

# 国立国会図書館

## 再婚禁止期間

—短縮と廃止の距離—

調査と情報—ISSUE BRIEF— NUMBER 894 (2016. 3. 1.)

はじめに

I 我が国の状況

II 諸外国の動向

III 平成7年最高裁判決

IV 平成27年最高裁判決

おわりに

- 民法は、女性について、6か月の再婚禁止期間を定めている。その趣旨は、嫡出推定の重複を回避し、後婚の紛争を防止することとされる。学説の多くはこの規定に対して批判的だが、短縮説と廃止説に大きく分かれる。
- かつて、諸外国では、日本よりも長い再婚禁止期間を定める国が多かった。しかし、現在でも再婚禁止期間制度を維持する国がある一方で、近年、再婚禁止期間制度を廃止する国が増えている。
- 再婚禁止期間規定については裁判でも争われ、平成7年最高裁判決では違憲とは判断されなかったが、平成27年最高裁判決において、再婚禁止期間のうち100日を超える部分については違憲であるとの判断が下された。

国立国会図書館

調査及び立法考査局行政法務課

ふじと よしたか  
(藤戸 敬貴)

第894号

## はじめに

「民法」（明治29年法律第89号）第733条第1項（以下「本規定」又は「現行規定」という。）は、「女は、前婚の解消又は取消しの日から六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」と定めている。いわゆる再婚禁止期間<sup>1</sup>の規定である。

女性にのみ再婚禁止期間を設ける本規定の合理性及び憲法適合性については、学説上、批判が強い。この問題は裁判の場でも争われ、平成7年12月5日最高裁判所第三小法廷判決（以下「平成7年最高裁判決」という。）では違憲との判断は示されなかったが、それから20年を経た平成27年12月16日、最高裁判所大法廷において、再婚禁止期間のうち100日を超える部分について違憲判決（以下「平成27年最高裁判決」という。）が下された。

本稿は、再婚禁止期間制度に関して、我が国における歴史的沿革、主要学説及び戸籍実務について整理し<sup>2</sup>、並びに諸外国の動向を紹介した上で、平成7年最高裁判決及び平成27年最高裁判決の概要をまとめたものである。

## I 我が国の状況

### 1 歴史的沿革

#### （1）明治初期

明治初期<sup>3</sup>における再婚禁止期間に関する制度としては、明治7年9月29日太政官指令がある。この指令によれば、女性は、夫の死亡又は離縁から300日を経過しなければ再婚することができなかった。ただし、前夫の子を妊娠していないことを証明する2人以上の証人がいる場合はこの限りではないとされた。<sup>4</sup>

#### （2）旧民法

旧民法人事編（明治23年法律第98号。施行されず。）第32条第1項において、「夫ノ失踪ニ原因スル離婚ノ場合ヲ除ク外女ハ前婚解消ノ後六个月内ニ再婚ヲ為スコトヲ得ス」という規定が置かれた。

この規定の目的は、血統の混乱の防止であるとされる。もともと、同法第91条第2項は「婚姻ノ儀式ヨリ百八十日後又ハ夫ノ死亡若クハ離婚ヨリ三百日内ニ生マレタル子ハ婚姻中ニ懐胎シタルモノト推定ス」としており、推定の重複を避けるためであれば、再婚禁止期間は約4か月で足りるはずである。実際、草案の段階では再婚禁止期間を4か月とす

\* 本稿におけるインターネット情報の最終アクセス日は、平成27年2月19日である。

<sup>1</sup> 「待婚期間」と呼ばれることもあるが、本稿では、引用を除いて「再婚禁止期間」で統一する。なお、「待婚期間」と「再婚禁止期間」の違いについては、床谷文雄「再婚禁止期間は性差別か」『法学セミナー』no.456, 1992.12, pp.86-87を参照。

<sup>2</sup> 我が国における再婚禁止期間制度の歴史的沿革や学説の整理に当たっては、以下の文献に多くの示唆がある。永井紀昭「婚姻適齢及び待婚期間に関する覚書（下）」『戸籍』no.488, 1985.1, pp.4-35; 久貴忠彦「再婚禁止期間をめぐって—広島地裁平成3年1月28日判決を契機に—」『ジュリスト』no.981, 1991.6.15, pp.36-42; 渡邊泰彦「再婚禁止期間の再検討」『同志社法学』vol.49 no.6, 1998.3, pp.215-265。

<sup>3</sup> これより前の我が国における再婚に関する諸制度については、加藤美穂子「再婚制限廃止への一試論」『法学新報』vol.83 no.10-12, 1977.7, pp.292-304を参照。

<sup>4</sup> 穂積重遠『親族法』岩波書店, 昭和8(1933), pp.285-286。

る案も存在した<sup>5</sup>。にもかかわらず再婚禁止期間を6か月としたのは、「六ヶ月前ニハ確實ニ懐胎ノ有無ヲ診断スルヲ得サル」がゆえに、後夫が女性の懐胎を知らずに婚姻し、その後前夫の子が生まれるという「不都合」が生ずるおそれがあるからであるとされる。<sup>6</sup>

