

## 「三〇〇日」問題か、「二〇〇日」問題か

(岡山地判 平成二二年一月一四日 (判例集未登載))

渡 邊 泰 彦

## 【事実の概要】

原告Xの母Aは、平成一八年二月にBと婚姻してすぐにBから暴力や暴言等を受けた。同年一〇月にAは岡山地裁に対してDV防止法に基づく保護命令を申し立てた。同月末から六ヶ月間のAへの接近禁止命令がBに対して出された(保護命令一)。一二月に保護命令を不服としてBが即時抗告を申し立てたが、棄却決定がされた。

同月にAは離婚調停を申し立てたが不成立となり、平成一九年三月に離婚の訴えを提起した。同訴訟中の、同年四月には、Bに対して六ヶ月間のAへの接近禁止命令が発令され、送達された(保護命令二)。一〇月に離婚判決が言い渡されたが、Bは控訴した。

平成一九年一二月末からAはCと同棲を始め、二〇年一月ないし二月頃にAは、Xを懐胎した。

X懐胎後の平成二〇年三月に控訴審でAとBの和解離婚が成立し、同年一〇月にAはCと婚姻した。一二月にXが出したが、A Bの離婚の日から三〇〇日を経過していなかった。AとCは、被告Y市に、父の欄にCの氏名を、父母と

の続柄の欄に嫡出子である旨を記載した出生届を提出した。出生届に際して、①A Bの婚姻が平成一八年九月以降破綻し形骸化しており、Xの出生について民法七七二条一項による嫡出推定が及ばない旨の弁護士作成による上申書、②A作成の弁護士を代理人と定める委任状、③保護命令一の決定書写し、④保護命令一に対する即時抗告決定書写し、⑤保護命令二の決定書写し、⑥離婚判決の判決書写し、⑦和解調書写し、を提出した。

一月にY市の職員が法務局に本件届出を受理できるかを問い合わせ、受理すべきでないとの回答を受けたので、Y市市長は、本件届出を受理しないこととした。

平成二一年二月に、岡山家裁倉敷支部は、XがCを相手方として申し立てた認知申立事件において、XがCの子であることを認知する旨の合意に相当する審判をし、同月に確定した。その一週間後にAとCの嫡出子であるとするXの出生届が受理され、Cの戸籍に長女として記載された。

原告Xは、Aと前夫Bとの婚姻解消後三〇〇日以内に生まれた子Xが母Aの後夫Cを父とする出生届が不受理とされたことについて、被告国の職員が被告Y市の職員からの照会に対してこれを受理することができないと回答したこと、および被告Y市の市長が上記届出を不受理とする処分をしたことが、憲法一四条、民法七七二条一項、児童の権利に関する条約七条に違反して違法であるとして、被告らに対して国家賠償法一条一項に基づき、連帯による損害三三〇万円（うち慰謝料三〇〇万円）の賠償と遅延損害金の支払いを求めた。

憲法一四条違反については、懐胎時期と離婚の先後関係による区別が合理的でないこと、原告Xに帰責性がないのに区別されるのは不合理であること、A B間の婚姻が離婚前から破綻し形骸化している本件事実関係において不受理処分が合理的でないこと、および無戸籍になることで被る不利益が大きいことから、合理的な理由がないにもかかわらず、懐胎が前婚の解消日の前であったという社会的身分により、原告を政治的、経済的、社会的関係において差別し、大き

な不利益を与えるものであると主張した。

民法七七二条一項違反については、判例による推定の及ばない子の解釈から、戸籍事務管掌者は、出生届とともに離婚判決の裁判書が提出され、その理由中において長期間の別居と夫婦関係の形骸化の事実が認定されている場合には、当該出生届にかかる子について、夫ないし前夫との間で嫡出推定を受けないものと扱うべきであると主張した。また、三〇〇日問題に関する平成一九年五月七日付け法務省民事局長通達（法務省民一〇〇七号）の取り扱いとの均衡からしても、本件では七七二条一項の推定が覆るべきと主張するとともに、本件届出を不受理とすると、DV被害者であるAが調停手続などで、再び前夫Bと関わりをもつことが余儀なくされることも主張した。

## 判決の要旨

請求棄却。

### 一 憲法一四条違反について

「出生届の提出を受けた戸籍事務管掌者は、受理・不受理を決するに際し、当該出生子が嫡出子であるか否か等の審査を行う。その審査方法は、出生届の受理事務を含む戸籍事務が、多数の届出人や申請者を相手とする事務であって、集団的・統一的・画一的に処理する必要があるため、当該届出の添付書類及び市区町村役場に備え付けられている戸籍簿・除籍簿に基づく審査を行うことで足り、これを超える審査を行うべき職務上の義務を負わないものと解される。そして、出生届につき嫡出推定が排除されるか否かの審査は、懐胎時における婚姻関係の実情や、当該出生子の懐胎時期

の前後における夫婦の性交渉の有無という第三者が本来うかがい知ることが容易でない事柄に関する審査であり、戸籍事務管理者による判断も困難であるから、別居等により嫡出推定が排除されるとの判断は、当該届出の添付書類等の記載内容自体から、懐胎時期において、夫婦が別居してまったく交渉を絶っていた事実など、妻の懐胎が夫によるものではない事実が明白に認められる場合に行われるべきものと解される。

本件届出については、戸籍事務管理者である被告市の市長は、備え付けられている戸籍簿等のほか、本件添付資料から、原告が前夫Bの嫡出子であるとの推定が排除されるか否かを審査すべきであった。」

本件の添付資料について、本件即時抗告決定および本件離婚判決は、AがXを「懐胎した時期における事実が何ら認定されていないことが、その記載内容自体から明らかである」こと、保護命令一と二は「懐胎時期には既にその効力を失っていた」こと（二についてはそのように推認できること）、和解調書の写しには「AとBの離婚及び子の親権等に関する和解条項が記載されているのみである」ことから、本件添付資料は、Xが「Bの嫡出子であるとの推定を排除すべきことを明らかに示す資料であったとは認めがたい。」

「AとBの音信が途絶えていたことは、本件即時抗告決定及び本件離婚判決のいずれにおいても認定されていない。また、原告が指摘する本件添付資料の記載内容は、それを間接事実として、原告を懐胎した時期におけるAとBの婚姻関係の状況を相当程度推測させるものといえることができるが、反面、間接事実からの推認という判断作用を必要とするものであって、記載内容自体から、懐胎時期において夫婦が別居してまったく交渉を絶っていた事実などを示すものではなく、Aの懐胎がBによるものではないことが明白であるとはいえない。」

「したがって、本件届出は、戸籍事務管理者が職務上の義務を尽くして審査しても不受理と判断されるべきものであり、職務上の義務違反があるとはいえず、また、その審査方法の合理性を肯定することができるから、憲法一四条に違

反するとはいえない。」

無戸籍となる不利益は、すでにXがCの戸籍に長女として記載されていることから、本件不受理処分が無戸籍による大きな不利益をXにもたらしたとはいえないとした。

## 二 七七二条一項違反について

法務省民事局が発出した平成一九年五月七日付け通達で「懐胎時期に関する証明書」を添付し、子の懐胎時期が婚姻を解消し又は取消後であると市区町村長が認めた場合に七七二条の推定が及ばないとする取り扱いとの均衡から、本件では七七二条一項の「妻が婚姻中に懐胎した子」との要件に明らかに該当するのであり、同条一項の推定を覆すべきとはいえないとした。

「本件届出を受理するか否かは、これが民法、戸籍法等の関係法規に照らして適法な届出であるか否かの判断に係るものである。被告らが、本件届出を受理するか否かを審査する過程において、AがBから暴力を受けていたとの事実を斟酌すべき職務上の義務を負っていたとは認められない。」

原告側は、本判決に対して控訴している。

### 【控訴理由書】

#### 一 国家賠償法一条一項の違法性と過失について

原判決は、国家賠償法一条一項の「違法」と「過失」を一体としてとらえる、いわゆる職務行為基準説にたっているが、現在では最大判平成一七年九月四日（民集五九卷七号二〇八七頁）により、最高裁は行政処分について職務行為

基準説にたっていない。採用しているとしても、刑事手続や課税処分といった者に限定されている。原判決の判断は、最高裁判例の立場と相容れない。

原判決の判示は、過失の問題であって、本件不受理処分及び本件回答が法に適合していたかどうかは、控訴人と前夫との間の嫡出推定が覆らないかどうかとは別の問題である。それは、被控訴人らの過失の有無とは峻別して判断されなければならぬ。違法性の判断は客観的におこなわれるべきである。

