

嫡出推定規定の見直しについて

第 1 嫡出推定規定の見直しについて

- 1 婚姻の解消又は取消しの日より後に生まれた子について、婚姻の解消又は取消しの日から 300 日以内に生まれた場合は、母の前夫の子と推定するとの規律を見直すべきか。見直すとした場合に、次の案を検討してはどうか。

【案】婚姻の解消（〔a. 死別によるものを除く。〕）又は取消しの日から 300 日以内に生まれた子は、〔b. その出生時に母が前夫以外の男と婚姻していたときは、〕母の前夫の子と推定されない。

- (1) これまでの議論を踏まえた検討

ア 民法第 772 条第 1 項は、婚姻中に妻が懐胎した子は、夫との間に血縁関係がある蓋然性が認められること、夫が自分の子として引き受ける意思を有していると考えられること、婚姻中に妻が懐胎した子は夫の子とすることで、子に安定的な養育環境を与えることができることから、夫の子と推定することとしている。そして、同条第 2 項は、懐胎時期が一見して明らかでないことから、子の出生時から懐胎時期を推定し、子の出生という外観から明らかかな事情を基準とすることにより、父子関係を早期に確定することとしている。

イ 上記【案】〔b. なし〕は、研究会資料 3 の第 1 の 5 の丙案と同様、通常、夫婦関係の破綻を経て離婚に至ることから、離婚の直前の時期は、既に夫婦関係が破綻しており、妻が懐胎した子は夫の子である蓋然性があるとはいえないことから、婚姻の解消〔死別による解消は除く。〕又は取消しの日より後であって、かつ、その日から 300 日以内の日に生まれた子は前夫の子であるとの推定が及ばないとするものである。

丙案に対しては、大きく 2 つの方向から問題点が指摘された。一つ目は、夫婦関係の破綻を経て離婚に至るというプロセスは、例えば、一定期間別居が継続しているなど夫婦関係の破綻が離婚の要件とされている法制の下であればともかく、夫婦の協議により離婚することができる我が国の法制の下では、離婚の直前の時期に夫婦関係が破綻しているとは直ちにはいえないこと（注 1）

から、同案を支える根拠がないという指摘である。二つ目は、婚姻の解消又は取消しの日から300日以内に生まれた子について、（現行法は前夫が父と推定されることになるのに対して）嫡出推定規定により定まる父がないこととなるが、無戸籍者問題で指摘される前夫との子と推定されることの不都合と、父子関係を早期に確定し、子に安定的な養育環境を与えるという嫡出推定制度の趣旨が後退することとなる不都合といずれが大きいのかを明らかにする必要があるという指摘である。

ウ 上記【案】〔b.あり〕は、研究会資料3の第1の5の乙案と同様に、原則として、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前夫の子との推定が及ぶが、子の出生時に母が前夫以外の男性と再婚していたときは、子の懐胎時期に母と前夫との間の夫婦関係が破綻していた蓋然性が高く、また、このような場合に限り、前夫の子であるとの推定が及ばないとの例外を設けたとしても、再婚した夫の子の推定されない嫡出子となることから、子に安定的な養育環境を与えるという嫡出推定制度の趣旨を害することはないことを根拠とするものである¹。

なお、仮に、後記3「婚姻の成立の日から200日以内に出生した子について」で、夫の子と推定するとの案を採用した場合には、再婚した男性の子と推定されることになる。

乙案に対しては、婚姻の解消後300日以内に生まれた子のうち、出生時まで母が再婚していたものしか嫡出推定の例外とならないため、無戸籍者問題の一部しか解決することができないとの指摘があった。もっとも、この指摘は丙案にも当てはまる（注2）。

エ 〔a.〕について、例外的に前夫の子と推定されない場合を、離婚による婚姻の解消又は婚姻の取消しの場合に限定すべきかどうかについては、死別の場合には、前夫の子でないとの蓋然性がないとはいえないことなどを考慮すると、離婚による婚姻の解消又は婚姻の取消しの場合に限定することが考えられる。