### （３）旧規定

民法典論争を経て明治29年に民法が成立し、明治31年に親族法及び相続法に関する諸規定が加わり<sup>7</sup>、旧民法と同じ6か月の再婚禁止期間が設けられた（第767条第1項。以下「旧規定」という。）。その趣旨は、「亡夫の墓石未だ冷かならざるに早くも再婚するとは怪しからんと云ふ様な道徳論ではなく、旧民法と同様に、血統の混乱を予防するためであるとされる<sup>8</sup>。

もっとも、明治民法における嫡出推定の規定は、「婚姻成立ノ日ヨリ二百日後又ハ婚姻ノ解消若クハ取消ノ日ヨリ三百日内ニ生レタル子ハ婚姻中ニ懐胎シタルモノト推定ス」（明治民法第820条第2項）とされており、推定の重複を避けるためであれば、再婚禁止期間は100日で足りるはずである。にもかかわらず再婚禁止期間を6か月としたのは、懐胎から6か月经てば、懐胎の有無について「専門家デナクテモ大向ハ想像ハ付ク」ようになり、後夫が女性の懐胎を知らずに婚姻することがなくなるからであるとされる。<sup>9</sup>

### （４）現行規定

戦後の民法改正<sup>10</sup>を経て、親族法の全体像は大きく変容した。しかし、再婚禁止期間の規定に関しては、条が移動し、かつ、口語化されたものの、規定の内容については旧規定からの変更はなかった<sup>11</sup>。

その後、平成3年1月、婚姻及び離婚制度全般の見直しのための検討が法制審議会民法部会身分法小委員会において始まり、本規定についても議論されることとなった。「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）」（平成4年12月）や「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」（平成6年7月）を経て、平成8年2月、法制審議会総会は、再婚禁止期間を100日に短縮する項目（第一の二）を含む「民法の一部を改正する法律案要綱」<sup>12</sup>を決定し、法務大臣に答申した。しかし、法改正には至らなかった<sup>13</sup>。なお、この間、平成7年最高裁判決が出されている。

このように、再婚禁止期間規定は、明治時代以来、その姿をほとんど変えることなく、平成27年最高裁判決の日を迎えることとなったのである。

<sup>5</sup> 久貴 前掲注(2), p.37.

<sup>6</sup> 熊野敏三・岸本辰雄『民法正義 人事編 卷之壹 (上)』新法註釈会, 明治23 (1890), pp.157-160.

<sup>7</sup> 明治31年法律第9号

<sup>8</sup> 穂積 前掲注(4), pp.284-285.

<sup>9</sup> 梅謙次郎『民法要義 卷之四 第12版』和仏法律学校, 明治35 (1902), p.91; 『法典調査会民法議事速記録 六』（日本近代立法資料叢書6）商事法務研究会, 1984, pp.88-96.

<sup>10</sup> 昭和22年法律第222号

<sup>11</sup> ただし、戦後の民法改正論議の初期の改正要綱案（昭和21年7月20日民法改正要綱案幹事案B班案）では、「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」とする案が示されていた。我妻栄編『戦後における民法改正の経過』日本評論社, 1956, p.219.

<sup>12</sup> 法務省ウェブサイト <[http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi\\_960226-1.html](http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi_960226-1.html)>

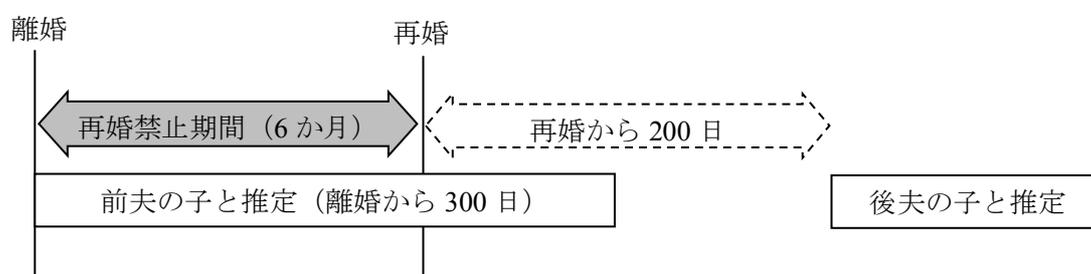
<sup>13</sup> 「婚姻制度等に関する民法改正の検討の経緯」内閣府男女共同参画局ウェブサイト <<http://www.gender.go.jp/kaiji/senmon/kihon/siry002/2-betu1.html>>

## 2 学説

嫡出推定の期間が「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の日から三百日以内」（民法第 772 条第 2 項）であることを所与とすれば、嫡出推定の重複を避けるためには再婚禁止期間を 100 日とすれば足りる（図を参照）。にもかかわらず再婚禁止期間が 6 か月とされているのは、「100 日程度では外部から懐胎の有無を判断することがむずかしく、懐胎を知らないで再婚する可能性があるので、このことから生じる後婚の紛争を防止し、後夫の利益を保護する」ためであるとされている。<sup>14</sup>

しかし、学説における批判は強く、現在では多くの学者が本規定の合理性を否定する説に立っているようである<sup>15</sup>。もっとも、否定説は、(1) 短縮説、(2) 廃止説の 2 説に大きく分かれる。

