

家族法最新判例ノート第Ⅱ期

第20回 女性再婚禁止期間規定の合憲性

岡山地判平成24年10月18日判例集未登載¹⁾

岡山大学法学部准教授

なかがわ ただあき

中川 忠晃



はじめに

先日、今回の訴訟の原告側代理人である作花知志弁護士から判決言渡日が決まった旨のメールが届いた。この訴訟には家族法学者として関心があり、たまたまその時間が空いたので傍聴させていただきたい旨の返事を送ったところ、その後弁護士会館で記者会見を行うので、その席上で記者達に判決の解説をしていただけないかとの依頼を受けた。私の説明で少しでも記者の理解が深まって良い報道をしていただければと思い引き受けたのだが、後述するように、判決理由がかなり分かりにくく、結局作花弁護士と2人がかりで必死に説明したのだが、誰1人として分かったとは言ってもらえなかった。私だけが説明したのであれば、おそらく私の説明力不足が原因なのであろうが、法律家2人がかりで必死になって説明し、かつ、言葉を使って報道するプロが何度も判決文を読み返しながら私たちの説明を聞いて、何度も質問してもさっぱり分からず、記者会見終了後も、記者からの質問で私の携帯は鳴りっぱなしであったということは、記者は法律の専門家ではないということを考慮しても、やはり説明の対象である判決に問題があったというべきだろうと

の結論に至った。

本事件で対象となっている733条1項は、女性の再婚を前婚解消から6ヶ月間禁止すると定めている。かつては、離婚を失敗であるとか、ネガティブなイメージで捉える傾向があったが、最近は人生のやり直しであると捉える傾向に変わりつつある。離婚した、あるいは離婚を真剣に考えている女性が新たに素敵な異性とめぐりあって愛し合い、夫婦としてやり直すということは、ささやかな幸せであるが、ささやかであるからこそ人間にとって重要であるとも言える。そのささやかだけれども重要な幸せの実現を制限するこの規定がはたして妥当なのかが争われたのが本事件である。しかし、国家賠償請求訴訟の形態をとっているため、一見分かりにくい構造になっている。評者の解説で読者の理解が深まり、それによってこの問題の解決に向けて少しでも前進するならば、これ以上の喜びはない。

I 事実の概要

X女は、平成20年3月28日に前夫と離婚し、既に夫婦同然の生活を送っている男性との婚姻届を提出しようとしたところ、民法733条1項の再婚禁止期間の規定のため、同年10月7日まで婚姻が遅れることとなった。

このため、Xは、本規定の立法趣旨は、道徳的な理由に基づいて寡婦に対し一定の服喪を強制するものであり、立法目的自体に合理的根拠がないことは明白であること、仮に本規定の立法趣旨が嫡出推定の重複を回避するという合理的根拠を認められるとしても、その目的は100日の期間を設ければ十分達成できるため、本規定は合理性を欠く過剰な制約を課していることの2点から、本規定は憲法14条1項および24条2項に違反し、本規定を改正しないという立法不作為は、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ことが明白であるとして、国家賠償法1条1項に基づき損害賠償請求訴訟をY(国)に対して提起した。

II 裁判所の判断

請求棄却(X控訴)

(1) 立法不作為と国家賠償法1条1項適用の可否

「国会議員の立法行為又は立法不作為が国家賠償法1条1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、当該立法の内容又は立法不作為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又は立法不作為が憲法の規定に違反するものであるとしても、直ちに違法の評価を受けるものではない。しかしながら、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又は立法不作為は、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。」²⁾

(2) 民法733条1項の立法趣旨と国家賠償の適否

「Xは、民法733条1項の規定が本件区別を生じさせていることが憲法14条1項及び24条2項に違反し、本件立法不作為は、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と主張するが、合理的な根拠に基づいて各人の法的取り扱いに区別を設けることは憲法14条1項及び24条2項に違反するものではないところ、民法733条1項の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りと解される以上(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ところであるし(なお、Xは、同項の立法趣旨は道徳的な理由に基づいて寡婦に対し一定の服喪を強制するものであると主張するが、同条2項において、「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。」と規定されていることに照らせば、Xの上記主張を採用する余地はない。)、上記のとおり、同条1項の規定の趣旨が父性の推定の重複を回避することのみならず父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことにあることからすると、その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ころ、本件区別についてどのような違憲審査基準を用いるべきかについて種々の考え方があり得ることをも踏まえると(Xは、本件区別

についてはいわゆる厳格な審査基準を用いるべきことが明白であったと主張するが、Xが離婚した時点までの最高裁判所の判決の内容を概観しても、上記時点において本件区別についていわゆる厳格な審査基準を用いるべきことが明白であったなどということはできない。）、同項の規定が本件区別を生じさせていることが憲法14条1項及び24条2項に違反するものでないと解する余地も十分にあるというべきである。そして、このことは、前記争いのない事実等で認定した我が国の内外における社会的環境の変化等を考慮したとしても、直ちに異なるところはない。」

