

■第1章 婚姻の成立**1.3 婚姻障害事由（実質的な婚姻の成立要件）****→45頁 [4] 女性の再婚禁止期間**

最大判平27[2015]12・16民集69巻8号2427頁は、①100日の再婚禁止期間については、父性の推定の重複を回避し、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ことができることから、憲法14条1項、24条2項に違反するものではないとした。他方、②100日を超える部分については、父性の推定の重複を回避するために必要な期間とはいえないこと、医療や科学技術の発達からみて、一定の期間の幅を設けることを正当化することは困難であること、再婚件数の増加や、各国で再婚禁止期間を廃止する国が多くなっていることは、再婚の制約をできる限り少なくするという要請が高まっていることを示していることから、合理性を欠いた過剰な制約であり、合理的な立法裁量の範囲を超え、立法目的との関連において合理性を欠くことから、憲法14条1項、24条2項に違反するとした。なお①についても違憲とする2名の少数意見がある（二宮周平「最大判平27・12・16と憲法的価値の実現(1)」戸籍時報736号（2016）2頁参照）。

この違憲判決を受けて、民法733条は改正された（2016年6月1日法律147号、6月7日公布・施行）。各自、条文を点検されたい。2項について、市区村長は、婚姻の届出の際に、医師の作成した証明書（民法733条2項に該当する旨の証明書）によって審査をし、証明書に疑義があるなど特段の事情がない限り、2項に該当するものと判断し、再婚禁止期間内であっても、婚姻届を受理する（平28・6・7民一584号民事局長通達）。

■第2章 婚姻の効力**2.1 夫婦としての地位に関する効果****→49頁 [1] 夫婦の氏 (2) 夫婦同氏の問題点 (夫婦同氏強制制度について)**

最大判平27[2015]12・16民集69巻8号2586頁は、氏は家族の呼称であり、婚姻など身分関係の変動によって改められることがあり得ることは、その性質上予定されていることから、婚姻の際に氏の変更を強制されない自由が憲法上の権利として保障される人格権の一内容であるとはいえないとして、憲法13条に違反しないとした。また民法750条の文言上性別に基づく法的な差別的取扱を定めていないことから、憲法14条1項に違反しないとした。さらに夫婦同氏制は、日本社会に定着してきたものであること、家族は社会の自然かつ基礎的な集団単位と捉えられ、その呼称を一つに定めることには合理性が認められること、夫婦が同一の氏を称することは、上記の家族を構成する一員であることを対外的に公示し、識別する機能を有していること、特に婚姻の重要な効果として夫婦間の子が夫婦の共同親権に服する嫡出子となるということがあるところ、嫡出子であることを示すために子が両親双方と同氏である仕組みを確保することにも一定の意義があると考えられること、夫婦同氏制の下においては、子の立場として、いずれの親とも等しく氏を同じくすることによる利益を享受しやすいこと、氏を改める者の被る不利益は通称使用が広まることにより一定程度は緩和され得るものであることなどを総合的に考慮すると、民法750条は、直ちに憲法24条に違反するものではないとした。

本判決では、5名の裁判官が民法750条を違憲とした。多数意見も同条の問題点を認識

している。すなわち、婚姻に伴う改姓により不利益を被る者が増加してきていること、夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数である現状には社会に存する差別的な意識や慣習による影響があること、改姓が婚姻を事実上制約する場合もあることを指摘し、選択的夫婦別氏制度に合理性がないと断ずるものではないとした上で、氏に関する制度の在り方は、「国会で論ぜられ、判断されるべき事柄」であるとした。今後も立法的課題として議論されることになる（二宮周平「最大判平 27・12・16 と憲法的価値の実現(2)」戸籍時報 737 号（2016）28 頁参照）。

■第 7 章 実親子関係の発生（1）

7.3 嫡出否認制度

→166 頁 判例の外観説の射程

最高裁は、* 3 で引用した大阪高判平 24[2012]・11・2 について、「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性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釈するのが相当である」とした上で、これまでの外観説を踏襲し、妻の懐胎時に事実上の離婚などの事情がなかったのだから、親子関係不存在確認の訴えをもって争うことはできないとした（最判平 26[2014]・7・17 判時 2235 号 21 頁、同類型の別事案（札幌高判平 24[2012]・3・29）についても同旨の判断をしている（最判平 26[2014]・7・17 民集 68 巻 6 号 547 頁）。二宮周平「判批」ジュリスト 1479 号（2015）82 頁）。

■第 8 章 実親子関係の発生（2）

8.1 任意認知

→171 頁 不実認知者による認知無効の訴え

最高裁は、血縁上の父子関係がないにもかかわらずなされた認知は無効であり、認知者が認知をするに至った事情は様々であり、自らの意思で認知したことを重視して認知者自身による無効の主張を一切許さないと解することは相当でないとし、認知を受けた子の保護の必要性がある場合には、具体的な事案に応じて権利濫用法理などにより認知無効の主張を制限することも可能であるとし、本件事案では濫用と見られる事情がないと判断し、不実認知者の認知無効の訴えを認めた（最判平 26[2014]年 1 月 14 日民集 68 巻 1 号 1 頁）。