図 再婚禁止期間と嫡出推定



(出典) 法令を基に筆者作成。

### (1) 短縮説

再婚禁止期間制度の目的を嫡出推定の重複の回避に絞り、そのために最低限必要な 100 日にまで再婚禁止期間を短縮すべきとする説である。この説に立てば、再婚禁止期間のうち 100 日を超える部分については合理的な理由が存在しないことになる。

本規定の合理性を肯定する説は後夫の利益の保護を主張するが、それに対しては、「明治期とは大きく異なるであろう現代医学の水準や懐胎・出産についての社会一般の知識や意識からすれば、余分な期間を付加する必要はない」<sup>16</sup>と批判する。

また、100 日に短縮することに加えて、再婚禁止の例外事由 (3 において後述) を拡大すべきであるとする説<sup>17</sup>もある。

<sup>14</sup> 林良平・大森政輔編『注解判例民法 4 親族法・相続法』青林書院, 1992, pp.46-49 (大森執筆)。戦後の民法改正をめぐる国会論議の中で、奥野健一政府委員は、本規定の趣旨について、「女が夫の死後墓石のまだ乾かぬうちに再婚するというのはいかがかという倫理的な観念も含まれておるかもしれませんが、主としてはそういう意味でなく、むしろ今度再婚によつて生れる子供が前の夫の子であるか、あとの夫の子であるかという血統的な観点において、いろいろ混乱を生ずるということを避ける趣旨」であると説明している (第 1 回国会衆議院司法委員会議録第 18 号 昭和 22 年 8 月 11 日 p.197.)。

<sup>15</sup> 久貴 前掲注(2), pp.37-40. なお、大森は、「後婚の平和は、妻や子にとっても好ましいことであるから、この理由は、今日でも妥当性を失っていない」として本規定に肯定的な立場を示している (林・大森編 同上, p.47.)。このほかの肯定説を紹介するものとして、渡邊 前掲注(2), pp.236-237. なお、旧規定の時代では肯定的な学説が多かったとの指摘がある (渡邊 同, pp.227-228; 久貴 同, p.38.)。

<sup>16</sup> 久貴 同上, p.41.

<sup>17</sup> 同上

## (2) 廃止説

再婚禁止期間を短縮するにとどまらず、そもそも再婚禁止期間制度を廃止すべきであるとする説は、既に旧規定の時代から唱えられており、現行規定になってからは多くの学者が支持を表明するに至っている<sup>18</sup>。

廃止説の主な論拠としては、①再婚禁止期間規定の背景には父権的思想が潜んでいること<sup>19</sup>、②法律上の再婚を禁止しても事実上の再婚は防止できないために非嫡出子が増える結果となること<sup>20</sup>、③女性が夫となる男性以外の男性の子を妊娠している可能性があるのは再婚の場合に限られないこと、等が挙げられている。

廃止説に立つ場合、嫡出推定の重複についてどのように対処するかが課題となるが、裁判所の決定に委ねるべきとする説<sup>21</sup>や、再婚後に生まれた子は後夫の子と推定する規定を置くべきとする説<sup>22</sup>がある。<sup>23</sup>

## 3 適用除外をめぐる戸籍実務

再婚を禁止する目的が嫡出推定の重複の回避にあるとすれば、重複のおそれがないことが明白である場合には、女性について再婚を禁止する必要はない。「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」とする民法第733条第2項は、そのような趣旨で規定されたものである<sup>24</sup>。なお、旧民法（第32条第2項）及び旧規定（第767条第2項）にも同趣旨の規定があった。

一方、出産した場合以外であっても、戸籍実務上、一定の場合には、再婚禁止期間中の再婚の届出を受理している。例えば、①前夫と再婚する場合、②夫の生死が3年以上不明であることを理由とする判決による離婚である場合、③悪意の遺棄を理由とする離婚判決の理由中に夫（アメリカ人）が3年前から全く音信のない事実が認定されている場合、④67歳の女性が再婚する場合、などの事例がある。<sup>25</sup>

<sup>18</sup> 現行規定に関する戦後初期の学説として、穂積が「これも削除してよかつたのではなからうか」と述べている（穂積重遠「民法五十年」『法律時報』vol.20 no.1, 1948.1, p.6.）。また、我妻は、「これは嫡出性の問題…（中略）…だから、男女の本質的平等の理想に反するものではないことは、もちろんである」と述べるにとどめていたが（我妻栄『改正親族・相続法解説』日本評論社, 1949, p.52.）、のちに、「待婚期間という制限そのものを廃止するのが一層賢明であろう」と述べるに至っている（我妻栄『親族法』有斐閣, 1961, p.31.）。

<sup>19</sup> 中川善之助『親族法』青林書院, 1959, p.175.

<sup>20</sup> 中川淳「女性の離婚と再婚—離婚意思と再婚禁止期間をめぐる—」『時の法令』no.916-917, 1976.1.3-1.13, p.50; 人見康子「3 女性の再婚禁止期間の合憲性」久貴忠彦・米倉明編『別冊ジュリスト31(1) 家族法判例百選 第5版』有斐閣, 1995, p.9.

