

2007(平成19)年12月4日

300日規定及び再婚禁止期間の廃止に関する意見書

第二東京弁護士会
会長 吉成 昌之

300日規定(民法772条2項)及び再婚禁止期間(民法733条1項)の改正に関し、次のとおり意見を述べる。

意見の趣旨

- 1 婚姻中の懐胎推定を定めた民法772条2項のうち、300日の推定を削除し、同項を、「婚姻の成立の日から200日を経過した後、婚姻中に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する。」と改正すべきである。
- 2 再婚禁止期間を定めた民法733条1項を削除すべきである。
- 3 これらの改正に伴い、民法733条1項の例外規定である同条2項を削除し、不適法な婚姻の取消しを規定した同法744条1項及び2項から「733条」を削除し、同法733条1項違反の婚姻の取消権の消滅を定めた同法746条及び父を定める訴えを定めた同法773条を削除すべきである。

意見の理由

第1 300日規定(民法772条2項)の問題点

- 1 近時、300日の父性推定を事実上回避するために、戸籍のない子が多数いることが社会問題化している。

すなわち、離婚成立後に再婚し、現夫の子が生まれたが、その出生が離婚成立から300日以内であったために、前夫の子として法律上推定され、現夫の子とする出生届が受理されなかったケースや、離婚成立後に、前夫と血縁関係にない子が生まれたものの、その出生が離婚成立から300日以内であったために、その子の血縁関係上の父の姓での出生届が受理されなかったケースなどである。その結果、戸籍がなく、その子が成長して、修学旅行で海外へ行くために旅券(パスポート)の発給を申請する際、戸籍抄本を添付

できず、申請が受理されなかったという報道がされている。

なぜ戸籍のない子がいるのか、その実情は次のとおりである。

民法772条2項により、婚姻の解消又は取消し(以下、両者を併せて「婚姻の解消等」という。)から300日以内に出生した子は、前夫の子であると法律上推定されるため、戸籍実務上、嫡出否認、親子関係不存在または強制認知などの裁判手続を経なければ、前夫の嫡出子として戸籍に記載される¹。

しかしながら、裁判手続には、時間(申立から審判まで1ないし3ヶ月を要する)・費用(DNA鑑定費用約15万円のほか、弁護士費用等)を要するほか、婚姻の解消等に至る事情から、前夫の協力を得られないため、あるいは前夫に関わることを避けるため、裁判手続を経ること自体の障壁がある。仮に裁判手続を経たとしても、その旨戸籍に記載されることは避けられず、また、戸籍の占める社会的重要性から、戸籍上、一旦、前夫の嫡出子として記載されることを避けたいと考える者が少なくない。

そのため、出生届が提出されず、戸籍の作成されない子という問題が生じているのである²。

2 現行民法772条2項の趣旨

同項は、懐胎期間の最長を300日と考え³、「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。」として、事実上の推定を法律上の推定として規定し、同条1項と相まって、婚姻の解消等から300日以内に出生した子について、前夫の父性を推定する。

民法は懐胎主義を採用しており、出生主義をとっていないため、懐胎の推定が必要とされている。

3 300日推定の不合理性

しかし、離婚成立後300日以内に出生した子について、前夫の子であるとの法律上の推定を及ぼす必要性・合理性があるかは極めて疑わしい。

離婚による婚姻解消の場合、その成立に至る過程で、別居するなど婚姻関係が事実上破綻していることが少なくない。実際、離婚後300日以内に出生する子は年間3000人程度と考えられる一方、前夫の子ではないと主張して親子関係に関する裁判手続をする者は、年間2000人程度にも達する⁴。

また、法務局・地方法務局に提出された出生届のうち、2006(平成1

8)年11月・12月分について実施された無作為調査(標本6493件)では、離婚後300日以内に子が生まれた17件のうち、前夫を父とする嫡出子の届出は、わずか4件と3割にも満たない⁵。

さらに、大阪地方検察庁が、2006(平成18)年10月6日、民法の300日規定を失念したため、協議離婚成立後、300日以内に出生した子を前夫の子とする出生届を提出した女性について、誤って公正証書原本不実記載罪で起訴したという事件⁶は、離婚成立後300日以内に出生した子について、前夫の子であるとの認識が法律家からも失われて一般的でなくなっており、300日規定による法律上の推定を及ぼす必要性・合理性がないことを端的に示している。

- 4 民法772条1項の嫡出推定のみで十分であり戸籍実務の混乱もないこと
300日規定がなくとも、民法772条1項により、婚姻中に懐胎した子は、夫の子と法律上推定される。これだけだと、離婚成立後に出生した前夫の子について、前夫の子であるとの法律上の推定が及ばず不都合が生じるかということ、戸籍実務を適正に運用すれば問題はない。

離婚から出生までが一定期間内であれば(具体的には、300日以内など)、婚姻中に懐胎した子であるとして、戸籍実務上、前夫の子であるとの出生届を受理する取扱を認めれば足りるのである。

