

判例研究

再婚禁止期間規定の憲法適合性

公 法 研 究 会

最大判平成二七年一二月一六日（民集六九卷八号二四

二七頁）

【事案の概要】

上告人は、平成二〇年三月に前夫と離婚をし、同年一〇月に後夫と再婚をしたが、同再婚は、女性について六箇月の再婚禁止期間を定める民法七三三条一項（以下、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。

そこで上告人は、本件規定が憲法一四条一項及び二四条二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つた立法不作為の違法を理由に、再婚の遅延により被つた精神的損害等の賠償を求めた。

第一審、原審ともに、請求を棄却したので、上告人は、原判決には憲法一四条一項及び二四条二項の解釈の誤りがあるとし

て、上告した。

【判 旨】

1 主 文

上告棄却。

2 判 決 理 由

(1) 審査枠組み及び審査基準

憲法一四条一項は、「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」。「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六箇月の再婚禁止期間を定めており、これによって、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、本件規定は憲法一四条一項に違反することになる。」

ところで、婚姻及び家族に関する事項の内容の詳細については、「法律によつてこれを具体化することがふさわしい」。「憲法二四条二項は、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つて、その裁量の限界を画し」ている。また、同条一項は、「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。」婚姻は、夫婦間の子が嫡出子となること（民法七七二条一項等）などの重要な法律上の効果が与えられているほか、「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、憲法二四条一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、「婚姻に対する直接的な制約を課することが内容となつ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、「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。」

(2) 目的審査

昭和二年改正により、旧民法の婚姻及び家族に関する規定は、「大幅に変更され、憲法の趣旨に沿わない『家』制度が廃止されるとともに、上記の立法上の指針に沿うように、」改められた。

現行民法は、七七二条一項などで「父性の推定の仕組みを設けており、これによつて法律上の父子関係を早期に定めることが可能となつている。しかるところ、上記の仕組みの下において、女性が前婚の解消等の日から間もなく再婚をし、子を出産した場合においては、その子の父が前夫であるか後夫であるかが直ちに定まらない事態が生じ得るのであつて、そのために父子関係をめぐる紛争が生ずるとすれば、そのことが子の利益に反するものであることはいうまでもない。」

そして、七三三条二項は再婚禁止の除外事由を定め、七三三条は父性の推定が重複した場合の父子関係確定のための手続を設けている。「これらの民法の規定は、本件規定が父性の推定の重複を避けるために規定されたものであることを前提にしたものと解される。」

以上のような立法の経緯及び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。」

これに対し、「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（民法七七三条）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、女性に対する再婚禁止によって父性推定の重複を回避する必要性はないという指摘がある。

「確かに、近年の医療や科学技術の発達により、DNA検査技術が進歩し、……極めて高い確率で生物学上の親子関係を肯定し、又は否定することができるようになったことは公知の事実である。

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になる。」「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、父性推定の重複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。

(3) 手 段 審 査

(ア) 一〇〇日以内部分

民法七七二条二項は、「婚姻の成立の日から二百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、同条一項が「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する」と規定している。「そうすると、女性の再婚後に生まれる子については、計算上一〇〇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。」「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一〇〇日について一律に女性の再婚を制約することは、……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

において合理性を有するものということができる。

よつて、本件規定のうち一〇〇日の再婚禁止期間を設ける部分は、憲法一四一条一項にも、憲法二四條二項にも違反するものではない。」

(イ) 一〇〇日超過部分

他方、本件規定のうち一〇〇日超過部分については、旧民法起草時の説明等からすると、「父子関係を確定するための医療や科学技術も未発達であつた状況の下において、再婚後に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、再婚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つて、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、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ようとしたものであつたことがうかがわれる。また、諸外国の法律において一〇箇月の再婚禁止期間を定める例がみられた」。上記の諸事情に鑑みると、「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ふ考え方」に基づき再婚禁止期間を六箇月と定めたことが不合理であつたとはいひ難い。

「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つた」。

加えて、昭和二年旧民法改正以降、「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、特に平成期に入つた後においては、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、再婚をすることに對しての制約をできる限り少なくするという要請が高まつている」。また、「世界的には再婚禁止期間を設けない国が多くなつていくことも公知の事実である」。

そして、「婚姻をするに對する自由が憲法二四條一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、」再婚の場合に限つて、上記のような各観点から、厳密に父性推定の重複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。それゆゑ、「本件規定のうち一〇〇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つていくといふべきである」。

「以上を総合すると、本件規定のうち一〇〇日超過部分は、遅くとも上告人が前婚を解消した日から一〇〇日を経過した時

点までには、「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」。

「以上の次第で、本件規定のうち一〇〇日超過部分が憲法二四条二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、憲法一四条一項に違反するとともに、憲法二四條二項にも違反するに至っていた」。

3 個別意見

なお、個別意見としては、裁判官櫻井龍子、千葉勝美、大谷剛彦、小貫芳信、山本庸幸、大谷直人らの共同補足意見、裁判官千葉勝美、木内道祥の各補足意見、裁判官鬼丸かおるの意見及び、裁判官山浦善樹の反対意見がある。

【解 説】

本件規定の定める再婚禁止期間のうち一〇〇日超過部分を違憲と判断した本判決は、最高裁が法令を違憲と判断した一〇件目の判決である。なお、本判決は国家賠償法上の論点も含むが、本評釈では、再婚禁止期間の憲法適合性に直接関わる論点に限り取り上げ、国家賠償法上の違法性に関する論点は取り上げない。そこで以下では、本判決を、適用条項の相互関係（一）、

審査枠組み及び審査基準（二）、目的審査（三）、手段審査（四）の四点に大別して、解説を加える。

1 適用条項の相互関係

本判決では、憲法一四條一項、二四條二項及び同条一項に言及されているが、それらの相互関係が明確ではないので、まずそれを簡単に整理しておく。

本判決は最初に、本件規定は「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」（形式的不平等）から、まず問題となるのは「法の下平等」を定めた一四條一項であるとしている。^①その上で、「法の下平等」に関して問うべき「事柄の性質」として、一方で、本件規定の定める区別は「婚姻及び家族に関する事項」についてのものなので、二四條二項から法律による具体化が必要であり立法裁量が妥当するが、その立法裁量も「個人の尊厳と両性の本質的平等」による制限を受けるとされているだけでなく、他方で、区別の対象利益である「婚姻をするについての自由」が「二四條一項の規定の趣旨に照らし十分尊重に値する」ともされている。^②そして、本判決は結論として、一〇〇日以内部分について「憲法一四條一項にも、憲法二四條二項にも違反するものではない」とし、一〇〇日超過部分について「憲法一四條一項に違反するとともに、憲法二四條

