

血統の混乱 (*turbatio sanguinis*) の回避を巡る
近時の展開と国際私法

岩 本 学

富山大学紀要. 富大経済論集 第66巻第1・2・3合併号 (2020年12月)

富山大学経済学部

血統の混乱 (*turbatio sanguinis*) の回避を巡る 近時の展開と国際私法

岩 本 学*

キーワード：血統の混乱，再婚禁止期間，嫡出推定，国際私法

はじめに

- I 再婚禁止期間の多様性
- II 女性の待婚期間とその存在意義
- III 渉外事案における血統の混乱回避の可能性
- IV 検討

むすび

はじめに

わが国では、再婚禁止期間と嫡出推定について法改正の議論が進められている。この流れの大きな契機となったのは、再婚禁止期間について100日を超える部分は違憲であると判示した最大判平成27年12月16日第69巻8号2427頁（以下、「平成27年判決」とする）である。それを受けて、民法733条の再婚禁止期間を100日に改める平成28年民法改正がなされた。そして、2020年9月末現在、法制審議会民法（親子法制）部会において嫡出推定規定の改正に

* 本稿は、2020年9月4日の第14回北陸国際関係私法研究会（オンライン開催）における筆者の報告を基にしたものである。参加の先生方からは種々有益な示唆をいただいた。ここに感謝申し上げます。

ついでに議論が進められているが、ここでは再婚禁止期間の存続自体も問われている。というのも、嫡出推定規定の改正如何では、わが国民法の趣旨での再婚禁止期間の規定は不要となる運命にあるためである。

再婚禁止期間は一般に、血統の混乱を回避するため、すなわち、法的父子関係成立の重複を防ぐことを目的とした女性の待婚期間のほか、離婚への制裁としての一定期間の再婚禁止などが含まれるが、このうちわが国の民法733条は、離婚への制裁は意味ないとされてきた¹。そして、民法上の再婚禁止期間の趣旨が血統の混乱の回避であることについては、平成27年判決及び同判決が引用する最判平成7年12月5日集民177号243頁でも示されている²。よって、わが国をはじめこの立場の国では、再婚禁止期間である女性の待婚期間を設定するか否か、設定する場合にはどの程度の日数にすべきか、は当該国において血統の混乱が生じる可能性を考慮して決定されることになる。

なお、本稿でいう血統の混乱とは、子の出生による法的父子関係の成立の際に生じる重複などの混乱を指す³。わが国民法の下では嫡出推定の重複がこれにあたることになるが、本稿は国際私法の観点で論じる関係上、嫡出・非嫡出の区別を有さない国における上記法的父子関係の成立時の父性の推定（以下、この意味で用いる場合、わが国の嫡出推定を含む意味で、広く「父性推定」とする場合がある）の重複や、推定ではなく「出生時に母と婚姻していた夫を父とする」との法制の下で生じる父の重複をも含んだ表現が適切と考え、わが国民法のみを対象とする場合以外には、欧州において用いられている *"turbatio*

1 この点、青山道夫編『注釈民法(20)』（有斐閣、1966）206頁〔上野雅和〕参照。

2 平成27年判決の「100日への短縮は、733条の趣旨を推定の重複回避に純化した」と評されている。久保野恵美子「判批」水野紀子＝大村敦志『民法判例百選Ⅲ親族・相続〔第2版〕』（有斐閣、2018）13頁。

3 See, Claus Scholl, *Das Eheverbot der Wartezeit: unter besonderer Berücksichtigung rechtsvergleichender, rechtspolitischer und internationalprivatrechtlicher Aspekte*, Bonn 1971, S.22, Dagmar Coester-Waltjen and Michael Coester, *Formation of Marriage*, J. C. B. Mohr 1997, pp.54.

sanguinis"をベースに訳語である、血統の混乱、で説明することとする⁴。

本稿では、再婚禁止期間と父性推定の2つの制度は絶えず同じ法によって判断される訳ではない点に着目する。すなわち、国際性を有する事案においては、国際私法により指定された準拠法がこれらの問題を規律する。そして、再婚禁止期間の判断は、国際私法上は、婚姻の成立の問題として、わが国であれば法の適用に関する通則法（以下、「通則法」とする）24条に従い、準拠法とされた国の法により判断されることになる。そして、同条は、婚姻の実質的成立要件や婚姻障害については、配分的適用という手法をとっていることから、婚姻を希望する二人が上記要件を充足しているかについては、両当事者につき個々にそれぞれの準拠法で判断することとされている。ここで婚姻の成立に関する各当事者の準拠法の適用範囲として、父性推定規定をも包含しているのであれば、再婚禁止期間についてもそれと連動して適用することができ、問題は生じないように見える。しかし、現実の国際私法の適用においては、2点注意すべき点がある。1点目は、各当事者の本国法で、再婚禁止期間の規定の内容が異なる場合、どのように処理すべきかが通則法24条に明示されていないことである。再婚禁止期間が設定されているか、設定されている場合の日数はどの程度か、再婚が認められる例外はどのようなものがあるか、については各国により未だ一定の差異がみられる。通則法上は明文での解決策は示されていないため、解釈によることになる。この問題にはある程度の議論の蓄積がみられるが、議論は錯綜している状況といえる。そして2点目であるが、婚姻の成立の準拠法に父性推定の問題を含めるということは、すべてを法廷地法によるとする国

4 この訳語については、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」民商法雑誌180巻5・6号（2017）549頁参照。なお、梅謙次郎『民法要義巻之四親族編』（和仏法律学校、1902）91頁以下、高柳真三『明治前期家族法の新装』（有斐閣、1978）249頁以下なども参考にした。

であればともかく、国際私法を有する国では、採用しがたい立場といえる⁵。婚姻の成立の問題と子の嫡出性の問題は分断され、婚姻後懐胎を前提とした懐胎主義なのかあるいは出生前婚姻で足りるとする出生主義なのか、といった問題や、嫡出が推定されるための期間などについては、婚姻の成立とは別の準拠法（わが国では通則法28条によって指定されるそれ）により判断されることになろう。結局、渉外事案における再婚禁止期間と父性推定は別の準拠法で処理する必要が生じることは避けられない。しかし、この準拠法の分断はとりわけ国際私法における再婚禁止期間の議論においては、それほど意識されてこなかったように思われる。本稿では、この点を明らかにしつつ、この分断がもたらす影響を踏まえ、国際私法平面でも両制度を統合的に捉えうるかについて検討する。また、民法が現在、この問題を一連の改正により統合的に現代化している中、渉外事案である場合にはどのような異同があるのかを明らかにすることは実務上の意義もあろう。以下、実質法については可能な限りの法比較を行いつつ、国際私法の問題については、わが国のほか、ドイツ、英国の議論も分析する素材とし、検討することとする。

I 再婚禁止期間の多様性

1. 再婚禁止ルール分類

前述した通り、再婚禁止が問題となる場面には、本稿で扱う女性の待婚期間のほか、いくつかのヴァリエーションがあるとされている。この点、本稿は国

5 なお、現在の通則法28条の基となった規定の立法時（平成元年法例改正）には、嫡出親子関係の成立について、婚姻の効力の問題として処理すべきという立場が、採用に値するものとして議論されていた。しかし、この採用には、戸籍担当者が最密接関連法の適用を義務づけられることや、夫婦の権利義務の関係の処理の問題とこの嫡出推定の問題を同じようにする相関関係がない、といった問題点が指摘され、実現をみなかった。この点、塚場準一＝池原季雄＝溜池良夫＝早田芳郎＝南敏文＝横山潤『座談会・法例改正を巡る諸問題と今後の課題』ジュリスト943号（1989）31頁以下。いずれにせよ、婚姻の成立の準拠法での処理は主張されていない。

国際私法の観点から女性の待婚期間を中心に扱うものであるが、その前提として、他の制度を確認し、それらについての検討を終えてからのほうが、前者に特化することができると思われるため、以下比較法を交えて分類を示し、その後国際私法での扱いについて論じたい。

まず、手続法的要件の成就により解除される再婚禁止期間として、離婚判決後に上訴期間が過ぎるまで、再婚を認めないとする法制がある。英国及びコモンウェルスの国々がこれを有する⁶。これらの国々の間では、当事者のドミサイルがそれらの国にある場合、差異無く運用できるとされる。もともと、前婚の離婚を有効としない点で、再婚禁止期間という独立した問題ではなく、重婚ではないこと、という婚姻要件にとして扱うという立場が英国では有力とされている⁷。

次に、制裁的な側面を有する再婚禁止として、姦淫を理由とする離婚の場合に、有責配偶者に対して一時的に再婚の禁止を命ずるものが存在する。著名な例としては、1987年に欧州人権裁判所により、「婚姻する権利の本質自体に影響を及ぼすものであり、追求される正当な目的との間で均衡を欠いている」として、欧州人権条約12条「婚姻することのできる年齢の男女は、権利の行使を規制する国内法に従って、婚姻しかつ家族を形成する権利を有する」に反するとされた⁸、かつてのスイス民法150条がある。2000年まで存在した⁹同条は「離婚を認める場合、裁判所は、有責当事者に対し再婚を認めない期間を1

6 L. Collins et al., *Morris and Collins, The Conflict of Laws*, 15th. ed., Vol.2, Sweet & Maxwell 2012, p.949

7 *Ibid.*

8 F v. Switzerland, 18 December 1987, Series A no. 126(Nr.11329/85);同判決については、三木妙子「婚姻の権利：一定期間の再婚制限規定は婚姻する権利を侵害する：F対スイス判決(F. v. Switzerland)[1987, 全員法廷]」戸波江二＝北村泰三＝建石真公子＝小畑郁＝江島晶子編『ヨーロッパ人権裁判所の判例I』（信山社、2019）369頁以下。

9 同改正法については、Willi Heussler, *Zu den jüngsten Reform im schweizerischen Familienrecht*, *StAZ* 2000, S.4ff. なお、欧州事件裁判所の判決から既に規定の扱いは無効であった点については、西谷祐子「国際私法における公序と人権」国際法外交雑誌108巻2号（2009）82頁参照。

年以上2年以下で設定することができる。離婚理由が姦淫の場合には、この期間は3年に延長することができる。裁判所が命じた別居の期間はこの期間に含まれるものとする」との規定であった。すなわち、帰責性を根拠に再婚禁止期間を裁判所が設定できるというものである。このほか、トルコ及び米国の諸州においても、制裁としての再婚禁止ルールが存在が指摘されている¹⁰。なお、涉外事案として英国判例で実際に問題となった法制は、1910年まで存在していたケープ植民地の法である。同地のルールは、姦淫に基づいた離婚の場合、相手方当事者が再婚するまで、有責配偶者の婚姻を禁じる、というものであった¹¹。

このほか、寡婦が喪に服するために再婚禁止期間を設定している法制もある。この根拠はわが国でもかつて見られたとされるものである¹²。現在は、主にイスラム法に見られる¹³。但し、イスラム法では、血統の混乱の防止も目的に含まれているとされるため¹⁴、改めてⅢで取り上げる。

以上、女性の待婚期間以外にも、いくつかの再婚禁止制度がみられる。以下では上記で挙げてもののうち、イスラム法以外の再婚禁止期間について国際私法上の扱いを述べる。

2. 手続的再婚禁止期間及び制裁のための再婚禁止期間の国際私法上の扱い

わが国の協議離婚のように当事者の合意のみを軸に離婚が成立する国もあるが、多くの国々では離婚は裁判所による判決などを経て実現する。裁判の場合、

10 See, Coester-Waltjen and Coester, *supra* note(3), p.41.

11 同法とその適用が問題となった”Scott v Att-Gen”判決について、Collins et al., *supra* note(6), pp.949.