<sup>21</sup> 中川 同上 一方、父性の決定の医学的な困難性を指摘するものとして、久武綾子「再婚禁止期間の再検討—人口動態統計及び産科学の視点から—」『戸籍時報』no.389, 1990.8, pp.32-34; 加藤英世・松村弓彦「再婚禁止期間」『法律のひろば』vol.49 no.6, 1996.6, p.33.

<sup>22</sup> 床谷 前掲注(1), p.90; 君塚正臣「再婚禁止期間の合憲性（二・完）—民法七三三条改正の憲法上の許容範囲に関する一考察—」『民商法雑誌』vol.109 no.3, 1993.12, p.489. 渡邊は、この説をほかの廃止説と区別して「新廃止説」と名付ける。なぜならば、従来の廃止説は「前婚の解消後300日以内に生まれた子の父は前夫である」という前提に立っているが、新廃止説はこれを否定するからである（渡邊 前掲注(2), p.250.）。

<sup>23</sup> 廃止説に対し、短縮説の立場から慎重な見解を示すものとして、久貴 前掲注(2), pp.40-41.

<sup>24</sup> 林・大森編 前掲注(14), pp.47-49.

<sup>25</sup> 女性が優生手術（現在の不妊手術に相当する。）を受けた旨の医師の証明書又は妊娠していない旨の医師の診断書が婚姻届に添えられた場合については、消極的に解されている。永井 前掲注(2), p.15; 同上, pp.48-49.

## II 諸外国の動向

上述のとおり、我が国における再婚禁止期間は、旧規定の施行以来、一貫して6か月であった。これは、明治民法が編纂された当時においては、西欧諸国（フランスは300日、ドイツは10か月）と比較して短いものであった<sup>26</sup>。

しかし、1960年代以降、諸外国において、婚姻の自由の観点から<sup>27</sup>、再婚禁止期間制度が相次いで廃止されるに至っている（表を参照）。その一方で、現在も再婚禁止期間制度を維持している国も存在する。以下、再婚禁止期間制度をめぐる諸外国の動向について紹介する。

### 1 再婚禁止期間制度を廃止した国

#### （1）北欧諸国

デンマーク、フィンランド、ノルウェー、スウェーデンでは、女性について10か月の再婚禁止期間を定めていたが、1968年から1969年にかけて廃止された<sup>28</sup>。

#### （2）スペイン

かつては、女性について、夫の死亡又は婚姻無効の宣告から301日の再婚禁止期間（妊娠している場合は、出産の日まで）が定められていた（民法第45条）<sup>29</sup>。

しかし、1981年、同条が改正され、この制限は廃止された<sup>30</sup>。

#### （3）オーストリア

かつては、女性について、前婚の解消又は無効宣告から10か月の再婚禁止期間が定められていた。ただし、再婚禁止期間中に子を出産した場合は再婚することができた。また、再婚禁止の免除が認められることがあるとされていた（婚姻法第11条）。

しかし、1983年の法改正により、同規定は削除された（1984年1月1日施行）<sup>31</sup>。

#### （4）ドイツ

かつては、夫と死別又は離婚した女性について10か月の再婚禁止期間が定められていた。ただし、再婚禁止期間中に子を出産した場合や、戸籍吏による免除があった場合は再婚することができた（婚姻法第8条）。

しかし、1998年7月1日に婚姻締結法が施行された結果、婚姻法は廃止され（婚姻締結

<sup>26</sup> 梅は、フランスその他ヨーロッパでは300日とする国が多いが、これは沿革上倫理に基づくものであり、再婚禁止期間を定める理由が血統の混乱の防止だけであれば「三百日ハ頗ル長キニ失スル」と指摘する（梅 前掲注(9), p.92.）。ヨーロッパにおける再婚禁止期間制度の歴史的沿革について、簡単には、床谷文雄「再婚禁止期間—比較法と立法論—」石川稔ほか編『家族法改正への課題』日本加除出版, 1993, pp.49-51.

<sup>27</sup> 床谷 同上, p.59.

<sup>28</sup> 同上, pp.54-55. 特にスウェーデンについては、菱木昭八朗「スウェーデン婚姻法改正の要点」『ジュリスト』no.430, 1969.8.15, pp.89-96を参照。

<sup>29</sup> 野田良之「エスパニヤ婚姻法」宮崎孝治郎編『新比較婚姻法II アメリカ大陸(1)・ヨーロッパ(1)』勁草書房, 1961, p.508.

<sup>30</sup> Ley 30/1981

<sup>31</sup> Bundesgesetz vom 11. November 1983 über Änderungen des Personen-, Ehe- und Kindschaftsrechts; 松倉耕作「オーストリア家族法—条文訳と文献案内—」『判例タイムズ』vol.35 no.27, 1984.11.25, p.233.

