

Title	原点としての婚姻法：再婚禁止期間訴訟をてがかりとして
Sub Title	Marriage law as starting point, with reference to period of prohibition of remarriage
Author	西, 希代子(Nishi, Kiyoko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2018
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.91, No.2 (2018. 2) ,p.285- 307
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	犬伏由子教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20180228-0285

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

原点としての婚姻法

——再婚禁止期間訴訟をてがかりとして——

西 希 代 子

- 一 はじめに
- 二 再婚禁止期間訴訟
- 三 民法における再婚禁止期間をめぐる議論
- 四 婚姻法と親子法との依存関係——再婚禁止期間問題の悩ましさ——
- 五 今後のシナリオ——再婚禁止期間の廃止に向けて——
- 六 おわりに

一 はじめに

犬伏由子教授は、日本を代表する民法学者の一人であり、とりわけ、家族法の権威である。全国の家族法研究者及び実務家が集う日本家族〈社会と法〉学会が組織した家族法改正研究会の婚姻法グループ代表者として、数

回にわたりグループ内の検討状況を紹介され、最近、集大成となる立法案を公表された。⁽¹⁾ 大学院生時代に書かれた「夫婦財産共有制の再検討―フランスにおける決定共有制をモデルとして」⁽³⁾、代表作「フランスにおける夫婦財産関係法と夫婦の平等―一九六五年法から一九八五年法への歩み(一)―」⁽⁴⁾ (五・完)等に示されるように、犬伏教授の研究の原点は婚姻法にある。婚姻法はまた、次の二つの意味で家族法の原点でもある。第一に、民法典第四編「親族」及び第五編「相続」は、第四編第一章「総則」を除くと、同編第二章「婚姻」から始まり、同編第三章「親子」、同編第四章「親権」……第五編第七章「遺言」と続く。婚姻によって家族が形成され、子が生まれ、……死亡するというライフサイクルに沿った構造であり、民法典自体が、婚姻法を家族法の出発点として位置づけていることは疑いない。さらに、近時の判例は、婚姻法が他の分野が抱える問題の顕在化の場にもなりやすいことを示唆している。婚姻法は家族法の終結点であると同時に、原点でもあるといえよう。

本稿では、そのような家族法の原点としての婚姻法の姿を描き出した一例として、犬伏教授がいち早く評釈を公表された⁽⁵⁾、再婚禁止期間訴訟(最大判平成二七年二月一六日民集六九卷八号二四二七頁。以下、「本判決」という)を取り上げる。同日に最高裁判決が下された夫婦別氏訴訟(最大判平成二七年二月一六日民集六九卷八号二五八六頁)とあわせて新聞等でも広く報道されたように、(旧)民法七三三条一項(以下、「本件規定」という)が女性のみにか月の再婚禁止期間を課していることの合憲性が争われ、一〇〇日の再婚禁止期間を設ける部分は合憲であるが、一〇〇日を超えて再婚禁止期間を設ける部分は憲法一四一条一項及び二四條二項に違反して無効であるとした戦後一〇件目の法令違憲判決である。筆者は、これまで婚姻法の研究に触れたことがない門外漢であるが、その目からみると、本判決には、婚姻法のあり方のみならず、民法の体系及び思考方法の特徴、日本の家族法が抱える構造的問題等が凝縮された形で表れているように思われる。本稿では、はじめに、本判決の概要及び特徴、本判決後の改正等について、先例及び立法趣旨に触れながら確認する(二)。次に、再婚禁止期間をめぐる従来

の議論を概観した上で(三)、本判決によって鮮明になった再婚禁止期間問題の難しさの背後にある再婚禁止期間と他制度との密接な関係、すなわち、親子法と婚姻法の依存関係について検討する(四)。最後に、そのような相互依存関係をふまえて、再婚禁止期間問題の解決のための法改正について考えたい(五)。

二 再婚禁止期間訴訟

1 事件の概要

前夫Aによる家庭内暴力が原因で二〇〇八年三月に離婚したXは、同年一〇月にBと再婚した。Xは、再婚禁止期間が存在するために再婚が遅れて精神的損害を被ったとして、本件規定は憲法一四条一項及び二四条二項に違反するものであり、国会がこの規定を改廃する立法措置をとらなかつた立法不作為は、国家賠償法一条一項の適用上、違法の評価を受けると主張し、国に対して損害賠償一六五万円及び遅延損害金を請求した。Xは、次のような二段構えの主張を行った。第一に、本件規定の立法趣旨は、道徳的な理由に基づいて寡婦に対し一定の服喪を強制するものであり、立法目的自体に合理的な根拠がないことは明白であり、さらに、DNA検査等によって父子関係を確定することが容易になっている近年の状況に鑑みれば、あえて再婚禁止期間を設けて女性の婚姻の自由を制約することの合理性は認められない。第二に、仮に、本件規定の立法趣旨が嫡出推定の重複を回避することにあり、立法目的自体に合理的な根拠が認められるとしても、その目的を達するには一〇〇日の再婚禁止期間を設けることで足りるのであるから、一〇〇日を超える再婚禁止期間は、女性に対し婚姻の自由の過剰な制約を課すものであり、合理性がない。

一審及び二審は、細部には違いがあるものの、ともに本件規定は合憲であるとして、Xの訴えを斥けた。原審

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という本件規定の「立法目的には合理性があると認められる上、……立法目的を達成するために再婚禁止期間を具体的にどの程度の期間とするかは、……立法目的と女性の再婚の自由との調整を図りつつ、内外における社会的環境の変化等をも踏まえて立法府において議論して決定されるべき問題であり、これを六か月とした民法七三三条一項の規定が直ちに合理的関連性を欠いた過剰な制約であるということもできない」ことを理由としている。

