

再婚禁止期間規定のうち 100 日超過部分を違憲とした事例**【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（女性の再婚禁止期間の違憲性）**【裁 判 結 果】** 上告棄却**【参 照 法 令】** 民法 733 条 1 項、憲法 14 条 1 項・24 条 2 項、国家賠償法 1 条 1 項**【掲 載 誌】** 裁時 1642 号 1 頁

LEX/DB 文献番号 25447652

事実の概要

X 女は、2008 年 3 月 28 日、夫 A と離婚をし（離婚原因は A による DV であった）、B 男と 2008 年 10 月 7 日に再婚した。しかし、X と B との再婚は、民法 733 条 1 項により再婚禁止期間内の婚姻届出が受理されなかったため、望んだ時期から遅れて成立したもので、これによって X は精神的苦痛を受けたとして、国家賠償法 1 条 1 項に基づき国に対し 165 万円の損害賠償請求を行った。

一審において、X は主に以下のように主張した。民法 733 条 1 項の立法趣旨は、道徳的な理由に基づくもので立法目的自体に合理的な根拠がない。仮に民法 733 条 1 項の立法趣旨が嫡出推定の重複を回避することにあつたとしても、その目的を達するには 100 日の再婚禁止期間を設けることで足りるのであるから、合理性を欠いた過剰な制約となる。したがって、民法 733 条 1 項の規定は合理的な根拠なく女性を差別的に取り扱うものであるから、憲法 14 条 1 項及び 24 条 2 項に違反し、本件規定を改廃する措置をとらなかった立法不作為は、国民に憲法上保障されている婚姻をする権利を違法に侵害するものであることが明白な場合に当たるから、国家賠償法 1 条 1 項の規定の適用上、違法の評価を受けるべきである。

一審は、民法 733 条 1 項について、「規定の趣旨は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解される以上（最高裁平成 7 年判決参照）、その立法目的には合理性が認められる」、「立法目的から再婚禁止期間を嫡出推定の重複を回避するのに最低限必要な 100 日とすべきことが一義的に明らかであるともいい難い」として、憲法 14 条 1 項、24 条

2 項違反を認めず、国家賠償請求も棄却した。

これに対し、X が控訴したが、原審も、民法 733 条 1 項の立法目的には合理性があり、これを達成するための具体的な再婚禁止期間の決定は国会の裁量権に委ねられるとして、控訴を棄却した。そこで、X が上告し、最高裁は本件を大法廷に回付した。

判決の要旨

上告棄却。民法 733 条 1 項の憲法（憲法 14 条、24 条 2 項）適合性については、以下の通り判示し、民法 733 条 1 項を一部違憲と判断した。

民法 733 条 1 項が、「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」。「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」。772 条 2 項に基づけば、「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」。「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

うことができる」。よって、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・24 条 2 項に違反しない。

「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はできない」。「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」欠き、上記当時において、100 日超過部分は、憲法 14 条 1 項・憲法 24 条 2 項に違反するに至っていた。

本判決には 1 名の反対意見、8 名の補足意見及び 1 名の意見(733 条 1 項を全部違憲とした)がある。

判例の解説

一 本判決の意義と特徴

1 本判決の意義

本判決は、1996 年 2 月に法務省に答申された「民法改正案要綱」に関連する 2 件の国家賠償請求について、同日付で行われた最高裁大法廷判決のうちの一つ（他は、民法 750 条の違憲性を主張する、いわゆる「夫婦別姓訴訟」に関する判決）であり、マスコミでも大きく取り上げられた注目判決である。また、本判決は「再婚禁止期間」（民 733 条 1 項）に関する 2 例目の最高裁判決であり、立法不作為に基づく国家賠償請求を棄却した結論自体（この点の検討は本稿の対象外とする）は先例（最判平 7・12・5 裁判集民 177 号 243 頁、以下、平成 7 年判決とする）と同様である。しかし、平成 7 年判決同様に、6 箇月の再婚禁止期間が直ちに過剰な制約とはいえないとした原審判決¹⁾と異なり、本判決が「100 日を超える再婚禁止期間」の憲法適合性に踏み込んで、これを違憲と判断したことにより、「民法改正案要綱」に含まれていた「100 日短縮案」に向けた民法改正の実現が予想される点では影響力の大きい判決となった²⁾。