(2) 更なる検討

¹ なお、従来の乙案は、「推定されない嫡出子」となるとの案であったが、前夫との婚姻中に懐胎した子であることから、婚姻前に懐胎し婚姻の成立後200日以内に出生した子である「推定されない嫡出子」とは異なる概念であるとの指摘を受け、修正したものである。

ア これまでの議論を踏まえ、離婚後300日以内に出生した子に関する規律を見直すべきか、見直すとした場合には、上記【案】〔a.〕、〔b.〕について、いずれの案によるべきか。

イ 民法第775条を見直し、否認権者を母等に拡張した場合には、婚姻の解消等の日から300日以内に生まれた子についても、母等が嫡出否認の手續により、前夫と子との間の父子関係を否定することができることとなるが、このことと嫡出推定規定の見直しの要否との関係をどのように考えるか。例えば、子と前夫との間に血縁関係がない場合には、母等が嫡出否認の手續により父子関係を否定することが可能となるが、更に進んで、婚姻の解消等の日から300日に内に生まれた子について一律に前夫の子であるとの推定が及ばないこととする必要があるかが問題となると思われる。

ウ 上記【案】を採用した場合には、再婚禁止期間（民法第733条）の定めは不要になると考えられる。すなわち、〔b.あり〕の案による場合にも、前婚による前夫の子であるとの推定は母が再婚した時までしか及ばないため、再婚による後夫の子であるとの推定と重複することはない。また、〔b.なし〕の案による場合には、婚姻の解消等の日より後に生まれた子には前夫の子と推定されることはないため、再婚による後夫の子であるとの推定と重複することはない。

さらに、死別による婚姻の解消の場合は前夫の子との推定が及ぶとしたときには、その部分についてなお、父性の推定の重複が生ずるおそれがある。

以上について、どのように考えるか。

エ 上記【案】を採用した場合には、民法等のその他の規律について、どのような影響があるか。

（注1）このことは、離婚に至る夫婦が別居を開始した時期からも推察することができる。すなわち、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）であった。

(注2) 平成31年2月10日現在の、法務局から法務省に連絡のあった無戸籍者の数(823名)のうち、(前)夫の嫡出推定を避けるために戸籍に記載されていない者は641名(約78%)であるが、離婚後300日以内の出生子である者は458名(約56%)である。

2 婚姻の成立後200日以内に出生した子について、夫の子と推定されないが、夫の子との出生の届出を認める現行法の規律を見直し、夫の子と推定することとすべきか。

(1) これまでの議論を踏まえた検討

婚姻の成立後200日以内に出生した子について、夫の子と推定されないが、夫の子との出生の届出を認める現行法の規律に対しては、夫の子としての出生の届出を認めながら、親子関係不存在確認の訴えにより、確認の利益がある限り、いつでも誰でも父子関係を争うことができ、子の地位が不安定であること、また、妊娠を契機として婚姻に至ることが増加している現状(注3)に鑑みれば、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ことが指摘されている。さらに、比較法的には、本研究会で調査した各国においては、母が婚姻前に懐胎し婚姻中に出生した子は、母の夫の子となる(推定される)とされており、婚姻の成立の日から一定期間経過後か否かによって子の地位に差は設けられていない(注4)。

(2) 更なる検討

ア 以上を踏まえ、婚姻の成立後200日以内に出生した子について、現行法の規律を見直すべきか。

イ 現行法の規律を見直し、夫の子と推定することとした場合には、婚姻の解消等の日から300日以内に出生した子について、現行法の規律を維持すると、父性の推定の重複を避けるためには300日の再婚禁止期間が必要となる。この点について、どう考えるか。

なお、婚姻の解消等の日から300日以内に出生した子に係る規律を上記【案】[b.あり]に改めた場合には、前婚による前夫の子であるとの推定は母が再婚した時までしか及ばないことになるため、再婚禁止期間の定めは不要になると考えられる。また、上記【案】[b.なし]に改めた場合には、婚姻の解消等の日より後に生まれた子には前夫の子と推定されることはないため、再婚

