

# 再婚禁止期間の合憲性

(最高裁大法廷判決 平成 27 年 12 月 16 日)

中 曾 久 雄

## 判例研究

# 再婚禁止期間の合憲性

(最高裁大法廷判決 平成 27 年 12 月 16 日)

中 曾 久 雄

### 1 はじめに

民法は、婚姻の実質的要件として、民法は 731 条から 738 条まで 8 つの規定を置いている。このなかで、731 条から 736 条までは、婚姻の有効な成立を妨げる事由を規定している<sup>1)</sup>。民法 733 条 1 項は「女は、前婚の解消又は取消しの日から 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」とし、女性の再婚禁止期間（以下、本規定）を規定している。本規定の趣旨は「子の父が誰であるかを確定する困難を避けるための制度である」とされている<sup>2)</sup>。772 条 2 項により、「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」と規定していることから、もし前婚の解消直後に再婚がなされると、前婚の解消後 300 日以内で後婚の成立後 200 日以後の子が生まれる可能性があり、いずれの夫から生まれた子かの推定が重なってしまうからである<sup>3)</sup>。そこで、前婚の解消から半年おけばよいと考えられ、本規定が制定された<sup>4)</sup>。しかし、本規定をめぐっては、女性に対して一律に 6 か月の再婚期間を課するために、性差別的規

1) 内田貴『民法Ⅳ 補訂版』（東京大学出版会，2004 年）55 頁。

2) 内田・前掲注 1) 72～73 頁。

3) 内田・前掲注 1) 73 頁。

定であるとされ、憲法上の疑義が指摘されてきた<sup>4)</sup>。こうした中で、ついに最高裁により本規定が違憲とされた。

## 2 事案の概要と判旨

### 2-1 事案の概要

原告人は、平成20年3月に前夫と離婚をし、同年10月に後夫と再婚をしたが、同再婚は、本件規定があるために望んだ時期から遅れて成立したものであったと。原告人は、これにより被った精神的損害等の賠償として、被告（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。

### 2-2 判旨・原告棄却

#### 多数意見

#### 本規定の憲法適合性について

「憲法14条1項は、法の下で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」。「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、これ

---

4) 戦後の民法改正の過程で再婚禁止期間については、民法改正要綱案において「子の血統混乱の虞なき場合には再婚禁止期間の適用なき旨を明らかにすること」と述べられていたが、その後の立法案において再婚禁止期間の改正はとり上げられなかった。そして、1945年から始まった法制審議会民法部会身分法小委員会は、1955年に「法制審議会民法部会小委員会における仮決定及び留保事項（その一）」において留保事項として再婚禁止期間に関する733条と740条の規定を挙げていた。ここでは、再婚禁止期間について「嫡出推定に関する規定と合わせて改正の要否を検討する必要がある」とし、小委員会においても、再婚禁止期間を削除しようという意見が強かった。さらに、1959年に提出された「法制審議会民法部会小委員会における仮決定及び留保事項（その二）」において、773条の規定について3案（現行法通りとする甲案、後夫の子と推定し親子関係不存在の訴えにより覆すことができるとする乙案、別に規定を設けず、事実上の父子関係により決定するという丙案）が示された。しかし、最終的に773条の規定の改正も行われず、再婚禁止期間について触れられることもなかった。6か月の期間が採用された経緯について、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）215～234頁。

5) 野中俊彦「家族生活における平等」佐藤幸治・中村睦男・野中俊彦『ファンダメンタル憲法』（有斐閣、1994年）80頁。

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。

「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。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と見える。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」。

「本件においては、上記の考え方にに基づき、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」。

### 立法目的について

「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」。「仮に父性の推定が重複しても、父を定めることを目的とする訴え（民法773条）の適用対象を広げることにより、子の父を確定することは容易にできるから、必ずしも女性に対する再婚の禁止によって父性の推定の重複を回避する必要性はないという指摘があるところである」。「しかし、そのように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、上記のような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いうべきである」。

#### **本規定が立法目的との関連において合理性を有するかについて**

「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」。

「旧民法起草時における諸事情に鑑みると、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も理解し得る面があり、このような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えない」。「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。加えて、昭和22年民法改正以降、我が国においては、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。また、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る」。「上記のとおり、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。「以上の次第で、本件規定のうち100日超過部分が憲法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」。

### 立法不作為の国家賠償法上の違法性の有無について

「平成7年には、当裁判所第三小法廷が、再婚禁止期間を廃止し又は短縮しない国会の立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるかが争われた事案において、国会が民法733条を改廃しなかったことにつき直ちにその立法不作為が違法となる例外的な場合に当たると解する余地のないことは明らかであるとの判断を示していた（平成7年判決）。これを受けた国会議員としては、平成7年判決が同条を違憲とは判示していないことから、本件規定を改廃するか否かについては、平成7年の時点においても、基本的に立法政策に委ねるのが相当であるとする司法判断が示されたことを受け止めたとしてもやむを得ないといえることができる」。「また、平成6年に法制審議会民法部会身分法小委員会の審議に基づくものとして法務省民事局参事官室により公表された「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」及びこれを更に検討した上で平成8年に法制審議会が法務大臣に答申した「民法の一部を改正する法律案要綱」においては、再婚禁止期間を100日に短縮するという本件規定の改正案が示されていたが、同改正案は、現行の嫡出推定の制度の範囲内で禁止期間の短縮を図るもの等の説明が付され、100日超過部分が違憲であることを前提とした議論がされた結果作成されたものとはうかがわれない」。「婚姻及び家族に関する事項については、その具体的な制度の構築が第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねられる事柄であることに照らせば、平成7年判決がされた後も、本件規定のうち100日超過部分については違憲の問題が生ずるとの司法判断がされてこなかった状況の下において、我が国における医療や科学技術の発達及び社会状況の変化等に伴い、平成20年当時において、本件規定のうち100日超過部分が憲法14条1項及び24条2項に違反するものとなっていたことが、国会にとって明白であったということは困難である」。

**櫻井龍子裁判官・千葉勝美裁判官・大谷剛彦裁判官・小貫芳信裁判官・山本庸幸裁判官・大谷直人裁判官の共同補足意見**

「100日以内部分の適用を除外する場合に関する民法733条3項は、除外する事由として、女性が前婚の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を挙げているところ、これは、その出産後に懐胎した子については、当然に前夫との婚姻中に懐胎したものではないから、同法772条の規定による父性の推定を及ぼす必要がないとの理由によるものであると思われる。そうすると、女性にのみ再婚禁止期間が設けられた立法目的が上記のとおり父性の推定の重複を回避することにあることからすれば、民法733条2項は、上記の場合以外であっても、およそ父性の推定の重複を回避する必要がない場合には同条1項の規定の適用除外を認めることを許容しているものと解するのが相当であろう。」「本件規定の立法目的との関連において考えれば、100日以内部分の適用除外の事由に当たると解される場合は、民法733条2項に直接規定されている場合や従来戸籍実務において認められてきた場合に限られるものではないといえることができるのである」。