二項にも違反する」としている。^④それゆえ、判決文上は一回しか審査をしていないにもかかわらず、二つの条項に違反すると結論づけている点をどのように理解するかが問題となる。

まず前提として、結論において二四条一項違反に関する言及がないのは、上告人が主張しなかったからだと考えられる。^⑤次に、一四条一項違反と二四条二項違反が問題とされた点について、判例上、前者は「法の下の平等」に関する一般条項であるものの、直接的には形式的不平等がある場合にしか裁判規範として発動されないと解されており、後者は「両性の本質的平等」を宣言し立法裁量の統制に際して形式的平等だけでなく実質的平等をも審査しうる条項だと理解されているので、両条項は、「形式的平等」を審査しうる条項である点で共通する。^⑥そして、本判決は、前述のように形式的平等が問題となった事例である。したがって、本判決は、本件を一四条に関する事例として定位した上で、一四条一項審査の際の「事柄の性質」として二四条二項（・一項）を組み込むことで、両条項の審査を同時に行ったということだと考えられる。^⑦つまり、三つの条項の相互関係は、一四条一項審査を行う中で、二四条二項の限定つきの立法裁量と、同条一項の実体的利益とが考慮されたという構造になっているのである。

2 審査枠組み及び審査基準

本判決は、本件規定の合憲性審査に際して、「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、目的・手段審査の枠組みに基づく審査基準を採用している。

ここでは、本判決の審査枠組み及び審査基準が、従来の判例との関係でどのように位置づけられるのかを整理する。

(1) 目的・手段審査の採用

前述のように、本判決がまず問題としたのは憲法一四条一項であるが、「法の下の平等」を扱った過去の判例の中には、本件のように目的・手段審査を採用したもの（尊属殺重罰規定違憲判決^⑧、非嫡出子相続分規定合憲決定^⑨、国籍法違憲判決^⑩）と、目的・手段審査を採用しなかったもの（非嫡出子相続分規定違憲決定^⑪）が存在する。^⑫

しかし、なぜ本判決で目的・手段審査が採用されたのかについて、多数意見に言及はない。この点につき、千葉勝美補足意見が、非嫡出子相続分規定違憲決定では、民法九〇〇条四号ただし書前段の立法目的について「法律婚の尊重と嫡出でない子の保護の調整」を図ったものとする非嫡出子相続分規定合憲決

定をどのように理解するかが問題となったのに対し、本判決は、本件規定の立法目的が「父性推定の重複回避」という単一で明確なものになっているため、「立法目的・手段の合理性等の有無を明示的に審査するのにふさわしい」としている。^⑩これによれば、非嫡出子相続分規定違憲決定が目的・手段審査を採用しなかったのは、立法目的が二つの利益の調整とされその関係が不明確であったからであり、本件規定の立法目的は単一で明確であるので、少なくとも本判決では目的・手段審査の採用は妨げられないことになる。加えて、本判決の調査官解説は、非嫡出子相続分規定違憲決定が目的・手段審査を採用しなかった理由として、非嫡出子相続分規定合憲決定（目的・手段審査を採用）とそれに続く同種事案の「合憲判断につき判例変更をせずに、その後の諸事情の変化により合憲から違憲への変化があつたとする判断をしたことも影響した」ということも挙げている。^⑪しかし、この二つの説明では、非嫡出子相続分規定の合憲決定と違憲決定との関係（調査官解説）、その違憲決定と本判決との関係（千葉補足意見）は説明できるが、その合憲決定と本判決との関係は説明できない。^⑫したがって、なぜ本判決で目的・手段審査が採用されたのかについては結局説明されていないといふことになる。

なお、本判決と同じく「婚姻及び家族に関する事項」が問題

となった夫婦同氏制合憲判決では、憲法一四一条一項に言及しつつ目的・手段審査まで至らなかった。これは、夫婦同氏制合憲判決は、憲法一四一条一項違反を審査しようとしたものの、問題となった民法七五〇条が「その文言上性別に基づく法的な差別的取扱いを定めているわけではなく」、「夫婦同氏制それ自体に男女間の形式的な不平等が存在するわけではな」かったからである。^⑬したがって、本件規定が「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」ことを理由に、形式的な不平等の問題と位置づけられる本件とは事案が異なるのである。

このように、立法目的の認定形式など、「法の下での平等」に関する事例で目的・手段審査の採否を判断する際の考慮事項はいくつか看取できるものの、未だ一般論を提示するには至っていない。それゆえ今後も、どのような場合に目的・手段審査が採用されるのかに関する検討は続けていかなければならないであろう。

(2) 審査基準の厳格度

次に、本件における審査基準の厳格度を検討する。「法の下での平等」が問題となった判例の中には、「取扱いの区別は、その立法目的が正当なものであり、かつ、……区別の態様が右目的との関連で著しく不合理であることが明らかでない限り、……憲法一四一条一項の規定に違反するものということはできな

い」という極めて緩やかな基準（「不合理性の基準」）を採用した判例（サラリーマン税金訴訟上告審判決、非嫡出子相続分規定合憲決定）^②と、「区別をすることの立法目的に合理的な根拠が認められない場合、又はその具体的な区別と上記の立法目的との間に合理的関連性が認められない場合には、当該区別は、……〔憲法二四条一項〕に違反するものと解される」という一定の厳格度を具えた基準（「合理的関連性の基準」）を採用した判例（国籍法違憲判決）^③がある。これを前提として、本判決の審査基準をみてみると、立法目的に合理的な根拠を求め、かつ、区別と立法目的との関連に合理性を求めているので、本判決は「合理的関連性の基準」を採用しているといえる。^④そして、本判決が「事柄の性質を十分考慮に入れた」検討を求めている点に、^⑤「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」に加えて、「立法目的を達成する手段それ自体が実質的に不相当でないかどうか（この手段の採用自体が立法裁量の範囲内といえるかどうか）」をも検討する趣旨が現れていることを、千葉補足意見が指摘している点に鑑みると、この「合理的関連性の基準」は、講学上の「合理性の基準」に相当するものであるように思われる。なお、論証責任の分配に関しては明確ではない。

それでは、なぜ本判決で一定の厳格度を具えた「合理的関連

性の基準」が採用されたのか。本判決は「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」としているので、^⑥ここでいう「事柄の性質」が問題となる。第一に、本判決は、「婚姻及び家族に関する事項」については憲法二四条二項が具体的な制度構築を国会の合理的な立法裁量に委ねるとしている。しかし、その立法裁量も、「個人の尊厳と両性の本質的平等」による制限を受けるとされている。^⑦