2 先例

女性が前婚の解消等から 6 箇月経過しないうちに行われた婚姻届出が、733 条 1 項を理由に不受理とされた場合、不受理処分を不当性を争う道は限られ（再婚禁止期間経過後は訴えの利益が失わ

れる）、本件同様、733 条 1 項の違憲性を主張して、立法不作為の違法性を争い、国家賠償請求を行った事案に対する平成 7 年判決が唯一の先例となっている³⁾。

平成 7 年判決の事案では、原告側は、「女性のみには再婚禁止期間」を定める 733 条 1 項は、合理的理由のない性差別規定であり、主に憲法 14 条に違反すると主張した。これに対し、平成 7 年判決は、国家賠償法上の違法性判断の前提としてではあるが、733 条 1 項が憲法 14 条 1 項の一義的な文言に違反するとは認めていない。その理由は、憲法 14 条 1 項は合理的根拠に基づく法的区別を禁ずるものではなく、「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る」点を挙げる。したがって、平成 7 年判決は自ら指定した 733 条の立法目的の合理性を以て、女性に 6 箇月の再婚禁止期間を定める民法 733 条の合理性を導き、再婚禁止期間の「長さ」の吟味はしていない。しかし、平成 7 年判決以降、翌年(1996 年)の「民法改正案要綱」では、100 日短縮案が提案され⁴⁾、諸外国の法制度において再婚禁止期間の廃止が進むなど⁵⁾、民法 733 条をめぐる議論状況にも変化が生じており、このような状況の中で、本件大法廷判決がだされるに至った。

3 本判決の判断枠組み

本判決は民法 733 条 1 項の憲法適合性に関して、本件規定が関係する憲法 24 条の趣旨⁶⁾を明らかにし、本件区別の合憲性判断基準についても、立法目的の合理性、及び、目的と具体的手段との間に（実質的）合理的関連性が必要としており、いわゆる「厳格な合理性基準」をとったと思われる点が注目される。とりわけ、本件規定が婚姻に対する制約となることから、憲法 24 条 1 項の趣旨である「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」との婚姻の自由は、十分尊重に値するとの指摘は、民法 733 条 1 項の一部違憲の結論を支えている。

本判決は、平成 7 年判決同様、民法 733 条 1 項の立法目的を、「父性推定の重複を回避し、もって父子関係をめぐる紛争を未然に防ぐことにある」としたもの、さらに、立法目的の合理的根拠に「父子関係が早期に明確となることの重要性」を加えた。そこから、733 条 1 項は父子関係確定

の法的ルールと直接関連づけられ、婚姻から生まれた子の父子関係を明確にする唯一の規定である民法 772 条の存在以外、女性にのみ再婚の自由を制約する合理性が認められないこととなる。すなわち、772 条 2 項の規定を前提とすれば、前婚の解消等から計算上 100 日の再婚禁止期間を設ければ、再婚後に生まれる子の父が前夫か後夫かのいずれかに確定できることになり、100 日を超過する再婚禁止期間は不必要で無意味であり、憲法 14 条 1 項、24 条 2 項に違反すると判断した。

二 民法 733 条と学説⁷⁾

1 本条の立法目的

女性の再婚の自由を制約する本条の立法趣旨が 772 条による父性推定の重複回避にあることは本条の沿革⁸⁾当初から一致しており、この趣旨は子にとっての父子関係確定の利益という点から一応合理的とされてきた。しかし、計算上 100 日で足りる再婚禁止期間を 6 箇月と定めた趣旨として挙げられた理由⁹⁾の合理性は疑われてきた。1996 年の「民法改正案要綱」において、本条について「100 日短縮案」が採用されて以降、「6 箇月」の再婚禁止期間を肯定的に理由づける学説はほぼ存在しない¹⁰⁾。既に、学説の議論は、772 条による父性推定の重複回避という立法目的の合理性、あるいは、立法目的と再婚禁止期間との間の合理的関連性という論点に移り、100 日短縮説と廃止説が対立する。