12 わが国では、8世紀頃には、喪に服することを背景とした刑罰としての再婚禁止令があったとされる。明治期までの展開については、加藤美穂子「再婚制限廃止への一試論」法学新報83巻10・11・12号（1977）287頁以下及びそこに記載の参考文献参照。

13 See, Coester-Waltjend and Coester, *supra* note(3), pp.40.

14 Irma Riyani, *The Silent Desire: Islam, Women's Sexuality and the Politics of Patriarchy in Indonesia* (Doctor thesis of the University of Western Australia), 2016, pp.48.

再婚禁止の問題の起算点となる「離婚」の時点は、外国離婚判決による法律要件の効力を再婚時の婚姻成立の準拠法がどのように評価するかによる。

上訴期間確定までを再婚禁止とする英国法圏のルールについては、承認国法が外国判決の承認について確定を求めるという法制であれば、起算点は確定時となる。わが国では外国離婚判決については、民訴法118条の適用がなされるが¹⁵、同条は判決に確定を求めているとされているため、このルールが再婚禁止期間として表面化することはないと考えられる。

一方、有責配偶者に対する再婚禁止期間については、国際私法上の扱いはドイツで議論の蓄積があるところであるが、スイス民法旧150条が準拠法となった場合には、同条の規律で再婚期間を判断すべきかについて、結論としては公序違反とするという点には争いはない¹⁶。この点、わが国では、上記のような制度による再婚禁止が表面化した涉外事案での裁判例はないが、婚姻の自由については、平成27年判決で言及があり、無制限ではないものの合理的な制約でない場合には憲法違反となる旨判示している。かくして、わが国においても、婚姻成立の準拠法としてスイス民法旧150条で女性の再婚禁止期間を評価する場合には、過度に婚姻の自由を阻害するものとして、通則法42条の公序違反とすることが考えられる¹⁷。また、英国では、上記のケープ植民地法の規定は刑事的性格を有するとして、これを不適用とするとの手法も示されており¹⁸、この理解をもってスイス民法旧150条を排除する方法もあろう。なお、実際に考えられるケースは、上記スイス法相当の規定に従って下された外国離婚判決

15 西谷祐子「人事訴訟事件及び家事事件の国際裁判管轄等に関する新法制」法曹時報71巻4号(2019)34頁参照。

16 但し、根拠については、民法施行法13条2項によるとの立場と同法6条によるとの立場がある。MünchKomm/Coester-Waltjen, Bd.11., 7.Aufl. (2018), Art 13, Rn.82.

17 仮に公序違反としない場合には、この婚姻障碍の双面性を国際私法自体で決めるのか、準拠法によらしめるのか、といった問題が生じるが、これはIVで検討する結果によることになろう。

18 James Fawcett et al., *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, 15th ed., Oxford University Press 2018, p.927.

において、その主文で再婚に関する制約が加えられた後、わが国での再婚において判決国以外の国の法が婚姻の成立の準拠法となった場合の扱いであろう。この場合、当該離婚判決の承認に際しては、判示内容は判決国が用いた法で評価せざるをえない。よって、婚姻の可否の判断時点で、婚姻の成立の準拠法により再婚禁止期間を評価する準拠法アプローチとは異なり、判決の効力としての再婚禁止につき、国内での承認の可否が問われることになる。思うに、このような判断は離婚自体の承認とは別に扱い、民訴法 118 条の 3 号の公序規定を用いて、または刑事的性格を有するとして、承認対象として排除の上、再婚の際の婚姻の成立の準拠法に規律されるその他の再婚禁止期間規定のみに従うということになる、という理解が妥当であると思われる。

以上、再婚禁止期間に分類されうる問題のうち、主として女性の待婚期間以外のものについての検討を行った。これを踏まえ以下では、ⅡとⅢで、血統の混乱を防ぐ女性の待婚期間に特化して、国内法上の議論及び国際私法上の議論を確認した上で、Ⅳにおいて提言を含めたこの問題についての検討を行いたい。

Ⅱ 女性の待婚期間とその存在意義

1. わが国民法の立場

平成 27 年判決の多数意見は、民法 733 条 1 項の規定の立法目的につき「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、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りと解するのが相当であり …、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」と述べる。一方、民法旧 733 条に規定されていた 6 ヶ月の待婚期間の合理性については、「民法 772 条 2 項は、「婚姻の成立の日から二百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三百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。」と規定して、出産の時期から逆算して懐胎の時期を推定し、その結果婚姻中に懐胎したものと推定され

る子について、同条1項が「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する。」と規定している。そうすると、女性の再婚後に生まれる子については、計算上100日の再婚禁止期間を設けることによって、父性の推定の重複が回避されることになる。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ところ、嫡出子について出産の時期を起点とする明確で画一的な基準から父性を推定し、父子関係を早期に定めて子の身分関係の法的安定を図る仕組みが設けられた趣旨に鑑みれば、父性の推定の重複を避けるため上記の100日について一律に女性の再婚を制約することは、婚姻及び家族に関する事項について国会に認められる合理的な立法裁量の範囲を超えるものではなく、上記立法目的との関連において合理性を有するものといえることができる。」と述べ、「本件規定のうち100日の再婚禁止期間を設ける部分は、憲法14条1項にも、憲法24条2項にも違反するものではない」とした¹⁹。

19 評釈としては、朝田とも子「判批」法学セミナー735号(2016)109頁、飯田稔「判批(1)・(2完)」亜細亜法学51巻1号(2016)87頁・51巻2号(2017)285頁、伊藤健「判批」法学論叢183巻3号(2018)97頁、大伏由子「判批」新・判例解説Watch19号(2016)105頁、近江美保「判批」国際人権27号(2016)105頁、大竹昭裕「判批」青森法政論叢17号(2016)117頁、大村敦志ほか「判批」法の支配183号(2016)5頁、尾島明「再婚禁止期間と夫婦同氏制に関する最高裁大法廷の判断」法律のひろば69巻4号(2016)66頁、加本牧子「判解」ジュリスト1490号(2016)88頁、加本牧子「判解」法曹時報69巻5号(2016)208頁、加本牧子「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成27年度642頁、神橋一彦「判批」法学教室430号(2016)133頁、木下智史「判批」平成28年度重要判例解説18頁、木村敦子「判批」平成28年度重要判例解説86頁、窪田充見「判批」家庭の法と裁判6号(2016)7頁、久保野恵美子「判批」法学教室430号(2016)136頁、久保野恵美子「前掲論文」注(2)12頁、笹田栄司「判批」法学教室430号(2016)125頁、澤田省三「判批」戸籍925号(2016)14頁、武田万里子「判批」判例時報2308号(2016)164頁、建石真公子「民法七三三条一項・七五〇条の憲法適合性判断」判時2284号(2016)53頁、床谷文雄「判批」私法判例リマークス53号(2016)54頁、戸部真澄「判批」新・判例解説Watch19号(2016)33頁、中曾久雄「判批」愛媛法学会雑誌42巻3=4号(2016)173頁、新村とわ「判批」新・判例解説Watch26号(2020)23頁、糠塚康江「判批」長谷部恭男=石川健治=宍戸常寿編『憲法判例百選I〔第7版〕』(有斐閣,2019)64頁、堀口悟郎「判批」法学セミナー734号(2016)108頁、堀見裕樹「判批」国際人権28号(2017)104頁、前田陽一「判批」法学教室429号(2016)15頁、卷美矢紀「判批」論究ジュリスト18号(2016)72頁、村重慶一「判批」戸籍時報736号(2016)47頁、本山敦「判批」法の支配183号(2016)131頁、横尾日出雄「判批」CHUKYO LAWYER26号(2017)11頁、渡邊泰彦「判批」民商法雑誌152巻3号(2015)287頁など。

平成 27 年判決を受けて、「女性に係る再婚禁止期間を前婚の解消又は取消しの日から六箇月と定める民法の規定のうち百日を超える部分は憲法違反であるとの最高裁判所判決があったことに鑑み、当該期間を百日に改める等の措置を講ずる必要がある」との理由から、改正案が策定され、その後、平成 28 年 6 月 7 日法律第 71 号として公布され、即日施行された。民法 773 条 1 項は、「女は、前婚の解消又は取消しの日から起算して百日を経過した後でなければ、再婚をすることができない。」と改正され、2 項で、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、女が前婚の解消又は取消しの後に出産した場合には 1 項を適用せず、再婚が可能となる、との規定がおかれた²⁰。

2. 比較法

以上、わが国が女性の待婚期間の短縮という結論を選択したのに対し、比較法の傾向としては、この待婚期間の規律を有していた国はその全面的な廃止の流れとなっている。わが国の国際私法の概説書などにおいて、再婚禁止期間を有する実質法の例として紹介されてきた、ドイツの 10 ヶ月、フランスの 300 日の規律についても、ドイツが 2005 年、フランスが 2004 年に全面的に廃止されている²¹。また、近隣国である、台湾²²、韓国²³においても、それぞれ、1998 年、

20 改正の経緯については、下山洋司＝金田充弘「再婚禁止期間の短縮に関する民法の改正の概要及び改正後の戸籍事務の取扱いについて」時の法令 2010 号（2016）4 頁以下。

21 ドイツについて、木村「前掲論文」注（4）543 頁以下、フランスについて、野村豊弘「再婚禁止期間に関する一考察」法曹時報 69 巻 2 号（2017）1 頁以下参照。

22 台湾では、1998 年 5 月 28 日の民法改正で婚姻解消後 6 ヶ月の女性の待婚期間を規定していた民法 987 条及びその違反に関して訴えを認めていた同法 994 条が廃止されている。上記条文の日本語訳として、清水秋雄「台湾の家族法の改正について」国際政経論集 13 号（2007）46 頁参照。

23 同改正については、金亮完「韓国における嫡出推定制度の改正—婚姻解消後 300 日以内に出生した子についての新生否認許可・認知許可の新設—」戸籍時報 762 号（2017）20 頁以下、金成恩「韓国憲法裁判所の憲法不合法決定と嫡出否認権・嫡出推定に関する法改正」ジェンダー法研究（2018）197 頁以下参照。

2005年に再婚禁止期間規定の削除が実現した²⁴。その他、ノルウェーが1969年に、デンマークとスウェーデンが1970年に、スペインが1981年に、オーストリア、ギリシアが1983年に、ベルギー、フィリピン、アルゼンチンが1987年、スイスが1998年に、それぞれ女性への待婚期間を廃止した。その背景には、父性推定が医学的な限界に基づく暫定的な期間での推定規定であって、その重複に伴う子の保護の問題は、再婚の自由を阻害するほどのものではないとの理解が示されている。そして、女性のみならず男性に対しても待婚期間を要するとして、注目されてきたポルトガルでは、2019年10月1日施行の改正民法により、両性の待婚期間が完全に廃止されている²⁵。

かくして、元々、女性の待婚期間ルールを置いていない国、例えば、中国本土²⁶や、既に検討したような離婚判決の上訴期間満了後は特段再婚禁止のルールを有しない英国、そしてその影響を受けている国々、例えば、カナダやオーストラリア、ナイジェリアなど、を含めると現在は再婚禁止期間を置かない国家は一定数に上る。

対して、女性の待婚期間を存置させている国・地域としては、米国のウィスコンシン、オクラホマ、ネブラスカ、アラバマ、カンザス、テキサス、の6州

24 以下の、比較法については、StaudingerKomm/Mankowski, 2011, Art. 13. Rn. 353ff., Coester-Waltjen/Coester, *supra* note(3), pp.54, 藤戸敬貴「再婚禁止期間—短縮と廃止の距離—」調査と情報894号(2016)5頁以下のほか、各国大使館の婚姻に関する情報が記載されたWebページなどを参照した。

25 ポルトガル民法旧1605条は、男性180日、女性300日の待婚期間を定めた規定であったが(埜陽子「ポルトガルの家族法」『撰南法学』22号(1999)213頁参照)、Lei n.º 85/2019により、同条は削除された。at, [https://dre.pt/home/-/dre/124392057/details/maximized\(as of October 1, 2020\)](https://dre.pt/home/-/dre/124392057/details/maximized(as of October 1, 2020))

26 加藤美穂子『中国家族法「婚姻・養子・相続」問答解説』(日本加除出版、2008) pp.134, pp.250.

