

## 憲法判断の積極主義的傾向と最高裁判例 —再婚禁止期間違憲訴訟最高裁判決と夫婦別姓訴訟最高裁判決をめぐって—

中京大学法科大学院 教授

横尾日出雄

1. はじめに
2. 再婚禁止期間違憲訴訟と最高裁の判断
  - (1) 事案の概要と憲法上の争点
  - (2) 最高裁の判断
3. 夫婦別姓訴訟と最高裁の判断
  - (1) 事案の概要と憲法上の争点
  - (2) 最高裁の判断
4. 最高裁判例における憲法判断の積極主義的傾向
  - (1) 国家賠償請求訴訟における憲法適合性の判断
  - (2) 立法不作為の国家賠償法上の違法性の判断
  - (3) 立法裁量の限定の判断
5. おわりに

### 1. はじめに

最高裁は、平成27年（2015年）12月16日に、2つの大法廷判決において、それぞれ民法の家族法分野の規定に対する憲法判断を示した。1つは、女性についてのみ6箇月の再婚禁止期間を定める民法733条1項の規定が、法の下での平等と性別による差別の禁止を定める憲法14条1項、家族生活における両性の本質的平等を定める憲法24条2項に反するものではないかが争われた訴訟（以下「再婚禁止期間違憲訴訟」という。）において、最高裁は、民法733条1項の規定のうち100日を越えて再婚禁止期間を設ける部分を憲法14条1項、24条2項に違反すると判断したものである（最高裁平成27年12月16日大法廷判決、以下「再婚禁止期間違憲訴訟判決」<sup>(1)</sup>という。）。もう1つは、夫婦同氏制を定める民法750条の規定が、人格権を保障する憲法13条、法の下での平等と性別による差別の禁止を定める憲法14条1項、夫婦同等の権利や家族生活における個人の尊厳と両性の本質的平等を定める憲法24条に反するものではないかが争われた訴訟（以下「夫婦別姓訴訟」という。）において、

最高裁は、民法750条の規定は、憲法13条、14条1項、24条に違反しないと判断したものである（最高裁平成27年12月16日大法廷判決、以下「夫婦別姓訴訟判決」<sup>(2)</sup>という。）。

再婚禁止期間違憲訴訟判決における違憲判断は、最高裁の法令違憲の判断としては10件目のものであるが、この十余年の間で、最高裁は5件の法令違憲の判断をしており、最近の最高裁の違憲審査の活性化と憲法判断の精緻化の流れが、今日までも続いていることを示している。また、10件のうち、法の下での平等を定める憲法14条1項に違反すると判断したものは、今回の再婚禁止期間違憲訴訟判決を含めて6件あり、平等・差別に関する事項の違憲判断が多いことが分かる。とくに、民法の家族法分野の規定に関しては、従前より平等の観点から、その憲法適合性について議論がなされてきたところであり、最高裁は、非嫡出子の法定相続分を嫡出子の2分の1と定めていた民法900条4号ただし書前段について、憲法14条1項に違反すると判断した（最高裁平成25年9月4日大法廷決定<sup>(8)</sup>）が、この度の2つの大法廷判決では、民法733条1項については違憲の判断、民法750条については合憲の判断をしたものである。

再婚禁止期間違憲訴訟も夫婦別姓訴訟も、ともに違憲の立法を改廃しない立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法であるとして、国に対して損害賠償請求を求めた訴訟であり、国の立法行為の違法性の評価にかかわるものである。再婚禁止期間違憲訴訟判決は、立法の内容について違憲の判断をしながら、立法不作為については合法との判断を示し、夫婦別姓訴訟判決は、立法の内容について合憲との判断を示しつつ、立法不作為についても合法と判断したものである。最高裁は、在宅投票制度廃止訴訟最高裁判決（最高裁昭和60年11月21日第一小法廷判決、以下「昭和60年判決」<sup>(9)</sup>という。）で、立法内容の違憲性と立法行為の違法性を区別して判断する手法を示したが、立法行為の違法性を認定する基準を厳しく設定し、立法内容の違憲性が立法行為の違法性の判断の前提となっただけのもの、実質的には立法行為の違法性の認定の枠組みに基づいて判断しているので、具体的な憲法判断に踏み込むことなく、立法行為の違法性についてのみ判断したものとなっている。それ以降も、同様の訴訟については、この昭和60年判決のアプローチが用いられ、平成7年の再婚禁止期間違憲訴訟最高裁判決（最高裁平成7年12月5日第三小法廷判決、以下「平成7年判決」<sup>(10)</sup>という。）においても、具体的な憲法判断を示すことなく、当該立法不作為が違法ではないとしていた。ゆえに、この度の2つの訴訟においても、最高裁は、いずれも、当該規定を改廃する立法措置をとらない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結論づけていることから、具体的な憲法判断に立ち入ることなく、立法不作為の合法性を認定するという手法もありえたはずである。しかし、最高裁は、夫婦別姓訴訟において、民法750条について具体的な憲法判断に踏み込み、再婚禁止期間違憲訴訟においては、民法733条1項の違憲判断にまで及んで、憲法判断を積極的に行う姿勢を示した。この十余年の間に最高裁による法令違憲の判断がなされている中で、在外邦人選挙権訴訟最高裁判決（最高裁平成17年9月14日大法廷判決、以下「平成17年判決」<sup>(11)</sup>という。）においては、立法内容の違憲性と立法行為の違法性を区別して判断する手法を踏襲しつつ、立法行為の違法性を認定する基準を実質的に拡大し、立法内容の違憲性を判断して、立法不作為の違法性をも認定する判断を示したが、この度の2つの大法廷判決も、最近の最高裁による憲法判断の積極的な姿勢の表れと見ることができる。かくして、国家賠償請求訴訟が、憲法訴訟と

しての役割を果たし、制度改革訴訟としての機能を有するものと捉えることもできる<sup>(12)</sup>。

最近の最高裁は、憲法上の問題が争われた憲法訴訟においては、立法裁量が比較的広範な領域でも、憲法上許容される裁量権が適切に行使されているかという観点から立法府の裁量権に対する統制を行って、その判断過程において比較的厳密な審査を行う手法を採用し、また、救済が必要な当事者に対しては、その方法を具体的に検討して、実際上の救済を図るような結論を導き出しており、さらに、従前の判例との理論的な整合性を考慮した判断を示している<sup>(13)</sup>。

そこで、本稿では、再婚禁止期間違憲訴訟と夫婦別姓訴訟の2つの大法廷判決を概観して、最近の最高裁が、国家賠償法上の違法性の認定において立法内容の憲法適合性について積極的に判断する姿勢をとっていることについて、国家賠償法上の違法性の判断において従前の判例との整合性を維持しながら判断枠組みや判断基準を整理したうえで憲法上の利益にまで保護を広げていることや、立法裁量事項における憲法上の要請・指針を明示し立法裁量の限界を明らかにして審査を行い、制度上の議論を国会に促していることなどに触れながら、検討することにした。

## 2. 再婚禁止期間違憲訴訟と最高裁の判断

### (1) 事案の概要と憲法上の争点

#### ①再婚禁止期間を定める民法733条1項の規定の経緯と憲法適合性の問題

民法733条1項（平成28年改正前の旧規定、以下、本章において「本件規定」という。）は、「<sup>(15)</sup>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」と規定して、女性についてのみ再婚禁止期間を定めていたが、これによって、女性のみ前婚の解消等の日から6箇月間再婚をすることができないという区別が生じていた。

わが国においては、明治7年9月29日の太政官布告が再婚禁止期間を300日と定めて、近代的な再婚禁止期間の制度が取り入れられ、明治23年の旧民法では再婚禁止期間が6箇月とされ、明治31年の明治民法においても再婚禁止期間は6箇月と定められていた。そして、日本国憲法の制定・施行に伴い、昭和22年の民法（家族法分野）の全面改正によって、家制度等が廃止され、夫婦の平等などが定められたものの、憲法に直接抵触しないとされた規定については、明治民法の規定がそのまま維持されることとなり、本件規定も明治民法の再婚禁止期間の制度をそのまま引き継いだものであった。

憲法14条1項は法の下での平等と性別による差別の禁止を定め、憲法24条2項は家族生活における個人の尊厳と両性の本質的平等について定めているが、女性についてのみ6箇月の再婚禁止期間を定める本件規定は、これら憲法の条項に反するのではないかという憲法適合性の問題が生じ、議論されてきたところである。

本件規定の憲法適合性に関する最高裁の判例として、平成7年判決があり、原告・上告人側は、再婚禁止期間について男女間に差異を設ける本件規定が憲法14条1項に違反すると主張したが、最高裁は、立法内容の違憲性と立法行為の違法性を区別して、立法行為の違法性を認定する基準を厳し

く設定した昭和60年判決を踏襲したうえで、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、本件規定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、国会が本件規定を改廃しない立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではないと判示して、具体的な憲法判断に踏み込むことなく、立法行為の違法性についてのみ判断したものであった。

しかし、その後、法制審議会は、平成8年（1996年）2月26日の「民法の一部を改正する法律案要綱」において、再婚禁止期間について嫡出推定の重複を回避するのに最低限必要な100日に短縮する答申を行っており、また、自由権規約委員会や女子差別撤廃委員会は、それぞれ、再婚禁止期間に関する女性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。このように、再婚禁止期間をめぐる社会的状況が従前とは変容しているにもかかわらず、国会においては、本件規定の改正に向けた審議が進展しない状況にあった。

## ②本件事案の概要

本件は、平成20年（2008年）3月に前夫と離婚し、同年10月に後夫と再婚したが、再婚禁止期間を定める本件規定があるために、この再婚が自ら望んだ時期から遅れて成立したことから、X（原告・控訴人・上告人）が、これによって被った精神的損害の賠償を求めて提起した国家賠償請求訴訟である。Xは、女性についてのみ6箇月の再婚禁止期間を定める本件規定が、合理的な根拠なく女性を差別的に取扱うもので、憲法14条1項及び24条2項に違反するものであり、本件規定を改廃する立法措置を講じない立法不作為は、国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けると主張して、国であるY（被告・被控訴人・被上告人）に対し、精神的損害等の賠償金とこれに対する遅延損害金の支払いを求めたものである。

第一審判決（岡山地裁平成24年10月18日判決<sup>(16)</sup>）は、以下のように判断して、Xの請求を棄却した。まず、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について、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と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項の適用上、違法の評価を受けるものというべきであるとした。そして、本件規定を改廃する立法措置を講じない立法不作為の違法性について、女性に再婚禁止期間を設ける本件規定の趣旨は、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ると解される以上、その立法目的には合理性が認められ、こ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く、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いうことはできないから、再婚禁止期間を短縮する等の改正の立法をしなかったという立法不作為は、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したものである。

そして、控訴審判決（広島高裁岡山支部平成25年4月26日判決<sup>(17)</sup>）も、以下のように判断して、Xの控訴を棄却した。すなわち、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については、第一審判決と同様に判断したうえで、本件規定を改廃する立法措置を講じない立法不作為の違法性について、本件規定の趣旨は、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、その立法目的には合理性があると認められるうえ、この立法目的を達成するために再婚禁止期間を具体的にどの程度の期間とするかは、この立法目的と女性の再婚の自由との調整を図りつつ立法府において議論して決定されるべき問題であるから、これを6箇月とした本件規定が直ちに合理的関連性を欠いた過剰な制約であるとはいえず、本件立法不作為が、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に当たるとはいえず、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した。

