

嫡出推定規定の見直し及び 第三者提供精子により生まれた子の父子関係の整備について

第1 嫡出推定規定の見直しについて

1 現行法における規律

- (1) 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」と規定する。

これは、法律上の父子関係は、血縁関係に基づいて生じることを前提として、これを事実によって証明することが困難であったことから、婚姻中の妻が懐胎した子は夫との間に血縁関係がある蓋然性が認められることを根拠に、これを推定することとしたものである。また、子に安定的な養育環境を与えるという観点からも、婚姻中の妻が懐胎した子は夫の子とすることが適当であるといえることができる。

同項の推定は、夫と子の間に血縁関係がないことを証明することによって覆すことができるが、かかる反証は、夫の提起する嫡出否認の訴えによらなければ行うことができない（民法第774条）。

- (2) 民法第772条第2項は、「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」と規定する。

これは、懐胎時期が一見して明らかでないため、分娩時という明確な基準から懐胎時期を推定することにより、父子関係の確定を容易にするものである。同期間については、医学上の懐胎の最短期と最長期を元に、この期間外に出生した子は婚姻期間中の懐胎であることが稀であり、そのような出生子を夫の子と推定することができないと考えられたことによるとされている。

同項の推定については、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覆すことができ、かかる反証は、同条第1項の推定と異なり、必ずしも嫡出否認の訴えによってすることを要しない。

2 嫡出推定規定に関する判例・実務

以上のような嫡出推定規定については、判例・実務により次のような運用が行われている。

(1) 推定されない嫡出子について

婚姻の成立後200日以内に生まれた子については、婚姻の成立前に内縁関係の継続中に内縁の妻が内縁の夫によって懐胎し、その後法律上の婚姻をした後に出生した子は、たとえその子が婚姻の成立後200日以内に出生した場合であっても、父母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（大審院昭和15年1月23日判決）、戸籍実務では、上記判決を受けて、婚姻の成立後200日以内に生まれた子は、内縁関係の先行の有無を確認することなく、嫡出子としての出生届を提出することが認められている（昭和15年4月8日付け民事甲第432号民事局長通牒）。

また、母は、その子が夫の子でないとの出生届を提出することも認められる（昭和26年6月27日付け民事甲第1332号民事局長回答）。

(2) 婚姻の解消又は取消し後300日以内に生まれた子について

婚姻の解消又は取消し後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が、医師の作成した証明書により確認できる場合には、裁判手続によらなくても、戸籍窓口において、嫡出でない子又は後の夫の嫡出子とする出生届を受理するものとされている（平成19年5月7日付け法務省民一第1007号民事局長通達）。

(3) 推定の及ばない子について

母が子を懐胎すべき時期に、既に夫婦が事実上の離婚をして夫婦の実態が失われ、又は遠隔地に居住して、夫婦間に性的関係を持つ機会がなかったことが明らかであるなどの事情が存在する場合には、民法第772条の推定が及ばないとする見解（いわゆる外観説）があり、最高裁判所の判例も外観説に立ったとみられるものが複数存在する（最高裁昭和43年（オ）第1184号同44年5月29日第一小法廷判決・民集23巻6号1064頁、最高裁平成7年（オ）第1095号同10年8月31日第二小法廷判決・裁判集民事189号437頁家月51巻4号75頁、最高裁平成7年（オ）第2178号同10年8月31日第二小法廷判決・裁判集民事189号497頁、最高裁平成8年（オ）第380号同12年3月14日第三小法廷判決・裁判集民事197号375頁など）。

推定の及ばない子であることが裁判によって明らかにされた場

合には、その裁判書の謄本を添付することによって、嫡出でない子または後婚の嫡出子としての出生届を提出することが認められ（昭和40年9月22日付け民事甲第2834号民事局長回答）、また、既に夫の子として出生届が提出されている場合には、裁判書の謄本を提出することによって、戸籍の記載を訂正することが認められる（戸籍法第116条）。

