

# 琉球大学学術リポジトリ

## 嫡出推定制度に関する問題の立法的解決の必要性について

メタデータ	言語: 出版者: 琉球大学法文学部 公開日: 2008-05-09 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 武田, 昌則 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/20.500.12000/5870">http://hdl.handle.net/20.500.12000/5870</a>

## 嫡出推定制度に関する問題の 立法的解決の必要性について

武 田 昌 則

前婚の解消後300日以内に生まれた子の嫡出推定についての法務省民事局通達の内容とその背景

平成19年(2007年)5月17日、法務省民事局より下記の通達(以下、「本通達」という。)が出された。

婚姻の解消又は取消し後300日以内に生まれた子の出生の届出の取扱いについて平成19年5月21日から、婚姻の解消又は取消し後300日以内に生まれた子の出生の届出の取扱いが、次のとおり変更されました。

1 「懐胎時期に関する証明書( )」が添付された出生の届出の取扱いについて

「懐胎時期に関する証明書」…出生した子及びその母を特定する事項のほか、推定される懐胎の時期及びその時期を算出した根拠について診断を行った医師が記載した書面をいいます。

(1) 届出の受理について

婚姻の解消又は取消し後300日以内に生まれた子について、「懐胎時期に関する証明書」が添付され、当該証明書の記載から、推定される懐胎の時期の最も早い日が婚姻の解消又は取消しの日より後の日である場合に限り、婚姻の解消又は取消し後に懐胎したと認められ、民法第772条の推定が及ばないものとして、母の嫡出でない子又は後婚の夫を父とする嫡出子出生届出が可能です。

(2) 戸籍の記載について

(1)の届出が受理されると、子の身分事項欄には出生事項と

ともに「民法第772条の推定が及ばない」旨が記載されることとなります。

2 「懐胎時期に関する証明書」が添付されていない出生の届出の取扱いについて

従前のとおり、民法第772条の推定が及ぶものとして取り扱われることとなります（前婚の夫を父とする嫡出子出生届でなければ受理されません。）。

3 取扱いの開始について

(1) この取扱いは、平成19年5月21日以後に出生の届出がされたものについて実施されます。

(2) 既に婚姻の解消又は取消し時の夫の子として記載されている戸籍の訂正については、従前のとおり、裁判所の手続が必要です。

本通達は、法務省のウェブサイトにも掲載されているが<sup>1</sup>、周知のとおり、いわゆる「300日問題」に対する対応策として、戸籍窓口での取扱いを変更するために出されたものである。ここにいう、本通達により対応が図られたところの「300日問題」とは、大村敦志教授による詳細な分析<sup>2</sup>を踏まえれば、「母親が、生まれた子の出生届を出そうとしたところ、その子が前婚の解消後300日以内に生まれた子であった場合には、民法772条の定める期間内に生まれた子であることを理由として、市区町村の戸籍窓口において、届書の父親の欄に、離婚した前夫の名を書くことが求められてしまうという問題」を指すものということができよう。上記通達は、嫡出推定について定める民法772条の解釈により「300日問題」に対処しようとしたものであるが、本通達は、民法772条の定める嫡出推定に関する解釈が変更されるべきこと、ないしは、嫡出推定制度の意義が見直されるべきことを示唆するものであろうか。

<sup>1</sup> <http://www.moj.go.jp/MINJI/minji137.html>

<sup>2</sup> 大村敦志「『300日問題』とは何か」ジュリスト1342号（2007年）2～9頁

## 嫡出推定制度及びその解釈に照らした本通達の位置づけ

民法772条は、1項で妻が婚姻中に「懐胎」した子は夫の子と推定されることを定め、さらに、婚姻中に「懐胎」したことが推定される場合に関して、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旨を定めている。この嫡出推定の効果は極めて強力である。ひとたび嫡出推定がなされれば、これを否認することができる否認権者は「夫」に限られ（民法774条）、否認権を行使する方法は嫡出否認の訴えに限られており（同775条）、しかも、嫡出否認の訴えの提訴期間は子の出生を知った時から1年以内に限定されることとなる（同777条）。嫡出推定制度は、まさにこの強力な効果のゆえに、解釈上その適用範囲を限定するための工夫が重ねられてきたといえる。