そこで、Xは、原判決には憲法14条1項及び24条2項の解釈の誤りがあるとして上告をしたが、最高裁大法廷は、Xの上告を棄却したものである。

### ③本件事案における憲法上の争点

本件事案においては、①女性についてのみ6箇月間の再婚禁止期間を定めている本件規定が、憲法14条1項及び24条2項に違反するかどうか（民法733条1項の憲法適合性の問題）、②憲法適合性に問題のある本件規定を改廃する立法措置をとらなかった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（民法733条1項を改廃しない立法不作為の国家賠償法上の違法性の問題）が重要な争点となった。

前者①については、A) 本件規定が女性についてのみ再婚禁止期間を設けていることが憲法に違反するのではないかという点、B) 民法772条の嫡出推定との関係では父性の推定の重複を回避するには100日の再婚禁止期間で足りるのであるから、本件規定の100日超過部分は憲法に違反するのではないかという点で、本件規定の憲法適合性の問題が生じていたものである。すなわち、A) については、本件規定の立法目的が父性の推定の重複を回避することにあるとしても、DNA検査等によって父子関係を確定することが容易になっているなどの近年の状況に鑑みれば、父を定めることを目的とする訴え（民法773条）の適用対象を広げることなどによって子の父を確定することでも足りるはずであるから、あえて再婚禁止期間を設けて女性の婚姻の自由を制約することには合理性は認められず、違憲であるとする主張がなされた。また、B) については、民法772条は、婚姻の成立の日から200日を経過した後又は婚姻の解消等の日から300日以内に生まれた子を当該婚姻に係る夫の子と推定していることから、前婚の解消等の日から300日以内で、かつ、後婚の成立から200日の経過後に子が生まれる事態を避ければ父性の推定の重複を回避することができるのであり、そのためには、100日の再婚禁止期間を設ければ足りるから、少なくとも、本件規定のうち100日を超えて再婚禁止期間を設ける部分は、女性に対し婚姻の自由の過剰な制約を課すもので、合理性が認められず、違憲であるとする主張がなされた。このような争点について、平成7年判決では、上告人側からの提起にもかかわらず、具体的な憲法判断が示されることなく、本件規定が明白に違憲である

とはいえないとの前提で、国家賠償法上の違法性については適法との判断がなされていた。

後者②については、まず、a) 立法行為又は立法不作為の国家賠償法上の違法性の認定で、立法内容の違憲性と立法行為の違法性を区別するかどうかという問題がある。この点については、最高裁判例は、昭和60年判決や平成17年判決で明らかなように、区別する立場をとってきた。つぎに、b) 立法内容の違憲性と立法行為の違法性を区別する場合に、判断内容としては立法行為の違法性の認定基準の枠組みに基づいて判断することにより、立法内容の違憲性については直接判断することなく、立法行為の違法性についてのみ判断するのかどうかという問題がある。これまでの最高裁判例では、昭和60年判決や平成7年判決のように、立法内容の違憲性については直接判断せずに、立法行為の違法性についてのみ判断するという傾向が見られたところである。そして、c) 立法行為の国家賠償法上の違法性の判断基準として、平成17年判決が示した基準を用いるのかどうかという問題がある。本件の第一審判決や控訴審判決では、平成17年判決の判断基準が用いられていた。そのうえで、d) 本件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の問題となる。

## (2) 最高裁の判断

### ①判旨ならびに本判決の意義

最高裁は、再婚禁止期間違憲訴訟判決（以下、本節において「本判決」という。）<sup>(18)</sup>において、①本件規定の憲法適合性の問題について、100日の再婚禁止期間を設ける部分は、憲法14条1項、24条2項に違反しないとしたが、100日を超えて再婚禁止期間を設ける部分は、平成20年当時において、憲法14条1項、24条2項に違反するに至っていたと判断した。そして、②本件立法不作為の国家賠償法上の違法性の問題について、違法性認定の判断基準としては、「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などにおいては、国会議員の立法過程における行動が個々の国民に対して負う職務上の法的義務に違反したものとして、例外的に、その立法不作為は、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ことがある」との基準を示した。そのうえで、平成20年当時において国会が本件規定を改廃する立法措置をとらなかったことについて、本件規定のうち100日を越えて再婚禁止期間を設ける部分が合理性を欠くに至ったのが昭和22年民法改正後の医療や科学技術の発達及び社会状況の変化等によるものであり、平成7年には国会が同条を改廃しなかったことにつき直ちにその立法不作為が違法となる例外的な場合に当たると解する余地のないことは明らかであるとの最高裁第三小法廷の判断が示され、その後も100日超過部分について違憲の問題が生ずるとの司法判断がされてこなかったなどの事情の下では、この100日超過部分が違憲であることが国会にとって明白であったということは困難であり、国家賠償法上1条1項の適用上違法の評価を受けるものではないと判断した。

以上のように、本判決は、女性について6箇月の再婚禁止期間を定める民法733条1項について、法令違憲の判断を示したものであり、立法不作為の国家賠償法上の違法性について、従来の判例理

論を整理してあらためて一般的な判断基準を示したものである。<sup>(19)</sup>

## ②本件規定の憲法適合性

### 1) 本件規定の憲法適合性の判断方法

本判決は、まず、憲法14条1項の趣旨について、「憲法14条1項は、法の下での平等を定めており、この規定が、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」と述べ、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14条1項に違反することになる」として、当該区別に「合理的な根拠」があるかどうかという、平等原則違反に関する一般的な合憲性の判断枠組みを示している。

そして、憲法24条の趣旨に関して、同条2項は、「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って、その裁量の限界を画したものである」とあり、同条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を明らかにしたものである」として、このように「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」と述べている。

そのうえで、本件規定の合憲性の判断枠組みとして、「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」として、立法目的・手段による審査の判断枠組みを明示している。

このように、本判決は、本件規定の憲法適合性の判断方法として、従来の判例と同様に、当該区別に「合理的な根拠」があるかどうかという一般的な判断枠組みを前提として、立法目的及び手段の合理性を検討して判断するという判断枠組みを採用しており、その判断に際しては、憲法24条の趣旨をふまえて、「婚姻をするについての自由」が十分尊重に値するものであることを考慮して判断すべきものとしている。しかし、「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」として、必ずしも憲法上の直接的な保障とは位置づけられておらず、<sup>(20)</sup> しかも、「婚姻をするかどうかや、いつ誰と婚姻するか」を当事者間で自由に意思決定し、故なくこれを妨げられないという意味で保障されるにすぎず、「婚姻の自由」として広く婚姻に関する自由を保障する憲法上の権利としているものではない。

### 2) 本件規定の立法目的とその合理性

本判決は、「立法の経緯及び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」を検討したうえで、「本件規定の立法目的」について、「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」として、「父性の推定の重複を回避」することを主たる立法目的とし、これによって「父子関

係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐこと」にあるとしたものである。

そして、この立法目的の合理性については、「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」とし、「子の利益の観点から、……法律上の父を確定するための裁判手続等を経るまでもなく、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」と判断した。

このように、本判決は、本件規定の立法目的を「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」とするが、平成7年判決では、「もって」の文言は明示されておらず、「父性の推定の重複を回避」と「父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐこと」が同等の立法目的とされていたのに対して、本判決では、前者に立法目的の比重が置かれたものとなっている。そして、「子の利益の観点から」、「父子関係が早期に明確となることの重要性」を強調して、立法目的の合理性を肯定する判断を示したものとなっている。

### 3) 100日間の再婚禁止期間の合理性

本判決は、女性についてのみ6箇月の再婚禁止期間を設けている本件規定が立法目的との関連において合理性を有するかどうかについて、「女性の再婚後に生まれる子については、計算上100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。夫婦間の子が嫡出子となることは婚姻による重要な効果であるところ、嫡出子について出産の時期を起点とする明確で画一的な基準から父性を推定し、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趣旨に鑑みれば、父性の推定の重複を避けるため上記の100日について一律に女性の再婚を制約することは、婚姻及び家族に関する事項について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ものといえる」として、本件規定のうち100日間の再婚禁止期間を設ける部分について、その合理性を肯定した。

そして、本判決は、「本件規定のうち100日の再婚禁止期間を設ける部分は、憲法14条1項にも、憲法24条2項にも違反するものではない」として、合憲と判断した。

このように、本判決は、民法772条2項の懐胎時期の推定規定から、「父性の推定の重複を回避」するためには計算上100日の再婚禁止期間が必要であり、この部分については立法目的との関連において合理性を有するとして、合憲との判断を示したものである。

### 4) 100日超過部分の再婚禁止期間の合理性

しかしながら、本判決は、「本件規定のうち100日超過部分については、民法772条の定める父性の推定の重複を回避するために必要な期間ということではできない」とした。

まず、「再婚禁止期間が6箇月と定められたことの根拠について」、「医療や科学技術も未発達であっ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って、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ったことがうかがわれる」のであり、「再婚禁止期間を6箇月と定めたことが不合理であったとはい

難い。このことは、再婚禁止期間の規定が旧民法から現行の民法に引き継がれた後においても同様であり、その当時においては、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あったとまでいうことはできない」として、現行民法で再婚禁止期間を6箇月と定めたことについては、その合理性を肯定する。

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った」とし、「加えて、昭和22年民法改正以降、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、特に平成期に入った後においては、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も認めることができる」と、医療・科学技術の発達や社会・経済状況の変化を考慮している。

そして、「婚姻をすることについての自由が憲法24条1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」、「本件規定のうち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いる」として、「本件規定のうち100日超過部分は、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、婚姻及び家族に関する事項について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として、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」と判断し、本件規定のうち100日超過部分について合理性を否定したものである。

かくして、「本件規定のうち100日超過部分が憲法24条2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14条1項に違反するとともに、憲法24条2項にも違反するに至っていた」と、100日超過部分について違憲と判断した。

このように、本判決は、6箇月の再婚禁止期間のうち100日部分については合憲としつつ、100日超過部分について違憲と判断したもので、法令の一部違憲として、いわば量的な一部違憲の判断である。<sup>(21)</sup> また、制定当時の立法事実を照らして制定当時は合憲と判断しながらも、その後の立法事実の変化によって違憲と判断する際に、その基準時として、当該個別事件において判断が求められる時期、すなわち、本判決では、「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」を基準としている。

### ③本件立法不作為の国家賠償法上の違法性

#### 1) 立法不作為の国家賠償法上の違法性の判断基準

本判決は、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について、「国会議員の立法過程における行動が個々の国民に対して負う職務上の法的義務に違反したかどうかの問題であり、立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきものである」として、従来の最高裁判例と同様に、立法内容の違憲性の問題と立法行為の違法性の問題を区別したうえで、立法行為又は立法不作為の違法性の評価は、「原則として国民の政治的判断に委ねられるべき事柄であって、仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議

員の立法行為又は立法不作為が直ちに国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではない」と、違法性を認定する一般的な判断枠組みを提示する。

そのうえで、本判決は、「もっとも、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などにおいては、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものとして、例外的に、その立法不作為は、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ことがあるというべきである」として、例外的に違法性が認定される場合の判断基準を示して、2つの最高裁判例（昭和60年判決と平成17年判決）を引用している。しかし、昭和60年判決が示した判断基準と平成17年判決が示した判断基準とでは、文言上の相違があり、本判決の判断基準との比較でも差異が見られるが、本判決の法廷意見では、これらの基準の関係について、必ずしも説明がなされているわけではない。<sup>(22)</sup>

## 2) 本件立法不作為の違法性の評価

本件立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるか否かについて、本判決は、以下のように判断して、違法性を認めなかった。

