

パブリック・コメントを踏まえた今後の議論の方向性（２）

（注）本部会資料における提案部分のうち、下線部が中間試案からの実質的な変更箇所である。

第２ 嫡出の推定の見直し等

１ 嫡出の推定の見直し

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、妻が婚姻の成立した後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。
- ③ 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、妻が前夫以外の男性と再婚した後に出生したものは、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こととし、その適用範囲については、次の２案を引き続き検討する（注）。

【甲案】一律に再婚後の夫の子と推定する案

離婚及び死別による婚姻の解消並びに婚姻の取消しの場合に適用する。

【乙案】前夫の死亡の場合を除き、再婚後の夫の子と推定する案

離婚による婚姻の解消及び婚姻の取消しの場合に適用し、死別の場合には適用しない（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。）。

（注）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、一定の要件の下、前夫の子と推定しないことの可否については、引き続き検討する。

１ 婚姻の成立の日から２００日以内に生まれる子に関する規律の見直し

（１）試案での提案の内容

試案第２の１①では、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、夫の子と推定するとの現行法の規律を維持した上で、これに加えて、妻が婚姻中に懐胎した子でなくても、妻が婚姻した後に出産した子であるときも、夫の子と推定することとするを提案していた。

（２）試案に対するパブリック・コメントでの意見及び提案の内容

ア パブリック・コメントでは、子の法的地位を安定させることなどを理由に、前記（１）の提案に賛成する意見が比較的多かったものの、これに反対する意見もあった。

イ 反対する意見の理由としては、現行法下の実務においては、婚姻後200日以内に出生した子について推定されないものとしつつ、夫の嫡出子としての届出も認めており、実情に応じた柔軟な対応が可能となっており、法改正の要否について、慎重に検討すべきであるといったものである。しかし、これまで検討してきたとおり、法務省で実施した調査の結果によると、婚姻後200日以内に出生した子のうち、99.5%は推定されない嫡出子で、婚姻後の夫が父となっており、このような調査結果に照らすと、婚姻後200日以内に出生した子は夫の子である蓋然性が高いといえるところ、婚姻の成立の日から200日以内に生まれた子は、親子関係不存在確認の裁判等により、いつまでも父子関係を否定される可能性があり、その法的地位を安定させる必要があると考えられる。

この点については、約55年間にわたって実親子と同様の生活実態があったケースについて同胞からの親子関係不存在請求を権利濫用に当たる可能性があるとした最高裁判所平成18年7月7日判決（民集60巻6号2307頁）など、権利濫用を軸とした判例理論が形成されつつあるところであり、直ちに対応が必要かどうか疑わしい旨の指摘もあった。しかし、権利濫用については、その一般法理としての性質上、解釈にある程度の幅が生じうることは否定し難いところ、子の法的地位を抜本的に安定させるためには、一般法理ではなく明文で規律を設けることが重要であると考えられる。

ウ 反対する意見の理由として、出生主義を採用すべきといった意見があったが、本部会では、出生主義を原則とする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ことなどを踏まえ、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ことから、このような考え方を採っていない。

エ その他、現代においては、DNA型鑑定により、血縁上の親子関係の確定が可能であり、嫡出推定制度自体を採用すべきではないといった意見もあったが、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ことは重要であることから、DNA型鑑定の技術が発展した現代においても、嫡出推定制度は、子の利益のために必要なものである。

そこで、本文①において、試案第2の1①と同じ規律を設けることを提案している。

2 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

(1) 試案での提案の内容

試案第2の1②では、民法第772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現行法の規律を維持することを提案していた。

(2) 試案に対するパブリック・コメントでの意見及び提案の内容

ア パブリック・コメントでは、前記(1)の提案に賛成する意見があったものの、これに反対する意見も相当数あった。

イ 反対する意見の理由としては、離婚後300日以内に出生した子が前夫の子である蓋然性が低いとするものであった。しかし、離婚前の別居制度が法定されておらず、また、厚生労働省の令和元年人口動態統計「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、令和元年中に離婚した夫婦（総数20万8496件）のうち、離婚前1か月以内に同居をやめた夫婦は約53.5%（11万1589件）、離婚前5か月以内に同居をやめた夫婦は約78.1%（15万1767件）とされていることから、協議離婚を認める我が国の法制の下では、必ずしも、離婚に至る前の時期において夫婦の性関係の基盤が失われているとはいえない（注1）。そうすると、離婚後300日以内に出生した子が前夫の子である蓋然性が低いとは言い難い。

