

2017年度
関西学院大学ロースクール
B日程

一般入試（法学既修者）
特別入試（夜間社会人）

憲 法 問 題

《12:30～13:50》

○開始の指示があるまで内容を見てはいけません。

【憲法問題】

次の文章と【資料】〔AとBとの対話〕を読んで〔設問〕に答えなさい。

日本国憲法の制定とともに、民法の第4編親族・第5編相続は1947（昭和22）年に「家」制度の廃止を中心に全面改正されたが、女性の再婚禁止期間については1898（明治31）年制定の民法の規定がそのままに継承された。すなわち、民法733条1項は、女性は前婚の解消または取消しの日から6ヶ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た。（なお、関連する条文として、同条2項、同法772～775条、777条等を参照のこと。）

この733条1項について、最高裁は、同法772条2項の前夫の子と再婚後の夫の子の推定期間が重なり合わない100日を超える部分を憲法に反する過剰な規制であるとし（2015（平成27）年12月16日最高裁大法廷判決）、これを受けて国会は、先の常会会期の最終日6月1日に同法733条1項の女性の再婚禁止期間を100日に短縮し、同条2項における1項の適用除外に前婚の解消または取消し時に妊娠していない場合を付加する改正法を成立させた（6月7日公布・施行）。

しかし、短縮されたとはいえ、なお女性に再婚禁止期間を定めることについては、今日では不必要な規制であり負担を女性のみ課するものとして憲法に違反するという主張も存在する。近年、日本同様に女性の再婚禁止期間を定めていたドイツ、フランス、韓国などではこの禁止期間を全廃し、上記の最高裁大法廷判決（多数意見）も、「世界的には再婚禁止期間を設けない国が多くなっていることも公知の事実である」としている。

〔設問〕

この問題についてあなたはどうか考えるか。下記の見解①②③の中から一つを選んで、そう考える憲法上の理由と根拠（他の見解をとりえない理由と根拠を含む）を述べなさい。

- ①女性の再婚禁止期間を6ヶ月としていた民法の旧規定は合憲である。
- ②女性の再婚禁止期間を6ヶ月としていた民法の旧規定は違憲であるが、100日に短縮した改正規定は合憲である。
- ③女性の再婚禁止期間を100日に短縮した改正規定はなお違憲である。再婚禁止期間は廃止すべきである。

【資料】 [AとBとの対話]

A：この問題、去年の最高裁の判決で決着したんじゃない。

B：とりあえずはそういうことね。でも、近年再婚禁止期間を全廃したドイツ（1998年）やフランス、韓国（ともに2005年）をはじめ、女性に禁止期間を定めているのは「主要国で[は]ほとんどないという状況」（山浦善樹裁判官の反対意見）があり、国連の自由権規約委員会や女子差別撤廃委員会も1998年以降繰り返し廃止を要請ないし勧告しているということもあるから、完全に決着したといえるのかは分からないわね。

A：う～ん。とすると、日本の最高裁はこのような動きには対応していないということか。でも、①のような主張はもうあり得ないんじゃないかな。

B：違憲だからという理由ではないけど、法制審議会が100日案を含む「民法の一部を改正する法律案要綱」を答申したのが1996年2月なのに、20年間も改正せずに放置していたのだから、旧規定は合憲だとする考えもあるんじゃない。

A：そうだね。②については、最高裁判決の多数意見が憲法上の理由と根拠を述べているね。理由はほかにもあるのかもしれないけれど。

B：判決の少数意見や学説にもあるけれど、再婚禁止期間の全廃が世界的な潮流になっているというのはどうしてかしら。それが③の理由と根拠につながることになるわね。

A：科学技術、とくにDNA検査技術の飛躍的な発展だね。昔だったら婚姻解消後、前夫の子か新夫の子かの混乱が生じるのを避けるためには必要な規定だったかもしれないけれど、現在では父子関係は簡単に確認できるから、そのような必要はまったくなくなったということだろうね。

B：そうね。女性のみにも再婚の自由を直接制限するこのような規制を正当化する立法事実はもうなくなっているということね。

A：民法が制定された1898（明治31）年には、まだ血液型も発見されていなかった（発見は1900年）。しかし、1953年にDNAが発見され、1985年にはその検査方法が確立され、その精度は今日では格段に高まってきている。そんな時代に、親子関係を確定するために女性に再婚禁止期間を定める必要はない、ということだろうね。

B：そうすると、父子関係を含む親子関係は、現在ではDNA検査で確定できるということね。でも、民法の親子関係の決め方では、そのような考え方をとっていないわ。

A：そう。民法は、「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する」（772 条 1 項）として、この推定を覆せるのは夫だけ、それも 1 年以内としている（774 条、777 条）。再婚禁止期間が問題となる民法 772 条 2 項の場合も基本的に同じだよ。だから推定が重複したときにどうするかが問題になっている。

B：民法が定める家族関係では、上の例外を除いて DNA 検査の結果によって父子関係の推定を否定することは原則として認めていないのね。しかし、再婚の場合にはこの推定が重複するから問題となるわけね。禁止期間が必要か、不必要かと。

A：そうだね。ここではこの問題だけを論じればいい。

B：そうね。そこが問題になっているんだから。

【B 日程出題趣旨】

戦後まもなく行われた家族法の改正以来論じられてきた女性に対する再婚禁止期間の合憲性について、昨年末に出された最高裁判決（違憲判決）を踏まえて、憲法上どのように考えるべきかを問う問題である。参考として対話文を付けてヒントを示し、さらに結論となるであろう3つの判断を示して、その憲法上の理由と根拠を問うかたちにすることにより、基礎的な論理構成力を試す問題である。

【B 日程講評】

最高裁判決を踏まえて、3つの考え方を示して、解答者が選択する見解について、その理由（他の見解を採り得ない理由を含む）を問うものであるが、それなりに解答できている答案が多かった。

しかし、設問で「憲法上の理由と根拠」の展開を求めているにもかかわらず、いわば社会学的論述に終始して憲法論・法律論が弱い解答が相当あった。問題文では、対話文を含めてかなり詳しい背景事実を説明したが、そのような事実を引き写すことによって解答に代えようとするものもあった。

また、法の下での平等についての一般論や審査基準論にスペースを割き、それが設問の解答とどのようにかわるのかを示せていない頭の固い形式的論述も目立った。