また、婚姻中に懐胎したとの法律上の推定は及ばないから、前夫を父としない子については、嫡出でない子としての母からの出生届を受理する取扱を戸籍実務上認めることができる⁷。

すでに、戸籍実務においては、婚姻成立後200日以内に出生し、婚姻中に懐胎した子であるとの法律上の推定が及ばない子については、夫の子であるとの母からの出生届を受理するとの取扱が認められている⁸と同時に、嫡出でない子としての母からの出生届を受理するとの取扱も認められている⁹。

離婚成立後短期間で出生した子について、前夫の子であるとの出生届、あるいは、嫡出でない子としての出生届を受理する取扱を認めても、戸籍実務に混乱は生じない。

また、このように取り扱うことで、婚姻解消後300日以内に出生した子と婚姻成立後200日以内に出生した子との均衡を図ることが望ましいというべきである。

そして、このような取扱を認めることで、現行法同様、前夫の子の福祉を図るとともに、前夫に父としての責任を果たさせることも可能となる。

- 5 法務省は、本年5月7日、離婚成立後300日以内に生まれた子であっても、離婚成立後の懐胎であるとの医師の証明書を添付すれば、現夫の子または嫡出でない子とする出生届を受理する扱いにするとの通達を出したが、離婚成立後300日以内に出生する子のうち、離婚成立後に懐胎したと認められるものの割合は約1割であり¹⁰、同通達によっては、前夫の子であるとの法律上の推定が覆らないケースがほとんどである。

300日規定による法律上の推定がある限り、運用による問題解決には限界がある。

- 6 したがって、離婚による婚姻解消に関し、300日規定は、法律上の推定として定める必要性・合理性を欠き、これによる弊害も看過できない上、法改正によらない問題解決には限界があるから、削除すべきである。

また、婚姻の取消し及び死亡による婚姻解消についても、離婚による婚姻解消の場合と別異に取り扱うべき理由はなく、300日規定がなくとも、出生届の受理に関し、離婚による婚姻解消の場合と同様の取扱を認めることで、現行法同様、前夫の子の福祉を図るとともに、前夫に父としての責任を果たさせることが可能であるから、300日規定を設ける必要性がない。

以上のとおりであるから、300日規定を削除し、民法772条2項を、「婚姻の成立の日から200日を経過した後、婚姻中に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する。」と改正すべきである。

第2 「父性の重複回避のため」の再婚禁止期間の廃止について

1 再婚禁止期間の存在理由は父性重複回避のみ

民法733条1項は、「女は、前婚の解消又は取消しの日から6箇月を経過した後でなければ、再婚をすることができない。」として、再婚禁止期間を設けている。

その趣旨は、「父性の推定の重複を回避し、父子関係を巡る紛争の発生を未然に防ぐことにある」(最高裁平成7年12月5日第三小法廷判決・最高裁判所裁判集民事177号243頁所収)と解されており、この意義は、同条2項が、婚姻の解消等の前から懐胎していた場合には、その出産の日から再婚

を認めていることから明らかである。

この点、同条1項は、再婚にあたり、前夫の子を懐胎していないことを確認することにも趣旨があるとの見解があるが、再婚であるか否かを問わず、夫となる者と血縁関係のない子を懐胎している場合は想定され、また、婚姻時に懐胎しているか否かを確認することは容易であるから、同項にかかる趣旨がないことは明らかである。

2 憲法による両性の本質的平等と女子差別撤廃条約

第1のように民法772条2項を改正し、300日規定に関する規定を削除すれば、父性の推定が法律上重複することはなく、再婚禁止期間を定める必要性・合理性はないので、同法733条1項は直ちに削除すべきである。

そもそも、憲法は、再婚を含め、婚姻の自由を保障している（憲法24条1項）ので、女性にのみ再婚禁止期間を設けることは、父性推定の重複を回避するための制度であるとしても、性別による差別禁止（憲法14条1項）に該当するとの疑義が強く、訴訟にも発展した。

再婚禁止期間については、1998（平成10）年11月5日に開催された、市民的及び政治的権利に関する国際規約（B規約）人権委員会において、B規約に基づく日本の報告に対し、「委員会は、婚姻の解消又は取消の日から6か月以内の女性の再婚の禁止及び男性と女性の婚姻年齢の相違のような、女性に対する締約国の差別的な法律が国内的法秩序に依然として残存していることに懸念を有する。委員会は、女性に対する差別を規定するすべての法律の条項は規約第2条、第3条及び第26条に適合せず、廃止されるべきことを想起する」との最終見解が採択されている¹¹。

