

# 地研通信

発行人 茂木 陽一  
編集人 茂木 陽一  
発行所 三重短期大学  
地域問題研究所  
津市一身田中野157番地  
〒514-0112 Ⅱ(059)232-2341

題字 岡本祐次元学長

## 第53回地域問題研究交流集会報告(要旨)

2016年7月9日(土)の午後1時から三重短期大学35番教室において第53回地域問題研究交流集会が開催されました。

本学の三宅裕一郎教授(憲法)をコーディネーターとし、学外から、慶応義塾大学法学部教授の田高寛貴先生、弁護士の作花知志先生をお招きして、田高先生に「揺らぐ家族法をどうみるか」、作花先生に「再婚禁止期間違憲訴訟の経験から思うこと」をテーマにご講演いただき、一般、学生など約50名が参加しました。今回の地研通信では講演の様子を掲載いたします。

### 【茂木】

「第53回地域問題研究交流集会」を開始させていただきたいと思います。三重短期大学地域問題研究所の所長をしております茂木と申します。開催にあたりまして一言ご挨拶を申し上げたいと思います。

本学の地域問題研究所は前身の地域問題総合調査研究室から数えますと設立以来22年になろうとしております。地域問題についての研究を本学の専任教員を中心にして進めておりますけれども、その研究活動の中で研究員等の研究を交流しあうという趣旨で「地域問題研究交流集会」というものを概ね毎年研究員の研究発表とそれについての研究交流、また研究員のテーマによりましては学外から関連する有識者の方をお呼びいたしまして研究員の中で研究交流をしていただく形で開催してまいりました。テーマによっては広く市民の方にも議論に参加していただければと思います。

今回は地域問題研究所の三宅研究員が「地域から『家族』を考える」というテーマで奨励研究員となっておりますので、その関係でこの問題についての造詣の深い慶応義塾大学の田高先生、弁護士の作花先生において頂きまして現代日本や先進国で抱えている家族関係の変容というような問題について研究発表をいただき広く問題について各先生のお話を聞いたうえで深い議論を交流する場にしたいと思っております。私の挨拶は以上です。司会の三宅先生お願いします。

### 【三宅】

皆さんこんにちは。本日司会を務めさせていただきます。本学で憲法を担当しております三宅と申します。よろしく申し上げます。

最初に講師の先生のご紹介から始めたいと思います。

まず一人目の講師の先生は、慶応義塾大学法学部の教授を務めておられる田高寛貴先生です。田高先生は私が大学院時代に非常にお世話になった先生で、今回こういう企画をしたいと先生の方へ打診しましたら講師を快くお引き受けいただきました。ご多忙の中お越しいただいて感謝申し上げます。

そして、二人目の講師の先生ですが弁護士の作花知志先生です。作花先生はご存知の方多いと思いますが、昨年の12月に民法733条に規定されている女性のみ再婚禁止期間これについて最高裁で画期的な違憲判決をたった一人で勝ち取られた先生です。私が以前、「法学セミナー」という雑誌で連載をしていた時に岡山の地方裁判所で第一審判決が出てそれを取り上げたいと、初めて作花先生に相談申し上げたところいろいろとご教示賜りお世話になりました。作花先生もお忙しい方ですが今回の企画をお話ししましたら快く講師をお引き受けいただいたところです。



それではさっそく講演へ移らせていただきたいと思います。まず、田高先生に「揺らぐ家族法をどうみるか—ゆるがせにできない家族法の使命とは—」というタイトルでご講演いただきます。それでは、田高先生よろしくお願ひします。

## 【田高】

皆さんこんにちは。ただいまご紹介をいただいた田高と申します。長年親交を深めてきた三宅先生からご指名をいただき、喜び勇んで三重にまいりました。私は名古屋大学で学生時代を過ごし、教師として勤めていたこともあって、お隣の三重は、よく遊びに出かけていた愛着のある地です。こういう形でまた訪れる機会をいただけて、本当に嬉しい限りです。今日はよろしくお願ひいたします。

### 1. はじめに——多様化する家族に直面して

今日の交流集会のテーマ「揺らぐ家族法をどうみるか」ということについて、私がさせていただくお話を趣旨ないし狙い、といったことを、まずは述べさせていただきます。

現代社会にあっては、家族のあり方をめぐる人々の考えは、以前とは相当に変わっているでしょうし、また、価値観の多様化ともあいまって、それぞれに異なっていることでもありましょう。法は社会のルールですから、社会が変わっていけば必要とされるルールも当然変わっていく、まさに「法は社会の子」なわけです。社会を見据え、そこに必要なルールを見極め、創造していくことは重要であり、そうだとすると、家族や家族をとりまく社会の有り様が変わってきている以上、家族法もそれに合わせて変えていくことは、とても重要なことです。

実際、家族法をめぐる問題が議論される折には、70年前にできた、古くさい価値観に支配された家族法に現代に生きる私たちがなぜ縛られなくてはいけないのだ、我々の自由な生き方を妨げる家族法の規定は廃棄せよ、という意見もしばしば登場します。

しかし、ちょっとここで立ち止まって考えてもらいたいのです。あるべき家族法を模索する、というのは重要だけれど、自分の生き方にとって邪魔だから、とか、今の価値観に合わないから、という理由で、ただちに制度を批判し亡きものにしようとするのは、正しい姿勢といえるのでしょうか。その制度がどのような意味をもち、どのような役割を担い、社会を支えてきたのか、ということを知ることなしに、制度の改変など軽々しく主張してはならないはずで、一見すると不合理のように感じられる制度のなかには、実は、時代が変わり価値観が変わったとしても、ゆるがせにできない使命というものがある

ることもある、家族法のそういう側面を皆さんに知っていただきたくて、メインテーマの中にある「揺らぐ」という語とは相反するようでもある「ゆるがせにできない家族法の使命とは」という副題をあえて付けてみました。

実は、私自身は家族法を研究の専門領域にしているわけではなく、今日のお話の多くは家族法の先生方の研究に負うところが大きいこと、はじめにお断りしておきます。なかでも、学部生の時から私にとっての導きの師であったのが、水野紀子先生（現・東北大学教授）です。その水野先生が、当時、法学部のパンフレットにお書きになっていた家族法を紹介する文章を、そのまま本日配布したレジュメの冒頭に抜き書きしてみました。私が今日皆さんと一緒に考えてみたいことが、まさにここに凝縮されているような気がしたからです。ちょっと読んでみます。



「いわゆる家族法とよばれる民法の分野は、何を決めているのでしょうか。法律は家族に対して何ができるのでしょうか。家族法は正しい家族のあり方を定めるものだと考えられていた時代がありました。厳密に言えば今でもその要素が残っています。でも以前よりずっと謙虚に考えるようになりました。正しい家族なんてあるのだろうか、法律がそんなことを決めてよいのだろうか、と。それに、愛し合う夫婦、子を慈しむ親は、そうでない者よりももちろんいいに決まっているとしても、法律が人間にそうなることを命令することは不可能であるし、命令しようとしたらむしろ弊害ばかりだということに自覚したのです。

こうして謙虚になった家族法ですが、それでも社会にある家族にとっても大きな影響力をもっています。その力の源泉は何でしょうか。どこまで家族法の力なのか、どこから社会通念の力なのか。家族法は本当には何ができるのか、何をすべきなのか。一緒に考えてみてください。」

家族法の規定のなかには、時代遅れで、しかも誰のことも幸せにしない、不合理としか感じられないものがあるかもしれません。しかし、家族法というのは、実は、個々人の幸福追求を超えて、社会基盤の構築とか社会正義の実現のために、そうした結果を望まない者に対しても強いるべき内容を含むものなのです。そうした家族法の真の使命というものを今日は皆さんにお伝えできればと思っています。

本日のお話では、親子の法的関係の形成という問題に焦点をあわせてみようと思います。子どもというのは、生まれてからしばらくは、周りの人のサポートがなければ生きていくことができません。子が成人し、社会の中で自立して生きられるようになるまでの間をどうサポートしていくのか、そのための社会基盤を整える役割を担っているのが、家族法なのです。そのことを、これから具体例をあげながら明らかにしていきたいと思っています。

## 2. 法的「母子」関係の形成と家族法——代理母事案を素材として

まずは、生殖補助医療の進展に伴って生じてきた、母と子の間の法的関係にかかわる問題について、いくつかの事例を考えてみたいと思います。

### (1) case 1 : 代理母出生届不受理事件

レジュメの [case 1] をご覧下さい。「日本人夫婦であるA男とB女が、Aの精子とBの卵子を用いた生殖補助医療により米国人女性が懐胎し出産した子らについて、区役所にABを父母とする出生届を提出したところ、区役所はこれを受理しなかった。そこで、ABは、出生届の受理をするよう求めて訴えを提起した。」

どこかで聞いたことがある話だなとピンと来た方もいらっしゃるかもしれません。これは、10年近

く前になるでしょうか、タレントの向井亜紀さんが、手術により子どもを産めない体になってしまったということで、自分たち夫婦の精子と卵子を用いてアメリカの女性に代わりに子供を産んでもらいました。そうして生まれてきた子について、向井さん夫妻は自分たちの子だということで出生届を出したのですが、それを役所は受理しませんでした。子を産んでいない向井さんは子の母ではない、というのです。そのことを不服として、向井さんらは裁判に訴えたのですが、最高裁は、次のように述べて訴えを退けました。「**現行民法の解釈としては、出生した子を懐胎し出産した女性をその子の母と解さざるを得ず、その子を懐胎、出産していない女性との間には、その女性が卵子を提供した場合であっても、母子関係の成立を認めることはできない**」(最高裁平成19年3月29日決定)。

出産に伴うリスクを代価を払って他人に転嫁する、という代理母の倫理上の問題については、ここではひとまず措くことにします。この最高裁の判断に対しては、違和感を覚える人も多いことでしょう。日本の民法は、体外受精という生殖医療技術の進歩を想定していない時代に作られた。産んだ人とは違う人の遺伝子を受け継ぐ子、などというのは、昔は想定できなかったはずで、だからこそ産んだ女性を母とする規律は合理性をもっていたといえる。しかし、すでにそうした前提がくずれた現在は、産んだ女性を母とすることに拘る必要はない。[case 1]でいえば、紛れもなく生まれてきた子はBとの間に生物学上の血縁関係があり、しかも、これから先、Bを母として育ていく、それなのに、民法がBを母と認めないのは、子の利益にも反するのではないか――。

さきほど、家族法は未成熟の子が社会に出ていくまでの間のサポートをする、そうした使命をもっているとしました。しかし、いま紹介した最高裁の理解による民法のルールは、それと明らかに矛盾するようでもあります。産んだ人を母とは認めないというルールは、誰も喜ばない不当な結論を押しつけるものであり、まさに時代遅れの不要なもの、という批判が出てくるのも当然だ、と感じられるかもしれません。憲法学的に言えば、幸福追求権を侵害する事態、といえそうでもあります。

では、なぜ最高裁は、向井さんたち家族が望まない、誰も幸せにしないようなルールを堅持することに拘ったのでしょうか。拘ることの必要性がよくわかる、というか、思い知らされる事件を、次に紹介することにしましょう。

## (2) case 2 : 代理母から出生した子の引取拒否

レジュメの[case 2]をご覧ください。1つめは、2008年8月に新聞報道された実際の出来事です。「ある日本人夫婦が、インドにて、インド人女性と代理出産の契約を締結し、夫の精子とドナーから提供を受けた卵子を体外受精させ、受精卵をインド人女性の子宮に移植し、子が出生した。しかし、この時点ですでに夫婦は離婚しており、元妻は子の引取りを拒否した。インド人女性も、出産後、契約通り子を病院に残し帰宅した。元夫は、子の引取りを望んでいるが、子はインドで生まれたためインド国籍となっており、この子を国外に連れ出すには、養子縁組をしてインドの旅券を取得する必要がある。しかし、インドの法律では、結婚していない男性は養子縁組ができないため、この子は出国できない事態となっている。」ちなみに、この事例については、この子はその後インド政府の特別の計らいで、無事に父とともに日本へと出国できたようです。

もうひとつ、日本人の事例ではありませんが、2014年8月に報道されたものも紹介しておきましょう。「ある国のカップルから代理出産を依頼されたタイの女性が双子を出産したが、このカップルは健康なほうの子だけを引き取り、ダウン症候群で心疾患を患っている子のほうは引き取らなかった。この子は、出産をしたタイ人女性が引き取り、育てているが、必要な医療費を払えるだけの財力もない。」

これらの事件から、私たちは何を学ばなければいけないのでしょうか。産んだ人が母であると民法は決めつける。それはもちろん、かつては産んだ人が母だという扱いをすることがごく自然なことで、生物学的に齟齬が生じることもなかったから、ということがありますが、生殖補助医療の進展によって、産んだ人と子との間に生物学的な母子関係がない場合も想定しうる現在においてもなお、この原則は維持すべきだ、ということの意味です。

子どもは誰かが必ず産む。つまり、子には産んだ人というのが必ず存在するわけで、産んだ人を母とすることによって、その子には養育について法的な義務を負う母が存在する状態を確実に作り出すことができます。ところが、子を産んだけれど母にならなくてよい、という事態を許容してしまうと、誰の

庇護も受けられずに置き去りにされる子が世の中にあられる可能性が出てきてしまうのです。そうした事態を万に一つでも生じさせない、そのためには、産んだ女性を母とすることを絶対的に強制する社会的なしくみが（別途の法的手当てが用意されるのであれば別ですけど）必要なのです。

当事者の向井さんたち家族が法的親子と認められないのは可哀想ではないか、と思うかもしれませんが、この場合は、特別養子縁組という手続をとれば、（法的親子関係を形成するプロセスは異なるものの）実親子の場合と同じ法的効果を得ることができます。

代理母をめぐるトラブルも生じることなく、順調に事が推移した向井さんらにとっては、実子ではなく、養子の形をとらなければならないのは嫌かもしれません。しかし、生育について義務を負ってくれる者がなく、置き去りにされてしまう子が出ないような社会を構築するためには、向井さんらが多少嫌な思いをすることになったとしても、法的母子関係の形成について、産んだ女性を母とすることは、社会において必要なルールなのだ、ということです。

私がこの話を通じて何を伝えたかったかという、具体的な事案の当事者にとってみれば、「産んだ女性を母とする」というのは、幸福追求権を侵害する憲法違反のルールだ、と思われてしまうかもしれない、しかし、社会システムとして考えたときには、決して不合理とはいえない、個々人の幸福追求を超えた重要な役割を担っている制度なのだ、ということです。目の前の具体的な事例について妥当な解決を図る、という視点だけで、家族法の制度を悪者呼ばわりはしないでください、ということ、私としてはまず理解いただきたいと思うのです。