「そうすると、本件立法不作為について、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などに当たるとすることはできないから、本件立法不作為は、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。」

Ⅲ 若干の解説

1 前提の整理

本判決の分析の前に、その前提となる女性再婚禁止期間規定（民法733条）について整理しておきたい。

1-1 日本における再婚禁止期間規定の経緯と制度趣旨

(1) 現行規定制定まで

古くは、大宝律において「凡ソ夫ノ喪ニ居テ嫁娶スル者徒二年」という居喪婚の禁が定められ、道徳的理由に基づいて、寡婦に対して一定期間の服喪を強制していたが、これは明治期以降の近代法における再婚禁止期間規

定とは全く異質のものである。

日本において近代的趣旨に立脚したものが見られるのは、明治7年9月29日の太政官指令であって、これは、婚姻解消後300日を経過しなければ女性は再婚することができないが、前婚の子を懐胎していないことを証する2人以上の証人（後に医師の診断書による証明）があるときは例外的に再婚を許していたようである。

その後、旧民法草案人事編42条では、夫の失踪を理由とする場合を除いて離婚後4ヶ月の再婚禁止期間を女性につき定めていたが、妊娠の有無を確実に知るのに4ヶ月は短く、再婚の家の平和にとって、妻が再婚後に前夫の子を出産するのは好ましくないとの批判が強かった等の理由から、旧民法典人事編32条は6ヶ月に延長した。

この後制定された明治民法においても6ヶ月とされたが（旧767条）、起草に携わった梅謙次郎氏は、この規定の趣旨を血統の混乱を避けるためであると説明し、6ヶ月という期間については、ヨーロッパでは300日とする例が多いが、上記理由のためならばこれは長すぎるとしつつ、理論上は懐胎推定期間の最長期と最短期の差でよいけれども、4ヶ月では懐胎の事実を知らずに再婚することがありえるため、医師等の専門家でなくても懐胎の有無を判断できるようにするため、法医学者の意見を聞いて6ヶ月としたと説明しており³⁾、6ヶ月という数字自体には特に明確な根拠があるわけではない。

また、昭和18年の人事法案では、当初から認められていた婚姻解消後分娩に加えて、新たに前夫との再婚を禁止規定適用除外例として規定し、懐胎していないことが明らかな場合は家事審判所の許可を得て婚姻することができるとの案が出されていたが、結局は実質面での改正はなされず、2項の「分娩」を「出

産」に改めるにとどまった。

このように、この規定の趣旨は道徳的なものではなく、単に父性推定の衝突を避けるために過ぎないとされてきたため、昭和22年の家族法大改正においても、日本国憲法24条2項が定める両性の本質的平等には抵触しないと判断され、そのまま維持されて現行規定となっている。現在においても、本条の趣旨は上記のとおりに説明されているが、「女のあまりに早い再婚を喜ばず、そして、前婚の子が後婚の成立後に出生することを嫌悪する父権的感情が混入していることは否定できないであろう」と指摘する文献も見られる⁴⁾。

(2) 現行規定制定後の議論状況

本条に理論面・実際面双方で問題があることは以前から指摘されていた。理論面では、父性の推定は、前婚の解消または取消後300日以内であって後婚の成立の日から200日以後であるから、嫡出推定の衝突をきたすおそれがあるのは前婚解消後100日あるいは101日（論者によって異なる）で十分であり、6ヶ月というのは不合理に長すぎるという指摘であり⁵⁾、実際面では、本条は法律上の再婚、すなわち、婚姻の届出の受理を一定期間拒むことができるにとどまり、事実上の再婚を阻止することはできないため、形式上は父性推定の衝突を回避できても、前婚の子と推定される後婚の子が再婚成立後に生まれる可能性を完全に排除できないことや、かえって内縁を増加させ、子を一度は非嫡出子にする弊害があるとの指摘である⁶⁾。評者が調べた限りでは、近年においては現行規定維持をよしとする見解は見当たらず、100日あるいは101日に修正すべきとする見解と同条を廃止する見解に分かれているといつてよい状況にあり、後者はさらに父を定める訴え（773条）を活用して裁判所が父を決定し、前婚による懐胎

があったために後婚が継続不能になれば離婚によって解決する等の事後的処理をすればよいという見解⁷⁾と、後婚の子との推定規定を設け、最終的には親子関係存否確認訴訟で解決するとの見解⁸⁾と、嫡出子（婚内子）・非嫡出子（婚外子）の区別の撤廃を前提にして「妻が婚姻後に出産した子は、夫の子と推定する。」とすべしとの見解⁹⁾に分かれている。