があげられる²⁷。このほか、イタリア²⁸、トルコ、チリ、タイなどに規定が存置されている²⁹。これらの国も、女性が妊娠してないことが判明した場合には再婚が認められるとされており、その存続の趣旨を自国法上の父性推定の重複の回避に置いており、離婚への制裁として存置されているのではないことがうかがえる³⁰。これに対して、イスラム法には、"idda(iddat)" と呼ばれる待婚期間の制度がある。その長さは、原則として婚姻解消後3ヶ月であるが、寡婦の場合には4ヶ月と10日とされる³¹。明文規定の形では、エジプト、チュニジア、アルジェリアなどにみられる。但し、イスラム法においても、女性が子を産んだ場合には、いずれの期間も終了するとされており、前述の通り、その趣旨として血統の混乱の防止も含まれていることから、ここでは待婚期間として扱う

27 [https://www.wpr.org/6-month-waiting-period-remarry-after-divorce-could-be-eliminated\(as of October 1, 2020\)](https://www.wpr.org/6-month-waiting-period-remarry-after-divorce-could-be-eliminated(as%20of%20October%201,%202020)): なお、ウィスコンシン州では、2019年12月に、6ヶ月の再婚禁止期間が設定されている同州法Ch.765.21条(2)の廃止のための法案が議会に提出されたが、同法案は2020年4月1日に否決された。at, [https://docs.legis.wisconsin.gov/2019/proposals/ab439\(as of October 1, 2020\)](https://docs.legis.wisconsin.gov/2019/proposals/ab439(as%20of%20October%201,%202020))

28 Willi Heussler, Nationale eherechtliche Hindernisse auf dem Weg zum freien Personenverkehr, *StAZ* 2011, S.7.

29 タイについては、民商法1453条が「夫と死別ないし婚姻解消した女性については、以下の場合を除き、婚姻終了の日から310日を経過したのちでなければ婚姻をすることはできない。(1) 期間内に子が出生した場合 (2) 離婚した二人で再婚した場合 (3) 女性が妊娠していないことを示す医師から発行された証明書がある場合 (4) 婚姻を許す旨の裁判所の許可がある場合」と規定する。その他、コロンビア、コスタリカ、ハイチ、モーリシャス、タンザニア、などがこのような規定を有する国とされている。See, Coester-Waltjen/Coester, *supra* note(3), pp.54.

30 なお、ペルーにも存するが罰則が存在する。それは前夫から受け取った財産の没収とされる。ペルー民法2443条。この点, StaudingerKomm/Mankowski, a.a.O.(24), Rn.355.

31 von Hubert Kotzur, *Kollisionsrechtliche Probleme christlich-islamischer Ehen: dargestellt am Beispiel deutsch-maghrebinischer Verbindungen*, Tübingen 1988, S.111f.

こととする³²。

3. 血統の混乱の防止とその混乱の解消法

再婚禁止期間は、ローマ法から存在したとされるが、それは寡婦に対するものであり、服喪期間とされ、その長さは10ヶ月とされていたようである³³。この考えを脱却し、各国法が待婚期間をおくこととなった根拠として説明されているのが、血統の混乱の回避とされる³⁴。法的父子関係が重複する可能性を排除することが目的であり、わが国の現在の民法733条の存在意義に連なるものである³⁵。

しかし、血統の混乱を回避するための手段として女性の待婚期間は万能というわけではない。とりわけ、待婚期間が遵守されない再婚が認められた場合、父性推定の重複が生じうるのは国内法でも認識されている。わが国でも、明治民法を起草する段階から、この重複の解消の条文を置くことが検討された。

32 なお、廃止国の中には、離婚について別居を前提としている国（ドイツなど）、あるいは、離婚裁判自体に時間をかけること、例えば申立てから判決までの期間として最低6ヶ月を義務づけている地域など（カリフォルニア州など）がある。このことから、協議離婚を前提とするわが国においては、単に再婚期間の禁止の有無の比較法は参考とならないとの指摘もなされている（平成28年改正の過程でのこの指摘については、内田亜也子「再婚禁止と嫡出推定から見る家族法制の在り方—最高裁違憲判決を受けた民法改正案の国会論議—」立法と調査380号（2016）49頁参照）。確かに、復縁の可能性を残した冷却期間ないし離婚の申出時期を起算点にして離婚判決までに一定の時間の経過を法的に保障している国、と、そうでない国の間において、女性の待婚期間の期間設定に差が設けられたとしてもそこに合理性は認められよう。もっとも、国際私法の観点では、離婚の準拠法に従ったあるいは外国での離婚判決による離婚が起算点となって、別の準拠法たる婚姻の成立の準拠法により、女性の待婚期間を判断するという仕組みを採用している以上、この問題については、別居などの復縁の可能性を残した冷却期間を当該準拠法が有するか否かにかかわらず、各国法を平等に扱い待婚期間の日数を計ることは問題ないであろう。

33 Scholl, a. a. O.(3), S.21.

34 Scholl, a. a. O.(3), S.22.

35 民法733条の立法過程については、千葉洋三「再婚禁止期間について」戸籍時報688号（2012）20頁以下、永井紀昭「婚姻適齢及び待婚期間に関する覚書（下）」戸籍488号（1985）4頁以下など参照。

法典調査会原案の828条は「第七百六十七条第一項ノ規定ニ違反シテ再婚ヲ為シタル女カ分娩シタル場合ニ於テ第八百十九条ノ規定ニ依リ其前夫又ハ後夫ヲ以テ子ノ父トスヘキカヲ定ムルコト能ハサルトキハ裁判所ハ事實ヲ審査シテ之ヲ定ム」³⁶とあり、本条を起草した富井政章が説明に際して、「本條ハ誠ニ否ヤナ規定テアリマス」と述べているところからも、本来は容認しがたい事態であるが、解消の手段を置かざるをえないという意図が窺える。本条の参照としてドイツ法草案とベルギー法草案が掲げられているが、民法修正案理由書³⁷によれば、「本条は即ちベルギー民法草案に倣いたるものなり」とされる。ドイツ法草案が、再婚後に子が出生した場合の、嫡出推定重複の回避のために、婚姻の解消後270日以内に生まれた子は前夫の子とし其以後に生まれた子は後夫の子と定めていることも、言及されていることから、ドイツ法流の方策を承知の上で採用しなかったことになる。本条の現行規定は、民法773条であるが、上記草案とほぼ同様の規定となっている。

一方で、近時待婚期間の廃止国が増加しているわけであるが、これらは混乱の一時的な発生自体を甘受し、裁判にその処理の重心をシフトするか、二重の父性推定に対して更にそのいずれを父とするかについて決定する規定をもうけることで、血統の混乱の解消を図っている。前者の例として韓国は、待婚期間を廃止したが、嫡出推定期間はわが国と同様のものを有するという状況において、容易に血統の混乱が生じうる状況にある³⁸。そこで、韓国では、わが国と同様に推定重複の際には裁判所が父を確定すると規定する韓国民法845条の活用がなされている³⁹。台湾も同様の方向であり、血統の混乱が生じた際には台

36 法典調査会『民法議事速記録第五拾壹卷』24丁表。ところで、速記録上は再婚禁止期間の規定が法典調査会原案の767条1項となっているが、この原案の時点では、同773条であった。速記録の誤記ないし富井の発言ミスではないかと思われる。

37 「民法修正案理由書（第四編親族 第五編相続）」『日本資料全集・別巻32』（信山社、1993）100頁。

38 在日コリアン弁護士協会『Q&A新・韓国家族法 第2版』（日本加除出版、2015）197頁参照。

39 在日コリアン弁護士協会『前掲書』注（38）197頁参照。

湾家事事件法3条の2及び65条⁴⁰に規定される再婚後に出生した子の父の確定を求める訴えでの処理で足りるとし、待婚期間は廃止された⁴¹。一方、異なった解消法をとるのがスイスである。前述の通り1998年に再婚禁止期間に関する規定していたスイス民法典旧103条を廃したという状況で、同255条⁴²は、婚姻中に生まれた子は夫の子とする(1項)ことを原則としつつ、夫が死亡した場合、その死後300日以内に生まれた子は夫の子とするとの規定(2項前段)を置いている。ゆえに、前夫の死後300日以内に、再婚し、かつ、その期間内に、子が生まれた場合には、父性推定が重複することを容認していることになる。そして、この場合の重複の処理に際しては、同257条⁴³に「後婚の夫の子と推定する」との規定をおいている。これは、血統の混乱を生じさせないように婚姻時出生の場合に当該母の夫に父子関係を成立させることを原則としつつ、前夫が死亡した後の再婚で血統の混乱が生じた場合には、後婚を優先するという手法である。ドイツも後述するように同様の規定がある⁴⁴。

離婚判決確定後の再婚禁止期間を有しない英国も、血統の混乱はありうるのであるが、この点は判例も僅少であり⁴⁵、近時の家族法学からの説明では、未

40 台湾では、2012年まで、人事訴訟にかかる規定は、民事訴訟法9編に規定されており、父の確定を求める訴えも民法旧589条及び591条に規定されていたが、同年の家事事件法の制定に伴い、同法に規定されることとなった。家事事件法の特徴・内容については、何佳芳「台湾家事事件法の改正」立命館法学354号(2014)603頁以下参照。

41 1998年の待婚期間制限廃止の理由については、黄宗楽「台湾における親族法の改正について(4)」戸籍時報492号(1998)14頁。

42 255条1項「死別後再婚の場合に、再婚後に子が生まれた場合には、後婚の夫の子と推定する」

255条2項「夫が死亡した場合、その死後300日以内に生まれた子は夫の子と推定する」

43 257条1項「死別後再婚の場合に、再婚後に子が生まれた場合には、後婚の夫の子と推定する」

44 ドイツについては、遠藤富士子「ドイツ家族法の変遷—最近の親子法改正を中心として」ケース研究256号(1998)33頁以下参照。

45 血統の混乱に際して、前婚夫の死後、再婚し、その後子を産んだケースで、前婚が父であることの推定はくつがえされない、と判示した判例がある(Re Overbury, [1955] Ch. 1229)。同判例については、三木妙子「イギリスにおける嫡出推定について」早稲田法学会雑誌17号(1967)130頁。