### 3 法的「父子」関係の形成と家族法・その1——嫡出推定とその否定

今お話しした母と子の関係をめぐる問題は、生殖補助医療の進展に伴って生じた、ある意味特殊なケースに関わるものでしたが、もっと一般的に、ずっと昔から問題となっていたのが、父と子の関係です。母子関係とは異なり、出産といった事実などで客観的に明かになるわけではない父と子の法的関係をどのように形成させるのかは、非常に大きな家族法の課題です。妻が産んだ子だけれど、その子の父は自分ではなく別の男だというとき、果たして法的な父子関係についてはどのように扱われることになるのでしょうか。

#### (1) 法的父子関係を形成するしくみ

まずは、民法上、父子関係を形成するしくみがどのようになっているのかを説明いたします。法的な父子関係を形成するルートには、実親子関係と養親子関係という2つがあります。養親子関係というのは養子縁組をして親子関係を作るというものですが、今日取り上げるのは、実親子関係の方です。この実親子関係の形成についても、2通りあって、一つが、婚姻関係にある男女から生まれた子について父子関係を形成するもの（嫡出子関係）、もう一つは婚姻関係にない男女から生まれた子についてのもので、こちらの場合の父子関係は認知によって形成されます。養親子や認知のことも大事なのですが、以下では、嫡出子関係を支える嫡出推定制度に焦点をあわせることにしましょう。

#### (2) 嫡出推定制度とその否認

嫡出推定制度を定める民法 772 条 1 項とは、次のようなものです。「**妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する。**」つまり、結婚している間に妻が妊娠したなら、生まれてきた子は、特別な手続をとるまでもなく自動的に、夫との間で父子関係が形成される、というわけです。もっとも、妻がいつ妊娠したかは必ずしも客観的に明らかとはならないので、同条の第 2 項に、次のような規定が置かれました。「**婚姻成立の日から 200 日を経過した後又は婚姻の解消若しくは取消しの日から 300 日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する。**」これによれば、離婚して 300 日以内に子が生まれた場合は、結婚している間に妊娠したと推定される、ということで、子が生まれた時にはもう夫婦でなくなっていたとしても、離婚した前夫の子として父子関係が形成される、というわけです。

もっとも、772 条は嫡出と「みなす」、つまり決めつける、というのではなく、あくまで「推定」する制度なので、推定したのと異なる事実があれば、この推定は覆される可能性を残しています。妻が妊娠して子どもが生まれたけれど、自分の子ではない、ということなら、772 条の推定は覆され、妻が産

んだ子との間の父子関係が発生しない、ということになります。ところが、772 条の推定を覆すために用意された「嫡出否認」という制度は、要件が非常に厳格であり、自分とは異なる男が子の父であることが判明したとしても、推定を覆せないこともありうる、そういうものとなっているのです。

まず、嫡出否認の方法については、父とされている者が子または母を相手に必ず訴えを起し、裁判で勝たなければなりません（民法 775 条）。そして、次がとても大事なのですが、この嫡出否認の訴えは、夫が子の出生を知った時から 1 年以内に提起しなければならない、とされているのです（民法 777 条）。したがって、子供が 2 歳 3 歳…と年を重ねていくうち、ちっとも自分に似ていないことを不審に思い、妻を問い詰めたら、実はあなたの子どもではないと白状した、などといった場合は、もはや手遅れ、たとえ血縁関係がないことが明らかになったとしても、法的な父子関係を断ち切ることはできない、ということになります。

では、嫡出推定を覆すことが、なぜこのように 1 年という短い期間に限定されているのかといえば、それは、法律上の父子関係の早期の安定という要請によるものです。子供は、自分の父が誰かということについて不安を覚えなくてよい、身分状態の安定が確保されてこそ、精神的な安定を得て、健全な生育ができるといえます。本来、親子というのは、嫌いになったらいつでも切れる、というようなものではなく、いくら嫌いになっても子の生育について親は責任を放棄することができない、そういう強制があってはじめて、子の健全な生育が可能となるといえます。

ある事柄の意味や重要性は、もしそれがなかったらどうなるかを考えるとよくわかります。そこで、嫡出否認をいつでもできるという法制度だったとしたらどういう状態になるのかを考えてみます。その場合、父の立場にある人は、子に対して、「お前は本当は俺の子じゃないんだ、父子関係は俺が行くところに行って話をつけさえすれば、いつでも切ることができるんだぞ」などと、子供が物心がついた後もずっと言えることになるわけですが、そんなことを始終言われ続ける環境に身をおかねばならないとしたら、その子はどうなってしまうのでしょうか。自分の面倒をみてくれる人がいなくなってしまうかもしれない、という事態に怯える不安定な状態に置かれることが、子にとってどれだけ過酷なことか、それが子の生育にとって甚大な害毒となることは、皆さんも容易に想像できるのではないのでしょうか。

自身の子として育て始めたのなら、途中で嫌になっても、その子の生育に対してきちんと責任をもたせる、そのために父の側の言い分を封じる、というのが、厳格な要件となっている嫡出否認制度の趣旨なわけです。このように、民法の嫡出推定制度と厳格な要件の嫡出否認は、子の健全な生育をサポートする環境を整備するための、社会システムとして絶対不可欠の制度であり、その趣旨は、いくら時代が変わったとしても簡単に変えられるようなものではない、ということです。そもそも、結婚というのは、相手の女性が産んだ子について自分が父になるという責任を負うことを承認するものでもある、結婚にそのような意味ももたせるのが嫡出推定制度なのだ、そんなふうにも理解することができるでしょう。

### (3) 父子関係否定の要件緩和へ

こうした父子関係の早期安定という要請の重要性は十分理解できるとしても、ただ、それにしても父子関係の否定が 1 年に限定される、というのは、ちょっと厳格にすぎるのではないか、一定の範囲では例外も認められてよいのではないか、という言い分にも一理ないことはない。極端な例をあげるなら、夫が刑務所に収監中に妻が懐胎し、出産をした、そのような場合にまで、杓子定規に嫡出推定の 772 条を適用して父子関係を推定し、1 年経ったらもう父子関係を切れなくなる、と解釈するのは、さすがに不自然ではないか。そういうことを家族法学者も考えないではなかったのです。

そこで、父子関係を否定する要件をある程度は緩和してよいのではないか、ということであみ出されたのが、「嫡出推定の及ばない子」という概念です。民法 772 条で夫の子と推定されるのは、一定の事実レベルでの蓋然性（確からしさ）があることが前提となっている、そうであるならば、推定する前提を欠く場合には、772 条の要件を形式的には満たしていても、「嫡出推定は及ばない」として父子関係を認めない、と考えたわけです。嫡出否認の訴えはあくまでも 772 条の推定を破るための制度なのだから、772 条の推定が及ばずに父子関係が否定されるべきという場合については、民法で定められた嫡出否認の訴えではなく、親子関係不存在確認の訴えというものを用います。こちらについては、期間制限が設けられていないので、出生から 1 年以上経っていても父子関係を否定することができます。

#### 4. 法的「父子」関係の形成と家族法・その2——父子関係否定の訴訟と解決

そのようにして民法に定められた厳しい要件を一定の範囲で緩和し、父子関係を絶つ途を1年経過後にも開くことにすると、問題は、どの範囲でそれを認めるのか、です。もともと父子関係を断ち切る途を厳格に制限していたところ、その例外を拡大していくと、子の福祉を図るという嫡出推定制度の趣旨が突き崩されてしまう、というわけです。

##### (1) 学説の対立

この問題については、家族法学者によっても見解が分かれており、百花繚乱の趣すらありますが、レジュメには、そのなかで代表的なものをいくつか掲げておきました。

「①外観説」というのは、もっとも厳しい考え方です。長期にわたる外国滞在や、服役、あるいはちょっと前の事例にはたくさん登場しますが、戦争に行っていた、などのことにより、夫によって妻が懐胎することがなかったことが外形的に明らかの場合だけ、例外的に1年経過後でも父子関係を否定することが認められる、という考え方です。

それに対し、「②血縁説」は、血液型の背馳とか人種の相違とか夫の生殖不能、あるいはDNA鑑定などにより、科学的に血縁上の父子関係の不存在が証明できれば、嫡出推定を破ることができる、というものです。血縁上の父子関係がないことが分かっているのなら、血縁関係のない父子関係を法的に縛ることは無意味だ、生物学上の親子関係を法的親子関係に忠実に反映させるべきだ、というわけです。

DNA鑑定などの技術がない時代であれば、血縁関係を明確にできないことを補うために嫡出推定という父子関係形成の仕組みが必要だったかもしれないけれど、DNA鑑定の精度が上がり、99.9…%の確率で父子関係の不存在が確かめられる時代になっているのだから、厳格な嫡出否認を維持する必要はない、そんなふうに血縁説は考えるわけです。

ただ、そこまで割り切ってしまうと、嫡出推定制度の趣旨である子の福祉をないがしろにすることは躊躇を覚える、ということで、折衷的な考え方もあらわれます。例えば、レジュメにある「③家庭破綻説」というのは、家庭の平和が維持されているときは、外部の者の主張によって父子関係を断ち切るようなことを妨げるべく外観説にとどめるべきであるが、家庭が破綻している場合には血縁事実を探求して嫡出性を争えるようにする、という説です。子の福祉に一定程度配慮しているようにも思えますが、実際に裁判で争うケースでは家庭が破綻しているのが通例でしょうから、実際には血縁説と結論があまり変わらないといってよいでしょう。「④新家庭形成説」というのは、子の福祉をもう少し重視し、法的父子関係のほうの家庭が破綻していることに加え、子と生物上の父との間で新たな家庭が形成されていて、子の中で安定的な生活ができていて、という場合にのみ、血縁関係の存否を示す証拠によって法的父子関係を断ち切れる、というものです。この説の難をあげるとすれば、父子関係が争われている時点で新家庭が形成されていたとしても、その後すぐに崩壊する可能性だってあるのだし、どのタイミングで争われるのかという偶然の事情で結論が変わるという不安定な基準でよいのか、という問題があります。

こうした折衷的な見解も含め、最近の家族法学者のなかには、血縁説が志向する、血縁上の真実の父子関係と法的な父子関係を一致させようという考えが一定の広がりを見せています。そうした動きは、実際に、血のつながりがない子との法的親子関係を断ち切りたい、という父（とされている者）の提起した訴えに対する裁判所の判断の中にも見え隠れするようになってきました。次に、実際の裁判事例をいくつかみていくことにしましょう。

##### (2) case 3 : 「DNA鑑定結果+家庭崩壊」を理由とする父子関係否認訴訟

レジュメの [case 3] をご覧下さい。これは実際の裁判事例（最高裁平成 26 年 7 月 17 日判決・高松ケース）をモデルとして作った事案ですが、これをまずは読んでみます。「夫Aは、妻Bの第5子妊娠が浮気によるものではないかと疑い、それまで実の子として養育してきた第4子（2歳）と第3子（4歳）についてDNA鑑定を私的に行ったところ、AとCDの間に血縁関係なしとの結果が出た。そこで、Aは、Bとの婚姻関係が破綻したとして離婚調停を申し立て、あわせてCDに対して親子関係不

**存在確認の訴えを提起した。Bは、浮気の実事はない等と主張して争っている。」**

DNA鑑定の結果を重視する血縁説でいけば、Aの父子関係を絶つ訴えは認められることになるでしょう。また、子の福祉に一定の理解を示す家庭破綻説であっても、もうこの家庭は破綻しているのだから父子関係で繋げておく意味はない、という判断になるでしょう。では、このケースで実際に、裁判所はどのような判断を下したのでしょうか。

レジュメに2審（東京高裁）の判決文を要約したものを記しておきましたので、少し長いですが読んでみます。「妻が婚姻中に懐胎した子を夫の子と推定した上、夫による嫡出否認の訴えの出訴期間を厳しく制限した趣旨は、法律上の父子関係を早期に確定し、子の身分の法的安定を保持する点にある。」  
「嫡出推定が及ばない例外を認める上では、子の法的保護者を確保する見地から慎重に判断する必要がある。」  
「Aは、CDを自分の子と信じて養育してきたところ、DNA鑑定によってCDを自分の子と信じられなくなったというが、それまで親子として生活してきた事実は軽視できない。法的父子関係と生物学上の父子関係とが一致することが一般的に望ましいとしても、子の利益という観点からは、法的に確定している父子関係を、私的なDNA鑑定による生物学的父子関係の調査や、妻の不貞による家庭の平穩の破壊といった事情によって覆すことは、法の趣旨に照らし許されない。」

この判決では、法律上の親子関係と生物学上・血縁上の親子関係はそもそも別のものだ、という前提がとられています。法的な親子関係と生物学上の親子関係が一緒でよい、というのなら、法的親子関係を決めるのは医師で十分なはずです。なぜ裁判によって法的親子関係の争いを決めるのか、それは、生物学上の繋がりだけではなく、さまざまな要素を考慮したうえで法的親子関係というものは決められるべきだということです。

産院での赤ちゃんとり違い、という例をイメージすると分かりやすいでしょうか。愛情を注ぎ、共に生活をしていく、そうした事実の積み重ねによって形成されてきた親子関係は、血のつながりがない、という一事をもって否定されるべきものなのでしょうか。血の繋がりなどなくても、そこには確固とした親子関係の存在が認められるはずであり、「あなたたちは血の繋がりがいいから親子ではない」などと、どうして断ずることができるでしょう。

[case 3]の事件が最高裁に上訴されたとき、夫の側がどのような主張をしたのかということ、嫡出推定制度を定めた772条や、嫡出否認の訴えを1年に限定する777条は、幸福追求権を侵害する、憲法13条や14条に違反する規定だ、ということでした。最高裁はこの上告を棄却したのですが（最高裁平成26年7月17日判決）、私にいわせれば、それは当然のことです。夫Aの立場からすると、「自分の子どもだと思ったからこそ愛情を注いで育ててきたのに、他人の子だというのは、話は違う。なぜ自分が責任を負わされなきゃいけないんだ」と思うかもしれません。しかし、そうした親の心情、あるいは幸福追求（と言っていいかも知れませんが）といったものを犠牲(?)にしてでも、守らなければならない社会的要請がある、それが、父子関係の早期安定を図ることによる子の福祉の実現なのです。繰り返しになりますが、親が子に対してDNA鑑定の結果をつきつけて、親子の縁を切れるんだぞ！と言ってしまう、そのような、決してあってはならない事態を避けるための砦が、嫡出推定制度なのです。個々人の幸福追求権などという憲法訴訟でゆるがせにできるものではないのです。

現在までのところ、少なくとも最高裁のレベルでは、こうした嫡出推定制度の趣旨が正しく理解され、嫡出否認制度の例外をごく限定的にとらえる外観説が維持されています。

### (3) case 4 : 「DNA 鑑定の結果なし+家庭崩壊」の場合の父子関係否認訴訟

先ほどの [case 3] で登場した1審や2審の判決には、嫡出推定制度の趣旨や法的親子関係がもつ意味がよく表れていました。では、だんだん微妙な話になっていくのですが、続いて [case 4] をみてみましょう。これも実際の裁判事案（最高裁平成10年8月31日判決）を素材としたものです。