## 二 憲法一四条違反について

控訴人は、民法七七二条の推定規定を設けることそのものが不合理であると主張していない。同条項の存在を前提として、その行政上の運用に合理性がないことを主張している。

### 1 法務省民事局の通達が不合理である。

原判決によると以下のような不合理な結果となる。「控訴人の懐胎時期が離婚成立前であったため、①DV保護命令が一年間出され、その間に離婚を認める離婚訴訟第一審判決が出されている、②離婚訴訟第一審理由中で前夫の暴力と、前夫と母とが長期間別居し、夫婦関係が形骸化され、音信が途絶えていることが認定されている（離婚訴訟第一審判決理由中でDV保護命令が出されていることが認定されているという）ことは、前夫と母との夫婦関係が形骸化され、音信が途絶えていることが認定されているということである。」、③前夫の控訴後、控訴審で和解により離婚が成立した、などの各事実が裁判書によって認定されていても、民法七七二条の嫡出推定は覆らない。

法務省民事局通達は、法律上は推定が及ぶ婚姻解消後三〇〇日以内に出生した子につき、子には責任のない婚姻解消時の前後で、全く相反する区別を行っている。婚姻解消の前後による区別は、方便のための離婚届でも離婚を有効とす

る判例（最判昭和三八年一月二八日民集一七卷一四六九頁）のもとでは、法律上の離婚の後に懐胎した子があっても、前夫の子ではないことが明らかなどということが言えない。

本件不受理処分及び本件回答は、控訴人の自ら責任のない事実により不合理な差別を行ったものであり、法の下の平等を規定した憲法一四条に反する。」

## 2 無戸籍による精神的苦痛

「実の父の子としての出生届が不受理とされた場合、その子が確実に、実の父親の子として、その戸籍に入ることができる保障はない。これが無戸籍問題が発生する原因である。とするならば、実の父の子としての出生届が不受理となること自体が不利益であり、『前夫の戸籍に入れたから不利益など発生していない』と考えるべきではない。さらに、原判決のように、事後的に実の父の戸籍に入れたから不利益は被っていないと考えるべきではない。」

## 3 形式審査、性同一性障害者の夫の子との間での不合理な差別

戸籍法一三条四号が「実父母」と規定し、同法四九条が「父母」と規定していることから、戸籍法上、出生届には実の父を記載することが法律上求められている。その一方で戸籍法には、父子関係を民法七七二条により決定するという規定はない。また、戸籍法上の解釈として、出生届の係官の行方審査には、形式審査主義が採用されているから、戸籍法上なされた出生届は、係官がそのまま受理するべきであって、子の出生が民法七七二条の規定する前婚解消の日から三〇〇日以内であるから不受理とすることはできず、その結果Cの嫡出子としての出生届を認めないことは、本来的にできなかったはずである。

性同一性障害者で女性から男性に性別を変更し、婚姻した場合に、その妻が出産した子について、夫の嫡出子としての出生届を七七二条を理由に不受理とすることに對して、法務省が嫡出子としての届出を認める予定である。これは、

戸籍上は生物学的には夫の子ではないことが明らかなきを、嫡出子として認めることを意味する。これと比較して、本件で出生届を不受理とすることは不合理な差別であり、憲法一四条に反する。

### 三 七七二条違反について

#### 1 行政先例との関係

嫡出推定が覆るとされている行政先例では、裁判書により妻と夫との間で性的関係があった可能性がないとしているが、不可能を証明するものではない。「具体的には①夫婦間の長期間の別居と、②夫婦関係が形骸化されていることと、③夫が外国で生活し音信も途絶えていることなどの、夫婦間で性的関係を持つ可能性がなかったことが推認される事実が存在していること、の諸事実が認定できるとして、嫡出推定が覆る取り扱いをしているものと言える。」「裁判書で夫婦間に性的関係がなかったことが一〇〇%証明される事実が認定されていることを必要としていない。」

本件では、前記①②の要件を満たしている。③については、前夫Bは、「一年間出されていたDV保護命令により、母Aに近づくことが刑罰の制裁をもって禁止されていたのであり（原告Xの懐胎時期には音信が途絶えており、夫婦間で性的関係を持つ可能性がなかったことは優に認定しうるところである。離婚判決第一審判決理由中でDV保護命令が出されていることが認定されているということは、前夫Bと母Aとの音信が途絶えていることが認定されているということである。）」和解離婚成立時にDV保護命令の期間は経過していたのは前夫Bが離婚判決に対して控訴したからにすぎず、「DV保護命令の期間経過後に音信をとるようになり、性的関係を持つ可能性があったとするとは、経験則に反する認定である。」

離婚裁判書に別居中の出産であることが一応推定できる場合であっても嫡出推定が及ぶとした先例に対しては、これ

は「単に長期間の別居の認定が裁判所にされているが、別居中に会う可能性がある、とされた事例であって…、長期間の別居に加え、DV保護命令が出されたことにより、前夫が母に接近することが刑罰の制裁を持って禁止されていた事件とは事案が異なる。」

## 2 行政先例の妥当性

行政先例は、①長期間の別居と②夫婦関係に形骸化が認定されているだけでは、夫婦間に性的関係を持つ可能性が残るから、嫡出推定は覆らないとしている。

これに対して、最判昭和四四年五月二九日（民集二三卷六号一〇六四頁）などの判例では、長期間の別居と夫婦関係の形骸化の事実が認定されれば、嫡出推定を覆している。最高裁の立場に加えて、夫婦間で性的関係をもたなかったことを推認させる事実という非常に困難な証明を要求する行政先例は、最高裁の立場に比較して、保護範囲が狭い。行政先例は、民法七七二条に反する。

「無戸籍問題が生じるのは、親子関係不存在確認調停や認知調停では前夫の協力が必要だからであった。そして無戸籍問題が生じるのは、長期間の別居により夫婦関係が形骸化しているにもかかわらず、夫が離婚に応じない場合である。仮に、離婚判決中に、①長期間の別居と、②夫婦関係が形骸化されている事実が認定されてさえいれば嫡出推定が覆るとされ…、後婚が成立していれば前夫の子ではなく実の父の子としての出生届が受理されるとする扱いがされるならば、離婚訴訟でそのような判決を得るために夫の協力は不要なのであるから、無戸籍問題は解決に向けて大きく動き出すことになるのである。」

## 3 七七二条の柔軟な運用

推定の及ばない嫡出子や法務省通達のように、「民法七七二条は硬直的な規定ではなく、柔軟な運用が可能な弾力性

のある規定」である。

「民法七七二条が、多様な夫婦関係を反映させ、さらに子の保護・福祉の観点から、柔軟な運用を行うことが可能な法規範であるにもかかわらず、」本件のような離婚前懐胎・再婚後出産では、「柔軟な法の運用を放棄して、自ら定立した、法の趣旨よりも保護範囲を狭めた基準による運用を行っている。」

「離婚成立前に懐胎した者について、極めて限定的な場合にのみしか嫡出推定が覆らないとする行政の運用は、法律上の婚姻関係の形骸化されていることが多々見られる社会の実情を反映しない運用であって、民法七七二条の趣旨に反し、違法なのである。」

#### 4 D V保護

平成一三年のD V保護法制定後は、「行政機関は、D V被害者を保護し、さらなる被害を防止する法運用を行うべき注意義務を負っていた。」

「本件届出を不受理とすることは、D V被害者である母に、調停手続等で、再び前夫と関わりを持つことを余儀なくされることを意味する。」「出生届に際しての民法七七二条の解釈につき、D V被害者である母を保護する解釈（それは、母はD Vの被害者であり、前夫のD Vが原因で母との法律上の婚姻関係が形骸化しているのであるから、控訴人Xと前夫との間の嫡出推定は及ばない、という解釈である。）を行う義務を負っていた。」

#### 5 民法七七二条、戸籍法に反する違法な嫡出子概念

前記2・3と同様の理由を述べる。

「性同一性障害の夫の子について嫡出子としての出生届を認めるならば、嫡出子とは法律上の夫婦が自分の子であるとして届け出た子であり、またそれを前提とすると、そもそも嫡出否認の訴えとは、自分の嫡出子として届けられ、戸

籍上も自分の嫡出子とされている子について、その嫡出性を否認するための制度であるにすぎないことになる。つまり、嫡出否認の訴えの制度の存在は、出生届を民法七七二条に従って戸籍法上行わせることには結びつかないのである（この解釈からすると、認知届出が戸籍実務上形式主義であり、それに対して反対の事実を主張する者は別個の訴訟が予定されている（民法七八六条）のとパラレルな形で、出生届も形式主義であり、自分の嫡出子として届出がされている子について反対の事実を主張する者は嫡出否認の訴えを行うということになる。）」

