

〈判例研究〉

再婚禁止期間規定の合憲性

最高裁平成27年12月16日大法廷判決、平成25（オ）1079号、損害賠償請求事件、民集69巻8号2427頁、判例時報2284号20頁、判例タイムズ1421号61頁

大竹 昭裕

I 事実の概要

民法733条1項は、「女は、前婚の解消又は取消の日から6箇月を経過した後でなければ、再婚をすることができない」と規定して、女性について6箇月の再婚禁止期間を設けている（以下、「再婚禁止期間規定」、「本件規定」ともいう）。X（原告・控訴人・上告人）は、平成20年3月に前夫と離婚し、同年10月に後夫と再婚したが、同再婚は、本件規定があるため望んだ時期から遅れて成立したものであった。Xは、これにより精神的損害を被ったとして、本件規定が憲法14条1項及び24条2項に違反するにもかかわらず本件規定を改廃する立法措置をとらない立法不作為（以下、「本件立法不作為」ともいう）の違法を理由に、国に対し国家賠償法1条1項に基づき損害賠償を求めた。第1審判決（岡山地判平成24年10月18日判例時報2181号124頁）、控訴審判決（広島高岡山支判平成25年4月26日、判例集未登載）ともに請求を棄却すべきものとしたため、Xは上告に及んだ。

最高裁大法廷は、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項及び24条2項に違反しないが、100日を超えて再婚禁止期間を設ける部分は平成20年当時において憲法14条1項及び24条2項に違反するに至っていたとして違憲判断を示すとともに、立法不作為が国賠法1条1項の適用上違法の評価を受ける場合についての判断枠組み

を提示した上で、本件立法不作為は同規定の適用上違法の評価を受けるものではないと判示して上告を棄却した⁽¹⁾。本稿では本件規定の憲法適合性に関する判断に絞って見ていく。

II 判 旨

1. 判断枠組み

(1)「憲法14条1項は、……事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨」と解され、「本件規定は、女性についてのみ前婚の解消又は取消の日から6箇月の再婚禁止期間を定めており、これによって、再婚をする際の要件に関し男性と女性とを区別しているから、このような区別をすることが事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものと認められない場合には、本件規定は憲法14条1項に違反することになると解するのが相当である」。

(2)「憲法24条2項は、……婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものとイえる。また、同条1項は、……婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであ

るという趣旨を明らかにしたものと解される。婚姻は、これにより、配偶者の相続権（民法890条）や夫婦間の子が嫡出子となること（同法772条1項等）などの重要な法律上の効果が与えられるものとされているほか、近年家族等に関する国民の意識の多様化が指摘されつつも、国民の中にはなお法律婚を尊重する意識が幅広く浸透していると考えられることを併せ考慮すると、上記のような婚姻をするについての自由は、憲法24条1項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値するものと解することができる。「そうすると、婚姻制度に関わる立法として、婚姻に対する直接的な制約を課すことが内容となっている本件規定については、その合理的な根拠の有無について以上のような事柄の性質を十分考慮に入れた上で検討をすることが必要である」。

(3)「本件においては、上記の考え方に基づき、本件規定が再婚をする際の要件に関し男女の区別をしていることにつき、そのような区別をすることの立法目的に合理的な根拠があり、かつ、その区別の具体的内容が上記の立法目的との関連において合理性を有するものであるかどうかという観点から憲法適合性の審査を行うのが相当である」。

2. 本件規定の立法目的

(1) 本件規定の「立法の経緯及び嫡出親子関係等に関する民法の規定中における本件規定の位置付けからすると、本件規定の立法目的は、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る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」。

(2)「父子関係の確定を科学的な判定に委ねることとする場合には、父性の推定が重複する期間内に生まれた子は、一定の裁判手続

等を経るまで法律上の父が未定の子として取り扱わざるを得ず、その手続を経なければ法律上の父を確定できない状態に置かれることになる。生まれてくる子にとって、法律上の父を確定できない状態が一定期間継続することにより種々の影響が生じ得ることを考慮すれば、子の利益の観点から、……法律上の父を確定するための裁判手続等を経るまでもなく、そもそも父性の推定が重複することを回避するための制度を維持することに合理性が認められる」。

3. 区別の具体的内容と立法目的との合理的関連性

(1) 民法772条の規定から、「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」。「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」。「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」。