事実の流れをごく大まかにたどってみます。男性Xと女性Zは結婚したけれど、すぐに仲が悪くなって性交渉もなくなり、結婚から1年経たないうちに別居状態になりました。ただし、別居して1ヶ月くらい経った11月22日に、XとZは1度だけ性交渉をもちました。それから1か月後、Xは、Zに妊娠したと言われました。しかし、二人の仲は良くなるわけでもなく、家庭裁判所で調停の結果、復縁は難しい状態だけれど、すぐに離婚というのではなく、当面は別居ということで様子を見る、そしてZの生

活費はXが工面する、ということで調停が成立しました。翌年の7月27日にZは子Xを出産したのですが、4000gを超える巨大児だったことから、Xが本当に自分の子であるのか、不審に思いました。自分が性交渉をもった日から出産まで8カ月、そのときの性交渉で産まれた子にしては大きすぎる、というわけです。そこで、医師の見立てなどを証拠として、Xは親子関係不存の訴えを提起しました。

Xの代理人を務めた弁護士さんは、Xの思いをこんなふうに代弁して話しておられました。自分とZは、現在は離婚が成立していて、今後生活を共にすることはありえない。Zは、自分と産まれた子Yとの父子関係を断ち切ることを拒絶する一方で、自分をYと一度も会わせようとしない。長く別居を続けた後に生まれ、そして一度も姿を見たことのないそんな子に、どうして父親としての愛情を注げるというのか、なぜ、法的父子関係を強要され、子に対する養育の義務を負わされなければならないのだ、精神的苦痛以外の何物でもない――。

では、この事案に対して裁判所はどのような判断を下したのでしょうか。原審（東京高裁）は、結論として夫の訴えを否定しましたが、注目してもらいたいのはその理由づけです。レジュメに要旨を記しておいたので、ご覧下さい。

判決は、まずはじめに、「**妻が夫の子を懐胎する可能性がないことが外観上明白な事情があるときは嫡出推定が排除される**」と述べました。最高裁は一貫して外観説を採っていますから、その方針に則って判断をする、ということをもまずは表明したわけです。本件の場合、Zの懐胎が推認されるのが別居を始めた前後の非常に微妙な時期であり、外観上明白に夫の子を懐胎できなかったとはいえないため、外観説の基準でいくと親子関係不存確認を認められる場合には該当しない、としました。



問題は、これに続く部分です。**「上記の場合に限らず、客観的かつ明白に父子関係を否定でき、かつ、懐胎した母親と夫の家庭が崩壊し、その家庭の平穏を保護する必要がない場合にも、嫡出推定を排除できる。」**

これは要するに、外観説の基準から外れるものであっても、親子関係不存確認を認めるとしたものであり、明らかに外観説を否定することを意味しています。言い回しは家庭破綻説に依拠していますが、いずれにせよ、血縁関係が不存であることが明らかにできれば、いつでも親子関係を否定できるという考え方を示したわけです。

では、本件について東京高裁はどのような結論を導いたのでしょうか。本件では、Xの側は自分のDNAについては調べる用意があったものの、Zの側が子のDNA鑑定を拒絶したため、父子関係の不存をDNA鑑定で証明することができませんでした。

そこで、判決は、「**ここにいう『客観的かつ明白に』とは、何人も疑いを差し挟まないような信頼するに足る科学的証拠で立証されることが必要である**」とした上で、本件は、何人も疑いを差し挟まないような科学的証拠がないため、親子関係不存確認の訴えが認められない、という判決を下しました。

この事件におけるXとYの実際の関係性などを考えると、法的父子関係を維持することに意味があるのかは疑問に思われるかもしれません。また、Zの側が子XのDNA鑑定を拒絶しているという事実からは、いかにも自分に不利な証拠を秘匿しようとしている、という印象を受けるに違いありません。DNA鑑定ができないなら訴えは認められない、という東京高裁の言い分は、Xにしてみたら承服しがたく感じるでしょう。実際、Xの代理人弁護士は、相手の求めに応じず証拠を提出しない者については、自己に不利な証拠を秘匿している事実からもたらされる心証に依拠して事実認定をせよ、DNA鑑定の結果がなくとも、血縁関係がないという事実を認定して判断をせよ、という主張をして上告しています。

そうしたXの思いを尊重すべき、というのでは決してなく、むしろ逆の意味において、私はこの判決は大いに問題があると考えています。それは、本件事案に対する結論はともかくとして、DNA鑑定によって法的父子関係を決定するという姿勢です。

目の前にある具体的事案をみていると、父子関係を維持させることに意味がない、むしろ父とされている者の心情を理解すべきだ、などと思えたとしても、ここでDNA鑑定こそが法的父子関係を基礎づける決定的要素だという態度をとってしまったら、嫡出推定制度によって支えられている社会システムが崩壊してしまう、ということです。

最高裁は、この事案についても、外観説を採用してXの親子関係不存在確認の訴えを退けました。Xのことだけ考えれば理不尽のように思えるかもしれませんが、今述べたようなことからすれば、正しい判断であったと評価することができるでしょう。

DNA鑑定を安易に持ち出すことの問題性については、この後も、また別の裁判事案をみながら考えていきたいと思えます。

#### (4) case 5 : 「DNA 鑑定の結果+新家庭形成」→子からの父子関係否認訴訟

レジュメの[case 5] をご覧下さい。「A 夫は、結婚 3 年目から単身赴任を始めたが、その間も妻 B の住む自宅に月に数回帰っていた。B は、その頃 C 男と知り合い、親密な交際を始めたが、A とともに旅行するなど夫婦の実体は失われていなかった。結婚 5 年目に B は D を出産し、A は D のために保育園の行事に参加するなどして、D を監護養育していた。それから 4 年後、B は D を連れて自宅を出て C と暮らし始めた。D は C を「お父さん」と呼んで順調に成長している。B の側で私的に行った DNA 検査によれば、C が D の生物学上の父である確率は 99.99% とされている。B は、A を相手に、D を代理して親子関係不存在確認の訴えを提起し、離婚訴訟も提起した。」

このケースは、子（といっても、実際には子を代理している母ということなのですが）から父子関係を断ち切らせてくださいと親子関係不存在確認の訴えを提起したものです。今までのケースは、子の健全な生育を図るという社会システムを維持していくためには、自身の思いには沿わないとしても、父としての身分を捨てることは許さないとすべき、というものでした。しかし、この [case 5] では、子の福祉を図るための制度からの離脱を、保護されるべき対象である子自身が求めているわけです。子の側が父子関係を断ち切りたいと言っているとき、法律上の父親の側が、父であり続けることを権利として主張することができるのかという、非常に難しい判断が求められる裁判となりました。

最高裁の判断はどのようなものになったのか。レジュメに記した要約をご覧下さい。「身分関係の法的安定を保持する上から合理性を有する」。「そして、夫と子と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、子が、現時点において夫の下で監護されておらず、妻及び生物学上の父の下で順調に成長し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」。(最高裁平成 26 年 7 月 17 日判決)

最高裁は、ここでも従来の外観説の立場を維持しました。訴訟当事者の特性ということからすると、法律上の父は、子に対して父としての義務を負うのと同時に、父としての権利をもっている、そんなことをこの判決は示したと評価できるかもしれません。

この事案は、子が血縁上の父親と暮らしているというものであり、現時点で法律上父とされている者との父子関係が否定されれば、血縁上の父との間で法的父子関係を形成する手続をとることも可能となります。子と母、そして子の生物学上の父とで新たに家族が形成されてもいる以上、そのほうが子にとっても望ましいかもしれません。

それでもなお、最高裁は、法的な親子関係を断ち切ることにDNA鑑定を用いることを拒んだのです。なぜここまで頑なでなければならぬのか。それは、目の前の事案に対して妥当な結論を導く、ということを超え、DNA鑑定に依拠した法的父子関係というものを承認することによって社会全体にもたらされる悲劇を回避しなければならない、という要請があるからです。

そのことは、最高裁判決に示された山浦善樹裁判官の補足意見によりよく表れています。「科学技術の進歩に応じ、その効果的な利用が必要であるということはいまでもないが、DNAは人間の尊厳に係る重要な情報であるから決して濫用してはならない。たまたまDNA検査を試みた結果、ある日突然、それまで存在するものと信頼してきた法律学上の父子関係が存在しないことにつながる法解釈を示

すことは、夫婦・親子関係の安定を破綻するものとなり、子が生まれたら直ちにDNA検査をしないと生涯にわたって不安定な状態は解消できないことにもなりかねない。」

DNAが家族関係のすべてを決める、という社会がどれほど恐ろしいものなのか。少し前に、芸能人どうしの夫婦が、離婚した後、父の側が子供を引き取って長年育ててきたのだけれど、DNA検査をしたところ、99.99%自分の子供ではないことが判明した、という芸能ニュースが報じられていました。父親は、このような判定結果が出たとしてもこの子の父ではあり続けたい、と言っているようですが、その後、子は父との生活を止め、父は親子関係不存在確認の訴えを提起しています。芸能人ということでこの話はひろく報道されてしまったのですが、かりに世間の人に知られるということがなかったとしても、父との血縁関係を突然否定された、それは自己のアイデンティティすら否定されることにもなりかねないことであって、この15歳の少年が受けた衝撃、心の傷は、いかばかりのものであったことでしょう。

DNAという自身の出自に関わる情報というのは、個人のもっている情報のなかでも、プライバシー中のプライバシーに属するものです。「DNA情報を出せ」というのは、「裸になれ」というのと同じ、いやそれ以上のことといってもよいかもしれません。たとえ裁判官だって、そんなことを命じてよい、などとは到底いえないはずのものなのです。

誰と性的関係をもったのか、といった秘事に立ち入ることなく、安定的な父子関係の形成を図る、そのために生みだされた創意、人類の叡智が、嫡出推定制度なのです。DNA情報を提出させ、それによって法的親子関係を決する、などということがどれほど個人のアイデンティティをゆるがせにする野蛮なことなのか、ということを考えれば、軽々にDNA鑑定に依拠すべきだ、などと真実志向主義をとって嫡出推定制度を過去の遺物のように扱うのは、あってはならない態度だ、ということがお分かりいただけるのではないのでしょうか。

日本ではDNA鑑定は簡単に行えるようになっていますが、ドイツやフランスでは、私的なDNA鑑定は法律で一切禁止されています。仮にDNA鑑定の結果が裁判で提出されたとしても、証拠としては採用されないことになっています。それぐらいDNA鑑定というのは危険なものであり、人間の尊厳を冒すことのないよう、その扱いには慎重に慎重を重ねなければならない、という意識が徹底されているのです。[case 4]の東京高裁の判決の中には、DNA鑑定至上主義ともいべき志向がうかがえるけれども、諸外国の例もみていくと、それが非常に危険で乱暴なものだ、ということがよくわかります。

さきほどみた[case 4]では、父子関係を断ち切れないとするのは、父とされている人が可哀想だ、という感じがするだろうし、[case 5]では、父子関係を維持しようとするのは父のエゴだ、と考える人もいるかもしれません。しかし、目の前で争いをしている当事者の思いとか利益ということだけ考えて結論を出してはいけません。社会システムとしてどうあるべきか、ということの創意の上に、家族法制は構築され、最高裁の判断が示されているのだ、ということ、繰り返しになりますが、父子関係に関する話の最後に、ここであらためて強調しておきたいと思います。

## 5. 再婚禁止期間の意味を考える

このあとレジュメでは、再婚禁止期間についてまとめてあります。本日の研究集会のメインである作花先生のお話に先だち、その前座として、再婚禁止期間という制度の基本的なしくみを紹介する役を担うつもりでしたが、時間がなくなって参りましたので、再婚禁止期間については、恐縮ながら作花先生に全面的にお譲りをし、後で時間があれば、作花先生のお話を受けつつ、私の思うところを述べさせていただきます。

## 6. (補論) いわゆる「300日問題」を考える

レジュメではその後、いわゆる「300日問題」について取り上げています。DV被害から逃れてきた女性が、新たなパートナーとの間で子をもうけたが、前の夫との婚姻関係を解消できていないために、その子について出生届を出すと前夫の子と推定されてしまう、そのことを避けるために出生届を出せず、その子が無戸籍児となってしまう——そうした事態が社会問題として近年注目されました。このときには、諸悪の根源は嫡出推定制度にある、といって制度を廃止すべきだ、という声はずいぶん聞かれまし

た。もちろん、ゆゆしき事態であり、当事者にとっては何とかしてほしい、と思うだろうけれど、だからといって嫡出推定制度を悪者にして、これを捨て去ってよいのか。本日の私のお話にも直接関連する問題ではあるのですが、時間の都合上省略させていただきます。

## 7. まとめ

### (1) 社会を構築する「制度」としての家族法

そろそろまとめに入ろうと思います。皆さんにあらためて知っておいていただきたいのは、当該事案の登場人物の誰ひとり喜ばない、誰の利益にもならないと思える制度が家族法にはある、ということです。当事者にしてみれば、なぜ私はこんな制度に縛られなくてはいけないのだと憤ることもあるでしょう。その人にとっては私の幸福追求権が侵害されていると言いたくもなるでしょう。

このたびの作花先生の場合はまったく違いますけれども、私が憲法訴訟で問題だと思うのは、精神的な苦痛を生じさせているのはこの制度のせいだ、だから憲法違反だ、という具合に、当該事案における当事者、あるいは同様の立場にある人の利益だけに着目して、憲法違反だと主張されることがよくみられる、ということです。司法というのは、制度構築ではなく個々の紛争事案の解決のための役割を直接には担うのですから、それはいわば当然のことかもしれません。しかし、家族法の制度は個々人の幸福だけを念頭に置いたものではありません。子の福祉を犠牲にしてまで幸福を追求する権利など親に認められるものではありません。子の福祉という理念の実現を社会システムの構築という観点から目指したもの、それが家族法の制度なのです。そうした理念に基づいて設計された制度について、個々の事案の紛争を解決する裁判というものを通じて、どこまでコントロールを及ぼせるのか、あるいは及ぼしてよいのか、根本的には問われなければいけないのではないのでしょうか。

### (2) 家族法の使命と課題

それぞれの人が考える家族のあり方が多様化する現代社会において、家族法はいかなる役割を担うべきなのでしょう。家族法は、強行法規としての効力をもって、人々はみなそれに従うことを強制されます。反対の人も従わなければならない、そうした家族法の強制力は、何のために認められているのかといえば、その1つに挙げられるのは、弱者を保護し、正義を実現する役割を担う、ということです。これまでお話をしてきた親子関係法についても、まさに子の福祉の実現のために存在するのだ、ということをお伝えしてきたつもりです。しかし、家族法あるいは司法が、担うべき使命を担いきれているのか、というと、実際には、必ずしもそうとはいえません。家族をめぐる法制には、なお多くの問題が残されています。