X の上告を受けた最高裁は、本件を大法廷に回付した。大法廷は、前述のように、本件規定のうち一〇〇日の再婚禁止期間を設ける部分は、憲法一四一条一項、二四一条二項に違反しないが、一〇〇日を超えて再婚禁止期間を設ける部分は、二〇〇八年当時において兩条項に違反するに至っていたと判示した。ただし、立法不作為の国家賠償法上の違法性の有無については、在外国民選挙権訴訟（最大判平成一七年九月一四日民集五九卷七号二〇八七頁）等において示された基準を用いて、二〇〇八年当時、一〇〇日超過部分が違憲であることが国会にとって明白であったということは困難であるとし、違法の評価を受けるものではないと結論づけた。本判決には、山浦善樹裁判官の反対意見があるほか、櫻井龍子裁判官、千葉勝美裁判官、大谷剛彦裁判官、小貫芳信裁判官、山本庸幸裁判官及び大谷直人裁判官の共同補足意見、千葉裁判官、木内道祥裁判官の各補足意見、鬼丸かおる裁判官の意見が付されている。

2 本判決の論理と特徴

(1) 先例との関係

再婚禁止期間に関する事件が最高裁に持ち込まれた先例として、最高裁平成七年二月五日判決（判例時報一五六三号八一頁）が存在するが、そこでは、本件規定の合憲性自体は判断の対象にされていない。すなわち、再

婚禁止期間のために婚姻届出の受理が遅れて精神的損害を被った夫婦が、憲法一四一条一項等に違反する本件規定を改廃しない国会の立法不作為が国家賠償法一条一項でいうところの違法と評価されると主張して提訴したところ、最高裁は、「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというように、容易に想定し難いような例外的な場合」でないかぎり立法不作為は違法と評価されないとした上で、「民法七三三条の元来の立法趣旨が、父性推定の重複を回避し、父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことにある」以上、民法七三三条を改廃しないことが前述の「例外的な場合」に当たると解する余地はないとして、憲法適合性の判断を行うことなく、訴えを退けた。したがって、厳密には、本判決が、再婚禁止期間の合憲性が正面から争われた最初の事件といえることができる。

本判決の多数意見は、本件規定の立法目的に合理的根拠があり、その区別の具体的内容が立法目的との関連において合理性を有するかという基準を用いて、憲法適合性審査を行っている。立法目的については、「(ア) 女性の再婚後に生まれた子につき父性の推定の重複を回避し、(イ) もって父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことにあると解するのが相当であり、(ウ) 父子関係が早期に明確となることの重要性に鑑みると、このような立法目的には合理性を認めることができる」(ア) (イ) (ウ) は筆者による) と述べる。基本的には従来の判例を踏襲したものであり、(ア) 及び (イ) は、(イ) のなかの「もって」という文言以外は前掲最高裁平成七年一二月五日判決及び本件一・二審と同一の表現であるが、新たな視点として (ウ) が付け加えられている点が特徴的である。「早期」に明確になることの重視は、DNA検査等を行えば父子関係を確定できるため再婚禁止期間は不要であるとする有力な主張を意識し、それに対する反論を可能にするものであるように思われる。⁷⁾ このような立法目的の合理性を支える事由として、子の父が出生後直ちに決まらないことは子の利益に反することに加えて、後述のように、夫婦間の子が嫡出子となることが婚姻による重要な効果であることが強調されている点も目を引く。

(2) 本来の立法目的と最高裁による立法目的の選択——結論先にありき？

さらに、立法目的が、起草者意思、当初共有された立法趣旨等ではなく、あくまでも、「立法経緯」と「嫡出親子関係等に関する民法の規定における本件規定の位置づけ」から導かれていた点も注目される。前者は、戦後の民法改正の際に、新憲法の趣旨に沿わない婚姻及び家族に関する規定は大幅に変更されたにもかかわらず、再婚禁止期間を定めた本件規定（民法旧七六七条一項）は、嫡出推定を定める規定（民法旧八二〇条、現七七二条）と共に現行民法にそのまま引き継がれたという事実を指している。改正の対象にならなかった以上、新憲法の趣旨に沿わない規定ではないということが含意されているのであろう。後者については、民法七七三条二項が再婚後に前婚の夫の子との推定が働く子が生まれない場合を再婚禁止期間の適用除外事由として定めていることなどから、本件規定が嫡出推定制度のもとで父性の推定の重複を避けるために設けられたものであるとする。

たしかに、一般に、再婚禁止期間は、単に民法七七二条が定める父性の推定の衝突を避けるためにすぎない制度であるといわれている。⁽⁸⁾ 本件規定の沿革をたどると、近世以前は、道徳的理由に基づいて寡婦に一定期間の服喪を強制するものであったが、起草者は、明治民法における再婚禁止期間はそのような倫理的理由によるものではなく、生まれた子が前婚の子であるか後婚の子であるかの判断を誤って血統を乱すことを避けるのを唯一の目的としたという。⁽¹⁰⁾ 父性の推定の重複を回避するためであれば再婚禁止期間は四か月でも足りるが、四か月では外見上妊娠の有無が分からず、後夫が妊娠の事実を知らずに婚姻してしまうことを予防するために六か月とされた。⁽¹¹⁾ つまり、再婚相手とその家の保護も意図されていたのである。戦後、本件規定の憲法適合性につき、国会答弁の中で、「女が夫の死後墓石のまだ乾かぬうちに再婚するのはいかかかという倫理的な観念も含まれておるかもしれませんが、主としてはそういう意味ではなく、……血統的な視点において、いろいろ混乱を生ずることを避け

る趣旨であろう」と説明されており⁽¹²⁾、倫理的観念の影響も否定されていない。その後も、本件規定が存在するのは制度自体に内在する父権的思想によるものであると分析され⁽¹³⁾、近年においても、本件規定には、女性のあまりに早い再婚を喜ばず、前婚の子が後婚の成立後に出生することを嫌悪する父権的感情が混入しているといわれている⁽¹⁴⁾。六か月の再婚禁止期間は「いわば国民倫理となりうるもの」との評価もなされている⁽¹⁵⁾。もちろん、山浦裁判官が指摘するように、生まれてくる子の利益の確保は、本来的に念頭に置かれていなかった。