また、離婚後に出生した子については、前夫の養育意思や環境も期待できないという意見もあったが、民法では、離婚後に出生した子についても、父が親権者となる場合が想定されている（民法第819条第3項ただし書）ほか、法律上の父は子の養育費を負担する義務を負うとされていること（民法第766条等）に照らすと、出生時期の違いのみによって、前夫の養育意思や環境が期待できないとすることは相当ではない。

ウ 反対する意見の理由としては、離婚後300日以内に出生した子が（前）夫の子と推定されることが無戸籍となる要因となっており、無戸籍者の問題を解消するためには、婚姻の解消又は取消しの日から300日以内に生まれた子を前夫の子と推定すべきでないというものがあった。

確かに、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、前夫の子と推定しないこととすると、無戸籍者問題の要因が減ることになる。しかし、嫡出推定制度は、子の父を推定することによって、早期に父子関係を確定し、子が安定した地位を得ることを目的とするものであり、本部会では、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ところである。また、無戸籍者の問題の解消については、嫡出否認制度の見直しや、無戸籍者の防止及び解消のための相談体制の充実など、制度全体及び行政的取組みを通じた総合的対処が重要であると考えられる。

この点に関しては、離婚後300日以内に出生した子については、前夫の子と推定しない制度を採用したとしても、前夫と子に血縁がある場合には、前夫側も自らの子であると認識しそのための手続に協力する場合が少なくないと想定され、血縁があるにもかかわらず協力を拒む場合は前夫に対する強制認知の手続を要することになるが、現行法においても養育費の支払いを拒否する当事者とほぼ重なると思われ、認知の手続を要するとしても子や母側に極端に過

剰な負担を負わせることにはならないといった指摘もあった。しかし、そもそも生物学上の父子関係にあるかどうかは、外形上明らかではなく、子の生物学上の父が父子関係を形成するために協力するとは限らない。また、養育費の請求は、基本的には、法的父子関係に基づく父の扶養義務を前提とするものであり、その法的父子関係を形成するための強制認知の手續とは、DNA型鑑定の要否などで違いがあり、その手續の負担等が同じとはいえない。さらに、DNA型鑑定を行うに当たっても、前夫の協力を得る必要があるが、DV等の事情によって離婚等に至っている場合には、母が前夫と連絡を取ること自体が難しい場合もあると思われる。以上を踏まえると、試案「②」の規律を設けず、婚姻解消等の後に生まれた子については、一律に認知等によって父子関係を形成することとするのは、無戸籍者問題の要因が減るものであるとしても、子やその法定代理人である母に相当な負担を負わせるものであって、結果的に、子の法律上の父が確保されず、総体として、子の利益が害される事態が増加することになるものと考えられる。

エ その他、現実の妊娠日数や、離婚直後に懐胎した場合の手續負担等も考慮すると、「②」の規律において、300日という期間が果たして妥当であるかについても検討すべきといった指摘もあった。

懐胎期間の定めは、旧民法以来ほぼ同一であり、明治民法の立法過程における在胎期間（この在胎期間の計算は、最終月経の初日から計算する方法による。）についての医家の調査によると、29,648の分娩例のうち、合計4333例（約14.6%）で300日を超えていたようであるが（注2）（注3）、この点については、医学的知見等も踏まえ、引き続き検討することとする。

（注1）厚生労働省の人口動態統計「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、離婚前1か月以内に同居をやめた夫婦、離婚前5か月以内に同居をやめた夫婦の件数や割合は、以下のとおり。

・離婚した夫婦のうち、離婚した月に別居を開始したものの数（組）

件数 (総数, 割合)

平成29年 11万2291件 (21万2296件, 52.9%)