その具体例としてまずあげられるのは、「協議離婚制度」です。日本では、夫婦が共同で離婚届を出せば離婚が認められるという協議離婚制度がありますが、他の国にもこのような制度があるというわけではありません。当事者に委ねるのではなく、必ず離婚するときに裁判所が当事者の間に入って調整をする、そうした手続を経ないと離婚が認められない、という法制度がとられたりしているのです。裁判所の手を煩わせなくても、当事者が自主的・自立的に問題を解決できているだなんて、我々日本人はよほど先進的だ、などと思うかもしれませんが、そんなことはまったくありません。

なぜドイツやフランスでは協議離婚という制度を認めずに裁判所が必ず関与するというシステムが作られているのでしょうか。離婚後、経済的に自立して生活できるか、ということに関して、夫と妻とではどうしても格差があります。女性の方は、結婚を機に専業主婦になって子育てに専念していたりして経済的な資力を十分に持てない状態にあり、しかも離婚後には子供を引き取り育てる、というケースが多い。離婚に際しては、夫名義になっている財産について一定の分与を受ける権利が妻にはあり、子どもについては離婚後も父母両方がちゃんと責任をもって育てなければならないのであるから、離婚して別居していたとしても父親は養育費を支払うべき立場にある。けれど、日本は、とにかく離婚したい一心で、妻の側がそうした財産的な保護の主張も十分にしないまま、離婚を成立させてしまうことが少なくありません。日本では母子家庭の貧困率が先進国の中でも非常に高く、社会問題化している、ということの背景には、こうした日本の離婚法制の問題があるといつてもよいでしょう。もっともっと家族法、そして司法、具体的には家庭裁判所が、公正な第三者の立場として関与をして、弱い立場にある者が泣き

寝入りをする事態にならないよう、積極的に役割を果たさなければなりません。現在の日本の司法は、そうした役割を担い切れてはいないのです。

第2に、夫婦別姓の問題についても、ここでひとこと述べておきたいと思います。夫婦同姓を強制する家族法の規定は変更すべきである、というのが家族法研究者のほぼ一致した見解です。日本における夫婦同姓の制度は、明治時代に、戸主制度（家父長制）を導入した家制度を構築し、戸籍は家を体現するものと位置づけた上で「妻は婚姻に因りて夫の家に入る」（明治民法 788 条）という規定が設けられたことに始まります。中央集権体制の国家を確立していくなかで、国民全体を掌握し管理しやすくするしくみとして、戸籍制度は作り出されたのです。「籍を入れる」というのは馴染みのある言葉となっていますが、戸籍制度は、諸外国にはみられない日本独自の制度なのです。

戦後、戸主制度・家制度は廃止されました。また、戸籍制度が担っていた中央集権体制の確立という使命が、現代日本の家族法制度に求められているわけでもありません。夫婦同姓が維持される必要性が果たしてあるのかは甚だ疑問といわざるをえません。

ちなみに、夫婦別姓だなんて、日本の古き佳き伝統が崩れるではないか、などと言う人もいますが、日野富子や北条政子などがいたことから分かるように、同姓とされたのは明治以降であって、日本の伝統が夫婦同姓というわけではありません。夫婦の一体性が損なわれる、という話もありますが、そんなふうには自分の価値観を他人に押しつけてはいけません。夫婦同姓の強要がもたらす、改姓によるアイデンティティの喪失という問題は、まさに人権侵害という次元で扱われてよいように思います。

夫婦別姓に対しては、さまざまな意見がありうるでしょうが、少なくとも、そもそも同姓を強要する制度とされた趣旨や、諸外国の例なども十分に理解した上で、個々人の感情とか印象といったレベルではなく、多様化する社会における氏姓のあり方として、きちんと立法府で議論をしてほしいものです。

### (3) 家族法と違憲訴訟——その意義と限界

家族法もさまざまなところを変えなくてはいけない、そのために作花先生も尽力されていらっしゃるわけで、このたびの再婚禁止期間の一部違憲判決というのは、非常に画期的かつ貴重なものであると、心から敬意を表したいと思います。違憲判決によって、再婚が禁止される期間が6ヵ月から100日に変更されたことは、結論として妥当なものだと思います。その上で、ここから先、憲法学者あるいは実務家の先生にお尋ねしたい、私自身の疑問についてお話ししたいと思います。それは、家族法の仕組みを変えていこうというときに、憲法訴訟という手法は、どこまで有用なものたりうるのか、ということです。

憲法違反だということで法規の無効を主張することは、もしそれが認められれば非常に大きな力を発揮するのは間違いありません。ただ、裁判というのは、実際に被害を受けているという人が、そのことの不当性を訴えて提起するわけですが、その際には、当然のことながら、原告自身の不利益を基礎として主張が展開されることとなります。しかし、あるべき法制度を考えていくためには、個々人の利益というレベルを超えた議論が必要になるのであって、被害者個人の主張を出発点とする訴訟という場において、そうした深いレベルでの議論ができるのか、ということに不安があります。裁判が報道されるときには、当事者の思いに寄り添った論調になりがちですので、個々人の利益に優先した社会的使命を担っているはずの法制度が正しく理解されず、不信感が世間で醸成されてしまいがちになってしまうのも残念でなりません。

そのことはともかくとして、憲法訴訟という手法の限界ということでは、違憲判決で勝ち取れるのは、せいぜい現行制度の無効というレベルにとどまる、ということです。制度に問題があることは明らかであったとしても、それを無効とするだけで問題を解決できるかということ、そうではないことのほうがむしろ多いように思います。

いまある制度におかしなところがあるとしても、その制度が全体としてまったく無意味だということでない限り、その制度が担っていた役割を代替する、よりよい制度を構築することが必要となるはずで、様々な制度が重なり合って、社会システムが構築されているのですから、そのうちのある1つの制度について効力を否定しようという場合には、関連する別の制度にそのことがどう影響していくのかを考え、新たな制度構築など積極的な施策もときには必要となるでしょう。

時間があれば後で質疑応答などの中でお話をしようと思いますが、再婚禁止期間の制度も、もし 100 日を超える部分だけでなく、全部が無効だ、という判断をするならば、代替する制度の整備が不可欠となるはずで。

残念ながら、憲法訴訟は今ある制度を否定することはできるけれども、新しい制度をつくりだすことまではできない。そこが憲法訴訟というやり方の限界とならざるをえないのではないか、そして、この限界は正しく認識されるべきものなのではないか、と思うのです。

などということを通してきましたが、違憲訴訟に大きな意義があるのは間違いありません。新しい制度をつくりだす役割を担うのは、本来は国会です。しかし、国会が、あるべき社会システムの構築のために十分な活動をしてきているかという点、ぜんぜんそんなことはない、というのが私の評価です。再婚禁止期間を 100 日に短縮することは、家族法学者も交えた法務省の会議で、とうの昔、平成 8 年に法律案としてまとめ、提案を行っているのですが、国会では全く審議されることもなく、ほったらかしのまま今日まで至っていたのです。より良いシステムを構築しようと家族法学者も頑張っているけれど、それで法律を変えられるわけじゃない。そうしたいかんともしがたい状態が続いているなか、このたびのような違憲判決が出ると、事態は一気に動くこととなります。十分に役割を果たさない立法府に活を入れる、憲法訴訟にはものすごく大きな意味があるわけで、その威力を今回の違憲判決であらためて思い知らされた、ということになります。

ともかくも、憲法訴訟は、家族法をはじめとする社会システムを変えていく上でどのような役割を担うべきなのか、憲法訴訟が果たしうる役割とその限界を正しく認識することが必要のように思いますし、憲法学と家族法学の協働がいまこそ求められている、ということになるかもしれません。

予定の時間を超過してしまい、申し訳ございません。私からのお話は以上とさせていただきます。ご清聴ありがとうございました。(拍手)

### 【三宅】

田高先生どうもありがとうございました。今日のタイトルに付けさせていただいたように「揺らぐ家族法」ということで非常に家族法に対する変容が今起きてきているわけですが、しかしそういう現状になってもなお家族法が変わってはいけないことがある、それはなぜかというところをお話しいただいたと思います。最後のところでは憲法訴訟についてどうとらえるのか私自身も今後の課題にしたいと思いますが、非常に貴重なご報告をいただいたと思います。それでは今から 10 分ほど休憩をはさみ作花先生のご報告へ移りたいと思います。

\*\*\*\*\* 休憩 \*\*\*\*\*

### 【三宅】

それでは報告を再開させていただきたいと思います。2つ目のご報告は作花知志先生で「女性の再婚禁止期間違憲訴訟の経験から「憲法」を考える」というタイトルで講演をいただきます。それでは作花先生よりお願いいたします。

### 【作花】

よろしくお願いいたします。弁護士の作花と申します。

先ほど田高先生の方から民法の嫡出推定制度のご説明がありましたが、私の方は具体的な事案の紹介ということで、昨年12月16日に最高裁判所大法廷で違憲判決が出されました。民法の規定している女性の再婚禁止期間についての違憲訴訟を私が担当させていただきましたものご紹介とその経験から憲法を考えるとというお話をさせていただきたいと思います。

この再婚禁止期間違憲訴訟というのは、現在でも岡山にお住いの訴訟提起の時はまだ20代の一人の女性の思いから始まった裁判です。この女性は結婚して大阪に行くんですけども夫の暴力で早い段階で婚姻関係が破たんして岡山に戻り、でも夫がなかなか離婚に応じてくれないつまり形骸化した法律関係だけがズルズルと1年、2年と続いていたという事件であります。ようやく夫と離婚できた段階で新しいパートナーができていたわけなんですけれど、ところがこの新しいパートナーとの間に生まれた子どもさんが無戸籍になっている。もう一つはこの裁判のタイトルでもあります再婚禁止期間というのが設けられていたりしていわばこの女性というのは形式的に存在している法律上の結婚制度によって2重にも3重にも苦しめられた方といえると思います。女性はその経験から自分のような辛い思いをする人がいない社会にしたいという思いから、その離婚訴訟を担当していた私にこの再婚禁止期間の憲法違反、法律を変えてほしいという裁判ができないだろうかと話されたのがこの裁判ということになります。

原告が20代の女性一人、訴訟代理人弁護士が私一人、二人三脚で細々と岡山地方裁判所で訴えを提起してやってきた裁判ですが、マスコミを通じて少しずつ頑張れよという支援者が増えてきて、最高裁の大法廷で開かれたのが去年の2月18日に決まりました。それはいわゆる夫婦別姓訴訟これと同じ日に弁論も行われて判決も行われるということが決まったわけです。そういうことも相まって大きく報道して下さって違憲判決が出されたときも非常に多くの方が喜んでくださった。この経験から今日せっかくシンポジウムという貴重な場をお借りしておりますので、その経験も踏まえて私の考える憲法とは何か、法の支配とは何か、家族とは何かというお話をさせていただきたいと思います。



お手元のレジメの1頁、憲法の役割というところをご覧いただきたいと思います。

「私が法律家としての活動で、一番感銘を受けたことは、弁護士としてアメリカ合衆国を被告とした訴訟の原告代理人を務めた時のことであつた。アメリカは、その有する武力では世界中のいかなる国をも屈服させることができる国である。しかしながら、裁判所で、法を根拠として、論理を重ねることで、そのアメリカの立法上、行政上の過誤を追及すると、世界一の武力を誇る国が、単なる一私人に負けるのである。」

これは現在アメリカの連邦最高裁の長官をされているジョン・ロバーツさんが最高裁長官に就任されたときのスピーチの言葉です。ロバーツさんは長い間、弁護士をされていた方で弁護士の経験で被告を国とした訴訟で論議を積み重ねて、証拠を積み重ねることによって本当ならば武力によって世界中い

なる国をも滅ぼすことのできるアメリカという国が単なる一私人に負けることがある。それが法の支配なんだということを言われたわけなのでありますけれど、私が弁護士になって数年後におっしゃった言葉で、その言葉を聞いて以降、私の弁護士活動の原点のような言葉として今でも心に残っている言葉です。

これがまさに法の支配の理念ですけれども、人が支配するのではない、誰々が決めればそれで社会が動くそれでいいんだというものでもなく。武力、力によって支配するものでもない。法という紙に書かれた客観的なルールに基づきかつ、訴訟手続きという透明なプロセスによって解決される。そうでなければ社会は幸せにならないのだということでもあります。それは人類が経験的に知ったという意味であるということはまた少し後でお話します。

では法の支配の理念。日本国憲法はどこにあらわれているかという話を次の枠でしますけれど、憲法の4つの規定が法の支配のあらわれといわれています。

憲法 98 条 1 項というのは憲法が最高法規でありこの憲法に反するいかなる法律も効力を有しないのだということを決めています。

憲法 99 条は国会議員、裁判官その他国家権力を担うものの憲法尊重擁護義務をいっております。これは最近よく言いなおされる条文ですけれども、国民は憲法尊重擁護義務を負わないんだ。権力を担ってそれを行使するものが人権侵害を行うんだから憲法はそれを擁護するためにつくられたんだという 99 条はそのあらわれであるといわれる規定です。

憲法 81 条は最高裁判所ならびに下級裁判所に違憲立法審査権を与える規定であります。これも少し後にお話しますが、裁判所によって国会がつくった法律が憲法違反だと判断がされればその法律が無効になるという権限を裁判所に与えたものであります。

96 条 1 項は憲法改正についてで、通常の改正は国会の多数決で決まるのに対して、憲法そのものを変える場合にはより重い要件が課されているというのが憲法改正つまり質的に国会で成立する法律と憲法そのものは違うんですよということが書かれた規定であります。

この4つの規定が日本国憲法の法の支配のあらわれだといわれているんですがでは法の支配そのものが憲法の目的かというところではなくて、この法の支配のあらわれというのは手段に過ぎない、目的は何かと申しますと、それは人権を保障する事であり平和を保障することである学校で学びますけれど人権保護、平和主義それらの理念を実現することが目的であって法の支配というものはその理念実現のための手段なのだという位置づけになるというのがもの凄く大事なのではないかなと思うわけであります。

私はブログをしております、アドレスも書いてありますのでまたいつかお暇な時に見ていただければと思うんですが、私もよく法の支配の話をブログでいたしますと、多くの方が読んでくださって読者の方からコメントとかメールをいただくんです。先生、法の支配といたって読む人がこういう意味なんだといったらそうなるのでは、結局人の支配と変わらないじゃないか、という質問がよくあるんです。

それに対してどういう答えをしたかというところ、この下のところで「アメリカと虹」という記事なんですが、オバマが大統領に選ばれた 2008 年の選挙の際の新聞記事で、地方で散髪屋を営む男性の話が掲載されていました。初めて黒人大統領が選ばれるのではないかと言われていたその選挙において、男性は「この国は虹のようなものだ。いろいろな色があり、決して交わろうとしない。でもだからこそ美しいんだ。」と言われたそうです。

