

## 個別論点の検討（４）

※ 部会資料 20 の第 2 の部分を要綱案のたたき台（１）に合わせる形で修正をした。

5 下線部は修正部分である。

## 第 2 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。

- 10 ① 妻が婚姻中に懐胎した子は、当該婚姻における夫の子と推定する。女が婚姻前に懐胎した子であって、婚姻が成立した後に生まれたものも、同様とする。
- 15 ② ①の場合において、婚姻の成立の日から 200 日以内に生まれた子は、婚姻前に懐胎したものと推定し、婚姻の成立の日から 200 日を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。
- 20 ③ ①の場合において、女が子を懐胎した時から子の出生の時までの間に二以上の婚姻をしていたときは、その子は、その出生の直近の婚姻における夫の子と推定する。
- ④ ①から③により父が定められた子について、嫡出否認の訴えによりその父の嫡出であることが否認された場合における③の適用においては、③の「直近の婚姻」とあるのは、「直近の婚姻（第 774 条の規定により子とその嫡出であることが否認された夫との間の婚姻を除く。）」とする。

（補足説明）

## 1 民法第 772 条の規律の根拠の整理について

## (1) 概要

25 嫡出推定制度は、婚姻関係を基礎として、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。また、嫡出推定制度は、一律に夫の子と推定することにより、夫婦間の性関係や婚姻関係が直

30 ちには明らかにならないという意味で家庭の平穩に資するものであった。

本見直しでは、上記意義を踏まえた上で、嫡出推定制度の見直しを行っているところであるが、前回会議において、嫡出推定制度の根拠について再度整理すべきとの指摘があったことから、各規律の根拠について整理するものである。

35 なお、規律の見直しに当たっては、民法第 772 条は親子関係の基本的な規律であることから、その規律が明確にして徒に複雑ではないものであることが強く要請されることを前提としている。

(2) 本文①前段（婚姻中懐胎の規律）について

本文①前段は、妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定するもので、現行法の民法第772条第1項を維持するものである。

5 この規律は、夫婦の同居義務や貞操義務に基づき、事実として、妻が婚姻中に懐胎した子は夫の子である蓋然性が高いこと、夫婦の協力・扶助義務に照らせば、夫婦による子の養育が期待できること等を根拠とするものである。

(3) 本文①後段（婚姻前懐胎・婚姻後出生の規律）について

ア 規律の主たる根拠

10 本文①後段は、女が婚姻前に懐胎した子であって、婚姻が成立した後に生まれたものは、夫の子と推定するものである。

婚姻前に懐胎した場合には、懐胎時には夫婦の同居義務や貞操義務はないものの、子が婚姻後に出生している場合には事実として夫の子である蓋然性が高いこと（注1）、夫婦の協力・扶助義務に照らせば、夫婦による子の養育が期待できること、婚姻前に懐胎した子であっても婚姻成立後に生まれた子は夫の子と推定することにより、夫婦間の性関係や婚姻関係が直ちには明らかにならないという意味で家庭の平穩に資すること等を根拠とするものである。

15 また、妊娠した後に婚姻する夫婦が増加しているという社会の変化（注2）等を踏まえると、現在においては、婚姻前に懐胎し、婚姻成立後に子を出産した場合には、交際期間中に妊娠が判明したことを契機として婚姻に至るケースが多数あるものと想定されるところ、そのようなケースにおいて、女性が懐胎していることを認識した上で婚姻する夫は、生まれた子を自らの子として養育していく意思を有しているのが通常であると考えられることも、夫の子と推定する根拠となると考えられる。

イ 子の出生前に婚姻を解消した場合も規律の対象に含むこと

25 本文①後段は、女が婚姻前に懐胎した子であって、婚姻が成立した後に生まれたものは、夫の子と推定するものであり、子の出生前に婚姻の解消又は取消しに至ったとしても、その夫の子と推定するものである。