母Aと前夫Bの離婚成立前に懐胎され、離婚から三〇〇日以内に出生したことを理由として「本件届出を不受理とすることは戸籍法上そもそもできなかったと解釈されるべきである。母と父の法律上の夫婦により自分達の子であるとして本件届出がされた以上、仮に本件資料がなかった場合でも、その届出を民法七七二条を根拠として不受理とすることは違法であった。」

#### 四 児童の権利条約七条違反

「日本は、児童の権利に関する条約の締約国として、同条約七条に従い、児童が出生の後直ちに戸籍に入ることができるところを確保する義務があるところ、本件不受理処分及び本件回答は、その義務に反したものである。」

#### 五 過失について

DV命令が出されているという行政先例が存在していない事案での嫡出推定に関する出生届の取扱いにつき、戸籍担当者が本件資料を精読し、法令・先例の調査を行うことなど職務上の注意義務を怠り、本件不受理決定及び、本件回答を行った。

## 【判例の解説】

### I 三〇〇日問題とは

本件はいわゆる三〇〇日問題のうち、再婚した女性が子を出生したが、その子の出生が前婚の解消から三〇〇日以内であるため、民法七七二条により前婚の夫と推定され、再婚の夫の嫡出子として出生届を提出できなかった事案である。

このような場合に、従来は、前婚の夫の嫡出子として出生届を提出したうえで、次のような方法をとることが想定されていた。

まず、民法が予定しているのは、前婚の夫が嫡出否認の訴えを提起して父子関係を否定したうえで、再婚の夫が認知し、準正嫡出子となる方法である。次に、判例によれば、七七二条の推定の及ばない子という概念を使い、親子関係不存在確認の訴えにより前婚の夫との父子関係を否定し、再婚の夫が認知するという方法がある。さらに、判例により、推定の及ばない子としたうえで、前婚の夫との父子関係を否定する手続きを要せずに、直接に再婚の夫に対して認知の訴えを提起することもできる<sup>(3)</sup>。

手続きがあるにもかかわらず、前夫の嫡出子として出生届が提出されない事案がある。本件のように、妻が前夫から暴力などを受けており、前夫と子の父子関係を否定する手続きで前夫と関わりたくないという、親子関係とは異質の背景が影響を与えている<sup>(4)</sup>。結果的に子に戸籍がない場合には、例えば住民票に記載されない、パスポートが発行されないという状況が発生し、社会問題化した。

もっとも、この二つの状況については、現在では手当てがなされている。住民票については、二〇〇八年七月八日に、〈一〉出生証明書などで日本国籍を有することが明らか、〈二〉三〇〇日規定によって出生届を提出できず、戸籍に記載されていない、〈三〉裁判所で強制認知の手続きなどを進めているという条件を満たせば、無戸籍児を住民票に記載できるという基準を総務省が全国の自治体に通知した。

パスポートは無戸籍でも例外的に発給されるが、母親の前夫の姓を使用することが条件となっている。

三〇〇日問題は、無戸籍児が生じて不利益を被っているという効果面から注目を集め、それに対する対処はなされた。もっとも、このような不利益は、戸籍と切り離れた処理がなされることにより、三〇〇日問題における必然的な結果ではない。<sup>(5)</sup>

三〇〇日問題に対して大村敦志は、次のような視点を示す。

① マスメディアによる三〇〇日問題の『騒ぎ』の原因は、『戸籍制度によって、あるべき親子関係が損なわれている』という潜在意識に求められるのではなからうか<sup>(6)</sup>という評価。

② 母が子の懐胎時に婚姻していなければ、子の出生前に子の父と婚姻しても推定を受けない嫡出子として出生届ができるのに対して、母が子の懐胎時に婚姻していれば前婚の嫡出推定が及び子の父（再婚の夫）の嫡出子として出生届を提出できないことは不均衡ではないのかという評価<sup>(7)</sup>。

本件は、この双方の視点にかかわる事案である。

## 註

(1) 三〇〇日問題の経緯については、大村敦志「婚姻とは何か―三〇〇日問題」を素材に『学術としての民法Ⅱ新しい日本

の民法学へ』東京大学出版会（二〇〇九）二二三頁以下（初出ジュリ一三四二号（二〇〇七）二頁以下）を参照。

（2） 最判昭和四四年五月二九日 民集二三卷六号一〇六四頁。

（3） 最判・前掲注（2）。

（4） 窪田充見「嫡出推定制度の周辺―いわゆる三〇〇日問題も含めて」法教三四〇号（二〇〇九）二七頁、前田陽一「民法七  
七二条をめぐる解釈論・立法論に関する二、三の問題」判タ一三〇一号（二〇〇九）五九頁。

（5） 大村・前掲注（1）二二五頁。

（6） 大村・前掲注（1）二二五頁。

（7） 大村・前掲注（1）二二八頁。

## II 類型

### 一 子の懐胎時期

前夫の嫡出推定が及んでいるが、前夫の嫡出子としての出生届が出されず、無戸籍児が存在するという観点からすると、例えば、夫の子ではなく、夫との接触を避けたいたので出生届を提出したくないという状況は、離婚後に子が出生した場合に限られない。三〇〇日問題の範囲は広がるため、<sup>(8)</sup>類型化が示されている。<sup>(9)</sup>ここでは、七七二条二項という婚姻の解消と子の懐胎の先後関係に基づく区別のみをとりあげる。

#### 1 子の懐胎が前婚の離婚後である場合

この場合は、七七二条二項の推定が誤っており、同条一項にある「夫の子」と推定することが誤りとなる。すでに、平成一九年五月七日付け法務省民事局長通達（法務省民一一〇〇七号）通達が、婚姻中懐胎の推定を医師による証明書

により覆すことを認めることで問題は解決している（後述Ⅲ一）。

## 2 子の懐胎が前婚の離婚前である場合

婚姻中の懐胎であるため、推定の及ばない子の理論で、七七二条一項の推定を覆すために手続きをとる必要がある。推定の及ばない子でなければ、父と推定される者からの嫡出否認の訴え（七七五条）によるしかない。

この二つの類型化では、前婚の夫の子ではないと推定することが通達の目的であるから、母が再婚して再婚の夫の子として嫡出生届を出すかどうかは、重要ではなくなる。推定の及ばない子の全般の問題と結びつくことになり、婚姻解消から「三〇〇日」の問題ではなくなっている。

## 二 三〇〇日問題か二〇〇日問題か

大村敦志が指摘する「三〇〇日」問題か「二〇〇日」問題か<sup>(10)</sup>という区別で、アプローチの仕方に違いが出てくると考えられる。

三〇〇日問題という名称は、離婚から三〇〇日までに生まれた子を対象とするため、母が離婚後に再婚しているか否か、さらには前婚を離婚しているかに関係なく、同様の問題が生じる。様々な類型を三〇〇日問題として捉えることにより（前婚の）夫との接触を避けることを望むこと、その原因としての夫からの暴力という、親子関係とは異質の問題を含むことは避けられない。ここでは、七七二条により婚姻解消後三〇〇日に及ぶ嫡出推定をどのような方法で覆すのかそれ自体が問題となる。結果的に子の父が決まっていなくても、真実の父ではない者との父子関係を否定することで目的が達成される。このアプローチを以下では、「三〇〇日」問題と呼ぶ。

これに対して、「二〇〇日」問題は、再婚の側から見た場合である。「母が再婚し、再婚の夫の嫡出子としての出生届

が提出できない」という点に、問題の中心を見いだすならば、再婚から二〇〇日以内に生まれた子の問題と捉えることができる。ここでは、判例により婚姻から二〇〇日以内に出産した推定を受けない嫡出子となる場合に、前婚の法律による嫡出推定（七七二条）と再婚の判例による嫡出推定（推定を受けない嫡出子）の競合となり、後者を優先させる方法を探るといふアプローチをとることになる。ここでは、再婚の夫を父とすることを目的とする。そして、反射的に前婚の夫との父子関係が否定されると見ることもでき、子の父が定まらないということはない。このようなアプローチを以下では「二〇〇日」問題と呼ぶ。

この二つの視点が明確にならないのは、推定を受けない嫡出子とするためには、前婚の法律による嫡出推定を覆すことが前提とされ、結局、前婚における推定の及ばない子となるかという共通の問題に帰着するからである。

#### 註

- (8) 窪田・前掲注(4) 三六頁、前田・前掲注(4) 五八頁。
- (9) 大村・前掲注(1) 二二七頁、前田・前掲注(4) 五七頁以下。
- (10) 大村・前掲注(1) 二二七頁。