これはアメリカという国そのものには決して正解はないわけですが、それこそいろいろな国から移民としてきた子孫の方がアメリカ、自由の国はこうあるべきではないかという意味でいろいろな色をアメリカという国に塗ろうとしてきた歴史があると思うんですけれど、そのいろんな出身の方がいろんな価値観に基づいてアメリカという国はこうあるべきだと塗ってきた色は一つの虹のように輝いているからアメリカは美しいとこの散髪屋を営む方はおっしゃっている。

私は法の支配というものも同じだと思うんですけれど、法律とか憲法そのものは紙に書かれた活字に過ぎない。そのものが大事なわけではなく大切なことは紙に書かれた活字に、決してこの人が正しいという人がいるわけではない私たち一人一人がそれぞれ持っている価値観とか人生観とかに基づいてこの言

葉にはこういう意味を与えるべきではないか、意味を与えるある意味光を与えるという感じですが、その言葉に与えられる光がいろいろな方向からいろんな光が与えられることによってよりその時代その時代の人々の求めているものに合致した動きをする。それが法の支配かなと思うのです。

そのような観点からもう少し話を進めてまいります、2. 憲法と三権分立～多数決と少数派～というところをご覧ください。

**①国会において成立した法律の正当性は、いかなることにより義務づけられるか。法律の正当性が認められるにもかかわらず、憲法81条が裁判所に法律に対する違憲審査権を付与しているのはなぜか。**

ちょっと図を描きますと、国会で成立する私たちの日常生活にふれている法律はどうやって成立するかと言いますと国会議員は選挙で選ばれますね。

今、参議院議員選挙をやっていますが、選挙で多数派の支持を得た人が国会議員になるのです。その国会議員の中でさらに多数決で賛成を得たものが法律になる。つまり国会で成立する法律というものは私たちの社会における多数意見のあらわれが国会における法律ということが出来ます。

それに対し裁判所、先ほどの女性の再婚禁止期間の訴訟もそうですけれど、この多数決で決まったはずの法律、裁判の話いうと女性の再婚禁止期間は6カ月にするという法律が憲法に違反している。女性の人権を侵害しているんじゃないかというそのような訴えを一人の女性がしたならば、裁判所がそれを憲法に法律が適合しているかどうか審査して裁判所がそれは憲法に違反しているという判断をしたならば、例えそれが99%の賛成を経て成立した法律であっても一人の訴えによって法律の効力は失われる。

それは結局、私たちの社会には多数決では決めることのできないことがあるんです。多数決では奪うことのできないものがある。ここまでの多数決で決まったんだからあなたたちは我慢しなさいと言われるのであれば私たちは日本という社会には居られないんです。どこに行けばいいんですかといわれるものが基本的人権なんです。

社会がいろんな価値観を持っている人が一緒に生活しているがゆえに許している一つの制約ですよ。何でもかんでも多数決で奪えるわけではないんだ。それを決めよう守ろうとしているのが憲法なんだというふうに言えるのではないかと思います。

この国家権力が立法、行政、司法と3つに分かれている。これは世界中の多くの国で採用されている、いわゆる三権分立システムでありますけれども、このようなシステムが世界中の国で普遍的に採用されているというのが私は非常に基礎的だと思うわけです。

なぜかという、本当にこの人は100%正しい人で、この人の言うとおりに社会を動かせば絶対社会は幸せになれるという人が一人でもいたならば、社会は国家権力をその人に委ねてしまうほうが早いです。全部その人に聞いてその人の言うとおりにしたほうが早いです。わざわざ互いに均衡させる意味がないんです。均衡させるということはわざとスピードを落としているんです。なぜ世界中の国がそのようなことをしているのか？それは恐らく人類が長い歴史を経てこんなにも完全な人は存在しないんだと気づいたんだと思うんです。

古代ギリシアのソクラテスやアリストテレスの時代から人類はどんな人ならば世界を統治するにふさわしいんだろうということを必死になって考えてきたわけなんです。ところが人類がたどり着いたのは人は完全じゃないんだということに気づいたわけです。

でも、人類は自分たちは不完全なんだということを認識したうえで、でも社会をよくしたいと思ったわけです。不完全なんだけれども私たちが社会をよくして、少しでも良い姿にして次の世代に渡すにはどうしたらよいかということを考えて編み出した知恵が三権分立であり、大きな知恵が現在の法律制度



である。民事訴訟法も刑事訴訟法も三審制つまり地裁、高裁、最高裁で必ず3つの裁判が受けられるようにしている、それは人は過ちを犯すからですよ。

完全な人がいるならば一人の裁判官で済むはずですよ。

最高裁判所で判決があって判断が決定したとしても、新しい証拠が見つかったら再審ができる。裁判をやり直すことができる。

それも最高裁判所であっても完全でないということです。無罪推定の原則もそうですね。人は決して完全でないので100%にかなり近い99%有罪だよという証拠がない限り有罪としてはならない。

なぜかという人は過ちを犯すからだと、完全な人は存在しない、でも人はいい社会にしたいから、こういう制度はどうだろうかという形で作りだされたのが現代の法制度であります。

私はそういう観点で法を学ぶことができ非常に法律学が好きになった人間であります。

もう少しお話を進めてまいりますけれどレジュメの2頁、一つは映画のお話をさせていただきたいのです。

1980年代のアメリカの映画で80年代といいますと、アメリカではいわゆるブラックアーティストの方々が音楽業界、エンターテインメント業界で大活躍されていた時代です。1982年は数年前に亡くなられた、マイケル・ジャクソンさんがアルバム「スリラー」を発売された年で、映画の主人公は白人の大学生、カリフォルニア州に住むお金持ちの息子さんが主人公です。

その主人公はハーバード大学のロースクールに合格するわけです。大学の学部を経てハーバードのロースクールへ進んだ。ハーバードのロースクールというと名門中の名門でありますので主人公の学生はこれで弁護士になれるし、ひょっとしたら代議員になれるかもしれない。といろいろ夢を語るわけですが、実はお父さんがロースクールまでは学費の援助をしないよ。生活費も出さないよ自分でやりなさいというふうに言い出す。

困った主人公の大学生はどうしたかといういろいろな奨学金制度を巡ったんですけど、結局どこからも奨学金は得られなかった。ハーバードに行けば素晴らしい未来が待っているのに奨学金がないどうすればいいのだろうと思った彼はついに困ってどうしたかという、主人公には日焼けローションの研究をしている友人がいるという設定がありまして、その知人に頼んで彼は顔を白人なのに真っ黒にして、パーマをかけるんです。外見上は黒人のような外見をして黒人の人用の奨学金制度を利用してハーバードに行く、という映画です。

当時は、先ほど申しましたようにマイケル・ジャクソンさんのようなブラックアーティストが大活躍されていて彼は自分もマイケル・ジャクソンの様に人気者になれるかもしれないと喜び勇んでハーバードに行くんですけどハーバードのボストンのアパートに入ろうとしたら大家さんに黒人が入るなんて聞いていないよ。なぜ君が入れるのかという話になったり、黒人としてボストンの街を車で運転していたら、黒人というだけで警察官がずっとついてくる、ちょっとした交通ルール違反で捕まえられて拘留される。いわば彼は黒人としての生活をしながらハーバードで法律を学んだわけです。

そして、彼が本当は黒人ではないのに黒人のフリをしているんだということが映画の終盤で明らかになるんです。ハーバード大学としては退学処分にするかどうかを決める。彼が残れるかどうかは懲戒委員会の大学の刑法の先生の部屋に通い個別面談をして最後はその先生が決めるというシーンが最後まで登場します。

レジュメに載せているのは映画のワンシーンの言葉です。教授「私は君のような人が法律家には必要だと思う。黒人として生活をし、黒人が普通の生活でいかなる思いをしているかを肌で知っている白人が、法律家には必要だ。」学生(主人公)「いいえ。」教授「何だって?。」学生「私は、黒人の方々が白人から差別をされたことで、思われていること、感じていることについて、私が黒人の方々と同じ思いをしたとは言えないと思います。なぜならば、私は白人であるにもかかわらず、肌の色を黒くし、単に黒人のふりをして生活していただけです。もし私が、黒人としての生活がいやになれば、いつだってそこから逃げ出すことができました。だから、私が受けた感情は、黒人の方々が日々受けている感情と同じものではありません。」教授「君は、私が考えていたよりもずっと多くのことを学んだようだ。」

この教授、この方自体が黒人の方なんですけど刑法の先生は黒人のふりをして奨学金をもらってハーバ

ードに入ったことについてもの凄く厳しいことを言うんです。

彼がどんなに償いをしたいんだといっても全然許してくれない。最後の最後でこの言葉を言うんですね。私は君がやったことは決して許されないことだと思うけれども、たった一つだけいいことがあったと思う。

何かというと黒人というものが日々どういう気持ちで生活しているのか肌で知っている白人の弁護士ができるということは私はいいいことだと思う。そう黒人の先生は言ったわけです。当然その言葉の内容にはハーバードに残ってよろしいと言わんばかりの先生の言葉に対して、主人公の学生はノーと言ったわけです。

驚いた先生に対して学生は私は確かに黒人のふりをして非常に不快な思いをしてきた。でも私は仮にそれが嫌ならばいつだって肌の色を白くして元の白人のソサエティーに戻れたので、だから黒人であることから決して逃れることのできない人たちが日々感じている感情を私は感じたということではできないと思うのです。それに対してその教授は君は私が思っている以上のことを学んだよと言ったということです。

この映画を作られた方々のメッセージに込められているのは、人はどんなに自分がいろんな経験をしていても完全ではないので、少数派として虐げられている人々の気持ちを完全に感じることはできないんだ。だからこそ人々は考えたわけです。人は不完全だから完全には感じえないかもしれないけれども、この社会は人権が守られる平和な社会にしよう。そうしたいと思った人類が生み出した知恵が憲法なのではないのかなと思うわけでありませう。そんなメッセージがこの映画に込められている気がして私は必ずこの映画を取り上げています。

この憲法、三権分立の話の続きをしますけれどももう一つ人は完全でないというお話をしたいと思いません。私が日々携わっている司法権。

例えば刑事裁判などはよくわかるんですけど、検察官が事件を起訴します。弁護人が付いて弁護士が弁護する。裁判官は判決をする。検察官は検察官の立場で発生した事件に光を当てる。弁護人は弁護人で光を当てる。裁判官も中立の立場で判断をする。これが法曹三者制度というものであります。司法試験に受かった人は法律をよく知っているだろうし、勉強もよくできる、完全なんだからということであればわざわざこんなことをする必要はないわけです。司法試験に受かった人に順番に事件を振ってどう思いますか？あなたが判決を書いてくださいと言えばいいはずなのに、わざわざこのような法曹三者制度をつくって発生した社会の事件に異なる三つの光を当てない限りは判決を出してはならないとしているのも人は決して完全ではない、司法試験に受かった人だって完全でないので、社会で発生した事件についての社会的評価を適切にしたいので人類が編み出したこの制度が法曹三者制度ではないかなと思うわけです。先ほど申しましたけれども人は完全ではないでも人類は希望を失わなかった社会をよくしたいより情熱をもって知恵を集めて今の制度をつくったというふうに考えると非常に今の制度が好きになっていきます。

さて、このようにお話をしてまいりました憲法をもう一つだけ女性の再婚禁止期間の話に行く前に最近大きな問題になった安保法案のことを少しだけお話をして次に行きたいんですけど、安保法の問題というのも憲法の支配、法の支配ということがとてもよくわかる問題です。日本国憲法の9条のことで集団的自衛権は認められるのかということが大きな問題になっていて、国会で成立した安保法制に基づいて今の内閣は認められるんだという立場の法律をつくった。法律が憲法に適合しているのかという問題であります。これは大きな大きな問題で先ほどの多数決ならば何でも決められるのか？いやそうではない。人は完全ではないから多数決で決められないことがある。それならば安保法が国会で制定した法律によって決まったということだけでは憲法のそのものの適合性とはならない。

ここで参考となるのが明治時代の憲法で、明治憲法は第二次世界大戦まで明治憲法だったわけですが、あの当時は人権とは何だったのか、人権とは議会の多数決で決まった内容が人権であった。今の多数決では奪えないものがあるのが人権だというものとはまったく違いますよね。多数決で決まるのが人権。それはなぜかという、日本史で学ばれたことですから明治維新になって脱亜入欧の思想の下でどの国

の憲法、つまりどの国のかたちを日本の新しい国とするかということで、日本はドイツ型の憲法を選んだのです。

ドイツ型の憲法とは何かというと行政の憲法です。国を動きやすくする憲法。多数決で決まればそっちにすぐ動かせるんだという憲法であります。そのドイツ型の憲法を取り入れた日本の社会は大正デモクラシーのような非常に活気のあるデモクラシーが根付いたこともあれば、一方では第二次世界大戦により多数決によって悲劇に向かっていった。これも同じ憲法の下で行われたことであります。この第二次世界大戦というのはドイツと日本と同じかたちの憲法を持つ国としてドイツと日本が負けたというのはすごく示唆的だと思います。歴史というのは授業でいろんな時期を習うわけですが広い意味では人類というのはある方向からある方向へ最初の頃は王が支配する社会で、それからだんだんと王が暴走することによって革命が起きてきて主権者が国民へ移る。

映画のリンカーンなどでもリンカーンが奴隷廃止制度にもっていく時に私たちの心の中には羅針盤がある。羅針盤というのは正義の方向を向いているのだとおっしゃったのを覚えていますけれど。多数決によって悲劇が起きた、その反省から今の憲法をつくって多数決では奪えないものにしようと言おうと途中で9条というものをつくって平和主義、まさに法の支配の目的である平和主義というものをつくったわけです。そういうことを多数決によって集団的自衛権にしていいいのか？時が遡らないのに対して世界史の流れの中で日本だけ逆行していくようなことではないか。

例えば日本という国が集団的自衛権を行使できない自衛権しか行使できないというのがこれまでの政府でありました。これが一つの国のかたちだったわけですが、集団的自衛権を行使できますよという国内法をつくることで、多数決による国内法で日本という国のかたちを変えてしまった。今まで政府が憲法違反だと言っていたものを今の政府は憲法違反でないとしている。法解釈を変えて法律がつけられるのかこれが一つの興味深い問題点、今までの有権的な行政を簡単に変えられるのかもこれからの憲法学で争われるところですよ。

