

再婚禁止期間違憲訴訟（二・完）

——婚姻制度の形成と利用——

飯田 稔

損害賠償請求事件 最高裁判所平成二五年（オ）一〇七九号、同二七年二月一六日
大法院判決 上告棄却 民集六九卷八号二四二七頁、判時二二八四号二〇頁

再婚禁止期間違憲訴訟（二・完）

【事実の概要】

【判旨】

【主な個別意見】

【研究】

- 一 はじめに
- 二 本件規定の沿革と趣旨
- 三 本件規定の評価と運用（以上、五一卷一号）

四 再婚禁止期間の合憲性（以下、本号）

五 立法不作為の違法性

六 むすび

四 再婚禁止期間の合憲性

（一）違憲審査の枠組み

最高裁は、本件規定の合憲性について、立法目的の合理性と、当該目的との関連における規制内容の合理性という二つの観点から審査を行なった。いわゆる目的・手段審査である。多数意見は、大要次のように判示した。

① 本件規定の立法目的は、再婚後の子について父性推定の重複を回避し、父子関係をめぐる紛争の発生を防止することにあり、合理性が認められる。

② 本件規定のうち一〇〇日の再婚禁止期間を設けた部分（一〇〇日以内部分）は、父性推定の重複回避のため一律に女性の再婚を制約するものだが、立法目的との関連で合理性を有し、憲法一四条一項、二四条二項に違反しない。

③ しかし、本件規定のうち一〇〇日を超える禁止期間の部分（一〇〇日超過部分）は、制定時（昭和二二年民法改正時）には合理性を有していたが、平成二〇年当時には既に合理性を失っており、憲法に違反するに至っていた。

先にみたように、平成七年判決にあっては、「民法七三三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」⁽¹⁾と述べ、たやすく立法趣旨（目的）の合理性を認めただ

けで、当該趣旨を実現する手段、すなわち規制内容の当否については全くふれるところがなかった。では、本判決はなぜその審査へと進んだのか。

二つの要因を挙げることができよう。一つは、最高裁が婚姻の自由を憲法上の権利と認めたこと、いま一つ、前回と今回とは依拠すべき先例が改まっていたことである。

（二）婚姻の自由とその制限

平成七年判決は、当事者の主張にも拘わらず、婚姻の自由について論じなかった。民法七三三条は、性別による法的取扱いの区別であるもの⁽⁷³⁾、それを憲法上の権利の制限とはみなかったのである。そこでは、当該区別が憲法の一義的文言に違反するか否か、客観的な法の抵触のみが問題とされたため、最小限度の合理性を判断するにとどまった。

それに対して、最高裁は今回初めて、婚姻の自由が憲法二四条一項により保障される憲法上の権利であると認め⁽⁷⁴⁾た。その内容を、「婚姻をしようか、いつ誰と婚姻をしようかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられる」ことと捉えている。本件規定は、女性について婚姻の時期（いつ）の決定を制約するものであるから、紛れもなく憲法上の権利の制限であり、従ってこの点を考慮に入れた審査が必要となる。そこで本判決は、区別の合理性の判断に当たり、自覚的に、規制の目的と当該目的達成のための手段とを分かって審査の対象としたのである⁽⁷⁶⁾。

目的・手段審査は、尊属殺違憲判決⁽⁷⁷⁾以来、裁判所が法令の平等原則違反を審査する際に用いる基本的な判断枠組みであった⁽⁷⁸⁾。とりわけ近年では、不平等な法令が当事者の重要な権利・利益を侵害する疑いの強い場合、審査対象を腑分けして諸要素の精査を行なうことにより、一定の厳格な審査を可能とする役割を果たしてきたとして

よい。⁽⁷⁹⁾ 本判決も、そうした判例の流れに沿ったものといえるであろう。

このように、最高裁が進んで婚姻の自由を承認したのは、本件を支配すべき先例が、平成七年判決当時と異なっていたためである。同判決はもっぱら昭和六〇年判決⁽⁸⁰⁾（及びこれを踏襲した昭和六二年判決⁽⁸¹⁾）に依拠していたが、本判決においては、その後の平成一七年判決⁽⁸²⁾をも考慮に入れて審査を行なう必要があった。自ずから、判断の枠組みも異ならざるを得ない。⁽⁸³⁾ だが、この点は立法不作為に対する国賠請求の成否とも関わる問題であり、後に改めて取り上げる。ここでは、最高裁が現在の判例法理の下、「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白である」か否かを審査しなければならぬと認識しており、その判断のために、憲法上の権利保障とその制約の存在とを認定する必要があったことを指摘するにとどめよう。

(三) 再婚制限の目的

では、第一の審査、本件規定の立法目的は合理的か。その判断のためには、まず、立法目的そのものの何であるかが明らかにされねばならない。

多数意見はこれを、父性推定の重複回避と父子関係をめぐる紛争発生の防止にあると解した。平成七年判決を踏襲したものである。櫻井裁判官ら六名の共同補足意見のみならず、鬼丸裁判官の意見もまた明示的に多数意見を支持しているから、裁判官の多くがこの見解を共有していたことがわかる。そのように解する根拠について、平成七年判決は何も述べていなかったが、本判決はそれを、本件規定の立法の経緯と嫡出親子関係等に関する民法規定中の位置づけに求めた。明治三十一年法から現行法への移行過程において、本件規定が嫡出推定に関する民法七七二条とともに旧法から引き継がれたことを指摘した後、現行法上の関連規定をいくつか参照している。

これに対して、かかる理解にひとり異を唱えたのが山浦裁判官の反対意見であった。それによれば、本件規定の本来の趣旨は、「血統の混乱を防止する」目的のための手段として、離婚した女性の再婚を禁止するところにあるという。本件規定に先立つ旧法の立法過程に言及し、起草者の見解をも援用しながら、当時の男性にとって再婚した女性の子の生物学上の父が重要な問題であり、生まれた子が自分と血縁のないの知らずに法律上の子としてしまうことを避ける（つまり、血統の混乱を防止する）との生物学的な視点が強く意識されていたと指摘する。こうした性差別的制度が成立したのは、当時、血縁の有無を判断する科学的手段が存在せず、また旧憲法下、家制度を中心とする男性優位社会が国体の基本であったという二つの歴史的・社会的背景があったからだというのである。このような立場からすれば、多数意見のごとき理解は、「血統の混乱防止という古色蒼然とした目的では制度を維持し得なくなっていることから、立法目的を差し替えた」ものにほかならない。⁸⁴

本件規定の立法過程に徴するならば、起草者意思を正しく言い当てているのは山浦反対意見の方であろう。既に見た通り、本件規定の直接の前身たる明治三一年法七六七条、及びそれに先行する明治三二年法三二条以来、この点に関する立法者の説明と学説の理解はほぼ一致し、かつ一貫していた。改めて梅謙次郎の言葉を借りるならば、旧規定が女性につき再婚禁止期間を置いたのは、「血統ノ混乱ヲ防クノ目的」が「唯一ノ理由」⁸⁵だったのである。⁸⁶ほかならぬ本件規定の制定時にも、政府委員は、血統的な観点における混乱の回避を指摘していた。⁸⁷それは、規定の倫理的・道義的意図を否定するために、むしろ強調されたところであったと言えよう。

多数意見は、自らの根拠づけのために、本件規定の立法の経緯を指摘した。その趣旨は要するに、昭和二二年民法改正にも拘わらず、本件規定は明治三一年法からそのまま引き継がれたというにある。そうであればなおのこと、その立法目的につき、旧法起草者の見解を正面から受け止めねばならないはずであった。明示された起草