8.3 生殖補助医療

→181～2 頁 性別の取扱いの変更を受けた性同一性障がい者の婚姻と民法 772 条の適用

最高裁は、特例法（性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律（265 頁参照））4 条 1 項は、性別の取扱いの変更の審判を受けた者は、民法その他の法令の適用については、法律に別段の定めがある場合を除き、その性別に変わったものとみなしており、男性への性別の取扱いの変更の審判を受けた者は、以後、男性とみなされるため、民法の規定に基づき夫として婚姻することができるだけでなく、婚姻中に妻が懐胎したときは、民法 772 条の規定により、当該子は当該夫の子と推定される。婚姻することを認めながら、その主要な効果である嫡出の推定についての規定の適用を、妻との性的関係の結果もうけた子であ

り得ないことを理由に認めないとするは相当でないとした（最決平 25[2013]・12・10 民集 67 巻 9 号 1847 頁）。これを受けて戸籍実務は、夫の嫡出子として記載することを認めた。（二宮周平「判批」私法判例リマックス 50 号（2015）62 頁。）

■第 13 章 相続法の概略と相続の原則

13.3 相続の原則

→277, 281 頁 婚外子の相続分差別の改正

2013 年 12 月 5 日、民法 900 条 4 号ただし書の内、「嫡出でない子の相続分を嫡出である子の 2 分の 1 とする」部分を削除する民法改正が実現した（同月 11 日施行）。改正後の規定は、2013 年 9 月 5 日以後に開始した相続について適用される。2013 年 9 月 4 日以前に開始した相続については、旧法の規定が適用されるが、旧規定は、最大決平 25[2013]・9・4 により 2001 年 7 月時点で違憲無効と判断されているため、2001 年 7 月以降に開始した相続について、婚外子の相続分は婚内子と同等に扱われることとなる。他方で、2001 年 7 月から上記最大決までに相続が開始し、遺産分割や法律関係等が確定した事案については、有効とされる（二宮周平「最高裁大法廷相続分差別違憲決定の意義と民法改正」自由と正義 65 巻 3 号（2014）8 頁以下参照）。

■第 18 章 遺産分割

18.2 遺産分割の対象財産——債権・債務の帰属

→360, 361 頁 預金債権の遺産分割対象性

最大決平 28[2016]・12・19 民集 70 巻 8 号 2121 頁は、預金債権の遺産分割対象性を肯定した。「預金者が死亡することにより、普通預金債権及び通常貯金債権は共同相続人全員に帰属するに至るところ、その帰属の態様について検討すると、上記各債権は、口座において管理されており、預貯金契約上の地位を準共有する共同相続人が全員で預貯金契約を解約しない限り、同一性を保持しながら常にその残高が変動しうるものとして存在し、各共同相続人に確定額の債権として分割されることはない」とする。したがって、相続開始と同時に当然に相続分に応じて分割されることはなく、遺産分割の対象となる。また、預貯金契約上の地位を準共有する共同相続人全員で解約しない限り、各相続人に分割帰属しないのだから、遺産分割前に相続分に応じた払戻の請求もできないことになる。

この判断を導いた実質的理由は、次のとおりである。①遺産分割の趣旨を共同相続人間の実質的公平を図るものと捉え、被相続人の財産はできる限り幅広く遺産分割の対象とすべきであるとし、預貯金は、代償分割など遺産分割方法を定めるに当たって調整に資する財産であるとする。②各種料金の自動支払い、クレジットカードの決済などから、預貯金の性質を現金に近いものとみる。③預貯金口座の取引経過記録によって、債権およびその額の存否が明らかである。

本大法廷決定の射程は、預貯金債権に限られる。本決定は、預貯金以外の可分債権について言及しておらず、可分債権は法定相続分で分割帰属とする判例（最判昭 29[1954]・4・8 民集 8 巻 4 号 819 頁）を判例変更の対象としていないからである。したがって、預貯金以外の可分債権については、当面、最判昭 29・4・8 に従い分割帰属する、したがって、遺産分割の対象としない。したがって、具体的相続分算定の基礎となる相続財産には含めない扱いをするものと思われる。

（参考）二宮周平「遺産分割と預貯金」ケース研究 330 号（2017）4 頁以下

■第19章 遺言(1)

19.4 遺言の撤回

→393 頁 [2] 撤回の方法 (3) 破棄による撤回

最判平 27[2015]・11・20 民集 69 卷 7 号 2012 頁は、遺言者が、赤のボールペンで遺言書の文面全体に斜線を引いていた事案で、斜線が遺言者によってなされたことを確認した上で、「その行為の有する一般的な意味に照らして、その遺言書の全体を不要なものとし、そこに記載された遺言の全てを効力を失わせる意思の表れとみるのが相当である」として、破棄に当たるとした。