30 この点、前記アのとおり、妻が婚姻前に懐胎し、かつ、婚姻後に出生した子については、夫の生物学上の子である蓋然性が高いと考えられるところ、この理は、子の出生前に婚姻の解消又は取消しに至ったからといって変わるものではないと考えられる。このような観点は、婚姻解消等の後300日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎されたものと推定し、夫の子と推定することとしている点と何ら違いはない。また、子の出生の時期に照らして、婚姻中懐胎と婚姻前懐胎のいずれの可能性も否定し難く、直ちには婚姻時期と懐胎時期の前後関係を決し難いような事案も、一定の割合で必ず生じるものであることを考慮すると、懐胎時期が婚姻の前後いずれであるかによって規律に差異を設けることは、実際上も相当でないと考えられる。

35 さらに、前記アのとおり、婚姻前に懐胎した女性と婚姻する夫は、その懐胎の事実を認識した上で婚姻する場合が多く、そのような夫は、生まれた子を自

らの子として養育する意思を有しているのが通常であると考えられるところ、かかる事情は、その後子の出生前に婚姻の解消又は取消しに至ったとしても、存在しなかったこととなるものではない。

5 以上を踏まえると、婚姻の解消後においては夫婦間の性関係や婚姻関係が直ちには明らかにならないという意味での家庭の平穩を維持するという要請等は相対的に減退し得ることを考慮してもなお、妻が婚姻する前に懐胎し、かつ、婚姻後に出生した子については、子の出生前に婚姻を解消した場合においても、嫡出推定を及ぼすこととするのが相当である。

10 なお、子の出生前に婚姻が解消される事案の中には、例えば、婚姻前に性交渉がなく、婚姻直後に妻が別の男性の子を妊娠していることが判明したため離婚に至るといった事案も含まれ得るところ、そのような事案については、嫡出推定を及ぼすこととした趣旨が必ずしも妥当するものではないが、前記のとおり、親子関係の基本的な規律である民法第772条の規律については、明確にして徒に複雑ではないものであることが強く要請されること、また、個別の事案における事情は嫡出否認の手續等において主張することが可能であること  
15 などを踏まえると、本文①後段の規律のみを設けることで足り、上記のような事案を想定した同規律の例外を設ける必要性及び相当性はないものと考えられる。

#### ウ 死別した場合にも及ぼすこと

20 本文①後段（婚姻前懐胎・婚姻後出生）の規律は、前婚の解消原因が死別の場合においても、母が元夫以外の男性と再婚した後に生まれた子は、再婚後の夫の子と推定するものである。

25 この点、夫の死亡という自然的事実に基づく婚姻解消である死別の場合は、夫婦の一方又は双方の意思に基づく婚姻解消である離婚の場合と比較して、子が婚姻解消前の夫の子である可能性が相対的に高いともいい得るが、他方で、死別の場合であっても、懐胎中の女性と婚姻し、その後子が出生しているという点においては、離婚の場合と何ら異なるものではなく、子が再婚後の夫の子である蓋然性は十分にあるといえる。

30 また、夫婦の協力・扶助義務に照らせば、夫婦によって子の養育が期待できること、婚姻成立後に生まれた子は一律に夫の子と推定することにより、夫婦間の性関係や婚姻関係が直ちには明らかにならないという意味で家庭の平穩に資すること等を踏まえ、前婚の解消原因が死別である場合にも、再婚後の夫の子と推定することとしている。

35 (4) 本文③（女が子を懐胎した時から子の出生の時までの間に二以上の婚姻をしてきたときの規律）について

#### ア 前提

女が子を懐胎した時から子の出生の時までの間に二以上の婚姻をしていたときには、本文①前段の規定の嫡出推定と同①後段の嫡出推定との間に重複が生じ得る（後記イ）ほか、本文①後段の嫡出推定と更に別の婚姻に係る同①後