判例は、この嫡出推定制度の強力な効果により妥当でない結果<sup>3</sup>が生じること避けるべく、民法772条2項所定の期間内に妻が出産した子について、妻が右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、その子は実質的には同条の推定を受けない嫡出子に当たるといえることができるとして、形式的には民法772条により嫡出推定が及ぶようにみえる場合であっても嫡出推定が及ばないものとする<sup>4</sup>ことができることを認めてきた<sup>4</sup>。原則として、実質的に生物学的な親子関係の存否にまで立ち入ることなく、外観上夫婦間での懐胎が可能でなかったこ

<sup>3</sup> 例えば、夫の長期服役中に妻と他の男性との間に生まれた子について、形式的には772条2項による嫡出推定が及び、しかも夫が嫡出否認の訴えを提起しないために、子の父が夫であることを否定できない状況となり、子の利益が害されるような場合が想定される。

<sup>4</sup> （最高裁（一小）平成12年3月14日判決（家月52巻9号85頁）最高裁（一小）昭和44年5月29日判決第一小法廷判決・民集二三巻六号一〇六四頁、最高裁平成七年（オ）第二一七八号同一〇年八月三十一日第二小法廷判決・裁判集民事一八九号四九七頁参照）

とが明らかであった場合にのみ嫡出推定が及ばないとするを認めるという意味で、いわゆる外観説に立脚したものと評価されている<sup>5</sup>。嫡出推定制度につき、父子関係を早期に安定させることにより子の利益を図る制度としての意義を残しつつ、具体的に妥当でない結果（嫡出推定制度の形式的な適用により、血縁関係のある父との間で父子関係を確定させたいという子の利益が害されるような結果）を生じさせないように考えられた解釈として位置づけられよう。

この点、本通達は、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、医師の作成した「懐胎時期に関する証明書」の記載から、推定される懐胎の時期の最も早い日が婚姻の解消又は取消しの日より後の日である場合に限り、婚姻の解消又は取消し後に懐胎したと認められ、民法第772条の推定が及ばないとする扱いを訴訟によることなく認めている。つまり、本通達は、判例が、実質的に嫡出推定が及ばないものとするための要件としてきた「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こと」の立証を、訴訟外で医師の作成した「懐胎時期に関する証明書」を提出させることによっても認める扱いをしたものに過ぎず、嫡出推定が及ばない場合の解釈について、外観説に立脚しているとされる判例と矛盾した解釈をとったわけではない。本通達は、懐胎の時期について裁判外で証明することを認めたにすぎず、実の親が誰であるかの判断が裁判外でも証明できることについてまで立ち入ってはいない<sup>6</sup>。本通達は、それ自体としては、嫡出推定制度に関する従来

---

<sup>5</sup> 嫡出推定が及ばない場合（民法772条の嫡出推定の適用が排除される場合）をどこまで認めるかについては、外観説のほか、科学的・客観的に父子関係の不存在が証明された場合にも広く適用排除を認める血縁説、夫婦関係が継続している間は嫡出推定を及ぼすが、家庭が破壊された後は血縁説に立って推定が及ばないことを認める家庭破壊説等といった見解の対立がある。

<sup>6</sup> 大村敦志教授が指摘されているとおり、本通達のポイントは、民法772条の1項と2項とを切り離し、2項の推定については裁判外で覆すことを認めた点にあり、通達は競合する2つの親子関係に立ち入って判断を下すことを避けているといえる（大村・前掲7頁）。

示唆するものではないと解すべきである。

## 本通達の問題点

上記のとおり、本通達は、嫡出推定制度の意義を踏まえて、嫡出推定制度に関する従来の判例の解釈と矛盾することなく、300日問題に対する戸籍上の取扱いについて巧みな対策を図ったものと評価することができる。

