケットを付して併記して提案していたところ、いずれの案も支持する意見があったことから、これらの案を【甲案】と【乙案】に整理するものである。

なお、婚姻の取消しについては、その経緯には様々なものが想定され、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場合が多いとまでいうことはできないとも考えられることから、離婚による婚姻解消の場合と同様の取扱いをすることとしている。

(2) 【甲案】

ア 概要

【甲案】は、本文①、②の規律の例外として、離婚のみならず、夫の死別による婚姻の解消と婚姻の取消しの日から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とするものである。

イ 根拠等

【甲案】は、婚姻の解消原因が死別である場合においても、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、前夫の死亡前から夫婦関係が破綻しており、母は前夫の死亡前から再婚をした男性と親密な関係にあり、再婚後に出生した子は、亡夫の生物学上の子である蓋然性よりも、再婚後の夫の生物学上の子である蓋然性の方が高いとも考えられるとの指摘もあること（注1）や、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ことを根拠とするものである。

また、これまでの議論においては、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や規律としての簡明さの観点を考慮して、死別による婚姻解消の場合の場合も、離婚による婚姻解消と同様の規律とすべきとの指摘もあったところ

5

(3) 乙案

ア 概要

【乙案】は、本文①、②の規律の例外として、(夫の死別による婚姻解消の場合を含まず、)離婚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とするものである。

10

イ 根拠等

【乙案】は、婚姻の解消原因が死別である場合は、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が低いということはできず、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、それは前夫の死亡後の事情であり、その事情によって、亡夫の生物学上の子である蓋然性より再婚後の夫の生物学上の子である蓋然性の方が高いとはいえないことを前提としている。

15

また、これまでの議論においては、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(注2)とのバランスを考慮すべきではないかとの指摘や、死別による婚姻解消の場合にも再婚後の夫の子と推定すると、亡夫の相続人である母の行動によって、子が亡夫の相続人たる地位を失うことになるので、慎重に検討すべきといった指摘もあったところである。

20

なお、本件調査によれば、母の婚姻解消後300日以内かつ婚姻後200日以内に出生した子の父は、そのほとんどが母の再婚後の夫とされており(注3)、このような調査結果からすると、甲案乙案を問わず、本文③の規律により、婚姻の解消等の日から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ことが相当であるとも考えられる。

25

30

以上を踏まえ、これらの点について、どのように考えるか。

35

(注1) ドイツ法における子の出生時に母が再婚した場合の規律

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)。これは、母が前夫の死亡後すぐに再婚した場合、死亡した夫との婚姻関係は通常破綻していたと

考えられるためであるとされている。

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いないこととなるとされている（ただし、日本と異なり、同国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。）。

5 (注2) 氏及び姻族関係に関する規律

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を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）。

10 (注3) 母の婚姻解消後300日以内かつ婚姻後200日以内に出生した子について

15 平成29年6月時点における、全国で平成26年から平成28年に出生した子（302万9074件）のデータを調査したところ、以下の結果が判明した。

- 20 ① 母の婚姻解消後300日以内かつ婚姻後200日以内に出生した子の数 1717件
② 母の再婚後の夫を父とする子 1659件(①の96.6%)
③ 母の前夫(婚姻解消後300日以内)を父とする子 58(※)件(①の3.4%)
※ 母の前夫(婚姻解消後300日以内)を父とする子について、令和元年6月時点のデータを調査したところ、嫡出否認の裁判等を理由に52件(①の3.0%)に減少していた。

25 **2 再婚後の夫の子と推定される場合の嫡出否認の効果**

否認権者(注)の否認権の行使により再婚後の夫の子との推定が否認されたときは、再婚後の夫と子との間の父子関係は出生の時に遡って消滅し、子は出生の時から前夫の子と推定することとする。

(注)再婚後の夫、前夫、子、後記第4の2の乙案が採用された場合の母を想定している。

30 (補足説明)

部会資料9の第3の5(19ページ)において、嫡出推定の例外規定を設けるという制度を採用した場合に、この例外規定による再婚後の夫の子との推定が否認されたときの効果として本文2の提案をしていたところ、特に異論がなかったことから、引き続き提案するものである。

35 そして、上記第3の5の提案については、離婚によって前婚が解消された場合を念頭においた上で、本文注2において、前夫の死亡による前婚の解消及び前婚の取消しの場合については、引き続き検討するとしていたが、本文1③の甲案(前夫の死亡による婚姻の解消等の場合においても、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)を採用した場合であっても、前夫は再婚という事後的な事情がなければ嫡出推定が及んでいたという点では、離婚による婚姻解消の場合と前夫の死亡による婚姻解消等の場合と異なる点はないことから、これを区別しないことが相当であるとも考えられる。また、本文第2の1③の乙案を採用した場合には、当初より、前夫の子との嫡出推定と再婚後の夫の子との嫡出推定が重複することになるので、再婚後の夫の子との嫡出推定が否認された場合に前夫の子との嫡出推定が残ることになることは当然であると考えられる。