者意思を黙過したのでは、規定の趣旨・目的を正しく捉えることはできない。その意味で、山浦裁判官の批判も全く理由のないものではなかった。

しかしながら、多数意見の真意は、おそらく山浦反対意見の指摘とは異なったところにあるのではなからうか。多数意見が意図したのは、本件規定の立法目的に関する歴史的事実の記述ではなかった。そこでは、現在の時点で本件規定を正当化することのできる事由が探求されているのであり、法の持ち得る意味の再構成、すなわち法解釈の作業が行なわれているのである。

そもそも、ある法規定の趣旨・目的が何であるかを判断することは、必ずしもたやすい事柄ではない。法運用に通じた裁判官の中ですら、しばしば見解の分かれることがある。尊属殺違憲判決において、刑法旧二〇〇条の立法目的如何につき、多数意見と田中二郎裁判官らの意見との間で大きく理解が異なっていたのはよく知られている。ときには、裁判所の認定する立法目的が、法規定自体の改正がないにも拘わらず、時の経過により変遷してゆくこともある⁽⁸⁹⁾。裁判所とりわけ最高裁判所が従来の法解釈を改め、判例変更を行なうことを認めるならば、その変更が、規定の直接的意味だけでなく、その趣旨・目的にまで及ぶことがあるのは否定できない。裁判所の語る立法目的は、法適用時に持ち得る目的、持つべき目的であり、それ自体、法解釈の所産なのである⁽⁹¹⁾。

山浦反対意見は、本件規定の立法目的につき、立法過程に遡って起草者等の意思を探り、これをそのまま採用した。他方、多数意見は、過去の起草者意思は格別、現在の視点から、本件規定と関連諸規定との整合性を図るために可能な目的を探ろうとした⁽⁹²⁾。起草者意思から離れて、いわば「立法目的を差し替えた」こと自体が直ちに不当であるわけではない⁽⁹³⁾。問題は、その差し替えの説得力である。だが、まさにこの点で、多数意見は必ずしも十全とは言えないように思われる。

まず、昭和二二年民法改正の経緯に言及したのは不用意であった。本件規定が旧規定からの引き継ぎであることを強調したのでは、それにも拘わらずなぜ当初の立法目的とは異なる目的を認定するのか、肝心な点が説明できない。では、関連諸規定を援用したのは説得的であったか。民法が、父性推定の仕組みを設けて法律上の父子関係を早期に定めることとしていること（七七二条一項、七七五条、七七七条）、及び、再婚禁止の除外事由を設けていること（七三三条二項）と父性推定重複の場合に父子関係確定のための手続を設けていること（七三三条）を挙げている。だがこれも、直ちには本件規定が「父性の推定の重複を避けるために、規定された」との結論を導かない。本件規定がそのような諸制度の中に位置しているとしても、それらの背後に何かしら別の目的があることを排除しないからである。山浦反対意見が突いたのもまさにその点であり、「血統の混乱防止」こそが真の目的だと主張したのであった。

このように、多数意見の認定した本件規定の立法目的には、未だ十分に根拠づけられない憾みが遺る。^(93a)それが、反対意見を生じてしまった要因である。

（四）立法目的の合理性

立法目的が定まって初めて、その合理性を問うことができる。認定した目的が異なれば、それに対する評価もまた異なるであろう。

多数意見は、比較的たやすく合理性を認めた。本件規定の目的が、父性推定の重複回避と父子関係をめぐる紛争発生の防止にあると解した上で、父子関係が早期に明確となることの重要性を指摘している。抽象的に捉える限り、これらの事由を不合理だとは言えない。

もちろん多数意見も、他の手段による父性判定の可能性を認めている。医療や科学技術の発達により、安価・

安全に、極めて高い確率で生物学上の親子関係を決定できるようになったという。だが、重要なのは「早期に」定めることであろう。科学的判定に委ねると、一定の裁判手続等を経るまで法律上の父が未定となつて種々の影響が生じるため、子の利益の観点から、煩瑣な手続なしに父性推定の重複を回避する制度を維持することに合理性があるとしたのである。

他方、山浦反対意見によれば、本件規定は「血統の混乱防止という古色蒼然とした目的」に出るものであるから、そのままでは合理性を有し得ない。ただし、必ずしもこれを全面的に退けたわけではなかった。本件規定が「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」という意味を持つ限りで、合理性を否定できないという。すると問題は、女性に対する六か月の再婚禁止が、当該目的にとつて合理的関連性を有するの可否にかかってくるのであり、議論は手段審査へと移行することになる。

(五) 規制内容の合理性

そこで次に、第二の審査、立法目的との関連において、本件規定の規制内容は合理的といえるか。この点でも、裁判官の見解は分かれた。主な対立軸は、再婚禁止期間の長さを問題とするか、それとも再婚禁止期間制度そのものを問題とするかにある。

多数意見は、前者の立場を採った。六か月の期間を一〇〇日以内部分と一〇〇日超過部分とに分かった上で、それぞれが父性推定の重複回避と父子関係をめぐる紛争の防止という目的からみて合理的か否かを検討している。

まず一〇〇日以内部分について、多数意見は、一律に女性の再婚を制約しても、立法目的との関連で合理性を有し、憲法に違反しないという。その理由として、民法七七二条一項及び二項から、女性の再婚後に生まれる子は、計算上一〇〇日の再婚禁止期間を設けると父性推定の重複が回避されることを挙げた。夫婦間の子が嫡出子

となるのは婚姻の重要な効果であり、嫡出子について出産時を起点とする明確かつ画一的な基準で父性を推定し、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のだと、規定の趣旨を強調している。

しかしながら、一〇〇日超過部分は、父性推定の重複回避のために必要な期間とは言えない。多数意見によれば、旧民法七六七条一項が再婚禁止期間を六か月と定めたのは、厳密に父性推定の重複回避のための期間に限定せず、禁止に一定の幅を設けたものであった。そこには、①懐胎の判定が困難で、専門家でも懐胎後六か月程度を要したこと、②再婚後の子の父性判定を誤り血統に混乱を生ずるのを避けること、③諸外国の法律で一〇か月の再婚禁止期間を定める例があったこと、などの事情があったという。それは再婚禁止が旧民法から現行民法に引き継がれた後も同様であり、従って、昭和二二年民法改正時には、当該部分は国会の合理的立法裁量の範囲を超えてはいなかったとする。

だがその後、再婚禁止期間に一定の幅を設けることは正当化できなくなった。なぜなら、①医療や科学技術が発達、②婚姻及び家族の実態が変化するとともに再婚の制約を削減する要請も高まり、さらに③諸外国で再婚禁止期間が廃止されるなど、右に挙げた事情がみな変化したからである。婚姻の自由が憲法上尊重されるべきことや、婚姻前に懐胎した子が生まれるのは再婚のときだけでないことを考慮すると、現在ではもはや、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禁止期間を正当化することはできない。かくて、一〇〇日超過部分は婚姻の自由に過剰な制約を課すものとなっており、立法目的との関連において合理性を欠き、憲法一條一項及び憲法二四條二項に違反すると判断したのであった。

多数意見は、民法上の制度間における整合性の視点から、本件規定の合理性にアプローチしたものと見えよう。子の利益を強調して嫡出推定制度を重視するから、当該制度の維持自体が直ちに合理的とみなされることになる。

すると、現行の再婚禁止期間は長きに失するものの、それを一〇〇日にまで限定すれば、制度の瑕疵が除去されるであろう。だがそれでは、本件規定による婚姻の自由の制限という女性の権利の問題が、法制度間の不整合の問題へと置き換えられ、いわば矮小化されてしまう^(93b)。子の身分関係の安定など子の利益を援用しているが、なぜそれが憲法上の権利・利益を制限し得るだけの価値を持つのか、最も重要な点が看過されているように思われる^(93c)。