(2)「これに対し、本件規定のうち100日超過部分については、民法772条の定める父性の推定の重複を回避するために必要な期間ということとはできない」。本件規定が旧民法から現行民法に引き継がれた後においても、再婚禁止期間を6箇月としたことは、国会の合理的な立法裁量の範囲を超えるものであったとは言えない。しかし、「医療や科学技術が発達した今日においては、……再婚禁止期間を厳密に父性の推定が重複することを回避す

るための期間に限定せず、一定の期間の幅を設けることを正当化することは困難になった」。「社会状況及び経済状況の変化に伴い婚姻及び家族の実態が変化し、特に平成期に入った後においては、晩婚化が進む一方で、離婚件数及び再婚件数が増加するなど、再婚をすることについて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事情も認めることができる」。「かつては再婚禁止期間を定めていた諸外国が徐々にこれを廃止する立法をする傾向にあり、……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ことも公知の事実で……、再婚をすることについて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す事情の一つとなり得る」。そして、「婚姻をするについての自由が憲法24条1項の規定の趣旨に照らし十分尊重されるべきものであることや妻が婚姻前から懐胎していた子を産むことは再婚の場合に限られないことをも考慮すれば、再婚の場合に限って、前夫の子が生まれる可能性をできるだけ少なくして家庭の不和を避けるという観点や、婚姻後に生まれる子の父子関係が争われる事態を減らすことによって、父性の判定を誤り血統に混乱が生ずることを避けるという観点から、厳密に父性の推定が重複することを回避するための期間を超えて婚姻を禁止する期間を設けることを正当化することは困難である。……本件規定のうち100日超過部分は合理性を欠いた過剰な制約を課すものとなっている」。「本件規定のうち100日超過部分は、遅くとも上告人が前婚を解消した日から100日を経過した時点までには、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として、その立法目的との関連において合理性を欠くものになっていた」。同部分が「憲法24条2項にいう両性の本質的平等に立脚したものでなくなっていたことも明らかであり、上記当時において、同部分は、憲法14条1項に

違反するとともに、憲法24条2項にも違反するに至っていたというべきである」。

なお、本判決には、櫻井裁判官ら6名による共同補足意見、千葉裁判官と木内裁判官による各補足意見、鬼丸裁判官による意見、山浦裁判官による反対意見が付されている。

Ⅲ 研 究

1. はじめに

民法772条は、妻が婚姻中に懐胎した子を夫の子と推定し（1項）、婚姻成立の日から200日経過後又は婚姻の解消・取消しの日から300日以内に生まれた子を婚姻中に懐胎したものと推定している（2項）。そこで、もし女性が婚姻解消等の後直ちに再婚した場合、再婚の日から200日以後でしかも前婚解消等の日から300日以内に生まれた子については、前夫の子か後夫の子か明らかでないという事態、つまり父性推定の重複という事態が生じることになる。一般には、本件規定は、このような事態を避けようとするものと説かれてきた。

憲法学説では、男女の肉体的・生理的差異に基づく合理的な区別であるとして再婚禁止期間規定を合憲とするのがかつての通説的見解⁽²⁾であった。しかし、最近では、民法772条2項を前提に父性推定重複を回避するためには100日の再婚禁止期間を設ければ十分であるとしてこれを違憲とする見解が有力であり、さらには、性差別は厳格審査基準によるべきとの立場から再婚禁止期間規定の存在自体を違憲とする見解もある⁽³⁾。また、民法学説では、現在、本件規定の合理性を否定する見解が多数であり、そこでは、再婚禁止期間を100日に短縮すべきとする見解、それに加えて再婚禁止期間の適用除外を拡大することなどを説く見解、再婚禁止期間規定自体を廃止すべしとする見解が主張されている⁽⁴⁾。

本件規定が争われた判例としては、最三小

判平成7年12月5日（集民177号243頁、以下、「平成7年判決」ともいう）がある。この事件も立法不作為を理由として国家賠償を求めたものであったが、最高裁は、最一小判昭和60年11月21日（民集39巻7号1512頁）に依拠し、「合理的な根拠に基づいて各人の法的取扱いに区別を設けることは憲法14条1項に違反するものではなく、民法733条の元来の立法趣旨が、父性の推定の重複を回避し、父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことにありと解される以上」、国賠法の適用上違法との評価を受ける例外的な場合に当たらないとして上告を棄却した。この判決では憲法14条1項や本件規定の立法目的に言及されているが、それはあくまで国賠法適用上の違法性判断に必要な限りのもので、本件規定の合憲性を正面から判断したものではなかった⁽⁵⁾。