以上を踏まえ、部会資料9の第3の5の提案のうち、本文注2を削除することとしたが、どのように考えるか。

第3 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条に関して、次の各案について検討する。

【甲案】(第2の1③における【甲案】を前提にするもの)

女性の再婚禁止期間に関する民法第733条を削除する。

【乙案】(第2の1③における【乙案】を前提にするもの)

① 女性の再婚禁止期間に関する民法第733条を削除する。

② 前夫の子との推定と再婚後の夫の子との推定とが重複する場合には、父を定めることを目的とする訴えにより父を定めることとする。

(補足説明)

1 部会資料8からの変更点

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することを回避できるのであれば、再婚禁止期間に関する規定を削除することとすることを提案したところ、反対する意見はなかった。そこで、本文第2の1③【甲案】を採用した場合には、父性推定の重複を避けることができるため、【甲案】として、女性の再婚禁止期間に関する民法第733条を削除することを、引き続き提案する。

他方で、本文第2の1③【乙案】を採用し、前婚の終了原因が死別のとき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が生じ得るが、第8回会議では、この場合においても再婚禁止期間に関する規定を削除することに特段反対意見がなかった。そこで、本文第2の1③【乙案】を採用することを前提に、【乙案】として、再婚禁止期間に関する規定を削除するとともに、前夫の子との推定と再婚後の夫の子との推定とが重複する場合には、父を定めることを目的とする訴えにより父を定めることを提案するものである。

2 【甲案】

(1) 概要

本文第2の1①、②及び③【甲案】の見直しをした場合には、父性推定の重複を避けることができるため、【甲案】は、女性の再婚禁止期間に関する民法第733条を削除するものである。

(2) 基本的な考え方

5 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。

10 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となる。

15 そこで、本文第2の1①、②及び③【甲案】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、父性推定の重複が生じなくなり、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ため、女性の再婚禁止期間に関する民法第733条を削除するものである。

20 (3) 検討すべき事項

民法第773条は、「第733条第1項の規定に違反して再婚をした女が出産した場合において、前条の規定によりその子の父を定めることができないときは、裁判所が、これを定める。」と規定しており、民法第733条が削除されると、父を定めることを目的とする訴えの適用場面がなくなり、同法第773条の規定を削除することも考えられる。

25 他方で、嫡出推定の重複は、民法第733条の再婚禁止期間に違反して再婚がされた場合だけでなく、民法第732条の重婚の禁止に違反して婚姻がされた場合にも生じ得るものであり、この場合において民法第773条が類推適用を認めるのが通説であるとされている（中川善之助ほか編「新版注釈民法(23)親族(3)親子(1)」184頁〔日野原昌〕）。そうすると、民法第733条を削除したとしても、民法第773条は削除せずに、重婚の禁止に違反して婚姻がされた場合に用いるものとするところでも考えられるところであり、引き続き検討することとする。

3 【乙案】

35 (1) 概要

本文第2の1③【乙案】を採用した場合には、再婚禁止期間に関する規定を削除するとともに、前夫の子との推定と再婚後の夫の子との推定とが重複する場合には、父を定めることを目的とする訴えにより父を定めることとするものである。

(2) 基本的な考え方

死別による婚姻の解消から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した後に出産したものについては、なお父性推定の重複が生ずることとなるが、現行法とは異なり、死別による婚姻解消の場合に限られることとなるため、父性推定の重複が生じる事案はそれほど多くないと想定されることも踏まえると、再婚禁止期間の定めを設ける必要性が低くなるものと考えられる。

また、父性推定の重複を避けるためには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考えられることも踏まえると、当事者に手続の負担を課すことになるが、再婚禁止期間に関する規定を削除するとともに、前夫の子との推定と再婚後の夫の子との推定とが重複する場合には、父を定めることを目的とする訴えにより父を定めることとしている。

(3) 検討すべき事項

現行法の民法第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、【乙案】の見直しをした場合には、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得るので、その場面で民法第773条を適用することができるように、同条を見直す必要があると考えられる。

また、現行法では、父を定めることを目的とする訴えの原告適格は、子、母、母の再婚後の夫又はその前夫に認められているところ（人事訴訟法第43条第1項）、前夫の子との推定と再婚後の夫の子との推定とが重複する場合には、前夫は既に亡くなっているため、前夫の相続人もしくは親族に原告適格を認める必要があるかなども問題になることが考えられる。

以上を踏まえ、これらの点について、どのように考えるか。