

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

【文 献 種 別】 判決／最高裁判所大法廷

【裁判年月日】 平成 27 年 12 月 16 日

【事 件 番 号】 平成 25 年（オ）第 1079 号

【事 件 名】 損害賠償請求事件

【裁 判 結 果】 棄却

【参 照 法 令】 日本国憲法 14 条 1 項・24 条 2 項、国家賠償法 1 条 1 項、民法 733 条 1 項

【掲 載 誌】 裁時 1642 号 1 頁

LEX/DB 文献番号 25447652

事実の概要

X（原告、控訴人、上告人）は、平成 20 年 3 月に前夫と離婚し、同年 10 月に後夫と再婚したが、同再婚は、女性について 6 ヶ月の再婚禁止期間を定める民法 733 条 1 項の規定（以下、「本件規定」という）があるために、望んだ時期から遅れて成立したものであった。そこで、X は、国（被告、被控訴人、被上告人）に対し、本件規定は憲法 14 条 1 項及び同 24 条 2 項に違反し、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（以下、「本件立法不作為」という）は国家賠償法上違法であるとして、これにより生じた精神的損害について、国家賠償法 1 条 1 項に基づき損害賠償請求訴訟を提起した。

これに対し、原判決（広島高岡山支判平 25・4・26 判例集未登載）は、本件規定の立法目的には合理性があり、また、6 ヶ月の再婚禁止期間がただちに過剰な制約であるとはいえず、本件立法不作為は国家賠償法 1 条 1 項の適用上違法でないと、X の請求を棄却したため、X は上告した。

判決の要旨

「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。」（以上、判旨 1）

「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であるとして、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」（最一小判昭 60・11・21 民集 39 巻 7 号 1512 頁、最大判平 17・9・14 民集 59 巻 7 号 2087 頁参照）。（以上、判旨 2）

最三小判平 7・12・5（集民 177 号 243 頁）は平成 7 年の時点において本件規定を違憲と判示していないこと、平成 8 年の法制審議会の答申は本件規定の 100 日超過部分が違憲であることを前提としていないこと、その後も、その違憲性を指摘する司法判断がされていないこと等により、平成 20 年当時において、本件規定の 100 日超過部分の違憲性が「国会にとって明白であったということは困難である。」

「したがって、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」。(以上、判旨3)

判例の解説

一 はじめに

本判決は、民法に定める再婚禁止期間について、100日を超える部分を違憲とした。同日には、夫婦同氏制を合憲とする別件大法廷判決（最大判平27・12・16裁時1642号13頁）も下され、両判決は、最高裁が憲法・民法分野の重要論点について判示したものととして、社会的にも注目を集めている。

もっとも、両事案はともに立法不作為をめぐる国家賠償訴訟であり、特に本判決は、立法行為の国家賠償法上の違法性（国賠違法）について、従来の判例とは異なる基準を示す等、行政法分野においても見逃せない判決となっている。憲法・民法上の論点については別稿が予定されているため、本稿は、本判決の行政法上の論点のみを取り扱う。

二 立法行為の国家賠償法上の違法性

1 違法性判断の大枠

立法行為をめぐる国家賠償訴訟の先例としては、最一小判昭60・11・21（民集39巻7号1512頁。以下、「60年最判」という）と最大判平17・9・14（民集59巻7号2087頁。以下、「17年最判」という）が挙げられる¹⁾。本判決は、両判決を参照しつつも、立法行為の国賠違法について新たな判示もなしており、これら3判例の関係をどのように理解するかが問題となる。

結論を少し先取りするが、3判例の判示は、構造的には、立法行為の国賠違法の判断に係る「大枠」の設定と、その大枠において違法となるケースの「例示」という2つの部分から構成される。

「大枠」とはすなわち、①国賠違法は職務上の法的義務違反を意味すること（職務行為基準説）、したがって、②国賠違法は立法行為に着目するものであり、立法内容の違憲性から国賠違法がただちに帰結するものではないこと、③立法行為には政治性という特質があることから、立法行為に対する評価は原則として国民の政治的判断に委ねられ、違法の評価を受けるのは例外にとどまること（原則例外関係）、である（判旨1参照）。

①と②の採用については、学説上異論はあるものの²⁾、3判例に共通しており、判例上は確立したと見られる。問題は③であり、③の判示は、60年最判に登場し、17年最判では明示されず、本判決で復活している。この点、60年最判は立法裁量の広い事案であるのに対し、17年最判は憲法上の権利（しかも選挙権）に関わる事案であるため、両者の間には③の採否の点で「大枠」自体に差異があり³⁾、婚姻制度について「合理的な立法裁量」を認める本判決は前者に属するとの理解もありうる。