私は大学院で国際法を勉強していた人間で国際法の人間の立場からいうと何が一番問題かということ、レジュメに書きました、ウイーン条約法条約 27 条というものがあります。安倍総理は集団的自衛権を国内法にしても大丈夫、なぜかということ外国にいる日本人を救う時とか外国の船の上にいる日本人を救う時に日本に関係していることの時だけ行使できる集団的自衛権なんだからそういう国内法だから大丈夫なんですという説明をたくさんされて皆さんもニュースなどでご覧になったかと思いますが、実は国際法にはこのウイーン条約法条約、日本も入っていて慣習国際法といって、世界中の国を拘束する法律と言われているんですけども、国際法の原則でいうと国際法上の義務を日本が仮に負っている場合に、日本の国内法ではそれはできないんですというのは理由にならないというのが国際法の原則なんです。国内法で日本に関係している場合のみでしか集団的自衛権を行使できないんですよと言ったとしても、例えばアメリカが日本に対して同盟国として集団的自衛権を行使してほしいということになれば日本は条約法条約ではそれを理由にできない。そうすると当然いつの日か例えばアメリカとロシアが戦争になって日本国民には一切関係が無いけれどアメリカから同盟国である日本に要請がきて日本はロシアに攻撃をしてロシアが日本の領土に攻撃してくるということも当然考えられる。なぜかということ国内法で国のかたちを広げたからです。自衛権だけなら日本の国だけでよかったんですけど、集団的自衛権なので国際法の関係が出てきた。これが私は憲法違反だという最大のところかなと思うわけです。

日本がアメリカから要請があるからロシアと一緒に攻撃をしようというのはそれはそれで一つの国のかたちなんだけれども、それが多数決という国会の法律で決められることではなくて憲法という国のかたちそのものを決めていて法で決めないといけない。日本がそういう国でありたい。他国の要請に応じて集団的自衛権を行使するという国でありたいと思うのであればやはり法に規定しなければ行けない。アメリカの憲法では戦争を開始する要件が憲法に決められています。国内法でなく憲法に決められている。それはなぜかということ国の存亡にかかわることだからです。その意味でこの集団的自衛権の問題というのは非常に問題であるし、さらに法の支配の問題がもの凄くあらわれている。

少しずつですが、女性の再婚禁止期間違憲訴訟の話をしてまいりたいと思います。先ほども申しまし

たけれども原告の女性は岡山県にお住まいで当時は20代の方でした。大阪に嫁ぐわけですがけれども夫がいわゆる暴力夫で結婚開始直後から不満があるとすぐ暴力をふるい半年くらいで岡山の実家へ戻ってくるわけです。夫がもう二度と暴力は振るわないと紙に書いたものも残っているんですがそれを書いてくれたからと戻ってもやはり暴力が出て、女性は岡山の実家に戻って二度と戻らないという中で形骸化した法律関係が続いていたということです。その離婚にどうしても夫が応じないということで私が訴訟担当の弁護士になって訴訟をしてそれでも離婚訴訟自体が1年と8カ月くらいはかかりました。

夫がずっと粘って高裁でようやく和解が成立したわけでありましてけれども、その間、女性には新しいパートナーができてそのパートナーとの子どもができてでも、先ほど田高先生のレジュメにも書かれていましたけれど離婚から300日以内に生まれた子どもは前の夫の子どもと推定されるという規定があります。その規定の適応によって前の夫の戸籍に入れなければいけないことが分かってその子どもさんは無戸籍になってしまっている。

今回の訴訟の目的のひとつでもありました再婚禁止期間の問題であった。この女性は法律制度に苦しめられた女性であります。女性が私のような辛い思いをする人を出したくないということでこの憲法訴訟を国を相手にした法律を変える裁判をして欲しいという依頼があって、いろいろと考えて始めようとなったわけです。

なぜ女性の再婚禁止期間が6カ月なのかというのは非常に興味深い問題でありまして、これは制定されたのが1898年のことです。先ほど田高先生のお話にもありましたが、嫡出推定の問題があって離婚後300日以内に生まれた子どもというのは前の夫の子と推定される。女性がすぐ再婚できたならば、再婚してから200日経過した後の子どもは夫の子と推定される。2つ規定があってこの部分が重なってしまっているのですぐ女性が再婚できる場合も重なってしまうので女性の再婚禁止期間を遅らそうというのが再婚禁止期間。形式的に言うと100日だけ遅らせればいいことなのになぜ6カ月つまり180日なのかというときはまさに女性蔑視の時代。

私の戦前生まれの父がよく言っていたのですが小さいころに近所の家に行ったときに誰か取引先の人に来てご主人がいないときは奥様がおらんよと言っていたそうです。明治憲法時代、独立した取引のできる夫がいないよといいます。妻がきちんと取引ができなかった時代でそういう家制度の時代でこの子はこの家の子ですよということを明確にすることを目的につくられたのが嫡出推定制度でありますし、その弊害をなくすためにつくられたのが再婚禁止期間。じゃあ何で100日じゃないのかということですね。

当時は当然、科学技術も未発達でDNA鑑定もなく医学技術も未発達で100日だと女性が外観から妊娠しているかどうかわからない。だから離婚した女性を受け入れる後の家からするとこの女性が妊娠しているかどうかわかりにくいので幅を持たせて6カ月にしましょうという説明なんです。そういう時代だったわけです。この1898年にできた法律がこの21世紀、判決が出たのが2015年の段階で憲法に違反しなかったかということが問われることになるわけです。これは実は最高裁で平成7年12月5日に一度判決を出している問題で、当時これは立法不作為の問題で国会が今ある再婚禁止規定を100日もしくは全廃するかしないかは国会が決める。立法裁量ですね。裁判所は変えないことが憲法違反と簡単に言ってしまうと日本の裁判は基本的に具体的審査制というんですけれども抽象的な規定は憲法違反だというドイツとか韓国はそういう制度なんですけれど、そういうものではなく具体的な権利侵害があった上でできる今の司法制度そのものに関するような国会の立法不作為。国会が変えないことが憲法違反だということを簡単に認めてしまうと非常に問題があるのではないかと。最高裁の平成7年の判決では再婚禁止規定は嫡出推定の重複を防ぐという意味があるので、これを変えない国会の立法不作為は違法ではないということが一度出ています。これが平成7年のことです。

ところが、平成7年にはもう一つ最高裁が重要な決定を出しており、それは非嫡出子の相続分の問題です。当時の民法では法律上の結婚生活で生まれた子どもに対して、愛人お妾さんの子どもさんつまり法律関係にない子どもさんは相続分が法律上の家族関係にある子どもに対して2分の1、半分です。それが子どもからすると自分で選べないような事実によって差別されているという訴えを起こして、平成7年の最高裁の判断はこれも憲法違反ではない。再婚禁止規定についてもこれについても憲法違反でな

い。ところが、一度判決が出ていてご存じのとおり最高裁の判断などなかなか変わらないわけです。

この女性からの相談の時にも平成7年の判断もあるからなどは思ったんですが、レジュメの3頁の5の「判例が変化する兆し」というところに書いてありますけれど、①から⑥の事実が調査の結果わかるわけです。

一つ目は平成7年の判断の内容からすると、再婚まで100日以上必要だということをきちんと合理的に説明できていないんじゃないかと私が思うところでした。二つ目、これがやはり重要だったんですが次の年、平成8年に当時法務大臣の諮問機関が家族法を変えるべきだという法改正の案をつくっていたんです。その中で再婚禁止期間をまず100日に短くするべきだということと平成7年の非嫡出子の相続分判断を受けても相続分を同じにすべきだということが書かれておりました。三つ目、これは先生方がされている学説上は憲法違反だという立場が有力である。四つ目は国会の審議においても変えるべきだという質問が繰り返し行われている。さらに五番目ですが、これが非常に重要で国際人権条約に日本も入っておりまして、女性差別撤廃条約とそれぞれの機関から再婚禁止期間をなくすべきであるという意見が繰り返し出されている。さらには外国では女性の再婚禁止期間を課す立法が廃止されていたということが分かったわけです。この国際人権規約や外国の立法というものはもの凄く大事な存在で、国際人権規約や外国の立法で違憲であっても日本の憲法という活字に意味を与える存在で日本国憲法の解釈に意味を与える立法事実として存在しているんだということを私は裁判で主張したわけです。7で「訴訟の経緯」というものを書きましたが、平成23年8月に岡山地裁に提訴します。平成24年10月18日には岡山地裁で判決が出ます。これは三宅先生が『判例ナビゲーション憲法』という本に評釈を書いてくださっています。

広島高裁岡山支部の判決を経て上告は平成25年だったわけです。一生懸命やってはきたのですが、取材に来られたマスコミの方からも作花先生こういうものは大体上手くいかないんじゃないですか？とか言われながらの裁判でした。裁判では原告一人、弁護士一人では勝てっこないんじゃないかと言われました。それでも平成25年にですね上告して、上告理由書もたくさん書いて出してあとずっと最高裁から連絡がなかったんです。ひょっとしたら上告棄却という紙ペラが一枚来て終わるのかなと思うくらい連絡がなかった。そうするとその間にレジュメの6の三番目に書いてあるんですが、平成25年の9月に平成7年にでた非嫡出子の相続分を半分にして民法の規定は憲法違反だという決定が出たわけです。この理由としては、人が自ら選ぶことのできない事実に基づいて差別することは憲法は許していないんだということでした。そうすると男性か女性かということも性別というものは自ら選んで生まれてくるわけではないので、女性に必要以上の制限を加える再婚禁止期間だってダメなはずではないのかと思うわけです。これはひょっとしたらという気持ちがだんだんと生まれてきました。

そして、去年平成27年の2月18日上告から2年経った後でしたが最高裁の大法廷から電話が入りまして、大法廷を開くことになりました。弁論の期日を決めさせてほしいという連絡がありました。同日には夫婦別姓訴訟が同じタイミングで大法廷で弁論、判決ということになり非常に大きく報道してくださった。2月にその連絡があり、11月の4日が最高裁の大法廷の弁論であります。最高裁で私が行った弁論の内容を書いた弁論要旨という書面が作花法律事務所のホームページに掲載しておりますので、またお読みいただければと思いますが、いろんな法律論を抜きにして私が言いたかったものは憲法は生きている文書なんだということが言いたかったのです。

国は平成7年の判例があるじゃないかと判例があるからそのまま行けばいいんだと言うんだけど、私は憲法は生きている文書なんだから時代の変化に合わせて読み解かないといけない。さらに言う憲法の歴史というのは自由・正義・平等とそれ自体は紙に書かれた活字であり言葉なんだけれどもその時代遅れの定義を黙認することを許さないと必死になって頑張ってきた人たちの歴史じゃないかという主張を弁論で行いました。8の「訴訟での主張」のところどういう主張をするかということ、一つはやはり形式的にいうとそもそも100日あれば十分なのに6カ月180日というのは女性にとって必要以上、明治時代ならばまだわかるが今は21世紀、DNA鑑定もあるし医学技術だって女性が妊娠しているかどうかすぐ簡単にわかるのに、なぜ今日においてこんなに幅を持たせないといけないのか。それが一つ大きな主張です。二つ目は100日以内も憲法違反だと、つまり全廃するのが本来の姿ではないのかという主張もしました。これは何かというと実は民法の規定の中に父を定める訴えというのがあり、再婚禁止

期間に違反をして再婚してしまった人が両方の嫡出推定が及ぶような子どもを産んだ場合には父を定める訴えというものを民法は設けているんです。それは民法本来の意味でいうと本来の姿でない裁判かもしれないけれど、再婚をして重なってしまったときには父を定める訴えを使えばいい。そうすると女性の人権、再婚の権利というもの、それに対し嫡出推定制度というのは民法が規定した法律上の制度に過ぎないわけです。人権は憲法が保障している権利だとするならば嫡出推定制度というのは民法が規定している法律上の制度。嫡出推定制度、もちろん子どもの福祉を図るというのは大事なことであるけれども、子どもの福祉を図る手段がいろいろ可能性があるとするならば嫡出推定制度があるんだから人権が制約できるというのはおかしいことである。嫡出推定制度の中のひとつの解決法として父を定める訴えというのがあるのであれば、当然人権が優先されるべきじゃないかというのが100日以内も憲法違反だとする主張であります。

結論として判決が12月16日に出されました。これはレジュメの4頁9のところです。「平成27年12月16日判決」のところでは最高裁は何と申したかと言いますと、100日以内というのは嫡出推定制度の重なりを防ぐという意味で女性の再婚の権利、100日までならばぎりぎり最低限の制約で憲法違反ではない。ただし、100日以上については現在は科学技術や医療技術が発達しているのでこれ以上の制約は原告の女性は平成20年に離婚しているんですけれど、離婚した平成20年の段階に至っては憲法に違反していたということを主張するわけでありまして。判決では100日以上部分については憲法違反であるという判決が出ました。

ここから田高先生のお話のところにもあったのですが、100日以内の再婚禁止期間は当然に許されるかということではなく、判決には10人の裁判官の個別意見がついております。100日以内が憲法違反だという方が2人いらっしゃったんですが、8人は100日以内は憲法違反ではないけれどもという立場で意見を書いておられるんですが、10人に共通しているのは100日以内でも離婚した女性が妊娠していないよという医師の診断書があればすぐ再婚ができるという運用ができるはずだから100日以内は憲法違反じゃない。逆にいうとそういう運用をしないのであれば100日以内も憲法違反じゃないかというのが15人の裁判官のうち10人の裁判官に共通していわれているんです。恐らく裁判官の個別意見を踏まえてつい先月になりますけれども6月1日に国会で法改正が行われたということになります。国会の法改正では再婚禁止期間を100日に短縮して離婚した女性が病院へ行き医者から妊娠していませんという診断書を取ってくれば100日以内でも再婚ができる。離婚した時に妊娠していない方が9割以上だと聞いています。そういう意味ではほとんどの女性にとって再婚禁止期間というものはなくなったんだと同じ効果というものが法改正のものであるということが出来ます。この法改正には附帯決議というものが付けられていて3年以内に再婚禁止期間の全面的見直しを行うということが付いています。見直すべきは何かということ妊娠している女性は今でも100日待たないといけないけれどもそれを無くしてしまうかどうかを3年以内に考えるというのが国会の附帯決議であります。

ここで凄く興味深い問題なんですけれども、1898年に再婚禁止期間が生まれ当時家制度の時代でありますけれどもその頃は嫡出推定制度ですよ。この家の子どもなんだということを知りやすくするため、つまり家の血を守るために議会というのは嫡出推定制度をつくったのが、21世紀の2015年に違憲判決が出て国会の法改正がされて3年経った後、仮に再婚禁止期間が無くなったとすればどうなるか、これは私が最高裁での弁論で主張したんですけれども、興味深い立法がドイツでされていて、ドイツは離婚してすぐ女性が再婚してすぐ子どもが生まれたとしますよね。前の夫と離婚して再婚してすぐ子どもが生まれた。このようにすぐ子どもが生まれた場合でもこの子どもは後の夫の子とするとしているんです。私が弁論で申したのは嫡出推定制度にはいろんな方法があってドイツ法のように日本でも女性の再婚禁止期間を新進している女性に関しても全部廃止して、離婚をした人がすぐ子どもを産んだとしても後の夫の子と推定すればいいじゃないか。