第二に、本判決は、「婚姻をするについての自由」に言及している。^⑧そもそも、本件は「法の下平等」の事例であることから、審査の厳格度の決定に際しての考慮要素としては、「区別の類別」（どういう範疇に基づいて区別されているか）と「区別の対象利益」（どういう利益に関して区別されているか）の二つがありうる。まず、「区別の類別」について、本判決は一見考慮していないが、調査官解説によれば、これは、本件が男女に子をもうけることに關しての身体的差異があることを理由とする区別だとすると、「重視すべき観点は、区別そのものではなく、区別の対象となる権利利益の問題として、本件規定が憲法二四条にいう「婚姻」を制約するものという点にある」からだとされている。^⑨さらに、判例が「区別の類別」について深く言及しなかったことは、判例が伝統的に憲法一四条一項後段列挙事由を単なる例示と解してきたことも影響しているのか

もしれない。^②しかし、本件規定が男女を区別していることは本判決も認めているところなので、「区別の類別」を直接的に考慮すべきであつたように思われる。^③ただ、仮に直接的には考慮しないとしても、本判決は「両性の本質的平等」によって立法裁量が限定されるとしているため、一四条一項後段という「性別」ではなく二四条二項の「両性の本質的平等」に着目し、「婚姻及び家族に関する事項」についての制度構築を行う上で「本質的に平等」であるべきはずの男女という「両性」の間でまさに別異取扱いがなされているからこそ、審査の厳格度が引き上げられるべきだということもできるのではないだろうか。

次に、本題の「区別の対象利益」について、本判決は、憲法二四条一項に着目し、それを、「婚姻をどうか、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」と解釈した上で、婚姻が種々の重要な法律上の効果の付与に関連すること、及び、家族等に関する国民の意識の多様化及び法律婚の尊重意識の浸透に鑑みて、この「婚姻をするについての自由」は「憲法二四条一項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値する」とした。^④「婚姻をするについての自由」という迂遠な表現が用いられているが、これは、本件で問題となるのは、婚姻をするか否か、婚姻の時期、配偶者の選択に関する自由であつ

て、「どのような内容とするかについての自由、例えば、婚姻に結び付けられた個々の効果を分解して選択的に発生させる形で『婚姻』をする自由は含まれない」という含意であろう。^⑤また、この自由を「憲法二四条一項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値する」としたのは、「端的な保障に比し一段階下の保障と位置づけ」る趣旨だという指摘もあり、これは「婚姻をするについての自由」が具体的な制度構築を国会の合理的な立法裁量に委ねている「制度的権利」であることに由来するとされている。^⑥しかし、同じように「憲法二一条の精神に照らし、十分尊重に値する」とされた「取材の自由」に関しては、後の事例で、取材の自由は「憲法二一条の精神に照らし、十分尊重に値する」ところ、「取材源の秘密は、取材の自由を確保するために必要なものとして、重要な社会的価値を有する」とされた結果、「取材源」が「職業の秘密」（民事訴訟法一九七条一項三号）にあたり証言拒絶権が承認されるか否かがかなり厳しい比較衡量によつて判断されたことから、十分尊重に値するとされた権利利益であつても、保障の程度が実質的に高められたと理解することもできる。したがって、「規定の趣旨に照らし、十分尊重に値する」という判示から、直ちに、「婚姻をするについての自由」の保障の程度が一般的に帰結されるかは慎重な考慮が必要であらう。^⑦実際、調査官解説は、「法律婚の効

果及び国民の意識等も考慮すれば、『婚姻をするについての自由』の価値は憲法上も重要なものとして捉えられるべきであるとしてゐる。^{④⑤}ただ、保障の程度は明らかでないといへども、『婚姻をするについての自由』が「制度的権利」であることから、権利の性質として立法裁量の影響を強く受けること自体は否定できないと思われる。

第三に、本判決は、再婚禁止期間を、婚姻に対する「直接的な制約」としてゐる。^{④⑥}まず本判決は、父性推定を「婚姻を軸とする家族制度の核心と解し、実質的には、『婚姻』を構成するものと解」^{④⑦}して、再婚禁止期間を父性推定制度との関係で理解している。これだけであれば、『婚姻及び家族に関する事項』についての制度構築は国会に委ねられるはずである。しかし、本判決は、本件規定を婚姻に対する「直接的な制約」と認定することで、再婚禁止期間を後婚の要件と位置づけてゐる。このような認定をしたということは、期間限定的であるとはいへ再婚を禁止している点で、本件規定は強度の制約だと判断されたということにならう。

以上のように、本判決は、①本件規定について立法裁量が妥当することは否定できないけれども、その立法裁量も「個人の尊厳と両性の本質的平等」による制限を受けること、②本件区別の類別が男女の身体的差異というあまり重視する必要のない

理由に基づくものであること、③区別の対象利益が「憲法二四条一項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値する」「婚姻をするについての自由」であること、及び、④本件規定が「直接的な制約」という強度の制約であることから、「合理的関連性の基準」を採用したと考えられる。^{④⑧}しかし、立法裁量が妥当するといへども制限を受け、立法裁量の制限をもたすその要素（「両性」）が区別の類別として用いられていること（①、②）、そして、区別の対象利益が立法裁量の影響を強く受ける権利であるといへども制約の程度は強度であること（③、④）に鑑みると、もう少し厳格な審査基準——「厳格な合理性の基準」——を採用する余地もあつたのではないかと思われる。^{④⑨}

3 目的審査

(1) 立法目的の認定

多数意見は、昭和二年の旧民法改正によって、「家」制度が廃止され、夫婦・父母の平等を図る内容に改められたという立法経緯と、父性推定制度（民法七七二条など）における本件規定の位置づけに言及し、本件規定の立法目的を、「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、もつて父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐこと」であると認定した。^{④⑩}これは、再婚禁止期間がなければ、前婚の解消・取消しと

同時に後婚が成立しうることになるが、民法七七二条により、後婚の成立の日から二〇〇日を経過した後、前婚の解消・取消の日から三〇〇日以内に生まれた子に関して、前夫と後夫の父性推定が重複することになるので、これを回避するということである。