だ解消法が定まった状況ではないとされる⁴⁶。また、フランスにおいては、同国民法典312条1項に「婚姻中に懐胎され、又は出生した子は夫を父とする」と規定し、推定排除については同313条から315条に規定されているが、血統の混乱自体を解消する直接の手続は用意されていない⁴⁷。

4. 女性の待婚期間と婚姻の自由

ところで「女性のみ」への婚姻制限は両性の平等の観点から問題視されている。これについて、平成27年判決において山浦裁判官は、反対意見の中で、国連の人権規約委員会や女子差別撤廃委員会から、わが国に対して再婚禁止期間の制度を廃止すべきとの勧告が出ていることが、同制度が夫婦及び家族に関する男女平等の理念に反することを基礎付ける社会状況の変化の一つであると指摘している⁴⁸。山浦裁判官が指摘の通り従前より、女性への再婚禁止期間の規定について、国連人権規約委員会からは、自由権規約2条、3条、23条、26条に抵触すると批判されてきており、女性差別撤廃委員会からも女子差別撤廃条約16条が定める男女平等原則に抵触するとして改正の勧告が数度出されている状況にある⁴⁹。本判決後も、女子差別撤廃委員会は、第7・8会報告書に対する審査に関する総括所見において、再婚禁止期間を100日に短縮するとした最高裁判所の判決はあることを認識しつつ、民法が女性のみで離婚後一定期間の再婚を禁止していることについて、差別的な規定が残されており、これまで

46 英国の法制上は、前夫、後夫のいずれが父となるかははっきりしていないとしつつ、後夫を父することを提案するものとして、Jonathan Herring, *Family Law* (8th ed.), Pearson 2017, p.359.

47 田中通裕「注釈・フランスの家族法(11)」法と政治64巻3号(2013)参照。

48 なお、平成27年判決の多数意見では触れられていなかった。この点は、憲法学や国際法学から批判がなされている。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」法律時報88巻3号(2016)1頁以下、堀見裕樹「前掲論文」注(19)106頁、近江美穂「前掲論文」注(19)106頁など。

49 西希代子「原点としての婚姻法：再婚禁止機関訴訟をてがかりとして」法学研究91巻2号(2018)297頁以下、床谷「前掲論文」注(19)56頁など参照。

の勧告への対応がなされていない、点を指摘し、女性の待婚期間を完全に廃止することを強く要請する、と意見している⁵⁰。

5. 小括

以上、血統の混乱の回避を追求するためには女性の婚姻の自由が制約されることがやむをえないという状況から、医療技術の発展に伴い、血統の混乱の解消の手段が用意されたこと、及び、人権の観点から、果たして血統の混乱回避は聖域であるのか、について問われることになっている点、そして一定の国では、待婚期間の廃止を近時選択しており、米国でも州レベルで廃止の是非が問われる状況にあるという点、を確認した。このような状況を踏まえ、Ⅲでは、国際私法レベルでは血統の混乱回避はどのように捉えられてきたのかについて確認する。

Ⅲ 渉外事案における血統の混乱回避の可能性

1. 渉外事案と血統の混乱の発生

渉外事案において準拠法上女性の待婚期間が存在する場合、それを婚姻の実質的成立要件の問題の一つととらえることには異論はない⁵¹。そして、現在の女性の待婚期間を血統の混乱回避のためとすることが実質法レベルで普遍性を有すると考えた場合、事案が渉外性を帯びたという一事をもって、この混乱を容認するという根拠も見いだせない以上、可能であれば、国際私法においても血統の混乱の回避は重視することになろう。但し、それを担保する特別な抵触

50 U.N. Doc. CEDAW/C/JPN/CO/7-8 (2016), paras. 12-1: 従前からの流れも含め、詳細は、近江美保「女子差別撤廃条約から見た最高裁判決—女性の再婚禁止期間及び夫婦同氏制と女性の人権」アジア女性研究26号（2017）40頁以下参照。

51 StaudingerKomm/Mankowski, a.a.O.(24), Rn.353ff., MünchKomm/Coester-Waltjen, a.a.O.(16), Rn.82., 溜池良夫『国際私法講義〔第三版〕』（有斐閣, 2005）426頁, 山田謙一『国際私法〔第三版〕』（有斐閣, 2004）405頁など参照。

規則などは見いだし得ない。これは涉外事案においては血統の混乱は発生しがたいと考えられているからであろうか。

比較法的にみて、父性推定については、比較法上大きく2つの立場がある。わが国のほか、韓国⁵²や台湾⁵³、アルゼンチン⁵⁴などは、懐胎前の婚姻を前提とする懐胎主義をとっている。この立場では、出産時の母の夫が必ずしも子の父となるとは限らない。一方、ドイツ⁵⁵、オーストリア⁵⁶、スイス⁵⁷、英国⁵⁸、米国⁵⁹、などでは原則、出生主義がとられている。こちらの場合、懐胎時に婚姻していた母の夫が、子の父とならないことがある。また、フランス⁶⁰、イタリア⁶¹は、懐胎時又は出生時に女性が婚姻していた場合には、その女性の夫が父と推定される。

既に述べた通り、国際私法がモザイク的に単位法律関係毎に準拠法を決定する構造を有するため、女性の待婚期間を判断する準拠法と父性推定を判断する準拠法が分断することは避けられない。よって、子が生を受けた場合、その子に嫡出性ないし出生に基づく法的父子関係が認められるかの判断は、婚姻の成立に関する抵触規則とは別の抵触規則で判断される。そして、これらの推定を

52 在日コリアン弁護士協会『前掲書』注(38)197頁参照。

53 台湾民法1063条。

54 StaudingerKomm/Henrich, 2019, Art. 19. Rn.58.

55 野沢紀雅「比較法的検討：ドイツ」家族<社会と法>28号(2012)52頁以下。

56 松倉耕作「オーストリア法における嫡出否認訴訟」南山法学9巻3号(1996)192頁以下。

57 本文Ⅱ3参照。

58 三木「前掲論文」注(45)125頁参照。

59 中村恵「アメリカにおける父性推定—マイケル・H対ジェラルド・D事件判決を中心として—」上智法学論集45巻4号(2002)179頁以下。

60 西希代子「比較法的検討：フランス」家族<社会と法>28号(2012)67頁以下。但し、フランスは、子の出生証明書への表示がない者の父の推定が排除される。

61 椎名規子「イタリア親子法における子の法的地位の平等と「親責任」の実現—2012年と2013年の新親子法について—」拓殖大学論集19巻1号(2016)11頁。但し、この推定は判決などで別居が認められた日から300日が経過した場合にははたらかない、とされている。また、待婚期間の起算点は別居裁判の申立日とされており、別居を経て離婚をするイタリアの国内法上は、待婚期間経過時に前夫の父性推定が及ぶことはほとんどない。この点、Vgl. Heussler, a.a.O.(28), S.7.

規律する抵触規則が、前婚と後婚それぞれで父性推定を認める場合、前婚に基づく父性推定の判断の準拠法が懐胎主義、後婚に基づくそれが出生主義を採用しているとすれば、前婚でも後婚でも嫡出性が認められるということは生じうる。わが国では、子の嫡出性の有無は通則法 28 条による。通則法 28 条も、前婚と後婚を分けてそれぞれに嫡出推定をみることとしており⁶²、両方の準拠法により嫡出性が重複することは、避けられない構造となっている。

結果、上記の分断と、前婚と後婚で準拠法が分かれることがもたらす帰結は、正に涉外事案においては血統の”混乱”が、国内事案に比べて容易に生じてしまうというものである。国内事案では、父性推定の期間と再婚禁止期間の組み合わせが適切であることから、血統の混乱は、戸籍担当者が誤って再婚禁止期間中に再婚を認めてしまった場合やあるいは重婚が生じてしまった場合に生じうるに過ぎない。これに対し、涉外事案では、通則法 24 条による準拠法が、再婚禁止期間を双面的に適用し、それを遵守したとしても、通則法 28 条の嫡出推定の準拠法如何では、血統の混乱が生じるということは起こりうる⁶³。

2. 涉外事案における血統の混乱の解消

それでは涉外事案においてはどのような血統の混乱の解消が図られるのか。ひとつには、父性推定にかかるいずれかの準拠法を優先するとの方法が考えられる。その根拠としてあげられるのは、公序違反である。わが国の学説からも「矛盾する複数の親子関係が法律上成立してしまうことは看過できない秩序破

62 平成元年改正法例の立法関係者の解説によれば、「[「子ノ出生ノ当時ノ夫婦ノ一方ノ本国法」ではなく「夫婦ノ一方ノ本国法ニシテ子ノ出生ノ当時ニ於ケルモノ」と規定したのは、前者の書き方では、「夫」を「後婚の夫」のみを指すものと読む可能性があるのを、それを排除するためである」とされる（南敏文『改正法例の解説』（法曹会、1992）118頁）。現在ではこの理解に異論はないが、この解釈がわが国での涉外事案における父性推定の重複のベースとなっている点は指摘しておく必要がある。

63 影響についての直接の記述はないが、この点を前提としたと思われるものとして、池田綾子編『詳解国際家事事件の裁判管轄』（日本加除出版、2019）89頁以下〔近藤博徳〕。

壊であると考え、…嫡出推定をする法律の一方が日本法又は日本法と類似の推定をするものであれば、その適用を優先すべく、それと矛盾する結果をもたらす他方の法律の適用結果を法例 32 条〔現：通則法 42 条〕により排除すべきであろう。⁶⁴とするものがある。また、ドイツには、わが国同様に、子の母の夫が、当該子の父とされるかについては、同国国際私法典をなす民法施行法の 19 条 1 項により、前婚・後婚それぞれにより判断するとされているが、涉外事案で血統の混乱が生じた場合には、同国民法典の方法で解消すべきであり、子の父は後夫とするべきであると見解がある⁶⁵。つまり、同国民法典によれば、出生主義をとりつつ（1592 条 1 項）、婚姻が死亡により終了した場合で、300 日以内に子が生まれた場合には死亡した父の子とされる（1593 条 1 文）ことから、嫡出の重複が生じうるが、1593 条 3 文は、この場合、後婚の子とする、との規定となっているため、これを用いるべきとの立場である。これは、明文規定を用いない場合、戸籍担当者や裁判官の主観的恣意を認めることになり、明確性と法的安定性が損なわれてしまうとの懸念が背景にある⁶⁶。これに対して、わが国でもドイツでも有力であるのは、涉外事案での血統の混乱の解消に関する法が欠缺しているとして、条理に基づき導かれる国際私法の実質法により、この問題を処理すべきとの立場である。この点、現在ドイツでは、生物学上確からしい父に割り当てるとの見解が多数説とされる⁶⁷。但し、この基準は通常後婚の夫を示しており、抵触法的には、ドイツの実質法（同国民法典 1593 第 3 文）においても得られるものと同様の結果を導く、と述べるものもあり、そ

64 道垣内正人「涉外嫡出親子関係の成否の準拠法と国際裁判管轄」判タ 1100 号（2002）196 頁。なお論者は、この重複が生じることを、「不適用問題」として、「立法者になり代わって、いずれかの適用結果を優先させる決断をするほかないだろう」とも述べている（道垣内正人『ポイント国際私法（総論）〔第 2 版〕』（有斐閣，2007）141 頁）。

65 Fritz Sturm, Das Abstammungsstatut und seine alternative Anknüpfung Zur Auslegung von Art. 19 Abs. 1 EGBGB. StAZ 2003, S.360.