他方、立法に関わる動きとしては、法制審議会が平成8（1996）年の「民法の一部を改正する法律案要綱」⁽⁶⁾で再婚禁止期間を100日とする案をまとめているが、法改正は実現しないままとなっていた。しかし、国際的には女子差別撤廃委員会や自由権規約委員会から繰り返し法改正を求められる状況にあり⁽⁷⁾、国内的にも日本学術会議が再婚禁止期間の短縮ないし廃止を含む民法改正を提言していた⁽⁸⁾。

本判決は、再婚禁止期間のうち100日超過部分を違憲と判断したが、以上のような学説・判例状況、国内的・国際的状況の下では予想された判断とも言える⁽⁹⁾。しかし、本判決はわが国の「歴史上初めての性差別を理由とした法令違憲判決」⁽¹⁰⁾とされるが、同時に再婚禁止期間のうち100日以内の部分についての合憲判決でもあるという異なる側面も持っている⁽¹¹⁾。以下では、このような特徴に留意しつつ、本判決について若干の検討を行っていく。

2. 判断枠組み

前述のとおり、平成7年判決は、本件規定

の合憲性を正面から判断したものではなく、国賠法適用上の違法性判断に必要な限りでの判断にとどまるものであった。これに対し、本判決では、国賠法上の違法性判断から独立・先行して本件規定そのものの合憲性判断を行っており、その意味で在外選挙権に関する最大判平成17年9月14日（民集59巻7号2087頁）⁽¹²⁾と同様の対応がとられているといえる。

学説では、平等違反に関する憲法適合性審査の際、対象となる権利の性質と差別事由の何れかに基づき審査基準を設定するのが通説とされる⁽¹³⁾。そして、差別事由が憲法14条1項後段列挙事由の場合はより厳格な審査基準によるべきものとされ、その場合でも、同列挙事由すべてに厳格審査基準が当てはまるとする見解と、「性別」「社会的身分」には中間審査（厳格な合理性の基準）が当てはまるとする見解があるとされる⁽¹⁴⁾。本件規定は再婚の要件に関し性別に基づき区別することから、学説に従えば、厳格さの程度に違いはあるとしても、単なる合理性の基準に比べてより厳格度を増した審査が要求されることになる。

これに対して、判例は、憲法14条1項適合性審査について、一般的な立法裁量の存在を前提に、(a) 審査密度を低める要素が見出される場合は、区別が「著しく不合理なもの」であるか否かの基準による「極めて緩やかな審査」、(b) 審査密度を高める要素が見出される場合は、「慎重に検討することが必要である」との判断指針に基づき、立法目的の合理的根拠の有無、具体的区別と立法目的との間の合理的関連性の有無を見る基準による「一定の厳格度を具えた審査」、(c) 審査密度を低める要素も高める要素も見出されない場合は、事柄の性質に即応した合理的根拠に基づく区別か否かを見る基準による (a) (b) の「中間」に位置する審査、を使い分けると指摘される⁽¹⁵⁾。このうち (b) の「慎重

に検討」する判断指針を示した典型が「国籍法違憲判決」（最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁）で、同判決では、(i) 国籍が人権保障・公的資格付与・公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な法的地位でもあること、(ii) 父母の婚姻で嫡出子たる身分を取得するか否かは、子自らの意思や努力で変えることのできない父母の身分行為に係る事柄であることを挙げ、「慎重に検討する」必要性を説いていた。国籍法違憲判決は、上記(i)(ii)のいずれも備わってはじめて平等審査の密度を高める要素になるとの立場を採っている⁽¹⁶⁾とされる。