平成30年 11万0639件 (20万8333件, 53.1%)

令和元年 11万1589件 (20万8496件, 53.5%)

・離婚した夫婦のうち、離婚した月から遡って5か月以内に別居を開始したものの数（組）

件数 (総数, 割合)

平成29年 15万1767件 (21万2296件, 71.5%)

平成30年 14万9698件 (20万8333件, 71.9%)

令和元年 15万0316件 (20万8496件, 72.1%)

（注2） 「懐胎期間の定めは、旧民法以来ほぼ同一である。明治民法草案第819条2項（旧民法第820Ⅱと同じ）について起草委員富井政章は、「本条ハ医科大学ノ意見ニ依ツテ斯ウ云ウ風ニ極メマシタ……」「夫レカラ最長期之ハ300日ヲ超ユル例ハ随分アリ

マス・・・665人ノ内300日以上ヲ経テ分娩ヲシタ子カ13人・・・其内320日ヲ超エテ分娩シタ者カ7名・・・兎ニ角300日以上ト云フモノカ幾ラカアルヤウデアリマス 乍併稀レノコトニ違ヒハナイ 夫レテ万一ノ場合ニ嫡出子タルヘキ者カ嫡出子ト為ラナイト云フコトヲ別ニ防ク方法サヘ設ケレハ矢張り短ク300日ニ限ツタ方ガ宜カラウ」と説明を加えている(速記録50巻112—113頁)((中川善之助ら編「新版 注釈民法(23)親族(3)親子(1)」157頁[高梨公之・高梨俊一]))。

(注3)「在胎期間についての医家の調査によると、29,648の分娩例で、43週(301日以上)2,315、44週(308日以上)1,029、45週(315日以上)523、46週(322日以上)254、47週(329日以上)109、48週(336日以上)54、49週(343日以上)30、50週(350—6日)19、合計4,333例が300日を超えている(小畑・産科の实地経験6)。もつとも、この在胎期間の計算は、最終月経の初日から計算する普通の方法によつている。妊娠は受精から分娩終了までをいうべきだろうが、いわゆる受胎(妊娠をひきおこした性交)を確定することさえ困難なことが多く、いわんや生体内現象である受精や着床を確認することは不可能だから、正確な在胎期間を算定することはむずかしい(沢崎千秋「妊娠用語の検討」臨牀婦人科産科19巻12号955)。したがって、この統計には2週間ほどのずれを考慮してよいものと思うが、それにしても301日以後に出生した子が婚姻した夫の子である場合もかなり考えられるのである。これは、判例が、「母ノ最終月経ノ第一日ヨリ分娩時迄320有余日ヲ存スルコトハ医学上敢テ不能ノコトニ非サルコトハ顕著ナル事実」といつているとおりでである(大判大15・11・2新聞2635・9)(中川善之助編「注釈民法(22)のI 親族(3)親子(1)」102頁[高梨公之])

3 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

(1) 中間試案での提案の内容

中間試案では、母の再婚の日から前婚の解消又は取消しの日の後300日までの期間に出生した子は、試案第2の1①の前段及び同②の規律により前夫の子と推定される一方で、同①の後段の規律により再婚後の夫の子とも推定されることとなり、これらの推定が重複することとなる。そこで、同③は、同「①」及び同「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つて、妻が前夫以外の男性と再婚した後に出生したものについては、再婚後の夫の子との推定によることを明らかにする規律を設け、上記重複の解消を図るものである。この点については、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、前婚の解消原因が前夫の死亡の場合を除き、再婚後の夫の子と推定する案【乙案】の2つの案を提案している。なお、【乙案】の場合には、前婚の解消原因が前夫の死亡の場合には、前夫の子との推定と再婚後の夫の子との推定が重複したままとなる。

以下、中間試案での提案については、嫡出推定制度の例外として、再婚後に出生した子を再婚後の夫の子と推定すること(後記(2))と、再婚後の夫の子と推定

する規律の適用範囲（後記(3)）に整理して検討をする。

(2) 嫡出推定制度の例外として、再婚後に出生した子を再婚後の夫の子と推定すること

ア パブリック・コメントでは、嫡出推定制度の例外として、再婚後の夫の子と推定することについて、無戸籍者の問題を解消するための手段の一つとして、賛成する意見が比較的多かったものの、反対する意見も相当数あった。