本件規定の違憲性について国会が明白に理解可能であったかどうかという点について、まず、「国会議員としては、平成7年判決が同条を違憲とは判示していないことから、本件規定を改廃するか否かについては、平成7年の時点においても、基本的に立法政策に委ねるのが相当であるとする司法判断が示されたを受け止めたとしてもやむを得ない」として、平成7年判決が違憲と判示しなかったことから、その時点で国会が本件規定の違憲性について理解可能であったとはいえないとしている。また、平成6年の「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」や平成8年の「民法の一部を改正する法律案要綱」において、「再婚禁止期間を100日に短縮するという本件規定の改正案が示されていたが、同改正案は、現行の嫡出推定の制度の範囲内で禁止期間の短縮を図るもの等の説明が付され、100日超過部分が違憲であることを前提とした議論がされた結果作成されたものとはうかがわれない」として、法制審議会による本件規定の改正案が違憲であることを前提とした議論ではないとしている。そして、「平成7年判決がされた後も、本件規定のうち100日超過部分については違憲の問題が生ずるとの司法判断がされてこなかった状況の下において、我が国における医療や科学技術の発達及び社会状況の変化等に伴い、平成20年当時において、本件規定のうち100日超過部分が憲法14条1項及び24条2項に違反するものとなっていたことが、国会にとって明白であったということは困難である」と判示して、平成20年当時において本件規定の違憲性が国会にとって明白であったとはいえないと判断した。

この結果、本判決は、「上記当時においては本件規定のうち100日超過部分が憲法に違反するものとなっただけのもの、これを国家賠償法1条1項の適用の観点からみた場合には、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改廃等の立法措置を怠っていたと評価することはできない」として、「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」と判断したものである。

#### ④個別意見

本判決には、6人の裁判官（櫻井龍子裁判官、千葉勝美裁判官、大谷剛彦裁判官、小貫芳信裁判官、山本庸幸裁判官、大谷直人裁判官）の共同補足意見、千葉勝美裁判官と木内道祥裁判官の各補足意見、鬼丸かおる裁判官の意見、山浦善樹裁判官の反対意見が付されている。

共同補足意見は、本件規定のうち100日の再婚禁止期間を設ける部分について、再婚禁止による支障をできる限り少なくすべきとの観点から、この100日の期間内であっても、女性が再婚をすることが禁止されない場合を認める余地が少なくないとの考えによって、100日以内部分の適用除外に関する法令解釈上の問題について補足した意見を示している。

千葉補足意見は、本件規定の合憲性審査についての考え方や違憲の法律の改正等を怠った立法不作為の国家賠償法上の違法性の有無についての判断の枠組みに関して、多数意見をふまえつつ、より具体的な説明を行っている。とくに、後者の立法不作為の国家賠償法上の違法性の有無についての判断枠組みについては、昭和60年判決や平成17年判決で示された判断基準との関係に触れたうえで、多数意見が示した判断基準の意義について説明している。

木内補足意見は、本件規定に関して、100日の再婚禁止期間を設けることの合理性と100日を越える再婚禁止期間を設けることの合理性について、補足して説明している。

鬼丸意見は、本件規定の憲法適合性について、多数意見とは異なり、その全部を違憲とするもので、「本件規定が女性について6箇月の再婚禁止期間を定めていることは、性別による不合理な差別であって憲法14条1項に違反し、また立法の指針である両性の本質的平等に立脚していないことから憲法24条2項にも違反するものであって、その全部が無効である」としている。

山浦反対意見は、多数意見とは異なり、本件規定の憲法適合性について、その全部を違憲とし、本件立法不作為の違法性を認めるもので、「女性について6箇月の再婚禁止期間を定める本件規定の全部が憲法14条1項及び24条2項に違反し、上告人が前夫と離婚をした平成20年3月までの時点において本件規定を廃止する立法措置をとらなかった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べきものである」としている。

以上のように、多数意見は、本件規定の憲法適合性については、100日超過部分を違憲とし、本件立法不作為の違法性については、これを違法とは評価しなかったが、2人の裁判官が、100日部分を含めて再婚禁止期間を定める本件規定の全体を違憲とし、さらに、そのうちの1人の裁判官は、本件立法不作為の違法性を認めるものであった。

### 3. 夫婦別姓訴訟と最高裁の判断

#### (1) 事案の概要と憲法上の争点

##### ①夫婦同氏制を定める民法750条と憲法適合性の問題

民法750条（以下、本章において「本件規定」という。）は、「夫婦は、婚姻の際に定めるところに

従い、夫又は妻の氏を称する」と規定し、夫婦となる者は、その協議により夫又は妻のどちらか一方の氏を選択して、同一の氏を称することが定められている。

わが国においては、明治31年の明治民法において、「妻ハ婚姻ニ因リテ夫ノ家ニ入ル」(788条)とされ、「戸主及ヒ家族ハ其家ノ氏ヲ称ス」(746条)と規定されていたことから、妻は婚姻によって夫の家に入ること、夫の家の氏を称するものとなり、「家」制度を前提として、夫婦が同一の氏を称することが定められていた。そして、日本国憲法の制定・施行に伴い、昭和22年の民法(家族法分野)の全面改正によって、家制度等が廃止され、夫婦の平等などが定められたが、氏については、本件規定のように、形式上は、夫と妻が対等な立場で、いずれの氏を称するかは両者の協議に委ねられるものとなっていた。

しかし、本件規定の下で、夫婦の氏を選択については、これまで夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めており、結果的に見るならば、氏を選択に関して対等な状況になっているとはいえ、実際に氏の変更をする女性にとっては不利益な事態が生ずることなどから、法の下での平等と性別による差別の禁止を定める憲法14条1項や夫婦同等の権利と家族生活における両性の本質的平等を定める憲法24条に反するのではないかと、さらに、氏の変更をする者にとっては、氏の変更を制度上強いられることが個人の尊厳を侵害するものとして、憲法13条に反するのではないかという憲法適合性の問題が取り上げられてきたところである。

法制審議会は、平成8年(1996年)2月26日の「民法の一部を改正する法律案要綱」において、選択的夫婦別氏制の導入を提案する答申を行っているが、法制化されないままの状況にあった。

## ②本件事案の概要

本件は、X(原告・控訴人・上告人)らが、本件規定は憲法13条、14条1項、24条1項及び2項等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いという立法不作為の違法を理由として、これによって被った損害の賠償を求めて提起した国家賠償請求訴訟である。Xら5人は、そのうち3人の女性は、婚姻の際に夫の氏を称すると定めたが、通称として婚姻前の氏を使用しており、また2人の男女のカップルは、婚姻の際に夫の氏を称すると定めたが協議離婚をし、その後再度婚姻届を提出したが、婚姻後の氏を選択がなされていないとして不受理とされたものである。Xらは、婚姻に際して夫婦の一方に氏の変更を強いる本件規定は、憲法13条及び24条1項2項により保障されている権利を侵害し、また、女子差別撤廃条約16条1項に違反することが明白であるから、国会が本件規定を改正しなかった立法不作為は、国家賠償法1条1項上の違法な行為に該当すると主張して、国であるY(被告・被控訴人・被上告人)に対し、慰謝料の支払いを求めたものである。

第一審判決(東京地裁平成25年5月29日判決<sup>(23)</sup>)は、以下のように判断して、Xらの請求を棄却した。まず、本件規定を改廃しなかったという立法不作為が違法であるというためには、「婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称する権利が憲法上保障されており、その権利行使のために選択的夫婦別氏制度を採用することが必要不可欠であって、それが明白であり、国会議員が個別の国民に対し選択的夫婦別氏制度についての立法をすべき職務上の法的義務を負っていたにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠っているといえる場合であることを要する」

とした。そして、婚姻前の氏を称する権利が憲法上保障されているかどうかについて、「人格権の一内容を構成する氏名について、憲法上の保障が及ぶべき範囲が明白であることを基礎づける事実は見当たらず、婚姻に際し、婚姻当事者双方が婚姻前の氏を称することができる権利が憲法13条で保障されている権利に含まれることが明白であるということとはできない」とし、「憲法24条が具体的な立法を待つことなく、個々の国民に対し、婚姻に際して婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称することができる権利を保障したものである」として、請求を棄却したものである。

さらに、控訴審判決（東京高裁平成26年3月28日判決<sup>(24)</sup>）も、以下のように判断して、Xらの控訴を棄却した。すなわち、「『氏の変更を強制されない権利』は、憲法13条によって保障された具体的な権利であるとはいえず」、「控訴人らが主張するような何らの制約を受けない『婚姻の自由』は、憲法24条によって保障されている権利であるとはいえない」とし、「国会議員らが民法750条を改正して選択的夫婦別氏制度を導入していない立法不作為が、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ことにはならない」としたものである。

そこで、Xらは、本件規定が、憲法13条及び24条に違反するのみならず、憲法14条1項にも違反するとして上告をしたが、最高裁大法廷は、Xらの上告を棄却したものである

### ③本件事案における憲法上の争点

Xらは、上告に際して、本件規定が、①憲法上の権利として保障される人格権の一内容である「氏の変更を強制されない自由」を不当に侵害し、憲法13条に違反する、②96%以上の夫婦において夫の氏を選択するという性差別を発生させ、ほとんど女性のみにも不利益を負わせる効果を有する規定であるから、憲法14条1項に違反する、③夫婦となろうとする者の一方が氏を改めることを婚姻届出の要件とすることで、実質的に婚姻の自由を侵害するものであり、国会の立法裁量を考慮しても、個人の尊厳を侵害するものとして、憲法24条に違反する、と主張した<sup>(25)</sup>。

かくして、本件上告審では、①憲法13条に関連して、婚姻の際に「氏の変更を強制されない自由」が人格権の一内容であるといえるか、②憲法14条1項に関連して、本件規定がほとんど女性のみにも不利益を負わせる差別的な効果を有する規定であるといえるか、③憲法24条に関連して、本件規定が、同条1項の趣旨に沿わない制約を課したのか、本件規定が同条の定める立法上の要請・指針に照らして合理性を欠くものかが、憲法上の争点となった。

## （2）最高裁の判断

### ①判旨ならびに本判決の意義

最高裁は、夫婦別姓訴訟判決（以下、本節において「本判決」という。）<sup>(26)</sup>において、まず、①憲法13条適合性の問題について、現行の法制度の下における氏の性質等に鑑みると、婚姻の際に「氏の変更を強制されない自由」が憲法上の権利として保障される人格権の一内容であるとはいえず、本件規定は憲法13条に違反しないとされた。そして、②憲法14条1項適合性の問題について、本件規定は、夫婦がいずれの氏を称するかを夫婦となろうとする者の間の協議に委ねており、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、本件規定の定める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いので、協議の結果として夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めることが認められるとしても、それが本件規定の在り方自体から生じた結果であるということはできず、本件規定は憲法14条1項に違反しないとした。さらに、③憲法24条適合性の問題について、本件規定の採用した夫婦同氏制が、夫婦が別の氏を称することを認めないものであるとしても、直ちに個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠く制度である認めことはできないので、本件規定は憲法24条に違反しないとした。このように、本判決は、本件規定が憲法に違反するものではないと判断して、本件規定を改廃する立法措置をとらない立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではないとしたものである。

以上のように、本判決は、国家賠償請求については棄却すべきものとしつつ、夫婦同氏制を定める民法750条の憲法適合性について最高裁大法廷として初めて判断を示したものであり、憲法13条、14条1項および24条についての判断の枠組みやそれぞれの趣旨を明らかにしたものである<sup>(27)</sup>。とくに、憲法24条の趣旨や立法裁量上の要請・指針を明らかにして、婚姻及び家族に関する事項について制度構築上の立法裁量に限界を示した意義は大きいと思われる。