しかしながら、本通達ないしはその背景にあるところの、「民法772条2項の推定は懐胎時期を科学的に証明することにより排除することができる」という考え方には問題がないわけではない。具体的に想定される問題点としては、大村敦志教授が詳細に検討されているが、とりわけ、妻Xが前夫Yとの婚姻解消後に懐胎した子Zについて、XYともに自分の子としておきたい場合（つまり、そうすることが子Zの利益にもかなう場合）であっても、後で第三者が懐胎時期を科学的に証明することにより嫡出推定が排除され、親子関係不存在確認の訴えが提起されることになるが、そのような扱いが許されるのであれば、父子関係を早期に安定させて子の利益を図るという嫡出推定制度の意義に真っ向から反することになる。

そして、本通達の背景にある考え方をさらに推し進めれば、「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ことが科学的に証明された場合は嫡出推定が及ばないものとすることができる」という考え方に発展していくことが十分に想定されよう。この考え方によればDNA鑑定等により科学的に血縁関係が存しないことが証明された場合には、嫡出推定は及ばないというになる。裏返せば、懐胎時期を科学的に証明することにより嫡出推定が及ばないということができるのに、血縁関係が存しないことまで科学的に証明できる場合になぜ嫡出推定を排除できないのか、という問題の解決を迫られることとなるのである。この問題に対する説得的な解答が用意で

きなければ、結局はDNA鑑定等により科学的に血縁関係が存しないことが証明された場合には、嫡出推定が及ばないとすることを認めざるを得ず、嫡出推定制度は死文化することにもなりかねない。

すなわち、本通達は、たしかに、それ自体としては、嫡出推定制度に関する従来の解釈が変更されるべきことや、嫡出推定制度の意義が見直されるべきことを示唆するものではないが、その背景にある考え方を推し進めれば、嫡出推定制度に関する従来の解釈や嫡出推定制度の意義そのものと矛盾する契機が含まれているものといわざるを得ないであろう。

## 解釈や実務上の運用による対応の限界

このように、本通達の背景にある考え方を推し進めれば嫡出推定制度の意義と矛盾する契機が含まれることを否定できないことは、民法772条の解釈や実務上の運用により嫡出推定制度にまつわる様々な問題に対して統一的に対応することがもはや限界を超えつつあることを意味するものではなからうか。翻って考えてみると、「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」には嫡出推定が及ばないとすることを認める判例の考え方（外観説）も、かかる事情をどのように捉えるか、あるいはかかる事情の存否をいかなる基準・資料で判断するかにより、その実質をかなり血縁説に近づけて運用することも可能となる枠組みに留まっているといわざるを得ない。例えば、最高裁（二小）平成10年8月31日判決（家裁月報51巻4号75頁）は、夫Y男が応召した昭和18年10月13日から帰還した昭和21年5月28日の前日までの間、妻X女と性的関係を持つ機会がなかったことが明らかであるという事案において、仮にX女が、夫Y男が帰還した昭和21年5月28日に同人と性的関係を持ち、子Zを懐胎したとすると、X女は妊娠週数にして最長でも26週目にZを分娩したことになると想定した上で、妊娠週数が24週以上28週未満の分

娩は現在では早産と扱われているが子の出生当時は流産と扱われていたこと、昭和53年及び同54年の各人口動態統計によれば、妊娠週数24週以上28週未満の分娩による出生数の総出生数に対する構成割合は、いずれの年においても0.1パーセント程度にすぎないことを踏まえて昭和21年当時における我が国の医療水準を考慮すると、当時、妊娠週数26週目に出生した子が生存する可能性は極めて低かったものと判断されるとして、X女がZを懐胎したのは昭和21年5月28日より前であると推認すべきものとして、X女がY男の子を懐胎することが不可能であったことは、明らかというべきであるとの判断を導いている。この判例においては、子の出生当時のわが国の医療水準を踏まえた生存可能性が実質的に検討されており、「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」にあたるかどうかを「外観上」行ったかどうかの限界事例ともいえるのではなからうか。