3 小括

以上のような現行法の規律及び解釈・判例を前提とすると、子の父子関係の成立について、次のように整理することができる。

(1) 婚姻の成立前に生まれた子について

嫡出でない子となる。なお、父が子を認知した後、母が父と婚姻したとき、又は、母が父と婚姻した後、父が子を認知したときは、子は嫡出子となる（準正。民法第789条）。

(2) 婚姻の成立後200日以内に生まれた子について

嫡出でない子となる。もつとも、夫の嫡出子としての出生の届出をすることもできる（推定されない嫡出子）。

夫の嫡出子として届出がされた場合に、この父子関係を争うためには、嫡出否認によることを要せず、父子関係不存在確認、強制認知等によることができる。

(3) 婚姻の成立後200日経過後から離婚の日までに生まれた子について

嫡出子となる。

父子関係を争うためには、原則として、嫡出否認によらなければならず、例外的に、推定が及ばない子については嫡出否認の手続によることを要しない。

(4) 離婚後300日以内に生まれた子について

嫡出子となる。ただし、婚姻中に懐胎したものでないことが、医師の作成した証明書により確認できる場合には、裁判手続によることなく、嫡出でない子としての出生の届出をすることができる。

前夫の嫡出子として届出がされた場合に、この父子関係を争うためには、原則として、嫡出否認によらなければならず、例外的に、推定が及ばない子については嫡出否認の手続によることを要しない。

なお、離婚後100日経過後から離婚後300日以内の期間内に、母が再婚しかつ子を分娩した場合は、前婚の夫の嫡出子となる。た

だし、前婚の婚姻中に懐胎したものでないことが確認できた場合には、後婚の夫の嫡出子としての出生の届出をすることができる。

- (5) 離婚後300日経過後に生まれた子について
嫡出でない子となる。

4 嫡出推定規定の見直しの必要性

- (1) 無戸籍者問題の一因として、母が婚姻中又は離婚後300日以内に分娩した子について、真実は夫との間に血縁関係がない場合であっても、嫡出推定規定の存在により夫の子と推定されるため、夫を父とする出生の届出をすることを嫌って、出生の届出がなされないことがあるとの指摘がある。

無戸籍者を生み出さない嫡出推定制度の在り方は、戸籍制度の下、真実の血縁関係と合致した出生の届出をするための手続の負担を軽減するなど嫡出否認制度を含めた法制度全体から検討すべきものである。しかしながら、離婚後300日以内に生まれた子を前夫の子と推定するとの規律が、前夫との血縁関係の蓋然性を根拠とするものであることからすると、このような経験則の存否について改めて検討し、現行の嫡出推定規定を見直すことも有益であると考えられる。

- (2) さらに、子の保護の観点からみた場合、例えば、推定されない嫡出子と扱われている婚姻の成立後200日以内に生まれた子についても嫡出推定を及ぼすなど、現行法の規律を見直すことが有益であると考えられる。

5 嫡出推定規定の見直しの方向性

以上のような観点からみた場合、嫡出推定規定の見直しの方向性として、例えば、次のような案が考えられる。このような案についてどう考えるか。また、これら以外に、どのような見直しの方向性が考えられるか。(注1)

(1) 甲案

現行法のとおりとする。

甲案の根拠として、①現行法の規律は、法律上の父子関係に血縁上の父子関係を反映させるという要請と子に対して早期に安定的な養育環境を与えるという要請を調和させたものであり、合理的であること、②乙・丙案が指摘する離婚後300日以内に生まれた子が、

前婚の夫の子である蓋然性が高いとはいえないとの経験則は認められないことなどが考えられる。

(2) 乙案

前婚の解消（死別を除く。）後300日以内に生まれた子であっても、出生時に母が前夫とは別の男性と再婚していたときは、例外的に民法第772条第2項による推定がされないこととする。

乙案は、現行の民法第772条第1項を維持しつつ、経験則上、夫婦関係の破綻から離婚届の提出までは一定の期間を要することが多く、このような夫婦間には性的関係がなく、少なくとも母が離婚の届出後早い時期に別の男性と再婚した場合には離婚の届出前に夫婦間に性的関係がなく、前夫の子である蓋然性が高いとはいえないことから、同条第2項の推定がされない例外を設けるものである。乙案によれば、法律上の父が重複することはないので、再婚禁止期間の定め（民法第733条）を設ける必要はなくなる。

乙案によれば、離婚後300日以内に母が再婚し、同期間内に生まれた子の父子関係は次のとおりとなると考えられる。すなわち、①子が再婚後200日以内に生まれた場合は、前婚又は後婚のいずれの夫の子とも推定されないことから、後婚の夫の嫡出子又は嫡出でない子として出生の届出ができる。この場合、前婚の夫の推定されない嫡出子としての出生の届出を認める余地もあると思われる。また、②再婚後200日経過後に生まれた場合は、後婚の夫の子と推定される。

なお、離婚後300日以内に生まれた子について、出生時に母が再婚していない場合であっても、前夫の子である蓋然性が高いとはいえないと考えたときには、出生時に前婚の解消（死別を除く。）後300日以内に生まれた子には、再婚の有無にかかわらず、民法第772条第2項の推定がされないとするとも考えられる。