66 MünchnerKomm/Halms, Bd.11., 7.Aufl., 2018, Art.19, Rn.23.

67 Reinhard Hepting/Berthold Gaaz/Hepting, *Personenstandsrecht : mit Eherecht und Internationalem Privatrecht : Kommentar*, Frankfurt am Main 1994, S.87.

うであれば上記民法典を直接適用すべきとの見解と大きく異なるものではないと考えられる。なお、わが国の多数説は、通則法 28 条の送致範囲のうち、嫡出推定重複解消規定は、当該準拠法上嫡出推定の重複が生じた場合のその解消のためのルールであり、後夫の本国法は前夫を嫡出推定することはなく、その逆もない以上、準拠法の適用範囲から推定重複の解消ルールを除外し、対応すべき、とする見解である⁶⁸。そして、解決すべき法の欠缺が生じているとし、条理によりこれを埋め、実際上は裁判にて、父の確定を求める訴えで解決すべきとする⁶⁹。もっとも、ここまで見た見解は、「結果に矛盾がある場合」や「準拠法が異なる場合」のみを言っているのか、それとも結果が同様の場合や、準拠法が同じ場合の処理についても、上記のような処理をすべきとするのかは明確ではない。これに対しては、「前婚と後婚のそれぞれの夫婦について、同じ C 国の法律により当該子が前夫、後夫いずれの子とも推定される場合」には「C 国の法律により父を決定」とし、「当該外国法において、我が国の父を定める訴えと同旨の手続が設けられている場合（例えば韓国）など、当該外国法の精神に反しない限り、民法 773 条の父を定める訴えの手続によることができると考えられる」と明示するものがある⁷⁰。これは、嫡出推定重複の解消に関する規律を準拠法の適用範囲としつつ、準拠法間で内容が同等の場合には、その規律を用いるべきとするものである。

この問題についての裁判例は、わが国では、千葉家松戸支判令和 2 年 5 月 14 日（LEX/DB25565645）（以下、「令和 2 年判決」）の一件のみ知られている。この事件は、日本法とナイジェリア法の嫡出推定が問題となったケースであった。前述の通り、日本の国内法上は、嫡出の重複に際しては、父の確定を裁判

68 溜池良夫「嫡出決定の準拠法について」大平善梧編集代表『久保岩太郎先生還暦記念論文集 国際私法の基本問題』（有信堂、1962）257 頁、その他、木棚照一『逐条解説国際家族法』（日本加除出版、2017）261 頁以下なども同旨と思われる。

69 実方正雄『国際私法概論〔再訂版〕』（有斐閣、1952）304 頁以下、国際法学会編『国際私法講座・第 2 巻』（有斐閣、1955）592 頁〔久保岩太郎〕など。

70 司法研修所編『涉外家事・人事訴訟事件の審理に関する研究』（法曹会、2010）124 頁。

所に委ねる仕組みとなっているが、ナイジェリアは明示的なこのような規定は存しない、という状況であった。裁判所は、「渉外的な親子関係の成立の場面において、嫡出推定が重複しているときは、再婚禁止期間に違反して嫡出推定が重複しているときと利益状況が共通していることから、民法 773 条を類推適用して、父を定めることを目的とする訴えの方法によることが許されると解するのが相当である」と判示した上、具体的には、子の父と主張する原告と本件で問題となっている子について、父子 DNA 鑑定の結果が父性確率は、ほぼ 100 パーセントであった点、原告が子の母と子が出生する 10 ヶ月程前から同居していた点などに照らし、子の父を原告であると定めるのが相当、とした。

Ⅳ 検討

1. 渉外事案における女性の待婚期間を要件とする意義

以上、渉外事案については、そもそも国内事案に比して血統の混乱回避は困難であることが指摘できる。それは、関連する問題を判断する準拠法に分断が生じることに起因する。このことから、比較実質法的観点を踏まえ、国際私法において女性の待婚期間と父性推定の性質決定問題を検討する場合、国際私法上これらの問題をいかなる単位法律関係に包摂すべきかは単純に導けないことになる。つまり、実質法の趣旨を貫ける一つの方法としては、父性推定に関する問題も婚姻の成立という単位法律関係で処理する、といったことになる。しかし、このような連結政策は、婚姻の成立がわが国やドイツで配分的適用であり、二つの準拠法で処理される点のみを取り上げても現実的とはいえない。もう一つの方法は、その逆ということになるが、女性の待婚期間を、まだ見ぬ実子の処理の準拠法で処理することも適当ではない。では、実質法の趣旨の貫徹は渉外事案には実現できないのであり、そうであれば女性の待婚期間は渉外婚姻の適用要件とする必要はない、との立場はどうであろうか。これは前述した国連機関の勧告にならうならば、立法論としてとりうるものではあると思われる。

る。もっとも、例えばイタリア人同士が日本で婚姻する場合に、通則法 24 条により指定されるイタリア法の女性の待婚期間も排除することになるが、それは当事者の予測可能性の点や各国区々となる判断の防止の観点からは適当とはいえないのではない上、待婚期間制度を国際私法の規律対象の埒外としない限りは通則法の 24 条の文言から解釈論として導くことは困難であろう。よって、現段階では涉外事案での待婚期間を婚姻の成立の準拠法の適用範囲から排除するというのも現実的とはいえない。以上から、女性の待婚期間はその適用を欲する国家の法については、両性の平等に反するなどの外在的制約がない場合には、婚姻の成立の適用範囲に含めるという扱いを存続させておくのが現状としては適当であろう。

もっとも、このように存続が妥当であることを示した場合、次に考察すべきは、女性の待婚機関が一面的婚姻障碍か双面的婚姻障碍か、そしてそれが国際私法レベルで決すべきか、準拠実質法が決すべきか、という問題である。

2. 婚姻障碍分類の議論の是非

国際私法が配分的適用を採用する場合、女性の待婚期間は以下のような組み合わせで検討することになる。第一に、男女の本国法が共に廃止国の場合、第二に男女のいずれか一方の本国法のみが存置国の場合、第三に男女の双方の本国法が存置国の場合である。第一の場合、準拠法がいずれになるにせよ、一面的婚姻障碍か否かは考慮する必要がなく、再婚禁止は婚姻障碍とならない、との結論になり、上記の分類の実益はない。第二の場合には、存置国が男女のいずれであるかにより、結論が異なりうる。すなわち、男がイタリア国籍、女が台湾籍の二人が日本で婚姻をする場合、イタリア法は相手方である女をも規律するのかという問いが発せられ、これを解決しないとこの二人の婚姻が要件を具備しているか判断できない。一方、男が韓国籍、女が日本国籍の場合は、日本民法の待婚期間の規定には女とあるため、これは涉外事案でも女の要件であると同様に考えてよいのか、という問いが現れる。更に、第三の場合には、双

方の準拠法が再婚禁止としている以上は、まず一定の再婚禁止期間を認めることとしつつ、日数に差違がある場合には、長短いずれを採用する、ということが良いのか、といった点が問われることになろう。後者二つの場合には、確かに一面的か双面的か議論は結論に差違を生じさせうる。

わが国の従前の学説は、女性の待婚期間は、国際私法レベルで、一面的婚姻障碍か双面的婚姻障碍か否か、を判断すべきか、それとも準拠実質法とその区別に従う（この立場を、以下「実質法説」とする）べきか、という婚姻の成立要件の巡る総論的な論点を決した後に、当該立場から説明されてきた⁷¹。このうち、わが国の戸籍実務が採用しているのは、国際私法レベルで双面的婚姻障碍とする立場といえる⁷²。この立場では、通則法 24 条 1 項は配分的連結を採用しているにも関わらず、女性の待婚期間については、A 国籍の男と B 国籍の女が婚姻する際には、当該女は A 国法の待婚期間の要件も充足している必要があるとされる。よって、A 国法が待婚期間として女に離婚後 300 日が経過していることを求められている場合には、それを充足しなければ、両者の婚姻が認められない⁷³。これに対して、実質法説によれば、女性の待婚期間については、女性の本国法である B 国法の充足は有する場合、更に男性の A 国法が双面的か否かは、A 国法で確認し、そうであれば累積的に A 国法の待婚期間が当該女性に対しても要求され、そうでなければ A 国法上の女性への待婚期間規定は

71 日本における展開については、根本洋一「婚姻の実質的成立要件の準拠法—配分的適用の意味—」エコノミア 52 巻 2 号（2001）22 頁参照。

72 道垣内正人＝佐藤やよひ編『涉外戸籍法リステイトメント』（日本加除出版、2007）171 頁以下〔岡野祐子〕、涉外戸籍実務研究会著『改訂設題解説 涉外戸籍実務の処理Ⅱ婚姻編』（日本加除出版、2014）13 頁以下参照。

73 わが国では、国際法学会編『前掲書』注（69）〔久保〕が、両者をアプリアリに分類することの先鞭をつけたといえる。その他、溜池『前掲書』注（51）405 頁、山田『前掲書』注（51）426 頁のほか、櫻田嘉章『国際私法〔第 7 版〕』（有斐閣、2019）270 頁以下、木棚照一ほか編『基本法コンメンタール国際私法』（日本評論社、1994 年）88 頁〔青木清〕。但し、これらの見解の文言を分析し、国際私法レベルという立場で括ることに疑義を唱える見解として、根本「前掲論文」注（71）33 頁以下。

適用しないということになる⁷⁴。

ドイツでは、1998年に廃止された婚姻法（Ehegesetz）8条の「女性は前婚の解消または無効宣告から10ヵ月を経過するまでは、再婚することができない」との規定が一面的か双面的かという観点で、議論がなされてきている。多数説は、女性という属性を明示している点、及び、仮に双面的にとらえると自らの属人法において婚姻障害としての待婚期間が存しないと考えていた者にも新たな要件を課すことになることへの疑念の点から、一面的との立場をとる。もっとも、外国法が双面的である場合については、その影響を国際私法が受けるか、という観点については、男性側の準拠法が双面的と考える場合にはこれによるとされる。ゆえに、日本でいう実質法説の立場を採用しつつ、多数説といえるのが、ドイツ法については一面的婚姻障害とみるものである、ということができる⁷⁵。

以上を踏まえ検討するに、まず、わが国の従前の多数説について、国際私法レベルで一面的婚姻障害と双面的婚姻障害のカテゴリーが存在しているとして、待婚期間をそのいずれかに分類する基準について明確なものが示されていない点、指摘したい。女性の待婚期間の存在意義である血統の混乱の回避の実現は、父または母の一方の準拠法で判断したとしても双方の準拠法で累積的に判断したとしても、結論は、当該事案に適用される父性推定及びそれに類する規定如何に左右される。女性の待婚期間を双面的婚姻障害と位置づけた従前の多数説が、同説と血統の混乱の回避との関係を論じ切れていないように見える

74 この見解は、澤木敬郎『国際私法入門〔第3版〕』（有斐閣、1990）108頁、が契機となっている。これに与する見解として、佐野寛「涉外婚姻の成立要件の準拠法」判タ747号（1991）430頁、横山潤『国際家族法の研究』（有斐閣、1997）59頁、木棚照一＝松岡博＝渡辺惺之『国際私法概論〔第5版〕』（有斐閣、2007）203頁、櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法・第2巻』（有斐閣、2011）14頁〔横溝大〕、奥田安弘『国際家族法〔第2版〕』（明石書店、2020）136頁など。

75 ドイツにおける議論の展開については、Claus Scholl, Ehehindernisse und Eheverbote im internationalen Privatrecht der Bundesrepublik Deutschland, *StAZ* 1974, S.169ff., *MünchKomm/Coester-Waltjen*, a.a.O.(16), Rn. 83.

