民法（親子法制）部会資料	13-2

中間試案の取りまとめに向けた議論のためのたたき台（その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。

①　妻が婚姻中に懐胎した子は，夫の子と推定する。妻が婚姻前に懐胎した子であっても，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１）。

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）

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，妻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１）（注２）。

【乙案】（妻の再婚後に生まれた子について，前婚の解消等の原因が離婚又は婚姻の取消しの場合に限って再婚後の夫の子と推定する案）

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，妻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１）（注２）。

（注１）子の出生時に妻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。

（注２）民法第９１０条（相続の開始後に認知された者の価額の支払請求権）を参考として，前夫についての相続の開始後，再婚後の夫の子との推定が否認されたことによって前夫の相続人となった子が遺産の分割を請求しようとする場合において，他の共同相続人が既にその分割その他の処分をしたときは，価額のみによる支払の請求権を有するとすることについては，引き続き検討する。

（前回からの変更点）

１　妻が婚姻中に懐胎又は出産した子に関する規律（本文１①）について

部会資料１２において，「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。」との規律を提案したところ，「妻が婚姻前に懐胎した子であっても，妻が婚姻中に出産した子であるときは，同様とする。」との表現の方がよいのではないかとの指摘があったことから，表現を改めたものである。

なお，上記表現は，現行法との連続性等を踏まえたものであるが，具体的な規定の文言については，今後，法制的な観点も踏まえて検討することを予定している。

２　前夫についての相続の開始後に再婚の夫の子との推定が否認され（前夫の子と推定され）た者の価額の支払請求権（本文注２）について

第１２回会議において，本文１③（【甲案】及び【乙案】）のように，再婚後に出生した子について，本文１①及び②の規律により前夫の子と推定される場合であっても，再婚後の夫の子と推定するとの規律を設けた上で，再婚後の夫の子との推定が否認されたときには，前夫の子と推定するとの規律を設けると，前夫が死亡して相続が開始し，遺産分割が終了した後に，再婚後の夫の子との推定が否認された結果，前夫の子と推定されることによって相続人となる者が生じ得るため，民法第９１０条（相続の開始後に認知された者の価額の支払請求権）と同様の規律を設けることを検討すべきである旨の指摘がされた。

そこで検討すると，嫡出否認調停・訴訟については，相当程度の期間を要する上，部会資料１３－３のとおり，今回の見直しにおいては否認権の行使期間を３年又は５年とする方向で検討を進めていることを踏まえると，本文１③（【甲案】及び【乙案】）の規律を採用した場合には，前夫が死亡して相続が開始し，遺産分割が終了した後に，再婚後の夫の子との推定が否認された結果，前夫の子と推定されることによって相続人となるというケースが一定程度生じ得る。そこで，本文注２において，そのような場合には，民法第９１０条（相続の開始後に認知された者の価額の支払請求権）と同様の規律を設けることについて，引き続き検討することを注記している。

３　その他の部分については，前回からの実質的な変更点はない。

（補足説明）

１　見直しの必要性

現行民法第７７２条は，妻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）夫の子と推定する旨を規定している。このような嫡出推定規定は，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，ＤＮＡ型鑑定の技術が発展した現代においても，子の利益のために重要な規定であるといえる。

他方で，嫡出推定規定により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り（注１），無戸籍者問題を解消する観点から嫡出推定制度を見直すことが考えられる。

また，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２）を基本的に引き継ぐ形で定められたものであるが，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考えられる。

（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）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

２　本試案（たたき台）の概要

本文１①は，民法第７７２条第１項に対応する規律として，妻が婚姻中に懐胎した子は，夫の子と推定し，また，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，同様とするものである。

本文１②は，同条第２項に対応する規律として，婚姻の解消又は取消しの日から３００日以内に生まれた子は，婚姻中に懐胎したものと推定するものであり，本文１①の前段の規律により，夫の子と推定する。