レジュメには引用しておりますが、最近最高裁は田高先生にご紹介いただいた判決ですけれどもDNA鑑定で自分の子とされてきた子がこの父親の子ではないと科学的に父子でないと言われても嫡出推定は及ぶんだとしているんですね。外観説です。及ぶんだということは最高裁は21世紀になって血のつながりがなくても及ぶんだとしている。なぜかということ最高裁の判断には嫡出推定制度はもはや家の血を

守るためではなくて子どもの福祉を守る制度だ。つまり、早期にこの生まれた子どもは誰の子どもなんだと推定することによって子どもの扶養請求権、扶養してくださいと言えるわけでこういう子どもの福祉を守る制度なんだという解釈をしている。血のつながりが違うというならばすぐ再婚してすぐ生まれた子どもを後の子と推定するというに何の矛盾もないですよ。最高裁は血のつながりじゃないと言っているならなぜ妊娠している女性を100日待たせないといけないのか。怒らくこの3年間は妊娠している人を100日待たせることを全廃するのかという議論が続くんですけど、ドイツ法、最高裁の立場からすると全廃の方向に向かっていくし向かわないといけないんじゃないかなというのが私の感想です。

レジュメの5頁に移っていきたいと思います。少しずつまとめていきたいと思いますけれど今日は短いお話でしたが、最後に私達に求められていることは何かという話でまとめてまいりたいと思います。1ですが、“「法の解釈」が行われるのはなぜか”というテーマです。

これはフランスの民法はナポレオン法典といわれる民法でこれはあのナポレオンが当時の最高の法律家につくらせた民法がいまだに使われているのがフランスの民法なんです。このフランス民法は非常に美しいフランス語で作られていることで知られておりまして、世界的な文豪スタンダール「赤と黒」の著者ですけどもスタンダールが日々の執筆活動を始める前にフランス民法の条文を3条4条5条…と読んでから書き始めたというエピソードがあるくらいで、世界的文豪が文章のお手本にするようなフランス語がフランス民法では使われている。ナポレオンは自分がつくった美しいフランス民法を誇りに思っていて面白い命令を出しているんです。何の命令かということフランス民法を解釈してはならないという命令をナポレオンは出しているわけでありまして。恐らくナポレオンとしては自分がつくった美しいフランス語を解釈して汚されたら困ると思ったんだと思うんですが、でもやはり裁判所は当然フランス民法を時代の変化とともに解釈するわけでありまして。それは何かというと美しいフランス語の法典をつくったり、美しいフランス語の法典を持っているということ自体が社会の目的ではないんだということの意味していると思うんですよ。

社会の目的はその時代時代に合わせた正義や法を実現することによって法律というのは目的とする正義や法を実現するための手段に過ぎない、手段なんだから手段では目的が実現できなくなったら解釈をしないといけない。だから法の解釈は行われるのではないかなと思うわけです。それは時代の正義に求められている正義の意味に則した意味を活字であり法律に与えていると思います。

サン＝テグジュペリの『星の王子さま』また後でお読みいただけたらと思いますが、このサン＝テグジュペリの『星の王子さま』には本当に大切なものは目に見えないというセリフがあるんです。

これは私は法律学にももの凄く示唆的な物語だなと思っているんですけど、先ほどの話からすると大切なものは目に見える紙に書かれた活字というは法律そのものではない。大切なのはその時代の社会が求めている正義とは何か公平とは何かということを感じることだと思うわけです。

私は法律家の能力というのは芸術家の才能に似ていると思うわけですけど、白いキャンバスにどういいう色で絵の具を塗るのかどういいう大きさの絵を描くのか写実的に書くのか印象派的に書くのか正解は一切ないはずなのに例えば私が描いた絵なんて誰も立ち止まってみてはくれないでしょうけれど、それこそダヴィンチの描いたモナ・リザをフランスのルーブル美術館で見るために世界中の人が時間とお金をかけて行くわけです。人々の心を掴む正解はないにもかかわらず人々の心を掴む絵が存在している。世界中の人がその絵の前に立つとしばらく動けなくなる。恐らくそれは法の解釈にも共通していることじゃないかなと思うんです。

法の解釈は先ほどお話ししましたように虹のようにいろんな角度から色を与えることであるけれども、やはり人々の心を掴む解釈がある。時代時代の正義や公平とは何かということによって多くの人の心を掴む解釈がある。私をはじめ弁護士はその解釈とは何かを常に探求しないといけない役割だと思うんですけど、それを日々法律家だけではなくて社会の皆さんで考えていかななくてはならないということだと思います。

オバマ大統領が『合衆国再生』という本で憲法は固定された文書ではなく生きていく文書であり、世

の中の千変万化の文脈に照らして読み解かなければならないと書いております。

黒人で初めて大統領になられたオバマさんが憲法は生きているんだと本で書いたこれも示唆的ではないかと思うわけです。なぜかという次でサーグッド・マーシャルさんという方のスピーチをご紹介しますと思います。サーグッド・マーシャルさんは1908年にボルチモアで生まれて御祖父さんは奴隷だった方です。弁護士となり、有色人種向上協会の弁護士として頭角を表します。英米法で一番有名な判例がこのブラウン対教育委員会裁判というものがあるんですけども、黒人と白人の小学生を別の小学校に通わせて、教育プログラムは同じなんだから法の下での平等には反しないという行政側の言い分が斥けられた判決です。これが弁護士の時の話。そして1967年に黒人のアメリカ人として初めて連邦最高裁判所の判事になった方です。

この方がアメリカ憲法200周年の記念のシンポジウムがハワイで行われまして1987年にハワイで行われたスピーチを今日最後にご紹介したいと思います。

記念行事はたいいそうですが、1987年の計画には特別の催しがあり、憲法制定によって生まれたさまざまな功績を称えることになっています。愛国心が必ずや高まり、今では古くなり黄ばんだ文書に反映されている、草案者の知恵、予見、正義感を誇らかに賛美するのでしょうか。それは残念なことです。

黒人で初めて連邦最高裁判事になったマーシャルさんは憲法200周年のお祝いをするのは残念なんだと言うわけです。

何故かというのをみていきたいと思います。

私は記念行事でこのような招待を受けることはできません。なぜなら1787年にフィアデルフィアで開催された憲法制定会議で、憲法の意味が永遠に固定され決定されたとは考えられないからです。また草案者たちが示した知恵、予見、正義感が、特に深遠であったとも考えないからです。憲法が常に変容する性質を備えていることを理解するには、序文の最初の三語を見るだけで十分です。「We, the people (われわれ人民は)」。1787年に、建国の父祖がこの言葉を使用したとき、かれらはアメリカに住む市民の大多数を除外していました。父祖たちの「われわれ人民は」という言葉は「自由民の全体」を意味していました。たとえば投票権というきわめて基本的な権利について、ニグロの奴隷たちは除外されていました。「われわれ人民は」という文言のもとの意図は、いかなる解釈をしようと間違えないようないほど明らかでした。1857年、ドレッド・スコット裁判で、最高裁のティニー主席裁判官は、奴隷が「主権国家の構成員」で、「われわれ人民」に含まれるかどうか、憲法起草者の目にはどのように映っていたかという点について、判決文で次のように述べています。われわれは、奴隷が人民ではなかった、奴隷は含まれていなかった、含まれる予定もなかったと考える・・・1世紀以上前、かれらは白人と同じ存在とは見なされていなかった・・・劣等であり、かれらは白人が敬意を表すべき権利など持っていなかった。ニグロは正当に合法的に、自己利益のために奴隷の立場にいる・・・。したがってアフリカの子孫であるニグロは・・・、財産の一つと見なされている。財産として所有し、売買される・・・。今日、世間を支配するこの見解の正しさを疑うものはいないと思われる。このように憲法制定会議から70年近く経って、最高裁はアフリカのニグロの権利に関して、起草者の基本的意見を再確認しました。奴隷制度を廃止する憲法修正第13が批准されるには、血なまぐさい南北戦争を経ねばなりません。後世のアメリカ人に、奴隷制度が及ぼす影響を消すことはできませんでしたが。アメリカの歴史を通して、ニグロの状況決定に法的原理が果たした役割には、驚愕します。黒人は法律によって奴隷にされ、法律によって解放され、法律によって選挙権が剥奪され差別されていたのです。そして最終的に法律によって平等を勝ち取り始めました。その間、新しい憲法原理が生まれ、変化する社会の挑戦に対応してきました。その進歩は目覚ましく、これからも進歩し続けるでしょう。

1787年にフィアデルフィアに集合した人々は、これからの変化を予測してはいませんでした。かれらが起草した文書が、将来、アフリカの奴隷の子孫が任命される最高裁によって解釈されるようになるとは、かれらは想像すらできず、またそのような状況を受け入れなかったでしょう。「われわれ人民」は、もはや奴隷にされることはありません。でもそうなったのは憲法の起草者のおかげではありません。

「自由」、「正義」、「平等」の時代遅れの定義を黙認することを拒否し、改善しようと奮闘した人々のおかげです。

それゆえ、二世紀前にフィアデルフィアで起きた出来事に焦点を当てるとき、その後の重要な出来事を見逃して、広い射程で判断力を失わないように、私たちは注意深くならなければなりません。さもないと、多くのアメリカ人にとって200周年記念は、国立古文書館の保管室に納められた憲法原本へ、盲目的に巡礼する程度のことになってしまいます。そうではなく私たちが憲法に内在する欠点と、200年の歴史で希望に溢れた展開をしてきたことを鋭敏に理解しようと努力するなら、私の意見では、「フィアデルフィアの奇跡」のお祝いは、はるかに意味のある謙虚な出来事になります。真の奇跡は憲法の誕生ではなく、憲法の軌跡、私たちが作り上げてきた激動の200年によって育まれた軌跡であり、当初にはなかった幸運をはるかに多く含んだ憲法の軌跡なのです。私は、権利の章典やその他、個人の自由と人権を守る修正条項を含めた、生きているドキュメントとしての憲法の200周年を祝うつもりです。

200年前の古ぼけた紙に活字で書かれた憲法そのものが賞賛に値するわけではない。その活字に過ぎない憲法により良い意味を与えようと命を懸けて必死になった活動が賞賛に値する。

そのような意味を込めて私は生きているドキュメントとしての憲法の200周年をお祝いしたいと思いますというスピーチでした。

今日の私のお話は岡山の20代の女性が一人で起こした女性の再婚禁止期間違憲訴訟のお話を中心にさせていただきました。女性の訴えによって120年間続いた憲法解釈が憲法のかたちそのものとして変わり国会での法改正につながったというお話でありました。これは決してあきらめない。つまり、憲法そのものは私たちの生活の基盤ではあるけれどもそれ自体は紙に書かれた活字に過ぎない。社会のメンバーである私たち一人一人が自分はこうあるべきだと思いますと光、色を憲法や日本のソサエティーに与える続けることによってきっと日本の社会は虹のように美しく変化していくのではないかなと思う次第であります。どうもご清聴ありがとうございました。(拍手)

### 【三宅】

作花先生どうもありがとうございました。憲法の本質をめぐるお話からご自身が担当された再婚禁止期間違憲判決を勝ち取るまでの貴重なお話をしていただけたと思います。

この後、休憩をはさみまして、お二人の先生による意見交換を経て会場にお集まりのみなさんの質疑をお受けする形にしたいと思います。

\*\*\*\*\* 休憩 \*\*\*\*\*

### 【三宅】

それでは、時間は限られているんですけども、報告の中で出てきた意見や相違的な部分もあろうかと思えますのでお二人の先生に意見交換をしていただきたいと思います。

まずは田高先生の方からよろしくお願いたします。

### 【田高】

作花先生からいただいた貴重なご報告を受けて、私も再婚禁止期間についてちょっとお話をさせていただこうと思います。女性差別撤廃条約との関係でも、女性の再婚を一定期間禁止する、という形で制度を維持することはできない、というのはそのとおりであろうと思います。今回の民法改正に際しては「附則」が付けられていて、そこには3年間を目途としてあり方をきちんと考えなさい、ということが記されています。

再婚禁止期間については、民法研究者のなかにも、全廃すべきだとの主張がみられます。レジュメにも記しましたが、「DNA鑑定が極めて高い確率で判定されるようになった現在、この規定は不要である」、とか、「離婚・再婚が日常化している今日、婚姻をする権利に男女の格差があるのは、不合理である」、あるいは「前婚が離婚により解消した場合は、その300日以内の嫡出推定には信憑性があるとはいえない」といった理由がそこでは述べられています。

しかし、果たしてそうした理由で、単純にこの制度を廃止してしまっているのか、そこは慎重に考えるべきだと思います。先ほど作花先生がおっしゃったように、民法には「父を定める訴え」というものもあるのですが、これはあくまで、制度上認められていないはずの禁止期間内での再婚が手違い等によりなされてしまった、そういう非常に特殊な状態において、前婚と後婚どちらの夫の子かを決めるときに使う制度です。これを一般的に使うとしてよいのかは慎重に検討しなければならないと思います。どちらの子として扱うのを原則とするか、ということもなく、まっさらの状態、どちらの子かを決めようとすると、DNA鑑定を拠り所にしよう、という話にどうしても向かっていきがちでしょう。しかし、そのように、DNA鑑定で決めるという姿勢は、これまで繰り返し述べてきたように、法的親子関係を形成する上では極力避けるべきです。そのためのしくみを整備することが必要になると思います。

再婚禁止期間という形での制度設計は、根本的な見直しが必要であるとしても、代替の制度を用意することなしに、単純に全廃することはできないと思います。代替措置の構築まで求めることはできない前提で、現行制度の効力を否定するという違憲訴訟として争うのであれば、「100日を超える部分のみ無効」というのが限界かなと私自身は考えます。

再婚禁止期間を全廃するために必要となる代替の新たな制度としては、作花先生もおっしゃっておられたことですが、ドイツのように、前婚が解消してすぐに再婚した場合、その後生まれた子は後婚の子と推定する、というのが有用だと思います。再婚禁止期間を全廃するのであれば、嫡出推定制度との兼ね合いをきちんと考えるのは必然であって、そういうこともなしに、「すぐ再婚してもらって構いません。その後生まれた子の父については、DNA鑑定で決めるから大丈夫です」というのは乱暴にすぎます。父子関係の原則をきちんと立てておくことは最低限必要なことになるはずですが。