のは、この背景が考えられる。結局、従前の多数説は、「血統の混乱回避」と「それへの男性の関心」を根拠に挙げて双面的であるとの立場を採っている。しかし、双面化して、双方の再婚禁止期間を男女それぞれが守っても涉外事案では血統の混乱が生じることは避けられない。現に、令和2年判決の事案は、日本人女が、前婚、後婚ともにナイジェリア国籍の男との婚姻であったケースで、後婚における再婚禁止期間の要件は双方の準拠法上クリアしていたが、子が前婚の離婚後300日以内であったため日本民法により前婚夫に嫡出推定が認められ、一方その子の出生は後婚締結後であったことから、出生時に婚姻していた者を父とするナイジェリア法の規定により、後婚夫にも推定がなされた、というものであった。これは、本件で適用される嫡出推定の規定が、血統の混乱の回避に対する関心がなかったことに起因しよう。また、本件で見えてくるのは、涉外事案ではむしろ前夫のほうが、離婚後生まれる子は自分の子だけとされるのか否かに関心を有する場合もあるのであって、これを重視すれば前夫の本国法上の待婚期間を遵守しているかを再婚時、妻に確認すべきということになる。しかし、女性の待婚期間を婚姻の成立の準拠法で判断する以上、この解釈は適当ではない上、これを実現することは女性の婚姻の自由との関係で問題がある。いずれにせよ、現状は涉外事案において貫徹されえない根拠で、男性側の準拠法上の女性の待婚期間を相手方女性の要件とすることを肯定していることになる。

もっとも、実質法説についても、同説が準拠法に面的か双面的かを判断させるというのは、当該規定が涉外事案において適用される場合を意味していると解されるが⁷⁶、当初より準拠法として外国において適用されるために作られ

76 国際事案も考慮対象であることを指摘するものとして、中西康＝北澤安紀＝横溝大＝林貴美『国際私法〔第2版〕』（有斐閣、2018）295頁以下。また、面的か双面的かは準拠実質法の解釈問題であるとしつつ、「ただし、婚姻の相手方が外国人である場合における適用解釈であるという意味では、涉外実質法的解釈といえる」と説明するものとして、奥田『前掲書』注（74）136頁。もっとも、木棚『前掲書』注（68）71頁は、国際事案との区別をせず、「イングランドでは双面的婚姻障害としているので、イングランド法が準拠法となる場合には、双面的婚姻障害とみるべき」と述べている。

た規定以外では、渉外的な適用の際の外国実質法の解釈を読むことの困難が指摘される。とりわけ女性の待婚期間については、当該国での渉外事案での血統の混乱の回避を指向するために、一面的か双面的かのいずれが妥当かは、当該事案における当該国の国際私法による父性推定の準拠法を確認して初めて結論が出される。この思考過程では、女性の待婚期間の判断時に、まだ見ぬであろう子に関わる準拠法を確認するという作業も必要となり、ここまで待婚期間が一面的か否かを決する際になす必要がある事項とするには疑問である。実質法説からはそこまで当該準拠法所属国の立場で考えるわけではないとの反論が予想されるが、それでは本来国内の父性推定規定とリンクして存在する待婚期間について、渉外的な適用の場合を想定する、とはどのような思考であるのか。結局、国内事案に適用される場合において一面的か双面的かで判別するか、あるいは、法廷地の国際私法の視点から同規定が一面的か双面的であるのかを判断するほかないのではないだろうか。しかし前者であれば、準拠法所属国において渉外事案が生じた場合にすべき解釈によるという実質法説の前提に抵触することになるし、国内法とはいえその適用意思が女性のみか男性も含むかを判別するのは容易ではない。一方、後者であれば国際私法レベルで決する説との境界が曖昧とならざるをえない。このような背景からか、実質法説も、女性の待婚期間の具体的な準拠法における判別の方法に踏み込んでいない点、指摘できよう⁷⁷。

以上、女性の待婚期間についても、これを国際私法においても婚姻要件ないし婚姻障害とみなす以上、婚姻を欲する男女への適用法規の確定は必要とされるが、従来の国際私法レベルで双面的婚姻障害とみなす立場や、実質法説の立場では、分類の根拠に妥当性を見いだすことは困難であることを示した。以上を踏まえ、この問題を含めた血統の混乱の回避ないし解消のわが国でのアプ

77 この点、横山『前掲書』注(74)238頁、杯場ほか「前掲論文」注(5)31頁以下〔早田発言〕など参照。後述のドイツにおける実質法説も、「父性推定の重複を防ぐため」とのみ述べるに止まる。MünchKomm/Coester-Waltjen, a.a.O.(16), Rn. 83.

ローチのあるべき方策について考察する。

3. わが国での法適用

1) 渉外事案における血統の混乱の現状

血統の混乱の回避について、明治30年の法例の制定時、起草者に意図はみられたであろうか。婚姻の成立を規定した法例案12条1項「婚姻成立ノ要件ハ各當事者ニ付キ其本國法ニ依リテ之ヲ定ム」の穂積陳重による説明及び質疑、そして「子ノ嫡出子ナルヤ否ヤハ其出生ノ當時母ノ夫ノ属シタル國ノ法律ニ依リテ之ヲ定ム若シ其夫力子ノ出生前ニ死亡シタルトキハ其最後ニ属シタル國ノ法律ニ依リテ之ヲ定ム」と規定した同16条についての同氏からの説明において、この問題への言及はない。また同16条の「夫婦」を前夫と、後夫、の双方を含むとの解釈も示されていない⁷⁸。後者の点は、後に学説から、この「夫婦」とは前婚と後婚を読み込み、それぞれに父性推定が生じるとの理解を示す見解が現れて問題が顕在化する⁷⁹。

以上、血統の混乱の回避に際しては、女性の待婚期間の準拠法との関係が論じられる必要があるにも関わらず、立法者が両準拠法の間を意識してはおらず、嫡出推定の重複の発生については後に意識された点は看取できるが、実質

78 質疑の中では、妻が再婚禁止期間の無い国で前婚夫と離婚後に後婚夫と婚姻した場合、この規定ぶりでは問題がないのかとの問いが発せられている。ここでの返答者は梅謙次郎であったが、梅は渉外的な嫡出推定の重複についての解決策については言及せず、質問者が誤解していると思われる部分について説明をなすに留まっている。(法務大臣官房司法法制調査部監修「法典調査会法例議事速記録」『日本近代立法資料叢書26』(商事法務、1986)144頁以下参照)。

79 実方『前掲書』注(69)304頁以下。なお、前婚と後婚の区別を、明示的に論じたのは、溜池良夫である。つまり「法例17条前段は、嫡出決定の準拠法につき子の『出生当時母ノ夫ノ属シタル國ノ法律』』といっているが、その意味は、もちろん、母の夫が子の出生の当時属していた国の法律の意味であり、子の出生当時の母の夫が属していた国の法律の意味ではない。したがって、前婚解消後、後婚係属中に出生した子の前婚に関する嫡出生の問題は、母の現在の夫の本国法によるのではなく、前婚における夫、すなわち、かつて夫であった者の本国法によることになる」と述べている(溜池「前掲論文」注(68)255頁)。

法でいうところの“回避”に努めるための議論はなされてこなかったと考えられる。つまり、わが国では渉外的な血統の混乱は国際私法レベルで回避するという何らかの選択がとられたわけではなく、各準拠法の適用結果、それが生じた際の解消方法の模索という流れで議論は進んでいったといえる。

では推定の重複が生じたケースはどの程度あったのか。令和2年判決が報告される以前、公表裁判例は存しなかった。しかし、回避の手段を用意していないわが国において、重複が生じるケースが生じていないと考えるのも現実的でない。非公表の裁判例のほか、わが国ではこの重複の際の父の確定は、調停での処理も可能であることから、合意に相当する審判で解決した事案があったであろうことは想像に難くない⁸⁰。とはいえ、平成28年改正前民法733条が、180日という女性の待婚期間を設定していたことは、渉外事案での混乱の抑制の後ろ盾となっていたと思われる。すなわち、戸籍実務は、女性の待婚期間の規定は、男女双方の準拠法を相互に適用することとされているため、配偶者の一方が日本国籍の場合には、現実的な懐胎期間との関係で、重複のケースが生じうる事態はそれほど無かったと評価できる。しかし、平成28年改正民法733条は、待婚期間を100日に短縮した⁸¹。また、わが国において渉外的な婚姻において準拠法となる機会の多い台湾や韓国は待婚期間を廃止し、その他多く

80 なお、戸籍の現場から、「某市からの相談」とされているものであるが、日本人女性が前婚（日本人夫）解消後30日以内に、後婚（外国人）成立後200日以内に出生した子につき、日本民法及び外国人国の法律を適用した結果、日本人前夫及び外国人後夫双方の嫡出の推定が重複したため、父未定の子とした、という事案が報告されている。「（戸籍小箱）嫡出推定が重複する父未定の子につき父を定める訴えによらず親子関係不存在確認の裁判により戸籍訂正をすることの可否について」戸籍707号（2000）53頁以下。その他、渉外戸籍の観点から嫡出推定の重複につき検討するものとして、「（落葉）前夫と後夫双方の嫡出推定が重複して及んでいる子について前夫との嫡出否認の裁判が確定した場合の戸籍の処理について」戸籍781号（2006）80頁以下及び「（戸籍小箱）日本人母の前夫と後夫双方の嫡出推定が重複する外国で出生した子の取り扱いについて」戸籍788号（2006）44頁以下も参照。

81 重複が生じる可能性は理論的には従前と同様といえる。但し、後婚の成立後に前婚の夫の子と推定される子が出生する事例が増えることは予想される。この点、木村「前掲論文」注（19）89頁、前田「前掲論文」注（19）20頁。

の国でこれを全面的に廃止するのが近時の傾向であり、更に一定数の国は当初より待婚期間制度を有していないことは前述した。こういった実情を加味すると、今後渉外的な父性推定の重複のケースは従前に比して増加する可能性は否定できない状況である⁸²。