判旨1の(1)・(3)によれば、「事柄の性質に応じた合理的根拠」の有無を、立法目的の合理的根拠の有無、及び区別の具体的内容と立法目的との合理的関連性の有無から審査するとしており、本判決は、上記(b)の「一定の厳格度を具えた審査」枠組みを設定していると言える。そして、判旨1(2)では「婚姻制度に関わる立法として、婚姻に対する直接的な制約を課すことが内容となっている本件規定については、その合理的な根拠の有無について……事柄の性質を十分考慮に入れた上で検討をすることが必要」とされており、「慎重な検討」という文言はないものの、ここに審査密度を引き上げる必要性が示されているようである⁽¹⁷⁾。実際、千葉補足意見は、「再婚禁止期間の措置は……憲法上保護に値する婚姻をするについての自由に関する利益を損なうことになり、……再婚へ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事情の下で、形式的な意味で……手段に合理的な関連性さえ肯定できれば足りるとしてよいかは問題」で、「立法目的を達成する手段それ自体が実質的に不相当でないかどうか（この手段の採用自体が立法裁量の範囲内といえるかどうか）も更に検討する必要がある」という趣旨を含むと説明する⁽¹⁸⁾。

しかし、本判決（判旨1(2)）は、国籍法

違憲判決とは異なり、憲法24条1項の趣旨から「十分尊重」すべき「婚姻をすることについての自由」⁽¹⁹⁾の重要性を根拠に審査密度を高めているように見える。ただ、このような見方に対しては、本件規定はそもそも性別に関わるもので「差別事由」の要件は充たされており、あとは「権利の重要性」が問題となるだけであるからその点に焦点を当てて議論を展開したのであり、憲法24条2項が国会の立法裁量の限界を画するものとして明示されていると解されるところから、「婚姻をすることについての自由」の重要性と相俟って審査密度の高まりが導かれるとの理解もあり得よう。

この点、調査官解説は、平等原則違反に関する従来判例では、「立法裁量の範囲の広狭に関わる検討要素として、当該区別の事由や区別の対象となる権利利益の性質とその重要性を総合的に考慮するという判断方法」が採られているとする。その上で、本件規定は、「『男女の性別』という人が生まれながらに持つ属性による区別」ではあるが、「男女に子をもうけることに関しての身体的差異があることを理由とする区別」で、「むしろ重視すべき観点は、区別そのものではなく、区別の対象となる権利利益の問題として、本件規定が憲法24条にいう『婚姻』を制約するものであるという点にある」とし、「『婚姻をすることについての自由』の重要性と、本件規定がこれを直接的に制約するものであるという事柄の性質を十分に考慮して、立法目的・手段の合理性を検討すべきと考えられる」と説明している⁽²⁰⁾。この調査官解説に従えば、国籍法違憲判決の審査密度決定要因とされた「対象となる権利の性質」と「差別事由」は、この2つが充足されれば審査密度の一定の高まりを自動的に生むというような（あるいは、この2つがそろわない限り審査密度が高まることはあり得ないというような）形式的なものではないということであろう。

ただ、穿った見方をすると、100日超過部分が父性推定重複回避という立法目的と適合しないことがあまりにも明らかで、それ故この部分を違憲と言い得ることが極めて明瞭であるからこそ、審査密度を高めるような言い方をすることができたということなのかもしれない。

3. 立法目的

日本国憲法制定に伴う民法改正の中で、再婚禁止期間に関する旧民法767条1項の規定内容が本件規定にそのまま引き継がれたという「立法の経緯」、民法772条などの「嫡出親子関係等に関する民法の規定中における本件規定の位置付け」をもとに、判旨2の(1)は、本件規定の立法目的を「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」と捉え、「父子関係が早期に明確となることの重要性」を挙げてその合理性を認めている。ここに示された立法目的は平成7年判決のそれを踏襲したもので、学説でも一般に合理的とされてきた捉え方である⁽²¹⁾。

これに対し、山浦反対意見は次のように主張する。旧民法（明治31年法律9号）制定当時の法典調査会や帝国議会での政府説明によれば、再婚禁止期間の目的は血統の混乱防止とされていたのであり、本判決多数意見による説明は、血液判定に関する科学技術確立と家制度等廃止という社会事情の変化により「血統の混乱防止という古色蒼然とした目的では制度を維持し得なくなっていることから、立法目的を差し替えた」ように見える。父子関係をめぐる紛争の未然防止の点も、「旧民法の立案者は妻を迎える側の立場に立って前夫の遺胎を心配」したのであり、「離婚した女の再婚を禁じた旧民法に、生まれてくる子の利益の確保という視点があったとするのは余りにも歴史を無視したもの」というのである。