## ②本件規定の憲法13条適合性

### 1) 現行法制度の下における氏の性質

本判決は、「氏名」について、「氏名は、社会的にみれば、個人を他人から識別し特定する機能を有するものであるが、同時に、その個人からみれば、人が個人として尊重される基礎であり、その個人の人格の象徴であって、人格権の一内容を構成するもの」とするが、「氏」については、「氏は、婚姻及び家族に関する法制度の一部として法律がその具体的な内容を規律しているものであるから、氏に関する上記人格権の内容も、憲法上一義的に捉えられるべきものではなく、憲法の趣旨を踏まえつつ定められる法制度をまっぴら初めに具体的に捉えられるもの」で、「具体的な法制度を離れて、氏が変更されること自体を捉えて直ちに人格権を侵害し、違憲であるか否かを論ずることは相当ではない」として、法制度との関係を重視する。

そして、現行法における「氏」の性質について、民法における氏に関する規定をふまえると、「氏に、名と同様に個人の呼称としての意義があるものの、名とは切り離された存在として、夫婦及びその間の未婚の子や養親子が同一の氏を称するとすることにより、社会の構成要素である家族の呼称としての意義がある」もので、「家族は社会の自然かつ基礎的な集団単位であるから、このように個人の呼称の一部である氏をその個人の属する集団を想起させるものとして一つに定めることにも合理性があるといえる」として、「氏」に「個人の呼称としての意義」だけでなく、「社会の構成単位である家族の呼称としての意義」を認めて、家族の呼称として氏を一つに定めることの合理性を認めている。

### 2) 氏の変更を強制されない自由

Xらの論旨は、本件規定が憲法上の権利として保障される人格権の一内容である「氏の変更を強制されない自由」を不当に侵害するというものであるが、本判決は、「本件で問題となっているの

は、婚姻という身分関係の変動を自らの意思で選択することに伴って夫婦の一方が氏を改めるとい  
う場面であって、自らの意思に関わりなく氏を改めることが強制されるというものではない」とし  
て、氏の変更を強制するものという捉え方には否定的である。

そして、本判決は、「氏が、親子関係など一定の身分関係を反映し、婚姻を含めた身分関係の変動  
に伴って改められることがあり得ることは、その性質上予定されている」もので、「現行の法制度の  
下における氏の性質等に鑑みると、婚姻の際に『氏の変更を強制されない自由』が憲法上の権利と  
して保障される人格権の一内容であるとはいえない」として、「本件規定は、憲法13条に違反するも  
のではない」と判断した。

このように、本判決は、「氏」が法制度を前提として具体的に捉えられるものであり、現行制度の  
下では、家族の呼称としての意義を認め、氏を一つにすることにも合理性があるとしつつ、「氏の変  
更を強制されない自由」は憲法上の権利として保障される人格権の一内容とはいえないとしたもの  
である。

### 3) 人格的利益として機能する場合

しかしながら、本判決は、「氏が、名とあいまって、個人を他人から識別し特定する機能を有する  
ほか、人が個人として尊重される基礎であり、その個人の人格を一体として示すものでもあること」  
から、「氏を改める者」にとっての不利益を認めている。すなわち、「いわゆるアイデンティティの  
喪失感を抱いたり、従前の氏を使用する中で形成されてきた他人から識別し特定される機能が阻害  
される不利益や、個人の信用、評価、名誉感情等にも影響が及ぶという不利益が生じたりすること  
があること」は否定できず、「特に、近年、晩婚化が進み、婚姻前の氏を使用する中で社会的な地位  
や業績が築かれる期間が長くなっていることから、婚姻に伴い氏を改めることにより不利益を被る  
者が増加してきていることは容易にうかがえる」としている。

そして、本判決は、「これらの婚姻前に築いた個人の信用、評価、名誉感情等を婚姻後も維持す  
る利益等は、憲法上の権利として保障される人格権の一内容であるとはいえないものの、……  
氏を含めた婚姻及び家族に関する法制度の在り方を検討するに当たって考慮すべき人格的利益であ  
る」として、これらに関する利益が「人格的利益」として機能するものであることを認め、具体的  
には「憲法24条の認める立法裁量の範囲を超えるものであるか否かの検討に当たって考慮すべき事  
項である」と述べている。

このように、本判決は、「婚姻前に築いた個人の信用、評価、名誉感情等を婚姻後も維持する利益  
等」は、憲法上の権利として保障される人格権の一内容であるとはいえないものの、憲法24条  
に関連して、氏を含めた婚姻及び家族に関する法制度の在り方を検討するに当たって考慮すべき人  
格的利益であるとした<sup>(28)</sup>。

### ③本件規定の憲法14条1項適合性

#### 1) 憲法14条の趣旨と本件規定

本判決は、まず、「憲法14条1項は、法の下での平等を定めており、この規定が、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と解す

べきことは、当裁判所の判例とするところである」と、従前の最高裁判例を引用しながら、憲法14条の趣旨を述べたうえで、本件規定について、「夫婦がいずれの氏を称するかを夫婦となろうとする者の間の協議に委ねているのであって、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、本件規定の定める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い」としている。ここでは、憲法14条1項の「平等」が、裁判規範としては形式的平等であることを前提にして捉えられている。

そのうえで、本判決は、「我が国において、夫婦となろうとする者の間の個々の協議の結果として夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めることが認められるとしても、それが、本件規定の在り方自体から生じた結果であるということとはできない」として、「本件規定は、憲法14条1項に違反するものではない」と判断した。このように、夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占める事実を認めつつも、この点は本件規定のあり方自体から生じた結果ではないとしている。

## 2) 実質的平等として機能する場合

しかし、本判決は、夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占める事実について、「この現状が、夫婦となろうとする者双方の真に自由な選択の結果によるものかについて留意が求められる」として、「仮に、社会に存する差別的な意識や慣習による影響があるのであれば、その影響を排除して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14条1項の趣旨に沿うものである」と述べて、実質的な平等を図ることは、直ちに裁判規範となるものではないが、憲法14条1項の趣旨に沿うものと判断している。

そして、本判決は、実質的な平等を図ることについて、「氏を含めた婚姻及び家族に関する法制度の在り方を検討するに当たって考慮すべき事項の一つというべきであり、……憲法24条の認める立法裁量の範囲を超えるものであるか否かの検討に当たっても留意すべきもの」と述べて、夫婦間に実質的な平等が保たれるように図ることが、憲法24条の立法裁量の判断において考慮事項となることを認めている。

## ④本件規定の憲法24条適合性

### 1) 憲法24条1項の趣旨

本判決は、憲法24条1項について、「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」と解し、「本件規定は、婚姻の効力の一つとして夫婦が夫又は妻の氏を称することを定めたものであり、婚姻をすることについての直接の制約を定めたものではない」として、憲法24条1項の趣旨を示したうえで、本件規定が婚姻をすることについて直接の制約を定めたものではないことを明らかにしている。そして、「仮に、婚姻及び家族に関する法制度の内容に意に沿わないところがあることを理由として婚姻をしないことを選択した者がいるとしても、これをもって、直ちに上記法制度を定めた法律が婚姻をすることについて憲法24条1項の趣旨に沿わない制約を課したものと評価することはできない」と述べて、本件規定が憲法24条1項には反しないことを示している。

ただし、本判決は、「ある法制度の内容により婚姻をすることが事実上制約されることになってい

ることについては、婚姻及び家族に関する法制度の内容を定めるに当たっての国会の立法裁量の範囲を超えるものであるか否かの検討に当たって考慮すべき事項である」としており、婚姻をすることに事実上の制約があることは、法制度の内容の問題と捉えて、国会の立法裁量に関わる考慮事項としている。

## 2) 憲法24条2項の趣旨

本判決は、「婚姻及び家族に関する事項は、関連する法制度においてその具体的内容が定められていくものであることから、当該法制度の制度設計が重要な意味を持つものである」として、憲法24条2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、同条1項も前提としつつ、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って、その裁量の限界を画したものと見える」と解している。

このように、本判決は、婚姻及び家族に関する事項が、関連する法制度において具体的内容が定められるものであり、憲法24条2項は、その具体的な制度の構築を国会の立法裁量に委ねると同時に、その裁量の限界を定めたものと位置づけている。

## 3) 憲法24条の固有の意義と合憲性判断基準

さらに、本判決は、「憲法24条が、本質的に様々な要素を検討して行われるべき立法作用に対してあえて立法上の要請、指針を明示していることからすると、その要請、指針は、単に、憲法上の権利として保障される人格権を不当に侵害するものでなく、かつ、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のであって、憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の実質的な平等が保たれるように図ること、婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ること等についても十分に配慮した法律の制定を求めるものであり、この点でも立法裁量に限定的な指針を与えるものといえる」と判示して、憲法24条がもつ固有の意義を明らかにしている。すなわち、憲法24条が明示する立法上の要請・指針は、①憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと、②両性の実質的な平等が保たれるように図ること、③婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ること、などについても十分配慮することを求めている。

そのうえで、「婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定が憲法13条、14条1項に違反しない場合に、更に憲法24条にも適合するものとして是認されるか否かは、当該法制度の趣旨や同制度を採用することにより生ずる影響につき検討し、当該規定が個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否かという観点から判断すべきものとするのが相当である」と、憲法24条適合性についての判断基準を示している。ただし、この場合の憲法適合性の検討は、婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定が、憲法13条や14条1項に違反しない場合に、憲法24条が明示する立法上の要請・指針に適合するかどうかという観点から行われるものであり、この点では、典型的な意味での基本的人権を直接制約する規定の合憲性審査基準が問題となっているものではない。<sup>(29)</sup>

このように、本判決は、憲法24条には、憲法13条や14条1項の範囲にとどまらない固有の意義が

あることを認めたものであり、婚姻及び家族に関する法制度を定めた規定が、憲法13条や14条1項に違反しない場合であっても、さらに憲法24条にも適合するかどうかについて立法裁量の限界を示す意味があることを認めたもので、<sup>(30)</sup>憲法24条の解釈上の意義を深めたものといえることができる。

#### 4) 本件規定の憲法24条適合性

本件規定の憲法24条適合性について、本判決は、上記の判断基準によって検討するが、具体的には、夫婦同氏制による利点とこれによる不利益とを判断材料として、総合考慮によって判断するものとなっている。

まず、「夫婦が同一の氏を称すること」の利点として、「家族という一つの集団を構成する一員であることを、対外的に公示し、識別する機能を有している」こと、「婚姻の重要な効果として夫婦間の子が夫婦の共同親権に服する嫡出子となるということがあるところ、嫡出子であることを示すために子が両親双方と同氏である仕組みを確保することにも一定の意義がある」こと、「家族を構成する個人が、同一の氏を称することにより家族という一つの集団を構成する一員であることを実感することに意義」があること、「子の立場として、いずれの親とも等しく氏を同じくすることによる利益を享受しやすい」ことがあげられ、加えて、「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」いことが述べられている。

これに対して、「婚姻によって氏を改める者」にとっての不利益として、「いわゆるアイデンティティの喪失感を抱いたり、婚姻前の氏を使用する中で形成してきた個人の社会的な信用、評価、名誉感情等を維持することが困難になったりするなどの不利益を受ける場合があること」を認定し、「夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めている現状からすれば、妻となる女性が上記の不利益を受ける場合が多い状況が生じている」として、これらの不利益を被る者がもっぱら妻たる女性であることを認め、「これらの不利益を受けることを避けるために、あえて婚姻をしないという選択をする者が存在すること」も指摘している。しかし、これらの不利益は、「氏の通称使用が広まることにより一定程度は緩和され得るもの」と説示している。