(3) 現行規定見直しの動き

昭和22年の家族法大改正からそれほど経っていない昭和29年の法制審議会において本条は検討の対象として取り上げられ、昭和30年の法制審議会民法部会身分法小委員会による第2回民法部会報告においては、懐胎の事実がないという証明があれば家裁の許可を得て直ちに再婚できるとする例外をおきつつ733条を存置するという案が、規定削除案、100日への削減案、733条を廃止した上で後婚の夫が婚姻当時に自己以外の者の子を懐胎していたことを婚姻後に知ったときは後婚の夫に婚姻取消請求権を認める案と並置されて報告されていたが、昭和34年の法制審議会民法部会では嫡出推定に関する規定と合わせて改正の可否を検討する必要があるとの留保事項が出され、平成4年には法務省民事局参事官室が「婚姻及び離婚制度の見直し審議に関する中間報告（論点整理）」で現行規定維持、100日縮減、廃止の3意見を提示し、その2年後の平成6年に同室が示した「婚姻制度に関する民法改正要綱試案」では100日案が示され、平成8年に法制審議会民法部会が公表した「民法の一部を改正する法律案要綱案」においては100日案を採用する旨の決定がなされており、本条は100日に縮減されることが既定路線となったことが明らかである。

1-2 国際機関からの働きかけおよび諸外国の状況

自由権規約人権委員会は、日本政府が市民的及び政治的権利に関する国際規約(B規約)40条に基づき提出した第4回報告(平成9年)及び第5回(平成18年)のそれぞれを検討した上で採択した各最終見解(平成10年と平成20年)において、再婚禁止期間に関する女性に対する差別について懸念を表明するとともに、同条が同規約2条、3条および26条等に適合せず、廃止すべきことを勧告している。

それだけでなく、女子差別撤廃委員会も、日本政府が女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約18条に基づき提出した第4回報告(平成10年)および第5回報告(平成14年)ならびに第6回報告(平成20年)のそれぞれを検討した上で採択した各最終見解(平成15年と平成21年)において、再婚禁止期間に関する女性に対する差別について懸念を表明するとともに、これを廃止すべきことを勧告している。

諸外国においては、もともと規定がない国も多いが(イギリス、カナダ、オーストラリア、中国など)、規定を廃止する国が増えており、デンマーク、フィンランド、ノルウェー、スウェーデンは1968年から1969年にかけて、スペインは1981年に、オーストリアとギリシャは1983年に、ベルギー、アルゼンチン、フィリピンが1987年に、ドイツが1998年に、フランスが2004年に、韓国が2005年に廃止している¹⁰⁾。

2 本判決の検討

2-1 最高裁平成7年12月5日判決¹¹⁾との対比

本判決に先立って、同様の訴訟が広島地裁

に提起され、その上告審判決が下記の理由を付して下された。

(1) 立法不作為と国家賠償法1条1項適用の可否

「国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではなく、国会ないし国会議員の立法行為(立法の不作為を含む。)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ように、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項の適用上、違法の評価を受けるものでないことは、当裁判所の判例とするところである」(最判昭和60年12月21日民集39巻7号1512頁、最判昭和62年6月26日裁判集民事151号147頁)

(2) 民法733条1項の立法趣旨と国家賠償の適否

「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。」

「そして、立法について固有の権限を有する国会ないし国会議員の立法行為が違法とされない以上、国会に対して法律案の提出権を有するにとどまる内閣の法律案不提出等の行

為についても、これを国家賠償法1条1項の適用上違法とする余地はないといわなければならない。」

上記のように、消極判断がなされたという点では本判決と共通しているが、平成7年判決と本判決は、先例、民法733条1項の改正をめぐる状況、国際機関からの働きかけという3点で前提を大きく異にすることに注意する必要がある。

まず先例についてであるが、平成7年判決が引用する昭和60年と62年判決が示す違法の評価を受けうる範囲は非常に狭いのに対し、本判決が引用する在外日本人の選挙権に関する平成17年大法院判決は、広いとは言えないが、少なくとも前者に比べれば格段に違法性を争う余地が広がったと言える。

次に民法733条1項をめぐる状況についてであるが、既に述べたことから分かるように、平成7年判決が下された当時は、学説上は本規定の合理性を疑問視する見解が圧倒的であったけれども、法改正作業としては法務省民事局参事官室が「婚姻制度に関する民法改正要綱試案」を公表したにとどまっていた。しかし、本判決が下された時点では、法制審議会民法部会が「民法の一部を改正する法律案要綱案」において100日案を採用する旨の決定を下し、この方向で改正することが既定路線となっていた。

最後に国際機関からの働きかけであるが、これも、平成7年判決当時は未だ自由権規約人権委員会と女子差別撤廃委員会から撤廃勧告は受けていないが、本判決の時点ではそれらを受けている。条約を批准した国は、当該条約に合致するように国内法を整備、改正する義務を負う。日本は、市民的及び政治的権利に関する国際規約（B規約）を昭和54年に、女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関