日本国憲法制定以前から続く規定の立法目的は、当該規定制定時の議論に拘泥するのではなく、憲法との整合性を見定めつつ捉え直してみる必要があるだろう。しかし、他方で、山浦反対意見が指摘する点も見逃すことはできない。本判決でも若干触れられているが、本件規定の立法経緯⁽²²⁾を振り返ると、再婚禁止期間を6箇月としたことにつき、梅謙次郎が法典調査会で、前夫の子を宿したまままで再婚した場合、後夫としては結婚するのではなかったということがあり得るが、6箇月もたてば専門家でなくても懐胎しているか否かの想像がつくと説明していたことが知られている⁽²³⁾。この説明からすれば、再婚禁止期間には「妻となるべき女が前夫の種を宿していることを知らないで婚姻しようとする後夫を保護する」⁽²⁴⁾という目的も含まれていたということになり、旧民法767条をほぼそのまま口語化した本件規定にも「後夫の保護」という要素が受け継がれている可能性を必ずしも否定できない。

また、父性推定重複回避という目的自体の意義も、実は必ずしも明確ではない。父性推定重複回避は一般に「出生子の利益の保護」という文脈で説明されることが多いが⁽²⁵⁾、平成7年判決の原審判決⁽²⁶⁾は、本件規定の立法目的を「父性の混同を防止し、出生子の利益や後婚の家庭生活の平穏を保護する」ことと捉えていた。そこでは、父性混同防止すなわち父性推定重複回避を「後婚の家庭生活の平穏の保護」とも結び付けており、その理解の仕方によっては父性推定重複回避の様相が相当異なってくる可能性を含んでいたように思われる。これに対し、本判決では、父性推定重複回避を「父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐ」ことと結び付けている。判旨2の(1)では父子関係早期明確化の重要性の点からこれを合理的とすると同時に、判旨2の(2)では裁判手続による法律上の父確定と子の利益との関係が述べられている

が、このような紛争発生未防止の要請に父子関係早期明確化とそれにより確保されるべき「子の利益」以外のものが含まれている可能性はないのかどうか。父子関係をめぐる紛争の未然防止の内実が問題となろう。

本判決が審査密度を高めるといっているのであれば、立法目的につき結果として同じ判断を導くにしても、立法経緯や父性推定重複回避の意味など、もう少し丁寧な検討がなされてもよかったのではないと思われる（なお、判旨2の(2)の指摘は、区別の具体的内容と立法目的との合理的関連性の問題に関わることでもあるので、次の4で触れることにする）。

4. 区別の具体的内容と立法目的との合理的関連性

本判決は、判旨3の(1)で本件規定が定める再婚禁止期間のうち100日以内の部分合憲とする一方で、判旨3の(2)において100日超過部分を憲法14条1項・24条2項に違反し違憲であると判示しており、いわば「量的な一部違憲の判決」⁽²⁷⁾と言える。

ただ、判旨3(1)で展開される合憲の論理は極めて形式的なものに止まっている。民法772条の規定から見て父性推定重複が生じ得るのは婚姻解消等後100日であることは計算上一目瞭然で、判旨3(1)は単にそれを確認しているに過ぎない。しかしそれが、判旨1(2)で、「婚姻をすることについての自由」が「憲法24条1項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値し」「婚姻に対する直接的な制約を課することが内容となっている本件規定」の合理的根拠の有無については「事柄の性質を十分考慮に入れた上で検討」する必要があるとしたことを踏まえたものと言えるかどうかは、甚だ疑問と言わなければならない⁽²⁸⁾。

他方、100日超過部分については、判旨3(2)で、「再婚の場合に限って、前夫の子が生まれる可能性をできるだけ少なくして家庭

の不和を避けるという観点や、婚姻後に生まれる子の父子関係が争われる事態を減らすことによって、父性の判定を誤り血統に混乱が生ずることを避けるという観点から、……正当化することは困難で……合理性を欠いた過剰な制約」であり違憲としている。その際に考慮されているのは、「妻が婚姻前から懐胎していた子を産むことは再婚の場合に限られないこと」、そして、100日以内部分の合憲判断では言及されなかった「婚姻をすることについての自由が憲法24条1項の規定の趣旨に照らし十分尊重されるべきものであること」であり、婚姻・家族の実態の変化や晩婚化、離婚件数・再婚件数の増加、諸外国での再婚禁止期間の廃止の動向などの「再婚をすることについて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事情」、さらに医療・科学技術の発達も指摘されている。しかし、これらは、むしろ再婚禁止期間規定を設けることそのものの合理性を疑わせる事由と言えるのではないだろうか。

