

女性に 6 か月の再婚禁止期間を定める民法 733 条 1 項の合憲性

【文 献 種 別】 判決／最高裁判所大法廷

【裁判年月日】 平成 27 年 12 月 16 日

【事 件 番 号】 平成 25 年（オ）第 1079 号

【事 件 名】 損害賠償請求事件

【裁 判 結 果】 国賠請求棄却、一部認容（民法 733 条 1 項の 100 日超過部分の再婚禁止期間違憲）

【参 照 法 令】 憲法 14 条 1 項・24 条 2 項、民法 772 条 1 項・733 条 1 項、国家賠償法 1 条 1 項

【掲 載 誌】 民集 69 巻 8 号 2427 頁、裁時 1642 号 1 頁、訟月 62 巻 9 号 1481 頁、判時 2284 号 20 頁、判タ 1421 号 61 頁、家庭の法と裁判 5 号 71 頁

LEX/DB 文献番号 25447652

事実の概要

X（原告、控訴人、上告人）は、2006 年 9 月に暴力をふるう前夫と別居し離婚訴訟ののち 2008 年 3 月に離婚した。離婚成立前の 2008 年 2 月に後夫の子を懐胎した X は離婚後直ちに後夫との再婚を希望したが民法 733 条 1 項（以下、「本件規定」）が女性にのみ 6 か月間の再婚禁止期間を設けているため婚姻届けが受理されず、婚姻成立は 2008 年 10 月となった（離婚後 300 日以内に生まれた子は前夫の子とする民法 772 条 2 項から、子が無戸籍となる問題も生じた）。X は、①民法 733 条は、（i）寡婦への服喪強制的規定であり、（ii）DNA 鑑定等を利用した父を定める訴え（民法 773 条）の柔軟な適用で父子関係をめぐる紛争は早期に解決が可能なことから再婚禁止期間は不合理、②民法 722 条 2 項の形式適用からは再婚禁止期間は 100 日で足りるとして、憲法 14 条 1 項及び 24 条 2 項に反すると主張し、本件規定の短縮等の改廃を怠った国会議員の立法不作為で生じた精神的損害に対し国家賠償法 1 条 1 項に基づく損害賠償を請求した¹⁾。一審（岡山地判平 24・10・18 判時 2181 号 124 頁）は請求を棄却し、原審（広島高岡山支判平 25・4・26 民集 69 巻 8 号 2582 頁）は、憲法適合性の判断をせずに本件規定の立法目的に合理性を認めて請求棄却したため、上告。

判決の要旨**1 憲法適合性審査**

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のものであると解すべきことは、当裁判所の判例とするところである」（尊属殺違憲判決ほか）。本件規定は女性を 6 か月の再婚禁止期間で男性と区別しているから、「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」（判旨①）。「婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断を行うことによって定められる」。その内容の詳細は、「憲法が一義的に定めるのではなく、法律によってこれを具体化することがふさわしい……。憲法 24 条 2 項は、このような観点から、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である」（判旨②）。憲法 24 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」趣旨と解される。婚姻には、配偶者の相続権や夫婦間の子が嫡出子となるなどの「重要な法律上の効果」が与えられるほか、「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も併せ考慮すると、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」（判旨③）。「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る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り、再婚要件に男女の区別をする「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……という観点から憲法適合性の審査を行う」(判旨④)。

2 本件規定の立法目的

旧民法の「婚姻及び家族に関する規定は、憲法24条2項で婚姻及び家族に関する事項について法律が個人の尊厳及び両性の本質の平等に立脚して制定されるべき」と示されたことに伴い大幅に変更されたが、女性のみの再婚禁止期間と父性推定の規定は、現行民法にそのまま引き継がれた。「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」(最三小判平7・12・5裁判集民177号243頁(以下「平成7年判決」という。))参照、「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」がある(判旨⑤)。