イ 反対する意見の理由として、「前夫以外の男性と法律婚をしなければ前夫の推定が維持される」とするのは婚姻の在り方に関する当事者の選択を狭める結果になると指摘するものがあった。しかし、前夫の子と推定される場合であっても、嫡出否認等の手続により、当該推定を否定することができることを変えることは想定しておらず、母が再婚をしないからといって、母が現行法の規律に比して不利な立場に置かれるわけではない。母が再婚をした場合に、嫡出否認の手続によらずに、再婚後の夫の子と推定する規律を設けることにより、総体的には、前夫の子と推定される場合が減少し、その結果として無戸籍者の減少に寄与することは明らかといえるところ、このような規律は、再婚についての事実上のインセンティブの一つとなり得ることは考えられるにせよ、もとより、再婚をするか否か等についての当事者の意思決定の自由を制約するものではなく、婚姻の在り方に関する当事者の選択の幅を狭めるものでもない。

ウ その他、反対する理由として、試案「③」が同「②」の規律を前提としていたことを挙げるものがあったが、同「②」の規律を維持することについては前記2のとおりである。

また、反対する理由として、無戸籍者問題解消のためには、再婚後の場合以外にも嫡出推定の例外を設けるべきとするものもあったが、この点については、後記4以下で検討する。

そこで、本文③の【甲案】、【乙案】のいずれにおいても、嫡出推定の規律の例外として、少なくとも前婚の解消原因が前夫の死亡の場合を除き、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規律を設けることを提案している。

(3) 再婚後の夫の子と推定する規律の適用範囲

ア パブリック・コメントでは、前記(2)のとおり、再婚を嫡出推定の例外とすることに反対する意見はあったものの、再婚後の夫の子との推定が適用される場面として、離婚による婚姻解消や婚姻取消しの場合を含むことについて特段反対する意見はなかった。

また、前夫の死亡による婚姻を解消した場合に、再婚後の夫の子と推定する規律を設けるかについては、パブリック・コメントでは、前婚の解消原因が離婚の場合はもちろん、死別の場合でも、母が子の出生時に前夫以外の夫と再婚していた場合には、前夫の死亡前から婚姻関係が破綻しており、再婚後に出生した子は、前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

である蓋然性のほうが高いこと、後記第3において民法733条（再婚禁止期間）の削除が提案されていることとの関係で、子に二重の嫡出推定が及び、父を定めることを目的とする訴え（民法773条）により、父を定めざるを得ない事態が生じ得、手続が煩雑になり、子の地位も不安定になることなどを理由にして【甲案】（前夫の死亡の場合にも再婚後の夫の子と推定する）に賛成する意見が多く、【乙案】（前夫の死亡の場合には再婚後の夫の子と推定しない）に賛成する意見は少なかった。

イ パブリック・コメントでの意見等も踏まえると、【甲案】（前夫の死亡の場合にも再婚後の夫の子と推定する）を中心に検討していくことが考えられる。他方で、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、前夫の相続人である母の行動によって、子が前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、前夫の死亡の場合に、再婚後の夫の子と推定するかどうかについては、【甲案】、【乙案】のいずれについても引き続き提案することとする。なお、【乙案】では、前婚の解消原因が前夫の死亡の場合に、前婚の子との推定と再婚の夫の子との推定が重複していることを明確とするために表現を修正した。

4 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規律

パブリック・コメントや本部会のヒアリングにおいて、（前）夫と関わりを持つことを避けたいと望む当事者（母）が少なくなく、それが無戸籍の要因となっており、母が（前）夫と関わりを持つことなく、（前）夫の子との嫡出推定を否定する規律を求める意見があった。また、パブリック・コメントでは、婚姻の解消等の後に生まれた子については、婚姻中に懐胎した場合でも、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、強制認知がされた場合には前夫の子と推定しないものとすべきであるといった意見があった。