による後夫の子であるとの推定と重複することはないと考えられる。

ウ 現行法の規律を見直し、夫の子と推定することとした場合には、民法等のその他の規律について、どのような影響があるか。

(注3) 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、1980年には12.6%であったのが、2000年には26.3%に増加し、2009年には25.3%となっている。

(注4) 本研究会で調査した各国における、婚姻の成立の日から200日以内に出生した子に関する規律は、次のとおりである。

まず、ドイツでは、BGB第1592条第1号が「子の出生時に子の母と婚姻していた男性が子の父となる」と規定しており、これによれば、婚姻前に懐胎し婚姻中に生まれた子は、母と婚姻していた男性(夫)の子となることになる。その趣旨については、学説上、多くの場合、子の懐胎が婚姻締結の原因であることが指摘されている。

次に、フランスでは、民法典312条が「婚姻中に懐胎され、または出生した子は夫を父とする」と規定しており、これによれば、婚姻中に出生した子は、母の夫を父とすることとなる。その根拠として、夫婦の婚姻による義務(貞操義務及び同居義務)に加え、経験則の存在が指摘されている。

また、イギリスにおいては、コモン・ロー上、女性が子の懐胎時又は出生時において婚姻していた場合には、女性の夫が子の父であると推定されるため、婚姻前に懐胎し、婚姻中に出生した子は、女性の夫の子となる。

さらに、アメリカにおいても、コモン・ロー上、婚姻している女性の夫を、女性の産んだ子の父と推定するとされており、UPA(2002)第204条が、男性と子の母とが婚姻しており、子がその婚姻中に出生した場合は、その男性が子の父であると推定されると規定しており、同様に、婚姻前に懐胎し、婚姻中に出生した子は、母の夫の子と推定される。

3 判例上認められている「推定の及ばない子」について、嫡出推定規定の例外として、明文で規律すべきか。規律するとした場合、次の案を検討してはどうか。

【案】民法第772条第2項所定の期間内に妻が出産した子であっても、妻が子を懐胎すべき時に、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、同条の推定が及ばないこととする。

(1) これまでの議論を踏まえた検討

ア 判例上認められている「推定の及ばない子」に該当する類型については、民法第772条第2項所定の期間内に産まれた子であっても、母の夫の子であるとの推定が及ばないこととし、否認手続によらず、親子関係不存在確認又は強制認知の手続により父子関係を争うことを認めることが相当であると考えられる。これまでの議論においても、嫡出推定の例外として、明文で規律することを検討すべきとの意見があったところである。

イ 上記【案】は、判例上認められている「推定の及ばない子」に該当する類型を明文で規律しようとするものである。これに対しては、判例により解釈上認められている「推定の及ばない子」に該当するかは、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ことという規範的な要件であり、全て明文で規律することは困難であるとの指摘がある。

(2) 更なる検討

ア 以上を踏まえ、「推定の及ばない子」を明文で規律すべきか。規律するとした場合、上記の【案】は相当か、どのような問題があるか。

イ 「推定の及ばない子」を明文で規律することとした場合には、民法等のその他の規律について、どのような影響があるか。

4 第三者の提供精子による生殖補助医療により法律上の夫婦の間に生まれた子について、嫡出推定規定を適用すべきか。適用することとした場合には、夫の生殖補助医療の実施についての同意の立証責任について、次の2案を検討してはどうか。

【第1案】妻が、婚姻中に子を懐胎した時は、夫をその子の父と推定する。ただし、夫は、子との血縁関係がないことを理由に否認の訴えを提起することができ、子が第三者の提供精子を用いた生殖補助医療により生まれたこと及び夫が当該生殖補助医療の実施について同意したことが立証されない限り、父子関係が否定される(子が、