本文１③は，本文１①，②の規律の例外として，婚姻の解消等の日から３００日以内に生まれた子であって，妻が前夫以外の男性と再婚した後に出産したものは，再婚後の夫の子と推定するものであり，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【甲案】と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及び婚姻の取消しの場合のみ再婚後の夫の子と推定する案【乙案】を提案している。

３　妻が婚姻中に懐胎した子及び妻が婚姻前に懐胎した子であっても婚姻中に出産した子に関する規律（本文１①）

⑴　見直しの必要性

現行民法第７７２条は，第１項で，妻が婚姻中に懐胎した子を夫の子と推定し，第２項で，婚姻の成立の日から２００日を経過した後に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，妻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は推定されず，夫の子と推定されない（注１）。なお，現行民法第７８９条第２項は，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。

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２）。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３）。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４）。

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いたにもかかわらず，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。

また，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についても，その法的地位を安定させる必要が高いと考えられる。

本試案（たたき台）は，これらを踏まえ，民法第７７２条の規律する嫡出推定規定を見直すものである。

⑵　嫡出推定の考え方の基礎（本文１①）

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，本部会では，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日以内に出生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相当であるとの意見が多数であった。なお，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調査結果（以下「本件調査」という。）によると，婚姻後２００日以内に出生した子（約２８万人）のうち，９

９．５％は推定されない嫡出子で，婚姻後の夫が父となっており（注６），このような調査結果に照らしてみても，本文１①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相当であるとも考えられる。そこで，本文１①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，「妻が婚姻前に懐胎した子であっても，妻が婚姻中に出産した子であるときは，同様とする。」という規律を設けることを提案している。

なお，本部会においては，民法第７７２条第１項の見直しに関する考え方として，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なども検討されたが，このような考え方を採った場合には，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いわゆる外観説をそのまま維持することは困難であると考えられるなどを踏まえ，慎重な検討を要するものと考えられるとの意見が多数であった。

（注１）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。

（注２）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３）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４）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５）平成１３年度及び同２２年度厚生労働省人口動態特殊統計「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，昭和５５年には１２．６％であったのが，平成１２年には２６．３％に増加し，平成２１年には２５．３％となっている。

（注６）母の婚姻後２００日以内に出生した子について

法務省において，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%）
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%）

４　妻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１②）

⑴　見直しの要否

現行法は，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，婚姻中に懐胎したものと推定しているところ，前記２のとおり，嫡出推定規定について，婚姻中に懐胎した子は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，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は，現行法のとおり，婚姻中に懐胎したものと推定することが相当であり，本試案（たたき台）においても，原則として，これを維持することを提案している（注１）。

⑵　懐胎時期の推定に関する規律の根拠等

ア　本部会においては，懐胎時期の推定に関する規律の根拠について検討がされたところ，まず，婚姻の解消原因が死別である場合には，直前まで夫婦の同居及び性関係が継続している可能性が高く，一般的に生まれた子が前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の意見が多数であった。

次に，婚姻の解消原因が離婚の場合には，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の指摘もあったが，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蓋然性が低いとはいえないこと（注２）（注３）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の指摘も多く見られた。

そこで，本部会においては，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。

イ　また，本部会においては，将来にわたって無戸籍者問題を解消する観点等からは，子の出生時に妻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されたが，他方で，上記のような見直し

をすると，婚姻の解消等の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から，無戸籍者問題の解消については，嫡出否認制度の見直しや，無戸籍者に対する相談を充実させるなど，制度全体で対処すべきであるとの指摘もされ，後記ウの点も含めて，様々な意見があった。

そこで，本文１注１において，子の出生時に妻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，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，引き続き検討することとしている。

ウ　さらに，本部会においては，婚姻等の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，妻の再婚の有無にかかわらず，任意認知又は強制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（注４）。

他方で，まず，任意認知については，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嫡出推定が及ばなくなるとすることは，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は疑問があるとの指摘もある。なお，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。