再婚禁止期間のうち100日以内部分が合憲であることを前提に、立法目的との関連から見て、民法733条2項に規定する場合や従来の戸籍実務で認められてきた場合以外にも再婚禁止期間規定の適用除外とすべき場合があると指摘するのは、櫻井裁判官らの共同補足意見である。同項は、女性が前婚解消等の後にその前から懐胎していた子を出産した場合の本件規定適用除外を定めるが、これ以外にも父性推定重複回避の必要がない場合には適用除外とすることを許容していると解され、女性に子が生まれなことが生物学上確実であるなど父性推定重複が生じえない場合、離婚した前配偶者との再婚など父性推定が重複しても差し支えない場合、一定の事由により父性推定が及ばないと解される場合には、本件規定の適用がないというべきだとする。戸籍実務で再婚禁止期間内の婚姻届の受理を認めたもの（前婚の夫との再婚の場合、夫の3

年以上の生死不明を理由とする離婚判決により前婚を解消した場合など）もこのような理解に沿うもので、この理解に立つと、女性が不妊手術を受けていて子が生まれなことが確実であるときや、女性が前婚解消等の時点で懐胎していないときにも、100日以内部分の適用除外事由とされるべきだといふのである。

これに対し、鬼丸裁判官の意見は、父性推定重複回避の必要がない場合は本件規定の適用除外とすると、その範囲は多様かつ広汎で、適用除外に該当せず再婚禁止により父性推定重複回避が必要となるのはごく例外的な場合に限られるとする。同意見は、それにもかかわらず、文理上は前婚の解消等をした全ての女性（但し、民法733条2項の規定の場合を除く）に対し一律に再婚禁止期間を設けているように読める本件規定を残すことは、婚姻をするについての自由の重要性や父を定めることを目的とする訴え（民法773条）の規定が類推適用できることに鑑みると疑問であること、再婚禁止期間の一部期間を違憲無効とすることによっては父性推定重複回避の必要のない多数の女性の再婚を制約することになりかねない状況を除くできないこと等を指摘し、男性との取扱いに差別を設けた本件規定には合理的根拠はなく、本件規定の全部が憲法14条1項・24条2項に違反し無効であると主張する。鬼丸意見は本件規定が立法目的から見て過剰包摂となっていることを指摘するもので、それは学説から強く批判されてきた点でもある⁽²⁹⁾。

鬼丸意見は、例外的に父性推定重複が生じた場合には民法773条の父を定めることを目的とする訴えの類推適用により子の父を定めるべきことを主張し、また、山浦反対意見は、DNA検査技術の進歩により生物学上の父子関係を科学的・客観的に明らかにできるようになった段階では、立法目的達成手段として再婚禁止期間を設ける必要性は完全に失

われており、本件規定全部が違憲であるとする。しかし、判旨2（2）は、「父子関係の確定を科学的な判定に委ねることとする場合には、父性の推定が重複する期間内に生まれた子は、一定の裁判手続等を経るまで法律上の父が未定の子として取り扱わざるを得ず、その手続を経なければ法律上の父を確定できない状態に置かれる」とし、「子の利益の観点から、……法律上の父を確定するための裁判手続等を経るまでもなく、そもそも父性の推定が重複することを回避するための制度を維持することに合理性が認められる」とする。

これに対し、山浦反対意見は、父性推定が重複する子を出産する女性の割合はごく僅かで、子の父判定のための個別的救済手続を設けることや推定規定合理化など法改正・法解釈、実務改善等のより影響の少ない方法で立法目的達成が可能であること、近年の医療・科学技術から見て生物学上の父子関係判定は容易で民法773条の類推適用に大きな負担が伴うわけではないこと、裁判手続等の間にも住民票への記載等が可能で、子にとって法律上の父が確定できない状態がしばらく続くことの不利益も近年ではそれほど重大とはいえないことを指摘する。また、鬼丸意見も、父性推定による父確定の法的効果は法律上の身分関係・扶養義務等が定まることにすぎず、実際に法律上の父から扶養を受けられるか否か等は別問題であることなどを指摘する。