**千葉勝美裁判官の補足意見**

**手段の相当性の有無について**

「100日の女性の再婚を禁止する期間」制度では「女性の自由な婚姻の利益を一定程度損なうこととなり」、「再婚禁止期間を設けない」となると、「推定の重複が生ずると、子が出生した時点では法律上の父が定まらないため、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」「生まれた子の利益に反する事態が生ずるという問題があり、いずれも利害得失があって、当然に一方が他方を凌駕する合理性を有するものと評価することはできない」。

**違憲の法律の改正等を怠った立法不作為の国家賠償法上の違法性の有無についての判断の枠組みについて**

在外国民に投票する機会を確保する立法措置をとらなかったことが争われた「平成17年判決」では、前段部分で「従前の判断を踏襲する趣旨で表現を簡潔にして述べ」、後段部分で「国会議員が憲法上の権利行使の機会を確保する立法措置をとることについて、一般論として、『必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合など』には、例外的に違法となると

いう判断基準を説示したものである。」「本件と平成17年判決の判示との関係については、本件は、平成17年判決の判示のうち前段部分と同様のケースであるところ、前段部分の判示のような憲法上の権利侵害が一義的な文言に違反しているような極端な場合ではないので、多数意見は、今回、改めて、これらの従前の当審の判示をも包摂するものとして、一般論的な判断基準を整理して示したものであり、平成17年判決を変更するものではない。また、本件は、平成17年判決中の前段部分の違憲の立法の改正を怠るという立法不作為の違法性に関する事件ではあるが、多数意見で示された一般論は、その判示内容からして、前段の場合に限らず、後段の場合も含め、国会議員の職務行為である立法的対応がどのような場合に国家賠償法上違法になるのかについての全体的な判断の枠組みを示したものと解することができる。』

#### 木内道祥裁判官の補足意見

「再婚禁止期間を設けるについて、100日間については、父性の推定の重複を回避するという合理性があるが、100日を超える部分については、父子関係をめぐる紛争の防止の方策としては合理性が認められない。』

#### 鬼丸かおる裁判官の補足意見

「父性の推定の重複回避のために再婚禁止期間を設ける必要がある場合は極めて例外的であるのに、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。多数意見のように再婚禁止期間の一部の期間を違憲無効とすることによって、結果的には父性の推定の重複回避の必要のない多数の女性に対し再婚を制約することになりかねない状況を除去できるものではないと考える。また、共同補足意見のような法律解釈や戸籍実務等による個別救済に依拠することは、個別事案によって取扱いに差異が生ずる等の問題を生ずるおそれもあり、また限界もあるであろう。よって、男性の取扱いとの間に差別を設けた本件規定には合理的な根拠はないというべきである。したがって、本件規定はその全部が国会の立法裁量を逸脱するものとして、憲法14条1項及び24条2項の規定に違反し無効であると解するものである。また、本規定が違憲であるとしても、「法律上の父が確定していない子も、社会生活

は支障なく送れ、また、行政サービスも受けられるのであって、法的効果以外の場面においても、法律上の父が確定していないことによって子の利益や福祉が損なわれるような社会的状況はないと思料される」。

### 山浦善樹裁判官の反対意見

本規定は「離婚した女性の全員に対して婚姻の自由を制限するのではなく、たまたま父性の推定が重複する期間に生まれた例外中の例外の子に対しては、父が定まるまでの手続的に要する期間等のためにその子の利益にならない等と突き放すのではなく、国としてはその子の父を判定するために個別的な救済手続を設けるべきであり、もしその子に不都合が生ずるというのであれば、推定規定の合理化など必要な法改正・法解釈あるいは実務改善など、より影響の少ない方法のために知恵を出し合うことが肝要で、それにより十分に立法目的を達成することができると思う。このように本件規定は、生まれてくるかどうか分からない子のために離婚等をした全ての女性に対して再婚禁止という過剰な制約を課すものであり、旧憲法から新憲法に改正がされ、しかも他の効果的な解決方法が実用化された現在においては、その全部につき違憲の評価を免れるものではない」。さらに、「本件規定が全部違憲であるとすることは、諸外国における再婚禁止の制度の全面廃止の流れにも沿うものといえよう。すなわち、かつては、世界的にも、父子の血縁を証明する科学的手段がないため、再婚禁止が男女平等原則に反するという明確な主張はなかった。その後、大きく流れが変わったのは、DNAの二重らせん構造が発見された1953年（昭和28年）からDNAの実用化に成功した1985年（昭和60年）にかけてのことであり、諸外国において次々と再婚禁止制度が廃止され、現在では、主要国で我が国のような再婚禁止の制度を残している国はほとんどないという状況である」。

本規定が違憲になったのは「一つは科学技術の発展により生物学上の父子関係を容易かつ正確に判定することが可能となったことであるが、それだけではなく、第2次世界大戦後の国際的な人権活動や差別反対運動などにより地球規模で男女平等・性差別の撤廃をめざす大きな潮流があったことも影響している。したがって、再婚禁止の制度が違憲となった時期は上記の2つの要素があいまって、その成果が結実した時点であるといって差し支えない」。また、立法不作為の違法性については「本件規定を改廃することについて立法技術的には困難を伴うものではないから、遅くとも平成20年の時点においては、正当な理由なく立法措置を怠ったと評価するに足りる期間

が経過していたというべきである」。

### 3 本判決の位置づけ

本規定における女性の再婚期間をめぐるのは、民法学説からも憲法学説からもいわば袋叩きの状態にあり、現在では再婚禁止期間を支持する学説はほぼ存在しない。こうした厳しい批判のある中で、今回の最高裁の大法廷による違憲判決である。実務上においても、学説上においても本判決のもたらすインパクトは極めて大きいといえよう。

### 4 本規定の合憲性をめぐる学説の推移

本規定の合憲性について、当初、学説は男性と女性との間には、生理的条件の差異があり、そうした差異に応じて、女性について男性とは異なる取り扱いがあるのは当然であり、平等権に反するものではないとしてきた<sup>6)</sup>