第三者の提供精子を用いた生殖補助医療により生まれたこと及び夫による生殖補助医療の実施についての同意について立証責任を負う。)(注4)。

【第2案】妻が、婚姻中に子を懐胎したときは、夫をその子の父と推定する。ただし、夫は、その子が第三者の提供精子を用いた生殖補助医療により生まれたこと及び当該生殖補助医療の実施について同意していないことを理由として、その子との父子関係を否認することができる(夫が、子が第三者の提供精子を用いた生殖補助医療により生まれたこと及び生殖補助医療の実施についての同意をしていないことの立証責任を負う。))。

(1) これまでの議論を踏まえた検討

第三者の提供精子による生殖補助医療を用いて法律上の夫婦の間の婚姻中に懐胎した子について、嫡出推定規定を適用することによって、夫の子とするとの考えについては、これまでの議論でおおむね肯定的な意見であった。

その上で、生殖補助医療によって生まれた子は、年長になるまで自身が生殖補助医療によって生まれたことを知らされないことが多く、証拠資料の収集が極めて困難であることから、訴訟等において、子に、生殖補助医療により生まれたものであること及び母の夫が生殖補助医療の実施に対して同意を与えたことの立証責任を負わせることは酷であるとの指摘があった。このような観点からは、母の夫が生殖補助医療の実施に対して同意を与えていないことの立証責任は夫が負うべきであり、第2案によることが望ましいと考えられる。他方で、同意の不存在の立証責任を夫に負わせることは、夫に消極的事実の証明を求めることとなる。法制審議会生殖医療関連親子法制部会の「精子・卵子・胚の提供による生殖補助医療により出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する要綱中間試案」では、行為規制により同意書が長期間公的機関に保管されること等から、子が同意の存在の立証責任を負わせたとしても特段の困難を強いるものではないことを前提に、生殖補助医療に対する夫の同意の存在を推定するとの考え方は採らないこととしていた。

(2) 更なる検討

ア 以上を踏まえ、法律上の夫婦の間に生まれた子について、嫡出推定規定を適用すべきか。適用することとした場合には、嫡出推定規定を適用する要件として、第1案、第2案のいずれによるべ

きか。

イ 以上の規律は、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律（以下「特例法」という。）と3条第1項により男性への性別の取扱いの変更の審判を受けた者と婚姻した女性が、第三者の提供精子による生殖補助医療を用いて婚姻中に懐胎した子についても適用すべきか。この論点に関しては、①第三者の提供精子を用いた生殖補助医療により法律上の夫婦の間に生まれた子について嫡出推定規定を適用すべきかという点に加え、②男性への性別の取扱いの変更の審判を受けた者であることが、嫡出推定が及ばない事情に該当するといえるかという点が問題になると考えられる（注5）。

（注4）法制審議会生殖医療関連親子法制部会「精子・卵子・胚の提供による生殖補助医療により出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する要綱中間試案」第2は、「妻が、夫の同意を得て、夫以外の男性の精子（その精子に由来する胚を含む。）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。」との規律と提案していた。そして、同規律については、補足説明で「本試案第2は、上記のような規律の実質を示したものであるが、これを法律中に規定する場合には「同意した夫は、子が嫡出であることを、否認することができない」と手続的に規定する案と「同意した夫をその子の父とする」と実体的に規定する案が考えられる。本部会においては、民法の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前者の考えが大勢を占めている。」としており、第1案はこの前者の考えと同趣旨の提案をするものである。

（注5）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、特例法に基づき男性への性別の取扱いの変更の審判を受けた者は、民法第772条の規定が適用されたとした上で、推定の及ばない子に関する判例を引用した上で、特例法に基づき男性への性別の取扱いの変更の審判を受けた者が妻との性的関係により子をもうけることは想定できないものの、一方でそのような者に婚姻することを認めながら、他方で、婚姻の主要な効果である民法第772条の適用を認めないことは相当でないとして、実質的に同条の推定を受けないということはないとしている。

以 上