しかし、父性推定重複の場合に常に民法773条に依存することには問題もあり得よう。木内補足意見は、父を定めることを目的とする訴えを提起する上での人事訴訟法上の制約等を挙げ、再婚禁止期間規定がなく母・後夫・前夫が法的手続をとらない場合、長期間子の父が決まらず、子の利益が著しく損なわれると指摘する。ただ、この点については、山浦反対意見が示唆するように、嫡出推定規定の合理化などの対応があり得る。例えば、嫡出推定が重複する場合には後夫の子と

推定するなど、「婚姻をするについての自由」に対するより制限的でない方法の有無を検討する必要もあろう⁽³⁰⁾。

このように見てくると、再婚禁止期間のうち100日以内部分の合理性についても種々の疑問が生じる。そうだとすれば、この部分についても、「婚姻に対する直接的な制約を課することが内容となっている本件規定」の合理的根拠の有無について、「事柄の性質を十分考慮に入れた上で」もう少し丁寧に審査する必要があったというべきであろう。

5. おわりに

本判決を受け、法務省は、再婚禁止期間を100日に短縮して扱うとしてその旨を全国の自治体に通知し、さらに本年（2016（平成28）年）3月、政府は、再婚禁止期間を前婚解消等後100日間に短縮し、前婚解消等の時に妊娠していない場合は100日を経過していても再婚できることとする民法改正案を閣議決定し国会に提出したとのことである⁽³¹⁾。

しかし、この改正案が成立したとしても、それで再婚禁止期間に関する違憲の疑いが払拭されたとは到底言えないだろう。「子の利益」を基底に据え、父子関係の早期明確化を図るべく「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」という再婚禁止期間規定の立法目的の合理性を承認したとしても、憲法24条1項の規定の趣旨から十分尊重すべき「婚姻をすることについての自由」を踏まえて丁寧に検討すれば、女性についてのみ100日間とはいえ再婚禁止期間を置くことと立法目的との合理的関連性については多くの疑問が生ずるからである。

その意味で、問題は依然として残されたままと言わなければならない。

注

- (1) 本判決を論じたものに、辻村みよ子『憲法と家族』（日本加除出版、2016年）219頁以下、犬伏由子「判批」TKC ローライブラリー新・判例解説 Watch 民法（家族法）No.82（2016年）1頁以下、戸部真澄「判批」TKC ローライブラリー新・判例解説 Watch 行政法 No.161（2016年）1頁以下、加本牧子「判解」ジュリスト1490号（2016年）88頁以下、安達敏男・吉川樹士「判批」戸籍時報735号（2016年）35頁以下、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年）2頁以下、作花知志「判批」法学セミナー734号（2016年）39頁以下、堀口悟郎「判批」法学セミナー734号（2016年）108頁、朝田とも子「判批」法学セミナー735号（2016年）109頁、藤戸敬貴「再婚禁止期間」調査と情報894号（2016年）1頁以下、建石真公子「判批」判例時報2284号（2016年）53頁以下、窪田充見「判批」判例時報2284号（2016年）57頁以下などがある。
- (2) 法学協会『註解日本国憲法上巻』（有斐閣、1953年）479頁、宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』（有斐閣、1974年）280頁など。
- (3) 芹沢斉・市川正人・阪口正二郎編『新基本法コンメンタール 憲法』（日本評論社、2011年）213頁（武田万里子）。
- (4) 藤戸・前掲論文注(1)3-4頁。民法学説の状況については、渡邊泰彦「再婚禁止期間の再検討」同志社法学49巻6号（1998年）227頁以下も参照。
- (5) 小林節「判批」憲法判例百選Ⅰ〔第5版〕（2007年）67頁、建石・前掲論文注(1)54頁参照。
- (6) 法務省HP。〈http://www.moj.go.jp/shingi/shingi_960226-1.html〉
- (7) 女子差別撤廃委員会からの法改正の求めについては、二宮周平「家族法における憲法的価値の実現－家族法改正と司法判断（3）」戸籍時報730号（2015年）8頁以下参照。
- (8) 日本学術会議「提言 男女共同参画社会の形成に向けた民法改正」（2014年）13頁。
- (9) 安達・吉川・前掲論文注(1)42頁。
- (10) 作花・前掲論文注(1)43頁。
- (11) 堀口・前掲論文注(1)108頁参照。
- (12) この判決の構成については、新正幸『憲法訴訟論〔第2版〕』（信山社、2010年）327頁参照。
- (13) 市川正人「判批」判例評論599号（2009年）4頁。
- (14) 君塚正臣「判批」民法判例百選Ⅲ親族・相続