(3) 丙案

母が婚姻中に分娩した子は夫の子と推定する。これによって父が定まらない場合は、婚姻の解消（死別に限る。）の日から300日以内に出生した子を前夫の子と推定する。

丙案の根拠として、①外部的に明確な基準時として、分娩時を採用することが子の福祉に資すること、②社会的にも、母が婚姻中に分娩した子についてはその夫が養育するという考え方が共有されていること、③婚姻の成立後200日以内に出生した子について「推

定されない嫡出子」を認める現状があることから、これを父子関係の原則に取り込む必要性があること、④経験則上、夫婦関係の破綻から離婚届の提出まで一定の期間を要することが多く、そのような夫婦には性的関係もないことから、離婚後に出生した子について、前夫の子である蓋然性が高いとはいえないことなどが挙げられる。丙案によれば、法律上の父が重複することはないので、再婚禁止期間の定め（民法第733条）を設ける必要はなくなる。

なお、丙案については、分娩時を一次的な基準としつつ、上記以外にもさまざまな規律の仕方が考えられる（注2）。

（注1）嫡出「推定」規定の見直しについて

嫡出推定規定の見直しに関連して、民法第772条第1項が父子関係を「推定」するとしている点を見直し、妻が婚姻中に懐胎した子は夫の子とするとの規定を設けるなど、父子関係の成立に関する規律に改めるべきであるとの考え方があ

る。すなわち、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」と規定しているが、この推定は、血縁関係の不存在などの事実を証明することで覆すことができる一方で、民法第774条により、夫が提起する嫡出否認の訴えによらなければならないとされており、嫡出否認の訴えの出訴期間経過後はこれを争うことができなくなることされている。これに対して、推定に対する反証が、嫡出否認の訴えという特定の制度によらなければならないものとされていることからすると、端的に、一定の要件を満たした場合には法律上の父子関係が成立すると規定する見解がある。

このような見解についてどう考えるか。

（注2）分娩時を基準とする他の規律について

- 窪田委員提出資料1の規律（窪田委員提案）は次のとおり

C-2 子の出産時にその母の夫であった者を、その子の父とする。

C-3 **C-2**により父が定まらないときは、子の懐胎の時にその母の夫であった者を、その子の父とする。婚姻の解消若しくは取消の日から（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。

- 窪田委員提出資料2の規律（二宮周平教授提案）は次のとおり。

772b条 妻が婚姻中に分娩した子は、夫を父とする。

- 2 母の婚姻の死亡解消又は取消しの日から300日以内に出生した子は、その婚姻の夫を父とする。
- 3 前2項の規定が抵触する場合には、第1項による。

第2 第三者提供精子により生まれた子の父子関係の整備について

1 民法第772条は、妻が夫以外の第三者の提供した精子を用いた生殖補助医療により懐胎した子の父子関係にも適用されるか。

- (1) 法制審議会生殖医療関連親子法制部会（以下「親子法制部会」という。）では、夫婦間において第三者提供精子を用いた生殖補助医療が行われた場合に、当該生殖補助医療に同意した夫が父となることについて特段の異論はなく、その根拠として、①第三者提供精子を用いた生殖補助医療によって出生した子は、当初からその夫婦の子となることを予定して人工的に懐胎されたものであることから、同意した夫に父としての法的責任を負わせることが相当であること、②同意した夫は、一般的に、出生した子に対する愛情や適切な養育を期待できることから、そのような夫を父とすることが子の福祉の観点からも望ましいことが指摘されていた（親子法制部会第14回会議議事録等）。

また、妻が懐胎した子について、その子が自然懐胎により懐胎した子であるか、生殖補助医療により懐胎した子であるかは一見して明らかでないことからすると、夫婦間において第三者提供精子を用いた生殖補助医療により懐胎した子の父子関係に民法第772条が適用されること自体は肯定することが相当であるとの意見もある。

なお、最高裁平成25年12月10日第三小法廷決定・民集67巻9号1847頁は、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律に基づく「男性への性別の取扱いの変更の審判を受けた者は、以後、法令の規定の適用について男性とみなされるため、民法の規定に基づき夫として婚姻することができるのみならず、婚姻中にその妻が子を懐胎したときは、同法772条の規定により、当該子は当該夫の子と推定されるというべきである」と説示し、妻との性的関係によって子をもうけることはおよそ想定できない場合にも、嫡出の推定についての規定が適用されるものとした。この裁判例は、以上の議論にどのような影響を与えらるかと考えられるか。