しかし、現行法上は、前夫の子であるとの推定の及ばない子に限り、強制認知により父子関係を否定することが認められているが、これを前夫の子であるとの推定が及ぶか否かにかかわらず、婚姻の解消等の後に生まれた子一般に拡大することは、父母の婚姻関係を前提に子の父を推定し、推定される嫡出子について嫡出否認の訴えの提訴権者及び提訴期間を限定することで、子の身分関係の安定を図っている嫡出推定制度の意義を、実質的に没却することになり得るとも考えられる。この理は、嫡出推定の例外を認める要件として、DNA型鑑定により認知者と子との間に生物学上の父子関係が存在することの高度の蓋然性があることを求めるような規律を設けた場合であっても、何ら異なるものではない。また、

仮に嫡出推定の例外を認める要件としてそのような規律を設けた場合には、結局のところ、嫡出推定の要件の定め方いかんにかかわらず、婚姻の解消等の後に生まれた子については、生物学上の父子関係の有無のみによって法律上の父子関係が確定することを容認することとなるが、婚姻の解消等の後に生まれた子についてのみ生物学上の父子関係のみを基準として嫡出推定を常に破ることができるとの例外を設けることについては、生物学上の父子関係を過度に重視することになるのではないかとの疑義が生じるとともに、婚姻の解消等の前に生まれた子に係る規律との均衡を失するのではないかといった指摘が可能であるとも考えられる。

他方で、上記パブリック・コメントの意見をも踏まえ、婚姻の解消等の後に生まれた子については、生物学上の父子関係を重視すること自体を正面から容認するといった方向での整理の余地はないか、又は、嫡出推定の例外を認めるために、生物学上の父子関係以外に一定の合理的な要件を設定することなど(注)により、現行法の嫡出推定制度との連続性の観点からも許容し得るような制度設計の余地がないかは、改めて本部会で検討すべきものとも思われるが、どのように考えるか。

(注) 具体的な要件設定は容易ではないが、例えば、出生届が一定期間提出されない場合に、任意認知がされたとき又は強制認知の訴えが認められたときは、嫡出推定の規律を適用しないことなども考えられる。もっとも、このような案については、①そもそも子にとっては、出生届を早期に提出されることが最も重要であるにも関わらず、出生届を提出しないことを前提とした案であること、②これまでと認知の法的位置付けが変わることとなることの影響、③戸籍法上の手続である出生届の提出について、その提出がされないということに実体法上の意義・効果を持たせることの当否、④出生届については、戸籍法で一定期間内での届出義務を課しているにもかかわらず(戸籍法第49条第1項参照)、その期間内に出生届が提出されていないことを要件として一定の実体法上の効果を生じさせることは、戸籍法上の義務違反を制度的に許容することとなるのではないかといった課題があるものと考えられるが、どのように考えるか。

2 再婚後の夫の子であるという推定に対する嫡出否認の効果

- ① 第2・1③の場合において、否認権者(注)の否認権の行使により再婚後の夫の子であるという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ものとする。
- ② 前夫についての相続の開始後、再婚後の夫の子であるという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ものとする。

(注) 再婚後の夫、前夫、子、第4・2の【乙案】の母を想定している。

1 再婚後の夫の子であるという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規律

(1) 試案での提案の内容

試案第2・2は、否認権の行使により再婚後の夫の子であるという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していた。

(2) 試案に対するパブリック・コメントでの意見及び提案の内容

ア パブリック・コメントでは、父子関係の早期安定を確保すべきとして、前記(1)の提案に賛成する意見があった一方で、上記提案に反対する意見もあった。

イ 反対する意見の理由としては、前夫の推定の復活を認めると、再婚後の夫の推定について前夫の否認権行使を認めることやその要件、前夫への通知など複雑な話に繋がり、子をはじめとする当事者の利益に資するとは思われないといったものがあった。