このような多数意見に対して、鬼丸裁判官の意見と山浦裁判官の反対意見は、本件規定の全部を違憲とした。だが、両者の間にも見解の相違がある。

鬼丸意見は、多数意見と同様、本件規定の立法目的を、父性推定の重複回避と父子関係をめぐる紛争の防止にあるとみている。また、共同補足意見とともに、およそ父性推定の重複を回避する必要がない場合には本件規定の適用除外を認めることを許容する。

しかし、そうすると、適用除外の範囲は多様かつ広汎となり、本件規定が適用されるのがごく例外的な場合に限定されることになる^(93d)。父性推定の重複回避のため再婚禁止期間を設ける必要がある場合は極めて例外的であるのに、文理上は前婚の解消等をした全ての女性（民法七三三条二項の場合を除く）に対して一律に再婚禁止期間を設けている本件規定を、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は、国会の立法裁量を考慮しても疑問だという。かくて、男性の取扱いとの間には差別を設けた本件規定には合理的根拠がなく、その全部が国会の立法裁量を逸脱するもので、憲法一四一条一項及び二四條二項に違反し無効だとしている。

要するに、多数意見や共同補足意見のごとく、本件規定について一部を違憲とするとともに合憲部分に限定解釈を加えるならば、かえって、婚姻の自由に対し過度に広汎な制限を課することになるといっているのである。鬼丸意

見は、多数意見と共同補足意見の民法解釈自体には与しつつも、それ故にこそさらに進んで、本件規定に文面審査を行なうことを主張したものと見えるであらう。^(93e)

他方、山浦反対意見は、本件規定に対する審査の在り方そのものから議論を始めた。それによれば、本件規定の本来の趣旨は「血統の混乱を防止する」目的を達成するための手段として離婚した女性に再婚を禁止するものであるから、父性推定の重複回避の問題として単にその期間の長短を検討するだけでなく、再婚禁止の制度自体が男女平等と婚姻の自由を定めた憲法に適合するか否かを正面から判断すべきだとする。いわば本件規定に対し、単なる量的アプローチでなく、質的アプローチを採るべきことを主張するものである。

規定本来の趣旨は「古色蒼然とした目的」であり、当該制度を維持し得るものではない。だが仮に、「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」という辛うじて合理性を認め得る目的だとしても、旧民法制定から一〇〇年余の間に科学的・医学的研究は急速な発展を遂げており、DNA検査技術の進歩で生物学上の父子関係を科学的かつ客観的に明らかにすることができるようになった段階においては、右目的を達成するための手段として、再婚禁止期間を設ける必要性は完全に失われた。従って、本件規定はその全部を違憲とすべきなのである。

以上のように、本件規定の合憲性をめぐって、裁判官の評価は区々に分かれた。多数意見は、規定の立法目的につき、立法者の意思を離れて異なる解釈を加えたが、所説を十分に根拠づけることはできなかった。その関心は、主として民法制度間の整合性に向けられており、婚姻の自由を語りながら、ともすれば、女性の権利に対する配慮は制度の背後に退けられているようである。多数意見の重視した嫡出推定制度は、抽象的に捉える限り、

その意義を否定することはできないかもしれない。だが、重要なのは、それが憲法の保護を受ける婚姻の自由の制約を正当化し得るか否かということだったはずである。法政策上の便宜に過ぎない嫡出推定の制度を挙げて、憲法上の権利・利益の制限根拠となす多数意見の思考には、強い疑問を懐かざるを得ない。

五 立法不作為の違法性

(一) 立法行為の国賠法上の違法性

多数意見と個別意見の間で違憲の範囲について見解が分かれたものの、いずれにせよ、本件規定には憲法一四一条一項及び二四条二項に違反する瑕疵のあることが示された。では、国会がこれを改廃する立法措置をとらなかつたことを理由に、損害賠償を求めることができるか。本件規定の合憲性を争う訴訟はいくつか考えられるが、当事者は、憲法に違反する法律を改廃しない立法不作為が違法だとして、国家賠償責任を問う途を選んだ。⁽⁹⁴⁾

周知のように、判例は当初、国会議員の立法行為に国賠法上の違法性を認めることには極めて消極的であった。⁽⁹⁵⁾ 在宅投票制廃止違憲訴訟（昭和六〇年判決）において、最高裁は、国会議員の立法行為（立法不作為を含む）が国賠法一条一項の適用上違法となるか否かの問題と、立法内容の違憲性の問題とを区別した。仮に立法の内容が憲法に違反するとしても、その故に国会議員の立法行為が直ちに違法の評価を受けるものではないという。国会議員は立法に関して、原則として、国民全体に対し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法的義務を負うものではないから、「国会議員の立法行為は、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とき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法一条一項の規定の適用上、違法の評価を受けない」と説示している。⁽⁹⁶⁾

その後しばらく、この判断が先例として実務を支配した。⁽⁹⁷⁾ 本件規定の合憲性に初めて判断を下した平成七年判

決も、その一例にほかならない。のみならず、最高裁は、右説示の適用範囲を拡張する可能性すら示唆していた⁽⁹⁸⁾。しかしながら、下級審の中に、こうした判例の流れに歯止めをかける試みが現れる。いわゆるハンセン病訴訟（西日本訴訟⁽⁹⁹⁾）で、熊本地裁が、国会議員の立法不作為に国賠責任を認める可能性を開いた⁽¹⁰⁰⁾。旧らい予防法はハンセン病患者の強制隔離制度を設けていたが、医学の進歩及び社会的認識の変化によって隔離の必要のないことが明らかになったにもかかわらず、なお国会が法改正を怠っていたとして、当該立法不作為の違法性を認定したのである。

もちろん同判決も、昭和六〇年判決以降の諸判決を認識していた。だがそれらは、患者の隔離という極めて重大な自由制限を課した法律に関する訴訟とは全く事案を異にすると述べ、区別（*distinction*）の手法を用いて先例の拘束を免れようとする。一連の最高裁判決が、「立法行為が国家賠償法上違法と評価されるのは、容易に想定し難いような極めて特殊で例外的な場合に限られる」旨判示していることを指摘しつつ、しかし、「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している」ことは、立法行為の国賠法上の違法性を認める絶対条件ではなく、立法行為が国賠法上違法と評価されるのが、極めて特殊で例外的な場合に限られることを強調したにすぎないという。その上で、法律に隔離規定が存続することによる人権被害の重大性とこれに対する司法的救済の必要性に鑑みて、他にはおよそ想定し難い極めて特殊で例外的な場合として、隔離規定を改廃しなかった国会議員の立法不作為に、国賠法上の違法性を認める判断を下したのであった⁽¹⁰¹⁾。

この判決は、国の政治的配慮により控訴されなかったため、上級審の判断を仰いではいない。だがその後、全く別の事件において、最高裁自身が立法不作為に対する国賠訴訟の可能性を一部認めるに至った。

在外国民選挙権訴訟（平成一七年判決⁽¹⁰²⁾）では、公選法が在外国民に国政選挙の投票を認めていなかったのは憲

法一五条一項等に違反するとして、法改正の懈怠により選挙権が行使できなかったことを理由に国家賠償等が求められた。最高裁は、①国会議員の立法行為または立法不作為が国賠法上違法となるか否かの問題と、当該立法内容または立法不作為の違憲性の問題は区別されるべきこと、②仮に立法内容または立法不作為が憲法に違反するとしても、その故に国会議員の立法行為または立法不作為が直ちに違法の評価を受けるものではないことを認めた。しかし、③立法内容または立法不作為が国民の憲法上の権利を違法に侵害す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または立法不作為が国賠法一条一項の適用上違法の評価を受けるといふ。その上で、④在外国民も国政選挙での投票が憲法上保障されており、この権利行使の機会を確保するには在外選挙制度などの立法が必要不可欠だったにも拘わらず、一〇年以上何らの立法措置も執られなかった。かかる著しい不作為は右の例外に当たり、また過失の存在も否定できないとして、損害賠償を認めたのであった。

