

再婚禁止期間違憲訴訟最高裁判所大法廷弁論要旨

平成25年（才）第1079号 損害賠償請求上告事件

上告人

被上告人 国

弁 論 要 旨

平成27年11月4日

最 高 裁 判 所 大 法 廷 御 中

上告人訴訟代理人弁護士 作 花 知 志

- 第1 最高裁第三小法廷平成7年12月5日判決が先例としての価値を失っていること
- 1 民法733条1項が規定する女性の再婚禁止期間の問題については、以前にも最高裁判所が平成7年に判決を出されています。最高裁平成7年判決（最高裁第三小法廷平成7年12月5日判決）は、「民法733条の立法趣旨は、父性の推定の重複を回避し、父子関係をめぐる紛争を未然に防ぐことにあるから、国会が同条を改廃しないことが憲法の一義的な文言に違反しているとはいえず、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。」としています。
 - 2 しかしながら、その最高裁平成7年判決は、今日において、もはや先例としての価値を失っています。なぜならば、上告理由書でも主張しましたように、最高裁平成7年判決は、国会の立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法となる範囲についての最高裁昭和60年判決（最高裁第一小法廷昭和60年11月21日判決）を前提とした判決であり、その最高裁昭和60年判決は、後に出された最高裁平成

17年判決（最高裁大法廷平成17年9月14日判決）によって、実質的に変更されているからです。

つまり、その最高裁平成17年判決を前提とすると、最高裁平成7年判決は、既に先例としての価値を失っているのです。

3 本件では、そのことを前提として、改めて民法733条1項が規定する女性の再婚禁止期間の憲法適合性が検討されなければならないのです。憲法は生きている文書であり、時代の変化の中で読み解かなければなりません。憲法の歴史は、自由・正義・平等の時代遅れの定義を黙認することを拒否し、それを変えようと奮闘された方々の活動の歴史です。私達には、新しい時代の新しい判断が求められているのです。本日、大法廷を開いていただいた趣旨もそこにあると、上告人は考えております。

第2 民法733条1項の規定する女性の再婚禁止期間は、法の下での平等を定めた憲法

14条1項及び婚姻に関する両性の平等を定めた憲法24条2項に違反すること

1 「性別」とは、自己の意思や努力によっては変えることのできない事由です。

2 民法733条1項は、男性が離婚後すぐに再婚できるのに対して、女性のみ6箇月の再婚禁止期間を設けているのでありますから、それは「性別」による差別であり、その憲法適合性は厳格に審査されなければなりません。

最高裁大法廷平成20年6月4日判決（国籍法違憲事件）及び最高裁大法廷平成25年9月4日決定（非嫡出子相続分差別違憲事件）という近時出された最高裁判例の「平等」の解釈は、「自己の意思や努力によっては変えることのできない事由に基づいて不利益を及ぼすことは許されない」との立場であると評価することができます。

すると、「性別」はまさに「自己の意思や努力によっては変えることのできない事由」に該当するのでありますから、それにより不利益を及ぼすことは許されないはずで

3 そのように「性別」に対して厳格な評価がされるべきであるとしみますと、仮に最高裁平成7年判決が判示するように、「民法733条の立法趣旨は、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」ことを前提としても、民法733条1項は女性の人権である婚姻の権利を必要以上に制約したものであることは明らかです。なぜならば、「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」という立法目的のためであれば、民法772条2項が定める嫡出推定の重複を避けるためには、再婚禁止期間が100日あれば必要にして十分だからです。その点において民法733条1項は、まず100日以上の再婚禁止期間を設けている点において、必要以上の人権制約を女性に課したものであり、法の下での平等を定めた憲法14条1項及び婚姻に関する両性の平等を定めた憲法24条2項に違反するものです（民法733条1項の規定する再婚禁止期間は、まず100日を超える部分について、女性の人権である婚姻の権利を違法に侵害するものです。）。

- 4 なお、最高裁平成7年判決は、民法733条の立法趣旨について「父性の推定の重複を回避する」ことに加えて、「父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐこと」もあると判示しています。しかしながら、民法733条1項の立法趣旨に「父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐ」ことが含まれると考えたとしても（つまり、民法733条1項の規定を法律上の父性推定の重複を避ける目的に止まらないと考えたとしても）、それ自体が再婚禁止期間を100日以上にする根拠にはならないものです。なぜならば、現在では医療の発達により、妊娠しているか否かは着床後早期に判断することが可能でありますし（いわゆる無戸籍児問題の解決のために出された平成19年5月7日民1第1007民事局長通達（子を妊娠した時期は離婚後だという医師の証明書があれば、裁判や調停なしに後婚の夫の子としてその戸籍に入れることを認めた民事局長通達です。）はそのことを前提としたものです。）、父子関係の判断に用いるDNA鑑定技術は飛躍的に発達しています（今日では同じ型の別人が現れる確率が4兆7000億人に1人とされる程度の精度において、DNA鑑定が可能となっています（公知の事実）。）。何も、女性に必要以上の再婚禁止期間を設けなくても、科学技術の発達により「父子関係をめぐる紛争の発生を