また、2003（平成15）年7月8日に開催された、国連女子差別撤廃委員会においても、女子差別撤廃条約に基づく日本の報告に対し、「委員会は、民法が、婚姻最低年齢、離婚後の女性の再婚禁止期間、夫婦の氏の選択などに関する、差別的な規定を依然として含んでいることに懸念を表明する。委員会は、また、戸籍、相続権に関する法や行政措置における非嫡出子に対する差別及びその結果としての女性への重大な影響に懸念を有する。委員会は、民法に依然として存在する差別的な法規定を廃止し、法や行政上の措置を条約に沿ったものとするを要請する。」との最終コメントがされ¹²、国際的な批判を受けているところである。

3 300日規定が削除されることを前提とすれば，婚姻の解消等の後，早期に再婚することを可能とし，婚姻の解消等の後に出生する子を現夫の子とすることを認めることが，現夫による監護・養育を含め，何よりも子の福祉に適う。

なお，再婚後，200日以内に出生した子については，婚姻成立後200日以内に生まれた子であるから，第1で述べたとおり，母からの出生届については，嫡出でない子または現夫の子であるとの出生届が受理されるほか，婚姻の解消等の後一定期間内に出生した子については，前夫の子であるとの出生届も受理されることとなる。

このような取扱を認めることは，母からの出生届について，出生した子の父が誰であるか（あるいは，誰の子であるか不明であるか）について最もよく知りうる母に委ねることを意味するから，近時，問題となっている戸籍のない子の背景となっている裁判手続の敬遠等の問題を解消する一方，前夫・現夫が，親子関係不存在の確認訴訟等によって父性を争うことは可能であるから，前夫・現夫の利害を無視することにはならない。

4 家族法体系が異なるとはいえ，イギリス，オーストラリア，ニュージーランド，カナダ，中国など，そもそも再婚禁止期間を定めていない国も少なくない上，再婚禁止期間を定めていた国であっても，再婚禁止期間の定めを，デンマーク，フィンランド，ノルウェー及びスウェーデンは1968（昭和43）年から1969（昭和44）年にかけて廃止し，スペインは1981（昭和56）年に廃止し，オーストリア及びギリシャは1983（昭和58）年に廃止し，ベルギー，アルゼンチン及びフィリピンは，1987（昭和62）年に廃止し，ドイツは1998（平成10）年に廃止し，フランスは2004（平成16）年に廃止し，韓国は2005（平成17）年に廃止しており¹³，国際的には，再婚禁止期間を廃止する傾向にある。

5 以上のとおりであるから，両性の平等の要請，婚姻の解消等の後に出生する子の福祉の要請に応えるべく，必要性・合理性を欠く民法733条1項を削除すべきである。

第3 関係条項の整備

1 民法772条2項が改正され，300日規定が削除されれば，父性の推定

が重複することはないから，父を定める訴えを定める同法 7 7 3 条を削除すべきである。

- 2 また，民法 7 3 3 条 1 項が削除され，再婚禁止期間の定めが廃止されれば，その例外を定める同条 2 項は不要であるから，これを削除し，同条 1 項に違反する婚姻を不適法な婚姻としてその取消しについて定める同法 7 4 4 条 1 項及び 2 項から「7 3 3 条」を削除し，同法 7 3 3 条 1 項に違反する婚姻の取消権の消滅を定める同法 7 4 6 条についても削除すべきである。

以上

-
- ¹ 昭和 20 年 9 月 2 日付民事特甲 408 号民事局長回答，昭和 24 年 9 月 5 日付民事甲 1942 号民事局長回答
- ² 法務省民事局「民法第 772 条第 2 項に関する調査結果」(平成 19 年 4 月)
- ³ 中川善之助ほか編『新版注釈民法(23) 親族(3) 親子(1)』157 頁[高梨公之・高梨俊一](有斐閣，平成 16 年)
- ⁴ 脚注 2 に同じ
- ⁵ 脚注 2 に同じ
- ⁶ その後，公訴は取り消され，大阪地方裁判所は，公訴棄却の決定をした。
- ⁷ 明治 36 年 6 月 23 日民刑 518 号民刑局長回答により変更されるまで，明治 33 年 4 月 16 日民刑 403 号民刑局長回答により，婚姻解消等の後 300 日以内に生まれた子について，嫡出でない子としての出生届が受理されていた。
- ⁸ 昭和 15 年 8 月 24 日付民事甲 1087 号民事局長回答
- ⁹ 昭和 26 年 6 月 27 日付民事甲 1332 号民事局長回答
- ¹⁰ 脚注 2 に同じ
- ¹¹ 外務省 web サイト(外交政策-人権・人道-規約第 40 条(b)に基づく第 4 回報告に関する規約人権委員会の最終見解)
http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kiyaku/2c2_001.html
- ¹² 外務省 web サイト(外交政策-人権・人道-女子差別撤廃条約第 4 回及び第 5 回報告書に対する委員会最終コメント)
http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/josi/4-5_k.html
- ¹³ 床谷文雄「再婚禁止期間 - 比較法と立法論」石川稔ほか編『家族法改正への課題』51 頁以下(日本加除出版，平成 5 年)
AERA(2007 年 4 月 2 日号)