段の嫡出推定との間にも重複が生じ得る（後記ウ）。

イ 本文①前段の規定の嫡出推定と①後段の嫡出推定とが重複する場合

本文③の規律は、再婚によって本文①前段（婚姻中懐胎）の規律と本文①後段（婚姻前懐胎・婚姻後出生）の規律が重複する場合には、直近の婚姻における夫の子とする（本文①後段の規律が優先する）こととしている。すなわち、婚姻の解消の日から300日以内に生まれた子であっても、母が元夫以外の男性と再婚した後に生まれた子は、再婚後の夫の子と推定することとしている。

これは、再婚後に出生した子は再婚後の夫の子である可能性が高いこと（注3）、夫婦の協力・扶助義務に照らせば、夫婦によって子の養育が期待できること、婚姻成立後に生まれた子は一律に夫の子と推定することで、夫婦間の性関係や婚姻関係が直ちには明らかにならないという意味で家庭の平穩に資すること等を根拠とするものである。

ウ 本文①後段の嫡出推定が複数重複する場合

本文③の規律は、本文①後段（婚姻前懐胎・婚姻後出生）の嫡出推定が複数重複する場合は、子の出生の直近の婚姻における夫の子と推定することとしている。

このような複雑な事案には、多様なケースが含まれるものと想定されるため、いずれの婚姻における夫の子である蓋然性が高いかを一概に述べることは困難であるとも考えられるが、一般に子の出生の直近の婚姻における夫は、懐胎中の女性と婚姻し、その後に子が出生していることからすると、当該夫の子である蓋然性は十分にあるといえる。

また、夫婦の協力・扶助義務に照らせば、夫婦によって子の養育が期待できること、婚姻成立後に生まれた子は一律に夫の子と推定することにより、夫婦間の性関係や婚姻関係が直ちには明らかにならないという意味で家庭の平穩に資すると考えられること等を踏まえ、女が子を懐胎した時から子の出生の時までの間に二以上の婚姻をしたときは、子の出生の直近の婚姻における夫の子と推定することとしている。

なお、このように子の出生の直近の婚姻における夫の子と推定することは、前記イのとおり、婚姻の解消の日から300日以内に生まれた子であっても、母が元夫以外の男性と再婚した後に生まれた子は、再婚後の夫の子と推定することとも整合するものといえる。

(5) まとめ

以上のとおり、見直し後の嫡出推定制度は、妻が婚姻中に懐胎した子及び婚姻前に懐胎して婚姻後に出生した子について、夫の子である蓋然性があるとの事実上の基礎の上に立ちつつ、夫婦（母と前夫の場合も含む。）によって子の養育が期待できることや、夫婦間の性関係や婚姻関係が直ちには明らかにならないという意味での家庭の平穩に資すること等をその基本的な根拠とするものである。

（注1）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%）    |
| 5 | 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%）     |

10 (注2) 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。

15 (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  
法務省において、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、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%） |
| 20 | 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 死別による婚姻解消の場合における特別代理人選任の申立て

### (1) 概要

30 前回会議では、前夫の相続に関して、母の利益と子の利益が相反し得る以上、一般的な規律と同様に、特別代理人選任の規律を設けた方がいいのではないかと  
いった指摘があったところである。そうした指摘を踏まえると、死別による婚姻  
解消の場合には、裁判所は、前夫の三親等内の親族（注1）の申立てにより、子  
の否認権について、特別代理人を選任することができるといった規律（以下「新  
たな特別代理人選任申立制度」）を設けることが考えられる。

35 そこで、このような規律を設ける必要性の程度（後記(2)）、このような規律を設  
けることと本見直しにおける否認権に関する諸制度との関係を整合的に説明す  
ることが可能か（後記(3)）、及び前夫の三親等内の親族に特別代理人選任の申立  
てを認めることの相当性（後記(4)）について検討する。