しかし、その後、本規定の合理性に関する疑義を指摘する学説が有力になった<sup>7)</sup> (なお、この点は民法学説も同様である)<sup>8)</sup> 学説は、本規定が性差別に該当するとしてきた<sup>9)</sup> 確かに、母性と父性の確定について異なる手続を設けることについては合理的であるとする<sup>10)</sup> しかしながら、問題はその手段であり<sup>11)</sup> 6か月という再婚禁止期間が過剰であるか否かである<sup>12)</sup> 民法は772条1項に「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する」とし、2項で「婚姻成立の日から二百日後又は婚姻の解消若しくは取

6) 宮沢俊義『憲法Ⅱ』（有斐閣、1959年）272～273頁。本規定の定める男女の取扱いの差異は、「結婚という女子に特有な生理的条件に即してみとめられるものであり、民主主義の理念に照らして不合理と考えられる理由による差別ではない」とする。

7) 野中・前掲注5) 80頁。

8) 内田・前掲注1) 74頁。

9) 糠塚康江「人権の主体、平等」辻村みよ子編『ニューアングル憲法』（法律文化社、2012年）76頁。

10) 高井裕之「結婚の自由」ジュリスト1037号（1994年）179頁。

11) 野中・前掲注5) 80頁。

12) 内田・前掲注1) 73頁、渡邊泰彦「再婚禁止期間を改廃しないことが立法不作為とならないとした事例」新・判例解説 Watch 民法（家族法）No.63（2013年）4頁。

消の日から三百日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する」と規定しており、父親の推定の重複を避けるのがその目的であるならば、100日の再婚禁止期間をおけば足りるはずである<sup>13)</sup>(要するに、民法722条によれば、離婚した日から300日以内に生まれた子は離婚した夫の子と推定され、再婚した日から200日経過した後に生まれた子は、再婚した夫の子と推定されるとされている。仮に、女性が離婚した直後に再婚して、200日を経過した時点で子どもが生まれたとすると嫡出の推定が重なるが、推定の重なる期間は、前の夫と離婚した日から数えて、201日目から300日目までの100日間だけであり、再婚禁止期間は計算上100日で足りることになる)。そうすると、必要以上の再婚禁止期間は違憲の疑いがあることになる<sup>14)</sup>また、かりに、嫡出推定が重複したとしても、父を定める訴えによって、どちらの子かをきめることができる<sup>15)</sup>しかも、本規定の実効性についていえば、再婚を禁止したとしても、事実婚を阻止することはできず、むしろ、内縁関係を増加させ子を非嫡出子とする可能性をはらむとされている<sup>16)</sup>

そこで、1996年に提示されたいわゆる婚姻法改正要綱は再婚禁止期間の6か月を100日に変更する改正を提案した。100日に短縮する理由としては、先にみたように772条の嫡出推定が重複する100日だけ再婚を禁止すれば目的は達せられるというものであることを挙げる<sup>17)</sup>

しかし、近年における有力説は、100日の再婚禁止期間も違憲であるという。この見解によれば、再婚禁止期間は性差別に該当するものであり、厳格審査が適用され、違憲となるという<sup>18)</sup>(ただ、性差別については、厳格な合理性の基準を適用するとす

13) 木下智史・只野雅人編『新・コンメンタール憲法』(日本評論社、2015年)287頁(木下智史執筆)、大日方信春『憲法Ⅱ 基本権総論』(有信堂、2014年)98頁、野中俊彦『国民生活と平等の権利』阿部照哉・野中俊彦『平等の権利』(法律文化社、1984年)127頁。なお、この点は民法学説も指摘するところである。久貴忠彦「再婚禁止期間をめぐってー広島地裁平成3年1月28日判決を契機としてー」

14) 樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『憲法Ⅰ』(青林書院、1994年)(中村睦男執筆)133頁、野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅰ 第五版』(有斐閣、2012年)302頁。

15) さらに進んで、重複の生じうる期間についても、重複が起こるのを防ぐというだけのことから再婚を禁止するのは妥当でないと考えられ、立法論としては本規定を削除すべきであるとする。加藤一郎「男女の同権」阿部照哉編『平等権』(三省堂、1977年)171頁。

16) 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論(1) [増補版]』(有斐閣、2000年)43~44頁。

17) 渡邊・前掲注12)4頁。

る説も有力である)<sup>19)</sup> 厳格審査のもとでは、立法目的がやむにやまれぬ公共的利益、必要不可欠な公益を追求し、この利益に資するために選択された手段が当該目的の達成に是非とも必要であることの証明が必要とされることになる<sup>20)</sup> まず、目的について、父性の確定という目的はやむにやまれぬ目的であるという<sup>21)</sup> 次に、手段である。100日というが規定が必要最小限といえるかどうかである。厳格審査のもとでは、100日という期間は必要最小限の手段とは言えないのである。再婚禁止期間については、より制限的でない他に選択し得る手段、再婚禁止期間を置かず、父性推定の重複する子は後夫の子と推定するといった方法が存在し、このような手段がある以上厳格審査のもとで再婚禁止期間を置くという選択は違憲となる<sup>22)</sup> 要するに、この見解は、再婚禁止期間それ自体が違憲であるというのである<sup>23)</sup>

## 5 裁判例

本規定については、その合憲性というよりもむしろ<sup>24)</sup> 立法不作為についての国家賠償法上の違法性の有無が問題とされている<sup>25)</sup> (そのために、国家賠償で立法の不作為を争う場合には合憲性の範囲は限定されることになる<sup>26)</sup>)。平成7年において、最高裁<sup>27)</sup> は本規定の合憲性について、以下のような判断を示している。「男女間に差異を

18) 君塚正臣『性差別司法審査基準論』（信山社、1996年）176頁。佐々木弘通「平等原則」安西文雄、青井未帆、浅野博宣、岩切紀史、齊藤愛、佐々木弘通、宍戸常寿、林知更、巻美矢紀、南野森『憲法学の現代的論点 第2版』（有斐閣、2006年）335頁。

19) 芦部・前掲注16) 30頁。

20) 芦部・前掲注16) 27頁。

21) 君塚・前掲注18) 176頁。血統の混乱防止や服喪中の未亡人の婚姻禁止という目的は性差別的な目的であり、憲法上許容されないとする。

22) 君塚・前掲注18) 180頁。

23) 君塚・前掲注18) 180～181頁。

24) 糠塚・前掲注9) 76頁。

25) 林更知「性による差別：女性の再婚禁止期間」高橋和之編『新・判例ハンドブック』（日本評論社、2013年）60頁。再婚禁止期間の場合に婚姻届の不受理を争ったとしても婚姻届の不受理は期間が過ぎれば受理されることになるので訴えの利益を失うことになるので、裁判所は争う場の提供をいかに行うかを考える必要がある。浅野博宣「再婚禁止期間と法の下での平等」憲法判例研究会編『判例プラクティス憲法 増補版』（信山社、2012年）64頁。