多数意見は、このような事実を考慮せず、起草者の意図をそのまま立法目的として審査の対象とすることもせず、その一部を切り取って立法目的とし、その合理性を判断したということになる。仮に、血統の混乱の防止、再婚相手の保護等を主な立法目的として取り上げた場合、夫となる者以外の子を妊娠している可能性があるのは再婚の場合に限られないことを考えると、立法目的の合理性について本判決と異なる結論が導かれた可能性も皆無ではないのではないだろうか。この点、山浦裁判官は、反対意見の中で、本件規定を「血統の混乱を防止する」という目的を達成するための手段であるとして、多数意見の立法目的に関する説明を「立法目的を差し替えたもの」と批判する。

立法目的と手段との合理的関連性についても、多数意見は、前述のようないわば選択された立法目的から機械的にその有無を判断している。計算上一〇〇日の再婚禁止期間を設けることによつて父性の推定の重複は回避されることから、本件規定のうち一〇〇日の再婚禁止期間を設ける部分については合理的関連性を有しており合憲、一〇〇日超過部分については「合理性を欠いた過剰な制約を課すもの」であり、合理的関連性がないから違憲という結論である。最高裁が選択した立法目的からは、必然ともいえず。

3 本判決後の民法改正

本判決を受けて直ちに民法典の改正案が用意され、二〇一六年六月一日に「民法の一部を改正する法律」が成立した(同年六月七日公布・施行)⁽¹⁶⁾。この改正では、まず、女性の再婚禁止期間が六か月から一〇〇日に短縮された(民法新七三三条一項)。さらに、再婚禁止期間の適用除外事由として、従前、「女が前婚の解消又は取消しの前から懐胎していた場合には、その出産の日から」再婚禁止期間を適用しないとされていたところ、「女が前婚の解消又は取消しの後に出産した場合」(同条同項二号)及び「女が前婚の解消又は取消しの時に懐胎していなかった場合」⁽¹⁷⁾(同条二項一号)という二つの場合が定められた。後者には、女性に懐胎の能力があるが懐胎していない場合と、女性に懐胎の能力がないために懐胎することができない場合の両方が含まれるとされる⁽¹⁸⁾。このような適用除外事由もまた、父性の推定重複が問題にならない場合は再婚禁止期間は不要であるという発想から設けられたものであり、選択された立法目的から直接導くことができる。

三 民法における再婚禁止期間をめぐる議論⁽¹⁹⁾

再婚禁止期間に関する民法学説は、①六か月の再婚禁止期間を維持すべきであるとする現状(本判決後の改正前の規定)維持論、②本判決の立場と同様の一〇〇日短縮論及び③廃止論に分けられる。現在の民法学界では、①は見当たらず、六か月という期間に問題がある点についてはほぼ異論がないとされる⁽²⁰⁾。一九九一年から法制審議会民法部会身分法小委員会において審議が始まり、一九九六年に公表された法制審議会答申「民法の一部を改正する法律案要綱」⁽²¹⁾では②が採用され、今日まで②が多数を占めている⁽²²⁾。その根拠は、本判決の多数意見が説くところと同一である。再婚禁止期間は、前婚の夫との父子関係の推定と後婚の夫との父子関係の推定が重複する

事態が生じて父性確定が困難になることを避けるための制度であることを前提とし、父性の推定の重複が生じないようにするためには再婚禁止期間を一〇〇日とればよく、六か月は過大であるという。

他方、廃止説も、すでに戦前に、離婚後、再婚が認められない間に事実上の再婚（内縁婚）や「私生子」が生み出されることへの懸念から主張されている²⁴。戦後、本件規定の改正が見送られた後にも²⁵、前述の一九九六年の答申前においても有力に主張され²⁶、最近では立法提案としても示されている²⁷。廃止説の根拠としては、再婚禁止期間を設けても事実上の再婚を阻止することはできず、父性の推定の重複する子が生まれる可能性があることのほか、次のような理由が挙げられている。女性が夫以外の男性の子を妊娠している可能性があるのは再婚の場合に限られない、再婚禁止期間が父性の推定の困難を避けるためであるのなら後婚成立後に取り消しても意味がない（民法七四六条参照）、婚姻の自由を広く認めるべきである、国際人権法を尊重すべきである、比較法的に見ても廃止するのが当然である²⁸、再婚禁止期間の背後には父権的思想が潜んでいる、実際に父性の推定が重なるようなケースはまれであるにもかかわらず、すべての女性に再婚禁止期間を課すことは正当化が困難である（鬼丸裁判官の意見（後掲注（43））及び山浦裁判官の反対意見参照）、血縁関係の有無はDNA検査等によって科学的に容易に明らかになる（山浦裁判官の反対意見参照）。

なお、いずれの立場においても、明文化の要否については見解が分かれるものの、父性の推定が重複しない場合には再婚禁止期間の適用を除外すべきであると考えられている。戸籍実務においても、本判決以前から、離婚した前婚の夫と再婚する場合（大正元年一月二五日七〇八号民事局長回答）、夫の三年以上の生死不明を理由とする離婚判決によって前婚を解消した場合（大正七年九月二三日民一七三五号法務局長回答、昭和二五年一月六日民甲二号民事局長回答）、女性が懐胎することのできない年齢（六七歳）である場合（昭和三九年五月二七日民甲一九五一号民事局長回答）、三年前から音信不通状態にあり悪意の遺棄を理由とする離婚判決によって前婚を解消した場

合（昭和四〇年三月一六日民甲五四〇号民事局長回答）等については、再婚禁止期間内であっても婚姻届が受理されていた。

四 婚姻法と親子法との依存関係——再婚禁止期間問題の悩ましき——

1 嫡出推定制度を支える再婚禁止期間

本判決が重視する「婚姻をするについての自由」という観点からも、生物学的差異を超える男女平等の象徴的な意義という観点からも、将来目指すべき方向が再婚禁止期間の廃止であることは疑いない。しかし、対等自由な私人間の利害調整を基本とする民法は、バランスの学問ということができ、それが、一見、憲法学者、国際人権法学者等と比較すると中途半端で優柔不断に見える民法学者の主張にもつながっている。特に、再婚禁止期間をめぐる問題には、単に本件規定の削除のみによっては対応しきれない難しさもある。民法典の中には、相互に依存し合う関係にある規定ないし制度も少なくなく、特定の規定ないし制度を変えると、他の場面に大きな影響を与えて混乱を招くおそれがある。再婚禁止期間はその典型例である。再婚禁止期間の合憲性の問題が、民法学では、「憲法論よりもむしろ法政策的、立法論的問題と捉えられることが多い⁽²⁹⁾」といわれるのも、このような事情と深い関わりがあるように思われる。再婚禁止期間は、親子法の柱である嫡出推定制度を支える機能を有している。前述の一九九六年の答申に至る過程において、廃止論が有力であったにもかかわらず断念された一因も、まさにこの点にあった⁽³⁰⁾。