### Ⅲ 現在とられている解決

三〇〇日問題への対処は、現行法の枠内で行うものと立法により行うものとの二つが考えられる。本件について考える場合にも、現行法の枠内どこまで可能であるのかが、重要な問題となる。

現行法の枠内で、すでにいくつかの解決は示されている。法務省通達（後述一）と、認知調停（後述二）である。

## 一 法務省通達

前述のように平成一九年五月七日付け法務省民事局長通達（法務省民二一〇〇七号）は、懐胎時期に関する医師の証明書を添付することで、「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、民法第七七二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<sup>(11)</sup>」となる。

この通達は、懐胎時期のみを対象とすることから、「この解決策はなかなか巧妙なものである。通達は、競合する二つの親子関係につき実質に立ち入って判断を下すことを避けている」とも評される<sup>(12)</sup>。後婚の夫など真実の父とされる者の父子関係を問題とせず、前記Ⅱ二での「三〇〇日」問題からのアプローチとなる。

したがって、「X（子の母・筆者注）が再婚していない場合にも、Xは、Y（前夫・筆者注）との関係でZに及ぶ嫡出推定を覆すことができることになる。この場合にはZには父親がいないことになるが、この帰結が常に子Zの利益に適っているとは限らない<sup>(13)</sup>」という指摘がなされる。

法務省通達が他の類型の解決に大きな影響を及ぼしうるとすれば、医師の証明書という裁判書以外の文書を添付書類として認めた点にある。

この点について前田陽一は、「医師の証明書で足りるとしたことは、裁判手続やそでの前夫との接触に伴う負担を一気に解消するものであるが、従来要した裁判手続を踏むことなく父子関係を否定すること（特に上記②のB型（懐胎時離婚、離婚後非婚型<sup>(14)</sup>筆者注）においては血縁上の父による認知や父に対する認知請求が困難な場合もありうるにも関わらず簡易な方法で父子関係を否定すること）に問題はないのか検討が必要であろう」と指摘する<sup>(14)</sup>。

梶村太市は、本来の手続きである嫡出否認や親子関係不存在確認の調停や人事訴訟判決によって解決するのと異なる

り、「いわゆる既判力などの対世的効力（第三者効）がないので、いったんこれらによる解決ができたとしても、後に嫡出推定の有無について争いが生じ、裁判問題に発展することを防ぐことはできない」と述べる。<sup>(15)</sup>

## 二 認知調停

法務省通達より以前から示されている方法で、離婚後懐胎の事案に限らず、離婚前懐胎の事案であっても利用が可能である。本件でも、この方法により再婚の夫との父子関係を成立させて、嫡出子出生届を提出している。

認知調停は、最判昭和四四年五月二九日（民集二三卷六号一〇六四頁）が認知請求訴訟として行っていたことを、調停手続で行うものであり、支援団体のNPO法人からの問い合わせに対して、最高裁判所がこの方法を認めたことから、実務において用いられるようになった。<sup>(16)</sup> 認知訴訟で可能だとすれば、認知調停の中でも同じことが可能だというのが、根底にあると考えられる。<sup>(17)</sup>

本件でも、前夫の子として出生届を提出せずに、子から実父（母の再婚での夫）に対して認知調停を申し立て、母と実父の間の嫡出子（推定を受けない嫡出子）として戸籍に記載された。ここで、母子側で現在の法律の枠組みにおける最善の措置が行われていたことは、強調するべきであろう。①迅速な対応により、子が無戸籍でいる期間が短くなる（約三ヶ月）、子が被る不利益が大きくならず、②母の前夫の関与を排除した手続をとり、③前夫との父子関係が戸籍上表れないという点である。

認知調停による解決の前提は、「婚姻中又は離婚後三〇〇日以内に生まれた子どもであっても、夫が長期の海外出張、受刑、別居等で子の母との性的交渉がなかった場合など、妻が夫の子どもを妊娠する可能性がないことが客観的に明白である場合」<sup>(18)</sup> である。認知請求であるから、父が定まることを主とする点で「二〇〇日」問題としてのアプローチ

と共通する点があるが、外観説により前婚の嫡出推定が及ばない子を基本とする点で「三〇〇日」問題としてのアプローチである。

実親子関係に直接に関わるため、戸籍上父とされる前婚の夫を排除した手続きに対して疑問が呈される<sup>(19)</sup>。これは、前夫を手続きから排除したいという三〇〇日問題の当事者の要望と関係するが、認知調停特有の問題ではなく、すでに昭和四四年判決自体がはらんでいたものである<sup>(20)</sup>。梶村太市は、戸籍上の父は利害関係人として強制参加あるいは任意参加は不可欠であり、少なくとも調査官出張調査などの方法により戸籍上の夫の意見を聞くことは必要であるとする<sup>(21)</sup>。

もっとも、認知調停でも当事者（父とされる者と子であるが、実際には父と母）の合意にのみ基づくのではなく、家事審判法二三条により合意に相当する審判が行われ、家庭裁判所が必要な事実を調査したうえで、正当と認めるときのみ認知が認められる。

さらに最高裁判所は、認知調停において「親子の関係があることを明らかにするために、鑑定を行う場合もあります」と述べる。この場合には、子と再婚の夫の間のDNA鑑定が行われることになる。「このような形でDNA鑑定などを導入することは、一方で、認知調停を無制約なものとしないうるためには必要であると考えられるが、他方で、判例が、なお外観説を維持し、DNA鑑定によって当然に決まるわけではないとしていることと、本当に整合的なものであるかについては、なお検討の余地が残されている」と窪田充見は指摘する<sup>(22)</sup>。前夫との父子関係を外観説により否定したうえで、実の父に対する認知請求を認めるという考え方に基づけば、鑑定されるのは前夫と子との父子関係の不存在のほずである。いうならば、通常の認知調停では三〇〇日問題としての父子関係の否定のアプローチであるのに対して、鑑定による場合には二〇〇日問題とするのと共通の父子関係肯定というおよそ反対方向のアプローチが併存している。

DNA鑑定について、平田厚は、外観説により前夫の子を妊娠する可能性がないことが客観的に明白である場合に、

不必要な真実調査を行うこと自体が親子関係を破ることもありえ、子の福祉という視点から真実調査は謙抑的でなければならぬとする<sup>(23)</sup>。

認知調停によれば、外観説によって推定を受けない子となる場合には、前夫の関与なしに、真実の父（とされる）者と子の間で父子関係が成立するため、手続きをためらう原因は除去されている。本件で原告側は、さらに、認知調停の手続きを必要とせずに、再婚の夫の嫡出子として出生届が認められることを求めている。これは、前婚の夫が父ではないことを前提としているため、結果のわかっていない手続きをわざわざとることに対して、時間と費用の無駄ではないかという評価が基礎にある。

他面において、外観説により前夫の子を妊娠しない可能性が客観的に明白でなければ、嫡出推定が及んでいる。平田厚は、嫡出否認を認める合意に相当する審判を子と母とその夫との三者間の合意があれば認める合意説と同様に、「前夫に連絡したうえで、嫡出推定の基礎となる事実を欠いていることについて前夫からの確認を得て、嫡出推定を及ぼさないという救済策も成り立つのではないか」と指摘する<sup>(24)</sup>。DVの場合についても「杓子定規に考えるべきではないと思われるが、ここを容易に緩めてしまうことは、子の福祉を濫用的に害する危険性も出てくることに注意が必要であろう」と述べる。

註

- (11) 法務省ホームページ 婚姻の解消または取消後三〇〇日以内に生まれた子の出生届の取扱いについて <http://www.moj.go.jp/MINJI/minji137.html>
- (12) 大村・前掲注(1) 一三〇頁。
- (13) 大村・前掲注(1) 二三一頁。

- (14) 前田・前掲注(4) 五八頁。また、母主導による推定排除の拡大の方向性については、父子関係の確保という点にてらして慎重に考えるべきとする(六六頁)。
- (15) 梶村太市「親子関係不存在確認の訴えといわゆる三〇〇日問題」『家族法学と家庭裁判所』日本加除出版(二〇〇八) 三三二頁。
- (16) 前の夫との親子関係不存在確認の調停もできるが、三〇〇日問題の背景を考えると、前夫との接触が不可避なこの手続きをとることはありえない。
- (17) 窪田・前掲注(4) 三八頁。
- (18) 最高裁判所ホームページ [http://www.courts.go.jp/saiban/syurui/kazi/kazi\\_07\\_18.html](http://www.courts.go.jp/saiban/syurui/kazi/kazi_07_18.html)
- (19) 前田・前掲注(4) 五九頁、窪田・前掲注(4) 三八頁、梶村・前掲注(15) 三三四頁。
- (20) 窪田・前掲注(4) 三八頁。
- (21) 梶村・前掲注(15) 三三四頁。
- (22) 窪田・前掲注(4) 三九頁。
- (23) 平田厚「『三〇〇日問題』の混乱」みんけん六二六号(二〇〇八) 九頁以下。
- (24) 平田・前掲注(23) 九頁。