法第 14 条)、婚姻締結に関する規定は民法典に統合されたが、再婚禁止に関する規定は置かれなかった<sup>32</sup>。

### (5) スイス

かつては、女性について、夫の死亡又は離婚によって前婚が解消した場合及び婚姻無効の宣言がなされた場合に、300 日の再婚禁止期間が定められていた。ただし、子を出産した場合は、その日から再婚することができた。また、前婚による懐妊の可能性がない場合及び前婚の夫婦が再婚する場合は、裁判官が再婚禁止期間を短縮することができた（民法第 103 条）。

このほか、男女を問わず、有責配偶者は 1 年以上 2 年未満、姦通の場合は 1 年以上 3 年未満の期間、再婚ができない旨を判決において宣告する（同法第 150 条）。この場合も、離婚した夫婦が再婚するときは、裁判官が再婚禁止期間を短縮することができた（同法第 104 条第 2 項）<sup>33</sup>。

しかし、2000 年 1 月 1 日に施行された民法の改正により、再婚禁止期間に関する規定は削除された<sup>34</sup>。

### (6) フランス

かつては、民法典上、女性について、前婚の解消から 300 日の再婚禁止期間が定められていた（第 228 条第 1 項、第 261 条）。ただし、破綻離婚や精神病離婚の場合は直ちに再婚することができた（第 261 条の 1 第 2 項）。また、夫の死亡後に出産した場合や、妊娠していないことを証明する医師の証明書を提出する場合には再婚禁止期間は終了するほか（第 228 条第 2 項）、前夫と 300 日以上同居していないことが明らかである場合は大審裁判所長の命令によって再婚禁止期間を短縮することができた（同条第 3 項）。さらに、別居判決が離婚判決に転換した時は、女性は直ちに再婚することができた（第 309 条）。

しかし、「離婚に関する 2004 年 5 月 26 日の法律第 439 号」<sup>35</sup>が 2005 年 1 月 1 日に施行され、これらの規定は削除された<sup>36</sup>。

### (7) 韓国

かつては、女性について婚姻関係の終了から 6 か月の再婚禁止期間が定められていた。ただし、婚姻関係の終了後に子を出産した場合は再婚することができた（民法第 811 条）。

しかし、2005 年 3 月 31 日に民法の一部改正が施行され、同条は削除された。<sup>37</sup>

<sup>32</sup> Gesetz zur Neuordnung des Eheschließungsrechts (EheschlRG). vom. 4.5.1998, BGBl. I S.833; ライナー・フランク（海老原明夫訳）「ドイツ家族法・相続法の発展—1998-2000 年—」『日独法学』no.20, 2002, pp.79-82.

<sup>33</sup> 中川善之助・加藤永一「スイス婚姻法」宮崎孝治郎編『新比較婚姻法IV ヨーロッパ(3)』勁草書房, 1962, p.1055.

<sup>34</sup> Änderung vom 26. Juni 1998, BBl 1998 IV 3491; 松倉耕作「スイス婚姻法の概要 (1)」『名城ロースクール・レビュー』no.5, 2007, p.39.

<sup>35</sup> LOI n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce

<sup>36</sup> 水野貴浩「フランス新離婚法（離婚に関する 2004 年 5 月 26 日の法律第 439 号）—改正法と新条文—」『同志社法学』vol.56 no.3, 2004.9, p.448.

<sup>37</sup> 법률제 7427 호; 西田正延「再婚禁止期間に関する韓国民法の改正について」『戸籍』no.778, 2005.11, pp.56-59; 在日コリアン弁護士協会編著『Q&A 新・韓国家族法 第 2 版』日本加除出版, 2015, pp.51-52.

表 再婚禁止期間制度を廃止した国

国名	再婚禁止期間	例外	廃止年
北欧諸国 (デンマーク、 フィンランド、 ノルウェー、ス ウェーデン)	10 か月	①前婚解消時に妊娠していなかった場合 ②前夫との別居から 10 か月が経過	1968～ 1969年
スペイン	301 日	出産した場合	1981年
オーストリア	10 か月	①出産した場合 ②免除が認められた場合	1984年
ドイツ	10 か月	①出産した場合 ②戸籍吏による免除があった場合	1998年
スイス	300 日 (女性)	①出産した場合 ②前婚による懐妊の可能性がない場合 ③前婚の夫婦が再婚する場合	2000年
	1～2 年 (有責配偶者) 1～3 年 (姦通)	前婚の夫婦が再婚する場合	
フランス	300 日	①破綻離婚や精神病離婚の場合 ②夫の死亡後に出産した場合 ③妊娠していないことを証明する医師の 証明書を提出する場合 ④前夫と 300 日以上同居していないこと が明らかな場合 ⑤別居判決が離婚判決に転換した場合	2005年
韓国	6 か月	出産した場合	2005年

(出典) 各国法令等を基に筆者作成。

## 2 再婚禁止期間制度を置いていない国

### (1) 英米法諸国

イギリス、オーストラリア、ニュージーランド、カナダ、アメリカ合衆国（一部の州を除く。）には、そもそも再婚禁止期間は存在しない。これらの国では、一定期間以上の別居等が離婚の条件とされており、それによって父性の混同を回避しているとされる<sup>38</sup>。

### (2) 中国

中国にも再婚禁止期間制度は存在しない。また、嫡出推定に関する規定も存在しない<sup>39</sup>。

<sup>38</sup> 床谷 前掲注(26), p.55.