民法七二二条を中心とする嫡出推定制度は、近世以前の日本には存在しなかった制度であり、明治時代にフランス法、ドイツ法等に倣って導入された。父子関係の有無は、母子関係とは異なり外観からは明確ではないため、

婚姻中に懐胎された子を夫の子と推定し（民法七七二条一項）、さらに、懐胎時期も必ずしも明確ではないため、標準的な懐胎期間を参考に、婚姻中の懐胎を子の出生時期によって推定する制度であるといわれてきた（同条二項）⁽³¹⁾。しかし、今日では、民法七七二条によって推定される父子関係を覆す嫡出否認の要件の厳しさと相まって、嫡出推定・否認制度には、それにとどまらない意義ないし機能があると考えられている。家庭の平和の維持、夫婦関係の秘事を公にすることを防ぐ、父子関係の早期安定を図るなどの意義である。なかでも、子の保護のため⁽³²⁾に外形的な事実から身分関係を安定的に確立する制度であることは学界の共通認識となっており、判例においても、制度の趣旨として、子の「身分関係の法的安定を保持」する必要性が重要視されている⁽³³⁾。決して、科学的に父子関係を証明することができなかった時代の遺物などではない。

個別具体的な事例では、既に生物学的父とともに生活している子について、DNA検査の結果にもかかわらず、母の前夫との間の親子関係不存在確認の訴え（人訴二条二号）を排斥した最高裁判成二六年七月一七日判決（民集六八卷六号五四七頁）等に見られるように、当該子の利益・福祉に一致しないように感じられる制度の運用事例もないわけではない。しかし、女性から男性に性別を変更した性同一性障害者が生来の女性と婚姻し、第三者の精子を用いた非配偶者間人工授精によって授かった子を、生物学的には当該夫婦の子ではありえないにもかかわらず嫡出子とした最高裁判成二五年一月一〇日決定（民集六七卷九号一八四七頁）のように、当該子を守り、当事者全員にとって望ましい結論を導く制度として威力を発揮することが多い。当該子という視点から見ると両面性を有する制度であるとしても、少なくとも、総体としての子・潜在的当事者を守るために不可欠な制度であることはたしかである。

2 嫡出推定制度に支えられる婚姻の特権性

このようにみてくると、親子法が一方的に婚姻法に依存しているような印象を抱くが、本判決では、他の側面も示唆されている。婚姻法は、親子法を支えると同時に、親子法の支えを必要としている。

本判決では、「婚姻は、これにより、配偶者の相続権（民法八九〇条）や夫婦間の子が嫡出子となること（民法七七二条一項等）などの重要な法律上の効果が与えられる」ことが、「婚姻をするについての自由」が「十分尊重に値する」理由の一つとして挙げられている。さらに、「夫婦間の子が嫡出子となることは婚姻による重要な効果」であることが、父性の推定の重複回避のために一〇〇日について一律に女性の再婚を制約することが立法目的との関連において合理性を有するとする根拠のなかで述べられている。ここでは、子が嫡出子となることが婚姻の効果として強調されている。これらの場面で、このような文言を入れてまで強調する必要があるのか疑問がないわけではない。同日判決の夫婦別氏訴訟においても、「婚姻の重要な効果として夫婦間の子が夫婦の共同親権に服する嫡出子となるということがあるところ、嫡出子であることを示すために子が両親双方と同氏である仕組みを確保することにも一定の意義がある」として、同様のことが述べられている。同時に、「社会の構成要素である家族」、「家族は社会の自然かつ基礎的な集団単位」など、家族の意義についても繰り返し言及されている。これら家族の定義自体は、世界人権宣言、国連の経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約（社会権規約）等においても見られる表現ではあるが、最高裁が、何の意図もなく、このように家族や法律婚の意義に触れているとは思えない。「婚姻をするについての自由」の重要性を強調し、憲法二四条に関する憲法適合性審査を厳格にするための言及でないことは本判決の結論から明らかである。

ここで想起されるのが、婚外子相続分差別違憲決定（最大決平成二五年九月四日民集六七卷六号一三三〇頁）である。この大法廷決定により、相続分における優遇という嫡出子さらには法律婚の最大の特権が失われた。これに

対して、政府・自民党内から、法律婚の価値を低下させるものである、家族の絆を弱めるものであるなど、激しい批判が加えられ⁽³⁴⁾、自民党が、伝統的な家族の形を守ることを目的とする「家族の絆を守る特命委員会」を党内に設置するとともに、法務省が生存配偶者を保護するために相続法の見直しを行うことになったのは記憶に新しい⁽³⁵⁾。このような状況を一つの背景として、最高裁が、法律婚の価値ないし特権性を確認するために、あるいは高めるために、婚姻の意義を強調したと見るのは穿ちすぎだろうか⁽³⁶⁾。実際、近時の判例では、嫡出子と婚外子の扱いの違いが目立つ。例えば、強固な嫡出推定制度によって守られている嫡出子とは対照的に、自分の子でないことを知りながらその母と婚姻するためにその婚外子を認知した男性が、後に離婚に際して認知無効の訴えを提起し、父子関係の否定が認められた最高裁判平成二六年一月一四日判決（裁時一五九五号一頁等）は、民法学界に衝撃を与えた。