### (2) 新たな特別代理人選任申立制度の必要性の程度

まず、再婚後に生まれた子は、再婚後の夫の子と推定されるため、適切に否認  
権が行使されないと、子は前夫の相続人たる地位を失うおそれがある。

他方で、否認権の行使は、あくまでも父子関係という身分関係の存否を決することを目的とするものであり、その行使の結果として生じ得る、相続分や扶養義務等への影響は、反射的・付随的なものにすぎないともいえる。

5 また、再婚後の夫の子との推定が否定されない場合には、確かに子は前夫の相続人たる地位を得ることはできないものの、その一方で、再婚後の夫の（推定）相続人たる地位は覆されることなく維持されるのであるから、一概に、再婚後の夫の子との推定が否定されないことが子にとって不利益であるとはいえないとも考えられる。

10 さらに、前夫の相続に関して、母の利益と子の利益が相反し得るものとしても、母は、子の立場を代弁し、これを養育する立場にあること等を踏まえると、典型的に母が否認権を適切に行使することが期待できないとまではいえないとも考えられる。

以上を踏まえると、新たな特別代理人選任申立制度を設ける必要性はさほど高いものではないとも考えられる。

15 (3) 新たな特別代理人選任申立制度と本見直しにおける否認権に関する諸制度との関係

裁判所に選任された特別代理人は、特段の事情がなければ、嫡出否認の訴えを提起することとなると考えられる。そこで、新たな特別代理人選任申立制度と本見直しにおける否認権に関する諸制度との関係を整合的に説明することができるかについて、以下検討する。

20 ア 前夫が死亡した場合にその親族に否認権の承継を認めないこと

部会資料18-1（40頁参照）のとおり、前夫が死亡した場合において否認権の承継をも認めると、否認権を行使することができる者の範囲が広がり、子の身分関係の安定を害する結果となるおそれがあることから、これを認めることは相当でないと考えられるところ、第18回会議においては、前夫が死亡した場合において否認権の承継を認めないことについて特段異論がなかったところである。

30 前夫の死亡による婚姻解消の場合において、前夫の三親等内の親族に特別代理人選任の申立てを認めると、否認権を行使することができる者の範囲が広がり、子の身分関係の安定を害する結果となるおそれがあるとも考えられるため、この場合に前夫の三親等内の親族に特別代理人選任の申立てを認めることは、前夫が死亡した場合において前夫の親族に否認権の承継を認めていないことと整合しないとも考えられる。

イ 前夫の否認権の要件を加重していること

35 部会資料21-1（2頁以下）のとおり、前夫の否認権について、「前夫が嫡出であることを否認することが子の利益を害する目的によることが明らかなきとき」は、その否認権を認めないことを提案している。これは、子の出生の直近の夫の子との推定が否認された後、更に前夫の子であることが否定されるなどした場合には、子の法律上の父が失われる結果となり得るなど、子の身分関

係の安定を害し、その利益に反する事態を招くおそれがあることを考慮し、そのような事態を防止しようとするものである。

5 このように、子の身分関係の安定等を重視する観点から、婚姻関係に基づき子の父と推定され得る立場にある前夫についても、その否認権に要件を加重しているところ、前夫の死亡による婚姻解消の場合において、特段の要件を加重することなく、前夫の三親等内の親族による特別代理人選任の申立てを認めることは、本見直しにおける上記規律とは整合しないものとも考えられる。

10 なお、上記規律と整合性を持たせるために、特別代理人選任申立ての要件又は特別代理人による否認権行使の要件として、前夫の否認権行使において加重される要件を課すことも考えられる。しかし、特別代理人選任申立ての要件を加重することについては、前夫の否認権行使の実体要件とされるものを、主体や目的を異にする手続である特別代理人選任申立ての要件として流用することの理論的な説明が困難であり、相当でないとも考えられる。また、特別代理人による否認権行使の要件を加重することについても、裁判所によって選任された子の代理人による否認権行使の要件を加重することについて、十分に合理的な説明ができるかは慎重に検討する必要があるとも考えられる。