平成一七年判決自身は、右説示が昭和六〇年判決と異なる趣旨ではないとする^(四)。だが、たとえ判例変更でないとしても、先例に含まれなかった新たな判断を付加したのは明らかであり、これにより昭和六〇年判決の射程が一定程度限定されることとなった。それゆえ本判決では、平成七年判決のようにたやすく国賠請求を却けるのではなく、本件規定が憲法上の権利を侵害するか否か、仮に侵害するとすれば、その改正を怠る立法不作為が国家賠償責任を生ぜしめるか否かが、改めて問われねばならなかったのである。

(二) 国賠請求の成否 — 本件不作為の違法性判断

では実際に、本件規定を改廃しない立法不作為の違法性は、いかなる判断枠組みの下で審査されたのか。多数

意見は、大要次のように述べた。すなわち、①国会議員の立法行為または立法不作為が国賠法一条一項の適用上違法となるか否かと、立法内容の違憲性の問題とは区別さるべきである。②仮に立法内容が憲法に違反するとしても、国会議員の立法行為または立法不作為が直ちに国賠法上違法の評価を受けるものではない。もつとも、③法律の規定が憲法上保障されまたは保護されている権利利益を合理的理由なく制約して憲法に違反することが明白であるにも拘わらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合などは、例外的に、その立法不作為が国賠法一条一項の適用上違法の評価を受けることがある。

多数意見はここで、昭和六〇年判決及び平成一七年判決を引用しているから、右説示は先例を踏襲したものと理解しているであろう。だが、子細に検討すると、本判決と先例との間には若干の相違があるように思われる。それは、③の説示に現れているように。

平成一七年判決は、国会議員の立法行為または立法不作為が国賠法上違法となる例外的要件として、(i)立法内容または立法不作為が国民の憲法上の権利を違法に侵害することが明白な場合と、(ii)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とを挙げていた。他方、本判決では、それが「法律の規定が憲法上保障されまたは保護されている権利利益を合理的な理由なく制約して憲法に違反すること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その改廃等の立法措置を怠る場合」と再定式化されている。平成一七年判決(i)では、憲法上の権利侵害の明白さが直ちに違法性を根拠づける可能性が示されていたのに対し、本判決では、先例に含まれていなかった「長期の懈怠」の要件が付加されており、その限りで、違法性認定の可能性を限定することになってしまったのではなからうか。

これらを総合的に理解しようとしたのが、千葉裁判官の補足意見であった。平成一七年判決を前段部分(ii)と後段部分(ii)に分け、本件は前段部分と同様のケースであるとす。その上で、「多数意見で示された一般論は・・・国会議員の職務行為である立法的対応がどのように国家賠償法上違法になるのかについての全体的な判断の枠組みを示したものであり、「平成一七年判決の判示する判断基準は・・・今回整理し直され・・・今後は、この点の判断基準は、本件多数意見の示すところによることとなる」と述べている。学説の中にも、この補足意見を裁判所自身による先例との整合性の説明とみて、高く評価するものがある。¹⁰⁹

千葉補足意見は、平成一七年判決(i)が「昭和六〇年判決と同様に、当然に違法となる極端な場合を示した」とのと理解しており、本件もこれと同様のケースだという。しかし、本判決の定式化では、その(i)について「長期の懈怠」の要件が加えられているのであり、しかも本件自体を「当然に違法となる極端な場合」とみてはいない。従って、本判決をもって単に平成一七年判決を踏襲したものと捉えることは困難なのではないかと思われる。^{109a}

実際、この枠組みの下で、多数意見は本件不作為の国賠法上の違法性を認めなかった。本件規定のうち一〇〇日超過部分は、法制定後の諸条件の変化に伴って合理性を失ったが、①平成七年判決は、民法七三三条を改廃しなかった立法不作為が違法だとしておらず、立法政策に委ねるのが相当と国会議員が受け止めてもやむを得なかった。また②再婚禁止期間の短縮を含む民法改正要綱や法律案要綱は、一〇〇日超過部分の違憲性を前提したものではなかった、などの理由を挙げて、一〇〇日超過部分が違憲であることが国会にとって明白だったとは言えないとしたのである。¹¹⁰

これに対して、ひとり山浦反対意見が国賠請求を認容すべきだとした。立法不作為の国賠法上の違法性判断基準については多数意見に同調しながら、その本件への適用には異論があるというのである。

その理由として、①平成七年判決の事案（立法不作為の判断基準時）が平成元年であったのに対し、本件は平成二〇年の事案であり、その間の検査技術の発達により、生物学上の父子関係を容易かつ正確に判定することができるようになったこと、②婚姻や家族をめぐる国民意識や社会状況が変化したこと、③再婚禁止期間制度を廃止する諸外国の傾向が明らかとなり、また国際委員会から本件規定廃止の勧告が繰り返しなされていること、などを挙げている。本件規定の違憲性は、平成二〇年よりも相当前に国会にとって明白となっており、その改正に困難はないから、遅くとも平成二〇年時点では、正当な理由なく立法措置を怠ったと評価するに足る期間が経過していたという。その上で、国会の過失も否定できないとして、当事者が離婚後直ちに再婚できないことで被った精神的苦痛に対し、賠償請求を認めるべきだとしたのである。

注目すべき見解と言えるかもしれないが、反対意見自身が詳細に論じながら、なお多くの裁判官の支持を受けられなかった本件規定の全部違憲の評価が、事前に国会にとって明白であったと論ずることは、少なからず無理があるように思われる。

六 むすび

損害賠償は却けられたが、それは必ずしも本件訴訟の真の目的ではなかった。女性の婚姻の自由を妨げる法律を変えることこそが、当事者の願いだったからである。本判決によって、その企図の少なくとも一部は達せられることとなった。

判決の下された後、直ちにこれに対応したのは行政であった。はやくも判決当日、法務省が全国の市町村に向けて、違憲判決の言渡しに伴う新たな戸籍実務の取扱いを指示している¹⁰⁾。それによれば、前婚の解消または取消の日から六か月を経過していない婚姻届も、一〇〇日を経過している場合には、本件規定が改正される前

あつても受理できるものとされた。規定の違憲性を、多数意見に即して除去するための措置である。⁽¹¹⁾

国会の取組みには多少の時日を要したが、平成二八年六月、民法の一部を改正する法律（同年法律七一号。以下、改正法という）により本件規定が改正された。⁽¹²⁾六か月の再婚禁止期間を一〇〇日に短縮するとともに、二項を改め、本件規定の適用除外要件として、新たに「女が前婚の解消又は取消しの時に懐胎していなかった場合（一号）」と「女が前婚の解消又は取消しの後に出産した場合（二号）」の二つを置いている。⁽¹³⁾多数意見のみならず、櫻井裁判官らの共同補足意見の指摘をも取り入れて法制化を行なったものである。本件規定の目的が嫡出推定の重複回避にあるからには、重複のおそれないことが客観的に明白な場合には再婚を制限する理由がない。共同補足意見は、法解釈の形で再婚禁止の適用除外をいくつか提唱していたが、旧二項の文言からその内容を読み取ることが困難であるため、条文そのものを変更したのであつた。⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾

このようにして、国会は確かに、比較的すみやかに本判決の趣旨を具体化する法改正を行なったとしてよい。だが、これにより、婚姻及び家族に関する事項について具体的な法制度の形成を委ねられた国会の責務が、十分に果たされたと言えるだろうか。

今回の改正法は、要するに、最高裁の認定した本件規定の違憲性を治癒するためのものであつた。再婚禁止期間の短縮とともに、期間内における柔軟な法運用の可能性が開かれたが、それもまた、裁判官らの述べた意見を後追いついたに過ぎない。未だそこに、国会自身の意思を窺うことはできないであらう。