その際、多数意見は再婚禁止期間に関する平成七年判決を参照しているが、当該判決では、本件規定の立法目的について「もつて」という文言はなかった^{④⑨}。それゆえ、多数意見がその文言を挿入した趣旨が問題となる。この点、千葉補足意見は、「父性の推定の重複を回避することを直接的な立法目的であることを明確に示し、これによって紛争の未然防止が図られる関係にあることを判示した」ものとしている^{⑤⑩}。つまり、「もつて」という文言を挿入した趣旨は、「父性推定の重複回避」を第一次的な目的とすることにあるということである。この結果、平成七年判決では、①「父性推定の重複回避」と②「紛争発生の未然防止」が並列されていたため、前者には過分であるが後者には資する一〇〇日超過部分も立法目的との関連における合理性が認められたのに対し、本判決では、前者が第一次的な目的とされたため、前者のために必要な一〇〇日以内部分しか立法目的との関連における合理性が認められないという相違が生じることになった^{⑤⑪}。加えて、父性推定制度に関連して、父性の重

複により「父子関係をめぐる紛争が生ずるとすれば、そのことが子の利益に反するものであることはいうまでもない」という言及がみられることに鑑みると、父性推定の重複回避による第一次的な受益者が「子」となるように整理し、「子の利益」を重視している点も見逃せない^{⑤⑫}。しかし、千葉補足意見のように①「父性推定の重複回避」を第一次的な目的として、②「紛争発生の未然防止」を立法目的から排除してしまうと、後述のように、制定当時には、①「父性推定の重複回避」のために計算上、必要十分な期間（一〇〇日間）を超えて定めていたことの合理性を基礎づけられなくなってしまう。それゆえ、②「紛争発生の未然防止」を究極的な目的とし、それにとつての手段的な目的として①「父性推定の重複回避」を位置づけていると理解した方がよかつたのではないかと思われる。

他方、山浦善樹反対意見は、本件規定の立法目的を、旧民法制定当時の政府説明に依拠して、③「血統の混乱を防止すること」としている^{⑤⑬}。ここでも、③「血統の混乱防止」を手段的な目的とし、②「紛争発生の未然防止」を究極的な目的としていると読み込むこともできると思われるが、それではなぜ多数意見は、③「血統の混乱防止」ではなく①「父性推定の重複回避」を立法目的としたのか。まず、両者の意味するところを整理しておくと、①「父性推定の重複回避」とは、父性推定制度

を前提に、本件規定を、民法七七二条によって生じる父性推定の重複を回避するという法制度固有の問題を解決するためのものと理解するものである。他方、③「血統の混乱防止」というのは、「生物学上の父子関係の有無と法律上のそれとの食違いをできるだけ避けるということ」であり、生まれる子が生物学上誰の子なのか（前夫なのか後夫なのか）という生物学上の親子関係（血縁関係）を法律上の親子関係に反映するという点に主眼があるといえる。そして、生物学上の親子関係を明らかにする際に重視されるのがDNA検査である。

次に注目すべきなのが、DNA検査を利用して、父性推定が重複しない場合を再婚禁止期間の適用除外事由として認める共同補足意見（六名）と多数意見（一三名）との関係であり、この共同補足意見には与しなかったが多数意見には与した七名の裁判官がどのように考えているかがポイントとなる。そして、この七名の裁判官の立場を理解する上で参考になるのが、性同一性障害者として性別変更をした夫とその妻との間に生まれた子に嫡出推定を認めた決定^{⑤⑥}における寺田逸郎補足意見である。

この寺田補足意見は、「婚姻は、……夫婦間に生まれた子をその嫡出子とする仕組みと強く結び付いているのであって、その存在を通じて次の世代への承継を予定した家族関係を作ろうとする趣旨を中心に据えた制度である」と解した上で、性同一性

障害者の性別の取扱いの特例に関する法律により、「血縁関係による子をもうけ得ない一定の範疇の男女に特例を設けてまで婚姻を認めた以上は、血縁関係がないことを理由に嫡出子を持つ可能性を排除するようなことはしない」と解すべきだとしている^{⑤⑦}。これは、父子関係を確定する要素はDNAに限られず、DNA以外の要素による父子関係の確定を認める選択を立法者が行うことは排除されないという考え方である。つまり、このような寺田補足意見の考え方に同調する裁判官が一定数おり、彼らが少なくとも現行制度上は父子関係を確定する要素をDNAに限定するのは困難だと考えたから、本件規定の立法目的に關しても、父子関係の確定を専らDNAに係らしめる③「血統の混乱防止」を避け、①「父性推定の重複回避」という父性推定制制度固有の立法目的を認定するという形で多数意見が構成されたというのが、実際のところではないだろうか。

(2) 立法目的の評価

このような立法目的に關して、多数意見は、「父子関係が早期に明確となることの重要性に鑑みると、……合理性を認めることができる」として、その合理性を簡単に認めている^{⑤⑧}。「父子関係を早期に明確にすること」の重要性は、再婚禁止期間を含む父性推定制度を、「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」と位置づけ、「子の利益」を重視し

ていることから導かれていよう。^⑧

しかし、目的審査はそれだけでは終わっていない。本判決はさらに、父性推定が重複しても、父を定める訴え（民法七七三条）の適用対象を広げること、父の確定は容易にできるから、女性に対する再婚禁止によって父性推定の重複を回避する必要性はないとして、本件立法目的を実現する必要性を否定する主張に言及する。しかし、近年の医療や科学技術の発達により、安価に、身体に対する侵襲なしに、生物学上の親子関係を判断できるようにはなったが、父性推定が重複する期間内に生まれた子は、一定の裁判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になるので、「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、父性推定の重複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して、結論としては、本件立法目的の「実現の必要性」を肯定している。^⑨

ここで多数意見が立法目的の「実現の必要性」に言及したのは、上告人の主張に呼応して、鬼丸かおる意見が以下のように指摘しているからだと推測される。^⑩つまり、法的効果の場面では、父性推定によって法律上の父を確定しても、前夫と後夫との紛争が生じたり、母が前夫の父性推定を回避するために子の

出生届を提出しないことにより子が無戸籍者となったりすることもあるし、他方、法的効果以外の場面では、法律上の父が確定できない状態が一定期間継続するとしても、社会生活は支障なく送れるし行政サービスも受けられることから、父を定める訴えにより確定するまで法律上の父が確定できないことによって、子の利益が損なわれるような社会的状況はないという指摘である。

しかし、仮に子の利益が損なわれる事例は多くないとしても、法律上の父を確定できない状態が継続することで、「女性と後夫との関係がその後が悪化し、協力が得にくくなっていたり、訴訟が遅延する事態もあり得る」（千葉補足意見^⑪）、「前夫はもちろん、母ないし後夫が法的手続をとらないままにするケースが多数生じることが予想される」（木内道祥補足意見^⑫）など、子の利益が損なわれるという害悪の発生可能性を否定できない以上、「合理的関連性の基準」の下では立法目的の「実現の必要性」を否定することは困難であろう。なお、私見のように「厳格な合理性の基準」を採用した場合には、もう少し実証データを明示する必要があるのではないかと思われる。