15 (4) 前夫の三親等内の親族に特別代理人選任の申立てを認めることの相当性

前記(3)のとおり、本見直しにおいては、子の身分関係の安定を重視しており、父子関係の当事者ではない者の否認権の行使については厳格に制限を加えているところ、否認権を行使する特別代理人の選任を申し立てることができる者の範囲についても、申立権を与える必要性の有無・程度を慎重に検討すべきものと考えられる。

20 そこで、前夫の三親等内の親族について、特別代理人の選任の申立てを認めるべき利益等の有無を検討すると、前夫の死別を原因とする婚姻解消後300日以内に母が再婚し、その後に子が出生した場合には、再婚後の夫の子と推定されるため、前夫の三親等内の親族は、その時点では、子の親族ではないことになる。そうすると、前夫の三親等内の親族は、子に対して扶養義務を負うわけではなく、子は前夫の相続人にも該当しない。

25 仮に再婚後の夫の子との推定が否定された場合には、子が前夫の子と推定される結果、前夫の三親等内の親族は、子に対して扶養義務を負担し得るほか、自らの相続分が減少し得るが、他方で、子が前夫の三親等内の親族に対し扶養義務を負担し得ることとなるため、この点において前夫の三親等内の親族は、特別代理人選任申立てを認める利益があるとも思われる（注2）。

30 その他、例えば、前夫の父母（子の祖父母となり得る者）は、子が前夫によって懐胎された子であるならば、再婚後の夫の子との嫡出推定を否認し、子の祖父母としての親族関係を形成したいと考えることも想定され、そのような前夫の父母の要望をもって、再婚後の夫の子との推定が否定されることについての利益と評価する考え方もあり得るように思われる。

35 もっとも、前記のとおり、本見直しにおいては、子の身分関係の安定という観

点を最も基本的なものとして重視しており、子が前夫の三親等内の親族に対して扶養義務を負担し得ることや上記のような前夫の父母の要望を実質的な根拠として特別代理人選任の申立てを認めることについては、相当慎重な検討が必要であるものと考えられる。この点、再婚後の夫や母が否認権を行使せず、再婚後の

5

夫の子として育てられているにもかかわらず、前夫の親族の要望に基づき特別代理人の選任を認めることは、子の利益に反する結果を生じるおそれ大きいとも考えられるところである。

(5) 以上を踏まえると、前夫の相続人となり得るという子の立場・利益を保護するために、新たな特別代理人選任申立制度を設けることが考えられるものの、本見直しにおいては、子の身分関係の安定を重視しており、特別代理人選任申立制度を設けない方が子の身分関係の安定につながり、子の利益を保護することになるため、新たな特別代理人選任申立制度を設けないこととすることが考えられるが、どのように考えるか。

10

15

(注1) その他、母の親族に特別代理人選任の申立てを認めることも考えられるが、母が否認権を行使することができる以上、母の親族等は母に否認権を行使するよう促せば足りるのであって、母の意思に反して、その親族が否認権の行使について主導権を発揮することができるような制度とする必要はないとも考えられる。

20

また、再婚後の夫は、自ら否認権を行使することができる以上、その親族に特別代理人選任の申立てを認める必要はないと考えられることも同様である。

(注2) 具体的には、扶養義務に関し、夫の父母や子等、子の直系血族及び兄弟姉妹は子の扶養義務を負うほか（民法第877条第1項）、夫の兄弟姉妹やその配偶者等、子の三親等内の親族は、特別の事情がある場合には、家庭裁判所の審判により扶養義務を負う可能性がある（同条第2項）。

25

その他、親族関係を有することにより、婚姻障害、戸籍に関する利害が生じ得るものと考えられる。具体的には、近親者間の婚姻に関し、夫の父母、子、兄弟姉妹等、子の直系血族又は三親等内の傍系血族は婚姻をすることができない（民法第734条第1項）。