また，離婚による婚姻解消後３００日以内に生まれた子による強制認知は，子の出生後に推定される父子関係を否定するものでもあるところ，現行法上，推定の及ばない子に限り，認められている強制認知を婚姻の解消等の後に生まれた子一般に拡大する根拠があるかは疑問であると考えられる。

（注１）諸外国等の法制をみると，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。

（注２）上記（注１）のとおり，ドイツでは，死別の場合を除き，婚姻の解消等の後に生まれた子は，母の前夫の子とは推定しないこととされているが，同国では，離婚に際して，一定期間の別居が要件とされている。

（注３）厚生労働省の平成２９年人口動態統計「中巻　離婚　第２票　離婚件数，届出月・

同居をやめた年月別」によれば，平成２９年中に離婚した夫婦（総数２１万２２６２件）のうち，離婚前１か月以内に同居をやめた夫婦は約５２．８％（１１万２２７５件），離婚前５か月以内に同居をやめた夫婦は約７８．１％（１６万５７８８件）とされている。

（注４）そのほか，本部会においては，例えば，フランスにおいて，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（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ことなどを参考として，嫡出推定が及ぶか否かについて出生届などの記載により判断することが考えられるなどの指摘もあったが，このような考え方は婚姻の解消等の日から３００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ほか，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，夫の地位との関係でどのように考えるべきか，出生届に実体法上の効果を与えることが相当かといった問題があるとの指摘もあった。

５　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１③）

⑴　見直しの必要性等

前記３及び４のとおり，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，母の前夫の子と推定することとしているが（注１），前記１のとおり，そのことが無戸籍者問題の一因となっているとの指摘がある。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とする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。

⑵　本文１③の概要

本文１③は，このような観点から，婚姻の解消等の日から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した後に出産したものは，再婚後の夫の子と推定するものである。

【甲案】は，母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であり，【乙案】は，母の再婚後に生まれた子について，前婚の解消等の原因が離婚又は婚姻の取消しの場合は再婚後の夫の子と推定する案である。

【甲案】と【乙案】との実質的な相違点は，前婚の解消等の原因が死別の場合について，前夫の子と推定するか否かであり，【乙案】については，前婚の解消等

の原因が死別の場合において，その後母が再婚し，死別の時から３００日以内に子を出産した場合には，前夫の子との推定と再婚後の夫の子との推定が重複することから，父を定める訴え等により，父を定める必要が生じることになる。

なお，本部会においては，母が再婚後の夫と離婚していたケースについて，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によることになるのかなどについては，引き続き検討することとされている。

⑶　【甲案】と【乙案】に共通の考え方

本部会においては，離婚による婚姻の解消の場合については，婚姻解消後に生まれた子が，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多かったほか，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もあった。

次に，本部会においては，婚姻の解消等の原因が取消しの場合については，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が相当であるとの指摘が多かった。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２），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考えられる。

以上を踏まえ，本文③では，【甲案】と【乙案】のいずれにおいても，離婚による婚姻の解消原因及び婚姻の取消しの場合には，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。

⑷　【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）

【甲案】は，婚姻の解消等の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があること（注３）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，本部会においては，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である。

そこで，【甲案】は，母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ことを提案するものである。

なお，【甲案】を採用した場合において，後記本文２のとおり，再婚後の夫の子との推定が否認されたときに前夫の子と推定されるとすると，前夫についての相続の開始後，再婚後の夫の子との推定が否認されたことによって前夫の子と推定された結果，前夫の相続人となることが考えられるが，その時点において，他の共同相続人が既にその分割その他の処分をしている事態が生じることも想定される。そこで，そのような場合に備えて，民法第９１０条（相続の開始後に認知された者の価額の支払請求権）を参考として，新たに前夫の子と推定された者は価額のみによる支払の請求権を有するとすることが考えられるため，本文１注２において引き続き検討することとしている。

⑸　乙案（母の再婚後に生まれた子について，前婚の解消等の原因が離婚又は婚姻の取消しの場合に限って再婚後の夫の子と推定する案）

【乙案】は，婚姻の解消等の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する案である。

また，本部会においては，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４）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。