26) 毛利透・小泉良幸・浅野博宣・松本哲治『憲法Ⅱ人権』（有斐閣、2014年）81頁。

27) 最判平成7年12月5日判例時報1563号81頁。

設ける民法733条が憲法14条1項の一義的な文言に違反すると主張するが、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ると解される以上、国会が民法733条を改廃しないことが直ちに前示の例外的な場合に当たると解する余地のないことが明らかである。したがって、同条についての国会議員の立法行為は、国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けるものではないというべきである。

なお、下級審においても、本規定が合憲であるとされてきた。上記の一審判決<sup>28)</sup>では「民法733条は、女性のみが懐胎するという生理的な理由に基づき立法されたもので、専ら父子関係の確定の困難を避けることを立法趣旨とするものと解されるから、これを前提に考察すると、社会構成の基礎となる夫婦を中心とする家族関係を明確にすることが国家の重要な政策の一つであることはいうまでもなく、また、女性のみが懐胎するということが厳然たる事実である以上、原告らが主張するように、医学の進歩等に伴い、妊娠の事実の確認や父子関係の確定に関する自然科学的な技術や知見が進歩していることを前提としても、このような男女の生理的な違いを理由として女性に対してのみ6箇月の再婚禁止期間を定めることには一見極めて明白に合理性がない、とまで判断することはできない」とされている。

また、控訴審判決<sup>29)</sup>では、「再婚禁止期間を維持することによって父性の衝突が生ずる場合をできるだけ少なくしようとしている国もあることが認められることから言っても、嫡出推定の重複を回避するための他の方法が存在するからといって、立法者がこれを採用せず、再婚禁止期間を設けることによって父性の重複を回避する方策を採ったからといって、一見不合理であるとは言えない」とし、「再婚禁止期間が長きに失するかどうかは772条の規定等とも合わせて立法当局において十分検討されることが必要であるから、現行の再婚禁止期間が長きに失して一見不合理であるとは直ちに断じ難い」こと、「女子が懐胎していない場合に再婚禁止期間の規定の適用を排除していない民法733条の規定が直ちに一見不合理であるということとはできない」ことから、合憲であるとする。

28) 広島地判平成3年1月28日判時1375号30頁。

29) 広島高判平成3年11月28日判時1406号3頁。

上記の裁判例は先例に沿い、容易に本規定が合憲であることを認めている<sup>30)</sup> 国家賠償訴訟で立法不作為を争う場合にはそこで争いうる合憲性の範囲は限定される<sup>31)</sup> また、立法不作為が問題となるために、単に嫡出推定の重複を回避するための他の方法が存在するからという理由だけでは、一見不合理とはいえないとする。このように、立法不作為のもとで違憲のハードルは高く<sup>32)</sup> 裁判所が合憲判決を下すのは当然であるとえいよう<sup>33)</sup>

## 6 本判決の枠組み

### 6-1 性差別に対する審査の在り方

先にみたように本規定は性に基づく区分を行っているが、後段列举事由に該当する場合に審査のレベルが上がるとする学説の枠組みとは異なり<sup>34)</sup> 判例は早い時期から憲法14条1項の後段列举事由を例示的なものとしてきた<sup>35)</sup> そして、判例は一貫して平等権の審査について、後段列举事由に該当するかどうかではなく、当該区分における「合理的な根拠」の有無を問うている<sup>36)</sup> これは本判決においても同様である。本判決は後段列举事由の該当性や司法審査基準論に言及することなく（これは学説の主張する司法審査基準を暗に否定しているとも読める）、憲法14条が「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」とし、「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」る

30) 高井裕之「女性の再婚期間制限の合理性（女性再婚期間制限違憲訴訟）」佐藤幸治・土井真一編『判例講義 憲法I 基本的人権』（悠々社、2010年）41頁。

31) 毛利・小泉・淺野・松本・前掲注26) 81頁。

32) 小林節「女性の再婚禁止期間の合理性」高橋和之・長谷部恭男・石川健治編『憲法の判例百選I』（有斐閣、2007年）67頁。

33) 林・前掲注25) 60頁。

34) 佐藤幸治『憲法 第三版』（青林書院、1995年）471頁。同様に、君塚正臣「二重の基準論の意義と展開－『二重』は『三重』ではない－」佐藤幸治先生古希記念『国民主権と法の支配 下巻』（成文堂、2008年）40頁。

35) 松井茂記「最高裁判所の憲法判例の半世紀」佐藤幸治・初宿正典・大石眞編『憲法五〇年の展望II 自由と秩序』（有斐閣、1998年）215頁。

36) この点、判例は一貫している。大沢秀介「平等－国籍法違憲判決のインパクト」大沢秀介・大林啓吾・葛西まゆこ編『憲法.com』（成文堂、2010年）10頁。

かどうかを審査するという枠組みを提示する。そして、本判決は合理的根拠の有無を判断するために立法目的の正当性と目的に対する手段の合理的関連性の有無を審査する。この点について、千葉勝美裁判官の補足意見は「不平等状態を生じさせている法令の合憲性の審査基準としては、いわゆる精神的自由を制限する法令の合憲性審査のように、厳格な判断基準を用いて制限することにより得られる利益と失われる利益とを衡量して審査するなどの方法ではなく、そもそも国会によって制定された一つの法制度の中における不平等状態であって、当該法制度の制定自体は立法裁量に属し、その範囲は広いと認め、理論的形式的な意味合いの強い上記の立法目的の正当性・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」が採用されたとする。

もっとも、平等権審査において合理的根拠の有無を判断するためには、常に目的手段審査が適用されるというわけではない。この点について、非嫡出子相続分差別規定を違憲とした平成25年の違憲決定<sup>37)</sup>では立法目的とそれを達成する手段の合理性の審査を行うという従来の判例の枠組みとは異なる審査枠組みが採用されている<sup>38)</sup>。その理由としては、民法900条4号但書の立法理由について、平成7年決定では「法律婚の尊重と嫡出でない子の保護の2点を挙げたが、本件規定が嫡出でない子の『保護』の意味を持つといえるのは、嫡出でない子には相続権を与えないという考えもあることを当然の前提にした、法律婚の尊重と表裏の考え方によるものにほかならず、嫡出でない子の保護という立法理由は、「本来の立法目的としては、法律婚の尊重のみが挙げられ」、違憲決定がこれを「当然の前提としていることは明らかであり、殊更この点を明示する意義は乏しい」からであるとされている。この目的と手段を審査するという枠組みの位置づけについて、それはあくまで合理的根拠の有無を判断する1つの手法であり、常に、この枠組みを採用する必要はないということになる。確かに、平等権のリーディングケース<sup>39)</sup>においては「事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものでないかぎり、差別的な取扱いをすることを禁止する趣旨」であるとして、目的、手段について何ら言及はしていない。事柄の性質に応じた合理的根拠に基づく