それでは渉外事案での父性推定の解消についての現状はどうか。既に述べたように、適応問題として、あるいは、法の欠缺を認め条理に従うとする説が有力である⁸³。もっとも条理を介して、いかなる方法で重複を解消するかについては、具体的な手続は述べないあるいは民法773条について直接適用とはせずと言及しつつ裁判所に委ねるといった見解も見られた⁸⁴。これは渉外的な父性推定の重複解消方法としての父の確定を求める訴えが人事訴訟事件として扱われるかが、判然としなかったという背景もあると思われる。しかし、この点については、平成30年人訴法など改正時に、父の確定を求める訴えの国際裁判管轄をベースに議論がなされている。すなわち、法制審国際裁判管轄法制（人事訴訟事件及び家事事件関係）部会で以下のやりとりがあった。国際的な人事訴訟事件がいかなるものを含むかは人訴法2条の定義によるとした中、同2条

82 令和2年判決も、改正後の民法733条が適用されたケースで、日本人女性の前婚解消後112日後でのナイジェリア人男性との婚姻のもと、前婚解消後245日後に子が出生した、というものであった。ナイジェリア法が再婚禁止期間をもたず、出生主義を採用していることから、日本法により嫡出推定が生じる前婚夫との関係で、その重複が生じた。

83 櫻田『前掲書』注(73)302頁以下、三浦正人『国際私法における適応問題の研究』（有斐閣、1964）132頁、実方『前掲書』注(69)304頁以下、溜池『前掲書』注(51)491頁以下、山田『前掲書』注(51)478頁、奥田『前掲書』注(74)257頁、中西ほか『前掲書』注(76)328頁など。なお、公序にて処理すべきとの見解についてであるが、母子法律関係が2人に併存するような場合であれば格別（この場合に公序を用いて韓国法の適用を排除したケースとして、大阪高判平成26年5月9日判時2231号53頁など）父子関係の嫡出推定の重複は、民法773条が想定していることに鑑みれば、わが国で推定の重複が生じている事態は、それをもって通則法42条の公序に反するとまでいえないと思われる。

84 この点、裁判所での判断の必要性に言及せず「いずれの婚姻から生まれた子であるか判定が困難な場合も考えられる。具体的な事情を考慮して決定すべき」とのみ述べるものとして、江川英文『国際私法〔改訂版〕』（有斐閣、1967）278頁。また、「民法773条によるべきか否かについての意見の一致はない」と指摘するものとして、櫻田『前掲書』注(73)302頁以下。

2号の民法「第七百七十三条の規定により」との文言の適否について、部会の委員から、上記民法773条という文言は準拠法が日本法であるときに限定されているように読める、との指摘がなされ、「相当する外国法上の事件を含む」といった表現を盛り込むべき、あるいは、ここを変更するという手もある、との案が示された。しかし、幹事からは、外国法を準拠法とした相当の訴えを含むことを前提にすべき、との意見が示され、部会長からは、人訴法2条が、「その他身分関係の形成または存否に関する訴え」という文言も有していることから、外国法上の事件もこの解釈で扱うべきとの意見が示された⁸⁵。結局は、この議論も踏まえ、法制上の理由を主たる根拠として、同2条2号の文言は現状維持が選択され、平成30年人訴法改正法は施行されている。この改正時の議論を前提にすれば、渉外事案における父の確定を求める訴えは、人訴法2条2項ないし、同2条柱書のいずれかに包含されることが確認されたといえる。よって、現在における一つの解決手法としては、令和2年判決が示した、渉外事案について父性推定の重複が生じた場合に、民法773条を類推することで、父の確定を求める訴えを認める、というものが挙げられる。一方で、法源が条理であり、それは民法の類推の解釈などで限界があることを前提としていることから、民法の個別の条文の類推は適当ではないとして、あくまでドイツの多数説のような国際私法の実質法規を導出し、手続としてわが国人訴法には、父の確定を求める訴えが用意されていることから、これによるとの立場もありえる⁸⁶。いずれにせよ、わが国では裁判所の関与により父性推定の解消をはかるという結論が現状とらうるものであろう。しかしこのことは、わが国の戸籍窓口においては、渉外事案において父性推定の重複を自律的に処理できないこと

85 法制審国際裁判管轄法制（人事訴訟事件及び家事事件関係）部会第16回（平成27年8月7日開催）議事録。<http://www.moj.go.jp/shingil/shingi04900269.html>(as of October 1, 2020)

86 拙稿「判批」ジュリスト1551号（2020）129頁。また、溜池『前掲書』注（51）491頁以下参照。

を意味する⁸⁷。かくして、父性推定の重複の解消方法が上記訴えであるとしても、子にとって裁判が終わるまで、実務上父が未定という状態が継続することとなる。これは子にとって、扶養義務者の確定や相続人たる資格の有無が判然としない状況を一定期間容認することになり⁸⁸、解決すべき課題であると言わざるをえない。

2) 若干の提言

既に述べた通り、涉外事案においては血統の混乱の発生の回避は、当該事案において準拠法となる女性の待婚期間の遵守のみで達成できるわけではない。そして、女性の待婚期間を廃止する比較法の流れを見る限り、血統の混乱の回避への危惧は、国際的な視点では従前よりも薄らいでいると考えることができよう。一方で、通則法 24 条と同 28 条で準拠法の分断が生じることも現状避けられないが、巨視的に通則法全体で考えるならば、わが国の血統の混乱の回避としての、涉外的な父性推定重複解消について規定を設けることで、通則法 24 条での血統の混乱の処理に終止符を打つことも検討に値する時期に来ている。立法論的には、戸籍実務での処理を簡便にし、それにより子の保護を充実させることも考慮すれば、重複が生じた場合には、通則法 28 条 3 項に「子の

87 基本通達がだされてお（平成元年10月2日民二3900通達第3の1(2)ウ）、これによれば、「母又は前夫のいずれかの本国法により前夫の子と推定され、かつ、母又は後夫のいずれかの本国法により後夫の子と推定されるときは、嫡出性の推定が重複するので、父未定の子とする」と、父未定と記載するよう指示が出されている。この点、澤木敬郎＝南敏文『新しい国際私法—改正法例と基本通達』（日本加除出版、1990）112頁以下参照。このような扱いとなった近時の戸籍回答の例として、平成31年4月5日付け戸籍141号横浜地方方法務局長照会、令和元年8月26日付け法務省民一第543号民事局民事第一課長回答（戸籍974号（2019）97頁以下）がある。この回答により、日本人女とナイジェリア人前夫の離婚の日から300日以内であって、かつ、同女とナイジェリア人後夫の再婚の日から200日以内に出生した子の出生届について、後夫の本国法において当該子は嫡出子として取り扱われることから、「父未定の子」として取り扱うこと、とされた。

88 Vgl. *Christian v. Bar/Peter Mankowski, Internationales Privatrecht, Besonder Teil, 2. Aufl., München 2019, § 4 Rn.958.*

常居所地による」といった抵触規則，あるいは，後婚優先規定などを置くことが検討されるべきであろう。そして，現状の解釈論では上記で見たとおり条理による処理が限界であるとはいえ，それを精緻化させる余地は残されており，この実現により国際私法レベルでの待婚期間の形骸化への道筋をつけることになる⁸⁹。

そして，国際私法における両性の平等の意味するところとして，男性の本国法による女性側への要件効果の押しつけという側面を問題視した結果，通則法の前進たる法例の平成元年改正が実現したとの状況に照らせば⁹⁰，男性側の本国法からの女性への待婚期間の充足の要求を認めることは妥当とはいえないであろう。この実現のためには，結局国際私法レベルでの処理をするとの見解に

89 もっとも，平成23年改正前の国際裁判管轄ルールについてであるが，海外の方に，根拠法がなく条理で処理しているという説明は，判例法国でもないのになぜ，という疑問もたれる，との指摘がなされている（高橋宏志＝横山潤＝手塚裕之＝山本和彦「座談会 国際裁判管轄に関する立法の意義」ジュリスト1386号（2009）7頁以下〔手塚発言〕参照）。やはり涉外事案において，条理による曖昧な処理は望ましくはない。立法での処理が望まれる。

90 この点，南『前掲書』注（62）40頁以下。

立った場合、女性への一面的婚姻障害として待婚期間を捉えるというのが⁹¹、現状ではベターであると結論づけることができる⁹²。なお仮に、実質法での判断に委ねるとする見解に立った場合には、男性の本国法が女性の待婚期間を有しており、双面的婚姻障害と当該国では位置づけられていたとしても、通則法42条の公序などを介して、これを適用しないことが望ましいと思われる。よって、上記、第二の場合で挙げた男がイタリア国籍、女が台湾籍の場合には待婚期間は要件とはされず、第三の場合も女性側の準拠法の待婚期間のみを充足すれば足りる、と考えることになろう。

3) 法制審議会民法（親子法制）部会の議論を踏まえたわが国の今後の展望

以上が、2020年9月末現在の法制をベースとした検討結果となるが、こ

91 もっとも、本稿で一面的婚姻障害とした思考過程は、以下の検証の結果である。すなわち、通則法28条の「各当事者につき」の文言から、再婚禁止期間の問題については、準拠法が同様の場合及び準拠法は異なるが規定が同様の場合、並びに、準拠法が異なり規定も合わない場合で、配分的適用の結果を分けて処理することもわが国国際私法の解釈論上は、可能と思われる。つまり、前者については、2つの準拠法を組み合わせることで、元の待婚期間と同様の結論となるためこれによる。そして、後者の場合にはいずれを優先させるかについて、指針をもって決する必要がある。この作業は、わが国の国際私法秩序に照らして決するという点で、公序判断に近づくことになるが、例えば累積的連結の場合でも、わが国の国際私法の観点からいずれかを優先させるなどの措置がとられることになっており、現状連結政策の枠組みにおいて許容される判断と思われる。そして、女性の待婚期間については、それぞれの準拠法を適用した結果、男性に対し、男側準拠法クリア、女側準拠法クリア、女性に対し、男側準拠法ではクリアでないが、女側準拠法はクリア、といった結論がでた場合、この場合でも両者に婚姻要件があるか否かは、わが国の国際私法自体により決することになる。ここで、女性の待婚期間について言えば、涉外事案において本文で見た通り現在は血統の混乱の回避という一般的趣旨は妥当しえないことから、婚姻の自由を障害しない方向で解釈すべきということになる。結局、上記のように男性側の法による待婚期間のみが満たされていない状況であり、配分された準拠法の自らの性に対する要件のみをクリアすればそれで足りると解すべきであろう。以上から、結果として、従前の議論にあった、一面的な婚姻障害と同様と位置づけることが可能、という結論が導かれる。

92 国際私法レベルで分類するとしつつ、待婚期間については一面的婚姻障害との結論をとる見解として、海老沢美広「涉外婚姻の実質的成立要件—その一方要件双方要件に関する覚書」戸籍時報533号（2001）9頁。

で触れておくべき事情として、現在審議が進行中の法制審議会民法（親子法制）部会（以下、「本部会」とする場合がある）の議論がある⁹³。本部会においては、嫡出推定の改正の議論が進んでいる。そして、嫡出推定規定の見直しについては第8回会議（2020年6月30日開催）部会資料8「嫡出推定制度の見直し1（二読）」において、以下のようなたたき台としての案がされている。