そのうえで、本判決は、「以上の点を総合的に考慮すると、本件規定の採用した夫婦同氏制が、夫婦が別の氏を称することを認めないものであるとしても、上記のような状況の下で直ちに個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠く制度であるとは認めることはできない」として、「本件規定は、憲法24条に違反するものではない」と判断した。

以上のように、本判決は、本件規定の憲法適合性の問題を、憲法上の権利の侵害の問題ではなく、婚姻及び家族に関する事項の制度構築上の立法裁量の限界の問題として、憲法適合性の具体的な判断においては、必ずしも具体的な判断過程が示されないまま、<sup>(31)</sup>「不透明な総合考慮」によって判断されたように思われる。

#### 5) 選択的夫婦別氏制についての言及

本件では、Xらの上告論旨において、夫婦同氏制を規制と捉えたうえで、これよりも規制の程度の小さい氏に係る制度として選択的夫婦別氏制を採用する余地があることを指摘する部分があるが、本判決は、「そのような制度に合理性がないと断ずるものではない」と述べて、選択的夫婦別氏制について言及し、かつその合理性を否定してはいない。

しかし、本判決では、憲法24条の趣旨に従って、婚姻及び家族に関する事項は、その制度上の構築を国会の立法裁量に委ねて、24条が示すところの立法上の要請・指針にそって限定された裁量の範囲内のものかどうかを裁判所は判断するとの立場に立って、「夫婦同氏制の採用については、嫡出子の仕組みなどの婚姻制度や氏の在り方に対する社会の受け止め方に依拠するところが少なくなく、この点の状況に関する判断を含め、この種の制度の在り方は、国会で論ぜられ、判断されるべき事柄にほかならない」としている。

このように、夫婦同氏制の問題や選択的夫婦別氏制の採用などの制度のあり方について、国会での議論を促す形で、いわば国会へのメッセージを示している。

### ⑤個別意見

本判決には、寺田逸郎裁判官の補足意見、櫻井龍子裁判官、岡部喜代子裁判官、鬼丸かおる裁判官、木内道祥裁判官の各意見、山浦善樹裁判官の反対意見が付されている。

寺田補足意見は、多数意見における本件規定の憲法24条適合性について補足するもので、上告人らの主張が「氏を同じくする夫婦に加えて氏を異にする夫婦を法律上の存在として認めないのは不合理であるということであり、いわば法律関係のメニューに望ましい選択肢が用意されていないことの不当性を指摘し、現行制度の不備を強調する」が、「このような主張について憲法適合性審査の中で裁判所が積極的な評価を与えることには、本質的な難しさがある」として、「これを国民的議論、すなわち民主主義的なプロセスに委ねることによって合理的な仕組みの在り方を幅広く検討して決めるようにすることこそ、事の性格にふさわしい解決であるように思える」とする。

岡部意見は、本件規定の憲法24条適合性について、「本件規定は、昭和22年の民法改正後、社会の変化とともにその合理性は徐々に揺らぎ、少なくとも現時点においては、夫婦が別の氏を称することを認めないものである点において、個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超える状態に至っており、憲法24条に違反するものといわざるを得ない」として、違憲との意見を示すが、本件立法不作為の違法性については、「婚姻及び家族に関する事項については、その具体的な制度の構築が第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねられる事柄であることに照らせば、本件規定について違憲の問題が生ずるとの司法判断がされてこなかった状況の下において、本件規定が憲法24条に違反することが明白であるということは困難である」として、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する。

櫻井裁判官及び鬼丸裁判官は、この岡部裁判官の意見に同調している。

木内意見は、本件規定の憲法24条適合性について、「国会の立法裁量権を考慮しても、夫婦同氏制度は、例外を許さないことに合理性があるとはいえず、裁量の範囲を超えるもの」で、「本件規定は憲法24条に違反するものである」が、「国家賠償法1条1項の違法性については、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改廃等の立法措置を怠っていたと評価することはできず、違法性があるということとはできない」とする。

山浦反対意見は、本件規定の憲法24条適合性については、岡部裁判官の意見に同調したうえで、

本件立法不作為の違法性については、「少なくとも、法制審議会が法務大臣に『民法の一部を改正する法律案要綱』を答申した平成8年以降相当期間を経過した時点においては、本件規定が憲法の規定に違反することが国会にとっても明白になっていた」として、「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ある」とする。

以上のように、多数意見は、本件規定の憲法適合性について合憲と判断し、本件立法不作為の違法性についても合法と評価したが、5人の裁判官が、夫婦同氏制を定める本件規定について違憲との意見を示し、さらに、そのうちの1人の裁判官は、本件立法不作為の違法性を認めるものであった。

#### 4. 最高裁判例における憲法判断の積極主義的傾向

##### (1) 国家賠償請求訴訟における憲法適合性の判断

###### ①再婚禁止期間違憲訴訟判決と夫婦別姓訴訟判決における最高裁の憲法適合性判断

再婚禁止期間違憲訴訟も夫婦別姓訴訟も、ともに違憲の立法を改廃しない立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法であるとして提起された国家賠償請求訴訟であり、訴訟としては国会の立法行為の違法性の評価にかかわるものである。最高裁は、再婚禁止期間違憲訴訟判決においては、女性についてのみ6箇月の再婚禁止期間を定める民法733条1項の規定のうち100日を越えて再婚禁止期間を設ける部分について、憲法14条1項、24条2項に違反すると判断しながら、民法733条1項の規定を改廃する立法措置をとらなかった立法不作為については、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した。また、夫婦別姓訴訟判決においては、夫婦同氏制を定める民法750条の規定について、憲法13条、14条1項、24条に違反しないと判断し、民法750条の規定を改廃する立法措置をとらなかった立法不作為について、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した。このように、再婚禁止期間違憲訴訟判決は、立法の内容について違憲の判断をしながら、立法不作為については合法との判断を示し、夫婦別姓訴訟判決は、立法の内容について合憲との憲法判断を示しつつ、立法不作為についても合法と判断したものである。

最高裁は、これらの2つの判決において、いずれも、当該規定を改廃する立法措置をとらない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結論づけていることから、これまでの判例法理によれば、具体的な憲法判断に立ち入ることなく、立法不作為の合法性を認定するという手法もありえたはずである。しかし、最高裁は、夫婦別姓訴訟においては、民法750条について具体的な憲法判断に踏み込み、とくに憲法24条の趣旨を明確にして具体的な解釈を示し、また再婚禁止期間違憲訴訟においては、民法733条1項の違憲判断にまで及んでおり、こうした点においては積極的に憲法判断を行う姿勢を示したものとなっている。

このように、これらの2つの判決が、国家賠償請求については棄却すべきものとしつつ、あえて当該規定の憲法適合性について判断をしたことについて、それぞれの調査官解説は、同一の表現で、<sup>(32)</sup>「国家賠償責任が否定される場合に前提問題として憲法判断を行うか回避するかについて、論理的

には、憲法適合性に関する判断が違法性の有無の判断に先行すると考えられるところ、合憲又は違憲の判断を明示的に示す必要性が当該憲法問題の重要性・社会的影響等を考慮した個々の事案ごとの裁判所の裁量に委ねられているという立場にたったもの」と解し、「特に、憲法判断を責務とする最高裁の判決においては、憲法適合性につき各裁判官に多様な意見があり得る事件について、仮に国家賠償請求を棄却すべきものとする場合であっても、憲法判断についての各裁判官の意見を明示的に示すために上記の必要性が認められることがあると考えられる」と説示する。当該憲法問題の重要性などを考慮して合憲・違憲の判断を明示的に示す必要性があると裁判所が判断する場合には、国家賠償責任が否定される場合でも前提問題として憲法判断を行うとすることは、付随的違憲審査制を採用するわが国の憲法訴訟のあり方として、合憲性判断に関わる裁判所の裁量的な権限として位置づけられるものであることは肯定できるし、とくに最高裁には、こうした姿勢が強く求められるところである。しかし、どのような場合に具体的な憲法判断に立ち入ることになるのか、最高裁としては、より明確な基準を示すことが求められると考えられる。

## ②立法内容の違憲性と立法行為の違法性との区別と憲法適合性の判断

国家賠償請求訴訟に基づいて法律の規定の合憲性を争う手法は、昭和60年判決が示した法理によって、訴訟の提起自体は比較的容易であるものの、国家賠償法上の違法性を認定するには極めて厳密な要件を充たすことが必要と解され、さらに立法の内容自体の憲法適合性の判断そのものが必ずしもなされることなく、訴訟を終結させることができるという状況が生じていた。

昭和60年判決は、立法内容の違憲性と国家賠償法1条1項の違法性との関係について、「国会議員の立法行為（立法不作為を含む。以下同じ。）が同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が憲法の規定に違反する廉があるとしても、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」と判示して、立法内容の違憲性と立法行為の違法性とを区別し、たとえ立法内容が違憲であるとしても、直ちに立法行為が違法とはならないとの判断を示したものである。この法理は、平成17年判決や平成27年再婚禁止期間違憲訴訟判決など、その後の判例でも踏襲されている。そして、昭和60年判決は、立法不作為を含めた立法行為が違法といえるかどうかについて、「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いというべきであって、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ごとき、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1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けないものといわなければならない」と判示して、立法行為の違法性を認定する基準を厳しく設定し、事実上立法行為の違法性の認定を否定するがごとき判断を示していた。そのうえで、当該案件については、「憲法には在宅投票制度の設置を積極的に命ずる明文の規定が存しないばかりでなく」、憲法47条は「選挙に関する事項の具体的決定を原則として立法府である国会の裁量的権限に任せる趣旨である」ことから、「在宅投票制度を廃止しその後前記8回の選挙ま

でこれを復活しなかった本件立法行為につき、これが前示の例外的場合に当たると解する余地はなく、本件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」として、立法行為の違法性を否定したものである。このように、昭和60年判決では、立法内容の違憲性の問題が立法行為の違法性の判断の前提となっているものの、判断内容としては立法行為の違法性の認定基準に基づいて判断しているので、判断枠組みとしては具体的な憲法判断に踏み込むことなく、立法行為の違法性についてのみ判断した<sup>(33)</sup>ものとなっていた。

このような立法行為の違法性判断に関する昭和60年判決のアプローチは、立法内容の合憲性を争う国家賠償請求訴訟において、具体的な憲法判断に踏み込むことなく、立法行為の違法性についてのみ判断し合法とする結論を導くものとして、その後の判例にも影響を及ぼしたものである。最高裁の判例としては、平成7年再婚禁止期間違憲訴訟判決も、具体的な憲法判断を示すことなく、当該立法不作為が違法ではないと判断していた。したがって、裁判所がこのアプローチを採用する限りは、国家賠償請求訴訟によっては、立法内容の違憲性を実質的に争うことができないものとなっていた。

このような状況において、下級審ではあるが、平成13年のハンセン病訴訟熊本地裁判決（熊本地裁平成13年5月11日判決）<sup>(34)</sup>は、隔離を定める法律の規定を憲法13条に違反するとして、立法内容の違憲性を認め、国家賠償法上の違法性については、昭和60年判決の法理に拠りながら、全く事案を異にする「例外的な場合」として、隔離規定を改廃しなかった立法不作為の違法性を認める判断を行った。そして、最高裁では、平成17年判決が、立法内容の違憲性と立法行為の違法性を区別して判断する手法を踏襲しつつ、立法行為の違法性を認定する基準を実質的に拡大し、公職選挙法の規定を違憲と判断して、立法内容の違憲性を認め、立法不作為の違法性をも認定する判断を示した。ここでは、国家賠償法上の違法性を認める結論が示されているが、その前提として、法律の規定の合憲性判断がなされ、立法内容の違憲性についての検討がなされており、立法内容の違憲性と立法行為の違法性を区別しながらも、その両者について判断を行っている。それゆえに、この平成17年判決は、立法行為の違法性が認定されるような場合においてのみ立法内容の違憲性の判断が実質的になされる可能性を示したにすぎないようにも考えられる。