しかし、本件も憲法上の権利が侵害されている事案と見れば、17年最判に類する。他方で、17年最判でも、立法行為が違法となるのは「例外的」であるとは述べられており、同最判の調査官解説も「大枠」自体は60年最判と異ならないと整理している⁴⁾。本判決も両最判を参照し、3判例の一貫性が示唆されていることをも考慮すれば、3判例は、「議会制民主主義が適正かつ効果的に機能することを期するために」（60年最判）、立法行為の評価は原則として国民の政治的评价に委ね、それに対する違法の評価は例外的な場合にとどめるという原則例外関係を一貫して承認してきたと考えられ、①～③の「大枠」は3判例に共通のものといえる。

2 違法の例示

(1) 60年最判と17年最判の関係

もっとも、その「例外」についての判示には、3判例間でそれぞれ差異が見られる。「例外」の捉え方の差異は、無論、「大枠」の実質的意味を左右することになる。

60年最判は、立法行為が例外的に違法となるケースとして、「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とき……例外的な場合」を挙げた。当時は、これが例示なのかも定かでなく、上記③の判示における政治的責任の過度な強調とも相まって、本判示は、立法行為についての国家賠償責任をほぼ全面的に否定する趣旨であるかに受け止められた。

しかし、その後、60年最判の判示を「例示」と捉え、違法となる「例外的な場合」を緩やかに解する裁判例が相次いで登場した（山口地下関支判平10・4・27判時1642号24頁、熊本地判平13・5・

11 判時 1748 号 30 頁、東京地判平 14・11・28 判タ 1114 号 93 頁、大阪地判平 15・2・10 判時 1821 号 49 頁等)。

17 年最判は、こうした下級審の動向と軌を一にして⁵⁾、上記の「大枠」は維持しつつも、その例外部分を「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（以下、「前段」という）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（以下、「後段」という）など」（丸括弧内、筆者記す）と書き換えた。これにより、60 年最判の上記判示は前段の「立法の内容」をいう部分に吸収され、かつ、最後の「など」によって前段及び後段は「例示」であることが明示され、60 年最判は立法行為が違法となる一例を示すに過ぎないものとしてその意義を縮減的に明確化された（本判決千葉補足意見も参照）。かくして、17 年最判は、「大枠」の一貫性は保ちつつも、「例外」の書換えによって、60 年最判の射程を「実質的に限定」し、特に後段によって、同最判よりも「国家賠償責任を肯定する余地を拡大した」⁶⁾。

(2) 17 年最判と本判決の関係

その上で本判決は、「例外」についてまた別の定式を示した（判旨 2 参照）。その意義を見定めるためには、17 年最判の内容に、もう少し立ち入る必要がある。

一般に、立法又は立法不作為が憲法上の権利を侵害する場合には、(A) 立法の内容が憲法上の権利を侵害する場合（侵害立法）、(B) 消極的権利（自由権、平等権等）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、権利を保障する立法を完全に欠く場合、又は、憲法の要請を下回る程度にしか権利を保障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）が考えられる⁷⁾。

このうち、17 年最判前段の「立法の内容」をいう部分（≒ 60 年最判）は、(A) 侵害立法を例示するものと解される。また、消極的権利については、「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」（17 年最判後段）

ではないから、後段は (C) 積極的権利立法不作為を例示するものと解される。

問題は、前段の「立法不作為」の部分であり、後段との関係も含め、難解である⁸⁾。積極的権利に関する立法不作為は後段の問題と考えると、前段にいう立法不作為は、さしあたり (B) 消極的権利立法不作為を意味するものと考えられる。本判決千葉補足意見（以下、「千葉」という）も、(B) 消極的権利立法不作為に当たる本件を前段該当と解している。ただ、千葉によれば、前段は立法行為が「当然に違法となる極端な場合」を例示したものだという。そうだとすると、「極端な場合」に当たらない (B) 消極的権利立法不作為については、判例上、違法性の判断基準が明示されていないことになるから、本判決は新たに「極端な場合」に当たらない場合も含め「従前の当審の判示をも包摂する……一般論的な判断基準を整理して示した」とのことである。加えて、千葉によれば、本判決の判示は後段（＝(C)）も包摂することであるから、結局、本判決の判示は、(A)～(C) の全てを包摂することになる（千葉は、「なお」として、もう少し分解的な見方も示しているが、結論は同じである）。

かくして、千葉は、本判決は、立法行為の国賠違法に係る「全体的な判断の枠組み」であり、今後、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」とする。本判決の射程は立法行為の国賠違法全体に及び、17 年最判はその役割を終えたとの理解である。