#### IV 現行法の枠内での解決の可能性

##### 一 嫡出否認制度の解釈

三〇〇日問題を七七二条の推定の及ばない子の問題として捉える「三〇〇日」問題としてのアプローチからは、七七二条の推定を外す範囲を拡大することで、問題の解決は一定の範囲で可能となる。判例のとする外観説に対して、より柔軟な解釈により推定の及ばない子を認めることができれば、前夫の嫡出子として出生届を提出することを強制されず

に、親子関係不存在確認の手続きを経たうえで、再婚の夫の嫡出子としての出生届を提出することができるからである。

梶村太市は、三〇〇日問題と直接関連づけて述べており、その主張する新家庭形成説と合意説を組み合わせて「母と戸籍上の父との旧家庭は既に崩壊し、真実の父との新家庭が形成されているのであれば、戸籍上の父との合意がある場合はもちろん、合意が得られない場合でも、『子の利益』のため、嫡出推定否認制度の適用を排除すべき」と述べる。<sup>(25)</sup>

この考えでは、前夫の手続きへの関与が必要となる。これは、認知調停による方法に対しても、「あくまでひとつの便法に過ぎず、民法が予定する本来の手続である戸籍上の夫からの嫡出否認の手続、あるいは実質的に嫡出推定が排除される場合には関係者からの親子関係不存在確認の各調停申立ての手続によるべき」という立場による。<sup>(27)</sup>

## 二 母による出生届

### (一) 非嫡出出生届

水野紀子は、「子の出生の経過を知悉している母から夫の子ではない非嫡出子としての出生届があれば受理される現行実務との均衡からいっても、婚姻中あるいは離婚後三〇〇日以内の出生子の母による非嫡出子出生届は受理されるべきである」と述べる。<sup>(28)</sup>この方法に現行民法の改正は不要であり、解釈論として是正が可能であるとす。<sup>(30)</sup>

本件のように前夫の子としての嫡出出生届によらなければ受理されないという欠陥は、「出生子ごとに作成される出生証書(身分証書)と母の戸籍に記入される戸籍の出生届との技術的相違に無自覚であったことによる」と指摘する。<sup>(31)</sup>「日本では、特殊な戸籍制度のもとで、嫡出推定制度が出生届の拒絶として機能するという構造的矛盾が生じている」という指摘からも、母が提出を認めるであろう非嫡出子出生届で出生証書としての機能を果たすことが目的と考えられ

る。本件のような事案で、再婚の夫を父とする嫡出生届を認めることまでは射程に入っておらず、再婚の夫による認知が必要となる。

## (二) 嫡出生届

夫の子かどうかを、妻Ⅱ母の意思に委ね、母が再婚の夫の嫡出子とする出生届を提出すれば、それを受理すべきという考え方である。これにより、無用な負担をかけなくてもすむし、子も出生と同時に戸籍に登録できる。

二宮周平は、推定を受けない嫡出子の戸籍における取扱いから次のように述べる。「母は、夫が嫡出生届を拒んでも、単独で嫡出生届を出すことができ、また嫡出でない子としての出生届を出すこともできることとなった。民法七七二条の推定を受けないことから、親子関係の前提事実の存否を当事者の意思に委ね、嫡出子として届け出るか、嫡出でない子として届け出るか、母がその選択をすることができるのである。この扱いの根拠には、婚姻当事者である夫と妻の合意、究極的には、母Ⅱ妻の意思に親子関係存否の事実確認を求める考え方がある。複数の男性と同時並行的に性的関係を持っていた場合を除いて、懐胎・分娩する母こそ真実をもっともよく知りうる者であり、懐胎したまま婚姻をしたことから、その真実を明らかにするリスクは妻Ⅱ母が担っており、リスクを負う者の意思表示は真実に近いからである。」<sup>(32)</sup>

この考えに対しては、「それを言い出したら、すべての証明書は要らないことになるでしょう。」「子の父が誰かは母親が一番よく知っているのだから、母親の陳述書を信じなさい、という話でしょう。それを言い出したら、性善説の最もたるものです。」「母親の陳述書を信じなさい、という場合に、保護されるべきは夫ですか、それとも嫡出子として養育されるべき子どもでしょうか」「子どもには、真実の父を与えるべきという考え方はわかるとしても、現在の家族法としては、そこがいまだに踏み切れないものがあるのではないのでしょうか。」という、戸籍実務側からの批判があ

る。<sup>(33)</sup>同様に、母に前夫との「性的関係の不存在を主張させても、信憑性がない。また、別居している夫婦の間に、性的関係があり得ないわけでもない。したがって、Aの証言を得ないで、有効な証明とすることはできない<sup>(34)</sup>」という批判もある。

母の意思に委ねるといふ点が強調されるが、他のアプローチが前夫との父子関係の否定を基本としていることに比べると、真実の父との父子関係の成立を基本として捉えることに特徴があると考ええる。これは、推定を受けない嫡出子の戸籍上の扱いを出発点にしていることから明らかである。

前婚の法律による嫡出推定と再婚の判例による嫡出推定の競合において後者が優先する理由として、母の意思とそれに基づく事実の推定を据えていることが目を引くが、そのみで父子関係が定まることを必ずしも意味しない。「二〇〇日」問題の解決に限定すれば、競合を調整するために、出生届における父の選択を付加したといえる。出生届どおりの処理をすることで戸籍担当者の判断を排除する点で、戸籍実務の画一的な処理には適っている。その意味では、現行法の枠内でも採用可能な見解である。

嫡出推定が競合していない離婚・懐胎・出産の類型にまで母の意思を判断基準とすると、状況は異なる。この場合には、母の意思に基づく事実の推定のみが、七七二条の推定を覆す根拠となっている。推定の及ばない子か否かを判断する基準として、外観説のいう客観的事実を示す根拠となり、もはや「推定」の競合ではなく、事実の証明の問題となる。

### 三 民法七七三条、戸籍法五四条の類推・拡大適用

前田陽一は、「前夫との関係では、別居の有無を問わず形式的には七七二条二項の期間内の出生であるとともに、後

夫との関係では、婚姻後二〇〇日未満の『推定されない嫡出子』とみることもできることから、両者の地位が抵触していると解することが可能である<sup>(35)</sup>とする。そして、父未定の子の出生届を幅広く認める日野原昌の考えをひき、戸籍窓口では形式的な判断しかできないことも加味して、「民法七七三条・戸籍法五四条を類推ないし拡大適用し、『父未定の子』として母の現戸籍（通常は後夫の戸籍）に子の出生届をした上で、『父を定めることを目的とする訴え』に最終的な解決を委ねる<sup>(37)</sup>」とする。

ここでは、「二〇〇日」問題としてのアプローチが前面に出ているといえる。嫡出推定の重複と同様にみる立場は私見と同様であり、再婚の夫の嫡出子として出生届を提出することまで認められる点で非常に魅力的である。

ただ、この方法については、前田陽一は、最終的に「父を定めることを目的とする訴え」で父子関係を確定する際の前夫とのトラブルの問題については別途解決しなければならぬという問題点があることを指摘している。

これは、法務省通達に対して前夫の関与なく父子関係が否定されることに對する疑問と関連するもので（前述Ⅲ二）、「前夫の嫡出子としての推定を覆すのはあくまでも裁判手続きによる」という考えに基づく<sup>(38)</sup>。

#### 四 添付書類の範囲の拡大

本件では、認知調停前に最初に出生届を提出した際に、①A Bの婚姻が平成一八年九月以降破綻し形骸化しており、Xの出生について民法七七二条一項による嫡出推定が及ぼさない旨の弁護士作成による上申書、②A作成の弁護士を代理人と定める委任状、③保護命令一の決定書写し、④保護命令一に對する即時抗告決定書写し、⑤保護命令二の決定書写し、⑥離婚判決の判決書写し、⑦和解調書写し、を提出していた。

本件原告側は、認知調停による手続きを経ずに、出生届の提出により再婚の夫を子の父とするため、法務省通達と同

様に七七二条一項の推定を覆す判断を戸籍管掌者が行うことを求め、そのために必要な添付資料が何であるのかを中心に被告側が反論した。

戸籍実務側からは、「家庭裁判所での調停や裁判の手続きを経ないで、戸籍の窓口でこのような事情の有無を判断することは、一般的に困難であり、一定の場合を類型化して、定型的な書面で判断することができるよう工夫する必要があるであろう<sup>(39)</sup>」という意見がある。