3 本件規定の区別と立法目的との合理的関連性

(1) 100日部分 「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り、「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、……100日について一律に女性の再婚を制約することは……上記立法目的との関連において合理性を有」し、「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」(判旨⑥)。

(2) 100日超過部分 旧民法起草時の諸事情から、「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が父子関係をめぐる紛争を未然に防止することにつながるという……考え方に基づき再婚禁止期間を6箇月と定めたことが不合理であったとはいいい難」く、現行民法に引き継がれた後も同様である。しかし、医療や科学技術の発達した今日、再婚禁止期間を厳密に父性推定の重複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」。さらに婚姻及び家族の実態の変化より再婚への制約を減らす要請が高まり、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、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、厳密に父性推定の重複を回避するための期間を超えた婚姻禁止期間の正当化は困難である。「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と解され」、「憲法24条2項にいう両性の本質の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」(判旨⑦)。

なお、本判決には、前婚の解消等の時点で女性が懐胎していない場合等を733条2項の類推解釈で再婚禁止規定の適用除外とすべきとの裁判官6名の共同補足意見ならびに本件規定を全部違憲とする山浦判事反対意見及び鬼丸判事の意見等の少数意見も付されている。

判例の解説

一 最高裁における「家族の憲法化」

いよいよ「家族の憲法化」に最高裁も乗り出したのだろうか。本判決は10件目の最高裁の法令違憲判決だが、10件中近年の3件、国籍法違憲判決(最大判平20・6・4民集62巻6号1367頁)、婚外子の法定相続分違憲決定(最大決平25・9・4民集67巻6号1320頁)ならびに本判決は、すべて家族制度上の身分関係をめぐるものである。いずれも問題となった法令の制定時の立法目的には合理性を認めつつも社会状況等の変化により立法目的が違憲となったという論法による。果たして、「一般的に違憲判決を下すことに消極的なわが国

の裁判所²⁾」が「家族をめぐる憲法問題についてだけ積極的な姿勢³⁾」をみせているのは、変容する社会状況を前に維持できなくなった旧来の家族モデルから違憲性が抽出されたのか、あるいは別の要因が家族制度の違憲判断を齎しているのか。この問いを念頭に、本稿では、本判決における憲法上の論点に限定して検討を加える。

二 背景（先例・学説）

本件規定の合憲性を判断した最高裁先例が平成7年判決である⁴⁾。平成の開始とほぼ軌を一にして同訴訟の下級審の動きがあり⁵⁾、さらに平成8年に提出された「民法改正案要綱」にて本件規定の100日短縮案が示され、民法733条を含む家族法の諸課題への社会の関心がこの時期とくに高まった。平成7年判決は本件規定の立法目的を「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る」とした上で合理性を認め、憲法適合性判断を積極的に行わずに立法不作為の違法性を否定した。なお、平成7年判決では憲法14条のみを根拠に民法733条の違憲性が主張されており、上告審は憲法24条を検討しない⁶⁾。約20年後の本判決は、国家賠償請求を否定する結論は先例と同じくするが、憲法24条を判断の要素に加味した上で、本件規定の憲法適合性の判断に踏み込み、100日超過部分を違憲と判断した点にその意義が見出せる。

ほとんどの憲法学説は女性のみにも再婚禁止期間を求める本件規定は性差別にあたり違憲と解するが、立法目的は肯定した上で手段の段階を問題視する。違憲への態度は大別して①100日超過部分を違憲とし、短縮されれば合憲とする説⁷⁾、②再婚禁止期間を離婚時等の子の懐胎の有無に拘らず一律に設けること自体が違憲であり、非懐胎女性にも適用される一律の期間制限を廃止すべきとの説⁸⁾が存在していた。

三 民法733条の憲法適合性

1 憲法14条 平等

本判決は、性差別の観点から平等審査の検討では尊属殺違憲判決等の先例で定式化された立法目的及びその目的達成のための区別との関係に合理性が存在するか否かの判断を行う。その際、(判旨④)の考慮がなされるが、千葉補足意見は、不平等な疑いのある法令の合憲性審査には「立法目