<sup>39</sup> 加藤美穂子『中国家族法「婚姻・養子・相続」問答解説』日本加除出版, 2008, pp.134, 250.

### 3 再婚禁止期間制度（女性のみ）を維持する国

#### （１）イタリア

女性について、前婚の解消、取消し又はその民事的諸効果の消滅から 300 日の再婚禁止期間が設けられている。ただし、妊娠していないことについて疑いのない場合や、婚姻の解消等の前の 300 日の間に前婚の夫婦が同居していないことを認める既判力を有する判決がある場合は、裁判所は再婚を許可することができる。また、妊娠が終了したとき、再婚禁止期間は終了する。<sup>40</sup>

#### （２）トルコ

女性について、離婚から 300 日の再婚禁止期間が定められている。ただし、再婚禁止期間内に出産した場合には再婚禁止期間は終了する。また、離婚した当事者が再婚する場合や、前夫の子を妊娠していないことが認められる場合は、裁判所は再婚禁止期間を取り消す。<sup>41</sup>

#### （３）チリ

妊娠している女性について、婚姻の解消又は婚姻の無効の宣告から 270 日の再婚禁止期間が設けられている。ただし、婚姻解消又は無効宣告の前において前夫が妻に接近することが絶対的に不可能であった日数を、再婚禁止期間から縮減することができる。<sup>42</sup>

### 4 再婚禁止期間制度（男女両方）を維持する国

男女両方について再婚禁止期間を定める国としては、ポルトガルがある。

ポルトガルでは、女性について 300 日、男性について 180 日の再婚禁止期間が定められている。ただし、女性は、妊娠していない旨の裁判所による宣告がある場合や出産した場合、180 日を経過すれば再婚することができる。<sup>43</sup>

## Ⅲ 平成 7 年最高裁判決

### 1 事案

昭和 63 年 12 月 1 日に前夫と調停によって離婚した女性（以下「原告女」という。）が、別の男性（以下「原告男」という。）と再婚するため、平成元年 3 月 7 日に婚姻届を市長に提出したところ、再婚禁止期間内であることを理由に受理されなかった。また、原告男は、原告女の未成年の子 2 人を養子とする縁組の許可を家庭裁判所に申し立てたところ、仮に婚姻が成立しなかった場合に未成年の子の福祉に反する結果が生じるおそれがあることを

<sup>40</sup> Codice Civile §89; Giorgio Cian (a cura di), Alberto Trabucchi, *Commentario breve al Codice Civile*, undicesima edizione, Padova: Cedam, 2014, p.203.

<sup>41</sup> Türk Medenî Kanunu madde 132; ハカン・アジャル, ハサン・フェーミ・エルドムス (立石直子訳) 「トルコ家族法 (2)」『戸籍時報』no.727, 2015.6, p.6.

<sup>42</sup> Código Civil §128; 笠原俊宏・徐瑞静 「チリ共和国民法典中の人事・家事・涉外規定の邦訳 (3)」『戸籍時報』no.719, 2014.11, p.128.

<sup>43</sup> Código Civil §1605; 埴陽子 「ポルトガルの家族法」『摂南法学』no.22, 1999.8, p.213.

理由に、当該申立ては却下された。

原告らは、女性に対してのみ婚姻の自由を制限する本規定は憲法、「女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約」（昭和 60 年条約第 7 号）及び「市民的及び政治的権利に関する国際規約」（昭和 54 年条約第 7 号）に違反するものであって、本規定を立法し、本規定を改廃するための立法をしない国会議員の行為及び本規定を改廃するための法律案を提出しない内閣の行為は「国家賠償法」（昭和 22 年法律第 125 号）上の違法な権力の行使である、と主張した。

第一審（平成 3 年 1 月 28 日広島地方裁判所判決）は、原告の請求を棄却した。また、控訴審（平成 3 年 11 月 28 日広島高等裁判所判決）は、控訴を棄却した。

## 2 判決

平成 7 年最高裁判決<sup>44</sup>は、本規定の憲法適合性について真正面から判断したものではなく、立法の不作为が国家賠償法の解釈上違法となるかどうか焦点となった<sup>45</sup>。最高裁判所は、従来の最高裁判所の判例<sup>46</sup>を参照しつつ、「国会ないし国会議員の立法行為（立法の不作为を含む。）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」と述べた上で、本規定について「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」とし、国家賠償法上の違法性はないとした。

## 3 判決に対する評価

平成 7 年最高裁判決に対しては、憲法学者から、本規定の憲法適合性の審査基準が緩やかなものであったことについて批判があった<sup>47</sup>。また、民法学界においては、本判決（並びに第一審及び控訴審）をきっかけに、廃止論を中心として活発な議論が展開された<sup>48</sup>。

<sup>44</sup> 平成 7 年 12 月 5 日最高裁判所第三小法廷判決（集民第 177 号 243 頁）。裁判所ウェブサイト <[http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei\\_jp/107/076107\\_hanrei.pdf](http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/107/076107_hanrei.pdf)>

<sup>45</sup> 君塚正臣「3 女性の再婚禁止期間の合憲性」久貴忠彦ほか編『別冊ジュリスト 38(2) 家族法判例百選 第 6 版』有斐閣, 2002, p.9; 小林節「32 女性の再婚禁止期間の合理性」芦部信喜ほか編『別冊ジュリスト 36(2) 憲法判例百選 I 第 4 版』有斐閣, 2000, p.67.