37) 最高裁大法廷決定平成25年9月4日。本決定については、中曾久雄「憲法14条と民法900条4号但書（平成25年9月4日最高裁大法廷決定）」愛媛法学会雑誌40巻3・4号（2014年）。

38) 渡辺康行「民法900条4号ただし書き前段の合憲性」TKC Watch 憲法 No. 73（2013年）3頁。

39) 最大判昭和39年5月27日民集18巻4号676頁。

か否かという以上に一般論を明確にしないのは、平等権が問題となる事案の多様性を踏まえているからであり、事案に応じて合理的な根拠の有無の問われ方が異なるということなのである<sup>40)</sup>

次に、上記の目的手段審査の当てはめについてである。まず、目的について、「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」とする。先にみたように、父子関係の確定が憲法上正当であることは学説も認めるところである<sup>41)</sup>

次に、6か月という再婚禁止期間が立法目的との関連において合理性を有するかどうかである。本判決によれば、100日という再婚禁止期間それ自体については「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」、立法目的との関連において合理性を有するとする。問題は100日超過部分である。この点について、本判決は、制定当初において「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も理解し得る面」があるとする。ところが、「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」とする。さらに、「昭和22年民法改正以降、我が国においては、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。また、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」あるとする。要するに、本判決は、再婚禁止期間について100日超過部分が合理性を欠いた理由の一つを立法事実の変化に求めている。判例の採用する立法事実の審査手法とは、制定時の立法事実に照らして立法を合憲とした上で、そ

40) 伊藤正晴「時の判例」ジュリスト1460号(2013年)90, 92頁。

41) 松井茂記『日本国憲法 第三版』(有斐閣, 2007年)385頁。

の後の立法事実の変化を後追いし、現時点での合憲性を判断するというものである<sup>42)</sup> (近年ではこうした審査手法が日本独自の司法審査であるとされている)<sup>43)</sup> 本判決も同様の審査を行っている。ただ、問題は、本判決における立法事実には照らしての審査が、具体的なデータあるいは資料に依拠することなく行われているということである<sup>44)</sup> 本判決は「婚姻及び家族の実態が変化」を指摘するが、具体的なデータや資料を示したうえでその変化の是非を論じるべきであったように思われる<sup>45)</sup>

再婚禁止期間について、100日超過部分が合理性を欠いた理由は立法事実の変化に限られない。本判決は24条の趣旨にも着目している。本判決は「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」とする。学説は24条を根拠として婚姻の自由が保障され<sup>46)</sup> しかも、婚姻の維持の自由については、13条の保障とも重なりあい、これらは立法府・行政府の侵害についての違憲判断の根拠となりうるとしてきた<sup>47)</sup> これまで判例は24条と婚姻の自由の関係についてその意味を明確にしていなかったが、本判決では24条の趣旨に照らして婚姻の自由が「十分尊重」されるとしている。本判決から、24条を根拠にしてダイレクトに婚姻の自由が保障されるかどうかは定かではないものの、24条の保障を全うするには婚姻の自由も憲法上保護しなければならないという立場を明らかにしているといえるのではないかと。そして、この24条の趣旨に鑑みれば、「100日超過部分は合理性を欠いた過剰な制約」であるとする。本判決は、6か月という再婚禁止期間が立法目的との関連において合理性を有するかどうかについて、立法事実の変化とともに、24条の趣旨も重ねあわせて検討し、本規定のうち100日超過部分は憲法14条、24条2項に反するものであると認定している。

なお、再婚禁止期間存置それ自体をめぐっては、最高裁のなかでも意見対立があ

---

42) 宍戸常寿「司法審査—『部分無効の法理』をめぐって」長谷部恭男・辻村みよ子編『憲法理論の再創造』(日本評論社、2011年)196頁。

43) 大沢・前掲注36)11頁。

44) 野坂泰司『憲法基本判例を読み直す』(有斐閣、2011年)466頁。この点は国籍法違憲判決も同様である。

45) 中曾・前掲注37)100頁。

46) 近年ではこうした見解が有力になっている。松井茂記『LAW IN CONTEXT 憲法—法律問題を読み解く35の事例』(有斐閣、2010年)6頁。

47) 辻村みよ子『ジェンダーと人権』(日本評論社、1998年)241頁。

る。鬼丸かおる裁判官、山浦善樹裁判官は再婚禁止期間それ自体違憲であるとする。これに対して、櫻井龍子裁判官・千葉勝美裁判官・大谷剛彦裁判官・小貫芳信裁判官・山本庸幸裁判官・大谷直人裁判官の共同補足意見は100日の再婚禁止期間に合理性を認める。共同補足意見は戸籍実務等により100日以内部分の適用を除外する場合があることを指摘する。また、千葉勝美裁判官の補足意見は、「DNA検査の実施や父を定めることを目的とする訴え」を提起する必要性が生じ、今度は子どもの利益をいかに確保するかという問題が生じる。そのために、子の利益の観点からすれば、「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」が必要ということになる。このように、再婚禁止期間をめぐるのは女性の利益を優先するのか、子どもの利益を優先するのかという問題と関連し、そのいずれが優先するかは一義的には決定できない。そうすると、100日の再婚禁止期間の存置は必ずしも不当といえないのではないか。

本判決は、再婚禁止期間における100日部分は合憲として、100日超過部分が違憲であると認定している。これは法律の規定の一部を違憲無効として、他の部分は有効とする手法であり、近年の最高裁の多用する救済方法である<sup>48)</sup>この解釈は、合憲解釈と適用違憲のいわば中間に位置するものである<sup>49)</sup>最高裁が法令の一部を違憲と判断した事案としては、郵便法における損害賠償責任についての規定に関する大法廷判決<sup>50)</sup>(郵便法が定める国の損害賠償責任制限規定のなかで、損害賠償請求権を制限する部分を違憲無効とした)、公職選挙法における在外日本国民選挙権訴訟判決<sup>51)</sup>では公職選挙法の規定のなかで、衆議院小選挙区選出議員の選挙等における在外国民の選挙権の行使を制限する部分を違憲無効とした)、国籍法違憲判決<sup>52)</sup>(準正要件の規定を過剰な要件であるとし違憲無効とした)が存在している。先にみたように、本判決では、再婚禁止期間のうち100日分超過の規定のみを違憲とし、その結果として離婚後100日を超える婚姻届を受理されることになった(本判決後、法務省はそうした対応を取っている)。