的の正当性・合理性とその手段の合理的関連性の有無を審査する方法を採ることで通常は足り」るが、本件では「立法目的を達成する手段が実質的に相応している」か「立法裁量の範囲内」かという、通例の審査よりは審査密度を高めた検討が要求されているとする⁹⁾。

2 憲法24条 婚姻制度の立法裁量を画するものの(2項)「婚姻をするについての自由」(1項)

個人の対「国家」関係を規定する憲法の性質上、「市民社会」の領域にある家族に対し憲法がいかなる態度をとるべきかは難問である。婚姻制度をめぐる憲法24条の学説には、13条と14条の確認の意味しかないとの説や、制度的保障説、自由権的人権説、国務請求権等とする説などが主張されているが、それぞれ内容に幅がみられ定説は確立していない¹⁰⁾。かかる状況のなか、婚姻制度における憲法24条の位置付けが本件で示された。つまり、①婚姻及び家族に関する内容の詳細は、憲法で一義的に定めるのではなく法律(民法)に委ねられるが、婚姻制度の立法にあたっては、憲法24条2項の個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきとの要請、指針を示すことで裁量の限界を画する(判旨②)。②婚姻制度に依拠する24条1項から導かれる「婚姻をするについての自由」は、いわば「制度優先思考¹¹⁾」ともいえるべき、婚姻という具体的な制度の枠内でしか保障されず、端的に憲法上の権利(=人権)として保障されるよりも保障の程度が下がる。このことは「規定の趣旨に照らし、尊重に値する¹²⁾」という表現からも推認できる(判旨③)。③とはいえ、「婚姻に対する直接的な制約を課す」内容をもつ法令等の平等審査においては、(判旨④)にみるような審査密度を高める機能を果たすことが挙げられよう。

3 立法目的

本規定の立法趣旨が男尊女卑でなく父性推定の重複回避にあることは本規定の沿革¹³⁾当初から一致していたが、772条の文言上厳密には100日で足りるため100日超過部分が合憲との説明が必要になる。先例の平成7年判決を引用しつつ、父性推定の重複回避と、紛争発生 of 未然防止とを「もって」という言葉で接続することで、前者が直接の立法目的として強調される(判旨⑤)。

さらに医療技術の発達等の立法事実の変化に伴い、立法目的に「巧妙な比重の変化¹⁴⁾」が生じる。起草当時の医療技術ならば正当化できた血統の混乱を回避するとの説明は説得力を失い、紛争の未然防止の意義は父性推定の重複回避のみに純化される。100日超過部分の違憲判断が不可避になり、「立法の第一次的な受益者も子どもに限定される¹⁵⁾」。そこで、父子関係の早期確定による法的効果(扶養義務者・相続権の確定)が実際に子の利益に繋がるかが問われる。法定父は未定でも生活上支障はほぼない。無戸籍児(離婚後300日問題)が示すように、前婚での父子関係の法定はむしろ紛争の種になる¹⁶⁾。子の利益の確保は父子関係確定の問題として別個に検討されるべきで¹⁷⁾、嫡出推定に頼るべきではないだろう。

四 婚姻制度の展望——「法律婚」の両価値

本判決を受け2016年6月1日に本件規定が改正された。100日短縮のみならず733条2項1号に「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」も新設され共同補足意見の主張が法文の根拠をもった¹⁸⁾。改正後も残る300日問題に関しては訴訟が進行中である¹⁹⁾。