五 今後のシナリオ——再婚禁止期間の廃止に向けて——

1 法改正の必要性

本判決は、民法の立場からは概ね予想通りの結論であると評され⁽³⁷⁾、強い批判はあまり見られない⁽³⁸⁾。他方、憲法や国際人権法の立場からは、相続等における婚外子との差別的撤廃を求める国連の自由権規約委員会及び児童の権利委員会の勧告等を理由の一つとして違憲判断を下した婚外子相続分差別違憲決定と比較して、本判決は、原告が主張した国連の委員会の勧告に触れておらず、最高裁は自らの結論に都合が良いときだけ比較法や国際人権法に言及しておりフェアではないという批判もなされている⁽³⁹⁾。いうまでもなく、裁判所が国際人権法をどこまで取り上げるべきかは自明ではない。しかし、前述のように、世界的にみても再婚禁止期間を残している国は僅か

であり、本件規定が、女子差別撤廃条約一六条が定める男女平等原則に抵触するとして国連の女子差別撤廃委員会から繰り返し改正を求められ、自由権規約委員会からも、平等原則を定める市民的及び政治的権利に関する国際規約（自由権規約）二二条、二三条、二二三条及び二二六条に抵触するとして繰り返し改正を求められていることは軽視できない⁽⁴¹⁾。

これらは外圧にすぎないとしても、民法の理念及び体系との関係でも、早期改正が求められていると考える。前述のように、本判決の結論と一致する見解が多数を占める民法の立場からは、一〇〇日の再婚禁止期間を維持し、その適用除外事由の拡大によって「婚姻をするについての自由」を最大限確保するという選択肢が支持されるようにも思われる。しかし、再婚禁止期間と嫡出推定制度との依存関係を考えると、それには大きな危険が伴う。嫡出推定制度を変質ないし空洞化するおそれである。

共同補足意見では、本件規定の立法目的が父性の推定の重複を回避することにあることが再確認され、「再婚禁止による支障をできる限り少なくすべきとの観点から」、合憲とした一〇〇日の期間内であっても、七三三条二項に直接規定されている場合や、従来の戸籍実務において認められてきた場合に限らず、およそ父性の推定の重複を回避する必要がある場合には、本件規定の適用を除外すべきであるとされている。例として、女性に子が生まれなことが生物学上確実である場合、女性が前婚の解消等の時点で懐胎していない場合に加えて、「一定の事由により父性の推定が及ばないと解される場合」及び女子が不妊手術を受けている場合が挙げられている⁽⁴²⁾。「推定が及ばない」という概念は、民法典にはない判例が作り出した概念である（最判昭和四四年五月二九日民集二三卷六号一〇六四頁）。一般に、外観上、夫による懐胎の可能性がない子を指すと解されているが、その範囲は必ずしも一義的ではなく、調停等ではかなり緩やかな認定がなされている。推定が及ばない子とされた場合、子は嫡出推定・否定制度によって守られず、親子関係不存在確認の訴えにより、あらゆる利害関係人が、いつま

でもその親子関係を争うことが可能になる。従来の判例の基準によれば、夫による懐胎の可能性の有無は、プライバシーに立ち入らず、あくまでも、在監による別居等、外観を基礎として判断されるものであり、血液型、DNA検査等の科学的に厳密な懐胎可能性を考慮するものではない（最判平成一〇年八月三一日家月五二巻四号三三頁、前掲最高裁判平成二六年七月一七日判決等参照）。「婚姻をするについての自由」を尊重すべく、実務上、再婚禁止期間の適用除外事由を極限まで拡張しようとする⁽⁴³⁾ことが、厳密に父性の推定の重複がありうるか否かを調べることにつながり、推定の及ばない子の範囲の拡大という形で嫡出推定制度に跳ね返ることが予想される。その結果、知らず知らずのうちに、嫡出推定制度の変質ないし空洞化という意図せざる結果を生むことになる。

したがって、再婚禁止期間の適用除外事由の拡張によって対応するには限界と危険があり、やはり、立法による解決が望ましい。二〇一六年六月一日に成立した前述の「民法の一部を改正する法律」の附則にも、三年以内の見直し条項が付されている。その前年末に発表された第四次男女共同参画基本計画において、「家族に関する法制について、家族形態の変化、ライフスタイルの多様化、国民意識の動向、女子差別撤廃委員会の最終見解等も考慮し、婚姻適齢の男女統一、選択的夫婦別氏制度の導入、女性の再婚禁止期間の見直し等の民法改正等に関し、司法の判断も踏まえ検討を進める」（傍点は筆者による）と述べられていたところである⁽⁴⁴⁾。本判決の結論に縛られず、より広い視野から、制度の見直しを検討する可能性も排除されていない。

2 法改正の方向性

では、どのような改正を行うべきであろうか。すでに多数の主張がなされているが、立法の方法としては、再婚禁止期間の廃止とあわせて、民法七七三条を改正する方法と民法七七二条を改正する方法とがありうる。前者は、現行の嫡出推定制度を前提とし、再婚禁止期間の廃止によって生じうる父性の推定の重複に対しては既存の

制度の柔軟化によって対応する方法である。これに対して、後者は、嫡出推定制度自体を見直し、再婚禁止期間を廃止しても父性の推定が生じない制度とするものであり、親子法の本質に関わるより抜本的な改正となる。

具体的には、前者については二つの方向が提案されている。一つは、現在、再婚禁止期間に違反して再婚した場合に適用される民法七七三条の適用場面を再婚後の出産全般に拡大して、父性の推定が重なる場合は裁判所が父を定めるものとする方法である。⁽⁴⁶⁾ 裁判所の負担が増加する、父性の推定が重複する子を裁判所の判断が下るまで父未定として届け出ることになるなどの難点が知られており、本判決の多数意見の中で批判的に言及されている見解でもある。もう一つは、父性の推定が重複するために法律上の父が未定となる子については、裁判所が父を定めるのではなく、後婚の夫の子と推定する方法であり、⁽⁴⁷⁾ 経験則を根拠とする。