さらに、那覇家裁平成19年9月11日判決（公刊物未登載）においては、疎開中の妻X女と出征中に面会のために疎開先に滞在していた夫Y男との間に性的交渉が持たれた可能性は否定できなかつつ、子Zは大変元気な状態で出生したのであるから通常ないしそれに近似した妊娠期間を経て正常分娩したと認めるほかないところ、仮に上記の面会の際に懐胎したとすれば子は正味7か月と10日（余り）に過ぎない妊娠期間を経て出生したことになるから、かなりの早産といわざるを得ず、認定にかかる出産の状況と矛盾することを理由に、夫によって懐胎することが外観上も明らかな場合にあたるとの判断がなされている。このように、早産（34週）ではあるものの生存の可能性がかなり高い場合にまで、出生の状況に関する認定に照らせば、外観上「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」としてしまったのでは、それはもはや外観上の判断ではなく、血縁関係の存否を実質的に判断しているといわざるを得ないように思われる。ちなみに、上記那覇家裁判決においては、嫡出推定が及ばないとの判断のもとに、親子関係不存在確認請求について実体審理がなさ



れ、被告である子がDNA鑑定を拒否したにもかかわらずそのことなどを理由に親子関係が否定される旨の判断が示されたものの、結論的には、被告の姉にあたる原告による親子関係不存在確認請求が権利の濫用にあたるものとして棄却されている。具体的な紛争の解決という観点からすれば、（実際には相続分の増加による財産的欲求に基づくものかもしれないにせよ）真実を知りたいという原告の利益と被告の利益を調和させたものとして評価すべきものかもしれないが、権利濫用法理により不当な親子関係不存在確認請求を排斥できる以上は嫡出推定が及ばない場合を広げて親子関係を認定してもかまわないとの考え方に立ったのだとすれば、かかる考え方は、父子関係を早期に確定して子の利益を図るという嫡出推定制度の意義を否定するものといわざるを得ないであろう。

このように、判例の立場とされている外観説は、父子関係の早期安定を図り子の利益を確保するという嫡出推定制度の意義を活かそうとする解釈として評価されるべき反面、その規範自体がもはや明確さを失いつつあることは認めざるを得ないのではなかろうか。例えば、DNA鑑定により血縁上の父子関係が否定される旨の証拠が提出されてしまった場合、「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」との事情が存することが立証されたと見るべきか否かは、規範の文言自体からはどちらとも解釈できるといわざるを得ないのではないだろうか。DNA鑑定等の科学的技術の発展に伴い血縁関係の確定がかなりの精度で行われるようになった現在、外観説を貫徹することにより具体的な事案の解決を統一的に図ることはもはや不可能となったと言っても良いであろう。

すなわち、嫡出推定制度に関する問題点の解決は、民法772条の解釈や実務上の運用により解決できる段階を超えつつあると言わざるを得ないのである。

## 嫡出推定の意義を尊重しつつ妥当な解決を図るための立法

以上述べたとおり、嫡出推定制度に関する問題点の解決は、もはや立法による解決が必要かつ不可欠な段階に至っているものと言うべきであろう。その場合、当然のことながら、どのような立法的解決が図られるべきかが極めて重要となる。

もちろん筆者は、現行の嫡出推定制度が守ろうとした、父子関係の早期安定による子の利益の保護という価値は極めて重要であると考えたものであり、その重要性は、血縁上の関係の存否についての真実確定の要請を上回る場合が存すると考えるものである。水野紀子教授が指摘しているとおり、嫡出推定制度がなければ、母の夫以外に父を求めようがない子の身分はきわめて不安定となり、夫は自分の血を引く子以外はいつでも好きなききに捨てられることになりかねないのである<sup>7</sup>。

そこで、嫡出推定制度に関する問題が立法的に解決されとしても、上記の嫡出推定制度の意義が可能な限り全うされるような立法がなされなければならない。

その具体的な内容としてどうあるべきかについては、親子とは何かといった根源的な問題にかかわることから、極めて困難な問題であるといわなければならないが、あえて叩き台として、以下のとおりの改正がなされるべきとの考え方を提示してみた<sup>8</sup>。