最後に、「家族の憲法化」に戻ろう。約30年前の憲法論の家族への関心の高まりは、様相を異にして再び我々の現前に登場している。そのひとつがLGBTの権利主張として同性婚の法定ないしは法律婚との同値を求める動き²⁰⁾だろう。そこは二級市民が法律婚という「正統性」を獲得せんとする闘争場である。最高裁の一連の違憲判決は「子の利益」を梃子に出されていたが、弱者である子を守る砦として法律婚は固守されねばならない。それゆえ、法律婚の法的ステータスは維持され、自由な婚姻²¹⁾を求める向きには矛盾に満ちた不自由感を与え続けることになる。

●——注

- 1) 作花知志・法セ734号39頁は、本件の訴訟弁護士の立場より本件を解説する。
- 2) 高井裕之「結婚の自由——非嫡出子の差別、別姓、待婚期間の問題を中心に」ジュリ1037号180頁。
- 3) 高井・前掲注2)180頁。本文は、「積極的な姿勢を期待することはできない。」と続く。
- 4) 同判決の評釈として、糖塚康江・憲法判例百選Ⅰ〔第6版〕64頁。
- 5) 平成7年判決の第一審(広島地判平3・1・28判タ

752号89頁)と原審(広島高判平3・11・28判タ774号123頁)。

- 6) 第一審と原審では憲法24条が判断されているが、平成7年判決は国賠棄却の論点として憲法14条を取り扱うのみである。
- 7) 初宿正典「家族をめぐる憲法問題」法教160号64頁など。
- 8) 君塚正臣「再婚禁止期間の合憲性(二)」民商109巻3号60頁、66頁。
- 9) 木下智史・ジュリ1505号19頁は、多数意見の具体的な事案の審査方法を検討し本件の「審査密度は低い」とする。
- 10) 本判決と同日に出された夫婦別姓訴訟最高裁判決の調査官解説(畑佳秀・曹時68巻12号213頁以下)に、憲法24条の議論状況等がまとめられている。
- 11) 高橋和之「『夫婦別姓訴訟』——同氏強制合憲判決にみられる最高裁の思考様式」世界897号138頁、144頁。
- 12) 取材の自由につき博多駅事件決定(最大決昭44・11・26刑集23巻11号1490頁)を参照。
- 13) 渡邊泰彦「再婚禁止期間の再検討」同法49巻6号215頁に詳しい。
- 14) 巻美矢紀「憲法と家族——家族法に関する二つの最高裁大法廷判決を通じて」論究ジュリ18号88頁。
- 15) 巻・前掲注14)88頁。「紛争回避」の意味では母や父らの紛争関係人にとっても益はあるが。
- 16) 出産時に法定父を確定したければ、「すべて法律婚内に生まれた子は、法律婚の父を法定の父とする」等の立法論的主張もある。例えば二宮周平『家族法〔第4版〕』(新世社、2013年)44頁。
- 17) 犬伏由子・判評391号34頁。
- 18) 医師の証明書の提出方法に関する通達(法務省民一第584号)にて、証明書様式も閲覧可能。<http://www.jaog.or.jp/wp/wp-content/uploads/2017/01/img-613161645.pdf>(2020年1月7日閲覧)。また、現代医療の現状を踏まえた上での証明書記載の手引きとして、参考、<http://fa.kyorin.co.jp/jsog/readPDF.php?file=68/7/068071427.pdf>(2020年1月7日閲覧)。
- 19) 大阪高判平30・8・30(LEX/DB25449692)。第一審(神戸地判平29・11・29LEX/DB25548884)は、本判決の(判旨②)部分を引用して、合憲性判断を行う。
- 20) 2020年1月現在、全国一斉訴訟が提起されている。法律婚や内縁関係との差を画しつつ同性カップルを法的保護の対象と認めた判決として宇都宮地判令元・9・18(LEX/DB25570471)。
- 21) 安念潤司「『人間の尊厳』と家族のあり方」ジュリ1222号21頁は、刺激に溢れる「契約的家族観」を提示する。それと好対照をなす「綜合主義的家族観」を唱えるのが、曾田厚「自由な人格と家族法」成蹊78巻151頁である。