「嫡出の推定（民法第772条関係）の見直し 民法第772条の規律を、次のように改めることについて、どのように考えるか。

- 1 妻が婚姻中に懐胎し又は出産した子は、夫の子と推定する。
- 2 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、婚姻中に懐胎したものと推定する。
- 3 離婚〔若しくは夫の死別〕による婚姻の解消〔又は婚姻の取消し〕の日から300日以内に生まれた子であって、母が前夫以外の男性と再婚をした後に出産したものは、1及び2の規律にかかわらず、再婚後の夫の子と推定する。」

これを見ると、嫡出推定の重複について、その回避を重視してきた従来の民法の方針から、この重複が生じることを前提とした上で、その解消方法の設置へと方針転換がはかれようとしていることがうかがえる。血統の混乱の回避を是としてきた民法の実子法にとって大きな転換を迎えるものと評価できる。本部会の議論の目指す主な目的の一つは、無戸籍者の発生防止であるが、加えて推定されない嫡出子や推定の及ばない嫡出子の扱いを立法的に解決することも目的としている⁹⁴。この背景に鑑みると、婚姻時出生子への嫡出推定の拡張と、母が未婚で出産した際の父の推定、については規定がおかれることが予想される。更に、後婚優先の推定は、どの場面で採用するかは検討されるであろう。

93 なお、本部会では、もう一つの検討事項として、児童虐待問題に関連しての懲戒権に関する規定の見直しが検討されているが、この点は、本稿の対象外とする。

94 「民法（親子法制）の見直しにおける主な検討事項」。at, <http://www.moj.go.jp/content/001301534.pdf>(as of October 1, 2020)

うが（死別のみならず，離婚の場合にも後婚優先とするかなど），新設される可能性は高いであろう。そうすると，嫡出の重複は前提とした上で，民法が組み立てられることになり，わが国民法の再婚禁止期間は不要となることが論理的な帰結となる⁹⁵。その場合，国内法上は嫡出推定の重複は，重婚からの出産の場合を除き，発生しないことになる。これが実現した場合，民法773条や人訴法2条2号の書きぶりはどのようになるのか，2020年9月末現在公開されている本部会の資料で具体的な議論はなされていない。また，本部会のこれまでの検討を確認すると涉外事案における適用を意識し，なんらかの形で反映させる議論はみられない。一方，上記令和2年判決は，涉外事案において民法773条の類推適用を明示している。この判決の立場を前提とすれば，民法773条の改廃如何は，（通則法自体ではないが）涉外事案でのこの問題の処理に影響を与えるといえる。仮に民法773条が廃止された場合，人訴法2条2号は変更を余儀なくされる。ここで，「父の確定求める訴え」とのみになる，あるいは，削除されるということが想定される。もっとも，たたき台通りの立法になった場合でも，民法773条の削除がなされない可能性もある。既に，民法773条は重婚の場合⁹⁶に類推適用すべきとの立場が民法では示されており⁹⁷，同趣旨の戸籍先例も存在する⁹⁸。とすれば，重婚に特化した規定となる可能性も否定できない。この場合，人訴法2条2号は変更がなされないことになろう。もっとも，令和2年判決のような事案については，国内事案を想定して民法773条という

95 平成28年の民法改正法（法律第71号）附則2項に「政府は，この法律の施行後三年を目途として，この法律による改正後の規定の施行の状況等を勘案し，再婚禁止に係る制度の在り方について検討を加えるものとする。」との規定がおかれた。これは衆議院により修正議決がなされたことによる。

96 民法上，嫡出推定重複が生じうる重婚の原因としては，戸籍担当者が誤る場合，離婚後再婚したが前婚が無効となった場合，前夫の認定死亡後再婚したが前夫が帰還した場合などが考えられる。二宮正人編『新注釈民法（17）』（有斐閣，2017）110頁〔高橋朋子〕参照。

97 我妻栄『親族法』（有斐閣，1961）218頁，中川善之助＝米倉明編『新版注釈民法（23）』（有斐閣，2004）184頁〔日野原昌〕など。

98 この点，二宮編『前掲書』注（96）569頁〔野沢紀雅〕。

限定を付している人訴法2条2号の父を確定する訴えではなく、人訴法2条柱書にある「その他の身分関係の形成又は存否の確認を目的とする訴え」に包摂されるべき「渉外事案での父の確定を求める訴え」で処理すべきであると思われる⁹⁹。このような立場に立てば、民法773条の改廃自体からは影響を受けることはなく、改正前後において安定した法適用が実現できよう。なお、上記嫡出推定規定たたき台の「3」の明文化が実現した場合には、これと同様の規定がある国の法が、日本国籍を有する者と婚姻を望む者の本国法として準拠法となった際には、後婚優先の処理をすることが望ましいといえるだろう。いずれにせよ、現状の戸籍実務が待婚期間を国際私法レベルでの双面的婚姻障碍としている状況下において、民法の再婚禁止期間が廃止された場合、渉外事案において更なる父性推定重複の事案の増加が見込まれ、そこで現れる事情は多様なものとなることが推察される。国内法上は、人訴法上の父の確定を求める訴えは裁判官の裁量に委ねられているが、これと同等の訴えを渉外事案でも用いる場合には、裁判所は、単純な裁量によるのではなく、適正・公平との基準を介し、渉外性ゆえに生じる点を考慮した上で、推定された準拠法の嫡出性の秩序を考慮することなどが求められるべきであろう¹⁰⁰。

むすび

以上、血統の混乱の回避をキーワードにして、とりわけ女性の待婚期間制度の現状とその渉外事案での適用について検討を行った。実質法上は、嫡出子や婚内子であることの認定は、推定ないし擬制の規定に頼ってきたのが現状である。特に、懐胎主義をとった場合には、懐胎日の確定や、受精卵が妻とその夫のものであることにつき妊娠中に証明することが現実的に困難であったことか

99 この点、拙稿「前掲論文」注(86)129頁。

100 裁量に委ねられている非訟事件においても、裁判官の扶養料判断に際し、国際性による考慮を要求する規定として、扶養義務の準拠法に関する法律8条2項参照。

ら、婚姻日や離婚日を基軸に、一定の期間について父性推定がかけられてきている¹⁰¹。一方、血統の混乱は、従来各国に家族法秩序において認めがたい状況と捉えられてきたがゆえに、極力これを回避するため、実子法以外の婚姻法において、その歯止めとなる女性の待婚期間が婚姻要件ないし婚姻障碍として位置づけられてきたと解される。もっとも、DNA 検査をはじめとした医療技術の進展や、女性のみ婚姻の自由を阻害することの問題が国際機関のレベルで問題提起されるに至り、血統の混乱回避の必要性は揺らいでいる時期にある。そして、実際に待婚期間を廃止した法域も多く見られた。

このような状況は国際私法における血統の混乱の回避と解消の議論にどのような影響を与え、またこの状況に対応するためにいかなる方向へ進むべきかを主眼として、本稿では、比較法的考察を交え、検討した。既に、間接的に影響を与えるうるわが国民法の嫡出推定規定の改正が迫っていることも意識しつつ、わが国における女性の待婚期間の国際私法上の扱い及び血統の混乱の解消に際してのあるべき形を示した。

なお、本稿は、血統の混乱の回避につき、再婚禁止期間と嫡出推定に着目したが、法制審議会民法（親子法制）部会では嫡出否認についても大きな変革

101 二宮編『前掲書』注(96)533頁〔野沢〕参照。

がなされる方向で議論されており、併せて注目される¹⁰²。加えて、わが国でも、嫡出子と非嫡出子の相続分の差異の撤廃など、実子法は、現行法が制定された当初、想定していなかった価値の変化や医療技術の進展などに伴い、変革のときをむかえている。このことは、国際私法においても無視できないものといえ

102 嫡出否認について、わが国の国際私法の通説は、その訴えにおける提訴権者は、通則法28条で指定された準拠法によるの見解である（溜池『前掲書』注（51）493頁、山田『前掲書』注（51）478頁など）。よって、外国法上母に出訴権が認められる場合で、母が原告として提訴された嫡出否認の訴えについては、人事訴訟法2条2号の嫡出否認の訴えについて、当事者適格を認めるべきことになる。しかしながら、従前の公表裁判例ではこのようなわが国の提訴権者以外の者による嫡出否認の訴えが認められたケースは存せず（夫に嫡出推定が及ぶが同人が嫡出否認の訴えを提起せず、かつ、わが民法では推定の及ばない嫡出子となる事実関係がある場合には、親子関係不存在確認・強制認知の手続で当該夫との父子関係を否定することとしてきた。これらの従前の裁判例を分析したものとして、道垣内＝佐藤『前掲書』注（72）57頁以下〔西谷祐子〕参照）、認められているのはすべてわが国の法と同様に父からの訴えのみであった（平成12年1月17日家月52巻号101頁、水戸家審平成10年1月12日家月50巻7号100頁、東京家審昭和48年5月8日家月25巻12号63頁など）。この点、裁判実務では通説とは異なり、法廷地法によって判断しているとの評価できるかは定かではない。もっとも、最判平成26年7月17日民集68巻6号547頁は「夫と子の間に生物学上の父子関係が認められないことが科学的証拠により明らかであり、かつ、夫と妻が既に離婚して別居し、子が親権者である妻の下で監護されているという事情があっても、子の身分関係の法的安定を保持する必要が当然になくなるものではないから、上記の事情が存在するからといって、同条による嫡出の推定が及ばなくなるものとはいえず、親子関係不存在確認の訴えをもって当該父子関係の存否を争うことはできないものと解するのが相当である」とする。また、大阪高判平成30年8月30日訟務月報65巻4号623頁は、父（夫）にのみ嫡出否認の訴えの提訴権を認める民法774条から776条までの規定は、憲法14条等に違反すると主張して、本件各規定を改定する立法措置をとらなかった立法不作為の違法を理由に、被上告人・国（被告）に対し、損害賠償を求めたケースであったが、裁判所はこれを棄却した（最決令和2年2月5日LEX/DB525565317で、上告受理申立て不受理及び上告棄却）。同判決では、嫡出否認の訴えの提訴権者について、父とすることが合理的との立場を明確に示している。これらの判旨の理解が従前からの日本の法秩序の確認であるとすれば、外国法が嫡出否認の準拠法となった場合にも、提訴権者については公序の規定として手続として扱った法廷地法とするか、あるいは、外国法上、父以外に提訴権者が認められる場合でも、絶対的強行法規として外国法にオーバーライドする形で適用されるとの理解もできる。よって、この度の改正により、仮に提訴権者の拡張が実現した場合、通説によれば、日本法が準拠法となった場合のみの問題といえるが、従前の裁判例の理解が、提訴権者については法廷地法のオーバーライドを認めているものとするれば、改正がなされた場合、涉外的な嫡出否認の訴えでの提訴権者の問題につき直接的な影響を与えることになる。

る¹⁰³。今後も国内外の実子法の進展に注視しつつ、検討を続けていくこととしたい。

(本研究は JSPS 科研費 JP17K17748, 20K01308 の助成を受けたものである。)

提出年月日：2020 年 10 月 1 日

103 仮に、民法上、嫡出子・非嫡出子を統合する改正がなされた場合に、通則法28条から30条を削除すべきかについて、削除する必要はないとする立場として、横山潤「実親子関係成立の準拠法選定方法」澤木敬郎=畑場準一編『国際私法の争点〔新版〕』（有斐閣、1996）173頁。この点、中西康「親子法の展望」民商法雑誌135巻6号（2007）47頁以下も参照。