4 手段審査

(1) 一〇〇日以内部分

本件規定は、父性推定制度の一環として、女性についてのみの六箇月の再婚禁止期間を定めているが、民法七七二条の構造を整理すると、前夫と後夫の父性推定が重複するのは、後婚の成立の日から二〇〇日を経過した後であって、前婚の解消・取消の日から三〇〇日以内の期間——前夫との離婚が成立した日から、二〇一日目以後三〇〇日目以内の一〇〇日間——ということになる。それゆえ、「女性の再婚後に生まれる子については、計算上一〇〇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」されうる。そして、「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」という父性推定制度の趣旨に鑑みると、本件規定のうち一〇〇日の再婚禁止期間を設ける部分は、「立法目的との関連において合理性を有する」ので、「憲法一四条一項にも、憲法二四条二項にも違反するものではない」とされる。^⑦

なお、共同補足意見は、民法七三三条二項が再婚禁止期間の適用除外事由として「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」を挙げていることに言及した上で、再婚禁止期間は、その立法目的からいえば、「およそ父性

の推定の重複を回避する必要がある場合には同条一項の規定の適用除外を認めることを許容している」として、いくつかの場合に適用除外を認めている^⑧。

この一〇〇日以内部分の再婚禁止期間の合理性について、千葉補足意見は、「手段の相当性」を審査する必要性を指摘して更なる検討を進める。そして、父性推定が重複した場合に利用しうる、より制限的でない代替手段として、DNA検査の実施や、父を定める訴えの提起、その制度の拡充などに言及するが、それらの手段では、推定が重複する場合に、子が出生した時点では法律上の父が定まらず、法律上の父の決定がかなり遅れる事態も想定され、「生まれた子の福祉の観点から不都合な事態が起ることも想定され」という。その結果、再婚禁止期間の場合には「女性の自由な婚姻の利益を一定程度損なうこととな」る問題があるのに対し、より制限的でない代替手段の場合には、「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る」ことから、当然に一方が他方を凌駕する合理性を有すると評価することはできないので、本件規定には「手段の相当性」が認められるとしている^⑨。

これに対して鬼丸意見は、「父性の推定の重複を回避する必要がある場合」を適用除外とすると、「その適用除外の範囲は、多様かつ広汎なものとな」ってしまい、その反面、再婚禁止に

よって父性推定の重複を回避する必要がある場合とは、「前婚の解消等の時から一〇〇日が経過していない女性が前婚中に懐胎したけれども（……）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こととなる」。そうすると、「文理上は前婚の解消等をした全ての女性（……）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一〇〇日以内といえども残しておくことについては、……国会の立法裁量を考慮しても疑問である」としている。^⑩

また、山浦反対意見も、目的認定を多数意見と異にすることを前提に、DNA検査による簡易で低額の費用での正確な父子判定が可能になっていることに鑑みると、「離婚した全ての女性に対して再婚禁止を課すなどという手荒な手段をとらなくても、血統の混乱を防止することが可能になった」ので「再婚禁止期間を設ける必要性は完全に失われている」として、「子の利益を守る」という視点から一〇〇日の再婚禁止を合憲とする多数意見に対し、再婚禁止の規制の「必要性・相当性」に疑問が残るとしている。^⑪

以上のように、一〇〇日以内部分の合憲性に関しては、「過剰包摂」である（鬼丸意見）とか、「必要性・相当性」がない（山浦反対意見）といった批判がある。このうち前者に対しては、共同補足意見が、立法目的の実現に「関連性」のないもの

を適用除外とする法律解釈を施しており、（鬼丸意見はそれでは不十分だと考えているが）「過剰包摂」の部分を排除して対処しようとしている。また後者に対しては、千葉補足意見が、

一〇〇日以内の再婚禁止期間の「相当性」を基礎づけることで、（山浦反対意見のいうように）「必要性」がないとしても、「相当性」を欠くものではなく、立法裁量の範囲内であると反論していることになろう。本件に適用されたのが一定の厳格度を具えた基準であるとはいえ、基準の厳格度が「合理性の基準」に相当するものでしかない以上、本件規定については、適用除外などの存在を考えても合理的関連性が認められないほどの「過剰包摂」とまではいえず、また「必要性」を厳密に問うことも困難であるから、多少の「過剰包摂性」や「不必要性」に関しては、目をつぶらざるを得ないのではないかと思われる。ただ、私見としては、もう少し厳格な基準を採用することを前提に、一〇〇日以内部分について法令違憲の判断は難しくとも、民法七三三条二項の適用除外の拡大を単なる法律解釈ではなく合憲拡張解釈として位置づけるべきだと考える。

(2) 一〇〇日超過部分

(ア) 合理性の欠如

本件規定は再婚禁止期間を「六箇月」（一八〇日）と定めていることから、残余の一〇〇日超過部分（八〇日）の合理性を

次に検討する。

旧民法起草時には、「父子関係を確定するための医療や科学技術も未発達であった」ので、「再婚後に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、「再婚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が混乱が生ずることを避けるという観点」から、再婚禁止期間は父性推定の重複回避のための期間（一〇〇日）に限定されず、一定の期間の幅が設けられた。また、当時の諸外国では、一〇箇月の再婚禁止期間を定める例がみられた。それゆえ、旧民法起草時には、「再婚禁止期間を六箇月と定めたことが不合理であったとはいえない」と、本判決はいう。^②

しかし、①今日では医療や科学技術が発達したことにより、再婚禁止期間を厳密に父性推定の重複回避のための期間に限定しないことを正当化できなくなった。それだけでなく、②③昭和二年の旧民法改正以降の社会状況及び経済状況の変化に伴う婚姻及び家族の実態の変化、特に平成期に入っただ後の晩婚化の進展、離婚・再婚件数の増加など、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。そして、④諸外国が再婚禁止期間を廃止する傾向にある。さらに、⑤「婚姻をするについての自由」は憲法二四条一項の趣旨に照

らし十分尊重されるべきである。また、④「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」。これら四つの事情に鑑みると、「再婚の場合に限って」父性推定の重複回避の期間を超えた婚姻禁止期間を設けることを正当化するのは困難であるので、一〇〇日超過部分は「合理性を欠いた過剰な制約」となっている。以上二点を総合して、本判決は、再婚禁止期間の一〇〇日超過部分が「憲法一四条一項に違反する」とともに、憲法二四条二項にも違反する」と結論づけた。^③