2 100 日短縮説

女性に対する再婚禁止期間規定の維持を肯定する 100 日短縮説は、①女性が「生む性」であること、また、②婚姻と生殖の密接な関連性を前提とし、772 条 2 項により前婚の解消後 300 日以内に生まれた子の父が前夫と推定されるにもかかわらず、重ねて再婚後の後夫とも父子関係が推定される事態を避けるべきとの考え方に基づいており、再婚禁止期間はそのために計算上必要な 100 日に短縮すべきとの見解である。

しかし、①②の前提によって再婚禁止期間を設けることが常に正当化されるわけではない。そこで、以前から 733 条 1 項の適用除外例¹¹⁾が戸籍実務により認められてきた。②の点では、既に 733 条 2 項が前婚解消後に子を出産した場合を明示的に適用除外としているが、さらに、前婚の夫と再婚する場合（大正元年 11 月 25 日民事 708 号回

答）、770 条 1 項 3 号による離婚判決がある場合（大正 7 年 9 月 13 日民事 1735 号回答、昭和 25 年 1 月 6 日民甲 2 号回答）、770 条 1 項 2 号による離婚判決中に夫が 3 年以上前から音信不通である事実が認定されている場合（昭和 40 年 3 月 16 日民甲 540 号回答）である。①の点では、女性が懐胎できない年齢にある場合（67 歳の女性につき、昭和 39 年 5 月 27 日民甲 1951 号回答）である。しかし、避妊のための優生手術をした場合（認めないもの、昭和 40 年 12 月 24 日民甲 368 号回答、認めたもの、昭和 29 年 3 月 23 日民甲 607 号回答）、さらには、妊娠していない旨の医師の証明書がある場合（昭和 25 年 1 月 6 日民甲 2 号回答）については認めないとするものがあり、学説はこれに批判的である。

このような適用除外例を積極的に認める立場は、6 箇月の再婚禁止を定める現行法に対する批判として生じたものではあるが、100 日短縮説に立っても、同様に適用除外を認めるざるを得ず、本判決補足意見では、適用除外例を拡大すべきとされた。

3 廃止説

民法 733 条廃止論は、現行法成立以前から主張されており¹²⁾、さらに、1996 年「民法改正案要綱」で 100 日短縮説が採用された後にも有力説といえる¹³⁾。廃止説には、100 日短縮説が女性と出産、及び、婚姻と生殖を密接不可分と捉えていること自体に対する疑問が存在する。適用除外例を認めざるを得ないように、女性の再婚すべてを一定期間禁止することはオーバーインクルージングであって、そもそも、現実に前夫と後夫の父性推定の重複を回避すべき事例の発生は多くはない¹⁴⁾。医師による非懐胎証明書の提出に適用除外を拡大する主張はこの点に配慮したものであろうが、再婚女性にこのような負担を課してまで再婚禁止期間を維持すべきとする正当性は薄れる。

再婚禁止期間規定は、女性の再婚の自由と子の父子関係を明確にするという利益の調整にあるとされるが、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ある。100 日短縮説は、前婚の解消から 300 日以内に生まれた子について前夫の父性推定を優先し、後夫の父性推定の排除を狙うが、実際には後夫の子であることが多いであろうから、後夫の父性推定の方を優先すべきである¹⁵⁾。

三 本判決の位置づけ

733 条 1 項について、原审判決は、平成 7 年判決に従い、立法目的は「①父性の推定の重複を回避し、②父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐこと」にあり、合理的とした上、国会に求められる合理的裁量権に基づき「6 箇月とした本件規定が直ちに過剰な制約であるとはいえず」とした。これに対し、上記一 3 で触れた通り、本判決の特徴は、733 条 1 項が定める（100 日を超える）6 箇月は「合理性を欠いた過剰な制約を課すもの」と認めたことにあり、その理由は、①との合理的関連性であった。それにもかかわらず、本判決は何故最初に、平成 7 年判決に従い立法目的として①②を挙げて、合理性の確認をしたのか。それは、本判決が、学説では有力であった廃止説を批判したことからもわかる通り、先例と同様¹⁶⁾ 再婚禁止期間自体について維持派であったからであろう。その上で、100 日短縮説を結論とするために、②を排斥し、①及び「③父子関係が早期に明確となること」を立法目的に挙げ、合理性の判断を行った。他方、多数意見は、原告が挙げた国際条約、特に女性差別撤廃条約との関係には全く触れていないが、日本政府に対し、女性差別撤廃委員会から、数度にわたり再婚禁止期間の撤廃を勧告されてきた。これに対し、日本政府は、一定の再婚禁止期間規定は、嫡出推定の重複を回避し、父子関係を早期に安定させる必要から設けられたもので、合理的な理由に基づくとして、100 日短縮案での民法改正の方針を前提とした報告を行っている¹⁷⁾。多数意見は、この日本政府の方針と一致した。