しかしながら、夫婦別姓訴訟判決は、立法不作為の違法性については、これを認めなかったにもかかわらず、立法内容の違憲性についての判断を行って、これを合憲とし、さらに、再婚禁止期間違憲訴訟判決は、立法不作為の違法性については、同様に、これを認めなかったにもかかわらず、立法内容の違憲性についての判断を行い、しかも違憲の結論を導き出している。したがって、これら2つの最高裁判決は、国家賠償請求訴訟における立法内容の憲法適合性判断について、裁判所による憲法判断の範囲を従前より拡大したものと考えることができる。

## （2）立法不作為の国家賠償法上の違法性の判断

### ①従来の判例理論

立法行為の国家賠償法上の違法性についての判断枠組みを示したのは、昭和60年判決であるが、

その後の平成17年判決や平成27年再婚禁止期間違憲訴訟判決（以下、本節では「平成27年判決」という。）も、この判断枠組みを踏襲するものとなっている。

昭和60年判決は、立法行為の国家賠償法上の違法性を判断する一般的枠組みを示して、例外的な場合にしか違法性の評価が認められないことを明示する。すなわち、一般的枠組みとしては、立法行為の違法性の判断は、「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」であり、「当該立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべき」こととしており、国家賠償法上の違法性の問題は、①国会議員の職務上の法的義務違反の問題であること、②立法内容の違憲性の問題とは区別されるべきことが示されている。さらに、「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い」として、③国会議員の立法行為は原則として国民に対する政治的責任の問題であり、違法性の問題は例外であることを強調する。このような国家賠償法上の違法性判断の一般的枠組みは、平成17年判決では、③についての直接の記述はないものの、平成27年判決にも共通のものとなっている<sup>(35)</sup>。そのうえで、昭和60年判決は、違法性が認められる「例外的な場合」として、「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ごとき、容易に想定し難いような例外的な場合」をあげたが、これがいわば唯一の例外的な場合として解釈されることによって、実質的には違法性を認定するような事例が想定され難いことから、国家賠償法上の違法性を事実上否定するような判断基準として受け止められるものとなった。

しかしながら、平成17年判決は、立法行為の国家賠償法上の違法性の判断基準として、「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と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、国家賠償法上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」と判示して、昭和60年判決とは異なる定式を示しつつ、「昭和60年判決は、以上と異なる趣旨をいうものではない」と明示して、昭和60年判決と同じ趣旨であることを明らかにした。この平成17年判決の判断基準においては、①「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」（前段の記述）、②「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と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」（後段の記述）、という2つの具体的な場合が明示され、しかも、この2つの場合が「など」として、具体的に挙げられた2つの例示的な場合であることが示されている。この判断基準によって、昭和60年判決が打ち出した「例外的な場合」として、平成17年判決は、その具体的な例示として2つの場合を挙げつつ、しかも立法行為が例外的に違法となる場合がこの2つの例示のみに限定されるものではないことを明らかにしたといえる。そして、平成17年判決の判断基準では、立法行為又は立法不作為が違法となる場合として、「前段」の場合と「後段」の場合とを具体的に明示しているが、平成27年判決の調査官解説によれば<sup>(36)</sup>、後段の場合は、「典型的には国

会がゼロから何らかの積極的な立法措置をとることを要する場合」が想定され、また、前段の場合は、「違憲の法律を制定する立法行為やこれと同視し得る立法不作為により本来自由に行使し得る憲法上の権利が侵害され、期間の経過を要せずに直ちに違法となる極端な場合」を想定して述べられたものと位置づけられている。

このように、平成17年判決の判断基準は、昭和60年判決の「例外的な場合」を具体的に例示することによって、立法行為の国家賠償法上の違法性が認められる場合を事実上拡大するものとなり、これ以降は、実務上も、平成17年判決の判断基準によって、違法性の認定が行われるようになったのである。<sup>(37)</sup>

## ②再婚禁止期間違憲訴訟判決の判断基準

平成27年判決は、立法行為の国家賠償法上の違法性について、まず、「国家賠償法1条1項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個々の国民に対して負担する職務上の法的義務に違反して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責任を負うことを規定するものであるところ、国会議員の立法行為又は立法不作為が同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々の国民に対して負う職務上の法的義務に違反したかどうかの問題であり、立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきものである。そして、上記行動についての評価は原則として国民の政治的判断に委ねられるべき事柄であって、仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではない」として、①国会議員の職務上の法的義務違反の問題であること、②立法内容の違憲性の問題とは区別されるべきこと、③原則として国民の政治的判断に委ねられるべき事柄であり違法性の問題は例外であること、を明示して、違法性判断の一般的枠組みについて、昭和60年判決と同様の判断枠組みを示している。そして、例外的に違法性が認められる判断基準として、「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などにおいては、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものとして、例外的に、その立法不作為は、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ことがあるというべきである」として、平成17年判決とも異なる定式を示しながら、昭和60年判決と平成17年判決を引用している。このことから、平成27年判決の定式は、昭和60年判決や平成17年判決の判断枠組みと同一の趣旨をいうものと解されることになるが、とくに平成17年判決の判断基準との関係をどのように理解すべきかが問題となる。

この点について、調査官解説は、平成17年判決の判断基準における前段と後段の想定をふまえて、平成27年判決の定式が、「本件の事案に即した違憲の法律の改廃を怠る立法不作為が期間の経過等により例外的に違法となる類型を例示として切り出し、立法不作為が例外的に違法となる場合の判断基準を、改めて、平成17年判決の考え方とも整合的な形で判示したもの」と説示している。この理解によれば、再婚禁止期間違憲訴訟の事案に即した例外的な場合として、「違憲の法律の改廃を怠

る立法不作為が期間の経過等により例外的に違法となる類型」を一つの例示として取り上げて、平成17年判決の定式と整合的に位置づけたものということになる。すなわち、平成17年判決の後段の場合（「典型的には国会がゼロから何らかの積極的な立法措置をとることを要する場合」）と前段の場合（「違憲の法律を制定する立法行為やこれと同視し得る立法不作為により本来自由に行使し得る憲法上の権利が侵害され、期間の経過を要せずに直ちに違法となる極端な場合」）について、とくに前段の場合に関連して、違憲の立法行為や立法不作為が「期間の経過を要せずに直ちに違法となる極端な場合」ではなく、「期間の経過等により例外的に違法となる」場合を、例示的な類型の一つとして、平成27年判決が提示したものとなる。これによって、①違憲の立法行為や立法不作為が直ちに違法となる極端な場合（平成17年判決の定式の前段の場合）、②違憲の立法行為や立法不作為が期間の経過等により例外的に違法となる場合（平成27年判決の定式の例示の場合）、③憲法上の権利行使の機会を確保するために所要の立法措置がなされずに長期にわたってこれを怠る場合（平成17年判決の定式の後段の場合）、の3つの類型が、「例外的な場合」の例示として位置づけられることになる。

また、平成27年判決の千葉補足意見<sup>(39)</sup>は、立法不作為の国家賠償法上の違法性判断の枠組みについて、多数意見を補足しているが、「本件と平成17年判決の判示との関係については、本件は、平成17年判決の判示のうち前段部分と同様のケースであるところ、前段部分の判示のような憲法上の権利侵害が一義的な文言に違反しているような極端な場合ではないので、多数意見は、今回、改めて、これらの従前の当審の判示をも包摂するものとして、一般論的な判断基準を整理して示したもの」と説示して、本件で問題となった違憲の立法不作為が期間の経過等により例外的に違法となる場合も想定して、平成17年判決の判示内容を含み込んで、「一般論的な判断基準を整理して示したもの」と位置づけている<sup>(40)</sup>。

平成27年判決の定式では、さらに、国家賠償法上の被侵害利益について、「憲法上保障され又は保護されている権利利益」とされ、平成17年判決の定式が、「国民に憲法上保障されている権利」としていたことよりも、その範囲を広げていることに注意が必要である。これは、明確に憲法上の人権として位置づけられる権利の侵害だけではなく、夫婦別姓訴訟判決が、憲法24条により憲法上保護されうる利益を新たに位置づけているように、憲法上保護されている利益が合理的な理由なく制約された場合も、違法性が認定されうることを明示的に示したものということができる。

以上のように、平成27年判決の定式は、立法行為の国家賠償法上の違法性の判断枠組みにおいて、例外的に違法となる場合の例示的な類型を新たに示して、これを整理し、また、被侵害利益として、憲法上保障される権利のみならず、憲法上保護されている利益をも対象とすることで、その範囲を拡大しており、憲法上の権利利益にかかわる国家賠償法上の違法性が認められる可能性を広げていると見ることができる。

### (3) 立法裁量の限定の判断

#### ①夫婦別姓訴訟判決における憲法24条の趣旨の明確化と立法裁量の限定

平成27年夫婦別姓訴訟判決（以下、本節では「平成27年判決」という。）は、憲法24条の趣旨や要請・指針を明らかにして、婚姻及び家族に関する事項について制度構築上の立法裁量に限界を示したもので、憲法24条の趣旨を明確にした点や婚姻及び家族に関する立法裁量事項に限界を示した点は、憲法解釈上も重要な意義を有する<sup>(41)</sup>。

平成27年判決は、婚姻及び家族に関する事項は、関連する法制度においてその具体的内容が定められていくものであることから、当該法制度の制度設計が重要な意味を持つものであり、この点で、憲法24条2項が、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ていることを示した。すなわち、憲法24条2項は、婚姻及び家族に関する事項の具体的な制度設計を国会の立法裁量に委ねていることを確認したものである。そのうえで、「その立法に当たっては、同条1項も前提としつつ、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って、その裁量の限界を画したものと判示し、憲法24条2項が、「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」を示すことで、国会の立法裁量の限界を定めたものであることを明らかにした。

さらに、平成27年判決は、憲法24条の要請・指針は、「単に、憲法上の権利として保障される人格権を不当に侵害するものでなく、かつ、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のであって、憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の実質的な平等が保たれるように図ること、婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ること等についても十分に配慮した法律の制定を求めるもの」であるとして、憲法24条が明示する立法上の要請・指針は、①憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと、②両性の実質的な平等が保たれるように図ること、③婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ること、などについても十分に配慮することを求めている。こうした点においても、立法裁量に限定的な指針を与えるものとして、憲法24条を位置づけている。

したがって、平成27年判決によれば、婚姻及び家族に関する事項において、憲法24条2項は、その具体的な制度の構築を国会の立法裁量に委ねると同時に、その裁量の限界を定めたものであるが、憲法24条が明示する要請・指針は、憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益の尊重なども裁量の範囲にかかわる考慮事項としたということになる。

このように、最高裁は、憲法条項により立法裁量の要請・指針が明示されている場合に、その裁量事項の限界をより明確に示しつつ、国会による立法裁量権の行使を適切に行うように摘示しているものと思われ、国会は、その裁量権の行使に際しては、この点に関する最高裁の判断を考慮して行うことが求められていることになる。