48) 宍戸・前掲注42)197頁。

49) 宍戸・前掲注42)195～196頁。

50) 最判平成14年9月11日民集56巻7号1439頁。

51) 最判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁。

52) 最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁。

## 6-2 立法不作為の審査

平成7年の最高裁判決は、立法不作為<sup>53)</sup>のリーディングケースである在宅投票制廃止違憲訴訟判決<sup>54)</sup>を引用している。在宅投票制廃止違憲訴訟判決において、最高裁は、立法不作為について、以下のように判示した。まず、「国会議員の立法行為（立法不作為を含む。以下同じ。）が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であって、当該立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきであり、仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反する廉があるとしても、その故に国会議員の立法行為が

53) 立法不作為については、戸波江二「立法の不作為の違憲確認」芦部信喜編『講座憲法訴訟 第1巻』（有斐閣、1987年）355～400頁、大石和彦「立法不作為に対する司法審査」白鷗法学14巻1号（2007年）171頁、神橋一彦「違法な法令の執行行為に対する国家賠償請求訴訟について—行政救済法における『違法』性に関する予備的考察をかねて」立教法学75号（2008年）67頁、戸松秀典『憲法訴訟〔第2版〕』（有斐閣、2008年）151～157頁、新正幸『憲法訴訟論 第2版』（信山社、2010年）304～307頁。

なお、立法不作為を争うことには以下のような意義があると指摘されている。立法不作為の審査は「統治機関間の権限如何の問題であり、ここには裁判所が立法者をいかにして裁くかという裁判所と立法者の対面、あるいは法と政治の問題があり、そして、「国賠訴訟が表面化させるのは立法者の不法行為責任という過去の行為に対する問責であるが、このことは抽象的規範を具体的場面に適用するという司法作用を通して、裁判所が結果として立法者を動かしようという将来に向けた一般的な効果がありうるし、あるいは当該事案についての具体的な対応が国会には迫られるのであり、その意味で再度の裁判所と立法者の対面がある」とされている。岩切大地「立法行為に対する国賠法を通じた司法審査：裁判所と立法者との関係」立正法学論集45巻1号（2011年）81頁。

また、関連して、立法不作為の審査の意義を立法過程における「熟議」と関連づける見解がある。立法不作為の審査では「憲法をめぐる当該争点がどのくらい議員に知悉されていたか、立法課題としてどのくらい明晰になっていたか、違憲性についての認識がどの程度共有されていたか、放置期間はどのくらいまでなら許容されるのか、等が」問われることになる。こうした審査の意義は「請願処理、附帯決議の履践、市民の要請行動、審議会での指摘などが国家による不法行為の成立を左右する要素としての位置を占め、立法行為の法規範的統制に際して、政権与党のみならず、与党議員、市民団体、専門家などの行動が参照されることがなれば、立法過程は単純な政治過程から複合的な法的過程として改めて捉え直すことが可能となり、そして、「壮大な立法過程に参加するさまざまな関与主体の言動を法的に意味のあるものと捉え直すことによって、民主政における熟議の確保を核心とする「熟議民主政（deliberative democracy）」（討議民主政ともいう）に法的な規範性を与える」という。駒村圭吾「立法行為の違憲審査」小山剛・駒村圭吾編『論点探究憲法 第2版』（弘文堂、2013年）370～371頁。

54) 最判昭和60年11月21日民集39巻7号1512頁。

直ちに違法の評価を受けるものではない」とする。そして、国会議員の責任の政治性を強調し、「国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けない」という。ここで、最高裁は、「立法内容の違憲審査と立法行為の違法審査」を区別し<sup>55)</sup>その上で後者の判断のためには前者における歴然とした違憲性を前提の下<sup>56)</sup>さらにかかる違憲状態を知りつつ立法を行うような、「容易に想定し難いような例外的な場合」にのみ国賠法上違法となるとしたのである。このように、当初は判例においては立法不作為を国賠法で争うことを事実上不可能とするスタンスが取られていたのである<sup>57)</sup>

しかし、その後、下級審レベルにおいて、最高裁の提示した定式が揺らぎ始めることになる。1998年の関釜訴訟における山口地裁の判決<sup>58)</sup>では、「国家賠償法上違法となるのは、単に、『立法（不作為）の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行う（行わない）というごとき』場合に限られず」、「当該人権侵害の重大性とその救済の高度の必要性が認められる場合であって」、「しかも、国会が立法の必要性を十分認識し、立法可能であったにもかかわらず、一定の

55) この両者の区別に積極的な意義を見出す見解として、新・前掲注53)316頁。この立法内容の違憲性と立法行為の国賠法の違法性の区分は、「権限規範の様相」と「行為規範の様相」の区別に対応するものであり、それにより理論的に説明することが可能であるとする。新・前掲注53)186～188頁。要するに、立法行為の違憲性とは具体的な権限違反としての違憲を指し、それを前提とした行為規範の違反が国賠法上違法とされることになる。しかし、それが判例上ではあいまいとされている。しかも、在外日本国明選挙権訴訟の最高裁判決では「行政の規制権限行使責務と同じようなレベルでの、個別具体的な憲法上の立法責務を認めるに足る特別な理由は何ら述べられておらず、そこに示されているのは、『国民一般に対する抽象的な立法責務に関する議論』」であり、立法府の抽象的な権限違反がなぜ国賠法上違法となるのかについての説明はない。青井未帆「空襲被災者の救済と立法不作為の違憲－国家賠償責任について－」成城法学80号（2011年）71頁。

56) 違憲判断の機会の限定が極端に狭いために、その実態は憲法判断の「回避」というべきではあるとされている。ただ、その一方で、立法不作為の違憲の受け皿として国賠法が妥当であるかについても疑問を投げかけるが、「実際に金銭賠償という救済手段の有する法秩序維持機能を最大限に発揮させる理論的道筋が、判例により開拓された」とする。青井・前掲注55)65, 75頁。