梶村太市は、法務省の戸籍行政としては、法務省通達による「手当が精一杯であって、関係当事者の陳述書やその他の書類などだけで嫡出推定の排除を認めることは限界を超えらると思われ<sup>(40)</sup>」と述べる。

## 1 裁判書

法務省通達により医師の証明書が認められるまで、婚姻中に懐胎した子であるが、母の夫の子を懐胎した状況にないことを示す添付文書として、戸籍実務の取り扱いでは裁判所以外による証明書については消極的な扱いをしてきたとされる<sup>(41)</sup>。本件では、最初の出生届提出時に、上申書と委任状以外は裁判所による文書が添付されていた。

### (一) これまでの扱い

裁判所による文書であっても、どの範囲まで認められるのが問題となる。

本件被告である国などの主張にある嫡出否認の訴えの裁判書、当該子と前夫との親子関係不存在確認の裁判書、本件において最終的に出生届が受理される際に提出された認知調停の二三条審判の審判書のように、父子関係の不存在を直接に表す文書を戸籍実務では認めている。

さらに、父子関係に直接関わらないが、七七二条の推定の及ばない子に関する判例がとる外観説の立場から、例えば、悪意の遺棄を原因とする離婚判決で「判決理由中に、夫婦が子の出生前数年間日本と米国に別れて生活し、かつ、

出生前二年以上の間音信不通の事実が認定される事案」について、戸籍先例（昭三九・七・一民事甲二七六回答）は、夫の子を懐胎する状況にないことを示す文書として、後夫との間の嫡出子出生届の受理を認める。本件の離婚判決では、婚姻の破綻は示せても、全く交渉を絶っていたことまでは示せないと判断されたのであろう。

ただし、別居、音信不通の事実などが存在しても、他に重要な離婚原因があるとすれば、離婚判決で必ずその事実認定がなされるとは限らない。七七二条の推定を覆す判決理由が含まれているかは不確実な事情となる。本件のように和解離婚であれば、添付文書として用いることが困難になる。

七七二条の推定が及ばない子に関する最高裁判例<sup>(42)</sup>で、長期間の別居と夫婦関係の形骸化の事実で嫡出推定が覆るのに対して、同様のことが離婚判決理由中で事実認定されている場合には覆らないとする行政先例は保護範囲が狭いことを、本件控訴理由は指摘する。離婚訴訟において、七七二条の推定を覆す事実が認められた場合に、離婚判決とは別文書にできるならば、いわゆる三〇〇日問題の解決の一助になるかもしれない。

## (二) DV保護命令書

さらに本件では、DVを行う夫に対する接近禁止命令（保護命令）が、記載内容自体から、懐胎時期において夫婦が別居して全く交渉を絶っていた事実などを示すものといえるかが問題となった。保護命令の期間が懐胎時期をカバーしていることが前提となる。

長期間の別居の事実を認定した離婚判決が七七二条の推定を排除するために「接近していなかった（過去）」ことを裁判手続で認定するものであったのに対して、DV保護命令書の内容は「接近するな（未来）」である。この点につき、警察が関与して夫の接近を監視するもので二四時間完全に遮断することは確保できないこと、期間中に縊りを戻すことも考えられることから、DV保護命令書を添付書類とすることに否定的な見解もある。<sup>(43)</sup>

他の観点から、二〇〇七年の自民党と公明党による「民法七七二条見直しプロジェクトチーム」による特例法律案要綱仮案（後述V-2）では「当該夫に当該子が自らの子でないことについて異議がないかどうかを確かめることができないう旨を証する書面」の一例としてDV保護命令があげられた。「当該子が前婚の夫の子でないこと又は母と当該再婚をした者の子であることを証する書面」であるDNA鑑定などの書類とともに提出することを求めたことから、前夫との父子関係の不存在はDNA鑑定に委ね、DV保護命令は前夫を手続きから排除することを理由づける書類と位置づけられる。

## 2 裁判書以外の文書

三〇〇日問題の法務省通達では、医師による証明書添付を認めたことから、書類が裁判所の作成によるものに限られないこととなった。添付書類の有無のみ判断でき、本判決が述べる「集团的・統一的・画的処理」のために、戸籍事務に関わる者が七七二条の推定を排除する事実かを自ら判断する必要はない。

さらに、戸籍担当者が七七二条（二項に限らない）の推定を覆す根拠資料として他の文書も認められるのであろうか。離婚後懐胎の事案ではない本件では、Xの出生について民法七七二条一項による嫡出推定が及ばない旨の弁護士作成による上申書も添付されていた。外観説に基づいて推定が排除されるかの判断を戸籍担当者に委ねており、戸籍実務としては受け入れにくいと考えられる。

## 註

(25) 梶村・前掲注(15) 三三三頁。

(26) 梶村・前掲注(15) 三三四頁。

- (27) 戸籍実務からも同様の意見として、大森政輔・小池信行・島野穹子・木村三男「座談会『離婚後三〇〇日以内の出生子の戸籍の取扱』について」戸籍時報六一七号(二〇〇七) 一一頁「大森発言」。
- (28) 水野紀子「判批」判例評論四三五号(一九九五) 二一三頁。
- (29) この考えに賛意を示すものとして、平田・前掲八頁。
- (30) 水野・前掲注(28) 二二二頁。
- (31) 水野・前掲注(28) 二二二頁。
- (32) 二宮周平「民法七七二条と戸籍のない子」戸籍時報六〇九号(二〇〇七) 二八頁。
- (33) 大森他・前掲注(27) 一〇頁以下「大森発言、島野発言」。
- (34) 本山敦「いわゆる『三〇〇日問題』とは何か―その背景と対応」法教三二五号(二〇〇七) 七頁。
- (35) 前田・前掲注(4) 六五頁。
- (36) 中川善之助ほか編『新版注釈民法(23)』有斐閣(二〇〇四) 一八九頁以下(日野原昌)。
- (37) 前田・前掲注(4) 六五頁。解釈論の域を超えるものであるならば、民法七七二条について婚姻後二〇〇日未満に生まれ  
た子にも嫡出推定を認める改正することによって、同様の解決をとるとする。
- (38) 前田・前掲注(4) 六五頁。
- (39) 後藤博「離婚後三〇〇日問題」民事月報六二卷一〇号(二〇〇九) 六頁。
- (40) 梶村・前掲注(15) 三三〇頁。
- (41) 大森ほか・前掲注(27) 一七頁「木村・小森発言」。
- (42) 最判昭和四四年五月二九日 民集二三卷六号一〇六四頁。
- (43) 大森ほか・前掲注(27) 九頁「大森発言、島野発言」。

## V 立法による解決

立法による解決での視点として、大村敦志が挙げる次の五点<sup>(44)</sup>が参考となる。①懐胎時期の推定の見直し、②嫡出子の概念の見直し、③三〇〇日の起算点の見直し、④嫡出否認の訴えの提訴権者の見直し、⑤嫡出推定Ⅱ否認の制度そのものの見直しである。

以下に挙げる三〇〇日問題をめぐる立法提案についても、この五点のどの角度から解決しようとしているのかを考へることは、整理に役立つであろう。

### 一 民法の改正

#### 1 嫡出推定

三〇〇日問題を根本的に解決するには、民法七七二条の嫡出推定の規定を改正するのが妥当である。改正は、嫡出推定制度自体という重大な問題を対象とする。嫡出推定制度を、三〇〇日問題の原因であるという理由から否定するならば、例外解決のために原則を構成するという本末転倒の結果になりかねない。むしろ、三〇〇日問題の解決は、提案された嫡出推定制度・父子関係確定制度を評価する一つの要素という役割を有するに過ぎない。本稿では、三〇〇日問題に関連して示された意見のみを採り上げるに留める。

窪田充見は、「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。」という原則を提案する<sup>(45)</sup>。これによれば、現在の推定されない嫡出子は法律で父子関係が認められる。前婚の嫡出推定は及ばず、重複は避けられる。母が再婚していない場合には、「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」というサブルールが適用される。

母が前婚の離婚前に懐胎し、再婚後に出産した場合には、再婚の夫の子となる。それに対して、離婚後に再婚していない場合、婚姻中出産の場合には、従来の推定の及ばない子の理論によって父子関係を否定することになる。<sup>(46)</sup>ここでは、二〇〇日問題として、前婚の法律上の嫡出推定と後婚の判例上の嫡出推定の重複・優劣を解消するという解決と評価できる。