民法七七二条の改正を考える後者は、現行法では、婚姻中に懐胎した子が夫の子と推定されているのを改め、ドイツ民法(一五九二条)⁽⁴⁸⁾と同様、婚姻中に出生した子を夫の子と推定するものである。⁽⁴⁹⁾ 民法七七二条の改正は、嫡出子の概念を変えるものであり、現行法からの乖離も大きい。再婚禁止期間と嫡出推定制度、さらには、婚姻法と親子法の依存関係をふまえて考えると、両制度の改正を視野に入れざるを得ないのはむしろ自然なことである。再婚禁止期間問題への対応にとどまらず、一方で三〇〇日問題(無戸籍児問題)が深刻化し、他方で授かり婚も増加している今日、検討に値する改正であろう。これにより、夫婦関係に立ち入らず、プライバシーを守り、家庭の平和を維持し、父子関係の早期安定を図るという嫡出推定制度の意義を損なうことなく、再婚禁止期間を廃止することが可能となる。

六 おわりに

再婚禁止期間問題は、婚姻法と親子法の相互依存関係が生んだ問題である。再婚が増加している今日⁽⁵⁰⁾、社会問題化しているが、人権または男女平等の視点のみから論じることにはできない難問である。もつとも、これは、婚姻法研究の難しさの一端に過ぎないのである。婚姻法は、民法のなかで最も身近な分野であると同時に、最も研究が困難な分野であるといっても過言ではない。婚姻法にかかわる問題は、当事者の顔が見える形でメディアに取り上げられ、感情論で語られることが多いが、それが一面で真理であることもまれではなく、それらを無視せず、しかし、それに流されず、冷静かつ論理的な議論をすることが求められる。その最たる例ともいえる夫婦の氏の問題から財産分与、親権争い・子の奪い合いまで、犬伏教授の研究領域は広く、多くの著作が常に研究者及び実務家に参照されている⁽⁵¹⁾。

性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律によって性別の取扱いの変更の審判を受けた者の婚姻が可能とされてから、すでに一〇年以上の歳月が流れた。同性婚を認める国も増えつつある中で日本も立場を決めなければならぬ時期が近付くなど、家族法の基礎となる婚姻法は、現在、多数の課題を抱えている。微修正にとどまらず、発想を転換して、ゼロから考え直さなければならぬ問題も多い。家族法の在り方を考える際に婚姻を出発点とするか親子を出発点とするかという議論はあるものの、犬伏教授の研究の原点である婚姻法は、やはり、日本家族法にとっても、永遠に原点なのである。

(1) 犬伏由子「婚姻法―改正を進めるために」戸時六五九号(二〇一〇年)一一頁、同「シンポジウムの概要および婚姻法グループの検討経過」戸時六八八号(二〇一二年)二頁、同「シンポジウムの概要及び夫婦財産関係法の検討課題」戸時七〇九号(二〇一四年)二頁、同「婚姻法グループの検討経過及びシンポジウム概要」戸時七二三号(二〇一五年)二頁等。

- (2) 犬伏由子「婚姻法」戸時七五一号(二〇一七年)二頁、同「婚姻財産制」家族〈社会と法〉三三号(二〇一七年)一二四頁。
- (3) 阪法一〇八号(一九七八年)一〇五頁。
- (4) 山形大学紀要〔社会科学〕一八卷一号(一九八七年)一九頁、同一九卷一号(一九八八年)一九七頁、同二〇卷二号(一九九〇年)四三頁、同二一卷二号(一九九一年)二一七頁、同二二卷二号(一九九二年)八三頁。総ページ数二〇〇頁に及ぶ大作である。
- (5) 犬伏由子「判批」新・判例解説 Watcu 民法(家族法) No.8 (Web版、二〇一六年)。
- (6) 民法七七二条二項は、婚姻成立の日から二〇〇日を経過した後または婚姻の解消もしくは取消しの日から三〇〇日以内に生まれた子を婚姻中に懐胎したものと推定しているため、計算上は、一〇〇日の再婚禁止期間があれば、父性の推定の重複は生じないことになる。
- (7) 久保野恵美子「判批」論究ジュリ一八号(二〇一六年)七四頁、前田陽一「再婚禁止期間(待婚期間)」法教四二九号(二〇一六年)一九頁等も参照。
- (8) 我妻榮『親族法』(有斐閣、一九六一年)三二頁、青山道夫Ⅱ有地亨編『新版注釈民法(21)』(有斐閣、一九八九年)二〇五頁「上野雅和」等。
- (9) 本件規定の立法経緯等については、渡邊泰彦「再婚禁止期間の再検討」同法四九卷六号(一九九八年)二一五頁等参照。
- (10) 梅謙次郎『民法要義卷之四(第二二版)』(有斐閣、一九二二年、一九八四年に同社より復刻版)九二〜九三頁、法典調査会編『民法修正案理由書』(博文館、一九八八年)四二頁等。
- (11) 『法典調査会民法議事速記録第四六卷』(日本学術振興会版)九九〜一〇二頁「梅謙次郎発言」等。
- (12) 最高裁判所事務総局編『民法改正に関する国会関係資料』(一九五三年)一六〇頁「奥野健一発言」。
- (13) 福地陽子「再婚の制度」中川善之助教授還暦記念『家族法大系2』(有斐閣、一九五九年)四〇頁。
- (14) 青山Ⅱ有地編・前掲注(8)二〇五〜二〇六頁「上野」。
- (15) 滝沢聿代「民法改正要綱試案の問題点(上)」法時六六卷二二号(一九九四年)七五頁。