57) その背景については、戸波・前掲注53)378頁。

58) 山口地裁下関支部 平成10年4月27日 判例時報1642号24頁。

合理的期間を経過してもなおこれを放置したなどの状況の要件」を充足する場合に立法不作為による国家賠償を認めることができるとした。また、2001年のハンセン病訴訟における熊本地裁の判決<sup>59)</sup>では、「もともと立法裁量にゆだねられているところの国会議員の選挙の投票方法に関するものであり、患者の隔離という他に比類のないような極めて重大な自由の制限を課する新法の隔離規定に関する本件とは、全く事案を異にする」として、当該定式を「絶対条件とは解されない」とした。

しかし、2005年の在外日本国民選挙権訴訟判決の登場により、立法不作為について、その要件が緩和され国家賠償訴訟の可能性を開かれたとされている<sup>60)</sup>。在外日本国民選挙権訴訟判決では「立法内容の違憲審査と立法行為の違法審査」の区別を維持しつつも、「立法の内容または立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国会議員の立法行為または立法不作為は、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ものというべきである」としている<sup>61)</sup>。要するに、在外日本国民選挙権訴訟判決では憲法適合性の判断に際して、立法措置を採ることの必要不可欠性、国会が立法をなしうる客観的状态にあったこと（立法課題、合理的期間）を判断要素として挙げている。そして、在外日本国民選挙権訴訟判決は、「国政選挙において投票をする機会を与えられることを憲法上保障されて」いることに加えて、選挙権の保障が権利行使のための事実上の行使までに拡張し<sup>62)</sup>「この権利行使の機会を確保するためには、在外選挙制度を設けるなどの立法措置を執ることが必要不可欠であった」とする。それにもかかわらず、昭和59年に在外国民の投票を可能にするための法律案が閣議決定され国会に提出されて廃案となったのち「本件選挙の実施に

59) 熊本地裁 平成13年5月11日 判例時報1748号30頁。

60) 駒村・前掲注53)368頁。

61) 在外日本国民選挙権訴訟判決では、まず権利侵害を認定したうえで、当事者の選択した訴訟形態が救済として適切かが判断とされ従来にはない手法を採用している。井上典之『憲法判例に聞く』（日本評論社、2008年）317頁、青井未帆「立法行為の国家賠償請求訴訟対象性・再論：権限規範と行為規範の区別をふまえて」信州大学法学論集12巻1号（2009年）23頁。

62) 新・前掲注53)328頁。

至るまで10年以上の長きにわたって何らの立法措置も執られなかった」ことを理由にして、「このような著しい不作為」は「例外的な場合」に該当するとした<sup>63)</sup>

兩判決は立法内容の違憲性が立法行為の違法性につながる場合は「例外的」であるとする点では同じであるものの、「一義的な文言に違反」ではなく、侵害や措置の必要が「明白である」ことを要求するにとどまる<sup>64)</sup>ここに、両者の大きな違いがある<sup>65)</sup>在外日本国民選挙権訴訟判決では在宅投票制廃止違憲訴訟判決と「異なる趣旨」ではないとしつつも、「明白である」ことを要求する在外日本国民選挙権訴訟判決は「相当に緩やかな定式」になっており、国賠責任を原則否定する在宅投票制廃止違憲訴訟の定式は緩和されている<sup>66)</sup>

本判決は、これまで同様に、「立法内容の違憲審査と立法行為の違法審査」を維持しつつ、「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合などにおいては、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものととして、例外的に、その立法不作為は、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ことがある」とする。立法内容の違憲性が立法行為の違法性につながる場合は「例外的」であるとする点では<sup>67)</sup>在外日本国民選挙権訴訟判決と同様の枠組みに沿うことを明らかにする。その上で、平成7年において本規定は合憲とされたこと（ただ、平成7年判決は在宅投票制廃止違憲訴訟判決を前提としたものである<sup>68)</sup>民法改正要綱試案は100日超過部分を違憲としてはいなかったこと、平成7年判決がされた後も100日超過部分については違憲の問題が生ずるとの司法判断がされてこなかった状況において、平成20年当時において100日超過部分が憲法に反することが「国会にとって明白であったということは困難である」とし、国賠法上は違法でない

63) 青井・前掲注55)79頁。

64) 駒村・前掲注53)368頁。

65) それ以外にも、両者には選挙権という「国民の最も重要な基本的権利」の行使そのものが妨げられているという違いがある。野坂・前掲注44)281頁。

66) 野坂・前掲注44)277頁、駒村・前掲注53)368頁。

67) それ以外にも、両者には選挙権という「国民の最も重要な基本的権利」の行使そのものが妨げられているという違いがある。野坂・前掲注44)281頁。

68) 林・前掲注25)60頁。

とした。

本件において「立法の内容または立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白」であり、「国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合」に該当する余地は十分にある。本規定が、再婚を希望する男女の婚姻の自由に対して過度の制約を課する点、加えて、医療技術の発展、民法改正要綱試案（その背景には国民の価値観の多様化、女子差別撤廃条約の批准があり性差別の撤廃の流れのなかで再婚禁止期間の短縮が提示されたものである）、しかも、平成7年の判決からも20年経過していることに鑑みれば、立法の不作為を問えたようにも思える<sup>69)</sup>

## 7 むすび——本判決の意義

近年の学説は、6か月の再婚禁止期間には合理的根拠が存在せず概ね違憲であることではほぼ一致している<sup>70)</sup> 再婚禁止期間は性差別に該当し<sup>71)</sup> 厳格な審査を適用すればその不合理性が明らかである<sup>72)</sup> また、厳格な合理性の基準を適用したとしても、目的と手段の実質的関連性はなく違憲となる<sup>73)</sup> 6か月という再婚禁止期間は、その適用対象が立法目的との関係において広すぎる<sup>74)</sup> 前婚を解消または取り消した女性の置かれている個別の状況を一切考慮する事なく<sup>75)</sup> 計算上では100日で足りるはずであるのに一律に6か月の再婚禁止期間を課している点で、男性および女性の婚姻の自由に対して<sup>76)</sup> 過度の制約を課すことは明らかである<sup>77)</sup> 父子関係の混乱の防止という目的を達