そこで，【乙案】は，母の再婚後に生まれた子について，前婚の解消等の原因が離婚又は婚姻の取消しの場合（死別以外の場合）は再婚後の夫の子と推定することを提案するものである。

（注１）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２）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

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（本件調査），以下の結果が判明した。

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。

（注３）ドイツ民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，７ページ（注２）のとおり，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。

（注４）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）。

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。

（補足説明）

１　見直しの必要性

本文１③を採用し，婚姻の解消等の日から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，再婚後の夫の子と推定するという規律（以下「嫡出推定の例外規定」という。）を採用した場合には，再婚の夫や子等が否認権を行使し，推定される父子関係を否認することが想定される。

したがって，そのような場合の効果をについて整理する必要があると考えられる。

２　本試案（たたき台）の概要等

⑴　本試案（たたき台）は，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を提案するものである。

なお，否認権者については，部会資料１３－３で検討されている再婚後の夫，前夫，子，母を想定している（本文２注)。

⑵　上記のような効果が生じる根拠については，本文１③の規律（嫡出推定の例外規定）の法的性質をどのように理解するかによると考えられる。すなわち，上記規律の法的性質について，㋐母の再婚の日から前婚の解消又は取消しの日の後３００日までの期間は，前婚と再婚の双方の嫡出推定が存在しているが，再婚の嫡出が優先しているという理解と，㋑前婚の解消又は取消しの日の後３００日以内であっても，母の再婚後は前婚の嫡出推定は排除されており，母の再婚の日から前婚の解消又は取消しの日の後３００日までの期間は，再婚の嫡出推定のみが存在しているという理解があり得る。上記㋐のように考えれば，否認の効果により，劣後していた前夫の子との推定が依然として存在するという説明をすることができるほか，上記㋑のように考えた場合には，（嫡出推定の重複という複雑な法律関係を回避した上での）父子関係の早期安定の確保などの制度的要請から，前婚の嫡出推定が復活すると説明することが考えられるところ，本部会においては，これらのいずれの考え方を採るべきかについては，引き続き，検討することとしている。

なお，本文１③の規律については，甲案（妻の再婚後に子は一律に再婚後の夫の子と推定する案）と乙案（母の再婚後に生まれた子について，前婚の解消等の原因が離婚又は婚姻の取消しの場合に限って再婚後の夫の子と推定する案）があるが，前婚の解消等の原因が死亡である場合について検討すると，甲案では，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，再婚後の夫の子との嫡出推定が否認された場合には，これを区別せず，前夫の子との嫡出推定をすることが相当であると考えられ，乙案においては，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。

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】（本文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】（本文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 見直しの必要性及び本試案（たたき台）の概要

現行民法第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（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，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とされた（注１）（注２）。

もっとも，本文１③【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，嫡出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。そこで，【甲案】は，上記見直しがされることを前提として，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提案するものである。

また，本文１③【乙案】の見直しをした場合には，死別による婚姻の解消の日から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した後に出産したものについては，なお嫡出推定の重複が生ずることとなるが，そのような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。そこで，【乙案】は，上記見直しがされることを前提として，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とするものである（注３）。

（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い難いとしたが，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。

（注３）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日以内となって，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日以内となっ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。

２　【甲案】（本文１③における【甲案】を前提にするもの）

⑴　上記１のとおり，本文１①，②及び③【甲案】の見直しをした場合には，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，【甲案】は，女性の

再婚禁止期間に関する民法第７３３条を削除することを提案するものである。

⑵　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。

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，民法第７３２条の場合（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ことも考えられるところであり，本部会においては，この点について，引き続き検討することとしている。

３　【乙案】（本文１③における【乙案】を前提にするもの）

⑴　前記１のとおり，本文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。

⑵　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，なお嫡出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，嫡出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，嫡出推定の重複を避けるために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。

⑶　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，前夫との死別後，再婚して死別から３００日以内に子を出産したときに，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。本部会においては，これらの点について，引き続き検討することとしている。