裁判所は、家族制度や婚姻制度そのものを創設する役割を持たない。ただ、既存の制度が憲法に適合するか否かを事後的に審査するにとどまる（八一条）。違憲と決定された限りで当該制度は効力を失うが（九八条一項）、これを改めて新たな制度を形成するのは、なお国会の権限であり、義務である（二四条二項）。

婚姻にはさまざまな法的効果が伴うが、離婚した女性は、一定期間婚姻制度の利用が妨げられ、その利益を享受することができない。近年その不都合が強く認識されるようになり、女性のみを対象とする再婚禁止期間制度には、憲法の観点から、また政策的な観点から多くの批判が寄せられてきた。それゆえ国会は、単に本件規定の違憲性を取り除くだけでなく、いま一度、現在のわが国に相応しい婚姻制度はいかなるものか、正面から検討する必要があるはずである。そのような実質的政策的議論を交わすことなく、ただ本判決に従った法改正を行なっただけでは、唯一の立法機関として家族や婚姻に関する法制度の形成を委ねられた国会の責務を果たしたとは評し難いであろう。

もとより、そのためには、現行法の相当程度の見直しが必要となる⁽¹¹⁾。わずか六か月では実行困難な作業であつたとの事情も、理解し得ないわけではない。国会の中にも多少の自覚があつたものか、衆議院法務委員会において、改正法（案）に附則を一項追加する修正が行なわれた。

附則2 政府は、この法律の施行後三年を目途として、この法律による改正後の規定の施行の状況等を勘案し、再婚禁止にかかる制度の在り方について検討を加えるものとする。

修正理由についての議論はほとんどみられない。だが、規定自体から忖度するならば、国会もまた再婚禁止制度の再検討の必要性を認識しており、当面は本判決に従った法改正にとどめるが、将来的にはさらに大きな改革もあり得ることを想定しているのだろうか。本条項に対しては、再婚禁止制度の在り方は国民の生活に直接影響するものであるから、改正後の規定の施行状況等を勘案しつつ、制度の在り方について検討を加えることとされたのだとして、一定の評価を与える見解もある⁽¹²⁾。

だが、本条項が「政府」に対する指示にとどまっている点には、なお若干の疑問を呈しておきたい。憲法は、

家族や婚姻制度の具体化を法律事項としている。制度形成の責務を果たさねばならないのは国会自身であつて、政府による法施行状況の調査と検討は、その前段階に過ぎないのである。本条項に基づき、三年後、政府が改正法の施行状況についていかなる評価を下すのか、そして何よりも、政府の検討を受けて国会自身がいかなる制度形成を行なうのか。⁽⁷⁰⁾今後の展開を注視し、政府や国会の活動に政治的統制を及ぼすことが、主権者たる国民の役割となるであろう。

註

(71) 判時一五六三号八三頁。

(72) 厳密に言えば、平成七年判決は、民法七三三条の立法趣旨が合理的だと明示的に述べているわけではない。だが、「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一四一条一項に違反するものではない」と説示する以上、立法趣旨の合理性に対する何らかの評価がなければ、合憲・違憲の判断を導き得ないであろう。たとえそれが、同条が「憲法の一義的な文言に違反している」か否かを問うだけの、いかにも緩やかな審査であり、そこまでの違憲性は有しないとすぐ緩やかな合憲判断であつても、それに相応する程度の極めて緩やかな合理性を認めたものと解さなければならぬ。

(73) この点についても、同判決は、民法七三三条が性別による区別に当たると明言してはいない。だが、法的区別が存在しないならば、そもそも、憲法一四一条一項違反の要件に関する説示は全く無意味となつてしまう。説明すべき事柄を明確に語ろうとしないのは、最高裁のしばしば陥る悪癖の一つである。

(74) これまで最高裁において、当事者側が婚姻の自由を主張した例はある(例えば、最大判昭和六〇年一〇月二三日、刑集三九卷六号四一三頁(福岡県青少年保護育成条例事件)参照)。平成七年判決もその一つであつたが、最高裁の容れるところではなかつた。他方、「婚姻予約不履行につき慰籍料支払義務を認めることは婚姻の自由を侵す」との主張に対し、「当裁判所の採用し得ない独自の見解」だとしてこれを却けた例がある(最判昭和三十七年一二月二五日、

集民六三九号九三九頁、判タ一四八号八八頁)、必ずしも婚姻の自由を積極的に否定する趣旨とは解されない。

下級審段階ではいくつつか、憲法一三条、二四条などを挙げて「結婚の自由」を憲法の保障する基本的人権の一つと認めた裁判例がある(東京地判昭和四一年二月二〇日、判時四六七号二六頁(住友セメント事件)、千葉地判昭和四三年五月二〇日、判時五一八号二四頁(茂原市結婚退職制事件)、名古屋地判昭和四五年八月二六日、判時六一三号九一頁(山一証券事件)、大阪地判昭和四六年二月一〇日、判時六五四号二九頁(三井造船事件)等)。いずれも、女性の結婚退職制や出産退職制が婚姻の自由の侵害に当たり、法律上も違法と判断したものである。

(75) より正確には、「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」と述べている。取材の自由に関する説示を想起させるが(最大決昭和四四年一月二六日、刑集二三卷一四九〇頁(博多駅テレビフィルム提出命令事件)、最決昭和五三年五月三一日、刑集三三卷三三四五七頁(外務省秘密漏洩事件)、最判平成元年一月三〇日、刑集四三卷一〇九頁(日本テレビ事件)、最大判平成元年三月八日、民集四三卷二号八九頁(レベタ訴訟)、最判平成二年七月九日、刑集四四卷五号四二二頁(TBS事件)、最決平成一八年一〇月三日、民集六〇卷八号二六四七頁(NHK記者事件)等参照)、その表現はともあれ、最高裁が婚姻の自由を憲法上の権利と認めたことに疑いはない。さもなければ、法律による規制が直ちに憲法違反となることはないであろう(何かしらの条項、客観的な憲法規範に違反する場合は別論である)。

なお、最高裁が婚姻の自由につき取材の自由と同様の表現を用いたことについて、「婚姻の自由が保障内容の憲法上あらかじめ定まっている権利・自由と違い、その具体的な内容についてはこれを具体化する制度との関連で国会にある程度の立法裁量を認めざるをえないため」だとする理解がある。畑尻 剛「制度か個人か―再婚禁止期間と夫婦同氏制に関する最高裁大法廷判決をめぐって―」白門六八卷五号四二頁註(7)。確かに、婚姻そのものが法律で制度化される以上(二四条二項)、婚姻の自由の内容にも一定の立法裁量を認めざるを得ないであろう。だが、取材の自由については、憲法は、何が取材であるか権利の内容形成を国会に委ねているわけではないから、両者を同列に論ずることはできないように思われる。

(76) 千葉裁判官の補足意見は、本判決を、一般的な平等原則違反の審査とは異なるものと捉えている。それによれば、不平等な法令の合憲性審査においては、通常、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を審査し、

いずれも認められる場合にはそのまま合憲性が肯定される。国会の制定した法制度内の不平等では、当該法制度の制定が広い立法裁量に属し、理論的形式の意味合いの強い立法目的とその手段の合理性審査で足りとする。他方、本件のように、立法目的が正当でも、その達成手段たる措置が憲法上の自由を損なう場合、立法目的を達成する手段それ自身が実質的に不当でないか否か（手段の採用自体が立法裁量の範囲内か否か）もさらに検討する必要があるというのである（民集六九卷八号二四四五頁）。