- (16) 改正経緯及び内容については、合田章子「民法の一部を改正する法律の概要」ひろば六九卷九号(二〇一六年)五六頁、堂蘭幹一郎「民法の一部を改正する法律(再婚禁止期間の短縮等)」の概要」家庭の法八号(二〇一七年)一一八頁等参照。
- (17) 改正前、戸籍先例では、現に懐胎していない旨の医師の診断書を添付した場合であっても、再婚禁止期間の適用除外とはされていないなかった(一九九三年五月一日民甲六六八号民事局長回答、一九五〇年一月六日民甲二号民事局長回答)。
- (18) 堂蘭・前掲注(16) 一一〇頁。
- (19) 後述のように、生殖補助医療や夫婦別氏制度と同様、再婚禁止期間をめぐる議論においては、その方法論やストレートさの点で、憲法学説と民法学説との間には違いがみられる。本判決の調査官解説においても、憲法学説と民法学説が区別して紹介されている(加本牧子「判解」曹時六九卷五号一四五二―一四五四頁)。本稿では、民法学説のみを対象とするが、憲法・民法学説双方を紹介するものとして、飯田稔「判批」亜大五一卷一号(二〇一六年)一〇四頁以下、中曾久雄「判批」愛媛四二卷三〓四号(二〇一六年)一八一頁以下等。
- (20) 松川正毅Ⅱ窪田充見編『新基本法コンメンタール親族』(日本評論社、二〇一五年)二七頁「宮本誠子」、犬伏・前掲注(5) 三頁等参照。
- (21) ジュリ一〇八四号(一九九六年) 一二六頁。
- (22) 加本・前掲注(19) 一四五三頁等参照。ただし、渡邊泰彦「判批」民商一五二卷三号(二〇一六年) 二九六頁及び床谷文雄「判批」リマックス五三三号(二〇一六年) 五六頁は、一〇〇日短縮論よりも廃止論が多数となっていると見る。
- (23) 久貴忠彦「再婚禁止期間をめぐる」ジュリ九八一号(一九九一年) 四一頁、窪田充見「家族法(第三版)」(有斐閣、二〇一七年) 三七頁、前田陽一ほか『民法Ⅵ(第四版)』(有斐閣、二〇一七年) 五〇頁「前田」等。
- (24) 谷口知平『日本親族法』(弘文堂、一九三五年、一九八八年に信山社より復刻版) 二四〇頁。
- (25) 中川善之助『新民法の指標と立案経過の点描』(朝日新聞社、一九四九年) 四〇頁、我妻・前掲注(8) 三二―三三頁等。

- (26) 石川稔「婚姻法・離婚法の改正問題を中心として」ジュリ一〇〇〇号(一九九二年)一五九〜一六〇頁、中川淳「婚姻・離婚法改正の中間報告について」ジュリ一〇一九号(一九九三年)八三頁等。
- (27) 千藤洋三「再婚禁止期間について」戸時六八八号(二〇一二年)二〇頁、二宮周平「立法提案→改正の方向性」家族(社会と法)二八号(二〇一二年)八四頁、南方暁「婚姻法グループの改正提案」家族(社会と法)三三三号(二〇一七年)一〇一頁等。
- (28) 日本民法の母法であるドイツ法は一九九八年、フランス法は二〇〇四年の法律により、それぞれ再婚禁止期間を廃止している。他国に目を向けると、女性のみ再婚禁止期間を設ける国は、イタリア、チリ、トルコ等、かなり限られている。ドイツ法については、木村敦子「再婚禁止期間と嫡出推定に関する解釈論・立法論的検討」論叢一八〇巻五〇六号(二〇一七年)五四九頁以下、フランス法については、野村豊弘「再婚禁止期間に関する一考察」曹時六九巻二号(二〇一七年)二六三頁以下、他の外国法の動向については、藤戸敬貴「再婚禁止期間」調査と情報八九四号(二〇一六年)五頁以下等参照。
- (29) 飯田・前掲注(19)一〇七頁。
- (30) 廃止論は、嫡出推定が重複する場合の父子関係の在り方をどうするかという問題を生じさせ、必然的に嫡出推定制度の在り方という根本問題に及ばざるを得ないところ(小池信行「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」について)ひろば四八巻一号(一九九五年)七頁等参照、参事官室の人員や予算の制約等により大規模な改正は望めなかったと伝えられている(千藤・前掲注(27)二二頁等)。
- (31) 中川善之助⇨米倉明編『新版注釈民法(23)』(有斐閣、二〇〇四年)一四九頁「高梨公之⇨高梨俊一」等。
- (32) 松川⇨窪田編・前掲注(20)一三〇頁「水野紀子」等。
- (33) 最判昭和五五年三月二七日家月三二巻八号六六頁、最判平成二二年三月一四日家月五二巻九号八五頁、後掲最高裁平成二六年七月一七日判決等。
- (34) 日本経済新聞二〇一三年一月四日付朝刊、朝日新聞二〇一三年一月六日付朝刊等参照。
- (35) 相続法改正に至る経緯については、堂蘭幹一郎「嫡出でない子の相続分に関する民法の改正と相続法制等の見直し」NBL一〇一六号(二〇一四年)一二頁参照。政府の動きは早く、二〇一四年一月に法務省内に相続法制検討

ワーキングチームが設置され、一年後にその報告書が提出されたのを受けて、二〇一五年二月、法務大臣が相続法改正に関する諮問第一〇〇号を発し、法制審議会に民法（相続関係）部会が設定された。民法（相続関係）部会では、二回のパブリックコメントを経て、現在、二〇一八年二月の取りまとめを指して審議が続けられている。

(36) 本判決には、最近の最高裁の判断に見られる多様な家族の容認、価値観の多様化への対応という方向性（婚外子相続分差別違憲決定、前掲最高裁平成二五年二月一〇日決定等参照）とは必ずしも両立しない、ある種のゆりもどしとも言えるような姿勢が端々に現れているように感じる。このような最高裁の態度が、法律上のみならず、市民の意識レベルでも、嫡出子と婚外子との間には大きな相違があるという考え方の固定化、再生産につながるおそれはないだろうか。戸籍の記載等も含めて、未だ残されている婚外子の差別的撤廃に向けた動きの停滞を招くことが懸念される。

(37) 窪田充見「判批」家庭の法六号（二〇一六年）七頁等。

(38) ただし、二宮周平「最大判平二七・一二・一六と憲法的価値の実現（一）」戸時七三六号（二〇一六年）八頁は、再婚禁止期間全体を違憲とする鬼丸裁判官の意見及び山浦裁判官の反対意見を妥当とする。

(39) 山元一「トランスナショナルとドメスティックの間で揺れる最高裁」法時八八卷三号（二〇一六年）一頁。

(40) 直近では、August 2014, CCPR/C/JPN/CO/6, par.8 及び 7 March 2016, CEDAW/C/JPN/CO/78, par.13。