69) 本規定の不合理性は明確であるという。釜田泰介「再婚禁止期間規定（民法七三三条）違憲訴訟」ジュリスト1024号（1993年）17頁。

70) 辻村みよ子「国籍・家族と平等」樋口陽一・山内敏弘・辻村みよ子・蟻川恒正「新版憲法判例を読みなおす」（日本評論社、2011年）74頁。

71) 高井・前掲注30）41頁。

72) 大江一平「性的区別と法」「家族と法 同性愛者の法的問題」榎透・大江一平・大林啓吾編『時事法学—法からみる社会問題—』（北樹出版、2011年）119頁。

73) 畑尻剛「女性の6か月の再婚禁止期間（民法733条）の合理性」工藤達郎編『憲法判例インデックス』（商事法務、2014年）26頁。

74) 市川正人『基本講義 憲法』（新世社、2014年）112頁。

75) 辻村みよ子『ジェンダーと法 第2版』（不磨書房、2010年）176頁。

76) 辻村・前掲注70）74頁。

77) 辻村・前掲注75）96頁。

するためのものであるならば、父子関係の医学的証明が容易になった現状<sup>78)</sup>あるいは、妊娠の有無の確定が早い時期に可能であること<sup>79)</sup>を踏まえると、前夫の子を妊娠していないことが明らかの場合にまでも例外なく一律に女性に対して再婚を禁止することは<sup>80)</sup>再婚を希望する男女の婚姻の自由に対して明らかに過度の制約を課するものであるといえよう（なお、この点について、共同補足意見によれば、本規定は前婚の解消の時点で妊娠していない女性には適用されないとしている）。

そればかりか、先にみたように、父子関係の医学的証明が容易になった現在では、事実上の父子関係の複雑さを想像すると、再婚禁止期間が社会的混乱を招く要因となっている<sup>81)</sup>また、本規定により不利益を受けるのは婚姻当事者だけではなく、子どもも不利益を被ることになる<sup>82)</sup>さらに、立法目的が父性の確定にあるとすれば<sup>83)</sup>その問題の解決責任は前婚の夫婦共に負うべき問題である。これは女性のみが負うべきことではない。そうであれば、前婚の当事者である男性にもこれらの問題が解決されるまで再婚を同期間禁止して良いことになるのであるが、男性をその適用対象外としていることから、立法目的との関係で適用対象が狭すぎる<sup>84)</sup>（そもそも男女で再婚を区別する理由もないというべきである<sup>85)</sup>）

このように、十分な正当化根拠もなく<sup>86)</sup>それでもなお一律に女性に対して6か月の再婚禁止期間を存置しつづけるならば<sup>87)</sup>端的に立法目的の違憲性が疑われる<sup>88)</sup>目的

78) 辻村・前掲注70) 76頁。

79) 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）203頁。

80) 辻村・前掲注75) 219頁。

81) 渋谷秀樹『憲法 第2版』（有斐閣、2013年）464頁。

82) 君塚・前掲注18) 193頁。

83) 市川・前掲注74) 112頁。

84) 釜田・前掲注69) 17頁。

85) 野中俊彦「国民生活と平等の権利」阿部照哉・野中俊彦『平等の権利』（法律文化社、1984年）127頁。

86) 女性に対する必要以上の期間再婚禁止自体については、婚姻の自由を制約することになるために、その合理性の判断に際して明確な根拠を必要とするのは言うまでもない。後藤佳但「女性の再婚禁止期間を規定する民法733条の合憲性が争われた事例」奈良県立商科大学研究季報1～3号（1992年）181頁。

87) 渋谷・前掲注81) 465頁。

88) 要するに、表向きの立法目的に隠された「真の立法目的」である。西村裕一『「審査基準論」を超えて』木村草太・西村裕一『憲法学再入門』（有斐閣、2014年）126頁。

と手段が合致していないということは<sup>89)</sup> 表向き目的とは異なる何らかの目的に仕えていることになる<sup>90)</sup> すなわち、父子関係の確定の目的を超えて<sup>91)</sup> 憲法上許容されない目的、「『貞女は二夫にまみえず』という」封建的な目的に仕えるものではないのかという疑念が生じる<sup>92)</sup> (なお、これは民法学説も指摘するところである)<sup>93)</sup> こうした封建的立法目的は<sup>94)</sup> 家制度の残滓というべきものであり、その存置は憲法の趣旨に反する旧家制度の存続に資することにもつながりかねない<sup>95)</sup> 日本国憲法が家族法の領域で個人主義を重視し<sup>96)</sup> それに伴い家族法は、憲法の理念、ことに24条の理念を受けて<sup>97)</sup> 基づいて意識的に構築されたものである以上<sup>98)</sup> こうした立法目的は日本国憲法の原理・理念に明らかに矛盾し<sup>99)</sup> 端的に違憲であるというべきである。この点、本判決は再婚禁止期間それ自体違憲としなかったが、6か月という再婚禁止期間が立法目的との関連において合理性を有していないとし、100日超過分を違憲としたことの意味は大きいというべきであろう。本判決が100日超過分を違憲としたことは、非嫡出子相続分差別規定の違憲決定とならんで憲法の理念や趣旨に反する規定を違憲とする

89) 阪口正二郎「憲法上の権利と利益衡量：『シールド』としての権利と『切り札』としての権利」一橋法学9巻3号(2010年)56頁。

90) 西村・前掲注88)129頁。

91) 君塚正臣「幸福追求権－延長上に家族と平等を一部考える－」横浜国際経済法学19巻2号(2010年)141頁。

92) 君塚・前掲注18)184頁。

93) 中川善之助博士は再婚禁止期間が維持された理由について、「寡婦の再婚を望まないという古い父権思想が一番深いところに潜んで」おり、「今日こうした意識がこの制度を支配しているのではないに違いないが、習慣づけられた考えの底には、意識されなくともそうした父権性が潜んでいる。そのことが二つの嫡出推定の衝突する場合の単純な算術的結果に幻惑されて、女の再婚のときに時間的拘束を加える」ことになったとする。中川善之助『新訂家族法』(青林書院、1968年)175頁。

94) 野中・前掲注5)81頁。

95) 井上典之「平等の意味－非嫡出子法定相続分差別事件」笹田栄司・井上典之・大沢秀介・工藤達郎『ケースで考える憲法入門』(有斐閣、2006年)119頁。

96) 家族法の領域における個人の尊重、尊厳の意義については、定義づけ衡量として機能しているとされている。座談会「非嫡出子相続分差別違憲最高裁大法廷決定の多角的検討」法の支配175号(2014年)770頁(高橋和之発言)。

97) 安西文雄・巻美矢紀・戸川常寿『憲法学読本 第2版』(有斐閣、2012年)107頁。

98) 高井裕之『「嫡出子」と「非嫡出子」の法定相続分差別』佐藤・土井・前掲注30)45頁。

99) 竹中勲『憲法上の自己決定権』(成文堂、2010年)200頁。

裁判所の姿勢が明確化され、今後もこうした問題に対して積極的に審査を行っていく素地を生み出しているともいえるのではなかろうか<sup>100)</sup>

---

100) もっとも、本判決の同日、夫婦同氏を規定した民法750条を合憲とした。民法750条を合憲とした判決については、別稿で検討を予定している。