## ②立法裁量事項における国会へのメッセージ

近年の最高裁判例を見ると、とくに憲法上の問題が扱われた憲法判例においては、立法裁量が広範な領域でも、憲法上許容される裁量権が適切に行使されているかという観点から立法府の裁量権に対する統制を行って、その判断過程において比較的厳密な審査を行う手法が採用され、また、救済が必要な当事者に対しては、その方法を具体的に検討して、実際上の救済を図るような結論が導き出されており<sup>(42)</sup>、さらに、従前の判例との理論的な整合性を考慮した判断がなされている<sup>(43)</sup>。立法裁量事項に対する最高裁の統制という観点からは、憲法がその具体化を法律に委ねている領域において、従来は、この立法裁量の範囲を広く捉えて、立法府の判断を最大限尊重する姿勢を基本とし、最高裁は比較的緩やかに審査していたのに対して、最近の違憲判決では、問題となっている人権や憲法的価値の重要性を法原理から再確認し、その具体化としての立法裁量の行使が憲法原理に照らして適切に行使されているかどうか厳密に審査するという姿勢を最高裁が見せているといえる。

そして、最高裁が、とくに立法裁量にかかわる事項について、憲法上の判断を示す中で、国会に対して一定の措置を講ずるように求める言及をしており、これを「最高裁から国会へのメッセージ」と捉えることができるが、とくに、投票価値の平等をめぐる訴訟の近年の最高裁判決では、こうしたメッセージが多く見られるところである<sup>(44)</sup>。

平成27年判決は、夫婦同氏制を定める民法750条の規定について合憲と判断し、この規定を改廃する立法措置をとらない立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではないとしたものであり、憲法24条の趣旨やその立法裁量上の要請・指針などを明らかにして、立法裁量の限界を示したものであるが、憲法適合性の判断に踏み込んだものとはいえ、違憲の判断を導いたものではなく、結論的にも、当事者の救済を図るものとはなっていない。しかしながら、平成27年判決は、民法750条が採用した夫婦同氏制が、夫婦が別の氏を称することを認めないものであるとしても、直ちに合理性を欠く制度であるとは認められないとして、憲法24条適合性を認めたのであるが、この判断において、夫婦が別の氏を称することも認める選択的夫婦別氏制について合理性がないと断ずるものではないと述べて、憲法24条の下で構築されうる氏の制度としては、いずれの制度にも合理性が認められうるものと判断している。そのうえで、「この種の制度の在り方は、国会で論ぜられ、判断されるべき事柄にほかならない」と、国会による議論と判断に委ねられるべきものとしている<sup>(45)</sup>。

このように、平成27年判決は、婚姻にかかわる氏の制度の在り方について、国会における議論や判断を促す説示を行っており、これも広い意味では、「最高裁から国会へのメッセージ」として位置づけることができる。ただし、最近の投票価値の平等をめぐる訴訟の判決の中で、最高裁が説示しているメッセージでは、選挙区割りに関する規定や選挙区における議員定数配分に関する規定がいわゆる「違憲状態」にあり、国会に対して違憲状態の解消を求めて、具体的な立法措置を講ずるよう求めているのに対して、平成27年判決における国会に向けての説示の部分は、立法裁量の範囲内にあると判断した氏の制度のあり方に関する議論を国会に促しているに過ぎない。しかし、本来であれば、投票価値の平等をめぐる訴訟の場合のように、立法裁量の枠内にとどまるかどうかという憲法適合性に関する問題となっているからこそ、立法府に対して説示を行う必要性が認められる

ものと考えられ、平成27年判決の結論のように、立法裁量の範囲にある問題であれば、理論的には憲法適合性の問題とはならず、司法上の判断としては、国会に対して説示する必要はないはずである。にもかかわらず、平成27年判決が、あえて国会に対して氏の制度のあり方に関する議論を提起したということは、この点に関する議論を促す意味をもつという点で、「最高裁から国会へのメッセージ」としての意義があると考えられる。

## 5. おわりに

最高裁は、再婚禁止期間違憲訴訟判決においては、立法の内容について違憲の判断をしながら、立法不作為については合法との判断を示し、また、夫婦別姓訴訟判決においては、立法の内容について合憲との判断を示しつつ、立法不作為についても合法と判断した。いずれの訴訟においても、これまでの判例法理によれば、具体的な憲法判断に立ち入ることなく、立法不作為の合法性を認定するというアプローチもありえたはずである。しかし、最高裁は、夫婦別姓訴訟においては、民法750条について具体的な憲法判断に踏み込み、また再婚禁止期間違憲訴訟においては、民法733条1項の違憲判断にまで及んだ。この2つの判決において、最高裁が国家賠償請求訴訟としても積極的に憲法判断を行う姿勢を示したものである。

また、最高裁は、再婚禁止期間違憲訴訟判決において、立法行為の国家賠償法上の違法性の判断枠組みについて、平成17年判決が提示した判断基準の定式とは異なる定式を提示して、例外的に違法となる場合の例示的な類型を新たに示しながら、判断基準の定式を整理するとともに、被侵害利益として憲法上保障される権利のみならず、憲法上保護される利益についても対象とすることで、国家賠償法上の違法性の範囲を広げる結果となった。このように、最高裁は、憲法上の権利利益にかかわる国家賠償法上の違法性が認められる範囲を拡大しているといえる。

そして、最高裁は、夫婦別姓訴訟判決において、憲法24条の趣旨や要請・指針を明らかにして、婚姻及び家族に関する事項について制度構築上の立法裁量の限界を示し、憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益の尊重なども裁量の範囲にかかわる考慮事項として立法裁量を限定し、さらに、国会による議論や判断を促す摘示をしている。

こうした最高裁の対応は、憲法上の争点が提起された憲法訴訟の性格を帯びた事案において、最近の最高裁が積極的に憲法判断に踏み込んでいる姿勢の現われと見ることができる。とくに、国家賠償請求訴訟の訴訟形態としても、憲法上の争点を提起するだけでなく、裁判所自体が憲法上の争点について実質的な判断を行うことが可能であることを示しているといえる。

## 〈注〉

- (1) 最高裁平成27年12月16日大法廷判決（民集69巻8号2427頁）。
- (2) 最高裁平成27年12月16日大法廷判決（民集69巻8号2586頁）。

- (3) 平成27年の再婚禁止期間違憲訴訟判決を含めて、最高裁がこれまでに法令違憲の判断を示したのは、以下の10件である。①尊属殺重罰規定違憲判決〔最大判昭和44・4・4刑集27-3-265〕(刑法200条)、②薬事法距離制限規定違憲判決〔最大判昭和50・4・30民集29-4-572〕(薬事法6条2項)、③衆議院議員定数配分規定違憲判決〔最大判昭和51・4・14民集30-3-223〕(公職選挙法13条1項・同法別表第一)、④衆議院議員定数配分規定違憲判決〔最大判昭和60・7・17民集39-5-1100〕(公職選挙法13条1項・同法別表第一)、⑤森林法分割制限規定違憲判決〔最大判昭和62・4・22民集41-3-408〕(森林法186条)、⑥郵便法賠償責任制限規定違憲判決〔最大判平成14・9・11民集56-7-1439〕(郵便法68条・73条)、⑦在外邦人選挙権制限規定違憲判決〔最大判平成17・9・14民集59-7-2087〕(公職選挙法附則8項)、⑧国籍法要件規定違憲判決〔最大判平成20・6・4民集62-6-1367、最大判平成20・6・4裁集民事228-1-1〕(国籍法3条1項)、⑨非嫡出子法定相続分差別規定違憲決定〔最大決平成25・9・4民集67-6-1320〕(民法900条4号ただし書前段)、⑩再婚禁止期間規定違憲判決〔最大判平成27・12・16民集69-8-2427〕(民法733条1項)。
- (4) 前掲・注(3)の10件の法令違憲の判断のうち、この十余年の間では、⑥郵便法賠償責任制限規定違憲判決〔最大判平成14・9・11民集56-7-1439〕、⑦在外邦人選挙権制限規定違憲判決〔最大判平成17・9・14民集59-7-2087〕、⑧国籍法要件規定違憲判決〔最大判平成20・6・4民集62-6-1367、最大判平成20・6・4裁集民事228-1-1〕、⑨非嫡出子法定相続分差別規定違憲決定〔最大決平成25・9・4民集67-6-1320〕、⑩再婚禁止期間規定違憲判決〔最大判平成27・12・16民集69-8-2427〕の5件の法令違憲の判断がある。
- (5) 最近の最高裁の憲法判例には、従前よりも違憲審査が活性化し、憲法判断が精緻化している特徴が見られる。拙稿「最高裁の違憲審査の活性化と憲法判例－最近の最高裁判決をめぐって－」(『中京ロイヤー』18号、2013年)101頁以下参照。
- (6) 前掲・注(3)の10件の法令違憲の判断のうち、①刑法200条の尊属殺重罰規定の違憲判決〔最大判昭和44・4・4刑集27-3-265〕、③公職選挙法13条1項・同法別表第一の衆議院議員定数配分規定の違憲判決〔最大判昭和51・4・14民集30-3-223〕、④公職選挙法13条1項・同法別表第一の衆議院議員定数配分規定の違憲判決〔最大判昭和60・7・17民集39-5-1100〕、⑧国籍法3条1項の国籍法要件規定の違憲判決〔最大判平成20・6・4民集62-6-1367、最大判平成20・6・4裁集民事228-1-1〕、⑨民法900条4号ただし書前段の非嫡出子法定相続分差別規定の違憲決定〔最大決平成25・9・4民集67-6-1320〕、⑩民法733条1項の再婚禁止期間規定の違憲判決〔最大判平成27・12・16民集69-8-2427〕の6件は、法の下での平等を定める憲法14条1項違反と判断したものである。
- (7) 民法の家族法分野の規定に関しては、従前より平等の観点から議論がなされてきたところであり、平成8年(1996年)2月26日に法制審議会が法務大臣に答申した「民法の一部を改正する法律案要綱」において、民法733条1項について、再婚禁止期間を100日に短縮する案が示され、また、民法750条について、選択的夫婦別氏制を導入する案が示され、さらに、民法900条4号ただし書前段について、非嫡出子の法定相続分を嫡出子と同一とする案が示されていたが、婚姻や相続など家族制度のあり方をめぐって慎重な意見が強いこともあって、法案の国会提出には至らず、それ以降も、議員立法としては法案が提出されたものの、改正の実現には至らなかったという経緯がある。
- (8) 最高裁平成25年9月4日大法廷決定(民集67巻6号1320頁)。
- (9) 最高裁昭和60年11月21日第一小法廷判決(民集39巻7号1512頁)。
- (10) 最高裁平成7年12月5日第三小法廷判決(集民177号243頁、判時1563号81頁)。
- (11) 最高裁平成17年9月14日大法廷判決(民集59巻7号2087頁)。
- (12) 大林啓吾「憲法訴訟の転機と司法積極主義の兆し－契機としての再婚禁止期間違憲訴訟と夫婦別姓訴訟－」(『法律時報』88巻7号、2016年)70頁参照。
- (13) 卷美久紀「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』18号、2016年)86-87頁参照。