ただ、ドイツのような制度を日本でも導入すればそれで上手くいくのかということ、そこもまた単純にはいかないように思っています。レジュメにも記しましたが、再婚禁止期間の最高裁判決のなかには、次のような一文が登場します。「世界的には再婚禁止期間を設けない国が多くなっている」、ただ、「それぞれの国において婚姻の解消や父子関係の確定等に係る制度が異なるものである以上、その一部である再婚禁止期間に係る諸外国の立法の動向は、我が国における再婚禁止期間の制度の評価に直ちに影響を及ぼすものとはいえない」と。それぞれの国で制度の仕組みが違うのだから、他の国が全廃しているから日本も全廃しますとはならないのだ、ということです。それに関連する話が、第1審の判決の中にも出ています。「再婚禁止期間の制度自体を持たない国では、離婚の前提として一定期間の別居が要求されており、この別居期間が、再婚禁止期間に代わって、嫡出推定の重複を防止する機能を果たしているということができると、それ以外の国でも、そのほとんどは、我が国における協議離婚に相当するよ

うな制度を持たず、裁判離婚のみを認めており、そこでは、明文上又は裁判の實際上、一定期間の別居が要求されており、それが要求されていない場合でも、一定の考慮期間ないし熟慮期間を設けていることが多いことから、届出のみで離婚することができる協議離婚裁判制度を有する我が国において再婚禁止期間制度を廃止した場合とでは問題状況が大きく異なる。」

再婚禁止期間を廃止できるのは、さまざまな制度が整備されていて、ようやくその条件が整っているからこそのことかもしれない、そうだとするならば、日本もドイツと同じような嫡出推定の制度を入れさえすれば全廃できる、とただちにいえるかはさらに慎重に考えなければならないのではないのでしょうか。私がここで強調したいのは、裁判所が離婚に関与してしっかり監督するということの前提がなければいけない、ということです。

作花先生に依頼をしてきた女性については、まさに救済の手がさしのべられる必要があったのは疑うべくもないとして、しかしその一方で、救済するために作ったはずの制度を悪用する人が出てこないかも、慎重に考えなければならないでしょう。

例えば、本当は前の夫の子を身ごもって出産するのだけれど、前の夫が嫌いになったから、再婚して新しい夫の子としたい、などと画策する女性もいるかもしれない、その場合には、前の夫の父としての権利の保護も考える必要が出てくるでしょう。そのような無用の紛争を生じさせないためには、離婚手続の中で、裁判所の適切な関与のもと、生まれてくる子に関する事項についてもきちんと確認をするしくみが作られる必要があるのではないのでしょうか。

ドイツでは、裁判所の関与を必須とする離婚制度と、後婚の夫を父と推定する制度とがあって運用がされているところ、後者の嫡出推定制度だけドイツと同様のものを日本に入れるとすると、かえって混乱が生じてしまうかもしれません。

ここまで述べてきたことをまとめると、第1に、再婚禁止期間という制度自体は、廃止の方向で検討すべきだろう、しかし第2に、そうするためには、まさに作花先生もおっしゃっておられたドイツのような後婚の夫を父とする嫡出推定制度を入れるべきだということです。こうした方向性は、家族法研究者の多数が支持するところとなっていると思います。そしてさらに第3に、そうした新たな制度が適切に運用されていくためには、日本の協議離婚制度に内在する根本の問題を解決しなければならない、ということです。

このように、再婚禁止期間の廃止のためには、家族法の諸制度を全体的に見直していく必要があるのであって、違憲訴訟が現行制度の無効という以上の結論を導くことができないものである以上、その使いどころについては慎重に考えざるをえないように思います。他方、さきにも述べましたが、立法の府である国会がちゃんと動くよう、違憲の司法判断という強力な武器を振りかざすこともときには必要でしょう。より良い制度が構築されていくために、憲法や司法の力をどのように使っていくらよいか、その難しさを、再婚禁止期間の違憲訴訟を通じて、あらためて思い知らされた気がします。

### 【三宅】

ありがとうございます。今の田高先生のコメントに対して作花先生お願いします。

### 【作花】

どうも貴重なご意見ありがとうございます。

田高先生がおっしゃったことその通りでありますけれど、この問題は女性の人



権を守りつつ子どもの福祉も守らなければいけないという難しい問題でありまして、偉大な民法を国会を中心にして専門家の中で研究して一番いいモデル案を生み出したいなと思っておるところであります。

田高先生が今日おっしゃって下さった嫡出推定制度がやはり今、最高裁で家族法の問題が多く扱われるようになってきているということは嫡出推定制度という明治時代の制度が非常に揺れている気がします。

私が実は次にする予定の問題の中に戸籍の問題があって、二世代にわたって母がDV夫からどうにか逃げて別の男性の子どもを元の夫の子として戸籍に入れたくないので戸籍を出せなくて子どもと孫の二世代にわたって無戸籍になっていると私に依頼して下さった方がいて担当するのですが、結局、田高先生ご報告いただいたような現在の嫡出推定制度の運用と子どもの福祉のためでは血を守るためではないとするのでは田高先生がさっきおっしゃったように最高裁は子どもの方からDNAを根拠にした親子関係不存在について認められないというのは現代の社会正義としてこれでいいのかなと思うところで、そうすると子供とか妻側の嫡出否認権を認めていないのが根本的なところなのかなと、そういう意味では田高先生が言われた再婚禁止の判例で推定をどうするかという一方で、嫡出否認権をどこまでの範囲に与えるべきかというのをまた憲法訴訟でいい報告ができるように頑張りたいと思います。

ありがとうございます。

### 【三宅】

ありがとうございます。それでは時間が限られているんですけど、会場内からの質問ございましたらお願いします。

### 【質問者】

貴重なご講演ありがとうございました。お二人にそれぞれ質問をおうかがいします。

田高先生には、夫婦別姓の最高裁の判決と作花先生の判決が同日に出て結論が違ったのですが、その分岐点はいったい本質的には何だったのか。作花先生には、この裁判、相当大変だったと思うのですが弁護団は何名だったのか、ということなどをお聞きしたいです。

### 【田高】

ご存じのとおり、夫婦別姓については、価値観の違いなどもあって、どのような結論をとるべきか、ということ自体、相当の議論を要するところではあります。ただ、とりあえずそうした実質的レベルに踏み込むことを避け、今回の2つの最高裁判決を善意解釈しつつ、その違いの原因を探るとすれば、ひとつには、法技術的な制約ということが指摘できるかもしれません。

婚姻によって改姓を強いるのは違憲だ、ということで夫婦別姓が許容されることになると、たちまち次は戸籍法の定めをどうしたらよいか、とか、改姓をしていた人の復氏をどのような手続ですすめるか、といった問題が出てきます。夫婦別姓を許容する制度の構築は、戸籍法の改正など、さまざまな関連法規の整備とあわせ、立法によって実現すべき性質のものであり、単純に民法の条文を違憲だといって効力を失わせるわけにはいかない、ということです。

1票の格差に関する公職選挙法の違憲判決にも共通していえることかもしれないですが、違憲としたその後の、問題解決に向けた具体的施策をどうすすめるのか、ということ是非常に難しいものがあるのでしょうか。ただ、逆にいえば、今回の夫婦別姓の違憲訴訟についても、公職選挙法の違憲判決のような判示をすることはできたかもしれない。そうだとすれば、夫婦別姓についてもきちんと違憲判断をして、それによって立法を変える原動力を付与する、ということを経験としてはやってもよかったので

はないか、と私自身は思っています。

それに対して、再婚禁止期間を 100 日とすることに関しては、これからは 6 ヶ月経たなくても婚姻できるようにします、という限りの意味のものであって、すでになされてきた婚姻の効力を否定するものではありません。慰藉料の話は措くとして、直接には、離婚から 6 ヶ月未満のところにいる再婚希望者への対処が問題となるだけだから、大きな混乱は生じないだろう、ということで、違憲判決を出しやすかった、といえるかもしれません。もっとも、さきにも述べたとおり、全廃するには別の制度の構築が必要となるので、100 日を超える部分のみの違憲にとどめた、というか、私からすればとどめるべきであった、ということなのだろうと思います。

### 【作花】

今、田高先生がおっしゃった夫婦別姓のことをもう一つだけ述べさせていただくと、再婚禁止の大法廷の弁論が終わった後、午後から夫婦別姓の弁論があったので大法廷で傍聴していたんですけど、主張が夫婦同姓が憲法違反だという、もっていきかたが分かりにくいなど、例えば女性が姓を変えることが事実上多いから条項違反だという主張をされていたんですけど、私が個人的に思っているのは民法の夫婦同姓制度というのは話し合いでどちらかの姓にするという制度なわけでそれなのに事実上女性が多いから憲法違反だというのはどうかなと。

私が思っているのは戸籍筆頭者制度です。つまり日本が戸籍という場合、日本の家自体が戸籍制度がずっと続いていて憲法 24 条では今の憲法では夫婦は平等だとしているのに、筆頭者つまりリーダーを決める。家族のリーダーを決める。世帯でもリーダーだけ載って後の子どもや妻は載らない。これが憲法違反。

戸籍筆頭者制度が憲法違反であって夫婦別姓ができないのはそこが問題。そういう言い方をしたら違う結果になったのではないかと傍聴していて感じました。私は戸籍筆頭者制度が憲法違反だと思っています。韓国では戸籍制度が完全に個人単位の戸籍になっている。今の憲法に適合している戸籍制度はそっちじゃないかなという訴えをするのもあるのかなというのが大法廷で傍聴して感じた感想です。

あと弁護団の数なんですが、これは弁護団組んでないんです。私一人でやりました。いわゆる国会の立法不作為訴訟で非常に難しいということで、たぶん無報酬ではだれもやってくれなかった(笑) さつき先生がおっしゃった離婚の話と関連するんですけど、国会の立法不作為訴訟は難しい。

でも平成 17 年に外国にいらっしゃる方々の選挙権が認められないのはおかしいという立法不作為の例があって最高裁がこういう場合は不作為が違法になるとかの例があった、そういう意味では大変だったということはあまりなくて国際人権条約の問題もあったし外国立法の影響の話もあったので、という感想です。ありがとうございました。

### 【三宅】

ありがとうございました。時間が超過しているのであとお一人もしらっしゃれば…。

### 【質問者】

先生のお話を聞いていて、すれ違っているような印象があったのでお聞きしたいんですけども、最後田高先生は個人



の利益の実現としての裁判の利用は家族法のようなさまざまな利益がからみ合っているような制度を改正して改革していくには限界があるとおっしゃっていて、私もそうかなと思っているんですが、一方で、作花先生が最初のロバーツやオバマさんの話を例にあげながら、たった一人の市民でも国を変えることができるとおっしゃっていて、一人の市民でも国を変えられると言っているところの市民の利益のものと、田高先生がおっしゃっているところの家族法制度の個人の利益だけではなくてさまざまな利益の下、実現されているというこの利益の捉え方にずれがあるのかなと思いました。

私はどちらかというとな田高先生に近いと思うんですが、家族法一つとっても女性の権利を尊重しなければいけない一方で子どもの福祉というものも管理しなければならない、そういう利益調整の下で公益として存在するのかなと。どちらかというとな憲法上の権利と言っても、私益として保障しているだけではなくて公益として保障しているのではないかと。われわれ市民がよりよい社会をつくるために訴訟制度を個人に与えて、そこでより良い制度を作り上げていくという考え方とっていたので、その点をお聞きできればと思います。

### 【作花】

ありがとうございます。私の考えを述べさせていただくと、行政法のいわゆる裁量権があり国会にも裁量権でも憲法 24 条が個人の尊厳と両性の平等に即して法律はつくられなくてはいけないといい、個人の尊厳と両性の平等に反するような立法をすると裁量の逸脱になると私は思っています。

国会の立法裁量があるというのはすべてありとあらゆるものを決めてしまうと逆に日本の国そのもののためにならないと国会に裁量を与えることこそが国民のためになる、でもなんでもやっていいかというとなそうではなくて個人の尊厳と男女の平等は絶対逸脱してはならないというところもある。私の申ししている一人でも国を変えられるんだというとな逸脱してはならない多数決で決めることはできないんだというお話をするときには立ち上がれば国のかたちが変わるんだと。

そういう意味では私と田高先生の見解的には重なっているのかなと思う次第であります。

### 【田高】

公共の福祉に関連した話を少しさせていただきますと、例えば名古屋新幹線訴訟は、新幹線の沿線住民が振動とか騒音に悩まされ健康被害が生じた、そこで新幹線を止めろという訴訟が提起されたというのですが、新幹線が通ることによって社会全般にもたらされる利益の大きさは、個人のこうむる不利益にくらべて計り知れないものだから我慢しなさい、という判決が下されたかというとな、そうでは全然ありません。多数の人の利益があるからといって、個人の利益が侵害されることが正当化されることはありません。

難しいのは、家族法というのは、子の福祉を社会制度のレベルという次元で実現させるため、個人の幸福追求の権利を犠牲にすることを強いている、というようにみることもでき、そうなると、「公共の福祉をふりかざして個人の権利を侵害してはならない」という、先に述べた話と矛盾するような印象を与えるかもしれません。個人の幸福追求を妨げていると思われる制度は、社会的弱者たる子の健やかな生育を保障するために必要不可欠のものである、そういった意味で、多数者の利益のために少数者を犠牲にする、という構造にある公害訴訟などとは異なるものといえるように思います。もちろん、個々人の幸福追求も、不当に制約されることのないよう、できる限り尊重されるべきなのは当然ではありますが。

### 【作花】

もう一つ付け足すと、憲法とは人権を含み裁判所だけで守ろうとしているんじゃないんです。国会、内閣、裁判所三権の協力関係で表にある人権というものは実現される。そうすると国会の役割、裁判所の役割は連動するわけです。

田高先生がおっしゃったようにこれは国会の裁量で決めていることである。そこから出てしまったときは裁判所が出て行ってチェックをするというような連動関係で人権を保護するんだというふうに考えるとこの問題はかなりクリアになるのではないかと思います。ありがとうございます。

### 【三宅】

では、お二人の先生にもう一度大きな拍手をお願いします。閉会の言葉を茂木先生の方からよろしくお願いします。

### 【茂木】

田高先生、作花先生どうもありがとうございました。本日は天候が悪い中、皆様参加していただきありがとうございました。

我々、地域問題研究所の研究者も今日お話いただいた内容を法律だけではなく私も人口学をやっておりますので、そういうことにも関連して本研究所の研究活動にできるだけ生かしていけるように努めていきたいと思えます。

本日はどうもありがとうございました。これをもって閉会とさせていただきます。



### 編集後記

AKさんが病休のため、ピンチヒッターが編集後記を書いております。今号は、124・125の合併号で、7月に行われた第53回地域問題研究交流集会「地域から『家族』を考える」の記録を掲載しました。本研究所研究員の三宅裕一郎教授をコーディネーターとして、田高寛貴、作花知志両先生の講演を頂き、家族関係の変容が再婚禁止期間や夫婦別姓など現行の民法・家族法に提起している問題状況についての貴重なお話を頂きました。今号の集会記録がこの問題についての理解を一層深めていく素材になればと思います。(YM)