本判決が、規制手段の合理性判断において、婚姻の自由の制約という視点を取り入れたのは確かであろう。しかし、手段審査の密度を高めるのは、そのような場合に限られない。例えば尊属殺違憲判決では、尊属に対する犯罪につき刑を加重すること自体は合理的だが、加重の程度の極端な点が不合理と認定された。刑法旧二〇〇条は、特段憲法上の権利を侵害するものではなかったが（当時、憲法が「殺人の自由」を保障するなどとは解されていなかった）、なおその手段が立法裁量の範囲内か否かが問われたのである。同条の目的が合理的であるならば、むしろ、刑の加重の程度如何は立法裁量に属すると主張した、田中裁判官らの意見や下田裁判官の反対意見と対比してみるとよい。

いま一つ、千葉補足意見は、本判決と最大決平成二五年九月四日（非嫡出子相続分差別違憲決定）とを比べている。平成二五年決定においては、最高裁は、差別的取扱いに関する諸事情全てを考慮した上で合理的根拠の有無を判断したが、本件では、規定の立法目的・手段の合理性等の有無を明示的に審査した。千葉によれば、立法目的の理解に検討を要した平成二五年決定と異なり、本件は「父性推定の重複回避」という立法目的が単一で明確であるため、立法目的・手段の合理性等の有無を明示的に審査するにふさわしいケースであり、そのような審査を行なったというのである。

しかし、民法（旧）九〇〇条四号但書前段にも、立法に際して一定の趣旨・目的があつたはずであり、仮に立法目的の理解に検討を要したとしても（本判決における多数意見と反対意見の対立を想起されたい）、それが直ちに総合的判断の必要性を導くわけではない。審査手法の相違は、平成二五年決定が右条項の違憲性の認定根拠を様々な要因の変化に求めたからである。規定の制定後、諸要因が変化したが、そのいずれか一つによつては違憲性を根拠づけられないとしても、それらを総合すれば違憲となるというのであり、そこでは総合的判断が不可欠であった。他方、本件では、考慮・検討すべき要因が比較的限定されていたので、総合的判断という手法を採らなかつたものと思われる。

(77) 最大判昭和四八年四月四日、刑集二七卷三号二六五頁。

(78) 例えば、最判昭和四九年九月二十六日、刑集二八卷六号三二九頁(尊属傷害致死罪違憲訴訟)、最大判昭和六〇年三月二十七日、民集三九卷二号二四七頁(サラリーマン税金訴訟)、最大決平成七年七月五日、民集四九卷七号一七八九頁(非嫡出子相続分差別合憲決定)、最判平成二三年六月二二日、刑集五五卷四号二四九頁(地方税法違反被告事件)、最判平成一六年一月二日、集民二一五号五一七頁、判時一八八三号四三頁(弁護士夫婦事件)、最判平成二七年三月一〇日、民集六九卷二号二六五頁(国籍確認請求訴訟)等参照。

もとより、目的・手段審査は平等原則違反固有の判断枠組みではない。その他の違憲主張を審査する際にも、しばしば用いられている。例えば、憲法二三条違反の審査の例として、最判平成七年二月一日、刑集四九卷一〇号八四二頁(指紋捺捺訴訟)、最判平成九年一月十七日、刑集五一卷一〇号八五五頁(外国人登録確認制度違憲訴訟)等がある。憲法二二条一項に関する最大判昭和四七年一月二二日、刑集二六卷九号五八六頁(小売市場事件)、最大判昭和五〇年四月三〇日、民集二九卷四号五七二頁(葉事法違憲判決)、二九条二項に関する最大判昭和六二年四月二二日、民集四一巻三号四〇八頁(森林法違憲判決)もよく知られた例である。そのほか、比較考量や総合的判断を行なった事例においても、規制の目的やその手段は、規制の効果とともに重要な考慮要素の一つとされることが多い。要するに、法律の目的や目的達成のための手段を考慮に入れることなく、法律の合憲性を判断するのは困難だということであろう。

(79) 例えば、最大判平成二〇年六月四日、民集六二巻六号一三六七頁(国籍法違憲判決)、最大決平成二五年九月四日、民集六七巻六号一三二〇頁(非嫡出子相続分差別違憲決定)がそれに当たる。前者につき、拙稿・亜細亜法学四四巻一号(二〇〇九年)参照。後者については、しばしば目的・手段審査を用いなかったかのように評されることがあるが(例えば、糠塚康江・法学教室四〇〇号八四頁(二〇一四年)、野坂泰司・平成二五年度重要判例解説(ジュリス卜臨増一四六六号)一五頁(二〇一四年)等)、同決定は基本的に最大決平成七年七月五日、民集四九巻七号一七八九頁に依拠しつつ下されたものであることを想起すべきである。拙稿・亜細亜法学四九巻一号(二〇一四年)参照。

(80) 最判昭和六〇年一月二二日、民集三九巻七号一五二二頁(在宅投票制廃止違憲訴訟)。
 (81) 最判昭和六二年六月二六日、集民一五一号一四七頁、判時一二六二号一〇〇頁(戦傷病者戦没者遺族等援護法違憲訴訟)。

(82) 最大判平成一七年九月一日、民集五九卷七号二〇八七頁（在外国民選挙権訴訟）。本判決については、拙稿・亜細亞法学四一巻一号（二〇〇六年）参照。

(83) この点、下級審はいずれも、平成一七年判決を引用しながら、本件規定が婚姻の自由の制限に当たると否かを正面から論じていない（岡山地判平成二四年一〇月一八日、判時二一八一号一二四頁、広島高岡山支判平成二五年四月二六日、民集六九卷八号二五八二頁）。当該権利への言及はあるものの、ほとんど実質的な検討を行なうことなく、本件立法不作為をもって憲法上の権利に対する違法な侵害が明白な場合には当たらないとしており、平成一七年判決に即した判断とは言い難いものであった。地裁判決については、佐々木・註（一）論文六頁も、平成一七年判決が「法令の違憲性を判断した上で国賠法の違法を審査して」いた点を指摘して、地裁が「同様の論証を何故採用しなかったのか」説明がほしかったと疑問を呈している。

(84) もっとも、多数意見は必ずしも、血統の混乱防止という目的を全く無視したわけではなかった。それは、再婚禁止期間の長さを評価する視点として用いられている。多数意見は、当該期間が父性推定の重複回避に必要な一〇〇日ではなく、六か月とされた根拠として、①再婚後に前夫の子が生まれる可能性を少なくして、家庭の不和を避ける観点、②再婚後の子の父子関係をめぐる紛争を減らして、父性判定を誤り血統の混乱を避ける観点、及び③諸外国の法律で一〇か月の再婚禁止期間を定める例がみられた事情、の三点を挙げた。そこでは、血統の混乱防止が、再婚禁止期間の目的それ自体でなく、当該期間に六か月の幅を設けた根拠の一つと位置づけられている。すなわち、当該観点が、立法目的のレベルから目的達成のための手段のレベルへと、いわば「格下げ」されているのである。

だが、これも既にみたように、明治三二年法が禁止期間を四か月から六か月にした理由については、懐胎期間が長期に及ぶ可能性を挙げる見解と、懐胎の判断の困難さを指摘する見解が有力であった。血統の混乱防止は、再婚禁止期間を設けることそれ自体の根拠とされていたのであり、決して、その期間の長さを論ずるために援用されたものではなかった。註（18）参照。

(85) 梅謙次郎・註（24）書九二頁。

(86) 明治三二年法の制定直後から、再婚禁止期間を嫡出推定（旧八二〇条）と結びつけて理解する見解のあったことは、先に指摘しておいた。註（27）参照。のみならず、明治三二年法の時期にも既に、同様の議論がみられる。森 順正