しかし、再婚がなければ前婚の夫の子との推定が及んでいたことからすると、(理論構成は様々考えられるものの、)再婚後の夫の子との推定が否定された場合には、再婚がなかった場合と同様に、前夫の子と推定することが相当であると考えられる。また、再婚後の夫の子であるという推定が否認されたときは、子は出生の時から前夫の子と推定することにより、早期に父子関係を確定し、子が安定した地位を得ることにつながるものと考えられる。

この点、子の父を確保する観点からは、胎児認知を行う、当該子との血縁関係を立証して強制認知を行う、離婚を出生後に行うなどの方策を取ることが十分可能であるといった指摘もあったところであるが、前記2(2)ウのとおり、婚姻解消等の後に生まれた子については、認知等によって父子関係を形成することとするのは、子やその法定代理人である母に相当な負担を負わせることになるものと考えられるため、子の利益のためにも、再婚後の夫の子であるという推定が否認されたときは、子は出生の時から前夫の子と推定することが相当であると考えられる。

ウ 反対する意見の理由として、再婚後の夫を子の父と推定しながら、その否認によって、前夫との父子関係が復活する可能性があることは、母に前夫に対する法的対応を取ることを強いることとなって、再婚を選択するインセンティブを下げる方向に働く上、無戸籍解消防止につながらないといったものがあったが、無戸籍者の問題の解消については、前記2(2)ウのとおり、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考えられる。

エ 反対する意見の理由として、子の出生前に再婚する場合は、一般的にもはや前夫の子である蓋然性は極めて低いのであり、前夫による養育意思も養育環境も期待されないというものがあった。しかし、前記2(2)イのとおり、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言い難い

ことからすると、子の出生前に再婚していたとしても、再婚後の夫の子であるという推定が否認されたときは、離婚後300日以内に出生した子が前夫の子である蓋然性は非常に低いとは言い難い。そうすると、子の出生前に再婚していたとしても、再婚後の夫の子であるという推定が否認されたときは、子の出生前に再婚がなかった場合と同様に取り扱うことが相当であると考えられる。

オ その他、反対する意見の理由として、前記1の試案②を前提としている点で反対とする意見があったが、試案「②」を維持することについては、前記のとおりである。

そこで、試案第2の2と同じ規律を設けることを提案している。

2 再婚後の夫の子であるという推定が否認されたことにより、前夫の子と推定された者の価額支払請求権

試案では、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、試案第2・2（注2）において引き続き検討することとしていた。

パブリック・コメントでは、否認権の行使期間が延長され、嫡出否認調停・訴訟に相当期間を要することを考えれば、前夫の遺産分割終了後に再婚後の夫の子との推定が否認されることも十分起こり得ることや、その場合には、既に遺産分割をした他の相続人の利益を考慮し、金銭の支払いによって前夫の子と推定された者の利益を図ることが考えられることなどから、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、賛成ないしは引き続き検討することに賛成する意見が多かった。

そこで、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を提案するものである。

第3 女性の再婚禁止期間の見直し

女性の再婚禁止期間に関する民法第733条の見直しに関して、次の2案のいずれかによるものとする。

【甲案】第2・1の③の【甲案】を前提にするもの

- ① 民法第733条を削除する。
- ② 民法第773条は、民法第732条（重婚の禁止）の規定に違反して婚姻をした女性が出産した場合において、適用することとする。

【乙案】第2・1の③の【乙案】を前提にするもの

- ① 民法第733条を削除する。
- ② 民法第773条は、民法第732条（重婚の禁止）の規定に違反して婚姻をした女性が出産した場合において、適用することとする。
- ③ 前夫の子であるという推定と再婚後の夫の子であるという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（注）。

(注) その子のために相続権を害される者その他前夫の三親等内の血族に提訴権を認めるかなどは、引き続き検討する。

1 再婚禁止期間の撤廃について

試案第3では、【甲案】、【乙案】のいずれにおいても、再婚禁止期間を撤廃することを提案していたところ、パブリック・コメントでは、再婚禁止期間を撤廃することに対して、ほとんど反対する意見はなかった。

そこで、【甲案】、【乙案】のいずれにおいても、引き続き、再婚禁止期間を撤廃し、民法第733条を削除することを提案する(本文【甲案】①、同【乙案】①)。

2 民法第773条は削除せず、民法第732条違反の場合に用いる

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条の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〕)。