防ぐ」ことは可能なのです。

この点につき、民法733条2項は、「女が前婚の解消又は取消しの前から懐胎していた場合には、その出産の日から、前項の規定を適用しない。」と規定しています。それはつまり、出産という科学的事実が、再婚禁止期間の必要性を失わせることを民法自身が認めていることを意味します。とすると、民法制定後の科学技術の発達は当然、再婚禁止期間の必要性及びその憲法適合性の評価に影響を与えるはずであります。

5 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ためには、女性にのみ6箇月の再婚禁止期間を課すのではなく、その外にもより女性の婚姻の権利を制約する程度が少ない手段が存在していること

(1) 上告人は、民法733条1項が規定する6ヶ月の再婚禁止期間の内、100日以内も憲法に違反することを主張するものです。なぜならば、上告理由書31頁4項で主張しましたように、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ためには、女性にのみ6箇月の再婚禁止期間を課すのではなく、より女性の婚姻の権利を制約する程度が少ない手段が存在しているからです。

(2) ア 上告人が上告理由書31頁4項(2)イでも主張したように、そもそも民法が保護しようとする「家族」は、「血のつながり」そのものではありません。

イ この点については、近時出された最高裁判所の判断においても、確認されていることです。まず、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律に基づき女性から男性へと性別を変えた方について、その妻が生んだ子との間に嫡出推定が及ぶかが問題とされた最高裁第三小法廷平成25年12月10日決定です。その問題を肯定した最高裁決定は、民法の規定する嫡出推定制度が、「血のつながり」を守るための制度ではなく、早期の父子関係の確立により子の福祉を保護しようとするための制度であることを、改めて示すものとなりました。

とすると、その嫡出推定制度の目的を実現するためには、離婚した女性に再婚禁止期間を設けなくても、「離婚後再婚した女性が生んだ子については、後婚の夫の子

と推定すれば足りる」ことになるはずです。それにより、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は実現できるのです。つまり、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ために、女性にのみ6箇月の再婚禁止期間を設ける必要性自体が、そもそも存在しないのです。

ウ さらに、最高裁第一小法廷平成26年7月17日判決では、法律上の父子がDNA鑑定で99%他人の子であるとされたとしても、その父子間には嫡出推定が及ぶ、と判示されています。その最高裁判決の立場も、民法の規定する嫡出推定制度は、「血のつながり」を守る制度ではなく、早期の父子関係の確立により子の福祉を保護しようとする制度であることを示しています。

とするとやはり、その嫡出推定制度の目的を実現するためには、離婚した女性に再婚禁止期間を設けなくても、離婚後再婚した女性が生んだ子については、後婚の夫の子と推定すれば足りることになるはずです。それにより、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は実現できるのです。つまり、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ためには、女性にのみ6箇月の再婚禁止期間を設ける必要性は存在しないのです。

エ ドイツでは再婚禁止期間が平成10年（1998年）に廃止され、離婚後婚姻中に出生した子の父は母の後婚の夫とする出生主義を採用しています（甲27号証6頁及び乙3号証658頁）。その立法は、上のイ及びウで指摘した最高裁判例と矛盾せず、むしろ親和的です。ドイツでの立法、もしくは上でも述べた「離婚後再婚した女性が生んだ子については、後婚の夫の子と推定する」との立法は、立法手段として可能なものです。すると、そのような立法手段が存在しているにもかかわらず、それを選択せず、あえて女性に再婚禁止期間を課している民法733条1項は、100日以内の再婚禁止期間についても、女性の婚姻の自由に対して許されない制限を加えた違憲なものなのです。

嫡出推定制度は、あくまでも法律上の制度であり、憲法上の制度ではありません。嫡出推定の100日の重複は、憲法が規定しているものではなく、民法772条2

項により生み出されているものにすぎないのです。その民法772条2項自体を、ドイツ法もしくは「離婚後再婚した女性が生んだ子については、後婚の夫の子と推定する」との立法のように変更することが憲法上許容されるのならば、もはや女性の再婚禁止期間を設ける意味自体がなくなります。法律による人権制約が必要最小限の制限でないのなら、女性の婚姻の自由という人権制約の根拠として許容されないのです。

上告理由書73頁以下でも指摘しましたように、諸外国の立法と法改正は憲法解釈に影響を与える立法事実として存在しています。そして、今日においては、上のドイツの法改正はインターネットなどを通じて即時に入手できる情報であります(上で引用しました日本国内で発行されている文献にも掲載されている情報です)。その意味で、遅くとも民法733条1項が規定する女性の再婚禁止期間は、100日以内の部分についても、平成10年(1998年)の段階において、手段として違憲であったのです(民法733条1項の規定する再婚禁止期間は、100日以内の部分についても、女性の人権である婚姻の権利を違法に侵害するものなのです)。