<sup>7</sup> 水野紀子教授の論文「嫡出推定・否認制度の将来」は現在インターネット上に掲載されているが (<http://www.law.tohoku.ac.jp/~parenoir/tyakusyutsu-suitei.html>)、水野教授は、インターネットに掲載される際のまえがきとして、このことを指摘されている。

<sup>8</sup> 本提案の作成にあたっては、大村敦志教授が前掲論文の中で民法772条改正仮案として引用されている内容(大村・前掲6頁。もっとも、大村教授は、思考実験のための仮案であり、立法論としてこの案を提案するものではないとされている。)及び窪田充見教授の実親子方の改正案(内田貴ほか「『家族法の改正に向けて』(下) - 民法改正委員会の議論の現状」ジュリスト1325号150頁)などを参考とした。

民法772条1項の規定を、妻が婚姻中に懐胎した子のみならず、婚姻中に出産した子も、夫の子と推定するように改正する。

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民法772条2項の規定は、そのまま残す。

民法774条を改正し、子が夫の子であることを否認できる否認権者に、夫だけでなく子及び親権を行う母も加える。

民法777条を改正し、嫡出否認の訴えの提訴期間を、夫については、子の出生及び父子関係を否定する事実を知った時から3年、子については、成年に達した後、父子関係を否定する事実を知った時から3年、母については、子の出生から3年とする。

の改正は、嫡出推定を広げることにより、いわゆる「推定されない嫡出子」の問題や、300日問題のような問題を解決することを意図したものである。再婚後かつ離婚後300日以内に生まれた子については、2つの嫡出推定が競合することになるが、子の場合には父を定める訴え（民法773条）によって競合を解決することが可能と解すべきであろう。

については、前婚の期間中に懐胎した可能性を基礎付ける事実に基づきそれを推定させるだけの合理性があるものとして、存続させることとした。

及びの改正は、「推定の及ばない子」の法理によらずとも、そのような場合の問題を解決できることを意図したものである。その余の第三者に父子関係を否認する権利を認めるべきかが問題となるが、そのような権利の行使は専ら相続上の利益に絡んでなされるものであり、嫡出推定の意義の重要性を考えれば、そのような権利を認める必要はないというべきであろう。

## 嫡出推定制度と父子関係の概念

最後に、嫡出推定制度の改正にあたっては、父子関係とは何か、という事に

関する根源的な問いが関係してくることから、筆者の能力を遥かに超える問題であることを知りつつも、あえて付言しておきたい。

現行の嫡出推定制度は、あくまで、夫婦の婚姻中に懐胎したことを嫡出推定の基礎としている。つまり、嫡出推定が時に血縁上の父子関係に反して働く余地を認めつつも、その推定は、夫婦の婚姻中に懐胎したのであれば通常は血縁上もその夫婦の子であるという経験則に基づくものということができよう。

これに対して、上記の提案のように夫婦の婚姻中に出生した子についても嫡出推定が及ぶことを認めるのであれば、その推定の基礎も、おのずから現行の制度とは異なった点に求めざるを得ない。それでは何に求めるか、が問題となるが、嫡出推定が及ぶことの効果として、夫婦の婚姻中に出生・懐胎した子は、もはや親子の意思のみではその関係を絶つことは認められないこととなる以上、そのような子を出生・懐胎した夫婦の意思にその基礎をおくものというほかないのではないかと現時点では考えている<sup>9</sup>。

## 結び

以上、筆者の能力を超える困難な問題であることを承知の上で、解釈や運用により嫡出推定制度の意義を活かしつつ具体的な問題を統一的に解決することもはや限界に達しつつあることを指摘し、立法的な解決のための提案を試みてみた。もちろん、上記の提案には多くの批判すべき点が残されていることは覚悟の上であるが、それでも、現状の解釈と運用による対応には限界があり、立法的な解決に向けた動きが少しでも強まることを願う次第である。

以上

---

<sup>9</sup> この点、窪田充見教授が、「実子」とは何かをまず明確にするという視点で実親子法の改正私案を作成されており、その後の展開が注目されることである（内田貴ほか・前掲148～160頁）。