<sup>46</sup> 昭和 60 年 11 月 21 日最高裁判所第一小法廷判決（民集 39 卷 7 号 1512 頁）、昭和 62 年 6 月 26 日最高裁判所第二小法廷判決（集民 151 号 147 頁）。

<sup>47</sup> 君塚正臣「再婚禁止期間の合憲性と国家賠償訴訟」『民商法雑誌』vol.115 no.4-5, 1997.1-2, pp.731-732.

<sup>48</sup> 「民法 733 条の再婚禁止期間は、1990 年前半に突然に多くの論者が扱う対象として復活した」とされる。渡邊 前掲注(2), p.216.

## IV 平成 27 年最高裁判決

### 1 事案

平成 20 年 3 月 28 日、原告は前夫と離婚し、同年 10 月 7 日に後夫と婚姻した。原告は、本規定のために婚姻が遅れたことによって精神的損害を被ったとし、本規定を改正する立法をしなかった国会議員の立法不作為は国家賠償法の適用上違法であると主張した。

第一審（平成 24 年 10 月 18 日岡山地方裁判所判決）は、平成 7 年最高裁判決を参照しつつ、本規定が「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」とし、「本件立法の不作為について、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に当たるといえることはできない」とした。控訴審（平成 25 年 4 月 26 日広島高等裁判所岡山支部判決）は、控訴を棄却した。

### 2 判決

上告審である平成 27 年最高裁判決<sup>49</sup>は、本件立法不作為は国家賠償法上違法であるとは評価できないとして結論的に上告を棄却したものの、本規定については違憲であるとの判断を下した。この違憲判断は、次のような理路をたどる。

#### （1）憲法適合性の審査基準

①男女の法的取扱いの区別は、「事柄の性質に応じた合理的な根拠」に基づくものでなければ憲法第 14 条第 1 項に反する。

②婚姻及び家族に関する事項の詳細は「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」が、当該法律を制定するに当たっての国会の立法裁量は、憲法第 24 条第 2 項によって「個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚」すべきという限界が画されている。

③憲法第 24 条第 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」である。法律婚が重要な法律上の効果をもたらすこと、「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こと」を考慮すると、「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」。

本規定の合理性については、以上①～③について十分考慮に入れた上で検討する必要があり、本規定の憲法適合性の審査は「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」という観点からなされるべきである。

#### （2）立法目的の合理性

まず、嫡出推定の仕組みによって「法律上の父子関係を早期に定めることが可能になっている」ところ、本規定が存在しないとすれば、父性が直ちに定まらない事態が生じ得る。「そのために父子関係をめぐると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

<sup>49</sup> 裁判所ウェブサイト <[http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei\\_jp/547/085547\\_hanrei.pdf](http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/547/085547_hanrei.pdf)>

であることはいうまでもない」。このような「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」や本規定の立法の経緯からすれば、本規定の立法目的は、「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こと」であると言える。そして、この立法目的については、「父子関係が早期に明確となることの重要性に鑑み」、合理性が認められる。<sup>50</sup>

### (3) 立法目的との関連における合理性

再婚禁止期間のうち、100日以内の部分については、父性の推定の重複を避けるために必要な期間であり、「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」。

問題となるのは100日を超過する部分であるが、旧民法の起草時及び現行民法への移行時においては、医療等の未発達や諸外国の立法例等の諸事情に鑑みれば、再婚禁止期間を6か月とすることが「不合理であったとはいえない」。

しかし、今日においては、医療や科学技術が発達している。また、婚姻及び家族の実態の変化によって離婚件数及び再婚件数が増加していること、諸外国でも再婚禁止期間を設けない国が多くなっていることから、再婚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が認められる。これらに加え、憲法第24条第1項の趣旨や、婚姻前に懐胎した子を産む可能性があるのは再婚の場合に限られないことをも考慮すれば、本規定のうち「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」おり、「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」、憲法第14条第1項及び憲法第24条第2項に違反するに至っていた。

## 3 補足意見等

本判決には、100日以内の部分の適用除外の対象は民法第733条第2項や従来の戸籍実務において認められてきた場合に限り得ないとする補足意見<sup>51</sup>や、100日以内部分も違憲であるとする意見<sup>52</sup>、立法不作為は国家賠償法の適用上違法であるとする反対意見等が付されている。

<sup>50</sup> この点に関して、DNA検査技術の進歩によって生物学上の親子関係の確定が容易になったことを理由に、必ずしも再婚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する見解に対し、最高裁は、父性の確定を裁判に委ねるとすると、生まれた子の父性が確定できない状態が一定期間継続することによって「種々の影響が生じ得る」から、「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」としている。