する条約は昭和60年に批准しており、いずれも批准から20年以上経過している。法整備をどのようにいつ頃行うかは確かに立法裁量と言えようが、国際機関から懸念を表明されて勧告を受けるという、いわば「国際的ダメ出し」や「イエローカード」とも言うべき、国際的に、少なくとも「先進国」としてかなり恥ずかしい評価を受けてしまったことを、本判決における立法不作為の評価に際して踏み込むべきであったと思われる。

2-2 本判決が示す理由の分析

本判決が示す理由の中で最も理解に苦しむのは、「同条1項の規定の趣旨が父性の推定の重複を回避することのみならず父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことにあることからすると、その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」と述べている点である。まさか100日とする論者と101日とする論者がいるなどという些末なことを述べているとは思えないが、ここまでの解説から分かるように、この目的を達成するのに最低限必要なのはまさに100日である。それとも、梅氏が述べたような、医師等の専門家でなくても懐胎の有無を判断できるようにするためにという、772条との関係とは別の次元での判断なのだろうか。もしこの推測が正しいのであれば、家族法学者も法制審議会民法部会も採らないこの起草者の考え方こそが、上記立法目的に照らしてまさに妥当であるということを、相当の紙幅を割いて論ずべきであった。なぜならば、この点こそがXが裁判所の判断を求めている核心部分だからである。それにもかかわらず「一義的に明らかであるともいい難い」という、答えになっていない曖昧な言葉で誤魔化してはならない。

ただ、「本件区別についてどのような違憲審査基準を用いるべきかについて種々の考え方があり得る」との指摘は正確であると思われる。通説は、少なくとも憲法14条1項に列挙された5事項（人種、信条、性別、社会的身分または門地）による差別については、いわゆる厳格な基準での審査を行うものとしている。その結果、まず、その区別がやむを得ない公益目的のためであることが求められ、かつ、その目的を達成するために採用された手段がその目的を達成するためには必要不可欠であり、しかも、手段として最も穏便なものでなければならないということになる。ゆえに、民法733条1項が女性のための再婚を制限しているということの合憲性を真正面から争うならば、その審査基準は厳格なものでなければならないだろう。ところが、立法不作為の違法性の問題として国家賠償法1条1項の解釈を争うならば、法律の目的・手段が著しく不合理でない限り合憲とする基準、いわゆる合理性の基準で判断してよいことになるように思われるからである。前者は実質面、後者は訴訟技術面に着目した結果であるが、今回の訴訟においてどちらの基準で判断すべきかについては、確かにこれまでに先例と呼べるものは見当たらないように思われる。

本判決の不明快さは、平成7年判決とは前提が異なるにもかかわらず、同判決が下した「賠償責任否定」との結論に強引に至ろうとしたために論証に失敗したという点に原因があると断じることができる。本判決は控訴されており、広島高裁岡山支部にて平成25年2月8日に第1回期日が開かれる予定である。妥当な判決が下されることはもちろんであるが、法解釈学上も立法史上も重要な判決と位置づけられうる内容であるがゆえに、控訴審においては原審判決の問題点を踏まえて一歩も二歩も踏み込んだ名判決が下されることを

大いに期待したい。

（平成25年2月4日校了）

- 1) 判決文は、原告側代理人である作花知志弁護士（岡山弁護士会所属）にご提供いただいた。作花弁護士のご厚意に紙面を借りて感謝の意を表する。
- 2) 最大判平成17年9月14日民集59巻7号2097頁。
- 3) 梅謙次郎『民法要義 卷之四 親族編』（復刻版、昭和59年、有斐閣）91頁以下。
- 4) 青山道夫＝有地亨編『新版注釈民法（21）』206頁〔上野雅和〕。
- 5) 中川善之助『親族法』（昭和40年、青林書院）201頁、我妻栄『親族法』（昭和36年、有斐閣）31頁など。
- 6) 中川・前掲書174頁、中川善之助編『註釈親族法（上）』（昭和25年、有斐閣）126頁〔谷口知平〕126頁など。
- 7) 中川・前掲書174頁、中川編・前掲書126頁〔谷口〕、我妻・前掲書31頁など。
- 8) 床谷文雄「再婚禁止期間は性差別か」（『ゼミナール婚姻法改正』（平成7年、日本評論社）所収）39頁など。
- 9) 二宮周平『家族法』（第3版、平成21年、新世社）46頁。
- 10) 諸外国の状況は、平成24年7月8日に早稲田大学で開催された家族法改正研究会第3回シンポジウムにおける千藤洋三氏の報告レジュメに拠った。
- 11) 判時1563号81頁、判タ906号180頁、裁時1160号2頁、裁判集民事177号243頁所収。