しかし、本判決には、再婚禁止期間の廃止説に立つ山浦反対意見及び鬼丸意見が付され、また、8 名の裁判官による補足意見においては、100 日短縮案と合わせて適用除外例の拡大（非懐胎証明書がある場合など）が主張されている。本判決の多数意見となった 100 日短縮案も危うい均衡の上で肯定されたという。

●——注

- 1) 本判決引用による。原审広島高岡山支判平 25・4・26（平成 24 年（ネ）第 336 号事件）は、未公表であるが、一審岡山地判平 24・10・18 判時 2181 号 124 頁の評釈として、渡邊泰彦・新・判例解説 Watch（法セ増刊）13 号 103 頁、佐々木くみ・法教判例セレクト 2013 [1] 6 頁などがある。

- 2) 既に、判決直後、法務省は「補佐官事務連絡」（2015 年 12 月 16 日付）により、離婚から 100 日を超えていれば婚姻届を受け付けるように法務局に通知した。
- 3) 平成 7 年判決の評釈には、君塚正臣・民商 115 巻 4 = 5 号 729 頁、同・民法判例百選Ⅲ親族・相続 12 頁、糠塚康江・憲法判例百選 I [第 6 版] 64 頁などがある。なお、二審判決の評釈として、人見康子・家族法判例百選 [第 5 版] 8 頁、辻村みよ子・法教 146 号 86 頁、一審判決の評釈として、水野紀子・法教 132 号 86 頁、拙稿・判評 391 号 30 頁などがある。
- 4) 法務省民事局参事官室「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」ジュリ 1050 号 224 頁以下に、100 日短縮案の提案理由の説明があり、合わせて廃止案を採用しない理由も述べられている。
- 5) 諸外国での再婚禁止期間規定廃止の動きについては、千藤洋三「再婚禁止期間について」戸時 688 号 22 頁参照。
- 6) 憲法 24 条 2 項は、「立法に当たり、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、指針を示し」、国会の立法裁量権に対する限界を画したもののとの解釈を示した点は、注目される。
- 7) 立法論も含めた学説の紹介として、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 4 頁、渡邊泰彦「再婚禁止期間の再検討」同法 49 巻 6 号 215 頁、千藤・前掲注 5）22 頁等。
- 8) 本条の沿革については、千藤・前掲注 5）20～22 頁に要領よくまとめられている。
- 9) 千藤・前掲注 5）21 頁参照。
- 10) 松川正毅＝窪田充見編『親基本法コンメンタール親族』（日本評論社、2015 年）27 頁 [宮本誠子]。
- 11) 適用除外例の紹介として、拙稿・前掲注 3）195 頁、宮本・前掲注 10）26 頁等多数ある。
- 12) 廃止論の流れについて、渡邊・前掲注 7）215 頁参照。
- 13) 二宮周平『家族法第 4 版』（新世社、2013 年）45 頁、千藤・前掲注 5）20 頁。
- 14) 本判決反対意見の山浦裁判官が前婚解消後 300 日以内に生まれる子の数の推計を挙げ、この点を指摘する。
- 15) 拙稿・前掲注 3）34 頁。
- 16) （100 日間に限定せず）一定の期間の幅を設けることが「②父子関係をめぐる紛争を未然に防止する事につながるという」考え方があったことも不合理とはいえないとした。
- 17) 政府女性差別撤廃条約実施状況に関する日本政府の第 7 回・第 8 回報告書（2014 年 9 月）http://www.gender.go.jp/international/int_kaigi/int_teppei/pdf/report_7-8_j.pdf（2016 年 2 月 17 日閲覧）、及び、これに対する女性差別撤廃委員会からの質問に対する回答 http://www.gender.go.jp/international/int_kaigi/int_teppei/pdf/response_7-8_j.pdf（2016 年 2 月 17 日閲覧）参照。