<sup>51</sup> 櫻井龍子裁判官ほか5名による補足意見では、「女性がいわゆる不妊手術を受けて」おり、「当該女性に子が生まれなことが生物学上確実であるとき」や、「前婚の解消等の時点で懐胎していない女性」については、再婚禁止期間規定の適用除外を認めるべきであるとしている。

<sup>52</sup> 鬼丸かおる裁判官の意見は、父性の推定の重複を回避するために再婚禁止期間を置く必要がある場合は極めて例外的であるにもかかわらず、文理上全ての女性について一律に再婚禁止期間を設けていることを問題とする。また、「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、子には種々の影響が生じ得る」という多数意見の指摘については、「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」としている。

## 4 判決後の動き

平成 27 年最高裁判決を受けて、法務省は、必要な立法的手当の検討に着手した<sup>53</sup>。

また、法改正までの措置として、離婚の日から 100 日を超えた女性について婚姻届を受理するように地方自治体に対して通知している<sup>54</sup>。

## おわりに

平成 27 年最高裁判決において違憲であると判断されたのは、再婚禁止期間のうち 100 日を超える部分についてのみであり、再婚禁止期間制度それ自体が違憲とされたわけではない。しかし、違憲ではないとしても、再婚禁止期間制度の意義を疑問視し、これを短縮するにとどまらず廃止すべきであるとする学説は多い。また、国外に眼を転ずると、現在でも再婚禁止期間制度を維持する国がある一方で、再婚禁止期間制度の廃止に踏み切った国も多く存在するし、国連自由権規約委員会<sup>55</sup>や女子差別撤廃委員会<sup>56</sup>が日本に対して再婚禁止期間制度の見直しを勧告している。再婚禁止期間を短縮した上で維持するとなれば、再婚禁止期間制度を廃止すべきとする主張に対してどのように応答するかが問われることとなる。

他方、再婚禁止期間制度を廃止するとなれば、嫡出推定の重複にどのように対処するかが問題となる<sup>57</sup>。この場合、嫡出推定制度の在り方<sup>58</sup>をも含めた多角的かつ総合的な議論が必要となる<sup>59</sup>。

短縮説は、再婚禁止期間制度それ自体は是とするが、廃止説はこれを非とする。6 か月の再婚禁止期間を批判する点では共通するものの、両説の間に大きな違いがあることは否定できない。法改正によって再婚禁止期間が短縮された後でも、再婚禁止期間制度をめぐる議論は続くであろう。

近年、家族法制をめぐるっては、従来は想定されなかった新しい問題（代理出産、DNA 検査、同性婚等）を中心として活発な議論が展開されている。そのような状況の中で、平成 27 年最高裁判決は、再婚禁止期間制度という古くから存在する論点を改めて思い起こさせるものであったと言えよう。これを契機として、再婚禁止期間制度や嫡出推定制度、ひいては家族法制全体についての議論がさらに深まることが期待される。

<sup>53</sup> 「法務大臣閣議後記者会見の概要 平成 27 年 12 月 18 日（金）」法務省ウェブサイト <[http://www.moj.go.jp/hisho/kouhou/hisho08\\_00730.html](http://www.moj.go.jp/hisho/kouhou/hisho08_00730.html)>; 内閣官房「第 190 回国会（常会）内閣提出予定法律案等件名・要旨調（平成 28.1.22 現在）」p.9.

<sup>54</sup> 既に運用は開始されており、離婚から 100 日を経過した女性について婚姻届を受理した事例が報道されている。「離婚から 5 か月の女性の婚姻届受理」『読売新聞』（静岡版）2015.12.19.

<sup>55</sup> CCPR/C/79/Add.102, 19/11/1998; CCPR/C/JPN/CO/5, 18/12/2008; CCPR/C/JPN/CO/6, 20/8/2014.

<sup>56</sup> CEDAW/C/2003/II/CRP.3/Add.1/Rev.1, 18/7/2003; CEDAW/C/JPN/CO/6, 7/8/2009.

<sup>57</sup> 学界においてこれまでに提起された具体的提案について、簡単には、千藤洋三「再婚禁止期間について」『戸籍時報』no.688, 2012.10, pp.23-25 を参照。なお、この点について、再婚禁止期間を廃止した諸国では、再婚後に出生した子を後婚の子として推定する国が多いようである。床谷 前掲注(26), pp.58-59.

<sup>58</sup> 嫡出推定に関する論点を簡潔にまとめたものとして、前澤貴子「民法上の親子関係を考える—嫡出推定・無戸籍問題・DNA 検査・代理出産—」『調査と情報—ISSUE BRIEF—』No.858, 2015.3.24. <[http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo\\_9107659\\_po\\_0858.pdf?contentNo=1&alternativeNo=>](http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_9107659_po_0858.pdf?contentNo=1&alternativeNo=>)

<sup>59</sup> 椿寿夫「百日の再婚禁止期間は必須かつ適切な改正か」『法律時報』vol.68 no.4, 1996.4, p.66; 大村敦志「300 日問題」とは何か『ジュリスト』no.1342, 2007.10.1, pp.6-7.