- (14) 拙稿「憲法の予定している司法権と立法権の関係について－投票価値の平等をめぐる訴訟と最高裁から国会へのメッセージ－」（『中京ロイヤー』24号、2016年）23頁参照。
- (15) 民法733条1項は、女性について6箇月の再婚禁止期間を定めていたが、平成27年の再婚禁止期間違憲訴訟最高裁判決が、6箇月の再婚禁止期間のうち100日を超える部分について憲法違反であると判断したことから、再婚禁止期間を100日に短縮すること等を内容とする「民法の一部を改正する法律」が、平成28年（2016年）6月1日に国会で成立し、同月7日に公布・施行された。改正後の民法733条の規定は、「女は、前婚の解消又は取消しの日から起算して百日を経過した後でなければ、再婚をすることができない」（1項）、「前項の規定は、次に掲げる場合には、適用しない。  
一 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 二 女が前婚の解消又は取消しの後に出産した場合」（2項）、となっている。本件規定の改正の概要については、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』69巻9号、2016年）56頁以下、下山洋司・金田充弘「再婚禁止期間の短縮に関する民法の改正の概要及び改正後の戸籍事務の取扱いについて」（『時の法令』2010号、2016年）4頁以下参照。
- (16) 岡山地裁平成24年10月18日判決（民集69巻8号2575頁、判時2181号124頁）。
- (17) 広島高裁岡山支部平成25年4月26日判決（民集69巻8号2582頁）。
- (18) 平成27年再婚禁止期間違憲訴訟最高裁判決に関する評釈としては、以下のものを参照。大林・前掲注（12）66頁以下、巻・前掲注（13）86頁以下、田山輝明「再婚禁止期間と夫婦同氏規定の合憲性」（『受験新報』781号、2016年）2頁以下、建石真公子「民法733条1項・750条の憲法適合性判断」（『判例時報』2284号、2016年）53頁以下、窪田充見「二つの最高裁大法廷判決」（『判例時報』2284号、2016年）57頁以下、尾島明「再婚禁止期間と夫婦同氏制に関する最高裁大法廷の判断」（『法律のひろば』69巻4号、2016年）66頁以下、武田万里子「判例評論：民法733条1項の規定のうち100日を越えて再婚禁止期間を設ける部分は憲法14条1項、24条2項に違反するとしたうえで、本規定を改廃する立法措置をとらなかったことが国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではないとされた事例」（『判例時報』2308号、2016年）164頁以下、加本牧子「時の判例；最高裁平成27年12月16日大法廷判決：平成25年（オ）第1079号損害賠償請求事件」（『ジュリスト』1490号、2016年）88頁以下、戸部真澄「再婚禁止期間の改廃に係る立法不作為が国家賠償法上違法でない」とされた事例」（『新・判例解説 Watch』19号、2016年）33頁以下、犬伏由子「再婚禁止期間規定のうち100日超過部分を違憲とした事例」（『新・判例解説 Watch』19号、2016年）105頁以下、作花知志「再婚禁止期間違憲訴訟」（『法学セミナー』734号、2016年）39頁以下、床谷文雄「再婚禁止期間違憲訴訟最高裁大法廷判決」（『私法判例リマックス』53号、2016年）54頁以下、久保野恵美子「婚姻をするについての自由と嫡出推定－再婚禁止期間に関する最大判平成27年12月16日」（『論究ジュリスト』18号、2016年）72頁以下、前田陽一「再婚禁止期間（待婚期間）」（『法学教室』429号、2016年）15頁以下、笹田栄司「再婚禁止期間違憲訴訟」（『法学教室』430号、2016年）125頁、神橋一彦「再婚禁止期間の違憲性と国家賠償法上の違法性」（『法学教室』430号、2016年）133頁、久保野恵美子「再婚禁止期間の憲法適合性」（『法学教室』430号、2016年）136頁、堀口悟郎「再婚禁止期間違憲判決」（『法学セミナー』734号、2016年）108頁、朝田とも子「女性再婚禁止期間規定の100日超過部分についての違憲訴訟」（『法学セミナー』735号、2016年）109頁。
- (19) 加本・前掲注（18）96頁参照。
- (20) 巻・前掲注（13）92頁は、再婚禁止期間違憲訴訟判決と夫婦別姓訴訟判決の2つの最高裁による憲法判断が、婚姻の自由に関して、憲法24条1項の「趣旨」に基づき「十分尊重に値する」として、端的な「保障」より一段階下のものと位置づけていることについて、最高裁が婚姻の自由について法制度を前提とするものと解していることを理由に挙げている。
- (21) 加本・前掲注（18）93頁参照。
- (22) 本判決の個別意見で、千葉勝美裁判官の補足意見が、立法不作為の国家賠償法上の違法性の判断

枠組みや判断基準について言及し、昭和60年判決や平成17年判決との関係を説明している。

- (23) 東京地裁平成25年5月29日判決（民集69巻8号2708頁、判時2196号67頁）。
- (24) 東京高裁平成26年3月28日判決（民集69巻8号2741頁）。
- (25) 上告人らの論旨においては、さらに、原判決が女子差別撤廃条約に関する解釈を誤っており、憲法98条2項違反とする主張もなされたが、最高裁は、この点について、その実質において単なる法令違反をいうもので、適法な上告理由には当たらないとした。
- (26) 平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決に関する評釈としては、以下のものを参照。大林・前掲注（12）66頁以下、巻・前掲注（13）86頁以下、田山・前掲注（18）2頁以下、建石・前掲注（18）53頁以下、窪田・前掲注（18）57頁以下、尾島・前掲注（18）66頁以下、床谷文雄「判例評論：夫婦同氏の原則を定める民法750条の規定は憲法13条、14条1項、24条に違反しないとされた事例」（『判例時報』2308号、2016年）188頁以下、畑佳秀「時の判例；最高裁平成27年12月16日大法廷判決：平成26年（オ）第1023号損害賠償請求事件」（『ジュリスト』1490号、2016年）97頁以下、石埼学「夫婦同氏訴訟－民法750条の合憲性」（『新・判例解説 Watch』18号、2016年）31頁以下、羽生香織「婚姻の効力としての夫婦同氏－民法750条の合憲性」（『新・判例解説 Watch』19号、2016年）109頁以下、寺原真希子「夫婦別姓訴訟－自分と異なる選択（生き方）を許容できるか」（『法学セミナー』734号、2016年）44頁以下、二宮周平「夫婦同氏を強制する民法750条の憲法適合性」（『私法判例リマックス』53号、2016年）58頁以下、石綿はる美「『家族』の呼称としての氏と婚姻の効力としての夫婦同氏」（『論究ジュリスト』18号、2016年）79頁以下、窪田充見「夫婦別姓」（『法学教室』429号、2016年）8頁以下、中里見博「夫婦同氏訴訟最高裁大法廷判決」（『法学教室』431号、2016年）30頁以下、上田健介「夫婦同氏を定める民法750条の合憲性」（『法学教室』430号、2016年）126頁、斎藤一久「夫婦同氏を定める民法750条の合憲性」（『法学セミナー』735号、2016年）108頁、坂本洋子「夫婦別姓訴訟最高裁判決に思う－立法府は速やかに法改正を」（『時の法令』1994号、2016年）57頁以下。
- (27) 畑・前掲注（26）104頁参照。
- (28) 畑・前掲注（26）99頁参照。
- (29) 畑・前掲注（26）102頁参照。
- (30) 畑・前掲注（26）102頁参照。
- (31) 巻・前掲注（13）92頁参照。
- (32) 加本・前掲注（18）95頁、畑・前掲注（25）104頁参照。
- (33) 大林・前掲注（12）67頁参照。
- (34) 熊本地裁平成13年5月11日判決（判時1748号30頁）。
- (35) 戸部・前掲注（18）34頁参照。
- (36) 加本・前掲注（18）94頁参照。
- (37) 最高裁平成18年7月13日第一小法廷判決（集民220号713頁、判時1946号41頁）は、平成17年判決の判断基準に従って、立法不作為の違法性について判断している。再婚禁止期間違憲訴訟の第一審判決（岡山地判平成24・10・18民集69・8・2575、判時2181・124）も、控訴審判決（広島高判岡山支部25・4・26民集69・8・2582）も、平成17年判決の判断基準に従って判断している。
- (38) 加本・前掲注（18）95頁参照。
- (39) 千葉補足意見は、さらに、「私の理解としては、平成17年判決の判示する判断基準は、このような点も踏まえて、前段部分及び後段部分を含め、今回整理し直されたものということになる。今後は、この点の判断基準は、本件の多数意見の示すところによることとなろう」と述べている。
- (40) 戸部・前掲注（18）35-36頁は、立法行為が憲法上の権利を侵害する場合として、(A) 憲法上の権利を侵害する内容の立法を行った場合（侵害立法）、(B) 消極的権利を侵害する既存の立法の改廃を怠る場合（消極的権利立法不作為）、(C) 積極的権利（社会権、参政権等、国家に作為を求め

る権利)について、権利行使を可能にする立法を完全に欠くか、憲法の要請に照らし不十分にしか権利行使を可能にしない既存の立法の改廃を怠る場合(積極的権利立法不作為)をあげたうえで、平成27年再婚禁止期間訴訟判決の調査官解説や千葉補足意見の立場について、「この考え方による場合、17年最判は前段において(A)侵害立法を、後段において(C)積極的権利立法不作為を例示し、本判決は、(B)消極的権利立法不作為を新たに例示したものとして捉えられることになる。この場合、17年最判は先例としての意義を失わず、本判決は、例示のバリエーションを追加し、立法行為の国賠違法の判断基準を詳細化したものとして位置づけられる」と述べている。

- (41) この点に関する夫婦別姓訴訟判決の意義は大きいと思われるが、憲法24条に関して、婚姻の自由の憲法上の位置付けなども含めて、すべて婚姻・家族に関する法制度を前提とするという憲法解釈には、疑問が残る。
- (42) 最近の最高裁の違憲判断では、立法裁量に対する統制と厳密な審査を行い、当事者の実効的救済措置をはかるという様相が見られる。郵便法賠償責任制限規定違憲判決(最大判平成14・9・11民集56-7-1439)、在外邦人選挙権制限規定違憲判決(最大判平成17・9・14民集59-7-2087)、国籍法要件規定違憲判決(最大判平成20・6・4民集62-6-1367)、非嫡出子相続分差別規定違憲決定(最大決平成25・9・4民集67-6-1320)参照。
- (43) 最近の最高裁の違憲判断では、従前の判例との理論的な整合性を考慮した判断がなされている様相が見られる。在外邦人選挙権制限規定違憲判決(最大判平成17・9・14民集59-7-2087)、非嫡出子相続分差別規定違憲決定(最大決平成25・9・4民集67-6-1320)参照。
- (44) 拙稿・前掲注(14)25頁参照。
- (45) 巻・前掲注(13)95頁は、多数意見や寺田補足意見が、問題を民主主義に委ねようとする点について、夫婦別姓訴訟が、差別的な慣習などにより実質的に社会的少数者に他ならない女性たちの、対等な人格としての承認の象徴を求める闘争であるとして、多数決で決める民主主義に委ねる問題ではなく、あくまで法的判断に徹すべきとする。法制審議会による選択的夫婦別氏制の導入に関する議論など、国会における議論が進まない状況の中で提起されたのが、この夫婦別姓訴訟であり、夫婦同氏制を定める民法750条の規定を違憲と判断した少数意見に説得力があるように思われる。
- (46) 投票価値の平等をめぐる訴訟に関する最高裁判例では、とくに、衆議院議員選挙に関するものとして、平成23年判決(最大判平成23・3・23民集65-2-755)、平成25年判決(最大判平成25・11・20民集67-8-1503)、平成27年判決(最大判平成27・11・25民集69-7-2035)、参議院議員選挙に関するものとして、平成24年判決(最大判平成24・10・17民集66-10-3357)、平成26年判決(最大判平成26・11・26民集68-9-1363)において、国会へのメッセージを示す部分がある。