(41) 多様な国際規範が存在し、それらを根拠に、国連の各委員会による見解、勧告が繰り返されている現状では、それに日本が慣れてしまっているようにも思われる。特に最近の女子差別撤廃委員会の見解は、再婚禁止期間の全面廃止、女性の婚姻適齢の一八歳への引き上げ、選択的夫婦別氏制度の採用というこれまでの三点セットに加えて、財産分与等を規律する法律の制定、子どもの親権と養育費を規律する法律の見直しまで要求するなど（7 March 2016, CEDAW/C/JPN/CO/78, par.48-49）、かなり広範なものになっているため、すべてに対応することは現実的ではなく、全体として委員会勧告のインパクトが弱まっているという側面もあるのかもしれない。

(42) 久保野・前掲注（7）七七頁も、生殖不能という具体的個人の身体的条件に関わる事情を嫡出推定に密接に関係する効果（再婚禁止の適用除外）を得る基礎事情として認めることが、嫡出推定制度に異質の要素をもたらすことにならないか危惧する。

(43) なお、鬼丸裁判官は、その意見の中で、「判例により父性の推定が及ばないと解されている場合を含め、およそ父性の推定の重複を回避する必要がある場合は本件規定の適用除外として認められる」として、「父性の推定の重複回避のために再婚禁止期間を設ける必要がある場合はごく例外的であるのに、本件規定は、文理上は、前婚の解消等をした全ての女性に対して一律に再婚禁止期間を設けているように読める」ことを理由に、本件規定を違憲無効とする。

(44) 二〇一五年一月二十五日閣議決定「第四次男女共同参画基本計画」(http://www.gender.go.jp/about/danjo/basic_plans/4th/index.html (二〇一七年七月七日最終アクセス)) 九二頁。筆者は、内閣府男女共同参画会議専門委員として、この基本計画の策定に携わったが、策定過程において、一部の委員が国際法の遵守という視点を強調すべきであると強く主張したものの、最終的には本文に掲げた表現にとどまったという経緯がある。

(45) 立法論を紹介するものとして、千藤・前掲注(27) 二三頁以下等。

(46) 谷口・前掲注(24) 二四〇頁、中川・前掲注(26) 八三頁等。

(47) 犬伏由子「判批」判評三九一号(一九九一年)三〇頁、床谷文雄「再婚禁止期間」石川稔ほか編『家族法改正への課題』(日本加除出版、一九九三年)六五頁、犬伏由子ほか『親族・相続法(第二版)』(弘文堂、二〇一六年)四七頁「犬伏」等。後婚の夫の子ではない場合には、親子関係不存在確認の訴えによって推定を覆すことになる。

(48) ドイツ民法一五九二条は、「子の父は以下の男である。①出生時に子の母と婚姻していた者。②父であることを承認した者。③一六〇〇d条に基づき父であることを裁判上確認された者。」と定める。ただし、婚姻の死亡解消の場合は、解消から三〇〇日以内に出生した子の父は亡夫と(推定)する(ドイツ民法一五九三条)。これに対して、同じく再婚禁止期間を廃止したフランスでは、「婚姻中に懐胎され、または生まれた子は、夫を父として有する。」と規定し(フランス民法三二二条)、婚姻中懐胎子も婚姻中出生子ともに夫の子と(推定)する。

(49) 中田裕康編『家族法改正』(有斐閣、二〇一〇年)二二頁「大村敦志」・同六一頁「窪田充見」、梶村太市ほか『家族法実務講義』(有斐閣、二〇一三年)六一頁「榊原富士子」、二宮周平「家族法における憲法的価値の実現」『家族法改正と司法判断(三)』戸時七三〇号(二〇一五年)七頁、同「出生による親子」『家族(社会と法)』三三三号(二〇一七年)二五頁等。なお、渡邊・前掲注(22) 三〇二～三〇三頁は、民法七七二条の改正を主張しながらも、民法

七七二条の改正を待たずに再婚禁止期間を廃止し、父性の推定が重複する子については、母による前婚または後婚の夫を父とする嫡出子出生届出により父を定めることを提案する。二宮・前掲「家族法における憲法的価値の実現」七頁はこれと同旨を述べる一方、同・前掲注(38)八頁は、当面は七七三条の類推適用で対応可能とする。

(50) 婚姻件数が年々減少する一方で再婚件数は増加しており、二〇一五年には、「夫妻とも再婚又はどちらか一方が再婚」の割合は、全婚姻件数の二六・八％に達している(厚生労働省政策統括官(統計・情報政策担当)「平成二九年我が国の人口動態―平成二七年までの動向」(二〇一七年)三〇頁)。

(51) 近時のこの分野の著作に限定しても、すでに挙げた文献のほか、犬伏由子「親権・面会交流権の立法課題」家族(社会と法)二二六号(二〇一〇年)三五頁、同「年金合意分割の実情と按分割合の決定基準―裁判例の紹介を兼ねて―」中川淳先生傘寿記念『家族法の実務と理論』(日本加除出版、二〇一一年)二〇三頁、犬伏由子「夫婦の氏に関する民法改正―夫婦同氏の原則から選択的夫婦別姓へ」日本弁護士連合会編『今こそ変えよう! 家族法 婚外子差別・選択的夫婦別姓を考える』(日本加除出版、二〇一二年)二七頁、犬伏由子「家族法における婚姻の位置―婚姻家族を巡る議論の行方」ジェンダー法学会編『講座ジェンダーと法第二巻』(日本加除出版、二〇一二年)八九頁、犬伏由子「夫婦同氏原則・婚外子相続分差別規定に対する訴訟上の救済―司法の壁を崩すこと」国際女性二七号(二〇一三年)一四六頁、同「婚姻中取得財産の分配と夫婦財産制―夫婦の共同成果物の公平・公正な分配の実現に向けて」法学研究八八巻三号(二〇一五年)一頁、同「韓国・養育費履行管理院の実情と面接交渉支援への新たな取組」戸時七五七号(二〇一七年)二頁、同「夫婦財産制」・「第七六八条」二宮周平編『新注民法(17)』(有斐閣、二〇一七年)二一五・三九二頁等。