講述『民法人事編講義』一〇三頁(明治二九(一八九六)年、復刻版二〇〇六年)は、「其独居ノ期間ヲ六个月トナシタル所以ハ第九十条ニ依レハ婚姻儀式ノ日ヨリ百八十日後ニ生レタル子ハ婚姻中ニ懐胎シタルモノト推定セラルルニ今独居期限ヲ設ケス婚姻解消後直チニ再婚シ其再婚ヨリ百八十日後ニ生レタル子アル場合ニハ果シテ前夫ノ子ナル乎将タ新夫ノナルヤヲ認ムル能ハスシテ血统混合ノ患ヲ生スレハナリ」と述べていた。だがそこでも、再婚制限の「目的」が嫡出推定にあるとされているわけではないことは確認しておこう。

(87) 註(37) 参照。大伏由子「判批」『新・判例解説Watch』一九九一〇七頁(二〇一六年)は、「本条の立法趣旨が七十二条による父性推定の重複回避にあることは本条の沿革当初から一致」していたと述べているが、必ずしも正確ではない。

(88) 本件規定制定時の議論については、註(36) 参照。学説においても、本件規定にはひそかに道徳的な意図や父権意識があるのではないかと指摘がなされてきた。例えば、島津一郎『家族法入門』九六頁(一九六四年)、加藤・註(49) 論文三三三六頁などがある。立石直子「婚姻の自由とジェンダー」民法七三一条・七三三条・七五〇条の改正に向けて問われること―ジェンダーと法七号一九、二〇頁(二〇一〇年)は、後婚の夫や家産を保護する視点もあつたと指摘している。大村敦志『新基本民法7』一二二頁(二〇一四年)も参照。このような批判を回避するために、「血统の混乱防止」という機能的側面が強調されねばならなかったのである。

なお、村上一洋は、本件規定をもって、民法旧九〇〇条四号但書前段とともに「差別的意図を持つ立法」の一つと位置づけている。井上「差別的意図を持つ立法の合憲性について―非嫡出子相続分差別規定違憲決定および再婚禁止期間違憲判決を素材にして―」広島法学三九巻四号(二〇一六年)。アメリカ判例理論の枠組みに捉われているのかもしれないが、本件規定が真に「差別的意図の明確性」(四〇頁)を示しているとするならば、手段の如何を問わず直ちに違憲と評価すべきではないかとの素朴な疑問を禁じ得ない。

(89) 一例として、公衆浴場法の適正配置規制を挙げよう。都道府県知事は、公衆浴場の設置の場所が配置の適正を欠くと認めるときは、営業の許可を与えないことができる(同法二条二項)。配置の基準は条例で定められるが(同三項)、その際しばしば距離制限が設けられてきた。

最高裁は当初、右規定をもって、公衆浴場の偏在による利用の不便や濫立による経営の不合理化、衛生設備の低下

等を「国民保健及び環境衛生の上から・・・防止する」ための規制だと解していた（最大判昭和三〇年一月二六日、刑集九卷一号八九頁）。その後しばらく、この判断を踏襲している（最判昭和三二年六月二五日、刑集一一卷六号一七三三頁及び最判昭和三五年二月一日、刑集一四卷二号一九九頁）。

ところが最高裁は、後に一部見解を改めた。同規定は、主として「国民保健及び環境衛生」という公共の福祉の見地から出たものだが、「他面、同時に、無用の競争により経営が不合理化することのないように濫立を防止することが公共の福祉のため必要であるとの見地から、被許可者を濫立による経営の不合理化から守ろうとする意図をも有する」と述べ、適正な許可制度の運用によって保護される業者の営業上の利益を、単なる事実上の反射的利益でなく、同法の保護する法的利益と解するに至る（最判昭和三七年一月一九日、民集一六卷一号五七頁）。これに対しては、池田克裁判官の意見が、右適正配置規制は「公衆浴場が国民多数の日常生活に必要欠くべからざる厚生施設であることにかんがみ、公衆衛生の維持、向上を図ろうとする公益的見地に出たものであつて、直接業者の経済的利益を保護する趣旨に出たものでない」と批判した。また、奥野健一裁判官の反対意見も、右「制限は専ら公衆衛生上の見地からなされるものであつて、既設公衆浴場営業者の保護を目的とするものではない」と述べている。

その後、最高裁はさらに進んで、公衆浴場の公共性を強調し、住民の需要に應えるためその維持、確保を図る必要があると認めるようになる。公衆浴場の経営が困難な状況にある今日、「公衆浴場業者が経営の困難から廃業や転業をすることを防止し、健全で安定した経営を行えるように種々の立法上の手段をとり、国民の保健福祉を維持することは、まさに公共の福祉に適合するところであり、右の適正配置規制及び距離制限も、その手段として十分の必要性和合理性を有している」と述べ、右規定を正面から積極的、社会経済政策的な規制目的に出たものと位置づけた（最判平成元年一月二〇日、刑集四三卷一号一頁）。のみならず、最高裁はその直後に、また一つ異なる判断を下す。「法二条二項による適正配置規制の目的は、国民保健及び環境衛生の確保にあるとともに・・・既存公衆浴場業者の経営の安定を図ることにより、自家風呂を持たない国民にとって必要不可欠な厚生施設である公衆浴場自体を確保しようとすることも、その目的としている」と述べ、規制目的の複合性を認めたのである（最判平成元年三月七日、集民一五六号二九九頁、判時一三〇八号一一一頁）。

公衆浴場法の適正配置規制は、昭和二五年法律一八七号による改正で追加されたものである。国会の審議では、提

案理由の説明に際し、公衆浴場の偏在を避けて配置の適正を図ることにより、多数者に利用の便宜を与えらるるとともに、濫立による経営の行き詰まりから浴場の衛生設備等が低下するのは、公衆衛生上憂慮すべきことだと述べられていた。また、浴場の接近により近隣住民が煙突からの煤煙を受けて迷惑がかかるので、距離を広げて制限することが公共の福祉のためになると指摘する議員もあつた(第七回国会衆議院会議録厚生委員会第三四号)。

このように、右規制は当初、国民保健及び環境衛生上の目的に出たものと理解されていた。以来、この規定が改正を受けた事実はない。ここに積極的、社会経済政策的目的を読み込んだのは、国会でなく最高裁自身だったのである。

(90) 裁判所法一〇条三号は、判例変更のために最高裁大法廷を要求している。まさにそのことが、現行法上、判例には一定の法的効力(拘束力)があり、かつ、場合によってその変更が認められることを意味しているのである。

(91) 木村草太は、立法目的を、その法律により何を実現すべきかを示した規範たる立法趣旨のことだと解した上で、端的に、「立法目的は、解釈により構成される規範である」と述べている。木村「立法の法的統制―立法裁量・立法目的・立法事実」憲法理論研究会編『変動する社会と憲法』二三頁(二〇一三年)。

(92) 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―」論究ジュリスト一八号八八頁(二〇一六年)は、この過程を「立法事実の変化による立法目的の比重の変化」と呼んでいる。その変化は、立法者でなく、裁判所自身によつてもたらされたものである。

(93) 前田達明は、「立法者が想定した『法目的』……とは違った『法目的』、すなわち解釈者(裁判所)の考えるところの、当該法文によつて実現しようとする価値……が存在する」と述べている。前田「法の解釈(上)―価値判断」書齋の窓六四七号四四頁(二〇一六年)。

(93 a) 大竹昭裕「判批」青森法政論叢一七号(二〇一六年)は、「日本国憲法制定以前から続く規定の立法目的は、当該規定制定時の議論に拘泥するのではなく、憲法との整合性を見定めつつ捉え直して見る必要がある」(二二三頁)としながらも、多数意見に対しては「立法経緯や父性推定重複回避の意味など、もう少し丁寧な検討がなされてもよかったのではないか」(二三三頁)と批判的である。

(93 b) 建石真公子「判批」判時二二八四号五五頁(二〇一六年)も、本判決を「親の婚姻の自由と、子の親を確定する利益の関係において、制度的に親を確定することを優先させた」と評している。