- (2015年)12頁。
- (15) 蟻川恒正「婚外子法定相続分最高裁違憲決定を読む」法学教室397号(2013年)108-110頁。
- (16) 蟻川・前掲論文注(17)108頁、市川正人「憲法判例の展開」公法研究77号(2015年)6頁、渡辺康行「平等原則のドグマティック」立教法学82号(2011年)49頁など。安西文雄「憲法14条1項後段の意義」論究ジュリスト13号(2015年)76頁は、「権利・利益の重要性と区別事由とを総合的に考慮して審査のあり方を設定する手法」とする。
- (17) 犬伏・前掲論文注(1)2頁は、本判決は「厳格な合理性の基準」をとったと指摘する。他方、辻村・前掲書注(1)241頁は、「従来通りの合理性の基準論に立脚しつつ、審査密度を濃くして実質的に多少とも厳格な判断をした」とする。
- (18) なお、山浦反対意見はさらに厳格な審査を求め、「他により影響の少ない方法がある場合には、本件規定は違憲の評価を帯びる」と主張する。
- (19) 建石・前掲論文注(1)54頁は、本判決が憲法24条の趣旨から「婚姻の自由」を十分尊重に値すると位置づけた点で注目されるとする。ただ、本判決では「婚姻をするについての自由」という言い方をしており、しかもそれが憲法24条1項で直接保障されるとしているわけではないことには注意を要する。
- (20) 加本・前掲論文注(1)90-91頁。
- (21) 小林・前掲論文注(5)67頁、君塚・前掲論文(14)13頁など参照。但し、平成7年判決には、父性推定重複回避と父子関係紛争発生未然防止をつなぐ「もって」という文言はなかった。
- (22) 立法の経緯については、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年)4頁以下、千葉洋三「再婚禁止期間について」戸籍時報688号(2012年)20頁以下、渡邊・前掲論文注(4)217頁以下など参照。
- (23) 梅謙次郎による説明は、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年)331頁における引用参照。
- (24) 佐藤義彦「判批」判例タイムズ765号(1991年)100頁。
- (25) 中川淳「判批」法律時報63巻5号(1991年)65頁参照。
- (26) 広島高判平成3年11月28日判例時報1406号3頁。
- (27) 加本・前掲論文注(1)93頁。
- (28) 但し、千葉補足意見は「事柄の性質を十分考慮

- に入れた上で……検討している」とする。
- (29) 犬伏由子「判批」判例評論391号(1991年)33頁、犬伏・前掲論文注(1)3頁参照。
- (30) 君塚正臣『性差別司法審査基準論』(信山社、1996年)180頁は、より制限的でない他の選択し得る手段として父性推定が重複する子は後夫の子と推定するなどの方法が存在することから、100日間の再婚禁止期間も違憲の疑いが濃厚だとする。
- (31) 朝日新聞2015年12月17日(13版)、毎日新聞2016年3月9日(統12版)。

[追記1]

本稿脱稿後の2016(平成28)年6月1日、①再婚禁止期間を100日とする(民法新733条1項)、②「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」と「女が前婚の解消又は取消しの後に出産した場合」には同条1項を適用しない(同条2項)、③再婚禁止期間規定に違反した婚姻は、前婚の解消・取消しの日から100日を経過し、又は女が再婚後出産したときには、その取消しを請求できない(同746条)とする民法改正が成立し、同月7日に公布・施行された。

[追記2]

本稿脱稿後、尾島明「判解」法律のひろば69巻4号(2016年)66頁以下、大林啓吾「憲法訴訟の転機と司法積極主義の兆し」法律時報88巻7号(2016年)66頁以下、佐々木雅寿「民法733条および民法750条の合憲性」月報司法書士532号(2016年)75頁以下、前田陽一「再婚禁止期間(待婚期間)」法学教室429号(2016年)15頁以下、笹田栄司「判批」法学教室430号(2016年)125頁、神橋一彦「判批」法学教室430号(2016年)133頁、久保野恵美子「判批」法学教室430号(2016年)136頁、床谷文雄「判批」私法判例リマークス53号(2016年)54頁以下などの論考に接した。