(2) また、親子法制部会では、第三者提供精子により生まれた子の父子関係に民法第772条が適用されるか否かに関して、夫の同意の位置付け及び夫の同意の立証責任の所在について、議論されていた。これらの議論について、どのように考えるべきか。

ア 夫の同意の位置付けについて

親子法制部会では、夫の同意の位置付けについて、夫の同意を父子関係が成立するための実体的要件であると考え、「妻が、夫の同意を得て、夫以外の男性の精子を用いた生殖補助医療により子を懐胎したときは、その夫を子の父とするものとする。」との考え方（甲案）と、夫婦間に出生した子については、嫡出推定制度による父性決定が民法上の原則であるから嫡出否認権の喪失事由として夫の同意を規定すれば足りると考え、「妻が、夫の同意を得て、婚姻中に夫以外の男性の精子を用いた生殖補助医療により子を懐胎したときは、夫は、子が嫡出であることを否認することができないものとする。」との考え方（乙案）が示されていた。

このような考え方の対立は、例えば、外観説等によって嫡出推定が排除された子について、甲案によれば同意によって夫が父となるのに対し、乙案によれば同意によっても父子関係は成立しないといった帰結に現れるほか、嫡出推定規定の背後にある父子関係の決定ルールについてどのように考えるかについても関連するとの指摘がある（親子法制部会第14回会議議事録等）。

この点について、親子法制部会では、嫡出推定制度との整合性及び子の法的地位の早期安定化を理由に乙案を支持する考えが態勢を占めていた（参考資料2-1b 中間試案の補足説明）。

イ 夫の同意の立証責任の所在について

親子法制部会では、夫の同意を推定することができるか否かという形で議論がされた。その中では、夫の同意を推定だけの立法事実はないとの意見や、生殖補助医療の実施に際して、書面による同意が必要とされるのか否か、同意書の保管方法等の行為規制法の規律と関連付けなければ立証責任の所在について検討することができないとの意見があった。（親子法制部会第14回会議議事録等）

なお、中間試案の補足説明では、行為規制法上、生殖補助医療を受ける夫婦の同意書が長期間公的機関に保管され、関係者の同意書へのアクセスが認められることとされることを前提に、同意

の存在を立証することが特段の困難を強いるものとは考えられないこと等を理由として、自己に有利な法律効果を主張する側が夫の同意の存在を主張立証すべきこととされた。

2 関連事項－同意の内容等に関する論点について

以上については、同意の内容や同意の方式性の要否等とも関連するものと考えられる。これらの問題については、親子法制部会においても議論されていたところであるが、行為規制を前提としないことによって、どのような影響が考えられるか。

(1) 同意の内容について

親子法制部会では、出生した子の父となる意思までは不要であり、当該生殖補助医療による懐胎についての同意で足りるという結論について、特段の異論はなかった。

根拠として、①母子関係については、具体的に母となる意思がなかったとしても出産した女性が母となるとされており、父子関係についてのみ、父となる意思まで要求することは均衡を失するのではないか、②行為規制法上の同意の問題はともかく、民法上の父子関係の成立要件としては、生殖補助医療による懐胎に同意したという責任の要素を重視すべきでないかとの指摘があった。(以上、親子法制部会第14回会議議事録等)

(2) 同意の方式性の要否について

親子法制部会では、行為規制により生殖補助医療の実施に際して書面による同意が要件とされるのであれば、民法上の父子関係の成立要件としての同意については、方式性を要求する必要はないのではないかという意見が多数であったが、将来の紛争等に備え、意思の明確化の観点から、公正証書による等方式性を要求すべきではないかという意見もあった。

同意の方式性の要否に関しては、①嫡出否認訴訟等における同意の立証責任と関連付ける必要があるのではないか、すなわち、子又は母の側に同意の存在についての立証責任を負わせるのであれば、方式性を要求しなくても訴訟の審理としては的確に進んでいくであろう、しかし、夫の側に同意の不存在の立証責任を負わせる場合において、同意の方式性を不要とすると、訴訟における審理が錯綜するおそれがあるとの指摘があった。また、②同意の方式性を厳格

に要求した場合には、要求される方式を踏んでいない書面では、父子関係の成立要件としての同意はないことになってしまうが、方式性を致した書面がないからといって父子関係が成立しないとする積極的意味はないのではないかとの指摘があった。(以上、親子法制部会第14回会議議事録等)

以 上