この一〇〇日超過部分に関して違憲判断に至ったポイントは、前項の検討から、「父性推定の重複回避」という立法目的で正当化できる再婚禁止期間は一〇〇日間に限るという前提の下、①医療や科学技術の発達により、家庭の不和の回避や血統の混乱の回避という観点では父性推定の重複回避のための期間に限定しないことが正当化できなくなったという点、②再婚の制約を少なくする要請の高まりなどの事情により、「再婚の場合に限って」父性推定の重複回避のための期間を超えた婚姻禁止期間を設けることを前述のような各観点で正当化するのは困難だという点である。①②ともに、「事情の変化」論を用いているが、その論法の意味については次項で扱うとして、ここでは、①②の判断内容について言及しておく。

まず、①について、これは、父性推定の重複回避のための期

間に限定せず、「一定の期間の幅を設けること」は、「父性推定の重複回避」という立法目的とそもそも「関連性」を有さないので、医療や科学技術が発達した今日では、家庭の不和の回避や血統の混乱の回避という観点による正当化が困難になった結果、その合理性を欠くに至ったということである。

次に、②については、初婚において「夫の子と推定されない子（婚姻後二〇〇日以内に生まれた子）が婚姻後に出生して、事実としても夫の子でない場合」（木内補足意見）^{⑦⑧}など、妻が婚姻前から懐胎していた子を産むのは再婚の場合だけではないにもかかわらず、本件規定は、「再婚の場合に限って」父性推定の重複回避のための期間を超えて規制しているという点で「過少包摂」である。しかも、再婚の制約を少なくする要請の高まりなどの事情により、前述の二つの観点ではもはや正当化できなくなった。つまり、再婚の制約を少なくする要請が高まる以前であれば、「再婚の場合に限って」父性推定の重複回避のための期間を超えて規制するというこの「過少包摂性」を前述の二つの観点から正当化できたが、その要請が高まった今日では正当化できず、区別と立法目的との「関連性」に関して、「再婚の場合に限って」父性推定の重複回避のための期間を超えて規制することの合理性を見出すことができなかったということがある。

このようにして、本判決は、①と②の二点で「関連性」を欠いていることを理由に、一〇〇日超過部分の違憲判断を導いたのである。^{⑦⑨}

（イ）「事情の変化」論

前述のように、再婚禁止期間の一〇〇日超過部分を違憲とするに際して、本判決は「事情の変化」を根拠の一つとしている。この「事情」は、「法律を制定する場合の基礎を形成し、それを支えている」事実を意味する立法事実である。^⑧そして確かに、「立法事実」論の導入が提唱された当時から、「ある法律または法律の規定を支えるポリシーが変転する社会の事実状態に適合しなくなった場合は、立法時の立法事実と合理性が認められるものであっても、現在合理的根拠が存在しないことを主張・立証して、合憲性を争うことができる」とされていたことに鑑みると、^{⑦⑩}「事情の変化」論は「立法事実」論に織込み済みであったといえる。しかし、「事情の変化」を違憲判断の根拠とすることに對しては、「立法者は一見面子を立てられているように見えながら、実のところ有権的な事実認定権を奪われて」おり、「立法者は放置・怠慢を責められている」ので、「実際には『敬讓』とは程遠い判断がなされていると評価しうる」ということが指摘されている。^⑧それゆえ、本判決の「事情の変化」論をどのように理解しうるのかについて、最後に一言しておく。

結論からいえば、「事情の変化」論を用いた違憲判断は、本

判決の審査基準が合憲性推定の妥当するものとしても、不合理な判断手法ではないかもしれない。つまり、合憲性推定が妥当する場合には、本件規定の合理性を支える立法事実が存在すると推定され、それが存在しないという心証を裁判所が形成できなければ、合憲と判断されることになる。しかし、これは、その立法事実が存在しないと裁判官が心証を形成すれば、立法時には立法事実が存在するとしても、現在は立法事実が存在しないということを理由に違憲と判断できるということでもある。これを考慮に入れて整理すると、本判決に合憲性推定が妥当しているとしても、上告人（違憲主張者）の主張及び公知の事実を検討した結果、現在は立法事実が存在しないという心証を裁判所が形成したので、違憲と判断したにすぎないというのであれば、「公平な第三者（裁判官）が、適正な手続を基盤に、関係当事者の立証と法的推論に基づく弁論とに依拠して決定」した結果にすぎないとみることできるので、立法府の事実認定権を奪うような、裁判所の独断的な事実認定とはいえないのではないだろうか。要するに、少なくとも本件では、「立法事実」論の背景にある「論証責任」という補助線を引くことによって、「事情の変化」論は、「具体的事実に基づく経験的判断」と理解することができるので、不合理な判断手法ではないと思われる。

る。

おわりに

本判決は、再婚禁止に関して、「どのような制度が合理的なのか」、「どのような制度が望ましいのか」が問われたものではなく、あくまで現在の再婚禁止期間規定が「憲法に違反するか否かが問われたもの」である。それゆえ、本判決の結論自体は、予想に反したものではなかった。やはり、父性推定制度の一環として再婚禁止期間を位置づけている現行民法下では、法律上の父は父性推定によって規定され、一定の場合に父性推定が重複しうることは避けられないため、再婚禁止期間を全廃することは困難であろう。しかし、その背景には、「血縁関係があらうとなかろうと（……）、一定の時間的な経過とともに、その親子としての性格はより強まっていくのであり、それを覆すことは、子の法的地位を不安定なものにする」という考え方から、「子の法的地位の安定性の確保」という法政策的な価値判断を前提とする父性推定制度及び嫡出否認制度（民法七七四ないし七七六条）を維持しようとする多数意見と、DNA検査による父子関係の否定を認め、訴訟提起者や提訴期間に制限のない親子関係不存在確認訴訟を活用することで、否認権者の制限や期間制限のある嫡出否認制度、ひいては父性推定制度その

ものを掘り崩そうとする反対意見との対立が看取できる。その中で、多数意見は、憲法はDNAによる父子関係の確定を一義的に要請しているわけではないし、現行民法はそのような制度設計にもなっていないということを言いたかったのではないだろうか。

前述のように本判決の結論には概ね異論がないとしても、実際、共同補足意見や鬼丸意見が指摘するように、再婚禁止期間には適用除外がかなりの程度存在する。また理論的にはもう少し厳格な審査基準を採用する余地もあった。これらの事情に鑑みると、共同補足意見が広汎に認めた適用除外の部分は、端的に違憲とはいえないとしても、単なる法律解釈ではなく憲法論として受け止め、民法七三三条二項の「合憲拡張解釈」と位置づけるべきだったのではないかと思われる^⑤。