また、パブリック・コメントにおいても、民法第773条は削除せず、民法第732条違反の場合に適用することに賛成する意見もあった。

そこで、再婚禁止期間を撤廃し、民法第733条を削除する場合には、【甲案】、【乙案】のいずれにおいても、民法第773条は削除せずに、父を定めることを目的とする訴えは、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を提案する(本文【甲案】②、同【乙案】②)。

3 【乙案】を採用した場合の取扱い

(1) 父を定めることを目的とする訴えの適用場面の見直し

試案第3の【乙案】では、前婚の解消原因が前夫の死亡の場合には、前夫の子であるという推定と再婚後の夫の子であるという推定とが重複することとなる。そこで、【乙案】では、このような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ことを提案していたが、パブリック・コメントでは、【乙案】を採用した場合に、この見直しを行うことについて特段反対意見はなかった。

そこで、引き続き、【乙案】を採用した場合に、前夫の子であるという推定と再婚後の夫の子であるという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ことを提案する(本文【乙案】③)。

(2) 父を定めることを目的とする訴えの提訴権者等

現行法では、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のは、子、母、母の配偶者(後夫)又はその前配偶者(前夫)のみであり、原告が訴訟係属中に死亡すると、訴訟は当然終了するとされている。これは、父を定めることを目的とする訴えについての原告適格(訴訟追行権)は一身専属的なものとして個別的に付与されているとみられるし、特別の規定がない以上その承継は認め

られないと解されるからとされている(吉村徳重ら編「注解 人事訴訟手続法【改訂】」345頁参照)。

そして、前記(1)のとおり、前夫の子であるという推定と再婚後の夫の子であるという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を活用することとしているが、この場面では、前夫は既に亡くなっており、現行法の規律を前提にすると、前夫の親族等には提訴権がないこととなる。しかし、前夫の嫡出推定が及ぶ子は、例えば前夫の父母にとっては、その直系卑属に該当し得る者であることなどに照らすと、その子の法的地位の確定は、死亡した前夫のみならず、前夫の親族等にとっても重大な関心事項であるのが通常であるとも考えられるため、そのような者についても、父を定めることを目的とする訴えの提訴権を認めることが考えられる。

提訴権者の範囲については、様々な考え方があり得るが、嫡出否認の訴え当事者の規律(人事訴訟法第41条)を参考に、その子のために相続権を害される者その他前夫の三親等内の血族とすることが考えられる。

他方で、後記第6の検討にもよるが、前夫の子であるという推定と再婚後の夫の子であるという推定とが重複する場合において、その子のために相続権を害される者その他前夫の三親等内の血族は、前夫の子であるとの推定を否定するために、嫡出否認の訴えを提起することができるのであり(人事訴訟法第41条)、それに加えて、父を定めることを目的とする訴えを提起する権利を認めると、再婚後の夫と子との間の父子関係の存否について確定することを求める権利をも認めることになるが、そこまで認める立法事実があるか検討する必要があると考えられる。また、前夫の親族等に提訴権を認めることとする場合には、再婚後の夫が死亡していた場合において、その親族等にも提訴権を認めるべきかも問題になる。

そこで、その子のために相続権を害される者その他前夫の三親等内の血族に提訴権を認めるかなどは、引き続き検討することとしている(本文注)。

その他、前夫の三親等内の血族等に提訴権を認めた場合には、前夫の三親等内の血族等にも被告適格を認めるかについても問題となり得る。しかし、現行法では、直接の利害関係を持つ前夫と再婚後の夫は、必ず被告となるものの、死亡したからといってその承継人が被告となることはなく、いずれも死亡していた場合には、検察官が被告となるとされている。このように、父を定めることを目的とする訴えにおいては、被告は、直接の利害関係を持つもののみとすれば足りると考えられるため、仮に前夫の三親等内の血族等に提訴権を認めたとしても、これらの者を被告とする必要まではないとも考えられる。

以上を踏まえ、これらの点について、どのように考えるか。