サブルールに残されている「婚姻解消若しくは取消しの日から(三〇〇日)以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する」が問題となる(三〇〇日がカッコ書きされているのは、期間についてなお検討する余地があるものと思われる)としているためである<sup>(47)</sup>。「医師による懐胎時期についての証明書などで覆すことができる」としていることから、離婚後懐胎の事案については、再婚していない場面に限られるが、現行と同様になる。

前田陽一は、前婚と後婚で嫡出推定が重複する場合に「(経験則上後婚の夫の子である可能性が高いことから)後婚の夫の嫡出子であることを優先的に推定する規定を新たに設け、嫡出否認によりそれが覆されたときには前婚の夫の嫡出子と推定する」という考えを示す<sup>(48)</sup>。

「二〇〇日」「三〇〇日」という七七二条の懐胎期間の妥当性に、許末恵は疑問を呈する<sup>(49)</sup>。そこでは、現在の医療水準、嫡出第一子では父母の婚姻期間が妊娠期間より短いいわゆる「できちゃった婚」の割合が四分の一を占めること、再婚も増えているという実態を指摘する。

三〇〇日問題との関連で、婚姻解消後の一定期間内の出産について懐胎時期の規定を置かず、すべて個別に対応すべきという見解もありうる<sup>(50)</sup>。それに対して、窪田充見は、「そのような制度設計をした場合、あらゆる事案において懐胎時期の積極的証明が必要となり、妥当性に問題があるのではないか」として、立法提案に取り入れていない<sup>(51)</sup>。

三〇〇日問題として離婚前の懐胎及び出産の事案も含めて、その解決を求めるのであれば、嫡出推定という制度自体

を放棄するという方向も考えられなくはない。

これに対して、本山敦は、現行の嫡出推定制度に欠陥が多いことを認めつつも、「そうだからと言って、子の出生と同時に、とりあえずではあるにしても、子の父が自動的に決まるといふ推定制度のメリットを捨て去る理由にはならない」と述べる。<sup>(52)</sup>

## 2 自民党・公明党プロジェクトチームによる特例法律案要綱仮案

前述（Ⅳ四２）の自民党・公明党プロジェクトチームによる特例法律案要綱仮案（PT案）は、離婚後懐胎の事案については法務省通達と同様の解決をとる。離婚後に懐胎され、母の再婚後に出生した子について母と再婚した者を父とする嫡出出生届を認める方向がとられていた。これは、現行の嫡出推定の規定にまで改正の範囲を広げずに、離婚後懐胎・再婚後出生の事案に対処するものである。

このPT案の特徴は、「当該子が前婚の夫の子でないこと又は母と当該再婚したものの子であることを証する書面」の添付を、前婚の夫に当該子が自らの子でないことについて異議がない旨を記載した書面または異議がないかどうかを確かめることができる旨を証する書面とともに求める点である。つまり、DNA鑑定で前婚の夫の子でないことを示せばよく、前夫の関与による父子関係の否定もあるが、実際には再婚の夫と子の間の親子関係の存在を示す結果を示すことになる。

PT案は、これまで本稿が対象としてきたのとは全く別の議論で議員立法に至らなかった。<sup>(53)</sup> そのほかに、DNA鑑定を導入するという点に疑問が投げかけられた。

本山敦は「DNA鑑定による親子関係の決定を法定・公認することにつながり、ひいては親子関係の決定をDNA鑑

定に一元化してしまうことである。いわば『DNA鑑定全能主義』の萌芽となりかねないという点である」と述べる。<sup>(54)</sup>

許末恵も同様に「DNA鑑定の法的扱いも規定されていないにもかかわらず、その利用を認めることにも躊躇を覚える」と慎重な姿勢を示す。<sup>(55)</sup>

戸籍実務側からも「極端に言えば永久的にDNA鑑定によって処理しようという考え方に立っているように思いますが。しかし、こうした考え方というのは、本来は、現行の民法の体系には合わないはずです。」「DNA鑑定によってストリートに親子関係を証明し、嫡出推定を排除する、ということになれば、今までの嫡出推定の枠組みを全部壊すものだと思います。」という危惧を述べる。<sup>(56)</sup>

P T案は、離婚後懐胎について医師の証明書の添付を求めるのとパラレルに、医学的な判断として離婚前懐胎にはDNA鑑定を求めたものといえる。<sup>(57)</sup>ただ、DNA鑑定の扱いをめぐる議論が、単に三〇〇日問題に限らず、嫡出推定・否認制度全体にかかわるものとなる点に問題があった。

しかし、現在の認知調停においても、DNA鑑定を排除していないのであるから、DNA鑑定による父子関係の否定または確認は、すでに現状において道が開かれている。前述のように（前記Ⅱ二）窪田充見は、判例の外観説との整合性を指摘する。

### 3 別居制度

本件控訴理由書では、推定の及ばない子となるかを判断するために、懐胎時の別居を離婚判決から認めることはできないかという点が主張されていた。懐胎時期の別居、性的交渉の不存在を認定する文書が存在すれば、戸籍事務担当者の判断を必要とせずに、推定を受けない嫡出子か否かを定めることが可能となる。

さらに、裁判外で別居の認定を行うことができるのかについて、大村敦志は、次の理由から慎重に考える必要がある

と述べる。<sup>(58)</sup>

戸籍窓口で別居の認定を行うためには、新たな別居証明制度を創ることが必要となる。住所を公証する住民票でも、住所が別であってもそれだけで直ちに別居しているとは言えないため、当事者の「別居」の意思を介在させて、法的な意味での別居を公証する制度が必要となる。さらに、いわば法定別居を準離婚として制度化するならば、扶助義務や婚姻費用負担義務をどうするかが問題となる。

## 二 戸籍法の改正

### 1 单身戸籍

民法の改正が実親子関係を定めるルール全体を見直すことにつながるのに対して、戸籍法を改正することで、三〇〇日問題を解決する方法の提案もある。もともと、この提案は、無戸籍でも住民票の登録を認めるという総務省の二〇〇八年の通知の前になされたものである。

暫定戸籍とでもいうような考え方で子のみの单身戸籍を作成し、父がだれかについて争いがあるときには、父欄を空白にしておくという考えである。<sup>(59)</sup>子が属すべき戸籍が確定するまでは、まず登録しておくことで、無戸籍となる不利益を避けることができる。

「いうならば「就籍」に近い取扱いともいえるかもしれませんがね。その一つの要件として、父との関係、すなわち、『前夫との関係については、おって裁判によって確定させます』という陳述があれば、子について単独戸籍をつくる、あるいは、母は既に離婚していますから、その離婚によって新戸籍を作っているとすれば、氏の問題はありますが、その母の戸籍に子を入籍させる、という方法も考えられるところですよ。」と述べる。<sup>(60)</sup>

この提案の背景には、『子どものため』にしているのであれば、できるだけ早く、正規の手続によって、そのギャップを埋めるといふことを、やはり関係者（特に母親）は務めるべきなのではないでしょうか。現行法は、あらかじめそれを予定しているわけですからね。しかし、今日では、それがいろいろな理由から、そうした手続を踏むことを嫌って、簡易な処理を認める、という方向にあるわけです。」という評価がある。<sup>61</sup>

## 2 戸籍制度

離婚後三〇〇日以内に生まれた子が前夫の子と推定されることから出生届が出されない、同じく離婚前に妻が夫以外の男性との間に子を産んだ場合にも出生届が出されない、という事態は、個人ごとの身分登録制度ではなく、戸籍制度をとる日本法特有の問題であるという指摘からは、戸籍制度のあり方も問題となる。<sup>62</sup>

## 3 問題解決の対象

戸籍法の改正で対処できるかは、三〇〇日問題の問題点がどこにあるのかという理解に関わる。このような提案では、真実の父との父子関係を確定する手続きは必要となる。本件でとられたような、①認知調停による真実の父の確定、②再婚の夫の子としての嫡出生届という順番ではなく、①出生届と戸籍への記載、②真実の父の確定という順番にし、父子関係の否定及び確定は家庭裁判所の手続によることを求めている。戸籍制度のみの改正でも無戸籍という事態は回避できるが、父子関係の問題は、民法の改正が行われなければ解決しない。

マスメディアの潜在意識にある「戸籍制度によって、あるべき親子関係が損なわれている」という考えについても、戸籍制度を変えることによって損なわれはしないかもしれないが、あるべき親子関係に達することはできない。