しかし、かねて、前段の「立法不作為」が具体的にどのような場合を指すのかは明らかでないとの指摘があり⁹⁾、これは、「極端な場合」の例示という千葉の整理によっても払拭できていないように思われる（千葉曰く、制定当初は合憲であったが、後に立法内容が違憲となった本件の事案は「極端な場合」に当たらないという）。一つ考えられるのは、「当初より明白に消極的権利を侵害する違憲の法律を制定した作為」は、「合憲の法律を制定しなかった不作為」として言い換えられるから、前段の「立法不作為」は、こうした「作為と不作為の相対性」を踏まえ、当事者の主張上の便宜等のため、不作為の側から併記されたものに過ぎないという理解である。その場合、訴訟等では「立法の内容」それ自体を争えば足りるから、結局、前段の「立法不作為」に侵害立法の制定という

作為と区別された独自の意味はないことになり、前段はもっぱら（Ａ）侵害立法を想定したものとして捉えられる。そもそも、千葉の整理に対しては、「極端な場合」であれ、立法不作為の違法をいうためには、立法のための「合理的期間」の経過が要件として必要ではないかとの疑問も生じるが¹⁰⁾、前段は作為についての基準と解すれば、当該要件が設定されていないことにも説明がつく。ただ、この考え方による場合、（Ｂ）消極的権利立法不作為の問題は、行き場を失うことになる。そこで、本判決は新たに（Ｂ）消極的権利立法不作為の違法を例示する判示を行った、と解することになる。「法律の規定」が憲法上の「権利利益」¹¹⁾を合理的な理由なく制約する」という本判決の言い回しも、どちらかといえば消極的権利に親和的である。

かくして、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。

いずれの理解によるにせよ、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 本件への当てはめ

本判決は、本件への当てはめにおいて、平成20年当時における民法733条の違憲の明白性を否定した。その根拠は、これまで裁判所や法制審議会が同条の違憲を指摘してこなかったことに求められている（判旨3参照）¹²⁾。これが、裁判官等の「法律専門家」が違憲を指摘してこなかった以上、「政治家」の集合たる国会が違憲を認識できずともやむなしとのロジックであるなら、上記「原則例外関係」と呼応して、国会をあくまで「政治」の場とする見方において一貫することになるが、学説にいう立法上の憲法遵守義務や事後改善義務等の行為規範を負った「立法者」としての国会像¹³⁾からは、かけ離れる。本件における審査の緩やかさは、婚姻制度を立法裁量事項とする思考に由来するものとも考えられるが、仮に一般に

国会が「法の門外漢」として指定されるならば、「明白性」要件のハードルは、限りなく高くなるだろう。

●——注

- 1) 立法行為をめぐる判例動向については、西壁章『国家賠償法コンメンタール〔第2版〕』（勁草書房、2014年）289頁以下を参照。
- 2) 宇賀克也『国家補償法』（有斐閣、1997年）101頁以下参照。
- 3) 山本隆司『判例から探究する行政法』（有斐閣、2012年）498頁以下、毛利透「選挙権制約の合憲性審査と立法行為の国家賠償法上の違法性判断」論究ジュリ1号88頁参照。
- 4) 杉原則彦「判解」曹時58巻2号328頁、331頁参照。木村琢磨「判解」平成17年度重判解52頁、木村草太「判解」法協124巻6号247頁も、60年最判と17年最判に差異を見出すことに慎重である。
- 5) 北村和生「在外日本人選挙権剥奪訴訟における行政法上の論点について」ジュリ1303号27～28頁参照。
- 6) 杉原・前掲注4）333頁。
- 7) 立法行為と違法性の整理については、戸松秀典『憲法訴訟〔第2版〕』（有斐閣、2008年）151頁以下、戸波江二「立法の不作為の違憲確認」芦部信喜編『講座憲法訴訟第1巻』（有斐閣、1987年）361頁以下を参照。
- 8) 学説でも、前段と後段の関係についての理解は様々である。木村(草)・前掲注4）244頁(直接侵害と間接侵害)、青井未帆「立法行為の国家賠償請求訴訟対象性・再論」信法12号19頁(消極的権利と制度的権利)、岩切大地「立法行為に対する国賠法を通じた司法審査」立正45巻1号52～53頁(立法内容と立法行為)等。
- 9) 以下、毛利・前掲注3）88～89頁参照。
- 10) 佐藤幸治『憲法〔第3版〕』（青林書院、1995年）350頁参照。
- 11) 「憲法上保護されている利益」との表現も、本判決の新判示の一つであり、憲法上明示的に保障されている権利だけでなく、憲法解釈上導かれる法的利益も対象となることを明示したものと解されるが、これは、17年最判でも既に含意されていたと考えることもできる。
- 12) 平成7年の最高裁判決の違法判断基準時の点をはじめ、本判決の当てはめへの批判として、本判決山浦反対意見が示唆的である。
- 13) 神橋一彦「違法な法令の執行行為に対する国家賠償請求訴訟について」立教75号100頁以下参照。

大阪経済大学教授 戸部真澄