再婚禁止期間を定める民法733条の合憲性
―最高裁平成27年12月16日大法廷判決

弁護士　森貞 涼介

第1　事案の概要

本件は、Xが女性について6箇月の再婚禁止期間を定める民法733条1項（2016年の改正前）の規定（以下「本件規定」という。）は、憲法14条1項及び24条2項に違反すると主張し、本件規定を改廃する立法措置をとらなかった立法不作為（以下「本件立法不作為」という。）の違法を理由に、国家賠償請求訴訟を提起したものである。

Xは、平成20年3月28日に前夫と離婚し、同年10月7日、Bと結婚した。Xは、本件規定により婚姻が遅れ、精神的損害を被ったとして、国に対し165万円及びこれに対する遅延損害金の支払を求めた。

第2　再婚禁止期間

再婚禁止期間（待婚期間）は、父性推定の衝突を避けるために規定されていると説明される。民法772条2項によって、「婚姻の成立の日から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」される。このため、もし前婚の解消直後に再婚がされると、前婚の解消後300日以内で、かつ後婚の成立後200日以後の子が生まれる可能性があり、父性推定が衝突してしまう。

このような父性推定の衝突を避けるための期間が再婚禁止期間である。しかし、民法772条2項の規定構造からすれば、父性推定の衝突を避けるためには、100日をおけば足りるはずであり、6箇月は過剰な規制であるとの批判が強かった[1]。なお、この6箇月という数字にはっきりとした計算的な基礎はない。沿革的には、西欧の立法例を参照して、民法施行前の再婚禁止期間であった300日（明治7年9月29日太政官指令）を短縮して定められたといわれる[2]。

第3　判示

結論として、最高裁平成27年12月16日大法廷判決は、民法733条1項の再婚禁止期間の100日超過部分は憲法14条1項及び24条2項に違反するとしたが、本件立法不作為は国家賠償法上違法ではないとして、Xの請求を棄却した。以下、判決の一部を引用する。

1　判断枠組み

憲法14条1項は、法の下の平等を定めており、この規定が、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……。そして、本件規定は、女性についてのみ前婚の解消又は取消しの日から6箇月の再婚禁止期間を定めており、……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。

ところで、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べきものである。したがって、その内容の詳細については、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ものと考えられる。……また、同条1項は、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。」と規定しており、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。

そこで、本件においては、……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　本件規定の目的

……以上のような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。

3　本件規定との立法目的との間の合理的関連性

(1) 本件規定のうち100日以内部分

……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るところ、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ものということができる。

(2) 本件規定のうち100日超過部分

……しかし、その後、医療や科学技術が発達した今日においては、上記のような各観点から、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を正当化することは困難になったといわざるを得ない。……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。他にこれを正当化し得る根拠を見いだすこともできないことからすれば、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というべきである。

以上を総合すると、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る。

第4　寸評

多数意見は本件規定の100日超過部分を違憲と判断するにとどまったが、本判決の以前から学説からは、本件規定は全部違憲であるとか、憲法論は別としても廃止すべきとの批判があった。そして、本判決に付された鬼丸裁判官の意見及び山浦裁判官の反対意見においても、全部が違憲であるとの主張がされている。

鬼丸裁判官は、「……再婚の禁止によって父性の推定の重複を回避する必要があるとされる場合とは、結局、前婚の解消等の時から100日が経過していない女性が前婚中に懐胎したけれども（前婚中に懐胎したか否かが客観的に明らかにされない場合を含む。）まだ出産していない場合というごく例外的な場合に限定される」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（ただし、民法733条2項に規定する出産の場合を除く。）に対して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前婚の解消等の後100日以内といえども残しておくことについては婚姻をするについての自由の重要性や後記のように父を定めることを目的とする訴え（同法773条）の規定が類推適用できることに鑑みると、国会の立法裁量を考慮しても疑問である。」と述べる。

本判決は、結論において多数の学説の主張と重なるものである。しかし、100日以内部分であっても父性推定の衝突を避ける必要のない場合は広く存在しており、一部の例外のために女性のみの婚姻の自由を制約することは、仮に最低限度の合理的関連性の審査をクリアできても、手段の相当性に関する疑問を惹起するはずとの指摘がある[3]。

千葉裁判官補足意見は、「再婚禁止期間を設けるのではなく、父性の推定の重複する事態が生じた場合には、子と後夫ないし前夫らのDNA検査の実施や、父を定めることを目的とする訴えの提起、その制度の拡充等の方法で対処すべき」とした場合、「DNA検査の実施や父を定めることを目的とする訴え等によること

になるが、これでは法律上の父の決定がかなり遅れる事態も想定される……。この点は、……生まれた子の福祉の観点から不都合な事態が起こることも想定され、子の利益に反する」として、再婚禁止期間という制度を国が採用することも不相当とはいえないとする。しかしながら、ごく例外的な場合に生じる不利益を未然に防ぐ手段が、女性一般の婚姻の自由の制限というのは、やはり手段として過剰ではないかと考える。

第5　法改正

1　民法733条1項

本判決を受け平成28年改正によって再婚禁止期間は100日に短縮されている。

2　民法733条2項1号

同条項1号は、平成28年改正によって新設された規定である。女性が「前婚の解消又は取消しの時に懐胎していなかった場合」は、父性推定の衝突はないから、再婚禁止期間の適用がない。法改正以前は、懐胎していない旨の医師の診断書が再婚届に添付された場合でも、再婚禁止期間の適用除外例に当たらないとされていた(昭和8年5月11日民甲668号回答)[4]。

本判決の共同補足意見は、「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」という立法目的の関連では、新設された同条項1号以外でも、女性に子が生まれないことが生物学上確実であるなど父性推定の重複が生じ得ない場合、離婚した前配偶者と再婚する等、父性推定が重複しても差し支えない場合には100日以内部分の適用除外事由としても不相当とはいえないと主張している。これについては、本判決の趣旨や憲法24条及び民法733条の目的から実務として認められるべきとの主張がある[5]。

1　我妻榮『親族法』30頁(有斐閣、初版、昭和36年)
2　青山道夫・有地亨編『新版注釈民法(21)親族(1)』206頁［上野雅和］(有斐閣、平成元年)
3　木下智史「再婚禁止期間を定める民法733条の合憲性」平成28年度重要判例解説18頁(平成29年)
4　二宮周平編『新注釈民法(17)親族(1)』114頁［高橋朋子］(有斐閣、平成29年)
5　建石真公子「民法733条1項・750条の憲法適合性判断」判例時報2284号53頁(平成28年)