註

- (44) 大村敦志『家族法 第三版』有斐閣(二〇一〇)一〇〇頁。  
(45) 窪田充見「実子法」ジュリー一三八四号(二〇〇九)二八頁。  
(46) 窪田・前掲注(45)三二頁以下では、父子関係の否認の範囲を広げることから、現行法と同様の状況というわけではない。  
(47) 窪田・前掲注(45)二九頁、三一頁。  
(48) 前田・前掲注(4)六五頁以下。  
(49) 許末恵「民法七七二条をめぐる議論と改正動向について」法セミ六三〇号(二〇〇七)五頁。  
(50) 窪田・前掲注(45)三一頁。  
(51) 窪田・前掲注(45)三一頁。  
(52) 本山・前掲注(34)一〇頁。  
(53) 自民党内から、離婚前に妻が夫以外の男性と性的関係を持ち懐胎する場合を含む点について、家族制度を崩壊させるといふ反発が出て、法案提出が断念された。  
(54) 本山・前掲注(34)一一頁。  
(55) 許・前掲注(49)五頁。  
(56) 大森他・前掲注(27)一二頁以下「大森発言、小池発言」。  
(57) 参照、大森他・前掲注(27)一二頁「小池発言」。  
(58) 大村・前掲注(1)二三二頁以下。  
(59) 大森他・前掲注(27)一二頁以下「大森発言」。  
(60) 大森他・前掲注(27)二三頁「大森発言」。  
(61) 大森他・前掲注(27)一〇頁以下「大森発言」。  
(62) 許・前掲注(49)五頁。嫡出推定の規定の改正と並んで問題提起しており、後述IV3の批判には該当しない。

## V 結論

以上のように、すでに公表されている研究は様々なアプローチを展開しており、私見を挟む余地はないように思われるが、蛇足ながら私の考えを示しておきたい。

### 一 「二〇〇日」問題

三〇〇日問題といわれるものは、本来は「二〇〇日」問題として扱えるものに限定し、それ以外についてはこれまでの推定の及ばない子の議論の中で扱うことで、対象を明確にできると考える。「二〇〇日」問題では、前婚が存在していなければ（前内縁であっても）婚姻後二〇〇日以内に生まれた子についても嫡出出生届が出せるのに、再婚であるがために再婚の夫の子としての出生届が出せないことを対象とする。本件事案はまさに「二〇〇日」問題といえるものである。

三〇〇日問題の解決が混迷する原因の一つに、DVの問題のような他の問題が背景に存在することにある。三〇〇日問題は、前夫の嫡出子として出生届を提出するところに問題があるのか（三〇〇日問題）、再婚の夫の嫡出子として出生届を提出できないところに問題があるのか（二〇〇日問題）も、違う視点を示している。「三〇〇日」問題を重視する場合には、前夫の実子ではないのに嫡出出生届を提出しなければならないという、親子関係の存否が直接に問題となる。「二〇〇日」問題も、再婚の夫の実子であるのに嫡出出生届を提出できないと、考えるかもしれない。

「二〇〇日」問題として対象とするのは、実親子関係ではなく、嫡出推定の問題である。再婚の夫を父とする嫡出出生届が提出されても、再婚の夫を父と確定したのではないから、親子関係不存在確認の訴えを提起される可能性を排除

できない。しかしそれでも、前婚が存在せず、推定されない嫡出子として出生届が許される場合と同じであるから、目的は達している。

この立場は、婚姻中懐胎・婚姻中出産の事案を対象としないが、これは推定の及ばない子の問題として対処しなければ、嫡出推定という制度自体が崩壊しかねない。

## 二 問題解決の手がかり

「二〇〇日」問題の終局的な解決には、立法によるしかない。その場合には、嫡出推定ではなく、父子関係の推定として、母が婚姻中に出産した子の父を母の夫と推定する規定をおくべきである。婚姻前懐胎が、いわゆる「できちゃった婚」として広く存在している現在において、いわゆる三〇〇日問題（「二〇〇日」問題）の解決だけではなく、推定の及ばない嫡出子について法律上の父子関係の推定を及ぼすことが現状に合致しているからである。<sup>63</sup>

しかし、立法に至るまでの期間を考えると、現行法の枠組みにおいても対処が必要となる。

前記Ⅱ一でも述べたように、「二〇〇日」問題とは、七七二条による法律上の嫡出推定と、推定を受けない嫡出子という判例上の嫡出推定の抵触と考える。この点で、前田陽一と似た立場である（参照前記Ⅲ三）。

この抵触を解消する方法として、七七二条による嫡出推定を推定の及ばない子の概念で覆すことがある。この方向を推し進めていくと、すべてが「三〇〇日」問題として解決される。考えてみるならば、前婚における推定の及ばない子であるだけで、前夫の子ではないことを確定するには親子関係不存在確認が必要である。認知の訴えまたは調停により実父との父子関係が確定し、反射的に前夫との父子関係が否定されることもある。

### 三 裁判手続きは必要か

いわゆる三〇〇日問題の原因として、前夫を手続きから排除したいという当事者の希望がある。だが、七七二条が推定する父子関係を否定される前夫を当事者から排除する認知調停に対して疑問が呈されていることは前述のとおりである(Ⅲ二)。

これは、前夫がどの段階で父子関係の問題に参加するのかという視点から考えるべきである。

裁判上の手続きを経ずに、直接に再婚の夫の嫡出出生届を提出できるといふ本件原告が求めている解決方法は、前夫との父子関係が否定されている状態ではなく、前婚の嫡出推定がゆらいでいる状態でなされるものである。戸籍先例においても前記Ⅳ四一(一)であげた日米間での別居の事案では、前夫との親子関係は否定されておらず、単に七七二条の推定がゆらいでいる状態で、後夫との間の嫡出出生届を受理している。再婚の夫の嫡出子として出生届が出されても、現行法の下では推定されない嫡出子であり、親子関係不存在確認の訴えによって父子関係を否定する機会を前夫は与えられている。最終的な父子関係の決定から前夫は排除されておらず、前夫が望まない限り、前夫を加えた手続きを必要とはしない(前夫が望む手続きで子(その法定代理人である母)を当事者から外すことはできない)。

### 四 嫡出推定の優劣の決定

「二〇〇日」問題として、再婚の夫の子としての嫡出子出生届を認める場合には、さらに戸籍担当者の個別的な判断を要せずに形式的に判断できる枠組みが必要となる。

前記のように考えた場合に、七七二条による推定と、推定を受けない嫡出子という推定が抵触している状態において、後者が優先する事情を示せばよい。例えば、再婚の夫との懐胎時における内縁の存在を示す資料があれば決定的で

ある。ただ、このような公的な証明書として住民票で十分であるのか、DVから逃れるために住民票すら移していない場合にどのようにするのかという問題が残る。

むしろ、離婚前懐胎・出産の事案や離婚前懐胎・離婚後出産（再婚せず）という場合には前夫について七七二条の推定を覆す事情が必要であるが、本件のような場合には推定を受けない嫡出子という推定に対して七七二条の推定が劣後する事情で十分といえる。いかなれば、七七二条の推定を覆さないといえども、動揺させる事情を証明する資料である。何がこのような資料に当たるとかを定めれば、その資料の添付の有無により、戸籍担当者は形式的に判断できる。

そのような資料として、例えば、子の懐胎時を含むDV保護命令書、子の懐胎時に離婚訴訟が係属しているを示す離婚判決（本件であれば和解離婚）などが考えられる。これらの資料により懐胎時に前婚が破綻していることが示されるのに対して、遅くとも再婚禁止期間中には懐胎を知った上での再婚から最長一二〇日の子の出生という事実を比較すれば、後者に基づく嫡出推定を優先させてもよいと考えられる。

単に優劣というだけで親子関係を定める基準とすることには批判があるかもしれない。だが、出生届により戸籍に記載されるのが確実な親子関係だけではなく、場合によっては修正されるスタートラインを示すものであることは、嫡出否認制度があることから明らかである。三〇〇日問題といわれるものの原点に返るならば、真の父を定めることではなく、修正可能な戸籍上の父をまずは定めるための嫡出子出生届である。

註

(63) 嫡出推定の問題については、すでに、渡邊泰彦「再婚禁止期間の再検討」同志社法学二五八号（一九九八）で同様の見解を述べている。

ただ、婚姻中懐胎とは別の枠組みで父子関係を推定する規定を、嫡出推定を呼び続けることができるかは別の問題である。

※本判決および控訴理由をご提供くださった、慶應義塾大学・犬伏由子教授ならびに関係者の方に、この場を借りてお礼申し上げます。また、本判決の評釈は、速報判例解説七号に掲載しており、本稿はその拡大版である。他誌への評釈の掲載という私のわがままを認めてくださった日本評論社にもこの場を借りてお礼申し上げます。

(本研究は、科研費基盤研究(C) 二二五三〇〇九三によるものです。)