6 なお、女性にのみ設けられた再婚禁止期間(民法733条1項)の違憲性判断において、国会の立法裁量を広く認めることはできません。上でも引用した在外国民の選挙権に関する最高裁平成17年判決(最高裁大法廷平成17年9月14日判決)、さらには国籍法に関する最高裁平成20年判決(最高裁大法廷平成20年6月4日判決)は、本来は国会に広い立法裁量が憲法によって保障されているはずの選挙権や国籍についての問題であったにもかかわらず、権利の性質から国会の立法裁量を広く認めずに、違憲判断を行ったものです。それら2つの権利と比較すると、女性の婚姻に関する権利については、国会の立法裁量はより狭いはずであります。

加えると、繰り返しになりますが、最高裁大法廷平成20年6月4日判決(国籍法違憲事件)及び最高裁平成25年9月4日決定(非嫡出子相続分差別違憲事件)という近時の積極的に違憲審査権を行使する最高裁判例により、「自己の意思や努力によっては変えることのできない事由に基づいて不利益を及ぼすことは許されな

い」との「平等」の解釈が改めて確認されています。その解釈を前提にすると、「性別」とはまさに「自己の意思や努力によっては変えることのできない事由」に該当するのですから、その意味においても、女性にのみ設けられた再婚禁止期間（民法733条1項）の違憲性判断において、国会の立法裁量を広く認めることができないことは明らかです。

第3 民法733条1項の規定する女性の再婚禁止期間を改正しない国会（国会議員）の立法不作為が、最高裁平成17年判決における「立法の内容又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」に該当すること

1 これは国会（国会議員）の認識の問題ではありますが、国会（国会議員）が、民法733条1項が本件区別を生じさせていることが憲法14条1項及び憲法24条2項に違反するものでないと解する余地はありませんでした。それが、女性の人権である婚姻の権利を違法に侵害することは国会（国会議員）にとって明白だったので、それは、憲法の解釈に影響を与える、以下の事実から明らかです。

①まず第一に、最高裁平成7年判決が、「民法733条の立法趣旨は、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。」と判示していたことです。

②第二に、女性の再婚禁止期間を100日とする法務大臣の諮問機関である法制審議会による民法改正案要綱が平成8年に採択されていたことです。

③第三に、学説上は、100日を超えて女性の再婚禁止期間を課すことは、法の下での平等（憲法14条1項及び憲法24条2項）に違反するという立場が圧倒的に有力であったことです。

④第四に、国会の審議において、上で引用した平成8年に法務大臣の諮問機関である法制審議会によって採択された民法改正案要綱を前提として、女性の再婚禁止期間を6箇月とする現行の民法733条1項について改正を求める質問が繰り返行われていたことです。

⑤第五に、日本が締約国である国際人権条約の国際人権B規約及び女性差別撤廃条約の各条約機関から、女性の再婚禁止期間を6箇月とする民法733条1項を廃止するべきであるとの勧告が、繰り返し出されていたことです。そして、それらの条約機関からは、民法733条1項の全廃が求められていたのです。

⑥そして最後に、諸外国では女性にのみ再婚禁止期間を課す立法が廃止されていることです。

第4 立法事実をめぐる最高裁判決の変化とそれが本件に及ぼす影響について

1 上告理由書提出後に、最高裁平成25年9月4日決定（非嫡出子相続分差別違憲事件）が出されました。その決定は、すでに上告理由書で指摘していたように、立法事実の変化が憲法解釈に影響を与えたものです。

2 その最高裁平成25年9月4日決定（非嫡出子相続分差別違憲事件）の立場を本件に当てはめると、以下のような結論が導かれるはずですが。

①戦後、日本では家族の形や結婚、家族に対する意識が多様化していること。

②女性の再婚禁止期間の問題も早くから意識され、その期間を100日とする旨の法改正案が作成されるなど、法改正準備が進められたこと。その法案の国会提出には至らず、改正は実現していないが、民法の規定の合理性は、個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らし、女性の権利が不当に侵害されているか否か、という観点から判断されるべき法的問題であること。

③国連の委員会は、日本の差別的規定を問題にして、法改正の勧告を繰り返してきたこと。

④海外でも女性の再婚禁止期間の廃止が進んだこと。自ら選び、正せない事柄を理由に不利益を及ぼすことは許されない、との考えが確立されてきていること。

第5 結論

1 以上からすると、原判決には憲法14条1項及び憲法24条2項の解釈適用を誤った違法があり、その違法が判決に影響を及ぼすことは明らかです。

以上