また、憲法判断の判断枠組み・判断手法に関しては、従来の判例との関係でどのような場合に目的・手段審査が採用されるのかという一般理論化が困難な問題も残されている。この点については、判決の文面に現れていない内在的かつ体系的な論理の探究が引き続き求められるであろう。

以上のように、本判決は、民法論においても憲法論においても、非常に多くの検討課題を提供してくれている事例なのである。

① 本判決二四三〇―二四三二頁。

② 同二四三一―二四三二頁。

③ 同二四三五―二四三六頁。

④ 同二四三八頁。

⑤ 加本牧子「判解」曹時六九卷五号（二〇一七年）一四六六頁（注24）を参照。

⑥ 夫婦同氏制合憲判決（最大判平成二七年二月一六日民集六九卷八号二五九〇―二五九一頁）が、一四条一項審査に際して形式的不平等の有無を検討して否定した後、「夫婦間に実質的な平等が保たれるように図ることは、憲法一四条一項の趣旨に沿うものである」としつつ、この点は二四条審査に際して留意すべきとしたのは、このような趣旨であると解される。

⑦ 夫婦同氏制合憲判決（同二五九三頁）が、憲法二四条の明示する立法上の要請、指針は「両性の形式的な平等が保たれた内容の法律が制定されればそれで足りるというものではない」としているのは、このような趣旨であると解される。

⑧ 本稿でいう「形式的平等」は「機会の平等」という意味で、「実質的平等」は「結果の平等」という意味で用いている。芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論（1）（増補版）』（有斐閣、二〇〇〇年）三頁、佐々木雅寿「判批」司法書士五三二号（二〇一六年）八一―八二頁を参照。夫婦同氏制合憲判決に関する畑佳秀「判解」曹時六八卷一二号（二〇一六年）三二八―三二九頁も参照。

⑨ 加本・前掲注⑤一四八〇―一四八一頁。

⑩ 本判決二四三二頁。

⑪ 最大判昭和四八年四月四日刑集二七卷三二六五頁。

⑫ 最大決平成七年七月五日民集四九卷七号一七八九頁。

- ⑬ 最大判平成二〇年六月四日民集六二巻六号一三六七頁。
- ⑭ 最大決平成二五年九月四日民集六七巻六号一三二〇頁。
- ⑮ 加本・前掲注⑤一四五七―一四五八頁を参照。
- ⑯ 本判決二四四五―二四四六頁。
- ⑰ 加本・前掲注⑤一四五八頁。
- ⑱ 非嫡出子相続分規定の合憲決定は、その違憲決定と認定した目的が同一である以上、千葉補足意見の説明によれば、目的・手段審査を採用すべきでなかったということになる。
- ⑲ 前掲注⑥二五九一頁。夫婦同氏制合憲判決に関する松村啓志「判批」論叢一八三巻一号(二〇一八年、本稿脱稿時掲載頁未定)も参照。
- ⑳ 本判決二四三二頁。
- ㉑ 最大判昭和六〇年三月二七日民集三九巻二号二四七頁。
- ㉒ 引用は、サラリーマン税金訴訟上告審判決(同二五九頁)からのものである(傍点筆者)。
- ㉓ 引用は、国籍法違憲判決(前掲注⑬一三七一―一三七二頁)からのものである(傍点及び「」内筆者)。
- ㉔ 蟻川恒正「婚外子法定相続分最高裁違憲決定を読む」法教三九七号(二〇一三年)一〇二―一二二頁を参照。
- ㉕ 加本・前掲注⑤一四六六―一四六七頁(注25)も、「本判決の判示内容からうかがわれる違憲審査の厳格さの度合いについては、国籍法違憲判決において示された判断基準とも類似している」とする。
- ㉖ 本判決二四三三頁。
- ㉗ 同二四四五頁。
- ㉘ 同二四三二頁。
- ㉙ 同二四三一頁。
- ㉚ 同二四三一―二四三二頁。
- ㉛ 加本・前掲注⑤一四六一頁。
- ㉜ 卷美矢紀「憲法と家族―家族法に関する二つの最高裁大法廷判決を通じて」長谷部恭男編「論究憲法―憲法の過去から未来へ」(有斐閣、二〇一七年)三三四頁。
- ㉝ 白水隆「平等違反基準の変更なき変更―目的手段審査か総合衡量か?」大林啓吾ほか編「憲法判例のエニグマ」(成文堂、二〇一八年)四〇―四一頁。
- ㉞ 本判決二四三一―二四三三頁。
- ㉟ 久保野恵美子「判批」論究ジュリ一八号(二〇一六年)七四―七五頁。齊藤笑美子「判批」国際人権二七号(二〇一六年)一二頁も同旨。
- ㊱ 卷・前掲注②三三七頁。
- ㊲ 佐々木・前掲注⑧七六頁。
- ㊳ 博多駅フィルム事件に関する最大決昭和四四年一月二六日刑集二三巻一―号一四九三頁。
- ㊴ NHK記者取材源開示拒否事件に関する最決平成一八年一〇月三日民集六〇巻八号二六四七頁。ただし、同じ「十分尊重に値(い)する」という表現であっても、本判決では憲法条項に基づく違憲審査に際して言及されているのに対し、当該決定では法律条項(民事訴訟法)解釈に際して言及されているという相違はある。また、もしかしたら、「趣旨に照らし」(本判決)と「精神に照らし」(当該決定)との相違も考慮に入れる必要があるかもしれない。
- ㊵ 松井茂記「民事訴訟と取材源の秘匿」法教三一九号(二〇〇七年)三五―三七頁を参照。
- ㊶ また、憲法二四条一項違反の審査が本判決でなされていない以上、

「婚姻をするについての自由」の保障の程度に関しては定かではないというべき、という指摘もされている。篠原永明「『婚姻の自由』の内容形成——夫婦同氏制合憲判決を参考に——」甲法五七卷三・四号（二〇一七年）六一四—六一六頁。加本・前掲注⑤一四六六頁（注24）も同旨。

その他、「十分尊重に値する」という文言から「婚姻をするについての自由」の保障の程度を導くことの困難性を指摘するものとして、御幸聖樹「『尊重』の意味——『尊重に値する』ことは権利が認められたことにはならないのか？」大林はか編・前掲注③一〇〇—一〇一、一〇六—一〇七頁がある。