- (93 c) 佐々木雅寿「民法七三三条および民法七五〇条の合憲性」月報司法書士五三二号八〇頁(二〇一六年)は、本件規定がむしろ「子の不利益の原因となっている」こともあるという。
- (93 d) 尾島 明「判批」法律のひろば六九卷四号六八頁(二〇一六年)にも、同様の指摘がある。
- (93 e) 辻村みよ子『憲法と家族』二四五頁(二〇一六年)も参照。
- (94) 離婚後六か月を経過しない婚姻届が受理されなかった場合に、その不受理を争い、あるいは受理の義務づけを求める訴訟を提起することも考えられよう。しかし、一般に訴訟は相当の時日を要するものであり、提訴後に再婚禁止期間が経過してしまうと、訴えの利益が失われることになりかねない。「繰り返すが審査を免れる (capable of repetition, yet evading review)」事例の典型と言えようが、わが国の裁判所は、そのような事件に対する審理を認めてこなかった。本件自体は、離婚後六か月を経過して次の婚姻が成立した後の訴えであり、国賠請求訴訟が、事後的に本件規定の合憲性を争うほとんど唯一の手段だったであろう。
- (95) 学説では、例えば尾吹善人『憲法教科書』(一九九三年)が、「国家賠償制度のどんな先進国でも、いまだかつて、議会の立法行為を裁判所が不法行為扱いすることができるといふ、まともな議論をみたことがない」(一六〇頁)、「国会の立法・不立法に対する国家賠償法の適用は全面否定されなければならない」(二五一頁)と述べていた。「違憲の立法不作為に基づく賠償請求権をめぐる司法審査などありうるはずがな」く、「立法不作為の違憲審査という問題は、作り出された虚構の問題だ」(二五二頁)と断じている。しかしながら、尾吹の強い批判にも拘わらず、学説・判例とも、次第に立法行為を対象とする国賠訴訟を容認するようになる。その動向については、宇賀克也「立法不作為の国家賠償法上の意義と効果―最大判平成二七年二月一六日を契機に」法の支配一八三号八四頁以下(二〇一六年)が詳しい。
- (96) 民集三九卷七号一五一五頁。
- (97) 平成七年判決以前に昭和六〇年判決を踏襲した例として、最判昭和六二年六月二六日、集民一五一号一四七頁、判時一二二二号一〇〇頁(戦災補償請求訴訟)、最判平成二年二月六日、訟務月報三六卷一二号二二四二頁(西陣ネクタイ訴訟)、最判平成五年九月一〇日、税務訴訟資料一九八号八一三頁(消費税法違憲訴訟)等がある。
- (98) 最判平成九年九月九日、民集五一卷八号三八五〇頁(国会議員院内発言国賠訴訟)は、昭和六〇年判決を踏襲した

上で、この理が、立法行為のみならず、条約締結の承認、財政の監督に関する議決など、多数決原理により統一的国家意思を形成する行為一般に妥当すると述べていた。

(99) 熊本地判平成一三年五月一日、判時一七四八号三〇頁。本判決については、拙稿・法学新報一〇八卷一一・一二号(二〇〇二年)参照。

(100) 正確に言えば、ハンセン病訴訟判決に先立って、立法不作為に対する国賠責任を認めた裁判例がないわけではない。いわゆる関釜元慰安婦訴訟地裁判決(山口地下関支判平成一〇年四月二七日、判時一六四二号二四頁)は、「立法不作為・・・が日本国憲法秩序の根幹的価値に関わる基本的人権の侵害をもたらしている場合にも、例外的に国家賠償法上の違法をいうことができるものと解」した。しかし、この判断は高裁で取り消され(広島高判平成一三年三月二十九日、判時一七五九号四二頁)、最高裁も、上告及び上告受理申立を却けている(最決平成一五年三月二五日、判例集未登載)。他方、ハンセン病訴訟判決後の裁判例として、東京地判平成一四年一月二八日、判タ一一一四号九三頁(AIS患者選挙権訴訟)、大阪地判平成一五年二月一〇日、判時一八二一四九頁(不安神経症患者選挙権訴訟)等があるが、そこではいずれも、改めて「憲法の一時的文言違反」が強調された。

(101) 同判決はさらに進んで、医学の進歩や社会認識の変化により隔離の必要のなくなったことは、国会議員が調査すれば容易に知ることができたものであり、また、関連団体の法改正運動が行われ、国会議員や厚生省に対する陳情等の働き掛けも盛んに行なわれていたなどの理由を挙げ、当該立法不作為につき国会議員に過失を認めて国賠請求を認容している。

(102) それにもかかわらず、国は「政府声明」を出して、判決に含まれる法律上の問題点に異議を表明したため、学説の批判を受けることとなった。拙稿・註(99)論文一九三頁註(3)参照。

(103) 最大判平成一七年九月一日、民集五九卷七号二〇八七頁。本判決については、さしあたり拙稿・亜細亜法学四一巻一号(二〇〇六年)参照。

(104) 民集五九卷七号二一〇一頁。

(105) 民集六九卷八号二四〇頁。

(106) 民集六九卷八号二四一頁。

- (107) 大林啓吾「憲法判例変更のパラドクス」法律時報八八巻四号九八頁(二〇一六年)は、「黙示の判例変更になつてゐる場合には論理的・一貫性を掘り崩す危険性があるため、潔く判例変更を行うか、あるいは先例との整合性に関する説明をすべきである」と述べた上で、千葉補足意見につき、「再婚禁止期間違憲訴訟・・・における千葉勝美裁判官の補足意見は国賠法上の立法不作為の違法性の判断基準について先例との整合性を詳細に説明しており、判例変更でない場合はこうした理由説明が必要であると思われる」として高い評価を与えている(脚註(7))。実務においては、千葉補足意見の影響力がいっそう大きいことがうかがわれる。井上莉恵「判批」訟務月報六二巻九号(二〇一六年)参照。
- (107 a) 千葉補足に対してより詳細な検討を加えたものに、戸部真澄「判批」『新・判例解説 Watch』一九号(二〇一六年)がある。そこでは、「本判決により、例示された違法の範囲は従来よりも拡大されたことになる」(三六頁)との評価が下されており、要件の厳格化とはみていないようである。
- (108) 鬼丸裁判官の意見は、この点について詳しい説示をしていないが、本件規定を全部違憲としながら国賠請求を棄却した原判決を是認できるとしていることから、多数意見と同様の判断をしたものと解される。
- (109) 作花・註(8)論文四〇頁。
- (110) 平成二七年一月二六日付民事第一課補佐官事務連絡。法務省のウェブサイトで、判決への対応の要旨が公表されている(<http://www.moj.go.jp/content/001175342.pdf>)。判決後法改正まで、また法改正後の行政の対応については、山崎耕史「再婚禁止期間一部違憲判決を受けて②―最高裁判決を受けての再婚禁止期間に関する戸籍事務の取扱いについて―」法の支配一八三号(二〇一六年)が詳しい。
- (111) 違憲判決があつても法律自体が失効するわけではなく、このような法運用は一見違法にみえるかもしれない。だが、行政もまた憲法に従わなければならないから、終局的憲法解釈権を有する最高裁の判断を前提に、憲法を尊重して法律を無視することは許されるであろう。
- (112) 改正法の経緯と内容については、合田章子「民法の一部を改正する法律の概要」法律のひろば六九巻九号(二〇一六年)に詳しい。また、堂蘭幹一郎「再婚禁止期間一部違憲判決を受けて①―民法の一部を改正する法律の概要―」法の支配一八三号(二〇一六年)も参照。
- (113) 加えて、禁止期間の起算点が前婚の解消又は取消の日であることが明示された。