④2 加本・前掲注⑤一四六五頁。

④3 本判決二四三二頁。

④4 卷・前掲注③三三七頁（傍点ママ）。

④5 佐々木・前掲注⑧七六頁、卷・前掲注③三三三頁も参照。

④6 佐々木・前掲注⑧七九頁も同旨。

④7 本判決二四三二—二四三四頁（傍点筆者）。

④8 最判平成七年二月五日集民一七七号二四三頁。

④9 同二四六頁。

⑤0 本判決二四四四頁。加本・前掲注⑤一四七三頁も同旨。

⑤1 前田陽一「再婚禁止期間（待婚期間）」法教四二九号（二〇一六年）一九頁。

⑤2 本判決二四三三頁。

⑤3 卷・前掲注③三三五頁。

⑤4 本判決二四五九頁。

⑤5 同二四六一頁。

⑤6 最決平成二五年二月一〇日民集六七卷九号一八四七頁。

⑤7 同二八五二—二八五三頁（傍点筆者）。

⑤8 生物学上の親子関係（血縁関係）を法律上の親子関係の判断基準とするということが民法に明示されているわけではない点を指摘するものとして、窪田充見『家族法——民法を学ぶ（第三版）』（有斐閣、二〇一七年）一六三—一七一頁がある。また、DNA検査をめぐる問題については、同二九一—二九五、二〇八—二〇九頁も参照。さらに、木村敦子「判批」平二八度重判解（二〇一七年）八七頁も、DNA検査の結果によって子の身分関係の安定が脅かされる可能性があることから、「父性推定が重複している場合も含め、法的父子関係が成立する前であれば、生物学上の父子関係を確定すべきとの要請が優先されるかどうかについては慎重な検討を要する」と指摘する。

⑤9 本判決二四三四頁。

⑥0 同二四三五頁。

⑥1 同二四三四頁。

⑥2 同二四三四—二四三五頁。

⑥3 立法目的の「実現の必要性」については、拙稿「目的審査に関する違憲審査基準（三）・完——“compelling”と“important”の実質的区別に向けて——」論叢一八一巻五号（二〇一七年）九四—九五頁を参照。木下智史「判批」前掲注③・重判解二〇頁も参照。

⑥4 本判決二四五六—二四五七頁。山浦反対意見（同二四六四頁）も同旨。

⑥5 同二四四七頁。

⑥6 同二四五二頁。

⑥7 同二四三五—二四三六頁。

⑥8 同二四四二—二四四三頁。

69 同二四四六—二四四七頁。

70 同二四五四—二四五六頁。

71 同二四六一—二四六三頁。

72 同二四三六頁。

73 同二四三六—二四三八頁。

74 同二四三三頁。

75 「父性推定の重複回避」という立法目的との「関連性」を否定する

には、①の客観的な事情の変化だけで十分であったはずであり、

②(特に③)の主観的な事情の変化を持ち出す必要はなかったといえる。それにもかかわらず、②の事情の変化も持ち出したのは、

以下のような理由があると考えられる。つまり、初婚であれ再婚で

あれ、妻が婚姻中に懐胎した子を(後)夫の子と推定させるためには、婚姻時に妻が妊娠している場合の婚姻は認めてはならないとい

うことになるはずのところ、起草時以来、それは禁止されてこなか

った。だが、起草時には、医療や科学技術が未発達だったことを理

由に「血統の混乱防止」なども考慮に入れることで、再婚の場合に

限って父子関係の推定を直接問題とするという政策的判断がなされ

、父性推定の重複回避のための期間を超えた再婚禁止期間が正当化さ

れることとなった。しかし、医療や科学技術が発達して父性推定の

重複回避のための期間に限定した再婚禁止期間を設定できるように

なった現在では、起草時と同じように「血統の混乱防止」などによ

る正当化を認めようとすれば、再婚の場合にのみ必要以上に婚姻が

(一定期間)認められないという過少包摂性の問題に正面から向き

合わなければならないという過少包摂性の問題を正面から向き

合わなければならないという過少包摂性の問題を正面から向き

がみられる。

76 芦部信喜『憲法訴訟の理論』(有斐閣、一九七三年)一五二頁。

77 同二八三頁。

78 櫻井智章「事情の変更による違憲判断について」甲法五一巻四号

(二〇一一年)一五八頁。同「時の変化——社会状況の変化は違憲

の理由になるか?」大林ほか編・前掲注③一五三—一五八頁も参照。

79 違憲性推定が妥当する場合には立法事実の存在が推定されないの

で、合憲性推定が妥当する場合よりも、「事情の変化」論を持ち出

すことによる問題が顕在化しにくい。

80 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、二〇一一年)五八三頁。

81 土井真一「法の支配と司法権——自由と自律的秩序形成のトポ

ス」佐藤幸治ほか編『憲法五十年の展望2——自由と秩序』(有斐

閣、一九九八年)一二二頁。

82 立法事実の顕出に関しては、国籍法違憲判決についてであるが、

原告も被告も「立法事実の変遷ということを主張していないにもか

かわらず、裁判所が判断した」という点が指摘されている。近藤博

徳「基調講演——原告代理人が語る本判決の意義と課題——」『Law

& Practice 三二』(二〇〇九年)一八頁。それゆえ、裁判所が立法

事実の顕出をどのように行っているか、また行っていくべきかは、

今後も議論していかなければならない問題の一つである。

ただ本件についていえば、原告代理人が、その上告理由書(本判

決二五四三—二五七三、二五七四頁)において、社会意識の変化

(婚姻観の変化)などを論証していることもあってか、本判決文上

は、その社会意識の変化などに由来する再婚の制約をできる限り少

なくする要請の高まりは、「公知の事実」と明示されていない(同

二四三七頁)。そのため、少なくとも本件では、最高裁判所が、部

分的であれ、立法事実の変化に関する原告側の主張を受け入れたと評価する余地があるように思われる。

⑧③ 窪田充見「判批」判時二二八四号（二〇一六年）五七頁。

⑧④ 窪田・前掲注⑧③一七〇頁。

⑧⑤ 佐々木・前掲注⑧④八〇頁も、「共同補足意見に示された適用除外の内容は、……憲法上の要請（合憲限定解釈）と位置づけるべき」だとしており、本稿と同じ趣旨をいうものだと考えられる。ただ、共同補足意見がこの適用除外をどのように位置づけようとしているのかは明確でない。民法七三三条一項の問題とするのであれば、合憲「限定」解釈とするのが適切であろうし、反対に、同条二項の問題とするのであれば、合憲「拡張」解釈とするのが適切であろう。

（伊藤健）

〔付記〕 本稿は、平成三〇年度科学研究費補助金（特別研究員奨励費）の交付を受けて行った研究成果の一部である。